

文章编号:1671-6914(2005)03-0072-(11)

财产性利益是诈骗罪的对象

张明楷

(清华大学法学院,北京 100084)

[摘要] 主张财产性利益是诈骗罪的对象,具有合目的性与具体的妥当性,并不违反罪刑法定原则(不属于类推解释);但是,只有当某种利益内容属于财产权,具有管理可能性与转移可能性,客观上具有经济价值,被害人丧失该利益必然同时导致财产损害时,该利益才能成为诈骗罪对象的财产性利益;至于债权凭证、财物的返还请求权、货款请求权、财物的交付“请求权”、债务的延缓履行是否刑法上的财产性利益,则需要具体分析。

[关键词] 诈骗罪;犯罪对象;财产性利益

Abstract: The allegation that the interest of property is the object of the crime of swindling accords with the aim of the criminal law, has the concrete appropriateness, and does not violate the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime (not belonging to analogical interpretation); however, the interest could not satisfy the elements of the interest of the property which is the object of the crime of swindling unless its content is part of the property right, has the quality of manageability and transferability, possesses economic value, and inevitably leads to property detriment simultaneously when the victim is deprived of the interest. As to the certificate of creditor's rights, the claim for money or property's restitution, the claim for payment, the claim for money or property's delivery, and the deferred performance, whether all of the above are the interest of property in the criminal law or not, need specific analysis under different conditions.

Key Words: crime of swindling; object of crime; the interest of property

中图分类号:DF625 文献标识码:A

根据我国刑法的文字表述,诈骗罪的对象为“财物”;但许多国家的刑法明文规定财产性利益是诈骗罪的对象。所谓财产性利益,大体是指狭义(普通)财物以外的财产上的利益,包括积极财产的增加与消极财产的减少。例如,使他人负担某种债务(使自己或第三者取得某种债权),使他人免除自己的债务(不限于民法意义上的债务),使债务得以延期履行,如此等等。本文探讨的是,我国刑法中的财物是否包含财产性利益?本文的观点是,作为诈骗罪对象的财物包括财产性利益。

关于诈骗罪对象的立法,外国刑法存在以下几种体例:

一是将财物与财产性利益分别规定。如《日本刑法典》第246条规定的诈骗罪对象仅限于“财物”,但该条第2项规定:“以前项方法,取得财产上的不法利

益,或者使他人取得的,与前项同。”因此,一方面,“财物”不包含财产性利益;另一方面,如果没有“二项犯罪”的规定,则侵犯财产性利益的行为不成立犯罪。例如,《日本刑法典》第235条规定的盗窃罪对象仅限于“财物”,故盗窃财产性利益的行为不具有可罚性。英国1968年的《盗窃罪法》也将诈骗财物与诈骗财产性利益分别规定(其第15条规定的是诈骗财物,第16条规定的是诈骗财产性利益)。

二是将财物与财产性利益规定在同一款中。如《韩国刑法典》第347条第1款,规定诈骗罪的对象为“财物”或者“财产上之利益”(其第329条所规定的盗窃罪对象仅限于“财物”)。《俄罗斯联邦刑法典》第

本文虽仅以诈骗罪为中心展开讨论,但根据笔者的观点,作为盗窃罪、抢劫罪、敲诈勒索罪对象的财物,也应包括财产性利益。

本文所说“财物”,既可能指狭义的财物,也可能指包含财产性利益在内的广义的财物,相信读者容易辨认。

在《日本刑法典》分则关于财产犯罪的规定中,如果某种犯罪的对象既可以是财物,也可以是财产性利益,那么,分则条文通常是在第一项规定对财物的犯罪(一项犯罪),在第二项规定对财产性利益的犯罪。所以,对财产性利益的犯罪被称为“二项犯罪”。但也有个别条文例外。如其第246条之二(只有一项)规定的使用电子计算机诈骗的对象就是财产性利益,但难以称为二项犯罪。

收稿日期:2004-10-20

作者简介:张明楷(1959—),男,湖北省仙桃人,清华大学法学院教授,博士生导师。

基金项目:本文是作者承担的国家社科基金项目《金融诈骗犯罪疑难问题研究》的阶段成果之一。

159 条第 1 款规定的诈骗罪对象包括“他人财产”与“他人财产权利”(其第 158 条所规定的盗窃罪对象仅限于“财产”)。

三是以“财产”、“不正当利益”等概念包含财物和财产性利益。例如,《德国刑法典》第 242 条与第 249 条规定的盗窃罪与抢劫罪的对象限于“动产”(或“可移动的物品”),而第 263 条所规定的诈骗罪对象是“财产”,其中的“财产”便包含了动产、不动产等财物以及财产性利益。再如,《意大利刑法典》第 624 条与第 628 条规定的盗窃罪与抢劫罪的对象仅限于“他人的动产”,但第 640 条规定的诈骗罪对象则为“不正当利益”,后者显然包括财物与财产性利益。

上述三种体例形式有异,但实质相同:其一,财物与财产性利益(或财产上的利益、不正当利益)是两个不同的概念。如果刑法明文规定的对象为财物或动产,侵犯财产性利益的行为就不构成犯罪。根据上述所列规定,在日本、韩国、德国、意大利等国,盗窃财产性利益不成立盗窃罪(也不成立其他犯罪);至于抢劫财产性利益的行为是否成立犯罪,则取决于刑法分则有无明文规定。其二,诈骗罪对象宽于盗窃罪对象,即盗窃罪对象仅限于财物,而诈骗罪对象包含财物与财产性利益。单从财物的角度来说,如果说盗窃罪对象仅限于动产,诈骗罪对象则还包含不动产。在本文看来,在上述立法例中,诈骗罪对象之所以宽于盗窃罪对象,主要原因在于:盗窃罪是违反被害人意志而转移占有,但一般而言(特别是在没有计算机的时代),未经被害人同意,几乎不可能转移不动产与财产性利益,即使在某些情形下转移了不动产或财产性利益,也难以产生实际效果,况且很容易通过民事手段恢复原状;但诈骗罪则不同,由于转移不动产或财产性利益的行为,得到了受骗者或被害人的同意(尽管存在瑕疵),行为人不仅能够取得不动产或财产性利益,而且难以通过民事手段补救。由此可见,诈骗罪对象宽于盗窃罪对象的立法例具有合理性。

我国《刑法》分则第五章的标题为“侵犯财产罪”,但第 266 条以及该章的其他条文都仅使用了“财物”一词。于是,需要回答以下问题:作为诈骗罪对象的“财物”是否包含财产性利益?如果作出否认回答,是否符合法益保护的目与客观现实?倘若得出肯定结论,是否违反罪刑法定原则?

依笔者之见,主张诈骗罪对象包含财产性利益具有合目的性与具体的妥当性。

首先,《刑法》分则第五章规定的是侵犯财产罪,反过来说,《刑法》分则第五章的目的在于保护财产(当然需要具体化)。《刑法》分则中的章节标题,对理解章节之下的法条的保护法益,具有不可低估的指导

意义。例如,《刑法》分则第四章是为了保护公民的人身权利与民主权利,故该章具体法条的保护法益,必须在各种人身权利与民主权利中予以确定。因此,得到被害人有效承诺的诬告陷害行为,虽然侵犯了司法活动,但由于没有侵犯公民的人身权利与民主权利,不得认定为诬告陷害罪。《刑法》分则第五章的标题,指明了其保护的法益为财产。“财产”一词在各国立法和法学著作中,往往具有多重的含义。第一,财产是指有货币价值的权利客体,在这个意义上,财产和有体物是相通的。第二,财产是指人们对物享有的所有权,在这个意义上,财产与没有权利归属的物是相对的,一个没有形成权利的而仅仅是被事实上占有的物,并不是财产,财产就是指所有权,德文的 *eigentum*、英文的 *Property*,既可以译为财产,又可以译为所有权。在英美法系国家,法律和法学中很少使用所有权的概念,更多的使用了财产的概念。第三,财产还可以用于指物和权利的总和,在这个意义上,所有权不过是一种财产。^{〔1〕}(P33) 我国法律在不同的意义上使用“财产”概念。《民法通则》第五章第一节标题为“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”,其中的“财产”指财物,而《继承法》第 3 条规定的“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”中的“财产”,则泛指有体物、财产权利与财产义务。事实上,现代社会对财产的衡量,已由对实物的占有让位于主体实际享有利益的多寡,财产权表现为庞大的权利系统,并可抽象为具有财产性质的利益。换言之,财产是主体在物上的权利或加于其他人的非人身性权利,前者包括主体在物上的所有权或其他排他性权利,后者则包括债权和其他含有财产内容的请求权。^{〔2〕}既然如此,从逻辑上说,作为刑法分则第五章的保护法益,当然不能排除财产性利益。进一步而言,既然《刑法》分则第五章标题表明其保护法益是财产,那么,对该章各个法条所述“财物”就应当作为财产的表现形式来理解,即应当将财物解释为“具有财产性质的利益”,包括财物与财物以外的具有财产价值的能够满足人的需要

例如,日本、韩国刑法将抢劫财产性利益的行为规定为犯罪,而德国与意大利刑法没有规定财产性利益可以成为抢劫罪的对象(可以成为敲诈勒索罪的对象,但其规定的敲诈勒索罪可能包含我国刑法中的抢劫罪的部分情形)。

在诈骗罪对象是否包含财产性利益的问题上,我国刑法理论存在两种对立观点。否定说认为,诈骗罪“侵犯的对象,限于各种具体的公私财物”。(杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社 1998 年第 2 版,第 504 页。)肯定说认为:“凡是有价值或有效用的财物,甚至财产性利益都可作为诈骗罪的对象。”(高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(下编),中国法制出版社 1999 年版,第 906 页;另参见马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社 2003 年版,第 536 页。)但是,刑法理论上对此并没有展开充分争论。

的利益。

其次,财产性利益是法所保护的一种重要利益,将其作为诈骗罪对象,具有现实的妥当性。因为财产性利益与狭义的财物对人的需要的满足,没有实质的差异;况且,财产性利益具有财产价值,甚至可以转化为现金或其他财物。如果不将财产性利益作为诈骗罪对象,就会导致处罚的不公平。例如,甲使用欺骗手段取得他人1万元现金;乙采用欺骗手段使他人免除自己1万元的债务;丙利用欺骗手段使银行职员将他人1万元的存款转入自己的账户。可以说,甲、乙、丙三人的行为都是给他人造成了1万元的财产损害,法益侵害性质与程度没有区别。如果对甲的行为以诈骗罪论处,对乙、丙的行为只是追究民事责任,则违反了刑法的公平正义性。正因为如此,司法实践中,一般将骗取财产性利益的行为认定为诈骗罪。例如,根据最高人民法院2002年4月10日《关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第3条第2款的规定:“使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌,骗免养路费、通行费等各种规费,数额较大的,依照诈骗罪的规定定罪处罚。”所谓“骗免”养路费、通行费等各种规费,实际上是指使用欺骗方法,使他人免除自己的债务;债务的免除意味着行为人取得了财产性利益。

再次,从刑法与民法的关系来考察,刑法也应当保护财产性利益。根据刑法的谦抑性原则,凡是适用其他法律足以抑止某种违法行为,足以保护法益时,就不要将其规定为犯罪。^{[3](P143)} 据此,如果民法能够抑止所有侵犯财产的行为,刑法就没有必要将侵犯财产的行为规定为犯罪。但民法对所有权、债权及其他财产性利益的保护不是万能的;民法不足以保护债权及其他财产性利益的情况是大量存在的;在财产关系极为复杂的当今社会,认为完全可以通过民法补救被害人的债权、财产性利益的损害,也是不现实的。前述外国立法例,在否认财产性利益可以成为盗窃罪的对象的同时,肯定了财产性利益可以成为诈骗罪、敲诈勒索罪的对象,也说明民法并不足以保护债权及其他财产性利益。所以,当民法不足以保护所有权、债权及其他财产性利益时,就需要刑法保护。如果认为只有财物才能成为侵犯财产罪的对象,那便意味着:只有当民法不足以保护所有权时,才由刑法保护;而当民法不足以保护债权及其他财产性利益时,不能由刑法保护;这显然不利于保护财产。另一方面,我国《刑法》第2条宣布保护财产,第13条宣布侵犯财产的行为构成犯罪,《刑法》第20条、第21条也间接表明刑法保护财产。所以,当民法不足以保护债权及其他财产性利益时,由刑法予以保护实属理所当然。

最后,刑法的相关规定表明财产性利益可以成为诈骗罪对象。例如,《刑法》第224条规定的合同诈骗罪的表现形式之一是,“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿”。货物、货款、预付款都是财物,但担保财产则不限于狭义财物,而是包括了债权等财产性利益。可见,合同诈骗罪的对象可以是财产性利益。再如,《刑法》第210条第2款规定:“使用欺骗手段骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的,依照本法第266条的规定定罪处罚。”增值税等发票本身虽然是有形的,但上述规定并不是旨在保护这种有形的发票本身,而是保护有形发票所体现的财产性利益(抵扣税款、出口退税)。或许人们认为,上述规定属于法律拟制。即财产性利益原本不是诈骗罪的对象;只是在有拟制规定的情况下,财产性利益才能成为诈骗罪的对象;而拟制规定的适用范围必须受到严格限制,只能在法条明文规定的特定范围内适用。诚然,拟制规定的内容不能“推而广之”,只能在特定范围内适用。但是,如果认为《刑法》第266条所规定的诈骗罪对象本身包含财产性利益,那么,第210条第2款的规定就不是法律拟制,而是注意规定。既然将财产性利益解释为财物具有合目的性与具体的妥当性,那么,就应认为《刑法》第266条所规定的财物原本包含财产性利益,故第210条第2款只是注意规定,而不是法律拟制。

问题在于,将财产性利益解释为财物是否属于类推解释,是否违反罪刑法定原则?

如果认为,“刑法第266条规定的对象是‘财物’,尽管‘财物’只限于有体物与无体物,但为了满足处罚的需要,对于骗取财产性利益的行为,也应定罪量刑”,那么,这显然是类推解释的思维。^{[4](P14)} 因为,如

财产性利益的概念,在广义上包含财物,是财物与财物以外的财产性利益的上位概念;但在刑法理论上,一般不认为财产性利益包含财物,而是在狭义上理解财产性利益(一般财物之外的财产性利益)。

至于第210条第1款的规定是法律拟制还是注意规定,则取决于对第264条的解释。换言之,认为第210条第2款是注意规定,并不意味着该条第1款也是注意规定。

此外,有的教科书主张诈骗的“犯罪对象仅限于公私财物,不包括其他利益”,同时认为,敲诈勒索的“犯罪对象具体表现为多种多样,有动产,有不动产;有形财产,无形财产”。(王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社1999年版,第404、412页。因为“无形财产”显然包含了财产性利益。)但诈骗罪与敲诈勒索罪的基本结构相同:前者是行为人使用欺骗手段使被欺骗者产生认识错误进而处分财产,后者是行为人使用恐吓手段使被恐吓者产生恐惧心理进而处分财产;既然敲诈勒索时对方可能处分财产性利益,那么,诈骗时对方也可能处分财产性利益。所以,认为敲诈勒索罪的对象可以是财产性利益,而诈骗罪的对象不能是财产性利益,可能缺乏理由。事实上从外国刑法的规定也可以看出,敲诈勒索罪的对象与诈骗罪的对象是完全相同的。

果解释者明知骗取财产性利益不包含于刑法规定的“财物”之中,仍然主张以诈骗罪论处,就意味着解释者明知刑法没有将诈骗财产性利益的行为规定为犯罪,但鉴于处罚的需要以及财产性利益与财物的相似性,主张以犯罪论处。在这种思维中,即使刑法没有明文规定的行为,也可能成立犯罪。但是,以上讨论明显不是这种思维,而是认为,《刑法》第266条的“财物”包含有体物、无体物与财产性利益。所以,问题的关键在于:认为财产性利益属于“财物”,是否属于类推解释因而违反罪刑法定原则?或者说,将“财物”解释为包含财产性利益,是被允许的扩大解释,还是被禁止的类推解释?疑问显然是存在的。

罪刑法定原则是刑法的生命,它既是立法机关制定刑法、司法机关适用刑法必须遵循的原则,也是任何解释者必须遵循的原则(即使是立法解释,也不能采取类推解释方法)。要判断某种解释是否类推解释因而违反罪刑法定原则,首先必须明确罪刑法定原则的思想基础,以及类推解释与扩大解释的区别。

罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义。民主主义要求,国家的重大事务应由国民自己决定,各种法律应由国民自己制定。刑法的处罚范围与程度直接关系着每一个人的生命、身体、自由、财产与名誉,属于特别重大的事项。“在特别重大的问题上,公民继续保留其否决权:这属于人权与基本权利,可以被理解为民主的创造性存在(而非像在传统自由主义中被作为对民主的提防)。”^{[5](P89)}所以,应当由国民决定什么行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚。但社会现实表明,不可能每一个人都是直接的立法者,妥当的做法是由国民选举其代表组成立法机关,由立法机关制定刑法;由于立法机关代表国民,故其制定的刑法也反映了国民意志。刑法一经制定,便由司法机关适用,司法机关适用刑法的过程,也是实现国民意志的过程。为了保障人权,不致阻碍国民的自由行动,不致使国民产生不安感,就必须使国民事先能够预测自己行为的性质与后果,必须事先明确规定犯罪与刑罚。与此同时,只有事先明确规定犯罪与刑罚,才能限制司法权力,从而保护人权。具体地说,一方面,国民的预测可能性是其自由的前提之一。因为当国民事先能够根据成文刑法预测自己的行为性质时,就不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚处罚而感到不安,也不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚制裁而不敢实施合法行为,从而导致行为萎缩的效果。在此意义上,尊重人权主义与使国民具有预测可能性是同一含义。另一方面,事先明文规定犯罪与刑罚,就可以限制司法权力:对于法无明文规定的行为,司法机关不能定罪量刑;即使是法有明文

规定的犯罪,司法机关也只能依法定罪量刑。显然,如果在具有成文法的前提下实行类推解释,则意味着立法机关制定的成文刑法不起作用,因而违反了国民意志;意味着国民不能预测自己的行为是否会被类推解释为犯罪,意味着司法机关的权力没有受到限制,因而侵犯了国民的自由。所以,必须禁止类推解释。也因为类推解释“超出了通过解释才可查明的刑法规范规定的内容”,是“为制定新法律规范目的而类推”,^{[6](P166)}所以,禁止类推解释的要求,实际上包含在许多思想家所提出的法治原则之内。^{[7](P260) [8](P68)}罪刑法定原则虽然禁止类推解释,但允许扩大解释,换言之,扩大解释是刑法解释不可缺少的一种方法。因为:首先,由于语言具有局限性,对用语进行扩大解释,也是日常生活经常使用的方法;由于人们在日常生活中对扩大解释习以为常,在刑法上进行一定扩大解释时,不会超出国民的预测可能性范围。其次,虽然扩大解释会扩大刑法的处罚范围,在此意义上说,不利于保障行为人的自由;但是,罪刑法定原则的思想基础不只是保障人权主义,还有民主主义;刑法不只是为了保障行为人的自由,还要保护一般人的法益,解释刑法时必须兼顾二者。当不进行扩大解释就不足以保护法益,而且扩大解释无损国民的预测可能性时,理当进行扩大解释。最后,成文刑法是以固定的文字对应现实社会可能发生的犯罪,固守文字通常含义的解释方法必然导致刑法不能适应社会的发展、犯罪的变化。不能适应社会需要的法律,不是正义的法律;要使刑法不断地满足人们的正义要求,就必须根据社会变化不断地解释刑法,其中不可避免地使用扩大解释方法。

罪刑法定原则虽然并不禁止扩大解释,但并不意味着扩大解释的结论都符合罪刑法定原则。易言之,虽然扩大解释方法本身并不违反罪刑法定原则,但其解释结论则可能与罪刑法定原则相抵触。因为不合理的扩大解释结论,也可能超出国民的预测可能性,侵犯国民的自由,从而违反罪刑法定原则。

要使扩大解释不违反罪刑法定原则,最重要的是明确扩大解释与类推解释的界限。关于二者的区别,

正如有的教科书所言:“有的学者主张,勒索的对象除财物外,也可以是‘财产性利益’,例如,用威胁或要挟方法强迫他人为自己无偿提供劳务(如开荒、种地、修建房屋、下海捕捞等)。我国刑法对此无明文规定。我们认为,用勒索的方法迫使他人交付具有经济价值的财物,同用同样的方法迫使他人无偿提供劳务,占有其劳动价值相比较,前者行为人的财产增加了(积极增加),后者行为人应当付出而不付出,实质上是以另一种方式使财产增加(消极增加),二者没有本质区别。但是,因为我国刑法没有规定‘财产性利益’,而且这一概念的内涵、外延不易确定,从贯彻罪刑法定原则考虑,上述主张是否可行,还有待研究。”高铭暄主编:《新编中国刑法学》下册,中国人民大学出版社1998年版,第802-803页。

我们可以列举许多:其一,从形式上说,扩大解释所得出的结论,并未超出刑法用语可能具有的含义,而是在刑法文义的“射程”之内进行解释;类推解释所得出的结论,超出了用语可能具有的含义,是在刑法文义的“射程”之外进行解释。其二,从着重点上说,扩大解释着眼于刑法规范本身,仍然是对规范的逻辑解释;类推解释着眼于刑法规范之外的事实,是对事实的比较。其三,从与立法者的意思的关系上说,扩大解释,是为了使立法者的意思明确化;类推解释,是在立法者的意思之外主张解释者自己所设定的原理。其四,从论理方法上说,扩大解释是扩张性地界定刑法的某个概念,使应受处罚的行为包含在该概念中;类推解释则是认识到某行为不是刑法处罚的对象,而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由,将其作为处罚对象。其五,从实质上而言,扩大解释没有超出公民预测可能性的范围;类推解释则超出了公民预测可能性的范围。尽管如此,在国内外解释实践中,对同一种解释,仍然存在有人认为是类推解释、有人认为是扩大解释的现象。例如,将《刑法》第259条的“同居”概念,解释为包括长期通奸或导致严重后果的通奸,既可能被人们认定为类推解释,也可能被人们认定为扩大解释。

如果同时从罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面出发,本文以为,将诈骗罪对象的“财物”解释为包含有体物、无体物与财产性利益,并不违反罪刑法定原则。

第一,某种解释是否违反罪刑法定原则,在考虑用语可能具有的含义的同时,还必须考虑处罚的必要性。对一个行为的处罚必要性越高,将其解释为犯罪的可能性越大,但如果行为离刑法用语核心含义的距离越远,则解释为犯罪的可能性越小。换言之,“解释的实质的容许范围,与实质的正当性(处罚的必要性)成正比,与法文通常语义的距离成反比”。^{(9)(P85)}因此,处罚的必要性越高,做出扩大解释的可能性就越大。但是,如果行为超出了刑法用语可能具有的含义,则不管处罚的必要性有多高,也不得解释为犯罪。因为即使危害再严重的行为,如果事先没有将其可罚性告知国民,就不得对该行为定罪科刑。考虑处罚的必要性,是民主主义原理决定的;考虑用语可能具有的含义,是尊重人权主义的原理要求的。“可能具有的含义”,是指依一般语言用法,或者立法者标准的语言用法,该用语还能够指称的意义。^{(10)(P227)}“用语可能具有的含义”大体分为三种情况:一是一般人都能预想到的含义(核心内部);二是一般人都难以想到的边缘部分;三是上述二者的中间部分。如果行为符合第一种含义,应当肯定构成要件符合性;在第二种情

况下,原则上应否定构成要件符合性;对于第三种情况,则应通过考虑处罚的必要性来决定。⁽¹¹⁾如前所述,诈骗数额较大的财产性利益的行为具有处罚的必要性,所以,对“财物”有做广义或扩大解释的必要性。

第二,应当通过一般人的接受程度判断某种解释是否会侵犯国民的预测可能性、是否违反罪刑法定原则。一种解释结论能否被一般人接受,常常是判断解释结论是否侵犯国民的预测可能性的重要线索。因为当解释结论被一般人接受时,就说明没有超出一般人预测可能性的范围;当一般人对某种解释结论大吃一惊时,常常表明该解释结论超出了一般人预测可能性的范围。例如,旧中国与国外刑法都将非法侵入住宅罪的构成要件规定为:“无故侵入他人住宅或者经要求退出但仍不退出。”我国的新旧刑法均只有“非法侵入他人住宅”的表述,但刑法理论千篇一律地将本罪定义为“未经允许非法进入他人住宅或者经要求退出无故拒不退出的行为”,^{(12)(P490)}人们却习以为常而没有异议。但当笔者提出,非法吸收公众存款,包括“公众有权提取存款时不允许公众提取存款”时,^{(13)(P633)}人们却提出了疑问。^{(14)(P321)}其实,两者的解释原理完全相同。如果说将不支付存款解释为“非法吸收”存在疑问,那么,将不退去解释为“侵入”也存在问题。反之,如果将不退去解释为“侵入”是合理的,那么,将不支付存款解释为“非法吸收”也是合理的。由此看来,一种解释结论被人们接受的程度是一个重要问题。所要强调的是,解释者不仅要考虑刑法学家、司法人员的接受程度,更要考虑一般人的接受程度。由于诈骗财产性利益的行为本身具有明显的法益侵犯性,将其作为诈骗罪处罚,容易被一般人接受,因而不会侵犯国民的预测可能性。

犯罪可以大体上分为自然犯与法定犯。一般人容易认识自然犯的可罚性,故对有关自然犯的法条的扩大解释,不致侵害国民的预测可能性;一般人难以认识法定犯的可罚性,故对有关法定犯的法条的扩大解释,容易侵害国民的预测可能性。所以,与对有关法定犯的法条的扩大解释的允许程度与范围相比较,对有关自然犯的法条的扩大解释的允许程度与范围,可以略为缓和、宽泛。诈骗罪属于自然犯,对财物进行扩大解释,使之包含财产性利益,也不致于侵害国民的预测可能性。

第三,解释结论与刑法的相关条文内容以及刑法的整体精神相协调时,不宜认定为类推解释。当扩大解释与相关条文产生冲突,与刑法的整体精神相矛盾

能否在处罚的必要性很高、且没有侵犯国民的预测可能性的情况下,肯定构成要件符合性,则是需要慎重处理的问题。

时,很容易形成类推解释。例如,当A条文规定对某种行为按B条文所规定的犯罪处罚时,如果不是法律拟制,只是注意规定,那么,对A条文所使用的用语能否做出扩大解释,要取决于B条文的规定。如《刑法》第241条第2款规定:“收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,依照本法第236条的规定定罪处罚。”发生性关系的通常含义是发生性交,但即使是在日常生活中,也会对该用语作扩大解释,即完全可能存在性交以外的性关系。但是,由于《刑法》第236条规定的是强奸罪,《刑法》第237条又规定了强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪,故强奸罪只能限于性交行为。既然如此,对《刑法》第241条中的“发生性关系”就不能作扩大解释,只能按通常含义解释。又如,当刑法条文一直明确将两种现象分别规定时,如果某个分则条文只是规定了一种现象,那么,原则上就不能将没有规定的另一现象解释成刑法分则条文所规定的现象,或者说不能将该分则条文的规定扩大解释为其没有规定的现象,否则,会被人们视为类推解释。例如,《刑法》第67条所规定的准自首的主体为“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯”,第316条第1款规定的犯罪主体为“依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人”,第2款规定的对象为“押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人”,第400条规定的是“在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯”。这说明,刑法严格区分了罪犯与被告人、犯罪嫌疑人。因此,当刑法明文将犯罪主体限于“依法被关押的罪犯”时(《刑法》第315条),不能将“罪犯”解释为罪犯、被告人与犯罪嫌疑人,否则便有类推解释之嫌。但是,刑法总则与分则对“犯罪分子”与“犯罪的人”、“有罪的人”的规定,则并不限于已被法院依法判决有罪的罪犯,因而可能包括被告人与犯罪嫌疑人。^{[15](P360以下)}这种解释不是类推解释,甚至不是扩大解释。如前所述,将诈骗罪对象的“财物”解释为包含财产性利益,与刑法的相关规定(《刑法》第2条、第13条)是协调的,不产生任何矛盾。为了证明本文的观点,下面再举若干条文予以说明。

《刑法》第92条规定:“本法所称公民私人所有的财产,是指下列财产:(一)公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料;(二)依法归个人、家庭所有的生产资料;(三)个体户和私营企业的合法财产;(四)依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。”显然,公民私人所有的财产实际上包含了财产性利益。第92条虽有“本法所称私人所有的财产”的表述,但分则条文却没有类似“私人财产”的术语,相反,侵犯财产罪的对象都被表述为“公私财物”。在本文看来,侵犯财产罪对象的“公私财物”就是指财产;这样理解,

才能使刑法的总则与分则保持协调。另一方面,《刑法》第115条、第133条规定的结果之一是“使公私财产遭受重大损失”,《刑法》第338条、第339条、第408条规定的结果为“致使公私财产遭受重大损失”,《刑法》第304条、第397条、第403条规定的结果为“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”,还有20余个条文将使各种利益遭受重大损害规定为构成要件的结果或者法定刑升格的条件,这说明刑法保护“财物”与“利益”。既然如此,就不能认为侵犯财产罪的对象只能是财产中的狭义财物。换言之,没有理由认为,刑法分则有关其他犯罪的规定(如上述第338条、第339条、第408条、第304条、第397条、第403条)保护公私财产、保护财产性利益,而关于侵犯财产罪的规定反而不保护财产性利益。相反,只有认为侵犯财产罪的对象包括财产性利益,才能使侵犯财产罪与其他相关犯罪相协调。既然将财产性利益解释为财物与刑法的其他条文相协调,就不应认为这种解释属于类推解释。

第四,某种解释是扩大解释还是类推解释,应当根据本国的刑法及其用语进行判断,而不能根据外国的刑法用语得出结论。例如,日本有学者认为,具有事务管理可能性的利益或价值也是财物,根据这一学说(事务管理可能性说),像债权这样的权利也是财物。^{[16](P614以下)}这种观点之所以在日本没有得到认可,是因为日本刑法明文将财产罪的对象区别规定为财物与财产性利益。既然如此,当然不能认为财产性利益属于财物。再如,韩国刑法也区别规定了财物与财产性利益,盗窃罪的对象不包括财产性利益,所以,韩国大法院的判例指出:“擅自使用他人电话通话的行为,是利用电信事业者的通信线路和电话交换机等电信设备,以及通过电信技术电话用户,和对方通话的行为。甲使用他人电话通话的行为,是不当利用电信事业者给用户提供的音响收发机能的行为。由于电信服务只不过是无形利益而不是物理的管理对象,因此不是财物,因而不能成为盗窃罪的对象。”^{[17](P2)}不难看出,日本、韩国等国刑法理论与审判实践认为“财产性利益”不包含在“财物”的概念中,是因为其刑法明文并列规定了“财物”与“财产性利益”。在我国刑法没有将财物与财产性利益分别并列规定的情况下,就不应当照搬日本、韩国的解释。直截了当地说,在刑法明文区分财物与财产性利益的情况下,不可能将财产性利益解释为财物;但在刑法没有明文区分财物与财产性利益的情况下,反而可能将财产性利益解释为财物。反过来也能说明这一点。例如,德国、日本刑法没有规定抢夺罪,而是将通常的抢夺行为解释为盗窃,将利用机动车抢夺的行为解释为抢

劫。^{[18](P159)}以中国学者的眼光来看,德国、日本的刑法理论与审判实践似乎在进行类推解释,但事实上并非如此。因为在刑法没有规定抢夺罪的情况下,完全可能将抢夺行为解释为盗窃或抢劫。再如,我国刑法常常将伪造与变造并列规定,因此,在通常情况下,伪造并不包含变造(但也有例外)。但俄罗斯刑法分则条文只使用伪造概念,故刑法理论仍然认为伪造包含变造,而这种解释并不被认为是类推解释。^{[19](P503、809)}所以,不能以国外刑法将财产性利益排除在财物之外为由,否认我国刑法中的财物概念包括财产性利益。

况且,即使在刑法分则条文明确区分了财物与财产性利益概念的国家,也存在将财产性利益(如债权)解释为财物的判决。例如,瑞士1971年刑法没有规定计算机诈骗罪,《瑞士联邦刑法典》第141条规定的侵占罪对象为财物(动产)。著名的Nehmad案的案情是,被告人没有将他人误转入其存折中的3万瑞士法郎返还给他人(也没有取出存款)。瑞士联邦法院指出,《刑法》第141条侵占罪中的财物概念(sache, chose, cose)不限于有体物,也包括债权。理由是,刑法概念具有不同于民法概念的独特性,从经济方面来说,从一个存折到另一个存折的债权转移,可以与现金的支付等同看待。^{[20](P204)}这一判例对我国刑法理论与刑事司法上处理财物与财产性利益的关系具有借鉴意义。

第五,实际上,在我国刑法条文中,财物与财产两个概念并没有明显区分,甚至可以认为,二者基本上是在相同意义上使用的概念。例如,《刑法》第64条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还;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,不得挪用和自行处理。”其中“犯罪分子违法所得的一切财物”当然包括狭义财物以外的财产与财产性利益;不可能只追缴狭义财物而不追缴财产性利益;将其中的“一切财物”理解为财产,正好与后述“对被害人的合法财产,应当及时返还”的表述相一致。“供犯罪所用的本人财物”,也应当包含狭义财物以外的其他财产性利益。例如,行为人为了骗取贷款100万元,用自己真实的10万元存单和伪造的90万元存单做担保的,对其中的10万元存单也应当没收。再如,《刑法》第224条规定:“有下列情形之一,以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,骗取对方当事人财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;……(四)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的;……”如前所述,担保财产并

不限于财物,而是包括债权等财产性利益。所以,虽然前面的表述似乎表明合同诈骗罪的对象是“对方当事人财物”,但后面的表述肯定了包括债权等财产与财产性利益。既然刑法并未严格区分财物与财产概念,那么,认为财物包含财产性利益,就不属于类推解释。

综上所述,作为诈骗罪对象的“财物”,可以包含财产性利益。

一般来说,财产性利益是指狭义财物以外的无形的财产上的利益,包括积极利益的增加(获得债权)与消极利益的减少(减少或免除债务)。此外,财产性利益既可以是永久性的利益,也可以是一时性的利益。台湾学者褚剑鸿指出:“关于获得财产上不法利益之形态,可分为五种:(一)对被害人设定权利,如使被害人房屋出租交与使用。(二)使被害人免除加害人或第三人债务,如使书立免除债务字据或退还借据。(三)使被害人提供劳务,如使演员演出。(四)使被害人满足加害人或第三人之欲望,如给付白饮白食,免费观剧、乘车等。(五)其他获得财产上之受益,如窃占他人之土地耕种之收益,占据人房屋居住等,均属财产罪之不法利益范围。”^{[21](P1088-1089)}但是,联系我国的刑法规定与司法实践,即使认为财产性利益可以成为诈骗罪的对象,也应当对财产性利益的范围作适当限制,而不能作如此宽泛的解释。换言之,认为财物概念包含财产性利益,并不意味着任何侵犯财产性利益的行为都成立财产罪,不意味着任何骗取财物的行为都成立诈骗罪。如同狭义财物是诈骗罪的对象,但骗取财物也不一定成立诈骗罪一样。诈骗财产性利益的行为是否成立诈骗罪,还要通过考量欺骗的程度、数额的大小、被害人是否遭受财产损失等因素来决定。这里所要讨论的是,对于作为诈骗罪对象的财产性利益应否作出一定限制?本文初步认为,对于作为诈骗罪对象的财产性利益,作出如下限定是必要的。

第一,财产性利益的内容必须是财产权本身,即取得他人的财产权或者通过使他人免除债务而使他人丧失财产权时,才可能成立诈骗罪。因为诈骗罪属于侵犯财产罪,如果利益的内容不是财产权本身,就难以认定行为侵犯了财产。所以,劳务本身不是财产性利益,基于劳务所产生的财产权才能成为财产性利

如果刑法没有规定诈骗罪,解释者完全可能将诈骗行为解释为盗窃罪的间接正犯。

如《刑法》第227条的“伪造”便包含变造。参见最高人民法院2000年11月15日《关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律问题的解释》;另参见本文参考文献[15],第333页以下。

联系《刑法》第395条的规定,也应认为违法所得的一切财产都应追缴。

益。例如,诈称自己急病,使邻居开车将自己送往医院的行为,并不成立诈骗罪。因为邻居在开车将行为人送往医院时,并未与行为人形成取得对价的约定,所以,没有丧失任何财产权。反之,基于劳务或服务产生的财产权能够成为财产性利益。例如,行为人获得某种应当支付代价的服务后,以签发空头支票的方式使对方误以为为行为人支付了代价,因而免除行为人的债务的,应认定为骗取了财产性利益。所以,乘坐交通工具后,使用欺骗手段使提供运输的人免除交通费用的,属于骗取了财产性利益。

第二,财产性利益应限于具有管理可能性、转移可能性的情形。因为诈骗罪在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程:行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持认识错误——对方基于认识错误处分(或交付)财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失(财产损失是否独立的既遂要素,还存在争议)。^{[17](P99) [22][23](P212) [24](P180)}“通说认为,交付行为的存在是必要的;交付行为这一要素,是‘没有记述的构成要件要素’。”^{[25](P329)}所以,诈骗罪与盗窃罪、抢劫罪、敲诈勒索罪等有一个共同点:将对方的财物转移为行为人或者第三者占有。也正是因为行为人或者第三者取得了财物的占有,才使原占有者的法益受到侵害。例如,存款债权具有管理可能性与转移可能性,行为人采取欺骗手段使他人将存款债权转入行为人账户的,应成立诈骗罪。不具有管理可能性、转移可能性时,便不存在处分财产性利益的可能性,当然不可能成立诈骗罪。

第三,虽能满足人的需要与欲望,但不具有经济价值的利益,不能成为诈骗罪对象的财产性利益。因为诈骗罪属于侵犯财产罪,如果所骗取的利益不具有经济价值,就不能认为侵犯了被害人的财产。只有客观上评价具有经济价值的利益,才可能成为诈骗罪对象的财产性利益。例如,行为人没有缴纳话费的意思,利用他人身份证取得了SIM卡的使用权,并且使他人免除话费的,骗取了财产性利益,成立诈骗罪。反之,欺骗卖淫女使之提供性服务的,不属于骗取财产性利益的行为。

第四,取得利益同时导致他人遭受财产损失时,才能认定为财产性利益。换言之,行为人取得财产性利益意味着妨碍被害人享受利益时,才可能认定为诈骗罪。例如,行为人欺骗被害人使其免除债务而取得财产性利益的行为,就同时使被害人丧失相应的债权(如前述转移存款债权的情形)。如果行为人虽然取得了某种利益,但并没有使被害人遭受财产损失时,并不能以诈骗罪论处。例如,使用欺骗手段取得他人

情报的,不成立诈骗罪;因为被害人并未因此而丧失情报。联系《刑法》第219条的规定,也可以说明这一点。即行为人窃取他人商业秘密的行为本身,并不成立盗窃罪;因为对方并不由于行为人的窃取而丧失商业秘密。所以,只有窃取后进一步实施使用等行为,使权利人遭受经济损失的,才认定为侵犯商业秘密罪。基于同样的理由,单纯骗取他人商业秘密的,也不成立诈骗罪。再如,在事先提交入场券才能进入演唱会的情况下,行为人使用欺骗手段进入演唱会观看演出的,演唱会的举办者并未因此而丧失财产,所以,行为人的行为不成立诈骗罪。提出这一限制的理由是,就诈骗罪而言,行为人并不仅仅因为取得狭义财物或财产性利益而当然成立犯罪,而是因为剥夺进而取得他人的狭义财物或财产性利益才成立诈骗罪。在骗取狭义财物的场合,行为人取得财物时,被害人一般同时丧失财物,二者之间存在明显的对应关系。但在财产性利益的场合,并不必然存在这种对应关系。而诈骗狭义财物与诈骗财产性利益同属于诈骗罪,二者性质相同,应当作相同的理解。所以,只有当行为人取得利益时,被害人同时丧失利益的,才能认定财产性利益的转移,进而认定为诈骗罪。^{[26](P133)}

对财产性利益作出上述限定后,还需要探讨几个特殊问题。

第一,债权凭证是否属财产性利益?

首先,能否认为债权凭证都是狭义财物?就债权凭证本身而言,作为一种文书,它是有体物,在此意义上说,它是财物。可是在我国,财产罪的成立常常以数额较大为起点,而债权凭证本身作为有形物时的价值并不大,所以,难以认为债权凭证都是狭义财物。但是,有些债权凭证,如不记名、不挂失的国库券等有价证券,它们虽不同于货币,但却具有与货币相似的功能,持有人丧失国库券无异于丧失货币。在这种情

行为人嫖娼卖淫者后,使用欺骗手段使对方免除嫖宿费用的,是否成立诈骗罪,在国外存在争议。这取决于如何理解“财产”概念以及如何看待刑法与其他法律的关系。例如,韩国曾发生如下案件:被告人甲本来不想给酒吧小姐任何费用,但表面上和酒吧小姐约定支付卖淫费用而与之发生性交。甲用窃取的信用卡刷卡的方式,摆脱支付嫖宿费用。韩国大法院的判决指出:“原审对上述公诉事实,以贞操不能成为财产罪的对象,而且其卖淫费用是违背善良的风俗而不是法律上受保护的经济利益为根据,判决被告人甲以欺诈的手段摆脱卖淫费用的行为不构成诈骗罪。一般来说,之所以不能从经济上评价男人与妇女之间的性行为以及妇女和相对方之间达成的以取得钱财或者财产上利益等为对价实施性行为的约定行为,是因为该契约本身是以违背善良风俗以及其他社会秩序为内容的无效的法律行为。但是,由于诈骗罪对象上的财产上利益,不一定意味着私法上保护的财产上的利益,因此,妇女以收到钱财为前提而卖淫时,该行为的费用相当于诈骗罪对象的财产上利益,而且欺诈妇女进而脱离性行为的费用时,成立诈骗罪。”(韩)吴昌植:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社2004年版,第13页。显然,原审对财产采取的是法律的财产说,而韩国大法院采取的是经济的财产说。

况下,应当认为国库券等有价值证券属于狭义财物。即使不认定为狭义财物,也应当认定为财产性利益。因为被害人对国库券的丧失,就是对财产的丧失。我国司法实践也是这样处理的。

其次,债权凭证是否都可以成为诈骗罪对象的财产性利益?本文持否定回答。换言之,只有当骗取债权凭证的同时导致被害人财产损害的,才宜认定为诈骗罪。以骗取存折为例。行为人采取欺骗手段使他人交付存折的,并不成立诈骗罪。一方面,存折作为有形物,其财产价值并不能达到数额较大的要求。另一方面,存折确实体现了一种财产性利益,但是,当行为人骗取存折后,被害人并不因此同时遭受财产损失。因为如果行为人并不利用所骗取的存折支取存款,被害人不会遭受财产损失。但是,一旦行为人利用存折骗取存款,则不是取得财产性利益,而是取得了现金即狭义财物。因此,对于存折这类债权凭证本身,没有必要作为财产性利益进行保护。最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条就盗窃罪的数额计算有如下规定:“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。如果票面价值未定,但已经兑现的,按实际兑现的财物价值计算;尚未兑现的,可作为定罪量刑的情节。不能即时兑现的记名有价支付凭证、有价证券、有价票证或者能即时兑现的有价支付凭证、有价证券、有价票证已被销毁、丢弃,而失主可以通过挂失、补领、补办手续等方式避免实际损失的,票面数额不作为定罪量刑的标准,但可作为定罪量刑的情节。”据此,一方面,盗窃可以即时兑现的活期存折、已到期的定期存折后,即使没有支取存款,也应按存折上的数额认定为盗窃罪。但这种解释的妥当性值得怀疑。因为盗窃或者拾取存折并不等于盗窃、拾取了存折所显示的存款,丧失存折的被害人也并不因此丧失存款。而且,这种解释结论并不符合司法现状。例如,不少行为人专门在商店行窃,他们窃取他人手提包之后,将现金与手机等财物取出,将手提包及其中的存折、储蓄卡等债权凭证置于商店保安容易发现的场所。尽管他们在盗窃时认识到他人的手提包中会有存折、储蓄卡,但并不打算利用存折、储蓄卡提取存款。在这种情况下,按存折上的数额认定为盗窃罪,并不符合罪刑相适应原则,也有违反主客观相统一原则之嫌。骗取邮政汇款单的行为也是如此。如果行为人骗取汇款单之后并不采用欺骗手段领取汇款,被害人也不会遭受财产损

害。一方面,被害人可能通过适当途径领取汇款;另一方面,在被害人不能领取的情况下,汇款会退回给汇款人。所以,只有当行为人通过欺骗手段进行领取汇款时,被害人才因此遭受财产损失。但在这种情况下,行为人已经取得了现金即狭义财物,而不是骗取财产性利益。

由此看来,对于存折、汇款单之类的记名、挂失的债权凭证而言,没有必要一概作为财产性利益来对待。但是,如前所述,使用欺骗手段使他人将现金存入行为人名义存折或者通过转账使行为人的存款数额增加的,即使行为人没有取出现金或存款,也应认为骗取了财产性利益。因为,行为人名义存折上的存款数额增加,意味着行为人对银行所享有的存款债权的数额增加,同时意味着被害人的财物或存款债权的数额减少。对此认定为诈骗罪,应当没有疑问。

第二,财物的返还请求权是否属财产性利益?

例如,乙无偿将名画借给甲后,当乙要求甲返还名画时,甲使用欺骗手段使乙免除名画的返还。甲的行为是就名画成立侵占罪,还是就名画的返还请求权成立诈骗罪?本文认为,甲的行为就名画成立侵占罪,而不就名画的返还请求权成立诈骗罪。换言之,返还请求权不是刑法上的财产性利益。财物的返还请求权是被害人的所有权的一种效果,包含在财物的所有权之中;将违法取得财物的行为作为财产犯予以处罚时,就已经将被害人对该财物所包括的权利作为法益评价在其中,不能再将行为对其中个别权利的侵害进行重复评价。例如,行为人骗取他人财物后又毁坏该财物的,作为诈骗罪处罚时,就已经包含了对其后毁坏财物的处罚,因而不另成立故意毁坏财物罪。在上例中,不能以侵占财物(名画)的犯罪轻于诈骗财产性利益(名画的返还请求权)为由,通过处罚诈骗罪以吸收侵占罪。因为在不可罚的事后行为的情形,之所以由前行为吸收后行为,而不比较刑罚的轻重,是因为在法益侵害的时刻,前行为的违法已经包含、吸收了后行为的违法,而不是刑罚吸收问题。例如,侵占罪的法定刑轻于故意毁坏财物罪的法定刑,但在行为人侵占他人财物后又毁坏该财物的,不能认定为故意毁坏财物罪,只能认定为侵占罪。所以,上例中

如最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定:“不记名、不挂失的有价支付凭证、有价证券、有价票证,不论能否即时兑现,均按票面数额和案发时应得的利息、奖金或者奖品等可得收益一并计算。股票按被盗窃当日证券交易所公布的该种股票成交的平均价格计算。”

不可罚的事后行为,也称共罚的事后行为,该行为是指在状态犯的场所,利用该犯罪行为的结果的行为。如果孤立来看,该行为符合其他犯罪的构成要件,具有可罚性,但由于被综合评价在该状态犯中,故没有必要认定为其他独立犯罪。

的甲仅就名画成立侵占罪,而不就名画的返还请求权成立诈骗罪。概言之,如果将侵害财物所有权的行为作为财产犯处罚,那么,对于侵害财物的所有权的部分内容的返还请求权的行为,不能另作为独立的财产犯罪处罚。^{[26](P142以下)}

第三, 贷款请求权是否属财产性利益?

返还请求权与贷款请求权虽然大多可能并存,但也存在不能行使返还请求权,只能行使贷款请求权的情形。这种不能行使返还请求权的贷款请求权,属于财产性利益。例如,行为人事先以不支付代价的意图,欺骗饭店提供食物的,就食物(财物)成立诈骗罪(当然以数额较大为前提)。同样,行为人事先打算支付代价,但在吃完后发现没钱付费而使用欺骗手段,使对方免除食物价款请求权的,也应成立诈骗罪。但在这种场合,受骗者不存在食物返还请求权,只有贷款请求权。行为人所骗取的不是食物本身,而是对方的贷款请求权这一财产性利益。^{[26](P144)}又如,行为人正常大量用电后,在电力公司人员即将按电表收取电费时,产生不缴或少缴电费之念,使用不法手段将电表显示数调至极小额度,使收费人员误以为行为人没有用电,从而免除行为人缴纳电费的,也应当成立诈骗罪。因为在这种场合,电力公司不存在电力返还请求权,只有贷款(电费)请求权。行为人所骗取的不是电力本身,而是对方的电费请求权这一财产性利益。

第四, 财物的交付“请求权”是否属财产性利益?

这里所讨论的问题是,行为人以骗取狭义财物为目的实施欺骗行为,与受骗者形成了交付财物的约定,取得了财物的交付“请求权”时,是否成立诈骗罪?例如,甲企图非法取得乙的货币,便欺骗被害人乙,进而形成了乙向甲交付货币的约定。如果此后乙基于约定向甲交付了货币,甲取得货币的行为当然成立诈骗罪。问题是,甲使用欺骗手段获得货币交付“请求权”的行为,是否另成立诈骗财产性利益的犯罪?日本的判例持肯定回答,但将二者作为包括的一罪处断;不过,如果事先的约定数额高于实际交付的数额,或者事后交付的数额高于事先约定的数额,则分别就超出的部分另成立犯罪。例如,行为人实施赌博诈骗行为,使被害人输了141万元。但被害人当时只携带了2万日元,行为人便与被害人约定日后支付给行为人剩余的139万日元。日本最高裁判所除认定对2万日元成立诈骗罪(一项诈骗)外,还认定后者成立二项诈骗罪(骗取财产性利益)。日本审判实践上之所以这样认定,是因为其刑法将财物与财产性利益作为并列的对象予以规定。而我国刑法并无类似并列规定,根据前述解释,财产性利益只是财物

的一种表现形式,所以,当行为人通过欺骗手段取得了财物时,没有必要就财产性利益再认定为诈骗罪。此外,根据我国的现实情况,即使行为人通过欺骗手段与被害人形成了交付财产的约定,如果财物的交付“请求权”的取得不具有独立的价值与意义,就不能认定被害人因此而现实地遭受了财产损害,故不宜认定为诈骗既遂(但可以就狭义财物认定为诈骗未遂)。例如,行为人使用赌博诈骗的方法使他人欠下赌债,而事后并没有实现“请求权”的,不宜认定为诈骗既遂(有可能为诈骗罪未遂),因为被害人没有遭受现实的财产损害。如果行为人后来实现了赌债的“请求权”,取得了被害人交付的财物,则应就取得的财物成立诈骗罪,不宜认定为数个诈骗罪。再如,行为人为了非法取得他人不动产,采取欺骗手段使他人作出了交付不动产的意思表示。但如果没有进行不动产的转移登记,那么,既不宜就财产性利益认定为诈骗既遂,也不能就不动产本身认定为诈骗既遂,而应认定为诈骗不动产未遂。如果进行了不动产的转移登记,则就不动产成立诈骗既遂,不宜认定为数个诈骗罪。基于同样的理由,行为人欺骗他人,单纯使他人写下欠条的,没有必要认定为诈骗既遂,但可能认定为诈骗财物未遂。如果行为人后来基于欠条取得他人财物的,则就取得的财物认定为诈骗既遂,不宜认定为数个诈骗罪。

第五, 债务的延缓履行是否属财产性利益?

如前所述,行为人使用欺骗手段使债权人免除行为人所负债务的,应就财产性利益成立诈骗罪;问题是,债务人使用欺骗手段导致延缓债务履行的,应当如何处理?日本大审院的判决认为,债务的延缓履行也是财产性利益。日本刑法理论的通说肯定债务的延缓属于财产性利益;许多学者同时认为,只有在债务的延缓履行导致债权的财产价值减少时,才宜认

请注意,这种行为与一般的窃电行为不同。行为人不缴或者少缴电费,事先采用不法手段,使电表停止运行的,所窃取的是电力本身,而不是财产性利益,其行为也符合盗窃罪的构成要件。但在上述场合,行为人事先没有窃电的意图,而是正常用电。事后骗取的也不是电力,而是对方的电费请求权这一财产性利益。二者是不宜混淆的。我国刑法理论常常以“窃电”一词涵盖真正的盗窃电力(狭义财物)与骗免电费(财产性利益)两种情形,司法实践中也将后一种情形认定为盗窃。其实,二者的对象与行为性质并不相同。

显然,这里的“请求权”并不是民法认可和保护的一种权利;虽然内容具有非法性,但形式上与支付请求权相似。

日本大审院1901年5月23日判决,日本《大审院刑事判决书》第17辑,第747页;日本东京高等裁判所1955年10月6日判决,日本《高等裁判所刑事裁判特报》第2卷第20号,第1032页。

日本最高裁判所1968年10月24日判决,日本《最高裁判所刑事判例集》第22卷第10号,第946页。

参见日本大审院1923年6月14日判决,日本《大审院刑事判例集》第2卷,第537页;日本最高裁判所1959年3月12日判决,日本《最高裁判所刑事判例集》第13卷第3号,第298页。

定为财产性利益。^{[18](P179) [23](P219) [27](P246)}从我国的现状来看,将债务的延缓履行本身作为财产性利益可能还存在疑问。因为,从客观上说,债务的延缓履行并不意味着行为人的债务被免除,因而债权人未必遭受财产上的损害;从主观上说,行为人仍然具有履行债务的意思;从刑事政策上考虑,这种行为似乎也没有必要由刑法规制。但是,一方面,如果表面上属于债务的延缓履行,实际上是导致债务的部分或者全部免除的,则应认定为财产性利益。另一方面,随着经济秩序、财产秩序不断安定化,也不排除将来可能将债务的延缓履行作为财产性利益。

与此相关的问题是,使用欺骗手段,使他人提前履行债务的,能否认定为骗取了财产性利益?日本最

高裁判所近来的著名判例指出,在行为人有权领取承包费的情况下,如果行为人使用欺骗手段提前了领取的期间,在社会一般观念上被认为领取了另一种支付时,则可以认定为诈骗罪。从我国的各方面现状来考虑,使他人提前履行债务的,还不能认定为骗取了财产性利益。

我国台湾学者赵琛指出:“债务人到期未能履行债务,欺骗债权人展延清偿期间,对于债务人固然有利,对于债权人未必有损,此不过民事上履行债务是否违约问题,未可遽以诈得财产上不法利益论罪也。”赵琛:《刑法分则实用》下册,作者发行,1979年第13版,第920页。

日本最高裁判所2001年7月19日判决,日本《最高裁判所刑事判例集》第55卷第5号,第371页。

参 考 文 献

- [1]王利明,等.民法新论(下)[M].北京:中国政法大学出版社,1988.
- [2]马俊驹,梅夏英.财产权制度的历史评析和现实思考[J].中国社会科学,1999,(1):90.
- [3]张明楷.刑法的基础观念[M].北京:中国检察出版社,1995.
- [4][日]山口厚.刑法总论[M].东京:有斐阁,2001.
- [5][德]乔治·恩德勒,等.经济伦理学大辞典[Z].李兆雄,陈泽环.上海:上海人民出版社,2001.
- [6][德]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生.北京:中国法制出版社,2001.
- [7][美]约翰·罗尔斯.正义论[M].谢延光.上海:上海译文出版社,1991.
- [8]吕世伦.现代西方法学流派(上卷)[M].北京:中国大百科全书出版社,2000.
- [9][日]前田雅英.刑法总论讲义[M].东京:东京大学出版会,1998.
- [10][德]Karl Larenz.法学方法论[M].陈爱娥.台北:五南图书出版公司,1996.
- [11][日]前田雅英.罪刑法定主义と实质的构成要件解释[J].现代刑事法(日本),2001,(1):31.
- [12]高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000.
- [13]张明楷.刑法学(下)[M].北京:法律出版社,1997.
- [14]马克昌.经济犯罪新论:破坏社会主义市场经济秩序罪研究[M].武汉:武汉大学出版社,1998.
- [15]张明楷.刑法分则的解释原理[M].北京:中国人民大学出版社,2004.
- [16][日]牧野英一.刑法各论(下卷)[M].东京:有斐阁,1951.
- [17][韩]吴昌植.韩国侵犯财产罪判例[Z].北京:清华大学出版社,2004.
- [18][日]西田典之.刑法各论[M].东京:弘文堂,1999.
- [19][俄]斯库拉托夫,列别捷夫.俄罗斯联邦刑法典释义[Z].黄道秀.北京:中国政法大学出版社,2000.
- [20][德]Ulrich Sieber. コンピュータ犯罪と刑法 I[M].西田典之,山口厚.东京:成文堂,1986.
- [21]褚剑鸿.刑法分则释论[M].台北:台湾商务印书馆,1995.
- [22]Vgl. ,Gunther Arzt/ Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 458ff.
- [23][日]平野龙一.刑法概说[M].东京:东京大学出版会,1977.
- [24][日]西田典之.刑法各论[M].东京:弘文堂,1999.
- [25][日]平野龙一.犯罪论の诸问题(下各论)[M].东京:有斐阁,1982.
- [26][日]町野朔.刑法各论の现在[M].东京:有斐阁,1996.

(本文责任编辑 周少华)