



东南法学文存

总主编 刘艳红



财产犯研究

主编：刘艳红 副主编：周少华 欧阳本祺



东南大学出版社

财产犯研究

主 编：刘艳红

副主编：周少华 欧阳本祺

东南大学出版社

· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

财产犯研究/刘艳红主编. —南京: 东南大学出版社, 2017. 5

ISBN 978-7-5641-7068-4

I. ①财… II. ①刘… III. ①侵犯财产罪—中国—文集 IV. ①D924.354-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 046957 号

财产犯研究

出版发行: 东南大学出版社

社 址: 南京四牌楼 2 号 邮编: 210096

出 版 人: 江建中

责任编辑: 刘庆楚

网 址: <http://www.seupress.com>

经 销: 全国各地新华书店

印 刷: 兴化印刷有限责任公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 38.5

字 数: 961 千字

版 次: 2017 年 5 月第 1 版

印 次: 2017 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5641-7068-4

定 价: 128.00 元

本社图书若有印装质量问题, 请直接与营销部联系。电话: 025-83791830

《东南法学文存》

总 序

东南大学法学院承三江、中央之学脉,恢复法科教育已逾廿载。本年,正值复建学院十岁,气象初成。立院之本,在育人海海,不厌其倦;求道之志,在为学旦旦,不厌其精。院龄尚短,但朝气蓬勃;资历虽浅,贵求是创新。

办学之路艰,偏隅之处更甚。幸东南法学历人多年来孜孜以求,不懈励进,东南大学法学院已发展为法学学术研究重镇。学院立基宪法与行政法、刑事法学等传统法学学科领域上深厚理论、实践优势,笃志交叉学科办学、科研之积淀,于工程法、交通法以及医事法等特色领域辟径拓新,为我国法科教育和法学研究事业贡献良多。大学之所谓,实汇大师矣。学院一贯注重优秀学人的吸纳培养,以“双江双杰”为代表的高端人才优势尤为突出。多人次入选国家百千万人才工程、教育部新世纪优秀人才支持计划、江苏省“333 高层次人才培养工程”、江苏省教育厅“青蓝人才工程”、东南大学“校优青计划”等。有名士,更聚英才。东南大学法学院教学科研队伍的年轻化、国际化建设成效显著,先后引进多位专业领域内知名学者,同时吸引了一大批海内外知名高校优秀博士毕业生。中青年教师已逐渐成为学院教学、科研工作的中坚力量,人才梯队的层次构筑更加合理化,这为学术人才长期储备、学术研究可持续奠定了坚实基础。

秉人才适其才、尽其用的科研组织管理理念,响应国家关于推动高校智库建设的指导方针,东南大学法学院致力于科研活动的平台化建设。在传统法学学科教研室组织构架的基础上,发挥自身交叉学科研究的优良传统,不囿传统学科分野,聚焦问题,有的放矢。先后创建“反腐败法治研究中心”“交通法治与发展研究中心”“中国法治发展评估研究中心”等国内具有较大影响力的专业化学术研究平台。通过各个学术研究平台,更加科学高效地整合配置院内科研力量,引导多元化的科研团队建设,初步形成各学科教研室与各专门研究平台的多维度、立体化管理,实现科研人才在既有传统学科类别的基本框架下,充分挖掘个人研究的兴趣专长,在更加多样的科研团队间相互自由流动,更加有力地促进了学院内研究者之间的交流与沟通。为各个研究者开拓研究视野,创新研究思路,实现学术研究资源、信息的共享,不同观点、思想的碰撞,提供了更多的机会与便利,营造出法学院浓厚的学术氛围以及良性竞争的学术环境。

立足自身法学学术研究的深厚基础,以交叉学科、特色领域研究为着眼点,法学院一直致力于积极推动相关领域的学术交流、研讨活动。广邀海内外博学有志之士,共议善治良法

之题。先后举办“海峡两岸工程法治”“城市停车治理论坛”“法治发展量化评估研讨会”“刑事法治指数的指标构建与修订研讨会”“员额制与司法改革实证研讨会”“医疗纠纷预防与处理法律机制研究”等一系列法学学术或实践议题研讨活动,为国内外相关领域研究打造优质的学术交流平台,获得积极的社会反响和良好的学术声誉。

当然,孤芳自赏必固步自封。兴办论坛研讨,绝非单纯搭台唱戏。热闹止于一时,深思方存长久。东南大学法学院希冀借此文存,将共同参与学术探究诸君的所思所言,付梓文牋。一来,为不吝赐言的海内外专家学者记录下观点交锋、思想碰撞之盛况,力图重现那一场场精彩绝伦的学术盛宴。二来,记录亦为传播。结集成书,将精彩涂墨于文卷,便于重复研读,反复思虑,为没能即时参与的研究者提供可资借鉴的材料,为今后更加深入细致的探讨研究提供有益的帮助,为进一步开展交流讨论提供论题论理的文献基础。最后,也是满足东南大学法学院的一点小小私心,记录下学院学术研究走过的道路,厘清本院法学学术上论理学养发展变迁的脉络。不为流芳,但求自我审视,自我检讨,自我激励。

一言可蔽之:治学明德,止于至善。

是为序。

东南大学法学院

2016年5月

序

陈兴良

《财产犯研究》一书是2015年10月24—25日在东南大学法学院召开的第十届“海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛”的论文集。值此出版之际,主编者邀请我为该书写序,我欣然接受。

财产犯虽然是一个刑法分则类罪问题,但因为财产犯所具有的常见性、疑难性和复杂性,成为长盛不衰的研究课题。尤其是近年来,随着德日刑法教义学的引进,刑法分则理论的教义学化程度也逐渐提升,这主要就表现在财产犯的研究成果上。第十届“海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛”以财产犯作为研讨的主题,是我和我国台湾高雄大学陈子平教授经过充分协商以后确定的题目。该次研讨会分如下四个议题,对财产犯进行了深入的研讨:第一个议题是“财产犯的保护法益”,第二个议题是“财产犯的‘占有(持有)’概念”,第三个议题是“财产犯的‘不法所有意图’”,第四个议题是“不法原因给付与侵占罪、诈骗罪”。这四个主题基本上囊括了财产犯中较为复杂的问题。各位报告人事先都对各个议题进行了精心的论文准备,评论人也在阅读论文的基础上事先撰写了评论文章。这些论文和评论就成为本书的主体内容。除此以外,其他作者也对相关问题进行研究,并撰写了论文,也同时收入论文集。可以说,本书汇集了海峡两岸关于财产犯的最新研究成果,是未来对财产犯进行理论研究时无法绕过的学术重镇。

财产犯的保护法益虽然是一个较为抽象的学理问题,但它对于正确认识财产犯的性质具有重要意义。关于财产犯的保护法益,也就是所谓财产犯罪的侵害客体问题,我国传统观点是所有权说,认为财产犯侵害的是公私财产的所有权。当然,在个别情况下也包括财产的使用权。这套关于财产犯的保护法益的话语在一般情况下,是能够解决财产犯的性质问题的。但在某些情况下,所有权说也是存在一定问题的。例如,对于黑吃黑的案件,如何理解抢劫赌资案件的侵害客体,就成为难以解释的一个问题。因此,近些年来,我国学者在财产犯的保护法益问题上也开始引入德日学说。值得注意的是,德日在这个问题上的叙述话语并不相同。其中,德国刑法学者是围绕着经济财产说、法律财产说以及法律—经济财产说展开争论的,而日本学者则是围绕着本权说、占有说以及中间说而展开讨论的。正如本单元的评论人陈家林教授所指出的那样,这两套关于财产犯的保护法益的话语是存在差异的,法律财产说、经济财产说以及法律—经济财产说侧重于说明什么是财产犯罪中的财产,即某种物或者利益是否值得刑法加以保护。例如,违禁品、赃物是否属于财产犯罪所说的财产。如果属于,对其的侵害就可能构成相应的财产犯罪;如果否定其财产属性,就不可能构成财产犯

罪。而本权说、占有说以及中间说才是真正关于财产犯罪法益的学说,即财产犯罪究竟侵犯的是所有权等本权还是占有。两类学说虽然会存在比较多的交叉状况,但侧重点毕竟不同。从目前的情况来看,继受德国学说的学者都采用经济财产说、法律财产说以及法律—经济财产说这套话语,而继受日本学说的学者则采用本权说、占有说以及中间说这套话语。对于我国学者来说,当务之急还是要真正理解这两套话语体系之间的差异,如何为我所用。

财产犯的占有(持有)概念是财产犯认定中的一个核心问题,尤其关系到占有转移型财产犯与非占有转移型财产犯之间的区分问题。因此,这个问题历来为我国刑法学界和司法实践所关注。围绕着财产的占有,我国学者也曾经进行了充分的研讨,为本次学术研讨会奠定了理论基础。在财产犯的占有问题上,主要争论还是在于占有的事实性与规范性的问题。刑法上的占有概念应当以事实性占有为基础、以规范性占有为补充,看似成为报告人的主要观点。尽管如此,事实性占有还是规范性占有之间的争论还是客观存在的,例如马寅翔教授就旗帜鲜明地提出了规范性占有的命题,并做了详尽的论证,不无道理。当然,也不可否认,事实性占有说和规范性占有说之间的争论呈现出缓和的趋势以及折中的倾向。对此,梁根林教授作出了正确的评论:事实性占有概念与规范性占有概念之争,既不是学术上的伪命题,也非刑法学者自娱自乐的益智游戏,对于具体占有问题的解决,具有重要的教义学解释功能。无论是事实性占有概念的教义学展开,还是规范性占有概念的体系性建构,抑或事实与规范二重性占有概念的证立,都是值得高度肯定的学术努力。我相信,这种学术争论还将延续下去。

财产犯的不法所有意图是一个财产犯的主观违法要素的问题。在我国传统的刑法理论中表述为以非法占有为目的的问题,这也是财产犯中占有型财产犯罪与毁坏型财产犯罪以及使用型财产犯罪之间的区分之所在。就这个问题而言,也同样反映出德日刑法学之间的区分。日本刑法学是肯定不法所有目的的,在此基础上讨论各种财产犯之间的差异。例如通过赋予不法所有目的以利用意思,使占有型财产犯罪区别于毁坏型财产犯罪;通过赋予不法所有目的以排除意思,使占有型财产犯罪区别于使用型财产犯罪。这种学说被留日学者引入我国以后,对于我国刑法理论和司法实践都产生了较大的影响。但目前我国留德学者开始否定不法所有意思,也就是非法占有目的。例如陈璇教授的论文的题目就是财产罪中非法占有目的要素之批判分析,其否定性观点可见一斑。陈璇教授的基本结论是:(1)取得罪与毁弃罪的区分不应以行为人是否具有利用意思为标准,即便行为人是出于毁损的意图而取得财物的占有,也应取得犯罪论处。(2)用于划定取得犯罪与不可罚的使用行为之间界限的,不是排除意思,而是推定的被害人承诺的原理;也没有必要试图用排除意思来区分取得罪与挪用罪,因为两者并非相互排斥,而是处在法条竞合的关系之中。(3)因此,没有必要将非法占有的目的作为取得型财产犯罪的独立的构成要件要素。可以看出,这种否定财产犯罪的非法占有目的的观点在我国的学术影响力正在逐渐扩大。例如肯定使用盗窃的可罚性观点,都开始在我国刑法学界获得一席之地。这次研讨会较为集中地展示了财产犯的不法所有意图的否定说,这对于引发对财产犯罪的主观违法要素的争论具有积极意义。

不法原因给付与侵占罪、诈骗罪这个专题在我国刑法学界以外的讨论中是较少涉及的,

也可以说是一个极为冷僻的话题。不法原因给付是一种民法制度,在基于不法原因而给付的情况下,给付人的返还请求权将被剥夺。在刑法学中研究不法原因给付,当然不是为了解决给付人的返还请求权是否剥夺问题,而是关注其对于侵占罪、诈骗罪是否成立问题。王刚博士从民法角度对不法原因给付进行了深入的研究,并将这种研究成果引入刑法,指出:不法原因给付虽然原则上排除给付者的所有物返还请求权和不当得利返还请求权,但却并不妨碍其侵权损害赔偿请求权。因此,在给付者因受受领人欺骗而为不法原因给付时,仍然可以基于侵权责任要求受领人返还所给付之财物。正是由于给付者享有民事上的返还请求权,受领人若将骗取的财物占为己有,仍然有成立侵占罪的余地。当然,此时受领人往往已经因欺骗行为构成诈骗罪,即便认定其再成立侵占罪,也应当评价为不可罚的事后行为,最终对其仅以诈骗罪论处。应该说,这一论证还是相当具有说服力的。通过对不法原因给付这样具有跨越刑民关系的法律问题的研究,可以促进刑法理论在借鉴其他部门法学说的基础上得以不断拓展。

本次研讨会的参与者可谓两岸学者荟萃一堂,尤其是中青年学者已经占据了主角的地位,这是值得欣慰的。在研讨会上,无论是报告人,还是评论人,主要都是年轻学者。尤其是从德日留学回国的年轻学者居多,这是我国刑法学界的新鲜血液和新生力量,是我国刑法学的希望之所在。我和陈子平教授多年合作,倡导两岸刑法的学术交流,促进了两岸刑法学者之间的深入了解,对于推动两岸刑法学的发展都发挥了一定的作用。本书煌煌然九十余万言,并非一人之著,而是群体之说,值得庆贺。

最后,我还要感谢东南大学法学院刘艳红院长以及她领导下的团队,为本次学术研讨会的成功举办投入了巨大的人力与物力,使得这次研讨会成果丰硕。东南大学法学院的刑法学科在刘艳红院长的带领下,近年来在学术研究方面取得了令人瞩目的成就,也为这次海峡两岸的学术研讨提供了必要的学术氛围。会议结束以后,东南大学法学院的老师和同学又对会议论文进行编辑,终于使论文集以目前的面目展现在我们面前。对此,感激之情油然而生。

是为序。

谨识于昆明滨江俊园寓所

2016年8月8日



目 录

第一议题 财产犯的保护法益

从财产犯罪的构成要件结果类型重新检视财产法益概念
——以取财型与得利型为中心 谢煜伟/003

财产犯的保护法益 江 溯/023

关于两篇“财产犯罪保护法益”主报告的评论 陈家林/044

财产罪法益的解释机理
——刑民关系解释论的归结 童伟华/051

财产犯保护法益新探 马荣春 白星星/076

财产犯罪竞合中的法益同一性判断 王彦强/084

第二议题 财产犯的“占有(持有)”概念

刑法上的持有概念 周漾沂/105

论财产罪中的占有概念 梁云宝/138

占有概念的事实性与规范性 梁根林/160

窃取之持有要素的法理准据 古承宗/171

占有概念的二重性：事实与规范 车 浩/178

规范性的占有概念之提倡 马寅翔/230

选言式而非连言式
——财产犯中占有概念的界定路径 孙运梁/258

论占有型财产犯罪之“财物控制” 彭文华/273

论不作为的诈骗罪 王 刚/281

第三议题 财产犯的“不法所有意图”

一时使用他人之物与不法所有意图 黄士轩/295

财产罪中非法占有目的要素之批判分析	陈 璇/335
财产犯罪与不法意图	徐育安/353
关于财产犯的“非法占有目的”	周少华/360
财产罪中非法占有目的要素之批判分析	徐凌波/365
盗窃罪立法之比较	夏 勇/383
财产罪的非法占有目的	张开骏/392
非法占有目的内涵之再界定	王 俊/403
盗窃罪中“非法占有目的”刍议	李 婕/410
租赁汽车质押借款型诈骗案件的“非法占有目的”问题	杨 扬 姜 涛/416

第四议题 不法原因给付与侵占罪、诈骗罪

不法利益与刑法中的财产概念	王效文/439
不法原因给付与侵占罪、诈骗罪	王 钢/457
不法原因给付的刑法意义	冯 军/490
法律保护“黑吃黑”吗？ ——从不法原因给付论民、刑法律效果之交错适用	林钰雄/499
“截贿”行为的刑法性质辨析	孙国祥/514
对不断出现“许霆案”的反思：急需修订侵占罪	李晓明/525
被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究	黎 宏 刘军强/541
不法原因给付与侵占罪的认定	胡东飞/554
事后抢劫罪法条性质二分说的提倡与应用	周啸天/564
不法原因给付之于诈骗罪问题探讨	时 方 郭 研/577
对诈骗罪中“处分”的理解 ——以唐某某诈骗一案为援引	贾文宇 甘鸿翔/591
当前经济犯罪面临的新情况新问题 ——以西部 G 省为例	陈立毅/597

会议概述

第一议题

财产犯的保护法益

从财产犯罪的构成要件结果类型 重新检视财产法益概念

——以取财型与得利型为中心

谢煜伟*

绪 论

众所周知,在当代宪政国家中,宪法所保障的权利核心除了生命以及各种自由权之外,也包含了以个人财产制度为前提的财产权。一般认为,财产作为社会实践的物质性基础,对于个人在社会中的生存以及自我实现扮演着不可或缺的角色,因此,无论是在宪法层次或者民法的层次,都可以看到财产(权)以及财产制度保障的相关规定。任何一本刑法(分则)教科书皆开宗明义揭示财产与其他如生命、身体、自由、名誉等都是刑法所保障的个人法益的核心类型。不过,虽然概略以“财产”相称,实际上,财产的概念并非一成不变,刑法所保障的“财产法益”不可能完全脱离系争社会所建构的财产制度与规范体系,而随着社会的演进,财产法益的内涵自然也会随之调整。

今日财产犯体系的历史背景有三:(一)商品交换社会全面性的展开(市场经济的展开);(二)透过法律提供稳定而明确的游戏规则以支撑商品交换社会的运作(财产法制的建立);(三)资本主义国家的成立。在这样的社会及国家条件的背景下,近代财产法下所有权的特征可以进一步整理为以下三点:一是所有权的权利行使仅委诸所有者之自由意思;二是所有权的实现具有绝对性;三是所有权之彰显不以对物直接占有(持有)为必要,亦即,即使物为他人占有,所有人仍不失其所有权。^{〔1〕}当然,我们可以发现,这样的特征描述都是环绕在具体的“财物”上;现行物权法所设定的规范客体原则上仍是有体物,并且以物权,特别是所有权来规范财产的归属关系。不过这样的规范框架自18世纪法国大革命建立近代物权法体系以来,并没有太大的转变。然而,另一方面,在高度发达的资本主义社会当中,传统的财产性质,亦即有体物的“财物”与“财产(上利益)”之间的关系不但产生了新的变化,同时,也不断面临新形态财产上利益的出现。依学者之见,可以将上述的变化过程称之为“财的多样化”^{〔2〕}。关于传统财产(财物)性质的变化,主要从财物的两种层面:利用价值与交

* 台大法律学院,助理教授。

〔1〕 [日]生田胜义等著:《刑法各论讲义》(第四版),有斐阁2010年版,第90、91页。

〔2〕 [日]吉田克己:《财产多样化和民法学的课题——鸟瞰整理的尝试》,载[日]吉田克己,片山直也编:《财产多样化和民法学》,商事法务2014年版,第2-61页;吉田克己:《财产多样化和民法学的课题——理论的考察的尝试》,《NBL》2014年1030号,第10-21页。

换价值来思考,就着重利用价值的财物出现了“去商品化”(利用财的去商品化),而着重交换价值的财物则出现了“再商品化”(交换财的再商品化)的现象。

首先,就利用财的去商品化,第一,强调财物与支配者(所有或持有者)之间的关系性,物本身因支配者加入了人格价值而使得该物之利用以实现人情感上寄托为目的(情感财),常见如宠物、书信、纪念品等。而另一种则是对自然环境、文化环境的保存目的优越于财物的利用目的,因此做出对财物相当高程度的利用限制。此际往往超出原本财产法体系的射程范围,而成为其他特别法如环境保护或文化资产保护等法规所处理的客体。第三,则是针对丧失财产价值之财物,所产生之去商品化问题。这种丧失财产价值的“负财物”,以核废料等放射性废弃物,以及其他废弃物(垃圾)为其典型例。由于废弃物必须依照相关法令规范(如《废弃物清理法》)才能丢弃,当违法丢弃废弃物时,为了追究丢弃者事后的责任,也会倾向于解释丢弃行为不生抛弃所有权之效果。^{〔1〕}

此时可以对照的是有关“不融通物”的处理,在民法学说上,禁制物可进一步分成两种,一是禁止转让但不禁止持有之禁制物,又称为“不融通物”,此类禁制物虽然不能成为交易之标的,但得为所有权等权利客体,故可称为“相对禁制物”,所有人仍受法律上权利人之保护,例如猥亵之文书图画遭窃或毁损,其所有人仍得请求返还或请求赔偿其损害;相对的,禁止转让亦禁止持有之物为“绝对禁制物”,如毒品、枪炮弹药等。^{〔2〕}就“不融通物”来说,虽然禁止成为交易的对象,但所有权的保护并没有打折扣。不过废弃物的情况有点不同,因为废弃物虽仍能成为所有权之权利客体,但物本身已无经济或交易价值,刑法究竟对于这种“负财物”有无保护的必要?保护的强度是否应与一般的财物相同?即成为问题。亦即,可以试想:当丢弃废弃物却不生抛弃所有权效果的时候,若他人将该废弃物据为己有,是否会成立窃盗或侵占脱离物罪,将之毁坏是否会成立毁损罪?

另一方面,关于“交换财的再商品化”倾向,主要可举出两个层面,一是不动产证券化,以不动产证券化条例为其典型。亦即,借由发行得以表彰财产权益的证券,将主体(持有或所有者)与客体(财物)之间的归属关系抽离开来,财物的利用与交换价值不以持有或所有该土地为必要,财产本身的价值从有体物存在的实体转变为表示该存在之媒体(证券)。物的“财产价值”不以物本身的实体价值为限,财物(证券)背后所表彰的经济价值成为评估财物价值(乃至于得利或损害)的重要依据。关于交换财再商品化的第二层面则是“债权的证券化”,亦即从无形体的“财产上利益”(债权)转换为有形体的“财物”(证券),透过传统上对财物的保护,间接地保护该证券背后所表彰的财产上利益。

至于多样化的新形态财产,像是智慧财产权、资讯、身体器官等来自人体物质、人或物体外观或名称具有商业利用价值之衍生财产、竞争利益、消费者利益、环境利益乃至于独占利益(例如容积率移转、碳排放权)不一而足。在古典的财产概念框架下,物(things)能否成为

〔1〕〔日〕吉田克己:《财产多样化和民法学的课题——鸟瞰整理的尝试》,载〔日〕吉田克己,片山直也编:《财产多样化和民法学》,商事法务2014年版,第21、22页。

〔2〕邱聪智:《民法总则(上)》,三民书局2005年版,第412、413页。

财(goods),需端视对于该物有无排他的支配关系(所有或占有),然而在这些新形态的财产概念之下,是否需要有别于古典的财产保护架构,赋予新的要件加以保护?若答案为肯定,则第三者(市场)与国家的政策意向将会扮演重要的角色。以资讯情报为例,两人之间的“小秘密”仅是无体物而非财产(上利益),必须要有第三者也肯认该秘密之价值,赋予其对价性之际,该秘密才会成为财产(例如营业秘密)。而国家则是拥有指定物为财(例如碳排放权)或不为财(如人体器官)的权力,借由特定的法规范形塑关于该等利益状态的秩序关系。^[1]

透过上述简要的分析可知,在产业革命带来高度经济活动之前,传统社会中对于财产的保障着重在对物品现实性的支配,而制度上则是注重经济交易惯习的维持(职业团体的利益保障)。因此财产犯的类型也较为单纯,集中在夺取(窃盗、强盗等)、毁损等类。而随着经济活动的复杂化,财产的概念也由对有形物事实上、现实上的支配发展到想象上、观念上的支配,这也意味着“对物支配”概念的规范化,例如不以时间、空间为绝对标准的对物支配形态也因此出现。此外,仿造(有形)财物的概念形象所衍生出来的(无形)财产也大量增加,举凡劳务、能量、权利(债权、物权、无体财产权等),乃至资讯(如营业秘密)等也都进一步加以“财产化”。此处所谓的财产化,并非指单纯“化体为财物”(财物化)而已,因为在对应到传统以对物支配为前提的犯罪要件中,可能会面临过度扩张文义解释范围而有违反罪刑法定原则之疑虑。因此除非像是我国台湾地区“刑法”第323条直接将电能、热能及其他能量拟制为“动产”,否则仍旧必须通过其他新形态的犯罪要件才能加以规制。

另一点需要厘清的是,与财产犯罪不同但有高度关联的“经济犯罪”领域。所谓经济犯罪,其包摄范围相当广泛,大至金融、证券交易市场、政府采购市场的保护,小至营业秘密、消费者保障,都可以算是经济犯罪的处理范畴。大抵而言,经济犯罪主要的关注重点在于既有经济体制或各种交易制度的确保。因此,前述有关新形态财物,如营业秘密、消费者利益、竞争利益等,既可以从个人的法益保护观点,亦即从“财产利益之保护”的观点构思,也可以从经济制度、交易制度的整体观点来加以理解。此际,财产犯罪与经济犯罪的射程范围相互交错^[2]。质言之,这种制度整体的“顺畅运作与秩序”往往成为一种特殊的利益,成为经济刑法的保护重点,不过也由于制度运作秩序过于抽象,立法技术上要不就是注重对“非常态行为”的打击,要不就是透过传统关于财物、财产上利益的中介(亦即“危险判断的中介项目”),以“财产损害”作为判断“对制度的攻击”的辅助工具,用以将经济刑法的犯罪构成要件明确化、具体化。当然,关于经济刑法的问题,尚涉及抽象危险犯、超个人法益犯罪类型的正当化基础,事关重大,无法于本文处理之。在此,我们需要留意的是,传统的财产(包括财物以及财产利益)在现今各种多样的犯罪类型脉络下,可能存有多多样化的解释面貌。

过去以来,讨论财产犯的保护法益问题,其实也就是在处理刑法与民法等其他法领域

[1] [日]吉田克己:《财产多样化》,《法律时报》2011年第83卷8号,第89、90页。

[2] 普通背信罪与特别背信罪是堪称最能说明这种交错关系的例子,详细讨论,参见吴志强:《经济刑法之背信罪与特别背信罪的再建构》,2014年。

间的关系^{〔1〕}。因此,当我们要探讨刑法所应保护的财产法益为何之际,也必须要注意刑法与财产法、刑法与经济法之间的关系。在财产法、经济法的内涵不断变动的情形下,势必会连带影响到刑法保护法益的构成以及犯罪构成要件的解释。那么向来学说上关于财产法益的诸种论争,是否果真能有助于我们厘清上述关系的新内涵呢?再者,“单一的财产法益概念”是否果真能适用于现行复杂而多样的财产犯罪类型呢?针对个别的构成要件结果,例如“取得他人之物(或动产)”“取得他人之财产”(台湾刑法典,下同,§ 339—3)“得财产上不法之利益”“取得重利(§ 344)”“致生损害于本人之财产或其他利益(§ 342)”“致生财产上损害(§ 355)”究竟应如何做出合乎保护法益目的的解释?以下,本文首先简要陈述:传统以来,德国学界与日本学界中的财产法益论述偏重在法律评价与法秩序冲突之解决以及经济价值的衡量,而目前较新的理论方向则是着重在重新强调财产与人之间的联结关系,以“自由支配财物”而非“财物价值本身”作为刑法保护的标的。笔者将依序检讨这些新旧说法的优缺点,最后提出本文见解。

向来的财产犯保护法益论

学说上关于财产犯罪的保护法益论,向来有两种讨论路径:一种是从最上位的财产概念分析具备哪些性质的财产才是刑法值得保护的标的,而第二种则是以夺取财物为要件的窃盗罪作为思考中心,探究保护标的应落在所有权(本权说)还是现实上持有状态(持有说)。前者在德国的讨论已具有悠久的历史,主要是为了处理不法原因给付以及诈欺罪财产损害要件的解释问题^{〔2〕};而后者则是在日本成为探讨财产犯罪保护法益论的主要关注重点^{〔3〕}。由于这些争议问题都已经具备相当程度的讨论,本文毋需多耗费篇幅进行无谓的整理与赘述,以下仅简单将“民事上权利与经济利益之间”以及“所有权与现实上持有状态之间”具有学说讨论重要性的见解摘要整理如下。

刑法上的财产理论

众所周知,关于刑法所保护的财产向来有从民事上权利思考的“法律财产说”、从物的经济价值作为衡量标准的“经济财产说”以及立基于经济财产说之下排除不合乎法秩序一致性考量的“法律经济财产说”三说之间的对立。

首先,就值得以刑法保护之财产性质而言,持“法律财产说”的观点认为,刑法所应保护

〔1〕 [日]林干人:《财产犯的保护法益》,东京大学出版会 1984 年版,第 6 页。

〔2〕 [日]林干人:《财产犯的保护法益》,东京大学出版会 1984 年版;林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 270、271 页。

〔3〕 [日]铃木享子:《财产犯的保护法益》,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 11、21 页;陈子平:《财产罪的保护法益》,《月旦法学教室》2010 年第 88 期,第 55、56 页;陈子平:《刑法各论(上)》,元照出版社 2015 年版,第 369、373 页。