

论刑法中的财产概念

付立庆

〔摘要〕 对于刑法上的“财产”概念，虽然在国外也存在法律财产说等主张，但在我国则主要是法律经济财产说和经济财产说的对立。经济财产说不仅具有违法判断的相对性等较为充分的理论支撑，也在一定意义上得到了中国司法实务的具体印证，总体上具有合理性。同时，特殊物品对被害人所具有的“情感价值”可谓是一种经济价值，这也就构成了对传统经济财产说的修正。针对经济财产说虽然存在不少批评，但都可以化解；刑法第92条、93条的规定，不足以成为经济财产说的立法障碍。

〔关键词〕 财物；法律财产；法律经济财产；经济财产；主观价值

〔作者简介〕 付立庆：法学博士，中国人民大学刑事法律科学研究中心教授，博士生导师（北京100872）

一、关于财产概念的基本学说状况

尽管我国刑法分则第五章侵犯财产罪将行为对象主要规定为“财物”，但学界更多的观点认为此处的“财物”也包括财产性利益在内。在虚拟财产也被一般性理解为“财产”的情况下^①，我国刑法语境下的“财物”与“财产”应属同义语。^② 对于“财产”的概念，德国学说上除了所谓人的财产说^③、机能财产说^④的见解外，主要存在着法律财产说、经济财产说以及法律经济财产说的基本对立，这种学说对立也直接影响了中国刑法学对此的理解。人的财产说存在着将“财产”与“人”之区别予以模糊化的根本疑问，因此仅止于少数学者主张；而机能财产说兴起较晚，目前还处在完善阶段，其影响还比较有限。本文主要围绕后三种学说展开评述。

（一）法律财产说及其问题点

法律财产说强调“纯法律的财产概念”，为卡尔·宾丁所创用。宾丁主张，财产是财产权利与财产义务的总和，与经济上的价值无关。财产损害是财产权利的丧失以及财产义务的负担。^⑤ 据此，行贿款物等不法原因给付物、妓女受骗提供性服务之后形成的无效债权、违法犯罪所得等不受民事法律保护的权利，不能成为财产罪的保护法益；相反，即便无经济价值的民事权利也属于“财

① 陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，载《中国法学》，2017（2）。

② 王钢：《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响》，载《法学家》，2017（3）。

③ 该说认为，财产是人格发展的基础，是人所具有的经济潜能或者说对作为社会共同体经济交往之客体的支配性。参见王钢：《德国判例刑法分则》，212页，北京，北京大学出版社，2016。

④ 该说由金德霍伊泽尔等主张，认为财产指的是个人对于他法律上应得的（具有抽象的金钱价值的）利益的合力处分权。参见蔡桂生：《刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择》，载《政治与法律》，2016（12）。

⑤ 林东茂：《刑法综览》（修订五版），331页，北京，中国人民大学出版社，2009。

产”。在德国，这种见解较为古老，见于帝国法院的早期判决。^①我国传统刑法理论一般认为，诈骗罪侵犯的是“公私财产的所有权”^②或者“公私财物所有权”^③，这种所有权说被认为“实际上是一种法律的财产说”^④。

法律财产说的主张并不可取。第一，这一学说以刑法的判断从属于民法这种从属性思想为理论基础。尽管就世界范围尤其是德国而言，可以说“从20世纪30年代起，人们不再认为刑法从属于民法”，“故法律的财产说丧失了理论依据”^⑤，但在中国，刑法从属性的主张仍有市场。例如，最近有学者从刑法谦抑原则的着眼点应从主要钳制立法转向制约司法活动的命题出发，认为刑法具有二次规范性，对财产犯罪的认定尤其是对财物概念、财物的他人性的判断等而言，刑法必须和民法的立场保持一致。^⑥至少是在财产概念问题上，这似乎就是在主张刑法从属性说。更有学者主张，刑法在实质上受制于其与前置法之保护性规则共同保障的调整性规则的规定，因而刑法是从属法、次生法，“前置法定性与刑事法定量的统一”是对刑法与其前置法在犯罪規制上的定性从属性与定量独立性关系的揭示与反映。^⑦这可谓明显的刑法从属性的主张。但作为宪法之下的基本法律，刑法与民法分属不同的法律部门，“各种法律基于其固有的目的而产生不同的法律效果；目的不同，违法性的内容便不同”^⑧，不存在以“法秩序的统一性”等为由而主张刑法从属性的实质理由。第二，“纯法律的财产概念”将权利等同于财产，而不考虑该权利有无经济价值，可能涵盖太广，因为并不是所有的主体权利都具有财产权的特征；同时，因为占有、劳动力等一些“事实地位”具有经济价值，却并没有以财产权利的形式存在，不会被认为是财产，又可能涵盖太窄。^⑨第三，实践中大量的诈骗罪都是针对不法原因给付物，不法原因给付物可以成为诈骗罪的保护对象近乎通说。^⑩而法律财产说却无法对此予以说明。第四，在我国，成立财产犯罪通常有“数额”要求，如一种物品并无经济价值就无法计算其涉案“数额”，主张法律财产说在此尤其存在障碍。由于具有上述缺陷，“法律的财产说在理论与实践上的缺陷相当明显，已完全崩溃”^⑪，“今天已经基本无人主张”^⑫。

（二）法律经济财产说及其问题点

法律经济财产说认为，除违法利益外，由法秩序保护的整体上有经济价值的利益是财产。也就是说，个人经济上的财货总数，倘若可受法秩序保护，或至少不受法秩序非难，即为财产。这一学说在我国获得了多数学者的认同。^⑬尽管有论者认为当前德国司法判例的立场总体而言比较接近法律经济财产说^⑭，但从其原则上对于非法获得的占有仍认定为财产的立场来看，说德国判例更接近于经济财产说也未尝不可。法律经济财产说又被称为折中说。关于不法原因给付与诈骗罪的成否问题，这一学说与法律财产说在本质上相同；关于成立诈骗罪是否需要经济损害的问题，这一学说与经济财

①⑫⑭ 王钢：《德国判例刑法分则》，212、212、213页，北京，北京大学出版社，2016。

② 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第七版），503页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2016。

③ 王作富主编：《刑法》（第六版），418页，北京，中国人民大学出版社，2016。

④ 蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，载《政治与法律》，2014（9）。

⑤⑧ 张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，载《中国法学》，2005（5）。

⑥ 周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，载《法学研究》，2016（4）。

⑦ 田宏杰：《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》，载《法学家》，2013（3）。

⑨ 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），148页，北京，中国人民大学出版社，2009；江溯：《财产犯罪的保护法益：法律—经济财产说之提倡》，载《法学评论》，2016（6）。

⑩ 游涛：《普通诈骗罪研究》，66页，北京，中国人民公安大学出版社，2012。

⑪ 张明楷：《刑法学》（第五版），930页，北京，法律出版社，2016。

⑬ 王钢：《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响》，载《法学家》，2017（3）；江溯：《财产犯罪的保护法益：法律—经济财产说之提倡》，载《法学评论》，2016（6）；蔡桂生：《刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择》，载《政治与法律》，2016（12）；张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，219页，北京，清华大学出版社，2006。

产说相同。^①折中说试图调和法律财产说和经济财产说的矛盾,但其否定了民法上违法的利益也能成为刑法上财产罪保护法益的可能,从而导致财产罪的保护法益较之法律财产说更为狭窄。是否有必要将处罚范围划定如此之窄存在疑问,这会导致对非法的价值一概不予保护,值得商榷。

二、经济财产说的理论支撑

经济财产说认为,作为整体的具有经济价值的利益,即一个人所应得的财货总和,就是财产,这和财产权是否被法律承认、是否有正当来源并无关系。据此,即便是民法上的无效债权、违法犯罪所得、不法原因给付物等,都能成为财产犯罪保护的财产,因此,这种学说又称为纯粹的经济财产说。经济财产说首先为德国的帝国法院所承认,第二次世界大战后也为德国的联邦最高法院所采纳。经济财产说的主要价值,在于其能够有效地在财产犯罪领域杜绝法外空间的出现,从刑事政策上来看具有显著的优越性。^②进一步说,刑法保护不正当来源的财产,可以相当程度地避免私力救济。^③在我国,由于诉讼成本高、效率低,法院判决得不到执行是常态,人们不信任法律,不通过法院,而是通过黑恶势力等讨债的,在民间不是个别现象。“在这种情况下,如果我们还纵容所谓的权利行使行为,只会使本已混乱不堪的包括财产秩序在内的社会秩序更加恶化。”^④经济财产说总体上是可取的,具有较为坚实的理论支撑。

(一) 刑法独立性思想

从理论上说,法秩序统一性这一价值目标固然应该坚守,但这不等于违法一元论,不同部门法的违法判断具有相对性^⑤,这一点也必须承认。从我国法制史上看,相当长的时间内是“诸法合体,民刑不分”,后来民法才从刑法中分离出来,“从这个角度讲,不是刑法从属于民法,而是民法从属于刑法”^⑥。我国晚近以来的刑事立法也有意淡化刑法的从属性,刑法与民法、行政法的界限越来越模糊,在有些领域,刑法立法者反而将在治安管理处罚上没有相关明确处罚规定的行为直接规定为犯罪(比如在法律规定的国家考试中的“替考”行为),有意彰显刑法意义的独特性和优先性。^⑦在这样的理论认识和立法背景下,经济财产说以刑法的独立性思想为理论基础,有其合理性。^⑧

(二) 事实主义

法律财产说强调从形式上保护民事法上的权利,只要侵害了权利,不论有没有实质的经济损失,都认定造成财产损害。与此不同,经济财产说则建立在事实主义的基础之上。如德国最系统地展开经济财产说的学者布伦斯即认为,损害是事实,法律也不能否认这一事实,民法只是决定这种损害由谁来负担的法律后果,犯罪则随着损害的发生而达到既遂。损害的恢复与损害的发生没有关系。科尔哈斯也认为,无效的债权,只要有事实上的价值,就应当认定为财产,属于财产犯的保护法益。^⑨这些主张都带有明显的事实主义的色彩。

① 张明楷:《刑法学》(第五版),930页,北京,法律出版社,2016。

② 王钢:《德国判例刑法分则》,212页,北京,北京大学出版社,2016。

③ 林东茂:《刑法综览》(修订五版),331页,北京,中国人民大学出版社,2009;林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),149页,北京,中国人民大学出版社,2009。

④⑥ 陈洪兵:《经济的财产说之主张》,载《华东政法大学学报》,2008(1)。

⑤ 王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》,2015(1)。

⑦ 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》,2016(3)。

⑧ 关于刑法独立性主张的理由以及对刑法从属于民法主张的反驳,参见张明楷:《论诈骗罪中的财产损失》,载《中国法学》,2005(5)。

⑨ 劳佳琦:《关于霸王嫖能否构成诈骗罪问题的探讨》,载《江苏警官学院学报》,2011(3)。

（三）法解释上的整合性

从刑法秩序一致性的角度讲，强取、窃取或破坏盗窃犯偷来的东西，成立抢劫罪（或抢夺罪）、盗窃罪与故意毁坏财物罪。诈骗罪是财产犯罪的类型之一，财产概念的解释也不能自外于其他财产犯罪，骗取小偷的赃物、骗取应召女郎的性劳务，均应成立诈骗罪。^①这可谓是刑法解释上的理由。

（四）经济财产说未必以行为无价值论为前提

有日本学者指出，刑法的独立性思想、事实主义、行为无价值论，是支撑经济财产说的理论基础。^②之所以认为行为无价值论也是经济财产说的理论支撑，是因为其认为，犯罪是对义务的侵害，犯罪人通过其行为所显示的犯罪人的意思以及因此而对一般法秩序形成的危险性，是处罚的根据。即使基于这种处罚根据而保护了不值得保护的被害人，刑法也必须如此。^③在笔者看来，即便行为无价值论和规范违反说的支持者更容易采纳经济财产说的立场，但经济财产说并不以行为无价值论为必然前提。换言之，即便是在违法性本质问题上采纳法益侵害说和结果无价值论的立场，也同样可能采纳经济财产说。这取决于对于财产犯罪“法益”的理解。只要是在刑法独立性的框架之下，认为在刑法上值得保护的利益并不以具有民法权利为必要，就仍然可能承认事实上存在的经济价值就值得刑法保护，就是刑法上的法益。所以，关键是对刑法与民法等关系的认识以及对法秩序统一性的具体理解，即便坚持结果无价值论，也仍然可以主张经济财产说。

三、经济财产说的具体展开

经济财产说不仅具有较为充分的理论支撑，也在一定意义上得到了我国司法实务的具体印证，以下略举数例予以说明。

（一）截取贿赂

通过“截贿”而行骗的事情常有发生。比如，自称认识办案民警可以帮忙，先后从因贩毒而被拘捕的嫌疑人亲属处取得15万余元，并虚构其中14万元已经送出而占为己有。在此案例（截取行贿款案）中，法院审理后认定，行为人以非法占有为目的，谎称钱已经送出，其行为已经构成诈骗罪，而送出的14300元构成行贿罪，需要数罪并罚。^④“因为行为人获得财物的手段，属于虚构事实的诈骗手段，行贿者因为行为人的诈骗而多支出的‘贿赂’，遭受了财产损失，受贿者因为行为人的诈骗而少收受‘贿赂’，同样遭受了财产损失。尽管贿赂的财物属于赃物，但并不表明赃物在被追缴前其事实占有状态或所有权不受法律保护。”^⑤尽管也有法院判决对于这种基于非法占有目的的截贿行为是否构成诈骗（或者侵占）采取了回避态度^⑥，但仍然应该认为，这种采用虚构事实或者隐瞒真相的方式骗取不法原因委托物或不法原因给付物的，能够肯定其财产损害，有必要按照诈骗罪处理。

（二）骗取赌资

在我国，对于骗取赌资的案件，无论是设置圈套诱人参赌，以打假牌的方式“赢取”他人钱财

① 林东茂：《刑法综览》（修订五版），331页，北京，中国人民大学出版社，2009；林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），149页，北京，中国人民大学出版社，2009。

② 林干人：《财产犯的保护法益》，138页，东京，东京大学出版会，1984。

③ 劳佳琦：《关于霸王嫖能否构成诈骗罪问题的探讨》，载《江苏警官学院学报》，2011（3）。

④ 安徽省安庆市中级人民法院（2014）宜刑重终字第00001号刑事判决书。

⑤ 肖中华：《贪污贿赂罪疑难解析》，244页，上海，上海人民出版社，2006。

⑥ 辽宁省东港市人民法院（2015）东刑初字第00163号刑事判决书。

的^①，还是设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的^②，或者是利用自己准备的特定赌具控制赌博输赢行为的^③，都被司法机关认定为诈骗罪。“赌资在我国属于投入非法活动中的金钱，将骗取赌资作为诈骗罪处理，说明司法机关并不关心金钱利益是否合法，这时判定财产受到侵害，就证明其采取的是纯粹的经济财产说。”^④

不过，在骗取赌资的案件中主张应按照赌博罪处理的意见仍有市场，且1995年最高人民法院《关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力威胁的行为应如何定罪问题的批复》也指出，行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属赌博行为，构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。而如果按照纯粹的经济财产说，这时就应定诈骗罪，因此，这一规范性文件也被认为是经济财产说的一处“解释疑难”。^⑤但在该规范性文件之后，司法实务上针对相关案例及其分析仍认为，应将诱骗参与赌博的行为与赌博过程中的诱骗行为截然分开。如果行为人通过设置圈套等方式诱骗他人参赌，欺诈行为是为了保证赌博的顺利进行，则应按赌博罪处理；反之，利用赌局诱使他人参赌并通过虚构事实、隐瞒真相的方法骗取参赌方财物，赌博输赢完全由行为人一方掌控的，不符合赌博行为凭借偶然事实决定输赢的特征，属于以赌博之“名”行诈骗之“实”，此时应以诈骗罪论处，完全存在着之后转化成抢劫罪的可能。^⑥这样来理解的话，上述1995年的《批复》也就不足以成为经济财产说的一个解释疑难。实务中常常将骗赌案件按照赌博罪处理的一个现实考虑是，一旦定性为诈骗罪，则与被告人相对的一方需认定为被害人，被告人通过赌博欺诈获取的钱财（即赃款）应当发还被害人。比如在李海波诈骗案中，法院即明确判处“追缴各被告人的违法所得，发还各被害人”^⑦，而并未认定参赌者的财物属于赌资而予以没收。对此，相应案件的主审法官认为，“正是由于被告人客观上设置了不法原因，进行了诈骗行为，被害人才产生了认识错误，处分自己财产，使自己的财产遭受损失。因此，认为行为人参与赌博活动，由此而导致的财产损失、赌债、赌资不受民事法律保护，从而使得本案没有被害人，进而阻却本案被告人成立诈骗罪的理由也是不能成立的。”^⑧

值得注意的是，有论者基于法律经济财产说的立场，也对骗赌（以及明知是假毒品而加以贩卖）行为构成诈骗罪给出了说明。其认为，在不法原因给付人（比如参与赌博者）因受到受领人欺骗而实施不法原因给付之时，给付人并不丧失损害赔偿请求权，从而其所给付的财产仍是法秩序所保护的财产，其因受到欺骗而遭受了财产损失，行为人因此构成诈骗罪。^⑨但问题在于“在不法原因给付人因受到受领人欺骗而实施不法原因给付之时，给付人并不丧失损害赔偿请求权”这一结论

① 参见《黄艺等诈骗案——设置圈套诱人参赌，以打假牌的方式“赢取”他人钱财的行为构成赌博罪还是诈骗罪》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2007年第4集，总第57集），33-42页，北京，法律出版社，2007。

②③ 参见《王红柳、黄叶峰诈骗案——设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的行为，如何定性》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2013年第1集，总第90集），75-79页，北京，法律出版社，2013。

④⑤ 蔡桂生：《刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择》，载《政治与法律》，2016（12）。

⑥⑦ 《陈建新等赌博案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），2881、2858页，北京，人民法院出版社，2017。

⑧ 《王爱国诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），2894页，北京，人民法院出版社，2017。不过，此类案件中的被害人实际上也是赌博参与者，赃款发还赌博参与者，势必造成对赌博行为打击不力的问题。对此，有论者建议，应当区别不同情况进行处理：如果被害人本不具有赌博意思，而是基于行为人的欺骗而产生赌博意愿，并陷入赌博陷阱，从而被骗钱财的，因被害人不具有通过赌博进行营利的目的，对其合法财产权益应予保护，故对于扣押或者追缴的赃款应当发还被害人，或者责令被告人退赔被害人经济损失；如果被害人本身也是参赌人员，由于其具有通过赌博进行营利的目的，其本身积极参与赌博行为，因此，其所输钱款属于赌资，对于赌资无须通过行政处罚程序予以没收，而可直接在刑事程序中予以追缴没收。参见《王红柳、黄叶峰诈骗案——设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的行为，如何定性》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2013年第1集，总第90集），79页，北京，法律出版社，2013。

⑨ 江溯：《财产犯罪的保护法益：法律—经济财产说之提倡》，载《法学评论》，2016（6）。

本身是否成立。无论是在前述截取贿赂的场合、此处被欺骗而参赌的场合还是后述的故意贩卖假毒品的场合，财物给付人对于自己给付的财物将用于行贿、赌博或者购买毒品这一点本身终究是明知的，在此意义上的给付就仍是“不法”的，以这种给付是因受到领受人的欺骗而做出的为由认为其仍受法秩序所保护，理由未必充分。相比较而言，不去纠缠于财物本身的“合法性”与否，而是聚焦于其经济价值，通过经济财产说对此予以说明，则要顺畅得多。

（三）骗取毒品和枪支弹药

有观点在原则上承认“第三人骗取他人非法占有的财物可以成立诈骗罪”的前提下，又认为，由于持有毒品和枪支弹药均属可罚，若认定从毒贩手中骗取毒品构成诈骗罪，会使得一部刑法中出现评价上的自相矛盾，使人怀疑持有毒品不是犯罪^①，并进而认为这也是经济财产说的一处“解释疑难”^②。确实，即便在今日的德国，毒品交易中的毒犯仍不能援引诈骗罪条款而要求骗得毒品的买客为毒品付款，因为毒犯给付的是不受刑法保护的毒品；而买客请求毒犯返还毒资的，则受诈骗罪条款保护，因为他支付的是“干净的钱”，2003年，德国联邦法院还认定卖大麻却交付巧克力给买客的毒犯构成诈骗罪。在我国，最高人民检察院1991年4月2日《关于贩卖假毒品案件如何定性问题的批复》以及最高人民法院1994年12月20日《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第17条都规定，明知是假毒品而冒充毒品贩卖的，以诈骗罪定罪处罚，司法实务中据此通常也只单向将以假毒品欺骗买客获取财物认定为诈骗。论者认为：“可以认定，当买客倒过来骗取毒贩子的毒品时，毒贩的毒资请求权不受保护。”^③但是，笔者不承认这种特殊性和例外。即便对于毒品的非法占有（持有）本身是一种刑事违法，这也并不妨碍从毒品持有者手中骗取毒品的行为仍具有可罚性。这是因为，即便认为毒品等违禁品不存在合法的交易市场，也不能否定其本身客观上具有经济价值；况且，也可以认为，持有人对于毒品等的占有本身就具有经济价值，对这种占有的侵害也会导致经济财产的损失。这样来看，不按照诈骗罪等财产犯罪处理，无疑是对相应行为的纵容。按照法律经济财产说，毒品等违禁品在被国家没收之前，私人对其的持有为行政法和刑法所禁止，并不具有合法性，从而不属于财产犯罪的行为客体，对于这些违禁品的侵害不能认定为财产犯罪^④，这不但会导致处罚上的漏洞（得出无罪结论时）或者不恰当（按照妨害社会管理秩序罪或者其他犯罪类型处理时），也和相关司法解释的结论不协调。在笔者看来，将骗取、窃取、夺取毒品等违禁品的行为按照相应财产犯罪处理并不属于刑法评价的自相矛盾，这是因为加害与被害本就是相对的。就像在互殴造成双方轻伤的场合，两方都既是加害人又是被害人一样，在骗取毒品的场合，毒品持有者针对国家的毒品管理制度而言是加害人，但针对实施欺骗者而言，又是财产损失的受害人。因此可以说，在涉及从毒贩处骗取毒品以及与此相同性质的骗取他人非法持有的枪支弹药的问题上，经济财产说仍应贯彻，并不足以成为一处“解释疑难”。至于违禁品的具体数额问题，2000年最高人民法院《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》规定，“认定盗窃毒品犯罪数额，可以参考当地毒品非法交易的价格”，这明显体现了经济财产说的立场。尽管这一《纪要》为2008年最高人民法院印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》所取代，而后者仅规定“盗窃、抢夺、抢劫毒品的，应当分别以盗窃罪、抢夺罪或者抢劫罪定罪，但不计犯罪数额，根据情节轻重予以定罪量刑”，但后一《纪要》仍认可了毒品的“财物”属性，仍可以说是经济财产说而非法律经济财产说的证明。

①③ 蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，载《政治与法律》，2014（9）。

② 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（12）。

④ 江溯：《财产犯罪的保护法益：法律—经济财产说之提倡》，载《法学评论》，2016（6）。

四、对经济财产说所谓缺陷的回应

经济财产说遭受的一个批判是,其不利于保护所有权人或者债权人的财产。例如,债权人通过欺骗方法实现债权的,也成立诈骗罪,这可能难以让人接受。^①然而,即便在上述场合得出所有权人或者债权人构成诈骗罪等财产犯罪的结论,也是旨在指引这些权利人尽可能放弃私力救济,通过正当的、合法的途径行使权利,否则,就可能构成犯罪。在刑法独立性说的立场之下,民法上的权利人这一身份并不足以成为刑法上财产犯罪的免罪金牌,就此而言,这样的结论有一定的合理性,并非“难以让人接受”。同时也需要明确,尽管根据经济财产说,能够肯定受骗方客观上存在财产损失,但不等于在这一立场看来,所有权人将他人占有的自己财物骗回的,或者债权人通过欺骗方式实现债权的,必然成立诈骗罪。对此,可能存在以下不同的出罪路径。路径之一,认为“非法占有目的”是主观构成要件要素,而所有权人、债权人原本就没有非法占有目的^②,从而否定其诈骗罪的构成要件该当性。事实上,司法实务中,对于所有人擅自取回由公权力机关依法查封、扣押的财产的,通常并非按照财产犯罪处理,而是明确体现出这样的倾向:如果是取回财物之后并不向公权力机关提出索赔的,则因其主观上欠缺非法占有目的,只构成非法处置查封、扣押、冻结的财产罪等妨害社会管理秩序罪,而不构成侵犯财产罪^③;如果是取回财物之后又向公权力机关申请赔偿的,才肯定其非法占有目的,进而成立相应财产犯罪。^④由此看出,司法实务上既没有否定本人所有的财物可以成为侵犯财产罪的对象,又对此采取了比较克制的态度。尽管也有学者基于“司法机关对于财物的占有也值得刑法保护”的理由而对这样的实务立场持否定态度^⑤,但这种实务倾向本身是客观存在的,不容忽视。路径之二,承认“以所有人事后索赔的行为来回溯性地建构一个其擅自取回所有之财物时的非法占有目的,显然不符合主观目的与客观行为必须同时存在的原理”^⑥,进而认可所有权人、债权人存在“非法占有目的”并肯定诈骗罪等财产犯罪的构成要件该当性,在之后违法性判断的法益衡量中,以所有权或者债权可以对抗占有(包括合法占有)为由而否定诈骗罪等的成立。路径之三,不接受上述两个路径,而是在满足紧迫性等要件的场合,主张通过“自救行为”这一违法性阻却事由出罪。

经济财产说面临的另一个批判是,其过于扩大财产罪的处罚范围,至少与我国的国情、刑事政策不相符合,例如,欺骗妓女使其与自己发生性行为的,也要构成诈骗罪,可能难以被国民接受。^⑦但对于骗取有偿性服务的行为,只要达到数额标准,就同样应该认定为诈骗罪,“难以为国民所接受”即便是事实,但“国民的可接受程度”常常是变化并需要引导的,不足以构成否定经济财产说的实质理由。根据批判者的观点:(1)如果行为人原本没有支付嫖宿费的意思,欺骗妓女使其

①⑦ 张明楷:《论诈骗罪中的财产损失》,载《中国法学》,2005(5)。

② 有观点认为,“非法”占有目的中的“非法”,既可能是实体上的,也可能是程序上的,只要具有手段的非法性即可肯定非法占有目的。参见武良军:《暴力、胁迫行使债权行为的刑法评价》,载《政治与法律》,2011(10)。但单纯根据手段行为的违法而肯定行为人的非法占有目的,既和刑法第238条第3款的规定不符,也会导致将实体问题和程序问题混同,还会导致不当地扩大处罚范围,实为不妥。

③ 参见《陆惠忠、刘敏非法处置扣押的财产案——窃取本人被司法机关扣押财物的行为如何处理》,最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例5(妨害社会管理秩序罪)》,171-172页,北京,法律出版社,2012。

④ 《叶文言、叶文语等盗窃案——窃取被交通管理部门扣押的自己所有的车辆后进行索赔的行为如何定性》,最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例4(侵犯财产罪)》,322-325页,北京,法律出版社,2012。

⑤ 张明楷:《法益初论》,605页,北京,中国政法大学出版社,2000;黎宏:《拿走被依法扣押财物定盗窃罪:法理充足,实践认可》,载《检察日报》,2010-12-14。

⑥ 江溯:《财产犯罪的保护法益:法律—经济财产说之提倡》,载《法学评论》,2016(6)。

提供性服务的，由于性服务本身充其量是一种劳务，应排除在财产性利益之外，所骗取的性服务这一利益不具有经济价值，妓女没有遭受财产损失，行为人不成立诈骗罪。（2）如果行为人原本打算支付嫖宿费用，与对方发生性关系后，采取欺骗手段使对方免收嫖宿费的，属于欺骗对方使其免除行为人的非法债务，欺骗行为没有侵害卖淫者的合法财产权益，卖淫者也没有财产损失。^①至于（3）在妓女已经获得嫖宿费用之后，嫖宿者使用欺骗的手段骗回所给付的嫖宿费的场合，未见批判者明确表态，但如果得出同样否定妓女财产损失的结论，恐怕会导致对其权利保护的不力局面，也和前文所示我国司法实务上对于截取贿赂、骗取赌资等行为按照诈骗罪处理的现状有失协调。而如果得出肯定财产损失的结论，则判断妓女是否存在财产损失进而是否成立诈骗罪就会取决于嫖宿费用尚未支付（而通过欺骗免于支付）还是已经支付（而将其骗回），其中的不均衡也是显而易见的。在经济财产说看来，（3）的场合自不必说，即便是在（1）和（2）的场合，也能在双方约定的数额范围内肯定妓女的财产损失，也就是说，卖淫女所损失的并非是其所支付的有偿性行为这一“劳务”，而是就此所约定的报酬。^②顺便指出，在德国，司法实践中主张经济财产说较为常见，尽管德国联邦法院早先曾判决，嫖宿妓女后用假币支付嫖资的，不构成诈骗罪，但这就明显偏离了经济财产说。到2001年德国出台了保护妓女权益的法案后，德国法院则用诈骗罪保护妓女的嫖资请求权。而在日本，对于欺骗卖淫这种案件虽有争议，但实务上肯定诈骗罪的判决和理论上的肯定主张也同样引人注目。^③给付在先场合的骗取钱财属于骗取“财物”，给付在后场合的骗免债务属于骗取财产性利益，就财产损害而言本质上是一样的。至于批评者所谓的肯定被骗妓女存在财产损失“至少与中国的国情、刑事政策不相符合”的论断，很大程度上是刑法教义学立场之外的“先有结果后找理由”，未必具有足够的说服力。

经济财产说面临的一个关键性批判是，按照这一学说，一些诸如去世母亲唯一遗物这样的具有主观情感价值却欠缺客观经济价值的物品无法得到保护。但是，可以通过主张特殊物品对被害人所具有的“情感价值”也是一种经济价值来化解这一问题。^④需要说明，这并非是将任何没有经济价值的物品都一概作为“财物”看待，因此也就不是对于经济财产说的放弃或者无原则扩张，而是仅限于特定物品对于法益主体而言“具有主观情感价值”且无可（或至少是难以）替代时，裁判者经过综合衡量判定该物品具有重要的财货属性，从而例外地将其认定为“财产”。就此而言，也就仍然坚持了经济财产说的基本框架，在与纯粹的经济财产说加以区分的意义上，可将此种主张称为“修正的经济财产说”。这种主张的顾虑在于，主观情感价值终究无法用金钱衡量，和我国刑法成立财产犯罪要求的“数额较大”之间可能难以兼容。不过，具体数额计算实际上是法定刑选择问题，鉴于我国相关立法过于强调数额而轻视情节的现实，按照“存疑有利于被告”的原则，适用最低档法定刑即可。

五、经济财产说的所谓障碍及其破除

主张经济财产说所面临的真正障碍不是来自实务处理，而是来自立法本身。我国刑法第91条规定了“本法所称公共财产”的范围，第92条则规定了“本法所称公民私人所有的财产”的范围。有论者认为，其中，第92条强调“合法”或“依法”，第91条虽未如此强调，但因为我国是社会

^① 张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，载《中国法学》，2005（5）；西田典之：《刑法各论》（第六版），213页，东京，弘文堂，2012。

^② 陈洪兵：《经济的财产说之主张》，载《华东政法大学学报》，2008（1）。

^③ 实务判决，参见名古屋高判昭和30年12月13日，《高等裁判所刑事裁判特报》2卷24号，1267页；理论上的肯定主张，参见西田典之：《刑法各论》（第六版），213页，东京，弘文堂，2012。

^④ 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（6）。

主义公有制国家,因此公共财产具有当然的合法性,所以,无论是公共财产还是公民私人所有的财产,作为财产犯罪之对象的“公私财物”,其前提是具备合法性,即并非法秩序所禁止之物或者利益,并进而认为,我国刑法立法对财产犯罪采取的是一种类似于法律财产说的财产理论。^①另有论者认为,我国刑法第92条明文宣示了刑法上的财产不包括违法的财产,这可看作是法律经济财产说在刑法条文上的明确依据。^②

但本文认为,上述刑法立法规定不足以成为主张经济财产说的法律障碍。对此,至少有两种解决思路:(1)恰当界定刑法第91条中“国有财产”的范围,在刑法第64条“违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金,一律上缴国库”的意义上,将公民私人非法所有的财产直接认定为“国有财产”,进而认定为“公共财产”,并最终认定为财产罪的行为对象“公私财物”。^③对这种思路的顾虑或许在于,根据我国物权法第23条,动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外,因而公民私人非法所有的动产在被没收之前,国家并未现实享有所有权。^④但即便如此仍可认为,国家是否进行了没收只具有法律程序上的意义,并不否认此时在最终归属上,财产是国家所有的。(2)如不采取上述思路,也可以认为,刑法91条、92条关于公私财物的规定是从所有权说或本权说角度进行的规定,并不能直接作为法律经济财产说的根据。进一步说,虽然刑法第92条强调“公民私人所有的财产”的“合法”或“依法”,但这是对“所有权”的描述或者界定,并不妨碍公民由于违法甚至犯罪行为而“非法占有”的财产属于“依法归(所有权人)个人所有的其他财产”,因而仍然属于所有权人“私人所有的财产”。不论何种途径,总体上都可解决经济财产说与刑法第91条、92条的兼容性问题。不过,话说回来,此时经济财产说与法律经济财产说的差别也就没有那么大了。既然如此,与其竭力主张“法律经济财产”概念而遭受对实务处理说明不力的诘问,不如直截了当地主张经济财产说。

The Concept of Property in Criminal Law

FU Liqing

(School of law, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: Concerning the concept of “property” in Criminal Law, though there are legal property theory and other theories abroad, in China, however, the two opposing theories—legal economic property theory and economic property theory are the mainstays. Economic property theory is not only under the support of relativity of illegality judgment and other sufficient theories, but also specifically corroborated by China’s judicial practice, and is therefore generally justified. Meanwhile, sentimental value for victims contained in the particular item can be called a kind of economic value, which constitutes a revise to traditional economic property theory. Though criticisms about economic property do exist, they can all be reconciled. And Article 92 and 93 of the Criminal Law can hardly be a legislative impediment to economic property.

Key words: property; legal property; legal economic property; economic property; subjective value

(责任编辑 李 理)

① 江溯:《财产犯罪的保护法益:法律—经济财产说之提倡》,载《法学评论》,2016(6)。

② 蔡桂生:《刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择》,载《政治与法律》,2016(12)。

③ 陈兴良:《规范刑法学》(第三版),835-836页,北京,中国人民大学出版社,2013。

④ 张明楷:《法益初论》,582页,北京,中国政法大学出版社,2000。