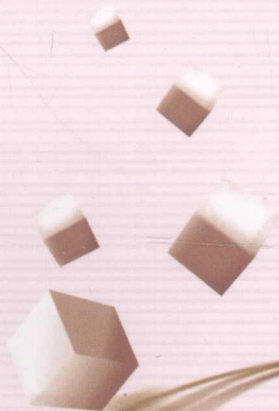


侵犯财产罪专题研究

王飞跃 著



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

侵犯财产罪专题研究

王飞跃 著

中南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵犯财产罪专题研究/王飞跃著. —长沙:中南大学出版社,2010.8

ISBN 978-7-5487-0095-1

I. 侵... II. 王... III. 侵犯财产罪—研究—中国
IV. D924.354

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第168646号

侵犯财产罪专题研究

王飞跃 著

责任编辑 彭达升

责任印制 文桂武

出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-88876770

传真:0731-88710482

印 装 长沙市华中印刷厂

开 本 880 × 1230 1/32 印张 7 字数 170 千字

版 次 2010年8月第1版 2010年8月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5487-0095-1

定 价 28.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

前 言

侵犯财产罪是刑法学理论中非常重要的问题。首先，财产权是公民权利体系中最根本的权利之一，在人类社会发展的历史进程中，财产对于公民的重要意义已经由作为维系生命、健康的基础，演变为地位、身份的象征，不少人也因此将其作为终身追求的目标，在“美国梦”中财富就是与权力、名望等并列的重要内容之一。自从财产的本质演变为人与人之间的关系之后，拥有财富意味着控制资源、控制他人乃至控制社会。因而保护财产权成为刑法不可动摇的任务之一。刑法打击侵犯财产罪以保护财产权，不仅要保护公民既有的合法的财产，也要保障财产的交易秩序及分配制度，更要维护基于财产而发生的人与人之间的关系以及整个社会关系。其次，侵犯财产罪是司法实践中常见多发的最主要的犯罪类型之一。刑法关于侵犯财产罪的规定、刑法学界关于侵犯财产罪的研究成果不仅关系到司法实践中侵犯财产犯罪的法律能否准确适用，更关乎公民的公平、正义观念，如贪污罪、职务侵占罪以及盗窃罪起刑点以及法定刑的差别。这就引起了人们关于刑法对不同性质财产保护力度问题的讨论，并引发了人们关于公平、正义问题的探讨。最后，侵犯财产罪的理论研究在整个刑法学理论中具有很宽的覆盖面和很强的辐射性。除了侵犯财产罪以外，刑法中与财产有关的罪名很多，侵犯财产罪中的不少理论可以直接运用到这些犯罪的查处之中，如关于非法占有目的的理解直接影响到贪污受贿罪的认定；刑法学界不少理论问题的研究就是始于对于侵犯财产罪具体问题的关注，如关于非法占有

笔者对本书所涉几个问题研究的时间跨度很大。1999年开始关注抢劫罪,并在《河北法学》2000年第2期发表了《抢劫罪若干问题研究》一文;其后逐渐关注诈骗罪、抢夺罪、非法占有目的以及刑法中的财产等问题,并先后在《黑龙江省政法管理干部学院学报》2004年第4期发表了《“被害人自愿”与诈骗罪认定》一文(此文被收录于张志勇等人主编、中国人民公安大学出版社2007年出版的《诈骗罪专题整理》一书)、在《中国刑事法杂志》2006年第4期发表了《抢夺罪客观要件论》一文(与李平合作)。由于其中不少问题难度很大,加之俗务缠身,对于侵犯财产罪的研究不得不一度中断。2009年笔者受国家留学基金委资助,以博士后身份到美国华盛顿大学法学院访学一年,这一期间才得以继续开始对其中部分问题进行探讨。本书中有关凶器、犯罪工具以及非法占有目的三个专题的资料收集及分析均始于这一期间。

记得曾有哲人说过:任何美好总是残缺的。如果读者认同本书价值的话,笔者也不得不发出如此感慨。笔者原来打算至少待对于“刑法中的财产”、“占有”、“取得罪的区分依据”等问题有较为成熟的观点时,才出版此书。如果这样,本书成书时间还得推后若干年。权衡再三,笔者还是决定先让部分成果接受大家的批判,以检验笔者的研究思路是否正确、研究方法是否得当。

尽管研究时间颇长,此书仍有仓促之感,并且囿于笔者的功力,错误纰漏在所难免,恳请方家不吝赐教。

目的的讨论可以上升到对于目的犯的研究、对于直接故意与间接故意的研究。

侵犯财产罪是刑法学理论中十分复杂的问题。首先，随着社会的发展，财产在存在方式上呈现出丰富性，古老的财产形式依然存在，现代社会生活中财产权又发展为多样的存在方式，并且现代技术还催生了新的财产类型，如网络虚拟财产。此外，社会生活中财产性利益的重要作用日益显现。因而侵犯财产罪的理论研究必须追随社会发展的新形势，不时进行适当的调整、完善。其次，侵犯财产罪的行为也日新月异而体现了变异性，许多新的侵犯财产权的行为方式不时冲击甚至动摇着刑法学界关于侵犯财产罪的既有观点，因而刑法学界也不得不审视以往理论主张的合理性、科学性。最后，社会的发展导致不少原来依附于财产权的权益逐步独立，使得刑法学理论研究面临崭新的课题。如盗伐林木所涉及的环境问题逐步脱离财产权而成为另一重要法益。

刑法学理论非常重视侵犯财产罪的研究，有关侵犯财产罪一般问题及个罪具体问题的成果汗牛充栋。但关于侵犯财产罪研究的繁荣景象并不代表重要问题的根本解决以及重大理论的全面突破，低层次重复研究在当下并不鲜见。侵犯财产罪中大大小小的问题很多，本书无意将其全部囊括，而仅仅试图探讨其中个别的较为重要的问题，将其作为专题进行全面深入地探讨。如前所述，由于侵犯财产罪中的许多问题具有很宽的覆盖面和很强的辐射性，因而探讨其中问题的时候不可避免地涉及其他类型的犯罪，如非法占有目的问题；与此同时，刑法学中某些一般问题的意义在侵犯财产罪中表现得较为突出，也纳入本书中进行讨论，如没收犯罪工具的问题、凶器的理解与认定的问题。在对侵犯财产罪进行专题讨论时专门讨论犯罪工具、凶器，并不意味着其他类型的犯罪无需讨论这些问题，也并不意味着笔者狭隘地将这些问题的研究意义限制在侵犯财产罪范围内。

目 录

专题一 论非法占有目的	(1)
第一节 非法占有目的的含义若干主张之评析	(1)
一、“排除意思”与“利用意思”的选择并非正确界定 非法占有目的的必由之路	(3)
二、对于设立非法占有目的缘由的若干错误认识	(8)
第二节 非法占有目的新解	(10)
一、物权与债权受到侵害的区别和共同点	(11)
二、取得罪非法占有目的的评价角度与评价 根据	(18)
第三节 非法占有目的与故意类型	(24)
专题二 犯罪数量计量研究	(31)
第一节 计量原则	(31)
一、现实侵害原则	(31)
二、效率原则	(62)
第二节 计量规则	(67)
一、择重规则	(68)
二、扣除规则	(68)
三、折抵规则	(74)
四、有利被告规则	(77)

第三节 若干情形下数值的计量	(78)
一、重复盗窃同一财物的计量	(78)
二、侵害同一人身的计量	(81)
三、共同犯罪数值的计量	(83)
专题三 论凶器	(91)
第一节 关于凶器的观点述评	(92)
第二节 凶器的本质	(98)
一、凶器的立法目的	(98)
二、凶器的特征	(100)
第三节 我国有关凶器的立法完善	(105)
专题四 抢劫罪若干问题探析	(108)
第一节 抢劫罪的概念与构成	(108)
一、客体	(109)
二、客观方面	(110)
三、主体及主观方面	(113)
第二节 转化型抢劫	(113)
第三节 携带凶器抢夺	(116)
第四节 抢劫罪的加重情形	(119)
一、入户抢劫	(119)
二、在公共交通工具上抢劫	(120)
三、抢劫银行或者其他金融机构	(122)
四、多次抢劫或者抢劫数额巨大	(122)
五、抢劫致人重伤、死亡	(125)
六、冒充军警人员抢劫	(125)
七、持枪抢劫	(126)

八、抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资	(126)
第五节 抢劫罪的既遂与未遂	(127)
专题五 抢夺罪客观要件论	(130)
第一节 我国刑法学界关于抢夺罪客观要件的观点 述评	(130)
第二节 “公然”	(135)
第三节 利用或者致使被害人不及抗拒而取得财物	(144)
一、不及抗拒	(145)
二、致使被害人不及抗拒	(148)
专题六 “被害人自愿”与诈骗罪的认定	(152)
第一节 “被害人自愿”中的认识因素	(153)
一、认识能力	(153)
二、认识可能	(154)
三、错误认识产生的途径	(154)
四、错误认识的内容	(158)
第二节 “被害人自愿”中的意志因素	(161)
一、处分财产的自由意志	(161)
二、处分财产的目的	(162)
三、特定目的与处分财产所涉财产权能的直接 单一联系	(162)
第三节 “被害人自愿”的排除	(163)
一、从认识因素排除“被害人自愿”	(163)
二、从意志因素排除“被害人自愿”	(164)

专题七 犯罪工具没收研究	(167)
引 言	(167)
第一节 没收的范围：犯罪工具的判断依据	(170)
一、犯罪工具认定规范化的比较	(170)
二、促进理论	(172)
三、关联理论	(176)
第二节 没收的程度：没收严厉程度与罪行危害 程度的均衡	(180)
一、美国联邦关于没收程度的理论与实践	(181)
二、适度判断的原则与方法	(188)
第三节 没收的例外：律师费豁免权的正当性	(191)
一、关于律师费豁免权的争论	(191)
二、律师费豁免权及其限制	(195)
余 论	(198)
主要参考文献	(199)
后 记	(209)

专题一 论非法占有目的

非法占有目的关乎侵犯财产犯罪中罪与非罪、此罪与彼罪的认定，因而是侵犯财产犯罪中一个极为重要的问题。对于非法占有目的，理论界与司法实务界在非法占有目的是否必要、非法占有目的的含义、非法占有目的的存在范围、非法占有目的的产生时间等多个方面存在认识分歧。对于非法占有目的是否为取得型侵犯财产犯罪的必要要件，国内外都有不同看法。我国刑法学界对此问题主要有必要说和不要说两种观点^①。必要说为我国刑法学界的主流观点，司法部门亦采纳此说，笔者赞同必要说，我国已有不少学者就非法占有目的之于取得罪的理由进行了充分的论证^②，此处不作讨论。以下就其他几个问题进行分析。

第一节 非法占有目的的含义若干主张之评析

对于非法占有目的的含义，国内外刑法学界都有认识分歧。大陆法系国家的刑法理论中有“排除权利者的意思说”、“利用处分的意思说”以及“折衷说”等不同观点^③，英国普通法则要求盗

^① 参见刘明祥：《刑法中的非法占有目的》，载《法学研究》2000年第2期，第51页。

^② 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第69～72页。

^③ 参见刘明祥：《刑法中的非法占有目的》，载《法学研究》2000年第2期，第45页。

窃、诈骗等取得罪必须具备“永久性剥夺他人财产的意图”这一要件^①。我国刑法学界存在“意图占有说”、“非法获利说”、“不法所有说”等认识的差别^②。

尽管国内外关于非法占有目的的含义的具体主张的名目各异,其具体内容也各有侧重,但还是可以做大致的归类:我国的“意图占有说”与大陆法系的“排除权利者的意思说”以及英国普通法的“永久性剥夺他人财产的意图”大致相同,因为“排除权利者的意思说”认为非法占有目的是指行为人排除权利者行使所有权的内容,行为人自己作为财物的所有者而行动,“永久性剥夺他人财产的意图”类似于转移公私财产归行为人^③,这些均与我国刑法学界关于“意图占有说”主张的非法占有目的就是指行为人将明知非己之财物意图转归自己或第三人占有的观点基本相同,也与“不法所有说”主张的“排除意思”即将他人财物作为自己的所有物的观点类似^④;大陆法系的“折中说”认为非法占有目的是指行为人排除权利者对财物的占有,把他人之物作为自己之物并按照经济的用法利用或处分与我国刑法学界的“不法所有说”主张的非法占有目的应当是排除意思(将他人财物作为自己的所有物)与利用意思(遵从财物的经济用途对之予以利用或者

① 参见张明楷:《论财产罪的非法占有目的》,载《法商研究》2005年第5期,第74页。

② 参见刘明祥:《刑法中的非法占有目的》,载《法学研究》2000年第2期,第45~51页。下文中各种观点的具体内容均可参见该文。

③ 参见张明楷:《论财产罪的非法占有目的》,载《法商研究》2005年第5期,第74页。

④ 不过,我国刑法学界赞同非法占有目的就是“不法所有目的”的学者,对于“不法所有目的”能否涵括非法占有目的的所有内容还存在认识分歧。有学者认为,非法占有目的原则上是指不法所有的目的,在法律有特别规定的情况下也包括狭义的、暂时性的非法占有的目的。参见付立庆:《论金融诈骗罪的非法占有目的》,载《法学杂志》2008年第4期,第12页。

进行处分)的统一体的观点基本一致^①；“利用处分的意思说”认为非法占有目的是指按财物经济的用法利用、处分的意思，与我国刑法学界中“不法所有说”中的“利用意思”即遵从财物的经济用途对之予以利用或者进行处分的主张差不多；“非法获利说”认为非法占有目的就是指行为人以获取非法利益为目的，也与“不法所有说”中“利用意思”的含义大致相同。简言之，国内外关于非法占有目的的含义的理解分歧，可以归结为对于“排除意思”与“利用意思”的不同选择——有的同时选择“排除意思”与“利用意思”，有的仅选择“排除意思”，有的仅选择“利用意思”。

一、“排除意思”与“利用意思”的选择并非正确界定非法占有目的的必由之路

由于国内外关于非法占有目的的含义的理解分歧可以归结为对于“排除意思”与“利用意思”的不同选择，因而首先要讨论的，应当是“排除意思”与“利用意思”的选择是否为正确界定非法占有目的的必由之路的问题。

(一)“排除意思”与“利用意思”没有准确涵括侵犯财产罪保护的法益的所有内容

对于侵犯财产罪所保护的法益，随着社会的发展，有一个变化的过程。在日本，刑法理论中关于侵犯财产罪保护的法益就从所有权及借贷权、质押权、留置权等“本权说”演变为主张体现维护财产秩序的“占有说”，也即主张侵犯财产罪不在于侵犯了本权，而在于对他人持有的财物的侵害。因而“财产犯罪保护法益的争议，源于对财产犯罪的处罚根据是对财产权的侵害(本权说)

^① 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第76页。

还是对财产秩序的侵害(占有说)这两种见解上的对立”^①。由于主张财产犯罪保护的法益为所有权及其他本权的观点已经不能适应现在的形势^②,不利于对财产权利的保护,本权说的影响力日渐消退。

不可否认,不论是“排除意思”还是“利用意思”,均是以物权特别是其中的所有权为基础而构建起来的。

首先,“排除意思”是以所有权为基础的,这从“排除权利者的意思说”认为非法占有目的是指行为人排除权利者行使所有权的内容并使其自己作为财物的所有者而行动,以及“意图占有说”主张的非法占有目的就是指行为人将明知非己之财物意图转归自己或第三人占有等观点当中可以推导出来。占有制度是民法中最为艰涩的^③,因而存在诸多争议,因为占有在民法中有三种含义:第一是所有权中的占有权能;第二是非所有人占有,也即其中的占有权能从所有权能中分离出来而属于非所有人;第三是独立的占有权,如我国《物权法》是将占有作为独立于所有权、他物权及债权的一种独立的权利来看待的^④。但民法学界基本赞同占有在法律上是解决对物事实上控制与支配的制度^⑤,也即占有是与以所有权为代表的物权紧密联系的。我国刑法学界大多认为,取得罪中除侵占罪外,盗窃、诈骗、抢劫等罪在本质上都表现为两个

① 参见黎宏:《论财产犯罪的保护法益》,载《人民检察》2008年第23期,第25、26页。

② 参见陈洪兵:《财产罪法益上的所有权说批判》,载《金陵法律评论》2008年春季卷,第137页。

③ 参见张双根:《占有的基本问题》,载《中外法学》2006年第1期,第114页。

④ 参见王明锁:《论所有权占有权能与他物权控占权二元制法律体系的构建》,载《法律科学》2009年第6期,第113页。

⑤ 参见彭诚信:《占有的重新定性及其实际应用》,载《法律科学》2009年第2期,第92页。

行为过程：破坏他人对财物的占有关系以及建立新的财物占有关系^①。或者说“盗窃、抢夺、抢劫、诈骗、敲诈勒索是转移财产占有关系的犯罪，侵占罪是不转移占有的犯罪，在这些直接领得型犯罪中，都涉及财产占有概念问题”^②。也即我国刑法学界也大多在所有权的范围内讨论财产罪的“占有”或者“非法占有目的”。而实际上，我国刑法学界几乎均赞同侵犯财产权不仅包括对于所有权等物权的侵害，也包括对于债权的侵害。由于在大陆法系国家，物权与债权为财产权的两大支柱^③。因而之于物权适当的“非法占有目的”的界定与解释，未必能够适用于债权。

其次，“利用意思”也是以“本权说”为基础的，因为与“利用意思”主张的遵从财物的经济用途对之予以利用或者进行处分的观点类似的几种观点，如“利用处分的意思说”认为非法占有目的是指按财物经济的用法利用、处分的意思，“非法获利说”认为非法占有目的就是指行为人以获取非法利益为目的，均只有在“本权说”的框架内才能发挥区分财产犯罪中罪与非罪以及此罪与彼罪的功能。比方说盗窃他人商业秘密并使用的行为，是由侵犯商业秘密罪予以调整的，但盗窃的他人商业秘密明显属于按照财物的经济用途予以利用。^④可见，如果超出了“本权说”的范围，“利用意思”所具有的解释侵犯财产罪保护法益的能力大打折扣。

因此，一方面，“排除意思”在解释财产犯罪保护的法益方面力不从心，因为一些新型的侵犯财产权利的行为类型也被纳入侵

① 参见沈志民：《论刑法上的占有及其认定》，载《当代法学》2010年第3期，第33页。

② 参见周光权、李志强：《刑法上的财产占有概念》，载《法律科学》2003年第2期，第39页。

③ 参见林旭霞：《虚拟财产权性质论》，载《中国法学》2009年第1期，第90页。

④ 当然，这里可能存在关于商业秘密是否属于财物的争论，广义上将商业秘密当作财物的一种，应该不会有太多的争议。

犯财产犯罪的范围，如最高人民法院《关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第2款规定：“使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照诈骗罪的规定定罪处罚。”这一行为类型运用“排除意思”及类似观点主张的排除权利人的“占有”是无法解释清楚的。张明楷教授将“排除意思”解释为“达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思，或者说，排除意思是引起可罚的法益侵害（妨害利用）的意思”^①。这一主张似乎可以解释前述使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌骗免各种规费的行为应当定性为诈骗罪的原因之所在，因为前述的骗免规费的行为虽然与“占有”这一典型的“本权说”内容无关，不过确实妨害了他人利用财物。但这一主张却又过于宽泛，因为侵犯商业秘密罪中的盗窃商业秘密并使用的行为也可以说是达到了妨害他人利用财产的可罚程度，却并不能按照侵犯财产罪予以惩治，说明了这一解释将“排除意思”的含义进行了过度的扩张，此其一；其二，“妨害利用财物”存在导致侵犯财产罪内部各种类型具体犯罪相互混淆的风险。侵犯财产罪中的挪用资金罪与职务侵占罪的重大区别之一就在于挪用资金罪没有非法占有目的，而职务侵占罪具有非法占有目的，如果按照张教授的将非法占有目的中的“排除意思”解释为妨害了对财产的利用，则两种犯罪将无法区分，因为不论是挪用资金还是职务侵占，显然都妨害了对财物的利用。另一方面，将“利用意思”作为非法占有目的的内容之一，又不能避免无法区分侵犯财产罪与其他犯罪的尴尬，因为“利用意思”无意中将不属于侵犯财产罪的其他犯罪如侵犯商业秘密罪也纳入其范围。

^① 张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第76页。

总之，“排除意思”或“利用意思”针对的危害行为范围与侵犯财产罪容纳的危害行为范围存在不容忽视的差别。

（二）排除意思与利用意思很大程度上具有兼容性

既然国内外刑法理论关于非法占有目的存在不同学说，并且学界的分歧主要在于对“排除意思”和“利用意思”的不同选择，就应当讨论“排除意思”和“利用意思”之间的关系。如果二者是绝对的排斥关系的话，各种观点的主张才存在必然的对立；而如果二者所指的范围有一定程度的交叉重叠，那么选择其中的一个并不意味着对另一个的抛弃，并且在特定情形下，选择其中的一个就是对另一个的承认。如果真是这样，则学界各种理论的差别在某些情形下就仅为表述方式的差别。

学界关于“排除意思”的解释虽然不尽相同，但至少排除权利人对其财物的支配方面的见解是一致的^①；同样，虽然学界关于“利用意思”的理解各异，但均认为应当包含对财物的利用^②。因此，即便仅考虑“排除意思”与“利用意思”最狭窄的含义，也可以发现二者之间存在较大范围的交叉重叠：当对某一物的利用必然包含只有利用者排他性地占有、支配该物才可能实现的情形下，利用该物也就意味着排除其他人包括权利人占有，“利用意思”和“排除意思”也就并不对立了。如我要吃掉你的馒头，意味着我按照馒头的本来用途加以利用必然排除了你对馒头的占有。这道理其实很简单，因为仅主张“排除意思”的观点与仅主张“利用意思”的观点都得解释许多具有非法占有目的的侵犯财产罪，如果二者没有兼容性，那倒奇怪了，因为即使在今天仍有部分学

^① 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第75页。

^② 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第78-79页。