

财产犯的事后行为评价问题

陈洪兵

(南京师范大学法学院, 江苏南京, 210023)

摘要: 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, 意在解决前行为因为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。

关键词: 不可罚的事后行为; 共罚的事后行为; 盗窃罪; 故意毁坏财物罪

中图分类号: D924.35

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)06-0103-06

一、引言

先看几个例证:

例一: 甲盗窃了总价值6 000余元的茅台酒, 打算存放几年后再慢慢品用。6年后(已超过5年追诉时效)打开准备饮用时发现味道不怎么样, 一气之下全部倒掉。甲的行为是否符合故意毁坏财物罪构成要件, 能否以故意毁坏财物罪定罪处罚?

例二: 张某在其16岁生日当天, 乘着酒兴盗窃了一辆价值数万元的摩托车, 停放在自家院里。第二天酒醒后看到院子里停放着一辆豪华摩托车, 方想起自己昨天盗窃了摩托车, 于是骑上该摩托车到处溜达。张某“享用”其在未达刑事法定责任年龄时偷窃的摩托车, 是否构成侵占罪? 若张某觉得这摩托车骑起来不怎么舒服, 一气之下将摩托车扔进江中, 是否成立故意毁坏财物罪?

例三: 乙将一辆崭新的摩托车以低价卖给他人, 后查获。乙一口咬定该摩托车系从别处以低价购买的, 但没有足够的证据予以证明, 同时侦查机关也没有足够的证据证明该辆摩托车是乙偷来的(即不能排除合理怀疑)。乙是构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪(即赃物犯罪, 以下简称“赃物犯罪”), 还是侵占罪, 抑或无罪?

例四: 丙盗窃10公斤海洛因后卖给他人, 后查获。若以盗窃罪定罪, 最高可判处无期徒刑, 若以贩卖毒品罪论处, 最高可能判处死刑。对丙的行为是定盗窃罪还是贩卖毒品罪, 抑或数罪并罚?

例五: 丁盗窃某单位生产机器上的重要零部件后, 以此勒索5万元。被害单位为避免停产每天可能造成的数十万元损失, 被迫满足丁的要求。丁的行为是成立盗窃罪, 还是敲诈勒索罪, 抑或数罪并罚?

以上设例的核心问题是, 如何评价财产犯的事后行为, 是当然地不符合构成要件而不可罚, 还是可以肯定构成要件符合性而具有单独评价定罪的可能性? 我国刑法理论通说只是“囫囵吞枣”地接受了所谓不可罚的事后行为概念, 在面对具体问题时, 要么直接以“这属于刑法理论上的不可罚的事后行为”为由宣告事后行为无罪, 要么认为属于“犯罪掩盖行为”与“掩护行为”^[1]“后续行为或称继续行为”^[2], 要么主张是财产犯罪行为的继续或者延续而应作整体的评价。^[3]这可谓是目前多数学者的思维逻辑。但是, 不得不说, 这是将复杂问题简单化了。财产犯事后行为的评价涉及到事后行为是否符合构成要件, 关系到当前行为因为超过追诉时效、证据上不能证明、主体无责任能力等原因而不能处罚时, 能否以事后行为单独起诉、定罪处罚, 影响到是一罪还是数罪、是单独定罪还是数罪并罚, 以及立法目的、法益保护、罪刑相适应等的实现问题。

收稿日期: 2013-01-06; 修回日期: 2013-05-24

基金项目: 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”(13YJA820003)

作者简介: 陈洪兵(1970-), 男, 湖北荆门人, 法学博士, 南京师范大学法学院副教授, 日本首都大学东京客员准教授, 主要研究方向: 刑法解释学。

二、日德关于事后行为的评价及其分析

日本刑法理论通说,一般将盗窃后毁坏赃物这种典型的事后行为,称为不可罚的事后行为。^[4]这可谓“不可罚论”。不可罚论存在如下疑问:①若认为盗窃后毁坏赃物一概不可罚,则当本犯实施盗窃行为时未达刑事法定年龄(如设例二)或因病理性醉酒等因素而丧失辨认、控制能力,以及盗窃行为因为证据上的原因不能证明时,既不能起诉前行为为盗窃罪,也不能起诉事后行为侵占罪、故意毁坏财物罪,这可能不合理;②不参与盗窃仅事后参与毁坏赃物的,若认为事后毁坏赃物的行为本来就不可罚,则不能追究事后参与者故意毁坏财物罪共犯的责任,恐怕难言妥当;③若主张事后行为不可罚,则盗窃行为人将赃物出售给不知情的第三人,由于赃物随时可能被追回而使购买者遭受损失,除盗窃罪外,也不能追究诈骗罪刑事责任,或许也不能被接受;④虽然超过了盗窃罪的刑事追诉时效,但尚未超过民法上的取得时效时,被害人请求返还,盗窃犯以暴力、胁迫方式拒绝返还的,也不能成立抢劫罪,而是仅成立暴行、胁迫等人身犯罪,这可能不利于保护被害人的财产法益,等等。正因为此,日本平野龙一教授指出,事后行为并非不当构成要件而当然地不可罚,而是因与前行为之间存在原因与结果的关系,前行为法定刑通常较重,以前面行为定罪已经对行为的法益侵害事实进行了包括性的刑法评价,而成立包括的一罪中的吸收一罪,被吸收的后行为依然成立犯罪并且能被处罚。因此,通说将事后行为称为“不可罚”的事后行为不恰当,应系是共罚的事后行为。^[5]这可谓“共罚论”。

笔者认为,除本犯保管、搬运、销售赃物因不符合赃物犯罪主体要件而不该当构成要件这种个别情形外,不能否认事后行为也是完全符合构成要件的。而是否处罚,是作为包括的一罪进行评价,还是数罪并罚,则是另一层次的问题。这要结合立法目的、时效制度的宗旨、法益保护的要求、罪刑相适应的原则等因素,进行具体判断。因此,笔者赞成“共罚论”,即将事后行为称为“共罚”的事后行为比称为“不可罚”的事后行为更妥当,这样就使事后行为也有被单独评价和定罪的可能性,从而更有效地保护法益。

关于不可罚的(共罚)的事后行为的法律性质,日本刑法理论中有三种思路:①构成要件不该当说:事后行为原本就不符合犯罪构成要件,如盗窃罪本犯事后搬运、保管赃物。^[6]②法条竞合说:事后行为虽然

在理论上符合犯罪构成要件,但因为优先适用主要犯罪的法条而排除事后行为法条的适用,即属于吸收关系的法条竞合,如盗窃罪本犯对赃物的利用虽然也满足侵占罪构成要件,但因为盗窃罪法条的优先适用而排除侵占罪法条的适用。^[7]③包括的一罪说:事后行为虽然满足构成要件,但由于前行为所触犯的罪名已经对行为的法益侵害事实进行了包括的、一体性的评价,故没有必要对事后行为再进行处罚,这种情形下事后行为不是不可罚,而是已经“共罚”了,因而属于一种包括的一罪。或者说,虽属于实际上的数罪但作为科刑上的一罪对待,如盗窃犯事后毁坏赃物,毁坏赃物的行为虽然也符合故意毁坏财物罪构成要件并且值得处罚,但因为前行为所适用的盗窃罪已经对法益侵害事实进行了一体性、包括性评价,而无需以故意毁坏财物罪定罪处罚。^[8]

此外,日本有学者将不可罚的(共罚)的事后行为产生的法律效果归纳为六个方面:①事后行为的参与者,如在他人盗窃后参与毁坏赃物的场合,是否成立共犯的问题。按照构成要件不该当说和法条竞合说,没有共犯成立的余地,但包括的一罪说认为可能成立共犯。②参与实施事后行为的物件如犯罪工具能否没收的问题。构成要件不该当说以及法条竞合说会得出不能没收的结论,但包括的一罪说则认为能够没收。③前行为追诉时效完成后,能否起诉、处罚事后行为的问题。例如,先前的盗窃行为超过盗窃罪的追诉时效后,盗窃犯对赃物加以毁坏的,以及在盗窃罪追诉时效期限到来之前毁坏财物,虽然盗窃罪最终超过了追诉时效,但故意毁坏财物罪尚未超过追诉时效时,能否以故意毁坏财物罪起诉并定罪处罚。构成要件不该当说以及法条竞合说仍然持否定态度,而包括的一罪说可能得出肯定的结论。④前行为在诉讼上难以证明(如行为人所毁坏的财物究竟是从被害人处偷来的,还是借来的),能否以故意毁坏财物罪起诉和定罪处罚。构成要件不该当说和法条竞合说本来主张只成立主罪,但既然不能起诉主罪,也不排除以事后行为起诉、定罪的可能性。⑤在前行为因为存在亲属关系而不能处罚时能否以事后行为如故意毁坏财物进行处罚,以及不满14岁的人盗窃财物,满14周岁后毁坏赃物的,⑥能否以故意毁坏财物罪定罪处罚。按照构成要件不该当说和法条竞合说,不存在以事后行为进行处罚的余地,但包括的一罪说认为有可能。⑥前行为所触犯的罪名法定刑低于事后行为的罪名时,如侵占遗失物事后加以毁坏的,脱离占有物侵占罪的法定刑低于故意毁坏财物罪,是以脱离占有物侵占罪定罪,还是以故意毁坏财物罪论处。构成要件不该当说及法

条竞合说认为，应以脱离占有物侵占罪定罪处罚，而包括的一罪说可能倾向于以故意毁坏财物罪定罪处罚。^[6]

笔者认为，相比较而言，包括的一罪说具有合理性，得出的结论基本上能被接受，但个别情形不能完全按照包括的一罪说处理。具体而言，盗窃犯超过追诉时效后毁坏赃物的(如设例一)，若认为可以故意毁坏财物罪起诉、处罚，则会导致追诉时效无限期地延长，淹没了规定追诉时效旨在“体现了刑罚目的，体现了宽严相济的刑事政策，体现了‘历史从宽、现行从严’的政策，有利于司法机关集中精力追诉现行犯罪，有利于社会秩序的安定”的立法宗旨。^[9]再则，超过追诉时效后毁坏财物的，或者在盗窃罪追诉时效期间内毁坏财物而在盗窃罪追诉时效届满后再起诉的，难以认为这种毁坏行为比盗窃犯在盗窃罪追诉时效期限内完全消费掉赃物的情形法益侵害性更重，因此不宜以故意毁坏财物罪定罪处罚。^[10]此外，我国侵占罪的法定刑(法定最高刑为5年有期徒刑)之所以比故意毁坏财物罪(法定最高刑为7年有期徒刑)轻，是因为侵占行为不侵害占有，而且对自己占有下的财物占为己有具有较大的诱惑力，因而违法性与有责性相对较低。如果对侵占后毁坏赃物的以故意毁坏财物罪定罪处罚，就有违立法者对侵占罪规定较低法定刑的初衷。^[11]

关于不可罚的事后行为的处理，德国法院在1959年12月7日大法庭判决出来之前，立场摇摆不定。该案中，被告人作为公务员向不负有缴纳义务的商人征收费用，一、二审法院都在否定诈骗罪成立的同时肯定了贪污罪的成立，德国大法庭判决则认为，被告人的行为并不符合贪污罪的构成要件，而是仅成立诈骗罪。^[12]这基本上是从构成要件解决的立场出发，可谓“构成要件论”。学说上既有支持1959年大法庭判决的构成要件论立场，^[13]也有的批判构成要件论，主张关于事后行为的不可罚性应在犯罪竞合(罪数)阶段解决的所谓竞合论。^[14]

关于构成要件论与竞合论在事后行为解决路径上的差异，在于：①在前行为如盗窃行为因为存在责任阻却事由而不能处罚时，彻底的构成要件论认为，行为人责任能力恢复后出售赃物的行为，仍然不符合侵占罪构成要件，因而不能以侵占罪定罪处罚；竞合论则认为，即使前行为不成立犯罪，后行为仍有成立侵占罪等罪的余地。②在前行为因为超过追诉时效而不能起诉时，构成要件论依然否定后行为的构成要件该当性，但竞合论往往肯定事后行为的构成要件该当性。③在第三者参与事后行为的问题处理上，构成要件论

往往否定共犯的成立，而竞合论通常肯定共犯的成立。两种解决路径的最大差异在于，是否承认财物的再次取得、再次的法益侵害以及事后行为的构成要件该当性。^[15]

可见，在关于事后行为的处理上，德国的构成要件论与日本的不可罚论、构成要件不该当说以及法条竞合说相近，而竞合论与日本的共罚论、包括的一罪说相当。争论的焦点均在于，是否承认事后行为的构成要件该当性，在前行为因为存在实体上的处罚阻却事由或者诉讼上的障碍事由而不能处罚前行为时，能否以事后行为起诉、处罚。笔者的主张是，一般情况下不应否定事后行为的构成要件该当性，不能排除以事后行为单独进行起诉、处罚的可能性，但在超过追诉时效等个别情况下应排除事后行为法条的适用。

三、事后行为的分类问题

事后行为十分庞杂，对其进行类型性归纳分析，十分必要。日本有学者将不可罚的事后行为分为三类：①事后行为不该当构成要件的情形，如盗窃犯自身搬运赃物，或者单纯地占有赃物的状态。②虽然该当犯罪构成要件、成立犯罪，但不能从构成要件上加以解决，只能进行体系性解释，并考虑立法者的意思，认为成立犯罪不妥当，而属于真正的不可罚的事后行为，如毁坏自己占有下的遗失物。③伴随适法行为的期待可能性减弱、责任减少的一身性的刑罚阻却事由的不可罚的事后行为，如盗窃犯事后利用、消费赃物的情形。^[16]国内有学者认为，盗窃罪的行为人对赃款赃物的处置行为通常包括以下方式：持有、使用、出卖、毁损、变造。^[17]笔者主要以盗窃罪为例，结合中国的现实问题将事后行为进行如下分类。

(一) 盗窃犯利用、搬运、毁坏、销售赃物

国外刑法理论一般认为，本犯利用赃物的行为只要不伴随财物的毁损，就不存在作为新的处罚对象的法益侵害事实，不该当任何犯罪的构成要件。^[5]笔者认为，取得型财产罪的本犯事后利用赃物的行为，可谓非法占有目的的实现，一般应否定侵占罪的成立。但是，当本犯因为存在未达刑事法定年龄等实体上的责任阻却事由，或者因为难以证明而存在诉讼上的障碍不能起诉时，对于事后利用行为，能够以侵占罪[®]论处。

盗窃罪本犯因为缺乏期待可能性而不符合赃物罪的主体构成要件，这没有什么疑问。对于参与本犯搬运、保管赃物的第三人，日本山口厚教授认为成立赃

物罪的共犯。^[18]其实,本犯不符合赃物罪主体要件,参与搬运、保管赃物的人应成立的是赃物犯罪的单独正犯。

虽然对于盗窃犯事后毁坏赃物的行为难以认为是其利用意思的实现,但从法益侵害性上考量,事后利用、消费赃物与毁坏赃物对于被害人法益的侵害没有实质性差异。虽然不能否认事后毁坏行为也符合故意毁坏财物罪构成要件,但以盗窃罪一罪就能对行为的法益侵害事实进行包括性、一体性的评价,故没有必要另行评价为故意毁坏财物罪。但是,当本犯存在实体性的处罚阻却事由或者存在诉讼上的障碍时,可以故意毁坏财物罪定罪处罚;当盗窃罪超过追诉时效而故意毁坏财物,且在故意毁坏财物罪追诉时效期限内时,考虑到追诉时效制度的维护社会安定性的本旨,不宜以故意毁坏财物罪定罪处罚;本犯以外的人参与毁坏赃物的,可以故意毁坏财物罪单独定罪处罚。

盗窃后隐瞒实情将赃物卖给善意第三人,因为善意第三人购买的赃物随时有被追回的可能性,因而存在财产上的损害。盗窃罪本犯实施了新的行为,侵犯了新的法益,一般应以盗窃罪与诈骗罪数罪并罚。

(二) 盗窃违禁品后持有、运输、出售

我国刑法规定,对于毒品、枪支、假币、伪造的发票等的持有、运输、出售,可能构成犯罪。问题是,盗窃违禁品之后持有、运输、出售的,是以前行为定罪,还是以后行为定罪,抑或数罪并罚(如设例四)?2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》指出:“抢劫违禁品又以违禁品实施其他犯罪的,应以抢劫罪与具体实施的其他犯罪实行数罪并罚。”有学者由此得到“启发”认为,“盗窃特殊物品构成盗窃罪是刑法的特殊规定,因为其侵犯了非特定主体经法定程序不得没收的管理秩序。事后对其使用、出卖、毁损的行为在侵犯非法程序不得没收的占有之外另侵犯了其他管理秩序,因此另构成犯罪,数罪并罚。”^[17]

若认为上述司法解释不完全是“信口开河”,也应仅限于抢劫枪支后又使用所抢劫的枪支杀人这种具有两个以上的行为、侵害了两个以上的法益、符合了两个以上犯罪构成要件,且不乏期待可能性的情形,而不能认为,抢劫枪支后出售的,应以抢劫枪支罪与非法买卖枪支罪数罪并罚。因为,这种行为并没有侵犯新的法益,也缺乏期待可能性。我们也不能得出盗窃毒品后出售的行为(如例四),成立盗窃罪与贩卖毒品罪并且数罪并罚的结论。因为对于盗窃后销赃的行为而言,期待可能性较低;而且盗窃后销赃只是利用意思的实现,对于行为人而言,并没有因此得到两种

财产利益;虽然盗窃罪与贩卖毒品罪的法益不同,盗窃毒品后出售也可谓具有两个行为、侵害了两个法益、符合两个犯罪的构成要件,但考虑到销赃行为期待可能性较低,行为人只得到了一种财产利益,故不宜数罪并罚,而应成立盗窃罪与贩卖毒品罪的包括的一罪,从一重处罚即可。

我们有必要反思一种通说观点:“行为人并不明知是枪支、弹药,不能认定为本罪(即盗窃枪支、弹药罪——引者注),只能认定为盗窃罪;如果盗窃后非法持有、私藏的,则另构成非法持有、私藏枪支、弹药罪。”^[19]不管行为人实施盗窃行为时是否明知是枪支,也不能期待行为人发现是枪支后不持有、私藏而是直接上缴给国家机关。同时,考虑到即便是捡拾的枪支,私人也不得持有、私藏,因此,一方面我们不能否认非法持有、私藏枪支罪的成立,另一方面考虑到行为人盗窃后保管赃物的行为期待可能性减弱,不能以盗窃罪与非法持有、私藏枪支罪数罪并罚,而宜认为成立盗窃罪与非法持有、私藏枪支罪的包括的一罪,从一重处罚即可。

综上,盗窃、抢劫枪支、毒品等违禁品后持有、出售的,不宜数罪并罚,而应作为包括的一罪,从一重处罚即可。

(三) 盗窃后借机勒索财物

对于盗窃后告知真相勒索财物的案件(如设例五),德国理论与判例认为,行为人并没有假装是财物的所有者,没有否定对方的所有权,而且从价值说看,以恐吓手段取得的钱款并非所盗财物本身的价值,故对于财物本身否定不法领得的意思,不成立盗窃罪。^[20]台湾学者黄惠婷也认为,抓住他人赛鸽后让物主汇款的行为,成立恐吓取财罪。^[21]

我国司法实践中,对于盗窃车牌勒索财物案件,存在盗窃罪、敲诈勒索罪与盗窃国家机关证件罪的定性分歧。^[22]刑法理论上,对于盗窃财物后进行勒索的,一般认为成立盗窃罪与敲诈勒索罪的牵连犯,最终以盗窃罪定罪处罚。^[23]还有学者认为,“在盗窃罪已然既遂的情况下,车主对车牌的占有已然失去,后续的勒索行为是回复被侵害法益的行为,因欠缺对客体的侵害这一必要要件而不构成犯罪。即使所勒索的金额大大超出车牌成本,也是在车牌遗失这一法益已受侵害的程度之类。并不存在对新法益的侵犯,故只认定成立盗窃罪一罪为宜。”^[17]

笔者认为,如果行为人一开始就具有以所盗财物进行勒索的打算,由于存在返还的意图,对于所盗财物本身应否定存在排除意思,以所盗财物进行勒索,也不属于按照财物可能的用法进行利用,因而缺乏利

用的意思,故不成立盗窃罪;以所盗财物进行勒索的,应该成立敲诈勒索罪;勒索财物未得逞的,成立敲诈勒索罪的未遂,若最终没有返还财物的,还成立(隐匿型)故意毁坏财物罪或者(脱离占有物)侵占罪(之后加以利用的),数罪并罚完全能够做到罪刑相适应;勒索未得逞的,但返还了财物的,仅成立敲诈勒索罪的未遂;如果盗取财物时并无勒索财物的打算,成立盗窃罪(或者盗窃国家机关证件罪)与敲诈勒索罪的包括的一罪,从一重处罚即可。

(四) 盗、骗、抢、拾金融凭证后加以利用

在国外,成立财产犯罪一般没有数额的要求,因此,盗窃他人存折后到银行窗口取款的,成立针对存折本身的盗窃罪(即存折本身的成本价值)以及针对银行现金的诈骗罪,数罪并罚。^[24]在我国,除抢劫罪外,成立财产罪均要求数额较大,而金融凭证本身的价值并不大,除非丧失金融凭证等同于丧失金融凭证所记载的财物本身,否则不应将获得金融凭证的行为本身认定为财产罪,而应将评价的重点放在事后使用行为,即利用金融凭证兑现凭证所记载的财物的行为上。

刑法第196条第3款规定:“盗窃信用卡并使用的,依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”对于该规定,有学者认为属于注意规定,因而盗窃信用卡并使用的行为不能一概构成盗窃罪。^[25]刘明祥教授则认为,该款把本应作为信用卡诈骗罪定罪的行为也作为盗窃罪论处,因而属于法律拟制。^[26]笔者认为,该款既有注意规定的一面,也有法律拟制的一面。盗窃信用卡后在柜员机上取现、转账的,本就构成盗窃罪,这是注意规定的一面;盗窃信用卡后在银行窗口取现、转账以及在特约商户刷卡消费的,本属于“冒用他人信用卡”而应成立信用卡诈骗罪,但根据该款规定,也只能以盗窃罪论处,这是法律拟制的一面。

抢劫信用卡并使用的核心问题有两点:一是抢劫信用卡行为本身是否值得以抢劫罪论处;二是事后使用行为是单独评价还是整体评价为抢劫罪。这两点都与抢劫罪法益的理解有关。抢劫罪是侵犯人身与财产两方面法益的犯罪,但刑法将其置于侵犯财产罪一章中,说明本罪保护的主要法益是财产权而非人身权。此其一。其二,若认为抢劫信用卡未使用也当然成立抢劫罪而且判处三年以上有期徒刑(抢劫罪的起点刑就是三年有期徒刑),就意味着在我国本不作为犯罪处理的暴行、胁迫行为(国外一般规定有暴行、胁迫罪)承受了三年以上徒刑的刑罚,从而形成了间接处罚,因而需要慎重对待。其三,在我国轻微伤害不构成犯罪,故意致人轻伤的适用三年以下有期徒刑。因此,

鉴于信用卡本身价值微薄,对于仅采用胁迫手段抢劫信用卡的,为避免间接处罚胁迫行为,可以考虑将抢劫信用卡致人轻微伤或者轻伤以上的,认定为抢劫罪,从而判处三年以上有期徒刑。这样既可以避免间接处罚,又能实现罪刑相适应。其四,抢劫信用卡尚未使用的,对于持卡人财产权仅形成抽象性危险,使持卡人遭受财产损失的是事后的使用行为,因此,抢劫信用卡并使用的评价重点应是使用信用卡的行为。根据是否对自然人使用,分别成立信用卡诈骗罪(冒用他人信用卡)和盗窃罪,若抢劫行为本身致人轻微伤或者轻伤以上,与抢劫罪数罪并罚,否则,仅成立信用卡诈骗罪或者盗窃罪。

由于银行卡本身价值微薄,骗取银行卡行为本身不值得作为诈骗罪处罚,而且由于行为人对于卡中存款不拥有实质性权利,骗得银行卡也不意味着占有了卡中存款。但是,不考虑具体情形而断然否认诈骗罪的成立,也是存在疑问的。其实问题的实质在于,持卡人是否对卡中的存款做出了概括性的处分。刑法理论一般认为,骗领信用卡的(一开始就具有非法占有的意图),无论是对着自然人使用,还是在柜员机上取款透支,由于在行为人骗领信用卡时发卡银行已经做出了概括性财产处分(使行为人能够在一定限额内进行透支),^[27]所以整体评价为信用卡诈骗罪通常没有问题。由此,骗取信用卡并使用的,是评价为诈骗罪还是根据事后使用情形评价为信用卡诈骗罪或者盗窃罪,取决于行为人骗取信用卡时被害人财产处分意思的内容。例如,行为人假装向被害人借款10万元,被害人将一张有10万元存款的储蓄卡交给行为人自己去取款。由于已经将卡中的10万元存款处分给行为人,这与被害人将10万元现金直接交付给行为人无异,当然成立诈骗罪,而不是信用卡诈骗罪或者盗窃罪。但是,如果卡中实际有15万元存款,行为人取款金额超过了10万元,则就10万元部分成立诈骗罪(因为被害人对这10万元部分具有财产处分的意思),但就超过部分,被害人并没有做出财产处分,而是行为人以违反被害人意志的方式取得的。因而在柜员机上使用的成立盗窃罪,在银行柜台或者特约商户使用的,属于冒用他人信用卡而成立信用卡诈骗罪。若只有一个行为,成立想象竞合犯。若存在两个行为,则应数罪并罚。

注释:

① 日本刑法规定的刑事法定年龄是14周岁。

② 侵占罪其实是取得型财产罪的兜底性犯罪,只要非法取得他人财物,且没有以其他更重的财产罪进行处罚时,即成立侵占罪。

参考文献:

- [1] 陈兴良. 判例刑法学(下卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [2] 王作富, 杨敦先, 张明楷, 等. 在取款机上拾卡后恶意取款, 转账如何定性[J]. 人民检察, 2005(4): 31.
- [3] 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[J]. 法学, 2011(3): 146.
- [4] [日]团藤重光. 刑法纲要总论(第三版)[M]. 东京: 创文社, 1990.
- [5] [日]平野龙一. 刑法总论Ⅱ[M]. 东京: 有斐阁, 1975.
- [6] [日]伊藤涉. 不可罚的(共罚)事后行为の法的性格について[J]. 刑事法ジャーナル, 2009(14): 28-30.
- [7] [日]福田平. 全订刑法总论(第四版)[M]. 东京: 有斐阁, 2004.
- [8] [日]前田雅英. 刑法总论讲义(第五版)[M]. 东京: 东京大学出版会, 2011.
- [9] 张明楷. 刑法原理[M]. 北京: 商务印书馆, 2011.
- [10] [日]松宫孝明. 不可罚的・共罚的事后行为[C]/[日]西田典之, 山口厚, 佐伯仁志. 刑法の争点. 东京: 有斐阁, 2007: 127.
- [11] [日]山口厚. 刑法各论(第2版)[M]. 东京: 有斐阁, 2010.
- [12] Herbert Tröndle/Thomas Fischer. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51.Aufl. [M]. München: Verlag C.H.Beck. § 249 RdN. 13, 2003.
- [13] Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paefßen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band2, 2. Aufl. [M]. München: Verlag C.H.Beck, § 246 Rdn. 37 f, 2005.
- [14] Albin Eser, in: Adolf Schönker/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27., neu bearbeitete Aufl [M]. München: Verlag C.H.Beck, § 246 Rdn. 19, 2006.
- [15] [日]富高彩. 不可罚的・共罚的事后行为论と財産罪の成否(1)[J]. 上智法学论集, 2009, 52(4): 236.
- [16] [日]富高彩. 不可罚的・共罚的事后行为论と財産罪の成否(2・完)[J]. 上智法学论集, 2009, 53(1): 183-184.
- [17] 王太宁. 盗窃后处置行为的刑事责任——异于不可罚的事后行为的本土化思考[J]. 中外法学, 2011(5): 965-970.
- [18] [日]山口厚. 不可罚的事后行为と共罚的事后行为[C]/[日]山口厚, 井田良, 佐伯仁志. 理论刑法学的最前线. 东京: 岩波书店, 2006: 241.
- [19] 张明楷. 刑法学(第四版)[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 624.
- [20] Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 13. Aufl [M]. München: Verlag C.H.Beck, § 2 Rn. 45, 2011.
- [21] 黄惠婷. 案例研习(一)[M]. 上海: 学林出版股份有限公司, 2006.
- [22] 雪华. 盗牌索财行为刑法评价问题探析[J]. 中国刑事法杂志, 2009(6): 116.
- [23] 王林. 盗窃罪中非法占有目的的推定[J]. 人民司法, 2011(8): 64.
- [24] [日]伊藤真. 刑法各论(第四版)[M], 东京: 弘文堂, 2012.
- [25] 阴建峰, 曹云. 盗窃信用卡并使用行为定性解析[J]. 刑法论丛, 2011(1): 266.
- [26] 刘明祥. “盗窃信用卡并使用”的含义解析与司法认定[J]. 中国法学, 2010(1): 173.
- [27] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006.

Evaluation of behaviors after property crimes

CHEN Hongbing

(Law School, Nanjing Normal University, Nanjing 210023, China)

Abstract: In Japan, there're different opinions about the evaluations of the subsequent behaviors. One idea is that it shouldn't be punished. Another idea is that it should be punished with the crime. In Germany, there are two theories. One is elements theory and the other is combined punishment. All these means to explain if the behavior after property crimes should be an element. They try to solve the problem whether the behaviors after property crimes should be sued or punished separately if the actions of crime couldn't be punished by the law because of the resistance in the substantive law or the obstacles in the procedural law. Except the specific situations like distribution, the behaviors afterwards should be evaluated with the crimes. So both the theories of "it should be punished with the crime" and "combined punishment" are reasonable.

Key Words: unpunishable behaviors after crime; combined punishment; theft; intentionally damaging property crimes

[编辑: 苏慧]