

文章编号: 1673-1646(2014)01-0030-06

我国犯罪未遂定罪处罚存在的困境及对策

李彦峰

(中北大学 人文社会科学学院, 山西 太原 030051)

摘要: 我国犯罪未遂在定罪处罚上面临着违背罪刑法定原则和缺乏统一定罪标准两方面的困境, 学理上对《刑法》第 23 条的误读、立法上未采取明确的列举方式是造成这些困境的根本原因, 故学理上对法条进行正确的解释、立法上对未遂处罚范围逐步细化以及司法上探求统一的定罪标准是解决我国犯罪未遂定罪处罚困境的基本途径。

关键词: 犯罪未遂; 未遂犯; 定罪处罚

中图分类号: D924

文献标识码: A

doi: 10.3969/j.issn.1673-1646.2014.01.007

An Analysis of the Punishment and Conviction of Attempted Crimes

LI Yanfeng

(School of Humanities and Social Sciences, North University of China, Taiyuan 030051, China)

Abstract: In China, attempted crime is now faced with the difficulties of violating the principal of a legally prescribed punishment for a specified crime and of lacking uniform standards of conviction. Doctrinal misreading of Article 23 Criminal Law and an unclear enumerating way for the legislation are the fundamental reasons for these difficulties. Thus, a doctrinal and correct interpretation of the law, the gradual refinement for the attempted scope of punishment on the legislation and the search for uniform standards of conviction in justice are the basic ways to solve the difficulties of the punishment and conviction for the attempted crime.

Key words: attempted crime; criminal attempted; punishment and conviction

1 我国犯罪未遂定罪处罚困境的具体表现

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 23 条规定“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的是犯罪未遂。对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”这是我国刑法关于犯罪未遂定罪处罚的基本依据,对我国犯罪未遂定罪处罚的范围确定也应该以此为起点。针对我国犯罪未遂定罪处罚的范围问题,众多论者采取的基本思路是:既然《刑法》第 23 条第 2 款规定了未遂犯可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚,而没有规定可以免除处罚,那么,未遂犯都是要定罪处罚的,而未遂犯也即犯罪未遂,所以只要依据

《刑法》第 23 条第 1 款规定的犯罪未遂的特征对我国犯罪未遂存在的范围进行界定,也就确定了我国犯罪未遂定罪处罚的范围。照此思路,依据我国刑法规定,我国犯罪未遂均具有刑事可罚性,那么,犯罪未遂存在的范围就成为各论者争论的焦点。对此,刑法学界基本上形成了两种观点,本文将概括为既遂标准说与成立标准说。两种学说的基本分歧在于刑法分则条文有关具体犯罪的规定是犯罪既遂的标准还是犯罪成立的标准。‘刑法分则犯罪模式是不是既遂模式,关系到犯罪既遂标准的认定,影响对各种犯罪停止形态的理解。’^[1]对分则条文按照不同的标准进行解释,在某些犯罪是否存在犯罪未遂上就会得出不同结论,进而导致我国犯罪未遂的处罚范围有所不同。

*收稿日期: 2013-11-24

作者简介: 李彦峰(1981-),男,讲师,硕士,从事专业: 刑法学。

具体而言,既遂标准说认为刑法分则条文是犯罪既遂的标准,以犯罪构成理论为指导对分则条文进行解释,直接得出的是该罪既遂的、基本的犯罪构成,而相对应按照总则有关犯罪停止形态的规定,在基本的犯罪构成基础上,对某些要素进行调整所形成的是该罪未完成罪的、修正的犯罪构成。这种观点为我国刑法通说所支持,既遂罪的犯罪构成是基本的犯罪构成,是由刑法分则直接规定的,而未完成形态犯罪的犯罪构成是修正的犯罪构成,是以刑法分则具体条文规定的基本犯罪构成为基础,并结合刑法总则有关规定加以认定的。^[93]以此观点考察刑法分则各条文的具体规定,并结合犯罪停止形态基本理论进行分析,就可以推导出我国犯罪未遂存在的具体范围,同时也就确定了我国犯罪未遂的处罚范围。基于此,刑法通说间接说明了我国犯罪未遂存在的范围,认为除了过失犯罪、间接故意犯罪、直接故意犯罪中的举动犯,我国刑法中将“情节严重”、“情节恶劣”规定为犯罪限制性要件的情节犯^①以及结果加重犯、情节加重犯等,其他犯罪类型均有存在犯罪未遂的可能性。^[94]换言之,除上述不存在犯罪未遂形态的犯罪类型外,其他犯罪类型出现的犯罪未遂形态均应被定罪处罚,这就是我国犯罪未遂定罪处罚的范围。而成立标准说认为,刑法分则条文是犯罪成立的标准,刑法分则条文规定的构成要件都是成立该罪所必须具备的要素。以此观点考察刑法分则各条文的具体规定,并结合犯罪停止形态基本理论进行分析,就可以推导出过失犯罪、间接故意犯罪、直接故意犯罪中的举动犯、直接故意犯罪中的结果犯、危险犯以及结果加重犯、情节加重犯等均不存在犯罪停止形态问题,也即只有行为犯才有犯罪停止形态问题,所以我国犯罪未遂形态的成立范围或处罚范围仅限于行为犯。

可见,既遂标准说和成立标准说对于《刑法》第23条的理解在犯罪未遂具有刑事可罚性上是一致的,但在犯罪未遂存在或处罚的范围上却存在差异,既遂标准说主张的犯罪未遂存在或处罚的范围显然大于成立标准说。相比而言,根据成立标准说得出的犯罪未遂处罚范围的结论缺乏合理性,如对于常见多发的财产性犯罪(盗窃罪、诈骗罪、敲诈

勒索罪等)而言,多半具有数额较大或情节严重的要求,依照成立标准说,此类犯罪未取得数额较大财物或未达到情节严重要求时不成立犯罪,更谈不上存在犯罪未遂并以犯罪未遂处罚。这样的结论很难被司法实践所接受,因为关于盗窃罪、诈骗罪及生产或销售伪劣产品罪等均有专门的司法解释对其未遂的刑事可罚性作明确规定。可见,成立标准说因其过于限制了犯罪未遂的存在或处罚范围而不能被刑法通说与司法实践所接受。那么,符合通说的既遂标准说是否能够得出犯罪未遂存在或处罚范围的合理结论呢?笔者发现,其同样存在与司法解释及司法实践相冲突的问题,如根据既遂标准说,盗窃罪存在犯罪未遂形态且均具有刑事可罚性,但根据上述盗窃罪的司法解释:盗窃未遂,只有在情节严重,如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标时,才定罪处罚。而从我国司法实践来看,也并没有将所有的犯罪未遂作为犯罪处理,如非法侵入住宅罪等较轻犯罪的未遂是很少作为犯罪被处罚的。“事实上绝大多数犯罪的未遂都未作为未遂犯处罚。”^[95]这样看来,既遂标准说因其过于扩大了犯罪未遂的处罚范围而得出了一些不合理的结论,以致与司法实践发生了很大的冲突。进一步分析可以发现,在以现有的上述两种学说为指导对《刑法》第23条进行理解与适用以处理我国犯罪未遂定罪处罚的问题时,通常会遭遇到下面的困境。

1.1 违背我国罪刑法定原则的困境

如前所述,如果我们站在成立标准说的立场解释《刑法》第23条,依照我国《刑法》,在犯罪未遂的定罪处罚上仅限于对行为犯的犯罪未遂定罪处罚(因为照此观点其他类型的犯罪不存在犯罪未遂),而在司法实践中却认可大量的行为犯之外的其他犯罪类型均具有犯罪未遂形态,且具有刑事可罚性并给予定罪处罚,如盗窃罪、诈骗罪等结果犯的犯罪未遂的刑事可罚性甚至已经被司法解释所确认。显然,从成立标准说的角度来看,大量有关犯罪未遂的司法实践,甚至司法解释都超出《刑法》第23条规定处罚了原本不属于犯罪未遂的无罪行为,是缺乏《刑法》根据的,是违反“法无明文规定不为罪、

^① 此类犯罪如《刑法》第129条丢失枪支不报罪、《刑法》第397条滥用职权罪等,在这类犯罪中,规定了“丢失枪支不及时报告造成严重后果”、“滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”等表达情节程度的要素,按照此种观点,此处的情节要素被视为犯罪成立的要素,而非犯罪完成的要素,也即没有达到情节要求的,犯罪不成立,因此,不存在犯罪未遂。而除这类特定犯罪之外的其他情节犯仍然存在犯罪未遂的可能性。当然,对于此类犯罪中的情节是否应当从普通的情节犯中分离出来赋予不同的意义以及此类犯罪的范围有多大尚存在争论。

法无明文规定不处罚”的罪刑法定原则的。而如果我们站在既遂标准说的立场解释《刑法》第23条,那么,犯罪未遂是普遍存在的,而且都应该受到刑法处罚,但司法实践中却有很多情形下的犯罪未遂是不作为犯罪处理的,如上述所说的盗窃罪的司法解释甚至明确规定盗窃未遂只有在“情节严重”时才定罪处罚。但是我国《刑法》有关罪刑法定原则的第3条明确规定“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚……”那么,从既遂标准说的角度来看,司法实践中对于某些情形下的犯罪未遂不予定罪处罚显然违背了我国《刑法》第23条犯罪未遂全部应该予以定罪处罚的规定,是违反我国“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚”的罪刑法定原则的。总之,我们在司法实践中处理犯罪未遂的定罪处罚问题时,对某些情形下的犯罪未遂处罚或不处罚^②,在现有理论的思维环境下,对照我国现行刑法的具体规定,总是会产生有违我国罪刑法定原则的疑虑或困惑。

1.2 缺乏统一定罪标准的困境

《刑法》第23条是我国刑法关于犯罪未遂定罪处罚的基本依据,甚至可以说是唯一依据,因为直接规定犯罪未遂的刑法条文仅此一条。第23条的目的在于确定我国犯罪未遂定罪处罚的范围,这是众多学者研究第23条的目的所在,也是司法实践对这一法条的基本期待。而对于犯罪未遂定罪处罚的范围确定,主要有三个层次的问题:①犯罪未遂本身如何界定?②是否所有犯罪未遂均应以定罪处罚?③如果并非所有犯罪未遂均需定罪处罚,那么,又如何确定应受刑法处罚的犯罪未遂的范围?显然,与第①个问题相关的是《刑法》第23条第1款,其明确规定了犯罪未遂的3个特征,为司法实践认定犯罪未遂提供了标准;与第②个问题相关的是《刑法》第23条第2款,正如前面众多论者所认为的,既然第23条第2款规定了未遂犯可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚,而没有规定可以免除处罚,那么,未遂犯都是要定罪处罚的,未遂犯也即犯罪未遂,因此,犯罪未遂全部具有刑事可罚性。当然,《刑法》第23条第2款的上述解读是否正确,需要我们进一步研判,但正是基于第2款的规定,才出现了在司法实践中处理犯罪未遂定罪处罚问题时遭遇的可能违背我国罪刑法定原则的困

境;对于第③个问题,我国《刑法》没有相关的规定,似乎按照我们对第23条第2款的通常解读,刑法也无需对第③个问题加以规定,因为只要存在犯罪未遂均可罚,但这种观点已经被司法实践所否定,而且即使在理论上也普遍认可司法实践中对于某些情形下的犯罪未遂不予定罪处罚的做法,但由于第23条第2款的明文规定,似乎又使司法实践不可避免地陷入了违背我国罪刑法定原则的困境。正如有学者所言“在我国,根据刑法总则关于处罚未遂犯的概括规定,似乎所有的未遂行为都具有可罚性,但在理论上是不能承认这一点的。从我国的司法实践来看,也并没有将所有的未遂行为均作为犯罪处理。”^[8]可见,“并非所有的犯罪未遂均可罚”无论在实践上还是在理论上都是被认可的,但是唯独在刑法的规定上似乎不被认可。我国《刑法》对于应受刑罚处罚的犯罪未遂的范围并没有明确的规定,使得司法实践无法可依,基本只能凭借各司法者的主观判断,造成了对特定情形下的犯罪未遂是否定罪处罚极不统一的混乱现象,极大地损害了刑法的权威。因此,在哪些情形的犯罪未遂需要定罪处罚上缺乏统一的定罪标准是处理我国犯罪未遂定罪处罚的问题时所遭遇的另一个困境。

总之,上述两个困境是我们在处理犯罪未遂定罪处罚的问题时及在追求犯罪未遂定罪处罚的合理性过程中,面对《刑法》第23条的规定,先后遭遇的两个关联性问题,即先遭遇不处罚某些情形的犯罪未遂是否违反刑法的疑虑,后碰到究竟哪些情形的犯罪未遂需要刑罚处罚缺乏统一标准的困扰。面对如此困境,有论者迫不得已地提出“从建立完整的刑法学体系的角度出发,根据某种理论,对刑法分则的形式进行概括,其初衷是好的。但是,在现有的理论均难以较好地未遂犯的处罚范围进行概括的时候,所提出的各种见解除了徒增学术话题之外,对于司法实践并没有太大的实际意义。因此,关于未遂犯的处罚范围问题,目前的当务之急是应对有关处罚未遂犯的司法实践方面的解释和经验进行归纳总结,探讨哪些犯罪的未完成形态值得作为未遂犯加以处罚,即在未遂犯的处罚问题上,完成从建立完整的理论体系的目标向建立解决实际问题的刑法学的目标转变。”^[9]这是一种“理论无解、诉诸实践”的无奈,不能从根本上解决现存的

^② 如上文所述,成立标准说存在明显的不合理,而未得到普遍认可,因此,司法实践中对犯罪未遂的处理存在有违罪刑法定原则的困惑主要是指在既遂标准说的思维环境下,对某些情形下的犯罪未遂不予定罪处罚的情况。

问题,不过,这种观点正好反映了我国犯罪未遂定罪处罚所面临的巨大困境。

2 我国犯罪未遂定罪处罚困境的原因

2.1 学理上对法条的解释存在误区

刑法理论在解释第23条时,普遍将“犯罪未遂”等同于“未遂犯”,将二者在同一法律意义上理解使用,是造成某些情形下对我国犯罪未遂处理会出现违反罪刑法定原则困境的根本原因。具体而言,将犯罪未遂等同于未遂犯来理解,必然会得出根据第23条规定我国犯罪未遂均具有刑事可罚性的错误结论,再根据通说所坚持的既遂标准说所界定的犯罪未遂的存在范围(成立标准说如上文所述存在明显的不合理,而未得到普遍认可),进而出现刑法规定普遍处罚犯罪未遂与司法实践中有限处罚犯罪未遂相冲突的困境。很多论者在论述时,表达出了将二者混淆以致于出现困境的观点。如:“由于中国刑法在总则中规定了犯罪预备形态、犯罪未遂形态和犯罪中止形态的概念和处罚原则,因而可以认为中国刑法分则中的所有犯罪预备行为、犯罪未遂行为和犯罪中止行为都是犯罪行为,所有的犯罪未完成形态都具有可罚性。对比外国相关的立法例,可以认为中国实施的是严厉的刑事政策,其价值取向是保护社会。”^[8]“我国刑法分则虽然没有确定对犯罪未遂的处罚,但由于刑法总则中有关于其处罚的原则性规定,我国刑法也就全面确认了犯罪未遂的刑事可罚性。”^[9]“我国刑法在总则中规定了犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止三种犯罪的未完成形态,但对这三种犯罪形态的存在范围,既没有通过分则条文予以明确,也没有在刑法总则中作明确限定,这意味着我国刑法全面确认了犯罪的预备、未遂、中止行为的刑事可罚性。”^[10]将“犯罪未遂”等同于“未遂犯”的思维误区,不仅使我们面临为了追求合理性而将某些情形下的犯罪未遂不予定罪处罚是否有违我国罪刑法定原则的困惑,而且使我们在依法探讨犯罪未遂处罚范围时,总是局限于运用各种理论分析犯罪未遂本身的存在范围,且总是得出与司法实践相矛盾的结论,再转身反思我国犯罪未遂界定的理论,进入了一个无解的死循环,而不是在认可通说犯罪未遂存在范围界定理论的基础上,进一步探讨具有刑事可罚性的犯罪未遂,即未遂犯范围的界定标准。这种研究方向的错

误进一步加剧了立法造成的我国犯罪未遂处罚缺乏统一定罪标准的困境。

2.2 立法上未采取明确列举的方式

对于犯罪未遂的处罚,中外刑法有3种立法模式:①概括式,仅在刑法总则中规定犯罪未遂处罚的一般原则,而未在刑法分则中规定处罚犯罪未遂的具体犯罪范围,我国属于此类。②列举式,在刑法总则中规定犯罪未遂处罚以分则特别规定为限,同时在分则中进行了特别规定,如日本现行刑法第4条规定“处罚未遂罪的情形,在各本条中予以规定”。该法在分则中对具体的应处罚犯罪未遂的犯罪范围作了特别规定。③混合式,在刑法总则中概括规定对重罪未遂一律处罚,而对轻罪未遂的处罚以分则特别规定为限,并在分则中进行了特别规定,如德国刑法规定“重罪的未遂一律处罚;轻罪的未遂以法律有明文规定者为限”。该法对重罪与轻罪的区分标准以及犯罪未遂应受处罚的具体轻罪进行了明确规定。“由于法律对重罪有明文规定,所以这种对重罪未遂处罚的概括规定,归根到底是范围明确有限的列举规定。属于这种方式的刑法,总的来说仍属于列举规定的范畴。”^[11]可见,从实质上看,关于犯罪未遂处罚的刑法规定仅有概括式与列举式两种,相比概括式而言,列举式对犯罪未遂处罚范围的界定更加清楚明确,实际上是在立法阶段解决了犯罪未遂处罚范围的界定难题,司法阶段只需简单地遵照执行即可。而概括式对犯罪未遂处罚范围未做出明确规定,虽有利于司法人员灵活掌握、自由裁量犯罪未遂的处罚,但同时也造成了犯罪未遂定罪标准的不一致,尤其对于我国当前“法官的整体素质还不尽如人意的情况下,未遂行为的处罚范围不明并不利于刑事审判机构准确认定犯罪未遂”^[12]。因此,我国刑法在犯罪未遂的规定上采取模糊的概括式是造成我国犯罪未遂处罚缺乏统一定罪标准困境的根本原因。

3 我国犯罪未遂定罪处罚困境的解决之道

3.1 学理上对法条进行合理解释

对《刑法》第23条合理解释的关键在于正确界定“犯罪未遂”与“未遂犯”的关系,犯罪未遂与未遂犯有本质的不同,不能将二者等同看待。一方面,不能以“未遂犯,可以比照既遂犯从轻或减轻

处罚”而未规定可免除处罚为前提,得出犯罪未遂必然全部具有刑事可罚性的不合理结论;另一方面,也不能为了追求因法条对未遂犯无免罚规定而使其具有全部刑事可罚性的合法性结论,从而推翻基本刑法理论,人为地缩小犯罪未遂的范围。二者应被区别看待:首先,从词语的语义与功能角度考虑。犯罪未遂以表达未遂为核心,其功能在于揭示犯罪在产生、发展过程中的一种被迫停下来的未完成状态,而这种状态的界定主要取决于未遂的三个外在特征,即着手、意志以外与未完成。而这种状态本身是否应当受到刑法处罚与犯罪未遂这一概念并无直接的关系,因为犯罪未遂形态的存在与这种形态是否应受刑法处罚是两个层次的概念。而未遂犯以表达犯罪为核心,其功能在于表征一种以被动未完成作为特征的犯罪,未遂犯的界定以犯罪未遂形态的存在为基础,并结合刑法有关未遂犯的规定以及运用相关犯罪构成对其进行形式与实质的考察来完成,旨在解决某种犯罪未遂形态是否应受刑法处罚的问题。一旦认定为未遂犯,该犯罪未遂就具有刑事可罚性,而如果未被认定为未遂犯,也不影响原犯罪未遂形态的存在。其次,从我国犯罪的定量因素考虑。《刑法》第13条“但书”的规定给我国犯罪概念引入了定量的因素,在我国任何犯罪的认定中,必须充分考虑排除“情节显著轻微,危害不大”的情形,未遂犯的认定也不例外。“根据刑法总则的规定对刑法分则具有普遍的指导意义的原理,在判断刑法分则中某一具体犯罪的未遂行为是否可依照总则中关于未遂犯的规定进行处理时,显然不能排除总则中‘但书’规定发挥指导作用的可能性,否则,便会使‘但书’规定形同虚设。”^[4]将“犯罪未遂”与“未遂犯”区别看待,在犯罪未遂形态存在的前提下,进一步考察犯罪未遂中未遂行为是否达到未遂犯的要求,才能给予《刑法》第13条“但书”发挥定罪指导作用的空间。总之,《刑法》第23条第1款为犯罪未遂的界定提供了标准,第2款为未遂犯的处罚提供了依据,但不能将犯罪未遂直接等同于未遂犯进行定罪处罚,只有根据相关犯罪构成,以相关的价值理念为指导,对犯罪未遂中未遂行为进行形式与实质的判断,才能得出该犯罪未遂是否能够作为未遂犯定罪处罚的结论。从这个意义上说,根据《刑法》第23条并不能得出所有的犯罪未遂都具有刑事可罚性,都应按未遂犯定罪处罚的结论。因此,前文所述的困境事实上是由于理论上的错误解释法条所致,实则并不存在。

3.2 立法上对处罚范围逐步细化

如前所述,刑法在犯罪未遂上采取概括式立法是造成我国犯罪未遂定罪处罚缺乏统一定罪标准困境的根本原因,那么我国是否可以借鉴国外刑法采取实质上的列举式立法呢?对此,王志祥教授进行了深入研究:首先,对于犯罪性质较重的是否可以在总则中规定一律处罚犯罪未遂或者在分则中一律列举为可处罚犯罪未遂的犯罪?显然无法做到。因为我国犯罪有定量因素,虽然重罪的未遂原则上可以认为具有刑事可罚性,但不能由此推断任何情况下重罪的未遂均可罚。联系我国第一例“安乐死”案件的判决就不难得出如下认识:既然对于像故意杀人罪这样的重罪而言,在行为既遂时还可以出现被排除可罚性的情形,那么,就更不用说在行为未遂时当然也会存在因符合“但书”而不被认为是犯罪的情况。其次,对于犯罪性质较轻的是否可以在分则中例外地规定应当处罚的犯罪未遂?同样无法做到。因为我国犯罪有定量的因素,轻罪本身性质较轻,如果具体的犯罪未遂情节显著轻微的话,显然可能会被第13条排除出罪。再次,对于犯罪性质较轻的是否可以在分则中例外地规定对其犯罪未遂一律不予处罚?答案是完全可以。因为将本身性质较轻的犯罪未遂排除出犯罪,不仅符合我国《刑法》第13条的规定,也符合刑法谦抑性的要求。^[5]当然,对于哪些轻罪的未遂可以在分则中明确规定其犯罪未遂不予处罚,需要我们在司法实践中不断总结,合理界定。

可见,在立法上我们无法直接照搬国外采取实质上的列举式立法,来明确规定哪些犯罪的未遂具有可罚性,而只能明确规定哪些犯罪的未遂不具有可罚性,究其原因,是因为相关国外刑事立法对犯罪的规定只定性不定量,而我国刑事立法既定性又定量。^[6]国外犯罪的涵义比我国更加宽泛,我国在犯罪的界定上需要更加谨慎。因此,意图通过明确的列举式立法以解决我国犯罪未遂处罚缺乏统一定罪标准困境的努力是徒劳的,这一困境因我国犯罪有始终存在的定量因素,我们只能通过各种途径尽量减少困境带来的困惑,尽量追求犯罪未遂定罪标准的相对清晰。在立法方面,我们能够做的仅是在现有规定的基础上,通过司法实践的总结,逐步在分则中对无需处罚的未遂轻罪做出例外规定,以减少困惑。

3.3 司法上探求统一的定罪标准

为了尽量克服我国犯罪未遂定罪处罚缺乏统一定罪标准的困境,我们需要在司法阶段做出两方面的努力:一方面,在司法实践中对常见多发犯罪的具有刑事可罚性的犯罪未遂情形进行总结,并最终形成处罚该罪未遂的相关司法解释,进而实现对该罪未遂处罚标准的统一,如我国关于盗窃未遂的司法解释^③便是这样的尝试。如前所述,由于定量因素的存在显然不可能明确规定将某罪的犯罪未遂全部定罪,但却可以在实践总结的基础上将某罪某些情形下的犯罪未遂明确规定为犯罪,而未明确规定的情形不予处罚,这样可以明确该犯罪未遂的处罚范围,即使在极少数情况下对应受刑法处罚的犯罪未遂情形有所遗漏,也可在随后的司法解释中进行补充,且这种现象符合刑法谦抑性的要求。当然,这个任务只能由刑法的有权解释来完成,因为将这些细致的规定放入刑法当中会使刑法过于冗繁,且不利于刑法保持稳定性。另一方面,判断特定的犯罪未遂是否可以作为未遂犯定罪处罚的过程,实质上是以该未遂行为相关的主客观因素为基本依据,以该罪的犯罪构成为基本框架,以刑法的价值理念为衡量标准,对该犯罪未遂中的未遂行为进行量的判断,以决定其是否达到应受刑法处罚或应以未遂犯定罪处罚的程度。

可见,对特定的犯罪未遂是否应定罪处罚的判断本质上是量的判断,而在司法过程中确保这种量的判断结论统一性的最佳途径自然是立法或有权的刑法解释对于该罪犯罪未遂定罪处罚范围的明确规定,然而,并非所有的犯罪都能做到犯罪未遂定罪处罚范围有明确规定。那么,在这种情况下,确保司法判断结论统一性的基本途径只能求助于司法人员判断思维的规范性,而规范的判断必然要求严格遵循上述以量的判断为核心的思维过程,而且,作为判断基本框架的犯罪构成工具如何构建才能容纳和体现量的衡量,以及作为判断衡量标准的刑法价值理念如何确定才能实现刑法干预的适度,是其中最为关键的两个影响因素。同时,《刑法》第13条“但书”的存在使我国犯罪的成立均需进行量的考察,可见,容纳和体现量的衡量的犯罪构成工具的构建与反映刑法适度干预的刑法价值理念的确定,不仅是犯罪未遂定罪处罚需要解决的问题,而且对

我国绝大多数犯罪的司法认定都极具价值。然而,这又是两个较为复杂的课题,尤其是刑法价值理念的确定,不仅需要系统研究具有普遍指导意义的基于刑法本身的特性、功能以及国家、社会、民众对刑法的意识与需求所产生的刑法应有的价值导向,而且也需要深入探讨作为刑法规范对象的未遂犯本身的处罚根据,以确定刑法对犯罪未遂适度干预的价值基础。“1979年刑法颁布以后,我国刑法学界关于犯罪未遂的讨论主要围绕刑法规定展开,尤其是对犯罪未遂的特征进行了分析。此后,对未遂的讨论才逐渐地涉及未遂负刑事责任的根据问题。”^[1]如今,未遂犯处罚根据问题已成为犯罪未遂研究的主要焦点,但在犯罪未遂定罪处罚范围没有法律明确规定的情况下,规范司法人员判断思维可能是司法上探求处理犯罪未遂个案问题统一定罪标准的最佳思路。

参考文献

- [1] 彭文华. 我国刑法分则犯罪模式不应为既遂模式 [J]. 佛山科学技术学院学报(社会科学版), 2013(1): 6-14.
- [2] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [3] 黎宏, 申键. 论未遂犯的处罚范围 [J]. 法学评论, 2003(2): 125-129.
- [4] 张明楷. 刑法的基本立场 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [5] 王志祥. 论未遂行为的处罚范围 [J]. 山东公安专科学校学报, 2004(7): 16-19.
- [6] 柳忠卫. 刑事政策视野中犯罪未完成形态立法模式的理性建构 [J]. 法学家, 2012(3): 40-54.
- [7] 张飞飞. 论未遂犯的处罚范围 [J]. 法制与社会, 2011(6): 32-33.
- [8] 刘之雄. 犯罪既遂论 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.
- [9] 赵秉志. 外国刑法中的犯罪未遂 [J]. 国外法学, 1985(6): 58-64.
- [10] 王志祥. 海峡两岸犯罪停止形态立法比较研究 [J]. 法商研究, 2013(1): 101-111.
- [11] 王志祥. 犯罪构成的定量因素论纲 [J]. 河北法学, 2007(4): 87-92.
- [12] 陈兴良. 客观未遂论的滥觞——一个学术史的考察 [J]. 法学家, 2011(4): 45-64.

^③ 最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条(二):“盗窃未遂,情节严重,如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的,应当定罪处罚。”