

程红 著

中止犯 研究

ZHONGZHIFAN
YANJIU



中国人民公安大学出版社

中止犯研究

程 红 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中止犯研究/程红著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5653 - 2307 - 2

I. ①中… II. ①程… III. ①中止—刑事犯罪—研究—中国
IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 178045 号

中止犯研究

程 红 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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2015 年 7 月第 1 版

印 次: 2015 年 7 月第 1 次

印 张: 11

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 297 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 2307 - 2

定 价: 40.00 元

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

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@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

引 言

“中止犯”一词通常有两种意义：一是指犯罪的中止形态；二是指犯罪人，即中止者。在刑法理论中，中止犯理论属于三级选题，对中止犯的研究涉及的领域非常广泛，可以说贯穿整个刑法理论体系，因此它也是问题最多的研究领域之一。

以德、日为代表的大陆法系国家多在刑法典中设立了中止犯的规定。其中有的国家，如德国、奥地利将中止犯与未遂犯分别规定，中止犯不属于未遂犯的一种类型；有的国家，如日本则将中止犯规定为未遂犯的一种类型，与障碍未遂相并列。但无论采取哪种立法例，大陆法系国家的刑法理论均认为中止犯与未遂犯具有密切的联系。他们对中止犯的重要基础问题，如中止犯的立法理由以及作为中止成立要件的任意性、中止行为等问题均作了大量深入的研究，并取得了丰硕的研究成果，出版了一系列的专著与论文。可以毫不夸张地说，在德、日等大陆法系国家，中止犯的基础理论问题是刑法研究课题中的热点问题之一。

我国刑法第24条对中止犯作了规定，“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。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。”由此可见，我国刑法中的中止犯是不属于未遂犯的一种单独的犯罪停止形态，它处于与预备犯、未遂犯以及既遂犯并列的位置。我国刑法理论对中止犯的争议问题均有一定的研究，从20世纪80年代开始至今，我国刑法学者关于中止犯研究取得了一系列的成果。尤其是近年来，更是发表了一些高水平的论文，但在关键

问题上学者们的见解还存在很大分歧。同样，作为大陆法系先进刑法理论代表的德国和日本，晚近以来关于中止犯的基本理论问题的研究也有大量相关成果问世。可见，中止犯基本理论问题的研究空间还相当大。笔者认为，对中止犯的基本问题作深入系统的比较研究具有如下意义：

首先，对中止犯基本理论问题以比较研究的方法展开深入系统的研究，在一定程度上可以改变我国刑法理论界对中止犯问题缺乏完整系统研究的现状，使国内的学者更多地了解德、日等国关于中止犯研究的最新信息，从而对我国的中止犯理论的相关问题展开深层次的思考。此外，通过对中止犯的研究可以带动对刑事政策理论以及刑法理论中其他专题的研究与思考。例如，犯罪构成理论、犯罪形态理论以及共犯理论等。

其次，由于司法实践中面对的中止犯问题往往非常复杂，司法实务在处理具体问题时感到困惑难解，在很多问题上存在较大分歧，难以形成统一标准，这在一定程度上影响了刑事司法的严肃性。所以，加强对中止犯的研究还具有深刻的实践意义。尤其是对中止犯成立条件问题的具体深入研究，对解决中止犯认定及处罚中的疑难问题，具有重要的参考价值和直接的指导意义。

最后，对中止犯减免处罚根据问题的深入研究，可以为刑事立法以及刑事政策的进一步完善提供重要的理论依据。我们可以在汲取国外先进的立法经验及理念的基础上，就我国关于中止犯的立法以及刑事政策运用的现状展开深入的分析，发现问题，并从理论上进行充分论证，为今后我国刑事立法以及刑事政策的不断完善打下坚实的理论基础。

目 录

引 言	1
第一章 中止犯概说	1
第一节 中止犯的立法概况	1
一、国外中止犯的立法概况	1
二、我国中止犯的立法概况	9
第二节 中止犯的概念、特征	13
一、中止犯的概念	13
二、中止犯的特征	16
第三节 中止犯的类型与存在范围	19
一、中止犯的类型	19
二、中止犯的存在范围	25
第二章 中止犯的立法理由	29
第一节 国外的学说之争	29
一、政策说	30
二、法律说	45
三、并合说	69
四、其他学说	71
第二节 我国的理论分歧	80
一、通说的观点	80

二、少数说的观点	86
第三节 中止犯立法理由的重新思考	90
一、对德、日相关学说之评析	90
二、对我国中止犯立法理由的论证	97
第三章 时间性	103
第一节 概 说	103
一、时间性的意义	103
二、“在犯罪过程中”的含义	104
第二节 预备阶段的中止	105
一、德、日刑法中的预备中止	105
二、我国刑法中的预备阶段的中止	109
第三节 实行行为终了的判断标准	113
一、德国的学说及评析	113
二、日本的学说与判例	127
三、对我国中止行为类型划分标准的再认识	139
第四节 危险犯的既遂与中止	144
一、危险犯的既遂	144
二、危险状态出现后的中止问题	150
第四章 自动性	156
第一节 国外的学说及其评析	156
一、德国的学说及其评析	156
二、日本的学说及其评析	194
三、法国的学说及其评析	206
第二节 自动性的判断标准	209
一、我国的学说及其评价	209
二、规范的判断标准之提倡	214
第三节 任意性（自动性）的认定	218

一、因找到用合法的手段实现犯罪目的而放弃犯行·····	218
二、因害怕被发觉与受处罚而放弃犯行·····	222
三、因被害人等提供利益而放弃犯行·····	227
四、因产生犯罪动机的事由消灭而放弃犯行·····	230
五、因行为对象缺乏吸引力而放弃犯行·····	231
六、因嫌恶、痛苦之情而放弃犯行·····	234
七、因恐怖、惊愕而放弃犯行·····	238
八、因同情、怜悯而放弃犯行·····	240
九、因迷信而放弃犯行·····	241
第五章 中止行为·····	243
第一节 中止行为的划分概述·····	244
一、德、日刑法理论对中止行为的划分·····	244
二、我国刑法理论对中止行为的划分·····	246
第二节 不作为的中止行为与作为的中止行为·····	247
一、不作为的中止行为·····	247
二、作为的中止行为·····	255
第六章 有效性·····	262
第一节 有效性之地位·····	262
一、德、日的相关讨论与评述·····	262
二、我国的相关讨论与评述·····	264
第二节 有效性之前提——既遂结果未发生·····	266
一、结果本来就不可能发生·····	267
二、利用其他因素阻止了结果发生·····	276
第三节 与有效性相关的特殊问题·····	281
一、准中止犯问题·····	281
二、结果已发生能否成立中止问题·····	288

第七章 共犯的中止与脱离	294
第一节 共犯中止概述	294
一、共犯中止的立法概况	294
二、共犯中止的成立条件	297
第二节 具体共犯类型中止的认定	302
一、共同正犯中止的认定	302
二、教唆犯中止的认定	307
三、帮助犯中止的认定	310
第三节 共犯的脱离	312
一、日本的共犯脱离理论	312
二、我国关于共犯脱离理论的争论	315
三、共犯脱离理论在我国的实际价值	318
参考文献	326

第一章 中止犯概说

第一节 中止犯的立法概况

一、国外中止犯的立法概况

(一) 国外古代中止犯的立法概况

国外古代刑事立法中未曾发现有关中止犯的规定。以欧洲为例，公元前2世纪到公元1世纪的罗马古代法中，结果刑法及结果责任主义的理念处于支配地位。因此，没有发生结果的未遂犯当然不受处罚，甚至根本就不存在未遂犯这一概念。既然未遂犯这一概念都不存在，中止犯的概念就更无从谈起了。

在公元1世纪以后的罗马古典法时代，个别法规中出现了基于行为的危险性而处罚未遂犯的规定。不过这并不意味着与既遂相对应的未遂概念已经出现，它的所谓未遂，还是被作为既遂犯的一种形式加以规定。自然，有关中止的一般性概念仍然不可能存在。特别值得一提的是，在罗马法《学说汇纂》中有关于中止犯的最古老的记载，即其第48卷第10章第19法文前文中规定“伪造货币者，有意识地中止其货币铸造使其未完成时，由于存在与法律相吻合的悔悟，应免除一切刑罚。”不过这只是关于伪造货币罪的特殊规定，还远不能成为一般性的中止犯概念。

日耳曼法与罗马法一样采取结果责任的思维方式，既不处罚未遂犯更不考虑中止犯问题。而到了公元500年至900年的法兰克王

国时代，部族法成为主要的法律渊源。不处罚未遂犯这一原则出现了两个例外。一是将现代意义上的预备行为与未遂行为都作为独立犯罪加以处罚的所谓“未遂犯罪”（Die Versuchsverbrechen），这多是诸如拔刀、拔剑、将人推下河等给他人生命带来危险的行为；二是所谓“现行犯”（Die handhafte Tat），即在实施犯罪时被当场抓获的行为人。部族法规定这些行为人被置于法律保护之外，可以被当场处死。因此，其实际法律效果与既遂犯无异。总而言之，在法兰克部族法中存在着处罚未遂犯的个别性规定，但都是基于行为的危险性而将结果发生之前的行为直接以既遂犯的形式加以处罚。例如，将意图杀人而仅造成伤害就被制止的行为作为伤害罪而不是杀人未遂罪加以处罚。这种做法与一般性的未遂概念相距遥远，更遑论中止犯的概念。^①

“一般地处罚未遂犯，是比较新的年代的事。而使未遂概念发达起来，是中世纪意大利法学的贡献，在加洛林纳刑法典中规定未遂应该受到比既遂轻的处罚。”^② 根据海尼茨（Heinitz）的考证，行为人“欲达目的而不能”与“能达目的而不欲”这两种情况的区别，在公元12~13世纪注释法学者阿库修斯（Accursius）的注释中就已经展开。而奥多弗雷德斯（Odofredus）则明确将犯罪行为基于己意的中止与偶然因素被阻止两种情况加以区分。中世纪的意大利法学认为，如果结果的不发生是违背行为人意思的，可以作为未遂犯加以处罚；而由于行为人本人的意思使结果未发生的，原本就不属于未遂犯的范畴，应当从处罚范围中加以排除。这样未遂就被限制在“非自愿性的不成功”的场合，从而使中止的概念在理论上找到容身之处。以中世纪意大利法学家对于未遂与中止的研

① 参见〔日〕野泽充：《中止犯的理论的构造》，成文堂2012年版，第187~194页。

② 参见〔日〕大塚仁著：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第213页。

究成果为前提, 14 及 15 世纪的意大利城邦立法及判例中, 已经明确地出现了与既遂相对应的未遂概念, 即将犯罪的要素区分为主观的要件和客观的要件, 当行为人主观上有促使结果发生的意思, 客观上未能实现结果时, 可以作为未遂犯加以处罚。当然, 此时理论及立法上所处罚的行为被称为“企行 (conatus)”, 它是同时包含预备行为与实行行为的概念, 与现代的未遂概念并不完全一致。但既然“企行”处罚的是行为人已不可能继续实施犯罪的情况, 基于自己的意思放弃犯罪的情况就不包含在内, 因而不受处罚。由此可见, 在中世纪意大利刑法学中, 中止犯被视为未遂犯的消极的概念要素。这一认识被 1532 年的加洛林纳刑法典以立法的形式加以继承, 并成为后来法国刑法典相关规定的理论源头。^①

(二) 国外近现代中止犯的立法概况

“今日所认为意义上的未遂犯概念直接发端于 1810 年的法国刑法典第 2 条, 并被 1871 年的德国刑法典第 43 条所继承。”^② 最早出现“中止”一词的也是 1810 年法国刑法典。该法典第 2 条规定: “凡未遂之重罪, 已表明了外部行为并继之着手实施, 仅因偶然或非出于犯人之本意之情况, 而中止或未生结果者, 以重罪论。”^③ 但是, 很显然这里的“中止”并不是现代意义上的中止而仍然是未遂。不过由此也可以发现, 立法者已将基于犯人本意的中止与因偶然或非出于犯人之本意而中止或未生结果的情况区别开来, 并且刑法中并未就基于己意的中止作出规定, 这就表明立法者否定其犯罪性, 因此也就不存在处罚的问题。法国的现行刑法典是

^① 参见 [日] 野泽充: 《中止犯的理论的构造》, 成文堂 2012 年版, 第 194 ~ 200 页。

^② 参见 [日] 大塚仁著: 《刑法概说 (总论)》, 冯军译, 中国人民大学出版社 2003 年版, 第 213 页。

^③ 转引自徐逸仁著: 《故意犯罪阶段形态论》, 复旦大学出版社 1992 年版, 第 154 页。

1994年3月1日施行的,该法典第121—5条规定:“已着手实施犯罪,仅仅由于罪犯意志之外的情事而中止或未能得逞,即构成犯罪未遂。”该法典第121—4条规定:“下列之人为罪犯:1.实施犯罪行为者;2.实施重罪未遂,或者在法律有规定之场合,实施轻罪未遂者。”^①从立法形式上看,较之1810年的刑法典并没有什么改变,这表明法国刑法认为中止犯不构成犯罪。由于不构成犯罪,理所当然也就说不上处罚了。中止犯不是犯罪是法国刑法的特色。换言之,由于与行为人意思相独立的事情阻止犯罪行为时,未遂与既遂同样处罚。而由于行为人的意思中止犯罪行为时,因欠缺成为犯罪的事实从而不成立犯罪不受处罚。刑法理论上将法国刑法典中规定的未遂犯称之为狭义的未遂犯。

除法国外,从中止犯与狭义未遂犯的关系的角度来分析,各国立法例大致可分为两种类型:一是将中止犯与未遂犯分别规定,采取这种规定时,“中止未遂”的概念没有存在的余地;二是将中止犯规定为广义未遂犯的一种,即未遂犯中包含障碍未遂与中止未遂。^②

采取第一种立法例的有《德国刑法典》、《奥地利联邦共和国刑法典》以及《俄罗斯联邦刑法典》。

德国1871年刑法典第43条规定了未遂犯,第46条规定了中止犯。1999年1月1日生效的现行《德国刑法典》继承了1871年刑法典的这一立法模式,在第22、23条中规定了未遂犯,在第24条中规定了中止犯。再如,2002年10月修订的《奥地利联邦共和国刑法典》第15条规定了未遂犯,第16条规定了中止犯。第15条规定:“(1)对故意行为的刑罚威慑除适用于实行终了的行为

① [法]卡斯东·斯特法尼等著:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第696页。

② 张明楷著:《未遂犯论》,法律出版社、成文堂联合出版1996年版,第323页。

外,同样适用于未遂以及未遂之每个参与人。(2) 行为人决定实施应受刑罚处罚的行为,或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为(第12条),通过直接的预备行为参与应受刑罚处罚的行为的,是行为未遂。(3) 缺乏法律规定的特定的个人特征或关系,或者根据行为客体的种类,行为不可能实行终了的,未遂和参与未遂不处罚。”第16条规定:“(1) 行为人主动放弃应受刑罚处罚的行为的实施,或者,如数人共同行为的,阻止他人实施应受刑罚处罚的行为,或者主动避免应受刑罚处罚的行为结果发生的,正犯或共犯不因未遂而处罚。(2) 应受刑罚处罚的行为的实施或结果不是因为行为人的行为而未发生,但行为人主动且真挚努力阻止行为的实施或避免行为结果的发生,不处罚。”^① 笔者认为,德、奥两国的刑法典关于中止犯的规定,无论是在立法模式上,还是在规定的具体内容上都非常相近。

1997年1月1日施行的《俄罗斯联邦刑法典》第31条规定:“自动中止犯罪:1. 如果行为人明知有可能将犯罪进行到底而终止犯罪的准备或终止直接以犯罪为目的的行为(不作为),是自动中止犯罪。2. 如果行为人自愿并且彻底中止将犯罪进行到底,则不对犯罪承担刑事责任。3. 自动中止犯罪的人,如果其事实上已实施的行为含有其他犯罪构成时,则应承担刑事责任。4. 组织犯和教唆犯,如果及时向权力机关报告或者以其他方式阻止实行犯将犯罪进行到底的,不负刑事责任。如果帮助犯采取了他所能采取的措施以阻止犯罪的实施,则不负刑事责任。5. 如果本条第4款所规定的组织犯和教唆犯的行为未能使实行犯终止实施犯罪,则法院在处刑时可以将他们所采取的措施视为减轻刑罚的情节。”^②

^① 徐久生译:《奥地利联邦共和国刑法典》,中国方正出版社2004年版,第5~6页。

^② 黄道秀译:《俄罗斯联邦刑法典释义》,中国政法大学出版社2000年版,第70页。

上述三个国家对中止犯的规定在立法模式上是相同的,即将中止犯从未遂犯中独立出来单独进行规定。但是,从规定的具体内容上看却不尽相同。《俄罗斯联邦刑法典》只承认预备阶段的犯罪中止和实行未了阶段的中止,而否认实行终了阶段的中止。德国和奥地利刑法典只有未实行终了的中止与实行终了的中止,而没有预备阶段的中止。另外,德国和奥地利刑法典规定了准中止,而《俄罗斯联邦刑法典》则没有相关规定。不过三国都规定了共犯的犯罪中止,对中止犯处罚的规定也基本相同。

采用第二种立法例的刑法典(即将中止犯规定为广义未遂犯的一种加以规定),可分为以下两种形式:

第一种形式是在规定未遂犯的条文中同时规定中止犯。例如,1908年10月1日实施的《日本刑法典》第43条规定:“已经着手实行犯罪而未遂的,可以减轻刑罚,但基于自己的意志中止犯罪的,应当减轻或者免除刑罚。”^① 尽管迄今为止《日本刑法典》已修改了十余次,但是第43条的规定仍然保留至今。

西班牙现行刑法第16条第1项规定了未遂犯,第2项规定了单独犯的中止未遂:“实施犯罪行为的主体因作为避免犯罪的构成,无论是放弃一项已经开始的行为还是阻止其行为造成的结果,免除其刑事责任。但已实施的行为已构成犯罪或过失罪的,应当承担刑事责任。”第3项规定了共犯的中止未遂:“多个主体共同实施犯罪的,对于放弃已经开始行为,以及真实、明确、确定地阻止或试图阻止其行为造成的结果的一个或者多个主体,免除其刑事责任。但已实施的行为已构成犯罪或过失罪的,应承担刑事责任。”^②

2003年3月18日修订的《瑞士联邦刑法典》在第21条与第22条中既规定了未遂也规定了中止。即该法典第21条第1项与第

① 张明楷译:《日本刑法典》,法律出版社1998年版,第21页。

② 潘灯译:《西班牙刑法典》,中国政法大学出版社2004年版,第6页。

22 条第 1 项规定了未遂犯，而第 21 条第 2 项与第 22 条第 2 项规定了中止犯。第 21 条规定：“（1）行为人在开始实施重罪或轻罪后，未将其违法行为实施终了的，减轻处罚。（2）行为人自动中止犯罪的实施，法官可因犯罪未遂免除其刑罚。”该法第 22 条规定：“（1）犯罪行为已经实施终了，但重罪或轻罪的结果未发生的，可对行为人减轻处罚。（2）行为人主动阻止犯罪结果的发生或实际阻止了犯罪结果发生的，法官以自由裁量减轻处罚。”^①

1931 年 7 月 1 日生效的《意大利刑法典》第 56 条（犯罪未遂）第 3 款规定：“如果犯罪人自愿中止行为，只有当已完成的行为本身构成其他犯罪时，才处以为该行为规定的刑罚。”第 4 款规定：“如果自愿阻止结果的发生，处以为犯罪未遂规定的刑罚并减轻三分之一至一半。”^②从上述日本、西班牙、瑞士以及意大利刑法典的规定情况看，它们的共同点在于，都是将中止犯与未遂犯规定在同一法条中。而瑞士与意大利的规定则更加接近，即按实行行为是否终了将中止犯进行分类规定。

第二种形式是在规定未遂犯的一节中规定中止犯。例如，1988 年 12 月 31 日修订的《韩国刑法典》第二章第二节规定了未遂犯，其中第 26 条（中止犯）规定：“已经着手实行犯罪，但行为人自动中止或防止其结果发生的，减轻或者免除处罚。”^③再如，泰国现行刑法典也是在未遂犯一节中规定中止犯的，即第 82 条规定：“着手犯罪行为而自动中止，或者改变主意并防止其结果发生的，

① 徐久生、庄敬华译：《瑞士联邦刑法典》，中国方正出版社 2004 年版，第 7 页。

② 黄风译：《意大利刑法典》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 22 页。

③ 金永哲译：《韩国刑法典及单行刑法》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 5 页。

不应当处罚。但是，其已完成的行为构成犯罪的，应当依该罪处罚。”^①

英美法对中止犯不做单独考虑，而与未遂犯做同样处理。采用判例法主义的英美法一般将“Attempt”定义为“基于犯罪意图所实施的行为，如果没有被阻止就会构成现实实施的一系列的行为”。^② 由于是基于犯罪意图所实施的行为，所以未遂限定为故意犯。过失犯无未遂犯，过失犯也就没有中止犯。此外，由于是未遂，所以尽管行为人存在犯罪意图，但必须阻止了结果的发生。贾斯廷·米勒（Justin Miller）将这种阻止作为现实的实行行为的事由，分为行为人的后悔、任意的放弃、自然的原因、第三者的介入等。但贾斯廷·米勒认为无论阻止事由是自然的原因、第三者的介入，还是行为人对行为的后悔、反省、任意的放弃，都不会妨碍行为人的责任，所以不妨碍成立未遂。史蒂芬（Stephen）也同样认为“犯罪人任意地中止正在实施的犯罪行为”^③ 也成立未遂。这在英美法中是通说的见解。

然而，英美法也并非完全否定中止犯的成立。也有少数学说认为，在行为人后悔而任意地放弃的场合，应承认中止犯的成立而不处罚。沃顿（Wharton）认为在任意地放弃实行的场合，由于与被放弃的目的相对的行为不存在了，所以失去了未遂的性质。此外，法的精神要求在行为人中止犯罪时应通过不处罚来奖励中止犯，所以行为人在实行经过前任意地放弃行为的话，就不应处罚未遂。这种见解虽占少数但影响很大，美国模范刑法典就规定了中止犯。^④

① 吴光侠译：《泰国刑法典》，中国人民公安大学出版社2004年版，第18页。

② [日] 香川达夫：《中止未遂的法的性格》，有斐阁1963年版，第5页。

③ [美] Stephen. A Digest of the Criminal Law, p. 52.

④ [日] 黑木忍：《中止未遂的诸问题》，信山社1989年版，第24～25页。