

从古代立法的 “弃财拒捕”看现代刑法的“转化抢劫”

孙向阳

【摘要】我国古代自秦汉即有强盗犯罪的系统立法,但自唐律始有“窃盗发觉,弃财逃走,财主追捕,因相拒扞”而不构成强盗的专门规定,并为其后宋元明清所继承。明清立法和律学对于不构成强盗和以“罪人拒捕”论的根据和理由进行了充分的说明,并有具体案例的实际适用相印证。这种形态与我国现代刑法“转化的抢劫”构成具有可加类比的内容,古代“弃财拒捕”以及与此相关问题的研究,对于理解适用我国刑法关于“转化的抢劫”具有相当重要的启示作用。

【关键词】古代立法;弃财拒捕;现代立法;转化抢劫

【作者简介】孙向阳,河南省商丘市人民检察院。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2013.12.108-114

我国古代从唐律开始出现对于盗窃被发觉追逐而放弃财物抗拒抓捕即所谓“弃财拒捕”不以强盗论的规定,后世立法和律学对此予以解释,并有具体案例的适用。现代刑法中的抢劫罪特别是转化抢劫行为的立法与古代“弃财拒捕”的立法具有共通之处。

一、古代“弃财拒捕”的立法

唐律以律文规定:“诸强盗,不得财徒二年;一尺徒三年,二疋加一等;十疋及伤人者,绞;杀人者,斩。其持杖者,虽不得财,流三千里;五疋,绞;伤人者,斩。”以注文规定强盗的行为方式和手段:“谓以威若力而取其财,先强后盗、先盗后强等。若与人药酒及食,使狂乱取财,亦是。”又以疏文解释并明确法律适用:“注云‘谓以威若力’,假有以威胁人,不加凶力,或有直用凶力,不作威胁,而劫掠取财者;‘先强后盗’,谓先加迫胁,然后取财;‘先盗后强’,谓先窃其财,事觉之后,始加威力;如此之例,俱为‘强盗’。若饮人药酒,或食中加药,令其迷谬而取其

财者,亦从‘强盗’之法。”^①这是唐律以积极肯定的方式对于强盗犯罪构成的规定。

同时,唐律又以注文规定不能构成强盗的消极犯罪构成:“即得阑遗之物,殴击财主而不还;及窃盗发觉,弃财逃走,财主追捕,因相拒扞:如此之类,事有因缘者,非强盗。”疏文解释:“即得阑遗之物,财主来认,因即殴击,不肯还物;及窃盗取人财,财主知觉,遂弃财逃走,财主逐之,因相拒扞:如此之类,是事有因缘,并非‘强盗’,自从‘斗殴’及‘拒扞追捕’之法。”^②

明清律以律文对于强盗的积极和消极犯罪构成一体规定:“凡强盗已行,而不得财者,皆杖一百,流三千里。但得财者,不分首从,皆斩。若以药迷人图财者,罪同。若窃盗临时有拒捕,及杀伤人者,皆斩。因盗而奸者,罪亦如之。共盗之人不曾助力,不知拒捕、杀伤人及奸情者,止依窃论。其窃盗,事主知觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕者,自依罪人拒捕律科断。”^③

立法表明,唐律疏文对于“以威若力”的解释包括暴力和暴力威胁,并为明清立法继承;唐律的“饮人药酒,或食中加药”和明清律的“以药迷人”是暴力和暴力威胁之外的其他手段。据此可以认为,唐律和明清律的强盗相当于我国刑法第263条规定的“以暴力、胁迫或者其他方式抢劫公私财物”的抢劫罪。

另一方面,立法还同时具体表明,无论是唐律还是明清律,窃盗之后的暴力行为都包括两种情况:其一是唐律“先窃其财,事觉之后,始加威力”之“先盗后强”和明清律“若窃盗临时有拒捕,及杀伤人者,皆斩”中的“窃盗临时有拒捕”。同为“临时拒捕”,^④均是构成强盗。其二是唐律“窃盗发觉,弃财逃走,财主追捕,因相拒捍”和明清律“事主知觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕”的“弃财拒捕”。同为“弃财拒捕”,均不构成强盗。

本文所言“弃财拒捕”,宋元时期与其前的唐律和其后的明清律的立法完全相同。法律资料记载有具体案例:

至元四年,断过象家奴用〈发刃〉刀〈贺刃〉开张受家屋墙入,至事主知觉,用〈发刃〉刀将妇扎伤。法司拟即系窃盗知觉弃财,财主追捕,因相拒捍,伤杀事主,不同强盗伤人,断一百七下。^⑤

大德七年十月,部议:窃盗戴王驴鬣侄盗杀翟成密牌,事主知觉,将赃撒下逃走,因而追捕,本贼拒捕,却将翟成驱倒,用元带铁人[?]皆打伤。所犯事有因缘,虽同强盗,又已弃财,止据拒捕打伤事主罪,免刺,杖断一百七下。^⑥

两起案件都属于先行窃盗,被财主知觉,放弃财物并被财主追捕,然后以暴力抗拒而伤害,虽然类似于强盗的客观表现,但符合唐律“……窃盗发觉,弃财逃走,财主追捕,因相拒捍:如此之类,事有因缘者,非强盗”的规定,其“弃财逃走”即为“事有因缘”之“因缘”所在。也同属于明清律“事主知觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕”不以强盗论的“罪人拒捕”之罪。

“弃财拒捕”的古代立法,自唐及其之后的宋元明清都是一以贯之的,其犯罪的形态构成、行为性

质的认定基本相同。

二、“弃财拒捕”的构成与适用

“弃财拒捕”的行为构成,综合唐律和明清律的规定,包括以下基本要素:

1.实施窃盗并已“成盗”。所谓弃财当然必须有财可弃,是行为人已经暂时占有控制财物而对于财物的又放弃,其判断标准是唐律和明清律“公取窃取皆为盗”的规定,即“器物之属须移徙,阑圈系闭之属须绝离常处,放逸飞走之属须专制”。^⑦如果尚未“成盗”,就不存在弃财的问题。

2.窃盗被事主发觉追逐。未被发觉通常不会使行为人放弃财物,也不会发生被追逐的情形,“弃财拒捕”必然以被发觉追逐为前提。发觉追逐之人通常是指作为财物所有人、占有和管理人的“事主”,也包括事主以外之人。追逐的目的当然是抓捕行为人,追回财物。

3.弃财而逃并暴力抗拒。包括被发觉即放弃财物和被追逐而放弃财物,目的在于使发觉之人放弃追逐,以逃离现场、逃脱抓捕。手段是对“事主”采取暴力或以暴力相威胁。不放弃财物而暴力拒捕的属于唐律的“先盗后强”和明清律“临时拒捕”的强盗;不放弃财物而未暴力抗拒无论被捕与否则只构成窃盗。

不过现实生活中的具体案件的表现并非如法律规定一样的标准、规范,试图以有限的律文解决无限的情事是不现实的。明清时期有许多特殊情形的“弃财拒捕”案例体现了“弃财拒捕”及其相关形态构成的多样性和复杂性。

1.尚未得财而拒捕。弃财拒捕以成盗得财为前提,尚未成盗得财的情况法律并未规定,但从法律适用和解释的角度,是被包含在内的。如明代的《窃盗黎智明斩改徒》一案:

审得黎智明以拒捕伤主论斩,屡经参驳,本犯晓晓。今奉宪矜发审,细阅招情,黎智明一偷儿耳,其腰刀即窃具也。挖墙不开,梯屋而入,为事主黎舜卿听觉,唤集男妇,并力捉获。彼时智明孔身,何能挥刀相向,伤人十痕,而受缚者一无所损?或以伤多,可甚其罪。而府审之时亲验舜卿,十伤并未之

见,想已平复。迨后刑厅覆审,卿又露体指伤,尚有一二处,岂伤之复发乎?闻有先见伤而后平复,未闻有先平复而后见伤者也。揆情度理,十伤非真。即使拒捕是的,查律注“窃盗被主知觉,弃财逃走,是有畏心,实非强矣。事主追逐,因而拒捕,乃不得已而为脱身之计,亦非强矣”。今本犯不但弃财,犹未得财,按律依“罪人拒捕条科罪,于本罪上加二等。若殴人至折伤以上者,方拟绞。”即据所云,亦非折伤以上,该减杖九十,徒二年半。庶情律允协,无枉无纵。招详,兵巡道转详。

察院批:黎智明拒捕,伤痕未经验实,该配允宜。依拟该道定驿摆站,满放。缴。^⑧

该案说明,对于窃盗被发觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕的不以强盗论,如果行窃尚未得财,即被发觉追捕,行为人以暴力抗拒的,其危害程度不及得而弃之的情形,对此当然也不以强盗论。“犹未得财”的“赃未入手”,比起“赃已入手”或“携赃而去”,从行为阶段上要早,从实施程度上要轻;自然不能重于“弃财逃走,因而拒捕”的处罚,否则罪刑严重失衡,为此立法也只好以“罪人拒捕”论。

2.不及弃财而拒捕。这类案件在实际处理中,有时对于事实的认定和法律的适用容易产生认识上的分歧。如果但就“弃财”从字面上理解,包括主观上试图放弃财物和客观上已经放弃财物。这样就会发生对试图放弃而尚未放弃即对追逐实施拒捕的行为性质认定问题。如《驳案汇编》记载的《南阳县民张怀行窃拒捕、掷伤事主史起凤身死》一案:

先据河南巡抚叶存仁疏称,缘张怀贫难度日,起意行窃。乾隆二十七年十二月初九日夜三更时分,潜至史起凤屋后,扒墙入院,从门槛下挖孔入室,窃取绸绫、钱文藏于怀内。复用火煤照亮,欲取别物,事主史起凤惊觉起喊。张怀慌惧开门,奔出后院。史起凤尾追。张怀跑至后门,因开门不及恐被拿获,随捨地上砖块回掷。打伤事主窗门偏右。张怀即开后门而逸。史起凤投报验緝,旋因伤处中风,医治不效,至是月二十六日夜殒命。验讯通详,飭緝。获犯研讯,供认不讳。查张怀欲图再窃,被事主惊觉,即逃出院。其先窃之赃揣藏怀内,未及丢弃。事主尾

迫将近,该犯开门不及,恐被拿获,情急图脱,始捨砖吓掷,希图吓退以便脱逃,并非护赃格斗。是虽未及弃财而身已离盗所,与弃财者无异。事主史起凤虽死由中风,但系拒捕掷伤,与斗杀伤轻中风身死者不同。张怀应照“窃盗弃财逃走,事主追逐因而拒捕者,依‘罪人拒捕律科断’。”罪人拒捕杀所捕人,拟斩监候,等因具题前来。查例载“窃盗临时拒捕杀人者,照强盗律拟斩立决。又律载“窃盗,事主知觉弃财逃走、事主追逐因而拒捕,依‘罪人拒捕律科罪’。”又“罪人拒捕杀所捕人者,斩监候”各等语,同一拒捕杀人而罪分斩决、监候,盖一则格斗以图财,一则弃财而求脱。其情异,故其罪亦异也。此案张怀行窃事主史起凤家,挖孔入室,窃取绸绫、钱文藏放怀内,复用火煤照亮,仍欲窃取别物。事主史起凤惊觉起喊,追至后院。张怀即捨砖块向掷,打伤事主窗门偏右殒命。是张怀当事主喊追之时尚未出门;即捨砖打,赃既在怀,拒系临时,实属护赃格斗。今该抚以该犯赃藏怀内未及丢弃,开门不及,即谓“已离盗所,与弃财无异”,照“窃盗弃财逃走,拒捕杀人”律拟以斩候,情罪未符。事关斩决、监候。未便率覆。应令该抚再行按例妥拟具题,到日再议等因。

题驳去后,续据河南巡抚阿思哈疏称,查张怀闻事主惊喊即行奔走,逃至后院,固有畏惧之心;及事主迫近恐被拿获,捨砖吓掷,亦系情急求脱。但身未出门,究属临时拒捕;赃藏未弃,即系格斗护赃。与“弃财逃走”之律义不符。前拟斩候,诚未允协。将张怀改依“窃盗临时拒捕杀人”例拟斩立决,照例先行刺字等因具题前来。

应如该抚所题,张怀合依“窃盗临时拒捕杀人,照强盗律拟斩立决”例应拟斩立决等因。乾隆二十九年九月二十五日题,二十九日奉旨:“张怀著即处斩。余依议。钦此。”^⑨

对于该案件,显然存在“罪人拒捕”和“护赃格斗”的定性分歧。张怀已经盗取部分财物,欲行再盗时被事主发现,未及开门逃脱,恐被拿获而抛砖伤人。认定该案有一个重要因素就是是否属于“护赃格斗”,“身未出门,究属临时拒捕;赃藏未弃,即系格斗护赃。与‘弃财逃走’之律义不符”的认识表明,

“弃财拒捕”中的“弃财”是指放弃财物的客观事实，而非不及放弃的状态或意图放弃的主观心理，如果以主观心理意图为标准，对于“弃财”状态的认定则会缺乏客观依据。该案采用的是赃未放弃的客观状态，未以行为人的主观心理作为判断标准。只要赃物未被放弃而暴力抗拒，即便意在逃脱，准备放弃，但仍与“护赃格斗”具有竞合关系，其竞合部分符合“护赃格斗”的强盗犯罪构成。

3. 弃财拒捕误伤事主。唐律和明清规定的“因相拒扞”和“因而拒捕”，表明拒捕在主观上是意图逃脱而针对事主实施的故意行为，如果仅为逃脱而过失杀伤事主，应该如何认定。如道光四年的《事主向贼夺刀自行抓摸误伤》一案：

直督咨：外结徒犯姚奉行窃事主范中雨家，未经得财逃走，被范中雨追获合面按倒，因见该犯手内有刀，即向抓拿，误碰刀口，致伤右手心。更夫崔让闻声赶至，听从夺刀，亦因误摸刀口，自行带伤左手食指，固属因窃被获，刃伤事主。第细核案情，究系该事主等自行误抓刀口，不特与逞凶拒捕之事相殊，即较诸被获图脱，用刀自割发辫等类，以致误伤事主者尤轻。姚奉应比照窃盗图脱，用刀自割发辫襟带，误伤事主减军例，量减一等，拟杖一百，徒三年。^⑩

还有道光九年说帖的《临时盗所割襟误伤事主》一案：

陕西司查：柯良元乘夜行窃事主高建昌家，撬门进内，走近高建昌床边，揭去身盖衣服，被高建昌惊觉，拉住胸衣喊捉。该犯情急图脱，用刀自将衣襟割落，误伤事主右手背连大指平复，系属临时盗所拒捕，与被追拒捕刃伤者不同。该抚将该犯依窃盗被追拒捕刃伤事主，罪应绞候例，减发烟瘴充军，系属错误，自应据咨更正，柯良元应改依窃盗临时拒捕，如实系被事主扭获，情急图脱，用刀自割襟带，以致误伤事主例，应斩候者减发新疆为奴例，发新疆为奴，仍照调剂新疆遣犯章程改发云贵两广极边烟瘴充军，酌加枷号三个月。^⑪

这两起案件都属于先行窃盗，尚未得财，被事主发觉而情急图脱，分别致使事主夺刀自伤和割衣

误伤事主。其伤害结果不是主动的故意抗拒，而是被动的过失误伤，与“弃财拒捕”的主观恶性和行为情节存在不同。“系属临时盗所拒捕，与被追拒捕刃伤者不同”；“究系该事主等自行误抓刀口，不特与逞凶拒捕之事相殊，即较诸被获图脱，用刀自割发辫等类，以致误伤事主者尤轻。”说明“弃财拒捕误伤事主”从主观故意和客观结果的因果联系上不符合“弃财拒捕”的行为构成，对此清代以颁布专门条例的方式解决。这种情形与“弃财拒捕”只有主观上的故意与过失之差，从外观上类似于“罪人拒捕”的行为框架，处罚上轻于“罪人拒捕”之罪。

4. 弃财逃走拒伤旁人。作为唐律和明清律的规定以及上述所举元代案例，弃财拒捕的对象都是作为财物所有人、占有和管理人的“事主”、“财主”，但如被旁人发觉，逃避抓捕而致伤时，应当如何定性。如《刑案汇览》有道光十一年说帖《割辫误伤事主之邻佑》一案：

陕西司查律载：犯罪拒捕，于本罪上加二等。又例载：窃盗拒捕，刃伤事主，依例分别问拟外，若伤非事主，但系刃伤，仍照律加本罪二等问拟各等语。此案张喜安因乘夜行窃事主张泳积钱铺，被张泳积铺邻王万年将伊发辫揪住声喊，该犯情急图脱，拔刀割辫，划伤王万年左手腕等处平复。查王万年系事主张泳积铺邻，与事主不同，该犯将其刃伤，自应照律加拒捕罪二等问拟。该抚将张喜安照窃盗被事主扭获，情急图脱，用刀自割发辫，误伤事主例，于死罪上酌减一等，减为实发烟瘴充军，系属错误，应即更正。张喜安应改依刃伤人杖八十、徒二年律上加拒捕罪二等，杖一百，徒三年。事犯到官在道光十一年正月十二日恩旨以前，系窃盗拒捕，不准援减。^⑫

该案行为人乘夜入户行窃，尚未得财，被事主之邻发觉，误伤邻佑。但无论是误伤还是故伤，所伤对象显然都不是事主，道光十四年通行中的陈述也表明：“弃财逃走一条，点出事主追逐一语，即以‘事主’二字统贯全节，邻佑人等自不得相提并论，适轻重例意各有攸分。”^⑬但根据该案所引“窃盗拒捕，……若伤非事主，但系刃伤，仍照律加本罪二等问

拟”的条例规定,刃伤旁人并不区分故意和过失,只以所伤结果,同于“罪人拒捕”的“加本罪二等”,即与误伤故伤事主同样处置。根据在于唐律“若盗及强奸,虽傍人皆得捕系,以送官司”^⑧的捕送权。明清律也同样如此,《大清律辑注》认为:“若他人见人盗物而捕之,被杀伤者,虽不系应捕之人,亦照罪人拒捕科之。贼盗罪犯,人人得而捕之也。”^⑨

三、“弃财拒捕”的立法根据

比较不构成强盗的“弃财拒捕”与构成强盗的“临时拒捕”,都是窃盗被发觉追逐之后予以抗拒,都具有“强”的行为手段,“强”的故意也都是产生于窃盗被发觉的“临时”,但对“弃财拒捕”不以强盗论,而“临时拒捕”则构成强盗。所以如此立法,古代律学对此予以深刻说明。

《读律琐言》认为:

窃盗被事主知觉,弃财逃走,是有畏心而非强矣。事主追逐因而拒捕,乃不得已而为脱身之计,亦非强也,自依罪人拒捕条科罪,于本罪上加二等。殴人至折伤以上者,绞;杀人者,斩。为从者,减一等,不在临时拒捕皆斩之限。^⑩

《大清律辑注》认为:

其行窃时,被事主知觉,即弃财逃走,犹有畏心,并无强意,事主追逐,因而拒捕,乃不得已而为脱身之计,故止依罪人拒捕律科之。此是窃盗罪人拒捕本律,而附着于此,以见此条因而拒捕与前文临时拒捕者,有毫厘千里之别也。按:此条“因而”两字,正与前条“临时”两字对照,已弃财,已逃去,而追逐不已,然后拒之,故曰“因而”也;不弃财,不逃走,而见捕即拒,不俟再计,故曰“临时”也。律贵诛心,推临时拒捕之心,直欲杀伤事主,而得财以去也,故虽未杀伤人亦斩。若尚未得财,而有临时拒捕者,则拒捕之心,仅以求免耳,亦当照罪人拒捕科断。^⑪

盖强盗已行不得财者,止是流罪,强盗已行,而事主捕之,有不拒者乎?律不言拒捕者,“强”字统之矣。若窃盗不得财而拒捕,即坐皆斩,是反重于强盗矣。彼此对勘,其义自明。^⑫

这些认识一方面说明,行为人“弃财逃走”在心

理上“是有畏心”,“犹有畏心,并无强意”;主观上不具备“志在必得”的强取之意,“律贵诛心”,主观恶性较小。行为人“因而拒捕”在主观意图上“仅以求免”,“不得已而为脱身之计”。行为表现虽为暴力之“强”,但实质上不是“临时拒捕”的得财之“强”而是“弃财拒捕”的逃脱之“强”,与为得财而护赃格斗杀伤而构成强盗不同,只以“罪人拒捕”论。

另一方面说明,强盗之拒捕本身就当然属于“强”的故意内容,无需再画蛇添足,另行表明,当然构成强盗。而“弃财拒捕”则是“已弃财,已逃去,而追逐不已,然后拒之”,“弃财拒捕”通常是“元无拒扞之心”,拒捕意图的产生背景是迫不得已,时间上起于临时,不在先行行为的预谋故意之中,虽特别表明拒捕,也不构成“‘强’字统之矣”的强盗。

对于“弃财拒捕”如何定罪处罚,由于“弃财”而并不导致“事主”的财产损失,其危害主要不是财产权利,而是在对人身权利的侵害方面。对于人身权利的侵害由《斗讼》律加以规定,考虑杀伤前因在于行为人的先行窃盗,杀伤又是妨碍司法和治盗惩盗的“拒捕”所致,对此唐律和明清律均以《捕亡》律按照拒捕构成的杀伤之罪加等处罚,唐律规定:“拒殴捕者,加本罪一等,伤者,加斗伤二等;杀者,斩;”^⑬明清律规定:“凡犯罪逃走,拒捕者,各于本罪上加二等,罪止杖一百,流三千里;殴至折伤以上者,绞;杀者,斩。为从者,各减一等。”^⑭唐律和明清律对于“弃财拒捕”的定罪处罚,与《名例》律“诸本条别有制,与例不同者,依本条。即当条虽有罪名,所为重者自从重”^⑮的法律适用规则相符合。

四、现代刑法的“转化抢劫”

我国古代无论是立法还是律学,都不存在相当于现代刑法的犯罪构成理论。但古代立法中所包含的与现代刑事司法的主客观相一致的定罪原则和罪责刑相适应的量刑规则在“弃财拒捕”的立法和律学之中也有所体现。

我国刑法在第263条规定“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的”构成抢劫罪,第269条同时规定:“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,依照本法第 263 条的规定定罪处罚”,这一规定理论上通常被称为“转化抢劫”。就先行盗窃而言,该规定的设置表明转化抢劫与唐律和明清律的“弃财拒捕”形态是符合的。

对于“转化的抢劫”,以现代刑法理论考察,对于先行盗窃,被发觉或追索之后而放弃财物,为逃脱抓捕而实施暴力或以暴力威胁的“弃财拒捕”,亦不构成抢劫罪。

1.从定罪上讲,作为“弃财拒捕”的转化抢劫,行窃具有非法占有意图时无暴力手段,拒捕以暴力实施时放弃了非法占有的故意,行为的主观和客观丧失了对应性与一致性,不符合抢劫罪的犯罪构成。行为故意从窃盗得财转化为弃财逃脱,这时的抗拒行为之客观手段与逃避抓捕目的相一致,与当初的窃盗得财的故意不再符合,再以抢劫论处就违背主客观相一致的定罪原则。

2.从量刑上讲,作为“弃财拒捕”的转化抢劫,在主观心理上,行为人本来也是以“知人不见”的秘密方式窃取,而非“不顾人知”、“不惧人知”的暴力强取。在主观恶性上,弃财而逃说明行为人对于法律的畏惧之心,抗拒行为是为求取脱身的无奈之举,行为的主观恶性较小。在行为目的上,在客观结果上,放弃财物通常不会导致财产的损害和丧失,或实际损失微乎其微。“弃财拒捕”的社会危害也只在对于追逐进行被动还击所造成的人身损害,与主动攻击的抢劫暴力难以相提并论。主客观存在如此本质之差的的不同行为均以刑罚较重的抢劫处罚,违背罪责刑相适应的量刑规则。

3.从立法的文字表述来看,作为转化抢劫,刑法所规定的先行行为是“犯盗窃罪”,其后的暴力和以暴力相威胁要求当场实施,说明盗窃之后的财物放弃也是当场进行,这种情况下,财物就不能达到脱离控制的状态。即便行为人携财而逃,但被当场发觉即时追逐,说明财物自始至终处于被持续追索状态,财物一旦放弃同样属于盗窃未遂。而我国刑法对于盗窃未遂不以犯罪论,“弃财拒捕”就不能达到构成盗窃罪的程度,不具备“转化的抢劫”的构成前提,也就不能构成该条所规定的抢劫罪。

在论证了“弃财拒捕”不能构成抢劫罪的前提下,如果以古代立法的深刻内涵为基础,再以现代法理和犯罪构成理论为框架,对于刑法第 269 条规定的与“弃财拒捕”这种转化抢劫相关的一些特殊或称扩展情形需进一步探讨研究。

作为“转化的抢劫”,只有先行行为的盗窃达到“窃盗得财”的阶段,才能窝藏赃物,有赃可护,为此以暴力抗拒抓捕,意在得财,构成唐律“先盗后强”的强盗,属于明清律“临时拒捕”的强盗,也以主客观结合一致的原理符合现代刑法的抢劫犯罪构成。

作为“转化的抢劫”,暴力抗拒的对象不限于财物所有人、占有和管理人的“事主”,对妨碍其窝藏赃物、毁灭罪证的其他人的抗拒同样构成抢劫罪。我国刑事诉讼法规定:“对正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的人,任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理”。这与唐律和明清律认为“贼盗罪犯,人人得而捕之也”的精神相同。而刑法第 269 条本身对于被抗拒的对象也未作限定,不排除他人作为抗拒的对象而符合转化抢劫的犯罪构成。

1.“转化的抢劫”规定以“犯盗窃罪”为前提,应当包括数额尚未达到法定数额要求的情形,一旦为窝藏赃物而抗拒抓捕,非法占有财物的故意和暴力在同时存在,也就符合了不以所得数额为构成要件的抢劫犯罪构成。在唐律属于“先盗后强”,在明清律属于“临时拒捕”,都构成相当于现代抢劫的强盗。对于强盗或抢劫无论在古代还是现代都是“但强即坐”,“护赃格斗”的“临时拒捕”行为即便赃额达不到构成盗窃罪的标准,也就完全符合了抢劫罪的犯罪构成。

2.该条中的“毁灭罪证”,是指对于被窃财物的藏匿毁弃等,包括毁损破坏财物,扔弃于难以找回或不可取回的场所,或被别人取走等使事主不能找回、捡回、取回的各种情况。这种情况,行为人虽未得到财物,但被害人却遭受同样损失。如《大清律辑注》所言:“事主既已失财,盗者即无宽法。”^②“若贼人弃财途中而去,被他人拾得,亦以得财论,盖盗虽未得财,而事主之财已失矣。惟事主拾回,方是不得

财。”^⑨“毁灭罪证”与盗窃的既遂具有相同的客观后果,这也正是该条把“毁灭罪证”与“窝藏赃物”同样作为转化前提的法理根据所在。

3. “弃财拒捕”不以强盗论,根据唐律“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重”的法律适用规则,进入盗窃场所而预备实施的尚未着手以及着手实施而尚未控制占有财物的“盗不得财”,因尚不及“弃财”程度而更不应以强盗论。以现代法理,预备盗窃和着手实施被发觉之后的抗拒抓捕与“弃财拒捕”一样不能构成抢劫罪,属于法律解释中的当然解释。

4. 无论是为窝藏赃物或是毁灭罪证,都属于抗拒抓捕的行为动机,不属于抗拒抓捕主观方面的故意和过失范畴,在导致伤害后果的情况下,无论是故意和过失都同等构成相应的抢劫犯罪。对于“财主追逐”而自身不慎而发生落水、摔伤、车祸等情况的,唐律认为:“财主寻逐盗物之贼,或坠马,或落坑致死之类。是遇他故而死,盗者唯得盗罪,而无杀伤之坐。”^⑩这种属于现代刑法理论中的意外伤害死亡事件,也不能构成“转化的抢劫”。

5. 对于“弃财拒捕”不构成抢劫罪的定罪处罚,我国刑法并无专门的如古代立法的“拒捕”之罪。在拒捕暴力不能构成伤害罪时,应以“盗窃财物”和“殴打他人”依据《治安管理处罚法》的规定予以治安并处;在拒捕暴力构成伤害罪时,应以伤害罪定罪,并考虑先行的盗窃情节而酌情从重处罚。

力威胁的情形被明清律改造为“临时拒捕”。

⑤黄时鉴辑点:《元代法律资料辑存》,浙江古籍出版社1988年版,第167页。

⑥同注⑤,第186页。

⑦[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第379页。

⑧[明]颜俊彦著:《盟水斋存牍》,转引自陈重业注释:《古代判词三百篇》,上海古籍出版社2009年版,第162页。

⑨[清]全士潮等编:《驳案汇编》,何勤华等点校,法律出版社2009年版,第146页。

⑩[清]祝庆祺等编:《刑案汇览三编(三)》,北京古籍出版社2004年版,第2137页。

⑪同注⑩,第2135、2136页。

⑫[清]祝庆祺等编:《刑案汇览三编(三)》,北京古籍出版社2004年版,第2135页。

⑬《刑案汇览全编》点校本, [清]祝庆祺等编:《续增刑案汇览(卷一至卷八)》,法律出版社2007年版,第729页。

⑭[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第528页。

⑮[清]沈之奇著:《大清律辑注》,李俊、怀效锋点校,法律出版社2000年版,第579页。

⑯[明]雷罗麟著:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第317-318页。

⑰同注⑮,第575-576页。

⑱同注⑮,第576页。

⑲[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第528页。

⑳田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第543页。

㉑同注⑲,第133页。

㉒[清]沈之奇著:《大清律辑注》,李俊、怀效锋点校,法律出版社2000年版,第639页。

㉓同注⑲,第541页。

㉔[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第367页。

注释:

①[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第356-357页。

②同注①,第357页。

③怀效峰点校:《大明律》,法律出版社1998年版,第140页。

④唐律的“先盗后强”中为掩护窃盗之贼实施暴力或以暴