

● 法 学

# 中国内地刑法与澳门刑法中犯罪 未完成形态比较研究<sup>\*</sup>

马 克 昌

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 马克昌 (1926-),男,河南西华人,武汉大学法学院法律学系教授、博士生导师,主要从事刑法学研究。

**摘 要** 犯罪的未完成形态有犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止。中国内地刑法与澳门刑法均对犯罪预备或预备行为作了决定,但对犯罪预备的处罚原则,后者的规定更为可取。关于犯罪未遂,内地刑法的规定属于法国刑法的模式,澳门刑法的规定则属于德国刑法的模式,后者用“犯罪未至既遂”表示犯罪的未完成,值得内地刑法借鉴。关于犯罪中止,内地刑法规定“没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。”澳门刑法规定“不予处罚”。由于犯罪中止的情况比较复杂,不宜用统一的模式来解,所以内地刑法的规定更为合理。

[关键词] 犯罪预备;犯罪未遂;犯罪中止

[中图分类号] DF 6

[文献标识码] A

[文章编号] 1000-5374(2000) 01-0006-06

犯罪形态指各种犯罪行为的状态。从不同的标准考察,犯罪可以表现为各种各样的形态。以犯罪是否完成为标准,犯罪表现为完成形态和未完成形态两种。犯罪的完成形态,是犯罪既遂,或称既遂犯。犯罪的未完成形态,通常认为有犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止,或称预备犯、未遂犯和中止犯。刑法分则条文关于基本犯罪构成是以犯罪既遂形态为标准而加以规定的,所以日本学者山中敬一教授指出:“从而认为既遂类型是基本的构成要件,未遂犯处罚规定,可以说是‘构成要件的扩张形式’。”<sup>[1]</sup>(第 667 页)“所谓既遂犯,指充足构成要件的行为。……所谓构成要件的充足,指具备了构成要件的全部要素。在结果犯的场合,结果的发生是必要的。在举动犯的场合,被构成要件记述的行为即实行行为完全实施是必要的。怎样的场合要结果的发生,或要实行行为的遂行,根据各构成要件的解释来决定。从而,探求既遂犯的要件,完全是刑法各论的任务。”<sup>[2]</sup>(第 312-313 页)犯罪的未完成形态是犯罪构成的修正形式,或者

说是犯罪阶段上的犯罪形态。由于它具有不同程度的社会危害性,因而各国刑法虽然都有关于犯罪未完成形态的规定,但由于国情和指导思想的不同,在立法上如何规定,仍然存在较大差异。我国内地刑法(以下简称内地刑法)与澳门刑法关于这方面的规定也有类似情况。内地刑法用专节以三个条文规定了犯罪的预备、未遂和中止。《澳门刑法典》则在“犯罪的形式”一章中以五个条文规定了预备行为、犯罪未遂、犯罪未遂的可罚性、犯罪中止、共同犯罪情况下之犯罪中止。可以看出,两者从规定的形式到内容,都有同有异,值得探讨。下面拟以内地刑法的规定为序,依次对犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止,与《澳门刑法典》的有关规定进行比较研究。

## 一、犯罪预备

(一)犯罪预备的概念 内地刑法第 22 条第 1 款规定:“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。”《澳门刑法典》第 20 条规定:“预备行为不予

处罚。”两者都对预备行为作了规定,但内地刑法规定了犯罪预备的定义,而《澳门刑法典》未对预备行为作出解释。内地刑法虽然明文规定了犯罪预备概念的定义,但这一定义只是将犯罪预备作为一个犯罪阶段,而不是作为一种犯罪形态加以界定。如果作为一种犯罪形态,理论上认为应将犯罪预备作如下解释:犯罪预备,是指为了实行犯罪进行了预备,由于行为人意志以外的原因,未至于着手实行犯罪的犯罪形态。构成犯罪预备,必须具备如下要件:1.为了实行犯罪进行了预备。即行为人出于犯罪的直接故意,且已经进行了实行犯罪的预备活动。据此,可以将犯罪预备与单纯的犯意表示区别开来。2.未至于着手实行犯罪。即行为人的行为仅仅停留在犯罪预备阶段,而未向前发展达到着手实行犯罪的地步。是否着手实行犯罪是区别犯罪预备与犯罪未遂的界限。3.在犯罪预备阶段停顿下来,未至于着手实行犯罪,是由于行为人意志以外的原因,即行为人不是出于自己的意愿自动停留在犯罪预备阶段,这是犯罪预备与在犯罪预备阶段上的犯罪中止的区别之所在。具备上述三个要件,才能构成犯罪预备的犯罪形态<sup>[31]</sup>(第 88-90页)。

《澳门刑法典》虽然未对预备行为作出解释,但在论述澳门刑法的著作中,却对预备行为在理论上作了说明。例如赵国强博士在其专著《澳门刑法总论》中写道:“所谓故意犯罪的预备形态,通常是指行为人为了完成某种有目的的犯罪,事先为实行该种犯罪而作出相应的预备行为,……但由于行为人意志以外的原因,致使行为人在进行了犯罪的预备行为后,无法再继续实施原来已设想好的有目的的犯罪。……构成故意犯罪的预备形态必须具备三个条件:一是主观条件,即行为人之所以进行犯罪的预备行为,主观上完全是为下一步实行某种具体的故意犯罪服务的;二是内涵条件,即行为人所进行的犯罪预备行为,在性质上只是为下一步实行具体的故意犯罪创造条件,这种预备行为本身不会直接引起行为人所希望产生的犯罪后果;三是停止条件,即行为之所以在进行了预备行为后无法再继续实行预定的故意犯罪,不是出于自愿,而是因为发生了某种行为人预料不到的情况而被迫停止。”<sup>[41]</sup>(第 76-77页)。

据上所述可以看出,两地刑法理论对犯罪预备或故意犯罪的预备形态的文字说明虽然不同,但基本内容并没有实质的差别。

(二)犯罪预备的处罚 根据内地刑法第 22 条第 2 款的规定,“对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”即犯罪预备原则上予以处

罚,只是对预备犯一般应当比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。这是考虑到犯罪预备对社会关系的侵害还没有开始,距危害结果的发生还有相当距离,与犯罪未遂相比,其社会危害性要小,所以作上述规定。实际上对较轻犯罪的预备,并未作为犯罪处理。

根据澳门刑法的规定,预备行为原则上不作为犯罪予以处罚,“但另有规定者除外”即只是法律有明文规定处罚犯罪预备行为的,才予以刑罚处罚。依照《澳门刑法典》第 261 条和第 266 条的规定,仅对假造货币,使硬币价值降低,假造印花票证,假造印、压印、打印器或图章,造成火警、爆炸及其他特别危险行为,利用释放核能实施上列行为等的预备行为,明文规定了相应的法定刑予以处罚。

比较两地刑法对犯罪预备的处罚原则,我们认为,内地刑法的规定似不如澳门刑法的规定更为可取。因为犯罪的预备行为原则上不处罚有特别规定的予以处罚是有道理的。预备行为之所以原则上不处罚,正如日本学者齐藤诚二所说,理由在于如下三点:“(1)它缺乏犯罪的内容,(2)其犯罪的意思证明困难,(3)刑事政策的考虑。”<sup>[51]</sup>(第 92页)所谓缺乏犯罪的内容,指预备行为还没有侵害一定的社会关系或法益,所谓犯罪的意思证明困难,例如购买菜刀,就这件事而言,还不能说就是为了杀人而购买凶器。所谓刑事政策上的考虑,指行为本身虽然是预备犯罪,但经过一定时间,可能改变主张,以致不再向前发展,不作处罚规定,有利于鼓励行为人在着手实行犯罪之前停顿下来。因而对犯罪的预备行为原则上应不予处罚。对某些犯罪的预备行为之所以需要特别规定予以处罚,理由在于某些严重犯罪的预备行为已经对一定的社会关系或法益造成威胁,或者该种预备行为本身即具有相当的社会危害性,因而有必要在法律上作出处罚的规定。当然,既是作为预备行为不处罚的例外规定,规定处罚预备行为的犯罪应当限于严重犯罪,并且不宜过多,这也与现代刑法基本原则之一的罪刑法定原则相符合。《澳门刑法典》的规定正是如此。而内地刑法虽然实践上只是对严重犯罪的预备才予以处罚,但由于刑法分则没有明文规定处罚何种犯罪的预备,以致对某种犯罪的预备是否处罚和如何处罚,完全委之于审判人员的裁量,因而不利于国家法制的统一。

## 二、犯罪未遂

(一)犯罪未遂的概念 内地刑法第 23 条第 1 款规定:“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。”《澳门刑法典》

第 21 条第 1 款规定:“行为人作出一已决定实施之犯罪实行行为,但犯罪未至既遂者,为犯罪未遂”。两者虽然都对犯罪未遂的定义作出规定,但两者的定义却存在重大差别,分别属于不同的立法模式。近代刑法犯罪未遂的概念,主要有两种不同的立法模式:一是法国刑法的模式。1810年《法国刑法典》第 2 条规定:“凡未遂之重罪,已表现于外部行为并继之以着手实施,仅因偶然或非出于犯人本意之情况而中止或未发生结果者,以重罪论。”这是狭义的犯罪未遂即犯罪中止不在犯罪未遂范围之内最早的立法例。二是德国刑法的模式。1871年《德国刑法典》第 43 条规定:“凡着手于犯重罪或轻罪行为的实行,因而表现其有犯罪的决心,但未完成其所欲犯的重罪或轻罪者,应依犯罪未遂处罚。”这是广义的犯罪未遂即犯罪中止包括在犯罪未遂范围之内最早的立法例。内地刑法中犯罪未遂的规定属于法国刑法的模式,而澳门刑法中犯罪未遂的规定则属于德国刑法的模式。可见两地刑法的立法模式迥然不同。

(二)犯罪未遂的要件 由于两地刑法对犯罪未遂采取不同的立法模式,犯罪未遂有狭义、广义的区别,因而两地刑法中犯罪未遂的要件自然也存在差异。内地刑法中的犯罪未遂,理论上通常认为其成立有三个要件:1. 行为人已经着手实行犯罪。2. 犯罪未完成而停止下来。详言之,行为人在着手实行犯罪之后,犯罪“未得逞”。即犯罪未达既遂形态而停止下来。表现形式有三:一是法定的犯罪结果没有发生,二是法定的犯罪行为未能完成,三是法定的危险状态尚未具备。犯罪完成与否,关键是看刑法分则具体犯罪构成要件所要求的犯罪客观方面为要件是否完备。3. 犯罪停止在未完成形态是犯罪分子意志以外的原因所致<sup>[6]</sup>(第 193-194 页)。正是由于这一要件,这种犯罪未遂通常称为障碍未遂。澳门刑法中的犯罪未遂,根据《澳门刑法典》的规定,其成立要件有二:

1. 行为人作出已决定实施的犯罪的实行行为。2. 犯罪未至于既遂。与内地刑法相比,它没有第三个要件,因而成为广义的犯罪未遂。它的两个要件与内地刑法所提出的前两个要件,内容相同,但在立法上表述互有长短。我们认为,就第一个要件而言,内地刑法表述简练确切,“着手实行”用语为大陆法系一些国家的刑法所使用,易于使人了解。《澳门刑法典》的表述则不够简练,可能由于翻译的原因,文字也不通俗易懂。就第二个要件而言,内地刑法的规定不如澳门刑法的规定用词科学。内地刑法用“未得逞”表示犯罪的未完成。根据《现代汉语词典》,“得逞”的意思是“(坏主意)实现达到目的”。“未得逞”的意思自然

是(坏主意)没有实现;没有达到目的,没有达到犯罪目的,并不就是犯罪未遂。例如以营利为目的的犯罪,只要主观上具有营利的目的,客观上完成了犯罪构成客观方面的要件,就是犯罪既遂,而不问营利的目的是否达到。可见“未得逞”不能确切地表述犯罪的未完成状态。澳门刑法用“犯罪未至既遂”表示犯罪的未完成。根据刑法理论,犯罪既遂就是犯罪的完成。日本学者植松正教授说:“这里所谓‘完成’,当然意味着法的意义上的完成,从而犯人的事实上的意图即使未至于完全实现,如果实现了全部犯罪构成要件,在法上仍是完成。”<sup>[7]</sup>(第 312 页)犯罪未至既遂,即未实现全部犯罪构成要件,自然是犯罪的未完成。可见“犯罪未至既遂”是犯罪的未完成状态的确切的表述,值得内地刑法借鉴。

(三)犯罪的实行行为 内地刑法仅仅作了“已经着手实行犯罪”的规定,至于什么是着手实行犯罪或犯罪的实行行为,刑法上未作解释,而由刑法理论加以说明。关于着手实行犯罪,通说认为,指行为人已经开始实施刑法分则规范里具体犯罪构成要件中的犯罪行为<sup>[8]</sup>(第 273 页)。也有学者认为,实行行为的着手,指已经开始实施可能直接导致行为人所追求的、行为性质所决定的犯罪结果发生的行为<sup>[9]</sup>(第 254 页)。而《澳门刑法典》则对什么是实行行为则作了明文规定。根据该刑法典第 21 条第 2 款,下列行为为实行行为:1. “符合一罪状之构成要素之行为”。罪状是刑法分则中规定罪刑关系的条文对具体犯罪及其主要构成要素的描述。符合一罪状的构成要素,就是指行为人实施的行为与刑法分则条文所描述的某种具体犯罪行为的特征相符合。实施这样的行为,就是实行行为。2. “可适当产生符合罪状之结果之行为”。本项规定的“侧重点主要是以某种行为是否会产生一符合罪状之结果,来作为判断犯罪实行行为的标准,故强调的是行为的后果,而非行为的特征;具体来说,也就是在某行为实施完毕后,从后果方面去分析该行为是否属于犯罪的实行行为。”<sup>[4]</sup>(第 82 页)实施可适当产生符合罪状的结果的行为,就是实行行为。3. “某些行为,除非属不可预见之情节,根据一般经验,在性质上使人相信在该等行为后将作出以上两项所指之行为。”这项规定主要从不同行为相互间的联系程度上来认定故意犯罪的实行行为。例如某甲暗藏铁棍,跟踪在银行取款的某乙之后,企图走到人少之处进行抢劫,后被某乙发觉报警,从其身上搜出铁棍。跟踪行为很难说符合抢劫罪的罪状,但只要不发生其他特殊情况,某甲必然会对某乙实施暴力抢劫行为。根据本项规定,这种跟踪行为就可

以认定为抢劫罪的实行行为<sup>[4]</sup>(第 83 页) 内地刑法由于未对着手实行犯罪作出解释性规定, 学理上的解释也不够完善, 不便于司法实践掌握。相比之下, 澳门刑法对实行行为的规定明确、具体, 认定实行行为的标准不拘一格, 便于实际部门操作, 确有值得借鉴之处。只是第三项规定, 与日本刑法理论中补充形式的客观说中的密接行为说相近似, 虽有利于法官判案, 避免理论上的分歧, 但也存在团藤重光教授所指出的密接行为说的缺陷, 即“这是使‘实行’的观念不适当的放宽。”<sup>[10]</sup>(第 330 页) 因而对这项规定, 我认为还有待推敲。

(四) 犯罪未遂的种类 内地刑法规定的犯罪未遂是狭义的犯罪未遂即障碍未遂, 立法上没有规定犯罪未遂的种类, 刑法理论上通常认为, 犯罪未遂分为: 1. 实行终了的未遂与未实行终了的未遂; 2. 能犯未遂与不能犯未遂。不能犯未遂又进一步区分为工具不能犯未遂与对象不能犯未遂。《澳门刑法典》第 21 条规定的犯罪未遂是广义的犯罪未遂, 根据该刑法典第 21 至 23 条的规定, 犯罪未遂可以分为如下三种: 1. 障碍未遂, 又分为着手未遂(或称未实行终了的未遂)与实行未遂(或称实行终了的未遂) 2. 不能未遂, 又分为方法不能未遂与对象不能未遂 3. 中止未遂(后面专门论述)。比较两地刑法可以看出, 除了澳门刑法将中止未遂列为犯罪未遂的种类之一与内地刑法不同外, 其余的分类基本相同。但内地刑法对犯罪未遂的分类, 只是理论上的划分; 而澳门刑法对犯罪未遂的分类则有法律依据。例如《澳门刑法典》第 22 条第 3 款规定: “行为人采用之方法系明显不能者, 或犯罪既遂所必要具备之对象不存在者, 犯罪未遂不予处罚。”此即不能未遂以及方法不能未遂和对象不能未遂分类的法律依据。我们认为, 这样的规定对内地修订刑法具有参考价值。

(五) 犯罪未遂的处罚 内地刑法未在刑法分则中规定哪种犯罪的未遂应予处罚, 而只是在刑法第 23 条第 2 款规定“对于未遂犯, 可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”对此规定, 通常理解为对未遂犯一般要从轻或减轻处罚, 但在个别情况下, 综合全案案情考察, 其社会危害程度并不小于既遂犯时, 也可以不比照既遂犯从轻处罚。关于犯罪未遂处罚的规定, 澳门刑法有自己的特色。它将犯罪未遂的处罚分为三种情况分别加以规定: 一是“有关之既遂犯可处以最高限度超逾 3 年之徒刑时, 犯罪未遂应予处罚”《澳门刑法典》第 22 条第 1 款) 例如, 《澳门刑法典》第 157 条规定, 强奸罪法定最高刑为 12 年徒刑, 显然超过 3 年徒刑, 所以这类犯罪, 分则各款中虽然

没有处罚犯罪未遂的规定, 但应依法追究这类犯罪未遂的刑事责任。二是犯罪既遂的法定最高刑为 3 年徒刑或低于 3 年徒刑时, 分则条文特别规定处罚该种犯罪的未遂的, 该种犯罪的未遂才予处罚。此即《澳门刑法典》第 22 条第 1 款但书“但另有规定者除外”的情况。例如《澳门刑法典》第 197 条第 1 款规定盗窃罪的最高法定刑为 3 年徒刑, 第 2 款规定“犯罪未遂处罚之”。如果没有规定处罚该种犯罪的未遂, 该种犯罪的未遂就不能处罚。对上述两类犯罪未遂处罚时, “以可科处于既遂犯而经特别减轻之刑罚处罚之。”(《澳门刑法典》第 22 条第 2 款) 三不能犯的未遂不予处罚。根据《澳门刑法典》第 22 条第 3 款的规定。不论方法不能未遂或对象不能未遂均不予处罚。据上所述可以看出, 两地刑法对犯罪未遂都规定予以处罚, 这是相同的。但在如何处罚上却存在较大差异: 1. 内地刑法仅在总则中规定犯罪未遂处罚, 未列举处罚的范围, 在分则条文中也没有相应的规定; 澳门刑法不仅在总则中分为两种情况规定对何种犯罪未遂处罚, 并且在分则条文中对某些犯罪处罚未遂也有相应的规定。2. 内地刑法对犯罪未遂的处罚原则采得减主义, 个别情况也可能不从轻或减轻处罚; 澳门刑法对犯罪未遂的处罚原则采必减主义, 以比既遂犯特别减轻的刑罚处罚。3. 内地刑法对不能犯未遂的处罚没有另外作出规定, 即按照对未遂犯的处罚原则处理, 只是有的理论著作认为对不能犯未遂的处罚应较能犯未遂的处罚为轻<sup>[6]</sup>(第 197 页); 澳门刑法则明文规定不能犯未遂一律不予处罚。我们认为, 澳门刑法对犯罪未遂的处罚采必减主义, 对不能犯未遂一律不处罚的规定, 都是根据客观主义理论的立法, 而忽视了行为人的主观危险性, 难以认为是妥当的。但它对犯罪未遂处罚范围的规定比内地刑法规得具体, 有利于审判人员操作和法制的统一, 则有借鉴价值。

### 三、犯罪中止

(一) 犯罪中止的概念 内地刑法第 24 条规定: “在犯罪过程中, 自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的, 是犯罪中止。”《澳门刑法典》第 23 条规定: “一、行为人因己意放弃继续实行犯罪, 或因己意防止犯罪既遂, 或犯罪虽既遂, 但因己意防止不属该罪状结果发生者, 犯罪未遂不予处罚。”从上述规定可以看出: 内地刑法的犯罪中止是与犯罪未遂并列的概念, 属于法国的立法模式。澳门刑法的犯罪中止则是犯罪未遂的一种, 与德国的立法模式相同。不过, 两地刑法对犯罪中止的规定都强调放弃犯罪

的自动性、彻底性和有效性,这是相同之处;但文字表述不同,且在时间条件的规定上存在重大差别。关于自动性,内地刑法直接用“自动”一词表述,澳门刑法用“因己意”词组表述。关于彻底性,内地刑法表述为“放弃犯罪”,澳门刑法则表述为“放弃继续实行犯罪”。关于有效性,内地刑法的行文是“有效地防止犯罪结果发生的”,澳门刑法的行文是“防止犯罪既遂”或“防止不属该罪状之结果发生者”。在时间条件上,内地刑法规定了“在犯罪过程中”,所谓犯罪过程,指犯罪预备阶段、犯罪实行期间和犯罪实行终了;而澳门刑法则规定为犯罪实行期间、犯罪实行终了和犯罪已经既遂。这就是说,内地刑法不承认犯罪既遂之后还存在犯罪未遂,而澳门刑法则不承认犯罪预备阶段的犯罪中止。我认为,澳门刑法不设犯罪预备阶段的犯罪中止,在理论上是前后一致的。因为它将犯罪中止视为犯罪未遂的一种,而犯罪未遂与犯罪预备是两个互不相同的并列的概念,犯罪预备阶段的犯罪中止自然没有存在的余地。至于它规定的犯罪既遂之后的犯罪未遂,虽有它的积极作用,但在逻辑上是自相矛盾的。

(二)犯罪中止的种类 内地刑法没有规定犯罪中止的种类,但刑法理论根据刑法对犯罪中止的规定,认为犯罪中止可以分为如下类型:一是根据犯罪中止发生的时空范围可分为:1.预备中止,即发生在犯罪预备阶段的中止;2.未实行终了中止,即发生在犯罪实行行为尚未终了时的中止;3.实行终了中止,即发生在犯罪实行行为终了后的中止。二是根据对中止行为的不同要求可分为:1.消极中止,即犯罪人仅需自动停止犯罪行为继续实行便可成立的犯罪中止;2.积极中止,即犯罪人需要以积极的作为行为去防止使既遂的犯罪结果发生才能成立的犯罪中止。<sup>[6]</sup>(第 201-202页)澳门刑法也没有规定犯罪中止的分类,澳门刑法学者根据《澳门刑法典》第 23 条的规定,认为中止未遂形态主要有三种情况:第一种情况是行为人因己意放弃继续犯罪;第二种情况是行为人因己意防止犯罪既遂;第三种情况是犯罪虽既遂,但因己意防止不属该罪状之结果发生者。论者认为这一规定是针对危险犯而言的,作为危险犯会出现这样的情况,即犯罪因危险的存在已构成既遂,但与该危险直接相关的结果还没有发生,这时行为人还有以自己的行为防止危害结果发生的机会。如果有效地防止了该种危害发生,即构成第三种情况的犯罪中止<sup>[4]</sup>(第 86-88页)。此外,《澳门刑法典》第 23 条第 2 款规定:“防止犯罪既遂或防止结果发生之事实虽与犯罪中止人之行为无关,但犯罪中止人曾认

真作出努力防止犯罪既遂或防止结果发生者,犯罪未遂不予处罚。”即这种情况亦视为犯罪中止。从两地刑法对犯罪中止的分类来看,两者有相同之处,即都有未实行终了中止和实行终了中止,也可以说都有消极中止和积极中止;但同时两者却存在重大差异。这表现在如下几方面:1.内地刑法有预备中止,而澳门刑法则没有;2.澳门刑法承认犯罪既遂之后的犯罪中止,内地刑法则认为犯罪既遂之后不可能有犯罪中止存在;3.澳门刑法承认行为人曾认真作出努力防止犯罪既遂或防止结果发生,但犯罪未至既遂或结果没有发生与行为人的行为没有因果关系,亦为犯罪中止。内地刑法认为这种情况不成立犯罪中止,为防止犯罪结果发生的努力,只能在量刑时作为从宽情节来考虑。我认为,承认危险犯既遂之后的中止,有鼓励行为人防止实害结果发生的积极作用;但它毕竟与犯罪未遂的概念相矛盾。《澳门刑法典》第 21 条第 1 款明文规定,犯罪未遂的重要特征之一是“犯罪未至既遂”,如果已经既遂,也就不可能再成为未遂。因此,这种犯罪中止与犯罪未遂概念的矛盾是无法克服的。在我看来,可以将这种情况不作为犯罪中止而作为免于处罚的情节来规定,两者之间的矛盾也就可以消除了。关于虽曾作过努力但与未至既遂无关的犯罪中止,也应这样处理,即不承认其为犯罪中止,而作为免于处罚的情节来规定。

(三)犯罪中止的处理 内地刑法第 24 条第 2 款规定:“对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚,造成损害的,应当减轻处罚。”《澳门刑法典》第 23 条规定,犯罪中止的“犯罪未遂不予处罚。”两相比较,可以看出两者对犯罪中止在处理上的差异:一个是应当免除或减轻处罚,一个是不予处罚。澳门刑法的处理,可能出于刑事政策的考虑,认为如果对犯罪中止给予宽大处理,无异于给行为人“架设后退的黄金桥”(李斯特语),会鼓励更多的人中止犯罪,因而对犯罪中止的处理特别宽大。但这种不加区分地对犯罪中止一律不予处罚是否妥当,我们认为值得研究。因为犯罪是主客观的统一,犯罪中止也有不同的情况:有的既中止了预期的犯罪又没有造成任何损害,有的虽然中止了预期的犯罪但造成了一定的损害甚至严重损害,这就不宜用统一的模式来解决。据此相对而言,内地刑法的规定更为合理。

(四)共同犯罪情况下的犯罪中止 对此,内地刑法没有明文规定,只是理论上研究了共同犯罪情况下的犯罪中止怎样才能构成。《澳门刑法典》第 24 条规定:“如属由数行为人共同作出事实,其中因己意防止犯罪既遂或防止结果发生之行为人之犯罪未

遂不予处罚,而其中曾认真作出努力防止犯罪既遂或防止结果发生之行为人之犯罪未遂,即使其他共同犯罪人继续实行犯罪或使之既遂,亦不予处罚。”这一规定的前半部分,与内地刑法理论上所认定的犯罪中止大致相同;而后半部分,内地刑法理论认为不构成犯罪中止,防止犯罪既遂的努力只能在量刑时作为从宽处罚的情节来考虑。所以我认为,澳门刑法对共同犯罪情况下的犯罪中止作出规定的做法值得借鉴,但它规定的内容,对我们来说,只能有分析地加以参考。

### [参 考 文 献]

- [1] [日]山中敬一.刑法总论:II[M].东京:成文堂,1999.  
[2] [日]西原春夫.刑法总论:上卷[M].东京:成文堂,1995.

- [3] 马克昌.刑法理论探索[M].北京:法律出版社,1995.  
[4] 赵国强.澳门刑法总论[M].澳门:澳门基金会,1998.  
[5] [日]齐藤诚二.预备罪的研究[M].东京:风间书房,1971.  
[6] 赵秉志.新刑法教程[M].北京:中国人民大学出版社,1997.  
[7] [日]植松正.刑法概论:I 总论[M].东京:劲草书房,1974.  
[8] 高铭暄,马克昌.刑法学:上编[M].北京:中国法制出版社,1999.  
[9] 张明楷.刑法学:上[M].北京:法律出版社,1997.  
[10] [日]团藤重光.刑法纲要总论(改订版)[M].东京:创文社,1979.

(责任编辑 车 英)

## Comparative Study on the Incomplete Crime Patterns in Criminal Laws of Mainland China and Macao

MA Ke-chang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Biography** MA Ke-chang (1926-), male, Professor, Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

**Abstract** The incomplete crime patterns include criminal preperation, criminal attempt and criminal desistance. Both the mainland criminal law and Macao criminal law define the criminal preperation or preparing act, but the latter is more reasonable as to provision of punishment on criminal preperation. As regard to criminal attempt, the definition of the mainland criminal law belongs to the French criminal law pattern, while that of Macao criminal law can be classified in the German criminal law pattern. The latter's definition to "criminal incompleteness" with the expression of "crime doesn't reach the accomplishment" can be used for reference to the mainland. Concerning criminal desistance, the mainland criminal law states "Impunity should be applied if there is no damage occurred; mitigation should be made if there is damage caused", while Macao criminal law provides "remission from punishment". Owing to the complex of criminal desistance, it is not suitable to deal with it in one uniform mode, therefore, the provision of mainland criminal law is more plausible.

**Key words** criminal preperation; criminal attempt; criminal desistance