

非法占有目的的不同意义

基于对盗窃、侵占、诈骗的比较研究

王 俊^{*}

摘 要 传统观点将盗窃罪中的非法占有目的过度扩张至其他财产罪中,存在明显疑问,非法占有目的的解释需要根据个罪客观要件的不同予以分别对待,其本身不存在统一的含义。在剥夺所有意图的侧面,由盗窃罪与诈骗罪的客观要件所决定,两者的保护法益不能一元化理解。无论采取所有权说、本权说亦或是占有说,盗窃罪都需要主观上剥夺所有的意思,但应严格限定其含义,而诈骗罪只要客观上存在财产损失即可,无需额外的剥夺意思。此外,侵占罪的剥夺所有意图包含于侵占故意之中,其并非是主观超过要素。在取得所有意图的侧面,盗窃罪中的占为所有意图不应作为主观超过要素,这一点与侵占罪是一致的,但基于盗窃与侵占客观要件的差异,两者的含义仍有区别。而诈骗罪中需要严格区别获利意图与取得意思,对财物的处分能够确定实现经济价值的,主观上均具有获利意图,因此在诈骗罪中不适宜再沿用非法占有目的的概念。

关键词 非法占有目的 剥夺所有 取得所有 获利意图

一、问题的提出

非法占有目的是财产犯罪主观要件中的核心问题,受到了众多学者的关注。从目前我国的研究现状而言,我国学界大体接受了日本刑法学的通说,即将非法占有目的作为区别于犯罪

^{*} 苏州大学王健法学院讲师。本文的写作得到了恩师刘艳红教授的悉心指导,并受益于陈兴良教授、江溯副教授、马寅翔博士、徐凌波博士等师友的指点与帮助,特此致谢!同时也需要感谢三位匿名评审专家对本文所提出的意见。当然,文责自负。

故意的主观超过要素,并认为其包含排除意思与利用意思。“非法占有目的,是指排除权利人,将他人的财物作为自己的财物进行支配,并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。非法占有目的由‘排除意思’与‘利用意思’构成,前者重视的是法的侧面,后者重视的是经济的侧面,二者的机能不同。”〔1〕当然也有学者对此提出了不同的意见,例如有观点认为,非法占有目的仅包括利用意思。〔2〕还有观点主张,非法占有目的仅需要排除意思即可,利用意思没有必要存在。〔3〕甚至有学者还提出了取消非法占有目的的看法。〔4〕

笔者认为,上述对于非法占有目的的探讨固然具有一定的理论意义,但是由于只是单纯延续日本刑法理论的具体争论,而没有关注到日本学者在非法占有目的上存在的研究盲点,因而是有必要进行反思的。在日本学者的教科书中,普遍地将非法占有目的置于财产犯总论之中,而并没有在具体个罪中予以展开。〔5〕其用意很明显,即认为非法占有目的对财产犯罪具有普遍的指导意义,而且无论是盗窃、侵占还是诈骗都具有统一的含义。这种思考方式深深地影响了我国学者,例如周光权教授、黎宏教授均在财产犯的总论中讨论非法占有目的,〔6〕张明楷教授也指出,“如果主张盗窃罪要求非法占有目的,那么一定主张诈骗罪以非法占有目的为必要。反之亦然。所以,下面实际上主要介绍的是关于盗窃罪是否需要非法占有目的的问题。但这一讨论完全适用于诈骗罪”。〔7〕但是这一前提立场是否妥当还存在疑问,因为盗窃、诈骗、侵占的法益与构成要件设置存在重大差异,例如就盗窃与侵占的区分而言,通说认为侵占的不法取得所有的行为大致等同于盗窃罪中不法领得目的,但前者属于客观要件的内容,而在盗窃罪中则是主观要件。就盗窃与诈骗而言,通说认为盗窃是对于所有权、本权或者占有的侵犯,而诈骗罪则是一种对整体财产的犯罪,因此,两罪的保护法益存在差异,而这对于非法占有目的的解释而言,势必会造成影响。可见,目前对于非法占有目的的讨论,基本上已经脱离了构成要件及法益的限定,这种做法明显存在方法论上的问题。

另外,通说的做法还无视我国刑法条文的具体规定,但是,“如果承认刑法解释学(刑法教义学)是刑法学的核心,尊重现行刑法就是必须的”。〔8〕事实上,我国关于盗窃罪、侵占罪、诈骗罪的相关规定,与日本存在明显的不同,盲目以日本刑法理论为借镜,将盗窃罪的非法占有目的的理解扩张至侵占罪与诈骗罪中,可能会抵触罪刑法定原则。日本刑法对于上述三罪的主观目的均未作出明确规定,而且对于侵占罪的具体行为也没有作

〔1〕 张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第957页。

〔2〕 参见王充:“论盗窃罪中的非法占有目的”,《当代法学》2012年第3期,第48页。

〔3〕 参见蒋铃:“论刑法中‘非法占有目的’理论的内容与机能”,《法律科学》2013年第4期,第94页。

〔4〕 参见陈璇:“财产罪中非法占有目的要素之批判分析”,《苏州大学学报(法学版)》2016年第4期,第86页。

〔5〕 参见(日)山中敬一:《刑法各论》(第3版),成文堂2015年版,第276页;(日)前田雅英:《刑法各论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第156页。

〔6〕 参见周光权:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第98页;黎宏:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第292页。

〔7〕 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第285页。

〔8〕 李立众:“刑法解释的应有观念”,《国家检察官学院学报》2015年第5期,第6—7页。

出任何限定,〔9〕诈骗罪中也明确区分了对物诈骗与利益诈骗,因而单就刑法条文规定来看,存在统一予以适用的空间。但是我国刑法对侵占罪的行为作出了明确的限定,而且对于诈骗财物与诈骗利益在立法上也没有予以区分,因此无法将三罪的非法占有目的等同起来,而必须作出不同的解释,例如,既然侵占罪中已经明确限定了剥夺所有与占为所有两个侧面,因此侵占故意便足以涵盖非法占有目的的排除意思与利用意思,侵占罪中并不存在作为主观超过要素的非法占有目的。此外,也没有必要为了协调对物诈骗与利益诈骗条文的一致性,而认为非法占有目的在诈骗罪中也具有一样的含义,如下文所述,在涉及到财物与财产性利益时,非法占有目的的概念无法很好地驾驭后者,这样一来,诈骗罪中的获利意图与盗窃罪的非法占有目的显然有区分的可能与必要。

虽然我国刑法在财产犯罪中没有规定非法占有目的,但从解释论角度看,是可以通过添加不成文构成要件要素的方法去赋予它们不同的含义。问题的关键仅在于,事实上,在财产罪的一个罪之中是否存在不同理解的基础,对此笔者持肯定回答。同时如下文所述,鉴于日本通说关于排除意思与利用意思的表述存在问题,因此笔者以德国刑法理论为框架,分别从剥夺所有意思及取得所有意思两个侧面,选择以盗窃罪、诈骗罪、侵占罪为例作出不同的解读,以明确非法占有目的的不同意义。

二、剥夺所有意图的教义学厘清

按照德国的主流看法,在盗窃罪中的非法占有目的,又被称为不法领得意思,其内部包括剥夺所有要素与取得所有要素,其中持续的剥夺所有应当与单纯的僭用行为区分开来。在原则上,它涉及的是持续地将所有人从其地位上排挤下来。〔10〕而日本刑法理论通说则将排除意思界定为,排除权利人,将他人之物作为自己的所有物予以处置的意思。〔11〕可见德国只是单方面强调持续排斥原所有权人对财物的支配,而日本则同时要求将他人之物视为自己之物,可谓同时将德国的占为所有要素纳入其中。

但是,剥夺所有要素与取得所有要素存在区别,不能混为一谈。首先,从客观含义而言,剥夺所有要素只是为了与单纯的僭用行为相区分,因此即便是出于毁坏、丢弃意图的,也符合持续剥夺他人所有的要求,但是此时却难言将财物视为自己之物予以处置,没有取得所有意图。德国学者指出,对于所有人的持续剥夺所有的设想主要是与僭用行为相区分,而将物品占为所有的意图则与纯粹的剥夺物品区分开来。由于这两个要素具有不同的功能,因此必须分别对它们进行解释。〔12〕其次,从主观故意来说,按照德国通说的看法,对于剥夺所有,行为人只要

〔9〕 日本刑法对于侵占罪仅仅规定侵占自己所占有的他人之物的,处5年以下惩役,并没有突出剥夺所有或者占为所有的侧面。

〔10〕 Vgl. Schmitz, in: MK—StGB, 2. Aufl., 2012, § 242 Rn. 121.

〔11〕 参见(日)大塚裕史等著:《基本刑法Ⅱ各论》,日本评论社2014年版,第139页;(日)伊藤真:《刑法各论》(第4版),弘文堂2012年版,第123页。

〔12〕 Vgl. Schmitz, (Fn. 10), § 242 Rn. 116.

出于有条件的故意即可。^{〔13〕}而对于取得所有,则必须出于第一级的无条件故意。^{〔14〕}综上,本文采取德国剥夺所有意图的理解,认为将他人之物作为自己的所有物予以处置的意思不应纳入排除意思之中。但接下去的问题是对于盗窃、诈骗、侵占而言,三罪的剥夺所有意图分别应如何理解。

按照我国以及日本的刑法理论,虽然对于剥夺所有意思是否有必要存在有一定的争论,但是有关这一问题的结论,却普遍地适用于财产罪的个罪之中,例如如果认为剥夺所有意思是必要的,那么无论是盗窃还是诈骗,都必须作出这样的理解,“根据不法领得意思必要说,诈骗罪也应该和盗窃罪一样,不法领得的目的是必要的,而且,不法领得的具体内容也与成立盗窃罪的场合(基本)相同”。^{〔15〕}反之,则在财产犯罪中没有承认排除意思的必要。按照通说的观点,剥夺所有意思具有区分使用盗窃与盗窃罪的机能,于是剥夺所有意思成为盗窃罪的必备要素,再按照上述的相关推论,在诈骗罪中剥夺所有意思也是必须的。但是这种观点存在疑问。

本文认为,剥夺所有意思在盗窃罪中是必要的,而诈骗罪则否,理由在于盗窃罪与诈骗罪在保护法益上存在的差异,而法益对于构成要件具有解释论的机能,因而也势必会影响到关于排除意思的理解。但这首先需要回答的问题是,两者是否真有必要予以区分。

(一)论述的前提:盗窃与诈骗客观要件的差异

本文认为,这个问题其实涉及到财产性利益是否需要盗窃罪来予以保护。对此德日的立法及刑法理论,明确区分财物与财产性利益,认为诈骗罪包含对后者的保护,而盗窃罪则否。而我国学界,则有观点基于我国刑法典并未明确区分财物与财产性利益现状,认为盗窃罪与诈骗罪一样,都强调对整体财产的保护,于是财产犯罪保护法益问题也被一元化理解,即盗窃罪的保护法益无关所有权、本权与占有之争,而与诈骗罪一样,是如何理解法律财产说、经济财产说与法律经济财产说选择的问题。^{〔16〕}

笔者的看法是,单从分则条文来看,承认利益盗窃并没有问题,^{〔17〕}但是笔者依然不赞成这种理解,理由在于,阻碍我们承认利益盗窃的,并非是刑法条文的规定,只是基于盗窃罪客观要件限制的需要。虽然我国刑法对于盗窃罪的客观要件并未作出明确说明,但是理论上均一致认为,“盗窃罪最为核心的内涵在于,排除财物所有人、持有人或者经手人的占有,然后建立对财物新的占有”。^{〔18〕}也即盗窃罪是一种打破占有以及取得占有的行为,它本身是围绕着占有而建构起来的罪名。于是考虑是否存在利益盗窃时,必须考虑它与盗窃罪的占有本身是否可以相容。对此,学者指出,“当占有对象被延展到权利甚至财产性利益这些看不见摸不着的东西时,作为谓语动词的占有的‘事实支配力’的核心含义就被消解了。因为人们无法想象,在

〔13〕 Vgl. Kindhäuser, in: NK—StGB, 4. Aufl., 2013, § 242 Rn. 123 ff.

〔14〕 Vgl. Rudolf Rengier, BT I, 14. Aufl., 2012, § 2 Rn. 38, § 5 Rn. 7ff.

〔15〕 (日)山口厚:《从新判例看刑法》(第3版),有斐阁2015年版,第197页。

〔16〕 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。

〔17〕 因为我国刑法其实并没有明确区分财物与财产的概念,而且问题也并不在于个别刑法条文是否肯定利益盗窃的特殊情形,因为在此仍然会有注意规定说与拟制规定说的争论,同样难以轻易说服对方。

〔18〕 姚万勤、陈鹤:“盗窃财产性利益之否定——兼与黎宏教授商榷”,《法学》2015年第1期,第57页。

事实层面用物理力去控制无形的权利或利益,到底是一个什么样的举止”。^{〔19〕}如果肯定利益盗窃的可罚性,将会完全破坏刑法教义学围绕盗窃罪的占有所设定的处罚边界。

其实即便是持肯定说的张明楷教授,也认为“在盗窃财产性利益的场合,倘若放弃‘将他人占有或(享有)的财产性利益转移给自己或者第三者占有’这一要素,将所有不法获得财产性利益的行为均认定为盗窃罪,就必定使盗窃罪丧失定型性,这不仅不符合罪刑法定原则的要求,而且导致处罚漫无边际”。^{〔20〕}对此,张明楷教授的解决方案是限制财产性利益的范围,认为在没有转移占有的场合,例如欠债不还并不符合盗窃的行为特征,便不能作为盗窃处罚,但是在明确转移债权的情况下,则应肯定利益盗窃的可罚性。但是与物权不同的是,“债权人并非直接支配一定的物,而是请求债务人依照债的关系为一定行为或不为一定行为”。^{〔21〕}而在行为人真正主张债权之前,被害人的财产并不会被真正侵害,因此它是不可能通过盗窃被转移占有的。“这些异于财物的特征往往造就了对财产性利益的获取方式、毁弃方式,都与获取、毁弃狭义财物的行为方式存在着明显的不同”。^{〔22〕}另一方面,盗窃罪中的占有概念,通说认为它主要体现为一种事实性的支配,^{〔23〕}而“财物是具体的并为人们所感知的存在,而财产性利益是一种抽象的、并不为人们所感知的存在”。^{〔24〕}因此,在事实占有的概念下,难以想象会存在对财产性利益存在占有,更甚者,就算是主张规范占有概念的学者,也明确否认了利益盗窃。^{〔25〕}

而反观诈骗罪,虽然理论上均认为处分行为属于诈骗罪的客观要件,而且“从被害方来说,诈骗与盗窃的界限在于,前者基于被害人(广义)有瑕疵的意识而转移占有,后者则是违反被害人的意志而转移占有”。^{〔26〕}但是处分行为具备的这种转移占有的属性只是针对于传统的对物诈骗而言的,因为如上所述,只有对物才能实现转移“占有”,对于财产性利益而言,只能是“移转”权利,而诈骗罪并不像盗窃罪那样,是围绕占有而建构的罪名,对于其中的处分行为,完全可以针对财物与财产性利益作出不同的解释,在涉及财产性利益时,其实无关“占有”的转移,至多只是要求被害人进行“权利”的移转。

此外,从处分意识上来看,正如学者指出的那样,“占有的‘弛缓’与占有的‘转移’的区分,在多数情况下必须看交付(处分)行为者的意思内容”。^{〔27〕}但是吊诡的是,对于权利的“移转”而言,并不涉及到所谓的权利的“弛缓”,这也从一个方面表明了对财产性利益的诈骗不能完全

〔19〕 车浩:“占有不是财产犯罪的法益”,《法律科学》2015年第3期,第124页。

〔20〕 张明楷:“论盗窃财产性利益”,《中外法学》2016年第6期,第1408页。

〔21〕 王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第四版),法律出版社2015年版,第396页。

〔22〕 聂立泽、高猛:“论财产性利益的刑法保护”,《法治社会》2016年第3期,第15页。

〔23〕 参见梁云宝:“财产罪占有之立场:缓和的事实性占有概念”,《中国法学》2016年第3期,第186页。值得一提的是,张明楷教授也是如此理解占有概念的。参见张明楷,见前注〔1〕,第945页。

〔24〕 姚万勤等,见前注〔18〕,第53—54页。

〔25〕 参见马寅翔:“占有概念的规范本质及其展开”,《中外法学》2015年第3期,第760页。

〔26〕 王立志:“认定诈骗必须‘处分意识’——‘以不知情交付’类型的欺诈性取财案件为例”,《政法论坛》2015年第1期,第122页。

〔27〕 刘明祥:“论诈骗罪中的交付财产行为”,《法学评论》2001年第2期,第70页。

遵循对物诈骗的基本构造,即便脱离了处分意思,也并不会产生区分的难题。

而处分行为要实现基于被害人瑕疵的意识而转移占有的功能,只能建立在处分意识必要说的基础上,离开了处分意识的内核,很难判断处分行为是否具有转移占有的性质。而在诈骗财产性利益时,处分意思并不具备这样的功能,于是处分行为也没有指向“占有”转移的必要了,其所存在的意义只是指向财产损失的一个因果契机而已。

因此,本文认为,由于盗窃罪中占有概念的限制,不可能存在所谓的利益盗窃,而诈骗罪中的对物诈骗,虽然其中的处分行为要件,也强调占有的转移,但是在涉及利益诈骗时,至多只要求实现权利的“移转”,并不存在“占有”的转移。决定两者不同范围的关键在于诈骗罪的客观要素(例如诈骗行为、被害人产生认识错误等)已足以限制处罚范围,它并不需要完全遵循盗窃罪打破占有、取得占有的逻辑,因此完全可以对其中的处分行为做出不同的理解。于是盗窃罪仍应采取所有权、本权、占有的分析框架,而诈骗罪则涉及到法律财产说、经济财产说及法律经济财产说的争论。

(二)盗窃与诈骗的剥夺所有意图——基于保护法益的考察

关于盗窃罪的保护法益,我国传统观点主张的是所有权说,随后,由于受到日本刑法理论上本权说与占有说争论的影响,所有权说逐渐被“边缘化”,但十分吊诡的是,近期随着德国刑法理论的引进,所有权说又重新得到了理论的重视。笔者无意过于“纠结”于此问题之中,只是想对保护法益与非法占有目的的关联性问题,发表如下看法:其一,无论是根据所有权说还是本权说,强调剥夺所有意图都是必须的。因为盗窃罪的客观要件是打破占有和建立占有的行为,换言之,在客观上,单凭盗窃罪的客观要件仅能说明占有本身遭到了破坏,并不能延伸说明所有权或者本权受到了影响,于是为了“弥补”这种法益侵害性的缺失,盗窃罪的主观要件必须指向这种对所有权或本权的侵犯,这恰恰是独立于故意的非法占有目的(主观超过要素)的应有之义,而行为人剥夺所有的意图正好体现了对于所有权或者本权侵犯的意图。因此,在与排除意思相关联的问题上,所有权说与本权说的看法是一致的。对此,虽然有日本学者指出,“即便是采取本权说,如存在对占有的侵害,也会损害对该财物的使用、收益、处分等本权机能,所以,也可以说,并没有另外要求存在所有权侵害意思的必然性”。〔28〕但是从客观上而言,单纯占有的转移并不足以说明值得盗窃予以处罚的所有权侵犯的程度,就使用盗窃而言,虽然单纯使用的本身也可谓所有权的一种侵犯形式,但是只有达到持续性剥夺的情况,才能满足法益侵害程度的要求。因此无论是转移占有,还是一时的使用,均不能等同于持续性的剥夺所有意图,如果缺失这种主观超过要素的附加,则意味着所有的使用盗窃均是可罚的,这未免过于扩张了处罚的范围。

其二,如果持的是占有说的观点,虽然能和盗窃罪的客观要件协调一致,并不需要额外的主观要素予以补强,但是理论上必须说明的是,单纯的以占有受到侵犯为由是否能足以支撑盗窃罪的不法,因为理论上几乎达成共识的是,至少是情节轻微的使用盗窃或者所有人行使权利的行为,都不应以盗窃罪处罚,可是这些行为都已明显侵犯了占有,对此占有权说需要作出说

〔28〕 (日)西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第159—160页。

明。因此,为了使自身的结论具有合理性,采占有说的学者最终也不得不求助于剥夺所有的意图,以进一步限制处罚范围,这在结论上与所有权说、本权说并无二致。可见只要维持盗窃罪的传统形象(对物盗窃),那么在此基础上形成的所有权说、本权说、占有说均难以避免剥夺所有意思的“侵入”。

而在诈骗罪的保护法益问题上,理论界则采取了完全不同的处理方案,即涉及到法律财产说、经济财产说及法律经济财产说的争论。但是,一方面,与上述所有权、本权与占有相比,这些理论并不以传统的“物”作为其侵犯的对象,而是可以扩展到财产性利益上。因此,诈骗罪的保护法益与排除意思之间便存在着天然的“鸿沟”,因为传统上所谓的排除意思或者剥夺所有意思主观上都是以“物”为对象的,难以将其对象指向财产性利益。事实上我们也很难想象如何能对债权具有剥夺所有的意思,至多只能理解为妨碍其行使。“无论是所有权(本权)说还是占有权说,都是用来说明行为客体为财物(有体物)的财产犯罪的保护法益,对于行为客体为财产性利益的财产犯罪没有任何的解释能力,因为民法上所有权的客体只能是动产或不动产,因此财产性利益不可能是民法上所有权的客体。”〔29〕

另一方面,无论是哪一种财产说的争论,其最终的立足点都在于财产是否遭到了损失,虽然对于此处财产损失的认定,日本刑法理论存在着整体财产损失说与个别财产损失说的争论,但是无论哪种看法,都将财产损失明确作为诈骗罪的客观要素加以确立,与盗窃罪中将财产损失主观化的做法存在根本差异。〔30〕于是诈骗罪不法的判断,在客观上考察整体财产是否存在减损即可,不需要剥夺意思的补强。正如我国学者指出的那样,“在以诈骗罪为代表的侵害整体财产犯罪中,财产损害这一要件被明确定位在了客观层面上,即考察被害人所拥有的整体财产是否存在价值上的减损。这样一来,诈骗罪在主观上就只剩下了不法获利意思”。〔31〕此外,由于对财产损害要素的认识,基本上可以涵盖剥夺所有意思的情况,例如事后行为人没有携带赃款逃匿的,可以认为其对于被害人遭受损失没有认识,不具有诈骗的故意。可见,诈骗故意便可以完全替代额外的剥夺所有意图所存在的功能。

综上,无论在盗窃罪中持所有权说、本权说还是占有说的观点,都会强调排除意思的存在,其作用或在于填补客观不法的缺失,或在于限制处罚范围的需要。而在诈骗罪中,并不存在在盗窃罪中的问题,只要客观上存在财产损失,就可以满足法益侵害的要求,没有认可排除意思的必要。

此外,从刑法条文上看,我国刑法也不同于日本刑法的规定,而与德国刑法具有相近性。因为日本刑法对于诈骗罪区分了一项诈骗(对物诈骗)与二项诈骗(利益诈骗),因此,从解释论上讲,对于两类诈骗的理解应具有一致性,如果认可对于一项诈骗存在排除意思,对于二项诈

〔29〕 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。

〔30〕 而德国学界,关于整体财产说与个别财产说之争,并非在财产损失中予以理解,而是普遍认为,盗窃罪是一种对个别财产的犯罪,而诈骗罪是一种对于整体财产的犯罪。因此德日之间的讨论方式存在差异,不能混淆。即便采日本刑法理论的部分学说,将诈骗罪也理解为对个别财产的犯罪,由于两罪客观要件和法益设置仍存在重大差异,因而对于排除意思的理解也是完全不同的,这是需要注意的。

〔31〕 徐凌波:“论财产犯的主观目的”,《中外法学》2016年第3期,第741页。

骗也应做如此理解。^{〔32〕}而德国刑法则并没有作出上述区分,只是统一规定以利益作为诈骗的犯罪对象(物包含于利益之中),从而可以作出与日本不同的理解。而我国刑法虽然并未如德国刑法那样在诈骗罪中以利益为对象,而是和盗窃罪一样都以财物为对象,但是,从体系解释上看,我国刑法并未明确区分财物与财产两个概念。^{〔33〕}因此完全可以将作为诈骗罪对象的财物解释为财产性利益,如此一来,在我国解释论下,便完全不存在日本学者理解的困境。

(三)盗窃与侵占的剥夺所有意图——基于客观行为的考察

虽然盗窃罪与诈骗罪的保护法益存在不同,但是通说认为盗窃罪与侵占罪之间并不存在差异,侵占罪也是针对于所有权的犯罪,因此,从保护法益这点上,并不能推论出两罪在剥夺所有意图上的区别。但是,如此是不是便意味着盗窃与侵占之间在剥夺所有意图上是完全一致的?恐怕也未必,在本文看来,盗窃与侵占的客观要件上存在差异,就此会影响到其体系性地位的不同。

在日本,学者普遍认为,“与盗窃罪中的非法取得的意思相比,由于侵占委托物中不存在对占有的侵害,因而不以排除权利人之占有的‘排除意思’为必要”。^{〔34〕}于是在使用侵占的场合,则承认其可罚性,其实这也是与在盗窃罪中放宽对排除意思的理解是一致的。“在伴有不为所有人所允许的、侵犯利益或者价值的场合,由于侵犯了属于侵占委托物之保护法益的所有权,因而可将实施这种行为的意思,理解为是非法取得的意思,认定成立侵占委托物罪。”^{〔35〕}但这样理解,恐怕是混淆了盗窃罪中的占有转移与排除所有意思的含义,虽然侵占罪并没有转移占有,但是排除意思针对的对象并非是占有,而是针对所有权本身,“盗窃罪客观要件中的窃取行为,与主观要件中的非法占有目的并无直接关系”,^{〔36〕}在排除所有方面,盗窃罪与侵占罪并无不同,因此,从与客观要件的关系方面思考,并不足以论证剥夺所有意图的不需要。

按照德国刑法理论通说的观点,侵占行为的成立在客观上必须至少暂时取得所有以及长期剥夺所有(取得所有理论),因此,与盗窃罪的非法占有目的不同,在侵占罪中的非法占有目的,并非超过的主观要素,而是与侵占故意融为一体,因为根据构成要件的故意规制机能,客观上的剥夺所有与取得所有的行为,必须包含于侵占故意之中。德国学界之所以对侵占罪作出这样的理解,与德国刑法的具体规定有关,德国刑法关于侵占罪的规定,只要求涉及客观情状的故意,不同于盗窃罪作为意图犯的立法方式。

据此,剥夺所有意图则成为侵占故意的应有之义,而并非是独立的主观超过要素,在这点上,应当说与盗窃罪存在体系性的差异。但是撇开德国立法的规定,从刑法理论上讲,将剥夺所有意图作为侵占故意的内容却并非唯一的解释。例如在德国刑法理论上,关于侵占行为的

〔32〕 参见山口厚,见前注〔15〕,第198页。

〔33〕 参见张明楷:“财产性利益是诈骗罪的对象”,《法律科学》2005年第3期,第78页。

〔34〕 (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357页。我国也有学者对此表示认可,参见陈兴良主编:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第543页。

〔35〕 同上注,第358页。

〔36〕 车浩:“占有概念的二重性:事实与规范”,《中外法学》2014年第5期,第1182页。

理解,还存在着占为所有的理论,主张侵占行为在客观要件上仅表现为占为所有即可,因此剥夺所有意图即作为非法占有目的的内容,如此在关于剥夺所有的理解上,与盗窃罪则保持一致了。对这种观点,我国台湾地区有学者表示了认同,认为剥夺所有理论,将既遂的成立时点过于延后,如果将其理解为剥夺所有的具体危险说,则将侵占罪由实害犯变成为危险犯,取得所有理论同时亦存在这个问题,而根据我国台湾地区的刑法将侵占罪规定为意图犯,也不同于德国刑法,因而主张侵占行为必须对物完全有经济意义地展开使用,至于剥夺意图则作为主观超过要素,属于独立于侵占故意的非法占有目的的内容。^{〔37〕}

问题在于,我国刑法理论对于侵占行为与非法占有目的的理解究竟应该采取何种观点,笔者认为,对这一问题需要根据我国刑法的规定展开具体分析。我国《刑法》第270条规定,侵占罪,是将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的行为。因此我国刑法强调了拒不退还这个侵占的行为要素。那么拒不退还应当如何理解,在学界还存在着比较大的争议,传统观点将其理解为独立于非法占为己有的行为,认为“只有非法占为己有并拒不退还,数额较大的,才能以侵占罪论处”。^{〔38〕}但是如此一来,意味着拒不退还的行为成为了侵占罪的事后行为,它只是单纯限制处罚范围的要素,这其实过于限制侵占罪的成立范围,因此,笔者认为,拒不退还与非法占为己有其实表达的是一个含义,其本身只是说明侵占行为的要素,并不具有独立意义。于是拒不退还便意味着行为人以其实际行为表示不退还的意思,而这恰恰是剥夺所有的应有之义,因此,我国侵占罪的行为至少必须包含着剥夺所有侧面。^{〔39〕}从解释论上说,我国不具备采取占为所有理论的条件,即应将剥夺所有作为侵占的客观行为,于是剥夺所有意图与侵占故意则是一体两面的,与盗窃罪中的理解存在不同。

其实换个角度,如果认为可以将盗窃罪中的剥夺所有意图作为客观行为的表现,则盗窃故意便可以包含这种对于盗窃行为的认识,于是便可以作出与侵占罪中相同的理解,即不存在作为独立于故意的剥夺所有意思。事实上,理论上也不乏有学者对此予以了尝试,“非法占有的意思当中,在排除权利人的意思方面,作为‘具有侵害本权危险的占有转移的认识’,能够融化在盗窃罪的故意当中”。^{〔40〕}在笔者看来,这种观点恐怕并不妥当。

这种观点的实质是采取了所谓的还原说,即认为在客观上妨碍对财物的利用程度上,便可以区分可罚的盗窃罪与使用盗窃,作为使用盗窃而言,“轻微的占有侵害也不算作该当构成要件的侵害”。^{〔41〕}但还原说将原属于主观超过要素的问题试图作为占有侵害是否达到可罚程度的客观要件的问题是存在疑问的。因为利用妨害的程度是通过占有转移之后的行为加以判断的,而此时的盗窃罪已然既遂,无法通过事后行为的表现去证成之前的构成要件该当行为的成立。如果要在行为时判断的话,则必须以指向这种妨害的意思作为主观超过要素确定。对

〔37〕 参见王效文:“论侵占罪之持有与侵占行为”,《月旦法学杂志》2012年第7期,第248页。但是剥夺所有理论并不会将实害犯转变为危险犯,因为剥夺所有只是对于侵占行为的界定,并不涉及到侵占的结果。

〔38〕 王作富、刘树德:《刑法分则专题研究》,中国人民大学出版社2013年版,第156页。

〔39〕 至于侵占罪的行为是否包括占为所有的侧面以及对此应当如何理解的问题,参见下文的相关论述。

〔40〕 (日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第105页。

〔41〕 前田雅英,见前注〔5〕,第158页。

此山口厚教授正确地指出:“一旦取得占有即构成盗窃罪的既遂,要在盗窃罪的成立与否这一阶段,考虑既遂之后的利用妨害程度,这根本没有可能性;而且,认为只要利用妨碍程度没有达到可罚性程度,盗窃罪就不能达到既遂,这种观点还会使得既遂时点极不明确。”^{〔42〕}而在侵占罪中,并不存在占有的转移,而是行为人将已占有的财物予以非法所有,故并不存在盗窃罪中采取还原说的相关问题。

综上,本文认为,盗窃罪与侵占罪均需要剥夺所有意思的存在,只是在剥夺所有意思的体系定位中存在差异,在盗窃罪中,并不存在剥夺所有意思所对应的客观行为,故剥夺所有意思属于超过的主观要素,而在侵占罪中,剥夺所有意思得以对应侵占罪中剥夺所有的行为,于是剥夺所有意思则成为了侵占故意的内容。

(四)剥夺所有意思的具体内容——以盗窃罪为例

剥夺所有意思与排除意思在其具体内容的理解上,也存在一定的差异,具体而言,德国强调对于剥夺所有的终局性和永久性,^{〔43〕}而日本学者一般对排除意思作出了缓和的理解,认为出于一时使用的意思,如果能够评价为具有可罚违法性的,也视为具有非法占有的目的。^{〔44〕}可见德国更为强调财物的永久剥夺,通说认为,在区分无权使用与非法取得时,原则上应当优先考虑不具有刑事可罚性的无权使用,以限制刑事制裁措施的适用。^{〔45〕}除此以外,只有在擅开他人汽车时,可以按照第248条c以无权使用机动车罪处罚。目前我国刑法理论呈现出对日本刑法理论“一边倒”的倾向,均认为需要缓和对于排除意思的认定,但这是否合适,还值得探讨。

按照修正以后的排除意思说,会认为出于一时使用的意思,如果能够评价为具有可罚违法性的,也视为具有非法占有的目的。但是这种观点笔者难以接受。因为这一方面模糊了盗窃罪与使用盗窃之间的界限,使得最终结论与排除意思不要说的学者趋同。另一方面,取消了永久剥夺的意图,使得盗窃罪的主观方面与作为盗窃客观要件的占有转移之间的关系也变得模糊起来,此时能否称为主观超过要素值得质疑。我国学者对此指出:“只有把非法占有目的理解为永久性排除他人占有的意思,才能使非法占有目的具有区分罪与非罪的机能。如果承认非永久性排除他人占有的意思,在附加利用财物价值或权利的情况下也可以认为具有非法占有目的,则事实上使原本超出故意的非法占有目的向故意的内容收缩,甚至在一定意义上具有重合性,这也意味着非法占有目的作为超过的主观要素的根据产生了动摇。”^{〔46〕}此外如果考虑使用期间的长短、使用价值的减少、占有人的利用可能性等因素的话,会在实际处理案件中得出不可思议的结论,以下结合两组案例展开讨论。

第一组案例:

〔42〕 山口厚,见前注〔34〕,第232页。

〔43〕 Vgl. Joachim Vogel, in: LK—StGB, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 143f.

〔44〕 (日)井田良:《新・論点講義シリーズ2 刑法各论》(第2版),弘文堂2015年版,第88页。

〔45〕 Vgl. Joachim Vogel, (Fn. 43), § 242 Rn. 154f.

〔46〕 高巍:《盗窃罪基本问题研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第216页以下。

- 1.甲意图将他人汽车盗用5分钟,且5分钟之后将汽车返还原处。
- 2.乙意图将他人汽车盗用5分钟,但是将车开出2分钟后发生事故造成汽车损毁。

修正的排除意思说会认为,综合各种因素考虑,甲不具有非法占有目的,乙具有非法占有目的,但这显然存在疑问。非法占有目的是行为时的主观目的判断,而上述案例中在盗用汽车时的心态并不存在差异,至于是返还原处还是意外造成损毁,只是事后的行为,这不应该改变先前的非法占有目的的评价,缓和说的结论只是基于一种实质的处罚感觉而采取的修正,这并不妥当。笔者认为从逻辑一致性角度出发,这里的结论是相同的,甲和乙都不具有非法占有的目的,至于汽车损毁的结果,因为刑法并不处罚过失毁坏财物,故对此难以作出评价。

第二组案例:

- 1.甲将他人停放的自行车,擅自使用了5小时然后返还原处。
- 2.乙将他人的高级轿车,擅自使用了5小时后返还原处。

根据修正说的观点,这里需要重点考虑针对目标的价值,从而认为甲不具有非法占有目的,乙具有非法占有目的,但是行为人主观上的态度怎么可能会随着对象不同而作出不同评价呢,“如果认为其动用自行车时无非法占有目的,动用轿车时有非法占有目的,显然是不合情理的”。^{〔47〕}因此,笔者认为,从强调永久剥夺的意思出发,如果行为人在行为当时即存在返还意思的话,难以构成盗窃罪,不应考虑其他额外因素。当然如果能够认定乙对于高级轿车价值的损耗到了可罚的程度,便可以通过价值论的思考,认定其存在非法占有目的,但这对汽车本身是否存在非法占有目的是两个问题。

正因为如此,“在德国讨论了是否必须是永远的、完全的领得这一问题,但是,在我国,判例、学说几乎都一致认为暂时地完全获得对财物的支配就构成了”。^{〔48〕}事实上,日本也有学者对此提出了质疑,对此高桥则夫教授指出:“如果不仅考虑返还意思的有无,而且考虑使用期间的长短、伴随使用而价值的减少、占有人的利用可能性等,那么,因为这些是盗窃既遂后的事情,而不是强化或变更占有侵害这一盗窃行为的意思,所以将其理解为(行为后)可罚性的要素是妥当的,排除意思本来就不被包含于领得的意思。”^{〔49〕}我国学者也对日本学界这种变通的看法提出了质疑,“日本通说一方面承认排除意思是不法领得意思的内容,另一方面又广泛肯定使用盗窃具有不法领得意思,这是矛盾的,致使排除意思几乎丧失了限制使用盗窃可罚性的机能”。^{〔50〕}在这个意义上,笔者认为,修正说与上述还原说的思路是相近的,最终的结果只会使得剥夺所有意思“名存实亡”。

因此,对于剥夺所有意思的理解,只能遵从其本意,即从永久剥夺的意义上进行理解,只要行为人具有返还意图的,均应否定排除意思。^{〔51〕}接下去的问题是,既然不能通过对剥夺所有

〔47〕 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第72页。

〔48〕 (日)大塚仁:《刑法概说(各论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2009年版,第230页。

〔49〕 (日)高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第51页。

〔50〕 陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,中国政法大学出版社2014年版,第35页。

〔51〕 在这个意义上,笔者赞成我国学者所认为的,“行为人非法占有目的是指一种永久性的非法占有目的”。参见赵秉志主编:《刑法分则要论》,中国法制出版社2010年版,第397页。

意思的变通来实现对可罚的使用盗窃的处理,那么在理论上该如何填补由此产生的处罚漏洞?笔者认为可行的解释方案是借鉴德国刑法理论的观点,将非法占有目的的对象从传统的物体理论扩张到价值理论中,^[52]“由于拿走财物使用一段时间后又返还的行为可视为对物的价值(物的使用价值)的占有,因而可以使得盗窃罪构成要件包摄那些不以永久占有财物为目的窃取财物的行为,即将盗窃罪扩展到使用盗窃的情形”。^[53]但问题在于,如果普遍地将物的价值作为领得对象,“不法领得意思就存在滑向不法获利目的的危险,它不仅与立法上明确区分不法领得与不法获利的条文字面含义不符,存在违反罪刑法定的问题,而且也背离了盗窃罪的侵犯所有权的本质”。^[54]因此,现在学界的主流看法都对其中的价值予以了某种限定,认为只有对物本身所体现的使用价值与交换价值才能作为非法占有的对象,而通过对物的处分才能实现的价值则否。基于此,对于我国学者提出的,“在以被盗物品勒索钱款的场合,享受财物中价值的方式就是获取赎金,赎金就是财物中价值的体现”,^[55]并以此肯定非法占有目的成立的观点便存在疑问。因为此时,行为人在主观上并没有体现出剥夺所有权的意思,其非法占有的对象只是物作为勒索工具的可能性,针对的是某物对于被害人主观价值与情感价值,这种价值显然不能理解为是物自身所体现的价值。相反的,只有当行为人假装自己对物具有处分权的场合,才是彻底僭越了所有权,占有的是物出售的价值,这种交换价值可以理解为物自身的经济价值的体现,具有非法占有目的。

三、取得所有意图的教义学匡正

按照德国刑法理论,不法领得意思除了类似于排除意思的剥夺所有意图以外,还需要取得所有的意图。所谓的取得所有意图,指的是行为人将他人财物纳入自己或第三人财产中的意思,如果其并不打算哪怕短时间内将物品纳入自己的财产,那么就不存在占为所有的意思,意图损坏、损毁、出售、抛弃物品或者将其藏匿起来,(对于占为所有的意图而言)都是不够的。^[56]而日本刑法理论则对应地提出了利用意思的概念,认为盗窃罪中的利用意思是享受财物具有的某种功能的意思,它具有区分盗窃罪与故意毁坏财物罪的机能。^[57]

那么问题在于利用意思与取得所有意图究竟是什么关系。对此我国有学者认为,“虽然德

[52] 我国有学者将物体理论与排除意思等同,价值理论与利用意思等同,参见张小虎:“论盗窃罪的非法占有目的要素”,《法学杂志》2014年第12期,第74页。但是,排除意思与利用意思属于非法占有目的的具体内容,而物体理论与价值理论属于非法占有的对象,彼此并无交集。

[53] 王莹:“论财产性利益可否成为盗窃罪行为对象——‘介入行为标准’说之提倡”,《政法论坛》2016年第4期,第156—157页。

[54] 徐凌波,见前注[31],第377页。

[55] 张开骏:“盗窃物品以勒索钱款的犯罪认定与处罚——从剖析非法占有目的入手”,《政治与法律》2015年第3期,第55页。

[56] Vgl. Joachim Vogel, (Fn. 43), § 242 Rn. 150f.

[57] 参见(日)伊东研祐:《刑法讲义各论》,日本评论社2011年版,第147页。

国刑法学的通说并未使用‘利用意思’一词,但由于非法所有目的的第二个要素,即‘取得所有的意思’是用于区分盗窃与单纯毁弃的标准,故关于是否存在取得所有意思之判断,实际上不可能不考虑行为人是否具有从该物获得利益的意思”。〔58〕从而基本上将两者的含义相等同。

本文认为,虽然从实际处理上来看,德国的取得所有意图与日本的利用意思具有相同的功能,即均将毁弃等行为排除在非法占有目的之外,但即便如此,两者之间仍然存在差异。首先,两国刑法理论所强调的侧重点存在差异。日本利用意思说的出发点即在于区分盗窃罪与故意毁坏财物罪,另一方面,如上文所述,日本将取得所有的意图混于排除意思之中,于是便以事后对财物打算替代了德国的取得所有意思,而前者虽然可以用以证明行为人存在取得所有的意思,但却不能与之相等同。而相反,德国刑法理论则侧重于取得所有本身的论证,至于利用方式,其实只是一种附属的效果,因此,盗窃罪与故意毁坏财物罪的关系不是论证的理由,而是其所产生的影响。例如学者指出,占为所有指的是,针对他人之物创设类似于所有权人的支配,践行所有权的内容,即像所有权人那样举止。〔59〕其中像所有权人那样举止其实是作为僭用准所有人地位实现对物品处分权的一种方式,其主要依附于占为所有本身,因此虽然毁损也是所有权处分一种方式,但行为人缺乏将财物视为自己或第三人的财产,故通说认为不成立占为所有。其次,日本的利用意思不仅仅局限于盗窃罪中,它具有宏观地指导整个财产犯罪的意义,而德国学者则明确区分了盗窃罪中的取得所有意图及诈骗罪中的获利意图,并明确区分两者。最后,从性质上来说,德国主要将取得所有意图视为一种违法要素,而日本则基本上将利用意思作为责任要素。

因此,需要解决的问题是,我们是采取取得所有意图的概念还是用利用意思的表述,对此笔者的立场是以取得所有意图来替代利用意思。下文中首先将讨论此问题。

(一)利用意思说的问题——以日本刑法理论为背景

首先,通说坚持认为,“利用处分的意思,作为加重获取型犯罪中的贪利性质的责任类型的事由,可以放入构成要件之中,因此,其法律性质是责任要素”。〔60〕但是,其一,利用处分的意思仅仅表明了预防的必要性,倘若不采取实质的责任论,将预防要素导入责任中的话,不能认为它属于责任要素;其二,即便认为它属于责任要素,但是如果采取通说构成要件属于违法类型说的立场,就不能认为它具有区分犯罪类型的机能,在这个意义上,它只是一种行为人的动机因素,仅具有量刑的意义;其三,诚如我国台湾地区学者所指出的那样,“惟完全未斟酌客观事实,而仅仅以行为人内心之动机、目的来特定犯罪类型,似有将刑罚主观化之现象”。〔61〕这恐怕就会背离客观主义的基本立场。

其次,如果采取利用意思必要说,则难以解释行为人以毁坏他人财物的意图取出财物后只是单纯的放弃、隐匿或者产生非法占有目的、利用处分该财物的行为。必要说认为此时前者构

〔58〕 陈璇,见前注〔4〕,第89页。

〔59〕 Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht — Eine systematische Darstellung. 11. Aufl., 1969, S. 341.

〔60〕 (日)大谷实:《刑法讲义各论》(新版第4版),成文堂2013年版,第199页。

〔61〕 曾淑瑜:《刑法分则实例研习——个人法益之保护》,三民书局2004年版,第210页。

成故意毁坏财物罪、后者构成侵占罪(脱离占有物侵占),但是单纯的隐匿能否解释为毁坏是有疑问的。即便赞成实质解释论,单纯的隐匿也不等同于效用的侵害,因为实际生活中,大量的隐匿行为并没有侵害效用。例如甲从乙家取来一枚戒指,单纯的放在自己家中,显然不能评价为毁坏,此时如果对前面具有排除意思的转移占有不作评价,并不合理。更甚者,如果行为人以毁坏财物的意图取出财物后,“中止”了自己的毁坏行为,只是单纯弃置在家中时,按照必要说的主张,可以构成故意毁坏财物罪的中止,应当免除处罚,但相反,如果以盗窃财物的意图取出财物的,则可以构成盗窃罪的既遂,于是客观上相同的行为,只是基于主观上毁坏还是取得的意图,会形成巨大的刑罚差异,这很难进行教义学上的解释。另外,认为可以将之后的利用行为评价为侵占罪也不合理,因为这种情形下的侵占究竟能否被我国刑法中的侵占罪所包括存在疑问。^{〔62〕}因此严格按照必要说,势必形成处罚漏洞,其原因在于,“毁坏目的,那只是推动行为人实施盗窃行为的内心起因,是一种犯罪动机,不能因为有这种动机就改变行为的盗窃性质”。^{〔63〕}

再次,必要说对于不要说的指责并不存在,必要说认为不要说将故意毁坏财物罪局限于不转移占有的毁坏,明显缩小了故意毁坏财物罪的范围,但是这种限制是有道理的。“如果行为人在毁弃前排除他人对财物的占有,实现自己的占有再进行毁弃的,则事实上存在两个故意和两个行为。”^{〔64〕}显然这种情况和没有转移占有的毁坏是不同的,行为人在实施第一阶段的行为时,主观上存在的毁坏意思,同时也包含了占有转移的盗窃故意,前行为当然可以评价为盗窃罪。^{〔65〕}曾淑瑜教授也揭示了两者不法程度的差异:“毁损、隐匿他人财物在现实上仍有可能是剥夺利用可能状态之财物占有的行为,使财物所有人(或持有人)丧失对财物之利用可能性,此相较于未剥夺占有而毁损特定财物之行为,一般而言,破坏财物之利用可能性的程度自较为严重。”^{〔66〕}其实这里只是要求故意毁坏财物罪不得转移对财物的占有,但是这并不妨碍只是单纯的移动财物而没有转移占有的行为评价为故意毁坏财物罪,至于这里的单纯移动和转移占有如何区分,需要结合个案,综合财物体积、现场环境等因素讨论。

又次,按照必要说的看法,强调利用意思体现了取得犯罪经济的侧面,因此日本学者过往一般将其严格界定为按照经济性用途处分的意思。^{〔67〕}但是这样一来,将过于限制盗窃罪的成立,并不合理,因而现在日本学界一般认为,利用意思的含义已经超越了按照经济用途或者

〔62〕 疑问在于,此时侵占的对象难以解释为“代为保管的他人财物”或者“遗忘物”。但与此相反,陈璇教授认为,无论是所有权人主动委托授权,还是基于所有权人意志以外的因素,只要财物归属于行为人所占有,即满足“代为保管的他人财物”,是故,《刑法》第270条第2款仅仅是第1款的注意规定。参见陈璇:“论侵占罪处罚漏洞之填补”,《法商研究》2015年第1期,第145页。

〔63〕 刘明祥,见前注〔47〕,第72页。

〔64〕 高巍,见前注〔46〕,第218页。

〔65〕 相同观点也可参见唐仲江:“故意毁坏财物罪研究”,载陈兴良主编:《刑事法判解》(第10卷),北京大学出版社2009年版,第190—191页。

〔66〕 曾淑瑜,见前注〔61〕,第213页。

〔67〕 参见(日)曾根威彦:《刑法各论》(第五版),弘文堂2012年版,第121页。

其本来用途来利用处分的意思,指的是为享受财物的使用中衍生出来的某种效用的意识。〔68〕可是由财物所产生的某种效用意思的说法,不仅与必要说强调经济的侧面相背离,而且实质上丧失了区分毁坏财物罪之间的界限,因为行为人毁弃财物总是会基于特定意图,例如单纯出于毁灭证据的场合,按照必要说的看法,也享受到了财物产生的某种效用,但此时必要说却往往认为不具备利用意思,因而不构成盗窃罪,实际上已完全背离其立场。对此,我国学者正确指出,“对于‘用途’的这种解释会导致只要是在使用,无论这种使用是多么的超乎常理,也同样是遵循了财物的用途,这未免脱逸了‘财物用途’的可能语义,致使使用行为丧失了定型性,令人难以预测”。〔69〕

最后,如果按照必要说的看法,认为利用意思属于盗窃罪非法占有目的的内容,则难以回答特殊盗窃行为是否也需要利用意思,例如按照通说的观点,盗窃罪与盗窃枪支、弹药罪属于法条竞合的关系,此时一以贯之的结论应当是作为特别法条的盗窃枪支、弹药罪也需要具有利用意思。但是如果认为基于毁坏意图盗窃枪支的行为,不构成本罪,恐怕并不合适,毕竟盗窃枪支、弹药罪不属于财产犯罪的类型,更没有必要符合得利性的要求。也正是基于这个原因,即便赞成利用意思的学者,对这种情况也作出不同的回答,“如果不存在与毁弃罪的区分,也没有要说明取得罪法定刑重于毁弃罪的需要,就没有必要强调只有存在利用意思才成立上述犯罪,甚至可以认为,上述犯罪视情况基本上均包括毁弃罪、隐匿在内”。〔70〕但如此一来,恐怕便违反了法条竞合的基本原理。因而从这个侧面也可以表明作为普通法条的盗窃罪也没有必要加上利用意思。

(二)盗窃罪中取得所有意图之澄清——以德国刑法理论为语境

接下去便需要回归取得所有意图本身,首先,第一个问题是盗窃罪中的取得所有意图该如何理解,即它主要是作为主观超过要素还是可以作为故意的具体内容。对此德国刑法关于盗窃罪中,明确规定意图非法占为己有或使第三人取得的要素。这种意图犯的立法模式,使得德国刑法理论均倾向于将取得意图作为主观的构成要件来对待,其超过了客观的构成要件(“超过的内心倾向”“断绝的结果犯”);尽管在大多数情况下,拿走(Wegnahme)和取得同时发生,但取得行为也可能在拿走之后才出现,并不再单独受处罚。这是因为,它本身被视为盗窃的惯常且故意追求的结果。〔71〕

在德国,上述主流学说又被称为所有权僭越说,按照这种观点,取得所有意图是指以所有权人自居来处分财物,这与客观要件的占有转移并不等同,因此,占有的建立与取得所有被予以分割,在这个意义上,取得所有意图属于主观超过要素。这一立场建立在这样的基础之上,即盗窃罪与侵占罪同属于领得罪,必须遵循同样的逻辑构造。而关于领得罪本质的理解,德国

〔68〕 参见伊东研祐,见前注〔57〕,第147页。

〔69〕 马寅翔:“侵占罪的刑法教义学研究”,北京大学2013年博士学位论文,第150页。

〔70〕 陈洪兵,见前注〔50〕,第22页。

〔71〕 Vgl. Joachim Vogel, (Fn. 43), § 242 Rn. 132.

通说均认为其是指向所有权的。^{〔72〕} 侵占罪在客观上已然表现为占为所有的行为,而盗窃罪的客观要件既然只能表现为占有转移,故在主观上则必须存在这种取得所有权的意识,才能符合领得罪的特质。

但这种认识忽视了领得罪里面的领得主要是一个客观的概念,因此必须要在个罪客观不法层面体现出这种特征,换言之,如果客观上不符合领得的要求,即便再添加额外的主观意图也是“于事无补”。德国学者 *Kindhäuser* 教授显然意识到了这个问题,他指出,只有这样解释,故意取得的违法性在犯罪体系上的分类才能被作为与故意有关的客观的构成要件要素。如果领得被作为单纯故意的行为,而不再属于构成要件上的不法行为来理解,其违法性就难以属于客观的构成要件要素。^{〔73〕} 根据这种解释,为了符合领得罪的特质,则必须将盗窃罪故意领得的违法性体现于客观要素之中,而为了达至这一效果,*Kindhäuser* 教授在盗窃罪中,将转移占有的行为,视为领得行为,于是取得意图便属于盗窃故意的内容。在盗窃罪中,这种与占有的转变相关的取得意思的表现,恰恰存在于通过破坏占有来建立占有的过程中。^{〔74〕}

因此,盗窃与侵占虽同属领得罪,但仍有差异。与盗窃罪不同的是,侵占罪并没有占有转移的行为,因此为了维持领得罪的特征,必须要求进一步占为所有的行为。而盗窃罪客观上已经打破了他人的占有并建立起自己的占有,占有本身即是所有权的权能之一,就此也可以将其视为领得罪。于是盗窃与侵占关于领得的含义其实是不同的。对此,德国学者正确揭示了两者间的差异,在所有的领得罪中,只有侵占罪的构成要件完全符合领得罪的特征,属于真正的领得他人可移动之物。在盗窃罪和抢劫罪中,仅需要行为人通过取走行为践行主观上的取得目的即可。^{〔75〕} 对于盗窃罪而言,领得指的是对于从他人占有之下拿取的物品,篡夺其所有权人的地位。这种篡夺所有权的特点在于,行为人占有物品时,是基于一种与承认他人的所有权不一致的目的。因此,必须将领得(即建立自主占有的行为)与事后的像所有人那样使用物品的行为区分开来。物品使用与领得之间是一种目的一手段的关系。^{〔76〕}

此外,支撑本文观点的,即将取得意图不作为超过主观要素,而是将其作为盗窃故意,还有以下三点理由。其一,我国刑法关于盗窃罪的规定,与德国刑法不同,并没有突出强调要占为己有或者使第三人取得的要素,也即是一种非意图犯的立法模式,即便上文赞同将剥夺所有要素理解为主观超过要素,也没有必要使得取得所有要素也延续这种看法,因此即便上述观点很难与德国现行刑法相调和,但却可以为我国学者所借鉴。其二,*Kindhäuser* 教授还对通说进行了以下批判,由于通说将盗窃罪解释为断绝的结果犯,盗窃就成了嗣后侵占行为的预备行为(拿走)。但是,这与下述理解相冲突:与盗窃罪相比,侵占罪属于更为轻缓的刑罚范畴,且只是发挥着辅助性的作用。侵占行为难以被更为严重之罪的预备行为排挤掉,况且破坏持有(即刑

〔72〕 Vgl. *Daniel Gehrmann*, *Systematik und Grenzen der Zueignungsdelikte*, 2002, S. 25f.

〔73〕 Vgl. *Kindhäuser*, BT II, 8. Aufl., 2014, § 2 Rn 77.

〔74〕 *Kindhäuser*, a. a. O., § 2 Rn 77.

〔75〕 Vgl. *Hermann Blei*, BT, 12. Aufl., 1983, S. 170.

〔76〕 Vgl. *Kindhäuser*, (Fn. 13), § 242 Rn. 80 ff.

法意义上的占有)并不以侵害(民法上的)占有权为前提。^[77]亦即,通说的观点会使得盗窃罪成为嗣后侵占行为的预备行为,这在观念上是难以令人接受的。而如果将盗窃行为理解为侵占的预备行为,那么就没有理由只成立盗窃而排除侵占罪的成立。其三,虽然占有与所有在客观不法的程度上存在差异,但就主观上而言,行为人已认识到对占有的破坏,实际上便应认识到这是僭越所有权的一种举动。例如使他人因见不到某物而难受的意图,从而将其窃取且一直藏匿于家中,倘若行为人辩称自己此时并没有以所有权人自居的目的,仍将该物视为他人之物,便无法以盗窃罪论处,这显然不利于保护所有权。而事实上也很难想象,行为人已对占有的转移存在认识,却会缺乏以所有权人自居的意图。可见,在主观上,没有必要再要求额外的取得所有意图。

但是需要说明的是,按照 *Kindhäuser* 教授的观点,整个不法所有的意图均已在客观要件中实现,换言之,即便就剥夺所有而言,也属于盗窃的故意。^[78]应当说这种观点具有一定道理,因为逻辑上取得所有与剥夺所有是同步的,取得所有的前提必然是要求剥夺原所有权人对财物的支配,但是问题在于,按照德国刑法理论,行为人必须持续性地对原所有权人剥夺所有,方能满足剥夺所有意图的要求,而暂时地对于物品占为己有即满足后者的条件。^[79]换言之,此观点忽略了两者存在程度上的差异。因此,本文认为,当行为人出于暂时地占为己有的意图时,虽然有可能出现同时存在持续剥夺的意思,例如暂时使用物品,用完之后为毁灭罪证而将物品损毁的情况即是,但是也不得不否认另一种情况,即相对应只具有暂时地剥夺所有的意图,例如在暂时使用物品,但用完归还的情况下,在上述情况中,可以说行为人具有暂时取得的意图,但不能说对此存在持续的剥夺所有,至多只是暂时的剥夺所有。由此,即便行为人缺乏永久剥夺的意图,依然可以说符合了盗窃罪的故意,剥夺所有的意图仍然属于主观超过要素。在此可以说本文的观点也并不等同于 *Kindhäuser* 教授的观点。

综上,本文认为,德国刑法通说将取得所有意图视为主观超过要素的观点难以接受,而应将其作为盗窃故意的内容。但另一方面,侵占罪的立法形式以及客观要件方面,均与盗窃罪存在差异,故对于取得所有的理解也存在差异,对此下文予以讨论。

(三)侵占罪中取得所有意图之界定

如上所述,盗窃罪与侵占罪的保护法益存在一致性,因而两者都要求剥夺所有意思的存在,只是剥夺所有意思的体系性地位存在差异,按照这种推理,是否就意味着在侵占罪中,也要采取和盗窃罪中类似的观点?

在德国,取得所有意图究竟是作为主观超过要素还是侵占故意,取决于对侵占行为的理解。如果采取显现理论的观点,^[80]便会额外要求取得所有意思的补充。而剥夺所有理论主张在客观要件上仅需要强调剥夺所有的一面,于是占为所有意图同样也成为了主观超过要素。

[77] Vgl. *Kindhäuser*, (Fn. 73), § 2 Rn 76.

[78] Vgl. *Kindhäuser*, (Fn. 13), § 242 Rn. 81 ff.

[79] Vgl. *Schmitz*, (Fn. 10), § 242 Rn. 116.

[80] 关于显现理论的论述,可以参见黄荣坚:“侵占罪之基本概念”,《日新》2005年第4期,第30页。

但按照取得所有及占为所有的理论,鉴于占为所有已作为客观要件的内容,于是取得所有意图便融于故意之中。

而在日本刑法学界,依然采用了利用意思的表述,对此虽然有学者采取利用意思不要说的观点,认为只要存在侵占的故意便已足够,并不需要额外的非法占有目的。^{〔81〕}但是日本的多数学者依然承认利用意思的必要,只是与德国相比,日本学者一般将其作为主观的超过要素予以把握。在取得行为如何理解的问题上,日本学界存在着取得行为说与越权行为说的争论,虽然两者之间的争论对应着非法占有目的必要说与不要说的对立,但是目前即便是赞成越权行为说的学者,也肯定了非法占有目的的存在,而且将其内容主要理解为一种利用意思,^{〔82〕}而另一方面,取得行为说其实类似于德国的显现理论,利用意思并没有作为侵占故意的内容,因此日本学者指出,“本罪中的非法取得的意思,基本上与盗窃罪中的非法取得的意思是一样的,是指违反委托之旨趣,按照自己所占有的他人之物的经济用途,利用处分该物的意思”。^{〔83〕}

笔者认为,日本刑法理论肯定侵占罪中的利用意思(主观超过要素),某种程度上也借鉴了其在盗窃罪中的观点,但在本文看来,由于盗窃罪中并不需要利用意思,因此,这种简单的类比不能成立。此外日本学者将利用意思作为主观超过要素的理由主要在于,侵占罪中欠缺占有转移,故需要额外的利用意思,^{〔84〕}但是这种观点没有意识到侵占罪中有占为所有行为的存在空间,因此难言妥当。就德国刑法理论而言,虽然本文不赞成德国通说对于盗窃罪取得意图的理解,但是通说对于侵占罪的观点,应当是合理的。因为侵占罪作为一种领得罪,且侵占罪也不存在占有的转移,故必须在客观不法层面突出占为所有要素。因此,侵占罪其实也和盗窃罪类似,取得意图也是作为故意的内容,只不过两者对应的客观要件不同。此外,在解释论语境下,侵占罪的取得意图也必须作出上述理解。因为我国《刑法》第270条规定,侵占罪,是将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的行为。刑法除了强调拒不退还以外,还特别规定了占为己有的要素,在这种情况下,将侵占行为单纯理解为剥夺所有的行为也难以得到认可。因而在我国,应将侵占行为理解为是兼具剥夺所有与占为所有的行为,取得意图也是侵占故意的内容。

接下去的问题是,需要明确侵占罪中取得意图的具体内容。而由于侵占罪中的取得意图正是侵占故意的内容,因而明确取得意图的含义,首先需要理解占为所有的行为。与盗窃罪不同的是,由于无法将占有转移的行为理解为一种领得,因此所有权僭越说在此处恰恰是妥当的。但问题是按照所有权僭越说,由于毁坏行为也是所有权行使的一种方式,“即便是毁坏财物者,也是以所有权人的姿态出现的,因为只有所有权人才有权利毁坏物品”。^{〔85〕}于是对其

〔81〕 参见大塚仁,见前注〔48〕,第339页。但是大塚仁教授在盗窃罪上也明确主张非法占有目的不要说,这与其在侵占罪中的理解是一脉相承的,但如上所述,至少在盗窃罪中,笔者还是认可了排除意思的存在。

〔82〕 参见大谷实,见前注〔60〕,第312页。

〔83〕 西田典之,见前注〔28〕,第256页。

〔84〕 参见(日)前田雅英:《日本刑法各论》,董璠译,五南图书出版公司2000年版,第170页。但前田教授在其最新版的教科书中,删除了这一内容。

〔85〕 Vgl. Schmitz, (Fn. 10), § 242 Rn. 115.

的认识,便足以构成侵占的故意,其结果将会完全架空占为所有要素的意义,这似乎也难言妥当。因此,应当赞成这样的观点,“损毁不是法律所允许的行使所有权的方式,而是法律所不禁止的消灭所有权的方式。人们经常所说的‘所有人消灭其物品的权利’只是头脑不清的想法。这就意味着,如果一个人获取他人物品的目的在于消灭该物品,则表明该人并不希望将该物占为所有”。〔86〕可见如果只是单纯的毁坏财物,就可以理解为一种消灭所有权的方式,并不成立占为所有,如此一来,单纯基于毁坏意图的,可以成立盗窃,却不能构成侵占。〔87〕但需说明的是,这不意味着所有毁坏行为都不符合占为所有的要求,因为如上所述,物体本身所包含的价值也是非法占有的对象,故将他人的名贵家具毁坏当作柴禾生火取暖的情况下,也属于利用了物本身的价值,成立占为所有。但在行为人虚构合同买入大量奶粉将其全部销毁,只是出于创造经营业绩的目的时,由于奶粉本身的价值并不包含提升业绩,故应否定占为所有。〔88〕同样的,在出于毁灭证据的目的,毁损财物的,由于证据本身并非是财物的内在价值,因而应否定其存在占为所有。〔89〕

因此,在侵占罪占为所有概念的理解上,一定程度可以参考德国通说关于盗窃罪占为所有意图的理解,即两者都排斥毁坏概念。但值得注意的是,两者仍然无法完全等同,因为侵占罪强调的是客观行为,而盗窃罪中归根结底是行为人主观上的想法,两者有可能出现分离。例如在行为人隐匿财物的场合,作为盗窃罪而言,可以说行为人没有取得所有的意图,主观上仍将其作为他人之物,但就客观而言,隐匿也是一种行使所有权的方式,也不能如毁坏那样理解为消灭所有权,故应当肯定占为所有。因此,在行为人先是将财物加以隐匿,经过一段时间导致财物价值贬损后予以抛弃或毁损的,也可以以侵占罪论处。如此方能理解日本学者所指出,“侵占罪与夺取罪比较,在判例上其不法侵占意思之概念,有些微妙之差别。包含了隐匿的意思如此……这点正成为近年来不法侵占意思否定说的实质性的论据。的确,隐匿业已占用之财物的行为,几乎都应评断为实质上‘已侵占’、因此判例举出隐匿作为侵占罪实行行为之一是很自然的”。〔90〕

〔86〕 Vgl. Karl Binding, BT Band 1, 2. Aufl., 1902, S. 246.

〔87〕 在台湾也有学者认为,只要在客观上明确表示其不法取得的意图,即可该当侵占行为,成立侵占罪,例如把自己持有的他人之物抛弃即是。参见高金桂:“侵占罪之构成要件分析”,《月旦法学杂志》2008年第12期,第28页。但是该当侵占行为,并不意味着侵占罪的成立,即便认可显现理论,但也可以基于占为所有的主观超过要素,将意图抛弃他人之物的行为,不作为侵占罪处理。

〔88〕 本案属于最高人民法院发布的指导案例,法院认为行为人主观上没有遵从牛奶的经济用途处分,故其行为符合故意毁坏财物罪。本文认为,领得型犯罪并不需要利用意思,故行为人成立职务侵占罪。在此例举此案例只是为了说明侵占罪中的占为所有的要素。

〔89〕 但是日本判例认为,行为人出于防止、隐藏自己的犯行被发现的场合,肯定了行为人具有非法占有的目的。对此山口厚教授指出,“在仅仅是出于毁弃、隐匿财物等包含了使他人难为等类似目的的场合,在限于能够认定具有某种目的的意义上,就可能肯定行为人具有不法领得的目的,想来实际上可以将上述裁判例的结论归结于利用意思不要说”。参见山口厚,见前注〔15〕,第196页。

〔90〕 前田雅英,见前注〔5〕,第162页。

(四)从取得所有意图到获利意图——以诈骗罪为例

行文至此,最后需要讨论的是诈骗罪。在这个罪名上,德日之间的差异体现得最为明显,在日本,诈骗罪与盗窃罪一样,也沿用非法占有目的的概念,其中也包含了排除意思与利用意思的侧面,而在德国,诈骗罪规定的是不法获利意图,以此区别于领得罪中的不法领得意思。诚如学者指出的那样,“德、日理论对于财产犯罪主观目的的设置与解释是存在极大差异的。德国对于盗窃罪与诈骗罪设置了不同的目的,前者为不法领得,而后者为不法获利,而日本则以不法领得为盗窃、诈骗的共同目的”。〔91〕

于是便涉及到获利目的与领得罪中的取得所有意图如何区分,我国有学者将这两个概念予以了等同。〔92〕但是,领得罪中的取得意图主要是指向狭义财物的,而获利意思则不限于此,只要是整体财产的增加都能称为获利,因此,利用意思与获利意图应该属于本质不同的概念,理由在于,利用意思适用的是狭义的价值理论,而获利意图则适用广义的价值理论。对于盗窃罪而言,广义的价值理论会导致侵犯所有权的犯罪变成纯粹的财产转移型犯罪,因为按照其主张,行为人就不再是剥夺与所有权相关的使用可能性,而必须是造成财产损失。〔93〕但是在诈骗罪中,并不存在这样的问题,因此可以认为,即便是通过对物处分实现的价值,只要是属于经济价值范围内的,也应肯定此处的非法获利意图。按照德国学说的理解,这里的财产利益范围是较为广泛的,只要是对财产状况的任何改善,包括积极财产和消极财产的增加,都属于不法获利,而行为人也必须是以第一级直接故意即蓄意的态度追求这里的利益。〔94〕

例如债务人以免除债务的意图从债权人处窃取自己出具的借条该如何认定?学界存在着盗窃罪、侵占罪与无罪说之间的争论。对此浙江省高级人民法院、人民检察院、公安厅《关于抢劫、盗窃、诈骗、抢夺借据、欠条等借款凭证是否构成犯罪的意见》中规定,债务人以消灭债务为目的,抢劫、盗窃、诈骗、抢夺合法、有效的借据、欠条等借款凭证,并且该借款凭证是确认债权债务关系存在的唯一证明的,可以抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪论处。但这一解释存在疑问,理由在于“借条所证明的是一种有因之债,只针对特定的当事人,不具有流通价值与交换价值,其功能主要在于作为主张债权,这种功用不能被视为物的价值”。〔95〕因此这种行为充其量只能作为侵占罪处理。但需要注意的是,在假设债务人以免除债务的意图从债权人处骗取借条的情况下,是否具有获利意思?黎宏教授指出,“欠据或者借条的丢失,并不一定会导致债务人财产的直接现实具体损失。因为,即便没有欠据或者借条,但有其他证据的话,也能证明债权债务关系的存在,债务人的财产不会因此而受到现实具体损失,最多可能会导致债权人追诉其债权的过程变得困难,但不至于导致债务的被免除”。〔96〕因此似乎也难以认可有获利意图。本文原则上同意这样看法,但如果该借条是确认债权债务关系的唯一证明时,事实上已经

〔91〕 徐凌波,见前注〔31〕,第726页。

〔92〕 游涛:《普通诈骗罪研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第149页。

〔93〕 Vgl. Schmitz, (Fn. 10), § 242 Rn. 128.

〔94〕 参见王钢:《德国判例刑法(分则)》,北京大学出版社2016年版,第228页。

〔95〕 王莹:“盗窃罪‘非法占有目的’对象刍议”,《中外法学》2015年第6期,第1589—1590页。

〔96〕 黎宏:“论盗窃财产性利益”,《清华法学》2013年第6期,第133—134页。

可以实现债权的免除,在这种情况下,借条主张债权的功能,是处分物所能够实现的价值,可以视为诈骗罪的获利意图。

在日本著名的受领支付督促令正本一案^{〔97〕}中,第一审判决与控诉审判决均认定被告人存在诈骗罪的不法领得意思,但最高裁判所认为,被告通过欺骗投递员取得了督促令,除毁弃外没有其他使用、处分目的,应否认其具有不法领得目的。对此,山口厚教授表示了认同,并且指出,“其结果也不过是使临时执行宣言附支付督促令正本具有与确定的判决一样的效力而已。在这个意义上,毁弃支付督促令正本等法律文书与取得财产的效用、利益之间只不过是间接的关系”。^{〔98〕}本文对此持否定态度,日本最高裁判所及山口厚教授恐怕是将诈骗罪的获利意图理解为领得罪中的取得意图才得出这种结论,如上所述,倘若在领得罪中作出这样理解是正确的,但是诈骗罪的获利意图除了包括物自身的价值,还包括了处分物所实现的价值,本案与上面的欠条案不同的是,督促令存在确实的法律效力,倘若被害人失去申诉机会,那么其遭受财产损失将会是必然的,这当然可以视为处分督促令所能实现的经济价值,可以成立获利目的,至于是否是间接的关系并无影响。^{〔99〕}

当然,理论上还需说明的是,为何要强调非法获利的意图?我国刑法并未对此作出规定,于是黎宏教授便予以了否定,认为“在诈骗、敲诈勒索等犯罪中,‘利用意思’的意义本来就不大”。^{〔100〕}对此,笔者并不赞同。本文认为,与盗窃罪不同的是,在诈骗罪中恰恰需要获利意图。因为盗窃罪中存在剥夺意思的一面,故可以解释与故意毁坏财物罪的法定刑差异。“盗窃罪的行为人通过将他人财物置于自己控制、支配之下,以所有权人的姿态对财物进行了随意处置,而故意毁坏财物罪的行为人虽然导致了他人财物的毁损和灭失,但他并未通过侵犯占有的方式对他人的所有权地位提出挑战”。^{〔101〕}但是,如上文所述,与盗窃罪不同的是,诈骗罪中并不存在剥夺意图,因此唯一能够说明法定刑差异的理由,只能从获利目的中寻找,此时的获利目的并不是诈骗罪的不法要素,只是责任要素,影响个人可谴责性。

最后,还需说明的是,此时的获利意图也与侵占罪不同,它不是诈骗故意的内容,而是独立的要素。对此我国有学者认为,如果将行为人在客观上获取了财产利益,因此不法获利目的便已经包含在诈骗故意之中,并不是主观超过要素。^{〔102〕}但是行为人对于取得利益的认识与非法获利的目的并不相同,两者可以区分。例如当A欺骗B,让B让渡

〔97〕 本案案情为被告人打算利用支付督促制度冻结叔父财产,待督促令生效后强制执行,便伪造债权向裁判所提出申请,裁判所向其叔父发出督促令,但其同伙出于废弃目的伪装叔父从投递员手中得到文件,企图不给叔父申请异议的机会,从而使支付督促效力生效。

〔98〕 山口厚,见前注〔15〕,第202页。

〔99〕 当然如果实现的价值与经济价值无关,也无法成立作为财产犯罪的诈骗,例如出于对证据的毁损,只是为了逃避刑罚处罚,不能理解为是获利意图。

〔100〕 黎宏,见前注〔6〕,第294页。

〔101〕 陈璇,见前注〔4〕,第98页。但是陈璇教授的观点,依然混淆了剥夺所有与取得所有,因此实质上还是立足于日本法的讨论。

〔102〕 徐凌波,见前注〔31〕,第728页。

了其对于C的债权给自己时,此时A对于自己取得对C债权属于诈骗故意的内容,而对C行使债权的意思属于不法获利的目的,如果对C没有行使债权的意思,仅仅出于陷害B的意图实施上述行为的,难以构成诈骗罪。

综上,必须对诈骗罪的获利意思作出与领得罪的取得意图作不同的解释,两者存在实质差异,如果按照日本学界统一地作为侵占与诈骗共同的主观目的,有可能混淆了两者的含义。而且,即便单纯的对物诈骗,也必须与对物侵占作出不同的解释,由于不存在所有权对象的限制,可以将对物处分的价值纳入其中。例如在行为人为了提高在学界的知名度,将一篇剽窃的文章谎称为是自己的作品交由杂志发表,并附带获得了稿费,是否就稿费成立诈骗?德国司法判例与多数学者认为,如果行为人意欲必然附随结果的发生,则认定具有非法获利目的,成立诈骗罪。^[103]而稿费并非是文章的内在价值,如果按照侵占罪中取得意图的理解,则难以成立诈骗。因此本文不赞同继续沿用取得意图的表述,而以非法获利目的替代之。联系上文观点,诈骗罪中也不存在剥夺所有意思,由此在诈骗罪中,其实并不存在非法占有目的的概念。

四、结 语

无论是日本还是我国的刑法理论,虽然对于非法占有目的的解释存在各种观点的对立,但是却都倾向性地认为非法占有目的只有一种含义,只要确定了盗窃罪中的非法占有目的,那么侵占罪与诈骗罪中的难题也迎刃而解了。但是这种想当然的做法造成了非法占有目的的过度扩张。基于上文研究,笔者提出如下结论:

其一,盗窃罪受限于本身的客观要件,因此只能限于对狭义财物的犯罪,在此基础上如果将盗窃罪的保护法益理解为所有权或者本权,由于其客观要件只限于对占有的侵害,因此为了补足不法,其主观上必须存在剥夺所有的意思,这是一种主观的超过要素,如果理解为单纯的占有,理论上也必须以排除意思来限缩处罚的范围。此外,对这里的剥夺所有必须严格从永久剥夺角度予以理解。从弥补可能产生的处罚漏洞考虑,至多只能承认物自身的价值可以成为占有目的的对象,以此维持与获利罪的基本界限。而盗窃罪的取得所有意图不能作为主观的超过要素,而只能融于故意之中。

其二,侵占罪中的非法占有目的如何理解,完全取决于对侵占行为的理解。我国刑法关于侵占罪的规定,突出了拒不退还与占为己有两个要素,在解释论上,需要采取德国的通说取得行为说,使其同时包括剥夺所有与占为所有的侧面,偏废其一都是不可取的。因此,虽然盗窃罪不需要取得意图,但是由于立法规定了占为所有的要素,且盗窃罪与侵占罪的客观要件存在重大差异,侵占罪必须作出不同的理解,为了突出占为所有的实质,单纯的毁坏行为不能成立侵占。但是对于隐匿而言,虽然主观上行为人未必以所有权人自居,但在客观上却可以理解为所有权行使的一种方式,成立占为所有。而侵占罪的非法占有目的其实就是侵占故意的具体表现,不属于主观超过要素。

[103] 参见王钢,见前注[94],第228页。

其三,诈骗罪的主观目的与盗窃罪呈现了完全相反的结构。首先,诈骗罪并不强调对所有权或本权的侵犯,只要财产受损,便足以认定不法,不需要剥夺意思的补强。而且我国刑法的规定也偏向于德国法,不存在对物诈骗与利益诈骗的区分,这也为上述理解扫除了障碍。其次,获利意图与取得意思在本质上存在差异,一方面前者可以包含后者,另一方面,获利意思的含义更为广泛,只要对财物的处分能够确定实现价值的,都能成立获利意图。综上,在诈骗罪中,根本就不存在领得罪意义上的非法占有目的,而获利意图只是其特有的要素。

Abstract: The traditional view extends the purpose of illegal possession of theft excessively to other property crimes, and that is obviously questionable. The interpretation of the purpose of illegal possession should be treated separately according to the different objective elements of a crime, which means that there is no unified meaning in itself. In the aspect of the purpose of depriving others' ownership, determined by objective elements of theft and fraud, the legal interest of the two should not be regarded as same one. Regardless of the theories of ownership, the original possession right and possession, the offender of theft should always have the purpose of depriving others' ownership in his mind, but the meaning of this kind of purpose need to be explained strictly, while for the offender of fraud, this kind of purpose is needless as long as his deed leads to some objective property loss. In addition, for the crime of embezzlement, the purpose of depriving others' ownership is included in the intention of misappropriation, and it is not transcendental inner tendency. In the aspect of the purpose of acquiring ownership, for crime of theft, this kind of purpose is not transcendental inner tendency, which is consistent with the crime of embezzlement. However, based on the difference between the objective elements of theft and embezzlement, the meaning of the two is still different. As far as the crime of fraud, it is necessary to distinguish the purpose of making a profit and the purpose of acquiring ownership. If the disposition of property could certainly realize the economic value of property, then the offender of fraud must have the purpose of making a profit in his mind, thus it is not suitable to use the concept of the purpose of illegal possession.

Key Words: Purpose of Illegal Possession; Deprive Others' Ownership; Acquire Ownership; Purpose of Making a Profit

(责任编辑:江 溯)