

日本刑事法研究丛书 3

○顾问/高铭暄 西原春夫

未遂犯论

张明楷/著

国·法律出版社 联合出版
本国·成文堂

张明楷 / 著

未遂犯论

中国·法律出版社

日本国·成文堂

联合出版

图书在版编目(CIP)数据

未遂犯论/张明楷著. - 北京:法律出版社,1997.9

(日本刑事法研究丛书)

ISBN 7-5036-2187-7

I. 未… II. 张… III. 犯罪分子, 未遂-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 13771 号

日本刑事法研究丛书

未遂犯论 张明楷 著

出版/中国·法律出版社 日本国·成文堂

经销/新华书店

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/15.75 字数/380 千

版本/1997 年 9 月第 1 版 1997 年 9 月第 1 次印刷

印数/00,001—2,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂内(100073)

Tel/63266781·63266796

社址/〒162 東京都新宿区早稻田鶴巻町 514

Tel/81-3-3203-9201(代表)

81-3-3203-9224(編集直通)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2187-7/D·1817

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《日本刑事法研究丛书》总序

人类文明发展的一个重大契机,是不同文化间的冲击、弥补、淘汰与融和;法律文化与制度的发展也是如此。而中日两国长达1200年间的法律文化的交流与发展,则是这种认识较生动的说明。

日本从八世纪初开始学习和接受唐朝的律令,成为律令制国家。在后来的最高学府“大学寮”中一直设有专门研究中国律令的“明法道”一科。平安末年以来,该科为坂上与中原两家研究传授,世代相继。江户时代对于明律及清律更为活跃,并成论著,如荻生徂徕所著《明律国字解》等。中华法系对于日本法理与法制的影响一直延伸到明治维新后的初期立法,如《假刑律》和《新律纲领》等。即使从明治六年开始,日本完全转向师从欧洲大陆刑法,其对于中华法系作为历史的研究也并未松懈。对于中国法制史的研究,到今天为止,日本学者的水平仍然为不少中国学者所称道。

日本刑法理论与制度对中国较全面地发生影响始于晚清。清朝末年,西风东渐,仿效欧洲法律、创制新律以强国,势成必然。而在如何采撷西法方面,日本为中国提供了很好的借鉴。日本旧制,本依中国唐法,明治以后,改用欧法,从而国势日盛,一

跃成为东亚强国。中国当日之情势与日本往日正复相似，因此，沈家本被任命为修订法律大臣后，首先聘请日本法学家冈田朝太郎等人来华讲学，并帮同考订刑律，于1907年8月纂成中国历史上第一部采用近代刑法体制和原则的刑法典草案——《大清新刑律草案》。《大清新刑律》于1910年12月15日颁布，虽因辛亥革命而未及施行，但对后世影响深远。自此乃至今日，不少中国学人东渡扶桑，学习和研究日本的刑法学说和判例。

在中国人民大学国际刑法研究所的发起下，一些曾在和正在日本学习或者进行过访问研究的中国中青年刑法学者组织和编修了这套《日本刑事法研究丛书》。这些中青年学者都具有较长时间刑法学专业研究的背景和较强的日语能力，而且，都与相关的日本刑法学者保持着比较密切的联系。这些条件都为这套丛书的内容与质量奠定了一个比较好的基础。

幸运的是，这套丛书的编辑与出版，从一开始就得到了两家著名法律专业出版社——中国法律出版社与日本图书出版株式会社成文堂的大力支持与帮助。没有它们共同的合作与努力，本书是不可能这样理想地呈现在读者面前的。借此机会，我们在此对它们表示衷心的感谢。

高铭暄

西原君夫

1995年6月20日于北京

1995年6月20日于波恩

导 言

未遂犯是刑事立法、刑法理论与刑事司法中的一个难题。未遂犯既不只是犯罪的一种形态,也非仅用修正的构成要件理论便可说明,而是直接与刑法的基本观念相联系,甚至牵涉到刑事政策、法哲学的有关问题。因此,客观主义刑法理论与主观主义刑法理论的对立,在未遂犯论方面表现得淋漓尽致。例如,关于未遂犯的处罚根据,前者认为是行为造成结果的危险性,后者认为是行为人性格的危险性;关于着手的认定,前者认为行为有发生结果的迫切危险时为着手,后者认为行为表现出行为人的危险性格时为着手;关于未遂犯的处罚,彻底的客观主义者主张不处罚,彻底的主观主义者主张与既遂犯同等处罚;如此等等。

本书研究日本刑法中的未遂犯,包括日本刑事法律中的未遂犯规定,刑法理论围绕未遂犯的争论以及审判实践上对未遂犯的认定。这里的未遂犯是指广义的未遂犯,即包括了障碍未遂与中止未遂,此外,预备犯、阴谋犯、不能犯都是应当与未遂犯

相区别的现象,故也在本书的研究范围之内。^① 根据本丛书编委的设想,将重点放在“介绍”上,所介绍的观点全部直接来自日文资料,没有引用国内学者的翻译资料。其次是评价各种观点的利弊,当然评价是根据日本的刑事立法、刑法理论的基本观点及其审判实践来进行,而不是根据我国的刑事立法、司法与理论进行评价,但不排斥根据常理、逻辑规则及中日学者均可接受观点进行评价。本着“洋为中用”的原则,在必要的场合也会对中国的未遂犯规定与理论发表一些议论,为了避免本末倒置,这方面的议论较少,而且均放在注释中。

① 日本刑法理论一般将预备犯、阴谋犯、不能犯问题放在未遂犯论中研究(参见平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁,1975年版,第307—340页;大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁,1986年改订版,第214—236页;大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂,1994年第4版,第369—403页;前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会,1994年第2版,第189—221页)。只有极少数学者认为不能犯是构成要件符合性问题,放入实行行为论中研究(参见团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社,1990年第3版,第140页、第164—172页)。

目

录

总 序	(1)
导 言	(1)
第一章 未遂犯概述	(1)
第一节 未遂犯的概念与形态	(1)
一、未遂犯的概念	(1)
二、未遂犯的形态	(7)
第二节 未遂犯的可罚性范围与成立可能性	(9)
一、未遂的可罚性范围	(9)
二、未遂的成立可能性	(13)
第三节 未遂犯的处罚根据	(30)
一、未遂犯的处罚根据概说	(30)
二、主观的未遂论	(34)
三、客观的未遂论	(35)
四、折衷的未遂论	(38)
第二章 障碍未遂	(41)
第一节 障碍未遂概述	(41)
一、障碍未遂的概念与性质	(41)
二、障碍未遂的成立条件	(46)
第二节 实行的着手	(49)
一、实行的着手概述	(49)

二、关于着手的学说	(50)
三、关于着手的判例	(74)
四、关于几种形态的犯罪的着手	(79)
五、关于几种具体犯罪的着手	(116)
第三节 没有既遂	(132)
一、理论概述	(132)
二、具体犯罪的没有既遂(未遂)	(137)
第四节 障碍未遂的处罚	(196)
一、未遂得减主义规定及其解释	(196)
二、未遂与共犯	(202)
三、未遂与罪数	(212)
第三章 不能犯	(214)
第一节 不能犯概述	(214)
一、不能犯的概念	(214)
二、不能犯的地位	(219)
三、不能犯的判断	(221)
第二节 关于不能犯的学说	(225)
一、不能犯学说的基本内容、具 体适用与主要问题	(225)
二、不能犯学说争论的现状、焦 点与实质	(283)
第三节 关于不能犯的判例	(291)
一、关于不能犯的判例概说	(291)
二、关于方法不能的判例	(292)
三、关于客体不能的判例	(299)
第四节 不能犯与事实的欠缺的关系	(304)

一、事实的欠缺的概念 (304)

二、不能犯与事实的欠缺的关系
..... (307)

三、不能犯与事实的错误、幻觉犯、
法律的错误的区别 (318)

第四章 中止犯 (320)

第一节 中止犯概述 (320)

一、中止犯的概念 (320)

二、有关中止犯的主要争论问题
..... (324)

第二节 中止犯的立法理由 (325)

一、中止犯的立法理由概说 (325)

二、刑事政策说 (326)

三、法律说 (332)

四、并合说 (344)

五、对中止犯立法理由的简短评价
..... (352)

第三节 中止犯的成立条件 (355)

一、中止犯的成立条件概说 (355)

二、任意性 (356)

三、中止行为 (385)

第四节 中止犯与共犯 (407)

一、关于中止犯与共犯的通说
..... (407)

二、西田典之的独到见解 (410)

第五节 中止犯的法律效果 (424)

一、中止犯法律效果的专属性
..... (424)

二、加重的未遂 (425)

三、结合犯的中止 (428)

四、结果加重犯的中止 (430)

五、中止行为构成犯罪时的处理	(432)
第五章 预备与阴谋	(434)
第一节 预备与阴谋概述	(434)
一、预备与阴谋的概念	(434)
二、预备与阴谋的关系	(440)
三、预备与阴谋的种类	(448)
四、预备与阴谋的处罚	(455)
第二节 预备罪的中止	(456)
一、预备罪的中止概述	(456)
二、对预备罪的中止能否适用或 准用中止犯规定的争论	(457)
三、对预备罪的中止减免刑罚 的基准刑的争论	(461)
第三节 预备罪的共犯	(465)
一、预备罪的共犯概述	(465)
二、预备罪的共同正犯	(465)
三、预备罪的教唆犯与从犯	(476)
 主要参考文献	 (483)
作者后记	(488)
编委后记(卷末)	(489)

第一章 未遂犯概述

第一节 未遂犯的概念 与形态

一、未遂犯的概念

日本刑法第 43 条规定：“已经着手实行犯罪而未遂的，可以减轻其刑，但基于自己的意志而中止犯罪的，应当减轻或者免除刑罚。”据此，日本刑法理论给未遂犯下的定义是，“已经着手实行犯罪而未遂的情况。”^① 这里的未遂犯包括了我国刑法中的着手实行后的中止犯。

围绕未遂犯规定的意义，刑法理论

① 团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990 年第 3 版，第 350 页；早稻田司法考试研究室：《刑法总论》，早稻田经营出版，1990 年版，第 81 页。

上存在不同观点。主观主义刑法理论认为,未遂犯与既遂犯没有差别。如牧野英一指出:“那种认为在犯罪的构成上,单独犯的犯罪以既遂为逻辑原则、未遂及共犯(指教唆犯与帮助犯——引者注)乃是一种补充的观念,我们不能够赞成。思维的心理过程是另一回事,但从逻辑上进行考虑时,既遂与未遂、单独犯与共犯都是同时的犯罪,其间不应存在前后的差异。”^①但现在没有人接受牧野的这种观点,这不仅因为主观主义刑法理论在日本已经衰退,还因为既遂犯与未遂犯在特征与后果上有着明显区别,将二者等同起来显然只是注重了行为人的主观因素,而忽略了客观因素。

客观主义以及折衷主义刑法理论承认未遂犯与既遂犯的区别,但对于如何认识未遂犯的性质,也存在不同看法。首先,在以往,许多学者将未遂犯与共犯作为犯罪的现象形态或单纯的犯罪形态来把握。例如,宫本英修将犯罪的形态分为纵断的形态(类型)与横断的形态(类型);刑法分则规定的各种具体的犯罪类型,属于犯罪的纵断的形态,由各论研究;由总论研究的横断的形态又分为三种情况:一是与既遂、未遂等有关的阶段的形态,二是与共犯有关的各种方法的形态,三是与罪数有关的各种一罪的形态。^②佐伯千仞也赞成上述观点,他说,刑法第43条的规定是将未遂“作为既遂罪的不完全的实现来对待的,我们将其称为阶段的类型,也是大体上遵从了这样的见解。”^③但是,这种观点受到了批判。因为犯罪的形态并不只限于未遂犯与共犯,作为犯与不作为犯、故意犯与过失犯、即时犯与隔离犯、行为犯与结果犯等等,都是犯罪的形态,仅将未遂犯与共犯作为犯罪

① 牧野英一:《刑法总论上卷》,有斐阁,1958年全订版,第344—345页。

② 宫本英修:《刑法大纲》,弘文堂,1935年第4版,第174页以下。

③ 佐伯千仞:《刑法讲义(总论)》,有斐阁,1981年4订版,第315页。

形态进行研究就不合适。^①

同样认为未遂犯是一种样态,但西原春夫的说法略有不同。西原的犯罪论体系是“行为——违法性——有责任”,他将作为犯与不作为犯、既遂犯与未遂犯、单独犯与共犯等视为犯罪的样态,而且认为区分这些样态时不需要进行有责性的评价,故进一步将未遂犯等称为违法行为的样态。^②可见,西原重视了既遂犯与未遂犯在客观方面的不同点与主观方面的相同点。但由于西原的犯罪论体系不被多数人所接受,故其将未遂犯视为违法行为的样态的观点也难以得到人们的赞同。

其次,有人将未遂犯规定作为犯罪的扩张事由来理解。例如,岛田武夫说:“根据现行法的规定,未遂犯与共犯尽管欠缺客观的犯罪构成要件,但仍然将其规定为犯罪。这是现行法对原则所承认的特例,正是对犯罪的概念的扩张。着眼于这一点的未遂犯与共犯,可以说是犯罪扩张事由。”^③平野龙一博士也认为,未遂犯与共犯并没有完全充足构成要件,但仍然是犯罪。在这种情况下,并非未遂犯与共犯毋需符合构成要件,而是因为刑法总则对分则规定的构成要件进行了变更,设立了新的构成要件。这种新的构成要件实际上是一种扩张的构成要件,即同基本的构成要件相比,扩张的构成要件扩充了犯罪的成立范围。^④可见,岛田认为既遂犯与未遂犯是原则与例外的关系,进而认为未遂犯是犯罪概念的扩张;平野则从总则与分则的关系上认识既遂犯与未遂犯的关系,进而认为总则就未遂犯规定的构成要件扩充了犯罪的成立范围。这种观点认识到了未遂犯的构成要

① 参见大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁,1986年改订版,第118页。

② 西原春夫:《刑法总论》,成文堂,1977年版,第247—255页。

③ 岛田武夫:《刑法概论(总论)》,有斐阁,1934年第3版,第134页。

④ 平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁,1975年版,第307页。

件实际上是一种扩张的构成要件,是在从实质上认识未遂犯。

再次,与上述观点相联系,有的学者将未遂犯作为刑罚扩张事由来理解。如泷川幸辰认为,未遂犯与共犯是刑法所承认的两种刑罚扩张事由,即刑罚的处罚范围原本仅限于既遂犯,对未遂犯的处罚则是扩大了刑罚处罚范围。^①但是,仅着眼于刑罚处罚一面来讨论未遂犯的性质并不妥当,因为只有在明确了犯罪自身的性质与特点后,才能扩张刑罚处罚范围,^②而认为未遂犯是刑罚扩张事由的观点,并没有说明未遂犯自身的性质与特点。

最后,一些学者是从修正的构成要件这点上理解未遂犯性质的。在相当长的时期内,日本刑法理论将构成要件分为基本的构成要件与修正的构成要件。刑法分则条文及各种刑罚法规所规定的各种具体犯罪的构成要件被称为基本的构成要件,由刑法总则对基本构成要件的某些因素进行修正而形成的构成要件便是修正的构成要件;基本的构成要件是有关单独既遂犯的构成要件,修正的构成要件则是有关未遂犯、共犯的构成要件。^③由于刑法分则及其他刑罚法规所规定的基本构成要件本来预想的是单独的既遂犯,或者说基本的构成要件是以单独的既遂犯为模式的,故未遂犯并不符合基本的构成要件。但是,未遂犯也是一种犯罪,同样以符合犯罪构成要件为条件。^④于是,

① 泷川幸辰:《刑法讲义》,弘文堂,1937年版,第142页以下。

② 参见大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁,1986年改订版,第118页。

③ 参见小野清一郎:《新订刑法讲义总论》,有斐阁,1950年增补版,第100页;大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁,1986年改订版,第117页。

④ 日本宪法肯定了罪刑法定原则,日本刑法理论也普遍认为罪刑法定主义是刑法的基本原则;犯罪的构成要件是由刑法规定的,构成要件符合性这一犯罪成立条件正是罪刑法定原则的表现;如果认为有些犯罪不需要符合构成要件,则意味着对罪刑法定原则的否定。因此,任何犯罪都以符合构成要件为条件。

刑法总则对基本的构成要件加以修正,使未遂犯符合修正的构成要件,从而得以成立犯罪。

小野清一郎与团藤重光区分了“构成要件的符合”与“构成要件的充足”这两个概念,认为符合构成要件的行为不一定充足构成要件。既遂犯充足了构成要件,未遂犯只是符合构成要件而没有充足构成要件;没有充足构成要件的行为可能成立犯罪(如未遂犯),但没有符合构成要件的行为则不能成立犯罪。^①但是,他们的弟子也反对这种说法。如大塚仁教授指出,将未遂犯的修正的构成要件视为自身独立的构成要件时,上述观点没有用处,既遂犯与未遂犯分别符合基本的构成要件与修正的构成要件,没有进一步讨论是否充足构成要件的余地。^②

然而,从修正的构成要件的角度来把握未遂犯也不是没有问题的。第一,从用语本身来说,“修正的构成要件”的表述容易使人误认为只有未遂犯、共犯的构成要件是“正确的”构成要件;^③也容易使人们通过对通常的构成要件理论进行修正来处理未遂与共犯理论。^④第二,从修正的构成要件角度来把握未遂犯,只是从形式上说明了未遂犯的构成要件与基本构成要件之间的关系,而没有说明未遂犯的性质与处罚根据。^⑤第三,在我看来,基本构成要件与修正构成要件的分类本身也存在问题。这种分类的逻辑方法是:事先肯定只有单独的既遂犯符合构成要件,并断定刑法分则及其他刑罚法规所规定的构成要件都是单独的既遂犯的构成要件;然后为了处理未遂犯与共犯,又认为

① 小野清一郎:《犯罪构成要件の理论》,有斐阁,1953年版,第251页以下;团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社,1990年第3版,第123页。

② 大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁,1986年改订版,第115页。

③ 平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁,1975年版,第307页。

④ 前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会,1994年第2版,第139页。

⑤ 参见前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会,1994年第2版,第139页。

刑法总则将分则的规定进行了修正,使未遂犯与共犯符合修正的构成要件。这里似乎存在方法论上的问题。以杀人罪为例,基本的构成要件是故意的杀人行为致人死亡,而总则将其修正为只要有足以致人死亡的故意杀人行为即可。既然如此,就表明行为没有致他人死亡时也成立犯罪,只是未遂而已。由此可以进一步看出,基本的构成要件是既遂犯的成立条件,而非犯罪的构成要件;换言之,基本的构成要件中包含了成立犯罪所不需要的因素,只有修正的构成要件才是犯罪的构成要件。^①正因为修正的构成要件概念本身存在问题,故日本现在的许多权威学者并不从修正构成要件的角度把握未遂犯,也不使用修正的构成要件这一概念。例如,平野龙一认为,使用“扩张的构成要件”一语比使用修正的构成要件一语要好;^②町野朔在对构成要件进行分类时,根本不提修正的构成要件;^③前田雅英认为,在说明未遂犯与既遂犯的关系方面,使用修正的构成要件一语具有一定的合理性,但这种分类是形式的犯罪论的产物,它没有说明未遂犯的性质与处罚理由;事实上前田是不赞成使用修正

① 我国近年来有不少学者接受了基本的构成要件与修正的构成要件的分类(参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社,1991年版,第88—89页;赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社,1993年版,第85—86页)。与日本刑法规定未遂犯的处罚以分则有明文规定为限不同,我国刑法原则上处罚未遂犯,而且未遂犯与既遂犯的罪名相同。在这种现状之下,只要认为危害结果不是犯罪构成的共同要件即可,完全没有必要采取这种分类。如果采取这种分类,则会导致构成要件的混乱。例如,故意杀人罪的基本构成要件包括发生死亡结果,而故意杀人未遂这一修正的构成要件中不包括发生死亡结果;由于二者都是故意杀人罪,于是,死亡结果在某些情况下是故意杀人罪的构成要件,在某些情况下又不是故意杀人罪的构成要件。事实上,死亡结果只是既遂的成立条件,而不是故意杀人罪的构成要件(参见拙著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社,1991年版,第465—469页)。

② 平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁,1975年版,第307页。

③ 参见町野朔:《刑法总论(讲义案)Ⅰ》,信山社,1990年版,第106—109页。