

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【刑法适用】

财产罪非法占有目的比较研究

黑社会性质组织及其成员的司法认定与证明

【诉讼实务】

刑事二审发回重审问题探讨

【公诉理论征文】

公诉人法庭示证与质证实务研究

【证据运用】

办理重大刑事案件证据运用问题探讨

【法律释义】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

总第41集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2010 年第 1 集(总第 41 集)

主 编：彭 东

副主编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2010 年. 第 1 集: 总第 41 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2010. 3
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9365 - 6

I. ①刑… II. ①彭… III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 029625 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗 何海刚

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7 字数/170千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9365 - 6

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》
2010年第1集(总第41集)

顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卞建林	龙宗智	何家弘	张仲芳
张明楷	陈卫东	陈兴良	郎胜
赵秉志	梁根林	阎敏才	

编辑委员会

主编:彭东

副主编:王军 聂建华 黄河 史卫忠

编委:(以姓氏笔画为序)

卞大军	马相哲	卢宇蓉	李景晗
张凤艳	张希靖	张晓津	张寒玉
陈鸷成	侯亚辉	贺湘君	路飞

通讯编委:王新环	赵志辉	刘永志	周东曙
马迎春	吕景文	曾天	乔洪翔
季刚	蒋永良	沈雪中	张厚琪
施忠华	黄秀强	孙牯昌	鲍峰
孟国祥	刘光圣	王桂芝	张毅敏
罗绍华	曾广津	李建超	张树壮
李世清	杨滨	朱会生	李志虎
赵宏斌	高原	冯明杰	孙金梁
焦甸凉	蒋洪军		

执行编委:张凤艳

目 录

【刑法适用】

财产罪非法占有目的比较研究	张明楷(1)
黑社会性质组织及其成员的司法认定与证明	张寒玉 刘文惠(37)

【诉讼实务】

刑事二审发回重审问题探讨	刘明杰(65)
--------------------	-----------

【公诉理论征文】

公诉人法庭示证与质证实务研究	李爱君 马 虹 罗 琦(81)
----------------------	-------------------

【证据运用】

办理重大刑事案件证据运用问题探讨	贺恒扬(93)
------------------------	-----------

【法律释义】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡 管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解 与适用	陈国庆 韩耀元 吴峤滨(124)
《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律	

若干问题的解释》的理解与适用 刘为波(142)

【2009 年刑事法律及司法解释】

【编辑部启事】

【刑法适用】

财产罪非法占有目的比较研究^{*}

张明楷^{**}

目 次

- 一、目的犯简述
- 二、非法占有目的的存在理由
- 三、非法占有目的的基本含义
 - (一) 国外学说与判例的评析
 - (二) 排除意思与利用意思的必要性
- 四、非法占有目的的具体内容
 - (一) 排除意思
 - (二) 利用意思
- 五、非法占有目的的其他问题
 - (一) 占有的对象
 - (二) 占有的主体
 - (三) 非法的含义

^{*} 本文系笔者根据自己的论文修改而成,谨供司法工作人员参考。

^{**} 清华大学法学院教授、博士生导师,最高人民检察院公诉厅副厅长(挂职)。

财产罪分为取得罪(如盗窃罪、诈骗罪等)与毁弃罪;在刑法没有明文规定盗窃、诈骗等取得罪以非法占有目的为主观要素的国家,刑法理论对于非法占有目的是否是财产罪的主观要素的问题,一直争论不休;在肯定了非法占有目的是财产罪的主观要素的前提下,如何理解非法占有目的的内容,也是各执己见。我国的情形正是如此。本文主要以盗窃罪、诈骗罪为例展开讨论。

一、目的犯简述

大陆法系国家刑法理论起先认为,违法是客观的、责任是主观的;但是,后来德国刑法学者 A. Hegler 提出,以特定目的作为主观构成要件要素的目的犯(Absichtsdelikte)中的目的,虽然只要存在于行为人的内心即可,但它不是责任要素,而是构成要件要素与主观的违法要素。Mezger 进一步认为,除了目的犯以外,倾向犯中的行为人的内心倾向、表现犯中的行为人的心理过程或状态,都是构成要件要素,也是主观的构成要件要素。^① 现在,德国刑法理论认为,主观的构成要件要素还包括“不纯正的心情要素”(unechte Gesinnungsmerkmale,如“残忍地”、“恶意地”)。^② 我国刑法理论也一直将目的犯的目的视为犯罪构成主观要件的内容。

构成要件的客观要素规制故意的内容,换言之,故意的内容与构成要件客观要素的内容是一致的;在既遂犯的场合,故意的内容完全客观化,故意与客观事实完全统一。但是,目的犯中的目的则不要求存在与之相对应的客观事实,只要存在于行为人的内心即可。例如,德国、日本刑法规定的伪造货币罪都要求行为人主观上“以行使为目的”,但并不要求行为人客观上已经行使了所伪造的

① [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),有斐阁1997年版,第130~131页。

② Vgl., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 261; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., dtuncker & Humblot 1996, S. 320.

货币,因此,“以行使为目的”就是超过构成要件客观要素范围的主观要素,被称为主观的超过要素。

目的犯中的目的,不是指直接故意的意志因素,而是故意的认识因素与意志因素之外的,对某种结果、利益、状态、行为等的内在意向。它是比直接故意的意志因素更为复杂、深远的心理态度,其内容也不一定是观念上的危害结果。

刑法理论一般将目的犯分为两种:一是断绝的结果犯(*kupierte Erfolgsdelikte*),或称直接目的犯,只要行为人实施符合构成要件的行为就可以(但非必然)实现其目的。如集资诈骗罪,只要行为人以貌似集资的方式诈骗社会公众,就可以实现非法占有集资款的目的。二是短缩的二行为犯(*verkuemmert zweiaktige Delikte*),或称间接目的犯,行为人实施符合构成要件的行为后,还需要行为人或第三者实施其他行为才能实现其目的。如走私淫秽物品罪,实施了走私淫秽物品的行为,并不能直接实现牟利与传播目的,只有在走私行为完成之后实施其他相关行为,才能实现牟利与传播目的。^① 如果认为盗窃罪、诈骗罪等财产罪属于目的犯(以非法占有为目的),那么,它们显然是断绝的结果犯或直接目的犯,即只要行为人实施窃取、骗取财物的行为,就可能实现其非法占有目的。

“在直接目的犯中,要求行为人将目的的内容作为确定的东西加以认识。”^②即行为人主观上必须确定自己将要实现的目的内容。例如,如果认为非法占有目的是盗窃罪、诈骗罪的主观要素,那么,行为人在窃取、骗取他人财物时,必须确定自己要实现非法

^① C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck 1997. S. 263; H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996. S. 319.

^② [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),有斐阁1997年版,第131页。

占有他人财物的目的。倘若行为人仅知道或许有人会实现非法占有目的,则不能认定其具有非法占有目的。

目的犯中的目的,不必是行为人实施犯罪行为时的唯一目的。一举两得、一箭双雕的现象普遍存在。行为人在实施犯罪行为时,也可能同时具有多个目的。如果认为盗窃、诈骗等取得罪以非法占有为目的,那么,也不要求行为人将非法占有他人财物的目的作为唯一目的,只要行为人的多种目的中包含了非法占有他人财物的目的即可。所以,行为人为了骗取就业岗位、职位而同时骗取财物的,具有非法占有目的,成立诈骗罪。^①

目的与违法性的关系,即目的是否影响客观的法益侵害的有无与程度,在国外刑法理论上存在争议。第一种观点认为,目的犯中的目的是主观的违法要素,如果行为人不具有特定目的,就没有侵害和威胁法益,不具有违法性。^②第二种观点认为,主观的要素都属于责任要素,即使目的犯中的目的,对法益侵害性没有任何影响。^③第三种观点认为,法益侵害的有无与行为人的意思没有关系,故原则上不应承认主观的违法要素,但当作为构成要件要素的结果是法益侵害的危险时,应例外地承认行为人的主观意思影响法益侵害的有无与程度,故可以作为违法要素。如果目的犯的目的构成法益侵害的危险的基础,便是主观的违法要素;如若不构成法益侵害的危险的基础,就不是主观的违法要素。^④

① 在德国,行为人因为生活贫困没有生活费用而伪装犯罪被拘留,由拘留所为其提供食物的,被法院认定为诈骗罪(参见[日]平野龙一:《犯罪论の诸问题(下)各论》,有斐阁1982年版,第333页)。在这种情况下,非法骗取食物也并非行为人的唯一目的。

② H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996. S. 317.

③ [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社1998年版,第63页。

④ [日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2003年版,第88页以下。

我国刑法理论采取了主观的违法性说,即只有同时符合主观要件的行为,才具有违法性。果真如此,目的当然影响违法性。但是,在主观的违法性论的语境下,既可能认为目的影响客观的法益侵害性,也可能认为目的影响主观的非难可能性。可事实上,并非任何目的都影响客观的法益侵害性。例如,故意毁坏财物罪的法益侵害性并不轻于盗窃罪、诈骗罪;后者的处罚之所以重于前者,是因为后者的罪过性(非难可能性)重于前者,即后者具有更值得谴责的主观要素(非法占有目的)。

可以肯定的是,目的犯的目的具有两个机能:一是区分罪与非罪的机能(如果认为目的是违法性要素,则是通过违法性的有无与程度区分罪与非罪;如果认为目的是罪过性要素,则是通过罪过性的有无与程度区分罪与非罪);二是区分此罪与彼罪的机能(区分机能同上)。因此,如果某种目的不具有上述任何一个方面的机能,就不能将其视为主观构成要件要素。

二、非法占有目的的存在理由

关于盗窃罪、诈骗罪的目的,存在两种不同立法例。一种立法例明确规定盗窃、诈骗罪必须具有非法占有目的。例如,德国刑法第242条规定,盗窃罪必须具有“以使自己或者第三者违法地占有的意图”,第263条明文规定,诈骗罪必须“意图使自己或第三者获得不法财产利益”;瑞士刑法第139条第1款规定,盗窃罪必须“意图使自己或他人非法获利”,第146条规定,诈骗罪必须“以使自己或他人非法获利为目的”。德国、瑞士刑法对其他取得型财产罪也规定了非法占有目的。据此,非法占有目的是财产罪的主观的超过要素。另一种立法例则没有明文规定财产罪必须出于某种特定目的,如日本刑法。这种立法例也不意味着非法占有目的的绝对不是财产罪的主观要素,但由于缺乏明确规定,必然引起解释论上的争论。我国刑法分则第五章没有对财产罪规定非法占有目的,介绍日本刑法理论的争论以及审判实践的做法,对于我国的

学术研究与审判实践具有借鉴意义。

第一种观点是非法占有目的必要说,认为成立盗窃、诈骗等取得罪要求行为人在故意之外另具有非法占有目的。^①

一方面,盗窃、诈骗等罪属于取得罪,其主观要件除了盗窃、诈骗故意外,还要求有非法占有的意思。毁弃罪是单纯导致对财物不能利用的犯罪,取得罪则是获取财物的利用可能性的犯罪,所以,后者的实行行为必须出于利用财物的目的。这个意义上的非法占有目的,具有区分取得罪与毁弃罪的机能,而且能够说明二者的法定刑差异。另一方面,行为对法益的侵害达到了值得科处刑罚的程度时,才能成立犯罪。而暂时使用他人财物的行为(如盗用行为、骗用行为)对法益的侵害还没有达到值得科处刑罚的程度,所以,非法占有目的具有限制处罚范围的机能(区分取得罪与非罪行为的机能)。正因为如此,非法占有目的成为取得罪的主观要素。^②此外,既然财产罪的本质终究是侵犯所有权与其他本权,就要求以侵犯所有权的样态实施行为,因此,单纯侵害占有的意思还不够,还必须具有作为所有权者(本权者)进行处分的意思。换言之,缺乏这种占有意思的行为(盗用行为、骗用行为),并不成立盗窃、诈骗等取得罪。^③

第二种观点是非法占有目的不要说,认为只要行为人具有盗窃、诈骗等罪的故意即可,不必另具有非法占有目的。

大塚仁教授指出,要求盗窃罪具有非法占有目的,是想以行为人是否具有该目的为标准来区分盗窃罪与毁坏财物罪、不可罚的盗用行为的界限。但是,无论在哪一方面,都不具有充分理由。首

① 非法占有目的的原文为“不法领得の意思”。——引者注

② [日]中森喜彦:“不法领得の意思”,载[日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座》(第5卷),法学书院1993年版,第87页。

③ [日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第120页。

先,关于盗窃罪与毁坏财物罪的区别。既然以非法占有目的实施盗窃行为的构成盗窃罪、以毁坏财物的意思实施毁坏行为的构成毁坏财物罪,那么,在行为人以毁坏的意思夺取了他人财物时,理当成立毁坏财物罪;但是,果真如此,对于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的行为,就难以处理。由于毁坏财物罪以开始实施具体的毁坏行为为着手,因此,既然行为人只是夺取了财物而没有实施毁坏行为,就不能作为犯罪处罚,这便不利于保护被害人的财产。此外,根据非法占有目的必要说,对于行为人当初以毁坏财物的意思夺取了他人财物,其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的,也难以处理。由于行为人不具有盗窃的意思,故不能认定为盗窃罪;由于缺乏委托信任关系,也不成立侵占罪。其次,关于盗窃罪与不可罚的盗用行为的区别。诚然,暂时擅自使用他人财物的行为,只要几乎没有夺取他人财物的物体与价值,就不具有可罚性。但是,这种行为之所以不构成盗窃罪,并非因为行为人缺乏非法占有目的,而是因为行为本身不能被认定为盗窃行为。例如,擅自借用他人桌上的小刀削铅笔,或者随意骑着他人停放在广场角落的自行车绕广场一周的行为,虽然都遵从财物的经济用途进行了利用,并且在行为时具有像所有人那样予以利用的意思,但仅此还不能认为行为人取得了财物的占有,不属于可罚的盗窃行为。所以,不依赖非法占有目的,也能区分盗窃罪与不可罚的盗用行为。大塚仁教授进一步指出,如果对盗窃罪、诈骗罪的法益采取本权说,那么就会要求非法占有目的;如果采取占有说,则不会要求非法占有目的;虽然盗窃罪的法益最终是所有权及其他本权,但是,相应合理的占有也是盗窃罪的保护法益,既然行为人认识到其行为侵害了他人对财物相应合理的占有而实施盗窃行为,原则上便成立盗窃罪,而不需要非法占有目的。^①

① [日]大塚仁:《刑法概说》(各论),有斐阁1996年版,第197页以下。

曾根威彦教授也采取非法占有目的不要说。他指出,非法占有目的必要说,以行为人不具有非法占有目的(排除意思)为由,为盗用行为的不可罚性奠定了基础。但是,以没有被客观事实证明的单纯的意思来决定犯罪的成立与否是存在问题的。盗窃行为的不可罚性,应根据不存在排除权利者或其危险的客观事实,从客观违法性的见地来提供依据。非法占有目的必要说,以是否具有非法占有目的(利用意思)来区分盗窃罪与毁坏财物罪,并认为有无非法占有目的能够说明盗窃罪与毁坏财物罪的法定刑差异(前者重、后者轻)。但是,仅仅根据没有被客观事实证明的内心动机、意思,决定法定刑的差异并不妥当;盗窃罪法定刑重的根据,是随着对象的占有的转移,利益也转移、行为人取得不正当利益这种客观事实。^①

针对非法占有目的不要说的观点,非法占有目的必要说进行了反驳。首先,如果不要求非法占有目的,仅从客观行为上区分盗窃罪与毁坏财物罪,那么,只有在客观上没有夺取财物的占有而直接毁坏财物时,才成立毁坏财物罪;夺取了财物后予以隐匿、毁弃的,都成立盗窃罪。这显然不合理。而且,在这一点上,非法占有目的不要说不能说明盗窃罪、诈骗罪与毁坏财物罪的法定刑差异。至于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的,当然成立毁坏财物罪;同样,行为人起初以毁坏财物的意思夺取了他人财物,其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的,理当成立侵占脱离占有物罪。其次,如果不要求非法占有目的,仅从行为本身区分盗窃罪与不可罚的盗用行为,是相当困难的。因为盗窃罪是状态犯,盗用行为的可罚性要根据夺取占有时的情况进行判断,即使是对事后的客观利用程度是否具有可罚的违法性的判断,也必须考虑行为人夺取占有时的利用意思。所以,有必要将非法占

① [日]曾根威彦:《刑法各论》,弘文堂2001年版,第121页以下。

有目的作为主观要件。最后,本权说与非法占有目的必要说、占有说与非法占有目的不要说并不具有必然联系。即使采取本权说,也可以认为只要侵害了占有就侵害了权利人对财物的使用、收益、处分等本权机能,因而不要求非法占有目的;反之,即使采取占有说,也可能对处罚范围做出特别限定,进而要求非法占有目的。^①

如后所述,日本的判例一贯坚持非法占有目的必要说的立场,只不过在不同时期对非法占有目的的内容要求不同。

我国刑法没有明文规定盗窃、诈骗等财产罪必须出于非法占有目的,但本文认为,成立盗窃、诈骗等财产罪以非法占有目的为要件。

第一,犯罪构成虽然具有法定性,但这绝不意味着任何构成要件要素都必须有刑法的明文规定。有的要素明显属于必须具备的要素,刑法可能省略规定;有的要素通过对部分要素的描述或相关条文的规定即可明确,无须刑法的规定。所以,构成要件要素分为成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素。基于同样的道理,目的犯可以分为明文的目的犯与不成文的目的犯。不成文的目的犯,是指刑法分则条文虽然没有明文将某种目的规定为主观构成要件要素(可谓有意的省略),但根据犯罪的特点、条文对客观要件的表述以及条文之间的关系,犯罪的成立以具有特定目的为前提的情形。例如,刑法第177条规定的伪造、变造金融票证罪,“虽然刑法并没有将本罪规定为目的犯,但将使用或者行使的目的作为本罪的主观要件要素,是比较合适的”。^②所以,不能以刑法没有明文规定非法占有目的为由,否认非法占有目的是盗窃、诈骗等财产罪的主观要件要素。

第二,在刑法没有明文规定目的要素的情况下,如何确定某种

① [日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂1999年版,第146页以下。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第617页。

目的是否是构成要件要素。在本文看来,根据构成要件要素的实质与机能,如果某种要素对于说明行为的法益侵害性与主观罪过性具有重要意义,需要通过该要素来区分罪与非罪、此罪与彼罪,那么该要素就应当成为构成要件要素。在确定不成文的目的犯时,必须牢记这一点。因为将不具有上述性质、机能的要素列入构成要件要素,要么导致犯罪的处罚范围不当,要么导致犯罪的相互界限不明。

应当肯定的是,非法占有目的具有区分罪与非罪的机能。非法占有目的不要说认为,盗用等一时使用他人财物的行为,是因为还不能被认定为取得了财物的占有,所以不属于可罚的盗窃行为,而非因为行为人没有非法占有目的才不成立盗窃罪。换言之,根据非法占有目的不要说,只有考虑了行为人夺得财物后对权利人利用财物的妨害程度,才能认定是否属于可罚的盗窃行为。“但是,由于盗窃罪以取得占有为既遂,故不可能在盗窃罪成立与否的问题上考虑既遂后对权利人利用财物的妨害程度。而且,只要妨害利用的行为没有达到可罚的程度盗窃罪就没有既遂的观点,导致既遂时期极不明确,所以不能采纳。”^①因此,唯有通过判断非法占有目的的有无,才能划清不可罚的盗用行为与盗窃罪的界限。

还应肯定的是,非法占有目的具有区分此罪与彼罪的机能。没有非法占有目的,就不可能区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的界限。例如,甲进入位于六楼(最高层)的被害人乙家,搬出彩色电视机后,从五楼与六楼之间的过道窗户将电视机扔至楼下毁坏。倘若甲是因为乙家的窗户小无法从窗户扔至楼下,特意搬至过道扔至楼下的,当然成立故意毁坏财物罪;如若甲因发现乙正在上楼,为避免乙发现自己盗窃行为而将电视机扔至楼下的,则应认定为盗窃罪。如果没有非法占有目的的要素,就难以区分该行

^① [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2003年版,第197页。

为是盗窃还是故意毁坏财物。再如,A将B杀害后,为了不使司法机关发现B的身份,而将B身上的所有财物、证件等取出后,抛弃在离杀人现场较远的场所,显然由于缺乏非法占有目的,只能认定为故意毁坏财物罪。如果不考虑非法占有目的,将上述行为认定为盗窃或侵占罪,就明显不妥当。

第三,将非法占有目的作为主观要件要素,并不意味着仅从主观方面区分盗窃、诈骗的罪与非罪以及故意毁坏财物罪的界限;相反,正是为了从主客观两个方面区分盗窃、诈骗的罪与非罪以及故意毁坏财物罪的界限。而且,非法占有目的不要说只是从客观方面区分盗窃、诈骗的罪与非罪以及故意毁坏财物罪的界限,这便难以达到区分目的。例如,根据非法占有目的不要说,行为人以毁坏的意思窃取、骗取他人财物后,并未毁坏财物,而是使用该财物的,成立盗窃罪、诈骗罪。但是,根据行为与责任同时存在的原理,既然行为人在实施取得财物的行为当时没有盗窃、诈骗的故意,就不能认定为盗窃罪、诈骗罪。因为盗窃罪、诈骗罪是状态犯,只能根据行为时的情况判断行为性质,而不能单纯根据行为后的状态判断行为性质;既然要根据行为时的情况判断行为性质,就需要判断行为时的意思。再如,根据非法占有目的不要说,只有在不转移占有的情况下,才可能成立故意毁坏财物罪,这也不当地缩小了故意毁坏财物罪的范围。

第四,规定金融诈骗罪、合同诈骗罪的法条与规定普通诈骗罪的法条是特别法条与普通法条的关系,换言之,金融诈骗、合同诈骗原本成立普通诈骗罪。^①但是,新刑法明文将“以非法占有为目的”规定为部分金融诈骗罪与合同诈骗罪的主观要件,这从一个角度说明了普通诈骗罪也需要“以非法占有为目的”;盗窃罪、抢

^① 事实上,许多国家的刑法(如日本、韩国)并没有规定金融诈骗罪与合同诈骗罪。