

抢劫罪与敲诈勒索罪之界分： 基于被害人的处分自由

车 浩^{*}

内容提要 根据对被害人法益支配自由的不同侵扰方式,财产犯罪的各个罪名存在不同的构成要件结构。抢劫罪属于彻底压制被害人法益支配自由,敲诈勒索罪属于利用被害人法益支配自由的瑕疵。两罪构成要件结构的关键差异,在于被害人有无财产处分。财产处分自由包括反抗有用和应能反抗的双重含义。首先是指被害人的妥协和配合是行为人取财的必要条件。其次,不配合和不妥协的代价没有超出被害人的承受范围。承受范围的规范性确定,应当考虑刑法家长主义对自我决定权的制约关系,应当根据行为是否足以剥夺理性一般人的处分自由区分两罪的着手,应当根据特定被害人是否实际丧失处分自由认定两罪的既遂。无论是暴力标准,还是交付/取得的外部形象,抑或着眼于时空特征的“两个当场”,都是对处分自由在经验层面的总结和归纳,是证明是否存在处分自由的客观素材。以暴力程度的轻重相举来论证两罪竞合,忽略了作为构成要件要素背景的构成要件结构,存在方法论上的疑问。

关键词 抢劫罪 敲诈勒索罪 两个当场 处分自由 被害人教义学

作为最重要的两种财产犯罪类型,抢劫罪与敲诈勒索罪中包含着诸多理论和实务的争点。其中,两罪的关系问题,不仅直接指导司法实践对近似案件的准确定性,也关系到如何理解两罪在财产犯罪体系中的基本定位,对于一系列具体问题的解释具有方向性指引的影响。一直以来,学界通说和实务见解多以暴力标准或“两个当场”的标准区分两罪。但是,传统的区分论存在根基不明、说理不清的问题,因而近年来受到越来越多的批评与质疑。有学者认为,“两个当场”虽然对于区分两罪有一定的帮助,但只是一种形式性的特征,未能指出两罪的本质界限。^① 还有学者藉此批评通说,进一步得出

^{*} 北京大学法学院副教授,博士生导师。本文系国家社科基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(项目批准号:16ZDA068)的阶段性成果。

^① 参见陈兴良《敲诈勒索罪与抢劫罪之界分——兼对“两个当场”观点的质疑》,载《法学》2011年第2期。

不应当区分两罪的结论,将两罪关系表述为竞合论。^②当然,对通说的批评也遭遇了相应的反驳,为其辩护的声音一直存在市场^③。上述学术争鸣,将两罪的关系推向了一个新的研究高度,也由此牵扯出更深层次的问题: 各种区分标准的形式特征是如何得出的? 经验层面的归纳总结能否直接作为一种理论标准? 在多发、常见的经验现象的背后,支配性的法理根据是什么? 以暴力程度的轻重相举来论证两罪竞合方法论上有任何疑问? 如何理解个别构成要件要素与整体构成要件结构的关系? 中外刑法规定的差异会不会制约到国外理论的普遍适用,还是需要改造过的本土教义学? 两罪的区分标准是否会受到具体个案中不同情形的影响? 等等。本文拟在梳理和评析过往各种观点的基础上,带着对上述问题的思考,将抢劫罪与敲诈勒索罪的关系置于一个更加广阔的法理层面,立足于被害人的处分自由展开分析,构建财产犯罪领域中的被害人教义学。

一、两罪界分的通说: 暴力标准与“两个当场”

关于敲诈勒索罪与抢劫罪的关系,多数教科书在讨论抢劫罪或敲诈勒索罪时,往往专门设立出“敲诈勒索罪与抢劫罪的界限”一节; 关于两罪的区分标准,学者们列举了多种因素。^④ 区分两罪的种种论述,大致可以归为两种有代表性的区分论: 一种是以暴力为中心的区分标准,另一种标准常被简称为“两个当场”。

(一) 暴力区分标准的缺憾

长期以来,在学界和实务中,暴力都被视作界分抢劫罪与敲诈勒索罪的重要因素。以暴力为中心区分两罪,又具体地表现和发展为几种不同形式。

第一,暴力标准变式一: 行为人是否使用暴力。部分学者认为,敲诈勒索罪的场合不可能出现暴力。“这两个罪的显著区别在于,抢劫罪可以是使用暴力,当场取得财物,而敲诈勒索罪不可能当场使用暴力,而只能是依靠威胁。”^⑤类似观点认为,“威胁实行暴力侵害和财物取得,原则上在敲诈勒索罪中是不能同时实现的,低度暴力成为敲诈勒索罪的手段行为,只是例外情形。”^⑥按这种观点,敲诈勒索的手段原则上不包含暴力行为。但是,一方面,从《刑法》第 274 条敲诈勒索罪的文字规定,得不出排斥暴力的结论,持论者也没有给出法理层面的根据。另一方面,从比较法的视野来看,在敲诈勒索是否可以包括暴力的问题上,国外立法普遍给予了肯定回答。多国刑法典都将暴力明确规

② 参见张明楷《犯罪之间的界限与竞合》,载《中国法学》2008 年第 4 期; 张明楷《刑法学》(下),法律出版社 2016 年版,第 1019 页。

③ 参见陈洪兵《敲诈勒索罪与抢劫罪区分中“两个当场”的坚持——兼与陈兴良教授商榷》,载《江苏社会科学》2013 年第 3 期。

④ 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社 2016 年版,第 518 页; 周道鸾、张军主编《刑法罪名精释》,人民法院出版社 2007 年版,第 533 页; 赵秉志主编《刑法新教程》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 687 页。

⑤ 王作富《中国刑法研究》,中国人民大学出版社 1988 年版,第 596 页。

⑥ 曲新久《刑法学》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 430 页。

定为敲诈勒索罪的手段行为之一。^⑦此外,在没有明文规定的国家,司法判例也经历了一个从敲诈勒索的手段仅限于胁迫到肯定暴力也可以成立敲诈勒索手段的演变过程。以日本为例,“最高裁判所的判例存在这样一种倾向,即将恐吓的手段限于胁迫,并认为在如果不答应要求就有可能受到暴力这一使人产生畏惧的意义上,暴力就相当于胁迫。……但可以说现在的判例已从正面肯定暴力也可成为恐吓的手段。”^⑧由此可见,将暴力排除出敲诈勒索罪手段的观点,既没有法律根据和法理支撑,也与比较法上的普遍经验相抵牾,缺乏一般性立法惯例的支持,难以成为区分两罪的标准。

第二,暴力标准变式二:暴力是否系被害人处置财物的直接原因。部分实务观点认为,在区分抢劫罪与敲诈勒索罪时,重要的不是行为人是否使用了暴力,而是暴力是否成为有效的强制手段。换言之,被害人处置财物的原因和压力来源是否系迫于暴力。例如,在林华明等人敲诈勒索案中,被告人在索财过程中打了被害人两耳光。法官认定被告人构成敲诈勒索罪而非抢劫罪的理由是,“被告人使用的暴力并不是获取财物的手段行为。作为获得财物的手段和根据的,仍是以告发盗窃为内容的要挟行为。”^⑨又如,在熊志华敲诈勒索案中,判决理由提出,“熊志华虽有暴力行为在先,但其获取钱财的手段并不是使用暴力或以暴力相威胁,而是借抓住被害人的‘短’进行敲诈,所获钱财也非当场取得,因此,不符合抢劫罪的构成。”^⑩上述判决虽然承认敲诈勒索过程中存在暴力,但认为在这些案件中,对被害人的强制主要靠的是威胁而非暴力。因此,即使行为人使用了暴力,也应当认定为敲诈勒索罪而不能认定为抢劫罪。上述观点值得肯定之处,在于跳出了从行为人角度出发,简单地判断行为人是否使用暴力的思维窠臼,转而切入到被害人角度,从暴力是否迫使被害人处置财物的层面来区分两罪,这就关照到行为人与被害人之间的关系,触及到了构成要件内部各个要素之间的关联性。但是,以处置财物的根据是暴力还是威胁作为区分理由仍然存有疑问。抢劫罪的手段中既有暴力也包含威胁,迫于威胁而处置财物的,也有可能是抢劫罪。以被迫交财的根据是暴力还是威胁定罪,难以成为一个可以贯彻到底的区分标准。而且,在不同案件中,被害人被迫处置财物的原因差异很大,有些可能是受到重大威胁,如果以暴力是否系取财根据作为两罪的区分标准,把前者一律认定为敲诈勒索罪,后者认定为抢劫罪,合理性上存在疑问。

第三,暴力标准变式三:暴力是否达到压制被害人反抗的程度。部分学者认为,应当以暴力的轻重程度作为区分两罪的标准。例如,周光权教授指出,“抢劫罪的暴力程度很高,达到足以压制他人反抗的地步……而敲诈勒索罪暴力相对比较轻微,在客观的

⑦ 例如,德国刑法规定,敲诈勒索罪是指“为自己或第三人非法获利,非法以暴力或明显的恶意胁迫……”法国刑法规定,敲诈勒索罪是指“使用暴力、威胁使用暴力或者强制他人签字……”俄罗斯刑法规定,“勒索,即以使用暴力或以毁灭或损害他人财产相威胁”。参见赵秉志《侵犯财产罪研究》,中国法制出版社1998年版,第432页。

⑧ [日]西田典之《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第234页。

⑨ 最高人民法院刑事审判第一、二庭编《刑事审判参考》(总第44辑),法律出版社2005年版,第67-70页。

⑩ 最高人民法院刑事审判第一、二庭编《刑事审判参考》(总第24辑),法律出版社2002年版,第34-39页。

立场上从一般的社会通念看,没有达到足以压制对方反抗的地步,只能使他人产生恐惧感。”^⑪张明楷教授也同样认为,抢劫罪与敲诈勒索罪中都可以包含暴力,只不过前者的暴力必须达到足以抑制他人反抗的程度,而后者的暴力不必达到足以抑制他人反抗的程度。^⑫按照上述观点,区分两罪的标准,主要在于行为人使用的暴力是否达到了压制被害人反抗的程度。这种观点同样在行为人的暴力与被害人之间建立了关联,但是它与其他暴力标准面临的疑问是一样的,即仅仅是提出了一种标准,但是没有说明提出标准的理由。人们必然会追问:为什么要以暴力程度的高低作为区分标准?为什么足以压制他人反抗的暴力就是抢劫罪的暴力;未达到此程度的暴力,就归入到敲诈勒索罪的手段?这些问题不解释清楚,可能会引起对于暴力程度区分随意性的质疑。例如,有学者就认为这种程度区分并无必要。^⑬综上,无论是行为人是否使用暴力,还是被害人是否迫于暴力而处置财物,抑或暴力是否达到压制被害人反抗的程度,这些以暴力为中心的区分标准本身,既没有实定法上的根据,又不能自我说明其产生的理由,因而尚不能作为成熟的理论标准,仍然有待于在法理上进一步追问和挖掘背后的实质根据。

(二) “两个当场”的不足

以“两个当场”,即是否当场使用暴力与是否当场取得财物作为区分抢劫罪与敲诈勒索罪的标准,这一观点在学界和实务界是由来已久、影响巨大的通说。这个标准的一部分着眼于暴力实施的当场性;另一部分则要求取得财物的当场性。简言之,“当场性”这一时空特征是区分两罪的关键点。例如,高铭喧教授指出,“从实现威胁的时间看,抢劫罪的威胁具有当场即时发生暴力的现实可能性,如果被害人不交出财物,犯罪人会当场加以杀害或伤害;敲诈勒索罪的威胁不具有当场即时发生暴力的现实可能性,具有一定时间性与空间性。”^⑭在司法实践中,“两个当场”的区分标准也颇有市场。例如,在何木生抢劫案中,法院在裁判理由部分谈到了如何区分抢劫罪与敲诈勒索罪的问题,“(两罪)实现威胁的时间和空间不同。抢劫罪的威胁具有当场即时发生暴力的现实可能性,如果被害人不交付财物,行为人就会当场加以杀害或伤害;敲诈勒索的威胁在时间和空间上,一般并不具有当场即时发生暴力的现实可能性。(两罪)非法取得财物的时间和空间不同。抢劫罪必须是当时、当场取得财物;敲诈勒索罪取得财物可以是当时、当场,但更多的是在实施威胁、要挟之后一定的期限内取得。”^⑮上述判决理由,可谓是结合个案对“两个当场”的标准予以进一步阐发。但是,笔者认为,“两个当场”的标准存在不足:一方面,在逻辑上不够彻底。在暴力实现的当场性上,认为抢劫的暴力必须是当场,

⑪ 周光权《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第136页。

⑫ 参见前引②,张明楷书,第1019页;张明楷《如何处理抢劫罪中的疑难问题》,载《人民法院报》2003年8月8日。

⑬ 参见高铭喧主编《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社1998年版,第764页。

⑭ 高铭喧主编《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第523页。

⑮ 最高人民法院刑事审判第一、二庭编《刑事审判参考》(总第23辑),法律出版社2002年版,第67-70页。

而敲诈勒索的暴力不可能是当场实现;^{①⑥}在取得财物的当场性上,主张抢劫取财必须当场,同时又承认敲诈勒索的取财也有可能是当场。可是这样一来,在当场取财的案件中,后一个当场的标准就丧失了甄别能力,变得可有可无。因此,有的学者完全放弃了取得财物的“当场性”标准,甚至认为,抢劫罪的取财也可以不是当场。“行为人对被害人实施了足以压制其反抗的暴力、胁迫后,迫使其日后交付财物的行为,宜认定为抢劫罪。”^{①⑦}正是由于逻辑上的不彻底性,“两个当场”的说法名不符实,往往只会发挥出“一个当场”的作用。另一方面,“两个当场”虽然提出了一种区分标准,但是就如上文所评论的暴力标准一样,它也没有给出为什么要以时空的当场性来区分两罪的充分理由。正如陈兴良教授批评的那样,“两个当场对于区分敲诈勒索罪与抢劫罪虽然具有一定的帮助,但它只是一种形式特征,据此还不足以区分敲诈勒索罪与抢劫罪。……我国学界对于敲诈勒索罪与抢劫罪的分界尚未能从本质上加以把握,其理论上的似是而非给实务带来困惑”。^{①⑧}客观地看,“两个当场”标准从时间和空间的特点入手,对于两罪在实践中常见多发的犯罪形式进行经验层面的提炼、归纳、总结,可谓是一种实践智慧的结晶。但是,它仅仅停留在经验总结和形式归纳的层面上,没有进一步追问和挖掘出现象背后的本质法理,这也是“两个当场”近年来屡遭质疑却反击乏力的原因。

二、两罪竞合论的疑问

暴力标准以及“两个当场”的标准都属于区分两罪的互斥论。与之相反,也有观点认为,抢劫罪与敲诈勒索罪是竞合关系,不需要讨论两罪的区分问题。这种从竞合而不是互斥的角度分析两罪关系的观点近年来颇有市场。但是,该种观点以暴力程度进行“轻重相举”的证立逻辑却存在着方法论上的疑问。

(一) 竞合论的观点与理由

针对“两个当场”的通说标准,张明楷教授批评其在“一般”案件中具有重要意义,可是在“一般”案件中原本就不存在区分此罪与彼罪的困难,恰恰是在疑难案件中难以区分此罪与彼罪,而上述标准在疑难案件中便丧失了意义。^{①⑨}这一批评可谓一针见血。不过,通说标准无力应对疑难案件,并不意味着因此就不应当存在一个区分标准,遗憾的是,张教授在这个地方转头了,他不再关心区分,而是主张“与其区分两罪的界限,不如重视两罪的竞合”。“在大多数场合,不同罪名的犯罪行为之间并不是相互排斥的,而可能是相互包容的。在这种情况下,就不能简单地说甲罪的行为只能是X行为,乙罪的行

^{①⑥} 类似观点也往往强调前一个当场。参见蔡勇《如何理解抢劫罪和敲诈勒索罪中的暴力手段》,载《中国检察官》2008年第3期。

^{①⑦} 前引②,张明楷书,第1019页。

^{①⑧} 前引①,陈兴良文。

^{①⑨} 参见前引②,张明楷文。

为只能是 Y 行为。”^{②①}根据上述观点，张教授认为，以暴力胁迫是否足以压制他人反抗作为区分标准是错误的，并为其竞合论提出了三点理由：（1）“既然以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为能够成立敲诈勒索罪，那么，以达到了足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为更能成立敲诈勒索罪。”（2）以暴力胁迫是否足以压制他人反抗作为区分标准，在有些场合难以认定共同犯罪。（3）根据存疑有利于被告的原则，在难以认定暴力是否足以压制他人反抗时，只能得出无罪的不妥结论。^{②②}

但是，上述支持两罪竞合的三点理由存在不同程度的疑问。其中，较为明显的是后两点理由，在性质上属于“若不采竞合论而采互斥论，则会怎样”的反面论证。例如，关于共同犯罪的第二点理由，张明楷教授认为，如果不采取两罪竞合论，而是区分两罪，并以暴力胁迫是否足以压制他人反抗作为区分标准，则在有些场合难以认定共同犯罪。但是，即使不认定为共同犯罪而单独定罪，这结论本身在学术上也是见仁见智的，不能理所当然地评价为“显然不妥当”，更不能将其作为错误的结论而体现出竞合论的正确。即使这一区分标准不正确，也可能有其他的区分标准，不能由此得出竞合论就是正确的。至于第三点理由，即所谓根据存疑有利于被告的原则，在难以认定暴力是否足以压制他人反抗时，只能得出无罪的不妥结论在说服力上也不够充分。因为在认定任何犯罪时，都存在因各种证据问题而难以认定构成要件行为的情形。对这种绝非罕见和新鲜的问题，按照存疑有利被告原则得出无罪结论并无不妥。而且，这个理由只看到了罪疑唯轻原则，却忽略了选择确定原则。^{②③}这一论证逻辑，实际上是试图把所有因为“事实不清、证据不足”而难以认定的案件都想办法在实体法理论上越过证明障碍而直接入罪。在笔者看来，这种做法才是“显然不合适”。不过，这两点理由都不足以支撑两罪竞合论，也不是本文关注的重点。因为反面论证只是对相反观点的批评，却不能作为正面建构两罪竞合论的核心论据。而且，这些反面论证中的瑕疵仅仅是个别性的，在方法论上并不具有值得重视的一般性意义。真正值得商榷的问题是，竞合论者为两罪竞合正面展开的建构性论证，也就是张明楷教授提出的第一点理由。

（二）要素比较应当在相同结构中展开

两罪竞合论的第一点理由也是其核心理据是，“既然以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为能够成立敲诈勒索罪，那么，以达到了足以压制他人

^{②①} 前引②，张明楷文。

^{②②} 在形式上，这个说法本身与张明楷教授在其早期教科书中的文字表述基本维持了一致，但是实质上的思想已经发生了改变。在其早期的教科书中，作者提出上述说法是要“区分两罪的界限”，讨论“两罪的关键区别”，但是到了“犯罪之间的界限与竞合”这篇论文的时候，张明楷教授认为，自己当初的说法其实并不是在表述两罪界限，而实际上是在说两罪是可以竞合。

^{②③} 参见蔡圣伟《刑法问题研究》，台湾元照出版公司2008年版，第52页。

反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为更能成立敲诈勒索罪。”^{②③}按照这种观点,由于两罪都有暴力(或胁迫)的要素,因而两罪存在竞合空间。这里的逻辑是,低程度的暴力行为能成立的犯罪,使用高程度的暴力也必然能成立该罪,进而,但凡能构成抢劫罪的,无疑也能构成敲诈勒索罪。所以,两罪不是排他互斥的关系,而是包含竞合的关系。但事实是,两罪竞合这一貌似被论证出来的结论,从一开始就被作为了论证的起点和根据。在德国学者考夫曼教授的《法律哲学》一书中,引述了一个犹太人与他的拉比师傅的对话。^{②④}这段对话阐释了一个原理:即只有放在同一个语境或结构中去比较行为的轻重,“举轻以明重”或“举重以明轻”的逻辑推导才能成立。相反,如果轻度行为与重度行为分别处在不同的语境或结构中,那么就不能将行为本身作为一个孤立的要素从其所在语境中摘离出来而进行纯粹的轻重程度的比较。所以,只有在甲罪与乙罪的构成要件结构竞合的前提下,低程度的暴力行为与高程度的暴力行为才能算是处在同一语境中,由此,在语境中的其他参数保持不变的情况下,把暴力行为单独提出来,展开所谓“轻度”和“重度”的比较才有意义。相反,如果两罪的构成结构不同,仅仅是共有某个构成要件要素,那么,一般性地探讨甲罪与乙罪的竞合关系就缺乏基础。以暴力要素为例,它不仅是抢劫罪和敲诈勒索罪的一种强制行为形式,而且同样也可以成为诸如强奸罪、劫持航空器罪、妨害公务罪等犯罪的行为方式。但是,人们不会因为这些犯罪都有暴力要素,就在强奸、劫持航空器罪、妨害公务罪等犯罪之间比较轻重。换言之,如果以两罪已然竞合为隐含前提展开轻度暴力与重度暴力之间的比较,最终再得出两罪竞合的结论,无非是“从终点又回到起点”。这实际上是一个遮蔽的循环论证。

低程度行为能够成立甲罪,是因为在甲罪的语境中,低程度行为符合了相应的构成要件结构的要求,而高程度的行为并不一定符合甲罪的结构,相反可能会突破甲罪的结构,因此,不能因为行为程度本身的高低就得出“更能成立甲罪”的结论。由此可见,在解释构成要件行为时,必须考虑到该行为是处在特定构成要件结构之中的一个要素。每一个刑法规范的构成要件结构都是一个具体的语境和独特的系统,如果不考虑行为要素与其他要素之间在这个特定语境之中形成的结构关系,忽略单个要素赖以存在的具体结构而将要素进行跨结构、跨语境的比较,就可能会得出一些似是而非的结论。

因此,搁置两罪的构成要件结构的差异,仅根据暴力程度的高低就得出“凡是符合抢劫罪的犯罪构成的行为,必然符合敲诈勒索罪的犯罪构成”的观点是存在疑问的。与这种两罪竞合论观点相似,有的日本学者提出,“强盗罪(抢劫罪)与恐吓罪(敲诈勒索罪)之间并无实质性的差异,恐吓罪也成了所谓微型强盗罪。”^{②⑤}但是,这样的看法不适用于我国刑法。根据我国《刑法》第263条的规定,抢劫罪的起刑条件不受财物数额的

②③ 前引②,张明楷文。

②④ 参见[德]考夫曼《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第144-145页。

②⑤ 前引⑧,[日]西田典之书,第235页。

限制; 相反, 敲诈勒索行为只有在数额较大的情况下才能构成犯罪。立法本身就说明, 在我国刑法语境下, 构成抢劫罪的完全可能不构成敲诈勒索罪。因此, 仅仅通过暴力程度的轻重相举来证立两罪竞合的思路, 可能会陷入到传统刑法理论在犯罪论体系问题上曾经失足的泥潭中, 那就是只见个别的构成要件要素, 不见整体的构成要件结构。

三、两罪界分的法理基础: 被害人的处分自由

每一个构成要件都是一个语境, 一个人造的概念系统。它们都是由两个以上的要素组成的整体。构成整体的各个要素与要素之间, 要素与整体之间, 整体与更大的外部环境(刑法典以及整个法秩序) 之间, 存在着一定的有机联系, 从而在系统的内部和外部形成一定的结构和秩序。抢劫罪与敲诈勒索罪的构成要件也是如此。如何把握两者的结构以及相互关系? 这首先涉及到如何理解财产犯罪。

(一) 压制反抗与利用瑕疵

作为一种个人法益, 财产是作为法益主体的被害人自我发展的工具, 其中储存着法益持有者自由发展的行动机会和潜能。因此, 对财产法益的侵害行为, 不可能也不应该是与作为法益主体的被害人毫无关系的、仅仅从行为人一面就能把握全部意义或得到全部理解的动作举止。从财产法益是服务于人的工具这一点出发, 财产犯罪最终侵犯和影响的是作为目的的人。既然财产是被害人的支配意愿所指向的支配对象, 因此, 犯罪行为侵害法益, 必然是通过侵扰法益支配权进而破坏支配意愿与支配对象之间的支配关系来实现的。对这种支配关系的破坏, 是通往法益侵害的必由之路。因此, 财产犯罪的各个构成要件的基本结构, 必须是通过一种对被害人的法益支配权施加影响和作用的方式表现出来; 与被害人的法益支配权毫无关系的要素组合, 也不可能与法益侵害有关; 以何种方式和程度来侵扰法益支配权并破坏支配关系, 就是各个构成要件类型化的立法根据, 也因此成为对构成要件基本结构进行解释时应该注意和遵循的指导观念。

笔者主张, 以行为对被害人的法益支配自由的侵扰形式和程度为线索, 抢劫罪与敲诈勒索罪可以被归为两种不同的财产犯罪类型。前者属于压制被害人意愿反抗型, 后者属于利用被害人意愿瑕疵型。抢劫罪的特点是, 它既不属于回避(被害人) 反抗型财产犯罪(例如盗窃罪和抢夺罪), 也不是利用被害人的支配权瑕疵(例如诈骗罪和敲诈勒索罪), 而是直接以暴力、胁迫等手段正面压制被害人有意识的反抗。被害人面对抢劫犯的法益支配权, 表现为一种维护财产的反抗意志。这种反抗意志是各种法益支配意愿中表现程度最强烈的一种形式; 相应地, 行为人的压制也是最强烈的一种侵犯形态。在抢劫罪的场合, 行为人对被害人的法益支配权的破坏是最严重的, 它不仅正面压制被害人对财产法益的支配权, 而且大多数场合下也对被害人的人身形成了威胁甚至伤害, 这就是为什么抢劫罪是所有财产犯罪中惩罚最严厉的犯罪的原因, 也是为什么无需达到“数额较大”也仍然可以处罚抢劫罪的原因。与抢劫罪不同, 敲诈勒索罪和诈骗

罪可以被归入到利用被害人意思瑕疵型的财产犯罪。两罪的共同特点是行为人制造并利用被害人的意思瑕疵,使被害人以一种看起来主动行使自己法益支配权的方式,配合行为人完成了对自己财产法益的侵害。在这两种犯罪中,行为人既没有回避被害人,也没有直接与被害人对抗。诈骗罪的行为人实施诈术使被害人陷入错误而处置自己的财产;敲诈勒索罪的行为人实施强制手段使被害人陷入压迫下的选择困境而处置自己的财产。这两类犯罪对被害人与财产之间的支配关系的破坏均是通过利用被害人有瑕疵的法益支配意愿的方式来实现的。^{②6} 进一步而言,两罪都是在得到被害人同意的情况下出现了财产转移,并造成了最终的财产损失。诈骗罪的被害人看起来是心甘情愿地同意把财物转移给行为人。敲诈勒索罪的被害人虽然受到一定的强制,但是仍然认为自己存在可以不同意的空间,这就是一个有选择余地而做出的同意。由此,诈骗罪就和敲诈勒索罪在教义学的法理根基上获得了一致性。两个罪都是由于被害人同意瑕疵而使得财产损失的犯罪。前者是欺骗下的同意,后者是强制下的同意,在财产领域制造这种被害人同意瑕疵的行为,被刑法类型化地制定为敲诈勒索行为和诈骗行为。

在构成要件结构上,敲诈勒索罪和诈骗罪也表现出“家族相似性”。两罪的构成要件结构分别是:行为人实施强制行为/行为人实施欺诈行为;被害人陷入选择困境/被害人陷入错误;被害人基于压力处分财产/被害人基于错误处分财产;被害人遭受财产损失。由于这种相似性,一些学者认为,两罪的区别仅仅在于客观行为方面的差异(欺诈与敲诈),^{②7}而两罪的共同特征则是在财产损害的过程中都需要被害人的参与和配合。无论是敲诈勒索罪还是诈骗罪,行为人都必须直接与被害人建立关联,行为人与被害人各自发挥实质作用。被害人的参与和配合,体现了本文所说的法益主体的支配自由受到侵扰的一种特殊形态,也在教义学上塑造了敲诈勒索罪以及诈骗罪的法律形象,即一种自我损害型的犯罪。与之相反,抢劫罪属于“他人损害型”的犯罪。行为人是直接地对他人的财产下手,而被害人根本没有任何程度的自由决定,即使在表面形式上看来,被害人有把财物交给行为人的动作,但这是在没有任何选择余地的情况下实施的,因此,被害人并不是基于有瑕疵的意志自由去处分财产的主体。此时,行为人不是间接正犯,而是作为直接正犯去实施对他人的损害。这种单向度的压制不需要被害人的配合,被害人是否合作或者说是否愿意处分财产都无关紧要。因此,抢劫罪的构成要件结构中,不需要也不允许出现显示被害人意志决定自由的要素;行为人实施暴力威胁与最终取得财物之间是直接的因果链条关系。

综上可见,利用被害人的意思瑕疵与压制被害人反抗是两种不同类型的财产犯罪,因此,两罪竞合论主张的“凡是符合抢劫罪的犯罪构成的行为,必然符合敲诈勒索罪的

^{②6} 有日本学者也持类似看法“本罪(敲诈勒索罪)在根据被害人的有瑕疵的意思决定而获取财产一点上,和诈骗罪有共同之处。”参见[日]大谷实《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第261页。

^{②7} Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 2017, § 11, Rn. 2-3; Goessel, Strafrecht BT 2, 1996, § 30, Rn. 2.

犯罪构成”的观点是难以成立的。体现在对被害人的财产法益支配意愿的影响上面，即究竟是被害人在尚存有处分自由的情况下同意处分财物，还是被害人在完全丧失处分自由的情况下由行为人取得财物。

（二）处分自由的双重意涵

抢劫罪与敲诈勒索罪在犯罪类型上的不同，体现在两罪构成要件的基本结构存在根本性差异，也进一步指导着对两罪的具体构成要件要素的解释。这种指导作用集中地体现在，敲诈勒索罪的成立应当具备“财产处分”的构成要件要素。尽管包括我国在内的很多国家刑法中关于敲诈勒索罪的条文都没有对这个要素作出明确规定，但是这并不妨碍在刑法理论上限缩性地将财产处分视作不成文的构成要件要素，进而与其他要素一起形成敲诈勒索罪的构成要件结构：行为人实施强制行为；被害人陷入选择困境；被害人基于压力处分财产；被害人遭受财产损失。这个构成要件结构中的“财产处分”客观上指向任何一种法律或事实上的作为、不作为或容忍，其能直接地引起经济上的财产总额的减少。财产处分是基于处分自由而处置财物。财产处分以处分自由为前提和基础。没有处分自由就无所谓财产处分。因此，处分自由是理解两罪关系的关键。

笔者认为，应当从以下两个层面来把握处分自由的意涵：第一层含义是反抗有用，即被害人的妥协和配合是行为人获得财物的必要条件。被害人必须处在一个财产转移的关键地位。具体是指，只有得到被害人的配合和协作，财产转移才有可能，而如果被害人承受住压力不妥协的话，行为人就无法得到财物。在这种局面下，被害人放弃反抗，同意转移财产，就是在具备处分自由的状况下作出的决定，这就存在一个财产处分。²⁸相反，即使没有被害人的妥协与配合，财物也难以保留，行为人仍然可以“硬抢”，那就意味着，无论被害人反抗与否，财物的支配最终都将转移。此时，无论从外部形态来看，被害人是主动交付财物还是行为人直接动手取得，都不存在一个财产处分。第二层含义是应能反抗，即不妥协的代价没有超出被害人应能承受的范围。基本标准是当保卫财产的代价是人身安全时，被害人应被视为没有处分自由。这是在第一层含义的基础上，考虑到自我决定权与刑法家长主义的关系而做出的进一步限缩。例如，A用手枪抵住B的头部，要求B把家里珍藏的珠宝交出来。只要B不说，A就无法找到珠宝藏匿的地点，但是B面对死亡威胁最终还是妥协了。按照上面所说的第一层含义，B的妥协和配合是行为人获得财物的必要条件，那么，能否由此得出B有处分自由的结论？对此的回答是否定的。如果承认被害人在黑洞洞的枪口面前，面对死亡的即刻实现，仍然有不配合行为人、不交付财物的处分自由，那就意味着法律认为人们可以把生命与财产放在同等的价值位阶，在个案中进行权衡和取舍。而这一点，明显与刑法总则中正当防卫、紧急避险的过当判断以及刑罚论中刑种轻重的排列顺序不相协调。简言之，与整个法秩序中人身安全的法益高于财产法益的基本价值设定相冲突。因此，面对死亡威胁，

²⁸ Vgl. Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 2014, § 253, Rn. 3.

一般人没有选择不妥协的可能性,故而是没有处分自由的。当然,即使是同一个人,在不同的场景下,面对生命、身体、自由、名誉、财产等各种利益之间的冲突,也可能做出截然相反的优先选择,所以,在处分自由的问题上,应最大程度地尊重个体的自我决定权,尽可能地在受迫状态下把财产与其他利益之间的权衡空间留给个人。例如,C拿着存有D不雅照的手机,当面威胁D,如果D不当场把财物交出,就立刻点击“发送”将照片传至网上。最终,D把财物交给了C。在这个案例中,D面对的是财产与个人名誉之间的两难选择。如果主张名誉应当远重于财产,就会认为一般人面对名誉毁损的威胁根本没有不妥协的可能性。但是,更值得赞成的做法是,在名誉与财产之间的价值位阶上不做出一般性设定和普遍性要求,而是把两者孰重孰轻的选择留给每个人在具体语境下去权衡,那么,这里就存在个体自行决定处分财产的自由。

另一方面,在至关重要的生命和人身安全的问题上,也要发挥刑法家长主义的价值引导功能。人身安全是法益主体行使其他包括财产权在内的权益的前提,是法益主体实现人格自由发展的基础。在实定法上(通过《刑法》第20条第3款规定无限防卫权的方式)也宣示了生命和身体法益的至高地位以及最高级别的保护力度。因此,站在刑法家长主义的立场上,不能完全任由个人对生命和人身安全做出任意处置,而是对其自我决定权发挥一定程度的制约。在被害人处分自由的问题上,刑法家长主义也不赞成被害人面对生命或人身安全的威胁仍然选择不妥协,因为这种不妥协实质上是一种变相同意:为了保卫财产而同意他人伤害自己。因此,即使现实中确实出现了个别被害人“舍命保财”的情形,也不能因为他自认为自己的财产比生命更重要,就在法秩序上承认他的处分自由。正如在某些案件中,行为人面对财产遭受损失的危险,用第三人的生命或身体去避险,不能因为他自认为自己的财产比他人的生命更重要而认定其成立紧急避险。认为公民面对人身安全的威胁时,没有不配合和不妥协的可能性,并不是指个体实际上做出的选择,而是指一种应然意义上的无法承受。质言之,法教义学设计概念的价值取向,不应当期待和支持人们做出“舍命保财”的选择。相反,应当呼吁人们舍财保命,“破财消灾”。就此而言,处分自由的第二层含义蕴含着对理性一般人的价值选择的呼吁和引导,是一种基于刑法家长主义立场的规范性限定。

综上,处分自由有双重含义:首先,被害人的妥协和配合是行为人获得财物的必要条件。其次,不妥协的代价没有超出被害人的承受范围。在行为人以严重危及人身安全的、若不屈服就可以即时实现的暴力相威胁时,法规范上认为人们已经没有了选择说不的空间,因而不具有处分自由。

与本文观点不同,多数德国刑法学者对于处分自由的理解,仅仅围绕着上述第一层含义展开,^②并没有本文关于第二层含义的阐述。例如在B屈服于A的死亡威胁而说

^② 这也是国外刑法理论的主流观点。Vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 2016, Rn. 714; Maurach/Schroeder/Maiwald Strafrecht BT I, 2009, § 42, Rn. 39; Lackner/Kühl, StGB, 2014, § 253, Rn. 3.

出财物藏匿地点的案例中,由于 B 若不说则 A 就找不到财物,因此按照德国通说,B 仍然存在处分自由。如何看待这一观点与本文主张的差异? 笔者认为,任何学者在讨论设计法教义学概念时,不能无视不同国家刑法典规定的差异,不能脱离开理论所要指导和服务的本国刑法的语境。德国刑法在第 249 条抢劫罪与第 253 条敲诈勒索罪之外,又规定了第 255 条抢劫性勒索“以对他人身实施暴力或立即危害其身体或生命为胁迫,进行敲诈勒索的,按抢劫罪的刑罚幅度处罚。”这实际上是把抢劫性勒索视为敲诈勒索罪的加重情形,因为其性质严重而准用抢劫罪的法定刑。按照该规定,由于 A 实施了危及人身的、达到抢劫程度的暴力,但是被害人又存在第一层含义上的处分自由,因此对 A 适用德国刑法第 255 条抢劫性勒索,按抢劫罪的刑罚幅度处罚。由此可见,德国学者在处分自由的问题上固守第一层次的理解,在德国刑法语境中不会出现不协调的结果。因为立法者已经针对类似案例的法律适用提供了专门的法条,提前在立法上提供了罪刑均衡的方案,所以不存在轻纵犯罪的问题。但是,我国刑法没有所谓抢劫性勒索的规定,而普通敲诈勒索罪的规定在法定刑幅度上明显低于抢劫罪。如果对处分自由仅做第一层次的理解,承认被害人的处分自由,进而对上述案例中持枪威胁的 A 按照敲诈勒索罪定性,显然会出现罪刑不均衡、轻纵犯罪人的结果,也有悖于一般民众的法感受和对于“敲诈”的语感理解。因此,在我国刑法语境下,笔者对处分自由的概念做出修正和调整,在第一层含义的基础上进一步限缩。由此一来,上述案例虽然符合处分自由第一层次的含义,但不符合第二层次的要求,因此不具有处分自由。A 的行为不构成敲诈勒索罪,而应当认定为抢劫罪。这样在处理结果上与德国刑法可谓是殊途同归。

(三) 处分自由必要性之争

我国刑法没有在敲诈勒索罪中规定“财产处分”的文字。因此,将“财产处分”作为抢劫罪与敲诈勒索罪的界分要素,不是来自于立法上的明确规定,而是学理上构建和论证的结果。但是,鉴于对这个要素的必备性要求导向的是一种限缩性解释,因此并不违反罪刑法定原则。不过,在同样没有立法明文规定的德国,这一要素是否为敲诈勒索罪所必备,理论上仍然存在争议。通说认为,^⑩作为强制结果,被害人的作为或者不作为,或者对于行为人暴力或威胁的忍受,必须进一步具有财产处分的特征。德国的司法判决则否认这一点,^⑪认为只要行为人通过对被害人的强制,由此所导致的任何一种间接损失都已经足够,不必非得要求财产处分。需要注意的是,德国刑法学界和实务界关于财产处分是否必要之争的出发点,是德国刑法典的具体规定。德国刑法第 249 条规定的抢劫罪,犯罪对象限于有体物,而第 253 条敲诈勒索罪和第 255 条抢劫性敲诈勒索的犯罪对象,则既包括有财产价值的有体物,也包括无形的财产性利益。鉴于这样的刑法语境的制约,在具体案件中,是否坚持财产处分的必要性会出现完全不同的结果。例

^⑩ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB Kommentar, 2014, § 253, Rn. 8; MK-StGB/ Sander, 2012, § 253, Rn. 14.

^⑪ Vgl. BGHSt 25, 224. ; BGHSt 14, 386(390) .

如,在行为人以抢劫手段取得财物的场合,一方面,如果不坚持财产处分必要说,那么此类情形就总是成立第255条抢劫性勒索。这样一来,第249条抢劫罪就几乎被虚置了。但是,如果坚持财产处分必要说,又可能会形成惩罚漏洞。例如,在行为人基于单纯的使用意思将被害人从其车辆上推下去然后驾车离开的案件中,因为抢劫罪的对象只能是有体物而行为人对车辆又不具有非法占有目的,因而不成立抢劫罪;同时,根据财产处分必要说,又会因为在绝对暴力下缺乏财产处分而不成立敲诈勒索罪或抢劫性勒索。如果采取财产处分不要说,“根据司法判例的立场,行为人完全可以成立抢劫性敲诈勒索(对车辆的占有就是一种财产性利益),等同于抢劫处罚”^⑩。

财产处分的必要性在德国学界和实务界形成争议,主要不是由于学理上的困扰,而是由于受限于立法所致。但是,德国刑法语境中存在的法律障碍在我国刑法语境下是不存在的。我国《刑法》第263条抢劫罪与第274条敲诈勒索罪的行为对象不存在差异,两罪的对象都是“公私财物”。因此,就刑法规定而言,不存在财产性利益能够成为敲诈勒索罪的对象却不能成为抢劫罪对象的问题。与之相应,在刑法理论与司法实践中,财产性利益可以成为抢劫罪对象这一点也得到越来越多的承认。综上,在我国刑法语境下主张财产处分是成立敲诈勒索罪的必要条件不会遇到任何法律或学理上的障碍。

四、处分自由的功能与标准

在实践中,行为人既可能实施了暴力威胁但未获得财物,也可能在得到财物之后犯罪既遂。在这些场合,均存在认定和区分抢劫罪与敲诈勒索罪的问题。面对不同的情形,处分自由发挥着不同的功能,也相应地适用不同的标准。

(一) 根据行为是否足以剥夺理性一般人的处分自由区分两罪的着手

处分自由的首要功能,是区分抢劫罪与敲诈勒索罪的着手,也就是通常所说的实行行为。特别是在未遂的场合,即行为人虽然实施了暴力威胁行为,但尚未从被害人处获得财物,并没有出现财物实际转移的结果,甚至可能难以判断被害人的实际感受。因此,区分两罪的着眼点,只能是行为人实施的暴力威胁的行为本身。在这一问题上,以“暴力是否达到足以压制他人反抗的程度”作为区分标准的观点是值得赞成的,问题是,什么叫做“足以压制他人反抗”?笔者认为,一是反抗无用,二是不敢反抗。这分别对应着本文论述的处分自由的两层含义的相反面:所谓反抗无用,即被害人的妥协和配合不是行为人取财的必要条件;所谓不敢反抗,即不配合和不妥协的代价超出了被害人的承受范围。因此,所谓“足以压制他人反抗”的本质含义,就是足以剥夺他人的处分自由。

第一,着手的认定。抢劫罪的着手,必须是实施了足以让他人丧失处分自由的暴力

^⑩ 参见王钢《德国判例刑法分则》,北京大学出版社2016年版,第288页。

威胁。只有这种程度的暴力威胁,才可能会让他人的一种没有处分自由的状态下自己交出或任由行为人取走财物。敲诈勒索罪的着手则是实施了足以对他人的自由形成压迫但是又不能挤压成完全没有处分自由的暴力威胁。只有这种程度的暴力威胁,才可能会让他人陷入一种带有瑕疵的自由状态,在既不那么情愿但仍有选择空间的状态下处分自己的财物。敲诈勒索罪中的暴力威胁就像是用外力压迫使得一个皮球发生局部变形;而抢劫罪的暴力威胁则是把皮球彻底压瘪。最后,在认定敲诈勒索罪的着手时,处分自由的功能不仅是要向上与抢劫罪相区分,而且要向下与不值得刑法介入的、程度轻微的暴力威胁相区分。换言之,敲诈勒索罪的暴力威胁至少要达到足以对他人的意思决定自由形成挤压的程度,进而起到一种纯粹消极的甄别作用,把那些不重要的、不值得刑法重视的暴力威胁排除出去。

第二,在认定着手时考虑处分自由应当遵循理性一般人的客观标准。站在理性一般人的立场,假设自己是面对行为人暴力威胁的被害人,想象其处分自由是否会受到压迫以及这种压迫是否达到了彻底排除处分自由的程度。这里的理性一般人是具体个案中被害人的实际遭遇为背景虚构出的一个理智的、正常的、谨慎的、平均的被害人。一方面,那些超乎寻常的勇敢且具有毫不妥协之抵抗精神的人,或者超乎寻常的敏感、胆小之人,都脱离了平均标准的要求,因而不属于这里的理性一般人。在判断一个暴力行为的程度时,既没有给无所畏惧的勇敢者什么特权,也不会特别地去保护那些在相对无害的压力面前,仍然以不理智的愚蠢方式随意屈从的人。另一方面,既然是客观的一般人,那么,在判断行为人是否着手时,具体的、实际的被害人的主观感受就不是决定性的标准。“只要从一般人认同的社会观念上看达到足以压制被害人反抗的程度时,就是被害人的反抗现实地困难,这是从客观的基准出发看待问题,而不是从行为人、被害人的主观感受角度来考虑反抗是否被压制的问题。”^③当然,判断的平台应该落在一个理性人所面对的具体的、个别化的处境。既要结合一般的社会观念,也要考虑行为的时空要素以及其他的能够被行为人所识别的外部事项进行综合判断。脱离开特定时空,对刑法所要求的规范性判断同样没有意义。从思考的方法论上说,这里考虑到了抽象的人性与具体的语境的结合。

综上,判断某种暴力威胁的行为性质究竟是构成敲诈勒索罪的着手还是抢劫罪的着手,抑或是连敲诈勒索的程度也达不到的轻微威吓,不是根据实际被害人个体化感受的主观标准,而是根据理性一般人的客观标准。

(二) 根据特定被害人是否实际丧失处分自由认定两罪的既遂

在行为人获得财物的场合,判断“处分财产”这一要素是否存在,或者说,判断具体的被害人是否存在实际的处分自由,就不能再根据理性一般人的感受,而是要根据实际被害人的真实感受。此时,处分自由的功能,是作为构成要件结构当中的一环完成敲诈

^③ 参见陈兴良、周光权《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第544、582页。

勒索罪之构成要件该当性的既遂检验;同时,将那些行为人虽然着手实施了达到抢劫程度的暴力,但被害人实际上却是基于处分自由而给付财物的案件认定为抢劫罪的未遂。例如,上文所举自由搏击冠军乙被抢劫的例子中,乙虽然不在意甲的威胁,但是出于避免耽误时间减少麻烦的心态给了甲500元后离去。在这个案例中,乙有能力选择不配合甲,因此乙实际上是有处分自由的。尽管站在理性一般人的立场,甲实施了一个足以剥夺一般人处分自由的暴力行为因而被认为是抢劫罪的着手,但是,由于具体的被害人乙实际上并没有丧失处分自由,而是基于自由意志处分了财产,于是,整个过程就变成了抢劫的上半身加上敲诈勒索的下半身。甲最终得到财物,并不是由于他的抢劫行为真的剥夺了乙的处分自由,恰恰相反,而是因为乙基于处分自由转移了财物。在这种情况下,就不能再把这个财物转移的结果归到甲的抢劫的行为上面。乙的财产处分行为阻止了抢劫罪的构成要件的齐备,抢劫罪的构成要件结构由此变得不完整,因此,这里只能构成一个抢劫罪的未遂。

由此可见,即使行为人实施了暴力威胁并获得财物,也并不一定就能认定为犯罪既遂。只要被害人以某种方式与行为人一起共同完成了财产的转移,而按照被害人的想象和认识,自己的配合属于导致财产损失的必要条件,且自己也有能力对抗行为人,在这种情况下,被害人就实际具备了处分自由,其转移财物给行为人就符合敲诈勒索罪中财产处分的要件。如果行为人实施的是敲诈勒索罪的着手,那么,由此就构成敲诈勒索罪的既遂;如果行为人实施的是抢劫罪的着手,那么,就由此阻却了构成要件的完整性,构成抢劫罪的未遂。相反,如果被害人欠缺上述想象和认识,财物的转移就不能认定为财产处分。这样一来,行为人实施的是一个抢劫罪的着手,自认为已经丧失处分自由的被害人交出财物,正好符合抢劫罪的因果链条,构成抢劫罪的既遂。有疑问的是,如果行为人实施的是一个敲诈勒索罪的着手,在一般人看来不足以剥夺处分自由,但是在胆小的被害人眼中,却认为自己没有不妥协的可能性,即使不配合也保不住财物。此时应当如何认定?笔者的初步意见是:(1)如果行为人对于被害人的胆小有特殊认知,则属于针对被害人的特点实施的特定化的抢劫行为,按照抢劫罪既遂论处。(2)如果行为人对不知情,相当于是以一个敲诈行为,却过失地给被害人带来了一个达到抢劫程度的压迫。对此,可按照敲诈勒索罪从重处罚。

(三) 理性一般人假设应符合法秩序对法民关系的期待

值得注意的是,在假设理性一般人认定处分自由的时候,还要考虑到法秩序对于一个公民形象以及公民与法之关系的期待。引起诸多争议的2005年最高人民法院《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《意见》)第9条关于冒充警察、联防队员抓赌、抓嫖案件定性的司法解释,就是一个立法者规范化地设定公民

处分自由的适例。^④ 有学者对此提出质疑,“为何冒充警察是骗(招摇撞骗),而冒充联防队员时行为性质就变成敲诈勒索了呢?其实,无论是冒充人民警察还是冒充联防队员,身份的冒充虽然具有欺骗性质,但实质上不过是使对方产生畏惧的一种资料而已,应当成立敲诈勒索罪而不是诈骗罪”^⑤。应当说,《意见》的逻辑与质疑者陈洪兵教授的思路,恰好就是站在规范与事实的两个相反角度去理解处分自由。陈洪兵教授主张冒充警察者成立敲诈勒索罪,是一种在个案中对被害人实际心理活动进行揣摩的事实性描述,如果这个事实层面的描述成立,那么被害人就是在畏惧心理之下被迫处分财产,他实际上是有处分自由的。这是从事实层面去认定处分自由。但是,按照《意见》的规定,在不实施暴力的情况下,冒充警察抓赌抓嫖,既不成立敲诈勒索罪也不成立抢劫罪,而是成立招摇撞骗罪。这背后的逻辑不是基于对个案中被害人真实心理的考察,而是对公民与警察所代表的国家公权力之间关系的一种规范性设定。

国家公权力发动的惩罚具有合法性和正当性的基础,国家因为一个公民的不法行为而惩罚他,是对他的意志自由决定的回答,“处罚他正是尊敬他是理性的存在”^⑥;公民因为实施不法行为而接受这种惩罚,是自己的不法行为应得的回报。在这个意义上,一个人因为赌博、嫖娼而被代表国家公权力的警察罚款,是不能与面对抢劫犯或敲诈勒索犯索要财物的压力相等同的,后者是(应当受到保护的)处分自由受到不法的压迫甚至剥夺,前者的自由没有受到任何不法压迫,而恰恰是赌博、嫖娼者违反法秩序所应得的回报和自由的展开。因此,在面对一个冒充警察者的罚款时,既然被害人误以为自己面对的是国家公权力的正式追究,那么,他就必须坦然接受公权力的惩罚,他的(规范意义上的)处分自由,是不可能也不应当受到任何压迫。这样一来,对冒充警察者就不能按照抢劫罪或敲诈勒索罪论处,而只能按照招摇撞骗罪处罚。因为面对公权力的出场,一个理性一般人,或者说符合法秩序对公民形象期待的被害人,不应当是因为被迫而只能是因为被骗才处分了财产。

更有意思的是,《意见》还进一步区分了警察与治安联防队员。如果从纯粹事实层面去考察,会认为这种区分没有道理,因为对具体被害人而言可能没有差异,实际上都是基于畏惧的心理事实而交付财物。但是,从规范层面上看,警察与治安联防队员有本质区分。前者是作为代表国家行使公权力的国家工作人员,后者不具有国家工作人员身份,仅仅是公权力行使的辅助者,不能成为公权力的代言人。因此,即使在事实上同样都是基于恐惧心理而交付财物,但是在冒充联防队员的场合,公民对非国家工作人员的恐惧事实可以被法规范接受,并针对冒充者用敲诈勒索罪予以相应的处罚;而在冒充

^④ 在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》出台之前,实践中对此类案件定性不一。参见最高人民法院刑事审判第一庭编《刑事审判要览》(2003年第4辑),法律出版社2003年版,第76页。

^⑤ 前引③,陈洪兵文。

^⑥ 〔德〕黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第103页。

警察的场合,法规范不会承认“民怕官”的正当性,不会允许这种警民关系的应然性设定,而是会宣示,公民不应当是因为害怕国家工作人员才交付财物,而应当是由于自己基于自由意志从事违法活动而合乎预期地付出代价。这就是《意见》制定者或许未曾深入反思但实质上支配其思考的深层逻辑。

五、认定处分自由的经验素材

在认定财产处分或者说被害人是否基于处分自由而处置财物时,不能完全依赖于被害人的单方陈述,而需要根据已知的外部事实和经验素材,进行逻辑演绎和事实证明,从而帮助得出是否存在处分自由的结论。在司法实践中,往往需要借助一些外部的客观情状去认定甚至推定难以直接证明的构成要件要素。例如,最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第3条规定,具有下列情形之一的,应当认定为集资诈骗罪中的“以非法占有为目的”:“携带集资款逃跑的;挥霍集资款,致使集资款无法返还的;使用集资款进行违法犯罪活动,致使集资款无法返还的;具有其他欺诈行为,拒不返还集资款,或者致使集资款无法返还的。”非法占有目的是集资诈骗罪的构成要件要素,是待证的主观事实,也是区分集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的关键。对此,司法实践在认定时,往往需要考虑是否存在携款潜逃、肆意挥霍等客观情形,通过这些基础事实来推定行为人是否存在非法占有目的。但是,不能认为只要有携款潜逃、肆意挥霍等情形,就一定具有非法占有的目的。作为外部表征和经验总结,携款潜逃、肆意挥霍与非法占有目的之间只是一种高盖然的或然性联系,在绝大多数情况下会由前者推导出后者成立的结论,但是不能将两者完全等同视之。有时候,如果有可成立的反证,推定事实就不能再视为存在。

财产处分与非法占有目的一样,都是构成要件要素,是需要证明的对象。不同的是,在认定非法占有目的时,司法解释明确规定了可以直接推定的几种客观情形,但是,如何认定财产处分并无法律或司法解释的明确规定。因此,不能依靠外部情形直接推定财产处分的存在,而至多只能是高盖然性地证明。在这个问题上,以往的理论学说往往混淆了财产处分与认定财产处分的外部证据:本来应当以前者来区分两罪,但却常常误将后者作为区分标准。由此产生的问题,一是把经验总结当做理论标准,无视两者之间的思维沟壑;二是这些“标准”实际上只是一些高盖然的基础事实,在多数情况下是能够有力证明处分自由存否,但是在某些不能被惯常经验涵盖的场合,就会出现问题。因此,在司法实践中,既要重视经验层面的总结,借助一些客观素材去证明财产处分是否存在,同时,也要时刻注意从反面进行检验,看看有没有可能会推翻暂时成立的结论。

下面,以交付/取得以及“两个当场”的理论略加说明,因为它们常常被当做是两罪区分的理论标准,但实际上只是证明处分自由的经验素材。

(一) 交付/取得:行为人与被害人互动的外部形象作为经验素材

很多学者主张,将处分财产理解为“被害人交付财物”,进而从行为人与被害人之间关系的外部形象入手区分两罪。如果存在被害人“交付”财物给行为人的外部举止,即为敲诈勒索罪;相反,如果是行为人直接从被害人处“取走”财物,则构成抢劫罪。通常情况下,被害人在受胁迫状态下处分财产,与抢劫场合的行为人直接取走财物的确在个案中表现出不一样的外部形象。^⑤就此而言,根据个案中的外部形态是“被害人交付”还是“行为人取走”在经验层面有其道理。但是,作为行为人与被害人之间互动的两种外部形象,交付与取得之别仅仅是在某些场合作为证明处分自由的经验素材来使用,并不能成为独立的、决定性的理论标准。

一方面,将交付等同于财产处分会有词不及物之虞。敲诈勒索罪的犯罪对象“财物”的范围,不仅包括狭义上的物,也包括财产性权益。通常情况下,对于物的处置是一种占有的转移,可以称之为交付,“占有的转移因标的物的交付而完成”^⑥。但是,对于财产性权益的处置称之为交付并不妥当。有法官在探讨诈骗罪中的财产处分时,曾经举例说明“交付”一词的不完善性“在以不动产为诈骗对象的场合,无论是使用权还是所有权的转移,都不适宜用交付,特别是对于所有权的转移,一般适用登记公示制度,仅仅转移占有,法律意义是不足的。对于债权而言,一般以合同方式完成转让,而对于可“准占有”的债权凭证而言,则可以直接转移“准占有”。对于债务而言,当以被害人免除债务为方式,此时并不存在财产的转移,当然也就无“交付”可言。因此,对于债权债务,由于不存在交付问题,当然不宜以交付行为概括之”^⑦。上述在诈骗罪中不宜用交付代替处分的论述同样适用于敲诈勒索罪。交付是指将标的物或所有权凭证的占有移转给受让人的法律事实。简言之,交付就是占有的转移,故有时也被称为占有的交付。既然敲诈勒索罪的犯罪对象不限于物,处分财产的方式当然也就不限于占有的转移,因此交付只是处分行为的表现形式之一,不能以交付来表达其他非交付的处分行为。交付行为的适用对象仅对于动产有意义,不动产、债权债务以及各种财产性权益的处分并不适用交付转移。在这种情况下,在涉及到敲诈利益的场合,不存在物的交付,此时,就无法再从交付还是取走的外部形象入手去认定财产处分。

另一方面,除了概念适用范围方面的原因,从经验层面来看,区分两罪时也不能仅仅考虑外部形象是主动交付还是任其拿走。在某些抢劫案的场合,当被害人的反抗完全被压制的情况下,也可能没有任何选择地、甚至主动将财物交给行为人。此时,被害人表现出来的也是一种交付财物的外部形象。由此可见,“被害人交付”的外部形象在抢劫罪和敲诈勒索罪的场合都可能存在,虽然作为判定是否财产处分的外部证据有其说服力,但是却无法独立成为决定性的标准。

^⑤ Vgl. Biletzki, Die Abgrenzung von Raub und Erpressung, Jura 1995, 635 (636).

^⑥ 王利明《物权法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第372页。

^⑦ 游涛《普通诈骗罪研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第190页。

(二) 两个当场: 时空限制下的行为选择作为经验素材

以“两个当场”区分抢劫罪与敲诈勒索罪是我国刑法理论的通说。这一观点近年来遭到了一些学者的批评和反对。^{④①}相应地,也出现了为“两个当场”辩护的声音。^{④②}但是,“两个当场”的主张者或辩护者,并没有真正揭示出这种观点的合理性,正因为如此,也没有看到这种观点在理论上的不足。乍看起来,或有批评者会认为“当场”的要求是想当然的、缺乏根据的、人为的附加物。但实际上,绝大多数抢劫罪的确都具备“两个当场”的条件,这个描述也确实是对大量常见的、规律性现象的一种经验上的总结和归纳。问题是,它还没有上升和抽象到理性的层次去把握,或者说,背后缺乏一种教义学的学理支撑。笔者认为,只有从处分自由这个教义学上的角度出发,才能真正理解“两个当场”这种常见、多发现象背后的法理。按照本文界定,所谓抢劫罪剥夺被害人处分自由,一方面意味着,无论被害人配合与否,都不影响行为人取得财物;另一方面表明,被害人缺乏不配合的可能性。而在司法实践中,同时满足这两方面要求的案件,往往是行为人当场使用暴力或以当场使用暴力相威胁,并且当场取得财物。

在一个法治社会中,规范上应当给每一个公民这样的预期,即遇到犯罪侵害时,只要国家公权力及时介入,公民的财产就能够得到保护,侵权行为人就不可能取得财物。换言之,国家公权力和法律面对犯罪无计可施,无法保护公民的财产,这在法秩序上是不可能被承认的。但是,每个人都是生活在时空条件中,国家的法律救济能否及时到达,也受制于一定的时空条件。当行为人当场实施暴力且当场取得财物时,事实上排斥了被害人求助于法律的可能性,被害人来不及、也没机会报警,没有做出不配合决定的时空条件。易言之,在“两个当场”的场合,被害人往往是反抗无用、也不敢反抗,丧失了处分自由,行为人因而构成抢劫罪。相反,如果不是“两个当场”,通常就意味着侵权行为人给被害人留下了向国家机器和法律求助的时间和空间。既然有了这一时空条件,被害人就可以选择不配合行为人,而是诉诸国家法律的救济。此时,被害人报警与否,是侵权行为人能否获得财物的必要条件,而且又有报警的时空可能性,这就满足了处分自由的双层含义。除非被害人生活在一个毫无法制和国家公权力保障的环境中,否则,如果在具备求救条件的情况下,被害人却放弃了国家的法律救济这一首要的、不应被忽略和放弃的保护手段,而最终做出了转移财物的决定,那么,他就已经成为那个敲诈勒索罪中基于处分自由而处分财产的被害人,而不是抢劫罪中的那个处分自由完全被剥夺而无法反抗的被害人了。

上述情况说明,只有在“两个当场”与处分自由的法理之间建立起关联,才能充分说明“两个当场”的实践合理性。当然,“两个当场”的合理性并不是绝对的,经验层面上的归纳和总结总是会遭遇到可以证否的反例。一方面,有时候不符合“两个当场”,也未

^{④①} 参见前引①,陈兴良文。

^{④②} 参见前引③,陈洪兵文。

必就一定有处分自由。例如,A 找到居住在深山老林中的 B,给 B 三天期限,若三天之后 B 不交出祖传宝物,就会开枪杀死 B。A 下山时取走了 B 的手机。时值腊月,大雪封山,出山路口有 A 守候,B 欲逃而不得。三天之后,等 A 一上门,B 就把财物交给了 A。在这个案例中,A 不是以暴力当场实现相威胁,也不是当场取得财物,显然不符合“两个当场”的要求。但是,被害人有处分自由吗? 回答是否定的。换任何一个人处在 B 的位置上,都是既没有办法与外界联系报警求助,也难以逃离住所,面对死亡的威胁,只剩下把财物交出一途。在这种情况下,A 利用大雪封山的自然状况并取走 B 与外界联系的手机,以三天之后的死亡相威胁,已经达到了足以剥夺他人处分自由、令其无路可走的程度,应当以抢劫论处。由此可见,不符合“两个当场”的时空特征,未必就不是抢劫。

另一方面,有时候符合“两个当场”也未必就一定没有处分自由。例如,上文所举 C 以发送 D 不雅照相威胁索财的例子。在这个案例中,C 拿着存有 D 不雅照的手机可以随时向网上发送,其威胁是能够当场实现的,且实际上 D 当场把财物给了 C,因而在形式上符合“两个当场”。但是,能否认为 C 实施的是一种足以剥夺他人处分自由的抢劫行为呢? 如果基于最大程度地尊重个体自我决定权的立场,对于公民在名誉与财产之间的轻重权衡上,不予以规范化的一般性设定价值位阶,而是交由个人在具体情境下去权衡,就不会得出 D 已经丧失处分自由的结论,而是认为 D 在受迫的两难选择中,仍然基于处分自由处分了自己的财产,C 构成敲诈勒索罪。由此可见,通过“两个当场”区分两罪是一种在绝大多数情况下行之有效的经验总结。但是,经验终究是经验,再充分的经验也不能直接等同于理论。区分两罪的理论标准,只能是处分自由。“两个当场”只是一种证明处分自由的经验证据,不能在两者之间划上等号。

结 语

抢劫罪与敲诈勒索罪的关系,一直以来是财产犯罪中较有争议的问题。关于两罪的区分标准,以往的研究积累了丰厚的基础,但也存在些许不足: 往往止步于经验总结和类型归纳的层面,缺乏对形式标准背后的深层理据的充分挖掘和论证。这些带有经验成分的观点,也逼着我们进一步反思,为什么会有这样的经验直觉? 在出现暴力的场合,在被害人受暴力压迫而交付财物的场合,在暴力压制被害人无法反抗的场合,在行为人当场实施暴力且当场取得财物的场合,为什么就会被倾向于认定为抢劫罪而非敲诈勒索罪? 在对上述经验不断提取最大公约数的过程中,问题的核心被不断逼近,逐渐走到经验层面向理论层面跃升的临界点。原本看起来不过是一个解释技巧的“抢劫罪与敲诈勒索罪的关系”的问题,如果被放置在一个“财产犯罪中行为人与被害人的关系”的更广阔的法理层面去加以考察,就可以得到更深刻的理解。本文是笔者构建财产犯罪中被害人教义学的一个局部工作。针对被害人法益支配自由的压制与利用被害人法益支配自由的瑕疵,构成了对抢劫罪与敲诈勒索罪的构成要件进行解释的指导思想。

由此,处分自由的有无,就成为区分抢劫罪与敲诈勒索罪的本质特征。以暴力程度的轻重相举来论证两罪竞合的观点,也正是由于对处分自由的重视不够,只强调了个别构成要件要素,但忽略了整体性的构成要件结构,在方法论上值得商榷。

敲诈勒索罪中的处分自由,是一种不充分的、有瑕疵的自由:面对行为人的压迫,被害人仍有保卫财产的可能。国外刑法理论以被害人的反抗(对于保卫财产)是否有用来界定处分自由。考虑到与国外立法的差异,在我国刑法语境下构建处分自由的概念,不仅包括反抗是否有用的含义,还必须进一步加入被害人是否能够反抗的条件。相对于抢劫罪是反抗无用且不敢反抗,敲诈勒索罪就是反抗有用且应能反抗。这里的应能反抗是一种应当能够反抗的规范性判断。面对生命、身体、自由、名誉等与财产之间的选择权衡,可以允许一个人为保卫财产付出多大的代价,涉及到个体的自我决定权与刑法家长主义之间的关系。此外,当外部压力以公权力面貌出现时,被害人的处分自由是否受到压迫,也不得不考虑到法秩序对于公民形象以及法民关系的期待等应然性命题。上述规范性因素的渗透,使得处分自由不是一个单纯待证的心理事实,而是一个必然会融入解释者价值立场的开放性概念。这也是对笔者尝试构建的财产犯罪中的被害人教义学的一个“二阶观察”。

Abstract: According to various manners which intrude the free disposition of victims' legal interests, each accusation of the property crime has different essential elements. The crime of robbery is to completely suppress the disposal freedom of victims' legal interests, while the crime of extortion is a flaw which takes advantage of victims' free disposition. The key difference between the essential elements of the two crimes lies in whether the victim has the property or not. The freedom to dispose property contains dual meanings of resistance and the ability to resist. First of all, the compromise and cooperation of the victim are necessary conditions for actors to gain property. Secondly, the price of incoordination and intransigence does not exceed the tolerance of the victim. To ascertain the scope of tolerance, the paternalism which restricts the right to self-determination should be considered. The distinction between the two crimes should be made on the basis of whether the action is sufficient to deprive the free disposition of rational general people. Moreover, whether the specific victim actually loses the free disposition is the basis to determine the completion of the crime. The standard of violence, the delivered or acquired external image and the "two sites" focusing on the characteristics of space and time are summaries and induction of the disposal freedom at the empirical level and are also objective materials that prove whether the freedom of disposition exists. Arguments on the concurrence of the two crimes according to the severity of violence have ignored the structure of the essential elements, which are doubtful in methodology.

(责任编辑:白岫云)