

## 析放弃重复侵害行为

张红艳, 杨小媚<sup>①</sup>

(南华大学 文法学院 湖南 衡阳 421001)

**[摘要]** “放弃重复侵害行为”在理论和实践中争议颇多,有未遂说、中止说和折中说。其实,行为人在实施“放弃重复侵害行为”过程中,具有时间性、自动性和有效性,理应定性为犯罪中止,该定性符合我国以人为本的刑法理论,对推动我国司法改革,预防犯罪,保障人权具有重要意义。

**[关键词]** 放弃; 重复侵害行为; 犯罪中止

**[中图分类号]** D914 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2009)05-0049-04

“放弃重复侵害行为”这一命题源自苏联刑法理论,一直以来是一个颇具争议的刑法问题,争议的焦点主要集中在其定义与定性上。准确定义和界定放弃重复侵害行为的内涵及性质,笔者认为应以发展和联系的观点进行分析,分析行为人实施侵害过程中主客观方面的因素,分析犯罪停止形态的特点,以此正确定罪量刑,维护司法公正。

### 一 放弃重复侵害行为的内涵

理论上对认定放弃重复侵害行为为犯罪行为,并应受刑罚处罚的认识基本一致,但何谓放弃重复侵害行为,中外刑法理论界均没有统一科学的定义,通常是用举特例的方法来说明什么是放弃重复侵害行<sup>[1]</sup>。原苏联的刑法论著采用例释的方式进行阐述,认为这是指开枪杀人,第一枪未射中,当时有条件再射第二枪、第三枪,但行为人出于本人意愿而自愿放弃了继续射击,因而使犯罪结果没有发生<sup>[2]</sup>。目前我国学者就该问题的解释因其各自看问题的视角不同,而对其内涵的解释也各异,有采用例释方式的,也有采用解释方式的,归纳起来主要有 4 种具有代表性的解释:一是“凡犯罪分子使用可以一下子造成犯罪结果的工具(不限于枪,还包括刀、铁器等),实施了足以发生其所追求的犯罪结果的行为,但是由于其意志以外的原因使这种结果没有发生(但不一定是任何危害结果都没有发生),犯罪分子根据主客观条件认为仍可实施重复侵害,但他基于某种原因自动放弃了重复侵害,而使犯罪结果不可能再发生的情况,都应属于放弃重复侵害行为。”<sup>[3]</sup>二是认为“自动停止重复侵害行为,即行为人实施了足以造成危害结果发生的第一次侵害行为,由于其意志以外的原因而未发生危害结果,在有立时继续重复实施第二次侵害行为的可能时,自动停止重复实施侵害行动,因

而使危害结果没有发生。”<sup>[4]</sup>三是认为“所谓放弃能够重复实施的侵害行为是指,犯罪人已经着手实行特定的犯罪行为,未能发生预期的危害结果,在能够重复实施同一性质的侵害行为并造成预期危害结果的情况下,放弃了犯罪的继续实行,因而使预期危害结果不再发生的情况。”<sup>[5]</sup>四是认为:“自动停止可以重复侵害的行为,是指犯罪主体实行了第一个侵害行为未能造成危害结果,在可以重复进行或者多次重复进行同一侵害行为的情况下,自动停止继续实施这种侵害行为。”<sup>[6]</sup>凡此种种对“放弃重复侵害行为”内涵的解释都有一定的学理性,但笔者认为每一种解释都欠完整,对此笔者从 4 个方面进行了思考。

1 关于“放弃重复侵害行为”中构成“可以重复进行侵害行为”的标准

认定“可以重复侵害行为”的标准,应从主客观条件进行分析。上述 4 种表述第一种解释表述为“犯罪分子根据主客观条件认为仍可实施重复侵害”,即只要行为人根据实际条件在主观上认为可重复实施侵害,就可认定为“可以重复进行侵害行为”,即使客观上不能完成犯罪,行为人此后自动放弃侵害的,也只是认识上的错误,不影响其自动性的成立。因此,行为人自认为当时可以继续实施与完成犯罪是成立自动性的前提条件,而之后的放弃也是基于自愿<sup>[7]</sup>。后三种解释分别表述为“在当时有继续重复实施侵害行为的实际可能时”;“在能够重复实施同一性质的侵害行为并造成预期危害结果的情况下”;“在可以重复进行或者多次重复进行同一侵害行为的情况下”,这三种解释未强调行为人主观上的认识因素,易产生采用客观标准评价的歧义。

2 关于“放弃重复侵害行为”中“侵害行为”的表述

第一种解释强调“使用可以一下子造成犯罪结果的工

**[收稿日期]** 2009-07-10

**[作者简介]** 张红艳(1968-),女,湖南祁东人,南华大学文法学院教授。

<sup>①</sup>湘潭大学法学院硕士研究生。

具”,这种解释缩小了放弃重复侵害行为的范围,因为造成危害结果也可以使用一定的方法,如用毒药杀人,用溺水的方法杀人等。后几种解析认为实施的“侵害行为”或“犯罪行为”,笔者认为采用“侵害行为”较为合理。

### 3. 关于“放弃重复侵害行为”的行为次数

笔者认为,“放弃重复侵害行为”,可以实行一次侵害行为为停顿下来,也可以连续实施多次侵害而停顿下来,以行为人持枪杀人为例,可能有两种情况,第一种情况,行为人对准被害人开了第一枪,未打中或者只打中了手臂,在无任何外力的情况下,可以继续实施侵害行为,而未继续实施,在此过程中自愿停顿了下来;第二种情况,行为人连续数次枪击,均没有造成既遂的结果,行为人在仍可以重复侵害的情况下,自动彻底地放弃犯罪,虽然已开的数枪体现了行为人主观恶性和造成危害可能性的增大,但行为人在其后可能继续实施的情况下,出于自己意志彻底放弃了侵害。当然,行为人先前侵害次数的多少体现了行为人不同的主观恶性,在量刑时应当予以考虑<sup>[8]</sup>。

### 4. 关于放弃“重复侵害行为”中的因果关系

根据我国的刑法理论,任何侵害行为中的行为与结果之间都应有因果关系。而各学者的解释中,第四种解释没有强调行为人放弃重复侵害与结果未发生间的因果关系,前三种解释则大同小异,均强调行为人放弃重复侵害同结果未发生之间应当具有因果关系,第二种解释强调“因而使犯罪结果不可能再发生”,第三种解释强调“因而使既遂的危害结果没有发生”,第四种解释强调“因而使预期危害结果不再发生”。笔者认为强调这一因果性是必要的,如果行为人放弃了可能的侵害,但是仍发生了既遂结果,或者既遂结果的未发生是由于其它原因而致,均不属于放弃重复侵害行为。

综上所述,笔者认为放弃重复侵害行为是指行为人已经着手实施犯罪并使用了足以达到预期危害结果的工具或方法实施侵害行为,因自身技术或认识的原因,预期的危害结果没有即时发生,其在主观上认为有立时实施同种性质的侵害可能时,自动有效放弃该种侵害行为,因而使预期的危害结果没有发生的情况。作为放弃重复侵害行为,具备一般犯罪中止的时间性、自动性、有效性和彻底性等特征。

## 二 放弃重复侵害行为性质定性之纷争的未遂论、折中论

我国刑法理论界对放弃重复侵害行为的性质的认定,众说纷纭,主要有未遂论、折中论和中止论。笔者赞同中止论。

### (一)未遂论

未遂论认为犯罪行为已经实行终了,预期的危害结果没有发生,是由于犯罪人意志以外的原因所致,因此,符合实行终了的犯罪未遂的特征。如某人“在射击以前,行为人是希望他这一枪击中目标的,主观上具有直接故意,在客观上实施了开枪杀人的行为,尽管这一枪未击中,但这完全是出于行为人意志以外的原因。至此,行为人已经实施了一个完整的犯罪行为。……射击杀人行为只需一次动作就可以达到目的,而不是要求由许多连续的行为才能达到目的”<sup>[9]</sup>。这种学说的缺陷主要在于以孤立静止的眼光看待放弃重复侵害行为,割裂了犯罪行为的整体性,从而导致了实践中认定

犯罪未遂等停止形态的混乱。如果行为人的侵害行为已经实施终了,则很难解释行为人继续实施侵害行为的可能性的实际情况。假如行为人开第一枪未击中目标,开第二枪才把被害人打死,或者以此类推,开数枪才将被害人打死。按“未遂论”的认识,岂不构成一个故意杀人既遂和数个犯罪未遂的情况?这是“未遂论”自身理论所不能解释的。“未遂论”把不利于实施的外在因素同足以阻止完成犯罪的原因混为一谈,从根本上混淆了犯罪未遂和犯罪中止的界限。从第一次侵害行为实施后看,虽然因犯罪人意志以外的原因未达到犯罪目的,但行为人在主客观条件具备的情况下,完全可以重复实施同一性质的侵害行为。从主观上看,行为人放弃重复侵害行为是自动放弃,而不是被迫放弃。某种不利因素能否阻止犯罪的继续实施,只有在整个犯罪过程完结后,才能作出正确判断。在犯罪达到既遂状态之前,只要犯罪人自以为能将犯罪进行到底而自动停止继续实行,或者自动有效地避免了预期危害结果的发生,就应认为起决定性的因素是犯罪人的主观意志,而不是因外在不利因素使犯罪意图未得逞。

### (二)折衷论

此种见解,因不同的学者研究的方法不同,结论各异,有的将重复侵害行为分为两个阶段,如有学者认为,按照既定命题,放弃重复侵害行为,有的可能是犯罪未遂,有的可能是犯罪中止,或者“犯罪未遂+犯罪中止”,有的折衷论者从工具上判断其是犯罪未遂还是犯罪中止,还有的学者认为:“传统上所称的重复性侵害行为(如开枪杀人)是一次性侵害行为,行为人放弃重复侵害应属犯罪未遂;重复性侵害行为限于用刀、剑、棒等工具或手段实施故意杀人行为,行为人在第一次行为未能刺(中)而完全具备继续进行侵害的情况下自动放弃重复侵害行为,以致未能产生死亡结果,应为犯罪中止。”<sup>[10]</sup>“折衷论”对放弃重复侵害行为性质的界定,无论从其行为阶段还是使用工具认定,都将放弃重复侵害行为的情况视为犯罪未遂和中止并存,该种观点有悖于犯罪构成理论,且将第一次侵害行为与随后的行为割裂为两个独立的犯罪行为,混淆了故意犯罪停止形态的犯罪未遂和犯罪中止,故意犯罪的犯罪未遂和犯罪中止形态,其共同特征,都是犯罪的停止形态,是故意犯罪过程中不再发展而固定下来的相对静止的不同结局,放弃重复侵害行为不可能既是未遂又是中止,可能重复侵害行为的放弃,不论其使用何种工具,只要其在实施侵害行为的过程中自动有效地防止了犯罪结果的发生,就应以犯罪中止论。

### 三 放弃重复侵害行为应认定为犯罪中止

中止论认为放弃重复侵害行为从时间上看,它发生在犯罪未实行终了的过程中,而不是在犯罪行为已停止的未遂形态或既遂形态;从主观上看,犯罪分子是自动放弃而不是被迫停止;从客观上看,预期的危害结果没有发生,因此,完全符合我国刑法关于中止犯的构成特征的规定,应当以中止犯论处<sup>[11]</sup>。笔者亦赞同此观点,我国刑法第24条规定,在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果的发生是犯罪中止。由此可知,放弃重复侵害行为,应为犯罪中

止。其依据有三: 第一, 时间性, 放弃重复侵害行为是发生在行为人着手实行犯罪过程中, 犯罪行为中止前, 预备过程中停顿下来, 不构成放弃重复侵害行为。第二, 自愿性, 这种自愿是行为人自愿而为, 而非意志以外的原因, 行为人心存一种反社会或报复心理, 瞄准某个目标实施侵害, 一次或数次连续的实施侵害行为未发生其预期的法律要求的结果, 但在有条件也有能力达到预期的危害结果的情况下自愿停止下来, 如果是意志以外的原因而停下来, 笔者认为不是犯罪中止而是犯罪未遂。第三, 有效性, 我国刑法对于犯罪中止的规定, 无论哪种类型的中止, 其核心的要求都是“有效性”, 放弃重复侵害行为同样是符合有效性要求的。在其完成整个犯罪的实行行为并没有实行终了的情况下, 行为人完全有机会也有时间不停止犯罪活动, 又能够立即进一步实施侵害时, 出于本人的意志, 自动中止了实行行为, 或者在预期的危害结果发生之前, 自动有效地避免了预期危害结果的出现。正因为停止犯罪完全是出于行为人自己的本意, 放弃本来可以继续实施的犯罪行为, 从而表现出他主动放弃犯罪的自觉性。这种情况下, 说明行为人的犯意已发生了质的变化, 而这种变化是决定其行为性质的最基本的依据, 因此, 自动放弃重复侵害行为是完全符合犯罪中止特征的。

事实上, 对于使用一次或数次足以达到犯罪目的的工具或手段实施的犯罪行为是否终了, 应全面而客观地进行分析, 将其置于整个犯罪过程中来看待。因为任何犯罪行为是由一系列前后联系的多种具体动作或数个单独行为组成的, 它是一个连续的完整过程。正如前苏联刑法学家特拉伊宁教授所提出的那样: 刑法意义上的行为, 不仅在质量上与身体动作不同, 而且就是在所谓的数量上, 一个行为也往往包括几个动作, 如举枪、对准目标、手握枪机、扳动枪机等等。刑法上的行为所包括的永远不是个别的‘动作’或‘环节’, 而是这些环节的有机结合。

#### 四 认定放弃重复侵害行为为犯罪中止的意义

笔者认为, 将放弃重复侵害行为认定为犯罪中止, 侧重对行为人主观恶性、人身危险性和客观危害性的评价, 体现出刑法对行为人社会危害性减少的评价<sup>[12]</sup>, 一方面可以为行为人放弃实施重复侵害行为、阻止犯罪结果的出现提供制度上的保障; 另一方面也可以从心理上为行为人提供保障, 使其意识到放弃这种侵害可以得到宽大处理。

##### 1. 符合当今世界先进的刑法理念

刑法是动态发展的, 总是朝着更加科学、更加完善的前方而行。从同态复仇到严刑峻法, 再到报应主义、功利主义, 再到人权至上。先进的刑法理念指引刑法的前行, 将放弃重复侵害行为定性为犯罪中止符合当今世界先进的刑法理念。人权保障是当代刑法立法精神的精髓, 是先进的刑法理念的集中表现。换言之, 先进的刑法理念要求当代刑法贯彻人权保障的立法精神, 不断地将刑法理论和司法实践科学化、人道化, 以将刑法的各个功能发挥充分。将放弃重复侵害行为定性为犯罪中止, 从某种意义上说, 体现了刑法人权保障的精神, 它反映了刑法的价值属性, 其影响已经远远超越犯罪预防领域而深入到刑法精髓。

##### 2 为犯罪预防理论提供新的理论支持

事实上, 将放弃重复侵害行为认定为犯罪中止, 体现了刑罚目的取向的演变: 即从侧重于惩罚犯罪到侧重于预防犯罪。在大陆法系刑法理论中, 一直存在着报应刑论和目的刑论的争议, 这也是旧派和新派在刑罚论的根本对立, 报应刑论认为, 犯罪是一种恶害, 刑罚的内容是痛苦或恶害, 对犯罪科处刑罚, 就是以恶害报应恶害, 对犯罪以恶害进行报应就是刑罚的正当化依据。而目的刑论是近代学派所采取的主张, 认为刑罚本身并没有什么意义, 只有在为实现其他一定的目的即保护社会或防卫社会的意义上, 才具有价值<sup>[13]</sup>。我国刑法理论通说则认为, 刑罚是惩罚犯罪人的手段, 它以剥夺犯罪人一定的权益为内容, 同时包含着国家对犯罪人的否定评价, 惩罚是刑罚的固有属性, 也是刑罚的基本功能。但是, 刑罚的目的只可能也应该是预防, 包括一般预防和特殊预防, 既预防犯罪分子重新犯罪, 也预防社会上可能犯罪的人实施犯罪, 两者紧密结合, 相辅相成<sup>[13]</sup>。因此, 将放弃重复侵害行为定性为犯罪中止给犯罪预防理论提供了新的理论支持, 有利于犯罪预防的功能的实现。

##### 3 符合刑法与刑罚的原则和功能

认定放弃重复侵害行为是犯罪中止, 符合我国刑法罪责刑相适应原则和我国惩办与宽大相结合的刑事政策。罪责刑相适应原则是我国刑法的基本原则之一, 这一原则要求刑事立法与司法对犯罪人科以刑罚必须以犯罪人所应承担的刑事责任为基础, 刑罚的轻重与刑事责任的大小相联系, 而刑事责任又来源于犯罪的社会危害性和刑事违法性。很明显, 放弃重复侵害行为无论从哪个角度来说, 其社会危害性都比未遂犯罪的社会危害性要小得多。行为人自愿放弃可重复实施的危害行为, 有效避免更为严重的危害结果发生, 按照犯罪中止对其定性完全符合刑法的罪责刑相适应原则。同时我国刑法本着人道、宽容的人文关怀精神, 在刑事政策上要求惩办与宽大相结合, 将放弃重复侵害行为定性为犯罪中止有利于对犯罪人进行教育与感召, 为一些犯罪人获得从轻、减轻处罚提供机会, 有利于犯罪预防与社会和谐。

综上所述, 我国刑法之所以对犯罪未遂与犯罪中止加以区分, 是刑法“重其重罪, 轻其轻罪”的立法精神的体现。我国刑法的罪责刑相适应原则, 要求对那些社会危害性大、人身危险性大的犯罪人处以相对更重的刑罚, 反之对像放弃重复侵害行为这样的人身危害性与社会危害性相对较小的犯罪人应当处以相对较轻的刑罚, 因此在理论与实践上将放弃重复侵害行为定性为犯罪中止是与我国刑法的立法精神一脉相承的。

##### [参考文献]

- [1] 孙力. 论放弃重复侵害行为的定义[J]. 知识经济, 2008(4): 40
- [2] 高铭暄. 刑法学原理(第2卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993: 370
- [3] 赵秉志. 犯罪未遂的理论与实践[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1987: 144-145

- [4] 高铭暄. 中国刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2000: 180.
- [5] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003: 475.
- [6] 何秉松. 刑法教科书 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 432-433.
- [7] 高铭暄. 刑法专论 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2002: 305.
- [8] 张根勇. 放弃重复侵害行为相关问题分析 [J]. 湖南公安高等专科学校学报, 2006(4): 33.
- [9] 蔡健. 放弃重复侵害行为应属犯罪未遂 [J]. 法学季刊, 1985(1).
- [10] 张明楷. 外国刑法纲要 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2002: 15-16.
- [11] 张尚鸾. 中华人民共和国刑法概论(总则部分) [M]. 北京: 法律出版社, 1983: 174.
- [12] 张根勇. 放弃重复侵害行为相关问题分析 [J]. 湖南公安高等专科学校学报, 2006(4): 33.
- [13] 高铭暄, 马克昌. 刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2000: 229-237.

## The Analysis of Abandoning Repeated Injurious Act

ZHANG Hong-yan, YANG Xiao-mei

(University of South China, Hengyang 421001, China)

**Abstract** Abandoning repeated injurious act is controversial in terms of theory and practice. There are attempted theory, discontinued theory and eclectic theory. In fact, timeliness, automaticity and validity exists in the process when doer carries out abandoning repeated injurious act, which should be characterized as crime termination. The characterization is in conformity with people first. It's significant to promote judiciary reform, to prevent crime and to assure human rights.

**Key words** abandon, repeated injurious act, crime termination

(上接第 44页)

## Revelations and Inferences from Procedure of Location Inspection of OCC to Our Country

LIAO Jin-sheng, XIE He-feng

(University of South China, Hengyang 421001, China)

**Abstract** Based on the analysis of the problems of the location inspection in Chinese Bank, this paper summarizes systematically the successful experiences of the procedure of location inspection of OCC in project management, procedure control and infrastructure building. Then some suggestions about how to construct a scientific procedure of bank location inspection are proposed.

**Key words** OCC; procedure of location inspection; revelations and inferences