

北京大学法学院 2011-2012 学年秋季学期

刑法分论笔记

听郭爷爷讲那过去的故事

-期末版+贺岁版-

(截至 12 月 16 日课)

郭自立教授 口述

张驰 笔录

33 楼 632 宿舍 版权所有

2011 年 12 月

第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	5
第 1 节 故意杀人罪	5
(一) 生命的开始与结束	5
1. 人的生命何时开始	5
2. 人的生命何时结束	6
(二) 故意杀人罪的具体问题。	8
1. 关于【故意杀人罪】中采用致命武器的问题	9
2. 客观要件方面，【故意杀人罪】中的因果关系问题	9
3. 主观要件方面，直接故意杀人和间接故意杀人之间的界限	9
4. 划清【故意杀人罪】与逼人自杀、诱骗他人自杀的行为。	10
5. 故意杀人和大义灭亲等的界限	10
6. 关于安乐死	10
第 2 节 过失致人死亡罪	13
过失致人死亡罪的构成要件	13
1. 犯罪客体	13
2. 客观方面	13
3. 犯罪主体	13
4. 主观方面	13
第 3 节 故意伤害罪	14
(一) 故意伤害犯罪	14
(二) 故意伤害罪与其他罪的界限	14
1. 【故意伤害罪】与【故意杀人罪】的界限	14
2. 【故意伤害罪】与【聚众斗殴罪】的界限	15
3. 【故意伤害罪】与【非法行医罪】【非法进行节育手术罪】的界限	16
4. 故意伤害致死与过失致人死亡的界限	16
第 4 节 组织出卖人体器官罪	16
组织出卖人体器官罪的犯罪构成	17
第 5 节 拐卖妇女儿童罪	17
(一) 拐卖妇女儿童罪的犯罪构成	17
1. 犯罪客体	18
2. 客观方面	18
(二) 划清与其他罪的界限	18
1. 【拐卖妇女儿童罪】与【诈骗罪】的界限	18
2. 有关收买被拐卖的妇女儿童行为	18

第 6 节 强奸罪 18

 (一) 强奸罪的犯罪构成 19

 1. 犯罪客体 19

 2. 客观方面 19

 3. 犯罪主体 20

 (二) 强奸罪的界限问题 21

 1. 【强奸罪】罪与非罪的界限 21

 2. 【强奸罪】与通奸罪的界限 21

 3. 对于“半推半就”行为是否定罪 21

第 7 节 强制猥亵、侮辱妇女罪 22

 强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪构成和刑事责任 22

 1. 犯罪客体 22

 2. 客观方面 22

 3. 犯罪主体 23

 4. 该罪的刑事责任 23

第 8 节 绑架罪 23

 (一) 绑架罪的犯罪构成 23

 1. 客观要件 23

 2. 主观要件 24

 3. 犯罪主体 24

 (二) 绑架罪的犯罪形态和罪数 24

 1. 【绑架罪】的既遂和未遂 24

 2. 【绑架罪】中的共同犯罪问题 25

 3. 【绑架罪】的罪数问题 25

 (三) 绑架罪的司法认定界限 26

 1. 罪与非罪的界限 26

 2. 【绑架罪】与【非法拘禁罪】的界限 26

 3. 【绑架罪】与【抢劫罪】的界限 26

第五章 侵犯财产罪 27

第 1 节 抢劫罪 27

 (一) 抢劫罪的概念和犯罪对象 27

 1. 抢劫智力成果是否为该罪犯罪对象 27

 2. 抢劫毒品、假币、淫秽物品的认定 27

 3. 抢劫枪支弹药的认定 28

 4. 抢劫赃物如何定罪 28

 (二) 抢劫罪的客观方面行为 28

 1. 关于抢劫赌资的行为 28

 2. 有关警察圈套 28

 3. 以暴力手段截取被有关国家机关扣押的财物的认定 29

 4. 抢劫家庭成员或近亲属的财产的认定 30

 5. 强迫债务人取消债务行为的认定 30

- (三) 抢劫犯罪的手段 30
 - 1. 关于使受害人不能反抗的手段的认定 30
 - 2. 暴力的程度如何理解 31
- (四) 抢劫罪加重处罚的几种情形 32
 - 1. 入户抢劫行为 32
 - 2. 在公共交通工具上的抢劫行为 32
 - 3. 如何理解多次抢劫 32
 - 4. 冒充军警人员抢劫 33
 - 5. 持枪抢劫 33
- (五) 抢劫罪的既遂与未遂 33
 - 1. 转化型抢劫的数额问题 33
 - 2. 抢劫与抢夺的区分 33

第 2 节 盗窃罪 34

- (一) 盗窃罪的犯罪对象 34
 - 1. 盗窃罪需要注意的犯罪对象 34
 - 2. 不能成为盗窃罪犯罪对象的物品 35
- (二) 盗窃罪客观方面的表现 36
- (三) 盗窃罪的犯罪主体 36
- (四) 盗窃罪的情节 37
 - 1. 接近起刑点可以判处【盗窃罪】的情节 37
 - 2. 达到起刑点可以不以犯罪论处的情节 37
 - 3. 其他严重或者特别严重情节的认定 37
- (五) 盗窃罪的未遂问题 38

第1节 故意杀人罪

第二百三十二条 【故意杀人罪】故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

(一) 生命的开始与结束

1. 人的生命何时开始

人的生命从何开始？人的生命从何结束？我国刑法教科书告诉我们，脱离母体、独立呼吸意味着一个人生命的开始。尽管刑法没有明确规定，我国都这样认为。但是在国外，【故意杀人罪】首先要从此讲起，特别是涉及堕胎、人工流产等问题。在美国，这甚至是大选中的一个大问题，持保守观点的共和党要反对堕胎才能获得选民支持，民主党则要支持。

西方世界上有三大宗教，基督教（包括天主教、东正教、新教）、伊斯兰教、犹太教。基督教脱胎于犹太教，西方迫害犹太人因为他们企图掩盖这个事实。保守的天主教认为生命始于受孕，而非脱离母体，从怀孕的一刻起生命就诞生了，人类的精子和卵子的染色体一经结合生命就开始了。人的生命是一个连续发展的过程，不能在这一条线上找一个点，在这一点前不是人，之后是一个人。基督教的这个观点可以反驳，如种一棵树也是这个过程，但树的种子和长成的树是不同的。还有一种观点认为，母亲感觉到胎动后，说明胎儿已经有独立的生命了，生命就开始了。可见西方对这一问题争论不休，根据现在的生物学知识难以肯定生命从何开始。可以肯定的是胎儿是一种特定的有机体，因为可以缓慢而确定地发展为一个人，是一个潜在的、可能的人。

人的生命从何开始，不但要考虑生物、遗传学知识，还有考虑道德倾向等问题。如堕胎问题，严格的天主教规定严禁堕胎，即使危害母体生命；而中国实行计划生育。西方认为中国侵犯人权，但我国认为中国人口过多，不加以控制有崩溃的危险。中国号称 960 万平方公里的土地地大物博，但这片土地上可供养的人口只有 6 亿 5000 万。任何一个国家遇到中国的情况都不得不实行计划生育。在我国，实行现在严格的计划生育，到 2050 年我国人口将达到最高峰 16 亿，之后人口会缓慢下降。我国每年出生的人口有 1000 万，相当于一个中等国家的总人口。2000 年我国按照计划人口应限制在 12 亿，但没有达到；2050 年限制在 16 亿的计划可能也是一厢情愿。现在有人提出计划生育已经实行的很好，应当加以放宽，这种说法实在有很大的危害。计划生育不但是有用的，还是对世界的贡献。

国外反对堕胎与它们的现实也是有关的。国外富裕国家，出生率约 1.5%，死亡率约 0.9%，已经低于人口更新换代的水平，这个水平是每个家庭出生 2.1 个孩子。这样，这些国家人口就减少，长期以往甚至有亡国的危险。这样说不是耸人听闻。俄罗斯 1999 年出生率 8.4%，死亡率 14.7%，因为苏联解体后生活条件下降、俄罗斯天寒地冻而且男子喜欢酗酒。1999 年之后人口下降了 330 万，这样如果到 2050 年，俄罗斯将只剩 8000 万人。到时如果中国有 16 亿，土地比中国又大得多，中国是不是可以搬过去住就可以了……俄罗斯鼓励生育，以前有“英雄母亲”，现在有的州规定一个家庭 5 年内生 3 个孩子，奖励一套别墅；有的州规定新婚夫妇可以回家放假一年；普京当总统时公开发表讲话，声称如果不生孩子，国家就危险了。

无论如何，天主教的这种严格反对堕胎的思想是过于极端了。天主教甚至教导人们母亲怀孕后，什么都不要做，即使危害母亲生命，不能牺牲胎儿生命保全母亲生命。这看起来是将胎儿生命与母亲生命同等看待，但实际上是将胎儿生命凌驾于母亲生命之上。而且如果母亲死亡，胎儿也难以保住。可见这种观点

是有问题的，但西方天主教国家还是这样认为。

- ✓ **案例** 爱尔兰一少女被强奸意外怀孕，要求人工流产，这个案件一直打到最高法院，最高法院判决不得流产，激起公愤，迫使最高法院改变判决，允许流产但要到国外进行。

现在我们虽然觉得这些很荒谬，但国外妇女获取堕胎的权利也是很晚的，如美国在 20 世纪 70 年代。这之前堕胎罪和故意杀人罪是在一起的。一些案件改变了这一点。

- ✓ **案例 芬克比夫妇案** 1961 年，一对美国驻欧洲夫妇芬克比夫妇，妻子怀孕后服用一种镇静剂，后来发现胎儿严重畸形。他们要求法院允许堕胎，但当时美国法律不允许实行堕胎手术。这对夫妇出国到瑞典实行堕胎，此后对美国法律失去了信心，就在国外定居了。这个案件成为了美国一个政治名词，有广泛的政治影响。

- ✓ **案例** 1973 年美国有一个化名为罗的少女，被犯罪分子强奸怀孕，向法院要求允许堕胎，经过多层审判终于同意。美国最高法院写判决书，在法律上找不到依据，转而向医学寻求支持。认为怀孕 9 个月可以分三个阶段，前 3 个月妇女进行人工流产是安全的，无论因何种原因可以流产；中间三个月流产也是可以的，这个主要考虑人工流产对妇女的身心健康是否有严重危害；最后三个月只有一种情况可以流产，即继续怀孕会危及母亲生命。即前六个月侧重保护母亲，后三个月侧重保护胎儿。

这个案例意味着对人的生命从何开始进行了界定，即前六个月并非生命，而从第七个月，怀孕的第二十八周，胎儿脱离母体后，即使早产，在七十年代的技术条件下，放在暖箱里也可以存活。因此将“脱离母体能够独立生存”作为确定生命从何开始的标准。但是在医学上这个是有风险的，因为随着医学的发展，怀孕 24 周、甚至 16 周胎儿早产后都可以存活。

- ✓ **案例** 美国一个怀孕 16 周的妇女驾车，看到一条狗迎面走来，为了躲避这条狗，撞在路边，母亲和胎儿双双死亡。其丈夫状告狗的主人认为造成了其妻的死亡，法院支持了这种判断。

甚至随着技术的发展，在怀孕两周的、连胎儿都不算的人类胚胎，都可以脱离母体存活。现在科学技术对于能否对人类胚胎进行研究的问题争论不休。根据法律它可能是杀人，但它有着巨大的商业利益，如器官移植，现实要求很大，但器官有限。如果允许对人类胚胎进行研究，可能有取之不竭、用之不尽的人工器官。从自己的身体上取组织培养为器官，还可以避免排斥反应。英国的议会抢先在世界上制定法律，允许对胚胎进行研究；而美国布什当政时，看到英国做出这种决定，却没有通过允许研究。科学技术的研究一日千里，美国如果仍旧禁止可能会大大落后。奥巴马当政期间，这种政策就放宽了。对于能否认为这个案例说明了什么时候生命开始，美国最高法院发表声明，声称我们无需解决这样一个复杂的问题，因为医学、哲学、神学的专业人员还没有对这个问题做出统一解释的情况下，司法机关不处在做出这种决定的地位。

总之，人的生命何时开始？不知道。

2. 人的生命何时结束

人的生命何时结束？过去人们认为是心肺呼吸说，这是人们长久以来的观点。甚至在原始时期人们认为心脏停止跳动意味着死亡。如发现的远古壁画表明，狩猎时对准猎物的心脏。多种中外权威的法律词典都认为心跳和呼吸的停止作为死亡的标准；医学临床上也一般这样认为。这不仅是医学的观点，普通大众也对此深信不疑。

但这种千百年的观点现在受到了挑战。现在有人工复活技术，在人的心脏停止跳动时可以重新跳动。如 60 年代一个苏联重要的核物理学家遭受车祸，心脏停止跳动，医院实施这种技术，让他又存活了四年，

最后因为药物过度腐蚀死亡。而在现实生活中，有人有心跳、呼吸，但大脑进入不可逆的深度昏迷状态，即脑死亡，在医学临床上同样可以认为是死亡。现在世界上有 90 个左右的国家制定了脑死亡有关的法律。最早的脑死亡表述是哈佛大学医学院做出的，是指整个中枢神经系统的全部死亡，包括脑干在内的全脑机能全部丧失的不可逆转的状态，具体标准有四条：①不可逆的深度昏迷，对外界没有任何反应；②没有自主呼吸和自主运动，靠呼吸机维持生命；③生理反射消失，没有对光反应；④脑电图平坦。符合这四条标准，在 24 小时内没有变化的，即是脑死亡，即是全脑死亡的标准。

而英国的标准比脑死亡更进一步，采用脑干死亡的标准，如果中枢神经的脑干死亡，即是死亡。根据英国医学研究表明，如果脑干死亡，人的其他器官在一个到两个星期内必然死亡，为了节约卫生资源。这种标准应当说不值得提倡，因为心肺呼吸说很直观，而这种观点如果不是专业人员很难说服家人。全脑死亡接收的程度都不高，脑干死亡更容易引起争议。而且这是医学仪器与医学经验结合，不同的医生可能引起不同的结果。

✓ **案例** 凤凰卫视的女主播刘海若去英国旅游，遭受火车车祸，被宣告为脑干死亡，要进行测试，即将呼吸机拔出，刘家人不同意。刘家人请来一个中国宣武医院神经科主任凌峰，凌说刘海若没有处在脑干死亡状态，而且认为英国医院的枕头过高。后来刘海若抢救过来，在北京继续康复治疗，现在已经可以主持节目了。

尽管接近 90 个国家制定了脑死亡立法，主张以脑死亡取代心肺呼吸说，但现在对于脑死亡的概念还有很大的争议，因为过去的独立呼吸说较为直观、易于判断。且现在人工心脏出现，会让许多人产生怀疑。如美国人克拉克是第一个接受人工心脏的人，他醒来后，他的妻子不相信他的丈夫是活着的人，问他是否认识自己，克拉克说认识；问他还爱他么，克拉克说还爱她。可见用人工心脏代替自然心脏让人很难接受。最初的人工心脏有冰箱大小，人不能离开床，生活质量很低。现在随着科技发展，人工心脏可以如自然心脏大小。

新生事物让传统观念改变是很困难的。尤其是脑死亡跟器官移植联系起来。有些人认为脑死亡是为了器官移植而设的法律。有的国家这个法律就叫“脑死亡与器官移植法”，如日本 1997 年脑死亡合法化，就以此立法。持反对意见的人认为，为了让一个人活下去而让另一个人提前死亡是极不人道的。他们还认为关于器官移植的调查是不可靠的，属于先设定题目取向而让人们接受这种观点。

脑死亡是机器加上人的经验进行的判断，这样“有意识”“仅仅有微弱意识”“没有意识”在医学上难以界定，如刘海若事件，如何确定让大家接受的标准有很大的歧义性，人们完全有理由对脑死亡提出怀疑。尽管反对的声音很高，但进行脑死亡立法似乎已经成为不可逆转的潮流。特别是根据医学观点，一个人脑死亡后，不长的时间人的其他器官也会枯竭。而从活体上摘取器官和从尸体上摘取器官进行移植，五年后存活率有很大的差别。五年后存活率是器官移植重要的标准。活体肾脏移植五年后存活率在我国可达 90%，而尸体上的肾脏移植仅有 50%左右。随着科技的发展，从理论和临床上讲，人的各种器官都可以移植，唯有大脑不可移植，因为神经系统。然而也有例外。如瑞士一对夫妇出现车祸，男子头部完好无损而身体损坏；女子头部损坏而身体完好。医院于是将男子的头部接在女子的身体上，居然成功了，那这个人是哪边的？这有很大的各方面问题。这个人 18 天后死亡了。这个事情虽然难以证实，但来自权威医学杂志，有一定的可信性。美国一个医学家十多年前还声称一年后能发明换头术，但现在杳无消息。如果不制定脑死亡法，不但成活率不高，有些器官移植也是不能进行的，如心脏移植不能进行。如果按照心肺呼吸说，心脏停止跳动才宣告死亡，则移植不能进行。不仅仅是承认脑死亡的国家，在不承认的国家如我国，也有少量的心脏移植案例。如果没有争议则罢，如果有争议则问题很大。我国开展器官移植时间较长，技术相对比较领先，一方面医学上进行器官移植，另一方面没有相关法律法规，所以是应当注意的。

• 在现在的情况下，制定脑死亡法要注意几个问题：

1) 死亡的界定。在目前的情况下对死亡的界定，应当采取选择性，即传统的死亡标准与脑死亡的现代标准并列地规定在法律当中，究竟在医学实践中采用哪一种，由医生和病人家属根据具体情况加以确定。如果病人家属不反对采用脑死亡则可以使用脑死亡；但如果病人家属反对，则仍采取心肺呼吸说。确定脑死亡要有严格的标准。

2) 宣告死亡的程序。一旦负责的主治医生有理由怀疑所有脑功能已经不可逆地全部丧失，根据相关的标准进行判断；一旦主治医生宣布病人已经死亡，对病人的所有治疗可以停止。但在两种情况下，即使达到了脑死亡状态，仍然可以进行继续治疗：

- ① 根据有关规定，利用病人的身体或者身体的一部分从事科学研究，或进行器官移植；
- ② 女病人已经怀孕，为挽救胎儿生命，即使母亲已经处于脑死亡状态，为了保存胎儿生命应当继续治疗。在现在的医疗技术下，可以保住胎儿。

3) 确定死亡的临床医生由哪些人组成。美国、澳大利亚、阿根廷是两个人，与国际上的倡议相一致；意大利、匈牙利是三个人，同欧洲部长会议决议一致。区分两个人与三个人、单数还是双数进行判断，是没有表决方面的差别的，确定脑死亡不能采用少数服从多数，需要医生全体一致才可以通过。对医生不但要用道德约束，还要用法律约束，从形式和实际上，才能保证病人利益。但有些人根据国家相关法律规定不能参与界定：

- ① 参与器官移植的医生不能参与到死亡判定上，否则有可能把没有达到脑死亡的病人宣告为脑死亡，避免病人成为器官移植的牺牲品；
- ② 病人的家庭成员不得参与死亡确定，避免掺杂亲属感情和特殊利害关系；
- ③ 曾经被指控有行医疏忽，在医疗工作中出现过差错或医疗事故的。

4) 医生的法律责任。虽然医生依法享有确定病人死亡的权利，但医生的法律责任需要进行明确规定。

- ① 对于利用死亡确定程序，故意宣布非死亡病人为死亡的，以【故意杀人罪】论处
- ② 但是如果医生主观上没有故意而是由于判断错误宣告病人死亡的，应当按照医疗法规中的医疗事故加以处理，尽量不要采用过失致人死亡的刑法条款。这主要是由于医生尤其是外科医生，是高风险的职业。在医生从事医疗工作中，都可能出现医疗事故；如果都按照刑法处理就没有人敢于从事医疗行业了。由于医疗行业的特点，对医生的医疗活动给予极大的宽容是许多国家的规定。尽管我国也有【医疗事故罪】(335 条)，但很少适用。

5) 为了保证该制度顺利进行，应当在医院中建立医院伦理委员会。我国有一些大型医院设有该委员会，主要由本医院的医生等构成，也必须包含非本院人员。

从世界范围上看，死亡立法的高峰已经过去了，但存在的问题仍然许多。尤其是器官移植、心脏移植、多器官移植等，争议较大。在我国主张制定脑死亡法的主要是医学界、伦理学界，而法学界一般比较保守，反对制定这样的法律，包括全国人大法制工作委员会等。认为在目前的情况下不应急于立法，应当首先对社会大众进行宣传教育，告诉大众什么是脑死亡、脑死亡的标准，特别是尽量避免将脑死亡与器官移植联系起来，否则争议更大，不利于普及的进行。我们相信，随着公众理解的加深，在不远的将来，我国也会制定脑死亡的相关法律。

(二) 故意杀人罪的具体问题。

【故意杀人罪】是多发的、常见的、社会危害十分严重的犯罪，所以排在侵害公民人身权利、民主权

利的首位。立法机关将其刑罚由重到低排列。

1. 关于【故意杀人罪】中采用致命武器的问题

根据其使用方式，凡是可能产生死亡或者重伤的任何工具都可以认为是致命武器，如枪支、匕首、刀件、棍棒等。但有些物品从一般的理解看不是致命武器，但也可能致命，如一根绳子、一条皮带，可以将人勒死。再如铅笔刀、别针是不是致命武器，在不同的情况不同。如刮胡刀，911 事件中劫机犯使用的就是刮胡刀，因为安检严格只能带刮胡刀上去，但在万里高空，突然有人拿着刮胡刀要威胁生命，这也是一种致命武器。在一些时候，杀人犯不一定使用致命武器，而是使用一些巧妙的手段达到杀人目的。如寒冷的冬天，一个人为了杀死一个瘫痪的人，将屋子的窗子打开，将此人冻死；狡猾的丈夫为了杀害自己的妻子，将妻子故意引到毒蛇出没的地方。甚至有时候言语也能成为杀人的方法，如一个人对盲人说可以继续向前走，但前面是悬崖。再如对有心脏问题不能收惊吓的人故意惊吓。

2. 客观要件方面，【故意杀人罪】中的因果关系问题

在【故意杀人罪】的客观要件中实施谋杀行为一般是采取积极作为的方式实施的，但有时也是以消极不作为的方式实施的。一般情况下确定因果关系是较为容易的，但有时候是困难的，不同的因果关系学说得出不同的结论。在我国采取的是必然因果关系理论，其他学说还有偶然因果关系理论，应当采取什么刑事责任在不同的学说是不同的。以前讲过，应当看介入原因是正常还是异常的，介入原因是否从属于先在行为。如一个人向无人房屋放火，一个小偷到房屋中偷东西被烧死了。国外的一些理论不但考虑这两点，还要考虑行为人在主观上对危害后果是否能够预见，或者说是否在行为人的预见范围之内。如果是则应当承担刑事责任。

✓ **案例** 甲是一个抢劫犯，持枪抢劫乙和丙。乙奋起反击，开枪射击甲，但枪法太次，反而打中丙导致丙死亡。这样甲和乙谁应当承担刑事责任？根据美国法官的判例，尽管从形式上看时乙把丙打死了，但乙的行为不是孤立的，是从属于甲的抢劫行为的，在这种情况下，应当是甲承担刑事责任，因为这些发展过程都在甲的可预料范围之内，行为人对死亡后果都应当承担刑事责任。

过去有关抢劫银行运钞车的情况，某劫匪想抢劫银行运钞车，为了保证自己的安全，先劫持了一个人质，抵着人质向前抢劫，结果发生枪战，枪战过程中人质被银行保卫人员打死。这些在劫匪的预见范围之内，应当由其承担刑事责任。因果关系在杀人罪中最为丰富，但也比较复杂。

3. 主观要件方面，直接故意杀人和间接故意杀人之间的界限

两者有共同点，明知自己的行为会发生死亡的结果，但有区别：

1) 直接故意杀人有明确的杀人目的，对自己的行为引起被害人死亡的结果抱着希望、积极追求的态度；而间接故意杀人对被害人的死活不是积极追求的，而是放任、听之任之，是间接故意。

2) 直接故意杀人有未遂，但间接故意杀人不存在未遂的问题。

从理论上讲，要按照这两点判断；但司法实践中往往较为困难。特别是过去所谓脚手架案件、诈骗保险金而在飞机上放置炸弹的案件，对于犯罪目的之外的其他人是直接故意还是间接故意，存在分歧。

✓ **案例** 一个犯罪团伙里应外合，要将其监狱中的一个重要成员解救出来。他们发现监狱在一个固定的时间进行放风，他们于是在监狱的墙上安装烈性炸药，在放风时间爆炸。但这一天监狱改变了放风时间而计划没有得逞。但是由于炸药破坏力过于巨大，不但炸塌了围墙，还将附近居民楼的玻璃炸碎，其中一块玻璃飞下将一个老太太的脖子划破造成其死亡，这是直接故意、间接故意还是过失？

按照我国的法律，应当是间接故意，在一些国家不是这样区分，还有推定故意等。

✓ **案例** 英国一个汽车司机，是犯罪分子，警察开车命其停车，不停，警察于是从车上跳到犯罪分子的车上，犯罪分子于是开车到闹市区，想将警察从车上甩下来。结果造成此警察死亡。这是故意还是过失？

该案英国上议院认为这个人采用这种方法是为了将警察甩下来，但作为一个理性人，应当能够预料到此人有遭到严重伤害的危险。对于推定故意在司法实践中能否适用存在争议。推定故意不能脱离案件事实，要求根据客观证据才能推定。

4. 划清【故意杀人罪】与逼人自杀、诱骗他人自杀的行为。

自杀，自己剥夺自己生命，按照我国法律规定，自杀没有法律规定；但根据英国普通法，自杀是犯罪，如果自杀不成还要判罪。要区分几种情况：

1) 为人主观上没有杀人故意，只是在客观上实施了刑法分则规定的犯罪行为，如暴力干涉婚姻自由，打骂子女严重达到刑法规定，结果导致自杀的死亡后果，这不能定【故意杀人罪】，只能定【暴力干涉婚姻自由罪】

2) 确实有杀人故意，利用权势，采用暴力、威胁等卑劣手段，或采用封建迷信等手段诱骗他人自杀，应当承担为【故意杀人罪】的刑事责任。

3) 经他人要求，帮助他人自杀的行为与共谋自杀相约自杀的界限。

✓ **案例** 在云南省曾经发生过，一少数民族子女不能自由恋爱，后来思想改变发生反抗，有十几个女青年相约自杀。而帮助他人自杀的情况比较复杂，如农村有一对男女青年，尽管男方比女方大两岁，但辈分上男方比女方小两辈，所以没有结婚。女方与他人结婚后家庭不睦，由于该男方来往，受到家人的阻挠。后来男方的家人希望男方及早结婚，于是采用换婚，将其妹妹嫁到外村让其娶另一家的女孩。该女子得知后非常伤心，自杀不成，在治疗过程中与男方相约自杀。到了约定的时间，男方用绳子勒死女方后，多次自杀未遂。后来最高法院一审判决男方故意杀人罪，判处死刑，正合了男方心愿；而报批时，改为故意杀人罪判处死刑，缓期两年执行。以现在的观点看，这个还是判的太重了。

在司法实践中要注意这样一种情况，如男女谈恋爱，男方企图抛弃女方，而声称相约自杀，女方自杀而男方没有，这是故意杀人。

5. 故意杀人和大义灭亲等的界限

比如天津市有一对夫妇，他的儿子非常不孝而且无恶不作，多次犯罪，一次这对夫妇终于将其杀死，这种情况应当以【故意杀人罪】论处，可以适当从轻或减轻处罚。这个情况的发生于当地公安机关对这对夫妇多次的反应情况置若罔闻也有关系。

注意与相关条文 238 条、247 条、248 条、289 条、292 条的区别，即在非法拘禁、刑讯逼供、虐待被拘谨人员致人死亡、聚众打砸抢致人死亡、聚众斗殴致人死亡的，以【故意杀人罪】论处；以放火、爆炸、投放危险物质致人死亡的，根据案件的具体情况判断，如果这种行为范围有限，没有危害到公共安全，则以【故意杀人罪】论处；如果危害到公共安全，是针对于不特定多数人，应当以【危害公共安全罪】中的相关罪名进行处罚。

6. 关于安乐死

安乐死问题，在世界上有很大的争议，现在世界上只有荷兰、比利时两个国家法律允许安乐死。安乐

死最早的起源是古代民族迁徙时将年老体弱者留在营地自生自灭。安乐死曾经受到一些学者推崇，如培根。但 20 世纪 30 年代纳粹德国将安乐死作为实行民族迫害的一种手段，因此战后受到人们的非议。有两个法学名词与纳粹有关，即保安处分、安乐死。后来，随着技术的发展，人们对安乐死的看法发生了改变，因为人类的平均寿命不断提高。古代人们的技术水平有限，人们的寿命不高，如李世民活到 60 多岁、汉武帝活到 70 多岁已经是很高了；现在中国内地大城市平均寿命基本达到了西方水平，男性 75 岁左右而女性达到 80 多岁。而且人类的医学技术不断提高，如核磁共振技术；医疗器械和药物极大提高了人类寿命。但技术的提高也给人类带来了一些问题，包括道德、法律问题。一方面可以延长人们的生命，但另一方面不能得到完全救治，要靠医疗器械等维持生命。长期的治疗维持生命给社会、家庭带来了很大的负担。对于社会，医疗资源用于这些难以治愈的人；对于个人而言，依靠医疗器械维持生命、生命质量很低，对家庭会形成精神压力、经济负担。基于这些原因，有人主张安乐死合法化，让这些病人可以依靠药物安然离世。调查显示，欧洲七成以上的人赞成安乐死。世界上对安乐死最为宽容的是荷兰，在 2001 年安乐死合法化之前，安乐死在荷兰就已经有一定的群众基础，安乐死大量实行。对安乐死如何看待，是社会、医学、法律上的难题。对于安乐死，各国法律大多采取较为谨慎的态度。欧洲有一些院外活动集团（游说国会立法的人组成的集团）进行了长达 60 多年的努力，但这些国家都没有制定安乐死合法化法律的动向。有人建议美国国会举行安乐死合法化的听证会，但被反对。美国这种态度是因为一个人叫凯渥·基安，此人声称发明了一种自杀机器，可以无痛苦死亡。他被逮捕了四次，前三次是别人要求死亡他提供机器；1998 年第四次，他将主动进行安乐死的过程录像放到电视台播出。美国司法部门判他 25 年，现在已经被放出。

✓ **案例** 在我国第一次听说安乐死在 1987 年，陕西汉中一个人的母亲患肝硬化，这不是不治之症。他将母亲送到医院后，问一个溥姓医生能否治活，此人称送来得太晚了。这个儿子于是要求这个溥姓医生实行安乐死。后来这个儿子与其姐姐争夺遗产，此事揭露，一审判处死刑，二审则以 13 条显著轻微、危害不大论处。以这条论罪的只此一例。

✓ **案例** 美国威斯康星州的一个法官在审理一个安乐死案件中判决，一个具有法定能力的人最终具有拒绝接受一切治疗的权利。1976 年，发生了美国安乐死判决中具有里程碑意义的判决。一个叫昆兰的小女孩在生日宴会上昏厥，后来依靠仪器生存六年。后来其养父母要求医院将呼吸机拿掉，医院表示反对。养父母将此事告上法庭。法院作出判例，称公民有拒绝治疗的权利，在主治医师认为无法医治时，其最近亲属可以要求终止治疗。医院拔除呼吸机后此人居然恢复了自主呼吸，又活了几年才死去。

这些判例都是消极安乐死、被动安乐死，即以不作为的方式实施。在美国法律上实际已经得到允许。而主动的安乐死在美国法律被认为违法，原则有两点：①如果医生亲自动手注射致命针剂导致病人死亡，应当定谋杀罪中的共犯；②医生提供毒药，包括过量的安眠药，使病人能够得到自杀目的并且成功，医生为教唆他人自杀。世界各国大多数的执法人员都以非常固执的态度反对主动安乐死，但允许有条件的被动安乐死。因为主动安乐死有被滥用的危险，作为一个医生不能加速病人的死亡，应当尽力医治。

加速死亡和被动安乐死是有区别的。但是根据一些案例来看，主动和被动安乐死的界限很难划分。如在战场上，放弃抢救一个重伤员和加速他的死亡之间难以作出区分。再如电视剧中常见的作战逃跑过程中要求战友将自己打死。在有些情况下，特别是针对生命垂危的病人，主动安乐死是提前让其死亡，如果对其治疗则是维持性治疗，但是也可以说放弃抢救不进行治疗本身就是加速死亡的行为。从某种意义上说，放弃死亡就是加速死亡，如撤出抢救生命是加速死亡。如果有一个病危的人只能维持一周的生命，此时感染了病毒发烧，如果注射抗生素可以维持生命。这还有一个问题，即安乐死带来的心里差别。如主动注射等造成人死亡在心理上是杀人，而被动安乐死对死亡后果的发生持放任态度，则心理上的负担较小。

被动安乐死有一些问题难以解决：①身患重病、死期迫在眼前的人生命已经达到极限，这是他的亲人

难以忍受病人承受巨大的痛苦；②维持性治疗的重要方式是注射麻醉剂，即毒品，对于晚期的癌症病人，具有极大的肉体痛苦，需要毒品减少疼痛，这样他的需求会越来越大。剂量过大还可能造成病人死亡。如果进行麻醉剂注射后疼痛停止同时生命也停止了，如何界定。在这种情况下，要么严格禁止安乐死，要么安乐死合法化，既允许主动安乐死也允许被动安乐死。

• 安乐死的限制条件

根据相关的会议、文件等，认为如果允许安乐死合法化，应当遵循一些严格的限制条件：

1) 实施安乐死的对象一般说来是身患不治之症如癌症，临近死亡的病人。绝症、不治之症具有相对性，是指现代医学无法救治的疾病，随着医学的发展，会不断发生变化。安乐死只能以当代的医学技术，今天的行为不能受到明天的束缚。否则安乐死永远不能合法化。将来的医学技术也不可能解决人类社会的所有疾病，新的疾病会不断出现，这是一个循环往复的过程。如 20 世纪 30 年代还没有青霉素，一个人咯血了，得了三期肺结核就是不治之症；而现在不是不治之症了，可以得到治愈。而现在却新出现了癌症、艾滋病乃至非典等，危害人类社会。过去人们认为人类的极限寿命是 120 岁，现在则有一个欧洲国家宣称发明了一种药物，人类的寿命达到 150 岁。而能活 300 岁、500 岁乃至长生不老，不但是不现实的，也不见得是好事。

“临近死期”，要求安乐死的时间与因病而亡的时间不能相隔太久，一般认为不能超过两周。

2) 病人的肉体痛苦必须达到难以忍受的程度。而“难以忍受”应当由主治医生判断，交医院的伦理委员会决定。“难以忍受”因人而异，有的人意志很坚强，有的人对疼痛很敏感。而对于心理问题、感情问题企图自杀的人，不能同意实施安乐死，应当积极引导。如 1987 年美国新泽西州有一个富翁认为自己生命没有意义，三次自杀不成功。后来一天他要求他的一个职员将其杀死，职员将其杀死，这不是安乐死。

3) 实施安乐死必须有患者本人神志清醒的时候自主做出的真诚的意愿。有时候病人受到家庭、社会的压力，做出安乐死的决定不是本人的意愿。第三人的嘱托、承诺不能作为依据，未成年人、精神病人不能实施安乐死。

处于植物状态的人，由于没有达到脑死亡的状态，从理论上讲，应当进行很好的医治。植物人能否医治，按照西医的观点，是不可能回复的；而中医认为可以回复。黑龙江省一个专门康复植物人的意愿声称治愈了 30 多个植物人，引起了很大的争辩。但很难说处于植物人状态的人完全没有苏醒的可能。武汉有一个警察在执行公务时，被子弹贯穿头部，意愿认为其为植物人；其母每天对其说话，后来此人苏醒，现在已能下地走几步路。对于有严重缺陷的新生儿不能实行安乐死。如新生儿患有许多严重残疾的新生儿，还值不值得活下去。如一个幸而先天愚性、心脏上有两个洞、脊柱破裂而且肠梗阻，生命将非常痛苦，能否实施安乐死？从人道主义来讲，应当尽可能让他们过上好的生活，但是他们的生活会非常痛苦。法国 1989 年有一个议员提出讲这种残疾的婴儿在出生 72 小时之后，医院可以放弃救治让其自然死亡，这个医院还没有拿到议员讨论就被否决了。

4) 安乐死必须由医生来执行，病人家属或其他人都不能提早结束病人生命。安乐死的方法必须符合社会道德观念，要减少病人的痛苦。如加利福尼亚州一对夫妻年长，丈夫患有重病，妇女将其在家中勒死称是安乐死，法院象征性地判处五年缓刑、10000 美元罚金。在荷兰，不遵循安乐死的条件，最高可以判处 12 年有期徒刑。规定要先给安乐死病人注射麻醉剂，再注射致命针剂，尽量减少病人的痛苦。

这四个条件是基本的安乐死条件，应当得到遵循，有些国家的条件更多。安乐死是一个非常敏感的问题，有社会、家庭等许多影响，需要谨慎对待。

第2节 过失致人死亡罪

第二百三十三条 【过失致人死亡罪】 过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

• 过失致人死亡罪的构成要件

79年刑法这个罪名叫“过失杀人罪”，1997年刑法改为【过失致人死亡罪】

1. 犯罪客体

侵害的客体与【故意杀人罪】是相同的，是他人的生命利益。

2. 客观方面

客观方面是过失导致他人死亡，要注意以下几点。

1) 客观上要导致他人死亡的结果，如果只有过失而没有危害结果，就不构成犯罪；

2) 行为人的某些表现可能是故意的，但“过失”指的是对死亡这一后果的过失；

3) 行为人的过失和危害后果之间具有因果关系。司法实践中可能发生过失导致重伤状态，中间由于其他介入因素导致被害人死亡，被告人危害行为与死亡后果的因果关系中断，则被告人只对过失致人重伤承担责任。

3. 犯罪主体

犯罪主体是年满16周岁的人，年满14周岁不满16周岁的不承担刑事责任。

4. 主观方面

犯罪主观方面只能是过失，疏忽大意的过失或过于自信的过失。如有一个医院药剂员不认真，将砒霜当成石膏给病人，导致病人死亡，是过失致人死亡。如果一个人既没有故意也没有过失导致死亡后果，是意外事件，不承担责任。

✓ **案例** 一个人到公社买粮食，由于下雨希望在粮站留住，睡在马车中。半夜里由于热，在院子里躺着，司机开车过来没有看到，将此人轧死，这就是意外事件。

✓ **案例** 上海文革期间，有一个“资本家出身”的老太太受批斗后难以忍受，准备自杀，将煤气打开，但是煤气冒出来后邻居闻到将其救起。但他们家楼上的一对夫妇，由于煤气向上升，且楼层中有许多老鼠洞，因此被毒气毒死。这个老太太没有故意、过失，是无法预见的，是意外事件。

不过，要区分意外事件与过于自信的过失。

✓ **案例** 四川省有一家人连续两天被盗，第三天一人在家中门口藏好，持棍棒准备将来偷东西的小偷打伤，不料将其邻居打伤了。这是过失，是应当预见而没有遇见。

要划清过于自信的过失与意外事件的界限，有时候难以掌握。通常情况下，过于自信过失的行为人凭借自己的能力、技术和经验，相信自己可以有效避免危害结果的发生；当危险降临时，确实采取了一些行动防止危害结果的发生，多数情况下可以根据案件事实加以解决。但如果行为人客观上没有采取任何措施防止结果发生，就难以判断当事人的主观意愿。

同时还要划清过失致人死亡和刑法特别规定中涉及过失致人死亡其他类型。刑法233条规定【过失致人死亡罪】是三年以上七年以下有期徒刑，情节较轻的处三年以下有期徒刑。它与故意杀人罪的量刑幅度

相差很大，因为主观恶性不同，犯罪性质不同。而与之相关的法律条款有 115 条第二款【失火罪】、134 条【交通肇事罪】等，不能以过失致人死亡罪定罪，而应当以相关的法律条款定罪量刑，如【交通肇事罪】、【重大责任事故罪】等。

第3节 故意伤害罪

第二百三十四条 【故意伤害罪】故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

(一) 故意伤害犯罪

• 重伤的鉴定

尽管最高法院有重伤的鉴定标准，但是存在一个问题，伤害鉴定的最终决定权归谁所有。法院、检察院都有自己的司法鉴定机构，应当采纳那一结论存在问题、冲突。我国司法鉴定机构较为混乱，有些大学也有司法鉴定机构，如北京大学、中国人民大学。

鉴定伤害结果是重伤还是轻伤以什么为标准，是受伤当时的情况还是经过治疗后的实际情况为标准，也没有统一的规定。有人认为应当以当时的情况为标准，有人认为以受伤当时的情况为主，有些情况下应当结合治疗以后的恢复情况。这种观点比较正确。

✓ **案例** 六四动乱时期，有一个女生同时与一个北京大学研究生与一个研究院的人谈恋爱。有一天在北大静园，这两个人相遇，结果发生冲突。北大研究生将研究院的人眼睛上打出一个口子，流血很多，缝了许多针，比较严重，但是经过北京三院治疗，基本恢复。后来在郭自力老师的努力下此人判为故意伤害罪免于处罚。

但不是所有的都能以治疗后的情况作为考虑因素。如两个妇女打架，一个将另一个的耳朵咬掉。

重伤、轻伤是否要考虑受伤人的职业？有人认为应当考虑，如损伤钢琴家的手指、舞蹈家的脚趾等。但是这种观点一般不予以接受。老师认为定罪中不能以职业为标准，但在量刑中可以加以考虑。

(二) 故意伤害罪与其他罪的界限

1. 【故意伤害罪】与【故意杀人罪】的界限

这主要是【故意伤害罪】致人死亡的情况。我们知道故意伤害包括三种：轻伤害、重伤害、故意伤害致人死亡。故意伤害致人死亡与【故意杀人罪】的结果是一样的，区别在于主观故意的内容不同，对于死亡的后果是过失还是故意。对于【故意杀人罪】还是故意伤害致人死亡，需要具体区分。如打击的部位、强度，对于两者的区分是重要的。除此之外，还有几种情况：

- 1) 明显地具有杀人的故意。如用斧头敲击被害人的头部、用枪向心脏射击，明显是故意杀人。即使未遂，也是故意杀人。
- 2) 明显地只有伤害的故意，实施了伤害行为，造成了伤害的后果。即使致人死亡，也应当是故意伤害。
- 3) 因打架斗殴或民事纠纷引起的械斗致人死亡的，除了有明显杀人故意的，造成死亡后果的一

般以故意伤害论处，这主要是因为打架斗殴的双方都有责任，处于相互斗殴的运动状态。但这不是绝对的，有些案件中，人多势众的一方将另一方打得落荒而逃，在追击过程中明确要杀死对方，杀人故意明显，则应当是故意杀人罪。

4) 有些案件案情比较复杂，司法人员根据现有证据难以判定是故意杀人还是故意伤害致人死亡，审判人员内部意见分歧也很大。这种情况下从有利于被告的角度，应当定位故意伤害致人死亡。

• 故意伤害致人死亡与间接故意杀人

间接故意杀人罪对于结果的发生是放任态度，而故意伤害致人死亡是过失。这种情况下如何判定主观态度，很多情况下很难区分。有的法院将致人死亡的视为【故意杀人罪】，而没有死亡的是故意伤害，这种虽然并不科学，但司法实践中也的确是难以区分才如此划定。

故意伤害与故意杀人的界限主要要考虑这么几点：

- 1) 侵害行为的起因。这是一个重要的因素。
- 2) 被告人与被害人的关系，特别是双方是认识是情况下，平时的关系如何，是否有仇恨、报复等情况。如果排除了这一点，一般可以考虑故意伤害。
- 3) 使用的工具和打击的部位。如使用斧头、枪支等打击头部、心脏等。在故意杀人的案件中，使用致命武器或者打击要害部位的，故意杀人案件达到 90%以上，而故意伤害罪使用的致命武器只占到 40%。可见这是一个重要的区分。故意杀人罪中打击人的要害部位的有 70%以上；而故意伤害打击要害部分的不多，可能占到 30%左右，而且其中有的并非准备打击的部位。可见打击的部位、强度是考虑的重要因素。

4) 侵害行为的实施方法。在侵害的过程中行为人的行为是否有所节制。一般在故意伤害案件中，行为人的行动有所节制，而故意杀人犯罪中往往没有节制。如药家鑫案，就很难说是故意伤害。司法实践中，有的案件是定故意杀人还是故意伤害的确很难区分。

✓ 案例 夫妻发生矛盾，丈夫用刀划破妻子颈部，后来有拿菜刀砍妻子几十刀，达几个小时。后来民警到来，丈夫开门后企图自杀未遂，妻子休克，经过抢救幸免于难。这个情况是定故意伤害还是故意杀人，界限就很难把握。

2. 【故意伤害罪】与【聚众斗殴罪】的界限

刑法分则除了规定【故意伤害罪】以外，其他罪名也有涉及到伤害他人身体。如刑讯逼供造成人身伤害的、虐待被监管人员造成伤害的。这些应当按【故意伤害罪】处罚。聚众斗殴的，伤害比较轻，一般订【聚众斗殴罪】；如果致人重伤，则要按【故意伤害罪】定罪处罚。但司法实践中，如何从聚众斗殴转化为故意伤害，有几种情况要考虑：

- 1) 聚众斗殴中某一个或某几个行为人，行为完全超出事先策划的斗殴，重伤的故意非常明显，其他参与斗殴的人并没有重伤的故意，那么这几个行为人的主观故意转化了，应当定位【故意伤害罪】，其他为聚众斗殴罪。这可能是一种实行过限。
- 2) 如果所有聚众斗殴行为人对于重伤都有概括的故意，但只用一个或几个将其打成重伤，由于所有参与人在斗殴前对于重伤已经有故意，虽然只有几个将其打重伤，但所有人都应转化为故意伤害的故意。如果造成死亡，一般定【故意杀人罪】；如果既有伤害又有杀人，则定【故意杀人罪】，因为其将故意伤害行为吸收了。
- 3) 如果斗殴行为人在打斗的过程中造成重伤，对于究竟何人造成其重伤，在混乱的情况下难以认定，则所有行为人都应对重伤的后果负刑事责任。有两个以上行为共同造成危害后果，又分不清究

竟是哪一个行为导致这一责任，则都应当负责任。这是各国的如此处理。

3. 【故意伤害罪】与【非法行医罪】【非法进行节育手术罪】的界限

这两个罪名是 1997 年刑法新增加的，在 336 条。

第三百三十六条 【非法行医罪】未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

【非法进行节育手术罪】未取得医生执业资格的人擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术或者摘取宫内节育器，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

与【故意伤害罪】之区别，要比较非法行医行为与 336 条规定是否符合。【非法行医罪】有三个量刑幅度，第二个幅度严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，这个幅度与【故意伤害罪】相同，那么就应当按照该罪处理；但是第三个量刑幅度与【故意伤害罪】第三个幅度都是造成死亡，336 条的幅度是 10 年以上有期徒刑，并处罚金。法定最高刑 15 年；而【故意伤害罪】是直至死刑的。这是要考虑致人死亡是什么情况，非法行医过失既没有杀人的故意，也没有伤害的故意，而故意伤害罪的第三个幅度比这个幅度大。

【故意伤害罪】是否存在未遂？【故意伤害罪】是一个结果罪，但是从生活中看，又不能说该罪完全排除未遂情况，它可能造成较轻的伤害。但是从司法实践中一般不认定。因为首先，客观上没有造成伤害，轻伤没有形成，难以认定其故意；第二，即使主观上能证明有伤害的故意，但适用 13 条显著轻微，也不是未遂。

致人重伤的有没有未遂？在德国有一个判例。男方要对女方毁容，有硫酸泼女方，但女方躲过去了。德国刑法中就有犯罪未遂的问题。这些问题可以讨论。

4. 故意伤害致死与过失致人死亡的界限

✓ **案例** 两个人为生活琐事发生争吵，甲向乙的腹部打了一拳然后逃跑，乙追击，用一个棍子扔过去打甲，后来有企图用桌子打甲，但是还没有打到，就摔倒在地上死亡。

✓ **案例** 一个人因早上没有吃到馒头，中午去偷吃馒头，造成馒头未蒸熟。队长对其不满，他抓住队长衣领，对胸部打了两拳，结果队长死亡。

故意伤害首先要有伤害的故意，是不是只要造成伤害就有伤害的故意呢？第一个案件中，没有伤害的故意。第二个案件中，伤害的故意也很难确定。因此都应当定为【过失致人死亡罪】。

第4节 组织出卖人体器官罪

第二百三十四条之一 【组织出卖人体器官罪】组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

未经本人同意摘取其器官，或者摘取不满十八周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。

违背本人生前意愿摘取其尸体器官，或者本人生前未表示同意，违反国家规定，违背其近亲属意

愿摘取其尸体器官的，依照本法第三百零二条的规定定罪处罚。

这是修八新增加的罪名。我国的人体器官移植技术属于世界上比较领先的地位，而且器官来源比较多。现在就有所谓的“旅游移植”，一些外国人到中国来以旅游为名，实际上是要进行器官移植。我国器官移植技术比较成熟，但是相关法律法规较少。我国肾移植每年至少 5000 多例，有时候器官移植过于随意。甚至还出现了医生与人贩子勾结杀人进行器官移植，性质恶劣，所以要制定相关的法律。

但是这个罪名有一定的局限性，只规定了组织出卖器官，与人体器官有关的犯罪还有其他，国外的罪名有四五个甚至更多，在这种情况下，尽管修八制定了该罪名，还需要总结司法实践经验、判例，将其系统化、法律化。

为什么说我国的人体器官移植技术比较发达？我国人体器官移植的五年以上存活率较高，如肾移植达到 90%以上，有的 60 年代做的肾移植现在还存活，所以我国人体器官移植技术上是不差的，缺乏的是法律的规范。器官移植的费用较高，医生收入很高，达到几百万，如何规范这些行为，就需要研究。有些医生胆子很大，如一个湖北的医生技术高明，敢于进行活体心脏移植，可能职业道德值得怀疑。

• 组织出卖人体器官罪的犯罪构成

该罪的犯罪构成上，行为方面是组织出卖人体器官。多次犯罪的或获利较大的，应从重处理。根据第二款规定，未经本人同意摘取其器官，或者摘取不满十八周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。根据国际刑法理论，未满 18 周岁的人如果是为了挽救关系很近的亲属，未成年人和其监护人都同意捐献的，应当同意。第三款，违背本人生前意愿摘取其尸体器官，或者本人生前未表示同意，违反国家规定，违背其近亲属意愿摘取其尸体器官的，依照本法第三百零二条的规定定罪处罚。即【盗窃、侮辱尸体罪】。

第5节 拐卖妇女儿童罪

第二百四十条 【拐卖妇女、儿童罪】拐卖妇女、儿童的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：

- (一) 拐卖妇女、儿童集团的首要分子；
- (二) 拐卖妇女、儿童三人以上的；
- (三) 奸淫被拐卖的妇女的；
- (四) 诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；
- (五) 以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；
- (六) 以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；
- (七) 造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；
- (八) 将妇女、儿童卖往境外的。

拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。

(一) 拐卖妇女儿童罪的犯罪构成

1. 犯罪客体

该罪有一个发展的过程。目前来说，客体仅限于妇女、儿童。关于儿童，不满一周岁的是婴儿，一周岁到六周岁是幼儿，六周岁到十四周岁的儿童。过去，这个罪叫“拐卖人口罪”，包括男人、女人、老人、儿童，但是司法实践中发现一般是拐卖妇女儿童，很少有拐卖成年男子的。所以修改为【拐卖妇女儿童罪】。但是虽然司法实践中基本是拐卖妇女儿童，但不是说没有拐卖成年男子的行为，修改后根据罪刑法定，似乎拐卖成年男子就不构成犯罪。所以修改刑法应当仔细考虑，这个修改就值得怀疑。

✓ **案例** 1990年，被告人张某与其朋友以外出旅游为由，邀请了张某的女友李某和李某的女友王某。旅游过程中，张某谎称钱用完了，就让王某寄居在张某的亲戚家，结果王某被卖给一个人当妻子。后来在成亲中，这个人发现王某生理有缺陷，就退回了。后来经过鉴定，发现王某是以男性特征为主的两性人。这个案件被破获是在1997年刑法修改后。该案如何处理很值得讨论。

如果被告人张某明知王某是个年满十四周岁的两性人，根据罪刑法定，不能定为【拐卖妇女儿童罪】；但是换句话说，张某是发生认识错误，以为王某是女人，其实是以男性特征为主的两性人。那么就是拐卖妇女未遂。这个案件如何处理，郭老师认为，根据从旧兼从轻原则，应当适用1979年刑法定为“拐卖人口罪”，量刑时应当按照1997年刑法。实际中法院按照认识错误，判为【拐卖妇女罪】。

2. 客观方面

拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为，都是拐卖妇女儿童的行为。有的学历高的人会被文盲拐骗。这种行为的犯罪危害很大。

有的人不是拐卖别人的孩子，而是拐卖自己的孩子，有一对夫妇生了10个左右的孩子，每个以一万元左右卖出。这种行为过去不追究刑事责任，2000年各部门发布《关于打击拐卖妇女儿童罪有关问题的通知》，规定这种行为情节严重的，应当以犯罪论处。司法实践中的案件千奇百怪，是正常情况下无法理解的。

（二）划清与其他罪的界限

1. 【拐卖妇女儿童罪】与【诈骗罪】的界限

有时男的声称将某女卖给某男，实际上收到钱后两人逃跑，这不是拐卖妇女罪，而是诈骗罪。

2. 有关收买被拐卖的妇女儿童行为

人贩子拐卖妇女儿童，收买的人，通常是贫困的农村，凭自己的能力难以娶妻的人。过去收买人不构成犯罪，经过全国妇联的强烈要求，将其视为犯罪。在将其作为犯罪，争论很大。而且实际中也难以将这些人都以犯罪处理。这也是一个社会问题。

第6节 强奸罪

第二百三十六条 【强奸罪】以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

【奸淫幼女罪】奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：

- (一) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；
- (二) 强奸妇女、奸淫幼女多人的；
- (三) 在公共场所当众强奸妇女的；
- (四) 二人以上轮奸的；
- (五) 致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

(一) 强奸罪的犯罪构成

1. 犯罪客体

该罪侵犯的是妇女性的不可侵犯的权利。法律上所讲的“妇女”是指已满 18 岁的成年妇女和已满 14 周岁不满 18 周岁的少女。有人认为【强奸罪】侵犯的是妇女的人格和名誉，这种说法不能完全准确地揭示出该罪的实质和特征，侵犯人身权利、民主权利还有其他罪名，其他罪名如果侵犯的对象也是妇女，也可以说是侵犯了妇女的人格和名誉，也不能突出该罪的社会危害性和本质特征。

2. 客观方面

行为人必须具有暴力、胁迫或其他妇女不敢抗拒、不能抗拒、不知抗拒的手段，违背妇女意志，强行和妇女发生性行为的行为。从字面上容易理解，使用了暴力、威胁等，使女性不能反抗达到目的，什么叫威胁、胁迫可参考教科书。问题在于如何理解客观方面。一种观点认为，我国刑法只规定了以暴力、威胁或其他手段强奸妇女，并没有规定违反妇女意志这一要件。构成或不构成【强奸罪】主要看客观方面，犯罪分子是否采用了暴力、胁迫或其他手段，不应该以妇女意志为要件。另一种观点认为，【强奸罪】只有一个本质特征，就是违背妇女意志，抓住这一点，司法实践上就容易认定了。如果违反了妇女意志，即使客观方面没有采用暴力、胁迫等手段，都可能构成【强奸罪】。从总体上来讲，第二种观点更有道理。但是，在司法实践中，认定客观方面的表现还应当结合客观上的行为。在一般情况下构成犯罪，都是用暴力、胁迫或其他手段违背妇女意志强行发生性行为。而且法律上也有规定，不能单纯地说违背妇女意志是唯一要件。如何判断违背妇女意志，也要看客观上是否有暴力胁迫等手段。这两种观点都有片面性，应当把这两种观点结合起来综合认定。符合实际情况而且司法实践中不容易发生问题。

还有一种观点认为，【强奸罪】除了违反妇女意志以外，还有妇女不能抗拒。如果妇女能抗拒而没有抗拒，或没有真正抗拒，都不是【强奸罪】。这种观点是不对的。因为什么叫能反抗，司法实践上难以认定。这一类案件犯罪分子多为穷凶极恶，精心挑选犯罪的时间地点，或利用特定的环境对受害人进行精神上的恐吓。这种情况下还要求受害者区分能否反抗很不合理。如最近发生的宋三木案件，他将其职员单独叫到一个房间发生性行为，而后受害者报案，判处宋三木【强奸罪】。因为在这个环境中如果进行反抗，可能有更加严重的后果，这时不应要求受害者证明能否反抗、是否反抗过，在司法实践中也不好解决。北京市高级法院的统计数字也表明，在调查的 250 起案件中，被害妇女没有反抗或反抗不明显的，占到 70%-80%。所以这种观点是错误的。

这一类案件中，行为人和受害人单独相处，地点偏僻、时间很晚，还要求妇女反抗，不但会导致妇女身心受到摧残，其生命也很危险。如一个夜晚，北京二外一个女生打出租车时，出租司机起了歹念，将其向郊外开去，此女强烈反抗，司机胆怯要将其放走，该女称记住此人的脸、车牌号，此司机遂将其杀害。在这种情况下要对其他权益与生命权进行权衡。美国司法部对女性宣传的手册也认为两个人单独相处受到侵害，不应当反抗。有时候一句话也可能构成【强奸罪】。如深夜一男一女同时进入一个电梯。男的只说了

一句话，说把衣服脱了，女性很害怕遂照办而被强奸。

3. 犯罪主体

年满十四周岁有责任能力的男子。但是妇女可以构成【强奸罪】的教唆犯和帮助犯。有的出现妻子帮助丈夫强奸。如一个男子是村长，别人都很害怕他，其妻也害怕他，一天此村长让其妻将一女叫到其家中强奸，过程中受害者反抗，其妻对其丈夫提供帮助。

这是我国的情况，有些国家妇女也能构成【强奸罪】。如美国有一个判例。美国一个 36 岁的老师，与一个 11 岁的男孩发生性行为，结果还怀孕了。法院判处此人【强奸罪】。

• 丈夫是否可以构成【强奸罪】的主体

对于这一问题，有人认为可以，根据我国法律的规定并没有将丈夫排除在构成要件之外。有的国家写的很清楚，如英国的习惯法，一个男子未经一个不是他人妻子的同意，使用暴力强行与之发生性行为，这样在早期的英国普通法中就将丈夫排除在【强奸罪】的犯罪主体之外。而我国没有说丈夫能否构成强奸，只是笼统地说。这不能理解为法律的漏洞，因为千百年来就将丈夫排除在外，所谓婚内强奸是近几十年的概念，从习惯法上，就是将丈夫排除在外的。随着时代的变化，观念发生变化；法律也越来越强调对妇女身心健康的保护。对这个问题要通过立法的方法加以明确，而不应当说法律没有写就可以将丈夫作为主体，这样解释理论很不充分。在 20 世纪以前，世界上其他国家也认为没有婚内强奸这个概念，丈夫在婚姻期间是有豁免权的。英国有一个判例，妻子发现其夫患有性病而不愿与其发生性行为，其夫强行与其发生，妻子将其告上法庭而被驳回。法官认为妻子应当满足丈夫的婚姻权利，这种权利不只赋予身体健康的男子。现在情况发生了变化，尤其是 20 实际 70 年代后，婚内强奸的概念被反复提出。过去妻子不能通过法律程序控告丈夫。根据国外的一些判例，如果夫妻关系不和，妻子提出离婚，有的已经分居单独居住，这种情况下丈夫强行与妻子发生性行为就可以构成【强奸罪】。这是 1991 年的英国判例，许多女权主义者认为这是千百年来妻子是丈夫的性奴隶的时代结束了。此案结束后英国开始认真讨论丈夫的豁免权和婚内强奸。在其他国家已经通过修改法律承认了婚内强奸，如德国、法国、美国的许多州。我国在这个问题上认识比较晚，也出现了一些问题、

- ✓ **案例** 1994 年辽宁省，夫妻二人感情不和，经常争吵。以此争吵以后，妻子回娘家，丈夫追到其妻家，声称讨论离婚问题。谈到很晚妻子要其丈夫离开，其丈夫不愿离开，要与妻子发生性行为。妻子的父亲将村长叫来，村长也不好干涉。后来丈夫要对其妻子发生性行为而打斗，妻子受伤。妻子将丈夫告上法庭，法院认为两人有合法婚姻关系，不构成【强奸罪】。这个案子还上了 1999 年的刑事指导案例。
- ✓ **案例** 上海一对夫妻离婚诉讼期间，一审已经判处了理论，丈夫认为财产分割不合理，丈夫上诉。一审后第五天，丈夫到妻子住所明确要求与之发生性行为。法院认为夫妻关系明显破裂，而且离婚诉讼期间，一审已经判处离婚，应当认定为【强奸罪】。

但是目前为止，认定丈夫【强奸罪】的判例并不多。应当对法律最初明确规定。这种问题毕竟有特殊性，婚姻存续期间夫妻之间住在一个房子里，难免发生争议，如果丈夫违背妻子意志发生性行为就构成强奸，这就很不合理，也难以认定。国外的婚内强奸案例也多为离婚诉讼期间或感情破裂分居期间。之所以国外较为容易认定，因为国外的法律体系较为严密、详细具体。妻子如果已经说要离婚，打官司要若干年，期间法院会给男子一个禁止令，要与妇女保持距离，“至少 500 米以外”，以保护弱势的妻子一方。我国就没有这种规定。

20 世纪 60 年代，还出现了约会强奸。一般的刑事犯罪发生在陌生人之间，约会强奸发生在熟人之间，有的是发生在恋人之间。这种能否处罚值得讨论。美国有一个电影，女方与男方交往但是不愿发生婚前性行为，男方在女生宿舍不顾其反对强行与之发生性行为。女方多次进行控告终于胜诉。这种案子很难以认定，发生在熟人之间，收集证据比较困难。还有一些截然相反的判例。

✓ **案例** 拳王泰森与一个黑人的选美小姐自愿到了一个房间里，后来此女控告其强奸，审判者是一个白人妇女，判处其强奸，判处有期徒刑六年。而另一个案例，肯尼迪家族的一个肯尼迪的外孙与一个女子约会，后来肯尼迪的外孙请此女到其家中游泳，直到早上五六点。后来此女声称受到强奸。肯尼迪家族请了许多专家，最终证明证据不足。

现在许多新问题的提出，从保护妇女的角度可以理解，但是有时确实难以认定。认定过程要仔细判断，不可将不是犯罪的认为是犯罪。

(二) 强奸罪的界限问题

1. 【强奸罪】罪与非罪的界限

恋爱过程中男女双方自愿发生的性行为，过去似乎是一个很严重的事情，很多男方会被判刑，现在就不会这样了，不过还有一些问题。一些男方品质恶劣，以交朋友、谈恋爱为名，实际上是和女子发生性行为，刑法修改后就无法对其处罚。以前有所谓“流氓罪”，可以对这种行为加以处罚。

✓ **案例** 北京有一个张某，在北京声称自己是某大学的学生，父亲是某部部长，还显露才华。用这种手段与几十个女子发生性行为，在女子认为可以结婚的时候该男子就消失了。有的女子告发，后此人以流氓罪判处无期徒刑。

2. 【强奸罪】与通奸罪的界限

通奸是不道德的，但是与【强奸罪】有本质区别。两个人都是自愿的，不能以【强奸罪】论处。79 年刑法以前有“通奸罪”这个罪名，79 年以后取消了这个罪名。欧美习惯法有的还有通奸罪，但是已经很少用了。

3. 对于“半推半就”行为是否定罪

过去主要考虑双方平时的关系如何、女方的态度等。有时候双方是自愿的，但是被人撞见，女方谎称是强行发生性行为。

还要注意案件性质的变化。如果第一次发生性行为女方不同意，但是事后并未告发，后来女方多次自愿与男方发生性行为甚至恋爱，这种情况下案件的性质发生了变化，不宜以【强奸罪】论处。这个出发点是好的，但是司法实践中容易发生问题。在共同犯罪中，甲乙丙三人强奸了一个妇女。甲的父亲为了防止其子进监狱就与女方商议与男方结婚，女方同意。如果甲不追究刑事责任而且甲是主犯，那么乙、丙是否定罪呢？第一次发生了性行为是无法改变的，以后发生其他情况都是酌定情节。

要把利用特定关系和职权强奸妇女同基于相互利用发生性行为区别开来。司法实践中有的人掌握某种权利，以此引诱女方发生性行为，女方以其身体换取某种利益。因为各有所图，不能简单地说是违反妇女意志。

另外对于抢亲、强行结婚的案件如何处理，司法实践比较复杂，要具体问题具体分析。

- 1) 第一种情况，少数民族延续的抢亲习惯，延续了几百年，不宜以犯罪论处。
- 2) 第二种情况，双方恋爱告吹，或者女方另有新欢，男方把女方抢到家中，实施暴力，应当以

【强奸罪】论处。

3) 第三种情况，双方已经登记结婚，还没有同居，女方此时要求离婚，在此期间男方抢亲，在过去不构成强奸，认为尽管女方不同意，但是已经领取了结婚证，就不能认为是强奸。现在认为违背了女方意志，也是强奸。

4) 第四种情况，双方已经订婚，还没有登记结婚，此时女方反悔，这时男方抢亲，应当认为是强奸。80年代云南有这种情况的案件发生，当地的习俗认为双方交换了彩礼后是结婚，但是发生了这种情况，现在属于【强奸罪】。

【奸淫幼女罪】过去是与【强奸罪】是一个罪名，最高法院不知出于何种考虑将其分开。但是司法实践中一直有所区分。对于未满14周岁的幼女，由于其身心发育不健全，缺乏反抗的能力，只要发生性行为就是【强奸罪】。这个有一定的争议。有人认为关键在于是否明知受害人是幼女，但是对幼女的保护是法定保护、在英美刑法中是严格责任，即使没有故意也没有过失，只要构成了侵害，就构成犯罪。我国70、80年代以前也是这样认为的，但是有些案例发生，多种证据表明嫌疑人确实不知道受害者是幼女，而且幼女也同意，嫌疑人也多在18岁以下。如何在保护幼女和不冤枉嫌疑人之间找到平衡，是有一定困难的。最高人民法院关于“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪”的司法解释于2003年1月24日开始执行了。最高法院这个解释虽然遭到了很大的争论，但是还是结合了诸多案例做出的决定。对于这个问题还需要继续讨论。

✓ **案例** 一个女子宋某12岁，已经1.75米，体重140斤，从外观上看是一个女青年。受家庭影响，生活作风不好，声称自己已经24岁了，与其他人发生性行为，如指控强奸，就难以认定男方责任。

✓ **案例** 被告人姚某25岁，与女子朱某13岁同为一个工厂。工厂招工要求17岁以上，朱某的体貌特征也比较像20岁以上。后来两人谈朋友，女方发现男方三心二意，这时发生的性行为被认为不是强奸。

另外对于对精神病人的性行为。如果明知对方是精神病而发生性行为，无疑是【强奸罪】。如果在间歇性精神病的正常期间，发生的性行为，应当不是强奸。有的人的精神病是比较特殊的，即是所谓“花疯子”，精神问题在于两性关系不正常，如主动挑逗。这是追究男方的刑事责任可能过于严苛，司法实践如何认定就需要研究。

第7节 强制猥亵、侮辱妇女罪

第二百三十七条 【强制猥亵、侮辱妇女罪】以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。

聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，处五年以上有期徒刑。

• 强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪构成和刑事责任

1. 犯罪客体

行为的对象是14周岁以上的妇女，强制猥亵男子、儿童不构成该罪。行为人在杀害女性之后，侮辱、猥亵尸体的，不构成该罪，而应当构成【故意杀人罪】【侮辱尸体罪】数罪并罚。

2. 客观方面

必须实行了猥亵妇女的行为。有几种情况：①直接对女性实行猥亵行为；②迫使妇女容忍行为人或第三人猥亵妇女；③迫使妇女对第三人实行猥亵行为；④强迫妇女自行实施猥亵行为；⑤强迫妇女观看猥亵妇女的行为。

强制猥亵妇女是否要求公然性？应当说不要求。公共场合固然能够成该罪，有时在比较私密的场合，只要符合该罪的构成要件，都可以以该罪论处。

3. 犯罪主体

具有辨认、控制能力的自然人。由于犯罪对象是妇女，男子成为犯罪主体没有问题。妇女能否成为该罪的犯罪行为，有人认为可以，确实发生过这样的案件。对这个问题可以讨论，这种情况在司法实践中还是少见的。丈夫能否成为该罪的主体，类似婚内强奸案件。有的发生过这样的案件，丈夫为报复妻子，在光天化日之下脱光妻子的衣服。一般认为丈夫不能构成【强制猥亵、侮辱妇女罪】，但是如果在公共场合，就可以以犯罪论处。丈夫与妻子之间在自己的家庭里，认定该罪就比较困难。只有在公共场合才可以判处。这种方式是比较合理的。

4. 该罪的刑事责任

在强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的情况下，法律没有规定。有的人主张，是一个行为触犯了两个罪名，属于想象竞合犯，按照一个罪定罪处罚，定为【故意伤害罪】或【故意杀人罪】，而不定为该罪。对这个问题可以继续讨论。在英美刑法中这是两个罪，可以实行数罪并罚。

第8节 绑架罪

第二百三十九条 【绑架罪】以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

犯前款罪，致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前两款的规定处罚。

（一）绑架罪的犯罪构成

【绑架罪】是一个多发性的、性质恶劣的案件。起刑点比较高，有期徒刑10年以上，最高可判处死刑。但是只有杀害人质、致人死亡的情况下，才判处死刑。起刑点如此之高的不多，但不能认为该罪的法定刑高于其他罪名。

1. 客观要件

一种观点认为只要出于勒索财物，扣押人质的目的，在客观上实施了绑架行为，就已经符合【绑架罪】的构成要件，达到既遂状态。至于绑架了人之后是否勒索财物，只是量刑时考虑的问题，对定【绑架罪】没有影响。认为【绑架罪】是一个单一行为，只要有这个行为就构成。另一种观点认为，【绑架罪】是复合刑，要有两方面的行为，绑架行为和提出不法要求。仅仅实施绑架行为没有提出不法要求，不能定为【绑架罪】。对这个问题要考虑，该罪的受害者一方面是被绑架人，另一方面应当还有第三人，即被绑架受害者的近亲属。将起刑点定高，对这个问题也是有考虑的，不但是恐怖主义绑架，即使是一般绑架，社会恐慌也是比较大的。后面一个种观点似乎更合适一点，但也比较犹豫，可以讨论。

- 如何理解绑架的行为方式。

一般来说，使用暴力、胁迫、麻醉、偷盗 6 岁以下婴幼儿的行为都是绑架行为。除了这些行为，是否还存在其他行为？1991 年的严打期间发布了打击绑架的规定，但发现了许多规定以外的其他手段，如引诱、欺骗、以揭发隐私为威胁、趁被害人昏迷期间。1997 年刑法吸收了该决定，但是也没有规定这些行为。

✓ **案例** 被告人设圈套，让一个小孩打电子游戏，把自己事实上已经不能回家的事实忘记。被告人向小孩的家人打电话，称已经绑架并提出不法要求。这种情况下应当认为是绑架。

- 是否要求绑架行为人一定要把被绑架人劫离其住所

这主要是区分【绑架罪】与【抢劫罪】。如果将某人劫持，当场提出不法要求。有人认为这是【抢劫罪】。对于这个问题不能一概而论。有的行为人入室之后劫持某人，搜索其家中财物取走，这个无疑是【抢劫罪】。另一种情况是将被害人劫持在被害人自己的住所，没有劫离其住所，就地向其家人提出不法要求，就不应认为是【抢劫罪】。有人认为这个是当场，所以符合【抢劫罪】的要件。应当还是定为【绑架罪】更为合理。

2. 主观要件

【绑架罪】只能由故意构成，通常有非法勒索财物、将被绑架人作为人质等行为。需要注意绑架罪中的被告人的主观故意产生的时间问题，何时产生勒索他人的故意。一般来说在实行绑架行为之前就形成了绑架的故意，即先形成绑架故意再实行行为，但并非所有行为都按照这种顺序。有时候先实施绑架行为，或非法拘禁行为，后产生了绑架的故意。

✓ **案例** 甲乙两方都是做服装生意的，两方离得较近，甲方生意兴隆，乙方生意不好。乙方对甲方不满，于是绑架了甲方的儿子，希望扰乱对方注意力，让甲方无心做生意而使自己生意红火。但是几天后发现对方生意没有衰退，乙方于是向甲方勒索。后被警方破获。

这是先绑架后产生故意，这也应当以【绑架罪】论处。客观上有绑架行为，主观上后来也产生了绑架故意，不能以绑架时无绑架故意而不以【绑架罪】论处。

3. 犯罪主体

年满 16 周岁具有刑事责任的自然人。要强调以下几点：①已满 14 周岁不满 16 周岁的不能构成绑架罪；②不能由单位构成，只能由自然人构成。但是《刑法》17 条第二款规定，“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。”根据第 239 条，在绑架中杀害被绑架人的，仍以【绑架罪】论处，不另行定【故意杀人罪】。但是按照最高法院的解释，已满 14 周岁不满 16 周岁的杀害被绑架人的，以【故意杀人罪】定罪处罚。这是根据最高法院的一个审判会议纪要。但是这也出现了一个矛盾，解释不通。【故意杀人罪】重于【绑架罪】，14-16 周岁的人的这种犯罪不构成成年人构成的较轻犯罪，而构成较重的犯罪，对于 14-16 周岁的人不公平。以这样一个会议纪要的决议为司法解释也不很合理。

(二) 绑架罪的犯罪形态和罪数

1. 【绑架罪】的既遂和未遂

对于【绑架罪】的既遂和未遂问题，有不同意见，大致有几种观点：①不法要求实现说，不仅仅绑架了人质，而且提出了不法要求，不法要求也得到了满足，才达到了既遂状态。②控制人质说，将既遂提前，

只要将人质置于自己的控制之下，还没有提出不法要求就为既遂，就是只要实行了绑架行为就是既遂；③实施了绑架行为，提出了不法要求，达到这个阶段是【绑架罪】既遂。第三种是一种折中的观点，大多数人倾向于第三种观点。这也有一个好处，只有提出了勒索财物的要求，才能推定绑架行为是为了勒索财物；不提出不法要求就认识构成【绑架罪】，在认定事实中会发生问题。客观上有绑架行为，主观上有绑架要求，就能推定为绑架，就容易划分绑架罪与非法拘禁罪的界限，在司法实践中便于操作、认定。

2. 【绑架罪】中的共同犯罪问题

【绑架罪】严重危害社会治安，多数情况下都不是由一个人构成的，都是两个、三个甚至更多的人参与。绑架行为之前一般事先图谋，经过周密的计划。但是也不能排除在犯罪的过程中产生绑架故意的，不是事先形成的，也可以定为【绑架罪】。如一个被告人劫持了一个小孩儿置于自己的控制之下，后给自己的姐姐打电话，让她给小孩儿的家长打电话。这个被告人无疑是构成【绑架罪】，他的姐姐是否构成【绑架罪】存在讨论，有人认为是包庇犯罪。但是她在【绑架罪】的发展阶段，主观上有明知，而且直接提出不法要求，客观上至少有帮助行为，这时被告人和他的姐姐应当构成【绑架罪】的共同犯罪。

3. 【绑架罪】的罪数问题

绑架犯罪过程中往往伴随猥亵、侮辱、强奸、杀人等行为，这也是其社会危害严重的原因。在这种情况下，在绑架过程中触犯了刑法典其他罪名时，如何定罪量刑。

关于杀人行为，239条规定，绑架他人“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。”如果在绑架过程中杀害他人，不能定【绑架罪】与【故意杀人罪】数罪并罚，而是作为【绑架罪】的加重情节。但是【绑架罪】中杀人有几种情况，一是在绑架过程中遭到被害人反抗而杀害被害人；二是绑架行为实施后，提出不法要求之前，由于各种原因将被害人杀害，如被害人要逃跑；三是提出非法要求，因勒索不成，而将人质杀害，或不法要求得到满足后为了杀人灭口而将人质杀害。有时候犯罪分子与被害人是认识的，会发生将人质杀害杀人灭口的情况。对于绑架行为不要存在侥幸心理，自己私下解决，风险很大。如明星吴若甫及其助手有一年被绑架，绑匪有手枪、自动步枪、冲锋枪、手榴弹等，幸亏吴家报警了，否则也会被杀害，因为绑匪的计划就是拿到钱后就杀人灭口。第三种情况中，不法要求得到满足后，杀人灭口，不定为【故意杀人罪】数罪并罚。这个可能存在问题。因为其他的一些罪名，如【强奸罪】【抢劫罪】，强奸、抢劫后杀人的都要定为【故意杀人罪】数罪并罚，而【绑架罪】不法要求得到满足后杀害的仍然定为【绑架罪】，不定为【故意杀人罪】。这让人难以理解。有人认为【绑架罪】重于【故意杀人罪】，因为【绑架罪】的起刑点是十年有期徒刑。这更让人难以理解，因为【故意杀人罪】的起刑点是死刑。

在勒索实行之前，就将人杀害，然后以死者为要挟，进行勒索，能不能定为【绑架罪】，这也存在一定的争议，有人认为应当定为【故意杀人罪】与【绑架罪】数罪并罚，有人认为应当是【故意杀人罪】。问题在于杀人后以尸体向被害人家属提出不法要求，是绑架、诈骗还是敲诈勒索呢？恐怕定为敲诈勒索比较好。因为尸体是不能绑架的，人已经杀死了，没有绑架行为。诈骗和敲诈勒索，人质已经死亡，人身自由已经不能侵犯了，以尸体为要挟，定为敲诈勒索比较合适，即【敲诈勒索罪】与【故意杀人罪】数罪并罚。

绑架没有杀人，伤害人质，如何定罪。239条没有规定，但是从该条对故意杀人的规定中推定，绑架伤害人质的不定为【故意伤害罪】，应定位【绑架罪】。

绑架后对被绑架妇女进行猥亵、侮辱，或对被绑架儿童进行猥亵的如何处罚。司法实践中有些这些情况情节轻微，以一个罪名定罪即可，量刑时可以适当考虑。如果情节严重，构成了独立的犯罪，则应以【强制猥亵、侮辱妇女儿童罪】论处，数罪并罚。

以下情况应当数罪并罚：

- 1) 强奸妇女、奸淫幼女后又绑架的；

- 2) 绑架妇女儿童后因不法要求未得到满足, 将被绑架妇女儿童予以出卖的;
- 3) 收买被拐卖的妇女儿童后, 对其进行非法拘禁, 进行勒索, 则为【收买被拐卖妇女儿童罪】与【绑架罪】数罪并罚;
- 4) 组织、领导参加黑社会组织或恐怖组织, 然后以勒索财物为目的绑架他人的。

其实, 绑架过程中实行了其他犯罪, 如杀人、强奸等, 按照数罪并罚较为容易认定, 但是我国在绑架罪中由于最高法院的各种司法解释, 使得这个问题复杂化了。在欧美国家中, 都是数罪并罚的。

(三) 绑架罪的司法认定界限

1. 罪与非罪的界限

【绑架罪】是严重的刑事犯罪, 定【绑架罪】要求有相当严重的社会危害性, 但不是说所有的绑架行为都一律不考虑 13 条的情节轻微条款。

✓ **案例** 男女双方都是再婚家庭, 两个人重新组织一个家庭后, 妻子带来了原来生的儿子, 但是儿子没有和夫妻两人住在一起, 而是与女方父母住在一起。有一天双方发生矛盾, 妻子回娘家, 丈夫没有办法, 将前妻的儿子骗出来, 然后跟妻子的父母打电话让妻子与其见面, 结果其妻的父母说, 哦原来儿子在你那里啊, 没问题我们放心了。这种情况下定为绑架罪就不合适, 不应以犯罪论处。

可见不应一律以犯罪论处, 还要看具体情况。

2. 【绑架罪】与【非法拘禁罪】的界限

这两个罪都侵害了他人人身自由的权利。【绑架罪】的构成要件不仅要求剥夺他人自由, 还有提出不法要求; 而【非法拘禁罪】仅仅有剥夺他人人身自由的行为而没有不法要求。一般而言两者的界限容易划分。但是在司法实践中, 绑架人质有时是出于迫使他人偿还债务, 绑架欠债者的亲属要求还钱, 由于存在着债权债务关系, 不是不法要求。根据最高法院的解释, 以索债为目的非法剥夺他人人身自由的, 定【非法拘禁罪】, 不能定为【绑架罪】。假如索取债务不是合法债务, 而是不受法律保护的债务, 如索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务, 非法拘押、扣押他人, 也应当定非法拘禁罪, 不为绑架罪, 即无论债务是否合法均为【非法拘禁罪】。这个解释的合理性让人怀疑。

如果索取债务超出了原来的债务如何处理。如甲欠了乙 9000 元不还, 乙将甲拘禁在一地殴打, 要求其家属交出 30000 元。按照一般的解释, 定为【绑架罪】是可以的, 但是确定数额时候, 应当将 9000 元除去, 绑架数额为 21000 元。因为这属于不法要求了。

还有一类案件, 在处理【绑架罪】时候要注意区分与索取债权债务关系不清楚的情况。有时候债权债务关系难以查清了, 如甲借给好友乙现金 10000 元, 只是口头约定一年后乙将钱还给甲。半年后甲的妻子急于用钱, 自己做主要求乙还钱。乙还钱后, 不巧的是甲的妻子还没有将这个情况告诉甲, 就被汽车撞死了, 甲不知道这个情况。一年后甲以为乙没有还钱, 两人关系恶化, 将乙的儿子拘禁。甲不知道债权债务关系已经消失的情况, 应当是【非法拘禁罪】。

3. 【绑架罪】与【抢劫罪】的界限

都是以非法占有他人财物为目的, 都侵犯了公民人身权利和财产权利, 区分主要看两点:

- 1) 行为方式不同, 【绑架罪】是以暴力胁迫或其他方法劫持人质, 再向第三方威胁索取财物; 【抢劫罪】是当场暴力威胁、当场截取财物;

- 2) 取得财物的时间地点不同, 【绑架罪】是先绑架人然后提出索取财物, 获取财物不可能在绑架

当时就实现，而【抢劫罪】一定要当场获得财物。如被告人周某与另一人，经过密谋，将被害人邓某劫持在一个出租车吼，要求司机开到一个偏僻处，下车后要求被害人交出现金，这是【抢劫罪】。但是如果劫持邓某后没有当场截取财物，而是要其写一个欠条，然后拿着欠条要求其家人交钱，这个是抢劫还是绑架，容易引起争议。写一个欠条和当场抢劫没有什么区别，这其中关键在于第三方在此时没有感到威胁，这种情况下应当以【抢劫罪】论处。

第五章 侵犯财产罪

第1节 抢劫罪

第二百六十三条 【抢劫罪】以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，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：

- （一）入户抢劫的；
- （二）在公共交通工具上抢劫的；
- （三）抢劫银行或者其他金融机构的；
- （四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；
- （五）抢劫致人重伤、死亡的；
- （六）冒充军警人员抢劫的；
- （七）持枪抢劫的；
- （八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

（一）抢劫罪的概念和犯罪对象

以非法占有为目的，当场使用暴力胁迫或者其他方法截取公私财物的行为。这个概念简明扼要，解释了【抢劫罪】的本质特征。但有人认为这个概念不够明确，应当是以非法占有为目的，当场使用暴力或其他被害人不能抗拒的方法，当场截取财物。这种概念固然没错，但是没有必要这样繁琐，这种争论完全是为了写论文的。

【抢劫罪】的犯罪对象是公私财物。有以下问题值得讨论。

1. 抢劫智力成果是否为该罪犯罪对象

抢劫他人的技术成果、资料、知识产权，比如图纸，是否是【抢劫罪】的犯罪对象？通常认为抢劫财物是钱、汽车、电视机等。现在实践中发生这些情况，能否定为【抢劫罪】？按照一般对【抢劫罪】的理解，不包括这些技术资料，它们不是该罪的犯罪对象。但是有人认为这些东西尽管不能当场获得财物，但是具有潜在的商业价值。法律没有对此作出解释。刑法是不断发展的，随着社会的发展，对于【抢劫罪】犯罪对象的认识可能会发生变化，但现在还不明确。

2. 抢劫毒品、假币、淫秽物品的认定

这些属于违禁品。抢劫一般财物构成【抢劫罪】，关于抢劫违禁品如何认定，最高人民法院关于抢劫、抢劫

司法解释规定，以毒品、假币、淫秽物品等违禁物品进行抢劫的，以【抢劫罪】论处。这些违禁品不是无主物，对于持有者也不是没有价值的。但是存在一个问题，违禁品数额如何认定？根据司法解释，此类案件无需计算数额，量刑时同意考虑即可。一个淫秽光盘值多少钱，这个的确不好认定。

3. 抢劫枪支弹药的认定

抢劫枪支、弹药，刑法中 127 条有专门罪名【盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪】，不能以【抢劫罪】论处。

4. 抢劫赃物如何定罪

如赵某在公共汽车上扒窃得手，下车被李某发现，李某对其使用暴力，将赵某扒窃所得抢走。尽管是赃物，但是应当交给司法机关处理，也不是无主物，也要以【抢劫罪】论处，否则社会秩序就混乱了。

盗窃、抢夺、诈骗案件中的受害者，能否采用暴力方法抢回自己损失的东西？

✓ **案例** 2004 年，湖南省长沙市。黄某驾驶自己的出租车，两个人上车，拿着 20 厘米的水果刀进行威胁，抢走 200 元。两人下车后黄某开车追赶，结果用车将一名劫匪撞死。一审法院以故意伤害罪判处有期徒刑两年六个月。

该案的行为显然不是抢劫，也非正当防卫，在国外这叫“自救行为”，挽回自己的损失。这在我国没有规定，我国的辩护理由只有正当防卫和紧急避险。而且自救行为和正当防卫、紧急避险一样，也是要有一定限度的，而该案则已经超出限度了。

（二）抢劫罪的客观方面行为

【抢劫罪】的客观方面行为，是对财物的所有人、保管人使用暴力、胁迫或其他方法，迫使被害人当场交出财物。所谓“其他方法”，是使被害人不能反抗或不知反抗的方法。比如两人同住一间房间，一人起了歹意，将另一个人灌醉，将钱拿走，属于其他方法进行抢劫。再如河北省一个长途汽车上，一个小女孩进入汽车，拿出了下了药的红枣给人吃，麻醉后将钱拿走；或使用麻醉枪将人麻醉，都属于其他方法。

依据 267 条第二款的规定，“携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚”，定为【抢劫罪】。根据解释，携带凶器是随身携带枪支、刀具等国家禁止的凶器，就应当定位【抢劫罪】而非【抢夺罪】。不过按照该解释，带着一把菜刀而没有显露出来，进行抢夺，也算抢劫，这个解释就存在问题，但是最高就是这样解释的，也没有办法。

在盗窃、抢夺、诈骗过程中被发现，为窝藏赃物实施暴力，构成了犯罪转化，构成【抢劫罪】。

1. 关于抢劫赌资的行为

抢劫赌资的行为，在过去一律定位【抢劫罪】。现在根据司法解释，这种抢劫赌资的行为要区别情况看待。假如输了一万元，后以暴力要求归还，根据现在的做法，不以【抢劫罪】论处。但是如果超出了输的部分，就应当以【抢劫罪】定罪处罚。

✓ **案例** 江苏南京市发生过这样的案件，几个人聚众赌博，数额比较大。与现在一些赌博一样，赌博规模较大，参加赌博的都是很有钱的人，在一个酒店进行赌博。一个赌徒发现对方有作弊行为，于是将对方拘禁，将自己的赌资、其赢得的其他财物都拿走，又让其打欠条，关了两天才放走。如果只是拿回自己的赌资就是非法拘禁罪，但是这个案件已经超出了自己赌资，属于抢劫。

2. 有关警察圈套

如人民警察、治安监察队员设置圈套，诱骗他人参赌，然后将其抓捕，如果将赌资如实交公，在国外是“警察圈套”，是可以免责的。如国外的警察认为某人是一个罪犯而苦于没有证据，然后设一个圈套诱使犯罪。我国也发生过类似的。海淀警察发现有一个人倒卖汽车，就设置了一个圈套，要抓这个人倒卖汽车的现行，结果这个人不但倒卖汽车，还杀了一个人抢到汽车。警察圈套是一种破案方式，运用得当是一种好的手段，运用不当是一种破坏法律。诱骗他人参赌，抓捕后将钱装到自己的口袋，是【抢劫罪】；有人认为这是一种滥用职权，不过这已经不是滥用职权了，是将钱据为己有。有人认为这是一种【贪污罪】。如果当场使用暴力、以暴力相威胁，应当以【抢劫罪】论处；如果没有使用，可能构成【敲诈勒索罪】。司法实践中要按照案件的具体情况加以认定。

3. 以暴力手段截取被有关国家机关扣押的财物的认定

这个问题这主要与一个案例有关。

案例 被告人因违反交通规则，被没收汽车，当天晚上他乘人不备，潜入值班人员监管的车库，企图将车开走，被发现后将交通民警捆绑起来，导致其窒息死亡。这个案件应当定为【故意杀人罪】还是【抢劫罪】存在疑问，如果定为【抢劫罪】，这辆汽车的车主是他自己，能否抢劫自己被扣押的汽车？如果能定【抢劫罪】，根据是什么？这个案件是山东省青岛市法院审理的，一审以【抢劫罪】判处被告人死刑，上诉后山东省高院以【故意杀人罪】判处死刑缓期两年执行。

有一种观点认为，【抢劫罪】既侵犯财物所有权，又侵犯人身权，但是最终的目的是截取公私财物。在双重客体的情况下，有主要客体和次要客体。我国刑法考虑到虽然有的案件行为人使用了暴力，对人身也造成了伤害甚至死亡，但是行为人的最终目的是侵犯他人的财产所有权，因此【抢劫罪】规定在侵犯财产罪一章而不是侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中。该案例中，这辆汽车是被告人自己所有的，但是被国家机关合法扣押了，这个财物相对来说已经不再他的手中了，而是在他人的管理控制之中。如果是其他人损坏了这辆汽车，国家机关还需要负赔偿责任。所有权人使用暴力或暴力相威胁截取这种财物，应当以【抢劫罪】论处。另据 91 条第二款对公共财产范围的规定，“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论”。能否以公共财产理解这种被扣押的财物，值得讨论。能不能说被扣押后所有权就转移到国家手中了，这个问题还需要研究。郭老师认为，这个案件定为【故意伤害致人死亡罪】更为合适。在司法实践中类似的情况有的定为故意伤害或故意杀人的，有的定【抢劫罪】，判例不一。河北省发生过类似的案件。

✓ **案例** 一个工商管理机关查获了一批假烟和搭载假烟的汽车，两个被告人晚上带着尖刀等作案工具企图将车开走，惊醒了一个副所长，双方发生搏斗，两个被告人将副所长砍成重伤，河北省的一家法院判定两个被告人【抢劫罪】，分别判处有期徒刑。

这和上面的案件十分相似，一个定了【故意杀人罪】，一个定了【抢劫罪】。还有类似的盗窃案例。

✓ **案例** 被告人自己有一辆摩托车，借给了自己的邻居使用，过了几天，发现自己的摩托车停在院子里，就将摩托车开走，后来邻居问他有没有见到摩托车，他说没有，后来邻居进行赔偿，后来这种行为被发现。这是《人民法院报》刊载的案例。

郭老师认为，这个案件与上两个案例不同在于，被告人将自己的车辆开走，别人问其有没有开，他说没有，这种情况能否构成【盗窃罪】？如果自己开走自己被查扣的汽车，后来又将自己的车偷开回家，交通民警没有发现，行为人也没有声称自己的汽车在公安机关被盗了而再向国家机关要求赔偿，这个能是【盗窃罪】吗？上面两个案例被定罪不是因为盗窃自己的汽车，而是因为过程中导致了其他的危害后果发生，比如致人死亡，因此定为【盗窃罪】【抢劫罪】不是很合理。导致这种危害后果的是什么罪就可以定为什么

罪，总是讨论所有权的归属等问题，常常是纠缠不清的。

4. 抢劫家庭成员或近亲属的财产的认识

有相关的司法解释，偷拿自己家或近亲属的财物一般可不按犯罪处理，对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与社会一般的【盗窃罪】有所区别。因为哪些财物是自己的，哪些是家庭的，有时难以分清；家庭成员之间有血亲关系，以犯罪论处也不合适。即使不是家庭成员，盗窃亲属的财物，也一般不愿让其定罪。比如中关村某人将其姨母的活期存折偷走，共有 11 万元，后来被发现时候已经花去了 10 万，失主一开始比较气愤，后来就不愿追究刑事责任了。最高法院做出这种解释是有一定道理的，考虑了多种情况，在道理上也说得通。但是司法实践中也有因为盗窃、抢劫家庭成员的财产构成【盗窃罪】、【抢劫罪】的。一方面这种行为不能说没有社会危害性，但是考虑到案件的特殊性，也考虑到当事人的长远利益和社会稳定，而做出这种行为一般不以犯罪论处的规定，也就是说如果家庭成员强烈要求定罪的也可以定罪。如果是教唆他人抢劫自己家的东西或伙同他人抢劫自己家的东西，可以以抢劫论处。

5. 强迫债务人取消债务行为的认定

债务人对债权人实施暴力或以暴力相威胁，强迫债务人取消债务的能否定位【抢劫罪】。某人明明有欠条欠他人的钱，后来用暴力威胁的方法将欠条抢回，这种行为能否是【抢劫罪】？【抢劫罪】的一个特点是当场截取财物，欠条能否视为当场截取财物，在理论上有不同观点。一种观点认为，在这种情况下抢劫欠条，不能以【抢劫罪】处罚。理由主要有以下几点：①欠条只是一个债权债务的凭证，不是财物；②抢劫欠条与取得财产是有很大的区别的，抢劫欠条意味着不能当场取得财物，不符合【抢劫罪】当场取得财物的特点；③如果抢劫欠条构成抢劫罪，那么乘人不备将欠条毁坏应当如何认定，能否定为抢劫公私财物？因此，不能定为【抢劫罪】，只是一种赖账不还的民事行为，除非有构成犯罪的行为。

也有人认为应当定为【抢劫罪】：①虽然不是直接抢走财物，但是欠条是债务人主张财产权利的唯一根据，所以抢劫欠条等同于情节等值的财产；②以暴力的手段抢劫欠条的主观目的在于取消债务关系，达到拒不归还的目的，这个可以认为主观上具有非法占有他人财物的目的；③抢劫欠条的行为符合【抢劫罪】当场截取财物的要件，当场抢走欠条，债权债务关系当场消失了。

这是截然相反的两种观点，在司法实践中，后一种观点曾得到应用，有相关的判例，如果行为人为消灭财物，采用暴力或以暴力相威胁的方法取消债务，构成【抢劫罪】。这也有一定道理。但是问题在于仅仅抢劫一个欠条定为【抢劫罪】，欠条究竟值多少钱呢？能否定为抢劫还要考虑如何进行处罚、如何确定法定刑，这些都是当时没有想到的。这个问题还可以进一步讨论。

（三）抢劫犯罪的手段

1. 关于使受害人不能反抗的手段的认定

在实施抢劫犯罪时候使受害人不能反抗截取财物的，作为抢劫手段的暴力应当如何认定，存在着讨论。

✓ **案例** 被告人经过一个偏僻的地方时，发现一个小女孩在放羊，起了歹心，企图强奸这个小女孩，遭到强烈反抗而未遂，被告人拿出随身携带的尖刀将被告人杀害，杀死后发现被害人有一块手表，于是将手表拿走，之后发现这一群羊，又想将这群羊拿走卖掉，半路上被抓获。

该案中强奸和故意杀人的犯罪比较明显，这种将人杀害后将财物拿走是【盗窃罪】还是【抢劫罪】，还是一种秘密窃取呢？通常的观点认为这个应当定为【盗窃罪】。如果说这类案件中实施了前一种暴力行为，被害人神志清楚或没有被杀死的时候，将其携带的财物拿走，是【抢劫罪】；如果实施暴力行为后被害人死

亡，将被告人的财物拿走，是秘密窃取他人财物，应当定【盗窃罪】。这是通常的观点，是我们司法考试应当采取的观点。

但郭老师认为这种观点不合理。①不符合【盗窃罪】秘密窃取的要件，将财物从死去的人身上公然拿走，不能说是秘密窃取；②没有杀死人的情况下取走财物定为【抢劫罪】，把人杀死后取走财物反而定更轻的【盗窃罪】，道理上说不清；③被害人昏迷、被杀死，处于不能反抗、不知反抗的状态，是因为行为人实施了前一种暴力行为。不能仅仅从形式上看，被害人昏迷或死亡，就认为是没有人察觉而是秘密窃取。之所以能轻易地将财物取走，是因为使人昏迷或将人杀死了。这是把前后两种行为割裂开来了。所以这种情况下应当定为【抢劫罪】。但是司法考试不能这样答，司法解释认为是【盗窃罪】。

2. 暴力的程度如何理解

抢劫犯罪的暴力是否一定要达到危及人身安全，达到不能抗拒的程度，这个问题与【强奸罪】比较类似。暴力是否一定要达到足以制止对方反抗的程度，恐怕不能这样讲。司法实践中，被告人受到直接的武力侵犯、威胁，还要辨认自己能不能反抗，这个是不现实的。郭老师认为，暴力手段是只要使用了暴力或暴力相威胁，使被告人感到恐惧即可。之所以有人提出前面的观点，是因为有时司法实践中，使用了暴力但是程度比较轻，这种情况是定为情节罪还是其他罪，可能有争议。

✓ **案例** 被害人乙经常邀请被告人甲的妻子邀请到其住处打麻将，导致甲家庭不和。有一天乙又邀请甲的妻子打麻将。甲追到乙的家中，对乙打了几耳光，认为其迫害自己家庭的和睦，要求其赔偿几千元。法院定为【敲诈勒索罪】。

在这个案件中之所以没有定【抢劫罪】而定为【敲诈勒索罪】，主要是应当认定乙的确是认为自己的行为不妥而交钱，不是由于恐惧，更近似与敲诈勒索，而不是抢劫。

与这个问题有关的是，有在抢劫过程中使用暴力致人死亡的案件应当如何处理，在司法实践中发生的抢劫案件导致被告人死亡的大致有三种情况：①暴力抢劫使用暴力过度，在抢劫过程中致人死亡；②抢劫财物得手后又杀人灭口；③先预谋杀人排除障碍，而后再行抢劫。这三种情况应当如何定罪量刑？这个有相关司法解释规定。

抢劫以后杀人灭口的，定为【抢劫罪】和【故意杀人罪】数罪并罚；使用暴力过度的，定为【抢劫罪】；先杀人后抢劫的，定为【抢劫罪】，不实行数罪并罚。第一种情况抢劫是故意，导致人死亡是过失，定【抢劫罪】符合大陆法系的一般特征；而先杀人后抢劫财物的，根据司法解释解释为【抢劫罪】，不能定抢劫罪或两罪数罪并罚。但是过去的司法实践中，无论是先杀人后抢劫还是抢劫过程中杀人，都要实行数罪并罚。有些案件中，抢劫犯罪分子的犯罪故意非常明显，实先经过周密策划，过程中杀人的故意非常明显。而且既然经过策划，为什么不能定为【故意杀人罪】呢？先杀人后抢劫如果不实行数罪并罚，也不应定为【抢劫罪】。虽然二者最高刑都是死刑，但是故【意杀人罪是】是重于【抢劫罪】的。【故意杀人罪】的法定刑从高到低排列。如果先杀人后死亡，既有杀人行为又有抢劫行为，有杀人故意也有抢劫故意，没有道理不能实行数罪并罚。

✓ **案例** 张文明、李国盛策划在北京的一家工商银行实行抢劫，张文明提出要先打死人震慑其他人，而李国盛说要将所有人杀死，张说子弹不够，李说你打死一个我打死一个就够了。两人实行抢劫时打死打伤两人，其他人不敢反抗，两人抢得 1056 元 1 角 5 分。法院定为【抢劫罪】和【故意杀人罪】数罪并罚。

对于先杀人后抢劫，实行数罪并罚还是比较合适，但是考试时还是要以司法解释为准。

(四) 抢劫罪加重处罚的几种情形

1. 入户抢劫行为

“户”的范围，根据司法解释，主要是与居民的日常生活有关，是为公民提供家庭生活，与外界相对隔离的场所。这样理解“户”则进入宿舍、宾馆、工作地点抢劫不属于入户抢劫。这种解释有不合理的地方。这种规定主要是限制范围，因为抢劫行为本身比较严重，司法机关人认为需要加以限制，否则过于宽泛，可能加重处罚。

入户抢劫的非法性，看入户是合法入户还是非法入户。根据司法解释，为了抢劫等犯罪而入户的才能认定为入户抢劫。如果抢劫虽然发生在室内，但是行为人不是以抢劫等犯罪为目的进入的，则不认为是入户抢劫。入户不是以抢劫为目的，而是以其他犯罪为目的的，也可以认定为入户起抢劫。出于一般的违法入户，临时起意进行抢劫的，不能认定为入户抢劫。

暴力或以暴力相威胁的行为必须发生在户内。入户实施盗窃，被发现后行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证，当场使用暴力或以暴力相威胁的，可以认定为入户抢劫，这是转化犯，由盗窃转化为抢劫，而且有入户的行为。如果暴力行为没有发生在室内，比如被发现后逃出室内与户主搏斗，不是入户抢劫。

✓ **案例** 有两个中学生，他们的一个女同学家中比较富裕，准备对其进行敲诈。在进入其家中前，先给这个同学打了一个电话，证实只有她一个人在家。两人敲开门进入房屋，看了一会儿电视，后来这两人向这个女同学所要一枚金戒指，不成后对其进行殴打，将金戒指和一串项链拿走。后一个中学生的父亲知道后与其将赃物交还。

该案能否构成入户抢劫有争论。一种观点是两人进入时候已经有了敲诈犯罪的动机，他们利用同学身份进入，实际上入户具有非法性，因为入户目的在于敲诈勒索；敲诈不同而后抢走财物，完全符合抢劫罪构成要件，而且是在户内。这种观点比较有道理。

2. 在公共交通工具上的抢劫行为

这个主要涉及什么是公共交通工具。交通工具应有以下特点。①公共性，承载的乘客不能是特定的，而应当是不特定的，如公交车上、长途汽车上。一般认为，私人轿车、单位接送职工的班车，不属于公共交通工具，因为面对的是特定人；②运营性，必须是已经投入使用，正在运营的过程中进行抢劫；③机动性，这一点有争论，汽车当然具有机动性，而自行车、马车没有机动性，如果它们也乘坐了不特定人怎么办，再如一些比较偏僻的地方有摆渡船。在一些情况下，这个特点是应当讨论的。

在大型公共交通工具上仅仅对司机、乘务员进行抢劫的，能否认为是在公共交通工具上的抢劫？没有乘客，没有社会服务的性质，所以不认为属于。相似的还有出租车，按照解释，小型出租车不属于公共交通工具，因为乘坐的不是不特定多数人。

买票或拦截进入长途汽车，在车上进行抢劫的，无疑是在公共交通工具上进行抢劫。但是还有这样一种情况，劫匪设置路障，迫使交通工具停下来，对乘客进行抢劫，这也是公共交通工具上抢劫，不是说只有在公共交通工具上才算。

3. 如何理解多次抢劫

与其他犯罪的多次相似，多次抢劫的“多次”也是三次，是加重情节。但是不能简单理解。如一个人持刀拦截过往车辆，边拦截边说“给点烟钱”，每辆车抢劫5元，一共抢劫了三辆车，这个是一次抢劫还是三次抢劫？一般认为是一次抢劫，但是司法实践中也有人认为是多次抢劫。广州就发生过类似的案例，被

判处有期徒刑十几年。无论认定是一次还是多次，这样判总是太重。

4. 冒充军警人员抢劫

军警人员包括军人、武警、警察、司法机关人员等，属于加重处罚的行为。如果是军人冒充警察、警察冒充军人，也是冒充军警人员抢劫。但是现在常常发生的是真正军警人员的抢劫。有人认为真的军警人员进行抢劫也可以认为是冒充军警人员进行抢劫。从逻辑上讲，冒充军警人员是加重情节，军警人员自身抢劫当然更应当加重。无论如何，不是冒充的军警人员进行抢劫，硬要解释成冒充，总是不合理。

5. 持枪抢劫

主要涉及使用玩具枪、假枪进行抢劫如何认定的问题。有人认为都是构成对被害人的威胁，因此都是持枪抢劫。不过两者还是有区别的，因为玩具枪、假枪终究不能打死人。“枪”是《枪支管理法》管理的枪，但是《枪支管理法》不可能管理假枪、玩具枪。所以玩具枪、假枪进行抢劫不是持枪。使用钢箍枪进行抢劫的则属于持枪抢劫。

(五) 抢劫罪的既遂与未遂

一种观点认为，【抢劫罪】属于侵犯财产罪，以是否抢到财物为既遂和未遂；一种观点认为【抢劫罪】是复杂犯罪，不论是否抢到财物，只要在过程中侵犯了被害人的人身权利就是抢劫既遂；第三种观点认为一般情况下以抢到财物为既遂没有为既遂，但是造成重伤或死亡的情况下不存在未遂。过去通常的做法都是采用第三种观点。但是根据最新的司法解释，抢到财物是既遂，没有抢到是未遂，但是致人轻伤、重伤或死亡的，都是既遂，也就是将造成轻伤的情况同样视为既遂。

1. 转化型抢劫的数额问题

犯盗窃、诈骗、抢夺，当为了抗拒抓捕、窝藏赃物或者毁灭罪证，当场使用暴力的，就转化为【抢劫罪】。但盗窃、诈骗、抢夺都有数额要求，数额较大的才以犯罪论处，如北京“数额较大”是1000元。如果没有达到数额较大，如盗窃了500元，抗拒抓捕使用暴力或威胁，能否构成转化型抢劫，存在两种观点。一种观点认为转化型抢劫一定要求前面的盗窃、诈骗、抢夺行为也达到数额较大的定罪标准；另一种观点认为不需要，法律规定的是“盗窃、诈骗抢夺行为抗拒抓捕的”而不是“盗窃、诈骗、抢夺罪”，意味着只要实施了这种行为，即便没有达到数额较大，当场使用暴力的或以暴力相威胁，也可以转化为【抢劫罪】。现在，关于这种问题已经有了司法解释。司法解释规定，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到数额较大，为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证，当场使用暴力或以暴力相威胁的，危害不大的，一般不以犯罪论处；但是具有下列行为的，可以【抢劫罪】论处：

- 1) 盗窃、诈骗、抢夺接近数额较大标准的；
- 2) 入户或者在公共交通工具上进行盗窃、诈骗、抢夺后，在户外或交通工具外使用暴力或暴力相威胁的；
- 3) 使用暴力致人轻微伤以上后果，即没有达到伤害的标准，但造成了轻微人身伤害；
- 4) 使用凶器或者以凶器相威胁；
- 5) 具有其他严重情节的。

2. 抢劫与抢夺的区分

抢夺是乘人不备公然夺取财物，抢劫是使用暴力或以暴力相威胁截取财物。广东省一些中小城市的骑着摩托车抢东西的情况是抢劫还是抢夺？虽然行为人是骑着摩托车夺取财物，但是也是乘人不备，过去都

定性为【抢夺罪】。但是在司法实践中发生的飞车抢夺的情况比较多，有些情况下，行为人企图乘人不备将包夺取，但是被受害人发现，受害人紧抓不放，被拖着走了几百米，这种情况应当定位【抢劫罪】。可见两者的区别主要是客观上乘人不备还是使用暴力或威胁。

✓ **案例** 2003年非典时期，被告人张某在一个小摊上喝啤酒，遇到几个人卖肉食品，付给对方100元人民币，对方发现是假币要求替换，结果张某耍赖说“这年头吃饭还要钱”“我有非典”云云。后来此人又拿了很多香肠，总共价值69元，后又拿着菠萝刀威胁不给钱。后张某认为自己吃饱了又拿这些香肠分给路人。警察后来抓捕，他也自称有非典。警察疏散人群后才将其抓捕。案件在社会上产生了不良影响。

此案是北京市海淀区发生的一个案子，能不能定【抢劫罪】有争论，检察院最后以【寻衅滋事罪】起诉，认为没有达到【抢劫罪】的标准。这就是一种无赖的行为，过去是流氓罪，现在是【寻衅滋事罪】。

第2节 盗窃罪

第二百六十四条 【盗窃罪】 盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第二百六十五条 【盗窃罪】 以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

（一）盗窃罪的犯罪对象

1. 盗窃罪需要注意的犯罪对象

【盗窃罪】的犯罪对象，理论上不同观点，总体上要注意以下几点：

1) 过去刑法修正案八没有颁布之前，有284条【盗窃金融机构罪】，数额特别巨大的，可以判处无期徒刑或死刑，并处没收财产。所谓金融机构不是指的金融机构内部的设施，如桌椅板凳、办公设施等，而是指的金融机构的特定财物，如客户存款、有价证券等。这种盗窃不同于一般盗窃，是在金融机构内。但是由于许霆案的发生，这个罪名的死刑被取消了，盗窃罪也没有了死刑的规定。

2) 珍贵文物，264条【盗窃罪】和相关司法解释，对盗窃珍贵文物有特别规定。

3) 信用卡，这是新出现的情况。根据196条【信用卡诈骗罪】第三款，盗窃信用卡并使用的，以【盗窃罪】定罪处罚，可见信用卡可以成为【盗窃罪】的犯罪对象。信用卡和人民币有区别，占了信用卡不代表占有了他人的财产，必须通过消费才行，所以是盗窃信用卡并使用。这种规定实际上借鉴了过去盗窃银行的有印鉴的空白支票的判定。过去存在是定为【盗窃罪】还是【诈骗罪】的争论，盗窃空白支票是有效印鉴的，无需再进行伪造，所以用【盗窃罪】而非【诈骗罪】论处。现在盗窃信用卡的规定借鉴了这一点。有人认为盗窃信用卡没有使用也可以定罪，【盗窃罪】需要有数额，如果盗窃信用卡没有使用，根据有关司法解释，无法确定数额，难以解释定罪。

4) 增值税专用发票，根据210条第一款，“盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚”。即可以以盗窃罪论处，但是如何确定数额，法律解释规定，盗窃25份以上为数额较大，250份以上为数额巨大，2500份以上为特别巨大。

5) 电力、煤气、天然气，这属于无形物，过去法律没有相关规定，现在常有发生，如私接电线等。电力、煤气、天然气在目前的技术条件下都是可以管理的，有相关的公司进行管理，在这种情况下窃电、煤气、天然气都可以成为【盗窃罪】的犯罪对象。不过有些无形物如空气，就很难说可以盗窃空气。1997年刑法司法解释明确将电力、煤气、天然气以外的电信号码、上网账号密码都作为【盗窃罪】的犯罪对象，将【盗窃罪】的对象大大扩大了。

✓ 案例 90年代，打电话费用比较高。中关村有两个公司挨在一起，用三合板隔开，有一个女职工的男朋友在美国留学，经常需要打电话联系。隔壁的公司的电话与其很近，就将电话线接在对方的电话线上，短短的一周内，打了10000多元的电话，被发现后报案，司法机关感到没有把握，最后还是以【盗窃罪】论处。现在定为盗窃已经比较明确了。

6) 违禁品，法律禁止携带、流通的物品，如枪支弹药、管制刀具。刑法对盗窃枪支弹药爆炸物有特别规定，要按照相关罪名，盗窃枪支、弹药、爆炸物罪，不能以【盗窃罪】论处。其他的盗窃违禁品的行为，如盗窃毒品，能否构成【盗窃罪】，在我国刑法中没有明确规定。现在一般认为毒品可以成为【盗窃罪】的犯罪对象。毒品虽然是违禁品，但是发现以后应当没收归国家所有，侵害的是国家对毒品的所有权。这种观点主要反映在国家在毒品工作会议的纪要中。不过这种盗窃的数额如何确定？过去有法律规定不计数额，都构成犯罪。后来在这个纪要中又进一步解释了，认定盗窃毒品犯罪数额，可以参考当地毒品非法交易的价格。这样的种种解释总是不能自圆其说，存在某些漏洞，还是单独设一个罪名为好。

7) 财产凭证，主要是有价支付凭证、有价证券、有价票证。这些都是财产凭证，可以作为【盗窃罪】的犯罪对象，但是有其特殊性。我国将这种凭证分为两类，一是不记名、不挂失的凭证，另一种既记名、又挂失的凭证，如存折。分为这两种对于构成【盗窃罪】的意义也不同。窃取不记名、不挂失的财产，意味着从窃取时就占有了这个财产凭证所记载的数额的财产。盗窃记名、挂失的财产凭证，要最终获得凭证上记载的数额，还需要拿着相关的身份证件，才能获得这个数额，占有财产需要一定的支取行为。有人认为这种支取行为具有一定的诈骗性，应当定【诈骗罪】。但是司法实践中还是定的【盗窃罪】。因为从表面上看时欺骗银行，但是真正受害的是丢失财产的人，银行在这个过程中没有任何损失。所以还是以【盗窃罪】论处。

8) 本人财物，盗窃本人的财物也可以成为【盗窃罪】的对象。如王某向陈某借款3万元，某日王某在陈某家串门时偶然发现借条，就将借条偷走撕毁。这也以【盗窃罪】论处。

2. 不能成为盗窃罪犯罪对象的物品

不能成为盗窃罪犯罪对象的物品有以下几种：

1) 刑法特别规定的物品。①枪支、弹药、爆炸物；②刑法典302条规定了【盗窃尸体罪】，所以尸体不属于【盗窃罪】的对象。30年代国民党的刑法中将【盗窃尸体罪】视为“有伤风化罪”，79年刑法没有规定这个罪名，97年刑法规定为【盗窃尸体罪】；③武器装备、军用物资，438条规定了【盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪】。

2) 不具有财产属性的东西。有的是有特别意义的东西，如盗窃国家秘密、国家情报。

3) 遗忘物、遗失物。遗忘物和遗失物在民法上有区分，在过去的刑法中对于遗失物、遗忘物也是加以区分。遗失物，如在街上将钱包掉在地上，完全没有察觉，发现后左思右想不知道丢在哪里，根据一般人的经验，这个钱包算遗失物，施主对这个钱包完全意识了，自己都不知道在哪里；而遗忘物，比如某日买东西将钱包放在柜台上忘记拿，后来想起来回去拿，这种情况时间比较短马上回忆起来，某种意义上说对这个东西没有完全丧失控制权，这个是遗忘物。过去刑法也对两者加以区分。现

在刑法规定了【侵占罪】的罪名，将遗忘物据为己有会构成该罪，有人提出遗失物和遗忘物没有本质区别，如果仅仅以时间长短和受害人是否知道丢在什么地方，在司法实践中不一定容易处理。某人坐出租车，将钱包落在座位上，刚下车想起来，向司机大喊停车但司机跑掉，这个是遗失物还是遗忘物就难以认定。实践中最后定为【盗窃罪】而不是【侵占罪】。司法实践中处理这类问题比较复杂。再如在商场，过去物资供应紧张，买东西要凭票购买，有时候会排很长的队。在排队时，人向前移动而没有拿着自己的旅行包一起往前走，回头一看被拿走了，这个是遗忘物还是遗失物？如根据时间长短是遗忘物，但是司法实践中肯定不会定为【侵占罪】，而会定为【盗窃罪】。【侵占罪】的犯罪对象是仅指遗忘物还是包括遗失物，这个问题还没有定论。

第二百七十条 【侵占罪】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，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

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，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

4) 埋藏物，埋藏于地下或它物中的，由于其具体的所有者不明，不属于秘密窃取的行为。有的国家将盗窃埋藏物视为犯罪，如日本一个人将挖出的钱据为己有，经过找寻后无人认领，就将其据为己有。根据日本的规定应当上缴，发现埋藏物价值的四分之一应当归发现人所有。

(二) 盗窃罪客观方面的表现

秘密窃取公私财物。现在的标准要是用修八 39 条的规定，对【盗窃罪】的客观要件进行了详细描述。根据规定，数额较大仍然是构成【盗窃罪】的基本条件，也就是说，盗窃的数额比较小，一般不以【盗窃罪】论处，而以治安管理处罚法处罚。但以下几种情况即使没有达到数额较大，也构成【盗窃罪】：

- 1) 多次盗窃，一年内盗窃三次以上应当以【盗窃罪】定罪处罚；
- 2) 入户盗窃，没有达到数额较大仍然以【盗窃罪】论处；
- 3) 携带凶器盗窃，包括枪支、爆炸物、管制刀具，凡是携带这些凶器，即使没有使用，也没有达到数额较大，但这种行为以暴力作为后盾，一旦被发现有可能加害失主；
- 4) 扒窃，在公共场所或交通工具上窃取他人的财物。过去扒窃行为是很严重的，因为有的小偷以扒窃为生，如北京公交 332 路，有这样以扒窃为生的小偷，八点准时上班十二点准时下班。所以将扒窃定为犯罪符合实际情况。

(三) 盗窃罪的犯罪主体

- 单位能否成为【盗窃罪】的主体

有一个问题值得研究，单位是否可以构成【盗窃罪】的犯罪主体。惩罚自然人是基本原则，惩罚法人是例外，刑法分则规定的所有行为并不一定都适用于单位犯罪，只有法律又规定的才可以。单位能否成为【盗窃罪】的主体，司法实践中存在着争论，有人认为为单位的利益实施盗窃，只要符合【盗窃罪】的构成要件，都可以用【盗窃罪】定罪处罚，也就是单位可以成为【盗窃罪】的主体；但是有的人认为单位不能成为【盗窃罪】的主体。对这个问题，相关的法律文件比较模糊，最高人民检察院对这个问题有一个规定，单位有关人员为谋取单位利益，事实盗窃行为，情节严重的，以盗窃罪追究直接责任人的刑事责任。这个是否意味着承认【单位犯罪】？有人认为单位犯罪才能使直接行为人承担刑事责任，这种观点也可以

讨论。但按照规定，单位是不加以处罚的。总之这个问题没有得到很好的解决，可以进一步讨论。

(四) 盗窃罪的情节

1. 接近起刑点可以判处【盗窃罪】的情节

盗窃数额较大的才构成犯罪，有时情节上看没有达到数额较大，没有达到盗窃罪的起刑点，能否判处【盗窃罪】？过去是不可以的，现在规定接近起刑点，又有下列行为的可以定为【盗窃罪】：

- 1) 以破坏性手段盗窃公私财物，造成公私财物的损失，以【盗窃罪】追究刑事责任。如将奔驰车的窗户打破，拿出车座上的钱包，钱包中只有 500 元，而窗户值几万元，可以定为【盗窃罪】；
 - 2) 盗窃残疾人、孤寡老人或丧失劳动能力的人，他们属于弱势群体；
 - 3) 盗窃造成严重后果或者有其他恶劣情节。
- ✓ **案例** 刑法没有修改前，在广西桂林一个火车站，一个农村妇女，在上车时被偷走了一个钱包，被发现了而追赶，小偷从车轱辘下钻出去跑掉，她也追赶过去，结果火车开动被轧死。被偷的只有四角七分钱，但这属于后果严重。

2. 达到起刑点可以不以犯罪论处的情节

虽然达到起刑点，但是情节轻微，并且具有下列行为之一的，可以不以犯罪论处：

- 1) 初犯，或偶犯，或在他人唆使或胁迫的盗窃；再如娱乐性盗窃，将盗窃物使用后又丢弃。已满十六周岁未满十八周岁的未成年人，虽然要负刑事责任，但如果是偶犯、在他人胁迫下盗窃，一般可以宽大处理；
- 2) 全部退赃的，盗窃案发生后主要将盗窃物归还被盗人或司法机构，或退赔，盗窃的已经挥霍了，但是作价归还，可以不作为犯罪处理；
- 3) 主动投案，根据自首的规定，可以从轻或减轻处罚。如果刚刚达到数额较大，又主动投案，可以不作为犯罪处理；
- 4) 被胁迫参加盗窃的，甚至被胁迫后分赃没有份，可以不作为犯罪处理。

3. 其他严重或者特别严重情节的认定

盗窃数额达到数额较大或者数额巨大的起点，并且具有下列情形之一的，可以分别认定为其他严重情节或者其他特别严重情节：

- 1) 犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯。具有这种情节的在量刑中加重。假如原来是数额较大，法定刑本是三年以下有期徒刑，如果有这种情况，法定刑应当在三年以上十年以下决定刑期，因为数额较大并且情节严重；如果是数额巨大又有这种情节，即为有其他特别严重情节，处十年以上有期徒刑或无期徒刑。即均加重一格处罚。
- 2) 流窜作案的、跨地区异地作案的，流动性、机动性强，破获案件较为困难，危害性较为严重，根据流窜作案危害严重、数额较大的，应当视为其他严重情节，处罚方法同上。
- 3) 累犯，根据司法解释，应当视为其他严重情节，也要加重处罚。
- 4) 导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果，同样加重一格处罚。

近亲盗窃的行为，一般可以不作为犯罪处理，主要考虑到我国的家庭状况、结构等，但是在有些情况下，盗窃近亲属、近亲属又强烈要求追究刑事责任，有的也可以作为盗窃。

（五）盗窃罪的未遂问题

过去在司法实践中，盗窃要求数额较大，那么数额较大有没有盗窃未遂的情形？过去认为，盗窃的财物属于数额较大，又由于行为人意志以外的原因没有得逞，一般不追究刑事责任。只有在盗窃数额巨大，盗窃金融机构、珍贵文物，才有盗窃的未遂问题。有的盗窃案以银行、金融机构进行盗窃，在银行的墙壁上挖洞进行盗窃，被发现，就是这种情况。湖北省的一个劳改农场的的一个劳改犯越狱后，到故宫盗窃了光绪皇帝的一个珍妃之印，被发现时就呆在墙壁上。不过也有学者有不同观点，认为【盗窃罪】的各种情形都有未遂问题，在理论上也可以说得通，但是实际中不利于认定。

对于盗窃既遂的认定有几种观点：①接触说，认为接触了盗窃对象就是既遂，没有接触到就是未遂；②隐匿说，将行为人是否将财物隐匿；③转移说；④控制说，是否将财物控制。还有失控说、失控加控制说等等，司法实践一般以控制说作为标准。比如国务院一个单位购买了一台高级摄像机，价值几万元，某人乘人不备将其偷拿，先将办公楼的拿到一个地方，后再将其偷拿回去，根据控制说还没有实际控制，也就是还在办公楼里而没有到其家中，根据转移说就是既遂。