

犯罪形态与刑罚适用原理

李恩慈 著

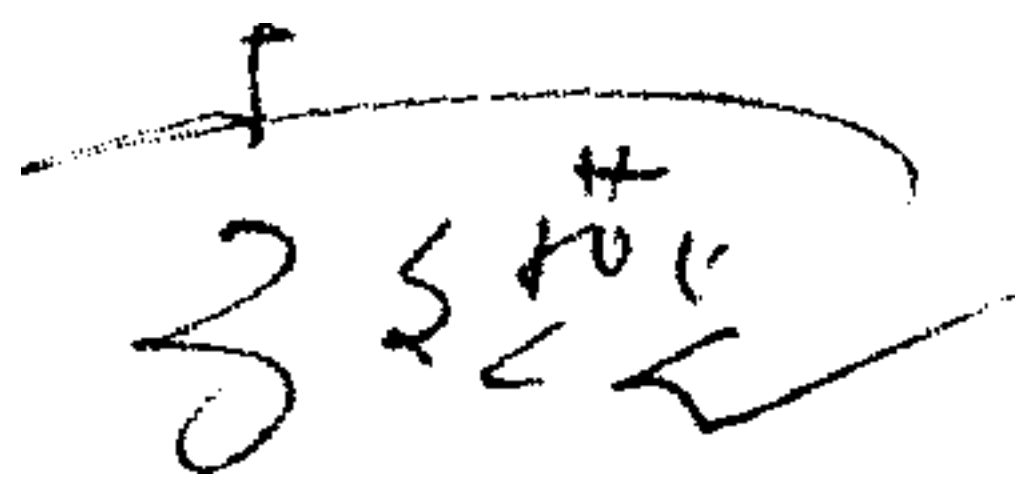
中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

序

犯罪形态包括故意犯罪停止形态、共犯形态和罪数形态，是犯罪论中最具人文精神的刑法理论，是许多中外刑法学者倾心研究、凝聚而成的优秀文化成果，为犯罪形态理论的承续和发展修建了一条色彩斑斓的文化之路。我国刑法学界自1979年刑法制定以来，有关犯罪形态的理论研究有了很大进步，取得了显著的成绩。但1997年全面修订刑法以后，由于刑事立法以及犯罪情势的变化，犯罪形态理论特别是罪数形态理论，就需要依据新的刑法理念重新进行整理和发掘，以便为司法实践提供可靠的理论支持。刑罚的适用亦是如此，如果不能适应现代刑事法治的发展，使刑罚观点发生一个根本性的改变，就不可能正确认识和适用我国的刑罚制度。现代法治下的刑罚目的，应该是惩罚犯罪和预防犯罪的辩证统一。刑罚存在的根据乃是在扬弃报应论和功利论的基础上，吸收二者的合理内核并将二者融为一体的综合学说。只有这样，才能全面和精当地解读各种刑罚制度，刑罚的适用才是正当而公正的。李恩慈所撰写的《犯罪形态与刑罚适用原理》正是这样一本应运而出的著作，它是作者潜心研究的成果，是一本推陈出新的力作。作者关于犯罪形态和刑罚适用的研究，是在梳理和评析各种学说的基础之上，吸收中外刑法理论的最新理念而进行的著述，所以，文章的论述不仅严谨明快，而且颇多建树。例

如，关于犯罪既遂、犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止四种形态的类型和处罚原则问题；有组织犯罪和共同犯罪人的分类及其刑事责任问题；罪数的类型以及一罪类型问题，特别是对一罪类型的综合和阐述，十分的精彩，很见作者的功底；关于刑罚的根据问题以及各种刑罚制度的论述，都有为之一新之感。作者文笔很好，讲究遣词造句，文风清新畅达，这是应该倡导的治学之道，法学文章读起来不仅要有深邃的理论，而且要讲究著述的文采。李恩慈的文章很见文字功底，这也是我一直对作者的称赞之处。我和李恩慈是情谊深厚的朋友，“君子之交淡如水”，我们常有学术上的切磋和讨论，他对法学教育十分敬业，曾被评为北京市优秀教师和教书育人先进个人，在繁忙的教学和行政工作之余，他仍孜孜以求地进行学术上的研究，并不时有新作发表。这次成书是在全国上下抗击非典的特殊时期完成的，这是面对非典的一种正常心态。SARS引发的公共卫生的危机，同样是对高校防治和管理的一种挑战。由于职务在身，必须坚守在校，在这时候李恩慈给我送来了他的样书，让我给他写一篇序，读着尚有墨香的样书很是感慨，夜不能寐，伏案写了上述文字，是为序。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '李恩慈' (Li En-ci), written in a cursive style with a horizontal line above the characters.

2003年6月于中国人民公安大学

前 言

犯罪形态是指行为人实施的犯罪，在一定的情势之下，由于其主客观方面的变化所呈现的错综复杂的状态或情形。它包括故意犯罪的停止形态，共犯形态和罪数形态。故意犯罪的停止形态，是指故意犯罪在其预备、实行和完成犯罪的过程中及其发展阶段上，因主客观原因而停止下来的各种犯罪形态。故意犯罪的停止形态是刑事责任论的重要内容之一。研究故意犯罪的停止形态不仅有助于深化犯罪的类型，而且有助于正确地定罪量刑；共犯形态即共同犯罪，是相对单独犯罪而言的一种特殊的犯罪形态。由于二人以上共同故意犯罪较之单独犯罪复杂，所以，需要根据共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用进行分类，并实行区别对待的刑事责任原则；罪数形态，是指行为人实施的犯罪行为在实际上是构成一罪还是数罪的情形。研究罪数形态的理论，主要是阐明各种罪数形态的构成要件，剖析不同罪数形态的共同特征以及如何区分它们之间的界限，进而确定对各种罪数形态应该适用的处断原则。犯罪形态是对变化多端的犯罪现象进行细致入微的剖析和评判的结果，所以，它们与刑罚的适用最为贴切，直接影响着行为人的刑事责任，是司法实践中确定具体犯罪定罪量刑的理论依据。犯罪形态在犯罪论中一波三折，跌宕起伏，是最富哲理意义的刑法理论，它充分倾诉了犯罪现象的错综复杂和刑法学说的人文精神，是刑事法律文化的历史积淀，凝聚了人类的

优秀文化成果。这也是犯罪形态理论能够常议常新，永不枯竭的魅力所在。初涉犯罪形态的刑法理论，你一定会感到它的艰涩，但当你步入犯罪形态理论的殿堂，就能体会到它的价值和情理的辉煌。在刑事人治的时代，犯罪形态理论曾经是沉寂的理论禁区，只有在刑事法治时代，犯罪形态理论才能够得以繁荣和发展。我国刑法学界自1979年刑法制定以来，有关犯罪形态的理论成果硕果累累，使犯罪形态理论得到很大程度的发展。但1997年全面修订刑法以后，由于刑事立法的变化，犯罪形态理论特别是罪数形态理论，需要重新进行整理和发掘，并能够提出适应现代刑事法治的理念。这就是我们将犯罪形态从犯罪论中单独抽取出来进行研究的原因。研究犯罪形态理论不能脱离原来的理论成果，但又需要吸收新的理论成果不断地推陈出新。

故意犯罪的停止形态主要是犯罪既遂、犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止四种形态的类型和处罚原则问题。例如，犯罪既遂形态，我们认为可以分为四组对应性的类型：（1）行为犯和结果犯；（2）实害犯与危险犯；（3）继续犯和状态犯；（4）基本犯和独立犯。这四种形态基本概括了我国刑法分则规定的各种具体犯罪的既遂形态。而正确认定既遂形态的类型，对于定罪量刑以及依法追究行为人的刑事责任，都有重要意义。例如，不能将行为犯和危险犯的犯罪构成理解为结果犯和实害犯的犯罪构成，而误将行为犯和危险犯视为犯罪未遂甚至犯罪不能，以致轻纵了这类犯罪。再如，既要注意对状态犯的事后行为不要再行处罚，同时也要注意对继续犯刑事责任实行的追诉时效。

共犯形态，即共司犯罪主要是有组织犯罪和共同犯罪人分类及其刑事责任问题。一般而言，国际刑法意义上的有组织犯罪，大体上分为有组织犯罪和犯罪团体（犯罪组织）两大类型。我国刑法规定的有组织犯罪，是指犯罪集团和黑社会性质组织，黑社会性质组织属于有组织犯罪集团和犯罪组织（黑社会）的中间形态。犯罪集团和黑社会性质组织，不仅具有各自的概念，而且具有不同的构成条件，同时，它们亦有各自的处罚原则。有组织犯罪问题是刑法理论应当重新审视和研究的重点问题。我国刑法对共同犯罪人的分类，有自己的独特之处，即采用以作用分类法为主，以分工分类法为辅的四分法，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种人。对共同犯罪人的分类，归根结底是要妥善地解决各共同犯罪人的刑事责任问题，所以，一定要明确各共同犯罪人的属性，否则，它们的刑事责任就无从确定。例如，研究教唆犯问题，必须首先研究其性质问题，其次才是概念、特征问题，而不能本末倒置。我们认为，我国刑法规定的教唆犯，具有从属性和独立性的二重性质，教唆犯的二重性是对立统一的关系，教唆犯的从属性和独立性不仅是相互依存，相互联系的有机整体，而且随教唆犯与被教唆人之间的情形变化而表现为教唆犯性质的主要矛盾和次要矛盾。因此，教唆犯的刑事责任才有共犯教唆犯和非共犯教唆犯之别。

罪数形态问题主要是罪数的类型以及一罪类型问题。这两大问题均是意见纷呈，复杂异常的问题，也是各国刑法学者孜孜以求，致力研究的问题。罪数的分类主要是一罪

的分类，关于一罪的分类在我国刑法理论上，主要存在以行为为特征的分类法和以性质为特征的分类法。我们对一罪的分类采取了按照犯罪的性质进行分类的三分法：（1）单纯的一罪，包括继续犯、想象竞合犯和转化犯；（2）法定的一罪，包括结合犯、集合犯和结果加重犯；（3）处断的一罪，包括连续犯、牵连犯和吸收犯。并对上述一罪类型的各种犯罪形态，结合我国刑法的规定，重新进行了梳理和界定，以期能够涵盖各种一罪类型并且能够明确它们各自的概念和特征，区分各种一罪形态之间的界限，纠正刑法理论上的认识误区，解决司法实践中的若干疑难问题。例如，在刑法理论上和司法实践中对刑法第133条规定的交通肇事罪事后逃逸致人死亡的定性问题之争，其实质就在于是否承认过失+故意的结果加重犯。我们认为，在特殊情况下，应该承认过失+故意这种结果加重犯的类型，只有这样，才能对行为人刑事责任加重评价提供可靠的理论依据。再如，我国刑法理论界关于牵连犯的处罚，流行一种错误观点，认为对牵连犯的处罚分为并罚和不并罚两种情况。这种观点不适当地扩大了牵连犯的适用范围，并有可能导致理论上的若干误区。这种观点的症结是混淆了牵连犯与结合犯、转化犯以及实际数罪之间的界限，所以，只有正本清源才能恢复牵连犯从一重罪处断的原则。贯穿犯罪形态理论研究的基础是刑法的罪刑法定原则和罪责刑相适应原则。惟有如此，犯罪形态的研究才能够为司法实践提供深厚的理论支持。

刑事责任的主要实现形式是刑罚的适用。刑罚是对行

为人某种权益的剥夺和限制，所以，必须划清国家刑罚权和公民自由权之间的界限，国家刑罚权和公民自由权的分水岭就是刑罚制度，它体现着刑罚的公平和正义。因此，重新认识刑罚的根据，是发展刑事法治的必然要求。关于刑罚目的的哲学根据，历来有报应论和功利论的分庭抗礼。报应论认为，刑罚的正当根据在于惩罚犯罪，所以，具有严厉的惩罚性是刑罚的本质，而功利论则认为，刑罚的正当根据是为了预防犯罪。因此，不具有严厉的惩罚性强制方法只要能够收到遏制犯罪之效，也可以作为刑罚。现代刑法理论扬弃了二者的合理内核，形成了并合说或折衷说，并合说和折衷说也称刑罚一体论或综合论。我国学者也提出了刑罚“理性统一论”学说。在这方面我们吸纳了最新理论成果，因为只有彻底改变刑罚观念，否定在刑罚适用上的某些错误主张，才能正确认识和适用我国的刑罚制度。根据我国刑法的规定，刑罚论的理论体系包括刑罚概说、刑罚的体系和种类、刑罚裁量、刑罚裁量制度、刑罚执行制度和刑罚消灭制度六部分内容。上述内容均是刑罚适用的一般原理、原则。刑罚适用制度是刑事法律文化的历史成果，是具体适用刑罚的尺度和根据。所以，对刑罚适用制度的内容要有透彻的理解，适用这些刑罚制度要符合立法精神。因此，论述刑罚适用制度，诸如累犯制度、自首和立功制度、数罪并罚制度、缓刑制度以至时效和赦免制度，都是在评价各种学说的利弊得失基础上进行的阐述，旨在期望能够进一步完善刑罚部分的系统理论，使刑罚制度的适用更能体现刑罚的正当性。

我对犯罪形态和刑罚适用的研究，主要是对刑法总则有关规定的论述，阐述的是关于犯罪形态和刑罚适用的一般原理、原则，故本书名为《犯罪形态与刑罚适用原理》。我自1984年即从事刑法学的教学和研究工作，屈指算来已有20余载，在从事教学、科研以及律师工作中，一直感到在犯罪形态和刑罚适用问题上，应该有一个简明扼要，严谨清晰的理论论述，当然，这应该是一个博采众长，厚积薄发的结果，我自感自己的水平有限，难以达到这一要求，我之所以努力完成本书，只是期望能够为我国刑法理论的丰富和发展尽一些菲薄之力，我希望我的这个愿望能够实现。

目 录

第一章	故意犯罪的停止形态	(1)
第一节	故意犯罪停止形态概述	(1)
第二节	犯罪既遂	(9)
第三节	犯罪预备	(18)
第四节	犯罪未遂	(25)
第五节	犯罪中止	(41)
第二章	共同犯罪	(51)
第一节	共同犯罪概述	(51)
第二节	共同犯罪的形式	(67)
第三节	共同犯罪人的刑事责任	(81)
第三章	罪数形态	(99)
第一节	罪数形态概述	(99)
第二节	单纯的一罪	(110)
第三节	法定的一罪	(132)
第四节	处断的一罪	(156)
第五节	数罪的类型	(184)
第六节	法条竞合	(186)
第四章	刑罚概论	(196)
第一节	刑罚的概念	(196)
第二节	刑罚的功能	(203)
第三节	刑罚的目的	(210)

第五章	刑罚的体系和种类	(225)
第一节	刑罚的体系	(225)
第二节	主刑	(230)
第三节	附加刑	(245)
第四节	非刑罚处理方法	(264)
第六章	刑罚裁量	(268)
第一节	刑罚裁量概述	(268)
第二节	量刑的原则	(270)
第三节	量刑的情节	(279)
第七章	刑罚裁量制度	(291)
第一节	累犯	(291)
第二节	自首和立功	(299)
第三节	数罪并罚	(319)
第四节	缓刑	(331)
第八章	刑罚执行制度	(340)
第一节	刑罚执行制度概述	(340)
第二节	减刑	(345)
第三节	假释	(353)
第九章	刑罚消灭制度	(360)
第一节	刑罚消灭制度概述	(360)
第二节	时效	(366)
第三节	赦免	(375)
主要参考书目		(382)
后记		(385)

第一章 故意犯罪的停止形态

第一节 故意犯罪停止形态概述

一、故意犯罪停止形态的概念

故意犯罪的停止形态，是指故意犯罪在其预备、实行和完成犯罪的过程中及其发展阶段上，因主客观原因而停止下来的各种犯罪形态。一般来说，故意犯罪的实施都要经过一个犯罪的发生、发展和完成的时间过程。根据故意犯罪发生的时间特征，故意犯罪可以分为突发性的犯罪和有预谋的犯罪。对于突发性的犯罪而言，行为人往往是临时起意，犯意一经形成就立即着手实行犯罪，同时，犯罪结果也就随即出现，所以，突发性的犯罪从其发生到完成犯罪的时间极为短暂，几乎没有犯罪的发展阶段可言。对于有预谋的犯罪来说，情况就大不一样了，行为人在产生犯意以后，往往要经过必要的甚至是充分的准备，继而着手实行犯罪，直至最后完成犯罪。但是，犯罪是极其复杂的社会现象，各种犯罪在其发生和发展的过程中，由于受各种主客观因素的影响，它们的发展过程和结局并非总是顺利和完整的，比如，有的犯罪在准备犯罪阶段就被人发现，犯罪就呈

现出犯罪预备状态；有的犯罪在犯罪实行阶段，由于行为人意志以外的原因而被阻却停止的，犯罪就呈现犯罪未遂状态；有的犯罪在犯罪预备和犯罪实行阶段，由于行为人自动放弃了犯罪或者自动有效地防止了犯罪结果的发生，犯罪就呈现犯罪中止状态，如果行为人决意并顺利地完成了犯罪，犯罪就呈现出既遂状态。上述四种状态都是行为人在实施犯罪的过程中，由于受各种主客观因素的制约而致犯罪呈现的不同形态，这就是刑法理论所要研究的犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂。

上述四种犯罪形态只存在于直接故意犯罪之中，过失犯罪和间接故意犯罪不存在犯罪的停止形态，这是世界各国刑法理论的通说。因为过失犯罪和间接故意犯罪，在主观上对于危害结果的发生，或是存有过失心理或是持有放任态度，在客观上危害结果的发生，都不是行为人积极追求所致，只有当刑法分则规定的某种犯罪的法定结果出现时，才追究行为人的罪责，所以，过失犯罪和间接故意犯罪没有上述四种犯罪形态存在的余地。但在直接故意犯罪中，是否所有犯罪都存在犯罪的停止形态，世界各国的刑事立法和刑法理论则有不同的规定和主张。关于这一问题，我们在研究有关具体犯罪形态时再进行讨论。

故意犯罪的停止形态按其是否完成犯罪为标准，可以分为两种基本的类型：一是犯罪的完成形态，即犯罪既遂形态；二是犯罪的未完成形态，即犯罪预备形态、犯罪未遂形态和犯罪中止形态。关于犯罪未完成形态的称谓及其所概括的具体形态，世界各国的刑法以及刑法理论则有不同的

归纳和主张。在英美法系国家中，犯罪既遂称为完整的犯罪，煽动、共谋和未遂，统称不完整的犯罪，煽动和共谋虽是具有教唆和预备性质的独立犯罪，但它们相对共同犯罪中的正犯而言，又是不完整的犯罪；犯罪未遂是指行为人在犯罪意图的支配下，实施了超出了预备实施该犯罪阶段的行为而未完成犯罪的形态，所以，犯罪中止包含在犯罪未遂之中，煽动、共谋和未遂又称未完成罪。在大陆法系国家中，大多数国家的刑法理论都将犯罪的停止形态分为犯罪既遂和犯罪未遂两大类型，犯罪预备和犯罪未遂一并归入犯罪未遂之中，犯罪中止称为中止未遂，它与障碍未遂和不能未遂并列，但大陆法系国家的刑法理论对上述两大类型的犯罪形态未再作概括。在前苏联和东欧国家的刑法理论中，是将犯罪预备、犯罪未遂与犯罪既遂称为故意犯罪发展阶段或故意犯罪发展中可能停顿的阶段，犯罪中止则是在犯罪预备阶段和犯罪未遂阶段可能出现的特殊犯罪情况。我国刑法理论在这个问题上曾深受前苏联刑法理论的影响，长期倾向使用“故意犯罪发展阶段”来概括犯罪的预备、未遂、中止和既遂。这一观点受到我国有些学者的批评，因为上述四种犯罪形态是在犯罪过程中及其发展阶段上，因各种主客观原因而停顿、静止的犯罪状态，它们都不是故意犯罪的独立阶段，而是犯罪行为的动态和静态的对立统一。因此，将故意犯罪过程中出现的、具有不同的社会危害程度、且已经停止下来的犯罪状态，概括为故意犯罪发展阶段或者故意犯罪发展中可能停顿的阶段都是不适当的，这种理论也是难以成立的。

故意犯罪的过程，是指故意犯罪在发生和完成犯罪期间所要经历的进程及其阶段的总和，它是故意犯罪运动、发展和变化的连续性在时空上的表现。故意犯罪的阶段，也称故意犯罪的发展阶段，是故意犯罪发展过程中因错落有致的主客观原因而影响犯罪进程的时间段落，这些具有不同特征的阶段处于故意犯罪的发展过程之中，呈现出前后相互连接、此伏彼起的递进和变化关系。运动、发展和变化是故意犯罪进程和阶段所具有的共同属性，故意犯罪的完整过程，应该以行为人开始实施犯罪预备行为为其起点，以行为人完成犯罪为其终点。因此，故意犯罪的发展阶段有二：一是犯罪预备阶段，其时空范围从行为人开始实施犯罪预备行为之时为起点，至行为人完成犯罪预备行为而尚未着手犯罪实行行为之前终止。二是犯罪的实行阶段，其时空范围从行为人着手实行犯罪行为之时为起点，至行为人完成犯罪，达到犯罪既遂终止。如果把故意犯罪的发展过程作线性描述，那么，在这条线上就应有犯罪预备和犯罪实行两个段落，有开始犯罪预备、着手实行犯罪和已经完成犯罪三个点，据此，我们可以把这种犯罪过程的时空形态概括为“三点两段”。

故意犯罪的停止形态是故意犯罪的发展阶段和故意犯罪的停止状态在故意犯罪的演变进程中的对立统一。故意犯罪的发展阶段是故意犯罪发生、发展和完成犯罪的进程中的时间段落，属于相继运动的范畴；故意犯罪的停止状态，是故意犯罪在犯罪过程及其发展阶段上已经停止下来的各种不同的结局，属于相对静止的范畴，刑法理论研究的

犯罪形态正是二者的有机统一。因此，故意犯罪的预备、未遂、中止和既遂形态，有一个十分重要的共同特征，就是它们之间的相对独立性和不可转换性，犯罪预备形态不可能再前进为未遂形态，未完成形态不可能再转化为完成形态。明确故意犯罪停止形态的这一属性，对于准确把握其犯罪性质，正确理解和解决其定罪量刑问题具有十分重要的意义。

二、研究故意犯罪停止形态的意义

研究故意犯罪的停止形态，具有重要的理论和实践意义。

（一）故意犯罪的停止形态是刑事责任论的重要内容之

我们认为，行为符合主客观相统一的犯罪构成，是使行为人负刑事责任的科学根据。故意犯罪的完成形态即既遂形态负刑事责任的根据，就在于它完全具备了刑法规定的某一犯罪的构成要件。那么，故意犯罪的未完成形态负刑事责任的根据何在？这是刑法理论需要阐明的问题，这一问题涉及罪刑法定原则和保护人权原则的贯彻。关于这一问题，大陆法系和英美法系的刑法理论有着不同的阐述。在大陆法系的刑法理论中，关于故意犯罪未完成形态的刑事责任根据，历来有客观责任论和主观责任论之争，刑事古典学派奉行客观责任论，主张行为的客观危害性是行为人负刑事责任的根据，即未遂犯的行为对刑法所保护的法益造成了一定的威胁甚至危害。所以，只有在未遂行为具有

侵害法益的危险性场合才应该受到处罚；刑事人类学派和刑事社会学派倡导主观责任论，刑事人类学派主张人格危险性是行为人负刑事责任的根据，刑事社会学派则主张犯罪意思危险性是行为人负刑事责任的根据，行为人的性格危险或者意思危险通过行为人决意要实施的客观行为而暴露出来。因此，如果证明行为人具有侵害法益的主观恶性或者人身危险性，未遂行为就应该受到处罚。这两种观点虽各有其合理因素，但分持客观主义和主观主义一端，有失偏颇，难以圆满。为此，现代刑法理论多采兼容二者的折衷说，认为未遂是行为人主观上具有实现符合构成要件的全部要素的意志，但在客观上没能实现符合构成要件的行为的全部。未遂的处罚基础在于实现符合构成要件的行为这种客观的危险性。

但是，折衷说仍未能在罪刑法定原则的意义上彻底解决犯罪未完成形态的刑事责任问题。这样，在折衷说的基础之上，逐渐形成了修正犯罪构成说。这种学说认为，刑法规定的具体的故意犯罪都是以个罪的既遂形态为标准的，故意犯罪的既遂形态即故意犯罪完成形态的构成是基本的犯罪构成，与之相应，故意犯罪未完成形态的构成则是修正的犯罪构成。应该注意的是，修正的犯罪构成也是要件齐备完整的犯罪构成，因为犯罪构成只能是一个主客观诸要素有机统一的整体，无论是基本的犯罪构成还是修正的犯罪构成，都只能作为一个诸要素完备的整体而存在，缺少其

参见李东海主编：《日本刑事法学者》（上），中国·法律出版社和日本国·成文堂联合出版，1995年10月版，第158页。