

刑法重点难点专题探讨(一) PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E9_87_8D_E7_c36_482834.htm

专题一：如何区分盗窃罪与诈骗罪 刑法对诈骗罪的罪状规定得比较简单。如果对分则条文进行体系解释，就不难发现，诈骗罪（既遂）在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程：行为人实施欺骗行为---对方产生或者继续维持认识错误---对方基于认识错误处分（或交付）财产----行为人获得或者使第三者获得财产----被害人遭受财产损失。取得财产的犯罪分为：违反被害人意志取得财产的犯罪与基于被害人有瑕疵的意志而取得财产的犯罪。盗窃罪属于前者；诈骗罪属于后者。由于诈骗罪与盗窃罪属于两种不同的犯罪类型，所以需要严格区别。首先，并非只要行为人实施了欺骗行为进而取得了财产就成立诈骗罪，因为盗窃犯也可能实施欺骗行为。例如，A打电话欺骗在家休息的老人B：“您的女儿在前面马路上出车祸了，您赶快去。”B连门也没有锁便急忙赶到马路边，A趁机取走了B的财物（以下简称电话案）。虽然A实施了欺骗行为，但B没有因为受骗而产生处分财产的认识错误，更没有基于认识错误处分财产，只是由于外出导致对财物占有的弛缓；A取走该财产的行为，只能成立盗窃罪。其次，并非只要行为人使用欺骗手段，导致对方将财产“转移”给自己或者第三人，就成立诈骗罪。因为盗窃罪也有间接正犯，盗窃犯完全可能使用欺骗手段利用不具有处分财产权限或地位的人取得财产。例如，洗衣店经理A发现B家的走廊上晒着西服，便欺骗本店临时工C说：“B要洗西服，但没有时间

送来；你到 B 家去将走廊上晒的西服取来。” C 信以为真，取来西服交给 A，A 将西服据为己有（以下简称西服案）。C 显然受骗了，但他只是 A 盗窃的工具而已，并不具有将 B 的西服处分给 A 占有的权限或地位。因此，A 成立盗窃罪（间接正犯）。不难看出，诈骗罪与盗窃罪的关键区别在于：受骗人是否基于认识错误处分（交付）财产。受骗人虽然产生了认识错误，但并未因此而处分财产的，行为人的行为不成立诈骗罪（如电话案）；受骗人虽然产生了认识错误，但倘若不具有处分财产的权限或者地位时，其帮助转移财产的行为不属于诈骗罪中的处分行为，行为人的行为也不成立诈骗罪（如西服案）。所以，处分行为的有无，划定了诈骗罪与盗窃罪的界限。被害人处分财物时是诈骗罪而不是盗窃罪；被害人没有处分财物时，即行为人夺取财物时是盗窃罪。诈骗罪与盗窃罪处于这样一种相互排斥的关系，不存在同一行为同时成立诈骗罪与盗窃罪，二者处于观念竞合关系的情况。因此，正确理解和认定“处分行为”，是区分盗窃罪与诈骗罪的关键。首先，诈骗罪中的受骗人的处分行为，必须是基于认识错误，而认识错误的产生或维持是由于行为人的欺骗行为。处分行为意味着将财产转移给行为人或第三者占有，即由行为人或第三者事实上支配财产。至于受骗人是否已经转移给行为人或第三者占有，一方面，要根据社会的一般观念判断，即在当时的情况下，社会的一般观念是否认为受骗人已经将财产转移给行为人或第三者进行事实上的支配或控制；另一方面，受骗人是否具有将财产转移给行为人或第三者支配或控制的意思。例如，A 假装在商品购买西服，售货员 B 让其试穿西服，A 穿上西服后声称去照镜子，待 B

接待其他顾客时，A趁机溜走。A显然不成立诈骗罪，只成立盗窃罪。因为尽管B受骗了，但他并没有因为受骗而将西服转移给A占有的处分行为与处分意思。倘若A装上西服后，向B说：“我买西服需征得妻子的同意，我将身份证押在这里，如妻子同意，我明天来交钱；如妻子不同意，我明天还回西服。”B同意A将西服穿回家，但A使用的是假身份证，次日根本没有送钱或西服给B。那么，A的行为则构成诈骗罪。因为B允许A将西服穿回家，实际上已将西服转移给A支配与控制，这种处分行为又是因为受骗所致，所以，符合诈骗罪的特征。基于同样的理由，现在常见的以借打手机为名的案件，实际上也应认定为盗窃而不是诈骗。例如，甲与乙通过网上聊天后，约在某咖啡厅见面。见面聊了几句后，甲的BP机响了，同时声称忘了带手机，于是借乙的手机打电话。甲接过手机后（有时被害人的手机可能就放在桌上）装着打电话的模样，接着声称信号不好而走出门外，趁机逃走。这种行为也不能认定为诈骗，只能认定为盗窃罪。因为乙虽然受骗了，但他并没有因此而产生将手机转移给甲支配与控制的处分行为与处分意思。在当时的情况下，即使乙将手机递给甲，根据社会的一般观念，乙仍然支配和控制着手机，即甲没有占有手机。甲取得手机的支配与控制完全是后来的盗窃行为所致。如果说甲的行为成立诈骗罪，则意味着甲接到手机时便成立诈骗既遂；即使甲打完电话后将手机还给乙，还属于诈骗既遂后的返还行为。这恐怕难以被人接受。其次，处分行为并不要求受骗人将财物的所有权处分给行为人，所以不要求受骗人具有转移所有权的意思。例如，甲没有返还的意图，却隐瞒真相向乙借用轿车，乙将轿车

交付给甲后，甲开车潜逃。乙只有转移占有的意思，但甲的行为依然成立诈骗罪。在财产关系日益复杂的情况下，财产的单纯占有者乃至占有辅助者，都可能处分（交付）财产。例如，丙将自己的财物委托给乙保管，其间，丙给乙打电话，声称第二天派丁取回自己的财产。偷听了电话的甲第二天前往乙处，声称自己是丙派去的丁，乙将自己占有而归丙所有的财物交付给甲。处分财产的乙并不享有所有权，只是事实上占有了财产，但这并不影响甲的行为成立诈骗罪。所以，即使不是财产的所有人，也完全可能因为认识错误等原因而处分财产。再次，在受骗人与被害人为同一人的情况下，受骗人只能处分自己占有的财产，而不可能处分自己没有占有的财产。至于受骗人是否对该财产享有所有权，则不影响诈骗罪的成立。例如，B进入地铁车厢后，发现自己的座位边上有一个钱包，于是问身边的A：“这是您的钱包吗？”尽管不是A的钱包，但A却说：“是的，谢谢！”于是B将钱包递给A。由于B并没有占有钱包的行为与意思，所以他不可能处分该钱包，故A的行为不成立诈骗罪，只能视钱包的性质认定为侵占罪或盗窃罪。最后，在受骗人与被害人不是同一人的情况下，只要受骗人事实上具有处分被害人财产的权限，或者处于可以处分被害人财产的地位，对方的行为也成立诈骗罪。一方面，如果受骗人不具有处分财产的权限与地位，就不能认定其转移财产的行为属于诈骗罪的处分行为；另一方面，如果受骗人没有处分财产的权限与地位，行为人的行为便完全符合盗窃罪间接正犯的特征。例如，丙是乙的家庭保姆。乙不在家时，行为人甲前往乙家欺骗丙说：“乙让我来把他的西服拿到我们公司干洗，我是来取西服的

。”丙信以为真，甲从丙手中得到西服后逃走。在这种情况下，对甲的行为也应认定为诈骗罪。因为根据社会的一般观念，如果排除被骗的因素，保姆丙可以或者应当将衣服交付给来人。所以，保姆处于可以将被害人财产交付给他人的地位。再如，10余人参加小型会议。散会前，被害人B去洗手间时，将提包放在自己的座位上。散会时B仍在卫生间，清洁工C立即进入会场打扫卫生。此时，A发现B的提包还在会场，便站在会场门外对C说：“那是我的提包，麻烦你递给我一下。”C信以为真，将提包递给A，A迅即逃离现场。在本案中，清洁工C没有占有B的提包，他也不具有处分该提包的权限或地位。换言之，C是A盗窃提包的工具，而不是诈骗罪中的财产处分人。因此，A的行为不成立诈骗罪，只能成立盗窃罪。显然，受骗人是否具有处分被害人财产的权限或地位，成为区分诈骗罪与盗窃罪间接正犯的一个关键。至于受骗人事实上是否具有这种权限或地位，应通过考察受骗人是否被害人财物的辅助占有者，受骗人转移财物的行为（排除被骗的因素）是否得到社会一般观念的认可，受骗人是否经常为被害人转移财产等因素作出判断。

专题二：
如何区分盗窃罪与侵占罪
盗窃罪的基本特征，是违反被害人的意志，使用平和的方式，将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有。而侵占罪的基本特征，是将自己占有的他人财物转移为自己所有，或者将脱离了占有的他人财产（遗忘物、埋藏物）转移为自己所有。因此，区分盗窃罪与侵占罪的关键，在于判断作为犯罪对象的财物，是否脱离占有以及由谁占有。行为人不可能盗窃自己事实上占有的财物，对自己事实上已经占有的财物只能成立侵占罪。但是，行为人

对在法律上占有的财物，而事实上由他人占有时，仍然可以成为盗窃罪的对象。例如，甲持有某种提单，因而在法律上占有了提单所记载的货物；但当该货物事实上由乙占有时，甲窃取该货物，仍然成立盗窃罪。侵占罪则不仅可能侵占自己事实上占有的财物，而且可能侵占法律上占有的财物。因为侵占罪的特点是将自己占有的财产不法转变为所有，因此，只要某种占有具有被处分的可能性，便属于侵占罪中的代为保管，即占有。不动产的名义登记人完全可能处分不动产；提单或有价证券的持有人也完全可能处分提单等记载的财物。所以，侵占罪既可能侵占自己事实上占有的财物，也可能侵占自己在法律上占有的财产。司法实践所遇到的疑难问题，是如何判断事实上的占有，即某种财物在事实上是属于行为人占有，还是被害人占有或暂时脱离了占有。盗窃罪的对象必须是他人占有的财物，对于自己占有的他人财物不可能成立盗窃罪。从客观上说，占有是指事实上的支配（与非法占有目的中的占有不是等同概念），不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。（1）只要是在他人的事实支配领域内的财物，即使他人没有现实地握有或监视，也属于他人占有。例如，他人住宅内、车内的财物，即使他人完全忘记其存在，也属于他人占有的财物。再如，游人向公园水池内投掷的硬币，属于抛弃物应为公园管理者占有的财物。行为人取走这些财物的，成立盗窃而非侵占。又如，甲搬家后尚未退房，让好友乙为其打扫室内卫生。乙在打扫卧室时，从地上拾到一张工商银行的牡丹灵通卡。乙未将此卡交给甲某，并于4日后到某工商银行的自动取款机上分3次取出2000余元（乙以前

陪同甲取款时知道了密码)。甲曾问过乙是否见过此卡,乙称未见过。后甲报案,乙被查获。甲虽然搬家,但因为未退房而继续控制着该房屋,既然如此,该房屋内的一切财物(包括牡丹灵通卡)仍然由甲占有,故乙的行为成立盗窃罪。

(2) 虽然处于他人支配领域之外,但存在可以推知由他人事实上支配的状态时,也属于他人占有的财物。例如,他人门前停放的自行车,即使没有上锁,也应认为由他人占有。再如,挂在他人门上、窗户上的任何财物,都由他人占有。以非法占有目的取得这些财物的,应认定为盗窃罪,而非侵占罪。(3) 主人饲养的、具有回到原处能力或习性的宠物,不管宠物处于何处,都应认定为饲主占有。行为人非法取得该宠物的,成立盗窃罪。(4) 即使原占有者丧失了占有,但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时,也应认定为他人占有的财物。例如,旅客、乘客遗忘在宾馆、出租车内的财物,属于宾馆管理者或出租车司机占有,虽然相对于旅客、乘客而言,这都属于遗忘物,但相对于出租车司机而言,则是其占有的财物。所以,第三者从出租车内取走该财物的行为,应认定为盗窃罪。从主观上说,占有只要求他人对其事实上支配的财物具有概括的、抽象的支配意识,既包括明确的支配意识,也包括潜在的支配意识。占有意思对事实的支配的认定起补充作用。例如,处于不特定人通行的道路上的钱包,一般来说属于脱离他人占有的财物。但如果他人不慎从阳台上将钱包掉在该道路上后,一直看守着该钱包时,该钱包仍然由他人占有。行为人拿走该钱包的,属于盗窃。在判断财物由谁占有、是否为遗忘物时,还要通过考察财物的形状、体积、价值、通常的存放状态等,得出

合理结论。例如，一辆新轿车，一般来说，无论停放在何处，也无论是否锁门，都不能认定为遗忘物，而应认定为他人占有的财物。一辆停在马路边的自行车，即使没有上锁，一般也应认定为他人占有的财物，不能认定为遗忘物。而马路上的一个钱包，一般会被认为是遗忘物。但如果钱包所有者就在旁边注视着钱包，则仍然由所有者占有。对财物占有的判断，存在以下几个疑难问题：第一，当数人共同管理某种财物，而且存在上下主从关系时，下位者是否也占有该财物？这关系到下位者的犯罪行为性质。例如，私营商店的店主与店员共同管理商店的财物，店员是否占有商店的财物？如持肯定回答，则店员取走该财物的行为不可能构成盗窃罪，只能成立侵占罪或职务侵占罪；如持否定回答，则店员取走该财物的行为可能成立盗窃罪。对此，应当认为：在这种情况下，刑法上的占有通常属于上位者（店主），而不属于下位者（店员）。即使下位者事实上握有财物，或者事实上支配财物，也只不过是单纯的监视者或者占有辅助者。因此，下位者基于不法所有的目的取走财物的，成立盗窃罪。但是，如果上位者与下位者具有高度的信赖关系，下位者并被授予某种程度的处分权时，就应承认下位者的占有，下位者任意处分财物，就不构成盗窃罪，而构成侵占罪或者职务侵占罪。第二，行为人受他人委托占有某种封缄的包装物时，是否同时占有封缄物的内容（财物）？如B将手提箱（箱内有贵重金属）上锁后委托A保管时，A是否占有其中的贵重金属？区别说认为，手提箱整体由A占有，但其中的贵重金属由B占有。A不法所有手提箱整体的，成立侵占罪；取出手提箱中的贵重金属的，成立盗窃罪。修正区别说认为，手提

箱整体由 A 占有，但其中的贵重金属由 A 与 B 共同占有。因此，A 不法所有手提箱整体的，成立侵占罪；不法取得其中的贵重金属的，成立盗窃罪与侵占罪的竞合，按盗窃罪论处。非区别说认为，手提箱整体与其中的贵重金属没有区别，性质相同。其中有人认为均由 A 占有；有人认为均由 B 占有。本文赞成区别说。表面上看，区别说有自相矛盾之嫌，即不法取得贵重金属的成立较重的盗窃罪，而不法所有手提箱整体的反而成立较轻的侵占罪，但事实上并非如此。因为即使 A 不法所有手提箱整体，但只要没有打开手提箱物，B 对手提箱中贵重金属的占有仍然没有受到侵害；如果 A 不法所有手提箱整体，并打开手提箱进而不法取得其中的贵重金属，当然应认定为盗窃罪。实际，刑法第二百五十三条第二款的规定，也间接说明封缄物的内容仍然由委托人占有。第三，关于死者的占有性质，也直接关系到行为的性质。死者的占有主要有三种情况：（1）行为人以不法所有他人财物的意思杀害他人后，当场取得他人财物；（2）行为人出于其他目的杀害他人后，产生不法所有他人财物的意思，取得死者的财物；（3）无关的第三者从死者身上取得财物。对于第（1）种情况，应认定为抢劫罪。在国外争论较大的是后两种情况。死者占有肯定说认为，后两种情况成立盗窃罪；死者占有否定说认为，后两种情况成立侵占罪；此外还有不同的折中看法，如认为第（2）种情况成立盗窃罪，第（3）种情况成立侵占罪。应当肯定，后两种情况值得科处刑罚。在日本等国，即使否认死者的占有，也因为其侵占脱离占有物罪的对象包括“其他脱离占有的他人的财物”，能够以侵占脱离占有物罪论处。但在我国，如果将侵占罪中的“遗

忘物”作字面意义的解释，又采取死者占有否定说，对上述两种行为就难以认定为犯罪。这可能不合适。所以，解决的方法有两种：一是将遗忘物作实质意义的解释，从而将上述两种行为认定为侵占罪。但将死者身上或身边的财物解释为遗忘物，能否被国民接受，还值得研究。二是肯定死者的占有，对上述行为认定为盗窃罪。这种解释容易被国民接受，但是既然财物的占有者已经死亡，他就不可能在客观上继续支配财物，也不可能有支配财物的意思。而且，死者身边或者身上的财物，不管相对于先前的杀害者，还是相对于无关的第三者，性质应是相同的。所以，肯定死者的占有也存在疑问。尽管如此，笔者仍然倾向于肯定死者的占有，将上述后两种行为认定为盗窃罪。当然，如果无关的第三者在他人死亡相当长时间后，才从死者身上取得财物的，则有认定为侵占罪的可能性。最后需要说明的是，某些财物，本来由他人占有，但行为人可能误认为遗忘物。这是事实认识错误问题，不是财物本身的性质问题。例如，长途客车司机B将代为他人购买的10余部手机装入一黑色包内，然后将包放在驾驶座位后（第一排乘客座位前）。A上车后坐在第一排时，就发现该包，并以为该包为与自己同排并坐的C所有。C下车后，A发现该包仍在车内，便以为C遗忘了包，于是A提前下车，将包据为己有。实际上，该包属于B占有，而非遗忘物，但A误以为是遗忘物。也可能存在完全相反的情况，即本来是遗忘物，但行为人误以为是他人占有的财物。对此类案件，应根据主客观相统一的原则，认定为侵占罪，而不能认定为盗窃罪。如何处理抢劫罪中的疑难问题抢劫罪，是指以不法所有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，强行

劫取公私财物的行为。抢劫是严重且常发的案件，但司法实践中存在许多问题，需要正确处理。1. 如何理解抢劫罪中的暴力手段与强取行为？暴力是指不法行使有形力。暴力一词在不同场合具有不同含义和不同要求。首先，抢劫罪中的暴力必须针对人实施，而不包括对物暴力。这是抢劫罪与抢夺罪的关键区别。抢夺行为只是直接对物使用暴力（对物暴力），并不是直接对被害人行使暴力；行为人实施抢夺行为时，被害人来不及抗拒，而不是被暴力压制不能抗拒。其次，抢劫罪中的暴力手段必须达到足以抑制对方反抗的程度，但不要求事实上抑制了对方的反抗。因此，以不足以抑制对方反抗的轻微暴力取得他人财物的，应认定为敲诈勒索罪。例如，乙经常邀约甲的妻子打麻将，为此导致甲夫妻不和。某日乙又将甲妻邀至乙家打麻将，甲得知后来到了乙的住处，掀翻麻将桌，打了乙几耳光，并对乙说：“你破坏了我的家庭，必须赔偿5000元。”甲虽然对乙实施了暴力行为，但从当时的环境来看，并不足以抑制乙的反抗，故不应认定为抢劫罪，而应认定为敲诈勒索罪。附带说明的是，抢劫罪中的胁迫与其他方法，都必须达到足以抑制对方反抗的程度。强行劫取财物，是指违反对方的意志将财物转移给自己或者第三者占有。通常包括四种情况：一是行为人自己当场直接夺取、取走被害人占有的财物；二是迫使被害人当场交付（处分）财物；三是实施暴力、胁迫等强制行为，趁对方没有注意财物时当场取走其财物；四是在使用暴力、胁迫等行为之际，被害人由于害怕而逃走，将身边财物遗留在现场，行为人当场取走该财物。应予注意的是，一方面，对于“当场”的理解不能过于狭窄。暴力、胁迫等方法与取得财物之

间虽然持续一定时间，也不属于同一场所，但从整体上看行为并无间断的，也应认定为当场取得财物。例如，A对B实施暴力，迫使B交付财物，但B身无分文，A令B立即从家中取来财物，或者一道前往B家取得财物的，应认定为抢劫罪。行为人实施暴力后，发现被害人身无分文，然后令被害人日后交付财物，原则上应认定为抢劫（未遂）罪与敲诈勒索罪，实行并罚。另一方面，对“当场”的理解不能过于绝对。笔者认为，如果行为人当场实施了足以抑制对方反抗的暴力，令对方事后交付财物，也应认定为抢劫罪。例如，某甲在村口遇本村4个10岁至12岁的小孩玩耍，遂向前找他们要钱，4个小孩说没钱。甲揪出其中一小孩乙，将其捆绑、倒吊、用鞭子抽打，并用烟头烫，造成轻伤。然后告诉乙和其他3个小孩第二天到指定地点交钱，否则后果会比乙更严重。次日，每个孩子向甲交20元、30元不等。笔者认为，对甲的行为应认定为抢劫罪。因为抢劫与敲诈勒索的区别，既不在于是否当场实施了暴力行为，也不在于当场取得了财物；敲诈勒索也可能实施了轻微暴力，敲诈勒索也可能当场取得财物。在行为人当场实施了暴力的情况下，如果足以抑制对方的反抗，则应认定为抢劫；否则只能认定为敲诈勒索。所以，不能简单地以当场是否得到财物来区分抢劫罪与敲诈勒索罪。换言之，抢劫不一定要当场取得财物，只要当场实施暴力或者当场以暴力相威胁，并足以抑制对方反抗即可。所以，认定甲的行为成立抢劫罪是合适的。

2. 如何理解准抢劫中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”？根据刑法第二百六十九条的规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁

的，依照刑法第二百六十三条关于抢劫罪的规定定罪处罚。由于盗窃罪要求“数额较大或者多次盗窃”，诈骗罪与抢夺罪也要求“数额较大”，故对“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的理解关系重大。笔者认为，尽管刑法的表述是“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，但并不意味着行为事实上已经构成盗窃、诈骗、抢夺罪的既遂，也不意味着行为人所盗窃、诈骗、抢夺的财物达到了“数额较大”的标准，而是意味着行为人有犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的故意与行为，这样理解，才能谈得上盗窃、诈骗、抢夺罪向抢劫罪的转化。一方面，明显的小偷小摸的行为，无论如何不能转化为抢劫，因为行为人没有犯盗窃罪的故意。另一方面，抢劫罪的成立也没有数额限制，故事后抢劫也不应有数额限制。因此，行为人以犯罪故意实施盗窃、诈骗、抢夺行为，只要已经着手实行，不管是既遂还是未遂，不管所取得的财物数额大小，都符合“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的条件。例如，甲深夜潜入乙家中行窃，甲从窗户翻入厨房后进入客厅里，被乙发现。乙抓捕甲时，甲为了拒绝抓捕而对乙实施暴力，导致乙轻伤。由于甲具有犯盗窃罪的故意，并且该罪过支配了着手实行犯罪，故符合“犯盗窃罪”的条件，应认定为抢劫罪。又如，15周岁的甲潜入乙家，从乙的抽屉里窃得5000元现金。恰逢此时，乙的儿子丙（14岁）放学回家。甲为了窝藏赃物而对丙实施暴力，导致丙轻伤。甲虽然没有达到对盗窃罪负刑事责任的年龄，但其盗窃行为仍然是在盗窃故意支配下实施的，故符合“犯盗窃罪”的条件，应认定为准抢劫。

3. 如何认定抢劫罪的共犯？

下面联系几个案例来讨论。例一，A与B共同犯盗窃罪时，被C发现，A与B逃跑，A逃走了，但

B被C抓捕后，对C实施暴力导致C重伤。显然，A与B的行为构成盗窃罪的共犯，但由于B另触犯了抢劫罪，所以，对B只能认定为一个抢劫罪。例二，甲邀约乙为自己的盗窃行为望风，乙同意，并按约定前往丙的住宅外望风；但甲在盗窃时，为窝藏赃物而当场使用暴力，乙却对此一无所知。显然，甲的行为构成了抢劫罪。问题是，对乙应当如何处理？如果否定甲与乙成立共同犯罪，则意味着对乙的行为不能作为犯罪处理。这明显不合理。对乙的行为也不能单独认定为盗窃罪，因为没有实施任何实行行为。所以，在这种场合，应当采取部分犯罪共同说，认定甲与乙在盗窃罪的范围内成立共同犯罪，对乙以盗窃罪的共犯论处，对甲单独认定为抢劫罪。根据刑法的规定，共同犯罪是指二人以上为共同故意犯罪行为，但这并不意味着只有当二人以上的故意内容与行为内容完全相同时，才能成立共同犯罪，而是意味着只要二人以上就其中部分重合的犯罪具有共同故意与共同行为，就成立共同犯罪。在上例中，没有共同犯罪的前提，就不能认定乙的行为构成盗窃罪。再者，如果对甲、乙完全分别按抢劫罪与盗窃罪论处，而不考虑乙在盗窃罪中的共犯关系，就不可能认定乙为从犯，因而对乙不能从轻、减轻或者免除处罚；按照部分犯罪共同说，甲与乙在盗窃罪的范围内成立共犯，乙便是盗窃罪的从犯。例三，张三教唆李四犯盗窃罪，而李四在犯盗窃罪的过程中转化为抢劫罪，对此应如何处理？首先，对李四应认定为抢劫罪。其次，对张三应认定为盗窃罪的教唆犯，而且不能适用刑法第二十九条第二款。因为事实上，如果没有张三的教唆，李四不会实施盗窃行为，更不会转化为抢劫行为；张三的教唆行为与李四的抢劫行为

之间具有因果关系。根据部分犯罪共同说，张三与李四在盗窃罪的范围內成立共犯。换言之，由于李四所犯之罪包含了盗窃罪，所以不符合刑法第二十九条第二款的条件。 4 . 如何区分抢劫罪与绑架罪？由于刑法第二百三十九条关于绑架罪的规定比较简单，司法实践中常常出现望文生义地理解“以勒索财物为目的绑架他人”的现象。绑架罪的本质特征，是将使用暴力等手段将他人作为人质，进而使第三者满足行为人的不法要求。所以绑架罪的完整定义应为：利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。因此，绑架罪中的索取财物，只能是向被绑架人以外的第三者索要财物，否则就谈不上将被绑架人作为“人质”了。不难看出，抢劫罪与绑架罪的关键区别在于，前者是直接迫使被绑架人交付财物，而不是向第三者勒索财物；后者只能是向被绑架人的近亲属或者其他有关人勒索财物。行为人使用暴力、胁迫手段非法扣押被害人或者迫使被害人离开日常生活处所后，仍然向该被害人本人勒索财物的，只能认定为抢劫罪，不应认定为绑架罪。

5 . 抢劫罪的结果加重犯是否存在未遂？回答是肯定的。首先，必须指出的是，不能认为凡是属于刑法第二百六十三条规定的入户抢劫等8种情形的，一旦着手实行均为抢劫既遂。根据财产犯罪的本质，属于8种情形的抢劫，也可能只成立抢劫未遂。例如，入户抢劫、在公共交通工具上抢劫等行为，没有使被害人丧失对财物的控制的，仍然成立抢劫未遂。其次，行为人本欲当场杀害他人然后取走财物，但实际上未能杀害他人的，应适用结果加重犯的法定刑，同时适用总

则关于未遂犯的规定。例如，甲等三人共谋将出租车司机乙杀死后抢劫其财物，甲等三人上车后，让乙将车开往偏僻处，随即对乙实施暴力，并勒乙的脖子。乙休克后，甲等三人以为乙已死亡，将出租车内的现金劫走后潜逃。乙事后苏醒，仅受轻微伤。如果将甲等三人的行为认定为一般抢劫显然不合适。如果因此而将甲等三人的行为认定为故意杀人罪，也不合适，因为最高人民法院2001年5月22日《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》中规定：“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。”所以，应当认为，抢劫罪中的故意“致人重伤、死亡”存在未遂。于是，对甲等三人的行为应适用刑法第二百六十三条对8种情形所规定的法定刑，同时适用未遂犯的规定，这样便与故意杀人罪相协调了。如何理解刑法中的“以非法占有为目的”刑法分则对一些财产犯罪、经济犯罪，明文规定了“以非法占有为目的”的主观要件；此外，许多条文虽然没有明文规定这一要件，但根据条文对客观行为的描述、刑法条文之间的关系，也需要以非法占有为目的，如盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪等都需要“以非法占有为目的”。司法工作人员不能简单地认为，只要是刑法没有明文规定的要素，就不是构成要件要素。事实上，国内外的刑事立法都表明，构成要件要素分为成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素。当某种犯罪明显需要“以非法占有为目的”或者根据相关条文明显要求“以非法占有为目的”时，刑法条文往往会省略关于“以非法占有为目的”的规定。盗窃、诈骗、抢夺等罪就是如此。以金融诈骗罪为例。刑法分则之所以仅就集资

诈骗罪与贷款诈骗罪规定“以非法占有为目的”，是因为前者容易与非法吸收公众存款罪相混淆，后者容易与贷款纠纷相混淆，而各自的区分关键在于行为人主观上是否具有非法占有的目的。而其他金融诈骗罪一般不存在这样的问题，所以刑法条文省略了关于非法占有目的的规定。如何理解刑法中的“以非法占有为目的”，直接关系到罪与非罪、此罪与彼罪的界限。以下主要以盗窃罪为例进行说明。犯罪构成要件具有两个方面的机能：一是划分罪与非罪的机能；二是划分此罪与彼罪的机能。“以非法占有为目的”同样具有这两个方面的机能。一方面，由于必须以非法占有为目的，所以，盗用行为不成立盗窃罪。例如，只是擅自将他人的自行车骑走一会然后又返还的，属于盗用行为；因为没有非法占有目的，所以不成立盗窃罪。另一方面，由于必须以非法占有为目的，所以，单纯毁坏财物的行为，也不成立盗窃罪。例如，行为人从位于八层的被害人家里搬出电脑，然后从七层的楼梯口摔至楼下，导致电脑毁坏。如果行为人以非法占有为目的将电脑搬出，只是因为碰到被害人或者出于其他原因将电脑摔至楼下的，仍然成立盗窃罪；如果不具有非法占有的目的，仅仅出于单纯毁坏的故意而实施上述行为，则成立故意毁坏财物罪。非法占有的目的中的“占有”（与作为侵犯财产罪客体的“占有”不同）与民法上的占有不是等同的概念，也不是仅指事实上的支配或控制。因为如果将不法占有理解为单纯事实上的支配或者控制，那么，盗用他人财物时，行为人事事实上也支配或者控制了该财物，于是盗用行为具有不法占有的目的，因而成立盗窃罪，这便扩大了盗窃罪的处罚范围。又如，公司、企业或者其他单位的工作人员，利

用职务上的便利挪用单位资金时，具有支配、使用该资金的目的，但由于准备归还，所以不具有非法占有的目的，因而不成立职务侵占罪。如果将非法占有目的解释为事实上的支配、控制，就无法区分挪用资金罪与职务侵占罪。再如，非法吸收公众存款时，行为人具有事实上支配或控制他人存款的意图，但由于其准备归还，所以，不具有非法占有的目的；而集资诈骗罪则除了事实上支配、控制他人资金外，还不准备归还，即具有不法所有的意图，所以不同于非法吸收公众存款罪。如果将非法占有目的理解为事实上的支配目的，那么，就不可能区分非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪。可见，只有将非法占有目的理解为不法所有的目的，才能使这一主观要件具有区分罪与非罪、此罪与彼罪的机能。具体地说，非法占有（不法所有）目的，是指排除权利人、将他人的财物作为自己的所有物，并遵从财物的用法进行利用、处分的意思。首先，盗窃等罪的成立要求行为人主观上具有排除权利人、将他人的财物作为自己的所有物的意思。这一要素的机能是，将不值得科处刑罚的盗用行为排除在犯罪之外。其次，行为人还具有遵从财物的用法进行利用、处分的意思。这一要素的机能是，将盗窃等取得财物的犯罪与毁坏财物的犯罪相区别。需要说明的是，所谓遵从财物的用法进行利用、处分，并不要求完全遵从财物原来的用法，只是遵从财物可能具有的用法即可。例如，为了取暖，将他人衣柜盗走后用于烤火的，也应认为具有不法所有的目的。显然，这里的“处分”不包括单纯的毁坏。明确这一点，对于司法实践认定犯罪具有重要意义。例如，直接消费公私财产的行为，属于具有非法占有目的的行为。如有的（非国有）公司的

工作人员在职期间，连续使用公司资金私自出境10余次，花掉几十余万元；有的（非国有）企业的工作人员在任职期间，私自在娱乐场合使用单位资金消费。行为人主观上将公款作为自己的所有物，并遵从了公款的经济用途，因而具有非法占有的目的；客观上导致单位丧失财产所有权。理应认定为职务侵占罪。非法占有的目的既包括使行为人自己非法占有的目的，也包括使第三者（包括单位）非法占有的目的。其一，刑法规定或者刑法理论要求以非法占有为目的，无非是要表明行为人是为了永久性地剥夺他人的财产，并遵从财物的经济用途进行利用；从而说明行为对法益（财产）的侵犯程度，标明罪与非罪、此罪与彼罪的界限。但不管是行为人本人非法占有，还是第三者非法占有，都同样说明行为对法益的侵犯程度。例如，甲为了自己有车开，盗窃了丙的一辆轿车，其行为侵犯了丙的财产。同样，甲为了乙有车开，盗窃了丙的一辆轿车后当场无偿交给乙使用，甲的行为也无疑侵犯了丙的财产；如果甲为了单位有车开，盗窃了丙的一辆轿车后立即无偿交付给单位使用，甲的行为仍然侵犯了丙的财产。由此看来，行为人是为了本人非法占有还是为了第三者非法占有，对法益的侵犯程度并不产生影响。从刑法的目的来说，丙的合法财产是受刑法保护的，不能说甲为了第三者或者某单位而盗窃丙的轿车时，丙的财产就不受刑法保护了。其二，刑法规定以及刑法理论上的“以非法占有为目的”，并没有限定为“以本人非法占有为目的”；既然如此，“以非法占有为目的”当然包含以第三者非法占有为目的。其三，将“非法占有目的”解释为包括使第三者或者单位非法占有为目的，同样能够使非法占有目的具有前述两个

机能：由于盗窃他人财物是为了使第三者或者单位不法所有，因而与盗用行为相区别；由于盗窃他人财物是为了使第三者或者单位遵从财物的经济用途进行利用，因而与毁坏财物相区别。其四，其他国家的刑事立法、刑法理论与司法实践，都没有将不法所有的目的限定为本人不法所有。例如，奥地利刑法第127条以下规定的各种取得财产的犯罪的主观要件都是“意图为自己或者第三人不法之利益”，而限于本人的利益；瑞士刑法第137条以下所规定的取得财产的犯罪的主观要件都是“为自己或第三人不法之利益”；其他许多国家的刑法也是如此。明确这一点，对于认定财产犯罪、经济犯罪具有特别重要的意义。从宏观上说，不要因为“以非法占有为目的”属于主观要件，便认为财产犯罪、经济犯罪的本质是行为人获得利益。实际上，犯罪的本质是侵犯法益，定罪与量刑从根本上考虑的是行为对法益的侵犯程度。当行为人是否获得利益与行为是否侵犯了法益出现不一致的现象时，司法人员应当注视的是行为是否侵犯了法益，而不是行为人是否获取了利益。从微观上说，明确非法占有目的包括使第三者或单位非法占有，可以解决许多具体问题。例如，当行为人为了单位利益而指使他人或者直接实施盗窃行为时，仍然具有非法占有目的，完全符合盗窃罪的主客观要件，应认定为（自然人）盗窃罪。再如，由于非法占有目的包含使第三者非法占有为目的，所以，盗窃等行为并不限于将他人财物转移为自己占有，而是包括将他人财物转移为自己或者第三者（包括单位）占有。又如，在共同盗窃案件中，没有非法占有目的的人，只要明知他人具有非法占有的目的，而实施盗窃的帮助行为的，也成为盗窃罪的共犯。如

何理解侵犯财产罪的客体 编者按：财产犯罪不仅发案率高，而且危害严重。但是，由于对财产犯罪构成要件的认识不一，对于同样的财产犯罪，不同的人民法院可能做出不同的判决，这一现象往往会影响刑罚处罚的公正性。为此，我们邀请刑法专家张明楷教授就侵犯财产罪中的若干疑难问题发表专题文章，以供司法机关办理财产犯罪案件时参考。具体内容包 括：如何理解侵犯财产罪的客体，如何理解刑法中的“以非法占有为目的”，如何处理抢劫罪中的疑难问题，如何理解和认定“携带凶器抢夺”，如何区分盗窃罪与诈骗罪，如何理解侵占罪中的疑难问题，如何区分盗窃罪与侵占罪。本版将连续刊载，敬请关注。侵犯财产罪分为两大类：毁坏财物的犯罪（毁弃罪）与取得财物的犯罪（取得罪）。根据是否转移占有，又可以将取得财物的犯罪分为转移占有的犯罪（如抢劫、抢夺、盗窃、诈骗）与不转移占有的犯罪（如侵占）。很明显，故意毁坏财物罪与侵占罪侵犯的也是财产所有权。问题在于：盗窃、诈骗、抢夺等财产犯罪所侵犯的客体（法益）是什么？这是认定财产犯罪必须明确的问题。因为刑法的目的是保护法益，犯罪的本质是侵犯法益，对具体犯罪的客体理解不同，对构成要件的理解就会产生差异。侵犯财产罪的许多问题，都与如何理解客体有关。国外刑法理论与审判实践的通说认为，盗窃罪等罪侵犯的是他人对财产的占有（一般含有某种限制条件）。我国刑法理论的通说认为，盗窃等罪的客体是财产的所有权整体（以下简称所有权说）。但是，所有权说在理论上存在疑问。（1）物权可以分为自物权与他物权；自物权是指权利人依法对自有物享有的物权，他物权是指权利人根据法律或合同的具体规定，

对他人所有之物享有的物权；所有权是惟一的自物权种类，即自物权就是所有权。根据所有权说，刑法只保护自物权，而不保护他物权。然而，他物权的内容比所有权丰富，应当受到刑法的保护。例如，债务人或者第三人盗窃质权人所留置的质物的，侵害了质权人的对质物的占有与收益，符合盗窃罪的特征。（2）财产性利益完全可以成为抢劫、诈骗、敲诈勒索等罪的对象，故债权可能成为抢劫、诈骗、敲诈勒索等罪的客体。但是，通说仅将财产所有权作为财产犯的客体，这又使得刑法的保护范围过窄。因为所有权与债权相并列，如果认为刑法只保护所有权，就意味着刑法并不保护债权，这恐怕不符合刑事立法精神与刑事司法实践。（3）市场经济的发展使得所有权的部分权能与作为整体的所有权在一定时空条件下发生分离；这种分离是有条件的、暂时的，它既可能给所有人带来相应价值，也会给占有、使用该财产的非所有人带来利益。对于这种相对独立的从所有权中分离出来的权能，刑法应予保护。如果认为刑法只是保护所有权整体，结局只是保护处分权，那么，实际上就否认了所有权的权能可以分离，也过于缩小了刑法的保护范围。所有权说在实践中也存在困惑。首先，根据所有权说，对于盗窃自己所有而由他人合法占有的财物的行为，不能认定为盗窃罪，因而缺乏合理性。例如，在分期付款购买商品的情况下，双方约定，在买方付清全部货款以前，商品由买主占有，但所有权属于卖方。而卖方在买方交付一部分货款后，将商品窃回。按照所有权说，卖方的行为没有侵害他人的财产所有权，只是取回了自己所有的财物，因而不构成盗窃罪。这一结论难以令人接受。再如，甲将自己的摩托车借给乙后，又从

乙处偷回来，并接受乙的“赔偿”。根据所有权说，甲的行为不成立盗窃罪。这也不合适。其次，根据所有权说，对于盗窃或者抢劫他人占有的违禁品、赌资、用于犯罪的财物等的行为，难以认定为盗窃罪或抢劫罪。因为这种行为没有侵犯占有者的所有权。通说常常认为这种行为侵犯了国家的财产所有权，但事实上并非如此。根据民法原理，在国家应当没收而还没有没收的情况下，国家对应当没收之物实际上并没有所有权。笔者认为，财产犯的客体首先是财产所有权及其他本权，其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有；但在相对于本权者的情况下，如果这种占有没有与本权者相对抗的合理理由，相对于本权者恢复权利的行为而言，则不是财产犯的客体。这里的“财产所有权”可以根据民法的规定来确定，即包括财产的占有权、使用权、收益权与处分权，而且将其作为整体来理解和把握。“本权”包括合法占有财物的权利（他物权）以及债权；在合法占有财物的情况下，占有者虽然享有占有的权利，却没有其他权利尤其没有处分权，否则就是享有所有权了。“需要通过法定程序恢复应有状态”既包括根据法律与事实，通过法定程序恢复原状，也包括通过法定程序形成合法状态。前者如甲盗窃了乙的财物后，在不符合自救行为的条件下，需要通过法定程序将甲所盗窃的财物返还给乙；甲对所盗窃财物的占有，就是需要通过法定程序恢复原状的占有。后者如甲盗窃了乙持有的海洛因，由于对于海洛因不存在返还与收归国有的问题，故需要通过法定程序销毁海洛因；甲对海洛因品的占有，就是需要通过法定程序形成合法状态的占有。这里的“占有”包括事实上的支配与法律上的支配；事实上的支配不仅包括物理

支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。但是，当某人对财物的不合理占有不能与本权者恢复权利的行为相对抗，则不是财产罪的保护客体。例如，甲盗窃了乙的手提电脑，乙采取威胁手段迫使甲返还该电脑的，不成立敲诈勒索罪。但乙采取威胁手段迫使甲提供其他财物的，仍然可能成立敲诈勒索罪。采取上述观点的理由如下：

1. 随着社会的发展，财产关系日益复杂化，所有权与经营权相分离的现象普遍存在。首先，股份公司中，所有人对其所有物的支配权，转化为仅对财产价值形态享有收益权为主的股权。其次，物权与债权相互交融，二者界限日益模糊。最后，信托业蓬勃发展，而受托人、信托人、受益第三人对有关财产享有何种权利则不甚明了。在如此复杂的财产关系面前，不能仅以所有权作为财产犯的法益，而应当将所有权以外的一些利益也作为法益予以保护。
2. 保护财产所有权的前提，是有效地保护对财物的占有本身。这是因为，对于所有人来说，虽然占有本身并不是最终目的，但它是所有人行使其他权能的前提，没有这个前提，便无所谓使用、收益和处分。另一方面，作为所有权的一项权能，占有可以通过一定方式转移给非所有人。当占有依照法律规定或所有人的意思与所有人相分离时，非所有人便获得了相对独立的占有权。这种他主的合法占有，也不是以单纯占有为目的，同样是为了使用、收益。所以，无论是对于所有人本人而言，还是对非所有人而言，占有都是实现其他权能的前提。既然如此，对占有本身就必须进行保护，否则必然造成财产关系的混乱。然而，为了保护基于正当合法理由的占有，其前提是有必要保护占有本身。将需要通过法定程序恢复应有

状态的占有作为刑法保护的客体，实际上才更有利于保护财产所有权。 3 . 本文的观点可能导致这样的现象：在民法上属于非法占有，而刑法却予以保护。然而，在民法上，非法占有确实不受到保护，但这在民法上只是意味着应当通过法律程序恢复应有状态，而不是说“因为行为人非法占有他人财物，所以该占有本身不受法律保护”。诚然，在与所有人相对抗的意义上说，行为人的占有确实是非法的，但相对于其他人而言，这种占有本身就是受法律保护的，即法律不允许他人任意侵害行为人非法占有的财物。也就是说，所谓民法不保护非法占有，意味着应当根据民法将财物返还给所有人；而刑法保护这种占有，意味着他人不得随意侵害该占有。 4 . 根据本文的观点，司法实践上的一些难题可以得到解决。例如，当自己所有的财物由他人占有时，行为人盗窃他人占有的该财物的，成立盗窃罪。盗窃、抢夺或者抢劫他人占有的违禁品、赌资或者用于犯罪的财物等的行为，应认定为盗窃罪、抢夺或抢劫罪。行为人（甲）以欺诈方法从盗窃犯人（乙）那里骗取其所盗财物的（丙所有的财物），构成诈骗罪。行为人故意毁坏他人非法占有的财物的，成立故意毁坏财物罪。债权人使用胁迫手段迫使债务人清偿债务的，如果债务人对财物的占有与债权人相对抗，而且这种对抗没有合理的理由，就不应当认定为敲诈勒索罪；如果对抗具有合理的理由，则具有成立敲诈勒索罪的可能性。盗窃罪被害人（甲）从盗窃犯人（乙）那里窃取自己所有的被盗摩托车的，由于乙对摩托车的占有与所有权人甲相对抗，而且这种对抗没有合理理由，相对于所有权人甲行使权利的行为而言，乙对摩托车的占有不是财产犯的客体，故甲窃回该摩

托车的，不成立侵犯财产罪。如何理解和认定“携带凶器抢夺”刑法第二百六十七条第二款规定，携带凶器抢夺的，以抢劫罪定罪处罚。该规定有三个方面的问题需要讨论：本规定的性质；凶器的含义与认定；携带的含义与认定。1. 本规定属于法律拟制，而非注意规定。注意规定是在刑法已作相关规定的前提下，提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定。注意规定的设置，并不改变相关规定的内容，只是对相关规定内容的重申；即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据（按相关规定处理）。如刑法第三百八十二条第三款便属于注意规定，即使没有该款的规定，对于一般公民与国家工作人员相勾结伙同贪污的，也应认定为贪污罪的共犯。法律拟制（或法定拟制）则不同，其特点是将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理，即A行为原本并不属于B犯罪，但刑法仍然规定将A行为认定为B罪，适用B罪的法律效果。例如，刑法第二百六十九条所规定的准抢劫，原本并不符合抢劫罪的特征，如果没有刑法第二百六十九条的规定，对所谓准抢劫行为只能认定为盗窃、诈骗、抢夺罪与故意伤害等罪（如暴力、胁迫等并没有造成伤害，则只能认定前一罪），但刑法仍然规定对该行为以抢劫罪论处。所以，第二百六十九条属于法律拟制。刑法第二百六十七条第二款的规定也属于法律拟制，即只要行为人携带凶器抢夺，就以抢劫罪论处，而不要求行为人使用暴力、胁迫或者其他方法。首先，虽然刑法同时规定了抢劫罪与抢夺罪，但对于这两个犯罪的区别，刑法完全没有必要设置注意规定。其次，刑法所规定的是“携带”凶器抢夺，携带凶器与使用凶器具有原则区别。换言之，携带凶器抢夺原本并不符合刑

法第二百六十三条规定的抢劫罪的构成要件，如果没有刑法第二百六十七条第二款的规定，司法机关对携带凶器抢夺的行为，只能认定为抢夺罪。在这种情况下，刑法仍然规定对携带凶器抢夺的行为以抢劫罪论处，就说明本款属于法律拟制，而非注意规定。之所以设立该规定，是因为抢夺行为虽然是乘人不备夺取他人财物，但被害人会立即发现被抢夺的事实，而且在通常情况下会要求行为人返还自己的财物；而行为人携带凶器抢夺的行为，客观上为自己抗拒抓捕、窝藏赃物创造了便利条件，再加上主观上具有使用凶器的意识，使用凶器的盖然性非常高，从而导致其行为的危害程度与抢劫罪没有实质区别。

2. 凶器的含义与认定。

所谓凶器，是指在性质上或者用法上，足以杀伤他人的器物。凶器必须是用于杀伤他人的物品，与犯罪工具不是等同概念，故仅具有毁坏物品的特性而不具有杀伤他人机能的物品，不属于凶器。例如，行为人为了盗窃财物而携带的用于划破他人衣服口袋、手提包的微型刀片，就不宜称为凶器。凶器分为性质上的凶器与用法上的凶器。性质上的凶器，是指枪支、管制刀具等本身用于杀伤他人的物品。性质上的凶器无疑属于刑法第二百六十七条第二款规定的凶器。用法上的凶器，是指从使用的方法来看，可能用于杀伤他人的物品。如家庭使用的菜刀，用于切菜时不是凶器，但用于或准备用于杀伤他人时则是凶器。问题在于：在何种情形下，可以将具有杀伤力的物品认定为凶器？对此，应综合考虑以下几个方面的因素：

- (1) 物品的杀伤机能的高低。某种物品的杀伤机能越高，被认定为凶器的可能越大。因此，行为人使用的各种仿制品，如塑料制成的手枪、匕首等，虽然在外观上与真实的凶器

一样，但由于其杀伤他人的物理性能较低，不能认定为凶器。（2）物品供杀伤他人使用的盖然性程度。一方面，在司法实践中，行为人所携带的物品是否属于违法犯罪嫌疑人通常用于违法犯罪的凶器，如果得出肯定结论，则被认定为凶器的可能性大；另一方面，行为人所携带的物品在本案中用于杀伤他人的盖然性程度，这一点与“携带”的认定密切联系。（3）根据一般社会观念，该物品所具有的对生命、身体的危险感的程度。当不具有持有资格的人持有枪支时，一般人会产生很强的危险感。但是，并非具有杀伤机能的物品都是凶器，物品的外观也是需要考虑的因素。汽车撞人可能导致瞬间死亡，但开着汽车抢夺的，难以认定为携带凶器抢夺。这是因为一般人面对停在地面或者正常行驶的汽车时不会产生危险感。（4）物品被携带的可能性大小，即在通常情况下，一般人外出或在马路上通行时，是否携带这种物品。换言之，根据一般人的观念，在当时的情况下，行为人携带凶器是否具有合理性。一般人在马路上行走时，不会携带菜刀、杀猪刀、铁棒、铁锤、斧头、锋利的石块等。携带这些物品抢夺的，理当认定为携带凶器抢夺。

3．携带的含义与认定。

所谓携带，是指在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所，将某种物品带在身上或者置于身边附近，将其置于现实的支配之下的行为。携带是持有的一种表现形式。持有只要求是一种事实上的支配，而不要求行为人可以随时时刻刻地现实上予以支配；携带则是一种现实上的支配，行为人随时可以使用自己所携带的物品。手持凶器、怀中藏着凶器、将凶器置于衣服口袋、将凶器置于随身的手提包等容器中的行为无疑属于携带凶器。此外，使随从者实施这些行为的，

也属于携带凶器。例如，甲使乙手持凶器与自己同行，即使由甲亲手抢夺丙的财物，也应认定甲的行为是携带凶器抢夺（以乙在现场为前提，但不以乙与甲具有共同故意为前提）。携带行为通常可能出现两种情况：一是行为人事先准备好了凶器，出门后便一直携带，然后伺机抢夺；二是行为人在抢夺之前于现场或现场附近获得凶器（如捡起路边的铁棒等），然后乘机抢夺。笔者认为，携带凶器应具有随时可能使用或当场能够及时使用的特点，即具有随时使用的可能性，否则，不能认定为携带凶器抢夺。例如，民工外出打工时，将菜刀放在棉被中捆好后背在背后；实施抢夺时，被警察抓获；警察查看棉被时发现了菜刀。对此，不能认定为携带凶器抢夺。但是，携带凶器不要求行为人显示凶器（将凶器暴露在身体外部），也不要求行为人向被害人暗示自己携带着凶器。因为从用语来看，携带（物品）一词并不具有显示、暗示物品的含义；从构成要件符合性方面来看，显示或者暗示自己携带凶器进行抢夺的行为，本身“可能”完全符合普通抢劫罪的构成要件；从实质上看，这种行为比当场扬言以进行暴力威胁的抢劫行为，在危害程度上有过之而无不及。如果将携带凶器抢夺限定为必须显示或者暗示自己携带着凶器而抢夺，刑法第二百六十七条第二款就丧失了法律拟制的意义，而成为注意规定。再者，抢夺行为表现为乘人不备而夺取财物，既然是“乘人不备”，通常也就没有显示或者暗示凶器的现象。基于同样的理由，携带凶器更不要求行为人使用所携带的凶器。如果行为人使用所携带的凶器强取他人财物，则完全符合抢劫罪的构成要件，应直接适用刑法第二百六十三条的规定；行为人在携带凶器而又没有使用凶器的

情况下抢夺他人财物的，才应适用第二百六十七条第二款的
规定。所谓没有使用凶器，应包括两种情况：一是没有针对
被害人使用凶器实施暴力；二是没有使用凶器进行胁迫。如
果行为人携带凶器并直接针对财物使用凶器进而抢夺的，则
仍应适用刑法第二百六十七条第二款。例如，行为人携带管
制刀具尾随他人，乘他人不注意时，使用管制刀具将他人背
着的背包带划断，取得他人背包及其中财物的，应适用刑法
第二百六十七条第二款，而不能直接适用刑法第二百六十三
条的规定。携带凶器也是一种主客观统一的行为。由于性质
上的凶器属于违禁品，故携带者通常具有使用的意识，不会
产生认定上的困难。而用法上的凶器是可能用于杀伤他人的
物品，如果行为人已经使用所携带的菜刀、铁棒、石块等杀
伤他人或者威胁他人，这些物品肯定属于凶器。但如上所述
，在携带凶器抢夺的场合，行为人并没有使用所携带的物品
；要认定行为人所携带的物品属于凶器，还得从主观方面加
以认定，即要求行为人具有准备使用的意识。准备使用的意
识应当包括两种情况：一是行为人在抢夺前为了使用而携带
该物品；二是行为人出于其他目的携带可能用于杀伤他人的
物品，在现场意识到自己所携带的凶器进而实施抢夺行为。
反之，如果行为人并不是为了违法犯罪而携带某种物品，实
施抢夺时也没有准备使用的意识，则不宜适用刑法第二百六
十七条第二款。 如何理解侵占罪中的疑难问题 侵占罪，是指
将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还
的，或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较
大，拒不交出的行为。侵占罪实际上可以分为两种类型：一
是普通侵占；二是侵占脱离占有物。实务中存在争议的问题

是：如何理解侵占罪中的“代为保管”？如何解释“占为己有”？“拒不退还”、“拒不交出”与“占为己有”是什么关系？如何认定“遗忘物”？下面对此进行分析。

1．普通侵占的对象是代为保管的他人财物。首先，“保管”是一种事实上的支配或者控制；“代为”说明行为人不享有所有权。因此，应将代为保管理解为刑法上的占有，即对财物具有事实上或者法律上的支配力的状态，或者说，包括事实上的支配与法律上的支配。事实上的支配，不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。法律上的支配，是指行为人虽然没有事实上占有财物，但在法律上对财物具有支配力。例如，不动产的名义登记人占有该不动产；提单或有价证券的持有人占有提单或有价证券所记载的财物。因为侵占罪的特点是将自己占有的财产不法转变为所有，因此，只要某种占有具有处分的可能性，便属于侵占罪中的代为保管，即占有。不动产的名义登记人完全可能处分不动产，提单等有价证券的持有人也完全可能处分提单等记载的财物，所以，应认定为侵占罪中的代为保管（占有）。但是，不管是事实上的支配还是法律上的支配，都应以财物的所有人与行为人之间存在委托关系为前提。委托关系发生的原因多种多样，如租赁、担保、借用、委任、寄存等等。委托关系不一定要有成文的合同，根据日常生活规则，事实上存在委托关系即可。行为人所占有的财物，必须是他人所有的财物；对自己所有的财物不可能成立侵占罪。基于不法原因而委托给付的财物能否成为本罪的对象，是需要研究的问题。例如，甲欲向国家工作人员行贿，而将财物委托给乙转交，但乙将该财物据为己有。乙的行为是否

构成侵占罪？刑法理论上存在不同学说。肯定说认为，虽然甲在民法上没有返还请求权，但并没有因此丧失财物的所有权，相对于乙而言，该财物仍然属于“自己占有的他人财物”；刑法与民法的目的不同，即使上述委托关系在民法上不受保护，也不影响侵占罪的成立。否定说认为，甲对该财物没有权利请求返还，故可以认为该财物所有权已经不属于甲，因此，乙没有将“他人财物”据为己有；如果将乙的行为认定为犯罪，则破坏了法秩序的统一性，违反了刑法的谦抑性；侵占罪不只是侵犯财产，还有破坏委托信任关系的一面，而甲的委托与乙的收受之间，并不存在一种法律上的委托信任关系。折中说主张分清不法原因给付与不法原因委托，前者是基于不法原因终局性地转移财物；后者只是基于不法原因将财物暂时委托给他人。将不法原因给付物据为己有的，不成立犯罪；但将不法原因委托物据为己有的，则成立侵占罪。笔者赞成否定说。因为甲毕竟没有财物返还请求权，不能认定乙侵占了甲的财物；另一方面，由于财物由乙占有，也不能认为该财产已经属于国家财产。当然，这并不意味着乙取得财物是合法的，由于该财物事实上具有非法性质，应当予以没收。窝藏或者代为销售的赃物能否成为侵占罪的对象，也是需要研究的问题。例如，甲为盗窃犯，将其盗窃的财物委托乙窝藏或者代为销售，但乙将该财物据为己有或者将销售后所得的现金据为己有。肯定说认为，虽然乙是接受盗窃犯的委托，但其受托占有的财物仍然是他人的财物，而且事实上占有着该财物，故其行为属于将自己占有的他人财物据为己有，成立侵占罪。但否定说认为，乙虽然接受了盗窃犯的委托，但盗窃犯并不是财物的所有人，既然如此，

甲与乙之间就不存在任何形式的所有人与受托人之间的委托关系，故不成立侵占罪；乙将赃物或现金据为己有的行为，可以由赃物犯罪吸收，没有必要另以侵占罪论处。笔者赞成否定说。所应补充说明的是，不能认为乙与原被害人之间具有委托关系，因为事实上根本不存在这种关系；也不能认为乙的行为侵犯了原被害人的财产所有权，因为原被害人的财产所有权整体已受到了甲的盗窃行为的侵害。

2. 侵占罪客观上必须有侵占行为。

关于侵占行为的性质，刑法理论上存在取得行为说与越权行为说。越权行为说认为，所谓侵占，是指破坏委托信任关系，对委托物实施超越权限的行为。取得行为说认为，所谓侵占，是指将占有变为不法所有的一种取得行为。我国刑法条文将侵占行为表述为“占为己有”，显然采取了取得行为说，即将自己暂时占有的他人财物不法转变为自己所有的财物，不按协议与要求退还给他人；或者以财物的所有人自居，享受财物的所有权的内容，实现其不法所有的意图。“占为己有”既可以是作为，也可以是不作为，具体表现为将自己代为保管的财物出卖、赠与、消费、抵偿债务等等。正因为如此，侵占罪的行为没有侵犯财物的占有，只是侵犯了他人财产所有权。所应注意的是，对非法占为“己有”不能作字面意义或者狭义的理解，而应按刑法精神作实质的扩大解释。因为侵占行为的本质是侵犯他人所有权，事实上，除了将代为保管的他人财物占为己有会侵犯他人的财产所有权外，将代为保管的他人财物转移给第三者（包括单位）的，也侵犯了他人的财产所有权，理当以侵占罪论处。例如，乙委托甲将一贵重物品从北京带给广州的丙，甲将该物品带至广州后，见到来车站接自己的丁时，直接

将该物品转移给丁所有。显然，甲的行为构成侵占罪。所以，可以将非法占为“己有”理解为非法占为“己方”（第三者）所有。

3．刑法第二百七十一条除规定了“非法占为己有”外，还要求“拒不退还”、“拒不交出”（为了论述方便，下面仅以“拒不退还”为例）。那么，如何理解拒不退还呢？它与非法占为己有是什么关系呢？这也是需要研究的问题。通说认为，非法占为己有之后，经他人要求而退还的，就不成立犯罪。易言之，只有在非法占为己有之后，又经要求退还而拒不退还的，才成立侵占罪。还有人认为，只要在司法机关立案前归还的，都不成立侵占罪。甚至还有人主张，在一审判决前归还的，都不以侵占罪论处。果真如此，侵占罪将形同虚设，或者只有那些“过于糊涂”的人才可能构成侵占罪。笔者认为，“非法占为己有”与“拒不退还”表达的是一个含义：将自己占有的他人财物变为自己所有的财物。因为行为人非法占为己有，如将自己代为保管的财物出卖、赠与、消费、抵偿债务等时，就充分表明他拒不退还。同样，行为人拒不退还时，也表明他“非法占为己有”。当然，行为人没有以所有人自居处分财产，仍然保管着财物时，只要所有人或其他权利人未要求归还，即使超过了归还期限，也难以认定为“非法占为己有”，因而不宜认定为侵占罪。但如果所有人或其他权利人要求行为人归还而行为人拒不归还的，即使没有进行财产处分，也表明其“非法占为己有”。所以，“拒不退还”只是对“非法占为己有”的强调，或者说只是对认定行为人是否“非法占为己有”的一种补充说明。

4．如何理解遗忘物？侵占罪还包括将他人的遗忘物非法占为己有，拒不交出的行为。关于遗忘物，首先需

要研究的问题是：它与遗失物之间是否存在区别？一种观点认为，遗忘物与遗失物存在区别，前者是财物的所有人或持有人将所持财物放在某处，因疏忽忘记拿走；后者是指失主丢失的财物。具体区别为：（1）前者一经回忆一般都能知道财物所在位置，也较容易找回；后者一般不知失落何处，也不易找回。（2）前者一般尚未完全脱离物主的控制范围；而后者则完全脱离了物主的控制。（3）前者一般脱离物主的时间较短；后者一般脱离物主的时间较长。据此，侵占所谓遗失物的行为不构成侵占罪。笔者认为，不应区分遗忘物与遗失物，换言之，刑法上的遗忘物概念包含遗失物。上述观点的第（1）个区别，导致行为是否成立犯罪取决于被害人记忆力的强弱，其合理性值得怀疑；而且当被害人起先不知失落何处，后经回忆知道财物所在位置时，行为人的行为又由无罪变为有罪，这也不合适。上述观点的第（2）（3）个区别，有将被害人占有的财物与遗忘物相混淆之嫌，因为根据社会的一般观念，当财物尚未脱离被害人的控制范围或者脱离时间较短时，应属于被害人占有的财物，而非遗忘物。事实上，区别遗忘物与遗失物是相当困难甚至不可能的。即使可以明确区分二者，从实质上说，对侵占遗失物数额较大的行为，也有值得以刑法进行规制的必要。其次，对遗忘物也不能完全作字面意义的理解，而宜理解为“非基于他人本意而失去控制，偶然（即不是基于委托关系）由行为人占有或者占有人不明的财物”。因此，他人因为认识错误而交付给行为人的金钱、邮局误投的邮件、楼上飘落的衣物、河流中的漂流物等，只要他人没有放弃所有权的，均属于遗忘物。

超期羁押的刑事责任探究 超期羁押，一般是指在刑

事诉讼中，有关办案机关与办案人员依法对犯罪嫌疑人、被告人采取刑事拘留、逮捕强制措施后，羁押时间超过刑事诉讼法规定期限的行为。本文分析了超期羁押的危害性及其普遍存在的认识偏差，剖析了对超期羁押行为追究刑事责任的理念障碍，探讨了超期羁押的行为性质与处罚范围。关键字：超期羁押 刑事责任 超期羁押、刑讯逼供、刑事案件辩护难

，是当前刑事诉讼中存在的三种严重现象，前两种现象直接侵犯了犯罪嫌疑人、被告人人身自由，后一种现象导致犯罪嫌疑人、被告人人身自由难以得到法定的保障。这三种严重现象都是司法权力没有受到限制所致。法治观念逐步深入人心，而法治的核心却是限制国家权力（包括司法权力）、保障公民自由。在此意义上说，克服上述三种现象是法治的要求。刑法明文规定了“刑讯逼供罪”及其刑事责任，故对现实中的刑讯逼供行为是否追究刑事责任，已经不是刑事立法问题。由于刑法没有明文规定“超期羁押罪”，于是存在认识上的分歧与偏差。本文仅就超期羁押的刑事责任进行初步探究。

一、超期羁押的严重危害与认识偏差 超期羁押，一般是指在刑事诉讼中，有关办案机关与办案人员依法对犯罪嫌疑人、被告人采取刑事拘留、逮捕强制措施后，羁押时间超过刑事诉讼法规定期限的行为。超期羁押现象，既可能存在于侦查阶段，也可能存在于审查起诉阶段与审判阶段，因此，超期羁押的实施者，既可能是公安机关、国家安全机关及其办案人员，也可能是检察机关、审判机关及其办案人员。超期羁押的非法性至为明显。暂时撇开宪法、刑法而论，超期羁押行为最明显、最直接地违反了刑事诉讼法关于拘留、逮捕期限的规定。“在确保刑事诉讼程序的措施中，羁押

是对个人自由影响最严重、深远的侵害；另一方面，羁押对有效的刑事司法而言，在许多情形下却是不可缺少的措施。

”正因为羁押具有两重性，所以，“在一法治国家中，处理冲突的原则，并不定位在国家与人民对立的理论下；国家本身有义务达成二项目的，即一方面经由刑事侦查来确保秩序，二方面则也要对人民的自由加以保护。”于是，刑事诉讼法“将羁押的范围及限度定在最有必要的情形下。”

刑事诉讼法规定拘留、逮捕等措施，是为了确保刑事诉讼程序的进行以及刑罚的执行；刑事诉讼法同时严格规定这些措施的适用条件与期限，就是为了保障犯罪嫌疑人、被告人的人身自由。超期羁押形式上是对羁押期限规定的违反，实质则是对公民人身自由的侵害。当国家机关以适用法律的名义，利用国家机器剥夺公民的人身自由时，其对公民人身权利侵害的普遍性、严厉性，远远超过普通公民的侵害行为。从人身自由被剥夺的程度来看，被超期羁押的犯罪嫌疑人、被告人均被关押于戒备森严的看守所，其人身自由被彻底剥夺。从时间上看，超期羁押的期限少则几个月，多则几年，有的甚至十几年。这两点足以说明超期羁押行为的危害程度。不仅如此，在许多情况下，超期羁押比司法机关将无罪错判有罪的危害性有过之而无不及。因为预测可能性是公民自由的前提，没有预测可能性就没有自由可言。倘若我们不知道他人是否会随时侵犯我们的自由，不知道国家在什么情况下会剥夺或限制我们的自由，即使我们的生命、身体于一定期间内在客观上没有遭受侵犯，也会因为不知何时会遭受飞来横祸而忐忑不安。但预测可能性除了要求能够预测何种行为是犯罪以外，还要求能够预测行为的具体法律后果。“量刑对于

被告人来说是吸引他极大关注的具有重大意义的事情。因此，量刑的结果最好能够为当事者所预测。” 基于同样的理由，刑罚处罚的结果能够为当事人所预测、所知晓，也有利于保障其人权。在无罪错判有罪的情况下，被错判的人能够预测自己何时可以获得自由，因而他总是抱有重获自由的希望；他还可以通过立功等表现，获得减刑或者假释。而超期羁押至何时为止，被羁押者根本无法预测，或者说，他根本不知道自己何时可以获得自由。被羁押者的自由依赖于有关机关与办案人员将案件查明，但事实上，各种证据随着时间的流逝而失散、湮灭，他获得自由的可能性会越来越小、希望越来越渺茫。既然刑事立法、刑事司法与刑法理论皆认为司法工作人员故意将无罪错判有罪具有严重的危害性，并因此追究刑事责任，那么，就没有理由否认超期羁押的危害性及其刑事责任。在实践中，超期羁押也导致故意将无罪判有罪、将轻罪判重刑。因为羁押时期过长，如果结局宣告无罪，随之应是国家赔偿；可相关机关均不愿意成为赔偿义务主体；为了不承担国家赔偿责任，于是故意将无罪判有罪，使各机关皆大欢喜。同样，由于羁押时间过久，即使后来查出一个轻罪，但由于羁押折抵刑期，为了避免羁押期限长于刑期的尴尬局面，便故意轻罪重判，使他人觉得超期羁押也不冤枉。在某种意义上，这种将无罪判有罪和将轻罪判重刑，也是缘于超期羁押。换言之，在一些场合，非法剥夺人身自由的超期羁押行为，导致了将无罪判有罪和将轻罪判重刑的更为严重的非法剥夺人身自由的结果。超期羁押也侵犯了公民对国家机关公务的公正性的信赖，降低了国家机关的权威性，损害了国家机关的形象。如果被羁押者确实犯有罪行，

但司法机关不能证明其有罪，公民会认为司法机关无能力惩罚犯罪、保护法益，会认为其工作人员不具有或者丧失了作为司法工作人员的资格，由此导致司法机关权威性的降低。如果被羁押者确实未曾犯罪，而司法机关无限制地超期羁押，公民会认为司法机关具有随意剥夺公民自由的特权。我们试作如下比较：一位普通公民甲，在自己的住宅抓获了入户抢劫的乙，甲掌握了乙入户抢劫的确凿证据，并将其关押了几天。毫无疑问，甲的行为构成非法拘禁罪。一个公安、司法机关或其工作人员A，掌握了B入户抢劫的部分证据，因而怀疑B入户抢劫，但在没有充分、确凿证据的情况下，却可以将B长期关押，甚至想关押多久便关押多久、欲关押在何处就关押在何处。这给人们的印象是，保障公民自由的国家机关可以无限制地剥夺公民自由，国家机关及其工作人员有非法关押他人的特权。这种印象的产生与存在，即是对国家机关形象的贬低与损害。现在，越来越多的人认识到了超期羁押的非法性与严重性，有关国家机关非常重视超期羁押现象，有关部门三令五申禁止超期羁押，但是，超期羁押现象并没有得到有效抑止，边清边超、前清后超问题重复出现，严重超期羁押、久押不决案件仍然难以解决。原因可谓方方面面。例如，人们对超期羁押的严重性与危害性认识不足，在刑事诉讼过程中重实体轻程序，缺乏疑罪从无、从轻的观念，担心将犯罪嫌疑人、被告人释放后会承担责任，有关机关监督不力，刑事诉讼制度存在缺陷，如此等等。为了避免篇幅过长，我只分析认识方面的三个偏差：第一，实行超期羁押的人总是相信自己的感觉。我们常常听到这样的说法：“这个被害人肯定是他杀的，只是现在没有证据，只要

认真查，肯定可以查出来。”“这件事绝对是他干的！我的感觉不会错。”但是，既然没有证据证明被羁押者杀了人，凭什么感觉是他杀了人呢？为什么要相信自己的感觉是正确的呢？如果感觉都是正确的，为什么法律要求以充分、确凿的证据证明犯罪呢？再说，为什么置法律依据于不顾，而将自己的感觉作为依据呢？说到底，任自己感觉办案的人，其实没有证据意识、缺乏法律意识。第二，实行超期羁押的人习惯于认为，将犯罪嫌疑人、被告人予以羁押是具有法律根据的，因而不会构成犯罪。可是，这种认识并不妥当。就与时空相关联而言，行为的合法性大体上可以分为两类：一类行为的合法性不取决于其实施的时间与地点，因而只要符合条件，在任何时间、地点都是合法的。之所以如此，是因为在符合条件的情况下，这类行为在任何时间、地点都不会侵犯他人的法益，甚至有利于国家与人民。大多数行使权利的行为都是如此。另一类行为的合法性取决于其实施的时间与地点，在具备适用条件、符合规定期限的情况下，该行为具有合法性；不符合规定期限或者超过期限时，该行为便不再具有合法性，而只具有非法性。之所以如此，是因为这类行为本身具有侵犯法益的性质。例如，在追诉期内追究犯罪人的刑事责任，是合法的，但在超过追诉时效之后追究他人的刑事责任，则是非法的。再如，当犯罪人将人民法院判决的5年有期徒刑执行完毕之后，有关机关或其工作人员继续关押该人便不具有合法性。超期羁押也是如此。尽管有关机关当初依据刑法、刑事诉讼法羁押嫌疑人、被告人是合法的，但当羁押期限届满后，这种羁押便不再具有合法性。所以，合法的行为并非永远都是合法的，合法行为超过一定期限就

可能转变为犯罪行为。第三，实行超期羁押的人对刑事法的本质没有正确认识。人们常说，刑事法“是打击犯罪的武器”；当某个刑事法律颁布后，报刊上的醒目标题常常是：“某某法律为司法机关打击犯罪提供了强大的法律武器！”这种“武器论”或“工具论”导致了极为严重的认识偏差：既然刑事法是打击犯罪的武器，所以，只要是有利于打击犯罪的，都是符合刑事法精神的；既然刑事法是打击犯罪的武器，适用刑事法的人员就不是刑事法规制的对象；既然刑事法是司法机关打击犯罪的武器，掌握武器的机关及其工作人员便应充分运用；既然拘留与逮捕是打击犯罪的手段之一，有权运用这一手段的机关及其工作人员便要尽量利用，于是想拘留就拘留、想逮捕就逮捕，想羁押多久便羁押多久。因为这些做法都是对打击犯罪的法律武器的运用。然而，刑事法不是打击犯罪的武器，而是限制司法权力的羁绊。1979年7月1日以前（就实施而言，应为1980年1月1日以前），我国没有刑法典，也没有刑事诉讼法，只有几个单行条例，绝大部分犯罪都没有法律规定，但任何犯罪行为都受到了打击（有些现在看来是犯罪但没有被打击的行为，是因为当时人们不认为是犯罪），而且打击得相当及时，还可以做到想怎么打击就怎么打击。可见，没有刑法照样可以打击犯罪。既然没有刑法与刑事诉讼法也能及时打击犯罪，为什么国家偏要制定刑法与刑事诉讼法呢？显然，第一是为了明确行为的评价标准，使公民对自己及他人的行为与后果都具有预测可能性，从而在法律范围内自由行使权利，不致使公民的行为萎缩。第二是为了限制司法权力，保障公民个人自由不受国家刑罚权的不当侵害。根据罪刑法定原则，只要行

为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处罚，这便限制了国家刑罚权的发动；对犯罪人也只能根据刑法的规定予以处罚，不得超出刑法规定的范围科处刑罚，这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此，刑法既是“善良人的大宪章”（保障善良国民的自由），也是“犯罪人的大宪章”（保障犯人自身的自由）。事实上，在盛行法律虚无主义与砸乱公检法的时代，人们早就意识到了法律限制权力；正是因为法律束缚了一些人的手脚，限制了一些人的权力，所以才出现否定法律、否定法治的现象；如果当时没有意识到法律限制权力，仅认识到法律是对阶级敌人实行专政的工具，那么，在阶级斗争的时代就应当不断地制定法律、严格地适用法律，而绝对不可能否定法律、否定法治。所以，法律限制权力是一个无可争辩并早已被人们明确的事实与理念。刑事诉讼法对羁押期限的规定，显然不是为了规制一般公民的行为，而是为了规则司法人员的行为，这便是对司法权力的限制，从而保障公民自由。中国正在走向法治国家。

“撇开所有的技术细节，法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束??这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划它自己的个人事务。”

越是实行法治，国家机关越应限制其权力。所以，司法机关应当彻底摒弃“武器论”、“工具论”；必须充分意识到，任何一部刑事法律，都是对自己权力的限制；突破这种限制，便是权力的滥用；权力的滥用，必然造成对公民自由的侵害。二、追究超期羁押行为刑事责任观念障碍及其克服正因为超期羁押行为严重侵犯了公民的人身自由以及公民对

国家机关的信赖，所以，外国刑法以及旧中国刑法，均明文将特殊公务员滥用职权非法羁押他人的行为规定为犯罪。如法国刑法对超期羁押行为规定得非常详细。其第432-5条第1款规定：“行使公安司法权力的人，或者负责公共事业服务任务的人，在履行职务或任务中，或者在履行职务或任务时，明知发生非法剥夺自由之事实，在其有权终止此事实时，故意不予终止，或者在其无权力终止此种事实时，故意不提请有主管权利之当局进行干预的，处3年监禁并科30万法郎罚金。”该条第2款规定：“前款所指之人，在履行职务或任务中，或者在履行职务或任务时，明知发生确证属于非法剥夺自由之事实，在其有权进行必要审查时，故意不进行必要审查，或者在其无审查权力时，故意不将吁请审查的要求转送主管当局，致使剥夺自由之事实经确认属于非法但仍在继续的，处1年监禁并科10万法郎罚金。”第432-6条规定：“监狱管理人员在没有符合法律规定之逮捕证、法院判决书或命令的情况下，接收或扣留某人，或者无故延续拘禁时限的，处2年监禁并科20万法郎罚金。”其对超期羁押的严厉禁止可见一斑。德国、意大利、俄罗斯、日本、韩国等国刑法，均以不同的体例与表述将超期羁押规定为犯罪。旧中国1935年刑法第125条规定：“有追诉或处罚犯罪职务之公务员，为左列行为之一者，处一年以上七年以下有期徒刑：一、滥用职权为逮捕或羁押者。因而致人于死者，处无期徒刑或七年以上有期徒刑，致重伤者，处三年以上七年以下有期徒刑。”1936年“最高法院”上字第3652号指出：“刑法第一百五十五条第一项第一款之滥权羁押罪，不仅指羁押之始具有滥用职权之违法情

形，即先以合法原因羁押，而其后原因消灭，复以不法意思继续关押者，仍属滥权羁押，不能解免前项罪责。”这一判旨明确指出，超期羁押构成滥用职权羁押罪。连旧中国都能做到的有利于保障公民人身自由的事情，新中国没有理由不做到。可是，长期以来，对超期羁押行为未能追究刑事责任；这反过来又成为超期羁押现象严重的原因，造成恶性循环。之所以未能追究超期羁押的刑事责任，原因也是林林种种，如对超期羁押的危害性认识不足，犯罪主体不易确定，超期羁押太普遍因而担心打击面过大，如此等等。下面我只讨论三个方面的观念障碍：第一，人们习惯于认为，超期羁押不是为了谋取私利，而是为了打击犯罪即为公，所以不宜追究刑事责任。显然，在决定行为是否成立犯罪时，这种观念主要考虑的是行为人主观上是利他动机还是利己动机，出于利他动机超期羁押的，不成立犯罪；出于利己动机非法关押他人的，是自私自利的表现，可能成立犯罪。然而，根据刑法第2条的规定，刑法的目的是保护法益而不是禁止人们获得利益；根据刑法第13条的规定，犯罪的本质是对法益的侵犯而不是犯罪人获得利益。如果坚持这一点，就会发现，出于打击犯罪的动机而超期羁押的行为，也是犯罪行为。因为不管行为人是出于打击犯罪的动机超期羁押，还是出于报复等个人目的关押他人，其行为本身对被害人人身自由的侵害程度没有任何改变。我们不能说，如果行为出于打击犯罪的动机，其行为对被害人人身自由的侵害程度就轻微得多；反之，则严厉得多。不仅如此，从法益侵害程度上考虑，利用国家机器剥夺公民人身自由的行为，比普通公民剥夺他人人身自由的行为，有过之而无不及。诚然，行为人的主

观内容会影响其行为对法益的侵犯程度，但是动机只是导致行为人实施犯罪的主观原因，它只能从一个侧面说明行为人的主观恶性，而不能直接说明行为对法益的侵犯程度。据此，可以得出以下结论：在刑法没有规定动机是犯罪构成要件的情况下，动机的内容不影响行为对法益的侵犯性质与程度，因而不影响定罪；即使善良的动机、利他的动机也不例外。因为超期羁押不是为了谋取私利而不追究刑事责任观念，导致犯罪的本质是为了获取个人利益的结论，因而容易造成“只要行为人获得个人利益就是犯罪”的结局。以往将科技人员在周末为企业排忧解难而收取报酬的行为认定为受贿罪，就是因为科技人员获得了利益。然而，个人获得利益的行为，不一定侵犯了他人的利益；反之，侵犯他人法益的行为，行为人不一定获得利益。所以，是否成立犯罪的关键在于：行为是否侵犯了法益，而不是行为是否为了谋取个人利益。通俗地说，损人与利己并非绝对的对应关系，有的行为既损人又利己，有的行为只损人不利己，有的行为只利己不损人。犯罪的本质与刑法的目的，决定了司法机关应考虑的行为是否损人，而不是行为人是否利己。超期羁押的原因与理由多种多样，但我们应当关注的是其损人性（非法剥夺他人人身自由），进而肯定其犯罪性。第二，人们习惯于认为，超期羁押是国家机关所为，而国家机关不能成为非法拘禁罪、滥用职权罪的主体，所以，超期羁押行为不成立犯罪，否则违反罪刑法定原则。诚然，贯彻罪刑法定原则至为重要，但不能歪曲罪刑法定原则，不能作出错误的理解，也不能采取错误的判断方式。在我看来，认为超期羁押是国家机关所为因而不成立犯罪的观念，没有存在的余地。首先，某

种行为是否单位犯罪，必须以刑法的明文规定为限。即根据罪刑法定原则，如果刑法没有规定为单位犯罪的，即使是由单位集体实施的，也不能称为单位犯罪。既然刑法没有规定单位可以成为非法拘禁罪、滥用职权罪的主体，就不能认为所谓国家机关所为的超期羁押属于单位犯罪。主张超期羁押属于国家机关犯罪的人们，实际上是以自己主观确立的单位犯罪概念与特征为根据的，而忽视了刑法的明文规定（单位犯罪的法定性）。既然超期羁押不属于单位犯罪，就只能追究自然人的刑事责任。否则，对那些为了集体利益、经集体研究而杀人、抢劫、放火的，也不得追究刑事责任。这是不可思议的。其次，上述观念的判断方法是，将事实作为大前提，将法律作为小前提，然后得出了无罪的结论：超期羁押（非法拘禁、滥用职权）的主体是国家机关（大前提），刑法没有规定国家机关可以成为非法拘禁罪、滥用职权罪的主体（小前提），所以该行为无罪（结论）。然而，这种判断方式存在重大疑问。“从形式逻辑规则的观点来看，对法律案件的决定是根据三段论法作出的，其中法律规范是大前提，案件的情况是小前提，案件的决定是结论。把案件的决定看作是按照三段论法的规则得出的结论，对于彻底确立法制原则具有重要的意义，法制的实质就在于使所有主体的行为符合法律规范的要求。而在法的适用方面，只有当适用法的机关准确地和正确地把法律规范适用于一定的具体情况，即按照三段论法的规则决定法律案件时，才能出现这种相符合的情况。”因此，我们在判断构成要件符合性时，应当以法定的构成要件为大前提，以具体的事实为小前提，从而得出正确结论。以非法拘禁罪为例，就判断超期羁押行为是否

成立非法拘禁罪而言，应当采取以下方法：首先确定非法拘禁罪的构成要件，然后，判断超期羁押行为是否符合非法拘禁罪的成立要件，再得出是否构成犯罪的结论。在犯罪主体方面，非法拘禁罪要求行为人达到法定年龄、具有辨认控制能力，而现实上实施超期羁押的人肯定符合这一条件，所以完全符合非法拘禁罪的主体要件。倘若符合其他要件，当然成立本罪。再次，当刑法只规定了自然人主体，而行为由单位领导集体研究决定实施时，追究直接负责的主管人员与其他直接责任人员的刑事责任，并不违反罪刑法定原则。事实上，任何单位都可能为了单位的利益而实施任何犯罪行为，但任何国家的刑法都不可能规定单位可以成为一切犯罪的主体。法国新刑法规定了较多的法人犯罪，可谓最为完善，但也没有规定法人可以成为非法拘禁、超期羁押等犯罪的主体，而是追究滥用职权者的刑事责任。德国刑法典至今也没有规定单位犯罪，德国法院以严格遵守罪刑法定原则而闻名于世，但对于所谓的单位犯罪，德国法院均追究相关自然人的刑事责任，却没有人认为违反了罪刑法定原则。最后，说到底，上述观念忽视了犯罪的本质。如前所述，就对法益的侵犯来说，国家机关实施的犯罪行为与单纯自然人实施的犯罪行为没有区别，甚至更为严重。既然如此，在不违反罪刑法定原则的前提下，就没有理由不追究相关自然人的刑事责任。持上述观念的人，实际上重视的不是行为对法益的侵犯，而是行为人是否获得了利益。第三，人们习惯于认为，当个人自由与打击犯罪发生冲突时，打击犯罪优于个人自由。于是，在案件未能查明时，为了不致放纵犯罪，也不惜牺牲公民个人自由。这显然是社会本位的观念，这种观念强调、重

视社会法益，而轻视、忽视个人法益。然而，社会法益并不高于个人法益，只是个人法益的集合，是以个人法益为其标准所推论出来的。个人的一切法益都是受法律保护的，而社会法益的保护是受到限制的。“国家只不过是為了国民而存在的机构，是为了增进国民的福利才存在的。”?? “如果只是藉着‘国家的保护’、‘社会的保护’而不顾及到对于人类（社会人）存在的保证者，则此种形式上的保护，将不具有任何意义。因为任何法律秩序，必须顾及人类（社会人）生活的保护。”事实表明，如果只注重对社会法益的保护，就会导致个人法益的丧失。因为在这种情况下可能将个人作为保护社会法益的手段，从而牺牲个人法益。超期羁押便是如此。这种做法只是顾及羁押对刑事诉讼顺利进行的保证作用，而无视刑事诉讼对羁押的限制；这种做法将被羁押者作为打击犯罪的手段，而漠视其个人自由。反之，如果注重对个人法益的保护，则不会导致社会法益的丧失，因为社会法益是个人法益的集合；保护好每一个人的法益，是保护社会法益的最佳途径。如果确立了这一观念，就会认识到超期羁押行为对公民人身自由的严重侵犯性，不仅会自觉地减少超期羁押行为，而且对超期羁押行为追究刑事责任也不存在观念上的障碍。

三、超期羁押的行为性质与处罚范围

那么，如何追究超期羁押行为的刑事责任呢？第一个问题是，对超期羁押行为应何以罪论处？

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