

刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAFENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

财产犯罪之间的界限 与竞合研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAFENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

财产犯罪之间的界限 与竞合研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

财产犯罪之间的界限与竞合研究 / 陈洪兵著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 1
ISBN 978-7-5620-5149-7

I. ①财… II. ①陈… 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(2013)第321240号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 21.5
字 数 390 千字
版 次 2014 年 1 月第 1 版
印 次 2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价 46.00 元

本书为 2013 年度教育部人文社会科学研究规划基金项目
“财产犯罪之间的界限与竞合研究”（项目批准号：13YJA820003）
暨“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一

Preface

前 言

财产损失判断,是我国刑法中众多罪名定罪量刑面临的问题,即使存在民法上的债权,也不可否认若存在经济上的财产损害,亦应计入犯罪数额;本权说与法律的财产说,占有说与经济的财产说,中间说与法律、经济的财产说,结论基本一致,能用经济的财产损害概念将其打通;刑法不同于民法的功能在于维护社会秩序、伸张正义以及一般预防,即便是不法原因给付,即使是行使权利,就算享有所有权,只要给对方造成了经济上的财产损害,就侵害了财产罪法益,值得作为财产罪处理,因而,占有说与经济的财产说值得肯定;运用经济的财产损害概念,能够对相关争议问题进行合理的说明。

德、日通说认为,财产犯中不法领得的意思(即非法占有目的)包括排除意思与利用意思,前者功能是区分盗窃罪与不可罚的使用盗窃,后者功能在于区分盗窃罪与毁弃罪。在德国,使用盗窃因不具有排除意思,原则上不可罚,而日本却得出使用盗窃原则上可罚的结论。我国关于财产犯罪的规定既定定性又定量,要求具有排除意思,使用盗窃原则上不可罚;强调利用意思具有合理性,因为利用意思既有区分机能,又能解释盗窃罪比毁弃罪法定刑重的原因;窃取他人财物后勒索财物或索要感谢费的,不具有利用意思,不成立盗窃罪。财产罪章以外的盗窃、抢夺等犯罪,可能包括毁弃、隐匿情形。

何谓“财物”,应采管理可能性说,具有一定客观价值或者主观价值的有形财产、无形财产以及财产性利益,均应纳入财产犯罪的保护范畴。成立财产性利益犯罪,不应严格要求“移转性”;经营权、继承权属于刑法保护的财产性利益,但逼问他人银行卡密码、处于随时可以取款的地位的,不属于获得财产性利益。以暴力、欺骗手段使他人负担债务的,债务履行后方成立犯罪既遂。网络虚拟财产属于物权,是一种无形财产,系财产犯罪的对象;即便认为侵犯网络虚拟财产的行为符合侵犯通信自由罪、破坏计算机信息系统罪的构成要件,也不可否认可

能同时符合盗窃罪等财产犯罪构成要件,应当作为想象竞合犯从一重罪处罚。信息是一种无形财产,非法获取他人商业秘密的,成立侵犯商业秘密罪与盗窃罪等财产犯罪的想象竞合犯,从一重罪处罚。

利用柜员机故障取款,是违反银行现金占有者的意志取得财物,成立盗窃罪;恶意透支成立针对财产性利益的三角诈骗;利用捡拾的银行卡取现、转账、刷卡消费的,成立盗窃罪或信用卡诈骗罪,但利用遗忘在柜员机中的银行卡取现、转账的,属于盗窃信用卡并使用,成立盗窃罪;事后参与使用盗窃的银行卡,在信用卡诈骗罪或者盗窃罪范围内成立共犯;抢劫银行卡未使用的,只有抢劫行为本身致人轻微伤或者轻伤以上,才成立抢劫罪,与事后使用行为构成的盗窃罪、信用卡诈骗罪数罪并罚;骗取信用卡并使用是否成立诈骗罪,取决于财产处分意思的内容,超出处分意思范围的,另外成立盗窃罪、信用卡诈骗罪。

现代社会中银行具有保险柜的实质机能,人们将现金放入家中保险箱与存入银行,几乎具有同样支配能力,存款人随时可以取现、转账,因而存款具有准物权的性质;合法存款人无论事实上还是法律上都占有着存款债权,对于存款现金与银行形成重叠占有;错误汇款的收款人占有着错汇的存款,但无权作为所有者进行利用处分,否则成立侵占罪;存款名义人并不当然占有着存款,通过挂失、补卡等方式取现、转账的,完全可能成立盗窃、诈骗罪;即便认为非法利用他人银行卡在柜员机上取款得到了银行的“同意”,也是违反原持卡人意志而非法改变、侵害存款债权的行为,当然成立盗窃罪;通过欺骗、恐吓手段让对方汇款,钱到账即成立犯罪既遂;贿赂款进入受贿者账号,或者受贿者收到银行卡,不管是否取现,均成立受贿罪既遂。

“抢劫致人重伤、死亡”中的死伤,应限于与抢劫行为具有密切关联性、按照社会一般观念通常伴随发生的死伤结果;抢劫故意杀人的,成立抢劫罪与故意杀人罪的想象竞合犯,通常应以故意杀人罪定罪处罚,尤其是抢劫故意杀人而未发生死亡结果时,应以故意杀人罪的未遂论处;抢劫致人重伤、死亡而未取得财物,以及具有重伤、杀人的故意而未发生重伤、死亡结果时,成立抢劫致人重伤、死亡的未遂,适用抢劫致人重伤、死亡的法定刑,同时适用刑法总则关于未遂犯处罚的规定;抢劫致人死亡而未取得财物的,成立抢劫致人死亡的未遂与故意伤害致死的想象竞合犯。只要抢劫共犯人对于死伤结果具有预见可能性,一般难逃抢劫致人重伤、死亡的刑责;根据因果共犯论,抢劫共犯仅对与自己的参与行为具有因果性的行为及其结果负责,不对参与之前的行为及其结果承担抢劫致人重伤、死亡的共犯责任。

事后抢劫的立法具有正当性；事后抢劫的前提罪名限于狭义的盗窃罪、诈骗罪与抢夺罪；事后抢劫的主体包括抢劫犯及盗窃、诈骗、抢夺罪的教唆、帮助犯；即便一开始就具有事后抢劫的意思，只要尚未着手实施暴力、胁迫行为，就不成立抢劫预备；事后抢劫暴力的对象限于已经发现或怀疑犯罪事实的人；“当场”，是指处于紧迫冲突状况下的盗窃现场以及盗窃现场的延伸场所；事后抢劫的既遂标准，应采用最终取财说，故财物最终被夺回的，成立事后抢劫的未遂。根据因果共犯论，未参与盗窃行为的人，不成立事后抢劫的共犯；盗窃行为只是为事后抢劫提供不法的要素，不是实行行为，事后抢劫的实行行为是暴力、胁迫，因而，只有暴力、胁迫行为发生在户内、公共交通工具上时，才能认定为“入户抢劫”与“在公共交通工具上抢劫”；盗窃行为本身致人死亡，不能认定为事后抢劫致人重伤、死亡。

刑法中的“户”，与宪法所保护的、作为非法侵入住宅罪对象的“住宅”具有一致性，故应在“住宅”意义上把握“户”的含义；相对于入户抢劫，入户盗窃中“户”的范围可适当放宽；未经允许或者采用欺骗手段违背居住者真实意思，非法进入他人住宅的，即为“入户”；开始侵入住宅即为入户盗窃的着手，但出于抢劫的目的开始侵入的，认定为抢劫预备为宜；无论入户盗窃还是入户抢劫，不管财物体积大小，均应以财物转移到户外为既遂。

多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃四种特殊盗窃的对象，可以是客观价值不大而主观价值较大的财物；特殊盗窃不是行为犯、举动犯、危险犯，而仍是结果犯，以取得财物为既遂；普通盗窃与特殊盗窃竞合及并存时，除非符合《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》第6条的适用条件，否则应在盗窃累计数额所对应的法定刑幅度内从重处罚，或者适用同种数罪并罚；除非盗窃作案工具本身具有相当的杀伤力，而且行为人具有用之对付被害人反抗的意思，否则不成其为“凶器”；职业性佩戴的器具，除非行为人盗窃前意识到带有凶器，否则不成其为“携带”；扒窃并非保护所谓的“贴身禁忌”，而是着眼空间上的公共场所与对象上的随身携带的财物。

区分盗窃与侵占，除考察占有归属外，还应进行违法性与有责性轻重的实质性考量：像汽车之类的大型财物，即便受雇司机单独驾车外出，或者车主醉酒后将汽车随意停放，甚至车门未关、钥匙未拔，车主也不丧失占有；遗忘时间较短、距离较近的财物，不属于遗忘物；误以为是遗忘物或抛弃物的，应分清系法律认识错误（法律评价错误），还是事实认识错误，前者不影响犯罪的成立。“梁丽拾金案”是将他人占有下的财物误认为抛弃物，属于事实认识错误，不构成盗

窃罪、侵占罪；应对封缄物的范围进行限定，不能认为凡是存在外包装的就是封缄物，取走内容物的都构成盗窃罪；应区分共用占有与共同所有，将单独保管下的共有物占为己有的，成立侵占罪。

诈骗罪可以由不作为构成；不作为诈骗是一种不真正不作为犯，作为义务的来源可以按照一般不真正不作为犯的作为义务来源进行确定；举动诈骗是作为形式的诈骗，不是不作为诈骗；不作为诈骗可能与作为诈骗发生竞合，能够认定为作为形式诈骗的，无需考虑是否不作为诈骗；已经发现对方多付现金而“欣然接受”的，行为人负有告知真相的义务，因而成立诈骗罪；接受之后发现多付事实的，仅成立侵占罪；关于无票乘车，只有在工作人员主动询问是否有人没有买票而乘客保持沉默时，才成立诈骗罪，否则属于利益盗窃。

诈骗罪不单单是保护被害人财产权，还保护诚实信用、公平交易的财产秩序；谎称替他人杀人而骗取杀人酬金，谎称提供性服务而骗取嫖宿费，谎称出售毒品、假币等违禁品而骗取他人预付款的，由于给对方造成了经济上的财产损失，根据经济的财产说和占有说，应肯定诈骗罪的成立；假装事后支付酬金而骗取他人提供杀人劳务的，由于杀人这种行为不是刑法保护的有偿劳务，不能成立诈骗罪；假装承诺事后支付费用而嫖娼的，虽然卖淫服务违反公序良俗，但事实上具有市场交换价值，值得刑法保护，因而成立诈骗罪；雇凶杀人后骗免不法债务的，不成立诈骗罪；嫖娼后产生不付钱的意思进而骗免嫖娼费的，成立诈骗罪；骗免赌债的，不成立诈骗罪。

虽然处分行为是区分盗窃与诈骗的关键性要素，但只需认识到财物外形上的占有转移即可，无需认识到占有转移的财物的具体种类，因而“处分意思不要说”相对合理；三角诈骗与盗窃罪间接正犯的根本区别在于，受骗者是否具有处分他人财产的权限和地位，而有无处分权限，应以阵营说为基础，结合社会的一般观念进行判断；盗窃罪与诈骗罪可能形成想象竞合，如盗卖他人财物，而且由于盗窃罪是夺取罪中的兜底性犯罪，其与诈骗罪之间还可能存在法条竞合，同时符合两罪构成要件时，应以盗窃罪定罪处罚；承认二罪之间存在竞合关系，有助于认识错误和共犯问题的处理。

遗忘物包括遗失物，但不宜扩大解释为脱离占有物；遗忘物、埋藏物以外的脱离占有物可以解释为“代为保管的他人财物”；职务侵占罪中“利用职务上的便利”的含义窄于贪污罪，行为方式不包括窃取、骗取，应限定于将基于业务上占有的财物占为己有，公司人员窃取、骗取本单位财物的，成立盗窃、诈骗罪；我国刑法第270条、第271条、第382条的规定，形成了法定刑依次加重的脱离

占有物侵占罪、委托物侵占罪、业务侵占罪、公务侵占罪的侵占罪罪群体系；受委托占有财物是违法身份，基于业务占有财物系责任身份，基于公务占有财物属于二重的责任身份；公司人员与国家工作人员共同将占有下的公司财物占为己有的，成立职务侵占罪共犯，国家工作人员单独适用贪污罪定罪量刑；非公司人员与公司业务人员共同将占有下的财物占为己有的，成立侵占罪共犯，对公司人员单独以职务侵占罪定罪量刑；国家工作人员教唆公司人员将其占有下的财物占为己有的，成立职务侵占罪共犯，均以职务侵占罪定罪量刑。

刑法则则有 6 个条文存在“利用职务上的便利”的表述、3 个条文规定有“利用职务便利”；对于非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪及背信损害上市公司利益罪而言，“利用职务便利”是指利用主管、经营公司事务的职权为自己或者他人牟利；对于受贿犯罪而言，“利用职务上的便利”旨在强调所索取、收受的贿赂与其职务之间的关联性，即体现权钱交易的本质；对于职务侵占罪与贪污罪中的侵吞而言，“利用职务上的便利”是指行为人事先基于业务占有或者基于职务控制、支配着单位财物；贪污罪的“窃取”，不是所谓的监守自盗（因其属于典型的侵吞），而是将共同占有或由其辅助占有下的财物变为自己所有；贪污罪中的“骗取”，是指利用自己在单位中的业务员、保险代理人等身份，通过欺骗主管人员，让其基于认识错误，做出将单位财物处分给行为人的决定；区别职务侵占罪与盗窃罪，关键在于行为人事先是否占有、控制、支配着该财物。

敲诈勒索罪法定刑之所以明显轻于抢劫罪，是因为当暴力、胁迫尚未达到压制他人反抗的程度，或者要求日后交付财物时，还有请求公力救济的机会，因此应当坚持抢劫罪的“两个当场”；只不过，“两个当场”仅为成立抢劫罪的必要条件而非充分条件，即暴力、胁迫不仅要当场实施，而且必须达到足以压制他人反抗的程度。敲诈勒索罪与抢劫罪构成要件间，并非对立关系，而系补充竞合关系，因而在暴力、胁迫是否达到足以压制他人反抗的程度难以判断时，根据“存疑时有利于被告人的原则”，应以敲诈勒索罪定罪处罚。冒充警察“抓赌”、“抓嫖”的案件，只要没有当场实施足以压制他人反抗的暴力、胁迫，原则上应以敲诈勒索罪论处。抢劫罪与强迫交易罪之间不是对立关系，对于“酒托案”原则上应以抢劫罪论处。对于收取保护费的案件，除非当场使用暴力或者暴力性威胁，原则上应以敲诈勒索罪定罪处罚。

毁弃罪的本质或者说毁坏的含义，不限于物理性的毁损，而是有损财物效用的一切行为，故一般应采用效用侵害说；由于各种毁弃罪的行为方式、对象、法益存在差异，有的毁弃罪应采用物理性毁损说，而多数毁弃罪宜坚持效用侵害

说。毁弃罪罪群中相关毁坏行为的含义具有相对性；破坏交通工具罪中的破坏包括盗窃行为，剪断正在使用的电线并拿走的，成立破坏电力设施罪与盗窃罪，且应数罪并罚；隐匿尸体属于盗窃尸体的行为，构成盗窃尸体罪。毁弃罪之间存在竞合关系时，应从一重处罚，如故意毁坏已被查封、扣押的财产，成立非法处置查封、扣押财产罪与故意毁坏财物罪，从一重处罚；故意延误投递邮件，成立故意延误投递邮件罪与故意毁坏财物罪，从一重处罚。毁弃罪与取得罪具有侵害物之效用和所有权的共同本质，二者之间存在竞合，是否具有非法占有目的难以查明时，成立故意毁坏财物罪。

关于事后行为的评价，日本有“不可罚”的事后行为论与“共罚”的事后行为论的分歧，德国存在构成要件论与竞合论的对立，殊途同归，都旨在说明事后行为是否具有构成要件该当性，意在解决前行为在存在实体性的刑罚阻却事由或者诉讼法上的障碍时，能否以事后行为单独起诉、处罚。除事后销赃等个别情形外，通常应肯定事后行为的构成要件该当性，与前行为作为包括的一罪进行评价，因此，共罚的事后行为论及竞合论具有相对的合理性。盗窃违禁品后持有、出售的，事后行为因期待可能性减弱，不宜数罪并罚，而应作为包括的一罪进行评价；意图盗窃后勒索财物的，不成立盗窃罪，而成立敲诈勒索罪或者故意毁坏财物罪。

财产犯罪之间虽有明晰的界限，亦存在广泛的竞合；盗窃罪与侵占罪的区别在于对象是否为他人占有下的财物，但二罪构成要件在侵占罪范围内存在重合；盗窃罪与诈骗罪的界限在于处分行为的有无，但二罪之间亦存在竞合；取得罪与毁弃罪的区别在于利用意思的有无，但由于财物利用可能性的侵害是财产犯可罚性的共同基础，故盗窃罪与故意毁坏财物罪之间也存在竞合；区分抢劫罪与敲诈勒索罪仍应坚持传统的“两个当场”；抢劫罪与盗窃罪、抢夺罪、敲诈勒索罪、聚众哄抢罪构成要件存在竞合关系；职务侵占罪客观行为只有狭义的侵占，不包括窃取与骗取；职务侵占罪与挪用资金罪构成要件间存在竞合关系，是否具有归还意图难以查明时，成立挪用资金罪；诈骗罪与敲诈勒索罪可以成立想象竞合。

Contents

目 录

前 言	1
第一章 财产犯的法益	1
一、理论概述	2
二、本权说与占有说的对垒	5
三、法律的财产说与经济的财产说的对抗	13
四、争议问题的处理	16
五、诈骗罪中的财产损害	26
六、总结	29
第二章 非法占有目的	31
一、理论梳理	32
二、排除意思的要否	36
三、利用意思的要否	41
四、侵占犯罪中非法占有目的	45
五、延伸的思考	47
第三章 财产犯罪的对象	49
一、何谓“财物”	50
二、财产性利益	53
三、网络虚拟财产	59
四、其他特殊对象	65
五、财产犯条文与相关条文的关系	69
第四章 滥用银行卡	72
一、行为定性上乱象丛生	73

二、滥用自己名义的银行卡	75
三、滥用他人名义的银行卡	81
第五章 存款的占有及错误汇款	87
一、难题的抛出	88
二、存款的占有归属	90
三、错误汇款的占有归属	93
四、相关事例分析	99
第六章 抢劫致人重伤、死亡	107
一、抢劫致人重伤、死亡的成立范围	109
二、抢劫故意杀人的定性	114
三、既未遂的认定	118
四、共犯的认定	121
第七章 事后抢劫	124
一、立法的正当性问题	126
二、“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的理解	128
三、“当场使用暴力或者以暴力相威胁”的解读	134
四、事后抢劫的既遂标准	141
五、事后抢劫的共犯	144
六、事后抢劫的加重犯	147
第八章 入户盗窃与入户抢劫	149
一、立法目的	151
二、“户”的界定	151
三、“入”户的认定	154
四、着手与既遂的认定	156
第九章 特殊盗窃行为类型	159
一、共性问题	160
二、多次盗窃	166
三、携带凶器盗窃	168
四、扒窃	170

第十章 盗窃与侵占	173
一、法定刑悬殊的原因	174
二、占有确定的实质性基准	177
三、认识错误的处理	183
四、特殊类型的占有	186
第十一章 不作为诈骗	192
一、驳斥不作为诈骗否定说	193
二、作为义务来源	194
三、与作为诈骗的区分	196
四、典型事例分析	197
第十二章 不法交易与诈骗罪	201
一、问题的提出	201
二、骗取不法财物型	203
三、骗取不法劳务型	206
四、骗免不法债务型	208
五、小结	209
第十三章 盗窃与诈骗	211
一、处分意思的要否	212
二、三角诈骗与盗窃罪间接正犯的区分	218
三、盗窃罪与诈骗罪能否竞合	221
第十四章 侵占类犯罪构成要件	225
一、“主体认识错误”	226
二、“对象认识错误”	228
三、曲解“拒不退还”与“拒不交出”	233
四、误读职务侵占罪行为方式	234
五、误解侵占罪罪群关系	237
第十五章 利用职务上的便利	239
一、含义的相对性	240
二、职务侵占罪与贪污罪中利用职务上的便利	243
三、类型化分析	247

第十六章 敲诈勒索罪与抢劫罪	254
一、财产犯之间关系概述	256
二、法定刑悬殊的原因	257
三、“两个当场”的坚持	258
四、暴力、胁迫程度的判断	264
第十七章 毁弃罪	267
一、毁弃罪的本质	268
二、毁弃罪的行为表现	271
三、毁弃相关行为的体系性解释	274
四、相关犯罪之间的竞合	275
第十八章 财产犯的事后行为	279
一、问题的抛出	280
二、不可罚还是共罚	281
三、是构成要件的解释还是竞合（罪数）论问题	284
四、共罚的事后行为类型化分析	285
第十九章 财产犯罪之间的关系	292
一、财产犯罪的分类	292
二、法定刑轻重差异的原因	294
三、财产犯罪之间的界限	297
四、财产犯罪之间的竞合	305
主要参考文献	312

第一章 财产犯的法益

【主要观点】

1. 本权说与法律的财产说，占有说与经济的财产说，中间说与法律、经济的财产说，结论基本一致，能用经济的财产损害概念将其打通；
2. 财产损失的判断，是我国刑法中众多罪名定罪量刑面临的问题，即使享有民事法上的债权，也不可否认若存在经济上的财产损害的，亦应计入犯罪数额；
3. 刑法不同于民法的功能在于维护社会秩序、伸张正义以及一般预防，即使是不法原因给付，即使是行使权利，就算享有所有权，只要给对方造成了经济上的财产损害，就侵害了财产犯法益，值得作为财产罪处理，因而，占有说与经济的财产说值得肯定；
4. 运用经济的财产损害概念，能够对相关争议问题进行合理的说明。

【主要法规链接】

《中华人民共和国刑法》第264条 盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

《中华人民共和国刑法》第266条 诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。



一、理论概述

我国刑法中,不但侵犯财产罪一章直接以保护公私财产免受损失为目的,而且其它章节中的不少罪名也以造成财产损失作为定罪量刑的重要条件。如滥用职权罪,玩忽职守罪,贪污罪,为亲友非法牟利罪,签订、履行合同失职被骗罪,徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,背信损害上市公司利益罪,骗取贷款罪,违法发放贷款罪,吸收客户资金不入账罪,对违法票据承兑、付款、保证罪等。国外理论与判例现在毫无争议地认为,对于违法发放不良贷款致使银行资金难以收回的,即便银行还存在受民法保护的所谓债权,但从经济的财产损害角度看,银行已经遭受了财产损失,值得以刑法手段予以规制。^{〔1〕}同样,国家工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使国家或企业形成大量的不良债权,也应认为已经给国家和人民利益造成了重大损失,值得作为犯罪处理。这是经济的财产说的立场,为本文所提倡。目前,开着宝马车领低保、演艺明星购买经济适用房已不是什么新鲜事。对于这种骗领低保、骗购经济适用房的行为,是否构成诈骗罪,国内就存在肯定说^{〔2〕}与否定说^{〔3〕}两种截然对立的观点。若按照经济的财产损害的观点,无疑构成诈骗罪。

关于财产犯^{〔4〕}法益,日本围绕所谓夺取罪^{〔5〕},尤其以盗窃罪为中心,形成了本权说、占有说、中间说之间如火如荼的争论。而德国,围绕诈骗罪所保护法益的“财产”以及诈骗罪中的“财产损失”,展开了法律、经济的财产说及法律、经济的财产说的轰轰烈烈的讨论。^{〔6〕}表面上看,德、日关于财产犯法益的讨论自说自话、互不相干。其实,本权说与法律的财产说,占有说与经济

〔1〕 参见〔日〕西田典之:《刑法各论》,弘文堂2012年版,第258页;〔日〕前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版社2011年版,第401页。

〔2〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第896页。

〔3〕 参见付立庆:“论刑法介入财产权保护时的考虑要点”,载《中国法学》2011年第6期。

〔4〕 本书中“财产犯”与“财产罪”概念通用。

〔5〕 这里所谓夺取罪,是相对于非转移占有的侵占罪而言的,应该说概念并不准确。财产犯从大的方面可以分为取得罪和毁弃罪(故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪)。取得罪又可以进一步分为转移占有的犯罪与非转移占有的犯罪(侵占罪)。接下来,转移占有的犯罪又可以分为盗取罪(盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪)与交付罪(指诈骗罪与敲诈勒索罪)。财产罪之间的保护法益也存在细微差异,一般认为侵占罪是仅侵害所有权而不侵害占有权的犯罪,而毁弃罪是只侵害所有权的犯罪。(其实不然,即便当场毁坏财物对于占有的侵害极为短暂,也是通过侵害占有进而侵害所有的)

〔6〕 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第538页。

的财产说,中间说与法律、经济的财产说得出的结论几乎一致,两国只是讨论问题的视角不同而已。本书认为,由于刑法以保护法益为目的,刑法规定财产犯罪最终都是为了避免造成财产损失,可以尝试用经济的财产损害概念对财产罪法益之争进行整合,一揽子解决相关争议问题。

关于财产罪法益,国内通说是“所有权说”,这是比本权说还要顽固的学说。近年来,有不少学者认识到了所有权说的弊端,提出对所有权说进行修正,可谓“修正所有权说”。而张明楷教授在借鉴日本、德国相关理论的基础上,提出以占有说为基础的中间说以及以经济的财产说为基础的法律、经济的财产说,在理论及实务界产生了很大影响,当然也遭受不少质疑。笔者几年前就提倡占有说^{〔1〕}与经济的财产说^{〔2〕},本书仍将“执迷不悟”。

财产犯法益之争的焦点何在呢?

一是,所有权人从已经形成平稳占有的盗窃犯手中窃回自己的财物,如甲盗窃了乙的彩电,几天后,乙通过明察暗访发现甲家收看奥运节目的彩电正是其被盗的彩电,于是趁甲家无人时将其盗回,是否构成盗窃罪?(以下简称“窃回赃物案”^{〔3〕})这是各种学说争执的焦点。本权说当然否定盗窃罪的成立,中间说也否定盗窃罪的成立,而占有说首先肯定行为符合盗窃罪的构成要件,只是在违法性阶段可以考虑属于超法规违法阻却事由的自救行为,进而阻却违法性。第三人从盗窃犯手中盗走赃物的(以下简称“盗窃赃物案”),除极个别本权说论者否定盗窃罪的成立外,^{〔4〕}各种学说均肯定盗窃罪的成立。不过,本权说虽得出了肯定结论,但理论上不能自治,占有说则尽显优势。

二是,对于毒品、淫秽物品、枪支等违禁品,以及作为犯罪工具或者犯罪组成之物(如赌资)的持有,显然不受法律保护,盗窃违禁品(以下简称“盗窃违禁品案”)或者抢劫赌资的(以下简称“抢劫赌资案”),是否构成盗窃、抢劫罪?与上述盗窃赃物案一样,各种学说都得出了肯定的结论,但本权说在理论上依然不能自治。我国所有权说虽然也认为构成盗窃罪、抢劫罪,但理论说明有点“奇怪”。赌输者支付赌资属于民法上典型的不法原因给付,给付者没有返还请求

〔1〕 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年第1期。

〔2〕 参见陈洪兵:“经济的财产说之主张”,载《华东政法大学学报》2008年第1期。

〔3〕 国外刑法理论中所经常讨论的窃回赃物案,不包括在盗窃现场以及追踪中取回赃物的情形,而是指盗窃多日后盗窃犯对于赃物已经形成稳定占有后,所有权人擅自取回的情形。参见〔日〕内田幸隆:“现代社会にける刑罰の限界——財産犯の成否をめぐる——”,载《法律论丛》第83卷第2、3合并号(2011年)。

〔4〕 参见〔日〕泷川幸辰:《刑法各论》,世界思想社1951年版,第120页。