

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学精品教材

| 第三版 |

外国刑法纲要

ESSENTIALS OF FOREIGN CRIMINAL LAW

张明楷 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法纲要 / 张明楷著. -- 3 版. -- 北京 : 法律出版社, 2020

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3943 - 0

I. ①外… II. ①张… III. ①刑法—国外—高等学校—教材 IV. ①D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 216791 号

外国刑法纲要(第三版)

WAIGUO XINGFA GANGYAO(DI - SAN BAN)

著 者 张明楷

责任编辑 吴 昉

装帧设计 乔智炜

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2020 年 1 月第 3 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 46.25 字数 1058 千

印次 2020 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律教育出版分社

经销 新华书店

责任印制 胡晓雅

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85330678

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3943 - 0

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

张明楷 1959年生,湖北仙桃人。1982年毕业于湖北财经学院(现中南财经政法大学)法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南政法学院(现中南财经政法大学)教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师;中国刑法学研究会副会长、中国警察法学研究会副会长、中国检察理论研究会副会长。独著《犯罪论原理》(武汉大学出版社1991年版)、《刑事责任论》(中国政法大学出版社1992年版)、《刑法的基础观念》(中国检察出版社1995年版)、《市场经济下的经济犯罪与对策》(中国检察出版社1995年版)、《刑法学》(法律出版社1997年第1版、2003年第2版、2007年第3版、2011年第4版、2016年第5版)、《未遂犯论》(法律出版社·成文堂1997年联合出版)、《刑法格言的展开》(法律出版社1999年第1版、2003年第2版、北京大学出版社2013年第3版)、《外国刑法纲要》(清华大学出版社1999年第1版、2007年第2版)、《刑法学(教学参考书)》(法律出版社1999年版)、《法益初论》(中国政法大学出版社2000年第1版、2003年修订版)、《全国律师资格考试指定用书·刑法》(法律出版社2001年版)、《刑法的基本立场》(中国法制出版社2002年版、商务印书馆2019年修订版)、《刑法分则的解释原理》(中国人民大学出版社2004年第1版、2011年第2版)、《全国高等教育自学考试指定教材·刑法学》(北京大学出版社2006年第1版、2014年新版)、《诈骗罪与金融诈骗罪研究》(清华大学出版社2006年版)、《刑法学教程》(北京大学出版社2007年第1版、2010年第2版、2011年第3版)、《罪刑法定与刑法解释》(北京大学出版社2009年版)、《犯罪构成体系与构成要件要素》(北京大学出版社2010年版)、《刑法原理与实务》(北京大学出版社2010年版)、《刑法原理》(商务印书馆2011年第1版、2017年第2版)、《行为无价值论与结果无价值论》(北京大学出版社2012年版)、《刑法的私塾》(北京大学出版社2014年版)、《责任刑与预防刑》(北京大学出版社2015年版)、《刑法的私塾(之二)》(北京大学出版社2017年版)、《犯罪论的基本问题》(法律出版社2017年版);译《日本刑法典》(法律出版社1998年第1版、2006年第2版);在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文四百余篇。

前 言

经过多年努力以及多方帮助,《外国刑法纲要》一书终于可以问世了。

以下三点是笔者特别注意的:第一,坚持“洋为中用”的原则,对中国刑事立法、司法及理论具有重要借鉴意义的外国刑法理论,是我阐述的重点;对此外的问题则未予提及或一笔带过。第二,紧密联系外国刑事立法例,注意说明其立法理由;注重介绍外国典型判例,尽量避免空泛的议论,从而使读者容易理解。第三,注重介绍新观点、新趋势,力求避免将陈旧、衰退的观点视为通说。

以下三点是需要特别说明的:第一,本书主要阐述的是大陆法系国家的刑法理论,其中以德国(不含“二战”后的民主德国)、日本的刑法理论为代表。对英美刑法较少提及,对东欧国家刑法未作介绍,敬请读者宽容。第二,本书起初是作为讲义撰写的,因而没有将各种观点的来源说明出处,只是在各种观点后的括号内注明了持该观点的学者姓名,文字表述也只是适应讲授所需,恳请读者原谅。第三,由于水平及资料有限,本书一定存在许多错误及疏漏之处,烦请读者指教。

以下三人是应当特别感谢的:一是中南政法学院的曾昭琼先生。曾老早先留学日本东北大学,对外国刑法研究得全面而透彻。我有幸师从曾老,学到了很多专业知识与研究方法。二是中南政法学院的江任天教授。江教授向我传授了大量的英美刑法理论,其丰富学识令人敬佩。三是日本东京都立大学法学部的前田雅英教授。在我两次留日期间,他不仅给我讲述了日本、德国刑法理论,而且提供了大量资料。

张明楷

1998年10月于清华园

第二版前言

《外国刑法纲要》第一版写成于1991年,出版于1999年。此后,我不仅没有打算推出第二版或者修订版,而且意欲使本书逐渐退出学术领域。一方面,我一直以为,不应将刑法学分为中国刑法学与外国刑法学。因为认识自己比认识别人更难,我们需要将别人作为参照体来认识自己。所以,不考察外国刑法学与中国刑法学的区别,就不可能真正了解中国刑法学。换言之,只了解中国刑法学,意味着并不了解任何刑法学。事实上,许多刑法学教材,也都不同程度地介绍了外国刑法学的内容。于是,撰写外国刑法教材似无必要。另一方面,国内已经翻译出版了不少外国刑法教材,使得中国作者撰写外国刑法教材的必要性大为减小。这次之所以花费近两年的时间修订本书,是基于以下理由:《外国刑法纲要》第一版每年重印几次,而且被学者们频繁引用,但是,第一版的内容已显得相当陈旧。近年来,国外的刑事立法相当活跃,刑法典被反复修改,但第一版仍然引用的是旧条文;有的权威学者已经改变了观点,但第一版介绍是该学者放弃的旧观点;有的学者在以前还不具有权威性,第一版没有介绍其观点,而现在该学者成为相当权威的学者,不可忽视其观点;有的学说由多数说变成了少数说,但第一版仍将其作为多数说介绍,或者相反。在这种情形下,第一版仍然被反复重印和频繁引用,必然使我产生了负罪感。刑法是时代的一面镜子,敏感地反映着社会的各种变化。所以,十多年前完成的《外国刑法纲要》第一版几乎只能作为历史文献,不再具有现实意义。而且,许多读者通过不同方式告诉我,他们喜欢阅读《外国刑法纲要》,因为其中的观点归纳全面,表述容易理解,十分期待本书第二版面世。既要不停地撰写新的论著,又要不断地修改旧的著作,这多少有些让人身心疲惫,但我总是享受着其中的快乐。为了避免以讹传讹,为了不辜负读者的期待,也为了自己快乐,我将《外国刑法纲要》第二版奉献给读者。

《外国刑法纲要》第二版,采用德国、日本通行的刑法学体系,系统阐述了外国最新刑事立法、刑法理论与典型判例,重点阐释了对中国具有借鉴意义的法条、学说与判旨。在阐述外国刑事立法时,注重说明其法律理由、政策理由与社会背景;在梳理外国理论学说时,注重分析其思想基础、争论焦点与具体理由;在介绍外国典型判例时,注重交待案件事实、判决理由与学理评说。本书呈现给读者的,是形形色色的论点与针锋相对的争辩,是相当详细的介绍与比较细腻的分析。相信本书有利于读者拓展知识和开阔视野,有助于读者提高法律思维能力和法律解释技巧。需要说明的是,为了减少篇幅,本书仅对引用的原文作了常规注释,对于其他观点仅在括号内注明了学者姓名。但我能够保证的是,书中所介绍的任何观点,都有直接来源和可靠的间接来源。

撰写外国刑法教材,只是在“编”书,而不是在“著”书。但是,这并不意味着“编”书容易“著”书难。我的体会是,撰写外国刑法教材比撰写中国刑法教材艰难得多,因为要

2 第二版前言

系统了解外国刑事立法的最新发展状况,正确梳理外国刑法理论的各种学说,合理选择外国司法实务中的典型判例,了解立法、学理与判例背后的基本立场、社会背景等,实乃不易之事。这番话并不是为本书的错漏舛误寻找辩护理由,而是期待读者提出批评意见。

学弟李立众认真校正了本书,并提出了诸多有价值的宝贵建议;姚诗、陈洪兵、王军仁三位博士生也系统地校对了原稿。在此,一并表示诚挚的谢意!

张明楷

2007年1月23日于清华明理楼

第三版前言

《外国刑法纲要》第二版于2007年出版,距今已十余年。原本不打算对本书修修补补,因为我清清楚楚地知道,在国内陆陆续续翻译出版国外权威刑法教科书的当下,《外国刑法纲要》已无再版价值。但由于读者们的期待和出版社的催促,我还是犹豫犹豫地更改初衷,认真地删改本书,使第三版得以印行。

与第二版相同的是,第三版在形式上仍然采用德国、日本通行的三阶层犯罪论体系,并试图以通俗的语言、全面的视角将外国林林总总的理论与形形色色的判例介绍给读者(当然也有零零星星的分析),由读者判断各种学说的利弊和决定不同观点的取舍。我虽然时时刻刻告诫自己,一定要以中立态度介绍国外立法、理论与判例,但也明明白白地意识到,无论如何保持中立,都不可避免地打上自我立场的烙印。这是因为,每个人在阅读各种文献时,所看到的内容和获得的结论并不是取决于电脑与眼睛,而是取决于大脑与内心。本书没有像德国通说那样在构成要件中介绍故意,没有以独立的一章分别介绍不作为犯和过失犯,就足以说明这一点。尽管如此,我还是可以坦坦荡荡地说,书中所介绍的任何观点,都有可信的直接来源和可靠的间接来源。当然,由于外文资料和本人的外语水平有限,即使看书时仔仔细细、兢兢翼翼,但写书时不免浑浑噩噩、混沌沌沌,成书后未免忐忑、战战惶惶。

和第二版不同的是,第三版就很多内容对德国、日本的刑法理论和判例进行了分别介绍;即使一并介绍时,也会尽可能说明日本与德国的差异。一些人习惯于认为,日本刑法理论整整齐齐地移植乃至完完全全地照搬了德国刑法理论。其实,除了形式上的三阶层体系之外,实体内容却大相径庭。例如,第一,德国刑法理论采取客观归责理论,但日本的通说采取相当因果关系说,即使是在德国取得博士学位的刑法学者也不赞成日本采用客观归责理论。第二,在违法性论方面,德国的通说是二元论,结果无价值论基本上没有学术地位,但在日本,法益侵害说(法益保护主义)是通说,结果无价值论至少是强有力的学说。第三,德国刑法理论的通说将故意作为主观的违法要素,但日本的通说仍然认为故意是责任要素;关于事实认识错误,德国的通说采取具体符合说,日本的通说则采取法定符合说。第四,关于未遂犯,德国实际上采取的是主观的未遂犯论(印象说),日本采取的是客观的未遂犯论;德国肯定不能犯的可罚性,日本否定不能犯的可罚性。第五,关于共犯,日本根据本国的立法与判例形成了自己的共犯理论,其所使用的很多概念(如行为共同说、犯罪共同说、部分犯罪共同说、共谋共同正犯、共犯的脱离等)并非源于德国。第六,关于罪数,日本采取了完全不同于德国的罪数论体系,其普遍使用的包括一罪、牵连犯、一连行为等概念并不见于德国。如此等等,不胜枚举。至于对具体犯罪构成要件的解释,则根本不存在日本移植德国刑法理论的现象。团藤重光、大塚仁等教授以往出版的刑法教科书都列有德国参考文献,但现在的刑法教科书

2 第三版前言

(如平野龙一、内藤谦、大谷实、浅田和茂、曾根威彦、西田典之、前田雅英、山口厚、高桥则夫、井田良、松原芳博等教授撰写的教科书)均不列德文文献。言必称德国的时代早已过去,完全没有德文注释的论著已经相当普遍。

“刑法反映存在于文化根底的价值,可谓其时代的文化的一面镜子”(H. Mannheim 语);“刑法特别敏感地反映着社会构造上或者社会意识上的变化”(W. Friedmann 语)。我国刑法理论的发展变化,充分证明了这一点。中国需要自己本土的体系化刑法理论,但本土理论与国外理论既非对立关系,也非同一关系,而是交叉竞合关系。我们需要借助国外的刑法理论认识自己的刑法理论,并且通过借鉴国外的刑法理论形成自己本土的体系化刑法理论。对国外学说唯唯诺诺地全盘接受或者轰轰烈烈地全面批判,都不利于中国刑法理论的繁荣与发展。懂得后再放弃,获得后再扬弃,或许是更好的学术路径。

张明楷

2019年5月3日于清华明理楼

目 录

总 论

第一编 刑法	(3)
第一章 刑法与刑法理论	(3)
第一节 刑法的概念与机能	(3)
一、刑法的概念	(3)
二、刑法规范	(4)
三、刑法的机能	(5)
四、刑法谦抑主义	(6)
第二节 刑法理论	(7)
一、刑法学	(7)
二、学派之争——古典学派与近代学派	(8)
第二章 刑法的基本原则	(15)
第一节 刑法的基本原则概述	(15)
第二节 罪刑法定原则	(15)
一、罪刑法定原则的法律渊源与思想渊源	(15)
二、罪刑法定原则的思想基础	(16)
三、罪刑法定主义的基本内容	(18)
四、法律主义	(19)
五、禁止事后法	(19)
六、禁止类推解释	(20)
七、明确性原则	(24)
八、刑罚法规适正的原则	(26)
第三节 法益保护原则	(27)
第四节 责任主义原则	(30)
一、责任主义的含义	(30)
二、责任主义的根据	(31)
三、责任主义的贯彻	(32)

第三章 刑法的适用范围	(34)
第一节 刑法的适用范围概述	(34)
第二节 刑法在时间上的适用范围	(34)
一、时际刑法的基本原则	(34)
二、限时法理论	(35)
三、确定犯罪时的理论	(35)
第三节 刑法在空间上的适用范围	(36)
一、概说	(36)
二、国内犯	(36)
三、国外犯	(39)
四、国际刑法及外国刑事判决的效力	(40)
第二编 犯罪	(42)
第四章 犯罪与犯罪论	(42)
第一节 犯罪的定义、本质与分类	(42)
一、犯罪的定义	(42)
二、犯罪的本质	(43)
三、犯罪的分类	(46)
第二节 行为理论	(48)
一、行为概念的机能	(48)
二、关于行为的学说	(49)
三、行为人	(53)
第三节 犯罪论体系	(54)
一、犯罪论的形式体系	(54)
二、犯罪论体系的发展与变迁	(56)
第五章 构成要件符合性	(58)
第一节 构成要件的概念	(58)
一、构成要件的意义与机能	(58)
二、构成要件理论	(60)
三、构成要件分类	(65)
四、构成要件要素	(68)
五、构成要件符合性	(70)
第二节 行为主体	(71)
一、自然人	(71)
二、法人	(72)
第三节 实行行为	(75)
一、实行行为概述	(75)
二、不作为犯	(77)
第四节 结果	(85)

一、结果与犯罪的成立	(85)
二、结果与犯罪的终了	(89)
第五节 因果关系与客观归责	(90)
一、因果关系与客观归责概说	(90)
二、条件说	(91)
三、合法则的条件说	(95)
四、原因说	(95)
五、相当因果关系说	(96)
六、重要说	(98)
七、客观归责理论	(98)
八、疫学的因果关系	(101)
九、不作为的因果关系	(102)
第六节 主观的构成要件要素	(103)
一、主观的构成要件要素概说	(103)
二、特殊的主观构成要件要素	(104)
第六章 违法性	(106)
第一节 违法性的概念	(106)
一、违法性的意义	(106)
二、客观的违法性与主观的违法性	(107)
三、形式的违法性与实质的违法性	(109)
四、结果无价值与行为无价值	(111)
五、可罚的违法性	(114)
第二节 违法性阻却事由概说	(117)
一、违法性阻却事由的意义	(117)
二、违法性阻却事由的本质	(117)
三、主观的正当化要素	(119)
四、违法性阻却事由的分类	(120)
第三节 正当防卫	(121)
一、正当防卫的意义与根据	(121)
二、正当防卫的要件	(123)
三、防卫过当	(135)
四、假想防卫与假想防卫过当	(137)
第四节 紧急避险	(138)
一、紧急避险的概念	(138)
二、紧急避险的正当化根据	(139)
三、紧急避险的要件	(140)
四、避险过当与假想避险	(143)
五、受强制的紧急避险	(143)
第五节 其他违法性阻却事由	(144)

4 目 录

一、法令行为	(144)
二、正当业务行为	(144)
三、自损行为	(145)
四、被害人的承诺	(145)
五、推定的承诺	(150)
六、危险接受	(152)
七、治疗行为	(158)
八、安乐死与尊严死	(159)
九、自救行为	(160)
十、义务冲突	(161)
第七章 责任	(162)
第一节 责任的概念	(162)
一、责任的意义	(162)
二、责任的本质	(163)
三、责任论的基础	(167)
四、责任的要素	(168)
第二节 责任能力	(169)
一、责任能力的意义	(169)
二、责任能力的本质	(170)
三、无责任能力与限定责任能力	(171)
四、刑事未成年人	(173)
五、原因自由行为	(173)
第三节 故意	(180)
一、故意的概念	(180)
二、故意的地位	(182)
三、关于故意的学说	(184)
四、故意的样态	(187)
五、错误对故意的阻却	(190)
第四节 过失	(200)
一、过失的概念	(200)
二、旧过失论与修正的旧过失论	(202)
三、新过失论	(205)
四、超新过失论	(207)
五、过失犯与被允许的危险	(208)
六、过失犯与危险分配的法理	(209)
七、过失犯与信赖原则	(209)
八、过失的竞合	(210)
九、过失犯的违法阻却事由	(211)
十、业务过失加重刑罚的理由	(212)

第五节 违法性的意识	(212)
一、违法性的意识概述	(212)
二、违法性的意识的学说	(213)
三、违法性的意识的对象与形态	(215)
四、违法性的错误的“回避可能性”的判断	(218)
五、事实的错误与违法性的错误的界限	(219)
第六节 期待可能性	(220)
一、期待可能性理论的产生	(220)
二、期待可能性的法律性质	(221)
三、期待可能性的地位	(222)
四、期待可能性的判断标准	(223)
五、期待可能性的认识错误	(224)
第八章 未遂犯	(225)
第一节 未遂犯概说	(225)
一、未遂犯的概念与形态	(225)
二、未遂犯的处罚范围	(225)
三、未遂成立的可能性	(226)
四、未遂犯的处罚根据	(229)
第二节 障碍未遂	(231)
一、障碍未遂的概念与成立条件	(231)
二、犯罪的决意	(231)
三、实行的着手	(233)
四、未遂犯的处罚	(239)
第三节 不能犯	(239)
一、不能犯的含义	(239)
二、不能犯的学说	(240)
三、不能犯未遂	(244)
四、事实的欠缺	(244)
五、幻觉犯	(245)
第四节 中止犯	(245)
一、中止犯的概念	(245)
二、中止犯减免刑罚的根据	(246)
三、中止犯的成立条件	(248)
四、放弃重复侵害的行为	(254)
五、中止犯的定罪	(254)
第五节 预备罪	(255)
一、预备罪的概念	(255)
二、预备罪的种类	(256)
三、预备罪的中止	(257)

第九章 共犯	(258)
第一节 共犯的基本观念	(258)
一、共犯的概念与种类	(258)
二、正犯与共犯	(260)
三、共犯的本质	(264)
四、共犯的处罚根据	(268)
第二节 间接正犯	(270)
一、间接正犯概述	(270)
二、间接正犯的基本类型	(271)
三、间接正犯的成立范围	(272)
四、义务犯	(275)
五、亲手犯	(275)
第三节 共同正犯	(276)
一、共同正犯的概念	(276)
二、共同正犯的要件	(276)
三、过失的共同正犯	(278)
四、结果加重犯的共同正犯	(279)
五、部分共同正犯	(280)
六、片面的共同正犯	(280)
七、承继的共同正犯	(281)
八、共谋共同正犯	(282)
九、附加的共同正犯与择一共同正犯	(286)
十、预备罪的共同正犯	(286)
第四节 狭义的共犯	(286)
一、教唆犯	(286)
二、帮助犯	(291)
三、教唆犯、帮助犯与共同正犯的区别	(295)
第五节 共犯论的其他问题	(296)
一、共犯与身份	(296)
二、共犯与正当化事由	(299)
三、共犯与错误	(300)
四、共犯与中止犯	(303)
五、共犯关系的脱离	(304)
第十章 罪数论	(306)
第一节 罪数论概述	(306)
一、罪数论(竞合论)的意义与地位	(306)
二、罪数论与竞合论的关系	(306)
三、日本确定罪数的标准	(309)
四、德国的行为单数	(311)

五、罪数的种类	(311)
第二节 单纯一罪	(312)
一、单纯一罪概述	(312)
二、法条竞合	(313)
第三节 包括的一罪	(315)
一、评价上一罪(伴随行为)	(316)
二、以完成一个犯罪为目的在同一机会实施的数个行为	(316)
三、狭义的包括的一罪	(316)
四、接续犯	(316)
五、连续犯	(317)
六、不可罚的事前行为与不可罚的事后行为	(318)
第四节 科刑上一罪	(319)
一、科刑上一罪概说	(319)
二、想象竞合	(319)
三、牵连犯	(322)
第五节 并合罪	(323)
一、并合罪的概念	(323)
二、并合处理的原则	(323)
第三编 刑罚	(326)
第十一章 刑罚概述	(326)
第一节 刑罚的概念	(326)
一、刑罚的概念	(326)
二、刑罚的本质	(326)
第二节 刑罚权	(333)
一、刑罚权的概念	(333)
二、处罚条件与处罚阻却事由	(334)
第十二章 刑罚的种类	(336)
第一节 刑罚种类概述	(336)
第二节 死刑	(337)
一、死刑概说	(337)
二、死刑存废的争论	(338)
三、死刑的现状与动向	(341)
第三节 自由刑	(343)
一、自由刑概说	(343)
二、自由刑的单一化	(344)
三、短期自由刑	(345)
四、不定期刑	(348)
第四节 财产刑	(351)

一、罚金刑	(352)
二、科料	(358)
三、没收	(358)
第五节 资格刑	(361)
一、资格刑的意义	(361)
二、资格刑的种类与内容	(361)
三、资格的恢复(复权)	(363)
第十三章 刑罚的适用	(364)
第一节 法定刑——刑罚的法定	(364)
第二节 处断刑——法定刑的修正	(365)
一、处断刑的概念	(365)
二、刑罚的加重减轻事由	(365)
三、累犯	(366)
四、自首	(368)
第三节 宣告刑——刑罚的量定(量刑)	(368)
一、宣告刑与量刑的意义	(368)
二、量刑基准	(369)
三、刑罚的宣告	(374)
第十四章 刑罚的执行	(375)
第一节 各种刑罚的执行	(375)
一、刑罚执行概说	(375)
二、死刑的执行	(375)
三、自由刑的执行	(375)
第二节 缓刑	(377)
一、刑罚的执行犹豫概说	(377)
二、缓刑的条件	(378)
三、缓刑的考验期间	(379)
四、缓刑的撤销	(379)
五、缓刑的适用现状	(380)
第三节 假释	(381)
一、假释的沿革	(381)
二、假释的目的与性质	(382)
三、假释的条件	(382)
四、假释的考验期	(383)
五、假释的撤销	(383)
六、假释的程序	(384)
第四节 刑罚的消灭	(384)
一、刑罚消灭的概念	(384)
二、刑罚消灭的事由	(384)

第十五章 保安处分	(387)
第一节 保安处分概述	(387)
一、保安处分的概念与种类	(387)
二、保安处分的性质	(388)
三、保安处分的发展	(390)
第二节 保安处分的一般要件	(391)
一、概说	(391)
二、行为人的危险性	(392)
三、违法行为	(393)
第三节 保安处分的适用与执行	(393)
一、保安处分的适用原则	(393)
二、保安处分的宣告	(394)
三、保安处分的执行	(395)

各 论

第一编 对个人法益的犯罪	(399)
第十六章 对生命、身体的犯罪	(399)
第一节 本章犯罪概述	(399)
一、对生命、身体犯罪的类型	(399)
二、人的含义	(399)
第二节 杀人罪	(402)
一、杀人罪概说	(402)
二、普通杀人罪	(402)
三、谋杀罪	(404)
四、杀害尊亲属罪	(405)
五、杀人预备罪	(405)
六、参与自杀罪、同意杀人罪	(406)
第三节 伤害罪	(410)
一、伤害罪概说	(410)
二、普通伤害罪	(411)
三、伤害致死罪	(416)
四、危险驾驶致死伤罪	(417)
五、关于伤害罪的特殊规定	(418)
六、暴行罪	(419)
七、参与斗殴罪	(420)
第四节 过失致死伤罪	(422)

一、过失致死伤罪概说	(422)
二、过失致伤罪	(422)
三、过失致死罪	(423)
四、业务上过失致死伤罪	(423)
第五节 遗弃罪	(424)
一、遗弃罪的概念	(424)
二、遗弃罪的对象	(425)
三、遗弃罪的行为	(425)
四、遗弃罪的故意	(426)
五、遗弃罪的类型	(427)
第十七章 对自由、安宁的犯罪	(430)
第一节 本章犯罪概述	(430)
第二节 非法剥夺自由罪	(430)
一、保护法益	(430)
二、对象	(431)
三、行为	(431)
四、违法性阻却事由	(433)
五、非法剥夺自由致死伤罪	(434)
第三节 胁迫罪	(434)
一、胁迫罪	(434)
二、强制罪	(436)
第四节 略取与诱拐罪	(437)
一、略取与诱拐罪概说	(437)
二、拐取未成年人罪	(439)
三、营利等拐取罪	(440)
四、掳人勒索罪	(440)
五、其他略取与诱拐罪	(442)
第五节 对性自由的犯罪	(443)
一、对性自由的犯罪概说	(443)
二、强奸罪(强制性交罪)	(444)
三、准强奸罪	(448)
四、强制猥亵罪	(450)
五、准强制猥亵罪	(453)
六、强奸致死伤罪、强制猥亵致死伤罪	(453)
七、其他性犯罪	(454)
第六节 侵入住宅罪	(455)
一、概念与保护法益	(455)
二、对象	(457)
三、行为	(459)

四、故意	(461)
五、违法性阻却事由	(461)
第七节 侵犯秘密罪	(462)
一、侵犯秘密罪概说	(462)
二、私拆信件罪	(463)
三、泄露秘密罪	(464)
四、侵害言论隐私权罪	(465)
五、其他犯罪	(466)
第十八章 对名誉、信用的犯罪	(467)
第一节 对名誉的犯罪	(467)
一、对名誉的犯罪概说	(467)
二、毁损名誉罪	(468)
三、侮辱罪	(472)
第二节 对信用及业务的犯罪	(474)
一、毁损信用罪	(474)
二、妨害业务罪	(475)
三、妨害计算机业务罪	(476)
第十九章 对财产的犯罪	(478)
第一节 财产犯罪概述	(478)
一、财产犯罪的概念	(478)
二、财产犯罪的种类	(478)
三、财产犯罪的对象	(480)
四、财产犯罪的保护法益	(486)
五、财产犯罪的财产损失	(489)
第二节 盗窃罪	(491)
一、盗窃罪概说	(491)
二、盗窃罪的对象	(491)
三、盗窃罪的行为	(495)
四、盗窃罪的主观要素	(499)
五、特殊盗窃	(507)
六、盗窃罪的罪数	(508)
七、侵夺不动产罪	(509)
八、亲族相盗	(510)
第三节 抢劫罪	(511)
一、抢劫罪概说	(511)
二、普通抢劫罪	(512)
三、抢劫利益罪	(518)
四、准抢劫罪	(519)
五、抢劫致死伤罪	(523)

六、抢劫强制性交等罪、抢劫强制性交等致死罪	(526)
第四节 诈骗罪	(526)
一、诈骗罪概说	(526)
二、普通诈骗罪	(527)
三、补助金诈骗罪	(561)
四、使用计算机诈骗罪	(561)
第五节 敲诈勒索罪	(565)
一、敲诈勒索罪概说	(565)
二、成立条件	(565)
三、行使权利与敲诈勒索罪	(569)
四、罪数	(570)
第六节 侵占罪	(571)
一、侵占罪概说	(571)
二、委托物侵占罪	(572)
三、业务上侵占罪	(580)
四、侵占脱离占有物罪	(580)
第七节 背信罪	(581)
一、背信罪概说	(581)
二、背信罪的成立条件	(582)
三、背信罪与诈骗罪的关系	(585)
第八节 赃物罪	(586)
一、赃物罪的本质	(586)
二、具体的赃物罪	(587)
三、德国的庇护罪	(592)
第九节 毁弃罪	(593)
一、毁弃罪概说	(593)
二、德国的损坏物品罪	(594)
三、日本的损坏器物罪	(596)
第二编 对社会法益的犯罪	(599)
第二十章 危害公共安全的犯罪	(599)
第一节 本章犯罪概述	(599)
第二节 骚乱罪与恐怖活动罪	(600)
一、骚乱罪与恐怖活动罪概说	(600)
二、骚乱罪(狭义)	(600)
三、聚众不解散罪	(601)
四、公然煽动犯罪罪	(601)
五、恐怖活动罪	(602)
第三节 放火罪与失火罪	(603)

一、放火罪的基本问题	(603)
二、放火罪的具体类型	(605)
三、失火罪	(608)
第四节 投毒与爆炸罪	(608)
一、投毒罪	(608)
二、爆炸罪	(609)
第五节 决水罪与妨害水利罪	(609)
一、决水罪	(609)
二、妨害水利罪	(610)
第六节 妨害交通的犯罪	(610)
一、妨害交通的犯罪概说	(610)
二、破坏交通设备罪	(611)
三、破坏交通工具罪	(611)
四、交通危险罪	(612)
第七节 毒品犯罪	(613)
一、毒品犯罪的立法形式与保护法益	(613)
二、毒品犯罪的类型	(614)
第八节 环境犯罪	(617)
一、环境犯罪的保护法益	(617)
二、环境犯罪的主要类型	(620)
第二十一章 损害公共信用的犯罪	(623)
第一节 本章犯罪概述	(623)
第二节 伪造货币罪	(623)
一、伪造货币罪概说	(623)
二、伪造货币罪(狭义)	(624)
三、行使伪造的货币罪	(626)
四、伪造货币预备罪	(628)
第三节 伪造有价证券罪	(629)
一、伪造有价证券罪概说	(629)
二、伪造有价证券罪(狭义)	(629)
三、虚伪记载有价证券罪	(631)
四、行使伪造的有价证券罪	(631)
第四节 有关支付用磁卡电磁记录的犯罪	(632)
一、本节犯罪概说	(632)
二、犯罪类型	(632)
第五节 伪造文书罪	(633)
一、伪造文书罪的基本问题	(633)
二、伪造文书罪的具体类型	(640)
三、非法制作电磁记录罪、提供非法制作的电磁记录罪	(643)

第六节 伪造印章罪	(644)
一、伪造印章罪概说	(644)
二、伪造印章罪的具体类型	(645)
第七节 破坏计算机信息系统的犯罪	(645)
一、本罪概述	(645)
二、犯罪类型(日本)	(646)
第二十二章 破坏风俗的犯罪	(648)
第一节 本章犯罪概述	(648)
第二节 猥亵与重婚罪	(648)
一、猥亵与重婚罪概说	(648)
二、公然猥亵罪	(649)
三、传播淫秽物品罪	(650)
四、近亲相奸罪	(654)
五、重婚罪	(654)
第三节 赌博与彩票罪	(654)
一、赌博与彩票罪概说	(654)
二、赌博罪	(655)
三、彩票罪	(658)
第四节 有关坟墓、尸体的犯罪	(658)
一、挖掘坟墓罪	(658)
二、损坏、遗弃尸体等罪	(659)
三、密葬非正常死亡者罪	(659)
第三编 对国家法益的犯罪	(660)
第二十三章 对国家存在的犯罪	(660)
第一节 本章犯罪概述	(660)
第二节 内乱罪	(660)
一、内乱罪概说	(660)
二、内乱罪(狭义)	(661)
三、预备内乱罪、阴谋内乱罪	(661)
第三节 外患罪	(662)
一、诱致外患罪	(662)
二、援助外患罪	(662)
三、泄密罪	(663)
第四节 对国家关系的犯罪	(663)
一、对国家关系的犯罪概说	(663)
二、侵害外交代表罪	(664)
三、侵犯外国国旗国徽罪	(664)
四、违背局外中立命令罪	(664)

第二十四章 对国家作用的犯罪	(665)
第一节 妨害执行公务的犯罪	(665)
一、妨害公务罪	(665)
二、职务上强制罪	(671)
三、损坏封印罪	(671)
四、非法避免强制执行罪	(672)
第二节 妨害司法的犯罪	(672)
一、妨害司法的犯罪概说	(672)
二、日本的脱逃罪	(673)
三、德国的释放囚犯罪、囚犯暴动罪	(675)
四、隐匿犯人、隐灭证据与妨害处罚罪	(676)
五、洗钱罪	(682)
六、伪证罪	(684)
七、诬告罪	(689)
第三节 滥用职权罪	(691)
一、滥用职权罪概说	(691)
二、日本的滥用职权罪	(692)
三、德国的滥用职权罪	(694)
四、法国的滥用职权罪	(696)
第四节 贿赂罪	(697)
一、贿赂罪概说	(697)
二、日本的贿赂罪	(700)
三、德国的贿赂罪	(709)

各 论

第十六章 对生命、身体的犯罪

第一节 本章犯罪概述

一、对生命、身体犯罪的类型

在刑法理论中,对生命、身体的犯罪(特别是杀人罪)是最典型的犯罪类型;刑法总论(如在论述因果关系、未遂、错误理论时)常常以杀人罪为例展开讨论。但是,也必须注意,以生命、身体为保护法益的犯罪,有其特殊性。

对生命、身体的犯罪,包括对人及胎儿的生命、身体的侵害与造成危险(威胁)的行为。因此,本章之罪的对象(行为客体,以下一般表述为对象)仅限于人与胎儿,但人与胎儿存在明显区别,因而对人的生命、身体的犯罪与对胎儿的生命、身体的犯罪构成不同的犯罪。“胎儿的生命”是一般性表述,旨在将死胎排斥在外。侵害人的生命的行为构成杀人罪与过失致死罪;侵害人的身体的行为构成伤害罪与过失致伤罪;对人的身体有侵害危险的行为构成暴行罪;对需要扶助的人的生命、身体不予扶助因而产生危险的行为构成遗弃罪。而对胎儿生命、身体的侵害或造成侵害危险的行为,则构成堕胎罪。^{〔1〕}

二、人的含义

(一)刑法上的人

对生命、身体的犯罪的对象是人,各国刑法条文都明确规定杀人罪是对人的杀害,伤害罪是对人的身体的伤害。刑法上的人理所当然以自然科学上的人为前提,但与自然科学上的人也有区别,即必须对自然科学上的人进行法律判断。首先,对生命、身体的犯罪的对象仅限于自然人,而不包括法人。其次,仅限于他人,即自杀行为不构成杀人罪,自杀未遂的也不受刑罚处罚。^{〔2〕}最后,杀人罪、伤害罪、暴行罪、遗弃罪的对象只能是有生命的人,而不包括胎儿与尸体。

(二)人的始期

关于胎儿从何时转变为人的问题,存在以下五种学说:

1. 独立生存可能性说。此说着眼于对象的生物学、医学的性质,认为只要处于可能在母体之外维持其生命的状态,便是人。可是,即使具有独立生存的可能性,但如果仍然处于母体内,就只能是胎儿而不是人。而且,这种观点导致许多堕胎行为构成杀人罪,使用

〔1〕 本书只讨论外国刑法中的重点犯罪,以及对我国具有借鉴意义的部分犯罪,故以下不具体讨论堕胎犯罪。

〔2〕 英国普通法一直处罚自杀行为,1961年的自杀行为法才废除自杀罪。

法关于堕胎罪的规定事实上丧失意义,因而只是极少数学者的观点。

2. 分娩开始说或者阵痛开始说。此说认为,孕妇开始分娩或者开始分娩前的阵痛时,胎儿便成为人。德国旧刑法与法国旧刑法规定杀婴罪时,采取的便是此说。开始分娩时,胎儿便成为婴儿,成为杀婴罪的对象。没有独立规定杀婴罪的国家,一般不采取这种学说,否则就扩大了杀人罪的范围。然而,现行德国刑法虽然废除了杀婴罪,但是其理论通说与判例现在仍然采用阵痛说,因为孕妇开始分娩,出现分娩时的开口阵痛时,婴儿就开始脱离母体,于是已经存在需要刑法保护的人的生命。如果医生在为孕妇分娩的过程中故意或者过失导致婴儿死亡,就成立故意杀人罪或者过失致人死亡罪(过失杀人罪)。日本有少数学者主张阵痛说,其理由是,由于堕胎的定义是“人工地排出处于自然的分娩期之前的胎儿”,故杀人罪与堕胎罪应以“自然分娩期”为区分标准。但是,持反对观点的学者认为,“开始分娩”的确认是相当困难的;将还处于母体内的“胎儿”认定为与之有区别的“人”,不符合社会的一般观念,也有违反罪刑法定主义的嫌疑;而且,在剖宫产的场合,也不可能以开口阵痛为标准。此外,在胎儿还处于母体内时,不能直接对其生命、身体进行攻击,不宜将其作为杀人罪的对象。

3. 部分露出说(一部露出说)。此说主张,胎儿的身体有一部分露出母体时,就成为人的始期。这是日本判例的立场与刑法理论的通说。此说的论据是,只要胎儿露出一部分,^[3]其他人就可能在母体外对之直接进行加害,因而值得保护;如果要等到全部露出才认定为人,就会遇到证明的困难:行为人实施加害行为时,胎儿是否全部露出?如果不能证明全部露出,就必须采取事实存疑问时有利于被告的原则,只能认定为堕胎罪,这显然不合适。此外,以此为标准也容易区分杀人罪(或杀婴罪)与堕胎罪。^[4]但是,此说也存在问题。(1)胎儿一部分露出母体后,如果不能证明有独立生存可能性时,对之进行加害的,就不能认定为杀人罪与伤害罪。例如,有的早产婴儿,是否有生存的可能还不能得以证明,如果因为对一部分露出的早产婴儿进行加害就构成杀人罪与伤害罪,便不合理。(2)对于母体内的胎儿也可以借助工具(如药物)“直接”进行加害,故以“直接加害的可能性”为标准,缺乏合理性。(3)胎儿还可能一部分露出后又缩回母体,按照部分露出说,则该胎儿在成为人后又变成了胎儿,这是难以理解的。(4)从方法论上来说,以行为的样态(独立侵害的可能性或者直接侵害的可能性)为标准决定“人”的范围,也是不妥当的。因为一个对象是不是人,是由其自身的价值来决定的,而不是由对其可以采取什么攻击方法来决定的。

4. 全部露出说(分娩完毕说)。胎儿全部露出母体时才是人(平野龙一、町野朔、松原芳博、松宫孝明)。首先,全部露出说是各国民法上的通说,因为只有全部从母体中露出,才能作为权利主体享有各种权利,在刑法上采取全部露出说与民法可协调。其次,全部露出说的标准很明确。英国刑法采取全部露出说。不过也有学者指出,全部露出说的标准虽然明确,但行为人在实施攻击行为时,对行为对象是否全部露出,必须进行事后的判断。

[3] 部分露出说没有强调露出的是身体的什么部位(即使是先露出脚也被认定为“人”),但有学者考虑到与脑死亡之间的关系,主张以露出头部的时点作为标准(林幹人)。对此持反对态度的学者则认为,出生的标准与脑死亡标准没有直接关系(山口厚)。

[4] 即使采取部分露出说,也以部分露出的时点具有生命存续的可能性为必要;如果侵害了缺乏生命存续可能性的“人”,也不能成立杀人罪与伤害罪。

亦即,虽然行为人在母体外进行攻击的,但此时行为对象是否完全露出母体,则难以证明。此外,全面露出说着眼于保护价值,认为胎儿的保护价值低或者保护的必要性小。但是,在全部露出的时点能否真的区分保护价值的高低,则不无疑问。

5. 独立呼吸说。胎儿全部露出母体且能独立呼吸时才是人,因为只有在此时,原来的胎儿才有生存的可能性,对之才有杀害和伤害的可能性(大场茂马)。但国外刑法理论一般认为,这种学说导致对人的生命保护不力。

上述争论涉及对人的生命保护的力度以及是否有必要将孕妇分娩过程中医生等人的行为纳入刑法的调整范围的问题。此外,还涉及另一具体问题,即以作为或者不作为杀害了通过堕胎排出的婴儿的,应当如何处理?多数说主张,如果堕胎排出后的婴儿具有生存可能性,则行为成立杀人罪;否则仅成立堕胎罪。少数说则认为,既然胎儿已一部分露出母体,不管其是否具有生存可能性,都属于“人”,故上述行为成立堕胎罪与杀人罪的并合罪。

(三)人的终期

对一个濒死的人开枪,导致其死亡的,无疑构成杀人罪;对一个尸体开枪的,则只能构成损坏尸体罪。因此,对象是生是死,对被告人的刑事责任影响重大。如何确定人的终期也就成为一个很重要的问题。人的终期即人的死亡,刑法上的“死亡”显然是指“整体死”,而不是指“部分死”。

关于人的终期,主要有以下两种观点:(1)三征候说,即以呼吸不可逆转地停止,脉搏不可逆转地停止跳动,以及瞳孔反应消失(扩散)为基础进行综合判断,从而确定人的终期。日本的通说仍然是三征候说。(2)脑死亡说,即脑的机能不可逆转地丧失时为人的终期。采用脑死亡说的根据是,人由精神与身体两个要素组成,如果两个要素的本质部分都不可逆转地丧失,就不值得作为人保护。而人的脑(包括大脑与脑干)的机能不可逆转地丧失时,可以视为丧失了人的精神与身体的本质要素(井田良)。脑死亡说是德国的通说、日本的有力说。

从现在的实际情况来看,虽然主张脑死亡的越来越多,但脑死亡概念现在还存在问题。从脑死亡后不可能再复生这一点来说,脑死亡说是有一定道理的。但是,赞成脑死亡观点的人多是从脏器移植的需要出发的,或者说提出脑死亡的概念与脏器移植是密切联系的。为了避免出现有人为了保全他人的生命而利用脑死亡的概念,判定脑死亡的医生与进行脏器移植的医生必须分开,否则就必然带来认定脑死亡的随意性。但是,从多数国家的实际情况来看,判定脑死亡的医生与进行脏器移植的医生不可能分开,这就避免不了人们会对脑死亡概念产生不信任感。再者,脑死亡的判定标准现在并不统一,全面适用脑死亡标准也必然带来混乱。而且,脑死亡的概念现在还没有被一般国民接受,如果全面适用脑死亡的概念,难免遭到国民的异议。将血液还在循环、心脏还在跳动的生命现象作为“尸体”处置,难以为国民接受。基于上述理由,许多国家刑法理论与审判实践还没有普遍采取脑死亡的判断标准,即一般还是采取综合判断标准。

由于一些国家的器官移植法明确规定允许摘出脑死亡者的器官移植于需要的患者,于是有的学者主张死亡标准的相对性。一种主张是,原则上采取三征候说,但在被害人本人选择脑死亡标准时则采取脑死亡标准。亦即,器官移植法创设了人具有例外地选择脑死亡的权利,而且为了器官移植而摘出人体器官的也阻却了损坏尸体罪的违法性。但是,

持反对观点的学者指出,人的死亡是一个客观的概念,不具有由本人的意志来决定的性质。另一种主张是,在通常情况下采取三征候说,但是在器官移植的场合,不管本人的意志(与本人的意志无关)如何均采取脑死亡标准(相对的脑死亡说)。这一主张有利于器官移植,但是也受到了批判。因为人是法益的享有主体,其终期不能根据行为目的或者法领域不同而相对化。

显然,刑法理论需要讨论的问题是,器官移植法规定允许摘出脑死亡者的器官,是否意味着人的死亡标准由三征候说改为脑死亡标准。在解释论上,对此存在三种解说:其一,既然允许摘出脑死亡者的器官,就表明器官移植法采取了脑死亡标准。其二,只是在提供器官时才承认脑死亡标准,在其他场合仍然采取三征候说。其三,脑死亡并不是人的死亡,只不过器官移植法规定了经过脑死亡者本人同意的器官移植是一种违法阻却事由。但是,这种观点与被害人死亡的承诺无效明显相冲突。

第二节 杀人罪

一、杀人罪概说

本节所论述的杀人罪,是指以故意断绝他人生命的行为为内容的犯罪,其保护法益是个人的生命。根据各国的刑事立法例,可以根据不同标准将杀人罪分为不同的种类。

首先,根据是否有预谋将杀人罪分为谋杀罪与故杀罪(如德国刑法第211条、第212条,法国刑法第221-3条、第221-1条,瑞士刑法第111条、第112条,意大利刑法第577条第1款、第575条等)。当然,谋杀与故杀的区分标准,各国并不一定相同。

其次,根据杀人罪的对象的特点将杀人罪分为普通杀人罪与杀害尊亲属罪(如法国旧刑法第299条、意大利刑法第577条)以及杀婴罪(如德国刑法原第217条、法国旧刑法第300条、瑞士刑法第116条、意大利刑法第578条)。在古代,杀婴罪是一种比普通杀人罪更为严重的犯罪,而在现代,杀婴罪则是比普通杀人罪要轻的犯罪。这是考虑到行为入动机的特殊性与行为样态的异常性。因对象不同而规定成为不同的罪并给予不同的刑罚处罚的做法是否合适,是颇有争议的问题,故有的国家刑法删除了杀害尊亲属罪(日本)与杀婴罪(德国、法国)。

再次,根据行为的样态也可将杀人罪作出分类。例如,法国刑法第221-5条的毒杀罪,^[5]就是根据杀人行为的样态所规定的罪名;日本特别刑法所规定的决斗杀人罪也属于这一类。

最后,根据被害人是否同意,可以将杀人罪分为一般杀人罪与广义的同意杀人罪,后者包括教唆自杀罪、帮助自杀罪以及受嘱托杀人罪与得承诺杀人罪。

二、普通杀人罪

普通杀人罪,是指一般的故杀罪,即普通的故意杀人罪(以下简称为杀人罪)。

[5] 法国旧刑法第301条就规定了毒杀罪。

(一) 对象

杀人罪的对象是行为人以外的自然人。作为杀人罪对象的自然人,只要是有生命的人即可,或者说只要行为时尚有生活机能即可,对象的健康状态并不影响本罪的成立。因此,故意杀死濒死者、即将死亡的高龄人、畸形人、民法上宣告死亡的人以及宣告判处死刑的人,也构成杀人罪。

故意损坏尸体的行为,不构成杀人罪,只构成损坏尸体罪。对象已经死亡,而行为人误认为其为活人而实施“杀害”行为的,属于认识错误问题。根据具体危险说,如果在当时的情况下,一般人也会认为该尸体为活人,就表明行为人的行为具有侵害生命的危险性,因而应以杀人未遂论处。如果在当时的情况下,一般人不会认为该尸体为活人,则行为人的行为不构成杀人未遂,根据客观的危险说,该行为属于不可罚的不能犯。

出生前的胎儿,只是堕胎罪的对象,不能成为杀人罪的对象。但是,如果依法施行堕胎,从母体中排出的是有生存可能性的婴儿,行为人明知其有生存可能性而将其窒息死亡的,则构成杀人罪。

(二) 行为

杀人罪的行为,就是在自然死期之前断绝人的生命。至于杀人的手段、方法则在所不问:既可以是无形的的方法(物理的方法),如刺杀、绞杀、射杀、毒杀等;也可以是无形的的方法(精神的方法),如故意给对方以强烈的精神刺激致其休克死亡的,也构成杀人罪。既可以是作为,也可以是不作为。间接正犯也能构成杀人罪。如利用不知情的第三者,将毒药送给被害人喝致其死亡的,利用者就是杀人的间接正犯。利用被害人的错误或者无意思能力而使其自杀的,也构成杀人罪,而不是教唆杀人罪。例如,故意对不能理解死亡意义的幼儿说,“如果死亡则进入非常美好的世界”,并告知自杀的方法,致使幼儿自杀的,也构成杀人罪。

根据客观的未遂犯论,杀人行为必须有引起被害人死亡结果的现实危险性,否则不构成杀人罪,而是不可罚的不能犯。^[6] 所谓没有引起被害人死亡结果的现实危险性的行为,通常是指采取迷信以及其他绝对没有致人死亡危险的方法的行为。例如,以杀人意思,将硫磺粉末给他人吃的,不构成杀人罪,只是不能犯,因为这种行为绝对不可能致人死亡(只是相对于杀人罪而言是不能犯,依然可能构成伤害罪)。与此相对,具有上述现实可能性而没有致人死亡的,则成立杀人未遂。例如,向被害人的静脉里注射没有达到致死量的空气,将没有达到致死量的黄磷给他人吃,将加入了氰酸钾、气味与颜色异常的饭给被害人吃等,都构成杀人未遂,而不是不能犯。

行为人开始实施具有断绝他人生命的现实危险性的行为时,就是杀人罪的着手时期。例如,以杀人的故意,开始将枪口瞄准被害人时,是杀人罪的着手。以杀人为目的,将加入了毒药的馒头交付给被害人时,即使被害人没有吃该馒头,也认定为已经着手实行杀人行为。以杀人为目的邮送毒药的,根据到达主义,对方收到该毒药时,才是杀人的着手;根据寄送主义,行为人开始实施寄送行为时为杀人的着手。

[6] 不过,如果采取纯粹的主观说或者主观的危险说,也可能认为行为构成未遂犯(参见德国刑法第23条第3款)。

(三)故意

杀人罪的故意内容是,行为人认识到对象是有生命的自然人,同时对杀人行为造成死亡结果的可能性有认识,对结果既可以是希望,也可以是容认,即未必的故意也能构成杀人罪。事先不知道被害者的人数与姓名的,也不妨碍杀人罪的成立。杀人罪的故意包括附条件的故意。例如,行为人决定,如果对方不满足自己的要求就杀死对方,这也被认为是杀人的故意。如果对方不满足自己的要求而实施杀人行为的,便构成杀人罪。

(四)罪数

由于个人的生命是一身专属法益,各自具有独立的价值,因此,杀人罪的罪数是以对象为标准进行评价的,即根据被害者的人数确定杀人罪的数量。例如,以一个行为杀死两个人的,构成两个杀人罪。当然由于只有一个行为,故成立想象竞合。^[7]以杀人的故意强奸妇女,致妇女死亡的,也只成立强奸致死罪与杀人罪的想象竞合。再如,以杀人的故意,数次对同一人进行攻击,最后致人死亡时,由于数个攻击行为是基于同一杀人故意且只针对同一被害人,故只成立一个杀人罪。

以杀人故意向被害人刺杀,同时损坏了被害人的衣物的,属于评价上一罪(伴随行为),只成立杀人罪。因为损坏衣物通常属于杀人行为的附随情况,可以评价在杀人罪中。

侵入他人住宅杀人的,在日本构成侵入住宅罪与杀人罪的牵连犯,以一罪从重处罚。在德国,如果认为二者之间存在重合关系,以想象竞合论处;如果认为二者之间没有重合关系,则成立实质竞合(数罪)。

至于杀人后遗弃尸体的,或者强奸妇女后担心妇女告发而杀死妇女的,都成立数罪。前者成立杀人罪与遗弃尸体罪,后者成立强奸罪与杀人罪,实行并罚。

三、谋杀罪

有的国家将杀人罪分为故杀罪与谋杀罪。但各国刑法对谋杀罪的规定并不完全一致。

例如,德国刑法第211条规定:“谋杀者,是指出于谋杀兴趣,为满足性欲,出于贪婪或者出于卑劣的动机,恶意地或者残忍地或者用危害公众的方法或者为了能够实施或者掩盖另一犯罪而杀人。”法国刑法第221-3条规定:“有预谋地故意杀人的,成立谋杀罪。”瑞士刑法第112条则规定,“行为人行为时特别毫无顾忌的,尤其是其动机、行为目的或者犯罪方式特别恶劣的”,属于谋杀。由此可见,以上三个国家刑法中的谋杀定义并不完全相同,可以认为,法国刑法中的谋杀,是一种本来意义的谋杀。概括起来说,不是基于情绪激动而故意杀人的,就可以构成谋杀。也应注意的是,激愤杀人也不一定是故杀罪,有的国家刑法将激愤杀人规定为独立于故杀罪之外的犯罪。谋杀罪的法定刑均重于普通故意杀人罪的法定刑。

德国刑法理论的通说认为,谋杀罪与普通故意杀人罪之间属于层级关系或者法条竞合的特别关系。因为谋杀罪不仅符合普通杀人罪的全部要件,而且增加了加重要素。但是,德国的判例却认为,谋杀罪与普通故意杀人罪的不法内涵不同,是两个相互独立的构成要件。

[7] 将上述行为评价为想象竞合,与评价为单纯一罪显然会带来处理上的不同,前者会导致法定刑的加重,后者则不产生这种效果。

四、杀害尊亲属罪

从历史沿革上看,自罗马法规定了 *Parricidium*(杀害父母)以来,在许多国家的刑法中都可以见到杀害尊亲属罪,但是现在只有少数国家刑法规定了该罪。如日本刑法原第 200 条规定:“杀害自己或配偶之直系尊亲属者,处死刑或者无期惩役。”法国刑法也有杀害尊亲属罪的规定。意大利刑法第 577 条将杀尊亲属与卑亲属作为杀人罪的加重情况予以规定。

杀害尊亲属罪与普通杀人罪的区别在于主体与对象不同,即主体必须是被害人的直系卑亲属,而被害人必须是行为人的直系尊亲属。所谓行为人的尊亲属,包括行为人自己的尊亲属与配偶的尊亲属。是否具有上述亲属关系,以实施杀害行为时为标准,如果行为人实施杀害行为时具有上述亲属关系,而被害人死亡时不具有这种亲属关系的,也不妨碍本罪的成立。至于何为尊亲属,何为配偶,则依据民法的规定处理。配偶死亡后不再认定为配偶,但是,在杀害配偶后的同一机会里杀害配偶的尊亲属的,仍然构成杀害尊亲属罪。

刑法设立杀害尊亲属罪并规定比普通杀人罪更重的法定刑,原来的立法理由是,尊重、报答尊亲属是社会生活的基本道义,因此对尊亲属应特别保护,即对杀害尊亲属的应当加重处罚。但是,越来越多的学者、法官、律师认为,这样的规定是违宪的,尤其是在日本,刑法学者与裁判所都认为设立此罪并规定过重的法定刑违反了宪法。

日本最高裁判所于 1950 年曾作出判决,认为日本刑法原第 200 条关于杀害尊亲属罪的规定是合宪的,但遭到了刑法学者的反对。因为即使是在杀害尊亲属的场合,也有不少是值得宽恕的,再者刑法对杀害尊亲属罪规定的法定刑过于苛刻,因此认为日本刑法第 200 条违反了宪法所规定的平等原则。后来在 1973 年 4 月 4 日的一次判决中,最高裁判所大法庭改变观点,认为日本刑法第 200 条违反宪法。^{〔8〕} 刑法学者主要从两个方面说明该条违宪。一方面,将杀害尊亲属特别看待,违反了宪法所确立的平等原则。另一方面,规定过重的法定刑,使一些应当宽恕的行为得不到宽恕,这也是违宪的。正因如此,日本于 1995 年删除了刑法第 200 条。

五、杀人预备罪

杀人预备罪是一个独立的犯罪。由于刑法分则以既遂为模式,原则上不处罚犯罪预备,当需要处罚严重犯罪的预备行为时,必须在分则中对该犯罪预备行为作出特别规定,于是,这种犯罪就成为独立的犯罪。

所谓杀人预备,是指杀人的准备行为,并且是尚未着手实行的行为。这种行为对杀人目的的实现起实质的作用,因而具有一定的危险性。例如,为了杀人而调剂毒药、准备凶器的行为,就属于杀人预备。

杀人预备罪属于目的犯,即行为人主观上必须具有实施普通杀人罪、谋杀罪或杀害尊亲属罪的目的,简单地说,必须具有杀人的目的。但是,大陆法系国家的刑法学者认为,这

〔8〕 导致最高裁判所改变观点的案件是:一名女性被告 14 岁时被其亲生父亲强奸,此后,其父强迫她与自己像夫妻一样生活了 10 年。被告人后来结识了一名男子,并打算与之结婚,但其父知道此事后十分恼怒,在十天里对她进行胁迫、虐待。最后,被告人下决心将其父杀死。面对这一案件,最高裁判所的 8 名法官认为,杀害尊亲属与杀害一般人相比,应受高度的道义的非难,在法律上加重其刑是合宪的;但是如果加重的程度超过了合理的范围,则是违宪的;日本刑法第 200 条规定的法定刑过重,无论如何减轻都不能符合缓刑条件,因而是违宪的。而另外 6 名法官则认为,不管加重刑罚的程度如何,将杀害尊亲属的行为特别看待本身就是违宪的。虽然都认为规定杀害尊亲属罪的第 200 条是违宪的,但理由并不相同。

里的杀人目的,既可以是确定的,也可以是未必的,还可以是附条件的。

杀人预备罪是否存在共同正犯、教唆犯与帮助犯,一直是有争议的问题。肯定说认为,杀人预备罪既然是经过修正的独立的构成要件,其行为就是一种实行行为,正犯的实行行为就是符合这种修正的构成要件的行为,而不是要求符合基本犯罪的构成要件。所以,共同实施杀人预备的行为,理应构成杀人预备罪的共同正犯;教唆、帮助他人实施杀人预备行为的,则是杀人预备罪的教唆犯与帮助犯。否定说认为,共同正犯以共同实施实行行为为必要,教唆犯是教唆正犯者,帮助犯是帮助正犯者,既然是杀人预备罪,就表明没有实行行为,因而不可能成立杀人预备罪的共同正犯、教唆犯与帮助犯。由此可见,这种分歧根源于对修正构成要件的看法不同。日本的审判实践否认杀人预备罪的帮助犯,但肯定杀人预备罪的共同正犯与教唆犯。理由是,预备罪本身是一种轻罪,而帮助行为又是一种较轻的犯罪行为,如果处罚预备罪的帮助犯,则不符合立法意图。

杀人预备罪也可能与其他犯罪产生竞合与吸收关系。例如,以杀人为目的侵入他人住宅而没有着手实行杀人行为的,属于杀人预备罪与侵入住宅罪的想象竞合。再如,以杀人为目的实施了杀人预备行为后,进而着手实施了杀人罪的实行行为的,属于吸收犯,即杀人罪吸收杀人预备罪。承认属于吸收犯,是以杀人预备罪是独立罪名为前提的。

六、参与自杀罪、同意杀人罪

(一) 处罚根据

狭义的参与自杀罪包括教唆自杀罪、帮助自杀罪,同意杀人罪则包括受嘱托杀人罪与得承诺杀人罪。广义的参与自杀罪则包括上述两类犯罪。

在19世纪以前,由于强调个人对国家的义务以及宗教的影响,自杀行为通常构成犯罪。19世纪以来,欧洲大陆国家一般不处罚自杀行为。但自杀行为不受处罚的实质根据何在,在刑法理论上是有争议的。违法阻却说认为,自杀行为因为没有违法性,而不构成犯罪。其中,有人认为,在承认个人的意思决定具有很高价值的个人主义的法体系中,应最大限度地尊重个人的自主决定权,自杀并不违法。有人提出,自杀是刑法所放任的行为(当失去生存希望的人自己放弃生命时,法律就不应介入,否则侵害了个人的尊严;为了保障个人的尊严,对自杀行为给家庭与社会带来的危害应当予以放任),因而不违法。有人指出,自杀行为是自己处分自己法益的行为,所以不违法(平野龙一、西田典之、前田雅英等)。还有人指出,虽然不可否认自杀行为侵害了值得保护的生命,因而存在结果不法或结果无价值(所以,阻止他人自杀的行为成立紧急避险),但现行刑法并不存在禁止放弃自己生命的规范(在此意义上说,个人对生命具有自主决定权),所以,自杀行为不违反法规范,因而行为不法(行为无价值)被否定(井田良)。可罚的违法性阻却说认为,自杀行为是违法的,但不具有可罚的违法性(大谷实、曾根威彦等)。责任阻却说认为,自杀虽然是违法的,但由于没有期待可能性而阻却责任(泷川幸辰、阿部纯二等)。

既然自杀不是犯罪,又为什么处罚教唆自杀与帮助自杀的行为呢?这与不处罚自杀的理由具有直接联系。持违法阻却说与可罚的违法性阻却说的学者认为,教唆自杀与帮助自杀,并不是刑法总则上的共犯行为,而是刑法分则规定的独立的犯罪行为,即既然自杀不是犯罪,根据共犯从属性说的观点,就不能将这种行为作为刑法总则上的共犯来理解。法律是将生命作为所有价值的根源来给予特别保护的,因而不允许有人参与他人的自杀行为。换言之,自杀是对生命这一重大法益的自己处分,刑法禁止他人介入是具有充

分合理性的。这是德国、日本刑法理论的通说。主张自杀行为缺乏行为无价值的学者认为,虽然自杀并不违法,但法律依然期待个人的生命得到保护,因此,个人对自己的生命决定权受到限制。一方面,法律并不对个体自杀提供协助(如果要死就必须一个人死);另一方面,即使法律不禁止自杀,但也可能禁止参与他人的自杀行为(否定他人生命的行为)。禁止的目的,是通过不允许参与自杀,使自杀者“孤立”,尽可能不实施自杀行为,从而间接地保护生命。主张责任阻却说的学者则认为,自杀行为是违法的,从共犯从属性的立场来看,教唆、帮助自杀就是参与了违法行为,是从属的共犯,当然应当受处罚。

至于同意杀人罪的处罚理由,则较易说明。由于生命并不是本人可以随意处分的法益,被害人的同意并不阻却行为的违法性,因此具有可罚性。

(二)参与自杀罪

参与自杀罪是教唆有意识能力的人使之自杀,或者对有意识能力的人的自杀进行帮助的犯罪。德国刑法没有规定本罪(但规定了业务性促进自杀罪),日本、瑞士、葡萄牙等国刑法规定了本罪(以下主要介绍的是日本参与自杀罪的相关内容)。

本罪的对象是能够理解自杀的意义,并且能自由地作出意思决定的人。幼儿、心神丧失者由于不具有上述能力,而不能成为本罪的对象;如果教唆或者帮助他们自杀,则被认为是杀人罪的间接正犯,不构成参与自杀罪。

本罪的行为表现为两种形式:(1)教唆自杀,使没有自杀决意的人产生自杀的决意。教唆的方法、手段没有限制,如怂恿、利诱、胁迫、欺骗、命令等,既可以是明示的方法,也可以是暗示的方法。日本曾有如下判例:丈夫硬说妻子不贞,预见到妻子可能自杀,但仍然反复直接、间接地实施暴力、胁迫,结果妻子终于自杀。裁判所认定丈夫的行为构成教唆自杀罪。所应注意的是,在以胁迫方法教唆他人自杀的场合,其胁迫行为必须没有达到使他人丧失自由意志的程度,否则便成立普通的杀人罪(间接正犯)。欺骗行为使对方没有认识到自己行为的意义时,也成立杀人罪的间接正犯。(2)帮助自杀,即对已经产生自杀决意的人的自杀行为给予援助。帮助自杀包括物理的帮助与心理的帮助。前者如提供自杀的工具,后者如指示自杀的方法、强化对方的自杀心理等。作为帮助自杀的援助只能是自杀的实行行为以外的援助行为,如果直接动手杀死对方,则属于同意杀人罪。^[9]

参与自杀罪的着手时期一直存在争议。一种观点认为,只有当本人实际着手实行自杀行为时,才是参与自杀罪的着手(大塚仁、西田典之、山口厚等)。主要有三点理由:(1)同意杀人罪的着手时期是开始实行杀害行为之时,为了与此统一协调,参与自杀罪应以本人实际着手实行自杀行为时为着手。(2)如果认为开始实施教唆、帮助行为为着手,那么,在本人没有实施自杀行为的情况下,就应成立参与自杀罪的未遂罪,这便扩大了处罚范围。(3)根据共犯从属性说,也应以本人着手实行自杀行为为着手。另一种观点则认为,开始实施教唆、帮助行为时即为本罪的着手(平野龙一、大谷实、前田雅英等)。其

[9] 德国刑法第217条第1款规定:“以促进他人自杀为目的,业务性地为其提供、创设或者介绍机会使之自杀的,处三年以下自由刑或者罚金。”本罪属于抽象的危险犯。“业务性”是指行为人意图连续或者重复性地实施自杀促进行为,但不要要求行为人具有营利目的。提供、创设自杀机会,是指为自杀者提供、创设使自杀行为成为可能实施或者更容易实施的外在条件。介绍自杀机会,是指为意欲自杀者与能够为其提供或创设自杀的外在条件的帮助者之间建立联系,使双方愿意提供和接受相应的帮助。不过,本罪的设立遭到了德国不少学者的反对与批评。

基本理由是,本罪是独立的犯罪,而不是刑法总则上的共犯,故不能根据共犯从属性说认定本罪的着手。要求本罪与同意杀人罪统一协调也是没有道理的,因为在同意杀人的场合,单纯接受嘱托与承诺而没有着手杀人,就不具有可罚性,故应以实际开始杀人为着手;而教唆、帮助自杀的行为本身具有可罚性,理应以开始实行教唆、帮助行为时为本罪的着手。从论理上看,后一种观点的理由比较充足;但从刑法谦抑主义的观点来看,前一种观点则有利于缩小处罚范围。还有一种观点认为,行为超出了单纯的教唆、帮助领域,现实地驱使他人自杀时,是本罪的着手(团藤重光)。但这种观点不具有明确性。

葡萄牙刑法第162条规定,行为人诱导他人自杀,或者对他人自杀提供帮助,如果他人尝试或者实施了自杀行为的,行为人成立协助自杀罪。亦即,只要被害人尝试进行自杀的时候,协助自杀罪就已经完成了。

(三) 同意杀人罪

同意杀人罪,是指受被害人的嘱托,或者得到被害人的承诺而实施杀人行为的犯罪。

本罪的对象也必须是能够理解杀人的意义,并且对死亡有自主决定能力的人,而不能是幼儿与心神丧失者。^[10]

本罪的行为表现为在接受了被害人的嘱托或得到被害人的承诺后杀死被害人。嘱托、承诺与杀害行为之间必须具有因果关系,即因为有被害人嘱托或承诺,才实施杀害行为。所谓嘱托,是指被害人请求、要求行为人杀死自己;所谓承诺,是指被害人同意将自己杀死。嘱托与承诺通常必须具备四个条件:(1)嘱托者与承诺者必须具有认识、辨别能力;(2)必须是本人的真实意志;(3)嘱托必须是明示的,承诺则既可以是明示的,也可以是暗示的;(4)嘱托与承诺必须存在于杀害行为之时(德国刑法理论要求存在于行为之前)。当然,各国对同意杀人罪中的被害人的嘱托与承诺的要求并不完全相同。例如,日本刑法仅要求“受他人嘱托或者得到他人的承诺”,德国刑法要求“基于被害人明确的和真挚的要求”,奥地利刑法要求“受他人真挚且迫切的嘱托”,瑞士刑法要求“因值得尊敬的动机,尤其是出于同情,经被杀之人严肃且迫切的请求”。可见,有的国家刑法所规定的同意杀人罪,仅指受嘱托杀人;而有的国家刑法所规定的同意杀人罪,则包括受嘱托杀人与得承诺杀人。因为在得承诺杀人的场合,往往是杀人者先提出杀死被害人,而得到被害人同意的;受嘱托杀人则是被害人自己先提出让杀人者杀死自己的,显然前者的危害大于后者,或者说前者的危害并不一定轻于普通杀人罪。所以,有的国家刑法规定的同意杀人罪不包括得承诺杀人。

日本刑法理论认为同意杀人罪是实害犯,被害人死亡的,行为人成立本罪的既遂犯;被害人没有死亡的,行为人成立本罪的未遂犯(具体危险犯)。与之不同,德国刑法理论认为本罪是抽象的危险犯。虽然个人对自己的生命拥有自主决定权,但并不拥有让他人杀害自己的自主决定权,国家必须确保被害人自始至终掌控自己的生命,直到生命的最后一刻还能够自主决定自己是否继续生存。但是,受嘱托杀人的行为,则具有导致被害人不能在最后一刻自主决定自己是否继续生存的抽象危险。由于只需要存在抽象危险,故不需要具体判断被害人在最后一刻是否希望继续生存。

[10] 葡萄牙刑法第160条第5款明文规定,诱导不满14周岁的未成年人或者无意志行为能力的人自杀的,按普通杀人罪处罚。

本罪的故意内容除了对杀人的事实具有认识、容认的心理状态外,还要求行为人认识到存在被害人的嘱托或承诺。如果被害人本来没有嘱托与承诺,但行为人误认为有嘱托与承诺而杀死被害人时,属于刑法上的错误,只能按同意杀人罪论处。如果被害人事实上承诺杀害自己,而行为人并不知道,以普通杀人的故意实施了杀人行为时,则有不同的处理意见。第一种观点认为,这种情况属于以重罪故意犯轻罪,仍应以轻罪处理,即以同意杀人罪论处(大谷实、前田雅英等)。第二种观点认为,行为人的杀人行为与被害人的承诺没有任何关系,或者说被害人事实上的承诺并不影响行为人的故意内容,因此应成立普通杀人罪的既遂(内田文昭)。第三种观点认为,由于行为人具有普通杀人罪的故意,又由于被害人事实上承诺杀害,故只能成立普通杀人未遂罪(平野龙一)。第四种观点认为,该行为触犯普通杀人未遂罪与同意杀人罪,但后者被前者吸收(井田良)。

(四)参与自杀、同意杀人与普通杀人之间的区别

如前所述,日本刑法规定了参与自杀罪与同意杀人罪,而且法定刑相同,参与自杀与同意杀人的区分就不具有特别重要的意义。但由此带来的疑问是,前者仅仅是参与,后者是直接杀害他人,为什么处罚相同?一种观点认为,后者的违法性明显重于前者,所以,规定相同的法定刑并不妥当。或许是由于具体案件中难以区分二者,而一并规定在同一条文且法定刑相同(中森喜彦)。另一种观点则认为,由于二者都是基于法益主体的自由意志而选择死亡进而使自己丧失生命,所以,行为人的不法与责任内容相同,规定相同的法定刑就具有正当性(林幹人)。

在日本等国,参与自杀与杀人是此罪与彼罪的区别,而且法定刑相差很大;在德国等国,一般性的参与自杀与杀人则是罪与非罪的区别。所以,二者的区分非常必要。

首先,需要讨论的是自杀与他杀的区别。对此,主要考虑的是以下两个方面:其一,被害人是否愿意死亡?自杀者必须完全自主决定选择死亡,自主选择的前提是,能够正确认识并评估放弃生命的意义与影响,而且,放弃生命的决定不存在重大瑕疵。因此,如果被害人完全没有认识到相应的行为会导致自己死亡,就不可能属于自杀。当被害人认识到相应行为会导致自己死亡时,如果被害人的意志决定符合有效承诺的条件(除处分权限外)的,就可以认定为自主决定选择死亡(德国的通说)。其二,由谁支配杀害行为?一般认为,对参与自杀与同意杀人的区分,可以准用刑法总论中共犯与正犯的区别标准。亦即,是被杀者基于自由的意志决定自己实现构成要件结果,还是由行为人支配了结果的实现(结果要首先归责于行为人的行为)。例如,行为人虽然实施了一定行为,但只要没有实施引起结果的行为,结果的实现掌握在被害人手中时,行为人就仅成立参与自杀罪。当然,由于正犯与共犯的标准本来就存在争议,事实上也存在不同的区分标准,所以,在具体判断过程中会存在争议。

其次,需要讨论参与自杀罪与普通杀人罪的区别。被害人虽然认识到相关行为会导致自己的死亡,但同意自杀受到了欺骗或者胁迫时,应当如何定罪,就成为问题。下面就四种情形进行简单阐述:

其一,共同自杀时,可能成立参与自杀罪。例如,在双方各自实施杀死自己的行为时,一般认为未死的一方构成参与自杀罪。因为共同自杀往往是相互给对方以自杀的勇气,在此意义上说,就是相互给对方以精神上的帮助。如果是互相杀死对方,则不成立参与自杀罪,而是成立同意杀人罪。

其二,在对自杀的动机存在错误时,应当如何处理?日本重点讨论的是对伪装共同自杀的案件如何处理的问题。例如,行为人并没有自杀的意图,但伪装与对方共同自杀,对方以为自己自杀后行为也会自杀,其实行为人并不自杀。承诺无效说认为,伪装共同自杀的行为构成普通杀人罪。因为被害人之所以自杀,是建立在行为人也自杀的考虑之上,而行为人却利用了被害人的错误使其自杀,这实际上是杀人罪的间接正犯(日本的判例、团藤重光、大塚仁等)。此说受到的批判是,既然被害人认识到死亡,就不能认为其存在错误。承诺有效说认为,伪装自杀的行为只构成教唆自杀罪。因为被害人对自己要自杀身亡并没有误解,只是对自杀的动机有误解,伪装者的行为仍不失为教唆性质;伪装共同自杀不能等同于直接杀害他人,将其按普通杀人罪论处并不合适(平野龙一、曾根威彦、前田雅英等)。此说受到的批判是,参与自杀罪与普通杀人罪相区别的核心在于,本人的意思决定是否自由;认为只有被害人认识到死亡就对自杀没有错误,是过于形式化的判断。法益关系的错误说认为,行为人成立教唆自杀罪,因为只有关于法益关系的错误,才影响同意的效力,关于其他方面的错误不影响同意的有效性。只要自杀者对处分自己的生命法益没有陷入错误,其对自杀的同意就是有效的。即使这种同意是因为受骗,也不能成立普通杀人罪(西田典之)。

其三,被害人并没有患绝症,但行为人欺骗对方,使对方误以为自己患上绝症而自杀的,是成立教唆自杀罪还是普通杀人罪,在理论上也存在争议。一种观点认为,该行为使被害人产生了对自己的生命有直接关系的错误(法益关系的错误),因而成立普通杀人罪。另一种观点则认为,被害人对自杀本身并没有认识错误,对行为人仅成立教唆自杀罪。

其四,基于行为人的暴力、胁迫而决意自杀的场合,也存在参与自杀罪与普通杀人罪的区分。一般来说,如果暴力、胁迫导致被害人并非基于自由的意志决定而自杀,就不成立参与自杀罪,而应认定为杀人罪。

第三节 伤害罪

一、伤害罪概说

本节的伤害罪(广义的伤害罪),包括不同类型的伤害罪与对身体施加暴行的犯罪。在犯罪学上,伤害罪是一种典型的暴力犯或粗暴犯。在刑法学上,伤害罪又是状态犯的典型例,这便使伤害罪成为一种具有代表性的犯罪,故刑法总论也常以伤害罪为例进行论述。伤害罪的保护法益是人的身体或健康的安全,这是其与杀人罪的本质区别。

伤害罪与杀人罪的法条关系,是刑法理论争论的问题。有人认为,杀人罪与伤害罪是一种补充关系,即杀人罪是伤害罪的最终阶段,伤害是杀人的前一阶段。因此,如果行为成立杀人罪就不成立伤害罪。在此意义上说,伤害罪的法条是杀人罪的法条的补充规定(Jescheck、Eser)。有人认为,杀人罪与伤害罪是特别关系。因为行为成立杀人罪时,必然符合伤害罪的构成要件。所以,杀人罪的法条是特别法条,伤害罪的法条是普通法条(Geerds、Schmidhäuser等)。有人认为,杀人罪与伤害罪是吸收关系。因为杀人罪的构成要件比伤害罪的构成要件更具有完全性(小野清一郎、西原春夫等)。有人认为,杀人罪

与伤害罪是择一关系(Hirschberg)。据此,在行为符合杀人罪构成要件时,也可能认定为伤害罪。当然,也有学者(Mösl)否认杀人罪与伤害罪之间存在法条竞合关系。

伤害罪与杀人罪的心理关系,也是存在争论的问题。根据对立理论,杀人故意排除伤害的故意。因为杀人与伤害是不同的概念,而且“根据行为人的认识世界”,杀人不包括伤害。根据单一理论,杀人故意必然同时包含伤害身体的故意,因为从生理学上来说,身体伤害是造成死亡的必经状态(该状态在逻辑上至少可以秒为单位计算)。

以上争论所涉及的重要问题是,当行为人以杀人故意实施杀人行为,后来又中止杀人行为,但对被害人造成了严重伤害时,是以杀人中止论处,还是以重伤害罪论处?如果认为杀人罪与伤害罪是择一关系,就会以重伤害罪论处。同样,如果采取单一理论,也会以重伤害罪论处,而不会认定为杀人中止。当然,这种争论与刑法对中止犯的法律后果的规定有关。在日本,由于刑法对中止犯规定了“应当减轻或者免除处罚”的法律后果,所以,刑法理论的通说认为,对上述情形依然应认定为杀人中止。在德国,由于刑法对中止犯仅规定了免除处罚的法律后果,所以,对上述情形认定为故意杀人中止与伤害罪的想象竞合,结局会以(严重)伤害罪处罚。

各国刑法通常根据伤害的程度与伤害行为的样态,将伤害罪分为不同的具体类型,其中有简有繁。侵害他人身体的犯罪,除了造成他人身体实际伤害的犯罪之外,还有暴行罪(或殴打罪)。

二、普通伤害罪

普通伤害罪,包括造成他人轻伤与重伤的伤害罪(为了论述的方便,下面通常只表述为伤害罪)。

(一)对象

伤害罪的对象是他人的身体,自伤行为不构成犯罪。各国刑法虽然通常规定了教唆自杀罪与帮助自杀罪,但没有规定教唆自伤罪与帮助自伤罪。因此,只要教唆、帮助自伤的行为不符合间接正犯的条件,就不构成犯罪。

问题在于对伤害胎儿的行为应当如何处理?行为人对母体内的胎儿进行伤害,又没有造成堕胎,但胎儿出生后的身体存在受伤害的结果。对此,出现了四种解决办法:

第一,认定对胎儿的伤害构成伤害罪,因为将一定阶段的胎儿解释为“人”是可能的。但是,将胎儿解释为人,属于类推解释,违反了罪刑法定原则。

第二,认定为对母体的伤害罪或过失致伤罪。其中有人认为,胎儿是母体的一部分,故伤害胎儿就是伤害母体。有人则认为,伤害胎儿就使母亲生育健康子女的正常的生理机能受到侵害,因此能够认定为对母亲的伤害罪或过失致伤罪。但这一观点存在问题。因为刑法上往往规定了堕胎罪,孕妇本人堕胎也构成犯罪,如果把胎儿视为母亲自身的一部分,则无法解释堕胎罪,故胎儿与人应当是有区别的。再者,伤害胎儿毕竟只是伤害了胎儿,并没有对母亲的生理机能造成伤害,所以不能认定为对母体的伤害。

第三,认定为对出生后的人的伤害罪,即对该胎儿实施伤害行为就构成对该胎儿成为人以后的伤害。理由在于,行为人的行为是一种伤害性质,只不过在实行行为与结果发生之间,介入了胎儿这一因素,但这一介入因素并不影响伤害罪的性质;胎儿何时成为人,对杀人罪来说是重要的,但对伤害罪来说则并不重要,因为出生后的人事实上是因为在母体

内受伤害而导致身体有伤害结果的。德国也有判例持这种观点。^{〔11〕}藤木英雄则提出了两点理由:其一,既然行为人实施了对人具有伤害、死亡的危险性的行为,那么,该行为是作用于胎儿还是作用于人就没有关系,当然成立对人的犯罪。其二,实行行为时不以存在行为客体为必要。将伤害胎儿认定为对人的伤害,受到了以下三个方面的批判:其一,伤害罪是状态犯,在结果发生的同时犯罪便终了,既然是对胎儿产生伤害结果,就应当将此时代定为既遂时期,但此时并不存在人。其二,按照将伤害胎儿认定为对人的伤害的逻辑,孕妇因为不注意而导致对出生后的子女产生伤害时,也成立过失致伤罪,这显然不妥当。其三,过失堕胎不具有可罚性,但如果将过失导致胎儿伤害的行为认定为对出生后的人的过失致伤罪,则会产生处罚的不均衡。

第四,宣告无罪(否定说)。首先,伤害罪的行为对象必须是人,认为伤害罪的对象包括胎儿,实际上是一种不利于被告人的类推解释,违反了罪刑法定主义。其次,刑法上对攻击人的生命与身体的行为都设有处罚规定,而对攻击胎儿的行为只设有堕胎罪的规定,这就表明刑法不处罚伤害胎儿的行为。最后,堕胎罪比伤害罪轻,如果造成胎儿死亡的行为只构成堕胎罪,而造成胎儿伤害的行为却构成伤害罪,这是不合理的。这是德国、日本刑法理论的通说。但作为通说的否定说也受到了批判。其一,虽然是对胎儿实施伤害,但其结果是对出生后的人产生伤害时,其比造成胎儿死亡更悲惨,可谓违法性与责任更重,不应当否认这种行为的可罚性。其二,否定说只是以过失堕胎不可罚为根据,但不处罚过失堕胎行为,是因为难以证明。可是,受到伤害的儿童在出生后,其伤害与行为人的过失行为之间有无因果关系是容易证明的。

(二) 行为

伤害罪的行为,是伤害他人身体的行为。在日本,关于伤害的含义,存在三种学说:

第一,身体完全性侵害说认为,伤害是指对身体的外部完整性的侵害,因为身体的外部完整性本身,也是应受保护的身体健康法益。这种学说受到了批判。一方面,根据这一学说,去掉他人发须、剪去他人指甲等行为,都可能成立伤害罪,但这明显扩大了伤害罪的范围。另一方面,根据这种观点,引起他人头痛、导致他人腹泻,也不是伤害,这又不尽合理。

第二,生理机能障碍说认为,伤害是指对人的生理机能的侵害,或者说是给他人生理机能造成障碍的行为。此说认为,去掉发须、指甲的行为,明显不符合社会观念上的伤害概念;将这种行为认定为伤害也不利于区分伤害罪与暴行罪;而且伤害罪的法定刑一般较重,将上述行为认定为伤害罪,明显不合情理。此乃日本的判例与通说的立场。

第三,折中说认为,侵害人的生理机能以及导致身体外形的重要变化的,就是伤害。据此,将他人头发全部连根拔掉的属于伤害;拔掉一根头发、剪掉无害于身体的指甲,就不能认为是伤害。但是,“重要变化”的基准并不一定明确。

日本的审判实践曾将下列情形认定为伤害:引起表皮脱落、以精神刺激方法使人大脑

〔11〕 被告人使孕妇服用 Thalidomide 镇静剂后,妨害胎儿四肢发育,以致出生后成为畸形儿,但对母亲身体与健康则没有任何影响,反而具有医疗失眠之效果。检察官以该药物影响胎儿健全发育以及妨害母亲生育正常胎儿之作用为由,认为被告人的行为成立对母亲的伤害罪。起诉后,法院认为,胎儿与母亲为两个独立的生命体,胎儿虽然依存于母体而存在,但并不属于母体的一部分。既然该药物对母亲之健康并无任何影响,就母体而论,自无成立伤害罪之余地。至于胎儿的伤害,在加害行为(药物发生影响)之时刻,亦不成立伤害罪;唯因其影响,胎儿嗣后出生时,已妨害其身体机能,故于出生之时刻,始构成伤害罪。

出血、使人长时间失去意思能力、引起头痛或呕吐、使人感染病毒、使人胸部疼痛、将他人头发连根拔掉等。

伤害罪的实行行为通常表现为暴力,即行使物理的有形力致人身体受伤害。但是,这并不排斥使用无形方法也可以构成伤害罪。例如,欺骗特定的被害人,使之食用腐烂物品而引起腹泻,或者使用胁迫的方法致使被害人患上精神病,或者引诱被害人坠入坑道导致受伤,或者以性交等方式使异性染上性病(限于没有规定传染性罪的国家),^[12]都会被认定为伤害罪。伤害罪的实行行为既可以是作为,也可以是不作为。

德国刑法实际上采取了折中说,其刑法规定的伤害罪包括两类行为:一是损害他人身体健康的行为,二是虐待他人身体的行为。损害他人身体健康,是指引起或者加重被害人的病理性状态(不问是暂时性还是长期性)。例如,销售有害食品导致他人身体健康受到损害的,使他人感染疾病的,向儿童出售酒精饮料导致其身体受损害的,恐吓被害人进而损害其身体健康的,都属于损害他人身体健康。所谓虐待(Misshandeln)他人身体,是指通过恶劣地不当对待他人身体,对他人正常的身体状态和完整性造成一定(并非微不足道)损害的行为。例如,长期跟踪他人导致其情绪抑郁的,打人一耳光导致被害人身体疼痛的,任意剪掉他人头发的,都属于虐待他人身体。

一般来说,伤害罪是一种结果犯,在区分了轻伤罪与重伤罪的国家,就是依结果的轻重来定罪,即造成轻伤的定轻伤罪,造成重伤的定重伤罪。德国刑法在普通伤害罪之外,还规定了危险伤害罪、虐待受照顾人罪、重大伤害罪、损伤女性外阴罪。危险伤害罪包括以下五类行为:通过投毒或者投放其他有损健康的物质的,利用武器或者其他危险工具的,采用阴险方法袭击的,与其他参与者共同实施的,以危及生命的方法实施的。其中的“危险工具”,并非任何可以致人伤害的工具。首先,“工具”,是指可以为人力所移动的物件,如刀具、木棒、石块、砖头等。人力不能移动的东西,不是工具。例如,虽然用砖头砸人属于利用危险工具伤害他人,但将被害人头部撞向墙壁的,则不属于利用危险工具。不过,如果推倒一堵墙从而伤害被害人的,则属于利用了危险工具。其次,“危险工具”,是指按物件的客观属性或者具体使用方法足以对他人造成较为严重伤害的工具,恶犬、烟头、酒瓶、登山靴等,均可以被评价为危险工具。

有的国家刑法有处罚伤害未遂的规定(如德国);有的国家刑法没有处罚伤害未遂的规定(如日本)。在后种立法例之下,使用有形的方法进行伤害而未遂时,通常构成暴行罪;使用无形的方法进行伤害而未遂时,则不构成犯罪。

(三)故意

由于一些国家刑法在规定伤害罪的同时规定了暴行罪,因此,伤害罪究竟是单纯的故意犯,还是暴行罪的结果加重犯,则不无争议。主要有三种观点:

第一种观点认为,伤害罪是暴行罪的结果加重犯,因此行为人主观上只要有单纯的暴行的故意即可,对伤害不需要有故意。因为刑法通常规定“施加暴行而未致人伤害时”构成暴行罪(参见后述暴行罪),这便表明,施加暴行而致人伤害时构成伤害罪,所以只需要有暴行的故意,而无须伤害的故意。再者,暴行罪的法定刑通常高于过失致伤罪的法定

[12] 如果以他人感染性病为传染性罪罪的构成要件,则该行为成立传染性罪罪;如果仅将性病患者的卖淫、嫖娼及其他猥亵行为本身规定为犯罪,故意使他人染上了性病的行为成立伤害罪。

刑,如果要求伤害罪必须有伤害的故意,当行为人仅有暴行的故意而过失致人伤害时,就应以过失致伤罪论处,这便显失公平。况且暴行都是可能导致伤害结果的,二者相互重合,要区分暴行的故意与伤害的故意,既很困难,也不合理。日本的审判实践采取这一观点。但是,这一观点没有考虑到使用无形方法犯伤害罪的情形,由于无形方法不可能构成暴行罪,因而伤害罪并非都是暴行罪的结果加重犯。在使用无形方法犯伤害罪时,便要求对伤害有故意。

第二种观点认为,伤害罪是故意犯。因为既然是伤害罪,就必须有伤害的故意;刑法通常只是规定,“伤害他人身体的,处……”,这种表述本身就说明伤害罪不是暴行罪的结果加重犯;以暴行的故意造成伤害结果时,是暴行罪与过失致伤罪的想象竞合,不会导致不公平的现象。如果把伤害罪视为一个完全独立的犯罪,这一观点具有合理性。但事实上确实存在着以暴行罪的故意造成伤害结果的情形,如果将这种案件都当暴行罪处理,显然也是不合理的。

第三种观点认为,伤害罪原则上是故意犯,但也包含结果加重犯的情况。当伤害罪是故意犯时,要求有伤害的故意;当伤害罪是结果加重犯时,只要求有暴行罪的故意。此外,使用有形的方法时,属于结果加重犯,只要求有暴行罪的故意;使用无形的方法时,属于故意犯,要求有伤害的故意。

如前所述,德国刑法规定了危险伤害罪,其中的一种情形是,以危及生命的方法实施伤害行为。德国的判例认为,在这种情形下,不要求行为人认识到自己的行为危及他人生命,或者说不要求行为人将自己的行为评价为足以危及他人生命的行为,只要认识到危及他人生命的客观事实即可。但有学者认为,至少要求行为人在外行人平行评价的意义上认识到自己的行为足以危及他人生命。

(四)违法性阻却事由

正当防卫、紧急避险、治疗行为、亲权者或监护人行使惩戒权等,在法定限度内都可以阻却伤害行为的违法性。

关于治疗行为的性质,理论上存在争议。通说认为,治疗行为虽然符合医疗行业规范,并且具有治疗效果,但仍然可能符合伤害罪的构成要件(如截肢行为),只能通过被害人承诺或者推定的承诺使之合法化。少数观点认为,治疗行为一开始就不符合伤害罪的构成要件,因而不成立犯罪。但是,这种观点存在疑问。例如,在医生切除癌症患者的舌头挽救了患者生命的场合,对治疗行为造成的伤害与治疗行为带来的利益,必须进行独立的刑法评价,而不能认为前者被后者吸收因而不符合伤害罪的构成要件(町野朔)。亦即,在上述场合,必须承认治疗行为符合伤害罪的构成要件,只是通过法益衡量阻却违法性而已。如果认为治疗行为不符合伤害罪的构成要件,同时认为被害人承诺是违法阻却事由,那么,专断的治疗行为(如没有经过患者承诺而切除患者的舌头)便不符合伤害罪的构成要件,因而不构成伤害罪,这一结论显然不妥当。

值得研究的是同意伤害的问题。日本刑法明文规定了得承诺的杀人罪,其法定刑明显轻于故意杀人罪,但是没有明文规定得承诺的故意伤害罪。于是,对于得承诺的伤害应当如何处理,在刑法理论上存在激烈争论。德国刑法第228条规定:“经过受伤者的同意而实施的身体侵害行为,只有在即使该行为得到同意也违反善良风俗时,才是违法的。”从字面含义来看,如果伤害行为得到了被害人同意,但仍然违反善良风俗时,也应当以故

意伤害罪论处。可是,这种将伤害承诺的有效性与善良风俗相联系的规定,难免带来争议。德国、日本在得承诺的伤害问题上,几乎存在相同的争论观点。

第一种观点认为,以是否违反公序良俗为标准判断行为是否构成故意伤害罪。日本的行为无价值论者认为,在被害人承诺的伤害案中,如果行为违反了公序良俗,就不问伤害的轻重,以故意伤害罪论处;如果不违反公序良俗,即使造成了重大伤害,也不认定为故意伤害罪(大塚仁)。德国的行为无价值论者按字面含义理解其刑法第 228 条的规定,认为行为是否违背善良风俗,应从行为是否违反法秩序(特别是根据行为人的动机)进行判断。这种观点实际上将善良风俗作为故意伤害罪的保护法益,使故意伤害罪成为对社会法益的犯罪,明显不符合刑法将故意伤害罪规定为对个人法益的犯罪的立法事实。德国与此相近的一种观点认为,身体并不是单纯的个人法益,就所有人的生命与身体健康都必须得到保护而言,存在公共利益。这里的公共利益,是指社会自我维持的利益。因此,如果得到承诺的伤害行为,使被害人长时间不能参与社会生活,社会对被害人的期待不能得以实现时,这种伤害行为就不能正当化(Weigend)。根据这种观点,在被害人承诺时,只有造成身体长时间重伤的,才不阻却违法性。这一终局性的结论或许是可取的,但是,其理由明显不当。其一,将身体法益当作社会法益,是纳粹观点的残余。其二,根据这种观点,如果被害人本来是卧床不起的人,经过同意的伤害就是合法的;而被害人是生理机能正常的人,经过同意的伤害就是违法的。可是,前者更需要刑法的保护。其三,既然身体是社会法益,个人的承诺就应当完全无效。所以,上述观点也有自相矛盾之嫌。

第二种观点认为,得承诺的伤害一概不成立犯罪。日本的前田雅英认为,既然刑法只规定了得承诺的杀人罪,而没有规定基于承诺的伤害罪,就表明基于被害者承诺的伤害一概不成立犯罪。但是,这种观点没有考虑身体与生命的关联性。生命以身体为前提,对身体的伤害越严重,对生命的威胁就越紧迫。因此,至少可以肯定,对身体的严重伤害接近于杀人。既然如此,就不能将承诺杀人与承诺伤害做出两种截然不同的处理。德国也有学者认为,得承诺的伤害一概不可罚,进而主张删除刑法第 228 条。例如,持此观点的 R. Schmitt 指出了以下几点理由:其一,生命、身体是被害人自己的法益,被害人对生命、身体伤害的承诺应当毫无例外地排除可罚性;其二,刑法第 228 条是纳粹时代基于其人口政策而制定的条文,现在不应当继续保留这样的条文;其三,身体是个人专属法益,第 228 条将其与善良风俗相联系,明显不当;其四,第 228 条的规定不明确,违反宪法的要求因而无效。但是,这些理由难以成立。其一,根据这种观点,得到承诺的杀人也不成立杀人罪,这难以被人接受,也不符合刑法的规定。其二,德国刑法第 228 条的规定,并非产生于纳粹时代,而是在此之前便存在。其三,第 228 条的规定是否妥当、是否明确,是需要通过解释处理的,单纯从立法论上予以否定,不一定能得到解释者的赞成。

第三种观点认为,得承诺的轻伤害不成立故意伤害罪,但得承诺的重伤害成立故意伤害罪。如日本学者平野龙一指出,只能以伤害的重大性为标准判断得承诺的伤害是否阻却违法;如果认为“重大”的标准不明确,就以是否具有“死亡的危险”为标准做出判断。西田典之与山口厚也认为,考虑到对侵害生命的承诺无效,只能认为对生命有危险的重大伤害的承诺是无效的。德国有不少学者认为,身体虽然是个人的法益,但对身体伤害的承诺会受到一定限制。例如,Roxin 认为,对生命有危险的伤害的承诺,以及虽然对生命没有危险但不能恢复的重大伤害的承诺,是无效的。一方面,对生命的承诺是无效的,所以,

对生命有危险的伤害的承诺也是无效的。另一方面,刑法要保护法益主体人格发展的可能性,不能恢复的重大伤害妨碍了法益主体的人格发展,对于这种承诺应当予以限制。

日本最高裁判所1980年11月13日的判例的观点是,应当综合考虑得到承诺的动机与目的、行为的手段、方法与样态、结果的重大性等,判断得到承诺的伤害是否具有适法性。但这种判断标准并不明确。德国的判例认为,如果伤害行为可能导致严重身体伤害或者具有危及生命的具体危险的,原则上就属于违反善良风俗。但是,如果行为人基于合理、善良的目的实施伤害行为,并且得到被害人承诺的,即使可能对被害人造成严重的身体伤害,也不违反善良风俗。

三、伤害致死罪

伤害致死罪是典型的结果加重犯。事实上存在两种类型:一是行为人具有伤害的故意,但造成了死亡结果;二是行为人仅有暴行罪的故意(在德国基本上也属于具有伤害罪的故意),但由此暴行导致他人死亡。前者如,行为人以伤害的故意,用石块砸被害人,石块击中头部,导致被害人死亡。后者如,行为人以暴行的故意,用石块砸被害人,石块并没有击中被害人,但被害人因为惊慌而从悬崖上摔下致死。伤害致死罪的这两种类型,决定了伤害致死罪中的故意既可以是伤害罪的故意,也可以是暴行罪的故意。出于其他故意致人死亡的,不构成伤害致死罪。

伤害致死罪要求行为人没有预见到被害人的死亡,如果预见并容认被害人死亡,则构成杀人罪。从责任主义的观点来看,又要求行为人有预见被害人死亡的可能性。但许多国家的审判实践上并没有做到这一点,通常只要行为人在暴行或伤害的故意支配下造成了他人死亡,就认定为伤害致死。日本的审判实践就明确指出不要求行为人对加重结果有预见可能性。但各国刑法理论的通说,坚持责任主义,要求行为对加重结果有预见可能性。亦即,成立伤害致死罪,一方面要求行为人对伤害结果具有故意,另一方面对死亡结果(至少)有过失。于是,伤害致死罪与过失致死罪是特别关系。倘若行为人对伤害结果持直接故意、对死亡持间接故意时,当然要肯定行为人的行为成立杀人罪(谋杀罪)。日本刑法理论一般不讨论是否还要肯定行为人的行为成立伤害致死罪。但是,由于德国刑法所规定的结果加重犯要求行为人对加重结果“至少”有过失,亦即对加重结果持故意的情形并非排除在结果加重犯之外,所以,刑法理论的通说认为,上述行为在成立杀人罪(谋杀罪)的同时也成立伤害致死罪,但也不属于想象竞合。因为相对于杀人罪(谋杀罪)而言,伤害致死罪处于补充地位,故对上述行为只能按杀人罪(谋杀罪)处罚。

伤害致死罪要求伤害行为或暴行与被害人死亡之间必须具有因果关系,即死亡结果必须是由伤害行为或暴行造成的,如果是其他原因引起了死亡结果,则不成立伤害致死罪。不仅如此,刑法理论还要求伤害行为与死亡之间具有特别的因果关联,即必须存在特殊的归责关系。致死性说认为,只有当伤害行为造成了被害人伤害的结果,进而由这种伤害结果导致被害人死亡的,才成立故意伤害致死罪(平野龙一、Kühl)。据此,如果伤害行为直接导致被害人死亡的,则只是故意伤害罪与过失致人死亡罪的想象竞合。但是,日本的判例只要求伤害行为与死亡结果之间具有相当因果关系乃至条件关系,就肯定伤害致死罪的成立。例如,数名被告人长时间对被害人实施暴行,被害人因极度恐惧在从现场逃走的途中进入高速公路后遭遇交通事故而死亡。日本最高裁判所认定被告人的行为构成伤害致死罪。德国的判例也只要求伤害行为与死亡结果之间具有特定的风险关联,或者

说,伤害行为在类型上有造成他人死亡的危险,就成立伤害致死罪。例如,行为人用上膛的枪支敲打被害人头部,在敲打过程中不慎触发扳机射中被害人,德国联邦法院认定行为构成伤害致死罪。但这一认定遭到了许多学者的反对。

问题在于,伤害致死罪中的死亡者是仅限于直接受伤害或暴行的人,还是包括其他人。例如,甲对乙施加暴行,乙本能地躲闪而踩了丙的脚,致丙倒地死亡。一种观点认为,伤害致死罪中的死亡者只限于直接受伤害或遭受暴行的人,故甲的行为只构成暴行罪(也可能同时触犯过失致死罪因而成立想象竞合)。对具体的事实认识错误采取具体符合说的学者,一般会持这种观点。另一种观点认为,伤害致死罪中的死亡者包括其他人,故甲的行为构成伤害致死罪。日本判例以及大谷实、前田雅英等学者采取这种观点。采取这种观点的学者,一般对具体的事实认识错误采取法定符合说。此外,可以肯定的是,如果行为人对作为伤害、暴行对象以外的人具有伤害、暴行的未必的故意,进而导致其死亡的,无疑成立伤害致死罪。

四、危险驾驶致死伤罪

为了应对重大恶性交通事故,日本于2004年在刑法第208条之二中增设了危险驾驶致死伤罪。该条第1项规定:“受酒精或者药物的影响,在难以正常驾驶的状态下,驾驶四轮以上的汽车,因而致人伤害的,处十五年以下惩役;致人死亡的,处一年以上有期徒刑。以难以控制的高速度行驶,或者不具有控制行驶的技能而驾驶四轮以上汽车,因而致人死伤的,亦同。”同条第2项规定:“以妨害人或者车的通行为目的,进入行驶中的汽车的近距离前,明显接近其他通行中的人或车,并且以可能产生重大交通危险的速度驾驶四轮以上汽车,因而致人死伤的,与前项同。有意无视红色信号或者与之相当的信号,而且以可能产生重大交通危险的速度驾驶四轮以上汽车,因而致人死伤的,亦同。”此后又对本条作过修改。

2013年,日本制定了《关于对危险驾驶自动车致人死伤行为等的处罚的法律》(2014年5月20日开始施行),将上述刑法第208条之二的规定移至该单行刑法,并且对法条进行了一定修改。该单行刑法第2条规定:“实施下列行为,因而致人伤害的,处十五年以下惩役;致人死亡的,处一年以上惩役:(一)受酒精或者药物的影响,在难以正常驾驶的状态下,使自动车行驶的行为^[13];(二)以难以控制自动车行驶的高速度,使自动车行驶的行为;(三)不具有使自动车行驶的技能而使自动车行驶的行为;(四)以妨害人或者车的通行为目的,进入行驶中的自动车的近距离前,明显接近其他通行中的人或者车,并且以可能产生重大交通危险的速度驾驶自动车的行为;(五)有意无视红色信号或者与之相当的信号,并且以可能产生重大交通危险驾驶自动车的行为;(六)驶入禁止通行的道路(是指根据道路标识或者道路标示,或者依照其他法令的规定,禁止自动车通行的道路或者其中部分路段,在此道路通行可能对人或车造成交通危险,因而以政令方式予以规定),并且以可能产生重大交通危险的速度驾驶自动车的行为。”

危险驾驶致死伤罪,是由故意的危险行为(基本行为)造成死伤结果而成立的犯罪,因而具备结果加重犯的构造。但是,其基本行为并不是刑法典规定的犯罪,而是道路交通安全法规定的犯罪。此外,作为基本行为的危险驾驶行为,虽然相当于暴行,但并不等于暴行。

[13] “使自动车行驶的行为”的原文为“自動車を走行させる行为”,也可译为“驾驶自动车的行为”。

只有当危险驾驶行为的危险实现了死伤结果时,才成立危险驾驶致死伤罪;如果死伤结果的发生与驾驶行为的危险性没有关系,则不成立本罪。

作为基本行为的危险驾驶行为,是具有危险性的行为,故行为人必须认识到这种危险性。但是,理论上认为,只要行为人认识到作为危险性的基础的事实即可。因此,在行为人认识到自己是在超速行驶的情况下,即使其轻信不会造成死伤结果,也不能否认其对危险性具有认识。但日本的判例认为,只要行为人对危险驾驶行为具有认识,即使对发生死伤结果没有过失,也成立危险驾驶致死伤罪。

五、关于伤害罪的特殊规定

日本刑法对伤害罪作了两个特别规定。

(一) 伤害现场助势罪

伤害现场助势罪仅存在于日本刑法之中。日本刑法第206条规定:“当发生前两条的犯罪(指伤害罪与伤害致死罪——引者注)时,在现场助势的,虽然没有亲手伤害他人,也处一年以下惩役或者十万元以下罚金或者科料。”

关于伤害现场助势罪的法律性质,理论上存在不同观点。一种观点认为,本条是将不构成伤害从犯(帮助犯)的单纯的助势行为规定为独立的犯罪。因此,如果对特定的正犯助势,则成立伤害罪的从犯,而不成立本罪。只有针对不特定的正犯助势时,才构成本罪(平野龙一、大塚仁、大谷实、曾根威彦等)。日本大审院的判例曾指出,本条所处罚的是在伤害现场单纯助势的行为;如果使特定的正犯者容易实行伤害行为,则成立伤害罪的从犯。另一种观点则认为,在伤害现场助势是帮助行为的一种,只是刑法考虑到其看热闹起哄的心理对这种帮助行为作出特别从轻处罚的规定。据此,对任何伤害正犯助势,都构成本罪(团藤重光、町野朔、西田典之、前田雅英等)。还有一种观点认为,本条是对在伤害罪或者伤害致死罪的犯行现场进行帮助及其实行未遂形态予以从轻处罚的规定(山口厚)。

伤害现场助势罪的成立,从时间上看,要求发生在伤害或伤害致死罪的行为实施之际,即发生在引起伤害或伤害致死的暴行开始之后、终了之前;从地点上看,要求发生在暴行实施的现场。所谓助势,是指用语言或动作为正犯者呐喊、鼓劲等增强或者刺激正犯者气势的行为。助势者本人必须没有亲手实施伤害行为,如果先助势后又亲手伤害他人,或者先实施了部分伤害行为后来助势,则助势行为由伤害行为吸收,不成立数罪。

(二) 同时伤害的特例

日本刑法关于伤害罪还有一个特殊规定,其第207条规定:“二人以上实施暴行伤害他人的,在不能辨别各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时,即使不是共同实行的,也依照共犯的规定处断。”

本来,二人以上没有意思联络而同时对他人施加暴行时,只能分别作为单独犯,对自己的行为所造成的结果承担责任,不能以共犯论处。假如不能证明伤害结果是由谁的行为造成的,则二人以上均只构成暴行罪。这是对同时犯的处理原则,也是责任主义的要求。但立法上认为,这样处理就宽纵了罪犯,于是规定上述特殊的同时犯以共犯论处。

究竟应当如何认识上述规定的性质,日本刑法理论上存在争议。有人认为是一种法律上的推定,有人主张是一种法律上的拟制,有人提出是举证责任的转换,通说则认为,既是举证责任的转换,也是法律上的拟制。

由于本规定是自己责任原则的例外,故必须限制其适用范围。适用该条,必须具备以下条件:(1)二人以上在没有意思联络的情况下,对同一被害人施加暴行。否则,应直接适用刑法总则关于共同正犯的规定。(2)二人以上的暴行,在外形上可以评价为基于意思联络的一个共同实行行为,即二人以上的暴行在时间与场所上必须接近,至少是在同一机会施行的。(3)二人以上的暴行造成了伤害结果,但不能辨认各人所加伤害的轻重,或者不能辨认造成伤害的是谁,或者不能证明谁的行为造成了轻伤害、谁的行为造成了重伤,或者不能证明被害人的伤害是由谁的暴行所引起。(4)被告人不能证明自己的暴行与伤害结果之间没有因果关系。^[14]

另一个争论问题是,日本刑法规定的这一特例,是仅适用于伤害罪,还是同时适用于伤害致死罪。通说认为,本条仅适用于伤害罪。因为这一特例是违反刑法基本原则的,必须严格控制其适用范围,而且刑法只规定了造成伤害的情况,并没有规定伤害致死;再者,在伤害致死的场合,一般容易证明是谁的行为造成了死亡,无须适用特例(大塚仁、大谷实、前田雅英、山口厚等)。少数人则认为,伤害致死罪是伤害罪的结果加重犯,伤害致死时也存在举证困难,故也必须适用这一特例(团藤重光、藤木英雄)。日本最高裁判所1951年9月20日的判决指出,二人以上没有共谋,对他人实施暴行,造成了伤害致死的结果,不能辨别何人的行为造成了致死的伤害时,根据本条,均应承担伤害致死罪的责任。

还有一个争论问题是,对承继的共犯是否有可能适用本条?例如,甲开始对丙实施暴行后,乙出现在现场,并与甲一起对丙实施暴行,导致丙受伤,但不能查明丙所受之伤是乙参与前的暴行(甲的a行为)所致还是乙参与后的暴行(甲乙共同实施的b行为)所致。一种观点认为,由于不能辨别丙的伤害是a行为造成还是b行为造成,故应当适用本条(前田雅英、林幹人)。另一种观点则认为,本罪原本就缺乏合理性,故应限制适用。在上例中,由于至少可以肯定甲成立伤害罪,而并非任何人对丙的伤害结果不负责任,所以,应当否认本条的适用。不过,后一种观点存在处罚的不均衡现象。

六、暴行罪

暴行罪,是指对他人施加暴行而未致人伤害的犯罪。

将暴行明确规定为独立的犯罪有日本、意大利、瑞士等国刑法。日本刑法第208条规定:“实施暴行而没有伤害他人的,处二年以下惩役、三十万元以下罚金或者拘留或科料。”意大利刑法第581条规定:“殴打他人,未造成身体或者精神的疾病,经被害人告诉的,处六个月以下徒刑或者六十万里拉以下罚金。”瑞士刑法第126条规定:“殴打他人未造成身体或健康损害的,处拘役或者罚金。本罪告诉才处理。”由此可见,三个国家的刑法对暴行罪罪状的描述没有实质区别。区别在于日本刑法将暴行罪规定为非亲告罪,法定刑也高于意大利与瑞士的规定。^[15]

“暴行”一词在不同的场合有不同的含义,可以将暴行分为四种:(1)最广义的暴行,它包括不法行使有形力(物理力)的一切情况,其对象不仅可以是人,而且可以是物。据

[14] 日本曾发生以下案件:A在对被害人实施暴行时,B、C赶到现场。然后A、B、C三人共谋后对被害人实施暴行造成伤害结果,但不能确定伤害结果是在B、C加入之前造成的,还是在B、C加入之后造成的。日本大阪地方裁判所1997年8月20日的判决,对A、B、C适用刑法第207条,均以伤害罪的共同正犯论处。

[15] 其实,在1947年以前,日本刑法也是将暴行罪规定为亲告罪,法定刑也较低。1947年在修改部分刑法条文时,考虑到暴行否定了民主主义的基础,才提高了暴行罪的法定刑,将暴行罪规定为非亲告罪。

此,暴行分为对人暴行与对物暴行。(2)广义的暴行,是指不法对人行使有形力,但不要求直接对人的身体行使。即使是对物行使有形力,但因此对人的身体造成强烈的物理影响时,也构成暴行(间接暴行)。(3)狭义的暴行,是指对人的身体不法行使有形力。(4)最狭义的暴行,是指对人的身体行使有形力并达到足以压制对方反抗的程度。

暴行罪中的暴行是指狭义的暴行。暴行的成立只要求对人的身体不法行使有形力,在性质上不要求足以发生伤害结果。使用无形方法攻击他人身体的,不成立暴行罪。日本判例的基本立场是,如果有形力(物理力)接触了被害人的身体,即使缺乏伤害的危险,也成立暴行罪;此外,如果具有伤害的危险,即使有形力没有接触被害人的身体,也成立暴行罪。概言之,暴行包括针对人的身体实施的一切不法攻击行为,不以该行为具有引起伤害结果的性质为必要。例如,剪断、剃去他人头发的,短时间拘束他人身体的,抓住他人衣服往前拽的,在被害人耳边打鼓敲钟使被害人产生感觉意思朦胧的,向被害人撒盐的,向被害人投掷石块,向被害人挥舞日本刀的,驾驶车辆逼挤并排行驶的汽车的,连续几天利用噪音导致邻居慢性头痛的,都被裁判所认定为暴行。对于判例的这一立场,有的学者持赞同态度(团藤重光、大塚仁、内田文昭等);有的学者基本持赞成态度,但同时主张抑制暴力范围的扩张(大谷实、西田典之^[16]);有的学者则认为,只有当物理力具有伤害的危险时,才成立暴行罪(野村稔、京藤哲久等);有的学者则主张,只有当物理力接触了被害人的身体或者物理力的效果及于被害人时才成立暴行罪(平野龙一、中森喜彦等)。按照山口厚的观点,伤害未遂虽然可能成立暴行罪,但暴行不等于伤害罪的未遂犯;所以,既不能要求行为人具有伤害的故意,也不能要求行为具有伤害的危险,因为没有理由要求被害人忍受他人向自己行使的非法物理力。但是,为了使暴行与胁迫之间有明确的界限,暴行应当以物理力及于被害人的身体为必要。如果认为暴行不需要物理力及于人的身体,只要其效果及于人的身体即可,那么,就会将人的心理自由、行动自由也纳入暴行罪的保护法益,使得暴行概念过于宽松,因而不妥当。

问题是,虽然是有形的方法,但不能评价为暴力时,是否属于暴行。例如,使人饮用有毒物质的,是否属于暴行。肯定说与否定说不仅影响暴行罪的成立与否,而且影响对其他涉及暴行的犯罪的认定。例如,对于将有毒物质给他人饮用后取走被害人财物的行为,肯定说主张成立普通抢劫罪,而否定说主张成立昏醉抢劫罪。

成立暴行罪要求有暴行的故意,但持伤害的故意实施暴力而未造成伤害结果时,也成立暴行罪。

七、参与斗殴罪

德国刑法第231条第1款与第2款分别规定,“参与斗殴或者参与由多人实施的攻击行为,如果该斗殴或者攻击造成人的死亡或者重伤的,对参与行为者处三年以下自由刑或者罚金”,“如果参与斗殴或者攻击是不受谴责的,不得根据第一款的规定处罚”。

斗殴,实际上是指群殴,以至少三人积极参与为必要。如果三人中,有一人只是单纯地采取保护性防卫(如用手抱着自己的头),则因为只有二人的积极参与,而不成立斗殴。

[16] 西田典之认为,在行为没有接触被害人身体的场合,只有当行为具有伤害的危险,且行为人具有伤害故意时,才能认定为暴行罪。持反对观点的学者则认为,暴行罪不等于伤害罪的未遂犯,故不能要求行为人具有伤害故意。

反之,如果三人都实施攻击性防卫,就属于斗殴。如果一人面对其他二人的不法攻击而实施正当防卫的,仍然属于斗殴。因为斗殴并不以全部参与者的行为具有违法性为必要。换言之,三人中如果有一人的行为是合法的,仍然符合斗殴的构成要件,只是此人具有违法阻却事由而已。

多人实施的攻击,是指至少二人出于敌意而对他人的身体进行攻击。^[17]从客观方面来说,攻击者必须共同合作,但不以成立共同正犯为必要。从主观方面而言,所有的攻击者必须以造成被害人的身体伤害为目标。所以,同时犯不属于多人实施的攻击。多人实施的攻击与斗殴的区别在于:攻击不以双方或者相互的打斗为要件,攻击的对象可能是完全没有防卫能力的人。

参与,是指在行为现场出于敌意参与打斗,以积极地参加为必要。^[18]在法律上有义务阻止斗殴或者攻击的人,没有履行阻止义务的,不构成参与,充其量只是帮助犯。参与不以直接进行打斗为必要,只要对打斗具有物理性的共同作用即可。根据通说,在现场欢呼助势的行为,也属于具有物理性的共同作用,因而属于参与行为。^[19]

根据德国的通说与判例,行为人是否在死伤结果发生之前退出斗殴与攻击,并不重要。换言之,即使行为人在死伤结果发生之前退出斗殴与攻击的,也实现了本罪的构成要件。理由是,只要死伤结果与斗殴或者攻击的整个经过具有因果关系即可,至于个别的参与行为与死伤结果之间的因果关系及其客观作用,对其参与行为的可罚性并不重要。因为斗殴或者攻击的可罚性根据在于其典型的危险性,在死伤结果发生之前退出斗殴或者攻击的行为人,其行为的作用在退出后仍然存在,并且持续至结果发生。由于共同造成了斗殴或者攻击的状态,且退出前的共同作用增加了斗殴或攻击所带来的危险,事实上也往往激化了参与者之间的冲突,故退出者应按本罪处罚。

至于在死伤结果发生之后才加入斗殴或者攻击的人,是否也成立本罪,则存在争议。判例和部分学者持肯定态度,因为法条没有限制参与的时间;如果持否定回答,就会导致每个参与者都主张其在死伤结果发生之后才参与,进而使本条丧失适用的余地。另一部分学者则认为,虽然法条没有限制参与的时间,但从规范目的来看,法律仅处罚死伤结果发生前的参与行为。事实上,在死伤结果发生之后才参与的行为,与斗殴或者攻击的整个经过的危险性并没有因果关系,故不能令事后的参与者对参与前的危险性负责。

根据通说,上述“如果该斗殴或者攻击造成人的死亡或者重伤的”,属于客观处罚条件。只要死伤结果与斗殴或者多数人的攻击之间具有因果关系(如果没有斗殴或者攻击,就不会发生死伤结果)即可,不必考察各参与行为与死伤结果之间的因果关系。如果在死伤结果发生时,斗殴与攻击尚未开始,则不能适用本条。不管是造成斗殴或攻击的参与者的死伤,还是造成旁观者、过路人或者介入的警察的死伤,都符合这一条件。存在争议的是,如果死伤结果是由于被攻击者正当防卫所致的,是否属于这里的死伤结果。通说与判例认为,只要死伤结果与斗殴或者攻击之间具有因果关系,即使该结果由正当防卫行为引起,也应适用本条。换言之,本罪中的死伤结果,不必具有违法性。此外,由于本罪属

[17] 也有学者(如 Hirsch)认为,“出于敌意”并不具有独立的意义,不是特别的主观要素。

[18] 这里的参与是正犯行为,而不是指帮助行为。

[19] 也有学者(Stree)认为,通说将心理作用等同于物理性的共同作用,存在缺陷;进而主张,对于在场欢呼助势的,只能认定为参与的帮助犯。

于抽象的危险犯,所以,即使斗殴行为造成了行为人自身的严重伤害,也同样成立参与斗殴罪。

由于死伤结果是客观处罚条件,故通说认为,参与者只需认识到斗殴或者多数人攻击的状态的存在,并参与斗殴或攻击即可,对于死伤结果不必具有预见与预见可能性。但Hirsch指出,通说的观点严重违反了责任主义,故主张本罪是“故意与违反注意义务的组合”,行为人至少对于死伤结果具有预见可能性时,才能成立本罪。Roxin则认为,死伤结果是构成要件要素,行为人对此至少必须具有预见可能性。

如果参与斗殴或者攻击是不受谴责的,则不能以本罪论处。其中的“不受谴责”并不等同于罪责,还包含了参与行为是否具有违法性的问题。这里涉及何时可以适用正当防卫规定的问题。可以肯定的是,行为人出于正当防卫对其他斗殴参与者进行攻击的,虽然也符合参与斗殴罪的构成要件,但应适用德国刑法第231条第2款的规定,不以参与斗殴罪论处。德国的判例与理论认为,如果行为人在约定的斗殴失败后,违反约定以短刀刺杀对方的,并不是正当防卫行为。即使参与者能在斗殴或攻击期间为了防止个别的伤害行为而主张正当防卫,但不得因此否认整体参与斗殴或者攻击的违法性。

第四节 过失致死伤罪

一、过失致死伤罪概说

过失致死伤罪,是指过失致他人死亡、伤害的犯罪,其保护法益是生命、身体的安全。在欧洲大陆与日本,过失致死伤罪是发案很多的犯罪,之所以如此,是由于工场、矿山、土木建筑的增加,特别是交通工具的发展,使过失致死伤的案件大量发生,而这些犯罪通常都包括在过失致死伤罪中。

过失致死伤罪主要包括过失致死罪与过失致伤罪。此外,有的国家还规定了业务上过失致死伤罪、重过失致死伤罪。这些犯罪的最主要特点,在主观上表现为过失,在客观上表现为造成了他人的死亡或者伤害。

二、过失致伤罪

过失致伤罪,是指过失造成他人身体伤害的行为。

行为人主观上只能是过失,而不能存在故意。这里所说的故意不仅包括伤害的故意,而且包括暴行的故意,即行为人故意实施暴行而致人伤害的,不是成立过失致伤罪,而是成立故意伤害罪。过失,是指违反了法律上的注意义务。这种注意义务,除了法律规定的义务以外,还可能是习惯上、条理所要求的义务。一般来说,注意义务的内容包括结果预见义务与结果回避义务。假想防卫、假想避难时,行为人有过失并造成他人伤害的,构成本罪。

过失致伤的行为,既可以是作为,也可以是不作为(如被保护人处于身体受伤害的危险境地,保护人由于过失没能施加保护,导致发生伤害结果);既可以是行使有形力,也可以是行使无形力(如违反注意义务使用音波导致他人耳聋)。

过失致伤罪要求行为造成致人伤害的结果。从各国刑法的规定来看,不要求结果为

重伤害,过失造成轻伤害的也构成本罪,过失造成重伤害的,则是加重处罚的条件。

三、过失致死罪

过失致死罪,是指过失造成他人死亡的行为。

过失致死罪与过失致伤罪有许多相同点与相似点,其主要区别在于,本罪必须发生他人死亡的结果。如果行为人有过失并造成他人死亡,就成立本罪。例如,给婴儿哺乳的母亲,于睡眠前没有使乳房离开婴儿,导致乳房压着婴儿的口和鼻,使婴儿窒息死亡,就成立过失致死罪(日本判例)。在德国,行为人唆使醉酒者驾驶汽车,导致发生车祸而将行人碾死的,行为人让自己饲养的未驯服的恶狗到处乱跑,恶狗将小孩咬死的,被法院认定为过失致死罪。再如,甲将自己的海洛因提供给乙,乙注射海洛因后死亡。德国联邦最高法院曾认定甲的行为构成过失致死罪,但该判决结论受到了学界的强烈批评。后来,德国联邦最高法院对类似案件否认了过失致死罪的成立。但是,如果提供毒品的人,发现吸毒者出现无意识的状态后,没有叫来医生,吸毒者因而死亡的,法院仍然认定为不作为的过失致死罪。又如,被告人驾驶没有尾灯的拖斗卡车在黑暗中行驶,被警察拦下,警察指示被告人将拖斗卡车开到下一个加油站,自己跟着被告人的拖斗卡车行驶,以确保整个过程的安全。在拖斗卡车再次启动前,警察将红灯从道路上拿走。正在此时,另一辆卡车驶近,并从后面撞上了被告人处于无灯状态的拖斗卡车,导致后面卡车的副驾驶死亡。德国联邦最高法院肯定了被告人的行为与被害人的死亡之间具有因果关系,也肯定了被告人具有预见可能性,进而认定被告人成立过失致死罪(但不少学者对此判决持批判态度)。

一个过失行为造成数人死亡的,是过失致死罪的想象竞合。过失致死罪的法定刑一般在5年以下,如德国刑法、意大利刑法都规定为5年以下的自由刑,但日本刑法仅规定为50万元以下的罚金。^[20]

四、业务上过失致死伤罪

(一)概念

业务上过失致死伤罪,是指从事业务的人员,违反业务上的注意义务,造成他人死伤的行为。有的国家刑法没有将业务上过失致死伤的行为规定为独立的犯罪,而是作为一般的过失致死伤罪论处,德国刑法就是如此。有的国家刑法则在过失致死伤罪之外,另规定了业务上过失致死伤罪,意大利、日本等国刑法就是如此。如日本刑法第211条前段规定:“懈怠业务上必要的注意,因而致人死伤的,处五年以下惩役、监禁或者五十万元以下罚金。”

(二)主体

本罪的主体,必须是从事容易引起死伤结果的业务的人员,因而是一种身份犯。这里的关键是如何理解业务。根据日本审判实践与刑法理论,所谓业务,是指人基于社会生活上的地位而反复、继续从事的,而且有侵害他人生命、身体可能的事务。^[21] 这种业务不仅

[20] 1991年前的法定刑为20万元以下罚金。不过,日本刑法另规定了重过失致死伤罪与业务上过失致死伤罪,其法定刑均为5年以下惩役、监禁或者50万元以下罚金。

[21] 请注意,只是本罪中的“业务”要求有侵害他人生命、身体的可能性;其他犯罪(如业务上侵占罪等)中的“业务”则不要求这一点。

包括正当业务,而且包括违法性质的业务。例如,没有行医执照的行医活动,没有驾驶执照的驾驶行为,也属于本罪中的业务;如果在行医或驾驶过程中过失致人死伤的,就构成本罪。根据上述定义,业务必须具备以下三个条件:

第一,必须是基于社会生活上的地位的事务。业务必须是人在维持社会生活上所从事的事务,它在社会分工中占有一席之地。因此,自然的日常行动不是业务,如饮食、睡眠、步行、在家照看子女、做家务等,都不是业务。但是,娱乐性的狩猎、与自己本来的业务无关的驾驶,只要行为人是反复、继续实施的,也被认为是业务。因为设立本罪是考虑到业务人员有高度的注意义务,故处罚较重。上述狩猎与驾驶行为,如果是反复、继续实施的,行为人也就有高度的注意义务,因而也应包括在业务中。

第二,必须具有反复性、继续性。业务都是行为人要反复、继续从事的事务,如果只是在特定场合从事一次的活动,就不是业务。但应注意的是,只要性质上是要反复、继续实施的,或者只要行为人有继续实施的意思,即使行为人只实施了一次,也不失为业务。例如,出租汽车司机,第一次驾驶汽车便过失致人死伤时,就构成本罪。再如,没有行医执照的人,有反复、继续行医的意思,其第一次行医的活动就是一种业务。如果行为人在第一次行医活动中致人死伤,就构成业务上过失致死伤罪。

第三,必须具有危险性。业务必须含有对人的生命、身体造成侵害的危险,因为只有这样的业务才有意义作为犯罪而类型化。如驾驶汽车,驾驶船舶,制造、贩卖、保管危险物品,在幼儿园、学校监护、教育儿童、学生等都认为是具有危险性的业务。以防止他人生命、身体的危险作为义务内容的业务也包括在内。而骑自行车的行为,一般被认为没有危险性,故不是业务。

(三) 行为

业务上过失致死伤罪,要求行为人怠于业务上的必要的注意,并因而导致他人的死伤。所谓怠于业务上的必要的注意,是指在从事业务时,违反了该业务所具体要求的注意义务。例如,汽车司机没有注意路口的红灯,继续向前行驶而导致行人死亡,医生没有注意辨明病人,误给不该施行手术的病人施行手术,这些行为都构成本罪。本罪的行为既可以是作为,也可以是不作为。行为必须造成他人的伤害或者死亡,否则不构成本罪。

第五节 遗 弃 罪

一、遗弃罪的概念

所谓遗弃罪,是指将需要扶助的人置于不受保护的状态,从而使其生命、身体处于危险状态的犯罪。奥地利刑法将遗弃罪规定为对生命的危险的犯罪;德国、瑞士刑法明文规定遗弃罪是对生命造成危险以及对健康造成严重危险的犯罪。日本刑法在伤害罪之后规定了遗弃罪,于是理论上对遗弃罪的罪质存在争议。判例与多数说认为,遗弃罪是使被遗弃者的生命、身体处于危险状态的犯罪;^[22]有力说认为,遗弃罪只是对生命的犯罪,即对

[22] 持这种观点的学者会在伤害罪之后讨论遗弃罪。

生命造成危险的犯罪,而不包括对身体造成危险的情形(平野龙一、大谷实、西田典之、山口厚)。^[23]还有学者认为,遗弃罪是对生命造成危险以及对身体造成重大危险的情形(前田雅英)。上述观点都认为,遗弃罪是一种对个人法益的犯罪。但也有学者认为,遗弃罪既是对个人法益的犯罪,也是对社会法益的犯罪,因为实施遗弃行为不仅威胁了被遗弃者的生命、身体的安全,而且破坏了社会风俗(大塚仁)。

与此相关联的是,被害人同意的遗弃行为是否构成遗弃罪。一种观点认为,如果被害人的同意违反公序良俗,则该同意无效,遗弃行为仍然成立犯罪(大塚仁)。这是行为无价值论的观点,以遗弃罪侵犯了社会法益为前提。另一种观点认为,既然被害人具有同意的权限,且刑法没有特别处罚的规定,经过同意的遗弃行为便不可罚(山口厚)。这是结果无价值论的观点,以遗弃罪属于对个人法益的犯罪为前提。还有一种观点认为,遗弃行为对生命具有危险时,被害人的同意无效,遗弃行为仍然成立犯罪(中森喜彦)。

在古代宗法社会,遗弃罪一般仅限于亲属之间,或者说仅限于家庭之间,遗弃罪的罪质便是义务的违反。但现代社会,由于机械化、航空交通与道路交通的频繁,必要的危险行为越来越多,因而很容易使一些人处于无自救力、需要扶助的状态。于是,遗弃罪的范围便扩大了,而不仅限于亲属之间。换言之,遗弃罪的罪质不只是义务的违反,更重要的是对他人生命、身体造成危险。

二、遗弃罪的对象

一般来说,遗弃罪的对象是没有自救力、需要扶助的人。各国刑法对此规定不同。就保护责任者遗弃罪而言,一般规定为需要扶助的人。就单纯遗弃罪而言,有的国家刑法没有特别限制对象范围(如德国、奥地利),有的国家刑法限制了对象范围。日本刑法将单纯遗弃罪的对象规定为“因年老、年幼、身体障碍或者疾病而需要扶助的人”。其中的年老、年幼、身体障碍是容易理解的概念,问题在于怎样理解“需要扶助”。如果认为遗弃罪是对生命、身体造成危险的犯罪,就会将“需要扶助”理解为生活不能自理。如果认为遗弃罪是对生命造成危险的犯罪,就会将“需要扶助”理解为“只有他人扶助才能摆脱对生命的危险”。此外,对一些具体问题也存在争议。例如,酩酊者是否属于因疾病而需要扶助的人?日本刑法理论一般对此持否定见解,但其审判实践上持肯定回答。再如,因食用麻醉药品而昏迷者是否属于因疾病而需要扶助的人?德国审判实践上对此持肯定看法。

三、遗弃罪的行为

如后所述,遗弃罪分为单纯遗弃罪、保护责任者遗弃罪与遗弃致死伤罪。一般认为,单纯遗弃罪中的遗弃行为是指狭义的遗弃,即积极移置;保护责任者遗弃罪中的遗弃,除包括狭义的遗弃外,还包括单纯不保护。

狭义的遗弃即积极移置,是指行为人将被害人从安全场所移至危险场所或从某危险场所移至更危险的场所(有人认为还包括阻止被遗弃者接近保护人)。这显然是一种作为的形式,它要求使被遗弃者与保护者之间产生场所上的隔离。例如,行为人将自己所生的年幼子女放置到人烟稀少的马路上,就是一种积极移置。德国刑法第221条第1款第1项规定,将某人“置于无助的状态”的,构成遗弃罪。“置于”行为既可以采取暴力、胁迫的手段,也可以采取欺骗的手段。一般来说,只有当行为改变了被害人所处的场所时,才属

[23] 持这种观点的学者会在杀人罪之后伤害罪之前讨论遗弃罪。

于“置于无助的状态”。但德国的判例与不少学者认为,“置于无助的状态”不以发生空间转移为前提。例如,行为入殴打被害人,使之处于不能独立向医生求救的状态,然后置之不顾的,也属于将被害人“置于无助的状态”。不仅如此,德国的通说还认为,不作为也可能满足“置于无助的状态”的条件。

所谓单纯不保护,是指行为人与被遗弃人虽然没有场所上的隔离,但行为人不给被遗弃人以生存所必要的保护。例如,不提供必要的食物、对病人不提供必要的治疗等。这是一种不作为的遗弃行为,以行为入具有保护责任为前提。争论的问题是,当被害人身处无助的状态,负有救助义务的人消极离去时,是属于狭义的遗弃还是属于单纯不保护。有人入认为,狭义的遗弃也包括消极离去,即行为入本来与被遗弃者生活或处于同一场所,但行为入从该场所离去,使被遗弃者的生命、身体处于危险状态。这也要求使被遗弃者与保护者之间产生场所上的隔离。但是,只有具有保护义务的人消极离去的,才可能成立遗弃罪。所以,多数观点认为,消极离去应当属于单纯不保护。

遗弃行为的成立不要求产生现实的法益侵害,即不要求致被遗弃者死亡或伤害,只要对被遗弃者的生命、身体产生危险就成立遗弃行为,因此,遗弃罪是危险犯。这是没有争议的。德国刑法明文将遗弃罪规定为具体的危险犯。遗弃罪的具体危险,是指极有可能出现法益侵害的危急状态,或者说,遗弃行为没有造成他人死亡或者严重的身体伤害,纯属偶然。但是,日本刑法没有明文要求遗弃罪发生具体危险,于是对遗弃罪是哪一种危险犯就存在争议。例如,甲将自己的婴儿放在警察署门前,确认警察抱走婴儿后才离去。抽象的危险说认为,只要行为入实施了遗弃行为就成立遗弃罪,因为法条没有要求遗弃行为发生具体的危险。所以,甲的行为成立遗弃罪(大塚仁)。限定的抽象的危险说认为,遗弃罪虽然是抽象的危险犯,但在罪质上仍然需要行为产生某种程度的危险性。如果行为入预想到他人会实施适当的行为或者由于其他原因,导致遗弃行为不会对被害人的生命产生危险时,就不能认定为遗弃罪(大谷实)。或者认为,作为遗弃的内容,应当要求存在针对被害人的实质性危险(山口厚)。据此,上述甲的行为不成立遗弃罪。^[24] 具体的危险说认为,只有当遗弃行为产生具体危险时,才能认定为遗弃罪。法条虽然没有明文要求发生具体的危险,但由于遗弃的概念缺乏明确性,故有必要通过具体的危险限定处罚范围。据此,上述甲的行为不成立遗弃罪(团藤重光)。

四、遗弃罪的故意

遗弃罪是故意犯罪,同时又是危险犯,因此,遗弃罪的故意要求行为入认识到被遗弃的对象是老幼、残废或因疾病而需要扶助的人,并认识和容认自己的遗弃行为使被遗弃者的生命、身体处于危险状态。如果行为入认识到和容认自己的行为给被害人的生命、身体产生现实的侵害,则不是遗弃罪的故意,而是杀人罪或伤害罪的故意。此外,如果行为入没有认识到自己的行为使被害人的生命、身体处于危险状态,由于过失引起被害人死亡或者伤害的,也不构成遗弃罪,只构成过失致死伤罪。例如,日本于1985年曾发生过行为入将处于泥醉状态的配偶放在浴室洗澡并不加看护致其死亡的案件。从客观上看,行为入是将需要扶助的被害人移置于危险的场所。但是,行为入以前也曾经实施过这种行为,目

[24] 也有持相同观点的学者认为,甲的行为仍然有抽象的危险(因为行为入不能确实证明领走婴儿的人会扶助婴儿),构成遗弃罪。

的在于使对方解酒,行为人完全没有认识到自己的行为会使对方的生命、身体处于危险状态。因此,裁判所否认行为人有遗弃罪的故意,而以过失致死罪论处。

五、遗弃罪的类型

德国、奥地利、瑞士、日本等国刑法,都规定了三种类型的遗弃罪,即单纯遗弃罪、保护责任者遗弃罪与遗弃致死罪。例如,奥地利刑法第82条规定:“(1)将他人置于无助状态,且在该无助状态下弃之不管,因而危及他人生命的,处六个月以上五年以下自由刑。(2)将受其保护之人或其他有义务帮助之人置于无助状态而不顾,因而危及他人生命的,处与第一款相同的刑罚。(3)行为导致他人死亡的,处一年以上十年以下自由刑。”该条三款所规定的分别是单纯遗弃罪、保护责任者遗弃罪与遗弃致死罪。

(一)单纯遗弃罪

单纯遗弃罪,是指将他人移置于危险场所的行为。

单纯遗弃罪的主体与被害人之间不要求存在亲属或其他某种关系,换言之,单纯遗弃罪的主体不要求是对被遗弃者有保护责任的人。根据德国、奥地利等国刑法的规定,单纯遗弃罪的对象可以是任何人,包括健康的成年人。根据日本刑法的规定,单纯遗弃罪的对象必须是是需要扶助的人。例如,没有保护责任的人,将躺在自己所占有的场所内的需要扶助的人,移置于其他危险的场所时,就构成单纯遗弃罪。

单纯遗弃罪的行为,必须是积极移置的行为。消极离去与单纯不保护不构成本罪。因为本罪的行为与被遗弃人之间并不存在扶助与被扶助的权利义务关系,只有当行为人实施积极移置的行为时,其行为才有可罚性;没有保护责任的人消极离去与单纯不保护,则不具有可罚性。

(二)保护责任者遗弃罪

保护责任者遗弃罪,是指对被遗弃者具有保护责任的人所实施的遗弃行为。

本罪中的遗弃行为,既可以是积极移置,也可以是消极离去,还可以是单纯不保护。如果认为本罪是具体的危险犯,那么,只有对生命、身体健康产生了具体危险时,才成立本罪。德国曾发生以下案件:女被告人F有两个孩子,大的是5岁的女孩,小的是10个月的婴儿。F于某年12月24日晚离开孩子与朋友聚会。她出发前照料了婴儿,并嘱咐大女儿在第二天早晨给婴儿喂牛奶。F原本打算第二天(25日)中午回家,但后来决定12月28日回家。她清楚自己的行为可能导致婴儿死亡,但并不担心5岁的女儿。F于28日回家时,发现婴儿已死亡在未供暖的房间,大女儿也处于心力交瘁的状态。F对婴儿成立保护责任者遗弃(致死)罪,但由于大女儿没有出现具体危险,F对大女儿也没有遗弃的故意,故对大女儿不成立遗弃罪。

保护责任者遗弃罪的主体,必须是对老幼、残废或因疾病而需要扶助的人具有保护责任的人,即是对上述人员的生命、身体具有保护义务的人,因而属于身份犯。当保护责任者以积极移置的方式实施遗弃行为时,其身份属于加重身份;当保护责任者以单纯不保护的方式实施遗弃行为时,其身份属于奠定可罚性基础的构成身份。

一般认为,这种保护义务来源于以下四个方面:(1)法律、法令所规定的保护义务。如民法所规定的亲权者对子女的监护义务。(2)基于合同所产生的保护义务。例如,雇主与雇员签订合同,两人同住在一起,雇员患疾病时雇主有保护的义务。如果雇主实施遗弃行为,就构成本罪。(3)基于事务管理所产生的保护义务。例如,行为人本来没有义务

接纳病人,但一旦行为人将病人安置在自己的住宅内,行为人就对病人负有保护义务。(4)基于习惯、条理产生的保护义务。这种义务是根据具体情况,从法律精神上引申出来的。例如,结成团体的登山队队员,相互之间产生保护义务。汽车司机过失撞伤行人后,就产生了保护义务。但德国的判例认为,没有过错的汽车司机,对于负有独立责任的事故被害人没有保护义务;而饭店店主(或者邀请者)对于因为醉酒而神志不清的客人存在保护义务。

值得研究的是,汽车司机过失撞伤行人后逃跑的案件应当如何处理的问题。例如,造成事故的司机单纯逃走(例一),或者造成事故的司机原本打算救助被害人,使被害人坐在自己的车内而离开现场,但途中将被害人放置在其他场所(例二)。在这种情况下,除了构成业务上过失致死伤罪或者交通犯罪以外,是否成立保护责任者遗弃罪?一般认为,这种情况成立两罪:一是业务上过失致死伤罪或者其他交通犯罪,二是保护责任者遗弃罪。^[25]但关于保护义务的发生根据,则存在不同观点。第一种观点认为,保护义务源于道路交通安全法所规定的救护义务;第二种观点认为,保护义务源于行为人过失撞伤行人的先前行为;第三种观点认为,保护义务源于行为人“接受”被害人或者将被害人置于自己的支配领域内的行为。根据第一、二种观点,上述例一、例二均成立保护责任者遗弃罪;根据第三种观点,上述例二成立保护责任者遗弃罪,但例一不成立遗弃罪。

(三)遗弃致死伤罪

遗弃致死伤罪,是单纯遗弃罪与保护责任者遗弃罪的结果加重犯。如前所述,单纯遗弃罪与保护责任者遗弃罪是危险犯,不要求发生死伤结果。如果行为人实施遗弃行为导致被遗弃者死伤,则构成本罪。因此,构成本罪要求遗弃行为与被遗弃者死伤之间具有因果关系。特别要指出的是,行为人对死伤结果必须没有认识与容认的心理态度,否则就成立杀人罪或伤害罪。例如,行为人于寒冷的冬天将婴儿移置于马路上,致婴儿死亡的,应认定为杀人罪,而不是遗弃致死伤罪。但是,杀人罪的实行行为必须具有致人死亡的危险性,因此,如果行为人没有将需要扶助者置于明显的危险状态,就只能认为是遗弃罪。

日本曾有两个判例。其一,被告人甲在驾驶汽车时过失轧了乙,甲打算将乙送往医院,于是让乙坐在助手席上,但途中担心被发觉,便打消了送往医院的念头,企图将乙遗弃于某地,在开车寻找遗弃地点的过程中(行驶了29公里),乙死在车内。东京地方裁判所1967年9月30日的判决,认定甲构成不作为的杀人罪。其二,被告人丙在某天晚上8时左右,因疏忽而撞倒了前方过马路的丁(伤势约需要3个月的治疗),丙没有采取其他必要措施,而是使丁坐在自己的车内离开了现场,但途中将丁遗弃在马路上,假称叫医生而逃走。日本最高裁判所1958年7月24日的判决,认定丙的行为构成保护责任者遗弃罪。

平野龙一针对第一个判例指出:“在这种场合,虽然存在让乙坐在助手席上而开车的作为,但送往医院就能得救,不送往医院就死亡,而不是因为使乙坐在车上继续开车而死亡,因此,仍可认定为不作为杀人。在这种情况下,过失伤害的先前行为,与打算送往医院的‘接受’以及放入车中处于他人不能干涉的‘管理下’的状态等竞合在一起,使得能够认定为不作为杀人。因此,如果依照这一先例,只是单纯因车轧人使其重伤而逃走的‘先前行为’,还不足以导致认定为不作为杀人。”第二个案件“虽然与前述东京地方裁判所判决

[25] 虽是成立两个犯罪,但有人认为两罪是想象竞合,有人认为两罪是并合罪。

的案件几乎相同,但这种场合,没有认定成立不作为的杀人罪。这不仅是因为没有预见死亡结果,而且因为没有杀人罪成立要件的作为义务。……在保护责任者预见死亡而置之不理的场合,要对遗弃致死的情形进行处罚的话,不作为的杀人与不作为的遗弃致死的区别,不是取决于对死亡有无预见,而是取决于作为义务的程度。换言之,即使在有杀人故意,但没有成立杀人罪的足够的作为义务的情况下,要以保护责任者遗弃罪从轻处罚。这样,在不作为场合,从重罪逐渐到轻罪的处罚,就分别由作为义务的强弱来决定。”^[26]

争论的问题是,行为人(保护责任者)明知自己消极离去会使被害人得不到救助而死亡,但仍然故意离去的,是成立杀人罪还是遗弃致死罪。日本的通说与判例认为成立杀人罪(当然需要有致人死亡的具体危险),理由有二:其一,遗弃致死罪是结果加重犯,因而不包括对加重结果有故意的情形;其二,在限定保护责任(作为义务)的范围的场合,难以通过作为义务的轻重区分遗弃致死罪与不作为的杀人罪。但大谷实认为,上述行为应成立遗弃致死罪,理由也有二:其一,如果认为只要有杀人故意就不成立遗弃致死罪,而成立杀人罪或者杀人未遂,那么,只要以杀人故意而消极离去的就都成立杀人未遂,但这一结论不合理。其二,通说将遗弃罪中的保护责任者的地位与不作为杀人罪中的保障人地位等同看待了,但为遗弃罪中的保护责任(保护义务)与杀人罪的实行行为奠定基础的作为义务并不是等同的;与保护责任者遗弃罪中的保护义务违反相比,杀人罪的作为义务违反必须对人身具有更高的危险。

[26] [日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第157~159页。

第十七章 对自由、安宁的犯罪

第一节 本章犯罪概述

在现代社会,个人自由或多或少受到了限制;越是尊重个人自由,越会发生相互摩擦。如何对二者进行调整,是本章理论的重要课题。这里的自由不是指抽象的自由,而是仅限于有具体内容的自由,通说认为包括身体活动自由与意思决定自由,至于对政治的自由、宗教的自由、社会的自由的侵害行为,则一般不认为是对自由的犯罪(Wachenfeld)。具体而言,本章犯罪可细分为以下几类:一是非法剥夺自由罪(法益为身体移动的自由),二是胁迫罪、强制罪(法益为意思决定自由),三是广义的略取罪、诱拐罪(法益为身体移动的自由与身体的安全),四是强奸罪、强制猥亵罪(法益是性的自主决定权或者自己决定的自由),五是侵入住宅罪(法益是是否允许他人进入住宅、建筑物的自由或者住宅、建筑物的安宁)。〔1〕

法益性质存在争议的是侵犯秘密罪。以往刑法理论大多将侵犯秘密罪归入对自由的犯罪,但是,现在不少学者将其与对名誉的犯罪相并列,归入对人格法益的犯罪(或称为对秘密、名誉的犯罪)。本书仍按传统做法,将其归入对自由、安宁的犯罪。

还有一些犯罪虽然也侵犯了自由,如抢劫罪、恐吓罪、滥用职权罪等,但它们另有更为本质的法益,因而应由其他章节说明。

第二节 非法剥夺自由罪

一、保护法益

非法剥夺自由罪,是指故意以逮捕、拘禁或其他方法非法剥夺他人自由的行为。〔2〕

一般认为,本罪的保护法益是人的身体移动(行动)的自由,即人的身体离开一定场所移动的自由(少数学者将本罪的法益解释为“人身的自由”)。但如何理解身体移动自由的内容,则存在争议。可能的自由说认为,本罪的法益是可能的自由,即只要想移动身

〔1〕 当然,对法益的具体内容还存在一些争议。

〔2〕 从各国刑法的规定看,本罪的罪名并不统一,有的着重于本罪的罪质确定罪名,有的着重于行为的方式确定罪名。不管罪名如何,本罪的罪质都是非法剥夺公民的人身自由。各国刑法除了规定一般的非法剥夺自由罪外,还规定了本罪的加重形态,即非法剥夺自由致死伤罪。

体就可以移动的自由(德国的判例与通说、日本的判例、植松正、大塚仁、大谷实、曾根威彦等)。现实的自由说认为,本罪的法益是现实的自由,即在打算现实地移动身体时就可以移动的自由(平野龙一、中山研一、西田典之、前田雅英)。可能的自由说将具有身体移动的可能性本身作为重要问题,而现实的自由说则认为,在对方没有产生离开一定场所(移动)的意思时,其身体移动的自由并没有受到侵害。

例如,甲拘禁熟睡中的乙(如将熟睡的乙反锁在房间),但事实上没有侵犯乙的身体移动自由时,应当如何处理?可能的自由说认为,甲的行为成立非法剥夺自由罪的既遂。现实的自由说则认为,甲的行为要么不成立犯罪(日本不处罚本罪的未遂犯),要么仅成立非法剥夺自由罪的未遂犯(德国处罚本罪的未遂犯)。

二、对象

非法剥夺自由罪的对象,是具有身体移动自由的自然人。

由于身体移动的自由以意思活动的自由为前提,因此,通说认为,事实上完全没有意思活动能力的婴儿与高度的精神病患者,不能成为本罪的对象。但是,只要有基于意识从事身体移动的能力,就能成为本罪的对象,并不一定要求有正常的意识能力。如能够从事身体移动的幼儿、精神病患者也能成为本罪的对象。这一点几乎是没有争议的。只要是具有身体移动的意思的人,即使不能靠自力移动,但只要可以将其移动意思转达给他人、借助他人移动身体,或者能够利用器械移动身体,就可以成为本罪的对象。因此,依靠轮椅移动身体的人,也能成为本罪的对象。

那么,是否要求对象具有现实的、具体的行动意思或能力呢?例如,行为人将熟睡中的人反锁在房间里,待他醒来之前就打开了锁,此行为是否构成非法剥夺自由罪?对此,有两种观点:(1)根据可能的自由说,本罪的成立不要求被害人具有现实的、具体的行动意思能力,只要他有这种可能性即可。在上例中,被害人任何时候都有醒来的可能性,因此,上述行为侵害了被害人的自由,构成非法剥夺自由罪(无限定说,德国的判例与通说、日本的判例采取此说)。(2)根据现实的自由说,非法剥夺自由罪不是危险犯,而是实害犯,故本罪的对象只能是有现实的、具体的行动意思或能力的自然人,一时丧失这种意思或能力的人,只有在他们恢复了这种意思或能力后,才能成为本罪的对象,所以,上例的行为不构成非法剥夺自由罪(限定说)。

与上述问题相联系的是,是否要求被害对象认识到自己被剥夺自由的事实。持无限定说的人认为,身体活动的自由只需是一种可能的自由,所以,只要被害人有行动自由的可能性,即使没有认识到自己被剥夺自由的事实,也不影响犯罪的成立。持限定说的人则认为,如果某人没有认识到自己被剥夺自由,就表明行为没有妨害他的意思活动,因而没有侵犯其自由,故该行为不构成犯罪。只有当某人认识到自己被剥夺自由的事实,才能证明行为侵犯了其自由,进而对该行为以非法剥夺自由罪论处。因此,本罪的对象必须认识到自己被剥夺自由的事实。

三、行为

非法剥夺自由罪的行为,主要是逮捕(有的国家称为拘留)与监禁,有的国家刑法对此有明文规定。如日本刑法第220条规定:“非法逮捕或者监禁他人的,处三个月以上七年以下惩役。”法国旧刑法也有类似规定。有的国家刑法则采取了概括性规定,如德国刑法第239条规定:“非法监禁他人或者以其他方法剥夺他人自由的,处五年以下自由刑或

者罚金。”

(一) 日本的逮捕、监禁罪

按照日本刑法理论的通说,所谓逮捕,是指直接拘束人的身体、剥夺其身体移动自由的行为。逮捕的方法一般是有形的,如使用绳索捆绑被害人的四肢。这种有形方法通常伴随着暴力行为,但逮捕过程中的暴力不另成立暴行罪,而是被评价在逮捕行为中。逮捕虽然多是有形方法,却也不排除无形方法。例如,使用胁迫方法使被害人完全丧失自由。^[3]但是,如果被害人还有一定的自由,就不能认为是逮捕。例如,将被害人的两只手捆在背后,由于被害人还有行走的自由,故不构成逮捕。^[4]

所谓监禁,是指使被害人难以脱出一定的场所,从而剥夺其身体自由。这里的一定的场所,通常是指像房屋这样的隔离的场所,但并不限于这种场所,只要是单纯的一定的地域即可,换言之,不要求是封闭或包围的场所。监禁不要求完全剥夺被害人的身体活动自由。将被害人置于容易逃出的场所时不构成监禁,不过,如果虽有从一定场所逃出的出口,但被害人不知道该出口,或者虽有逃出的方法,但该方法对被害人的生命、身体具有危险的,也应认为构成监禁。监禁只要求使被害人失去自然状态下的自由,因此,将被害人关在较大的场所,被害人还有某种程度的身体活动自由时,也不失为监禁。而且,即使场所内有一定的娱乐设施、有一定的保健措施,或者行为人与被害人同居于该场所,也构成监禁。

监禁的方法既可以是是有形的,也可以是无形的。例如,将人禁闭于一室,上锁、封门或利用狗看门等,就是监禁。此外,监禁也可以是利用他人的恐惧心、羞耻心或使用欺诈方法使被害人陷入错误等。例如,迫使被害人进入货车车厢后,高速行驶,使之不敢轻易跳下车。再如,将妇女洗澡时的换洗衣服拿走,使被害妇女基于羞耻心无法走出浴室。又如,假称送被害人回家,使之坐在自己的车里,然后快速将车开走。监禁行为既可以是作为,也可以是不作为(应当使被害人逃出一定的场所,而不履行该义务),还可以是间接正犯(如利用不知情的警察收审被害人)。

逮捕与监禁要求有时间上的继续性,虽然时间的长短不影响犯罪的成立,但是瞬间的拘束则不构成非法剥夺自由罪,只能构成暴行罪。由于本罪是继续犯,所以,只要逮捕或监禁行为还在继续,就认为犯罪仍在继续,其间参与犯罪的,构成共犯。

非法剥夺自由的行为,只能出于故意,故意的内容是行为人认识、容认非法剥夺他人自由的行为与结果。过失剥夺他人自由的,不成立犯罪。

(二) 德国的拘禁罪

德国刑法第239条规定的非法剥夺自由罪(拘禁罪)的构成要件是,“监禁他人或者以其他方法剥夺他人自由”。其中的“监禁”要求行为人利用外在的设施阻止被害人离开特定的空间。显然,德国“监禁”的外延明显比日本的窄。这是因为,日本仅规定了逮捕与监禁,而没有规定其他方法,而德国刑法有其他方法的规定。前述驾驶机动车高速行驶使被害人不能下车的案件,在日本属于监禁,但德国则存在争议。有学者认为属于监禁,但判例与多数学者认为不属于监禁,而是属于以其他方法剥夺他人自由。捆绑被害人的行

[3] 行为人没有使用任何物理的手段,只是胁迫说“如果离开此地就杀了你”。对此,有的学者主张成立非法剥夺自由罪;有的学者则认为,由于身体的移动不存在物理的障碍,只能认定为强制罪。

[4] 但这种行为在日本并非不构成犯罪,而是构成暴行罪。

为,在日本属于逮捕,在德国也属于以其他方法剥夺自由。关于偷走被害人的衣服使之滞留洗浴场所的案件,在日本属于监禁;德国的部分学者主张,如果克服障碍可能会对被害人的生命或者身体造成危险,因而不能期待被害人克服障碍时,就成立拘禁罪。

德国刑法没有规定拘禁行为必须达到一定时间,但刑法理论与判例均认为本罪是持续犯,极为短暂地剥夺他人自由的行为,并不成立拘禁罪。至于持续多久才能成立拘禁罪,则没有具体标准。刑法理论认为,几分钟甚至一分钟左右的拘禁就符合拘禁罪的构成要件(当然还要考虑其他因素);德国联邦最高法院的判例,将拘禁他人半小时的行为认定为拘禁罪。

四、违法性阻却事由

大多数国家刑法都规定本罪的行为必须是“非法地”逮捕或监禁。刑法分则条文通常不在构成要件中特别规定“非法地”这一要素,那么,为什么在本罪中作如此规定呢?一种观点认为,在本罪中作如此规定只具有语感上的意义,没有其他特别的含义。另一种观点则认为,逮捕、监禁行为缺乏违法性的情况很多,刑法如此规定是为了特别说明只有合法以外的逮捕、监禁才构成本罪。其实,二者没有严格的对立,都不否认应该根据一般原理讨论本罪的违法性,都不认为“非法”是本罪的特别的构成要件要素。

阻却非法剥夺自由行为的违法性的事由很多。第一类是法令行为。例如,警察根据合法的逮捕令或其他合法令状,逮捕、拘留或监禁犯罪的嫌疑人、被告人,父母基于惩戒权,征得家庭裁判所的同意,将未成年的子女置于惩戒场所,依法使精神病患者住进精神病院等,都是法令行为,不构成非法剥夺自由罪。第二类是正当防卫与紧急避险行为。例如,为了防止凶暴的醉汉危害他人的生命或身体,不得已拘束其身体的行为,就不构成本罪。第三类是基于被害人承诺的行为。被害人基于真实的自由意志,嘱托或同意将自己置于特定场所时,行为人的行为阻却违法性。

问题在于使用欺骗、诡计征得他人同意,使其丧失身体移动自由的行为是否成立非法剥夺自由罪?可以肯定的是,如果被害人并没有同意自己丧失身体移动自由,无疑成立非法剥夺自由罪。再者,行为人欺骗被害人,使其误以为没有身体移动的自由,只能滞留在某场所的,由于被害人是误以为没有身体移动的自由而产生滞留的意思,并不存在有效的同意,不影响非法剥夺自由罪的成立。例如,谎称电梯停电,使乘用电梯的被害人误以为自己只能滞留在电梯中的,仍然成立非法剥夺自由罪。存在争议的是,被害人同意丧失移动身体的自由,但该同意是基于受欺骗而产生的情形。例如,被告人欺骗被害人说:“为了进行身体测试,你在一间小屋里呆数日后,给你一定报酬。”被害人照此办理。再如,行为人原本打算强奸妇女,但隐瞒强奸意图,谎称送被害妇女回家,而使其乘坐自己驾驶的汽车将其载走。持无限定说的人主张,由于被害人的同意是基于行为人的欺骗,因而该同意是无效的,故仍然成立非法剥夺自由罪。持限定说的人主张,被害人同意的动机如何,并不影响其同意的性质,既然她同意被剥夺自由,就是没有侵犯她的自由,因而行为人的行为不构成非法剥夺自由罪。再如,行为人甲欺骗乙说去D地,让乙在A地上车后,行驶至B地时,如果去D地就应当左拐,但行为人驾驶车辆右拐。乙意识到受骗而要求下车,但行为人不理睬,继续疾速前行,乙最终在C地逃出车外。甲的行为成立监禁罪(非法剥夺自由罪)没有疑问,但如何确定监禁的期间?日本最高裁判所认定,从A地到C地均成立监禁罪。山口厚也认为,由于对场所移动自由予以处分的自由也是本罪的保护法益,所

以,也可以赞成最高裁判所的结论。

五、非法剥夺自由致死伤罪

非法剥夺自由致死伤罪,是非法剥夺自由罪的加重犯。由于是结果加重犯,所以要求剥夺自由的行为与致人死伤的结果之间具有因果关系,即致人死伤的结果,必须是由逮捕、监禁行为本身或者是作为逮捕、监禁的方法行为本身所导致的。如果是在逮捕、监禁的过程中,故意实施杀人行为或者伤害行为的,则是非法剥夺自由罪与杀人罪或伤害罪的并合罪,不成立本罪。

本罪的成立以行为本身构成非法剥夺自由罪为前提。如果是合法的剥夺自由,导致了他人的死伤,则只成立过失致死伤罪,而不成立本罪。

行为人将逮捕、监禁行为作为杀人罪的手段,即先逮捕、监禁被害人,然后杀死被害人的,只成立杀人罪,不另成立本罪。

第三节 胁迫罪

本节的胁迫罪,包括狭义的胁迫罪与强制罪(强要罪、强迫罪)。

一、胁迫罪

(一)概念与罪质

胁迫罪,是指以加害于他人或与其密切关系的人的生命、身体、自由、名誉或财产相通告,威胁他人的行为。

关于本罪的罪质,日本刑法理论上存在两种对立观点。一种观点认为,本罪是对私生活的平稳或者安全感的侵害犯或者危险犯(大谷实、中森喜彦、前田雅英等);另一种观点认为,本罪是对意思活动自由的危险犯(大塚仁、西田典之等)。根据前一种观点,私生活的平稳是一种独立的法益,故本罪的成立,不以左右特定的决意、行动为前提。后一种观点,为了将单纯的警告以及告知凶吉祸福的情形排除在犯罪之外,要求本罪的成立以对意思活动的自由造成危险为前提。可是,单纯的警告也可能产生侵害被害人意思活动自由的危险,所以,折中观点认为,本罪的罪质是通过侵害安全感而给被害人的意思活动自由造成危险(山口厚)。德国刑法理论认为,本罪的保护法益是个人的法安定性,即被害人对法秩序安定性的信赖。

(二)行为

胁迫罪的行为表现为以对对方或与其关系密切的人的生命、身体、自由、名誉或财产加以侵害相通告。德国刑法作了限制性规定,即胁迫罪的行为表现为以对对方或者与其关系密切的人实施重罪相胁迫;“重罪”是指法定最低刑为一年以上自由刑的罪名。

所谓胁迫,一般是指以引起对方的恐惧心理为目的,以恶害相通告。各国刑法通常将胁迫与暴力并列规定,胁迫与暴力虽有相同的一面,但也有明显区别。胁迫可分为以下三类:(1)广义的胁迫,是指以引起对方的恐惧心理为目的,以恶害相通告的一切情况。至于恶害的内容、性质,通告的方法,则没有特别限制;对方是否产生了恐惧心理,也在所不问。一般认为妨害执行公务罪、加重脱逃罪、恐吓罪中的胁迫,是广义的胁迫。(2)狭义

的胁迫,是指加害的内容限于特定种类的胁迫,或者是要求被害人基于恐惧心理实施一定作为或不作为的胁迫。(3)最狭义的胁迫,是指不仅引起了对方的恐惧心理,而且达到了足以压制对方反抗的程度的胁迫。如有的国家刑法所规定的抢劫罪、强奸罪,就要求胁迫手段达到足以压制被害人反抗的程度。

胁迫罪中的胁迫,是指狭义的胁迫。换言之,胁迫罪中的胁迫具有一定的限制,这种限制在各国刑法中不尽一致。例如,就加害的对象而言,有的国家刑法规定限于对方本人以及对方的亲属,以加害此外的人相通告的,不构成犯罪(如现行日本刑法);有的国家刑法则规定限于对方本人以及与对方有密切关系的人(如德国刑法、日本改正刑法草案)。以加害恋人相通告的行为,根据前者的规定不构成犯罪,根据后者的规定则构成犯罪。^[5]就加害的范围而言,有的国家刑法采取限制列举的规定方法,如现行日本刑法规定,加害的范围仅限于生命、身体、自由、名誉与财产。刑法条文没有规定贞操,但日本刑法理论认为,贞操包含在自由之中。所要指出的是,日本的判例与刑法理论的通说并不要求对这些法益的加害内容本身达到犯罪程度。^[6]另一些国家则采取了概括式的规定方法,但具体规定也不相同。例如,德国刑法规定必须是以“犯重罪相胁迫”,这便要求加害的内容本身达到重罪程度;日本改正刑法草案则规定的是“以不法加害相通告”。相比之下,现行日本刑法与德国刑法的规定,使胁迫罪的构成要件较为具体,也限制了胁迫罪的成立范围。

胁迫中所通告的恶害必须是行为人可以左右的,即行为人可以决定是否实现恶害的内容。因为只有这样,才足以使被害人产生恐惧心理。所应注意的是,如果行为人所告知的恶害是由第三者实现时,并使被害人知道行为人居于对第三者的行为能产生影响的地位,就应认为是胁迫,至于行为人实际上能否居于这种地位则不影响胁迫的成立(间接胁迫)。如果行为人所告知的恶害并不是行为人可以左右的,则不构成胁迫,只能认为是“警告”。例如,说对方将遭雷打等,就不是胁迫。也有少数新派学者认为,这种警告也使对方产生不安的感觉,应以胁迫论处。

胁迫罪在德国属于抽象危险犯,但日本刑法理论一般认为胁迫罪是具体危险犯,因此,胁迫中所通告的恶害必须足以使对方产生恐惧心理。是否足以使对方产生恐惧心理,并不是一个简单判断,它涉及以什么为依据、以什么为标准的问题。就判断依据而言,一般认为,应根据通告的内容与周围的情况进行判断。就判断标准而言,则存在主观说与客观说的争论。主观说认为以是否足以使特定的被害人产生恐惧心理为标准,客观说主张以是否足以使一般人产生恐惧心理为标准。这里可能出现四种情形:(1)行为既足以使一般人产生恐惧心理,事实上也使被害人产生了恐惧心理。这种行为无疑构成胁迫。(2)行为既不足以使一般人产生恐惧心理,也不足以使被害人产生恐惧心理。这种行为不构成胁迫。(3)行为足以使一般人产生恐惧心理,但事实上没有使被害人产生恐惧心理。根据客观说,这种行为也构成胁迫。(4)行为不足以使一般人产生恐惧心理,但由于

[5] 对法人能否成立胁迫罪,是存在争议的问题。通说认为,由于胁迫是对自然人的犯罪,故对法人不可能成立胁迫罪。但也有学者认为,法人也有意思决定自由,对法人也能成立胁迫罪(西田典之、今井猛嘉)。

[6] 有的学者认为,所通告的加害行为必须构成犯罪,因为如果现实的加害行为都不构成犯罪,那么,仅以这种加害行为相通告的,更不应构成犯罪(平野龙一、山口厚);换言之,如果现实的加害并不受刑事处罚,那么,与之相对应的安全感就不能成为刑法的保护法益。有的学者主张,所通告的加害行为,至少必须具有违法性(中森喜彦、曾根威彦)。

被害人是胆小者或迷信者,所以产生了恐惧心理。这种情形是最有争议的。主观说认为,只要行为人知道被害人是胆小者或迷信者,并利用这一点通告恶害,即使不足以使一般人产生恐惧心理,也构成胁迫。只有这样,才能保护被害人的法益。客观说则认为,对犯罪的实行行为性应当进行客观评价,行为人是否知道被害人为胆小者或迷信者,并不影响行为的客观危险性。既然行为并不能使一般人产生恐惧心理,就表明行为没有客观危险性,因而不构成胁迫。

通告恶害的方法没有特别限制,通常是语言与文字的方法,但还包括以动作表示的方法以及其他使被害人能认识到告知内容的方法。通告不要求是明示的,默示方法也不妨碍胁迫的成立。通告既可以是直接通告,也可以是通过第三者通告。以文字方法通告时,既可以是署真名,也可以是署假名或不署名。

对方得知行为人所通告的恶害时,就构成胁迫既遂。胁迫既遂不以被害人实际产生恐惧心理为必要。

(三) 故意

胁迫罪只能由故意构成,行为人对以恶害通告对方,使对方产生恐惧心理的行为与结果具有认识、容认态度。只要行为人具有使对方产生恐惧心理的认识、容认态度,即使同时还有其他的目的,也不妨碍本罪的成立。至于行为人是否具有实现恶害的意图,则不影响本罪故意的成立。德国刑法虽然要求以实施重罪相胁迫,但不要求行为人认识到自己所胁迫的内容符合重罪的构成要件。过失不能构成本罪,行为人没有胁迫的故意,实施某种行为过失导致他人产生恐惧心理的,不构成胁迫罪。

二、强制罪

强制罪(也可译为强迫罪或强要罪),是指以暴力、胁迫方法,强迫他人为一定之作为、容忍或不作为的行为。对于强制罪的罪质,理论上没有明显分歧。但本罪的法益究竟是意思决定的自由,还是意思活动(行动)的自由,也并非没有疑问。从本罪的行为内容来看,应将意思活动自由作为本罪的法益。

(一) 行为

强制罪的行为表现为使用暴力、胁迫方法,迫使他人实施没有义务实施的行为、容忍一定的行为或不实施有权利实施的行为。

在日本,强制罪的暴力,是指广义的暴力,即不法对人行使有形力,只要求暴力针对被害人实施,而不要求直接针对被害人的身体实施。如果使用暴力,使被害人在失去身体移动自由的情况下实施机械性动作,则不构成强制罪,而是成立非法剥夺自由罪。强制罪的胁迫,是指狭义的胁迫,不要求达到压制被害人反抗的程度。^[7]

在德国,判例曾经过于扩大暴力的外延,导致使被害人受到心理影响的行为也被认定为暴力。例如,以在道路上静坐的方式抗议公交公司涨价,导致电车无法通行的,被认定为以暴力方式构成的强制罪。1995年,德国宪法法院虽然裁定静坐行为不是暴力,但如何界定暴力的问题仍然没有解决。刑法理论的多数说认为,暴力是指为了压制现实或者

[7] 对法人能否成立强制罪,在日本刑法理论上存在争议。多数说持否认态度;少数说则认为,法人也存在以法人机关为中介的法人的意志决定、意思活动,强制罪仅以对意志决定、意思活动的侵害作为成立要件,故对法人也能成立强制罪。

预想中的反抗,通过行使身体力量(身体有形力)对他人进行强制。强制罪中的暴力,不要求身体力量达到严重程度,轻微的身体力量造成被害人身体受到强制性影响的,就足以成立强制罪。据此,将汽车停在道路中间使其他车辆无法通行的,也是行使有形力,构成强制罪。强制罪中的暴力包括绝对暴力与相对暴力。前者是指完全排除了被害人的意志自由的情形(如将他人捆绑起来);后者是指尚未完全排除被害人的意志自由,而是旨在强迫被害人作出特定的意志决定的情形。从另一角度来说,强制罪中的暴力包括直接暴力与间接暴力。前者是指直接针对被害人实施的暴力;后者是指针对物品或者他人实施暴力,进而间接地对被害人造成物理影响的情形。

关于强制的结果,德国、意大利、瑞士等国刑法规定有三种情况:(1)使他人实施没有义务实施的行为。如强迫他人借财物给自己,强迫他人较长时间内将物品顶在头上等。(2)强迫他人容忍某种行为。例如,行为人合法借走他人财物后,过了归还期没有归还,却以暴力、胁迫方法强迫他人容忍自己延期归还。(3)强迫他人不实施有权利实施的行为,或者说妨碍他人行使权利的行为。例如,以暴力、胁迫方法妨碍他人从事正当的娱乐活动。问题是,上述“义务”“权利”是否仅限于法律上的义务与权利?肯定说认为,只要法不禁止,就应保护其行动自由;反之,只要不是法所强制要求的,其不行动的自由也应受到保护。所以,上述义务、权利是指法律上的义务、权利。否定说主张,上述义务、权利不限于法律上的义务、权利,而应通过比较、权衡实质的目的、手段进行判断。例如,在社会观念上被认为是义务、权利的,也属于上述义务、权利。

行为人开始实施暴力或胁迫行为时,即为本罪的着手。着手实行后没有发生结果,或者实行行为与结果之间没有因果关系的,都成立强制罪未遂,而不是只成立暴行罪或胁迫罪。

(二)故意

本罪由故意构成,行为人对以暴力、胁迫方法强迫他人为一定之作为、容忍或不作为的行为与结果具有认识与容认态度。行为人主观上不是一种单纯的暴行或胁迫的故意,行为人必须认识、容忍强迫他人为一定之作为、容忍与不作为。

(三)罪数

抢劫罪、强奸罪、恐吓罪(敲诈勒索罪)、非法剥夺自由罪等,实际上都是特定的强制罪。例如,抢劫罪是以暴力、胁迫方法强迫对方交出财物——实施没有义务实施的行为;非法剥夺自由罪是以暴力方法使他人失去身体活动自由——妨碍他人的权利行为。所以,当行为既符合强制罪的构成条件,又符合上述犯罪的构成要件时,就应认为是法条竞合,只成立抢劫、强奸等罪。

第四节 略取与诱拐罪

一、略取与诱拐罪概说

(一)概念与保护法益

略取与诱拐罪,一般是指使他人离开原来的生活环境,将其移至自己或第三者的实力支配内的犯罪。这一类犯罪除了狭义的略取罪、诱拐罪以外,还包括买卖人口罪、掳人勒

赎罪、收受被拐取者罪等。

对于略取及诱拐罪的保护法益的认识,涉及许多具体问题的处理。例一,在被害人没有监护人的情况下,是否成立本罪?例二,监护人能否成为本罪的保护主体?例三,经过监护人同意的,是否成立本罪?例四,征得被拐取者本人同意,但违反监护人意志,使被害人脱离监护人监护的,是否成立本罪?

第一种观点认为,本罪的保护法益是被拐取者的自由。理由是,略取罪与诱拐罪所预想的自由概念,不是现实的自由概念,而是抽象的自由概念。所以,只要对被害人设定了不法的实力支配,就具有本罪的违法性。这一观点对上述前三个问题都持肯定回答,但对第四个问题持否定回答(当然,如果对象为未成年人,则由于其承诺无效,依然成立略取与诱拐罪)。根据这一观点,略取或诱拐婴幼儿或处于无意识状态的人,就不一定构成犯罪。因为被拐取者的自由以意思决定自由为前提,而这些人不一定有意思决定能力。但是,刑法规定了拐取未成年人的犯罪,故这一观点与刑法的规定不相符合,也不利于保护未成年人的法益。

第二种观点认为,本罪的保护法益是对被拐取者的监护权或者人与人之间的保护关系。理由是,将自由作为本罪的保护法益,不仅缺乏明确性,而且导致不能意识到自由的婴幼儿不能成为本罪的对象。只有将监护权与亲权作为本罪的保护法益,才能解决这一问题。这一观点对上述前三个问题都持否定回答,但对第四个问题持肯定回答。但是,这一观点虽然考虑到了对婴幼儿及精神病患者法益的保护,但走向了另一极端,既没有充分考虑到略取或诱拐正常成年人的犯罪情况,也没有考虑到监护人也可以成为本罪主体的情况。

第三种观点认为,本罪的保护法益原则上是被拐取者的自由,但当被拐取者为未成年人或精神病患者时,也包括被害人与监护人之间的人身保护关系(监护权)。这一观点考虑到了不同类型的略取及诱拐罪,是日本以往的通说。持这一观点的人,都对上述第一问题持肯定回答,但对上述第二至第四个问题存在争议。此说受到的批判是,将抽象的监护权作为保护法益并不妥当。发生诱拐事件时,不免使监护人产生精神上的痛苦,与子女被杀害父母也会产生精神上的痛苦一样,不能认为监护人产生了精神痛苦就是对本罪的保护法益的侵害。

第四种观点认为,本罪的保护法益是被拐取者的行动的自由以及被拐取者的身体的安全。理由是,本罪以使被拐取者脱离原本的生活环境、将其置于不法的实力支配内为本质,故其保护法益是人的自由;婴儿也能成为本罪的对象,因为在这种场合,由于监护状态的改变,侵害了婴儿的生存与生活的安全。监护权并没有与保护未成年人相区别的独立意义,将侵害监护权的正当行使的行为理解为侵害被拐取者的安全即可。这一观点原则上对上述前三个问题都持肯定回答,对第四个问题持否定回答。此观点在日本已成为多数说。

关于略取及诱拐罪的表现形态,理论上也有争议。继续犯说认为,既然本罪的保护法益主要是被害人的自由,那么,当对被害人自由的侵害处于继续状态时,犯罪就在继续,因而是继续犯。状态犯说认为,刑法另外规定了帮助略取及诱拐罪、收受被拐取者罪等,如果认为本罪是继续犯,则上述行为应以共犯论处;只有认为是状态犯,上述行为才能独立成罪。持这种观点的人,一般认为本罪的保护法益是监护权以及人与人之间的保护关系。

继续犯或者状态犯说认为,本罪的保护法益原则上是被害人的自由,因而本罪原则上是继续犯;但是当行为人所略取或诱拐的是没有行动自由的婴幼儿或严重的精神病患者时,由于其保护法益是人身保护关系,故应认为是状态犯。这三种学说与上述有关本罪的保护法益的前三种观点相对应。对本罪的保护法益持上述第四种观点的学者中,有的认为本罪是继续犯罪,有的则认为本罪既可能是继续犯,也可能是状态犯。

(二) 行为

略取及诱拐罪的行为,是略取与诱拐,二者合称为拐取。

拐取,一般是指不法使他人离开原来的生活环境,将其置于自己或第三者实力支配内的行为。其中的略取,是指以暴力、胁迫手段实施上述行为。这里的暴力,不要求达到足以压制被害人反抗的程度,但必须达到使被害人处于自己或第三者的实力支配内的程度。诱拐,是指以欺骗、诱惑手段实施上述行为。欺骗,是指以虚假事实使被害人陷入错误;诱惑,是指以甜言蜜语打动对方,使对方作出不正确的判断,所以诱惑没有达到欺骗程度。略取与诱拐的实质区别在于,是否违反被拐取者及监护人的意志而实施。但是,如果利用被害人的心神丧失或不能抗拒的状态,或使被害人处于上述状态,而将被害人置于自己或第三者实力支配内的,则是略取。上述暴力、胁迫、欺骗与诱惑,不要求一定对被拐取者实施,对被拐取者的保护人实施也构成本罪。

关于略取与诱拐是否要求对被拐取者有场所的转移,有必要说与不要说之争。必要说认为,略取及诱拐的本质要素是使被拐取者离开原来的场所。作为通说的不要说则认为,略取及诱拐的本质要素不是使被拐取者离开原来的场所,而是将被拐取者置于行为人或第三者的实力支配内,在没有场所转移的情况下,也可以做到这一点。例如,在拐取未成年人的场合,行为人对监护人实行欺骗,或者实施暴力、胁迫使监护人离去,便使被拐取者置于自己的实力支配内,因而构成犯罪。

另一争论问题是,略取及诱拐的成立,是否要求被拐取者事先处于受保护的状态。例如,对被拐取者再进行拐取是否成立略取及诱拐?一种观点认为,略取及诱拐要求使被拐取者离开原来的生活环境,而处于原来的生活环境就是处于受保护的状态,如果行为不是使他人离开受保护的状态中,则不能认为是拐取。另一种观点则认为,不要求被拐取者事先处于受保护状态。事实上,两种观点在结局上并没有区别。就对被拐取者再实行拐取而言,后一种观点肯定其为略取或诱拐;前一种观点则认为,在这种情况下,被拐取者一定也是处于某人的监护之下,再进行拐取就侵害了监护关系,还是构成略取与诱拐。

略取及诱拐罪,以行为人开始实施暴力、胁迫、欺骗或诱惑行为时为着手,以将被害人置于自己或第三者的实力支配内时为既遂,仅仅使被害人从受保护状态中离去,还不构成本罪的既遂。

(三) 罪数

行为人同时采取略取与诱拐手段实施犯罪时,只构成一罪。在实施略取行为时,其暴力表现为非法剥夺被害人人身自由的,成立略取罪与非法剥夺自由罪的想象竞合。如果是在实施了略取及诱拐行为后,再进行非法拘禁,则成立牵连犯(日本)或者想象竞合(德国)。

二、拐取未成年人罪

拐取未成年人罪,是指略取或诱拐未成年人的犯罪。多数国家都将略取或诱拐未成

年人的行为规定为独立的犯罪。如德国刑法第235条第1款、日本刑法第224条、瑞士刑法第183条都规定了本罪。

本罪的对象是未成年人。关于未成年人的年龄界限,各国刑法规定并不完全统一。例如,日本刑法理论根据民法的规定将未成年人解释为未满20岁的人,德国刑法明文规定为未满18岁的人,瑞士刑法明文规定为未满16岁的人。即使未成年人已经结婚,在民法上已经不存在亲权保护人,但在刑法上他们仍然是未成年人,能够成为本罪的对象。

本罪的行为为略取或者诱拐,二者一并实施时,也只构成一罪。

成立本罪要求行为人认识到对象是未成年人,这种认识不要求是确定的认识,可以是未必的认识。至于犯罪的动机与目的如何,则在所不问,即使是以养育未成年人为目的而实施略取或诱拐行为,也构成本罪。但是,如果是出于营利、猥亵、勒索等目的,在刑法有特别规定的情况下,则不构成本罪,而是构成其他有关犯罪。

三、营利等拐取罪

营利等拐取罪,是指以营利、猥亵或者结婚为目的,略取或者诱拐他人的行为。

本罪的对象是他人,不问是男性还是女性,不管是成年人还是未成年人,也不论是有意思能力的人还是无意思能力的人。

本罪的行为是略取与诱拐。但这里的略取与诱拐必须有特定的目的,对此各国刑法规定的也并不一致。有的只规定了猥亵目的,有的规定了猥亵与结婚目的,有的则规定了营利、猥亵与结婚目的。所谓营利目的,是指通过略取、诱拐行为使自己或者第三者取得财产上的利益,不要求行为人以继续、反复营利为目的,以一次性取得利益为目的也成立本罪,也不问所取得的或将要取得的利益是否合法。例如,行为人略取或诱拐妇女,使之从事卖淫,目的在于使她卖淫的收入偿还其所欠的债务。这种情况也属于以营利为目的。此外,行为人起先是合法地使被害人置于自己的实力支配内,此后以营利为目的对被害人进行欺骗或诱惑,使之置于第三者的实力支配内的,也成立本罪。所谓猥亵目的,是指以将被拐取者作为猥亵行为的主体或者对象为目的,不管猥亵行为是为了行为人而实施,还是为了第三者而实施。所谓结婚目的,是指以使被拐取者与行为人或第三者结婚为目的。这里的结婚,只要求是事实上的婚姻,不要求是法律上的婚姻。

本罪以被拐取者被置于行为人或第三者的实力支配内为既遂,是否达到营利、猥亵与结婚目的,不影响本罪的既遂。

以营利、猥亵、结婚为目的,略取或诱拐未成年人时,构成本罪,不另成立拐取未成年人罪。以其中一种目的实施了略取或诱拐行为,然后又以其中的另一目的实施略取或诱拐行为时,成立包括的一罪。例如,行为人以结婚的目的略取或诱拐妇女,然后改变主意,以营利目的再进行略取或诱拐。由于前后的行为侵害的是同一法益,触犯的是同一法条,所以不以并合罪论处,只成立包括的一罪。

四、掳人勒索罪

(一)概念

掳人勒索罪,在德国、日本等国的刑法中,属于对自由的犯罪,在意大利等国的刑法中,属于对财产的犯罪。换言之,掳人勒索罪的保护法益是双重的,既包括他人的自由,也包括他人的财产,这就取决于立法者着眼于哪一种保护法益。

从相关国家的刑法对掳人勒索罪构成要件的规定来看,就可以明确本罪的定义。德

国刑法第239a条规定：“诱拐或者绑架他人，目的在于利用被害人对其安危的担心或者第三者对被害人安危的担心进行勒索的，或者利用由其行为造成的这种状态进行勒索的，处五年以上自由刑。”日本刑法第225条之二规定：“（一）利用近亲者或者其他人对被略取者或者被诱拐者安危的忧虑，以使之交付财物为目的，略取或者诱拐他人的，处无期或者三年以上惩役。（二）略取或者诱拐了他人的人，利用近亲者或者其他人对被略取者或者被诱拐者安危的忧虑，使之交付财物或者要求交付财物的，与前项同。”此外，日本刑法第227条第4项后段还规定，“收受被略取者或者被诱拐者的人，利用近亲者或者其他人对被略取者或者被诱拐者安危的忧虑，使之交付财物或者要求交付财物的”，处2年以上有期徒刑。

（二）行为与主观要素

本罪的行为是略取、诱拐（日本刑法规定还包括收受）他人。主观上除故意外，另具有特定目的，即利用被拐取者的近亲者或其他人对被拐取者安危的忧虑，使之交付财物或要求财物。^{〔8〕}

概言之，掳人勒索行为有三种类型：（1）利用被拐取者的近亲者或其他人对被拐取者的安危的忧虑，以使之交付财物为目的，而略取或者诱拐他人。在这种情况下，行为人实施略取或诱拐行为时，主观上就有上述目的，行为人正是为了使他人交付财物才实施略取或诱拐行为的。换言之，这一类型的掳人勒索罪属于目的犯。意大利刑法规定了这种类型的掳人勒索罪。（2）在实施了略取或诱拐行为之后，利用被拐取者的近亲者或其他人对被拐取者的安危的忧虑，使之交付财物或要求交付财物。在这种情况下，行为人实施略取或诱拐行为时，并没有使他人交付财物或要求交付财物的目的，而是在实施了略取或诱拐行为之后，才产生上述目的的。德国刑法与日本刑法都规定了上述两种类型的掳人勒索罪。（3）行为人收受被拐取者之后，利用被拐取者的近亲者或其他人对被拐取者的安危的忧虑，使之交付财物或要求财物。在这种情况下，没有略取与诱拐行为，但有收受被拐取者的行为，而且上述目的是在收受后产生的。只有日本刑法规定了这种类型的掳人勒索罪。

上述三种类型的掳人勒索罪，都要求行为人利用被拐取者的近亲者或其他人对被拐取者的安危的忧虑。但在三种类型中，这一要素的地位是不同的。在第一种类型中，这一要素属于主观的构成要件要素。只要行为人以此目的实施略取或者诱拐行为即可，即使实际上并不存在对被拐取者的安危有忧虑的人（忧虑者），也不影响本罪的成立。行为人必须旨在使忧虑者交付财物，而不得旨在使被拐取者本人交付财物（否则成立抢劫罪）。在第二与第三种类型中，这一要素属于客观的构成要件要素。至于如何确定“忧虑者”（被勒索的人）的范围，则存在争议。第一种观点认为，忧虑者仅限于像近亲属那样担心被拐取者的人，而不包括单纯表示同情的第三者；第二种观点认为，忧虑者应限于具有事实上的保护关系的人；第三种观点认为，对忧虑者不应有特别限定，一般的熟人也包括在内。不过，上述几种观点的实际区别并不大，因为通常只有与被拐取者有密切关系的人，才会对被拐取者的安危产生忧虑，行为人也绝不会利用没有任何关系的第三者的“忧虑”

〔8〕 德国刑法所规定的掳人勒索罪还包括利用被绑架人对自己安危的担心，但其他国家刑法所规定的掳人勒索罪只限于利用第三者担心的情形。

进行勒索。

上述三种类型的掳人勒索罪,都要求行为人以使忧虑者交付财物为目的或要求忧虑者交付财物。换言之,其中的财物,是忧虑者所管理的财物,而且不包括财产上的利益。^[9]

如果行为构成掳人勒索罪,就不再成立其他略取及诱拐罪,也不成立收受被拐取者罪。

(三)加重、减轻处罚事由

规定了掳人勒索罪的刑法,一般都规定了加重、减轻处罚(包括加重或减轻法定刑)的事由。例如,德国刑法规定,“行为人因行为轻率导致被害人死亡的”,加重法定刑(结果加重犯)。奥地利刑法规定,“行为导致被诱拐或者被绑架人死亡的”,加重法定刑(结果加重犯)。各国刑法一般将解放被拐取者作为减轻处罚的事由。例如,德国刑法第239a条第4款规定,行为人放弃犯罪目的,使被害人返回原生活环境的,减轻处罚。日本刑法第228条之二也规定,犯掳人勒索罪,“在提起公诉前,将被略取或者被诱拐的人解放至安全场所的,减轻刑罚”。设立这样的减轻规定,显然是为了更好地保护被害者的合法权益。

五、其他略取与诱拐罪

(一)扣押人质罪(绑架人质罪)

掳人勒索罪,只是将被拐取者作为人质,以勒索财物。事实上还存在通过略取或者诱拐行为,将被拐取者作为人质,以实现其他不法目的的犯罪。于是,在各国刑法上出现了不同的立法例。

有的国家刑法所规定的绑架人质罪,既包括以勒索财物为目的的情形,也包括实现其他目的的情形。俄罗斯刑法第126条所规定的绑架罪,以及第206条所规定的劫持人质罪就是如此。^[10]

有的国家刑法除规定掳人勒索罪之外,另规定了扣押人质以实现其他目的的扣押人质罪。如德国刑法第239b条规定:“诱拐或者绑架他人,意图以致死或者重伤被害人或者剥夺其一周以上的自由相威胁,强制其或第三者为一定行为、容忍或者不为一定行为的,或者利用由其行为造成的这种状态实施这种强制的,处五年以上自由刑。”本条规定的扣押人质罪,不包括以勒索财物为目的的行为。

日本刑法典规定了掳人勒索罪,另在《关于处罚人质强要行为等的法律》中规定了人质强要罪,即逮捕或者监禁他人,将其作为人质,要求第三者实施没有义务实施的行为或者不行使权利的行为,以及为了要求第三者实施无义务实施的行为或者不行使权利,以作为人质为目的,逮捕、监禁他人的行为。杀害人质的,加重法定刑(处死刑或者无期惩役)。

(二)买卖人口罪

关于买卖人口罪,有的国家没有规定,有的国家规定为买卖奴隶罪或奴隶交易罪,有的国家规定了买卖儿童罪,而且所规定的构成要件也不完全相同。

[9] 但意大利、韩国刑法规定的掳人勒索罪,包括以索取财产性利益为目的的情形。日本刑法虽然明确区分财物与财产性利益,掳人勒索罪也要求行为人以使忧虑者交付财物为目的,但仍然有学者认为,本罪中的财物包括财产性利益(西田典之)。

[10] 前者是侵害人身自由的犯罪,后者属于危害公共安全的犯罪;前者要求隐蔽性,后者不要求隐蔽性。

日本刑法第226条之二规定了下列犯罪行为：“收买他人的”“收买未成年人的”“以营利、猥亵、结婚或者对生命、身体的加害为目的，收买他人的”“出卖他人的”“以移送至所在国外为目的，买卖他人的”。买卖行为不要求使被害人有所场所的转移。买卖行为完成后，才能成立既遂。如果只是签订了买卖的合同或协议，则不成立既遂。根据日本的判例与刑法理论的通说，收买、出卖他人，是指通过支付对价现实地取得对他人的支配。对价不限于金钱，只要能评价为财产性利益即可。对他人的支配，不以完全拘束他人的自由为必要，只要使他人处于难以脱离行为人的影响的状态即可。对此，应当根据拘束的程度、被害人的年龄、行为的具体状况等进行综合判断。

德国刑法第236条规定了买卖儿童罪，但限于将受自己照顾或者教育的儿童出卖给他人或者无权地将不满18岁的人介绍收养等行为。意大利刑法第601条规定了买卖奴隶罪，即“贩卖或者以任何方式买卖奴隶或者处于类似奴役状态的人”的行为，构成本罪。奥地利刑法第104条所规定的是奴隶交易罪，即从事奴隶交易的行为，以及致使他人沦为奴隶、置于与奴隶相似的境地，或者致使他人有沦为奴隶或者被置于与奴隶相似的境地危险的行为，构成本罪。

(三) 移送国外拐取罪

移送国外拐取罪，是指以将他人移送国外为目的，而略取或诱拐他人的行为。日本、韩国等国刑法规定了这一犯罪。

本罪的行为仍然表现为略取与诱拐，行为人必须以将被害人移送国外（所在国外）为目的。成立本罪只是要求行为人具有这一目的，并不要求行为人已经将被害人移送至国外（所在国外）。

第五节 对性自由的犯罪

一、对性自由的犯罪概说

性犯罪有许多种类，如强奸罪（强制性交罪）、强制猥亵罪、公然猥亵罪、通奸罪、劝诱淫行罪、淫秽物品犯罪等。日本等国刑法，将这些犯罪规定为侵害社会法益的犯罪，即妨害风化的犯罪。^{〔11〕}但是，在刑法理论上，一般认为，其中的强奸罪与强制猥亵罪，不同于其他犯罪，因为这两类犯罪不只是妨害风化，更重要的是侵害了个人的性的自由。^{〔12〕}又由于大陆法系国家学者认为个人法益重于社会法益，因此，便将强奸罪与强制猥亵罪从侵害社会法益的犯罪中抽出来，放在侵害个人法益的犯罪中进行讨论。也有学者认为，公然猥亵、劝诱淫行等罪均应归入对个人法益（性的感情）的犯罪。因为性的伦理、风俗不应成为刑法上的保护法益，而且伦理、风俗也只不过是多数人感情的集合（平野龙一）。

〔11〕 意大利刑法原本将这些犯罪规定为对社会法益的犯罪，但1996年修改刑法时，将它们归入侵犯人身自由的犯罪。

〔12〕 一种观点认为，强奸罪与强制猥亵罪的法益不仅包括性的自由，而且包括性的感情，即这些犯罪侵害了他人的性的羞耻心。但一般认为，应当将人对抱有性的羞耻心的事项的自主决定的自由即性的自由作为保护法益。

上述强奸罪,包括普通的强奸罪、准强奸罪及强奸致死伤罪,强制猥亵罪也包括普通的强制猥亵罪、准强制猥亵罪、强制猥亵致死伤罪等。

二、强奸罪(强制性交罪)

(一)强奸罪概说

在任何国家的刑法中,强奸都是犯罪,而且是严重的犯罪。从立法上看,强奸罪分为两种类型:一是传统的强奸罪,是指以暴力、胁迫手段与妇女性交的行为。这种类型的强奸罪的被害人仅限于妇女,其中的“性交”依然指男子将阴茎插入妇女阴道的行为。二是强制性交罪,是指以暴力、胁迫手段与他人性交的行为。这种类型的强制性交罪的被害人不限于妇女,相反,妇女对男性、男性对男性、妇女对妇女都可以实施强制性交罪。其中的“性交”,包括了肛交、口交等行为。例如,西班牙刑法第179条规定:“如果性侵犯(指使用暴力或者胁迫手段侵犯他人性自由的行为——引者注)是通过阴道、肛门或者口腔等肉体途径,或者以阴道和肛门的接触进行的,构成强奸罪,处六年以上十二年以下徒刑。”再如,澳大利亚刑法第268.14条将强奸罪定义为未经同意的性插入行为,该条同时规定:“性插入是指:(a)将某人身体的任何部分或由某人操纵的任何物体插入(任何程度地)他人的生殖器或肛门;或(b)将某人的阴茎插入(任何程度地)他人的口中;或(c)前述(a)项和(b)项所定义的性插入行为的继续。”日本刑法第177条原本规定:“以暴行或者胁迫手段奸淫十三岁以上的女子的,是强奸罪,处三年以上有期徒刑;^[13]奸淫未满十三岁的女子的,亦同。”但2017年将本条修改为:“使用暴行或者胁迫对十三岁以上的人实施性交、肛门性交或者口腔性交(以下称为‘性交等’)的,是强制性交罪,处五年以上有期徒刑;对不满十三岁的人实施性交等行为的,亦同。”

上述两种强奸罪的类型,不仅使得强奸罪的范围不同,而且影响了强制猥亵罪的外延。如果刑法规定的是第一种类型的强奸罪,那么,强行与他人(包括妇女与男性)口交或者肛交的,成立强制猥亵罪;如果刑法规定的是第二种类型的强制性交罪,那么,强行与他人口交或者肛交的,依然成立强制性交罪。不仅如此,有的国家的刑法似乎不再区分强制猥亵罪与强奸罪。例如,德国刑法第177条将强行与被害人的性交以及类似的性行为都归入强奸行为,可以认为,该条已经不再区分强制猥亵罪与强奸罪。

此外,传统的强奸罪,原本不包括丈夫对妻子的强奸,但强制性交罪包括了丈夫对妻子的强奸。例如,德国刑法第177条、奥地利刑法第201条原本将强奸罪限于“为婚姻外之性交”,但后来修改本条,删除了这一限制。

西方国家刑事立法上由传统的强奸罪转向强制性交罪,主要是受女权主义犯罪学的影响。女权主义犯罪学认为,将强奸罪的实行主体限于男性和将强奸罪的被害人限于女性,是对女性的歧视;认为丈夫不能成为强奸妻子的主体,不利于保护妇女的性权利。所以,应当考虑女性对男性强奸的可能性与现实性,即应当将犯罪主体与对象的规定改为中性规定,承认丈夫可以成为强奸妻子的主体。^[14]

[13] 2004年修改为“处五年以上有期徒刑”。

[14] 美国从20世纪70年代后半期开始,考虑到女权主义犯罪学的主张,在强奸罪方面出现了以下三个方面的变化:(1)除了被害人真挚的同意以外,不认定存在同意。(2)在夫妻间也适用强奸罪的规定。(3)关于强奸罪的法律规定出现了中性化的表述。

鉴于我国刑法规定的强奸罪属于传统的强奸罪,下面主要以传统的强奸罪为中心展开论述。^[15]

(二) 强奸罪的保护法益

刑法理论的通说认为,强奸罪的保护法益是性自由或者性的自主决定权,亦即决定与谁、何时、实施怎样的性行为的自由。但近年来,日本有些学者对通说进行了批判,并提出了一些新的观点。

木村光江指出:“性自由被认为意味着与谁、何时、如何保持性关系的自由,但彻底地重视这样的性的自主决定权即同意,就会出现以下现象:只要假装是满足被害人自我实现的权利,提出事实动摇明确地‘违反意思的自由而实施行为’这一心证,就能变得无罪……如果强调同意的有无,并将其替换为‘有无反抗’,那么就存在着‘达到凌驾于反抗之上程度的暴力、胁迫’;以此为根据,通说和判例要求‘达到使得反抗显著困难程度的暴力、胁迫’。”^[16]木村光江提议,应该强奸罪理解为性方面的暴力罪,并变更对被害人同意的解释方向,将其作为构成要件该当性(违法性)的阻却事由来对待。

齐藤丰治认为,强奸罪是对性本身,以及存在于其根基中的性的人格权的攻击。辰井聪子将性的人格权作为保护法益,认为踏入本应隐秘的性领域并迫使对方公开该领域的行为,所侵害的是人格的统合性,是人的尊严。在日本最近的裁判例中,关于强奸罪的法益侵害性,同时言及侵害被害人的性自由与人格或尊严的裁判例也在增加。

井田良则指出,强奸罪的被害的实质在于被强迫与犯人共有性行为这一特殊的身体接触体验,并将性的自主决定权理解为对于性行为(这种性行为试图侵害被害人不希望被他人进入的身体秘密领域)的防御权。佐伯仁志也赞成这一见解。

(三) 强奸罪的主体

传统观点认为,强奸罪的主体是男子,这是就直接正犯而言,妇女成为强奸罪的教唆犯与帮助犯,则是不可否认的。不仅如此,妇女还可以成为强奸罪的间接正犯,即妇女利用精神病患者或刑事未成年人强奸其他妇女时,便构成强奸罪的间接正犯。还有学者认为,强奸罪的实行行为包括了暴力、胁迫行为,而妇女完全可以为了男子的强奸得逞而实施这种实行行为,因而妇女可以与男子构成强奸罪的共同正犯。日本的审判实践也采取这一观点。由此看来,强奸罪不是亲手犯。现在也有学者认为,传统强奸罪并不是身份犯,只是疑似身份犯(山口厚)。如果是强制性交罪,妇子则可以成为强奸罪的正犯。

如上所述,如果是强制性交罪,丈夫无疑可以成为强奸妻子的主体。问题是,就传统的强奸罪而言,丈夫可否成为强奸妻子的主体?日本的通说认为,在理论上可以肯定,丈夫可以成为强奸妻子的主体。因为婚姻关系的存在,并不意味着妻子就特定的性行为具有同意的义务(大谷实、西田典之、山口厚等)^[17]日本地方裁判所的判例,是以婚姻关系实质上是否破裂作为标准予以认定的,即如果婚姻关系实质上已经破裂,则丈夫可以成为

[15] 以下如无特别说明,“强奸罪”概念一般指传统的强奸罪。

[16] [日]木村光江:《强奸罪的理解的变化—性的自由に対する罪とすることの問題性—》,载《法曹时报》第55卷(2003年)第9号,第8~10页。

[17] 少数学者认为,一旦进入婚姻关系,就意味着夫妻双方具有性的结合的合意。所以,新婚之夜妻子因害怕性交或者身体不适而拒绝性交,丈夫使用暴力强行性交的,不应认定为强奸罪。同时认为,夫妻间也可能成立强奸罪,即在婚姻关系实际上破裂时,丈夫强行与妻子发生性交的,仍然成立强奸罪(林幹人)。

强奸妻子的主体。但通说认为,这一标准缺乏法的安定性,事实上也没有作出这种限定的必要。此外,丈夫当然可以成为第三者强奸妻子的共犯。

(四)强奸罪的行为

强奸罪的行为表现为使用暴力、胁迫手段奸淫妇女,但近年来一些国家的刑法则不要求暴力、胁迫手段。关于强奸罪以及强制性交罪中的手段行为,在刑事立法上主要表现为三种情形:

第一种情形是,要求行为人采取暴力、胁迫手段,并且根据暴力、胁迫程度的不同,将强奸罪或者强制性交罪分为不同的种类(如奥地利刑法第201条、第202条)。

第二种情形是,要求行为人采取暴力、胁迫手段,但对暴力、胁迫的程度没有明文规定,日本刑法便是如此。于是,刑法理论对暴力、胁迫的含义便展开了争论。第一种观点认为,这里的暴力、胁迫与抢劫罪中的暴力、胁迫一样,必须达到压制被害人反抗的程度;第二种观点认为,只要是暴力、胁迫,而不问其程度,都成立强奸罪的暴力、胁迫;第三种观点认为,强奸罪中的暴力、胁迫,不要求达到压制被害人反抗的程度,只要达到使被害人明显难以反抗的程度即可。至于是否达到了这种程度,则应根据被害人的年龄、精神状况、健康状况、行为的时间、场所以及其他情况,依据社会的一般观念进行客观判断。上述第三种观点是通说。持这一观点的人认为,一方面,强奸罪在性质上是与通奸相区别的,所以其手段必须是某种程度的暴力、胁迫,如果不问暴力、胁迫的程度,则容易混淆强奸与通奸的区别。另一方面,也不能要求暴力、胁迫达到压制被害人反抗的程度,因为这种要求不利于保护妇女的性的自由。强奸罪的暴力、胁迫与抢劫罪的暴力、胁迫不可等同理解,因为刑法在抢劫罪之外,还规定了恐吓罪,暴力、胁迫没有达到压制被害人反抗程度时,虽不构成抢劫罪,却能构成恐吓罪,故仍能保护被害人的财产。而在强奸罪中,没有类似恐吓罪的规定(如前所述,有的国家刑法具有类似规定),如果认为暴力、胁迫没有达到压制被害人反抗程度时就不构成强奸罪,行为人的行为也不可能构成其他罪,这显然不利于保护被害人的性的自由。日本之所以要求强奸罪必须是通过暴力或胁迫使被害人处于反抗显著困难的状态下进而实施奸淫行为,是因为日本刑法在强奸罪之外另规定了准强奸罪。例如,对心神丧失中的人实施奸淫行为,成立准强奸罪。日本在2017年修改刑法时,也有人提出应该一般性地取消暴力、胁迫要件,因为暴力、胁迫要件不当缩小了强奸罪的成立范围。但是,一方面,日本现在的判例并没有严格地理解暴力、胁迫要件;另一方面,即便取消了暴力、胁迫要件,如果存在被害人的有效同意,仍然不可能成立强奸罪。如果取消暴力、胁迫要件意味着即使违反被害人意思的认定没有超出合理怀疑也要认定为强奸罪,则并不妥当。因此,多数意见仍然主张不应该一般性地取消暴力、胁迫要件。

第三种情形是,不要求暴力、胁迫手段,只要违反被害人意志便可成立强奸罪或者强制性交罪(否定模式)。美国一些州采取否认模式,被通俗地称为“说不行就是不行”(No means No)模式,只要被害人不同意性交,而行为人与之性交的,便构成强奸罪。德国联邦议院于2016年7月7日,通过了《第50次刑法修正法——改善对性自主权的保护》,将美国的否定模式引入刑法第177条的强奸罪。亦即,只要违反了被害人可得认知的意愿,对之实施或者任其实施性行为的,或者促使其对第三人实施性行为或者忍受第三人对之实施性行为的,就构成强制性交罪。此外,下列行为也规定为强制性交行为:行为人利用他人无法形成或表述反对意思而实施性行为的,利用他人因其身体或者心理状态导致形

成或者表述意思受到显著限制而实施性行为的(行为人确定得到他人同意的除外),行为人利用措手不及的时刻实施性行为的,行为人利用被害人若抵抗将会遭受可感受的恶害的情境而实施性行为的,行为人以胁迫方式实施性行为的。如果行为人以暴力或者严重胁迫手段实施性行为,则属于法定刑升格的情形。

此外,有的国家刑法明文规定了麻醉手段,^[18]有的国家刑法将使用麻醉手段的强奸规定在准强奸罪中。

传统的强奸罪中的奸淫,是指男子的阴茎插入妇女的阴道。只要阴茎有一部分插入,不论插入多少,不论是否射精,也不论被害人的处女膜是否因奸淫破裂,都构成强奸既遂。这不仅在英美法系国家是通说,在日本等国家也是通说。开始实施作为手段行为的暴力、胁迫时,是强奸罪的着手;着手实行后未能奸淫的,则为未遂。强制性交罪中的性交不仅包括自然性交,而且包括口交与肛交,甚至还包括其他性行为。

在要求强奸行为必须使用暴力、胁迫手段的情况下,行为人的奸淫行为与其所实施的暴力、胁迫之间必须有因果联系,即行为人必须是通过暴力、胁迫使被害人难以反抗而实施奸淫行为的,才构成强奸罪。不仅如此,行为人的暴力、胁迫还必须达到使被害人明显难以反抗的程度之后,违背被害人的意志而实施奸淫,才构成强奸罪。如果行为人着手实施了暴力、胁迫,但尚未达到使被害人明显难以反抗的程度时,该被害妇女基于某种原因以身相许进行通奸的,即使奸淫行为已经完成,但由于暴力、胁迫没有达到构成要件所要求的既遂程度,故只能以强奸未遂论处(Blei)。德国曾发生如下案件:被告人决定强奸下班回家的妇女,于是从后面扑向妇女,使妇女倒地并受轻微伤。妇女得知被告人的意图后,因害怕继续受伤害,便假称自己离婚后很久没有与男人性交,并佯装同意与被告人性交。被告人相信了妇女的话,认为起先使用的暴力已经不再起作用了,而是妇女自愿与自己性交。随后妇女建议推迟到第二天性交,被告人拒绝了,并催促马上性交。表面上同意的妇女听从了被告人的要求,二人站着进行了性交。州法院认定被告人已经着手实施强奸行为,但因为放弃强奸而使得强奸免于刑罚处罚;被告人的行为触犯伤害罪与强制罪(行为单数)。但联邦最高法院并没有认可这一结论。另外,如果被害妇女起先是自愿与行为人通奸,但在行奸过程中突然改变主意不愿完成奸淫行为,此时行为人使用暴力、胁迫手段,使被害妇女明显难以反抗而完成奸淫行为的,则认为其奸淫行为与暴力、胁迫之间具有因果联系,仍然构成强奸罪(德国曾发生类似案例,法院认定为强奸罪)。

(五) 强奸罪的故意

强奸罪的成立要求行为人具有强奸故意,故意的内容取决于构成要件的内容。例如,就传统的强奸罪而言,行为人必须明知妇女反抗自己的强行奸淫行为,但仍然实施暴力、胁迫,使被害妇女明显难以反抗而强行奸淫。如果行为人误认为被害妇女没有反抗自己的行为,误将妇女的反抗行为认为是害羞的表现,而实施奸淫行为的,则属于构成要件的错误,可阻却故意,不构成强奸罪(Lackner)。同样,如果行为人起先认为被害妇女并不反抗,但当其进一步实施行为时,发现妇女全力反抗,便停止自己的行为时,也不认为具有强奸的故意。

[18] 奥地利刑法第201条明文规定:“麻醉视同严重的暴力。”意大利刑法将使用麻醉品作为强制性交罪的加重情节。

强奸罪的故意并不限于确定的故意,未必的故意也可成立强奸罪。行为人可推知被害妇女将反抗,但甘冒实现强奸罪构成要件行为的危险而实施强奸罪的构成要件行为,则被认为是未必的故意。

三、准强奸罪

准强奸罪在不同的国家具有不同的含义,有的国家的准强奸罪是指乘机奸淫罪,有的国家的准强奸罪则是指奸淫幼女罪。

(一) 乘机奸淫罪

乘机奸淫罪(乘机性交等罪),是指乘被害人心神丧失或不能抗拒而对之实施性行为。德国、意大利、奥地利、瑞士、日本等国刑法对此均有规定。由于行为人并没有使用暴力、胁迫手段,因而对性自由侵害的程度轻于普通强奸罪,故多数国家刑法所规定的乘机奸淫罪的法定刑,都轻于普通强奸罪的法定刑。

1. 行为

乘机奸淫罪的行为,表现为乘被害人心神丧失或不能抗拒而对之实施性行为。不同国家刑法规定的行为对象与行为内容不完全相同。传统的乘机奸淫罪的对象为妇女,行为内容是性交行为。现在,有的国家刑法规定的行为对象包括妇女与男性,行为内容包括自然性交、口交、肛交乃至其他性行为。

所谓心神丧失,是指由于精神的障碍,丧失了对性行为的正常判断力。因此,心神丧失既可能是由于精神病所引起,也可能是由于其他原因所引起。例如,处于泥醉状态时不能正常判断性行为,就被认为是心神丧失。

所谓不能抗拒,是指由于心神丧失以外的原因,在心理上或身体上不能抗拒或明显难以抗拒。例如,熟睡状态、重病状态,就属于不能抗拒的状态。日本曾发生过以下案件:医生利用患病少女对自己的信赖,使少女误认为医生的奸淫行为是必要的治病方法,从而奸淫了该少女。日本名古屋地方裁判所认为,这是乘妇女不能抗拒而奸淫,构成准强奸罪。^[19] 行为人起先准备乘妇女熟睡进行奸淫,但着手实行后,被害妇女惊醒并反抗,行为人便使用暴力、胁迫手段奸淫的,构成普通强奸罪,而不构成乘机奸淫罪。

行为人利用被害人处于心神丧失或不能抗拒的状态而实施奸淫行为,就符合乘机奸淫罪的构成要件。

日本刑法还规定了另一情形的乘机奸淫罪行为,即使妇女心神丧失或不能抗拒而进行奸淫。显然,这种行为不要求通过暴力、胁迫手段使妇女心神丧失或不能抗拒,否则构成普通强奸罪。此外的使妇女心神丧失或不能抗拒的手段都包含在内。例如,使用麻醉物使妇女暂时丧失意识,使用欺骗手段使妇女产生错觉,使妇女陷于极度恐怖而不能抗拒的状态等,都属于使妇女心神丧失或不能抗拒。

2. 故意

乘机奸淫罪,要求行为人有奸淫的故意。问题在于典型的乘机奸淫罪(不包括使妇女心神丧失或不能抗拒而奸淫情形)是否要求行为人明知被害妇女处于心神丧失或不能抗拒的状态。一般来说,这一点也是肯定的。有的国家刑法对此有明文规定,有的国家刑

[19] 日本也有判例和学者否认这种行为构成准强奸罪,如东京地方裁判所1983年3月1日的判决,否认类似的行为构成乘机奸淫罪。

法也有暗示。例如,瑞士刑法第191条规定:“明知被害人为无判断能力人或无反抗能力人,而与之之为性交行为、与性交相类似的性行为或者其他性行为的,处十年以下重惩役。”这就明确要求行为人明知被害妇女处于心神丧失或不能抗拒的状态。德国、日本刑法条文采取“利用……而……”“乘……而……”的表达方式,也暗示了行为人必须明知被害妇女处于心神丧失或不能抗拒的状态。因为这种情形的乘机奸淫罪,是在没有使用暴力、胁迫的情况下实施的,如果行为人不明知被害人处于心神丧失或不能抗拒的状态,就表明行为人只有通奸的意图与行为,而不能构成此罪。

(二) 奸淫幼女罪

奸淫幼女罪(奸淫儿童罪),是指与幼女(儿童)发生性交(实施性行为)的行为。许多国家将奸淫幼女的行为列为独立的犯罪,如日本刑法第177条在规定了强制性交等罪的构成要件与法定刑后,紧接着规定:“对不满十三岁的人实施性交等行为的,亦同。”德国、奥地利、瑞士等国刑法,则专门规定了与儿童性交罪,其中的儿童既包括幼女,也包括男童,性交的含义也较为宽泛。下面仅论述传统的奸淫幼女罪。

1. 对象

奸淫幼女罪的对象,是一定年龄以下的幼女。各国刑法对这一法定年龄的确定不尽相同,与刑事责任年龄也不一定一致。如日本刑法规定为13岁,但刑事责任年龄为14岁,这是基于刑事政策的考虑。

2. 行为

由于幼女没有性行为能力与认识能力,因而不问幼女是否“同意”发生性交,行为人与幼女的性交行为,都是侵害其性自由的行为。基于同样的道理,不管行为人采取何种手段,凡是与幼女发生性交的,就构成奸淫幼女罪。换言之,奸淫幼女罪的行为,只是一种单纯的奸淫行为。因此,奸淫幼女罪通常是以开始性交为着手,而不是像强奸罪那样,以开始实施暴力、胁迫行为时为着手。根据理论通说与审判实践,奸淫幼女罪仍应以阴茎插入幼女阴道为既遂,如果仅有性器官的接触而没有插入,则只成立未遂。奸淫幼女只能是与幼女发生性交,猥亵幼女则是对幼女实施性交以外的行为。行为人意欲插入,但由于某种原因而只达到性器官接触程度的,属于奸淫幼女未遂;反之,行为人只意欲进行性器官接触而满足性欲,事实上也只有性器官接触的,属于猥亵幼女。如果将性器官的接触视为奸淫幼女罪的既遂,则混淆了猥亵幼女与奸淫幼女的区别。

问题在于行为人使用暴力、胁迫手段强行与幼女发生性交时,是构成强奸罪,还是构成奸淫幼女罪?这就要看各国刑法的规定,大致有四种立法例与处理方法:

第一,在规定强奸罪的构成要件时,明确将幼女排除在行为对象之外。在这种情况下,行为人使用暴力、胁迫手段强行奸淫幼女时,仍然不符合强奸罪的构成要件(因为强奸罪的对象只能是幼女以外的少女或妇女),只能按奸淫幼女罪论处。

第二,在规定强奸罪的构成要件时,虽然没有明确将幼女排除在行为对象之外,但规定了奸淫幼女按强奸罪的法定刑从重处罚,或者规定了重于强奸罪的法定刑(如泰国)。在这种情况下,行为人以暴力、胁迫强行奸淫幼女时,应按奸淫幼女罪论处。这是理所当然的。

第三,在规定强奸罪的构成要件时,没有明确将幼女排除在行为对象之外,而且奸淫幼女罪的法定刑并不重于甚至轻于强奸罪的法定刑。在这种情况下,行为人以暴力、胁迫

手段奸淫幼女的,不定奸淫幼女罪,而定强奸罪。因为这种行为符合强奸罪的构成要件。再者,如果对强奸幼女的仍然依奸淫幼女罪论处,则强奸幼女的处较轻的刑罚,强奸妇女的处较重的刑罚,这也是不可思议的。即使在法定刑相同时,由于奸淫幼女罪的构成要件属于对强奸罪的一种补充性质,故行为符合强奸罪的构成要件时,也应适用强奸罪的法条。

第四,刑法对强奸幼女有明文规定。如法国旧刑法第332条第3款规定:“强奸未满十五岁之未成年人者,处本刑十年至二十年之最高度刑。”这种立法例与第二种情况的结局是相同的。法国新刑法规定普通强奸罪处15年徒刑,强奸不满15岁的未成年人的处20年徒刑。

3. 故意

奸淫幼女罪的成立,首先要求有奸淫幼女的故意。需要讨论的是,奸淫幼女的故意是否要求行为人明知被害人为幼女。对此各国刑法条文往往没有明确规定,但并不意味着不要求行为人明知被害人为幼女。根据大陆法系国家的刑法理论,故意包括认识内容与意志内容,而认识内容除了包括对行为、结果的认识外,还包括对行为客体(对象)的认识。在奸淫幼女罪中,行为人对幼女这一特定对象必须有认识,即行为人必须明知自己所奸淫的是幼女,这如同贩卖毒品罪要求行为人认识到所贩卖的是毒品一样。如果行为人没有明知被害人是幼女,也没有强奸的故意,客观上也没有采用暴力、胁迫等手段,当然不构成奸淫幼女罪。不少学者在自己的教科书中也明确指出,奸淫幼女罪要求行为人认识到被害人是幼女。不过要注意,大陆法系国家刑法理论所讲的明知,并不仅限于确定的故意,也可以是未必的故意,即行为人并非确实知道被害人为幼女,但不予过问,甘愿冒可能实现奸淫幼女罪构成要件的危险而奸淫被害人,则被认为是未必的故意。如果行为人误以为对方并非幼女,在征得其同意的情况下与之性交的,属于事实认识错误,阻却奸淫幼女罪的故意,不成立奸淫幼女罪。

但是,也有的国家刑法明文规定不要求行为人明知被害人为幼女。如意大利刑法第609条之六条规定:对于与未满14岁未成年人发生性行为的,“犯罪人不得以不知晓被害人的年龄作为开脱罪责的理由”。但其他大陆法系国家的刑法一般没有类似规定。至于英美刑法,则一直对奸淫幼女罪采取严格责任的做法,即只要行为人客观上与幼女发生性交,即使不明知对方为幼女,也成立奸淫幼女罪。这种做法与普通法的传统有关,但可以认为是结果责任的残余。

四、强制猥亵罪

强制猥亵罪,是指以暴力、胁迫等方法对他人进行猥亵的行为。强制猥亵罪具有强制性性质,因而它不只是破坏了社会风尚,更重要的是侵害了个人的性自由,与强奸罪在罪质上是相同的,因此多数国家刑法将强制猥亵罪与强奸罪规定在一起。例如,德国刑法将强制性交与强制猥亵规定在一个条文中(第177条);瑞士刑法第189条规定强制猥亵罪,第190条规定强奸罪;日本刑法第176条规定强制猥亵罪,第177条规定强制性交等罪。需要说明的是,有的国家刑法所规定的强制猥亵罪,已经不是传统的强制猥亵罪,亦即,不一定以行为人实施暴力、胁迫为前提,只要行为人违反被害人意志实施猥亵行为的,即使没有采用暴力、胁迫手段,也成立强制猥亵罪。鉴于我国刑法规定的强制猥亵罪属于传统型的犯罪,故下面主要介绍的是传统的强制猥亵罪。

(一)对象

强制猥亵罪的对象,不是所有的人,而是达到一定年龄的人,这与强奸罪相似,因为没有达到一定年龄的幼男幼女进行猥亵,不管是否采用强制手段,都构成准强制猥亵罪。与传统强奸罪不同的是,本罪的对象不限于女性,而是既包括女性,也包括男性。所以,本罪存在四种情形:男性对女性实施猥亵行为,男性对男性实施猥亵行为,女性对男性实施猥亵行为,女性对女性实施猥亵行为。

(二)行为

强制猥亵罪的行为,是以暴力、胁迫手段实施猥亵行为。可能表现为以下几种情况:(1)强行对他人实施猥亵行为;(2)强制他人对自己实施猥亵行为;(3)强制他人与第三者实施猥亵行为;(4)强制他人忍受第三者对之实施猥亵行为。总之,既可以是强制他人以积极的举动实施猥亵行为,也可以是强制他人消极忍受猥亵行为。问题的关键在于如何理解这里的暴力、胁迫以及猥亵的含义。

对强制猥亵罪中的暴力、胁迫,有四种不同的理解:(1)暴力、胁迫必须达到压制被害人反抗的程度;(2)暴力、胁迫需要达到使被害人明显难以反抗的程度;(3)暴力、胁迫不问大小、强弱;(4)暴力不问大小、强弱,但胁迫必须达到被害人明显难以反抗的程度。德国、日本的通说仍然是第(2)种观点,理由与强奸罪中的理由相同。但在德国与日本,第(4)种观点也是有利的观点。其理由是,强制猥亵行为,往往可以乘被害人疏忽时采取轻微的暴力实施,这与强奸罪是不同的;再者,强制猥亵罪的法定刑低于强奸罪的法定刑,对其中的暴力做不同的理解也是应当的。

强制猥亵罪的行为,除了要求有暴力、胁迫外,还要求有猥亵行为。德国审判实践认为,猥亵行为是在性方面与正常的、健康的、整体的平均感情相矛盾的行为。日本审判实践认为,猥亵行为是无益地兴奋或刺激性欲,而且损害普通人在性方面的正常羞耻心,违反良好的性道德观念的行为。^[20] 猥亵行为既可能表现为接触被害人的身体,也可能表现为不接触被害人的身体。如前田雅英指出:“猥亵行为不以接触被害人的身体为必要,使人裸体而拍摄其照片的行为也包括在内。”^[21] 英美法系国家的判例与刑法理论也认为,猥亵行为既可能接触妇女身体,也可能不接触妇女身体。

但是,如前所述,各国刑法对强奸(强制性交)罪规定的外延不同,猥亵行为的外延与强奸(强制性交)的外延成反比,即强制性交的范围越宽,猥亵行为的外延就越窄。在德国、奥地利等国,强制性交罪与强制猥亵罪几乎不可能划分。在2017年修改性犯罪之前的日本,猥亵也具有相对的意义。例如,在被害人为妇女或幼女的情况下,猥亵行为是自然性交以外的行为,如口交、肛交均属于强制猥亵罪的内容。但是,在被害人为男性的情况下,猥亵行为则包括性交行为。例如,妇女强行与男性发生性交的,成立强制猥亵罪。在2017年修改性犯罪之后的日本,上述行为者构成强制性交等罪。

在暴力本身就构成猥亵行为时,或者猥亵行为本身也是暴力行为时,不影响强制猥亵罪的成立。例如,违反妇女意愿强行将手指插入其阴道,强行以自己的阴部压挤妇女的阴部,强行接吻,强行剥光妇女的衣服等,都构成强制猥亵罪。

[20] 不管对强制猥亵罪的保护法益持何种立场,猥亵行为的范围都会随着人们的性观念的变化而变化。

[21] [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2015年第6版,第94页。

(三)故意

强制猥亵罪只能由故意构成。德国的通说和日本以往的学说认为,强制猥亵罪是倾向犯,即除了要求行为人对构成要件的客观事实具有故意外,还要求行为人是为了兴奋、刺激或满足性欲而实施强制猥亵行为。如果行为人没有上述主观倾向,则不构成本罪。例如,医生为了检查患者的病情,使患者裸露并触摸,但由于没有猥亵的主观倾向,因而不构成猥亵罪。提出强制猥亵罪是倾向犯,主要也是为了使本罪与治疗行为及类似行为相区别。根据这一观点,出于报复等目的强制猥亵他人的,也不构成强制猥亵罪。例如,日本曾发生过这样的案件:被告人不是为了满足性欲而是为了报复,以向对方泼洒硫酸相胁迫,迫使一名23岁的女性裸体站立5分钟,并进行了摄影。日本最高裁判所1970年1月29日的判决指出:“成立刑法第176条前段的强制猥亵罪,要求其行为是在刺激、兴奋或者满足犯人的性欲这种性的意图支配下实施的;当行为人胁迫妇女赤身裸体拍摄照片的行为,是出于报复、侮辱或者虐待妇女的目的时,构成强要罪或者其他犯罪,而不构成强制猥亵罪。”^[22]

这一判决虽然得到了佐伯千仞、大塚仁等人的赞同,但遭到了平野龙一、内藤谦、町野朔、前田雅英等许多学者的反对。平野龙一认为,强制猥亵罪的法益是个人的性的自由,故只要行为人认识到自己实施的猥亵行为侵害了被害人的性的自由即可;即使并非出于刺激或者满足性欲的倾向,也完全可能侵害被害人的性的自由。内藤谦指出:“强制猥亵罪以被害人的性的自由作为保护法益,因此,既然行为人实施了上述一定的客观行为(指上述判决所认定的行为——引者注),并且认识到该行为(具有故意),即使是仅出于报复、侮辱、虐待的目的,也应认为成立该罪。”^[23]町野朔提出:“既然行为人实施了明显侵害被害人的性的羞耻心的行为,侵害了性的自由这种保护法益,只要行为人对这种行为存在故意就成立强制猥亵罪。除此之外,没有任何理由要求行为人具有特别的心理。”^[24]前田雅英写道:“除了对客观的构成要件要素的认识之外,还要求内心的倾向,限定了处罚范围。但是,第176条并没有以目的犯的目的的形式规定‘猥亵倾向’。在实施了足以使被害人产生性的羞耻心的客观行为,并对此有充分认识的场合,就满足了强制猥亵罪的法益侵害性、责任非难与可罚性。被害人的性的自由、感情是否被侵害,是客观地决定的,与行为人的主观没有关系。即使缺乏使责任升高的猥亵倾向,也没有理由否认其构成要件符合性。……承认倾向犯的最大论据在于,如果不考虑内心倾向,就不能决定处罚范围。但是,例如,是治疗行为还是猥亵行为,从外观上看就可以区分。如果完全是治疗行为,即使有猥亵目的,也不应当处罚。反之,只要认识到明显侵害性的羞耻心的行为而实施该行为的,即使缺乏猥亵目的,也值得处罚。”^[25]可以肯定的是,否认猥亵罪是倾向犯以及否认倾向犯概念的观点,在日本已成为通说。因此,后来的地方判决没有遵循前述最

[22] 日本《最高裁判所刑事判例集》第24卷第1号,第1页。但写入判决的少数意见指出,成立强制猥亵罪,“只要求行为人认识到属于猥亵行为的事实而实施;……猥亵行为是损害普通人的性的羞耻心、违反善良的性道义观念的行为;某种行为是否属于猥亵行为,应当客观地依照社会一般观念,即站在普通人的立场,观察该行为本身,来作出决定。……刑法第176条的强制猥亵罪并不以出于兴奋、刺激、满足行为人(犯人)性欲的目的为必要。即使出于报复、侮辱、虐待的动机或者目的,也不妨害本罪的成立”。

[23] [日]内藤谦:《刑法讲义总论》(上),有斐阁1983年版,第219页。

[24] [日]町野朔:《刑法总论讲义案I》,信山社1995年第2版,第187页。

[25] [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第95~96页。

高裁判所的观点。如行为人为了取得他人的把柄,迫使他人裸体进而拍摄他人的裸体照片。东京地方裁判所1987年9月16日的判决,认定该行为成立强制猥亵罪。

2016年10月27日,日本大阪高等裁判所对一起行为人为了获得金钱而猥亵儿童案件认定为强制猥亵罪(准强制猥亵罪),被告人以没有刺激、满足性欲的内心倾向(性的意图)为由提起上诉。日本最高裁判所大法庭于2017年11月29日变更了1970年的判例,认定将性的意图一律作为强制猥亵罪的成立要件并不合适。

五、准强制猥亵罪

与准强奸罪一样,准强制猥亵罪也包括两种情况:一是乘机猥亵罪,二是猥亵儿童罪(或猥亵未成年人罪)。

乘机猥亵罪,是指乘他人处于心神丧失或不能抗拒的状态而进行猥亵的行为。在日本,还包括使他人处于心神丧失或不能抗拒的状态而进行猥亵的行为。

猥亵儿童罪,是指对儿童进行猥亵的行为。与奸淫幼女罪一样,本罪的成立不要求行为人有暴力、胁迫行为,只要有单纯的猥亵行为就构成本罪。

六、强奸致死伤罪、强制猥亵致死伤罪

强奸致死伤罪是强奸罪(包括准强奸罪)的结果加重犯,强制猥亵致死伤罪是强制猥亵罪(包括准强制猥亵罪)的结果加重犯。各国刑法对此均有规定,只不过有的只规定了致死情形,而没有规定致伤情形(如德国),有的则对致死与致伤均有规定(如日本)。这两个罪有共同点,也存在相同的问题,故一起说明(为了叙述方便,下面统一表述为强奸、强制猥亵致死伤罪)。

强奸、强制猥亵致死伤罪,首先要求由于行为人实施基本的强奸、强制猥亵行为而导致被害人伤害或死亡。强奸行为导致被害妇女怀孕的,不属于强奸致伤。强奸行为导致被害妇女处女膜破裂的,也不属于强奸致伤。^[26] 即使奸淫未遂或猥亵未遂,但其暴力、胁迫导致被害人死伤的,也成立强奸、强制猥亵致死伤罪。^[27] 问题在于致死伤的行为是仅限于暴力、胁迫及奸淫、猥亵行为,还是包括在强奸、强制猥亵的机会中所实施的有密切关系的行为?换言之,是要求死伤结果必须由基本犯的行为本身导致,还是只要求死伤结果是行为人在实施基本犯的时候造成?一种观点认为,死伤的结果必须是由基本犯的行为本身造成的。因为本罪是强奸罪、强制猥亵罪的结果加重犯,既然如此,就要求加重结果是由基本犯的行为本身所造成。另一种观点认为,在不少案件中,死伤结果并不是由基本犯的行为本身造成,而是由与强奸、强制猥亵有密切关系的行为造成,为了保护被害人的生命、身体,立法者在制定本条时,当然考虑到了这些情况。^[28] 但可以肯定的是,被害人在犯罪人的犯罪行为结束后,为了逃走而受伤的,不能认定为强奸、强制猥亵致伤罪;被害人被强奸、强制猥亵后自杀的,不能认定被告人成立强奸、强制猥亵致死罪。

强奸、强制猥亵致死伤罪,通常是指行为人对死伤有过失。对此,一些国家的刑法有

[26] 日本最高裁判所1950年3月15日的判决,将处女膜破裂认定为伤害,但受到了学者的批判,因为处女膜破裂是强奸行为必然或者通常产生的结果。

[27] 对于行为人以强奸目的对妇女使用暴力,导致妇女死亡后立即奸淫妇女的行为,日本最高裁判所曾认定为强奸既遂致死罪。但有学者认为,奸淫尸体不属于强奸,故对上述行为应认定为强奸未遂致死罪(山口厚)。

[28] 日本曾发生以下案件:共犯人的一名强奸妇女后,被害妇女感到有被其他共犯人强奸的危险而逃走,在寻求救助时摔倒受伤。日本最高裁判所认定为强奸致伤罪。

明文规定。例如,德国刑法明文规定,必须是因为“轻率”导致被害人死亡,才认定为强奸、强制猥亵致死罪。而“轻率”是一种重过失,不包括轻过失在内。而有些国家的刑法对此没有规定。在这些国家就遇到了这样的问题:行为人在实施强奸、强制猥亵时,对死伤结果持故意的应如何处理?由于对伤害持故意与对死亡持故意是有区别的,所以需要分开说明。

当行为人实施强奸、强制猥亵行为而对伤害具有故意时,一种观点认为,成立伤害罪与强奸、强制猥亵罪的想象竞合。理由是,强奸、强制猥亵致伤害罪是结果加重犯,因此,对结果不可能是故意,因而不可能成立强奸、强制猥亵致伤害罪。再者,强奸罪、强制猥亵罪的法定刑比较高,按想象竞合处理,也不会产生刑罚不公平的现象。另一种观点则认为,上述行为只成立强奸、强制猥亵致伤害罪。根据是,如果强奸、强制猥亵致伤害罪不包括故意伤害,按伤害罪与强奸罪、强制猥亵罪的观念竞合处理,只能判处强奸罪、强制猥亵罪的刑罚,而强奸罪的法定刑明显轻于强奸、强制猥亵致伤害罪的法定刑,这显然是不公平的。而且从刑事学上考虑,也不需要区分行为人对伤害结果有无故意。从罪刑均衡的观点来看,后一种观点或许是可取的。

当行为人实施强奸、强制猥亵行为而对死亡具有故意时,一种观点认为,成立杀人罪与强奸罪、强制猥亵罪的想象竞合。基本理由是,杀人行为与强奸、强制猥亵行为不是有密切关系的行为;而且杀人罪的法定刑往往最高,按想象竞合处理,不致产生刑罚不均衡的现象。另一种观点认为,成立杀人罪与强奸、强制猥亵致死罪的想象竞合。理由是,考虑到杀人不能成为强奸、强制猥亵的手段,以及仅适用强奸、强制猥亵致死罪可能会轻于杀人罪,因而不合理,所以也要考虑适用杀人罪的规定。还有人认为,结果加重犯并不限于对加重结果有过失,对加重结果持故意也可能成立结果加重犯。因此,在实施强奸、强制猥亵行为时具有杀人故意的,既符合杀人罪的构成要件,也符合了强奸、强制猥亵致死罪的构成要件,但其中只有一个杀人行为,故成立杀人罪与强奸、强制猥亵致死罪的想象竞合。

七、其他性犯罪

除了上述典型的侵害性的自主权的犯罪以外,许多国家的刑法还规定了或者新增了一些其他一些性犯罪。

德国刑法第174条规定了对受保护者的性侵害罪。根据该条第1款的规定,行为人对被委托对其进行教育、培训或者在生活管理上进行照顾的不满16岁的人,实施或任其实施性行为的,行为人对被委托对其进行教育、培训或者在生活管理上进行照顾的,或者得在职务或者工作领域中从属于自己的不满18岁的人,滥用与教育、培训、照顾、职务或者工作关系相联系的依附性,实施或任其实施性行为的,行为人对于自己或者配偶、生活伴侣或共同生活在类似婚姻或生活伴侣关系共同体的不满18岁的自然或者法定直系卑亲属,实施或任其实施性行为的,处3个月以上5年以下自由刑。第2款规定了教育、培训等机构中的人员滥用权力或者地位,对不满16岁或者不满18岁的人实施或者任其实施性行为的犯罪。

日本刑法于2017年增加了监护人猥亵罪与监护人性交等罪。亦即,监护人乘其对被害人具有影响力(利用其影响力),对不满18岁的人实施猥亵或者性交等行为的,按照强制猥亵、强制性交等罪的法定刑处罚。所谓“监护人”,是指现实地对不满18岁的人进行监督、保护的人,而不问其在法律上是否有监护权,但是,要求行为人与不满18岁的人之

间,从经济的、精神的观点来看,在整体生活上持续地存在依存与被依存或者保护与被保护的关系,典型的是亲子关系、养子女关系等,教师、体育教练等原则上不能成为本罪的行为主体。所谓“乘其对被害人具有影响力”,是指在具有一般地、持续地对被监护者的意思决定产生影响的状况中,以此为前提而实施性行为,但不要求行为人为了利用影响力而实施积极的行为(如诱惑、威吓等)。概言之,只要监护人借助影响力对被监护人实施性行为,原则上就成立本罪,除非存在影响力被遮断的情形。此外,即使被监护人承诺性行为,但如果承诺是基于监护人的影响力而作出的,也不能否认本罪的成立。

除了刑法典的规定以外,日本的特别刑法也有关于性犯罪的规定。例如,日本儿童福祉法第34条第6项禁止“使儿童实施淫行的行为”,第60条第1款对违反者处以10年以下惩役或300万日元以下罚金或者并处惩役与罚金。“淫行”包括性交行为与猥亵行为。判例认为,“使儿童实施淫行的行为”也包括使儿童以行为人为对方实施淫行的情形;在这种情形中,“必须超过实施淫行行为本身所内含的程度,对儿童产生事实上的影响力,鼓动其实施淫行等,从而使得儿童实施淫行”。^[29]例如,儿童的养父认识到儿童处于不能抗拒自己使其实施性交、不能与亲生母亲商量这样的心理状态之下,还使儿童与自己实施性交的行为,属于“使儿童实施淫行的行为”。再如,日本《关于规制及处罚嫖宿儿童与儿童色情行为等并保护儿童等的法律》第4条规定,“嫖宿儿童”的,处5年以下惩役或者300万日元以下的罚金。“嫖宿儿童”,是指向儿童或者其保护人“提供对价或者约定提供对价,对该儿童实施性交等行为[指性交或类似性交行为,或者以满足自己的性好奇心为目的,接触儿童的性器官等(指性器官、肛门或乳头),或让儿童接触自己的性器官等]”(该法第2条第2款)。此外,该法律还处罚嫖宿儿童的斡旋行为(该法第5条)、劝诱行为(该法第6条)。上述法律中的儿童,是指不满18岁的未成年人。需要说明的是,虽然上述规定似乎属于特别刑法,但如果行为同时符合上述规定与刑法典的相关规定的,并不是一概适用“特别刑法”;相反,如果刑法典规定的法定刑较重,完全可能适用刑法典。

第六节 侵入住宅罪

一、概念与保护法益

侵入住宅罪(或侵入住宅等罪),是指无故(或非法)侵入他人住宅、建筑物等场所的行为。

在刑事立法上,有的国家刑法将侵入住宅罪规定为对公共法益的犯罪。例如,德国刑法在“妨害公共秩序的犯罪”一章中规定侵入住宅罪,日本的旧刑法以及现行刑法,都是将侵入住宅罪视为一种对社会法益的犯罪。很早的刑法理论,也认为侵入住宅罪是对社会法益的犯罪。其理由主要是,侵入住宅罪不仅侵害了他人住宅的安全,而且使邻居、周围的人产生不安全感。

现在,多数国家刑法将侵入住宅罪规定为对个人法益的犯罪,刑法理论一般也持这一

[29] 东京高等裁判所2010年8月3日判决,载日本《高等裁判所刑事判例集》第63卷第2号,第1页。

观点。即使有的国家刑法将侵入住宅罪规定为对社会法益的犯罪,刑法理论上也常认为它是对个人法益的犯罪。不过,其中有人认为侵入住宅罪是财产罪的一种(Beling),理由是,侵入住宅的行为主要是侵害住宅内的财产的犯罪手段。有人则认为侵入住宅罪是对自由的犯罪(Hippel),根据是,虽然侵入住宅的行为在许多情况下是侵害财产的手段,但也有不少侵入住宅的行为是侵害他人的生命、身体及其他人格法益的犯罪手段,所以将侵入住宅罪视为一种财产犯罪是失当的;再者,虽然侵入住宅罪在许多情况下是作为其他犯罪的手段实施的,但当行为同时成立侵入住宅罪与其他犯罪时,就应明确侵入住宅罪自身的性质——侵害或威胁了住宅内的个人的生活自由。

关于侵入住宅罪的具体保护法益,存在不同学说。

(一)德国的学说

关于侵入住宅(等)罪的法益,德国刑法理论上存在一元说与相对化说。

一元说可以分为公共秩序或社会利益说与个人利益说。公共秩序说认为,侵入住宅罪的法益是公共秩序或者社会利益。因为刑法将本罪规定在“妨害公共秩序的犯罪”中;而且从实质上说,住宅位于共同社会整体中,有机地与整体共同社会相联系,侵入住宅的行为,会使该住宅左邻右舍在日常生活上产生不安感,造成社会秩序的破坏(Wachendorf)。但有学者批判说,不能根据错误的立法体例理解侵入住宅罪的法益,侵入住宅行为导致左邻右舍不安,只是其反射的、附随的效果(Welzel)。

个人利益说认为侵入住宅罪的法益是个人法益,但对个人法益的具体内容又存在诸多不同理解。其中,住宅平稳说认为,侵入住宅罪的法益是个人利益中的住宅平稳或安宁(Allfeld)。占有说认为,侵入住宅罪的法益是个人利益中的占有权或者与占有保护权相近似的权利(Beling、Frank)。住宅权说(通说)认为,侵入住宅罪的法益是住宅权,即住宅权人决定谁可以进入和可以停留在住宅内的权利。其中,有人重视住宅权中的意思活动的自由(Berge),有人重视住宅权中的决定的自由或者主观的决定意思(Heimberge),有人重视住宅权中的处分意思(Binding),有人重视住宅权中的排除的权利(Lenckner)。新住宅权说认为,侵入住宅罪的法益,是通过住宅权与物理的障壁所特别保护的、具有特殊潜在自由机能的占有(Engeln)。

相对化说主张,侵入住宅罪的法益应根据不同领域(侵入对象)相对化。如Amelung认为,住宅平稳的背后存在五种不同类型的利益,即支配土地的利益、安全的利益、保守秘密的利益、不受他人妨害的利益以及为了实现上述诸利益而产生的自由与利益。

(二)日本的学说

日本刑法理论上,主要存在旧住宅权说、安宁说(平稳说)与新住宅权说。

旧住宅权说认为,侵入住宅罪的法益是住宅权,住宅权的内容是居于家长地位的人对他人进入住宅的许诺权。根据这一规定,只要不违反屋主的意愿,即使违反住宅内的其他权利人的意愿,或者侵害了住宅的安宁,也不认为是犯罪。反之,只要违反了家长的意思,即使征得其他人的同意,也成立侵入住宅罪。^[30] 这种观点受到了不少学者的批判。其

[30] 日本的大审院时代曾采取此说。例如,行为人在妇女的丈夫外出时,以通奸目的征得妇女同意而进入住宅的,被认定为侵入住宅罪。理由是,住宅权属于作为家长的丈夫(日本大审院1918年12月6日的判决,大审院1939年12月2日的判决)。

一,住宅权的概念本身是不明确的;其二,认为犯罪是对权利的侵害,这是19世纪古典思想的残余;其三,这一观点产生了谁是住宅权的主体的问题,而且很容易得出家长是住宅权主体的结论,这便不利于保护在住宅内共同生活的全体成员的利益。

安宁说(平稳说)认为,侵入住宅罪的法益是事实上的住宅的安宁或平稳。所谓住宅的安宁,是指住宅内的成员的生命、身体、财产等没有受侵害的危险性。理由是,住宅关系到共同生活的全体成员的利益,这种利益的主体不只是家长,而是住宅内共同生活的全体成员;刑法规定侵入住宅罪,就是要保护在住宅内共同生活的全体成员的安宁免遭外部的侵害。但是这一观点也受到了批判。首先,安宁的含义并不明确,难以判断何种侵入住宅的行为侵害了住宅安宁。如果安宁是指住宅的宁静,那么,小偷悄悄从敞开的大门溜进住宅内的,就不构成本罪;如果安宁是指个人隐私,则公共建筑物不能成为本罪对象;如果安宁是指违反居住者的意思,那么,其内容与后述新住宅权说便没有区别(西田典之)。其次,即使在不侵害安宁的条件下侵入住宅,也可能违反了权利人意愿。换言之,权利人有权不让他人进入自己的住宅,而不问该行为是否侵害了住宅安宁,但安宁说却忽视了这一点。最后,既然侵入住宅罪是对个人自由的犯罪,它与个人的意思决定就不可分离。此外,不退去罪以违背有居住权、管理权人的退去命令为前提,这也与个人的意思决定相联系。如果认为本罪的法益是住宅的安宁,则与本罪的性质不相符合。

新住宅权说认为,侵入住宅罪的法益是住宅权,但住宅权不是家长的许诺权,而是管理住宅的一种权利以及是否许可他人进入的自由权利(许诺权)。因为侵入住宅罪是对个人法益(自由)的犯罪,行为是否侵害了个人生活自由,取决于是否违反权利人的意思。而且,权利的主体不限于家长,住宅内共同生活的全体成员都是权利主体,因此不会产生旧住宅权说所存在的问题。此说现已成为日本刑法理论的通说。^[31]但持安宁说的学者对新住宅权也进行了批判:首先,当行为人以平稳方式进入他人住宅时,仅因违反居住者的意思而认定为侵入住宅罪,并不合适。其次,根据新住宅权说,丈夫在家、妻子外出时,如果行为人的进入行为得到了丈夫的同意,但明显违反妻子的意志时,并不成立侵入住宅罪。可是,为什么在家的丈夫的住宅权优于外出的妻子的住宅权,这是新住宅权说难以回答的。最后,如果采取安宁说,只要行为人侵入一个住宅,即使住宅内有数人,也成立一罪。而根据新住宅权说,如果侵入一个住宅的行为,违反了数人的意志,则应认定为数罪,这显然不合适(井田良)。

二、对象

关于侵入住宅罪的对象,各国刑法的规定并不完全相同。例如,德国刑法规定为“他人的住宅、经营场所或者安宁的地产,或者用于公共服务或公共交通的封闭场所”,日本刑法规定为“他人的住宅或者有人看守的宅邸、建筑物或者船舰”,瑞士刑法规定为“房屋、住宅、房屋内锁闭之空间、直接属于房屋的以栅栏等包围的场所、庭院或者花园”,意大利刑法规定为“住宅或者其他私人居住场所或者其从属部分”,等等。侵入住宅罪的对

[31] 瑞士、意大利等国刑法规定,侵入住宅的行为以违反权利人之意思为前提,据此,不管进入住宅的行为是否侵害了住宅的安宁,只要违反了权利人的意思,就构成侵入住宅罪。这实际上采取了新住宅权说。奥地利刑法没有将违反权利人的意思作为侵入住宅罪的要件,但同时规定“未经权利受到侵害之人授权,不得对行为人进行追诉”,这从另一角度表明了新住宅权说的立场。

象范围,与对侵入住宅罪的性质的认识有密切关系。例如,德国刑法认为侵入住宅罪侵害的是社会法益,所以,其对象不仅包括个人的住宅,还包括用于公共服务或者公共交通的封闭场所。再如,意大利刑法认为侵入住宅罪侵害的是个人法益,所以,其对象仅限于个人住宅及附属场所。

关于住宅的含义,刑法本身并没有明确规定,理论上有不同的表述:有人认为,住宅是供人起居寝食的场所;有人主张,住宅是由人占居的场所;有人提出,住宅是日常生活所使用的场所。由于住宅是不要求人看守的场所,也不要求锁闭,需要特别保护,故将其限定为个人的日常生活场所较为妥当;将其限定为供人起居寝食的场所,则过于狭窄(山口厚)。据此,单纯的实验室、研究室、事务室等,不是住宅。

通说认为,住宅不必是他人永久性的日常生活场所,一时的日常生活场所也不失为他人住宅。因此,在旅馆、饭店暂住的一个房间,也就是旅客的住宅。他人定期或不定期使用的别墅,当然属于住宅。住宅只要求是事实上供人从事日常生活所使用的场所,故不要求居住者一直生活在其中,即居住者暂时不生活在其中时,也应认为是住宅。

由于住宅是日常生活使用的场所,所以要求有一定日常生活设备。天桥下、野外的土洞、寺院的檐下等地方,即使是乞丐、流浪者从事日常生活的场所,也不能认为是住宅。但是,住宅只要求是具有能够从事普通的日常生活的设备,所以,一间小屋、一个帐篷也被视为住宅。由此可见,住宅并不要求是建筑物。在刑法没有明文将船只规定为对象的德国,如果船只用于住宿等日常生活,也属于住宅。但是,如果原本不是为了提供住宿,只是用于临时休息或者过夜的普通汽车,则不属于住宅。

当住宅是建筑物时,并不意指建筑物的全部。换言之,该建筑物的任何一部分都被认为是住宅,如建筑物中的客厅、走廊、厕所、储藏室以及屋顶都是住宅的一部分。所以,行为人侵入该建筑物的任何部分以及爬上屋顶的行为,就属于侵入住宅的行为。

住宅是否包括住宅周围的围绕地,则取决于各国刑法的规定。可以肯定的是,侵入住宅周围的围绕地的行为(如翻进住宅周围的围墙内),构成侵入住宅罪,因为这种行为侵害了他人的生活自由。但有的国家(如瑞士、意大利)刑法明文规定了住宅的附属场所、庭院,因此,其刑法中的住宅不包括住宅周围的围绕地。日本刑法没有另规定住宅的附属场所、庭院,但通说认为,住宅除了指供日常生活使用的房屋、建筑等场所之外,还包括其周围的围绕地(附属地)。德国的部分判例与学者认为,与住宅相联系的开放空间如花园、阳台、停车场、庭院等属于住宅,另一部分学者则认为这些场所不是住宅,而是“安宁的地产”,侵入其中的同样构成犯罪。

住宅必须属于他人占有或使用,即只要行为人不是生活在其中的住宅,就认为是他人的住宅。行为人以前曾经在某住宅与他人共同生活,如果后来离开该住宅,则该住宅属于他人的住宅。例如,日本曾有如下判决:对于脱离父母的子女而言,父母的住宅就属于他人的住宅;分居的丈夫为了拍下妻子不贞节场面的照片,而侵入自己所有的住宅时,构成侵入住宅罪。

住宅也不要求他人合法占有,即使是他人不合法地占有的住宅,也能成为侵入住宅罪的对象。因为即使是不合法地占有住宅,事实上也存在需要保护的生活自由。例如,房东为了将不交付房租的房客赶走而侵入房客居住的房间时,也属于侵入他人住宅。再如,房东在租赁合同期满之后,侵入租户实际居住的房屋的,也属于侵入他人住宅。

侵入住宅罪的对象,除了狭义的住宅外,还包括宅邸、建筑物、船舰及其他法律规定的场所。所谓宅邸,是指住宅以外的供居住使用的建筑物,如没有人居住的空房、锁闭的别墅等。建筑物,是指有墙壁或支柱,有屋顶,可供居住或有其他用途的土地上的定着物,至少是人可以出入其内部的定着物。因此,机关的厅舍、事务室、学校、工厂、仓库、寺院等,都属于建筑物。建筑物的附属围绕地也属于建筑物的一部分。德国刑法第123条中的“经营场所”,是指长期或者暂时用于从事商业、科学、艺术等活动的封闭空间(不管能否移动),外国驻德国境内的使领馆属于经营场所;“安宁的地产”,是指借助可视的保护措施(如墙壁、栏杆等)防止他人随意进入的不动产;“用于公共事务的封闭场所”,是指机关单位、学校等所使用的封闭空间;“用于公共交通的封闭场所”,是指一般人所使用的客运与货运交通空间,包括交通运输工具以及服务于公共交通的建筑物。

三、行为

侵入住宅罪的行为,表现为两种情况(两种犯罪类型):一是积极地侵入,即通常所说的侵入(侵入住宅罪);二是消极地不退去(不退去罪)。本罪并非亲手犯,没有亲自实施侵入与不退去行为的人,也能成立本罪的共同正犯与间接正犯。

(一) 侵入

一般来说,侵入是指违反住宅权人的意志,以身体进入他人住宅及其他受保护的空間(以下一般仅表述为住宅)。将物品扔入他人住宅,或者向他人住宅拨打骚扰电话的,不成立侵入住宅。^[32]对侵入的理解,并非简单问题。行为是否构成侵入,与侵入住宅罪的保护法益具有直接联系。从形式上说,侵入住宅要求行为人进入他人住宅。但进入他人住宅并不等于侵入他人住宅,要将进入认定为侵入,还要求具备实质条件;而这种实质条件就要联系侵入住宅罪的保护法益。旧住宅权说认为,侵入是指没有正当理由,违反住宅权人的意思的进入。安宁说指出,侵入是以侵害他人住宅安宁的形式进入(侵害安宁说)。至于进入的行为是否侵害了他人住宅的安宁,则应从主客观两个方面进行判断。新住宅权说主张,侵入是违反住宅权利人的意思的进入(侵害意思说)。而且,就一些具体案例而言,即使持相同学说的人,也会得出不同的结论。

例一:行为人以抢劫的意图进入他人住宅,但同时又征得了居住人的同意时,是否属于侵入住宅?对此存在以下观点:(1)侵入是指非法侵入或无故侵入,以抢劫的意图进入他人住宅,当然属于非法或无故侵入。(2)以抢劫的意图进入他人住宅,就侵害了他人住宅的安宁,故应认为是侵入。(3)虽然居住人的同意可以阻却违法,但这是在行为人没有抢劫意图的前提下“同意”的,如果居住人知道行为人具有抢劫意图,就不会同意。因此,应认为行为人的进入没有征得居住人的同意,故属于侵入。根据上述三种观点,如果刑法处罚抢劫预备,该行为是抢劫预备与侵入住宅罪的观念的竞合。(4)既然居住人同意行为人进入,就不能认为行为人的进入是侵入。德国刑法理论的通说认为,通过欺骗的方式获得权利人同意,进而进入住宅的,不成立侵入。

例二:以诈骗目的伪装顾客进入商店时,是否属于侵入?对此存在以下主张:(1)商店权利人只是允许顾客进入,并没有允许怀有恶意的人进入,因此,该行为属于侵入。(2)以诈骗的目的单纯进入商店时,还不能说侵害了住宅等的安宁,因而不构成侵入。

[32] 法国最高法院将反复拨打骚扰电话的行为,认定为暴行罪。

(3)商店是顾客进出的场所,只要行为人的进入在社会观念上是被人接受的,即使违反权利人的意思,也不成立侵入。(4)不能认为这种行为违反了权利人的意思,因此不成立侵入。德国多数学者认为,以违法目的进入开放时的营业场所的,不成立侵入。但是,如果进入的外在方式超出了权利人允许的范围时,仍然可能成立侵入。例如,持凶器蒙面闯入超市打算抢劫的,成立本罪。

例三:丈夫不在家时,行为人以与该丈夫的妻子通奸的目的进入住宅时,是否属于侵入?对此存在以下说法:(1)既然行为人的进入得到了妻子的同意,即使行为人具有通奸的目的,但只要进入的样态没有侵害住宅的安宁,就不属于侵入。(2)住宅是夫妻共同生活的场所,因此住宅的安宁是夫妻共同的安宁。夫妻中的一方可以代表另一方表示同意他人进入,但这是以不违反另一方的意思为前提的。行为人以与妻子通奸的目的进入住宅时,一般是违反丈夫意思的,因此,上述行为仍然构成侵入。(3)住宅权属于生活于其中的所有成员,其中的权利人一时不在住宅时,并不丧失自己的权利,因此上述行为违反了其中的权利人的意思,属于侵入。(4)妻子是住宅的事实上的管理人,既然征得了妻子的同意,即使违反丈夫的意思,也不成立侵入。德国的刑法理论认为,在多人对住宅享有权利的场合,原则上各权利人都平等、独立地享有居住权,亦即,任何一方都可以允许第三者进入住宅,其他权利人不能仅因为自己对此感到不愉快而拒绝第三人进入。但是,如果一方允许第三人进入是对权利的滥用,导致不能期待其他权利人容忍时,则认为第三者不被允许进入住宅。据此,上例中的行为人的行为属于侵入。

由此可见,行为人既没有征得居住人同意,同时侵害了住宅安宁的进入,肯定构成侵入;行为人既征得居住人的同意,又没有侵害住宅安宁的,肯定不构成侵入。问题是,没有征得居住人同意但又没有侵害住宅安宁的进入,以及征得了居住人的同意但又侵害了住宅安宁的进入,是否构成侵入。在此问题上还难以消除观点的对立。

绝大多数国家刑法规定,侵入行为的成立不以暴力、胁迫为前提,这是由侵入住宅罪的罪质决定的。只有个别国家刑法规定,侵入住宅罪的成立,以使用暴力、胁迫为前提。如奥地利刑法第109条第1款规定:“以暴力、暴力威胁强行进入他人住所的,处一年以下自由刑。”

根据安宁说,侵入住宅罪是一种继续犯,即行为人从侵入时起到退去时止,对住宅的安宁的侵害处于继续之中。^[33]但住宅权说认为,侵入住宅罪是状态犯。后者认为,侵入后的滞留事实虽然在继续,但这并不属于“侵入”这一构成要件该事实的继续。再者,不退去罪是为了处罚不法滞留而设立的特别犯罪类型。如果本罪是继续犯,则没有必要特别规定不退去行为。

侵入的着手时期,是开始侵入他人住宅时。有人认为,身体的一部分进入住宅时就是侵入既遂(德国通说);有人认为,身体的大部分进入住宅时才是侵入既遂;有人认为,身体的全部进入住宅时才是侵入既遂(日本通说);有人认为,侵入后有一定的滞留时间才是侵入既遂;有人认为,对住宅的安宁产生侵害或威胁时,才构成侵入既遂(安宁说)。将侵入住宅理解为继续犯的学者认为,单纯的瞬间侵入后立即退去的,属于犯罪未遂。

[33] 也有部分持新住宅权的学者持此观点(西田典之),日本的判例也认为侵入住宅罪是继续犯(日本最高裁判所1956年8月22日判决)。

(二)不退去

侵入住宅罪的另一行为形式是不退去(不退出)。^[34]所谓不退去,是指经权利人要求退去,仍不退去。因此,不退去属于真正不作为犯。

由于不退去是一种真正不作为犯,而不作为犯的成立以特定义务为前提。不退去都是行为人合法或者过失进入住宅后而不退去,故从权利人要求退去时起,行为人便产生了退去义务。如果行为人合法或过失进入他人住宅后,他人并不要求行为人退去,则行为人不退去的行为不构成犯罪。所以,各国刑法都规定,不退去是经要求退去而不退去。

有权要求行为人退去的人,不只是居于家长地位的人,住宅的居住人、看守人都有要求退去的权利。不仅如此,即使是不合法地占有、使用住宅的人,也有要求他人退去的权利。例如,不交付租金的房客,有权要求他人退出自己所居住的住宅。权利人的要求必须采取通过语言或者动作使对方明确了解的方法。要求他人退出的某种暗示不能使他人了解因而未退的,不构成犯罪。

从有权人要求进入者退去时起,进入者就有义务退去,但这并不意味着有权人一提出要求,进入者就立即成立不退去的侵入住宅罪。通常,从提出要求时起,经过退去所必要的时间,进入者仍不退去时,才认为是既遂。故通说认为,不退去罪没有成立未遂的余地。但也有学者认为,如果进入者在必要的时间内被权利人推出住宅,便成立犯罪未遂(木村龟二、大塚仁、内田文昭)。

如果行为人开始便是违法侵入他人住宅,后经要求退去仍不退去,则只构成侵入住宅罪,不构成两罪。换言之,相对于侵入住宅罪而言,不退去罪具有补充性质。值得讨论的是侵入住宅罪能否由不作为构成,以及不作为的侵入与不退去的关系。德国刑法理论没有争议地认为,负有监管义务的人不阻止被监管者侵入权利人受保护的住宅等空间的,属于以不作为的方式侵入住宅。例如,父母不阻止自己的未成年幼童闯入他人住宅的,成立侵入住宅罪。争论的问题是,行为人正当或者过失进入他人住宅等受保护的空間后却不离开的,是否属于不作为的侵入。多数学者持肯定回答,但也有学者认为,将这种行为认定为侵入,不仅不符合侵入的用语含义,而且无形中减少或者删除了不退去罪中的“经权利人要求离去”的要件,因而不当。

四、故意

侵入住宅罪由故意构成,行为人明知自己的侵入或不退去行为违反权利人意思(住宅权说),或侵害他人住宅安宁(安宁说),而积极侵入或消极不退去。从刑事立法上看,一般并不要求行为人出于不良目的,但许多国家的审判实践则重视侵入住宅的目的,即行为人以不法目的侵入他人住宅时,才构成犯罪。一般来说,持安宁说的人重视侵入的目的,因为行为人持不法目的侵入他人住宅时,才会侵犯他人的住宅安宁。^[35]持住宅权说的人则不强调侵入的目的,而是重视被害人的意志。

五、违法性阻却事由

侵入住宅罪的成立,要求侵入行为是无故或非法的。德国、瑞士等国刑法规定必须是

[34] 根据日本的刑法理论,不退去与侵入住宅是并列的两个犯罪行为,而不是一个犯罪的两种表现形态。

[35] 但也有持安宁说的学者(如前田雅英)认为,不应强调行为人的目的,因为是否侵害住宅安宁,只需从客观上考察,行为人的目的并不能左右其进入行为是否侵害了住宅安宁。

“违法侵入”,日本刑法规定必须是“无正当理由侵入”。^[36] 这便暗示着有不少违法性阻却事由,概言之,合法进入他人住宅,就是违法性阻却事由。

法令行为、紧急避险行为,阻却违法性。例如,基于法令,以扣押、搜查等目的,进入他人住宅时,不构成侵入住宅罪。再如,为了避免狂犬、疯牛的袭击而侵入他人住宅的,属于紧急避险,不构成侵入住宅罪。

得到居住人、看守人承诺或推定的承诺而进入住宅时,不构成侵入住宅罪。所应指出的是,以前一般认为得到承诺的进入是违法性阻却事由,但现在一般认为得到承诺(同意)的进入是缺乏构成要件符合性。因为得到居住人、看守人的承诺而进入住宅,就不能说是侵入住宅,因而应认为进入住宅的行为不符合侵入住宅罪的构成要件。但是,承诺必须是居住人、看守人自由、真实的意思表示,如果行为人使用胁迫方法使居住人、看守人表示承诺,则不影响犯罪的成立。此外,如果居住人、看守人同意行为人进入住宅的某一房间,而行为人无故侵入其他房间时,也不影响犯罪的成立。

问题是,在被害人基于错误而承诺时,应如何处理? 安宁说认为该承诺无效,侵入行为依然成立犯罪。而持新住宅权说的学者中,部分认为,该错误属于法益关系的错误,因而承诺无效;部分认为,该错误不是法益关系的错误,所以承诺有效。

一般来说,承诺既可以是明示的,也可以是暗示的。例如,进入商店、酒店、饭店等场所,一般认为是得到推定承诺的。换言之,行为人进入上述场所时,推定有权人会同意,因而阻却违法性。问题在于缺乏明示承诺的场合。根据安宁说,在这种场合,如果以侵害安宁的方式侵入,仍然成立侵入住宅罪。所以,以顺手牵羊式的盗窃为目的进入百货商店的,由于还没有侵害其安宁,故不成立侵入住宅等罪;如果以侵害其安宁的方式进入,则成立侵入住宅等罪。根据新住宅权说,要根据有无推定的承诺来决定,或者说,取决于行为人的进入行为是否属于一般的、包括的承诺范围。以盗窃目的进入百货商店的,没有超出商店权利人包括的承诺范围,因而不成立侵入住宅等罪。

第七节 侵犯秘密罪

一、侵犯秘密罪概说

秘密是与一定的主体有关系的事实。首先,它不为一般人所知悉(非公知性);其次,主体对其具有隐秘的意思;最后,对其进行隐秘是一种利益。大体而言,可以将秘密分为国家秘密、企业秘密(商业秘密)与个人秘密。

本节的侵犯秘密罪,主要是指侵犯个人秘密的犯罪,不包括侵犯国家秘密的犯罪。通常,个人在私生活方面具有许多秘密,如果不当地泄露个人的秘密,就会给个人带来不利影响。刑法规定侵犯秘密罪,就是为了防止侵犯他人秘密的行为,从而保护公民私生活的安宁。

奥地利、意大利等国刑法都规定了侵犯商业秘密的犯罪。日本的改正刑法草案规定

[36] 1995年以前规定为“无故侵入”,但当时的刑法理论均将“无正当理由侵入”解释为不法侵入。

了泄露企业秘密的犯罪,但现行刑法并未规定该犯罪。现在,日本对某些侵犯商业秘密的犯罪,实际上是按照财产犯罪处理的。例如,下列行为被认定为盗窃罪:盗窃他人记载有商业秘密的纸张的;用公司的复印纸复印商业秘密,然后将复印件盗走的;将记载有商业秘密的原件拿出公司外复印,然后将原件返还原处,而将复印件拿走的。下列行为被认定为侵占罪:将自己在业务保管或使用的商业秘密资料取出、泄露或者转卖给他人。下列行为被认定为诈骗罪:为了出卖商业秘密,诈称公司使用而从资料保管人员处借出商业秘密资料,复印后返还原件,而将复印资料出卖。下列行为被认定为背信罪:违背自己的任务,将自己管理的商业秘密资料泄露给竞争对手或者他人。^[37]

总体来说,侵犯秘密罪可以大致分为三种类型:一是探知他人秘密的犯罪,二是泄露他人秘密的犯罪,三是非法利用他人秘密的犯罪。对此,各国刑法规定不完全一致,有的规定比较详细(如德国刑法、奥地利刑法、意大利刑法、瑞士刑法),有的规定比较简单(如日本刑法)。下面论述私拆信件罪、泄露秘密罪与侵害言论隐私权罪,并简单介绍其他相关犯罪。

二、私拆信件罪

私拆信件罪(侵害书信秘密罪),是指无故开拆他人封缄书信的行为。

(一)对象

私拆信件罪的对象是他人的封缄书信。

首先,必须是书信。书信,是指由特定人邮寄或转交另一特定人的、表达某种意思的文书。这里的特定人既包括自然人,也包括法人,还包括不具有法人资格的团体。^[38]书信并不限于邮寄的书信,由其他人转交的或准备由本人直接送交的表达某种意思的文书,也不失为书信。因为这种文书中通常也会有秘密,所以同样需要保护。所谓表达某种意思,需要从广义上理解,如传达某种意思、表达感情、记载事实等都应包括在内。此外,书信也并不限于公民之间的文字信件,其他能表达意思的图画、照片、原稿等,都属于书信。

其次,必须是封缄的书信。所谓封缄,是指将书信用包皮包装并封闭缄口,使他人从外部不能得知其内容。例如,装进信封并用浆糊封口、装进小箱并上锁、装进袋子并用绳子系着袋口使之达到难以解开的程度等,都属于封缄。此外,用书信本身进行封缄的书信,也能成为本罪的对象。例如,在一张纸的正面表达意思,然后将正面折叠在里面,并用浆糊等进行封闭,使他人不能从外部得知其内容时,就属于封缄书信。收信人合法开拆书信后又对此书信进行封缄的,该书信仍属封缄书信,也能成为本罪对象。明信片不能成为本罪的对象;封口处于容易打开的状态时,也不认为是封缄书信;将没有封缄的书信放入抽屉并上锁时,该书信也不能称为封缄书信。

最后,必须是由其他人写给其他人的书信,即不属于行为人应知的书信。换言之,行为人既不是写信人,也不是收信人。自己写给他人的书信在封缄后自己拆开的,以及他人写给自己的书信自己拆开的,自然不构成本罪。德国刑法明文规定本罪对象必须是行为

[37] 显然,日本的做法并没有从根本上解决问题。所以,一些学者主张,有必要直接对财产性信息给予刑法上的保护。

[38] 但也有学者认为,由于本罪是对个人法益的犯罪,所以,公共团体之间的信件应排除在外(大谷实、西田典之)。

人“无权知悉的他人封缄信件或者其他文件”。

(二) 行为

私拆信件罪的基本行为表现为开拆。所谓开拆,是指破坏封缄或致封缄失效,使书信内容处于一种可能被第三者知道的状态。开拆不要求破坏封皮,即使封皮完好,但只要使书信内容处于可能被第三者知道的状态,就属于开拆。行为人开拆书信后,是否阅读了书信的内容,能否读懂书信的内容,都不影响本罪的成立。因此,私拆信件罪,属于抽象的危险犯。一般认为,只要开拆行为使书信内容处于可能被第三者知道的状态,就构成本罪的既遂,而不是待行为人或第三者知道书信内容后才构成既遂。

随着科学技术的发展,一些人往往能够使用技术手段,在没有开拆的情况下,就能知道书信的内容。由于这种行为同样侵犯了他人的秘密,因此有必要对之进行处罚。于是,有些国家刑法对此作了明文规定。例如,德国刑法第202条第1款第2项规定,“虽未开拆但以技术手段非法探知”他人封缄信件或其他文件的,也构成犯罪。奥地利刑法也有类似规定。这样的规定显然具有借鉴意义。日本刑法仅规定了开拆行为,因此,使用开拆以外的方法得知书信内容的,不构成犯罪。

开拆行为必须出于故意,因疏忽误将他人书信当做自己的书信而开拆的,均属于没有犯罪故意,不成立本罪。

(三) 亲告罪

日本、瑞士等国刑法规定私拆信件罪为亲告罪。之所以规定为亲告罪,是考虑到本罪所侵犯的是较轻的个人法益,而且追诉的结果可能使秘密更为公开,对被害人更不利。问题在于,哪些人有告诉权?第一种观点认为,发信人有告诉权,收信人在书信到达后才有告诉权。第二种观点认为,发信人有告诉权,收信人在书信发出后便有告诉权。第三种观点认为,在书信到达收信人之前,只有发信人有告诉权;在书信到达收信人之后,只有收信人有告诉权。第四种观点认为,不管书信处于何种状态,发信人与收信人都有告诉权。从保护个人秘密的观点来看,第四种观点比较合适(日本的通说)。

三、泄露秘密罪

泄露秘密罪(或侵害职业秘密罪、泄露业务上知悉他人秘密罪),是指医师(含职业心理医师)、药剂师、药商、助产师、宗教师、律师、辩护人、公证人等人或曾从事这些业务的人,无故泄露因业务所知悉之他人秘密的行为。

(一) 主体

泄露秘密罪属于身份犯,只有上述基于职业了解他人秘密的人才能成为本罪主体,其中的宗教师,是指神父、僧侣、牧师等从事宗教职务的人;辩护人指没有取得律师资格的辩护人。德国刑法规定的主体范围较广,包括税务顾问、税务代理人、专利代理人、婚姻顾问、家庭顾问、国家承认的社会工作者或社会教育人员等。

(二) 对象

泄露秘密罪的对象,是具有上述身份的人因业务所知悉的他人秘密。所谓秘密,是指只能让特定的小范围的人知悉的事实,让他人知道这种事实就给本人带来不利影响。秘密不一定要本人意识到,例如,某人具有某种肉体上或精神上的缺陷,即使他并没有意识到这种缺陷,但只要这种缺陷让他人知道会给他带来不利,就属于秘密。此外,即使是一

部分人已经知道的事实,对于尚不知道的人来说,仍然属于秘密。但公众所知道的事实则不是秘密。

问题在于,是只要本人主观上认为某种事实是秘密即可,还是要求一般人认为某种事实客观上是秘密才行?对此存在以下四种观点:(1)只要本人主观上有作为秘密的意思,就属秘密;(2)客观地看,值得作为本人的秘密予以保护的事项,则是秘密;(3)客观地看,值得作为本人的秘密予以保护的事项,或者本人特别明示的主观的秘密,都叫秘密;(4)客观地看,具有作为秘密的利益,而且本人也意欲将其作为秘密的事项,才算秘密。

秘密的主体是现实存在的人。根据通说,这里的人包括自然人与法人,以及没有法人资格的团体;秘密只能是私生活上的秘密,不包括公共生活上的秘密。不过,对私生活上的秘密应作扩大解释。

本罪的秘密必须是本罪主体由于业务所知悉的秘密。例如,医生或药商,由于其业务而得知某人患有性病,律师因为担任辩护人而得知某妇女曾被强奸,这便属于本罪的秘密。如果具有本罪身份的人知道的秘密,与业务没有关系,而是在某种场合偶然得知的,则不属于本罪的秘密。

(三)行为

泄露秘密罪中的泄露行为,是指将秘密告诉给尚不知道的他人。他人既可以是一人,也可以是多人。如果告诉已经知道的人,则不叫泄露。^[39] 泄露的方法没有限制,既可以是口头的,也可以是书面的。至于泄露行为是否要求他人知悉秘密的内容,则存在不同观点:多数说认为,虽然不要求对方知悉秘密的内容,但要求对方有知悉秘密的可能性;少数说认为,只有当对方现实地知悉了秘密的内容,才能认定为泄露。泄露不仅可以由作为构成,也可以由不作为构成。例如,将记载他人秘密的纸张或笔记本,暂时合法地放在可能被他人阅读的地方后,有义务收藏而不收藏,就属于不作为的泄露。^[40] 行为人无故将秘密告知他人后,即使不准他人转告其他人时,也成立泄露。

行为人的告知到达对方时,即使对方还没有了解行为人所告知的内容,也认为是泄露既遂。这主要是就书面告知而言。因为文书已经到达对方,对方就有知悉秘密的可能性,即便发生了侵害他人秘密的危险,故应认定为既遂。

(四)违法性阻却事由

泄露秘密必须是无故的,或者说是没有正当理由的。因此,对某种秘密负有向特定机关告知义务的人,向特定机关告知该秘密时,就阻却违法性。例如,许多国家的法律规定,对传染病实行强制隔离治疗,医生发现传染病后,必须报告特定机关。所以,医生按规定向特定机关报告某人患传染病的,不属于泄露秘密。再者,根据法益权衡原则,为保护较大法益而告知秘密时,也阻却违法性。例如,在法庭上,当某种秘密属于证据时,行为人为作证而向法庭告知秘密时,就不构成泄露秘密罪。

四、侵害言论隐私权罪

侵害言论隐私权罪,是指未经谈话人同意,以窃听器或录音机窃听或盗录他人不公开之谈话的行为。德国、奥地利、瑞士等国刑法都规定了这种犯罪。

[39] 但有人持反对意见,认为这种行为仍然成立泄露。

[40] 这以事先的放置行为不构成泄露为前提,如果事先的放置本身构成泄露,则不再成立不作为的泄露。

当今世界,各式各样的窃听器已泛滥成灾,五花八门的录音机也充满市场。一些人便利用这些工具侵害他人的谈论自由,因此刑法特设此罪,以保护公民的谈论自由。

本罪的对象,是他人不公开的谈话。这里的不公开,首先是指谈话形式上的不公开,至于是否要求内容必须是不公开的事项,则尚存争议。有人认为,只要形式上是不公开的谈话即可;有人则认为,其内容也必须是不公开的事项。

本罪的行为表现为使用窃听器、录音机窃听或盗录他人的非公开性谈话。窃听,仅就行为人得知内容而言,不要求使谈话的内容固定下来;盗录,是指将他人的谈话内容予以固定,行为人是否当场得知其内容,不影响犯罪的成立。此外,行为必须未经谈话人同意,否则不构成犯罪。

根据德国刑法的规定,将盗录的言论公开通告第三人,侵害了他人合法权益的,也构成犯罪;但是,如果公开通告是为了维护重大公共利益的,则阻却违法性。根据瑞士刑法的规定,为救灾机构、救助机构或者安全机构录制他人通话的,不成立犯罪。

五、其他犯罪

除了上述犯罪外,德国、日本等国的刑法典以及特别刑法规定了一些其他侵犯个人秘密的犯罪。

例如,德国刑法第201条仅规定了利用录音侵犯他人秘密的犯罪,后来增加的刑法第201a条规定了利用录像侵犯他人私密的生活领域的犯罪。根据该条的规定,对处于住宅内或者处于特别防止受窥视所保护的空间内的他人,无故制作或者转播录像,因而侵害了被录像者最私密的生活领域的,无故使第三者得以使用足以严重损害被录像者名誉的他人录像的,意图使第三者取得以获取对价,制作或者提供不满18岁的他人裸体录像的,均构成犯罪。

德国刑法第202a条增加了刺探数据罪,即无故(或擅自)克服存取防护而使自己或者第三者取得并非为自己所制作的数据的,构成犯罪。第202b条规定了截取资料罪,即无故(擅自)使用技术方法,使自己或者第三者取得并非为行为人所有的、由非公开资料传送或资料处理设施使用的电磁性传送资料的,构成犯罪。第202c条规定了对前两条的预备罪的处罚。第202d条新增了资料赃物罪,亦即,意图为自己或者第三者谋取利益或者为了损害他人,对于非供公众取用且系由他人以违法行为取得的资料,使自己或者他人取得、交付给他人、散布或者以其他方法使之取用的,构成犯罪。

近几年来,日本的附属刑法也增设了有关侵害他人秘密的犯罪。例如,不正当竞争防止法新增了侵害营业秘密罪:以取得不正当利益或者损害营业秘密保有者为目的,以窃取、骗取、强迫以及其他不正当手段取得他人营业秘密的,或者使用、开示以不正当方法取得的营业秘密的,以犯罪论处。分期付款贩卖法也新增了侵害信用卡信息罪:业务上可能知悉信用卡信息(包括持卡人姓名、卡号、有效期限等)的人,以为自己或者第三者谋取不正当利益为目的,提供或者盗用他人信用卡信息,或者有偿接受提供的,处3年以下惩役或者50万元以下罚金。

第十八章 对名誉、信用的犯罪

第一节 对名誉的犯罪

一、对名誉的犯罪概说

(一)概念与保护法益

对名誉的犯罪,是指公然毁损或者侮辱他人名誉的犯罪,主要有毁损名誉罪与侮辱罪。这里首先需要明确名誉的含义。一般认为,名誉有三个方面的含义:(1)内部的名誉,即客观存在的人的内部价值或真实价值。(2)外部的名誉(社会的名誉),是指社会对人的价值判断(名声)。外部的名誉可以分为规范的名誉与事实的名誉,前者是指本来应当受到的评价,后者是指现实通常的评价。^[1](3)主观的名誉(名誉感情),是指本人对自身价值的意识与感情。^[2]通说认为,由于外部力量不能对内部的名誉产生影响,因此,内部的名誉不是刑法保护的对象。外部的名誉是刑法保护的对象(是毁损名誉罪的保护法益),这是没有争议的,问题在于名誉感情是不是刑法保护的对象(是否属于侮辱罪的保护法益)。

第一种观点认为,毁损名誉罪与侮辱罪的保护法益是外部的名誉(日本通说)。主要有三点理由:(1)单纯的个人主观意识、感情不值得用刑法保护。(2)侮辱罪要求公开实施,这就表明侮辱罪的保护法益只是外部的名誉;如果认为侮辱罪的保护法益是名誉感情,则不应要求公然实施,但事实上并非如此。(3)如果将侮辱罪的保护法益解释为名誉感情,则对不具有名誉感情的幼儿、精神病患者、法人不能实施侮辱罪,这显然不利于保护这些人的名誉。

第二种观点认为,毁损名誉罪与侮辱罪的保护法益是规范的名誉,即外部的名誉中本来应当受到的评价。根据德国的多数说,名誉是从人的尊严中引申出来的,任何人具有且应当受到社会认可的人格价值。山口厚指出,不能一概将外部的名誉作为保护法益,否则就会出现人的“虚名”也会受到刑法(毁损名誉罪)保护的结果。然而,若果真如此,则难以保护正当的言论自由。因此,只能将规范的名誉作为刑法的保护法益。

第三种观点认为,毁损名誉罪的保护法益是外部的名誉,侮辱罪的保护法益是名誉感情。也有三点理由:(1)从历史沿革来看,自日耳曼法以来,一直明确地保护被害人的名

[1] 规范的名誉与事实的名誉既可能是一致的,也可能是不一致的。当某人“徒有虚名”时,就意味着事实的名誉与规范的名誉不一致。

[2] 此外,德国还有学者提出了人际间的名誉概念与功能性的名誉概念。前者认为,名誉是人的尊严所要求的,为人的独立性奠定基础的与他人之间的认可关系(Zaczyk);后者认为,名誉是指每个人所具有的、满足作为平等的商谈主体所必须符合的规范期待的能力(Amelung)。

誉感情,这种名誉感情在目前也是应当保护的。(2)毁损名誉罪与侮辱罪在法律上的性质是不同的,二者的法定刑也不同,因此,不能认为二者的保护法益完全相同。(3)侮辱罪以公然为要件并不说明它侵害的只是外部的名誉,而是说明刑法只处罚公然侵害他人名誉感情的行为,不处罚非公然侵害他人名誉感情的行为。

第四种观点认为,毁损名誉罪与侮辱罪的保护法益,首先都是外部的名誉,其次是名誉感情。主要有两点理由:(1)毁损名誉罪与侮辱罪事实上都首先侵害了他人的外部的名誉,其次也侵害了他人的名誉感情,将两罪的保护法益作完全不同的理解是有疑问的。(2)只保护外部的名誉,或者只保护名誉感情,是有悖法制沿革的。

第五种观点认为,毁损名誉罪与侮辱罪的保护法益都是名誉感情。理由是,外部的名誉与名誉感情是不能分离的,刑法对外部名誉的保护,实际上可以认为是对名誉感情的保护。这是极少数人的主张。

(二)毁损名誉罪与侮辱罪的区分标准

毁损名誉罪与侮辱罪的区分标准,与上述保护法益的争论密切联系。持上述第二种观点的人认为,毁损名誉罪与侮辱罪的区别,只是保护法益上的区别,即前者侵害的是他人外部的名誉,后者侵害的是他人的名誉感情。而持上述第一、第三、第四种观点的人一般认为,毁损名誉罪与侮辱罪的区别,在于是否指摘事实,即指摘事实毁损他人名誉的,构成毁损名誉罪,不指摘事实而轻蔑对他人的价值判断的,构成侮辱罪。这是一种通说。这一通说主要基于以下理由:首先,毁损名誉罪与侮辱罪的保护法益是相同的,因此不可能从保护法益上区分二者。其次,毁损名誉罪与侮辱罪的法定刑之所以不相同,就是因为二者的侵害样态不相同。最后,各国刑法都只要求毁损名誉罪必须指摘事实,而没有要求侮辱罪必须指摘事实。

二、毁损名誉罪

毁损名誉罪,是指公然指摘事实,毁损他人名誉的行为。其中又分为毁损生者名誉罪与毁损死者名誉罪。

(一)毁损生者名誉罪

1. 对象

毁损生者名誉罪(以下一般简称为毁损名誉罪)的对象,是他人的名誉。本罪的名誉,一般仅指外部的名誉(或其中规范的名誉)。作为名誉内容的人的价值,不限于人的行为或者人格的伦理价值,还包括政治的、社交的、学术的、艺术的能力,以及身体、精神的素质和职业、身份、血统等在社会生活上的价值。但是,单纯的经济上的支付能力,则不是本罪的对象。本罪的名誉,还只能是社会对人的积极评价,不包括消极评价,一个人的坏名声不能成为本罪的对象。问题是,社会对人的一般评价与本人的真实价值相一致时,是否对本罪产生影响?换言之,与真实价值不一致的假定的名誉,以及受过高评价的虚名,是否是保护的对象?日本刑法理论的通说是,作为本罪法益的外部的名誉,是指现实存在的评价(事实的名誉),故即使是与真实价值不一致的假定的名誉、受到过高评价的名誉,也是本罪的保护对象。但德国的多数说与日本的有力说则认为,只有与内部的名誉相对应的评价(规范的名誉),才是本罪的保护对象。

作为名誉主体的人,除了自然人外,还包括法人与不具有法人资格的团体。这是一个曾经有过争论的问题。例如,关于法人能否成为本罪对象的问题,在德国刑法学界与司法

界曾有激烈争论,审判上既有采用肯定说的判例,也有采用否定说的判例,现在德国的通说是肯定说。^[3] 日本的判例与通说也采取肯定说。就自然人而言,则无论是年幼者,还是精神病患者,无论是犯罪人,还是道德败坏者,都能成为名誉主体。但这里的人,必须是特定的人,如果不是毁损特定人的名誉,则不构成犯罪。^[4] 此外,本人的名誉与本人亲属的名誉应当加以区分。例如,公然指摘妻子与人通奸,或公开指摘妻子有盗窃习性等,只能认为是对妻子名誉的毁损,不能认为是对丈夫名誉的毁损。

2. 行为

毁损生者名誉罪的行为表现为公然指摘事实,毁损他人名誉。

首先要指出的是,日本刑法要求行为人必须公然实施毁损名誉的行为,而德国、奥地利、瑞士等国刑法则只要求向第三者散布足以毁损他人名誉的事实便构成犯罪。德国刑法规定,如果公然毁损他人名誉,则属于加重法定刑的情节。

关于公然含义,有三种看法:(1)公然是不特定的而且是多数人可能认识到的状态;(2)不管是特定的人还是不特定的人,只要是多数人可能认识的状态,就是公然;(3)公然是指不特定的人或者多数人可能认识的状态。第三种观点是通说。因为不仅在多数人可能认识到的场所,会发生侵害他人名誉的危险性与盖然性,而且在不特定人可能认识的场所,即使是不特定的少数人,也会发生侵害他人名誉的危险性与盖然性。^[5]

所谓不特定人,是指对方不是因为特定关系而受到限定的人,即行为人在实施毁损名誉的行为时,有多少人可能认识到行为人所指摘的事实,是不能由某种特殊关系进行限制的。例如,道路上的行人、公园里的游人、广场上的听众等,就属于不特定人。所谓多数人,当然不能由数字进行限定,只能说有相当的人数就是多数人。

面对不特定的人,或者特定的多数人实施行为时,就认为有公然性。问题在于行为人是直接面对特定的少数人实施行为,但此特定少数人可能进行传播,使不特定人或多数人可能认识时,是否具有公然性。肯定说认为,这种行为具有侵害他人名誉的危险性与盖然性,应认为具有公然性(传播性理论)。否定说认为,行为是否具有公然性,应就行为自身而言,既然行为人不是公然实施行为,就不能因为具有传播的可能性,而认定行为具有公然性。肯定说着眼于结果的公然性,否定说着眼于行为自身的公然性。但是,刑法所要求的是行为自身的公然性,故肯定说存在疑问。再者,肯定说导致由对方是否传播来决定行为人的行为是否成立犯罪,也是不妥当的。而且,肯定说会扩大处罚范围,因为面对特定人毁损他人名誉时,都有被传播的可能性,于是,公然性的条件就几乎丧失了作用。

所谓指摘(主张、宣称)事实,是指向不特定人或多数人告知足以降低对人的社会评价的具体事实。德国刑法规定为“主张或者散布足以使他人受到公众轻蔑或者受到贬低的事实”。原则上,不问所指摘的事实是真实的还是虚假的(但德国等国刑法要求行为人

[3] 德国刑法第194条第3款与第4款肯定了行政机关、立法机关等可以成为侮辱罪、诽谤罪的被害人。

[4] 在承认法人、机关等可以成为本罪被害人的前提下,也要求行为人毁损特定的法人或者机关。但是,不能确定特定范围的群体性对象,不能成为本罪的被害人。例如,行为人说“行政官员都嫖娼”的,不成立毁损名誉罪,但手指着特定的行政官员说“行政官员都嫖娼”的,则构成毁损名誉罪。

[5] 日本大审院1937年发表的见解是,即使是多数人,但如果在其数量或集合的性质上,完全能保守秘密,绝对不可能传播时,不能说是公然。

指摘虚假事实〔6〕),不问是一般人所知道的事实还是一般人所不知道的事实,也不问是现在的事实还是过去的事实,甚至还可以是以过去或现在的事实为基础所预想出的将来的事实。事实的内容原则上没有限制,可以是与被害人的政治的、社交的、学术的能力有关的,也可以是与被害人的身份、职业、性格有关的,还可以是与被害人的身体、精神素质或特征有关的。总之,凡可能引起社会对人的评价的事实,或者说凡是可能成为社会评价对象的事实,都可以成为行为人所指摘的事实。但有两个限制条件:其一,如果刑法另规定了毁损信用罪,那么,关于经济能力方面的事实,不属于本罪范围(如日本、韩国);否则,关于经济能力方面的事实,也属于本罪范围。其二,所指摘的事实必须有侵害特定人名誉的可能性。由于只有一定的具体的事实才能降低社会对人的评价,所以这里的事实必须是相对具体的事实。

行为人指摘事实时,不要求点名道姓,综合其所指摘的事实能得知被害人是谁就可以了。指摘的方法没有限制,既可以是口头的、文字的,还可以是图画的,甚至是动作性的。行为人是将事实作为真实事实进行指摘,还是当作传闻、传言指摘,都不影响本罪的成立。

通说认为,毁损他人名誉,是指行为造成了可能降低对特定人的社会评价的状态,至于现实上是否降低了对特定人的社会评价,不影响本罪的成立。换言之,本罪不以现实上降低了对特定人的社会评价为要件。因此,本罪是抽象的危险犯。也有人认为,本罪不是不要求现实降低对特定人的社会评价,而是因为难以证实这一点,所以只要行为人指摘了可能侵害对特定人的社会评价的事实,就认为发生了毁损名誉的结果,即将对结果的判断转换为对行为本身的判断(前田雅英)。还有学者认为,毁损名誉罪以降低了对他人的社会评价为要件,故本罪属于侵害犯,而非危险犯(曾根威彦)。

随着互联网的普及,毁损名誉罪的认定出现了新的问题。可以肯定的是,将毁损名誉的事实在网络上散布的,肯定成立毁损名誉罪。存在疑问的是以下问题:首先,网络运营商明知他人利用网络毁损他人名誉,却不采取措施删除的,能否成立毁损名誉罪的正犯或者帮助犯?西田典之指出,在这种场合,如果网络运营商无视被害人的删除要求,有可能构成不作为的单独正犯,因为只有网络运营商处于可以删除这种言论的排他性支配地位,至少也应当成立帮助犯。其次,利用网络的毁损名誉行为是状态犯还是持续犯,其行为何时終了?有学者认为,毁损名誉罪不是持续犯,而是状态犯,在公然指摘事实的时点,犯罪同时即告終了(山口厚)。但也有学者认为,利用网络毁损名誉的行为属于持续犯。亦即,当行为人在网络上发表毁损他人名誉的言论时,其行为就已经既遂,但只要网络上的言论没有被删除,其毁损名誉的实行行为就没有終了,仍然处于持续状态(渡边卓也)。还有学者认为,即使毁损名誉罪不是持续犯而是状态犯,但只要所披露的事实仍然存在于网络,毁损名誉的抽象危险就在一定时间内持续增加,所以,言论被删除时才是实行行为的終了时期(镇目征树)。〔7〕

〔6〕 德国刑法第186条对罪状的表述没有要求主张或者散布虚假事实,但其对客观处罚条件的规定表明,如果行为人所主张或者散布的是能证明为真实的事实,则不可罚。客观处罚条件不是故意的认识内容,所以,不需要行为人认识到自己所主张或者散布的事实并不真实。至于行为人所主张或者散布的事实是否真实,则由法庭判断。一方面,行为人误以为自己主张或者散布的是真实事实,但法庭认定为虚假事实的,仍成立犯罪。另一方面,行为人误以为自己主张或者散布的是虚假事实,但法庭认定为真实事实的,则不可罚。

〔7〕 日本大阪高等裁判所认为,在犯人向网络管理者提出删除毁损名誉的内容时,因损害发生的抽象危险归于消解,毁损名誉罪实行終了。

3. 故意

毁损生者名誉罪只能由故意构成,其故意内容是认识、容认自己的行为会毁损他人名誉。通说认为,不要求行为人特别具有毁损他人名誉的目的。此外,行为人是否认为自己所指摘的是真实事实,也不影响故意的成立,即行为人即使确信其指摘的是真实事实,也不妨碍本罪的成立。

(二) 毁损死者名誉罪

毁损死者名誉罪,在许多国家的刑法中都有明文规定(如德国刑法第189条、瑞士刑法第175条、日本刑法第230条第2项)。

毁损死者名誉罪的保护法益,存在以下观点:(1)本罪的保护法益是死者遗族的名誉。这一主张受到了批判。因为行为人是针对死者的,而不是针对死者遗族的,故不能认为本罪的保护法益是死者遗族的名誉。如果行为侵害死者遗族的名誉,则应直接依据毁损生者名誉罪论处。(2)本罪的保护法益是遗族或社会对死者的孝敬与虔诚感情。德国的刑法理论采取这一观点。(3)本罪的保护法益是对死者进行社会评价的公共利益。但是,本罪属于亲告罪,如果认为本罪侵害了公共利益,则显然不符合立法精神。(4)本罪的保护法益是生者对死后不受名誉毁损的愿意或者期待(松原芳博)。(5)本罪的保护法益是死者的名誉。这大体上是日本的通说。但这一主张存在缺陷,因为将死者作为某种法益的主体,与整个刑法体系不协调。

毁损死者名誉罪,同样要求公然指摘事实。日本刑法明确要求指摘虚假的事实,至于这种虚假的事实是否为行为人自己所虚构,则不影响本罪的成立。

毁损死者名誉罪的故意,与毁损生者名誉罪的故意不完全相同。因为本罪的行为必须是指摘虚假事实,这就要求行为人确实知道自己所指摘的是虚假事实,否则就不构成犯罪。

(三) 违法性阻却事由

如前所述,毁损名誉罪的行为表现为指摘事实,而且这里的事实,原则上不管是真实事实还是虚假事实。“原则上”一词暗示,在某些情况下,如果事实确属真实时,可能阻却行为的违法性。关于这一问题,刑法上出现了三种立法例:

第一种立法例是,如果指摘的是真实事实,原则上不构成犯罪,此以德国刑法为代表。根据德国刑法第186条与第187条规定,只有在行为人所指摘的事实“不能证明是真实的”或属于“不真实的事实”时,才构成毁损名誉罪。换言之,如果行为人所指摘的事实为真实事实时,则不处罚。奥地利刑法也有类似规定。

第二种立法例是,即使所指摘的是真实事实,也构成犯罪,此以英国刑法为代表。英国刑法规定,毁损他人名誉的行为,属于侵害了重大法益,即使所指摘的是真实事实,也必须以犯罪论处。

第三种立法例是,原则上不管所指摘的是真实事实还是虚假事实,都成立毁损名誉罪,但指摘真实事实时如符合一定条件,则不处罚,此以日本刑法为代表,它是上述两种立法例的折中。日本刑法第230条之二的第1项规定:“前条第一项的行为(指毁损生者名誉罪——笔者注),经认定是与公共利害有关的事实,而且其目的纯出于谋求公益的,则应判断事实的真伪,证明其为真实时,不处罚。”根据这一规定,行为人虽然指摘了有损他人名誉的事实,但如果具备了该条所规定的事实的公共性、目的的公共性与事实的真实性

的条件,则不处罚。^[8]“事实的公共性”,是指行为人所指摘的事实必须是与公共利害有关的事实。“目的的公共性”,是指行为人指摘事实纯出于谋求公益。倘若行为人在出于谋求公益的同时,又具有其他私人目的,而主要目的是谋求公益时,也不处罚。“事实的真实性”,是指行为人所指摘的事实被证明为真实事实,而不是虚假事实。日本刑法在同条还规定了两个特例,第2项规定的特例是:“与尚未提起公诉的人的犯罪行为有关的事实,在适用前项规定时,视为与公共利害有关的事实。”据此,如果行为人在提起公诉之前指摘犯罪事实,则只要证明目的的公共性与事实的真实性,就不处罚。之所以特设此规定,是因为在提起公诉前公开某种犯罪事实,实际上协助了司法机关的侦查活动,而且公开这种犯罪事实,有利于公众监督对犯罪的追诉活动,故应视为具有目的的公共性。第3项规定的特例是:“前条第一项行为所指摘的事实,与公务员或者基于公选的公务员候补人有关时,则应判断事实的真伪,证明其为真实时,不处罚。”据此,如果是指摘公务员或公务员候选人的事实,只要证明事实的真实性,就不处罚。

日本、瑞士等国刑法都规定,符合一定条件的指摘真实事实,“不处罚”。那么,怎样理解这一规定的性质,则不无争议。处罚阻却说认为,行为人的行为构成犯罪,但阻却处罚。违法性阻却说(通说)认为,行为虽然符合构成要件,但不具有违法性。构成要件符合性阻却说认为,上述行为本身就不符合构成要件。

问题是,行为人以为自己指摘的是真实事实,但不能证明其真实性时(真实性的错误),应当如何处理?A说认为,既然不能证明真实性,不管基于何种根据指摘事实,都不能免除处罚(日本的旧判例、日高博义)。B说认为,在不能证明事实性的情况下,如果是基于相当的根据指摘事实的,且其具有较高价值的,属于刑法总则规定的违法性阻却事由;即使缺乏相当的根据,但结果被证明是真实的,也阻却处罚(前田雅英)。^[9]C说认为,真实性的证明只是阻却处罚,并不阻却故意;在行为人对误信真实性具有过失时,应当处罚(町野朔、山口厚)。以上三说都将真实性的证明作为处罚阻却事由。D说认为,事实的真实性是违法阻却事由,行为人误以为指摘的事实具有真实性时,属于事实认识错误,缺乏犯罪故意,因而不可罚(牧野英一)。E说认为,事实的真实性是违法阻却事由,但行为人误以为指摘的事实具有真实性时,属于违法性的认识错误,只有在错误不可避免时,才阻却责任(福田平)。F说认为,事实的真实性是违法阻却事由,对违法阻却事由的错误属于事实认识错误。行为人以可能证明真实的资料为根据而误信事实的真实性时,阻却责任故意;行为人单纯误信可能证明事实的真实性的资料时,是对违法性的评价错误,不阻却故意(大塚仁)。以上三说均将真实性的证明作为违法阻却事由。G说认为,以可能证明的资料为根据指摘事实时,缺乏构成要件符合性;行为人误信事实的真实性的,属于事实认识错误,阻却犯罪故意。

三、侮辱罪

有的国家刑法对侮辱罪的构成要件规定得较为具体,有的国家刑法则规定得较为简

[8] 关于这一规定的性质,在日本刑法理论上存在处罚阻却事由说(前田雅英)、违法阻却事由说(通说)与构成要件该当性阻却说(团藤重光)。

[9] 前田雅英虽然认为日本刑法第230条之二的第1项规定的是处罚阻却事由,但没有得出有罪的结论。因为名誉这种人格权与言论自由(表现自由)这种宪法上的价值相冲突时,需要进行实质的判断。

单。前者如瑞士刑法第 177 条第 1 款的规定：“以言词、文字、图画、动作或暴力行为攻击他人名誉的，处三个月以下监禁刑或者罚金。本罪告诉的才处理。”后者如德国刑法第 185 条的规定：“侮辱人的，处一年以下自由刑或者罚金；以行动进行侮辱的，处二年以下自由刑或者罚金。”

（一）对象

侮辱罪的对象是他人的名誉。如前所述，关于侮辱罪的保护法益，有人认为是外部的名誉，有人主张是名誉感情。如果持前一观点，则侮辱幼儿、精神病患者、法人以及没有法人资格的团体，都能成立侮辱罪，因为这些主体都具有外部的名誉。如果持后一观点，则只是对具有名誉感情的人实施侮辱行为才构成犯罪，故对幼儿、精神病患者、法人以及没有法人资格的团体实施侮辱行为不构成犯罪，因为这些人没有名誉感情。通说采取前一种观点。

（二）行为

侮辱罪的行为就是侮辱。日本刑法要求侮辱必须公然进行，刑法理论对公然的理解，与前述毁损名誉罪中的公然的理解是一致的。奥地利刑法要求侮辱必须“公然或者在多人面前”实施。德国刑法没有要求公然与在第三者面前实施，亦即，仅对被害人实施侮辱，没有第三者在场的，也成立侮辱罪。意大利刑法只要求当面侮辱，如公然当面侮辱，则加重处罚。

所谓侮辱，是指表示出对他人的轻蔑的价值判断。^[10]所表示的内容，无论是关于他人能力、品性的，还是关于他人身体、身份的，都不影响犯罪成立。表示的方法，既可以是口头的，也可以是书面与图画的，还可以是动作的与暴力的。打耳光、剪头发等也可能构成侮辱。但以动作实施的侮辱，不以接触被害人的身体为前提。有的学者认为，侮辱行为可以表现为不作为，即在法律上有表示敬意的义务而不表示时，即为不作为的侮辱（木村龟二、大塚仁）。至于侮辱行为是否包括指摘事实，则有争议。如果主张侮辱罪的保护法益与毁损名誉罪一样，都是外部的名誉，那么，就会认为不包括指摘事实。如果主张侮辱罪与毁损名誉罪的保护法益不同，那么，就会认为侮辱罪也可以是指摘事实（也有例外）。但是，如果认为侮辱罪也可以指摘事实，就会导致侮辱罪与毁损生者名誉罪存在想象竞合，然而事实上没有这样认定的必要。换言之，如果认为侮辱罪不包括指摘事实，那么，其与必须指摘事实的毁损生者名誉罪的区别就很清楚了（山口厚）。德国刑法第 192 条规定，如果行为人所主张或者散布的事实是真实的，只有当主张或者散布的方式或者根据具体情形能认定对被害人的侮辱时，才成立侮辱罪。换言之，在德国刑法中，主张或者散布事实也能成立侮辱罪。

侮辱行为必须针对特定人或可推知的人，即行为人在第三者面前侮辱特定的人或可推知的人。行为人实施侮辱时，不要求被害人到场（意大利刑法例外，要求当面侮辱）。侮辱行为只要足以侵害他人的名誉，就构成犯罪；行为是否足以侵害他人的名誉，应根据当时的具体情况进行客观判断。通说认为，侮辱罪是抽象的危险犯，行为人一经实施侮辱

[10] 德国刑法理论与判例认为，行为人必须表达自己对被害人的轻蔑的价值判断，如果只是转述他人对被害人的轻蔑的价值判断，而没有表示自己认可这种判断的，则不成立侮辱罪。但日本刑法理论与判例并没有提出这样的要求。

行为,就认为犯罪既遂,不要求行为实际上侵害了他人的名誉。

关于侵犯名誉与侵犯性自主权的关系,德国判例的立场是,单纯侵犯性自主权的行为,不成立侮辱罪,但如果行为在侵犯性自主权的同时也侵害了被害人的名誉,则能认定为侮辱罪。例如,谎称被害少女有盗窃嫌疑,出于性的意图对其进行搜身的;骑自行车时突然抓摸路边妇女的下体的;在被害人家做客时一边抚摸被害人,一边轻浮地表示被害人很漂亮欲与之发生性关系的;以提供报酬为条件,要求与被害人发生性关系的。上述行为均被认定为侮辱罪。

此外,德国刑法第199条对侮辱罪还有一个特别规定,亦即,侮辱他人的,如果当场被他人以侮辱方式反击,得免除双方或者一方的刑罚。

(三)故意

侮辱罪的成立,要求行为人有侮辱他人的故意,这种故意既可以是确定的故意,也可以是不确定的故意,不要求行为人具有损害他人名誉的目的。

第二节 对信用及业务的犯罪

一、毁损信用罪

日本、韩国等国刑法规定了毁损信用罪(或称妨害信用罪)。日本刑法第233条规定,“散布虚伪的传闻或者使用诡计,毁损他人信用”的行为,构成毁损信用罪。韩国刑法第313条规定:“散布虚假事实或者以其他欺骗方法,妨害他人信用的,处五年以下劳役或者一百万元以下罚金。”

(一)对象

毁损信用罪的对象是人的信用。这里的信用,是指对人的经济方面的社会评价,因此,信用与名誉具有共同性,即都是一种社会评价。有的学者据此认为,毁损信用罪属于对名誉的犯罪。但是,信用只是对人的经济方面的评价,不包括对人的伦理价值的评价,因此它与名誉是有区别的。正因如此,有的学者认为毁损信用罪属于对财产的犯罪。但多数学者认为,毁损信用并不一定伴随着对财产的损害,信用虽与财产比较接近,但二者不能等同;毁损信用罪基本上是一种对人格的犯罪,但又有接近财产罪的特点。日本裁判所的观点是,信用虽与财产权有密切关系,但毁损信用的行为不一定是引起侵害财产权结果的行为。

虽说毁损信用罪中的信用是指人的经济方面的信用,但对其具体内容仍有不同看法。日本以往的判例与通说认为,信用是指有关人的支付能力与支付意思的信用。但有学者认为,除了有关人的支付能力与支付意思的信用外,还包括有关商品的品质、效能、人的技能等方面的信用(西田典之)。日本最高裁判所2003年3月11日的判决,也认为对商品品质的社会信赖属于本罪的信用。信用的主体是人,包括自然人、法人以及没有法人资格的团体。

(二)行为

毁损信用罪的行为表现为散布谣言,或使用诈术毁损他人的信用。

散布谣言,是指向不特定的人或者多数人传播与事实不相符合的谣言。行为人所传

播的话语,只要有一部分内容是虚假的,就可认为是谣言。谣言是否为行为人所捏造,也在所不问。行为人直接向不特定的人或者多数人传播,或者通过特定的人而向不特定的人或者多数人传播,就构成散布。

使用诈术,是指欺骗、诱惑他人,或者利用他人的不知情或认识错误。使用诈术可能是公然进行的,也可能是秘密进行的。受骗的一方与信用受毁损的一方不是同一人时,也不影响本罪的成立。

毁损信用,是指行为使他人的信用处于可能降低的状态,但不要求他人的信用实际上降低。因此,通说认为,本罪属于具体的危险犯(但也有不少学者认为本罪是侵害犯)。

(三)故意

毁损信用罪要求由故意构成,行为人对散布谣言、使用诈术毁损他人信用的行为与结果具有认识、容认的态度。在行为人散布谣言毁损他人信用时,必须认识到自己所散布的是不真实的谣言,如果认为他人的话是真实的,进而传播给其他人,则不构成毁损信用罪。

二、妨害业务罪

妨害业务罪,包括两种类型:一是指散布谣言、使用诈术妨害他人业务的行为;^[11]二是指以威力或者暴力妨害他人业务的行为。^[12]

作为本罪法益的业务,与业务上过失致死伤罪中的业务基本相同,但也有相异之处。(1)业务上过失致死伤罪中的业务,要求是对人的生命、身体具有某种危险的业务;而本罪的业务则不要求这一点。(2)业务上过失致死伤罪中的业务,包括为了娱乐所从事的驾驶与狩猎等业务;而本罪的业务不包括这种业务。(3)业务上过失致死伤罪中的业务,既包括合法的业务,也包括非法的业务;而本罪的业务只能是受刑法所保护的合法的业务。(4)业务上过失致死伤罪中的业务,既可以是公务,也可以是私务;而本罪的业务是否包含公务还存在争议。之所以产生上述区别,是因为业务上过失致死伤罪中的业务,是业务上注意义务的根据,而本罪的业务是刑法保护的對象,二者理所当然是有区别的。

本罪中的业务,是否包括公务,或者说公务在何种范围内属于本罪中的业务,涉及本罪与妨害执行公务罪的关系,在理论上存在争议。(1)积极说认为,公务都包含在业务之中,妨害执行公务罪与妨害业务罪竞合时,成立法条竞合或者想象竞合关系。因为公务也只不过是作为公务员的个人的社会活动,不管公务的性质如何,都需要通过妨害业务罪来保护(大谷实)。(2)消极说认为,公务不包含在业务之中,因为妨害执行公务罪与妨害业务罪的保护法益不同,刑法规定的手段也不同(吉川经夫)。(3)身份区分说认为,公务员履行的公务不属于业务,但非公务员履行的公务属于业务(内藤谦)。(4)公务区分说认为,以一定的基准(现业性、民间类似性、非权力性)区分公务,其中一方(具有现业性、民间类似性、非权力性的公务)专属妨害业务罪中的业务,其他专属妨害执行公务罪的公务(多数说)。(5)限定积极说认为,以一定的基准(权力性等)区分公务,只有其中一方(非权力性)不属于本罪的业务,但对非权力性公务的妨害,则属于本罪与妨害执行公务罪的竞合(判例观点、有力说)。(6)修正积极说认为,对于以暴力妨害业务的,采取限定积极

[11] 与毁损信用罪的行为相同。

[12] 日本刑法所规定的“威力”,是指足以压制他人自由意志的势力,是暴力、胁迫的扩张形态。

说,但对于以诡计妨害业务的,应采取积极说(西田典之、山口厚)。

众所周知,妨害执行公务罪中的公务(或职务)必须具有合法性(不成文的构成要件要素),那么,妨害业务罪中的业务是否也必须具有合法性呢?一般认为,如果是民间业务,即便是违法业务,也不一定排除在妨害业务罪的保护范围之外。但如果认为妨害业务罪中的业务包括公务时(修正积极说),倘若公务不具有合法性的,则不能以妨害业务罪予以保护。这是因为,既然以暴力、胁迫手段妨害执行公务时,也要求公务具有合法性,那么,在以散布谣言、使用诈术妨害不合法的公务时却以犯罪论处,显然是不协调的。所以,如果公务的违法性达到不受妨害执行公务罪保护的程度时,也不能以妨害业务罪予以保护(山口厚)。

本罪所采取的手段行为是散布谣言、使用诈术或者使用威力或者暴力,行为的结果是使他人的业务活动受到妨害,不要求有明确的具体被害数额。^[13] 例如,店铺正在营业中,但行为人却向他人传递“暂停营业”的虚假消息,导致顾客不来店铺的行为,成立妨害业务罪。日本判例中被认定为妨害业务罪的行为主要有:行为人先后 17 次以他人名义进行虚假的商品订购,导致商家进行徒劳的商品配送的;将障碍物沉入海底,使他人的渔网破损的;为了争夺读者,报社经营者将自己发行的报纸设计成与他人报纸相混淆的样式的;为了盗拍他人银行卡的密码,伪装成一般客户长时间占据无人看守的自动取款机的;暗中切断有线电视公司的信号传播线路的;在电话机上安装阻碍发送应答信号的“魔术机”,使计算电话费的装置不能起作用的;在电表上设立某种装置使电表慢走的;在公寓食堂餐厅投放蛇的;在有节目表演的酒店客席上烧烤牛的内脏,散发出恶臭的;在股东大会会场大声吼叫的;为了为难律师,夺走律师携带的装有庭审日记的提包后予以隐匿的;将死猫放进被害人办公桌的抽屉内,使被害人发现的;在毕业典礼即将开始时,号召家长唱国歌时不要起立,并怒吼对其行为予以制止的校长、教师的;将货运火车的开关阀门打开,让火车装置的煤炭散落下来的;剪断用于捕捞海产品的渔网,将捕获的海产品放掉的;如此等等。

三、妨害计算机业务罪

近些年来,电子计算机迅速普及,各类机关、企业、团体都普遍采用计算机处理各种事务,计算机发挥着越来越重要的作用。与此同时,妨害计算机业务的犯罪也越来越多。为了处罚这种犯罪,一些国家近年来在刑法中增加了妨害计算机业务罪,有的则是在特别法中规定了妨害计算机业务罪。这里主要就日本刑法规定的妨害计算机业务罪(损坏计算机等妨害业务罪)作些说明。

日本于 1987 年 6 月在刑法第 234 条之后,增设了第 234 条之二,新设了妨害计算机业务罪。该条规定:“损坏供他人业务上使用的电子计算机或者供其使用的电磁记录,或者向供他人业务上使用的电子计算机中输入虚伪信息或不正当的指令,或者以其他方法使电子计算机不能按照使用目的运行或者违背使用目的运行,妨害他人业务的,处五年以下惩役或者一百万日元以下的罚金。”^[14]

[13] 至于本罪是危险犯还是实害犯,则存在争议。

[14] 此外,日本 1999 年制定的关于禁止非法侵入等行为的法律,将非法侵入计算机信息系统的行为规定为犯罪。简言之,直接通过他人的计算机或者网络,利用他人的 ID 号或者密码冒充他人,利用计算机的弱点(漏洞)非法侵入计算机信息系统的,构成犯罪。

本罪的对象,是由电子计算机所从事的业务,而不是指电子计算机本身。另外,这里的电子计算机,是指本身具有独立地处理情报能力的计算机。

根据上述规定,本罪的行为表现为以下几种形式:

第一,损坏他人业务上所使用的电子计算机或者其电磁记录。电磁记录,是指使用电子方式、磁气方式以及其他不能通过人的知觉认识的方式制作的供电子计算机进行信息处理所使用的记录。软盘以及计算机的内存数据资料等就属于电磁记录。损坏电子计算机,主要是指物理性的破坏;损坏电磁记录,除物理性的破坏外,还包括消除软盘与其他电磁记录上的内容。

第二,向供他人业务上所使用的电子计算机中输入虚伪信息或不正当的指令。虚伪信息,是指信息中包含了与事实不相符合的内容。不正当的指令,是指超出他人业务范围指令,或者说是他人业务过程中原本并不期望的指令。

第三,使用其他方法,使电子计算机不能进行符合使用目的的运行,或者使电子计算机违背使用目的而运行。如破坏电子计算机的温度、湿度环境,切断电源,破坏计算机的附属设备等,就属于使用其他方法妨害计算机业务。使用目的,是指电子计算机的使用者,根据自己的具体业务,使该电子计算机处理一定信息与数据的目的。

上述三类行为的结果,是妨害了他人的业务。但究竟是必须实际发生妨害了他人业务的结果,还是只需要有妨害业务的危险,则存在争议。有的学者认为,本罪是侵害犯,而不是危险犯,如果只是发生了妨害业务的危险,而没有产生现实的结果,则不构成本罪。有的学者则主张,本罪是具体的危险犯,而不是抽象的危险犯,只要行为发生了妨害业务的抽象危险,就成立本罪。

妨害计算机业务罪,只能由故意构成。

德国刑法也规定了类似的犯罪,只不过规定在毁损罪中。例如,德国刑法第 203a 条规定了变更电磁记录罪,亦即,违法删除、封锁或者变更他人的电磁电录,或者使之失效的,处 2 年以下自由刑或者罚金;而且,未遂犯与预备犯均受处罚。第 303b 条规定,对他人具有重要性的电磁记录处理,以删除、变更、损坏等方式造成显著干扰的,处 3 年以下自由刑或者罚金,未遂犯与预备犯亦罚。

第十九章 对财产的犯罪

第一节 财产犯罪概述

一、财产犯罪的概念

对财产的犯罪(财产犯罪或财产罪),是指侵犯他人财产的犯罪。不管各国刑法典将财产犯罪置于什么地位,从现实上看,财产犯罪总是属于发案率高、危害性重的一类犯罪。各国宪法都规定,财产权神圣不可侵犯;刑法则通过规定财产犯罪来保护这种财产权。因此,可以说,财产犯罪是侵犯宪法、刑法所保护的财产权的一类犯罪。

财产权的得失与变更,本来在民法上都有完整的规定,从而形成了财产秩序,财产犯罪则破坏了这种财产秩序。但有两点值得注意:

首先,财产犯罪的补充性。侵犯财产的行为,只有超出了民法调整的范围时,才能认为是财产犯罪。换言之,如果某种行为虽然侵犯了财产,但可以通过民法措施充分恢复财产秩序时,就没有必要适用刑罚。^{〔1〕}这是由刑法的补充性所决定的,表现在财产犯罪方面,就称为财产犯罪(立法)的补充性。

其次,财产犯罪的历史性。大部分财产犯罪,都是古老的犯罪,属于刑事犯或自然犯;即使是一些较新的财产犯罪,也可以在古代的刑法中找到雏形。这一特点同时告诉人们,对财产犯罪的对象与保护法益的解释,要适应社会的历史变化。例如,最古老的财产犯罪的对象,只包括有形的财物;但社会的发展决定了财产犯罪的对象不仅包括有形的财物,还包括无形的财物。

此外,财产犯罪一般具有反伦理性。但是,反伦理性的强弱,并不能决定财产犯罪是否成立。例如,反伦理性较弱的“使用盗窃”,也被许多国家的刑法规定为犯罪。

二、财产犯罪的种类

各国刑法规定了不同类型的财产犯罪,主要有盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、敲诈勒索罪(恐吓罪)、侵占罪、背信罪、赃物罪以及毁弃罪等。对这些犯罪可以根据不同的标准划为不同的种类。

(一)取得罪与毁弃罪

根据行为人是否取得财产,财产犯罪可以分为取得罪与毁弃罪。前者是指不法取得或利用财产的犯罪(如盗窃罪、诈骗罪、赃物罪等);后者是指消灭财产价值的犯罪。取得罪是财产罪的中心,毁弃罪是财产罪的边缘。但是,就对财产的伤害而言,毁弃罪是严重

〔1〕 很多国家的刑法一般没有将不动产作为盗窃罪的对象,就是因为盗窃不动产的行为可以由民法顺利且简便地处理。

的犯罪。因为取得罪可以通过各种途径将财物归还给被害人,而毁弃罪则使财产消失。难怪奥地利刑法将毁坏财物罪放在财产犯罪之首。但从刑法上看,取得罪总是重于毁弃罪,原因之一是取得罪的发案率明显高于毁弃罪,为了抑制取得罪,必须规定较重的法定刑。

取得罪又可进一步分为直接取得罪与间接取得罪。顾名思义,前者是指直接取得财物或财产性利益的犯罪(如盗窃罪、诈骗罪等),后者是指对他人不法取得的财物再间接地取得的犯罪(如赃物罪)。间接取得罪的规定,对抑制直接取得罪起到了重要作用。

直接取得罪可再分为夺取罪与侵占罪。前者是指行为人直接从被害人处取得被害人所占有的财物(如盗窃罪、抢劫罪等),后者是指行为人取得自己暂时占有的财物(如各种类型的侵占罪)。夺取罪是财产犯罪中的基本犯罪类型。

夺取罪又可分为违反被害人意思的夺取罪(如盗窃罪、抢劫罪)与被害人基于瑕疵而同意交付的夺取罪(如诈骗罪、敲诈勒索罪,有时称为交付罪)。

(二) 财物罪与利益罪

根据财产犯罪对象的特点,可以将财产犯罪分为财物罪与利益罪。前者是指对财物的犯罪,所侵犯的对象是财物;后者是指对财产性利益的犯罪,所侵犯的对象是财产性利益(在日本称为二项犯罪〔2〕)。在德国、日本等国刑法中,哪些财产犯罪的对象只能是财物,哪些财产犯罪的对象既可以是财物还可以是财产性利益(二者合称为财产或者利益),是由刑法分则明文规定的。

(三) 对个别财产的犯罪与对整体财产的犯罪

对个别财产的犯罪,是指对被害人的个别财产(如财物、债权、无体财产权等)进行侵害的犯罪。其特点是,只要使被害人丧失了个别财产,即使同时使被害人获得了相应的利益,也成立犯罪。盗窃罪、侵占罪、赃物罪等都属于对个别财产的犯罪。对整体财产的犯罪,是指对被害人的财产状态整体进行侵害的犯罪。其特点是,将财产的丧失与取得作为整体进行综合评价,如果没有损害就否认犯罪的成立。背信罪就属于对整体财产的犯罪。至于抢劫罪、诈骗罪、敲诈勒索罪能否成为对整体财产的犯罪,则有争议。德国的通说认为,诈骗罪、敲诈勒索罪属于对整体财产的犯罪;日本的通说则认为,诈骗罪、敲诈勒索罪是对个别财产的犯罪。

德国刑法理论一般将财产犯罪分为两大类:第一大类是对所有权的犯罪,其中包括侵害所有权的犯罪与转移所有权的犯罪。侵害所有权的犯罪,是指毁损财物的犯罪;转移所有权的犯罪,是指并非单纯地侵害所有权,而是像使所有权转移那样实施行为(不可能是在法律上转移所有权),其表现就是取得(Zueignung),行为人主观上必须有取得意思(意图获得类似所有权人那样对财物的实力支配,并且至少暂时地将该财物视为自己所有的财物)〔3〕。盗窃罪、抢劫罪、侵占罪属于对所有权的犯罪。第二大类是对整体财产的犯罪。如上所述,对整体财产的犯罪,是指使被害人资产(财产)状况整体上恶化的犯罪,其中包括侵害整体财产的犯罪(背任罪或背信罪)与使他人的整体财产减少,因而使自己或

〔2〕 因为日本刑法分则条文一般在第一项(相当于我国刑法中的第一款)规定对财物的犯罪,在第二项规定对财产利益的犯罪。

〔3〕 如后所述,取得意思只是非法所有目的中的一个内容,而不等于非法所有目的。

者第三者的财产增加的犯罪(诈骗罪、敲诈勒索罪)。诈骗罪、敲诈勒索罪要求行为人具有获利目的(Bereicherungsabsicht)。获利目的意味着行为人有使利益转移的意图,是与上述意味着转移所有权的取得意思没有关系的概念。德国的诈骗罪与敲诈勒索罪的客观构成要件只是要求使被害人的整体利益减少,而没有要求财产的转移(这一点与日本明显不同),但使财产转移的行为也是处罚对象。

除此之外,德国刑法还有两类财产犯罪,即事后参与罪与其他财产罪。事后参与罪包括赃物罪与庇护罪,庇护罪的特点是确保犯罪所得的利益;其他财产罪如取回质物罪、无权使用质物罪、无权使用交通工具罪、窃取电力罪等。

三、财产犯罪的对象

(一) 财物

财产犯罪的对象首先是财物(或者物)。关于财物,有很多争议的问题。

1. 财物是否仅限于有体物?

财物是否仅限于有体物,在理论上有多种学说。在刑法规定了无形物的国家,也无例外地存在争议。德国刑法在“盗窃和侵占”一章中专门规定了盗窃电力罪(第248c条),刑法关于财物是否包含无体物仍然存在争论。日本刑法第245条规定,“电气也视为财物”;那么,这种规定究竟属于例外规定(法律拟制),还是一种注意规定呢?

有体性说认为,财物只限于有体物,有体物包括固体物、液体物与气体物,瓦斯、蒸汽等属于有体物;光、热等则属于无形物。刑法规定将电“视为”财物,就表明电原本并不是财物。故这种规定只是例外规定,而不能理解为“像电这样的无形物都是财物”。换言之,将光、热等无形物解释为财物,属于类推解释,违反了罪刑法定主义。^[4]

物理管理可能性说认为,财物并不限于有体物,具有物理的管理可能性的东西就是财物。除了电以外,其他有物理管理可能性的水力、人工冷气等都是财物。刑法关于将电视为财物的规定,属于注意规定,而不是例外规定。其理由主要有以下三点:(1)在科学发展的时代,无形的能源不仅逐步增加,而且起着重要作用,这种无形的能源,理当成为刑法保护的對象。(2)电与电以外的无形能源并没有实质的区别,没有理由只保护电而不保护其他无形能源。(3)作为财产犯罪对象的财物,在性质上,必须是能够实际转移占有的。凡是有物理管理可能性的有体物与无形物,都能被转移占有,因此,这些物均应认为是财物。

事务管理可能性说则认为,凡是具有事务的管理可能性的东西,都是财物,如牛马的牵引力、债权、情报等,都有事务的管理可能性,因此属于财物。因为财产犯罪是对物所具有的或附属的经济价值的侵害。这种观点过于扩大财物的范围,使财物与财产性利益没有任何区别,因而受到了批判。

[4] 窃电行为是否构成盗窃罪,曾有争议。过去的法国与日本审判实践,曾对财物作扩大解释,认为财物包括电,因此,窃电行为构成盗窃罪。而同一时期的德国审判实践则认为电不属于财物,因此,窃电行为不构成犯罪;并指出,认为电属于财物的观点,违反了罪刑法定主义。只是在后来刑法规定了盗窃电力的犯罪后,才将窃电行为认定为犯罪。现在,虽然一些国家明确规定了电也视为财物,但电以外的一些能源(如水力、人工冷气等)究竟是否属于财物,则仍然成为问题。有的国家刑法明文规定,所有有经济价值的能源都是财物。例如,意大利刑法第624条第3款规定:“在刑事法律的意义,电能和其他具有经济价值的能源也被视为动产。”但许多国家并没有这样的规定。在这种情况下,根据有体性说,电力以外的能源仍不能视为财物,因为刑法并没有将它们视为财物,如果将它们也视为财物,则违反罪刑法定原则。德国的刑法理论与审判实践就持这种观点。

可以肯定,事务管理可能性说是极少数人的主张。根据有体性说与物理管理可能性说,情报、商业秘密本身都不是财物。^[5]日本以往的通说是物理管理可能性说,但现在占支配地位的学说是有体性说。因为将电“视为”财物的规定,明显是以电不是财物为前提的。物理管理可能性说的界限并不明确,由于盗窃等罪并无数额限制,如果认为无形物可以成为盗窃对象,则会无限扩大盗窃罪的范围;事实上,也没有将电以外的无形物作为财物的判例。

2. 财物是否仅限于有价值之物?

刑法理论就财物的价值存在三种观点。第一种观点则认为,财物的价值包括客观价值与主观价值,但只有当主观价值能够用金钱来评价时,才是财物(江家义男)。第二种观点认为,财物的价值包括客观价值与主观价值,只要物品具有客观价值或者主观价值,就能成为财产罪的对象。客观价值,是指财物所具有的客观的经济价值,如汽车、食品、金钱等都具有客观价值。主观价值,是指所有者、占有者主观的、感情的价值,不需要能够用金钱评价,如情书、照片等具有主观价值(团藤重光)。第三种观点认为,财物的价值包括交换价值(金钱价值)与使用价值。没有交换价值的物品也可能具有使用价值。例如,情书就是具有使用价值的物品(山中敬一)。

可以肯定的是,既然财物是财产罪的对象,自然就要求财物具有财产性价值。从实际上看,作为财产犯罪对象的财物,一般是具有客观的经济价值即金钱的交换价值的物。但从理论上讲,作为财产犯罪对象的财物,并不要求具有这种客观的经济价值。换言之,只要所有人、占有人主观上认为该物具有价值(主观价值),即使其客观上没有经济价值,也不失为财产犯罪的对象。例如,某些纪念品、礼品、书信,本身并不具有客观的经济价值,但所有人、占有人认为其具有价值;社会观念也认为这种物是值得刑法保护的物,因而属于财物。只有客观上与主观上都没有价值的物,才不是刑法上的财物。所以,上述第二种观点成为通说。

一般认为,对于所有人、占有人没有积极价值,但落入他人之手后可能被用来进行不当活动的物,也被认为是有价值的财物(消极的价值),能成为财产犯罪的对象。例如,银行收回的准备销毁的破损纸币,对于银行已经没有积极价值。但只要有使用的可能性,就不能落入他人手中。盗窃这种破损纸币的,也构成盗窃罪。但是,近年来有学者对这种观点提出了异议。理由如下:处罚财产犯罪的目的,并不是为了防止其他犯罪,而是为了保护他人对财物效用的享用;如果行为人取得具有消极价值的财物后恶意利用的,按恶意利用行为本身追究罪责即可。例如,如果行为人盗取破损纸币后到银行兑换完整货币的,应当以诈骗罪追究责任,而不应将事先的盗取行为认定为盗窃罪。再如,日本最高裁判所认定,以他人名义从银行开户领取存折的行为构成诈骗罪(对象为银行的存折)。但持反对观点的学者认为,即使被告人享受了存款、取款的利益,但银行没有丧失对应的利益。最

[5] 日本刑法理论与审判实践的通说认为,情报、秘密等本身不是财物,但记录情报、秘密的文书、纸张等则是有体物。因此出现了以下情况:(1)将记录了情报、秘密的文书、纸张窃走的构成盗窃罪。对象是文书、纸张,而不是情报、秘密。(2)用自己的复印纸,在情报、秘密的存放地复印情报与秘密,只取走复印件的,不构成犯罪。(3)用公司的复印纸就地复印情报与秘密,只取走复印件的,也构成盗窃罪。对象是复印纸,而不是情报与秘密本身。(4)将情报、秘密资料取出后,拿到外面复印,并送回情报与秘密资料的,也构成盗窃罪。因为行为人盗出了原本,对象也是记录着情报、秘密的文书、纸张。

高裁判所实际上是为了防止行为人恶意利用该存折(如用于汇款诈骗或者洗钱等)而将该行为认定为诈骗罪,但是,后来恶意利用的行为所侵害的法益并非银行的财产性利益,而且按后来恶意利用的行为性质追究罪责即可(松原芳博)。

除中国刑法之外,其他各国刑法都没有要求财产犯罪中的财物必须数额较大,即没有要求作为财产犯罪对象的财物必须是数额较大的财物。^[6]问题是,价值低廉的物是不是财产犯罪对象。例如,盗窃价值低廉的物品(如一张普通的报纸)是否构成盗窃罪?德国刑法第248a条规定,盗窃、侵占价值低廉之物的,属于亲告罪;但刑事追诉机关基于特殊的公共利益,认为有必要依职权主动起诉的,不在此限。意大利刑法第626条也有类似规定。由此可见,价值低廉之物,并非一概排除在财产犯罪对象之外。但许多国家的刑法对此并无明文规定,这就导致了理论上的争议。例如,日本刑法理论一般认为,盗窃价值低廉的物,不构成犯罪。但理由并不相同。一种观点认为,作为刑法所保护的对象的财物,并不包括价值低廉的物,易言之,作为财产犯罪对象的财物,并不包括价值低廉的物。因此,盗窃价值低廉的物,并不符合盗窃罪的构成要件。另一种观点认为,任何财物都能成为刑法保护的客体,而不问价值是否低廉。所以,盗窃价值低廉的物,也符合盗窃罪的构成要件。但是,这种行为并不具有可罚的违法性,因而不构成犯罪。赞成可罚的违法性理论的学者,一般持后一种主张;不赞成可罚的违法性理论的学者,一般持前一种主张。

3. 财物是否仅限于动产?

财产犯罪中的财物是否仅限于动产的问题,一方面取决于是何种具体的财产犯罪,另一方面也取决于各国刑法的具体规定。

就诈骗罪、敲诈勒索罪而言,各国刑法一般规定既可以是动产,也可以是不动产。例如,德国刑法在规定盗窃罪、抢劫罪时,使用“动产”一词,但在规定诈骗罪、敲诈勒索罪时,则使用“财产”一词。奥地利刑法也是如此。这表明,诈骗罪、敲诈勒索罪的对象既可以是动产,也可以是不动产。日本等国刑法对财产犯罪都是使用“财物”一词,但刑法理论与审判实践都认为,诈骗罪、敲诈勒索罪的对象既可以是动产,也可以是不动产。

就侵占罪而言,各国刑法规定不一。德国刑法第246条规定侵占罪的对象只能是动产,奥地利刑法规定则表明可以是侵占不动产,日本刑法使用的是“财物”一词,但刑法理论与审判实践均认为侵占罪的对象包括不动产。

问题在于盗窃罪与抢劫罪的对象是否仅限于动产。德国、奥地利、瑞士等国刑法都明文规定这两个罪的对象只能是动产。自罗马法以来,一直就认为盗窃罪的对象只能是动产。但是,在刑法没有明文规定的国家,这个问题也并非没有争论。^[7]

如在日本,虽然主张盗窃罪、抢劫罪的对象只能是动产的观点曾经是通说,但在现代社会,侵害不动产而且使所有人难以恢复对该不动产的占有的案件并不少,显然必须积极

[6] 西班牙刑法第234条规定,盗窃价值400欧元以上财物的行为构成盗窃罪(1年内三次以上盗窃且累计金额达到400欧元的,也构成盗窃罪);其第623条规定,盗窃财物的价值不超过400欧元的,属于违警罪,处以定点管制或者罚金。

[7] 也有学者指出:“财物概念还在与犯罪定型的关系上呈现出受到限定的外观。例如,作为诈骗罪对象的财物既可以是动产,也可以是不动产,但作为盗窃罪对象的财物只限于动产。但是,这实际上是由来于‘骗取’与‘窃取’这种构成要件的行为的概念的反射性限制,而不是财物概念本身的问题。”([日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第553页。)

保护所有人的不动产。因此,从第二次世界大战前开始,主张处罚盗窃不动产行为的观点就相当有力,而且得到越来越多的人的赞同。第二次世界大战后的日本,连续出现了非法占据他人土地,在他人土地上建房居住或开店铺经商的案件。而且在不少情况下,行为人还使用暴力、胁迫手段占据土地。完全靠民法处理这种现象,已经不能充分保护被害人的法益。为了解决这个问题,日本于1960年增加了侵夺不动产罪,即在规定的盗窃罪的第235条之后,增设第235条之二:“侵夺他人的不动产的,处十年以下惩役。”这实际上是一种折中规定,它一方面在盗窃罪的条文后增设该规定,似乎告诉人们,盗窃不动产也构成犯罪。另一方面,它又没有使用“盗窃”一词,而是使用“侵夺”一词。事实上,凡是没有使用暴力、胁迫而侵犯他人的不动产的行为,都构成该罪。在此意义上说,事实上承认了盗窃罪的对象可以是不动产。意大利刑法也规定了侵犯不动产的犯罪,其第631条规定:“为全部或者部分将他人不动产据为己有,移动或者改变不动产的分界线的,处三年以下有期徒刑和四十万里拉以下罚金。”这一条所规定的行为,似乎更明确地肯定了盗窃罪的对象可以是不动产。但是,就狭义的盗窃罪而言,其对象只能是动产。

日本刑法理论的多数说认为,作为抢劫罪对象的财物不包括不动产(平野龙一、大塚仁、大谷实、中森喜彦等),但同时认为,抢劫不动产的行为可以成立抢劫利益罪(二项抢劫)。基本理由是,因为刑法增设了侵夺不动产罪,所以,盗窃罪中的财物便不包括不动产、与盗窃罪的罪质相同的抢劫罪(抢劫罪与盗窃罪通常是特别关系)中的财物,也不应当包括不动产。也有学者认为,不动产可以成为抢劫罪的财物,即使用暴力压制他人反抗后改变不动产登记名义的,成立抢劫财物罪(西田典之)。

4. 财物是否包括违禁品?

所谓违禁品,是指法律上禁止私人占有、持有的物品,如毒品、枪支等。通说认为,违禁品也是财物,能够成为财产犯罪的对象。但为什么违禁品也能成为财产犯罪的对象,则有多种不同的理由。有人说,行为人可能以占有违禁品为目的,因而违禁品可以成为财产犯罪的对象;有人讲,违禁品既不是无主物,也不是脱离支配物,因而能成为财产犯罪的对象;有人称,违禁品只是说明在行政上禁止私人持有、占有,这并不妨碍违禁品可以成为财产犯罪的对象;有人言,没收违禁品需要一定的法律手续,在没有法律手续还不能没收时,他人的占有是可能的,因此对于没有法律手续的夺取行为,必须进行处罚;如此等等。

5. 财物是否包括葬祭物?

葬祭物,主要是指尸体、遗骨以及棺内的其他物品。这种物能否成为财产犯罪的对象,在刑法理论上也存在争议。许多国家的刑法(如德国、法国、日本、奥地利刑法)规定了毁损或取得葬祭物的犯罪(或妨害死者安息罪)。一种观点认为,葬祭物应排除于财产犯罪的对象之外,因为刑法已经将取得葬祭物的行为规定为独立的犯罪。另一种观点认为,葬祭物可以成为财产犯罪的对象,行为人取得葬祭物时,属于取得葬祭物罪与财产犯罪的想象竞合。因为只要从行为人方面来看是有财产价值的,就能成为财产犯罪的对象;至于这种物是否是葬祭物,则在所不问。而且,刑法规定的取得葬祭物罪的法定刑较低,将取得葬祭物的行为一律按该罪处理,未免有失刑罚的均衡。

6. 财物是否包括人的身体?

人的身体本身不是财物,不能成为财产犯罪的对象。但是,从人的身体分离出来的部分,则是财物。例如,从人的头上剪下的头发作为假发材料的,就属于财物。德国刑法理

论的多数说认为,镶嵌在牙槽中的假牙、植入人体内的心脏起搏器等也不是财物。但日本的多数说与德国的少数说则认为,安装在人体上作为人体一部分来使用的假肢、假牙等等,理当属于财物,是财产犯罪的对象。至于从人体分离出来的精子、卵子、脏器是否属于财物,在理论上不同观点。有人认为,可以将它们解释为财物(山口厚)。有人认为,它们是人格权的对象物,而不是财物;但是,经过加工因而丧失了同一性时,才可以成为财物(町野朔)。

更有争议的是受精卵。一种观点认为,虽然从人体分离出来的精子、卵子、脏器属于财物,但受精卵如同胎儿一样,即使处于母体外,也不属于财物(山口厚)。另一种观点则认为,既然从人体取出的血液、精液、卵子、脏器是刑法保护的客体,那么,处于母体外的受精卵就更值得刑法保护,否则便有失均衡。因此,即使是受精卵(胚胎),在能够肯定人的管理、处分权限的限度内,也可以成为财产犯罪中的财物(井田良)。

(二) 财产性利益

所谓财产性利益,大体是指普通(狭义)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),使他人免除自己所负担的债务(不限于民法意义上的债务),使债务得以延期履行,如此等等。专利权、商标权、著作权等知识产权,实际上也是财产性利益,但侵犯这种利益的犯罪,通常是由特别法规定的,故一般不是财产犯罪的对象。

财产性利益只能成为部分财产犯罪的对象。对此,存在不同的立法例(以诈骗罪为例):

第一,将财物与财产性利益分别规定。如日本刑法第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。”在日本刑法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,在第二项规定对财产性利益的犯罪(二项犯罪)。^[8]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,日本刑法第235条规定的盗窃罪的对象仅限于“财物”,故盗窃财产性利益的行为不可能成立盗窃罪。1968年英国盗窃罪法也是将诈骗财物与诈骗财产性利益分别规定:第15条规定的是诈骗财物的犯罪,第16条规定的是诈骗财产性利益的犯罪。

第二,将财物与财产性利益规定在同一款中。如前述韩国刑法第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条所规定的盗窃罪的对象仅限于“财物”)。俄罗斯联邦刑法第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条所规定的盗窃罪的对象仅限于“财产”)。

第三,以“财产”“不正当利益”等概念指称财物和财产性利益。例如,德国刑法第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条所规定的诈骗罪的对象是“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,意大利刑法第624条与第628条规定的盗窃罪与抢劫罪的对象仅限于

[8] 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,故难以称为二项犯罪。

“他人的动产”,但第640条规定的诈骗罪的对象则为“不正当利益”,后者显然包括财物与财产性利益。

上述三种立法体例虽然形式不同,但也有共同点。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,那么,侵害财产性利益的行为则不成立犯罪。根据上述规定,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抢劫罪,也取决于刑法分则有无明文规定。^[9]其二,诈骗罪的对象宽于盗窃罪的对象,即盗窃罪的对象仅限于财物,而诈骗罪的对象除包含财物外,还包含财产性利益。单从财物的角度而言,如果说盗窃罪的对象仅限于动产,则诈骗罪的对象还包含不动产。^[10]

需要讨论的是,财产性利益究竟包括哪些内容?(1)债权的取得。债权的取得无疑属于财产性利益。争论问题是,只是口头约定了财物的转移时,能否认为取得了财产性利益。例如,甲的赌博诈骗行为使对方输了钱,约定对方届时付款。一种观点认为,甲的行为成立诈骗财产性利益的既遂;另一种观点则认为,甲的行为仅成立诈骗财物的未遂。理由是,要认定行为人取得了财产性利益,就必须有相当于取得财物的具体利益的转移,但本案中并不存在利益的转移。(2)债务的免除。债务的免除肯定属于财产性利益,对此没有任何争议。(3)债务的延期履行、债务清偿的暂缓。这在德国、日本均被认定为财产性利益。日本的审判实践认为,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履行属于财产性利益,但许多学者同时认为,只有在债务的延缓履行导致债权的财产价值减少时,才宜认定为财产性利益。(4)劳务、服务。对此还有争议。无限定说认为,劳务、服务本身是财产性利益,因此,假冒地震灾区的志愿者,让他人提供劳务的,构成诈骗罪(井田良)。德国的通说与判例采取无限定说。限定说则认为,劳务、服务本身不是财产性利益,但劳务、服务所约定的对价才是财产性利益(町野朔、松原芳博)。(5)使用银行卡的利益(银行卡密码)。例如,甲窃取乙的银行卡后,在ATM旁使用暴力手段迫使乙说出密码。在甲取出现金前,能否认定甲抢劫了财产性利益。日本东京高等裁判所的判例对此持肯定态度,因为获得密码后,就可以从账户内取走现金这一财产性利益,但也有学者对此持反对态度。(6)职位。在德国,取得可以领取报酬的职位,就认为取得了财产性利益,但日本没有承认职位本身属于财产性利益。(7)购买资格、消费资格的骗取。在日本,伪造处方购买药品的,不会被认定为诈骗罪。但是,在高尔夫球场禁止黑社会成员进场打高尔夫球,而且对进入的人员要查验身份时,黑社会成员隐瞒自己的身份,冒充普通人进场打高尔夫球的,也被认定为诈骗罪。^[11]总体来说,财产性利益的范围

[9] 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似乎可能包含我国的抢劫罪的部分情形)。

[10] 在上述立法例中,诈骗罪的对象之所以宽于盗窃罪,主要原因在于:盗窃罪是违反被害人意志而转移占有,但在以往,没有经过被害人同意,几乎不可能转移不动产、财产性利益,即使在某些情形下转移了不动产、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;而诈骗罪则不同,由于转移不动产、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、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。

[11] 当然,这种行为是骗取消费资格还是骗取服务,抑或骗用了设施,还值得讨论。

特别宽泛(德国比日本更宽泛)。

四、财产犯罪的保护法益

财产犯罪的保护法益是他人的财产,对此基本上没有疑问。颇有争议的问题是,这里的财产究竟是指他人对财物的所有权及其他本权,还是指单纯的对财物的占有本身。在以盗窃罪为中心的讨论中,形成了本权说、占有说与形形色色的中间说。^[12]

(一)本权说

本权说认为,财产犯罪的保护法益,是指财物的所有权及其他本权。本权,是指法律上的正当占有权利,即行为人占有财物是基于法律上的正当理由,本权首先是指所有权。除了所有权以外,还有其他本权,如租借权、抵押权等。行为只有侵害了他人的这种本权,才构成财产犯罪;如果只是侵害了他人对财物的单纯占有,则不构成财产犯罪。例如,窃取他人合法所有的财物,成立盗窃罪;但盗窃他人不法占有的财物,则不构成犯罪。再如,以恐吓的方法取得他人合法所有的财物时,构成敲诈勒索罪;但以恐吓的方法要求对方返还属于自己的财物时,则不构成敲诈勒索罪。本权说的理由有以下几点:

第一,刑法在规定财产犯罪时,都是使用“他人的财物”“他人的动产”之类的用语,而不是使用“他人占有的财物”之类的用语,德国、日本、奥地利、瑞士刑法都是如此。这就告诉人们,财产犯罪侵害的是所有权及其他本权,而不只是侵害一种单纯的占有。

第二,只有采取本权说,才能说明不可罚的事后行为。只有将盗窃、抢劫等财产犯罪的保护法益理解为所有权及其他本权,才能解释为什么行为人实施这些犯罪后又毁损财物的,不另构成犯罪,而是评价在盗窃、抢劫等犯罪中,使事后的毁损行为成为不可罚的行为。如果将财产犯罪的保护法益仅仅理解为单纯的占有,则盗窃、抢劫财物后又毁损的,应当构成两罪。但无论是理论上,还是审判实践上,都不认为这种情况构成两罪。

第三,刑法所规定的财产犯罪,是遵从了宪法的精神,而宪法所重视的是对所有权的保护,所以刑法主要是保护财产的所有权,与此同时作为补充,也保护其他本权。

(二)占有说

占有说认为,财产犯罪的保护法益,是事实上的占有本身,不仅包括合法的占有,而且包括非法的占有。据此,行为人盗窃他人非法占有的财物也构成盗窃罪,即使是盗窃罪的被害人又从盗窃犯处窃回自己的财物的,也构成盗窃罪。同样,以恐吓方法要求对方返还属于自己的财物的,也构成敲诈勒索罪。占有说也有自己的理由:

第一,刑法只是规定财产犯罪的对象是“他人的财物”“他人的动产”等,而没有规定是“他人的所有物”“他人所有的动产”。这就表明,刑法所保护的并不限于他人的所有权,即财产犯罪的保护法益并不只是所有权及其他本权。

第二,虽然从历史沿革上看,财产犯罪的保护法益是所有权及其他本权,但随着社会的复杂化,这种观点已经不能适应现在的形势。因为所有权只是一种抽象的权利,财物的经济效益主要是由对财物的占有、管理而取得的。为了保护所有权,首先必须保护占有本身。而且不管财物的所有者是谁,对财物的占有都应当给予保护,否则就不利于对所有权的保护。

[12] 换言之,这一讨论并不适用于所有的财产犯罪,只是适用于转移占有的部分犯罪,主要包括盗窃罪、抢劫罪。

第三,通说(包括持本权说的学者)认为,盗窃、抢劫违禁品时,也构成犯罪,而他人对违禁品的占有缺乏法律根据,这实际上表明本权说是不成立的。因为如果彻底坚持本权说,对上述行为便不能以犯罪论处。另外,持占有说的人也不否认自救行为可以阻却违法,即从盗窃犯那里取回被盗物的行为,如果符合自救行为条件的,也不构成盗窃罪。

(三)中间说

不少学者认为,本权说使财产犯罪的保护法益过于窄小,使一些本该当作犯罪处理的行为(如租赁合同到期后,出租人窃回目的物),不能以犯罪论处;与此相对,占有说则使财产犯罪的保护法益过于扩大,使一些本不该当犯罪处理的行为(如盗窃罪的被害人从盗窃犯处取回被盗物),也得以犯罪论处。因此,出现了居于本权说与占有说之间的中间说。中间说形形色色,具有代表性的是以下三种学说。

1. 平稳占有说

平稳占有说认为,财产犯罪的保护法益,是本权(包括所有权)以及平稳的占有。在这种学说看来,财产犯罪的保护法益是本权还是占有,是如何发挥刑法的作用来维护财产秩序的政策问题。既然刑法的任务是保护法益,而且是由法秩序所肯定的法益,那么,财产犯罪的保护法益基本上应是民法上的所有权及其他本权。在民事关系极为复杂的现代社会,民事纠纷应由民事方法来处理,刑法的作用是保护由占有这种事实关系所体现出来的财产秩序。因此,当需要民法上使用强制方法才能恢复原状的适当的法律关系时,就属于平稳的占有,这种占有值得刑法保护。例如,租借人占有所租借的财物,即使租借人在合同到期时应当返还财物而并没有返还,但此时只能通过民事方法来解决,租借人此时的占有仍属于安全的占有,刑法对此仍应保护。如果出租人任意取回财物的,就构成犯罪。

2. 与本权无对抗关系的占有说

此说认为,财产犯罪一方面以保护所有权与其他本权为目的,另一方面首先要保护本权的前提——对财物的占有本身。但是,当本权与事实上的占有产生一种相互对抗的关系时,只要事实上的占有一方与本权的对抗没有合理的理由,则不保护这种占有。可以看出,此说是以本权说为基础的学说。日本刑法学者大塚仁持此观点,其基本理由是,财产犯罪终究是为了保护财产的所有权与其他本权。如果认为财产犯罪的保护法益是单纯的占有,则不能说明不可罚的事后行为。但是在现代社会,财物的所有与占有的分离已经相当复杂。在这种财产关系下,要充分保护所有权及其他本权,首先必须保护基于本权的占有;而为了保护这种基于本权的占有,也必须保护不基于本权的占有。因为当行为人侵害财物的占有时,这种占有是否基于本权是不明确的。但是,对一切占有都无条件地保护也是不妥当的。之所以要保护占有,是为了彻底保护所有权及其他本权,因此,当占有与本权所产生的对抗关系没有合理的理由时,就不能进行保护。例如,被害人在被盗后立即将被盗的财物取回来就不能认为是犯罪。因为盗窃犯对财物的占有,一开始就是与本权相对抗的,而且没有合理的理由,因此不能对这种占有进行保护。

3. 合理占有说

此说认为,财产罪的法益是基于合理的理由的占有,在被害人与行为人的关系一眼就能明白不值得保护的占有,不是财产罪的法益。与平稳占有说相比,合理占有说更加限制

了财产罪的范围。^[13]

不少日本学者,从不同的问题领域讨论财产犯罪的保护法益。第一个问题领域是,夺回自己的所有物的行为是否成立夺取罪?这被称为“狭义的财产犯罪的保护法益论”。第二个问题领域是,第三者从盗窃犯人那里窃取赃物的,或者窃取违禁品的行为,是否成立财产犯罪?这被称为“广义的财产犯罪的保护法益论”。第三个问题领域是,关于财产犯罪的一般性的对象的保护性,是从民法的见地进行判断(民法从属性),还是从刑法独自の见地进行判断(刑法独自性)?这被称为“最广义的财产犯罪的保护法益”。

如前所述,德国几乎没有争议将盗窃罪归入对所有权的犯罪,据此,盗窃罪的保护法益至少包括所有权。问题是,盗窃罪的保护法益只是所有权,还是包括占有。亦即,他人对财物的占有能否成为盗窃罪的独立保护法益。部分学者认为,盗窃罪的保护法益只包括所有权,而不包括占有。虽然盗窃行为以破除他人占有为前提,但仍然侵害的是所有权中的权能。但是,德国的判例与多数学者则认为,盗窃行为不仅侵害了所有权,而且侵害了所有权之外的占有,否则就不能说明为什么盗窃罪的法定刑高于侵占罪的法定刑。显然,德国的这种争论与日本的本权说、占有说之间的争论并不相同。

(四)学说的具体差异

上述几种学说,并非毫无意义的争论,在许多情况下,不同的学说往往得出不同的结论。下面简单地举几例。

例一:被害人(所有者)在被盗后立即从盗窃犯处窃取被盗财物。本权说认为不成立盗窃罪;占有说认为成立盗窃罪(但如果属于自救行为,则阻却违法性);三种中间说都认为不成立盗窃罪。

例二:被害人(所有者)在被盗后经过一段时间从盗窃犯处窃取被盗财物。本权说认为不成立盗窃罪;占有说认为成立盗窃罪(但如果属于自救行为,则阻却违法性);平稳占有说认为成立盗窃罪;与本权无对抗关系的占有说认为不成立盗窃罪;合理占有说认为不成立盗窃罪。

例三:借贷期满后借贷人不返还,出借人取回出借物。本权说与合理占有说认为不成立盗窃罪;其他三种学说均认为成立盗窃罪。

例四:在物品买卖过程中,在民法上已经转移了所有权,但卖主还没有交付物品时,买主擅自从卖主处取走物品。本权说认为不成立盗窃罪;占有说认为成立盗窃罪。^[14]

从上述争论与实例可以看出,即使被害一方在民法上没有对抗的权利,也不意味着行为人一方不构成财产犯罪。问题在于如何处理私力救济的禁止与被害人财产的保护之间的关系。本权说注重以被害一方民事权利的有无决定行为人一方刑事犯罪的存否,似乎权衡了双方的实质利益,但忽略了法治国家的重要原则。占有说从法治国家禁止私力救

[13] 此外的说法还有:(1)盗窃等罪的保护法益,首先是所有权,其次是作为占有的基础的本权以及作为占有的实质所反映的财产利益。(2)盗窃等罪的法益是显示了具有权利人外观的占有本身。(3)基于法秩序,不直接受非难所享有的财产上的利益,是盗窃等罪的保护法益。(4)盗窃等罪的保护法益,原则上是所有权及其他本权与占有(第一原则);在本权与占有发生冲突时,只有可以与本权对抗的合法占有,值得以法律保护。赤裸裸的违法占有,在本权面前必须让步(第二原则);例外地存在单纯的占有就是保护法益的情况(第三原则),对违禁品的占有就属于这种情况。

[14] 未能发现中间说对此问题的明确意见。

济、原则上必须采取民事诉讼手段恢复权利的立场出发,主张对占有的侵害成立财产罪。据此,被害一方在民事上是否存在正当权利,并不左右刑法的保护与否。但是,占有说没有权衡当事双方各自的具体利益,一概禁止现状的改变,这便存在疑问。所以,不可避免地出现各种中间说。各种中间说,实际上都是法益保护与法治原则之间的调和。^[15]

特别需要说明的是,即使德国的判例与多数人认为,他人对财物的占有也是盗窃罪的保护法益,但就相同案件得出的结论与日本的占有说得出的结论并不一定相同,因为德国刑法在盗窃罪之外规定了一些侵害占有的犯罪。例如,德国刑法第248b条第1款规定:“违反有权使用者的意志,使用其动力交通工具或者自行车,如果不适用其他较重之刑罚规定的,处三年以下自由刑或者罚金。”但是,这种行为在日本一般会认定普通盗窃罪。再如,德国刑法第248c条规定的窃取电力罪,在日本没有争议地认定为盗窃罪。又如,根据德国刑法第289条的规定,所有权人以违法意图,从受益权人、抵押权人或者其他具有使用权或者留置权的人那里取走自己的动产的,成立取回质物罪,但这种行为在日本也会成立盗窃罪。

五、财产犯罪的财产损失

德国的通说与判例认为,诈骗罪、敲诈勒索罪、背信罪等的法益是财产。由于对法益的侵害就是犯罪结果,所以,如何理解财产,既是财产罪的保护法益问题,也是财产罪的损失认定问题。刑法理论上存在法律的财产说、经济的财产说与法律的·经济的财产说。这种争论是以诈骗罪为中心展开的。

(一) 法律的财产说

法律的财产说认为,一切财产罪都是侵害财产上的权利的犯罪。换言之,刑法规定财产罪是为了保护民事法上的权利。因此,财产犯罪的成立不以行为造成经济损害为前提,只要侵害了民事法上的权利,即使在经济上没有损害,也成立财产犯罪;反之,只要没有侵害权利,即使造成了重大经济损害,也不能成立财产犯罪。其基本理由是,经济生活中存在各种各样的经济利益、财产关系,哪些内容受法秩序保护,由规制私人财产关系的民事法决定,决定的表现是民事法上的权利。刑法规定财产罪就是为了保护民事法上的权利,刑法上的财产便是民事法上的权利的总和。例如,行为人实施诈骗行为,被害人基于不法原因给付的,不成立诈骗罪;第三者从盗窃犯那里骗取其所盗财物的,由于没有欺骗原所有权人,故不成立诈骗罪。

法律的财产说旨在从形式上保护民事法上的权利。但是,不管是在理论上还是在实践上,法律的财产说的缺陷都相当明显。法律的财产说的理论基础,是刑法从属于民法的思想。但是,刑法从属于民法的思想早已衰退。更为重要的是,法律的财产说并不符合经济生活的现实。法律的财产说为了明确处罚界限,使用了民事法上的权利这一范畴,但民事法上的权利,是民事法为了规制经济生活所创造的概念,而当时还没有考虑用刑法规制经济生活,用民事法上的权利概念解释刑法上的财产,颇为牵强。德国帝国法院早期的判例曾采取法律的财产说,但现在几乎无人主张此说。

[15] 以往曾经认为,本权说是结果无价值论的观点,占有说是行为无价值论的观点。但现在一般认为,并不存在这种对应关系。换言之,行为无价值论者完全可能采取本权说,结果无价值论者完全可能采取占有说。

(二) 经济的财产说

经济的财产说(纯粹经济的财产说)认为,作为整体的具有经济价值的利益就是财产,因而是财产犯的保护法益;经济价值一般等同于金钱价值,金钱上的得失是判断有无损害的标准。因此:(1)由于盗窃犯对赃物的占有,就是在享受金钱上的利益,这种占有也是其财产,故所有权人从盗窃犯处骗回被盗财物的,只要没有提供相当价值的财物,就使盗窃犯遭受了金钱损失,属于刑法上的损害。债权人从债务人处骗取与债权额相当的财产的,也是如此。类似于这样的行为都成立对财产的犯罪。(2)受骗人基于不法原因给付的,也不影响对其财产损害的认定,即实施诈骗的行为人成立诈骗既遂。例如,在禁止堕胎的情况下,孕妇为了购买堕胎药而支付货款,但实际因受欺骗购买了无效堕胎药的,其财产遭受了损害。再如,妓女对嫖娼费的债权虽然是无效债权,但只是在民事诉讼上不能实现,对妓女而言事实上具有金钱价值,也属于财产。而且,只要将劳动力视为财产,卖淫这种劳动力与一般劳动力没有区别。所以,采取欺骗行为使妓女免收嫖娼费用的,也成立诈骗既遂。(3)没有金钱价值的东西,即使其权利是成立的,也不属于财产;侵害这种权利的,不成立对财产的犯罪。(4)虽然侵害了具有金钱价值的利益,但如果提供了相当对价,没有造成金钱价值的整体减少的,就不存在刑法上的损害。

虽然德国判例从1910年起就采取了经济的财产说,但经济的财产说成为有力的学说还是20年后的事情。经济的财产说成为有力学说的重要原因有:(1)刑法从属于民法的观念受到批判,刑法的独立性思想受到重视。(2)以不法原因给付与诈骗罪的问题为契机,判例采取了纯粹经济的财产说。(3)刑法目的由权利保护思想转向法益保护思想,也为经济的财产说提供了根据。

经济的财产说虽然具有合理性,但也有扩大处罚范围之嫌。例如,根据经济的财产说,债权人以欺骗方法行使权利实现债权的成立诈骗罪。这可能难以被人接受。

与经济的财产说的具体结论接近的是人的财产说。人的财产说认为,财产是人格发展的基础,是人所具有的经济潜能。就具体财产而言,这一学说得出的结论与经济的财产说的结论没有区别。例如,骗取盗窃犯的赃物的,人的财产说也认为成立诈骗罪。

(三) 法律的·经济的财产说

法律的·经济的财产说(折中说)认为,所谓财产,是指法秩序所保护的(违法的利益除外)、作为整体的具有经济价值的利益。因此,关于不法原因给付与诈骗罪的问题,与法律的财产说在本质上相同(也存在一些具体差异);关于成立财产罪是否需要经济损害的问题,与经济的财产说相同。

本来,折中说是针对法律的财产说提出来的;法律的财产说崩溃之后,折中说便与经济的财产说展开了论争。对于折中说的观点可作如下概括:其基本思想是法秩序的统一性、实质主义与结果无价值论;财产是指法秩序所保护的或者法秩序并非非难的、具有经济价值的利益的整体,刑法上的法益虽然不要求是民事法上的权利,但也不应是民事法上不保护的违法利益;行为人欺诈他人,使他人基于不法原因而给付财物的,不成立诈骗罪;从盗窃犯那里骗取赃物的,给原所有权人造成了财产的损失,成立诈骗罪,因为在相对于第三者的关系上说,盗窃犯的占有也是法秩序所保护的;无效的债权与不法的劳动力,不管如何具有经济价值,也不属于财产。不难看出,折中说与经济的财产说对一些现实问题的解释是相当接近的(参见本章第四节有关诈骗罪的财产损失的部分论述)。

第二节 盗窃罪

一、盗窃罪概说

盗窃罪(窃盗罪),是指窃取他人占有的财物的犯罪。盗窃罪是典型的财产犯罪,也是财产犯罪中发案最多的犯罪。许多国家的刑法(如德国、意大利、法国、日本等国刑法)都将盗窃罪规定在财产犯罪之首。但有的国家刑法规定得相当详细,有的国家刑法则规定得相当简单。例如,德国刑法第242条规定了基本的盗窃罪,第243条规定了盗窃的特别严重情形(加重盗窃罪),第244条规定了携带武器或者其他危险工具盗窃、结伙盗窃与侵入住宅盗窃,第244a条规定了严重的结伙盗窃,第245条规定了对盗窃罪的保安处分,第247条规定了家庭或亲属间的盗窃告诉的才处理,第248a条规定了盗窃价值微薄的财物的告诉的才处理,各条的规定都非常详细。而日本刑法仅在第235条规定:“窃取他人的财物的,是盗窃罪,处十年以下惩役或者五十万元以下罚金。”^[16]

盗窃罪属于财物罪,财产性利益不是盗窃罪的对象。盗窃罪是典型的取得罪,而且是违反被害人的意志取得他人占有的财产,故对自己占有的财物不可能成立盗窃罪。根据多数国家刑法的规定以及刑法理论的通说,盗窃罪以非法占有(不法所有、不法领得)为目的,但非法占有的含义因人而异,故盗窃与盗用的关系相当复杂。

二、盗窃罪的对象

盗窃罪的对象是他人占有的他人财物。即使是自己所有的财物,但由他人占有或由公务机关的命令由他人看守时,也视为他人的财物(日本刑法第242条),因而所有人窃取该财物时,也构成盗窃罪。日本刑法没有明文限定盗窃罪中的财物的范围,但刑法理论的通说与判例,将盗窃罪对象的财物限定为有体物(但包括电力)。德国刑法明文规定盗窃罪的对象是可移动的财物(虽然也可以译为动产,但与民法上的动产不是等同含义);凡是客观上可以移动的财物,即使原本是不动产的一部分,也可以成为盗窃罪的对象。

(一) 占有的含义

占有,是指对财物的事实上的支配或者现实支配。因此,刑法上的占有是比民法上的占有更为现实的一个概念。例如,刑法上的占有不要求只是为了自己而占有,为了他人占有也包括在内;再如,在刑法上不承认由代理人所占有;还如,刑法上的占有,并不因为继承而当然转移给继承人。^[17]正因如此,有的学者主张用“持有”“所持”代替“占有”一词。德国民法上以“Besitz”一词表示占有,但刑法理论在论述盗窃罪中的他人占有的财物时,以“Gewahrsam”一词表示占有或持有。

[16] 该条中的“或者五十万元以下罚金”是2006年修改刑法时增加的。

[17] 根据德国的理论,被继承人死亡时,其生前直接占有的作为遗产的财物,在民法上由其继承人占有(即使继承人不在场也是如此);但在刑法上,该财物由死者的女管家占有。

(二) 占有的要素

一般认为,占有是由占有意思(主观的要素)与占有事实(客观的要素)组成。

占有意思,是指事实上支配财物的意思。占有的意思,并不一定限于对具体财物的特定的、具体的支配意思,通常只要是对自己支配的场所内的财物具有概括、抽象的支配意思(自然的支配意思)就够了。例如,对自己房间里的财物,一般认为具有占有的意思;即使房主外出,也对房间里的财物具有占有的意思。对财物的占有意思,既可以是明确的支配意思,也可以是潜在的支配意思。例如,在睡梦中,即使失去了对财物的认识,也认为具有占有的意思。但在某些情况下,如果事实上的支配并不明显,则要求有积极的占有意思。^[18] 占有者死亡或者占有者确定地放弃其占有意思时,就是占有意思的消灭时间。

占有事实,是指对财物的事实上的支配或现实支配。事实上的支配,并不等同于物理上的支配,而是根据社会一般观念上进行判断的。因此,即使他人在物理上并没有支配财物,但根据社会一般观念完全可能认定他人占有了财物。换言之,事实上的支配,并不要求现实的握有,根据主体对财物的支配力、财物的形状、性质,可以认为主体占有财物的,就属于事实上的占有。例如,主人所喂养的家禽即使离开主人外出,但由于家禽会自己回家,理当认为主人事实上占有着家禽。再如,他人土地上所生长的树木,即使没有人看守,也应认为他人占有该树木。

对于放置在公路、火车站的候车室或站台等公共场所的财物,应根据占有事实与占有意思,并考虑财物的形状、大小、行为人离开财物的时间长短、空间距离等进行综合判断。一般来说,只要他人对财物的支配没有障碍,就可以认定为他人占有了财物。

(三) 占有的主体

占有的主体只仅限于自然人,故许多国家的刑法都规定的是盗窃“他人的财物”。不过,这并不意味着不保护法人与国家的财产。法人与国家所有的财物,由其代表人占有,因此也属于自然人占有的财物。至于自然人是否具有意思能力或责任能力,则在所不问,幼儿、精神病患者以及其他心神丧失者,都可以成为占有的主体。例如,精神病人离开自己的房屋外出流浪时,也不能否认他对房屋及屋内财物的占有。

问题在于死者能否成为占有的主体,下面通过三种案例讨论这个问题。

第一,以杀害他人进而取走财物的意思,杀死他人并取走财物的案件。在这类案件中,由于行为人取得财物时被害人已经死亡,便产生了以下问题:如果不承认死者为占有的主体,能否将取得财物的行为评价为抢劫罪?从结论上看,都认为这种行为构成抢劫杀人罪,但理论构造并不相同。第一种观点肯定死者的占有,即被害人死亡后也继续占有其财物,取走其财物就侵害了死者的占有。由于行为人以暴力致人死亡,故成立抢劫杀人罪。但问题是,死者不可能对财物有占有的意思与事实上的支配。第二种观点主张,行为人在杀害的瞬间,被害人的占有便转移至行为人,因而成立抢劫杀人罪。第三种观点主张,抢劫罪的成立,只要求行为人着手实行时被害人占有着财物,并不要求其被害人还占有着财物,因而上述案件构成抢劫杀人罪。第四种观点主张,从整体上看,应认为上述

[18] 德国学者 Welzel 认为,占有有三个要素:一是现实的要素,即事实上支配着财物;二是规范的、社会的要素,即事实上的支配应根据社会生活的原则进行判断;三是精神的要素,即有占有的意思。实际上,前两个要素就是占有的事实,后一个要素就是占有的意思,故与上述两个要素的观点没有本质区别。

案件是以杀害、盗窃一连串的行为对被害人生前的占有进行侵害与转移的,故能成立抢劫杀人罪。第五种观点认为,在上述案件中,被害人死亡时,抢劫杀人罪便既遂;被害人死亡后是否仍然占有财物,则不是需要讨论的问题。

第二,杀害他人后才产生取得财物的意思,进而取得财物的案件。在这种案件中,由于行为人取得财物时,被害人已经死亡,因此,杀人后取得财物的行为究竟构成什么罪对此争论不休。第一种观点认为,取得财物的行为仅构成侵占脱离占有物罪。因为从物理上说,行为人不可能侵害死者生前的占有,故不能成立盗窃罪。第二种观点认为,取得财物的行为构成盗窃罪。但有各种各样的理由。有人肯定死者是占有的主体,被害人死亡后仍然继续占有着财物,取得该财物的行为当然构成盗窃罪。有人说,被害人死亡后,其继承人便占有该财物,取得财物的行为侵害了继承人的占有,故成立盗窃罪。有人说,被害人生前的占有,在财物与被害人死亡的时间、场所接近的范围内,仍然是刑法保护的對象。对取得该财物的行为,就应认定为盗窃罪(日本最高裁判所持此观点)。第三种观点认为,上述行为构成抢劫罪。行为人在杀害他人后,又利用被害人的死亡而取得财物,就使这种行为具有抢劫的性质。故这种行为除了构成杀人罪以外,还构成抢劫罪。但这种观点受到了较多的批判。因为抢劫罪中的暴力、胁迫是夺取财物的手段,所以,要求行为人在实施暴力、胁迫行为时就有取得财物的故意;而在这类案件中,行为人是在杀害他人后才产生取得财物的故意的,因而不能认定为抢劫罪。

第三,与被害人的死亡毫无关系的第三者夺取被害人财物的案件。一般认为,这种案件只成立侵占脱离占有物罪。因为在这种情况下,被害人既没有占有的意思,也没有事实上支配财物,故不能承认死亡后还占有着财物。如果杀害被害人的本人夺取财物,则可对这种行为进行整体评价,认为构成抢劫罪或盗窃罪;但由毫无关系的第三者夺取财物时,则不能认为构成抢劫罪或盗窃罪。不过,当被害人的财物能认定为属于死者家属占有时,可以认定为盗窃罪。例如,被害人死亡后,其家属已到达死亡现场时,应认为死者家属占有了财物,此时夺取该财物的,就构成盗窃罪。

概言之,对死者的占有存在以下观点:(1)肯定死者为占有的主体;(2)否定死者的占有,但针对杀人犯而言,肯定死者生前的占有;^[19](3)否定死者的占有,也否定死者生前的占有;(4)否定死者的占有,但当夺取财物的行为与夺取他人生前的财物可以等同看待时,例外地肯定死者生前的占有。

此外,如果行为人误以为他人还活着而盗窃他人财物,但事实上他人已经死亡,财物不在他人占有之下的,德国认定为盗窃未遂。例如,母亲外出旅游,女儿一人在家,女儿在母亲于旅游途中死亡后,得知母亲死亡的消息前,窃取了母亲的宝石。由于宝石的所有权转移给女儿,女儿在母亲死亡时是宝石的单独所有者,故认定为盗窃未遂(不能犯未遂)。

(四) 占有的他人性

盗窃罪的对象,必须是他人占有的财物。如果侵害行为人自己占有的他人财物,则不可能构成盗窃罪,只能构成侵占罪。

[19] 即在杀人犯杀害他人后,发现财物而取走的,应认定为盗窃罪。所盗窃的对象不是死者占有的财物,而是死者生前占有的财物。

1. 具有上下主从关系时的他人性

当数人共同管理某种财物,而且根据合同规定存在上下主从关系时,下位者是否也占有着该财物?这一问题关系到下位者的犯罪行为性质。例如,商店的店员与店主共同管理商店的财物,店主与店员是一种上下主从关系,那么,是否可以认为店员也占有着商店的财物?如果持肯定回答,则店员取走财物的行为构成侵占罪;如果持否定回答,则店员取走财物的行为构成盗窃罪。对此,主要有三种看法:

第一种看法认为,应当承认上下主从者之间共同占有财物,即下位者也占有着财物。但是下位者取走财物的行为同时侵害了上位者的占有,因此应构成盗窃罪。然而,如果承认上下主从者之间共同占有财物,则上位者取走财物的行为也构成盗窃罪。这显然不妥当。

第二种看法认为,下位者取走财物,属于侵害了复合占有的内部关系,而不是侵害了外部的占有,因此本质上属于违背了主占有者的信任,应成立侵占罪,而不是盗窃罪。这种看法也受到了批判,因为上下主从之间未必有这种信赖关系。

第三种看法认为,基于雇佣等合同具有上下主从关系的双方,事实上共同支配财物时,刑法上的占有通常属于上位者,而不属于下位者。即使下位者事实上握有财物,或者事实上支配财物,但也只不过是一种单纯的监视者或占有辅助者,而不是占有者。因为下位者并没有占有的意思,他只是作为上位者的手足机械地支配财物。因此,下位者基于非法占有目的取走财物时,构成盗窃罪。但是,如果上位者与下位者具有高度的信赖关系,下位者被授予某种程度的处分权时,就应承认下位者的占有。在这种情况下,下位者任意处分财物就构成侵占罪。这种看法可谓通说。此外要注意的是,商店的收银员在结算前对货款的占有,属于其单独占有。收银员在结算前非法占有货款的,不成立盗窃罪,而成立业务(职务)侵占罪。

关于运输中的货物的占有,需要具体判断。德国的学说与判例认为,如果雇主掌控运输路线,就认定为雇主继续占有运输中的货物,而非由司机占有货物。但是,如果是长距离的运输,在雇主对司机没有连续性监督的情况下,不能因为仅有驾驶记录就认定雇主占有运输中的货物。

2. 共同占有

在数人共同占有某种财物并处于对等地位时(不存在上下主从关系),其中任何一人的占有都是刑法保护的對象,因此任何一方侵害他方占有时(或者说侵害共同占有时),都构成盗窃罪,而不是构成侵占罪。对于这一点,有的国家刑法有明文规定(如意大利刑法第627条)。同等的共同占有的典型例是夫妻对共同财产的占有。

3. 封缄委托物的他人性

行为人受他人委托占有某种封缄的包装物(以下简称包装物)时,却取出了包装物中的财物(以下简称内容物)。在这种情况下,谁占有着包装物以及谁占有着内容物,就是需要明确的问题。换言之,这种行为是否侵害了他人(委托人)的占有?如持肯定回答,则该行为构成盗窃罪;如持否定回答,则该行为构成侵占罪。

第一种观点认为,行为人虽然占有了包装物,但考虑到委托人是将财物包装后交由行为人占有的,因此应认为委托人仍然继续占有着内容物,受委托的行为人只不过是占有的辅助者,如果行为人取出包装物,就属于侵害了他人的占有,应以盗窃罪论处(团藤重光、

大塚仁等)。这种观点无视行为人现实地支配整个包装物的一面,受到了批判。也有学者指出,行为人开封取得内容物的,侵害了委托人对内容物的占有,成立盗窃罪;行为人取得包装物整体时,也应认为侵害了委托人对内容物的占有,应认定为盗窃罪(山口厚)。

第二种观点认为,委托人是将整个包装物交由行为人占有,而不是只将包装物的包皮交由行为人占有,事实上行为人也握有着整个包装物,故行为人取出内容物并没有侵害他人的占有,只是侵害了自己所占有的他人财物,当然只构成侵占罪(中森喜彦等)。这种观点将事实上的握有等同于刑法上的占有,也受到了批判。

第三种观点认为,对包装物与内容物应分别处理。如果行为人侵害了整个包装物,就构成侵占罪,因为整个包装物是转移给行为人占有的。如果行为人只是侵害了内容物,就构成盗窃罪,因为内容物的占有仍然属于委托人(日本的判例、大谷实、前田雅英等)。这种观点不仅难以自圆其说,而且有失均衡,因为侵占罪的法定刑一般低于盗窃罪的法定刑,而根据这一观点,侵害整个包装物的,只构成侵占罪,而侵害其中的内容物的,却构成盗窃罪。

德国的学说与判例认为,就自动贩卖机这样的封闭容器来说,由钥匙的持有者占有其内容物;在容器没有封闭的场合,由于内容物与容器一并移动,因而由容器的管理者单独占有。

4. 遗忘物与遗失物的占有

日本刑法理论与判例没有明确区分遗忘物与遗失物,德国刑法理论与判例则进行了区分。可以肯定的是,如果甲将自己的财物遗失在银行、旅馆、机关单位等处,那么,甲便不再占有该财物,该财物由上述场所的所有人或者负责人占有。如果甲将财物遗失在商场,德国也会认为商场所有人或者管理者占有了财物,但日本刑法理论与判例会视商场的具体状况进行判断。

在德国,如果占有者暂时将财物遗忘在某处,并明确知道遗忘的地点,且客观上没有明显障碍使占有者重新取得对该财物的支配的,一般仍然认定占有者继续占有该财物。如果甲将财物遗忘(并非遗失)在乙支配的空间,一方面要肯定甲继续占有,另一方面也要肯定乙占有该财物,因而认定为共同占有。但是,如果能认定占有者已经丢失(遗失)了自己的财物,则占有者不再继续占有该财物。在日本,如果占有者暂时遗忘了财物,在短暂的时空范围内,也会认为占有者仍然占有自己的财物;但是,如果占有者遗忘的时间较长、空间距离较远,即使明确知道遗忘的地点,即使客观上没有明显障碍使其重新取得对该财物的支配,也可能认定其没有继续占有。可以认为,就遗忘物而言,与日本相比,德国刑法理论与判例更为宽泛地认定原占有者的占有。

不难看出,从占有的一般定义来说,日本与德国是没有差异的。但是,在具体案件的认定方面,德国与日本存在一定区别。

三、盗窃罪的行为

盗窃罪的行为表现为窃取他人财物。

(一) 窃取的含义

窃取,是指违反占有人的意思,排除他人对财物的占有,将财物转移给自己或者第三者占有。

所谓违反占有人的意思,也包括没有基于占有者的意志。如果转移占有的行为不违

反占有人的意志,则该行为不符合盗窃罪的构成要件。占有人看见行为人的行为时没有阻止的,不意味着占有人表示同意。但是,为了设置使人陷入盗窃的圈套,将财物放置于某处的,则应认定为同意。行为人窃取该财物的,在德国认定为盗窃未遂(不能犯未遂),在日本则需要判断是盗窃未遂还是不能犯。

在共同占有的场合,只有得到了全部占有人的同意,转移财物占有的行为才不成立盗窃罪;共同占有人的一人违反其他占有人的意思而转移财物的,同样成立盗窃罪。对于行为人采取欺骗方法使幼童将财物交付给自己的案件,日本一般以幼童的同意无效为由直接认定为盗窃罪;德国则认为,行为人的行为虽然得到了幼童的同意,但由于违反了幼童的父母或者监护人(共同占有人)的意思,因而仍然成立盗窃罪。

在通常情况下,窃取行为是否违反占有人意志,比较容易判断,但在附条件同意的场合,会存在不同看法与做法。例如,将铁片置于自动贩卖机中进而取得商品的,在德国与日本均认定为违反占有人意志的盗窃。有争议的是使用他人银行卡从自动取款机中取款的行为。德国的判例与通说采取了外观通常性的区分标准。亦即,与向自动贩卖机中投放铁片的异常外观相比,即使使用他人银行卡从自动取款机中取款,其外观也是正常的,或者说符合转移现金的外观,因而不能认定违反占有人的意志,不成立盗窃罪。显然,这样的做法会形成明显的处罚漏洞,因此,德国1986年增加了利用计算机诈骗罪(第263a条),后来还增加了滥用信用卡罪(第266b条)。日本刑法虽然也增加了利用计算机诈骗罪,但对上述行为则几乎没有争议地认定为盗窃罪。奥地利的判例也认为,无权限地使用他人银行卡从自动取款机中取款的,成立盗窃罪。因为与使用自己的信用卡但没有返还的意思的主观事项不同,无权限地使用他人银行卡的行为,是从外部就可以认识的客观事项。

在德国、日本等国,窃取并不必须是秘密取走,违反被害人的意志,公然、公开转移他人财物的,也属于窃取(抢劫财物的行为也符合窃取的要件)。大多数国家的刑法(如德国、日本等)没有规定抢夺罪,故公然夺取财物的行为,也属于窃取(某些情况下的抢夺可能认定为抢劫)。将他人所管理的财物假装成自己所有的财物,出卖给善意的第三人使其搬运的行为,属于盗窃。

窃取行为要求占有的转移,即一方面是他人丧失占有(排除他人的占有),另一方面是设定新的占有。单纯使他人丧失占有的行为,不属于窃取。但是,设定新的占有,并不限于设定由行为人占有;设定为第三者占有的,也不失为窃取。例如,行为人没有处分权,却擅自出卖他人占有的财物,使不知情的买主搬走财物的,成立盗窃罪。^[20]

窃取的手段与方法没有限制。所应指出的是,如果行为人在实施盗窃行为时,即使有欺骗行为,但该欺骗行为并没有使对方基于认识错误而交付财物时,仍然构成盗窃罪。例如,行为人伪装成顾客,到商店试穿衣服,然后穿着衣服伪装上洗手间后逃走的,也是窃取行为,而不构成诈骗罪。因为被害人并没有基于某种认识错误处分衣服。如果行为人试穿衣服,对店员说:“我将衣服穿回去后马上就送钱来。”店员信以为真,同意行为人穿走衣服,而行为人并不送钱到商店来的,则构成诈骗罪。

[20] 也有学者认为,只有当使第三者取得的行为,可以与行为人自己取得等同看待时,才能认定为窃取(西田典之)。但反对者认为,除了以毁坏为目的转移给第三者的以外,其他情形均应认定为窃取(山口厚)。

(二)着手时期

德国、日本等国刑法规定,盗窃罪的未遂也应受处罚。因此,明确盗窃罪的着手具有重要意义。一般认为,行为人开始侵害他人占有的财物时,就是盗窃罪的着手。但由于盗窃案件存在不同的类型,所以,并没有绝对的具体标准。如侵入住宅盗窃的案件,一般来说,行为人侵入住宅时还不能认定为盗窃罪的着手,只有物色或接近财物时,才认为是着手(客观说)。〔21〕再如,进入仓库进行盗窃的案件,大体而言,行为人以盗窃的目的开始侵入仓库时,就认为是着手(主观说与客观说都持这一观点)。又如扒窃案件,通常认为,当行为人的手接触被害人口袋的外侧时,才是着手(客观说)。〔22〕

(三)既遂时期

关于盗窃罪的既遂时期,外国刑法理论上主要有以下四种学说:(1)接触说,行为人的手接触作为盗窃罪对象的财物时就是既遂;(2)取得说,行为人或者第三者取得了财物的占有时便是既遂;(3)转移说,行为人已经将财物进行了场所上的转移时则是既遂;(4)隐匿说,行为人将财物隐藏在不容易发现的场所时才是既遂。

一般认为,接触说使盗窃罪的既遂过于提前,而且不符合盗窃罪的本质。转移说与隐匿说则使盗窃罪的既遂过于推后,也不符合盗窃罪的本质。取得说则是通说,因为窃取的本质是侵害他人对财物的占有,使目的物转归自己或第三者占有,而取得说正是符合这一本质。

虽然取得说是通说,但在一些具体的盗窃犯罪案件中,还是要根据财物的性质、形状、被害人对财物的占有状态、窃取行为的样态等进行判断。例如,就体积较小的财物而言,只要行为人将该财物放在自己的身上,如拿在手中、夹在腋下、放入口袋、藏入怀中等,就认为盗窃既遂。再如,就体积较大的财物以及其他难以搬出的财物而言,只要行为人使该财物处于可以搬出的状态,就构成盗窃既遂(盗窃汽车时,使汽车发动处于可以逃走的状态,就是盗窃既遂)。又如,从被害人占有的状态来看,如果行为人使财物脱离了被害人的监视、支配时,就成立盗窃既遂。还如,行为人在店铺内盗窃不可能藏在身上的财物,在这种情况下,由于占有人对财物的支配较强,行为人将财物搬出店外,使财物脱离了占有的监视时,就属于盗窃既遂。反之,在主人不在家的房间盗窃不可能藏在身上的财物时,由于占有人对财物的支配力较弱,只要行为人准备搬出财物时,就视为盗窃既遂。

由于盗窃犯罪的样态复杂,即使根据同一认定标准,有些盗窃究竟是既遂还是未遂,也是有争议的。特别是当行为人的取得与被害人对占有的丧失并不一致时,就会出现认定上的困难。例如,列车上的乘务员,将列车上的货物扔到列车外的某地,打算后来回到该地取回财物。在这种情况下,由于被害人已经丧失了对财物的占有,一般认为,行为人将财物扔下列车时,便构成盗窃既遂,而不是等到行为人实际取回财物时才是盗窃既遂(日本最高裁判所1949年12月22日的判例)。但能否说行为人扔下财物时就取得了该财物呢?这就很微妙了。如果行为人自己记住了扔下的地理位置,而且其他人难以发现该财物的所在场所,即使行为人还没有回到该场所取回财物时,也可以认为行为人取得了财物。

〔21〕 但有人认为,行为人侵入住宅时,就是盗窃罪的着手(主观说)。

〔22〕 但有人认为,行为人的手向被害人的口袋方向伸展时,就是着手(主观说)。

此外,被害人是否丧失了对财物的占有,也并不是一个容易认定的问题。例如,行为人在他人家的浴室里取得了一个戒指,打算以后再取回去,便将戒指藏在浴室的某个隐蔽地方,能否认为被害人已经丧失了对戒指的占有?因为戒指事实上还在被害人的浴室里,如果戒指所藏的地方并不是那么难发现,就难说被害人丧失了对戒指的占有。但一般认为上述行为已经属于盗窃既遂,理由是行为人事实上支配了戒指。

德国的通说与判例认为,如果根据社会的一般观念,行为人取得了对财物的现实支配,亦即,能够避免前占有人的阻碍控制所取得的财物,而且使前占有人如若不排除行为人的控制就不能再支配该财物,就要认定为财物已经转移给行为人占有,因而成立盗窃既遂。下面以值得讨论的一些事件为例,介绍德国的学说与判例。

1. 在店铺内的盗窃

在德国,行为人在店铺内盗窃体积较小、容易藏于衣服内的商品的,只要行为人将商品转移至“一身专属领域”或“禁忌领域”(“占有飞地”,如藏在衣服口袋里),即使根据社会的一般观念该财物还处于他人支配的空间内,也认定为排除了他人的占有并且转移为自己占有(盗窃既遂)。因为身体是禁止他人触碰的禁忌领域,被害人要取回商品就必须侵入禁忌领域,但这在经验法则上会受到重大抵抗,因而并非可以无障碍地取回商品。在这样的场合,被害人是否设置报警器并不重要,行为人的行为实际上是否受到了监视也没有关系。换言之,当行为人身藏小商品经过收银台时,即使通过报警器得知行为人窃取了商品,行为人仍然还在店铺内,也要认定该行为构成盗窃既遂。

如果行为人没有将商品藏在禁忌领域,只是以盗窃的故意将商品拿在手上或者放入购物篮中时,还不能认定为转移了占有。例如,行为人企图将笔记本电脑拿出店铺,而被店主夺回的,就不能认定为盗窃既遂。就这样的情形而言,只有当行为人拿着商品离开了店铺,才能认定为盗窃既遂。一般来说,根据社会的一般观念,只要行为人拿着商品经过了收银台,就可以认定为离开了店铺。

2. 在店铺外的盗窃

上述对店铺内盗窃的分析,也适用于在住宅内的盗窃,亦即,在他人住宅盗窃财物时,已经将财物藏于自己的禁忌领域的,即使还没有离开被害人住宅,也成立盗窃既遂。同样,在其他场所盗窃的,如果行为人将财物转移至其他禁忌领域(如自己或者第三者的住宅内、车内等),也必须认定为盗窃既遂。再如,行为人将财物转移到他人的住宅或者土地之外时,通常也会认定为盗窃既遂。但有判例认定,行为人将300公斤重的保险柜从建筑物搬出5米外正要乘车的,成立盗窃未遂。

3. 隐匿财物的盗窃

这是指将窃取的财物隐匿在被害人支配的空间内的情形。一般来说,仅此还没有侵害他人的占有。但是,如果行为人所隐匿的场所是其可以自由地、没有障碍地进入的场所,则能认定该行为已经排除了他人的占有且设定了新的占有,因而成立盗窃既遂。

4. 占有的松弛

如果没有转移财物的占有,只是使他人对财物的占有松弛的,不成立盗窃既遂。例如,店主让顾客试穿衣服的场合,就是使占有松弛的情形。行为人试穿衣服后逃走的,成立盗窃既遂。即使行为人在试穿阶段(试穿前)就具有不法取得的意思,穿上衣服后逃走的,也仅成立盗窃既遂,而不成立诈骗罪。

此外,在德国,盗窃既遂与盗窃终了不是等同概念。一般来说,只要行为人对财物设定了新的占有,就成立盗窃既遂。与此相对,行为人对物的占有已经确实化了才是盗窃终了。窃取财物(既遂)后行为人仍然在他人支配的空间内的,或者还处于现场旁边很远的地方,或者处于被追赶的状态的,盗窃行为都还没有终了。对盗窃既遂后终了前的行为,仍然可能适用加重构成要件,而且也能成立共同正犯、帮助犯。

四、盗窃罪的主观要素

盗窃罪只能出于故意。问题在于,行为人是否必须具有非法占有目的(德国刑法表述为违法所有目的,日本刑法理论表述为不法领得目的,以下均表述为非法占有目的)。如果持肯定态度,则需要进一步回答:如何理解非法占有目的。

(一)非法占有目的的要否

关于盗窃罪的目的,各国刑法上出现了两种不同的立法例。一种立法例是明确规定盗窃罪必须具有非法占有目的。例如,德国刑法第242条明文规定,盗窃罪必须“以自己或者第三者违法所有”为目的。奥地利、瑞士、意大利等国刑法都有类似规定。在这种立法例之下,非法占有目的就成为盗窃罪的主观要素。如前所述,德国的盗窃罪属于对所有权的犯罪。但是,盗窃罪的客观构成要件只需要转移财物的占有,而不要求所有权的转移;主观构成要件的违法所有目的,则是指转移所有权的意思。另一种立法例则没有明文规定盗窃罪必须出于某种特定目的(如日本刑法)。这种立法例也并不意味着非法占有目的绝对不是盗窃罪的主观要素,但由于缺乏明确规定,常常引起解释论上的争论。

非法占有目的必要说认为,成立盗窃罪,要求行为人在故意之外另具有非法占有目的。

一方面,财产犯分为毁弃罪与取得罪,盗窃罪属于取得罪,其主观要件除了盗窃故意外,还要求有非法占有的意思。毁弃罪是单纯导致对财物不能利用的犯罪,取得罪则是获取财物的利用可能性的犯罪,所以,后者的实行行为必须是出于利用财物的目的而实施的。这个意义上的非法占有目的,具有区分取得罪与毁弃罪的机能(区分盗窃罪、诈骗罪与毁坏财物罪的机能),而且能够说明二者的法定刑差异。另一方面,行为对法益的侵害达到了值得科处刑罚的程度时,才能成立犯罪;显然,暂时使用他人财物的行为(盗用行为)对法益的侵害还没有达到值得科处刑罚的程度,所以,非法占有目的具有限制处罚范围的机能(区分盗窃罪、诈骗罪与非罪行为的机能)。由于非法占有目的具有上述区分罪与非罪、此罪与彼罪的机能,因而成为盗窃罪的主观要素。此外,既然盗窃罪的本质终究是侵犯所有权与其他本权,就要求以侵犯所有权的样态实施行为,因此,单纯侵害占有的意思还不够,还必须具有作为所有者者(本权者)进行处分的意思。换言之,缺乏这种占有意思的行为(盗用行为),并不成立盗窃罪。

非法占有目的不要说认为,只要行为人具有盗窃罪的主观故意即可,不必另具有非法占有目的。

日本学者大塚仁在论述盗窃罪的主观要件时指出,要求盗窃罪具有非法占有目的,是想以行为人是否具有该目的为标准来区分盗窃罪与毁坏财物罪、不可罚的盗用行为的界限。但是,无论在哪一方面,都不具有充分理由。首先,关于盗窃罪与毁坏财物罪的区别。既然以非法占有目的实施盗窃行为的构成盗窃罪、以毁坏财物的意思实施毁坏行为的构成毁坏财物罪,那么,在行为人以毁坏的意思夺取了他人财物时,理当成立毁坏财物罪;但

是,果真如此,对于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的行为,就难以处理。由于毁坏财物罪以开始实施具体的毁坏行为为着手,因此,既然行为人只是夺取了财物而没有实施毁坏行为,就不能作为犯罪处罚,这便不利于保护被害人的财产。此外,根据非法占有目的的必要说,对于行为人当初以毁坏财物的意思夺取了他人财物,其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的,也难以处理。由于行为人不具有盗窃的意思,所以不能认定为盗窃罪;由于缺乏委托信任关系,也不能成立侵占罪。其次,关于盗窃罪与不可罚的盗用行为的区别。诚然,暂时擅自使用他人财物的行为,只要几乎没有夺取他人财物的物体与价值,就不具有可罚性。但是,这种行为之所以不构成盗窃罪,并不是因为行为人缺乏非法占有目的,而是因为其行为本身不能被认定为盗窃行为。例如,擅自借用他人桌上的小刀削铅笔,或者随意骑着他人停放在广场角落的自行车绕广场一周的行为,虽然都是遵从财物的经济用途进行了利用,并且在行为时具有像所有人那样予以利用的意思,但仅此还不能认为行为人取得了财物的占有,不属于可罚的窃取行为。所以,不依赖非法占有目的,也能区分盗窃罪与不可罚的盗用行为。大塚仁进一步指出,如果对盗窃罪、诈骗罪的保护法益采取本权说,那么就会要求非法占有目的;如果采取占有说,则不会要求非法占有目的。虽然盗窃罪的保护法益最终是所有权及其他本权,但是,大体合理的占有也是盗窃罪的保护法益,既然行为人认识到其行为侵害了他人对财物大体合理的占有而实施盗窃行为,原则上便成立盗窃罪,而不需要非法占有目的。

曾根威彦也采取非法占有目的的不要说。他指出,非法占有目的的必要说,以行为人不具有非法占有目的(排除意思)为由,为盗用行为的不可罚性奠定了基础。但是,以没有被客观事实证明的单纯的意思来决定犯罪的成立与否是存在问题的。对于盗用行为的不可罚性,应根据不存在排除权利者或其危险的客观事实,从客观违法性的见地来提供依据。非法占有目的的必要说,以是否具有非法占有目的(利用意思)来区分盗窃罪与毁坏财物罪,并认为有无非法占有目的能够说明盗窃罪与毁坏财物罪的法定刑差异(前者重、后者轻)。但是,仅仅根据没有被客观事实证明的内心动机、意思,决定法定刑的差异并不妥当;盗窃罪的法定刑重的根据,是随着对象的占有的转移,利益也转移、行为人取得不正当利益这种客观事实。

针对非法占有目的的不要说的观点,非法占有目的的必要说进行了反驳。

首先,如果不要求非法占有目的,仅从客观行为上区分盗窃罪与毁坏财物罪,那么,只有在客观上没有夺取财物的占有而直接毁坏财物时,才成立毁坏财物罪;夺取了财物后予以隐匿、毁弃的,都成立盗窃罪。这显然不合理。而且,在这一点上,非法占有目的的不要说,不能说明盗窃罪、诈骗罪与毁坏财物罪的法定刑差异。至于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的,当然成立毁坏财物罪;同样,行为人起初以毁坏财物的意思夺取了他人财物,其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的,理当成立侵占脱离占有物罪。

其次,如果不要求非法占有目的,仅从行为本身区分盗窃罪与不可罚的盗用行为,是相当困难的。因为盗窃罪是状态犯,盗用行为的可罚性要根据夺取占有时的情况进行判断,即使是对事后的客观利用程度是否具有可罚的违法性的判断,也必须考虑行为人夺取占有时的利用意思。所以,将非法占有目的作为主观要件是必要的。

最后,本权说与非法占有目的的必要说、占有说与非法占有目的的不要说并不具有必然的

联系,因为即使采取本权说,也可以认为只要侵害了占有就侵害了权利人对该财物的使用、收益、处分等本权机能,因而不要求非法占有目的;反之,即使采取占有说,也可能对处罚范围作出特别限定,进而要求非法占有目的。

日本的判例一贯坚持非法占有目的的必要说的立场,只不过在不同时期对非法占有目的的内容要求不同。^[23]

(二)非法占有目的的内容

1. 日本的学说与判例

关于非法占有目的中的“占有”的含义,日本刑法理论上存在不同学说:

第一说认为,非法占有目的,是指排除权利人,将他人财物作为自己的所有物(排除意思),并遵从财物的(经济)用途,对之进行利用或者处分的目的(利用意思)。例如,大谷实认为,排除意思是主观的违法要素,利用意思则是责任要素。一方面,既然财产罪的本质是侵犯所有权及其他本权,那么,作为其主观要件,仅有侵害的意思还不够,还必须具有像所有人那样进行支配的意思;盗用行为不具有这种意思,所以不成立盗窃罪。另一方面,盗窃罪与毁坏财物罪在侵害他人对财物的占有方面具有相同点,但刑法之所以对盗窃罪处罚更重,是因为基于利用意思夺取财物的责任比基于毁坏、隐匿财物的意思而夺取财物的责任更重。所谓利用意思,是指享受财物所具有的某种效用的意思。

第二说认为,非法占有目的,是指将自己作为财物的所有人进行支配的目的(仅有排除意思即可)。因为诈骗、盗窃等罪的本质是侵犯财产,使自己或者第三者成为财物的所有人。例如,团藤重光认为,盗窃罪、诈骗罪的本质是侵犯所有权,所以,非法占有目的的内容应是作为所有人进行支配的意思。就毁坏财物罪与取得罪的区别而言,只要是所有人,就有破坏、隐匿的自由,故只要有毁坏、隐匿的意思,就可以说具有非法占有的意思。就与盗用行为的区别而言,一时使用的意思还不能被评价为作为所有人进行支配的意思,但具有消费目的物的价值的价值的意思时,可以肯定非法占有目的;因为如果不是所有人就不能消费财物的价值,所以,如果具有消费财物的价值的价值的意思,就具有作为所有人进行支配的意思。

第三说认为,非法占有目的,是指遵从财物的(经济)用途进行利用的意图(仅有利用意思即可;如后所述,关于利用意思也存在不同理解)。因为诈骗、盗窃等罪不是单纯地转移财物的占有,而是以转移占有后积极地利用财物为目的。如前田雅英指出,对占有的侵害只有达到值得科处刑罚的程度时,才具有构成要件符合性;一时使用他人财物的行为的可罚性,取决于对权利人就财物进行利用的实际侵害程度;所以,非法占有目的并不要求有“作为所有人进行支配的意思”。但是,仅从客观面还不能区分毁坏行为与盗窃、诈骗行为,所以,需要具有遵从财物的本性进行利用的意思。此外,遵从财物的本来的用途进行利用、处分的意思,并不影响违法性,取得罪与毁弃罪对他人财产的法益侵害性没有差异,甚至可以说毁弃罪的法益侵害性更严重。尽管如此,取得罪的法定刑依然重于毁弃罪,这是因为对于国民来说,取得罪是具有诱惑性的、容易实施的行为,需要严厉禁止。但

[23] 其实,还存在更为细致的争论。如后所述,由于非法占有目的通说是指排除意思与利用意思,所以,有的学者对排除意思持肯定态度、对利用意思持否定态度(如团藤重光);有的学者相反,对排除意思持否定态度,对利用意思持肯定态度(如前田雅英)。

是,在这种场合,不需要具有经济上得利的意思,只要具有符合财物的本性的利用意思即可。

上述三种观点涉及的第一个实际问题是:盗窃罪与毁坏财物罪应如何区别?

例一:行为人以毁坏他人财物的意图取出财物,随后毁坏该财物。第一说主张成立毁坏财物罪,第二说主张成立盗窃罪(毁坏行为属于不可罚的事后行为),第三说主张成立毁坏财物罪。

例二:行为人以毁坏他人财物的意图取出财物,但其后并没有毁坏财物,而是单纯放置。第一说主张成立毁坏财物罪,第二说主张成立盗窃罪,第三说主张成立毁坏财物罪(因为毁坏是使财物丧失或减少效用的一切行为,隐匿财物也属于毁坏财物)。

例三:行为人以毁坏他人财物的意图取出财物,但其后产生非法占有目的,利用该财物。第一说主张成立毁坏财物罪与侵占脱离占有物罪,第二说主张成立盗窃罪,第三说主张成立侵占脱离占有物罪。显然,对非法占有目的的理解不同,盗窃罪与毁坏财物罪的界限就不同。

上述三种观点涉及的第二个实际问题是:对盗用他人财物的应如何处理?

按理说,三种学说会得出不同结论,但从学说的实际运用来看,持各种学说的人,并不认为任何盗用行为都不成立犯罪,或者说,都可能认为一定的盗用行为具有非法占有目的,进而认定为盗窃罪。例如,以使用后返还的意思,将他人的自行车使用了5分钟后还原处的,各种学说都不认为成立盗窃罪,但理由各不相同;反之,以使用后返还的意思,将他人的自行车使用了一天,次日才归还的,各种学说都认为构成盗窃罪。再如,对于使用后抛弃的意思擅自使用他人汽车的,各种学说也都主张成立盗窃罪,因为“使用后抛弃”的意思中既包含了排除意思(抛弃),也包含了利用意思(使用)。

日本审判实践主张,非法占有目的的内容是“排除权利人,将他人的财物作为自己的所有物,并遵从其经济用途进行利用、处分的意思”。^[24]据此,非法占有目的由排除意思与利用意思构成。

排除意思的主要机能是,将不值得科处刑罚的盗用行为排除在犯罪之外。所以,不可能事先形式地确定排除意思的含义,然后据此区分盗窃罪与盗用行为,而应根据刑法目的、刑事政策等从实质上划定不值得科处刑罚的盗用行为的范围,再确定排除意思的含义。关于排除意思(盗窃与盗用行为的区别)的具体内容,严格说认为,行为人必须具有完全排除权利人,并且由自己取代权利人的意思,但多数学者则对此进行了一定的缓和化。根据山口厚、松原芳博等学者的观点,排除意思,是指试图引起可罚的法益侵害(妨害他人对财物的利用)的意思。首先,即使只有暂时使用的意思,但如果没有返还的意思,就持续地剥夺了权利人对财物的利用可能性,应当认定有排除意思。例如,擅自使用他人的自行车后将自行车毁弃的,具有排除意思。其次,即使具有事后返还的意思,但如果从返还的时间、财物的性质等来看,其间明显妨害被害人对财物的利用的,也具有排除意思。对此,应通过考察被害人的利用可能性与必要性的程度、预定的妨害被害人利用的时间、财物的价值等来判断是否具有可罚性。最后,即使具有事后返还的意思,对利用可

[24] 日本大审院1915年5月21日判决,载日本《大审院刑事判决录》第21辑,第663页。泷川幸辰、藤木英雄、平野龙一、大谷实、中森喜彦等人支持判例的观点。

能性的妨害也比较轻微,但如果具有消耗财物的价值的意思的,或者说,导致权利人的财物价值减少的,也具有排除意思。例如,从超市窃取商品后伪装退货的,对商品具有排除意思,因而成立盗窃罪。

上述第一种情形的排除意思,表现为排除权利人对其财物本身的占有的意思;如果权利人不能占有自己的财物,就不可能利用、处分自己的财物,所以,这种情形下的排除意思是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。第二种排除意思,表现为排除权利人对财物的利用可能性的意思;由于财物是被权利人利用以达致其目的的工具,对财产的保护更重要的是对权利人利用财产的保护,所以,这种情形下的排除意思也是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。第三种排除意思,表现为排除权利人对其财物的价值的占有与利用的意思;由于权利人占有财物是为了利用财物的价值,对财物的保护实质上是为了保护权利人对财物价值的享有,所以,这种情形下的排除意思同样是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。

关于排除意思的认定,日本的审判实践起先基本上以行为人是否具有返还意思为基准进行判断。例如,单纯为了一时使用而将他人财物转移为自己占有的,不成立盗窃罪。但是,对于以使用后抛弃的意思夺取他人船只的,认定为具有非法占有目的。后来,即使行为人具有返还意思,判例也可能认定行为人具有非法占有目的。例如,行为人从某日上午7时至次日下午1时擅自使用他人汽车然后返还的,行为人为搬运赃物多次于夜间使用他人汽车次日早晨返还的,行为人擅自使用他人汽车约4小时却因无证驾驶被检举的,出于复印目的将秘密资料拿出并且复印后还还原处的(其间约2小时),都被认定有非法占有目的。

关于利用意思的具体内容,有的学者理解为遵从从财物的典型利用方法进行利用、处分的意思(少数说),有的学者理解为“享受财物所产生的某种效用的意思”或者“享受财物自身具有的利益或效用的意思”,有的学者理解为除了隐匿、毁弃之外的意思都具有利用意思。后两个理解不存在实质差异,都旨在将单纯毁坏、隐匿意思排除在外。

关于利用意思的认定,日本的审判实践起先要求行为人具有“遵从财物的经济用途进行使用、处分的意思”;但在难以认定遵从了财物的经济用途进行利用、处分的意思时,只要求具有“遵从财物的本来用途进行使用、处分的意思”,如为了投虚假选票,而将投票用纸取出的,被认定具有非法占有目的;不仅如此,只要行为人具有“享受财物所产生的某种效用的意思”时,也属于具有利用意思,如为了捆木材而切割电线的,也被认定具有非法占有目的。不难看出,日本的审判实践虽然坚持非法占有目的的必要说,并且认为非法占有目的包括排除意思与利用意思,但对其内容存在缓和化的倾向。^[25]由此可见,所谓排除意思,并不限于永久性排除权利人的意思。

2. 德国的学说与判例

如前所述,德国刑法明文要求盗窃罪具有非法占有目的。德国刑法理论认为,非法占有目的包括两个要素:一是排除意思(Enteignung),即排除所有权人的意思。就排除所有

[25] 关于非法占有目的的性质,日本学者有不同理解。有的学者认为,非法占有目的是违法要素;有的学者认为,非法占有目的是责任要素;有的学者认为,非法占有目的中的排除意思是违法要素,利用意思是责任要素。

权人而言,只要有间接故意即可。这是因为,盗窃犯通常只是对排除所有权人持容忍态度(in Kauf nehmen),而没有将排除所有权人当作目的,如果不是只要有间接故意就可以了,否则会形成处罚漏洞。二是取得意思(Aneignung),亦即,使财物成为自己或者第三者之物的意思。取得意思是一种意图,因而不能是间接故意。^[26]

(1)所有权的承认

虽然非法占有目的包括排除意思与得取意思,但首先可以肯定的是,只要行为人承认他人的所有权,就不成立盗窃罪。例如,为了从寻找失踪宠物的人那里获得酬谢金而取得他人宠物的,不成立盗窃罪。因为这种行为虽然侵害了他人对宠物的占有,但行为人仅具有获得酬谢金的目的,仍然承认他人以宠物的所有权。再如,士兵服役期满时发现自己的帽子丢失了,为了避免赔偿,盗窃了他人的帽子后将其作为自己的帽子退还给部队的衣装部。判决认为,士兵只有将帽子退还给所有人的意思,而没有排除所有权人的意思。为了避免赔偿而就帽子的同一性进行欺骗的行为,只是是否成立诈骗罪的问题。又如,为了返还给所有权人,将出卖的赃物再窃取回来的,以索取赎金为目的窃取他人绘画的,判例也否认盗窃罪的成立。理由是,行为人窃取财物时没有转移所有权的意思,相反承认本来的所有权人,因而缺乏非法占有目的。

(2)排除意思

排除意思,是指行为人为了获得对财物的支配地位,意图在事实上持久地(dauernhaft)排斥或破坏他人对财物的支配关系。这被认为是非法占有目的的消极要素。排除意思,不以对所有权人产生财产上的损害为必要。例如,违反他人意志,以更高价值的财物换得他人价值较低的财物的,也成立盗窃罪。^[27]如果在取得他人财物时具有返还的意思的,则缺乏排除占有的意思,不成立盗窃罪(消耗了财物价值的除外);但是,如果行为人打算在使用后抛弃财物的,则认为具有排除占有的意思。排除意思具有使盗窃行为与单纯非法使用行为(Gebrauchsanmassung)相区别的机能。单纯使用的意图虽然也能被认定具有将他人财物作为自己财物的意思,但缺乏排除意思。

关于排除意思,还存在排除的对象或者占有的对象的问题。^[28]关于非法占有的对象,德国刑法理论在盗窃罪问题上存在物质理论(物体理论)(Substanztheorie)、价值理论(Werttheorie; Sachwerttheorie)与结合理论(Vereinigungstheorie)之争。物质理论认为,所谓非法占有目的,是指行为人具有将他人的财物本身(物质、物体)非法予以占有的意思。价值理论认为,所谓非法占有目的,是指行为人具有非法占有他人财物的价值的意义。结合理论认为,只要行为人具有非法占有他人的财物本身或者财物的价值的意义,就是具有非法占有目的。显然,结合理论实际上是择一理论。德国刑法理论与审判实践的通说是结合理论。根据物质理论,行为人取走他人财物后,将依附于财物的经济价值抽出后将该物返还的,不成立盗窃罪,这显然不合适。根据价值理论,取得缺乏经济价值的财物的行为,也不成立盗窃罪,这在德国并不妥当。所以,结合理论成为通说。

根据结合理论,虽然行为人打算返还所窃取的财物,但如果具有剥夺财物价值的意义

[26] 也有学者在排除意思与取得意思的基础上,要求行为人具有基于所有权人的地位而自由处理财物的意义。

[27] 当然,擅自交换财物的行为,在某些情况下,可能通过推定的承诺阻却违法性。

[28] 这一问题不仅与排除意思有关,也与取得意思有关。

的,也能肯定行为人具有排除意思。问题是,如何确定财物的价值范围?通说与判例认为,即使剥夺了财物的价值,也并非都能认定有排除意思。只有当行为人旨在剥夺内在于财物的固有价值,或者被内化于财物自身的(经济的)价值,进而使财物在夺取的范围内没有价值的,才能认定有排除意思。例如,以使用后返还给他人的意思窃取他人电话卡的,以取款后将存折返还给他人的意思而窃取他人存折的,具有排除意思,成立盗窃罪。^[29]但是,如果行为人没有侵害内在于财物的价值的价值的意思,或者说超出了这一界限,就不成立侵犯所有权的盗窃罪,只能成立其他犯罪。例如,以取款的意思窃取他人存折时,为了证明身份同时窃取了他人的护照,并且打算使用后返还存折与护照。虽然对存折具有排除意思,但对护照没有排除意思,因为护照所具有的证明同一性的机能完全没有受到侵害。再如,从他人U盘中复制数据予以使用的,只要没有变更财物的价值,即使行为人具有获得经济利益的意思,也不具有排除意思。

行为人并非完全剥夺财物的价值,只是使财物的价值相当程度地减少时,也能认定有排除意思。例如,在2年间擅自使用他人机械的,能认定行为人具有排除意思。至于需要何种程度的价值减少,则是一个价值判断问题。行为人盗窃新书,打算阅读后返还的,由于阅读后就使新书变成了旧书,不能像新书一样出售,因而具有排除意思。但是,如果是在书店阅读新书的,则不能直接认定有排除意思。

行为人盗用他人汽车后搁置不管的,如果考虑到场所的远近等具体事项,没有特别的负担就能恢复以前的占有的,就认定具有返还的意思,因而否认排除意思。反之,如果行为人打算盗用后放在第三者容易盗走的场所,能否返还依赖于偶然因素的,则能认定具有排除意思。

行为人从所有权人处窃取财物后,将该财物作为另一种财物出卖给所有权人的,也能认定具有排除意思。因为在这种场合,行为人实际上否认了所有权人的所有权。

(3) 取得意思

取得意思,是指使财物成为自己或者第三者之物的意思,或者说行为人意图使自己或者第三者具有类似所有人的地位,而将所取得之财物作为自己或者第三者所有之财物。这被认为是非法占有目的的积极要素。

首先,将他人财物当做自己财物的意思,包括将被害财物编入(列入、纳入)自己财产的意思以及将他人财物的价值当作自己的财产的意思。

行为人至少一时地将窃取的财物置于自己身边,或者具有利用意思时,即行为人具有将被害财物编入自己财产的意思时,就意味着行为人将被害财物当做自己的财物。盗窃罪是侵犯所有权的犯罪,而不是利得犯罪,所以不要求行为人具有获得经济利益的意思。但是,单纯的开始占有本身,还不能说行为人将自己当作所有权人的意思。因为如果仅凭占有的开始就认定行为具有将被害财物当作自己财物的意思,就会导致夺取财物的所有行为都构成盗窃。但是,以毁坏的意思而夺取财物时,就缺乏将他人财物当作自己财物的意思。毁坏行为虽然也可谓擅自行使所有权的权能,但并没有使行为人财产状态发生变

[29] 这一点与日本不同。在日本,行为人窃取存折后在柜台取款的,分别对存折成立盗窃罪、对现金成立盗窃罪(并罚)。德国之所以仅认定为盗窃罪,是因为民法的规定不同。德国民法典第808条第1款规定:“在规定证书所许诺的给付可向任何持有人履行的同时,发出记有债权人姓名的证书的,债务人因向证书的持有履行给付而免除债务。持有人无权请求给付。”

化。例如,为了毁坏而窃取他人文书的,就没有将该文书当作自己文书的意思。与此相反,男性基于癖好窃取女性内衣的,具有将内衣当作为自己财物的意思。再如,为了打开监狱的门,打算使用后扔掉钥匙的,对钥匙也具有取得意思。

由于取得的对象既包括财物本身也包括财物的价值,所以,将他人财物的价值当做自己的财产时,也具有取得意思。与排除意思不同的是,在具有将他人财物的价值当做自己的财产的场所,原本能够认定行为人具有将财物本身当做自己的财物的意思。因此,没有必要独立讨论财物的价值。

其次,取得意思还包括将被害财物或者财物的价值使第三者取得的意思。德国1998年第六次刑法修正时,在盗窃罪中增加了“违法使第三者取得的意思”。在此之前,由于仅规定了使自己取得的意思,因而非常宽泛地认定行为人具有取得财物价值的意见,以便填补处罚的漏洞。例如,帮助他人盗窃以便获得报酬的,也认定为具有使财物的价值当作自己的财产的意思,现在则不需要这样解释。

最后,取得意思必须是超越确定的认识的意图(意图的必要性),而不能只是未必的故意。例如,基于意图的必要性,就有必要区分容器与内容物。盗窃犯旨在取得内容物,并没有将容器作为搬运手段的想法,而是打算立即抛弃容器的,就不能认定其对容器具有取得意思。而且,如果行为人只是为了盗窃现金,但内容物没有价值的,就只能认定为盗窃未遂。再如,就犯人从监狱脱逃时所穿的衣服而言,由于不得不穿着衣服逃走,而不是意图取得衣服,所以,对监狱的衣服不具有取得意思。此外,即使取得意思附有一定条件时,也不能否定行为人具有取得意思,问题在于是否作出了最终的意思决定。例如,行为人窃取他人的财物作为确保他人履行债务的质押物时,只要有债务人不履行债务就出卖该财物的意思,就具有了最终的意思决定,因而具有取得意思,构成盗窃罪。

(4) 占有目的的违法性

非法占有目的要求目的具有违法性。但“违法”这一要件本身是客观的构成要件要素,也是故意的认识内容,因而与犯罪论体系中的违法性不是一个含义。占有目的是否违法,需要根据民事法律规范进行判断。如果行为人具有取得财物的权利,就不可能成立盗窃罪。

在行为人对特定物享有债权(请求权)的场合,行为人擅自从拒不交付(履行)的债务人处取走特定物的,其目的的违法性被否认。如果不享有债权但误以为享有债权的,则阻却故意。

在对象为种类物尤其是金钱的场合,对擅自夺取金钱等种类物的行为,能否认定目的的违法性,则存在争议。德国判例认为,这种场合不能否认违法性,因为在对象为种类物的场合,债务人对交付什么样的物具有选择权。不过,虽然判例否认违法性,但通常行为人认为自己享有取得种类物的权利,因而能阻却故意(但是,有人批判道,这种情形只不过是违法性的错误)。刑法理论的通说则认为,金钱不可能有品质的区别,故选择权是没有意义的,既然如此,享有金钱债权的场合,在期限届满时擅自夺取金钱的,应当否认违法性。不过,这种观点不应适用于金钱以外的场合。

顺便指出的是,奥地利通过违法所有目的这一要件,将暂时使用他人财物的行为、以损害或剥夺为目的的窃取行为,以及为所有者所实施的行为,排除在盗窃罪之外。

3. 英美法中的非法占有目的

英国普通法一直要求盗窃罪、诈骗罪的行为人主观上具有“永久性剥夺他人财产的意图”。但是,一方面,英国刑法并不要求行为人具有获利意思(lucri causa),即使以毁坏的意思夺取或者骗取他人财物的,依然成立盗窃罪或诈骗罪。例如,被告人的朋友因为盗窃他人的马而受到追诉,被告人以毁灭罪证的目的,将他人的马牵出后使之摔死于矿井的,也被认定为盗窃罪。因为就盗窃罪的主观要件而言,只要行为人具有不诚实地完全剥夺所有人的财物的意思就够了,而不要求有获利的意思。另一方面,由于英国刑法明文要求盗窃罪、诈骗罪具有“永久性剥夺他人财产的意图”,所以,暂时的盗用行为、骗用行为不构成盗窃罪、诈骗罪。例如,擅自将他人的马牵走后放置在30英里以外的场所的,虽然成立其他罪,却不成立盗窃罪。但是,在英国的判例上,以下三种虽不具有永久性剥夺他人财产的意图的行为,仍然被认定为盗窃罪或诈骗罪:(1)为了索要金钱等而夺取他人财物的,成立盗窃罪或诈骗罪。这是指为了使财物的所有人买回或者给予报酬而取得所有人财物的情形。例如,将所有人的马牵走后,要求所有人给付金钱,否则不归还马的,成立盗窃罪。再如,在被害人家里做工的人,将被害人掉在院里的贵重金属拿回自己家,要求被害人给付金钱才返还的,成立盗窃罪。(2)以质押目的一时使用他人财物的,被认定为盗窃罪。(3)以消费财物的价值的意义一时使用他人财物的,也被认定为盗窃罪。

1968年英国盗窃罪法明文规定,盗窃必须具有“永久性剥夺他人财产的意图”。但是,一方面,该法第6条第1款规定,行为人虽然不具有使他人永久性地丧失财产的意图而取得属于他人的财产,但如果行为人不顾及他人的权利,具有将该财产作为自己的财产进行处置的意思的,视为具有永久性剥夺他人财产的意图。第6条第2款规定,合法或者非法地占有或支配他人财产的人,在不可能履行归还义务的情况下,为了自己而未经他人许可放弃该财产的,属于将他人财产作为自己的财产进行处置。显然,前述三种虽不具有永久性剥夺他人财产的意图,但仍然被判例认定为盗窃罪的情形,在制定法上被视为具有永久性剥夺他人财产的意图。另一方面,该法第12条又规定了未经授权而使用他人的机动车辆或其他运输工具罪。据此,盗用行为原则上不认为具有永久性剥夺他人财产的意图,因而不成立盗窃罪。

由此看来,英国刑法与判例似乎与日本的上述第二说相同,即行为人具有将他人的财产作为自己的财产进行支配的意思时,便具备盗窃罪的主观要件(非法占有目的)。

通过上述分析,大体可以得出以下结论:其一,日本、德国、英国刑法注重保护被害人的财产,不仅保护财物本身,而且保护财物的价值。其二,不具有非法占有目的,仅具有毁坏意图的,原则上只成立毁坏财物罪,而不成立盗窃罪、诈骗罪。其三,如果刑法规定了使用盗窃罪,对非法占有目的的认定就会比较严格;如果刑法没有规定使用盗窃罪,对非法占有目的的认定就会比较宽泛。

五、特殊盗窃

有的国家刑法只用一个法条规定了盗窃罪,而且只有一个罪状与法定刑(如日本刑法),有的国家刑法则用数个法条规定了各种盗窃罪,除普通盗窃罪之外,还规定了加重盗窃罪以及特殊类型的盗窃。下面简单介绍德国刑法中的携带武器或者其他危险工具盗窃与侵入住宅盗窃(入户盗窃)。

德国刑法第244条规定的携带武器或者其他危险工具盗窃,是普通盗窃罪的加重构

成要件。

德国刑法没有明文规定“武器”的含义与范围,根据德国的判例,步枪、手枪、气枪、匕首、砍刀、催泪弹等均属于武器。但是,仅具有枪支等武器外形的器具不一定属于武器,只有当行为时具有对人体造成显著伤害的功能,处于可以被使用的状态,才是本罪的武器。不能发射子弹的枪支,以及没有装入子弹的枪支,不属于本罪的武器;但在枪支功能正常的情况下,如果能够立即装入子弹的,也属于武器。已经装入子弹的枪支,即使没有上膛,也是本罪的武器。“危险工具”,是指具有与武器相似的功能的物件。德国的司法判例将刀刃较长的折叠刀、美工刀乃至螺丝刀都认定为危险工具。大体而言,本罪中的武器相当于性质上的凶器,危险工具则相当于用法上的凶器。^[30]

“携带”,是指将武器或者其他危险工具(以下省略表述为武器)带在身上或者置于身边附近,从而可以随时没有障碍地使用。(1)从空间角度来看,不需要行为人将武器拿在手上或者放在身上,只要放在随时可以使用的身边附近即可。根据德国的判例,行为人将武器放在数米之外的,属于携带;但放在200米之外的,则不属于携带。另外,虽然武器放在身上或者置于身边附近,但如果不能随时没有障碍地使用的,也不能认定为携带。例如,将武器放在锁好、捆好的背包里实施盗窃行为的,不能认定为携带武器盗窃。(2)从时间角度来看,要求在实施盗窃行为时携带了武器。其一,行为人在着手盗窃前携带武器的,无疑属于携带武器盗窃;其二,不需要事前准备武器,在盗窃的现场或附近获得武器的,也属于携带;其三,不需要在盗窃行为的整个过程中携带武器;其四,在盗窃行为既遂之后终了之前携带武器的,虽然司法判例认定为携带武器盗窃,但部分学者持反对态度。(3)从主体角度来看,在共同犯罪中,只要参与人中有人携带武器,其他知情的人均构成携带武器盗窃。原本合法携带武器的人实施盗窃的,司法判例与多数学者都认为构成携带武器盗窃(以行为人认识到自己携带了武器为前提)。(4)从主观目的来看,携带武器或者其他危险工具盗窃的,不需要有以暴力、胁迫压制他人反抗的意图,只要行为人认识到自己携带了武器或者其他危险工具即可。但是,如果行为人意图以暴力或者胁迫手段阻止、压制他人的反抗,而携带武器与其他危险工具之外的器具(如绳子、胶带、假枪等)或者药物的,也要认定为携带武器盗窃罪。

德国刑法第244条规定的侵入住宅盗窃罪,也是普通盗窃罪的加重构成要件。本罪的住宅原则上与侵入住宅罪的住宅相同;一家人居住的房屋中,即使部分房间作为经营公司的办公室的,也属于住宅;旅客所住的宾馆房间,同样属于住宅。侵入,是指闯入、翻入、用虚假钥匙或者用其他非用于正常开锁的工具侵入住宅,或者隐藏在住宅内盗窃。在德国,结合犯属于加重构成要件的一种类型。侵入住宅盗窃实际上是结合犯,所以,行为人为了盗窃侵入住宅后,实际上在与住宅相分离的办公场所盗窃的,也成立侵入住宅盗窃。反之,如果行为人为了盗窃而侵入办公场所,实际上却是从住宅盗窃财物的,则不成立侵入住宅盗窃。

六、盗窃罪的罪数

财产犯罪的保护法益,不是一身专属法益,因此,盗窃罪的罪数不是由被害法益的数

[30] 性质上的凶器,是指原本用于杀伤他人的物件;用法上的凶器,是指从使用方法来看,可能用于杀伤他人的物件。

量决定,而是由盗窃行为的数量,即侵害占有的行为个数来决定。例如,行为人一次盗窃了由一人占有的属于数人所有的全部财物时,只成立一个盗窃罪。应当注意的是,即使有数个盗窃行为,在日本也大有可能属于包括的一罪。例如,行为人在一天之内,三次从某仓库盗窃财物,就只构成一个盗窃罪(接续犯),而不认为构成三个盗窃罪。

行为人侵入他人住宅后窃取了财物的,属于盗窃罪与侵入住宅罪的牵连犯(或者想象竞合,或者法条竞合中的吸收关系),不成立盗窃罪与侵入住宅罪的并合罪。窃取他人财物后,诈称是自己的财物而从第三者那里骗取金钱的,则是盗窃罪与诈骗罪的并合罪。

在日本,盗窃他人存折后,假冒存款人从银行柜台取出存款的,成立盗窃罪与诈骗罪的并合罪,盗窃罪的对象是存折本身,诈骗罪的对象是银行的现金。盗窃银行卡后,假冒持卡人从银行柜台取出现金的,成立盗窃罪与诈骗罪的并合罪,盗窃罪的对象是银行卡本身,诈骗罪的对象是银行的现金。盗窃银行卡,从自动取款机取出现金的,是两个盗窃罪(并合罪),其中一个盗窃罪的对象是银行卡本身,另一个盗窃罪的对象是银行的现金。

盗窃罪是状态犯,盗窃既遂以后,其违法状态仍在存续。但是,在这种状态下,盗窃犯对所盗财物实施其他侵害行为的,也只构成盗窃罪,而不另外构成其他犯罪。例如,行为人盗窃他人财物后,又使用、变卖、毁弃该财物的,也不构成其他犯罪,因为这种行为被评价在盗窃罪中,所以只成立盗窃罪。但是,如果事后行为侵害了新的法益,则认为这种事后行为不能评价在盗窃罪中,因而成立另一犯罪。

七、侵夺不动产罪

将侵夺不动产(或窃占不动产)作为一个独立的犯罪,只见于少数国家(如日本、意大利等)的刑法规定。下面以日本规定为例展开说明。

如前所述,盗窃罪是将他人占有的财物取走,只有这样才能称得上窃取,但不动产是不能被取走的,因此盗窃罪的对象不包括不动产。但侵害他人不动产的行为是存在的,对这种行为给予刑罚处罚也是必要的,为了解决这一问题,日本刑法于1960年新设了侵夺不动产罪。

侵夺不动产罪,是指侵害他人对不动产的占有的行为。

顾名思义,侵夺不动产的对象只能是他人占有的不动产。不动产,一般是指土地以及土地上的定着物。土地并不是仅指地面,而是包括土地上的空间与地下。土地上的定着物则只限于建筑物。本来,根据民法的规定,土地上生长的树木也是不动产,但刑法理论并不这样认为。因为树木可以与土地分离,而且是可以被窃取的,故行为人窃取土地上的树木时,直接构成盗窃罪,而不是构成侵夺不动产罪。作为本罪对象的不动产,必须是他人占有的不动产。不过,即使该不动产的所有权属于行为人,但属于他人占有或者基于有关命令而由他人看守时,也认为是他人占有的不动产。所有人侵夺该不动产的,也成立本罪。

对不动产不可能像其他物品那样进行窃取,故刑法使用侵夺一词。所谓侵夺,是指排除他人对不动产的占有,而将该不动产设定为自己或者第三者占有。被判例认定为侵夺不动产的行为主要有:未经允许在他人的土地上建住宅或店铺;移动边界线使他人土地的一部分归自己占有;住进他人占有的空房;假称他人的土地为自己的土地而出卖或出租;将他人的空房作为仓库堆放物资;擅自耕种他人的农田,在土地上建苗床、播种子;在他人的土地上挖坑,取走泥土之后,填埋渣土与废弃物;在公园的规划用地上,建造简易建筑

物;超出土地使用权限,在土地上堆放大量废弃物,导致难以恢复原状;等等。不管是哪一种侵夺行为,都要求使不动产的占有状态发生质的变化。因此,租赁人在租赁期满后,仍然赖着不搬走的,不成立侵夺不动产罪。由于侵夺不动产罪是指侵害了他人对不动产的事实性支配,所以,行为人篡改不动产登记,或者通过虚假手段非法取得不动产登记的,不成立本罪。

一般认为,侵夺不动产罪不是继续犯,而是状态犯。行为排除了他人对不动产的占有,而将该不动产设立为自己或第三者占有时,就构成本罪的既遂。既遂后的行为,只要没有进一步侵害其他法益,就属于不可罚的事后行为,不成立数罪。

侵夺不动产罪只能由故意构成,行为人对排除他人对不动产的占有、将该不动产设定为自己或第三者占有,具有认识与容认态度,就成立本罪的故意。与盗窃罪一样,是否需要行为人具有不法所有的意图,存在争议。

八、亲族相盗

(一)意义与性质

德国、法国、日本、意大利、奥地利等多数国家刑法,对亲族相盗都作了特别规定,使亲族相盗与一般盗窃在处理上相区别。所谓对亲族相盗作特别规定,并不是指将亲族相盗作为一个独立的罪名,而是将亲族相盗进行特别处理。这种特别处理因各国刑法的规定不同而不同。如德国、瑞士刑法采取自诉原则,即亲族相盗只有在告诉的情况下才当盗窃罪处理。法国、西班牙采取不予定罪或不追究刑事责任的原则,如法国旧刑法与西班牙现行刑法规定亲族相盗仅“负民事赔偿责任”,法国新刑法第311-12条规定,盗窃尊、卑直系亲属之财物,盗窃配偶之财物的,“不得引起刑事追究”。日本刑法采取的是免除处罚与自诉相结合的原则,即对配偶之间、直系血亲与同居的亲属之间的盗窃,采取免除处罚的原则;对上述以外的亲属之间的盗窃,采取自诉原则。

需要研究的是对亲族相盗作上述特殊规定的理由何在,这是颇有争议的问题。

人的处罚阻却事由说认为,亲族相盗符合盗窃罪的构成要件,也是违法且有责的行为,但“法律不进入家庭”,即亲族间犯财产罪时,与其由国家干涉,不如交由亲族间自由处理。因此,亲族相盗属于一身的处罚阻却事由。这一观点虽然可谓通说,但并非没有缺陷。“法律不进入家庭”的观念并不妥当,它意味着家庭立于法治之外;根据这一理由,亲族间的伤害、暴行也应由亲族间自由处理,这是不可能的。

可罚的违法性阻却事由说认为,与一般社会上的人与人之间的关系不同,亲族间的关系具有很强的结合关系,形成共同的消费体,因此,亲族间即使相互侵害财产的所有权与占有,也具有不违法的一面(不是指完全没有违法性);而且,亲族间对财物的所有、占有关系并不一定明确。所以,亲族相盗就使得盗窃行为的违法性减少,结果使亲族相盗没有可罚的违法性。这一观点也存在问题。如果说亲族相盗都不构成犯罪,这一学说是道理的,但亲族相盗可能是告诉就处理,也可能是免除处罚,这两种情况都说明亲族相盗具有可罚的违法性,而不是没有可罚的违法性。

责任阻却事由说认为,亲族之间形成一种共同体,从规范意识来看,在这一共同体中,不能期待亲族间不进行相互侵害,即不能期待亲族间不相互进行盗窃。由于没有这种期待可能性,因此设亲族相盗的特别规定。显然,这一学说难以成立。它既不能说明为什么亲族相盗只是免除处罚,而不是不构成犯罪,也不能说明为什么亲族间没有不相互盗窃的

期待可能性。

(二) 适用条件

亲族相盗显然只适用亲族之间,这里的亲族范围,各国刑法规定不一。德国刑法规定为亲属、监护人、照管人、共同生活者;瑞士刑法规定为亲属或者家庭成员;日本刑法将“配偶、直系血亲或者同居的亲属”规定为一类,将“其他亲属”规定为第二类;英美国家刑法所规定的亲族相盗,一般只限于配偶。

问题在于,所谓亲族关系,究竟是谁与谁之间有亲族关系。第一种观点认为,亲族关系是指盗窃犯人与财物的所有人及占有人之间必须具有亲族关系;第二种观点认为,亲族关系只要求盗窃犯人与财产的所有人之间具有亲族关系;第三种观点认为,亲族关系只要求盗窃犯人与财物的占有人之间具有亲族关系。这三种观点与盗窃罪的法益密切相关。主张盗窃罪侵害的法益只是占有的人采取第三种观点;主张盗窃罪侵害的法益是所有权及其他本权的人采取第二种观点;主张盗窃罪侵害的法益包括占有与本权的人采取第一种观点。

如果本来不存在亲族关系,而行为人误认为存在亲族关系,或者与此相反时,应当如何处理呢?这个问题不仅与刑法上的错误理论有关,而且与对亲族相盗的性质的看法也密切相关。

主张人的处罚阻却事由说的学者认为,亲族相盗完全具备构成要件符合性、违法性与有责性,亲族关系的有无与犯罪是否成立并没有直接关系,因此,关于亲族关系的认识错误是与故意或责任没有关系的问题。如果本来是亲族的财物,而行为人误认为是他人的财物进行盗窃的,应适用亲族相盗的特别规定;如果本来是他人的财物,而行为人误认为是亲族的财物进行盗窃的,则不适用亲族相盗的特别规定。

主张可罚的违法性阻却事由说的学者认为,对于亲族关系的认识错误,属于对违法性或违法性阻却事由的认识错误。如果本来是亲族的财物,而行为人误认为是他人的财物进行盗窃时,应当适用亲族相盗的特别规定;如果本来是他人的财物,而行为人误认为是亲族的财物进行盗窃时,则属于违法性阻却事由的认识错误,如果能够认为这种错误是一种事实错误,则不成立犯罪。

主张责任阻却事由说的学者认为,对于亲族关系的认识错误,属于对期待可能性的错误。如果本来是亲族的财物,而行为人误认为是他人的财物进行盗窃时,不能认为没有期待可能性,仍然成立犯罪;如果本来是他人的财物,而行为人误认为是亲族的财物进行盗窃时,属于没有期待可能性,不成立犯罪。

第三节 抢 劫 罪

一、抢劫罪概说

抢劫罪(强盗罪),是指行为人以非法占有为目的,使用暴力、胁迫以及其他不法手段,使他人不能抗拒,进而强取财物或者财产性利益,或者逼迫他人交付财物或者财产性利益的行为。这个一般性定义,不能适用于所有国家刑法的规定,但大抵能够包括一般国

家刑法所规定的抢劫罪的内容。

就违反所有人或占有人的意思取走财物而言,抢劫罪与盗窃罪有相同之处。也正因为如此,有的国家刑法规定,“盗窃+暴力、胁迫”就是抢劫罪(如瑞士刑法第140条、法国旧刑法以及英美刑法,由此可以明白“强盗罪”的本来意义)。这个意义上的强盗罪与盗窃罪的区别在于,是否实施了暴力、胁迫行为进而压制被害人的反抗,其他方面似乎都是相同的,甚至可以说,强盗罪是盗窃罪的加重形态。

但是,多数大陆法系国家的刑法还是将抢劫罪规定为以暴力、胁迫方法强取财物的行为,即抢劫不是“盗窃+暴力、胁迫”,而是“暴力、胁迫+强取(夺取)财物”。^[31]这样,抢劫罪就是暴行罪、胁迫罪或者强制罪与盗窃罪的结合犯。因此,抢劫罪的保护法益是意思活动的自由与财产(具体内容取决于如何理解盗窃罪的保护法益,如在德国,抢劫罪的保护法益就是意思活动的自由与所有权)。由于各国刑法都将抢劫致人伤亡规定为结果加重犯,所以,作为结果加重犯的抢劫罪的保护法益也包括了人的生命、身体。

一般来说,抢劫罪的对象不仅包括动产,而且还包括财产性利益,当然也有例外。从立法体例上看,主要存在以下几种类型:(1)规定抢劫罪的对象仅限于动产,而不包括不动产与财产性利益(如奥地利刑法);(2)规定抢劫罪的对象仅限于动产,但另外规定以暴力、胁迫方法妨碍他人对不动产的占有的犯罪,对于以暴力、胁迫方法获得财产性利益的行为,以敲诈勒索罪处罚(如意大利刑法);(3)在同一条的第1款规定针对财物的抢劫罪,在第2款规定针对财产性利益的抢劫罪(如日本刑法);(4)在一个法条中规定针对动产的抢劫罪,在另外的法条中规定抢劫性敲诈勒索罪,后者实际上是抢劫财产性利益的犯罪(如德国刑法)。

抢劫罪是危害严重的犯罪,也是发案率较高的犯罪,各国刑法都给它规定了较重的法定刑,而且一般对抢劫致死伤罪规定最严厉的刑罚。保留死刑的国家规定为死刑,废除死刑的国家规定为终身自由刑。

抢劫罪有不同的类型,各国刑法规定不一。德国刑法规定了普通抢劫罪、加重抢劫罪、抢劫致死罪、事后抢劫罪(抢劫性盗窃罪)与抢劫性敲诈勒索罪;奥地利刑法只规定了普通抢劫罪、抢劫性盗窃罪与加重抢劫罪;日本刑法规定了普通抢劫罪、抢劫利益罪、事后抢劫罪、昏醉抢劫罪、抢劫致死伤罪、抢劫强奸罪、抢劫强奸致死罪、抢劫预备罪等。

二、普通抢劫罪

普通抢劫罪,是指以暴力、胁迫手段强取他人财物的行为(为了论述方便,下面一般简称为抢劫罪)。

(一)对象

抢劫罪的对象是他人占有的财物。德国、奥地利、意大利等国刑法明文规定,抢劫罪的对象必须是他人动产(可移动的物品)。但日本等国刑法并无明确规定,因而存在争议。多数观点认为,普通抢劫罪的对象不包括不动产,因为抢劫罪与盗窃罪具有相同的特性,既然盗窃财物不包括不动产,那么,抢劫财物也不包括不动产。据此,下列两种情形仅成立抢劫利益罪,而不成立普通抢劫罪:(1)以暴力、胁迫手段将他人名义的不动产变更

[31] 由此可见,“抢劫”与“强盗”一词实际上是有区别的,本书使用“抢劫罪”一词,不仅仅是为了使之适合于我国的习惯说法,而且是采用语词的本来含义。下面主要介绍的是以暴力、胁迫手段强取财物的抢劫罪。

登记为自己名义的不动产;(2)使用暴力、胁迫手段,事实上占有他人不动产。不过,少数学者认为,上述第一种情形应成立普通抢劫罪。但也有少数学者认为,普通抢劫罪的对象包括不动产,上述第一种情形成立普通抢劫罪,因为行为人事实上支配了对不动产的占有;但上述第二种情形则成立抢劫利益罪,因为行为人只不过取得了占有不动产这种事实上的利益(西田典之、山口厚)。抢劫罪的对象只是他人占有的财物,但即使是自己的财物,如果属于他人占有或基于公务机关的命令由他人看守时,使用暴力、胁迫强取该财物的,也构成抢劫罪。

(二) 行为

抢劫罪的行为表现为以暴力、胁迫手段强取他人的财物。绝大多数国家刑法都把抢劫罪的手段限定为暴力与胁迫,而不包括其他手段。暴力、胁迫手段与取得财物之间必须具有关联性。

1. 暴力、胁迫的对象

首先要讨论的是,暴力、胁迫的对象有无限定。对此,日本刑法理论存在两种观点:一种观点认为,暴力、胁迫的对象不一定限于财物的所有者、占有者与直接持有者,只要是行为人强取财物的障碍者即可(通说)。另一种观点则认为,前一种通说的理解过于宽泛。例如,甲为了盗窃于深夜侵入他人住宅后,为了避免婴儿啼哭吵醒家人进而妨碍自己盗窃,于是用东西塞住婴儿的嘴。按照通说,甲的行为也成立抢劫罪,但这个结论显然不合适。^[32] 所以,虽然暴力、胁迫的对象不一定限于财物的所有者、占有者,但至少应是财物的占有辅助者或者应当协助保管财物的人。德国刑法理论的通说认为,暴力的对方,不必是财产的被害人,只要至少在行为人看来是具有保护占有意思的人即可。所以,如果行为人对没有保护占有意思的人实施暴力的,则不成立抢劫罪。例如,对幼儿实施暴力,旨在使其父母忍受行为人强取财物的,由于对具有保护占有意思的父母仅存在心理的作用,所以,不能评价为以暴力手段抢劫,只能判断是否成立胁迫手段的抢劫。同样,胁迫的对象也不限于财产的被害人,只要胁迫行为对财产的被害人构成一种恶害,也能成立抢劫罪。例如,在宾馆以加害顾客相要挟,使宾馆管理者不敢阻止,进而要求宾馆管理者交付财物的,也成立抢劫罪。

2. 暴力、胁迫的含义

按照德国刑法理论的通说,抢劫罪中的暴力,是指为了排除现实的或者预期的反抗,通过将物理的有形力作用于他人的身体,而行使强制力。其中的物理的有形力,只要是单纯的身体举动即可。手指按动爆炸开关的,也属于行使物理的有形力。抢劫罪的暴力只能是对人暴力,而不包括对物暴力。亦即,暴力行为必须直接或者间接作用于人的身体,单纯对人产生心理作用或者单纯的对物暴力,不能评价为抢劫罪中的暴力。例如,为了妨碍所有权人回到住宅,而破坏其汽车轮胎或者堵塞道路的,不属于对人暴力。但是,将被害人监禁在房间的,则是间接地对人暴力(破坏汽车轮胎或者堵塞道路的行为虽然阻碍了被害人进入家门,但没有侵害其身体移动自由,因而与监禁不同,不能评价为暴力)。对睡眠或者酩酊中的人实施暴力的,也能成立抢劫罪。例如,为了防止被害人万一呼救而将其拽到偏僻道路的,属于暴力行为。但是,被害人处于完全不能反抗的状态时,将被害

[32] 前田雅英虽然采取通说的观点,但认为这种情形不成立抢劫罪。

人放在口袋里的手移开的,不应认定为暴力(但德国判例认定为暴力)。

德国刑法明文规定,抢劫罪中的胁迫手段必须以对身体或生命的现时危险相胁迫。胁迫,是指行为人以能够左右或者假装能够左右的恶害相通知,从被害人的角度来看实现恶害具有真实性。如果被害人根本不在意,则仅成立未遂。胁迫的内容必须是加害于他人的生命或者身体,而且对身体的加害必须是重大的加害。以打耳光相胁迫的,不构成抢劫。所谓现时危险,则与阻却违法的紧急避险中的现时危险相同。

日本刑法理论的通说与判例认为,抢劫罪中的暴力与胁迫,必须达到了足以压制对方反抗的程度。^[33]之所以如此要求,是因为刑法在规定抢劫罪的同时,还规定了敲诈勒索罪。暴力、胁迫没有达到上述程度而取走财物的,仅成立敲诈勒索罪。^[34]

对暴力、胁迫是否达到了足以压制对方反抗程度的判断,理论上存在着主观说与客观说的争论。主观说主张,应当以被害人的主观状态为基准,在具体的案件中,只要暴力、胁迫确实足以压制被害人的反抗,就构成抢劫罪。客观说提出,应当以一般人的主观状态为基准,只有暴力、胁迫足以压制一般人的反抗时,才成立抢劫罪。在通常情况下,上述两说不会得出不同结论,只是当被害人特别胆小或特别顽强的时候,才出现不同结局。当暴力、胁迫不足以压制一般人的反抗,但由于被害人特别胆小,事实上压制了被害人的反抗时,主观说认为成立抢劫罪,客观说认为不成立抢劫罪。当暴力、胁迫足以压制一般人的反抗,但由于被害人特别顽强,事实上不足以压制被害人的反抗时,主观说认为不成立抢劫罪,客观说认为成立抢劫罪。由此看来,主观说导致由被害人的胆量大小决定行为是否构成抢劫罪,因而不妥当,故通常采取客观说。

但是,在采取客观说时,仍然存在如何判断暴力、胁迫是否达到了足以压制一般人反抗的程度问题。一般认为,首先应着眼于暴力、胁迫本身的客观性质,要考虑暴力、胁迫的强度、样态、工具、时间、场所,考虑行为人的年龄、性别等,同时也要考虑被害人的人数、年龄、性别、性格等,然后以一般人为标准进行综合判断。

还有一个值得研究的问题,即暴力、胁迫虽然没有达到足以压制一般人反抗的程度,但行为人认识到被害人特别胆小,所以采取了只需要压制被害人的暴力、胁迫手段,这种行为是否构成抢劫罪?前述主观说认为成立抢劫罪。采取客观说的人则有不同看法,一种观点认为,由于行为人认识到被害人特别胆小,因而实施足以压制被害人反抗程度的暴力、胁迫,理当成立抢劫罪;如果行为人没有认识到被害人特别胆小,则不成立抢劫罪。另一种观点认为,对抢劫罪中的暴力、胁迫应当进行客观评价,行为人对被害人胆量的认识,并不能改变暴力、胁迫本身的客观性质,因此上述行为不成立抢劫罪。

在日本,抢劫罪中的暴力,只要求对人行使有形力,但不要求直接对人的身体行使有形力,因此,对物体行使有形力,从而压制被害人的意志与行动自由,达到了压制被害人反

[33] 德国刑法理论与判例不讨论暴力、胁迫是否压制被害人反抗的问题。总体来看,德国抢劫罪中的暴力范围宽于日本。

[34] 日本也有学者主张,抢劫罪中的暴力、胁迫行为首先必须足以压制被害人的反抗,其次还必须具有对生命、身体的高度危险性。根据这种观点,只有两种胁迫情形可以构成抢劫罪:(1)以对被害人的生命、身体实施高度危险的暴力行为相通知,并为实现恶害进行了准备。(2)因为胁迫而将被害人逼入绝境,诱发了被害人的物理性反抗,进而招致了行为人与被害人的对立冲突状况。因此,抢劫罪的胁迫要求行为人与被害人的接近性或者当面性,通过电话等进行隔地胁迫的不成立抢劫罪(松原芳博)。

抗的程度时,就属于抢劫罪的暴力。杀害被害人的行为完全压制了被害人的反抗,理当属于抢劫罪的暴力。再如,将行人突然绊倒,随即夺走行人携带的物品而逃走的,一般也认为构成抢劫罪。至于抢劫罪中的胁迫,则不问行为人所告知的恶害的种类与性质。还应注意的是,暴力、胁迫的对方,并不一定要是财物的所有人或占有人,只要是针对阻碍行为人强取财物的人实施暴力、胁迫就行了。

3. 强取财物的含义

在日本,要求行为人夺取财物与暴力、胁迫手段之间具有客观的关联性。所谓强取财物,是指行为人以暴力、胁迫压制对方的反抗(中间结果),违反对方的意思而将财物转移给自己或第三者占有。通常是行为人自己夺取财物,但也可以是在压制对方的反抗后,由对方交付财物。不仅如此,行为人实施了暴力、胁迫,乘被害人没有注意财物时而取走财物的,也构成抢劫罪。但行为人实施暴力、胁迫,导致被害人逃跑时失落财物,行为人在追赶时拾起该财物的,则不属于强取财物。强取财物的要件表明,行为人以暴力、胁迫压制被害人的反抗,与夺取财物之间必须存在因果关系。

但是在某些情况下,行为人的暴力、胁迫与夺取财物之间可能并没有因果关系,这便产生了抢劫罪是既遂还是未遂的问题。例如,行为人实施了暴力、胁迫行为,而且达到了足以压制一般人反抗的程度,但是实际上并没有压制被害人的反抗,被害人基于恐怖心理或者怜悯心理而交付了财物,对这种行为的处理有不同意见。(1)成立抢劫既遂罪。因为行为人实施的暴力、胁迫行为达到了抢劫罪所要求的程度,而且被害人也交付了财物,这便是强取财物,应成立抢劫既遂罪。但这一观点受到了批判,因为抢劫罪是违反被害人的意思而强取财物,在上述情况下,并没有违反被害人的意志,故不能认为是抢劫既遂罪。(2)成立抢劫未遂罪。理由是,行为人实施了足以压制被害人反抗的暴力、胁迫行为,就表明行为人实施了抢劫罪的实行行为。但是,抢劫罪的既遂还要求强取财物,而强取财物是违反被害人意思的,即暴力、胁迫——压制被害人的反抗——夺取财物之间必须有因果关系。^[35] 上述情况下并不存在这种因果关系,故只成立抢劫未遂罪。此观点在刑法理论上虽然是种通说,但审判实践上却并非如此。^[36] (3)成立抢劫未遂与敲诈勒索罪的想象竞合犯。因为是否压制被害人的反抗,是区分抢劫罪与敲诈勒索罪的关键。没有压制被害人反抗的暴力、胁迫行为,既属于抢劫未遂,又符合敲诈勒索罪的构成要件。(4)被害人基于恐怖心理交付财物的,对方成立抢劫既遂罪(因为此种情形的交付财物与对方的暴力、胁迫之间具有因果关系);被害人基于怜悯心理交付财物的,对方成立抢劫未遂罪(因为此种情形的交付财物与对方的暴力、胁迫之间没有因果关系)。

与日本不同的是,德国只要求目的关系的主观性(目的性关联)。亦即,行为人必须是为了取得财物而对他人使用暴力、胁迫手段,但不要求暴力、胁迫与取得财物之间具有客观的因果关系。例如,为了防止熟睡中的被害人反抗而监禁被害人,但被害人根本没有醒来,行为人因此而取得财物的,也成立抢劫既遂。

[35] 当然,行为人以抢劫的故意,首先夺取财物,接着实施暴力以确保已经夺取的财物的行为,也构成抢劫既遂罪。

[36] 日本审判实践上并不十分重视上述因果关系。例如,实施暴力、胁迫时,趁对方不注意而取走财物,认定为抢劫既遂。再如,行为人基于抢劫的故意,在对被害人实施暴力、胁迫之际,被害人由于害怕而逃走,将所持物品遗留在现场,行为人取走该物品的,也认为是抢劫罪。

从目的性关联引申出另一个要求,即暴力、胁迫与夺取财物之间必须具有时间上、场所上的接近性。亦即,必须是在盗窃的着手时实施暴力、胁迫;在盗窃的预备阶段实施暴力、胁迫的,不能认定为抢劫罪。例如,行为人使用暴力、胁迫手段迫使被害人说出财物的存放地之后,行为人为了取得财物必须前往另一地点的,就仅成立强制罪与盗窃罪。在这种场合要成立抢劫罪,就要求行为人通过拘束被害人的身体等手段,使暴力、胁迫的作用持续到盗窃的着手时点。

行为人没有夺取财物的意思而实施了暴力、胁迫行为后,利用这种状态夺取财物的,因为缺乏目的性关联,而不成立抢劫罪。但是,在产生夺取财物的意思后,如果默示的胁迫仍然在持续,则能成立抢劫罪。例如,行为人在伤害或者强奸后,被害人处于完全不能反抗的状态,行为人夺取被害人的现金的,不成立抢劫罪。但是,行为人在强奸后,在按倒被害人的状态中夺取现金的,则认为暴行处于持续中,因而成立抢劫罪。再如,行为人为强吻被害人而抱住被害人,并抓住被害人的左手腕,然后发现了被害人手腕上的手表,进而夺取了手表的,判例认定为抢劫罪。^[37]

行为人虽然为了夺取财物而实施暴力、胁迫,但是,如果所夺取的财物与当初打算夺取的财物完全不同的,则由于欠缺目的性关联,对财物仅成立盗窃罪。例如,行为人为了夺取枪支而对被害人实施暴力,^[38]但在寻找枪支的过程中发现了现金进而夺取现金的,德国判例认为对现金仅成立盗窃罪(此前的行为成立强制罪或者其他犯罪)。

在行为人以其他目的监禁被害人后,利用被害人不能反抗的状态而夺取财物的,是否构成抢劫罪?亦即,能否认定行为人为了夺取财物而以不作为的方式实施了暴力?德国判例得出了肯定结论,但受到了学界的批评,因为积极的暴力行为与单纯不解除监禁状态的不作为之间,并不具有等价性;而且判例的结论会导致处罚的不均衡(与出于其他目的实施暴力使被害人昏迷,然后起意夺取财物的行为不构成抢劫罪相比,上述行为也不应当构成抢劫罪)。

4. 抢夺行为的性质

德国、日本等国刑法均没有规定抢夺罪,所以面临着对抢夺行为如何处理的问题。德国的通说认为,抢劫罪的暴力仅限于为了排除反抗的情形,所以,如果只是为了避免反抗而利用被害人的惊愕取得财物的,不属于抢劫罪中的暴力,仅成立盗窃罪。但是,如果行为人抓住被害人的提包时,被害人不松手,行为人用力夺取的,德国判例认定为抢劫罪。

在日本,单纯的对物暴力也不成立抢劫罪,所以,抢夺行为通常仅成立盗窃罪。因为抢夺行为虽然是对物暴力,但不是为了压制被害人的反抗。不过,也有学者认为,如果使用了足以压制被害人反抗的暴行的,也应认定为抢劫罪(大塚仁、大谷实、前田雅英)。对此持批评态度的学者则认为,如果这种观点的旨趣在于暴力不以实际作用于被害人的意思为必要,则并不妥当(町野朔)。但可以肯定的是,虽然旨在抢夺,但在被害人拒不放手时,行为人拽倒被害人的,或者利用机动车夺取财物的,则可以评价为对被害人使用了暴力,认定为抢劫罪。

[37] 日本将这一内容放在抢劫的故意中讨论。

[38] 德国刑法没有将盗窃枪支、抢劫枪支的行为规定为独立的犯罪,盗窃枪支的成立加重盗窃罪。

(三)故意

抢劫罪是故意犯,行为人对以暴力、胁迫压制对方的反抗而强取财物具有认识与容认的态度。抢劫罪的故意不要求行为人对财物的数量有认识。例如,在德国,行为人原本为了夺取被害人钱包里的5欧元而殴打被害人,后来发现并夺取了被害人钱包里的700欧元的,由于当初的夺取意思没有发生重大变更,因而对全额成立抢劫罪。在日本,也不要行为人对财物的种类有认识。但德国则不同,如果财物并非行为人当初所预定的种类(枪支),则对当初的预定的财物成立抢劫未遂,对现实夺取的财物(如现金)成立盗窃罪。至于行为人是否必须具有非法占有目的,在德国没有争议(需要有非法占有目的,其内容与盗窃罪中的非法占有目的相同),但在日本则存在与盗窃罪一样的争议。

在通常情况下,行为人实施暴力、胁迫行为时,就具有强取财物的故意,即行为人为了强取财物而实施暴力、胁迫行为。问题是,当行为人出于其他犯罪故意或基于其他原因实施暴力、胁迫,压制了对方的反抗后,才产生夺取财物的意思并乘被害人不能反抗夺取财物的,应如何处理呢?这在德国属于目的性关联的问题,在日本则属于抢劫罪的故意问题。

日本刑法理论上有两种主张:(1)上述夺取财物的行为只成立盗窃罪。因为在上述情况下,行为人实施暴力、胁迫时,并没有将暴力、胁迫作为抢劫财物的手段,因而不符合抢劫罪的基本结构;如果把先前的暴力、胁迫迫认为抢劫罪的手段,则扩大了抢劫罪的成立范围,违反了罪刑法定主义(团藤重光、大塚仁、大谷实、前田雅英等)。这是日本刑法理论的通说(也可谓德国的通说)。(2)上述行为成立抢劫罪。理由是,行为人积极利用自己的行为所造成的不能反抗的状态而夺取财物,与重新实施暴力、胁迫而夺取财物,没有性质上的不同,应当同等看待(藤木英雄)。日本审判实践上的做法并不一致。有的判例认为,行为人实施暴力后,趁被害人处于不能反抗的状态取走财物的,认定为盗窃罪;^[39]有的判例则认为,行为人强奸妇女后,趁妇女畏惧而取走财物的,应认定为抢劫罪。^[40]

至于行为人出于其他故意,于正在实施暴力、胁迫的过程中产生夺取财物的意思,并夺取财物的,则没有争议地被认定为抢劫罪。

(四)着手、既遂及罪数

行为人以抢劫的故意,开始实施(足以压制被害人反抗的)暴力、胁迫行为时,就是抢劫罪的着手。行为人以抢劫的故意侵入他人住宅,而没有开始实施暴力、胁迫行为时,不认为已经着手实行抢劫行为。因此,这种行为只成立抢劫预备罪与侵入住宅罪的想象竞合。此外,即使行为人有抢劫的故意,并且已经夺取了财物,但如果还没有实施暴力、胁迫行为,就还没有着手实行,也只能认定为盗窃罪;如果夺取财物时,被对方发现或阻止,行为人继而实施暴力、胁迫时,则开始实施暴力、胁迫时为抢劫罪的着手。在这种情况下,盗窃罪被抢劫罪吸收,只成立抢劫罪,不另成立盗窃罪。

[39] 东京高等裁判所1973年3月26日的判决指出,以其他目的实施暴力、胁迫后,产生了夺取财物的意思而夺取财物的,只有在产生了夺取财物的意思后,又实施了使被害人不能反抗的暴力、胁迫时,才构成抢劫罪。也有相反的判例。

[40] 日本大审院1944年11月24日的判决指出,以强奸目的实施暴力、胁迫,但被害人由于畏惧而提供金钱,行为人取得该金钱的,构成抢劫罪。也有相反的判例。

行为人以暴力、胁迫手段取得了财物的占有时,就是抢劫罪的既遂时期。问题是行为人先实施盗窃行为取得了财物,被对方发现后实施暴力、胁迫,但并没有取得新的财物时,是抢劫既遂还是抢劫未遂。持抢劫既遂的观点认为,上述行为从整体上评价,就认为是抢劫既遂。持抢劫未遂的观点则认为,行为人先取得的财物,与暴力、胁迫之间并没有因果关系,在上述情况下应成立盗窃既遂罪与抢劫未遂罪,由后罪吸收前罪。此外,抢劫罪是状态犯,既遂后处分赃物的行为,只要没有侵害新的法益,就属于不可罚的事后行为。

行为人对一家庭里的数人实施暴力、胁迫,但只侵害一个占有时,只成立一个抢劫罪(本来的一罪)。行为人以一个暴力、胁迫行为从数人那里强取财物时,成立抢劫罪的想象竞合。行为人以盗窃的故意侵入他人住宅,窃取财物后,进而实施暴力、胁迫强取财物的,一般认为从整体上评价为一个抢劫罪(包括的一罪)。行为人以抢劫的故意侵入他人住宅,窃取财物后,进而实施暴力、胁迫强取财物的,一般认为成立单一的抢劫罪。行为人窃取财物后,又产生抢劫的故意,实施暴力、胁迫手段强取新的财物的,则构成盗窃罪与抢劫罪的并合罪。

三、抢劫利益罪

抢劫利益罪见于日本刑法,是指以暴力、胁迫手段不法取得或使他人取得财产上的利益的行为。普通抢劫罪抢劫的是财物,抢劫利益罪所抢劫的是财产上的利益。^[41]

抢劫利益罪的对象是财产上的利益,即财物以外的财产性的利益,包括积极利益的增加与消极利益的减少,如免除债务、免除出租费用、免除饮食费等。财产上的利益既可以是永久性的利益,也可以是一时性的利益,因此,行为人以暴力、胁迫手段强行一时占有他人不动产的,也构成本罪。

抢劫利益罪的行为是使用暴力、胁迫手段而取得财产上的利益。至于财产上的利益的取得,是否必须基于被害人的处分行为,则有必要说与不要说之争。必要说认为,抢劫利益罪的成立,以被害人对财产上的利益有处分行为为必要,即必须是被害人因为受暴力、胁迫而作出将财产上的利益给予行为人的决定。因为只有这样要求,才能明确财产上的利益是否转移给行为人,进而防止扩大抢劫利益罪的处罚范围。不要说则认为,抢劫利益罪的成立,并不要求被害人有处分行为。因为抢劫利益罪是抢劫罪的一种,既然行为人使用暴力、胁迫压制了被害人的反抗,就不能要求被害人还必须要有处分行为,只要求行为人实际上得到了财产上的利益就行了。日本审判实践上起先是采取必要说,后来逐渐转向不要说。不要说成为现在的通说。

虽然通说采取不要说,但是否要求现实地、具体地转移了财产性利益,则仍有争议。首先存在争议的是,行为人以免除债务为目的而杀害债权人,但被害人一方仍有债权凭证的,是成立抢劫利益罪(抢劫杀人罪),还是杀人罪?日本的下级裁判所曾将这种行为认定为抢劫利益罪,因为这种行为不仅造成了债权的继承人不能或者明显难以行使债权的情形,而且使债权人一方在相当长时间内不可能迅速行使债权。然而,不少学者指出,成立抢劫利益罪,虽然不要求被害人具有处分行为,但必须现实地、具体地转移了财产上的利益。在上述案件中,只有当不存在债权凭证、被害方事实上不可能行使债权时,才成立

[41] 德国刑法规定的抢劫罪的对象仅限于动产,不包括财产性利益,但其刑法第 255 条规定的抢劫性勒索罪,实际上包含了抢劫利益的情形。

抢劫利益罪(西田典之、山口厚)。其次,继承人杀害其他继承人或者被继承人的,一般成立杀人罪,而不认定为抢劫利益罪。因为作为抢劫对象的财产性利益,必须是在未压制反抗的状态下,被害人可以任意处分的利益,但在上述情形中,人的死亡是启动遗产继承的唯一原因,作为继承对象的财产性利益,并非被害人能够任意处分的利益。最后,为了取得公司的经营权而杀害了经营者的,也不是因为杀害行为而转移了经营上的利益,故仅成立杀人罪,而不成立抢劫利益罪。

抢劫利益罪的设立,解决了许多问题。例如,当场使用暴力、胁迫手段强迫债权人免除债务、当场使用暴力强迫饭店免收饮食费等,既不能当普通抢劫罪处理,也不能当敲诈勒索罪处理,而设立抢劫利益罪则解决了这方面的问题。日本审判实践中认定较多的抢劫利益罪,主要有以下四个方面的案件:一是行为人乘坐出租车,到达目的地时为了不付出租车费,而采取暴力、胁迫手段强迫出租司机免除该费用;二是行为人无钱饮食后,使用暴力、胁迫手段强迫饮食店免收饮食费;三是债务人使用暴力、胁迫手段强迫债权人免除或减少债务;四是以暴力、胁迫手段强行占有他人不动产。有争议的是,行为人窃取他人财物后,以暴力、胁迫手段逃避被害人的返还请求的,应当如何处理?如果符合事后抢劫罪的构成要件,当然成立事后抢劫罪,如果不符合事后抢劫罪的构成要件,则存在是否构成抢劫利益罪的问题。日本的判例认为,上述行为成立盗窃罪与抢劫利益罪的包括的一罪,应以其中之一的重罪即抢劫利益罪处断。但也有学者认为,对返还请求权的侵犯,只是盗窃罪的共罚的事后行为,不能成立独立的处罚对象。

四、准抢劫罪

这里所称的准抢劫罪包括三种情况:一是事后抢劫罪,二是抢劫性盗窃,三是昏醉抢劫罪。

(一) 事后抢劫罪

事后抢劫罪,是指犯盗窃罪的行为人,为了保护赃物、逃避逮捕或者湮灭罪证,于行为时实施暴力或者胁迫的行为。大多数国家刑法都规定了事后抢劫罪,但这种事后抢劫罪与普通抢劫罪有很大区别,它并不是严格意义上的抢劫罪,而是法律所拟制的抢劫罪,因此法律往往规定“以抢劫罪论”;当然,由于法律的规定,这种行为就成为一种独立的犯罪。下面以日本刑法规定及其刑法理论与判例为例予以说明。

1. 主体

事后抢劫罪的主体,为盗窃犯。这里的盗窃犯,只要求是已经着手实行了盗窃行为的犯人,至于该盗窃行为是既遂还是未遂,则在所不问。盗窃未遂时,行为人虽然不可能为了保护赃物而使用暴力、胁迫,但可能为了逃避逮捕或湮灭罪证而使用暴力或胁迫。其他财产犯罪人不能成为事后抢劫罪的主体。

问题是,犯抢劫罪的行为人抢劫财物后,为了保护赃物、逃避逮捕或湮灭罪证,而于行为时使用暴力、胁迫的,能否成立事后抢劫罪?一种观点认为,由于抢劫包含了盗窃,所以,犯抢劫罪的行为人仍然可能成立事后抢劫罪(平野龙一、山口厚)。据此,后来的暴力、胁迫行为致人死亡或者伤害的,便可以认定为抢劫致死伤罪。另一种观点则认为,以抢劫的故意实施暴力、胁迫后,为了逃走等而实施暴力、胁迫行为致人死亡或者伤害的,即使不认定为事后抢劫罪,也可能直接认定为抢劫致死伤罪。而且,设立事后抢劫罪的本旨,在于将犯盗窃罪的人事后实施暴力、胁迫行为的作为准抢劫罪处罚,如若认为事后抢

劫罪的前提犯罪包括抢劫罪,则使抢劫罪与事后抢劫罪的界限模糊(大谷实、前田雅英、山中敬一)。

争论激烈的问题是,事后抢劫罪是否属于身份犯?例如,甲盗窃了A的财物后逃走,并对追来的A实施暴力,没有实施盗窃的乙知情后,参与甲的行为对A实施暴力、胁迫。甲无疑成立事后抢劫罪,乙是否构成事后抢劫罪的共同正犯?^[42]

身份犯说认为,事后抢劫罪属于身份犯,因为盗窃犯以外的财产犯罪人,为保护赃物、逃避逮捕等而实施暴力、胁迫的,并不成立抢劫罪。其中,真正身份犯说认为,事后抢劫罪属于真正身份犯,故根据刑法总则关于不具有身份的人与具有身份的人共同实行犯罪构成共同正犯的规定,对上例中的乙应以事后抢劫罪的共同正犯论处。但有人批判道,盗窃行为是任何人任何时间都可以实施的行为,将盗窃犯人确定为身份存在疑问;对非盗窃犯人适用事后抢劫罪的规定,也不符合刑法分则的规定。不真正身份犯说认为,事后抢劫罪属于不真正身份犯。因为设立本罪,是为了防止行为人在盗窃的机会中实施暴力、胁迫,故本罪是加重暴行、胁迫罪的不真正身份犯。但持这种观点的人对上例得出的结论也不同:一种观点认为,上例中的乙只成立暴力、胁迫罪的共同正犯;另一种观点则认为,上例中的乙成立事后抢劫罪的共同正犯,但仅在暴力、胁迫罪的法定刑内科处刑罚。对真正身份犯说的批判同样适用于不真正身份犯说。再者,根据不真正身份犯说,对于教唆他人犯事后抢劫罪的,只能认定为暴行罪、胁迫罪的教唆,这是不合理的。复合身份犯说认为,为了保护赃物而实施暴力、胁迫的,属于真正身份犯;为了逃避逮捕或者湮灭证据而实施暴力、胁迫的,属于不真正身份犯。故对上例中的乙如何定罪,取决于甲与乙的目的。

非身份犯说认为,事后抢劫罪不属于身份犯,对于上述问题,应当作为是否成立承继的共同正犯问题来解决。因为事后抢劫的既遂、未遂是以盗窃的既遂、未遂为标准的,故窃取行为是事后抢劫罪的实行行为的一部分;而盗窃行为只不过是暴行、胁迫的先行行为,不应认定事后抢劫罪属于身份犯。其中,承继的共同正犯肯定说认为,上例中的乙成立事后抢劫罪的共同正犯。因为事后抢劫罪是结合犯,而乙实施了部分实行行为。承继的共同正犯否定说认为,乙只是暴行、胁迫罪的共同正犯。因为乙的行为与甲事先取得财物没有因果性,只能对暴力、胁迫负责,而不能对事后抢劫罪负责。

2. 行为

事后抢劫罪的行为是为了保护赃物、逃避逮捕或湮灭罪证,而于行为时实施暴力、胁迫行为。这里的暴力、胁迫与普通抢劫罪中的暴力、胁迫一样,必须达到了足以压制被害人反抗的程度。暴力、胁迫的对方,可以是发现或追踪行为人的任何第三者(包括警察),^[43]不要求一定是盗窃罪的被害人。

问题在于,暴力、胁迫行为与盗窃行为的关联性。亦即,在事后的什么时间或场所实施暴力、胁迫行为,才能成立事后抢劫罪?不管刑法使用何种表述(“行为时”“立即”“当场”等),都是难以把握的。日本刑法对此并没有明文规定,审判实践与刑法理论解释为必须是“在盗窃现场继续延长的场所”“在盗窃现场或者盗窃机会的继续中”。

[42] 还有另外一种可能:实施盗窃的甲逃走后并没有对追来的A实施暴力,而没有实施盗窃的乙知情后,为使甲保护赃物、逃避逮捕而单独对A实施暴力。

[43] 在针对执行公务的警察实施暴行、胁迫的情况下,成立事后抢劫罪与妨害执行公务罪。但二罪是一种想象竞合,而不是并合罪。

日本刑法理论的通说认为,事后抢劫罪中的暴力与胁迫必须是在实施盗窃的机会中实施。所谓盗窃的机会,是指盗窃的现场以及与该现场相连接的追还财物或逮捕犯人的状况中。原则上要求在时间与场所上必须与盗窃行为密接,但是即使在时间与场所上有一定距离,如果仍处于追赶犯人的过程中,则认为是盗窃现场的延长,被认为是在盗窃的机会中(机会延长的理论);在这种情况下,盗窃犯实施暴力或者胁迫行为的,就成立事后抢劫罪。提出这种观点的理由是,事后抢劫罪与普通抢劫罪属于同一性质的犯罪,因此必须做到能够将行为人实施的暴力、胁迫评价为夺取财物的手段;而要成立这种评价,就要求暴力、胁迫行为必须是在盗窃行为之后,或者放弃盗窃犯意后的很短的时间内实施,使得在社会观念上(不是在刑法上)认为盗窃行为还没有終了。因此,只有在盗窃现场以及与现场相连接的追还财物或逮捕犯人的状况下,才能使社会观念上认为盗窃行为尚未終了;在这种状态中实施暴力、胁迫行为的,也使事后抢劫罪与普通抢劫罪具有同一性质。如果在相隔很远的时间和场所实施暴力与胁迫,则不成立事后抢劫罪。

详言之,在判断是否处于盗窃的机会中时,要从以下四个方面考虑:一是场所的连接性(必须是在盗窃现场或与之密接的场所);二是时间的连续性(必须是着手盗窃后或者既遂后的很短的时间内);三是与盗窃事实的关联性(实施暴力、胁迫必须与盗窃事实有一定的关联性);四是追逃事态的继续性(要求处于被追逃的状态中)。日本有以下一些判例:犯盗窃罪后30分钟、相隔1公里的地方,行为人实施暴力不使被害人取回财物的,成立事后抢劫罪。行为人从饮酒熟睡的被害人身上窃取财物,为了湮灭罪证,产生杀人之念,但由于来了客人而不能实行,终于在11个小时之后杀死被害人的,也被认定为事后抢劫罪。但是,行为人实施盗窃行为后逃跑,在离现场只有200米的地方,偶然遇到警察质问而对警察使用暴力的,则不认为是事后抢劫罪,因为此时的暴力与盗窃事实没有关联性。

3. 目的

事后抢劫罪属于目的犯,行为人在实施了盗窃行为后实施暴力或胁迫行为时,必须出于特定的目的。日本刑法则规定必须是出于防止财物的返还、逃避逮捕或者隐灭罪证的目的。至于行为人是否实现了上述目的,则不影响事后抢劫罪的成立。出于其他目的而实施暴力、胁迫行为的,不成立事后抢劫罪。^[44]

4. 既遂标准

关于事后抢劫罪的未遂与既遂,存在四种学说:

第一,由暴行、胁迫的既遂与未遂,决定事后抢劫罪的既遂与未遂。其理由是,事后抢劫罪属于身份犯,盗窃犯人以保护赃物等目的着手实行暴行、胁迫而未遂时,理当属于事后抢劫罪的未遂;抢劫致死伤时,即使没有取得财物,也属于既遂。基于同样的理由,在暴行、胁迫既遂的情况下,即使先前的盗窃未遂,也应认定为事后抢劫罪的既遂。但是,这种观点忽视了事后抢劫罪的财产犯罪性质;又由于暴行、胁迫几乎没有成立未遂的余地,这种观点会导致事后抢劫罪不存在未遂。

第二,以盗窃行为的既遂与未遂,决定事后抢劫罪的既遂与未遂(通说)。因为普通抢劫罪就是以取得财物作为既遂标准的,事后抢劫罪也应如此。对此存在的疑问是,当盗

[44] 关于特定目的的内容,各国刑法规定不尽一致。奥地利刑法规定只能是为了保护赃物,这是着重考虑到事后抢劫罪与普通抢劫罪的同质性而作出的规定;意大利规定必须是为了保护赃物或逃避处罚。

窃犯人为了保护赃物而实施暴行、胁迫时,便没有成立事后抢劫未遂罪的余地,这不符合刑法处罚事后抢劫未遂的规定。而且,事后抢劫罪属于身份犯,既然如此,就应根据实行行为(暴行、胁迫)区分既遂与未遂,而不应根据有关行为主体(盗窃犯)的要件(盗窃行为是否既遂)区分既遂与未遂。

第三,以最终是否取得财物为标准,决定事后抢劫罪的既遂与未遂。在盗窃未遂的情况下,认定为事后抢劫罪的未遂;但在盗窃既遂的情况下,如果财物最终被追回,也应认定为事后抢劫罪的未遂。因为本罪是财产犯罪,基本类型是在盗窃行为的延长线上为了确保所窃取的财物而实施暴行、胁迫行为。但对前述第一种学说的批判,同样适用这种学说。

第四,根据不同目的采取不同标准:在行为人已经取得了财物的场合,只要为了窝藏赃物而对他人实施暴行、胁迫,就成立事后抢劫的既遂;在行为人出于逃避逮捕或者隐灭罪迹的目的实施暴力、胁迫时,只有通过暴力、胁迫取得了财物,才成立事后抢劫既遂。但这种观点不完全符合事后抢劫罪的规定。

(二) 抢劫性盗窃

抢劫性盗窃类似于前述事后抢劫罪,在德国、瑞士、奥地利、意大利等国刑法中均有规定。例如,德国刑法第252条规定:“盗窃时被当场发现,为了维持对赃物的占有,而对人使用暴力,或者以对身体或者生命的现时危险相胁迫的,处与抢劫罪相同的处罚。”下面以此规定为例子以说明。

抢劫性盗窃,是侵害所有权与意思活动自由的犯罪,在行为人还没有最终确保占有的阶段,为了使占有确实化(平稳)而实施暴力、胁迫的行为,与为了取得占有而实施暴力、胁迫的行为,具有同质的可罚性。

抢劫性盗窃罪的行为主体,是已经盗窃既遂的犯罪人。如果在盗窃未遂的阶段使用暴力、胁迫进而取得财物的,则成立普通抢劫罪;盗窃行为实质性终了后的盗窃犯人,也不能成为抢劫性盗窃的行为主体。抢劫既遂的犯罪人,也可以成为抢劫性盗窃的行为主体,因为抢劫行为完全符合盗窃的构成要件。在抢劫既遂后成立抢劫性盗窃的场合,如果具备了抢劫致死等加重事由,也要适用加重条款;如果抢劫既遂与抢劫性盗窃的有责的不法程度相同,则仅适用普通抢劫的规定,抢劫性盗窃成为共罚的事后行为。

行为必须发生在盗窃的现场(现场性)。可以肯定的是,盗窃行为实质性终了以后,盗窃的现场性被否认。德国刑法理论的通说与判例认为,除了盗窃行为实质性终了的基准之外,还要求与盗窃行为具有时间上、场所上的接近性。因为只有附加这样的限制,才能确保抢劫性盗窃与抢劫的同质性。例如,被告人与被害人同乘一辆长途车,被告人乘机窃取了被害人的钱包,在行驶了50公里后为确保赃物对被害人实施暴力。判例否认了本案时间上、场所上的接近性。不过,也有学者对判例的结论提出了疑问。

争论的问题是,是需要盗窃犯人被他人发现后才实施暴力、胁迫,还是在被发现前为了先发制人而实施暴力、胁迫的也成立抢劫性盗窃罪?从法条的表述(betroffen)来看,要求盗窃犯人被发现是很自然的,但通说与判例认为,设立抢劫性盗窃罪的旨趣,是处罚为了确保未平稳占有的赃物而使用暴力、胁迫的行为,所以,不应当要求盗窃犯人已经被他人发现。

本罪中的暴力、胁迫与普通抢劫罪中的暴力、胁迫的含义与要求相同。暴力、胁迫的对象,至少在行为人的认识上,只要是具有恢复占有的意思的人即可。亦即,客观上正在

或者准备实施恢复占有的人,主观上具有恢复占有的意思的人,以及行为人认为具有恢复占有的意思的人,都可以成为暴力、胁迫的对象。

抢劫性盗窃罪只能出于故意,而且行为人必须具有维持对赃物的占有的意图。但是,这一意图不必是唯一的动机,只要行为人旨在防止赃物被夺回就够了。由于本罪以维持占有为前提,所以,行为人必须现实地占有了赃物。如果行为人放弃了赃物的占有后实施暴力、胁迫行为的,就不能认定其具有维持占有的意图。

从确保抢劫性盗窃与普通抢劫的同质性的角度来看,维持对赃物的占有的意图,也应当与抢劫罪的非法占有目的作同质的理解。因此,作为已经计划好的取得手段而实施暴力、胁迫的,也能认定有维持占有的意图。反之,如果打算在逃走的过程中抛弃赃物的,就不能认定有维持占有的意图。

行为人出于维持占有的意图开始实施暴力、胁迫行为时,是抢劫性盗窃的着手,而且只要实施了暴力、胁迫行为就是既遂(虽然有成立未遂犯的可能性,但成立范围很窄)。即使维持占有的意图没有实现(如先前盗窃既遂的财物被人夺回),也不影响抢劫性盗窃的既遂。所以,本罪是断绝的结果犯,即客观上不需要实现维持占有的意图。

(三) 昏醉抢劫罪

昏醉抢劫罪见于日本刑法,是指使他人昏醉,压制其反抗,进而窃取其财物的行为。使人昏醉属于广义的暴力行为,而且由于其行为压制了被害人的反抗并窃取财物,故与抢劫罪的性质相同。

所谓使人昏醉,是指使用麻醉药、安眠药、酒精等物品,使他人一时性或继续性地产生意识障碍,陷入难以事实上支配自己财物的状态。使人昏醉,也就使人不能反抗,即压制了其反抗。应当注意的是,在这种情况下,行为人必须是积极地使人昏醉,而不只是单纯地利用他人昏醉状态盗窃财物,后者仅成立盗窃罪。行为人在实施使他人昏醉的行为时就有夺取财物的故意的,成立昏醉抢劫罪;在他人已经昏醉的状态下才产生夺取财物的故意的,只成立盗窃罪。由于使人昏醉的行为是压制他人反抗的行为,故当行为人开始实施使人昏醉的行为时,就是昏醉抢劫罪的着手;行为人事事实上支配了财物时,就是昏醉抢劫罪的既遂。昏醉本身不能评价为伤害,故不能因为被害人的昏醉而将本罪评价为抢劫致伤害罪。

五、抢劫致死伤罪

抢劫致死伤罪,是指行为人犯抢劫罪(广义)致人死伤的犯罪。这里可能存在两种类型:一是作为抢劫罪的结果加重犯的犯罪,这是严格意义上的抢劫致死伤罪;二是作为故意犯的抢劫伤人罪与抢劫杀人罪,即行为人故意杀伤他人以夺取财物的犯罪。后一种类型的犯罪能否成立抢劫致死伤罪,在各国刑法规定中并不统一;在刑法没有明文规定的国家,理论上也还有争议(以下均表述为抢劫致死伤罪)。

(一) 主体

抢劫致死伤罪的主体是抢劫犯,即必须是实行了抢劫行为的犯罪人。至于抢劫行为是既遂还是未遂,则不影响抢劫致死伤罪的成立。另外,这里的抢劫犯,不仅包括普通抢劫罪的犯人,而且包括抢劫利益罪、准抢劫罪、加重抢劫罪的犯人(当然,这取决于各国刑法对抢劫罪的规定)。

(二) 行为

抢劫致死伤罪的行为,除了要求有抢劫行为之外,还要求有致人伤害或者致人死亡的

行为。

有的国家(如德国)刑法只规定了抢劫致死罪,而没有规定抢劫致伤罪,即只有抢劫致人死亡,才成立抢劫罪的结果加重犯。有的国家(如奥地利)刑法规定了抢劫必须致人死亡或者致人重伤或者严重的长期伤害,才成立抢劫致死伤罪,即对伤害的范围与程度作了明确限定。有的国家刑法规定了抢劫致死伤,但对伤害的范围与程度没有限定,这便造成了理论上的争议。如日本刑法第240条规定:“强盗致人负伤的,处无期或者六年以上惩役;致人死亡的,处死刑或者无期惩役。”对这里的“伤”该作何理解,就有不同观点。一种观点认为,其中的“伤”即伤害罪中的伤害,因而包括各种类型的伤害;另一种观点则认为,其中的“伤”必须重于伤害罪中的伤害,即必须达到由医师治疗的程度。此外,通说认为,这里的伤害,既可以是作为结果加重犯的伤害,也可以是行为人故意伤害而抢劫财物,即故意伤害与过失伤害都包括在内。

抢劫致死罪要求行为导致他人死亡。问题在于对这种死亡是仅限于过失,还是同时包括故意与过失。对此,德国刑法第251条明确要求“至少轻率地造成他人的死亡”;而“至少轻率”一词表明包含故意造成他人死亡的情形。但这种“抢劫杀人”属于想象竞合(抢劫致死罪与谋杀罪的想象竞合),而不进行数罪并罚。日本刑法对此没有明文规定,理论上对故意致人死亡时是否也成立抢劫致死罪便展开了激烈的争论。

肯定说认为,行为人犯抢劫罪时,具有杀人故意因而致人死亡的,也成立抢劫致死罪。根据这一观点,抢劫致死罪既包括作为结果加重犯的抢劫致死罪,也包括作为结果犯的抢劫杀人罪。理由如下:(1)谋财害命故意杀人后取得财物或取得财物后故意杀人,是犯罪学上的一种犯罪类型,实践中经常出现这种类型的犯罪,刑法正是考虑到了这种情况,而将这种犯罪学上的犯罪类型规定为刑法上的犯罪类型——抢劫致死罪。(2)刑法规定了处罚抢劫致死伤的未遂,而只有故意杀人抢劫财物时才成立未遂罪,如果认为致死只能是过失,则处罚抢劫致死罪的未遂的规定没有任何意义。(3)从法定刑上看,抢劫致死罪的法定刑明显重于一般抢劫罪与过失致死罪的法定刑之和,这也表明抢劫致死罪不限于过失致人死亡,否则本罪的法定刑就应当比现在低。

否定说认为,抢劫致死罪只是一种结果加重犯,因而行为人对加重结果只能是过失。首先,从法条的用语来看,“致死”是结果加重犯的表述方式;其次,作为结果加重犯的抢劫致死伤罪是一种利欲犯,而杀人罪是一种攻击犯,二者的行为定型并不相同,不能认为抢劫致死罪包括了故意杀人。否定说面临的问题是,对故意杀人立即取得财物的案件应如何处理。一种观点认为,成立抢劫致死罪与杀人罪的想象竞合(小野清一郎)。但有学者认为,这种观点将致人死亡的一个事实作为两个罪的评价根据,并不妥当。另一种观点认为,成立抢劫罪与杀人罪的观念竞合(泷川幸辰)。但这种观点可能导致刑罚不均衡的现象,即抢劫时故意杀人的,其法定刑(杀人罪的法定刑)低于抢劫时过失致人死亡的法定刑。由于否定说存在难以克服的弊端,故肯定说成为日本刑法理论与审判实践的通说。

根据肯定说,以抢劫的意图故意杀害他人后取得财物的,成立抢劫致死罪(或抢劫杀人罪)。问题是,取得何种范围内的财物,属于抢劫致死罪。例如,A从甲城市出差到乙城市,行为人在乙城市杀害A后,再到甲城市的A住宅取得财物的,也成立抢劫致死罪吗?日本下级裁判所的判例并不一致。有的判例主张,不一定要求杀害他人与夺取财物之间具有时间的、场所的连接性;有的判例主张,只有在可以肯定行为的连续性、意思的单

一性的范围内,承认抢劫致死罪。例如,甲以抢劫现金的意图杀害 A 后,在杀害的现场又发现 A 的金银首饰一并取走的,仅成立抢劫致死罪。再如,乙以抢劫意图杀害 B,当场取得了财物。两天后为了处理尸体而来到现场,发现了 B 身上的其他财物而一并取走。后一行为不应包含在抢劫致死罪中(单独成立侵占脱离占有物罪;如承认死者的占有,则成立盗窃罪)。又如,丙按照其事先计划,将 C 杀害后赶到其家取走财物。对此,应认定为抢劫致死罪。显然,将丙的行为认定抢劫致死罪,主要考虑了行为人的主观意图。但也有学者认为,不应考虑行为人的主观意图,而应根据杀人行为与取得财物之间是否存在直接联系这一客观标准进行判断。

抢劫致死伤罪要求有致人伤亡的结果,那么,这种结果是否必须由作为抢劫手段的暴力、胁迫所致呢?手段说认为,死伤结果必须由作为抢劫手段的暴力或胁迫所造成。因为结果加重犯是由基本的犯罪行为导致加重结果,而本罪中致人死伤的基本犯罪行为只能是作为抢劫手段的暴力、胁迫行为。机会说认为,死伤结果不要求是由作为抢劫手段的暴力、胁迫行为造成。只要是在抢劫的机会中所实施的行为造成了死伤结果,就成立抢劫致死伤罪。因为在抢劫的机会中实施残暴行为的情形并不少见,对此有加重处罚的必要。根据机会说,抢劫犯人在逃走的过程中偶然遇见以前的仇人而将其杀害的,或者抢劫的同伙在抢劫过程中因为意见分歧而相互杀伤的,也成立抢劫罪的结果加重犯,这显然不合适。关联性说认为,抢劫手段的暴力、胁迫致人伤亡的,以及在抢劫机会中与抢劫有密切关联性的行为致人伤亡的,都应认为是抢劫致死伤罪。据此,抢劫犯人为了报复被害人而利用抢劫的机会杀死杀伤被害人的,抢劫的共犯人在犯抢劫罪的机会中相互争斗而杀死杀伤对方,不成立抢劫致死罪。但此说的最大缺陷在于,关联性的界限不明。鉴于上述各种学说的缺陷,扩张的手段说认为,作为抢劫的暴力、胁迫致人死伤的,以及在与事后抢劫类似的状况中的暴力、胁迫致人死伤的,成立抢劫致死伤罪。

(三)未遂

抢劫致死罪的未遂与既遂(日本刑法规定处罚抢劫致死伤罪的未遂),也是一个有争议的问题。突出的问题是,行为人以杀害他人手段强取财物时,其既遂、未遂的区分标准是什么?

第一种观点认为,只有当抢劫行为致人死亡但又没有强取财物时,才是抢劫致死罪的未遂。因为本罪是结果加重犯,如果没有发生加重结果,便不成立结果加重犯,也就无所谓结果加重犯的未遂。故只有发生了加重结果但又没有强取财物时,才能认定为抢劫致死罪的未遂。

第二种观点认为,在以杀害手段强取财物的案件中,只有杀人未遂的成立抢劫致死罪的未遂。因为抢劫致死罪的保护法益所重视的是人的生命,是否既遂应以是否发生死亡结果为标准。据此,行为人以抢劫意图杀害他人后,即使未取得财物,也成立抢劫致死罪的既遂(通说)。

第三种观点认为,在以杀害手段强取财物的案件中,只有杀人既遂且取得财物的,才是抢劫致死罪的既遂。因此,如果杀人未遂或者虽然杀人既遂但未取得财物的,均成立抢劫致死罪的未遂。

由于伤害罪没有未遂,故对于抢劫致伤罪(抢劫伤人罪)能否存在未遂,也存在争议。肯定说认为,应按抢劫致死罪一样解决抢劫致伤罪的未遂问题。否定说则认为,由于伤害

未遂被评价为暴行罪,而暴行是抢劫罪的手段行为,因此,在暴行没有产生伤害结果时,只能评价为普通抢劫罪,而不能认定为抢劫致伤罪的未遂(通说)。

六、抢劫强制性交等罪、抢劫强制性交等致死罪

抢劫强制性交等罪、抢劫强制性交等致死罪,是日本于2017年6月修改刑法后所形成的两种犯罪。在此之前的日本刑法第241条规定:“抢劫犯强奸女子的,处无期或者七年以上惩役。因而致女子死亡的,处死刑或者无期惩役。”此即抢劫强奸罪及抢劫强奸致死罪。抢劫强奸罪,是指在实施抢劫行为的机会中强奸妇女的犯罪,它是抢劫罪与强奸罪的结合,属于典型的结合犯。行为人必须先实施抢劫行为,后实施强奸行为,才成立抢劫强奸罪;先实施强奸行为,然后在强奸的机会中实施抢劫行为的,则不构成抢劫强奸罪,而是抢劫罪与强奸罪的并合罪。由于仅因抢劫、强奸行为的顺序不同就导致处罚轻重明显不同因而不合理,再加上2017年6月修改刑法时将强奸罪修改为强制性交等罪,所以,2017年6月修改后的刑法第241条第1项规定:“犯抢劫罪或其未遂罪的人也犯了强制性交等罪(第一百七十九条第二项^[45]之罪除外,下同)或其未遂罪的,或者犯强制性交等罪或其未遂罪的人也犯了抢劫罪或其未遂罪的,处无期或者七年以上惩役。”

抢劫强制性交等罪的行为主体既可以是抢劫犯,也可以是强制性交等犯,至于抢劫与强制性交等行为是否既遂,则在所不问,只要求是已经着手实行抢劫或者强制性交等行为的犯罪人。如果行为主体是抢劫犯人,就要求在抢劫行为外另实施了强制性交等行为。强制性交等行为只要是在抢劫的机会中实施即可,即只要行为人利用了抢劫罪的暴力、胁迫行为使被害人处于不能反抗的状态而实施强制性交等行为的,或者说在抢劫行为继续压制着被害人反抗的状态中实施强制性交等行为的,就构成本罪,不另要求有暴力、胁迫行为;而且只要在抢劫的机会中实施了强制性交等行为,就构成抢劫强制性交等罪;即使行为人在强制性交等前返还了所强取的财物,也不妨碍抢劫强制性交等罪的成立。如果行为主体是强制性交等犯人,就要求在强制性交等机会中实施抢劫行为。

日本刑法第241条第1项规定,犯抢劫强制性交等罪时,如果所犯之罪均为未遂罪的,除致人死伤的场合外,可以减轻其刑。但是,如果基于自己的意思中止了任何一个犯罪时,则减轻其刑或者免除处罚。据此,如果其中任何一个犯罪既遂,就不能减轻其刑。

日本刑法第241条第3项规定:“因第一项之罪的行为致人死亡的,处死刑或者无期惩役。”行为人对致人死亡,既可以是故意也可以是过失。本项之所以没有规定致人伤害,是因为本罪的法定刑很重,对致人伤害的行为适用基本法定刑也是合适的。

第四节 诈骗罪

一、诈骗罪概说

广义的诈骗罪,是指使用欺骗手段,取得或者使第三者取得他人财物或者财产性利益

[45] 该项规定:“利用自己为现实监护人而拥有的影响力,对未满十八岁的人实施性交等行为的,依照第一百七十七条的规定处罚。”

的行为。

一般认为,关于诈骗罪的保护法益是个人的财产,因为诈骗罪的本质就是使用欺诈方法取得他人的财产。据此,使用欺诈手段侵害财产以外的法益的行为,不构成诈骗罪。例如,使用欺诈手段与他人结婚的行为,就不构成诈骗罪。但是,日本最高裁判所的判例指出:处罚诈骗罪,不只是因为该行为侵害了被害人的财产权,而且因为采取这种违法手段的行为具有扰乱社会秩序的危险。在德国,也有学者(如 Mezger)认为,诈骗罪的保护法益除财产外,还包括财产的法律交易中的诚实信用,因为处罚诈骗罪就对维持财产交易上的诚实信用起到了重要作用。但通说认为,这种作用只是一种反射效果。如果认为诈骗罪的保护法益包括财产交易上的信义诚实的维持,则使诈骗罪的构成要件观念改变,使诈骗罪失去财产罪的性质,因而不妥当。

问题是,当欺骗行为取得了财物或财产上的利益,又确实侵害了国家法益时,是否成立诈骗罪?例如,行为人欺骗公务员,取得了本不应取得的国家救济物质时,是否成立诈骗罪?有的国家(如德国)刑法将这种行为规定为独立的犯罪,因而不成立普通的诈骗罪。有的国家刑法对此没有规定,刑法理论便展开了激烈的争论。一种观点认为,侵害国家法益的欺诈行为,不构成诈骗罪;另一种观点则认为,只要欺诈行为侵害了国家、公共团体的财产,就构成诈骗罪。

诈骗罪有形形色色的种类,各国刑法规定的繁简程度也不一。例如,德国刑法规定了普通诈骗罪、计算机诈骗罪、补助金诈骗罪、投资诈骗罪、信贷诈骗罪等;奥地利刑法规定了普通诈骗罪、加重诈骗罪、常业性诈骗罪、给付诈骗罪、保险诈骗罪等;日本刑法只规定了普通诈骗罪(包括诈骗利益罪)、准诈骗罪与使用电子计算机诈骗罪。

日本刑法明确区分了诈骗财物与诈骗财产性利益的犯罪,前者是转移财物的犯罪,后者是转移财产性利益的犯罪(但有争议);德国刑法只是规定了诈骗行为必须造成财产损失,没有要求客观上必须转移财物或者财产性利益,但要求行为人主观上具有获取不法利益的目的。按照通说,日本的诈骗罪的构造是:欺骗行为→认识错误→处分行为→取得财产→财产损失;^[46]德国的诈骗罪的构造是:欺骗行为→认识错误→处分行为→财产损失。在德国,诈骗罪几乎没有争议地属于对整体财产的犯罪;但在日本,多数学者认为诈骗罪是对个别财产的犯罪,只有少数学者主张诈骗罪是对整体财产的犯罪。

二、普通诈骗罪

(一)概念

各国刑法分则对普通诈骗罪(本标题以下简称诈骗罪)构成要件的描述繁简不一。瑞士刑法第146条第1款比较完整地规定诈骗罪构成要件:“以使自己或他人非法获利为目的,以欺骗、隐瞒或歪曲事实的方法,使他人陷入错误之中,或恶意地增加其错误,以致决定被诈骗者的行为,使被诈骗者或他人遭受财产损失的,处五年以下重惩役或者监禁刑。”其他国家的刑法一般没有完整地规定诈骗罪的全部构成要件要素。例如,德国刑法第263条第1款规定:“意图使自己或第三者获得不法财产利益,以虚构、歪曲或者隐瞒事实的方法,使他人陷入或者维持错误,从而造成他人财产损失的,处五年以下自由刑或者罚金。”日本刑法第246条第1项的规定较为简单:“欺骗他人使之交付财物的,处十年以

[46] 日本也有学者认为,财产损失不是诈骗罪的客观构成要件要素。

下惩役。”韩国刑法第347条第1款也是如此：“欺骗他人而接受他人交付之财物或者取得财产上之利益的，处十年以下劳役或者二百万元以下罚金。”英国1968年盗窃罪法第15条第1款规定：“以永久性剥夺他人财产的意图，通过欺骗方法不诚实地取得属于他人的财物的，处十年以下监禁。”

日本刑法理论与审判实践普遍认为，除了行为对象与行为人的故意与目的之外，诈骗罪（既遂）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（德国不需要此环节）→被害人遭受财产损失。

（二）对象

诈骗罪的对象包括两类：一类是他人的财物，另一类是他人的财产上的利益。这一点与盗窃罪有区别。如前所述，日本刑法分别规定了诈骗财物的犯罪与诈骗财产性利益的犯罪（二项犯罪）；而其他国家刑法则将它们视为一个罪，没有区分财物与财产性利益。

需要指出的是，德国刑法规定，诈骗罪的成立要求行为人为了“获得财产上的不法利益”，日本刑法规定，行为人以欺诈手段获得“财产上的不法利益”的构成诈骗罪，瑞士刑法也有类似规定。但刑法理论没有争议地认为，这种规定并不是指诈骗罪的对象是“不法”利益，而是指“不法”地获得财产上的利益。从法律规定的表述上看，“不法”是财产的定义语，是修饰财产的，但应当理解为，“不法”是获得财产的状态语，是限定手段的性质的。“不法”本身是客观要素，需要根据民事法律规范判断。

（三）欺骗行为

1. 欺骗行为的实质

诈骗罪中的欺骗行为，表现为向受骗者表示虚假的事项。事项的虚假，既可以表现为全部事项的虚假，也可以表现为部分事项的虚假。虚假的表示既可以通过提出某种证据予以证明，也可以不提出任何证据。

欺骗行为，不仅必须是使他人（受骗者）产生与客观真实不相符的观念（认识错误）的行为，而且必须是使他人（受骗者）陷入或者继续维持（或强化）处分财产的认识错误的行为。换言之，诈骗罪的“‘欺骗’行为，是作为取得财物、财产上利益的手段而实施的，故必须有使受骗者实施交付或者其他财产处分行为的‘欺骗行为’。因此，即使是使对方陷入错误的行为，但如果不是使对方基于该错误实施交付或者其他财产处分行为，就不能说该行为是作为诈骗罪实行行为的‘欺骗’行为。例如，欺骗他人，使其转移注意力，并乘机取得其占有的财物的行为，由于不是通过其行为使对方引起错误并基于该错误实施交付或者其他财产处分行为，不能说是诈骗罪的实行行为，所以，不成立诈骗罪，只能成立盗窃罪”。〔47〕

2. 欺骗行为的内容

首先，行为人可就事实进行欺骗。事实不限于自然事实，而且包括行为人或者他人已经实施的行为、行为人的身份、行为人的能力等。例如，行为人没有履行合同的能力，但谎称具有履行合同的能力而通过合同骗取他人财物的，当然成立诈骗罪。

事实不限于事物的过程，而且包括规则及其含义。就规则进行欺骗，是指行为人通过

〔47〕 [日]福田平：《刑法各论》，有斐阁2002年全订第3版增补版，第252页。

对法律、法令以及其他规则的虚假陈述或解释,使对方陷入认识错误。

事实不限于客观的外在的事实,还包括主观的心理的事实或主观的内在事实(innere Tatsache)。后者是指行为人就本人或者第三者的意思作虚假表示,从而使对方陷入或者继续维持认识错误。例如,顾客在消费时无钱支付对价的“支付能力”,属于客观的外在事实;顾客在消费时没有打算支付对价的“支付意愿”,属于主观的内在事实。无论顾客是就支付能力的客观事实进行欺骗,还是就支付意愿的内心意思进行欺骗,都可能构成诈骗罪中的欺骗行为。英美刑法以往的主导性规则是,诈骗犯罪并不适用于关于将来行为的错误陈述,即行为人怀有违背承诺的意图而作出承诺的,并不构成诈骗罪。但是,越来越多的制定法规定,行为人作出有悖于当时意图的虚假承诺的,成立诈骗罪。

可以肯定的是,就过去的事实与现在的事实作出虚假表示的,都成立欺骗。问题在于,能否就将来的事实进行欺骗?德国刑法理论认为,事实(Tatsachen)是指能够验证其为真或为假的性质的,现在或过去的具体历程(事件)或状态。现在或过去的事实,都具有验证其为真或为假的性质。“将来”或“未来”则是相对于现在与过去的概念,不符合事实的定义;而且对将来事实的预测或表示,在预测或表示的当时并不能证明其为真还是为假;只有所预测或表示的事实发生或不发生时,才能验证真假,而此时已属于现在或过去之事实,并非将来之事实;但行为是否成立欺骗属于行为当时的问题。因此,关于将来事实的预测或表示,不属于诈骗罪所欲规范的事实,即使事后发现当时预测有误,也不成立欺骗。^[48]日本虽有少数学者赞同上述观点,但通说与判例则承认可以就将来的事实成立欺骗。日本大审院1917年12月24日的判决指出:“成立诈骗罪所要求的欺骗,只要通过虚伪的意思表示,使他人陷入错误就够了。其意思表示不以与现在或者过去的事实有关为必要,即使关于将来的事项,如果违反自己现在的意思状态而告知他人,足以使他人陷入错误,也不能认为欠缺诈骗罪的欺骗手段。”^[49]

其次,价值判断不同于事实,各人的价值判断互不相同、见仁见智,于是,能否就价值判断进行欺骗就成为问题。

否定说认为,只有事实才有真假之别,故只有就事实进行欺骗才可能成立诈骗罪。与事实相对的是意见(或观点),无论是纯粹的价值判断(bloße Werturteile),还是单纯的意见表述(reine Meinungsäßerungen),都不属于欺骗。德国刑法第263条将欺骗方法限定为“以虚构、歪曲或者隐瞒事实的方法”,所以,德国刑法理论的通说与判例不认为虚构价值判断属于欺骗。日本也有少数学者持否定说。如植松正认为,只有对事实的欺骗才是诈骗罪中的欺骗,不可能就价值判断进行欺骗。例如,行为人将一匹弩马声称为“体格实在健壮之马”,使对方以为该马为骏马而高价购买的,并不构成诈骗罪;但如果谎称“该马去年在东京赛马时取得冠军”,使人信以为真,高价购买,则成立诈骗罪。

肯定说认为,就价值判断进行虚假陈述或表示的,也可以成立欺骗。如平野龙一指出:“欺骗行为,是指使人陷入错误的行为。除此之外没有特别限定。因此,不仅可以是有关事实的欺骗,而且可以是有关评价的欺骗。不仅包含因要素的错误法律行为无效的

[48] 不过,科学上的、自然规律上的将来的事实,会被认定为现在的事实。例如,谎称几天后会发生月全食或者日全食,从而向他人兜售望远镜或者墨镜的,也成立诈骗罪。这是因为,虽然几天后发生月全食或者日全食虽然是将来的事实,但这种将来的事实是以现在的天体配置为前提的。

[49] 日本《大审院刑事判决录》第23辑,第1621页。

场合,而且包含理由的错误而只是可以取消法律行为的场合。”^[50]日本的判例也持肯定说。美国模范刑法第223.1条规定的欺骗行为包括“造成或加强包括法律、价值、意思及其他有关心理状态之错误之印象”。大体而言,只要刑法没有明文将欺骗内容限于事实,便可以认为,就价值判断进行虚假陈述的,也属于欺骗行为。

3. 欺骗的方式

欺骗行为既可以是语言的陈述,也可以是文字的表述,既可以直接向受骗者陈述或者表述,也可以通过第三者向受骗者转述。

欺骗行为可以是举动的虚假表示,包括明示的举动欺骗与默示的举动欺骗(默示的表示)。前者如,一个无业人员穿上工商人员制服的行为,就可能成为诈骗罪中的欺骗行为。后者如,行为人在出卖某项财物时就默示了他是有权处分财物的人;行为人在外币兑换处拿出一张作废的外国纸币交给负责兑换的职员时,就默示了这张纸币在该外国是法定的流通货币。如果行为默示的内容与事实相反,就属于默示的举动欺骗。

在德国,默示的举动欺骗也被称为推断性的欺骗,所以,行为人的举止是否具有欺骗行为,需要以社会的一般观念为基准,以具体状态下的行为举止的客观意义(行为举止是否隐含着对某种事实的表达)为根据进行判断。例如,签订合同时,就默示地表示自己具有履行合同的意思与能力;在餐馆点菜以及在宾馆办理住宿手续时,就默示地表示自己具有支付对价的意思与能力。在某些场合,即使表达的是真实事实,也可能被认定为推断性的欺骗。例如,行为人提出的合同要约的内容是,将已经在报纸上登载的死亡告知登载到网络上。虽然合同要约的内容本身是真实的,但由于外观类似于支付请求文书,行为人旨在使无支付义务的人支付登载费用的,就属于欺骗行为。但是,以下情形不能认定为推断性的欺骗:(1)买卖合同中的价格。在买卖合同中提出价格时,并不意味着该价格是合适的,而是应当由市场参与者利用自己的情报与知识进行判断。在买卖合同中单纯提出过高的出卖价格或者过低的购买价格的,不属于诈骗罪中的欺骗行为。但是,存在固定价格的场合除外。(2)单纯的利用错误。如果不是通过欺骗行为使他人产生错误、维持或者强化错误,只是单纯利用他人错误的,不属于推断性的欺骗行为。例如,购买商品时由于店员多找钱而取得的,不属于推断性的欺骗行为(日本对此存在争议)^[51]再如,与宾馆签订正常的入住合同后,产生不支付的意思或者丧失支付能力,仅按原合同内容消费,而没有请求追加服务的,也不能成立推断性的欺骗行为。(3)错误汇款。德国的判例否认被害人错误汇款后行为人冒领存款的行为属于推断性的欺骗行为(也否认存在不作为的

[50] [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第21页。

[51] 日本对此存在争议。例如,甲在商店购物时,卖方多找钱给顾客,顾客接受了多找的钱。对此,日本一般分三种情形说明:(1)顾客收到找钱之后,才意识到卖方多找钱,仍然离开现场的,成立侵占脱离占有物等。对此没有争议。(2)在卖方正要交付找钱时,顾客当场就发现店员多找钱,但没有告知店员,照收不误的。日本刑法理论的多数说认为,根据社会生活的条理,顾客有义务将多找钱的事实告知店员,顾客没有履行告知义务,应成立诈骗(财物)罪。少数学者认为,在这种场合,肯定顾客具有告知义务,意味着肯定行为人具有保护交易对方财产的义务,因而认定为诈骗罪存在疑问,宜认定为侵占脱离占有物罪。(3)在卖方多找钱之后,询问顾客是否多找了钱时,顾客予以否认的,通说认为后面的欺骗行为(否认多找钱)只是侵占脱离占有物罪的不可罚的事后行为,而不能另认定为诈骗罪。但是,也有学者认为,后面的欺骗行为虽然不成立对财物(找钱)的诈骗,但属于骗取财产性利益(骗免债务),因而成立对财产性利益的诈骗罪,与侵占构成包括的一罪。

欺骗行)。例如,乙误向甲的银行账户汇款1万欧元后,德国判例根据其民法规定认为甲取得了银行的有效债权,即使向银行请求支付,也不属于虚假的表示。(4)错误记账。例如,当银行工作人员给行为人的银行账户错误地多记载了存款时,行为人发现后向银行请求支付的,以前的判例认定行为人构成诈骗罪,但德国联邦最高法院2000年11月8日的判决认为,这种情形应当与错误汇款的处理相同,即不认定为诈骗罪。理由是,基于德国民法典第780条形成的债务约定,银行账户名义人取得请求权,银行只是享有取消权。因此,银行账户名义人取出、汇出银行误记的金额的行为,并不包含了自己的银行账户还有充分的存款余额的表示,故不存在欺骗行为。^[52]

不作为能否成立欺骗(诈骗罪中的欺骗行为能否表现为不作为),是国外刑法理论争议的问题。

全面否认说一概否认欺骗行为可以表现为不作为,但理由各不相同。如Hellmuth Mayer认为,不作为只有在意思方面与作为等价时,才可能与作为等价;而不真正不作为犯只有直接包含在构成要件的记述中时,才能与作为等价。但是,许多犯罪的构成要件行为不可能由不作为实施,如不作为的夺取行为几乎是不可能的,诈骗罪也是如此。如果以不允许的方法对构成要件行为进行变更解释,就会使构成要件的外延扩大。Grünwald否认不作为可以构成欺骗的主要理由有:故意的重要要素是对因果经过的目的性操纵的意欲,不作为并不存在这种意欲;不仅如此,诈骗罪还是目的犯,目的是引起外界事象的目的实现意思,而不作为的领域不可能存在这种目的。换言之,构成要件要求作为超过的内心倾向的目的时,不作为不可能实现该构成要件。

部分否认说只承认特定的部分不作为可以成立欺骗行为。Bockelmann以是否存在保证人的义务为中心展开讨论。他认为,不作为的实行,只有在行为人就结果的实现可能答责的场合才可以考虑;其他的考虑方法则不允许。因为在行为人以其态度引起某种结果属于刑法特别规定的构成要件时,只有能够将结果的发生归属于行为人时,才能认定构成要件的符合性。因此,只有通过不阻止他人陷入认识错误时,才成立不作为的欺骗。如果他人已经陷入了认识错误而不履行说明义务使其继续维持认识错误的,则不成立不作为的欺骗。如果处罚单纯使他人维持错误的不作为,就会导致不当处罚对他人错误进行经济利用的一切行为。概言之,不作为不可能引起已经发生的结果,而且也不可能避免已经发生的结果。所以,在他人已经陷入认识错误的情况下,具有说明义务的人不履行说明义务,使他人继续维持认识错误的,不成立诈骗罪。

肯定说认为,诈骗罪中的欺骗行为完全可能由不作为构成。德国刑法理论的通说与判例采取肯定说。日本刑法理论承认不作为的欺骗;日本判例的立场是,当行为人具有告知事实的法律上的义务时,单纯对事实的沉默也成立欺骗。如行为人隐瞒既往病史签订生命保险合同的行为,行为人隐匿准禁治产者身份而借款的行为,行为人不说明已经设定抵押权的事实而出卖土地的行为,都被认定为不作为的欺骗行为。英美刑法以往认为沉默(不披露)不构成欺骗,即使行为人明知被害人是基于不明真相而交付财物的,也不成立诈骗罪。但是,这一规则发生了变化,一些案例表明,当被告人有义务向被害人披露信

[52] 有关错误汇款与错误记账的认定,日本与德国完全不同(起因于民法的规定不同),日本的通说与判例认为,上述第三、四种行为都成立诈骗罪。

息时,如果被告人不披露的,也成立诈骗罪。

不作为成立欺骗,以行为人具有告知真相义务(或说明义务)为前提。日本刑法理论与判例认为,不作为的欺骗的告知义务来源,除了基于法律、法令等明文规定产生的告知义务之外,还包括基于合同、交易习惯、条理特别是诚实信用原则引起的义务。德国的通说与判例认为,由不作为构成欺骗行为,以行为人处于保证人地位为必要。当行为人对陷入错误的被害人具有积极的告知义务时,行为人便处于保证人地位(告知义务的来源与其他不真正不作为犯的义务来源相同)。例如,因投保的财产丢失而获得了保险金的人,在发现了丢失的财产后,有向保险公司告知财产被发现的义务。如果不履行告知义务,使保险公司维持对被保险人没有请求权的错误,导致保险公司不行使该债权(处分行为),因而没有实现请求权的(财产损失),构成诈骗罪。基于法律、法令的规定,可以产生作为义务。例如,根据有关社会福利的法律规定,享受社会福利的人,有义务告知相关事实的发生情况。再如,根据德国保险合同法第23条的规定,在签订保险合同后,被保险人如果发现了危险增加的事情,就有义务告知保险公司。基于特别的信赖关系也能产生作为义务。特别的信赖关系,是指具有保护对方财产的义务,在交易惯例上,处于不得使对方负担未知风险的地位。例如,投资顾问、税务顾问、律师等人,在相关事务方面就具有保护当事人财产的义务。根据德国的判例,出租人以自己需要使用为由达成解除租赁合同的合意后,自己并不需要使用的,有义务向承租人告知该事实。需要说明的是,合同、诚实信用原则虽然可能引起作为义务,但单纯的合同关系并不直接产生作为义务。例如,如前所述,错误汇款或者错误记账时,银行账户名义人没有向银行说明的义务。

(四)陷入错误

根据诈骗罪的基本构造,欺骗行为必须使受骗的对方(受骗者)陷入或者继续维持、强化认识错误。从受骗者事前是否存在认识错误来看,可以将欺骗类型分为两种:一是在他人没有任何认识错误的情况下,行为人使用欺骗手段使他人陷入处分财产的认识错误。二是在他人已经由于某种原因陷入认识错误的情况下,行为人通过欺骗手段使他人继续维持或者强化处分财产的认识错误。不管是作为还是不作为,都存在这两种类型。

1. 受骗者的范围

诈骗罪中包含使他人(受骗者)陷入认识错误进而处分财产的要素,故诈骗罪的受骗者只能是自然人,而且必须是具有处分能力的自然人。因为只有具有处分能力的自然人,才可能陷入认识错误;不仅自然人以外的动物、组织体等不可能陷入认识错误,而且不具有处分能力的婴幼儿、严重精神病患者也无所谓陷入认识错误和处分财产。

大陆法系国家刑法理论与审判实践公认“机器不能被骗”,只有对自然人实施欺骗行为,才可能构成诈骗罪,对此不存在任何争议。如平野龙一指出:“诈骗罪以欺骗行为使他人陷入‘错误’为要件。因此,采用吸铁石从老虎机中吸出并取得弹子时,或者以铁片取代硬币从自动贩卖机中取得香烟时,由于不存在错误,所以不是诈骗,而是盗窃。”^[53]日本的判例也认定机器不能成为诈骗罪的受骗者。系统考察德国刑法第248c条、第263条、第263a条、第265a条,也会得出德国刑法规定的诈骗罪不承认对机器的诈骗的结论。德国刑法理论也明确指出,德国刑法第263条的诈骗罪,“以欺骗与错误为前提,符合这一

[53] [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版社1977年版,第213页。

要素的无疑是人的错误而不是机器的‘错误’”。^[54] 正是因为机器不能被骗,为了避免处罚漏洞,德国刑法与日本刑法增加了利用计算机诈骗罪。同样,韩国刑法关于各种具体诈骗罪的规定,以及韩国大法院的判例,也表明诈骗罪的欺骗行为的对象不能是机器。

英美刑法的理论与判例同样认为诈骗罪的受骗者只能是自然人,而不包括机器。“除非有人被诱使相信原本为假的事物为真,否则不存在欺骗。因此,如果将一枚假币或者非法定的硬币投入自动贩卖机或者类似装置,是不存在欺骗的。如果这种行为的结果是取得了财物,也不能判处诈骗罪(但是,如果被告人以永久性剥夺他人财产的意图,其不诚实取得财物的行为,可以被判处盗窃罪)。”诈骗罪的成立“必须有人受欺骗……欺骗必须作用于被害人(受骗者)的大脑,并且欺骗必须是取得财物的原因”。^[55]或者说,“欺骗必须影响被害人的头脑”。^[56]

2. 受骗者与被害人不必为同一人

通常,诈骗中的受骗者(财产处分者)与被害人具有同一性(以下简称二者间的诈骗)。但是,在诈骗罪中,也存在受骗者(财产处分者)与被害人不是同一人(或不具有同一性)的现象。此即三角诈骗(Dreieckbetrug),也叫三者间的诈骗,其中的受骗者可谓第三人。英美刑法也认为诈骗罪的受骗者与财产被害人不必为同一人,即诈骗罪的成立,“不要求从受骗者手中取得财物。因此,如果被告人(一位保险代理人)不诚实地诱使某人与一家保险公司签订保险合同,而且该行为的结果是这家公司给付被告人佣金的,被告人对所骗取的佣金成立诈骗罪”。^[57]概言之,诈骗罪中的受骗者与财产被害人不必为同一人。

3. 受骗者陷入或强化认识错误

错误,是指受骗者的意识与事实、真相不一致。错误必须以处分财产为内容。详言之,只有当欺骗行为导致受骗者陷入处分财产的认识错误时,该欺骗行为才是诈骗罪中的欺骗行为,进而可能成立诈骗罪。团藤重光指出:“欺骗,作为骗取手段,是使人陷入错误的行为。以行为时的具体情况为前提,要求具有使一般人陷入错误的可能性的行为,而且仅此就够了。错误,只要是使对方产生交付财物的动机这样的错误就可以了。因此,理所当然,没有必要使对方产生法律行为的要素的错误,缘由的错误就够了。”^[58]反过来说,受骗者处分财产的行为必须是基于认识错误作出的。换言之,“欺骗行为与骗取财物之间必须有定型的因果关系,如果不是因为欺骗行为产生错误,基于错误而交付财物,诈骗罪就没有既遂。被欺骗的人没有产生错误,只是基于怜悯之情而给与财物于行为人时,这只是诈骗未遂。这样的场合,实际上不能说‘骗取’”。^[59]所以,如果受骗者没有陷入或者继续维持认识错误,就不可能认定为诈骗既遂。

受骗者的认识错误必须是现实的。因为只有当受骗者陷入了现实的错误,才可能基于这种错误处分财产。因此,行为人潜入列车或者剧场,即使司机或者演出者不知道有人

[54] [德] Ulrich Sieber:《コンピュエータ犯罪と刑法I》,[日]西田典之、山口厚译,成文堂1986年版,第205页。

[55] Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterwords, 1998, pp. 304, 310.

[56] Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal Law*, 2nd ed., Blackstone Press Limited, 1998, p. 392.

[57] Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterwords, 1998, p. 310.

[58] [日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第611页。

[59] [日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第613页。

潜入而发动列车或者开始演出的,也不能说这种劳务的交付是基于错误所致。但是,如果一定的事项属于理所当然,而没有充分认识时,也属于产生了错误。例如,行为人没有支付对价的意思却向卖方订货的,不要求卖方积极地认识到行为人会支付对价。

关于行为人持不法获得的存折到银行柜台取款的案件,日本几乎没有争议地认定为诈骗罪,但德国刑法理论存在争议。一种观点认为,根据德国民法典第 808 条的规定,在银行支付对应的现金后,存折(存款)的所有人对银行的债权就不复存在,所以,银行职员不会审查取款人是否具有取款权限,因而没有陷入认识错误。另一种观点则认为,如果银行职员出于故意或者重大过失,则并不免除银行对存折所有人的债务,所以,银行职员多多少少还是会关心存款人是否具有取款权限,因此能够认定银行职员陷入了认识错误。

需要讨论的问题是,受骗者对行为人所诈称的事项有所怀疑时,能否认定为陷入错误。

德国的通说认为,受骗者对行为人的欺骗行为存在怀疑时,原则上并不妨碍陷入认识错误的认定。换言之,不能仅仅因为受骗者对欺骗行为抱有疑问,就否认其存在认识错误。至于受骗者的确信必须达到何种程度,则存在争议。Lackner 指出,刑法规定诈骗罪所保护的是财产法益,如果受骗者认为行为人所声称的事项是可能的(möglich),即使存在怀疑,但仍在此基础上交付财物的,就不影响陷入认识错误的认定。Krey 则认为,如果受骗者认为行为人所声称的事实,很有可能(wahrscheinlich),并因而处分其财物时,便可认定为陷入认识错误。Giering 提出,受骗者认为行为人所声称的事项具有极高度的可能性(überwiegende Wahrscheinlichkeit)时,才属于陷入认识错误。

也有学者从被害人学的角度提出相反的见解。如 Amelung 指出,刑法是国家保护法益的最后手段,如果被害人本身可以通过适当的手段来保护其法益,而任意不采用该手段时,则刑法没有介入的余地。既然客观上存在足以令人怀疑的事实,被害人主观上也确实产生了怀疑,却仍然交付财物,便可以认为被害人在足以保护其法益的情况下不予保护,在评价上仅属于涉及风险的投机行为,缺乏刑法保护的必要性,故不符合陷入认识错误的要件。Schünemann 也赞成这一观点。

但 Roxin 反对上述见解。他指出:首先,将被害人理论作为刑法的普遍原则,使刑罚的必要性取决于被害人保护的必要性的观点,违反刑法精神。例如,即使被害人疏于保护自己的财物,导致对财物的占有弛缓而被盗时,也不能因此否定行为人成立盗窃罪。在认定诈骗罪时,如果因为被害人容易轻信他人,便将其排除在刑法的保护范围之外,则不符合立法精神。其次,刑法的补充性的基本内涵是,国家能够使用较轻微的方法以预防社会损害时,则没有适用刑法的余地。显然,该原则是针对国家的行为而言,适用对象并不包括一般国民,并不是说,“国民可以自我保护时,刑法便没有适用的余地”。再次,被害人学将刑法的补充性原则扩张解释为“要求国民自我保护”的原则,这也不符合历史事实。因为从历史的发展来看,禁止国民采用私刑,将刑罚权赋予国家独占,正是为了解除国民的自我保护任务。最后,被害人学的论点也违反刑事政策。如果个人因为轻易相信他人就不能得到国家保护,那么,个人在公众生活中就必然时时刻刻提心吊胆,个人行为的自由也随之受到限制。

在法人内部的下位从业员陷入认识错误时,上位管理者发现受骗的,能否以管理者没有陷入错误为由否认诈骗罪的成立,则存在争议。德国判例认为,应当以有权限的管理者

的认识为基准,而不能以下位从业者的认识为基准,因而否认诈骗罪的成立。但也有学者对判例的观点持批判态度。

4. 认识错误与恐惧心理的竞合

在行为人的一个行为同时具有欺骗行为与恐吓行为的性质,因而被害人既陷入认识错误也产生恐惧心理的情况下,可谓认识错误与恐惧心理的竞合。日本的刑法理论与审判实践在此问题上存在四种不同观点。第一种观点即通说与判例认为,行为人并用欺骗与恐吓手段,对方在陷入认识错误的同时基于恐惧心理交付财物的,属于诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合犯。第二种观点认为,上述情形成立包括的一罪。因为想象竞合犯是指一个行为触犯两个以上的罪名,而当一个行为仅侵害了一个财产时,认定为触犯了两个罪名并不妥当。第三种观点认为,对上述行为仅以敲诈勒索罪论处即可。因为想象竞合犯与包括的一罪都必须是一个行为侵害了数个法益,上述行为仅侵犯了一个法益,不能认定为想象竞合犯与包括的一罪。又由于使人产生恐惧心理重于使人陷入认识错误,所以,仅认定为敲诈勒索罪更为合适。第四种观点认为,上述行为属于法条竞合中的择一竞合。择一竞合,是指可以同时适用于一个行为的数个构成要件,处于可以两立的关系时,只适用其中某一构成要件,排除其他构成要件的适用。在上述情况下,如果适用诈骗罪的规定,就排除适用恐吓的规定;反之亦然。但是,发生所谓择一关系时,对具体案件应适用哪一法条,并不是法条本身的竞合问题,而是案件事实究竟符合哪一构成要件的问题。所以,将上述情形视为择一竞合,在日本几乎没有得到承认。

(五) 处分财产

在日本,诈骗罪中的处分财产或财产处分行为是指受骗者基于认识错误将财产转移给行为人或者第三者占有的行为。在德国,处分行为是指直接导致经济意义上的财产减少的所有法律上或者事实上的作为、忍受与不作为。财产处分行为在日本刑法中属于明文规定的构成要件要素,但德国刑法没有明文规定这一构成要件要素,因而存在争议,但通说认为,处分行为是诈骗罪的不成文的构成要件要素。日本刑法第246条原本使用的是“处分”一词,但后来为了使刑法用语平易化,而改为“交付”一词,但刑法理论与判例仍然认为“交付”就是处分的意思。不过,这里的处分与民法上的处分不是等同含义。民法上的处分虽然也都能成为诈骗罪中的处分,但不属于民法上的处分的行为也可能成为诈骗罪中的处分行为。

1. 处分行为要素的根据与机能

极少数学者认为,处分行为不是诈骗罪的构成要件要素。刑法理论的通说与审判实践,都将处分行为作为诈骗罪的构成要件(以既遂为模式)要素。通说之所以将它作为不成文的构成要件要素,主要是基于以下两个方面的理由:

首先,诈骗罪与敲诈勒索罪一样,以行为人基于他人有瑕疵的意思而取得财物或者财产性利益为构成要件要素。在诈骗罪中,受骗者的处分行为是在“欺骗行为”、基于欺骗行为引起“认识错误”,与行为人“取得财产”之间起连接作用的要素。如果缺乏受骗者的处分行为,即使行为人取得了财产,也不能认定为“骗取”了财产。

其次,在以受骗者的财产处分行为为构成要件要素这一点上,诈骗罪与违反被害人意思而取得财物的盗窃罪相区别。在以财物为对象的场合,由于诈骗罪的成立(既遂)要求受骗者基于认识实施财产处分行为,所以,一般认为,盗窃罪与诈骗罪处于相互排斥的关

系,而不会发生竞合。正因如此,处分行为存在与否,成为区分诈骗罪与盗窃罪的关键。

2. 处分行为的客观面

受骗者的处分行为必须是基于认识错误,而认识错误的陷入或者继续维持是由于行为人的欺骗行为所致。这种“认识错误”与“财产处分行为”的构成要件要素之间的关系,在刑法理论上也被称为因果关系。但由于这种因果关系仅存在于受骗者的内心思考领域,所以常常被称为“心理的因果性”。如果不存在这种心理的因果性,即如果处分行为不是基于认识错误,则不属于诈骗罪中的处分行为。

当行为人的欺骗行为达到了诈骗罪的欺骗程度,但对方仍然识破骗局,却又基于其他原因处分财产的,只能认定行为人的行为成立诈骗未遂。例如,行为人虽然实施了达到诈骗罪程度的欺骗行为,但对方并没有陷入认识错误,而是基于怜悯之心交付财物的,应当认定为诈骗未遂。

日本刑法理论认为,在对象为财物的场合,处分行为是指受骗者基于认识错误将财物转移给行为人或第三者占有。客观上转移给行为人或第三者永久性占有、长时期占有、暂时占有的,使行为人或第三者即时消费的,使行为人或第三者当场处分财物的,都属于转移财物的占有。受骗者由于对方的欺骗行为造成对财物占有的“弛缓”时,还不存在处分行为,对方不足以成立诈骗罪。日本曾有以下判例:X受到A的欺骗,打算将装有现金的包袱皮转移至B处,为此从自己的房间取出该包袱皮。当X将包袱皮置于自己家的大门处而去厕所时,在大门处的A拿着包袱皮逃走。日本最高裁判所的判决认为,“将现金置于行为人事事实上可以自由支配的状态”就属于处分行为,进而认定A的行为成立诈骗罪。但学者们普遍认为,在这种场合,财物的占有仍然属于X,A的行为只是使X的占有弛缓,应成立盗窃罪。

问题是,当行为对象是财产性利益时,是否要求利益的转移。山口厚等教授认为,由于诈骗罪是转移罪,所以,即使是诈骗财产性利益的,也要求有利益的转移即受骗人或者被害人将利益转移给行为人;行为人单纯获得利益的行为不成立诈骗罪。但井田良等教授则认为,不需要有利益的转移性,只要行为人获得了利益,就可以成立诈骗罪。

通说认为,受骗者的处分行为,只要是使财物或者财产性利益转移给行为人或第三者占有或享有就够了,不要求有转移财产的所有权或其他本权的意思表示。在德国,少数强调处分行为必须“具有意识”的学者主张,如果受骗者没有转移所有权的意思则不是处分行为。英美刑法理论也认为,诈骗罪和盗窃罪的主要区别在于,具有盗窃意图的被告人是通过欺骗手段占有被害人的财产,而诈骗罪只有在被告人取得了被害人的财产所有权时才成立。例如,D出于盗窃意图而租用了V的马匹不归还,但由于租赁合同的存在表明马匹的所有权并未随着占有而转移,故不成立诈骗罪。

处分行为既可以表现为受骗者直接将财产处分给行为人或第三者(直接交付),也可能表现为间接交付,即通过辅助者转移给行为人或第三者。财产处分行为不限于法律行为,也包括事实行为。在法律行为的场合,其法律行为在民法上是否有效或者是否可以撤销,都不影响诈骗罪的成立。财产处分行为不限于积极的举动,或者说,“处分行为这一构成要件要素,不应在民法意义上理解,而是包括了被害人的一切作为、忍受与不作为”。〔60〕日本曾发生如下案件:在自己住宅的电表上装上倒转的软线,将倒转后的电表数显示给检电人员,

〔60〕〔德〕Ulrich Sieber:《コンピュータ犯罪と刑法I》,〔日〕西田典之、山口厚译,成文堂1986年版,第254页。

使检电人员免除其支付大约 400 千瓦的电费。日本大审院认定为诈骗罪。

德国、日本刑法理论一般认为,处分行为必须是导致被害人财产损失的“直接”原因,即被害人的财产损失必须“直接”产生于处分行为(直接性要件)。换言之,必须是处分行为本身导致财物与财产性利益的直接转移(日本),或者说必须是处分行为直接导致被害人的财产损失(德国)。因为“在诈骗罪中,财物或者财产上利益的取得,限于基于被害人认识错误的行为,行为人‘直接’取得的场合,而不包括行为人通过新的违法行为取得的情况。这种‘直接性’要件虽然不是法律条文记述的要件,但为了合理地限定诈骗罪的成立范围而作为必要的要件,是德国的通说”。^[61]要满足直接性要件,就必须是受骗者的处分行为直接导致被害人的财产减少,而并非介入了行为人的新的犯罪行为才使被害人的财产减少。例如,欺骗他人在空白纸上签名的,并不成立诈骗罪。受骗方基于认识错误实施了数个行为,由数个行为导致财产损失的,也能肯定处分行为的直接性。例如,从业人员受骗后与行为人签订借款合同时,得到了上司的许可,其后再由从业人员将借款交付给行为人的,不能否认被害方有处分行为,也不能否认直接性要件的符合性。

3. 处分行为的主观面

由于转移财产占有的行为就是处分行为,所以问题在于:是只要有客观的转移占有的事实(含不作为)就够了(处分意识不要说),还是必须意识到转移占有(处分意识必要说)。

处分意识必要说(日本的通说)认为,处分行为不仅要求受骗者客观上有处分财产的行为,而且要求主观上有处分财产的意识(意思)。例如,前田雅英指出:“作为处分行为的主观面的处分意思,是指认识到财物的占有或者利益的转移及其引起的结果。即使外形上存在处分行为,但不是基于真正的意思时,不成立诈骗罪。即使看上去是使用欺骗手段夺取财物,但从不具有处分意思的幼儿或精神障碍者处取得财产的行为属于盗窃。再如,向酩酊者说‘请签名作个纪念’使其在免除债务的文书上署名的行为,因为欠缺处分意思,不能认为有处分行为,所以不成立诈骗罪。……为什么必须有某种处分意思呢?因为(1)能否仅在客观面确实区分盗窃与诈骗还存在疑问;(2)如果认为无意识的处分就够了,那么,事实上就会扩大处罚立法者明确规定不可罚的盗窃利益行为。”^[62]日本的判例也采取处分意识必要说。韩国大法院的判例指出:“诈骗罪是欺骗他人,使他人陷入错误,引起错误者的处分行为,以便取得财物或者财产上利益的犯罪。这里的处分行为意味着财产的处分行为,处分行为要求被害人主观上的处分意思和处分意思支配下的客观处分行为。”^[63]

处分意识不要说认为,只要客观上有处分行为即可,不以处分意识为必要。如平野龙一指出:“诈骗罪以基于错误的‘交付’即处分行为为必要。处分行为、交付行为不以意思表示为必要,事实行为即可。……而且也包含没有意识到交付的内容的情况(所谓无意识的交付)。”^[64]西田典之也赞成处分意识不要说,他指出,如果能够从客观上认定存在

[61] [日]平野龙一:《犯罪论の诸问题(下)各论》,有斐阁 1982 年版,第 333 页。但平野认为,行为人就免除交费、车费的债务而言,仍然成立诈骗罪。

[62] [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会 2015 年第 6 版,第 235~236 页。

[63] [韩]吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社 2004 年版,第 112 页。

[64] [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会 1977 年版,第 214 页。

处分行为,就可以区分诈骗罪与盗窃罪,故不需要处分意识。诈骗罪中的一种最典型的类型是,行为人欺骗他人使其不能认识到自己的财产转移给行为人。但如果要求受骗者有处分财产的意思,则上述典型类型的诈骗便不成立诈骗罪,在骗取财产性利益场合甚至无罪,这是不妥当的。

德国的通说采取“区别说”,即在诈骗财物的场合,因为有必要与盗窃罪划定界限,所以必须是有意识的处分行为;而在诈骗债权等财产性利益的场合,因为没有必要与盗窃罪划定界限,所以可以是无意识的处分行为。换言之,在骗取财产性利益的场合,如果要求处分意思,就会产生处罚漏洞。例如,投保人有义务向保险公司说明丢失的财物已找回,但投保人不履行告知义务,导致保险公司没有行使保险金的返还请求权的(存在不作为的处分行为),保险公司的相关人员并没有产生处分意思。概言之,如果要求处分意思,那么,骗取债权与骗免债务的许多情形,都不成立诈骗罪,因而不妥当。之所以如此,是因为德国规定的盗窃罪仅限于财物,而不包括财产性利益。

如果采取处分意识必要说,则存在如何确定处分意识的问题。换言之,即使同样坚持处分意识必要说,但如果对处分意识的内容要求不同,也会得出不同结论。反之,由于对处分意识的理解不同,处分意识必要说与处分意识不要说也会就同一案件得出相同结论。

例如,平野龙一举例指出,鱼市场的X,将鱼分成若干箱,并按箱出卖。A在X不知情时,从甲箱拿了几条鱼到乙箱,进而声称购买乙箱。X以为是原来数量的鱼,于是按原来数量的价格将乙箱交付给A。在这种场合,X对多出的鱼没有转移给A占有的意思,但是,具有将乙箱转移给A的意思,所以,也可以说对其中的鱼具有处分行为。德国学者Otto认为这种场合成立诈骗罪。显然,主张处分意识不要说的平野龙一认为,在上例中,即使X没有处分意识,A的行为也成立诈骗罪。但是,主张处分意识必要说的山口厚、林幹人则认为,在上例中,X具有处分意识,因为X认识到自己将乙箱的鱼转移给A,所以,A的行为成立诈骗罪。再如,行为人甲在住宿、饮食后,产生不交付费用的意思,向饭店管理人员乙声称“我送朋友后回来结账”而逃走。主张处分意识必要说的学者认为,乙具有处分意识,因而甲的行为成立诈骗罪。主张处分意识不要说的学者认为,尽管乙没有处分意识,但甲的行为依然成立诈骗罪。

不难看出,日本刑法理论中的处分意识不要说与处分意识必要说在具体结论上并不存在特别差异。因为处分意识不要说一般将“处分意识”理解为财产处分者对所处分的财产的价值(价格)、数量、种类、性质有完全的认识,进而认为不要求这种完全的认识;而且,持处分意识不要说的学者,为了肯定受骗者“基于意思而转移占有”,也要求受骗者有某种转移的意思。而持处分意识必要说的学者通常对处分意识作缓和的解释,认为只要出于转移占有的意思,^[65]即使并未具体地认识到所转移的财物或者利益的存在,也认为存在处分意思。于是,二者的对立呈现表面化的局面。

日本刑法理论一般认为诈骗罪与盗窃罪是对立关系或者排他关系。德国的通说也认为,转移财物占有的诈骗罪与盗窃罪处于排他的关系。^[66] 受骗人对转移财物的占有具有处分意识的,成立诈骗罪;与此同时,由于能够认定被害人转移财物的占有具有合意,所

[65] 按照山口厚的观点,只要对财物或者利益表面上的转移具有认识即可。

[66] 只有少数学者认为,诈骗罪与盗窃罪可能成立想象竞合。

以否定盗窃罪的成立。反之,如果转移财物的占有违反被害人的意志,则成立盗窃罪,由于被害人没有处分行为与处分意思,而否认诈骗罪的成立。于是,盗窃罪中的违反被害人意志或者缺乏合意的要件,与诈骗罪中的处分行为与处分意思的要件,就可以作同一理解,从而确保诈骗罪与盗窃罪的排他关系。

如何认识受骗者的处分意思的范围,是区分诈骗罪与盗窃罪的关键。例如,甲看到乙桌上的信封里装着1万日元,就向乙提出“把这个空信封”给自己用,乙误以为是空信封,就同意将信封给甲用。日本一部分学者认为,乙没有认识到信封里有钱,所以没有处分意思,甲的行为构成盗窃罪,而不构成诈骗罪。另一部分学者则认为,乙具有处分意思,所以,甲的行为构成诈骗罪。又如,行为人经过超市的收银台后,店员的认识究竟波及什么范围?德国判例认为,行为人将商品包装盒中塞入其他商品后,经过收银台时店员不知情的,店员对包装盒中的所有商品具有处分意思,行为人的行为成立诈骗罪。再如,行为人通过超市的收银台时,只将小型手推车中的一部分商品拿到收银台上,而将另一部分商品予以隐匿。德国的判例认为,店员只是认识到了放在收银台上的商品,对隐匿的商品没有处分意思,故行为人对隐匿的商品不成立诈骗罪,而成立盗窃罪。

争议的另一问题是,处分意思是否必须具有自愿性?或者说,处分意思是否必须基于自由的意思决定?德国的判例认为,处分行为必须基于自由的意思决定,如果被害人没有其他选择的可能,就不能认为有处分行为,只能认定为盗窃罪。例如,行为人冒充警察“追缴”、“没收”或者“扣押”被害人的财产,被害人误以为行为人是警察而容忍行为人将财物取走的,德国判例认定为盗窃罪。但是,也有学者认为,判例的观点导致诈骗罪的成立范围过窄,因而不合适。

4. 财产处分者的范围与资格(三角诈骗)

诈骗罪的基本构造决定了财产处分者必须是受骗者(理论上对此存在争议)。如果财产处分者不是受骗者,而是受骗者之外的第三人,就不能认定财产处分者基于认识错误处分了财产,因而不符合诈骗罪的特征。

就二者间的诈骗而言,财产处分者既可能是财产所有者,也可能是财产的单纯占有者。问题是,在受骗者与被害人不是同一人(三角诈骗)的情况下,财产处分者与受骗者是否必须同一。换言之,是必须由受骗者处分财产才成立诈骗罪(既遂),还是必须由被害人处分财产才构成诈骗罪。国外的少数观点认为,财产处分者必须是财产的被害人,但理由并不相同。

大塚仁认为:“交付财物的人,通常是受骗者本人,但只要处于受受骗者的财产处分行为约束的地位、状态,也可以是与受骗者不同的人。例如,在诉讼诈骗的场合,受骗者是裁判所,但财物的交付者是基于裁判所的命令,现实地提供财物的败诉人等。”^[67]显然,大塚仁是将财产处分行为与交付行为作为两个不同的概念来把握的,即处分财产的是法官,而交付者是败诉者。

团藤重光指出:“受骗者与交付者不要求是同一人。可以是欺骗甲而使乙交付财物。”^[68]川端博指出:“如果采取以下观点,即只要有欺骗行为,并且有谁基于欺骗行为产

[67] [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第252~253页。

[68] [日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第614页。

生了‘财产上的损害’,就完全可能成立诈骗罪,那么,受骗者与处分行为者就不一定必须一致。”〔69〕这两位学者虽然将处分行为与交付行为视为相同概念,但同时认为财产处分者即交付者可以不是受骗者。

通说认为,在三角诈骗中,不仅要求受骗者与财产处分者是同一人,而且要求现实的财产处分者必须具备一定的条件,因为盗窃罪中存在利用第三者窃取财物的间接正犯。由于盗窃罪与诈骗罪处于排他的关系,所以,必须根据一定的基准区分三角诈骗与盗窃罪的间接正犯。换言之,只要当财产处分者与财产被害人之间具有某种特别关系时,如果可能认定为诈骗罪,就会否定盗窃罪的成立。例如,行为人欺骗收银员的店员,使店员将商品转移给自己占有的,店主是诈骗罪的被害人,由于店员基于认识错误而处分商品,故不成立盗窃罪的间接正犯。问题是,财产处分者与被害人必须是一种什么样的特别关系。对此,德国、日本的刑法理论上存在不同观点。

阵营说(Lagertheorie)主张,以受骗者是与行为人的关系密切还是与被害人的关系密切为区分标准;换言之,以受骗者是属于行为人阵营还是属于被害人阵营为标准进行区分。如果受骗者属于被害人阵营,则行为人的行为成立诈骗罪;反之,则成立盗窃罪。阵营说是德国的通说,是日本的少数说。根据阵营说,只要财产处分者处于站在财产损失的被害人一方,可以事实上处分财产的地位就够了。所以,具有处分权限的人,占有财物的人以及财物的占有辅助者,都可以成为财产处分者。例如,欺骗看守车辆的保安,从停车场内开走车辆的,也成立诈骗罪。阵营说虽然是德国的通说,但也受到了批判。其一,如后所述,阵营说难以说明诉讼诈骗,因为法官总是处于中立的地位,而不会属于被害人阵营。其二,阵营说的界限模糊,许多情形难以判断处分行为者处于哪一阵营。德国有如下判例:A要借用B的私家车但被拒绝,于是A前往B所住的公寓,欺骗公寓主人C说:“我得到了B的许可来取其车钥匙。”C将B的房间打开后,从B的房间取出钥匙交给A。A使用该钥匙开走了B的私家车。德国法院认定A的行为成立盗窃罪。德国的另一判例是:乙租用丁所经营的车库,将自己的私家车停放在该车库内,丙为车库的管理人员。依照惯例,乙将备用钥匙交给丙持有。甲与乙关系密切,甲曾多次征得乙的同意,从丙处得到车钥匙将车开出。某日,甲欺骗丙说得到了车主乙的认可,向丙索取车钥匙。甲得到了丙所持有的乙的车钥匙后,使用该钥匙将停在车库的乙的私家车开走,据为己有。德国法院认定甲的行为成立诈骗罪。

如果采取阵营说,就需要讨论财产处分者主观上是否必须认识到没有超越自己的职责。关于这一点,德国有学者主张,如果根据生活经验,能够认定第三者是在可以想象的范围内处分被害人的财产,那么,就要将处分财产的效果归属于被害人。例如,女佣人听主人说,X公司的职员要来家里取电视机去修理,行为人冒充X公司的职员来取电视机,女佣人就将电视机交给了行为人。这种情形成立三角诈骗。但是,如果女佣人没有从主人那里听到这样的话,却将电视机交给行为人的,行为人则成立盗窃罪的间接正犯。

授权说或权限说是日本的通说,德国的少数说。本说的内容是,受骗者在被害人概括性授权范围内处分财产时,肯定其行为属于处分行为,因而行为人的行为构成诈骗罪;反

〔69〕〔日〕川端博:《集中讲义刑法各论》,成文堂1999年版,第122页。

之,受骗者处分财产的范围超出了被害人的概括性授权时,则不属于处分行为,因而行为人的行为成立盗窃罪。因为在三角诈骗中,被害方的处分行为也是区分被告人的行为是属于“违反意思的转移占有”的盗窃罪,还是属于“基于意思的转移占有”的诈骗罪的要件。因此,只有当被害人之外的其他人所实施的转移占有的行为,可以视为“基于被害人的意思”的行为时,才能肯定属于处分行为。而要能够得出这种结论,就必须是被害人授权受骗者处分其财产的场所。

除了上述两种主要学说之外,还有其他少数说。例如,主观说认为,应以受骗者是否为了被害人而处分财产为基准:如果受骗者是为了被害人而处分财产,则行为人的行为构成诈骗罪;反之,行为人的行为成立盗窃罪。再如,事实的接近说(Lehre von der tatsächlichen Nähe)或事实的介入可能性说(Lehre von der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit)认为,只要作为受骗者的第三人,与财产之间具有客观的接近关系,对财产具有事实上的介入可能性,那么他就可以成为财产处分者,因而成立三角诈骗。

诉讼诈骗(Prozeßbetrug),一般是指行为人将被害人作为被告人而向法院提起虚假的诉讼,使法院产生判断上的错误,进而获得胜诉判决,使被害人将财产转移给行为人或第三者所有,或者由法院通过强制执行将被害人的财产转移给行为人或者第三者所有。刑法理论公认,诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式。^[70]德国、日本等国的刑法,并没有将诉讼诈骗规定为独立的犯罪,但是刑法理论的通说与审判实践均认为诉讼诈骗成立诈骗罪,只有极个别学者心存疑虑。

团藤重光针对诉讼诈骗构成诈骗罪提出了一直就存在的两个疑问:其一,在以形式现实主义为前提的民事诉讼制度之下,法院认识到当事人的主张虚假时,也必须受此拘束而作出一定的判决,那么,利用这种诉讼制度提出虚假主张的行为能否成为诈骗罪中的“欺骗他人”的行为?其二,作为被害人的败诉方,是在知道法院误判的同时,不得已服从判决,而向胜诉方提供财物(或财产上的利益)的,那么,这是否属于任意的“处分财产”?特别是,因为被害人没有任意提供财物而由法院强制执行时,能否说被害人实施了处分财产的行为?

学者们针对第一个疑问的回答是,法官完全可能成为处分财产的受骗者。因为即使采取形式现实主义,法官仍应根据事实作出判决。法官得知当事人的虚假主张后,也有作出正确判决的相应途径。所以,法官根据当事人提出的虚假证据作出错误判决,显然是受欺骗的结果,故不可否认其为受骗者与财产处分者。

多数学者们针对第二个疑问的回答是,财产处分者不是败诉方,而是受欺骗的法官。如平野龙一教授指出:在诉讼诈骗的场合,法官是被欺骗者,同时也是交付者,而且法官具有使被害人将财物交付给行为人的权限,因此成立诈骗罪。这种观点得到了广泛认同。德国也一直将法官视为财产处分者。也有学者针对诉讼诈骗提出了三角诈骗的另一种类型:受骗人是法官,处分行为者仍然是被害人。亦即,在诉讼诈骗中,受骗者是法官,由于法官具有强制处分他人财产的权限,被害人具有依照裁判实施处分行为的义务,所以仍然是三角诈骗。换言之,作为处分行为人的被害人,是基于受骗者的意志支配而实施了处分

[70] 在法官作出行为人胜诉的判决时,就可以认为,行为人取得了诸如能够要求被害人交付财物这种可以强制执行的具体权利。因此,在判决确定时,就可以肯定成立诈骗罪(对财产性利益的诈骗)。

行为,因而与二者间的诈骗存在相同的构造(柏木千秋)。不难看出,这种观点与上述将法官作为处分行为者的观点有一个共同点,即都承认法官具有处分财产的权限。就被害人占有的财物来说,这一观点是具有一定道理的,即法官没有占有财物,不可能交付财物,故法官没有实施处分行为,将财物交付给被告人的仍然是被害人,所以,被害人是处分行为者。但是,这一解释也不无疑问。根据这种解释,只要受骗人能够支配被害人的意志(或者说,只要被害人基于受骗人的强制而实施交付行为),就可以成立三角诈骗。据此,当受骗人利用事实上所具有的违法强制力,要求被害人交付财物时,也成立三角诈骗。但这样的结论并不妥当(杉本一敏)。

在被害人的权利或者财产性利益遭受损失的场合,德国对三角诈骗的认定范围比较宽。换言之,由于在这种场合不存在诈骗罪的与盗窃罪的区分问题,为了避免处罚漏洞,所以,只要受骗者善意处分了被害人的权利或者财产性利益,就认定为三角诈骗。例如,基于外观法理(表见代理),法律效果应当归属于被害人时,就会认定为三角诈骗。再如,家具公司的厨具部门的从业人员,伪装自己具有收款权限而接受了商品货款的,被认定为三角诈骗。因为根据德国商法第56条有关外观法理的规定,家具公司不能再要求顾客付款,顾客成为受骗者和财产处分者,公司成为被害人。又如,在V将自己对K的债权让与给G之后,仍然要求不知道债权让与事实的K履行债务。根据德国民法典第407条的规定,由于G不能再请求K履行债务,所以,K履行债务的行为导致G的债权消失,V的行为成立三角诈骗。

(六)取得财产

如前所述,“取得财产”只是日本等国刑法对诈骗罪的要求,德国刑法没有将取得财产作为诈骗罪的构成要件要素。行为人或第三者取得财产,意味着财产由受骗者、被害人占有转移至行为人或第三者占有(或取得)。正因如此,受骗者、被害人所处分、所丧失的财产与行为人、第三者所取得的、所占有的财产,必须具有同一性。这在刑法理论上称为“素材的同一性”要件。

诈骗罪通常表现为行为人直接取得受骗者处分的财产,但并不限于这种狭义的直接取得,还包括其他类型,如通过第三者取得财产。存在争议的是,欺骗行为导致受骗者放弃(抛弃)财物,行为人进而拾得财物的,是否成立诈骗罪既遂?

第一种观点认为,上述行为成立诈骗罪(既遂)。如福田平指出,由于没有必要将交付解释为仅限于直接交到行为人手中,在欺骗他人使之放弃财物进而拾得该财物的场合,可以说通过介入对方的财产处分行为而取得了财物的占有,成立诈骗罪。这种观点可谓刑法理论的通说。

第二种观点认为,上述行为成立盗窃罪。如团藤重光指出,在这样的场合,没有交付的形态便取得了事实上的支配,所以成立盗窃罪。因为诈骗罪的结构是行为人实施欺骗行为,使对方陷入认识错误,对方基于认识错误实施处分行为,行为人通过对方的处分行为取得财产。所以,取得财产应是直接取得对方交付的财产,在对方放弃财产的情况下,行为人在另外的状态下取得对方放弃的财产的,就缺乏处分行为与取得行为的关联性。而且,放弃财产的行为本身不能被评价为处分行为。

第三种观点认为,上述行为成立侵占脱离占有物罪,因为他人丢弃或抛弃的财物,是脱离他人占有的财物。既然如此,行为人取得该财物的,只能成立侵占脱离占有物罪。

(七) 财产损失

1. 财产损失概说

关于诈骗罪中的财产损失,主要存在两种立法例。

一种立法例明文要求诈骗行为造成被害人财产损失。如德国刑法第 263 条第 1 款规定:“意图使自己或第三者获得不法财产利益,以虚构、歪曲或者隐瞒事实的方法,使他人陷入或者维持错误,从而造成他人财产损失的,处五年以下自由刑或者罚金。”瑞士、意大利、奥地利刑法也有类似规定。这种立法例表明,诈骗罪(既遂)的成立以使被害人遭受财产损失为前提。而且,根据德国刑法理论的通说,诈骗罪是对整体财产的犯罪。亦即,根据客观的判断标准,被害人在处分财产后的整体财产价值少于处分财产前的整体财产价值时,就是有财产损失。判断财产损失的时点,是处分财产的时点。由于财产的减少是一种经济的判断,所以,在财产面临较大的丧失危险时,也可能评价为已经产生了财产损失。但是,允许进行这样评价的情形只能是,财产丧失的危险大,现在的资产状况已经恶化。

如何判断被害人是否存在财产损失,以及财产损失多少,首先取决于如何理解财产。如前所述,就相同的案件,法律的财产说、经济的财产说以及法律的·经济的财产说会得出不同的结论。德国的判例究竟是采取了经济的财产说还是法律的·经济的财产说,难以下结论。判例认为,凡是经济上看具有金钱价值的财物或者利益(具有经济价值),就是财产。例如,所有权、担保权、债权等民法上的权利,对财物的占有,增加财产的具体的期待以及劳动力等,均属于财产。如就占有而言,完全丧失对财物的占有当然属于财产损失;不仅如此,就一时的丧失占有来说,如果需要因一时丧失而支付对价的,也因为有经济价值,进而属于财产损失。与此相对,不认定具有经济价值的情形是,不具有金钱价值的文书。例如,持有他人的护照并没有使行为人的整体财产增加,故骗取他人护照的行为不成立诈骗罪。

但是,根据法律的·经济的财产说,法不承认的经济价值就不值得刑法保护。在德国,争议主要集中在以下四个方面。(1)违法的劳务。例如,甲欺骗乙说,如果你毁坏了丙的车辆,我给你 5 万元,乙毁坏了后,甲并不给钱。根据法律的·经济的财产概念,这种劳务不保护;根据经济的财产说,根据这种劳动的不合法是否影响经济价值来决定是否值得保护。德国判例认为,对逃税物品的保管、运输行为不具有可以计算的经济价值。2001 年德国卖淫法肯定了性服务的合法性,因此,卖淫者提供的性服务就属于刑法保护的财产。行为人谎称支付费用让卖淫者提供性服务,但事后不支付费用的,对性服务本身构成诈骗罪。(2)无效的请求权。例如,共同盗窃中的甲欺骗乙说,只偷得了 1 万元进而分了 5000 元给乙,实际上偷了 5 万元。法律的·经济财产说认为,甲不构成诈骗罪;经济的财产说则认为,甲是否构成诈骗罪,取决于请求权是否具有经济价值。德国判例则认为,无效的请求权没有经济价值。(3)基于违法的占有。例如,欺骗盗窃犯人使之将赃物交付给自己的,是否成立诈骗罪?根据经济的财产概念,这种占有也受保护,这样处理与盗窃他人窃取的赃物以盗窃罪论处是协调的。法律的·经济的财产概念对此有争议。有学者主张,根据民法的占有保护规定,基于违法的占有也应当受保护;有学者主张,基于犯罪原因的占有不受保护。(4)违法目的的预付款。例如,凶手在杀人前从雇凶获得的预付款,是否受保护?经济的财产说持肯定回答;同样,假装贩卖毒品而让他人提供预付款的,成

立诈骗罪。法律的·经济的财产说对此存在争议:一种观点认为,通过对违法目的作出否定评价来否认刑法上的保护;另一种观点认为,金钱的所有、占有本身是合法的,所以值得保护。

另一种立法例没有明文要求诈骗行为造成被害人财产损失。日本刑法第246条规定:“欺骗他人使之交付财物的,处十年以下惩役。”“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。”由于刑法没有明文规定财产损失,所以,日本理论上便存在不同观点。

第一种观点认为,尽管刑法第246条没有明文规定财产损失,但作为诈骗罪的成立要件的“财产损失”还是必要的。在作为财产犯罪的诈骗罪中,单纯的财物或者财产性利益的转移是不够的,只有通过财物或者利益的转移,在被害方发生实质的财产损失,才能维持诈骗罪作为“财产犯罪”的特征。而且,诈骗罪中的财产损失必须与财物或利益的移转同时发生,在交易之后由传闻产生的损害等间接损害并不包含在其中(松宫孝明、田山聪美)。

第二种观点认为,作为诈骗罪的保护法益的财产,是指经济上的交换价值。在被害人关于自己的财物或者财产性利益所具有的经济上的交换价值陷入认识错误而接受交易的场合,被害人就存在法益关系的错误。在这种场合,被害者关于转移财产的同意就是无效的,故行为人的行为成立诈骗罪(山口厚、佐伯仁志、桥爪隆等)。例如,被害人受欺骗后认为自己所有的高价古董只是仿制品,并按照行为人提出的便宜价款交付的,就是典型的法益关系的错误。与此相反,在店主并不打算向未成年人出售香烟时,未成年人欺骗店主,店主以为对方是成年人并出售香烟的场合,由于店主获得了作为香烟价款的反对给付,对自己交付香烟的经济上的交换价值并不存在认识错误,即不存在法益关系的错误。因此,该未成年人的行为不成立诈骗罪。由此可知,只有被害方对“经济上的”关心事项才被诈骗罪所保护。这一观点虽然以不存在“法益关系的错误”为理由否定诈骗罪的成立,但归根结底还是以没有发生客观的“财产损失”为由否定诈骗罪的成立(杉木一敏)。

第三种观点认为,行为人要成立诈骗罪,被害人就必须关于“作为交付、处分判断基础的重要的事项”被欺骗并陷入认识错误。其中对被害人而言的“重要的事项”,并不必然局限于“经济上的交换价值”。即使是经济上的交换价值“以外”的事项,根据场合的不同也能够成为对被害人而言重要的关心事项。换言之,即使是在对于经济的交换价值“以外”的事项实施欺骗行为的场合,诈骗罪也能够成立。例如,关于暴力团成员隐瞒身份利用高尔夫设施的案件,日本有两个著名的判决,事实上采取了第三种观点。

一个判决的案情是,暴力团成员X与高尔夫俱乐部会员A一起去B高尔夫俱乐部,隐瞒了暴力团成员的身份打高尔夫球。B高尔夫俱乐部在相关约定条款中明确禁止暴力团成员利用俱乐部,而且将有关部门提供的情报进行电子化处理后,对利用高尔夫设施的人员进行姓名确认。A在加入俱乐部时曾誓言不介绍暴力团成员,也不与暴力团成员结伴打球,却采取欺骗手段帮助X提出申请,X则不靠近服务台而开始打球(宫崎事件)。日本最高裁判所2014年3月28日的判决指出,利用者是不是暴力团成员,是B高尔夫俱乐部的从业人员是否准许其利用高尔夫设施的重要事项,尽管如此,A却不说明同伴者X

是暴力团成员,并为其申请利用高尔夫设施,该行为使高尔夫俱乐部从业人员误以为 X 不是暴力团成员,当然属于诈骗罪中的欺骗行为,该行为导致利用高尔夫设施的合同成立, X 利用了高尔夫俱乐部的设施,因而成立诈骗罪(对财产性利益的诈骗)。^[71] 这样判决的理由是,如果高尔夫球场允许暴力团成员使用,就会存在使用该球场的其他顾客减少,进而损害高尔夫球场的信用和评价的可能性,所以从高尔夫球场的“经营上的观点”来看就可以理解拒绝暴力团成员使用这一措施。

另一个案件是,暴力团成员 Y 与 Z 共同隐瞒身份,先后去 C 高尔夫俱乐部与 D 高尔夫俱乐部申请利用高尔夫设施。尽管两家高尔夫俱乐部制定了排除暴力团的条款,也有拒绝暴力团成员使用的告示牌,但两家高尔夫俱乐部并没有对顾客是不是暴力团成员进行逐一确认,而且,周边的高尔夫球场默许暴力团成员使用的情况也很多(长野事件)。日本最高裁判所 2014 年 3 月 28 日认定,在这样的状况下,不能说暴力团成员没有告知自己是暴力团成员而申请使用高尔夫场的行为,表明了“自己不是暴力团员”的含义,因而不属于“欺骗他人的行为”,否认了诈骗罪的成立。^[72]

此外,关于以诈骗手段取得证明文件等文书的行为是否构成诈骗罪的问题,日本较早的判例一般否认诈骗罪的成立,但后来以及最近的判例则肯定诈骗罪的成立。例如,暴力团成员声称自己不是暴力团成员,在邮政储蓄银行开户领取存折的,被认定为诈骗罪。判决理由是,在交易过程中,银行大多重视“交易对象是不是暴力团成员”这一事实,而且重视这一点在客观上具有合理性。在本案中,银行确立了一律拒绝暴力团成员开设账户的方针,采用了使申请开户人在申请书上表明、确认“不是暴力团成员”的措施,并且确立了在申请人存在嫌疑时向警察局等进行问讯、确认的体制。据此,可以肯定行为人就“交易对象是不是暴力团成员”这一“重要事项”实施了欺骗行为,并且取得了银行的存折,因而成立诈骗罪(诈骗对象为存折本身)。刑法理论对此存在不同观点。一种观点认为,证明文书不具有财产性,不属于财物(平野龙一、前田雅英等);而且,如果将证明文书认定为财物,与刑法规定的有关不实记载证明文件的犯罪不协调(西田典之)。另一种观点则认为,证明文件具有财产性,骗取证明文书的成立盗窃罪(山口厚)。

在承认财产损失是诈骗罪的构成要件要素的前提下,对于如何理解财产损失,日本存在以下几种学说。

形式的个别财产说认为,日本刑法没有将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,而且刑法对骗取财物与骗取财产性利益采取了相同的规定方式,因此,诈骗罪(包括骗取财物与骗取财产性利益)是对个别财产的犯罪,财物的交付(丧失)、财产性利益的转移(丧失)本身就是财产损失。因为在如果不受欺骗就不会交付财物的情况下,被害人由于受欺骗而交付财物时,就导致被害人丧失了使用、收益、处分财物的利益;在如果不受欺骗就不会转移财产性利益的情况下,被害人由于受欺骗而转移财产性利益时,就导致其财产性利益的丧失,即使整体财产没有减少,对被害人而言也是财产损失。所以,只要基于行为人的欺骗行为丧失财物、财产性利益,就存在财产损失。即使行为人提供的反对给付与被害人交付的财物价值相当甚至超过了后者的价值,也不妨碍诈骗罪的成立(福田平)。

[71] 日本《最高裁判所刑事判例集》第 68 卷 3 号,第 582 页。

[72] 日本《最高裁判所刑事判例集》第 68 卷 3 号,第 646 页。

实质的个别财产说认为,从日本刑法对诈骗罪与背信罪的不同规定可以看出,诈骗罪是对个别财产的犯罪,而且,既然诈骗罪是侵犯财产罪,那么就要求有实质的财产上的损失。其中,有的学者认为,“财产损失”本身是诈骗罪(既遂)的一个独立要件(如前田雅英)。也有的学者则认为,虽然要求实质的财产上的损失,但是,将财产损失作为独立的要件在日本刑法中缺乏法文上的根据;由于丧失(转移)财物、财产性利益本身就是诈骗罪的法益侵害,因此,没有必要将财产损失作为与转移财产相区别、相并提的要件;问题只是在于财物、财产性利益的转移、丧失本身是否具有实质的法益侵害性(山口厚)。

财产价值减少说认为,诈骗罪与背信罪一样,都是对整体财产的犯罪;将诈骗罪与背信罪区别对待,缺乏实质理由。诈骗罪的成立以被害人的整体财产减少为必要,而且,由于损害与利益处于表里关系,故即使通过欺骗行为取得财物,但如果支付了相当对价时,则不成立诈骗罪(泷川幸辰)。但是,持财产价值减少说的学者,并不主张仅就损害与利益进行客观上的金钱价值的比较,而是主张既比较客观价值,也比较主观价值。

折中说认为,诈骗财物罪(一项犯罪)属于对个别财产的犯罪,诈骗利益罪则既包含对整体财产的犯罪,也包括对财物以外的个别财产权的犯罪。就诈骗财物罪而言,只要受骗者处分或交付了财物,就应认定为存在财产损失,而不要求被害人整体财产的减少。就诈骗利益罪而言,应区分不同情况判断是否存在财产损失:针对个别财产权实施诈骗行为时,只要能够认定如果没有欺骗行为被害人就不会转移债权等个别财产权,那么,转移个别财产权时,就造成了财产损失;针对整体财产实施诈骗行为时,只要没有给被害人的整体财产造成损害,就不能认定为诈骗利益罪(团藤重光)。

可以肯定的是,至少在通常情况下,只要行为人或第三者基于受骗者的处分行为取得了财产,就造成了被害人的财产损失。只有在例外情况下才需要进一步的判断。

2. 不法原因给付与诈骗罪

当行为人实施欺骗行为使受骗者陷入认识错误后,受骗者也可能同时基于不法动机处分财产。例如,在卖淫违法的前提下,女子原本没有卖淫的意思,却声称向男子卖淫,使男子向其交付费用,但女子收取费用后逃之夭夭。男子之所以交付费用,是因为女子实施了欺骗行为;但嫖娼本身具有非法性,故男子交付费用“嫖娼”便属基于不法原因。于是,产生了以下问题:受骗者基于不法原因处分财产的,是否存在财产损失,应否认定行为人的行为构成诈骗罪?

德国的判例认为,行为人使用欺骗手段,使对方陷入错误并基于不法原因给付财产的,不影响诈骗罪的成立。例如,行为人将没有效能的、原价为30~40芬尼^[73]的堕胎药诈称为具有效能的堕胎药,以10马克的价格卖给某孕妇。由于堕胎是犯罪,故孕妇购买堕胎药品而支付金钱的行为,属于不法原因给付。德国帝国法院采取经济的财产说,认定本案被告人的行为成立诈骗罪。

在法国,行为人使用欺骗手段使他人基于不法原因给付财物的,既不承认“受骗者没有财产损失因而不成立诈骗罪”的主张,也不接受“欺骗行为没有达到刑法所要求的欺骗行为的程度”的观点,而是认定为诈骗罪。

日本的审判实践同样持肯定态度。如日本大审院的判决指出:“虽然在民法上不能

[73] 芬尼是德国以前的辅币单位,等于百分之一马克。

请求其返还,但并不因此而妨碍诈骗罪的成立。因为既然以欺骗手段使他人陷入错误而交付财物,那么,其行为就不法地侵害了他人财产权。”^[74]日本最高裁判所将赌博诈欺认定为诈骗罪,因而表明了肯定态度。

日本刑法理论上,只有极少数学者持否定说。如泷川幸辰指出,基于不法原因给付时,给付者是为了实现法所禁止的目的,既然如此,便处于法的保护之外;如果不存在应受法的保护的财产,也就不发生财产损失,所以,基于不法原因给付时应否认诈骗罪的成立。但是,绝大多数刑法学者都持肯定态度。肯定的理由大体如下:(1)在基于不法原因给付的场合,于所交付的财物、财产性利益本身不具有不法性,所以,认定诈骗罪的成立也不是不可能的。(2)在基于不法原因给付的场合,如果对方不受欺骗就不会交付财物,所以,可以认为受骗者基于欺骗者的行为而作出了不法原因给付,能够认定诈骗罪的成立。(3)在基于不法原因给付的场合,虽然给付者没有民法上的返还请求权,但在刑法上值得保护。(4)由于不法的原因只是存在于受益者,所以,应适用(日本)民法第708条但书的规定,承认给付者具有返还请求权。因此,可以认定诈骗罪的成立。亦即,通过否认给付者的行为属于不法原因给付,肯定行为人的行为成立诈骗罪。(5)财产损失不是诈骗罪的独立要件,所以,财产转移本身就具有法益侵害性;既然不法原因给付时受骗者基于认识错误转移了财产,对方的行为当然成立诈骗罪。

3. 免除非法债务与诈骗罪

行为人使用欺骗手段,使他人免除法律不予保护的非法债务的,是否存在财产损失?例如,甲男以嫖娼并支付费用的意思与卖淫女乙实施性行为,但性行为结束后,甲男发现自己身无分文,便采取欺骗手段,使乙免除嫖宿费用(非法债务)。甲男的行为是否就其免除的非法债务成立诈骗罪?

德国在卖淫合法化之前曾有如下判例:两名被告人与一名妓女发生性交后,以伪造的货币支付了嫖宿费。虽然州法院认定被告人的行为成立诈骗罪,但德国联邦法院的判决指出:“被告人的上诉指责该有罪判决,主张妓女的财产没有受到侵害。该上诉理由是正当的。在法律上,性交并不存在可以估算为金钱的任何价值。因此,妓女委身于人的行为本身并不是财产处分行为。对于‘顾客’而言,也不是财产上的利益。基于这样的理由,妓女对‘顾客’所具有的费用‘请求权’,与通过违反公序良俗的法律行为所取得的价值也不是同一的。因此,欺骗妓女使之免除嫖宿费用的,并不是实施了诈骗行为。”^[75]显然,州法院采取了经济的财产说,认定被告人的行为构成诈骗罪,但联邦法院并非如此。但在2001年卖淫合法化之后,上述行为成立诈骗罪。

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

[74] 日本大审院1910年5月23日判决,载日本《大审院刑事判决录》第16辑,第906页。

[75] [日]平野龙一编:《判例教材·刑法各论》,东京大学出版社1980年版,第182~183页。

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经济上的利益,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。”〔76〕显然,原审对财产采取的是法律的财产说或法律的·经济的财产说,而大法院采取的是经济的财产说。

对于类似的案件,日本审判实践上存在两种不同判例。例如,对于使卖淫者免除嫖宿费用的案件,就存在两种对立的判决。

日本札幌高等裁判所1952年11月20日的判决否认诈骗罪的成立。案情是,被告人嫖娼并饮食住宿,后来采用欺骗手段使对方免收上述费用,其中嫖娼费为1000日元,其他费用为3230日元。原审裁判所认定被告人共诈骗了价值4230日元的财产性利益,显然将嫖娼费也计算在内。但札幌高等裁判所判决指出:“本来卖淫行为是违反善良风俗的行为,这种契约是无效的,故被告人并不因此负担嫖娼费债务;对于欺骗卖淫者使其免除嫖娼费的,不能认定为取得了财产上的不法利益。所以,对上述1000日元不成立诈骗罪。”〔77〕据此,非法的财产性利益不是诈骗罪的对象。换言之,使对方丧失非法的财产性利益的,不能认定为财产损失。

日本名古屋高等裁判所1955年12月13日的判决肯定诈骗罪的成立。案情为,被告人两次嫖娼,但使用欺骗手段使对方免收2500日元的嫖娼费。原审认定,卖淫契约违反公序良俗,不能认定被告人获得了财产上的不法利益,因而不成立诈骗罪。但名古屋高等裁判所的判决指出:“即使原审认定的契约违反公序良俗,根据民法第91条是无效的,但民事上的契约是否有效与刑事上是否有责任,是本质不同的问题,二者没有任何联系。像诈骗罪这样的以侵害他人的财产权为本质的犯罪之所以受到处罚,并不只是为了单纯地保护被害人的财产权,还因为以这种违法手段所实施的行为有扰乱社会秩序的危险。而且在扰乱社会秩序这一点上,签订卖淫契约时采取欺骗手段与在通常交易时采取欺骗手段,没有任何差异。……嫖娼费也可以成为刑法第246条第2项的诈骗罪的对象,故认定不成立诈骗罪的原审判决适用法律有误,这种错误显然影响了判决。”〔78〕据此,非法的财产性利益也是诈骗罪的对象。换言之,使对方丧失非法的财产性利益的,也能认定为财产损失。

与审判实践相对应,日本刑法理论上也存在两种不同观点。

持否定说的有平野龙一、中森喜彦、曾根威彦、西田典之、山口厚等学者。如平野龙一指出:“诈称嫖宿后支付金钱而使对方实施卖淫行为,然后使用欺骗手段使对方免除嫖娼费的,由于这种劳务与债权本身具有不法性,故应认为不成立诈骗罪。”〔79〕曾根威彦指出:“使女性实施卖淫行为后,在还没有支付嫖宿费用的阶段,欺骗女性使之免除嫖宿费用的,应否认诈骗罪的成立。因为在这种场合,在行为人实施欺骗行为之前就已经产生了不法原因;既然卖淫行为因违反公序良俗而不承认具有民法上的对价请求权,那么,根据法律的·经济的财产说的立场,刑法上便没有对之进行保护的必要。这里的问题是免除

〔76〕〔韩〕吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社2004年版,第13页。

〔77〕日本《高等裁判所刑事裁判特报》第2卷第24号,第1276页。

〔78〕日本《高等裁判所刑事判例集》第5卷第11号,第2018页。

〔79〕〔日〕平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第220~221页。

事后的支付,既然利益(对价请求权)本身是通过卖淫行为取得的,是不法的,那么,就无效的债权而言,应认为没有财产上的损害。”^[80]概言之,持否定说的学者都认为,诈骗利益罪中的利益,必须是合法的利益;如果骗取的是不法的利益,则没有财产损失,所以不成立诈骗罪。

持肯定说的有团藤重光、福田平、大谷实、内田文昭、前田雅英等学者。如大谷实指出:“关于使用欺骗手段,使人卖淫,免除支付‘卖淫费’的行为,是否成立诈骗利益的问题,存在民法上不受保护的经济利益在刑法上也不受保护的否定说,与应当承认刑法上的要保护性的肯定说的两种对立。在这种场合,在如果不受欺骗对方就不会实施性行为这一点上,与上述情形(指基于不法给付的情形——引者注)相同,所以,认为值得刑法上保护的肯定说是妥当的。在这种场合,诈骗利益罪的对象,是提供性行为这种劳务。这一结论,也适用于通过欺骗行为免除支付基于情人契约的生活费,以及免除基于卖淫契约的卖淫费的情形。这种场合的诈骗利益罪的对象,是生活费或卖淫费的支付这种财产上的利益。”^[81]概言之,持肯定说的学者认为,不能以是否违反民法来决定有无诈骗罪的财产损失。

4. 行使权利与诈骗罪

具有从对方取得财物或者财产性利益的正当权利(如享有到期且无抗辩理由的债权)的人,为了实现其权利而使用了欺骗手段的,是否成立诈骗罪?

德国的审判实践上,除了在两次世界大战之间的一段时期,部分判决对行使权利的行为予以处罚外,都不处罚狭义的行使权利的行为。例如,被告人以子弹的碎片导致脚行走不便的虚假理由申请战伤者年金,从而作为战伤者领受了年金,但实际上,被告人也有肺病,且肺病是由于战争中的寒冷与食物不足所致。原审认定被告人的行为成立诈骗罪,但德国联邦法院 1955 年 10 月 11 日的判决指出,虽然被告人实施了欺骗行为,但在法律上仍有战伤者年金请求权,因而并不违法,于是撤销了原审的有罪判决。又如,被告人实际上是从军时因交通事故受伤,但其谎称因炮弹受伤而领受战伤者年金。不来梅上级地方法院 1962 年 6 月 20 日的判决指出,根据法律规定,即使在从军时因交通事故受伤,也能领受战伤者年金;被告人虽然实施了虚假申请行为,但由于其在法律上具有战伤者年金请求权,故没有取得违法的财产性利益,进而宣告被告人的行为不构成诈骗罪。反之,如果行为人不具有法律上的权利而以行使权利的名义实施诈骗行为的,则成立诈骗罪。例如,女被告人因为与其丈夫处于分居中而没有得到扶养,她明知自己在法律上没有资格领取从军者家属援助金,但提供丈夫名义的虚假证书,领取了援助金。德国最高法院 1918 年 1 月 8 日的判决,以被告人没有领受权利为由认定诈骗罪的成立。

德国的刑法理论也一直主张狭义的行使权利的行为不成立诈骗罪。例如,在 20 世纪初,德国刑法理论上广泛采取的学说是,如果具有形式的“法的请求权”,即使立证困难,也缺乏违法性,不成立诈骗罪。第二次世界大战后,狭义的行使权利的行为不可罚的结论,几乎没有争议。如 Roxin 指出,刑法的适用只能限定于维持社会生活秩序上不可避免的场所,只有对社会产生了重大侵害才能科处刑罚。因此,侵害私法上的所有权的行

[80] [日]曾根威彦:《刑法各论》,弘文堂 2012 年第 5 版,第 158~159 页。

[81] [日]大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂 2012 年第 4 版,第 284~285 页。

并不都成立刑法上的侵犯财产罪。所以,问题在于,刑法对何种侵害、在何种范围内对所有秩序进行保护。具体地说,违反归还义务而存续的所有权,相对于正当的权利者而言,就不值得保护。因此,通常不处罚行使权利的结论是妥当的。

日本大审院曾于1913年12月23日作出判决,对狭义的行使权利与诈骗罪的成立与否提出了三个处理原则:其一,在法律上享有从对方取得财物或者财产性利益的正当权利的人,在实现其权利时,使用欺骗手段,在其权利范围内取得财物或者财产性利益的,不成立诈骗罪。其二,在上述情形下,超出其权利范围取得财物或者财产性利益的,如果该财物或者财产性利益在法律是可分的,则仅就超出部分成立诈骗罪;如果该财物或财产性利益在法律上是不可分的,则就整体(或全部)成立诈骗罪。其三,即使行为人具有正当权利,但如果没有实现权利的意思,单纯以行使权利为借口,或者基于与正当权利没有任何关系的其他原因,骗取对方财物或财产性利益的,就取得的财物或者财产性利益的整体成立诈骗罪。

就第三项原则而言,日本刑法理论基本上没有争议。因为行为人虽然具有正当权利,但当其没有实现权利的意思,只是以行使权利为借口骗取财物或者财产性利益,或者基于与正当权利没有任何关系的其他原因骗取财物或财产性利益时,根本不属于行使权利的行为,理所当然成立诈骗罪。

对于第二项原则,日本刑法理论存在争议。有的学者赞成该项原则,但也有学者反对该项原则。因为财物或财产性利益的可分与不可分,并不一定明确;而且,可分时仅就超出权利范围部分成立诈骗罪,而不可分时则就整体成立诈骗罪,这本身也不尽合理。

至于第一项原则,日本刑法理论上的争论更为激烈,大体上存在四种不同观点。第一种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为不成立诈骗罪。其中,有的学者认为这种行为不符合诈骗罪的构成要件;有的学者认为这种行为阻却违法性。第二种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为构成诈骗罪。其中有的学者指出,即使行使权利,但由于采用了欺骗行为这种不相当的方法,所以仍然成立诈骗罪。第三种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为原则上成立诈骗罪,但如果其行为处于相当性的范围之内,则阻却违法性。具体理由是,上述行为符合诈骗罪的构成要件,而且,以欺骗手段行使权利本身也是不妥当的。所以,只要不存在自救行为、正当防卫等违法性阻却事由,就应认定为诈骗罪;但是,当行为人具有行使权利的正当目的、没有超出权利范围,而且其手段具有社会的相当性时,则阻却违法性。第四种观点认为,对以欺骗手段行使权利的行为,应当进行实质的判断,然后得出是否构成诈骗罪的结论。但判断的基准不只是手段的社会相当性,而是要综合以下各种因素进行判断:其一,权利性的有无。如果具有正当权利,则无罪的可能性较大;但是,如果虽然享有权利却超出了权利的范围,就不能认为在整体上具有行使权利的目的。其二,手段的必要性。在具有权利的情况下,需要考虑有无自行骗回的必要性,这需要根据行为状况的紧急性、法律侵害的程度、被害人的态度等进行判断。其三,手段的相当性。需要考虑行使权利的行为在何种程度上被社会一般观念所允许。第一种观点与德国学说相同。第二、三种观点以行为无价值为基础,认为为了行使权利所实施的欺骗行为不具有社会相当性,所以具有违法性。

5. 对受骗者交付财产提供相当对价(反对给付)的情形

德国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,但是,刑法理论与审判实践上并不是单

纯从客观价值上理解和认定财产损失,而是联系受骗者(被害人)的目的、财产的主观价值等认定财产损失。

由于德国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,所以,德国的判例原则上认为,财产主体所具有的金钱价值的总额因为处分行为而减少时,就存在财产损失。因此,一般来说,如果行为人实施欺骗行为,使被害人交付财物,而行为人提供的反对给付(填补)并不少于被害人交付的财物的金钱价值时,就不存在财产损失,不成立诈骗罪。但是,填补仅限于由欺骗行为直接产生的反对给付,而不包括通过损害赔偿请求等事后的独立行为所形成的必要给付。

例如,被害人表示签订支付确定保险费的保险合同,尽管行为人也保证签订这样的合同,但行为人所属的公司是相互保险公司,行为人使被害人加入了负有支付追加金义务的保险。加入支付确定的保险费的保险的,如果在支付保险费后发生了事故,加入者就成为单纯的接受保险金的债权人;而加入相互保险的,一方面成为接受保险金的债权人,另一方面在某些场合还负有支付追加金的义务。对此,1887年德国帝国法院的一个判决指出,关于作为诈骗罪要件的“损失”是什么的问题,可能有两种观点:一种观点认为,被害人基于认识错误处分财产时,即如果知道真相就不会处分财产时,不管这种处分在客观上是否给被害人的财产带来了不利,都属于造成了财产损失。另一种观点认为,仅此还不能认定为损失,只有当被害人处分财产的行为在客观上对其财产造成了侵害时,才能认定为损失。后一种观点是正确的。前一种观点将财产的构成要素的变更本身视为损害,但是,这种变更本身是一切交易的必然结果,原则上存在于所有的交易中,不能直接将其作为刑法上的损失。否则,就无视了刑法条文要求诈骗罪发生损失的规定。姑且不谈赠与等行为,在一般的交易中,被害人的给付与行为人的反对给付是一体化的,在认定是否发生了财产损失时,仅仅考虑被害人一方给付了财物是不够的,必须将被害人财产价值的减少与因此而导致的财产价值的增加进行客观比较。财产不管是积极的还是消极的,是人的财产关系的总体,必须从整体上考虑。这里的“整体”,是指只有其金钱上的整体价值减少时才是受到损害,增加时是获得利益。但是,是否发生了财产损失,要根据行为当时的被害人的个别的财产关系来决定。除金钱外,其他的财物并不是对一切人都具有相同价值,也不是一切人都可以同样利用;尽管如此,个别化原则(*Grundsatz der Individualisierung*)也并不意味着完全根据被害人的恣意或爱好来认定财产损失。如果现实上提供给被害人的物,可以利用于被害人的合同目的,则不存在损失。于是,是否产生了财产损失,不是由被害人是否要利用来决定,而是由被害人能否利用来决定。因此,对单纯的爱情利益、经济上无价值的东西、单纯的处分自由等的侵害,不能认定为财产损失。根据上述立场,德国帝国法院对上述案件作出了以下判断:被害人虽然负有支付追加金的义务,但相互保险中事先支付的保险费加上追加金,在许多情况下少于确定支付的保险费。此外,作为对被害人不利的因素,重要的是该保险公司的财产状况,因此不能一概断定有无损失,事实审还必须就上述情况作进一步调查。

此后的判例都适用个别化原则,即法院除了考虑金钱价值的减少外,还同时考虑金钱价值以外的市场情况、个人的利用可能性、个人的资产状况等。例一:进口黄油的价格原本高于国产黄油价格,被告人却将进口的黄油冒充国产黄油并以国产黄油价格出卖。但是,被害人以进口黄油销路不好为由,想购买的是国产黄油。法院认定被害人存在财产损

失,被告人的行为构成诈骗罪。例二:被告人使用欺骗手段,使对方购买其不能阅读理解的杂志。法院认为,所购买的杂志对于被害人而言没有实质价值,因而存在财产损失,被告人的行为成立诈骗罪。例三:被告人为榨汁机的贩卖者,被告人在对 K 实施贩卖行为时,原本没有减价出售但声称减价出售。且在贩卖时,被告人知道 K 陷入经济困难,而且 K 还有其他债务,会陷入财产危机。被告人在对 B 实施贩卖行为时, B 携带的金钱不够,但被告人谎称减价使 B 购买。B 为了支付货款,不得不借款。法院认为,被告人的行为造成了被害人的财产损失。换言之,受骗者为了履行与被告人的合同而不得不从事其他不利的经济交易时,应认定被告人的行为造成了财产损失。

德国刑法理论的通说认为,诈骗罪(既遂)的成立要求财产价值的减少,财产价值的增减,通过一般的市场价值与个别的价值两个阶段的判断来决定。首先将行为人因欺骗行为所取得的财产与其提供的对价在纯客观价值上进行比较,如果行为人取得的财产价值高于其提供的对价,则受骗者存在财产损失;如果二者相等,则客观地比较受骗者就所处分财产与所接受的对价的主观价值,如果受骗者所处分财产的主观价值高于所接受的对价的主观价值,则受骗者存在财产损失。因为并非任何财物对于所有人都具有相同的价值,所以,在进行客观价值的比较之后,必须通过权衡财物对被害人的有用性、目的等要素,判断财物对被害人的主观价值的增减。

但是,德国刑法理论的少数说认为,诈骗罪(既遂)的成立不要求财产价值的减少。其中,人的财产概念(*personaler Vermögensbegriff*)认为,法益是法规范所保护的、人对客体(对象)的事实上的支配关系。因此,财物或者所有物等对象不是法益,所有权者与财产的占有者等主体也不是法益,财产主体与对象的现实的关系才是法益。财产是人格发展手段,对其价值不能进行数量考虑,不能进行客观评价。所以,财产价值的减少不能作为财产损失要件。即使具有金钱价值的财产状态没有减少,但欺骗行为引起了违反具体交易的客观意义、目的与本质的财产状态时,通常就能认定为财产损失。在存在反对给付的场合,问题不在于财产价值的减少,而在于反对给付是否符合被害人设定的目的。如果反对给付不符合被害人设定的目的,就存在财产损失。但是,人的财产概念受到了批判。一方面,人的财产概念导致财产犯罪的保护法益是人格发展自由的一个侧面,这并不合适;另一方面,人的财产概念也缺乏明确性。动的财产概念(*dynamischer Vermögensbegriff*)认为,对财产的保护,既包括保障财产增加,也包括确保财产本身;在复杂多变的经济状态下,停滞意味着后退,所以,财产概念必须向在经济发展与经济活动中起作用的财产要因扩展。换言之,即使财产没有减少,但没有给被害人带来客观上可以期待的财产增加,也应认定为财产损失。不过,这种学说也没有得到多数学者的认同。

人的财产说与动的财产说不要求财产价值的减少,这便与德国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪、明文要求诈骗罪造成财产损失不相符合,因此,在德国成为少数说。但是,如果认为诈骗罪是对个别财产的犯罪,人的财产说与动的财产说明显具有合理因素。

日本刑法没有将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,日本的判例没有言及财产价值的增减。日本判例认为,在如果没有欺骗行为对方就不会交付财物的情况下,由于交付财物是由欺骗行为所致,所以,交付财物本身就是财产损失。例如,被告人将在市场上均有销售、容易购买的电动按摩器,谎称为市场上难以购得的特殊治疗器而贩卖,即使其提供的

商品与受骗者交付的金钱价值相当,但由于缺乏被告人标榜的功效,认定成立诈骗罪。又如,谎称烧酒的酒精含量高于实际含量而出卖的,即使出卖价格与实际的酒精含量相当,也构成诈骗罪。反之,被害人接受非医生的诊断,以其所定价格购买了药品的,由于所购入的药品适合治疗被害人的疾病,而否认了诈骗罪的成立。

6. 就交付财产的用途、接受者进行欺骗的情形

这是指受骗者虽然就自己将财产交付给他人不存在认识错误,但就所交付财产的真实用途、财产的真实接受者存在认识错误的情形。

(1) 单方给付

例如,行为人甲声称为灾区募捐,受骗者乙交付了财物,但事实上甲并不是为灾区募捐,而是将所“募捐”的财物交给了自己的亲友(单方给付的情形)。与这种募捐诈骗相类似的,还有乞讨诈骗、救济金诈骗、补助金诈骗、奖励金诈骗等情形。在受骗者没有就交付财产期待任何反对给付的情况下,是否存在财产损失,甲的行为是否成立诈骗罪。

对于类似上述募捐诈骗的单方给付的案件,德国判例指出,即使受骗者没有期待任何反对给付,也可以说存在财产损失。

德国刑法理论上,只有少数学者否认上述募捐诈骗之类的案件存在财产损失,其理由是,捐赠者没有期待物质的对价,并且知道自己的捐赠会造成自己客观的、经济上的损失时,在此限度内不可能存在欺骗。因为诈骗罪中的财产损失,以受骗者没有认识到财产损失为条件(无意识的自己加害,^[82] unbewußte Selbstschädigung)。在募捐诈骗的场合,受骗者已经认识到自己的财产损失,对方的行为当然不成立诈骗罪。但是,德国刑法理论的通说与判例认为,类似募捐诈骗的行为成立诈骗罪。在这种场合,财产处分者处分财产不是出于经济利益的考虑,而是为了实现社会目的;如果交付财产的社会目的得以实现,交付财产就成为实现主体社会目的的手段,当然无所谓财产损失;反之,如果受骗者交付财产的社会目的失败,就应认定为财产损失(目的失败论, Zweckverfehlungslehre)。

日本判例在此问题上的立场,相当于德国的“目的失败论”。例如,行为人基于县的认可指令进行地震后的重建工程,工程完工后提出虚假内容的工程竣工精算书,领受过高的补助金。日本大审院 1932 年 2 月 2 日的判决指出,领受发放的不当过高的补助金时成立诈骗罪。再如,行为人提供虚假的建筑费精算书,领取农业仓库奖励金,也被认定为诈骗罪。但是,如果行为人通过欺骗手段取得住宅补助金的行为,符合公营住宅法的行政目的,则否认诈骗罪的成立。又如,对于提供虚假材料,骗取超额预算,使超额预算由被告人等任意支配消费的行为,也不只是单纯认定为财产法规的违反行为,而是同时认定为诈骗罪。然而,对于虚报人工费,将领取的人工费用于广告、通信等方面的,由于人工费与广告费、通信费属于同一类项目,所领取的费用实现了同一社会目的,故否认诈骗罪的成立。由此可见,行为人虽然不当取得补助金、预算,但如果没有严重脱离其原本用途的,并不成立诈骗罪,因而与德国的“目的失败论”相当。

[82] 部分学者主张的无意识的自己加害理论认为,诈骗罪的成立仅限于被害人没有自己加害的意识的情形,即被害方没有认识到会产生财产损失,就为自己加害的性质奠定了基础;如果意识到会发生财产损失,仍然处分财产,则对方的行为不成立诈骗罪。例如,被害人原本可以顺利取回自己被扣押的驾驶证,但检察官欺骗被害人说:“如果你给我 300 欧元,我可以让警察把驾驶证还给你。”被害人信以为真,给了检察官 300 欧元。根据无意识的加害理论,由于被害人是有意自己加害,所以检察官不构成诈骗罪。

(2) 双方给付

德国曾发生以下双方给付的案件:被告人谎称,某种杂志卖出后的收益,提供给当地医生研修使用,不少人因为受骗而购买。德国法院的判决指出,订购者并不只是为了得到作为反对给付的杂志,而且期待其交付的金钱能够为支援社会的设施作贡献;如果这种期待没有实现,对于订购者而言就存在可以计算的经济损失,因而产生了诈骗罪中的财产损失。据此,即使受骗者获得了金钱上等价的反对给付,但如果没有实现社会目的,也存在财产损失。

关于双方给付的情形,德国刑法理论中的人的财产说主张,应当考虑社会目的等内容,如果受骗者的社会目的失败,则应认定存在财产损失。德国刑法理论的通说则认为,只要反对给付的价值不低于受骗者交付的财产价值,就没有财产损失,而不考虑社会目的的实现与否。例如,行为人谎称自己家庭贫困而贩卖杂志的,只要购买者获得了与其支付的金钱价值相当的杂志,就不存在财产损失。只有在财产价值减少的前提下,才讨论社会目的的实现与否的问题。不过,对价是否相当也不只是考虑客观的金钱价值,同样要考虑主观价值。例如,行为人将某地产品冒充灾区产品予以出售,受骗者以支援灾区的意思而购买该产品。如果该产品没有不合适之处,那么,就没有财产价值的减少,因而不存在财产损失。但是,如果受骗者没有使用该产品的必要,只是因为受骗而购买,或者受骗者是专门援助受灾地区的财团时,由于反对给付的价值低于受骗者交付的财产价值,因而存在财产损失。由此可见,在行为人就交付财产的用途、对接受者进行欺骗并提供了反对给付的情况下,德国刑法理论通说仍然会肯定诈骗罪的成立。

日本的判例大多肯定双方给付的情形存在财产损失,因而肯定诈骗罪的成立。例如,国家根据农地法要将未开垦的土地出卖给农业经营者,但是,没有经营农业意思的被告人购买了该土地。日本最高裁判所1951年4月1日的判决指出,虽然被告人的行为具有侵害农业政策这一国家法益的侧面,但与此同时,也侵害了作为诈骗罪的保护法益的财产权,因此不排除诈骗罪的成立。日本只有少数判例否认诈骗罪的成立。

日本刑法理论的多数说也采取肯定说(与目的失败论相类似)。日本刑法理论在这方面重点讨论的是,行为人使用欺骗手段,取得公法规制下的某种物品的行为是否成立诈骗罪。例如,没有资格购买配给品的人,使用诈骗手段购买该配给品的,刑法理论一般主张认定为诈骗罪(所谓配给诈骗)。^[83] 在为了实现某种积极的行政目的,分配稀少物质以实现具体的规制目的场合,财产的交付与其规制目的的实现之间处于交换关系,就这一点存在欺骗、认识错误时,可以肯定诈骗罪的成立(前田雅英、山口厚)。

7. 财产增加的期待

在财产增加的期待充分具体化的场合,财产增加的期待就具有经济上的价值,因而要作为财产予以保护(德国的通说)。例如,在建设工程招投标中,被告人通过欺骗手段中标的,导致以最低价投标的一方没有中标的,就属于造成了财产损失,因而成立诈骗罪。但是,如果财产增加的期待不是具体的,则不是刑法所保护的财产。例如,购买者通过欺骗手段使商品销售者打折销售的,由于销售者对打折之前的销售收入的期待不是保护对象,即使其收入减少,购买者也不成立诈骗罪。再如,在被继承人还处于生存状态时,即使

[83] 使用欺骗手段偷税的,符合诈骗(利益)罪的构成要件,但各国刑法都将其排除在诈骗罪之外。

签订了便于在被继承人死亡时不当地继承财产的合同的,也不认为有财产上的损失。

8. 缔约诈骗与履约诈骗

德国刑法理论所讨论的是,在签订合同阶段与履行合同阶段,双方在什么情形下成立诈骗罪,以及如何计算财产损失的问题。

缔约诈骗,是指行为人在与被害人签订合同时就事实进行了欺骗。在这种场合,要比较双方发生的债权价值,只有当受骗者产生了经济上的损失时,才能认定为财产损失。由此产生的问题是,签订合同所产生的对财产的具体危险能否认定为财产的减少。对此一般持肯定态度,亦即,只要行为人通过欺骗手段使对方与自己签订了不利于对方的合同,就成立诈骗既遂。例如,行为人明知自己不具备用人单位所要求的专业知识,却通过欺骗手段使雇主与自己签订雇佣合同的,由雇佣所产生的经济负担就能认定为财产损失(缔约阶段的损失)。在受骗者可以解除合同但伴随危险时,也不能否认财产损失。但是,在合同规定履行前就可以解除的场合,则不能认定对财产有具体危险,在解除期间经过前都不能认定有财产损失。

在因缔约诈骗签订合同的时点成立诈骗罪的场合,如果合同按预定得到履行,诈骗就继续到履约阶段。因此,在签订合同就达到既遂的诈骗,由于履行而终了的,整体上成立一个诈骗罪。

履约诈骗分为真正的履约诈骗与不真正的履约诈骗。真正的履约诈骗,是指行为人在签订合同的阶段没有实施欺骗行为,但在履行合同的阶段对被害人实施欺骗行为,造成被害人财产损失的情形。例如,销售者与对方签订了有效的打折销售合同,但在履行阶段通过掺水方式使商品按没有打折的通常价格卖给对方。再如,销售者与对方签订有效的汽车销售合同,但在履行阶段,销售者将一辆二手车冒充新车交付给对方。这样的行为都成立诈骗罪。不真正的履约诈骗,是指行为人在签订合同的阶段对被害人实施了欺骗行为,而且这种欺骗以及被害人由此产生的认识错误,在履行合同的阶段也继续产生影响。例如,行为人将一辆已经行驶10万公里的汽车谎称是只行驶了5万公里的汽车出售给他人的,成立诈骗罪。

9. 二重抵押与二重买卖

二重抵押,是指行为人A将自己的不动产对B设定抵押权之后,乘尚未登记之机,就同一不动产又对C设定抵押权并进行登记的情形。

日本大审院的判例曾认定二重抵押行为构成诈骗罪,理由是,二重抵押行为,使前一抵押权人B的位次后退,造成了其财产上的损失,故B是财产被害人;二重抵押行为又欺骗了后一抵押权人C。由于诈骗罪中的受骗者与被害人不必为同一人,故A的行为成立诈骗罪(三角诈骗)。但是,后来的判例否认二重抵押行为成立诈骗罪。因为成立三角诈骗的犯罪,要求受骗者具有处分被害人财产的法律上或者事实上的权限或地位,而后一抵押权人C并无处分前一抵押权人B的财产的权限与地位。不过,由于A违背了自己的任务,故成立背信罪。

关于二重抵押是否成立诈骗罪,在日本刑法理论上存在不同见解。第一种观点认为,二重抵押行为成立诈骗罪(吉田常次郎)。第二种观点认为,对前一抵押权人成立背信罪,对后一抵押权人成立诈骗罪,但两者属于想象竞合(牧野英一、木村龟二)。第三种观点也认为,对前一抵押权人成立背信罪,对后一抵押权人成立诈骗罪,但两者属于法条竞

合(择一关系)(宫本英修)。第四种观点认为,对前一抵押权人成立背信罪,对后一抵押权人不成立犯罪(小野清一郎)。

二重买卖,是指行为人A将动产或不动产出卖给B之后,又将该动产或不动产出卖给C,并将动产转移给C或将不动产登记于C的名下的情形。

在C是善意的场合,由于C获得了财产,不存在财产损失,故A对C不可能成立诈骗罪;由于C并不具有处分B的财产的权限与地位,故不能认定A的行为构成C为受骗者、B为被害人的三角诈骗。但是,倘若A已经将动产转移给B或将不动产登记于B的名下,然后将动产或不动产出卖给C,C将对价交付给A的,则C存在财产损失,A的行为构成诈骗罪。但这已不是典型的二重买卖问题。在C是恶意的场合,则C有可能与A构成侵占罪的共犯。

(八)主观目的

在日本,由于诈骗罪也需要财物或者财产性利益的转移,所以,刑法理论并没有就诈骗罪的主观目的进行特别的讨论。亦即,就转移占有的客观事实本身而言,诈骗罪与盗窃罪没有区别,所以,关于盗窃罪中的非法占有目的的观点也可以适用于诈骗罪。

但是,德国刑法对诈骗罪与盗窃罪规定的目的并不相同:盗窃罪是对所有权的犯罪,主观的超过要素是违法所有目的;诈骗罪是对整体财产的犯罪,主观的超过要素是违法获利目的。获利目的既包括使财产性利益增加(使经济意义上的财产状况增加)的目的,也包括避免损害赔偿请求等使消极财产减少的目的。获利目的不仅包括使自己获利,而且包括使第三者获利。获利目的不必是最终目的,为了实现其他目的而不可缺少的中间目的也是获利目的。例如,为了给父母支付医药费而骗取他人现金的,也具有获利目的。

并不是所有的获利都符合获利目的,在使被害人将利益转移给自己或者第三者这一诈骗罪的构造上,要受到“素材同一性”的限制。素材同一性,是指行为人或者第三者所获取的利益,是被害人的财产损失的反面。但是,不要求损失与获利是完全同一关系。根据素材同一性的要件,从第三者那里获得报酬这样的从外部获得利益的情形,不成立诈骗罪。例如,按销售业绩获得提成作为报酬的公司销售员,通过欺骗行为与购买者签订商品销售合同,旨在从公司获得提成的,不能认定对购买者具有获利目的。因为购买者的损失与行为人获得的提成不具有素材的同一性,故不能认定行为人具有将购买者作为被害人而使自己获利的意图。但是,由于公司获得了商品的销售合同这样的利益,销售员具有使公司获得该利益的意图,所以,可以认定销售员具有使购买者作为被害人而使第三者获利的意图。此外,如果销售合同可能解除,而行为人取得提成的,则能认定销售员具有将公司作为被害人而使自己获利的意图。

获利意图必须是违法的,对此需要根据民事法律规范予以判断。例如,为了实现到期且对方没有抗辩理由的私法上的请求权的,其目的不具有违法性。为了实现自己的债权,而制造可以抵消的状况的,也不具有违法性。对于对方没有根据的请求,由于证明困难而使用欺骗手段使之免于请求的,也不具有违法性。但是,在这种场合,根据法律的·经济的财产说,原本就不存在财产损失。

违法获利意图中的“违法”是客观要素,行为人误以为存在到期且对方没有抗辩理由的私法上的请求权的,阻却构成要件故意。按照德国司法判例的观点,客观上不存在损害赔偿义务,但主观上以为存在损害赔偿义务,进而通过欺骗手段让对方免除损害赔偿义

务的,由于有关赔偿义务的错误与事实相关,因而能认定行为人具有故意,但只能成立不能犯的未遂。^[84]

(九)未遂与罪数

行为人以骗取财产的意思开始实施欺诈行为时,就是诈骗罪的着手时期。有时,行为人为了骗取财产,可能要先实施某种行为,然后再以所实施的行为为依据去实施欺诈行为,在这种情况下,仍以开始实施欺诈行为时为着手。例如,日本刑法没有规定保险诈骗罪,即保险诈骗属于一般的诈骗罪。行为人为了骗取保险金,事先放火烧毁自己的财物,然后假称失火而向保险公司请求支付保险金。在这种情况下,开始实施烧毁财产的行为还不是诈骗罪的着手,假称失火而向保险公司请求支付保险金时才是诈骗罪的着手。在诉讼欺诈的场合,行为人向法院提起诉讼时为着手。

行为人着手实施欺诈行为后,如果没有骗取财物或者财产上的利益的,就是诈骗罪的未遂。行为人实施欺诈行为后,被欺诈者由于陷入错误而交付或转移财产,行为人或者第三者因此而占有财物或得到财产上的利益时,则是诈骗罪的既遂。如果行为人虽然得到了财产,但不是由于被害人陷入错误而交付或转移财产,也只能成立诈骗罪的未遂。在诈骗对象为不动产时,被害人作出转移所有权的意思表示的,还不是既遂,只有完成了事实上的占有转移或者所有权转移登记时,才成立诈骗罪既遂。^[85] 在实施取款诈骗或者转款诈骗时,例如,使用他人的存折在银行柜台上取款或者转款的,取款或者转款手续完成时就构成诈骗既遂。

行为人实施一个欺诈行为,数次获得同一人的财产的,成立诈骗罪的包括的一罪(日本)。行为人实施一个欺诈行为,获得数人的财产的,则成立数个诈骗罪的想象竞合。通过欺骗方法取得财物后,又通过欺骗方法使对方免除其债务的,例如,没有支付对价的意思在餐馆就餐后,又通过欺骗方法使餐馆免收费用的,由于最终只侵害了一个法益,仅认定为包括的一罪(日本)。骗取财物后,为了免除支付对价的债务而对被害人使用暴力或者以暴力相威胁的,如果不符合事后抢劫罪的成立条件,则是抢劫罪与诈骗罪的混合的包括的一罪(井田良)。一般来说,实施盗窃、侵占等行为时采取了欺骗手段的,只成立盗窃罪、侵占罪,不另成立诈骗罪(但存在不同观点)。在承认牵连犯的国家,伪造文书或者使用伪造的文书实施诈骗行为的,属于牵连犯。

在德国,实施了其他财产犯罪之后,通过欺骗行为单纯确保所获得的利益,而没有扩大财产损失的,欺骗行为就是先前的财产犯罪的不可罚(共罚)的事后行为。例如,行为人盗窃存折后利用存折取款的,德国判例仅认定为盗窃罪。理由是,后面的欺骗行为不具有独立的违法性,因而没有必要认定为诈骗罪。但在日本,会认定后面的行为侵害了新的法益,因而成立诈骗罪,而不会认定为不可罚的事后行为。

(十)其他问题

1. 领取误汇存款的行为性质

前面介绍了德国关于错误汇款、错误记账的认定。但日本的认定与德国的认定不同,

[84] 这种行为在日本成立不可罚的不能犯;德国之所以认定为未遂犯,是因为德国刑法关于未遂犯的规定采取了主观主义的未遂犯论。

[85] 在这种情形下,日本的判例与通说认为是对财物的诈骗既遂,而不是对财产性利益的诈骗既遂。

下面介绍日本的理论观点与判例。例如,乙误将现金划入甲的账户,甲隐瞒该事实,乘机从银行柜台取走现金的行为,构成何罪?

一种观点认为,甲的行为构成侵占脱离占有物罪。理由是,虽然甲所提取的现金的确是由银行占有的,但由于现金已经划入甲的账户,甲任何时候都可以提取现金。所以,相对于甲而言,银行对现金的支配力相当弱。况且,在民事上,即使是乙误划入甲的账户,甲与银行也成立普通存款合同,甲取得了普通存款债权(林幹人)。

另一种观点则认为,甲的行为成立诈骗罪。理由是,在他人误将现金划入甲的账户的情况下,甲还并没有占有该现金,或者说,该现金并不处于名义人(甲)的占有之下。虽然在民事上,可以认为甲取得了存款债权,但是,在刑法上,不能承认原本没有权限的甲享有存款债权(西田典之、前田雅英)。这种观点是日本的通说,判例也认定这种行为构成诈骗罪。^[86] 日本东京高等裁判所于1994年9月12日,将从机器上取走他人错误转入的多余存款的行为认定为盗窃罪。此后,日本最高裁判所于1996年4月26日在民事判决中认定,错误汇款时,无论是否存在作为原因的法律关系,错误汇款的受领人对银行享有存款债权。但该民事判决针对的案件是,受领人的债权人扣留了与错误汇入的多余款项相关的多余的存款,本来的汇款人向该债权人提起了第三者异议之诉,最高裁判所只是驳回了该汇款人的诉讼请求,因而并不意味着,对于原本没有请求权的受领人的支付请求权,刑法也应当予以正面肯定。因此,日本最高裁判所2003年3月12日的刑事判决,仍然肯定了领取错误汇款的行为构成诈骗罪。理由是,在错误汇款的场合,银行在实际业务中存在更正程序;对于受领人账户的多余存款是退回给汇款人还是支付给受领人,是需要由银行来决定的一项重要事项;为了让银行采取更正程序,错误汇款的受领人有义务将真相告知银行(诚实信用法则上的义务);行为人隐瞒真相取走存款的,成立诈骗罪。

2. 无钱饮食的行为性质

无钱饮食是日本刑法理论经常讨论的问题。

行为人一开始就没有支付费用的意思,却与普通客人一样在餐馆点菜食用的,成立诈骗罪(瑞士刑法明文将骗取饮食、住宿、服务的行为规定为独立的犯罪)。诈骗对象是食物。

行为人在点菜食用时具有支付费用的意思,在餐馆收费阶段产生不支付费用的意思,而乘店员不注意时逃走的,不成立诈骗罪。因为在食用阶段没有诈骗的故意;在支付阶段没有诈骗行为。

行为人在点菜食用时具有支付费用的意思,在餐馆收费阶段产生不支付费用的意思,而假装外出一会儿溜走的,具有成立诈骗罪的余地。因为在后一阶段,行为人实施了使餐馆免除债务的欺骗行为,并且具有诈骗的故意。但是,认定这种行为成立诈骗罪,以不要求被害人具有处分意思或者对处分意思作非常缓和的理解为前提。日本判例对此的认定并不一致,有的没有认定为诈骗罪,有的认定为对财产性利益的诈骗罪。

行为人以不支付费用的意思点菜食用后,使用暴力迫使餐馆免除费用的,无疑成立犯罪。但对构成何罪,存在争论。第一种观点认为,该行为成立诈骗(财物)罪与抢劫利益罪的并合罪。即前一阶段是诈骗财物,后一阶段是抢劫财产性利益。但这种观点存在重复评价的问题。第二种观点认为,诈骗罪被抢劫利益罪吸收,仅成立抢劫利益罪。这种观

[86] 如果行为人利用他人存折等在机器上取款,则成立盗窃罪。

点采用了事后抢劫罪的理论,即为了确保诈骗的财物而使用暴力,故仅成立抢劫利益罪。但是,诈骗财物与抢劫利益的罪质与对象不同,认定二者之间存在吸收关系,也有疑问。第三种观点认为,成立诈骗(财物)罪与暴行罪的并合罪。因为前一行为已诈骗既遂,而后一阶段的暴力指向的利益,与前一阶段取得的利益具有同一性,不应另成立抢劫罪,只能认定为暴行罪。但是,这种观点会出现不均衡的现象。例如,如果甲一开始具有支付费用的意思而点菜食用,后来产生不支付费用的意思而使用暴力迫使餐馆免除费用的,成立抢劫利益罪;乙一开始就不具有支付费用的意思而点菜食用,后来使用暴力迫使餐馆免除费用的,反而仅成立诈骗罪与暴行罪,处罚更轻。这显然不合适。

3. 信用卡诈骗的构造

日本刑法没有规定信用卡诈骗罪,但对类似于我国刑法中的恶意透支的行为性质,存在激烈争论。即持卡人 A 没有支付款项的意思与能力,在信用卡特约商户 B,向职员出示从发卡银行 C 处领取的自己名义的信用卡,在签购单上签名,接受商品的交付的,是否成立诈骗罪(瑞士刑法已明文将这种行为规定为独立的犯罪)?如果成立诈骗罪的话,受骗者与被害人是谁?

第一种观点认为,A 的行为不成立诈骗罪。因为信用卡交易的本质,在于避免持卡人不支付的风险,以促进交易。发卡银行 C 审查 A 的支付能力与信用,向 A 发放信用卡并先行垫付,使特约商户 B 对 A 的支付意思与能力既无审查义务,也不关心,因此,特约商户 B 既无认识错误也无财产损失,A 的行为当然不成立诈骗罪(山中敬一)。再者,在诈骗罪的适用上,为了防止债务不履行,而强调特约商户 B 对持卡人 A 的支付意思与能力的加强关心、加强调查,便与信用卡制度的目的、机能背道而驰(伊东研祐)。

否定说在日本受到了批判。因为否定说只是强调了信用卡制度的一面,存在将合同与事实、法律相混同的嫌疑。发卡银行 C 与特约商户 B 之间的垫付协议,并不意味着特约商户 B 对持卡人 A 的支付意思与能力可以漠不关心。持卡人 A 的支付能力会不断发生变化,虽然在发行信用卡时具有支付能力,但在使用信用卡时未必有支付能力;发卡银行 C 在发行信用卡时,是以 A 发行时的支付能力为审查对象的,而在 A 购买商品时,特约商户 B 当然会关心 A 的支付能力与意思。与此同时,由于特约商户 B 的 POS 终端与发卡银行 C 管理个人信用情报的主计算机相连接,可以进行在线认证,这种认证手续关涉到对 A 的支付意思的推定。正是因为存在不能防止交易被害的情形,所以需要适用作为最终手段的刑法;对 A 没有支付意思而取得商品的行为难以认定为其他犯罪,只能以诈骗罪论处。

第二种观点认为,A 假装具有支付意思而使特约商户 B 交付商品、进而取得商品时,特约商户 B 为受骗者与被害人,A 成立诈骗(财物)罪(大谷实)。

但这种学说存在的问题是,由于发卡银行 C 的垫付,特约商户 B 并不遭受财产损失,所以,将特约商户 B 认定为诈骗罪的被害人并不一定妥当(西田典之)。

第三种观点认为,A 不正当使用信用卡后,发卡银行 C 从特约商户 B 收到签购单,误以为 A 会从账户支付款项,而向特约商户 B 垫付完毕时,A 的行为成立诈骗利益罪(藤木英雄)。这种观点虽然认为被害人为发卡银行 C,但一方面认为,被害人损失的是财产性利益,另一方面认为只有当发卡银行垫付完毕时,A 的行为才成立诈骗罪,即 A 通过特约商户 B 的介入而欺骗了发卡银行 C(实际上将 A 理解为间接正犯)。

但这种观点在日本也受到了批判。一方面,不管持卡人 A 是否支付,发卡银行 C 都应当向特约商户 B 垫付,换言之,即使发卡银行 C 知道特约商户 B 受欺骗,也不得不向特约商户 B 垫付。所以,发卡银行既没有受欺骗,也没有认识错误。既然如此,就难以认定为发卡银行人员为受骗者。另一方面,将诈骗既遂确定为发卡银行垫付时,导致不当地推迟了诈骗既遂的成立(长井园)。

第四种观点(通说)认为,A 不正当使用信用卡时,受欺骗的特约商户 B 处分了发卡银行 C 的财产,发卡银行 C 成为被害人,因而属于三角诈骗。其中,(1)有人认为,特约商户 B 使发卡银行 C 垫付时,A 的行为成立诈骗(财物)罪。但是,这种观点不能合理说明损害结果与取得行为之间的关系(既然 A 取得的是财物,而发卡银行 C 损失的是财产性利益,何以认定 A 诈骗了财物)。(2)有人认为,A 不正当使用信用卡,从特约商户 B 处取得商品,使发卡银行 C 产生了垫付债务负担的损害时,A 的行为成立诈骗利益罪。但是,就诈骗罪而言,A 取得的财产应与被害人损失的财产具有同一性,而这种观点没有维持这种同一性。(3)有人认为,A 向特约商户 B 不正当使用信用卡后,发卡银行 C 向特约商户 B 垫付,因而免除了持卡人 A 的债务时,A 的行为成立诈骗利益罪。据此,发卡银行 C 尚未向特约商户垫付时,诈骗处于未遂阶段。但这种观点使既遂时间过于推迟,因而存在疑问。(4)还有人认为,诈骗罪不必具有财产转移性质,A 不正当使用信用卡时,特约商户 B 为受骗者,B 虽然交付了自己的财产,但由于该损失波及发卡银行 C 这种“第三者效果”,A 的行为成立诈骗(财物)罪。但这种观点似乎不符合诈骗罪的财产转移性质。(5)有人认为,持卡人 A 向特约商户 B 购入商品,B 制作好签购单时,就使发卡银行 C 产生债务,A 此时便取得了免除交付货款的利益,此时成立诈骗利益的既遂罪。这种观点使既遂时期更明确,似乎也解决了同一性问题。

从上述介绍可以看出,在日本,虽然少数学者认为,持卡人通过特约商户透支的行为不成立诈骗罪,但刑法理论的通说肯定该行为成立诈骗罪,而且属于三角诈骗,即受骗者与处分为特约商户职员,被害人为发卡银行。

在德国,对于持卡人通过特约商户透支的行为,也有认定为诈骗罪的判例。判决的理由是,行为人没有支付的意思却出示信用卡,向特约商户职员请求购物、消费,就构成诈骗罪中的“欺骗”;发卡银行与特约商户之间存在持续的特别利益关系,特约商户对持卡人的支付状况持关心态度;当特约商户职员以为持卡人具有支付能力与意思时,应肯定其陷入了认识错误;直接性要件与素材的同一性,也不存在疑问。德国也有判例否认诈骗罪的成立,但否认的原因是在具体案件中特约商户职员欠缺认识错误;否认成立诈骗罪的判例,并非一般性地认为在类似案件中,特约商户职员都不可能陷入认识错误。

英国刑法审判实践与刑法理论,对不正当使用信用卡的行为性质也存在争议。

例如,持卡人 A 在特约商户 B 购物时恶意透支,店员按照通常的手续进行确认后,交付了商品。在一审的庭审过程中,店员作证时说,自己并不想知道持卡人 A 与发卡银行 C 之间所规定的限额,只关心商店能否获得支付。一审法院认定持卡人 A 的行为成立诈骗利益罪。但控诉院撤销了一审判决,理由是:首先,与利用空头支票购物不同,就信用卡而言,发卡银行 C 与特约商户 B 之间事前存在合约,特约商户 B 会得到发卡银行 C 的垫付,不可能遭受财产损失;其次,店员实际上并不因为持卡人 A 的欺骗而陷入认识错误。但是,贵族院否认了控诉院的见解。首先,使用空头支票购物与不正当使用信用卡恶意透

支,没有实质区别,受理支票与受理信用卡的特约商户都能得到银行的保证。其次,店员证言的重要点在于:店员是否因为持卡人 A 伪装成具有使用权限的模样而交付商品,以及如果店员知道了持卡人 A 没有使用权限是否仍然交付商品;显然,如果店员知道持卡人没有使用权限就不会交付商品,所以,持卡人实施了欺骗行为,店员陷入了认识错误。但是,贵族院的这种观点,在英国刑法理论上也遭受了强烈批评。因为当店员只关心发卡银行 C 是否向特约商户 B 垫付,而不关心持卡人 A 是否具有使用权限时,难以认定店员是因为持卡人的欺骗而交付商品(难以认定职员因为认识错误而处分财产)。

三、补助金诈骗罪

在福利国家,存在各种各样的补助金(补贴)。本来,只有具备一定条件的人,才能领取补助金,但许多人通过欺骗手段领取补助金。显然,行为人所骗取的不是自然人的财产,而是国家或者地方政府的财产。

日本刑法对此行为没有明文规定,因而存在争议。通说认为,国家、地方政府也可以成为财产权的主体,其财产性利益也应得到刑法的保护,上述行为成立诈骗罪。否定说认为,诈骗罪是对个人法益的犯罪,而不是对国家法益的犯罪。而诈骗补助金的行为是对国家法益的侵害,因而不成立诈骗罪(团藤重光、大塚仁)。

德国刑法第 263 条规定了普通诈骗罪,第 264 条明文规定了补助金诈骗罪。补助金诈骗罪的行为类型如下:(1)就自己或者他人有关补助金的重要事实,向批准补助金的主管机关或者其他参与补助金程序的机构或者个人,作有利于自己或者他人的不正确的或者不完全的说明。这一类型没有限定正犯者的范围,接受补助金的企业的从业员、第三者均可以成为正犯。公务员在审查补助金申请、确定补助金额、准备交付通知时,认识到申请者的申告不真实,而仍然向上司提出相关文书的,成立本罪与背信罪的想象竞合。(2)违背使用限制使用补助金。此项犯罪属于身份犯,主体只能是根据有关补助金的法令,具有一定申告义务的人,特别是接受补助金的人,即为了自己或者他人申请补助金,或者请求补助金或者补助利益的人。行为表现为事后不存在交付补助金的要件,或者违反交付补助金的目的而使用补助金。(3)违反规定导致补助金发放人不知道有关补助金的重要事实。(4)在补助金程序中,使用通过不正确或者不完全的说明而获得的有关补助金的正当性或者有关补助金的重要事实的证明。

相对于第 263 条而言,第 264 条属于特别条款。与第 263 条相比,第 264 条实行了处罚的早期化。即只要在补助金程序中实施了欺骗行为(轻率地实施即可),不管对方是否产生认识错误,也不管对方是否作出交付补助金的决定,更不管对方是否交付了补助金,都成立补助金诈骗罪既遂(抽象的危险犯)。

四、使用计算机诈骗罪

(一)使用计算机诈骗罪概述

随着计算机的普及,利用计算机实施财产犯罪的现象越来越普遍。所以,许多国家都增设了使用计算机诈骗罪或者简称为计算机诈骗罪。

日本刑法于 1987 年 6 月新设了此罪,刑法第 246 条之二规定:“除前条(指规定普通诈骗罪的第 246 条——引者注)规定外,向他人处理事务所使用的电子计算机输入虚伪信息或者不正当的指令,从而制作与财产权的得失、变更有关的不真实的电磁记录,或者提供与财产权的得失、变更有关的虚伪电磁记录给他人处理事务使用,取得财产上的不法

利益或者使他人取得的,处十年以下惩役。”瑞士刑法第147条规定:“为使自己或者他人获得财产利益,通过不正确、不完全或者未经许可而使用数据,或者以类似方式,对电子或者类似的数据处理或者数据传输程序发生影响,造成他人的财产损失或者可能直接造成财产损失的,处五年以下重惩役或者监禁刑。”如后所述,德国刑法第263a条也规定了计算机诈骗罪。

根据日本学者的解释,计算机诈骗的立法旨趣如下:现在,在以银行业务为首的各种交易领域,债权、债务的管理、结账、资金转移等财产权的得失、变更的事务,不通过人而基于电磁记录进行自动处理的机制正在增加,其结果,在从各个交易的成立至履行或者结账为止的过程中,人的参与程度便极为稀薄。而一些行为人正是利用了这一特点,直接通过向计算机输入虚伪信息或不正当指令,从而取得债权或者减免债务。但是,制定于1907年的日本刑法,没有设置以这种事务处理机制为前提的处罚规定,其规定的盗窃罪又只限于狭义的财物,而不包括财产性利益:一方面,上述行为没有欺骗他人(因为机器不能被骗),因而不符合诈骗罪的构成要件;另一方面,上述行为在没有窃取财物的情况下,不符合盗窃罪的构成要件。所以,增设利用计算机诈骗罪,就是为了处理那些既不符合诈骗罪也不符合盗窃罪构成要件的行为。由于对于窃取财物的行为可以适用盗窃罪的规定,故该规定只处罚通过计算机取得财物以外的财产性利益的行为(内田幸隆)。例如,不法利用他人的储蓄卡,从自动取款机上将他人的存款转移到自己的存折上,但又没有取出存款的行为,由于还没有取得财物,只是取得了财产性利益,所以在日本、德国、韩国不能认定为盗窃。再如,将他人的存款转移到自己的存折后,在还没有现金化的期间,通过自动付款缴纳电话、水电等费用,由于行为人没有取得现金,仅取得了财产性利益,在日本、德国、韩国也不能认定为盗窃罪。此外,金融机构的工作人员通过计算机非法增加自己的存折中存款数额的行为,尽管取得了事实上可以自由处分的财产上利益,但在不当操作计算机阶段,因为没有介入人的判断作用,缺乏欺骗与受骗者的认识错误的要件,在日本、德国、韩国也不成立诈骗利益罪。所以,增设上述条文,正是为了对应这种处罚上的空隙(西田典之)。

日本的使用计算机诈骗罪的对象是财产性利益,而不是财物本身(德国的计算机诈骗罪则并非如此)。上述各国法条规定的犯罪行为,实际上可谓盗窃财产性利益或者至少包括了盗窃财产性利益,而德国、日本、瑞士等国刑法均将盗窃罪的对象限定为狭义的财物,故上述行为不成立盗窃罪。另外,诈骗罪的对象可以是财产性利益,而诈骗罪的受骗者必须是自然人,而上述法条规定的犯罪行为没有欺骗自然人,故不成立普通诈骗罪。于是,刑法不得不增设使用计算机诈骗罪。

(二)德国的计算机诈骗罪

德国刑法第263a条规定:“以使自己或者第三者获得违法的财产利益的意图,通过对他人的计算机形成不正当的程序,使用不正确的或者不完全的数据,无限制地使用数据,或者通过无限制地作用于操作过程,影响数据处理过程的结果,致使他人遭受财产损失的,处五年以下自由刑或者罚金。”

本条规定了四种行为类型,其中的“通过无权地作用于操作过程”属于行为类型的兜底规定,“影响数据处理过程的结果”“致使他人遭受财产损失”是四种行为类型的共同要件。关于第一种行为类型中“不正当的程序”中的“不正当”的含义,理论上存在主观说与

客观说之争。前者认为不正当是指违反处分权人的意志;后者认为,只需要客观地判断程序是否对相关人员的机能起作用。在实践中,大量的行为符合“无限制地使用数据”的规定,最后一种行为类型也有“无限制”的规定。关于“无限制”的含义,存在不同观点。第一种观点认为,违反数据处分权者意志的行为,就属于无限制(主观说)。但此说导致违反契约使用了电子机器(械)的所有行为都符合构成要件,如擅自使用了他人洗衣机的行为也成立计算机诈骗罪,因而受到了批判。第二种观点认为,只有对数据处理产生了不正当作用,才属于无限制;如果计算机的运作没有产生问题,则不属于无限制。但这种观点导致处罚范围过窄。第三种观点即判例与通说认为,要通过与诈骗罪的类比进行解释,亦即,假如是对人使用数据,至少属于推断性的欺骗时,才是无限制。

由于第 263a 条只包括因缺乏欺骗行为而导致无法适用第 263 条的情形,所以,其他方面的要素最大限度地以诈骗罪(第 263 条)的要素为蓝本。例如,就财产损失与非法占有目的而言,第 263a 条的要求与第 263 条完全一样。再如,第 263a 条也是包含了结果和财产转移的犯罪,要求行为人所意图获得的利益与被害人的财产损害之间具备素材的同一性。此外,与诈骗罪一样,计算机诈骗罪也要求财产的处分与损害之间存在直接性关联(直接性要件)。在数据处理过程的结果和财产处分行为之间介入了人的行为时,则存在诈骗罪与计算机诈骗罪的区分问题。当介入的人并未进行内容上的操作时,数据处理过程与结果之间符合直接性要件,此时依照第 263a 条处罚。如果介入的人进行了内容上的操作时,则数据处理结果与财产损害之间缺乏直接性要件,由于介入的人陷入了认识错误并实施了直接导致财产损失的行为,应适用第 263 条认定为诈骗罪。

在德国,就第 263a 条来说,对不正当使用密码卡的行为的适用具有最重要的意义(这一点与日本的处理明显不同),其所涉及的是通过使用作为密码卡履行职能的各种银行卡和密码(Codenummer),从金融机构的自动取款机中无权提取现金但又不属于诈骗、不构成诈骗罪的行为。通说认为,这一行为符合第 263a 条第 1 款所规定的“通过……无限制地使用数据……影响数据处理的结果”。^[87]其中的“数据”便包括金融机构分配给账户所有者的密码,以及在银行卡中以电磁形式所储存的信息。

由于第 263a 条只具有填补第 263 条漏洞的功能,其适用范围便只限于表现出具有类似诈骗罪的不正当使用银行卡的行为。一个不享有银行卡权利的人(如使用盗窃的银行卡)使用该卡从自动取款机中提取现金的行为,就符合了第 263a 条的构成要件。例如,A 从 B 处盗窃了一张磁条密码化了的欧元支票卡。使用者凭该卡可以通过输入账户所有者个人所分配的密码从自动取款机上提取一定数额的现金,但最高不超过 500 马克。A 在一个月之内,使用该卡和密码多次取款,每次皆不超过 500 马克,总额达 5100 马克。A 的行为成立第 263a 条规定的计算机诈骗罪。^[88]反之,如果 A 欺骗银行职员,通过提交支票卡以及使用 B 的欧元支票的手段,在银行柜台取得金钱的,则会成立诈骗罪(第 263 条)。在上例中,A 对数据的利用并不属于诈骗罪中的欺骗行为,并且陷入错误以及财产处分行为是在数据处理过程的影响之下作出的,而不是受骗的自然人作出的,因此,为了填补第 263 条所产生的漏洞,便应合理地适用第 263a 条。

[87] 该规定是为了特意处罚这类行为而在立法程序结束之际增补进第 263a 条第 1 款的。

[88] 这种行为在日本几乎没有争议地被认定为盗窃罪。

如果行为人借助密码装置生产伪造的密码卡并通过利用账户数据以及银行客户的密码从银行的自动机器上提取现金的,也会因为存在与诈骗类似的行为而依照第 263a 条认定为计算机诈骗罪。同样,当银行卡的所有人允许行为人基于某种目的提取一定金额,而行为人却违背该目的超越授权范围使用银行卡的,同样适用第 263a 条的规定。例如,银行卡所有人乙女把银行卡交给行为人甲使用,并告知了密码,以便在其住院期间甲代她交纳已到期的 150 马克罚金。但甲一共取了六次,共 2400 马克,其中的 2250 马克供自己使用,剩下的帮助乙交纳了罚金。对甲的行为应适用第 263a 条,认定为计算机诈骗罪。^[89]

虽然在某些情形下从银行自动取款机上提取现金的行为符合侵占罪的构成要件,但第 263a 条包括了对借助银行卡和密码从银行取款的规制,因而对这种行为排除第 246 条(侵占罪)与第 242 条(盗窃罪)的适用。

反之,当享有权利的银行卡持有人从银行取款时,即使其账户显示并无保证金却仍超过授信额度透支的,也并没有实现与诈骗罪所类似的不法,因而不适用第 263a 条。例如,行为人是一个邮政账户的持有人,也开通了欧元支票功能,他通过使用一张有密码的欧元支票卡以及分配给他的密码,几天内分四次在银行的不同机构取出了 1600 马克。但他明知自己的账户上并无保证金,并且他并不具有偿还该笔金额的能力。该行为人并不应因计算机诈骗(第 263a 条)而受处罚,而是依照与背信罪类似的滥用信用卡罪(第 266b 条)予以处罚。^[90]

德国刑法第 265a 条规定了骗取给付罪,即意图不缴纳费用,骗取自动设备或者服务于公共目的的电信网络的给付,交通工具的运输,或者展览演示或者场所的进入的行为。但是,如果这种行为符合了侵占罪的构成要件,则不能认定为骗取给付罪,而应认定为侵占罪(侵占罪的法定刑高于骗取给付罪);如果利用计算机所支持的操作实施上述的行为,符合了第 263a 条的构成要件,则优先适用第 263a 条认定为计算机诈骗罪(法定刑高于侵占罪),而不是适用第 265a 条。例如,S 通过非法手段取得了一种能操纵特定自动赌博机上的游戏过程的计算机程序。他携带该程序以及笔记本电脑进入了一家酒店,该酒店内安装了一种按照这种程序运行的自动赌博机。S 先在游戏机上玩了几个回合的游戏,并把所获得的信息输入随身携带的电脑中,以便确定该程序处于哪一个游戏状态。A 借助程序运行的知识而按下风险键,通过这种方式从自动赌博机中赢得了约 150 马克。除了侵犯著作权等罪外,联邦最高法院肯定了对 S 的行为适用第 263a 条。反之,如果参与玩纸牌游戏,借助巧妙的游戏装置始终能够知道其他游戏者的牌,而其他人对此并未感觉到的,则成立诈骗罪(第 263 条)。

如果不当使用银行卡的行为人,以不法所有目的非法占有他人的银行卡,不具有返还意思的,除了成立第 263a 条规定的计算机诈骗罪之外,还因银行卡占有关系的不同,对银行卡本身成立盗窃罪或者侵占罪。因为对银行卡本身的非法占有并不能评价在第 263a 条中,而且,盗窃或者侵占银行卡的行为不属于共罚的前行为,所以,应当对盗窃罪或者侵占罪与计算机诈骗罪实行并罚。

[89] 如前所述,在日本,如果行为人在自动取款机中取款会成立盗窃罪,如果在银行柜台取款则会成立诈骗罪。

[90] 在日本,对这种行为根据其取款方式,分别认定为盗窃罪(在自动取款机中取款)与诈骗罪(在银行柜台取款)。

第五节 敲诈勒索罪

一、敲诈勒索罪概说

所谓敲诈勒索罪(恐吓罪),一般是指恐吓他人,使之交付财物或财产上的利益的行爲。一般来说,敲诈勒索罪的基本构造为:行为人实施恐吓行为——对方产生恐惧心理——被害人基于恐惧心理处分财产——行为人或第三者取得财物或者财产性利益——被害人遭受财产损失。但是,其一,日本刑法理论的通说要求被害人有处分行为,在德国刑法理论上,处分行为是不是本罪的构成要件要素还存在争议,德国、日本的判例没有将处分行为作为构成要件要素;其二,德国刑法并没有将“行为人或第三者取得财物或者财产性利益”作为构成要件要素,日本刑法明文要求被害人有交付行为,与之对应的就是行为人或第三者取得财产;其三,德国刑法明文规定了财产损失的要件,刑法理论认为敲诈勒索罪是对整体财产的犯罪,但日本刑法条文没有将财产损失规定为构成要件要素,刑法理论认为敲诈勒索罪是对个别财产的犯罪。此外,德国刑法第255条还规定了抢劫性敲诈勒索罪,亦即,行为人通过对人实施暴力,或者以对生命、身体的现时危险相胁迫实施敲诈勒索的,按抢劫罪的法定刑处罚。

敲诈勒索罪与诈骗罪、抢劫罪有类似之处。就基于被害人有瑕疵的意思而取得财物或财产上利益而言,敲诈勒索罪与诈骗罪有共同点,但诈骗罪以欺诈为手段,敲诈勒索罪则以恐吓为手段。敲诈勒索罪是以使被害人产生恐惧心理而取得财产,这与抢劫罪相似,但抢劫罪的暴力、胁迫压制了被害人的反抗,敲诈勒索罪的恐吓行为并没有达到这一程度。于是,敲诈勒索罪究竟是同诈骗罪平行(类似)的犯罪,还是同抢劫罪平行(类似)的犯罪,就存在争议。倘若认为,敲诈勒索罪是同诈骗罪平行的犯罪,即都是被害人基于有瑕疵的意思处分财产的犯罪,那么,就可以根据处分行为的有无,使敲诈勒索罪与盗窃罪、抢劫罪相区别,敲诈勒索罪与盗窃罪、抢劫罪就成为排他关系。反之,如若认为敲诈勒索罪是同抢劫罪平行的犯罪,就意味着不要求被害人有处分行为,进而需要根据暴力、胁迫的轻重程度判断敲诈勒索罪与盗窃罪、抢劫罪的关系。例如,以对生命、身体的现在的危险相胁迫转移财产的,在德国就可能同时成立抢劫罪与抢劫性敲诈勒索罪,以轻微的暴力、胁迫转移财物的,则可能同时成立盗窃罪与敲诈勒索罪,于是需要讨论各自犯罪之间的关系与区分方法。

敲诈勒索罪的法益除了被害人的财产外,还包括被害人的自由。这一点同抢劫罪相似,同诈骗罪则具有明显区别。至于敲诈勒索罪中的财产法益,是仅指所有权及其他本权,还是包括占有权,则同盗窃罪一样存在争议,这种争议影响许多具体问题的处理。

二、成立条件

(一)行为对象

敲诈勒索罪的对象是他人占有的财物以及财产上的利益。德国、奥地利、日本等国刑法的规定都肯定了这一点。其中的财物包括动产与不动产。即使是自己所有的财产,如

果属于他人合法占有,或者基于公务机关的命令由他人看守时,也认为是由他人占有的财产。财产上的利益包括积极利益的增加,也包括消极利益的减少。

(二) 恐吓行为

敲诈勒索罪的行为表现为恐吓他人,使之交付财物或财产上的利益。所谓恐吓,是指向对方实施暴力、胁迫,要求其交付财物或者处分财产性利益的行为。按照日本的学说与判例,如果暴力、胁迫行为达到了压制他人反抗的程度,则构成抢劫罪。如果不是要求对方交付财物或者处分财产性利益,则成立暴行罪、胁迫罪或者强制罪,而不成立敲诈勒索罪。德国刑法规定的敲诈勒索的行为是,违法使用暴力或者以显著的恶害相胁迫,强制他人实施、容忍或者不实施一定行为。所以,德国的敲诈勒索罪明显是以强制罪为基础的对整体财产的犯罪。其中的暴力,是指对人暴力,只要实施直接或者间接对人起作用的有形力就可以。在德国,以暴力相威胁通常会符合抢劫性敲诈勒索罪的构成要件,所以,普通的敲诈勒索罪的成立范围较小。与日本不同的是,德国通常不是以暴力是否压制了被害人的反抗来区分抢劫罪与敲诈勒索罪的。

作为恐吓手段的胁迫,是指以恶害相通告,以使对方产生恐惧心理。恶害的种类没有限制,包括对被害人(广义)的生命、身体、自由、名誉等进行胁迫。通告的方法,既可以是明示的,也可以是默示的;既可以是语言,也可以是文书或者动作、举动;既可以直接通告被害人,也可以通过第三者转告被害人。这种恶害,只要足以使人产生恐惧心理即可(但各国刑法的规定也有区别),不需要达到抑制被害人反抗的程度。但德国刑法规定必须以显著的恶害相胁迫。

行为人所告知的恶害是将由行为人自己实现,还是将由第三者实现,也在所不问。但在后一种情况下,行为人必须使被恐吓者知道行为人能够影响第三者,或者让被恐吓者推测到行为人能影响第三者。在这种情况下,不要求行为人与第三者有共谋关系。但是,敲诈勒索罪中的恶害是不要求实现的。通告虚伪事实使被恐吓者产生恐惧心理进而交付财物的,也成立敲诈勒索罪。以加害第三者相通告时,如果使被害人感觉到对自己的加害一样的,也属于胁迫。例如,行为人将枪指向银行的顾客,以加害顾客相告知的,也属于对银行职员的胁迫(德国判例)。

恐吓或者胁迫的内容可以是不作为,换言之,以不实施某种行为相通告的(以不作为内容的胁迫),也可能成立敲诈勒索罪。例如,以不通告警察相胁迫,要求盗窃犯人给自己1000欧元的,成立敲诈勒索罪。

恶害的实现并不要求其自身具有违法性。如上所述,行为人知道了他人的犯罪事实,向司法机关告发是合法的。但以告发进行胁迫从而取得财产,则构成敲诈勒索罪。存在争议的问题是,甲得知乙犯了抢劫罪后,为了违法取得乙所抢劫的财物,以向警察告发相胁迫,乙产生恐惧心理,将所抢劫的财物一部或者全部交付给甲的,应当如何处理?对财产犯罪的法益持本权说的学者一般认为,甲的行为不成立敲诈勒索罪,但有成立胁迫罪或者强制罪的余地。因为乙的占有没有任何根据,不值得刑法保护。持占有说的学者一般认为,甲的行为成立敲诈勒索罪,因为相对于甲而言,乙的占有也值得刑法保护。持中间说的学说一般认为,甲的行为成立敲诈勒索罪,因为甲、乙之间虽然不存在本权与事实上占有的对立关系,但乙的占有本身是值得保护的。

(三) 处分为行

1. 日本的学说与判例

根据日本刑法理论的通说,恐吓是使用暴力、胁迫手段使被恐吓者产生恐惧心理,然后处分财产,进而使行为人取得财产。处分财产的人必须是被恐吓者。与诈骗罪一样,也存在三角恐吓(三角敲诈勒索)的情形。即被恐吓者与财产的被害人不是同一人。在这种场合,被恐吓者必须具有处分被害人财产的权能或地位。如果恐吓行为没有使被害人产生恐惧心理,被害人在毫不畏惧的状态下出于其他原因交付财物的,行为人仅成立敲诈勒索罪的未遂犯。胁迫行为使被恐吓者产生恐惧心理后,被恐吓者告知警察,警察为了逮捕行为人而让被恐吓者前往约定地点交付财物时,也只成立恐吓未遂。因为敲诈勒索罪中的被恐吓者必须有处分财产的行为,这种情况下的“交付财产”并不是处分财产的行为,而是协助警察逮捕罪犯的行为。被恐吓者的财产处分并不限于其本人直接交付,也可以是因为恐怖而默许行为人取得财产。

虽然日本刑法理论的通说将被害人产生恐惧心理进行处分财产作为敲诈勒索罪的构成要件要素,但由于暴力也可以成为敲诈勒索罪的恐吓手段,敲诈勒索罪与抢劫罪的区别在于暴力、胁迫行为是否达到了足以压制被害人反抗的程度,所以,日本判例侧重于判断暴力、胁迫的程度,而没有重视处分行为的判断,或者说,处分行为几乎丧失了重要性。例如,日本判例认为,行为人乘被害人感到恐惧而默认之机取走财物的,成立敲诈勒索罪的既遂。不仅如此,即使被害人就暂缓支付没有明示的意思表示,但恐吓行为已经使被害人对收回钱款感到绝望的,判例也认定为敲诈勒索罪的既遂。再如,行为人对被害人实施恐吓行为,被害人因遭受暴力、胁迫产生恐吓心理,答应交付若干现金给行为人并拿出了钱包,但在被害人还没有交付时,行为人趁机夺走了钱包。判例没有认定为敲诈勒索未遂与盗窃罪既遂的想象竞合,而是认定为敲诈勒索既遂。又如,对被害人实施恐吓行为后,趁被害人不注意而拾得受恐吓的被害人所遗落的财物的,也被认定为敲诈勒索既遂。但也有学者对判例持批评态度。

2. 德国的学说与判例

德国刑法理论对处分行为存在必要说与不要说。根据处分行为必要说,如果暴力行为导致被害人没有意思活动的余地(绝对的暴力),则不成立敲诈勒索罪;但根据处分行为不要说(德国判例的立场),这样的行为也可能成立敲诈勒索罪。必要说与不要说在两个方面会产生区别:其一,关于行为人没有违法所有的意图因而不能认定为盗窃罪、抢劫罪,也不存在处分行为的案件。例如,为了一时使用,而对被害人实施暴力、胁迫行为,在被害人没有处分行为时,行为人夺取他人动产。采取不要说的判例认为,这种行为可能成立敲诈勒索罪或者抢劫性敲诈勒索罪。但如果采取必要说,这种行为仅成立强制罪。其二,关于使用暴力不履行债务而逃走的案件。如果要求处分行为,则该行为不成立敲诈勒索罪。但如果不要处分行为,则可能成立敲诈勒索罪。例如,使用暴力不支付出租车费而逃走的,判例认定为抢劫性敲诈勒索罪。

(1) 处分行为不要说

德国判例采取处分行为不要说。根据判例的观点,抢劫性敲诈勒索罪的构成要件内容是,通过对人暴力或者以对生命、身体的现在的危险相胁迫,而使财产转移的行为。抢劫只不过在适用于夺取财物时是特别的构成要件。因此,首先要讨论行为是否成立抢劫

罪,如果不成立抢劫罪,就只需要讨论是否成立抢劫性敲诈勒索罪。据此,通过胁迫手段夺取财物的行为,同时成立盗窃罪与敲诈勒索罪。这一做法使得敲诈勒索罪成为微型抢劫罪。

就转移财物的行为同时成立抢劫罪与抢劫性敲诈勒索罪的情形而言,从首先判断是否成立抢劫罪的立场来看,什么样的场合成立抢劫罪就更成为问题。在这一点上,德国判例并不注重被害人的内心,而是从外观上看,可以评价为夺取(Nehmen)的,就构成抢劫,可以评价为被害人交付的,就属于抢劫性敲诈勒索。例如,行为人以殴打相威胁,让被害人自己将钱包递交给行为人的,判例认定为抢劫性敲诈勒索罪。

在行为人使具有保护财产的意思与能力的第三人交付财产时,由于该第三者居于财产的保持者一方,德国判例认定成立三角敲诈勒索。例如,行为人迫使恋人将受伤男友的手表交付给自己的,成立敲诈勒索罪。但是,如果是对无关的第三者实施暴力、胁迫而使之交付财物的,则成立强制罪与盗窃罪的间接正犯,而不成立敲诈勒索罪。

(2) 处分行为必要说

德国学说上的多数见解采取处分行为必要说,亦即,敲诈勒索罪与诈骗罪一样,都要求被害人具有处分行为。但与诈骗罪不同的是,在被害人受到暴力、胁迫的敲诈勒索罪中,如何确定对财物的处分行为的内容则需要讨论。要认定被害人有处分行为,最低限度的要求是,被害人具有负担减少财产的行为的意思。在此基础上,有学者提出,只有当被害人的参与是转移财产的必要环节时,才能认定为有处分行为;有学者主张,只有当被害人具有现实的选择可能性时,才能认定有处分行为。但也有学者认为,不必附加上述要件。

根据处分行为必要说,与诈骗罪中存在三角诈骗一样,敲诈勒索罪也存在三角敲诈勒索。不仅如此,三角诈骗中有关权限说与阵营说的争论,也同样适用于敲诈勒索罪。

与抢劫罪暴力、胁迫行为与夺取财物之间只需要主观的目的性关联不同,在敲诈勒索罪、抢劫性敲诈勒索罪中,暴力、胁迫行为与被害人的处分行为、财产损失之间必须具有客观的因果关系。例如,被害人虽然受到胁迫,但并非基于胁迫的压力,而是基于警察的建议将金钱交付给行为人的,由于欠缺客观的因果关系,行为人仅成立敲诈勒索的未遂犯。

(四) 财产损失

如前所述,日本的敲诈勒索罪属于对个别财产的犯罪。敲诈勒索罪的着手时期为开始实施恐吓行为之时;行为人排除被害人对财产的占有,将财产设定为自己或第三者占有时,就是本罪的既遂之时。存在争议的是以下案件:黑社会成员甲恐吓被害人乙,迫使乙向甲名义的银行存折划入了现金。甲为了提取现金前往银行,但在此期间,收到报警的警察已经通知银行,甲未能提取现金。甲的行为是恐吓(财物)既遂还是未遂?日本下级裁判所的判例认定为恐吓未遂。理由是,成立恐吓既遂,要求转移财物,造成被害人的财产损失。在通常情况下,当现金划入对方的存折后,实质上可以视为对方接受了现金,能够认定为财物的转移,成立恐吓财物既遂。但是,在本案中,乙将现金划入甲的存折后,由于警察已经通知银行拒付,还不能视为甲已接受了现金,不能认定财物已经转移给甲,故针对现金而言,只成立恐吓未遂。

德国刑法将敲诈勒索罪规定为对整体财产的犯罪(奥地利刑法第144条也有相同规定)。财产损失要件的判断方法,与诈骗罪的财产损失的判断方法相同。例一:以一时使用他人的出租车的意图对他人实施暴力。在本案中,占有的丧失属于财产损失。例二:债

务人为了使债权人免除自己的债务而实施暴力。德国判例的立场是,如果不知道债务人身份的,就认定有财产损失;如果知道债务人身份的,由于暴力行为并不导致行使债权的困难,因而不认定有财产损失。但是,由于宾馆对利用者的行李享有担保权(德国民法典第704条),利用者使用暴力、胁迫方法将自己的行李拿走的场合,即使判明了利用者的身份,也因为侵害了担保权而认定有财产损失。例三:夺取他人艺术品,以支付赎金为返还条件。由于夺取艺术品时具有返还的意思,因而不能认定具有违法所有的目的。但根据德国民法典第861条、第985条的规定,艺术品的返还应当是无偿的。因此,就赎金而言存在财产损失。例四:原本不存在债务,但强制他人在债务书上签字。在这类案件中,对财产产生了具体的危险,也能认定有财产损失。亦即,存在债权请求的预计,而且对已经签字的债务书缺乏确实的反证手段,故应认定为有财产损失。例五:使用暴力、胁迫手段让被害人说出财产(如黄金)的隐藏场所。德国判例认为,只是让人说出财产的隐藏场所,还不能认定使对方遭受了财产损失。例六:夺取银行卡后,使用暴力、胁迫手段让被害人说出密码。德国判例肯定在打听到密码的时点存在财产损失。

(五)主观要素

敲诈勒索罪只能由故意构成。行为人对自己以恐吓行为使对方产生恐惧心理进而作出财产处分,并使自己或第三者取得财产,具有认识、容认态度。在日本,敲诈勒索罪是转移财产占有的犯罪,所以,有关盗窃罪中的非法占有目的,基本上也适用于敲诈勒索罪。

德国刑法关于敲诈勒索罪的主观目的规定与诈骗罪相同,即行为人必须具有使自己或者第三者违法获利的意图(目的)。例如,使人交付容器旨在获取内容物,但容器中并没有内容物的,行为人对容器没有获利目的。因为行为人只有将内容物纳入自己财产的意图,故只有认定为敲诈勒索未遂。获利目的必须具有违法性。例如,为了实现到期且没有抗辩事由的请求权的,否认获利目的的违法性。反之,毒品贩卖者,使用暴力、胁迫手段迫使没有交付对价的购买者交付对价的,毒品贩卖者由于不具有合同上的对价请求权,也没有损害赔偿请求权,故成立(抢劫性)敲诈勒索罪。

三、行使权利与敲诈勒索罪

为了行使自己的权利,而使用恐吓手段的,是否成立敲诈勒索罪?

德国刑法第263条规定,如果行为人为了追求其目的而使用暴力或者胁迫被认为是应当受谴责的,恐吓行为具有违法性。由于为了行使权利而采用暴力、胁迫通常不具有受谴责性,所以,基于权利而使用恐吓手段取得财产的,在德国原则上不成立敲诈勒索罪。例如,被告人H对雇主K享有900马克的债权,H与S、T共同胁迫K,迫使K交付债务证书,并约定在数日后支付。被告人还让K向H交付彩电、向T交付手表作为担保。原审认定被告人就彩电与手表成立抢劫性勒索罪,但联邦法院首先确认,只要存在实体法上的请求权,就不能认定其取得财产性的利益具有违法性;即使其手段违法,也不成立敲诈勒索罪。在本案中,被告人不具有取得彩电与手表的权利,被害人丧失这些财物是一种财产损失。但是,由于被告人意欲得到的利益(900马克)与被告人的财产损失(丧失彩电与手表)之间,缺乏素材的同一性,故不成立敲诈勒索罪。

日本刑法对此没有明文规定,理论上存在激烈争论。

例一:盗窃罪的被害人为了取回自己被盜的宝石,对盗窃犯进行胁迫的,是否构成敲诈勒索罪?本权说认为,敲诈勒索罪是财产罪,而财产罪的保护法益是所有权及其他本

权,既然如此,只要行为人在私法上具有正当的权利,那么,实现这种权利的行为就不可能构成敲诈勒索罪。但着眼于行为人的违法手段,可以认为该行为构成胁迫罪。占有说认为,敲诈勒索罪的保护法益是财产的占有,盗窃犯的占有也是敲诈勒索罪的保护法益,只要行为人的行为不符合正当防卫、自救行为等违法性阻却事由的条件,就能成立敲诈勒索罪。持中间说的论者则认为,即使是自己的财产,但只要是由他人平稳地占有时,就只能采取民事诉讼上的强制措施来恢复原状,不能允许被害人随意采取措施。因此,只要行为人的行为不符合正当防卫、自救行为等违法性阻却事由的条件,就成立敲诈勒索罪。

例二:债权人为了救济自己的债权,对债务人实行胁迫使其交付财物时,是否构成敲诈勒索罪?(1)无罪说的理由是:胁迫行为本身虽然违法,但当胁迫行为是为了实现正当的债权时,则不违法;敲诈勒索罪保护私法上的权利,具有使对方交付财物的权利的人,只要是基于占有者的意图而接受交付,就缺乏敲诈勒索罪的定型性;敲诈勒索罪是对整体财产的犯罪,而以胁迫手段实现债权的行为没有给被害人造成整体财产的减少,故被害人没有财产损失(柏木千秋)。(2)胁迫罪说认为,敲诈勒索罪是对整体财产的犯罪,刑法设立财产罪是要保护私法上的权利关系,如果行为人具有基于交付者的意思而取得财物的权利,那么就表明行为人的行为没有使对方遭受财产上的损害(没有使对方财产恶化),因而不成立敲诈勒索罪;但是,如果行使权利的手段超过了法律所允许的范围,则成立胁迫罪(中森喜彦、曾根威彦、西田典之、林幹人)。此说受到的批判是,只要个别的财物、利益受到了侵害,就存在财产损失,仅此就可以认定行为侵害了财产性利益;敲诈勒索行为原本是一体化的行为,将手段行为与目的行为分开考察,缺乏合理性;根据法秩序的要求,即使是实现权利也必须采取合法的手段,对为了实现债权而采取违法手段的行为不认定为敲诈勒索罪,就破坏了统一的法秩序。(3)敲诈勒索罪说认为,敲诈勒索罪与盗窃罪一样,是对个别财产的犯罪,要求发生财产上的损害结果;债权人使用胁迫手段使债务人交付财产,事实上损害了债务人对财产的使用、收益与处分权,故应以敲诈勒索罪论处;既然否认私力救济,那么,非经法律手段使他人交付财物,就可以认定该行为成立敲诈勒索罪;此外,要求他人履行债务的胁迫手段不具有相当性时,对这种行为就不能再评价为行使权利的行为,这种行为与取得财物的结果就要一体化地被评价为敲诈勒索行为(大塚仁、福田平、前田雅英、山口厚、木村光江)。^[91]日本的判例曾经采取胁迫罪说,但后来判例态度发生变化,采取了敲诈勒索罪说。^[92]

行为人以暴力、胁迫手段,行使内容并不特定、存在与否并不明确的权利时,只要对方拒不交付财物具有正当理由,就应认定行为人构成敲诈勒索罪。

四、罪数

在日本,行为成立敲诈勒索时,对作为手段的暴力、胁迫行为不再适用暴行罪、胁迫罪

[91] 大塚仁、福田平、前田雅英、木村光江等教授认为,只有在满足了:(1)处于权利范围内,(2)有行使实力的必要性,(3)在社会一般观念看来手段具有相当性的要件时,才可以阻却敲诈勒索罪的违法性。

[92] 日本有如下判例:数名被告人对负有3万日元债务的被害人实施胁迫,迫使被害人交付了6万日元。日本最高裁判所1955年10月14日的判决指出:“对他人享有权利的人,其行使权利的行为,只要在其权利范围内而且没有超出社会一般观念容忍的程度,不产生任何违法问题,但是,超出上述范围、程度时则是违法的……就上述6万元认定敲诈勒索罪的成立是正当的。”(日本《最高裁判所刑事判例集》第9卷第11号,第2173页)。

的规定(法条竞合)。行为人同时实施欺骗行为与恐吓行为,被害人因此交付了财产时,如果欺骗也是使被害人感到恐惧的要素,被害人因畏惧而交付财产的,成立敲诈勒索罪。争议的问题是,如果被害人在陷入错误的同时,因畏惧而交付财物的,应当如何处理?通说主张成立诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合,但有的学者主张成立包括的一罪,有的学者主张仅认定为敲诈勒索罪。

在德国,行为人佯装(欺骗)可以左右恶害的实现时,也符合胁迫的条件。在欺骗手段仅对胁迫起作用时,欺骗行为缺乏独立的违法性,故仅评价为敲诈勒索罪即可(法条竞合的吸收关系)。例如,并没有拍摄却假装拍摄到了被害人的裸照,而以公开照片相威胁索取财物的,仅成立敲诈勒索罪。反之,如果欺骗行为具有独立性于胁迫之外的违法性时,通说认定为诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合。例如,尽管没有公开实际上拍摄到的裸照的意图,却以公开裸照相威胁而索要财物的,是诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合。行为人通过诈骗等财产犯罪手段取得他人财物后,为了避免返还请求而使用暴力、胁迫的,存在后行为是否成立敲诈勒索罪的问题。判例认为,如果先前的财产犯罪已经造成了财产损失,那么,后行为就没有产生新的财产损失,因而仅成立强制罪。不过,也有判例将实施诈骗行为后立即实施暴力的行为认定为抢劫性敲诈勒索罪。因此,有学者认为判例缺乏一致性。行为人盗窃他人财物后为了避免财物的返还而使用暴力、胁迫的,不仅存在有无财产损失的问题,而且存在敲诈勒索罪与抢劫性盗窃罪(事后抢劫罪)的关系问题。如果当场为避免财物的返还而实施暴力、胁迫行为的,才能认定为抢劫性盗窃罪,所以,倘若在此后的时点实施暴力、胁迫也适用抢劫性敲诈勒索,刑法关于抢劫性盗窃罪的规定就丧失了意义。基于这样的考虑,德国判例对上述情形在盗窃罪之外仅认定为强制罪。例如,行为人盗窃啤酒后被被害人发现,于是采取胁迫手段妨碍返还的,德国判例对后行为认定为强制罪。

第六节 侵占罪

一、侵占罪概说

一般来说,侵占罪是指将不属于他人占有的他人之物据为己有的行为。侵占罪可以分为侵占脱离占有物罪、委托物侵占罪(普通侵占罪)与业务上侵占罪。侵占罪与盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、敲诈勒索罪一样,也是财产罪,但侵占罪既不是像盗窃罪、抢劫罪那样的夺取罪,也不是像诈骗罪、敲诈勒索罪那样的交付罪,而只是一种取得罪。

根据德国刑法第246条第1款规定,使自己或者第三者违法取得(所有)他人可以移动的财物的,构成侵占罪;第2款规定,如果行为人侵占的财物是被委托给行为人的,则加重法定刑。不难看出,法条并没有区分侵占脱离占有物与侵占委托物,只是将委托关系作为加重处罚的事由。在德国,侵占罪(第246条第1款)与盗窃罪的区别在于,盗窃罪中的违法取得是主观的超过要素,而侵占罪中的违法取得是客观要素,但只要求作为客观的行为被在外部发现即可。换言之,取得行为并不要求现实地排除他人的所有权,将财物作为自己或者第三者的财物,只要存在取得意思被发现的行为即可。因此,不能在客观面之后

再检讨主观面,而是在检讨主观的取得意思之后,再检讨领得意思是否被客观地发现。在德国,凡是将他人的所有物作为自己或者第三者的物处理的,就成立侵占罪,不管行为人是否占有他人的财物。所以,盗窃行为也可能符合侵占罪的构成要件。于是,侵占罪是兜底构成要件,亦即,凡是符合盗窃等重罪的构成要件的,就优先适用盗窃罪等重罪的法条。

委托物侵占罪的法益是财物的所有权以及委托关系。由于委托物侵占罪的对象是“自己占有的他人的财物”,所以,财物的所有权是首要的保护法益,而占有则不属于其保护法益(这一理解,与对盗窃罪的法益采取何种学说没有关系)。其次,委托关系也是委托物侵占罪的保护法益。如果没有侵害委托关系,则属于侵占脱离占有物罪。

侵占脱离占有物罪仅以侵害所有权为要件,是侵占罪的基本类型。委托物侵占罪,要求除侵害所有权外,还必须侵害委托关系,可谓侵占脱离占有物罪的违法加重类型。业务上侵占罪,是就业务上占有的财物实施侵占行为,可谓委托物占有罪的责任加重类型。也有学者认为,侵占脱离占有物罪是单纯的侵占罪,而委托物侵占罪与业务上侵占罪都具有背信性,因而与背信罪具有相同性质。

侵占罪的法定刑轻于盗窃罪,对此存在不同的说明。有人认为,由于盗窃罪侵占了他人的占有,而侵占罪没有侵害他人的占有,故侵占罪的违法性轻于盗窃罪。有人认为,在侵占罪的场合,财物处于行为人可以自由处分的状态,故对行为人具有诱惑性,导致行为的责任非难减少,因而其法定刑轻于盗窃罪。还有人认为,盗窃罪的发案率远远高于侵占罪,为了实现一般预防,刑法对盗窃罪规定的法定刑重于侵占罪。

二、委托物侵占罪

委托物侵占罪,是指侵占自己占有的他人的财物的行为。^[93]

(一)主体

委托物侵占罪的主体,必须是他人财物的占有者。奥地利刑法第133条规定,本罪的主体是就财物受到委托的人。日本刑法规定,根据公务机关命令保管自己财物的人也能成为本罪主体。因此,本罪是身份犯。

(二)对象

1. 对象概说

委托物侵占罪的对象,是自己占有的他人财物。日本刑法规定还包括根据公务机关的命令所保管的自己的财物。

对于财物的范围,各国刑法规定不一。德国、瑞士、意大利刑法明文规定只能是他人的动产。日本、韩国等国刑法只规定是“物”或“财物”。日本与韩国的刑法理论与审判实践认为,委托物侵占罪的对象既可以是动产,也可以是不动产,但不包括财产性利益。奥地利判例与多数说认为,财产性利益也能成为委托物侵占罪的对象。

作为本罪对象的财物,必须是由行为人占有的财物。这里的占有,是指对财物具有事实上或者法律上的支配力的状态;只要行为人对财物具有这种支配力即可,不要求行为人事事实上握有该财物。换言之,本罪中的占有,不仅包括事实上的支配,而且包括法律上的支配。因为只要行为人对财物具有法律上的支配,就可能滥用这种支配力侵害他人的财

[93] 由于德国刑法并没有特别规定委托物侵占罪,故本部分的讨论包括德国刑法第246条第1款规定的侵占罪的内容。

产。例如,持有他人提货单的人,就处于可以任意处分寄存物品的地位,因而在法律上支配了寄存物品,寄存物品成为行为人占有的财物。但是,已经进行登记的不动产,所有权的登记名义人占有该不动产。不动产的租借人虽然是事实上的支配者,却不是不动产的占有者。至于未登记的不动产,则由事实上的支配者占有。

行为人对财物的占有,必须以财物的所有者(或者得到所有者的授权而具有委托权限的人)与行为人之间的委托关系为根据。这种委托关系的发生原因具有多样性,如使用借贷、委任、寄存等。委托关系不一定要有成文的合同,根据日常生活规则,事实上存在这种委托关系即可。德国刑法第246条第2款规定的委托关系,是指行为人有义务返还财物或者有义务按照委托者规定的特定目的使用的情形。例如,借贷之物、保管之物、附所有权保留所购买的物,都存在委托关系。奥地利的判例与通说认为,委托关系必须存在于取得行为之前。在行为对象是有体物的场合,要求行为人必须事前单独占有财物,而且对该财物负有特定的义务。但是,在取得行为的时点不必是单独占有。在行为对象是财产性利益的场合,要求行为人被赋予单独的法律上的处分权,而且对该利益负有特定的义务。对财物或者财产性利益的义务,是指行为人为了委托人而对财物或者财产性利益进行使用、保管、交付第三者、返还委托者的义务。

根据德国的判例与学说,行为对象必须是特定的。例如,公司的董事长为了自己所有而约定将公司制造的商品出卖给他人的,只要没有将其中的商品特定化,就不能成立侵占既遂,而且只有在着手分离时才成立未遂犯。

行为人所占有的财物,必须是他人的财物,即财物的所有权属于他人。共有物也被认为是他人的物,故侵占共有物的行为构成本罪。根据民法规定,在动产买卖中,只要签订了买卖合同,财物的所有权就转移。因此,在合同签订后,财物事实上转移之前,对于卖主来说,该财物是他人的财物。卖主第二次出卖此物的,构成委托物侵占罪。德国的判例与学说认为,根据民法的规定,财物的所有权归属于行为人以外的人时,才能成为侵占罪的对象。容易产生问题的是,在转移占有时,财物的所有权是否同时转移给行为人,因而是是否符合他人性的要求。例如,自助加油时,汽油加入到汽车油箱后,行为人产生了不支付对价的意思而逃走的,汽油的所有权归属就成为问题。根据德国民法典第947条、第948条的规定,即使汽油被混合之后,原来的所有权人也享有共同所有权。再者,只要进行了所有权保留,就符合他人性要件。而且,即使不认定为所有权保留,但只要认为所有权转移产生于支付对价时,也能认定上述行为成立侵占罪。

2. 争议问题

(1) 金钱

民法理论一般认为,金钱的占有者就是金钱的所有者。如果原封不动地将这种观点纳入刑法,就意味着对于金钱不可能成立委托物侵占罪。但这是存在疑问的。所以,在刑法上,金钱的他人性就成为解释问题。

首先,当委托人将金钱封装于一定容器,并交付行为人保管,并明确表示不允许消费、使用的场合,受托者具有保护委托者的所有权的义务。换言之,在这种场合,金钱是作为特定物交由行为人管理的。对于行为人而言,属于自己占有的他人财物。如果行为人消费该金钱,便成立委托物侵占罪。

其次,委托人将金钱作为不特定物转移给受托人时,其法律意义上的所有权也同时转

移给受托人。受托者处分该金钱的行为,属于背信行为,不成立委托物侵占罪。

最后,当委托者确定了用途而将金钱委托给行为人管理时,对于行为人而言,该金钱也属于自己占有的他人财物。例如,甲将A交付的用于购买股票的金钱予以消费的,该金钱属于行为人占有的财物。问题是,甲暂时使用该金钱的行为是否成立委托物侵占罪?日本判例的一贯立场是,在上述情况下,甲暂时挪用也属于侵占;即使甲具有日后填补金钱的意思与能力,也不例外。但日本刑法理论对此判例持怀疑态度。有人认为,甲暂时挪用的行为不属于符合构成要件的侵占行为;也有人认为,甲暂时挪用的行为虽然符合侵占的构成要件,但缺乏可罚的违法性;还有人以甲不具有侵占故意为由,得出甲的行为不成立委托物侵占罪的结论。再如,宾馆的服务员收到了自己负责接待的顾客的现金后,没有交给宾馆而据为己有。德国的判例认定该现金的所有权归属于宾馆,服务员的行为构成侵占罪。

此外,乙将存折交给甲,委托甲从银行提取存款给乙使用的,甲为委托者乙提取的现金属于乙。因此,如果甲任意消费金钱的,成立委托物侵占罪。

(2) 存款

存款的占有是值得讨论的重要问题。例如,乙将自己的现金交给甲,让甲以甲的名义将现金存入银行后,甲以自己使用的目的取出该存款的,是否成立委托物侵占罪?肯定说认为,存款名义人是法律上的支配者。因此,村长将其保管的作为村的基本财产的现金存入银行时,该现金属于村长自己占有的他人的财物;以自己使用的目的从银行取出存款时,成立委托物侵占罪(日本判例的通说)。理由是,对存款债权的支配与对本金(现金)自身的支配,在法律上可以同等看待(小野清一郎)。事实上,上述行为人在存款的限额内对作为不特定物的金钱行使法律上的支配,无论是直接取出现金还是将存款转入其他账户,都成立委托物侵占罪。否定说则认为,事实上,银行的准备金少于存款额,所以,肯定存款人对于存入银行的现金的占有,只不过是一种拟制。换言之,存入银行的现金,应当由银行占有,而不是由存款人占有。

采取肯定说时,以能够承认法律上的支配作为肯定对存款的占有的前提。如果行为人没有取款的权限,就不能认定其占有了存款。例如,A因为外出旅行,就将存折、印鉴交给甲保管。按照日本的通说,如果甲将存折、印鉴据为己有,则成立委托物侵占罪(对象为存折、印鉴)。但是,其一,如果甲持存折在银行柜台取款的,成立诈骗罪(一项诈骗,诈骗对象为现金);其二,如果甲在自动取款机取款的,成立盗窃罪;其三,如果甲在银行柜台将A的存款转入其他账户的,成立诈骗罪(二项诈骗,诈骗对象为财产性利益);其四,如果甲在自动取款机上转款的,成立使用计算机诈骗罪。这四种情形之所以不成立委托物侵占罪,是因为甲对A的存款并不具有法律上的支配力,存折显示的现金的所有权属于银行,而不属于A。对侵占罪中的占有越是规范化、观念化的理解,越以法律上的支配力为必要。就存款而言,单纯的事实上的支配关系还不能认定为占有。所谓法律上的支配力,就是指取款的权限。没有取款的权限,就没有法律上的支配力。例如,在路上拾得他人银行卡后在自动取款机取款的,成立对银行的盗窃罪,而不是成立对持卡人的侵占脱离占有物罪(井田良)。但是,根据奥地利的判例,乙将存折委托给甲保管时,存款本身作为财物受刑法保护。因此,甲违反约定取出存款或者将存款转入自己账户的,对存款构成委托物侵占罪。

如前所述,关于领取误汇存款的行为性质,日本存在不同观点:一种观点认为,此种情形下的存款由名义人甲占有,故甲的行为只成立侵占脱离占有物罪。但持反对观点的学者认为,甲对存款不具有正当的取款权限,不存在法律上的支配,因而没有占有存款。所以,不能认定为侵占脱离占有物罪。另一种观点认为,存款由银行占有,甲则视取款的行为方式成立诈骗、盗窃等罪。

(3) 二重买卖

例如,甲将自己所有的不动产卖给乙,收取了乙交付的对价,但在还没有进行所有权转移登记时,又将该不动产卖给丙,并进行了所有权转移登记(所有权转移给丙)。甲是否成立委托物侵占罪?

通说认为,甲的行为成立委托物侵占罪。首先,委托物侵占罪对象既包括事实上支配的财物,也包括法律上支配的财物,甲将不动产卖给乙之后,在没有进行所有权转移登记时,仍然是不动产的名义人,因而能够处分不动产,所以在法律上占有着不动产。其次,委托物侵占罪具有侵害委托信任关系的一面,而甲、乙之间也存在委托信任关系。因为签订了买卖合同,甲就有义务为乙保管该不动产,这便是一种委托信任关系。最后,随着买卖合同的成立,该不动产的所有权便转移给乙,故属于乙的财物。^[94]

如果丙不知道真情而善意取得不动产的,甲是否对丙成立诈骗罪?一般认为,在上述情况下,由于向丙的转移登记已经结束,丙不存在任何财产上的损失,甲不成立诈骗罪。而且,丙不具有处分乙的不动产的权限与地位,故甲的行为认定为三角诈骗(丙为受骗者、乙为被害人),也是不妥当的。^[95]

如果丙知道真情、恶意取得不动产的,丙是否构成委托物侵占罪的共犯?这与民法规定相关联。日本存在否定说的判例。但也有学者与判例认为,根据日本民法第177条的规定,关于不动产物权的取得、丧失及变更,未依登记法所定进行登记,不得以之对抗第三人。由于并没有进行向乙的转移登记,故如果丙只是单纯知情,则相当于该条的第三人,丙在民法上可以有效取得不动产的所有权,当然不成立委托物侵占罪的共犯。但是,如果丙不相当于民法第177条的第三人,而属于背信的恶意者,则丙不能在民法上有效取得不动产的所有权。在这种情况下,丙可以成为甲的委托物侵占罪的共犯。此外,丙不可能成立赃物罪。因为赃物罪以本犯既遂为前提,但在甲将不动产出卖给丙之前,其委托物侵占罪并没有既遂。

(4) 所有权保留

例如,甲分期付款购买汽车,只有付清全款后才享有汽车的所有权,此前的汽车所有权归属于出卖方,但甲在没有付清全款后就将汽车用于抵押。德国、日本的判例与通说,均认为甲的行为构成侵占罪。因为甲在抵押汽车时,汽车的所有权属于卖方,甲的行为侵犯了卖方对汽车的所有权。但是,日本还存在另外三种学说:第一种学说认为,只有当行为人在较早的时期擅自处分所有权保留的财物时,才成立侵占罪;如果在将要付清全款时才擅自处分汽车的,则不成立侵占罪(中森喜彦)。第二种学说认为,甲的行为构成背任

[94] 有人认为,只要买卖合同成立,就应认为该不动产属于乙的财物;有人则认为,只有当乙支付了(大部分)对价后,该不动产才是乙的财物。

[95] 当然,如果甲已完成了向乙的不动产转移登记,然后又隐瞒事实将该不动产出卖给丙的,则无疑对丙成立诈骗罪。

罪(藤木英雄)。第三种学说认为,甲的行为原则上成立侵占罪,但根据付款的情况有可能缺乏可罚的违法性(西田典之),或者阻却故意或者责任(阿部纯二)。

(5) 不法原因给付物

基于不法原因而委托给付的财物,能否成为本罪的对象,是很有争议的问题。例如,甲欲向公务员乙行贿,而将财物委托给丙转交,但丙将该物据为己有。根据民法规定,甲没有返还请求权,那么,丙的行为是否成立委托物侵占罪呢?

否定说认为,在上述情况下,既然甲对财物没有返还请求权,其反射效果表明,财物的所有权已经转移给丙,因此该物不是他人的财物,丙的行为不构成委托物侵占罪。如果将丙的行为以犯罪论处,则破坏了法秩序的统一性,违反了刑法的谦抑性。况且,在上述情况下,并不存在法律意义上的委托信任关系,故丙的行为也没有侵害委托信任关系。

肯定说认为,虽然在民法上给付者对不法原因给付物没有返还请求权,但接受者也没有取得所有权。而刑法对财产的保护,并不限于对被害人的具体的财产所有权的保护,对在外表上属于侵害了他人所有权的一切行为,刑法都是予以禁止的,上述丙的行为在外表上确实侵害了他人的财产所有权,因此其行为成立委托物侵占罪。况且,刑法与民法的目的不同,不能认为民法上不保护的,刑法就绝对不保护。日本的判例持这种立场。但是,既然在民法上已经不属于他人的财物,就很难在刑法上肯定其为他人的财物。

区别说认为,如果属于民法上的不法原因给付物,则不是委托物侵占罪的对象。换言之,行为人侵占民法上的不法原因给付物的,不成立犯罪。理由与上述否定说相同。但是,不法原因委托物,则可以成为委托物侵占罪的对象。因为在委托方不是终局性地使受托者取得利益,而只是暂时将财物交给受托者管理时,不属于民法上的不法原因给付物,故委托者仍然享有返还请求权。所以,对于受托者而言,当然属于自己占有的他人财物。概言之,如果给付者的意思是转移所有权时,给付者就没有返还请求权,对方就不成立委托物侵占罪;如果给付者没有转移财物的所有权的意思,给付者就享有返还请求权,受托者将财物据为己有的,就成立委托物侵占罪。但是,区别说受到了批判。一方面,不法原因给付物与不法原因委托物的区分本身就是不成立的。另一方面,即使是具有转移所有权意思而给付的情形,不管经过多长时间,如果没有获得一定的对价,给付者也可以请求返还。所以,不能以给付时点具有转移所有权的意思为由,直接否认对给付者利益的保护。于是,问题不在于给付者有无转移所有权的意思,而在于从客观的观点看,给付者是否存在值得法保护的利益。例如,为了雇凶杀人而预付的现金,不管给付者的意思如何,都不可能成为值得刑法保护的财产。至于给付者是否存在值得刑法保护的利益,则归结于给付者对其利益能否请求国家的保护。就此而言,刑法与民法的判断不能产生齟齬(法秩序统一性的要求),因此,只要属于民法上的不法原因给付物,就不能成为侵占罪的对象(井田良)。

还有一种折中说认为,当丙还具有将财物的所有权交付对方的意思而转移财物的占有时,其行为不构成犯罪。如果丙没有这种意思,则不能否定其行为构成侵占罪。但由于该财物是基于不法原因的给付物,因而不是构成委托物侵占罪,而是构成侵占脱离占有物罪。可是,由于侵占脱离占有物罪的对象是他人的财物,故这种观点也难以成立。

(6) 赃物

对赃物的侵占也存在同样的问题。例如,甲起先不知道是赃物而受委托保管了乙的

财物,事后知道乙的财物为其盗窃所得的赃物后,便擅自消费了该赃物。甲的行为是否成立委托物侵占罪?

肯定说主张,甲的行为成立委托物侵占罪。理由如下:首先,乙所盗窃的物,在民法上属于原被害人所有的物,对于甲而言,依然属于他人的财物。所以,甲的行为侵害了原被害人的所有权。其次,既然盗窃犯乙对财物的占有,也是值得刑法保护的占有,那么,所有权人以外的人与盗窃犯人之间的委托信任关系,也是值得刑法保护的。既然甲的行为侵害了委托者乙与其之间的委托信任关系,理应对委托者成立委托物侵占罪。最后,赃物犯罪所侵害的是财物的所有权人对财物的追求权,但在上例中,甲所侵害的是乙对财物的平稳的占有,故应另成立委托物侵占罪(日本的判例、大谷实、前田雅英等)。

否定说认为,甲的行为不成立委托物侵占罪,虽然相对于原被害人而言,成立侵占脱离占有物罪,但此罪被赃物犯罪吸收(包括的一罪)。理由如下:首先,侵占罪是对所有权的犯罪,既然委托人(盗窃犯人)乙没有所有权,甲便对其不成立侵占罪。其次,委托物侵占罪是侵害委托信任关系的犯罪,但在上例中,原所有人甲并不存在委托信任关系。由于财物的所有权归属原所有人,故甲对原所有人成立侵占脱离占有物罪。最后,由于甲在知道是赃物后所实施的赃物犯罪行为,妨害了原所有权人对该财物的追求权,因而成立赃物犯罪。其后取得赃物的行为,没有必要以独立犯罪论处,而应被赃物犯罪吸收(大塚仁、西田典之、曾根威彦、山口厚等)。

德国的判例与通说认为,以违法目的就财物进行委托的场合存在委托关系。例如,委托他人保管出卖赃物所得的资金的,存在委托关系。但是,如果委托者的行为违背所有权人的利益的,则不认为具有委托关系。例如,行为人接受盗窃犯人的请求保管赃物时,将赃物据为己有的,不存在委托关系。

(三)行为

委托物侵占罪的行为,表现为侵占。关于侵占的意义,有取得行为说与越权行为说之争。越权行为说认为,侵占,是指破坏委托信任关系,对委托物实施超越权限的行为。理由是,委托物侵占罪的本质是违背委托信任关系的犯罪,而且财产犯罪并不要求行为人具有违法取得的意图;只要行为人超越权限对委托物实施某种行为,就是侵占。如果要求行为人必须有违法取得的意图,便过于缩小了侵占罪的范围,不利于保护财产所有权。但越权行为说已经衰退。

取得行为说认为,侵占,是指将占有变为所有的一种“取得行为”。行为人对他人之财物,原本只具有占有关系,但行为人出于违法取得(领得)的意思,违法取得受委托占有的他人财物。据此,实现违法取得意思的一切行为都属于侵占。详言之,侵占罪的保护法益是所有权及其他本权,单纯破坏委托信任关系的超越权限的行为,并没有给本权造成侵害;只有当行为人主观上有违法取得的意思,客观上实施了实现违法取得意思的行为时,才有侵害本权的危险,成为侵占行为。这是德国、日本刑法理论与审判实践的通说。侵占行为既可以是事实上的处分行为,如消费、使用,也可以是法律上的处分行为,如出卖、抵偿债务等。侵占行为既可以是作为,也可以是不作为。行为人应当将自己占有的财物送交有关人或机关,但以违法取得的意图而不送交的,就是不作为的侵占。

德国的学说与判例认为,取得意思被客观地发现时,就存在取得行为。取得意思发现与否,以外部可以认识的状态是否表现出取得意思为标准。取得意思被客观地发现的典

型例就是事实处分行为与法律处分行为。与此相反,即使没有取得意思也可能实施的中立行为,还不能认定取得意思的发现。例如,拾到了他人的遗忘物,由于不知道行为人是否打算申告(归还),所以,不能认定取得意思的发现。对于应当返还的物单纯不返还的,不能认定取得意思的发现,但如果行为人长时间使用的,则可以认定为取得意思的发现。取得意思的发现,要求行为人将财物本身或其价值纳入行为人或者第三者的财产。因此,行为人或者第三者必须取得了对他人财物的某种类类似于物权的支配。例如,约定出卖自己完全没有支配的他人财物的,不属于取得行为。但是,对财物的支配只要是间接占有就足够了。例如,甲借了乙的书之后又将书借给丙,丙以为书是乙所有便向乙提出购买此书,乙答应出卖此书的时候,就能认定乙对书的支配,因而成立取得行为。

实施了取得(侵占)行为后,其后能否再次对取得的相同财物实施侵占行为(侵占后的侵占)?德国判例的观点是,在构成要件上,不可能重复侵占(构成要件的解决方式)。但是,德国与日本刑法理论上则有不少学者认为,重复侵占也是可能的,只不过在罪数上,作为共罚的事后行为处理就可以了(罪数的解决方式)。根据罪数的解决方式,由于后来的取得行为是共罚的事后行为,所以,后来的参与者也可以作为侵占罪的共犯处罚。赞成构成要件的解决方式的学者则认为,一旦将行为对象作为自己所有的财产后,就难以再侵占。而且,罪数的解决方式导致时效制度基本丧失了意义。更有争议的是,在自己取得后再使第三者取得的,应当如何处理?一种观点认为,即使在自己取得后事实上也能再使第三者取得,所以,对自己取得的财物能够认定第三者取得。与此相对,另一种观点认为,行为人只有一次排除所有权的意思,所以,不能对自己取得的财物认定第三者取得。

委托物侵占罪一般没有未遂,许多国家的刑法也没有设立未遂处罚规定(但德国刑法处罚未遂犯)。因为理论上认为,行为人一经实施侵占行为,即使侵占行为还没有实施终了,也是本罪的既遂。这就造成了着手就是既遂的局面。这虽然是理论上的通说,但存在不少问题。例如,行为人出卖自己受委托所保管的他人的不动产,究竟何时为既遂,就是没有解决的问题。有人认为,只要行为人有出卖的意思表示就是委托物侵占罪的既遂。有人则认为,只有对不动产实行了转移登记时才是既遂。根据前一观点,本罪没有未遂的余地,根据后一种观点,本罪的未遂是可能的。对于行为人就出卖他人所有的财物而提出要约的案件,在奥地利存在既遂说与未遂说之争。

(四) 主观要素

委托物侵占罪的主观要件是故意。故意的内容表现为对侵占自己占有的他人财物具有认识、容认的态度。持取得行为说的学者一般认为,本罪还要求行为人有违法取得的意图或者意思。问题在于如何理解违法取得的意思?

在德国,侵占罪中的取得意思与盗窃罪的违法取得(所有)的意思一样,是指将自己或者第三者作为财物的所有权人那样处理他人的财物的意思。但与盗窃罪的违法所有必须是一种意图不同的是,侵占罪的取得意思不必是意图,只要认识到财产属于自己的就够了。例如,会计发现账面上存在亏损,因担心追究职务上的责任,就打算用自己的钱一点一点地填补,但为了避免被发觉,在收钱顾客的现金时没有记账。德国判例认为,行为人将收受的金钱作为自己的金钱来处理,因而成立侵占罪。但理论上学者指出,既然士兵退役时为了避免被追究责任,窃取同事的帽子后当作自己帽子而上交的,因为不具有违法取得(所有)的意图而不成立盗窃罪,那么,本案也不能成立侵占罪。但是,对这一观点持

反对意见的学者指出,与返还帽子时不能认为否认了所有权的意思相对,不记账时则否认了所有权人的所有权,因而能认定具有取得意思。

日本的判例认为,委托物侵占罪中的违法取得的意思,是指占有他人财物的行为人,违背任务,就该财物没有处分权限,却具有只有所有者才能处分的意思(处分意思)。有的学者则认为,委托物侵占罪中的违法取得的意思,是指占有他人财物的行为人,违反委托人的旨趣,遵守该财物的经济用途进行利用的意思(利用意思)。两种观点对一些具体案例会产生不同结论。例如,行为人以隐匿的意思处分财物的,根据处分意思说,成立委托物侵占罪;根据利用意思说,不成立委托物侵占罪。

根据取得行为说,违反委托人的意思,一时使用委托物的行为,原则上不成立委托物侵占罪。但是,如果行为人以所有人不允许的样态、程度予以使用,产生了所有人不允许的价值侵害时,则成立委托物侵占罪。例如,在A公司任职的甲,为了在退職后在B公司利用A公司的秘密资料,将自己管理的A公司的秘密资料拿出公司外复印,然后将秘密资料返回的,被日本裁判所认定为委托物侵占罪。

接受委托保管特定用途的金钱或者其他不特定物的人,具有日后填补的意思与能力,一时挪用金钱或者其他不特定物的,能否成立委托物侵占罪?日本的判例认为,这种行为并不缺少违法取得的意思,因而成立委托物侵占罪。刑法理论上的有力说认为,如果行为人确实具有填补的意思与能力,就不能认定为委托物侵占罪。其中,有人认为,在这种场合,行为人不具有违法取得的意思(大塚仁、大谷实);也有人认为,在这种情形,不存在侵占行为(平野龙一、町野朔、前田雅英)。还有一种观点认为,保管人对特定用途的金钱以及其他不特定物客观上不可能存在侵占行为,因而不成立委托物侵占罪;对其他不特定物(支票等)在客观上则可能存在侵占行为,但需要根据挪用的数额、预想到的填补空缺的确实性等,判断是否缺乏可罚的违法性或者违法取得的意思(西田典之)。

受托者使第三者取得的意思,是否属于委托物侵占罪中的违法取得的意思?德国的刑法条文对此作出了肯定规定,日本的判例与通说持肯定态度。但日本也有学者认为,如果是使与自己完全无关的第三者取得委托物,只能成立背信罪或者毁弃罪,但不成立委托物侵占罪。

(五)与诈骗罪的关系

以违法取得的意思,通过欺骗手段对他人的财物或者财产性利益取得占有或者处分权的,成立诈骗罪。

行为人侵占委托物后,对委托人实施欺骗行为,使委托人免除行为人的返还义务的,只成立委托物侵占罪,不成立诈骗(财物)罪。在这种场合,欺骗是侵占的手段,而且不存在财物的转移(财物原本由行为人占有),故不成立诈骗(财物)罪。问题是,行为人对于财物的返还请求权,能否成立诈骗利益罪?一般认为,虽然财物的返还请求权,可以成为财产性利益,行为也符合诈骗利益罪的构成要件,但在上述场合,财物的返还请求权与委托人的财物所有权指向的是同一利益,因而不能认定行为人侵害了新的法益,诈骗行为只能作为共罚的事后行为处理。有学者认为,上述行为有可能成立委托物侵占罪与诈骗罪,因而属于包括的一罪。但是,侵占罪的法定刑低于盗窃罪、诈骗罪,之所以如此,是因为行为人已经占有了他人财物,这种诱惑要素使得行为人的责任减少。为了不淹没这一立法旨趣,对于上述欺骗行为只能作为共罚的事后行为处理(西田典之)。也有学者认为,如

果对上述行为仅认定为侵占罪,就会导致处罚的不均衡,故应认定上述行为是侵占罪与诈骗罪的思想竞合。

占有了他人财物的行为人,将该财物谎称是自己所有的财物用于提供担保,骗取他人财物的,提供担保的行为是侵占行为,骗取财物的行为侵害了新的法益,因而是侵占罪与诈骗罪的想象竞合。

三、业务上侵占罪

业务上侵占罪,是指以违法取得的意思,侵占由自己因为业务所占有的他人财物的行为,是委托物侵占罪在身份上的加重犯。至于违法加重身份还是责任加重身份,则存在争议。主张违法身份的观点认为,因为侵占业务上占有的财物,常常破坏了行为人与多数人之间的信赖关系,故其法益侵害的范围较广,而且发案率较高,所以刑法有必要对这种行为加重处罚(大塚仁、中森喜彦)。主张责任身份的观点认为,就具体的个别的侵占行为而言,本罪不可能使法益侵害的范围扩大,只是责任非难加重(大谷实、曾根威彦、西田典之、山口厚)。

本罪的主体是基于业务而占有他人财物的人。一方面,行为人在法律上或事实上占有着他人的财物;另一方面,这种占有不是基于一般的委托关系,而是基于行为人的业务。因此,有人认为,本罪是真正身份与不真正身份相结合的复合的身份犯。这里的业务,是指行为人基于社会生活上的地位,而反复、继续实施的,以占有、保管财物为内容的事务。与业务上过失致死伤罪中的业务的区别在于,它不要求这种事务具有危险性。本罪中的业务的根据,不问是基于法令,还是基于合同或习惯,但是,这种业务的内容必须是占有、保管他人的财物。业务既可以是本职业务,也可以是兼职业务,还可以是代替他人所从事的业务。

本罪的行为是侵占自己由于业务关系所占有的他人的财物,包括事实上的处分与法律上的处分。

在日本,业务上侵占罪属于双重身份犯,因为相对于侵占脱离占有物罪而言,委托物侵占罪是基于身份关系的加重犯;相对于委托物侵占罪而言,业务上侵占罪又是进一步的身份犯。于是,存在几种共犯关系需要讨论。其一,业务上占有者教唆、帮助业务上占有者实施侵占行为的,成立业务上侵占罪的共犯,对此没有争议。共同实行的,则是业务上侵占罪的共同正犯。其二,基于委托关系的占有者教唆、帮助业务上占有者实施侵占行为的,一般认为,前者成立委托物侵占罪的共犯,后者成立业务上侵占罪。其三,有争议的是,没有占有他人财物的人(非身份者)参与了业务上侵占罪时,应当如何处理?日本判例的观点是,非身份者成立业务上侵占罪的共犯,但是应科处委托物侵占罪的共犯之刑。但这种罪名与科刑相分离的观点受到了学者们的批判。多数观点认为,非身份者成立委托物侵占罪的共犯,业务上占有者成立业务上侵占罪。

四、侵占脱离占有物罪

侵占脱离占有物罪,是指以违法取得的意思,侵占遗失物、漂流物或其他脱离占有的他人财物的行为。

本罪的对象是遗失物、漂流物以及其他脱离占有的他人财物。遗失物,是指并非基于占有人的意思而脱离了占有,却不属于任何人占有的物。由此可见,遗失物不同于遗弃物,后者是被本人所抛弃的物。漂流物,是指随水漂流的遗失物,实际上也是一种特殊的

遗失物。所谓脱离占有的他人财物,则是指并非基于占有人的意思而脱离占有,并且不属于任何人占有或者偶然由行为人占有的他人财物。例如,他人误送给行为人的财物、邮局误投的邮包、车内所遗留的乘客的携带品、他人醉酒时放置而事后不知所在地的财物、盗窃犯盗窃后所遗弃的物、随风飘来的他人的衣物等,都属于脱离占有的他人财物。此外,古墓葬中的物,也被认为是脱离占有的他人财物。作为本罪对象的物,只要求不是行为人所有的物,或者说只要求是他人所有的物,即使所有权究竟是谁还不明确,也不影响本罪的成立。因此,无主物不能成为本罪的对象。

本罪的行为表现为侵占,即违法取得对脱离占有物的占有。一般认为,行为人违法取得财物的占有时,即为本罪的既遂。

第七节 背信罪

一、背信罪概说

一般来说,背信罪(背任罪或违背任务罪),是指依法律、公务机关命令或法律行为为他人处理事务的人,为谋求自己或第三者的利益,或以损害他人的利益为目的,而违背其任务,致使他人财产遭受损失的行为。例如,甲委托乙出卖自己所有的房屋,乙与买主丙通谋,使房屋以较低的价格出售,致使甲的财产遭受损失。甲的行为成立背信罪。需要说明的是,德国、奥地利等国刑法没有规定目的要件,于是,背信罪成为损害他人整体财产的犯罪。

关于背信罪的本质,历来有滥用权限说与背信说之争。由 Binding 最先提出的滥用权限说认为,背信罪是滥用法律上的权限而侵害他人财产的犯罪,它主要发生在与第三者的对外关系上(如上例中的乙与买主丙的关系),这种行为只限于法律行为。但这里的权限的意义并不明确。此后, Frank 将权限解释成为代理权。德国刑法理论现在所说的滥用权限,就是指滥用代理权。由德国判例主张的背信说认为,背信罪是以违背诚实义务侵害财产为内容的,背信行为除了存在于与第三者的关系中外,还存在于与本人(委托人)的对内关系中,它并不限于法律行为,凡是破坏事实上的信任关系的事实行为,都能成立本罪。

上述两种学说各有所长,1933年德国在部分修改刑法时,综合了上述两种观点。德国现行刑法也是如此,其第266条第1款规定:“行为人滥用依法律、官方委托或者民事法律行为所获得的处分他人财产或者使他人承担义务的权限,或者违反依据法律、官方委托、民事法律行为或者信任关系所承担的维护他人财产利益的义务,致使委托人的财产利益遭受损失的,处五年以下自由刑或者罚金。”该条前段是根据滥用权限说作出的规定,后段根据背信说作出的规定。不过,滥用构成要件只不过是背信构成要件的特别类型。奥地利刑法第153条仍然采取滥用权限说。

日本刑法没有明文规定,理论上存在三种学说。滥用权限说(少数说)认为,背信罪的本质是滥用法律上的代理权而侵害财产的犯罪,只有法律行为才成立背信罪,事实行为不成立背信罪。理由是,设立背信罪是为了处罚有组织地进行财产运用时的侵害财产的

行为,与诈骗、侵占、恐吓等罪不同,属于对权利的犯罪;将背信罪的本质理解为滥用法律上的代理权,有利于明确界定本罪的范围。但是,诈骗罪、敲诈勒索罪等也包括了对权利的危害,不能认为背信罪只是侵害权利的犯罪;而且这种观点过于缩小了背信罪的范围。

日本的判例和以往的通说采取背信说,即背信罪是违反诚实信用义务侵害财产的犯罪,背信行为不限于法律行为,而且包括事实行为,即背信行为是一切违背任务的行为。因为背信罪是侵占罪的补充规定,作为事实行为的背信行为,也具有当罚性。这种学说导致背信罪与侵占罪的竞合,也难以限制背信罪的范围。

背信的滥用权限说认为,本罪是背弃信赖,滥用权限而侵害财产的犯罪(如果超出权限侵害财产则成立侵占罪);背信行为限于违反任务的行为,但不限于法律行为。理由是,这样理解背信罪的本质,既有利于明确背信罪的财产犯罪性质,也有利于界定背信罪的范围。

背信罪包含了对信任关系的破坏,这一点不容置疑,正因如此,其与委托物侵占罪的区别就成为难题。特别是为他人处理事务的人,对自己占有的他人财物进行不法处分时,是构成背信罪还是侵占罪,就存在争论。第一说认为,区分的标准在于行为是法律行为还是事实行为。背信罪是一种滥用权限的法律行为,侵占罪是一种侵害特定物或特定利益的事实行为。此说采取的是滥用权限说的观点,但将背信罪的本质仅仅理解为滥用权限则受到了批判。第二说认为,区分的标准在于对象。如果对象是自己占有的他人财物,则是侵占罪;如果对象是财物以外的财产上的利益,则是背信罪。但这种区分缺乏根据。而且,在行为人以加害委托人的目的,对财物实施背信行为时,根据该说既不成立侵占罪,也不成立背信罪。这显然不妥当。第三说认为,区分的标准在于行为是脱离权限还是滥用权限。对委托物脱离权限任意处分的是侵占罪,作为事务处理而滥用权限对委托物进行处分的是背信罪。显然,什么是脱离权限,什么是滥用权限,是一个无法分清的问题。而且脱离权限的行为,也不一定成立侵占罪。第四说认为,区分的标准在于行为是侵占还是背信,如果行为人取得财物,则是侵占罪;如果行为人实施其他违背任务的行为,则是背信。第五说认为,区分的标准在于行为人的主观目的,行为人为了自己的利益或以自己的名义处分财产时,是侵占罪;行为人为了损害委托人的利益或者以委托人的名义处分财产时,则是背信罪。但这一理论与各国刑法的规定并不一致。第六说认为,区分的标准在于行为的名义以及为谁考虑,行为人以自己的名义实施行为或者为了自己考虑而实施行为的,成立侵占罪;行为人以委托人的名义并且不是为了自己考虑而实施行为的,是背信罪。

不管如何区分背信罪与侵占罪,它们之间总会发生竞合关系。如何认识和处理这种关系,就涉及如何定罪的问题。一种观点认为,二者之间为普通法与特别法的关系,背信罪是普通规定,侵占罪是特别规定。根据特别法优于普通法的原则,二者竞合时,应以侵占罪论处。另一种观点认为,二者之间为择一关系,即侵占罪与背信罪在本质上是有所区别的,如果行为符合侵占罪的构成要件,一般就不可能符合背信罪的构成要件。

二、背信罪的成立条件

背信罪的客观方面需要具备三个要素:行为主体为他人处理事务的人;实施违背任务的行为;造成他人财产上的损害。此外,主观方面必须具有故意,至于是否要求图利或加害目的,则各国刑法规定不一。

(一) 行为主体

背信罪的主体是为他人处理事务的人。背信罪具有违背信义原则的一面,所以,行为人必须是为他人处理事务的人。这里的“他人”泛指行为人以外的人,包括法人乃至国家机关。行为人处理他人事务时,具有诚实处理的法律上的义务,行为人与委托人之间必须存在一种信任关系。行为人破坏这种信任关系,才能成立背信罪。这种信任关系,既可能是基于法律、法令产生的,也可能是基于委任、雇佣、承包等合同产生的,还可能是基于一定的地位与习惯产生的。

日本刑法没有明文规定他人事务的内容是否仅限于财产上的事务,于是理论上存在争议。少数人认为,不管行为人为他人处理什么事务,只要造成了他人财产上的损失即可。换言之,只需要在结果上进行限定,而不应在他人事务的内容上进行限定。多数人则主张,背信罪是财产罪,因此他人的事务只能是财产上的事务,法律对结果的限定,实际上也限定了他人事务的内容;处理他人非财产上的事务,而造成他人财产损失的,并不构成背信罪。例如,医师不遵守规则治病,导致他人财产上损失的(如多付医疗费),就不构成背信罪。德国、奥地利等国刑法明确地限定了他人的事务必须是财产上的事务。据此,只有为他人处理财产事务的人,才能成为本罪主体。所处理的事务,也不限于行为人直接担当的事务。根据通说,其中的“处理”只能是裁量性的处理,而不包括机械性的处理;否则,无背信可言。处理事务的“权限”,不限于独立行使的权限,包括作为辅助者、代理人而行使的权限。

(二) 背信行为

在日本,背信罪的行为是违背任务的行为,也可以说是违背信任的行为。持滥用权限说的人认为,违背任务的行为就是滥用代理权的行为。持背信说的人则认为,违背任务的行为是破坏行为人与委托人之间的信任关系的行为,即违反了作为处理他人事务的人所应当遵循的法律上的义务。违背任务的行为,既可以是作为,也可以是不作为。至于某种行为是否违背了信任,则应根据法律或合同的具体规定、交易上的惯例、信义原则、他人事务的性质与内容、行为人的权限范围以及社会的一般观念等进行综合判断。例如,税收人员不按规定任意减少税收额;银行职员明知第三者面临破产,在没有担保或充分担保的情况下贷款给第三者;现金管理人员不按规定将现金借给他人;仓库管理人员在没有收取提货单的情况下,将货物交给他人;本来没有盈利却伪装盈利向股东分红或者向董事会成员发放董事奖金;违规对商业票据进行背书;违规进行债务担保;不阻止第三者搬走自己保管的他人财物;在财务账簿上做虚假记载;从合同相对方接受回扣。如此等等,都是背信行为。公司经理在业务范围内的冒险投资行为,虽然致公司财产受到损失,但一般为社会观念所接受,不认为是背信行为。但如果超越了正常的业务范围,仍然可能构成背信罪。

在德国,背信罪的行为分为滥用处分权的行为类型与违背信任关系的行为类型。

成立滥用处分权类型的背信罪,要求行为人具有对外部有效地处分他人财产的法律上的权限,或者具有使他人负担债务的法律上的权限。滥用处分权,意味着超越了内部关系(行为人与被害人之间)的限制处分财产,但就外部关系而言,仍然对被害人(委托人)具有法律上的拘束力。因此,滥用处分权的行为仅限于法律行为。而且,基于外观法理处分效果仅拘束被害人时,也不能评价为滥用处分权。根据德国的判例与通说,成立滥用处分权类型的背信罪,除了滥用处分权之外,还必须违背财产维护义务。违背财产维护义务

与后述违背信任关系中所要求内容相同。在1986年增设滥用信用卡罪之前,德国对于持卡人滥用信用卡是否构成背信罪的问题存在争议。一种观点认为,持卡人具有使发卡银行负担债务的权限,故滥用信用卡的行为属于滥用处分权限,因而成立背信罪。但判例认为,违背财产维护义务是滥用处分权类型的背信罪的前提,持卡人对发卡银行不具有财产维护义务,故不成立背信罪。^[96]

成立违背信任关系类型的背信罪,要求行为人违背财产维护义务。显然,如果不进行一定的限制,必然导致处罚范围过宽。于是,刑法理论对财产维护义务进行限制,提出了两个标准:(1)必须是主要义务(Hauptpflicht),仅有附随义务还不够。换言之,财产维护义务必须具有信任关系的本质内容。这一限制,使单纯违反合同的行为不能成立背信罪。(2)必须在裁量上具有独立性。如果行为人没有独立判断的余地,就不能构成背信罪。这一限制,使仅从事机械性作业的行为人不可能成立背信罪。根据德国刑法的规定,财产维护义务的发生根据有法律、官方委托、民事法律行为以及信任关系。其中的信任关系是一种纯粹事实上的信任关系。法律关系自始无效或者法律关系终了之后,也可能基于信任关系而存在财产维护义务。例如,被解雇的公司人员,如果还持有保险柜的钥匙,就仍然对保险柜中的财产具有保护义务。至于法律行为因违反法律或者公序良俗而无效时,是否存在事实上的信任关系,则存在争议。虽然有学者持否定态度,但德国判例持肯定回答。例如,非法组织中的金钱管理者,将用于违法活动的经费据为己有的,也成立背信罪。违背信任关系类型的背信行为,既可以是法律行为,也可以是事实行为,既可以是作为,也可以是不作为。例如,受委托的律师不采取适当措施行使损害赔偿请求权,导致时效经过的,成立背信罪。

(三)财产损失

规定了背信罪的各国刑法,都要求背信行为造成委托人财产上的损失。这里的财产上的损失包括两种情况:一是由于背信行为实际上减少了委托人的财产,二是由于背信行为导致委托人应当增加财产而没有增加,前者为积极的损失,后者为消极的损失。其中的财产,当然仅限于行为人有义务维护的财产。根据通说,是否造成了财产上的损失,应由经济的观点进行判断,而不是由法律的观点进行判断。例如,银行职员在没有担保的情况下,贷款100万元给第三者。虽然从法律上看,银行并没有受到损失,因为存在100万元的债权。但从经济上看,没有担保便贷款就是一种经济上的损害,因而造成了财产上的损失,构成背信罪。

日本的判例与部分学者认为,所谓造成委托人财产上的损失,也不限于造成财产损失的实害,只要有发生实害的危险即可。但是,有学者认为,将财产损失的危险认定为财产损失,存在疑问(山口厚)。德国的判例曾经宽泛地将财产损失的危险认定为财产损失,但德国宪法法院2010年6月23日的判决指出,将对财产的具体危险评价为现实损失,存在宪法上的疑问,进而要求通过经济方式计算具体的危险对被害人的财产造成了多大数额的损失。

背信行为造成委托人财产上的损失时,即构成本罪既遂。只要确定有财产上的损失,即使损失的具体数额还不确定,也不影响本罪的成立。背信行为造成财产上的损失后,行

[96] 奥地利刑法仅规定了滥用处分权类型的背信罪,所以,不要求行为人具有财产维护义务,故意滥用信卡的行为也可能成立背信罪。

为人弥补了一定损失的,也不影响本罪的成立。

(四)主观要素

背信罪主观上只能是故意,行为人对自已的行为违背任务,以及造成他人财产上的损失,具有认识、容认的态度。问题在于除了这种故意之外,是否还要求具有其他目的。德国、奥地利等国刑法,没有要求有其他目的,据此,背信罪不是目的犯。瑞士刑法规定,行为人具有图利目的时,加重法定刑,据此,图利目的只是加重法定刑的条件。日本刑法则要求行为人必须出于图利或者加害委托人的目的,据此,背信罪是目的犯。

所谓图利目的,是指以使自己或者第三者获取利益为目的。这里的利益是否仅限于财产上的利益,在日本存在争议。限定说认为,由于背信罪是财产罪,所以,行为人的图利目的只能是谋求财产上的利益;如果认为包括非财产性利益,则刑法的规定没有意义,因为行为人违背任务肯定是为了谋求某种利益,果真如此,刑法不必特别规定这种目的;正因为如此,刑法将图利限定在财产性利益的范围内。但非限定说认为,这里的利益并不限于财产上的利益,行为人为了身份上的利益以及其他利益而违背任务的,都可以构成本罪。因为图利不是故意内容而是犯罪的动机,故没有必要将图利限定为图谋财产性利益。例如,行为人为了保持与第三者的特殊关系,而违背任务损害委托人的利益,就可以构成背信罪。行为人为了委托人的利益而违背任务的,当然不构成背信罪。在行为人主观上同时存在几种目的时,则应根据目的的主从来确定是否成立背信罪。日本最高裁判所1998年11月25日的判决指出,即使具有为委托人谋利的动机,但如果该动机不是决定性的动机,而是以主要为了第三者的利益而违背任务的,也成立背信罪。图利目的属于主观的超过要素,因此,即使客观上没有实现图利的结果,也不影响犯罪的成立。

所谓加害目的,是指以给委托人造成损害为目的。对于加害目的内容,也存在限定说与非限定说之争。限定说认为,这里的损害只限于财产上的损害,如果行为人为了在其他方面加害委托人而违背任务的,则不成立本罪。根据限定说,加害目的不属于主观的超过要素,与其对应的客观要素是造成委托人财产损失。非限定说认为,为了在其他方面加害委托人的,也成立本罪。据此,加害目的也属于主观的超过要素。

三、背信罪与诈骗罪的关系

为他人处理事务的人,欺骗委托人使其交付财物的,应当如何处理?例如,保险公司的业务员甲,通过隐瞒被保险人乙的重大病情,欺骗保险公司,使保险公司与乙签订保险合同,进而从保险公司领取介绍费的,应当如何处理?

第一种观点认为,甲的行为只成立诈骗罪,其背信罪被诈骗罪吸收。因为违背任务并非背信罪的特有概念,诈骗罪、侵占罪中也可能违背任务。相对于其他财产犯罪而言,背任罪属于补充规定,所以,违背任务的行为构成其他犯罪时,阻却背信罪的成立。背信罪与诈骗罪是异质的犯罪,认为诈骗罪吸收背信罪是不合适的。

第二种观点认为,甲的行为仅成立背信罪,诈骗罪被背信罪吸收。因为违背任务的行为构成背信罪,既然如此,就不能再将其评价为诈骗罪。可是,诈骗罪的法定刑重于背信罪的法定刑,让轻罪吸收重罪并不妥当。

第三种观点认为,甲的行为属于诈骗罪与背信罪的想象竞合。因为诈骗罪与背信罪是异质的犯罪,不可能相互吸收。但由于甲只实施了一个行为,又同时触犯了两个罪名,故属于想象竞合。这是刑法理论的通说。

第八节 赃物罪

一、赃物罪的本质

赃物罪是关于赃物的犯罪,即对财产犯罪所取得的财物予以收受、搬运、保管、购买或者就赃物的买卖进行斡旋的犯罪。19世纪前,大多认为赃物罪是一种事后共犯,当作本犯者的共犯处理。但19世纪后,欧洲各国刑法一般将19世纪前的事后从犯独立为三种犯罪类型:一是对人的庇护罪,如隐匿犯人、毁灭证据等;二是对物的庇护罪,即确保、增加本犯犯罪所得的财产性利益;三是狭义的赃物罪,即不是为了本犯者,而是为了自己或第三者的利益而实施的间接取得赃物的犯罪。现行德国刑法依然规定了这三种类型的犯罪。现在一般认为,赃物罪是财产罪,但它与其他的财产罪不同,即赃物罪的成立以他人犯有财产罪为先决条件。

赃物罪的本质是一个有相当争议的问题。追求权说认为,赃物罪是使本犯的被害人对自己财物的追求权造成困难的犯罪,其保护法益是本犯的被害人对自己财物的追求权。追求权的有无,与民法上追求权的有无相一致。这种学说重视了赃物罪的财产犯罪性质,是日本以往的通说,德国也有少数学者采取此说。据此,只有财产犯罪所取得的,且本犯的被害人具有追求权的财物,才是本罪中的赃物,故不法原因给付物不是赃物。追求权说的基本理由是,刑法是将赃物罪作为一种财产罪规定的。但是这一学说也存在问题。首先,根据这一学说,在民法上没有追求权的物,就不能成为赃物,但这显然不合理。例如,根据民法规定,经过一定期间后,被害人对被盗物不再享有追求权,因而该物便不是赃物。行为人收受、搬运这种被盗物的,就不构成赃物罪。这是不能被人接受的。其次,部分赃物罪的法定刑可能重于盗窃、诈骗、侵占等罪的法定刑,采用追求权说,不能说明这种法定刑的差异。

违法状态维持说认为,赃物罪是维持本犯的行为所造成的违法财产状态的犯罪,其保护法益是适法的财产状态。所以,本罪的违法性并不取决于民事法,而应从刑法的立场进行独立的判断。这是德国的通说,日本也有不少学者采取这一学说。德国刑法专设了“犯罪庇护与赃物罪”一章,认为赃物罪与庇护犯人罪、隐匿犯人罪具有相同性质,因而认为赃物罪的本质是维持违法状态。根据违法状态维持说,赃物罪就不是严格的财产罪,赃物的范围不限于财产犯罪所取得的财物,非法狩猎所得到的鸟兽、贿赂罪中的贿赂,以及其他在民法上没有追求权的物,都可以被认定为赃物。^[97]意大利刑法采取了违法状态维持说。但该说中的违法状态的内容十分暧昧,也过于扩大了赃物罪的对象,因而不当扩大

[97] 德国刑法在1974年以前,将赃物罪的对象规定为“可罚的行为所得”,而限于财产犯罪所得。在这种立法例之下,通说采用违法状态维持说。与此同时,也存在榨取说(Ausbeutungstheorie)、受益说(Nutzniessungstheorie)以及综合说(如违法状态维持说与榨取说的结合)。1974年,德国刑法将赃物犯罪的对象规定为“他人盗窃的财物,或者其他通过对他人的财产实施的违法行为所取得的财物”。据此,赃物罪成为独立的财产罪,赃物罪的对象也仅限于财产犯罪所得的财物。但是,刑法理论的通说与判例依然采取违法状态维持说,而且榨取说、受益说也基本消失。

了赃物罪的处罚范围。

与违法状态维持说相似的观点认为,刑法设立赃物罪,是为了通过禁止在犯行之后对本犯者实施协力、援助行为,使本犯者孤立化,从而消除财产犯的诱因,避免形成买卖赃物的黑市。据此,赃物罪的保护法益,是禁止财产取得罪的刑法规范的实效性。

综合说可以分为两种类型:一是以追求权说为基础,同时考虑违法状态维持说;二是以违法状态维持说为基础,同时考虑追求权说(新违法状态维持说)。综合说一般同时考虑了赃物罪的间接取得犯的性质、对本犯者的事后援助性质以及包庇本犯者的性质。即在与本犯的被害人的关系上,考虑追求权说;在与本犯的关系上,考虑违法状态维持说。与追求权不同的是,综合说不要求本犯的被害人在民法上有追求权,只要有事实上的返还请求权即可;而且认为,即使是不法原因给付物,也可以成为赃物罪的对象。与违法状态维持说不同的是,综合说仍然将赃物罪的对象限定为财产犯罪所得的赃物。不过,因为追求权说与违法状态维持说不全面,就将二者结合起来考虑赃物罪的性质,也可能造成基准的不明确性。

二、具体的赃物罪

各国刑法都规定了赃物罪,但赃物罪的具体种类则不完全相同。通常有收受赃物罪、搬运赃物罪、保管(寄藏)赃物罪、购买赃物罪与斡旋处分赃物罪等。

(一)主体

德国刑法第259条的规定,明显将本犯者排除在赃物罪的主体之外,本犯者是共同正犯的场所,当然排除在外。但对于本犯者教唆、帮助赃物罪的,通说认为至少属于共罚的事后行为,也有学说认为,这种情形原本不符合赃物罪的构成要件。存在争议的是,甲盗窃了丙的财物后,将赃物出卖给乙,乙成立赃物罪后,甲再从乙处取得赃物的,是否成立赃物罪?一种观点认为,既然乙属于本犯者,那么,甲再从乙处取得赃物,仍然可能成立赃物罪。但也有学者认为,如果只是恢复原来的占有,就没有产生新的法益侵害性,因而不构成赃物罪。还有学者指出,这种情形只能作为本犯的共罚的事后行为处理。

日本刑法对赃物罪的主体没有明文限制,但刑法理论与审判实践都认为,赃物罪的主体是本犯的正犯者以外的人,即本犯的正犯者不能成为赃物罪的主体。例如,盗窃犯人盗窃财物后又搬运、销售赃物的,不构成赃物罪。通常认为,本犯的正犯者处理赃物的行为,是一种不可罚的事后行为。本犯的正犯者以外的人与正犯者共同实施赃物罪的行为时,对于正犯者而言,是共罚的事后行为,因而只有正犯者以外的人成立赃物罪。这是没有争议的问题。但是,当乙从盗窃犯甲收买了赃物后,在将赃物转卖给他人时,甲协助乙进行斡旋、保管、搬运的,则不属于不可罚的事后行为,而应成立赃物罪。

德国、日本的通说均认为,本犯的教唆犯、帮助犯能成为赃物罪的主体。例如,甲教唆他人犯盗窃罪以后,又收买所盗物品的,则成立盗窃罪与购买赃物罪的并合罪(数罪并罚),而不是只成立盗窃罪。因为事后处理赃物的行为,不能评价在教唆、帮助行为中。亦即,本犯者(如盗窃罪的正犯)的违法取得的意思在本犯中得到了评价,故对事后处分的行为没有独立评价的必要;但是,本犯的教唆犯、帮助犯只是作为本犯的共犯来评价的,故对于其事后参与处分赃物行为有必要作为独立的赃物罪来评价。少数说认为,本犯的教唆行为、帮助行为与事后处理赃物的行为之间,通常存在手段与结果的关系,所以,可以作为牵连犯处理。还有学者认为,本犯的教唆犯、帮助犯与共同正犯一样,都是直接参与

了对财物的占有、所有的侵害,既然共同正犯不另成立赃物罪,教唆犯与帮助犯也不应另成立赃物罪。此外,在采取共犯独立性说的意大利,本犯的教唆犯、帮助犯不能成立赃物罪的主体。

(二)对象

赃物罪的对象是赃物。赃物首先是一种财物,不包括财物以外的财产上的利益。但作为权利载体的证书可以成为赃物罪的对象。其次,赃物必须是犯罪所取得的财物。依据追求权说,赃物必须是财产犯罪所取得的、被害人在法律上有追求权的财物(只有财产犯才能成为本犯)。德国刑法明文规定为“他人盗窃的财物,或者其他通过对他人的财产实施的违法行为所取得的财物”,瑞士刑法明文规定为“通过财产犯罪行为所获得之赃物”,日本刑法明文规定为“盗窃的物品及其他财产犯罪行为所得之物”,据此,贿赂、走私物品、伪造的文书等不是赃物。但依据违法状态维持说,赃物还可以是财产犯罪以外的某些犯罪所取得的财物。例如,贿赂罪中的贿赂、走私罪中的走私物品、伪造的文书、非法狩猎罪中的鸟兽等。赃物并不限于动产,因为诈骗罪、敲诈勒索罪等财产犯罪的对象可以是不动产;虽然搬运、寄藏不动产是不可能的,但收受、购买、斡旋不动产的买卖则是完全可能的,故不能否认不动产也可以成为赃物罪的对象。

根据德国的通说,财产犯成为赃物罪的本犯没有疑问。不仅如此,赃物罪也可以成为赃物罪的本犯,即在乙成立赃物罪之后,甲对乙取得的赃物也可能成立赃物罪。此外,根据德国刑法的规定,只要是违法行为侵害了他人财产时制造了违法的占有状态的,这种犯罪也能成为赃物罪的本犯。例如,行为人误以为自己合法的请求权,而使用暴力、胁迫等方法取得他人财物的,虽然因为认识错误仅成立强制罪,尽管强制罪也不是财产罪,但仍然属于本犯。第三者对该违法行为取得的财物实施收受、搬运、保管、购买等行为的,成立赃物罪。此外,所有权人承诺占有状态的场合,即使本犯者基于犯罪行为而占有的财物,也不能成为赃物罪的对象。例如,所有权人甲与乙共谋,为了骗取保险而假装让乙窃取自己的汽车。即使乙的行为成立保险诈骗罪,但其“窃取”的汽车不能成为赃物罪的对象。这是因为,既然得到了所有权人的承诺,就不能说该占有状态是违法的。因此,即使知情的第三者购买该汽车,也不成立赃物罪。

赃物虽然必须是本犯实施财产罪所取得的财物,但并不要求本犯的行为符合成立犯罪的所有条件,通说认为,只要本犯的行为具有构成要件符合性与违法性即可,而不要求具备有责性与可罚性。意大利、西班牙刑法明文规定,即使本犯是不可归责或者不受处罚的,也不影响赃物罪的成立。例如,实施盗窃行为的人只有13岁,没有达到刑事责任年龄,缺乏有责性,但其所盗窃的财物仍然属于赃物。因为依据追求权说,在上述情况下,被害人仍有追求权,刑法也应当保护被害人的这种追求权。依据违法状态维持说,赃物罪是维持、助长本犯所造成的违法财产状态的犯罪,因此也只需要本犯的行为具有构成要件符合性与违法性。此外,赃物罪中的赃物,还必须是本犯既遂后所取得的赃物,如果本犯的行为并没有既遂,行为人参与其中的,则不是赃物罪,而是本犯的共犯。不过,德国的判例与通说认为,即使是在未遂阶段,本犯者取得的财物也可能成为赃物罪的对象。换言之,德国是从本犯与财物罪的时间关系上展开讨论的。判例与通说认为,本犯行为必须在赃物罪的行为之前,赃物罪的行为必须在本犯行为之后。这是因为,既然将维持违法的占有状态作为赃物罪的处罚对象,那么,就必须是预先产生了违法的占有状态,只有这样才能

避免本犯行为与事后的赃物犯罪行为的混同。但少数学者认为,不要求本犯与赃物罪有时间上的间隔,因为时间上的间隔仅具有偶然性。例如,精品店的责任人员甲将女士衬衣拿在手上,对恋人乙说“给你礼物”。乙将衬衣拿走。在德国,就背信罪而言,在乙拿走衬衣时,甲的行为才充足背信罪构成要件。甲、乙的行为完全是同一的,乙不成立赃物罪。与之相反,就侵占罪而言,当甲说“给你礼物”时就已经既遂,此时制造了违法的占有状态,因此,乙拿走衬衣的行为构成赃物罪。但是,假如甲对乙说“你可以从店中拿走你喜欢的东西”,由于在德国只有在对象特定化时才成立侵占罪,所以,乙拿走商品的行为与对象特定化是同一的,故乙不成立赃物罪。

一般来说,赃物必须是财产罪所取得的原物。犯罪所得的财物由第三者善意取得后,不再是赃物。因为第三者的善意取得不是违法状态,本犯的被害人也丧失了追求权。如果财物与原物丧失了同一性,也不是赃物。大体而言,如果物的本质部分没有变化,则没有丧失同一性,不问物的财产价值是否变化,都应肯定其赃物性。德国、日本刑法理论认为,赃物被出卖或交换后所得到的金钱或代替物,原则上不认为是赃物。例如,用所盗窃的金钱购买的商品不是赃物。不过,如果取得代替物的行为本身构成财产犯罪,则可以对新的本犯成立赃物罪。当然,就具体问题还存在争议。例一:甲将盗窃的日元兑换成美元后,该美元是否属于赃物?持追求权说的学者认为不是赃物,因为被害人对于美元没有追求权。而持违法状态维持说与综合说的学者则认为,该美元也属于赃物。例二:甲将盗窃的物品进行加工后所形成的物品,是否属于赃物?持追求权说与综合说的学者,一般不认为是赃物,因为材料的所有者对加工物丧失所有权,本犯的被害人也没有返还请求权。但持违法状态维持说的学者认为,该加工物仍然属于赃物。例三:盗窃的物品与其他动产相结合形成附合时,是否属于赃物?持追求权说与综合说的学者,一般不认为是赃物,因为当盗窃的物品是从物时,本犯的被害人没有返还请求权。但持违法状态维持说的学者认为,该附合物仍然属于赃物。

(三)行为

1. 日本赃物罪的行为类型

根据日本刑法的规定,赃物罪的行为类型有无偿收受、搬运、保管、购买(有偿受让)与买卖的斡旋(就有偿处分进行斡旋)。

无偿收受,是指无偿接受赃物的交付或者无偿取得赃物,包括作为赠物予以接受、无利息的消费借贷等。无偿收受赃物罪的成立要求赃物实际上转移给行为人,如果只是有收受的合同,而没有实际转移赃物,则不成立本罪。出于暂时使用的意思而借用赃物的,不属于无偿收受赃物。此外,无偿收受赃物必须是基于本犯者的意思。如果行为人拾取某种物,并且认识到这种物是赃物,则不成立无偿收受赃物罪,只成立侵占脱离占有物罪。相对于后几种行为类型而言,无偿收受赃物罪的法定刑较轻,因为行为人只是得益于本犯者的行为,而没有助长本犯。

搬运,是指受委托将赃物进行场所上的转移。是有偿搬运还是无偿搬运,并不影响搬运赃物罪的成立。既称搬运,就要求使赃物在场所上有一定距离的转移,这里的距离只能进行质的确定,而不能进行量的确定,即只要搬运赃物的行为给追求赃物造成了某种程度的困难,就成立搬运赃物罪。问题是,行为人将赃物搬运至被害人的住宅时,是否成立本罪?否认说认为,将赃物搬运至被害人住宅,就没有造成追求的困难,自应不成立搬运赃

物罪(大塚仁、大谷实、曾根威彦、松原芳博等)。肯定说认为,如果行为人不是为了被害人的利益,而是为了本犯者的利益将赃物转移至被害人住宅,则构成搬运赃物罪(中森喜彦、前田雅英、井田良,西田典之由否定说改为肯定说)。日本最高裁判所采取肯定说。^[98]还有学者指出,上述行为如果有害于对赃物的“正常恢复”,就可能成立搬运赃物罪。但如果行为人只是被害人的代理人等(处于从属地位),完全听从被害人的指挥行事,则不成立搬运赃物罪(山口厚)。

保管(或寄藏),是指受委托为本犯者保管、隐藏赃物。委托人既可以是本犯者,也可以不是本犯者;行为人既可以是无偿保管,也可以是有偿保管。保管赃物罪的成立,要求行为人事实上接受了赃物(现实地转移对赃物的占有),单纯同意保管赃物,还不能成立本罪。保管与收受的区别在于,保管时行为人没有取得处分赃物的权利,而收受时行为人则取得了处分赃物的权利。如果刑法规定本罪只能由故意构成,则会产生这样一个问题:甲不知某物为乙盗窃所得赃物而进行保管,后来明知是赃物却继续保管的,是否成立保管赃物罪?肯定说将保管赃物罪理解为继续犯,认为甲的行为成立保管赃物罪。因为在赃物可能返还,而且不存在拒绝返还的理由时,知情后继续保管赃物的行为,与起初明知是赃物而保管的行为,没有区别(大谷实、西田典之)。日本判例采以肯定说。否定说将保管赃物罪理解为状态犯,认为甲的行为不成立保管赃物罪。因为就赃物罪而言,使被害人不能行使或者难以行使追求权的状态,是由转移赃物的占有的行为造成的,而单纯的保管行为只不过没有变更这种状态,知情后继续保管与起初明知是赃物而保管,在法益侵害上并不具有等价性(平野龙一、中森喜彦、曾根威彦等)。也有学者在采取肯定说的同时,主张在甲不能或者明显难以返还赃物时,从不具有期待可能性的角度否认保管赃物罪的成立。

购买(有偿受让),是指有偿地接受赃物的交付,取得对赃物的处分权,购买并不限于以金钱买得赃物,还可以是以物交换赃物、作为抵偿债务而取得赃物、以支付利息方式消费赃物,以及从购买人处再有偿取得赃物等。购买赃物要求现实地转移赃物,仅成立买卖合同的同时,还不成立本罪。与无偿取得赃物的收受不同,购买是有偿地取得赃物。

买卖(有偿处分)的斡旋,是指对赃物的有偿的法律上的处分进行斡旋的行为,或者说,是指以居间方式参与赃物的有偿处分。斡旋行为本身是有偿还是无偿,是以本犯者名义进行还是以行为人自己的名义进行,是直接与买主斡旋还是通过第三者与买主斡旋,均不影响本罪的成立。至于斡旋行为达到何种程度才成立本罪,还有争议。第一种观点认为,只要有斡旋行为便成立本罪。因为考虑到赃物罪具有助长财产犯罪的侧面,故只要存在斡旋行为,就有充分的可罚性。日本的判例持此观点。第二种观点认为,经斡旋达成了买卖合同时才成立本罪。因为只有当斡旋行为导致就赃物成立买卖合同时,才使本犯的被害人不能或者难以行使追求权。第三种观点认为,完成了赃物的法律上的处分时,即赃物现实地转移给他人时,才成立本罪。因为现实地转移了赃物,才妨碍了本犯的被害人行

[98] 盗窃罪的被害人请行为人帮忙找回被盗物品,行为人经过调查找到了盗窃犯,从盗窃犯处购回赃物,并将赃物搬运至被害人处。日本最高裁判所1952年7月10日的判决认为,行为人的行为是为了盗窃犯的利益,而承继了对赃物的取得,并转移了赃物的所在地,从而使得被害人对被盗财物的正常恢复难以实现时,就应成立搬运赃物罪。

使追求权。而且,赃物犯罪的其他类型都要求现实地转移赃物,故斡旋行为也不例外。

2. 德国赃物罪的行为类型

德国刑法第 259 条第 1 款规定了以下两种行为类型:

第一,购买、使自己或者第三者取得赃物。购买,是指有偿受让。所谓取得,是指对赃物取得了独立的现实处分力,亦即,使赃物处于与本犯者无关的,可以为了自己进行处分的状态。当然,可以由数人共同取得,即只要形成共同的处分力就够了。能够被评价为取得了现实处分力的情形,是能认定行为人有取得意图的情形。因此,以损坏的意图取得赃物的,不能认定为取得。要评价为取得,还必须是不受本犯者的影响能够自由处分赃物。因此,单纯的保管、一时的使用还不能认定为取得。与本犯者共同消费赃物的,不属于取得。取得包括直接占有与间接占有。取得不限于为了自己而取得,也包括为了使第三者取得;使第三者取得时,不问第三者是善意还是恶意。这种行为类型以本犯者的了解、知情为前提,因此,盗窃、抢劫本犯犯罪所得赃物的,不成立赃物罪。存在争议的是,通过诈骗、敲诈勒索取得本犯犯罪所得赃物的,是否成立赃物罪?以前的通说认为,欺骗、强制也是一种事实上的协力关系,因而成立赃物罪。但现在的通说是,这样的行为不成立赃物罪。

第二,贩卖(有偿处分)或者帮助贩卖(参与有偿处分)。前者是独立性的有偿处分,后者是从属性的有偿处分。后者是指帮助本犯者有偿处分赃物,因此,行为人必须属于本犯者的阵营。帮助本犯者以外的有偿处分行为者或者帮助购买人的,不属于参与有偿处分,但可能对有偿处分行为者或者购买人成立赃物罪的共犯。无论是独立性的有偿处分还是从属性的有偿处分,都要求本犯者了解、知情,而且必须是能给本犯者带来经济利益这样的处分(出卖、交换、用于担保等,但不包括赠与)。如果将赃物出卖给本犯的被害人,那么,由于违法的占有状态没有持续,已经恢复到合法的占有状态,无论被害人是否知道所购买的物是自己的物,都不成立赃物罪。不仅如此,根据德国的判例,如果将赃物出卖给侦查人员,也仅成立赃物罪的未遂犯(不能犯未遂)。

(四) 主观要素

关于赃物罪的主观要素,各国刑法规定并不一致。德国、日本、意大利等国刑法规定赃物罪是故意犯,因此,行为人必须认识到自己收受、搬运、保管、购买、斡旋的是赃物,即必须认识到对象的赃物性,这种认识既可以是确定的认识,也可以是未必的认识。至于本犯者是谁、被害人是谁等问题,则不需要有认识。但审判实践表明,要证明行为人认识到对象的赃物性是十分困难的。日本的检察机关为了解决这方面的问题,曾经建议,或者根据一定的客观事实推定行为人认识到了赃物性,或者新设过失赃物罪,但没有被立法机关采纳。西班牙刑法第 301 条明文规定了过失赃物罪。瑞士刑法原本规定了过失赃物罪,但 2003 年的新刑法取消了过失赃物罪。

争议的问题是,赃物罪的成立,是否以行为人与本犯者之间具有意思联络或者合意为前提?肯定说的理由是,赃物罪是有助长、庇护本犯为特色的,所以,应当要求行为人与本犯者之间就赃物的搬运、保管等具有意思联络或者达成合意。而且,如果强调赃物罪侵害了本犯的被害人的追求权,又不要求行为人与本犯者之间具有意思联络与合意,那么,只要行为人知道是赃物而搬运就构成犯罪,这明显不合适。否定说的理由是,赃物罪的本质是使本犯的被害人不能或者难以行使追求权,只要行为人知道是赃物而实施本罪的行为,

就侵害了本犯的被害人的追求权,故不要求行为人与本犯者之间具有意思联络与达成合意。

需要说明的是,大多数国家都没有区分为了本犯者而实施的赃物罪与为了自己或第三者而实施的赃物罪。因此,无论行为人是为了自己或第三者实施赃物行为,还是为了本犯者实施赃物行为,都构成相同的赃物犯罪。但是,德国刑法明文区分了上述两种情形。即行为人为了本犯者的利益而帮助本犯者保全其犯罪行为所得利益的,构成对本犯者的庇护罪(刑法第 257 条);狭义的赃物罪(刑法第 259 条),必须是为了使自己或第三者获得利益。^[99]使自己或者第三者获利,必须是一种意图,必须是某种追加的金钱利益;与诈骗罪、敲诈勒索罪中的获利意图不同的是,赃物罪中的获利意图不需要素材的同一性。德国判例认为,以通常的市场价格购买赃物的,不能认定有获利意图。问题是,使本犯者获利的意图是否属于使第三者获利的意图?德国判例持否定回答,因为刑法第 259 条对本犯者与第三者使用了不同的表述,而且,为了本犯者利益所实施的行为,可以按庇护罪处罚。

此外应当指出的是,德国、日本等国刑法都就赃物罪规定了亲属间犯罪的特例。例如,日本刑法第 257 条规定:“配偶之间或者直系血亲、同居的亲属或者这些人的配偶之间犯前条罪的(指赃物罪——引者注),免除处罚。”德国刑法第 259 条第 2 款明文规定,对赃物罪适用刑法第 247 条的规定。根据第 247 条的规定,于亲属或者同居的共同体之间,或者被监护人对监护人实施赃物罪的,告诉的才处理。

三、德国的庇护罪

德国刑法第 257 条第 1 款规定:“意图使实施了违法行为的人确保其行为的利益,而为之予以援助的,处五年以下自由刑或者罚金。”本罪与赃物罪规定在同一章中,但本罪属于妨害司法的犯罪,而不是对财产的犯罪(其中的一些行为在其他国家属于赃物罪)。亦即,如果没有妨害行为,被害人或者国家机关能顺利追究本犯者责任,从而恢复合法状态,但行为人却实施了妨害行为;对本犯者追究责任具有恢复对被害人所造成的损害,再次剥夺本犯者通过本犯所获利的利益的可能性,但庇护行为使这种可能性丧失或者减少。就违法行为所获得的利益而言,原本是要由国家机关或者被害人来恢复原状的,庇护行为则侵害了恢复原状的期望。因此,庇护罪所保护的是消除犯罪行为的影响的司法作用。与此同时,设立庇护罪也有利于保护被害人对恢复原状的请求权,因而本罪也具有对个人法益犯罪的性质。但由于本罪同时保护公共利益,所以,不认可被害人对庇护罪的同意。

本罪的行为主体是正犯者与共犯者之外的人,但是,共犯者教唆未参与本犯的人实施庇护行为的,则按庇护罪的教唆犯处罚。对本犯既遂之前的参与者,作为本犯的帮助犯处罚,而不以庇护罪论处;本犯终了后的参与者,则以庇护罪论处。争论的问题是,在本犯既遂后终了前的参与者,是作为本犯的帮助犯处罚还是以庇护罪论处?德国判例认为,帮助犯与庇护罪处于排他关系,区分的标准是,行为人的意图是为了使本犯行为成功,还是为了确保本犯所获得的利益。但也有观点认为,应当优先认定为帮助犯。

[99] 由于德国刑法第 259 条规定的狭义的赃物罪,要求行为人出于使自己或者第三者获利的目的,故有学者认为,该规定在某种意义上采用了榨取说或受益说。

受庇护的本犯者必须实施了符合构成要件且违法的行为,但不需要具有责任。本犯不限于财产犯罪,未遂犯、获得了可能需要剥夺的利益的犯罪,都可以成为受庇护的本犯。因此,受贿罪也可以成为受庇护的本犯。

实施庇护行为时,本犯者必须存在(残存)因本犯所获得的利益(行为对象)。问题是,如何确定利益的范围?亦即,是仅限于本犯者因违法行为直接获得的利益(直接利益),还是包括由直接利益转换成的其他利益(代替利益)?从法条表述上看,包括代替利益是完全可能的,但为了避免处罚范围的扩大,判例与通说认为应当限定为违法行为直接获得的利益。例如,盗窃犯人将出卖赃物获得的现金存入银行账户后,行为人从账户取出现金交给盗窃犯人的,判决否认了庇护罪的成立。因为直接利益是赃物,出卖赃物所获得的对价缺乏直接性,因而不能成为庇护罪的对象。但是,金钱则存在例外,一种货币兑换成另一种货币的,将现金从一个账户转移到另一个账户的,将金钱用于投资国债的,仍然属于直接利益。

庇护罪的行为是对确保本犯的直接利益而予以援助,但如何定义援助行为还存在争议。少数说认为,援助行为是指在行为人的认识上适合确保利益的所有行为。通说认为,客观上适合确保利益的行为,而且主观上打算确保利益的行为,才属于本罪的行为。援助行为,必须是客观地适合避免本犯者的利益被剥夺、使得恢复原状的期望被恶化的行为。例如,帮助寻找购买赃物的买主的行为,确保了本犯者对赃物的经济价值,妨害了为所有权人对赃物的剥夺,因而属于援助行为。再如,其他帮助本犯出卖赃物的行为,也属于援助行为。^[100]修理赃物的行为,使赃物免于破坏的保护行为,因为主观上不是为了确保利益,故不属于援助行为。只要行为人处于保证人地位,不作为也可以成为援助行为。例如,发现了赃物的警察,不采取任何措施的,成立庇护罪。

庇护罪只能由故意构成,行为人需要认识到本犯的存在,但不要求认识到本犯的犯罪种类,只要认识到本犯因违法行为获得了利益即可。除了故意之外,行为人还必须意图使实施了违法行为的人确保其行为的利益。换言之,行为人必须具有使恢复原状的期望恶化、保护本犯的利益不被剥夺的意图。

第九节 毁弃罪

一、毁弃罪概说

毁弃罪,是指毁弃、损坏财物的犯罪,也属于财产罪。与其他财产罪的区别是,其他财产罪是取得财物或者财产上利益的犯罪(德国刑法中的背信罪除外),而毁弃罪是毁灭或减少财物本身的犯罪,行为人并不取得财物或财产上的利益。毁弃罪虽然也侵害了财产,但它重点侵害的是财物本身的效用或价值。一般认为,毁弃罪是对所有权的犯罪。

各国刑法规定了多种类型的毁弃罪。例如,德国在刑法分则第27章“毁弃罪”中规定了损坏物品罪、变更电磁记录罪、干扰电脑使用罪、毁损公共物品罪、毁损建筑物罪、毁

[100] 如果一个行为同时触犯庇护罪与赃物罪,则属于想象竞合。

损重要工作器械罪。奥地利在刑法分则第六章“侵害他人财产的犯罪”中规定了损坏物品罪、严重的损坏物品罪、损坏数据罪、干扰计算机系统功能罪、滥用计算机程序或进入口令罪。日本在刑法分则第40章“毁弃和隐匿罪”中规定了毁弃公用文书、电磁记录罪,毁弃私文书、电磁记录罪,损坏建筑物及损坏建筑物致死伤罪,损坏器物罪,损环境罪,隐匿书信罪。

各种毁弃罪的行为内容,都表现为对行为对象实施毁弃、损坏行为即毁坏行为。但如何理解毁坏的含义,在德国、日本均存在争议。下面以损坏物品为例,对德国、日本的学说与判例作一些介绍。

二、德国的损坏物品罪

德国刑法第303条第1款规定:“违法损坏(beschädigen)或毁坏(zerstören)他人之物的,处二年以下之自由刑或罚金。”同条第2款规定:“不具有权限,对他人之物的外观进行并不轻微且并非暂时性的变更的,亦同。”损坏物品罪属于对所有权的犯罪。

(一)行为对象

损坏物品罪的行为对象是他人的物。本罪中的物,仅限于有体物,液体、气体也属于物,但能源、电磁记录(另有规定)、电气不属于物;债权不是物,但债权凭证等文书属于物。本罪的对象虽然是有体物,但以分离、特定化为必要,故流水、空气、自然的雪等不是本罪的对象。与盗窃罪不同的是,本罪的对象包括不动产,例如,使土地荒废的行为也构成本罪。只要是能够成为所有权对象的有体物,无论是否具有经济价值,都能成为本罪的对象。因为毁弃罪不是对整体财产的犯罪,而是为了保护所有权这种形式的法律地位。但是,像杀害狂犬病狗这样的行为,因为缺乏值得保护的价值,而不符合损坏物品罪的构成要件。但也有学者认为,这种情形不是构成要件符合性阶段的问题,而应在违法性层面处理。此外,虽然动物在民法上不是物,但在刑法上属于物,因而能成为本罪的对象。

作为本罪对象的物,必须属于他人所有(他人性)。对此,应当根据民法判断某物是否属于他人的所有物。共同所有的物、所有权保留的物以及担保物均可以成为本罪的对象。尸体虽然属于物,但原则上属于无主物,故对损坏尸体的行为不按本罪处罚。牙齿、头发、血液、精液等身体的一部分,如果从人身分离出来后,则属于人的所有物。

(二)行为样态

按照德国刑法的规定,损坏物品罪的行为分为损坏、毁坏与外观变更三种样态。损坏与毁坏只有程度之分,没有本质区别,亦即,毁坏是指特别显著程度的损坏。例如,将物品烧毁、将动物杀害的,就属于毁坏。所以,只要理解了损坏,也就不难理解毁坏。外观变更是2005年增加的行为类型。

1. 损坏

按照德国的判例与通说,损坏包括两种情形:使物的物质的完整性受到相当程度的侵害(物质损伤),或者使物的通常的使用价值相当程度地减少(效用减损)。需要注意的是,根据通说的观点,物质损伤与效用减损都以对物自身的有形作用为前提。换言之,如果没有对物行使有形力的,即使造成物质损伤或者效用减损,也不属于损坏。不过,也有学者认为,对物自身的有形作用不是损坏的前提。例如,Schroeder认为,“所谓‘损坏’,可以用物质性损毁以及功能性妨害之外的概念去定义:损坏财物是对财物状态的变更,即对

财物所有人就持有该财物所享有的利益的不利变更。”^[101]与之相反,有的学者则采取了物理的毁损说。例如,Schmoller认为,只有当行为导致财物自身被损坏,并且给财物造成了明显可见的损耗时,才能认定为损坏。

按照判例与通说,物质损伤是指破坏了物的完整性,据此,撕掉书中的一页就是物质损伤;至于效用减损则相当宽泛,如使手表等机械解体,在轨道上固定障碍物等。某种行为是否属于损坏,与能否修理没有关系,但轻微的损坏不属于刑法上的损坏。如果需要花大量时间、劳力、费用修理的,一般会认定为损坏。将他人汽车四个轮胎的气全部放掉的,因为侵害了汽车的使用价值,属于损坏。但是,如果是在汽车修理厂或者加油站附近实施该行为的,由于容易向轮胎填充空气,对这种轻微的损坏就不会认定为犯罪。

对他人财物的修理是否属于损坏,还存在争议。例如,行为人以隐灭证据为目的擅自修理某种物品。有学者认为,所有权包含了决定财物作用的权能,故这种修理行为属于损坏。不过,由于2005年增加了外观变更的行为类型,因此,即使这种行为不属于损坏,也能认定为外观变更。

吃掉他人的食物、放掉他人烟花等按照通常使用方法消费他人之物的,不属于损坏(可能成立盗窃罪)。例如,违反他人的意志,向他人发送他人不愿意看到的传真,消耗了他人大量传真纸和墨的,不属于损坏。

根据通说,没有对物自身行使有形力,单纯使物的使用可能性减少的,不属于损坏。其中主要包括单纯剥夺财物与单纯使财物不能利用的情形。例如,将他人戒指扔入海中,使他人的宠物逃走的,属于单纯剥夺财物,不属于损坏。但是,如果戒指在海中生锈、宠物因而死亡的,则属于损坏。单纯使财物不能利用,是指在没有对物行使有形力的情况下,导致他人不能利用财物。例如,夺走他人汽车的钥匙,使他人不能使用汽车的,不能认定为对汽车的损坏(夺取汽车钥匙的行为本身可能构成其他财产罪)。

从物质损伤的角度来说,涂鸦、污损、张贴行为导致物质的表面损伤的,属于损坏。此外,涂鸦、污损、张贴行为导致除去涂鸦、污损、张贴时必然伴随物质的损伤的,也属于损坏。不过,即使为了除去涂鸦、污损、张贴需要费用,但只要不伴随物质的损伤就能恢复原状的,则不能认定为损坏。

从效用减损的角度来说,只要涂鸦、污损、张贴行为,通过对物自身的有形作用力,侵害了物的使用价值,导致物的使用价值减少,也能认定为损坏。但这类行为是否侵害了物的使用价值,需要根据社会一般观念判断。例如,在交通标识上涂鸦的,污损透明的告示牌使之不透明的,污损广告的外表的,都能评价为损坏。不仅如此,向他人服装上扔西红柿或者鸡蛋、泼洒啤酒,只要达到难以清洗的程度的,以及向交通摄像头上涂抹芥末的,都构成损坏物品罪。至于艺术品这样的具有美观目的的物品,只要涂鸦等行为导致外观变化就属于损坏。在桥上张贴大量海报影响美观的,也属于损坏。但是,如果涂鸦、污损、张贴行为只是导致与物的机能和美观目的无关的外观变化,只是单纯侵害了物的所有权人自由变更物的形状的权利,没有侵害使用价值的,则不属于损坏。

近年来,德国出现了以偏重“使用价值的减损”解释损坏的判例。例如,被告人为了躲避交通监控摄像,在自己的机动车内装备了数个反射镜,致使交通监控摄像头在开启闪

[101] Schroeder, Zur Sachbeschädigung durch Plakatieren und Beschmieren, JR 1987, S. 360.

光灯之时过度曝光,从而没能拍出足以确认开车人身份的监控摄像。巴伐利亚州高级法院 2006 年的判决认定该行为构成损坏物品罪,判决理由是,损坏这一概念,并不需要将物质的侵害作为要件;只要通过对财物所施加的有形影响,使得该财物依照本来的用法所体现出的(技术层面的)使用可能性持续性地低下或者减少,就属于损坏;在依照本来的用法所体现出的使用可能性这一点而言,被告人的行为使得测速装置已完全无法按照其功能被加以利用。不过,这一判决也受到了学者的批判。因为上述行为对于测速装置自身的使用可能性并无破坏,该装置仍然可以在其他情况下依照其用法进行摄影;在装置的性能并没有被损坏且能够依照其用途进行使用的情况下,认定行为人损坏了该装置,可能属于不被允许的类推解释。

损坏行为必须具有违法性。不过,这一要件旨在提示违法阻却事由。亦即,如果损坏物品的行为属于正当防卫、紧急避险等违法阻却事由的,则不得认定为犯罪。值得注意的是,对于涂鸦、张贴等损坏他人物品的行为,不能以艺术自由、言论自由为由否认其行为的违法性。得到被害人同意的损坏行为,部分学者主张阻却构成要件符合性,部分学者主张阻却违法性。

2. 外观变更

由于判例认为单纯的外观变更不属于损坏,所以,德国刑法于 2005 年在第 303 条中增设了第 2 款,使外观变更成为处罚对象。不过,如果外观变更属于损坏时(如向美术作品上泼墨),则优先适用第 1 款关于损坏的规定。

根据立法理由书的表述,增设外观变更,是为了保护物的所有权人自由地决定物的外观的权能。所以,为了使所有权人的权能得到保护,不需要外观的不良变更,即外观的良好变更也成为处罚对象。据此,上述涂鸦、污损、张贴行为,即使不属于损坏,也可能属于外观变更。为了限制处罚范围,法条规定,只有当外观变更并不轻微且并非暂时性的变更时,才以犯罪论处。例如,在已经污损的大墙壁上刻画并不醒目的记号的,就属于轻微。再如,花一点点时间、劳力、费用就可以简单地除去的,也属于轻微。再如,一旦下雨就可以消失的,就属于暂时性的变更。但被害人自己立即消除的,不能评价为暂时性的变更。

外观变更也要求行为通过对物自身的直接作用来实现。例如,在阳台上晒衣服,在他人建筑物前拉横幅的,因为没有直接作用于物自身,故不属于外观变更。

外观变更行为必须是没有权限地实施的,因此,如果外观变更行为得到了权利人的同意,则阻却构成要件符合性。

三、日本的损坏器物罪

日本刑法第 261 条规定:“……损坏或伤害他人之物者,处三年以下惩役或者三十万日元以下罚金或者科料。”

本罪的对象除文书、建筑物、船舶等之外(损坏这些财物的行为另有特别规定)的他人财物,包括动产与不动产,还包括他人饲养的动物。凡是作为所有权的标的物,都能成为本罪的对象,但无体的财产性利益除外。至于何为损坏,刑法理论则存在争议。

效用侵害说认为,凡是有害财物的效用的行为,都属于毁弃、损坏。因为毁弃罪的核心就是损害财物的效用;财物的效用的减失与财物的物质性的破坏,在反价值性上是完全等同的,都是导致财物不能使用。使物的效用减失的行为,包括在事实上、感情上有害于物的本来效用的行为。效用侵害说可以分为一般的效用侵害说与本来的用法侵害说。根

据效用侵害说,无论是直接剥夺所有权人对于财物的占有还是间接地妨害所有权人对于财物之利用的行为,都有可能损坏器物罪。例如,在他人的餐具中投入粪尿的,使他人鱼池中的鱼游走的,在他人的条幅上写上“不吉”二字的,都属于损坏行为。

效用侵害说受到了一些学者批判。如松原芳博指出:“如果将损坏财物的不法内容理解为对财物本来的效用予以持续性侵害,则有超出文本所规定的‘毁弃’、‘损坏’、‘伤害’等行为去加以定罪处罚之嫌。如将他人监禁使其不能在假期中利用其别墅、将他人机动车的钥匙藏起来、谎称自己将餐具浸染了尿液等行为,即便是支持效用侵害说的学者也不会认为成立损坏财物罪。同样,如果将案件1(将餐具浸过尿液的行为——引者注)称之为对餐具的‘损坏’,就违反了日常用语常规。再如,如果将案例2(放走他人养的鲤鱼的行为——引者注)称之为对鲤鱼的‘伤害’,就完全无视了用语的含义。如果说这不违反罪刑法定主义,那么,就几乎不能认为还有违反罪刑法定主义的解释了。”^[102]但是,对于不具有物理性毁损的行为一概不以损坏器物罪论处,必然导致处罚范围过窄。所以,日本的判例与通说一直采取效用侵害说。

有形侵害说认为,通过对财物的有形的作用,毁损财物的无形的价值,以及毁损财物的物体的完整性的行为,就是毁弃、损坏。此说旨在限制毁弃罪的处罚范围。但是,“有形的作用”的界限并不明确(例如,隐匿行为也对财物存在有形的作用),结局与效用侵害说没有实质区别。

物质的毁弃说(物理的毁弃说)认为,从物质上(物理上)破坏、毁损财物的一部或者全部,因而侵害财物的本来的效用的行为,才是毁弃、损坏。理由是,毁弃、损坏概念的本来的意义,不在于有形的作用、有形力的行使这种手段、方法自身的有形,而在于通过这样的方法物质性地破坏、毁损财物的全部或者部分,从而造成侵害财物的效用的结果(曾根威彦、松原芳博)。

物质侵害说的出发点在于,物的使用可能性(效用)并不具有客观的“对物的意义”,而只是具有“对人的意义”。如果采取效用侵害说,就将“所有权人对于财物的利用”以及“所有权人对该财物所享有的利益”当作损坏器物罪所保护的對象,从而忽略了财物本身的物质性。但是,财物是供人利用的,完全不考虑财物效用就走向了另一个极端,导致损坏器物罪所保护的對象从财物的“所有权”变成财物的“无损性”。于是,物质侵害说导致处罚范围过窄。例如,根据这种观点,行为人夺取他人的财物后予以隐匿,但没有非法占有目的的,既不成立盗窃罪也不成立损坏器物罪。^[103]这便不能被判例和多数学者接受。

附带说明的是,日本刑法规定了损坏建筑物罪。存在争议的是,有损他人建筑物美观的行为(如在他人建筑物上张贴广告),是否成立本罪?根据效用侵害说中的一般的效用侵害说,由于有害财物的本来的用法或者效用的一切行为都是损坏,而建筑物的外观、美观也是建筑物的重要效用,所以,在建筑物上张贴广告的行为也属于损坏。根据效用侵害说中的本来的用法侵害说,只有物质性地损害了财物的全部或者一部,或者导致财物处

[102] [日]松原芳博:《刑法各论》,日本评论社2016年版,第372~373页。

[103] 瑞士刑法第141条、奥地利刑法第135条将侵害他人对财物的占有但没有非法占有目的的行为,规定为独立的犯罪。

分不能根据其本来用法进行利用的状态,才属于损坏。所以,只有当张贴广告的行为导致不能按照建筑物的本来用法利用建筑物时,才成立破坏建筑物罪。对建筑物美观的侵害,只是判断是否导致效用减失的一个资料。根据物质的毁弃说,张贴广告等损坏建筑物美观的行为,不属于损坏。日本最高裁判所的判例,对于在建筑物上张贴多张广告的行为,认定为破坏建筑物罪。

第二十章 危害公共安全的犯罪

第一节 本章犯罪概述

本章所称危害公共安全的犯罪,是指威胁作为维持安定的社会生活前提的社会安全的犯罪,包括威胁不特定或者多数人的生命、身体或者财产的犯罪,以及危害公共安定生活、危害公众健康的犯罪。主要有骚乱罪与恐怖活动罪、放火罪与失火罪、投毒罪与爆炸罪、决水罪与妨害水利罪、妨害交通的犯罪、毒品犯罪和环境犯罪等。

从危险的发生范围来看,危险犯中最重要的是公共危险犯,即以公共的平稳、安全为保护法益的危险犯。关于公共危险,理论上有以下不同见解:(1)对不特定的生命、身体、财产的危险,就是公共的危险;(2)不管是否特定,只要是对多数人的生命、身体、财产的危险,就是公共的危险;(3)对不特定而且多数人的生命、身体、财产的危险,才是公共的危险;(4)对不特定或者多数人的生命、身体、财产的危险,就是公共的危险。第四种观点为通说。因为公共危险犯,是将生命、身体、财产等个人法益抽象为社会法益作为保护法益的,故最应重视其社会性,即重视量的“多数”;也就是说,“多数”是公共的危险这一概念的核心,“少数”场合应当排斥在外。但是,即使是“少数”,如果是不特定的,就有向“多数”发展的盖然性,对多数人的生命、身体、财产形成危险。

危害公众健康的犯罪可否归入公共危险犯,既存在不同的立法例,也存在不同的理论学说。例如,奥地利刑法将危害公共安全的犯罪与环境犯罪规定在同一章,而德国刑法分别规定了这两类犯罪。再如,德国刑法基本上没有区分危害公共安全的犯罪与危害公众健康的犯罪,但瑞士刑法分别规定了危害公共安全的犯罪与危害公众健康的犯罪。日本刑法分则采用了“小章制”,有的学者将毒品犯罪、污染净水与投毒罪归入与公共危险罪不同的危害公众健康罪(如大塚仁),有的学者则将这些犯罪归入公共危险罪(如西田典之)。

骚乱罪与恐怖活动罪是否属于公共危险犯,也存在不同的立法例。例如,德国刑法将其规定为扰乱公共秩序的犯罪,而没有列入公共危险罪,而日本刑法则在放火罪之前规定了骚乱罪。法国刑法将恐怖活动罪规定在“危害民族、国家及公共安宁罪”一卷中。

大体可以肯定的是,上述各种犯罪都是对社会法益的犯罪,本章一并论述。

第二节 骚乱罪与恐怖活动罪

一、骚乱罪与恐怖活动罪概说

广义的骚乱罪,是指聚众实施暴行或者胁迫,侵害公共安宁的犯罪。日本刑法将它规定为独立的一章,并放在“放火及失火罪”一章之前,德国刑法将它规定在“妨害公共秩序的犯罪”一章中,故可以肯定骚乱罪是侵害公共安全的犯罪,这种犯罪不仅侵害了不特定或者多数人的生命、身体或重大财产的安全,而且侵害了超越这种法益之上的作为社会生存基本条件的治安秩序。

骚乱罪属于必要的共犯。这种犯罪以利用群众心理、或受群众心理驱使为特点,以不安定的社会形势为背景,因此,在社会安定的形势下,很少发生这种犯罪。广义的骚乱罪主要包括狭义的骚乱罪与聚众不解散罪。此外,有的国家还规定了煽动犯罪活动罪,在此一并介绍。

各国刑法在骚乱罪之外,还规定了恐怖活动犯罪。恐怖活动犯罪的类型多种多样。如奥地利刑法将组织、领导、参加恐怖主义集团、实施恐怖主义活动、资助恐怖主义行为规定为犯罪。德国刑法明文规定了建立、参加恐怖组织的犯罪。法国刑法以专章规定了恐怖活动罪。

二、骚乱罪(狭义)

狭义的骚乱罪,是指聚众实施暴行或者胁迫,侵害公共安宁的行为。

本罪的主体是聚合起来的众多。众多,是指多数人的集合状态,至于其中的多数人究竟应以多少人为起点,则不能进行形式上的确定。从实质上说,一定的人数所实施的暴行或胁迫达到了足以侵害某个地方的公共安宁程度时,该人数便认为是多数人。日本审判实践认为,众多是指适合于实施危害某一地方的公共安宁的暴力、胁迫的多人。因此,是否众多,不是单纯考虑参与的人数,而是要同时考虑组织、武装等程度。聚合,是指多数人在一定的时间内集合在同一场所。聚合并不一定要求有组织,单纯的乌合之众也可以。

日本刑法将骚乱罪的主体进行了区分。首谋者,是骚乱的中心人物,主要负责策划、组织,不一定要在现场指挥骚乱活动。首谋者不限于一人,但没有首谋者时也能成立骚乱罪。指挥他人者,是在聚集起来的众多实施暴行、胁迫之际,指挥全部或者部分参与者的人。指挥既可能是在现场指挥,也可能是在其他场所进行指挥。带头助势者,是指率先积极实施增大骚乱事态的行为的人,带头助势者不以直接实施暴行、胁迫为必要。附和随行者,即其他被群众心理所驱动的一般参与者,包括直接实施了暴行、胁迫的人。单纯参与谋议的人,不能以本罪论处。德国刑法规定,骚乱(破坏国家安宁)罪的主体包括正犯与其他参与者(狭义的共犯),而且处以相同的刑罚。

骚乱罪的行为是最广义的暴行(暴力)与最广义的胁迫,即只要是对人或者对物行使有形力,便认为是本罪的暴行,对被害人本人或者其亲属以恶害相通告的,便是本罪的胁迫。但是,这里的暴行、胁迫,必须达到足以侵害某个地方的安宁的危险程度。至于这种危险是抽象的危险,还是具体的危险,在学说上尚有争议。

骚乱罪的成立,以形成多众的共同意思为必要。根据通说,集合的多众具有以下意思之一,则构成共同意思:(1)自恃多众的合力而亲自实施暴力或者胁迫行为的意思;(2)使多众实施暴力或者胁迫行为的意思;(3)参加多众的合力的意思。通说认为,共同的意思可以是未必的共同意思,不要求主体对各个具体的暴行、胁迫有确定的认识,也不要求各人有相互联络或者相互认识的意思。共同意思不要求存在于集合的当初,实施暴力、胁迫行为时存在共同意思即可。至于参与者的故意,则根据个人责任的原理确定。

实施骚乱罪同时又触犯杀人罪、侵入住宅罪、恐吓罪、破坏建筑物罪等罪名的,属于想象竞合,不按数罪处理。

三、聚众不解散罪

聚众不解散罪,是指意图实施暴行、胁迫而聚众,受解散命令后仍不解散的行为。

聚众不解散罪的主体是以实施暴行、胁迫为目的而聚合起来的多众,因而本罪属于目的犯。这里的目的是不要求在聚合的当初就存在,聚合起来之后才形成上述目的的,也不影响本罪的成立,但必须是在受解散命令之前存在上述目的。

本罪的行为实际上是骚乱罪的预备行为,如果聚合起来的多众开始实施了暴行、胁迫,则只成立骚乱罪。聚众不解散罪是真正不作为犯,即构成犯罪的行为不在于多众聚合起来,而在于聚合起来的多众受解散命令后仍不解散。

四、公然煽动犯罪罪

德国刑法第 111 条第 1 款规定:“公然地在集会上或通过散发文书的方式煽动实施违法行为的,依教唆犯的规定处罚。”第 2 款规定:“煽动不成功的,处五年以下自由刑或罚金。但是处罚不得重于煽动成功时应处的刑罚;适用第四十九条第一款第二项的规定。”

虽然对公然煽动犯罪的行为按教唆犯的规定处罚,但煽动并不同于教唆。教唆是由特定的行为人对特定的具体犯罪行为的直接促使,被教唆者也是特定的,教唆者还可能是犯罪团体中的一员。但是,公然煽动犯罪并不要求行为人煽动他人实施特定的犯罪行为,即不要求所煽动的违法行为的确定性,也不要求被煽动者具有特定性。这是因为,就煽动性犯罪而言,因果关系的具体可预测性和可操作性在很大程度上是不可能的。因为煽动者对被煽动者的不法行为没有详细的了解,也无法对其进行直接的控制。将公然煽动犯罪的行为入罪的理由不在于煽动者像教唆那样参与了他人的犯罪行为(作为从犯),而是因为煽动不特定的人群实施犯罪的行为本身具有特别的危险。在单纯的煽动的场合,煽动者根本就不知道其将会如何对被保护的法益造成损害。也就是说,他不知道何人会真正地被煽动去实施犯罪。被煽动的人数越难以确定,对煽动的公开性的要求就越严格。因此,德国刑法第 111 条要求行为人公然地在集会上或通过散发文书的方式煽动他人实施违法行为。这里的违法行为,是指符合构成要件的违法行为,不要求被煽动者具有责任。

当然,如何处理本罪与言论自由的关系,则成为重要问题。例如,德国人口普查的反抗者在 1987 年做出呼吁,说服尽可能多的人撤回自己的联系方式,并且呼吁人们“隐匿”发放给他们的要求填写的表格。于是,导致人口普查表格没有用处,这次普查遭到破坏。法律执行机构认为,从人口普查中撤回自己的联系方式的行为属于德国刑法第 303 条规定的损坏物品。据此,呼吁撤回联系方式的媒体和海报张贴运动就成为公然煽动犯罪罪的行为。但是,有学者认为,反抗者是以侵犯隐私为由拒绝人口普查的,并且破坏人口普

查无疑是被保护的言论权利,为了达到这个目的所运用的手段虽然是损坏物品的犯罪行为,但按损坏物品罪处理即可,而不应当认定为公然煽动犯罪罪。

规定公然煽动犯罪罪的不只是德国刑法,许多国家的刑法都有类似规定。例如,奥地利刑法 281 条规定:“行为人在印刷品、无线电广播中或者以公众能够知晓的其他方式,煽动他人不服从法律的,处一年以下自由刑。”第 282 条第 1 款规定:“行为人在印刷品、无线电广播中或者以公众能够知晓的其他方式,煽动他人实施应受刑罚处罚的行为,如果未作为该行为的参与者受到更为严厉的处罚的,处二以下自由刑。”与德国将公然煽动犯罪罪规定为反抗国家权力的犯罪不同,奥地利刑法将本罪规定为对公共秩序的犯罪。

与德国、奥地利刑法所规定的将煽动他人实施违法行为都作为犯罪处罚不同,有的国家仅将煽动他人实施特定的严重犯罪的行为规定为犯罪。例如,挪威刑法第 94 条规定的公然煽动犯罪罪,仅限于煽动他人实施几种严重危害国家独立与安全的犯罪(分裂国家罪、外患罪、战争期间资敌罪等)。

五、恐怖活动罪

广义的恐怖活动罪,包括组织、领导、参加恐怖活动组织的犯罪,以及实施杀人、放火等恐怖活动的犯罪。可以肯定的是,作为恐怖活动内容的杀人、放火、绑架等行为,在任何国家刑法中都是犯罪。在立法例存在区别的主要表现在以下两个方面:

首先,对于恐怖组织所实施的杀人、放火、绑架等犯罪行为,是以普通的杀人、放火、绑架等罪处理,还是以恐怖活动罪处理?有的国家刑法没有专门规定独立的恐怖活动罪,故对恐怖活动组织实施的上述犯罪行为,以普通犯罪论处(如德国、日本)。有的国家刑法规定了恐怖活动罪,对恐怖活动组织实施的上述犯罪行为,以规定了加重法定刑的恐怖活动罪论处。例如,法国刑法第 421 - 1 条以下规定,实施杀人、伤害、绑架、劫持航空器等罪,在其同以严重扰乱公共秩序为目的,采取恐吓手段或者恐怖手段进行的单独个人或者集体性攻击行为相联系时,构成恐怖活动罪。法国刑法对恐怖活动罪规定的法定刑高于与之相对应的犯罪的法定刑。

与此相联系的是,资助恐怖活动的行为性质,在各国刑法中也不完全相同。法国、奥地利刑法都将资助恐怖活动的行为规定为独立的犯罪。而在日本等国刑法中,资助恐怖活动的行为,成立相应犯罪的共犯。

其次,建立、参加恐怖活动组织本身,是否成立犯罪?日本等国刑法没有将建立、参加恐怖活动组织本身规定为犯罪。但许多国家的刑法都将这种行为规定为犯罪。例如,德国刑法第 129a 条将建立恐怖组织、援助恐怖活动组织的行为规定为犯罪。法国刑法第 421 - 2 - 1 条也将参加恐怖活动组织的行为规定为犯罪。据此,只要成为恐怖活动组织的成员,即使尚未实施恐怖活动,也成立犯罪。

最后,关于恐怖组织的准备活动,一些国家刑法都作了既遂犯化的规定。例如,德国立法机关 2009 年通过了《起诉准备实施危害国家安全的严重暴力犯罪法案》,以应对国际恐怖主义的威胁,尤其是恐怖主义训练、使用网络准备实施恐怖主义袭击以及独狼恐怖分子所诱发的危险。这一法案的通过为德国刑法典引入了三个新罪名:(1)德国刑法第 89a 条规定了准备实施严重危害国家的暴力犯罪的犯罪。严重暴力犯罪,是指危及生命(杀人)或者个人自由(绑架)的犯罪,意图实施危及或者足以危及国家或者国际组织的存续或安全,摧毁、剥夺联邦德国宪法的法律效果或者破坏联邦德国的宪法原则行为的,亦

包括在内。其中的准备行为,包括教导他人或者受他人教导制造、使用武器或者其他类似凶器的技能,制作、取得、保管、持有武器等。(2)德国刑法第 89b 条规定,为了实施危害国家安全的严重暴力犯罪,出于接受指令的目的而与他人建立联系的,作为独立的犯罪处罚。(3)德国刑法第 91 条规定,对鼓励他人实施危害国家安全的严重暴力犯罪的行为,予以处罚。这三个罪名都将准备行为既遂犯化,显示了预防的性质。这三个罪名都放弃了对于恐怖行为的从属性要求,而是单独地、独立地处罚准备行为,对准备行为的处罚与任何后续行为无关。亦即,对准备行为的处罚,不以该行为引起任何恐怖主义行为为必要。

为了瓦解恐怖活动组织,德国、法国等国刑法都规定了刑罚减免制度。如德国刑法第 129 条规定了建立犯罪组织罪,第 129a 条规定了建立恐怖组织罪,两个条文同时规定,行为人“自愿地并认真地努力阻止该组织的继续存在或者与其目标相适应的犯罪行为的实施”,或者“自愿地将其所知道的情况及时地向有关机关公开,以致尚能阻止其知道的犯罪行为的”,减轻刑罚或者免除刑罚。法国刑法第 422-1 条规定:“图谋进行恐怖活动的任何人如其告知行政当局或司法当局,从而得以避免犯罪既遂,且在相应场合,得以侦破其他罪犯的,免于刑罚。”第 422-2 条规定:“恐怖活动罪之正犯或共犯,如其告知行政当局或司法当局,从而得以制止犯罪行为,或者得以避免犯罪造成人员死亡或永久性残疾,且在相应场合,得以侦破其他罪犯的,其所受之自由刑减半;在当处之刑罚为无期徒刑时,所受之刑罚减为二十年徒刑。”

第三节 放火罪与失火罪

一、放火罪的基本问题

(一)概念与罪质

侵害不特定或者多数人的生命、身体或者财产的犯罪,被称为公共危险罪。放火罪是公共危险罪的代表,其保护法益便是不特定或者多数人的生命、身体、财产的安全。

公共危险犯分为抽象的危险犯与具体的危险犯。德国、法国、日本等国刑法根据对象不同,将放火罪与失火罪分为许多具体的犯罪,其中既包括抽象的危险犯,也包括具体的危险犯。抽象的危险犯的成立,不要求发生具体的危险。但是,如果行为根本不威胁公共安全,则不能成立放火罪。例如,海边的一间小屋,周围没有其他房屋以及植物和其他可能燃烧的物,行为人点火烧毁该屋的,一般不成立放火罪,只构成破坏建筑物罪。据此,即使是抽象的危险犯,也应根据事实合理判断有无危险。具体的危险犯的成立,则要求发生具体的危险。行为是否造成了具体的危险,则应根据对象的具体状况、火力的大小、与可燃物的距离等进行判断。

(二)行为

放火罪的构成要件行为,是放火烧毁一定对象(目的物)的行为。其中的放火,是指引起对象燃烧的行为,既可以是作为,也可以是不作为。在作为形式放火时,既可以是直接向对象点火,也可以是利用媒介物使对象燃烧。不作为的放火,则是指负有灭火的法律

上义务的人,在容易灭火的状况下,却不采取灭火手段。法律上的义务,除了法律、法令规定的义务之外,还包括由于职业、职务、合同、先前行为等产生的义务。不过,灭火义务有无,常常难以判断。例如,行为人的失火行为,是否导致他有灭火义务?行为人单纯逃走时,是否构成不作为的放火罪?这除了要考虑行为人在客观上能否扑灭火灾之外,还要考察行为人主观上有没有利用既存的火力的意思。如果得出肯定结论,则能认定不作为放火罪的成立。

行为人开始实施具有发生烧毁的现实危险性的某种行为时,就是放火罪的实行行为的着手。通常行为人向媒介物点火时被认定为着手,但并非绝对如此。例如,行为人准备媒介物或手持媒介物前往放火场所,均属于放火的预备行为;但行为人向目的物泼洒汽油、煤油时,即使还没有点火,也被认为是着手。再如,发生自然灾害后,行为人向已经燃烧的物体与尚未燃烧的物体之间投放引火物的,也是放火罪的着手。

放火行为导致目的物烧毁时,就是放火罪的既遂。德国、日本等国刑法都使用了“烧毁”一词,^[1]但怎样理解烧毁的概念,则还存在不同观点。

独立燃烧说认为,火离开媒介物转移到目的物后,目的物达到了可以独立燃烧的状态时,就是烧毁。因为目的物处于能够独立燃烧的状态时,就给附近居民的生命、财产造成了重大威胁,能认定已经发生了公共危险。另外,烧毁不仅是放火罪的要件,而且是失火罪的要件,但由于刑法不处罚失火罪的未遂,故如果不将独立燃烧认定为烧毁,则不当地缩小了失火罪的成立范围。这一学说重视了放火罪的公共危险性质,是德国与法国的通说。但是,有人批判这一学说不仅忽视了放火罪的财产犯罪性质,而且使放火罪的既遂时期过于提前,使放火罪没有成立中止犯的余地。另外,该说导致对难燃性建筑物的放火行为几乎只能成立未遂。

丧失效用说提出,物的重要部分由于被燃烧而失去效用时,就是烧毁。这一观点过于强调放火罪的财产犯罪性质,而没有重视公共危险罪的一面。一般认为,丧失效用说推迟了放火罪的既遂时间。

重要部分燃烧说(燃烧起来说)主张,物的重要部分起火开始燃烧,达到了不容易灭火的状态时,就是烧毁。这一学说认为,独立燃烧说只重视放火罪的公共危险罪的性质,使放火罪的既遂过于提前;而丧失效用说则只重视放火罪的财产罪的性质,使放火罪的既遂过于推迟。重要部分燃烧说,则克服了二者的缺陷,也重视了放火罪的公共危险罪与财产犯罪性质。但是,如何判定重要部分的开始燃烧的时间,则相当困难。所谓“燃烧起来”只不过是一种感觉上的基准。

毁弃说认为,由于火力而使目的物达到了毁弃罪中的损坏程度时,就是燃烧。这一学说也是想同时考虑放火罪的公共危险罪与财产犯罪性质,并想给放火罪提供一个容易认定的标准。但是,判断单纯由火力造成的损坏,既行不通,也与其宗旨不符。

究竟采取哪一学说,各国刑法理论还是从本国建筑物等具体状况出发的。例如,欧洲大陆国家的建筑物多为石砖结构,放火行为要使目的物独立燃烧,通常要经过相当的时间,放火行为使建筑物丧失效用不一定是容易的事情。于是,采取独立燃烧说,既不会导

[1] 日本刑法原本使用的是“烧毁”一词,但1995年将其修改为“烧损”;不过,刑法理论认为,二者的含义完全相同。

致放火罪没有未遂的余地,也不会导致放火罪都是既遂。而日本的建筑物多为木质结构,放火行为很容易引起目的物独立燃烧。如果采取独立燃烧说,恐怕放火罪就不会存在未遂与中止。因此,日本刑法理论以往一般不赞成独立燃烧说。由于日本建筑物的建材与结构正在发生变化,现在又有人主张独立燃烧说;此外,日本的判例一般采取独立燃烧说。

上述学说主要是就放火对象为普通建筑物等而言的。由于难燃性、不燃性建筑物的增加,刑法理论对不燃性建筑物的放火既遂与未遂的标准又展开了争论。新丧失效用说认为,对于不燃性建筑物放火时,如果火力导致建筑物丧失效用,就成立放火既遂。例如,火力导致水泥墙壁脱落,或者发生了可能致人死亡的瓦斯泄露时,成立放火既遂。理由是,放火罪是公共危险罪,火力损坏了建筑物发生了公共危险时,便成立放火罪;“烧毁”不一定意味着目的物本身的烧毁。修正毁弃说认为,火力造成不燃性建筑的一部分损坏,使其他部分有导火的公共危险时,就是放火既遂。据此,如果放火行为导致有毒瓦斯的泄露,则成立放火既遂。但是,上述两种学说未必与法定的构成要件相符合。因为法律的表述常常是“烧毁建筑物”,而上述两种观点导致建筑物本身没有烧毁时,也成立放火既遂。维持独立燃烧说的见解认为,对于不燃性建筑物的放火,也应以独立燃烧说为既遂标准。因此,如果火力导致水泥墙壁脱落,或者导致瓦斯泄露,但没有使建筑物独立燃烧时,依然成立放火未遂。因为构成放火既遂要求“烧毁建筑物”,只有建筑物独立燃烧时,才能认定为烧毁建筑物。日本地方裁判所的判例,采取了独立燃烧说。

(三)故意

放火罪由故意构成,包括确定的故意与未必的故意。在抽象的危险犯の場合,行为人只需要认识到自己放火燃烧的是某种特定的物,不需要认识到自己的行为会引起他人的死伤。换言之,抽象的危险犯不要求行为人认识到具体危险的存在。但在具体的危险犯场合,是否要求行为人认识到具体危险的发生,则存在争议。危险认识不要说的理由是,放火罪的既遂时期是燃烧,如果要求行为人认识到具体危险的发生,则要等到具体危险的发生时才是既遂,这是有矛盾的;再者,也难以认定行为人是否认识到了具体危险。危险认识必要说的根据是,刑法所规定的具体的危险犯,以发生具体的危险为构成要件要素,根据责任主义的观点,行为人对该具体的危险必须有认识,否则便是一种结果责任。对危险的认识与放火罪的既遂,是没有关系的问题。

(四)罪数

以放火罪为代表的公共危险罪,其保护法益不是实行行为的直接目的物的财产价值本身,而是公共的生命、身体与财产的安全,这就使这类犯罪在罪数问题上具有一定的特色。即一个放火行为烧毁数个目的物时,只要所发生的公共危险能包括地被评价为一个,就只成立一个放火罪。例如,一个放火行为,烧毁两个建筑物,但只侵害了一个公共安全时,就只成立一个放火罪。再如,一个放火行为,烧毁了刑法规定的数个不同的目的物时,只按其中最重的规定处罚,而不当数罪处理。

二、放火罪的具体类型

(一)日本、韩国的放火罪类型

日本、韩国刑法都根据对象的不同,将放火罪规定为不同的种类。

1. 对现住建筑物等放火罪

对现住建筑物等放火罪,是指故意放火烧毁现在供人居住或现有人在内的建筑物、火

车、电车、船舰或矿井的行为。日本、韩国刑法将它规定为独立的犯罪

本罪的对象是现在供人居住或现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或矿井等。所谓现在供人居住,是指犯罪人以外的人作为起居寢食(日常生活)的场所而正常使用;犯罪人以外的人,包括犯罪人的妻子与其他家属。这种场所,不要求昼夜不间断地有人生活在其中,也不要求放火的当时有人在内。例如,只要是他人夜间睡觉的房屋,即使在白天放火,也成立本罪。此外,某建筑物只要有一部分是供人现在居住的,那么,整个建筑物都是本罪的对象。所谓现有人在内,是指放火的当时有犯罪人以外的人在建筑物等内,由于有人在内,就不再要求是供人居住的场所。

这里有两个值得研究的问题。(1)甲在乙居住的房屋放火时,乙偶然在别的地方死亡,甲的行为是否构成本罪?一般认为,由于乙居住的房屋属于现供人居住的建筑物,而且本罪的成立不要求放火的当时有人在内,故甲的行为仍应成立对现住建筑物放火罪。不能因为乙事实上不在房屋内或在他处死亡,而否认甲的行为构成本罪。(2)甲杀害乙后,放火烧毁乙的房屋,应当如何处理?一种观点认为,甲的行为除了成立杀人罪以外,不成立对现住建筑物放火罪,只成立对非现住建筑物放火罪。因为甲杀害乙后,乙的房屋就不再是现在供人居住的建筑物;再者,刑法对现住建筑物放火罪规定较重的法定刑,是考虑到本罪对居住者、现在其内的人的生命、身体的危险性大,既然行为人事先已杀害他人,就没有必要再考虑对他人生命、身体的危险性。这是一种通说。另一种观点认为,甲的行为除了成立杀人罪以外,还成立现住建筑物放火罪。因为乙所居住的房屋,本来属于现在供人居住的建筑物,这种性质并不与乙的死亡同时消失;根据社会的一般观念,该房屋仍然应认定为现在供人居住的建筑物。这种观点实际上只重视了现住建筑物的物理性,而没有考虑现住建筑物与人的生命、身体安全的关系,因而受到了批判。

对现住建筑物等放火罪的行为,是前述的放火行为。行为人主观上只能是故意,行为人认识到犯罪对象是现在供人居住或者现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰、矿井等,还认识到自己的放火行为会使上述目的物烧毁的事实。行为人对非现住建筑物等放火,但预见到自己的行为会延烧到现住建筑物等时,也具有对现住建筑物等放火罪的故意。如果本来是现住建筑物,但行为人误认为是非现住建筑物而放火的,属于抽象的事实错误,一般认为只成立对非现住建筑物放火罪。

行为人以杀人或者伤害的故意放火而导致他人伤亡时,成立杀人罪或伤害罪与本罪的想象竞合;行为人以骗取保险金为目的而放火烧毁住宅、骗取保险金时,日本刑法理论与审判实践认为成立诈骗罪与本罪的并合罪(并罚的数罪)。被害人的承诺虽然阻却违法性,但居住者同意放火烧毁自己的建筑物时,按对非现住建筑物放火罪处理。

日本、韩国刑法对现住建筑物等放火罪规定了最高刑为死刑的法定刑。

2. 对非现住建筑物等放火罪

日本的对非现住建筑物等放火罪,是指故意放火烧毁现在非供人居住并且现无人在内的建筑物、船舰、矿井等物的行为。韩国刑法则分别规定了对公用建筑物等的放火罪与对一般建筑物等的放火罪。

本罪的对象是现在没有人居住并且现在没有人在内的建筑物、船舰与矿井等物。这里的人,包括犯罪人与犯罪人以外的人。但是,如果目的物属于他人所有,则本罪是抽象的危险犯。如果目的物属于犯罪人本人所有,则是具体的危险犯,只有当行为发生了具体

的公共危险时,才能成立本罪;〔2〕如果放火烧毁自己所有的物,但并不发生具体的公共危险时,则不成立本罪(不可罚)。

本罪的行为是前述的放火行为。主观要件是故意,行为人认识到放火的对象是现在没有人居住、并且现在无人在内的建筑物等,并认识到自己的放火行为会烧毁上述目的物。由于放火烧毁自己所有的物时,属于具体的危险犯。通说认为,行为人必须认识到具体的公共危险的发生,其具体内容是认识到烧毁自己所有的物可能延烧到他人所有的物;同时,行为人对延烧至他人所有的物,必须没有希望与容认的态度,否则就是对现住建筑物等放火罪。〔3〕

3. 对建筑物等以外的放火罪

对建筑物等以外的放火罪,是指故意放火烧毁建筑物、船舰、矿井等以外之物,因而发生公共危险的行为。这里的物包括犯罪人与犯罪人以外的人所有的物。本罪属于具体的公共危险犯,其行为、故意内容与前述放火烧毁自己所有物的犯罪相同。

(二)德国的放火罪类型

德国的放火罪包括四种具体类型:放火罪(第306条)、加重放火罪(第306a条)、特别重大放火罪(第306b条)与放火致死罪(第306c条)。不难看出,与日本、韩国根据不同对象规定放火罪的具体类型不同,德国刑法是根据危险程度与结果的严重程度规定放火罪的具体类型的。

放火罪,是指燃烧他人物品或者放火烧毁其一部或者全部的行为。放火对象包括建筑物或者住宅(小屋)、工厂、营业场所、办公场所、机械设备、交通工具、森林、草原以及农业、食品业、林业的设备或产品。本罪是抽象的危险犯,法条没有要求发生具体危险。

加重放火罪包括两种类型:(1)燃烧下列他人之物或者放火烧毁其一部或者全部的行为:供人居住的建筑物、船舰、住宅或者其他类似空间,教堂或者其他供从事宗教活动的建筑物,供人暂时停留的空间且于他人惯于停留该处的期间内。(2)实施第306条规定的放火行为,对他人健康损害产生危险的。

特别重大放火罪包括两种类型:(1)实施放火罪或者加重放火罪,对他人的健康造成重大损害,或者对多数人的健康造成损害的。(2)犯加重放火罪具有下列情形之一的:对他人生命产生危险的,意图实现或者隐匿其他犯罪而放火的,阻止或者妨害灭火的。其中的“多数人”显然是规范的构成要件要素,因而具有不明确性。刑法理论上,有人提出50人以上才是多数人(如Schroth),有人提出20人以上为多数人(如Rengier),有人提出10人以上是多数人(如Bayer)。德国的司法判例针对有14名被害人的放火案指出,不管怎么说,在被害人有14人的场合,就应当认定为多数人。其一,特别重大放火罪的对象包括放火罪与加重放火罪的全部对象,而放火罪的对象包括机动车、小屋,但机动车、小屋中的人不会太多,所以,不能将多数人理解为非常多的人。其二,刑法第306b条将对多数人的健康造成损害与对1人的健康造成重大损害等同处理。通常,只要放火行为存在相当的危险性,就会有人遭受重大损害。如果将多数人理解为非常多的人,刑法关于对多数人的健康造成损害的规定就丧失了意义。其三,从法定刑来看,将多数人理解为非常多的人也

〔2〕 刑法理论上称这种犯罪为间接放火罪,以别于放火烧毁他人所有物的直接放火罪。

〔3〕 认为不要求行为人认识到具体的公共危险的观点,也是相当有力的学说。

不合适。

放火致死罪,是指犯放火罪、加重放火罪、特别重大放火罪,至少轻率地致人死亡的情形。轻率,是指严重过失,即行为人很容易预见行为的危险性。

三、失火罪

失火罪是与放火罪相对应的过失犯罪。多数国家的刑法一般只规定了单一的失火罪,日本刑法除了规定与各种放火罪相对应的诸失火罪之外,还规定了业务上失火罪与重过失失火罪。

失火罪的对象包括前述各种放火罪的对象,但对于行为人自己所有的物,则要求发生具体的公共危险;日本刑法规定,对建筑物等以外之物的失火,也要求发生具体的公共危险。

失火行为,是指过失引起火灾,烧毁前述对象的行为。失火行为既可以是作为,也可以是不作为。德国刑法理论认为,行为人由于故意放火行为而延烧放火目的物以外之物,而不通知消防队灭火,任其烧毁的,属于不作为的失火行为,在这种情况下,行为人的行为构成放火罪与失火罪。

失火罪只能由过失构成,即行为人因为不注意而引起火灾,造成对象被烧毁。多数国家要求失火罪发生对象被烧毁的结果,但德国刑法规定的失火罪,只要求对他人的健康产生危险,而不要求造成实害。

第四节 投毒与爆炸罪

一、投毒罪

作为公共危险罪的投毒罪,是指将毒物或者其他危害人体健康的物质投入供不特定或者多数人使用的水源、水道、水井等的行为。

根据德国刑法第314条的规定,行为人向被控制的水源、水井、输水管道或者饮用水贮存器的水投放毒物或者其他损害人体健康的其他物质,或者向被确定公开销售或者供公众使用的物品中投放毒物或者其他损害人体健康的物质,以及将被投放了毒物或者其他损害人体健康的物质的物品予以销售、陈列待售或者置于流通的,构成公共危险的投毒罪。显然,本罪并不限于狭义的投放毒物的行为,而是包括了将有毒物品予以销售、陈列以及置于流通的行为。上述行为致人重伤或死亡的,成立结果加重犯。

日本刑法除规定了污染净水罪、污染水道罪之外,另规定了将毒物等混入净水罪、将毒物等混入水道罪。污染净水罪,是指污染供人饮用的净水因而导致不能饮用的行为。其中的“供人饮用”,是指供不特定或者多数人饮用,不包括为供特定人饮用而装入杯中的水。污染水道罪,是指污染由水道供公众饮用的净水或者其水源,因而导致不能饮用的行为。将毒物等混入净水罪,是指将毒物或者其他足以危害他人健康的物质混入供人饮用的净水内的行为。毒物,是指具有化学作用,即使少量饮用也足以危害人的健康的物质,如氰酸钾等。足以危害他人健康的物质,是指如果饮用就会有损于他人健康的有害物质。将毒物等混入水道罪,是指将毒物或者其他足以危害他人健康的物质混入由水道供

公共饮用的净水或者其水源内的行为。日本刑法对上述几种犯罪均规定了结果加重犯。

瑞士刑法规定的污染饮用水罪,包括故意或者过失用危害健康的物质污染人或者家畜饮用水的行为。

二、爆炸罪

传统的爆炸罪,是指使火药、锅炉等爆炸,产生公共危险的行为。对此,外国刑法一般均有规定。不仅如此,德国、奥地利等国刑法还特别规定了核爆炸、释放离子辐射等犯罪。

德国刑法第307条规定了引起核能爆炸罪,即故意(第1款)或者过失释放核能引起爆炸,危害他人身体、生命或者具有重大价值的财物的行为。^[4]本罪属于具体的危险犯。行为人因其行为至少轻率地导致他人死亡的,成立结果加重犯。德国刑法第309条规定的是滥用离子辐射罪,此罪包括三种类型:(1)以损害特定的他人健康为目的使用足以危害他人健康的离子辐射的行为(第1款)。(2)对不特定的多数人使用离子辐射的行为(第2款)。^[5]上述两种滥用离子辐射的行为造成他人重伤、多数人的伤害或者他人死亡的,成立结果加重犯。(3)以损害他人具有重大价值的财物为目的而使用离子辐射的行为(第6款);本罪处罚未遂犯。滥用离子辐射罪是以人的生命、身体、具有重大价值的财产作为保护法益的抽象的·具体的危险犯。德国刑法第311条规定了释放离子辐射罪,即违反行政法上的义务故意(第1款)或者过失(第3款)释放离子辐射或者引起核裂变,足以危害他人生命、身体或者具有重大价值的财物的行为。过失犯与未遂犯均受处罚。本罪也是以人的生命、身体、具有重大价值的财产作为保护法益的抽象的·具体的危险犯。德国刑法第312条还规定了故意(第1款)或者过失(第6款)安置有瑕疵的核技术设备罪。

德国刑法上述条文规定的有关核能爆炸、释放离子辐射的犯罪与德国刑法规定的其他公共危险罪具有共同点(均属以人的生命、身体以及具有重大价值的财物为保护法益的危险犯),但又呈现不同的特点:(1)其他的公共危险罪以故意的既遂行为引起危险的发生为前提,而第307条第1款、第309条第1款与第2款、第310条第1款第1项规定的犯罪,只要求故意行为引起危险的发生。(2)其他的公共危险罪大多以对人的生命、身体造成具体危险为前提,而第309条第1款和第6款、第311条第1款规定的是抽象的·具体的危险犯。(3)第311条规定的释放离子辐射罪以侵害行政法上的义务为前提,采用了具有行政从属性的空白构成要件立法例。(4)结果加重犯的法定刑一般重于其他公共危险罪的结果加重犯的法定刑。

第五节 决水罪与妨害水利罪

一、决水罪

决水罪,是利用水的破坏作用侵害公共安全的犯罪,同时也具有财产罪的性质。

[4] 为了故意引起核能爆炸而实施的预备行为,也受处罚(第310条第1款第1项)。

[5] 本类型的预备行为也受处罚(第310条第1款第1项)。

关于决水罪的规定,有的国家比较简单,如瑞士刑法只有一个条文规定了决水罪;有的国家则规定得比较详细,如日本刑法规定了较多的具体罪名。德国刑法原本将决水罪分为危害生命之决水罪、危害财产之决水罪与过失决水罪,但后来仅规定了一个决水罪。根据德国刑法的规定,决水罪是具体的危险犯。日本刑法将决水罪分为决水浸害现住建筑物等罪、决水浸害现住建筑物等以外之物罪以及过失决水罪。日本刑法规定,决水浸害现住建筑物等罪是抽象的危险犯,决水浸害现住建筑物等以外之物罪是具体的危险犯。

决水,是指使受到控制的水的自然力解放出来,造成泛滥。解放的手段没有限制,至于水是河流中的水还是贮存的水也在所不问。在某种对象已经受到河水泛滥的浸害,行为人决溃堤防使水量增加时,也认为是决水。浸害,是指由于水力(使水浸泡或者淹没某物)而使物丧失、毁坏,或者使物的效用减少或消失。浸害既可以是永久性的,也可以是一时性的。

各国刑法除了规定故意的决水罪之外,都规定了过失决水罪。作为抽象危险犯的决水罪的故意,不需要行为人认识到会发生公共危险;作为具体危险犯的决水罪的故意,则要求行为人认识到会发生公共危险。过失的决水罪一般要求发生浸害结果。

二、妨害水利罪

妨害水利罪,是与决水罪有密切联系的犯罪,主要包括妨害防汛罪与破坏水利设施罪。

妨害防汛罪,是指在水灾发生之际,隐匿、毁损防汛用具或者以其他方法妨害防汛用具的行为。本罪要求发生在水灾之际,水灾之际包括水灾正在发生与水灾即将发生两种情况;从实质上说,这里的水灾必须产生了公共危险的状态。本罪的行为表现为隐匿、毁损防汛用具,或者以其他方法妨害防汛活动,凡是妨害了防汛活动的行为,都属于本罪的行为;本罪属于抽象的危险犯,只要行为人实施了上述行为,不问行为实际上是否妨害了防汛活动,就构成本罪既遂。本罪只能由故意构成。

破坏水利设施罪,是指故意毁坏堤防、堰坝、水闸等水利设施的行为。一般认为,本罪的保护法益是水利权,但水利权是属于多数人享有的权利,侵害水利权的行为也就是有公共危险的行为。本罪的行为表现为毁坏、决溃、破坏各种作为控制水流之用的水利设施,一切作为与不作为,只要足以破坏水利设施而使之失去控制水流之效用的,就属于本罪的行为。日本刑法规定本罪为故意犯,而且是抽象的危险犯,只要行为人实施了破坏水利设施的行为就构成既遂,而不问是否实际产生了妨害水利的结果。瑞士刑法规定,本罪既可能由故意构成也可能由过失构成,故意破坏水利设施罪要求行为人明知自己的行为危及他人的身体、生命或者财产。

第六节 妨害交通的犯罪

一、妨害交通的犯罪概说

妨害交通的犯罪,是指破坏交通工具或者交通设备,以及其他侵害交通安全的犯罪。由于交通工具与设备在现代社会中发挥着重大的作用,妨害交通时会给不特定的或者多

数人的生命、身体或者财产带来危险,故属于公共危险罪,本罪的保护法益就是公共的交通安全。

关于妨害交通的犯罪,各国刑法的规定形式与内容有一定区别。例如,德国、意大利与日本等国刑法对这方面犯罪的规定都比较详细,但规定方式并不相同。意大利与日本刑法将破坏交通工具、破坏不同的交通设备分别规定为不同的犯罪,而德国刑法则规定在一起,但德国刑法对妨害交通的具体行为描述得很详细。

二、破坏交通设备罪

破坏交通设备罪,是指故意损坏或者堵塞铁道、陆路、水路或者桥梁,从而妨害交通往来的行为。日本刑法将损坏或者堵塞陆路、水路或者桥梁的行为规定为妨害交通罪,将损坏铁路或其标志、灯塔或浮标的行为规定为交通危险罪,后者的法定刑重于前者。意大利刑法也作了类似的分类,德国刑法没有这样区分。

破坏交通设备罪的对象是交通设备:(1)铁道及其标志。铁道不仅仅是指火车轨道,而且指有轨电车与火车直接使用的设施,如火车所穿过的隧道、供电车或火车通行的桥梁等,也属于铁道。铁道标志是指有轨电车、火车所必需的信号器及其他目标物。(2)陆路。陆路即陆上的道路,只要是供人、车通行的陆上道路就是陆路。(3)水路。水路是指供船舶航行用的河流、运河、港口等。(4)桥梁。桥梁除包括河流、湖泊上的桥梁之外,还包括陆地上的天桥,但属于铁道的桥梁除外。(5)灯塔与浮标。灯塔是指为了便于船舶航行而在陆地上设立的标志,浮标则是基于同样的目的在水上设立的标志。

破坏交通设备罪的行为表现为通过作用于交通设备而妨害交通安全的行为,各国刑法规定的不完全一致。德国刑法规定的破坏交通设备罪的行为有:毁弃、损坏或除去交通设备,设置障碍,提供虚假的标志或信号以及其他类似的危险行为。意大利刑法的规定与德国的相似。日本刑法规定妨害交通罪的行为是损坏与堵塞,交通危险罪的行为是毁损以及其他方法。毁弃、损坏或除去,是一种物理的破坏,但并非一切损坏交通设备的行为都能构成本罪,只有达到足以妨害交通安全程度的毁弃、损坏,才属于本罪的行为。堵塞,是指在道路上设置有形的障碍物,在相当时间内使道路堵塞。堵塞同样要达到足以妨害交通安全的程度,如果在道路上放置很小的物体,或者物体虽有一定体积,但放置时间极短,则不认为妨害了交通安全,因而不属于堵塞。提供虚假的标志或信号,是指另外设立某种妨害交通安全的标志或信号,或者以某种方法改变正常的标志与信号。其他类似的危险行为,包括所有作用于交通设备而妨害交通安全的行为。

破坏交通设备罪由故意构成,行为人必须认识到自己的行为有造成交通工具倾覆、脱轨、沉没、毁坏等危险。

破坏交通设备罪是具体的危险犯,即要求破坏交通设备的行为产生使交通工具发生倾覆、脱轨、沉没、毁坏等危及他人的生命、身体或重大财产的危险,只要发生这种危险就构成本罪的既遂,不要求发生现实的实害。如果行为造成了致人死伤的结果,则是结果加重犯,构成破坏交通设备致死伤罪。

三、破坏交通工具罪

破坏交通工具罪,是指故意破坏火车、电车、船舶等交通工具,危及他人生命、身体或重大财产的行为。

破坏交通工具罪的对象是交通工具,日本刑法只规定了火车、电车与船舰,其他多数

国家的刑法则包括所有的交通工具,如德国刑法只使用“交通工具”“运输工具”这样的概念。由于本罪是危害交通安全的犯罪,因此,有的国家对交通工具进行了限制,如日本刑法规定必须是现有人在内的火车、电车、船舶。至于如何理解“现有人在内”,则有争议。有人认为,必须是着手实施实行行为时有人在内;也有人认为,必须是发生结果时有人在内;还有人认为,只要从着手实行到结果发生时的某一时间内有人在内即可。显然,最后一种观点比较全面,也注重了破坏交通工具罪的罪质。多数国家并没有对交通工具本身进行限制,但从罪质上进行了限制,即必须发生危害交通安全的危险。

破坏交通工具罪的行为,表现为作用于交通工具而使交通工具发生倾覆、沉没等危险的破坏行为。其中的破坏必须是对交通工具的实质性破坏,即导致交通工具的机能一部或者全部丧失,这种机能丧失的结果是足以使交通工具发生倾覆、沉没等危险,故单纯砸毁交通工具的窗户玻璃的行为,一般不构成本罪。

破坏交通工具罪由故意构成,行为人对自己的破坏行为足以使交通工具发生倾覆、沉没等危险具有认识、容认的态度。

破坏交通工具的行为造成他人死亡时,构成结果加重犯(破坏交通工具致死罪)。少数说认为,其中的他人只限于交通工具内的人,而不包括交通工具附近的其他人。这是根据结果加重犯的构造得出的结论。通说则认为,其中的他人不限于交通工具内的人,造成交通工具周围的人死亡的,也成立破坏交通工具致死罪。这是着眼于破坏工具罪的公共危险性质得出的结论。由于结果加重犯对加重结果只能是过失,故产生了如下问题:行为人具有杀人的故意而破坏交通工具时应如何处理?对此有三种观点:(1)破坏交通工具致死罪不包括故意造成他人死亡的情形,故上述行为构成杀人罪与破坏交通工具致死罪的想象竞合。这种观点旨在照顾刑罚的均衡,但存在两个问题:一是将故意造成加重结果的行为评价为结果加重犯,二是将死亡结果作了双重评价。(2)破坏交通工具致死罪不包括故意致人死亡的情形,上述行为构成杀人罪与破坏交通工具罪的想象竞合。这一观点旨在克服前一种观点的两个缺陷。(3)破坏交通工具致死罪包括故意杀人的情形,所以,杀人既遂时只成立破坏交通工具致死罪,但杀人未遂时成立破坏交通工具罪与杀人未遂的想象竞合。但这种观点有自相矛盾之嫌,即在杀人既遂与杀人未遂时所适用的标准不一致。

四、交通危险罪

德国刑法第315a条规定了水陆路空交通危险罪,其中包括两种行为类型:(1)因服用酒精饮料或者其他麻醉药品,或者由于精神上或者生理上的缺陷而不能安全驾驶的人,仍然驾驶轨道车辆、缆车、船舶或者航空器,因而对他人的身体、生命或者具有重大价值的财物产生危险的(未遂犯亦处罚)。(2)轨道车辆、缆车、船舶或者航空器的驾驶人员或者其他为其安全负有责任的人员,因严重违反义务的行为而触犯有关保障上述交通工具的安全的法规,因而对他人的身体、生命或者具有重大价值的财物产生危险的。上述两种情形属于故意犯,如果故意实施上述行为但过失造成危险,或者过失实施上述行为过失造成危险的,则构成相应的过失犯罪。

德国刑法第315c条规定了道路交通危险罪,其中包括两种行为类型:(1)因服用酒精饮料或者其他麻醉药品,或者由于精神上或者生理上的缺陷而不能安全驾驶交通工具的人,仍然驾驶交通工具,因而对他人的身体、生命或者具有重大价值的财物产生危险的

(未遂犯亦处罚)。(2)严重违反交通规则且鲁莽地实施下列行为之一,因而对他人的身体、生命或者具有重大价值的财物产生危险的:未遵守先行权规则的,不当超车或者在超车时不当行使的,在人行道上不当行使的,在视线有盲点处、交叉路口等复杂路段过速行使的,在复杂路段未靠右侧车道停车的,在高速公路或者快速道路掉头、逆向行驶或者试图掉头、逆向行驶的,没有使停止或者不能行驶的车辆保持可以辨识的足够距离的。上述两种情形属于故意犯,如果故意实施上述行为但过失造成危险,或者过失实施上述行为过失造成危险的,则构成相应的过失犯罪。

德国刑法第316条规定了醉酒驾驶罪,因服用酒精饮料或者麻醉药品而不能安全驾驶,但仍然驾驶交通工具参与交通活动,如果不能按上述第315a条和第315c条的规定处罚的,便以醉酒驾驶罪处罚(1年以下自由刑或者罚金)。故意犯本罪和过失犯本罪的,处罚相同。

日本的特别刑法规定了醉酒驾驶罪与酒后驾驶罪(带酒气驾驶罪)。醉酒驾驶罪,要求行为主体在驾驶车辆时处于醉酒状态,即由于受酒精的影响而处于可能难以正常驾驶的状态(规范的构成要件要素);酒后驾驶罪,要求行为人在驾驶车辆时,体内酒精的含有量达到了政令规定的程度(血液中每毫升0.3毫克,呼吸时每立升0.15毫克)。前者的法定刑为1年以下惩役或者30万日元以下罚金;后者的法定刑为3年以下惩役或者50万日元以下罚金。醉酒驾驶罪与酒后驾驶罪均为故意犯。关于醉酒驾驶罪的故意内容,存在以下观点:(1)需要认识到自己处于可能难以正常驾驶的状态;(2)不需要认识到自己处于可能难以正常驾驶的状态,只要认识到自己体内含有相当量的酒气即可;(3)不需要认识到自己处于可能难以正常驾驶的状态,但需要认识到醉酒的程度。日本最高裁判所的态度是,只要行为人认识到自己因为饮酒而在体内含有酒精并驾驶车辆就够了;至于是否达到了可能难以正常驾驶的状态,只需要进行客观的判断,而不需要行为人对此也有认识。关于酒后驾驶罪的故意内容,没有争议的是,行为人必须认识到自己因饮酒而在体内带有酒气。存在争议的是,是否要求行为人认识到体内的酒精含量达到了政令规定的数量。多数学者认为,由于饮酒者通常不可能正确地认识到这一点,所以,如果要求对此有认识,就几乎不存在故意犯罪了。因此,不需要行为人对体内酒精的具体含量有认识。

第七节 毒品犯罪

一、毒品犯罪的立法形式与保护法益

毒品,是指鸦片、海洛因、吗啡、大麻等麻醉品与兴奋剂。有关毒品的犯罪,则是指输入、制造、贩运、持有、使用毒品的犯罪以及其他与此有关的犯罪。由于毒品犯罪的危害严重,而且涉及的罪名很多,故大多数国家都不在刑法典中规定毒品犯罪,而是以单行的特别法形式作出规定,德国、奥地利、法国、瑞士等国均是如此。意大利、西班牙及日本的刑法典虽然规定了某些毒品犯罪,但关于毒品犯罪的特别法大量存在,对毒品犯罪的处理主要依靠特别法。例如,日本关于毒品犯罪的特别法有鸦片法、麻醉药取缔法、大麻取缔法、

兴奋剂取缔法等,此外,药事法、关税法中也有关于毒品犯罪的规定。

像日本的特别法这样的立法形式,固然使毒品犯罪的构成要件明确、具体,但带来了不少问题。例如,贩卖麻醉药与贩卖兴奋剂构成两个不同的罪,而成立这两个罪要求行为人认识到自己所贩卖的是麻醉药或者兴奋剂,但在许多情况下,行为人原本贩卖的是麻醉药,而他认为是兴奋剂,或者相反,这便给处理犯罪带来了麻烦。德国的特别法原来也是如此,有鉴于过于详细的规定反而不利于处罚毒品犯罪,德国于1982年在麻醉药法中,将所有的毒品都称为麻醉药,于是,行为人对毒品种类的认识错误就不影响犯罪的成立。

毒品犯罪的保护法益是公民的生命、身体与健康。问题在于,毒品犯罪是对个人法益的犯罪还是对社会法益的犯罪?如果是对个人法益的犯罪,那么,毒品犯罪的保护法益就是吸毒者的生命、身体与健康,毒品犯罪行为就类似于帮助自杀、自伤的行为。但一些国家的刑法并没有规定帮助自杀、帮助自伤罪,却无一例外地规定了毒品犯罪。而且,如果将毒品犯罪理解为对个人法益的犯罪,那么,完全可能以被害人自我答责为由,否认贩毒者、制毒者的刑事责任。所以,不能将毒品犯罪理解为对个人法益的犯罪,只能理解为对社会法益的犯罪。所谓理解为对社会法益的犯罪,是指毒品犯罪的保护法益是不特定多数人的生命、身体、健康。事实上,吸食毒品具有群体性与传染性的特征,即使针对特定的人贩卖毒品也会导致多数人吸食该毒品。所以,任何毒品犯罪都不可能只是针对特定的个人犯罪。正因为毒品犯罪是危害不特定多数人生命、身体、健康的犯罪,所以,不能以被害人自我答责为由否认毒品犯罪的构成要件符合性,也不能以被害人同意或者承诺为由否认毒品犯罪的违法性。但是,毒品犯罪不以造成他人死亡、身体伤害为前提,换言之,各国刑法规定的各种毒品犯罪,都是抽象的危险犯。

二、毒品犯罪的类型

各国特别刑法规定的毒品犯罪类型相当多,特别是在日本等国,同样是输入、制造等行为,由于毒品的种类不同,就构成不同的犯罪。

(一)输入毒品罪、输出毒品罪

输入毒品罪,是指非法将毒品从国外输入本国的行为。

输入毒品罪的行为,表现为非法将毒品从国外(包括不属于任何国家管辖的地区以及国外的船舶与航空器)运往国内的行为。行为人将毒品从国内带往国外,然后又将该毒品带回国内时,也成立输入毒品罪。输入行为不限于随身携带,采取其他任何方法(如邮寄等)使毒品从国外移入国内的行为,都属于输入毒品。一旦行为人将毒品输入本国内,即构成犯罪既遂。

问题是,“输入”(既遂)的标准是什么?一般认为,陆路输入时,以毒品已运入本国的国境线内为输入。但海路或空路输入毒品时,认定标准则有争议。领海(空)说认为,运载毒品的船舶或者航空器进入本国的领海或者领空时构成既遂。到达说认为,运载毒品的船舶到达港口或者航空器着陆时为既遂。登陆说(领土说)认为,将毒品从船舶上搬往地面或者从航空器上取出毒品时为既遂。^[6] 关税线说认为,毒品已经过关税检查处所并

[6] 根据此说,所谓输入,并非泛指将毒品从外国搬运至本国的一切行为,而是仅指最终阶段的搬入本国领土的行为。

从检查处所运出时为既遂。运出可能说认为,运载毒品的船舶或航空器到达本国领域后,毒品处于能够从船舶或航空器内运出的状态时为既遂。

日本的判例通说采取登陆说。基本理由如下:首先,刑法处罚输入毒品罪的未遂犯,如果采取领海(空)说,则意味着没有成立未遂犯的余地,因而与刑法规定相抵触。其次,刑法一般规定,如果输入得到相关机关的许可则不以输入毒品罪论处,但事实上,通常只要在将毒品搬入陆地前得到了许可便阻却犯罪的成立,故领海(空)说与到达说会不当扩大处罚范围。再次,如果采取领海(空)说,那么,装有毒品的船舶或者航空器单纯经过本国领海或者领空时,也可以认定为输入毒品既遂,这显然不合适。最后,关税线说与运出可能性说,导致本罪的既遂时期过晚。但是,也有不少学者主张领海(空)说。因为毒品进入本国领海、领空就对公众健康产生了危险;制造毒品罪、持有毒品罪都可以发生在本国领海、领空内,与之相比较,输入毒品罪也应以进入本国领海(空)为既遂标志。

输入毒品罪只能由故意构成,行为人必须认识到自己所输入的是毒品。以营利为目的的不是本罪成立的主观要件,但可能是法定刑加重的事由。

输入毒品罪与海关法上所规定的走私罪,是法条竞合关系,行为成立输入毒品罪时,不再成立走私罪。

输出毒品罪,是指非法将毒品从本国输出国外的行为。只要行为人以将毒品输出国外为目的而向前往国外的船舶、航空器、车辆等装载毒品,即成立输出毒品罪。至于毒品是否到达预定的外国,是否超出本国领海、领空、领土,则不影响本罪的成立。因此,严格地说,输出行为不是本罪的客观要素,而是主观要素。

(二) 制造毒品罪

制造毒品罪,是指故意非法制造毒品的行为。

首先,应当在广义上理解制造,具体包括以下行为:一是使用化学方法将毒品原料制造成毒品;二是不使用化学方法,只是对毒品进行调剂、混合;三是将毒品进行分割装入容器(毒品的量的精制)。其次,制造毒品必须是非法的,经过有关机关批准的业务人员或者研究人员,在合法范围内制造毒品的,不成立制造毒品罪。

制造毒品罪显然只能由故意构成,至于行为人出于何种动机与目的制造毒品,则不影响本罪的成立。

(三) 贩运毒品罪

贩运毒品罪,是指非法贩卖或者运输毒品的行为。它实际上是两个罪:贩卖毒品罪与运输毒品罪,由于二者联系密切,许多国家的特别法将它规定为一个罪名。

贩卖,是指向不特定或者多数人有偿转让,包括买卖与交换。贩卖不以先买后卖为必要,只要以营利为目的将毒品买进或者卖出,便属于贩卖;贩卖不以反复实施为必要,只要有一次买卖或交换行为,即属于贩卖;贩卖不以实际上获利为必要,只要实施了上述贩卖行为,即使未获利的,也属于贩卖。运输,是指转运输送,将毒品从此地运往彼地。^[7]从国外运往国内的,则成立输入毒品罪。只要行为人实施上述两种行为之一的,就成立贩运毒品罪。贩卖毒品时,以出售成交为既遂;运输毒品时,以已经开始起运为既遂,不以到达

[7] 在没有规定输出毒品罪的国家,将毒品从国内运输至国外的,也成立运输毒品罪。在规定了输出毒品罪的国家,运输毒品仅限于在国内运输毒品。

目的地为既遂。

贩运毒品罪必须是非法的,如果根据法令、命令等正常出卖或者运输特定毒品,则是违法性阻却事由。构成本罪要求行为人主观上有贩卖或者运输的故意。

(四)持有毒品罪

持有毒品罪,是指没有法定理由而非法持有毒品的行为。

一般来说,持有是以对物的实力支配关系为内容的行为,只要实力支配关系在存续,就认为持有在存续;至于实力支配关系是否存在,则要根据有关的具体情况以及社会观念进行判断。因此,持有毒品,就是将毒品置于自己实力支配内的行为。持有不要求是物理的握有,行为人认识到毒品的存在,并使毒品处于自己可以管理的状态时,便可以认为是持有;持有不要求本人直接持有,介入他人的行为而行为人能够实现自己的持有时,也构成持有;持有不要求持有者是毒品的所有人和具有持有毒品的权利。

详言之,持有包括以下类型:(1)直接持有与间接持有:行为人直接对毒品具有实力支配关系的,属于直接持有;行为人通过直接持有的他人间接地对毒品具有实力支配关系的,属于间接持有。例如,甲委托乙为自己保管毒品时,乙是直接持有,甲为间接持有。(2)排他的持有与重叠的持有:只有直接持有,并不同时存在间接持有时,属于排他的持有;同时存在直接持有与间接持有时,属于重叠的持有。(3)单独持有与共同持有:一人持有毒品时,属于单独持有;二人以上共同持有毒品时,属于共同持有。上述区分,对于能否认定行为人之间存在转让毒品、交付毒品的犯罪行为,具有重要意义。

持有必须是没有法定理由的行为,行为人基于法律、法令持有毒品的,属于正当化事由,不成立本罪。

持有只能是故意的,行为人不仅认识到自己所持有的是毒品,而且有积极地为自己或者他人保管毒品的意思。至于是否需要出于特定的动机与目的,各国刑法规定不一。例如,意大利刑法规定,意图贩卖而持有毒品时,才成立犯罪;但日本的刑法规定,行为人持有毒品的动机与目的如何,不影响持有毒品罪的成立。

(五)交付、取得毒品罪

不以牟利为目的、不以有偿为代价而交付、取得毒品的行为,也被相关国际公约和不少国家的刑法规定为犯罪。

例如,经修正的《1961年麻醉品单一公约》^[8]第36条规定,缔约国应当采取措施,对下列出于故意的行为科处适当刑罚:“违反本公约规定的麻醉品的种植、生产、制造、提制、调制、持有、供给、兜售、分配、购买、贩卖、以任何名义交割、经纪、发送、过境寄发、运输、输入及输出,以及任何其他行为经该缔约国认为违反本公约的规定者。”《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》^[9]第3条规定,各缔约国应采取可能的必要措施,将下列故意行为确定为其国内法中的刑事犯罪:“生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、过境发送、运输、进口或者出口任何麻醉药品或精神药物。”不难看出,根据上述公约,任何交付毒品的行为均成立犯罪。

[8] 本公约于1985年9月21日对中国生效。

[9] 中华人民共和国政府于1988年12月20日签署本公约,于1989年12月23日交存加入书,公约于1990年11月11日对中国生效。

再如,法国刑法第 222-37 条规定:“非法运输、持有、提供、转让、取得或者使用毒品的,处十年监禁,并处 7500000 欧元罚金。”第 222-39 条规定:“向他人非法转让或提供毒品,供其个人消费的,处五年监禁,并处 75000 欧元罚金。”日本兴奋剂法第 41 条之二第 1 项规定:“擅自持有、转让或者受让兴奋剂的,处十年以下惩役。”第 2 项规定:“以营利目的犯前项之罪的,处一年以上有期惩役,或者根据情形处一年以上有期惩役和五百万元以下罚金。”日本大麻取缔法第 24 条之二第 1 项规定:“擅自持有、转让或者受让大麻的,处五年以下惩役。”第 2 项规定:“以营利目的犯前项之罪的,处七年以下惩役,或者根据情形处七年以下惩役和二百万以下罚金。”此外,日本鸦片法第 52 条、麻醉药品与精神药品取缔法第 66 条与第 66 条之四,也有类似规定。其中的转让,是指将对毒品的法律上的或者事实上的处分权限授予对方,并且,将毒品的持有转移给对方。受让则是转让的反对概念,即从相对方接受对毒品的法律上或者事实上的处分权限,并且接受毒品的持有的转移。

(六)使用毒品罪

使用毒品罪,是指没有法定理由吸食、涂擦、注射毒品以及其他使用毒品的行为。

使用毒品的方法没有限制。对人使用毒品时,主要是指吸食、涂擦或者注射毒品,也包括其他一些使用方法,例如,将毒品加热后吸入蒸汽,将毒品置入人体的某器官内等。对人使用毒品时,其中的“人”包括行为人本人与他人。对动物使用毒品的,也成立使用毒品罪。例如,行为人给自己的家禽注射毒品时,也构成使用毒品罪。日本最高裁判所于 1980 年曾作出判决,认定给马注射兴奋剂以提高马的竞争力的行为,构成使用兴奋剂罪。此外,未经允许在从事研究、制造药品的过程中使用毒品的,也构成使用毒品罪。

使用毒品必须没有法定理由,如果根据法律、法令使用毒品,或者遵照特定医师的医嘱而使用一定的毒品,则不构成使用毒品罪。使用毒品罪只能由故意构成,行为人必须明知自己所使用的是毒品。

第八节 环境犯罪

一、环境犯罪的保护法益

各国刑法都以不同的类型、不同的立法方式规定了环境犯罪,有关环境犯罪的立法被称为环境刑法。

关于环境犯罪的法益,德国、日本等国的刑法理论上主要存在三种学说。

第一,生态学的法益论(环境中心主义的法益论)认为,环境犯罪的法益是生态学意义上的环境本身(水、土壤、空气)以及其他环境利益(动物、植物)。例如,日本学者伊东研祐主张,处罚环境犯罪的目的,并非仅在于恢复环境保全方面被违反的行政规制(确认相关规制的妥当性),还在于使人们对环境保全的伦理感有所觉醒并加以维持(刑罚权行使的伦理形成机能),环境刑法的保护法益是生态系统本身,环境犯罪是侵犯这一意义上的法益的抽象的(一具体的)危险犯。德国环境刑法立法者起初认为,环境媒体(空气、土

壤、水、植物等)或者环境变数本身是环境犯罪的保护法益。^[10] 由于环境犯罪都侵害了环境本身,故环境犯罪属于实害犯。据此,对包含人类在内的整个自然环境的保全存续产生影响的所有改变,都是对环境法益的侵害。

但是,生态学的法益论也存在疑问。例如,为了维护自然环境的循环体系,不得不在某种程度上牺牲人类的利益。在为了保全作为整体的环境的情况下,即使对人的生命、健康产生直接的影响,或者对人的自由、财产造成了侵害,也不属于法益侵害。因此,发展中国家为了确保粮食而进行的开发行为,只要伴随有对存在于开发地域的动植物的生存、地形、景观的变更,就存在法益侵害。进一步而言,即使人将饿死、人类将要灭亡,也必须维持生态环境。可是,保护环境最终还是为了保护人的利益,换言之,环境犯罪的法益必须与人相关联。

第二,人类中心的法益论认为,法益是人格发展的前提条件,只有生命、健康、身体的安全才有成为法益的资格,环境犯罪的保护法益,是人的生命、身体、健康。环境只是因为给人类提供了基本的生活基础,才受到刑法保护,否则人类没有必要保护环境;所以,只能以人类为中心来理解环境犯罪的保护法益。环境自身不是保护法益,只是行为对象;环境刑法的目的与作用在于保护人的生命、身体、健康法益免受被污染的环境的危害,所以,只有人的生命、身体、健康才是环境犯罪的保护法益。据此,环境本身不是保护法益,只有在对人类的生存、健康必要的限度内才受到保护(Hohmann, Hassemer)。换言之,只有当对环境的侵害,间接地侵害了人的生命、身体、自由、财产等传统法益时,才是对法益的侵害。与生命、身体、健康没有关系的环境,即使是一种公共利益,也不是刑法所保护的法益。由于环境犯罪只是对人的生命、身体等造成了危险,故环境犯罪原则上是危险犯;而且,只有当环境污染行为具有间接地侵害人的生命、身体、健康的危险时,才能成立环境犯罪。

从解释论上来说,人类中心的法益论与传统的法益论保持了一致性。可以肯定的是,环境的污染不仅危害现存人的生命、身体、健康,还可能危及尚未出生的子孙后代的生命、身体、健康。如果采取人类中心的法益论,环境犯罪对现存人的生命、身体、健康的法益只是一种危险犯,而对子孙后代则只能是抽象的危险犯。然而,如果说只有当污染环境的行为对人的生命、身体、健康产生了危险才构成犯罪,就必须设定某种客观的标准,亦即,什么样的、何种程度的污染行为才是对人的生命、身体、健康产生危险的行为?日本有学者(斋野彦弥)提出了以下四个标准:(1)一旦污染了就极难恢复,即对环境的侵害具有不可逆性、非恢复性;(2)在损害现实化的场合,对多数人造成严重损害的结果重大性;(3)如果不处罚就容易被模仿,具有同种污染行为被反复实施的诱发性;(4)与其他要因相结合,导致结果发生的复杂性。但是,这样的标准仍然过于抽象。

第三,生态学的人类中心的法益论认为,水、空气、土壤、植物、动物作为独立的生态学的法益,应当得到认可,但是,只有当环境作为人的基本的生活基础而发挥机能时,才值得刑法保护。换言之,只有存在与现存人以及未来人的环境条件的保全相关的利益时,环境才成为独立的保护法益。据此,本说实际上是将保护法益往前移动;其宗旨是,为了人类

[10] 持生态学的法益论的部分学也认为,环境犯罪的法益,不是环境本身或者环境要素、环境媒体,也不是理想的“自然状态”的环境,而是使现状的环境媒体(环境要素)的相互作用的活力发挥机能的,作为自然体系的整体生态系。

的生物学的发展,将危险回避作为共同体的任务。于是,理念的、实际意义的环境刑法的保护法益,是具有作为人类的基本生活基础的机能的环境。简言之,生态学的人类中心的法益论承认环境媒体等生态学的法益,同时认为生态学的法益只有与人类中心的法益相关联,或者与人类中心的法益不相抵触时,才成为保护法益。这种折中的法益论是当今德国的通说。日本也有不少学者采取生态学的人类中心的法益论。例如,今井猛嘉指出,人类只能与生态系统共存荣,生态系统的破坏会直接或者间接引起人类生活水准的恶化。因此,环境刑法的目的,就是防止因人类的各种活动而导致环境遭受不必要的负荷。环境刑法的保护法益有两个方面:一是人的生命、身体机能与财产等相关的利益;二是与此相关联的生态系统的保持。换言之,环境刑法首先应当考虑的是人类的重要利益,但在与人类利益相关的范围内,也应动用刑罚来保证环境保护的利益。^[11]

可以想象,在生态学的法益与人类中心的法益的逻辑关系上,存在两种理解。其一,要求生态学的法益与最终的人类法益具有关联性。换言之,只有能够还原为人的生命、身体、自由、财产的环境法益,才是值得刑法保护的法益。这种理解接近人类中心的法益论。^[12]其二,生态学的法益,只要与人类中心的法益不相抵触,就是独立的法益。这一理解不要求生态学的法益最终与人类中心的法益相关联。据此,对稀有动植物的保护,即使对人类的法益无益,但只要对人类的法益无害,就可以成为生态学的保护法益的内容。问题在于,后一理解中的对人类的法益无害的生态学的法益,究竟与人是什么关系?有人认为,这种法益与人类无关,其本身是一种独立的法益(Rengier);有人认为,这种法益并非与人类无关,而是人享受自然环境的权利(町野朔)。显然,后者的见解又接受了人类中心的法益论。

町野朔不赞成生态学的人类中心的法益概念,而是将环境权作为环境犯罪的保护法益。町野主张“人格的法益概念”,认为法益必须限定为人格的发展前提,只有生命、健康、身体的安全才有资格成为法益;刑法应当保护人免受恶的环境的侵害,而不是保护环境免受恶的人的侵害。刑法处罚环境犯罪不是为了保护环境本身,而是为了人而保护环境。环境本身只是行为对象,而不是保护法益。在町野看来,人享受优美的自然环境的环境权才是环境犯罪的保护法益。这种环境权不是一般的环境伦理,而是个别的环境权,即要求清洁的自然环境、优美的自然景观、物种的多样性、野生动植物的存在等权利。町野的观点与作为通说的生态学的人类中心的法益论的区别主要在两个方面:一是对法益本身存在不同的理解;二是对保护法益的内容存在形式上的表述差异。町野教授认为,环境本身是行为对象而不是保护客体,只是因为人具有环境权,所以,污染环境就侵害了人的环境权。而生态学的人类中心的法益论则认为,保护环境本身便是为了保护人的利益,如果某种环境不符合人的利益,就不可能受到刑法的保护。所以,二者只是表述上的差异,而不是真正的区别。事实上,只要污染了环境,就可以认为侵害了人的环境权。在此意义上说,将环境权作为保护法益与将环境本身作为法益,对处罚范围不会产生明显影响。再者,环境权虽然是个人法益,但却是每一个人都平等享有的权利,任何个人都难以独立地

[11] [日]今井猛嘉:《环境犯罪》,载[日]西田典之编:《环境犯罪と証券犯罪》,成文堂2009年版,第70页。

[12] 实质的区别在于,人类中心的法益论不承认环境本身是法益,而这种生态学的、人类中心的法益论承认环境本身是保护法益,故使水质环境、大气恶化的行为,因为侵害了生态学的法益,而成为侵害犯。

行使这项权利。换言之,只有保护了环境,每个人才能真正享受这项权利。于是,每个人的环境权实际上体现为环境本身这项集体利益。“尽管传统刑法只保护个人权利和价值,但在上个世纪,保护集体利益和价值已日益成为刑法的一个重要任务。”〔13〕

可以肯定的是,国外刑法及其刑法理论不再认为环境犯罪是单纯的秩序违反,而是与伤害罪、盗窃罪、诈骗罪等真正的刑事犯具有同等非难程度的犯罪。

二、环境犯罪的主要类型

德国刑法第324条规定,行为人无权地污染水域或者其他使水质产生不利改变的,构成污染水域罪。关于本罪的保护法益,有一种观点认为,只有受管理的水才是本罪的保护法益;但通说认为,受管理的水与没有受管理的水都是本罪的保护法益。水域包括地面上的水域(地表水)、地下水与海洋。污染水域的行为方式,则没有任何限定,但必须是无权行为。因此,得到有权机关的许可,或者作为所有者而实施的行为,一般成为违法阻却事由。本罪不仅包括从外部可以认定的污染的情形,而且包括导致水质的物理的、化学的或者生物学的性状的恶化,如使水温朝不利的方向上升或者下降,使排水速度朝不利方面改变,都符合本罪的构成要件。但是,如果对水质的改变程度轻微,水质可以自然地恢复原状的,不属于本罪的污染水域与不利改变。根据德国的通说,本罪是结果犯(实害犯或者具体的危险犯),但是,由于污染概念是一个宽泛的概念,故也有学者认为本罪是抽象的危险犯或者具体的·抽象的危险犯(Rogall)。只要行为使水域污染或者使水质产生不利改变,行为人就不得以水域原本受污染等作为辩护理由。德国的判例指出,企业在排水时,超出行政机关规定的界限值,使水质产生不利变化的,就符合水域污染罪的构成要件,不要求证明超出的排水量、有害物质的内容与排放时间、地点。刑法不仅处罚故意的污染水域行为(包括未遂行为),而且处罚过失的污染水域行为。

德国刑法第324a条规定,行为人违反行政法上的义务,使物质进入、渗入或者泄入土壤中,以危害他人、动物、植物健康,或者污染其他有重大价值的财物或者水域的方式,或者在广泛范围内污染土壤或者使土壤作不利改变的,构成污染土壤罪。本条不仅明确规定了行为的结果(污染土壤或者使土壤作不利改变),而且规定了行为内容与方式。故意行为与过失行为都可以成立本罪,未遂犯也受处罚。

德国刑法第325条规定,行为人在设施特别是经营场所或者机器的运转过程中,违背行政法的义务,造成空气改变,足以危害设施范围外的人、动物、植物健康或者其他有重大价值的财物,或者违背行政法上的义务,在设施特别是经营场所或者机器的运转过程中,向设施范围外释放大量有害物质的,构成污染空气罪。根据通说,本罪的保护法益是空气(大气)本身,属于抽象的·具体的危险犯。本罪属于身份犯,使用设施特别是负责经营场所或者机器运转的人,才能成为本罪主体。本罪的行为表现为违背行政法上的义务,造成空气改变或者向设施范围外释放大量有害物质。所谓造成空气改变,是指通过排放粉尘、瓦斯、蒸汽、臭气等,造成了适合侵害设施范围外的人的健康、动物、植物以及其他重大价值财物的状态。换言之,只有对设施范围外的人、动物、植物等造成潜在的危险时,才成立本罪。所谓有害物质,是指损害人的健康、动物、植物或者其他有重大价值的财物的物

〔13〕 [瑞典]汉斯·舍格伦、约兰·斯科格编:《经济犯罪的新视角》,陈晓芳、廖志敏译,北京大学出版社2006年版,第65页。

质,以及持续性地污染或者不利改变水域、空气或者土壤的物质。本罪既可以由故意构成,也可以由过失构成。但是,对各种交通工具(如动力交通工具、铁道交通工具、空中交通工具与水上交通工具)的使用,不适用有关本罪的规定。

德国刑法第 325a 条规定,行为人违背相关行政法上的义务,在设施特别是经营场所或者机器的运转中,造成足以危害设施范围外的人的健康噪音的,或者违背行政法关于防止噪音、震动或者非离子辐射的义务,在设施特别是经营场所或者机器的运转中,给他人的健康、不属于行为人的动物或者具有重大价值的他人财物造成危险的,构成制造噪声、震动、非离子辐射罪。本罪是抽象的·具体的危险犯。无论故意行为,还是过失行为,都可以成立本罪。但是,对各种交通工具的使用,不适用有关本罪的规定。

德国刑法第 326 条规定,行为人在被允许的范围之外,或者以严重违反规定或允许的方式,处理、储存、排放、去除有害废物,或者违反禁止规定或缺乏必要许可,将有害废物输入、输出、通过德国范围,以及违反行政法上的义务,不交出放射性废物的,构成非法处理废物罪。其中的有害废物,包括可能含有或者产生对人或者动物具有公共危险且能传播的毒物或者病原体的废物,具有致癌或者有害生育、改变遗传的废物,具有爆炸危险、自燃或者严重放射性的废物,依其性质、特点与数量,足以持续性地污染或不利改变水域、空气、土壤,或者给动物、植物的生存造成危险的废物。本罪的行为包括三大类:一是违法地处理、储存、排放、去除有害废物;二是走私废物或者使废物通过德国境内;三是应当交出放射性废物而不交出。前两类行为的未遂,也构成本罪;第三类行为仅处罚既遂行为。三类行为都可以出于故意与过失。私人家庭非法处理垃圾的行为,垃圾处理场非法处理垃圾的行为,都有可能成立本罪。为了防止过于扩大处罚范围,德国刑法第 326 条同时设置了最低限度条款,即如果处理的废物数量小因而明显排除了对人、水域、空气、土壤、动物、植物的损害效果的,不得处罚。

德国刑法第 327 条规定,行为人未经批准或者违反禁令,运转(开动)核技术设施,占有或者全部或部分地拆除准备运转或者关闭的核技术设施,明显改变该设施及其运转,或者明显改变使用核燃料的经营场所及其状况的,构成未经许可运转核设施罪。^[14] 德国刑法第 328 条规定,行为人未经批准或者违反禁令,对核燃料进行保管、运输、加工、改造、使用、输入、输出的,以及有义务交出而不交出核燃料,或者向无权者交付核燃料的,构成未经许可处理核燃料罪。^[15] 概言之,未经许可运转核技术设施和未经许可处理核燃料的行为,构成犯罪。由于核技术设施与核燃料是特别危险的危险源,所以,没有经过行政法上的许可的行为,以及违反行政法禁令的行为,都可能构成本罪。上述两罪都是抽象的危险犯,不要求发生具体危险。

德国刑法第 329 条还规定了危害需要保护的区域的犯罪,包括三个不同的构成要件。其一,违反根据联邦环境保护法而公布的法律命令,或者基于该法律命令而颁布的命令,在应当防止空气污染与噪声的特别保护区域,或者在发生空气循环的停滞状态的场合有可能加剧空气污染对环境的恶劣影响的区域,操作设施的行为。本罪的法益是特定区域的空气状态、静谧以及人的健康。本罪属于抽象的危险犯,不要求发生具体的危险。过失

[14] 本条还将非法运转其他危险设施的行为规定为犯罪。

[15] 本条还将非法处理其他放射性物质、危险物质的行为规定为犯罪。

犯也受处罚。本规定可谓刑法第325条的补充规定。其二,在水源或者矿泉保护区域,违反保护水源或矿泉的法令,实施危害水质的行为。本罪的法益是作为环境媒体的水。本罪是抽象的危险犯。过失犯也受处罚。本规定是对刑法第324条的补充规定。其三,违反有关自然保护区、国立公园及其景观的规定,除去、取得、采掘、堆积地下资源或者土壤的其他构成部分,变更、废止河流,排放各种湿地的水,以及开垦森林,因而损害自然保护区、国立公园的重要构成部分的行为。本罪的法益是包含景观在内的自然环境本身。本罪属于侵害犯。过失犯也受处罚。

第二十一章 损害公共信用的犯罪

第一节 本章犯罪概述

经济秩序、交易秩序作为社会法益具有重要意义。为了维护正常的经济秩序、交易秩序,就必须确保经济交易中常用的技术手段的公共信用。例如,货币、有价证券、各类文书、印章等作为技术手段,在社会生活中发挥着重大的作用,必须确保这些技术手段的公共信用。其中,货币、有价证券,作为经济交易的支付、清算手段,具有非常重要的作用;文书、印章作为有关权利、义务关系的证据,以及作为身份关系和其他事实关系的证明手段,也具有相当的重要性。不仅如此,作为新的支付手段的磁卡(如借记卡),已被广泛用于经济生活。这种磁卡似乎既不同于货币与有价证券,也不同于一般的文书与印章,但对人们的经济生活起着巨大作用。在经济生活中伪造(广义)这些技术手段的行为,损害了其公共信用,给社会活动本身产生重大障碍。

也有学者将本章的犯罪称为伪造罪,因为损害货币、有价证券、各类文书、印章、磁卡的公共信用的行为,主要表现为伪造、变造以及使用伪造、变造的货币、有价证券、各类文书、印章、磁卡的行为。不过,即使学者们将本章犯罪称为伪造罪时,依然认为伪造罪所侵害的法益就是公共信用。

第二节 伪造货币罪

一、伪造货币罪概说

关于伪造货币罪的保护法益,刑法理论上存在争议。从刑法学说史上看,首先强调伪造货币罪对国家货币发行权的侵害,因而认为本罪是对国家法益的犯罪,这种观点一直持续到中世纪。资本主义生产关系的发展,使不少学者开始主张伪造货币罪的保护法益是货币的公共信用这一社会法益。现在可以肯定的是,各种学说都承认,货币是经济交易的重要手段,货币的真正性的公共信用,是伪造货币罪的保护法益。问题是,伪造货币罪的保护法益,除了货币的公共信用外,是否还包括国家的货币发行权?例如,行为人擅自制造了货币,而该货币不得被承认因而有效时,是否成立伪造货币罪?^[1]

[1] 日本于1946年进行新旧货币的替换时,所采用的方法是,发给国民相当于100日元的证纸,然后由国民将证纸粘贴在旧币上作为新币使用。行为人将并非通过正规手续获得的证纸粘贴在旧币上,制作成新币。但行为人制作的该新币是完全有效的,可以流通的。

消极说(通说)认为,伪造货币罪的保护法益仅限于货币的公共信用。其中,有的学者强调伪造货币罪对货币作为交易手段的信用侵害,主张以货币是否有效来区分是否伪造。因为只要货币是有效的,对于使用者等人而言,就没有蒙受损失。有的学者认为,损害货币的公共信用的行为,除了制作无效的假货币外,还包括使人们对国家的货币制度产生重大疑问的行为。即使擅自制作的货币是有效的、可以流通的,也属于伪造货币。因为即使从结局上看所制作的货币是有效的,但当制作行为使人们对货币的真正性产生疑问,导致侵害了国民对货币制度的信用时,是值得科处刑罚的。换言之,即使伪造货币后,由于某种原因事实上不能使该伪造的货币无效,但也不能否认伪造行为具有侵害货币的公共信用的抽象危险性。

积极说认为,除了货币的公共信用外,国家的货币发行权也是伪造货币罪的保护法益。因为国家是通过独占货币发行权以维护货币信用的,而且,国家为了维护经济安全也必须规制货币的发行量。如果第三者任意发行货币,就妨碍了国家的利益与任务。但是,如何理解国家的货币发行权,也不是没有疑问的。有的学者将国家的货币发行权理解为国家的威信与权力;有的学者认为,国家的货币发行权,是指国家调节货币发行量的金融政策权限。据此,上述擅自制作有效的货币的行为,也成立伪造货币罪。

关于伪造货币罪的保护法益之争还涉及另一重要问题,即伪造外国货币的是否成立伪造货币罪?有的学者站在世界主义的立场上,主张伪造货币罪的保护法益只是货币的公共信用或者交易安全,因此,行为人不管是伪造国内货币,还是外国货币,也不问行为的时间、场所以及行为人的属性,都应当给予相同的处罚(Maurach)。有的学者则站在本国主义的立场,刑法规定的伪造货币罪,是仅指伪造本国货币的犯罪,因而保护法益包括国家的货币发行权。

伪造货币罪主要有以下具体犯罪:伪造货币罪(狭义)、行使伪造的货币罪、伪造货币预备罪。

二、伪造货币罪(狭义)

伪造货币罪,是指意图供行使之用,伪造或者变造通用的货币的行为。

(一)对象

伪造货币罪的对象是通用货币。德国刑法理论认为,货币是在特定地域中,作为经济活动、交易行为的主要支付手段,由共同认可的机关统筹发行的,在该地域内具有普遍的流通性,并具有确信之效力的媒介。在一些刑法典中,“货币”一词有广狭二义:广义的货币包括硬币、纸币与银行券,狭义的货币仅指硬币。作为伪造货币罪对象的货币,一般是指广义的货币。硬币,是指金属货币;纸币,是指由政府或者其他发行权者所发行的代替硬币的货币;银行券,是指政府授权的特定银行所发行的代替货币的证券。

货币必须具有通用性,即必须是有强制通用力的货币;只要具有强制通用力,即使国家已经停止印制或者发行,也属于通用货币,因此,通用并不等于事实上的流通。通用货币的强制通用力并不以永久通用或全国通用为限,即使限于特定时间或特定地区通用的货币,也能成为本罪对象。问题是某种货币的通用期限已满,但处于兑换期间时,该货币是否通用货币?一种观点认为,由于该货币可以兑换成今后通用的货币,故应认为是通用货币。另一种观点认为,既然已经过了通用期限,就表明没有强制通用力,因而不能认为是通用货币。从形式上说,后一种观点有道理;但从实质上说,前一种主张具有合理性。

至于绝对没有强制通用力的古钱与废币,则无疑不属于通用货币。

伪造货币是否包括伪造外国货币,取决于各国刑法的规定。日本刑法分别规定了伪造货币罪、行使伪造的货币罪与伪造外国货币罪、行使伪造的外国货币罪,大体可以认为,日本刑法理论关于伪造货币罪的保护法益的争论,主要围绕伪造本国货币的犯罪展开。德国刑法第146条规定了伪造货币罪,其第152条规定,伪造外国货币的行为,也适用第146条的规定。根据德国刑法理论的通说,虽然外国货币不具有本国的法定货币的资格,但其并不因此丧失货币的本质。法国刑法将伪造、变造在法国具有法定通用力或者由法国或国际机构发行的具有法定通用力的货币规定为一种犯罪,另将伪造、变造不再具有法定通用力或者不被认可的法国货币或者外国货币规定为一种较轻的犯罪。

(二) 行为

伪造货币罪的行为,是伪造或者变造货币的行为。有的国家刑法将伪造货币与变造货币规定为不同的犯罪,如瑞士刑法;大多数国家刑法则将伪造与变造规定为一个犯罪,如德国、法国、意大利、日本等国刑法均是如此。

伪造,是指没有货币发行权的人,印制外观上足以使一般人误认为是真币的假币。首先,伪造者是没有货币发行权的人。其次,伪造的方法没有限制,例如,将古钱进行加工、将银行券复印后再加工等。最后,所伪造的货币必须在外观上与真币极为相似,使一般人依通常收受货币的习惯不易发现其为伪币;或者说,只有加以特别注意或者具有专业知识的人才能发现其为伪币。当然,这里只要求外观相似,不要求与真币完全相同。如果行为人印制不可能使一般人误认为是真币的仿制品的,不属于伪造货币,只能称为模造(仿造),不构成伪造货币罪。^[2]但是,如果行为人以伪造货币的故意,着手实行伪造货币的行为,由于技术拙劣,而未能制造出使一般人误认为是真币的假货币的,则成立伪造货币的未遂犯。

伪造货币罪的行为是否仅限于模仿真币进行伪造,在理论上存在争议。例如,国家并没有发行票面价值为20元的货币,但行为人伪造了这种货币。少数观点认为,如果不存在对应的真货币,就不可能使人误以为是真货币,故这种行为不成立伪造货币罪。也有学者认为,虽然伪造货币要求有对应的真货币,但这种行为也成立伪造货币罪。因为只要行为人伪造的货币与真货币相似,就属于有对应的真货币。再如,国家现在没有发行票面价值500元的货币,但预定不久的将来发行这一面额的货币。行为人在国家发行前伪造票面价值500元的货币的,由于与预定发行的货币相对应,故仍然成立伪造货币罪。德国、日本的通说认为,只要制作了足以使一般人误以为是真币的假币,就成立伪造货币罪,而不要求存在与之相对应的真币。事实上,在受保护的货币中,有许多一般人不熟悉的货币,特别是各种纪念硬币,一般人并不熟悉其名称与形态,如果要求存在与之相对应的真币,则不利于保护货币的公共信用。德国判例曾将行为人伪造实际上并不存在的票面价值20马克的行为认定为伪造货币罪(RGSt 58,564)。在欧盟发行欧元前,德国刑法理论就伪造预定将来发行的欧元的行为进行了讨论,通说认为,对这种行为应当以伪造货币罪论处。

[2] 日本在特别刑法中将模造货币的行为规定为犯罪,法国刑法、瑞士刑法在伪造货币罪之外规定了模造货币罪(制造与货币符号具有相似性的物品、印刷品或者样票的行为)。

变造,是指没有货币发行权的人,对真正的货币进行加工,使其价值等发生改变的行為。变造必须是对真币进行加工,而且没有损害货币的同一性;如果行为人对废币进行加工,则是伪造;行为人不仅加工,而且破坏真币的原形,如溶解硬币,另铸新币的,也属于伪造,而不是变造。变造的结果是使真币的价值改变,除了直接增加票面价值外,还可能是不改变票面价值只增加货币的数量,如将九张货币拼凑成十张货币。再如,行为人将面额1000日元的纸币的表里分开后形成两张,在没有印刷符号的白面贴上白纸,形成两张1000日元的纸币,法院认定为变造货币罪。又如,行为人将面额100日元的银行券加工成面额为500日元的银行券,判例认定为变造,但不少学者主张认定为伪造。因为对于银行券的同一性而言,面额是最重要的要素,如果改变了面额,就使银行券丧失了同一性。德国、瑞士、意大利等国刑法规定,变造的结果必须是使真币的价值增高;奥地利、日本等国刑法对此没有明文规定,刑法理论认为,使票面价值减少的行为也不失为变造,但实际上没有出现过这样的案件。就金属币而言,使金属量减少的行为,也是变造。变造也必须是在外观上足以使一般人误认为真币。

(三)主观要素

伪造货币罪只能由故意构成,故意的内容是对自己伪造或者变造货币的事实具有认识与容认态度。但是,德国、奥地利、瑞士、日本等国刑法规定,构成本罪除了具有故意之外,还要求有特定的目的。德国刑法规定必须“具有使其作为真正的货币进入流通或者使其进入流通成为可能的意图”,奥地利刑法规定必须“意图将其作为真币使用”,瑞士刑法规定必须“意图将其作为真币流通”,日本刑法规定必须“以行使为目的”。在日本,刑法理论没有争议地将“以行使为目的”解释为“以将伪造的货币作为真正的货币置于流通为目的”。故可以认为,上述几国刑法的规定的实质内容相同:都是以行使的目的或者以将所伪造、变造的货币,作为真正的货币进行流通的目的。行使目的不仅包括以行为人自己行使为目的,还包括介入他人进行流通的目的。如果行为人出于行使以外的目的(如以作为学校的教材为目的),则不构成伪造货币罪。意大利刑法规定,向伪造货币者或者中间人购买或者以任何方式接受伪造、变造的货币的,只有具有将其置入流通的目的,才构成犯罪。^[3]

例如,日本邮政局的职员盗窃了邮政局保管的现金后,以掩盖盗窃犯罪为目的伪造了银行券,并将伪造的银行券混入邮政局保管的现金中。如果说只是为了避免检查,还不能认定有行使目的,但是,只要有导致不知情的其他人使用伪造的银行券的可能性,行为人对此有认识,就能认定行为人具有行使的目的。

三、行使伪造的货币罪

广义的行使伪造的货币罪,是指行使或者以行使为目的的交付、取得(接受)或者输入伪造、变造的货币的行为。

(一)对象

行使伪造的货币罪的对象,是伪造、变造的硬币、纸币或银行券。在日本,只要所行使的货币属于伪造、变造即可,而不问伪造者、变造者是否以行使为目的,也不问伪造、变造的行为人是谁。例如,行使以作为学校教材为目的而伪造的货币的,都构成本罪。但在德

[3] 但是,意大利刑法、法国刑法则不要求行为人以行使为目的。

国,所行使的必须是以置于流通为目的而伪造、变造的货币。

(二)行为

行使伪造的货币罪的行为,主要表现为四种情况:行使,以行使为目的交付,以行使为目的取得,以行使为目的输入。

行使,是指将伪造、变造的货币作为真正的货币进行流通。例如,用伪造、变造的货币购买商品,兑换成其他货币,作为保证金提供给他人,等等。使用行为本身合法与否,不影响本罪的成立。将伪造、变造的货币作为真币赠与给他人也构成行使。但是,为了证明自己的经济能力而向他人出示伪造、变造的货币的行为,不是行使;将这种假币作为标本进行出卖的,也不是行使。行使的对方必须是不知情的人,着手行使时立即被对方发现为伪造、变造的货币的,成立本罪的未遂。存在争议的是,在自动贩卖机上使用伪造货币的,是否成立行使伪造的货币罪?对此一般持肯定回答(日本判例),但是,只有当他人从自动贩卖机中取出后可能将其作为真币使用的,行为人才属于以行使目的的伪造货币。如果投入自动贩卖机中后购买了商品,但他人取出时不可能作为真币使用的(如普通铁片不可能使一般人误以为是真币),则不成立伪造货币罪,仅成立盗窃罪。也有学者认为,行使的对象必须能够认识到是伪造的货币,所以,一看便明知是假币却以使用真币那样的动作在自动贩卖机上使用的,不属于行使伪造的货币罪。^[4]

交付,是指向知情的对方交付伪造、变造的货币的行为。知情包括两种情况:一是对方已经知道行为人交付的是伪造、变造的货币;二是行为人告诉对方是伪造、变造的货币而交付。交付既可能是有偿的,也可能是无偿的。交付伪造的货币罪,实际上是行使伪造的货币罪(狭义)的教唆、帮助行为;由于刑法将其规定为独立的犯罪,故接受者行使伪造、变造的货币时,交付者就不成立行使伪造的货币罪的教唆犯或帮助犯。至于伪造货币罪的共犯人相互分配所伪造、变造的货币的行为,则不另成立交付伪造的货币罪。

取得,是指以置于流通为目的,取得伪造、变造的货币的行为。德国、日本、奥地利等国刑法规定了取得伪造的货币罪。

输入,是指以置于流通为目的,从国外输入伪造、变造的货币的行为。奥地利、瑞士等国刑法规定了输入伪造的货币罪。根据日本的判例与通说,在船舶输入的场所到岸起货时是既遂,航空器输入的场所着陆后从航空器搬出时是既遂。但也有者认为,只要船舶进入领海、航空器进入领空就构成既遂。

此外,法国刑法规定了持有伪造、变造的货币罪,意大利刑法规定了持有专门用于伪造、变造货币的水印或工具的犯罪。

[4] 日本刑法第148条规定的行使伪造的货币罪的法定刑为“无期或者三年以上惩役”,未遂犯也应当处罚;第152条还规定了取得伪造的货币后知情行使罪,亦即,取得伪造的货币后,知道是伪造的货币而使用的,仅处罚金或者科料。这种行为虽然也符合诈骗罪的构成要件,但通说、判例认为诈骗罪被本罪吸收。因为如果认定为诈骗罪,对取得伪造的货币后知情使用罪特别从轻处罚的旨趣就被淹没了。例如,山口厚指出:“在使用伪造的货币购买商品等场合,仅成立行使伪造的货币罪,诈骗罪被该罪吸收,而不再成立诈骗罪。这是因为,在使用伪造的货币的场合,如果肯定诈骗罪的成立,那么,就取得伪造的货币后知情使用罪而言,也要成立诈骗罪,于是便淹没了取得伪造的货币后知情使用罪从轻处罚的旨趣。”([日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2010年第2版,第425页)。需要注意的是,本罪中的取得,仅限于以合法方法获得。如从银行取钱时取出了假币,购买商品时对方找零时给了假币等。如果行为人窃取、骗取、购买伪造的货币后再使用的,则不认定为本罪,而是认定为行使伪造的货币罪。

值得研究的一个问题是,甲向不知情的对方乙交付伪造、变造的货币,并令乙购买商品时,成立何罪?第一种观点认为,甲构成行使伪造的货币罪,因为交付伪造的货币罪必须是向知情的对方交付,但乙并不知情。换言之,甲将伪造的货币交付给乙购物,如同将伪造的货币投入自动贩卖机一样。根据这一观点,甲将伪造的货币交付给乙时,就成立行使伪造的货币罪的既遂。第二种观点认为,甲构成行使伪造的货币罪的间接正犯,因为甲是利用不知情的人行使伪造货币。根据这一观点,乙将伪造的货币置入流通时,甲才成立行使伪造的货币罪的既遂。第三种观点认为,甲构成交付伪造的货币罪,因为行使是直接进行流通,而交付是间接进行流通,上述行为正属于后者。三种观点都有道理,但较多的人是赞成第一种观点。

(三) 主观要素

本罪只能是由故意构成,其中,交付、取得、输入伪造货币罪除了要求有故意之外,还要求有行使的目的。不以行使为目的的交付、取得、输入伪造、变造的货币的行为,不构成本罪。^[5]

(四) 罪数

伪造、变造货币的行为人,又行使所伪造、变造的货币的,构成伪造货币罪与本罪的牵连犯(在没有牵连犯概念的国家,会被认定为想象竞合犯)。争论的问题是,甲以伪造、变造的货币冒充真币使用,从而取得财物或者财产上利益时,应当如何处理?日本的判例与通说认为,甲的行为只成立行使伪造的货币罪,诈骗罪被此罪吸收。理由主要有两点:首先,行使伪造的货币时,一般要出现诈骗的事态,立法者在规定行使伪造的货币罪时,已经预定了它们之间的这种关系,故不另成立诈骗罪。其次,行使伪造的货币罪的法定刑重,认定它与诈骗罪之间存在吸收关系,不会造成刑罚不均衡的现象。少数说认为,上述甲的行为成立行使伪造的货币罪与诈骗罪的牵连犯。因为这两个罪的性质不同,一个是对社会法益的犯罪,另一个是对个人法益的犯罪,不可能成立吸收关系,只能是一种牵连关系。

四、伪造货币预备罪

由于伪造货币罪是十分严重的犯罪,故许多国家的刑法处罚伪造货币的预备行为。

伪造货币预备罪,是指以供伪造、变造货币之用为目的,准备器械或原料的行为。德国刑法对预备犯的处罚实属例外,但不管是在德国还是日本,对伪造货币预备罪的规定具有特色。例如,德国刑法第83条第1款规定:“预备实施针对联邦的特定的叛乱行为的,处一年以上十年以下自由刑。”其中的“预备”行为没有确定的范围。但德国刑法第149条对伪造货币预备罪的构成要件规定得相当详细,预备行为的内容十分具体。再如,日本刑法原则上也不处罚预备犯,处罚预备犯时,一般也没有规定预备行为的内容。如日本刑法第199条规定了杀人罪,第201条规定:“以犯第一百九十九条之罪为目的进行预备的,处二年以下惩役,但可以根据情节免除刑罚。”然而,日本刑法对伪造货币预备罪,则规定了行为内容,其第153条规定:“以供伪造、变造货币、纸币或者银行券之用为目的,准备器械或者原料的,处三个月以上五年以下惩役。”于是,理论上对伪造货币预备罪的性质就

[5] 法国、日本等国刑法另规定了取得后知情行使罪。即行为人取得时不知道是伪造的货币,因而不成立取得伪造的货币罪,但知道是伪造的货币后却行使了该货币的,则成立取得后知情行使罪。根据通说,取得后知情行使伪造的货币的,排除诈骗罪的适用。

产生了争议。一种观点认为,本罪是将伪造货币罪的预备行为的一部分规定为独立的犯罪,这是日本判例和部分学者的主张。根据这种观点,在甲为乙伪造货币准备工具时,只要乙没有着手实行伪造货币的行为,甲既不成立伪造货币预备罪,也不成立伪造货币罪的帮助犯。另一种观点认为,本罪是将伪造货币罪的预备行为以及帮助行为的一部分规定为独立的犯罪,据此,上述甲的行为成立伪造货币预备罪。后一种观点是德国刑法理论的通说,日本也有许多学者赞成这种观点。

伪造货币预备罪的对象是供伪造、变造货币所用的一切工具;行为表现为准备、交付上述工具的行为;行为人主观上必须是以供伪造、变造货币之用为目的,以供他人伪造、变造货币之用为目的也不影响本罪的成立。根据德国刑法理论的通说,行为人实施预备行为后又着手实行的,不另认定为伪造货币预备罪。^[6]

第三节 伪造有价证券罪

一、伪造有价证券罪概说

有价证券作为一种经济交易手段起着重要作用,刑法为了确保公众对有价证券的信任与信赖,特别规定了伪造有价证券的犯罪。本来,有价证券也是文书的一种,故法国旧刑法、日本旧刑法将其规定在伪造文书罪中。现在多数国家都将伪造有价证券罪从伪造文书罪中独立出来,因而可以认为,伪造有价证券罪是伪造文书罪的特别罪。

关于伪造有价证券罪的保护法益,理论上有两种主张:一是主张其保护法益为社会对有价证券的信用;二是主张其保护法益是蒙受了伪造的有价证券损害的被害者的财产利益。现在一般持前一种主张,因为根据后一种主张,只有当伪造有价证券的行为造成了他人财产上的损失时才构成犯罪,这不仅不符合实际,而且使伪造有价证券罪的性质由侵害公共信用的犯罪变为侵犯财产的犯罪。

伪造有价证券罪的具体类型主要有:伪造有价证券罪(狭义)、虚伪记载有价证券罪、行使伪造的有价证券罪。

二、伪造有价证券罪(狭义)

伪造有价证券罪,是指以行使为目的,伪造、变造有价证券的行为。

(一)对象

伪造有价证券罪的对象是公债券、政府的证券、公司的股票、旅行支票以及其他有价证券。有价证券是表示财产权利的证券,权利人行使或者处分证券上所表示的权利,就必须占有该证券。有价证券通常具有一定的流通力,可以在市场上流通,在性质上与通用货币有相似之处,故德国刑法将特定的有价证券视为货币进行保护。^[7]

[6] 德国刑法理论的通说认为,规定伪造货币预备罪的法条与规定伪造货币罪的法条之间,属于法条竞合中的补充关系。

[7] 德国刑法以不同的条文分别规定了伪造货币罪与伪造有价证券罪,但在一个条文中规定了伪造货币和伪造有价证券的预备罪。

有价证券与通用货币存在区别:首先,有价证券既可能是由政府发行,也可能由私人发行;货币则只能由政府发行。其次,有价证券虽然通常具有流通性,但也可能没有流通性(商法上强调有价证券的流通性,刑法上的有价证券不以具有流通性为必要);货币则均具有强制通用力。最后,有价证券虽然在事实上有时可以直接代替金钱,但在法律上只是财产权利的证书;货币在事实上与法律上都是直接代替金钱的。

有价证券通常有:公债券、政府的证券、公司的股票等。公债券是公共机关发行的证明债务的证书,分为国家债券与地方债券。政府的证券是以政府名义发行的有价证券。股票是由公司发行的表示股东地位的证券。除此之外,支票、货物兑换券、仓库证券、商品券、火车票、赛马券、赛车券、奖券,以及外国政府或外国公共团体发行的公债证书等,都是有价证券。^{〔8〕}至于合同证书、邮局存款的存折、收据、邮票、^{〔9〕}高尔夫会员证等则不认为是^{〔10〕}有价证券。

(二)行为

伪造有价证券罪的行为,是以行使为目的,伪造、变造有价证券的行为。

伪造,是指没有制作权限的人,冒用他人的名义制作有价证券的行为。首先,要求行为人是没有制作权限的人;但是,具有制作有价证券的一般权限的人,超出其权限范围随意制作有价证券的,也属于伪造。其次,要求冒用他人名义。这里的他人,通常是真实的人,但也可以是虚构的人。冒用他人名义时,可能冒用他人的印章、署名等,这种行为属于伪造有价证券罪的构成要件所预想到了的行为,不另构成独立的犯罪,而是被伪造有价证券罪吸收。最后,必须有制作行为,且制作成外观上使一般人误认为是真实的有价证券的虚伪证券,至于采取何种伪造方法、虚伪证券是否具备法律上的有效形式与要件、其记载的内容与事实是否相符合,均不影响伪造的成立。

变造,是指没有权限的人,对真实的他人名义的有价证券擅自进行变更的行为。例如,对真实的有价证券上的日期、金额等进行更改,就是典型的变造。^{〔11〕}但德国刑法规定的变造有价证券的行为,仅限于使有价证券面额增加的情形。所变造出的有价证券即使^{〔11〕}在法律上是无效的,也不影响变造的成立。但是,如果行为人更改了真实有价证券的本质部分,制作成新的有价证券,则不是变造,而是伪造。例如,将没有中奖的奖券进行变更,使之成为中奖的奖券,就是伪造。变造的对象,只限于他人名义的有价证券;变更自己所有的自己名义的有价证券就不构成犯罪;变更他人所有的自己名义的有价证券则属于毁灭罪。

〔8〕 但有的国家(如德国、瑞士、奥地利等)刑法所规定的伪造有价证券罪,仅限于伪造官方的有价证券。

〔9〕 瑞士刑法规定的伪造有价证券罪,包括伪造邮票的行为。奥地利刑法规定,能够证明费用或者税款已经支付的官方印章,视同官方的有价证券。

〔10〕 日本最高裁判所1991年4月5日的判决曾认为,电话磁卡属于有价证券。刑法理论上,有的学者对该判决结论持否定态度(西田典之、山口厚等);有的学者对该判决结论持肯定态度,但肯定的理由不同:有人认为,电话磁卡的可读部分是有价证券;有人认为,电话磁卡的磁气部分是有价证券;有人认为,可读部分与磁气部分作为一体成为有价证券。但是,日本于2001年修改刑法时,增加了有关支付用磁卡的电磁记录的犯罪。伪造、变造电话磁卡的行为,成立支付用磁卡电磁记录的不正当制作罪。

〔11〕 日本最高裁判所1991年4月5日的判决指出,擅自篡改电话磁卡的电磁信息部分所记载的可能通话的度数的行为,属于变造有价证券。

(三) 主观要素

伪造有价证券罪由故意构成,行为人对伪造、变造有价证券的事实具有认识、容认的态度。除此之外,行为人还必须具有行使的目的,即具有将伪造、变造的有价证券作为真正的有价证券予以使用(或者置于流通)的目的,包括以行为人自己使用为目的与以使他人使用为目的。

三、虚伪记载有价证券罪

虚伪记载有价证券罪,是指以行使为目的,对有价证券进行虚伪记载的行为。

本罪的对象是有价证券。这里的有价证券不一定是法律上有效的有价证券,也可能是他人伪造的有价证券,只要被一般人误认为是真正的有价证券即可。

本罪的行为是以行使为目的,对有价证券进行虚伪的记载。有一种观点认为,所谓虚伪记载,是指违反有价证券真实性的一切记载,无论是以自己名义记载,还是以他人的名义记载。但是,在以他人名义记载的场合,只能是就有关背书、保证等附随的证券行为进行虚伪记载,如果就有关发行、使用等基本的证券行为进行虚伪记载,则是伪造有价证券罪。通说则认为,虚伪记载是指具有制作权限的人,违反有价证券的真实性的记载,无论是就有关附随的证券行为的虚伪记载,还是就有关基本的证券行为的虚伪记载,都属于虚伪记载有价证券的行为。行为人既可以是对既存的有价证券进行虚伪记载,也可能在制作新的有价证券时进行虚伪记载。

虚伪记载有价证券罪由故意构成,行为人除了具有一般的故意内容外,还必须具有行使的目的,这里的行使目的,不以置于流通为必要,只要求是使虚伪记载的有价证券作为真正的有价证券发挥作用的目的。

四、行使伪造的有价证券罪

广义的行使伪造的有价证券罪,是指行使、出卖以及以行使为目的交付、取得、输入伪造、变造或虚伪记载的有价证券的行为。

本罪的对象是伪造、变造或者虚伪记载的有价证券。这种有价证券是否由行为人自己伪造、变造或做虚伪记载,在所不问;行为人或者他人伪造、变造、虚伪记载有价证券时,是否具有行使的目的,也与本罪成立无关。

概言之,本罪大体包括行使、出卖以及以行使为目的交付、取得、输入等行为。所谓行使,是指将伪造、变造的有价证券作为真正的有价证券、将虚伪记载的有价证券作为真实记载的有价证券进行使用。与行使伪造的货币罪不同,本罪不要求置于流通。^[12] 行为人将伪造的有价证券给他人看以证明自己的经济能力时,也认为是行使。出卖,是指将伪造、变造的有价证券作为真实的有价证券而有偿转让的行为。^[13] 交付,是指告知对方是伪造、变造或虚伪记载的有价证券而给与对方。取得,是指有偿或者无偿获得伪造、变造或者虚伪记载的有价证券的行为。输入,是指将伪造、变造或者虚伪记载的有价证券从国外输入到国内。上述行为都只能是故意实施的,但行为人在交付或输入伪造、变造或虚伪记载的有价证券时,还必须以行使为目的,否则不构成本罪。

[12] 日本最高裁判所1991年4月5日的判决指出,将变造的电话磁卡插入磁卡式公用电话机使用的行为,属于行使变造的有价证券。

[13] 如果刑法没有规定出卖行为,则出卖行为属于行使行为。

伪造有价证券罪、虚伪记载有价证券罪的犯罪人,又行使伪造、变造、虚伪记载的有价证券的,与本罪成立牵连犯(在没有规定牵连犯的国家会认定为想象竞合)。行为人以行使为目的,向他人交付数张伪造的有价证券或者输入数张伪造的有价证券时,属于想象竞合。行为人行使伪造、变造、虚伪记载的有价证券、骗取他人财物或者财产性利益的,除成立行使伪造有价证券外,还成立诈骗罪,二罪为牵连犯(在没有规定牵连犯的国家会认定为想象竞合)。因为有价证券不一定具有流通性,行使有价证券是遵从有价证券的用法进行使用,故行为人行使伪造有价证券时,就不一定伴有诈骗行为,应当认为立法者在规定行使伪造有价证券时,没有预想其包括诈骗罪。另外,行使伪造有价证券与诈骗之间,存在通常的手段与结果的关系,所以应当认为是牵连犯。

第四节 有关支付用磁卡电磁记录的犯罪

一、本节犯罪概说

德国刑法第152a条规定了有关支付用磁卡的犯罪,即行为人为了在法律交往中进行欺骗或者为了使欺骗成为可能,伪造、变造本国或者外国的支付用磁卡,为自己或者第三者取得、出卖、交付或者使用伪造、变造的支付用磁卡的行为,构成犯罪。

日本于2001年修改刑法时,增设了第十八章之二“有关支付用磁卡的电磁记录的犯罪”,其内容是对不正当制作支付用磁卡的电磁记录,将不正当制作的支付用磁卡的电磁记录提供给他人使用,持有不正当磁卡记录的磁卡,准备不正当制作支付用磁卡电磁记录等行为规定为犯罪。

之所以增设本章,显然是因为随着信用卡等支付手段的广泛普及,利用支付用磁卡进行犯罪的现象大量增加。而刑法规定的伪造有价证券罪、行使伪造的有价证券罪,难以包含不正当制作支付用磁卡电磁记录的各种犯罪。再者,将不正当制作支付用磁卡电磁记录等行为,按伪造有价证券等罪处理,也使刑罚过重。此外,不正当获取他人磁卡信息的行为十分猖獗,也需要由刑法规制。

二、犯罪类型

日本刑法所规定的犯罪类型,完全包含了德国刑法所规定的犯罪类型,下面以日本刑法规定的犯罪类型为例予以论述。

(一)支付用磁卡电磁记录的不正当制作等罪

支付用磁卡电磁记录的不正当制作等罪,客观上包含四种行为类型:一是不正当制作供他人财产上的事务处理使用的电磁记录,且该电磁记录构成信用卡或者其他有关价款或者费用的支付用磁卡;二是不正当制作构成提取存款使用的磁卡的电磁记录;三是将不正当制作的上述电磁记录提供给他人用于财产上的事务处理;四是出让、出借或者进口以不正当制作的上述电磁记录作为其构成部分的磁卡。

支付用磁卡包括两大类:一类是信用卡以及其他用于支付费用、代价的磁卡;另一类是储蓄卡(现金卡)。不正当制作,是指没有制作权限或者滥用制作权限而制作有可能提供给他人处理财产事务时使用的支付用磁卡的电磁记录,并且该电磁记录与磁卡连为

一体。如果仅仅不正当制作了与磁卡相分离的电磁记录,则成立本罪的未遂犯或者预备犯。另外,不正当制作的电磁记录必须具有可供现实使用的内容,但不要求具备真正的磁卡的外观。提供使用,是指将不正当制作的支付用磁卡的电磁记录提供给他人用于财产上的事务处理。只要行为人为了使他人用于财产上的事务处理,而将不正当制作的支付用磁卡置于可以在被使用的电子计算机中使用的状态,电磁记录的内容可以通过电子计算机读取时,就属于提供使用的既遂。出让与出借,都是指将以不正当制作的电磁记录作为其构成部分的磁卡交付他人的行为。不同的是,出让是指将磁卡的处分权转移给对方,而出借只是许可对方使用磁卡。至于对方是否知道所接受的磁卡为不正当制作的磁卡,则不影响出让与出借的成立。进口,是指将不正当制作的磁卡从外国运入国内的行为。所进口的不正当制作的磁卡必须是可供使用的完成品,进口未完成品的不成立本罪。

支付用磁卡电磁记录的不正当制作等罪,主观上出于故意,并必须以使他人财产上的事务处理出现错误为目的,故本罪属于目的犯。即使行为人并无提供给他人用于财产上的事务处理的目的,但如果行为人认识到最终会有人提供给他人使用,则可以认定存在本罪的目的。利用支付用磁卡所具有的现金贷款功能的目的时,也属于具有本罪的目的。

(二)持有不正当电磁记录的磁卡罪

持有不正当电磁记录的磁卡罪,是指以使他人财产上的事务处理出现错误为目的,持有不正当电磁记录的磁卡的行为。持有,是指对磁卡的事实上的支配。行为人所持有的必须是不正当电磁记录的磁卡(完成品)。之所以将这种行为规定为犯罪,是因为不正当制作的支付用磁卡有反复使用的可能性,故持有行为造成法益侵害的危险性很大;而且,由于不正当制作的支付用磁卡的内容和外观与真正的磁卡没有区别,在机器上使用难以发现。

(三)准备不正当制作支付用磁卡电磁记录罪

准备不正当制作支付用磁卡电磁记录罪,是指以供不正当制作支付用磁卡电磁记录的犯罪行为使用为目的,而实施的各种准备行为。准备行为的内容如下:(1)取得供他人用于财产上的事务处理的电磁记录的信息。取得,是指通过从磁卡上复制等手段将该信息转移为自己的支配下(如通过速读而获取磁卡信息等)。(2)知情而提供上述信息。提供,是指将磁卡信息置于对方可以利用的状态的行为(如将记录了磁卡信息的记录媒体交付给对方,通过网络向他人发送磁卡信息等)。(3)保管不正当取得的上述信息。保管,是指将磁卡信息置于自己的实力支配下(如将磁卡信息保存在硬盘中)。(4)为不正当制作支付用磁卡电磁记录而准备器械或者原料。器械、原料,是指客观上可能用于不正当制作支付用磁卡电磁记录的磁卡使用的一切东西。准备,是指通过购买、制作器械、原料等,使之置于可以经由利用而达到目的的状态的行为。

第五节 伪造文书罪

一、伪造文书罪的基本问题

(一)保护法益

广义的伪造文书罪,是指伪造、变造文书、制作虚伪文书以及使用伪造、变造的文书或

者内容虚伪的文书的行为。

关于伪造文书罪的保护法益,刑法理论上存在争论。公共信用说认为,伪造文书罪的保护法益是文书的公共信用。文书作为维持社会生活的手段具有重要意义,因为文书不仅表示法律上的权利义务关系,而且表示以经济交易关系为首的各种重要的事实关系,或者说是证明上述关系的重要手段。刑法规定伪造文书罪,就是为了保护这种具有重要意义的文书的公共信用。由于伪造文书罪所侵害的是文书的公共信用,因此,本罪的成立只要求行为对文书的公共信用产生侵害的危险,^[14]而不要求现实发生侵害财产的结果。这是日本的通说。此说受到的批判是,信用并非伪造文书罪的固有法益,伪造文书罪可能使各种各样的法益危险化。

交易安全说认为,伪造文书罪的保护法益是法律交易(交往)与证明过程的安全和信赖。因为文书与货币、有价证券一样,是法律的、经济的交易手段。对这种手段的真正性或者真实性的公共信用的保护,旨在保护法律交易与证明过程的安全和信赖。这是德国的多数说(学者们的表述不完全相同^[15])。不过,在德国,“交易”的内容是作为多种利益的集合来理解的。^[16]

预备罪说认为,伪造文书罪的保护法益不具有统一特征,其可能侵害的法益是多种多样的,所以,伪造文书罪的法益,是通过行使伪造的文书所可能侵害的某种法益。换言之,伪造文书罪,是行使伪造的文书罪或者以行使为手段的其他犯罪的预备行为(Liszt、宫本英修)。预备罪说与交易安全说的实质差异表现在两个方面:其一,是否使用“法律交易与证明过程的安全和信赖”这样的表述;其二,是着眼于保护客体(利益自身),还是着眼于使保护客体危险化的行为。

文书机能说认为,伪造文书罪的保护法益是文书的机能。其中,有的学者重视文书的意思表示机能(正田满三郎),有的学者重视文书的证明机能(泉二新熊、平野龙一),有的学者重视文书所具有的使意思表示持续性地固定化的机能(川端博),有的学者重视意思表示与意思表示者相对应的机能即保证机能(Samson、林幹人)。其实,文书机能说并不完全否认公共信用说与交易安全说,而是旨在使交易的内容明确化。

对伪造文书罪的保护法益理解不同,必然导致伪造文书罪的处罚范围不同。

(二) 保护对象

伪造文书罪的现实保护对象究竟是什么,各国刑法的规定并不同。

德国刑法采取的是形式主义,即伪造文书罪的保护对象是制作文书的名义的真实性,即形式上的真实性。据此,只有没有制作权限的人冒用他人名义制作成文书,才成立伪造文书罪。其理由有:其一,为了保护文书的公共信用,首先必须尊重文书形式上的真实性;即使文书的内容真实,但违反制作权人的意思,冒用其名义制作文书的,也不能被允许。其二,如果采取实质主义的观点,则只要文书的内容真实,便认定行为人缺乏伪造的故意,这就使伪造文书罪的构成要件变得含混不清。其三,即使文书的内容虚假而制作名义是真实的,也可以就虚假的内容追究制作名义人的责任。

[14] 至于是只要求抽象的危险,还是要求具体的危险,则存在不同观点。

[15] 如 Roxin 认为,伪造文书罪的保护法益是证明过程的纯洁性。

[16] 有的学者认为,日本的公共信用说接近德国的交易安全说。

法国刑法所采取的是实质主义,即伪造文书罪的保护对象是文书内容的真实性,即实质的真实性。据此,有制作权限的人制作内容违反了真实性的文书的行为,也成立伪造文书罪。其理由在于:只要文书的内容与事实关系相符合,即使文书的形式不是真实的,也不会产生任何实害,故不能当犯罪论处。

日本、瑞士刑法则采取的是折中主义,即以形式主义为基础,同时对文书内容的真实性进行保护。据此,没有制作权限的人冒用他人名义制作文书的,以及有制作权限的人制作内容虚假的文书的,都成立伪造文书罪。理由是,如果仅仅采取形式主义,则有制作权限的人制作内容虚假的文书时不能当犯罪处理,而刑法又有必要对这种行为进行抑制。所以,应当以形式主义为基础,同时并用实质主义。

(三) 文书的概念

1. 文书的含义

伪造文书罪的文书,是指使用文字或者代替文字的符号,以某种程度的存续状态,表示意思或者观念的物体,其表示的内容在法律上或者社会生活上可以作为重要事项的证据。

文书分为广义的文书与狭义的文书。狭义的文书,是指用文字或者其他发音符号制成的文书;广义的文书,除了包括狭义的文书之外,还包括用象形的符号制作的文书,即图画。狭义的文书必须具备以下要件:

第一,必须是用文字或者其他代替文字的发音符号制作而成的(表示的方法)。这里的文字包括本国文书与外国文字,其他发音符号主要包括盲人用的点字、电信符号、速记符号等,但录音磁带上的录音由于不能被人看见,故不是文书。通过视觉映像表示出来的意思不是文书,但如果打印出来成为印刷物,则是文书。正因如此,一些国家刑法增加了非法制作、提供电磁记录的犯罪。但是,根据德国刑法第11条第3款的规定,在刑法分则条文有关文书的含义指示了适用本款规定时,声音、影像载体、数据储存器、图像以及其他表现形式,均属于文书。不过,德国刑法第267条关于伪造文书罪的规定,没有指示适用第11条第3款。

第二,必须表示在具有某种程度的存续状态的物体上(表示的继续性)。这里的物体,不限于纸张,写在布、木板、陶器、金属板等上面时,也不失为文书,用粉笔写在黑板上时也是文书。但用手指或其他东西写在泥沙上的文字、符号则不是文书。

第三,所表示的内容必须具有一定的连贯意义,能够被客观地理解(表示的程度)。因此,使用只能由本人理解或者只能在特定的当事者之间了解的符号制作的东西,则不是文书;标签、名片之类的没有连贯意义的东西也不是文书。当然,文书并不要求以文章的形式出现,以省略的方式出现时也不失为文书。对意思或者观念的表示应有具体性,表示抽象思想的小说、诗歌、作为艺术作品的图画不是文书。

第四,在法律上或社会生活上,能够作为重要事项的证据,而且从保护文书的公共信用的观点来看,其表示的内容必须是值得在刑法上进行保护的(证明的机能)。换言之,文书必须具有证明法律关系或者社会生活上的重要事项的机能。法律关系,是指有关权利义务的发生、维持、变更、消灭的关系,包括公法关系与私法关系,如买卖合同、取款证明等。社会生活上的重要事项,是指除权利义务外的重要事项,如身份证、履历表等。从证明机能的角度来说,文书分为目的文书与偶然文书。目的文书,是指从一开始就是为了证

明某种法律关系或者重要事项而制作的文书,公文书都属于目的文书。偶然文书,是指制作时虽然没有证明法律关系与重要事项的意思,但后来对法律关系或者重要事项起证明作用的文书。私文书既可能是目的文书,也可能是偶然文书。

第五,必须存在名义人(保障的机能)。由于文书是表示一定的意思或者观念的,因此必须存在作为这种意思或者观念的主体的名义人。如果不存在名义人,或者不能判明名义人是谁,就没有必要对其进行保护,因而不能称为文书。名义人既可以是自然人,也可以是法人,还可以是没有法人资格的团体,但这些名义人都必须是特定的,否则也不能成为本罪中的文书。但是,只要通过文书的形式与内容能判断出名义人就足够了,不需要名义人的署名与盖章。

文书必须有名义人,但名义人是否必须是实际存在的人,则是另外的问题。必要说认为,名义人必须是实际存在的人,因为虚无人名义的文书很少得到他人的信用,所以伪造虚无人名义的文书,不具有侵害公共信用与交易安全的实质的危险。不要说则认为,只要所伪造的文书被通常人认为是实际存在人名义的文书即可,即使名义人实际并不存在也是文书,但是一看便知是虚无人名义的文书,则不是伪造文书罪中的文书。不要说是日本、韩国的通说。^[17]以死者名义制作的私文书,只有制作日期是死者生存的日期时,才成立伪造私文书罪。

文书的名义人与制作人并不是等同的概念。名义人是从文书记载的内容中所理解到的意思主体;制作人一般是指现实表示文书内容的人。名义人与制作人相一致的文书叫做真正文书;虽然是真正文书但内容违反真实性时,称为虚伪文书。名义人与制作人不一致时叫做不真正文书或者伪造文书。但是,伪造文书的范围,依对制作人的理解不同而不同。关于制作人的含义,有观念说与事实说之争。前者认为,表示文书内容的意思主体就是制作人;后者认为,实际上实施制作文书行为的人才是制作人。例如,代理人以被代理人的名义制作文书、得到名义人承诺而制作的文书,事实说认为是伪造文书,观念说则认为真正文书。

2. 文书的本性

伪造文书罪中的文书,不管是公文书还是私文书,原则上必须是原本,因为社会的信用建立在原本的基础上。此外,复本即名义人一开始就制作了数本时,每个复本都属于文书。誊本、抄本只有经过认证时,才属于文书。问题在于,复印件是否文书?例如,行为人复印某种文书,然后在复印件上进行篡改,最后再进行复印。该行为的罪责如何?这涉及以下四个问题:

第一,复印件是否是文书?肯定说的理由是:利用复印机进行复印,其内容、笔迹、形状,能够完全同原本一样地再现出来,因此,人们看到复印件时,不仅相信原本的存在,而且相信复印件与原本的内容相同,故复印件能够直接转达原本制作人的意思内容。既然如此,复印件就与原本具有同等程度的社会机能与信用性,应当肯定其文书性质。韩国大

[17] 被告人想以假名就职,便在履历表与雇用合同书上记载了虚假的姓名、出生年月、住所、经历等,并贴上了自己的照片。日本最高裁判所1999年12月20日的判决指出,“从这些言语的性质、机能等来看,即使被告人贴上了真实的照片,或者被告人不具有免除上述文书所产生的责任的意思,但表示在这些文书上的名义人与被告人是不同人格的人,这是显而易见的,应当说产生了名义人与制作人的人格的一性的齟齬”,进而认定被告人的行为成立伪造有印私文书罪(日本《最高裁判所刑事判例集》第53卷第9号,第1495页)。

审院的判例认为,在一般交易情况下,复印件经常替代原件使用,复印件的作为证明手段的机能越来越大,故有必要对复印件的社会信用予以保护。因此,伪造复印件以及使用伪造的复印件也属于伪造文书和使用伪造的文书。否定说的理由是:复印件毕竟只是证明原本存在以及原本内容的手段,因此它本身还不是文书;认为复印件是文书的观点违反了罪刑法定主义。

第二,复印件的制作名义人能否说是原本制作名义人?肯定说认为,由于复印件能够直接转达原本制作人的意思内容,故原本制作名义人就是复印件的制作名义人。否定说则认为,复印件的制作人本身,不是原本的制作名义人;因此,复印件只有制作人,而没有制作名义人,故应否认其文书性质。

第三,复印件中的印章或署名是否有效?有效说认为,既然复印件已经将印章或署名复印下来,那么,它就同复印件中的其他内容一样具有有效性。无效说则认为,复印件中的印章或署名只不过是原件的复写,对这种复写的印章或署名与现实所盖的印章或所作的署名不能同等看待。

第四,上述行为是否构成伪造?一种观点认为,如果复印件的内容与原本一致,复印者只是名义人的制作辅助人,则制作人就是名义人,由于二者之间不存在不一致,故不属于伪造。如果复印件与原本内容不一致或者没有原件,而行为人伪装成有制作权限的人进行复印,则复印者就是制作者,即制作者与名义人不一致,此时就构成伪造。另一种观点认为,由于复印件本身不是文书,因此,对复印件进行篡改然后再复印的行为就不是伪造。

(四) 伪造

文书的伪造,是指没有制作权限的人,冒用他人名义制作文书的行为。伪造这一概念在刑法上有四种含义:最广义的伪造,是指伪造、变造、制作虚伪文书以及行使等一切行为;广义的伪造,是指伪造、变造与制作虚伪文书,其中包括有形伪造与无形伪造,前者是指没有制作权限的人冒用他人名义制作文书,后者是指有制作权限的人制作违反真实性的文书;狭义的伪造,是指广义伪造中的有形伪造,如果采取形式主义,则伪造仅指有形伪造,无形伪造不属于伪造,而是叫做制作虚伪文书;最狭义的伪造,是指狭义的伪造中的除去变造的伪造。通常所说的伪造,就是指这种最狭义的伪造。

构成最狭义的伪造必须具备两个基本要件:一是伪造的主体必须是没有制作权限的人。如果有制作权限的人制作内容虚伪的文书(无形伪造),则不是伪造。二是必须冒用他人名义。所谓冒用,是指没有制作权限的人随意使用他人的名义,使用得到社会承认的他人的别名、笔名等也是冒用他人名义。

由此可见,名义人与制作人的不一致,是有形伪造的重要特征。那么,如何理解与确定文书的制作人呢?行为说(事实说)认为,物理地制作文书的人,就是制作人。例如,社长指示秘书制作社长名义的文书时,秘书是制作人。故秘书的行为符合伪造文书罪的构成要件,但因为得到了社长的承诺,而阻却违法性。于是,文书的制作权限是违法阻却事由。意思说(观念说)认为,在文书中表示意思、观念或者使他人表示意思、观念的人,是制作人(德国与日本的通说)。在上例中,制作人是社长,故秘书的行为不成立伪造文书罪(阻却构成要件符合性)。效果说认为,文书效果的归属者,是制作人。在上例中,文书的效果归属于社长,故社长是制作人,秘书的行为不成立伪造文书罪(阻却构成要件符合性)。

冒用代理资格制作文书的,是否成立伪造文书罪,是存在争议的问题。例如,甲并非A的代理人,却以行使的目的制作了“A的代理人甲”名义的文书。甲的行为是否成立成立伪造文书罪?由于伪造是指冒用他人名义制作文书,故“A的代理人甲”名义文书的名义人是谁,就成为争论问题。名义人不同,行为的性质就不同。被代理人(本人)说认为,甲冒用A的名义制作文书,属于有形伪造。因为代理人是为了被代理人而制作文书的,故其制作的文书是被代理人名义的文书;代理名义的文书,是法律效果归属于被代理人的文书,故被代理人是名义人;而且,一般人也认为被代理人是文书的意思、观念的表示者,为了保护文书的公共信用,有必要将被代理人作为名义人,进而认定制作行为构成伪造文书罪。代理人说认为,甲是冒用“A的代理人甲”制作文书,故属于无形伪造。因为“A的代理人”所表示的是一种资格,属于文书内容的一部分,甲将自己的意思表示在文书中,故甲是制作名义人。虚无人说认为,“A的代理人甲”是并不存在的虚无人,如果制作虚无人名义的文书,且足以使一般人产生误信,则属于有形伪造。

行为人在得到了制作名义人的有效承诺而制作文书时,一般应认为是制作真正文书,因为行为人并没有冒用他人名义,而是得到名义人的承诺,或者说是按照名义人的意思进行制作的,这与名义人制作文书没有区别,故不构成伪造(观念说)。这里所阻却的是构成要件符合性。但是,如果某种文书按其性质只能由名义人自己制作,则得到名义人承诺而制作该文书时,也属于伪造。例如,无证驾驶与没有携带驾驶证驾驶,存在重要区别。甲无证驾驶受到查处时,征得有驾驶证的乙的同意,在“没有携带驾驶证的交通事件表”上签署乙的姓名。甲的行为成立伪造私文书罪。

伪造的方法、手段没有限制。例如,冒用他人名义制作新的文书,或者利用既存的文书进行伪造。行为人对名义人进行欺诈或者胁迫,如在名义人不知情的情况下使之署名或盖章,或者使名义人误认为是自己的文书而署名、盖章的,属于伪造文书的间接正犯。行为人所伪造的文书,必须在形式上、外观上足以使一般人认为是由有制作权限的人在权限范围内所制作的文书。如果伪造的文书达到了这种程度,即使或多或少还不具备文书的条件,或者还不具备法律上有效的要件,也认为是伪造。而且,伪造行为达到上述程度就是既遂,是否发生实害不影响伪造的成立。

(五)变造

变造,是指没有变更权限的人,就真正成立的他人名义的文书的非本质部分进行不法变更。变造分为广义的变造与狭义的变造。狭义的变造,是指没有变更权限的人,对真正成立的他人名义的文书的非本质部分进行变更;广义的变造,是指就真正成立的文书(包括他人名义与本人名义的文书)的非本质部分进行不法变更,包括狭义的变造与制作虚伪文书中的变造(无形变造)。通常所说的变造是指狭义的变造。

成立狭义的变造必须具备三个要件:(1)变造的主体必须是对真正文书没有变更权限的人;具有权限的人对真正文书进行虚伪的变更,属于无形变造。(2)变造的对象必须是已经成立的他人名义的真正文书;对于未完成的文书进行加工,或者对自己的文书进行变更的行为,都不属于变造。(3)必须是对文书的非本质部分进行变更,而使之具有新的证明力。如果行为人就真正成立的他人名义的文书的本质部分进行变更,使之具有新的证明力,则属于伪造。故伪造与变造的关键区别在于是否对文书的本质部分进行变更。例如,对某种证件中的姓名进行变更就属于对本质部分的变更,因而是伪造。再如,对已

经失效的文书进行变更使之成为可以重新利用的文书,也属于伪造。

变造的手段、方法也没有限制,例如,行为人在真正文书上消除对自己不利的文字,而加上有利于自己的文字,就属于变造。行为人所变造的文书必须足以使一般人认为该文书具有新的证明力;达到这种程度时,就是既遂,实害是否发生不影响既遂的成立。

(六)制作虚伪文书(无形伪造)

制作虚伪文书,是指有文书制作权限的人,制作内容违反真实的文书,即无形伪造。这种行为并非在任何国家的刑法中都被规定为犯罪。例如,德国刑法采取形式主义,认为无形伪造不构成犯罪(例外地规定了制作不正确的健康证明书罪);而采取实质主义的法国、采取折中主义的日本与瑞士等国刑法则认为,无形伪造也构成犯罪。

无形伪造必须具备两个要件:首先,制作虚伪文书的主体,必须是有制作文书权限的人,这是无形伪造与有形伪造的关键区别。有制作权限的人在权限范围内制作文书时,无论是以自己的名义,还是以他人的名义都成立无形伪造;只要在权限范围内,即使是滥用权限,也是无形伪造。其次,所制作的文书必须在内容上违反真实。这里所强调的是内容是否违反真实,即使文书所记载的内容违反法规,或者在法律上不发生效力,但只要其内容与真实事实相一致,就不能认为是无形伪造。

制作虚伪文书的方法、手段没有限制,所制作的文书必须达到使一般人误认为是内容真实的文书,达到这种程度时即为既遂,发生实害不是成立既遂的条件。

(七)行使

本节犯罪行为中的行使,是指将伪造文书作为真正文书,或者将虚伪文书作为内容真实的文书,使对方认识到内容或者置于使对方可能认识到其内容的状态的行为。换言之,行使是以伪造文书、虚伪文书发挥真正文书的效用为目的而使用,因而不要求遵从文书的本来用法进行使用。

行使的对象必须是伪造、变造的文书或者是虚伪文书,至于伪造、变造以及虚伪制作的主体是谁则在所不问。同样,这种伪造文书或虚伪文书在外观上必须足以使一般人误认为是真正文书。

行使的对方是否限于与该文书具有某种利害关系的人,在理论上存在争议。少数人持肯定说,因为行使文书通常是为了使对方实施与权利、义务或者社会生活上的重要事项有关的某种行为,如果不具有这样的意义,就不可能侵害文书的公共信用,因而没有必要处罚。例如,儿子为了使母亲高兴而将伪造的存折给母亲看的,就不是行使。但多数人认为,不应当限定行使的对方,只要利用文书发挥其作为证据的作用,就属于行使。所以,单纯让他人為自己保管而将伪造的文书交付给对方的,不属于行使。

行使的对方还必须是不知情的人,即对方不知道行为人所行使的是伪造文书或虚伪文书。因为行使是将伪造文书、虚伪文书作为真正文书或内容真实的文书进行使用,如果对方知情,则不可能是行使。行为人以为对方不知情而行使,对方事实上知情的,成立行使的未遂犯。

行使的方法没有限制,如出示、交付等。行使要求将文书置于使对方认识到或可能认识到文书内容的状态。例如,行为人在开车时携带伪造的驾驶执照的,还不是行使,因而不构成行使伪造的公文书罪。但遇到交通警察检查执照时,行为人出示该伪造的驾驶执照的,则属于行使伪造的公文书罪。但是,将伪造的供公众阅览的登记簿等置于相应的公

务机关时,则属于行使。成立行使罪,要求行为人将伪造的文书本身出示、交付给他人,以口头或者书面转达伪造的文书的内容的行为,不属于行使。

(八)主观要素

伪造文书罪与行使伪造的文书罪,都只能由故意构成。至于是否需要具有其他主观要素,则存在不同立法例。在法国,伪造文书罪不属于目的犯,无论行为人出于何种目的伪造、变造文书,均成立伪造文书罪。但在日本、德国、奥地利、瑞士等国,伪造文书罪属于目的犯,但目的的内容存在很大差异。如日本刑法仅规定为“以行使为目的”;而德国刑法规定,只有当行为人以为在法律交易(交往)中进行欺骗为目的而伪造、变造文书或者使用伪造、变造的文书的,才构成伪造文书罪、行使伪造的文书罪。瑞士刑法规定,以损害他人财产或其他权利,或者以使自己或他人获得非法利益为目的的伪造、变造、行使的,才构成犯罪。在意大利,伪造各种公文书的犯罪不是目的犯,但伪造私文书罪是目的犯(以为自己或其他人获得好处或者使他人遭受损害为目的)。

二、伪造文书罪的具体类型

广义的伪造文书罪包括许多具体的犯罪类型,这也因各国刑法规定的不同而不同。例如,德国刑法在“伪造文书罪”一章中规定了以下罪名:伪造文书罪、行使伪造的文书罪、伪造技术图样罪、伪造具有价值的据罪、间接伪造文书罪、变更官方证明罪、获取虚假的官方证明罪、伪造健康证书罪、制作不正确的健康证明罪、使用不正确的健康证明罪、滥用证明文件罪等。日本刑法规定了伪造诏书罪、伪造公文书罪、制作虚伪的公文书罪、不实记载公证证书原本罪、行使伪造的公文书或虚伪公文书罪、伪造私文书罪、制作虚伪诊断书罪、行使伪造的私文书或虚伪诊断书罪等。

(一)伪造公文书罪

伪造公文书罪,是指以行使等为目的,伪造、变造公文书的行为。公文书在性质上比私文书具有更强的证据力和更高的公共信用度,因此,日本等国刑法规定,伪造公文书罪的法定刑重于伪造私文书的法定刑。^[18]

伪造公文书罪的主体没有限制,非公务员可以成为本罪主体自不待言,公务员制作自己没有权限制作的公文书时,也成立本罪。行为人所伪造的文书必须是公文书,即应当由公务机关或者公务员,以其名义在权限范围内制作的文书。公文书的制作权限,既可以由法律、法令规定,也可以由公务机关的内部规章制度决定,还可以由习惯决定。应注意的是,由公务员制作的文书,必须是与职务有关的文书;如果与职务无关,即使由公务员制作,也不能成为本罪的对象。公文书的内容既可以是基于公法上的关系而制作的,也可以是基于私法上的关系而制作的;至于这种公文书是否由公务机关持有或保管,则在所不问。

伪造公文书的行为是有形伪造,即最狭义的伪造与狭义的变造。伪造的公文书必须足以使一般人误认为是真正的公文书。行为人伪造公文书必须以行使、进行欺骗等为目的。

[18] 日本刑法还将伪造公文书行为分为伪造有印公文书罪与伪造无印公文书罪,有印是指使用了印章或者署名的公文书。由于有印的公文书在信用上高于无印的公文书,因此,对前者的处罚重于后者。

(二)制作虚伪公文书罪

制作虚伪公文书罪,是指具有公文书制作权限的公务员,以行使为目的制作虚伪的公文的行为。此即对公文书的无形伪造。

制作虚伪公文书罪的主体,是具有公文书制作权限的公务员。因为规定本罪是为了处罚公务员滥用文书的制作权限而制作虚伪文书的行为,故本罪的主体只能是在职务上具有制作该公文书权限的公务员;正因如此,受制作名义人的委托因而具有制作公文书权限的人也能成为本罪主体。

制作虚伪公文书的行为,表现为以行使或者进行欺骗等为目的,对文书做虚伪记载。例如,行为人明知不存在某种事实,但制作文书证明存在某种事实。再如,公务机关的记录员在作会议或审判等记录时,制作虚伪的记录。这里的虚伪记载,还包括无形变造,即有制作权限的公务员,滥用其权限,对既存的公文书进行不法的变更,使其内容违反真实的行为。

甲教唆公务员乙制作虚伪公文书,乙却伪造了公文书时,甲的行为客观上符合制作虚伪公文书罪的教唆犯的客观构成要件,问题是能否认定甲具有伪造公文书罪的教唆犯的故意?根据肯定说,甲成立伪造公文书罪,其理由是,伪造公文书罪与制作虚伪公文书罪的法益与行为样态是共通的,从日常生活的实态来看,能够认定实质上的构成要件的符合性。根据否定说,甲仅成立制作虚伪公文书罪,其理由是,不能以罪质相同为由,认为甲具有伪造公文书罪的教唆犯的故意,否则便扩大了故意的成立范围。

(三)行使伪造的公文书、虚伪公文书罪

行使伪造的公文书、虚伪公文书罪,是指行使伪造、变造的公文书或者虚伪公文书的行为。

行使的对象必须是伪造、变造的公文书或者虚伪公文书。行使,是指将伪造、变造的公文书作为真正文书或者将虚伪文书作为内容真实的文书,使他人认识到或者可能认识到文书内容的行为。

行使伪造的公文书、虚伪公文书而骗取财产的,在日本成立本罪与诈骗罪的牵连犯(通说),在德国成立本罪与诈骗罪的想象竞合犯。

(四)伪造私文书罪

伪造私文书罪,是指以行使等为目的,伪造、变造私文书的行为。

私文书,是指与他人的权利义务或者事实证明有关的文书,故并非一切私人名义的文书都是本罪中的私文书。这种文书必须是以他人名义制作的,如果是以自己的名义或者公务机关或公务员的名义制作文书,则不构成伪造私文书罪。如前所述,所谓与事实证明有关的文书,是指足以证明社会生活交往事项的文书,例如,推荐表、履历表、成绩证明、慰问信等。从实践上看,这种社会生活交往事项必须是具有一定程度重要性的事项。伪造私文书罪的行为表现为以行使等为目的,伪造或者变造私文书。利用未完成的既存文书进行加工,变更既存文书的重要部分而使之丧失同一性,形成已完成的文书的,或者使用无效的既存文书制作成新的文书的,都属于本罪的伪造。但是,伪造私文书罪的成立,不要求文书内容、形式的完整性,只要具备让一般人误以为是真正文书的外观形式与内容就足够了。变造,则是指没有权限的人对他人名义的私文书加以变更,没有达到损害同一性程度的行为。如果对私文书的本质内容或者重要部分加以变更,形成具有新的证明力的

文书,则属于伪造私文书。在日本存在争议的是如下情形。

1. 得到承诺的情形

伪造私文书时,如果事前得到了名义人的承诺,是否成立本罪?判例对此持肯定回答。例如,甲无证驾驶时被抓获,由于甲事先已经征得拥有驾驶执照的乙的同意,以乙的名义在交通违章记录卡上填写了相关事项。判例认为,甲的行为成立伪造私文书罪。再如,针对代替考试的案件,如甲冒用乙的名义参加私立大学入学考试进行笔试答题,判例也认定为伪造私文书罪。刑法理论存在两种观点:一种观点认为,只要存在名义人的承诺,就不构成伪造私文书罪。另一种观点则支持判例的立场。支持判例的理由是:(1)出于违法目的的承诺无效,故不能肯定存在基于承诺的制作权限;(2)从私文书的性质来看,需要本人亲自署名;(3)无法将上述行为后果的责任转移至名义人。不仅如此,名义人也可能构成伪造私文书罪的教唆犯、帮助犯或者(共谋)共同正犯。

2. 冒用代理名义的情形

由于伪造私文书罪不包括无形伪造,因此,冒用代理名义制作私文书的行为,是否属于有形伪造就成为问题。^[19]例如,甲原本没有代理权限,却以“乙的代理人甲”的名义制作文书。再如,并非银行行长的A以“B银行行长A”的名义制作文书的,是否成立伪造私文书罪?日本的判例与通说认为,由于这种文书的效果归属于乙或者B,所以,甲与A的行为属于有形伪造,成立伪造私文书罪。少数说则认为,由于文书上记载了甲与A的名义,所以,接收文书的对方可以向甲与A追究该文书的责任,因此,甲与A只是冒用了头衔或者资格,属于无形伪造,因而不构成伪造私文书罪。

3. 使用俗称的情形

一般来说,在使用俗称(艺名、笔名、化名、曾用名等)制作私文书的场合,只要在与接收人的关系上,不属于虚构或者伪称了制作文书的责任主体,就不构成伪造私文书罪。但是,如果使用俗称导致文书的接收人误以为是不同于制作人的其他人,而且,制作人也认识到这种危险的,则成为伪造私文书罪。不过,对于一些具体案件,也存在争议。例如,甲偷渡到日本之后,在长达25年的时间里,一直以具有合法在留资格的乙的名义生活。甲在出国时以乙的名义填写了再入境许可申请书。日本最高裁判所认为,该文书的名义人是具有合法在留资格的乙,而乙与不具有合法在留资格的甲不具有人格的同一性,进而认定甲的行为成立伪造私文书罪。但有学者认为,乙这一俗称作为识别甲的姓名已经确定下来,二者实际上具有人格的同一性,故不应认定为伪造私文书罪。还有学者指出,本案的问题不在于甲是否使用了俗称,而在于文书本身的性质。属于偷渡者的被告人与具有合法在留资格的人,不具有人格的同一性,故甲的行为成立伪造私文书罪。

4. 使用假名的情形

使用假名的情形,一般属于有形伪造。例如,被通缉的犯人甲为避免暴露身份,而在履历表、劳务合同上填写虚假的姓名、出生日期等。日本最高裁判所认为,这种行为使制作人与名义人不存在人格同一性,因而属于伪造私文书。刑法理论的通说也认为,甲的行

[19] 韩国刑法第232条规定了冒用资格制作私文书罪,所以对这种行为认定为冒用资格制作私文书罪,而不需要讨论是否构成伪造私文书罪的问题。不难看出,刑法是否另规定了冒用资格制作私文书罪,会对伪造私文书罪的认定产生直接影响。质言之,如果没有规定冒用资格制作私文书罪,冒用资格制作私文书的行为会被认定为伪造私文书罪。

为存在使相对方认识到甲是其他人格的危险性,甲也认识到这种危险性,故判决具有合理性。

5. 冒用头衔的情形

例如,甲律师原本不具有法学博士学位,但冒用法学博士的头衔制作了私文书的,不构成伪造私文书罪。但是,如果存在使相对方认识到甲是其他人格的危险性,甲也认识到这种危险性,则仍然成立伪造私文书罪。例如,A 律师与 B 律师的姓名相同,B 律师具有法学博士学位,不具有法学博士学位的 A 律师冒用法学博士的头衔制作私文书的,有可能成立伪造私文书罪。再如,张三是律师,但原本不是律师的同名同姓的张三,冒充律师从事律师业务,制作法律文书的,构成伪造私文书罪。^[20]

(五)行使伪造的私文书罪

行使伪造的私文书罪,是指行使伪造、变造的私文书的行为。

行使的对象是伪造、变造的私文书,至于是自己伪造、变造的私文书,还是他人伪造、变造的私文书,则不影响本罪的成立。行使伪造私文书骗取财产的,构成本罪与诈骗罪的牵连犯(日本)或者想象竞合(德国)。

三、非法制作电磁记录罪、提供非法制作的电磁记录罪

在现代社会,对权利义务或者社会生活上的重要事项起证明作用的,已经不限于文书,而是包括了大量的电磁记录(电子资料)、机械记录等。所以,德国、日本等国刑法在伪造文书罪之外,规定了非法制作电磁记录方面的犯罪。

例如,德国刑法第 268 条规定,行为人以在法律交往中进行欺骗为目的,制作不真实的机械记录或者变造机械记录的,或者行使不真实的或者变造的机械记录的,处 5 年以下自由刑或者罚金,未遂犯也受处罚。所谓机械记录,是指经由机械设备部分或者全部自动产生的相关资料的描述,并且是一般人或者专业人员可以辨认的,能够证明法律上的重要事实的记录。所谓制作,是指伪造,不问行为人是否具有制作权限。行为人通过对机械的记录过程进行干扰进而影响记录结果的,也属于制作不真实的机械记录(第 268 条第 2 款)。

再如,德国刑法第 269 条规定:行为人以在法律交往中进行欺骗为目的,储存或者变造具有重要性的电子资料(数据),使人误以为存在真正的或者变造的文书的,或者行使上述储存或者变造的电子资料的,处 5 年以下自由刑或者罚金。未遂犯也受处罚。本罪属于目的犯,凡是在法律交往时对电子资料(数据)产生虚假的影响的,就属于在法律交往中进行欺骗。

日本刑法于 1987 年增加了刑法第 161 条之二,该条以四项分别规定:“以使他人的事务处理出现错误为目的,不正当制作供该处理事务使用的有关权利、义务或者证明事实的电磁记录的,处五年以下惩役或者五十万元以下罚金。”“前项犯罪与应由公务机关或者公务员制作的电磁记录有关的,处十年以下惩役或者一百万元以下罚金。”“以第一项的目的,将不正当制作的有关权利、义务或者证明事实的电磁记录,提供给他人处理事务使用的,与不正当制作该电磁记录的,处同一刑罚。”“前项犯罪的未遂,应当处罚。”前两项规定的是非法制作电磁记录罪,第三项规定的是提供非法制作的电磁记录罪。

[20] 当然,如果行为人取得了财物或者财产性利益(日本),或者导致被害人遭受财产损失(德国),则会同时成立诈骗罪。

电磁记录,是指利用电子方式、电磁方式或者其他不能通过人的知觉认识的方式制作的,供电子计算机处理信息使用的信息。如磁带、磁盘、IC卡等。电磁记录必须是供他人处理事务时使用的有关权利义务或者证明事实电磁记录。

不正当制作(非法制作),是指没有制作权限或者滥用制作权限而制作电磁记录的行为。例如,即使具有制作权限,但如果制作了违反计算机设置运营主体(有决定权限者)的意志的虚假电磁记录的,也成立本罪。再如,参与制作电磁记录的辅助者,输入虚假的数据或者改变相关程序,使记录的内容违反有决定权限者的意图的,同样成立本罪。提供,是指将非法制作的电磁记录提供给他人作为处理事务而使用。提供非法制作的电磁记录因而构成犯罪的,不需要提供者本人非法制作了电磁记录,也不需要非法制作的当时就存在使他人的事务处理出错误的目的。给他人处理事务使用,是指将非法制造的电磁记录置于他人的计算机可以使用的状态之下。开始提供时即为着手,提供终了即为既遂。

以使他人的事务处理出现错误为目的,是指意图使他人处理事务时,由于使用了非法制造或者提供的电磁记录而造成发生错误的结果。因此,单纯非法获取他人信息的行为,不成立本罪。事务处理,是指对在社会生活上具有意义的事项的处理,即处理对财产上、身份上以及其他人的生活关系上产生影响的事项的一切工作。

第六节 伪造印章罪

一、伪造印章罪概说

伪造印章罪,是侵害印章、署名的公共信用的犯罪,具体说是伪造、变造或者不正当使用印章、署名的犯罪。

印章、署名一般是在制作文书、有价证券时使用,由于印章与署名在许多场合构成了文书、有价证券的一部分,故成立伪造文书罪、伪造有价证券罪时,就不再成立伪造印章罪,即后者被前者吸收。通常,只是在伪造文书、伪造有价证券未遂时,伪造或不正当使用印章、署名的行为才成立独立的处罚对象。伪造印章罪是抽象的危险犯,只要行为产生了侵害印章、署名的公共信用的危险,就构成既遂,而不问对他人是否产生实际损害。

印章,是指为了证明人的同一性而使用的文字或者符号。对于印章的范围,理论上存在争议。一种观点认为,印章仅限于印影(为了证明人的同一性,在物体上所显现出的文字或其他影迹),而不包括印形(显现印影所必要的刻有文字或其他符号的物体)。理由如下:首先,在证明人的同一性方面起重要作用的是印影,印形本身只不过是一种手段,因此只需要保护印影的公共信用,而没有必要保护印形本身。其次,法律规定伪造印章与伪造署名都构成犯罪,这表明印章与署名具有同等的证明力,因而说明法律所保护的是印影,而不包括印形本身,因为只有印影才与署名具有同等的证明力。另一种观点则认为,印章包括印影与印形。因为印形在社会生活中起着重要作用,行为人制造他人印形时,就已经侵害了印章的公共信用。另外,通说认为,印章的内容并不限于人的姓名,其他在社会生活中经常使用的、能够证明人的同一性的文字或符号都是印章,如手印也是印章。但邮局加盖的邮戳是印章还是文书,则是争议的问题。概言之,如何区分印章与省略文

书,尚存争议。日本的判例与部分学者的观点是,如果表示的内容超出了人的同一性因而具有一定的意义,即使极为简略,也属于文书。持相反观点的学者则认为,如果文书表示的内容简略到可以与印章同等看待时,则应认定为印章。

署名,是指主体通过表示自己的文字,而写下的姓名或者其他称呼。国外姓名的特点,决定了署名包括只署姓或者只署名。至于署名是仅限于自己署名,还是包括非自己署名的记名(记名不是亲笔署名,而是以印刷等方式表示姓名),则有争议。

二、伪造印章罪的具体类型

(一)伪造公印罪

伪造公印罪,是指以行使为目的,伪造国家机关或者公务员的印章或者署名的行为。

本罪中的印章与署名,是指国家机关或者公务员的印章或者署名。但应注意的是,这种印章或者署名,必须是公务上使用的印章或署名。

本罪的行为是伪造公印的行为。伪造印章,是指没有权限的人,在纸张或者其他物体上表示出使一般人误认为是真印的印影,除了包括使用伪造的印形以外,还包括使用笔或其他工具描摹公印章。如果认为印形本身也是印章,则伪造印形的行为也属于伪造印章。伪造署名,是指没有权限的人,在纸张或者其他物体上记载使一般人误认为是他人署名的文字或符号,既可以是伪造真实人的署名,也可以是伪造虚无人的署名。

伪造公印的行为人必须以行使为目的,否则不成立本罪。

(二)不正当使用公印罪

不正当使用公印罪,是指不正当地使用国家机关或公务员的印章或署名,或者使用伪造的国家机关或公务员的印章或署名的行为。

本罪包括两种情况:一是不正当地使用国家机关或公务员的印章或署名,即行为人没有权限使用印章、署名,却遵从真正的印章、署名的用法进行使用,或者超越权限进行使用。二是使用伪造的国家机关或公务员的印章或署名,即将印章或署名处于使他人阅览或者可能阅览的状态。

(三)伪造私印罪、不正当行使私印罪

伪造私印罪,是指以行使为目的,伪造他人印章或者署名的行为。他人,是指行为人以外的人,而且必须是国家机关与公务员以外的人。他人包括法人、没有法人资格的团体与外国人。伪造他人印章或者署名的行为,必须出于行使的目的。

不正当行使私印罪,是指不正当地使用他人的印章或署名,或者使用伪造的他人印章或署名的行为。

第七节 破坏计算机信息系统的犯罪

一、本罪概述

由于计算机的普及,破坏计算机信息系统的犯罪也相应而生,刑法不得不作出相应的处罚规定。

例如,德国刑法第303a条规定了变更电磁记录罪,对违法删除、封锁或者变更他人的电磁记录或者使之无效的行为,处2年以下自由刑或者罚金;不仅如此,本罪还处罚未遂犯与预备犯。德国刑法第303b条规定了干扰计算机使用罪,构成要件行为包括以下三种类型:(1)针对他人具有重要性的电磁记录处理,实施第303a条规定的行为的;(2)意图使他人不利,而对他人具有重要性的电磁记录处理输入或者传输电磁记录的;(3)对他人具有重要性的电磁记录处理或者储存设备予以损坏、毁坏、变更或者使之失效的。对他人的经营组织、企业或者公务机构具有重要性的电磁记录处理实施上述行为的,提高了法定刑。本罪也处罚未遂犯与预备犯。德国将上述两个犯罪规定在毁损罪一章,因而可以认为,上述两个犯罪属于对个人法益的犯罪。

日本于2011年修改刑法时,在刑法典分则中增加了第十九章之二即“有关非法指令电磁记录的犯罪”(共2个条文),旨在应对破坏计算机信息系统的犯罪(如制造计算机病毒)。由于计算机病毒具有破坏计算机信息系统这种社会性的基础设施的危险,日本刑法将本章之罪置于对社会法益的犯罪。具体而言,本罪的保护法益是社会一般人对电子计算机程序的信赖(井田良)。下面对日本的“有关非法指令电磁记录的犯罪”的具体类型作一些介绍。

二、犯罪类型(日本)

(一)制作、提供非法指令电磁记录等罪

根据日本刑法第168条之一第1项规定:“无正当理由,以供他人的电子计算机运行之用为目的,制作或者提供下列电磁记录或者其他记录的,处三年以下惩役或者五十万元以下罚金:(一)在他人使用电子计算机之际,发生不正当指令,使得电子计算机不能按他人的意图运行,或者使电子计算机的运行违反他人意图的电磁记录。(二)除前号所列情形外,记录了前号的不正当指令的电磁记录或者其他记录。”同条第2项规定:“无正当理由,将前项第一号所列的电磁记录提供给他人的电子计算机运行之用的,与前项同。”第3项规定:“前项之罪的未遂,应当处罚。”

“电子计算机”不仅包括个人的电脑,而且包括具有同样功能的手机。第1项第1号规定的电磁记录,是指计算机病毒,即出于破坏他人的计算机信息系统的目的或者骚扰目的所非法制作的特殊程序。“违反他人意图”,是指该计算机程序的功能一般性地、类型性地违反使用者的意图。第1项第2号所规定的电磁记录或者其他记录,是指电磁记录或者其他记录已经实质性地完成计算机病毒的内容,但尚未将其置于计算机运行的状态之中。如记录了非法程序的源代码的电磁记录,以及相关记录在纸质媒体上时,就属于第2号规定的情形。所谓“不正当指令”,是指不为社会一般人允许的指令。例如,根据使用者浏览网站的状况,自动生成符合使用者喜好的跳入式广告图片的广告播放程序,就不属于不正当指令;但是,如果自动生成以诈骗为目的的程序,则属于不正当指令。

实施本罪行为必须无正当理由,如果为了制作杀毒软件而在自己的计算机上实施相关行为,则不属于无正当理由。制作,是指使不正当指令电磁记录等开始存在或者重新存在于记载媒体上。第168条第1项的提供,是指将不正当指令电磁记录等转移给不知情者的支配之下,使之处于事实上可以利用的状态。第168条第2项的提供,是指在对不正当指令电磁记录不知情的第三者的计算机上,使不正当指令电磁记录处于可以运行的状态。

本罪只能由故意构成,并且需要以供他人的电子计算机运行之用为目的。

(二)取得非法指令电磁记录等罪

日本刑法第168条之三规定：“无正当理由，以前条第一项之目的，取得或者保管该项各号所列的电磁记录或者其他记录的，处二年以下惩役或者三十万元以下罚金。”“以前条第一项之目的”，是指以供他人的电子计算机运行之用为目的。取得，是指将明知是不正当指令电磁记录等而将其转移在自己的支配下的一切行为。保管，是指使不正当指令电磁记录处于自己实力支配下的一切行为。

第二十二章 破坏风俗的犯罪

第一节 本章犯罪概述

破坏风俗的犯罪,是破坏性生活、经济生活、宗教生活中的社会风俗、习惯的犯罪。但是,社会风俗是什么,是否值得刑法保护,则是大有争论的问题。大体而言,风俗,是指在社会中作为健全的、善良的东西而被广泛承认的行为样态与社会秩序(井田良)。关于本章犯罪的规定,显示了维持秩序的最低限度的规则;本章犯罪都是可能对社会造成一定实害的犯罪。例如,有关坟墓、尸体的犯罪,会使一般人产生强烈的厌恶感。再如,公然猥亵以及有关淫秽物品的犯罪,也会使不想看到的人产生厌恶感与羞耻心。又如,有关赌博与彩票的犯罪,类似于毒品犯罪,也会对社会产生有害性。不过,有的学者将本章的犯罪称为对公众的犯罪,旨在使本章犯罪的法益能够还原为公民个人的法益。有的学者将本章的犯罪称为对社会精神环境的犯罪,强调本章之罪是对社会法益的犯罪。

本章的犯罪,基本上是无被害人的犯罪,就立法论上而言,应否对这些犯罪实行非犯罪化,是值得讨论的问题。从解释论上来说,如何合理地确定处罚范围,是非常重要的问题。

第二节 猥亵与重婚罪

一、猥亵与重婚罪概说

猥亵与重婚罪,是侵害健全的性风俗的犯罪,通常称为风俗犯。主要有公然猥亵罪、传播淫秽物品罪与重婚罪。不少国家还规定了近亲相奸、通奸以及有关卖淫的犯罪。^[1]

关于猥亵与重婚罪的保护法益,通说认为是公众健全的性风俗或性秩序。因为性行为本来具有非公然性,某种行为即使不具有非公然性,但也是有限度的,违反了非公然性的原则或者超出了一定的限度,就侵害了健全的性风俗或性秩序。但有学者认为,性风俗、性秩序不能成为保护法益。有关性的情报、信号的特殊性在于,它不是对人的理性的

[1] 需要说明的是,日本刑法将淫秽物品表述为“猥亵物品”,即猥亵行为中的“猥亵”与猥亵物品中的“猥亵”是一个含义,由于猥亵物品的表述不符合我国的表述习惯,本书将外国刑法中的猥亵物品表述为淫秽物品。但应注意,猥亵行为与淫秽物品在内容是性质相同的,即猥亵行为是直接从行为表现形式上破坏性风俗,淫秽物品则是从物品的表现形式上破坏性风俗。

侧面直接起作用,而是对人的本能的侧面直接起作用,即刺激、满足人的性欲。一旦接触了强烈的性信号的人,就会陷入难以通过自己的意志避免性欲的刺激、兴奋。公然猥亵以及淫秽物品犯罪,侵犯的是不想看到的人的自由和感情。所谓不想看到的人的自由和感情,是指不引起非本意的性欲刺激、满足的自由,或者说,是对性欲的自己控制权。另外,处于性的发育阶段的青少年,因为对性信号会产生过剩的反应,或者不能将性信号作为性信号予以正确理解,公然猥亵以及淫秽物品犯罪会妨害他们的性方面的能力(性信号的接受能力以及对性欲的控制能力)的发育。因此,就青少年而言,即使他们具有同意能力,但从家长主义的见地来看,也有必要通过阻断过剩的性信号,保护其将来的性方面的能力。所以,公然猥亵罪、淫秽物品犯罪的保护法益,是成人的性欲自己控制权,以及为保障未成年人获得性信号的正当接受能力(性的社会化)的环境(松原芳博)。此外,近来有一种立法倾向,即将重婚罪规定在破坏家庭的犯罪中,这样,重婚罪的保护法益就不是性风俗,而是家庭关系,如瑞士刑法、意大利刑法就是如此。

强奸罪(强制性交罪)、强制猥亵罪也可谓破坏了性风俗,故日本刑法将强奸罪、强制猥亵罪与公然猥亵罪、传播淫秽物品的犯罪,均规定为对社会法益的犯罪。但由于强奸罪、强制猥亵罪侵害的主要是个人的性自由,日本刑法理论上则将它们作为侵害自由的犯罪进行研究。另外,如上所述,公然猥亵罪、散布、传播淫秽物品的犯罪,也可谓侵害了个人的法益。例如,公然猥亵行为,使不想看到了猥亵行为的人看到其猥亵行为,因而侵害了个人的性的感情或者个人的性的权利。所以,德国刑法将公然猥亵罪、散布淫秽物品罪等,均规定在为性的自我决定权的犯罪。

二、公然猥亵罪

公然猥亵罪,是以公然实施猥亵行为为内容的犯罪。日本、奥地利、意大利、法国等国刑法都规定了本罪。

公然猥亵罪的行为表现为公然实施猥亵行为。首先,要求猥亵行为的公然性。所谓公然,是指使猥亵行为处于不特定人或者多数人可能认识到的状态。公然性只要求使上述人可能认识到,而不需要使上述人实际认识到,因而本罪是抽象的危险犯。问题是如何判断上述可能性及其程度。例如,在不可能有人通行的海边暴露性器官,就不认为具有公然性;但是清早在公园暴露性器官是否有公然性呢?这就要根据具体情况进行判断。如果通常没有人清早到该公园游玩或经过,则认为没有公然性,反之则认为有公然性。但是,如果着眼于本罪对个人法益的侵害性质,则不一定要要求行为具有公然性。例如,德国刑法第183条规定,男子通过露出性器官而烦扰他人的,不以公然性为要件。但是,德国刑法第183a条规定,公然实施性行为,意图或者明知地借此引起公愤的,如果不构成第183条的犯罪,处1年以下自由刑或者罚金(与第183条的法定刑相同)。另一种观点则认为,所谓不特定人或者多数人中的“人”,并不是指任何人,而是指未成年人以及其他不希望接触猥亵行为的成年人(松原芳博)。据此,公然在希望看到的成年人面前实施猥亵行为的,不成立公然猥亵罪。

其次,要求有猥亵行为(有的国家刑法表述为淫乱行为)。一般来说,猥亵行为是指刺激或者满足行为人或者他人的性欲,有害普通人正常的性的羞耻心,违反善良的性道义观念的行为。这里的行为必须是身体动作,不包括发表言论;在公共场所发表任何下流的言论,都不构成公然猥亵罪。这里的“有害”普通人正常的羞耻心,也只要求是一种可能

性,而不必实际上侵害了普通人的羞耻心。但是,公然猥亵罪中的猥亵行为与强制猥亵罪中的猥亵行为,并不是完全等同的。例如,后者通常是性交之外的刺激或满足性欲的行为,否则便构成强奸罪;但女子强行与男子性交的,成立强制猥亵罪。本罪的猥亵行为既包括性交之外的上述行为,也包括性交行为(当然,也有国家分别规定了公然性交行为与其他猥亵行为)。例如,夫妻在公开场合发生性交,就构成公然猥亵罪。一般来说,性交行为与暴露性器官是典型的猥亵行为。所以,有的国家(如德国、法国)刑法所规定的公然猥亵罪,仅限于暴露性器官的行为与公然的性行为。

存在争议的是,为了使公众观览,雇主雇请表演者从事裸体表演的案件,究竟应当怎样处理?第一种观点认为,表演者的行为构成陈列淫秽物品(淫秽物品)罪。因为公映淫秽的电影、电视属于陈列淫秽物品罪,而裸体表演与上述行为只是形式不同,实质上完全一样。但是,将人的身体解释成物品被认为是一种类推解释,违背了罪刑法定原则。第二种观点认为,表演者的行为构成公然猥亵罪,雇主的行为构成陈列淫秽物品罪。这一主张同样有类推解释之嫌。第三种观点认为,表演者的行为构成公然猥亵罪,雇主是本罪的教唆犯或帮助犯。因为公然猥亵罪是以人的动作使他人知觉,陈列淫秽物品罪则是以物品使他人知觉,故不能认为裸体表演是陈列淫秽物品。还有学者指出,就裸体表演这类行为而言,只要对观看者的年龄进行了确认(排除了未成年人),就不成立任何犯罪(松原芳博)。

行为人公然强制实施猥亵行为时,构成公然猥亵罪与强制猥亵罪的想象竞合。

三、传播淫秽物品罪

(一)概念

传播淫秽物品罪,通常是指贩卖、散布、陈列淫秽物品,或者以贩卖、散布、公然陈列为目的而制造、输入、持有淫秽物品的行为。这一定义大抵包括了各国刑法所规定的传播淫秽物品罪的内容。

传播淫秽物品罪的保护法益是健全的性风俗或性秩序,传播淫秽物品的行为是以公开淫秽物品的方式,违反性行为非公开性的原则,这就侵害了健全的性风俗或性秩序;如果行为人制造、输入、持有淫秽物品,只是为了自己一人观览,则不能认为侵害了健全的性风俗或性秩序,因为这种行为并没有违反性行为非公开性的原则;但是行为人以贩卖、散布、公然陈列为目的,制造、输入、持有淫秽物品的行为,则有侵害性风俗或性秩序的可能性,因而也以犯罪论处。

(二)对象

传播淫秽物品罪的对象,是淫秽物品。这里的物品,除了包括文书(如小说、纪实文学等)、图画之外,还包括其他物品,如录音、录像、雕刻。概言之,凡是能够被人视觉、听觉感觉到的淫秽性物品,都包括在内。2001年,日本刑法还增加规定了电磁记录的记录媒介。

关于“淫秽”的含义,有的国家刑法有规定,例如,意大利刑法第529条第1款规定:“在刑事法律的意义,根据一般感情标准对性道德构成侵犯的行为和物品被视为淫秽的。”但许多国家的刑法条文上并没有规定淫秽的定义,而是由法官在判例中确定的。例如,德国帝国法院于1881年指出,在性关系方面有害羞耻感情与道德感情的文书,是淫秽文书。1957年的德国联邦法院指出,所谓淫秽,是指在性关系方面与正常的、健全的、整

体的平均感情相矛盾。日本最高裁判所于1951年指出,淫秽物品是指无益地兴奋或刺激性欲,损害普通人对性的正常的羞耻心,违反良好的性道义观念的物品。这些定义都很抽象,问题在于如何具体判断物品的淫秽性。其中比较关键的是科学作品、艺术作品与淫秽性的关系。

第一,一般来说,科学性、艺术性与淫秽性是两个不同的观念,故不能用科学性、艺术性否定淫秽性,也就是说,即使是科学作品、艺术作品,也可能同时是淫秽作品。但是也要具体分析。纯粹的科学著作、论文及优秀的艺术作品,往往排斥作品的淫秽性。例如,医学专业书籍,即使其中有详细的性的记述,也不会有人认为是淫秽作品。但是,小说、纪实文学等作品则不同,这些作品中可能出现有关性的描写,这就会导致作品既有科学性、艺术性,又有淫秽性。有的学者认为,如果上述作品的思想性、科学性、艺术性很高,就可以使性的描写升华,从而使淫秽性消失;但是,在这种作品中,也不能有多余的性的描写,否则也可能成为淫秽作品。如果思想性差,科学性、艺术性低,性的描写成了作品的主要内容,则认为是淫秽作品。

第二,作品中是否存在淫秽性,应当从作品的整体进行判断,而不能仅就某一部分进行片面判断。例如,作品的某一部分有淫秽描写,但对整部作品进行全面考察时,认为淫秽描写所占比重很小,作品的思想性、科学性、艺术性仍然占主导地位,乃至使读者淡化了其中的淫秽描写,此时就不应认为该作品是淫秽作品。反之,如果将上述作品中有关性的描写拼凑在一起编成为一部作品,则无疑是淫秽作品。不过,在刑事立法与刑法理论上,也有主张采取部分判断的做法与观点,即整部作品中,有一部分是淫秽描写,则认定整部作品为淫秽作品。

第三,在判断作品的淫秽性时,不仅要判断作品自身的淫秽性,还要联系作品的特点、销售方法、读者对象等进行相对判断。这就是 Binding 提出的相对淫秽文书的概念,即在判断作品的淫秽性时,应当联系作品的特点、销售方法、广告方法、读者对象等进行考察。例如,将有关性交的论文刊登在普通报纸上,就属于传播淫秽物品;但在限定了读者范围的专业刊物上发表,则不属于传播淫秽物品。再如,某些艺术作品,陈列在展览馆供有限的人参观时,不是传播淫秽物品;但将它复制后散发,则可能是传播淫秽物品。相对淫秽文书的概念得到了不少学者的赞成,德国、日本、美国的审判实践也采用这一概念。意大利刑法实际上肯定了这一概念,其第529条第2款规定:“艺术作品或者科学作品不被视为淫秽的,除非这类作品被以非学习的目的提交买卖、出卖或者提供给不满十八岁的未成年人。”据此,有淫秽内容的艺术或科学作品,不视为淫秽物品,但传播给未成年人时,则属于淫秽物品。这就肯定了淫秽物品的相对性。

但是,也有学者否定相对淫秽文书的概念。如日本学者前田雅英指出,如果作品没有淫秽性,就不能因为其贩卖方法不当而认为有淫秽性;虽然同样的照片,贴在小学校门前与贴在红灯区,其可罚价值是有差别的,但客观上没有淫秽性的物品,不管陈列在任何场所,都不会有淫秽性。但是他又认为,如果陈列方法不具有可罚性,即使作品被认为是淫秽的,也不能构成传播淫秽物品罪。

第四,在判断作品的淫秽性时,还需要将作品的艺术性、科学性与淫秽性进行比较衡量,这就是所谓的比较衡量说。例如,将发表某部作品所侵害的法益,与发表该部作品给社会所带来的思想的、艺术的、科学的、学术的利益进行比较时,如果后者的利益大,则认

为发表这部作品是正当行为。据此,发表该作品,虽然符合传播淫秽物品的构成要件,但由于发表该作品带来了更大的利益,因而阻却行为的违法性。但很多学者不赞成这种观点。因为作品是否具有淫秽性,是构成要件符合性的问题,而不是违法性的问题。

第五,淫秽性的有无,应当根据社会通念进行客观判断。根据社会通念,是指以成年的一般人、普通人的观念为基准,而不能以未成年人的观念为基准;这种观念包括正常的性的羞耻心与善良的性的道义观念。所谓进行客观判断,是指不要考虑没有表现在作品中的作者的主观意图。究竟该如何判断,日本最高裁判所于1980年11月28日在一个案件中所作的判决是很有意义的,该判决指出:“判断文书的淫秽性时,必须考虑该文书关于性的描写的露骨、详细程度及描写手法,这种描写在全书中所占的比重,这种描写与文书所表现的思想等的关联性,文书的构成与展开,以及思想性、艺术性等对性刺激的缓和程度,以及全书整体是否引起读者的好色兴趣等方面。应当综合这些情况,依照时代的健全社会通念,进行判断。”〔2〕

以上讨论的是何谓“淫秽”。那么,淫秽“物品”是否仅限于有体物呢?例如,储存了淫秽图像的电脑硬盘是否淫秽物品?日本有判例认为,作为信息的图像数据本身就是淫秽物品。但许多学者认为,这种观点超出了解释的限度。于是,日本通过修改法条,使淫秽物电磁记录或者其他记录,也成为部分淫秽物品犯罪的对象。再如,德国刑法分则条文一般表述为“淫秽文书”,但分则条文就淫秽文书的内容指示适用刑法总则第11条第3款的规定,根据该款的规定,淫秽的声音、影像载体、数据储存器、图像以及其他表现形式,均属于淫秽文书。

(三)行为

传播淫秽物品罪的行为,是贩卖、散布、公然陈列淫秽物品,以及以贩卖、散布、陈列为目的制造、输入、持有淫秽物品。

贩卖,是指出于面向不特定人或者多数人的目的而有偿转让淫秽物品。只要出于这种目的,即使仅向一人出卖一次,也足以成立贩卖。贩卖要求现实转让了淫秽物品,如果只是成立了买卖合同,则不能认为是贩卖。多次反复贩卖淫秽物品的,也只属于一种贩卖行为,构成一个犯罪。贩卖的对方,本来是必要的共犯,但由于各国刑法均不处罚购买淫秽物品的行为,因而购买方不成立教唆犯与帮助犯。

散布,是指无偿地向不特定人或者多数人交付淫秽物品。如果当然或者从趋势上是交付不特定人或多数人时,即使实际上接受者不过几人,也可以称为散布。散布也要求现实地交付,只达成协议时还不是散布。以邮送方式散布时,只有当对方收到淫秽物品时,才认为是散布。2011年,日本刑法第175条增加了一项规定,即通过电信通讯的发送,散布淫秽的电磁记录或者其他记录的,也认定本罪。

公然陈列,是指将淫秽物品置于不特定人或者多数人可能观览的状态。例如,放映淫秽电影、录像,在开放的陈列室放置淫秽物品等行为,均属于公然陈列。将淫秽物品置于不能被他人观览的封闭室内时,不属于公然陈列。房间虽然与外界隔绝,但室内的人不特定,行为人将淫秽物品置于其中的,也属于公然陈列。计算机的普及,使公然陈列淫秽物品罪的行为与认定发生了重大变化。例如,行为人将淫秽图像数据记忆、存储于电脑网络

〔2〕日本《最高裁判所刑事判例集》第34卷第6号,第433页。

主机硬件上,他人通过电话连线就可以在电脑上再现、浏览淫秽图像。日本大阪高等裁判所和最高裁判所认定该行为构成陈列淫秽物品罪,因为行为人将记忆、存储了淫秽图像数据置于不特定多数人可以认识的状态。再如,行为人在互联网的主页上公开了淫秽图像,但东京地方裁判所认定,行为人就藏置这种淫秽图像的电脑硬盘也成立公然陈列淫秽物品罪。于是,固定了淫秽信息的有体物,也成为淫秽物品(媒介说)。但是,对于相同的案件,也有裁判所(如冈山地方裁判所)认为,作为有体物的电脑是不具有任何淫秽性的物,将电脑本身认定为淫秽物品,是并不自然和附有技巧性的解释。行为人所陈列的淫秽物品,不是电脑,而是作为情报、信息的图像数据。据此,固定了淫秽信息的电脑不是淫秽物品,只有无形的淫秽情报才是淫秽物品(情报说)。也有学者认为,上述行为都不构成公然陈列淫秽物品罪。再如,行为人将作了马赛克处理的淫秽图像公布在网络上。判例认为,只要从网络上存取下来的人大多可以当场直接去除马赛克,就认定为公然陈列淫秽物品罪。但是,也有学者对此持反对态度。因为公然陈列,要求使淫秽物品显在化,即使认为容易直接去除马赛克的图像属于淫秽物品,但不能认定行为人“公然陈列了”淫秽物品。

制造,是指制作淫秽物品,包括创作与复制;输入,是指将淫秽物品从国外移到国内;持有,是指将淫秽物品置于自己事实上的支配之下,不要求事实上握有淫秽物品。这三种行为都要求以贩卖、散布、公然陈列为目的,否则不构成犯罪。所应指出的是,上述目的,是指在本国内贩卖、散布、公然陈列。如果行为人为了在国外贩卖、散布、公然陈列,而制造、持有或者输出淫秽物品的,则不构成犯罪。

除了上述行为之外,有的国家刑法还规定了其他一些传播淫秽物品的行为。如日本刑法第175条第2项规定,以有偿散布为目的,持有淫秽物品或者保管淫秽的电磁记录的,按散布淫秽物品罪的法定刑处罚。

需要说明的是,有的国家刑法对散布、贩卖的对方以及散布、贩卖的场合等没有任何限制,有的国家刑法则有一定限制。例如,德国刑法第184条规定,将淫秽物品以各种方式提供给不满18岁的人,或者在不满18岁的人可以进入的场所陈列淫秽物品的,或者未经他人要求而使他人取得的,以及其他类似行为,构成散布淫秽物品罪。根据第184a条的规定,向公众散布或者陈列暴力淫秽文书或者人兽淫秽文书的,则没有对方年龄与场所的限制。第184b条则对散布、取得、持有、制作、获得、储存、提供、宣传儿童淫秽文书的行为,作了严厉处罚的规定。所谓儿童淫秽文书,是指具有下列内容之一的文书:(1)由未满14岁的人所实施的、对其实施的或者在其面前实施的性行为;(2)刻意表现完全或者部分裸露的儿童的身体姿势;(3)以性刺激的方式表现儿童裸露的生殖器或者臀部。

(四)故意

传播淫秽物品罪只能由故意构成,这里的关键是,行为人是否必须认识到物品的淫秽性?一种观点认为,淫秽性的认识不是故意的要件,只要行为人认识到该物品的存在以及该物品具有露骨的性的内容即可;淫秽性的认识属于违法性的内容,与故意的成立没有关系。通说则认为,淫秽性的认识是对规范的构成要件要素的认识,因而是故意的要件。但是,淫秽性的认识究竟是什么内容,也是值得注意的。前田雅英认为,刑法所规定的非难要素是以国民的一般规范意识为基础的,因此,只要行为人认识到“一般人会认为该物品

是淫秽物品”,就表明行为人认识到了物品的淫秽性;即使行为人以自己的审美意识确信不具有淫秽性,但只要行为人认识到一般人通常会认为具有淫秽性,就认为具有本罪的故意;有时,行为人有这种想法,即“虽然一般人认为是淫秽物品,但我认为艺术性很高不是淫秽物品”,这也能够肯定行为人具有本罪的故意。如果行为人的想法是“谁也不会认为是淫秽物品”,则不能认定行为人具有淫秽性的认识。另外,行为人对淫秽性的认识,不要求是确定的认识,未必的认识也能成立本罪的故意。

四、近亲相奸罪

近亲相奸罪,在许多国家刑法中都有规定,不少国家将其规定为妨害家庭的犯罪,德国、瑞士刑法就是如此。

近亲相奸罪,是特定的亲属之间自愿相奸的行为。首先,近亲一般是指直系亲属以及亲兄弟姐妹。其次,相奸即和奸,性行为的双方都是自愿的,因而这里只能是单纯的性行为,不能够采取暴力、胁迫手段,否则便构成强奸罪(强制性交罪)或强制猥亵罪(如妇女强制与男子发生性交)。

德国有不少学者认为,近亲相奸罪(乱伦罪)并没有侵害法益,因而应当废除本罪。但德国联邦宪法法院认为规定本罪并不违宪,肯定了刑法规定本罪的合理性。

五、重婚罪

重婚罪,是指有配偶而重为婚姻或与有配偶之人缔结婚姻的行为。有的国家刑法将重婚罪规定在妨害家庭罪中,有的国家刑法则将重婚罪规定在破坏风俗罪中。

重婚罪的行为有两种情况。第一种情况是有配偶而重婚。“有配偶”表明已经存在一种婚姻关系,“重婚”则表明在有婚姻关系的基础上又成立了一种婚姻关系。问题是前后婚姻是否必须属于法律上的有效婚姻。有的国家刑法对此有明文规定,如意大利刑法第556条第1款规定:“受具有民事效力婚姻约束的人缔结另一项同样具有民事效力的婚姻的,处一年以上五年以下徒刑。”据此,重婚罪的前后婚姻关系都必须具有民事效力。但是,多数国家的刑法对此没有明文规定,只是规定“有配偶而重为婚姻”,有的学者便认为,前后两种婚姻既可以是法律上的婚姻,也可以是事实婚姻(牧野英一)。但通说认为,事实婚姻的判断具有随意性,如果认为前后婚姻包括事实婚姻,则不当地扩大了处罚范围,故前后婚姻只能是法律上的婚姻。

第二种情况是与有配偶的人缔结婚姻。这里的缔结婚姻,也必须是缔结法律上的婚姻。这种主体是无配偶的人即相婚人,相婚人必须明知对方是有配偶的人。

重婚罪是否继续犯与如何确定其追诉期限是一个密切相关的问题。多数国家刑法对此没有明文规定,但意大利刑法第557条规定,重婚罪的追诉时效,“自两个婚姻中的一个被解除之日或者第二个婚姻因重婚而被宣告无效之日起计算”。

第三节 赌博与彩票罪

一、赌博与彩票罪概说

赌博与彩票罪,是通过偶然的情况获取财物的犯罪。

日本的判例与通说认为,由劳动取得财产,是国民健全的经济生活的风俗,而赌博与彩票罪,则损害人们的勤劳意欲,助长人们的侥幸心理,而且还诱发许多犯罪,给国民经济的机能以重大的妨害。刑法设立赌博与彩票罪,就是为了保护由劳动取得财产这种国民健全的经济风俗。德国帝国法院也曾认为,刑法规定赌博罪的目的在于将基于自然之赌瘾的经济的剥削置于官方的监督与约束之下。但德国刑法理论的通说认为,赌博与彩票罪,是给他人财产造成危险的犯罪,因而是一种财产罪。因为开设赌场乃至参与赌博,都是意欲损害他人而使自己得利,在此意义上说,赌博罪是一种有造成他人财产损失的危险性的行为,而且只有这种具有造成他人财产损失危险的行为,才具有可罚性。奥地利刑法将赌博罪归入对财产的犯罪。日本学者平野龙一也指出,之所以处罚赌博行为,是因为行为人期望射幸而赌博,从而遭受财产上的损失,或者利用他人的射幸心而损害他人财产;故在此意义上说,赌博罪是对财产的犯罪。

像摩纳哥那样,公开允许赌博与彩票行为的国家也不少见。但多数国家的刑法处罚特定的赌博与彩票行为,如德国、意大利、奥地利、日本等国刑法均规定了赌博罪。不过,有些国家刑法仅处罚开设赌场与发行彩票的行为,而不处罚单纯的赌博行为,法国旧刑法就是如此。德国刑法以前只处罚开设赌场、常习赌博、职业赌博与公开发行彩票的行为,现在也处罚公然参与赌博的行为。

赌博与彩票行为,本来都是侵害社会健全的经济风俗的行为,但是出于财政、经济政策的考虑以及其他理由,许多国家总是在一定范围内允许某种赌博与彩票行为。这种被允许的赌博与彩票行为,虽然符合赌博与彩票罪的构成要件,但它们是基于法令而实施的行为,故不成立犯罪。

此外,一些国家的刑法规定,虽然是赌博行为,但违法性程度轻微、不足以侵害社会经济风俗时,就不当犯罪处理。例如,奥地利刑法规定,为消磨时间或者赌注很小的,不成立犯罪;德国刑法虽然没有这种规定,但审判实践上一直持这种主张。日本刑法规定,“以供一时娱乐之物进行赌博的”,不构成犯罪。这一规定的理由是,以少量的价值赌博,属于日常娱乐范围内的行为,不值得科处刑罚。供一时娱乐之物,是指为了当时娱乐而要消费的物品,如以食物、香烟等赌博便是其例。虽然日本的判例认为,以金钱赌博的不属于以供一时娱乐之物赌博,但日本刑法理论认为,即使不是以即时消费的物本身赌博,而以与即时消费之物程度相当的金钱赌博的,也不应以赌博罪论处。

赌博罪主要有单纯赌博罪、常习赌博罪、开设赌场罪、聚众赌博罪,彩票罪主要有发行彩票罪、经销彩票罪与授受彩票罪。

二、赌博罪

(一)单纯赌博罪

单纯赌博罪,是指以偶然的情况为输赢,以财物从事博戏或者赌事的行为。

所谓以偶然的情况为输赢,是指胜负由偶然的情况所决定,即由行为人所不能左右的情况来决定胜负。偶然的情况只要求是行为人主观上不能确定的情况,不要求是客观上不能确定的情况。至于这里的情况是过去的情况、现在的情况,还是将来的情况,则在所不问。由于需要争胜负,参与者必须是二人以上,故赌博罪是必要的共犯。关于竞技游戏(Geschicklichkeitsspiel,如下棋、打牌、球类运动等)的性质,各国刑法规定与刑法理论的观点并不相同。德国刑法理论认为,竞技游戏的输赢主要取决于参与者的身体或者精神能

力、注意程度与技巧等,而不是取决于偶然。所以,即使以财物进行竞技游戏的,也不成立赌博罪。奥地利刑法规定,只有当胜负属于偶然或者以偶然为主时,才是赌博。而日本刑法理论的通说与判例认为,即使参与人的技能多少能左右胜负,但只要介入了偶然因素,就成立赌博。

偶然的情况是否必须存在于参与者双方(全员)?通说对此持肯定态度,如果参与人的一方使用欺诈手段来支配胜负,则成立诈骗罪,而不是赌博罪,其他人的行为就不成立赌博罪。但也有学者认为,在上述情况下,使用欺诈手段的人成立诈骗罪,而其他参与人主观上仍然是想侥幸取胜,所以成立赌博罪。

所谓以财物进行博戏或赌事,是指以财物为赌注从事博戏或赌事。这里的财物不限于有体物,只要是财产上的利益即可。一般来说,财产价值的多少在所不问,但有的国家刑法规定赌注轻微时不构成犯罪。以财物为赌注,则是指以偶然的输赢来决定将一定的财物交付给胜者,但不要求现实地提供财物。

赌博分为博戏与赌事。德国刑法理论就二者的区别有三种学说:客观说认为,由参与人或者其代理人的动作来决定胜负时是博戏,不介入这种动作来决定胜负时是赌事;主观说指出,参与人只是以自己的主张是否正确来决定胜负时为赌事,其他情况则是博戏(Frank);动机说主张,以娱乐、取乐的动机争胜负时是博戏,为了认真地强调自己的意思而争胜负时是赌事(Kohlrausch)。德国刑法之所以这样区别,是因为德国刑法只处罚博戏行为,而不处罚赌事(Wette,或称打赌)行为。德国刑法理论认为,赌事与赌博不是等同概念,参与打赌者的动机与目的在于确认彼此间互相对立的意见争执,至于赌赢的赏金则不是重点,也不是打赌本身的目的;打赌的结果还可能是双方均获利或者第三者获利。所以,对打赌行为不应认定为赌博罪。日本刑法原本将博戏与赌事并列起来规定为,“以财物就偶然的输赢进行博戏或者赌事的”,构成赌博罪;1995年修改为,“赌博的”,成立赌博罪。

单纯赌博罪是举动犯,行为人开始从事博戏或者赌事时为着手时期,而且一经实施即为既遂,即成立既遂不要求决定出输赢与实现财物的得失。

单纯赌博罪是否必须发生在特定的场所或公然进行,各国刑法的规定不一。有的国家对此没有限制性规定,只要属于上述赌博行为,无论在何种场所进行,都构成单纯赌博罪,日本刑法就是如此。有的国家刑法则要求公然赌博或者发生在公共场所,否则不成立犯罪。例如,德国刑法规定,“参加公开的赌博的”,才构成本罪。

(二) 常习赌博罪

常习赌博罪,是指以赌博为常习而从事赌博的犯罪,是单纯赌博罪的加重类型。

常习赌博罪的主体,必须是具有赌博的常习性的人,即是具有反复从事赌博行为癖性的人。关于常习性的意义,是一个有争议的问题。一种观点认为,常习性是指作为人格形成的结果而有较强的犯罪倾向,因此它不是行为的属性,而是行为人的属性;即常习性是对行为人的定型,而不是对行为的定型。另一种观点认为,常习性既是行为的属性,也是行为人的属性,即既是对行为的定型,也是对行为人的定型。还有一种有力的观点认为,常习性并不是行为人的属性,而是行为的主观属性,因为并不是常习者从事赌博才构成常习赌博罪,而是主观上有赌博常习时才构成常习赌博罪。

在判断是否常习性的赌博时,要考察行为人反复实施赌博行为的事实,特别要综合考

察赌博行为的性质、种类、金额等事实,据此进行客观判断。至于赌博的前科事实,则要具体分析。如果以前科事实为基础推断行为人赌博的常习性,则要求前科的赌博行为与现实的赌博行为之间有时间上的连续关系,这种关系使法官能够认识行为人的常习性,能够发现行为人的一种人格态度。如果虽然有赌博的前科,但以后很长时间内没有从事赌博,现实只是偶尔赌博的,则不能认定为有常习性。再者,虽然没有赌博前科,也可能根据现实的有关事实认定为有常习性,例如,以赌博为职业时就容易认定其常习性。

常习赌博罪的行为,仍然是博戏与赌事,行为人反复实施的赌博行为,作为一个整体,构成一个常习赌博罪,故本罪是典型的集合犯。

赌博的常习者与非常习者共同赌博时,根据部分犯罪共同说,只成立单纯赌博罪的共同正犯,但常习者按常习赌博罪处断,非常习者按单纯赌博罪处刑。非常习者教唆或者帮助常习者赌博(第一种情况),或者常习者教唆或帮助非常习者赌博时(第二种情况),根据总论中的共犯与身份的原理解决,但由于共犯与身份原理并没有形成一致意见,故上述问题在处理上仍然是有分歧的。例如,有人认为,两种情况都只成立单纯赌博罪的教唆犯与帮助犯;有人认为,第一种情况成立单纯赌博罪的教唆犯或帮助犯,第二种情况成立常习赌博罪的教唆犯或帮助犯;有人认为,第一种情况成立常习赌博罪的教唆犯或帮助犯,第二种情况成立单纯赌博罪的教唆犯或帮助犯;有人认为,第一种情况虽然成立常习赌博罪的教唆犯或帮助犯,但只能按单纯赌博罪的教唆犯或帮助犯科刑,第二种情况则是单纯赌博罪的教唆犯或帮助犯;如此等等。

成立常习赌博罪的行为人,具备累犯条件(同种累犯)时,是否适用累犯加重的规定?一种观点持肯定态度,因为常习犯与累犯并不矛盾,前者也不能包括后者。另一种观点持否定态度,因为累犯的反复是常习性的一部分内容。还有一种观点认为,常习犯本来是广义的累犯的一种,二者的性质具有共同点,在此意义上说应否定适用累犯加重的规定;但是,累犯并不直接成立常习犯,常习犯是以常习性为要件的特殊累犯,因此,如果对常习犯不适用累犯加重的规定,则忽视了常习犯的特殊性,故应肯定适用累犯加重的规定。

(三) 开设赌场罪

开设赌场罪,一般是指意图谋利,公然开设、经营赌场的行为。凡是规定了赌博罪的刑法,就都规定了开设赌场罪,因为这种行为不仅比单纯参与赌博的行为严重,而且直接引诱他人赌博,给他人赌博创造了条件。

开设赌场,是指开设以行为人为主宰,在其支配下由他人从事赌博活动的场所,或者以行为人为主宰,提供赌博的机会。可以认为,开设赌场,就是设置赌场、经营赌场。行为人是否亲临赌场,不影响本罪的成立;也不要求行为人引诱他人至自己所开设或经营的赌场。德国刑法规定,准备赌博器具的行为,也构成开设赌场罪。

开设赌场罪罪的成立,也不要求将赌博者聚集于一定场所。行为人为了进行棒球赌博,达到以服务费为名从胜者那里征收一定比率金钱的目的,设立事务所,采用电话受理赌博申请,对其进行整理,进行赌资、服务费的计算,而没有赌博参加者的场所的集合的情形,也属于开设赌场(日本的判例)。

有的国家刑法规定,开设赌场罪的成立要求行为人主观上有谋利的目的。谋利的目的,是指以从赌博者那里收取入场费、手续费等作为开设赌场的代价,从而不法获取财产上的利益。至于行为人是否获取了这种利益,则不影响本罪的成立与既遂。日本判例认

为,以图利的意思开设了赌场,就成立犯罪既遂,不问实际上是否有人在其赌场内实施了赌博行为。刑法理论认为,当开设赌场的行为具备赌博者参加聚集的具体危险性时,成立开设赌场罪既遂。开设赌场的行为人自己也从事赌博构成赌博罪的,在日本被认定为并合罪,实行并罚。

有的国家(如德国)只禁止未经官署批准的开设赌场的行为,据此,开设、经营赌场的行为如果得到官署批准,则不构成本罪。

三、彩票罪

彩票罪,是指非法发行、经销或授受彩票的行为。但是,许多国家的刑法,如德国、法国刑法只处罚非法发行彩票的行为。

本罪的对象是彩票。所谓彩票,是指事先记入了号码的一种票证,这种票证发行后,采取抽签、摇奖等方法,在购买者之间进行不平等的分配;持有中彩票证的人,将获得一定的利益;持有没中彩票证的人,就要丧失财产的一部或者全部。如果没中彩时也不丧失财产,则不属于彩票。

显然,彩票也是以偶然的情况决定财产的得失,这一点与赌博是相同的,这就造成了区分赌博与彩票的困难。一般来说,在赌博时,所有的参与者都有获取财产的可能性与丧失财产的危险性,在彩票罪中,只有购买者有丧失财产的危险性,发行者则不具有这种危险性。日本大审院1914年7月28日的判决曾指出,对于彩票罪与赌博罪,应当根据是否以抽签的方式决定胜负、提供者在提供财物的同时是否丧失其财物所有权、当事人双方是否都不负担危险来区分。

本罪的行为主要是发行、经销、授受。发行,是指向多数人有偿转让彩票;只要行为人是面向多数人出卖,即使实际上只有少数人购买时,也构成犯罪。经销,是指在发行人与购买者之间进行买卖斡旋的行为。授受,是指除发行、经销之外的转移彩票所有权的一切行为。

第四节 有关坟墓、尸体的犯罪

一、挖掘坟墓罪

挖掘坟墓罪,是指故意挖掘他人坟墓的行为。

犯罪主体没有限制,坟墓的所有人、被埋葬者的子孙,也能成为本罪主体。犯罪对象为坟墓即埋葬死者的尸体、遗骨、遗发等场所,不问有无管理人,也不问有无墓石与墓碑。但是,如果具有墓石、墓碑,却并没有埋葬死者尸体、遗骨等,则不认为是坟墓。

本罪的行为是挖掘坟墓。挖掘,是指除去坟墓上的覆盖土的一部或者全部,或者使墓石受到破坏或解体,从而损坏坟墓的行为。挖掘行为不要求使坟墓内的尸体、遗骨等暴露在外,也不以取得或者隐匿尸体、遗骨等为必要。

依法对尸体进行解剖或从事其他方面的验证而挖掘坟墓,或者经过允许搬迁坟墓而挖掘坟墓的行为,属于违法性阻却事由,不成立本罪。

二、损坏、遗弃尸体等罪

损坏、遗弃尸体等罪,是指故意损坏、遗弃或取得尸体、遗骨、遗发及棺内所藏物品的行为。

犯罪主体没有限制,死者的亲属也能成为本罪主体。犯罪对象是尸体、遗骨、遗发以及棺内所藏置的物品。尸体不仅是指整体,而且包括其中的某一器官;遗骨、遗发是为了纪念死者而保存或应当保存的尸骨与头发;棺内所藏置的物品,是指与尸体、遗骨、遗发一起放置于棺内的物品,即随葬品。

本罪的行为包括损坏、遗弃与取得三种方式。损坏,是指物理的破坏,如切断尸体的四肢,割掉脑袋等。奸尸属于侮辱行为,不属于损坏。遗弃,是指不按照习俗上的埋葬方法而放弃,遗弃虽然通常必须伴有场所上的转移,但负有埋葬义务的人单纯不埋葬的不作为,也被认为是遗弃。杀人犯杀人后单纯将尸体置于现场的行为,不构成不作为的遗弃尸体,但为了湮灭罪证而将尸体隐匿起来的,构成遗弃尸体罪,成立杀人罪与遗弃尸体罪的并合罪,而非牵连犯与吸收犯。取得,是指不法占有,取得的方法没有限制,直接取得与间接取得,盗窃取得与收买取得等,都能成立本罪。

存在争议的问题是,本罪的行为能否同时成立财产罪,例如,取得棺内所置物品时,除成立本罪外,是否还成立盗窃罪?否定说认为,考虑到本罪与财产罪的区别,对尸体等进行损坏、遗弃、取得等行为,不另成立财产罪;而且本罪的法定刑大大轻于财产罪的法定刑,这是因为刑法将本罪的对象作为信仰感情的对象,而不是作为财产。肯定说认为,棺内所置物品,乃至尸体、遗骨、遗发等,也是一种财物,能够成为财产罪的对象。如果损坏、取得这些对象的行为只构成损坏、取得尸体等罪,则同其他的财产罪相比,其法定刑过低,这是不合理的。故应认为,上述行为成立本罪与财产罪的想象竞合。

三、密葬非正常死亡者罪

密葬非正常死亡者罪,是指将没有经过检验的非正常死亡者予以埋葬的行为,是日本等国刑法所规定的一个犯罪,设立这个犯罪并不是为了直接保护宗教风俗,而是出于警察目的所规定的一种行政犯。

本罪的对象是非正常死亡者,非正常死亡,是指非自然死亡,并且死因不明。正因如此,才需要检验。如果是自然死亡,或者虽然是非自然死亡,但知道死因,也就没有必要检验,行为入埋葬这种尸体的行为,没有必要处罚。

本罪的行为是没有经过检验而进行埋葬,可以理解为在没有经过特定机关检验的状态下进行埋葬,埋葬的方法不影响本罪的成立。

第三编 对国家法益的犯罪

第二十三章 对国家存在的犯罪

第一节 本章犯罪概述

对国家法益的犯罪,是一种严重的犯罪,这一点是没有争议的。虽然从刑法理论上,大多数学者都将这种犯罪置于对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪之后,但从刑事立法上看,许多国家的刑法仍然将它规定在刑法分则之首,德国、意大利、日本等国刑法都是如此。

各国刑法都重视对国家法益的犯罪,但存在两种不同的重视理由。其一,国家法益是国家权威、国家的不可侵犯性,这种法益超越个人法益,因而应当得到重视;其二,国家只不过是为了国民的生活与福利而存在的机构,因此对国家法益的犯罪就侵害了多数国民的利益,故应得到重视。前一种看法是基于国家主义、全体主义的刑法观得出来的结论;后一种看法是基于个人主义的刑法观所得出来的结论。这两种看法,会给具体犯罪的解释带来细微的差异。

各国刑法对国家法益的犯罪所作的规定详略不一。德国、意大利等国刑法规定得相当详尽,日本刑法规定得较为简单。对国家法益的犯罪可以分为两类,即对国家存在的犯罪、对国家作用的犯罪。对国家存在的犯罪,主要是内乱罪、外患罪以及对国家关系的犯罪;对国家作用的犯罪,包括一般国民从外部侵害国家作用的犯罪与公务员从内部侵害国家作用的犯罪。本章先讨论对国家存在的犯罪。

第二节 内 乱 罪

一、内乱罪概说

内乱罪是以国家的内部秩序作为直接攻击对象的犯罪,或者说,是从国家的内部威胁国家存在的犯罪,其保护法益是国家的存在。

内乱罪侵害了国家的存在,因而也侵害了刑法本身存在的基础,当然是一种最重大的犯罪。但从社会学的观点来看,内乱是一种反抗现存国家秩序的社会势力的爆发性行动,如果这种行为成功,确立了新的秩序时,其自身的犯罪性就被完全否定,认定内乱罪的刑法本身也不存在。因此,内乱罪是处于刑法极限的犯罪,也正因如此,各国刑法都将内乱

罪规定为危险犯,而不是侵害犯。

内乱罪是典型的政治犯与确信犯,难以从道义非难的角度理解其刑事责任。所以,有些国家的刑法典对内乱罪规定的法定刑并非最重的法定刑。

内乱罪包括狭义的内乱罪与预备内乱罪、阴谋内乱罪,有的国家刑法还规定了帮助内乱罪,实际上是将内乱罪的帮助行为规定为独立的犯罪。

二、内乱罪(狭义)

各国刑法对内乱罪的规定并不相同,一般来说,内乱罪是指以暴力、胁迫方式,颠覆政府、分裂国土及危害宪法秩序的行为。

内乱罪的主体没有特殊限制,也不问是本国人,还是外国人。问题在于本罪是否属于必要的共犯?虽然从审判实践上看,本罪一般是多数人共同实施的,但多数国家对此没有明文规定;只有日本刑法明文规定本罪为必要的共犯,因此犯罪主体必须是多数人;这些多数人必须基于内乱的目的而集团化,^[1]单纯聚集起来的多数人不能成为本罪的主体。

内乱罪的行为是以暴力、胁迫方式颠覆政府、分裂国土以及危害宪法秩序。首先,行为的方式必须是暴力、胁迫。有的国家刑法仅限于暴力,而不包括胁迫(如瑞士)。德国刑法规定的是采取暴力或者以暴力相威胁的方式。日本刑法规定的是暴动,但暴动是指多数人结合起来实施暴力、胁迫,至少达到了有害于一个地方安宁的程度。一般来说,这里的暴力、胁迫是指最广义的暴力与胁迫。^[2]暴力包括对人实施暴力与对物实施暴力,因而包含杀人、伤害、放火等行为;胁迫是以恶害相通告,恶害的种类没有限制。

其次,行为内容可概括为三种:颠覆政府、分裂国土与危害宪法秩序。例如,德国刑法规定的内乱罪包括危害国家存在与变更宪法秩序,而依据德国刑法的解释性规定,所谓危害国家存在,包括颠覆国家主权、破坏国家统一与分裂国土。再如,瑞士刑法所规定的内乱罪的行为内容为:实施旨在以暴力修改联邦或者州宪法的行为,取消符合宪法的国家机关或者使之无法行使职权的行为,将瑞士的一部分从联邦或者州分离的行为。

日本刑法则将内乱罪的行为内容规定为暴动,将颠覆政府、窃据国土与紊乱国宪规定为目的。即“以破坏国家的统治机构、排除国家对领土的国权以行使权力,以及其他破坏、扰乱宪法确定的基本统治秩序为目的”而实施暴动的,构成内乱罪。

日本刑法理论的通说认为,行为人犯内乱罪时,实施了杀人、伤害、放火等犯罪行为的,仅成立内乱罪,即杀人、伤害、放火等罪被内乱罪吸收。但是,如果行为人利用暴动的机会进行泄愤报复或者实施与内乱无关的强奸等行为时,则另外成立其他犯罪,实行并罚。

三、预备内乱罪、阴谋内乱罪

内乱罪是最重大的犯罪,除了处罚内乱的未遂外,还要处罚内乱的预备与阴谋行为。许多国家的刑法都是如此。预备内乱罪,是指内乱罪的预备行为;阴谋内乱罪,则是指内乱罪的阴谋行为。预备,是指为实行内乱进行各种准备,例如,准备武器弹药、召集人员等。阴谋,是指二人以上策划内乱、形成合意,阴谋并不一定要求秘密商议。预备与阴谋,都要求没有达到实施暴力、胁迫的程度,否则便成立内乱罪或内乱未遂罪。

[1] 这里的“集团化”,只是意味着多数人基于同一目的而形成众多犯,而非等同于我国刑法中的“犯罪集团”。

[2] 但有的国家刑法对此有限制性规定,例如,奥地利刑法规定,内乱罪中的胁迫仅限于以暴力相胁迫。

阴谋可以说是广义的预备的一种,一部分国家刑法将阴谋与预备分别进行规定,另一部分国家刑法则将阴谋与预备规定在一起。前者如奥地利刑法,其第244条第1款规定:“与他人协议共同实施内乱行为的,处十年以下自由刑。”第2款规定:“以其他方法预备内乱,因而造成实施内乱行为的危险,或者导致危险明显扩大,或者与外国共同准备内乱的,亦同。”第1款规定的是阴谋内乱罪,第2款规定的是预备内乱罪。后者如日本刑法,其第78条规定:“预备或者阴谋内乱的,处一年以上十年以下监禁。”

德国、奥地利、日本等国刑法对预备内乱罪、阴谋内乱罪作了特别的中止、自首等规定。即预备或阴谋内乱而没有达到暴动程度时,自动中止或自首的,不处罚或减轻处罚。这种特别规定是为了鼓励行为人不实施内乱罪的实行行为,从而有效地保护国家法益。

第三节 外 患 罪

外患罪是从国家的外部侵害国家安全存在的犯罪,其保护法益是国家的存在,各国对外患罪规定的种类不完全相同。

一、诱致外患罪

诱致外患罪,是指与外国通谋,致使对本国行使武力的行为。例如,日本刑法第81条规定:“与外国通谋,致使其对日本国行使武力的,处死刑。”德国刑法第100条规定:“在本法空间效力范围内具有生活基础的德国人,意图造成对联邦德国的战争或者武装活动,与本法空间效力范围外的政府、团体或者机构或者中介人之一建立或者维持联系的,处一年以上自由刑。”

日本刑法理论认为,上述条文中的“外国”,是指外国政府、军队、外交使节等国家机关,不包括私人 and 私人团体。德国刑法规定的范围则较广,除了外国政府以外,还包括其他团体、机构以及中介人。日本刑法规定要求与外国“通谋”,即产生意思联络,不问是直接联络的,还是介入第三者而间接联络的;至于是谁发起意思联络则在所不问。德国刑法只要求与外国政府、团体等建立或维持关系,建立或维持关系必须是意图引起对本国的战争或者武装活动。日本刑法中的“对日本国行使武力”,是指通过军事力量对日本进行攻击,但不限于国际法上的战争。日本刑法要求外国已经对本国行使武力,否则便是未遂,因此规定了绝对的死刑。德国刑法不要求发生这种结果,法定刑相对较低。

二、援助外患罪

援助外患罪,是指在外国对本国行使武力时,为外国军事服务或者给予其他军事上利益的行为。

本罪的行为状况必须是外国对本国行使武力时,这里的行使武力不限于国际法上所说的战争,凡是外国军事力量侵害本国安全的行为,都认为是对本国行使武力。本罪的行为是为外国军事服务或者给予其他军事上的利益。为外国军事服务,包括直接为外国参与战争或行使武力,作为外国军队的一员从事有助于外国的活动等。给予其他军事上的利益,主要是指提供军事物资、食物等,凡是给外国行使武力提供有形或无形的有利手段或方法的,都包括在内。但理论上认为,在外国军事占领区内,本国国民给予外国军事上

利益的行为,缺乏期待可能性,阻却责任。

三、泄密罪

作为外患罪之一的泄密罪,包括许多内容,下面主要说明德国、奥地利刑法的规定。

泄密罪中的“密”,是指国家秘密。德国刑法第93条规定:“国家秘密,是指为了防止给联邦德国的外部安全造成严重不利益的危险,而只提供给被限定的人员范围的和必须对外国势力加以隐瞒的事实、物体或者知识。”奥地利刑法第255条规定:“本章所称国家秘密,是指为使奥地利共和国或奥地利共和国与外国、超国家机构、国家间机构的关系免受重大不利的危险,只对有限的人员范围公开,对外国、超国家机构或者国家间机构保密的事实、物品或者判决,尤其是文字、图纸、模型和信息。”

泄密罪中的“泄”,包括各种方式,德国刑法主要规定了以下行为:向外国势力或者其中介人通告国家秘密,让无权知悉者得到国家秘密,公开国家秘密,出卖国家秘密,非法获取国家秘密等。奥地利刑法也规定了泄露、出卖、刺探国家秘密等行为。

第四节 对国家关系的犯罪

一、对国家关系的犯罪概说

对国家关系的犯罪,也被称为妨害国交罪,其犯罪类型主要有侵害外交代表罪、侵犯外国国旗国徽罪、违背局外中立命令罪。

关于这类犯罪的保护法益,理论上有两种不同的观点:一种观点认为,本罪的保护法益是国家对外的地位。因为本国刑法并不直接保护外国法益,即不能认为本国刑法规定上述犯罪是为了保护外国法益;而且从刑法规定来看,都是将上述犯罪放在侵害国家法益的犯罪之中,这就表明,刑法规定对国家关系的犯罪是为了保护本国在对外关系上的地位。另一种观点认为,本罪的保护法益是外国法益,之所以保护外国法益是基于国际法上的义务。因为上述犯罪并不是直接危害本国存在的犯罪,而且一般规定只有当外国政府请求处理时才追诉,故应认为本罪的保护法益是外国法益,而不是本国的对外地位。其实,这两种观点并非完全对立,因为根据国际法在某种程度上保护外国法益,有利于维持本国与外国的正常关系,从而保护国家对外的地位。

对国家关系的犯罪,有相互主义与单独主义两种立法例。相互主义,是指只有当外国法律对同一犯罪有明文规定时,才能适用本国法。单独主义,是指不管外国法律对同一犯罪有无规定,都适用本国法。德国、意大利刑法采取的是前者,日本等国刑法采取的是后者。

各国刑法对本节犯罪,都规定了诉讼条件。例如,日本刑法规定的损坏外国国徽罪,“经外国政府请求的,才能提起公诉”。瑞士刑法规定的干扰与外国关系的犯罪,要求外国政府或国际组织请求,并且有联邦委员会的授权,才能追诉。德国刑法规定的诉讼条件更严格,其第104a条规定:“本章之罪(指敌对外国的犯罪——引者注),只有当联邦德国与他国具有外交关系,订有互惠保护规定,并且互惠保证在行为当时仍然有效,经外国政府的刑罚请求和联邦政府授权给予刑罚追究时,才能追诉。”

二、侵害外交代表罪

侵害外交代表罪,是指对因公务滞留本国的外国元首、外国政府的组成人员或在本国内被承认的外国外交代表进行攻击或侮辱的行为。

本罪的对象是外国元首、外国政府的组成人员以及得到本国政府承认的外交代表,但这些人必须因公务滞留在本国,如果上述人员因私事滞留本国,则没有必要给予特殊保护,攻击或侮辱他们的行为,不能构成对国家法益的犯罪。

本罪的行为主要是攻击与侮辱,^[3]攻击,包括殴打、伤害与妨害自由,如果是杀人,则直接按杀人罪处理;侮辱,是指采取暴力或者其他手段公然贬低上述人员的人格,有的国家刑法还规定了诽谤,即公然捏造事实贬低上述人员的人格。

三、侵犯外国国旗国徽罪

侵犯外国国旗国徽罪,是指故意损坏、除去、污秽外国国旗、国徽的行为。

本罪的对象是外国的国旗、国徽,怎样确定“外国”的范围是一个有争议的问题。例如,有的国家虽然在国际法上得到承认,但本国还没有承认,或者相反。一种观点认为,本罪须经外国政府的请求才处理,没有得到本国承认的“国家”,就不可能提出诉讼请求,故这里的外国只能是得到本国承认的外国。但多数人认为,这里的外国包括未被本国承认的国家,因为即使是未被本国承认的国家,其名誉也应受到尊重与保护,而且外国政府的请求只是诉讼条件,而不是犯罪成立条件。

本罪的行为主要表现为损坏、除去、污秽外国国旗、国徽。损坏,是指使用毁坏、破坏国旗、国徽自身的方法,使国旗、国徽象征外国的威信、尊严的效用减少或者丧失,如将国旗划破,使国徽缺损等。除去,是指不毁坏、破坏国旗、国徽自身,而以使用场所的转移、隐匿等方法,使国旗、国徽减少或丧失在正常场所的象征效用,如将国旗降下、将国旗转移到另外的地方等。污秽,是指将导致人产生厌恶感的物体附着在国旗、国徽上,或者将国旗、国徽置放在使人产生厌恶感的物体上,从而减少或丧失国旗、国徽的效用,如将国旗涂上黑墨,用粘有泥土的鞋践踏国徽等。

本罪只能由故意构成,一般不要求有特定的目的,但日本刑法规定,行为人必须“以侮辱外国为目的”,即行为人损坏、除去、污秽国旗国徽,是为了表示出对该外国的侮蔑意思。至于行为是否损害了外国的名誉感情,则不影响本罪的成立。

四、违背局外中立命令罪

违背局外中立命令罪,是指在外国交战之际,违背关于局外中立命令的行为。在国际法上,中立国负有一定的义务,为了履行这种义务,国家就要求国民实施一定的行为或不实施某种行为,于是颁布有关命令,本罪则是违背这种局外中立命令的行为。

本罪要求发生在外国交战之际,即本国以外的两个以上的外国之间正式宣战或事实开战,而正处于战争状态。本罪的行为是违背局外中立命令,至于什么样的行为才是本罪的行为,则依命令内容决定,故本罪的构成要件是典型的空白构成要件。

[3] 德国刑法第102条与第103条分别规定了攻击外国代表罪与侮辱外国代表罪,前者的法定刑重于后者的法定刑。

第二十四章 对国家作用的犯罪

第一节 妨害执行公务的犯罪

国家的作用,大多数场合由公务员担负的公务来实现;为了保证公务员依法执行公务,就必须处罚妨害执行公务的犯罪。妨害执行公务的犯罪,主要包括妨害执行公务罪、职务上强制罪、损坏封印罪、非法避免强制执行罪等类型。

一、妨害公务罪

妨害公务罪,在不同国家刑法中有不同的表述。日本刑法规定的是妨害执行公务罪,即在公务员执行职务时,对之施加暴力或者胁迫的行为。奥地利、瑞士刑法规定的妨害执行公务罪,是指以暴力、胁迫方法妨碍公务员执行公务的行为。德国刑法规定的是抗拒执行人员罪。日本刑法理论的通说认为,妨害执行公务罪的保护法益不是公务员的身体与自由,而是公务的顺利执行(具体内容尚存争议)。下面分别介绍日本的妨害执行公务罪与德国的抗拒执行人员罪。

(一)日本的妨害执行公务罪

1. 对象

妨害执行公务罪的对象是公务员。大体而言,公务员的特征如下:其一,必须是在国家或地方公共机构、团体中从事公务;其二,必须是依法从事公务或者经指定或受委托从事公务;其三,必须是处理以某种程度的精神的、知的判断为内容的事务的人员。

2. 行为时间

妨害执行公务罪的行为,必须实施于公务员执行职务之时。

(1)职务的合法性(适法性)

职务,是指由公务员依法执行的国家与地方公共团体的事务。日本刑法没有明文规定公务员执行职务必须具有合法性,导致刑法理论上产生分歧。少数人认为,既然刑法并没有明文要求执行职务的合法性,就表明不要求有合法性,只要能认定公务员是在执行职务即可。但通说持肯定态度,主要有两点理由:其一,刑法设立妨害执行公务罪,旨在处罚妨害公务的适正作用的行为,如果保护公务员的违法行为,就与法秩序相矛盾。而且,许多违法的职务行为实际上被刑法规定为犯罪,如果一方面将违法的职务行为规定为犯罪,另一方面又保护这种违法的职务行为,就明显相冲突。其二,公务员的违法的职务行为,都是侵犯人权的,根据刑法保障人权的观点,当然不能保护违法的职务行为。

一般认为,公务员执行职务的合法性,必须具备以下要件:

第一,公务员的行为属于该公务员的一般的、抽象的职务权限范围。对于公务员,通

常会在事务和场所方面限定职务的范围,如果在事务或场所上超出了其范围,就不认为是执行职务。例如,警察征收税金就超出了其一般的、抽象的职务权限范围。但是,甲派出所的警察到乙派出所的管辖区域巡视,就没有超出抽象的职权范围,因为这是内部分工问题,不影响一般的、抽象的权限范围。公务员的抽象的职务权限,不一定是法令明文规定的,也不要求是独立的权限,根据上级的指示、命令管理事务时,也属于抽象的职务权限范围。

第二,公务员具有实施该职务行为的具体的职务权限。在许多情况下,公务员虽然有抽象的职务权限,但不一定有具体的职务权限。特别要注意的是,某些职务行为,是要经过指派、委托等才能实施的,如果不存在指派、委托等,就不能认为该公务员的行为属于具体的职务权限范围。例如,死刑执行官某甲,只是被指派执行某乙的死刑时,他才有对乙执行死刑的具体的职务权限(当然必须在规定的时间与地点);但他对死刑犯某丙就没有执行死刑的具体的职务权限。

第三,公务员的行为必须符合作为公务员职务行为有效要件的法律上的重要条件与方式。公务员职务行为的有效要件,往往在法律上规定为一定的条件与方式,公务员在执行职务时理当符合这些条件与方式,否则就不认为是合法的执行职务的行为。例如,执行死刑、逮捕人犯等职务行为,法律都规定了严格的条件与方式,只有遵守这种条件与方式时,才是合法的职务行为,否则就是违法的行为。

问题是,在判断公务员的职务行为是否合法时,应当以什么为基准?主观说认为,应当以该公务员的认识为基准,即该公务员认为合法时,就是合法的,该公务员认为违法时,就是违法的。据此,刑法规定本罪是为了保护公务员的主观上的职务的适正。但这种学说实际上是取消了职务行为合法性的要件。折中说认为,应当以一般人的见解为标准。据此,刑法规定本罪是为了保护公务适正的外观。但是,究竟什么是一般人的见解并不明确,容易导致判断的随意性。客观说认为,应当由法院进行客观判断,即法院依据法律、法令对公务员的职务行为进行客观判断,而不问该公务员与一般人是如何认识的。这种学说避免了主观说与折中说的缺陷,也有利于保护职务行为和防止职务行为对个人利益的侵害。

在上述三种学说中,客观说是通说。但是,是采取行为时标准,还是采取裁判时标准,也是有争议的。行为时标准说认为,应当根据该职务行为实施时的具体状况进行客观判断。据此,刑法规定本罪是为了保护行为时适正的职务。裁判时标准说(纯客观说)认为,应当由法院在事后进行纯客观的判断。据此,刑法规定本罪是为了保护结局上、客观上适正的职务。这两种观点会对同一行为得出不同的结论。例如,公务员依照刑事诉讼法的规定,对嫌疑人进行逮捕,嫌疑人则对公务员实施暴力或胁迫;从逮捕的当时来看,这种逮捕是必要的,属于刑事诉讼法上的合法的职务行为,但后来事实证明,该嫌疑人并不是犯罪人。根据行为时标准说,嫌疑人的行为构成妨害执行公务罪;根据裁判时标准说,嫌疑人的行为不构成犯罪。日本最高裁判所1966年4月14日的判决指出,职务行为是否合法,不应从事后纯客观的立场进行判断,而应根据行为当时的状况进行客观的、合理的判断。

(2) 在执行职务时

妨害执行公务罪的行为,要求实施于公务员执行职务时。执行职务时,固然包括正在

执行职务,但从保护公务的见地来看,还包括将要着手执行公务时。就一体性或继续性的职务行为而言,不应该将其执行过程分割成具体阶段来讨论其是否开始、終了,即使呈现暂时中断或者停止,也认为是在执行职务中。是否正在执行职务,往往要联系职务的特点进行判断。例如,警察在街头巡视时,即使偶然与他人闲谈,但只要不是在休息,就认为是在执行职务。公务员在执行职务时,也会有休息的时间,休息时不认为是在执行职务。

3. 行为样态

妨害执行公务罪的行为,表现为对执行职务的公务员施加暴力或者胁迫。一般来说,这里的暴力与胁迫,是指广义的暴力、胁迫。暴力不要求直接对公务员的身体施行,只要向公务员行使有形力即可;虽然是对物行使有形力,但如果对公务员的身体有物理影响时,也认为是本罪的暴力(间接暴力)。此外,对与公务员执行职务具有密切关系的辅助人员施加暴力时,也能成立本罪。

胁迫是以使他人产生恐惧感为目的,而以恶害相通告,恶害的种类、性质,通告的方法都没有限制。胁迫不要求直接对公务员施行,即使是对第三者进行胁迫,但妨害了公务员执行职务时,也构成本罪。

那么,暴力、胁迫必须达到什么程度呢?这涉及本罪是抽象的危险犯还是具体的危险犯。抽象的危险犯说着眼于本罪的保护法益,认为暴力、胁迫只要达到了足以妨害公务员执行职务的程度时就成立本罪,而不问暴力、胁迫在当时的情况下有无造成执行职务困难的现实可能性。具体的危险犯说则认为,只有具有造成执行职务困难的现实可能性,才成立本罪。理由是,既然本罪的保护法益是公务本身,暴力、胁迫就要受这种保护法益的限定,只有当暴力、胁迫具有使职务难以执行的现实可能性时,才能认为侵害了公务这种法益;而是否具有这种现实可能性,应当根据行为当时的情况进行具体判断。

4. 故意

妨害执行公务罪只能由故意构成,行为人对对方是公务员并且在执行公务,以及对公务员施加暴力、胁迫的事实,必须具有认识、容认的态度。至于施加暴力、胁迫的动机如何,则不影响本罪的成立。

值得研究的问题是,公务员的职务行为本来是合法的,但行为人误认为是违法的,进而对公务员实施暴力、胁迫时,是否阻却故意?第一种观点认为,本罪中的职务行为的合法性是处罚条件,因此,对职务行为的合法性的认识错误不阻却故意。根据这种观点,对违法的职务行为的反击也能成立犯罪,因而不能被多数人接受。第二种观点认为,职务行为的合法性是构成要件要素,对职务行为的合法性的认识错误属于事实的认识错误,故阻却故意。理由是,由于合法的职务才值得刑法保护,故针对合法的职务实施暴力、胁迫时,才符合本罪的构成要件,即职务行为的合法性是没有记述下来的构成要件要素,行为人对此必须有认识。如果行为人没有认识到职务行为的合法性,就不能成立故意。此外,由于对合法性的认识可以是未必的认识,所以不会导致放纵犯罪人。第三种观点认为,职务行为的合法性是违法性的要素,对职务行为合法性的认识错误是法律上的错误,因此不阻却故意。第四种观点(二分说)认为,如果行为人欠缺对作为违法性基础的行为事实本身的认识,则是事实错误,阻却故意;如果不欠缺这种认识,则不影响故意的成立。例如,警察出示了逮捕证,但行为人没有看到而产生错误认识,进而以暴力、胁迫进行妨害的,属于事实认识错误;如果行为人看到了逮捕证,但对警察行为的评价产生错误认识,而以暴力、胁

迫手段进行妨害的,属于法律认识错误。第五种观点认为,职务行为的适法性,是规范的构成要件要素,只要认识到“一般人可能认为是适法的”,就存在故意。据此,对适法性的认识错误原则上属于事实认识错误。但是,如果行为人轻率地认为公务员的职务行为具有违法性,则不阻却故意的成立。这一结论与二分说的结论基本相同。

此外,如果公务员的职务行为本来是违法的,而行为人误认为是合法的,进而对公务员实施暴力、胁迫时,不认为具有本罪的故意,不成立本罪。

(二)德国的抗拒执行人员罪

德国刑法第113条第1款规定:“在受命执行法律、法令、判决、法院裁定或者行政行为(处分)的公职人员或者联邦国防军的军人实施相应的职务行为时,使用暴力或者以暴力相威胁进行抗拒,或者以实力进行攻击的,处三年以下自由刑或者罚金。”不难看出,德国的抗拒执行人员罪,只是将权力性的公务作为保护对象。也有学者认为,本罪不仅保护国家执行行为(公务),而且保护从事执行行为的公职人员。本罪的主体既可以是执行行为的对方,也可以是其他人。本罪的最高法定刑原本为2年自由刑,但2011年提高到3年自由刑。

1. 行为对象

行为对象,是受命执行法律、法令、判决、法院裁定或者行政行为(处分)的公职人员或者联邦国防军的军人,或者说,是担当执行行为的人员。亦即,与具体的个别事项相关联,具有实现国家意志,在必要的场合有强制实行权限的人员。不具有这种权限的人员,如向当事人送达罚款通知的人员,不属于担当执行行为的人员。警察、法院的执行人员是典型的担当执行行为的人员(以下简称执行人员)。

不过,德国刑法第114条扩大了本罪的行为对象,亦即,享有警察官员权力与义务的人员,检察机关的侦查人员,即使是非公职人员,其执行行为也等同于第113条的公职人员的执行行为;受委托支援执行行为的人员,以及在发生事故等紧急状态下的消防人员、救灾人员,也能成为本罪的对象。^[1]

2. 构成要件行为

本罪的构成要件行为,是使用暴力或者以暴力相威胁进行抗拒,或者以实力进行攻击。

暴力抗拒,即以暴力方式进行抗拒。只有当行为人以阻止执行行为或者使执行行为难以进行为目的而实施积极的举止,才属于抗拒。因此,暴力抗拒,就是对执行人员的身体行使有形力,至少是间接地行使有形力,给执行人员的身体造成强制性影响。所谓阻止执行行为,是指使执行行为不能进行;所谓使执行行为难以进行,是指使得执行人员如果不行使并非轻微的有形力就不能从事执行行为。例如,针对警察要通过的车辆封锁道路的行为,突然跳到警察车辆前面的行为,都被法院认定为暴力抗拒。暴力抗拒不包括单纯的消极抗拒与不服从。例如,单纯的静坐示威的,就不属于暴力抗拒。再如,行为人在被警察抓住手腕时,只实施为了逃走的行为的,在被警察围住时,打算损坏警察的车辆而驾驶自己的车辆前行后逃走的,都没有被认定为暴力抗拒。有争议的案件是,在执行人员实施职务行为之前就堵住门不让执行人员进入的行为。法院认为,在执行行为的时点实施

[1] 当然,如果认为德国刑法第114条规定的是独立罪名,则不能将上述人员作为抗拒执行人员罪的行为对象。

有形力的行为,以及在预定的执行行为之前准备妨害执行行为时行使有形力的,也属于暴力抗拒。但是,这一判决结论受到了不少学者的批判。

以暴力相威胁进行抗拒,是指以实施暴力相通告,阻止执行行为或者使执行行为难以实施。换言之,胁迫的内容仅限于暴力。以自杀相通告的,由于不是针对执行人员,所以不属于以暴力相威胁进行抗拒。

以实力进行攻击,是指以敌对的意图,直接对执行人员的身体实施暴力,但不要求造成对身体的伤害。与前两种行为不同的是,行为人以实力进行攻击时,不需要具有阻止执行或者使执行行为难以进行的意思。因此,即使出于单纯的憎恨而以实力进行攻击的,只要行为发生在执行行为之时,就成立本罪。

3. 执行行为

暴力、胁迫等行为阻止、妨碍执行行为的,或者在执行人员从事执行行为时以实力进行攻击的,才成立本罪。所以,如何理解和认定执行行为就成为重要问题。此外,行为人对执行行为的性质等产生认识错误时,应当如何处理,也需要讨论。

(1) 执行行为的范围

根据德国刑法第 113 条的规定,成立本罪时要求执行人员从事执行行为。换言之,本罪并非保护警察这样的执行人员的所有行为,只是保护具体的执行活动。如前所述,作为构成要件要素的执行行为,是指以对特定的、个别事项的规制为目的的国家意志,预定由担任其职务的执行人员予以实现,必要时通过国家强制措施予以贯彻的活动。

在执行人员将直接强制作为可能采取的措施时,其活动属于执行行为。例如,警察为了拘留犯人而进入建筑物的,或者为了搜查违法的赌博而进入夜总会的,属于执行行为;法院的执行官根据刑事诉讼法的相关规定,对现实有危险的特定人采取保护措施的,也属于执行行为。执行行为不限于实施具体的强制处分的场合,只要是有可能进行强制处分的活动,就足以成为执行行为。

在执行人员将间接强制作为可能采取的措施时,也能认定其活动属于执行行为。例如,交通警察按照交通管理法的规定,进行一般性的交通检查时,让通行者停止的行为也属于执行行为。因为交通警察在行使这种权限时,也可能采取间接强制措施。

如果只是单纯公务上的行为,则不属于执行行为。例如,一般性的监视活动、侦查活动,不属于执行行为;巡逻警察对通行人的质问、警察对嫌疑人的讯问,也不是执行行为。

本罪的行为必须发生地执行行为时。所谓执行行为时,是指执行行为已经开始或者即将进行,且没有执行终了。例如,在执行行为的内容是进入建筑物从事某种活动时,不仅进入行为时属于执行行为时,而且从建筑物撤出时也是执行行为时,但前往建筑物的途中不属于执行行为时。

(2) 执行行为的合法性

德国刑法第 113 条第 3 款的规定:“职务行为不合法时,行为人的行为不依本规定受处罚。即使行为人误以为职务行为是合法的,亦同。”据此,只有当执行行为具有合法性时,才能成为阻止、妨碍的对象。该规定的内容,究竟是构成要件要素,还是正当化事由,抑或是客观处罚条件,在刑法理论上存在争议。但由于法条明文规定了对认识错误如何处理,所以,这种争论没有实际意义。

关于执行行为合法性的判断,德国判例提出了三个标准或要求:其一,执行人员具有

事务上、地域上的管辖权;其二,执行行为符合相关法律规定的重要方式,特别是遵守了对受侵害者予以保护的规定;其三,根据职责义务,对是否符合执行行为的要件进行了事实确认(在某些场合,需要根据职责义务进行裁量)。显然,判例对合法性采取的是形式判断,而没有进行实质判断。亦即,判例不要求执行行为本身充足相关法令规定的要件(不要求执行行为实质上符合相关法令的规定)。例如,即使被逮捕的人根本不是实施了犯罪行为的人,但只要逮捕行为本身符合上述形式要件,就具有合法性。这被称为“刑法上的合法性概念”要件。由于这种形式的判断可能导致公民不得不忍受国家对其基本权利的干涉与侵犯,有学者提出“实质的合法性概念”,即必须从实质上判断执行行为是否合法。但是,德国宪法法院仍然肯定了“刑法上的合法性概念”的合宪性。

根据判例的立场,左右执行行为合法性的重要方式,主要有以下情形:其一,在进行直接强制时,必须事前将进行直接强制的旨意告知对方。例如,在对嫌疑人进行拘传或者采集血液前,必须说明执行行为的目的。其二,在对轻微的秩序违反行为进行警告时,告知拒绝权、得到同意属于重要方式。其三,对搜查、强制执行的见证人的保护,属于重要方式。

根据判例的观点,如果执行人员对符合执行行为的要件履行了事实确认的义务,执行行为就是合法的。例如,法院的执行官没有过错地误以为他人的住宅是债务人的住宅,而在该他人的住宅进行的执行行为,具有合法性。这样判断的理由是,由于需要迅速作出判断,所以,要知道全部事实作出正确评价是不可能的,不应当让执行人员有受到正当防卫的危险。至于事实确认时是只要有单纯的过失就不合法,还是只有存在重大过失时才不合法,判例的立场并不明确,但可以肯定的是,如果存在重大过错时,执行行为就违法。

即使上级执行人员的命令是违法的,但只要下级执行人员误信了相关的事实关系,那么,下级执行人员的执行行为也被认定为合法的。

执行人员对为执行行为提供根据的法律产生错误理解时,不影响执行行为合法性的判断,因为能够期待执行人员具有必要的法律知识。例如,警察在对非法滞留的外国人进行身体拘束时,误以为不需要经过法官决定的,不能否认警察执行行为的违法性。

受违法的执行行为侵害的公民,对执行行为进行抗拒的,不成立抗拒执行人员罪。而且,即使抗拒行为符合伤害等罪的构成要件时,也可能成立正当防卫。因为违法的执行行为属于正当防卫中的“违法的攻击”。

(3) 关于适法性的错误

德国刑法第 113 条第 3 款规定的是,行为人误将违法的执行行为当作合法的执行行为而进行抗拒时,不成立抗拒执行人员罪。但是,如果将执行行为的合法性作为本罪的构成要件要素,那么,上述行为原本应当成立不能犯未遂,但是,由于第 113 条并没有未遂犯的处罚规定,所以,第 3 款的规定只不过是对于不可罚的确认。

德国刑法第 113 条第 4 款规定了相反的认识错误的处理。亦即,行为人误将合法的执行行为当作违法的执行行为而进行抗拒的,如果这种错误可以避免,则可以酌情从轻或者减轻处罚,倘若行为人的责任轻微,则免除处罚;如果行为人的错误无法避免,而且根据其所认识的情形,也不能期待其通过法律救济途径抵制被误认为违法的执行行为,则其行为不受处罚;如果行为人的错误无法避免,但根据其所认识的情形,可以期待其通过法律救济途径抵制被误认为违法的执行行为,则可以从轻、减轻处罚,倘若行为人的责任轻微,

则免除处罚。由此看来,上述规定是将执行行为合法性的认识错误,当作法律认识错误来处理的。

4. 抗拒执行人员罪与强制罪的关系

德国 2003 年的判例认为,抗拒执行人员罪是强制罪的特别类型,所以,行为成立抗拒执行人员罪时,排除适用德国刑法第 240 条关于强制罪的规定。之所以如此,是因为在 2011 年修改刑法之前,抗拒执行人员罪的法定刑轻于强制罪,抗拒执行人员罪属于减轻构成要件。但在 2011 年提高抗拒执行人员罪的法定刑之后,两罪的法定刑均为“三年以下自由刑或者罚金”,不过,由于抗拒执行人员罪的行为样态比强制罪的行为样态窄,现在依然将抗拒执行人员罪解释为强制罪的特别类型。

二、职务上强制罪

职务上强制罪,是指为使公务员实施或者不实施某种行为,或者为使其辞职,而对公务员实施暴力、胁迫的行为。如果说妨害执行公务罪,是针对公务员正在执行的职务所实施的犯罪,职务上强制罪则是针对公务员将来执行的职务而实施的犯罪。

本罪的行为是以一定的目的,对公务员实施暴力、胁迫,这里的暴力、胁迫与妨害执行公务罪中的暴力、胁迫一样,都是广义的暴力、胁迫。

行为人除了对构成要件事实具有认识、容认态度之外,还要求有特定的目的:其一,为了使公务员实施某种行为,这种行为当然是公务员在职务上可能实施的行为,只要这种行为与公务员的职务有联系即可,即使是为了使公务员实施权限范围外的行为乃至违法行为,也成立本罪(奥地利刑法仅规定了此类型)。其二,为了使公务员不实施某种行为,这里的行为则必须是合法的职务行为,即不使公务员实施合法的职务行为。如果为了使公务员不实施违法的行为,而对公务员实施暴力、胁迫,则不构成本罪。其三,为了使公务员辞职,既包括作为妨害执行公务的手段而使公务员辞职,也包括与执行公务无关的、单纯基于个人的原因而使公务员辞职。行为人主观上具备上述三种目的之一即构成本罪。

三、损坏封印罪

损坏封印罪,是指损坏公务员所施加的封印或查封的标记,或用其他方法使封印或标记失效的行为。

本罪的对象是公务员所施加的封印或查封的标记。封印,是指为了禁止任意的处分,表示禁止启封的意思而施加的封缄或其他装置。封印上不要求盖有印章,但必须是公务员在其职务上特意施加的;私人施加的封印,或者公务员在职务外施加的封印,不能成为本罪的对象。查封,是指公务员将其职务上必须保护的物转移给自己占有的行为,其中的物不问是有形动产还是不动产。查封的标记,则是指封印之外的表明由查封取得的占有而特意施加的标记。封印与查封的标记,都必须是合法的。公务员滥用职权违法所施加的封印或查封标记,不能成为保护对象;在法律上缺乏有效要件或方式的封印或查封标记,也不是本罪的对象。封印与查封的标记,还必须存在于行为的当时,如果行为时已失去效力,则不能成为本罪的对象。此外,德国刑法还将查封、扣押的物作为本罪的对象,奥地利刑法则将损坏查封、扣押之物规定为独立的犯罪。

本罪的行为是损坏封印或查封的标记,或者使用其他方法使封印或查封标记失效。损坏,是指物理上的毁损、破坏或者除去,从而使封印或标记失去事实上的效力。虽未毁损封印、标记本身,但将封印、标记转移至他处的行为,也属于损坏。使用其他方法使封印

或查封标记失效,是指不进行物理上的损坏,而使封印、标记失去事实上的效力的行为。例如,本来有禁止出入的标记,行为人却无视该标记而出入,就属于这种行为。在这种情况下,如果行为又触犯其他罪的,则作为想象竞合处理。例如,秘密将施加了封印的酒桶中的酒流出后窃走,就构成本罪与盗窃罪的想象竞合。

本罪只能由故意构成。本来是合法的封印、标记,而行为人误认为是违法的封印、标记的,与妨害执行公务罪中的认识错误相同。

四、非法避免强制执行罪

非法避免强制执行罪,是指以避免强制执行为目的,而隐匿、损坏财产,或将财产伪装让与,伪装承担债务的行为。关于本罪的保护法益,在理论上存在争议。一种观点认为,本罪的保护法益,主要是作为个人法益的债权人的债权,因为强制执行制度的目的在于实现债权。据此,本罪的成立以存在债权为前提。另一种观点认为,本罪的保护法益是作为国家作用的强制执行的正确适用。据此,本罪的成立只要求有合法的执行就够了,而不以存在债权为前提。

本罪的主体没有限制,不一定限于债务人,第三者也能成为本罪主体。

本罪的行为是隐匿、损坏财产,或将财产伪装让与、伪装承担债务。其中的财产包括动产、不动产以及债权,但必须是能够作为强制执行的对象的财产。隐匿,是指使实施强制执行的人不能或者难以发现财产。将自己的物伪称为他人的物而使财产的所有关系不明的行为,也属于隐匿。损坏,除了包括物理的破坏外,还包括减少财产价值的其他一切行为。伪装让与,是指没有真实让与的意思,却与对方通谋表面上伪装让与,使财产所有权人的名义变更。伪装承担债务,是指本来没有债务却伪装承担了债务。知情的伪装接受让与者或伪装的债权人,成立本罪的共犯。

本罪由故意构成,行为人主观上必须具有避免强制执行的目的,其主观想法是,即使公务机关实施强制执行,也不能达到强制执行的效果。因此,本罪的成立,要求行为人在有受强制执行的现实可能性的客观状况下实施上述行为。

第二节 妨害司法的犯罪

一、妨害司法的犯罪概说

司法机关行使司法权,对于维护法律秩序与伸张正义起着重要作用,不能受到非法妨害,否则,就难以维持正常的法律秩序,难以伸张正义,从而使国家威信受到损害。故各国刑法都规定了妨害国家司法权的犯罪(“司法犯罪”)。

瑞士与奥地利刑法设专章规定了司法犯罪(“对于司法的重罪与轻罪”“对于司法的犯罪”);其他国家大多分散规定,如德国刑法除设有伪证罪与诬告罪两章之外,还在其他章节中规定了妨害司法的犯罪(包括洗钱罪);日本刑法也分设了脱逃罪、隐匿犯人和毁灭证据罪、伪证罪、诬告罪等章。

从内容上看,各国刑法对妨害司法犯罪的规定也不完全相同。例如,日本刑法所规定的妨害司法的犯罪,都是妨害刑事司法的犯罪,如破坏国家基于司法权而依法对人犯的逮

捕、拘留(脱逃罪),阻碍国家刑事追诉工作(隐匿犯人及隐灭证据),妨害刑事证据的真实性(伪证罪),导致刑事司法的错误(诬告罪)。而奥地利、瑞士等国刑法所规定的妨害司法的犯罪,包括了妨害民事司法的犯罪。

二、日本的脱逃罪

国家的作用包括司法作用,司法作用包括拘禁作用,脱逃罪便是侵害国家拘禁作用的犯罪,其保护法益是国家的拘禁作用。脱逃罪包括被拘禁者自身脱逃与其他人使被拘禁者脱逃两种情况:前一种情况包括单纯脱逃罪与加重脱逃罪,后一种情况包括抢夺被拘禁人罪、援助脱逃罪与私放被拘禁人罪。

(一)单纯脱逃罪

单纯脱逃罪,是指已决或未决囚犯擅自脱离拘禁场所的行为。

本罪的主体是已决或未决的囚犯。囚犯,是指正在被拘禁于监狱中的人,故被假释的犯人、暂时停止刑罚执行的人,被保释的人等,都不是囚犯。根据逮捕、拘留或收监执行命令,犯人被送至监狱的途中时,还不是囚犯;但是,一旦被拘禁在监狱,以后为了更换监狱而将犯人从此监狱送至彼监狱的途中,则是囚犯。已决的囚犯,是指受到确定判决,作为判决而被拘禁的囚犯,如执行自由刑而被拘禁或者等待执行死刑而被拘禁的囚犯。不能缴纳罚金,而易科为自由刑或者留置劳役场的犯人,属于已决的囚犯。未决的囚犯,是指在判决确定前,根据刑事诉讼程序被拘禁的人,即作为嫌疑人或被告人而被拘禁起来的人。上述拘禁必须具有合法性,但只要实质上与基本程序上的合法性,程序上的细微的缺陷不影响合法性。

本罪的行为是单纯脱逃,即被拘禁者本人脱逃看守人的实力支配。脱逃的方法是除了加重脱逃罪的方法以外的其他方法。脱逃可以是一时性的,而不要求是长期性的。行为开始侵害拘禁作用时,就是实行行为的着手。行为人完全脱离拘禁状态时,就是既遂。一旦既遂,则逃脱行为终了,故本罪是状态犯,而非持续犯。例如,行为人已经越过监狱的围墙时就是既遂。但是,如果行为人虽然已经越过围墙,而被看守人继续追踪时,如何区分既遂与未遂,存在以下不同观点:(1)只要犯人逃至监狱围墙外,即使被看守人继续追踪,也成立脱逃既遂。(2)即使犯人逃至监狱围墙外,但如果还处于看守人等的追踪中,就仍然属于未遂;只有当追踪者完全看不到犯人的身影时,才是既遂(日本的判例与理论通说)。(3)犯人逃至监狱外受到继续追踪,马上可能抓获犯人时,还是未遂;但如果追踪时间长、场所移动大,则是既遂。

日本监狱法还有一个特殊规定,即因天灾而被放出的囚犯,如果在放出后24小时以内,没有出现在监狱或警察官署,就以单纯脱逃罪论处。

(二)加重脱逃罪

加重脱逃罪是相对于单纯脱逃罪而言。

日本刑法规定的加重脱逃罪是指“因执行裁判被拘禁的已决犯或者未决人,或已受拘票执行的人,损坏拘禁场所或者拘束的器具,或实施暴力、胁迫,或者二人以上通谋脱逃的”行为。据此,行为人以下述五种方式之一犯脱逃罪的,就构成加重脱逃罪:(1)损坏拘禁场所;(2)损坏拘束的器具;(3)实施暴力;(4)实施胁迫;(5)二人以上通谋脱逃。其中的拘禁场所,是指拘禁犯人的场所;拘束的器具,是指手铐、脚链等拘束犯人身体自由的器具;损坏,是仅指物理的毁损,故取下手铐放在地上逃走的行为,不构成加重脱逃罪;暴力

与胁迫,是指作为脱逃的手段,而对看守人或者协助看守的人实施的广义的暴力与胁迫;二人以上通谋脱逃,是指二人以上为了脱逃而进行意思联络,并要求行为人通谋后脱逃;二人通谋脱逃但只有一人逃走的,逃走者只成立单纯脱逃罪,共谋者构成援助脱逃罪。行为人开始实施损坏、暴力、胁迫行为,或者共谋者开始共同实施脱逃行为时,为本罪的着手,脱离看守人的实力支配时为既遂。根据日本的判例与通说,下列三种情形属于未遂:(1)行为人开始实施损坏拘禁场所或者拘束的器具,但没有完全脱离拘禁状态时,属于未遂。因为开始实施损坏行为时就是加重脱逃罪的着手,^[2]而没有完全脱离拘禁状态,则意味着没有既遂。(2)行为人已经开始对看守人或者协助看守的人实施暴力或者胁迫行为,但没有完全脱离拘禁状态时,属于未遂。(3)二人以上通谋逃脱的,实际上开始实施逃走行为但没有完全脱离拘禁状态时,成立未遂。因为只有脱逃的通谋但没有实施具体的逃走行为的,不是加重脱逃罪的着手。

行为人以暴力、胁迫方式脱逃时,也触犯了妨害执行公务罪,但刑法理论认为,加重脱逃罪当然包括了妨害公务的行为,而加重脱逃罪的条款与妨害执行公务罪的条款,是特别条款与一般条款的关系,应依特别条款排除一般条款的法理解决。

(三) 抢夺被拘禁人罪

抢夺被拘禁人罪,是指抢夺依法令被拘禁之人的行为。抢夺,是指使被拘禁人脱离看守人的实力支配,转移至自己或者他人的实力支配内。手段包括暴力、胁迫、欺骗等方法,但单纯放走被拘禁者使之逃走的行为,不构成本罪。至于被拘禁者的意思如何,不影响本罪的成立。

(四) 援助脱逃罪

援助脱逃罪,是指以使依法被拘禁的人脱逃为目的,提供器具,或以其他方式使其容易脱逃的行为。本罪本来是脱逃罪的帮助行为或教唆行为,但被拘禁人自己脱逃是缺乏(或减少)期待可能性的,因此法定刑较轻;而援助被拘禁人脱逃的,则并非缺乏(也不减少)期待可能性,或者说援助者的行为不是由人情弱点决定,因此,援助脱逃罪的法定刑,应当重于脱逃罪的法定刑。这就是将援助脱逃的行为作为独立犯罪予以规定的原因。

援助行为包括使犯人容易脱逃的一切行为,例如,提供脱逃所需的工具、指示脱逃的机会与方法、撤除拘禁所用的械具、对看守人使用暴力或胁迫方法等。日本刑法将本罪的构成要件行为规定为“提供器具或者实施其他使其容易脱逃的行为”。据此,脱逃的帮助行为无疑属于其中。问题是教唆脱逃的行为是否构成援助脱逃罪?从文言上看,教唆脱逃是否属于“使其容易脱逃的行为”还存在疑问,但既然帮助行为也受处罚,就没有理由将引起脱逃的危险性更大的教唆行为排除在外。所以,日本刑法理论认为,教唆脱逃的行为也构成援助脱逃罪。行为人实施本罪行为的目的,必须是为了使依法被拘禁的人脱逃。只要援助行为实施终了,便成立本罪的既遂;被拘禁者是否脱逃,不影响本罪的既遂。

(五) 私放被拘禁人罪

私放被拘禁人罪,也称看守人援助脱逃罪,是指对依法被拘禁的人进行看守或护送的人员使被拘禁人脱逃的行为。

[2] 但是,也有学者认为,在这种场合,并没有产生脱离拘禁的具体的危险,不应认定为着手(西田典之、山口厚等)。

本罪是身份犯,主体必须是看守或者护送依法被拘禁人员的人员;其看守或护送任务,必须具有法律根据。行为人的身份只需存在于行为时,被拘禁人脱逃的事实即使发生在看守、护送任务解除后,也不影响本罪成立。

本罪的行为,包括使被拘禁人容易脱逃的一切行为,既可以是作为,也可以是不作为。负有防止被拘禁者脱逃的义务人,明知被拘禁人脱逃而不防止的,就是不作为。

三、德国的释放囚犯罪、囚犯暴动罪

德国、奥地利、瑞士等国刑法均不处罚单纯脱逃的行为,理由是,个人受拘禁失去自由后,往往出于各种原因擅自脱离拘禁场所,以求重获自由,这是人之常情,因而不能期待行为人不擅自脱离拘禁场所。但是,德国对以暴力等方式脱逃的行为,仍然以犯罪论处。

(一) 释放囚犯罪

根据德国刑法第120条的规定,释放被拘禁者(囚犯),唆使被拘禁者脱逃或者在被拘禁者脱逃时予以援助的,处3年以下自由刑或者罚金。

所谓被拘禁者,是指按照形式上的程序被拘禁,被剥夺身体移动自由,处于拘禁执行机关的监督之下的人。例如,服刑人员、未决的被逮捕者等。根据德国刑事诉讼法第127条的规定,被临时逮捕的人,即使还没有移送至拘禁设施内,也属于被拘禁者。但是,根据德国刑事诉讼法第81a条被带至医院进行血液采集的人员,则不属于被拘禁者。开放处遇中的被拘禁者也能成为本罪的对象。例如,虽然强制入院的病房楼的大门没有上锁、可以外出,但判例认为,既然执行机关具有指定所在地的权限,那么,被强制入院的人就属于被拘禁者。德国刑法第120条第4款规定,依官厅命令受管束于某机构内的人,也等同于被拘禁者。

释放囚犯罪的构成要件行为是释放被拘禁者,唆使被拘禁者脱逃,或者援助被拘禁者脱逃。德国刑法不规定单纯脱逃罪,是因为被拘禁者自己脱逃缺乏期待可能性。但是,其他人释放被拘禁者以及教唆、帮助被拘禁者脱逃的,则不缺乏期待可能性。一方面,被拘禁在一起的囚犯为了自己的释放而相互利用的,也不认定为释放囚犯罪。另一方面,被拘禁者教唆外部人员释放自己或者援助自己释放的,即使外部人员作为本罪的正犯处罚,对被拘禁者本人也不以教唆犯论处。

(二) 囚犯暴动罪

根据德国刑法第121条的规定,被拘禁者以集合于一体的力量,对监管机构的官员及其他公务员,或者受委托对被拘禁者从事监视、照护或者检查的人员实施强制行为(德国刑法第240条)或者以实力进行攻击的,或者以暴力越狱的,或者以暴力协助其中一人或其他被拘禁者越狱的,构成囚犯暴动罪。

本罪行为必须以集合于一体的力量实施。“集合”,是指二名以上的被拘禁者以外观明显的形式,以实施暴力或者胁迫为目的而集合于某一场所。“一体的力量”,不必是共同正犯的行为,只要构成要件行为是基于集合力而实施即可了。例如,一人实施积极的构成要件行为,其他人通过望风、监视而予以支援的,就属于“一体的力量”。对监管机构的官员等人实施强制行为,是指使用暴力或者以显著的恶害相威胁,强制监管机构的官员等人实施、容忍或者不为一定的行为。以实力进行攻击,是指直接对监管机构的官员等人的身体实施暴力,但不要求造成对身体的伤害。只要行为人实施了强制行为或者以实力进行攻击的行为,就构成本罪的既遂。以暴力越狱,是指通过暴力手段脱逃,其中的暴力包

括对人暴力与对物暴力,但对物暴力仅限于对防止被拘禁者脱逃的物的暴力。例如,将防止脱逃的栏杆锯断的,就属于对物暴力。使用钥匙将监室的门打开的,不属于对物暴力。以暴力协助其中一人或其他被拘禁者越狱的,也包括对人暴力与对物暴力。暴力越狱以及暴力协助越狱,以摆脱拘禁状态为既遂时点。行为人从监室逃出但还处于拘禁设施范围内的,属于未遂。

四、隐匿犯人、隐灭证据与妨害处罚罪

(一)概说

隐匿犯人与隐灭证据罪,是以侵害国家的刑事侦查、刑事审判、刑罚执行等刑事司法作用为内容的犯罪,前者是庇护犯人使之逃避刑事审判或刑罚执行的行为,后者是妨害充分利用刑事证据的行为。虽然两罪多是为了庇护犯人而实施,但“为了庇护犯人”并不是构成要件,只要侵害了国家刑事司法作用,即使是为了给犯人带来不利,也能成立犯罪。

从沿革上看,隐匿犯人与隐灭证据罪曾经是作为共犯处理的。在中世纪的德国,将这种行为作为正犯的加重行为而与正犯科处同一刑罚,加罗林纳刑法典与德国的普通法,通常也是将这种行为作为共犯的一种进行处罚的,即使在19世纪,也有不少学者认为这种行为是事后从犯。大陆法系国家刑法现在一般将它作为独立的犯罪处理,不再认为是共犯的一种。

隐匿犯人与隐灭证据罪,与赃物罪具有相似的性质与特点,即都有庇护犯罪的一面,正因如此,德国刑法将二者规定在同一章中,分为人的庇护罪(妨害处罚罪)与物的庇护罪(赃物罪,参见本书第十九章第八节)。但是,日本、奥地利、瑞士等国刑法将赃物罪规定为财产罪,刑法理论也认为,从本质上看,赃物罪是造成被害人难以挽回财产的行为,因而是财产罪;而隐匿犯人与隐灭证据罪,则是侵害国家刑事司法作用的犯罪。正是考虑到这种不同性质,德国刑法理论通常是将隐匿犯人与隐灭证据罪同赃物罪区别对待的。此外还有一种胁迫证人罪,与上述两种犯罪有联系,但也有区别。

(二)隐匿犯人罪(日本)

隐匿犯人罪,是指隐匿犯人或者脱逃的人犯或使之隐避的行为。

1. 对象

本罪的对象是犯人或者脱逃的人犯。这里的犯人是指犯了罪的人,司法机关是否开始对之进行刑事追诉、是否已经判决等,均在所不问。故侦查中的嫌疑人、起诉后的刑事被告人、判决确定后的受刑人,以及尚未被逮捕的现行犯等,都能成为本罪的对象。至于是否实行犯、还是教唆犯或帮助犯,则无关紧要。此外,预备犯、阴谋犯也能成为本罪的对象。但是,日本刑法对犯人所应判处的刑罚有限制,因而不是一切犯人。亦即,作为本罪对象的犯人,是指应处罚金以上刑罚的犯人,即所犯之罪的法定刑为罚金以上刑罚的犯人,法定刑是罚金刑以下的刑罚的(如日本刑法中的侮辱罪),则该犯人不能成为本罪的对象。

犯人是犯了罪的人。那么,如何理解这里的“犯了罪的人”呢?第一种理解是,“犯了罪的人”是指真正犯了罪的人(团藤重光、平野龙一、大谷实等)。因为如果所隐匿的人不是真正犯了罪的人,就谈不上侵害了国家的司法作用(没有违法性);再者隐匿不是真正犯了罪的人,在人情上是难免的,因而期待可能性很低(缺乏有责性)。这种理解会产生一些问题。例如,由哪个法院判断对象是否真正犯了罪的人,是审判被隐匿人的法院,还

是审判隐匿人的法院?这就造成适用上的困难。而且,当行为人成功地使嫌疑人、被告人隐匿时,要证明被隐匿者是否真正的犯罪人,也并不容易。再如,根据这种理解,隐匿人如果轻信被隐匿人不是真正犯了罪的人,就会阻却故意,因而不成立犯罪,这就不合理。

第二种理解是,“犯了罪的人”不限于真正犯了罪的人,还应当包括受到怀疑而处于侦查或追诉过程中的人(日本的判例、藤木英雄、西田典之、中森喜彦)。因为要保护刑事司法作用,就必须对隐匿犯罪嫌疑人的行为也进行处罚,否则便达不到立法目的。换言之,隐匿作为侦查对象的嫌疑人,与隐匿真正的犯罪人,在妨害包含侦查权的司法作用这一点上,没有任何区别。这一解释也有缺陷。根据这一观点,因司法机关的重大失误而受侦查或追诉的人,也是犯了罪的人,隐匿这种人的行为就是犯罪,这就过当地保护了国家的司法作用,容易侵犯国民的权利。另外,此说将侦查开始前的真正的犯人排除在外,也不妥当。

第三种理解是,“犯了罪的人”包括真正犯了罪的人,以及在隐匿行为的实施阶段,根据客观的、合理的判断,能够有把握地怀疑为真正犯了罪的人(大塚仁、前田雅英)。只有这样,才能调和国家司法作用的保护与人权的保护。这种观点因为缺乏明确性,实际也是难以适用的。

可以肯定的是,即使是真正犯罪的人,但如果超过了追诉时效,或者经过了告诉期间的亲告罪,也不能成为本罪的对象。

本罪的对象除了犯人之外,还包括脱逃的人犯,脱逃的人犯包括自身脱逃的人犯,以及被抢夺出狱的人犯。至于这些人犯罪后是否被判有罪,或处以何种刑罚,则对成立本罪没有影响。

2. 行为

本罪的行为表现为隐匿犯人 or 使犯人隐匿。隐匿,是指提供避免官方发觉或逮捕的场所。使犯人隐匿,是指除隐匿以外的避免被官方发现或逮捕的一切行为。例如,提供逃走资金、提供化装用品、转告官方搜查的动静、提供相关信息、提供用于化名的证件、将犯人送至潜伏的场所、在警察调查犯人所在场所时作虚假陈述、作为犯人的替身向警察自首等,都包括在内。使犯人隐匿的行为既可以是作为,也可以是不作为,例如,有逮捕义务的警察,故意不逮捕犯人时,就是以不作为方式使犯人隐匿。普通公民明知谁为犯人,而不报告司法机关的单纯不作为,不成立本罪。行为人对同一犯人进行隐匿,同时又使之隐匿的行为,属于包括的一罪;对同一案件的数名共犯人,实施一个隐匿、使之隐匿的行为时,属于本罪的想象竞合。

根据日本刑法理论的观点,本罪属于抽象的危险犯。只要行为人实施了隐匿或者使犯人隐匿的行为,即使司法机关知道犯人的隐藏地点,也构成本罪。但是,行为人劝犯人逃亡,犯人没有听从的,由于完全没有发生危险,故不成立本罪。日本曾发生以下案件:犯人已被依法关押,但行为人(教唆者)却让第三者(实行者)作为替身犯人自首。日本福冈地方裁判所1986年8月5日的判决认为,只有当被关押的犯人被释放时,行为人才成立隐匿犯人罪;如果替身犯人自首不具有可信性,没有产生释放被关押的犯人的迹象,则不成立隐匿犯人罪。但日本最高裁判所1989年5月1日的判决指出,上述行为具有使被关押的犯人免除关押的性质,成立隐匿犯人罪。显然,二者对隐匿犯人罪的保护法益范围存在不同认识。

隐匿犯人罪只能由故意构成,行为人必须认识到自己隐匿的是犯人,而且对自己的隐匿、使犯人隐避的行为有认识、容认态度。如果行为人并没有认识到对方是犯人,而提供场所、资金的,则不成立本罪。

3. 犯人教唆他人隐匿自己的可罚性

犯人本身隐匿、隐避的,因为缺乏期待可能性,而不可能成立本罪。问题是,犯人教唆第三者隐匿自己的,是否成立隐匿犯人罪的教唆犯(第三者无疑成立隐匿犯人罪)?由于日本刑法对此没有明文规定,刑法理论便存在激烈争论。

肯定说存在三种观点:(1)以共犯从属性为根据的学说:既然被教唆的第三者成立隐匿犯人罪,那么,根据共犯从属性说,犯人当然成立本罪的教唆犯。但是,共犯从属性只是意味着教唆犯的成立至少要求被教唆者实施实行行为,并不意味着只要被教唆者有实行行为,教唆者就一定成立教唆犯。(2)以期待可能性为根据的学说:犯人本身的隐匿行为因为缺乏期待可能性而不可罚,但是教唆他人犯隐匿犯人罪的行为,则使他人陷入了犯罪,而不缺乏期待可能性。但是,既然犯人本身的隐匿行为缺乏期待可能性,那么,让他人隐匿自己也是缺乏期待可能性的。诚然,犯人使他人陷入了犯罪,但是,不能因此肯定行为人具有期待可能性。(3)以滥用自己防御权以及法益侵害性的危险增高为根据的学说:犯人本身的隐匿行为不可罚,是因为这种行为属于刑事诉讼法中被告人的防御自由的范围内的行为,而教唆他人隐匿自己的行为,已经超出了防御自由的范围;而且,犯人本身的隐匿与教唆他人隐匿自己的行为,对刑事司法作用的侵害性存在差异。但是,犯人本身的隐匿实际上也引起了侦查等司法活动的混乱,教唆他人隐匿自己的行为不一定增加了违法性。

否定说也存在三种观点:(1)以共犯独立性为根据的学说:犯人本身实施的隐匿、隐避的实行行为不可罚,而教唆行为也是实行行为,犯人教唆他人隐匿自己的行为,也是犯人实施的隐匿犯人的实行行为,故不可罚。但是,共犯独立性说已经被完全否认,故现在已没有人赞成这种观点。(2)以不存在期待可能性为根据的学说:既然犯人作为隐匿犯人罪的正犯都是没有期待可能性的,那么,作为更轻的犯罪形式的教唆犯,也是没有期待可能性的。但是,上述肯定说中的第二、三种观点,以自己的理由对此学说进行了批判。(3)以必要的共犯的观点为根据的学说:隐匿犯人实际上属于必要的共犯,但刑法不处罚被隐匿的犯人,犯人教唆他人隐匿自己的行为,也属于定型的不受处罚的范围。但是,这种观点缺乏实质的理由。

上述肯定说中的第二种学说,与否定说中的第二种学说,都是相当有力的观点。

4. 共犯的隐匿行为的可罚性

例如,甲与乙共同实行了犯罪,甲为了使乙逃避司法机关的逮捕等,而实施了使乙容易逃走的行为。甲的行为是否成立隐匿犯人罪?这可谓共犯人是否“犯了罪的人”的问题。

肯定说认为,对共犯人实施隐匿行为的法益侵害性,大于犯人自己隐匿的法益侵害性;犯人自己隐匿没有超出刑事诉讼法中的防御自由的范围,而对共犯实施隐匿行为,则超出了防御自由的范围。日本的判例采取这种观点。

否定说认为,甲与乙具有共同的不被发觉的利益,因此,甲隐匿自己与甲隐匿共犯人乙一样,都属于不具有期待可能性的行为。

(三) 隐灭证据罪(日本)

隐灭证据罪,是指隐灭、伪造、变造有关他人刑事被告案件的证据,或者使用伪造、变造的证据的行为。

本罪的对象,是有关他人刑事被告案件的证据。刑事被告案件,除了指正在法院处理的刑事案件之外,还包括将来可能由法院处理的刑事案件。民事案件、行政案件的证据不是本罪的对象。证据除了物证之外,还包括证人与被害人等可能处于证人地位的人。据此,隐匿证人、被害人的行为,成立隐灭证据罪。“他人”,是指行为人以外的人,隐灭自己的刑事被告案件的证据,由于缺乏期待可能性,故不包括在内。问题是自己的刑事被告案件的证据,同时也是共犯人的刑事被告案件证据时,行为人实施隐灭行为的,是否成立本罪?这里涉及“他人”是否包括共犯人的问题。第一种观点认为,共犯人的刑事被告案件,也应视为他人的刑事被告案件,故上述行为成立本罪。因为“共犯人”不是本人,只能属于“他人”。此观点受到的批判是,如果是单独犯则不处罚,然而因为有共犯关系则受处罚,这是不均衡的。第二种观点认为,共犯人的刑事被告案件,应视为自己的刑事被告案件,故上述行为不成立本罪。理由是,犯罪人隐灭自己的犯罪证据而不可罚,是因为缺乏期待可能性;而隐灭共犯人的犯罪证据与隐灭自己的犯罪证据具有共同的利益,也缺乏期待可能性。但是该观点忽视了一个问题,即共犯案件的证据,对每一个共犯人所起的作用并不相同。第三种观点认为,如果专门为了其他共犯人而隐灭证据,就属于隐灭他人刑事被告案件的证据,因而成立本罪;反之,如果专门为了本人或者既为本人也为其他共犯人而隐灭证据,则不成立本罪。其中,有的学者提出的理由是,专门为了共犯人而隐灭证据时,并不缺乏期待可能性(大谷实)。有的学者提出的理由是,隐灭自己的证据之所以不可罚,是因为考虑到其处于被告人、嫌疑人的地位,所以,专门为共犯人隐灭证据的,应评价为隐灭他人的刑事案件的证据。但是,这种观点是用犯罪的主观内容来限制“他人刑事被告案件”,在方法上不能令人满意。

本罪的行为包括三种类型:一是隐灭证据,二是伪造、变造证据,三是使用伪造、变造的证据。隐灭不限于物理的消失,而是包括妨碍证据出现、使证据的价值减少、消失的一切行为。例如,隐匿证据、使可能作为证人的人隐避等都是隐灭证据的行为。伪造证据,是指制作出不真实的证据。变造证据,是指对真正的证据进行加工,从而改变证据价值;将与犯罪无关的物改变成为证据的行为,则属于伪造。使用伪造、变造的证据,是指明知是伪造、变造的证据,而将其作为真正的证据对侦查机关、法院使用。

犯罪人教唆第三者为自己隐灭证据的,是否成立本罪的教唆犯,存在着与隐匿犯人罪完全相同的争论。

日本刑法还对隐灭证据罪及隐匿犯人罪,规定了亲属犯罪的特例(瑞士等国刑法也是如此)。亦即,犯人的亲属为了犯人的利益而隐灭证据或者隐匿犯人的,可以免除刑罚。这一规定的根据也是期待可能性的理论。当然这里存在许多问题,例如,甲犯人的亲属乙,教唆他人丙为甲隐灭证据的行为,该如何处理?丙为实行犯,乙为教唆犯,这是没有问题的,那么,对乙是否适用免除处罚的规定呢?有的持肯定态度,有的持否定态度。再如,他人丙教唆甲犯人的亲属乙隐灭证据时,对乙可以适用免除处罚的规定,对丙仍然按一般的隐灭证据罪的教唆犯处理。

(四) 妨害处罚罪(德国)

1. 妨害处罚罪概说

德国刑法第 258 条以及第 258a 条分别规定了妨害处罚罪与利用职务妨害处罚罪。第 258 条第 1 款规定:“对于他人因违法行为而受刑罚法规所规定的刑罚或者处分(刑法第 11 条第 1 款第 8 项^[3])的全部或者部分,行为人有意图地或者明知真相而实施妨害行为的,处五年以下自由刑或者罚金。”第 258 条第 2 款规定:“对于他人被科处刑罚或者处分的执行的全部或者部分,行为人有意图地或者明知真相地实施妨害行为的,亦同。”第 258a 条是关于参与刑事诉讼或者处分的宣告程序的公务员犯前条罪的规定。

本罪的保护法益是德国的刑事司法。但是,第 258 条并不是对妨害刑事司法作用整体的处罚规定,其中的第 1 款规定了妨害刑罚或者处分的犯罪结果,被称为对刑事责任追究的妨害或者妨害刑事责任追究。第 258 条第 2 款将妨害被宣告的刑罚或者处分的执行作为犯罪结果,被称为对执行的妨害或者妨害执行。不难看出,第 258 条处罚对象仅限于,妨害对犯罪科处刑罚的宣告与执行,以及妨害对违法行为作出处分的宣告、执行。

2. 妨害处罚罪的成立条件

(1) 本犯

法条表述的是“违法行为”,所应注意的是,就妨害处分的宣告而言,只要本犯者实施了违法行为即可;但就妨害刑罚的宣告而言,本犯者仅实施了违法行为还不够,还必须是可罚的(具备有责性与客观处罚条件)。只要客观上存在本犯,因而产生了国家刑罚权或者处分权就够了,不要求对本犯者已经开始侦查活动。

妨害处罚罪仅限于妨害对他人的刑罚与处分。因此,本犯者妨害对自己进行处罚的(自己庇护),对本犯不得作为本罪的正犯处罚。至于本犯者能否成立本罪的共犯,后面将具体说明。

(2) 妨害

如前所述,妨害处罚罪包括对刑事责任追究的妨害与对执行的妨害。

首先,对刑事责任追究(包括处分)的妨害包括全部妨害与部分妨害。可以肯定的是,刑法第 258 条规定的是结果犯,要求产生妨害结果。妨害行为导致时效经过或者作出确定的无罪判决这样的刑罚被终局性地免除的,无疑属于全部妨害。争论的问题是,妨害行为导致处罚延迟的,能否评价全部妨害。通说认为,如果仅将时效经过或者作出确定的无罪判决的情形评价为全部妨害,都会导致第 258 条的处罚范围过窄,所以,妨害行为导致处罚延迟相当时间的,也属于全部妨害。判例认为,只要延迟了 10 天就属于全部妨害,但有学者主张延迟两周或者三周才能认定为全部妨害。妨害行为必须导致处罚的延迟,如果仅导致侦查活动延迟的,还不能称为全部妨害。因为侦查活动的延迟不必然导致刑罚的宣告延迟,故不能认定为产生了妨害结果。造成妨害的典型情形是,有利于嫌疑人的虚假陈述,隐匿犯人,破坏、隐匿、伪造证据,援助嫌疑人逃走。部分妨害,是指使刑罚的量轻于真实的量(原本应当科处的量)。例如,原本应当适用加重构成要件,但妨害行为导致仅适用于基本构成要件。

妨害行为一般是作为,但不作为也可能构成。对此,需要区分一般公民与公务员来说

[3] 此处是指各种矫正与保安处分、追缴、没收以及禁用处分。

明。一般公民原则上并不负有协助实现刑事制裁的义务。虽然德国刑法第138条规定了不通报犯罪计划罪,导致一般公民具有通报犯罪计划的义务,但一般公民就妨害处罚罪并不产生保证人地位。在刑事诉讼法上,就具有供述义务的人而言,其是否产生妨害处罚罪的保证人地位,还存在争议。对于因抢劫性敲诈勒索罪被确定了有罪判决的被告人,在证人讯问环节拒绝说出共同正犯者的姓名的案件,判例认为,违反提供证言的义务只是德国刑事诉讼法第70条第2款规定的秩序违反行为,因而对刑事司法并不处于保证人地位。

但是,德国刑法第258a条规定的利用职务妨害处罚罪的主体,是参与刑事诉讼或者处分的宣告程序的公务员,这些人对刑事追究负有法律上的义务,因而其不作为可能构成妨害处罚罪。但是,这些公务员的作为义务也并非没有限定。特别有争议的是,公务员在工作时间外认知了犯罪行为时,是否产生作为义务?例如,被告人是一名警察,他在工作时间外去酒吧时发现酒吧从事管理卖淫的业务。判例认为,一般来说,从刑事司法这种公益与私人生活的自由的利益衡量来说,只是就一定的重大犯罪产生作为义务,但管理卖淫不是重大犯罪,因而否定了警察的作为义务。此外,从保护私人生活的角度来说,就工作时间外认知的事项而言,即使因重大犯罪产生了追究犯人责任的义务,但只有在工作时间时才产生作为义务。例如,警察于工作时间外在饮料店发现了逃走的犯人,但当时什么也没有做。判例认为,警察当时没有采取立即通报等措施拘束犯人身体的作为义务。没有参与刑事诉讼与处分的宣告程序的其他公务员,只要没有向追究刑事责任的机关报告的义务,就与一般市民一样,原则上不产生作为义务。监狱干部听到监狱内的目击职员说,某职员对被收容者实施了伤害行为,但监狱干部什么也没有做。判例认为,由于缺乏法令上的义务,否定了作为义务的产生。

其次,对处罚的妨害,是指妨害刑罚或者处分的执行。例如,隐匿受到有罪判决的人,替代犯罪人执行自由刑等。存在争议的是,第三者帮助缴纳罚金的行为是否成立妨害处罚罪?例如,某团体的责任人及其代理人因为犯污染水质罪被处罚金,但该团体管理者决定由团体缴纳该罚金。团体的管理者是否构成妨害处罚罪?判例认为,区分犯人直接用自己的金钱缴纳罚金与借钱缴纳罚金后再偿还,是不具有合理性的。而且,如果在犯人缴纳罚金后禁止第三者赠与,则是对私生活的过分介入。所以,即使第三者缴纳罚金,也不成立妨害处罚罪。

(3) 主观要素

妨害处罚罪只能由故意构成,行为人对妨害行为与妨害结果必须是具有意图或者具有确定的认识(明知真相)。但是,对于本犯的存在则只需要未必的故意。

3. 一身的处罚阻却事由

德国刑法第258条第5款规定,实施本条规定的行为,同时旨在妨害对于自己科处罚金或者处分全部或者部分,或者对于自己被科处罚金或者处分的执行的全部或者部分的,免于处罚。这一规定的内容被称为免责的一身的处罚阻却事由。

只要以避免对自己的处罚为动机,就不受妨害处罚罪的处罚。因此,即使由于错误地担心自己受处罚而实施了本罪的行为,也可能适用第5款的规定。例如,与杀人犯同居的甲担心自己被作为共犯处罚而实施妨害行为的,适用第5款的规定。即使担心所处罚的犯罪与本犯行为是不同的犯罪,也不影响第5款的适用。

反之,如果行为人不具有避免自己处罚的动机,对其实施的妨害行为就不适用第5款

的规定。例如,本犯者在实施放火行为前与行为人约定,让行为人在事后作本犯者不在现场的虚假证言。行为人事后作出了本犯者不在现场的虚假证言。判例认为,行为人是专门为了妨害对本犯者的处罚而实施的妨害行为,因而不适用第5款的规定。但不少学者认为,在本案中,行为人可能作为放火罪的共犯处罚,也应当认定其具有避免自己受处罚的动机。

德国刑法第258条第6款还规定,为了亲属的利益而实施妨害行为的,免除刑罚处罚。

五、洗钱罪

(一) 洗钱罪概说

洗钱罪在各国刑法中皆有规定,但有的国家(如日本)规定在特别刑法中,有的国家(如德国)规定在刑法典中。下面介绍德国的洗钱罪。

德国刑法在“包庇与赃物罪”一章的第261条规定了洗钱罪,根据该条第1款的规定,隐匿来自上游犯罪的对象,隐匿该对象的来源,或者妨害对来源的侦查、对象的发现、利益剥夺、没收、保全或者产生妨害的危险的,构成洗钱罪。第261条第2款规定,为自己或者第三者取得第1款规定的对象的,或者在取得对象时知悉其来源而保管,或者为自己或者第三者使用第1款规定的对象的,也按洗钱罪论处。第261条是1992年制定的条文,但此后被反复修改。关于本罪的保护法益,通说认为,除了司法以外,还包括上游犯罪所侵害的法益。也有学者认为,除此之外,合法的金融、经济循环也是保护法益。洗钱罪与庇护罪、赃物罪的保护法益不同,因而属于想象竞合。

(二) 主体

洗钱罪的主体包括上游犯罪的正犯者。虽然在1992年的立法当初将上游犯罪的正犯排除在洗钱罪的主体之外(要求对“他人的”实施的上游犯罪实施洗钱行为),但1998年修改刑法时删除了“他人的”规定。不过,第261条第9款第2句的规定,意味着当上游犯罪的参与者(包括正犯与共犯)因为上游犯罪而受处罚时,则不处罚其洗钱罪。但需要说明的是,2015年在第9款中增加了第3句,亦即,在来自上游犯罪的对象置于流通的场合,如果存在与上游犯罪不同的独自的违法性,上游犯罪的正犯者也可能受到洗钱罪的处罚。

(三) 对象

上游犯罪包括所有的重罪(法定最低刑为1年以上自由刑的犯罪)、受贿罪、毒品犯罪、走私罪、关税赃物罪、伪造银行卡罪、买卖人身罪、盗窃罪、侵占罪、敲诈勒索罪、赃物罪、诈骗罪、计算机诈骗罪、补助金诈骗罪、背信罪、伪造文书罪、伪造数据罪、间接制作虚假文书罪、交易中的受贿罪、开设赌场罪、处理废弃物罪、处理放射性物质罪、制作虚假公文书罪等,以及作为职业或者集团成员实施的犯罪,有关犯罪组织的轻罪和恐怖组织、犯罪组织成员实施的轻罪。

由于洗钱表现为隐匿来自上游犯罪的对象、隐匿该对象的来源,或者妨害对来源的侦查、对象的发现、利益剥夺、没收、保全或者产生妨害的危险,所以,上游犯罪的“来源性”(洗钱罪的对象)就成为重要的构成要件要素。(1)直接产生于上游犯罪的对象,当然属于来自上游犯罪的对象(原有对象)。如犯罪所得的赃物、实施犯罪获得的报酬、赎金、伪造的货币等。虽然有观点认为供犯罪所用的物件(犯罪组成之物)不是原有对象,但联邦

最高法院 2009 年 2 月 18 日的判例,对贿赂肯定了上游犯罪的来源性。(2)就通过对原有对象的替换或交换所得到的对象(代替对象)而言,在何种范围内肯定其来源性,则成为问题。判例认为,从经济上看,与上游犯罪具有因果关系的就具有来源性。在由违法所得的金钱购买物品的场合,只要违法所得金钱的比例不是太小,就能认定来源性。例如,行为人用 1 万欧元购买汽车,其中有 100 欧元是上游犯罪的收益时,就应认定汽车来自上游犯罪。有观点认为,在上述场合,违法所得金钱占 1% 还不足以肯定来源性,但占 5% 就足以认定为来源性。(3)就混合的情形而言,则存在争议。例如,能否将部分污染导致全部污染的观点适用于金钱混合的情形?倘若行为人将 1 万欧元存在银行账户,但其中的 1000 欧元来自上游犯罪,此时能否认为 1 万欧元被污染因而具备来源性?就一起银行账户中有 5.9% 至 35% 的资金属于违法收益,剩下的资金均为合法收益的案件,联邦最高法院的判决指出,如果从经济上看,只要并非完全不重要程度的金额来自上游犯罪,就可以就账户内的全部资金认定为上游犯罪的来源,进而认定上述账户的全部资金属于洗钱罪的对象。

当然,部分洗钱罪的对象不要求来自上游犯罪。例如,与违反税法相关联的对象,就不需要具有来源性要件。

(四) 行为

第 261 条第 1 款规定的三种行为如下:(1)隐匿,是指使来自上游犯罪的对象难以被发现的行为。(2)隐匿对象的来源,是指使对上游犯罪的对象的来源的侦查产生困难的所有误导性的行为。例如,在正常交易中隐瞒来源以现金或者转账方式进行结算的行为,就属于隐匿对象的来源。(3)妨害对来源的侦查、对象的发现、利益剥夺、没收、保全或者产生妨害的危险。妨害,是指产生了妨害结果的情形,例如,导致侦查不能进行,导致不能作出没收、保全等处分。产生妨害的危险,是指产生妨害的具体危险。例如,在为了兑换敲诈勒索获得的金钱而将金钱运输到德国外的第三者手中时,行为人对此实施了帮助行为。由于该第三者是匿名侦查官,法院认为没有引起具体的危险。

第 261 条第 2 款规定的三种行为如下:(1)取得,是指在本犯者了解、知情的情况下,获得对对象的处分力。出于使本犯者孤立的旨趣,虽然盗窃、抢劫上游犯罪的对象的不属于取得,但通过诈骗、敲诈勒索取得对对象的处分力的,仍然属于取得。根据联邦最高法院 2001 年 7 月 4 日的判例,律师没有从被污染的金钱中获得报酬的权利。因此,律师从上游犯罪所得中收取律师费用的,成立洗钱罪。但是,联邦最高法院 2004 年 3 月 30 日的判决,根据德国基本法第 12 条第 1 款的规定,考虑到刑事辩护人的活动,认为只有当刑事辩护人在收取报酬的时候确定地认识到报酬来源于上游犯罪时,才能适用第 261 条第 2 款的规定,认定为洗钱罪。(2)保管,是指为了自己或者第三者而有意识地占有。按照判例的观点,将上游犯罪得到的财物单纯地放在家里,同居的其他人放任不管的,还不能评价为保管。(3)使用,是指按照对象的使用方法进行使用的一切行为。与上游犯罪人共同所有银行账户的人,将该账户的资金转入其他账户后取出现金的,被联邦最高法院认定为使用。根据第 261 条第 6 款的规定,在第三者先前并非因犯罪行为取得了对象时,不适用第 2 款的规定。例如,甲(第三者)善意地从上游犯罪者乙那里取得了乙盗窃的财物后,丙再从甲处取得、保管、使用该财物的,不适用第 2 款的规定。再如,上游犯罪者将毒品犯罪所得的现金存入银行后,该资金就成为银行得到的对象。针对该现金实施的取得、

保管、使用行为,不适用第2款的规定。这一规定是为了避免使一般的交易行为产生过大的负担。但是,第三者因犯罪行为取得的对象,则并不排除在处罚范围之外。

(五)主观要素

故意当然可以构成洗钱罪,但德国刑法第261条第5款规定,行为人对对象来自违法行为这一构成要件要素,不需要有故意,只要存在轻率(重过失)即可。^[4]亦即,行为人由于特别的不关心或者严重的不注意,原本当然能认识到对象来自上游犯罪却无视了这一点。德国联邦最高法院认为,处罚轻率行为并不违反责任主义。而且,在对事后参与行为的处罚这一点上,虽然与洗钱罪相同的赃物罪仅限于故意犯,但这并不妨碍对轻率的洗钱罪予以处罚。

六、伪证罪

(一)伪证罪概说

大体而言,伪证罪,是指依法宣誓的证人、鉴定人、翻译人,作虚伪的陈述、鉴定、翻译的行为,其保护法益是国家审判作用的安全(具体表述不一,例如,有学者表述为法院及其他诉讼中正确认定事实的公益)。

在罗马法中,伪证罪分为宣誓与陈述两个方面,只处罚虚伪陈述的行为,而不处罚虚伪宣誓的行为,中世纪的日耳曼法原则也是如此。但教会法将虚伪宣誓作为亵渎神灵的行为以重罪论处。德国普通法时代,伪证罪被作为冒犯神的尊严的犯罪,视为伪造罪的一种。18世纪后半期,又出现了将这种行为作为诈骗罪来理解的观点。19世纪初,一般认为伪证罪侵害了诚实信用,于是将其纳入伪造罪的范畴。德国、日本现行刑法将伪证罪规定在伪造罪之后,就是受了这种影响。但是,现在比较一致的观点认为,伪证罪的保护法益是国家的审判作用,而不再认为是对神的犯罪、伪造罪或者诈骗罪。

伪证罪包括狭义的伪证罪、虚伪鉴定、翻译罪等(各国刑法的表述不一),下面只介绍日本的伪证罪与德国的伪证罪。

(二)日本的伪证罪

伪证罪,一般是指经依法宣誓的证人作虚伪陈述的行为。

伪证罪的主体是依法宣誓的证人。依法宣誓,既可能在刑事、民事案件中进行,也可能在非诉讼案件中进行。宣誓要求根据有关法律规定的程序进行,但是轻微违反有关规定的宣誓也可能是本罪中的宣誓。没有宣誓能力的人的宣誓,则是无效的。具有拒绝证言权的人,不行使该项权利,宣誓后作虚伪陈述的,也成立本罪。宣誓是否必须在虚伪陈述之前,还存在争议。日本的通说与判例认为,虽然原则上先宣誓后作证,但在作为证人进行陈述之后,再进行事后宣誓的,也属于本罪中的宣誓。另一种观点则认为,从法条表述来看,只限于事前宣誓,事后宣誓的虚假陈述的非难可能性小于事前宣誓,故事后宣誓的不成立伪证罪(大塚仁、曾根威彦、前田雅英等)。还有学者认为,先作虚假陈述再事后宣誓的,事后宣誓的内容本身也属于虚假陈述,因而仍然成立伪证罪(平野龙一)。

伪证罪的行为表现为虚伪的陈述。关于“虚伪”的含义,理论上存在争论。主观说认为,虚伪是指所陈述的事实内容违反了证人的主观记忆(体验),或者说证人所陈述的内

[4] 需要注意的是,并不是说对洗钱罪中的任何构成要件要素都可以是重过失,只是对这一点构成要件要素可以是重过失,对其他的构成要件要素必须出于故意。

容与其记忆中的事实(体验)不相符合。因此,只要违反了证人的记忆,即使碰巧与客观事实相符合,也成立伪证罪;反之,只要没有违反证人的记忆,即使与客观事实不相符合,也不成立伪证罪。据此,成立伪证罪,要求行为人认识到陈述的内容是违反自己体验的事实。其道理在于,证人是将自己经历过的事实记忆下来,然后进行陈述;违反自己的记忆进行陈述,就有侵害国家审判作用的危险;证言所再现的是证人五官感知的东西,只有当这种再现与证人的感知不相符合时,才能当犯罪处理(团藤重光、福田平、大塚仁、藤木英雄、大谷实)。显然,主观说大体上注重行为无价值。日本的判例一直采取主观说。

客观说认为,虚伪是指所陈述的事实内容违反了客观的真实性。证人以为是真实的事实而陈述时,即使不是真实事实,也因为没有伪证罪的故意而不成立伪证罪;如果行为人认为是虚伪的陈述,但只要与客观事实相符合,就不成立伪证罪。据此,成立伪证罪,要求行为人认识到自己的陈述违反客观的真实(泷川幸辰、小野清一郎、植松正、平野龙一、内田文昭、中山研一、西田典之、中森喜彦、山口厚等)。因为只有当陈述与客观事实不相符合时,才侵害了国家的审判作用。如平野龙一指出:“伪证罪被认为是表现犯的典型,但这是因为对伪证罪采取了主观说。根据主观说,如果作出与‘认为是真实的事情’不同的证言,就成立伪证罪;即使所作的证言偶然与客观事实相符合,也成立伪证罪。但在这种场合,也不是说单纯的‘违反宣誓’就是违法的。因为违背良心作出证言,就具有使刑事司法产生错误的一般危险。在判断有无危险性时,如果不考虑行为人‘以为什么是真实的’这一主观内容,就不能作出判断。在此意义上可以说,该主观要素是决定行为违法性的主观要素。与此相反,如果对伪证罪采取客观说,认为证言不符合客观事实时才成立伪证罪,则以为是‘虚伪的’这一心理内容只不过是故意内容,而不存在主观的违法要素。所谓诉讼,是在不明确什么是真实的场合,法院根据各人认为是真实的事实进行判断的制度,故主观说并非没有理由。但是,将刑罚的干涉仅限于证言陈述的事实在客观上是虚伪的场合,才是妥当的。”〔5〕显然,客观说大体上注重结果无价值。

折中说认为,违反自己体验的陈述,在行为(作证)时能评价为违反了客观真实时,才成立伪证罪。据此,成立伪证罪,要求行为人认识到陈述的内容违反自己的体验,而且在行为时具有客观的虚伪性。因为与证人的体验不同的陈述,具有误导法官自由心证的危险,进而产生误判的危险。而裁判活动是一个动态的构造,裁判上的“真实”是变化的;是否存在误判的危险,应以行为时存在的事情为基础、以行为时为基准进行判断。所以,仅仅违反自己的体验,还不成立伪证罪,还要求作证时能评价为违反了客观真实(前田雅英,但也有学者认为,这种学说也是客观说)。

此外,还有一种观点认为,对于“虚伪”陈述的意思内容,应当采取主观说,但是,对于伪证罪的违法实体,应当采取客观说。换言之,“虚伪”陈述是伪证罪的构成要件要素,“违反记忆(体验)的陈述”是伪证罪构成要件符合性的基础。但是,成立伪证罪,还要求陈述的内容违反客观真实这一违法要素。

陈述既可以是作为,也可以是不作为。例如,证人将道听途说的事实说成是自己目睹的事实,将推测的事实说成是直接经历的事实等,都是作为方式的虚伪陈述。反之,证人在陈述时,对自己记忆中的事项全部或者一部保持沉默,使整体上的陈述成为虚伪陈述

〔5〕〔日〕平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第126-127页。

时,就构成不作为的伪证罪。但是,单纯保持沉默而不陈述时,不成立伪证罪。^[6] 陈述内容必须与裁判上的争论点(有罪与无罪的判断、量刑判断等)具有关联性(重要性)。至于行为人所陈述的事实在法律上是否具有合法效力,则不影响本罪的成立。

伪证罪是抽象的危险犯(主观说与客观说均认同),既不要求现实上发生侵害国家审判作用的结果,也不要求有发生这种结果的具体的危险;在事前宣誓的场合,只要行为人在一次的询问程序中陈述全部終了,就构成既遂;在事后宣誓的场合,则宣誓終了时成立既遂。因此,虽然行为人在讯问中有过虚伪陈述,但如果在陈述全部終了之前进行更正,则不成立本罪。^[7] 但在終了之后进行更正的,仍然成立伪证罪,只是基于坦白减免刑罚。^[8]

教唆他人作伪证的,成立伪证罪的教唆犯。一种观点认为,伪证罪是亲手犯,不可能有间接正犯(大塚仁);另一种观点则认为,伪证罪并非亲手犯,只要有可能发生妨害国家的公正审判职能的危险,就可以成立(共谋)共同正犯或者间接正犯。另一争议问题是,刑事被告人就自己的案件作虚伪陈述是不构成犯罪的,但被告人教唆他人为自己作伪证时,是否成立伪证教唆罪?一般来说,对犯人教唆他人隐匿自己或者隐灭证据的行为持教唆犯否定说的,对本问题也持否定说;同样,对犯人教唆他人隐匿自己或者隐灭证据的行为持教唆犯肯定说的,对本问题也持肯定说。不过,也有学者认为,犯人教唆他人隐匿自己的,不成立隐匿犯人罪的教唆犯,但被告人教唆他人为自己作伪证的,应当成立伪证罪的教唆犯(平野龙一)。理由如下:(1)隐灭证据罪限于“他人的刑事案件”,而伪证罪并不限于他人的刑事案件。(2)被告人之所以不成立伪证罪的正犯,是因为刑事诉讼法不承认被告人具有证人资格,而不是否认其犯罪性。(3)作为共犯人的证人(被告人),对自己的犯罪事实作伪证时,也应予以伪证罪处罚。概言之,被告人原本可以构成伪证罪的正犯(刑法并没有明文将被告人排除在本罪主体外),只是由于与沉默权相关的政策理由,才不承认被告人可以成为伪证罪的正犯。但教唆他人为自己作伪证则与沉默权没有关系,当然成立伪证罪的共犯。

日本刑法在伪证罪之外还规定了虚伪鉴定、翻译罪,本罪是指经依法宣誓的鉴定人、翻译人,作虚伪鉴定、翻译的行为。主体是经依法宣誓的鉴定人、翻译人。行为表现为虚伪的鉴定或者翻译。虚伪的含义与伪证罪一样,存在主观说与客观说的争议。当鉴定、翻译是以书面报告形式完成时,则提交书面报告时为既遂,以口头形式完成时,鉴定、翻译整体終了时为既遂。

(三)德国的伪证罪

1. 概述

德国刑法第153条规定了未宣誓的虚假陈述罪:“在法庭或者其他负责证人或者鉴定人宣誓询问的机构,未经宣誓作虚假陈述的,处三个月以上五年以下自由刑。”第154条第

[6] 意大利刑法例外,其第372条规定,证人“对自己知晓且被询问的事实完全或者部分地不予透露的”,也构成伪证罪。

[7] 奥地利刑法第291条规定,行为人在针对自己的询问结束前,更正已经作出的不真实的陈述的,不以伪证罪论处。

[8] 日本刑法第170条规定:“犯前条之罪(即伪证罪——引者注)的人,在其提供证言的案件判决确定前或者实行惩戒处分前自行坦白的,可以减轻或者免除处罚。”

1 款规定了虚假宣誓罪：“在法庭或者其他负责接受宣誓的机构，作虚假宣誓的，处一年以上自由刑。”第 160 条第 1 款规定了诱导虚假陈述罪：“诱导他人进行虚假宣誓的，处二年以上自由刑或者罚金。诱导他人进行虚假的代替宣誓保证或者虚假的非宣誓陈述的，处六个月以下自由刑或者一百八十日额罚金。”此外还规定了其他犯罪。

未宣誓的虚假陈述罪与虚假宣誓罪的基本对比如下：(1) 主体不同：未宣誓的虚假陈述罪的主体是证人与鉴定人，而虚假宣誓罪的主体是进行了宣誓的人，包括民事诉讼中的当事人与翻译人员；(2) 场所不同（参见上述法条的规定）；(3) 构成要件行为的内容不同：未宣誓的虚假陈述罪的行为是虚假陈述，虚假宣誓罪的行为是虚假陈述和宣誓。此外，未宣誓的虚假陈述罪没有未遂犯与过失犯，而虚假宣誓罪还处罚未遂犯与过失犯。

2. 未宣誓的虚假陈述罪

本罪的主体是在诉讼法上属于证人或者鉴定人的人。民事诉讼中的当事人、刑事诉讼中的嫌疑人、被告人不是本罪主体，翻译人也不是本罪主体。

行为人必须在法庭或者其他负责证人或者鉴定人宣誓询问的机构作虚假陈述。其中的陈述，原则上仅限于口头陈述，但具有听觉障碍、口头表达障碍的则另当别论（参见德国法院组织法第 186 条）。根据判例的观点，书面鉴定存在虚假内容时，如果欠缺口头陈述，也不成立本罪。

关于虚假的含义，存在客观说、主观说与义务说。客观说认为，陈述内容与实际真相不符合的，就是虚假；主观说认为，陈述内容与陈述者的认识不符的，就是虚假；义务说认为，没有再现理当能够唤起、获得的最好认识的，就是虚假。判例与通说采取客观说，因为客观的虚假陈述才对司法机关产生危险性；德国刑法第 160 条规定了针对善意者诱导虚假陈述的犯罪，如果不采取客观说，该犯罪就没有任何意义了。

但是，客观说并不意味着陈述的对象仅限于外部的事实，内心的事实也可以成为陈述的对象。例如，在询问证人现在的记忆时，就必须以证人是否按照自己的内心来陈述为标准判断虚假性。也有学者认为，就这样的事实而言，客观说与主观说的结论没有区别。

只有在证人、鉴定人所负有的真实义务范围内，才可能成立未宣誓的虚假陈述罪。例如，关于证人身份的内容、民事诉讼中的证明决定中所确定的事项、刑事诉讼中影响定罪量刑的所有内容，都是询问证人的对象（询问对象）。但是，询问对象可能因为质问而扩大范围。在证人、鉴定人就询问对象外的事项进行自发性的陈述时，即使可能影响法官的判断，但只要属于真实义务范围之外的事项，就不可能成立本罪。例如，在有关非婚生子的抚养费的民事案件审理过程中，非婚生子的母亲（德国刑法第 153 条规定的未宣誓的虚假陈述罪的被告人）在作为证人被问到在受孕期间是否和丈夫以及特定的男性 S 性交时，被告人回答既没有和丈夫性交，也没有和 S 性交，然后还说“此期间只和被告性交”。法院认为，只有“没有和丈夫与 S 性交”这部分是询问对象，被告人负有真实义务；“此期间只和被告性交”在否定了与丈夫以及 S 性交这一点上，只不过属于自发性的陈述，只要没有确认证明对象的事后扩张，即使自发性的陈述部分是虚假的，也不成立未宣誓的虚假陈述罪。

对事实的沉默也可能满足虚假性的要求。当对询问对象存在真实义务时，即使没有质证，证人也必须全面陈述询问对象的事实；将不完全的陈述当做完全的陈述时，就具有虚假性。但是，如果为了完全不陈述而明确拒绝陈述的，则不属于虚假陈述。

未宣誓的虚假陈述罪不处罚未遂犯,询问终结的时点就是本罪的既遂时点。所谓询问终结的时点,是指法官表明不能再期待证人提供更多的信息,证人自己也表明已经没有证言可陈述,到此为止陈述的证言已经妥当的时点。例如,检察官认为证人作了虚假陈述,要求证人留在法庭。判例认为,在这种场合,证人询问还没有终了,因而不构成本罪。虽然作出虚假陈述,但在询问终结前更正的,不成立未宣誓的虚假陈述罪。

在同一审级中,证人询问有数次终结的场合,虽然每一次证人询问终结时均成立未宣誓的虚假陈述罪,但要作为构成要件的行为单数处理,不实行并罚。

3. 虚假宣誓罪

虚假宣誓罪,并不是只要有宣誓行为就构成犯罪,而是以虚假陈述为前提的虚假宣誓才构成本罪。前述关于虚假陈述的内容也适用于本罪。

宣誓的主体除了证人、鉴定人之外,还包括民事诉讼中的当事人以及各种诉讼中的翻译人员。基于良心或者宗教的理由不希望宣誓的,可以进行代替宣誓的确认,或者援用以前的宣誓或者以前的确认;这种确认视同宣誓。只要行为人表达出“我发誓”(“我宣誓”)这一宣誓的本质部分,就构成宣誓。在德国的诉讼法上,证人以及刑事诉讼中的鉴定人采取事后宣誓的制度;但就翻译人员以及民事诉讼中的鉴定人而言,则可能采取事前宣誓。

虚假宣誓罪是重罪,也处罚未遂犯,所以,未遂与既遂的成立时点就成为需要讨论的问题。在事后宣誓的场合,虚假陈述终了后,开始说出宣誓内容时还属于未遂(在此之前仅成立未宣誓的虚假陈述罪),宣誓终了时成立本罪的既遂。在事前宣誓的场合,开始虚假陈述时是本罪的未遂,询问的终结时点是本罪的既遂。

虚假宣誓罪是故意犯,但是,德国刑法第161条规定了过失虚假宣誓罪,亦即,过失实施虚假宣誓罪的,处1年以下自由刑或者罚金。例如,证人没有负责地利用客观根据唤起对记忆的正确性的疑问时,就存在过失。根据判例,证人只有集中精力唤起记忆的义务,而没有为收集信息作准备的义务。但是,鉴定人具有为收集信息作准备的义务。

4. 诱导虚假陈述罪

诱导虚假陈述罪,包括诱导他人进行虚假宣誓,以及诱导他人进行虚假的代替宣誓保证或者虚假的非宣誓陈述(法定刑轻于前一种情形),并且处罚未遂犯。诱导虚假陈述罪,被认为是虚假宣誓罪与未宣誓的虚假陈述罪的间接正犯。亦即,进行陈述的实行行为者被作为善意的工具加以利用的情形。只有当行为不能适用德国刑法总则关于教唆犯的处罚规定和其第159条的教唆虚假陈述的规定时,才能适用其第160条关于诱导虚假陈述罪的规定。

5. 减免事由

德国刑法第157条第1款规定,证人或者鉴定人犯虚假宣誓罪或者未宣誓的虚假陈述罪时,为了避免亲属或者自己受处罚或者被科处剥夺自由的矫正与保安处分的危险,而作虚假陈述的,法院酌情减轻刑罚;在未宣誓的虚假陈述的情形,完全免除刑罚。同条第2款规定,没有达到宣誓年龄的人作未宣誓的虚假陈述的,法院酌情减轻刑罚或者完全免除刑罚。

6. 虚假陈述的更正

德国刑法第158条规定,适时(rechtzeitig)更正虚假陈述的,法院得酌情减轻因实施虚假宣誓、未宣誓的虚假陈述等罪的刑罚或者免除刑罚。如果行为人的更正不能在判决

时被援用,或者已经对他人造成不利,或者行为人已经被告发或者已经开始侦查的,则不属于“适时”。

7. 参与形态

未宣誓的虚假陈述罪、虚假宣誓罪属于亲手犯,要求行为人自己进行虚假陈述与宣誓。此外的人不能构成共同正犯与间接正犯,只能成立教唆犯或者帮助犯。为了避免处罚的漏洞,德国刑法第160条规定了诱导虚假陈述罪。

七、诬告罪

诬告罪,一般是指意图使他人受刑事或者其他处分,而向有关机关或有关公务员作虚假告发的行为。

(一) 诬告罪的保护法益

关于诬告罪的保护法益,理论上有不同的观点。^[9] 第一种观点认为,诬告罪的保护法益首先是国家法益,其次才是个人法益。这里的国家法益,是指以国家的审判作用为前提的、国家的侦查权以及其他处分的调查权的正确行使;个人法益,是指个人私生活的安定,因为被被告人作为嫌疑人被有关机关调查,就使其私生活的安定受到了侵害。根据这一观点,即使诬告行为得到了被被告人的同意(承诺诬告),也不妨害本罪的成立,因为这种行为仍然侵害了国家法益,但在量刑时可以考虑从轻处罚。第二种观点认为,诬告罪的保护法益只是国家法益——国家的刑事司法作用及处分作用,因此,得到了被告人同意的诬告行为,也成立诬告罪,而且量刑时没有必要考虑从轻处罚。第三种观点认为,诬告罪的保护法益首先是个人法益,其次才是国家法益。据此,自己诬告自己犯罪(自己诬告),或者得承诺诬告,都不成立诬告罪。

关于诬告罪的保护法益的争议,主要涉及承诺诬告、自己诬告是否构成犯罪的问题。如果重视国家法益,则自己诬告、得承诺诬告都构成诬告罪,如果重视个人法益,则这种行为不构成诬告罪。^[10] 下面分别介绍日本的诬告罪与德国的诬告罪。

(二) 日本的诬告罪

日本刑法第172条规定:“以使他人受刑事或者惩戒处分为目的,作虚伪的告诉、告发或者其他申告的,处三个月以上十年以下惩役。”

1. 客观要素

诬告罪的行为表现为虚伪的告诉、告发或者其他申告。告诉、告发,是指犯罪的被害人或者其他申告犯罪事实,并要求处罚犯罪人的意思表示;其他申告,是指请求予以刑事处分、申请予以惩戒处分以及申告与此相关事实(以下一并简称为告发)。虚伪,没有争议地被理解为违反客观事实,如果所告发的内容与客观事实相符合,就不能认为侵害了国家的审判作用,因而不能以犯罪论处。至于所告发的内容是全部虚伪,还是部分虚伪,并不影响本罪的成立。

行为人所告发的内容,必须是刑事处分或者其他处分的原因,即因为有告发的事实,才能使被告人受到刑事或者其他处分。如果行为人所告发的事实虽然违反真实性,但只是对案情有些夸张,不影响犯罪是否成立时,则只是不实的告发,还不构成诬告罪。告

[9] 德国刑法、日本刑法都将诬告罪规定为独立的一章,而没有归入其他章节中。

[10] 意大利刑法在诬告罪之外,另规定了自我诬告罪。

发的事实也不要求十分具体,就抽象的事实进行告发,也不影响诬告行为的成立,但是必须足以引起司法机关的侦查、调查等活动。

行为人必须向侦查机关、惩戒权者以及可以促使惩戒权的发现的机关告发。告发必须是自发的,如果是在公务机关或公务员进行调查、侦查时作虚伪的陈述,则不成立诬告罪。自发告发的方式没有限制,是口头的还是书面的、是署名的还是匿名的、是以自己名义还是以他人名义,都不影响犯罪的成立。

被诬告的他人必须是实在人,而不能是虚无人,因为虚无人不可能受到刑事或其他处分,在这种情况下,就不能表明行为人有诬告的目的;而且诬告虚无人,并没有侵害国家的刑事司法作用。只要是实在人,其是否具有责任能力,是否具备受刑事或其他处分的身份,是自然人还是法人,都在所不问。

如前所述,诬告行为得到被诬告者同意的,也成立诬告陷害罪。因为诬告罪首先保护的是作为国家审查作用前提的侦查权、调查权。既然诬告行为侵害了国家法益,就应以本罪论处。从实质上看,被诬告者现实地存在时,就容易作为侦查的开端而受到重视。但是,以替代真正的犯罪人受处罚为目的,诬告自己犯罪的,则不能以诬告罪论处。这种行为虽然也侵害了国家法益,但是,刑法条文中的诬告是指诬告他人犯罪,因而不包括诬告自己犯罪。诬告虚无人的行为也侵害了国家法益,但刑法条文规定诬告行为必须“以使他人受刑事或惩戒处分为目的”,虚无人不可能受到刑罚或者惩戒处分,故这种诬告行为也不成立诬告罪。

虚伪的告发到达一定的官署时即为既遂,通过邮局投递诬告状时,也是以到达官署为既遂。但是,所谓“到达”,只要求处于有关公务员可能阅览的状态,至于是否接收、事实上是否阅览、是否着手进行调查、或是否提起了公诉等,都不影响既遂的成立。

2. 主观要素

首先,诬告罪只能由故意构成,行为人认识到所告发的事实是虚伪事实却故意告发。这里的认识是否包括未必的认识还有不同看法。一种看法认为,对虚伪事实的认识只要是未必的认识即可。因为故意包括未必的故意,诬告罪是故意犯,当然没有理由排除未必的故意;再者,具有未必的认识时,行为人就认识到了可能使他人受到刑事处分或其他处分,因而具有违法性。另一种看法认为,对虚伪事实的认识只能是确定的认识。因为所有的告发人,通常只是认识到存在某种违法事实的可能性,从另一方面说,告发人都认识到自己告发的内容可能是虚伪的事实。如果认为未必的故意可能构成诬告罪,则现实中的大部分告发行为都可能成为诬告罪,这就不恰当地限制了告诉权、告发权的行使。

其次,诬告罪是目的犯,即“以使他人受刑事或惩戒处分为目的”。一种观点认为,为了限制诬告罪的成立范围,行为人必须希望他人受刑事或惩戒处分(藤藤重光、福田平、曾根威彦)。但日本的判例与通说认为,这里的“以……目的”,是指只要有使他人受刑事或惩戒处分的认识即可,而且未必的认识即可。还有学者认为,必须客观上存在使他人受刑事或者惩戒处分的可能性(平野龙一)。

根据日本刑法第173条的规定,犯诬告罪的人,在裁判决定之前就诬告事实予以坦白的,可以减轻或者免除刑罚。这是基于政策性的考量所作的规定。

(三) 德国的诬告罪

德国刑法第164条第1款规定:“以使他人开始遭受或者继续遭受官方的处理或者其

他措施为目的,尽管确定地认识到不实,但对官厅或者对负责受理告发的公务员或者军队的长官,或者公然地,提出他人有违法行为或者违反职务义务的嫌疑的,处五年以下自由刑或者罚金。”第2款规定:“基于相同的目的,尽管确定地认识到不实,对第一款规定的机关或者公然地,提出足以使官厅对他人开始或者继续进行官方的处理或者其他措施的事实或者其他主张的,亦同。”其中第1款规定的诬告犯罪事实,第2款规定的是诬告秩序违反行为等事实。下面主要围绕第1款的规定作些说明。

第1款规定的嫌疑对象,必须是特定的、具有生命的他人,但不要求行为人提供特定他人的姓名,只要有特定的可能性即可。因此,针对不详者、死者提出的嫌疑,不成立诬告罪;针对自己提出嫌疑的,也不成立诬告罪,但可能成立谎报犯罪罪(第145d条,即向官厅谎报发生了违法事实等)。由于诬告罪的保护法益包含了司法,所以,即使得到了被诬告者的同意,也成立诬告罪。

提出嫌疑的行为(诬告行为),需要通过事实的主张或者证据的提示而实施,既包括提出新的嫌疑,也包括强化已有的嫌疑。

嫌疑的内容是违法行为或者违反职务义务的行为。这里的违法行为,是指符合构成要件的行为。如果提出的有嫌疑的事实明显不可能受到刑事制裁,官方没有因此开展活动的,则不属于提出嫌疑的行为。例如,所提出的事实经过了追诉时效的,或者被诬告人不满14岁的,不属于提出嫌疑。

行为人提出的嫌疑必须是虚假的,对嫌疑的虚假性采取客观的判断,但如何判断则存在争议。例如,身为店铺监视员的被告人虽然通报说“F调换了钱”,但他确信F实施了盗窃行为,却没有看到F的实际行动。判例认为,在本案中,只有在客观上没有实施犯罪行为场合,才能认定虚假性(犯罪嫌疑说)。根据这一立场,只要不是明显地无根据就不成立诬告罪。但不少学者认为,应当以行为人作为嫌疑根据的事实是否具有客观的真实性作为判断基准(事实主张说)。根据这一立场,即使对真犯人的嫌疑,只要提出嫌疑的根据是虚假的,也成立诬告罪。

根据判例的立场,对事实的夸张,如果不变更事实关系的法律性质,就不符合诬告罪的构成要件。但是,如果夸张的结果,导致适用了加重的构成要件,或者增加了被评价为一个犯罪的事实(如原本只能评价为一罪,但夸张的结果导致可以评价为两个罪),则产生了本质上的性质变更,因而具有虚假性。

行为人对事实的虚假性必须有确定的故意,但对其他构成要件要素则可以是未必的故意。此外,行为人还必须具有使被诬告人遭受官司的处理或者其他措施的目的。但这一目的不必是最终的目的与动机。其中的“措施”包括矫正与保安处分、追缴、没收等措施。

第三节 滥用职权罪

一、滥用职权罪概说

滥用职权罪,是以公务员滥用职权或者在履行职务时实施违法行为为内容的犯罪,是渎职罪的一种。渎职罪是与公务员的职务有关的犯罪,其保护法益是国家作用的公正性,

以及公民对公务的公正性的信赖。具体地说,渎职罪是国家机关内部成员的腐败行为与侵害国家作用的行为。这种犯罪大致分为滥用职权罪与贿赂罪,但是二者的性质又明显不同。滥用职权罪存在直接的被害人,而贿赂罪并不存在直接的被害人,故前者仅用国家法益不能说明,后者则可以仅用国家法益来说明。

一般认为,滥用职权罪的保护法益包括两个方面的内容:一是公务的适正执行(公正性)以及国民对公务适正执行的信赖这一国家法益;二是滥用职权行为的对方的个人法益(自由与权利)。因此,即使存在被害人的承诺,也能成立滥用职权罪。滥用职权罪的国家法益的内容,首先是公务的客观的公正性,这一点没有异议;其次是公务的外观的公正性;再次是对公务员侵害人权的防止;最后是国民对公务的公正性的信赖感。

日本的滥用职权罪大致可以分为普通公务员滥用职权罪与特别公务员滥用职权罪。现行德国刑法没有规定普通公务员滥用职权罪,例如,德国刑法第339条规定了枉法裁判罪,第340条规定了职务上伤害罪,第343条规定了刑讯逼供罪,第344条规定了追诉无责任者罪,第345条规定了对无责任者执行刑罚、处分罪,第353条规定了超收费用罪,第353条规定了超收税款罪,这些都属于滥用职权的犯罪。法国刑法规定了针对公共事项的滥用职权罪与针对个人的滥用职权罪。

二、日本的滥用职权罪

(一) 滥用职权罪

滥用职权罪,是指公务员滥用职权,使他人实施无义务实施的事项(侵害自由),或者妨害他人行使权利(妨害权利)的行为。与此相应,本罪的保护法益是职务的适正执行与个人的利益。根据通说,只有当行为同时侵害了两个法益,才成立滥用职权罪。

滥用职权,一般是指在形式上属于一般的职务权限的事项,但行为人假借行使职权,实施实质的、具体的违法行为或不正当行为。即表面上是行使职权的行为,实际上是违法的或不正当的行为。

关于“职权”的含义,有两种理解:限定说认为,滥用职权中的职权,并不是泛指一般的职务权限,而是指足以使行使职权的相对方产生法律上、事实上的负担或者不利益的特别的职务权限。无限定说则认为,侵害自由、妨害权利不需要由来自于特别的职务权限,只要公务员将不法行为作为职务行为实施,其结果侵害了个人的自由、权利,就属于滥用职权。换言之,只要公务员基于一般的职务权限实施的行为侵害了自由、妨害了权利,就属于滥用职权;或者说,必须是属于一般的职务权限的行为产生了侵害自由、妨害权利的结果。根据日本最高裁判所的判例,一般的职务权限无须明文的根据规定,只要通过综合性地、实质性地考察法律制度,能认定具有该权限即可。例如,法官对监狱长假装以正当目的从事调查行为,获得监狱长的许可,调阅和拍摄当时的日本共产党委员长宫本显治的身份台账。日本最高裁判所认定为滥用职权罪。

所谓“滥用”,是指公务员就属于一般的职务权限的事项,假借行使职权,实施实质的、具体的违法或不正当行为。主要有两种类型:(1)假装职务型,即将个人行为假借为职务行为而实施。例如,法官为了与自己所承办的刑事案件的女被告人进行私人交际,夜间将其从家中叫出,在咖啡厅谈论赔偿问题,构成滥用职权罪。(2)职务遂行型,即不符合职务行为的要件却仍然实施。例如,本为他人合法所有的土地,不属于公务机关占有保管,但公务员却在该土地上插上“由公务机关占有保管”的虚伪标记,妨害了他人行使土

地所有权。

问题是,滥用职权的行为,是否仅限于具有足以让相对方认识到是行使职权的外观,且左右了相对方的意志的行为?所涉及的具体问题是,在相对方未注意时,或者秘密实施的行为(如窃听行为),能否构成滥用职权罪?(1)以压制意志说为根据的否定说认为,滥用职权罪具有保护个人法益的侧面,其构成要件与强制罪的构成要件相同,必须强制相对方实施一定的作为、不作为,故职权的行使,以作用于相对方的意志为必要。因此,对方没有意识到的窃听行为,没有对相对方的意志产生作用,故不成立滥用职权罪。(2)以外观必要说为根据的否定说认为,成立本罪虽然不要求压制相对方的意志,但如果职权行使不能被任何人认识到,就不能成立本罪。反过来说,只有具有行使权利的外观,才成立滥用职权罪。据此,公务员的非法窃听行为不成立滥用职权罪。(3)肯定说认为,只要非法实施了对国民造成不利后果的侵害国民自由、权利的职权行为,就构成滥用职权罪。至于是否具有行使职权的外观、是否属于左右相对方意志而对其施加影响的行为,并不影响滥用职权罪的成立。据此,公务员的非法窃听行为成立滥用职权罪(多数说)。

行为入滥用职权的结果,是使他人实施了没有义务实施的事项,或者妨害了他人行使权利。其中的权利,包括隐私等事实上的利益。发生这种结果时,就构成本罪的既遂,这二者之间必须具有因果关系。^[11]

从表面上看,滥用职权罪似乎是强制罪的特别法条,但是,日本刑法理论的通说与判例认为,一个行为同时触犯滥用职权罪与强制罪的,属于想象竞合。一方面,强制罪的法定刑(3年以下惩役)高于滥用职权的法定刑(2年以下惩役或者监禁),如果认为滥用职权罪是特别法条,就会导致处罚的不均衡。另一方面,滥用职权罪的保护法益不仅包括个人法益而且包括国家法益,所以,公务员滥用职权以暴力、胁迫方式使他人实施无义务实施的事项,或者妨害他人行使权利的,当然同时成立滥用职权罪与强制罪。因此,“公务员使用暴力、胁迫手段实施滥用职权的行为时,成立本罪与强制罪的想象竞合”。^[12]

(二)特殊公务员滥用职权罪

特殊公务员滥用职权罪,是指执行或者辅助执行审判、检察、警察职务的人员,滥用职权,逮捕或监禁他人的行为。本罪是身份犯,主体必须是执行或者辅助执行审判、检察、警察职务的人员,这些人员的职务性质,导致容易侵犯人权,所以刑法进行特别规定。实际上,本罪是非法剥夺自由罪的加重情况,因而可以说是一种不真正身份犯。本罪的行为表现为滥用职权,逮捕或者监禁他人。

(三)特别公务员暴行、凌辱、虐待罪

日本刑法第195条规定的特别公务员暴行、凌辱、虐待等罪,是指执行或者辅助执行审判、检察、警察职务的人员,在执行其职务之际,对被告人、犯罪嫌疑人或者其他入实施暴行、凌辱、虐待的行为。这是一种特殊的滥用职权罪。其中的暴行、凌辱、虐待包括使被害人产生肉体、精神痛苦的一切行为,其中当然包括强制猥亵、强制性交等。在此意义上说,特别公务员暴行、凌辱、虐待罪与强制猥亵罪、强制性交等罪是特别关系(前者为特别

[11] 日本刑法不处罚滥用职权的未遂,因此,公务员滥用职权让他人实施没有义务实施的行为,但对方并未同意的,或者滥用职权安置了窃听设备,但未能窃听到内容的,不成立滥用职权罪。

[12] [日]山中敬一:《刑法各论》,成文堂2009年第2版,第766页。

法条)。但是,由于特别公务员暴行、凌辱、虐待罪的法定刑低于强制猥亵罪、强制性交等罪的法定刑,而且适用其中任何一个法条都不可能充分评价行为的不法内容,所以,日本刑法理论的通说与判例认为,特别公务员在执行其职务之际实施强制猥亵、强制性交等行为的,属于想象竞合,而不是法条竞合。

三、德国的滥用职权罪

(一)旧刑法中的滥用职权罪

1871年德国旧刑法规定了各种各样的职务犯罪,刑法理论将职务犯罪分为真正(纯粹)的职务犯罪与不真正的职务犯罪。前者是指只有公务员才能构成的犯罪,如滥用职权罪、刑讯逼供罪等;后者将公务员身份作为加重事由的犯罪,也称为混合的职务犯罪,如职务上伤害罪、职务上剥夺自由罪、职务上侵入住宅罪等。第二次世界大战后,有学者将职务犯罪分为侵害法益的职务犯罪与违反固有义务的职务犯罪。

德国旧刑法第339条规定,“公务员滥用职权或者以滥用一定的职权相胁迫,违法强制他人作为、容忍或者不作为的”,构成滥用职权罪(也可译为职务上的强制罪)。但这一规定在1943年被纳粹删除。

根据帝国法院时代的判例,职权以行使对他人产生不利的权限为内容,但判例没有明确判断标准。在纳粹时代,关于职权的含义,刑法理论上存在以下不同见解:(1)具有在特定条件下进行强制处分资格的公务员的权限的总体。根据这种观点,并不是所有的公务员都能成为滥用职权罪的主体,只有警察这样的公务员才能成为滥用职权罪的主体。(2)使对他人的不利益产生效力的权限。帝国法院的判例大体上采取了这种观点,但这种观点导致滥用职权罪的处罚范围过窄。(3)对他人进行有利或者不利活动的权限。这一观点被认为缺乏明确性。(4)具有公权力的所有公务员的权限。(5)所有的委托给公务员的任务的总体。据此,公务员的任务就是职权,因而可能导致职权的范围过宽。

关于滥用的含义,德国旧刑法时代的判例有不同的表述。例如,公务员以违法的方式实施职务上的行为;违反有关适用强制处分的法律或者行为规则,着手对不符合处分要件的人予以处分;公务员在不符合法律上的要件时,利用属于他自身的权限实施行为;尽管欠缺法律上的要件,即超越合法的限度使用职权;如此等等。

强制他人作为、容忍或者不作为可谓滥用职权罪的结果,与普通的强制罪相同,判例与学说都认为没有必要将二者进行不同的理解。但是,强制行为必须是违法的,至于是指滥用职权的行为违法,还是指强制的目的违法,在当时也存在争议。

(二)职务上伤害罪

德国旧刑法与现行刑法均规定了职务上伤害罪。现行德国刑法第340条第1款规定:“公务中在执行职务时或者在与其职务关联中,犯伤害罪或者使他人犯伤害罪的,处三个月以上五年以下自由刑;情节较轻的,处五年以下自由刑或者罚金”。第2款规定处罚本罪的未遂犯,第3款规定对第1款前段行为适用第224条至第229条有关伤害罪的各种规定。

本罪被规定在渎职罪中,但本罪侵害了公民的身体,而且伤害罪原本是普通犯罪,所以,一般认为本罪属于不真正的职务犯罪。本罪不仅侵害了个人法益,而且侵害了国家法益(法治国家性),因为公务员在受托从事执行公共职务的过程中所实施的伤害行为,国

家负有责任。职务上伤害罪,不仅因为在职务中实施而加重了对个人法益的侵害,而且作为国家不法从内部对国家进行了攻击。因此,与普通伤害罪相比,职务上伤害罪具有质的上升。诚然,职务上伤害罪与普通伤害罪具有共同的不法,即对他人身体的侵害相同,但通过职务中的犯罪行为造成的法益侵害与对国家的法治国家性的侵害之间,具有机能的关联性,这使职务上伤害罪形成了具有新价值的法律构造。在此意义上说,职务上伤害罪是独立的犯罪。但是,也有学者否认真正的职务犯罪与不真正的职务犯罪的区别,认为与其说职务上伤害罪是普通伤害罪的加重类型,还不如说是特别类型。

职务上伤害罪要求主体必须是公务员,而且伤害行为必须与职务有关联性。一种观点认为,所谓关联性,是指职务行为与伤害之间具有内在的(心理的)关联性。另一种观点则认为,只要职务行为与伤害之间具有外形上的关联性即可。例一:警察A在餐馆进行私人活动时,用自己私人的枪支故意向B射击造成伤害。在本例中,A的伤害行为既不是发生在执行职务时也不是发生在其职务关联中,因而仅成立普通伤害罪。A是警察的事实,充其量只能对普通伤害罪的量刑起有限的作用。例二:警察A在餐馆进行私人活动时,用职务上使用的枪支故意向B射击造成伤害。之所以伤害B,是因为B与A的妻子有持续的不正当关系,A对B怀恨在心。A利用职务上使用的枪支的行为,虽然在武器使用方面违反了义务,但仅此还不能认定伤害行为与职务的关联性,因为A没有执行职务,也不处于与其职务的关联中,故只能认定为普通伤害罪。例三:警察A基于职务上的需要待在餐馆时,纯粹基于私人的理由,利用职务上使用的枪支故意向B射击造成伤害。A的伤害行为与其职务具有关联性,亦即,A在与职务的关联中实施了伤害行为,或者说,A在实施职务行为的机会中实施了伤害行为,因而应认定为职务上伤害罪。例四:警察A在餐馆逮捕B,而且利用职务上使用的枪支故意向B射击造成伤害。A之所以对B实施逮捕与伤害,是因为B与A的妻子有不正当关系,A对B怀恨在心,即纯粹基于私人的理由。A显然是在执行职务(逮捕)中实施伤害行为,没有疑问地成立职务上伤害罪。

(三) 枉法裁判罪

德国刑法第339条规定:“法官、其他公务员或者仲裁人,以有利于或者不利于一方为目的,枉法处理或者裁决法律事件的,处一年以上十年以下自由刑。”本罪的主体不限于法官,而是包括处理法律事件的其他公务员与仲裁人。本罪的重要构成要件要素是“枉法”,也可以理解为滥用法律。关于“枉法”的含义,德国刑法理论存在不同学说。

客观说认为,当裁判或者处理在客观上超越了法律裁量的范围时,便可以认定为枉法。这是德国刑法理论的通说。但客观说也受到了批评:如果法官、公务员或者仲裁人的处理、裁决在客观上明显与法律相违背,采取客观说是没有疑问的。但是,并不是每个不公正的处理与裁决都是在客观上违反法律的。例如,德国刑事诉讼法第261条规定了自由心证原则,亦即,“对证据调查的结果,由法官根据他在审判过程中建立起来的自由内心确信而决定”。法官所作出的判决虽然并不明显与法律相违背,但如果违反其内心确信的,也应当认定为枉法。根据客观说,却不能认定为枉法。

主观说认为,是否枉法取决于法官、公务员和仲裁人在适用法律时是否有意识地违背自己的法律确信(juristische Überzeugung),在得出肯定回答的情况下,即使裁判、处理结果在客观上符合法律规定,也属于枉法。主观说的主张者较少。因为法秩序是客观的,而

不是因人而异的,对枉法的认定也应当根据客观的标准来进行。如果采用主观说,就使认定枉法的标准不是法律或者带普遍意义的公正,而是行为人的主观信念,这便难言妥当。

义务侵害说认为,枉法的本质在于法官、公务员或者仲裁人侵害了其所履行的职责,或者说违背了其职责义务。义务侵害说与客观说的区别在于,在法律规范存在多重含义的情况下,如果法官、公务员或者仲裁人出于与案件事实无关的考虑而作出裁判的,即使在客观上不违背法律裁量范围,根据义务侵害说也属于枉法,但根据客观说则不属于枉法。不难看出,义务侵害说的认定范围宽于客观说。

例如,法官甲驳回了A要求其房客B搬离住房的请求,该判决在论据上不够充分,但是从法律上来说仍然可以认为是一种属于法律裁量权范围内的少数说的观点,甲对自己裁判的公正性确定不疑。无论根据哪一种学说,甲的行为都不构成犯罪。假若在上例中,甲原本认为少数说并不可取,但是他厌恶A并且认为关于住房租赁的法律忽视了弱者的利益,因而仍然采用少数说而驳回了A的请求,那么,根据客观说会否认甲的行为成立枉法裁判罪,根据主观说和义务侵害说则会肯定甲的行为成立枉法裁判罪,因为该判决虽然从法律的角度是可以接受的,但甲是基于与案件事实无关的考虑而作出的,同时也违背了其“内心确信”。

四、法国的滥用职权罪

针对个人的滥用职权罪,法国刑法作出了如下规定:第432-4条第1款规定:“行使公权力的人或者担当公务的人,在履行职务或者执行任务时,或者在履行职务或者执行任务的机会中,恣意地命令或者实施侵害个人自由的行为的,处七年监禁,并处十万欧元罚金。”第2款规定:“侵害个人自由的行为达到七天以上的拘禁或者扣留的,处三十年徒刑,并处四十五万欧元罚金。”第432-5条规定的构成要件是,行使公权力的人或者担当公务的人,在履行职务或者执行任务时,或者在履行职务或者执行任务的机会中,明知发生了非法剥夺自由的事实,在有权终止该事实时故意不予终止,以及在无权终止该事实时故意不提请主管机关进行干预。第432-6条规定的构成要件是,监狱管理人员违法接收或者关押他人,或者无故延续关押时间。第432-8条规定的行为是,行使公权力的人或者担当公务的人,在履行职务或者执行任务时,或者在履行职务或者执行任务的机会中,非法侵入住宅。第432-9条规定的行为是,行使公权力的人或者担当公务的人,在履行职务或者执行任务时,或者在履行职务或者执行任务的机会中,非法侵害公民通信秘密。第432-10条规定的行为是,行使公权力的人或者担当公务的人,以各种税款的名义,违法加收或减免税款。

当初的草案原本表述为“行使公权力的人,在履行职务时……”,但后来在审议时修改为现在的规定。之所以要更为严厉地处罚滥用职权罪,是因为行使公权力的人或者担当公务的人的行为不仅对侵害他人的权利负有责任,而且蔑视职务上的义务。根据法国的判例,行使公权力的人或者担当公务的人,并不具有逮捕或者监禁他人的权限,但为了超越权限而错误地利用其资格的,也属于执行任务的机会中滥用职权。

第四节 贿赂罪

一、贿赂罪概说

(一) 贿赂罪的保护法益

贿赂罪可分为受贿罪与行贿罪。德国有学者认为,贿赂罪的核心在于公务员将自己的职务行为作为图谋不法利益的工具,而与相对人(行贿一方)之间达成的不法协议(Wessels)。即公务员实施或者许诺实施特定的公务行为或不实施特定的公务行为,而相对人交付或者许诺交付某种利益作为相对代价,从而形成不法约定。

关于贿赂罪的立法形式,一直有两种立场:起源于罗马法的立场是,贿赂罪的保护法益是职务行为的不可收买性;起源于日耳曼法的立场是,贿赂罪的保护法益是职务行为的纯洁性(或公正性)。根据前一立场,不管公务员所实施的职务行为是否正当合法,只要要求、约定或收受不正当的报酬,就构成贿赂罪。根据后一种立场,只有当公务员实施违法或不正当的职务行为,从而要求、约定或收受不正当的报酬时,才构成贿赂罪。从现在的刑事立法来看,一般是将二者结合起来考虑,即以职务行为的不可收买性为基础,同时考虑职务行为的纯洁性。具体地说,凡是规定了单纯受贿罪与加重受贿罪的刑法,都是这种立场。因为单纯受贿罪并不要求行为人实施了职务上的不正当行为,即使没有侵害职务行为的公正性,但如果侵害了职务行为的不可收买性,也构成犯罪;如果行为人实施了职务上的不正当行为,则构成加重受贿罪,因为该行为同时侵害了职务行为的不可收买性与公正性,故加重处罚。德国、意大利、瑞士、日本等国刑法都是如此。

贿赂罪的保护法益,德日刑法理论上存在很大争议。

信赖保护说在德国与日本具有不同的内容。德国的信赖保护说认为,贿赂罪的保护法益,是公众对国家机能担当者的纯粹性、不可收买性以及国家行为的客观性的信赖;只要呈现使职务被收受这样的外观,这种信赖就被动摇。日本的信赖保护说认为,贿赂罪的保护法益是职务行为的公正性以及国民对职务行为的公正性的信赖(大谷实、西田典之、前田雅英等)^[13]。也有学者认为,贿赂罪的保护法益是职务的不可收买性与职务行为的公正性,以及社会对职务行为公正性的信赖。日本裁判所也一致认为受贿罪的法益是国民对国家作用公正性的信赖。如日本大审院 1931 年 8 月 6 日的判决指出:“法律之所以处罚受贿罪,不仅在于保持公务员执行职务的公正性,而且在于确保社会对职务公正性的信赖。”^[14]日本最高裁判所 1959 年 12 月 9 日的判决指出:“有必要保持公务的威信与公正,对此不必多言。假如国民丧失了对执行职务的信赖,也是不行的。……如果公务员的职务伴随着金钱或其他利益的贿赂,显然侵害了该职务的威信与公正,丧失了对执行职务的信赖。”^[15]日本的信赖保护说的基本理由是,职务行为的公正性本身无疑是值得保护

[13] 德国也有一些学者采取这个意义上的信赖保护说(如 Krey)。

[14] 日本《大审院刑事判例集》第 10 卷,第 412 页。

[15] 日本《最高裁判所刑事判例集》第 13 卷第 12 号,第 3186 页。

的。不仅如此,如果国民认为公务员的职务行为都是为贿赂所左右的,就会导致国民的失望与不安,导致对政府的不信任、对国家政权的不信任。而且,对正当的职务行为、过去的职务行为的贿赂,也使国民对职务行为的公正性产生怀疑。所以,国民对职务行为的公正性的信赖作为保护法益,也能说明对正当的职务行为、过去的职务行为的贿赂的可罚性根据。

信赖保护说受到的批判是,“社会的信赖”的实体不明确,不能发挥法益概念的机能。首先,如果说这种信赖是现实的社会心理事实,那么,直接侵害、威胁这种信赖的是媒体对贿赂案件的报道以及对处理贿赂案件的侦查、司法活动的报道,秘密实施的贿赂行为只不过是侵害或者威胁这种信赖的间接原因;而且,只要行为人认为不会被发觉,就缺乏对法益侵害或者危险的认识与容认态度。按照信赖保护说,采取笨拙的、容易被发现的方式行贿受贿的,其违法程度高,而采取巧妙的、难以被发现的方式行贿受贿的,其违法程度更轻,这显然不符合事实。不仅如此,犯贿赂罪后自首的反而应当成为加重处罚事由。此外,采取信赖保护说,意味着处罚使国民产生疑惑的行为,贿赂罪的各个要件就必须由国民可以看得见的“外观”来决定,但这与贿赂罪的构成要件不协调。其次,如果说这种信赖是国民对公务员不要渎职(贿赂)的期待,那么,这只是禁止贿赂的规范得到遵守的状态本身,而不是通过禁止所要保护的法益。而且,对职务行为的公正性的信赖,只是保护职务行为公正性的反射效果,不能成为独立的法益。此外,信赖保护说也不能说明所有的贿赂犯罪(松原芳博)。

纯粹性说(纯洁性说、公正性说)认为,贿赂罪的保护法益是职务行为的公正性(或不可侵犯性)(Binding、泉二新熊、町野朔、曾根威彦、山口厚、松原芳博等)。因为在民主国家,公务员是全体国民的服务者,其职务行为的纯洁性、公正性具有特别重要的意义,值得刑法保护。但是,对职务行为的信赖并不是贿赂罪的独立法益,而是许多对国家法益犯罪的共同法益;国民对职务行为的信赖,是通过保护职务行为的公正性所产生的一种反射性效果;对职务行为的“信赖”也是极为抽象的概念,将其作为法益会导致处罚范围不明确。不过,纯粹性说存在致命的缺陷:根据此说,公务员就过去的职务行为收受报酬的,以及就正当合法的职务行为收受报酬的,不成立受贿罪,但这一逻辑结论有悖刑法的规定。特别是,各国刑法都规定了单纯受贿罪,公务员是否因为受贿而违反职务上的义务,并不影响单纯受贿罪的成立。但纯粹性说不能解释这一点。

公务员确实客观公正地履行了职务,就不成立受贿罪,这只是纯粹性说的逻辑结论,但持公正说的学者并不认为这种行为不构成犯罪。例如,主张纯粹性说的山口厚指出:“即使职务行为本身是合法的,就该职务行为授受贿赂的依然成立贿赂罪。这是因为,由此产生了‘职务行为被置于贿赂的影响之下的危险’,‘产生了履行职务时不当行使裁量权的危险’。因此,应当在包含履行职务时适当行使裁量权的意义上理解‘职务的公正’。受贿罪就是在这个意义上理解的对‘职务的公正’的危险犯。”^[16]但是,职务行为被置于贿赂的影响之下,并不意味着当然对职务行为的公正性产生危险。山口所称的危险,只不过是一种拟制的危险(高桥则夫)。此外,根据纯粹性说,“就贿赂实施了收受等行为的公务员,并没有实施与贿赂处于对价关系的职务行为的意思时,应认为不成立受贿罪。这是

[16] [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2010年第2版,第612页。

因为,在公务员不存在实施职务行为的意思时,就不存在将职务行为置于贿赂的影响之下的危险,因而也就缺乏肯定受贿罪成立的实质根据。”〔17〕

国家意志篡改说(德国以往的有力说)认为,受贿罪所侵犯的法益是国家意志(Staatsswill),即受贿罪使国家意志受到无端阻挠与违法篡改。由于实施受贿罪的公务员与行贿人之间彼此形成不法约定,公务员在收受或者期待收受贿赂的情形下,自然不能依法客观、公平、正确地执行其公务行为,这无异于篡改了国家意志(Eb. Schmidt、Arthur Kaufmann、Henkel、Bockelmann、Baumann)。此说与纯粹性说有相似之处,但对过去的职务行为的贿赂而言,纯粹性说主张不成立贿赂罪,而国家意志篡改说主张成立贿赂罪。不过,国家意志篡改说存在严重缺陷。根据此说,当公务员故意篡改了国家意志时,就具有可罚性,而且比就将来的“篡改”收受贿赂具有更重的可罚性,没有理由再要求公务员实施收受贿赂等行为。但是,这种结论并不符合德国刑法的规定。〔18〕

不可收买性说(无报酬性说)认为,受贿罪的保护法益是职务行为的无报酬性(Unentgeltlichkeit von Amtshandlungen)、不可收买性(Birkmeyer、平野龙一、木村龟二等)。公务员除了领取固定薪金外,对其所执行的职务行为,不得收受任何报酬,贿赂行为破坏了这种无报酬性。如Birkmeyer指出,根据刑法的规定,公务员就过去的职务行为收受报酬是可罚的,就合法的职务行为收受报酬也是可罚的,因此,贿赂罪的保护法益,与其说是职务行为的纯粹性、职务上的义务的不可侵犯性,不如说是职务行为的无偿性、不可收买性。从比较法的角度来看,大多数法律都将侵害职务行为的不可收买性作为贿赂罪的本质。平野龙一指出:“国家的作用即公务,必须得到公平地执行。公务大多通过裁量来执行的,但这种裁量不能只是为了某个人的利益。如果为了某个人的利益而进行裁量,此外的人在不能得到利益这个意义上便受到了损害。在公务员作为其裁量行为的对价而收受利益,进行这种不公平的裁量时,所导致的危险就特别大。因此,规定贿赂罪就是为了禁止将公务作为利益的对价来执行。说贿赂罪的保护法益是公务的不可收买性,正是这个意思。此外,不正当执行公务时,成为加重刑罚或者扩张处罚范围的理由,但这是次要的。处罚贿赂罪的基本理由,在于上述不可收买性。”〔19〕不过,此说没有明确说明“为什么对公务提供利益本身是违法的”,也难以说明斡旋受贿罪的处罚根据。

折中说认为,贿赂罪的保护法益是职务行为的不可收买性以及职务行为的公正性(团藤重光、大塚仁)。一方面,刑法规定了单纯受贿罪,不管职务行为是否公正,只要收受贿赂就构成受贿罪,这说明贿赂罪的法益是职务行为的不可收买性。另一方面,刑法规定了因违背职务义务的加重收受罪,即如果实施了不公正的职务行为,则加重处罚,这说明刑法在以职务行为的不可收买性为基础的同时,考虑了职务行为的公正性。此说受到的批判是,对职务行为的公正性的保护,可以作为职务行为的不可收买性的反射效果得到保障,故没有必要强调职务行为的公正性。

廉洁性说认为,受贿罪的法益是公务员应当清廉的义务,即受贿罪侵害了公务员应当清廉的义务(小野清一郎)。但由于这种观点导致不要求受贿行为与职务之间具有关联,

〔17〕 [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2010年第2版,第612页。

〔18〕 德国以往的有力说是国家意志篡改说,现在的通说则是信赖保护说。两说之间特别争论的是加重受贿罪的成立范围问题。

〔19〕 [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第294~295页。

而且“清廉”的含义过于宽泛,故几乎没有得到学者的赞同。

之所以产生不同的学说,而且争论相当激烈,是因为关于贿赂罪的保护法益的观点,必须说明对过去的职务行为的不正当报酬构成贿赂罪、对公正的职务行为的不正当报酬也构成贿赂罪,以及斡旋受贿的行为构成犯罪。另外,学者们对职务行为的公正性、国民对职务行为的公正性的信赖、职务行为的不可收买性等表述,也有不同的理解。

(二) 贿赂罪的种类

贿赂罪主要可以分为受贿罪与行贿罪。有的学者认为,行贿与受贿实际上是一个罪,属于必要共犯关系。但多数人认为,行贿与受贿都是独立的犯罪,二者并不一定是必要的共犯。因为二者虽有共同点,但受贿罪是以违反义务为内容的,行贿罪是以引起受贿为内容的;而且前者是身份犯,后者不是身份犯;再者,公务员要求贿赂时,没有相对人的行为就能成立犯罪,故不一定是必要的共犯。

受贿罪有较多类型。通常各国刑法都规定了单纯受贿罪与加重受贿罪;有的国家还根据主体的区别规定了不同的受贿罪,例如,奥地利刑法规定了公务员受贿罪、企业主管受贿罪、鉴定人受贿罪与斡旋受贿罪,前两种犯罪中都包括了单纯受贿与加重受贿两种情况。日本刑法原本只在第197条规定了单纯受贿罪与加重受贿罪,在第198条规定了行贿罪,但后来为了适应处罚的需要,逐渐增加了一些犯罪类型:1941年增加了受托受贿罪、事前受贿罪、使请托人向第三者提供贿赂罪与事后受贿罪,1958年又增加了斡旋受贿罪。1980年提高了受贿罪的法定刑。德国刑法规定了受贿罪的基本犯(收受利益罪)与加重犯(受贿罪)。下在分别介绍日本与德国刑法中的贿赂罪。

二、日本的贿赂罪

(一) 法条规定

日本刑法第197条第1项规定:“公务员就职务上的事项,收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役;实施上述行为时接受请托的,处七年以下惩役。”前段规定的是普通受贿罪,后段规定的是受托受贿罪。同条第2项规定:“将要成为公务员的人,就其将要担任的职务,接受请托,收受、要求或约定贿赂,事后成为公务员的,处五年以下惩役。”这是关于事前受贿罪的规定。

日本刑法第197条之二规定了使请托人向第三者提供贿赂罪:“公务员就其职务上的事项,接受请托,使请托人向第三者提供贿赂,或者要求、约定向第三者提供贿赂的,处五年以下惩役。”

日本刑法第197条之三分别规定:“公务员犯前两条之罪,因而实施不正当行为,或者不实施适当行为的,处一年以上有期惩役。”“公务员就其职务上曾实施不正当行为或者不实施适当行为,收受、要求或者约定贿赂,或者使他人向第三者提供贿赂,或者要求、约定向第三者提供贿赂的,与前项同。”“曾任公务员的人,就其在职时接受请托在职务上曾实施不正当行为,或者不实施适当行为,收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役。”前两项规定的是加重受贿罪,第三项规定的是事后受贿罪。

日本刑法第197条之四规定了斡旋受贿罪:“公务员接受请托,使其他公务员在其职务上实施不正当行为,或者不实施适当行为,作为其进行或者已经进行斡旋的报酬而收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役。”

日本刑法第198条规定了行贿罪:“提供第一百九十七条至第一百九十七条之四规定

的贿赂,或者就此提出申请或者约定的,处三年以下惩役或者二百五十万元以下罚金。”

(二) 共同要素

1. 职务行为的含义

贿赂罪因公务员的职务行为与贿赂之间具有对价关系而成立,在此意义上说,贿赂罪的核心要件是职务行为与贿赂的对价关系(职务关联性)。如果能够肯定这种对价关系,则意味着将职务行为置于贿赂的影响之下,从而对职务的公正性产生危险。所以,如何确定与贿赂具有对价关系的职务行为的范围,成为重要问题。

首先,所谓职务,是指公务员基于其地位应当作为公务处理的一切事务,其范围虽然大多由法令规定,但由于法令不可能完全列举公务员的事务,故公务员为了完成其任务而立于公务员的立场所实施的行为,也属于职务。换言之,职务并不限于法令直接规定的事务。职务不仅包含自身正当的职务,而且包含了不正当的职务。例如,公务员违反保守秘密的规定,向他人泄露秘密以收受贿赂的,成立加重受贿罪。^[20] 职务行为不仅包括作为,而且包括不作为。例如,侦查人员故意中止侦查以收受贿赂的,构成加重受贿罪。

其次,职务行为包括以下三种情形:

第一,具体的职务权限。公务员就自己所担任的具体职务构成受贿罪,不存在疑问。具体职务范围虽然原则上取决于法令,但由于法令规定不可能穷尽,所以,只要根据合理解释能认定属于公务员权限内的职务即可。或者说,只要是与公务员的地位相应而作为公务处理的一切事项,就属于具体职务。例如,校长同意将学校使用的教材全部委托给某书商,进而收受书商提供的利益的,构成受贿罪。

第二,一般职务权限。根据判例与通说,受贿罪中的职务不限于具体的职务,只要属于该公务员的抽象的、一般的职务权限范围的事务即可(一般的职务权限论)。换言之,内部的事务分工对于职务行为的判断并不重要;只要是该公务员所属组织所管理的事务,就属于贿赂罪中的职务行为。例如,税务机关的职员受自己分管区域之外的纳税人的请求,希望在所得税调查之时给予适当减免,并收受贿赂的,判例认定为受贿罪。但是,如果甲市税务机关的职员受乙市的纳税人的请求,进而收受财物的,则不会适用一般的职务权限论(是否成立斡旋受贿则是另一回事)。所以,即使采取一般的职务权限论,也需要根据公务员的地位、改变分管事项的可能性、事务处理的具体情况,能够认定公务员实际上具有左右公务的可能性(平野龙一、町野朔、山口厚)。

第三,与职务密切关联的行为。根据日本的判例与学说,除了公务员的本来的职务行为外,与职务有密切关联的行为也是职务行为。与职务有密切关联的行为,主要有以下类型:其一,准职务行为(基于与本来的职务相关联的行为),即从规定职权的法令当然类推出来的职务行为,而且具有类比本来的职务行为的公务的性质。其二,事实上所掌管的职务行为,亦即,基于习惯上或者事实上的地位而形成的职务行为。或者说,是由公务员的本来的职务行为派生出来的行为。如本来的职务行为的前阶段的、准备性的行为。认定这种行为属于职务行为没有疑问。其三,利用自己的职务的影响力所实施的行为。例如,对与自己具有同一权限的公务员做工作,对与自己具有不同权限的公务员做工作,对非公

[20] 当然,违法的行为在何种意义上可以称为职务行为,是存在问题的。但大体可以肯定的是,如果除去违法行为中的违法要素,该行为属于公务员的职务范围内的行为,则该违法行为属于职务行为。

务员的行政指导性工作,对非公务员的斡旋行为。不过,对于其中的哪些情形不应认定为职务行为,还存在争议。例如,国立大学的音乐教师在主考时,接受应考学生的利益。主考行为是其本来的职务行为。国立大学的音乐教师让学生购买钢琴的行为,则是与职务行为有密切关联的行为。但是,该教师劝学生购买电冰箱的行为,则与职务行为没有关系。再如,国会议员就某种事项对其他议员进行劝说的行为,也是与职务有密切关联的行为。

最后,职务行为不仅包括现在的职务行为,而且包括过去的职务行为与将来的职务行为。可以肯定的是,公务员就现在的职务行为构成受贿罪没有疑问。需要说明的是以下几种情形:

第一,已经结束的职务。通说与判例认为,公务员就过去的职务即已经结束的职务实施受贿行为的,也成立受贿罪。但持反对观点的学者认为,现在收受利益不可能左右过去的公务,因而不成立受贿罪(町野朔)。但是,一方面,日本刑法针对过去的非法职务行为以及过去的斡旋行为规定了加重受贿罪,既然如此,对过去的职务行为当然能成立单纯受贿罪。另一方面,如果贿赂与过去的职务行为处于对价关系,人们就会对过去职务的公正性产生疑问,因而同时损害了国民对公务员现在所担任职务的公正性的信赖。

第二,职务的调任。需要讨论的是,公务员调任到一般职务权限不同的其他职位之后再收受贿赂的(也属于已经结束的职务),是否成立受贿罪?例如,被告人从甲市税务机关调任到乙市税务机关之后,就在甲市工作期间的职务行为收受贿赂的,是否成立受贿罪?战前的判例认为,如果公务员与对方在调任之前有约定的,构成(约定)受贿罪(即约定时就成立受贿罪的既遂,而不是因为调任后的收受行为构成受贿罪)。但是,第二次世界大战后的判例发生了变化,亦即,只要在收受贿赂的当时仍然是公务员,就构成受贿罪;现在是否仍然担任与贿赂具有关联性的职务,并非受贿罪的要件。据此,上述被告人的行为成立受贿罪。再如,被告人从建筑部门调任至住宅供给部门后,就以前的职务收受了贿赂。最高裁判所的判例指出,即使公务员调任至一般职务权限并不相同的其他职务后,就其以前的职务提供和接收贿赂的,只要提供和接收贿赂的当时,接收者仍然是公务员,就分别构成行贿罪与受贿罪。^[21]判例的观点得到了不少学者的支持(平野龙一、西田典之、中森喜彦、前田雅英、山口厚、井田良等)。支持判例的理由主要有以下几点:其一,尽管存在一般职务权限的变更,但如果接受贿赂就会有损于社会对其变更前职务公正性的信赖。其二,从法条表述上看,并没有将过去的职务排除在外。其三,由于事后受贿罪的主体是“曾任公务员的人”,如果不认定为单纯受贿罪,反而不利于处理单纯受贿罪与事后受贿罪的关系。其四,由于事后受贿罪要求受请托实施职务上的不公正行为,因此,如果认定为事后受贿罪,就会导致因一般职务权限的变更不同而产生处罚的不均衡。不过,也有学者批判这种观点,认为这种行为仅成立事后受贿罪,而不成立单纯受贿罪(团藤重光、大塚仁、曾根威彦、町野朔)。

第三,将来的职务。根据日本的判例与刑法理论的通说,即使是公务员将来可能担任的职务,也属于贿赂罪中的职务,但要求存在将来担任该职务的盖然性,否则,就难以肯定职务行为与贿赂之间的对价关系(西田典之、山口厚)。例如,面临改选的现任市长,就再

[21] 日本最高裁判所1983年3月25日判例,载日本《最高裁判所刑事判例集》第37卷第2号,第170页。

次当选后的职务接受请托并收受贿赂,判例认定为受托受贿罪(而不是事前受贿罪)。但也有学者以再次当选市长缺乏盖然性为由,主张其行为仅成立事前受贿罪或者单纯受贿罪。

2. 贿赂的含义

一般来说,贿赂是与公务员职务有关的、作为不正当报酬的利益。

(1) 对价关系

贿赂必须与职务行为具有关联性,而且是作为职务行为的不正当报酬的利益,即这种利益与职务行为或者准职务行为之间,必须存在对价关系。这种对价关系只要求对一定的职务行为或准职务行为的给付,而不要求与某种具体的职务行为或准职务行为之间有完全相应的对价关系。例如,不法古董商为了使警察将来对自己宽大处理,给警察提供了水果,该水果就属于贿赂。至于宽大处理的内容如何,则不影响贿赂的成立。应注意的是,所谓不正当的报酬,并不要求公务员的职务行为本身是不正当的,而是指公务员不应当收受利益却收受了利益,这种利益就是一种不正当的报酬。

(2) 贿赂的内容

可以肯定的是,贿赂必须是一种利益,即必须是能够满足人的欲望或者需要的利益,^[22]如果不是利益就不可能成为贿赂。贿赂除了财物、财产性利益之外,还包括其他非物质性利益,如提供地位、提供就业机会、提供艺术表演以及性交等。之所以如此,是因为贿赂罪不是财产犯罪,而是侵犯国家法益的犯罪。不管对贿赂罪的保护法益采取何种观点,都没有必要也不应当将贿赂限定为财物与财产性利益。

(3) 贿赂与社交上的礼物

社交上的礼物不是贿赂,这一点没有疑问,但二者的区分并非易事。一种观点认为,只要与公务员的职务行为具有对价关系,就必须认定为贿赂。纯粹的社交礼仪之所以否认贿赂性,是因为其与职务行为没有对价关系(判例的立场)。另一种观点则认为,即使与职务行为存在对价关系,但如果没有超出社交礼仪的范围,也应当否认贿赂性(理论通说)。采取后一种观点时,需要根据公务员的职务内容、该职务与提供利益者的关系、当事人之间的亲疏、利益的种类与多少、收受利益的经过等情况进行判断。有的人利用社交机会或场合,进行行贿、受贿,这就要把握一个关键,即给予或收受利益,与公务员的职务行为或准职务行为有无关联。例如,某甲为了使公务员某乙不履行对自己不利的职务行为,在春节期间送去礼物,某乙明知甲的意图收受了礼物,该礼物就是贿赂。在报酬、礼物与贿赂不可分割时,整体上认定为贿赂。

(三) 单纯受贿罪

单纯受贿罪,是指公务员在有关其职务的事项上,要求、约定或收受贿赂的行为。

本罪的主体为公务员,公务员身份必须存在于犯罪行为时。

本罪的行为表现为要求、约定或者收受贿赂的行为。要求,是指作出要求对方提供贿赂的意思表示。只要公务员提出要求,即使相对人没有相应的行为,也成立犯罪,而且既遂。不仅如此,只要意思表示达到了足以使对方认识到的程度,即使对方没有现实地认识

[22] 这种利益的范围如何,各国刑法规定不一。例如,奥地利刑法规定必须是“财产上的利益”,瑞士刑法规定为“非应得的利益”。

到,也成立受贿既遂。约定,是指行贿人与受贿人就授受贿赂形成合意。只要形成约定,就是犯罪既遂,即使后来解除约定,也不影响犯罪成立。至于是谁先提出约定,也与成立犯罪无关。收受,是指接受受贿赂,接受受贿赂是在职务行为之前,还是在职务行为之后,都在所不问;当贿赂为有形财产时,行为人取得了贿赂时就是既遂,当贿赂为无形利益时,现实上享受了这种利益时为既遂。

值得研究的是,“要求”贿赂是否包括恐吓(敲诈勒索)行为?换言之,公务员就其职务的有关事项,使用恐吓方法使对方交付财物的行为,是构成受贿罪,还是敲诈勒索罪?交付财物者(被恐吓者)的行为应当如何处理?关于公务员的罪责,理论上有两种观点:一种观点认为,只成立敲诈勒索罪。因为贿赂必须是行贿人任意交付的,但上述情况下的交付者,并不是任意交付,而是被迫交付,故公务员只成立敲诈勒索罪。再者,受贿罪与敲诈勒索罪只能是择一关系,即要么成立受贿罪,要么成立敲诈勒索罪。因此,上述公务员的行为成立敲诈勒索罪,就不再成立受贿罪。另一种观点认为,成立敲诈勒索罪与受贿罪的想象竞合(日本的判例与理论通说)。理由是,交付贿赂并不限于任意交付的情形,因为在并非完全任意地交付贿赂时,只要公务员接受了贿赂,就有害于社会对职务行为公正性的信赖。敲诈勒索罪与受贿罪所侵害的法益并不相同,故不可能是择一关系。而且,只认定为敲诈勒索罪,会造成量刑上的不均衡。因此,上述公务员的行为既成立敲诈勒索罪,也成立受贿罪,但由于只有一个行为,故二者为想象竞合。

公务员在有关职务行为的事项上,使用欺诈方法使对方交付财物的,也产生同样的问题。一种观点认为,由于公务员并无执行职务的意思,所以,仅成立诈骗罪,而不成立受贿罪。但判例与通说认为,这种情形也成立受贿罪与诈骗罪的想象竞合。

关于交付者的罪责,理论上也有争议。一种观点认为,交付者的行为不成立行贿罪。因为行贿罪是非公务员诱惑公务员违反职务的行为,行贿人必须是任意交付贿赂,而上述情况并非如此。另一种观点认为,交付者的行为成立行贿罪。因为行为人在受到恐吓后,是否交付贿赂,仍然具有任意性;在可以不交付贿赂的情况下,却交付了贿赂,便引起公务员违反义务;而且在有些场合,与其说行为人受到了恐吓,倒不如说实际上是利用机会提供贿赂,故应以行贿罪论处。这两种观点还在继续争论。

本罪只能由故意构成,公务员等对行为对象的贿赂性必须有认识,即认识到自己要求、约定或收受的是与自己职务有关的、作为不正当报酬的利益。但是,并不要求行为人认识到行为对象在刑法上是贿赂。如果行为人误认为自己要求、约定、收受的是正当的报酬,则不具有本罪故意。就已经实施或者正在实施的职务行为要求、约定、收受受贿赂,只要认识到贿赂性即可。问题是,就将来的职务行为要求、约定、收受受贿赂时,是否需要实施与贿赂具有对价关系的职务行为的意思?主张受贿罪的保护法益为职务行为的公正性的学者,一般持肯定回答。因为如果公务员没有这种意思,就表明职务行为没有置于贿赂的影响之下的危险,缺乏以受贿罪论处的实质根据。

(四)受托受贿罪

受托受贿罪,是指公务员就职务上的事项,接受请托而要求、约定、收受受贿赂的行为。受托受贿罪是单纯受贿罪的加重类型。请托,是指请求公务员实施某种职务行为或不实施某种职务行为(包括正当的职务行为与不正当的职务行为)。接受请托,是指公务员承诺了请托,这种承诺既可以是明示的,也可以是暗示的。刑法之所以对这种行为加重法定

刑,是因为这种接受请托的受贿行为,使贿赂与职务行为的对价关系更为明确,因而对职务行为的公正性以及国民对职务行为的公正性的信赖的侵害更为严重。

(五) 事前受贿罪

事前受贿罪,是指将要充当公务员的人,就其将要担任的职务,接受请托而要求、约定或者收受贿赂,并充当了公务员的犯罪。本罪的主体是将要充当公务员的人。行为表现为在关于其将要担任的职务上,接受请托而要求、约定或收受贿赂。实施了上述行为即构成犯罪,但还有一个处罚条件,即行为人必须后来担任了公务员,否则就不能处罚。^[23]

(六) 使请托人向第三者提供贿赂罪

使请托人向第三者提供贿赂罪,是指公务员就其职务的事项,接受请托而使请托人向第三者提供贿赂,或要求、约定提供的行为。例如,公务员甲为司法考试的阅卷人,应试人员乙请求甲给予及格,甲接受这一请求,但同时让乙给第三者某丙提供财物的,构成使请托人向第三者提供贿赂罪。本罪的主体是公务员,但他们自己不接受贿赂,而是使第三者取得利益。接受请托,是指对他人关于职务上的事项的请求给予承诺。使请托人向第三者提供贿赂、或者要求、约定提供贿赂,是本罪的实行行为。但是,给第三者提供的贿赂,必须与公务员的职务行为有对价关系。这里的第三者,是指公务员以外的人,包括自然人、法人以及没有法人资格的团体,也包括本罪的教唆犯与帮助犯。第三者是否认识到目的物为贿赂,不影响本罪的成立。

(七) 加重受贿罪

加重受贿罪,是前四种犯罪的加重类型,即公务员犯前四种受贿罪,而从事不正当行为或不从事应当从事的行为,或者对现在或将来违反职务义务的行为要求、约定或收受贿赂的行为。刑法之所以对这种行为加重处罚,是因为这种行为已经侵害了职务行为的纯洁性或公正性。加重受贿罪有两种情况:其一,受贿后为请托人实施了不正当行为,或者没有实施应当实施的行为。前者如税务官员收受他人财物后,为他人办理不合法的减税手续;后者如警察收受财物后,不逮捕现行犯。在上述情况下,行为人的受贿行为与违反职务的行为必须具有因果关系,即因为受贿才实施违反职务的行为。其二,公务员对现在或将来违反职务的行为要求、约定或收受贿赂的行为。即行为人以违反职务义务作为条件来要求、约定或收受贿赂。

(八) 事后受贿罪

事后受贿罪,是指曾任公务员的人,于其在职时接受请托,关于职务上曾从事不正当的行为或不从事应当从事的行为,要求、约定或收受贿赂的行为。例如,甲曾是公务员,于在职期间,曾接受乙的请托,实施违反职务的行为,甲辞职后要求、约定或收受乙的贿赂,就构成事后受贿罪。本罪的主体是曾任公务员的人。要求、约定、收受贿赂的行为,必须发生在辞职之后,如果于在职期间实施上述行为,则构成通常的受贿罪(单纯受贿罪或加重受贿罪)。如果行为人于在职期间要求或约定贿赂,辞职后才接受贿赂的,则由通常的受贿罪吸收事后受贿罪,而不成立数罪。

[23] 不过,事后“充当了公务员”这一要素,是客观处罚条件,还是构成要件要素,在理论上还存在争议。处罚条件说是通说。

(九) 斡旋受贿罪

斡旋受贿罪,是指公务员接受请托,使其他公务员在其职务上从事不正当的行为或不从事应当从事的行为,作为其进行或已进行斡旋的报酬而要求、约定或收受贿赂的行为。

本罪的主体是公务员,但即使是公务员,如果不是基于其地位,而是以私人关系使其他公务员违反职务的,也不构成本罪。问题是,公务员基于什么样的立场实施斡旋行为时,才成立本罪?其一,无限制说认为,凡是公务员对其他公务员从事斡旋行为的,都成立本罪(立法当局者的见解)。理由是,法条并没有限定为“利用公务员的地位”等表述。但是,斡旋受贿罪并不是取得任何报酬的犯罪,其中的贿赂是对斡旋行为的报酬,如果斡旋行为与公务员的地位没有关系,就不能当做一种受贿犯罪来处理。所以,无限制说不当扩大了本罪的处罚范围。其二,限定说认为,只有当公务员积极地利用其地位实施斡旋行为时,才能认定为本罪(小野清一郎)。理由是,本罪的保护法益不仅包括公务的公正性,而且包括公务员的廉洁性,所以,只有当行为人利用了公务员的地位实施斡旋行为时,才同时侵害了这两种法益。但是,法条并没有要求积极地利用公务员的地位,这一观点导致斡旋受贿罪的处罚范围过窄。其三,折中说认为,只要公务员以公务员的立场实施斡旋行为就成立本罪(判例与通说)。理由是,本罪的主体被限定为公务员,而不包括私人;即使是公务员但如果完全离开了公务员的立场,就相当于私人行为。另外,法条没有要求积极地利用公务员的立场。所以,只要以公务员的地位实施斡旋行为即可。

那么,什么样的场合属于以公务员的立场实施斡旋行为呢?主要有以下情形:其一,公务员利用其职务权限的背景所具有的事实上的势力,以及与特定的职务、地位相伴随的威信、声望,对其他公务员实施斡旋行为(有威信的情形)。国会议员等对行政官员的斡旋就属于这一类。其二,斡旋的公务员与被斡旋的公务员在相同官厅工作,虽然业务上没有关联性,但平时存在相互请托的关系,进而利用这种关系实施斡旋行为(有面子的情形)。在这种场合,行为人利用了基于作为公务员的经验的交友关系与连带意识。与此相对,纯粹利用私人之间的友情关系、学校的师兄(姐)师弟(妹)关系、亲属关系从事斡旋行为的,不属于以公务员的立场实施斡旋行为。

本罪的行为表现为接受请托,使其他公务员在其职务上从事不正当的行为或不从事应从事的行为,作为其进行或已进行斡旋的报酬而要求、约定或收受贿赂。例如,某建筑公司负责人,请托某议员向公平交易委员会委员长做工作,让后者不就该建筑公司违反反垄断法的行为进行刑事告发,议员接受请托并收受了报酬。尽管议员的斡旋被拒绝,但最高裁判所仍然认定其行为构成斡旋受贿既遂。再如,甲市税务机关的公务员向乙市税务机关的公务员斡旋,让后者直接受理存在非法记录的税务报表,进而收受贿赂的,成立斡旋受贿罪。斡旋受贿罪中的贿赂,是对公务员“进行斡旋或者已经进行斡旋”的报酬,所以,先斡旋然后要求、约定、收受贿赂的(斡旋先行型),或者先约定、收受贿赂然后再斡旋的(贿赂先行型),都成立斡旋受贿罪。但是,只要公务员就斡旋接受请托并收受贿赂的,就成立斡旋受贿的既遂,因为这种行为至少有侵害职务行为公正性的抽象危险。因此,公务员接受请托并收受贿赂,但没有从事斡旋活动的(要求有从事斡旋的意思),或者从事了斡旋活动但被拒绝的,或者斡旋行为成功的,都属于斡旋受贿既遂。特别需要注意的是,本罪的斡旋行为不同于前述与职务有密切关系的行为。如果能够肯定斡旋行为具有

职务关联性,则不成立斡旋受贿,而是成立前述单纯受贿罪、受托受贿罪或者加重受贿罪。^[24]与加重受贿罪不同的是,斡旋受贿罪不需要现实地实施了不正当的职务行为。

(十)行贿罪

行贿罪,是指对公务员等人现在或将来的职务行为(包括违反职务的行为)请求(提出申请、许诺)、约定或交付贿赂的行为。

行贿罪的主体没有限制。行为表现为对公务员现在或将来的职务行为请求(许诺)、约定或交付贿赂。请求,即请求、促使公务员接受贿赂,只要口头提出即构成本罪,不要求使贿赂处于对方可能接受的状态,但是必须达到使对方可能认识到是贿赂的状态。至于对方实际上是否认识到行为人要提供贿赂,则不影响犯罪。约定,是就贿赂事项在行贿受贿双方之间达成协议,哪一方先提出约定,不影响本罪的成立。达成约定时,行贿方构成行贿罪既遂,受贿方构成受贿罪既遂,二者为必要的共犯。交付,是指将贿赂交给对方使之接受,只有当对方接受贿赂时,才是交付;如果对方没有接受,则只能认为是请求。行为之所以请求、约定或交付贿赂,是期望对方实施某种职务行为或者违反职务的行为。

即使行贿人的行为相当于受贿的教唆(如请求对方接受贿赂)、帮助(如约定、交付贿赂),但只在行贿罪的限度内成立犯罪,而不成立受贿罪的共犯。同样,受贿人实施了要求贿赂的行为的、行贿人实施了请求给予贿赂的行为的,即使对方拒绝因而不成立犯罪,也分别独立构成受贿罪的既遂与行贿罪的既遂。

(十一)没收与追征

日本刑法第197条之五规定:“犯罪人或者知情的第三者收受的贿赂,应当没收。贿赂的全部或者一部分无法没收时,追征其价款。”

没收、追征的相对方是受贿的犯罪人或者知情的第三者。犯罪人不仅包括共同正犯,而且包括教唆犯与帮助犯。知情的第三者,是指犯罪人之外的知道是贿赂的人。第三者是法人或者具有法人格的社团时,要求其代表者或者责任者知情。通说认为,这里的第三者,仅限于使请托人向第三者提供贿赂罪中的第三者。但也学者认为,除此之外,还应包括恶意转得公务员收受的贿赂的第三者(中森喜彦)。

没收、追征的对象是已经收受的贿赂。行贿人虽然已经提供但还没有被收受的贿赂,不能根据日本刑法第197条之五的规定没收,只能根据日本刑法第19条的规定,作为犯罪组成之物没收(任意没收,而非应当没收)。“收受的贿赂”,不仅包括构成受贿罪的不正当利益,而且包括公务员在职时所要求、约定的,辞职后所收受的不正当利益。

按照判例的观点,受贿人将贿赂目的物退还给行贿人的,不是向受贿人追征其价款,而是向行贿人实施没收。在这种场合,由于贿赂回到了授受前的状态,所以,不应向受贿人追征其价款,故学界一般支持判例的观点。但是,向行贿人实施没收,不是为了避免受贿人保持不正当利益,而是为了防止被退还的目的物再次用于贿赂,所以,应当适用日本刑法第197条之五的没收。如果受贿人消费了贿赂目的物后退还给行贿人等价值款物的,则向受贿人追征其价款。此外,礼物与贿赂相混同不能区分时,整体认定为贿赂,全部

[24] 在此意义上说,斡旋受贿罪中的贿赂与前述各种受贿罪中的贿赂并不相同。亦即,前述各种贿赂都是职务行为的对价,而斡旋受贿罪中的贿赂只是基于公务员的地位的斡旋行为的对价,并不是职务行为的对价。换言之,斡旋行为不是职务行为,否则,就成立受托受贿罪、斡旋受贿罪。

予以没收。在共同受贿的场合,按分配的价款分别没收、追征;如果具体分配金额不明的,则按平均金额分别没收、追征。

只有当收受的贿赂目的物是有体物,而且现存于收受者之处时,才能没收该目的物。就金钱而言,只要维持了特定性也属于没收的对象。但是,金钱与其他金钱混同时,或者金钱存入银行时,则成为追征的对象。在作为职务行为的对价将金钱借给公务员使用时,由于贿赂不是金钱本身,而是金融利益,所以,不能根据日本刑法第197条之五没收公务员所借的金钱,而应适用其第19条有关任意没收的规定。在贿赂属于某种权利时,不能没收权利本身,但如果权利化体为股票、支票等有价证券,则根据其第197条之五的规定没收该有价证券。

如果贿赂的全部或者一部分无法没收时,则追征其价款。日本刑法总则规定的追征,仅限于当初可能没收但事后不能没收的情形(事后不能没收)。与此相对,其第197条之五的追征,不仅包括事后不能没收的情形,而且包括贿赂目的物不是有体物因而一开始就不能没收的情形(原始不能没收)。因为贿赂包括有形、无形等所有能够满足人的需要的利益,为了不使受贿人保持不正当利益,在原始不能没收时也必须追征。因事后不能没收而进行的追征,具有没收的换刑处分的性质,而因原始不能没收所进行的追征,则具有没收利益的性质。

属于事后不能没收的情形主要是,金钱的消费或者混同,物品的转让或者灭失等。属于原始不能没收的情形主要是,受到接待、债务免除等。男女间的性交这样的不能用金钱换算的贿赂,以及金融利益这样的难以算定追征价款的贿赂,不能成为追征的对象。当贿赂内容是取得高尔夫会员权时,会员权是无形的债权上的法律关系,虽然不能没收,但应当追征其价款。公务员收受的是有公开价格但没有公开发行的股票时,贿赂的内容不是股票,而是以公开价格取得股票的利益,应当追征其价款(如果没收股票,则适用总则第19条关于没收的规定)。

关于追征价款的计算时点,存在收受时说、不能没收时说与裁判时说。判例与通说采取收受时说,即按收受时贿赂目的物的价款予以追征。因为公务员在收受贿赂时所取得的是与当时的价款相当的利益,公务员在收受了贿赂时其行为就終了,其后目的物款的变动是与收受行为无关的其他原因造成的。收受时说存在的问题是,如果收受目的物后价格上涨,公务员高价出卖了目的物的,会导致受贿人保持不正当利益;如果收受目的物后价格急跌,会对受贿人造成残酷的结果。于是,有的学者主张按命令追征的裁判时(口头辩论终结时)的价款(裁判时说)或者不能没收时的价款(不能没收时说)予以追征。可是,持反对意见的学者指出,在裁判时,目的物已被消费或者处分因而并不存在,此时要计算其价款相当困难。不能没收时说虽然可以处理目的物为有体物的情形(如按出卖价格追征),但当目的物是无形物时,则难以计算价款,而且容易导致有体物的追征与无体物的追征不协调。所以,判例与通说采取收受时说。

也有学者针对不同的贿赂目的物提出了不同追征标准。亦即,如果公务员所收受的有形或者无形的贿赂保持了特定性、仍然处于行为人占有之下,则按裁判时该利益的价款予以追征(裁判时说);如果是所收受的贿赂被消费这样的情形,由于行为人将该贿赂纳入了自己的一般财产,就应当按所纳入的价款追征(利益保护说)。此外,在没收有体物的场合,如果没收时价值已经减少(如收受了一辆新车,但没收时该车已经成为二手车),

就应当在没收车辆的同时,追征相当于所减少的价值的价款(山口厚)。

三、德国的贿赂罪

(一)法条规定

德国刑法第331条规定的是收受利益罪。其中第1款规定:“公务员、欧洲公务员或者对公务负有特别义务的人员,就行使职务,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处三年以下自由刑或者罚金。”第2款规定:“法官、欧盟法院成员或者仲裁人,将其已经实施或者将要实施的裁判行为作为对价,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处五年以下自由刑或者罚金。犯本罪未遂的,亦罚。”可以看出,第2款规定的收受利益罪是第1款规定的收受利益罪的加重犯。第1款中的利益是行使职务的对价,第2款中的利益是职务行为(裁判行为)的对价。

德国刑法第332条规定的是受贿罪,其中第1款规定:“公务员、欧洲公务员或者对公务负有特别义务的人员,将其已经实施的违反职务上义务的行为,或者将要实施的违反职务上义务的行为作为对价,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处六个月以上五年以下自由刑或者罚金。情节并不严重的,处三年以下自由刑或者罚金。犯本罪未遂的,亦罚。”第2款规定:“法官、欧盟法院成员或者仲裁人,将其已经实施的违反职务上义务的裁判行为,或者将要实施的违反职务上义务的裁判行为作为对价,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处一年以上十年以下自由刑或者罚金。情节并不严重的,处六个月以上五年以下自由刑或者罚金。犯本罪未遂的,亦罚。”第3款规定:“行为人以将来的行为作为对价,要求、约定或者收受利益时,已经向他人表明了(1)自己在行为时违反义务的,或者(2)只要在自己裁量范围内进行裁量时受该利益的影响的,适用上述第1款与第2款的规定。”第1款中的利益是违反义务行为的对价,第2款中的利益是违反义务的裁判行为的对价,第3款中的利益是对将来违反义务或者因利益影响裁量的承诺(表示)的对价。

(二)各罪之间的关系

德国刑法第332条规定的受贿罪(Bestechlichkeit),只有当处于与利益有对价关系的职务行为违反了义务时,才能成立(相当于日本的加重受贿罪)。在1997年8月13日的德国读职对策法之前,第331条规定的收受利益罪(Vorteilsannahme),虽然不要求违反义务,但要求特定的职务行为与利益之间具有对价关系。经过1997年的修改,现在只要利益与行使职务具有对价性即可,而不要求具有特定性的职务行使。第331条规定的是基本构成要件,第332条规定的是加重构成要件。

第331条第2款对法官基于职务行为收受利益的行为,加重了法定刑。但是,由于法官也是公务员,所以,对法官也可能适用第331条第1款。亦即,对法官在裁判行为(职务行为)之外就行使职务而要求、约定、收受利益的,仍然适用第331条第1款。

收受利益罪、受贿罪与提供利益罪、行贿罪是对应(表里)关系。所不同的只是行为主体,行为样态则是对向、表里关系。剩下的构成要件要素,如利益、行使职务或者违反义务的职务行为、对价关系等都相同。所以,对收受利益罪、受贿罪的讨论,同时也是对提供利益罪、行贿罪的讨论。第333条规定的是基本构成要件,第334条规定的是加重构成要件。

与多数国家刑法规定不同的是,德国的行贿罪与受贿罪的法定刑基本相同。收受利益一方的受贿罪被称为消极的读职(passive Bestechung),提供利益一方的行贿罪被称为

积极的渎职(aktive Bestechung)。

贿赂罪是必要的共犯,但对行贿罪一方不适用受贿罪的共犯规定。对参与其中的第三者根据其属于哪一阵营来判断:如果属于收受方阵营,就适用德国刑法第28条的规定,认定为收受利益罪或者受贿罪的教唆犯或者帮助犯;反之,则认定为提供利益罪、行贿罪的共犯。如果第三者处于中立的地位,则对双方均成立共犯,但由于如果认定为收受利益罪、受贿罪的共犯,就会根据德国刑法第28条减轻处罚,所以,按照不减轻处罚的提供利益罪、行贿罪的共犯处理就可以了。

(三) 成立条件

1. 利益

作为贿赂的利益,包括物质的与非物质的所有利益。换言之,公务员或第三者不享有请求权的,可以客观地测量的,在经济上、法律上、个人状况上有利的一切现象,都是利益。例如,除了金钱之外,旅行费用的支付、酒店费用的支付、住宿的提供、延期或者暂缓履行到期的债务等,都是利益。避免解雇、避免披露有损于职业机密的秘密等损失,也是利益。

性交以及其他性服务的提供也是利益,但是,性交的机会本身,以及在道路上的拥抱、接吻不是利益。至于名誉心的满足是否属于利益,在理论上还有争议。

即使在收受与合同规定的给付相应的报酬时,签订合同本身也是利益。例如,约定让公务员进行程序设计作为副业而支付报酬的,签订这样的合同本身就是利益。在签订住宅建设合同时打折减价的场合,即使原来的价格比较贵,整体上看实际上在经济方面没有获利的,打折减价的约定本身也属于利益。因为“公众的信赖”这种法益受到了侵害,由于贿赂罪不是财产犯,所以不需要行贿方存在财产损失。

利益不需要受贿人直接得到,换言之,间接的利益也可以。但是,由于1997年修改法条时,明文规定向第三者交付利益的也成立犯罪,所以,现在已经没有必要扩张解释间接的利益。例如,公务员要求他人向自己所属的体育团体或者政党等捐款的,成立收受利益罪或者受贿罪。

需要说明的是,如果公务员基于违反职务义务的行为直接获得利益的,则不成立收受利益罪与受贿罪。因为收受利益罪与受贿罪,必须是收受他人提供的利益。但是,如果公务员向国家机关等虚报申报后使企业得到了金钱,企业将因为虚报申报而获得的金钱分配给公务员的,公务员成立受贿罪。

2. 行为

收受利益罪、受贿罪的构成要件行为是要求、约定与收受利益。要求,是指通过明示或默示的方式,使对方认识到公务员等意欲对行使职务或者职务行为获得利益。约定,是指就使得公务员等将来对行使职务或者职务行为获得利益的意向的请求,以明示或者默示的方式表示接受。收受,是指现实地自己受领所要求的、约定的或者对方提供的利益,或者使利益提供给第三者。与此相应,提供利益罪、行贿罪的构成要件行为则是请求(提出申请)、约定与提供(交付)利益的行为。

3. 违法的约定(对价关系)

违法的约定这一构成要件要素,是渎职罪的本质。亦即,利益必须作为公务员等行使职务或者职务行为的对价,流入公务员或者第三者。简言之,利益与行使职务、职务行为

之间必须形成对价关系(违法的约定)。〔25〕对此,需要区分收受利益罪与受贿罪进行说明。

(1) 收受利益罪

在1997年修改之前,成立收受利益罪要求利益与特定的职务行为之间具有对价关系。特定的职务行为,并不需要根据时间、理由、实施方法等使职务行为被个别、具体地决定,只要公务员等在特定的任务内或者生活关系领域内朝一定的方向活动即可。但是,职务行为的实质的内容至少需要大致确定。

1997年修改后,不具有特定性的行使职务被包括在对价关系的对象之中,因此,只要形成一般的好意(allgemeines Wohlwollen)、博取好感,就足以构成违法的约定。例如,向担当货物供应的公务员提供与订货没有关系的利益,创造氛围的,提供与特定的反对给付没有关系的利益,建立关系,为以后的反对给付奠定基础的,都属于违法的约定。再如,为了对拘留所责任人员的亲切表示好意,被拘留的人提出送给其蒜肠和酒的,也能被认定为对行使职务的违法约定(但在1997年修改之前不能认定为违法约定)。概言之,只要是在有关公务员的事项中,为了博取好感、投其所好或者制造影响而提供与接受利益的,就与行使职务具有对价关系,形成了违法的约定。

所谓行使职务,是指公务员等能通过该行为而担负起在公务上所托付的任务,包括现在、过去、将来的行使职务。亦即,只要利益与现在、过去、将来的行使职务具有对价关系,就成立第331条第1款规定的收受利益罪。其中的职务不需要具体的职务行为,只要在其公务任务领域中具有抽象权限即可。因此,只要利益与非特定的公务行为相关联,就形成违法的约定。不要求利益与具体的职务行为相关联,旨在将通过利益进行“攀扯关系”或者“感情投资”之类的行为予以规制。

就职务行为而言,在1997年以后,只要特定的职务行为是对价关系的对象,就存在违法的约定,这一点与1997年之前没有变化。法官与仲裁人为主体的收受利益罪(第331条第2款,加重规定),被限定为特定的职务行为。但法官属于公务员,其实施第331条第1款规定的犯罪时,则只需要与行使职务形成违法约定即可。

所谓职务行为,是指具有公共任务的活动,属于职务义务行为且由公务员以职务特性实施的行为,均属于职务行为。既包括对外发生作用的职务活动,也包括对内发生作用的活动,既包括作为的职务活动,也包括不作为。只要公务员的活动与其任务之间具有机能关系,就能肯定职务行为。例如,拘留所的值班警察对被讯问完毕押送回来的嫌疑人拍照,然后将照片交给媒体的,探访辖区居民的民警知道辖区居民中有职业赌博的情形,而不作任何处理的,警察局负责采购警用器材的后勤人员,在验收所购买的器材时发现瑕疵,却向警察局隐瞒信息并传达给供应商的,都属于职务行为。

无论是行使职务还是职务行为,都必须具有职务性。属于公务员等的职责,以带有职务特点的形式执行的情形,就具有职务性。从业务分担上说,即使是其他公务员担当的业务也不能否认职务性。例如,负责处理从A至H姓氏人员税务的公务员,在处理H之后的人员的税务时,也具有职务性。

〔25〕 行使职务是就德国刑法第331条第1款规定的犯罪而言,职务行为则是就其第331条第2款、第332条第1款、第2款规定的犯罪而言。

在1997年以前,带有职务性的行为必须与私人行为相区别。与公务员等的职责完全没有关系的行为属于私人行为。即使在职务的机会、勤务的时间、勤务的场所实施的,即使是利用职务上获得的知识实施的,只要与职责完全没有关系,也属于私人行为。例如,负责补助工作的机关职员,个人在工作时间就补助法进行讲解的,警察对与职务无关而目击的事故进行虚伪陈述的,建筑局的职员利用基于业务获得知识,制作建筑图提交给建筑局审查的,都被认定为私人行为。他们基于这些行为而收受利益的,不成立收受利益罪与受贿罪。

在1997年修改法律之前,只要判断公务员等为获得对价所实施的副业是否不符合职务行为就够了,但在1997年之后,需要讨论公务员要求、约定、收受的利益是否属于为了创造氛围的行使职务的对价。例如,W公司的M向建设、维护大桥的工程师(被告人)提出,将程序设计作为副业,以其妻的名义支付报酬。判决认为,综合考虑被告人与M具有业务上的关系,以及向上司隐瞒副业等事实,被告人所得到的报酬与其行使职务之间具有对价关系(形成了违法的约定)。

与行使职务之间的对价关系,需要就具体案件进行综合判断,需要考虑的因素主要有:对提供利益的理解有没有其他的旨趣、公务担当者的地位、当事者之间业务上的关联性、提供利益的方法(是公开的还是隐匿的)、利益的种类、价值与数量等。例如,世界杯赛的主要广告主的董事,将世界杯赛的免费入场券寄送给州政府的数名要人。首先,就对代表政府观看世界杯赛这种行使职务而言,入场券不是对价而是手段。在此基础上,综合考虑以下事实否认了免费入场券与行使职务的对价关系:其一,被告人在确定寄送入场券给对方时没有考虑业务上的关联性;其二,在给环境部长G寄送时虽然写上了“对您的协力表示衷心感谢”的字样,但被告人原本不知道G是收到入场券的人,寄送地址上没有隐匿工作单位(提供利益的方法);其三,入场券不能转让,而且政府要人即使没有该入场券也可能观看(利益的内容)。

在构成要件行为是要求(收受利益罪)、请求(提供利益罪)这种形态的场合,是由意思表示形成违法约定的,只要意思表示到达对方即可。此外,即使提供利益是受强制的,也不能否认违法的约定。在这种场合,公务员等成立敲诈勒索罪与收受利益罪的想象竞合。^[26]

(2) 受贿罪

受贿罪要求利益是违反义务的职务行为的对价。从德国刑法第332条、第334条处罚违反义务的职务行为来看,即使是有意图地违反职务上的义务,也不失为具有职务性。根据判例的观点,公务员等不仅在实施职务上义务范围内的行为时具有职务性,而且在实施相关职务规定所禁止的行为时滥用自己的职务的,也具有职务性。例如,将酒精饮料交付给收容于精神病院的人员的,为了虚假申报而伪造文书的,都是违反义务的行为,具有职务性。行为人因此而收受利益的,成立受贿罪。也有学者认为,在担当的公务与相关行为之间,至少必须具有某种机能关系。

违反义务的职务行为也可以是不作为。例如,警察放任违法营业,公务员不向上司告发同事的渎职行为,因而要求、约定、收受利益的,成立受贿罪。

[26] 在受贿罪的场合,则成立敲诈勒索罪与受贿罪的想象竞合。

根据德国刑法第 332 条第 3 款第 2 项的明文规定,在公务员等具有裁量余地的场合,即使是在裁量范围内,但只要其裁量因为收受利益而受到了影响,就认定具有义务违反性。所谓裁量,是指存在数个适法的行为可以选择的情形;在判断基准具有确定性的场合,不属于裁量。换言之,即使在裁量范围内作出了并不违法的裁量,因此而要求、约定、收受利益的,也并非成立收受利益罪,而是成立处罚较重的受贿罪。

就将来的职务行为而言,即使公务员内心原本没有打算违反义务,但如果对外表示出将要违反义务的,就形成了受贿罪的违法约定,因而成立受贿罪。之所以不考虑这种内心保留,是因为从公务的无瑕性与公众的信赖保护目的来看,只要在外观上显示出可以收买违反义务的行为,就应以受贿罪处罚。此外,在 1997 年之后,即使行为人假装实施了职务行为,进而因此收受利益的,也成立受贿罪。

4. 处罚范围的限定

德国刑法第 331 条第 3 款规定,行为人约定或者收受的利益,并非其要求的利益,并且主管机关在其权限范围内事先批准,或者行为人立即提出报告且主管机关批准其收受的,不适用第 331 条第 1 款的规定,即不认定为收受利益罪。由此可见,主管机关的事前许可可作为违法阻却事由起作用。在不能期待事先得到许可的场合,行为人在表示需要得到许可的同时可以暂定收受利益,在不能作出这种表示时,只要许可在客观上是可能的,而且行为人没有打算延迟报告,也能阻却违法性。与之相应,在上述场合,提供利益的人也不成立提供利益罪。

存在问题的是,获得研究经费形式的外部资金的场合。例如,医疗器械的制造商,根据销售情况,捐款给大学医院用于研究,在大学医院工作负责订货的医生,是否构成收受利益罪。德国的判例指出,对照意思决定的客观性与对不可收买性的信赖这种法益来看,在遵守大学法的规定符合获得外部资金的程序(报告与许可)时,不成立收受利益罪。