

试论轮奸案中的既遂和未遂问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AF\\_95\\_E8\\_AE\\_BA\\_E8\\_BD\\_AE\\_E5\\_c122\\_480289.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AF_95_E8_AE_BA_E8_BD_AE_E5_c122_480289.htm)

在我国刑法及司法解释中，轮奸从来不是一个独立的罪名，而是强奸罪的一个重要的法定量刑情节。但对于轮奸案中的各被告人是否应划分强奸既遂与未遂的问题，在司法实践中，各法院的做法不尽相同。有的认为轮奸犯罪不存在既遂与未遂之分，只要各被告人中有一人强奸得逞，则不论他人是否得逞，所有共犯都应当对全案负责，均按犯罪既遂论处；也有的认为，轮奸犯罪中应当以强奸是否得逞来划分犯罪既遂与未遂。笔者同意后一种观点，具体意见阐述如下：一、“轮奸”是共同犯罪的一种特殊形式 上述第一种观点的法理依据在于共同犯罪理论。但与其他犯罪不同的是，轮奸属于共同犯罪，但轮奸又不同于一般的共同犯罪，轮奸犯罪中对犯罪构成的要求与一般共同犯罪不同。按照刑法通说，共同犯罪当然要求有共同行为。“行为”指的是犯罪行为，“共同行为”不仅指各被告人都实施了属于同一犯罪构成的行为，而且各被告人的行为在共同犯罪故意支配下相互配合、相互协调、相互补充，形成一个有机联系的整体。对结果犯而言，一个共犯的行为造成了该犯罪结果的发生，整个犯罪就构成了既遂，各被告人均应负犯罪既遂的刑事责任；而对于行为犯而言，如脱逃、强奸犯罪，各共犯的行为具有独立性，一个实行犯的既遂或未遂，并不意味着其他实行犯的既遂或未遂。具体到轮奸犯罪而言，强奸罪的实行行为是一种典型的复合行为，即包括制服被害人的强制行为和奸淫行为。各被告人在与被

害人强行发生性关系前的准备阶段行为（包括暴力、胁迫、麻醉、用酒灌醉等强制行为）完全符合“共同行为”的特征，但其后分别与被害人发生性关系的行为，则具有独立性、不可替代性，由于性侵害行为的人身特定性和生理活动的自然性，行为人分别具有各自独立的犯罪目的以及生理、心理需求，因此，在轮奸犯罪中，各被告人的全部行为并不完全符合“共同行为”的特征，不能用一般共同犯罪的理论评价轮奸犯罪。各共犯只有自己的行为符合了具体犯罪的构成，才成立犯罪的既遂。而一般共同强奸犯罪对犯罪构成的要求并没有如此严格，它主要强调主观故意。只要有一人实施了强奸行为，其他人主观上具有强奸的故意，即可构成强奸共犯。况且，刑罚对“一般共同犯罪”的量刑并无特别的规定，但对于“轮奸”犯罪却规定了加重的法定刑，因此不能简单地运用“共同犯罪”理论对轮奸犯罪中的完成形态加以分析。

二、不认定轮奸犯罪存在“未遂”情节有违“罪刑相适应”的刑法原则。众所周知，轮奸犯罪的社会危害性比一般共同强奸犯罪的社会危害性更大，对被害人身心健康的伤害也更大，有着更为严重的社会危害性，故立法把“轮奸”作为强奸罪的加重处罚情节，规定了更为严厉的法定刑。但如果将“轮奸”视为普通的共同犯罪，那么只要二人以上共同实施强奸行为，即使有被告人未得逞，也将构成“轮奸”（既遂），在这种情况下，被害人所受到的身心伤害与一般共同强奸犯罪相比，并没有明显的差别，被告人却将因此受到更为严厉的刑罚，因此，如果不承认“轮奸犯罪”存在既遂与未遂之分，在司法实践中可能出现“轻罪重判”的结果，这显然与立法本意不相符合。以下通过具体案例予以说明：[

案例一] 甲男、乙男共谋强奸丙女，遂于某日傍晚将丙女诱骗至甲男家中，二人以轻微暴力及胁迫手段使丙女就范，丙女遂答应二人轮流去卧室与之发生性关系，于是，甲男先行在卧室与丙女发生性关系，随后甲男出来，乙男进卧室，但因丙女有反抗行为未能与之发生性关系。后案发；[案例二] 丁男预谋强奸丙女，遂于某日傍晚将丙女诱骗至家中以轻微暴力及胁迫手段使丙女就范，并与之发生性关系。事毕后，戊男来找丁男发现此事，遂以让丁男去外面买烟为借口将其支走，在丁男家中强行与丙女发生了性关系。后丙女报案。上述二案例中，甲男、乙男、丁男、戊男均构成强奸罪是毋庸置疑的，考察上述各被告人的行为，甲男、丁男、戊男的犯罪行为明显要比乙男的犯罪行为更具有社会危害性，对受害人的身心伤害也更严重，但在量刑上，按照前述的两种意见分别处理，结果就大相径庭。如果按照第一种意见，不认定[案例一]中乙男属未遂，则对其和甲男应适用《刑法》第二百三十六条第三款第（四）项所规定的“二人以上轮奸的”，在十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑幅度内量刑。而[案例二]中二被告人也是既遂，对其应适用《刑法》第二百三十六条第一款，如果上述各被告人均没有其他的法定从轻、减轻、免除处罚的情节，乙男所受到的刑罚必然要重于丁男、戊男。实践中很容易使被告人及亲属产生以下想法：强奸不成反而比强奸成的要判的重。出现这种结果，显然不是我国刑法所希望的。但是乙男如能按第二种意见处理，被认定为未遂，则其具有法定从轻、减轻的情节，其所受到的刑罚可能轻于丁男、戊男，而且在比甲男比较时，也有明确的法律依据对其判处更轻的刑罚，这更符合“罪刑相适应”的刑法

原则，也更利于罪犯的改造及预防犯罪。三、从文义解释角度看，刑法并未要求“轮奸”中各被告人均符合既遂情节。应当如何来理解《刑法》第二百三十六条第三款第（四）项规定的轮奸情节呢？是否只要认定案件性质属于轮奸则各被告人均属既遂的情节呢？《刑法》第二百三十六条第三款条文的具体表述是这样的：……强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（四）二人以上轮奸的；从该条文的语意上，我们看不出轮奸必须符合两人以上的行为人轮流强奸妇女，且行为人既遂的构成条件。也就是说，在认定被告人构成轮奸情节的同时，并不否认存在未遂情节。实践中有意见认为：轮奸不是一种独立的犯罪。只有对独立的犯罪而言，存在犯罪的既遂、未遂等不同的完成形态。轮奸行为是强奸犯罪中的一种加重处罚情节，量刑情节只有成立与否的问题，不存在既遂、未遂等形态的问题，因此，轮奸犯罪没有未遂犯。但应当注意，轮奸这一量刑情节是由二个以上的行为人先后实施的强奸行为组合而成的，对于各行为人而言，本人的犯罪行为自然存在既遂或未遂的形态问题。这样可以正确地解决对各被告人的量刑。上述观点可按如下表达方式具体地反映在判决中，即被告人犯强奸罪（未遂），根据《刑法》第二十三条、第二百三十六条第三款第（四）项之规定，判处……。这样既符合法律规定，又可根据被告人行为的社会危害性及对被害人的身心侵害程度正确量刑，从而做到“不枉不纵”。综上所述，对轮奸犯罪中各被告人划分既遂或未遂符合刑法规定，也符合“罪刑相适应”的原则，同时可以体现主客观相统一的原则，正确对罪犯量刑，防止处罚过重，侵害罪犯的合法权

益。（作者：李荔，河南宇华大众律师事务所）100Test 下载  
频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)