刍议侵犯共有财产犯罪

——从一组刑事审判实例切入

唐　勇*、马惕司**、马瑟尔·库西勒***　著

我国《刑法》第263条以下规定了侵犯财产罪，以第264条盗窃罪为例，该条将盗窃罪客体表述为“公私财物”①，不同于“外国刑法一般将盗窃客体表述为他人之物”。②后者“似乎从语义上排除了本人财物成为盗窃客体的可能性”，而本人财物能否成为盗窃客体，“这个问题在我国以往刑法理论上是缺乏深入研究的”。③同样的问题，除了本人财物，本人与他人共有的财物，能否成为盗窃罪以及其他财产犯罪的客体？④共有财物，其介于纯粹的公有（全民所有、集体所有）和纯粹的私有（自然人、法人单独所有）之间，而简单以“他人之物”为衡量，也存在一定障碍。共有人盗窃共有财产，与盗窃本人财物问题相同者，需讨论其是否构成犯罪⑤；不同者，尚需单独讨论犯罪数额认定问题。⑥加之，民

---

* 唐勇，中央民族大学法学院教师、法学博士。

** 马惕司（Matthias Geyer），德国帕骚大学法学博士研究生，弗莱堡大学东亚法研究所助教。

*** 马瑟尔·库西勒（Marcel Küchler），瑞士律师。

① 相同表述还有《刑法》第263条（抢劫罪）、第266条（诈骗罪）、第267条第1款（抢夺罪）、第268条（聚众哄抢罪）、第274条（敲诈勒索罪）、第275条（故意毁坏财物罪）。

② 陈兴良：《判例刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，第279页。比如《德国刑法》第242条第1款即规定盗窃对象为“eine fremde bewegliche Sache”（他人动产）；我国学者刘明祥教授所著《财产罪比较研究》的开篇即指明：“财产罪，指侵犯他人财产的犯罪”，参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第1页。而我国《刑法》第263条以下，其中第265条（特殊盗窃罪）、第270条（侵占罪）采取了“他人”之表述，第270条明确以“他人财物”为客体。

③ 陈兴良：《判例刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，第279页。

④ 此处主要是指共有人盗窃共有财产或以其他方式（抢劫等）侵犯共有财产，对于第三人盗窃属于他人共有的财产，争议较小，并无专门讨论的必要。

⑤ 学者公开讨论过的案例，如张建升、陈泽宪、黎宏、杨明刚、孙春雨、张志勇、周立：《配偶一方秘密占有另一方绘画作品拒不交出应如何处理》，《人民检察》2006年第16期。

⑥ 典型者，如一按份共有人盗窃共有物，确定其所侵犯的财产数额时，是否应减去其持有的份额。

法上的共有类型多样，除了一般的按份共有，尚有夫妻共有、家庭共有、继承共有和合伙共有等，民法上明确将其区分为按份共有和共同共有，原则上适用不同的财产规则⑦，而此种类型区分，是否或有无必要在刑事法上亦有所体现，有待探究。⑧下文便尝试从一组侵犯共有财产刑事审判实例切入，并参照民事共有理论，讨论惩罚侵犯共有财产犯罪所保护的法益和犯罪数额认定问题，但限于作者的民法背景，只能以外行的眼光看刑事案例，看到的恐怕只是"热闹"，浅陋错漏自是难免，甚或本身提出的就是一个伪命题，然受好奇驱使，不论证成证伪，文责自负。

一、基本案情

案例1"王菊牙盗窃自己与他人共有的耕牛案"⑨（以下简称"王菊牙案"）：被告人王菊牙与本村黄六牙共有一头母水牛，各占一半份额，两人轮流管理、饲养该水牛，每人饲养一个月。2003年8月由黄六牙饲养该水牛。当月25日晚，被告人王菊牙到黄六牙家的牛栏内，将自家与黄六牙家共有的该头母水牛（价值人民币1 800元，以下币种均为人民币）盗出，然后又到兰冬牙家的牛栏里，将其兄王金生与兰冬牙家共有的母水牛一头（价值2 000元）盗走，当晚将盗来的两头水牛藏于8华里之外的山沟里。第二天晚上8时许，被告人王菊牙推来袁小金的农用车将盗来的两头牛运往樟树市昌傅乡销赃，途中王菊牙与黄六牙家共有的水牛丢失。2003年8月29日，被告人在销赃另一头水牛时被民警抓获，追缴该水牛退还失主。案发后被告人家属已赔偿黄六牙家1 500元。本案经江西省分宜县人民法院审理，判决被告人王菊牙犯盗窃罪，判处有期徒刑6个

⑦ 魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第269页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第235页；王利明：《物权法研究》（上），中国人民大学出版社2007年版，第678页。

⑧ 就我目前检索到的文献来看，刑法学界讨论"亲属相盗"问题较多，而在更基础层面上讨论侵犯共有财产犯罪的较为罕见，这可能与最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第（四）项的规定有关。

⑨ 案例及相关审判意见来源：www. vip. chinalawinfo. com，2010年12月8日访问。

月，并处罚金3 000元。而本案主要有两个争议焦点：(1)王菊牙是否构成盗窃罪，尤其是就其共有之耕牛，构成侵占，还是盗窃？(2)如构成犯罪，其犯罪数额究竟是3 800元(1 800元+2 000元)，还是2 900元(900元+2 000元)？就此，在审理过程中形成了三种不同意见⑩，最终法院采纳了第三种意见，即认定构成盗窃罪，盗窃数额为2 900元。

案例2"刘汉福等抢劫案——丈夫伙同他人抢劫夫妻共同财产案"⑪(以下简称"刘汉福案")：1995年，被告人刘汉福与被害人张某自愿登记结婚，婚后家庭积蓄主要由张某掌管。1999年7月中旬，夫妇为经营中巴客车，向张的母亲筹借1万元现金和6万元的存款(以张之弟的名义存入银行)。同月20日晚，刘汉福与女友秦某到被告人古定将暂住处玩耍。闲谈中，刘汉福产生与秦一起生活的念头，但考虑到离婚后无钱，刘汉福遂提出以与古合伙经营猪油生意为幌子，骗张某带10万元缴纳定金，并在途中予以劫走，古同意。随后古定将按刘汉福的旨意打电话到刘家，刘汉福趁机将此事告知张某，骗取了张的信任。同月23日下午，刘汉福邀表弟被告人倪伦到古的租住处共谋抢劫细节。刘提出人少了，三人商定

---

⑩ 第一种意见认为，被告人盗窃自己与黄六牙共有的母水牛，属于侵占行为，但侵占金额未达到犯罪金额，不构成侵占罪，因为盗窃金额只能认定为2 900元，而非3 800元。理由是：既然是被告人与黄六牙共有的财产，那就说明被告人亦有所有权、使用权、保管权，被告人是合法持有该头耕牛，财物在被告人的控制之下，就无需通过秘密窃取的手段。被告人虽然合法持有，也有所有权，但没有处分权，被告人擅自处理该财产，把本属共同拥有的财产变为个人所有，就属于侵占。而侵占罪要达到一定的金额，即数额较大才能认定是犯罪。被告人侵占的数额较小，不构成侵占罪，只是一种侵占行为。第二种意见认为，被告人的行为构成盗窃罪，且盗窃金额应认定为3 800元，也就是说被告人盗窃自己与黄六牙共有的水牛应全部计算盗窃金额。其理由是：虽然该头耕牛是被告人和黄六牙共有的，但是两人共有的是一头耕牛，是不可分之物，如果对该头耕牛进行分割，该耕牛就会丧失他原有的价值，失去他本身的作用。因此在计算该头耕牛价值时不能分而割之，应整体计算盗窃金额。第三种意见认为，本案盗窃金额应认定2 900元。也就是说被告人盗窃自己与黄六牙共有的水牛只能计算900元的盗窃金额。理由是：盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额较大的行为。这里所指的公私财物是指他人所有的财物，而非自己所有的财物。盗窃自己所有的财物不能认为是盗窃犯罪行为。被告人自己与黄六牙共有的耕牛，被告人自己占有一半的份额，拥有该财产的一半所有权。被告人盗窃自己所有的财物，不能算是非法占有，也就不能计算为盗窃金额，在计算该耕牛的盗窃金额时，只能认定盗窃900元，而非1 800元。

⑪ 案例来源：《刑事审判参考》2001年第4辑(总第15辑)。

由古定将再找两人、倪找一人帮忙。古定将邀来被告人王瑞文、胡天全，倪伦邀来被告人倪克伦，刘汉福讲明事由后，商定了抢劫的时间、地点、财物存放地，并进行了分工。当日晚，刘汉福告知其妻带10万元到江北区灰坝社屠场与古定将一道去缴纳定金。24日下午，刘汉福夫妇从银行取出夫妻共同积蓄3万元和借款7万元，并于当晚8时许电话告知了古定将。古定将得知刘夫妇已从家中出来，又立即告知胡天全、王瑞文、倪伦、倪克伦准备行动，最终按原计划实施。案发后，检察机关以刘汉福等构成抢劫罪提起公诉。法院审理认定：被告人刘汉福为独占夫妻共同所有的钱财，邀约被告人古定将、倪伦、倪克伦、王瑞文、胡天全等采用暴力、威胁手段，劫走夫妻共同所有的现金10万元，其行为均构成抢劫罪，且数额巨大。

二、提出问题

王菊牙案虽为刑事案件，但审理中实际上将民事共有理论作为其定罪量刑的主要依据，尤其是对盗窃数额的认定：法院将涉案犯罪数额3 800元“修正”为2 900元，即“减去”了共有份额900元，原因是“被告人自己与黄六牙共有的耕牛，被告人自己占有一半的份额，拥有该财产的一半所有权”，而“盗窃自己所有的财物不能认为是盗窃犯罪行为”⑫；而未被采纳的审理意见中，针锋相对者，认为“虽然该头耕牛是被告人和黄六牙共有的，但是两人共有的是一头耕牛，是不可分之物，如果对该头耕牛进行分割，该耕牛就会丧失它原有的价值，失去它本身的作用。因此在计算该头耕牛价值时不能分而割之，应整体计算盗窃金额”。颇为悖谬的是，同样是采用民事共有理论之通说⑬，两者结论

⑫ 此观点并不同于学理上认同盗窃自己之物同样可构成盗窃罪的观点，参见陈兴良：《判例刑法学》(下)，中国人民大学出版社2009年版，第281页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第837页。

⑬ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第163页；钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第239页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第237页；王利明：《物权法研究》(上卷)，中国人民大学出版社2007年版，第684页。

却截然不同。相较于王菊牙案,刘汉福案在事实构成方面,有两方面不同,一是后者实施的是抢劫行为⑭,二是后者侵犯的对象为夫妻共同财产,即客体从按份共有物变成了共同共有物。然则,刘汉福案审理过程中产生的争议模式几乎与王菊牙案相同⑮,但审理结果却有差异,虽然本案也是认定所控罪名成立,但刘某(丈夫)对"所抢10万元共同共有财产全额(着重号为引者加)负刑事责任",该犯罪数额问题认定的理由如下:"主张被告人只对共同共有财产中属于被害人的份额承担刑事责任的观点认为,被告人全额负责有违罪刑相适应原则,加重了被告人的刑事责任,这种看法是不妥当的。因为夫妻共同财产在析产前是无法分割的,就被告人所抢劫的10万元而言,认为其中必然包含有属于被告人的份额的看法是武断的,夫妻共同财产并非简单的一分为二或者按照某种比例将某项财物予以分割。该10万元最终可能完全归属于被告人或者被害人,也可能由双方分割后各自拥有一部分。从被害人的角度讲,自己被抢的是10万元,而非只损失了其中仅属于自己的份额,从民事法律关系看,如果行为人抢劫10万元的事实未被发现,那么,被害人在损失共同共有财

---

⑭ 实务中,从按份共有与共同共有区分的角度,与王菊牙案对比更为直接的是亲属相盗问题,比如前引"配偶一方秘密占有另一方绘画作品拒不交出应如何处理"案。

⑮ (一)丈夫伙同他人抢劫夫妻共同共有财产的行为如何定性?在审理本案的过程中,对于被告人刘汉福作为夫妻共同财产的所有人伙同其他被告人抢走夫妻共同财产10万元的行为,如何定性,存在两种意见:第一种意见认为,刘汉福等人的行为不构成犯罪。理由是:(1)刘汉福的行为没有侵犯他人的财产权利。本案中,被告人刘汉福所抢的是夫妻共同财产。夫妻共同财产,属共同共有,夫妻任何一方都有处置权。共同共有人在处分共同共有的财产时,应当征得其他共有人的同意。如果其中的一位或部分共有人未经全体共有人同意而处置了共有财产,只是处置是否有效的问题,不存在犯罪问题。本案被告人刘汉福将10万元夫妻共同财产变为自己单独控制、支配下财产的行为,其意图虽然事前不为其妻被害人张某所知,但案发后,被害人张某认为刘汉福有权支配、处理所抢走的10万元,还以书面和口头形式请求司法机关不要追究其刑事责任。刘汉福的强行占有共同共有财产的行为,一经其妻的事后追认,即为有权行为和合法行为。由此,刘汉福对这10万元在主观上的占有目的和客观上实施的占有行为即转化为合法,这使得刘汉福的行为不能完全具备抢劫罪的构成要件。(2)刘汉福行为的社会危害性还没有达到应当追究刑事责任的程度。首先,如前所述,刘汉福伙同他人抢劫夫妻共同财产的行为没有侵犯他人的财产权;其次,刘汉福等人对被害人张某人身权的侵害也没有达到应当追究刑事责任的程度,他们虽然对张某实施了胁迫和暴力行为,但程度轻微,未对被害人造成较重的危害后果。第二种意见认为,被告人刘汉福等的行为完全符合抢劫罪的构成要件,应当以抢劫罪定罪。(二)对于共同共有人抢劫共同共有财产的犯罪行为,犯罪数额如何确定?本案中,刘汉福等被告人的犯罪数额认定问题也存在两种意见:一种意见认为,共同共有财产不等于被害人的个人财产,其中包含有被告人的份额,被告人只能对共同共有财产10万元中被害人所属份额负刑事责任;第二种意见认为,被告人应对所抢的共同共有财产10万元全额负刑事责任。

产10万元中属于自己的份额之外，还应在以后的生活中承担起共同归还10万元债务的责任。”亦即：与王菊牙案不同的是，计算犯罪数额时，王菊牙案中，被告份额那部分被“减出去”了，而抢劫案中被告份额（如有）那部分被“算进来”了。

王菊牙案（按份共有）和刘汉福案（共同共有），虽然都认定指控罪名成立，但在犯罪数额的最终认定上差异较大，从审判理由来看，体现的主要是民事共有理论的通说，尤其是按份共有和共同共有的区分：即按份共有有明确的份额，并且可就份额单独计算；而共同共有并无明确的份额概念，具有不可分性。值得讨论的是，正如通说所言，共同共有不同于按份共有，在共有关系存续期间并无份额，但不分份额，并不是分不出份额来，而是不区分“你的”、“我的”⑯，即在财产归属问题上，共同共有关系较按份共有关系更为紧密。⑰那么，基于这种更为紧密的财产关系，刘汉福案刘汉福就共有财产全额承担罪责，相较于王菊牙案仅就被害人份额承担罪责，是否有不当之嫌？故此，有必要就民事通说按份共有和共同共有的区分，对于刑法上侵犯共有财产犯罪之定罪量刑所起的涵摄作用，作进一步讨论。下文即参照民事共有理论，结合上述案例，主要从法益保护和犯罪数额两个角度讨论侵犯共有财产犯罪。

三、法 益 保 护

（一）财产犯罪的法益

“犯罪的本质是侵害法益，因此，刑法的基本任务就是保护法益。所谓法益，就是法律所保护的利益。”⑱刑法规定处罚财产犯罪的目的，归根到底是保护财产（或财产权），但对于何者为刑法所保护的财产（或财产权），即对于财产

---

⑯ 此一点，在刘汉福案中受害人张某的言行当中表现尤为清楚，“案发后，被害人张某多次以口头或书面方式要求无罪释放刘汉福，称刘汉福所抢10万元现金，是她与刘汉福共有的家庭财产，刘汉福有支配权，刘汉福搞的是假抢，并未侵犯她的财产权益，如果知道此案系刘汉福所为，她绝对不会报案，即使刘汉福拿走那10万元，她也没有意见。”

⑰ 即相较于按份共有，共同共有人之于共有物，更接近于“本人财物”。

⑱ 黎宏：论财产犯罪的保护法益，《人民检察》2008年第23期。

犯罪的保护法益，历来存在争议。[19]而财产罪的保护法益，又直接影响各种行为的性质与认定，比如以不法手段取回或者夺回自己所有而又由他人占有的财物等行为。[20]"在我国，关于财产罪的保护法益，也经历了理论上的变迁"[21]，大致有三种不同看法[22]：

一是所有权说。"我国刑法理论一直没有争议地认为，财产犯罪的保护法益是财产的所有权，即财产罪所侵犯的是公私财产的所有权，除挪用资金罪、挪用特定款物罪以外，其他犯罪都是所有权全部权能的侵犯，对所有权整体的侵犯，是绝大部分侵犯财产罪的最本质特征。"[23]此即所有权说，"这是我国刑法学中的传统学说。"[24]所有权说目前被认为存在诸多缺陷，比如仅保护自物权(所有权)，而不保护他物权和债权；对于盗窃本人财物、违禁品等行为缺乏解释力等。[25]从而，与社会现实不合，实践中也没有坚持这种观点。[26]

二是混合说。这种观点认为，"财产罪的保护法益首先是财产所有权以及其他物权，其次是需要通过法定程序改变现状(恢复应有状态)的占有；但在非法占有的情况下，相对于本权者恢复权利的行为而言，该占有不是财产罪的保护法益。"[27]

三是占有说。认为侵犯财产罪的客体是占有制度，即为了保护所有权，首先必须保护对财产的占有本身，认为从稳定现实的占有关系的角度来说，无论

---

⑲ 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 8 页；黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008 年第 23 期。

⑳ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 834 页。

㉑㉔㉖ 黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008 年第 23 期。

㉒ 就我目前掌握的材料来看，比较法上，学者介绍了德日英美学说，德国法上为"法律的财产说、经济的财产说和法律的·经济的财产说"，参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 9 页；张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 835 页。日本法上为"本权说、占有说、修正说(或中间说)"，参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 11 页；张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 834 页。对于我国法上的看法总结，本文则参照黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008 年第 23 期。

㉓ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 836 页；高铭暄：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 501 页。

㉕ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 836 页。

㉗ 此为张明楷所持观点，黎宏称之为"混合说"。参见黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008 年第 23 期；张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 838 页。

基于善意的无本权占有，还是基于恶意的无本权占有，都应毫无例外地予以保护。将占有作为财产犯罪的保护法益，此观点“过分扩大了财产犯罪的保护法益”。[28]

上述三种看法，还有诸多变型，比如所有权说之于本权说[29]，混合说之于中间说[30]、修正说[31]，以及另一种占有说。[32]不同学说之存在以及同一学说之变化，无非在于尝试解释不断涌现之“新问题”，比如所有权说面对盗窃本人所有物以及对于他物权、债权的保护问题，便有调整需要，以增强解释张力。然而，对于财产犯罪法益保护的各种学说，除了受刑法本身新问题的推动之外，正如刑法学者所言，还要考虑“刑法和民法之间的协调”[33]；所有权、他物权、债权乃至整个财产权都是民法上最重要的概念，而占有“作为一个民法概念，探讨财产犯罪中的占有概念免不了要结合民法上的分析”。[34]

那么，刑法惩罚财产犯罪所保护的法益与民法上的财产权，两者是否一致？对此，刑法学者也存在不同的观点：受刑法从属性思想影响，认为刑法是其他法秩序的一种辅助手段，刑事制裁是在其他法律制裁之后最后使用的，作为财产犯罪保护法益的财产，自然要按照调整财产关系的民事法作解释，不受民法保护的法益，便不可能成为财产犯罪的保护法益[35]；受刑法的独立性思想影响，认为刑法并不从属于其他法律，刑法上的违法性也和民法上的违法性存在区别，在财产犯罪理论中，刑法有自己独立的构成要件，没有必要原封不动地以民法为基础[36]；此外，受法秩序的统一性思想影响，认为刑法和民法虽然各具

㉘ 黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008年第23期。

㉙ 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第11页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第833页。

㉚ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第835页。

㉛ 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第12页以下。

㉜ 参见黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008年第23期，第27页。

㉝ 黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008年第23期，第25页。

㉞ 黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009年第1期，第110页。

㉟ 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第10页。比如黎宏指出：“就财产犯罪而言，刑法所保护的利益即法益，理所当然，首先应当是民法所保护的法益。因此，民法所保护的合法利益就成为财产犯罪侵害法益的中心内容。对民法上不加保护的利益，就没有必要在刑事上加以保护。”参见黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，《人民检察》2008年第23期，第28页。

㊱ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第840页。

独立性,但都受制于统一的法秩序,对于那种认为民法上违法的利益也可以成为刑法上财产犯罪保护法益的观点,显然是不适当的。[37]一如对财产犯罪的法益本身存在不同认识,尚未形成通说,关于刑法和民法的关系对财产犯罪法益界定的影响亦有不同看法,但不可否认的是,"财产犯罪的保护法益,横跨民法和刑法两个法律领域,因此,确定财产犯罪的保护法益,就不得不考虑民法的规定"。[38]

(二)共有财产犯罪的法益

共有人盗窃、抢劫或以其他方式,侵犯共有财产的行为,刑法上应当如何评价?倘若构成刑法上的犯罪,其所侵犯的法益为何者,系所有权还是占有,抑或其他?就此,有必要首先明确何者为共有财产。

1. 民法上的共有财产与类型区分

民法上的共有,又称共同所有权,是所有权之特例;狭义的共有指"两个以上的人对同一物享有所有权"。[39]广义的共有,还包括准共有制度,即将共同拥有担保物权、用益物权等非所有权同样准用共有规则,其实体法依据为《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第105条。此外,广义的共有对共有客体有所扩充,比如有学者定义"所谓共有,是指某项财产由两个或两个以上的权利主体共同享有同一所有权"[40],将共有的客体扩充为"某项财产",而不仅为"物",其实定法依据为《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第78条;但其后颁布的物权法却将共有的客体限定在物,即"不动产或者动产"(《物权法》第93条)。值得一提的是,民法上的所有权乃至物权,和财产并非等同概念。

就民法用语而言,财产概念与所有权(物权)最为接近[41],比如在英美法、法国法上,表达物资归属的用词即是财产权。《物权法》在规定国家所有权(第45

---

[37] 参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第11页。

[38] 黎宏:《论财产犯罪的保护法益》,《人民检察》2008年第23期,第28页。

[39] 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第269页。

[40] 王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,第678页。

[41] 在《物权法》(2007)颁布前的《民法通则》(1986),则将财产和所有权联合使用,该法第71条以下规定了"财产所有权"、"国家财产所有权"、"集体财产所有权"、"个人财产所有权"等。

条以下)、集体所有权(第62、63条)、私人财产(第66条)、抵押权(第179条以下)等章节条中大量使用"财产"概念;对此,有观点认为:"在我国《物权法》中,'物'和'财产'是两个通用的概念,立法时依具体情况而分别使用"。[42]然而,物或者物权并不等同于财产[43],财产是一个总括的概念,虽然没有统一的定义,但一般用来指称权利主体拥有的财富总和或特定情况下的一部分,这些财富,既包括对一般不动产、动产的所有权,往往也包括在企业中的权利、股份公司股东的社员权或者股东在商事公司中的股份权、银行存款以及知识产权等。[44]一般情况下,"法律中没有关于财产的概括性规定,即既无定义,也缺乏关于法律后果的一般性规定"[45],而更多是与民事责任的承担联系在一起[46],比如《民法通则》第29条规定:个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担民事责任;家庭经营的,以家庭财产承担民事责任。因此,倘若使用"共有财产",而不是"共有物",则其范围要宽于一般的共有。

我国《民法通则》和《物权法》规定了两种类型的共有,即按份共有和共同共有。按份共有,按照《物权法》第94条规定系"对不动产或者动产按照份额享有所有权",而份额产生于所有权量的分割理论。通说认为所有权是可以分割的,并且区分为所有权质的分割和量的分割。[47]"将一个所有权分数的二分,

---

[42] 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年版,第36页。

[43] 比如早在《物权法》起草之前,我国学界曾经就制定一部物权法还是制定一部财产法展开过大讨论,参见梁慧星:《是制定"物权法"还是制定"财产法"? ——郑成思教授的建议引发的思考》,中国民商法法律网,2011年9月28日访问;柳经纬:《关于制定物权法还是制定财产法的两点看法》,中国私法网,2011年9月28日访问。

[44] 这对于刑法上财产犯法益之"所有权说"将财产犯罪侵犯客体限定在所有权,有一定的对照意义,即民法上的财产本来范围就比所有权宽。

[45] [德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第888页。当然,并非没有规定,《德国民法典》本身就有针对某一主体的全部财产为规范对象的规定,比如《德国民法典》第310条以下、第419条、第1085条等;而我国《民法通则》也有以财产为对象,规定其法律效果的,比如《民法通则》第32条规定:"合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用。合伙经营积累的财产,归合伙人共有。"再如,《民法通则》第37条将拥有"必要的财产或者经费"作为法人的成立条件。

[46] 此外,总括性的规定是《民法通则》第2条,该条规定:"中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。"

[47] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第152页以下;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年版,第153、154页,第235页;王利明:《物权法研究》(上),中国人民大学出版社2007年版,第685页以下。

甲乙各有其二分之一所有权时，为所有权之量的分割。将一个所有权分解为管理、处分、使用、收益各权能，甲有对于物之管理处分之支配的权能，乙有对于物之使用收益之经济的权能，两者之权能，依团体内部之组织法统一结合，而实现完全所有权时，为所有权之质的分割。”[48]份额系对于物的所有权从量上切割成不同比例的小份，这些小份之间同种同质，将所有权的各项权能都按比例地分配了，而不失仍为所有权。那么，共同共有是否即不按份额的共有？

就我国《物权法》的体例而言，其有意弱化按份共有和共同共有的区分，将按份共有与共同共有同章甚至同条规定，并尝试设置两者共通的规则。早在《物权法》颁布之前，有学者指出，“就共有之种类而言，按份共有之成立，可基于不同的原因，且在种类上法律不作限制。反之在共同共有中，因其核心概念在于共同关系，且不限于物上的共同共有，故而立法对共同共有之类型，采类型强制主义，当事人在此领域所享有的自治空间受到限制。因此这两种共有之间，存在本质差异，很难做统一之规定”，对“立法者试图就这两类共有归纳一般性规则的努力”提出了质疑，“这种设计方式，不仅在各立法例中无先例可循，而且更混淆了这两类共有间的本质差异”。[49]前述意见未被立法采纳，《物权法》最终延续了《民法通则》的做法，将按份共有与共同共有以综合的方式规定在一起，并且设立了一些对两者共通的规则。这种做法在立法上并非没有先例。我国台湾地区的“民法”、《瑞士民法典》都采用这种做法[50]；然而，此说法需予以甄别者，乃以综合的方式规定在一起有立法例，而设立了一些对两者共通的规则，却如前述几无先例可循。那么，究竟两者区别何在？

共同共有，依据《物权法》第 95 条规定并不能明确其内涵，尤其是其与按份共有的区分。通说认为按份共有与共同共有的主要区别，在于“共同共有是不分份额的共有”[51]，只有在共同关系终止、共有财产分割后，才能确定各共有

---

[48] 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 152、153 页。

[49] 张双根：《共有中的两个问题——兼谈对〈物权法〉(草案)“共有”章的一点看法》，《比较法研究》2006 年第 2 期。

[50] 薛军：《〈物权法〉关于共同共有的规定在适用中的若干问题》，《华东政法大学学报》2007 年第 6 期。

[51] 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2007 年版，第 237 页；王利明：《物权法研究》(上)，中国人民大学出版社 2007 年版，第 708 页。

人的份额;但学理上也逐渐认可共同共有亦存在份额,或者至少是潜在的份额。[52]此外,有观点认为,按份共有与共同共有区分的关键,在于共同共有之成立,应以共同关系[53]之存在为前提。[54]所谓"共同关系",指"共同共有中,在各共有人之间必须首先或同时存在一层基础性的法律关系",如夫妻关系、家庭关系等。[55]"共同关系"作为概念并未为物权法所采,但这一层"特别关系"(《物权法》第 99 条规定共同共有有所谓"共有的基础"),确实也是《物权法》区分按份共有和共同共有的途径,《物权法》第 103 条规定在无法区分某共有为按份共有还是共同共有时,"除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有",虽然其中的"等"[56]字使得条文含义有很大的模糊性,但将所谓"基础关系"(或共同关系)作为区分二者关键,从实体法规定角度,大体可行。存在基础关系,意味着共同共有除了受《物权法》规制之外,特别法(比如《婚姻法》)可以有特别赋值,表现为一般法与特别法之关系。

2. *侵犯共有财产的不同法律后果*

共有不同于单独所有权,单独所有权人原则上不需借助他人或受他人限

---

[52] 比如裴桦:《关于共同共有两个基本问题的思考——兼评我国〈物权法〉相关条款》,《甘肃政法学院学报》总第 99 期,明确指出"共同共有同样是按份额共有",对"学者间常以'不分份额'和'平等享受权利'作为共同共有的特征"之看法,提出了批评。台湾地区学说、瑞士法上都承认共同共有有潜在的份额。参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社 1999 年版;瑞士法上强调所谓"verborgene oder latente Teile"。而在德国法上,还讨论对于共同共有,其份额究竟是仅存在于整个共同共有财产上,还是组成共有财产的单个物上也有份额,持肯定说者 Staudinger-*Langhein*[1996], BGB §741, Rz 241[nicht in Bearb 2002]。

[53] 对照《德国民法典》,有译者认为 BGB 第 741 条以下(Gemeinschaft)规定者应翻译为"共同关系"(见陈卫佐译《德国民法典》)。就体系而言,倘若将 Gemeinschaft 译成"共同关系",则相应的,按份共同关系(Gemeinschaft nach Bruchteilen)只是共同关系之一种,而按份共有(Miteigentum nach Bruchteilen)又只是按份共同关系之一种。个中差异,殊值甄别。

[54] 张双根:《共有中的两个问题——兼谈对〈物权法〉(草案)"共有"章的一点看法》,《比较法研究》2006 年第 2 期;裴桦:《关于共同共有两个基本问题的思考——兼评我国〈物权法〉相关条款》,《甘肃政法学院学报》总第 99 期,2008 年 7 月,第 27 页。

[55] 张双根:《共有中的两个问题——兼谈对〈物权法〉(草案)"共有"章的一点看法》,《比较法研究》2006 年第 2 期。

[56] 对于共同共有包括夫妻共有、家庭共有和继承共有等类型,争议不大,主要是对于合伙财产是否属于共同共有,还是按份共有,目前仍有争议。比如魏振瀛主编:《民法》(北京大学出版社、高等教育出版社 2010 年版)第 277 页即将合伙财产列入共同共有范围,而梁慧星、陈华彬:《物权法》(法律出版社 2007 年版)第 241 页以下则未将合伙财产视为现行法与通说认可的共同共有主要类型。

制，得直接支配所有物，而共有物的所有权人为复数，即由两个以上的主体对共有物共同享有所有权，这意味着共有人彼此之间会产生制约，形成所谓内部关系和外部关系。所谓内部关系，主要指共有人之间的关系，涉及共有物的管理、使用、收益和处分；外部关系，主要指共有人与其他非共有人之间的关系，比如因共有物所生对外债权债务、共有物致他人损害等。[57]《物权法》第102条亦有共有人"对外关系"和"共有人内部关系"的措辞，但其含义较窄，主要是针对"因共有的不动产或者动产产生的债务"而言。但理论和实在法一致的是，都承认不论按份共有还是共同共有，其所产生的法律关系，皆既包括内部关系，也包括外部关系。

那么共有人之间的关系，即内部关系[58]，究竟属于物权关系还是债权关系？比如共有人之间对于如何管理(占有)和使用共有物的约定或依照法律规定按份共有人得依照份额行使对共有物的管理，该管理权为所有权的内容还是债之内容。目前专门的讨论不多，比较法上，就瑞士法而言，譬如管理权，瑞士法就区分了法定的管理权、意定的管理权和裁定的管理权[59]；而以德国现行立法和通说而言，"按份共同体具有双重脸相，一面朝着共有物，一面朝着共有人之间的关系。它构建在复数人的共同权属上，又同样是共有人间法定之债的基础"[60]；而共有人的管理权、使用权等依照其通说，也归入债权性质。[61]

(1) 共有人侵犯共有物的民法后果

之所以考察共有人内部关系的性质，乃在于当共有人侵害其他共有人对共有物的占有、使用、收益或处分权时，其私法上的后果会有差异，倘若认定其内部关系同样为所有权关系，则侵害者即为所有权，其他共有人得主张物权请求权；如认定其为债之关系(包括法定之债)，则原则上只能提起违约之诉；至于能否提起侵权(侵害所有权)之诉，也要看共有人内部关系性质的界定。《物

---

[57] 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第239页以下、第244页以下；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第270页以下、第274页以下。

[58] 限于主题相关性，此处不讨论第三人侵害共有物的私法后果。

[59] Vgl. BaslerKomm-*Hosell/Vogt/Geiser*, Zivilgesetzbuch II, Art. 647, Rz 12, 13.

[60] München-*Schmidt*, BGB §741, S. 716, Rz 3.

[61] *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen, S. 1.

权法》第93条以下并未对此作出界定，但我国《物权法》不同于《德国民法典》(BGB)，前者将共有制度单独规定在“所有权”项下，而并未在债法(或合同法)中另外规定“共同关系”(Gemeinschaft)，似可认为其主要将共有人之内部关系认定为所有权性质。以按份共有为例，从目前学界零星的阐释来看，亦有这种倾向，比如“共有人的共有权如被其他共有人否认或侵夺时，被否认或受侵夺的人可以提起确认或恢复之诉。共有人未经协议或未获其他共有人的同意而径对共有物的全部或一部分任意加以占有、使用、收益时，视为对其他共有人的所有权的侵害”；就此，其他共有人可依情形提起物权请求权、侵权损害赔偿请求权或不当得利返还请求权。[62]

对于共同共有人侵犯共有物(共有财产)，一般局限于讨论“部分共有人擅自处分共有财产的法律后果”，也主要是认定该擅自处分行为无效，而较少讨论其他共有人得针对擅自处分之共有人作何主张问题。[63]究其原因，在于共同共有受基础关系制约，比如在夫妻共有情形，在夫妻关系存续期间，共有的客体往往不仅是单个物，而是物的集合(财产)，就单个物提起比如损害赔偿之诉，在夫妻共同生活期间并不便利，也不经济，除非一方提起终止婚姻关系或分割共同财产之诉。亦即，共同共有受其基础关系或特别法制约较多，特别法有一些特殊处理，但其对于按份共有的规则，应该说只是调整了，而不是改变了。以新近出台的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》(三)(2011年)为例，越发强调夫妻财产的“份额性”(或夫妻各自的独立性)，比如该解释第4条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”此规定，一改通说

---

[62] 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第246页。类似观点亦参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第274页。

[63] 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第240页。类似观点亦参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第276页。

共同共有在基础关系存续期间不得请求分割的立场，认可在一方故意侵害共同财产时，另一方可以主张分出份额，系与按份共有趋同之表现。

故此，一共有人侵害共有物(共有财产)，如认定共有人内部关系为债之关系，则该共有人侵害者即为债权；如认定共有人内部关系为物权关系，则该共有人侵害者即为所有权。根据不同情形，其他共有人得主张物权请求权、侵权损害赔偿请求权或者其他债权请求权(继续履行、违约损害赔偿请求权、不当得利返还请求权等)。

此外，共有人盗窃或抢劫共有物，是否也侵害了其他共有人的占有？我国《物权法》第五编专门规定了民法上的占有，“我国司法实务与民法理论向来认为占有为事实状态而非权利”，故此，虽然物权对于占有未设定义性规定，“解释上应将其理解为一种事实状态，而非权利”。[64]同时，《物权法》第245条对于占有的保护，并未附加条件，即不考虑占有人是否为有权占有，一体保护占有的事实，除了意在通过保护占有来保护本权之外，“其真正目的在于制止暴行，维护秩序”。[65]

民法上的占有有诸多类别[66]，与共有物占有相关者，主要有两种分类。其一是单独占有与共同占有，系以占有人的人数为标准，一人对于标的物的占有，为单独占有；数人对同一标的物的占有，为共同占有。[67]民法上“区分单独占有与共同占有的意义，在于数人共有一物时，各占有人就其占有物使用的范围，不得相互请求占有的保护”。[68]其中，共同占有，又分为重复共同占有和统一共同占有，前者比如数人共管房屋一套，各有钥匙进入；后者比如数人共管一保险柜，每人之钥匙皆不能单独打开该保险柜，唯有结合使用。其二是直接占有与间接占有，系以占有人是否直接占有标的物为标准，比如房屋承租人为直接占有、房屋所有权人为间接占有；在共有物约定由共有人轮流占有时，一共

---

[64] 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第399页。

[65] 周枏：《罗马法原论》上册，商务印书局1994年版，第408页。

[66] 参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社1999年版，第940页以下。

[67] “同一物上有自主占有与他主占有，或间接占有与直接占有并存者，尚非此之共同占有”。参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社1999年版，第947页。

[68] 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第403页。

有人为直接占有，共有人整体为间接占有。民法区分直接占有和间接占有的目的在于，支持间接占有人在条件成就时（比如租赁期限届满）得向直接占有人主张所有物返还请求权。

故此，对于共有物的占有，则存在以下几种可能情形：(1)在约定轮流占有共有物的情形，一共有人为直接占有，共有人整体为间接占有、共同占有；(2)未约定轮流占有共有物，皆有管理力者，为重复共同占有，比如未约定由夫或妻一方管理共同财产时，双方皆得为管理；(3)仅得共有人整体现实地结合以管理共有物时，为统一共同管理。在上述情形(1)下，若一共有人的直接占有被其他共有人侵夺，则该共有人得向侵夺之共有人主张占有保护请求权，其他共有人不得以间接占有、共同占有对抗之；上述情形(2)下，一共有人侵夺其他共有人的占有，则其他共有人有权主张恢复共同占有，情形(3)亦同，而恢复共同占有意味着承认侵夺人本来的占有范围。

王菊牙案被害人系属于有权、直接、单独、现实地占有共有物，其得向王菊牙主张恢复单独占有、直接占有；刘汉福案被害人亦为有权、直接、现实地占有，但既可能属于单独占有，也可能属于共同占有，依据不同情形，可以主张恢复单独占有或共同占有。

综上所言，共有人侵害共有物，其他共有人既可以主张物权请求权、债权请求权，也可以主张占有保护请求权。至于这些请求权可以同时主张，还是只能择一行使，是构成民法上的请求权竞合还是聚合，超出本文讨论的范围，本文仅尝试从保护占有的角度简单予以厘清。民法上保护占有的事实状态，既保护有权占有，也保护一定范围内的无权占有，虽然整体上是为了建设临时和平秩序，然而，就保护有权占有而言，其目的明显是通过保护占有来保护本权，而在共有人的有权占有被其他共有人侵夺时，以本权主张权利，相较于通过占有来主张本权，更为直接、有效，无需舍近求远。但民法占有保护“制止暴行，维护秩序”，其在刑法上的意义，恐并非止于保护本权。

(2) 共有人侵犯共有物的刑法后果

共有人盗窃或抢劫共有物，是否会构成刑法上的财产犯罪？就我国司法

实践而言,依据王菊牙案和刘汉福案的审理情况,答案是肯定的。[69]本文认为共有物系共有人财产犯罪客体,应无疑义:其一,我国刑法规定的盗窃罪、抢劫罪等财产犯罪的客体是公私财物,并非学理上的"他人之物",从法教义学角度认定共有财产系属公私财物之一种,难度比将其认定为"他人之物"要小得多;其二,即使从学理角度考察共有物是否为"他人之物",亦无难度,不论是按份共有还是共同共有,共有物虽然不是全部,但至少部分是"他人之物"。准此以言,共有物是共有人财产犯罪的客体,共有人侵犯共有财产,依据刑法会构成犯罪,此一点,并不区分按份共有和共同共有。

此外,关于亲属相盗,最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第(四)项规定:"偷拿自己家的财物或者近亲属的财物,一般可不按犯罪处理;对确有追究刑事责任必要的,处罚时也应当与在社会上作案的有所区别。"即,仍然可能构成盗窃罪。[70]因此,从另一角度进一步肯定了,即便是盗窃共同共有物,亦可能构成盗窃罪,这表示,在是否构成犯罪问题上,按份共有和共同共有并无差异。[71]

以盗窃为例,盗窃共有财产构成盗窃罪,在比较法上亦有支持。《韩国刑法》第 329 条规定"窃取他人财物的,处 6 年以上有期徒刑或者 1 000 万元以下的罚款";韩国判例学说也认可"与他人共同所有的财物,也属于盗窃罪对象中的他人财物"。[72]《泰国刑法典》第 334 条亦规定:"非法窃取他人所有或者共有财物的,是盗窃罪,处 3 年以下有期徒刑,并处 6 000 铢以下罚金"。同样,以他人财物,而非以"公私财物"作为盗窃罪对象的德国亦持相同观点,《德国刑法》第 242 条第 1 款规定:"意图盗窃他人动产(eine fremde bewegliche Sache),非法占为己有或使第三人占有的,处 5 年以下自由刑或处罚金"。就德国学理和

---

[69] 关于张建升等评议之"配偶一方秘密占有另一方绘画作品拒不交出应如何处理"案,《人民检察》2006 年第 16 期,其审理结果我未能掌握。

[70] 学理上存在不同观点,关于罪与非罪、此罪与彼罪的不同看法,除参见王菊牙案、刘汉福案未被采纳的其他审理意见之外,对于上述张建升等评议之"配偶一方秘密占有另一方绘画作品拒不交出应如何处理"案,学者亦有不同观点;此外参见黎宏:《论财产犯中的占有》,《中国法学》2009 年第 1 期。

[71] 然而,对于其中"确有追究刑事责任必要的",其犯罪数额如何认定,无明确规定。

[72] [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 41 页。

相关裁判来看，德国通说对于刑法上“何者为他人之物”(die Fremdheit einer Sache)之确定，系根据民法(Zivilrecht)。[73]而所谓一物为他人之物，确切而言，应当是指该物不为行为人单独所有。即就一个共有物而言，不仅对按份共有人(Miteigentümer)，而且对于共同共有人(Gesamthandseigentümer)而言，都系符合构成盗窃罪所要求之“他人之物”。[74]“共有人的共有权并不能阻却对他而言共有物也是(auch)他人之物或者部分的(teils)是他人之物，从所有权保护的角度，按份共有或者共同共有并不应当比单独所有权所受到的保护要少。合伙人和共同继承人，如其窃取了合伙财产或者遗产，同样构成盗窃罪；再如，如某人将其自己的钱币与他人的钱币混合，依照《德国民法典》第 946 条构成对所有钱币的按份共有，此后其窃取了超过自己份额的钱币，则亦构成盗窃罪。”[75][76]

3. 共有财产犯罪所侵害的法益

共有人侵犯共有财产构成犯罪，其所侵犯的法益是什么？应当依据所有权说、混合说还是占有说？以下分述之。

(1) 所有权说

从王菊牙案和刘汉福案所采的审理意见来看，很明显，其所采取的是所有权说，主要依据是民法上的共有理论(共有人内部关系物权性质说)，即共有人侵犯共有物，亦视为共有人对其他共有人所有权的侵害。刑法学界采取类似观点者，如“对于共有财产的使用、处分，应经全体共有人的同意，未经他人同意而擅自窃取、盗卖共有财物的，等于盗窃他人财物”。[77]此观点符合我国刑法学界的传统观点，但带来两个问题：一是盗窃自己的份额，是否也认定为对所

---

[73] *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl., Nomos 2011, S. 36.

[74] *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2, Springer 2. Aufl., S. 14, 15; *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil II, S. 37; *Maurach/Schnoeder/Maiwald*, Strafrecht Besonder Teil, Teilband 1, 10l Aufl, Heidelberg, S. 369; München-*Schmitz*, StrGB §242, Rz. 26; Strafgesetzbuch Kommentar-*Kühl*, 26. Aufl., StrGB §242, Rz. 6.

[75] Leipzig-*Vogel*, 12. Aufl., StrGB §242, Rz. 6.

[76] 然而，所谓“也是他人之物”或者“部分的是他人之物”，是否对于确定作为定罪量刑的犯罪数额有影响，有待进一步了解。

[77] 参见高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社 1988 年版，第 584 页。

有权的侵害；二是倘若否定本人财物亦是盗窃对象，那么共同共有也有潜在的份额，在没有其他证据或特别法赋值的情况，应当和按份共有相同处理，那么刘汉福案在犯罪客体的认定上应当与王菊牙案同等处理。

（2）占有说

“财产犯罪本质上是破坏他人占有的犯罪（但侵占罪属于例外）”[78]，但“占有又是一个民法概念”，“从我国目前仅有的一些研究来看，对此似乎重视不够，不是直接将民法上的占有看作财产犯罪中的占有，就是过分强调刑法的特点，将民法的理解撇在一边，最终造成财产犯罪占有的认定上的各种观点林立，司法实践无所适从。”[79]比如，刑法学者明确指出“刑法上的占有与民法上的占有不是等同的概念”，“民法上的代理占有（精确而言可能是占有辅助引者注）、间接占有与占有改定，不是刑法上的占有”[80]；并且多强调“与民法上的占有观念相比，刑法上的财产犯罪中的占有在对物具有更加现实的控制、支配的一点上具有特色。即民法上的占有可以是规范上、观念上的占有，而刑法上的占有必须是事实上的占有。这种占有，并不是一般性的人和物之间的接触，而要达到实际控制、支配的程度”[81]；但也承认，“民法上的某些‘观念占有’也可能被认定为刑法上的占有”。[82]总体上，应当认为民法上的占有要宽于刑法上的占有。

对于共有人侵害共有物的占有，如上文所述，刑法理论中排除了间接占有[83]，便有必要讨论是否侵害者为共同占有。而对于共同占有，或所谓“对等关系人之间的占有”，刑法中对于侵犯其导致的法律后果，存在较大争议。[84]王菊牙案被害人对其与王菊牙共有之耕牛为典型的单独占有、直接占有，同时王菊牙对该耕牛可能成立间接占有。对于单独、直接合法的占有，适用占有说，认定其侵犯占有构成犯罪，争议应当不大，并且可以克服所有权说需要面对是否

---

[78] 黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009 年第 1 期。比如张明楷定义盗窃罪为“以非法占有为目的，窃取他人占有的数额较大的财物，或者多次盗窃，入户盗窃，携带凶器盗窃、扒窃的行为”，参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 873 页。

[79][81][84] 黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009 年第 1 期。

[80][82] 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 874 页。

[83] 我认为间接占有可以用来解释所有权说到本权说的变化，以盗窃为例，窃取他人合法占有（非依据所有权，而是比如依据债权、用益物权）之财物，惩罚该行为似乎只能通过本权说（直接占有）来解释，然则通过所有权说（间接占有）来解释，亦不为过。

排除份额问题的“责难”。如上文所述，刘汉福案不同于王菊牙案，后者依据约定该耕牛被盗系在由被害人单独、直接占有期间，刘汉福对于该现金却有可能属于重复共同占有。对于重复共同占有，刑法上究竟认为其侵害者系整个共有物的占有，还是仅除去其自己占有范围之外的占有，尚有争议。

(3) 混合说

混合说体现为对所有权说的扩充，即将惩罚财产犯罪的保护法益从所有权扩充为所有权和其他本权；其次为对占有说的限缩，认为财产犯的法益首先是财产所有权及其他本权，“其次是需要通过法定程序改变现状，恢复应有状况的占有；但在非法占有的情况下，相对于本权者恢复权利的行为而言，该占有不是财产犯的法益”。[85]值得注意的，混合说所谓的“需要经过法定程序改变现状，恢复应有状态的占有”主要针对的是盗窃毒品等情形，对于侵夺共同物情形似乎难具解释力。

虽然混合说所提出的法益侵害，有首先(所有权和其他本权)和其次(特定占有)之分，但其似乎针对的系不同行为，而非同一行为，倘若同一行为使得所有权、本权和占有都受到侵害，且存在不一致时，究竟何者为其法益。以王菊牙案为例，王菊牙盗走其与被害人共有之耕牛，一方面侵害了被害人的所有权份额，同时侵害了被害人在约定期间管理使用耕牛的本权[86]，另一方面，也侵害了被害人单独占有耕牛的权利，此三者存在差异，此时，如何排序，何者为侵犯法益，抑或构成所谓想象竞合？在此情形下，并不构成典型的想象竞合犯，原因在于不论认定其侵犯所有权、本权还是占有，都构成盗窃，系一罪而非数罪。

但在共同占有情形下，刑法学理上却已有过讨论。比如，盗卖共同占有的财物是构成侵占罪还是盗窃罪，有观点依据所有权说认为构成盗窃罪[87]；有观点则认为，“在对等、平行者之间成立共同控制关系，其中一方避开另一方实施非法占有财物的行为，就是将对方交给自己占有的财物侵吞了，这无疑是侵占

---

[85] 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 838 页。

[86] 就该本权的性质存在争议，上文专门讨论过。

[87] 参见高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社 1988 年版，第 584 页。

而不是盗窃。”[88]也有观点进一步认为，此时构成想象竞合，既构成盗窃罪，也构成侵占罪，“但由于盗窃罪和侵占罪之中，盗窃罪属于重罪，因此，按照对想象竞合犯从一重处的处理原则，以上行为最终还是要成立盗窃罪”。[89]

上述按照想象竞合犯从一重处的方式，对于解决同一行为既侵犯所有权，又侵犯本权或占有的情形，亦值得借鉴。原因在于其可以与民事理论相对应，共有人侵害共有物，上文述及，其民法上的效果是其他共有人得主张物权请求权、违约损害赔偿请求权、不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权或占有保护请求权，这些请求权在民法上亦构成竞合(或聚合)，仅与刑法上择一重处的方式不同，民法上采取请求权人择一行使的方式。同时，由于共有存在份额和共同占有两种方式，故参照想象竞合犯从一重处时，其依据不仅是罪名，尚有犯罪数额的考量。

(三)小　　结

共有财产，不区分按份共有和共同共有，皆构成共有人财产犯罪的客体。民法上对共有财产的所有权、占有和侵害，与刑法上共有财产犯罪的法益形成对照，但并非完全一致，本文侧重将民法上的份额和共同占有引入对共有财产犯罪的法益认定中。然而，关于财产犯罪的法益，其本身争议较大，尚未形成通说，在同一行为使得所有权、本权和占有都受到侵害时，究竟何者为其法益，存在解释上的困难。

以盗窃按份共有物犯罪为例，其所侵犯的法益即可能存在如下不同的解释路径：(1)依据所有权说，系侵犯所有权，对象为其他共有人的份额，构成盗窃罪，自己的份额并非盗窃对象；(2)所有权说结合本权说，侵犯他人份额为侵犯他人的所有权，盗窃自己份额为侵犯他人合法占有所依据之本权，都构成盗窃；(3)依据占有说，其他共有人单独直接占有情形，系侵犯其他共有人的合法

---

[88] 参见刘明祥：《论刑法中的占有》，《法商研究》2000年第3期。

[89] 黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009年第1期。黎宏随后指出：“顺便说一下，盗窃的数额，应当是对方所应当占有的份额。比如说，上述笔记本电脑总价款两万元，甲、乙各自出资一万元的话，则甲的盗窃数额为一万元。”这里没有说明侵占罪的犯罪数额，倘若以全额算的话，恐怕并不一定构成侵占罪刑罚轻，构成盗窃罪刑罚重。

占有，构成盗窃罪，对象为整个共有物；(4)共同占有情形，依据占有说，构成盗窃罪，对象为整个共有物。(5)共同占有情形，依据所有权说，既构成盗窃罪，又因在先的合法占有构成侵占罪，系想象竞合。调和此些法益学说，本文倾向于采取参照或适用想象竞合犯从一重处的方式，同时认为从一重处的依据不仅是罪名，尚有犯罪数额的考量。

四、犯 罪 数 额

如上文所述，王菊牙案和刘汉福案虽然都认定所控罪名成立，但是对于犯罪数额的认定却有很大差异。从王菊牙案和刘汉福案的判决理由来看，两案依据为法益侵犯之“所有权说”，对犯罪数额的认定上，实际依照民法通说，严格区分了按份共有和共同共有。尤其是关于按份共有系属有份额的共有，故此，王菊牙侵害的系他人的份额；而共同共有系属不分份额的共有，刘汉福侵犯的是整个共有物所有权；由此认定王菊牙案盗窃数额当中减去了其应有部分(即其与被害人共有耕牛之一半份额)，而刘汉福案抢劫数额则为全额。鉴于此，有必要就侵犯共有财产犯罪数额的认定问题专门讨论。

(一) 财产犯罪的数额概述

犯罪数额是我国经济犯罪、职务犯罪定罪量刑的重要依据。[90]其与犯罪行为相关联，体现犯罪行为的社会危害程度，系以货币形式表现的经济价值量作为犯罪定罪量刑的依据。在我国刑事立法与司法解释中，以数额作为定罪量刑依据的罪名超过一百个。[91]在我国规定数额的条文中，有的条款规定必须达到数额较大或数额巨大的才能构成犯罪[92]，比如盗窃罪、诈骗罪；有的条款则规

---

[90] 伞明：《对平衡经济犯罪数额与量刑关系的法律思考》，《法制与社会》2011 年第 3 期。

[91] 参见陈磊：《犯罪数额规定方式的问题与完善》，《中国刑事法杂志》2010 年第 8 期。

[92] 比较法上，有学者指出，除中国刑法外，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。参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 575 页。而“我国刑法理论界大多数观点认为外国刑法中都没有关于犯罪数额的规定”，参见徐立：《犯罪数额问题研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 18 卷，北京大学出版社 2006 年版，第 503 页。

定以具体的数额作为罪与非罪的区分标准；有的以具体数字加上比例作为定罪量刑和划分量刑的标准。[93]简言之，在我国刑法中，犯罪数额认定既是量刑依据，也可能是定罪依据。何谓犯罪数额，刑事立法及司法解释并未给予明确界定，学理上有不同的定义[94]，这意味着其认定标准和最终数额一般需要在个案中具体地确定。

（二）侵犯共有财产犯罪的数额认定

侵犯共有财产犯罪，属于财产犯罪一种，其犯罪数额的确定，一方面受共有类型区分之影响，比如王菊牙案和刘汉福案即体现了差异，而另一方面，又受不同法益学说之影响，对于罪与非罪、此罪与彼罪的判断，亦能导致最终认定之犯罪数额存有不同。故此，宜分述之。

1. 按份共有和共同共有区分之影响

严格意义上讲，根据《物权法》第 93 条至第 95 条相对抽象的规定，再结合目前通说，共有物并无单独所有权意义上的所有权人：首先，单个共有人不能认为即是共有物的单独所有权人，此时不区分按份共有和共同共有；其次，共有关系（或共同体）并未形成独立的法律人格，故此，共有物亦不归属于独立的共同体，此时，亦不区分按份共有和共同共有；再次，由于未形成区别于法人的独立人格，故在共有物的归属问题上，必然共有物相对于每个共有人而言，又并非完全意义上的“他人之物”，此处，亦不区分按份共有和共同共有。

上文已述及，民法上按份共有与共同共有主要的区分为按份共有相对于共同共有有着显性的份额，共同共有相对于按份共有存在基础关系。份额意味着按份共有人在共有物上存在可单独计算的价值，此系王菊牙案在计算犯罪数额时减去其份额之理由。然而，共同共有亦有潜在的份额，刘汉福案所采审理意见认为夫妻共同财产因婚姻关系存续，无法区分出共同财产中特定物

---

[93] 参见徐立：《犯罪数额问题研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 18 卷，北京大学出版社 2006 年版，第 500 页。

[94] 张勇、高新杰：《犯罪数额问题研究》，《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2002 年第 29 卷第 5 期；刘华：《论我国刑法上的数额及数量》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 2 卷，中国政法大学出版社 1998 年版，第 573 页以下。

的归属或份额之看法，并不精确，实际上，共同共有并不仅针对整个共有财产，而同样针对组成共有财产的单个物，我国《物权法》第 95 条则直接规定了以单个物（不动产或者动产）为共同共有的客体[95]，承认共同共有存在潜在的份额，意味着组成共同财产的单个共有物上也有潜在的份额，依据《物权法》第 95 条以下关于共同共有的规定，夫妻平等地享有共有物的所有权，在无特别事由时，可以推定该潜在份额是均等的。就此而言，所有权意义上的份额并不必然对按份共有和共同共有形成区隔，从而亦不导致涉及两者之犯罪数额认定上的差异。

至于共同共有的基础关系（共同关系），却反过来会对刘汉福案犯罪数额的认定产生影响。本文已述及，民法通则和物权法规定的共同共有为一般法，婚姻继承法规定的共同共有为特别法，特别法基于其特殊法理念，可以对一般法作出一定调整，从而就具体共同共有可优先适用特别法。而夫妻共同财产，既受物权法规则规范，同时也为夫妻共同生活之法价值所约束，各共有物在归属意义上，相较于普通按份共有，更加不分彼此，这意味着，就受侵害程度而言，共同共有因其关系紧密而要弱一些。故此，倘若同样依据份额来确定犯罪数额，就价值比例而言，本文认为，刘汉福案并不必然应当比王菊牙案高，相反，却有理由认定其适当低于王菊牙案。

以上主要是从财产归属（所有权）角度，主张共同共有亦存在份额，并因共同共有人结合关系更为紧密，在涉及共同共有犯罪数额的计算上，同样有理由以份额为标准，且其比例并不当然高于按份共有。从占有的角度而言，按份共有和共同共有，同样，既可能是单独占有，也可能是共同占有，对于占有类型的确认，需根据个案判断，并非依据共有类型。

2. 不同法益学说之影响

本文第三部分“法益保护”分析了惩罚侵害共有财产犯罪所保护的法益，给出了五种不同的解释路径，依据这些不同解释路径，犯罪数额之确定亦不尽

---

[95] 解释上，从共同共有单个物到共同共有各物组成的财产，逻辑障碍并不大，至于为何处分单个物和处分物的集合（财产）有差异，则主要是特别法的规范调整使然，而此种调整不应影响或改变归属意义上对于单个共有物的所有权。

相同。而这些犯罪数额之认定，亦应作为参照想象竞合犯择一重处之依据。下面区分被害人单独占有和与犯罪嫌疑人共同占有两种情形，以盗窃共有物为例，分述之。

(1) 被害人单独占有共有物情形：①依据所有权说，系侵犯所有权，对象为其他共有人的份额，构成盗窃罪，自己的份额并非盗窃对象，犯罪数额仅为被害人份额折算之价值；②依据占有说，被害人单独直接占有情形，系侵犯其他共有人的合法、直接占有，构成盗窃罪，对象为整个共有物，犯罪数额依照整个共有物价值计算；③依据本权说，侵犯他人份额为侵犯他人的所有权，盗窃自己份额系侵犯他人合法占有所依据之本权，依据虽不同，但都构成盗窃，盗窃数额合并计算，为整个共有物之价值。

(2) 被害人与犯罪嫌疑人共同占有情形：①依据占有说，共同占有情形，构成盗窃罪，对象为整个共有物，盗窃数额为整个共有物价值[96]；②依据所有权说构成盗窃罪，又因在先占有构成侵占罪，系想象竞合；其中，盗窃罪的犯罪数额与侵占数额参照前述情形。

(三) 小　　结

就侵犯共有财产犯罪数额之认定而言，原则上并不需要对按份共有和共同共有区别对待，从所有权角度，都应当认可其份额。然而，不同的法益学说，以及共有财产之单独占有和共同占有，对于侵犯共有财产犯罪数额之认定却有影响，宜依据个案具体判断。

五、结　　语

我国刑法不同于德国刑法，以盗窃罪为例，后者明确规定他人之动产为盗窃对象，对于何者为他人之物的判断，依从民法规定[97]；我国《刑法》则规定“公

---

[96] 倘若参照民法上承认共同占有情形下，各共同占有人存在各自范围，则亦可讨论侵占份额问题。

[97] *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl., Nomos 2011, S. 36.

私财物”为盗窃对象，对于财产犯罪所侵犯法益——所有权、本权或占有之理解，亦非完全依照民法，此背景决定了讨论侵犯共有财产犯罪的特有语境。本文以一组侵犯共有财产刑事审判实例为切入，首先简单讨论了我国刑法学理关于惩罚财产犯罪法益保护的不同学说，再经由一般到特殊，结合民事共有立法和理论，探析侵犯共有财产犯罪所保护的具体法益，并指出依据不同学说，存在不同的解释路径。此外，侵犯共有财产犯罪所保护的法益，不仅对于定罪有意义，对于量刑，确切而言，对于犯罪数额的确定也有影响，导致后者之确定亦呈现不同样态。

虽然刑法学者也希望避免同样的事实状态在民法和刑法判断迥异[98]，但不可否认的是，包括共有、占有在内的民法概念，在我国刑法学界，有着不同的理解。财产犯罪中的法益和民法上的权利，财产犯罪中的占有和民法上的占有，所呈现的并非简单的主从关系或对照关系，而是互为交叉、犬牙相错的关系，这对于民事审判的影响并不大，但对于刑事定罪量刑，尤其是罪与非罪、此罪与彼罪的影响较大，如何解决其衔接问题，恐已超出本文范畴。

[98] 比如黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009 年第 1 期。

图书在版编目（CIP）数据

域外中国法评论. 第2辑/卜元石主编. —上海：上海人民出版社，2012
ISBN 978-7-208-10577-5

Ⅰ. ①域… Ⅱ. ①卜… Ⅲ. ①法律—中国—文集 Ⅳ. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第029867号

责任编辑　张应逸
封面装帧　王小阳

域外中国法评论
（第二辑）2011
卜元石 主编
世纪出版集团
上海人民出版社出版
（200001　上海福建中路193号　www.ewen.cc）
世纪出版集团发行中心发行
常熟市新骅印刷有限公司印刷
开本720×1000　1/16　印张25　插页2　字数363,000
2012年4月第1版　2012年4月第1次印刷
ISBN 978-7-208-10577-5/D·2047
定价 48.00元

域外

中国法评论

（第二辑）2011

卜元石　主编

上海人民出版社

Falllösung 1

Sachverhalt

A und B waren gemeinsame Eigentümer einer Kuh. Das Tier hatte einen Wert von RMB 1.800. Jeder trug 50% des Kaufpreises und der weiteren Aufwendungen. A und B versorgten die Kuh jeweils abwechselnd für einen Monat. Eines Tages nahm A die im Stall von B gehaltene Kuh weg. Als A die Kuh verkaufen wollte, lief sie fort.

Fragen: (1) Ist die Tat von A ein Diebstahl? (2) Wenn ja, wie hoch ist die gestohlene Summe? RMB 1800 oder RMB 900?

Frage 1

Einen ***Diebstahl*** begeht nach Schweizer Recht, «***wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern***» (Art. 139 StGB[1]).[2] Vorausgesetzt sind also eine «fremde bewegliche Sache», ein diesbezüglicher Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, in der Regel eigenen Gewahrsams sowie der Wille zur Bereicherung.

Beim Begriff der ***beweglichen Sache*** bezieht sich das Strafrecht auf den *Begriff des Fahrniseigentums des zivilrechtlichen Sachenrechts* (Art. 713 ZGB[3]):[4] Gegenstand des Fahrniseigentums sind «*die ihrer Natur nach beweglichen Sachen*», d.h. all diejenigen Sachen, die keine Immobilien (Grundstücke) oder mit solchen untrennbar verbunden sind. Nach schweizerischem Recht sind Tiere wie die hier in Frage stehende Kuh – gemäss einer Gesetzesänderung vom 4. Oktober 2002 – keine Sachen (Art. 641a Abs. 1 ZGB). Soweit allerdings keine besonderen Regeln bestehen, gelten auch für Tiere die auf Sachen anwendbaren Gesetzesvorschriften (Art. 641a Abs. 2 ZGB); insbesondere diejenigen über das Eigentum (Art. 641 ff. ZGB) und den Besitz (Art. 919 ff. ZGB), aber auch diejenigen des Strafrechts (Art. 110 Abs. 3bis StGB). Auf die Kuh – zweifellos nicht untrennbar mit einem Grundstück verbunden – ist damit der Begriff der beweglichen Sache anwendbar.

Als «***fremd***» gilt eine ***Sache*** im strafrechtlichen Sinn, wenn sie *weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos* ist, d.h. keinen Eigentümer hat. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass A und B gemeinsame Eigentümer der Kuh waren.

Das Schweizer Zivilrecht kennt *zwei Typen des gemeinschaftlichen Eigentums*: Das *Miteigentum* (Art. 646 ff. ZGB) und das *Gesamteigentum* (Art. 652 ff. ZGB).[5] Sie unterscheiden sich einerseits nach

---

[1] Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 13. Dezember 2002 (StGB).

[2] Vgl. hierzu und zum Folgenden STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI, Kommentar zu Art. 137 ff. StGB, in: Trechsel *et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008; MARCEL A. NIGGLI, Kommentar zu Art. 137 StGB bzw. MARCEL A. NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Kommentar zu Art. 139 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch II, Basler Kommentar zu Art. 111–401 StGB, Basel 2003.

[3] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB).

[4] Vgl. hierzu und zum Folgenden HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Bern 2000; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Kommentar zu Art. 646–654a ZGB, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Zürich 2007.

[5] Vgl. hierzu und zum Folgenden wiederum HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Bern 2000, N 605 ff.; BARBARA GRAHAM-

der Art der Rechtsbeziehung zwischen den gemeinschaftlichen Eigentümern und andererseits in der Beschaffenheit der Rechtsposition an der gemeinschaftlichen Sache. So setzt das Gesamteigentum zur Entstehung ein besonderes, auf Gesetz oder Vertrag beruhendes persönliches Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten voraus (wie z.B. die Verbindung als Erbengemeinschaft oder als vertragliche einfache Gesellschaft), das Miteigentum hingegen nicht. Beim Miteigentum kommt jedem der gemeinschaftlichen Eigentümer eine weitgehend selbständige Rechtsposition an einem ideellen Bruchteil (Quote) an der Sache zu, über den er selbständig verfügen kann. Die Gesamteigentümer dagegen können über die Sache nur gemeinsam und als ganze verfügen.

Strafrechtlich kommt dieser *Unterscheidung in Bezug auf den Diebstahl allerdings keine Bedeutung* zu. «Fremd» ist eine Sache sowohl für den Mit- als auch für den Gesamteigentümer, da in keinem dieser Fälle Alleineigentum vorliegt. Die im gemeinsamen Eigentum des A und des B stehende Kuh ist somit aus der Sicht des A als «fremd» zu betrachten.

Sodann ist das Tatbestandselement der ***Wegnahme zur Aneignung***, d.h. des *Gewahrsamsbruchs zur Begründung eigenen Gewahrsams* zu untersuchen. Als Gewahrsam wird die Herrschaftsmacht mit dem Willen zur Herrschaftsausübung über eine Sache bezeichnet. Der Gewahrsamsinhaber muss, mit anderen Worten, die faktische Möglichkeit und den Willen haben, über die Sache wie ein Eigentümer zu verfügen. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich «nach den Regeln des sozialen Lebens».[6]

Zweifellos besteht an einer in einem Stall gehaltenen Kuh Gewahrsam durch diejenige Person, welche die Kuh in diesem Stall hält. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob die Kuh jeweils abwechselnd für einen Monat im Stall des A und danach für einen Monat im Stall des B gehalten wurde oder ob die Kuh nur im Stall des B gehalten und dort von A und B jeweils abwechselnd versorgt wurde. Je nach dem hätte an der Kuh jeweils Alleingewahrsam oder Mitgewahrsam, d.h. Gewahrsam durch A und B gemeinsam vorgelegen. Wie schon bei der Unterscheidung von Mit- oder Gesamteigentum kommt allerdings der Frage des Allein- oder Mitgewahrsams in Bezug auf den Diebstahl keine Bedeutung zu. Ein Gewahrsamsbruch liegt durch die Wegnahme der Kuh in jedem Fall vor, solange A keinen Alleingewahrsam, sondern höchstens Mitgewahrsam gehabt hat.

Die Begründung neuen Gewahrsams durch A ergibt sich sodann daraus, dass er die Kuh zu verkaufen suchte; darin drück sich nach den Regeln des sozialen Lebens sein Wille aus, über die Kuh wie ein Eigentümer verfügen zu wollen. Damit ist auch die Voraussetzung der Wegnahme zur Aneignung erfüllt.

Die ***Absicht, sich*** durch die Wegnahme der Kuh aus dem Stall des B ***zu bereichern***, ergibt sich schliesslich ebenfalls aus der Tatsache, dass A die Kuh zu verkaufen suchte; dass sie dabei fort lief, ändert daran nichts. Auch diese Voraussetzung ist gegeben.

Insgesamt liegen damit nach schweizerischem Recht die Tatbestandsvoraussetzungen des Diebstahls vor. Die Tat des A ist ein Diebstahl.

Frage 2

Die ***Höhe der gestohlenen Summe*** ergibt sich aus dem der geschädigten Partei, d.h. aus dem B zugefügten (zivilrechtlichen) Schaden. Als ***Schaden*** wird nach schweizerischem Recht die unfreiwillige

---

SIEGENTHALER, Kommentar zu Art. 646–654a ZGB, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Zürich 2007.

[6] Statt vieler vgl. BGE 132 IV 108, 118 IV 209, 115 IV 104.

Vermögensverminderung bezeichnet, die sich aus der ***Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand berechnet, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte***.[7]

Der Wert der Kuh betrug RMB 1.800. Aufgrund des gemeinschaftlichen Eigentums *an der Kuh gehörte* davon *A und B* mangels anderer Abrede (Art. 646 Abs. 2 bzw. 653 Abs. 1 ZGB) *jeweils die Hälfte*; im Fall der Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums wäre die Kuh entweder an Dritte verkauft und der Erlös zwischen A und B hälftig geteilt worden oder die Kuh wäre von einem der beiden unter Auszahlung des halben Werts an den anderen zum alleinigen Eigentum übernommen worden (Art. 651 Abs. 1 bzw. 654 ZGB). So oder anders betrug die unfreiwillige Vermögensminderung bei B durch den Diebstahl RMB 900.

Diebstahl wird mit ***Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe*** bestraft (Art. 139 StGB), wobei bei geringfügigen Delikten auch eine blosse Busse möglich ist (Art. 172ter StGB). In der Schweiz gelten Delikte mit einer Deliktsumme von weniger als CHF 300 als geringfügig.

Die Strafe bemisst sich «***nach dem Verschulden des Täters***», wobei «das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wiederum «wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden» (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Da vorliegend aus dem Sachverhalt über den Täter wenig bekannt und auch die Praxis der Gerichte nicht greifbar ist, kann über die Strafzumessung im konkreten Fall wenig gesagt werden. Die Deliktsumme ist zwar nicht hoch, aber sofern die Kuh einen wichtigen Teil des Lebensunterhalts von A und B ausgemacht hat, müsste doch von einem im konkreten Fall nicht leichten Delikt ausgegangen werden, weshalb mit einer Freiheitsstrafe und nicht bloss mit einer Geldstrafe zu rechnen ist.

Falllösung 2

Sachverhalt

A und B sind verheiratet. Es besteht zwischen ihnen keine Gütervereinbarung. A trifft B auf der Straße und entwendet ihr unter Gewaltanwendung RMB 100.000.

Fragen: (1) Ist die Tat von A ein Raub? (2) Wenn ja, wie hoch ist die geraubte Summe? RMB 100.000 oder RMB 50.000?

Frage 1

Einen ***Raub*** begeht nach Schweizer Recht, «***wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht***» (Art. 140 StGB).[8] Vorausgesetzt sind also ein Dieb-

---

[7] PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2847 ff.

[8] Vgl. hierzu und zum Folgenden STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI, Kommentar zu Art. 137 ff. StGB, in: Trechsel *et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008; MARCEL A. NIGGLI, Kom-

stahl, d.h. wie bereits in der Falllösung 1 eine «fremde bewegliche Sache», ein diesbezüglicher Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, in der Regel eigenen Gewahrsams sowie der Wille zur Bereicherung. Der Unterschied besteht allein darin, dass der Bruch des Gewahrsams beim Raub durch Gewaltanwendung geschieht; für die Voraussetzungen kann deshalb weitegehend auf die Ausführungen der Falllösung 1 verwiesen werden.

Banknoten und Münzen fallen nach schweizerischem Recht unter den Begriff des Fahrniseigentums, sind also ***bewegliche Sachen***. Als «***fremd***» gilt eine ***Sache*** im strafrechtlichen Sinn, wenn sie *weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos* ist, d.h. keinen Eigentümer hat. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass B die in Frage stehenden RMB 100.000 auf sich trägt. Über die Eigentumsverhältnisse an den RMB 100.000 sagt der Sachverhalt nichts; es ist deshalb vorab zu klären, ob sich aus der Tatsache, dass A und B verheiratet sind, etwas über die Eigentumsverhältnisse ableiten lässt.

Das Schweizer Zivilrecht kennt *drei eheliche Güterstände*: Die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB), die Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) und die Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB).[9] Vereinbaren die Ehegatten die Gütergemeinschaft, entsteht an ihren Vermögenswerten Gesamteigentum; vereinbaren die Ehegatten hingegen die Gütertrennung, so verbleibt das Eigentum beim jeweiligen Ehegatten. Treffen die Ehegatten keine Vereinbarung über den ehelichen Güterstand, sieht das Gesetz den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung vor. Auch unter diesem Güterstand verbleibt das Eigentum an den Vermögenswerten beim jeweiligen Ehegatten; während der Ehe hinzugekommene Einkünfte werden erst bei Auflösung der Ehe (durch Scheidung oder Tod) zwischen den Ehegatten verteilt.

Da A und B zwar verheiratet sind, aber über den ehelichen Güterstand keine Vereinbarung getroffen haben, unterstehen sie der Errungenschaftsbeteiligung. Daraus wiederum folgt, dass die in Frage stehenden RMB 100.000 im Alleineigentum der B stehen (zumindest ergibt sich aus dem Sachverhalt nichts anderes) und somit aus Sicht von A als «fremde Sachen» zu betrachten sind.

Die Voraussetzung der ***Wegnahme zur Aneignung*** (vgl. dazu auch Sachverhalt 1) ergibt sich ohne Weiteres aus der gewaltsamen Entwendung des Geldes. Auch von der ***Absicht, sich bereichern zu wollen***, darf im Falle eines Gelddiebstahls wohl ohne Weiteres ausgegangen werden (auch hier ergibt sich aus dem Sachverhalt nichts anderes). Schliesslich folgt auch die letzte Voraussetzung des Raubes, die ***Gewaltanwendung***, direkt aus dem Sachverhalt.

Insgesamt liegen damit nach schweizerischem Recht die Tatbestandsvoraussetzungen des Raubes vor. Die Tat des A ist ein Raub.

Frage 2

Die ***Höhe der gestohlenen Summe*** ergibt sich aus dem der geschädigten Partei, d.h. aus dem B zugefügten (zivilrechtlichen) Schaden. Als ***Schaden*** wird nach schweizerischem Recht die unfreiwillige Vermögensverminderung bezeichnet, die sich aus der ***Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand***

---

mentar zu Art. 137 StGB bzw. MARCEL A. NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Kommentar zu Art. 140 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch II, Basler Kommentar zu Art. 111–401 StGB, Basel 2003.

[9] Vgl. hierzu und zum Folgenden ALEXANDRA RUMO-JUNG, Kommentar zu Art. 181–251 ZGB, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-, Familien- und Erbrecht, Art. 1–640 ZGB, Zürich 2007.

des Vermögens und dem Stand berechnet, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.[10]

Der Wert des geraubten Geldes betrug RMB 100.000. Weil das Geld im Alleineigentum der B stand, betrug die unfreiwillige Vermögensminderung bei B durch den Raub RMB 100.000.

Raub wird mit ***Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe*** bestraft (Art. 140 StGB). Für die Strafbemessung kann wiederum auf die Ausführungen der Falllösung 1 verwiesen werden. Auch hier ist aus dem Sachverhalt über den Täter wenig bekannt und die Praxis der Gerichte nicht greifbar, weshalb über die Strafzumessung wenig gesagt werden kann. Da Raub allgemein ein schwereres Delikt ist als ein blosser Diebstahl und die Deliktsumme höher als in der Falllösung 1, ist hier mit einer schwereren Strafe zu rechnen.

---

[10] PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2847 ff.