

财产罪中规定非法占有目的的质疑

张红昌

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要:我国刑法在财产罪中没有规定非法占有目的, 通说认为财产罪是目的犯, 必须具备非法占有目的。但是, 非法占有目的不具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能, 不具有区分盗窃罪和不可罚的使用盗窃的机能, 也不是盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由。因此, 财产罪中不应该规定非法占有目的, 作为非法占有目的内容的处分利用意思是犯罪动机而非犯罪目的。

关键词:非法占有目的; 盗窃罪; 毁弃罪; 使用盗窃

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)06-0764-07

财产罪可以分为领得罪和毁弃罪。德国等少数国家在财产罪中明确规定盗窃等领得罪必须具备非法占有目的, 而日本等国家则在财产罪的立法中没有规定非法占有目的^①。正是由于立法对非法占有目的没有明文规定, 从而导致了在解释论上对是否需要这一目的展开了激烈争论。我国财产罪的立法也没有规定非法占有目的, 但通说认为财产罪是目的犯, 必须规定非法占有目的(以下简称“必要说”)。也有少数学者认为财产罪中不应规定非法占有目的(以下简称“不要说”)。必要说的理由主要有三点: 第一, 非法占有目的具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能; 第二, 非法占有目的具有区分盗窃罪与不可罚的使用盗窃的机能; 第三, 非法占有目的是盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由。但是非法占有目的果真具有以上机能吗? 本文特此提出质疑, 以期方家指评。

一、规定非法占有目的能区分盗窃罪与毁弃罪吗?

必要说认为, 虽然在通常的情形下依据盗窃故意和毁弃故意即可将盗窃罪和毁弃罪合理区分, 但在某些特定场合要区分二者还需借助犯罪故意之外的非法占有目的。细言之, 盗窃罪是移转占有的财物夺取行为, 毁弃罪一般只是毁弃财物, 并不移转财物的占有, 与客观上的夺取行为和毁坏行为相对应, 盗窃故意和毁弃故意的区别显而易见。但是, 毁弃财物并不限于现场为之, 行为人完全可能以毁弃故意先夺取财物而

后再毁坏。以毁弃故意夺取财物之后现实毁坏的当然是毁弃罪, 成为问题的是夺取财物之后并没有毁坏而是单纯放置的场合或者夺取财物之后没有毁坏而是加以处分利用的场合, 到底是盗窃罪还是毁坏罪? 必要说认为, 非法占有目的即是解决此类问题的关键。在以毁坏的意思夺取财物之后予以单纯放置的场合, 行为人并不存在处分利用的意思, 也即不具有非法占有目的, 所以不构成盗窃罪, 且“放置”行为可以包容于“毁坏”的范畴, 因此该场合成立毁弃罪。在以毁坏的意思夺取财物之后没有毁坏财物而是对其加以处分利用的场合, 利用处分的意思即是非法占有目的, 该场合成立盗窃罪而非毁弃罪。

持必要说认为非法占有目的具有区分盗窃罪与毁弃罪机能的学者占多数, 支持者众多。日本学者大谷实认为, 利用处分的意思, 是区分非法占有型犯罪和破坏、隐藏型犯罪所必不可少的。而且, 除了完全是出于破坏、隐藏的意思而侵犯占有的场合之外, 均可认定为具有利用处分的意思。^{[1](183)}西田典之教授也认为, 即便同样是占有侵害行为, 也只能根据究竟是以取得利用可能性为目的还是以妨害利用为目的这种主观形态来区别盗窃罪与损坏罪。因此, 这一意义上的领得意思就是主观性责任要素。^{[2](124)}我国有学者认为“非法占有目的具有区分此罪与彼罪的机能。没有非法占有目的, 就不可能区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的界限”。^{[3](71)}

日本裁判所的众多判例也是持必要说的立场, 大审院 1915 年 5 月 21 日的判例认为出于为难校长的意

图,将教育训令藏在学校的天井里的行为,“仅仅是由于毁坏或者隐藏财物的意思”而已,不成立盗窃罪。之后的判例继承了这种立场,出于使拍卖延期的目的而拿走拍卖记录并藏匿的事案(大判昭和 91222 刑录 13 号 1789 页),最初出于自首的目的而夺取财物的事案(广岛地判昭和 50624 刑月 7 卷 6 号 692 页),为了防止犯罪行为暴露而在杀害后从尸体拿走贵金属的事案(东京地判昭和 62106 判时 1259 号 137 页),裁判所都以该种场合不具有非法占有目的为由否定盗窃罪的成立。

与必要说相对,不要说认为非法占有目的不具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能。细言之,盗窃罪与毁坏罪的区别在于其各自的客观行为和主观故意,在犯罪故意之外探求目的性因素并以此作为二者的区分标准,不仅没有必要而且会导致一系列不合理结论。不要说的理由是,如果采必要说,在前述以毁坏故意夺取财物之后没有毁坏而是单纯放置的场合,夺取财物之时出于毁坏故意,理应成立毁坏罪,夺取之后单纯予以放置的情形只能构成毁坏罪的未遂。而毁坏罪的未遂在刑法上不可罚,从而会造成处罚上的漏洞。另外,以毁坏的故意夺取财物之后没有毁坏而是加以处分利用的场合,由于夺取财物之后没有毁坏,只能构成不可罚的毁坏罪的未遂,事后产生利用的意思对财物加以处分利用的,具备非法占有目的,但非法占有目的产生于财物的夺取行为之后,该场合只能存在构成侵占罪的余地,因此该种场合只能成立脱离占有物侵占罪。该种结论也不合理。鉴于必要说会导致一系列不合理结论,不要说认为区分盗窃罪与毁弃罪没有必要在犯罪故意之外另行探求目的性因素,非法占有目的不是财产罪的构成要素。

相对于必要说,不要说属于少数,却是有力的学说。如大塚仁教授认为,既然是以不法领得的意思实施盗窃罪、以毁弃·隐匿的意思实施毁弃·隐匿罪,那么,在行为人以毁弃·隐匿的意思夺取了他人对财物的占有时,按理必须成立毁弃、隐匿罪。但是,这样的话,如何处理行为人以毁弃·隐匿的意思取得了对他人财物的占有却没有实施毁弃、隐匿的行为,就成为问题。即关于隐匿,不少人在取得了财物的占有时,事实上就可以认为存在隐匿行为的着手,即使对此另当别论。关于毁弃,开始了具体的损坏·放弃等行为时,才认为存在其实行的着手。因此,既然行为人仅仅夺取了财物而没有实施毁弃,结果不得不认为其行为不可罚,从而有缺乏对被害人的保护之嫌。另外,关于行为人当初以毁弃·隐匿的意思夺取了占有的财物,其后进行了符合经济用法的利用·处分时,

应如何解决呢?站在判例的立场上,大概会认为,通过财物的利用·处分就产生了不法领得的意思,因此,成立领得罪。但是,认为其成立盗窃罪却不存在窃取行为,认为其成立横领罪又缺乏作为其前提的财物的委托信任关系,两者都不合适。对此有学说认为,如果存在作为所有人来处理的意思。那么,以毁弃·隐匿的意思夺取占有时,也存在领得的意思,该学说意图解决上述问题,但是,却因此与认为盗窃罪的成立不需要不法领得的意思的见解实质上没有不同。^{[4](201)}我国也有学者认为,“从盗窃等取得罪的故意内容和取得财物的行为方式上,就足以把它与毁坏财物罪区别开来”^{[5](50)},因此不需要非法占有目的。

笔者认为,非法占有目的不具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能。

首先,以毁弃的故意夺取财物之后没有毁弃而是单纯放置的场合,必要说以夺取财物之后并不存在处分利用意思为由认为成立毁弃罪,但是该理由和结论都值得商榷。行为人以毁弃的故意先夺取财物的,其毁弃故意中包含了对财物占有移转的认容,换言之,行为人在该场合既有毁弃财物的故意也有移转占有的故意,客观上也存在财物的占有移转。以毁坏的故意窃取财物的场合,窃取财物是毁坏财物的手段,两者之间具有手段与目的的牵连关系。行为人夺取财物之后将财物毁损的,同时充足盗窃罪与故意毁坏财物罪的构成要件,基于此场合的牵连关系,应在盗窃罪与故意毁坏财物罪两罪之间择一重罪,即以盗窃罪定罪处罚。另外,行为人夺取财物之后没有将财物毁损的,夺取财物的行为成立盗窃罪,不过其后未遂的毁坏财物罪不可罚,此场合也以盗窃罪定罪处罚。所以说,“凡是出于毁坏目的,直接毁坏他人财物(没有窃取等非法取得财物行为)的,应该定为毁坏财物罪;如果基于毁坏目的窃取他人财物的……在这种场合,不仅客观上有窃取财物的行为,而且主观上行为人有采用秘密手段取得他人财物的认识和意欲,这就完全具备了盗窃罪的主客观要件。”^{[5](51)}

第二,以毁弃的故意夺取财物之后没有毁弃而是以利用的意思予以处分利用的场合,亦应综合犯罪故意和客观方面来判定。该场合可分为两个阶段:第一,以毁坏的故意夺取财物之后并没有毁弃;第二,在通过前述手段占有财物的状态下,以利用的意思对财物加以利用处分。在第一个阶段,行为人以毁坏的故意夺取财物之后没有毁弃,虽然夺取财物的盗窃与毁坏财物之间具有牵连关系,但是未遂的毁坏财物罪不可罚,因此第一阶段的行为应定性为盗窃罪。第二阶段对财物的处分利用,以第一阶段的占有夺取为前提,

在构成盗窃罪取得财物占有之后所实施。众所周知,盗窃罪是状态犯,窃取财物之后对财物的处分利用,都为盗窃罪所造成的法益侵害状态所包含,不另构成其他犯罪。行为人在第二阶段对财物的处分利用并不能另行构成新罪,必要说以该阶段存在处分利用意思为由认为全体成立盗窃罪显然不是合理的解释。行为与责任同在,不能以行为之后的主观状态作为定罪处罚的依据。

另外,持必要说的部分学者认为,该场合的第一阶段不构成犯罪,只能依据第二阶段的行为来定性。第二阶段的利用处分在占有他人财物的情形下实施,成立占有脱离物侵占罪。可是,判定第一阶段不成立犯罪显然不合理,认为第二阶段成立占有脱离物侵占罪也值得商榷。该财物并非刑法上的“占有脱离物”,而是行为人采用窃取的方式所占有,因此不成立占有脱离物横领罪。

第三,不能对犯罪故意作狭义解读。必要说认为非法占有目的必要的原因在于,以毁弃的故意夺取财物的场合,该毁弃行为包含财物的占有移转,和盗窃罪的占有移转在客观上具有相似性,从而作为对客观要件认识的主观要件在内容上也具有相似性。换言之,该场合的毁弃故意和盗窃故意具有相似性,必须探寻故意之外的目的性因素作为两罪区分的基准。如前所述,以毁弃的故意夺取财物成立盗窃罪而非毁弃罪,该场合不存在区分盗窃罪和毁弃罪的必要,无需为此探寻犯罪故意之外的非法占有目的。另外,即便认为以毁弃的故意夺取财物成立毁弃罪,在移转占有的场合要区分盗窃罪和毁弃罪也无需借助犯罪故意之外的目的性因素。犯罪构成具有规制故意的机能只是一般性原则,犯罪故意并非在所有场合都只是对构成要件客观方面的认可。换言之,部分场合的故意认可范围超出了犯罪构成的客观方面。例如故意杀人与故意伤害致人死亡的场合,虽然两者在客观上相似,但犯罪故意却不尽相同。前者是故意杀人的犯罪故意,后者是故意伤害的犯罪故意,只不过过失导致了死亡结果。必要说认为以毁弃的故意夺取财物成立毁弃罪,与盗窃罪在客观方面都表现为占有移转,该场合的毁弃故意与盗窃故意无法区分,恰恰是对犯罪故意狭义解读的结果。日本判例所罗列的“出于投票的目的”“为了满足个人低级趣味”“为了防止犯行被发现”“完全出于破坏、隐藏的意思”,实质上只是毁坏故意的认定因素之一,并不是犯罪故意之外的目的性因素。

总之,从盗窃等取得罪的故意内容和取得财物的行为方式上,就足以把它与毁坏财物罪区别开来^{[51](50)},无需犯罪故意之外的目的性因素。

二、规定非法占有目的能区分盗窃罪与不可罚的使用盗窃吗?

使用盗窃也称盗用或一时使用,是指具有返还意思意图一时使用而移转财物占有的情形。毋庸置疑,使用盗窃只是部分可罚,可罚的使用盗窃符合盗窃罪的犯罪构成,成立盗窃罪。因此,通常论及区分盗窃罪与使用盗窃,实际上指的是区分可罚的使用盗窃与不可罚的使用盗窃。在可罚的使用盗窃与不可罚的使用盗窃的区分标准上,存在非法占有目的必要说与不要说的对立。

必要说从财产犯的本质属性出发,认为使用盗窃的可罚性应当而且只能以主观的非法占有目的作为基准。必要说的理由是,成立取得罪,除了客观上的占有移转之外,主观上还必须具备相应的领得意思。领得意思并不等同于对占有移转的认可,而是对占有移转故意的超越,表现为实质上的排除意思,即排除所有者或其他权利人的意思。换言之,与客观上的财产侵害相对应,领得罪在主观上必须具有实质的排除意思。在必要说看来,使用盗窃的客观方面都表现为财物的占有移转,由于犯罪构成的客观方面规制了故意的内容,两者的主观故意也都表现为对占有移转的认可,在此情形下必须求助于故意之外的目的性因素才能区分二者。使用盗窃只是意图暂时使用,具有返还意思,在使用之后及时将财物归还原处的场合,表明行为人不存在排除意思,没有非法占有目的,因而该场合不成立盗窃罪。反之,虽然具有返还意思,但是在使用之后将财物不予归还或造成财物毁损的场合,表明行为人存在排除意思,具有非法占有目的,成立盗窃罪。因此,判断使用盗窃的可罚性必须以非法占有目的作为基准,只有在表明行为人具有非法占有目的的场合才具有可罚性。

持必要说的大谷实教授认为,出于暂时使用的目的而获得的占有,在伴随有侵害所有权及其他合法权益的场合,就不单是暂时使用,即便站在非法占有意思必要说的立场,也应认定成立夺取型犯罪。为什么呢?因为,伴随有侵犯合法权益形式的暂时使用,有些场合下,是可以认定为具有排除权利人、作为自己的所有物而获得占有的意思即非法占有的意图的。问题不在于非法占有的意思内容如何,而是在不是财物的所有者或其他合法权利者就不能使用的情况下的利用意思。具体而言,在该财物的利用上,根据一般社会观念,没有办理借用手续便不能使用的情形下,行

为人仍然利用该财物时，就应认定其具有非法占有的意思。^{[1](181)}西田典之认为：要考察占有夺取之后的客观利用程度，在理论上也是困难的。这是因为，既然盗窃罪属于状态犯，就应该根据占有夺取之时的事实来判断擅自短时间使用行为的可罚性，因而要判断事后的客观利用程度(排除权利人的程度)是否具有可罚的违法性，就只能根据占有夺取之时的利用意思，而从主观上进行考察。因此，只要擅自短时间使用行为在一定限度之内不可罚，就无法否认作为主观性违法要素的不法领得意思的必要性。^{[2](126)}

日本的判例最初是根据有无返还意思来寻求使用盗窃可罚的标准，不过后来的判例一致持非法占有目的的必要说的立场来区分可罚与不可罚的使用盗窃。无驾照驾驶他人的汽车大约4小时之后被扣押的事案(最决昭和55·10·30刑集34卷5号357页)，假装退货，实质上出于获取钱财的目的而从超市带出商品的事案(大阪地判昭和63·12·22判夕707号267页)，均肯定存在非法占有目的，具备可罚性。^{[2](125)}

不要说反对必要说以非法占有目的作为判定使用盗窃可罚性基准的立场，认为可罚的使用盗窃和不可罚的使用盗窃在主观方面并没有本质性差异。一方面，虽然在具体场合有的抛弃原有的返还意思而产生对财物的利用意思或者抛弃意思，有的存在造成财物毁损的主观过失，但是这些单纯的主观差异并不具有独立意义^①，它们都归属于占有移转的故意，都表现为对占有移转的认容。另一方面，使用盗窃只是意图一时使用，且具有归还意思，该场合的占有移转只具有形式的特征亦或只具有侵害所有权及其他本权的危险。盗用之后及时将财物返还原处的场合，行为人通过及时返还使原有形式的占有移转回归或者说使权利侵害的危险性得以消除，因而该场合不具有可罚性。反之，移转占有之后将财物不予返还或者造成财物毁损灭失的场合，行为人通过不予返还等行为使财物的占有移转具备了实质的属性或者说将权利侵害的危险予以实现，造成了实际损害，因而该场合具有可罚性。可见，不要说反对必要说以单纯主观因素作为使用盗窃可罚性基准的立场，主张以盗用行为所造成的实质性占有侵害或权利侵害作为使用盗窃可罚性的基准。

不要说是少数说，不过理由各异。大塚仁教授认为，暂时擅自使用他人财物的行为，只要其财物的物体和价值都几乎未被夺取，就应该认为其不可罚，但是，其理由不是因为行为人缺乏不法领得的意思，而是因为其行为本身不能被认为是可罚的财物窃取行为。例如，擅自借用他人桌上的刀子削铅笔或者随意骑走他人放在广场角上的自行车绕广场骑行一周等行

为，虽然都是按照财物的经济用法实施的利用行为，并且，在行为时是以像所有人那样来利用的意思而使用的，但是，仅此尚不能说取得了财物的占有，不属于可罚的窃取行为。^{[4](202)}藤木英雄教授认为，之所以认为该行为不可罚而将其从盗窃罪排除出去，是因为这种情况下的损害相对轻微，而没有必要动用刑罚，也就是因为出于可罚性违法性的考虑。^{[2](125)}内田文昭教授认为，可罚的盗窃和使用盗窃的区别，应该作为“被害人承诺”的问题或“可罚的违法性”问题来解决。^{[6](82)}前田雅英教授则认为，必须设定暂时使用的妥当的可罚范围，从判例来看，与返还意思的有无相比，仅仅根据权利者的利用被实际损害来决定是否处罚。由此，根据前述的“暂时的但是否是完全作为所有者来利用”的基准，依“暂时的”理解方法不得不认为处罚全部的暂时使用。虽然要求一定长度的期限，但是由“客观妨害了财物的利用”判断可罚性是合理的。^{[7](203)}前田雅英教授更是提出“值得处罚的占有侵害”。

笔者持不要说的立场，认为非法占有目的同样不具有区分盗窃罪与不可罚的使用盗窃的机能。

其一，可罚与不可罚的使用盗窃在主观上并没有本质差异。必要说认为，在能够认定行为人具有非法占有目的的场合，成立盗窃罪；反之，在不能认定行为人具备非法占有目的的场合，不可罚。笔者则认为，无论使用盗窃是否可罚，其主观方面都表现为具有对占有移转的认容，并不存在实质性差异。占有移转之后所产生的不返还意思或毁弃意思等等，都为占有移转的故意所包含，它们本身并没有刑法上的独立意义。使用盗窃可罚与不可罚的场合，无非是存在使用时间长短、使用之后的保存状况等差异。换言之，非法占有目的虽是主观性因素，但其存在却是客观实在的，不会因使用对象的价值等等而改变。必要说的理由缺乏说服力，以不法领得的意思这一概念做期待的解释论意图，都不具有应予首肯的理由。^{[4](199)}

另外，如果持必要说的立场，会导致一系列不合理结论。例如：(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的场合；(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毁损的场合。虽然这两个场合造成了不同的结果，但是两者在主观因素上并没有什么不同，以主观因素为依据只能得出这两个场合都是或都不是财产犯的不合理结论。主观说将两者区别对待，认为(甲)的场合不存在非法占有目的，(乙)的场合具有非法占有目的，着实令人费解。为了得出合理的结论而牵强地编造一个并不存在的非法占有目的，制造莫须有的主观差异，

殊不可取。所以说,在使用盗窃可罚与否的问题上,“以单纯‘意思’的存否决定有罪无罪违反刑法的原则”。^{[8](257)}

其二,使用盗窃可罚的场合,实际上以客观的法益侵害为依据。如前所述,使用盗窃的场合在主观上并没有实质性差异,不同场合的使用盗窃只是利用财物的价值、利用时间,或者在利用中对财物所造成的状态差别。换言之,使用盗窃的可罚性应以上述财物的价值等客观因素作为判断依据,亦或以客观的法益侵害为基准。以前述(甲)(乙)两案为例,(甲)案之所以被认为不可罚,(乙)案被认为可罚,关键在于使用盗窃造成了财物的状态差异,对财物所有人或其他权利者的财产权利造成了不同的侵害结果。细言之,(甲)案的行为人将汽车开走后在极短的时间内归还,对汽车的所有人或其他权利者没有造成实质性的损害,因此不可罚。反之,(乙)案的行为人将汽车开走后因为事故造成了汽车毁损,对汽车的所有人等造成了实质性的权利妨害和法益侵害,因此具有可罚的违法性,构成财产犯。

其三,正如盗窃财物之后无论是将财物买卖或毁弃或利用,都为盗窃故意所包容,不另成立新罪。使用盗窃存在对占有移转的认容,此后所产生的财物毁损或财物不予返还等等形态,都为该占有移转的故意所包容。在具备相应客观要素的情况下,具备可罚性成立财产犯,并不是客观归罪。反之,如果仅仅以单纯的主观因素作为区分罪与非罪的标准,则有主观归罪之嫌。

最后,必要说所认定的非法占有目的,都是从客观立场出发所得出的结论,不能视为主观的违法要素。例如判例认定“存在非法占有目的”,行为人在行为当时并不具有,即使在事后的利用中也不能证明其存在,判例所得出的“非法占有目的”这一主观性结论主要源自于该行为具有侵害法益的实质属性。判例理由中反复强调的“排除权利者而以自己作为所有者来利用处分的意思”,无非是说明该行为具有排除权利者的属性。认定使用盗窃可罚性的关键因素都是客观的,从主观因素着眼探寻犯罪故意之外的目的性因素,极不合理。

三、非法占有目的能成为盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由吗?

必要说认为,毁弃罪是对财物价值的损毁,损害财物回复的可能性;盗窃罪虽然在客观上侵害占有,但财物仍然现实存在,存在回复的可能性。从财物的

回复可能性着眼,毁弃罪所造成的法益侵害更为严重,但刑法却对盗窃罪规定了比毁弃罪更重的刑罚,此点原因只能由非法占有目的来解析。细言之,盗窃罪的场合存在对财物加以处分利用的意思,该处分利用意思正是超越盗窃故意的非法占有目的,而毁弃罪的场合并不存在此种目的。存在非法占有目的场合,表明行为人具有更深的主观恶性,理应受到更重的非难和谴责。与此相适应,有必要对盗窃罪设置比毁弃罪更重的刑罚。把非法占有目的作为盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由,以承认非法占有目的具有区分盗窃罪和毁弃罪机能的立场为前提。换言之,主张非法占有目的的具有区分盗窃罪与毁弃罪的机能和以非法占有目的作为盗窃罪的刑罚重于毁弃罪理由的立场一致。

支持必要说的西田典之教授认为,在法益侵害这一点上,可以说并无恢复可能性的损坏罪要更为严重,然而盗窃罪的处罚却比损坏罪要更严厉,这是因为试图利用财物这一动机、目的更值得谴责,……如此一来,即便同样是占有侵害行为,也只能根据究竟是以取得利用可能性为目的还是以妨害利用为目的这种主观形态来区别盗窃罪与损坏罪。因此,这一意义上的领得意思就是主观性责任要素。^{[2](124)}

日本的判例也以非法占有目的作为盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由,在为了防止罪行被发觉,从杀害后的尸体拿走贵金属的事案中,裁判所认为:刑法设定盗窃罪和毁弃罪的法定刑差异的主要理由是,在犯人的意图上对物的效用享受的行为诱惑较多,或者说在有必要采取更强的抑止制裁点上来探求是最适当的(东京地判昭和62·10·6判时1259号137页)^{[9](121)}。

不要说则认为,毁弃罪的场合造成了财物的毁损灭失,不具有财物的回复可能性,而盗窃罪的场合一般并不造成财物的毁损灭失,具有财物的回复可能性,但刑法却对盗窃罪规定了更重的刑罚,其原因并不在于犯罪故意之外的非法占有目的。有人言,窃盗罪之所以受到重于毁弃罪的处罚,不是仅仅因为两罪的主观要件不同,而毋宁是由来于各自的行为形态所具有的法律意义的差异,其间在作为财产罪的刑法评价上存在不同。^{[4](202)}有人说,以毁弃、隐匿意思的场合,同样夺取了财物,毁弃、隐匿和利用相比法益侵害的程度不变、反而更大,因此否定成立盗窃罪,仅仅认为成立较轻的毁弃罪欠缺均衡。两罪的区别应该依据占有侵害的有无。毁弃罪的场合,由于不要占有侵害,且仅仅减损效用,因而比较轻微。领得意思必要说,以与违法性无关的动机差异判断犯罪的轻重,是不妥当的。^{[10](203)}有人道,毁弃、损坏罪和领得罪的区别,应该从客观的侧面(“物”的“移转”的有无)和政策

的侧面(盗窃、诈欺等,在财产犯中具有压倒性的多数发生件数,在一般预防的意味上有必要加重刑罚)来探求。^{[6](82)}

笔者赞同不同说的立场,认为非法占有目的并不是盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的理由。

第一,必要说所主张的毁弃罪的法益侵害重于盗窃罪的理由不存在。必要说以毁弃罪的场合降低或消除了财物回复的可能性,而盗窃罪的场合存在回复可能性为由,得出毁弃罪具有比盗窃罪更重的法益侵害的结论不合理。易言之,法益侵害的评价应以行为当时的客观侵害(危险)和主观恶性为依据^⑨,财物的回复可能性并不是法益侵害的评定因素。盗窃罪通过窃取财物直接侵害财物占有,间接侵害他人财物所有权,而毁弃罪是通过毁弃行为直接侵害财物所有权,两者的法益侵害都表现为所有权侵害,从盗窃或毁弃的主观方面和客观侵害上并不能显现二者的法益侵害差异。至于财物被盜后一般具有现实的回复可能性,而在毁弃罪的场合,财物事实上不可能或难以回复,并非法益侵害的决定要素。正如国家工作人员利用职务之便收受他人财物之后,无论是将财物原封不动地保存还是使用消耗,在其职务行为廉洁性的侵害上并不存在差异。此外,盗窃的场合也可能在窃取之后予以毁损丢失而破坏回复可能性,毁弃罪的场合亦存在修复或回复的可能性,以事后的回复可能性为由认为盗窃罪的法益侵害轻于毁弃罪不可取。概言之,不能以事后的回复状态作为评定法益侵害的标准。

第二,盗窃罪的刑罚重于毁弃罪是出于预防犯罪的需要。罪刑相适应原则是刑事立法必须遵循的原则,但是由此并不意味着作为犯罪后果的刑罚必须绝对僵硬地与犯罪的危害性相对应,必须坚持原则之下的灵活。“刑罚不是因为犯罪才科处,而是为了将来不犯罪”^{[11](54)}。刑罚并非单纯的惩罚,它具有特定的犯罪预防目的。立法者在刑法制定的过程中为特定犯罪选配刑罚,除了考虑客观的法益侵害或社会危害性之外,还必须顾及犯罪预防的因素。在盗窃罪和毁弃罪的场合,刑法对盗窃罪规定了比毁弃罪更重刑罚的一个重要原因,即是出于预防犯罪的需要。细言之,盗窃罪具有比毁弃罪更高的发案率,刑法必须对盗窃罪规定更重的刑罚,以起到预防犯罪的作用。西田典之教授指出:损坏行为在统计上不多,但盗窃却是成千上万,由此存在处以较重刑罚的一般预防上的必要性。^{[12](18)}在刑事政策上,领得罪是更严重的,因此,一般而言领得罪的刑罚重于毁弃罪。^{[13](119)}

第三,盗窃罪中的处分利用意思是犯罪动机而非犯罪目的。必要说认为盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的原

因,在于盗窃罪的场合存在对财物加以处分利用的意思,并认为此种处分利用意思属于犯罪故意之外的目的性因素。笔者认为,毁弃罪的场合确实不存在类似的处分利用意思,但是该处分利用意思是犯罪动机而非犯罪目的。一方面,犯罪目的是主观的超过要素,成立目的犯除了犯罪故意之外还必须具备特定目的。如前所述,盗窃罪的成立只需具备盗窃故意和盗窃行为即可,并不需要故意之外的目的性因素。盗窃罪不是目的犯,以非法占有目的作为说明其刑罚差异的理由缺乏基本的前提。另一方面,盗窃罪场合存在的处分利用意思,实质上是驱使行为人实施盗窃的内心起因或意识冲动。易言之,处分利用意思驱使行为人产生盗窃故意并实施盗窃行为,因而它是犯罪动机而非犯罪目的。该处分利用意思体现了盗窃犯贪婪的性格,出于抑制该贪婪动机的需要,刑罚对盗窃罪设定了比毁弃罪更重的刑罚。

四、结语

从以上分析可知,必要说所主张的利用处分意思是实施财产犯罪时的犯罪动机。非法占有目的不具有区分盗窃罪和毁弃罪的机能,亦不具有区分盗窃罪和不可罚的使用盗窃的机能,也不是盗窃罪的刑罚重于毁弃罪的关键原因。既然必要说所主张的非法占有目的并不是目的犯中的目的,财产犯不是目的犯,不要说的立场应该得到支持。不要说的立场在根本上是,不应该仅仅以意思的不同作为无罪和有罪的决定性基准,以非客观事实的单纯“意思”来决定犯罪的成否违反刑法的基本原则。^{[14](225)}

参考文献:

- [1] [日]大谷实.刑法各论讲义[M].黎宏译.北京:中国人民大学出版社,2008.
- [2] [日]西田典之.日本刑法各论[M].刘明祥译.北京:中国人民大学出版社,2007.
- [3] 张明楷.论财产罪中的非法占有目的[J].法商研究,2005,(5):69-81.
- [4] [日]大塚仁.刑法概说(各论)[M].冯军译.北京:中国人民大学出版社,2003.
- [5] 刘明祥.刑法中的非法占有目的[J].法学研究,2000,(2):44-53.
- [6] [日]内田文昭.刑法Ⅱ(各论)[M].东京:日本评论社,1986.
- [7] [日]前田雅英.刑法各论讲义[M].东京:东京大学出版会,1999.
- [8] [日]林美月子.一时使用.刑法の争点(新版)[M].东京:有斐阁,1987.

- [9] [日]山口厚. 问题探究 刑法各论[M]. 东京: 有斐阁, 1999.
- [10] [日]林干人. 刑法各论[M]. 东京: 东京大学出版会, 1999.
- [11] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [12] [日]川端博, 西田典之, 日高义博. 财产犯论の现代课题[J]. 现代刑事法, 2000, (12): 17-23.
- [13] [日]中森喜彦. 财产犯总论[M]. 高铭喧, 赵秉志. 中日经济犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [14] [日]林美月子. 不法領得の意思. 刑法の争点(新版)[M]. 东京: 有斐阁, 1987.

Problems on the purpose of illegal possession

ZHANG Hongchang

(School of Law, University of Wuhan, Wuhan 430072, China)

Abstract: There is no stipulation about the purpose of illegal possession in Chapter V : Crimes of Property Violation of the Criminal Law of China, It is generally believed that Crimes of Property Violation is the type of purpose defined-driven crime, so it shall stipulate the purpose of illegal possession. Nevertheless, the purpose of illegal possession has neither the function of differentiating the crime of theft with the crime of damage, nor the function of differentiating the crime of theft with the unpunishable unlawful use. It has not clarified the reason that the punishment on the crime of theft shall be heavier than the crime of damage. This article supports the opinion of not defining the purpose of illegal possession stipulated in the criminal law and argues that the implication of disposition within the purpose of illegal possession is the motive of a crime rather than the purpose of a crime.

Key words: the purpose of illegal possession, the crime of theft, the crime of damage, unlawful use

[编辑: 苏慧]