

法学苑



韩 玲 / 著

共犯未完成形态 体系化研究



法律出版社 | LAW PRESS

法学苑

韩 玲 / 著

共犯未完成形态 体系化研究



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共犯未完成形态体系化研究 / 韩玲著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3682 - 8

I. ①共… II. ①韩… III. ①同案犯—研究 IV. ①D914.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 149529 号

共犯未完成形态体系化研究
GONGFAN WEIWANCHENG XINGTAI
TIXIHUA YANJIU

韩玲著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 李景美
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 7.75
字数 168 千
版本 2019 年 7 月第 1 版
印次 2019 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 400 - 660 - 8393

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 8393/6393

第一法律书店 / 010 - 83938432/8433

重庆分公司 / 023 - 67453036

深圳分公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85330678

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3682 - 8

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言	1
一、研究意义	1
二、研究框架与主要内容	3
三、研究方法	6
第一章 共犯未完成形态的基础理论	8
第一节 共犯未完成形态概述	8
一、犯罪未完成形态与共同犯罪在犯罪论中的体系 定位	8
二、犯罪未完成形态与犯罪停止形态的界分	9
三、共同犯罪的未完成形态和共同犯罪人的未完成 形态的界分	10
四、共犯未完成形态的概念	12
五、共犯未完成形态的立论根据——“三阶层说”	12
第二节 犯罪参与体系的基础理论	18

一、犯罪参与类型	18
二、正犯、共犯区分理论	22
三、我国的犯罪参与体系	23
第三节 共犯的本质	25
一、犯罪共同说	26
二、行为共同说	30
三、笔者观点——倾向于客观主义行为共同说	34
第四节 共犯的性质	36
一、共犯从属性说	36
二、共犯独立性说	41
三、共犯二重性说	42
四、笔者观点——倾向于限制从属性说	46

第二章 两大法系共犯未完成形态立法和理论研究概况

..... 48

第一节 大陆法系共犯未完成形态立法和理论研究

 概况

 一、德国共犯未完成形态立法和理论研究概况

 二、日本共犯未完成形态立法和理论研究概况

 三、我国台湾地区共犯未完成形态立法和理论研究

 概况

 四、俄罗斯共犯未完成形态立法和理论研究概况

第二节 英美法系共犯未完成形态立法和理论研究

 概况

 一、美国共犯未完成形态立法和理论研究概况

二、英国共犯未完成形态立法规定和理论研究

概况 68

第三章 共犯未完成形态的处罚根据 71

第一节 狭义共犯的处罚根据 71

一、责任共犯说 72

二、不法共犯说 73

三、因果共犯说 74

四、笔者观点——倾向于混合引起说 79

第二节 共同正犯的处罚根据 81

一、关于共同正犯处罚根据的争议 81

二、“部分实行全部责任”新解 84

第三节 犯罪未完成形态的处罚根据 86

一、预备犯的处罚依据 86

二、未遂犯的处罚根据 88

三、中止犯减免刑罚的根据 92

第四节 共犯未完成形态的认定基准——因果性 99

一、物理上的因果性与心理上的因果性 100

二、正犯行为的因果性与正犯结果的因果性 103

第四章 共犯的预备形态 106

第一节 共犯预备的成立条件 106

一、二人以上者实施了预备犯罪行为 106

二、二人以上者均未至于着手实行犯罪的实行
行为 107

三、二人以上者未能着手实行犯罪的实行行为是 出于意志以外的原因	108
第二节 共同正犯的预备	109
一、预备罪的共同正犯与共同正犯的预备犯的 界分	109
二、关于预备罪能否成立共同正犯的争议及 解决	111
三、共同正犯预备的认定	114
第三节 狭义共犯的预备	120
一、关于预备罪的共犯是否可罚的争议及解决	120
二、教唆的预备与预备的教唆	124
三、帮助的预备与预备的帮助	126
第五章 共犯的未遂形态	129
第一节 共同正犯的未遂	129
一、共同正犯的着手	129
二、共同正犯的犯罪“未得逞”	135
三、共同正犯未遂的“意志以外的原因”	143
第二节 狭义共犯的未遂	145
一、未遂的教唆与教唆的未遂	145
二、未遂的帮助与帮助未遂	167
第六章 共犯的中止形态	172
第一节 共犯中止的成立条件	173
一、共犯中止的自动性	173

二、共犯中止的有效性	179
三、共犯中止的时空性	181
四、共犯中止的彻底性	184
五、共犯中止的自身性	185
第二节 准共犯中止和共同正犯中止	186
一、准共犯中止	186
二、共同正犯的中止	188
第三节 狭义共犯的中止	194
一、教唆犯的中止	194
二、帮助犯的中止	197
第七章 共犯关系的脱离	201
第一节 共犯关系脱离的成立	202
一、共犯关系脱离是否要求自动性	202
二、在共犯者中有人既遂的情况下,能否认定其他人 从共犯关系中脱离	204
三、是否要求脱离共犯关系时,其他共犯者必须要 了解脱离的事实	206
第二节 共犯关系的脱离与相关概念之间的关系	207
一、共犯关系的脱离与共犯中止之间的关系	207
二、共犯关系的脱离与共犯关系的解消(解除) 之间的关系	209
第三节 共同正犯的脱离	210
一、着手之前的脱离	211
二、着手之后的脱离	215

三、脱离者的责任	216
第四节 狭义共犯的脱离	221
一、教唆犯的脱离	221
二、帮助犯的脱离	224
结语	226
参考文献	230

引 言

一、研究意义

共同犯罪论是刑法学的基础理论,也是最重要、最有争议的理论之一,日本著名刑法学者中义胜曾将共犯论称为刑法学中“绝望的一章”。共同犯罪无论是在体系的建构模式上,还是在基本的理论内容抑或与犯罪论相关问题的交叉上,都有深入探究的余地。本书关注了后者,即共同犯罪理论与犯罪论的交叉,在内容上跨越了犯罪论相关范畴,研究难度更大,也颇富理论和实践意义。

近年来,我国刑法学界对于共同犯罪理论和未完成罪理论进行了系统深入的研究。在共犯论领域,有陈兴良的《共同犯罪论》,魏东的《教唆犯研究》,陈家林的《共同正犯研究》,杨金彪的《共犯的处罚根据》,钱叶六的《共犯论的基础及其展开》,阎二鹏的《共犯与身份》《犯罪参与体系之比较研究与路径选择》等专著;对未完成罪的研究,已经出版的专著有赵秉志的《犯罪未遂形态研究》、张明楷的《未遂犯论》、邢志人的《犯罪预备研

究》、李立众的《犯罪未完成形态适用》、郑军男的《不能未遂犯研究》、苏宏峰的《犯罪未遂基本问题研究》等。对于共同犯罪的停止形态进行系统研究的包括刘雪梅的《共犯中止研究》及吴波的《共同犯罪停止形态研究》，前者选取了共犯未完成形态中的共犯中止这一具体形态展开研究，涉及共犯中止的处罚根据、成立条件、认定及共犯关系的脱离等有关问题；后者立足于四要件的犯罪构成理论，介绍了共犯完成形态和未完成形态的成立条件、认定和处罚问题。以上成果的取得为我国刑法学对于共犯未完成形态问题的研究奠定了坚实的基础，但在理论上，共犯未完成形态的相关理论仍有进一步深入研究的必要。

共同犯罪的未完成形态是共同犯罪和故意犯罪未完成形态的结合与交叉点，因而比单独犯的未完成形态复杂得多。我国刑法分则中规定的犯罪都是以单独犯的既遂形态为标本的，然而，在现实生活中，共犯者并不见得都能达到犯罪既遂，在共同犯罪中也会出现预备、未遂、中止这些犯罪未完成形态，如何正确地认定共犯者的犯罪未完成形态进而对其适用正确的刑罚，是学理和司法实践中亟待解决的问题。

共同犯罪与故意犯罪的未完成形态涉及刑法理论中两个不同的认定标准，这两个理论标准的本身以及当这两个理论标准出现交叉和竞合的时候又将如何认定，都是刑法理论中非常复杂的问题。研究共同犯罪的未完成形态，主要侧重于共犯者何以成立预备、中止和未遂，解决行为人在共同犯罪中，能否获得刑罚减免的问题。根据我国《刑法》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。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。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。之所以对犯罪的未完成形态进行刑罚减免,主要在于其行为比照既遂犯的社会危害性的减少以及对于法益所造成的侵害的危险的降低。

犯罪的预备、中止和未遂,都是在犯罪发展过程中,在犯罪的某个阶段,由于犯罪主客观原因的变化和作用,而使犯罪停止下来不再发展的不同形态和结局,而这仅是单独犯罪的情况。在实践中,数人共犯一罪的现象屡见不鲜,在共同犯罪的发展过程中,同样会出现预备、中止和未遂。犯罪在构成以上的未完成形态之时,行为人在此之前的危害行为及其主观罪过决定其刑事责任的性质和大小,也必然会与共同犯罪的既遂有所区别。既然没有达到犯罪既遂,各共犯者为何要接受刑罚惩罚、依据何种标准分别认定各种共同犯罪的未完成形态以及在各种未完成形态之下,不同的共犯者各自要承担什么样的刑事责任,理论和实践中莫衷一是,难以形成统一的定论。为解决以上问题,本书将围绕共同犯罪的未完成形态(预备、未遂、中止)的成立条件及其司法认定这一核心命题展开研究。

二、研究框架与主要内容

(一)以大陆法系递进式的犯罪成立条件为基础,在修正的构成要件语境下研究共同犯罪的未完成形态问题

共犯论与刑法学中的诸多重要理论存在密切关联,如犯罪论中的客观主义与主观主义,刑事责任论中的道义责任论与社会责任论,刑罚论中的报应刑论与目的刑论等。此所谓“牵一发而动全身”,要真正解决共犯论中的诸问题,必然会触及刑法学

中的根本理论。

各行为人之间是否存在共同犯罪关系,属于事实认定问题,在此基础之上判定行为人是否适用部分行为全部责任原则,是法律适用问题。传统学说倾向于给共同犯罪本身定罪,先确定共同犯罪关系的本身性质,之后再对共同犯罪的各行为人适用“部分行为全部责任”原则,即先解决事实问题,再解决法律问题。传统学说和司法实践中的通常做法都是先给“共同犯罪”先确定一个罪名,然后再按照各共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用,即以作用为主兼采分工对共同犯罪人进行分类。在分类的基础之上,对共同犯罪的参与者适用“部分行为全部责任”的原则。可见,该种做法在量刑时优势较为明显。但如若该共同犯罪因主客观原因而出现未完成形态,则须首先判定共同犯罪的停止形态为何,各共犯者的罪名为何,才会谈及作用和分工问题。简言之,我国传统学说和司法实践从共同犯罪未完成形态的量刑的角度来看优势突出,但从量刑的前提——定罪的角度来看则存在明显不足。

沿袭自苏联的、长时间在我国刑法理论和司法实践中占据通说地位的四要件犯罪构成理论中的各个要件之间是并列结构,对于行为是否符合犯罪构成进行整体上的一次认定;而大陆法系的“三阶层论”则认为在满足了递进式的“构成要件符合性—违法性—有责性”之后,才去探讨未遂犯与共犯问题。但无论以上何种犯罪构成体系,皆认为共犯以及犯罪的未完成形态(大陆法系称未遂犯)负刑事责任的根据都在于满足了修正的犯罪构成。对于如何满足了修正的犯罪构成的解释,递进式的“三阶层论”更具理论优势。

(二) 共犯未完成形态的处罚根据

刑法分则规定的犯罪,皆是以单独犯的既遂形态为蓝本,而除了这种基本的构成要件以外,在构成要件的种类中,还包括修正的构成要件。在同种类的犯罪中,与行为的发展阶段相适应,尽管没有达到既遂状态,但要接受刑罚处罚的情形包括预备犯、未遂犯、中止犯;此外,不是单独的行为人,而是二人以上的行为人参与实现构成要件的情况是指共同犯罪(其中的共犯者有正犯、共犯之别)。以上皆为构成要件的修正形式,修正的构成要件和基本的构成要件皆具备构成要件的符合性。

既然犯罪没有完全实现,为何还要加以处罚呢?其根本原因在于未完成罪也是具有侵害法益的现实危险的行为,不能因为该行为没有完成而不予处罚。传统学说用于解释共同犯罪与犯罪未完成形态的处罚依据同样是援引了大陆法系的“满足了修正的构成要件”这一理论,但究竟如何予以修正,共犯未完成形态中“共犯”和“未完成”对于构成要件进行了两次修正,究竟何者在前、何者在后等问题,在理论上始终没有解决。

(三) 在区分共犯制的理论框架下解决共犯者之间的责任问题

为了解决因共犯参与人的数量、身份、未完成形态等问题所导致的争议,一些国家的刑法理论和刑事立法中创立了单一正犯体系,其理论优势近乎不言自明,由于给犯罪的成立提供了条件的人都是正犯,亦不重视行为在形态上的差别,故此各共犯者的参与形态、行为是否完成对于责任的影响等理论难题在单一正犯体系之下迎刃而解。但本书并未在单一共犯制下研究共犯的未完成形态问题,由于单一共犯体制深受主观主义刑法的影

响,会导致法官的自由裁量权和惩罚范围的扩大,为大陆法系的主要国家(如德国、日本)所不采。故而本书仍是在正犯-共犯区分体系之下研究和解决共犯者的责任问题。

三、研究方法

(一) 比较研究的方法

比较研究的方法是刑法理论研究中经常采用的方法,本书拟对大陆法系和英美法系刑法中有关共同犯罪未完成形态的理论和判例进行介绍、比较及评析,找出可资借鉴的内容。因犯罪成立条件的不同,大陆法系、英美法系国家和我国在犯罪成立条件上有很大的不同,本书对于共犯未完成形态的研究主要偏重于大陆法系国家和地区,对包括日本、德国和我国台湾地区刑法在内的相关理论进行比较分析,找出可供我国借鉴之处。“他山之石,可以攻玉”,大陆法系国家对于共犯未完成形态有关理论的研究已经有一百多年的历史,其研究成果有很多值得我们借鉴的地方。相较之下,我国共犯未完成形态有关理论的发展尚处于起步阶段,亟待发展和完善。

(二) 实证研究的方法

结合司法实践中实际发生的案例进行实证分析,既可以检验已经形成的理论是否能够适应司法实践的需要,也可以在具体问题具体分析的基础之上,进一步提出有价值的见解。刑法学是一门实践性很强的学科,刑法学理论中的很多疑难问题,最初都是在纷繁复杂的司法实践中被发现。笔者收集整理了的案例,通过对案例的实证分析,既可以提出问题,也可以对已

经形成的理论进行检验,并对现有理论进行丰富和发展。

本书立足于我国的刑事立法、刑法理论和司法实践,对共同犯罪的未完成形态进行全面、系统和深入的研究,不仅对其他国家和地区的刑法学共犯未完成形态理论加以介绍,也能对完善我国刑法学共犯未完成形态理论有所启示,对于共犯理论的发展以及司法实践起到一定的作用。

第一章 共犯未完成形态的基础理论

第一节 共犯未完成形态概述

一、犯罪未完成形态与共同犯罪在犯罪论中的体系定位

有学者认为,根据作为犯罪实质的法益侵害说,犯罪未完成形态是指行为人故意侵犯法益,由于主客观原因导致未能毁灭法益的结局状态,包括犯罪预备、犯罪未遂与犯罪中止三种形态。^①德、日等大陆法系国家与我国不同,在犯罪论体系中,通常在犯罪成立条件之后探讨未遂犯与共犯的有关问题,关于共犯的未完成形态,通常在共犯论中加以探讨。大陆法系国家将未遂犯作为障碍未遂与中止未遂的上位概念,未遂与中止统一称为未遂,在未遂中又有不能未遂与普通未遂之分。至于预备犯,刑法分则有规定的,才须承担刑事责任。对于预备犯的处罚并未规定在刑法总则当中,即除刑法分则有规定的以外,预备犯一

^① 参见李立众:《犯罪未完成形态适用》,中国人民公安大学出版社2012年版,第1页。