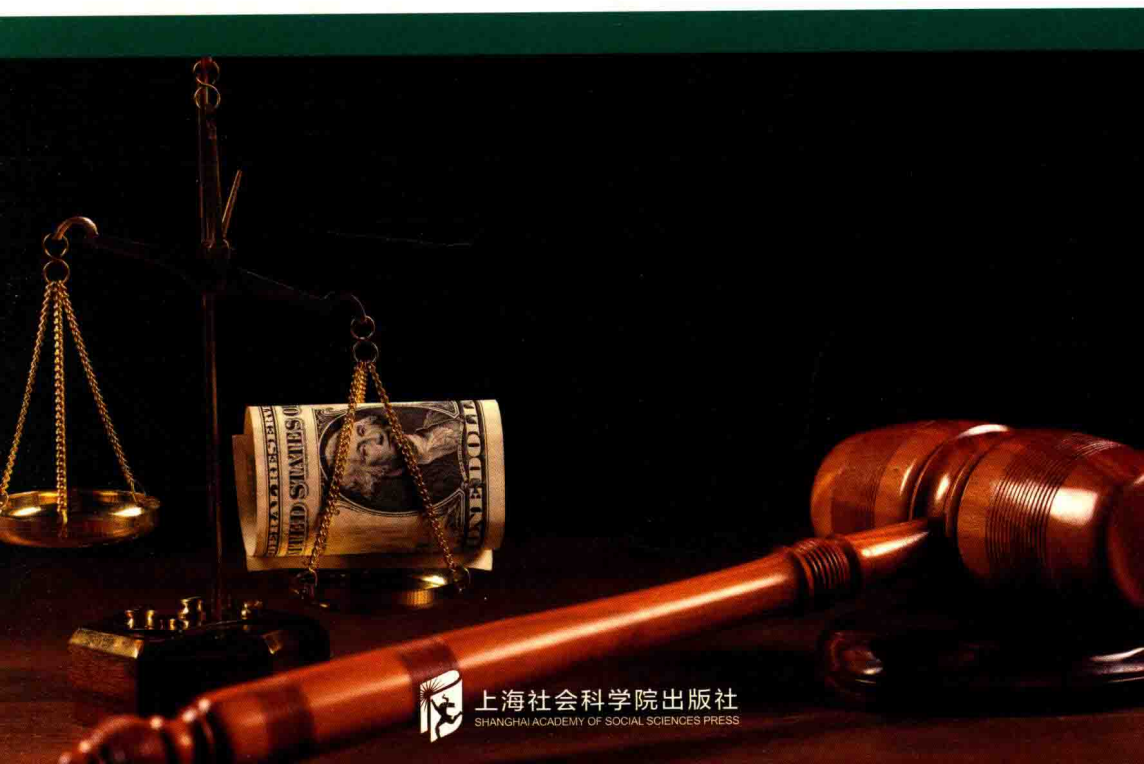


法治研究

司法实践视阈下财产犯罪法益 及相关理论研究

Research into Legal Interest and Relevant Theories of
Crime Against Property from the Perspective of Judicial Practice

杜文俊 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

法治研究

司法实践视阈下财产犯罪法益 及相关理论研究

Research into Legal Interest and Relevant Theories of
Crime Against Property from the Perspective of Judicial Practice

杜文俊 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法实践视阈下财产犯罪法益及相关理论研究 / 杜文俊著. —上海: 上海社会科学院出版社, 2017

(法治文库. 法治研究)

ISBN 978 - 7 - 5520 - 1483 - 9

I. ①司… II. ①杜… III. ①侵犯财产罪—研究—中国 IV. ①D924.354

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 081717 号

司法实践视阈下财产犯罪法益及相关理论研究

著 者: 杜文俊

责任编辑: 应韶荃 袁钰超

封面设计: 周清华

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021 - 63315900 销售热线 021 - 53063735

http: // www.sassp.org.cn E-mail: sassp@sassp.org.cn

排 版: 南京展望文化发展有限公司

刷: 上海新文印刷厂

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 14.75

插 页: 2

字 数: 253 千字

版 次: 2017 年 8 月第 1 版 2017 年 8 月第 1 次印刷



ISBN 978 - 7 - 5520 - 1483 - 9/D · 451

定价: 58.00 元

版权所有 翻印必究

上海社会科学院法学研究所
“法治文库”丛书编委会

—— 主 任 ——

叶 青 殷啸虎

—— 成 员 ——

叶 青 殷啸虎 顾肖荣 杨鹏飞 程维荣 张国炎
徐澜波 史建三 王海峰 金永明 刘长秋 魏昌东

前言

“同案异判”问题的出现,使理性的法律变得随意,并损害人们对法律的信仰,这对于我国本就薄弱的法律权威形象和群众法治意识基础无疑是个沉重打击,也折损法律的公平和正义。财产犯罪理论本身是复杂的,颇具争议,尤其是财产犯罪法益保护等基础理论聚讼不断。财产犯罪基础理论涵涉内容较多,但从某种意义上说,财产犯罪法益保护理论是财产犯罪基础理论中的重点和核心内容,对财产犯罪中的罪与非罪、此罪与彼罪起着决定性影响。因此,本书聚焦财产犯罪法益保护基础理论,以及与此紧密相关的目的论、对象论等,并以审判实践的实证路径,从本土文化考察的视角进行研究与论证。

法律不是从来就有的,也不是永恒存在的,而是一种社会历史文化现象,因而是一个历史文化的范畴。法律(包括刑法)是人类社会发展至特定文明阶段的产物,并总是与特定的社会整体文明发展状况相应对、相衔接。因此法律与社会文化之间存在着一种持久的、多方面的、深刻的关系。同时,法律不是游离和超乎社会之外的自给自足的孤立存在,不是一种自然存在,而是人类社会文明发展至特定阶段为应对和解决生存与发展问题的一种智慧设计、文化创造。生活于地球上不同地域的不同民族,由于面对和遭遇的具体生存和发展的的问题与解决这些问题的程度和方法上的差异,形成了凝聚、沉积该民族知识、思维、价值、审美和生活样式的不同类型的文化,从而使作为社会文化组成部分和文化积淀物并承载社会文化使命的法律也各不相同、品格各异。而不同的文化类型(模式)赋予其法律不同的品格,因此释义法律、理解法律就必须与其赖以产生、存身立命的社会文化自觉勾连起来。唯此,才能精准地释义法律、并穿透法

司法实践视阈下财产犯罪法益及相关理论探究

律规则的外在形式,洞悉法律的内在文化命意。

对财产犯罪的理论研究,应结合我国本土文化及审判实践,使三者进行有机融合,互动前行。纵观域外财产犯罪的理论与审判实践,不同国家、同一国家的不同历史时期对同一问题的观点并不完全一致,这与一国的社会治安状况、国民的财产观念、文化传统、刑事政策密切相关。日本第二次世界大战后,财产罪保护法益从本权说转为占有说,向扩大处罚范围的方向发展。这与当时日本社会财产秩序处于极度混乱状态、侵财犯罪激增密切相关,可以说是“治乱世用重典”的刑事政策思想的具体体现。在19世纪的英国,作为财产罪对象的财物只能是“他人的财物”,如果行为人能提出取得的财物是自己的这种“权利主张”,那就可以否定盗窃罪的成立。这种重视行为人主观思想的做法,与英国十一二世纪受罗马法、教会法的影响,在犯罪成立时注重考察行为人的心理因素有关,也是英美法系国家“个人本位”思想在刑事立法、司法中的反映。我国对于财产犯罪的诸多问题究竟应持何种立场,单纯进行理论思辨或者照抄照搬域外的做法并不合适,现有关于财产犯罪的研究言必称德日的做法必须重新审视。我国财产犯罪的审判实践,在很大程度上是本土文化的真实反映,有其合理性,需要进行系统归纳、梳理和总结。例如,行为人通过窃取方式取回自己所有但被他人占有的财产,最高人民法院发布的指导性案例认为不成立盗窃罪,主要原因在于:中国国民的财产观念更重视的是所有权;我国公权力对财产权利保护的不足也决定了公民通过非法手段取回自己所有的财产有其必然性;我国财产犯罪的法定刑过重,对侵犯占有权、所有权的行为不加区分以财产犯罪论处,势必违背罪刑均衡原理;较之财产犯罪,无论是立法还是司法对贪污贿赂犯罪的处罚都相对较轻,扩张财产犯罪的成立范围会影响刑法的公众认同。有必要对我国审判实践中的做法进行系统梳理,尤其是了解争议类型财产犯罪审判实践的主流处理模式及其背后所体现的社会文化(本土文化),进而提出更加符合我国司法实践的财产犯罪相关理论。

在复杂化、多样化的现代经济社会中,财产权利关系纷繁复杂,财物的利用形态也具有多样化的特征。财物不必始终处于所有权者的控制支配之下,占有越来越具有与权利相分离的状态,占有财物也不一定必须具有权利的标签,甚

至占有背后的权利关系也难以查明,保护占有本身的需要越发强烈。因而对财物的控制支配关系构成了社会经济秩序的重要基础,财产罪的保护法益便相应的应以此为首要。同时,从理论研究的视角出发,当占有和所有分离时,对占有的判断便不能空谈占有本身,其背后是否体现一定的经济财产价值应当作为此种情形下的实质判断。如果占有的背后体现不出一定的经济财产价值,则该占有便没有动用刑法保护的必要,特别是对于财物所有权人行使其所有者权利的情形而言更值得研究。因而,对于行为人作为所有权人非法取回他人占有的本人财物的,在重视习惯作为(刑)法之外的社会调节手段和对缓和的违法一元论立场肯定的刑法文化的支持下,以修正的占有说——具有经济财产价值的占有作为保护法益进行判断,是财产犯罪法益保护基础理论的核心观点。

注重我国本土(刑法)文化,理论研究以审判实践为关切,这种互动性理论研究模式是本书所极力倡导的。从方法论考量,对我国财产犯罪理论、审判实践及其所依附的本土环境,必须结合我国实际展开实证分析,以此解决“同案异判”问题,并形成具有本土文化特征的财产犯罪的基础理论和审判实践。这既是落实我国新一轮司法改革中习近平总书记提出的“让人民群众在每一个案件中感受到司法的公平和正义”的要求,又是我们理论工作者在新时期的崭新课题和光荣使命。

目 录

CONTENTS

前言 / 1

第一章 我国财产犯罪法益保护理论概览 / 1

第一节 我国财产犯罪法益保护学说综览 / 1

一、所有权说的内涵与坚守 / 2

二、占有说的兴起与反驳 / 6

三、中间说的妥协与分类 / 9

第二节 特定情形下财产犯罪法益保护的观点述评 / 14

一、行为人获取他人非法占有之物 / 14

二、行为人取回他人合法占有情状消失后仍非法占有其所有之物 / 16

三、行为人取回他人非法占有其所有之物 / 16

四、行为人取回自己所有而由他人合法占有之物 / 16

第二章 财产犯罪法益保护司法实践的现状考察 / 20

第一节 非法取回被公权力机关合法占有的本人财物 / 20

一、对窃取本人被司法机关扣押财物的行为的处理——陆惠忠等人非法处置扣押的财产案 / 20

二、对在盗取自己被公安机关依法查扣的机动车辆的过程中致人死亡的行为的定性——王彬故意伤害案 / 23

三、对聚众以暴力手段抢回被依法查扣的制假设备行为的定性——江世田等妨害公务案 / 24

四、对窃取被交通管理部门扣押的自己所有的车辆后进行索赔的行为定性——叶文言、叶文语等盗窃罪 / 26

第二节 非法取回被他人合法占有的本人财物 / 31

一、对将质押给债权人的质物窃回的行为定性——孙潇强盗窃罪 / 31

二、窃回质押在他人处存款单行为的定性——郭玉敏盗窃罪 / 32

三、对帮助他人窃回本属于自己公司经营的财产的行为定性——廖承龙、张文清盗窃罪 / 33

四、对伪造证明材料将借用的他人车辆质押得款后又秘密窃回的行为定性——孙伟勇盗窃罪 / 36

五、对出质人窃回质押财产并向质权人索赔的行为定性——李含笑盗窃案 / 38

六、对出质人窃回质押物的行为定性——宋平盗窃案 / 42

第三章 财产犯罪基础理论与本土刑法文化的契合 / 45

第一节 刑法文化在财产犯罪释义中的作用 / 46

一、思维方式与法律文化的发展 / 46

二、立足刑法文化的意义 / 48

第二节 刑法文化在财产犯罪基础理论中的契合性表达 / 49

一、注重国家、社会秩序维持契合占有说(或经济的财产说) / 49

二、重视习惯作为(刑)法之外社会调节手段契合特定情形下的私力救济 / 51

三、缓和的违法一元论立场的肯定 / 55

第四章 我国财产犯罪法益保护理论修正与完善 / 58

第一节 财产犯罪法益保护理论评析 / 58

一、所有权说的缺陷 / 58

二、占有说的不足 / 61

三、中间说的问题 / 62

第二节 我国财产犯罪法益保护理论再考察 / 65

- 一、我国财产犯罪保护法益的确定 / 65
- 二、特定情形下财产犯罪保护法益争议问题辨析 / 70
- 三、不法原因给付与财产犯罪 / 72
- 四、行使权利与财产犯罪 / 76

第三节 我国财产犯罪占有法律属性辨正 / 80

- 一、事实占有与观念占有 / 80
- 二、金钱的占有 / 82
- 三、存款的占有 / 83

第五章 财产犯罪目的论的法律价值 / 88

第一节 非法占有目的的理论学说评析 / 88

- 一、我国非法占有目的理论学说 / 89
- 二、德国非法占有的理论学说 / 89
- 三、日本非法占有目的理论学说 / 90

第二节 非法占有目的的法律意义 / 92

- 一、非法占有目的具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能 / 92
- 二、非法占有目的有区分可罚性的使用盗窃与不可罚的使用盗窃的机能 / 96
- 三、非法占有目的系盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由 / 97

第三节 非法占有目的基本内涵 / 99

- 一、排除意思 / 99
- 二、利用意思 / 102

第六章 财产犯罪对象论的时代特性 / 105

第一节 财物的内涵与价值 / 106

- 一、有体性说与管理可能性说之争 / 107
- 二、立法及司法对无体物的确认 / 109
- 三、财物的价值 / 112

第二节 网络虚拟财产的属性与特征 / 113

- 一、网络虚拟财产的法律属性 / 114
- 二、网络虚拟财产的立法与司法实践 / 117
- 三、网络虚拟财产刑法规制的必要性 / 127

第七章 常见财产犯罪争议问题的司法认定 / 131

第一节 财产犯罪既遂标准的审视 / 131

- 一、财产犯罪既遂标准的判断 / 132
- 二、控制说和罪与非罪及罪数关系 / 136
- 三、财产犯罪的既遂与正当防卫 / 138

第二节 常见财产犯罪的竞合 / 140

- 一、故意毁坏财物罪与盗窃罪之间的竞合 / 140
- 二、侵占罪与盗窃罪之间的竞合 / 141
- 三、盗窃罪与诈骗罪之间的竞合 / 143
- 四、诈骗罪与敲诈勒索罪之间的竞合 / 145

第三节 盗窃罪争议问题的司法认定 / 146

- 一、扒窃行为的认定 / 146
- 二、多次盗窃行为的认定 / 154

第四节 诈骗罪争议问题的司法认定 / 161

- 一、非法占有目的的认定 / 161
- 二、财产处分的认定 / 165
- 三、诈骗既遂的认定 / 170

附录 / 179

《中华人民共和国刑法》(节录) / 179

财产犯罪相关司法解释 / 182

- 一、最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》 / 182
- 二、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》 / 187

- 三、最高人民法院《关于审理抢劫案件具体适用法律若干问题的解释》
/ 192
- 四、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》/ 193
- 五、最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》/ 197
- 六、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》/ 204
- 七、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》/ 206
- 八、最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》/ 208
- 九、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》/ 209
- 十、最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》/ 211

参考文献 / 213

后记 / 222

第一章 我国财产犯罪法益保护理论概览

第一节 我国财产犯罪法益保护学说综览

刑法理论中对于财产犯罪的法益保护以及由此引申出的财产及其损害的概念等基础理论问题的阐述,可以说各种学说林立,观点异彩纷呈。世界范围内大致形成了以德国财产犯罪法益保护为代表的法律的财产说、经济的财产说和法律·经济的财产说,以及从德国承袭的日本结合其本土实践所形成的本权说、占有说和中间说。^①

与世界上大多数国家一样,中国刑法也并未明确财产犯罪侵犯的是他人所有的财物还是他人占有的财物,这就为刑法解释留下了空间。我国处于通说的传统刑法理论认为,侵犯财产类犯罪的客体是公私财产所有权,财产罪应以给公私财产所有权造成直接损害结果为构成要件齐备的标志,^②即所有权说^③。晚近以来,随着我国刑法理论交流和商榷之风日渐兴盛,对于财产犯罪法益^④保护的探

① 各学说具体内容此处不再赘述,请参见:刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第8—21页;张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第504—567页;张明楷:《外国刑法学纲要》,清华大学出版社2007年版,第534—540页;童伟华:《财产罪基础理论研究——财产罪的法益及其展开》,法律出版社2012年版,第13—54页;陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,中国政法大学出版社2014年版,第5—15页。

② 详见王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2013年版,第893页;陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2013年版,第833页;高铭喧、马克昌、赵秉志主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第496、507页;赵秉志:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2012年版,第487页;赵秉志:《刑法学各论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第378页。

③ 由于本权说是指法律上的正当占有的权利,首先指所有权,此外还有租借权、抵押权等。本书在我国的刑法理论土壤下论及的本权说如未作说明,即以所有权说替代。

④ 由于日本刑法未明文规定要求财产损失,所以其财产犯罪保护法益的争论重心便以盗窃罪为中心而展开本权说和占有说等学说。而德国、瑞士和意大利等国的刑法明文规定诈骗罪等财产犯罪要求造成他人财产损失,所以需明确财产概念,因此,在论述财产犯罪保护法益时便以诈骗罪的财产损失等概念为重心展开法律的财产说和经济的财产说等学说。不过可以认为,本权说和法律的财产说,占有说和经济的财产说,中间说和法律·经济的财产说的结论基本一致。因此,本书在论述财产犯罪的保护法益时一般以日本的学说为例;在论述财产损失等概念时一般以德国的学说为例。

司法实践视阈下财产犯罪法益及相关理论研究

讨也日益激烈,除了对所有权说的“坚持”^①和对占有说的“执迷”^②外,较多的便是中间说,如修正的所有权说^③和修正的占有说^④。具体而言,所有权说以高铭喧教授、时延安教授、车浩教授为代表,主张完全不承认占有是财产犯罪的法益。占有说以陈洪兵教授为代表,主张彻底地转向保护占有,禁止私力救济。中间说主张占有也是财产犯罪的保护法益,以张明楷教授、周光权教授、黎宏教授为代表。^⑤

一、所有权说的内涵与坚守

(一) 所有权说内容

我国通说的传统刑法理论认为,侵犯财产类犯罪的客体是公私财产所有权,财产罪应以给公私财产所有权造成直接损害结果为构成要件齐备的标志。^⑥即财产罪保护的法益是财产的所有权,即财产所有权人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利,占有、使用、收益和处分的四项权能中最核心的是处分权,即按照所有权人自己的意志对财产进行自由处置的权利。一般而言,对任何一种权能的侵犯都是对所有权不同程度的侵犯,而对处分权的侵犯,则是对所有权整体的最严重的侵犯,也是绝大部分侵犯财产罪的最本质的特征。^⑦所有权说认为,只要是行为人自己所有的财产,无论采取何种手段

① 详见于志刚、郭旭强:《财产罪法益中所有权说与占有说之对抗与选择》,《法学》2010年第8期;高翼飞:《侵犯财产罪保护法益再探究》,《中国刑事法杂志》2013年第7期;徐光华、郭晓红:《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》,《政治与法律》2013年第3期。

② 详见陈洪兵:《财产罪法益上的所有权说批判》,《金陵法律评论》2008年第1期;尹晓静:《论作为财产犯罪保护法益的占有说》,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2013年第1期;魏海:《盗窃罪研究》,中国政法大学出版社2012年版。

③ 详见童伟华:《财产罪的法益——修正的“所有权说”之提倡》,《安徽大学法律评论》2009年第1期;姚万勤:《盗窃罪保护法益的理论嬗变与司法抉择——新修正的所有权说之提倡》,《时代法学》2014年第4期。

④ 详见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第838页;黎宏:《论财产犯罪的保护法益》,《人民检察》2008年第23期;何荣功:《财产罪法益新论》,《甘肃政法学院学报》2012年第1期;张阳、傅俊维:《论财产罪的“所有”与“占有”》,《中州学刊》2014年第8期。

⑤ 陈文昊、郭自力:《财产犯罪法益的本权——占有二元体系失语与刑法目的性的回归与考察》,《岭南学刊》2016年第5期。

⑥ 详见王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2013年版,第893页;陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2013年版,第833页;高铭喧、马克昌、赵秉志主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第496、507页;赵秉志:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2012年版,第487页;赵秉志:《刑法学各论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第378页。

⑦ 详见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2007年版,第556页;陈兴良:《刑法学教科书之规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第505页;王作富主编:《刑法分则实务研究(下)》,中国方正出版社2003年版,第1190页。

取回的,都不成立财产犯罪。如自己出借给他人使用的财产、处于国家机关管理的财产,行为人以盗窃的手段取回自己所有的财产,均不能以财产犯罪论处。^① 因为在此种情形下,当作为盗窃罪被告人的所有权人时,从被害人处取回财物的行为,并未在实质上侵害盗窃罪的保护法益,因而不构成盗窃罪。同样,在民事活动中,权利人采用不法手段行使权利的行为,也不能构成财产犯罪,所以,债务人到期不履行债务,债权人采用胁迫手段夺取其相当数额财物的,由于不存在私法上实质的权利侵害,即便胁迫行为具有犯罪性,也不构成财产犯罪。^② 财产犯罪之所以被认为具有严重社会危害性并被刑法规定为犯罪,根本原因在于财产犯罪的场合存在财产权的实质侵害。

由于持有所有权说的观点认为,除了挪用资金罪、挪用特定款物罪只是侵犯了占有权、使用权与收益权以外,其他财产犯罪都是侵犯了财产所有权的整体。这在一定程度上严重的缩小了财产犯罪的保护范围,在事实上所有权说成为“比本权说还要极端的一种学说”^③,因此出现了比所有权说有所缓和的观点,被称为修正的所有权说,即财产罪法益原则上是所有权,例外地承认禁制品占有的刑法保护。^④

(二) 所有权说的理由

在所有权说持有者看来,支撑其观点的理由主要在于:^⑤

第一,在侵犯财产罪中所有权是刑法保护的本质所在。在所有权与占有分离的场合,对财产没有任何权利的第三人从占有人处非法取得了财物,直接受到侵犯的应当是占有权,在这个范围内刑法对于占有应当予以保护,所有权说对此并不否认。但是应当认识到,刑法之所以将这种行为作为犯罪处罚,实质上仍然在于此类行为侵犯了所有权或使所有权处于丧失的严重危险之中。比如,对于特定物,上述行为最终侵犯了所有权对于种类物,诸如大米、水泥甚至货币之类,占有人可能负有赔偿、返还等义务,实际上侵犯的是占有人可能用于

① 徐光华、郭晓红:《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》,《政治与法律》2013年第3期。

② [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第218页。

③ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第579页。

④ 童伟华:《财产罪基础理论研究——财产罪的法益及其展开》,法律出版社2012年版,第64页。

⑤ 详见徐光华、郭晓红:《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》,《政治与法律》2013年第3期;于志刚、郭旭强:《财产罪法益中所有权说与占有说之对抗与选择》,《法学》2010年第8期;高翼飞:《侵犯财产罪保护法益再探究》,《中国刑事法杂志》2013年第7期;肖松平:《我国财产犯罪的保护法益之辨析》,《衡阳师范学院学报》2010年第4期。

司法实践视阈下财产犯罪法益及相关理论研究

赔偿的自有财物的所有权。因此,虽然行为直接侵犯的是占有权,但并不能因此而否认由于占有受到侵犯所造成的对所有权的侵犯。可以说,上述行为在形式上或表象上侵犯的是占有权,但实质上侵犯的仍然是所有权,就侵犯财产罪而言,所有权仍然是刑法保护占有的落脚点和根本所在。^①

第二,我国国民的财产观念更重视的是所有权,对于仅侵犯占有的行为以财产犯罪论处,与国民的观念相悖。“在一般国民看来所谓盗窃就是盗窃他人所有的物,盗窃自己所有而为他人借用的财物在一般国民看来根本就不是盗窃,根据我国一贯的学术传统也不成立盗窃罪。”^②由于域外发达国家如日本,其国民已经形成一个较为有序的财产秩序观念,重视对财产秩序的维持,即便通过非法方式取回自己所有的财产,基于维持财产秩序的观念,也应该作为犯罪处理。例如,作为债权人的金融业务者对债务人融资,签订了附买回约款的机动车买卖契约。根据约款,在事先规定的买回期限之前,如果融资者没有支付一定的本息行使买回权,金融业务者就可以任意处分机动车。债务人已经过了还款期限却没有还款,丧失了买回权。金融业务者虽然取得了机动车的所有权,但在没有得到债务人承诺的前提下擅自将车开走。日本最高裁判所认为,被告人将汽车开走时,机动车还在借主的支配之内,这一点是非常明确的。因此即便被告人有所有权,他开走机动车的行为也是窃取他人占有的物品,应该成立盗窃罪。而且,被告人的行为已经超过了社会公众的忍受限度,具有违法性。^③反观我国国民的财产观念,国民更多强调的是“你的”、“我的”等所有权观念。司法实践中,行为人(债权人)通过非法的方式从债务人处索取债权的行为,即便该债权是非法的,也不以财产犯罪论处。比如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》(法发〔2005〕8号)中规定,行为人为索取债务,使用暴力、暴力威胁等手段的,一般不以抢劫罪定罪处罚。构成故意伤害等其他犯罪的,依照刑法第234条等规定处罚。

第三,我国公权力对财产权利保护的不足也决定了公民通过非法手段取回自己所有的财产,不宜以财产犯罪论处。域外发达国家,民众已经形成较为合理的财产秩序观念,并且,已经形成完善的公力救济程序,自己所有的财产如果处于他人的非法占有之下,或者是处于国家机关的占有之下,民众可通过及时、有效、合法的方式取回自己的财产。因此,自己所有的财产处于他人合法占有

① 于志刚、郭旭强:《财产罪法益中所有权说与占有说之对抗与选择》,《法学》2010年第8期。

② 童伟华:《债权行使与财产罪》,《法治研究》2011年第10期。

③ 徐光华、郭晓红:《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》,《政治与法律》2013年第3期。

之下,行为人通过非法方式取回该财产的,基于维持财产秩序的需要,对这种侵犯占有的行为,也以财产犯罪论处。但在我国,行为人通过正当合法手段取回自己所有的财产并非易事。例如,有些国家机关在扣押公民私人财产时其执法行为本身就存在瑕疵,财产被公务机关扣押后,即便是履行合法的手续,也不能及时取回自己的财产。财产在国家机关扣押过程中灭失的,如果不积极主动要求赔偿,国家机关通常不会主动赔偿。同时,在我国的部分地区,对于法院已经作出的生效民事判决,败诉方自动履行义务的都不多,再加上刑事附带民事诉讼较低的结案率和执行率以及罪犯的悔罪赔偿的心理几乎不存在等因素,综合导致了民间借助黑恶势力讨债具有相当的普遍性,这在一定程度上可以说是现实社会的无奈选择,且实践中不乏“买卖”判决书的现象,司法实务中都没有以买卖国家机关公文罪认定,这也是有深刻的社会背景的。^①

第四,坚持财产犯罪的保护法益为所有权说有助于限制财产犯罪的成立范围,缓解刑罚倒挂的现状。以盗窃罪与贪污罪为例,我国刑法对国家工作人员实施的侵财犯罪区分了侵犯所有权的贪污罪、私分国有资产罪等与侵犯占有的挪用公款罪。但比较贪污罪与盗窃罪的定罪标准及法定刑可以发现,贪污罪比盗窃罪的法定刑要轻很多。该种现象背离了刑罚适用规律,因而构成了事实上的刑罚倒挂。^② 根据《刑法修正案(九)》对贪污犯罪的修订以及相关司法解释的规定,我国立法及司法解释对盗窃罪所规定的入罪门槛要明显低于贪污罪的要求,从法定刑的配置上也可以看出,一般情况下对于相同的犯罪数额,盗窃罪的刑罚要明显重于贪污罪。不得不面对的是,实践中对于贪污罪的定罪处罚事实上是处于从轻化的趋势,而盗窃罪的法定刑更是偏重,但这与两罪的危害性的大小是不相适应的。按照常理,贪污罪不仅仅是侵犯了公共财产所有权,而且破坏了国家工作人员职务行为的廉洁性,其入罪“门槛”应更低、法定刑应更重才是,可现实却并非如此。因此,如果对于法定刑本身偏重、危害性相对贪污罪更小的盗窃罪的保护法益解释为扩大处罚范围的侵犯占有权,显然是不合适的。比如价值两千元的公民个人的财产在国家机关管理过程中,如果公民采取窃取方式取回的,成立盗窃罪,而国家工作人员利用职务上的便利将该财产据为己有的,根据目前的司法实践却不以犯罪论处,这显然违反罪刑均衡原则,其不公平是显而易见的。从域外的立法来看,对贪污犯罪的惩处远严格于对盗窃

① 刘文静:《贱卖判决书:既不应允许,也不能治罪》,《检察日报》2005年12月7日第6版。

② 赵运锋:《刑罚倒挂现象的反思与拷问——以财产犯罪与经济犯罪为研究视角》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2008年第4期。