



张明楷 编著

刑法的私塾

(之二) 下

每个周末，教授与研究生们汇聚一堂，共商学术
这个刑法的私塾，十多年来，人来人往，风雨不歇
这个私塾里讨论的一切，这个魅力无穷的刑法世界
今日首次呈现



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法的私塾

(第二卷)

张明楷 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的私塾. 之二. 全 2 册/张明楷编著. —北京:北京大学出版社, 2017. 11

ISBN 978 - 7 - 301 - 28893 - 1

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法—案例—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 256440 号

书 名 刑法的私塾(之二)(上、下)

XINGFA DE SISHU

著作责任者 张明楷 编著

责任编辑 白丽丽

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 28893 - 1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62752027

印 刷 者 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880 毫米 × 1230 毫米 A5 30.375 印张 672 千字

2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

定 价 98.00 元(上、下)

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

上册

第一堂
构成要件
001

第二堂
违法性
079

第三堂
有责性
125

目 录

第四堂
故意犯罪形态
159

第五堂
共犯
175

第七堂
刑罚论
239

第六堂
罪数
221

第十三堂
贪污贿赂罪
891

第十二堂
妨害社会管理秩序罪
791

第十一堂
侵犯财产罪
481

下册

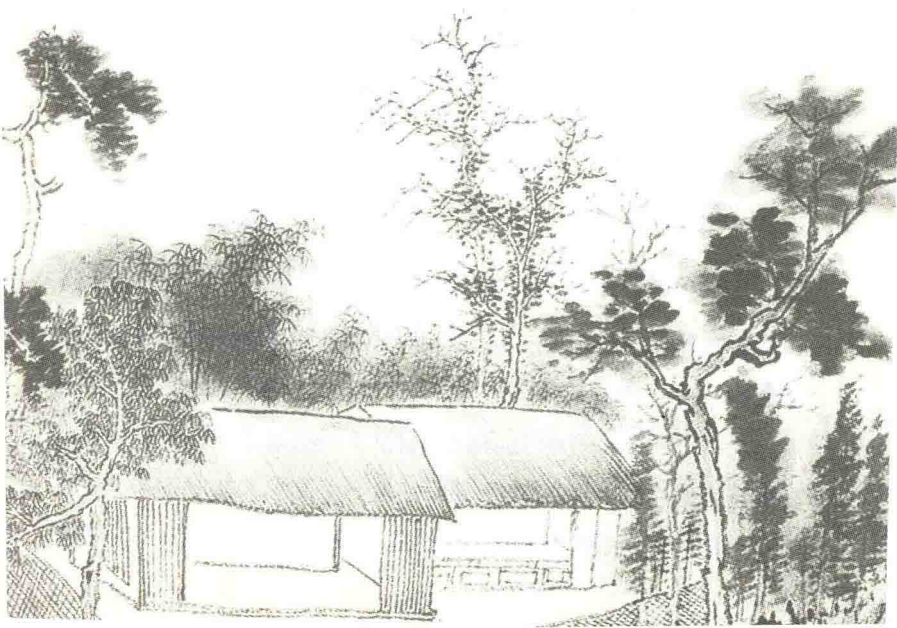
第十堂
侵犯公民人身权利、
民主权利罪
385

第九堂
破坏社会主义经济秩序罪
319

第八堂
危害公共安全罪
277

第十一堂

侵犯财产罪



财产犯罪的保护法益

案例一

被告人 A 嫖娼后，声称忘了带钱，拒不向被害人 B（卖淫女）支付嫖资。B 要求 A 将手机质押给自己，交付嫖资后再将手机还给 A，于是，A 就将手机交给 B。两人一起离开宾馆后，A 拿出随身携带的折叠刀将 B 刺伤后（轻微伤），把手机拿走。

张明楷：这个案件的处理主要涉及财产犯罪的保护法益。

学生：老师，本权说中的“本权”是指什么？

张明楷：本权指所有权以及其他合法的财产权利，包括合法占有的权利，旨在将非法占有排除在外。按照“占有说”的观点，民法上的非法占有等权益也可能在刑法上受到保护。例如，乙盗窃来的财物，甲不能再去盗窃吧。在德国，如果甲盗窃了乙从丙那里窃取的财物，肯定成立盗窃罪吧。

学生：肯定成立盗窃罪，但是在德国，盗窃罪是对所有权的犯罪。在这种场合，德国刑法理论与判例认为，甲实际上侵犯了原所有权人即丙对财物的所有权。再如毒品，毒品的所有权是不能通过民事法律行为取得的，但是可以通过事实行为取得。我自己加工出来的毒品，所有权由我取得，这是民法承认的所有权。但是，这个毒品不论经过多少次买卖，所有权都是不可能转移的，因为是无效的民事法律行为，因此，如果在甲卖给丙、丙卖给乙、乙卖给丁后，该毒品被盗窃的，盗窃犯侵犯的仍然是甲的所有权，而不是后面那个买家的所有权。也就是说，虽然制造毒品本身是犯罪，但是毒品的所有权还是可以取得的，当然只能基于事实行为取得。普通的财产所有权也可以通过事实行为取得，比如我自己生产了一个桌子，我对桌子有所有权。但在转移方面，桌子以及其他财物与毒品是不一样的。如果我出卖了桌子，桌子的所有权就转移了，但是毒品的所有权是不能转移的。德国也有一些学者抨击所有权说，认为这种所有权说所保护的是一个虚的不能再虚的东西，没有什么实质意义，因为连毒品的所有权人自己都不知道自己的毒品后来转移到谁的手中、是否还存在，刑法却还在保护它。

张明楷：德国的这种观点与我们国家传统理论所说的盗窃毒品侵犯国家的所有权的观点，具有相似之处。我们国家的传统理论没有说是谁对毒品享有所有权，而是说毒品是国家应该没收的，所以国家享有所有权。如果从所有权说的角度来说，我觉得我们国家的传统理论的解释比德国的解释还好一点。但是，不管怎么说，采取所有权说是解释不通的。比如，在德国，既然认为

毒品不论经过多少次买卖，所有权都是不可能转移的，那就表明，他人对毒品的所有权是不可能受到侵害的。既然如此，刑法有必要保护毒品的所有权吗？更为重要的是，在乙窃取了丙的财物后，甲再盗窃乙所窃取的财物的，仍然是甲的行为侵害了丙的所有权，也是有疑问的。在这种情况下，丙的所有权已经被乙侵害了，即使甲再次侵害，也只是间接侵害，似乎类似于国外刑法规定的赃物罪，而不是直接侵害。所以，乙的侵害与甲的侵害存在明显的区别，用所有权来解释肯定存在问题。

学生：德国有些学者认为盗窃罪的保护法益是所有权，但也有一些学者认为盗窃罪的保护法益是所有权和占有，判例也承认占有是盗窃罪的保护法益。

张明楷：在甲盗窃了乙所窃取的丙的财物的场合，就直接说甲的行为侵害了乙对财物的占有就可以，没有必要绕一个大圈。例如，被害人的一件财物被盗之后不断地再被盗，按照德国的所有权说，被害人的所有权受到N次侵害，可以要求多少人赔偿多少次？比如，被害人的财物被A窃取之后，后又被B、C、D等人再次盗窃，被害人除了要求A赔偿之外，是不是还可以请求B、C、D赔偿？这在民法上能讲得通吗？

学生：在民法上，被害人只能请求A赔偿，不能请求B、C、D赔偿了。

张明楷：既然在民法上都不能要求B、C、D赔偿了，凭什么说他们侵害了被害人的财产所有权呢？我国《刑法》第64条规定，违法所得的一切财物应当予以追缴或者责令退赔。按照所有

权说，如果 A 窃取被害人财物之后，原物已经不存在了，A 就应该赔偿给被害人。如果事后查明 B 窃取了该财物，B 不会对 A 进行赔偿，因为 B 对该财物没有所有权，但是，司法机关也必须从 B 处追缴该财物，追缴后应当返还给被害人。于是，被害人可以得到多重赔偿和返还。由此可见，所有权说在我国司法实践中的运用还是有障碍的。

学生：德国的追缴制度和我国的还不太一样，在我国运用所有权说存在很大问题。

张明楷：但是我们国家的通说还是所有权说。

学生：日本有一种观点认为财产犯罪的保护法益是平稳的占有，什么叫平稳的占有？老师您刚说的，盗窃犯对所盗财物的占有还是受到刑法保护的，但是这种占有相对于被害人来说，是否还受到刑法保护？

张明楷：平稳占有，是指大体上具有合法外观的占有。按照平稳占有说的话，如果盗窃犯已经长时间占有了所盗财物后，也不允许被害人采用盗窃的方式取回财物。在这个问题上所考虑的是财产权利的保护与法秩序之间的协调关系。如果说权利人可以为所欲为，民法也没有存在的必要了。所以，平稳占有说认为，如果盗窃犯的占有已经很平稳的，被害人就只能通过法律手段解决。可以这样认为，如果被害人取回财物的行为不符合正当防卫、自救行为等违法阻却事由的条件时，平稳占有说就会主张被害人窃回财物的行为仍然构成盗窃罪。

学生：可是，被害人是具有取回自己财物的权利的。

张明楷：当然，被害人有权取回自己被盗窃财物的权利，问题是被害人有没有盗回自己财物的权利。我感觉，平稳占有说在财产权利的保护与法秩序之间，略微重视法秩序，当然这个秩序也是财产秩序，而不是抽象的社会秩序。我的理解不一定准确。

学生：平稳占有说在日本处于什么地位？

张明楷：有的书介绍说，平稳占有说是多数说；不过，即使是持平稳占有说的人，也可能对平稳占有作出了不同的判断。不少人还是认为，如果被害人取回财物的，即使采取了盗窃的方式，也不构成盗窃罪。比如，甲盗窃了乙的财物后，乙窃回该财物的，不构成盗窃罪。但是，如果第三者丙盗窃该财物的，则成立盗窃罪。

学生：为什么盗窃主体不同，法益就改变了呢？

张明楷：不能说法益改变了，是说盗窃主体不同，行为是否侵害了法益的结论就不同了。这里有两个方面的考虑：其一，乙是享有本权的，可以与甲的占有对抗。而且，刑法原本就要保护乙的财产，在此问题上，乙处于更为优越的地位。通过法益衡量，就可以得出乙的行为不构成盗窃罪的结论。所以，许多学者不赞成平稳占有说。其二，为什么第三者丙盗窃了甲窃取的财物之后，要认定为盗窃罪呢？一方面，丙原本就不享有任何财产权利，相对于甲而言，并不处于更为优越的地位。另一方面，甲在盗窃了乙的财物之后，就同时产生了将财物返还给乙的义务。如果丙盗窃了甲所盗窃的财物，就导致甲不能将财物返还给乙。所以，甲的非法占有相对于无关的第三者而言，仍然是值得刑法保

护的利益。

学生：在上例中，如果乙盗回自己的财物后，又向甲索赔的，应当怎么处理呢？

张明楷：当然构成诈骗罪，而不是前面的行为构成盗窃罪。

学生：乙侵入甲的住宅盗回财物的，如果不成立盗窃罪，是否成立侵入住宅罪呢？

张明楷：这就要看是不是符合紧急避险或者其他违法阻却事由的条件，还要看侵入住宅罪的保护法益是什么。

学生：如果这样说的话，被告人非法经营出租车业务，交警部门依法扣押其车辆后，被告人将车辆盗回来的，按照本权说就不构成盗窃吗？

张明楷：不是按照本权说就不构成盗窃罪，而是说按照德国的所有权说以及德国的刑法规定不构成盗窃罪，因为德国刑法对这种行为规定了另一个罪名。如果采取所有权说，也可能认为，被告人的这种行为在我国也不构成盗窃罪，而是构成非法处置查封、扣押、冻结的财产罪。但是，即使采取所有权说，由于我国《刑法》第91条第2款有特别规定，也完全可能认为，被告人的车辆此时“以公共财产论”，所以，在刑法上车辆的所有权属于交警部门，而不是属于被告人。这取决于你如何理解《刑法》第91条第2款的规定与民法相关规定的关系。我是主张认定被告人的行为构成盗窃罪的。按照本权说，由于交警部门依法扣押车辆，属于合法占有，所以被告人盗回车辆的行为仍然构成盗窃罪。德国有许多人主张盗窃罪的保护法益是所有权，一个重要原

因是德国刑法在盗窃、抢劫等传统的财产罪之外规定了一些保护占有的其他罪名，尽管如此，还是有不少学者主张盗窃罪的保护法益是占有。在我国刑法缺乏保护占有的罪名的情况下，如果采取所有权说而不是占有说，会导致出现大量处罚漏洞。

学生：我们国家《刑法》第91条第2款的规定，是否意味着司法机关扣押的财物都是公共财产，所有权就变成国家所有？

学生：扣押还不能涉及所有权吧。公安机关在办案的时候，有时候要扣押一些物证什么的，能说所有权就归国家了吗？比如行为人违章停车，汽车被拖走时，也是一种扣押，但不能说国家就有所有权了，因为去交了罚款还是能赎回来的。

张明楷：既然以公共财产论，在刑法上就不是私人所有的财产，《刑法》第91条第2款就是这么规定的。主要是你脑子里只有民法上的所有权概念，《刑法》第91条第2款的规定要求我们在定罪量刑时，将司法机关依法扣押的私人财物视为公共财产来处理。至于财产最后如何处理，当然还是根据民法的规定，该返还的就返还。这二者并不矛盾。

学生：本权说不保护非法的占有，但保护合法的占有，占有说则会保护非法的占有。

张明楷：我们前面的嫖客抢回质押的手机案，就涉及这个问题。

学生：按照所有权说，A抢回手机的行为肯定不成立抢劫罪。

张明楷：是的。一方面，在民法上，手机仍然归A所有；另

一方面,《刑法》第91条第2款的规定与这种情形也无关,不可能适用该款的规定。

学生:按照本权说,A的行为也难以成立抢劫罪吧?

张明楷:问题是,B占有A用于质押的手机是合法还是非法?如果是合法的,按照本权说,A的行为也成立抢劫罪;如果是非法的,按照本权说,A的行为就不成立抢劫罪了。

学生:按照占有说,A的行为就成立抢劫罪了吧?

学生:也不一定吧。

张明楷:如果说不是的话,问题出在哪里?

学生:因为A并不是一个第三者,而是所有权人,他是可以与A对抗的。

学生:这样的话,对被害人也太不公平了吧。嫖娼之后不给钱,质押手机后抢回来还不构成犯罪?

学生:卖淫是不合法,但是,如果A支付嫖资后又将嫖资抢回来的,难道不构成抢劫罪吗?

学生:这肯定构成犯罪,因为现金是谁占有谁所有。在A将嫖资支付给B后,现金就由B占有且所有。但是,手机这种特定物不一样。

学生:但是,A抢回的钱就是他给B的嫖资,一点变化都没有啊。

学生:不管怎么说,特定物与现金还是不一样对待的。

张明楷：这种不一样对待，看上去很有道理，实际上显得很不公平。我想问的是，在 A 与 B 均不合法的情况下，是否可以考虑谁处于更为劣势的地位呢？然后通过法益衡量，判断 A 的行为是否构成抢劫罪。因为我们通常说，黑吃黑也是犯罪，我们讨论的这个案件，也可以说是黑吃黑吧。

学生：相比之下，A 对自己的权利处于更为劣势的地位吧。

张明楷：如果 A 当初不给 B 钱，也不交付手机，A 当然不构成犯罪。但是，既然 A 将手机作为质押物交给了 B，B 的占有大体上就有了一定的理由，那么，A 抢回手机有没有理由呢？

学生：有啊，因为手机是他的。

张明楷：如果你们都同意这个说法，对 A 就不可能认定为抢劫罪了。但是，如果采取没有任何限定的占有说，A 的行为还是成立抢劫罪的。甚至采取平稳占有说，也可能认为 A 的行为成立抢劫罪，因为 B 的占有在外观上还是合法的。

学生：如果对 A 的行为不定抢劫罪，与我的法感情有点抵触。

张明楷：但是，如果定抢劫罪的话，是否意味着刑法必须保护由非法交易产生的债权债务关系？这也不合适。而且，我们前面说，第三者丙窃取甲所盗窃的乙的财物时，之所以要保护甲的非法占有，是因为甲有义务将财物返还给乙，在此意义上说，也是为了更好地保护乙的财物。所以，在 A 抢回手机的案件中，A 不是第三者而是所有权人，B 甚至有义务将手机返还给 A。既然是这样，就难以认定 A 的行为构成抢劫罪。

学生：A 没有造成轻伤，也不能认定为故意伤害罪。

张明楷：这也是一个问题。如果造成了轻伤，认定 A 构成故意伤害罪，大家对处理结局会比较满意，如果没有造成轻伤就不好办了。我国关于故意伤害罪的司法惯例，经常导致被告人要么无罪要么重罪。另外一个原因是，我国刑法没有规定暴行罪。没有规定暴行罪，又对伤害程度要求太高，必然导致要么无罪要么重罪的局面，因而必然导致处罚漏洞。在其他国家，不仅有暴行罪，而且对伤害罪中的伤害程度要求并不高。按理说，在刑法没有规定暴行罪的情况下，就应当对伤害程度要求低一点，可是，我们对伤害程度的要求太高。所以，明显不合适。其实，从《刑法》第 234 条第 1 款的文字表述来看，故意造成任何伤害的，都能构成故意伤害罪，现在的局面主要是司法习惯造成的。

学生：最近看到一个案例：甲工人在建筑工地负责塔吊的管理维护，塔吊是别人的，施工完了之后塔吊仍然在建筑工地。甲是临时工，完工后就被解聘了。甲就欺骗他人说，这个塔吊是我的，原本价值 14 万元，可以便宜卖给你。甲就以 6 万元的价格将塔吊卖给他人。工地上的其他人也不清楚塔吊是谁的，看着买方把塔吊搬走了。老师。您觉得这个案子怎么定？

张明楷：这显然是盗窃和诈骗的竞合。诈骗罪的被害人是购买者，诈骗数额只能定 6 万元；盗窃罪的被害人是塔吊的所有者，盗窃数额应当是 14 万元。

学生：甲负责塔吊的管理维护，已经占有了塔吊，还能构成盗窃吗？

张明楷：甲不可能占有塔吊，他充其量只是占有的辅助者。

学生：有律师说这是无权处分，所以不构成犯罪。

张明楷：我也听到有的民法学者这么说过。比如，之前我们讨论过的案件：被告人谎称被害人屋前屋后的树是自己的，然后卖给第三者。有位民法学者说，这不就是无权处分嘛，把卖的钱给被害人就可以了。我就问，杀人不也是侵权行为嘛，赔钱就可以了吗？所以，不能直接以某种行为属于民法上的无权处分、不当得利、侵权行为等，就否认犯罪的成立。你们不要讨论什么刑事诈骗和民事欺诈的区别、合同诈骗和合同纠纷的区别这样一些假问题；需要讨论的只是案件中的行为是否符合构成要件、是否具有违法阻却事由以及是否具有责任。

案例二

有一种用于建房的大型机械设备，600万元一台，一般采取分期付款的方式购买。甲公司生产、销售这种机械设备，乙公司分期付款购买，分12期付清，每期付50万元。后来乙公司资金链断了，拖欠了两期，甲公司多次催告乙公司付款，但乙公司不予理会。在还款催告不理的两个月后，甲公司的副总经理找到丙付债公司签订了一份合同，内容是：甲公司向丙公司支付3万元，丙公司在法律许可的范围内采取及时有效的手段把这台机械设备从乙公司追回来。丙公司派了6个人到乙公司的工地，工地上只有一位老人在看守，丙公司的人将老人骗到守夜小房屋后，