

武汉大学
刑法博士
博士文丛
武汉大学
刑法博士
博士文丛
武汉大学
刑法博士
博士文丛
武汉大学

武汉大学刑法博士文丛 (2)

中止犯基本问题研究

ZHONGZHIFAN JIBENWENTI YANJIU

◎程 红·著



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法学博士文丛 (2)

中止犯基本问题研究

ZHONGZHI FAN JIBEN WENDE YANJIU

张明楷 著

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLICE SCIENCE PRESS

武汉大学刑法博士文丛(2)

中止犯基本问题研究

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

中止犯基本问题研究/程红著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 2

(武汉大学刑法博士文丛; 2)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 662 - 0

I. 中… II. 程… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 030122 号

中止犯基本问题研究

ZHONGZHIFAN JIBENWENTI YANJIU

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: 山东胶州市装潢印刷厂

版 次: 2007年2月第1版

印 次: 2007年2月第1次

印 张: 9 625

开 本: 880毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 260千字

印 数: 0001~3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 662 - 0/D · 622

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

武大刑法博士文丛

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。改革开放以后，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说来选题合理，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壮大。武汉大学刑法学的博士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。一部分论文出版后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，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。而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《武大刑法博士文丛》，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

中止犯基本问题研究

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。

《武大刑法博士文丛》，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题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。《武大刑法博士文丛》的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大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大刑法学科大力的支持，《武大刑法博士文丛》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

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的研究，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

中止犯基本问题研究

系列的成果。论著主要有：马克昌教授的《比较刑法原理》；张明楷教授的《未遂犯论》；赵秉志教授的《犯罪停止形态适用中的疑难问题研究》；姜伟教授的《犯罪形态通论》；高铭暄教授主编的《刑法学原理》（二）等。论文主要有：马克昌教授的《中国内地刑法与澳门刑法中犯罪未完成形态比较研究》；林亚刚教授的《论犯罪中止的若干争议问题》；赵秉志教授的《海峡两岸犯罪中止形态比较研究》；梁剑的《犯罪中止比较研究》；张庆方的《论犯罪中止》；朱本欣的《共同犯罪中犯罪未遂与中止的比较研究》；袁彬的《中止犯若干问题比较研究》等。以上这些成果在一定程度上填补了中止犯基本问题理论研究的空白，同时为更深入的研究奠定了一定的理论基础。这是应该看到和加以肯定的。

但不可否认，国内理论界对于有关中止犯的基本问题还缺乏应有的关注，研究成果显得比较零星和分散，还没有形成完整的理论体系。尤其对中止犯的基本理论问题缺乏深层次的研究，具体表现为在研究思路上没有突破，对争议问题的研究也基本停留在对既往成果的简单分析与评述上。而与我国的研究现状截然不同的，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却有大量相关成果问世，以日本为例，仅2001年以来就出版了两本专著，其中一本是山中敬一先生的《中止未遂的研究》（2001年3月版），另一本是町田行男先生的《中止未遂的理论》（2005年4月版）。可见，中止犯基本理论问题的研究空间还相当大，由此反映出我国的理论研究现状与该理论的重要地位并不相称。同时，该理论研究的滞后，也导致司法实务中对中止犯问题的研究仍存在诸多不当的认识和理解。因此，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。如犯罪构成理论、犯罪形态理论以及共犯理论等。

其次，由于理论研究的贫乏，加上司法实践中面对的中止犯的问题往往又非常复杂，导致司法实务部门在处理具体问题时感到困惑难解，因而在很多问题上存在较大分歧，难以形成统一的标准，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理论依据，具有重要的参考价值。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，为今后不断完善刑事立法以及刑事政策打下坚实的理论基础。

目 录

引 言	(1)
第一章 中止犯概说	
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	(7)
第二节 中止犯的概念、特征	(11)
一、中止犯的概念	(11)
二、中止犯的特征	(14)
第三节 中止犯的类型与存在范围	(17)
一、中止犯的类型	(17)
二、中止犯的存在范围	(21)
第二章 中止犯的立法理由	
第一节 国外的学说之争	(25)
一、政策说	(26)
二、法律说	(41)
三、并合说	(63)
四、其他学说	(66)
第二节 我国的理论分歧	(74)
一、通说的观点	(75)
二、少数说的观点	(80)
第三节 中止犯立法理由的重新思考	(83)

中止犯基本问题研究

一、对德、日相关学说之评析 (83)

二、对我国中止犯立法理由的论证 (90)

第三章 时间性

第一节 概 说 (96)

一、时间性的意义 (96)

二、“在犯罪过程中”的含义 (97)

第二节 预备阶段的中止 (98)

一、德、日刑法中的预备中止 (98)

二、我国刑法中的预备阶段的中止 (102)

第三节 实行行为终了的判断标准 (106)

一、德国的学说及评析 (106)

二、日本的学说与判例 (119)

三、对我国中止行为类型划分标准的再认识 (131)

第四节 危险犯的既遂与中止 (135)

一、危险犯的既遂 (136)

二、危险状态出现后的中止问题 (141)

第四章 自动性

第一节 国外的学说及其评析 (148)

一、德国的学说及其评析 (148)

二、日本的学说及其评析 (184)

三、法国的学说及其评析 (196)

第二节 自动性的判断标准 (199)

一、我国的学说及其评价 (199)

二、规范的判断标准之提倡 (204)

第三节 任意性（自动性）的认定 (207)

一、因找到用合法的手段实现犯罪目的而放弃犯行 ... (207)

二、因害怕被发觉与受处罚而放弃犯行 (211)

三、因被害人等提供利益而放弃犯行 (215)

四、因产生犯罪动机的事由消灭而放弃犯行 (216)

五、因行为对象缺乏吸引力而放弃犯行	(217)
六、因嫌恶、痛苦之情而放弃犯行	(219)
七、因恐怖、惊愕而放弃犯行	(222)
八、因同情、怜悯而放弃犯行	(224)
九、因迷信而放弃犯行	(224)
第五章 中止行为	
第一节 中止行为的划分概述	(227)
一、德、日刑法理论对中止行为的划分	(227)
二、我国刑法理论对中止行为的划分	(229)
第二节 不作为的中止行为与作为的中止行为	(230)
一、不作为的中止行为	(230)
二、作为的中止行为	(238)
第六章 有效性	
第一节 有效性之地位	(245)
一、德、日的相关讨论与评述	(245)
二、我国的相关讨论与评述	(247)
第二节 有效性之前提——既遂结果未发生	(249)
一、结果本来就不可能发生	(250)
二、利用其他因素阻止了结果发生	(259)
第三节 与有效性相关的特殊问题	(264)
一、准中止犯问题	(264)
二、结果已发生能否成立中止问题	(270)
参考文献	(276)
后 记	(293)

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

国外古代刑事立法中未曾发现有关中止犯的规定。“因为在采取结果责任主义的古代刑法中，只对现实发生的结果追究责任就够了。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。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。”^① 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，而中止或未发生结果者，以重罪论。”^② 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

① [日] 大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第213页。

② 转引自徐逸仁：《故意犯罪阶段形态论》，复旦大学出版社1992年版，第154页。

中止犯基本问题研究

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发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,理所当然也就谈不上处罚了。中止犯不是犯罪,这是法国刑法的特色。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

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

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

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, 则不应就犯罪承担刑事责任。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 he 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

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。

中止犯基本问题研究

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。”^①

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却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》。其中第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。”^② 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。”^③

① 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。

② 张明楷译：《日本刑法典》，法律出版社1998年版，第21页。

③ 潘灯译：《西班牙刑法典》，中国政法大学出版社2004年版，第6页。