

主
编
马克昌

百罪通论

【下卷】

出版本书是我国刑法学界泰斗、蜚声海内外的著名刑法学家马克昌教授的遗愿。马先生直至生命垂危之际，对《百罪通论》的撰写依然牵挂在心。本书策划与撰写宗旨，是为了与《犯罪通论》《刑罚通论》（均为马先生主编）相配套，且在质量与影响上能够与前“两通论”相媲美，从而为我国理论与实务界提供一套体系完整的刑法学专题研究著作。考虑到我国刑法分则规定的个罪有四百余种，且较全面、系统研究个罪的著述已有多部，为了既能避免篇幅过大，又能凸显内容的深入性，我们对个罪进行了严格的筛选。本书筛选出的一百一十二个罪，力求能够结合境内外相应立法和刑法理论研究成果，进行既有理论深度亦有实务针对性的探讨。本书筛选个罪的原则是：首先以常见性、多发性作为一

般原则。依此原则，危害国防利益罪和军职罪中的个罪均未筛选，其他类罪中多数个罪亦未入选。其次，以相对多发性、危害性作为特例原则，如危害国家安全罪，因其危害的是国家安全，相对比其他刑事犯罪对社会危害性大；同时，其中的资助危害国家安全犯罪活动罪、间谍罪，比起本类罪中的其他个罪，相对发生率较高。依此原则，本书筛选了五个危害国家安全的个罪。再次，以争议性、疑难性作为特别原则，如1997年《刑法》施行以来，通过八个“刑法修正案”增设了几十个罪名。这些新增的个罪，有些是争议性、疑难性较大的，例如危险驾驶罪、利用影响力受贿罪等，也入选其中。这几个筛选原则，以及所筛选的个罪是否妥当，敬请国内实务部门和教学研究人员同仁不吝指正。本书筛选后的一百一十二个罪分为三种类型，即一级罪、二级罪和三级罪。

HUNDREDS OF
CRIME THEORY

执行主编

吴振兴 莫洪宪



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

主
编

马克昌

百罪通论

【下卷】

HUNDREDS OF
CRIME THEORY

执行主编
吴振兴 莫洪宪



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

百罪通论(上下卷)/马克昌主编. —北京:北京大学出版社,2014.6
ISBN 978-7-301-24143-1

I. ①百… II. ①马… III. ①刑法-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第074686号

书 名: 百罪通论(上下卷)

著作责任者: 马克昌 主编 吴振兴 莫洪宪 执行主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-24143-1/D·3560

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 81.25印张 1583千字

2014年6月第1版 2014年6月第1次印刷

定 价: 230.00元(上下卷)

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

下 卷

第五章 侵犯财产罪	0675
第一节 抢劫罪	0675
第二节 盗窃罪	0719
第三节 诈骗罪	0769
第四节 抢夺罪	0818
第五节 侵占罪	0826
第六节 职务侵占罪	0846
第七节 挪用资金罪	0857
第八节 敲诈勒索罪	0871
第六章 妨害社会管理秩序罪	0880
第一节 妨害公务罪	0880
第二节 招摇撞骗罪	0898
第三节 破坏计算机信息系统罪	0910
第四节 聚众扰乱社会秩序罪	0925
第五节 编造、故意传播虚假恐怖信息罪	0931
第六节 聚众斗殴罪	0936
第七节 寻衅滋事罪	0941
第八节 组织、领导、参加黑社会性质组织罪	0948
第九节 赌博罪	0967
第十节 伪证罪	0972
第十一节 窝藏、包庇罪	0983
第十二节 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	0992
第十三节 组织他人偷越国(边)境罪	1010
第十四节 故意损毁文物罪	1019
第十五节 妨害传染病防治罪	1024

第十六节	非法组织卖血罪	1037
第十七节	医疗事故罪	1047
第十八节	非法行医罪	1060
第十九节	污染环境罪	1069
第二十节	非法采矿罪	1076
第二十一节	盗伐林木罪	1080
第二十二节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	1083
第二十三节	非法持有毒品罪	1094
第二十四节	组织卖淫罪	1103
第二十五节	引诱、容留、介绍卖淫罪	1113
第二十六节	制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪	1117
第二十七节	组织淫秽表演罪	1128
第七章	贪污贿赂罪	1132
第一节	贪污罪	1132
第二节	挪用公款罪	1150
第三节	受贿罪	1167
第四节	利用影响力受贿罪	1191
第五节	行贿罪	1197
第六节	巨额财产来源不明罪	1205
第七节	私分国有资产罪	1213
第八章	渎职罪	1218
第一节	滥用职权罪	1218
第二节	玩忽职守罪	1229
第三节	徇私枉法罪	1240
第四节	民事、行政枉法裁判罪	1249
第五节	非法批准征用、占用土地罪	1254
索引		1263

第五章

侵犯财产罪

第一节 抢 劫 罪

一、抢劫罪的概念

抢劫罪的概念,多少关系到对构成抢劫罪条件的不同解读。目前在理论上,有代表性的大体上有两种表述方法。

第一种表述比较明快,如“抢劫罪,是指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或者其他方法,强取公私财物的行为”。^①“抢劫罪是指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或者其他方法强行将公私财物抢走的行为。”^②

第二种表述则相对繁琐,有的观点强调,构成抢劫罪所要求的两个“当场”的必需条件。“抢劫罪,是指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或者其他方法,当场强行劫取公私财物的行为。”^③“抢劫罪,是指以非法占有为目的,当场使用暴力、胁迫或者其他方法,强行立即夺取公私取财物的行为。”^④“抢劫罪,是指以非法占有为目的,以当场暴力、胁迫或者其他方法,当场强行劫取公私财物的行为。”^⑤“抢劫罪,是指以非法占有为目的,用对财物的所有者、保管者当场实施暴力、胁迫或者其他使被害人不能抗拒的方法,夺走其财物的行为。”^⑥“抢劫罪是指以非法占有为目的,用对财物的所有人、保管人或其他在场人当场实施暴力、以当场实施暴力相胁迫或者采用其他当场侵犯人身的方法,迫使被害人交出财物或者当场夺走其财物的行为。”^⑦“抢劫罪,是指非法占有为目的,以对财物的所有人或保管人当场实施暴力或者以当场实施暴力相威胁,或者以使被害人不能抗拒的方法,迫使其当场交

① 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第850页。

② 高西江主编:《中华人民共和国刑法的修订与适用》,中国方正出版社1997年版,第594页。

③ 马克昌主编:《刑法》,高等教育出版社2007年版,第462页;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第497页。

④ 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精解》,人民法院出版社1998年版,第543页。

⑤ 贾宇主编:《刑法学》,陕西人民出版社2002年版,第513页。

⑥ 李庆海、孙丕扬编写:《浅谈侵犯财产罪》,黑龙江人民出版社1981年版,第10页。

⑦ 赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第45页。

出财物或者夺走其财物的行为。”^①

上述两种表述,均可以说是目前抢劫罪理论上的通说,因为均以抢劫罪“是以暴力、胁迫或者其他方法”,对人身强制而获取财物的行为。指明了抢劫罪不同于其他侵财犯罪的本质特征。所以在界定“抢劫罪”上,无论基于哪种观点,都不能说有什么原则性区别。只不过第一种表述,并没有在概念中明确表明抢劫罪是否需要同时具备两个“当场”的条件,但第二种表述中,则明确地表明了这一认识。除此之外,就是第二类表述的内容较为丰富而已。如对对象的描述,就非常具体、清晰,有的则表明抢劫的方法行为对人身侵害应达到使其不能抗拒的程度才视为抢劫。

在理论上,通说的观点认为构成抢劫罪在客观方面应符合两个“当场”条件的要求^②,即当场对人身实施强制行为,当场获取财物。对此,也有不同的认识,张明楷教授认为,如果行为人当场实施了足以压制对方反抗的暴力,令对方事后交付财物的,也应认定为抢劫罪。理由是抢劫罪与敲诈勒索罪的区别,既不在于是否当场实施了暴力,也不在于当场取得了财物;敲诈勒索也可能实施轻微的暴力,也可能当场取得财物。所以,抢劫不一定要当场获取财物,只要当场实施暴力或者当场以暴力相威胁,并足以抑制对方的反抗即可,暴力、胁迫或者其他强制方法应该当场实施,但取得财物不必具有当场性。^③

还有的认为,抢劫罪既不应要求对人身强制的行为“当场”实施,也不应要求行为人“当场”取得财物。理由是“当场”的确定需要一个参照系为前提,而抢劫罪中“时间”“地点”并不是构成要件,所以强制行为不存在这样一个参照系。因而要求抢劫的强制行为具有“当场性”就令人无法理解。“只要行为人获得财物时被害人处于被抑制了反抗的状态,强制行为与获得财物之间的因果关系就可以得到确认,而被害人是否处于被抑制了反抗的状态,与财物是否当场获得并没有必然联系。易言之,行为人当场获得财物并不意味着强制行为与获得财物之间的因果关系就必然存在,而行为人非当场获得财物也并不意味着强制行为与获得财物之间的因果关系就必然不存在。”^④

张明楷教授观点立论的出发点在于:肯定了强制性手段压制被害人反抗“当场性”核心要件的意义,也就是说,实施了足以压制被害人反抗的暴力、胁迫或者其他人身强制方法,但如果不能当场获得财物,从犯罪构成的意义上说,当然是抢劫罪

① 王作富主编:《刑法分则研究》(中),中国人民大学出版社2007年版,第1054页。

② 也包括有关的司法文件中指出抢劫罪两个“当场”的条件。参见2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》相关内容。

③ 参见张明楷:《抢劫罪的疑难问题》,载顾军主编:《侵财犯罪的理论与司法实践》,法律出版社2008年版,第18页。

④ 张永红:《抢劫罪行为结构检讨》,载《中国刑事法杂志》2008年第6期。

的犯罪未遂,再令被害人择时交付财物而获取的,被害人当然也是基于被胁迫而交付,则抢劫的行为自然与敲诈勒索罪相关联,抢劫的行为又触犯敲诈勒索罪的条款,是想象竞合犯的形态^①,按照处理原则,以抢劫罪论处也并不违反定罪处罚的原则。这一定罪的思路,并不是对通说两个“当场”的否定。从通说观点诠释的内容来看,对典型抢劫罪构成要件的研究和解读,当然是以抢劫罪的既遂为标准思路的,尚未见到对基本犯罪构成要件(包括抢劫罪)的研究以“未完成形态”为模式。换言之,抢劫罪的既遂形态,必然是要求两个“当场”同时具备。当场实施强制行为,而未当场获取财物的,并不意味着不构成抢劫罪,只是未遂而已,这也是通说观点诠释的内容之一。如果从张明楷教授的观点引申开来,当场没有获得财物而令被害人择时交付,但被害人没有交付的,是否也构成抢劫罪?结论当然是肯定的,只不过是抢劫罪的未遂而已。从这一点而言,张明楷教授的主张与通说观点实质上没有区别。

不过,也有的学者将“当场”绝对化,认为“行为人当场采用旨在使被害人不能反抗或不敢反抗的方法,并且当场占有其财物,是抢劫罪的手段行为和占有行为的两大突出特点,缺少其中任何一个‘当场’,都不能构成抢劫罪”^②,如果这是从犯罪既遂意义上说,当然是正确的,但如果从是否“构成”抢劫罪的角度讲,则值得商榷,显然不能说未遂的抢劫罪不构成抢劫罪。

至于既否定抢劫罪强制行为的当场性,也否定获取财物的当场性的观点,则耐人寻味。按照论者的观点,既然“时间”“地点”条件不是抢劫罪的构成要件,所以,就不在应考虑之列,并按照论者的解读:“‘当场’一词的基本含义是,‘就在那个地方和那个时候’,即在一个具体、特定的时间和空间。而要确定一个具体、特定的时空范围,必须找到一个参照系并以此为标准来认定,然而强制行为的实施存在这样一个参照系吗?一个完整的抢劫罪包括犯罪的预谋(确定抢劫的时间、地点、对象等)、强制行为的实施以及取财行为的实行这三个主要的阶段,因此只有行为人预想的犯罪时间、地点以及取财行为的时间、地点才有可能成为强制行为时空范围的参照系。”^③

的确,时间、地点不是抢劫罪的构成要件,但是,论者这里有意混淆了是否是“构成要件”与“是否有时间、地点”。哪一个案件的发生是没有时间、地点的?按照论者的要求,只有“行为人预想的犯罪时间、地点以及取财行为的时间、地点才有可能成为强制行为时空范围的参照系”。如果行为人预想室内施暴取财,现实是室外施暴室内取财的、预想在一棵树的东面施暴取财,实际上在西面得到财物、预想

① 参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第753页第12注释及第852页。

② 王作富主编:《刑法分则研究(中)》,中国人民大学出版社2007年版,第1054页。

③ 张永红:《抢劫罪行为结构检讨》,载《中国刑事法杂志》2008年第6期。

在斑马线的左边施暴取财,结果在右边获得财物等,按照论者的如是论证,因为都与其主张由行为人预想的时间、地点作为参照系的不同,这样的案件都应属于不是“当场施暴”“当场取财”的范例。

抢劫案件中“只要获得财物时被害人处于被抑制反抗状态,则强制行为与获得财物之间的因果关系就可以确定”^①的认识,没有理由认为这不是论者对典型抢劫罪既遂的解读。至于“‘当场’获得财物,不意味着强制行为与获得财物之间因果关系必然存在”的逻辑推理,得出推理结论的前提是“被害人是否处于被抑制反抗状态”不能确定,那与抢劫罪有何干系?这理所当然是不符合抢劫罪以强制行为压制反抗而取财的本质特征,当然不构成抢劫罪;“不是‘当场’获得财物,也并不意味着强制行为与获得财物之间的因果关系必然不存在”的推导结论,显然与张明楷教授想表明观点以及结论的初衷一致,这里就没有再次赘述理由的必要。总之,这种看似很有逻辑的推理结论,只不过是玩文字游戏,无任何在理论上的创新,乏善可陈。

至于抢劫罪的概念表述采简洁还是繁琐的,没有原则区别。

二、本罪的特征

(一) 本罪的客体要件

抢劫罪的客体是复杂客体,即同时侵犯公私财产权利和他人人身权利,这是理论上的共识,至于财产权与人身权利哪个是主要客体,虽认识不同,但多数认为,抢劫罪既然规定在侵财犯罪中,表明是将财产权视为保护的主要方面,所以,支持财产权为客体主要方面的认识。

抢劫罪的对象,基于复杂客体的规定,包括人身和公私财物,这也是共识。所谓财物,按照不同标准可以分为有体物和无体物;动产与不动产等等。属于有体物的动产,可以成为抢劫罪的对象,理论上没有异议,但不动产以及无体物、财产性利益是否可以成为抢劫罪的对象,理论上有一定的争议。

1. 不动产

是指依自然性质或法律规定不可移动的土地、土地定着物、与土地尚未脱离的土地生成物、因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物。例如土地、房屋、土地上生长着的树木,等等。

不动产是否可成为抢劫罪的对象,理论上大体上有否定、肯定以及具体分析三种认识。

否定观点认为,抢劫罪因具有当场获取财物的属性,而能够当场获取的财物只

^① 张永红:《抢劫罪行为结构检讨》,载《中国刑事法杂志》2008年第6期。

能是动产,不动产不能成为抢劫罪的对象。^①

肯定观点认为,“当场取得”不能狭隘地理解为“当场拿走”,应为“财产所有人当场失去了对财物的掌握和控制”,只要使用强制手段当场使不动产所有人失去占有,从而掌握、控制了该不动产,就可以构成抢劫罪,并认为将抢劫罪对象限定在动产的观点不具有合理性。^②

具体分析说又有两种不同的观点。其一认为,如果使用强制手段迫使被害人变更了不动产的所有权,则成立抢劫罪,反之,如果仅仅是占有该不动产,但对未能通过强制手段当场获得变更的,则不能以抢劫罪论处。^③ 其二则认为,抢劫罪是以暴力、胁迫或其他强制方法,当场占有财物。即使行为人用强制手段当场占有不动产,也不可能像抢劫动产那样,当场实现对不动产的完全控制和随意处置,而被害人却可以较容易地依靠法律维护自己的权益。^④ 主张:“对于这类案件应当根据案件具体情况,分别进行处理:其一,用暴力、胁迫等方法强行进住并霸占他人住宅的,可定非法侵入住宅罪。其二,为霸占他人不动产而使用暴力,致人伤害的,定故意伤害罪;故意杀人的,定故意杀人罪。其三,为霸占他人房屋、土地而毁坏其房屋、土地上农作物的,分别定故意毁坏财物罪或破坏生产经营罪。其四,意图霸占他人不动产,综合评价其手段行为和结果,尚不构成任何罪的,只能作一般违法行为处理,必要时可给予治安管理处罚,或者责令其承担一定的民事责任。”^⑤ 并认为我国刑法可借鉴我国台湾地区“刑法”第328条第2项的规定,第1项是普通强盗罪,第2项专门规定对强制占有不动产利益犯罪,罪名是“强得财产上不法利益罪”或“强得利益罪”。第2项规定的是:“以前项方法,得财产上不法之利益,或使第三人得之者亦同。”

的确从我国现行刑事立法上,尚无对使用强制手段强占不动产如何进行刑事处罚的规定,但上述不同的观点显然是从不同角度上的探讨,前两种观点,是从立法自身的规范意义上探讨抢劫罪的对象是否包括不动产,而具体分析的观点,则是从实务处理的意义上提出的认识。如果从法规范的含义上看,将不动产排除在可以被强制性占有,似有不当之处,因为没有理由认为我国刑法规定的抢劫罪是完全排除了对不动产的保护。因此,从法规范上看,不应排除不动产。如果说,使用强制性手段能够达到完全排除被害人主张权益,非法占有了不动产,以抢劫罪论处当

① 参见刘明祥:《论抢劫罪的方法行为与目的行为》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第1期。

② 参见赵秉志主编:《侵犯财产罪研究》,中国法制出版社1998年版,第72—73页;王作富:《抢劫罪研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》(第1辑),法律出版社2000年版,第18页。

③ 参见李亮:《对不动产能否成为抢劫罪对象的探析》,载《河北法学》2001年第2期;高铭喧主编:《新编中国刑法学》(下),中国人民大学出版社1998年版,第762页。

④ 参见王作富主编:《刑法分则研究》(中),中国人民大学出版社2007年版,第1057页。

⑤ 同上注。

然是必需的,但现实中要达到这种程度的非法占有,也是很难实现的。从司法实务上看,发生这类案件不仅强制性手段多数达不到抢劫罪要求的程度,而且,强占多是为获取不动产带来的利益,企图非法占有不动产本身的倒不多见。问题在于,是否有必要将这样性质的案件——强占了不动产利益的行为作为抢劫罪予以规制?这如同第三种具体分析的第二种意见所指出的,即使不动产被强制性手段强占,行为人当场处置和完全控制不动产的可能性是很小的,更何况被害人可以通过法律手段维护自己的权益。这一点,如同论者所指出的,台湾地区“刑法”第328条第2项规定的罪名,的确是值得笔者借鉴。

2. 无体物

亦称“无形物”,是指不占有有一定空间之物。作为有体物的对称,即是指有体物以外的、没有实物形态而可为人所利用的权利客体(对象)。凡可以生产、占有、买卖、使用的财富,如电力、专利技术、信息、用益物权、地役权、债权等等,都包括在无体物概念之中。法律上的无体物,以能以货币评价为条件。家长权、夫权、自由权等没有财产内容,所以不能视为无体物。^①

有体物是抢劫罪的对象,这是共识,无体物是否可以成为抢劫罪的对象?

肯定说认为,无论是有体物还是无体物,只要其具有经济价值,能够为人所控制,被非法占有会给所有人造成财产损失,就应当纳入财产所有权保护的范围。^②例如,行为人用暴力、胁迫等方法迫使他人自己当场无偿提供电力使用,使对方遭受经济损失,可以抢劫罪论处。^③

否定说认为,无体物不宜作为抢劫罪的对象,因为对无体物的占有和控制,需要持续一定的时间,不符合抢劫罪当场取得财物的特征。^④

我国刑法无明文规定无体物能否成为抢劫的对象。在1998年3月17日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中规定,电力、煤气、天然气等,可以成为盗窃的对象,但这一解释内容能否适用于理解抢劫罪的对象是有疑问的。

在笔者看来,对无体物不是不能当场获取利益而不符合抢劫罪特征的问题,而在于的确对其掌握和控制尚需要持续一定的时间,才可能有值得由刑法评价的问题。就以所举强制他人当场无偿提供电力而言,与其说符合抢劫罪,不如说在持续一定时间,非法所得达到数额要求后,以敲诈勒索罪认定更合适。更何况无体物作

① 参见吴汉东:《罗马法的“无体物”理论与知识产权制度的学理基础》,载《江西社会科学》2005年第7期。

② 参见王作富:《抢劫罪研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》(第1辑),法律出版社2000年版,第17页。

③ 参见王作富主编:《刑法分则研究(中)》,中国人民大学出版社2007年版,第1056页。

④ 参见赵星、陈清浦:《抢劫罪行为对象若干问题研究》,载《政法论丛》2002年第4期。

为法律拟制之物,其种类繁多、范围广泛,有的无体物是根本无法视为抢劫罪对象的,例如知识产权中的专有技术,它只可能成为盗窃的对象,而不能成为抢劫的对象,就在于对它不可能发生有形控制和占有。面对种类繁多、范围广泛的无体物,需要正确确定哪些是抢劫罪的对象,将会成为一个可能无法完成的任务。

3. 财产性利益

财产性利益是指财物以外的有财产价值的利益。可以是永久的利益,也可能是一时的利益;可以是积极利益,也可能是消极利益。财产性利益应当是能满足人物质或者精神需要的、可以货币衡量的、能够移转的、可以管理的、通过某种介质表现其价值存在的。

财产性利益可以成为诈骗罪的对象,这是目前学界的通说,也得到最高司法机关的认可。2002年4月10日最高人民法院《关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第2款规定:“使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌,骗免养路费、通行费等各种规费,数额较大的,依照诈骗罪的规定定罪处罚。”“骗免”养路费、通行费等各种规费,实际上是指使用欺骗方法,使他人免除自己的债务,也意味着行为人在使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌通行的过程中获取了财产性利益。

不过,财产性利益能否成为抢劫罪的对象,仍有不同看法。例如,采用暴力、胁迫手段,强迫市场的竞争对手出让合同,强迫他人接受入股、强迫他人免除债务等等,都同样会造成他人利益的减损而自己获利。理论上目前探讨比较多的是采用暴力、胁迫手段强迫他人免除债务,或者强迫他人接受债务的行为如何定性的问题。主要有三种认识:

(1) 认为此种情形不构成抢劫罪。理由主要是欠条等只是债权、债务关系的凭证,不是财物,所以强迫免除、强迫接受以及抢走欠条不等于抢劫财物,不应构成抢劫罪。^①

(2) 认为,强迫他人接受债务,如果承诺归还的,所追求的是以后将获得的财物,只能以敲诈勒索罪论处。^②

(3) 认为,强迫他人接受债务的,构成抢劫罪;强迫他人免除债务的,如果将债务凭证销毁的,也成立抢劫罪。^③

从最高司法机关对骗免养路费、通行费等各种规费而获利,可以构成诈骗罪的精神看,采用暴力、胁迫手段强迫他人遭受经济损失而自己获取财产性利益的行

① 参见赵星、陈清浦:《抢劫罪行为对象若干问题研究》,载《政法论丛》2002年第4期。

② 参见王作富:《抢劫罪研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》(第1辑),法律出版社2000年版,第21页。

③ 参见李希惠:《抢劫罪的对象、标准及转化问题研究》,载《人民检察》2007年第18期。

为,是应该受刑法评价的。不过是否只能以抢劫罪论处,值得研究。笔者认为,如果涉及市场经济活动的,例如采用暴力、胁迫手段,强迫市场的竞争对手出让合同,强迫他人接受入股等,情节严重的,以《刑法》第226条强迫交易罪定罪处罚;如果采用暴力、胁迫手段,强迫接受债务的,因其主张“债权”是在以后某个时间,符合第274条敲诈勒索罪的条件;如果采用暴力、胁迫手段,强迫免除债务的,因是当场获取利益,符合抢劫罪的要件。

此外,根据2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《“两抢”意见》)第7条“关于抢劫特定财物行为的定性”的意见:以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象,实施抢劫的,以抢劫罪定罪;抢劫的违禁品数量作为量刑情节予以考虑。抢劫违禁品后又以违禁品实施其他犯罪的,应以抢劫罪与具体实施的其他犯罪实行数罪并罚。

抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的,以抢劫罪定罪,但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象,一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的,依照刑法的相关规定处罚。

为个人使用,以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的,一般不以抢劫罪定罪处罚,构成其他犯罪的,依照刑法的相关规定处理;教唆或者伙同他人采取暴力、胁迫等手段劫取家庭成员或近亲属财产的,可以抢劫罪定罪处罚。

(二) 本罪的客观方面

根据《刑法》第263条的规定,抢劫罪在客观方面表现为采用暴力、胁迫或者其他方法非法占有公私财物的行为。抢劫的方法行为由于针对人身而实施,这就决定了抢劫罪侵害客体的双重性,其对人身的侵害性成为与抢夺、盗窃、诈骗等侵犯财产罪区别的最显著的特征。因此,正确理解抢劫罪的方法行为,尤为重要。

1. 暴力方法

根据我国刑法对暴力性犯罪规定的法定刑的种类,以及轻重的范围,并基于暴力的程度和范围与法定刑的关系,笔者将暴力分为三种类型,即广义的暴力、狭义的暴力和最狭义暴力。广义的暴力,即非法实施有形物理力的所有类型(包括威胁使用暴力)。其力的对象,既可以是人,也可是物;可以是针对被害人本人,也可以是针对在场的其他人,暴力的内容,可包括从一般的殴打、轻微伤害到最严重的故意杀人、故意伤害。狭义的暴力,是指对人身施加有形物理力,即不包括对物体实施的有形力。暴力的程度,也不要求对人身造成一定的伤害结果。最狭义的暴力,同样是指对人身施加的有形物理力,不包括对物体实施。但暴力的程度则强于狭义的暴力,暴力具有达到足以抑制被害人反抗的程度,但实际是否抑制被害人的反抗,则不影响犯罪的成立。这种最狭义的暴力的最高形式,是故意伤害和故意杀

人。^① 抢劫罪的暴力,多数学者认为是最狭义的暴力类型。

(1) 暴力的对象。暴力如果针对财物的所有人、持有人或者管理人实施,无疑是抢劫罪。但涉及本罪的暴力的对象,还有两个问题值得探讨。

① 本罪的暴力是否可针对“物”实施? 肯定观点认为,抢劫罪的暴力主要是针对人身实施,但《刑法》第 289 条规定,聚众“打砸抢”,毁坏或者抢走公私财物的,除判令退赔外,对首要分子,依照本法第 263 条的规定定罪处罚,据此规定,抢劫罪的暴力,就包括了对“物”的暴力。^② 还有的认为,如果行为人采用暴力手段破门而入,当着被害人的面对室内的财物进行毁坏,然后公然夺取部分财物逃走,但始终没有对被害人实行殴打、伤害或者发出明确的暴力威胁,也构成抢劫罪。在这种情况下,虽然暴力没有施加于人身,但其猖狂的举动已经对被害人的精神产生了巨大的强制作用,使后者感到如果制止其砸抢行动,必将遭到伤害而不敢制止,这与一般公然抢夺他人财物的行为,是有所不同的。^③ 否定观点认为,抢劫罪的暴力对象只能是人,而不包括针对“物”。理由是,这里的暴力是用于排除或者压制被害人的反抗,而针对物,不能直接排除或压制被害人的反抗,针对物的暴力,只能视为胁迫。并认为《刑法》第 289 条将毁坏财物与抢劫这两种在主客观要件方面存在重大区别的行为等量齐观,有损于立法的严肃性、有悖于刑法的正当性。^④

在上述观点中,虽然肯定观点的第二种意见结论性的认识是正确的,但这是因暴力而构成抢劫罪还是因胁迫构成?“采用暴力手段破门而入”当然是暴力,是对“门”这一“物”的暴力,打砸室内物品的行为,也是暴力。但就其论证暴力可针对“物”构成抢劫罪的论据而言,没有丝毫的说服力。所以,问题不在于暴力对“物”能否实施,而在于抢劫罪规定“暴力方法”应当从哪一个角度去理解是符合立法本意的。从行为人的角度,这当然是通过“暴力方法”取财的,但站在财物所有人、持有人或者管理人失去对财物的持有、控制的角度,是不是理解为是被迫使交出或不敢阻止其抢走财物更恰当? 行为人对“物”实施暴力,无疑是要通过这种方法所形成的压力,迫使财物所有人、持有人或者管理人屈服。这与使用暴力方法直接施加于其人身获取财物是不相同的。由此,对“物”的暴力应视为“胁迫方法”的抢劫。

② 本罪的暴力,是否只限于对财物的所有人、持有人或管理人实施? 肯定的观点认为,暴力的对象不限于财物的所有人、持有人或者管理人,可以施加于在场

① 参见林亚刚:《暴力犯罪的内涵与外延》,载《现代法学》2001 年第 6 期。

② 参见高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社 1998 年版,第 763 页。

③ 参见王作富主编:《刑法分则研究》(中),中国人民大学出版社 2007 年版,第 1060 页。

④ 参见梁晟源、李登杰:《论抢劫罪之方法行为与目的行为》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2008 年第 4 期。

的与其有某种密切关系的人。^① 还有如:“暴力的对方不限于财物的直接持有者,对有权处分财物的人以及其他妨碍劫取财物的人使用暴力的,也不影响抢劫罪的成立。”^② 第二种观点认为,抢劫罪的暴力是为排除或压制被害人的反抗,以便当场获取财物而实施,对在场的其他人实施暴力,并不能起到直接排除或者压制被害人反抗的强制效果,所以这里的暴力实质上起到的是胁迫作用。但暴力的对象不因此而限定在对财物能行使处分权的人,还应该包括在场的其他妨碍其劫取财物的人。^③ 第三种观点认为,如果暴力针对在场的其他人,迫使财物被害人本人当场交付财物的,属于通过针对第三人实施暴力胁迫被害人本人的情形,属于对被害人胁迫的一种表现。^④

在上述观点均认可暴力是可以针对在场的其他人实施的,区别在于肯定观点认为仍然是使用暴力方法劫取财物的抢劫,而第二种观点则有点似是而非,前半段似从构成要件规范意义上看,而结论则是从实际上能否实施暴力而言。只有第三种观点表明这在规范意义上是胁迫方法劫取财物的抢劫。实质上,能否对在场的其他人实施暴力的问题,如同前一问题是一样的,不在于能否实施,而在于应该从哪一个角度去解读更符合立法本意。从行为人的角度,无疑是在实施暴力方法而劫取财物,但从被害人的角度,是因对在场的“其他人”被施以暴力形成的压力,迫使被害人屈服,本质上是迫使其交出或不敢阻止其抢走财物的胁迫方法。所以,笔者赞同对当场“其他人”实施暴力,属于胁迫方法的观点。

(2) 暴力的程度。暴力的程度包括对其下限与上限二部分内容的理解。在我国刑法中,对抢劫罪的暴力程度的下限没有立法上的说明,但对其上限目前虽然有司法解释加以规定,但不同理解仍然存在。理论上对于构成要件的“暴力”,学者们是借鉴海外,主要是大陆法系立法及理论上的暴力理论解释我国刑法相关罪中的“暴力”的。应该说,这一借鉴是比较成功的。

第一种观点认为,对于“暴力”下限,有主张必须是“足以危及其身体健康或者生命安全,致使被害人不能抗拒,任其当即抢走财物,或者被迫立即交出财物”。^⑤ 持相同主张的还有人认为,未达到此种程度侵犯人身而非法占有财物的行为,只能构成抢夺罪。^⑥

① 参见叶高峰主编:《暴力犯罪论》,河南人民出版社1994年版,第306页;赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第52页。

② 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第752—753页。

③ 参见梁晟源、李登杰:《论抢劫罪之方法行为与目的行为》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2008年第4期。

④ 参见赵秉志主编:《中国刑法典典型案例研究》第4卷,北京大学出版社2008年版,第275页;持相同观点的,参见王作富:《抢劫罪研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》(2001年第1辑),第11页。

⑤ 林准主编:《中国刑法教程》(修订本),人民法院出版社1994年版,第435页。

⑥ 参见赵秉志主编:《侵犯财产罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社2000年版,第36页。

第二种观点认为,抢劫罪的暴力不要求达到危及人身健康、生命或使被害人不能抗拒的程度,“暴力行为只要足以抑制对方的反抗即可,不要求事实上抑制了对方的反抗,更不要求具有危害人身安全的性质”。^①

第三种观点虽然认为第二种标准的下限是恰当的,但认为存在着在实践中如何认定其暴力“足以抑制对方的反抗”问题。因为暴力针对不同的对象抑制反抗的作用是不相同的,所以,“只要行为人对他人实施暴力的目的,是使被害人不能或不敢反抗,以便夺取其财物,不论事实上是否能遏制或者排除被害人反抗的勇气和能力,就可以构成抢劫罪”。^②

前两种标准可以说是客观标准,但第一种观点的标准的标准的要求,包含着未及此程度的,不构成抢劫罪,这并不适合于我国的实践。第三种观点主张的是被害人标准与客观标准结合。笔者赞同过“不论事实上是否能遏制或者排除被害人反抗的勇气和能力,就可以构成抢劫罪”的主张,但是并没有具体分析。^③应该说,该观点虽然赞同暴力下限的标准,但由于认识的前提是主张:由于暴力针对的对象不同,抑制反抗作用无法用统一标准来确定。是否会导致认识“足以”,最终是因人而异确定的。这样一来,“对他人实施暴力的目的,是使被害人不能或者不敢反抗”,则成为其观点的核心内容。如果再联系“不论事实上是否能遏制或者排除被害人反抗的勇气和能力,就可以构成抢劫罪”的结论,可能最终使得行为主观上使用暴力的目的性成为唯一的“暴力”标准。但如果仅从行为人实施暴力目的性考察是否“暴力”,则无疑扩大了抢劫罪暴力方法的范围。这里,赞同“不论事实上是否能遏制或者排除被害人反抗的勇气和能力,就可以构成抢劫罪”的结论,但不赞同观点的前提:“足以”是无标准的,可因人而异。

抢劫罪法规范意义上的“暴力”,是从客观上考察,还是应从行为人角度考察?抑或单纯从被害人角度考察?笔者认为,作为“是”与“否”的标准,是客观的;而作为认定是否构成犯罪要求“足以抑制对方的反抗”的,则是客观标准+被害人的标准。

作为共识,不同犯罪中暴力的内涵和外延的区别,只能就具体犯罪构成所设置的目的来考察。第一,是否“暴力”有一个客观的、规范的标准,因为暴力有其自身外在的特征,既无须从行为人角度认识,也无须考察被害人的感受。第二,从不同罪立法设置暴力的目的,以抢劫罪为例,之所以是对财产权、人身权的保护,是因为行为人是要通过对人身的压制迫使被害人不能、不敢反抗。因而,通过对人身的侵

① 张明楷:《刑法学》(第4版)法律出版社2011年版,第850页。

② 王作富:《抢劫罪研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》(2001年第1辑),第13页。

③ 参见林亚刚:《暴力犯罪的内涵与外延》,载《现代法学》2001年第6期。

犯要压制反抗,是立法设置抢劫暴力要达到构成犯罪的最低标准。^① 抢劫罪的暴力要求具有足以抑制,致使被害人不能、不敢反抗,虽然是客观标准,但是能否压制了反抗则是主观的,需要从被害人角度考察。如是,被害人非不愿反抗,实为不能、不敢反抗(不可否认“暴力”自身也具有胁迫性质)的心理状态,在标准中如何?“足以”是要求从客观实际出发,从暴力的样态、实施的时间、场所,被害人的现实状况(年龄、性别)等等因素综合判断的,只要在客观上具有合情合理剥夺被害人反抗能力的,哪怕是比较轻微、不能致人重伤、死亡的暴力,也是“暴力”,也是“足以”。也就是说,“足以”中已经包含着“非不愿反抗,实为不能、不敢反抗”,这种被害人的心理特征就是客观标准+被害人的标准。当被害人面对“足以”的暴力进行了反抗时,不能认为“这不是暴力”,因这是由客观上是否是“暴力”的外在特征所决定的。不能认为一刀是“暴力”,一拳就不是“暴力”。所以,纯粹的被害人标准,不能成为判断“是”还是“不是”的标准。

如果从构成抢劫罪的含义上看,是否还需要考察被害人对暴力的感受是否“足以抑制了反抗”?从立法设置抢劫罪而言,客观标准只是提供了符合构成抢劫罪“暴力”的最低限度标准,但绝无被害人不能、不敢反抗的,构成抢劫罪,被害人不反抗就不构成抢劫罪之意,这就是“不论事实上是否能遏制或者排除被害人反抗的勇气和能力,就可以构成抢劫罪”之意。因此,作为构成犯罪判断的是否因暴力足以抑制对方的反抗,非由被害人“敢于还是不敢于反抗”所决定。故此,认为是否“暴力”,是可因人而异考察“足以”的认识,就值得商榷。

笔者赞同对抢劫罪暴力下限采第二种客观标准是比较恰当的。因为行为人实施暴力的意图在于排除和抑制被害人的反抗能力和勇气,而并不在于一定要对被害人身体健康或生命安全造成损害。因此,当暴力以此为目的,并针对财物的所有人、持有人或者管理人的人身实施,就应当认为是本罪的暴力手段。其认定的标准并不在于是否能够对人身造成伤害或危及生命,而在于是否能够抑制被害人保护财物的实际可能。只要暴力在客观上具有剥夺被害人保护自己财物的实际可能的,就应当认为属于本罪的暴力。

“暴力”上限的认识,主要涉及的是抢劫罪的暴力,是否包括直接故意杀人。对此的争论,主要源于对犯抢劫罪“致人死亡”^②的理解。2001年最高人民法院《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》中指出:“行为人为劫取财物而预谋故意杀人,或者在劫取财物过程中,为制服被害人反抗而故意杀人的,以抢劫罪定罪处罚。行为人实施抢劫后,为灭口而故意杀人的,以抢劫罪和故意杀人罪定

① 笔者认为,任何法律标准都是最低的限度要求,因此,如果连这样最低的程度都达不到,就从根本上否定了是抢劫罪的“暴力”方法。标准也绝无如果反抗就不是暴力之意。

② 1997年《刑法》第363条第1款第5项与1979年《刑法》第150条第2款规定的内容相同。