

厘定与分析:多次加重犯的中止问题研究

李 韬

(东南大学 法学院, 江苏 南京 211189)

摘 要:多次加重犯的中止问题,可以归结为多次加重犯本身是否存在犯罪中止、以及多次加重犯中“次”的犯罪形态,是否包括犯罪中止。对于第一个问题,应联系多次加重犯的性质来进行分析,多次加重犯属于罪量的加重构成要素,且不存在犯罪中止成立的余地;对于第二个问题,出于中止犯的立法宗旨、罪刑相适应原则等考量,应当认为多次加重犯中“次”的犯罪形态,不包括犯罪中止,即犯罪中止不应计入多次加重犯的次数当中,“肯定说”和“折中说”的观点不能成立。

关键词:多次加重犯;犯罪中止;罪量的加重构成要素;罪刑相适应

中图分类号:D924 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-4824(2021)02-0098-05

一、问题的提出

2011 年 5 月 9 日,被告人高某来到上海一家旅馆的接待处,持刀胁迫受害者寇某,抢走旅馆的 2400 元营业资金后逃走。次日,高某来到另一家酒店的前台,并用同样的方法迫使受害人封某在柜台上交了钱。后来,由于封某求饶,高某没有拿走钱财。2011 年 5 月 11 日凌晨,高某持刀来到 C 酒店前台,威胁受害人张某后抢走 2500 元营业资金逃脱。高某后被警方抓获。^①

本案的问题在于:高某是否构成“多次抢劫”?如何对高某进行处罚?这一问题又可以进一步拆分为:在“多次抢劫”的认定上,中止抢劫的行为,能否被计入“多次”中的“一次”?若不计入,高某自然不构成“多次抢劫”,只需对其适用抢劫罪的基本法定刑即可;若计入,进一步的问题便是,由于高某第二次的抢劫行为是犯罪中止,在“多次抢劫”所对应的加重法定刑幅度内,应否对之适用中

止犯的规定进行处罚?亦即,“多次抢劫”本身是否存在犯罪中止?由于“多次抢劫”属于刑法中的多次加重犯,因而可以将上文提出的问题归纳为:多次加重犯本身是否存在犯罪中止、以及多次加重犯中“次”的犯罪形态,是否包括犯罪中止?本文便将围绕这两个问题展开探讨。

二、多次加重犯本身是否存在犯罪中止

所谓多次加重犯,指的是我国刑法及有关司法解释中所规定的,将多次实施同种犯罪行为作为法定刑升格条件,从而加重法定刑幅度的犯罪类型。据统计,截至刑法修正案(十一),我国刑法中共有 7 个罪名规定了多次加重犯^②,且不少罪名都属于司法实践中适用较多的罪名,由此,当这些多次加重犯中的某一次(甚至更多次)属于犯罪中止时,如何对之进行处罚,便是必须要面对的问题。

收稿日期:2021-01-23

基金项目:国家社会科学基金一般项目(18BFX104)

作者简介:李 韬(1996-),男,河北张家口人,东南大学法学院硕士研究生。

^① 参见(2011)徐刑初字第 550 号判决书。

^② 分别是刑法第 237 条的猥亵儿童罪、第 263 条的抢劫罪、第 292 条的聚众斗殴罪、第 293 条的寻衅滋事罪、第 318 条的组织他人偷越国(边)境罪、第 321 条的运送他人偷越国(边)境罪、第 328 条的盗掘古文化遗址、古墓葬罪。

事实上,文首所提出的高某抢劫案,就曾引起了实务界和学术界的广泛争议,该案历经一审、二审、检察院的抗诉以及终审,审理过程不可谓不曲折。一审法院认为,被告高某构成多次抢劫,应处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产,虽然高某部分犯罪系中止,但应当认定情节恶劣,对其不应免除处罚,故予以减轻处罚,判处高某有期徒刑七年,剥夺政治权利一年,并处罚金七千元。判决后,高某不服,提出上诉。二审法院认为,高某的第二次抢劫行为是犯罪中止,没有造成损害,应依法免除处罚,应免除处罚的犯罪不应算在多次犯罪之中,因此高某不构成多次抢劫。高某被判处有期徒刑四年零六个月,并处罚金4000元。上海市检察院提出抗诉,认为二审判决适用法律错误,量刑畸轻。上海市高级人民法院终审裁定认为,虽然高某的第二次抢劫是犯罪中止,没有造成损害,应依法免除其刑罚,但其已经构成犯罪,计算多次抢劫的次数时也应包括在内,因此上海市人民检察院对此案构成多次抢劫的抗诉意见成立。不少学者及实务人员也围绕本案撰文发表了看法,既有认为高某不构成多次抢劫者,也有持相应反对意见者,争议颇大,司法实践中对类似案件的处理也并不统一。

根据前文的梳理,多次加重犯的中止问题,其实可以归结为多次加重犯本身是否存在犯罪中止、以及多次加重犯中“次”的犯罪形态,是否包括犯罪中止。

1. 传统观点对于法定刑升格条件性质的认识。对于第一个问题,这关系到如何认识“多次”作为法定刑升格条件时的性质。

传统观点通常根据法定刑升格条件的不同表现形态,分为结果加重犯、数额加重犯、手段加重犯、地点加重犯、对象加重犯、时间加重犯、情节加重犯等,这可以说是一种形式上的分类,其认为各升格条件的性质均相同,均属于犯罪加重构成,进而根据具体表现形态的不同展开针对性的研究。^[1]

但是,传统观点忽略了不同法定刑升格条件在性质上存在的差异,一律视作加重犯罪构成,并认为其均存在未遂形态,同时也需要贯彻责任主义原则,这会得出不当的结论。^[2]如伪造货币罪中的“伪造货币集团的首要分子”属于法定刑升格条件,但是,这里的“首要分子”只是刑法和裁判者综合犯罪集团各成员在犯罪活动中所起的作用而作

出的规范性的事后评价,而不是行为人主观上的认识内容,否则可能导致根据行为人对自己的主观评价来决定最终适用的法定刑幅度的不当结论。同时,由于是否为“首要分子”属于规范性价值评价,因此所谓“成为首要分子未遂”的情形没有存在的余地。类似的法定刑升格条件诸如作为犯罪行为孳生之物或者报酬的“违法所得数额(特别)巨大”,其属于刑法和裁判者对于行为人犯罪行为的事实状况所作出的统计结论,如果对其贯彻责任主义原则的话可能导致对记忆力较好的行为人适用升格后的法定刑、而对记忆力较差的行为人适用基本法定刑的荒谬现象,同样其本身也不存在未遂成立的空间,传统观点的弊端在这里显露无疑,因此有了根据法定刑升格条件的不同性质进行实质分类的必要性。^[3]

2. “区分说”不同分类标准。“区分说”敏锐地察觉到,如果不加区分,将法定刑升格条件一律视作加重犯罪构成会得出不当的结论,因而主张根据其性质的不同进行实质性的区分,“区分说”在这一点上具有积极意义。但是,法定刑升格条件数量众多,根据何种标准对其进行区分,具体又可以分为哪些类别,仍是需要深究的问题。总体上说,“区分说”的阵营内部可以划分为以下几种学说:

(1)“行为类型标准说”。张明楷教授认为,在众多法定刑升格条件中,应当以能否表明违法行为类型的特征为标准,将之划分为加重的犯罪构成和量刑规则,前者可以成立犯罪未遂,后者不存在未遂形态。^[4]

(2)“构成要件品质标准说”。王彦强博士区分法定刑升格条件时,在加重犯罪构成和量刑规则之外,增添了新的类型,即罪量加重构成要素,区分标准在于是否符合构成要件的品质:违法性推断机能和故意规制机能,加重犯罪构成完全具备,量刑规则完全不具备,至于罪量加重构成要素,其虽没有改变基本行为的类型特征,但是与违法性具有关联,也应当对之贯彻责任主义原则。^[5]

(3)“违法性标准说”。该说首先对“行为类型标准说”提出质疑,认为定型性标准(即根据是否改变基本构成要件的行为类型来判断是否是加重构成要件)只是构成要件的形式特征,并不具有决定性,且区分出的加重犯罪构成与单纯的量刑规则不能在贯彻责任主义上形成对立排斥关系,应根据是否为行为的违法性提供实质根据来进行划

分。根据此种分类方法,具体的加重情节、抽象的“情节特别严重”以及财产犯罪中“数额(特别)巨大”的单次数额属于真正的不法加重要素,是加重构成要件;“多次”、“违法所得数额巨大”、“首要分子”以及财产犯罪中“数额(特别)巨大”的累计数额则属于表面的不法加重要素,只能是单纯的量刑规则^[6]。

3. 多次加重犯本身不存在犯罪中止。本文认为,研究作为法定刑升格条件的“多次”本身是否存在犯罪未完成形态,也应当以是否满足构成要件的属性作为标准。根据理论上的通说,构成要件具有三方面的机能,即违法推定机能、故意规制机能和犯罪个别化机能,前两者分别表征着违法性和作为故意的认识和意志内容,后者则用以使某罪与其他犯罪相区别。

以此来对“多次”进行检视,不可否认,当“多次”作为法定刑升格条件时,如“多次抢劫”,反复实施的犯罪行为使得法益被侵害的程度加深,提升了违法性,满足构成要件的违法推定机能;“多次抢劫”的成立要求每次抢劫行为均构成犯罪,因此需要贯彻责任主义,行为人自然对每次行为均具有故意,符合故意规制机能;但是,对比基本的抢劫行为,“多次抢劫”并没有改变抢劫行为的违法类型或特征,其自身并不能承担起构成要件的个别化机能。从这个角度看,多次加重犯并不属于加重的犯罪构成。同时,相较于“首要分子”、“违法所得数额(特别)巨大”等与违法性判断并没有直接的关系,也不需要作为行为人主观认识内容的典型的量刑规则来说,多次加重犯明显与其存在差异,因而也不能贸然将多次加重犯视为与加重的犯罪构成相对立的量刑规则。

基于此,本文认为多次加重犯属于王彦强博士所提倡的“罪量的加重构成要素”。由于我国刑法采取“定性+定量”的立法模式,成立犯罪不仅需要符合具体罪状所描述的构成要件,而且需要达到刑事可罚性的程度,即满足“质”(行为类型)和“量”(行为程度)的统一,因此,描述行为违法程度的要素,如盗窃罪中的“数额较大”,当然也应该属于罪量的构成要件要素,那么,基于同样的道理,同样描述行为违法程度、且没有改变行为类型的“数额(特别)巨大”也应属于罪量的构成要件要素,其便属于“罪量的加重构成要素”,多次加重犯同样属于此。

但是,毕竟罪量的加重构成要素不同于加重

的犯罪构成,并不当然存在成立犯罪未完成形态的空间,而如果进行更深一步的检视的话,由于“多次”只是对行为次数的统计,并非构成要件结果本身,行为人也只需要对每次行为具有认识即可,而不需要对“多次”本身有认识,无法作为构成要件结果,以及不属于与故意相关的“是否得逞”的判断对象,决定了多次加重犯本身不能成立犯罪未完成形态,亦即没有未遂、中止成立的空间。

三、多次加重犯中“次”的犯罪形态是否包括犯罪中止

接下来需要探索的是,多次加重犯中“次”的犯罪形态,是否包括犯罪中止?要注意的是,其与多次加重犯本身是否存在犯罪中止的问题并不相同,后者是在成立多次加重犯的基础上,探究其是否存在犯罪未完成形态,前者则是研究中止的犯罪行为能否被计入多次加重犯的次数当中,即属于探究多次加重犯的成立方面的问题,二者不可混淆。关于多次加重犯中“次”的犯罪形态是否包括犯罪中止,理论及实务界均存在争议。

1. 相关学说。肯定多次加重犯中“次”的犯罪形态包括犯罪中止的论者,有的认为“无论是预备、未遂还是中止犯,只要已构成犯罪,就都可以作为多次犯罪中的一次,除非不能评价为犯罪”^[7]。有的认为“多次”只能包括犯罪既遂、未遂和中止,不能包括犯罪预备,^[8]虽然这些观点在“次”的犯罪形态的范围上有所分歧,但均肯定“次”的犯罪形态包括犯罪中止,因此可以将之归结为“肯定说”。

“肯定说”的理由主要为:首先,成立多次加重犯的前提是,每次行为构成犯罪,而不要求其均应受到刑罚处罚,中止犯罪也是犯罪,因此不应将其排除在“多次”之外。^[9]其次,多次抢劫体现了行为人较大的主观恶性和社会危害性,实施抢劫的次数便是对其加重处罚的充分依据,为了贯彻立法对多次抢劫从严惩处的精神,不能要求每次犯罪必须达到既遂。^[10]

对此,有学者持反对意见,认为“多次抢劫”指多次抢劫既遂,不包括犯罪中止。^[11]有学者更进一步补充道,“多次抢劫”是“至少有三次既遂”,^[12]其意在针对“多次抢劫仅限定在犯罪既遂形态”的观点作出修正,以避免出现无法将“有三次及以上犯罪既遂,同时也存在未达既遂”的情况认定为多次加重犯的困境。

“否定说”的理由主要有:第一,“多次抢劫”法定刑较重,若认为每次犯罪均包括犯罪中止,处罚过重,有违罪刑相适应原则。^[11]第二,“多次抢劫”与“抢劫数额巨大”同为抢劫罪加重犯,意味着二者在加重处罚的正当性上存在共通之处,差别仅在于前者次数多而后者数额大,因此只有将“多次抢劫”解释为“至少有三次既遂”才能在处罚上与“抢劫数额巨大”之间具有相当性;^[13]第三,实践中“多次盗窃”部分或者全部未遂,司法机关往往倾向于不予定罪,既然如此,对于“多次抢劫”更应进行严格解释。^[13]

除“肯定说”和“否定说”之外,还有观点认为,关于多次加重犯中“次”的犯罪形态是否包括犯罪中止,不应作出“一刀切”式的回答,应根据中止犯罪的情形发生在多次犯罪中的哪一次进行分类讨论,只有当中止行为是多次犯罪中的最后一次且为唯一一次,才可认为行为人的悔罪态度具有彻底性,中止犯规定的政策发生了效果,可以给予行为人以奖励,该次行为不计入多次犯罪中;否则,无论是中止行为之前还有中止,或是之后有既遂、未遂、中止行为,都显示出行为人并没有回归正常法秩序、彻底打消犯罪的意图,因而该次中止行为仍应计入到多次犯罪当中。^[14]

2. 多次加重犯中“次”的犯罪形态不应包括犯罪中止。本文认为,多次加重犯中“次”的犯罪形态不应包括犯罪中止,即中止行为不应计入多次加重犯的次数当中。理由如下:

第一,根据中止犯的处罚规则,对没有造成损害的中止犯罪行为应当免除处罚,既然如此,当中止犯罪的行为没有造成任何损害时,将其计入到多次犯罪当中,并最终以此提升至升格法定刑,意味着本应被免除处罚的中止犯罪,实际上在裁量刑罚中发挥了至关重要的作用,如此无疑违背了中止犯处罚的规定及立法宗旨。

第二,或许有人认为,将没有造成损害的中止犯罪计入到多次犯罪之中后,仍可以根据中止犯的处罚规则,在升格后的法定刑基础上再予以减轻处罚,这样并不会违背中止犯的处罚规则。但是,姑且不论这样的结论正好说明了未造成损害的中止犯罪对最终的量刑没有任何影响,如此一个“加重再减轻”的量刑过程,其意义有多大令人质疑,更何况根据本文的主张,多次加重犯本身并不存在犯罪未完成形态,一旦将中止行为计入多次犯罪当中,并最终成立多次加重犯之后,便再没

有成立犯罪预备、未遂、中止的余地,自然也就无法适用相应的减免处罚规定,故此论者的观点无法成立。

第三,即使中止行为造成了损害,也不应将之累计入多次加重犯的次数当中。针对多次加重犯中“次”的犯罪形态是否包括犯罪中止,有观点认为应以是否应受到刑罚处罚为标准,^[15]由于根据我国中止犯的处罚规则,中止犯是否应受刑罚处罚,以其是否造成损害为标准,因而论者实际上也是以造成损害与否来决定是否将中止犯罪计入多次加重犯当中。

然而,此种观点固然将没有造成损害的犯罪中止排除在多次犯罪之外,在这一点上可谓具有积极意义,但是,其将造成损害的犯罪中止,以之仍应受刑罚处罚(只不过是减轻处罚)为由纳入多次犯罪的次数当中,则欠缺合理性。是否应受刑罚处罚与是否应提升法定刑幅度是完全不同的问题,很难认为二者之间存在什么必然的联系,以应受刑罚处罚的行为直接作为提升法定刑的重要基础,其理据何在得不到充分的说明。更为关键的是,如果将造成损害的中止犯罪也计入多次加重犯当中,面临的问题还是在于,无法在刑罚上与多次加重犯的既遂相区分,虽然说造成了损害,但毕竟还是属于犯罪中止,在违法性和有责性上不可与犯罪既遂相提并论,而且“损害”的范围广泛,由轻到重不一而足,一概认为只要中止行为造成损害便将之累计到多次加重犯中,在不同的中止犯罪之间也很难做到刑罚上面的协调一致。因此,在多次加重犯中“次”的犯罪形态是否包括犯罪中止的问题上面,不能根据犯罪中止应否受刑罚处罚而对其进行区别对待。

第四,由于多次加重犯的法定刑普遍较重,特别是如“多次抢劫”的法定刑更是达到了死刑,因而便有了进行严格解释的必要性。仍以“多次抢劫”为例,一次抢劫犯罪的最低法定刑是三年有期徒刑,而“多次抢劫”的最低法定刑则为十年有期徒刑,考虑到“多次”指三次以上,从法定刑的位阶上看,只有将“多次抢劫”中的每次抢劫犯罪限制解释为犯罪既遂,才不致处罚过重,如果将中止犯罪的行为也计入多次犯罪当中,并以此提升法定刑的话,无疑有罪刑不相适应之嫌。

第五,如果说“肯定说”赖以立足的一个重要前提是,即使认为多次加重犯的犯罪形态包括犯罪中止,也可以再在加重法定刑的基础上根据中

止犯的处罚规则对之进行减轻处罚的话,那么联系前文分析得出的结论,即多次加重犯本身不存在犯罪未完成形态,更不应将犯罪中止计入多次加重犯的次数当中,否则一旦将犯罪中止计入到多次之中,意味着在升格法定刑的基础上,对之没有按照中止犯的处罚规则进行减轻处罚的余地,如此无法与多次犯罪既遂的刑罚相区别,而犯罪中止无论在违法性还是有责性上均显著低于犯罪既遂,在没有造成损害的情况下更是表明行为人在该次犯罪当中没有进行特殊预防的必要性,正因如此刑法才对中止犯进行减免处罚,而若在刑罚上将诸如两次犯罪既遂、一次犯罪中止的情况和三次犯罪均既遂的情况不加区分,无疑违背了中止犯的处罚宗旨,处罚也过重,因而更确证了犯罪中止不应计入多次犯罪当中的道理。

第六,根据犯罪中止在多次犯罪当中所处的位置来决定是否将其计入到多次犯罪当中的观点也不可取。持此论者主张,如果中止犯罪的行为发生在多次犯罪的最后一次且为唯一一次,即使结果发生,也不应累计。^[14]但是,行为人所自动放弃的只是最后一次犯罪,所反映出来的也只是对该次犯罪的悔过、回归正常法秩序的态度,并不能代表行为人对之前数次犯罪所持的态度,最后一次犯罪与之前的若干次犯罪之间并不存在必然的联系,尤其是其间相隔时间较长的情况下更可以反映出这一点,因而并没有理由认为最后一次的犯罪中止可以影响到之前所实施的既遂犯罪当中。

同时,认为“如果中止行为并非为多次犯罪的最后一次且为唯一一次,无论结果是否发生,也应累计”^[14]的观点也不能成立,此种观点片面强调中止行为在多次犯罪当中所处的地位,除了前文所分析到的问题之外,还面临的问题是,由于多次加重犯本身并不存在犯罪未完成形态,因而如果由于中止行为并非为多次犯罪的最后一次且为唯一一次便将其计入到多次加重犯当中的话,就无法在刑罚上与每次犯罪均既遂相区分。笔者注意到,持此论者有主张可以通过类推适用中止犯的处罚规则来谋求合理的刑罚,并建构了由既遂、未遂和中止结合的三次犯罪行为排列组合成的刑罚阶梯模型,^[14]尽管如此,在不能适用中止犯处罚

规则的前提下,无论是通过类推适用,还是根据违法性的层次差异构建所谓的刑罚阶梯模型,都缺乏一定的明确性,无法避免沦为法官“心情刑法”的隐患,并不能确保在多次加重犯的中止与多次加重犯的既遂之间的罪刑均衡,因而也不足取。

综上,在认定多次加重犯的成立方面,不应将犯罪中止计入多次加重犯当中。

[参 考 文 献]

- [1] 周光权,卢宇蓉.犯罪加重构成基本问题研究[J].法律科学(西北政法学院学报),2001(5):66-76.
- [2] 王志祥.情节加重犯基本问题研究[J].政法论丛,2007(5):36-39.
- [3] 王志祥.犯罪既遂新论[M].北京:北京师范大学出版社,2010:303.
- [4] 张明楷.加重构成与量刑规则的区分[J].清华法学,2011,5(1):7-15.
- [5] 王彦强.区分加重构成与量刑规则——罪量加重构成概念之提倡[J].现代法学,2013,35(3):116-129.
- [6] 柏浪涛.加重构成与量刑规则的实质区分——兼与张明楷教授商榷[J].法律科学(西北政法大学学报),2016,34(6):52-61.
- [7] 张正新,金泽刚.论刑法中的多次犯罪[J].湖北社会科学,2011(7):151-157.
- [8] 沈志民,高晓春.抢劫罪加重处罚情节疑难问题研究[J].广州大学学报(社会科学版),2006(9):20-25.
- [9] 王喜娟.“多次抢劫”中单次犯罪中止的认定与处罚原则[J].中国检察官,2018(20):59-61.
- [10] 马秋生.多次抢劫的犯罪形态[J].人民司法,2013(22):66-68.
- [11] 陈洪兵.中国式加重犯中止问题的“一揽子”探讨[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2020,37(6):95-104.
- [12] 李运才,张新元.应严格解释“多次抢劫”[J].人民检察,2010(12):75-76.
- [13] 卢建平,赵康.“多次抢劫”中“抢劫”的犯罪形态[J].人民检察,2016(1):11-16.
- [14] 吴亚安.论多次加重犯的“次”[J].政治与法律,2015(8):150-161.
- [15] 任素贤,泰现锋.应当免除处罚的犯罪中止不应计入犯罪次数[J].人民司法,2012(22):14-17.

(责任编辑:胡先砚)