

“以刑制罪”视阈下财产罪保护法益的再认识

徐光华^{*}

内容提要 对81个“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”样本案例的定罪、量刑、犯罪数额认定的考察发现,原则上只有造成占有人财产损失才会以财产罪定罪,而若判处财产罪会导致量刑畸重,所以,样本判决限制财产罪的适用和犯罪数额的认定以实现量刑轻缓。本文认为,优先考虑量刑合理的“以刑制罪”忽略了定罪的准确性,易消弥财产罪之间、财产罪与其他罪之间的界限;部分判决量刑畸轻、犯罪数额认定混乱、判决书说理不一;样本判决“以刑制罪”有其实践理性,但缺乏必要的规范约束易导致乱象。由此反思我国刑法对财产罪的定量立法模式,较重的法定刑是导致“以刑制罪”的根本原因。立法赋予量刑更大的裁量空间将有助于缓解司法上的“以刑制罪”,也有助于对包括占有权在内的财产法益的全面保护并实现罪刑均衡。

关键词 以刑制罪 所有权 占有权 量刑均衡

近年来,我国刑法理论对财产罪的保护法益,围绕着所有权说、占有说、形形色色的折衷说展开了激烈争论。不同学说的主要分歧在于,行为人“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”能否以财产罪论处。虽然占有说逐渐成为有力学说,并对所有权说进行了批判,主张该类案件应以财产罪论处。^①但审判实践似乎并不认同,因为财产罪的保护法益如果坚持占有说,易扩大处罚范围,且导致量刑畸重,因此,审判实践中对仅侵犯占有的案件排斥财产罪的适用,转而适用轻罪(非财产罪)以实现罪刑均衡。例如,刘洪江妨害公务案中,其抢回自己所有但被交管部门扣押的汽车,法院判其妨害公务罪,判处有期徒刑7个月。判决指出,若以抢劫罪论处,不符合罪刑相适应原则。^②《刑事审判参考》指导案例第205、339、404、428、856号等相似案例也持此意见,可见,审判实践在“以刑制罪”理念下优先考虑适当的刑罚再选择罪名的现象具有一定的典型性。据“田野调查发现,常规案件的以刑定罪遵循着司法裁判的‘图式效应’,而疑难案件的

^{*} 江西财经大学法学院教授,江西财经大学法治政府研究中心研究员,法学博士。本文系教育部人文社科项目“财产犯罪基本问题的案例梳理”(项目批准号:15YJA820032)之阶段性成果。

^① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第941页。

^② 参见北京市第一中级人民法院(2009)一中刑终字第3502号刑事裁定书。

以刑定罪则寻求着个案裁判上的‘实质权衡’”。^③不少学者对实践中这种“以刑制罪”表示了担忧,认为“在某个案件事实符合法定刑较重的犯罪构成要件时,为了判处相对较轻的刑罚,就认定为法定刑较轻的犯罪,这容易违反罪刑法定原则”^④。

有学者对2008-2015年某量刑规范化试点地区量刑的实证调研表明,以刑制罪这种逆向型思维方式是司法实践自发生成的产物。^⑤在域外的审判实践中,“以刑制罪”也同样客观存在,“刑罚的高低不但可以作为立法评价的标准,也能在必要的利益衡量中发挥作用”。^⑥在民法领域,如何在法律文本规范之外、法律文本存在冲突时,在法律文本之外寻求更为合理的解决路径,“利益衡量”已经成为一种较为普遍且认可的思考方式,利益衡量也从个案的处理方法发展为民法解释学中的一种典型的方法论。^⑦日本民法学者加藤一郎甚至认为:“在裁判过程的一开始,就应该有意识地排除既存的法律规范,在一个完全空白状态下,考虑这个纠纷的解决方案。”^⑧借鉴这些理论,本文以“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”的判决为例,梳理这类案件在审判实践中的“以刑制罪”的现实样态并进行原因分析,以期为我国财产罪保护法益这一根本性问题提供另一个研究视角。希望有机会走出理论的学说森林,从外部对理论、学说的意义和价值进行反省^⑨。

一、样本案例定罪、量刑、犯罪数额认定概况

笔者采集的“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”的相关样本共81个,收集了这些案例的判决书及相关司法文书。^⑩在审判实践中,对该类案件通常是尽量限制财产罪的适用,只有在造成他人(占有人)实际财产损失时,才以财产罪论处。人民法院认定为财产罪的案件,在犯罪数额的认定上也持限缩的态度;而对各种法定、酌定的从宽情节则尽量扩张适用;对从重情节限制适用,以实现量刑轻缓。

(一) 样本案例的定罪情况

对于“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”的案件,持所有权说的论者认为,没有造成占有人实际财产损失的,不以财产罪论处。^⑪持占有说的论者则主张以财

③ 周建达:《“以刑定罪”的实践样态及其分析》,载《环球法律评论》2015年第1期。

④ 张明楷:《许霆案的刑法学分析》,载《中外法学》2009年第1期。

⑤ 参见严剑飞、陈思佳:《五年回首:对基层法院量刑规范化改革的检视与修正——以法官量刑思维的转变为视角》,载贺荣主编:《尊重司法规律与刑事法律适用研究——全国法院第27届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社2016年版,第1035页。

⑥ Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2014, § 1, Rn. 49.

⑦ 参见张新宝:《工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系》,载《中国法学》2007年第2期。

⑧ [日]水本浩:《现代民法学的方法与体系》,创文社1996年版,第25页。

⑨ 参见[日]平野龙一:《刑法解释中的判例与学说》,黎宏译,载《国家检察官学院学报》2015年第1期。

⑩ 笔者查阅了《刑事审判参考》自创刊以来的所有相关案例,人民法院出版社出版的《人民法院案例选》中的所有相关案例,近年来学术论文所涉及到的相关案例,北大法宝中与此相关联的案例。

⑪ 参见付立庆:《论刑法介入财产权保护时的考量要点》,载《中国法学》2011年第6期。

产罪论处。^⑫而样本案例中的绝大多数案件坚持了所有权说,即对于仅侵犯占有的案件一般不被认定为财产犯罪。以财产罪论处的有46件,以非财产罪论处的有35件。

1. 以财产罪判处的样本案例共46件

这些案例大部分都是给被害人造成了实际的财产损失的,但是,也有部分案例仅仅是侵犯了被害人的占有权。

第一,行为人从占有人处非法取回自己所有的财产之后,并没有向被害人(占有人)实施索赔行为,仅仅破坏了占有关系。在仇某某盗窃案中,仇某某将自己所有但被首都机场公安分局扣押的汽车偷走,北京市朝阳区人民检察院认为其构成盗窃罪,但属于情节轻微,决定相对不起诉。^⑬在于立新盗窃案中,其偷回自己所有但被城管监察大队暂扣的车辆,法院认定其构成盗窃罪^⑭。

第二,行为人“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”,事后向被害人索赔的,无论是否获赔,都以财产罪论处。叶文言、叶文语盗窃案中,行为人盗窃本人所有而被交通管理所扣押的汽车,事后向交通管理所索赔并获赔(116500元),法院认定其行为构成盗窃罪^⑮。

第三,行为人非法取回本人所有的财产,事后未向占有人索赔,但造成了被害人的财产损失。有如下情形:(1)行为人将自己的现金交给他人保管,又从保管人处偷回。将现金交予他人保管的情形下,现金的转移即意味着财产所有权的转移,行为人非法取回了现金即是侵犯占有人的财产所有权。杨某某盗窃案中,杨某某将服装厂工资款(20300元)交给别某发放,后从别某处将该工资款中的10000元偷走,法院认定为盗窃罪。^⑯(2)行为人对非法取回的财物有形式上(法律上)的财产所有权,但占有有人有实质上的所有权,行为人非法取回财物的行为实质上侵犯了他人的财产所有权。张从杰盗窃案中,张从杰将自己的汽车(16万元)交给宫海军抵偿债务,未办理过户手续。后宫海军又将车辆卖给孙某。张从杰从孙某处偷回该车辆。判决理由指出,张从杰将该车偷走侵犯了他人的财产所有权,构成盗窃罪。^⑰(3)行为人与被害人(占有人)先前存在债权债务关系,行为人从占有人处非法取回本人所有的财物,会导致被害人的赔偿责任与先前的债权相抵。孙伟勇盗窃案中,孙伟勇借用车主的汽车后伪造汽车的相关凭证,将车辆质押给典当行,得到质押款72000元。事后,孙伟勇将汽车从典当行偷回还给车主,法院认定其行为构成盗窃罪,主要理由在于,孙伟勇的行为将导致典当行难以追偿前期借给孙伟勇的72000元。^⑱(4)行为人非法取回其与他人共同所有但处于其他共有

^⑫ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第838页。

^⑬ 参见张倩:《归本人所有的财物能否成为盗窃罪的客体》,载《中国检察官》2015年第4期。

^⑭ 参见张春宇、刘中发:《窃取公权力支配下的本人财物之行为定性研究》,载《中国刑事法杂志》2009年第8期。

^⑮ 参见《刑事审判参考》指导案例第339号。

^⑯ 参见江苏省淮安市淮阴区人民法院(2010)淮刑初字第0363号刑事判决书。

^⑰ 参见河南省濮阳市中级人民法院(2014)濮中法刑二终字第82号刑事判决书。

^⑱ 参见《刑事审判参考》指导案例第751号。

人占有之下的财物。对于这类案件,行为人不仅仅侵犯了其他共有人(占有人)对财物的占有,也侵犯了他人的部分财产所有权。例如,郑某某盗窃案中,郑某某潜入曾与其同居的菊某某处盗窃存折并取款39000元。法院认定其构成盗窃罪^①。

2. 以非财产罪判处的样本案例共35件

判决理由多指出,行为人取回本人所有的财物,其主观上并没有非法占有的目的,也没有造成被害人(占有人)的实际财产损失,因此,判处财产罪会导致量刑畸重。判决基于“以刑制罪”的理念,过度排斥财产罪的适用以期实现量刑轻缓。以非财产罪定罪的案例有如下特征:

第一,仅破坏占有关系而没有侵犯占有人所有权的,判决非财产罪主要是基于罪刑均衡的考量,并对财产罪所要求的“非法占有目的”作限制解释。例如,刘洪江抢夺案中,刘洪江强行抢回被北京交通执法总队扣押的车辆,法院认定其行为构成妨害公务罪,判决理由指出:刘洪江夺走车辆只是为了逃避行政处罚,其目的是不法对抗国家机关的执法公务活动。判断行为人是否具有非法占有之目的时,必须考察其是否有后续索赔行为或默认获赔行为。以抢劫罪论处,不符合罪刑相适应原则。^② 上述判决中对财产罪所要求的“非法占有目的”限制解释为“非法所有目的”,行为人事后是否实施索赔行为是认定“非法占有目的”的关键。

第二,行为人对非法取回的财物并没有法律上的财产所有权,或者仅具有部分财产所有权,也限制财产罪的适用。例如,行为人的犯罪工具、犯罪所得被司法机关扣押,通过非法方式取回、处置,也不以财产罪论处。江世田妨害公务案中,江世田、张信露的制售假烟设备被联合打假车队查获。后二人纠集了数百名不明真相的群众拦截、围攻打假人员,并将装有制假设备的3部农用车开走,法院认定其构成妨害公务罪。^③ 行为人对财物的所有权并不充分,如财物系行为人分期付款所得,未获得所有权,行为人非法取回的,都不以财产犯罪论处。杜某某非法处置扣押的财产案中,被告人杜某支付了首付款,并以舒某名义、由担保公司提供担保购买了一辆汽车(价值200000元),后因未按时归还按揭贷款,被法院扣押,杜某某将该车辆偷回。法院认定杜某构成非法处置扣押的财产罪^④。

第三,非法取回自己所有而被公务机关扣押、查封的财产,不论财物是基于何种原因被公务机关扣押,也不论取回财物的行为方式、手段,造成后果的严重程度、恶劣影响,审判实践中都倾向于判决非财产罪。田军祥妨害公务案中,其组织多人手持铁锤、铁锹等将自己因无驾驶资质驾驶而被交通局扣押的车辆抢回,该案经一审、二审、最高人民法院复核,都仅认定为妨害公务罪^⑤。

^① 参见海南省海口市中级人民法院(2002)海中法刑终字第75号刑事判决书。

^② 参见前引②。

^③ 参见《刑事审判参考》指导案例第205号。

^④ 参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2014)杭余刑初字第276号刑事判决书。

^⑤ 参见《刑事审判参考》指导案例第856号。

总体上看,以非财产罪判决的案例量刑总体偏轻。从应然性的角度看,行为人非法取回本人财物后,无论是否实施索赔行为,占有人基于保管责任都对财物的灭失负有赔偿责任。但如果行为人不主动索赔的话,占有人(扣押机关)通常不会主动履行赔偿责任,不会有实际财产损失,审判实践正是基于此而排斥财产罪的适用。部分样本案例中,法院扣押行为人财产是执行其在民事判决中的债务,财物所有权实质上已经不属于行为人了,行为人非法取回该财产的,会造成债权人的债权无从实现;或者行为人非法取回其并没有法律上之财产所有权的财物,如犯罪所得、犯罪工具,即便坚持财产罪的保护法益为所有权说,也应予以财产罪论处。而审判实践考虑到行为人与财物之间的特殊关系,考虑到以非财产罪判处的量刑情况,则尽量不以财产犯罪论处。

(二) 量刑情况

样本案例限制财产罪的适用是为了实现量刑轻缓。以财产罪判决的样本案例也大多考虑到行为人与财物之前的“特殊”关系而尽量从轻量刑。例如,在法定刑幅度内尽量从宽处罚,扩张适用自首、立功、从犯等法定从宽情节,过度适用缓刑。

1. 以非财产罪判决的35个案件整体量刑偏轻

表1:判处非财产罪样本案例量刑情况^②

定罪	量刑
妨害公务罪(4件)	3年以下有期徒刑(3件);缓刑(1件)
非法处置查封、扣押财产罪(29件)	罚金刑(2件);拘役(2件);缓刑(9件);3年以下有期徒刑(16件)
故意伤害罪(1件)	死缓(1件)
拒不执行判决、裁定罪(1件)	缓刑(1件)

除1件因为非法取回本人财物而故意伤害他人致死被判处了重刑(死缓)外,其他案件判处的最高刑为3年有期徒刑。即便对照妨害公务罪及非法处置查封、扣押的财产罪的法定刑,量刑也显著偏轻。检察机关以财产罪起诉的7起案件,法院全部判处非财产罪。检察机关以判处非财产罪量刑畸轻,要求改判财产罪而提起抗诉的有6件,但法院均未采纳。被告人上诉的有4件:2件是一审判处财产罪量刑畸重,二审改判非财产罪并适用轻刑;1件维持原判;1件是一审认定故意伤害罪(致人死亡)判处死刑,上诉后被改判死缓。以非财产罪判决的样本案例涉案财物金额动辄“数额特别巨大”,诸多案件还使用了暴力手段,如果以财产罪论处,多会被判处十年以上有期徒刑,导致量刑畸重。

此外,扩张适用法定、酌定从宽情节以实现量刑轻缓。例如,在金某某等非法处置

^② 部分案件是共同犯罪,笔者选择了各共犯人中被判最重的刑罚为标准,表2亦同。

扣押的财产案中,金某某因涉嫌非法吸收公众存款,其车辆被检察院扣押,该车系王某某以分期付款的方式购买后借给金某某的,后金某某、王某某共同将该车偷回。考虑到王某某对车辆拥有部分的财产所有权,法院判处王某某非法处置扣押的财产罪,免于刑事处罚^⑤。

2. 以财产罪判决的46件案件整体上坚持从轻量刑

表2:判处财产罪样本案例犯罪数额、量刑情况

罪名(46件)	犯罪数额	量 刑
盗窃罪(37件)	数额较大(13件)	相对不起诉(1件) 拘役(2件) 缓刑(3件) 不满1年有期徒刑(2件) 1年以上3年以下有期徒刑(5件)
	数额巨大(19件)	缓刑(4件) 不满3有期徒刑(2件) 3年以上不满5年有期徒刑(8件) 5年以上不满10年(5件)
	数额特别巨大(5件)	缓刑、10年6个月、11年各1件 有期徒刑10年(2件)
诈骗罪(7件)	数额较大(1件)	有期徒刑9个月
	数额巨大(6件)	缓刑(1件) 3年以上不满5年(3件) 5年以上7年以下(2件)
抢夺罪(1件)	数额巨大(1件)	有期徒刑3年,缓刑5年
抢劫罪(1件)	数额巨大(1件)	有期徒刑10年

样本案例中以财产罪论处的46件案件,刑罚的轻重与犯罪数额大小直接关联,虽然量刑的自由裁量空间较小,但量刑整体上仍然是尽量从宽。根据《刑法》规定,盗窃罪“数额较大”应处“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,样本案例中盗窃“数额较大”的有13件,3件被判缓刑,1件相对不起诉,2件拘役,4件1年以下有期徒刑。此外,对于案件涉及的法定量刑情节,也是尽量从宽适用。例如,样本案例中,涉及数额巨大的案件,4件有自首情节的均被减轻处罚并适用缓刑。有1件涉案数额特别巨大,但因有自首情节,也被适用缓刑。样本案例中,对于从犯均是减轻处罚甚至免除处罚。廖承龙、张文清盗窃案中,廖承龙将从张文清处租赁来的汽车抵押给他人并获取借款,后两人共同将汽车偷回,数额巨大,法院认定张文清在共同犯罪中属于从犯,一

^⑤ 参见河南省义马市人民法院(2012)义刑初字第59号刑事判决书。

审判处其有期徒刑5年,罚金1000元,二审免予刑事处罚,判决理由指出:张文清帮助他人使用非法手段取回自己财产,不具有非法占有的目的,量刑时应当充分考虑这一主观要素^⑥。

即便没有法定从宽情节,也尽量从宽量刑。在巫某某盗窃案中,巫某某向苏某借款12万元,并将自己所有的汽车(21.494万元)质押给苏某,后巫某某将该汽车盗窃回来,法院认定其盗窃金额为21.494万元,明显超过“数额巨大”的最低标准,但仅判处其3年有期徒刑。^⑦虽然整体上量刑较轻,但被告人上诉的比例依然较高:有17件被告人以量刑过重为由提起了上诉,其中4件得以改判并适用轻刑,1件提起上诉后又撤回上诉。

(三) 犯罪数额的认定

以非财产罪论处的案件,涉案财物金额大小与刑罚轻重并无直接关系。以财产罪判决的案件,则尽量限制犯罪数额的认定,以实现量刑轻缓,本部分就以财产罪判决的样本案例的犯罪数额进行分析。

第一,行为人非法取回自己所有的财物后,事后向占有人实施索赔行为的,法院多认定索赔金额为犯罪数额。这主要是考虑到索赔金额是被害人(占有人)的实际损失。例如,叶文言、叶文语盗窃案中,叶文言的车辆(价值92000元)因非法营运被交通管理所扣押,其将该车偷回后又向交通管理所索赔116500元,法院认定其盗窃数额为116500元^⑧。

第二,行为人与占有人之间先前存在债权、债务关系,行为人从占有人处非法取回本人所有的财物,会导致占有人对行为人先前的债权灭失,法院多以先前的债权数额认定为犯罪数额。例如,行为人将自己的财物交给占有人质押(抵押),获取一定的借款,事后又从占有人(质押权人)处非法取回该质押物,法院多以借款认定为犯罪数额,也有的以质押物认定为犯罪金额。多数案件中,行为人与被害人(占有人)之间先前的债权、债务(借款)数额低于行为人非法取回的财物(质押物)金额,以借款金额认定为犯罪数额更有利于被告。^⑨孙伟勇盗窃案中,孙伟勇借用他人汽车后,伪造汽车的相关材料将汽车质押给典当行,获得质押款72000元,后又非法将质押汽车盗回。法院认定的盗窃金额为72000元,而非被盗汽车的金额。如果行为人先前所获取的借款价值高于质押物,行为人非法将质押物取回的,法院将质押物的价值认定为犯罪数额则更加有利于被告。但也存在少数例外,即在先前所获取的借款与非法取回的财物(质押物)之间,选择数额高的作为犯罪金额^⑩。

第三,其他以财产罪判处的案件,也是尽量限制犯罪数额的认定。例如,行为人非

^⑥ 参见《刑事审判参考》指导案例第849号。

^⑦ 参见云南省临沧市临翔区人民法院(2014)临刑初字第139号刑事判决书。

^⑧ 参见前引⑮。

^⑨ 参见《刑事审判参考》指导案例第751、933号。

^⑩ 参见前引⑮。

法取回本人与他人共同所有、但处于其他共有人占有之下的财物,犯罪数额一般也都扣除了行为人对该财物享有的所有权份额。有的案件,即便行为人主观上认为其对他人的财物享有权利,但事实上并没有权利的,法院也会限制认定其犯罪数额。例如,关盛艺盗窃案中,关盛艺误将非债务人谢某的1张根雕茶几(25000元)当作其债务人(欠关盛艺业务款7000元)的财物而行盗窃,法院认定为盗窃罪,认定犯罪数额为18000元,扣除了其主张的债权7000元。对扣除的7000元部分,判决理由指出:由于实现债权目的的正当性及后续实现债权的跟进行为对之前不法手段具有补救功能,使占有的非法性得到一定程度的“漂白”^⑩。

二、样本案例“以刑制罪”思维下判决所存在的问题

审判实践在“以刑制罪”的理念下,更多地考虑从轻量刑以实现罪刑均衡,这有其相当的实践理性。但却忽略了对财产占有法益的保护,过度扩张法定、酌定从宽情节的适用,罪名、犯罪数额认定的准确性在一定程度上被忽略。样本案例判决中“以刑制罪”所追求的“罪刑均衡”并无统一标准,量刑、犯罪数额认定上的“同案异判”亦不容忽视。

(一) 定罪的准确性问题

在“以刑制罪”的理念下,定罪的准确性没有得到充分重视,如何定罪更多地是仅基于量刑的考量。案件能否以财产罪论处,以一罪还是数罪论处,判决都呈现出明显的限制态度,如何定罪更多地是考虑罪刑均衡。例如,刘洪江案中,其抢回本人所有但因非法营运而被执法机关扣押的车辆,法院认定为妨害公务罪,判决理由指出:若以抢劫罪论处,不符合罪刑相适应原则。而对于为何不符合抢劫罪的构成要件则没有阐述。^⑪虽然理论上学者持反对意见,认为“如果某种行为明显符合某种犯罪的构成要件,则不能以法定刑过重为由,将某种行为认定为其他轻罪或者宣告无罪”。^⑫但审判实践中对样本案例的定罪仍然考虑更多的是“以刑制罪”,重视量刑合理而忽略了定罪。

第一,定罪上的同案异判较为突出,且数行为认定为一罪名,说理不充分。例如,行为人通过盗窃方式取回自己所有而被他人占有的财物,又实施欺诈行为从占有人处索赔的。法院一般依前行为(盗窃罪)定罪。部分判决在选择依前行为还是后行为定罪上存在犹豫。赵海军诈骗案中,赵海军将自己的汽车质押给他人,骗取他人质押款后,又从质押权人处偷回汽车,一审认定为盗窃罪,二审改判为诈骗罪。^⑬行为人实施了两行为,以数罪论处会导致量刑畸重,以一罪论处则更有利于罪刑均衡,但以何罪论处的理

^⑩ 参见《刑事审判参考》指导案例第1012号。

^⑪ 参见前引②。

^⑫ 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》,载《人民检察》2004年第10期。

^⑬ 参见最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》(总第69辑),人民法院出版社2009年版,第52-54页。

由却没有详细阐述。理论上对此存在反对意见,有论者认为应以两罪论处,“在行为人窃取了属于以公共财产论的财产后,盗窃罪已经既遂。行为人事后再索赔的,实际上另成立诈骗罪。因为行为人实施了两个行为,所针对的是两个对象”^⑤。

司法实践中,对于行为人非法取回本人所有而被他人合法占有的财物,如果没有实施后续索赔行为,进而造成被害人财产损失的,原则上都不以财产犯罪论处,但也存在个别例外。如于立新盗窃案,其偷回自己所有但因非法营运被执法机关扣押的车辆,没有实施后续索赔行为,被判处盗窃罪。而与于立新案完全相似的徐伟案,则被判处非法处置扣押财产罪。^⑥对于行为人先前获取他人借款并将自己的财物交给出借人质押,事后行为人非法取回质押物的,即便不实施后续索赔行为,也会导致占有人(被害人)先前的债权灭失,多认定为财产罪。但也存在事后又欺诈索赔的,也仅认定为一罪的判决^⑦。

第二,定罪上过度限制财产罪的适用,不利于对财产权利的保护。样本案例中,检察机关主张从非财产罪变更为财产罪的抗诉都没有得到法院的支持。部分样本案例中,即便坚持财产罪的保护法益为所有权说,也应该以财产罪论处,但仍判决非财产罪。例如,行为人的犯罪工具、犯罪所得等被司法机关扣押,通过非法方式取回,行为人对之并无法律上的财产所有权,审判实践中对这类行为也不以财产罪论处。^⑧部分案件,经过了二审、再审程序,其目的都在限制财产罪的成立范围,以期适用轻刑。从样本案例改判的情况来看,都是从财产罪改为非财产罪,并且量刑也更轻。

(二) 量刑畸轻有违罪刑均衡问题

部分判决量刑畸轻而有违罪刑均衡原则。同时,如何通过“以刑制罪”达至“罪刑均衡”也缺乏统一标准。在以非财产罪论处的35个样本案例中,部分本该以财产罪论处,但最终以非财产罪论处,量刑也普遍偏轻。而以财产罪判决的46个样本案例中,涉案金额“数额巨大”的有27件,根据《刑法》规定,应处“三年以上十年以下有期徒刑”。^⑨但其中10个案件被判处了三年以下有期徒刑(6个被判处缓刑)。部分案件金额已经明显超过“数额巨大”而接近“数额特别巨大”,也被判处了轻刑。李丽波抢夺案中,抢回自己所有但被他人质押保管的汽车,法院认定犯罪金额为65000元(有自首情节),法院判处其有期徒刑3年,缓刑3年。^⑩部分案件过度地考量酌定量刑情节而适用轻刑。^⑪此外,量刑上的同案异判亦较为突出,判决通过“以刑制罪”所欲达至的“罪刑均衡”缺乏统一标准。同样是抢回自己所有而处于他人质押之下的汽车(价格均为10万多元),

^⑤ 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第308页。

^⑥ 参见前引^④,张春宇、刘中发文。

^⑦ 参见上海市金山区人民法院(2011)金刑初字第551号刑事判决书。

^⑧ 参见《刑事审判参考》指导案例第205号。

^⑨ 26件为盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪。另外有1件为抢劫罪,数额巨大,根据《刑法》规定,应判处“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。

^⑩ 参见前引^⑨,第933号。

^⑪ 参见前引^⑨。

前述李丽波案被判处有期徒刑3年,缓刑5年,有的则被判处有期徒刑10年^⑫。

(三) 犯罪数额的认定混乱

判决过于注重量刑轻缓,虽然整体上对犯罪数额的认定持限制态度,但如何准确认定犯罪数额在一定程度上被忽略了,主要问题是:

第一,定罪行为与犯罪数额不匹配。例如,诸多盗窃本人财物后向被害人索赔的案件,判决多以前行为(盗窃)定罪,但犯罪数额又认定为后行为(诈骗)来计算。如前述叶文言、叶文语盗窃案,法院依前行为认定为盗窃罪,又以后行为(诈骗)索赔额认定为犯罪金额。判决理由指出,“赔偿数额实质上体现了行为人因盗窃给他人造成的财产损失,因而应当认定为盗窃数额”。有学者予以反对,认为后续索赔行为应单独成立诈骗罪。^⑬又如,行为人以欺诈方式将自己的财物交给他人质(抵)押而获取借款,后又通过非法方式取回的,法院通常以后行为认定罪名,犯罪数额则多以前期所获取的质押款认定为犯罪数额。^⑭如前述孙伟勇盗窃案,法院认定的盗窃金额是之前获得的质押款72000元。判决指出,72000元才是被害人的实际财产损失。^⑮孙某诈骗案,孙某将自己的汽车抵押给他人,骗取他人信任后借款,再用备用钥匙将车偷回,法院以其获取的借款认定为犯罪数额,但行为被认定为诈骗罪。^⑯判决多强调以给被害人造成的实际损失作为犯罪金额,但以何行为确定罪名则不统一,相同犯罪数额被认定为不同的财产罪也会导致量刑上的差异。

第二,犯罪数额的认定没有遵循统一性。以财产罪判决的样本案例,原则上以给被害人造成的财产损失作为犯罪数额,但也存在仅以行为人侵犯的占有权认定为犯罪数额的。例如,要某某盗窃案中,要某某在停车场将自己被交警大队依法查扣的一辆电动车(价值3500元)盗走。次日,持车辆查扣文书索要自己被扣的电动车而被抓获,法院认定其构成盗窃罪,犯罪金额为3500元。^⑰该案并没有给交警大队造成财产损失,涉案金额不大,即便认定为财产罪也不会导致量刑畸重。又如,行为人将自己的财物质押给他人,获取借款后又非法取回质押物的,多数情况下,质押物的金额高于前期所获取的借款金额,审判实践中倾向于以较少者(前期所获取的质押款)认定犯罪数额。如果先前所获取的借款金额高于质押物,法院则将质押物认定为犯罪金额。但仍有部分此类案件,以先前所获取的质押款与质押物中数额大者认定为犯罪数额,但量刑时又予以酌情从宽。如前述巫某某盗窃案,法院认定的盗窃金额为21.49万元。判决理由同时指出,鉴于巫某某质押的借款为12万元,盗窃车辆的价值为21.49万元,可在量刑时酌情

^⑫ 参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中刑终字第410号刑事裁定书。

^⑬ 参见车浩:《占有不是财产犯罪的法益》,载《法律科学》2015年第3期。

^⑭ 参见前引^⑫,第933号。

^⑮ 参见前引^⑮。

^⑯ 参见上海市第二中级人民法院(2011)沪二中刑终字第674号刑事裁定书。

^⑰ 参见河南省尉氏县人民法院(2011)尉刑初字第115号刑事判决书。

对被告人巫某某从轻处罚。^{④⑧} 总之,在尽量从宽量刑的理念下,犯罪数额尽量限缩认定,即便认定了较大的犯罪数额,也会酌情从宽量刑。

(四) 判决书说理不一

样本案例对财产罪的保护法益更多地是坚持了所有权说,只有造成被害人实际财产损失的,才以财产罪论处。但是,在阐述判决理由时,则各不相同:(1)有的案例判决理由与判决结果保持了一致,均认为只有造成被害人财产损失,侵犯了财产所有权,才以财产犯罪论处。前述的孙伟勇盗窃案中,行为人将汽车质押给典当行获取质押款后将汽车偷回,判决理由明确指出:认为盗窃罪的数额应当以汽车的实际价值来计算的观点,混淆了占有权和所有权的概念,典当行并没有取得汽车的所有权,行为人从典当行非法取回本人汽车的行为并没有侵犯典当行的所有权。(2)有的案例判决理由则坚持占有说,判决结果也坚持占有说。(3)有的案例判决理由持占有说,判决结果、犯罪数额的认定却坚持了所有权说。孙潇强盗窃案中,行为人获取质押款后,从质押权人处非法取回自己的质押物,法院认定其行为构成盗窃罪,行为给被害人造成的实际损失(先前获取的质押款)为犯罪数额,坚持了所有权说,但判决理由却强调财产罪的保护法益为占有。^{④⑨} (4)对于仅侵犯占有的案例,样本案例基本上判决非财产罪,判决理由多明确指出,财产罪的保护法益为所有权。王某某妨害公务案中,王某某将自己所有,但因非法营运而被公务机关扣押的车辆抢回,法院认定其构成妨害公务罪,判决理由指出:被告人王某某主观目的仍在于对抗执法强制措施,而非出于非法占有的目的获得公私财物的所有权。^{⑤⑩} (5)部分造成被害人实际财产损失而侵犯财产所有权的案例,法院认定为财产罪的同时,却以行为人侵犯的占有作为犯罪数额,在一定程度上也可以认为坚持了财产罪的保护法益为占有,判决理由也都明确指出财产罪的保护法益为占有。刘江涛盗窃案中,刘江涛将自己的汽车(33万元)质押给他人后,获取质押款9.7万元,事后将该车盗回。法院认定的盗窃金额为33万元,判决理由同时指出:“盗窃罪并不以侵犯他人所有权为构成特征,即使被告人偷回的是自己所有的车辆,但如果是在他人合法保管之下,且符合秘密盗取的特征,即构成盗窃罪”^{⑤⑪}。

(五) 消弥财产罪之间、财产罪与其他罪之间的界限问题

“以刑制罪”过于重视量刑的合理,易消弥财产罪之间、财产罪与其他罪之间的界限。盗窃罪作为取得型犯罪是针对具体财物的犯罪,要求针对具体财物的占有目的与转移占有行为(即从被害人的控制领域转移至行为人的控制领域),而诈骗罪作为一种

^{④⑧} 参见前引②⑦。

^{④⑨} 参见《孙潇强盗窃其质押给债权人的质物案》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2002年第3辑(总第41辑),人民法院出版社2003年版,第64-65页。

^{⑤⑩} 参见北大法宝案例,法宝引证码:CLI. C. 4343429。

^{⑤⑪} 河南省濮阳市华龙区人民法院(2015)华区刑初字第69号刑事判决书。

获利型犯罪,是一种针对整体财产的犯罪,即通过欺骗行为使他人整体财产减少。^{⑤2} 盗窃罪作为取得型财产犯罪的不法类型是违背被害人的意愿转移财物,其核心是财物占有的转移。与这种不法类型相连,盗窃罪中的非法占有必须针对特定财物本身。^{⑤3} 成立盗窃罪,个别性是权利的必然属性。^{⑤4} 行为人从占有人处盗窃自己所有的财物事后又索赔的,如果以盗窃罪论处,则应以盗窃的财物本身的价值认定为犯罪数额,如果以诈骗罪论处,则应考虑以被害人的损失认定为犯罪金额。样本案例中,行为人偷回自己所有而被公务机关扣押的财物,事后又欺骗公务机关而索赔的,认定为盗窃罪而又以索赔金额作为犯罪数额,不以被盗物品本身的金额认定为犯罪数额,这将会消弥盗窃罪与诈骗罪的界限。正如有学者对“以刑制罪”所批判的,从本质上而言,这根本不是什么刑法教义学的分析,而是一个实用主义态度指导下的强行证成。^{⑤5} 财产犯罪中的其他问题,也同样存在过度考虑量刑合理而忽略财产罪的界限。例如,对于过度行使权利行为,审判实践也多认为,只要行为人有权利主张,尽量都不以财产罪论处,但这会混淆敲诈勒索罪是针对个别财产犯罪的基础。“行使权利的场合,债务归于消灭,因而被害人并不存在财产性损失,以此为理由,否定成立恐吓罪,就是以恐吓罪属于‘针对整体财产的犯罪’这一理解为前提,但恐吓罪也是‘针对个别财产的犯罪’”^{⑤6}。

三、样本判决中“以刑制罪”的原因分析

样本案例的判决更多地是基于“以刑制罪”的理念,判决结果符合罪刑均衡,也使裁判结果更具可接受性。我国审判实践中样本案例之外的其他类型案件,“以刑制罪”亦具有一定的典型性,“以刑制罪”对特定犯罪罪刑不均衡有积极的缓和作用,也作为一种隐性知识被理论与实践逐步认可,但其消极意义亦不容忽视。有必要分析样本案例“以刑制罪”的原因以规范审判。

(一) 侵犯财产占有权的案件判处财产罪易导致量刑畸重

我国现行立法背景下,仅侵犯财产占有权的案件如果判处财产罪易导致量刑畸重,审判实践中则倾向于“以刑制罪”来变更罪名,以限制财产罪的适用而实现罪刑均衡。

我国刑法中财产犯罪的刑罚轻重与犯罪数额直接相关,司法解释、审判实践还在强化这种认识。相同的犯罪数额,侵犯占有权与所有权的案件在危害性上的差异难以在量刑上有明显的区别对待,即便是持占有说的论者也承认,贯彻占有说还可能违反罪刑

^{⑤2} Rönna, Grundwissen - Strafrecht: Die Zueignungsabsicht, JuS 2007, 806.

^{⑤3} 参见王莹:《盗窃罪“非法占有目的”对象台议》,载《中外法学》2015年第6期。

^{⑤4} See Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl., 1902, S. 238f.

^{⑤5} 郑延谱:《量刑反制定罪否定论》,载《政法论坛》2014年第6期。

^{⑤6} 参见[日]山口厚:《刑法各论》(第2版),有斐阁2010年版,第286页。

均衡。^{⑤7} 有学者指出,通过司法解释的方式对仅侵犯占有权的行为的量刑作出规定,在法律缺位的情况下不失为解决此类行为定罪与量刑矛盾的一种有效途径。^{⑤8} 笔者认为,财产罪的刑事立法应具包容性,以使之能实现对财产权的全面保护并符合罪刑均衡。域外不少国家,之所以在立法规定不改变的情况下,在理论上和审判实践中能够存在不同观点(如财产罪的保护法益为占有说、所有权说、折衷说)并实现罪刑均衡,更多地是因为其立法、司法本身存在足够的自由裁量空间以实现罪刑均衡。例如,在财产罪的规定上,日本刑法的法定刑幅度相当宽泛,其盗窃罪和诈骗罪的法定刑幅度均为1个月以上10年以下惩役。即使肯定一切占有皆为财产罪的法益,但针对体现不同内容的占有,法官也可以通过充分运用自由裁量权以实现区别对待。^{⑤9} 在我国,除样本案例这一类型案例之外,其他诸多类型案例如果出现以财产罪判决大多会违反罪刑均衡,审判实践则会限制财产罪的适用。例如,实践中的过度维权行为,动辄数额特别巨大,而审判实践则以过度限制财产罪的适用来平衡,只要行为人的“维权行为”有一定的理由,都否定行为人主观上的非法占有目的。又如,对于财产罪的罪数,行为人对于财产凭证实施了多个行为的,司法解释也更多地是强调以一罪论处有利于实现罪刑均衡。2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》规定,抢劫信用卡后使用的仅成立抢劫罪一罪,因为“如果数罪并罚,将不适当地加重处罚,导致量刑失衡”。^{⑥0} 虽然有学者提出了不同意见,认为对抢劫信用卡之后事后使用的行为,应分别评价为抢劫罪和信用卡诈骗罪且数罪并罚。^{⑥1} 但实证研究表明,司法实践对于抢劫信用卡后使用的行为并未区分当场使用还是事后使用,而是普遍采取了以抢劫罪一罪处理的方式,以期实现罪刑均衡。^{⑥2} 又如,最高人民法院1986年11月3日在对下级法院的答复中指出:“被告人盗窃信用卡后仿冒卡主签名进行购物、消费的行为,是将信用卡本身所含的不确定价值转化为具体财物过程,是盗窃犯罪的继续,应定盗窃罪。”这一精神一直延续至今,《刑法》第196条第3款规定,盗窃信用卡并使用的,仅成立盗窃罪一罪。而在域外,罪数论与刑罚轻重的关联研究日益受到重视。“把源于立法者的构成要件和法定刑的制度也作为法官具体量刑之预先取得,将其理解为最广义的量刑的一部分的见解也有力”^{⑥3}。

我国财产犯罪相关的立法、法律解释表明,限制财产罪的成立有其历史延续性。理论上也有不少学者认为应限制财产罪的范围,“财产犯的成立以存在实质上的法益侵害

^{⑤7} 参见前引⑤5,张明楷书,第8页。

^{⑤8} 参见前引④9,张春宇、刘中发文。

^{⑤9} 参见胡东飞:《财产犯罪的法益》,载《刑法论丛》2014年第2期。

^{⑥0} 顾保华:《〈关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》,载《人民司法》2005年第10期。

^{⑥1} 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第720页。

^{⑥2} 参见吴允锋:《也论抢劫信用卡并使用行为之定性——与刘明祥教授商榷》,载《法学》2011年第3期。

^{⑥3} [日]井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,第446页。

为前提,单纯以维持财产秩序为理由并不足以动用刑法”。^④例如,对于盗窃,司法解释规定,实际上造成了财产损失的,才以财产罪论处。1990年最高人民法院研究室《关于偷开汽车长期作为盗窃犯罪工具使用应如何处理问题的电话答复》、1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第12条、2013年“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条均规定,偷开机动车,只有造成车辆实际损失的,才以盗窃罪论处。再如,2014年最高人民检察院《关于强迫借贷行为适用法律问题的批复》规定,单纯的强迫借贷而无侵犯他人财产所有权故意的行为,不以财产罪论处。

地方司法机关的相关规定也遵循了上述精神,2002年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《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》指出:“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。”根据这一规定,借款凭证如果是确认债权债务关系存在的唯一证明,抢劫借款凭证将使他人的财产所有权归于消灭,应以财产罪论处。审判实践也认同和遵循该规定。唐某华盗窃案中,唐某华向被害人葛某借款人民币30000元,后唐某华从葛某家偷回借条。法院认定其行为构成盗窃罪,判决理由指出,丧失这种凭证,债权人难以实现债权,从而最终丧失财产所有权。^⑤部分司法解释更进一步限制财产罪的适用,2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象,一般不以抢劫罪定罪。其理由在于:对于仅以所输赌资或所赢赌债为抢劫对象的,行为人主观上对于所输赌资或所赢赌债的性质毕竟不像抢劫罪中对于他人财物的性质那样认识得清晰和明确。^⑥2000年最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》规定,行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务,非法扣押、拘禁他人的,依照非法拘禁罪定罪处罚。该解释实际上认可了索取高利贷、赌债等不受法律保护的债务不具有非法占有的目的。部分解释也尽量限制财产罪的犯罪数额,1991年最高人民法院研究室《关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复》规定,“在具体认定诈骗犯罪数额时,应把案发前已被追回的被骗款额扣除,按最后实际诈骗所得数额计算”,该解释限制了诈骗罪的犯罪数额。1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定,盗窃记名的有价支付凭证、有价证券、有价票证,如果票面价值已定并能即时兑现的,如活期存折、已到期的定期存折和已填上金

^④ 前引①,付立庆文。

^⑤ 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2013)绍越刑初字第137号刑事判决书。

^⑥ 参见顾保华:《〈关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2015年第10期。

额的支票以及不需证明手续即可提取货物的提货单等,按票面数额和案发时应得的利息或者可提货物的价值计算。根据这一规定,无论是否造成了被害人的实际财产损失,都应以财产罪论处,并且按票面数额计算犯罪数额。但2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定,只能以给被害人造成的实际财产损失认定为犯罪数额。国家工作人员实施的贪污罪侵犯的是财产所有权,立法对其规定了更高的立案数额标准,2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》还进一步提高了贪污罪所要求的数额标准,“数额较大”的一般标准调整至3万元,“数额巨大”的一般标准定为20万元以上不满300万元,“数额特别巨大”的一般标准定为300万元以上。上述标准明显高于盗窃罪,如果还扩张盗窃罪的法益为占有说,不利于罪刑协调。

在样本判决中,有3个案例判决结果持占有说,盗窃自己所有的财物即便没有侵犯财产所有权的也成立盗窃罪,主要原因是涉案金额不大,判处财产罪也不会导致量刑过重。笔者收集到的样本案例之外的案例,如果对仅侵犯占有的行为以财产罪判决,也多是数额不大且量刑较轻的。例如,张某将自己所有但被派出所扣押的摩托车(价值2450元)偷回,法院判处其盗窃罪,罚金3000元。^{⑥7}值得注意的是,2013年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》提高了盗窃罪的数额标准,部分原本属于盗窃“数额特别巨大”、“数额巨大”的案件,现仅为“数额巨大”、“数额较大”,以盗窃罪定罪也不至于量刑畸重的,审判实践则逐步扩张盗窃罪成立范围,或扩张盗窃罪犯罪数额的认定,将侵犯占有权的数额认定为犯罪数额。

(二)“以刑制罪”实现的罪刑均衡有其实践理性和社会基础

财产罪保护法益究竟采取何种观点,与一国的立法、司法、社会现状密切相关。纵观域外财产罪的理论审判实践,不同国家、同一国家在不同历史时期对同一问题的观点并不完全一致,这与一国的社会治安状况、国民的财产观念、文化传统、刑事政策密切相关。日本在第二次世界大战后,财产罪保护法益从本权说转为占有说,向扩大处罚范围方向发展,这与当时日本社会财产秩序处于极度混乱状态、侵财犯罪激增密切相关。^{⑥8}但自20世纪60年代中期以来,日本财产犯罪状况发生了根本性变化,发案率降至过去百年中的最低水准,又有许多学者对占有说进行批判,主张返回到本权说。^{⑥9}又如,日本审判实践中,对于权利行使与敲诈勒索罪之间的界限,早期判例一般认为只要在权利范围内就不成立恐吓罪;超出权利范围的,仅就超出部分成立恐吓罪。后来,判例立场从本权说向占有说转变,认为即便所交付的财物或者财产性利益属于权利的范围之内,但

^{⑥7} 参见邱延波:《女子开走自己被扣摩托,被判盗窃罚3000引争议》,载《东方今报》2010年8月10日第6版。

^{⑥8} 参见[日]曾根威彦:《刑法的重要问题(各论)》(第2版),成文堂2006年版,第125页。

^{⑥9} 参见[日]木村光江:《财产犯论的研究》,日本评论社1998年版,第471-472页。

恐吓手段逾越了正当范围,不管是否可分,全部成立恐吓罪。^⑩ 日本这种转变的社会文化背景是:放任私力救济转向禁止私力救济。在法治国家,权利的被害人为了回复权利,应该遵循法定的救济方式,应禁止通过自力救济恢复权利。^⑪ 19 世纪的英国,作为财产罪对象的财物只能是“他人的财物”,如果行为人能提出取得的财物是自己的这种“权利主张”,那就可以否定盗窃罪的成立。这种重视行为人主观思想的做法,与英国 11-12 世纪受罗马法、教会法的影响而在犯罪成立时注重考察行为人的心理因素有关,也是英美法系国家“个人本位”文化思想在刑事立法、司法中的反映^⑫。

我国审判实践中,对于“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”案例限制财产罪的适用以期实现刑罚轻缓有其实践理性。理论上不少学者也对此持赞同态度,“只有侵犯了本权或者是占有而致使他人受到了实质上的财产损害的,才能成立相应犯罪,并根据损害的情况计算犯罪数额”。^⑬ 虽然坚持占有说的论者提出了反对理由,并通过《刑法》第 91 条来论证扩张财产罪的理由,但审判实践却并不认可。例如,王彬故意伤害案中,王彬使用严重暴力抢回本人所有而被司法机关扣押的财物,二审判决认为,尽管私人财产在被国家机关管理时以公共财产对待,但所有权仍属于原所有权人。^⑭ 《刑法》第 91 条的立法目的在于:将此类私人财产视为“公共财产”,以保护国有单位对私人财产的合法占有以及清晰地界定贪污罪等职务犯罪。例如,经手、管理此类财产的国家工作人员利用职务上的便利非法占有此类财产的,应当定性为贪污。但行为人本人非法取回该财产的,不宜以财产罪定罪。^⑮ 在我国,公力救济手段有限,民众更多依赖于私力维护自己的权利,规则、法治意识相对较弱,基于此,非法取回自己所有的财物,公众对之处罚必要性、重罚的认同度较低。在一般国民看来,所谓盗窃就是盗窃他人所有权的财物,盗窃自己所有而为他人借用的财物在一般国民看来根本就不是盗窃,根据我国一贯的学术传统也不成立盗窃罪。^⑯ 在我国台湾地区,坚持财产罪的保护法益为所有权说,也得到了较为普遍的认同。林山田教授指出,自己所有的动产,纵然在他人持有支配之中,但是亦非属他人的动产,而不能成为盗窃罪的行为客体。^⑰ 判决也指出,所有权

⑩ 参见[日]曾根威彦、树原芳博编集:《重点问题 刑法各论》,成文堂 2008 年版,第 147 页以下。

⑪ [日]大塚裕史:《刑法各论的思考方法》,早稻田经营出版 2004 年版,第 48 页。

⑫ 参见徐光华、郭晓红:《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》,载《政治与法律》2013 年第 3 期。

⑬ 前引⑪,付立庆文。也有不少学者通过对个别案例的实证考察,说明了财产罪的保护法益为所有权。成立财产罪的本质是要给他人的财产造成实际损失或有造成损失的紧迫可能性,否则不能认定财产罪。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》,载《法学》2010 年第 8 期。杜文俊:《我国财产犯罪法益保护理论再考察及修正——以审判实践及本土刑法文化为视角》,载《政治与法律》2016 年第 3 期。

⑭ 《刑事审判参考》指导案例第 101 号。

⑮ 参见前引⑬,于志刚、郭旭强文。

⑯ 参见童伟华:《债权行使与财产罪》,载《法治研究》2011 年第 10 期。

⑰ 参见林山田:《刑法各罪论》(上册,修订五版),北京大学出版社 2012 年版,第 213 页。

人取回自己的所有物,非窃取他人之物,故不构成盗窃罪^⑧。

此外,“非法取回本人所有的财物”类案件,行为人(财物所有权人)很容易被锁定为犯罪嫌疑人,案件较易被侦破,判处非财产罪而适用轻刑有其合理性。所有权之外的其他财产权大多源于契约关系,根据被害人认知能力容易预防的侵害,受到侵害之后能够充分利用民事救济手段,被害恢复容易。蔡道通教授就金融诈骗犯罪的法定刑低于普通诈骗犯罪指出,就经济领域大多数犯罪而言,与生活领域的诈骗犯罪不同在于,由于市场主体身份的公开与真实,一旦行为人的行为涉嫌犯罪,司法机关对行为人的侦查、追诉往往比一般犯罪来得更为方便与高效。金融诈骗犯罪更是如此,许多案件因为有真实的行为人姓名、地址与联系方式,甚至还有利害关系人的联系渠道,犯罪的追诉与追究更容易实现。就此而言,金融诈骗犯罪的刑罚较之生活领域的诈骗罪更轻就是合理的^⑨。

(三) 不同主体对罪刑均衡的理解偏差导致以刑制罪的乱象

样本案例判决中“以刑制罪”的目的在于其欲实现“罪刑均衡”,但如何理解“罪刑均衡”,不同主体的认识缺乏统一标准。在民法领域,利益衡量作为审判实践中的一种思考方法,也同样存在类似的困境。有学者指出,在价值取向多元的社会里,讨论者由于社会阅历、教育背景以及个人偏好的不同而持守不同的价值取向,讨论价值判断问题难免“众口难调”,价值判断问题就成了困扰人类智慧的难解之题。^⑩ 样本判决中,法院更强调裁判结果的可接受性,追求量刑轻缓。而检察机关则更注重强调对犯罪的打击,扩张财产罪的范围,对于部分仅侵犯占有的案件,也主张以财产罪论处。即便追究量刑合理,如何通过罪名、犯罪数额的确定实现量刑合理,缺乏标准也容易导致适用中的混乱。

在样本判决中,以非财产罪论处的35个案件中,检察机关以财产罪提起公诉的有7件,法院内部对于是否应以财产罪论处存在不同意见的有13件。以财产罪判决的46个样本案例,对诸如犯罪数额的认定、罪名的选择亦存在争议,同案异判现象较为突出。样本案例通过“以刑制罪”限制财产罪的适用,限制财产罪的犯罪数额;但判决妨害公务罪、非法处置扣押的财产罪等非财产罪,是否就完全实现了罪刑均衡仍有待商榷。

四、“以刑制罪”现状下财产罪保护法益的重新思考

样本案例的判决整体上坚持了财产罪的保护法益为所有权,提倡占有说的论者列

^⑧ 参见台湾地区“法务部”:《问题汇编》(5),第269页。

^⑨ 参见蔡道通:《特别法条优于普通法条适用——以金融诈骗行为类型的意义为分析视角》,载《法学家》2015年第5期。

^⑩ 参见王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期。

举的诸多审判个案可能存在误读。例如,有论者认为,行为人非法取回自己所有的财物,即便没有索赔的,也有被认定为财产罪的案例,进而主张该案坚持了占有说。^⑩ 但该文的案例是,行为人先前将自己的车辆质押给他人获取质押款,后又将汽车偷回,会导致占有人先前享有的债权被冲抵而实质上侵犯占有人的财产所有权。^⑪ 有学者还以前述的叶文言、叶文语盗窃案为例,阐述案例坚持了财产罪的保护法益为占有说,而忽略了行为人非法取回本人所有财物后,事后索赔行为实质上侵犯了他人的财产所有权。^⑫ 样本案例通过“以刑制罪”以实现量刑轻缓、罪刑均衡有其合理性,通过“以刑制罪”追求罪刑均衡也受到了越来越多学者的支持。例如,法条竞合强调特别法优先适用的观点已经受到了越来越多的质疑,不少学者建议在特定情形下可以考虑“重法优于轻法”,以期实现罪刑均衡。有学者指出,在“特别法条畸轻”的场合,只要刑法没有明确的禁止性规定,为了实现实质意义上的完整评价,应当准许适用普通法条。^⑬ 样本案例通过“以刑制罪”欲达至实质合理,但亦存在诸多问题,不宜成为一种司法常态。以刑制罪在司法层面纠偏罪刑失衡的效应非常显著,基于个案的基数增大和逐渐形成的司法规律,以刑制罪日渐在司法归纳方法下成为一种独立的刑事司法知识形态。然而,正是由于知识生成路径的特殊性,相比于以罪制刑模式,以刑制罪在教义学层面的不足与知识自给自足能力偏弱等问题捉襟见肘。^⑭ 有必要在“以刑制罪”现实样态的基础上,反思相关的立法、司法及相关问题,使“以刑制罪”更加合理、规范。

(一) 关于财产罪定罪量刑模式的完善

我国现行立法关于财产罪罪刑关系规定过于具体、法定刑畸重的定量立法模式导致了扩张财产犯罪的适用、保护法益以致罪刑失衡,立法赋予更多的裁量空间将有助于缓解审判实践中的“以刑制罪”。如果财产犯罪理论、立法得出的结论有违罪刑均衡,审判实践则会通过“以刑制罪”进行“矫正”。刑法理论关于财产犯罪的诸多观点必须重新审视量刑的合理性,日本在2004年5月21日通过了《陪审员参与刑事审判相关法》,2009年陪审员制度开始实施。据此,一般市民也可以和法官一起,不仅参与到一些案件中对犯罪事实进行确认,或者做有罪、无罪的判断,而且还能参与量刑。可以说要求量刑判断的合理化、透明化、可视化的声音更高了。^⑮ 对包括财产犯罪在内的个罪的解释上,刑法理论上也有不少学者提倡“以刑释罪”,以期实现罪刑均衡,以缓解立法上罪刑关系的困境。例如,原立法对绑架罪规定了极为严厉的法定刑,尤其是法定最低刑,受

^⑩ 参见陈洪兵:《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18页。

^⑪ 参见安徽省滁州市中级人民法院(2007)滁刑终字第7号刑事判决书。

^⑫ 参见姚万勤:《盗窃罪保护法益的理论嬗变与司法抉择——新修正的所有权说之提倡》,载《时代法学》2014年第4期。

^⑬ 参见胡东飞:《法条竞合特别关系及“特别法条畸轻”的适用》,载《法律方法》2016年第1期。

^⑭ 参见孙道萃:《以刑制罪的知识巡思与教义延拓》,载《法学评论》2016年第2期。

^⑮ 参见[日]原田国男:《量刑基准研究》,立花书房2008年版,第351页。

其制约,对绑架罪的构成要件应当尽量作限制性的解释。审判实践中,由绑架罪法定刑的严厉性所决定,只有在具备使用手段的极端性才可以成立绑架罪,单纯的诱骗不构成绑架罪的客观行为,以此勒索财物的被认定为敲诈勒索罪。^⑦一时冲动或者因为存在纠纷绑架人质索要少量钱财或者其他条件的,以非法拘禁罪或者敲诈勒索罪论处。^⑧而经《刑法修正案(七)》、《刑法修正案(九)》对绑架罪进行修改后,有学者则主张结合法定刑的变化对绑架罪重新认识。^⑨许霆案以盗窃罪论处将会被适用无期徒刑,如果认定为信用卡诈骗罪,则最低可判处5年有期徒刑且不报最高人民法院核准,以信用卡诈骗罪论处更为合理。^⑩有学者通过对比1997年《刑法》与1979年《刑法》,以及对比我国刑法与域外刑法得出结论:我国《刑法》所规定的法定刑幅度过窄,这影响了法官的自由裁量权。^⑪如果不在立法、司法上赋予更大的自由裁量权,将会导致对于包括样本案例在内的相当一部分侵犯财产类案件通过审判实践的“以刑制罪”而选择适用他罪、轻刑,以实现罪刑均衡,并导致诸如定罪、量刑、犯罪数额认定中的乱象。所以,应改变现有的财产罪罪刑关系以数额为主要甚至唯一依据的立法、司法现状,规定更为宽泛的法定刑幅度,赋予司法上更大的自由裁量权,以应对不同类型的侵犯财产权利的犯罪。

当前背景下,适度扩张财产罪的保护法益为占有,需要立法上的支持以实现罪刑均衡,这有助于缓解审判实践中的以刑制罪。首先,我国应逐步改变“数额”为主导或唯一主导的财产罪量刑模式。有学者以受贿罪的犯罪数额与刑罚之间的关系进行实证考察后得出结论,受贿罪的定罪量刑中,数额标准权重过高,存在不合理性,并导致对罪刑均衡原则的背离,唯数额论的倾向需要得到纠正。^⑫越来越多的学者对此也提出反思,认为“立法定量”模式是实质主义刑法观的产物,虽然具有实质合理性,符合刑法谦抑原则,但是欠缺形式合理性,从而带来一系列问题。^⑬有学者主张应确立贪污贿赂罪“数额+情节”的二元定罪量刑标准,引入罪群立法模式,并明确各自的定罪量刑标准。^⑭《刑法修正案(九)》对贪污受贿罪数额与法定刑关系的修改即是对绝对定量模式的一种修正。其次,改变衔接式的法定刑设置模式,基本罪、减轻罪、加重罪的法定刑设置应采交叉型规定,同时,规定较为宽泛的法定刑幅度。财产罪中,数额之外的因素,如财产权的不同类别(所有权、占有权或其他权)也应对量刑产生影响。采用交叉式的法定刑设置,对于加重构成的犯罪(如数额巨大)并不必然较之基本罪(如数额较大)的刑罚过重,二者的法定刑存在交叉,有利于实现罪刑均衡。“交叉式在立法上存在着不同罪刑阶段之

^⑦ 参见《刑事审判参考》指导案例第443号。

^⑧ 参见《刑事审判参考》指导案例第435号。

^⑨ 参见张明楷:《绑架罪的基本问题》,载《法学》2016年第4期。

^⑩ 参见刘明祥:《许霆案的定性:盗窃还是信用卡诈骗》,载《中外法学》2009年第1期。

^⑪ 参见蔡曦蕾:《量刑失衡归因论》,载《法制与社会发展》2015年第1期。

^⑫ 参见林竹静:《受贿罪数额权重过高的实证分析》,载《中国刑事法杂志》2014年第1期。

^⑬ 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,载《法学家》2015年第1期。

^⑭ 参见赵秉志:《贪污受贿犯罪定罪量刑标准问题研究》,载《中国法学》2015年第1期。

刑罚的交叉,不同罪刑阶段行为所可能判处的刑罚并不是非此即彼,而是亦此亦彼,即具有一定范围的模糊状态,在交叉的范围内,对行为人裁量何种刑罚属于法官自由裁量权的范围。采取交叉式的规定模式,使公正的裁判可能扩大,具有选择的合理性”。^⑤ 刑法分则在提供一般化的客观标准的同时,仍应力所能及地照顾到刑罚个别化要求,立法者应当考虑法定刑档次之间适当地交叉^⑥。

(二) 关于财产罪定罪量刑模式的域外借鉴

从各国财产犯罪法定刑、罪刑关系的立法规定可以发现,多数国家赋予立法上、司法上更多的自由裁量空间,有助于财产罪的各种学说在审判实践中得到较为全面的贯彻,且符合罪刑均衡,有利于对财产法益的全面保护。

例如德国、日本刑法规定了宽泛的自由裁量空间。^⑦ 同时,赋予司法上更多的自由裁量权,日本的检察机关拥有很大的自由裁量权,从1996年到2005年,日本检察机关对警察移送起诉的触犯刑法案件的起诉率仅为46.8%。^⑧ 因此,对于不同类型的侵犯财产犯罪,司法上有更大的裁量空间来实现罪刑均衡。如果一国立法上的罪刑规定过于具体,但赋予司法人员更大的自由裁量权,也能够在对财产权保护的同时做到罪刑均衡,典型的如美国、英国。英美判例法国家注重法官的说理,只要能够充分说理,法官在量刑上将具有非常大的自由裁量权。^⑨ 美国刑法及量刑指南对具体个罪所规定的法定刑幅度更小,美国《联邦量刑指南》对于每一种具体的量刑情节都配置了细致的量刑规则加以指引,以防止量刑失衡的出现,但司法上赋予法官更多的自由裁量权,可以针对侵犯不同类型的财产权能、不同行为方式的财产犯罪进行区别对待,以期实现量刑均衡。在美国,以欺骗的方式使他人偿还到期债务,要回被他人不法占有的自己的财物等,在这些情形里,只要行为人真诚地相信他人负有债务,要回的是自己的财物,不论这种“相信”在客观上是否合理,都要阻却“骗取财物意图”的成立。^⑩ 对于行为人非法取回自己所有而被他人占有的财物,只有财物处于他人合法占有且有正式合同的情况下才以财产罪论处,并且犯罪数额应以给被害人造成的实际损失计算。如果行为人非法取回本人所有而因违章驾驶被公务机关扣押的汽车,行为人的主观目的是为了逃避公

^⑤ 李洁:《遏制重刑:从立法技术开始》,载《吉林大学社会科学学报》2009年第3期。

^⑥ 参见刘守芬、方泉:《罪刑均衡的立法实现》,载《法学评论》2004年第2期。

^⑦ 德国刑法第242条(普通盗窃罪)的法定刑为5年以下自由刑或罚金刑,第243条(盗窃之特别严重情形)的法定刑为3个月以上10年以下自由刑,第244条(携带武器盗窃、结伙盗窃、入室盗窃)的法定刑为6个月以上10年以下自由刑。不同类型的盗窃罪规定的法定刑都十分宽泛,并且,对于加重构成的盗窃罪规定的法定刑也并不必然高于普通盗窃罪,二者存在交叉,给予了量刑更大的自由裁量空间。

^⑧ 参见[日]日本法务综合研究所:《平成18年版犯罪白皮书》,国立印刷局2006年版,第48页。

^⑨ See Mandeep K. Dhami, Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities? Law and Contemporary Problems, Vol. 76, 2013, pp. 289-290.

^⑩ 参见刘士心:《美国刑法各论原理》,人民出版社2015年版,第238页。

务机关的罚款,应以此罚款数额作为财产罪的犯罪数额。^⑩ 在英国,判例对于非法取回自己所有财物的行为通常以行为人不具有非法占有为目的为由否定行为人成立财产罪。例如在克劳斯案中,作为雇员的行为人甲未经雇主乙的同意,将乙的实物取走以抵消乙所欠其的薪酬。陪审团认为,从客观上来看,行为人对于乙的确存在客观真实的债权,在一般人看来,甲会认为其是在行使法律赋予的权利,而且这一手段行为显然有利于权利的实现,既然如此,甲就不具有非法占有目的,不成立盗窃罪^⑪。纵观各国关于财产罪的立法,罪刑关系均呈现出如下特点:

第一,无论是针对财产罪的基本罪还是加重构成,多数国家给予了较为宽泛的量刑幅度,并且加重构成的法定最低刑略高于基本罪的法定最低刑,并不高于基本罪的法定最高刑。这种立法决定了,即便是针对严重盗窃罪或者数额特别巨大的盗窃罪,也有适用轻刑的可能。例如,瑞典刑法典对盗窃罪规定的法定刑为:第1条(普通盗窃罪)2年以下监禁,第2条(轻盗窃罪)罚金或6个月以下监禁,第4条(重盗窃罪)6个月以上6年以下监禁。即便坚持财产罪的保护法益为占有权,肯定“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”成立财产罪,也并不必然适用重刑而导致罪刑失衡。又如,日本刑法第235条(盗窃罪)的法定刑为“十年以下惩役”,这一宽泛的法定刑幅度决定了,即便非法取回本人所有的数额特别巨大的财物,以财产罪定罪也不必然适用重刑。日本刑法也肯定了自己的财物能成为财产罪的对象,日本刑法第242条规定,虽然是自己的财物,但由他人占有或者基于公务机关的命令由他人看守时,就本章犯罪,视为他人的财物。

第二,数额通常不会成为量刑的主要或唯一依据,即便数额对量刑有重要影响,由于立法规定了较为宽泛的法定刑幅度,犯罪数额大的财产犯罪,也有适用轻刑的可能。例如,匈牙利刑法第316条规定,任何人以非法占有为目的,从他人处拿走他人财物的,构成盗窃罪。该条综合犯罪的情节、手段、方式、数额、严重程度等多种因素,区分了不同情形并配置了不同的刑罚,数额仅是影响量刑的因素之一。

第三,对于侵害财产占有权的行为,毕竟与侵犯财产所有权的行为危害性有别,为防止因犯罪数额太大的侵害财产占有权的行为以财产罪定罪可能导致的量刑失衡,部分国家立法上也作了特别规定,并配置了较轻的刑罚。如匈牙利刑法第327条(擅自使用他人机动车辆罪)、第330条(侵害债权罪)。^⑫ 泰国刑法第334条明确规定财产罪的

^⑩ See Sanford H. Kadish, Stephen J. Schulhofer and Rachel E. Barkow, *Criminal Law and Its Process: Cases and Material* (ninth edition), Wolters Kluwer Law&business, 2012, p. 1036.

^⑪ 参见[英]J·C·史密斯, B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第604页。

^⑫ 第327条规定,任何人出于使用的目的,未经允许将不属于自己的机动车辆开走,或者使用以前述方式开走的机动车辆,或者未经允许地使用他人委托其管理的机动车辆的,构成重罪,处3年以下监禁。第330条规定,任何人全部或者部分地不承担债务,或者以其他任何方式妨害对债权人进行偿付的,构成轻罪,处1年以下监禁、公益劳动或者罚金。

保护法益为所有权,专门对侵犯占有的行为规定了独立的罪名,并配置了较轻的刑罚,如泰国刑法第142条(违法使用财产罪)、第349条(妨害债权罪)。瑞典刑法典在第八章(盗窃、抢劫和其他偷盗罪)第9条规定,为恢复个人的权利,非法妨害他人占有的,以自行恢复占有罪处罚金或6个月以下监禁。再如,意大利刑法第626条规定,如果犯罪人实施行为只是为了暂时使用被窃物,并且在暂时使用后立即归还,经被害人告诉才处罚,处1年以下有期徒刑或者206欧元以下罚金。第627条(窃取共有物)规定,窃取共有物的,处2年以下有期徒刑或者20至206欧元罚金。但如果针对可替代物实施上述行为的,如果该物的价值未超过行为人自己所拥有的份额,不予处罚。

第四,部分国家刑法对于财产罪的罪刑关系规定得较为具体,强调数额与刑罚的直接关系,司法上的自由裁量权较小,这种立法例下多坚持财产罪的保护法益为所有权说。我国刑法即属于此种立法模式,类似的如俄罗斯、朝鲜。俄罗斯刑法对于盗窃罪的犯罪数额大小与刑罚轻重直接匹配,根据数额大小规定了交叉式的法定刑。俄罗斯刑法坚持财产罪的保护法益为财产所有权,其刑法第21章为侵犯所有权的犯罪。

总之,无论坚持财产罪的保护法益为所有权还是占有权,侵犯财产所有权与占有权的行为在危害性上存在差异,有必要在量刑上区别对待。有的国家刑法规定更为宽泛的量刑空间,进而给予司法上的自由裁量权,有的还对侵犯占有的行为予以专门规定,并配置较低的刑罚,典型的如部分国家对于偷开机动车等使用盗窃行为作了特别规定,并配置了较低的法定刑,其目的都是为了实现罪刑均衡。

(三) 逐步扩张财产罪的保护法益应成为未来立法的趋势

人们对财产的认识不断深化,财产观念的范围也不断拓宽。在早期财产秩序还有待提升的背景下,民众对所有权的重视超过对占有的重视,只要是自己所有的财产,即便通过非法方式从他人处取回的,也能够被民众所容忍,甚至被认为是天经地义的,将此类行为予以犯罪化难以得到公众认同。而在民众的法律观念、财产秩序观念逐步提升之后,即便是自己所有的财产处于国家机关的占有之下,如果通过非法手段取回的,可能也不会被社会民众所容忍,应作为财产犯罪论处。^⑩ 刑法理论上主张扩张财产罪的保护法益已经得到了多数学者的支持,例如,“所有权说过于限制了财产犯罪的成立范围,扩张了私力救济,这样一来,国家为了解决民事纠纷而特别规定的各种制度,就有归于无效之虞,甚至会出现强者诉诸私力救济,弱者求助于法律救济这样一种局面”。^⑪ “现实社会中,人们对财产的衡量,不再是简单地以实际占有的财物的多寡为标准,而是以人们实际享有的利益的多少为限。认为对他人的房屋、汽车等贵重物品的暂时使用不可罚的观点,已经是过时的落后观点”。^⑫ 样本判决表明,虽然判决结果多数坚持了财

^⑩ 参见前引⑦,徐光华、郭晓红文。

^⑪ [日]冈野光雄:《刑法要论各论(第2版)》,成文堂1988年版,第78页。

^⑫ 黎宏:《论盗窃财产性利益》,载《清华法学》2013年第6期。

产罪的保护法益为所有权说,但占有说的观点亦不可忽视。部分判决虽然判决结果坚持了所有权说,而判决理由已经强调坚持财产罪保护法益为占有说的积极意义。以财产罪判决的样本案例中,财产罪的保护法益为占有说的观点在检察机关的起诉意见或法院的判决理由中被提及共26次。部分样本案例判决虽然强调造成了被害人财产损失而被认定为财产罪,但犯罪数额的认定依然坚持了占有说。随着2013年司法解释将盗窃、诈骗犯罪数额标准提高而导致其法定刑整体下降,判处财产罪也不必然导致量刑畸重,在此之后的样本案例有扩张保护占有权的趋势。

从世界各国的立法及发展趋势可以看出,对财产权的保护呈现出不断扩张的趋势。在美国,财产罪的规模会随着财产权利保护的需要而扩大,盗窃罪所要求的“他人的财产”也在被逐步打破。例如,普通法中,共有人从另一个共有人处偷共有财产的,不构成盗窃罪。但美国《模范刑法典》认为,“他人财产”是指,行为人以外的其他人在该财产之上享有一个不能被行为人优先侵害的利益,如下事实并不影响他人财产的判断:行为人在财产之上也有利益,或者因为财产被用于非法交易或作为违禁物被没收而导致他人在民事上无法重新得到财产。^⑩ 大多数州都采取了《模范刑法典》的观点,规定共有财产不能成为盗窃罪的抗辩事由。越来越多的学者也赞同对财产权利的全面保护。从历史和发展的角度看,法益内容是不丰富的。以盗窃罪为例,当所有权的各项权能分离被不同的利益主体分享的时候,法律会根据权利取得方式和权利保护的等级,修正财产他人性的含义;当财产的使用权具有重要的经济价值时,妨碍财产使用可能性的使用盗窃也可以构成犯罪。^⑪ 因此,我国应逐步扩张财产罪的法益,但不宜过度扩张。即便在日本,财产罪的保护法益持占有说已经得到了理论与立法上的支持,但审判实践中对于单纯侵犯占有的行为,也需要考虑处罚的必要性和实质合理性,才会作为犯罪处理;侵犯占有的行为在量刑上也明显轻于侵犯所有权的行为。例如,作为债权人的金融業者对债务人融资,为债务人购买了机动车。债务人过了还款期限而没有还款,丧失了买回权。金融業者虽然取得了所有权,但在未经债务人同意的前提下,擅自将车开回,法院认定其构成盗窃罪,判决理由指出,被告人的行为已经“超过了公众的容忍限度”,具有违法性。^⑫ 又如,日本审判实践对于使用盗窃行为的入罪也适度限制,擅自长时间地使用他人汽车兜风的场合,在考虑了汽油的消耗、轮胎的磨损等之后,才可以认定为盗窃罪。^⑬ 再如,对于不法行使权利的行为,早期日本审判实践中更多地倾向于以财产罪论处。但20世纪60年代中期以后,判例逐步限制财产罪的适用。例如,卖主甲将一台纺纱机卖给乙,乙向甲开了票据。但甲在兑付时遭到了银行的拒付,两人协商后约定在

^⑩ See Model Penal Code § 223. 0(7).

^⑪ 参见于佳佳:《论盗窃罪的边界》,载《中外法学》2008年第6期。

^⑫ 参见日本最高裁判所1989年7月7日决定,载日本《最高裁判所刑事判例集》第43卷7号,第607页。

^⑬ 参见日本最高裁判所1968年9月17日判决,载《判例时报》第534号,第85页。

期满之前如果甲不能取得支付的话再对产品进行决算。后来甲看见乙的经营状况进一步恶化,将自己卖给乙的纺纱机任意取回。一审法院判决盗窃罪,日本最高裁判所改判无罪。^⑩

在我国财产罪法定刑偏重、国民财产秩序的观念还有待提升的背景下,扩张财产罪的保护法益应缓步推进。有学者以使用盗窃入罪为例指出:“在使用盗窃可罚的情形下,对偷开他人汽车的行为一律按盗窃罪处罚,由于汽车的价值数额巨大,就必须对行为人适用重刑,处以重刑是否有违罪刑相适应原则成为问题”。^⑪我国审判实践中,单纯地使用盗窃行为入罪将导致罪刑失衡,审判实践的部分变通做法是肯定成立盗窃罪的基础上限制犯罪数额,以实际造成的损失作为犯罪数额。司法解释也要求造成实际损失的使用盗窃才能认定为犯罪,2013年“两院”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条规定:“偷开机动车,导致车辆丢失的以盗窃罪定罪处罚。”部分学者也赞同对使用盗窃行为以实际造成的损失认定为犯罪数额。如偷开机动车辆是对车主机动车的使用价值的侵害(折旧),或者说是车主可得利益(如出租车辆的费用)的损失。^⑫在美国,“使用盗窃”能否成立盗窃罪,理论上主张要求“故意制造永久丢失财物的实质风险”。^⑬比如,偷开他人汽车驾驶到另一城市后随意把汽车丢弃,造成车主很难再找回汽车,就构成了盗窃罪。但是,如果从他人的牧场偷骑一匹马,骑出一英里后把马放开,马通常会自己回去,主人丢失马的可能性很小,就不构成普通法盗窃罪。^⑭即便在日本坚持财产罪的保护法益为占有,也在限制财产罪的数额。

结 语

如何规范样本案例的“以刑制罪”并达至合理的罪刑均衡,防范审判实践中定罪、量刑、犯罪数额等认定的乱象,将是未来思考的一个重要方向。从域外的做法来看,立法上违反罪刑均衡的规定并不必然导致审判实践中“以刑制罪”并引发相关乱象。在日本,早期交通事故致人死亡的数量也在逐年上升,特别是酒后驾车、超速驾驶、无视交通规则的危险驾驶等重大恶性案件多发,在以被害人及其亲属为代表的广大国民当中,产生了刑罚太轻、从犯罪的实际情况来看交通犯罪不是过失犯罪而应当是故意犯罪的呼声。在这种背景下,日本并未在审判实践中类推适用他罪以实现对其罪犯的严惩,而是在立法上增设了危险驾驶致人死伤罪,并规定了较重的刑罚。^⑮而在我国,一旦出现了严

^⑩ 参见日本最高裁判所1957年2月19日判决,载《判例时报》第109号,第26页。

^⑪ 参见吴大华:《论使用盗窃》,载《中国刑事法杂志》2003年第1期。

^⑫ 前引^⑩,黎宏文。

^⑬ Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, Criminal Law, The Foundation Press, Inc., 1982, p. 328.

^⑭ 参见前引^⑩,刘士心书。

^⑮ 参见[日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第96页。

重恶性交通事故,舆论多要求判处以危险方法危害公共安全罪以实现严惩,审判实践中也在“以刑制罪”的理念下过度扩张以危险方法危害公共安全罪。针对本文样本案例这一类型案例,即便是最高人民法院《刑事审判参考》欲对该类型案例予以规范,审判实践中亦存在相关乱象。我国已有地方司法机关认识到这一现象,并提出处理建议以规范审判。例如,上海结合其近年来审判的这类案件,经过总结后提出建议,“出质人窃回质押财产并向质权人索赔的行为,兼具盗窃与诈骗性质。窃回质押财产,数额较大的,构成盗窃罪,一般应以质押财产的价值认定盗窃数额;以质押财物失窃为由向质权人索赔,数额较大的,构成诈骗罪。出质人窃回质押财产并向质权人索赔的行为,成立盗窃罪与诈骗罪的牵连犯,应从一重处”。^⑩ 现阶段,有必要出台相关解释及指导案例,系统性地规范该类案件的审判。从长远看,“以刑制罪”作为一种难以在实践中操作的“理想”工具,修改财产罪罪刑关系的立法将是改变“以刑制罪”这一现状的根本策略,也有助于对财产法益的全面保护。

Abstract: According to the empirical researches of the 81 sample cases of “retrieving self-properties illegally that legally occupied by others” on its conviction, measurement of penalty and determination of crime amount, it can be seen that in principal, only causing the damage of the property of the occupier can it be convicted of property crime. Sentenced to property crime would lead to excessively heavy punishment. However, sentences of sample cases would limit the application of the property crime and the cognizance of the crime amount in order to realize the sentencing mitigation. Giving priority to the reasonable measurement of penalty that “affirming a crime by penalty” ignores the accuracy of conviction and easy to quell the bound among property crimes as well as the bound between property crime and other crime which would cause too minor measurement of penalty, confusion of determination of crime amount and difference on judgment argumentation. The quantitative legislation mode and the relatively heavy sentence of Chinese criminal law is the root cause of “affirming a crime by penalty”. The sample sentences of “affirming a crime by penalty” has its practical rationality but is lack of necessary regulation restraint which would easily lead to concussion. If the penalty could be given more measurement space in the perspective of legislation, it will help mitigating “affirming a crime by penalty” and help to realize the comprehensive protection of property right including the right of possession as well as contribute to the balance between crime and punishment.

(责任编辑:白岫云)

^⑩ 上海市高级人民法院第二刑事审判庭:《上海法院刑事审判观点汇编》,载《上海审判规则》2016年第8期。