

# 财产罪法益的讨论范式及其解构

徐凌波<sup>\*</sup>

**摘要** 本权/占有范式只用于解决讨论取回所有物行为的可罚性问题,而不适于建构财产罪法益的整体话语系统。本权/占有范式与私力救济的允许限度、刑法判断的独立性问题既没有一一对应的关系,也无法互为根据,只是在具体的案件中存在结论上的部分重合。这一范式的适用前提,是盗窃罪以他人之物为对象,并通过刑法条文规定将他人之物由他人所有推及于他人占有。我国《刑法》第五章侵犯财产罪多以公私财物而非他人之物为对象,没有一概否定取回所有物行为成立财产罪,因而也没有扩张他人之物范围的必要。本权/占有范式在我国刑法语境中缺少相应的适用语境。无论是从我国刑法条文的规定还是司法实践看,取回所有物行为的可罚性取决于财产损害是否出现。而财产概念的法律与经济视角能够为财产损害的认定提供更为清晰和准确的标准。

**关键词** 本权/占有范式 取回所有物 私力救济 刑法独立性 他人之物

## 导 论

### (一)财产罪法益的话语系统转换:从“本权/占有”到财产概念的“法律/经济”维度

日本刑法理论中的本权说与占有说设定了财产犯罪法益理论的基本框架,并对我国产生了重要的影响。在过去二十多年的刑法知识转型中,“本权/占有”成为我国财产犯罪的基本理论范式,在解释主客观构成要件方面发挥着重要的影响。随着德国刑法分则教义学的引入,以诈骗罪为中心而展开的关于财产概念的讨论也加入到财产犯罪法益的话语体系之中。如何将

<sup>\*</sup> 南京大学法学院副研究员。本文为司法部2017年国家法治与法学理论中青年课题“防范与打击互联网新型财产犯罪”(项目编号:17SBF3017)的阶段性成果。

“本权/占有”范式与以“法律/经济”为基本维度展开的财产概念之间进行有效的衔接成为理论上的重要问题。对此学界主要存在两种方案:其一将本权说、占有说以及折中说分别对应于法律的财产概念、经济的财产概念以及法律—经济的财产概念。<sup>〔1〕</sup>这一问题在于,以盗窃罪为核心而展开的本权占有之争指向的是以物为对象的、侵犯个别财产的犯罪,<sup>〔2〕</sup>而德国关于财产概念的讨论则是围绕侵犯整体财产犯罪而展开的。两者难以进行简单的一一对应。另一种方案则在批评与限制本权说与占有说的基础之上,从财产概念的法律与经济二分维度出发重构我国财产罪法益讨论的话语系统。<sup>〔3〕</sup>要实现这一转换,必须就本权/占有这一讨论范式的解释力进行全面的检讨。

## (二)“本权/占有”范式的现有批评

从现有的国内文献来看,对“本权/占有”范式的批评主要集中在以下两个方面:其一,本权/占有之范式只适用于特定的财产罪构成要件。车浩教授在《占有不是财产犯法益》一文中认为,占有只是盗窃罪的构成要件要素,并不能上升为法益。德国盗窃罪理论中即便将占有视为法益其自身的解释力也极为有限。<sup>〔4〕</sup>江溯教授在最近的论文中指出,“所有权(本权)/占有”的讨论范式自身的解释力极为有限。由于占有对应于有体物,因而这一范式只适用于仅以有体物为对象的财产罪,不能解释针对财产性利益的财产犯罪。即便是在有体物的场合,占有是否是独立法益的问题也仅限于以破坏占有(Gewahrsamsbruch)为构成要件要素的特定财产罪名内(盗窃罪、加重盗窃罪、抢劫罪)。从整体来看,不足以支撑起财产罪法益的整体性讨论。<sup>〔5〕</sup>其二,以“本权/占有”为范式展开的讨论中存在着混淆法益与构成要件的问题。具体行为的可罚性不能简单地诉诸法益论层面的讨论,而应当立足于盗窃罪自身的构成要件,基于占有说的立场一概肯定取回所有物行为成立盗窃罪存在混淆法益与构成要件的问题。<sup>〔6〕</sup>

## (三)小结

与早年我国理论关于财产犯法益研究不同,在近年来的讨论中我国学者不再简单地从本权、占有以及两者的折中这三种路径中选择某一方的立场并对其他观点进行反驳与批评,而是跳出“本权/占有”所设定的框架,重新审视这一范式自身的解释力。它引入德国财产犯罪理论,为我国关于财产罪法益的讨论提供了新的思路与理论资源。这些学者强调具体侵权行

〔1〕 参见周光权:《刑法学》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第83—85页;陈洪兵:“论经济的财产损害——破解财产罪法益之争的另一视角”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第32卷),北京大学出版社2013年版,第535页。

〔2〕 参见蔡桂生:“刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择”,《政治与法律》2016年第12期,第39页。

〔3〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第930、939—940页。

〔4〕 参见车浩:“占有不是财产犯罪的法益”,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第3期,第123页。

〔5〕 参见江溯:“财产犯罪的保护法益:法律—经济财产说之提倡”,《法学评论》2016年第6期,第88页。

〔6〕 参见车浩,见前注〔4〕,第123页。

为的可罚性应当以构成要件该当性的检验为立足点,而不就行为的法益侵害性进行直接判断,这一主张更切合罪刑法定原则的基本立场。但其中对于本权说与占有说的批评,是以德国现行刑法及其解释为背景的,在日本自身的刑法语境中可能并不成立。

以取回所有物行为的可罚性为例,德日两国刑事立法有着不同的安排。《德国刑法典》第242条明确规定盗窃罪的对象以他人所有之物为限,取回所有物的行为自始排除了盗窃罪的成立。与此同时,《德国刑法典》第289条设置了取回抵押物罪(Pfandkehr),所有权人取回所有物以及第三人为了所有权人的利益拿走财物、侵害他人财产权的行为将依据此条进行处罚。与德国刑法类似,《日本刑法典》第235条关于盗窃罪的规定,同样将犯罪对象局限在他人所有之物的范围内,但又通过第242条的规定修正了“他人之物”的范围。取回所有物的行为因而可以根据所采取的手段,相应地成立盗窃、诈骗、抢劫等罪。一方面,认为所有权说下“盗窃自己所有而由他人合法占有的财物的行为不能认定为盗窃罪,缺乏合理性”,〔7〕这一批评在德国刑法中并不成立,将盗窃罪的保护法益限定为所有权,只是意味着取回所有物行为不按照盗窃罪进行处罚,而不意味着该行为不受到刑事处罚。另一方面,在日本刑法语境中,本权说与占有说之争也并没有绕开构成要件直接以法益侵害决定行为的可罚性。其在构成要件层面的落脚点显然是如何解释《日本刑法典》第242条关于“他人占有”这一要素。加之该条准用于其他财产罪,〔8〕围绕该条展开的本权说与占有说之争也很难仅仅限定在盗窃罪及其加重构成要件的范围内。因此,要完成从“本权/占有”到关于财产概念上的“法律/经济”维度的范式转换,尚需要对“本权/占有”范式下的问题进行更系统的梳理。

如下表所示,在日本的刑法理论中,“本权/占有”范式主要由以下三组命题组成:其一,他人占有之物作为盗窃罪对象的范围;其二,刑法对于私力救济的态度;其三,刑法如何处理其与民法的关系。每一组命题中均存在相互对立的观点,并与“本权/占有”的法益立场选择存在着一一映射的关系。

	盗窃罪对象	私力救济	刑民关系
本权说	他人有权占有之物	允许	民法从属性
占有说	他人占有之物	禁止	刑法独立性

第一组命题他人占有的正当性问题是法益指导构成要件解释的具体体现,以“本权/占有”为范式的法益论之争与第242条中所规定的“他人占有”这一构成要素的成立范围有着直接的线性关系。不过在下文的阐释可以发现,即便是在盗窃罪中,以所有权为盗窃罪唯一或主要法

〔7〕 张明楷,见前注〔3〕,第941页。

〔8〕 参见(日)西田典之:《日本刑法各论》(第六版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第150页。

益的德国学理从未对构成要件层面的占有正当性提出问题。占有的正当性因何被论题化并与财产罪法益直接关联,需要回到日本刑法的原初语境下进行探讨。在中国的语境下是否同样需要检讨占有的正当性问题,则取决于对中日两国财产罪刑事立法语境的进一步比较分析。本文的第二部分从法益与构成要件的解释关系出发,重点探讨“本权/占有”范式自身的问题意识与话语边界。这一范式在日本理论中虽然有其条文根据与真实的问题指向,但在理论发展中已经不恰当地突破了原本的问题域。

第二、三组命题私力救济的限度与刑民关系的处理历来是刑法分则重要且复杂的难点,日本学者视之为本权说与占有说之争的核心,<sup>[9]</sup>并往往以对私力救济和刑民关系的态度作为德日财产法益理论比较的标准。通过与这两组命题的绑定,“本权/占有”进一步巩固与强化了其作为财产犯法益基础范式的地位。通过第三、四部分的论述本文认为,财产罪的法益、私力救济的限度、刑民关系的立场这三组论题之间尽管在个案结论上存在部分的重合但并不存在互相论证、互为论据的关系。私力救济与刑民关系无法通过在本权说与占有说之间选择立场来得到回答,而需从财产罪法益的讨论中抽离出来,作为单独的问题加以讨论。最后,本文的第五部分将探讨本权/占有这一范式在我国刑法语境下的适用性。由于缺少相类似的条文基础,加上我国财产犯罪理论的主流观点已然突破“物”的前提性限制,<sup>[10]</sup>“本权/占有”作为财产犯法益的讨论范式在中国语境下的解释力极其有限。代之以财产概念的“法律/经济”范式是更为妥当且符合实践情况的。由于德国学理上占有法益问题只在盗窃罪中出现,而日本理论中本权/占有范式也通常以盗窃罪为原型,因此下文将主要以盗窃罪为例对本权/占有范式进行检讨。

## 一、本权与占有:从法益到构成要件

### (一)占有正当性的论题化

德日两国关于盗窃罪法益与构成要件的讨论具有诸多的相似性。在法益层面,日本的本权说与德国的所有权说十分接近,而时至今日德国的判例与通说也认为盗窃罪构成要件在保护所有权的同时也从属性地保护占有本身。<sup>[11]</sup>在构成要件层面,两国盗窃罪均以他人之物为行为对象,以打破并建立占有界定客观的拿走(或窃取)行为,以不法领得目的为主观超过要素。不过,若进一步考察盗窃罪法益与构成要件之间的解释关系,却会发现在看似相同的教义学构造之下,两国理论存在着不同甚至相悖的解释逻辑。例如德国刑法教义学视不法领得目

[9] 参见(日)山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第223—224页。

[10] 参见蔡桂生,见前注[2],第39页。

[11] Vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 242, Rdn. 1.

的(Zueignungsabsicht)为盗窃罪法益侵害的核心,对于盗窃罪保护法益的理解直接决定了理论上如何解释不法领得目的。关于不法领得目的对象范围存在着实体理论、价值理论与综合理论之争,而这些理论均必须限定在所有权侵害的范围内才能获得教义学上的正当性。<sup>[12]</sup>这一要件在日本刑法的主流观点看来则完全与盗窃罪的法益侵害性无关,至多只是作为责任要素提升了行为人主观的可谴责性。<sup>[13]</sup>

相反的解释逻辑也体现在两国对刑法于他人占有的解释上。在“本权/占有”范式中,占有之上的正当权源成为盗窃罪成立的核心问题,即盗窃罪的成立究竟是否以侵害有权占有为必要。这一问题的回答自下关系到具体行为可罚性判断,自上又是法益立场选择的直接投射。彻底的本权说要求占有之上须存在正当的民事权利,彻底的占有说则完全无视这种正当性要求。反观德国刑法,无论占有是否被视为盗窃罪的次要法益受到保护,作为客观构成要件的拿走行为均与占有的正当性无关。这一点甚至被用来反驳占有是独立法益的主张。金德霍伊泽尔教授指出,正因为拿走行为的成立不以占有的正当权限为必要,所以占有并非盗窃罪的保护法益。无权占有与所有权往往是冲突的,盗窃罪的构成要件不可能用来保护两个冲突的利益。<sup>[14]</sup>可见,占有是否是独立法益与是否要求占有具有正当性之间,并不存在与日本刑法同样的线性关联。简言之,在日本学者看来,如果占有是法益,则侵害无权占有成立盗窃罪;而在德国学者看来,正因为侵害无权占有成立盗窃罪,所以占有不是法益。由是观之,德日两国的盗窃罪理论虽然表面上存在着学术承袭关系,但法益与具体要素之间的解释关系却大相径庭。

## (二) 占有的双重体系位置:他人之物与拿走行为

德日两国之所以存在着如此不同的解释逻辑,根源于占有概念在两国的盗窃罪整体构造中处于不同的体系位置。德国盗窃罪理论中,他人之物与财物处于他人占有之下分属不同的构成要件要素,前者的功能在于划定盗窃罪的对象范围,后者则服务于构成要件行为的界定。<sup>[15]</sup>即

[12] 参见徐凌波:“论财产犯的主观目的”,《中外法学》2016年第3期,第733页。

[13] 参见西田典之,见前注[8],第159-160页。

[14] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2013, vor §§ 242 ff., Rdn. 3.

[15] 根据德国理论通说,盗窃以所有权为保护法益,其构成要件行为“拿走”在概念上却并不体现侵害所有的内涵,这一结构当然是存在疑问的。德国学者也从多个方面对此进行了批评。然而这些学者并不因此而主张拿走行为必须同时具有侵害所有的内涵,要求其所侵害的占有必须具有正当性,而是要求体现了侵害所有内涵的领得概念不应仅仅存在于行为人的主观目的之中,而应当作为盗窃罪的构成要件行为加以定位。盗窃不是以领得为目的的拿走行为,而应当将拿走行为视为领得的一种特定手段。并不存在作为主观超过要素的领得目的(Zueignungsabsicht),而只有领得的故意(Zueignungsvorsatz)。Vgl. Lampe, Objektiver und subjektiver Tatbestand beim Diebstahl, GA 1966, S. 228.

便将占有视为独立的保护法益,其解释力也极其有限。<sup>[16]</sup> 由于所有与占有在概念上严格区分,他人之物的判断只需要根据所有权归属进行形式判断即可,并不会对占有人与所有人提出同一性的要求。<sup>[17]</sup> 侵害所有与侵害占有则分别对应于构成要件层面的领得(Zueignung)与拿走(Wegnahme)两大支柱性概念。侵害占有并不必然侵害所有,而侵害所有也不必然伴随着占有的侵害。作为侵害所有权犯罪,盗窃罪的法益侵害性主要是由不法领得目的来征表的,而拿走行为的认定则仅与占有本身有关,而与占有之上是否存在正当权源无关。在这样的整体构造中,即便坚持所有权为盗窃罪的主要法益或唯一法益,在判断是否存在拿走行为时,只需要判断财物是否处于他人占有之下,而不需要考虑此种占有之上是否存在正当权源。

与德国不同,日本刑法中“财物处于他人占有之下”不仅是拿走行为的建构性要素,同时也是财产罪犯罪对象的限制性标准。张明楷教授在《外国刑法纲要》中便直接将“他人之物”解释为“他人占有之物”。<sup>[18]</sup> 这种解释并非理所当然,山口厚教授便指出,《日本刑法典》第 235 条盗窃罪意义上原本指的是他人所有之物。<sup>[19]</sup> 这与德国盗窃罪的理解是完全一致的。只不过由于《日本刑法典》第 242 条的扩张性规定,他人之物的概念才由第 235 条意义上的他人所有之物,变为了他人占有之物。保护客体(即法益)与行为客体(犯罪对象)虽然在概念上相互区分,但却有着密切的关联,是保护法益指导构成要件解释之作用的具体展现,<sup>[20]</sup> 因此一旦占有成为犯罪对象的界定标准,法益立场之争也便自然而然地影响了构成要件层面占有的成立范围。本权说要求对他人占有进行限定,只有他人有权占有之物才能视为第 242 条意义上的他人之物,而占有说则认为只要财物处于他人占有之下即为他人之物。

### (三)他人之物的双重标准及其位阶性

虽然日本刑事立法者通过明确的条文规定扩张了财产罪的对象范围,不过综观《日本刑法典》第 242 条的具体规定,其对于他人之物范围的扩张,并非简单以他人占有取代他人所有,而是同时规定了两者位阶顺序。该条规定,只有他人占有的“自己之物”才属于他人之物。换言之,扩张需要满足两个条件:第一,财物处于他人占有之下,第二,相对于行为人而言该财物属于自己之物。山口厚教授正确指出,他人之物的第一重标准仍然是他人所有。<sup>[21]</sup> 只有在不

[16] 将占有视为法益的解释力仅在于说明拿走行为具有独立的法益侵害内涵,进而影响到划定《德国刑法典》第 247 条意义上具有告诉权的被害人范围问题。Vgl. Vogel, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., 2011, vor § § 242 ff., Rdn. 60.

[17] 理论上批评所有权说要求占有与所有的同一,这对于德国的盗窃罪理论并不成立。

[18] 张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社 2007 年版,第 540 页。

[19] 参见山口厚,见前注[9],第 212 页。

[20] 参见张明楷,见前注[3],第 944 页;山口厚,见前注[9],第 230 页,注[3]则直接指出“保护法益是有关盗窃罪的客体范围的问题”,点明了盗窃罪保护法益与盗窃罪对象范围之间的密切关联。

[21] 参见山口厚,见前注[9],第 212 页。

符合“他人所有”的标准时,才能够补充性地适用“他人占有”标准。而不符合“他人所有”标准的情形有二:其一,财物属于行为人自己所有,即第242条意义上的“自己之物”;其二,财物之上根本不存在所有权,自然无所谓他人所有。后一种情形既非他人所有之物,又非他人占有之下的自己之物,无法为第242条的扩张规定所涵摄。

因此,以《日本刑法典》第242条的扩张规定为基础,本权说与占有说之争所要处理的核心问题是在何种条件下,所有权人取回所有物的行为应当受到处罚。但是日本刑法理论中,“本权/占有”这一讨论范式却不仅用于解释取回所有物行为的可罚性,还广泛地用于讨论窃取、骗取、抢劫盗赃与违禁品行为的可罚性。<sup>[22]</sup>这种扩张是有疑问的。

一方面,盗窃盗赃通常指的是第三人盗窃盗赃的情形,至于所有权人从窃贼处取回盗赃,则是取回所有物的具体情形。在第三人盗窃盗赃时,盗赃固然处于无权占有之下,但对于行为人而言属于他人所有之物,无需以他人占有认定他人之物,因而不产生占有的正当性问题。山口厚教授指出,第三人侵犯无权占有归属于《日本刑法典》第235条的适用范围,并不需要考虑他人占有的正当性。既然不需要考虑占有的正当性,则本权/占有范式也无从谈起。<sup>[23]</sup>另一方面,盗窃违禁品的情形无法通过本权/占有的范式得到说明。如前所述,适用第242条的前提在于“他人占有之下的自己之物”,虽然违禁品确实处于他人占有之下,但要判断是否属于自己之物仍然需要对违禁品上是否存在有效的、受刑法保护的所有权这一问题作出回答。换言之,要肯定违禁品成为盗窃罪的对象依然绕不开如何说明违禁品之上存在所有权的问题。<sup>[24]</sup>占有说试图以事实上支配本身作为刑法所保护的法益,来说明盗窃违禁品的可罚性,但却错误地只强调了第242条中的“他人占有”,而忽略了其中“自己之物”的限定要素,存在背离罪刑法定原则的疑虑。

#### (四)小结

德国刑法中占有的认定与盗窃罪的法益论立场并无关系。《日本刑法典》第235条关于盗窃罪的初始规定亦是如此。占有的正当性之所以被论题化,并成为盗窃罪法益之争在构成要件层面的直接展现,源自《日本刑法典》第242条的特殊规定。该条规定将他人之物的范围由他人所有扩展至他人占有,使得占有概念在日本财产罪中拥有了双重的体系位置。作为他人之物的认定标准,他人占有成为法益与构成要件的重要连接点。占有的正当性也成为本权说

[22] 参见徐凌波:“论刑法上的占有”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第479页。

[23] 参见山口厚,见前注[9],第222—223页。

[24] 这一问题在主张所有权说的德国学界也依然存在争议。部分学者认为,应当区分禁止持有与禁止流通两类违禁品,前者如毒品并不存在有效的所有权,因而不能成为盗窃罪的客体,后者如象牙、珍贵动植物标本,虽然被禁止流通,但仍存在有效的所有权。参见Vogel(Fn. 16), Rdn. 31.

与占有说争论的核心命题及在构成要件层面的关键展开。占有说完全放弃占有的正当性要求,而本权说则以合法有效的民事财产权利作为占有的正当性判断标准。各种各样的中间说无非是既不想放弃对占有正当性的要求又不愿受到民事财产权利的形式桎梏。就此而言,本权/占有范式并没有混淆法益与构成要件,而只是法益指导构成要件解释的体现。此外,加之第 242 条不仅适用于盗窃罪,而且适用于其他财产犯罪,如何理解本条所规定的“他人占有”的范围便成为了认定所有财产犯罪行为对象的共同问题,本权说与占有说之争也因此上升至财产犯罪共同的保护法益问题。<sup>[25]</sup> 至少在日本刑法的语境内,将本权说与占有说之争限于盗窃罪构成要件之内是值得商榷的。

不过,由于第 242 条中“自己之物”的限定,他人占有只能视为他人所有的补充性标准,以便将部分取回所有物行为纳入财产罪的处罚范围内。“本权/占有”范式的核心是占有正当性的判断标准,而只有在所有权人取回所有物这一具体情况下,他人占有才用来界定犯罪对象,并由此产生正当性的问题。因此归根结底,“本权/占有”范式仅仅用来解决取回自所有物行为的可罚性问题,而无法解释盗窃盗赃、违禁品的可罚性。本权说的错误在于,将占有的正当性要求扩及于拿走他人所有之物的事例,最终不必要地限制了第三人盗窃盗赃行为的可罚性。占有说的错误则在于,忽略了第 242 条所设定的他人所有与他人占有之间的适用位阶,彻底以他人占有取代了他人所有作为盗窃罪对象的认定标准。占有说只要求财物处于他人占有之下,而拿走行为原本便以财物处于他人占有之下为成立前提,占有说所带来的解释论后果便是只要在客观上满足拿走行为的要件便足以成立盗窃罪,从而在事实上取消了他人之物要件对于盗窃罪成立的限定作用,过分扩大了盗窃罪的处罚范围。

## 二、“本权/占有”范式与私力救济的允许限度

在日本理论的讨论中,本权与占有的法益争论对应着刑法对于私力救济的态度。占有说将所有权人取回所有物的行为一律纳入盗窃罪的处罚范围内,因而体现了全面禁止私力救济的态度。诚然取回所有物是私力救济的重要情形,占有说与私力救济的全面禁止在结论上存在一致性。然而这两个命题之间是否具有相互论证的关系,禁止私力救济是否可以成为占有说的内在根据却值得商榷。一方面,财产罪所涉及的私力救济除了取回所有物之外,还包括了行使债权的情形。<sup>[26]</sup> 如前所述,“本权/占有”范式只限于取回所有物,行使债权型私力救济

[25] 参见西田典之,见前注[8],第 150 页。

[26] 参见杨绪峰:“权利行使在财产犯罪中的类型化解读——以取回所有物和实现债权二分为视角”,《政治与法律》2014 年第 11 期,第 37—48 页;王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,《中外法学》2015 年第 1 期,第 192 页。

的可罚性无法透过本权/占有的范式加以讨论。在财产罪的范围內,私力救济的“允许/禁止”,与财产罪法益的“本权/占有”范式各自覆盖的问题域并非完全重合。下文所介绍的德国学者关于行使债权型私力救济的讨论表明,行使债权型私力救济是否成立盗窃罪的关键问题并非采取本权说还是占有说,而仅仅是所有权保护的限度。日本学者以对行使债权型私力救济的允许或禁止为根据将德国学者的观点区分为本权说与占有说从而对两国的盗窃罪法益论进行比较,这在比较研究方法上完全不成立。另一方面,在取回所有物型私力救济中,虽然占有说在一概肯定取回所有物行为的可罚性上与禁止私力救济的结论保持一致,但却无法反向推论认为,作为占有说的对立面,德国的所有权说与日本的本权说是对私力救济的允许。财产犯法益的讨论范式因而并不适合于就私力救济的允许限度问题作一般性的讨论。

### (一)行使债权型私力救济

根据德国刑法对于盗窃罪的规定,为实现债权而从所有权人处拿走财物的行为,符合盗窃罪的客观构成要件,是否成立盗窃罪的关键,在于判断行为人主观上领得意思是否具有实质不法性(Rechtswidrigkeit der Zueignung)。判断不法性的标准,在于领得意思是否与整体的所有权秩序相一致。在行使债权型私力救济中,德国判例与通说根据行为人所拥有的债权类型而区分了特定之债(Stückschuld)与种类之债(Gattungsschuld)。判例与通说认为,在特定之债的场合,行为人有权要求所有权人移转特定物上的所有权,被害人虽然形式上拥有所有权但实质上已经无法对抗债权人。特定物上的所有权在刑法上缺少要保护性,因而排除领得意思的不法性,不成立盗窃罪。在种类之债的场合,虽然行为人仍然有权要求所有权人移转所有权,但由于在履行种类之债时,所有权人有权在多个种类物中选择其中之一来履行。行为人擅自拿走财物的行为侵犯了所有权人的选择权,仍然具有不法性,成立盗窃罪。<sup>[27]</sup> 罗克辛(Claus Roxin)基本采纳了判例的见解,但认为金钱之债应当视为种类之债中的特例,就金钱的所有权人而言重要的不是特定钱币上的所有权,而是钱币所对应的价值总量。因此为实现金钱之债而拿走他人等量金钱的场合,也应当排除领得目的的不法性,否定盗窃罪的成立。<sup>[28]</sup>

以判例的折中立场为界,理论上存在着两极化的观点。其一以希尔施(Hans Joachim Hirsch)为代表,认为在移转所有权之前,所有权都值得保护,无论是为实现种类之债还是特定之债,行使债权型私力救济行为中领得意思均具有不法性,成立盗窃罪。<sup>[29]</sup> 其二以奥托

[27] Vgl. Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, § 242, Rdn. 163; Eser/Bosch (Fn. 11), § 242, Rdn. 59.

[28] Vgl. Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, FS—Hellmuth Mayer, 1966, S. 467, 479—483.

[29] Vgl. Hirsch, Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ 1963, S. 149—156.

(Harro Otto)和金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)为代表,认为行使债权型私力救济行为一概欠缺领得意思的不法性而排除盗窃罪的成立。<sup>[30]</sup> 奥托指出,刑法对于所有权保护的核心是对所有权经济价值的保护,所有权人虽然有权选择以种类物之一来履行合同,但对这一选择权的侵害并没有给所有权人的经济利益造成损害,因而不在盗窃罪的构成要件保护范围内。

日本学者林干人教授在《财产犯的法益》一书中曾指出,虽然德日两国的刑民语境存在一定的差异,但是私力救济的允许限度却是两国共同面对的问题。在这一问题上的立场可以作为比较德日财产犯罪法益立场的视角。<sup>[31]</sup> 他根据对行使债权型私力救济的态度将上述学者的观点进行了归类。一概肯定盗窃罪成立、禁止债权人私力救济的希尔施教授被归为占有说,而将一概否定盗窃罪成立、允许私力救济的奥托教授归为本权说。至于判例上的主张则部分采取了本权说、部分采取了占有说,至于罗克辛教授也被认为将判例与通说的观点朝着本权说的方向进行了大幅度的修正。<sup>[32]</sup> 然而这种将对于私力救济的态度等同于财产犯罪的法益立场,进而以此划分观点的做法是值得商榷的。德国学者在盗窃罪保护法益是所有权这一点上并无分歧,有争议的仅仅是刑法对于所有权的保护限度。希尔施所主张的,是完全不考虑他人对于财物所享有的其他民事权利以及该权利人与所有权人之间的民事纠纷,从而为所有权提供最彻底和绝对的刑法保护,将其归入占有说是令人费解的。罗克辛、奥托以及金德霍伊泽尔的观点,则是在具体案件中考虑物上的民事财产纠纷,有限度地否认所有权在个案中的要保护性,限缩刑法对于所有权的保护。禁止、限制或是彻底地允许行使债权型私力救济只是在扩张或限缩所有权的保护限度之后附带产生的结论,而非论证的核心与根据。

## (二)取回所有物型私力救济

对于取回所有物型私力救济,虽然占有说在结论上体现了对私力救济的全面禁止,但并不能反面推论出所有权说、本权说与允许私力救济是一致的。如前所述,德日两国刑事立法对于取回所有物行为的可罚性有着不同的制度安排。取回所有物行为是否受到处罚与其是否作为盗窃罪受到处罚是两个不同的问题。所有权说、本权说与占有说是关于盗窃罪保护法益的问题,只能用于说明取回所有物的行为是否成立盗窃罪,却无法说明该行为是否完全不受刑罚处罚。《德国刑法典》在盗窃罪之外,尚设有取回抵押物罪(Pfandkehr),所有权人取回所有物行为并非完全不可罚,只是不按照盗窃罪进行处罚。这一行为不能按照盗窃罪进行处罚,也不能就此得出德国刑法允许私力救济的结论。而日本刑法中本权说也并非完全彻底地对取回所有物型私力救济持允许态度。《日本刑法》第242条与本权说相结合,在取回所有物的行为侵

[30] Vgl. Otto, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., 2005, § 40, Rdn. 81; Kindhäuser (Fn. 14), § 242, Rdn. 116.

[31] 参见(日)林幹人:《財産犯の保護法益》,東京大学出版社1984年版,第208页。

[32] 参见同上注,第208、210、211页。

害他人财产权时仍以盗窃罪论处。未侵害他人财产权时,虽然排除盗窃的构成要件,但行为人所采取的手段行为符合强制罪、勒索罪要件的仍可以按照相应的罪名进行处罚。本权说与允许私力救济之间同样不存在必然的联系。由此可见,虽然站在所有权说或本权说的立场上排除了部分取回所有物行为成立盗窃罪的可能性,但由此尚不能认为刑法对于私力救济的行为保持了容忍的态度。通过其他构成要件的适用,刑法仍然对私力救济的行为进行相当程度的限制。即便是占有说,在肯定取回所有物行为该当盗窃罪构成要件之后,也仍然认为可以根据自救行为的必要性与紧迫性在一定范围内阻却行为的违法性。若占有说一方面以全面禁止私力救济为核心根据,另一方面又在违法性层面放宽这种禁止的限度,便会产生自相矛盾的问题。

### (三)小结

在我国与日本刑法学者的讨论中,往往将盗窃罪的保护法益与私力救济的允许限度问题联系在一起。日本学者甚至用对私力救济的态度将德国理论中的不同观点区分为本权说、占有说等立场。正如上文所分析的那样,在德国的学说中,占有是否作为独立法益在盗窃罪的构成要件范围内得到从属性的保护,并不影响私力救济的允许限度。行使债权型私力救济的讨论完全是以所有权为盗窃罪保护法益的共识下展开的,将其中的论点区分为本权说与占有说完全背离了德国学者原本的意思。在行使债权型私力救济中,恰恰是绝对的所有权保护立场体现了对私力救济行为最为严格的禁止。这种将法益论问题上的“本权/占有”范式与私力救济问题上的“允许/禁止”范式简单对应的做法,不仅无效而且也无法产生新的教义学知识,而只是将诸多不同的复杂问题统归在一个命题之内,而“本权/占有”这一范式却完全没有能力来处理这些问题。

应当认为,财产法益与私力救济的限度分属不同层面的问题,特定的私力救济行为能否成立财产罪并不能说明刑法在私力救济问题上的一般立场。占有说扩张了盗窃罪的处罚范围、将取回所有物型私力救济一概纳入盗窃罪的构成要件范围之内,只是在结论上带来了禁止私力救济的反射效果,而不能径直认为占有说的理论内核就是禁止私力救济。德国刑法中,取回所有物被排除在盗窃罪的构成要件之外也并不表明德国刑法对于私力救济采取了一概容忍的态度。归根结底,财产犯罪是保护财产法益的构成要件,而非一般性地界分私力救济之允许性边界的构成要件。财产罪法益只是在构成要件解释中发挥限缩或扩张性的指导作用,而私力救济的允许限度则应当在违法性层面一般性地加以考虑。私力救济行为是否为盗窃罪或其他财产罪所涵盖,仅仅是最终的解释结论,而非用以证成财产罪保护法益应当是本权还是占有的根据。以最终结论倒推出作为初始起点的财产罪法益,是论证上的倒因为果。以财产犯法益为基点讨论私力救济的允许边界,或以私力救济的禁止或允许证成财产罪的法益立场,均存在体系上的错置。

### 三、“本权/占有”范式与刑法的独立性

与本权/占有的讨论范式密切相连的,还有财产犯罪中刑法判断的独立性与从属性问题。日本学者指出,纯粹本权说主张,应仅以基于民事上合法权限的占有作为保护对象,并且在刑事审判中,作为解决刑事责任的先决问题,仍应该首先就民事上的权利关系作出明确判断。而日本最高裁判所之所以采取占有说,背后的政策考量则在于刑事判决原则上应当回避民事上的权利关系判断。<sup>[33]</sup>从对待民事权利纠纷的态度上,本权说倾向于采取民事从属性,而占有说则希望与民事纠纷保持距离,采取刑法独立性。然而,将本权说对应于民事从属性,占有说对应于刑法独立性存在以下问题。

首先,与私力救济同样的问题在于,在法比较研究中以刑法判断的从属性与独立性作为标准来划分德国学者的观点是存在疑问的。仍以为行使债权而拿走他人财物行为的讨论为例,希尔施教授的观点虽然被日本学者归为占有说,但在盗窃罪构成要件的解读上恰恰采取的是更为彻底的民事从属性,不仅在物之他人性的判断上以所有权的形式归属为标准,而且在领得目的的实质违法性判断上也以领得是否与形式的所有权秩序相一致为标准。更何况正如上文的分析那样,德国学者的分歧并非盗窃罪的保护法益是本权还是占有,而是在盗窃罪保护法益是所有权的共识基础上,刑法对所有权保护限度可以有不同的理解。刑法独立性的根据在于刑法具有独立的法益保护目标与保护方式。刑法即便以所有权为盗窃罪的保护法益,其对于所有权的具体理解也可以有别于民法。德国的盗窃罪理论在形式的所有权归属判断之后,仍然能够继续进一步独立地实质判断所有权在刑法上的要保护性,并不必然陷入对民法判断的完全依赖之中。

其次,德日两国关于盗窃罪中刑法判断的独立性与从属性具有完全不同的问题面向,无法进行简单的横向比较。德国刑法中,刑法的独立性问题涉及的是在民事权利正当有效的前提下,是否仍能就民事权利的要保护性进行独立的刑法判断。其中遵循先形式后实质的位阶顺序,在确认民事财产权利(所有权)形式上存在之后,根据刑法法益保护的独立目的确认是否存在实质的要保护性。盗窃罪通过客观的物之他人性与主观的不法领得目的确认了盗窃罪的所有权保护立场。其中物之他人性要件体现了形式所有权保护的原则(formaler Eigentumschutz),严格以民法上的所有权归属认定他人之物,且遵循了德国民法上的抽象性原则(即无因性原则)(Abstraktionsprinzip),所有权变动不受其原因事实即此前的债权行为有效性与否的影响。主观领得目的的不法性则需要实质判断所有权是否受到侵害,将实质上没有违反所

[33] 参见西田典之,见前注[8],第153、156—157页。

有权秩序的侵害行为从盗窃罪的处罚范围内排除出去。这在前述德国学者关于行使债权型私力救济的讨论中已经体现出来。被害人形式上仍然享有正当有效的所有权,但因其已经无法对抗债权人而丧失实质上的要保护性。他人性与领得意思之不法性两个要素分别承担了形式判断与实质判断的功能,形成了先形式后实质的判断位阶,从而能够有效地进行出罪判断。

日本刑法中,刑法独立性判断则往往是越过形式判断直接进行实质判断,形成鲜明的入罪倾向。亦即在财产权利形式上无效,或者因为财产权利纠纷而处于效力待定状态时,刑法是否仍能基于独立的价值考量认为此时具有实质上值得保护的利益而进行介入。大审院时代判例采取本权说,在抚恤年金担保案中因为法律规定禁止用抚恤年金进行担保,因此形式上也并不存在有效的担保权,因而排除了第242条的适用。而到了战后,对于所有权归属尚无法确定的融资租赁案件中,最高裁判所则根据占有说认为,即便形式上的民事权利尚不确定,占有财物之人仍有实质上享有应受保护的利益而需要刑法的介入。<sup>[34]</sup>

最后,民事从属性的准确含义尚存在疑问。行使债权型私力救济事例表明,民事财产权利的形式归属与实质要保护性之间存在张力。当债权人有权要求所有权人移转特定物上的所有权时,虽然所有权在形式上归属于所有权人,但却无法对抗债权人,因而在实质上丧失要保护性。此时,所谓刑法对于民法的从属性,究竟指的是完全以财产权利的形式归属作为判断标准,还是根据民事财产纠纷的存在而实质地判断财产权利的要保护性? 希尔施完全以形式的所有权秩序为指归,而不考虑特定物上是否存在民事权利纠纷。就财产权利的归属而言,其观点属于完全的民事从属性。但如果按照日本学者的观点,占有说的独立性体现在对于民事纠纷的不介入态度而言,其观点又变成了独立性的体现。若无法明确民事从属性的内涵,那么将刑法独立性与民事从属性之争归结为财产法益论立场之争便很可能是一个既不成功也不必要的伪命题。我国学者区分秩序维持模式与民法依存模式来探讨刑法的财产权介入限度,<sup>[35]</sup>抛开法益论立场上的站队问题,直面刑法独立性与民事从属性问题,或许是更为正确和妥当的做法。

#### 四、“本权/占有”范式在中国语境中的适用性

综上所述,一方面,“本权/占有”范式是《日本刑法典》第242条特殊语境下的产物,其争论的焦点在于他人占有的正当性要求。由于德日两国刑事立法对于取回所有物行为的可罚性有着不同的安排,他人占有的正当性问题在以所有权为保护法益的德国盗窃罪理论中完全没有出现。然而基于这样的差异还不能贸然断定日本刑法中本权说与占有说的争论是完全错误

[34] 参见西田典之,见前注[8],第151页。

[35] 参见付立庆:“论刑法介入财产权保护时的考量要点”,《中国法学》2011年第6期,第136—139页。

的。应当认为,“本权/占有”这一理论范式在日本的刑法语境中有其特定的问题指向,不能简单地否定其在教义学上的解释力。

另一方面,正因“本权/占有”的讨论范式有着特定的问题指向,所以不宜上升为盗窃罪乃至所有财产罪保护法益的一般性范畴。“本权/占有”范式更不应与私力救济、刑民关系等更为一般性的问题相等同。在具体的案件中,“本权/占有”范式固然与后两者存在结论上的重合,但并不互为根据。无论是私力救济还是刑民关系问题都无法通过财产罪法益立场的选择而作出回答,反而增加了问题讨论的复杂性。将法益之争与私力救济的限度问题相等同,并以后者作为判断学说观点的标准,在比较法上将得出片面而错误的结论。同理,本权说与占有说的争论在特定的案件中也与刑法的从属性与独立性问题重合,却不相等同。站在所有权说或本权说的立场上,在民事财产权利形式上存在且有效的情况下,刑法仍能就其实质要保护性进行判断,并不损及独立性原则。

综上,“本权/占有”范式具有特定的问题意识与条文语境,其所解决的仅仅是取回所有物行为的可罚性范围。对于德国立法例而言,由于从一开始便设置了专门的构成要件对取回所有物行为进行规制,便不再需要以“本权/占有”为范式展开保护法益上的争论。这一范式是否同样适用于我国财产犯罪的讨论,取决于我国是否与日本有着相同或相似的刑法语境。车浩教授指出,德日学者运用法教义学方法在德日语境下所创造的产品,在引入中国时应当仔细考察它们在德日原产地出生和适用的语境,是否与中国刑法的语境大致相当。<sup>[36]</sup>“本权/占有”范式在中国语境下的适用性也应从以下三方面进行考察:

其一,与《德国刑法典》不同,中日两国现行刑法都没有针对取回所有物行为设置专门构成要件。就缺少专门构成要件规制而言,我国与日本的刑事立法语境确有相似性。但从罪刑法定原则角度看,这种相似性是不充分的。罪刑法定原则要求以构成要件该当性作为刑事可罚性检验的逻辑起点。张明楷教授指出,构成要件该当性的判断是以构成要件为大前提,案件事实为小前提进行涵摄的法学三段论推理。<sup>[37]</sup>行为是否符合某一构成要件仅取决于该构成要件自身包含哪些要素及如何解释,而不取决于该构成要件之外是否存在其他构成要件。取回所有物行为是否成立盗窃罪,应根据盗窃罪自身要素加以确定,而不应取决于盗窃罪之外的某个特定构成要件的不存在。这种思维惯性误区在我国以比较法为教义学主流研究方式的文献中是非常典型的,论者常常以国外立法例中的特殊规定在我国刑法中缺少对应物为理由来论证该行为可以为另一条文所涵盖。例如因为我国刑法中未设置计算机诈骗罪,所以此类行为可以构成盗窃罪。<sup>[38]</sup>因此,要认定取回所有物的行为成立盗窃罪,只能从我国刑法对于盗窃罪

[36] 参见车浩:“理解当代中国刑法教义学”,《中外法学》2017年第6期,第1414页。

[37] 参见张明楷:“案件事实的认定方法”,《法学杂志》2006年第2期,第30页。

[38] 对于这一现象的批评,参见车浩:“盗窃罪中的被害人同意”,《法学研究》2012年第2期,第110页,注46。

的规定出发,而不应以我国刑法对于取回所有物没有专门规定为根据。在日本刑法中,该行为成立盗窃罪的根据在于《日本刑法典》第242条扩张了他人之物的范围,而不在于它未设置专门的取回抵押物罪。因此我国与日本刑法均未设置专门的取回抵押物罪,并不能成为我国学界采纳“本权/占有”范式的条文语境与根据。

其二,学者试图通过对我国《刑法》第91条第2款的规定进行解释,从而获得与《日本刑法典》第242条相似的条文基础。《刑法》第91条第2款将处于国家机关占有之下的私人财物视为公共财物,其中也存在着占有与所有之间的转换关系。张明楷教授因而认为此条的作用与《日本刑法典》第242条的作用是相似的,即将他人之物的范围由他人所有扩张为他人占有。<sup>[39]</sup>相反的观点则认为,本条的设置主要是为了扩张贪污、挪用公款等职务犯罪的处罚范围。<sup>[40]</sup>不过,正反双方都忽略了一个前提性的问题,之所以要扩张“他人之物”的范围,是因为财产罪以他人之物为对象。我国《刑法》第五章侵犯财产罪中唯一明文提及“他人之物”的是第270条侵占罪,第263条抢劫罪、第264条盗窃罪、第266条诈骗罪均以“公私财物”而非“他人之物”为犯罪对象。既然盗窃、诈骗、抢劫均未以“他人的”作为犯罪对象的定语,因而也便没有扩张这一定语范围的需要。在我国语境中,财产罪的对象要件并非决定取回所有物行为可罚性的关键。先将我国刑法中的公私财物视同德日刑法中的他人之物,将他人之物初步限于他人所有之物后,再又以法益保护的需求批评此种限定的不妥当性,要求将其扩张为他人占有,这种做法不必要地增加了问题的复杂性。综上,将我国《刑法》第91条第2款的规定视为是《日本刑法典》第242条规定的翻版,与其说是错误的,不如说是毫无必要的。以他人占有之物的成立范围为核心问题的“本权/占有”范式由于缺少相应的条文语境而难以为我国刑法所继受。

其三,从我国的司法实践来看,取回所有物行为的可罚性主要取决于财产损害的有无,而非行为对象的范围。如果先预设了“本权/占有”的范式,那么两种观点的主张者都能够找到一两个案例作为支持自己的理由。例如《刑事审判参考》第933号指导案例“李丽波抢夺案”<sup>[41]</sup>中被告人抢回质押给他人的自己之物被认定为抢夺罪。被害人对于财物拥有合法有效的质押权,可以被视为是对本权说的肯定。而在第849号指导案例“张文清、廖承龙盗窃案”<sup>[42]</sup>中,被告人张文清将自己公司经营的汽车租给被告人廖承龙使用,其后廖承龙又将汽车抵押给被害人廖梅用来借款。张文清为挽回损失而与廖承龙一道将汽车窃回。法院认定二

[39] 参见张明楷:“骗取自己所有但由他人合法占有的财物构成诈骗罪——对《伪造公章取走暂扣车辆是否构成诈骗罪》一文结论的肯定”,《人民检察》2004年第10期,第30页。

[40] 参见于志刚、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,第67页。

[41] 《刑事审判参考》2013年第6集总第95集,指导案例第933号,第91—94页。

[42] 《刑事审判参考》2013年第2集总第91集,指导案例第849号,第55—60页。

人成立盗窃罪的共犯。本案中,被害人廖梅明知廖承龙并非汽车所有人而仍同意质押,因而并未善意取得合法有效的质押权,不属于本权说意义上的有权占有人。这一案例似乎又表明,司法实践并不愿意将盗窃所有物行为的可罚性局限在侵害他人正当有效的民事权利的范围内,是偏向于占有说的观点。以“本权/占有”为观察视角,只能在司法实践中找到一种折中的路径,然而折中往往缺少足够清晰明确的标准,于罪刑法定原则下的明确性要求无益。

抛开“本权/占有”范式反而可以发现,司法实践在判断取回所有物行为可罚性时有其一以贯之的标准,即行为是否造成了他人的财产损害。在前述两个案例中,前者的裁判理由明确地指出,问题并不在于法益论上究竟持所有权说还是占有权说,关键在于占有受到侵害的一方是否同时遭受了财产损失。<sup>〔43〕</sup>而后一个裁判理由的最终落脚点同样在于被害人所遭受的财产损失,即“廖承龙盗窃后并未向廖梅声明是其将车盗回,意味着不论廖梅是否最终有权取得质押车的质权,其根据质押合同应当向廖承龙承担质押车被盗的损失”。<sup>〔44〕</sup>问题的关键在于在什么时间点上、基于何种标准判断存在财产损失。该案中关键性的事实是,虽然丢失抵押车辆后,被害人按照合同需向行为人承担损失,但行为人并未向被害人主张其损害赔偿请求权的情况,便不足以认为被害人在此时已经遭受了现实的财产损失。这是如何在刑法上理解并独立判断财产损失的问题。与此不同的是,前一个案件中虽然行为人同样未主张损害赔偿请求权,但由于质押权以占有财物为前提,作为债权人的被害人在丧失财物占有的情况下也便丧失了就质押物优先受偿的权利,其债权的行使可能性受到了现实的阻碍,则应认为存在财产损失。在抛开本权/占有的范式而采用法律/经济的财产概念时,司法实践的真实逻辑也得以明确。

这种以财产损害的有无为处理标准的做法,类似于德国刑法中以诈骗罪、勒索罪为代表的侵犯整体财产犯罪。这类犯罪中,行为对象范围并没有受到“他人性”的限制。财物的所有权归属并非决定行为可罚性的关键。因此所有权人通过欺骗、勒索手段从其他有权占有人处骗回财物的行为,只要造成了财产损失即可按照诈骗罪、勒索罪进行处罚。相应地,《德国刑法典》第289条取回抵押物罪的构成要件也仅限于拿走(wegnehmen),而不包括欺骗与勒索。在德国财产犯罪的法定框架内,无法笼统地去讨论窃回、骗回、勒索回自己财物行为的可罚性,而要根据具体罪名的构成要件进行分别讨论。而日本刑法理论之所以能够不考虑具体的行为方式,对取回所有物行为可罚性进行统一的讨论,也是因为其在盗窃、诈骗、勒索罪以相同的方式限定了行为对象的范围。两者均有其各自的立法语境,我国理论在引入这些教义学理论时尤其需要具体地考虑这些教义学理论所产生的原生语境与本国刑事法律规定之间的差异。正如丁胜明博士所说,“法教义学正是要特别重视和尊重法条,把法条视为不可置疑的前提。无视国与国之间法律规定的差异,而不加区别地把对他国法条的解释结论嫁接到中国,这无异于以

〔43〕 见前注〔41〕,第94页。

〔44〕 见前注〔42〕,第58页。

教义学之名行反教义学之事”。〔45〕 忽略《日本刑法典》第242条的特殊规定,而将本权说与占有说之争普遍地运用于我国财产犯罪的解释与司法实践,同样也背离了法教义学的基本精神。我国《刑法》第五章侵犯财产罪并未以他人之物限定行为对象的范围,对于取回所有物行为的可罚性也主要是根据整体财产的减损,而非个别财产权利的丧失进行判断,这更接近以“法律—经济财产概念”为基础所建构的侵犯整体财产犯罪。从各个角度看,法律—经济财产概念更适合于建构我国财产罪法益讨论的话语系统。

---

**Abstract:** The paradigm that distinguishes original property rights and possession applies only to determine whether taking back his/her own goods without others' permission constitutes theft or other crime against property. But it does not shed any lights on constructing the dogmatic structure that what should be the protected legal interests in crimes against property. The discussion of protected legal interest in crimes against property should not be confused with the other question such as the prohibition of private remedy or the independence of the judgment in criminal law. The analysis paradigm only partially coincides with outcomes in individual cases, without any proved one-to-one correspondence with issues listed above. The premise that this paradigm applies is that the object of theft should be property owned by others, or based on Criminal Law, expanded to properties under others' possession. Chapter 5 PRC Criminal Law on crime against property all list public and private property, rather than property owned by others, as object of crime. This approach does not completely exclude the possibility that taking back one's own property may constitute crime against properties, nor provide any necessity to expand the scope of "other's property". The paradigm of original property rights/possession thus lacks applicability in the context of Chinese criminal law. From the perspective of written law, as well as judicial practice, whether taking back one's own property constitutes theft cannot be determined in a generalized manner. Rather, it shall be determined based on whether there any property lost exists. In comparison, the legal—economic perspective provides us with a clearer and more accurate criterion in determining property lost.

**Key Words:** Paradigm of Property Rights/Possession; Taking Back Own Goods; Private Remedy; Independence of Criminal Law Judgement; The Other's Goods

---

(责任编辑:车 浩)

---

〔45〕 丁胜明:“刑法教义学研究的主体性”,《法学研究》2015年第2期,第54页。