

犯罪既遂、未遂与我国刑法分则之规定

——以盗窃罪为视角

徐 光 华

[摘 要] 犯罪既遂、未遂是故意犯罪发展阶段中的停止形态,各国刑法对未遂犯处以与既遂犯不同的处罚原则,我国刑法也不例外。我国刑法分则采取了定量、分阶段的立法模式,即对于具体犯罪,在犯罪既遂的基础上,根据危害程度的不同规定了不同的刑罚。从罪刑相适应、主客观相统一出发,应当将刑法总则对于未遂犯的处罚原则贯彻于这种立法模式中,而不仅仅是既遂犯与未遂犯在刑罚适用上的区分。

[关键词] 犯罪既遂;犯罪未遂;盗窃罪;立法模式

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0046-05

一、我国刑法分则规定之模式概说

我国刑法分则对许多犯罪行为采取了定量并且分阶段的模式,即对于具体犯罪不仅规定了犯罪既遂的标准,而且在犯罪既遂的标准之基础上,又根据社会危害性的不同,区分了不同的程度并规定了不同的法定刑。在此,以盗窃罪为例说明此问题。刑法第 264 条关于盗窃罪的规定中,根据实害结果的社会危害程度的不同,划分为“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”,并规定了不同的法定刑幅度。在盗窃案件中,如果行为人基于盗窃“数额较大”财物的故意实施盗窃行为,并且也得到了“数额较大”的财物,在此种情形下,构成盗窃罪并处于犯罪既遂形态没有异议。但问题是,当主客观不一致时,例如行为人实施了盗窃“数额特别巨大”的财物,而实际上仅盗得“数额较大”的财物,是否也仅在“数额较大”的法定刑幅度内进行处罚,还是应当在“数额特别巨大”的这一法定刑幅度内,结合刑法总则关于未遂犯“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”的规定进行处罚呢?

我国刑法分则对于具体犯罪的这种定量模式,如何将犯罪既遂、未遂贯穿于其中,值得研究。正如有学者所指出的,“这种定量模式,给未遂、既遂以及量的因素在构成要件中的地位等问题带来难以解决的理论死结”^[1](第 38 页)。“在我国区分犯罪的既未遂并非易事。造成这种困难的一个重要原因在于,我国立法上既定性又定量的特点,不同于日、德、美等国立法定性、司法定量,这导致我们在讨论既未遂问题时,必须设定一个前提,即我们是在犯罪学层面上或者说纯理论上或者说应然的层面上讨论,还是从实然的角度讨论问题”^[2](第 29 页)。

在其它国家,刑法分则的规定并没有采取定量的模式,而是采取定性的模式。“所谓单纯的定性分析模式,是指立法者在规定犯罪的概念时,只对行为性质进行考察,不作任何量的分析,犯罪构成中不含数量成分。这种模式是目前世界上多数国家通行的界定犯罪概念模式”^[3](第 35 页)。例如,日本刑法第 235 条关于盗窃罪的规定:“窃取他人的财物的,是盗窃罪,处十年以下有期徒刑。”可见,日本刑法并没

有区分不同的数额规定不同幅度的法定刑,因此,无论主观上打算盗得多少财物,客观上实施了针对多少数额的窃取行为,实际上窃取了多少财物,均在“十年以下有期徒刑”这一法定刑幅度内,司法机关综合案件的社会危害性进行量刑。

二、犯罪既遂、犯罪未遂与刑法分则阶段式模式之关系

犯罪既遂与未遂提出的最终目的是为了贯彻主客观相统一原则,从而更好地贯彻罪刑相适应原则。在这种对犯罪既遂形态作多档次的规定的情形下,如何将犯罪既遂、未遂在量刑上的区分正确贯彻,值得研究。试举例说明情况:

案例一,甲在公交车上盗得他人手机,价值2000元。

案例二,乙带好作案工具来到某单位的财务处,欲将该财务处的几百万元现金盗走,但由于技术上的原因,仅盗得2000元。

案例三,丙带好作案工具来某单位的财务处,欲将该财务处几百万元的现金盗走,实际上也盗取了价值几百万元的现金。

根据《刑法》关于盗窃罪的规定,对甲处以“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,对丙处以“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”,这是不存在争议的。并且,甲、丙的数额达到“数额较大”,均构成犯罪既遂。对于乙,由于其所盗数额已经达到“数额较大”的标准,从这一角度看,虽然行为人的目的没有完全实现,但从刑法的规定来看,已经构成犯罪既遂。但是,如果对乙仍然处以“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,则显然是不适宜的。从主观上看,乙具有侵害重大法益(几百元现金)的主观故意,客观上也实施了侵害重大法益的行为,只是由于行为人意志以外的原因未盗得“数额特别巨大”的财物,这种情形下,显然较之甲的危害性要大很多,适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”不太适宜。实际上,案件二的情形与案例三的情形的区别仅在于实际窃取的财物的数量不同,行为人主观上、客观上都是针对“数额特别巨大的财物”。因此,笔者认为,这种情形应当在适用案例三中的法定刑幅度,即刑法分则规定的“数额特别巨大”的法定刑,并考虑到实际仅得“数额较大”,结合总则关于犯罪未遂的规定,可以比照“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”从轻或者减轻处罚。这是主客观相统一原则与我国刑法分则对犯罪既遂形态进行多档次量刑的当然结果,只有这样才能实现罪刑相适应,真正贯彻主客观相统一。

盗窃罪的既遂标准是固定的、统一的,即“数额较大”(多次盗窃这种情形在此暂不讨论),不可能由于行为人实施具体犯罪行为对象不同而发生变化,在此类案件中“数额较大”是犯罪既遂的标准,在彼类案件中“数额特别巨大”是犯罪既遂的标准。否则,犯罪既遂就没有统一性了,那还能称得上是犯罪完成的标准吗?乙的行为构成犯罪既遂,是针对基本的构成要件而言的,其行为已经窃得“数额较大”的财物;对其作为犯罪未遂进行处罚时,针对的是“数额特别巨大”这一档次的法定刑,因为乙主观上具有盗窃“数额特别巨大”的财物的故意,客观上具有也实施了针对重大法益(数额特别巨大)的财物,仅仅是由于意志以外的原因而未达“数额特别巨大”。或许有人会提出疑问,如果这样理解的话,不如直接将乙的行为认定为犯罪未遂,并适用“数额特别巨大”的法定刑,再结合刑法分则的规定来进行处罚,这样可以避免在定罪上认为乙构成犯罪既遂、在量刑上则认为处于犯罪未遂的不一致而带来的弊端。笔者认为,如果这样理解的话,犯罪既遂的判断则具有不确定性,在此案件中2000元是犯罪既遂的点,而在彼案件中则可能到达100万,犯罪既遂既然是一个标准,就不应当随着案件的变化而变化,而应当具有统一性。对案件二作以上如此理解,究其实质,是在我国现行刑法分阶段的规定模式上,为了贯彻主客观相统一原则而得出的必然结论,这是符合罪刑相适应原则的。

提出犯罪既遂、未遂的区分的最根本的目的也就是为了从主客观相统一原则出发,根据社会危害性的不同,正确量刑,以更好地实现罪刑相适应。由于我国刑法分则对于具体犯罪之既遂作了不同程度的区分,因此,刑法总则关于犯罪既遂、未遂在量刑上的差异,也应当贯彻于刑法分则对于具体犯罪之犯罪

既遂的所有阶段,这是罪刑相适应原则的必然要求。不少学者认为,应当以客观上所实际造成的结果作为刑罚适用的标准,如果行为人窃取的财物达“数额较大”,无论行为人主观上、客观上是否针对“数额特别巨大”,均在“数额较大”这一档次的法定刑幅度内适用刑罚。如有学者指出:“(抢劫)数额较大应当认为是指从客观而言其既遂后的实际所得数额,不应当包括所谓以主客观原则认定数额巨大,否则,是将抢劫的指向数额与加重犯罪构成要件中的所得数额相混淆。因此,即使行为人将数额巨大或数额特别巨大的财物作为抢劫目标,只要实际抢劫所得并未达到巨大的标准,仍应以一般抢劫罪论处。”^[4](第 6 页)这种观点,显然是没有较好地处理犯罪既遂、未遂与我国刑法分则对犯罪既遂分档次规定之间的关系,难以体现主客观相统一,有违罪刑相适应。日本刑法理论对于犯罪预备阶段的中止行为的处理值得我们借鉴。根据日本刑法的规定,中止犯仅存在于着手实行之后,日本刑法对中止犯“减轻或者免除刑罚”,而对于在预备阶段实行了中止行为的人,能否适用中止犯的处罚规定,刑法理论上存在肯定说与否定说。肯定说是日本刑法理论的通说。“肯定说的理由主要是:第一,如果不对预备罪的中止准用中止犯减免刑罚的规定,则会造成刑罚的不均衡。例如,倘若否认强盗预备罪可以成立中止犯,那么,对实施强盗预备行为后基于自己的意志不着手实行强盗的人,必须处二以下惩役;而对着手实行了强盗行为后中止的人,反而可以免除刑罚。这就导致着手前的中止不能免除刑罚、而着手后的中止可以免除刑罚的不均衡现象。……”^[5](第 459 页)这种观点,实际上就是将不符合刑法规定的犯罪中止的情形,在量刑上按照刑法关于犯罪中止的处罚原则进行处罚。而在我国,由于我国刑法分则的多档次的量刑模式,要达到罪刑相适应,将犯罪既遂、未遂在量刑上的区分贯彻于犯罪既遂的不同阶段,应当说,与日本的这种做法在实质上具有一致性。

三、具体犯罪的展开——以盗窃罪为视角

(一)行为人基于概括的故意实施盗窃行为

行为人主观上对于盗窃数额没有确定的故意,无论客观上盗窃多少财物均在行为人的主观意愿之内。在此种情形下,应以行为人客观上实际盗得的财物来适用法定刑,即如果是“数额较大”的财物,则适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”;如果是“数额巨大”的财物,则适用“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”;如果未达“数额较大”,则一般不作为犯罪处理(根据最高院解释,特定情形下未达数额较大的财物也作为犯罪处理,如盗窃孤寡老人的财物)。

(二)行为人主观上欲盗窃较高档次——如“数额特别巨大”的财物,但实际上并未得到“数额特别巨大”的财物

1. 行为人主观上欲盗窃较高档次——如“数额特别巨大”的财物,客观上也实施了针对“数额特别巨大”的财物的行为,但并未得到“数额特别巨大”的财物,而仅得较低“数额较大”或“数额巨大”的财物。例如,行为人主观上欲盗窃“数额特别巨大”的财物,并且客观上实施了盗窃“数额特别巨大”的财物的行为,但实际上仅得“数额较大”的财物的行为。此种情形下符合基本形态的犯罪既遂之点——“数额较大”,在犯罪形态的认定上可以认定为是犯罪既遂,但在具体量刑时,应当适用“数额特别巨大”这一档次的法定刑,再结合刑法总则关于犯罪未遂的规定进行处罚。

需要指出的是,如果行为人主观上虽然是欲盗窃“数额特别巨大”的财物,但实施的行为并没有针对数额特别巨大的财物,也即没有对“数额特别巨大”的财物这一重大法益造成侵害或者威胁。例如,行为人仅仅是在公交车上扒窃,寄希望有人的包中藏有价值数百万元的财物,但实际上仅得“数额较大”的财物,此种情形下,只要按“数额较大”这一档次的法定刑处理就可以了,而不需要以“数额特别巨大”这一档次的法定刑,再结合刑法总则关于犯罪未遂的规定来处理。因为此种情形行为并没有侵害或威胁“数额特别巨大”的财物这一法益,只要行为没有侵害或者威胁法益,即使主观上有恶性,也不能处罚,这是主客观相统一的当然要求。正如有学者所指出的,“‘数额较大’是行为的客观定量标准,不能将‘数额较大’理解为行为人主观上意图盗窃的财物数额较大。如前所述,主观上的目标数额只有客观化为行为的

内容,才能作为数额犯的行为数额。对于盗窃罪来说,行为数额是指盗窃行为在客观上实际盗窃的财产数额,而非纯粹的主观上希望的数额。这就是说,只有当盗窃行为实际指向的财产数额较大时,才能以犯罪论处”^[6](第136-137页)。

2. 行为人主观上欲盗窃较高档次如“数额特别巨大”的财物,客观上所得财物未达最基本的档次——“数额较大”或分文未得。此种情形下,行为人的犯罪行为未达盗窃罪的基本既遂形态——数额较大,应当认为是犯罪未遂,适用“数额特别巨大”这一档次的刑罚,并结合刑法总则关于犯罪未遂的规定进行处罚。

最高人民法院的司法解释也是将此种情形作为盗窃未遂进行处罚的。有学者对此提出异议,“该司法解释本身的合理性值得推敲。……根据刑法规定,盗窃罪有四个量刑幅度,究竟应适用哪一个量刑幅度,难道以盗窃珍贵文物为目标,就应适用无期徒刑或者死刑的量刑幅度吗?”^[7](第12页)“以数额巨大的财物为目标的盗窃未遂应按照盗窃数额较大的量刑档次处罚”^[8](第3版)。这种观点,显然是没有将我国刑法分则的规定与犯罪既遂、未遂结合起来。我国不少学者都对此持反对意见,例如,“刑法第152条(均指1979年刑法——笔者注)对盗窃‘数额巨大’的公私财物作了规定,这里规定的并不是加重结果犯,对该条的‘数额巨大’与盗窃罪未遂的关系,应该与第151条的‘数额较大’采取同样的理解。即该条的‘数额巨大’,照样既可指实际造成的损失数额,也可以包括主观上企图造成的损失数额,该条的盗窃罪也可以有犯罪未遂。因此,如果行为人潜入银行金库、博物馆等处作案,从主观犯意和客观盗窃行为上都明确地以盗窃数额巨大的钱财或物品为目标,只是因为行为人意志以外的原因未能取得巨额财物的(包括分文未得、获得数额较小的财物以及获得数额较大的财物等几种情况),可以而且应当认定为数额巨大的盗窃罪的未遂犯,综合全部案情按照刑法第152条(盗窃数额巨大)和第20条(犯罪未遂)予以适当的处罚”^[9](第285-286页)。我国有学者还就行为人诈骗112万元,111万元未遂、仅得1万元的案件指出:“在具体操作该模式时,首先应认定该类案件为犯罪未遂,以总数额为量刑标准,确定量刑档次。其次,如果判决决定对该未遂犯从轻处罚,那么就在上述量刑档次内处罚,既遂额与未遂额的比例作为确定具体刑期的依据;如果判决决定对该未遂犯减轻处罚,那么就在该量刑档次的下一档内处罚,既遂额与未遂额的比例作为确定具体刑期的根据。”^[10](第3版)需要说明的是,这种观点认为在此种案件中,即使诈骗所得达到了1万元,也应当认为是犯罪未遂,笔者持反对意见。“数额较大”是犯罪既遂的标准,既然是标准,就应当贯彻于所有的诈骗案件,而不应在此案件中盗窃1万是犯罪既遂、在彼案件中盗窃1万元是犯罪未遂。因此,此种情形仍然应当认定为是犯罪既遂。

(三)行为人主观上欲盗窃较低档次——如“数额较大”的财物,但实际上却得到了较高档次——如“数额巨大”的财物

此种情形下,行为人的主观恶性较小,仅欲得到“数额较大”的财物,但实际上却直接侵害了重大的法益,即“数额巨大”的财物,行为已经对重大法益造成了侵害。刑法坚持主客观相统一原则,对于此种超出行为人主观故意的结果,当然不宜追究行为人的刑事责任,具体而言,又可分为如下情形论述:

1. 在此种结果发生后,如果行为人主观上并不排斥实害结果的发生,进而将“数额巨大”的财物占为己有的,当然应该按照“数额巨大”这一档次的法定刑进行定罪处罚。

2. 如果实害结果发生后,行为人主观上排斥这种结果的发生的,并将超出“数额较大”的财物退回的,此种情形下,由于行为人的主观故意仅停留在“数额较大”这一幅度范围,因此,只能以“数额较大”这一档次的法定刑论处。我国也有学者持此观点,“行为人本意是小偷小摸,但是意外地窃取到大量财物,自己尚未发觉,或发觉后马上送回失主手中。此种情况下,如果以实际盗窃的数额来认定犯罪则难免有客观归罪之嫌”^[11](第50页)。

但遗憾的是,我国刑法实践中并没有完全贯彻上述做法,正如有学者所指出的,“在我们中国,我们习惯地把罪犯的实际所得作为刑罚的裁量标准,无论罪犯在事前对犯罪的所得有怎样的打算,最后他实际非法占有多少赃款是问题的关键”^[12](第83页)。俄罗斯关于盗窃罪的规定也同我国类似,在犯罪既

遂的基础上,根据数额的大小区分了不同幅度的法定刑。俄罗斯刑法理论也将犯罪既遂、未遂贯穿于盗窃罪的不同档次。这一做法,值得我们借鉴。A. B. 纳乌莫夫教授认为,犯罪既遂不仅取决于犯罪人故意的内容及其实现的程度,而是首先取决于相应犯罪构成的特殊立法结构。他援引刑法第 158 条第 3 款规定的盗窃罪作为实例来说明这一理论,在这一条款中规定了作为盗窃罪加重情节的一系列特征,其中第 2 项是“数额巨大的”,所谓的数额巨大,是指盗窃价值超过最低劳动收入 500 倍以上的。如果犯罪人盗窃某一机关的保险柜,他以为里面有超过最低劳动收入 1 000 倍的现金,但事实上他打开柜子后只能拿走超过最低劳动收 500 倍的现金,没有达到 1 000 倍。尽管从盗窃的数目上犯罪人没有达到自己的目的,犯罪故意的内容只实现了一半,但依据刑法第 158 条第 3 款第 2 项的规定,他的盗窃行为已经符合数额巨大的尺度,应当认定为盗窃罪的既遂。但如果在这一个实例中犯罪人从保险柜拿走的数目没有达到最低劳动收的 500 倍,或者保险柜中原本就是空的,就应该依据刑法第 30 条和第 158 条第 3 款第 2 项的规定,在数额巨大的尺度内认定为盗窃罪的未遂^[12] (第 82 页)。

[参 考 文 献]

- [1] 储槐植:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000 年第 2 期。
- [2] 陈洪兵、周荣春:《犯罪既未遂疑难问题探讨》,载《山西省政法管理干部学院学报》2007 年第 1 期。
- [3] 储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000 年第 2 期。
- [4] 周振想、林 维:《抢劫罪特别类型研究》,载《人民检察》1999 年第 1 期。
- [5] 张明楷:《未遂犯论》,北京:法律出版社,东京:成文堂出版社 1997 年版。
- [6] 刘之雄:《犯罪既遂论》,北京:中国人民公安大学出版社 2003 年版。
- [7] 陈洪兵:《从我国犯罪概念的定量性探析犯罪未遂问题》,载《贵州警官职业学院学报》2002 年第 3 期。
- [8] 廖慧兰:《盗窃时部分既遂部分未遂如何处理》,载《检察日报》2007 年 2 月 11 日。
- [9] 赵秉志:《犯罪未遂的理论与实践》,北京:中国人民大学出版社 1987 年版。
- [10] 梁 统:《“部分既遂部分未遂”应作未遂处理》,载《检察日报》2003 年 1 月 20 日。
- [11] 邓文莉、林卫星:《盗窃罪既未遂界定标准新探》,载《南都学坛》2006 年第 3 期。
- [12] 赵 微:《俄罗斯联邦刑法》,北京:法律出版社 2003 年版。

(责任编辑 车 英)

Completed & Uncompleted Crime With Specific Provisions of Criminal Law

Xu Guanghua

(Law School, Jiangxi University of Finance & Economics, Nanchang 330013, Jiangxi, China)

Abstract: The completed and uncompleted crime is the suspended state in the course of intentionally crime, all the countries' criminal laws have differentiated the completed and uncompleted crime in penalty. The specific provisions of criminal law of our country has adopt the mode of fixed quantity and phase, that is , to the concrete crimes, set different penalty by the harm on the base of the completed crime. From the principle of punishment fitting crime and subjectivity accordance with the objectivity, we should put the general rules of the criminal law about the principle of penal the uncompleted crime to such mode of legislation, not the distinguish from the completed crime and the uncompleted crime in penalty.

Key words: completed crime; uncompleted crime; crime of steal; mode of legislation