

刘宪权 主编

X I N F A X U E Y A N J I U

刑法学研究

第5卷

刘宪权 主编

X I N F A X U E Y A N J I U

刑法学研究

第5卷

图书在版编目(CIP)数据

刑法学研究. 第5卷/刘宪权主编. —上海: 上海人民出版社, 2009

ISBN 978-7-208-08231-1

I. 刑... II. 刘... III. 刑法—研究—丛刊
IV. D914.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第178052号

责任编辑 张 晗

封面装帧 甘晓培

刑 法 学 研 究

(第5卷)

刘宪权 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 16.25 插页 2 字数 285,000

2009年1月第1版 2009年1月第1次印刷

ISBN 978-7-208-08231-1/D·1477

定价 30.00 元

前言

转眼间,我们开始了《刑法学研究》第五卷的组稿,阅读诸多精品,徜徉于刑法学殿堂中,虽苦亦乐也!得益于广大读者的支持,我们一定再接再厉,争取办出更有特色、更有质量的出版物。

许霆案是今年上半年引起社会各界广泛关注的个案,在案件处理过程中出现的种种现象值得法学理论界和司法实务界予以深入反思和探讨。为此,我们组织了华东政法大学在读刑法学博士研究生分别从媒体与司法的关系、权利人同意、期待可能性、本案的定性与量刑以及刑法第63条第2款的适用等角度展开了较为深入的探讨。这组笔谈虽篇幅短小,但立意独特,观点鲜明,论述充分,希冀在社会各界数不胜数的评论中能引起读者诸君的关注。

本卷“学者专稿”一栏刊登的是清华大学周光权教授的《关于正犯的三个主要问题》。论文就正犯与共犯的区分标准、间接正犯以及共同正犯这三个问题展开了详细探讨,文章涉及理论研究和司法实践中经常遇到的亲手犯、身份犯、同时犯、片面正犯、相续的共同正犯、共谋共同正犯等问题,研读本文相信对正确认识共同犯罪具有一定的指导意义。

本卷“理论前沿”部分收录了《论“原因中自由的行为”的成立条件》和《论不作为的故意杀人罪》两篇文章。前一篇文章认为“原因中自由的行为”既可以是故意犯罪,也可以是过失犯罪,同时将“原因中自由的行为”分为原因行为和结果行为,分别论述了故意“原因中自由的行为”和过失“原因中自由的行为”中原因行为和结果行为的主观构成要件,相信本文有助于对“原因中自由的行为”的认识和理解。后一篇文章就不纯正不作为的故意杀人罪展开了较为详细的探讨。文章超越我国刑法理论界对不作为犯义务来源的通说,在借鉴大陆法系国家保证人说和等价值理论的基础上,提出了在认定不作为故意杀人罪时应当考虑的十大因素,并认为这些需要考察的因素会随社会的发展而不断变化,在此基础上就完善我国不纯正不作为犯的立法进行了讨论。

本卷“实务探索”刊登了《结合犯之司法疑难问题研究》。文章就结合犯的既遂、未遂标准,结合犯的承继共同正犯,结合犯的帮助犯以及结合犯的竞合等

司法实践中的常见问题展开探讨并得出了结论。文章观点新颖,资料翔实,论证充分,在对我国刑法是否规定有结合犯尚存在争议的前提下,就此展开如此详尽探讨实属不易。

本卷“热点透视”刊登了两篇关于死刑的论文。李洁教授的《死刑限制:中国必需的观念转变与制度调整论纲》从观念转变和制度调整角度论述了在我国限制死刑的前提条件。文章认为,死刑在中国应予废止,但立即废止死刑又不具备相应的条件,为此,必须改变传统的死刑观念,树立生命权高于一切的观念。同时,在制度方面应当予以调整,如废除非故意剥夺他人生命为内容的犯罪的死刑;使死缓真正成为死刑的执行方式而不是非死刑;保持特殊情况下无期徒刑的无期性;保持特殊情况下长期徒刑的长期化。同时,应当将现有的死刑复核程序修改为死刑案件的三审,将死刑案件的程序规定为三审终审。李翔副教授的《国际人权公约视野下中国死刑制度发展趋势》一文则从国际公约、国际刑法更为宽广的视角考察我国关于死刑的规定,并提出了今后死刑改革的方向。文章认为,我国关于死刑的规定与相关公约的规定之间虽存在很多契合之处,但仍存在诸多不足,在今后死刑改革过程中,应当适当参照相关公约的规定,以完善我国关于死刑问题的立法,体现我国刑事政策。两篇文章论述角度虽各有不同,但关注生命,渴望改变我国死刑现状的拳拳之心如出一辙,体现了刑法学者深厚的人文关怀。

本卷“域外采撷”选登了《对“亲属相盗”法律规定的比较研究》。本文就“亲属相盗”这一盗窃罪中的小问题做了大文章,在详细、全面考察诸多国家、地区相关法律规定的前提下,明确了我国借鉴其规定的必要性和可行性,在此基础上,结合我国现有规定提出了切合实际的条文设计草案,相信其论证思路和结论对司法界处理类似案件具有一定的指导意义。

本卷“博士论坛”选录了今年毕业的三位华东政法大学刑法学博士的学位论文的精华部分。王玉珏博士的《浅析财产犯罪中“占有”的含义》一文就刑法中财产犯罪中的基础概念“占有”展开了详细论证和探讨。文章在分析民法中“占有”概念和制度的基础上,就刑法中“占有”的概念展开了充分论述,并分析了民法和刑法中“占有”概念的异同。文章认为,刑法上的占有与民法上的占有既有联系又有区别,在处理刑法个案时,应当把握刑法中占有的认定要素。就事实上的支配而言,它不仅是单纯物理的、有形的支配。占有的存在与否还应当根据物的性质、时间、地点和社会习惯等因素,按照社会上的一般观念进行判断,文章资料翔实,观点明确,对正确认定司法实践中的疑难案件具有一定的指导作用。吴允锋博士的《实质的解释论——我国刑法解释的基本立场》一文则

就刑法解释这一刑法中的重大课题展开了研究。文章在介绍大陆法系国家形式解释论和实质解释论的基础上,结合我国犯罪构成理论的特色,从我国犯罪构成理论的特点、我国刑法规范的基本原理以及实质解释与罪刑法定原则的关系角度全面论述了在我国应当坚持实质的刑法解释论。蒋涛博士的《罪刑法定下我国刑法司法解释的完善》一文就我国刑事司法解释的完善展开了探讨。文章以罪刑法定原则为基础,认为我国现有的刑法司法解释体制与罪刑法定原则的法定性、明确性、法不溯及既往要求之间存在着诸多冲突,由此产生了违背罪刑法定原则的司法实践。为解决这一问题,应当改革现有的司法解释体制,在介绍理论界各种观点的基础上,文章主张应当确立以判例制度为表现形式的法官解释体制。三篇论文的选题均侧重于刑法基本理论研究,也从一个侧面体现了华东政法大学刑法学科较为深厚的理论底蕴。

本卷的“书评书讯”刊登的是对《金融犯罪刑法理论与实践》一书进行评析的文章——《理论与实践并重,真知与灼见齐飞》。《金融犯罪刑法理论与实践》是由我所承担的2005年度国家社会科学基金项目“金融犯罪研究”的最终研究成果。文章就《金融犯罪刑法理论与实践》一书进行了客观评述,认为它对我国的刑法理论研究和司法实务均具有重要意义。书评的另一大特色在于全面归纳了《金融犯罪刑法理论与实践》的主要问题,实可作为《金融犯罪刑法理论与实践》的阅读指南。

值此本卷出版之际,刑法学科由上海市教委重点学科晋升为上海市重点学科。《刑法学研究》的出版得到了他们的大力资助,在此一并表示感谢。

刘宪权

目录

CONTENTS

专题笔谈

- | | | |
|-----|--------------------------------------|-----|
| 003 | 对许霆案件我的几点看法 | 刘宪权 |
| 009 | 不当得利与侵犯财产类犯罪界限之分析 | 朱铁军 |
| 015 | 许霆案与期待可能性理论 | 杨国章 |
| 022 | 权利人同意行为的刑法研究——兼驳“许霆无罪论” | 陈 玲 |
| 029 | 浅析舆论监督与审判独立的关系——从许霆案看媒体监督权利的
定位 | 王晓晶 |
| 034 | 重读许霆案——是否存在“传媒审判” | 李长坤 |
| 040 | “媒体审判”何时休——对许霆案中媒体与司法关系的探寻 | 吴 波 |
| 047 | 许霆案中对利用 ATM 机恶意取款行为定性的另类选择 | 赵 宁 |
| 054 | 理性量刑评许霆案的量刑——以罪刑法定原则与罪责刑相适应
原则为视角 | 许青松 |
| 059 | 从许霆案谈适用刑法第 63 条第 2 款的若干问题 | 张少林 |
| 066 | 由许霆案重审判决看刑法第 63 条第 2 款规定的适用及
司法完善 | 刘 源 |

学者专稿

- | | | |
|-----|-------------|-----|
| 075 | 关于正犯的三个主要问题 | 周光权 |
|-----|-------------|-----|

理论前沿

- 095 论“原因中自由的行为”的成立条件 何庆仁
105 论不作为的故意杀人罪——以作为义务为视角 徐光华

实务探索

- 127 结合犯之司法疑难问题研究 陆诗忠

热点透视

- 153 死刑限制:中国必需的观念转变与制度调整论纲 李 洁
164 国际人权公约视野下中国死刑制度发展趋势 李 翔

域外采撷

- 179 对“亲属相盗”法律规定的比较研究 张利兆

博士论坛

- 197 浅析财产犯罪中“占有”的含义 王玉珏
213 实质的解释论——我国刑法解释的基本立场 吴允锋
229 罪刑法定下我国刑法司法解释的完善 蒋 涛

书评书讯

- 247 理论与实践并重,真知与灼见齐飞——评《金融犯罪
刑法理论与实践》 陈 健 曹艳梅

专题笔谈

编者按 广州许霆盗窃金融机构案^①是2008年上半年被社会各界最为关注的个案,虽然经过重审,本案已尘埃落定,但透视在案件审理过程中的种种现象,可以从不同角度予以解读,并得出不同结论。华东政法大学刑法学研究中心每年组织的“博士论坛”专门对此开展了讨论。在博士生导师刘宪权教授的带领下,刑法学博士生坚持关注社会热点的传统,根据自己的兴趣和学术专长,从不同角度对许霆案进行了深入解读,其中的观点可能会有所不同,也很难讲尽善尽美,但大多言之成理。我们认为,学术研究并非一定要结论一致,只要在不违背基本原理的基础上“言之有物”并能“自圆其说”即可。因此,编者乐意推荐这一组论坛中的发言稿,期望诸位在阅读中能体味本案带给我们的全方位思考。

关键词 许霆 盗窃 金融机构 传媒 司法 刑法第63条第2款

^① 本案基本案情为:2006年4月21日至22日,广州市天河区西平云路上的一台银行自动取款机(ATM)由于进行系统升级,一度出现故障。许霆发现在该ATM机中取款1000元后,银行卡里才扣掉1元。许霆在明知银行卡中只有176.97元的情况下,先后分170次从该ATM机提取现金17.5万元(与其共同取款的郭安山之后自首,已被判刑)。24日,许霆携款潜逃并将该笔钱款挥霍殆尽。2007年5月,许霆在陕西宝鸡火车站被公安机关抓获。2007年11月20日,广州中院认定许霆构成盗窃罪(盗窃金融机构)且数额巨大,判处有期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收全部个人财产。此后该案引起了媒体和社会的广泛关注。许霆上诉后,广东省高院于2008年1月9日裁定撤销原判,发回重审。2008年3月31日,广州中院以盗窃罪判处许霆有期徒刑5年,罚金2万元。并明确判决依法报请最高人民法院核准后生效。许霆不服,提起上诉,广东高院于5月22日裁定驳回上诉,维持原判。

对许霆案件我的 几点看法

刘宪权*

许霆的行为是否构成犯罪,我的看法及结论始终如一,即他的行为肯定构成犯罪。本案之所以出现如此多的争论,主要原因在于对下面几个问题没有达成共识:

其一,当一个人的行为既具有民事侵权性质,又具有刑事犯罪性质,应以何定性?

最近法学界发表的很多观点以及媒体表达的观点实际上都有倾向性,无罪的观点要么不登,要登就登在很重要的位置。有媒体采访我,我认为有罪,他们就不大愿意和我谈下去,因为观点和他们的不一样。所以,从舆论的角度看,好像是无罪论占上风,但事实上并不如此。

在法学界,主张有罪的绝对占上风,包括我在内。现在有些学者主张,刑法是最后一道防线,只有在其他法律不能调整的情况下,刑法才能介入。由此,很多人在谈论许霆案时,说许霆的行为完全可以以民事侵权行为认定,即以民事法律加以调整,没有必要将其认定为犯罪,追究他的刑事责任。

我认为,这种观点看似有理,但实际上偷换了一个概念,即将刑事立法层面与刑事司法层面混淆了,也即这种观点显然是将立法上规定的内容与司法调整的范围等同了。从刑事立法上分析,刑法确实是最后一道屏障,刑法的介入确实需要十分谨慎,只有在其他法律不能解决问题的前提下,刑法才能介入。但是,这仅仅是从刑事立法层面分析得出的结论,这种结论不能也不应该随意用于刑事司法层面。在刑事司法实践中,当一个人的行为既有民事侵权性质,又有犯罪性质,我们肯定要首先从刑法适用角度对这一行为进行评判。

事实上,刑法中侵犯财产的犯罪都可以用民事侵权行为来理解,也即用民事侵权理论完全可以把犯罪中的财产犯罪问题解释清楚。但是,我们看问题的角度,首先应该从刑法角度来分析。如果这种行为在刑法中已有规定,根据罪

* 荷兰艾柔莫斯大学法学博士,现任华东政法大学法律学院院长、教授、博士生导师、刑法学研究中心主任,兼任中国法学会刑法学研究会副会长。

刑法定原则,就应该对这种行为适用刑法规定定罪量刑。只有在这种行为不符合刑法的相关规定,不符合有关犯罪的犯罪构成,这时才可以考虑是否用民事侵权责任对其进行制裁。

我认为,刑法是调整社会关系的最后一道屏障,实际上是针对立法层面而非针对司法层面的。在立法上我们应当尽可能地限制刑法介入的范围,只要其他法律能够解决的问题,刑法就不要轻易介入。但是,这并不意味着在司法上对行为人的行为由于其他法律可以调整了,就可以随意放弃对其刑事责任的追究。

任何犯罪,特别是财产犯罪,都可以用民事侵权行为理论来解释,即使是杀人行为也不例外。但是,符合民事侵权要件的行为并不等于就一定不构成犯罪。这恰恰是现在很多学者主张用民事侵权解决许霆案件观点中的一个最大缺陷。

其二,许霆利用 ATM 机获取钱财的行为属于什么性质?

很多学者把许霆案与其他行为相类比:行为人到古董店买古董,看到一件古董是真品,但价格却是赝品的价格,而商店及营业员都以为它是赝品。在他们鉴别失误的情况下,行为人用赝品的价格买下了一个真品古董。行为人是否要被追究刑事责任?对这个例子,相信大家都可以得出结论,对行为人的行为肯定不能用刑法来调整,因为他不符合刑法中的任何一种规定。也许有人说,这种情况既然应按照民事加以调整,那么许霆取款的行为也是一种交易,是与金融机构作的一种交易。同样是交易,都是对方有错误,这个错误是 ATM 机产生的,在这种情况下,利用对方的错误进行交易,性质是一样的,买古董的人不构成犯罪,许霆同样也不构成犯罪。

我认为这种观点偷换了一个概念,因为两者之间没有可以类比的地方。古董商店跟行为人进行的交易,有两点是和许霆案截然不同的。首先,古董是个财物,可以估价,营业员是怎么估价的,无非是对这个财物估价的高低问题。但是许霆去取款,他去拿 1 000 元,不存在对 1 000 元到底值多少钱的估价问题,也就不存在认识错误问题。所以,我们说 ATM 机的错误是操作错误,而不是对价值的理解错误。第二个区别是许霆去取款,他和金融机构之间并没有交易,这只不过是金融机构处理的一笔金融业务。许霆拿信用卡去取钱,信用卡本身并不是财物,它是记载财物的一种载体。许霆到 ATM 机去取款,它无非是从记载财物的载体中去兑现财物,金融机构无非是在兑现中处理了一笔金融业务,其中并没有发生交易问题。

现在,很多学者把两者予以类比,错误就产生在这里。听上去很有说服力,

但事实上是不能类比的。

其三，能否用期待可能性的理论赦免许霆的刑事责任？

现在比较多的讨论是，用期待可能性的理论来解释许霆是否构成犯罪，就是所谓“挡不住的诱惑”。许多人认为，考虑到人性的弱点，不少人在面对许霆遇到的情况时可能都难抵诱惑，所以期待许霆不实施此种行为的可能性降低。由此得出，这与有预谋的盗窃行为相比，行为人的危险人身危险性要低，可适当减轻处罚。

有两点我想澄清。首先，对期待可能性理论的理解，一些学者想偏了。什么叫期待可能性？这实际上是德国法院的一个判例，即所谓的“癖马案”。有匹马喜欢用尾巴缠住缰绳，然后朝下压。马夫告诉主人，说这匹马有恶癖，不能继续用于做生意，但主人说没问题，如果马夫要坚持换，那么马夫只能下岗。马夫硬着头皮用这匹马运输。后来，这匹马恶癖发作，疯狂地跑，把一个行人的腿给轧断了。司法机关控告马夫过失伤害，法院认为不构成过失伤害。法律不能期待行为人宁可失去工作而和自己的主人对着干，最后法院判决无罪。司法机关又抗诉，最终德国法院作出判决，维持原判。

从案例中，可以得出结论，即法律只能要求行为人做可能做到的事情，不能期待行为人做不可能做到的事情。它的一个实际含义是很明确的，即法律不能期待行为人在没有条件可以选择合法行为的情况下，不实施某些过错行为。那么，许霆案是否可以用期待可能性理论来解释呢？

显然，许霆案和这个结论是相违背的。因为许霆在第一次拿了1000元扣掉1元之后，已经知道机器有故障。在这种情况下，他和自己的老乡又反复拿了171次。这是很不容易的，确实很有“毅力”。取款171次，在每次取款行为中，他是否没有一种可以选择合法行为的可能呢？显然，他不存在这个问题，所以不能用期待可能性理论来解释。

其次，关于诱惑的问题，很多学者说，如果他碰到这种情况，可能也挡不住这种诱惑。那么我想，你第一次拿，可能挡不住，但在知道机器已经出了问题之后，再反复拿，不存在挡不住诱惑的问题。即便存在这种诱惑，我们都挡不住的话，反过来说明自己的道德水准已经降到了什么程度？第一次可能挡不住，后面应该是能挡得住的。后面的取款是一种恶意行为，你怎么可能挡不住呢？

由此可见，我认为，我们现在应该是要以期待可能性理论中的完整内容对有些人的观点进行拨乱反正，而不要简单地用期待可能性理论中的某一点内容来随意解释许霆案。

其四，取款留痕迹是否属于秘密窃取？

许霆的行为能否构成侵占罪？我认为肯定不构成。那么他应该构成什么罪？盗窃罪！秘密窃取是盗窃罪最本质的特征。行为人在自认为他人不知道的情况下窃取财物。我们强调的是“行为人自认为”，你的手伸到我的口袋里，并不因我看见了，你就不是秘密窃取。

有人认为，利用别人的错误就不能构成犯罪，这种观点是错误的，所有诈骗问题都是利用被害人的错误。我们并不提倡只要被害人有错就不能构成犯罪。在盗窃罪里，完全有可能是利用别人的错误来实施犯罪，比如你家门没关，别人闯进来了，你不能说因为没关门就可以进来盗窃。

我们现在讨论的最大问题是许霆是否符合秘密窃取的特征？有人认为他知道 ATM 机上有探头，同时也知道取款过程中都留下了痕迹，因此这种行为不符合秘密窃取的特征。我认为这根本不能作为否定秘密窃取特征的理由。

有两点要搞清楚。首先，认为自己留下痕迹就不按照秘密窃取来对待，这本身就是一种误解。我到你家里，知道会留脚印，但我还是拿了，你能说我没实施盗窃？肯定不行。有些人甚至在你桌子上写上自己的大名“这是我偷的，你抓不住我的”。你能因此就认为不是秘密窃取？显然也不对。

其次是探头问题。有人提出探头就像人的眼睛一样，我已经知道你的眼睛看着我，我还拿，这就不属于秘密窃取。这又混淆了一个基本概念。探头和人的眼睛是不一样的，人可以根据眼睛看到的及时作出反应，而探头从见到作出反应有一个时间差。这点差异人人都知道，许霆也不例外。所以他以为这个时候获取了钱财别人是不会抓他的，这就符合了秘密窃取的盗窃罪特征。

也有学者提出，许霆确实是在明知 ATM 机出了故障的情况下获取钱款的，如果把 ATM 机比作“人”来看，许霆若在金融机构的柜台上取钱，因工作人员的误解而多给了许霆钱，许霆肯定不构成犯罪，所以将许霆在 ATM 机上取款的行为认定为犯罪是不妥当的。

我认为，这里首先要明确的是，出故障的 ATM 机绝对不能等同于有误解的金融机构工作人员。事实上我们完全可以将出故障的 ATM 机比作不能辨认或者不能控制的精神病人，在社会生活中，如果行为人在明知对方是精神病人的情况下获取其钱财，当然可以按照盗窃罪加以认定。那么，许霆在明知 ATM 机出故障的情况下，仍然恶意取款，将其行为性质认定为盗窃当然并无不妥之处。

另外，也有学者认为，在金融业务中，出故障的 ATM 机在处理金融业务中多扣了顾客的钱是不可能承担刑事责任的，为什么顾客多拿了钱却要承担刑事责任呢？从平等角度看，许霆不应该构成犯罪。

依我的看法，这个观点同样也很难成立。如果以我上述观点分析，我们不

难看出,既然出了故障的ATM机可以比作精神病人,那么,精神病人拿了他人的钱财当然不可能承担刑事责任,而他人非法地获取精神病人的钱财该追究刑事责任的就应该追究。可见,从刑法角度分析,有刑事责任能力的人是不可能与无刑事责任能力的人讲平等的,上述观点的缺陷在于将两种不同的人混淆了。就此而言,我们完全可以这样认为,在ATM机出故障的情况下,金融机构不构成犯罪并不等于许霆不构成犯罪。

其五,别国的案例是否具有借鉴性?

就许霆案,现在很多学者都介绍了国外的一些基本情况。比如,有些人谈到英国的一个案例。英国某地一台ATM机,有一天突然向外吐款,许多市民去抢,结果英国银行说由于ATM机出毛病,吐出来的钱你们拿走就拿走吧,银行不要了。有学者说英国人都有这种态度,这么高的姿态,我们为什么不能有?

我认为这是不可比的。首先,自动吐款和采用恶意行为主动取款是不一样的,这种取款是在获知ATM机有故障的情况下,积极、恶意地实施取款,两者没有可比性。

另外,我要反问一下,为什么英国有这种姿态,我们就一定要有这种姿态?这种比较是没必要的。

就案例而言,国外其实有很多支持许霆构成犯罪的案例。比如,美国一家银行处理业务时,把一笔500万美元打到了一个人的账户里,这个人恶意使用了200万元。他知道这个款不是自己的,但是银行打到了他的账户里,他就使用了。这个案件现在已进入法院审理过程中了。我们为什么不用这个案件说明许霆行为构成犯罪呢?有些人就是喜欢找一些证明自己观点是对的而且都是无罪的案件,我认为是不妥当的。

把许霆的行为认定为犯罪,按照我的理解是符合立法精神的。现在财产罪中有一条侵占罪。侵占罪有三个对象:埋藏物、遗忘物和保管物。埋藏物、遗忘物和许霆案无关,按照许霆的说法是为银行保管财物,这个听起来有点荒谬。你委托我保管财物,我后来拒不归还、拒不交出,都可能构成犯罪。在许霆案中,没人委托许霆保管,他主动采取积极的恶意取款行为,你还认为这种行为不构成犯罪?因为恶性程度不一样,法律把恶性程度很小的、有可能构成犯罪的行为都规定在条文里面,而许霆这种恶性程度明显的行为,如不构成犯罪,从立法上是说不过去的。

最近很多人提出疑罪从无,许多专家都围绕这个东西谈了许多观点。关于这个问题,实际上也是对疑罪从无这个观点本身的一种曲解。疑罪从无更多地是从程序、证据以及从事实本身来看,而不是从法律本身。如果从法律上谈疑

罪从无的话,任何案件只要一讨论,只要专家意见不一致,就可以疑罪从无。如果这样,专家就太厉害了。案件搞不下了,专家发表一个不同观点,疑罪从无;检察机关也可以打烊关门了,什么案件讨论一下就解决了!我认为,这不是疑罪从无,而是讨论从无。

另外,关于行为人认识错误的问题。许多专家都在对许霆案的性质问题展开大讨论,认为一个打工的人怎么可能在取款的时候认识到自己的行为是违法的,这种观点很有蛊惑性。我认为也是错误的。如果许霆在取款的时候不知道自己行为是违法的,我认为照样可以构成犯罪。更何况只要是智力正常的人都可能想到自己的行为是违法的。而且,即使行为人认为不违法,但法律上的认识错误并不影响法律的适用。法律颁布以后,就视为行为人知道,在这种情况下,这种认识错误不影响具体的定性。

不当得利与侵犯财产类犯罪界限之分析

朱铁军*

许霆案作为今年备受关注的个案,可以从不同角度予以探讨。笔者思考的问题是:在讨论过程中,有观点认为许霆的行为仅构成民法上的不当得利,有观点则认为构成侵犯财产类犯罪,对同一行为,为何会产生两种截然不同的判断?两者的界限如何确定,在司法实践中又该如何把握两者的界限?

一、不当得利与侵犯财产类犯罪界限模糊的缘由

从性质上看,不当得利与侵犯财产类犯罪是两个不同的概念,分属民法与刑法的范畴。不当得利,是指没有法律或者合同上的根据,取得不当利益,而使他人遭受损失。其属于法定之债的根据,形成的是一种债权债务关系。侵犯财产类犯罪作为类罪的一种,主要包括盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等具体犯罪。从表象上看,一个为非罪范畴,另一个则属于犯罪范畴,两者之间的界限应该是很清晰的,不应存在模糊难以判断之处。但在实践中并非如此,常常会出现将民事上的不当得利定性为刑事犯罪,或将涉嫌犯罪的按不当得利处理的情况。究其缘由,主要为:

第一,从制度层面而言,在于不当得利与侵犯财产类犯罪存在交叉、交织。

根据我国刑法理论通说,犯罪的本质特征是行为的严重社会危害性。就严重社会危害性中“严重”的立法表现,在我国,既有刑法总则第13条中“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的但书规定,又有分则具体犯罪规定中,存在诸如情节严重、情节恶劣、数额较大、后果严重等定罪情节。在这种立法模式下,犯罪与一般违法行为(民事不法、行政不法)之间,不是处于分立状态,而是存有交叉、交织之处。不当得利与侵犯财产类犯罪同样如此。

以不当得利与侵占罪为例,在行为类型交叉方面,如将代为保管的财物或拾得他人的遗忘物、埋藏物后非法占为己有,在未达到“数额较大”标准的情况

* 上海市高级人民法院法官,华东政法大学刑法学博士研究生。