

# 论基于嫌恶之情放弃罪行的停止形态

谢治东

(浙江工商大学法学院, 浙江杭州 310018)

**摘要:**关于基于嫌恶之情放弃罪行的停止形态,在刑法理论和司法实务上存在犯罪中止、犯罪未遂和具体分析说三种立场。中止犯减免处罚的刑事政策根据是基于预防犯罪目的而对中止行为予以奖励,其对中止自动性的判断具有指导、制约作用。基于嫌恶之情放弃罪行,未能表明其已回到合法性轨道,其危险人格并未得以良性转化,仍具有预防必要性,不值得给予中止犯减免处罚的奖励。中止自动性的认定应当维持主观说的基本立场,但“能”和“欲”的判断必须受到功利价值观的制约。基于嫌恶之情放弃罪行,其犯罪欲望或其预期的犯罪收益无法通过继续犯罪得到实现,该停止行为应视为“欲而不能”,而非“能而不欲”,不符合中止自动性特征。

**关键词:**嫌恶之情;放弃罪行;犯罪停止形态;中止自动性;功利价值观

**中图分类号:**D924.11 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2023)01-0057-12

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2023.01.006

## 一、问题的缘起

基于嫌恶之情放弃罪行,是指行为人在实施犯罪过程中,因意料之外的因素,致使其对犯罪对象产生嫌弃、厌恶情绪,由此放弃罪行。如在强奸犯罪中,行为人因嫌恶被害妇女相貌丑陋、患有性病或正处经期而放弃强奸行为;在抢劫、盗窃之类的财产犯罪中,行为人因嫌弃财产价值太小而放弃抢劫、盗窃行为。基于嫌恶之情放弃罪行,从客观外在情形上看,似乎并不存在阻碍其继续犯罪或完成犯罪的现实障碍,其在具备完成犯罪的便利情形下而停止犯罪,从形式上看似乎完全符合犯罪中止的自动性特征;但从其停止犯罪的内心动机来看,这种基于嫌恶之情而放弃罪行,则是因实际出现的犯罪对象并不符合其本来的犯罪期待,其犯罪欲望或其预期的犯罪收益无法通过继续犯罪得以实现,因而决意停止犯罪。这种基于功利的权衡而停止犯罪,明显违背行为者的本意,似乎无法认定其具备犯罪中止的自动性特征。因此,这种基于嫌恶之情而放弃罪行,究竟应该认定为“自动”还是“被迫”停止犯罪,中外刑法理论和司法实务上一直存在较大争议,并导致在犯罪未遂与犯罪中止认定上的困扰。

收稿日期:2022-04-21

基金项目:国家社会科学基金项目“数字时代支付结算犯罪认定模式转型研究”(22CFX014)

作者简介:谢治东,男,浙江工商大学法学院副教授,法学博士,主要从事刑事法学研究。

关于基于嫌恶之情放弃罪行的停止形态,不仅刑法理论存有争议,司法实务判例也不一致,概括起来主要有以下三种立场。

1. 犯罪中止论。该观点认为,在基于嫌恶之情放弃罪行情形下,行为人虽有嫌弃、厌恶之情,但其在认识到犯罪仍可继续实施的情形下而放弃,不足以否定自动性,应属于自动放弃犯罪行为,成立犯罪中止<sup>[1]</sup>。如甲意图对乙女实施强奸,在触摸乙女阴部时,发现对方尿便失禁,顿觉十分恶心,于是放弃奸淫,逃离现场。持中止论的观点就认为,乙女尿便失禁,并不足以阻止甲继续对乙女实施强奸行为,甲在能将强奸行为继续实施到底的情形下自动放弃强奸,该停止行为当然符合中止犯的“自动性”,应该认定为犯罪中止<sup>[2]</sup>。同样,意图盗窃他人保险柜内巨额现金,但保险柜内只有600元,行为人感到失望而放弃罪行。在这种情形下,犯罪中止论者主张,“盗窃犯人知道意图盗窃的财物很少,感到失望而中止的场合,也可成立中止犯”<sup>[3]</sup>。犯罪中止论认为,中止犯的动机并不以具有伦理性为必要,自愿中止既可能出于怜悯、悔悟、羞耻等伦理上的自我要求,也可能是出于畏惧刑罚、胆怯,还可能是出于不满意犯罪标的物所产生的嫌恶。这种种自愿,都可以成立中止犯。在日本,木村龟二教授也肯定基于嫌恶之情而放弃罪行可成立中止犯,“像……肉体的嫌恶、怯懦、对盗窃客体的价值的失望那样,基于道德上无价值的动机的场合也是可以的”<sup>[4]364-365</sup>。在我国台湾地区,刑法学说和司法实务主流观点认为基于嫌恶之情放弃罪行应当成立中止,中止动机“是否出于后悔、良心之苛责、道德之嫌恶、同情、怜悯等等道德因素;抑由于迷信或对刑罚之恐惧、对于肉体之嫌恶、怯懦、对窃盗客体价值之失望与道德无关因素,在所不问”<sup>[5]161</sup>。我国刑法理论和司法实务通行观点同样主张,对基于嫌恶之情放弃罪行,应当认定为犯罪中止。如2004年司法考试有一道题目是:丁抓住李某的手腕,欲绑架李某然后出卖。李为脱身,便假装说:“我有性病,不会有人要。”丁信以为真,于是垂头丧气离开现场。<sup>①</sup>该题参考答案认为,丁某基于嫌恶之情而放弃罪行,该停止行为是基于自己的意志,应属于犯罪中止。在司法实务中,也存在大量将基于嫌恶之情而放弃罪行认定为犯罪中止的判例,如在“魏某强奸案”中,被害女生付某放学后独自回家,魏某见状便上前将付某胁持到附近一处空房子,欲对其实施强奸,却发现付某正处于月经期,魏某顿觉恶心,遂放弃强奸。在该案的判决中,法院认为被告人魏某在实施强奸过程中,因被害人正处于月经期而自动放弃犯罪,系犯罪中止,应免除处罚。<sup>②</sup>

2. 犯罪未遂论。该观点认为,在基于嫌恶之情放弃罪行情形下,引起行为人产生厌恶、嫌弃情绪的因素是其意料之外的,其放弃罪行并非基于其本意,应当认定为犯罪未遂,而不成立犯罪中止<sup>[6]</sup>。根据犯罪未遂论的观点,如行为人意欲强奸,从后方将女子扑倒在地,突然发现该女脸部被泼洒硫酸,甚为丑陋,顿时性欲全失,落荒而逃,只能是强奸的普通未遂,不是中止犯。“在财产犯罪中,行为人因当初所预定的目的物不存在,不得不停止犯罪的,原则上不成立中止。”<sup>[7]</sup>日本的大谷实教授也认为,“抱着嫌恶或恐惧感而停止的场合,通常不能构成中止犯”<sup>[8]397</sup>。在我国台湾地区,虽然刑法理论和司法实务主流性意见认为,基于嫌恶之情放弃犯罪应当成立中止犯。但也有部分学者主张,基于嫌恶之情放弃犯罪,其并非出于自愿,这种经过功利计算的放弃,欠缺伦理上的自我要求,只能成立普通未遂,不是中止犯<sup>[5]161</sup>。在我国司法实践中,对因嫌弃女性处于经期而放弃奸淫罪行,也存在不少否定其自动性的判例,如在“翟某等人强奸案”中,被告翟某欲强行与唐某发生性关系,因发现被害人处于经期而停止强奸行为。在该案判决中,法院认为被告翟某这种停止是其意志以外的原因,系犯罪未遂。<sup>③</sup>犯罪未遂论者论证基于嫌恶之情放弃罪行不成立中止犯的路径有二:其一,认为在基于嫌恶之情放弃罪行情形下,实际上出现了不能将犯罪进行到底的客观障碍。如意图强奸,却发现被害人尿便失禁、处于

①参见国家司法考试2004年试题试卷(二)。

②参见魏某抢劫、强奸案,黑龙江省绥棱林区人民法院(2014)绥棱林刑初字第23号刑事判决书。

③参见翟某等人强奸案,浙江省临海市中级人民法院(2015)台临刑初字第7号刑事判决书。

经期、患有性病;意图盗窃、抢劫,却发现财物价值太少,由此产生嫌恶之情,并放弃罪行。在此类情形下,对尿便失禁、处于经期、患有性病、财物价值太少产生的嫌恶之情,均足以抑制行为人的强奸、盗窃行为的继续实施。因而,在此种情形下行为人对罪行的放弃并非出于自愿,而应该认定为典型的障碍未遂。其二,认为在基于嫌恶之情放弃罪行的情形下,其放弃犯罪的主要原因是对于犯罪对象的嫌恶,其放弃犯罪的动机并非基于怜悯同情、真诚悔悟、伦理羞耻、良心谴责等伦理道德要素,其人身危险性并未减小,主观恶性并未得以降低,与刑法对中止犯予以减免处罚的立法原意不相符合,不应当认定为自动中止<sup>[2]</sup>。

3. 具体分析说。该观点认为,基于嫌恶之情放弃罪行,究竟是认定未遂还是中止,不能一概而论,而应视具体情况作具体分析。如果引起嫌恶之情的事实足以影响行为人实施犯罪,如强奸者看到行为对象处于经期而放弃奸淫行为,宜认定为障碍未遂;如果不影响行为人实施犯罪,如强奸者看到行为对象呆滞而放弃奸淫行为,则宜认定为中止。在盗窃罪中,如行为人并无盗窃特定目的物的意图,即任何财物都可窃取,因嫌财物价值不大而放弃窃取,属于能窃取而不欲窃取,应认定为任意中止;意图盗窃的特定目的物不存在,虽欲窃取而不能窃取,谈不上中止的任意性,故应认定为障碍未遂<sup>[9]</sup>。在日本,植松正教授也持具体分析说,认为“已着手盗窃行为,偶然看到不能获得值钱之物而放弃盗窃意图的,是中止未遂。然而因为行为人预期的特定之物不存在,即使其他任何财物也没有窃取,仍是障碍未遂”<sup>[10]</sup>。因为,在前一种情况下,根据经验法则,一般人通常不会放弃窃取行为,行为人此时放弃,具有任意性;在后一种情况下,根据经验法则,一般人通常也会放弃窃取行为,故不具有任意性<sup>[11]</sup>。具体分析说作为犯罪中止说和犯罪未遂说的折中,貌似比较全面。然而,其结论的得出却有很大的随意性,不仅缺乏充分的论证,而且在论证逻辑上也不严谨。因为,嫌恶之情作为一种主观心理障碍,带有很强的主观性,既然已经确定犯罪人的停止行为是基于嫌恶之情,那么该引起嫌恶之情的事实就足以抑制行为人继续实施犯罪,根本没有作进一步区分的必要。正如有学者所指出的,尽管上述两种情形对行为人的心理影响可能存在不同,但是这种不同也只是反映在量上,实际上这种影响并不存在质的差异<sup>[12]</sup>。因此,既然同为基于嫌恶之情放弃罪行,在停止形态的认定上,为何要区别对待、如何区别对待、区别对待的依据为何?该观点在这些问题上,则语焉不详,未能给予合理解释,不得不让人感到疑惑。

犯罪中止与犯罪未遂皆属于一种犯罪未完成形态,二者区分之关键在于行为人停止犯罪的原因有着本质的不同。犯罪中止是行为人在自认为犯罪行为仍可继续实施的情形下,出于内心的自由选择而停止犯罪,即“因己意而停止”;而犯罪未遂则是行为人本欲将犯罪行为继续实施下去,但由于面对外在的阻力无可奈何而被迫停止犯罪,即“因障碍而停止”。对基于嫌恶之情放弃罪行,究竟是“因己意”还是“因障碍”而停止,站在不同的学说及角度得出了不同的结论,究其根源,则在于对中止犯减免处罚的根据以及在中止自动性判断上采取的立场不同。因此,要准确地认定基于嫌恶之情放弃罪行的停止形态,有必要在刑事政策与刑法教义学之间往返审视,充分发挥刑事政策对刑法教义学的目的引导与刑法教义学对刑事政策的边界限制功能,从中止犯刑事政策根据的角度探询隐藏于犯罪中止立法规定背后的立法意图,从刑法教义学角度对犯罪中止的“自动性”进行更为深入、细致的解析,从而在形而上的层面澄清目前理论和实务上对基于嫌恶之情放弃罪行停止形态认定上的一些误解,以解决其司法适用上的困扰。

## 二、受中止犯减免处罚刑事政策根据制约的分析

### (一) 预防犯罪的刑事政策是中止犯减免处罚的根据

对中止犯与未遂犯作出区分,并给予中止犯更为宽大的待遇,甚至不予以刑事处罚,是世界上大

多数国家刑事立法的通行做法。我国刑事立法同样遵循这一原则,《刑法》第24条第2款规定,“对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚”。而第23条规定对于未遂犯,则是可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。然而,刑事立法为何要对犯罪中止和犯罪未遂的处罚作出区别对待,甚至对没有造成损害的中止犯必须予以免除处罚?这就必然涉及中止犯的减免处罚根据问题。对此,刑法理论大多认为,中止犯减免处罚的根据对中止自动性的判断具有指导、制约作用,对于中止犯减免处罚根据的不同理解,关系到对中止犯的成立要件、适用范围等的理解,涉及自动性判断标准的宽严把握<sup>[13]</sup>。因此,要准确认定基于嫌恶之情放弃罪行的停止形态,则有必要对中止犯减免处罚的根据作一探究,以合理确定自动性的规范内涵。关于中止犯减免处罚的根据,以德日为代表的大陆刑法理论有过深入研究,但具体见解并不一致,概括起来主要有以下几种观点。

1. 刑事政策说。刑事政策说立足于刑事政策的导向作用,主张从刑事政策中寻找中止犯减免处罚的根据。根据对中止犯减免处罚刑事政策的认识不同,刑事政策说存在“黄金桥”理论、赦免与奖赏理论、刑罚目的理论等不同的学说。以李斯特为代表的“黄金桥”理论认为,“立法可以从刑事政策角度出发,在已经犯了罪的行为人之间架起一座中止犯罪的黄金桥(Eine Goldene Bruecke)”<sup>[14]</sup>。因此,对中止犯予以减免处罚,可以激励行为人自觉中断犯罪行为,使行为人得以自犯罪中迷途知返,从而为走上犯罪道路的行为人架起一道“返回的黄金桥”,符合预防犯罪的刑事政策要求。赦免与奖赏理论认为,立法赋予法官对自愿中止犯罪者的赦免处分权,主要是因为中止者燃起对社会的希望,让人觉得不会再见到他的恶行。自愿中止者,才值得赦免。至于自愿中止的动机,法官无须考虑;自愿中止,不需要有道德上的成分。在赦免和奖赏理论看来,行为人自愿不完成犯罪,消解了社会因犯罪行为所受的惊动,应受到正面的评价,故而值得宽恕<sup>[5]170</sup>。刑罚目的理论则认为,与那些犯罪既遂、未遂之人相比,因己意而中止犯罪实行,甚至积极防止结果发生之人,其犯罪意志已不再强烈,其反社会之危险性格亦明显降低,因而得以侵害法秩序之程度已大为降低。因此,无论是按照一般预防还是按照特别预防的观点,均无处罚因己意而中止犯罪者之必要<sup>[15]46</sup>。

2. 法律说。法律说主张对中止犯减免处罚根据的考察,只能在犯罪体系框架内,围绕犯罪的成立要件予以进行。“由于刑罚乃因犯罪所形成的法律效果,探讨刑罚减免的根据时,首先应考量与犯罪成立要件的违法性、有责性之关系。”<sup>[16]</sup>之所以应当对中止犯予以减免处罚,其根据在于作为犯罪成立要件的违法性或责任已经减少。然而,中止犯减免处罚法律根据究竟为何?对此,刑法理论的认识并不一致,因此,法律说还可进一步分为违法性减少说、责任减少说、违法责任减轻说不同的立场。其中,违法性减少说认为,中止犯基于自己的意思而放弃犯罪,使得行为的违法性得以减少。其在论证模式上有两条不同的路径:其一,承认故意是主观不法要素,中止犯产生犯罪故意后,又基于自己的意思而放弃犯罪,在主观上消除了主观不法要素,从而使行为的违法性得以减少;其二,否定主观的不法要素,坚持结果无价值论,认为中止犯基于己意放弃犯罪有效防止了犯罪结果的发生,减少了作为未遂犯处罚根据的犯罪结果发生的现实危险以及行为本身的反社会性,因此减少了其违法性<sup>[8]388</sup>。责任减少说认为,责任是一种对犯罪决意的非难可能性,中止犯基于己意,放弃原有的犯意,反映了其已脱离先前形成的反规范的意识,因此,对其责任进行非难的可能性得到减小<sup>[17]</sup>。违法责任减轻说主张,故意乃主观违法要素,根据行为人故意之放弃,得以肯定中止行为违法性的减轻,且基于己意之任意性所为之中止行为亦削弱法的敌对性,从而同时减轻其责任<sup>[15]46</sup>。

3. 法律、政策并合说。该说认为刑事政策仅仅在犯罪论体系外对中止犯减免刑罚根据进行思考并不足够,只有将其主张融合到犯罪成立的不法要件与责任要件中,这样才能在法律上找到根据;法律说从犯罪论体系角度论证中止犯减免刑罚的根据,但必须考虑中止犯规定的外在目的。因此,“政策说、违法减少说、责任减少说不过是强调了中止犯的法的性格的其中一面。中止犯的全貌唯有总合这些学说才能明朗起来”<sup>[18]</sup>。

在中止犯减免处罚的根据上,刑事政策说和法律说从不同角度揭示了中止犯减免处罚的根据,相互间并不存在矛盾,反而具有相辅相成的关系。因此,作为中止犯减免处罚的根据应该是刑事政策和法律说的结合,如仅从某一方面则无法全面解释中止犯减免处罚根据。刑事政策根据为中止犯减免处罚的立法及司法适用提供指引,法律说则是通过将中止犯减免处罚的刑事政策融汇于犯罪论体系中,将中止犯减免处罚刑事政策根据的内容、精神予以规范化、具体化和定型化,从而使刑事政策的需求得以安定地实现。在中止犯减免处罚的根据上,政策说与法律说并非相互矛盾,而是水乳交融,二者解决的不是两个不同问题,而只是一个问题的两个方面。因此,在中止犯减免处罚的根据上,我国刑法理论大多赞同对中止犯减免处罚根据要从法律和刑事政策两个方面予以综合理解。“就中止犯的从宽处理的根据而言,既可以从法律(包括违法性和责任)的角度考察,也可以从刑事政策(包括一般预防与特殊预防)的角度考察;既可以从行为的危险性(包括客观和主观)上考察,也可以从刑罚目的(预防犯罪)上考察,这才能全面揭示对中止犯处理从宽的根据。”<sup>[19]</sup>

在中止犯减免处罚的根据上,违法性及责任减少的法律说无疑是中止犯减免处罚内在依据,这是罪刑法定原则当然要求。但“法律本身并不是一种纯粹的价值,而是一个旨在实现某些价值的规范体系”<sup>[20]</sup>。刑事政策作为国家和社会应对犯罪而制定有组织的反应体系,其对刑事立法、罪刑规范的解释具有指导功能。因此,中止犯减免处罚的刑事政策根据不仅是中止犯减免处罚刑事立法的出发点,而且在司法实践中对中止犯的认定具有指引和导向功能。基于刑事政策的角度分析和认识中止犯减免处罚根据,能够有助于我们理解隐藏于犯罪中止立法规定背后的立法意图,从而在形而上的层面澄清对犯罪中止成立要件上的一些误解。正如德国学者罗克辛所指出,中止的成立及处罚是一个特定的刑事政策问题,“中止之中有一个‘自愿’的概念,这个概念决定着这种中止是否具有免除刑罚的效果,‘自愿’概念是规范性的,准确地说,是要从刑罚目的的理论的角度来解释的”<sup>[21]</sup>。刑事政策根据揭示了中止犯予以减免处罚的政策来源,关系到如何完整、准确地把握中止犯成立要件、适用范围等的理解,有助于消除中止犯司法认定上的困扰。

在中止犯场合,在法益即将受到损害的风险下,行为人又自动地停止犯罪并有效地避免犯罪结果的发生,以实际行动重新“回归合法性”轨道,表征其主观上已恢复了对法的忠实态度,彰显出其人身危险性得以减弱甚至消除,据此以刑罚对其予以特殊预防的必要性得以消除。同时,“从积极的一般预防的角度看,这意味着:行为人通过其中止已经表示出,他想认可规范,因而没有使得公众对规范效力的信任落空,也就不需要加以处罚”<sup>[22]</sup>。此外,国家通过对中止犯给予减免处罚奖励,试图给民众树立一个良好示范效应:只要你在犯罪过程中能及时弃恶从善,自觉回归到法律的轨道,便可以获得法律的宽待,从而实现一般预防的目的。从刑事政策的角度来看,法律之所以对中止犯予以减免处罚,主要是基于预防犯罪目的而对中止行为予以奖励。因此,要理解中止犯的成立条件,就要以预防犯罪这一政策性考量为根基,不仅要看行为人是否基于自己的意思放弃了犯罪,也要考察行为人的停止行为与主观态度是否值得褒奖;对该行为予以减免刑罚的奖励,是否能对社会一般人起到良好的示范效应<sup>[23]</sup>。

## (二) 基于嫌恶之情放弃罪行不具备中止犯减免处罚的刑事政策根据

对中止犯实行减免处罚的刑事政策根据是基于预防犯罪目的对中止行为予以奖励。因此,值得刑法给予减免处罚的褒扬和奖励,并非适用于所有的犯罪停止行为,只能适用于那些在犯罪过程中,行为人基于“规范意思的觉醒”“放弃法敌对的意思”,自觉回归合法性轨道,其危险人格得以良性转化的犯罪停止行为。只有这种停止行为,以刑罚对其予以特殊预防的必要性才得以消除;而且,只有对这种停止行为予以褒扬和奖励,并以此向全体民众宣示,该停止行为的动机是值得赞赏的。由此倡导民众在犯罪诱惑与守法要求之间作出正确的取舍权衡,强化抵御犯罪诱惑的动力,以促使民众习惯性守

法动机的养成,才能真正对民众实现一般预防效果。相反,如果一种犯罪行为的停止,完全是因为其犯罪欲求或其预期的犯罪收益无法通过继续犯罪得以实现,其基于利益的衡量而停止。那么,从刑事政策的目的来看,该停止行为一般只能作为可以从轻、减轻情节,而缺乏给予其绝对减免处罚奖励的必要性。而且,这种绝对减免处罚奖励也难以为社会民众所认同,无法实现一般预防的效果。

行为人基于嫌恶之情放弃罪行,在此种情形下行为人虽然自认为犯罪行为可以继续实施,但是因意料之外的因素,致使其对犯罪对象产生嫌弃、厌恶情绪,例如,嫌恶被害妇女相貌丑陋、患有性病或处于经期而放弃强奸,因嫌弃财产价值太小而放弃抢劫、盗窃。这种放弃罪行,主要是由于意料之外的情势变更,行为人经过利益分析、权衡后,认为继续实施犯罪变得毫无价值或甚至带来负价值从而作出停止犯罪的决定,该停止决定并非出于“规范意思的觉醒”“放弃法敌对的意思”,并非行为人重回归合法性的轨道,自觉恢复先前行为所破坏的法秩序的行为,其危险人格并未得以实现良性转化,其人身危险性也并未得以减弱甚至消除。据此,以刑罚对其予以特殊预防的必要性并未得以消除。同时,这种基于嫌恶之情的停止行为,也不足以恢复公众对规范的信任感,对这种停止行为予以绝对的减免处罚奖励难以取得社会民众的认同,势必削弱刑罚一般预防的功能。尤其是,这种基于嫌恶之情放弃罪行一般不会造成损害结果的发生,如认定为中止的话,按照我国《刑法》规定,对这种没有造成损害的停止行为,必须免除处罚。然而,对这种因“嫌弃妇女太老、太丑”而停止的强奸行为,完全免除刑罚,难道真的不是对犯罪者的“轻纵”吗?因此,无论是从特殊预防还是一般预防的角度来看,对这种基于嫌恶之情放弃罪行给予其减免处罚的奖励,既不能防止行为人将来再犯罪,也不能给社会大众树立好的示范效应,给予行为人中止犯减免处罚的理由不具备正当性。

### 三、功利价值观视域下基于嫌恶之情放弃罪行“自动性”的否定

#### (一) 传统主观说对中止自动性的认定及检讨

关于犯罪中止的自动性,通说认为是指行为人出于自己的意志而放弃了自认为当时本可继续实施和完成的犯罪<sup>[24]</sup>。在具体认定上,我国刑法理论和司法实务通常采用传统主观说,即弗兰克公式的“欲达目的而不能,为未遂;能达目的而不欲,为中止”。“行为人在‘能达目的而不欲’,因而放弃犯罪的场合,就是中止犯;相反地,行为人在‘欲达目的而不能’,因而放弃犯罪的场合,就是未遂犯。”<sup>[25]</sup>在传统主观说看来,除因基于外在障碍而放弃犯罪情形之外,皆属于“出于自己的意志”,都是任意中止,均可成立中止犯。至于行为人停止犯罪的动机为何,究竟是出于真诚悔悟、良心谴责、同情怜悯等伦理道德性原因,还是出于对肉体之嫌恶、对盗窃客体价值失望之类的道德上无价值的动机,则在所不问。

传统主观说对中止自动性认定更多地从心理层面加以考察,即行为人作出停止犯罪的决定是否出于心理上的自由,而主动作出的意志选择。在德国,这种心理主义观察方式主要以耶塞克为代表,认为主动性的概念应当更多地从纯心理学上加以规定,而不是从伦理上加以规定。“所谓自动性,意味着犯罪的不遂由行为人自主的动机所促成,行为人仍然是中止犯罪决意的支配者,而非在难以克服的压力之下放弃计划。”<sup>[26]651-652</sup>传统主观说根据行为人的主观意思而非外界障碍来认定是否具有自动性,即行为人只要认识到他能将已经开始的犯罪继续实施下去,无论他基于何种动机停止犯罪,都可以成立中止。应该说,传统主观说考虑到中止犯责任减少的实际情况,在自动性判断标准上简洁明快,便于司法实践操作,基本上能解决绝大多数案件中中止自动性认定问题。因此,传统主观说至今仍是德国联邦法院认定中止自动性的基本立场。联邦法院认为,自动性的标准是“行为人是否可以成为本人行为决意的主宰”以及“他是否认为仍然可能继续实施犯罪计划”<sup>[27]101</sup>。

传统主观说为自动性概念引入心理学内涵,主张从心理学角度理解和认定自动性应成为理所当

然的思维路径。然而,传统主观说对中止自动性判断仅仅进行心理学的判断,不考虑行为人放弃犯罪的内心意思、动机,对其放弃犯罪的动机不进行规范评价,即只要行为人认识到不存在足以阻碍其继续犯罪或完成犯罪的现实障碍,而决意停止犯罪,无论其基于何种动机停止犯罪,均不影响中止的成立。不可否认,以“弗兰克公式”为代表的传统主观说在大多数存在客观障碍场合下都能很好地解决中止自动性的认定问题。然而,在基于嫌恶之情之类非绝对障碍放弃罪行的场合,其对中止自动性的认定则会遇到严重的困难。因为,在此种情形下,传统主观说对中止自动性判断的重点,放在行为人对犯罪对象嫌恶情况下能否继续犯罪的自我判断上,即如果行为人尽管对犯罪对象存在嫌恶之情,但他想继续实施犯罪仍可以进行下去,则认定行为人因嫌恶之情的停止具有自动性;如行为人认为由于对犯罪对象的嫌恶,致使其原来所意图的犯罪目的无法实现,因而停止犯罪的话,则认定因嫌恶之情的停止不具有自动性。因此,在基于嫌恶之情放弃犯罪的情形下,传统主观说对中止自动性认定存在“目的”内涵不明,“能”和“不能”判断基准模糊,过于扩大中止犯成立的范围、有违中止犯减免处罚刑事政策等问题。

1. “目的”的内涵不明。传统主观说主张“能达目的,而不欲”为中止。然而,其“目的”的具体内涵为何?究竟是指构成要件的满足,还是指行为人所意图的犯罪计划的实现,其内涵并不明确。对此,刑法理论和司法实务存在两种不同的解读,并从而对中止自动性的认定得出两种不同结论。如前述的丁某拐卖妇女李某案,如果认为“目的”是构成要件满足的话,那么由于丁某能够将李某置于自己的非法支配之下,因此,丁某能够实现拐卖妇女罪的构成要件,应肯定丁某的停止行为具有“自动性”;如果认为“目的”是行为人所意图的犯罪计划的实现,那么丁某由于误认为李某有性病,即使出卖也没有人要,其拐卖的意图无法实现,由此丁某的停止行为则不具有“自动性”。

2. “能”与“不能”判断基准模糊。实践中,传统主观说面临最棘手的困境在于“能”与“不能”如何认定的判断基准并不明确。按照传统主观说,行为人主观上认为犯罪能够继续实施,即为“能”;行为人主观上认为犯罪行为无法继续进行,即为“不能”。然而,“能”与“不能”的可能性本身就可以至少从物理可能性和心理可能性两个不同意义上作出解释。正如日本学者木村龟二所指出的,“关于弗兰克公式所说的‘能’、‘不能’的可能性,意味着是伦理的可能性或者是心理的、物理的可能性是不明确的”<sup>[4]361</sup>。如行为人正欲实施强奸,却因被害妇女相貌丑陋而放弃罪行,行为人虽然认识到物理上能够继续犯罪,但从心理上看,被害人的丑陋相貌却可能足以压制和阻碍行为人继续实施犯罪。如此一来,这种停止决意则并非出自其真实意愿,而只能是一种受迫性决意。因此,弗兰克公式虽然指出了判断自动性应从行为人的主观角度切入的方向,但未提供具体明确的判断标准。

3. 过于扩大中止犯成立的范围,有违中止犯减免处罚的刑事政策。根据传统主观说,中止自动性的成立主要取决于行为人作出停止犯罪的决定是否出于其心理上的自由,至于行为人停止犯罪的动机为何,并不影响自动性的成立。因此,尽管行为人停止犯罪完全是基于伦理上恶的动机或规范上不值得赞同的动机,仍可以认定为中止自动性,应当享受减免处罚的奖励待遇。如此一来,即使性侵害罪犯停止对被害人使用暴力,因为受害人作出了同意性行为的许诺,只是请求让她先喘口气,他仍可成立强奸罪的中止,只要是其毫无保留和彻底地放弃对他而言仍然是可能的强迫性交<sup>[28]</sup>。“如果行为人为了杀害其他的被害人而停止对被害人的攻击,同样应当认定其属于不处罚的中止。”<sup>[26]652</sup>然而,对上述停止行为给予减免处罚的奖励,既不能防止其将来再次犯罪,也不能给民众树立一个良好的示范效应,显然是法感情所无法接受的,并不符合中止犯减免处罚的刑事政策。毕竟,立法者在障碍未遂之外,另行创设中止犯,并赋予更为优厚的法律待遇,其清楚地显示中止犯只是未遂犯的特例,当然不能过于扩大中止犯的适用范围。因此,对中止犯的自动性概念予以严格诠释,以缩小中止犯的适用范围是很有必要的。

## （二）传统主观说的基本立场应得到维持

鉴于传统主观说在中止自动性判断上存在的问题,近年来中外刑法理论和司法实践一直尝试从规范性角度对中止自动性的成立条件加以限制,主张中止自动性的判断需要考虑中止犯减免处罚的根据,只有那些对犯罪行为的放弃,展现出其遵守规范的用心,自觉回归合法性轨道,其危险人格得以良性转化的停止行为,才值得鼓励和奖赏。因此,对中止自动性的判断应该综合考虑行为人的中止动机、态度变化、对合法性的回归或者行为人的主观价值生活。只有行为人放弃犯罪的意识能够被评价为违法心态逆转,且放弃犯罪的行为有助于实现预防犯罪的目的时,才应肯定其自动性<sup>[13]</sup>。

然而,关于规范性中止自动性的具体判断规则,在理论上则是一个见仁见智的问题,其中最具代表性的观点是德国学者罗克辛提出的犯罪人理性说。在罗克辛看来,所谓犯罪人理性,是“一种不知悔改的、冷静地权衡具体构成行为计划所具有的风险与机会的违法者的理性”<sup>[29]</sup>。犯罪人理性具有异于常人的理性,他非常冷酷,周密地计算其具体行为计划的风险及得失,其中止自动性的“出于自己的意愿”只能归结为犯罪人的非理性使然。如果只是基于对继续犯罪所具有的风险与机会的权衡后而理性地决意停止继续犯罪行为,则表明其是意志受到抑制,该停止行为不具有自动性;只有那些不理性、不合情理地放弃犯罪,表现出回归合法性的意志,才可以认定为“出于自己的意愿”停止犯罪。我国部分学者也支持该观点,认为所谓犯罪理性,就是坚定地、最大化地实现广义犯罪收益的策略,若行为人停止犯罪符合犯罪理性,则排除停止行为的自动性;若停止犯罪不符合犯罪理性,则应肯定其自动性<sup>[30]</sup>。以犯罪人理性说为代表的规范自动性理论避免了纯粹从心理角度决定自动性所产生的困扰。然而,犯罪人理性说也存在诸多问题,正如有学者所批评指出的,犯罪人理性的概念本身缺乏严密性,因而导致认定的随意性,导致越是冷酷的行为人越容易肯定其自动性;难以适应实行终了的中止<sup>[31]</sup>。

“出于自己的意愿”在本来意义上即属于行为入心理问题,要求放弃犯罪必须基于行为入的主观意思而认定。因此,中止自动性的判断只能从行为入的主观角度切入,主观说的立场应该得到坚持。但传统主观说采用弗兰克公式,简单地依据“欲达目的而不能,为未遂;能达目的而不欲,为中止”作为区分中止和未遂的判断标准,对那些虽不存在客观障碍,但基于诸如嫌恶之类心理障碍而放弃犯罪,究竟是否具有自动性,无法提供一个明确、统一标准,容易得出模棱两可、似是而非的结论。因此,需要从规范的角度对传统主观说加以限制,但这种限制并非抛弃传统主观说的基本立场。因为,自动性作为一种心理现象只能从心理学角度进行考察,其判断的对象只能是行为入的主观心理事实,其认定方法也只能是心理的认定方法。因此,规范的观察法本身并不能成为独立的判断标准,脱离行为入心理的纯粹规范判断是不可行的,“规范的观察”必须最终落实到“心理的观察”上<sup>[32]</sup>。对此,刑法理论应该思考的是,如何从规范性的视角将传统主观说的标准更进一步具体化、明确化,使中止自动性的认定更符合刑法设立中止犯的目的,中止犯减免处罚的刑事政策根据得以贯彻,以最终实现预防犯罪的目的。

## （三）“能”和“欲”的判断必须受到功利价值观的制约

功利价值观为英国著名的哲学家和法学家边沁首创,功利价值观以行为目的和效果来解释和衡量其行为动机,认为人一切行为的取舍都在于功利的权衡。“任何行为对于利益攸关者的幸福看起来必将产生的增减倾向而决定赞成与否的原则。”<sup>[33]</sup>在功利价值观看来,人的行为本质上由一种功利选择所驱动,功利是指导社会和每一个体行为的最终原则,它既是行为的出发点,也是行为的归属地。

行为入之所以实施犯罪,皆是因为行为入经过功利的计算和价值的衡量,认为这些犯罪行为的实施对其是有价值的,能为其带来犯罪收益。这种犯罪收益既可以是现金、财物等经济性利益的获得,也可以是性欲满足、复仇泄愤、尊严的维护等非经济性利益的满足<sup>[30]</sup>。行为入在进行功利计算和价值衡量时,不仅要考虑犯罪所获得收益的大小,还要考虑其为犯罪实施所付出的成本,并且从犯罪行为中的获得和满足一定要大于其为犯罪的实施所付出的成本。同样,在犯罪过程中,如遇到意料之外的情



势变更,其犯罪行为是继续实施还是停止进行,通常也是一个犯罪代价与收益博弈的产物。当行为人认为其继续实施犯罪,不会得到收益或者收益很少,根本不值得为此付出代价时,或者停止该犯罪行为的实施将会给其带来更多的收益,行为人经过功利的计算和价值的衡量,就会停止其犯罪行为的实施。因此,在下列情形中,在犯罪者看来,虽然继续实施犯罪的客观障碍并不存在,但犯罪的继续实施并不能带来其预期中的犯罪收益,停止犯罪的实施符合其功利价值观。

1. 因期待中的犯罪收益无法得到实现而停止的情形。若行为人实施犯罪之后,发现该犯罪行为的实施并不能满足其期待中的犯罪收益,甚至会带来负收益,在此情形下放弃犯罪符合其功利要求。如甲趁在路上行走的妇女乙不注意之际,将乙的项链一把抓走,然而却发现乙的项链根本不值钱,于是将项链扔给乙,并对乙说,“出来混,也不知道戴条好项链”。在本案中,由于实际目的物实际价值远低于其本来的预期,根本不入其法眼,在行为人看来,行为的继续实施是毫无价值的。因此,该情形下的放弃符合功利原则。

2. 自认为行为目的已实现而停止的情形。如A因盗窃被B发现,并受到B的追赶,A为阻止B的追赶而向其开枪,子弹从B的身体旁掠过,B感到有生命危险而停止了追赶。A此时枪中虽还有子弹,但停止了射击。在本案中,倘若仅以“能而不欲”这一基准来加以判断,由于此时A杀害B仍有可能,因而成立杀人的中止而不是未遂。但从功利原则的角度来看,对于通常的盗窃犯来讲,由于B的追赶已经被阻止,其实现阻止追赶的目的已经达到,继续实行犯罪已不再具有价值,此时其停止杀人行为是符合功利原则的<sup>[34]</sup>。

3. 因犯罪继续实施代价升高而停止的情形。若行为人在犯罪的实施过程中,发现继续犯罪付出的成本将超出其预期的收益,基于功利的权衡而停止犯罪。如甲正在实施盗窃,突然接到电话被告知其儿子发生车祸需急送医院,甲为了救儿子而停止盗窃。在上述情形下,虽然其盗窃行为可以继续实施,但是这种继续实施,则很可能要付出其孩子生命的代价,在行为人看来其已远远超过了犯罪继续实施所获取的“价值”。“当继续实施行为所带来的不利因素和风险,在行为人看来,比追求的利益显然更大,忍受这些不利和危险,因而是不理智的。”<sup>[35]</sup>因而,上述情形中的放弃,是其在利害权衡下不得不做出的放弃,是符合功利原则的。

4. 在存在利益冲突的情形下,为追求更大的犯罪收益或为了一种更有价值的欲望满足而停止原来的犯罪。如行为人本欲抢劫骑自行车的A,却突然发现从对面的高级轿车上走出一身名牌的B,于是停止对A的抢劫。行为人深夜潜入某住宅欲行盗窃,却发现女主人美貌异常,于是放弃盗窃而实施了强奸。在上述情形下,尽管从事实状态上看,并不存在阻止其完成前一犯罪的障碍与不利因素,但出现了对于行为人而言更有价值的其他情形,因此继续现在的犯罪行为就意味着丧失了更大的利益,从而使得继续现在的行为演变成了一种不值得的代价<sup>[32]</sup>。因此,其放弃该犯罪行为的实施,是符合功利原则的。

因此,在中止自动性判断上,对行为人的“欲达目的”与否以及犯罪“能”与“不能”之判断,都要以“行为的继续实施对其有价值的”为基础。只有那些犯罪行为的继续实施本身符合其功利原则,能为其带来犯罪收益,并且从犯罪行为中的获得和满足将要大于其为犯罪的继续实施所付出的成本,其出自内心的考虑而停止行为的实施,才能认定为“能而不欲”;反之,如果犯罪的继续实施并不能给其带来预期收益或者即使能获取收益,但价值太少,根本不入其法眼;或者为追求更大的犯罪收益、一种更有价值的欲望满足而停止犯罪。此时,行为的继续实施对其意味着无价值甚至是负价值,他经过功利的权衡,停止行为的实施。那么这种因其预期的犯罪收益无法通过继续犯罪得以实现而作出的停止决意,并非出自真实意愿,而只能是非真实意愿的受迫性决意,则应该视为“欲而不能”,而非“能而不欲”,应该否定中止自动性的成立。对这种基于功利价值策略的停止行为,从预防犯罪角度来讲,缺乏给予减免处罚奖励的刑事政策根据,没有给予奖励的必要。因为,对这种停止行为,即使刑法不给予减免处罚的奖励,行为人基于功利的权衡也会作出停止犯罪行为的决定。只有那些行为的继续实施本身

会给行为人带来收益,但行为人却抵御这种收益的诱惑而放弃犯罪的放弃才体现了行为人对法益的怜悯和尊重,才是值得提倡和奖励的;只有对这种停止行为给予奖励,才有助于其他民众守法规范意识的养成,实现一般预防的目的。

#### (四) 基于嫌恶之情放弃罪行的评价与认定

嫌恶属于行为人的情绪问题。情绪是人对客观事物是否符合自己需要所产生的态度体验,它是伴随认识活动而产生的一种心理活动过程,它由独特的主观体验、明显的外部表现和生理唤醒三个方面的内容组成<sup>[36]</sup>。行为人实施或停止某种行为,总要受到某种情绪、情感的影响,通常带有一定的情绪和情感色彩。嫌恶是个体基于本人审美观念或者价值评价标准,对不合心意的目的物而产生的一种嫌弃、厌恶的情绪。在基于嫌恶之情放弃罪行的场合,尽管在物理上具备继续实施犯罪的条件和可能性,但行为人出于自身的审美观念或者价值评价标准等内心主观评价,致使对犯罪对象心生嫌恶情绪,认为继续犯罪并不能为其带来预期中的犯罪收益,基于功利价值策略的考量而停止犯罪。在司法实践中,基于嫌恶之情而放弃罪行,主要有三种情形。

第一,在强奸、猥亵之类的性侵犯罪中,因嫌弃性侵对象相貌太丑、年龄太老、患有性病、处于经期等而放弃。在此类性侵犯罪中,行为人意图通过强奸、猥亵行为来获取一种性唤起、性兴奋、性愉悦的体验。从心理学角度来看,行为人实施这种性侵犯罪,主要是通过性行为以获取性唤起、性兴奋、性愉悦的满足和体验。但这种性唤起、性兴奋、性愉悦的满足和体验,不能简单地用生物学需要的满足来解释,性侵对象相貌的美丑、年龄的大小、健康与否等其他强有力的认知激励、抑制因素,通常也是行为人是否实施性行为需要考虑的。因此,如性侵对象相貌太丑、年龄太老、患有性病、处于经期等,尽管这些因素并不足以阻碍其性侵犯行为的完成和其性需求的生理满足,但这些因素足以抑制行为者性激情的唤起和性兴奋、性愉悦体验的获取。当行为人因对性侵对象的嫌弃,致使其性激情、性兴奋、性愉悦的体验无法通过犯罪行为得以唤起和获取,对行为人来讲,继续实施这种性行为当然是无价值的,该停止行为应该视为“欲而不能”,而非“能而不欲”。

第二,在侵财犯罪中,因嫌弃财物的价值太少,低于其预期而放弃。对此,有观点认为,在此种情形下,即便目的物的实际数量和价值不符合行为人的预期,但并不妨碍行为人对实际存在财物的非法占有,因而应当认定为中止<sup>[27]205</sup>。笔者认为该观点并不妥当,侵财犯罪的大部分人无疑是为了获取钱财,或者是为了其他可以满足生理、心理或社会需要的具体回报。但是,这种物质需求的满足和心理、社会需要的具体回报,除了取决于当时实际存在的财物能否被占有,还要受制于行为人对实际存在财物的种类、数量和实际价值的大小的评价<sup>[37]</sup>。因此,即使对实际存在的财物能够实现非法占有,但如果行为人基于本人的价值评价标准,认为实际存在财物的种类、数量和价值并非其期望中的物,无法满足自己特定的物质需求和心理、社会需要的具体回报。对行为人来讲,此时停止犯罪主要是因为其预期中的收益无法通过继续犯罪而得以满足和实现,这种停止行为当然应该理解为“欲而不能”,而非“能而不欲”。

第三,行为人意图侵占的特定财物不存在,却对现场存在的其他财物毫无兴趣而放弃。在这种情形下,行为人实施犯罪的欲求很确定,只是侵占某种特定的财物,当这种特定对象不存在时,即使现场还存在其他财物,行为人出于本人的审美观念或者价值评价标准,这种财物对行为人来讲,也是毫无价值的,继续犯罪显然已毫无意义。因此,此种情形的停止犯罪应该认定为“欲而不能”,不具有中止性。

情绪是由某种认知评价所引起的生理、心理和行为上的功能性的反应,由于客观事物和人需求的多样性和复杂性,情绪这种心理现象也十分复杂、多样。面对相同的情形,不同的行为主体可能会引起不同的情绪体验,或者在同一时间内,不同性质的情绪体验可能交织在一起。当行为人面对不合心意的目的物而放弃罪行,也不一定是基于嫌恶这一种情绪因素,还可能是出于同情、怜悯而放弃。因此,

性侵者看到行为对象呆滞、处于经期而放弃奸淫,侵财犯罪者因看到财产价值太小而放弃抢劫、盗窃,通常是基于嫌恶之情而放弃,但也不能完全排除有可能是出于对侵害对象的同情、怜悯而放弃。而且,情绪这种心理现象主观性强,并且通常具有隐蔽性,在大多数情况下,在被问及相关问题的时候,行为人通常都不会轻易承认自己内心的想法。因此,当遇到不合心意的目的物时,究竟是何种情绪因素促使行为人放弃犯罪,在很多时候往往难以辨别。但是,情绪辨识的困难并不意味着其内心的真实主观感情不能识别。因为,情绪这种心理活动总是要直接或间接通过行为、语言、表情、动作将其内心的感受表达出来。因此,判断行为人停止犯罪是否基于嫌恶之情,完全可以行为人对当时犯罪情形的认知为基础,以行为人的审美观念和主观价值评价为判断基准,从行为人主观的体验中去把握行为人的欲求、嫌恶或者愉快与不愉快的认识。在具体判断过程中,应当坚持“以客观性证据为核心的审查模式”,切实做到客观性证据优先,避免主观性证据至上<sup>[38]</sup>,依据行为人的语言、表情、动作等具体情境和其他证据,结合行为人特殊的生活经历、性格特征、价值取向判定行为人放弃罪行的主观心态。实在难以辨别时,可以用一般人的经验法则来补充和印证。因为,经验法则作为一种具有普遍性及可适用性的知识定则,依靠普遍性知识进行证据与事实判断,具有验证和佐证功能<sup>[39]</sup>。

#### 四、结 语

预防犯罪的刑事政策是中止犯减免处罚的根据,在基于嫌恶之情放弃罪行停止形态的认定上必须受到中止犯减免处罚刑事政策根据的制约。行为人在该情形下放弃罪行,其并非出于“规范意思的觉醒”,也没有“放弃法敌对的意思”,并非自觉回归合法性轨道,其危险人格未能得以良性转化,以刑罚对其予以特殊预防的必要性并未得以消除;对这种停止行为予以褒扬和奖励,不能给社会大众树立好的示范效应,并不能真正对民众实现一般预防效果,因此,不具备中止犯减免刑事政策的根据。同时,在基于嫌恶之情放弃罪行的场合,尽管在物理上具备继续实施犯罪的条件和可能性,但行为人出于自身的审美观念或者价值评价标准等内心主观评价,致使对犯罪对象心生嫌恶情绪,认为继续犯罪并不能为其带来预期中的犯罪收益,基于功利价值策略的考量而停止犯罪,该停止只能视为“欲而不能”,而非“能而不欲”,不符合中止犯自动性特征。因此,该情形下放弃罪行,只能认定为犯罪未遂而非犯罪中止。

#### 参考文献:

- [1] 李立众. 犯罪未完成形态适用[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2012:182.
- [2] 韩哲,张津. 犯罪中止“自动性”判断标准新论[J]. 中国检察官,2012(12):49-51.
- [3] 大塚仁. 注解刑法[M]. 东京:青林书院新社,1977:30.
- [4] 木村龟二. 刑法总论[M]. 东京:有斐阁,1984.
- [5] 林东茂. 刑法综览[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009.
- [6] 彭文华. 中止犯自动性的目的限缩[J]. 法学家,2014(5):92-108.
- [7] 周光权. 刑法总论[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007:284.
- [8] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 东京:成文堂,1994.
- [9] 马克昌. 比较刑法原理——外国刑法学总论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2006:552-553.
- [10] 植松正. 刑法概论:总论[M]. 东京:劲草书房,1974:322.
- [11] 张明楷. 未遂犯论[M]. 北京:法律出版社,东京:成文堂,1996:384.
- [12] 程红. 中止犯研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2015:236.
- [13] 周光权. 论中止自动性判断的规范主观说[J]. 法学家,2015(5):57-71.
- [14] 弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生,译. 北京:法律出版社,2000:349.

- [15]陈子平.刑法总论;下册[M].台北:元照出版公司,2006.
- [16]陈子平.犯罪论重要问题的思想脉络——未遂犯篇[J].月旦法学教室,2011(2):184-205.
- [17]前田雅英.刑法总论讲义[M].东京:东京大学出版会,2006:159.
- [18]林幹人.刑法总论[M].东京:东京大学出版会,2008:365.
- [19]马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:488.
- [20]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:214.
- [21]罗克辛.刑事政策与刑法体系[M].蔡桂生,译.北京:中国人民大学出版社,2011:45.
- [22]乌尔斯·金德霍伊泽尔.刑法总论教科书[M].蔡桂生,译.北京:北京大学出版社,2015:302.
- [23]王昭武.论中止犯的性质及其对成立要件的制约[J].清华法学,2013(5):71-85.
- [24]高铭喧,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016:158.
- [25]黎宏.刑法学[M].北京:法律出版社,2012:254.
- [26]汉斯·海因里希·耶塞克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书:总论[M].徐久生,译.北京:法律出版社,2001.
- [27]张鹏.中止自动性研究[M].北京:法律出版社,2013.
- [28]约翰内斯·韦塞尔斯.德国刑法总论[M].李昌珂,译.北京:法律出版社,2008:375.
- [29]克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论:第2卷[M].王世洲,王锴,劳东燕,等,译.北京:法律出版社,2013:451.
- [30]庄劲.犯罪中止自动性之判断——基积极一般预防的规范性标准[J].政法论坛,2015(4):60-74.
- [31]张明楷.刑法学:上册[M].北京:法律出版社,2021:471.
- [32]张爱晓.对犯罪中止自动性的再思考[J].海南大学学报(人文社会科学版),2009(5):497-502.
- [33]边沁.道德与立法原理导论[M].时殷弘,译.北京:商务印书馆,2000:3.
- [34]松宫孝明.刑法总论讲义[M].钱叶六,译.北京:中国人民大学出版社,2013:187.
- [35]冈特·施特拉腾韦特,洛塔尔·库伦.刑法总论I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006:280.
- [36]俞国良,戴斌荣.心理学基础[M].北京:北京师范大学出版社,2015:277.
- [37]考特·R.巴特,安妮·M.巴特.犯罪心理学[M].王毅,译.上海:上海人民出版社,2018:410.
- [38]徐歌旋.主观要件证明难题的一体化破解——兼论要素分析模式之提倡[J].浙江工商大学学报,2022(1):74-83.
- [39]龙宗智.刑事证明中经验法则运用的若干问题[J].中国刑事法杂志,2021(5):55-70.

## On the Discontinued Phase of Abandoning Crime Based on Disgust

XIE Zhidong

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** There are such three views about the discontinued phase of abandoning crime based on disgust in criminal law theory and judicial practice as crime suspension, attempted crime and specific analysis. The foundation of criminal policy of the mitigation and exemption of punishment for discontinued offenders is based on the reward for the discontinued behavior in terms of crime prevention, which plays a guiding and restrictive role in the judgment of the automaticity of suspension. Abandoning crime based on disgust cannot show that the scenario is back on the track of legitimacy, and the crime prevention is still indispensable. It does not make sense to give the discontinued offenders the reward of punishment mitigation. The determination of the automaticity of suspension should be based on the subjective theory, but the judgment of “ability” and “desire” must be restricted by utilitarian values. If a crime is discontinued out of disgust because the desire to commit a crime or the expected profit from the crime cannot be fulfilled through the criminal offence, the stopping behavior should be regarded as a result of “the unachievable desire” rather than “the unperformed ability”, which does not accord with the characteristics of automaticity of suspension.

**Key words:** disgust; abandoning crime; discontinued phase; automaticity of suspension; utilitarian value



(责任编辑 张伟 郑英龙)