

也论刑法中的财产概念

——与付立庆教授商榷

蔡桂生

[摘要] 在刑法实践中，经济财产说和法律·经济财产说不是互斥关系，而是并行关系。单一地采取经济财产说，不仅不符合我国的实定法现状，而且与司法实务中的做法存在距离。承认赃物、违禁品等“不义之财”为刑法上的财产，既不符合财产法益本身自带的是非观，也使得刑法与其他部门法产生对立。由于经济财产说缺乏规范性考虑，法律·经济财产说不但不会消失，而且将长期与经济财产说并存，甚至在将来超过经济财产说并走向功能财产说。

[关键词] 财产法益；法律·经济财产；经济财产；对立与共存；规范化评价

[作者简介] 蔡桂生：法学博士，中国人民大学法学院讲师，硕士生导师，中国人民大学刑事法律科学研究中心研究人员（北京 100872）

一、经济财产说的基本主张及其问题

在我国以往的刑法理论上，对何谓刑法上的财产这一问题多采所有权说。^① 20世纪90年代以后，由于日本刑法知识的引入，人们开始运用“本权说、占有说、中间说”的分析工具对财产展开分析。^② 然而，该分析工具乃是以有体物作为其对象的，正如《日本刑法典》的财产罪通常需再特别规定“财产性利益”（即“二项规定”）作为其犯罪对象所提示的那样。而在我国刑法中，财产罪之对象，不仅包括财产性利益，而且均要求具有相应的经济数额。这显然不限于以有体物作为其对象，由此便使得上述分析工具在我国失去了适用的前提。在该种背景下，德国刑法中以整体财产作为其对象的“法律财产说、经济财产说和法律·经济财产说”逐渐受到我国学者的关注。剩下的问题便是，在这三种学说中应做出何种选择？

依照法律财产说，财产是一个人应得的财产权利之总和，它不取决于权利的对象是否有经济价值。^③ 这种方案将“受骗者只是单纯地签了约，并由此承担了给付的义务、尚未支付金钱利益的情形”也认定为财产损失，可是，此时受骗者无疑仍然可以通过主张民事欺诈撤销合同来保护自己。在尚未出现财产转移之时就认定刑法上的财产损失，显然过于提前。基于该种缺陷，法律财产说在

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，491页，北京，北京大学出版社，2016。

② 张明楷：《法益初论》，596页，北京，中国政法大学出版社，2003。

③ Karl Binding, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrecht Besonderer Teil*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902, S. 238 ff.

理论上未获得广泛的支持。经济财产说则认为，不能仅观察权利的表面形式，还应注意权利关系背后的现实经济地位。这样，凭借其现实经济的视角，经济财产说在与法律财产说的较量中占据了优势地位。当然，经济财产说之优势的取得也有相应的历史背景。在近代化以前的欧洲刑法中，诈骗、盗窃和伪造文书混合在一种称为“作伪”的伪造类犯罪里：只要出现了信息的虚构（虚构假相或者歪曲、隐瞒真相），即便未出现金钱的损失，也成立诈骗罪。在19世纪初叶，由于法国革命下的《拿破仑法典》促进了欧洲大陆在经济上的自由，这使得近代刑法中认定诈骗罪的时点不再是“虚构信息”之时，而是除非受骗者出现了金钱损失，才成立诈骗罪。^①由此，财产罪所保护的便不再是作为法律权利的财产，而是作为金钱利益的财产。这种方案采用收支计算的方式来判定经济上的损失，只要被告人的欺骗或勒索行为侵犯了金钱利益的财产，使得对方经济上变穷，那么，不管受侵犯的金钱利益合不合法，均成立诈骗或勒索罪。^②在我国，财产罪之成立，也都要求有相应的财产损失数额，较之于欧洲刑法，这更是强调了经济利益损失的关键性作用。因此，经济财产说取代法律财产说可谓是一种必然。付立庆教授在《中国人民大学学报》2018年第2期的《论刑法中的财产概念》（以下简称“付文”）便坚持经济财产说。不过，本文并不盲目附和该种观点，也不赞成经济财产说“总体上具有合理性”，故在此以商榷的形式对刑法中的财产概念再做一讨论。尽管经济财产说取代法律财产说，具有一定的进步性，可是，至少在付文的表述中，经济财产说仍不免存在下述缺陷：

首先，付文将“维持法和平状态”和“提供刑法保护”混为一谈。其认为，经济财产说的主要价值在于其能够有效地在财产罪领域杜绝法外空间的出现，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。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。^③但是，不对持有赃物、违禁品的人实行私力救济与利用财产罪条款保护财产免遭损失是两回事。财产罪所保护的是财产，而非民事诉讼制度，行为人没有选择民事诉讼而是采取私力救济，不能当然地作为财产罪来处罚。^④禁止对持有赃物、违禁品者实施私力救济，不代表应承认该种赃物、违禁品的价值，而利用财产罪条款来保护其免遭损失，则意味着对受保护内容的价值予以承认。欺骗（或强迫）小偷使之交付其持有的赃物，该交付不成立财产损失，此时只是出现非法持有者的更改，财产遭受损失者不是小偷，而是真正的所有权人。^⑤“维持暂时的法和平”意味着使得当事人免受他人私力救济中的“暴力”侵犯，故在破坏赃物持有的行为中，只宜针对那些“暴力”元素（或手段的不当）认定人身犯罪或妨害社会管理的犯罪。

其次，付文主张，诸如已故母亲的照片这类特殊物品对被害人所具有的“情感价值”，可以算作一种经济价值，应当依照我国财产罪法定刑最低档处以刑罚，这也就构成对传统经济财产说的修正。^⑥可是，这过分扩大了经济财产说的范围，恰恰是在走向由付文所否定的“人格财产说”，因为：（1）这类“情感价值”并无确切的经济财产计量，不属于所谓“经济财产”。它究竟能卖多少钱呢？将之作为刑法中的财产，不仅背离了近代化以来注重经济损失的刑法传统，而且无法纳入《刑法》第91、92条所列举的财产范围。（2）就这种“情感价值”而言，即便运用“功能财产说”，

^① Peter Cramer, Walter Perron. § 263. In Adolf Schönke, Horst Schröder. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: C. H. Beck, 2010, Rn. 11 f., 18.

^② BGHSt 2, 364 f.; 16, 221 f.

^{③⑥} 付立庆：《论刑法中的财产概念》，载《中国人民大学学报》，2018（2）。

^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）。

^⑤ Peter Cramer. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Berlin: Verlag Gehlen Bad Homburg, 1968, S. 93. 盗窃犯并不因财产损失而成为财产罪的受害人，他至多只能以其决策自由受损而成为财产罪以外其他犯罪的受害人。

也要因为其“潜在价值”(或其功能)的不确定,无法用金钱加以计量,而难以作为“功能的财产”处理。(3)将这种具备“情感价值”的物品认定为刑法保护的對象,是过分地倚重刑法而忽视了民法。在针对主观价值进行欺骗时,成立民事欺诈比成立诈骗罪更有助于保护受骗者的利益,因为一旦成立刑法上的犯罪,就使得受骗者只能通过刑事附带民事诉讼的方式获得赔偿,而这种赔偿往往比受骗者直接通过民事诉讼获得的赔偿要少。

由此可见,经济财产说的优势并不是不言自明的,它也存在相应的疑难,这就需要对财产法益做进一步的思考。

二、规范化评价:财产法益、刑民关系与不法给付

经济财产说所呈现的疑难,意味着其纯“事实主义”的观察方式存在相应的局限。这种“事实主义”是对经济现实的原始描绘,它忽视了司法实践中确实存在的不承认“不义之财”的做法。“实然”并不等同于“应然”,故“事实主义”实际上属于缺乏规范性考虑的原始利益主义。规范性考虑的缺乏,不仅难以合理地说明刑法上财产法益的内容和范围,也易造成刑法与民法等其他部门法之间的立场对立。

(一)非法经济利益违背了财产法益本身自带的是非观

法益是贯彻法律规则(“法”)所带来的好处(“益”),此种好处乃是服务于人格自由和健康发展的手段。财产法益则是人们运用财产以服务于人格自由、健康发展的手段。可见,财产法益概念本身就内含一种肯定评价的是非观或者积极的规范性评价。之所以在刑法实务中采经济财产说能够解决一部分案件,乃是因为在该部分案件中,社会对其具有稳定乃至肯定的规范性评价。由于规范性评价已经完成且处于稳定状态,故依照“计赃定罪”的方式便能应付相关案件的处理。但是,实务中总是不免存在一些受责难的经济状态(如违禁品的持有),该种状态不仅无法得到积极的评价,而且难以计算数额,因此,免不了需要考虑成立财产犯罪会不会与民法、行政法等其他法律规范的评价产生矛盾。该种规范性考虑正是法律·经济财产说的存续空间。依经济财产说,违反善良风俗或乘人之危而获得的债权,因赌博而赢得的不能以诉讼支持的债权,以及自然债权、赃物、违禁品,均属于刑法上的财产。可是,这些在民法上违反法律或公序良俗的请求权或物品,尽管可能由于相对方的履行或者状态的维持而具有经济上的利益,但它们毕竟在民法上无法得到法律上的承认,因而也不符合财产法益本身自带的是非观。倘若一味地从原始事实角度认定财产,而不从规范化角度加以考虑,就容易造成刑法上的财产范围的无限扩展,这也有悖于刑法在法益保护上的辅助性原则和罪刑法定意义上的明确性要求。

当然,或许有人质疑说,倘若主张违反善良风俗等民法上的无效债权不属于刑法上的财产,那就倒退到了法律财产说中的“刑法从属于民法”的旧立场上了,而经济财产说正是采取了“刑法独立性”的立场,将刑法从民法中解放出来,将法律权利背后的现实经济状况作为考量的标准,才适应了社会经济发展所需的灵活性,并因此优于法律财产说。该种观点主张放弃“刑法从属于民法”的立场是正确的^①,但是,它认为法律·经济财产说倒退到法律财产说的说法,则是将问题简单化了。众所周知,不仅刑法上的容许规范(如正当防卫)可以排除刑事不法,其他部门法上的正当事由(如执行刑罚、扭送犯罪嫌疑人)也可以排除刑事不法,如此才不会出现民法上合法而刑法上却违法的情况,换言之,人们在出罪上应遵循“统一法秩序”的原理。但是,如果某一项经济利益违

^① 那种认为即便在自然犯上,刑法也是从属于前置法之次生法的观点[田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任》,载《法学家》,2013(3)],是有些武断了,因为像杀人、强奸这类犯罪,也只有刑法中才予以处理。

反了民法，那么，在刑法上是否也不宜施加保护呢？在法律·经济财产说论者看来，财产法益是要在规范上予以承认的经济利益，因此，不宜出现刑法与其他部门法的立场不一致，在是非评价上也应当尽量消除刑法与民法的对立。^① 例如，《民法总则》第153条规定，“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效……违背公序良俗的民事法律行为无效”，此时若使得无效的民事法律行为的内容（如赃物、赌资）成为财产法益的内容，并受到刑法的保护，就无疑是在制造刑法评价与民法评价的对立。具体而言，收购赃物者某甲由于触犯《刑法》第312条的规定，而使得其收购某乙之赃物的行为在民法上变得无效，此时，即使某乙实施了欺骗行为，某甲也不能主张其赃物请求权。倘若再运用财产罪条款来认定某乙成立诈骗罪，就将使得某乙慑于诈骗之刑罚，而有义务交付赃物。这显然与《民法总则》第153条产生了对立。

至于通过财产法益中自带的是非观将非法财产排除出刑法保护范围属于“结果无价值”论，而经济财产说属于“行为无价值”论的观点，则是将问题标签化了，经济财产说也完全可能因为行为造成他人经济利益之损害而主张认定为财产罪，这重视的也是“结果无价值”。^② 因此，采取经济财产说，还是采取法律·经济财产说，与“行为无价值、结果无价值”之争并无关联，像韦尔策尔经常被称作“行为无价值（二元论）”的代表，可他在财产罪上也采取法律·经济财产说。^③

（二）不法原因的给付和无效的债权

经济财产说和法律·经济财产说的区别也体现在不法原因的给付上。在缔结雇凶杀人这种违法或违背公序良俗的合约的案件中，经济财产说认为，如果缔约方中一方不愿履行约定，已履约者就成立财产损失，任意一方采用合理手段履行其“请求权”，也不成立犯罪。但是，在法律·经济财产说看来，如此认定财产就太不确定了：当事方想履约，它便有经济价值，否则便无经济价值；这种获利之预期也许在纯粹事实的角度上有价值，但它不应属于财产。在履行无效合约的场合，只有履约者误以为自己是在履行有法律义务的事项，对方才成立诈骗罪，反之，若其明知缺乏法律义务，只是因为对方告知他别人也会履行，则履约者应当自我答责。雇凶杀人被骗和购买毒品被骗一样，不法给付者均属于自我损害（被害人同意），不能成立诈骗罪。^④ 倘若此时成立诈骗罪，就与不法原因给付排除给付者的不当得利返还请求权的原理相抵牾。^⑤ 另外，在毒品买方欺骗卖方使之免除毒资请求权等无效债权的场合，依经济财产说，只要该请求权可以换得金钱，就成立财产损失。但是，该请求权能否换得金钱，取决于买方愿否履行毒品合约，而一旦买方威胁或欺骗对方放弃请求权，就意味着他不打算履约，无须诉诸规范化的评价，就可以推导出毒资请求权这类无效债权不能算作财产。同时，骗取他人性服务者，德国判例曾认为不构成诈骗，但2001年德国出台保护妓女权益之法案后，骗取性服务者又成立诈骗，可见，经济财产说不能一致地贯彻到底。

我国的车浩教授也指出，在预付杀人酬金或行贿的场合，付款者支出金钱，所期待的对价是对方实施某些违法犯罪活动，而这些活动不能被市场化地赋予一种经济上的流通价值。因此，付款者已经认识到自己付出金钱后，所换得的并非一种财产上的对价物；清楚地认识到财产减少且无等价物时，此时是付款者的自我损害。不仅雇凶杀人案件应当如此处理，毁坏财物、洗钱、赌博、贿赂、毒品交易、逃税等各种犯罪中，基于不法原因给付的，也不应受到财产罪条款的保护。^⑥ 例

^① Peter Cramer. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Berlin: Verlag Gehlen Bad Homburg, 1968, S. 91; 黎宏、王琦：《财产犯罪保护法益的实务选择》，载《国家检察官学院学报》，2018（2）。

^② 张明楷：《法益初论》，567页，北京，中国政法大学出版社，2003。

^③ Hans Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, S. 372 ff.

^④ Peter Cramer. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Berlin: Verlag Gehlen Bad Homburg, 1968, S. 94 ff.

^⑤ 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）。

^⑥ 陈兴良主编：《刑法各论精释》（上），467页，北京，人民法院出版社，2015。

如,刘某甲等人将47万元行贿款交给单某某,让后者向公安局经侦大队邢某某行贿,以免除公安机关对自己虚开增值税专用发票的行为立案处理。单某某随后将27万元交给邢某某,自己留下20万元,但公安机关仍然以逃税罪为由立案查处该案。刘某甲等人被查处后,要求单某某退回47万元行贿款。单某某谎称,47万元中送给邢某某30万元,剩下的17万元已作为处理事项的费用使用了,不予退钱。案发后,单某某才退还赃款20万元。该案法院认定单某某只成立介绍贿赂罪^①,并未认定成立诈骗或侵占罪(此为法律·经济财产说之论据)。当然,由于司法判例的多样性,实践中也存在“谎称钱已送出”从而将钱财据为己有的截贿者成立诈骗罪的(经济财产说的)案例。^②

在受骗者参加赌博的场合,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》(下文简称《批复》)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。参赌者识破骗局要求退还所输钱财,设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁,拒绝退还的,应以赌博罪从重处罚。”在此种案件中,受骗者参与赌博并输了相应钱款后,若按照经济财产说,行为人就应定诈骗罪。付文引“陈建新等赌博案”也指出:“应当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。”^③这种解释有一定道理,在司法实务中也存在“李海波的诈骗案”^④等确实成立诈骗的案件。但是,该《批复》的存在仍然构成贯彻经济财产说的阻力,正如其文字表述“参赌者识破骗局……以赌博罪从重处罚”所示,这已经代表受骗者开始参加了赌博并输了钱财,此时《批复》并无以诈骗罪处罚的意思,而且在“陈建新等赌博案”的一审裁判中,就是直接适用该《批复》,认定行为人成立赌博罪,只是到了二审,才改判为诈骗罪。^⑤可见,在以直接适用司法解释为常态的刑事实务中,该《批复》不认定诈骗罪的立场是不宜忽视的。

三、法律·经济财产说的法律证据及其局限

对于刑法上的财产,究竟应当如何认识?要回答这一问题,《刑法》上的规定是最重要的依据。与此相关的,包括《刑法》第91、92条关于财产的定义,以及第172、348条等关于持有假币、毒品等的禁令。

(一)《刑法》第91、92条承认“公私财产”需不违法

我国《刑法》第91条和第92条明确规定了“公共财产”和“公民私人所有财产”的概念。鉴于条文中体现的公共财产当然的合法性和私人财产要求具备的合法性,可以得出:不合法的财产不符合刑法中财产的概念。针对该条文规定,付文主张,违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。国家是否予以没收只具有法律程序上的意义,这不能否认公民私人非法所有的动产在最终归

① “单某某介绍贿赂案”,辽宁省东港市人民法院刑事判决书(2015)东刑初字第163号。

② “茅某某1介绍贿赂、诈骗案”,安徽省安庆市中级人民法院刑事判决书(2014)宜刑重终字第1号。

③ 付立庆:《论刑法中的财产概念》,载《中国人民大学学报》,2018(2)。

④ 陈兴良等主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,772页,北京,北京大学出版社,2013。

⑤ “陈建新等赌博案”,浙江省杭州市拱墅区人民法院刑事判决书(2008)拱刑初字第332号;浙江省杭州市中级人民法院刑事判决书(2008)杭刑终字第365号。

属上属于国家。^①可是，这种主张是难以成立的，理由是：

首先，付文如此解释，实际上是默认了刑法中的财产需具备合法性，这与其自身的主张存在抵触。同样，“黄勇、郑洪忠、葛发云抢劫、敲诈勒索案”的法官也认为：“赌场上的赌资，是应当予以没收的，但它并不是任何人都可以拿来归己的无主物，应当没收的财物只能由国家司法机关依法没收归公，而不准他人任意侵犯。这并不意味着保护违法犯罪分子对这些非法所得财物的所有权，而是因为非法从赌博犯手中抢劫这些财物，归根到底是对国家财产权利的侵犯。”^②在这一较为详细的解释当中，法院明确指出，赌资系国家所有，所以要保护，但从中也可得出结论：只有合法财物，才是财产罪所保护之内容。

其次，将赃物和违禁品解释为“国家财产”也欠缺说服力。因为违禁品虽然是要被充公的，可在案发之当时毕竟尚未充公或者没收，故仍然属于违法财产。不宜说其“最终属于国家财产”而主张其“就是国家财产”，正如我们不能声称人最终是会死亡的而将活人认定为尸体一样。况且，《刑法》第91条“国有财产”项下也并未列出赌资、违禁品等内容。擅自扩大犯罪对象的范围，进而不当地扩张刑罚的适用，违反了罪刑法定的原则。就为毒品等违禁品提供刑法保护而言，有人在援引《物权法》第23条动产物权以交付为生效要件后指出：“国家在没收之前对毒品并不享有所有权，认为窃贼侵犯了国家的所有权甚为牵强。果真如此的话，则买卖毒品、淫秽物品的人在买卖国有资产，持有毒品、淫秽物品的人在持有国有资产，吸毒的人在吞噬国有资产。这太奇怪了！”^③该质疑并非无稽之谈。同时，国家对于海洛因等毒品和淫秽物品也通常是追缴后便行销毁，这也并不是以所有人的身份行使对财产的处分权而进行销毁。^④

（二）避免同一部刑法之中的自相矛盾的需要

倘若造成刑法和其他部门法之间的评价不一，尚可以用“刑法的独立性”^⑤来圆场，那么，在一部刑法之内出现评价上的自相矛盾就是无法解释的了。根据《刑法》第172条、第348条等条款，对于假币、毒品等违禁品的占有（持有），在法律上是受到禁止的。此时，若依照经济财产说来保护假币、毒品的持有免受诈骗或者敲诈勒索，就会在同一部刑法中出现评价上的自相矛盾，使人怀疑持有假币、毒品不是犯罪。

但是，付文认为，将骗取、勒索违禁品的案件认定为诈骗罪或敲诈勒索罪，不会造成评价上的自相矛盾。因为在骗取毒品这类违禁品的场合，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。加害和受害是相对的，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。^⑥这种论述是将问题模糊处理了。虽然甲乙两个人“互殴”，但实际上总有一方先动手，先动手一方属于不法侵害，针对该不法侵害所实施的是防卫行为，只要该防卫行为处于合理限度内，先动手一方在规范化评价上便不受法律保护。同样，在骗取、勒索违禁品的场合，相对于国家的违禁品制度而言，被告人无疑是加害者，但就失去违禁品的持有而言，只意味着其受责难的持有状态的结束，此时并没必要以财产罪条款来为其伸张正义，即便骗取和勒索者有处罚的必要，也可以依照财产罪以外的故意伤害罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪等罪名或者《治安管理处罚法》第26条、第46条等条文来处理。正如2000年最高人民法院

^① 付立庆：《论刑法中的财产概念》，载《中国人民大学学报》，2018（2）；陈兴良：《规范刑法学》，835页，北京，中国人民大学出版社，2013。

^② 中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》，1992年综合本，223页，北京，中国人民公安大学出版社，1992。

^③ 陈洪兵：《经济的财产说之主张》，载《华东政法大学学报》，2008（1）。

^④ 张明楷：《法益初论》，583页，北京，中国政法大学出版社，2003。

^{⑤⑥} 付立庆：《论刑法中的财产概念》，载《中国人民大学学报》，2018（2）。

《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》所规定：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，依照我国《刑法》第238条（非法拘禁罪）的规定定罪处罚。当然，如果要从经济财产说的角度来论证该《解释》，可以认为它是回避了敲诈勒索罪的认定，或者主张此时是以（难以避免地）欠缺不法意识为由排除责任，仍有敲诈勒索罪的不法。但是，该《解释》认定此时成立非法拘禁罪，从直接明了的角度看，还是应理解为此时排除敲诈勒索罪更为合理，也更符合条文起草者的意思，故此种情形中，敲诈勒索罪条款不保护非法的赌资、赌债、高利贷的立场，属于法律·经济财产说的证据。

就非法财产是否属于刑法中财产这一问题而言，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》还写道，“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”；2008年最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》也规定：“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。”付文认为，这两个规定均属于经济财产说的证据。^①可是，如此笼统地下结论缺乏说服力。因为这两个司法解释均不认定违禁品的具体数额，而是以违禁品数量作为量刑情节加以考虑，而且上述司法解释中具体的表述是“参考”而非“采用”当地毒品非法交易的价格，这就隐含了不承认违法的经济财产的立场。

（三）法律·经济财产说也存在局限：从“数额计量”的财产到“功能”的财产

狭义的经济财产说是纯粹的经济财产说，法律·经济财产说属于广义的经济财产说。法律·经济财产说也奉行“数额计量”的财产标准，这与纯粹的经济财产说一样，符合我国“计赃定罪”的司法传统，同时，笔者也不否认其也有与经济财产说一样的相应局限。例如，除了受责难的经济状态外，现实社会中还存在一些是否具有市场价值并不确定的案件或者一些不直接体现为金钱但却有价值的经济状态。前者如：丙到照相馆的店主乙处冲洗百余张纪念照（收费三千余元），甲便欺骗乙将丙尚未取回的相片免费交给自己，此时甲针对乙无疑成立诈骗罪，因为此时乙处的照片仍然具有经济价值，乙可以为此向丙收取冲洗费三千余元。但是，如果在丙取回照片后，甲才使用诈骗手段使丙将照片交给自己，则很可能无法成立诈骗罪，因为此时丙手中的纪念照不再像店里那些需要付钱才能取走的照片那样，还具有三千余元的市场价值。^②再如，洗衣店里顾客送洗的衣物可以算作店家的财产吗？从经济财产说的“事实主义”看应该算。但是，在银行审核洗衣店的贷款资质时，又显然不可以将这些衣物算作洗衣店的财产。^③可见，财产的经济计量方式或其数额具有一定的不确定性或偶然性：同样的物品在不同的场合，在不同的市场主体手中，或者以不同的销售方式，可以具有不同的市场价值。因此，物品究竟有多少价值，取决于该物品在具体条件下的功能。换言之，功能的财产说无论是较之于经济财产说，还是较之于法律·经济财产说，均具有更强的灵活性。后一类的案件则体现在社会捐赠类案件中。公益事业毫无疑问值得人们为之付出金钱（即有价值）。在公益捐赠的场合，接受捐赠者必须将获赠的财产用于合适的对象（社会福利的目的），如果他欺骗性地将捐款据为己有，就有可能成立诈骗罪，而不能通过被害人同意排除犯罪的认定。^④因此，公益事业得到落实，乃是一种具有抽象的金钱价值的利益，也具有使人给付金钱的功能，此

① 付立庆：《论刑法中的财产概念》，载《中国人民大学学报》，2018（2）。

② 案例改编自金德霍伊泽尔：《德国刑法中诈骗罪的基本原理》，载《国外社会科学前沿》（第18辑），403页，上海，上海人民出版社，2015。

③ Urs Kindhäuser. § 263. In Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Hans-Ullrich Paefgen. *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, Rn. 24.

④ 依照2011年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件适用法律若干问题的解释》，诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物的，以及以赈灾募捐名义实施诈骗的，应依照诈骗罪的规定酌情从严惩处。

时应采用功能的财产说来说明：是金钱的投放目的在影响财产的功能。在“众筹”等公益事业蓬勃发展的今天，法律·经济财产说都有些不够用了，此时甚至已经需要采取功能的财产说了。在这种社会条件下，还单一地主张经济财产说，恐怕是过于原始了。

四、总结与展望

在经济财产说显得强势的情形下，能够认识到法律·经济财产说的优点，就是承认不同学说的并存，这才符合“客观世界是复杂的”这一实情。我们只有从不同的角度，对事物加以全面认识，才能把握到事物的本质。经济财产说不考虑金钱利益是否合法，属于“事实主义”的原始思维方式，易于操作；而法律·经济财产说则具有规范化的考量，它注意到了财产法益自身带有的是非观，有助于协调刑法与其他部门法的关系。在我国刑法中，经济财产说和法律·经济财产说并非互斥关系，而是并存关系。它们均有一定的理由和证据，也均占据了一定的立法表达，同时也都能在多样化的案件中找到相应案例予以支撑。单一地采取经济财产说，既是片面地观察我国的立法和司法解释的结果，也不完全符合司法实务中的做法。针对经济财产说的批评，正如《刑法》第91、92、172、148条所明示的那样，并非都可以轻易化解。在侵犯违禁品的场合，认定持有违禁品的犯罪和故意伤害等侵犯人身自由犯罪即可，如此也能明确国家取缔违禁品的态度。由于经济财产说的观察视角过于原始且缺乏规范性考量，法律·经济财产说不但不会消失，而且将长期与经济财产说并存，甚至会在未来超过经济财产说，走向功能财产说。

Further Discussion on the Concept of Property in Criminal Law: A Discussion with Prof. FU Liqing

CAI Guisheng

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

Abstract: The relation between the theory of economic property and that of legal economic property in Chinese criminal judicial practice is not mutually exclusive, but concurrent. Placing undue emphasis on the theory of economic property does not conform to the reality of criminal code or judicial practice. Recognizing booty, counterfeit money and drugs as the property in criminal law does not correspond to the value of “right and wrong” contained in the property interest. It could contribute a contradiction between criminal law and other departments of law as well. The theory of economic property reflects the idea of pragmatism. Due to its lacking of normative valuation, the theory of legal economic property will not disappear. It will co-exist with that of economic property and even evolve into the theory of functional property in the future.

Key words: Property interest; Legal-economic property; Economic property; Opposition and co-existence; Normative valuation

(责任编辑 李 理)