

● 法学理论

关于犯罪预备和预备犯若干问题的再思考

黄开诚

(武汉大学法学院,湖北武汉 430072)

[作者简介] 黄开诚(1965-),男,广西梧州人,武汉大学法学院法律系博士生,主要从事刑法学研究。

[摘要] 犯罪预备只是刑法上的危害行为,与犯罪形态(犯罪行为)有着质的区别。犯罪预备又可称为犯罪预备阶段,以区别于犯罪过程中的实行阶段、实行后阶段。预备犯的概念及其成立的条件应在“罪行严重”和“对法益构成严重的威胁”的基础上进行重构。

[关键词] 犯罪预备;预备犯;预备犯成立条件;不处罚预备行为

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2004)06-0681-04

一、犯罪预备的性质

刑法理论界对犯罪预备的性质主要有三种不同的见解:第一种观点认为犯罪预备是故意犯罪发展过程中的一个阶段。例如,马克昌教授说:“……二者(指预备犯和犯罪预备,笔者按)的区别在于:犯罪预备是犯罪行为的一个阶段,行为人实施了预备行为之后可以转入实行阶段。因之有些著者把预备放在‘构成要件符合性’一章于‘行为的阶段’标题下加以论述。”^[1](第612页)此说可称为“阶段说”。第二种观点是“形态说”,认为犯罪预备是故意犯罪过程中的一种犯罪形态。这种观点又有两种不同表达方式。其一是将犯罪预备直接称为犯罪预备形态:“根据我国刑法的规定和有关的刑法理论,犯罪预备形态是故意犯罪过程中未完成犯罪的一种停止状态,是指行为人实施犯罪而开始创造条件的行为,由于行为人意志以外的原因而未能着手犯罪实行行为的犯罪停止状态。”^[2](第152页)其二是将犯罪预备解释为犯罪形态。例如,有的学者认为,“根据我国刑法的规定和有关的刑法理论,犯罪预备是故意犯罪过程中未完成犯罪的一种停止状态,是指行为人为实施犯罪而开始创造条件的行为,由于行为人意志以外的原因而未能着手犯罪实行行为的犯罪停止形态。”^[3](第268页)第三种观点把犯罪预备既理解为犯罪阶段,又理解为犯罪形态,因此,又可称为“阶段形态说”。例如,有学者说,“综上所述,犯罪阶段,从刑法意义上可以分为犯罪预备、犯罪实行和实行后这三个阶段。”^[4](第69-70页)但同时又说,“这里的犯罪形态,刑法理论上通常概括为以下四种:犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止与犯罪既遂。以上四种犯罪形态又可分为两种类型:一是犯罪的未完成形态,即犯罪预备、未遂与中止,其特点是故意犯罪在其发展过程中由于主观或者客观的原因停顿下来而没有到达终点。二是犯罪的完成形态,即犯罪既遂,其特点是故意犯罪在其发展过程中未在中途停顿下来而得以到达终点。”^[4](第69-70页)又如,另有学者说,“……内地刑法虽然明文规定了犯罪预备概念的定义,但这一定义只是将犯罪预备作为一个犯罪阶段,而不是作为一种犯罪形态加以界定。如果作为一种犯罪形态,理论上应将犯罪预备作如下解释:犯罪预备,是指为了实行犯罪进行了预备,由于行为人意志以外的原因,未至于着手实行犯罪的犯罪形态。”^[5](第6页)笔者认

为:上述三种观点都有些偏颇,或欠准确之处。

我国先后颁布的两部刑法典(1979年刑法典和1997年刑法典即现行刑法典)一致明确规定,“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备”(1979年刑法典第19条第1款,现行刑法典第22条第1款规定之)。根据这个定义,犯罪预备的性质有两个:(1)从内容上来看,“准备工具、制造条件”是在为了犯罪(确切地说是“为了实行犯罪”)这一心理活动的支配下,行为人危害社会的身体的动静,对法益(或刑法保护的社会关系)构成威胁,从这个意义上,犯罪预备是刑法上的危害行为。但这种危害行为不等同于预备犯罪行为或预备犯罪形态,它们之间有质的区别。犯罪预备行为要成为预备犯罪行为或预备犯需要一定条件(这一点在后面的论述中加以说明)。(2)从整个犯罪过程来看,行为人的“准备工具、制造条件”的行为,则处在“准备”实行犯罪阶段,从这个角度而言,犯罪预备可称为犯罪预备阶段,以区别于其它犯罪过程中的实行阶段、实行以后阶段。由此观之,犯罪预备这个用语,有其本来的特定内涵,不能另作解释,在别的意义上牵强附会地加以使用。

因此,第一种观点犯有片面性的错误;第二种观点则混淆了危害行为与犯罪行为的界线;第三种观点在把犯罪预备理解为犯罪阶段这一方面是正确的,但在另一方面把犯罪预备理解为犯罪形态则又犯了第二种观点同样的错误。

二、预备犯与犯罪预备

19年前,著名刑法学家马克昌教授撰文指出:“已经实施犯罪的预备行为,由于行为人意志以外的原因未着手犯罪的,是预备犯”^[6](第18页)。这个概念廓清了长期以来刑法学界把犯罪预备和预备犯混为一谈的界线,具有重要的理论意义和实践意义。后来,马克昌教授在其主编的《犯罪通论》一书中,对预备犯的概念明确规定为犯罪形态,表述为:“所谓预备犯,是指已经实施犯罪的预备行为,但由于行为人的意志以外的原因,未能着手实行犯罪的犯罪形态。”这种主张日渐成为中国大陆刑法学界的通说。对于通说的观点,笔者认为值得商榷,并应进一步研究。

抽象的研究活动是形成概念的基本方法,预备犯概念的形成正是抽象活动的结果。但是,任何抽象活动不是随心所欲的,是建立在一定客观事实基础之上。因此,抽象研究的结果是否正确,则取决于其是否正确地反映了客观事实。如果用这一观点去观察通说关于预备犯的概念,那么,它有四点不足:(1)通说的关于预备犯概念的观点是以现行刑法的规定为其基本依据的,即预备犯的概念的形成是建立在一切故意犯罪都有预备犯这一事实基础之上。但是,正是在这一点上,预备犯的概念表现出它的破绽:因为在长期的刑事司法实践中,真正处罚预备行为的犯罪是极少数,即极少数具有严重罪行的犯罪存在预备犯。(2)与当今世界绝大多数国家刑事立法潮流相悖。综观外国刑事立法,绝大多数国家都规定只处罚少数甚至极少数犯罪的预备行为。例如,德国刑法典规定处罚预备行为的犯罪仅有第83条第1款规定针对联邦的叛乱罪等5种;日本刑法典规定处罚预备行为的犯罪只有第78条规定的内乱罪等8种。如此等等,不一而足。(3)不符合罪刑法定主义和我国的刑事政策。按照罪刑法定主义实体的适当原则要求,“刑罚法规规定的犯罪应当是确实需要用刑罚处置的行为”^[1](第74页)。这一原则以防止刑罚权的滥用,保障人权为宗旨。一切故意犯罪的预备行为都要加以犯罪化,无疑导致犯罪化范围宽泛化,刑罚的触角伸得很长,人民动辄得咎,显然有违罪刑法定主义。而对危害不大的预备行为一律加以犯罪化,则无异于过早地折断了行为人退回到合法此岸所架设的“黄金桥”,又与我国预防犯罪的刑事政策相左。(4)在罪行严重的犯罪中,不是所有为实行犯罪的预备行为都需要加以犯罪化从而成立预备犯的,只有对法益(刑法保护的社会关系)构成严重威胁的预备行为才有必要成立预备犯,所谓对法益构成严重的威胁,乃是对法益构成直接现实的威胁,在这种情况下,不但行为人的犯罪意识十分清楚,犯罪目的十分明确,而且行为人的行为非常接近犯罪的完成。举例来说,甲和乙有矛盾,声称杀乙,于是至集市上买来一把刀买刀后即被人抓获。我们能不能说用的预备行为已构成预备犯了呢?回答是否定的,因

为甲的行为还远离犯罪的完成,对法益还谈不上构成直接现实的威胁。但是,若甲欲杀乙,不仅到集市上买了刀,而且于某个夜晚藏在乙的床下,伺机杀害,却被人发觉拿获的情况就不同了——甲的行为已对法益构成直接现实的威胁。因此,其行为则应当加以犯罪化从而成立杀人预备犯。强调必须对法益构成严重的威胁才成立预备犯,则可避免了犯罪过于宽化以及刑罚的滥用,同时,还意味着给予那些游移于实行犯罪和非实行犯罪之间的行为人一个改过从善的机会,符合我国的刑事政策。值得注意的是,在不同的犯罪当中,犯罪预备行为的表现形式是各不相同的,因此,在理解何谓“对法益构成严重威胁”时,应当具体问题具体分析,基于这样的认识,预备犯的概念就有重构之必要,应当作出相应的修改。修改后的预备犯的概念表达为:已经实施严重罪行(何谓严重罪行,囿于篇幅,不在本文讨论之列)的预备行为,预备行为对法益构成严重威胁,但由于行为人意志以外的原因,未能着手实行犯罪的犯罪形态。

在明确预备犯的概念之后,那末,我们对于正确认定预备犯成立的条件,就有了充分的依据:根据预备犯的概念,预备犯成立的条件有五:(1)已经实施严重罪行的预备行为;(2)预备行为须对法益构成严重威胁;(3)必须在犯罪预备阶段停顿下来;(4)预备行为停顿在预备阶段,是由于行为人意志以外的原因;(5)已经具备修正的构成要件。这是从预备犯是犯罪形态(犯罪行为)这一结论所得出的必然结论。因此,那种认为预备犯的成立可以脱离犯罪构成的观点是站不住脚的。因为如果缺少了修正的犯罪构成要件,那末,通说的三个要件的总和无法得出行为人的行为已成犯罪形态的结论。举例来说,如果犯罪主体条件欠缺(如行为人不达法定刑事责任年龄或者无刑事责任能力),那末,即使行为人的行为已符合前面四个条件仍然不能得出行为人的行为已成为犯罪形态的结论。

这样看来,犯罪预备与预备犯之间的关系是清楚的。二者的区别在于:犯罪预备既是危害行为又是犯罪阶段,预备犯则是犯罪形态。二者的联系在于:预备犯的成立离不开犯罪预备行为,犯罪预备行为是构成预备犯的必备要件之一,同时,预备犯只有在犯罪预备阶段才能形成。

三、“不处罚预备犯”与“不处罚预备行为”

在论及世界各国和地区对犯罪预备处罚的立法方式时,一些论著往往把“不处罚犯罪预备”等同于“不处罚预备犯”,把两者当成一回事。例如,有学者说,“在立法例上,绝大多数国家的刑事立法,都以不处罚预备犯为原则,以处罚预备犯为例外……例如,现行《日本刑法》,在总则中对预备犯未作任何规定,只在分则中明文规定了应予处罚的八种严重犯罪的预备犯,即内乱罪……。由此可见,在日本刑法上只能对少数重罪的预备犯加以处罚。对绝大多数故意犯罪的预备行为,则在立法上排除了适用刑罚的可能性。”^[7](第432-433页)又如,有学者认为,“综观当代各国对犯罪预备处罚的立法方式,大体有以下四种:(1)不处罚预备犯,即在刑法总则中和刑法分则中均无处罚预备犯的规定。(2)特别规定,即在刑法总则中不设处罚预备犯的一般规定,而只在刑法分则的某些对社会易造成严重危害的犯罪条文中特别载明处罚预备犯;(3)概括规定,即仅在刑法总则中对处罚预备犯的一般原则加以规定,而不复于刑法分则中特别加以列举性规定;(4)概括规定与特别规定相结合。”^[8](第50页)再如,有学者说,“和台湾刑法相同的是,澳门刑法典一般不处罚预备犯,只是在法律有明文规定的情况下,才处罚犯罪预备行为”。如此等等。但是,首先,这是一种误解,查遍世界各国国家和地区刑法典,只有在越南等极个别国家的刑事立法的有关规定中间接地找到其依据。例如,1986年施行的《越南社会主义共和国刑法》总则第15条规定:“准备实施严重犯罪行为的预备犯要负刑事责任”。这条规定换句话说,就是准备实施不严重犯罪行为的预备犯不负刑事责任或者不应予以刑事处罚。除此以外,再无国家或地区有诸如“不处罚预备犯”的规定,却有“不处罚预备行为的规定”。例如,现行韩国刑法典第28条规定:“犯罪的阴谋或者预备行为未达到着手实行阶段,不予处罚。但法律有特别规定的,不在此限。”又如,根据《澳门刑法典》第261条和第266条的规定,只对伪造货币,使硬币价值降低,假造印花票证、假造印、压印、打印器或图章,造成火警、爆炸及其它特别危险行为,利用释放核能实施上列等的预备行为,明文规定应予刑罚处

罚。其次,如此的规定是否翻译刑法典时发生错误还需推敲。最后,这种见解是不正确的。因为既然承认预备犯是一种犯罪形态,亦即是一种犯罪行为,那么就意味着预备犯是应当承担刑事责任的,可是为什么又说处罚呢?这不是自相矛盾么?究其原因,仍在于把犯罪预备和预备犯的概念混为一谈,论述的是犯罪预备概念,使用时则是预备犯的概念或者相反。可见,预备行为和预备犯应当清晰地界定各自的内涵。正确的见解应当是,预备行为原则上不予以刑事处罚,但在法律有明文规定处罚犯罪预备行为的,才予以刑罚处罚;或者说严重罪行的预备行为才有必要予以处罚,而非严重罪行的预备行为不予刑罚处罚;或者说具有严重罪行的犯罪存在预备犯而非严重罪行的犯罪不存在预备犯。

[参 考 文 献]

- [1] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002.
- [2] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2000.
- [3] 高铭暄, 马克昌. 刑法学: 上编[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [4] 陈兴良. 未完成罪研究[J]. 政法论坛, 2000, (2).
- [5] 张明楷. 犯罪预备中的为了犯罪[J]. 法学杂志, 1998 (1).
- [6] 马克昌. 论预备犯[J]. 河南法学, 1984, (3).
- [7] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2000.
- [8] 陈一榕. 海峡两岸犯罪预备的比较研究[J]. 政法论坛, 1998 (2).

(责任编辑 车 英)

Rethinking of Several Problems on a Crime in Preparation and One who Prepares for a Crime

HUANG Kai-cheng

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: HUANG Kai-cheng (1965-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal jurisprudence.

Abstract: Crime in preparation is only dangerous act in criminal law, and it distinguishes criminal pattern in nature. Crime in preparation can also be called as the course of a crime in preparation, so as to distinguish from practice course and the course after practice in process of commission of crime. The concept of one who prepares for a crime and the condition of its establishment should be rebuilt on the basis of “the quilt is serious” and “it poses great threats to legal interest”.

Key words: crime in preparation; one who prepares for a crime; condition of establishment of one who prepares for a crime; not to punish preparation act