

私自往商场积分卡内输送积分,并找熟人兑换成购物券进行消费,非法获取财物,是一种新型的犯罪形式。对于此类行为,是定盗窃罪、诈骗罪还是职务侵占罪,司法实践中争议很大。日前,本刊结合典型案例,特邀专家和实务界人士对此问题展开讨论。

私自给商场积分卡加分 兑换购物券进行消费 应如何处理

- 主持人: 张建升(《人民检察》编辑部副主任)
 ■特邀嘉宾: 刘仁文(中国社会科学院法学研究所研究员)
 狄世深(北京师范大学法学院副教授)
 吴孟栓(最高人民检察院研究室副处长)
 ■文稿统筹: 张志勇 摄影:刘勇

案情简介

闫某伙同杨某,利用某商厦开展民惠龙卡(具有打折、积分功能)积分返券活动的机会,闫某在商厦用本人及他人身份证申请办理了近10张民惠龙卡,杨某利用曾经在商厦电脑部工作过并掌握密码的便利,私自进入商厦的计算机系统,向卡内虚加积分80余万分(积分应由实际消费所得,一定的积分可以兑换一定的礼金券,在商厦可等同于人民币进行消费),再由闫某持积分卡到商厦前台找熟人穆某兑换礼金券(兑换的时候应核实

身份,核对积分记录及购物小票)。其间闫某和杨某共兑换礼金券共计人民币5万余元并进行消费,后穆某感觉有问题便停止兑换,直至案发。

分歧意见

此案在处理过程中,对于闫某和杨某二人的行为如何定性,存在以下三种不同意见:

第一种意见认为,二人构成盗窃罪。理由是杨某利用曾经在商厦电脑部工作的便利,乘办公室无人之机,利用掌握商厦计算机系统的密码,私自向闫某的龙卡内虚加

疑案精解



刘仁文



狄世深



吴孟栓

北京市九洲律师事务所

电话:010-58650226/27/28/29
 传真:010-58650230
 网址: <http://www.jzlaw.cn>
 E-mail: jiuzhou@vip.163.com

中同律师事务所

主任:杨矿生 执行主任:顾新华
 地址:北京市北三环中路甲29号华尊大厦
 A座18层 邮编:100029
 电话:010-82011988/950/951/830
 传真:010-82015986

80万积分,杨某输分的行为使闫某取得了对商厦的债权凭证,凭积分即可兑换礼金券,闫某即可对商厦主张权利。所以说窃取了积分即取得了积分所代表的礼金券,后来的兑换行为是盗窃行为的继续。

第二种意见认为,二人构成诈骗罪。理由是杨某私自输分的行为,是伪造兑换凭证的行为,是为了兑换所做的准备工作,闫某取得财物是通过兑换行为完成的,商厦兑换处不仅要核实卡内的积分,同时还要审核与积分相对应的消费记录(消费小票)。所以二人伪造凭证兑换礼金券的行为是诈骗罪,其私自输分的行为是诈骗的预备。

第三种意见认为,二人构成职务侵占罪。理由是杨某利用曾经在商厦电脑部工作的便利,利用掌握商厦计算机系统的密码,私自向闫某的龙卡内虚加80万积分并因此获取礼金券,是利用职务之便的侵占行为。杨某与闫某事先通谋,构成共同犯罪,因此二人均构成职务侵占罪。

特别观点

■财物是侵犯财产罪的对象,包括有体物与无体物。财产性利益可以成为某些财产罪的侵犯对象。因此,对我国刑法中的“财物”应作广义上的理解,即包括财产性利益。

■关于财产性利益和财产性权利的区别,我国刑法学界对这两个概念基本上是混用的,但严格来讲,二者的角度不同,范围也不完全一致。

■应按主要行为的性质确定罪名,也就是主要行为吸收从属行为,而主要行为的认定标准应该是看哪一种行为对实现行为人的犯罪意图、非法占有他人财物起了决定性作用。

■应根据行为人的犯罪目的(主观意图)来确定犯罪的性质,既然闫某和杨某的最终目的是用兑换的方法来骗取礼金券,就应该对其行为定诈骗罪而不是定盗窃罪。

主持人:盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪均是司法实践中常见、多发的侵犯财产罪,由于此类犯罪行为往往存在复合现象,给司法认定带来一定困难。本期“疑案精解”讨论的就是这方面

的话题,欢迎刘仁文研究员、吴孟栓副处长和狄世深副教授参与今天的讨论。

问题一:侵犯财产罪所保护的法益是什么?侵犯财产罪所侵犯的对象包括哪些?财产性利益与财产性权利有何区别?

主持人:盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪都属于侵犯财产罪,由于经济的发展,财产概念的内涵发生了很大变化,那么,财产罪所保护的法益(犯罪客体)是什么?侵犯财产罪的对象包括哪些,财产性利益与财产性权利应怎样区分?

狄世深:侵犯财产罪保护的法益是公私财物的所有权即对财物的占有本身。

财物是侵犯财产罪的对象,它包括有体物与无体物(无体物如电力、煤气、天然气等)两类。财产性利益可以成为某些财产罪的侵犯对象。因此,对我国刑法中的“财物”应作广义上的理解,即包括财产性利益。具体而言,侵犯财产罪的对象规定在我国刑法第九十一条和第九十二条。

所谓财产性利益,是指金钱、实物等财物以外的,诸如商业秘密、债权债务、食宿服务及车辆运输劳务等具有财产价值的利益。有些国家的刑法专门规定了利益罪,如日本刑法第二百三十六条第二项规定了利益强盗罪。在这些规定了利益罪的国家,法律把财产罪明确分为财物罪与利益罪两类,作为财产罪侵害对象的财物与财产性利益是相并列的概念,两者之间不存在包容关系。但是,我国刑法并未对利益罪作明确规定,也没有特别规定财产性利益是部分侵犯财产罪的对象,因此,在我国,作为财产罪侵害对象的财物是从广义而言的,自然应包括财产性利益,财产性利益应受到法律的保护。

关于财产性利益和财产性权利的区别,我国刑法学界对这两个概念基本上是混用的,大多数学者在谈及这方面问题的时候,都习惯使用“财产性利益”一词。但严格来讲,“财产性权利”的范围要大于“财产性利益”。

刘仁文:法益是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或威胁的人的生活利益。这是一般性的法益概念,其中由刑法所保护的人的生活利益,则是刑法上的法益。我国刑法理论的通说认为,犯罪构成有四要件,犯罪客体是刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的



疑案精解

社会关系,我们可以简单地将法益理解为犯罪客体。当然,用法益来取代犯罪客体的提法,要更科学些,因为法益可以涵盖社会关系所概括不了的一些关系,如人与自然的关系。

一般认为,侵犯财产罪的客体是公私财产所有权,这里的所有权可以根据民法的规定来确定,即包括财产的占有权、使用权、收益权与处分权。其侵犯对象是公私财物,包括生活资料和生产资料、自然物和劳动产物、动产以及不动产。我个人还认为,公民个人所占有的非法财物,也可以成为侵犯的对象,如盗窃分子盗窃所得、卖淫女卖淫所得,同样可以成为抢劫罪的对象。这是法所追求的法秩序稳定的要求。就财物的外形而言,不仅限于有体的财物,还包括无体的财物,如电力、煤气、热能等。

吴孟栓:的确,在当前社会背景下,财产关系越来越复杂,不是以直接财物来表现的财产性利益越来越多,应纳入刑法的调整范围,否则不利于惩治、打击犯罪。我认为,我国的司法机关可以根据实际情况的需要,对于刑法的规定作一定的扩张性的解释,前提是这种解释不能违背法律的原意和基本精神。将财产性利益列入侵犯财产罪的对象,符合刑法的原意,也符合当前打击侵犯财产罪的需要。

问题二:盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪的犯罪构成是什么,三者之间有何区别?

主持人:盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪是司法实践中常见、多发的侵犯财产罪,如何理解这三种侵犯财产罪的犯罪构成,它们彼此之间有何区别?

狄世深:盗窃罪,是指以非法占有为目的,采取秘密的方法窃取数额较大的公私财物或多次实施盗窃的行为。诈骗罪,是指以非法占有为目的,采用虚构事实或隐瞒真相的方法,骗取数额较大公私财物的行为。职务侵占罪,是指公司、企业或者其他单位的人员利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。与职务侵占罪相对应的是贪污罪。

盗窃罪与诈骗罪区别的关键,是看行为人是采取秘密的方法窃取数额较大的公私财物,还是通过欺骗手段使他人作出财产处分(或交付)行为,但如果是盗窃和诈骗的复合行为,则要根据主要行为来确定犯罪的性质。

职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪区别的关键,是看行为人是否具有公司、企业、其他单位人员或者国家工作人员的身份,是否利用了其职务上的便利,若是共同犯罪,则要根据诸行为人身份及利用身份的情况来确定犯罪的性质。

刘仁文:盗窃罪与诈骗罪的犯罪主体均是一般主体;职务侵占罪是特殊主体,是身份犯。盗窃罪与诈骗罪的区别主要表现在行为方式上:盗窃罪是犯罪分子采取自认为被害人不知道的秘密窃取方式;诈骗罪在客观上表现为利用虚构事实、隐瞒真相等欺骗手段,骗取公私财物或者财产性利益的行为。职务侵占罪主要是利用职务之便,而盗窃罪与诈骗罪则没有这样的要求。

问题三:此案涉及两个行为,一个是盗取积分的行为,一个是用积分兑换礼金券的行为,司法实践中侵犯财产罪往往实施多个复合行为,判断主要行为的标准是什么?如何确定侵犯财产罪的主要行为?

主持人:侵犯财产罪往往是多个行为复合而成,就本案而言,也存在盗取积分和兑换礼金券二种行为,那么,判断构成某种犯罪的主要行为的标准是什么?

狄世深:司法实践中侵犯财产罪往往实施多个复合行为,在这种情况下,究竟按哪一种行为确定犯罪的性质(即罪名),我认为,应按主要行为的性质确定罪名,也就是主要行为吸收从属行为,应按起了关键、决定性或主要作用的主要行为,而不是按起了次要作用的从属行为给行为人定罪。主要行为的认定标准应该是看哪一种行为对实现行为人的犯罪意图、非法占有他人财物起了关键、决定性或主要的作用。

就本案而言,盗取积分的行为是主要行为,用积分兑换礼金券的行为则可以视为是这种盗窃行为的继续。因为偷加了积分,也等于取得了对商厦的债权凭证,凭积分即可兑换礼金券,行为人即可对商厦主张权利,所以说积分是主要行为;后来的兑换行为在本案中并未起关键作用,不过是盗窃行为的继续,是从属行为。

刘仁文:行为人的主观目的是一个重要标准,目的决定了犯罪的手段。在既有诈骗又有盗窃的过程中,哪个行为是主要的?从本案来看,任何一个诈骗或者盗窃的行为,都不能达到犯



疑案精解

罪目的,因此,两个行为都是重要的。但是,哪个行为能够起到实现犯罪目的的决定性作用呢?我认为是最后的骗取行为。盗取积分是为骗取财物服务的,归根到底是为了获得商场的财物,诈骗行为是主要行为,对于达到目的起了决定性的作用,从这个意义上说,兑换礼金券的行为,是复合行为中的主要行为。

吴孟栓:从本案中抽象出一个刑法理论问题,即判断行为的主要标准是什么。本案与偷存折到银行取钱相似,前一个行为是盗窃行为,后一个行为则是诈骗。我认为,应以前面的行为,即盗窃行为为定罪的主要标准。

问题四:如何看待杨某单独输积分的行为?应当如何认定杨某在共同犯罪中的作用?

主持人:侵犯财产罪往往是多人共同实施的,存在一定的分工,存在主犯与从犯的认定问题。可以说,每个人的行为,对共同犯罪的实现都有作用。那么,如何看待杨某单独输积分的行为,杨某在共同犯罪中的作用如何,是主犯还是从犯?

狄世深:杨某单独输积分的行为属于盗窃行为,并且这一盗窃行为在共同犯罪中起了主要作用。另外,无论该共同犯罪是定什么罪名,杨某都应该被认定为主犯而不是从犯。

刘仁文:积分是一种财产性利益,杨某单独输送积分,是为最终的诈骗犯罪创造条件,是促进实现犯罪目的的一种行为。

在共同犯罪理论中,存在主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的区分。主犯是指在共同犯罪中起主要作用的行为人,在共同犯罪中,主犯并不是说就只能一个,或者说就必须有从犯,存在几个主犯也是常见的。就本案而言,闫某与杨某事先通谋,而且闫某起组织、指挥作用,闫某肯定是主犯。杨某在共同犯罪中也起着至关重要的作用,也是主犯。

吴孟栓:杨某输送积分的问题,是盗窃行为。杨某在犯罪过程中,参与共同犯罪的通谋,又利用曾经在商厦电脑部工作并掌握密码的便利,实施了盗取积分的行为。杨某的行为在共同犯罪中起主要作用,属于主犯;闫某在共同犯罪中起组织、策划和指挥作用,也属于主犯,而且是第一主犯。

问题五:如果穆某识破闫某、杨某的行为但

仍然为其兑换礼金券,穆某的行为应当如何认定?如果穆某与闫某、杨某串通取得礼金券,本案应如何认定?

主持人:穆某的行为对于本案的定性非常重要。如果穆某存在与闫某通谋等情形,那么他们的行为该如何定性?

狄世深:的确,在本案中穆某的行为对确定本案的性质至关重要。对穆某的行为,应具体情况具体分析:

(一)如果穆某并未识破闫某、杨某的行为而为其兑换礼金券,则穆某不构成犯罪,闫某和杨某二人构成盗窃罪。

根据现有法律规定,无法给穆某定罪。理由是:(1)假如穆某具有国家工作人员的身份,根据最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第十三条的规定,国有公司、企业、事业单位的工作人员由于严重不负责任,造成国家直接经济损失数额在50万元以上的,才追究其国有公司、企业人员失职罪的责任,而本案的数额却只有5万余元;(2)假如穆某是非国家工作人员,根据现有法律规定,更无法追究其刑事责任。当然,在以上两种情况下,仍然可以根据有关规定追究穆某的民事等法律责任。

(二)如果穆某与闫某、杨某串通取得礼金券,则要根据穆某是否具有国家工作人员的身份来确定案件的性质。

1.如果穆某属于国家工作人员,则根据《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》(下称《解释》)第一条“行为人与国家工作人员勾结,利用国家工作人员的职务便利,共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,以贪污罪共犯论处”的规定,闫某、杨某、穆某三人构成贪污罪的共同犯罪。

2.如果穆某属于非国家工作人员,根据《解释》第二条“行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结,利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利,共同将该单位财物非法占为己有,数额较大的,以职务侵占罪共犯论处”的规定,闫某、杨某、穆某三人构成职务侵占罪的共同犯罪。

(三)如果穆某识破闫某、杨某的行为但仍然碍于面子为其兑换礼金券,则闫某和杨某构

成共同的盗窃罪,确切地讲,是构成盗窃(未遂)罪。穆某的行为构成片面的共同犯罪,具体罪名的确定又可分为两种情况:如果穆某属于国家工作人员,则依照我国《刑法》第二百七十一条第二款的规定,对其应按贪污罪定罪处罚;如果穆某属于非国家工作人员,则依照我国《刑法》第二百七十一条第一款的规定,对其应按职务侵占罪定罪处罚。

因此,穆某的主观心态对本案非常重要,直接影响本案的定性。穆某的主观意图,无论是故意还是过失,无论是希望还是放任、漠视,对于本案的罪名及犯罪形态,都影响重大。

吴孟栓:商厦是否属于国有企业单位,事关穆某的身份,也事关穆某行为的定性。同样,穆某的主观心态,体现穆某有无犯罪故意,反映其主观恶性的大小。穆某的身份与主观心态要结合在一起,综合考虑。

如果穆某识破闫某与杨某的行为,仍为其兑换,闫某属于渎职行为,但不能对穆某定罪。因为如果穆某具有国有公司、企业、事业单位人员身份,按照最高人民法院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第十一条、第十三条、第十四条的规定,穆某为闫某兑换5万元礼金券,不够立案标准。如果穆某只是企业工作人员,不具有国有公司、企业、事业单位人员身份,按照罪刑法定原则,则不构成犯罪。

如果穆某没有识破闫某与杨某的行为,穆某属于失职,但是,穆某不构成犯罪,不能追究其刑事责任,可以追究穆某的行政责任或民事责任。

如果穆某与闫某、杨某串通,无论是一开始的串通,还是兑换过程中的串通,穆某与他们一起构成盗窃罪,穆某是共犯。

问题六:本案应当如何处理?

主持人:通过讨论,各位专家对相关理论问题有了进一步的认识。那么,本案究竟应如何处理?

狄世深:本案应定盗窃罪,理由如下:首先,闫某伙同杨某办理的民惠龙卡是真的,其办卡履行的手续也是正当的,杨某私自输分的行为,并不是伪造兑换凭证,故闫某和杨某不构成诈骗罪。

其次,《最高人民法院关于审理扰乱电信市

场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第七条规定:“将电信卡非法充值后使用,造成电信资费损失数额较大的,依照刑法第二百六十四条的规定,以盗窃罪定罪处罚。”其立法精神对本案定性有参照作用。

再次,因为闫某不是商厦工作人员,杨某也是曾经在商厦电脑部工作,所以,杨某所利用的仅是对作案环境熟悉的便利,而不是利用职务之便。因此,闫某和杨某因不具有主体资格而不能构成职务侵占罪。

最后,行为人的目的(意图)是想非法占有他人的财物,而诈骗或盗窃只不过是他们为达此目的采用的一种手段而已,但盗窃行为起到了主要作用。因此,本案应按行为人的主要行为,即盗窃来确定犯罪的性质。

吴孟栓:本案应定盗窃罪,理由如下:杨某曾在电脑部工作过,知道密码,这属于利用工作便利,但不是利用职务便利,因此,杨某的行为是盗窃罪,不是职务侵占罪。

闫某与杨某既实施盗窃行为,又实施诈骗行为。积分是一种财产性利益,窃取积分,就相当于窃取礼金券,取得财物,盗窃行为是实现犯罪目的的主要行为,因此,应以盗窃罪为犯罪的主要行为,认定闫某与杨某共同构成盗窃罪。

刘仁文:本案应定诈骗罪,理由如下:从案例材料可以看出,穆某的行为与本案无关,把穆某排除了,对闫某和杨某行为的认定,便清晰多了。因杨某没有特殊的资格,没有利用职务便利,所以杨某与闫某的行为也不构成职务侵占罪。闫某与杨某既实施了诈骗行为,又实施盗窃行为,那么,其行为是构成诈骗罪,还是构成盗窃罪,或者是数罪并罚,值得我们考虑。

本案虽然用盗窃的手段获得积分,但不代表窃取了礼金券,闫某等人必须借助诈骗的手段,骗取礼金券,使商场工作人员“自愿”交付财物,从而得以实现非法占有财物的犯罪目的,这符合诈骗罪的构成要件。积分卡虽然是真的,但其内容是假的,闫某与杨某是通过诈骗的手段,骗取了财物。虽然实施了两个行为,但诈骗行为应该是主要行为,应定诈骗罪。因此,闫某和杨某的行为不构成两罪,不应数罪并罚,只能定诈骗罪一罪。

狄教授前面引用最高人民法院关于将电信



疑案精解

婚姻关系即将解除 夫妻救助义务如何认定

栾莉*

案情简介

李某与其妻肖某因家庭琐事发生争吵后,肖某到李某父母家吵闹,并提出离婚。在与李某去乡政府办理离婚手续时,因子女抚养问题未协商好离婚未果。当天下午6时许,二人回家路过一山湾水塘时,肖某要李某一块歇息,李某不予理睬,二人发生抓扯,被当地村民劝开。当李某朝回家的方向行走约50米时,肖某跳入水塘中。村民何某见状大声呼喊李某救人,李某回答:“她自己跳的,我又没推她。”又继续往回家的方向走。后肖某被何某和闻讯而来的村民救起时已死亡。

分歧意见

对于本案中李某不救助行为的主观心态,有两种不同的意见:

第一种意见认为,李某的不救助行为主观上不符合间接故意杀人的罪过形式。当肖某跳水自杀时,李某的心理态度是“她自己跳的,我又没推她。”李某不能明知其有防止死亡结果发生的义务,因此在行为人无认识的情况下对死

亡结果的放任心态也无从谈起。

第二种意见认为,李某眼见自己的妻子肖某跳入水塘中而不救助,明知李某有可能被水淹死而放任危险的发生,李某不救助行为在主观上符合间接故意杀人的罪过形式。

评析

对于本案中李某不救助行为的主观心态,笔者赞同第二种意见,即李某的不救助行为主观上符合间接故意杀人的罪过形式。本案中李某不是对救助义务无认识,而是对救助义务有错误认识。下面将对刑法作为义务的认识错误问题予以分析,并探讨刑法作为义务认识错误是否影响犯罪故意的成立。

一、刑法中作为义务的认知及要求

刑法作为义务的认识是指行为人对于刑法作为义务是否有认识。作为义务认识的内容主要是指不作为人对于是否存在作为义务的事实有无认识,而不包括对行为义务的履行能否防止结果发生有所认识。一般来说,刑法作为义务的认识并不要求行为人认识到作为义务的履行有防止结果发生的可能性。因为如果作出这样

卡非法充值后使用、以盗窃罪论处的司法解释,其实,刑法中也有类似的例子,如第一百九十六条的信用卡诈骗罪最后一款就规定:盗窃信用卡并使用的,依盗窃罪定罪处罚。但这并不能支持本案构成盗窃罪的结论,原因在于,无论是电信卡被非法充值,还是信用卡被盗,它们就可以直接被使用,不需要经过任何人的审查,但本案中的积分卡却不同,它在被虚加积分后,并不能直接转换成财产性利益,因为兑换礼金券时,商场的相关工作人员还应核实身份、核对积分记

录及购物小票。换言之,如果你拿非法充值的电信卡和盗窃的信用卡去消费,对方由于没有审查的义务,因而即使造成更大的损失,也不存在失职的问题。但如果商场负责兑换礼金券的工作人员没有尽到应有的审查义务,则在一定的情形下将可能构成“国有公司、企业、事业单位人员失职罪”(当商场属于国有商场、且造成的损失达到立案标准时)。

主持人:感谢三位嘉宾参与案例讨论。

[编辑:倪爱静]

* 中国人民公安大学法律系讲师、法学博士。