



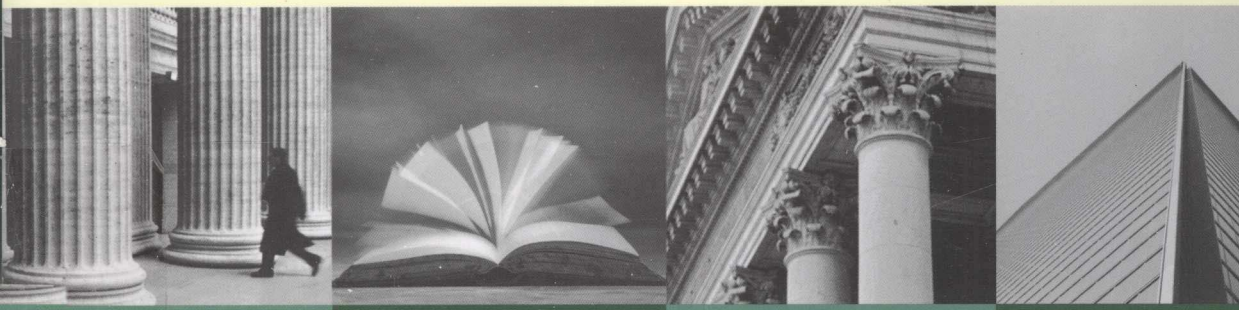
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

犯罪未完成形态适用

FANZUI WEIWANCHENG XINGTAI SHIYONG

李立众 著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

犯罪未完成形态适用

李立众 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪未完成形态适用 / 李立众著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2012. 11

(中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑法系列)
国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1054 - 6

I. ①犯… II. ①李… III. ①犯罪 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 248110 号

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

犯罪未完成形态适用

李立众 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: 2012 年 11 月第 1 版
印 次: 2012 年 11 月第 1 次
印 张: 15. 75
开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数: 309 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1054 - 6
定 价: 42. 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
公安业务分社电话: 010 - 83905641

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
本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

中国刑事法制建设丛书·刑法系列

编 委 会

总 顾 问 高铭暄 马克昌 陈光中

总 主 编 陈国庆 孙茂利

编 委 (以姓氏笔画为序)

于志刚	王 晋	王宏勇	王茂华
曲新久	刘国祥	孙茂利	李希慧
李睿懿	杨万明	陈兴良	陈国庆
陈泽宪	周光权	赵学颖	高 峰
高憬宏	黄 河	黄京平	黄海龙
韩耀元	裴显鼎		

总 策 划 赵学颖 王宏勇

前 言

我国第一部刑法典诞生至今已三十余年，1997 年进行了全面修正，尤其最近对刑法又进行了较为全面的修改，刑事法网日渐严密。刑法为惩罚犯罪，保护人民，维护社会和谐稳定发挥了重要作用。与之相应，刑法学可谓是我国法学领域里起步最早的学科之一，也是研究相对成熟的学科，涌现了大量的研究成果。随着我国市场经济的发展，各种社会关系愈加错综复杂，刑法学的研究日渐深入，但包括刑法学的基础理论问题仍需要进行深入研究，大量实践中出现的复杂疑难案件亟待从理论上加以解决。这就要求刑法学研究在积极吸取国外优秀成果的同时努力实现与本国刑事立法和司法实践的对接，在致力于对现行刑法规范进行注释解读的同时综合运用哲学、社会学、政治学、经济学等手段，从刑事政策、犯罪学、国际刑法学等多角度拓展刑法学研究视野，并最终服务于刑法目的的实现。

受国家出版基金的资助，中国人民公安大学出版社启动了《中国刑事法制建设丛书》出版项目，将“刑法系列”作为丛书的重要组成部分。为了给广大从事刑法学研究的专家学者提供一个高层次的交流平台，也使广大读者系统和全面地了解刑法理论和实践研究的成果，本丛书力求兼顾以下几方面特点：

第一，本丛书入选书目的内容全面覆盖我国现行刑法中各项重要制度和刑法学中若干重大理论问题。本丛书对刑法理论研究和司法实践中的热点问题予以充分关注，着力推荐针对刑法学中某一具体制度

或理论进行系统深入研究的作品。近年来，我国刑法学者对德日刑法理论进行了更为细致的研究，引起了对犯罪论体系进行改造等诸多关于刑法基础理论问题的争鸣，这些争论有助于进一步深化刑法学研究的根基和深层次解决当前司法实践中遇到的重大疑难问题。因此，本丛书吸纳了一批介绍国外刑法理论，并能对我国司法实践作出积极回应的具有开创性的作品。

第二，本丛书的出发点是在现行刑法典的基础上，深入研究刑法学的基本原理、刑法的基本制度和刑法解释方法，以期对刑法立法的完善起到积极作用，帮助广大司法工作者正确理解法律精神，在办案中准确解释法律。为此，本丛书选择了一批对我国现行刑法及其相关司法解释的制定背景、具体内容进行解读或者阐释的作品。希望这些成果能直接服务于刑事立法和司法工作，尤其是对公检法机关的司法工作人员规范执法、提高办案质量发挥指导作用。

第三，本丛书由最高人民检察院、公安部等长期从事刑事业务指导工作的专家担任总主编，选择了具有前瞻性、创新性、实用性和建设性的刑法领域的优秀研究成果收入本丛书。

希望在国家出版基金的资助下，《中国刑事法制建设丛书》为我国的刑事法制建设发挥积极的推动作用。

欢迎广大读者批评指正。

中国刑事法制建设丛书·刑法系列编委会

2011年5月

目 录

第一章 犯罪未完成形态概论	(1)
第一节 犯罪未完成形态的由来	(1)
第二节 犯罪未完成形态的特点	(3)
一、时空性	(3)
二、终局性	(5)
三、不可转化性	(6)
四、例外性	(9)
第三节 犯罪未完成形态的实务价值	(12)
一、侦查阶段的实益	(12)
二、起诉阶段的实益	(12)
三、审判阶段的实益	(13)
四、执行阶段的实益	(14)
第四节 犯罪未完成形态的理论价值	(14)
一、犯罪未完成形态领域是客观主义与主观主义 搏杀的竞技场	(14)
二、犯罪未完成形态领域是形式解释论与实质解释论 对决的大舞台	(15)
三、犯罪未完成形态领域是法益理论大显身手的舞台	(16)
第五节 犯罪未完成形态实务问题点	(17)

第二章 犯罪未完成形态研究方法论	(19)
第一节 统一的刑法立场	(19)
一、刑法的立场问题	(19)
二、客观主义与主观主义对犯罪未完成形态的各自解读	(20)
三、本书所持的基本立场	(23)
第二节 法益的指导机能	(25)
一、法益的概念	(25)
二、法益对认定犯罪未完成形态的指导机能	(26)
三、法益被毁灭的具体认定	(29)
第三节 刑法实质解释论	(32)
一、实质解释论的产生背景	(33)
二、实质解释论在构成要件中的贯彻	(35)
三、实质解释论对于认定犯罪未完成形态的意义	(40)
第四节 规范评价方法论	(41)
一、问题的引出	(41)
二、规范评价与事实评价的区分	(41)
三、采用规范评价的必要性	(42)
四、规范评价对于认定犯罪未完成形态的意义	(45)
第五节 要件考察顺序论	(47)
一、问题的提出	(47)
二、学界的争议	(48)
三、本书的看法	(49)
四、要件考察顺序论的意义	(51)
第三章 犯罪未完成形态的范围	(52)
第一节 犯罪未完成形态的存在范围	(52)
一、过失犯罪不存在犯罪未完成形态	(52)
二、间接故意是否存在犯罪预备	(53)
三、间接故意是否存在犯罪未遂、中止	(56)

四、其他犯罪形态是否存在犯罪未遂问题	(64)
五、犯罪中止能否存在于危险犯中	(73)
六、余 论	(75)
第二节 犯罪未完成形态的可罚性范围	(75)
一、司法实况	(76)
二、本书的立场	(78)
三、犯罪未完成形态的具体处罚范围	(81)
四、余 论	(87)
第四章 犯罪预备	(88)
第一节 司法状况与问题所在	(88)
一、司法状况	(88)
二、问题所在	(89)
第二节 犯罪预备的法律特性	(91)
一、犯罪预备的处罚根据	(91)
二、从宽处罚的原因	(92)
三、小 结	(92)
第三节 犯罪预备案件的筛选	(92)
一、立案侦查的筛选	(93)
二、处罚范围的筛选	(94)
第四节 犯罪预备的成立要件	(94)
一、犯罪预备的客观要件	(95)
二、犯罪预备的主观要件	(100)
第五章 犯罪未遂	(102)
第一节 司法状况与问题所在	(102)
一、犯罪未遂的处罚范围不够明确	(102)
二、过于重视行为人的主观危险	(102)
三、过于重视行为人的实际心理内容	(103)

第二节 犯罪未遂的法律特性	(104)
一、具有犯罪既遂的危险	(104)
二、非本人消灭既遂危险	(105)
第三节 犯罪未遂的成立要件	(106)
一、犯罪未遂的客观要件	(106)
二、犯罪未遂的主观要件	(119)
第四节 常见犯罪既未遂区分标准	(120)
一、放火、爆炸等危害公共安全罪	(120)
二、金融诈骗、合同诈骗罪	(122)
三、强奸罪	(124)
四、绑架罪	(127)
五、拐卖妇女、儿童罪	(128)
六、抢劫罪	(130)
七、盗窃罪	(132)
八、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(133)
第五节 不能犯	(136)
一、讨论不能犯的原因	(136)
二、不能犯的种类	(138)
三、不能犯的判断标准	(138)
四、不能犯与其他犯罪形态的竞合问题	(143)
第六章 犯罪中止	(145)
第一节 司法实况与问题所在	(145)
一、犯罪中止的处罚范围不够明确	(145)
二、形式化地套用犯罪中止的成立要件	(147)
三、偏重于主观方面认定犯罪中止	(147)
四、对“损害”的理解较为混乱	(148)
第二节 犯罪中止的法律特性	(148)
一、讨论中止犯法律特性必须明确的几个前提	(149)

二、我国中止犯的法律特性	(161)
第三节 犯罪中止的成立要件	(171)
一、客观要件：存在消灭既遂危险的中止行为	(171)
二、主观要件：存在中止意思	(176)
第四节 犯罪中止的具体判断	(179)
一、担心被发觉而放弃犯罪	(180)
二、被发觉而放弃犯罪	(180)
三、基于报警而放弃犯罪	(180)
四、基于第三人赶到现场而放弃犯罪	(181)
五、基于嫌弃、厌恶而放弃犯罪	(182)
六、基于惊愕、恐惧而放弃犯罪	(183)
七、基于目的物障碍而放弃犯罪	(183)
八、发现对方是熟人而放弃犯罪	(183)
九、被害人提供利益而放弃犯罪	(184)
十、被被害人欺骗、恐吓而放弃犯罪	(184)
十一、基于被害人反抗而放弃犯罪	(185)
第七章 单位犯罪的未完成形态	(187)
第一节 单位犯罪未完成形态概论	(187)
一、单位犯罪存在犯罪未完成形态	(187)
二、单位犯罪未完成形态的认定步骤	(188)
三、单位犯罪未完成形态的处罚	(189)
第二节 单位犯罪未完成形态的具体认定	(189)
一、单位犯罪未完成形态的认定要点	(189)
二、单位犯罪未完成形态疑难问题	(191)
第八章 共同犯罪的未完成形态	(193)
第一节 共同犯罪未完成形态概论	(193)
一、研究共同犯罪未完成形态的必要性	(193)
二、共同犯罪的未完成形态与共犯人的未完成形态	(193)

三、处罚范围的考虑	(194)
第二节 共同犯罪未完成形态基本原理	(195)
一、共犯行为的相互补充、利用性	(195)
二、共犯原理对认定犯罪未完成形态的指导意义	(196)
第三节 共同犯罪未完成形态疑难案件	(199)
一、强奸共同犯罪未遂犯的认定	(199)
二、强奸共同犯罪中止犯的认定	(201)
三、轮奸案件犯罪停止形态的认定	(203)
第四节 共犯的脱离	(210)
一、共犯脱离理论的起因与价值	(210)
二、共犯脱离的学说	(212)
三、共犯脱离的效果	(213)
四、共犯脱离的要件	(214)
五、实务案件的处理	(217)
第九章 犯罪未完成形态的处罚	(219)
第一节 刑法规定的基本理解	(219)
一、“比照既遂犯处罚”的含义	(219)
二、“应当”、“可以”的含义	(221)
三、“从轻”、“减轻”、“免除”处罚的含义	(223)
四、“损害”的含义	(225)
第二节 罪刑均衡观念下的处罚	(229)
一、犯罪未完成形态的合理处罚概说	(229)
二、未遂犯的合理处罚	(230)
三、中止犯的合理处罚	(231)
四、预备犯的合理处罚	(233)
参考文献	(235)
后 记	(237)

第一章 犯罪未完成形态概论

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形态,包括犯罪预备、犯罪未遂与犯罪中止三种形态。^① 犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止之所以被统称为犯罪未完成形态,就在于这三种形态都未能导致法益的毁灭。

犯罪未完成形态是相对于犯罪完成形态(犯罪既遂)而言的。犯罪的未完成形态与完成形态在刑法学上合称为犯罪的停止形态。“完成”或“未完成”不是指行为人是否完成了犯罪行为,而是特指是否毁灭了法益;即使行为完全实行终了,但未能毁灭法益的,就是犯罪未完成形态;相反,即使行为未能按计划实行终了,但只要导致法益被毁灭的,就是犯罪完成形态。研究犯罪未完成形态是本书的主题。^② 当然,在必要的地方,本书也会涉及犯罪完成形态问题。

第一节 犯罪未完成形态的由来

我国古代早已处罚某些犯罪的未完成形态。《唐律》“十恶”中关于谋反、谋大逆、谋叛的规定,相当于今日犯罪预备(阴谋犯)的规定。《明律·刑律》强奸未成的规定,相当于今日强奸未遂的规定。清朝“私铸未成,畏罪中止”的规定,属于对私铸钱犯罪中止的规定。^③ 不过在古代,限于当时的立法技术,

① 犯罪预备与预备犯、犯罪未遂与未遂犯、犯罪中止与中止犯是既有联系又有区别的概念。如果将预备犯、未遂犯与中止犯理解为故意犯罪的未完成形态,则犯罪预备与预备犯、犯罪未遂与未遂犯、犯罪中止与中止犯就是没有区别的概念,这些概念可以相互通用。如果将预备犯、未遂犯与中止犯理解为犯罪人的类型,则二者就是完全不同的概念,一者特指符合犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止成立要件的犯罪人,一者特指故意犯罪的未完成形态。在特指犯罪人的类型时,不能使用犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止的概念。

② 从本书的主题出发,本书一般使用“犯罪未完成形态”这一概念,但是,如果所讨论的问题可能涉及犯罪既遂形态时,本书则采用“犯罪停止形态”这一概念。

③ 参见高绍先著:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第213页。

对犯罪未完成形态并无统一规定，而是散见于各个具体罪名中。直到1911年《大清新刑律》颁布，才在我国刑法中出现犯罪未完成形态的一般性处罚规定。这一立法体例为后来的《中华民国刑法》所继承。

在借鉴苏联刑法学的基础上，我国1979年《刑法》第19条、第20条、第21条对犯罪未完成形态作了系统规定。在立法上不明确犯罪未完成形态的处罚范围，由司法机关根据社会形势的需要进行灵活掌握，是我国犯罪未完成形态规定的最大特色。在修订1979年《刑法》的过程中，理论界与实务界对犯罪未完成形态提出了各种修订建议，但出于保持刑法的连续性、稳定性的考虑，除对中止犯的处罚作出修改外，^①立法者对犯罪未完成形态未作其他任何修改。

在现实生活中，存在大量犯罪未完成现象，这是刑法得以规定犯罪未完成形态的事实基础。为了盗窃，练习扒窃技巧；意图抢劫，在物色目标时，因形迹可疑被警察抓住；双方到现场准备斗殴，被及时赶到的警察制止；小偷将手伸进别人口袋，但没偷着东西；购进大批伪劣产品，刚卖出少许，就被工商部门查获；强奸妇女时，发现是熟人而放弃强奸；意图伤害他人，因惧怕刑罚而不敢动手……这些形形色色的事情几乎每日都在发生。为了维持社会秩序，刑法必须对这些犯罪未完成现象予以回应。在这些情形中，有些通过治安处罚即可处理，有些则需要追究刑事责任；对其中哪些行为应追究刑事责任、应如何追究刑事责任，这是立法者在规定犯罪未完成形态时必须认真思考的问题。

刑法规定犯罪未完成形态还存在提前保护、救助法益的刑事政策基础。生命、健康、性交自主权、公共安全等这些极其重要的法益，需要受到刑法全方位的保护，如果只有等到法益被毁灭时才能得到刑法的保护，对这些被毁灭的法益而言，刑法保护已经过晚而失去意义。刑法一般是通过事后惩罚犯罪来宣告刑法所保护的法益不容侵犯。如何将对法益的事后保护转化为对法益的事前保护，是立法者一直深思的课题。在刑法中规定犯罪未完成形态，有助于实现保护法益的早期化，即通过“中止有赏、未遂严罚”的刑事政策，可以达到事前或者事中保护、救助处于危险之中的法益的效果。在犯罪的过程中，要救助处于危险之中的法益，指望被害人自救或者第三人出手相救，成功概率极低，因为被害人往往猝不及防或者难以反抗，而第三人未必能恰好地出现在犯罪现场，即使第三人出现在现场，也未必一定出手相救。行为人是犯罪事件的制造者，其控制着犯罪的过程，一般能够决定是否毁灭法益以及毁灭的程度。解铃还须系铃人，要救助处于危险之中的法益，最佳候选人自然是行为人本人，只要其能停止继续实施犯

^① 1997年《刑法》将1979年《刑法》第21条第2款“对于中止犯，应当免除或者减轻处罚”修改为“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”。

罪,或者及时采取救助措施,就能避免法益被毁灭的局面。为了达到“感召”行为人中止犯罪的目的,立法者在刑法中规定,犯罪中止没有造成损害的免除处罚,造成损害的亦可减轻处罚,这样就为行为人及时中止犯罪提供了极大动力与可能。为了反衬“中止有赏”,对于拒不响应号召、未主动消灭犯罪既遂危险但又未得逞的行为人,立法者采取“未遂严罚”的刑事政策,即对于犯罪未遂立法者规定了比犯罪中止要严厉得多的刑事责任,如英国《1981年刑事未遂法》和《美国模范刑法典》对未遂犯总体上都采取了与既遂犯“同等处罚”的立场;^①在我国,对未遂犯“可以”从轻或者减轻处罚,意味着在特定情形下对未遂犯亦可按既遂犯来处罚。通过这种刑事责任的对比,立法者努力敦促行为人尽可能地中止犯罪,以便最大限度地促使行为人自动消灭犯罪既遂的危险,从而救助处于危险之中的法益。

知晓犯罪未完成形态的由来,具有如下意义:第一,掌握我国犯罪未完成形态的立法由来,有助于明确研究犯罪未完成形态的重点;第二,了解规定犯罪未完成形态的事实由来,有助于限缩犯罪未完成形态的处罚范围;第三,掌握立法者设立犯罪未完成形态的刑事政策由来,有助于司法人员准确认定犯罪中止等犯罪未完成形态,有助于实现对中止犯、未遂犯的合理量刑。

第二节 犯罪未完成形态的特点

犯罪未完成形态具有时空性、终局性、不可转化性和例外性等特点,了解这些特点有助于正确处理犯罪未完成形态案件。

一、时空性

犯罪未完成形态的时空性关注的是犯罪未完成形态所能存在的时空范围。犯罪未完成形态只能存在于法益被毁灭之前的犯罪过程中。研究犯罪未完成形态的时空性,有助于避免不当缩小或者扩大犯罪未完成形态的存在范围。

准确地理解“犯罪的过程”,是把握犯罪未完成形态时空性的关键。对于犯罪的过程,不宜从行为人身体举动的方式来理解,因为行为人开始某种身体举动不一定意味着法益侵害的开始,如犯意表示就是如此;同时,行为人身体举动的结束也不意味着法益就被毁灭,在一些犯罪中,行为人结束身体举动后,需要一段时间才能发生法益被毁灭的结果,甚至有时不能发生法益被毁灭的结果。犯罪的本质是侵犯、否定法益,应从法益侵害的角度来理解犯罪的过程。因此,犯罪

^① 参见刘士心著:《美国刑法中的犯罪论原理》,人民出版社2010年版,第253页。

的过程,是指法益开始面临危险、危险不断递增直至法益被毁灭的整个过程。

当行为人基于犯罪故意开始准备犯罪工具、制造犯罪条件之时,这一行为可对法益构成现实的威胁,故可认为犯罪的过程已经开始。犯罪的过程不包括犯罪念头的产生。当行为人产生故意犯罪的念头时,这种念头尚存在于行为人的内心世界,客观上对法益尚不构成现实的威胁,对此只能通过道德、伦理的方式进行调节,没有必要动用刑罚来干涉。只要严守不能动用刑罚来干涉人的内心世界这一原则,就不可能将犯罪念头的产生纳入犯罪的过程。

法益已被毁灭是犯罪过程结束的标准。在犯罪的过程结束后行为人所实施的各种行为,属于犯罪后的表现,仅对量刑有影响,不能改变已成终局的各种犯罪停止形态。在杀人、抢劫之类的犯罪中,法益在瞬间就能被毁灭,此时认定犯罪的过程已经结束,没有任何问题。但是,像人身自由这样的法益具有源源不断可再生的属性,被害人被非法拘禁后,虽然也可以说人身自由法益已被剥夺(毁灭),但是,此刻不能说犯罪过程已经结束,因为这种对人身自由法益的剥夺可以是持续的,只要非法拘禁行为仍在持续,对人身自由法益的毁灭就仍在持续,而没有结束。因此,在像非法拘禁这样的场合,只要人身自由尚未被恢复,就不能说犯罪的过程已经结束;换言之,仅在对法益的毁灭不再持续、已经结束时,才能认定犯罪的过程已经结束。这样来理解犯罪的过程有其意义,因为只要犯罪的过程尚未结束,就可能存在承继的共犯。

犯罪未完成形态只能存在于法益未被毁灭之前的犯罪过程中。法益一旦被毁灭,即属于犯罪既遂,构成犯罪完成形态,再无成立犯罪未完成形态之余地。当然,只要法益尚未被毁灭,即使犯罪行为已经实施终了,仍属于“在犯罪的过程中”,此时行为人主动救助法益、避免了犯罪既遂的,有构成中止犯的余地。例如,甲基于杀人故意对乙实施暴力,致乙失血昏迷,甲误认为乙已经死亡,便离开现场;后甲想起杀人凶器仍留在现场,在返回现场取凶器时,发现乙正在痛苦呻吟;甲于心不忍,将乙送医,使乙得以保命。有学者认为甲构成故意杀人未遂,其将乙送医的行为只能作为事后的量刑情节加以考虑。^① 这种看法是从行为人是否结束杀人行为的角度来理解犯罪的过程,既然杀人行为已经实施终了,当然犯罪的过程就已结束,而被害人未死亡的结果违背甲当初的意愿,所以甲只能构成故意杀人未遂。然而,从法益侵害的角度看,既然生命法益尚未被毁灭,就不能说犯罪过程已经结束;甲主动扭转犯罪结局、消灭了杀人既遂的危险,保全了乙的生命,这完全符合犯罪中止的成立要件,应认定为中止犯。

犯罪的过程可划分为犯罪预备阶段与犯罪实行阶段这两个犯罪阶段。由此之故,在研究犯罪停止形态时,总会不可避免地提及犯罪阶段。犯罪阶段与犯罪停

^① 参见周光权著:《刑法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第183页。

止形态是既有联系又有区别的不同概念。犯罪阶段主要强调犯罪行为所处的时空特征,没有静态性、不可发展性的意思;而犯罪停止形态主要强调的是犯罪行为的结局形态,没有动态性、可发展性的意思。因此,将故意犯罪的停止形态称为“故意犯罪的发展阶段”是不合适的。此外,如果从法益侵害的角度来理解犯罪的过程,就没有必要在犯罪实行阶段之后再增加一个“实行后阶段”。^①

将犯罪的过程划分为犯罪预备阶段与犯罪实行阶段,具有一定意义。一方面,这种阶段划分有助于直观地了解犯罪未完成形态的存在范围,即在犯罪预备阶段,只可能存在犯罪预备与犯罪中止,不可能存在犯罪未遂形态;而在犯罪实行阶段,不可能存在犯罪预备形态,只存在犯罪未遂与犯罪中止这两种犯罪未完成形态。另一方面,这种阶段划分对于共同犯罪未完成形态的认定具有重要意义。在共同犯罪中,共犯人存在相互利用、相互补充的协作关系,这使得共犯人在所处的犯罪阶段上始终保持一致,不存在一部分共犯人处于犯罪预备阶段、另一部分共犯人已进入犯罪实行阶段的现象。只要有一个共犯进入犯罪实行阶段,即应认定所有共犯人都已进入犯罪实行阶段。因而,一部分共犯人构成犯罪预备、一部分共犯人构成犯罪未遂或者(着手)犯罪中止的现象,是不存在的(共犯的脱离除外)。

二、终局性

所谓终局性,是指犯罪的过程已经结束,法益被侵害已经呈现结局状态。犯罪未完成形态是一种终局性的犯罪停止形态。因此,仅在犯罪的过程已经结束后,才能讨论犯罪的未完成形态。如果犯罪的过程尚未结束,因为存在各种变数,此时不是讨论犯罪行为属于何种未完成形态的时候,否则有时可能得出不当结论。例如,在上述杀人犯甲返回现场发现被害人乙尚未死亡的案件中,认为甲属于杀人未遂就是在案件尚未呈现终局性时,过早讨论犯罪未完成形态得出的结论。又如,行为人到现场后觉得犯罪时机不成熟,因而暂时放弃犯罪的,一般都否认行为人构成犯罪中止。之所以如此,除了行为人不具备“彻底性”这一中止犯的成立要件外,行为人仅是临时调整了犯罪计划,法益被侵害的状态尚未呈现终局性,对这种临时自觉放弃犯罪的行为,在技术层面,尚未到讨论是否构成中止犯的时候。

再如,学界曾经对自动放弃重复侵害行为构成犯罪未遂还是犯罪中止进行过深入讨论。认为自动放弃重复侵害行为构成犯罪未遂的主张之所以不妥,就在于虽然行为人之前的侵害行为未能造成毁灭法益的结果,但此时案件尚未呈现终局性,行为人仍能操控、改变犯罪结果,因此,就不能说犯罪结果未发生在结局上

^① 参见马克昌主编:《犯罪通论》(第三版),武汉大学出版社1999年版,第410页。