

武汉大学刑法博士文丛 (34)

许
健
著

犯罪预备行为处罚限度研究

Research on Punishment Limit of Crime in Preparation Behavior



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛 (34)

武汉大学马克昌法学基金会资助出版

犯罪预备行为 处罚限度研究

Research on Punishment Limit of
Crime in Preparation Behavior

许 健 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪预备行为处罚限度研究/许健著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2015. 10

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1797 - 2

I. ①犯… II. ①许… III. ①犯罪—处罚—研究 IV. ①D917
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 144837 号

犯罪预备行为处罚限度研究

许 健 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2015 年 10 月第 1 版

印 次: 2015 年 10 月第 1 次

印 张: 6.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 185 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1797 - 2

定 价: 25.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

武汉大学刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般来说选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生，在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士研究生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到好评。进入新世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武汉大学刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

犯罪预备行为处罚限度研究

文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武汉大学刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选择范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武汉大学刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力支持，“武汉大学刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006 年夏于珞珈山



导论	(1)
一、基本观点	(1)
二、研究现状和方法	(3)
第一章 犯罪预备行为处罚概述	(5)
第一节 犯罪预备行为处罚的立法	(7)
一、犯罪预备的立法例考察	(7)
二、立法例的评介	(13)
第二节 明确处罚范围的必要性	(16)
一、处罚的理论纷争	(16)
二、风险社会刑事政策	(20)
三、刑事立法与刑事司法相协调	(21)
四、刑法理论体系完善协调	(25)
第二章 犯罪预备行为规范考察与特殊形态	(28)
第一节 犯罪预备行为概念考察	(29)
一、犯罪预备行为概念和特征	(30)
二、犯罪预备行为规范因素	(39)
三、犯罪预备行为非规范因素	(59)
四、犯罪预备行为构成要素	(61)
第二节 犯罪预备行为与相关概念	(62)
一、犯罪预备	(62)
二、预备犯	(73)

犯罪预备行为处罚限度研究

三、犯罪预备与阴谋	(74)
四、预备阶段之中止	(87)
五、预备行为与犯罪预备行为	(96)
第三节 犯罪预备行为的认定	(97)
一、犯罪预备与犯罪实行之区分	(97)
二、犯罪预备行为与实行行为之区分	(98)
三、犯罪预备行为之因果关系	(101)
四、预备行为之违法性阻却事由	(113)
第四节 特殊情形的犯罪预备行为的认定	(119)
一、共同犯罪中的预备行为	(119)
二、间接正犯的预备行为	(122)
三、法条竞合中的预备行为	(130)
四、牵连犯的预备行为	(131)
五、集合犯的预备行为	(133)
第三章 犯罪预备行为转化及预备犯归属	(137)
第一节 犯罪预备行为的实行性转化	(137)
一、犯罪预备行为和行为实行性分析	(138)
二、犯罪预备行为的实行性转化	(142)
三、犯罪预备行为实行性转化归属	(145)
四、犯罪预备行为实行性转化的研究意义	(146)
第二节 预备犯的处罚根据与归属	(147)
一、预备犯处罚根据	(148)
二、预备犯的构造	(157)
第四章 犯罪预备行为处罚范围的体系性思考	(163)
第一节 犯罪预备行为处罚范围的确定	(164)
一、犯罪预备行为范围的处罚标准	(164)
二、犯罪预备行为处罚范围	(170)
三、处罚标准的具体运用——设置单独的预备罪	(177)
第二节 法条上的协调	(181)

一、总则的修改	(181)
二、分则的修改	(182)
结 语	(184)
参考文献	(186)
科研成果目录	(203)
后记	(205)

导 论

一、基本观点

笔者通过对犯罪预备行为的概念及其衍生概念进行研究，界定并明确相关概念之间的关系；提出犯罪预备是直接故意犯罪的行为，人为了实施某种能够引起预定危害结果的犯罪实行行为，在准备犯罪工具、制造犯罪条件的过程中，由于意志以外的原因，而未能进入犯罪实行阶段的停止状态。笔者赞同马克昌教授对预备犯提出的概念，是指已经实施犯罪的预备行为，但是由于行为人意志以外的原因，未能着手实行犯罪的犯罪形态，并在此意义上进行相关深入的研究，力图 and 已经发展变化的社会发展进程同步。

笔者对犯罪预备行为主客观构成进行分析后，给出犯罪预备行为的概念和特征。犯罪预备行为，是行为人在“为了实施犯罪”的主观目的支配下，准备犯罪工具，制造犯罪条件的行为。并在此基础上提炼出犯罪预备行为的具体五个特征：（1）主观目的性；（2）客观实行性；（3）实质危害性；（4）阶段预备性；（5）处罚选择性。

笔者通过对犯罪预备行为实行性转化进行研究，列举出犯罪预备行为实行性转化的情形，并对实行性转化前的预备性与实行性转化后的实行性进行分析对比研究，明确其归属和研究的意义。随后笔者研究预备犯的构造和归属空间，明确对其处罚的根据，从立法、伦理、哲学、实践等多方面对预备犯为何要处罚以及为何能够被处罚进行思考，为进一步研究确定预备犯的处罚范围打下基础。

笔者在此基础上还对一些特殊犯罪形态的预备行为进行研究，并与刑法传统理论进行衔接做体系性思考。例如，对不作为犯的预备行为、间接正犯的预备行为、原因自由行为的预备行为、共同犯

犯罪预备行为处罚限度研究

罪中的预备行为等特殊形态犯罪的预备行为进行分析和研究。力图避免本研究的理论在此处合理和合法，而换空间后变得无所适从，合理不合法或者合法不合理，甚至出现两点尽失的尴尬。

在上述系统研究的基础上，笔者提出对于目前我国刑法关于犯罪预备的总则性规定要加以修改，采取总则原则规定和分则具体规定相结合的立法模式。笔者认为，总则确定预备犯的处罚范围，应该从某种犯罪惯常的实行方式、犯罪人多采用的工具、犯罪在预备阶段以及一般所造成的危害结果等方面进行综合考虑，抽象固定判断处罚犯罪预备行为的范围及标准。分则部分主要用个罪规定的形式，具体一一规定对哪些犯罪的预备行为进行处罚。

英国的丹宁勋爵认为，针对重罪的惩罚应充分反映大多数公民对它们强烈的反感。其认为把刑罚的目的局限在威慑、预防、改造这样的观点是不正确的。任何国家刑罚的终极理由都在于它是对犯罪的断然谴责，而不在于它对国民是多么具有威慑性的^①。具体到犯罪预备处罚范围的划定上也应该遵循这样的原则，一般来说，在危害国家法益的犯罪中，有预谋、有组织的犯罪预备行为的社会危害性相对来说更为严重，而有些犯罪要得到实施，必须先经过组织、预谋行为，这样所产生的社会影响也就更大。故该类犯罪中具有这种要求的犯罪就一般应处罚预备行为。综观危害国家安全罪，背叛国家罪，叛逃罪，分裂国家罪，武装叛乱、暴乱罪，投敌叛变罪，间谍罪，资敌罪等均符合上述要求，故该几种犯罪的预备行为本应作为形式预备罪纳入刑法的处罚范围之内。但是我国刑法事实上已经对严重侵害国家法益的犯罪预备行为进行实质的入罪规定。危害国家安全罪是对国家法益的保护，刑法第103条第1款、第105条第1款分别规定分裂国家罪和颠覆国家政权罪，同时分别在第2款规定煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪。这样刑法将煽

^① 参见[爱尔兰]J·M·凯利著：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社2005年版，第424页。

动、组织、策划、实施侵害国家的统一、人民民主专政的政权和社会主义制度的行为入罪，已经对国家法益进行了立体保护。刑法将严重危害国家安全犯罪的预备行为规定为犯罪，已是已然之罪，实质上的预备罪。因此笔者认为，目前我国刑法针对危害国家安全的犯罪预备行为的处罚范围大小合适，已经比较完整地对国家法益进行了保护，没有必要再规定预备罪。

在危害社会法益犯罪中，应该根据某种犯罪的发生频率、行为人采用的犯罪工具或者方式、犯罪预备行为所造成的危害结果来考虑是否应处罚该罪的预备行为。笔者以为，以下犯罪的预备行为应追究刑事责任：放火罪、投放危险物质罪、决水罪、以危险方法危害公共安全罪、劫持航空器罪及劫持船只、汽车罪等。在对个人法益的犯罪中，应以犯罪的发案率、犯罪预备行为具体拟侵害法益的重要性来决定是否应处罚犯罪预备行为。据此，故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪和绑架罪等几类犯罪的预备行为应根据刑法明确规定进行处罚。

二、研究现状和方法

现阶段，我国对于犯罪预备的研究不多，有两篇博士学位论文，一篇是邢志人博士的《犯罪预备研究》，另一篇是肖介清博士的《预备犯研究》；硕士学位论文6篇。1989年至笔者搜集时，涉及预备犯的期刊论文17篇，涉及犯罪预备的期刊论文46篇，涉及预备行为的论文7篇，但是其中也有一小部分论文出现严重的学术错误，没有研究价值。

现阶段，我国缺乏对于犯罪预备行为的研究，存在诸多的原因，最主要的是对犯罪预备行为入罪认识不足，立法规定导致司法实务部门不易操作，不仅给司法实践带来困难，而且给刑法理论研究也带来尴尬和困惑。我国刑事立法中确立罪刑法定这一铁则，但目前刑法中对犯罪预备原则上只有进行处罚的总则性规定，事实上是导致防卫社会不力的严重后果。刑法规范不完全是评价规范与决

犯罪预备行为处罚限度研究

定规范，也有一部分义务是规范及命令规范。刑法如果不被遵守，则没有办法实现其保全价值的机能。^① 笔者赞同有的学者提出的“形式合理性应优先”的观点。本书拟以刑法的处罚限度即处罚范围为切入点，简要介绍国外不同的立法、学派及学者在犯罪的本质、刑法的任务、刑法的精神、刑罚的目的等刑法基本范畴问题上的观点及争议，并结合我国目前刑法的研究成果及司法实践中的实例深入研究，目前已经收集到 338 个涉及犯罪预备的案件判决书，结合这些案例就相关问题表明个人的立场及观点。在此基础上，笔者对犯罪预备行为的社会危害性进行全面细致的分析，对有关该问题的一些不恰当观点提出质疑，并对犯罪预备行为的处罚根据做深入的探讨。笔者最后围绕我国预备犯应然的范围展开讨论，并以防卫社会为出发点，对“非犯罪化”之后的“危险分子”的处遇问题进行相应的探讨，旨在通过全面深入的分析，就犯罪预备行为的危害性、处罚根据、处罚范围、刑法的规定、预备罪的归属做出较为明确的界定。

首先，笔者使用分析方式进行研究，把理论分析和实践分析相结合，以犯罪预备行为及相关概念作为切入点加以分析，结合学者不同观点和不同国家与地区的司法实践及理论研究，联系实践案例进行理论和实践相结合分析，剖析现今刑法规定给司法实践带来的困惑，揭示同样案件不同结果的司法现实的尴尬。

其次，笔者使用文献分析法，对现有的古今中外关于犯罪预备、犯罪预备行为及预备犯的文献进行梳理性的分析研究，特别是在德国、日本等国及我国台湾地区的刑法学、犯罪学、立法学、哲学及其他社会学科的资料中寻找犯罪预备行为入罪的根据、规律和最佳的方法、标准。笔者努力避免浪漫主义理论立法，即司法实践上无法操作、实际上却添乱的情形出现。

^① 参见〔日〕川端博著：《刑法总论二十五讲》，余振华译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 151 页。

第一章

犯罪预备行为处罚概述

“行为超过限度，法律即禁止。”（*Quicquid in excessu actum est, lege prohibetur.*）不论是大陆法系还是普通法系，西方古代刑法都没有在立法上明确规定犯罪预备，也没有将犯罪预备和犯罪未遂加以区分，犯罪预备行为被包含在犯罪未遂之中，并将二者与犯罪既遂一样进行处罚。^①但从犯罪预备行为本身的性质考察，在法益侵害的程度等方面明显不同于犯罪既遂，刑法加以同样对待，赋予同样的刑罚明显不妥。有些犯罪预备行为法益侵害程度显著轻微，行为人造成的危害不大，有必要将其从刑法规制的范围内剔除，这才是贯彻刑法基本原则的要求与体现。

刑法理论对犯罪预备行为的研究不如对实行行为的研究是不争的事实，这种现象与刑法、刑罚的预防犯罪目的相违背。随着社会进步、科技发展，人类社会的发展、风险社会的存在和人们生活追求幸福稳定之间的博弈，使得诸多行为在风险社会下成为可能。但是风险社会这种动态平衡下的博弈需要法律的关注和保障，对包括犯罪预备行为在内的具有严重社会危害性的行为一定程度的容忍是社会发展必须承担的风险。然而必须明确，风险有程度，容忍也有限度，在容忍的限度和风险的程度之间平衡存在界限，立法者就是要努力寻找容忍限度和风险程度的最佳结合点。笔者试图在程度和限度之间寻找平衡之界，因此犯罪预备行为的人罪研究就刻不

^① 参见陈朴生著：《刑法专题研究》，台湾三民书局1988年版，第348页。

犯罪预备行为处罚限度研究

容缓。

当今世界各国的刑事立法，绝大多数都以不处罚犯罪预备行为为原则，以处罚少量犯罪预备行为为例外。但我国刑法的规定与大多数国家不同，仅仅分析我国刑法第 22 条的规定便可知，我国在刑事立法上是把所有的犯罪预备行为加以处罚为原则。在司法实践中，一些暴力犯罪的预备行为社会危害性严重，对其加以处罚，国民可以接受。但对一些非暴力以及无被害人的犯罪预备行为加以处罚则缺少民众认知的基础和不利构建和谐社会。之所以如此，原因是多方面的：法益侵害的危险性很小，从刑事政策考虑也应该不处罚，证明行为人主观方面存在困难等因素客观存在。也就是说，立法中原则上处罚犯罪预备行为的规定在一定程度上被虚置为原则规定，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚，仅仅变为刑法的规定，刑法应有的权威也随之受到损害，并且为个案司法腐败埋下了伏笔。

我国刑法形式上将所有犯罪预备行为宣告为刑事可罚，从刑法的危险递增理论上，不仅违反刑罚的经济性原则，在司法实践中也无法真正实施处罚所有的犯罪预备行为，这种规定也是没有理论根据的。这种规范方式明显具有国家刑罚权被滥用的危险，国家在犯罪面前也没有必要如此如临大敌。正视司法实践中对犯罪预备行为处罚的现实状况，从理论上对犯罪预备行为及相关概念的构造及其社会危害性进行剖析，借鉴国外其他地区刑法有关处罚犯罪预备行为的立法经验，对我国的刑事立法、司法及刑法理论研究将大有裨益。但囿于一部分犯罪预备行为的社会危害性较小，在司法实践中对此类犯罪预备行为也不作为犯罪处理，故该问题长期以来并未引起学术界的普遍重视，从现有的著述来看，大多都不予提及或一笔带过。只是近来有个别学者就此问题曾撰文予以讨论，但都未做深入的研究或者收效甚微，多数学者的研究认为处罚应仅限于危害极其严重的犯罪预备行为，但诸如此类的研究结论在理论上及实践方面价值甚微。众所周知，应该缩小处罚犯罪预备行为的范围，缩

小的结果也必然是只处罚那些危害性极其严重的犯罪，因此这种模糊性的刑法理论研究结论对刑事立法的实际借鉴意义不大。

第一节 犯罪预备行为处罚的立法

刑法研究应该避免出现主体迷失的情形，在避免研究主体迷失的同时，我们应该规范地加以理解刑法中所有的问题，如果缺乏透彻分析以及从整体上把握刑法条文的内容，就不可能真正理解刑法。^①对现有的刑事立法进行规范分析，有助于对刑法诸多理论问题进行理解。对现已存在的各国刑法关于犯罪预备行为及其处罚的规定进行梳理性研究，有助于从总体上对犯罪预备行为和犯罪预备行为入罪的利弊进行综合考量，有利于规范我国刑事立法使其体系完整合理。

一、犯罪预备的立法例考察

西方古代刑法没有对犯罪预备和犯罪未遂进行区分，直到1810年《法国刑法典》才开始区分实行着手前后的行为，但是也只是处罚着手之后的实行行为，明确规定了不对着手前的犯罪预备行为进行处罚的原则。1851年《普鲁士刑法典》第31条排除预备行为的可罚性，实质上是对犯罪预备进行限制处罚。^②

（一）国外刑法相关规定

德国、日本刑法为大陆法系国家的代表，除此之外，属于大陆法系的主要还有法国、意大利、荷兰等国刑法。

1976年《联邦德国刑法典》规定处罚发动战争、内乱、伪造货币印花、伪造官署证明、爆炸、略诱6种罪的预备犯。《德国刑

① 参见冯军著：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第1页。

② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第610页。

犯罪预备行为处罚限度研究

法典》第43条规定着手实施犯罪行为作为犯罪预备和犯罪未遂之间的分界线，只有实行行为才可能是应该受到处罚的未遂，而未遂之前的是不受处罚的犯罪预备行为。^①德国刑法中除了第43条规定犯罪预备，其他的还有刑法第30条、第265条和第316条a等。第30条规定因存在共犯心理上的内在联系，共犯预备行为的特别危险情况，要受刑法处罚。第30条第2款规定处罚示意他人犯罪、接受他人的犯罪请求或与他人约定犯罪等犯罪预备行为；第265条诈骗保险金，第316条a将劫持飞机的预备行为入罪。^②

根据德国刑法关于预备犯罪处罚的总则和分则的规定可知，共犯预备行为的特别危险情况，要受刑罚处罚，但是何为“特别危险情况”，法条没有明确的规定，分则中也有针对具体犯罪预备行为的处罚规定。笔者认为的唯一缺陷即为如何认定共犯预备行为的特别危险情况，原因在于本条为总则的规定，是作为处罚犯罪预备行为确定的判断标准，确定的判断标准本身缺乏具体判断行为是否符合标准的依据。笔者认为这与本条为总则中规定的内容不无关系，这种总则和分则结合的处罚犯罪预备行为的规定是目前最为合理和最为可行的处罚犯罪预备行为的规定。总则可以概括的原则性规定，但是必须和总则中的其他法条的规定相结合，同时分则也必须能与之相协调。

日本刑法总则中没有关于犯罪预备的处罚规定，只在刑法分则中规定8种预备犯罪，为内乱预备、外患预备、私战预备、放火预备、伪造货币预备、杀人预备、抢劫预备、以勒索赎金为目的的拐诱与略诱的预备等独立的预备罪。^③只不过日本刑法分则规定对预

① 参见〔德〕弗兰兹·冯·李斯特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第337～338页。

② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第627～628页。

③ 参见张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第281页。