

## 犯罪预备行为是具备 完整的犯罪构成的行为

钱 毅

我国刑法第19条规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。”“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”根据这一规定，犯罪预备行为具有犯罪的社会危害性，这一点在刑法学界没有多大争议。但是，犯罪预备行为是否具备完整的犯罪构成？对于这个问题的看法，则存在较大的分歧。目前有一种比较流行的观点认为，犯罪预备行为“只反映了犯罪构成的主观方面，还缺乏分则规定的客观要件。因为分则中规定的具体犯罪构成，其客观方面都是既遂状态。”<sup>①</sup>还有一种论述表达得更为明确，即认为犯罪预备与犯罪既遂不同，“它还没有具备构成犯罪的全部必要条件。犯罪主体，犯罪的主观方面的必要条件都有了。但犯罪客观方面的必要条件还没有齐备，行为人还没有着手实施犯罪行为，特别是还没有造成危害社会的结果。行为人所希望侵害的犯罪客体也还没有受到直接的危害。那末它构不构成犯罪？我国刑法明文规定预备犯也构成犯罪。这就是特殊情况的不需要具备全部构成犯罪的主客观必要条件的犯罪。”<sup>②</sup>对于上述见解，我们认为是值得商榷的。

首先需要明确的是，完整的犯罪构成要件的含义是什么？不具备完整的犯罪构成要件的行为能否成立犯罪？

根据我国刑法的规定，我们认为，完整的犯罪构成，就是指主客观要件齐备、主客观相统一的犯罪构成。这种构成最基本的要求是，行为人主观上要有罪过（包括故意和过失）。客观上必须是基于罪过实施了危害社会的行为，不符合这个要求（如犯意表示、意外事件），则不构成犯罪。同时，我们还应该看到，完整的犯罪构成要件只能是相对于一定形态的犯罪而言，不能把它的意义无限夸大，也不能缩小。因为，相对于不同形态的犯罪来说（如未遂、既遂），其主客观要件所包含的具体内容是不尽相同的。我们不能以其中某种形态的犯罪构成为标准，去评价其他形态的犯罪主客观要件是否齐备。比如，有人认为，“犯罪结果，如同犯罪行为一样，是构成犯罪的客观方面的必要条件之一。”<sup>③</sup>这种看法，我们是不同意的。在我们看来，犯罪结果（包括因果关系）并不是我国刑法所规定的构成犯罪“客观方面的必要条件之一”，而只是过失犯罪和某些故意犯罪既遂构成的必要条件。如刑法第132条规定的故意杀人罪，必须是杀人行为造成了被害人死亡的结果，才构成杀人罪既遂。但请注意，法律条文上只写明了“故意杀人的，……”，并没有将被害人死亡的结果作为必要条件规定出来，实际上它也就包括了故意杀人没有造成死亡结果的未遂的情况。这就说明，把犯罪结果视为“构成犯罪客观方面的必要条件之一”，是没有法律根据的。同样，那种认为“分则中规定的具体犯罪构成，其客观方面都是既遂状态”的看法，也是不能成立的。我

① 高等学校法学试用教材《刑法学》，第175页。

② 张尚鸾编著，《中华人民共和国刑法概论，总则部分》，第161页。

③ 同上书，第84页。

国刑法学界之所以会有这样一种观点，主要是受了50年代苏联的影响。苏联著名的刑法学家特拉伊宁就曾把危害结果、因果系统统统看作是犯罪客观方面的必要条件。但同时他又列出了两个有名的公式：“预备行为=故意+不是构成因素的行为；未遂行为=故意+是构成因素的行为-结果”。<sup>①</sup>这两个公式显然破坏了他自己所倡导的主客观相统一的犯罪构成理论。使其陷入了自相矛盾的境地。产生这种矛盾的根本原因，其实还是受了资产阶级行为中心论的形式主义法学的影响。即不是从犯罪的本质属性出发，坚持主客观相统一的原则，去研究不同形态的犯罪行为。而是以犯罪的实行行为为中心、以既遂为模式去考察不同形态的犯罪。由此导致了把没有犯罪结果的未遂、甚至没有构成因素的行为的预备，看作是构成要件有“短缺”的“特殊情况”。这种“特殊情况”论显然是很难令人信服的，是不足取的。而我国某些刑法专著，对预备、未遂的犯罪构成作与之相同的解释，既破坏了严整的犯罪构成理论体系，也不符合我国刑事立法的实际。

那么，犯罪预备行为究竟是否具备完整的犯罪构成呢？我们的回答是肯定的。这从犯罪预备的构成要件上可以得到说明。

（一）犯罪客体。一般地说，犯罪客体是指刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会主义社会关系。需要指出，这里所说的“侵犯”，我们认为，不能仅仅理解为是“侵害”（侵入而损害）的意思，它还应包括“严重威胁”之意。因为，预备行为事实上还没有直接侵害一定的社会关系，这是它与未遂、既遂的区别之一。但预备行为又确实为进一步实施犯罪、实现犯罪意图，创造了条件，给一定的社会关系造成了严重威胁，其社会危害性达到了刑法所不能允许的地步。因此，在我们看来，预备行为并不是没有犯罪客体，只是对其犯罪客体需作如下表述，才更为确切。即刑法所保护而为预备行为所严重威胁的社会主义社会关系。那种认为预备行为没有侵害社会关系，因而不具有犯罪客体的观点，是不对的。

（二）犯罪客观方面。犯罪客观方面包括的内容很广泛，有危害行为、危害结果、因果关系等等。然而，根据我国刑法的规定，我们认为，犯罪客观方面的共同要件就是危害行为。没有危害行为，就没有任何犯罪；而没有危害结果，则不一定没有犯罪。犯罪预备行为就是没有造成实际的危害结果的犯罪行为。它主要表现为两个方面：1. 准备犯罪工具。包括制造、寻求犯罪工具，以及使某种工具适合于犯罪的需要。如制造走私用的夹底箱、配制盗窃用的万能钥匙、为了杀人而磨刀等等；2. 制造犯罪条件。即除了准备犯罪工具之外，所有为进一步实施犯罪、实现犯罪意图而进行的其他准备活动。如调查被害人的行踪、排除实施犯罪的障碍、拟订犯罪计划、纠集共同作案人等等。上述两方面的内容，不要求同时具备，只要具备其一，即可构成。必须指出，犯罪预备行为从实质上来说，与犯罪实行行为（包括未遂、既遂）一样，都是具有一定的社会危害性的犯罪行为。它与实行行为的区别主要在于，一方面它还没有侵害一定的社会关系，还不可能直接引起危害结果的发生；另一方面它不象犯罪实行行为那样，在刑法分则中有明确的规定（如杀人、盗窃、抢劫、强奸等），而是在总则第19条予以概括的规定。具体认定时，必须将总则第19条和分则各该罪的具体条文结合起来，才能认定。然而，这绝不意味着，只有实行行为才是犯罪构成客观要件的行为，预备行为就不是犯罪构成客观要件的行为。事实上，二者都是刑法所规定的构成犯罪的行为。而那种以分则所规定的实行行为为中心，笼统地说预备犯“还没有着手实施犯罪行为”，显然是不够确切的。因为预备犯不是没有着手实施犯罪行为，只是还没有着手实施犯罪的实行行

<sup>①</sup> A·H·特拉伊宁著：《犯罪构成的一般学说》，第253页。

为。这是两个不同的含义，应该加以区分。这里涉及到对“着手实施犯罪”的理解问题。

“着手”一词，从法律上来看，最早见之于1810年法国刑法典。<sup>①</sup>当时，以拿破仑为首的新兴的资产阶级，基于罪刑法定主义和责任主义原则，主张“预备行为不罚”，原则上只以“相当于构成要件之行为”（即实行行为），为刑法所评价的对象。这样，该法典规定的“着手”，也就是开始实施犯罪的意思。着手与否，是区分罪与非罪界限的标志。这种表述为以后许多国家刑事立法所仿效。但是，我国刑法原则上是处罚犯罪预备的。这就是说，只要行为人为着手实施了犯罪预备行为，就是开始实施了犯罪行为。而刑法第20条针对未遂规定的“着手实施”，已经不再具有“罪从此始”的意义。这可以说是我国刑法对“着手”概念的一个实质性突破和变化，因而我们在使用“着手”的概念时，应该予以注意。

（三）犯罪主体。犯罪预备行为的主体就是指达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力、实施了预备行为的自然人。在主体问题上认识比较统一，无需赘述。

（四）犯罪主观方面。犯罪主观方面主要是指犯罪的故意和过失。刑法第19条对犯罪预备的规定是“为了犯罪……”，我们理解，这里所说的“为了犯罪”已经表明行为人主观上具有了犯罪的直接故意。即行为人意识到自己的行为是在为实施某种犯罪的实行行为，促成犯罪结果的发生，创造条件，而对此抱着希望的态度。这种预备行为，只是由于行为人意志以外的原因（如被检举揭发、被公安机关发觉等）才被迫停顿下来。也就是说，行为人所持的希望的态度，没有改变。但预备犯“希望”的具体内容与未遂犯、既遂犯相比，略有不同。虽然预备犯从总的犯罪意图上来看，也是希望发生危害社会的结果，但由于他还没有着手实施犯罪的实行行为，他明知预备行为本身还不可能直接引起犯罪结果的发生，因而为了实现总的犯罪意图，预备犯首先追求的是完成犯罪的预备，以便于进一步实施犯罪。换言之，如果把实现犯罪意图视为预备犯总的犯罪目的，那么，完成犯罪的预备，以便于实施犯罪的实行行为，则可以说是预备犯所追求的具体的、现实而紧迫的目标。这个目标在达到之前，是预备犯首先希望实现的内容；在达到之后，则转变为实现总的犯罪意图的手段或条件。也正是因此，犯罪预备的故意和准备犯罪工具、制造犯罪条件的行为，才在总的犯罪意图下统一起来，并有别于犯罪的实行行为。可见，预备犯的故意内容是比较复杂的，它里面包含了不同的层次，这也可以说是犯罪预备行为的主观方面的一个重要特征。

从以上对犯罪预备构成要件的分析中，我们可以得出如下的结论：

犯罪预备行为的构成，不仅在“主体、主观方面都有了”，而且在客体、客观方面也并非“还没有齐备”。预备犯不是“还没有着手实施犯罪行为”，而只是还没有着手实施犯罪的实行行为，但已经着手实施了犯罪的预备行为。“犯罪客体还没有受到直接的危害”，但并不等于没有犯罪客体。总之，在犯罪预备行为中，构成犯罪的主客观条件达到了统一，即预备形态下的统一。也正是在这个意义上，我们说，犯罪预备行为是具备完整的犯罪构成的行为。它与犯罪未遂、既遂的区别，并非是构成要件没有“齐备”，而是构成要件的具体内容有所不同。正是这种内容的不同，表明了直接故意犯罪过程中不同形态的犯罪行为的深度及实质——社会危害性程度的差异，因而在处罚上也有所区别。那种形式主义的以实行行为为

<sup>①</sup> 1810年法国刑法典第2条规定：“凡未遂之重罪，已表现于外部并继之以着手实施，仅因偶然或非出于犯人本意之情况而中止，或未发生结果者，以重罪论。”

# 论我国刑法中的共同正犯

陈 兴 良

共同正犯是共犯理论中的一个重要范畴，它是对二人以上共同故意实施某一犯罪行为的共犯现象的科学概括。勿庸讳言，在我国刑法理论中，共同正犯的研究尚是一个薄弱领域，大多数刑法学论著都只是在共同犯罪的形式中简单地提及共同正犯（简单共犯），而未加深入研究。我们认为，根据我国刑法关于共同犯罪的有关规定，对共同正犯进行探讨，不仅有助于正确地认识共同正犯这一共犯形态的本质，而且还可以把共同正犯作为标本，在刑法理论上剖析其他共犯形态。因此，研究共同正犯具有重大意义。

我国刑法没有关于共同正犯的明文规定，但我国刑法关于共同犯罪的概念显然涵括共同正犯。我们可以把共同正犯定义为：二人以上共同故意实施犯罪构成客观方面的行为的实行犯。

关于共同正犯，在刑法理论上存在各种学说的聚讼。概而论之，这些学说可以归结为以下三说：一是犯罪共同说，此说认为二人以上行为者对客观上特定的犯罪有预见，并对共同实施有认识而实施的犯罪，称为共同正犯。二是行为共同说，此说认为二人以上行为者实施共同的行为而达成各自预期的犯罪，称为共同正犯。三是意思主体共同说，此说认为共同正犯是有共同目的的统一体而实施犯罪的情形。我们认为，以上三说对于理解共同正犯具有不同程度的意义，但各有其不足之处。犯罪共同说在共犯一罪的基础上阐述共同正犯，认为共犯数罪，即使各犯罪分子之间具有犯意联络，亦不能成立共同正犯，这就缩小了共同正犯的范围。行为共同说以共同实施作为立论的根据，认为只要具有共同行为，即使有责之行为人和无责之行为人之间也可以成立共同正犯，这就扩大了共同正犯的范围。意思主体共同说以协议作为共同正犯成立的前提，认为只要共犯之间具有犯罪协议，即使其中一部分人实施构成要件的行为，亦应成立共同正犯，这无疑是不适当地扩大了共同正犯的范围。综上所述，以上三说或者扩大共同正犯的范围，或者缩小共同正犯的范围，立论根据不同，叙述内容各中心、以既遂为模式而断言犯罪预备的构成要件还没有“齐备”或“短缺”的理论，在我国刑法学中应当抛弃。

（作者单位：中南政法学院法律系）

责任编辑：张永明