

中国人民大学刑法学博士文丛(8)

犯罪实行行为着手研究

Study on Commence of Perpetrating Act of Crime

◎钱叶六 著



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑法学博士文丛 (8)

犯罪实行行为着手研究

Study on Commence of
Perpetrating Act of Crime

钱叶六 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪实行行为着手研究/钱叶六著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 1

(中国人民大学刑法学博士文丛; 8)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 427 - 6

I. 实… II. 钱… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 000708 号

中国人民大学刑法学博士文丛 (8)

犯罪实行行为着手研究

Study on Commence of Perpetrating Act of Crime

钱叶六 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: 2009 年 1 月第 1 版

印 次: 2009 年 1 月第 1 次

印 张: 12. 125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 320 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 427 - 6/D · 360

定 价: 28. 00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zhls@cppsus.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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

中国人民大学刑法学博士文丛

编辑委员会

顾问：高铭暄 王作富

主任：戴玉忠

委员（以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 刘明祥

张小虎 肖中华 黄京平

韩玉胜 谢望原

总 序

以刑法规范及其发展完善为主要研究对象的刑法学，是法学体系中一个极为重要的部门。而刑法学的发展和完善，很大程度上取决于刑法学研究和教育的发展状况。因此，我们既要促进当下各种刑事法思想与理论的交流，力促百花齐放、百家争鸣，又不能忘记对年轻一代人才的培养，以期薪尽火传、承传不灭。这就对我国的法学教育和法学研究提出了更高的要求。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，首批成为全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地之一，也是刑事法领域唯一的国家级重点研究机构。“中心”依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与人大法学院坚实宽广的法学学科实力，以具有辉煌业绩和良好传承的国家重点学科——刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序法与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的诸多领域。中国人民大学刑法学博士生在“中心”的严格要求和精心培养下，勤于学习，勇于探索，撰写的学位论文大多具有锐意创新之处。但在目前学术著作出版难的状况未彻底改观的情况下，其中仅有少数论文得以公开出版，这不得

不说是一大憾事。有鉴于此，中国人民大学刑事法律科学研究中心本着繁荣学术、扶植青年的宗旨，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持下，精心挑选、组织出版了这套“中国人民大学刑法学博士文丛”。

本文丛以通过答辩的刑法学博士学位论文为选题范围，从中挑选一些有代表性并有较高学术价值和现实意义的论文加以编辑出版。从论文的选题和内容来看，作者或者是对刑事法中前沿问题的系统分析，论证严谨，见解独到；或者是对传统理论的深刻挖掘，论涉古今，言及中外；或者是对外国刑法理论的专门研究，援引西土精华，璧合本土资源；或者是对某一理论的中外比较，两两相互对照，取其精去其糟，其学术价值和现实意义不容低估。固然，这些论文看起来或许还有些青涩与稚嫩，许多观点也可能还值得商榷，但每一篇论文都闪烁着作者思想的火花，同时浸透了导师的心血，因而值得一读。并且，我们真诚欢迎读者对论文提出批评，因为认真而负责的批评，正是作者得以进步的阶梯、学术得以繁荣的途径。

回首过去，中国人民大学刑事法律科学研究中心由于各方厚爱和自身的艰苦努力，在刑事法研究方面打下了一些基础，取得了一些成绩。展望未来，来日方长，我辈不敢稍有怠慢或休歇，学如春起之苗，要让其增，务要不断浇灌，只有更进一步，方能更上一层楼。在这里，唯愿这套“中国人民大学刑法学博士文丛”，能够源源不断地为气氛正热而任重道远的刑事法研究贡献一份绵薄之力。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2008年3月

序

谢望原*

刑法博士论文的选题越来越难，这已成为刑法学学科师生的共识。以往，博士论文选题多倾向于就某一领域中的宏观性、体系性问题展开系统的、全方位的研讨。但不容置疑：一方面，宏观性问题的研究对作者的学术积淀要求较高，这对于年轻的刑法学人而言，并非易事；另一方面，随着刑法博士生招生规模的总体扩大，如果博士生们都关注宏观性问题，就很难避免选题的重复而导致研究成果很难出新。正是基于此，我一般提倡和鼓励我指导的博士生们多考虑一些“小题大做”的选题：一来避免选题重复、内容陈旧，二来可就某一具体刑法问题进行深入挖掘和细致分析，以便能够写出有深度有见地的论文。

钱叶六是我指导的2005级博士生。在他和我就博士论文选题进行商议时，我建议他以“刑法中的着手”为题开展研究。之所以建议他选这个题目，主要基于以下几点考虑：首先，在刑法中，“着手”作为预备行为与实行行为的分水岭，是区分犯罪预备与犯罪未遂的一个重要标志，犯罪实行行为着手与否关涉行为人行为的可罚性有无或者刑事责任轻重的重大理论和实务问题，开展这一问题的研究无疑具有重要的理论意义和实践价值。其次，据我对他的了解，他更擅长于对微观、具体问题的分析研究。“着手”属于典

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、法学博士后，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任，中央治理商业贿赂领导小组专家咨询组成员。

型的“小题大做”型的课题，类似这样的选题可充分发挥其长于微观深层思考与分析的优势。而且，我特别注意到，之前叶六曾发表过有关间接正犯、原因自由行为等问题的文章，应该说具备开展这一课题的研究基础。再次，着手虽是未遂犯论中的一个核心且重要的问题，但学界少有学者作系统研究，国内迄今尚未见专门以此作为研究内容的专著，因而开展对这一课题的研究具有填补学科空白的意义。最后，叶六学风严谨、积极上进，他在进入中国人民大学攻读博士学位之时，虽已届“而立之年”，但他还选择日语作为第二外国语坚持苦学，“功夫不负有心人”，当时他已基本具备阅读日语专业文献的技能，而“着手”问题向来备受日本刑法学界的关注，学说林立，成就斐然，有着可借鉴、利用的域外丰富资料。

叶六最终采纳了我的提议，将“实行的着手研究”确定为其博士论文的选题。之后，他经过一年多时间的资料搜集和辛勤耕耘，于2008年3月完成了博士论文的写作。2008年5月21日，他顺利地通过了博士学位论文答辩，他的论文在答辩会上被评为优秀博士学位论文，受到评阅专家、答辩专家的一致肯定和好评。

毕业后，叶六博士继续在南京财经大学从事刑事法理论的教学和研究工作。他在繁忙的教学、科研工作之余，抽时间根据论文评审专家和答辩委员会的意见以及最新的学术资料，对博士论文作了认真、细致的修改补充，数易其稿，最终形成了本书，并交由中国人民公安大学出版社出版。

我作为叶六博士的导师，有幸成为《犯罪实行行为着手研究》这本著作的第一位读者，在我看来，该书具有以下几个鲜明的特点：

第一，立场鲜明，思路清晰。作者在“基础论”部分首先旗帜鲜明地表明了自己的客观主义刑法基本立场。之后，明确指出实行行为是形式侧面和实质侧面的统一，意指行为人实施的刑法分则条文类型性规定的具有侵害法益的现实危险的行为。紧接着，作者在“本体论”部分详尽论证了实行的着手的判断应坚持“形式客

观和实质客观的二元基准”。在“特论”部分，关于间接正犯、隔离犯、原因自由行为、不作为、共犯、复行为犯等特殊类型或犯罪样态的着手问题的研讨上，作者始终坚持和贯彻了其所倡导的“二元基准”的立场，从而保证了全书的脉络清晰性和内容上的前后协调性。

第二，论证深入，创新颇多。叶六博士在学术研究上严谨求实、敢于创新，这一点在其所著的《犯罪实行行为着手研究》一书中得以充分佐证。在该书中，他用了较大篇幅着重对实行的着手的一般标准、着手标准中的危险的判断以及特殊犯罪类型样态的着手等问题开展了深度研究，其间的诸多观点和论述都有令人耳目一新之感。例如，作者认为，国内传统的一直占据通说的形式客观说或新近居有力学说地位的实质客观说虽都有其合理之处，但终究因其自身存在的无法克服的缺陷而不能独立作为实行的着手的判断基准。进而作者主张，就实行的着手的判断而言，“形式的客观基准”与“实质的客观基准”，二者非属于排他、而是互补的关系。实行的着手的判断应以形式的客观基准为基础，同时进行实质的判断。又如，在危险的判断上，作者在评述现有诸家学说的基础上，颇有见地地提出了“假定条件存在的盖然性”的标准，即主张危险有无的判断，应以事后查明的行为时所存在的客观事实为基础或判断资料，根据科学的因果法则，具体考察在当时的情况下导致既遂结果不能发生的意外障碍是什么，同时要分析满足发生既遂结果的具体条件以及当时具备发生结果的这种条件的盖然性的大小。这些新颖、独到的观点或结论的得出，都是作者潜心研究，深入思考的结果。在一定意义上说，是对我国当前着手理论的进一步突破和超越，对于深化我国相关刑法理论，指导刑事司法实践都有着重要的意义。

第三，资料翔实，研究方法多样。在《犯罪实行行为着手研究》一书中，作者借鉴和参阅了大量的中外文专业文献，而其中的不少都是最新面世的文献资料，这些从该书的近600处注释中就

可见一斑。作者从数量众多的文献资料中能够去粗取精，去伪存真；在众多的观点中能够比较甄别，分析总结，这一方面体现了作者具备较强的文献资料驾驭和运用能力，另一方面反映了作者勤勉严谨的为学之风。而且，作者一直关注资料的更新及其对他所研究课题的借鉴价值，这就保证了课题研究的前沿性。他在本书中所下的功夫，相信读者在阅读此书时定会切身地感受到。在研究方法上，作者运用了比较研究、思辨分析、理论与实践相结合等多种法学研究方法。难能可贵的是，全书自始至终都坚持运用理论与实际相结合的方法，通过大量的案例或判例对自己提出的观点或结论进行阐释和论证，从而保证了本书结论的合理性和可行性。

应该说，《犯罪实行行为着手研究》一书是叶六博士的学术处女作。身为他的导师，对他的博士论文的及时出版和面世，由衷地感到欣慰和喜悦。对于一位从事教学和科研的青年工作者而言，在一定意义上来说，出版博士论文只能算是其学术事业的开端，我期待着他以以此为一个新的起跑点，继续奋发图强，勇于开拓、创新，再接再厉，能够在未来的学术研究生涯中向读者奉献出更多更精的学术作品。

是为序。

2008年10月18日
于中国人民大学明德法学楼

| 目 录 |

前 言	(1)
-----------	-------

第一篇 基础论

第一章 客观主义基本立场之选择	(11)
-----------------------	--------

第一节 主观主义、客观主义及其源流	(12)
-------------------------	--------

一、客观主义及其源流	(12)
------------------	--------

二、主观主义及其源流	(15)
------------------	--------

第二节 主客观主义、主客观归罪与主客观相统一	(17)
------------------------------	--------

一、“客观归罪”、“主观归罪”的内涵	(17)
--------------------------	--------

二、“客观主义就是客观归罪”、“主观主义就是主观归罪”	
-----------------------------	--

观点之批驳	(18)
-------------	--------

三、主观主义、客观主义与主客观相统一原则	(23)
----------------------------	--------

第三节 以行为为中心的客观主义基本立场之提倡	(25)
------------------------------	--------

一、以行为人为中心的主观主义之主要流弊	(26)
---------------------------	--------

二、法治国的刑法基本立场：客观主义	(29)
-------------------------	--------

第二章 实行行为基本理论	(33)
--------------------	--------

第一节 实行行为的概念和特征	(33)
----------------------	--------

一、实行行为的概念	(33)
-----------------	--------

二、实行行为的特征	(45)
-----------------	--------

第二节 实行行为在犯罪论中的地位与机能	(53)
一、实行行为在犯罪论中的地位	(54)
二、实行行为的机能	(56)
第三节 相关概念辨析	(58)
一、实行行为与构成行为	(58)
二、实行行为与危害行为、犯罪行为	(62)
三、实行行为与非实行行为	(64)
四、实行行为、实行的着手与未遂的成立	(66)
第四节 实行行为的分类	(69)
一、单独实行行为与共同实行行为	(69)
二、单一实行行为与复合实行行为	(74)
三、作为的实行行为与不作为的实行行为	(77)
四、故意的实行行为与过失的实行行为	(80)
五、直接实行行为与间接实行行为	(83)

第二篇 本体论

第三章 实行的着手之立法动向及其意义	(87)
第一节 实行的着手之立法动向	(88)
一、域外刑法中着手的立法动向	(88)
二、中国刑法中着手的立法动向	(93)
第二节 实行的着手：可罚行为起点	
抑或影响刑事责任轻重	(94)
一、问题的提出	(94)
二、域外立法现状及其评析	(96)
三、中国大陆立法现状及其检讨	(99)
四、立法改进：实行的着手原则上	
应是可罚行为的起点	(105)
第四章 实行的着手之学说及其评析	(108)
第一节 大陆法系国家或地区学说及其评析	(108)

一、主观说及其评析	(108)
二、客观说及其评析	(114)
三、折中说及其评析	(129)
四、实质与形式的客观说及其评析	(142)
第二节 英美法系国家学说评介	(143)
一、主观主义关于未遂罪成立标准之学说	(144)
二、客观主义关于未遂罪成立标准之学说	(147)
三、简要评析	(153)
第三节 中国大陆地区学说现状及其检讨——形式 客观与实质客观二元基准结合说之倡导	(154)
一、学说现状	(155)
二、学说检讨：形式客观说或实质客观说均不能 独立作为着手的判断基准	(161)
三、本书立场：“形式客观和实质客观二元基准 结合说”	(166)
四、实行的着手和主观要素	(173)
第四节 形式客观和实质客观二元基准之具体展开	(176)
一、行为之构成要件定型性的判断	(176)
二、“危险”之内涵	(177)
三、结果的过早发生、实行的着手与犯罪 形态的认定	(182)
第五章 “危险”之判断 ——以不能犯与未遂犯的区别为中心	(190)
第一节 中外刑法理论中的“危险”学说	(191)
一、不能犯的本质与着手理论中的危险之关系	(191)
二、德日刑法有关危险的学说	(192)
三、我国刑法理论上的认识	(201)
第二节 “危险”诸学说之评析	(208)
一、纯粹主观说是一种过时的学说	(208)

二、抽象危险说本质上未能跳出主观主义的窠臼	(209)
三、具体危险说亦不可取	(211)
四、客观危险说之批判	(213)
第三节 本书立场——假定条件存在的盖然性标准	(214)
一、假定条件存在的盖然性标准之提倡	(214)
二、假定条件存在的盖然性标准在实践中的 具体应用	(219)
三、余论：不能犯的法律境遇	(224)

第三篇 特 论

第六章 特殊犯罪类型的着手	(229)
第一节 间接正犯的着手	(229)
一、间接正犯理论概说	(229)
二、间接正犯的着手之学说及其评析	(237)
三、本书立场	(247)
第二节 隔离犯的着手	(250)
一、隔离犯概说	(250)
二、隔离犯的着手之学说与判例	(253)
三、隔离犯的着手——以具体事例的判断为中心	(258)
第三节 不作为犯的着手	(264)
一、不作为犯概说	(264)
二、不作为犯的实行行为之确定	(269)
三、不作为犯的着手之判断标准	(276)
第四节 原因自由行为的着手	(279)
一、原因自由行为概说	(279)
二、大陆法系学说及其评析	(283)
三、我国大陆地区刑法理论现状及其评析	(295)
第五节 共犯的着手	(301)
一、共谋共同实行但未参与实行之共犯的着手	(302)

二、组织犯的着手	(305)
三、教唆犯的着手	(308)
四、帮助犯的着手	(321)
第六节 复行为犯的着手	(327)
一、复行为犯概说	(327)
二、复行为犯的着手标准之学说分歧	(337)
三、本书立场	(338)
参考文献	(341)
后 记	(358)

| Contents |

Preface	(1)
----------------------	-------

Part One Theory of base

Chapter 1 Choice of basic standpoint of objectivism	(11)
Section 1 Subjectivism, objectivism and their origins ...	(12)
Point 1 Objectivism and its origin	(12)
Point 2 Subjectivism and its origin	(15)
Section 2 Subjectivism, objectivism; subjective conviction, objective conviction and unification of subjectivity and objectivity	(17)
Point 1 Connotation of objective conviction and subjective conviction	(17)
Point 2 Criticism of the viewpoint of subjectivism being subjective conviction and objectivism being objective conviction	(18)
Point 3 Subjectivism, objectivism, unification of subjectivity and objectivity	(23)
Section 3 Advocating of the standpoint of the behavior-oriented objectivism	(25)
Point 1 Main disadvantage of doer-oriented subjectivism	(26)

Point 2 Basic standpoint of Criminal Law of law ruling State:	
Objectivism	(29)
Chapter 2 Fundamental theory of perpetrating act	(33)
Section 1 Concept and features of perpetrating act	(33)
Point 1 Concept of perpetrating act	(33)
Point 2 Features of perpetrating act	(45)
Section 2 Status and function of perpetrating act in	
the system of the theory of crime	(53)
Point 1 Status of perpetrating act in the system of theory of	
crime	(54)
Point 2 Function of perpetrating act in the system of	
theory of crime	(56)
Section 3 Discrimination of related concept	(58)
Point 1 Perpetrating act and constituting action	(58)
Point 2 Perpetrating act, harmful act and criminal	
offence	(62)
Point 3 Perpetrating act and non-perpetrating act	(64)
Point 4 Perpetrating act, commence of perpetrating act	
and establishment of attempted crime	(66)
Section 4 Classification of perpetrating act	(69)
Point 1 Individual perpetrating act and joint perpetrating	
act	(69)
Point 2 Simple perpetrating act and complex perpetrating	
act	(74)
Point 3 Active perpetrating act and negative perpetrating	
act	(77)
Point 4 Intentional perpetrating act and negligent perpetrating	
act	(80)
Point 5 Direct perpetrating act and indirect perpetrating	
act	(83)