

论故意毁坏财物罪中的“毁坏”

——“有形的影响说”之提倡

张梓弦

【摘要】认定故意毁坏财物罪的关键在于如何解释“毁坏”这一构成要件要素。德日刑法理论对“毁坏”存在不同见解。诸多见解的对立在于,是选择对财物的所有权人予以概括性的保护,还是在刑法明确性原则所允许的范围内对毁坏进行限制性解释。我国学说以及判例对于“毁坏”这一构成要件要素的解释,亦经历了由“物质性侵害”逐渐转向“效用侵害”的过程,不过从整体的角度而言,学界对于故意毁坏财物罪的探讨仍不及要害,对于“财物剥夺”以及“财物外观侵害”等特殊行为类型之反思亦不多见。因此,有必要重新审视我国故意毁坏财物罪中的“毁坏”这一概念。毁坏的语义学基础在于其对财物的有形之影响,但这并非指代手段行为的有形力,而应着重考察行为对于财物本身是否存在直接且有形的影响。

【关键词】故意毁坏财物;有形的影响;(单纯的)财物剥夺;间接损坏

【作者简介】张梓弦,东京大学法学研究科。

【原文出处】《法学》(沪),2018.7.101~116

一、问题的提出

我国《刑法》第275条规定,“故意毁坏公私财物,数额较大或者有其它严重情节的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;数额巨大或者有其它特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑。”由于条文过于精炼,就如何解释“毁坏”这一概念而言,需在文本之外另下苦工。若从生活用语中的“毁坏”一词出发进行理解,故意毁坏财物的行为样态似乎仅包含物理层面的侵害。基于此最为贴近生活层面的解释方式,将“毁坏”理解为一般人所能够捕捉的一种财物侵害方式即为最为原始的解释路径。例如,部分日本学者所主张的“物理毁弃说”,便是将“毁坏”一词理解为“对物体的全部或者部分进行物质性的毁损”。同样,德国学界也存在着“物质侵害说”,其构想也是基于对法条文本的尊重,并将毁损解释为针对财物本身的物质性侵害。可以看出,此类学说实际上是为了防止对毁坏财物罪构成要件解释的肆意

扩张,在结合刑法的明确性原则的同时,以最为贴近文本原意的方式展开的探讨。

不过,在财物这一概念随着时间的推移而日新月异的当下,对财物的毁坏也就不存在仅停留在物理层面的必然性;在财物本身的价值之外,所有权人对相应财物的使用价值,也愈发值得保护与重视。因此,不少学者认为,有必要适当地扩张对于毁坏仅限于物理层面的单一性理解。现今被视为主流的“效用侵害说/状态变更说”,便是对毁坏概念进行扩张的产物。该说一方面考虑到了对于财物的保护并不仅限于避免其物质层面的损坏,另一方面认为但凡妨害了所有权人对财物的使用便有构成故意毁坏财物罪的余地。毋宁说,效用侵害说将毁坏的概念扩张解释为了“一切排除所有权人行为对财物之权利的行为”,旨在消除所有可能存在的处罚间隙。

以物质层面的损坏为基础之学说与以效用层面的侵害为基础之学说的对立在于:是应恪守刑法明

确性之原则,将毁坏财物罪限制在一定的范围之内;抑或对构成要件予以实质性解释,对财物的所有人予以周全之保护。这两种极端对立的解释倾向似乎在宣示两种截然不同的价值观,实则是在解决“究竟何种行为模式符合故意毁坏财物罪”这一构成要件内部问题。是否存在一种权衡各方利弊的学说,既可顾全罪刑法定主义及刑法明确性之要求,也可对所有权人的财物予以恰如其分之保护,从而妥当地区分故意毁坏财物罪与非罪之界限,便是本文所要讨论的问题。

二、毁坏财物罪的域外学说及判例

(一)域外学说及其经验

《德国刑法》第303条第1项规定:“违法损坏或破坏他人之物者,处两年以下自由刑或罚金。”同条第2项规定:“在不具有权限时,对他人之物的外观进行了并不轻微且并非暂时性的变更者,处与前项相同刑罚。”其中,损坏(beschädigen)与破坏(zerstören)这两种行为模式在构造上并不存在区别,其不过彰显了对于财物的作用程度之不同,即后者的程度要远超前于前者。^①另外,第303条第2项为德国于2005年修法时所新增,即在一般的对于财物构造的物理性侵害之外,财物的外观原则上也成为保护对象。^②《日本刑法》第261条规定:“损坏抑或伤害他人之财物者,处三年以下惩役或三十万日元以下罚金。”本条的损坏这一概念虽未像德国那般依据对财物的作用程度而有所区分,但日本刑法额外地用伤害一词规避了在伤害他人所饲养的动物之情形下的解释论层面的问题,也不失为其一大特色。在伤害这一概念本身便毫无争议地可以与损坏并行而论的现今,完全可以把《德国刑法》第303条第1项与《日本刑法》第261条进行同等比较。从这个角度出发,德日有关于损坏财物罪的理论亦可进行同样的类比。

1. 对损坏概念进行概括性理解的学说

在德日理论中,损坏财物罪无一例外地被定位为“侵犯所有权的犯罪”。如开篇所述,对于损坏概念的界定会基于不同的价值判断而存在差异。部分重视对所有权人之保护的德国学者认为,损坏于学理层面可解释为“一切使财物状态变更之行为”,即所谓的“状态变更说”。^③其中,Schroeder认为,“损坏

财物是对于某财物的状态变更,即对财物所有人就持有该财物所享有的利益的不利变更”;^④Kindhäuser认为,“当某财物的状态被并非不显著的手段予以了不利变更时,该财物即为被损坏。在判断此点时,财物眼下的状态是具有决定性意义的”;^⑤Stree/Hecker则认为,“当作用于财物的影响使得其发生了诸如‘依照用途的使用可能性有着显著减损’或者‘其完整功效不再能被加以利用’等变化时,可以肯定‘损坏’的存在”。^⑥具体而言,此说认为损坏的内涵应超越“物质性损坏”以及“功能性障碍”这两个层面,并将一切有违所有人之利益的状态变更均解释为“损坏”。^⑦据此,在利用物理手段损坏财物这一行为类型之外,任何违反所有权人的意志而将“财物的外观”予以改变的行为也同样符合损坏财物罪的构成要件。^⑧

不难看出,支持此说的学者旨在将民法中对于所有权予以概括性保护的立场完全套用至刑法中,即民法层面所赋予的应被保护的所有权之内容同样也应在刑法中予以同等的保护。^⑨例如,《德国民法》第903条规定:“以不违反法律和第三人利益为限,所有权人可随意处分其所有之物,并排除他人一切干扰。”第1004条规定:“所有权人受到剥夺或者扣留占有以外的其他方式的侵害时,可以要求妨害人排除妨害。”显然,状态变更说所主张的应当被视为损坏财物罪的行为,与德国民法所规定的侵害所有权人权利之行为具有相当程度的重叠。据此,民法对于所有权的保护也势必会伴随着刑法层面的效果。

同样,在日本,以“概括性保护财物效用”为立足点的“效用侵害说”也得到了诸多支持。^⑩日本的效用侵害说虽不像德国的状态变更说那样广泛地将财物内在及外在的状态作为保护对象,但由于该说将损坏定义为“对财物效用予以侵害的一切行为”,从本质上与德国的状态变更说类似,均为对于损坏概念进行概括性理解的学说。亦即,即便不存在物质性损坏,侵害财物效用的行为也自然地实现了与之同等的非法内容,这种理解方式亦可填补只着眼于物理性损坏从而形成的处罚间隙。^⑪效用侵害说和前述物质侵害说之分歧在于以下三点:(1)实施了违背所有人意思的占有转移从而使得所有人不可能再

对财物进行利用；(2)单纯地剥夺财物，使得财物的占有丧失；(3)侵害了财物的清洁感或美观从而使得所有人从感情或者心理层面不可能再利用该财物。^⑫依据后述物质侵害说，上述三种情形均无罪，但根据效用侵害说上述三种情形均成立损坏财物罪。由此观之，在效用侵害说的观点下，无论是直接地剥夺所有人对于财物的占有或是间接地妨害所有权人对于财物之利用的行为，但凡该行为有违所有权人对于财物之利用的初衷，皆可成立损坏财物罪。

但是，将“损坏”概念进行如此宽泛解释的根据何在，支持状态变更说的学者们却未能给予合理的答复。例如，当完全不考虑损坏的持续性或修复可能性而一概地认定只要侵犯了效用便可成立犯罪时，那么行为人若将他人翻开的某页书合上，从而使他人需费尽周折才能再次找到该页码；^⑬或者将所有人按照自己的美学感官无序堆砌的木柴以认真有序的方式堆砌好的行为，同样构成损坏财物罪。^⑭另外，若某一交通事故中的肇事司机亲自对事故中被撞坏的车辆予以维修，但该车辆的所有人却执意希望自己的车在自家工厂维修的情况下，该肇事司机的行为也难逃成立损坏财物罪的命运。^⑮虽然在要求犯罪成立必须达到一定数额的中国，此类案例并不会进入司法机关的视野，但这种将所有的效用保护都囊括至其中的观点，必然会使损坏财物罪的涵盖范围甚广，从而将本身可用民法评价的行为全部纳入到了刑法的评价体系之中，有违刑法的最终手段性原则。从另一个角度来讲，一旦某行为人的行为违背了所有权人对某财物所构想的价值，似乎也没有了不成立损坏财物罪的余地。可见，此类将损坏进行概括性理解的学说无疑是将损坏财物罪的保护法益由“财物的所有”偷换为了“财物所有人的主观意思”，将损坏财物罪的构成要件拟制成了“针对所有权人对于财物的处分自由之行为”。^⑯

还需注意的是，德日学者经常讨论到的一种情况是“单纯地对于财物的隐匿和剥夺”，若根据德日对于损坏所进行概括性理解的学说，隐匿和剥夺行为同样也是妨碍所有权人利用财物之效用的一种手段，也可构成损坏财物罪，但德国学界通说对于财物的剥夺却无一例外地认为其不可罚。^⑰究其原因还

是在于剥夺和隐匿本身超越了损坏这一概念的语义层面所能涵盖的内容。这也正表明，支持概括性理解损坏这一概念的学者们在极端地保护所有权人的同时，仍需顾及到对于法条文本的解释界限。

2. 对损坏概念进行限定性理解的学说

与状态变更说相对，德日均有学者主张应在脱离法条内涵、以保护状态为视角的学说之外，另辟一条以遵循条文文本的解释路径。基于此要求，“物质侵害说”则被视为最近乎“本真”的思考方式。顾名思义，物质侵害说的内容在于将损坏理解为“对财物物质层面的侵害”。例如，Schmoller认为，在考虑某一行为是否成立“损坏”时，其必须使得“财物自身被予以损坏，并且为财物带来一种明显可见的损耗”；^⑱Kargl认为，损坏财物罪的解释论视角应“回归财物本身”，^⑲进而指出，“语义或者体系性的解释方式都没有阻碍以法益为本位的解释去将财物使用价值的问题转为权利人的视角来加以澄清，但是当我们用作为必要条件的刑法明确性这一基准去加以衡量之时，主观的视角则会急剧丧失说服力”。^⑳从支持物质侵害说的学者们的论述来看，《德国基本法》第103条所引申出的“刑法明确性原则”则是在探寻“损坏”这一概念的解释路径时的底线之所在^㉑。现行《德国刑法》第303条第1项的文辞为“损坏”，那么当某一行为不能谓之“损坏”时，应认为针对该行为并不存在着明文规定，进而不可罚。显然，刑法明确性原则不仅仅制约立法，在解释构成要件之时亦是雷打不动的风向标。有鉴于此，Kargl指出：“基本法第103条第2项所规定的原则不仅仅是包含了立法者必须基于明确可把握的构成要件这一要求，它还被赋予的另一层意思是，在具有多重解释可能性需要选择优先适用之时，其可以给予构成要件一个更为概念清晰的轮廓”，“刑法仅仅在当其语言所表达的是一种具有普遍化可能性的实情之时，才可称之为明确且可预测。将这些法的安定性的基础思想适用于刑法第303条中的‘损坏’这一概念的解释之中，相应地结论也就毋庸置疑了。”在此之上，财物所有权人在利用财物时的主观目的则被排除在解释的范畴之外，“因为主观意思是因人而异的，而这在第三人来看是无法得知的。例如，某个配电箱或某个房屋应

是怎样的状态本就是基于所有权人对物的形状之自由意志而决定的”。^②

日本也有部分学者支持物质侵害说。如松原芳博所言：“若将损坏财物的不法内容理解为对财物本来的效用所予以持续性侵害，则有超脱文本所规定的‘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匿、谎称自己将餐具沾染了尿液等行为，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。如果将餐具浸过尿液的行为称之为‘损坏’、而将放走他人养的鲤鱼称之为‘伤害’的话，这明显是无视了语言的本意从而违反了罪刑法定原则。”^③在松原教授看来，“隐匿”或是“污染”等概念并不能包含在“损坏”这一概念之中，因为日本刑法单独规定了“信书隐匿罪”，其他一些条文中“损坏”与“除去”、“移动”以及“隐匿”等构成要件要素是并列规定的，也是表明了这些概念本身不能包含在“损坏”之内。

易言之，物质侵害说的出发点在于，所谓的使用可能性(效用)并不具有客观的“对物的意义”，而只是具有“对人的意义”。若将损坏理解为“违反所有权人的利益而对财物状态所做的一切变更”抑或“对财物使用可能性(效用)所实施的侵害”的话，无疑是将“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”作为了损坏财物罪所保护的客体，从而忽略了财物本身的物质性。这也恰是前述“状态变更说”的缺陷之所在。另外，刑法之所以要求成立盗窃罪必须具备“非法占有目的”，也是考虑到单纯地妨碍所有权人利用其财物的当罚性较低，因而将不具有非法占有目的的“妨碍利用型”行为排除在了可罚的框架之外，进而明确损坏财物罪的处罚范围。^④从这个角度而言，此种遵照罪刑法定主义而展开的解释路径具有一定的可取性。

但如前所述，财物的价值随着时间的推移已不仅仅停留在其物质的表面，更在于其内在的效用。若完全不考虑财物效用也可谓走向了另一个极端，即将损坏财物罪所保护的客体从财物的“所有权”偷换至了财物的“无损性”。如此一来，将机器中混入本不属于机器零部件的异物、将组装极为复杂的机

械解体，或是将机械中的某零件取出等行为，虽未对财物造成物理层面的损坏，但却严重妨碍了其使用可能性。当所有权人费尽时间和金钱都无法将此类机械还原如初之时，若一味地坚持行为人之行为不符合“损坏”未免过于狭隘。

3. 对损坏概念进行折中性理解的学说

上述两种对立的学说对应着本文前述两种截然对立的价值观。效用侵害说以对法益的极端性保护为导向，进而扩宽损坏财物罪之解释；而物质侵害说则恪守罪刑法定主义，进而限缩损坏财物罪的成立范围。因此，可否在二者间另寻一条折中的解释路径，也成了随之而来的争议点。顺应着这一要求，有学者认为对于损坏的理解应同时强调“物质性损坏”以及“效用侵害”进而提出了“有形侵害说”。

例如，Behm指出，在讨论损坏的定义时，既需限定对具有可罚性的损坏行为的理解，也要满足刑法明确性的要求。在这个大前提之下，解释损坏这一概念的核心便在于“物质侵害”以及“使用可能性减损”这两个视角，而违背所有权人主观利益、对财物状态之变更的情形则应排除在解释的路径之外。原因在于，损坏本为客观的构成要件要素，所以原则上某财物被所有权人所赋予的目的以及意义不应在考察的范围之内。^⑤再如，Fischer认为，损坏的前提是通过对于财物自身的物理性作用，从而致使其受到了显著的“物质性损坏”或是“持续性的使用可能性(效用)之减少”。^⑥两位学者均强调了物质以及效用层面的减损，但从Fischer的措辞来看，物质性损坏以及持续性的使用可能性减少的前提必须是行为人对财物施加了有形的作用。概言之，有形的侵害说实为一种阶段式的判断：第一阶段要求存在对于财物的有形作用，第二阶段要求基于此作用能够导致财物的物质性侵害或效用减损。

在德国学者看来，有形侵害说并未全盘否定状态变更说与物质侵害说。确切地说，此说是对前二者的归纳和补充。换言之，在判断损坏成立与否之时，当然可以着眼于该财物的状态或者物质本体是否存在不利于所有权人的变更，但无论如何，其前提是必须先存在着对于该财物的有形作用。有关此点，Zaczyk在注释书中写到：“损坏可以更确切地被

定义为,通过对财物施加影响从而使该财物的所有权遭受侵害。诸如此类的损坏可以是物质性侵害,可以是使用可能性的减损,也可以是物质性的变更……因此,只有在所有权人对财物的客观目的之设定被予以侵害时才可被视为(对于财物施加了)影响。”^②显然,不同于状态变更说,此说认为当且仅当行为人侵害了财物本身所传达出的内容表示以及明确的美学层面的效果时方可肯定损坏,而与此无关的单纯外观变更并不能够满足损坏这一构成要件。

与德国的阶段式思考略有不同,日本的有形侵害说则将损坏理解为“在物体之上施加有形力,从而使该物归于毁损,抑或侵害该物的效用或价值”。^③其中,同样是造成“物质性损坏”或是“效用减损”的结果,但日本学者对于有形侵害说的理解之关键在于“对物体施加有形力”。相应地,必须对财物施加有形力的这一要求也在一定程度内限缩了损坏财物罪的成立范围。例如,木村龟二认为,“将他人的鸟笼打开放飞其中的鸟、将养鱼池的闸门打开使鱼游走、将他人的财物隐匿等行为,并没有对财物施加有形力,即便侵害了其效用和价值,也很难认定为损坏财物罪。”^④显然,日本学者所主张的有形侵害说是用否定施加有形力的方式否定了对于财物的剥夺或隐匿的可罚性。

从解释论的角度而言,此说仍存在着些许有待商榷之处。首先,何种情况可称其为“对财物施加有形侵害”不甚明了。这个疑惑所导致的结果是,即便在支持有形侵害说的学者之间,对于同一行为是否属于对财物施加有形侵害也存在着相当大的争议。^⑤其次,是否应将所有权人之于财物的“目的设定”纳入到解释的范畴之内不得而知。现实生活中,同样的财物可能被赋予了诸多效用,其中不乏一些效用纯粹只是基于所有权人个人的喜好而生。在这种情况下,刑法的保护是应面面俱到抑或只应顾及财物原本的用途,仍需结合实际情况展开进一步的思考。但在笔者看来,有形侵害说的出发点无疑是最为稳妥的,其顾及到了作为损坏结果的物质侵害与效用的减损两个方面,并且将作为损坏前提的手段行为限定为了“对财物施加的有形作用”。从下面的判例分析也可看出,有形侵害说的立场也逐渐成

为了德国实务界的通说。

(二)域外判例的展开与流变

1. 德国判例对“损坏”的诠释:以双轨制判断为主导

早期的德意志帝国最高法院判例认为,损坏财物罪的成立必须存在对于财物的“物质性变更”以及“无损性的破坏”。^⑥但是,自1890年以来,德国的判例放弃了之前的判断基准,并将所有权人对于相应财物所设定的“目的功能”也纳入到了保护范畴之内。^⑦亦即,将损坏扩大解释到了“妨害财物的所有权人对该财物所赋予的功能”^⑧。随后的德国判例也都遵循此点,在对财物的物质性保护之外另寻他径。例如,德国联邦最高法院1982年的判例认为,认定财物损坏的方式在于是否存在显著的“物质性损坏”或是“使用价值减损”这两种情形。^⑨此前,联邦最高法院1979年的判例认为,若行为仅单纯地变更了财物的外观,对于财物的功能或是需要特别保护的与美观有关的目的没有触及,只不过是单纯地侵害了所有权人对于财物之外形的自由掌控,不应认定为损坏财物。亦即,对于既没有损坏财物的物质性也没有减损财物的使用价值之外观变更行为,不应认定为“损坏”。^⑩在此基础上,德国联邦最高法院1998年的判例更为详细地将损坏定义为“对财物施以有形影响,进而使得该财物依照本来的用法所体现出的使用可能性持续性地低下或减少之行为”。^⑪从上述判例来看,德国语境下的“损坏”必须是一种达到显著程度的侵害,其首先强调了损坏财物罪的基础行为类型是对于财物的物质性侵害,其次也将能够减损财物的使用价值进而导致财物状态之变更等行为类型囊括其中。

不过,本世纪伊始,德国实务界也出现了以偏重“使用价值的减损”来对损坏予以解释的判例。例如,德国巴伐利亚州高级法院于2006年对以下事实做出判断:被告人为避开交通监控摄像,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。^⑫巴伐利亚州高级法院肯定该行为构成损坏财物罪,其具体理由与1998年判例相同:“损坏这一概念,并不以物质侵害为前提,而

是通过对财物所施加有形的影响,进而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是减少”,“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来被加以利用。”^⑧在本案的判决中,巴伐利亚州高级法院特别指出,本案与1997年巴登符腾堡州高级法院所做出的判决具有可比较性。1997年巴登符腾堡州高级法院所做出的判决内容为,行为人在测速装置的镜头上涂满了芥末,直至警察前往清扫的过程中,该装置都处于无法拍摄的状态。据此,法院认定行为人的行为构成损坏财物罪。^⑨

诚然,2006年判例与1997年判例在交通监控设备均无法正常地对机动车进行拍照摄像这一点而言是共通的,但从行为人是否通过其手段对财物造成了有形的影响这点来看,1997年判例却与2006年判例存在着决定性差异。从判决的阐述来看,巴伐利亚州高级法院认为被告人安装反光镜从而导致测速装置过度曝光的行为似乎属于“有形的影响”。不过笔者认为,这明显是混淆了“对财物的有形影响”与“行为手段的有形作用”之间的关系。换言之,被告人安装反光镜使得测速装置过度曝光的行为,即便勉强可以被称为“行为手段的有形作用”,但是其不过是利用了测速装置的漏洞避免了其对于车速的监测效果。这不可谓之“对财物的有形影响”,因而也不宜认定为损坏财物罪。2006年判例无疑是忽略了行为人的手段于现实层面对财物的直接且有形影响,而仅将使用可能性的影响作为判断损坏成立与否的要件。正因如此,不少德国学者也发出了批判之声,一方面质疑2006年判例可否与1997年判例并行而论,^⑩另一方面认为在2006年判例中,“行为人之行为对于该装置自身的使用可能性并无限制,其仍然可以在个别的状况之下依照其用法进行摄影”;^⑪“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,对于行为人所作出的有罪判决,可谓是该法院做出了与‘损坏’的可能的语义所不一致的不被允许的类推解释”。^⑫

上述判例的立场或不尽相同,但基本可以确定的是,德国判例虽在“极端保护财物的一切使用可能

性,进而极端地保护财物所有人”抑或“明确一定的保护范围,进而尊重刑法明确性原则”这两种价值观的甄别中未能达成一致见解,但其对于财物物质层面的有形影响以及效用(使用)层面的减损的同时强调,可谓一种双轨制判断。这种双轨制的判断无疑采取了一种折中的视角,并与前文所述的“有形侵害说”雷同。如今,德国学者们虽然在阐述其观点时措辞林林总总,不过从诸多学者们的教科书中的内容来看,德国联邦最高法院于1982年判例中所提及的“物质性损坏”以及“使用价值减损”已然成为了众人眼中衡量“损坏”这一概念的基准与标杆。^⑬

2. 日本判例对“损坏”的诠释:以效用侵害为处罚基础

日本判例也同样经历了由“单纯以物质损坏为基准的判断”为缘起,进而流变至“以效用的概括性保护为基准的判断”的过程。但与德国不同的是,日本判例的立场还额外经历了一个以财物“本来的用法”为立足点的时期。

日本判例理论的第一阶段为明治初期,该时期的判例认为,所谓损坏即为“对财物的全部或部分进行损坏,并依此使其不能按照其用途而被加以利用”。^⑭

第二阶段为明治末期至昭和中期,该时期的判例明确放弃了物质侵害说的立场,从而转向了以财物的本来用法的侵害与否为基准的解释路径。基于此立场,日本的裁判机关分别就“向餐具上浸洒尿液”^⑮、“将养鱼池的隔板打开放走其中的鲤鱼”^⑯以及“将他人居住的房屋擅自移动”^⑰等行为肯定了损坏财物罪的成立;并且认为,“损坏不单是物质的形体变更或灭失,还在于行为事实上造成了该财物于主观感情上而言不能再按照其本来的目的被加以使用的状态”。^⑱在这种判断模式下,在建筑物的门窗处贴传单等单纯侵害财物外形之行为,一方面因不存在对财物物质性的有形毁损,另一方面也没有侵害到物品本来的用途,因而可排除其成立损坏财物罪的可能性;当且仅当一些足以阻碍财物效用发挥的严重侵害财物外观之行为,裁判所则例外地肯定了其可罚性。^⑲

第三阶段即为以现今日本判例通说“效用侵害

说”为主导的时期。其中,最高裁判所1950年的判例为“效用侵害说”奠定了基调,该判决就“行为人将埋于地下的罐装汽油挖出,并使其暴露于空气之中从而丧失了效用”这一行为做出如下判断:“所谓损坏,指的是在物质层面对于财物的全部或者部分进行损坏,抑或使得财物的本来之效用丧失之行为。”^⑧之后,对于侵害财物外观等行为,日本的裁判所也分别认为“外观亦构成了财物效用的一部分”从而肯定了相应行为的可罚性。例如,在“在建筑物上的各处用浆糊密集地贴满传单”,^⑨“在公共洗手间的外墙上喷涂‘反战’二字”^⑩等案例中,裁判机关都无一例外地肯定了损坏财物罪的成立。不过针对日本实务界在第三阶段对于损坏这一概念的理解的扩张倾向,一些裁判所仍对外观损毁行为予以了限制性理解。例如,部分裁判所分别就“行为人在大楼一层出入口的玻璃门窗、墙壁及地下食堂入口处总计贴上500枚传单”,^⑪“在建筑物一层外侧水泥柱、玻璃墙等处总计贴上134枚传单”,^⑫“用红色喷涂剂向建筑物涂鸦”^⑬等行为做出了否定损坏财物罪的判断,具体原因则在于“建筑物的美观、视野及采光等的减损,需达到与物理毁弃之同等程度的显著性时才符合损坏的内涵”。^⑭

通览上述日本判例所经历的三个时期,日本实务界的考量亦可从上述推移中略知一二。亦即,若只将物质性侵害作为损坏财物罪的保护对象,那么,对于所有权的保护也只能仅限于那些以有形的手段对财物予以强力损坏的模式;哪怕不存在物质性的损坏,但侵害了财物之效用的行为,也和直接对财物进行物质性侵害的行为一样,实现了同等的非法内容,将效用侵害纳入考量范围之内完全可以避免只要求物理性损坏而产生的不当的处罚间隙。此外,虽然实务界的主流是在扩大对于损坏的解释,但其中仍有部分裁判所并未随波逐流,坚持认为在判断效用侵害之时应有一些合理的限制。质言之,在以概括性的保护财物的效用为立足点的大环境下,对于损坏的理解仍需谨慎行之。

三、故意毁坏财物罪的本土适用:“效用侵害说”的疑问

较之于德日,我国刑法学界对于故意毁坏财物

罪的探讨则略显单薄。传统刑法教科书中仅说明了毁坏这一行为的类型包括“砸毁、撕毁、压毁等”,^⑮并造成“物品的价值或者使用价值全部或部分丧失”。^⑯可见,传统观念中对于毁坏的认定仅有举例,并无定义,且所列举之例仍停留在最为基础的物质性损毁层面;对于财物的何种属性值得保护、故意毁坏财物罪构成要件的界限为何等问题并无提及。若完全按照传统观点来对待故意毁坏财物罪,诸如以无形的方式对财物施加有形的影响、或是以涂鸦等方式对财物的外观进行变更等行为手段,或许从一开始便不会被定义为“毁坏”。可以猜测,我国司法实践中故意毁坏财物罪的并不多见与此不无关联。

正因意识到了上述问题,现今学界对于损坏财物罪的问题意识也逐渐由“对于财物的物质性保护导向”转移至了“对于所有权的概括性保护导向”。例如,张明楷教授立足于一般的效用侵害说的立场,认为“毁坏不限于从物理上变更或者消灭财物的形体,而是包括使财物的效用丧失或者减少的一切行为”;^⑰周光权教授则立足于功能妨害的视角,认为“即便没有破坏实物,但对于财物的正常功能发挥有影响的,也是毁坏”。^⑱此外,黎宏教授将我国故意毁坏财物罪中的“毁坏”区分为“毁灭”与“损坏”,前者为对财物进行物理毁坏,使其不复存在,或者完全丧失其本来功能或者利用价值;后者则是对财物进行物理损坏,使其部分丧失本来功能或者利用价值。致使财物主无法对财物加以利用的藏匿或剥夺等行为,客观上使得财物本来功用受到破坏,亦可认定为毁坏。^⑲然“效用”与“功能”之措辞并不相同,但从最终结论而言,诸位教授的立场并无本质差别,都可以被归类为前文所述“对损坏概念进行概括性理解”这一解释路径。可以说,我国对于故意毁坏财物罪的理解也与德日相同,经历了由“物质性侵害”到“效用的概括性理解”这一转变过程。

伴随着此理论观念的转变,我国司法实务中也出现了并没有将“毁坏”理解为拘泥于物质性侵害这一形式层面的判例。朱建勇高买低卖股票案便是其中的典型。行为人为泄私愤,侵入他人股票委托交易账户并篡改密码,在他人账户内高价买进股票后低价卖出,造成他人账户内资金损失19万余元。^⑳由

于股票本为无形财产,无法从物质性的侵害来对此案中的损坏加以说明,因而判决摆脱了“对财物施加有形力”这一传统观念的桎梏,将损坏认定为“使财物的价值降低或者丧失”。^⑤这可谓我国司法实务将毁坏这一概念予以扩大理解的例证。不过,正如有学者质疑,本案中的判断方式是用“财物价值的降低或是丧失”来界定毁坏,抑或是用“毁坏”来实现“财物价值的降低或是丧失”?^⑥对此,本案判决并无更多的阐述,显而易见,该判决实际上混淆了“结果”与“手段”,对毁坏的界定仍不明晰。再如,行为人孙静出于为该公司经理创造经营业绩的动机,虚构了南京市三江学院需要供奶的事实,并利用伪造的印章与该公司签订了“供货合同”。此后,行为人将该公司钙铁锌奶500份送至其家中,并要求其母将牛奶全部销毁。^⑦检察院以职务侵占罪提起公诉,但法院以被告人不具有“非法占有目的”为由,否定了职务侵占罪的成立从而认定其构成故意毁坏财物罪。以“非法占有目的”区分职务侵占罪和故意毁坏财物罪的视角固然是本案值得称赞的一点,由此而引发的学界关于“非法占有目的”的探讨也大有裨益。但在本文看来,我国学界对于此案的分析过分执拗于“非法占有目的”的成否,而忽略了孙静案中并不具有非法占有目的而只是单纯对于牛奶实施“财物剥夺”行为的定性。

再回到学理层面,从上述诸位教授在教科书中所列举的案例来看,将他人的戒指投入大海、将他人池塘中的鱼放走、隐匿他人之财物等“财物剥夺”行为,皆因侵犯了所有权人对于财物效用之利用,从而可以成立故意毁坏财物罪;^⑧但与此同时,同样的案例在大多德国学者眼里,并不会成立损坏财物罪;这其中对“毁坏”这一概念的语义层面的考量,也有立法者特别设置非法占有目的以区分毁弃型犯罪与其他犯罪之考量。^⑨由此看来,单纯将效用进行广义的理解并不能穷尽说明财物剥夺与毁坏这一概念的匹配性,我国对于(单纯的)财物剥夺行为的可罚性之界定不明、对外观变更之行为的可罚性仍有待厘清。下面分别对这两种情形进行逐一分析。

(一)(单纯的)财物剥夺行为的可罚性

所谓(单纯的)财物剥夺行为,是指“并不具有非

法占有之目的,且并没有施加足以使得财物被损坏的有形之影响,而单纯夺走财物的行为”。^⑩根据效用侵害说,毁坏财物罪的意义在于对所有权进行包括性保护,而单纯对于财物的剥夺同样也是一种妨碍所有权人行使所有权的行为,亦可成立故意毁坏财物罪。在效用侵害说已逐渐占据主导地位的现今,这一结论自然无可非议。不过从另一个角度来看,虽然效用侵害说将毁坏理解为“不仅包括财物本身的丧失,而且包括被害人对于财物占有的丧失”,^⑪但使被害人丧失对财物的占有之行为并不一定符合“损坏”的语义。亦即,如前所述,效用侵害说本是以对法益的极端性保护为导向的解释路径,其虽然以实质性解释的方式排除了故意毁坏财物罪的任何可能的处罚间隙,但却有违反罪刑法定主义之嫌。那么,究竟以何种价值观为导向去理解财物剥夺行为的罪与非罪?本文认为可从以下几个方面去思考。

1. 我国刑法除第275条之外,还存在着诸多以“毁坏”或者“与毁坏类同之行为”为手段之犯罪。例如,第253条的“私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪”及第162条之一的“隐匿、故意销毁会计凭证等罪”。由此可见,立法者并列规定了“隐匿”和“毁弃”“销毁”等可以达到相同作用的某种手段。

但是,若将隐匿作为毁弃和销毁的子概念加以理解的话,《刑法》第253条和第162条之一似乎没有额外规定“隐匿邮件、电报”以及“隐匿会计凭证”这一行为样态的必要。隐匿和毁弃、销毁的结果虽然同样都是排除或减损所有权人对于物的利用,可隐匿和毁弃、销毁本身的内涵及外延却大相径庭,除非该财物本身无法保存,否则隐匿并不会伴随财物的物质性或者效用之侵害。^⑫再者,我国刑法在第253条以及第162条之一之外也并未对以隐匿的方式侵犯他人财产权利的行为进行规定,从这个角度来讲,我国刑法对于除了邮件电报、会计凭证之外的财物的单纯剥夺与隐匿并不予以处罚。申言之,对于某一文本的解释确实可以在一定的范围之内予以扩张,但该扩张若超出了该文本所可能蕴含的含义则被视为类推解释,即在刑罚法规并无规定之领域对相应的事实予以了法规的适用,当这种解释方式例

外地对被告人造成了不利的后果时,便有违罪刑法定主义原则。

如前所述,状态变更说虽在德国刑法学界占据着有利地位,但即便是支持该说的学者,也明确地表示了(单纯的)财物剥夺不应被认定为损坏财物。这也从另一个角度印证了以下结论:即便是着眼于财物的效用,(单纯的)财物剥夺行为也不过是排除了所有权人对财物的支配关系,其仅为财物的场所之单纯变更,“考虑到损坏罪本身所保护的是财物原本的状态,而非保护占有,自然应区分通说所谓的损坏财物与原则上不可罚的财物剥夺”。^①

2. 从行为样态的角度来讲,财物剥夺行为与盗窃的实行行为雷同,只不过单纯的财物剥夺行为因为不具有非法占有目的而不能以盗窃罪论处。但在不能以盗窃对单纯的财物剥夺行为进行处罚的当下,不宜一概认为所有不符合盗窃罪的情形都可以被故意毁坏财物罪所囊括。此种一旦某行为不符合此罪便须用彼罪来进行评价的观念,本身便具有极强的人罪性和肆意性,虽看似弥补了不当的处罚间隙,但实则难言妥当。诚然,排除所有权人对于财物的占有之剥夺行为,虽然并未导致财物的物理性损毁和该财物的效用性之削弱,但此类剥夺行为势必会导致所有权人对于该财物的使用可能性丧失殆尽。使用可能性的减少本身就是一个更为概括性的概念,即使用可能性的减少并不一定伴随着故意毁坏财物的效果。在探讨二者的关系时,需明确“对财物积极、有形的影响”与“对财物的功能和价值的消极性妨碍”这两个对立的观念。例如,甲为了使乙不能使用自己的跑车从而将乙反锁在自己家中不得外出。此种情形下,甲显然剥夺了乙对自己跑车的使用可能性,但若认为这种情形也可成立故意毁坏财物罪则不可思议。再如,B出于妨碍A使用录音棚内相应的机器设备之目的,在A每次将要使用相应的机器录音时关闭电闸,最终导致A无法正常使用录音设备。此设例中,B的行为从始至终都没有对财物产生积极且有形的影响,充其量不过是对财物的功能和价值予以了消极性妨碍,因而不宜认定为故意毁坏财物。^②换言之,使用可能性的减少这一概念的外延大于毁坏这一概念的外延,在判断故意毁坏财

物罪成立与否时,应将其构成要件的射程解释为将特定的财物从特定的侵害行为中予以保护。

还需格外注意的是,“对财物积极、有形的影响”并不等同于“对财物积极、有形地实施作用力”。例如,“与O产生争执的T将O的机动车钥匙夺走并扔进了河中。O想要发动其机动车须让妻子拿着另一把车钥匙从来梅赶至波恩,但此路途需花费6个小时,O为了赴之后的约只能搭乘出租车。”^③在本案中,T将O的钥匙扔进河中的行为从表面上来看虽为“对财物积极、有形的影响”,但实际上只是通过对于车钥匙的剥夺而妨碍了O对自己机动车的利用。虽然O没有办法使用其机动车,但机动车自身却没有受到任何有形的影响,其完整性以及功能也并没有任何的减损,T对于该车钥匙的剥夺也并不能够造成该机动车的任何“后续损坏”。据此,行为人虽然对财物积极、有形地实施了作用力,但并未对财物造成积极、有形的影响,仍不宜认定该行为构成损坏财物罪。

3. 不能将(单纯的)剥夺与隐匿等同于损坏的另一个例证是奥地利刑法与瑞士刑法的相应规定。《奥地利刑法》第135条第1项规定:“不具有将财物据为己有或使其为第三人所有的目的,使他人所占有之动产脱离保护并被予以持续性地剥夺,据此对他人造成损害者,处6个月以下自由刑,或360日以下之罚金。”《瑞士刑法》第141条规定:“不具有占有目的,将动产从权利人处剥夺,并据此对权利人给予显著不利者,基于亲告,处3年以下自由刑或罚金。”结合前一章的分析,不难看出,若德国学者认为损坏财物罪的本质在于保护财物使其不遭受“物质层面的损坏”及“使用价值的减损”,那么,奥、瑞刑法中的剥夺财物罪的本质则在于保护财物的所有人使其能够充分利用该财物的使用价值。显然,奥、瑞刑法均将“妨碍所有权人对于财物的利用”与“损坏财物”进行了区别对待,因而在奥、瑞两国刑法之下,除却一般的损坏财物之外,仍然可以对(单纯的)财物剥夺行为予以相应地处罚。从另一个角度而言,这也说明了财物剥夺本是一种独立于损坏财物的行为类型,“剥夺”这一概念本不能被包含于“损坏”之中,当且仅当在损坏财物罪之外存在对于财物剥夺的独立规定之

时,方可对行为人剥夺财物之行为予以定罪处罚。而在并没有规定财物剥夺罪的德日以及我国,为避免超出条文文本所涵盖的范围,将(单纯的)财物剥夺之行为囊括至损坏一词的内涵之中则明显欠妥。

笔者认为,不能因德语和中文乃至日语存在差异,便认为即便奥、瑞刑法将财物剥夺额外规定为单独罪名,我国仍可在中文的语义范围内将财物剥夺解释为财物损坏。同为德语圈国家的奥地利及瑞士在刑法典中对“损坏”采用了与德国相同的“Sachbeschädigung”,而额外规定的财物剥夺罪则采用了“Sachentziehung”一词;如前所述,即便是支持将“Sachbeschädigung”这一损坏概念予以概括性解释的德国学者们,也会例外地将“Sachentziehung”这一财物剥夺行为的可罚性予以排除。可见,即便在同一语系下,“损坏”与“剥夺”也是两个截然不同的概念。德语圈如此,本土亦然。

综合上述分析,不难得出的结论是:若想要将隐匿等单纯的对于财物的剥夺之行为认定为犯罪,需以刑法有明文规定为限。

(二)外观变更行为的可罚性

外观变更行为之定性固然也应在对所有权人予以充分保护的前提下严格遵循刑法明确性之原则。毋庸置疑的是,如果外观本身便是某些财物的效用和性能,那么对该财物外观保护的必要性自然也无须多虑。例如,珍贵的画作、稀有的文物等,其外观和外在形态本身便彰显了其效用,对于此类财物的外观侵害即可视为“以对财物造成有形之影响的方式从而对该财物的效用予以侵害”,可以肯定故意毁坏财物罪的成立。问题是,并不具有艺术鉴赏性质的日常用品,其外观是否也可以被纳入到故意毁坏财物罪的保护范围之内。

侵害财物外观的手段不胜枚举,大体可以分为以下几类:第一,于财物表面涂鸦或是张贴海报;第二,通过遮掩等方式使一般人无法(不易)洞察财物外观;第三,通过修理等方式改变财物原有外观。易于解决的是第二类和第三类行为,其中,第二类的通过遮掩等方式使得外界无法洞察财物外观的行为,虽说侵犯了财物外观使得一般人对其无法感知,但此时无论是财物的物质本身或是效用则并没有任何的

减损,不应认定为故意毁坏财物。例如,行为人在他人的阳台上放置了显眼的洗涤衣物、将他人房屋的墙壁作为“大屏幕”、游行者 in 建筑物的外墙拉横幅从而挡住建筑物等行为,均没有侵害到财物的物质性因而不能予以处罚。^④第三类修理行为原则上也不成立故意毁坏财物,原因在于“修理”行为本身不能被纳入“毁坏”的语义之中。^⑤“毁坏”是以对财物的侵害从而导致财物的状态由好至坏,而修理则是将原本被侵害了的财物的状态由坏转好,二者存在显而易见的区别。^⑥可见,当外观的侵害被定义得过于宽泛之时,日常生活中的一些细微举动似乎都可成立故意毁坏财物罪。为了避免这种局面,仍应从对于财物的有形影响是否会造成财物的物质层面或者效用层面的减损来加以断定。

值得探讨的是上述第一类行为。有心人会发现,德国学者对于财物外观变更的探讨主要集中于德国刑法典2005年所新增的303条第2项。第2项原则上是对第1项的补充,即当行为人的行为不符合第1项的构成要件时,若在没有权限的情况下严重且非暂时性地变更了他人财物外观,可认定其行为的可罚性。从德国的立法理由书可以看出,该第2项旨在保护财物的所有权人对于财物外观的自由决定权,^⑦而在2005年立法之前,仅在财物的物质性被显著侵害或是(技术层面的)效用受到了不利的侵害之时,才符合《刑法》第303条的构成要件;只有当清理涂鸦、海报所必然伴随着显著的财物侵害时,损坏财物外观的行为才可和损坏财物进行同等对待。^⑧相反,我国《刑法》第275条并没有额外对财物的外观变更有所规定,因而对于财物外观的损坏只可遵从德国刑法在2005年修法前的理解方式,不宜脱离条文节外生枝。

首先,当涂鸦或张贴海报的行为对于财物表面的损坏过于轻微或仅仅是一时性地侵害了财物外观时,不具有可罚性。可以随时不伴随损坏效果地擦掉或是揭掉,或者在一片已经贴满海报的墙上再张贴毫不起眼海报^⑨等行为便是此例。这也从一个侧面说明了无论是物质侵害或是效用减损首先都必须达到严重、显著的程度,此理解也匹配了我国入罪需达到一定数额的基准。其次,当对于外观的损坏“直

接”导致财物效用丧失之时,可直接肯定故意毁坏财物罪的成立。例如,向他人的建筑物外墙泼洒带有化学成分的面料从而导致该外墙墙皮严重剥落、向他人珍贵的油画上泼墨从而将油画内容全部覆盖且无法清洗^⑧等行为,均具有可罚性。最后,通过涂鸦或张贴传单的行为本身并没有造成财物的损坏,而被害人在清除该涂鸦或贴纸时势必会伴随着对于财物表面的“间接”损坏之时,是否可以肯定行为人的可罚性便颇为棘手。有关这个问题的解决,学界提出了两种不同的路径。

1. 后续损坏的等价置换

第一种观点认为,涂鸦和张贴海报所必然导致的被害人(或第三人)清理行为,或多或少会造成财物的损耗(即所谓的后续损坏)。如一些张贴极为牢固的海报须用涂抹药水的方式才可揭掉,或一些涂鸦喷剂须以化学药物去清理等等,这些清理手段可能造成财物表面物质的结构型变更或是功能性损耗。所以,哪怕涂鸦或张贴海报等行为本身没有造成财物的物质或是效用的损坏,但清理该涂鸦或海报的行为必然导致财物的物质侵害,该状态本身便与直接地物质侵害有着同等的非法内容,因而涂鸦和张贴海报的时点即为损坏发生之时点。^⑨

简而言之,此观点是将“行为人的涂鸦或张贴海报等行为”与“因行为人的行为导致的必要的清理行为”放在了同一个时间轴上,将直至被害人或第三人的清理才招致的损坏结果等价置换为行为人直接造成了财物损坏的结果。在笔者看来,此说的最大问题是在于等价置换的依据何在。例如,当行为人在他人的房屋外墙喷涂了须用化学药品才可清除的涂鸦,而房屋主人看到该涂鸦时因觉耗费时间所以放弃了清除工作,若这种情况下财物本身的物质和效用都没有被减损,贸然将二者进行等价置换则难言妥当。可以说,涂鸦或是张贴海报等行为本身并没有造成财物的物质侵害或效用减损之时,充其量不过是创造出了一种财物的“准毁坏”状态。可以推测,等价置换说的成立在于《德国刑法》第303条第3项规定了损坏财物罪未遂的可罚性,因而即便财物所有人放弃清理,仍然可以将对于财物的“准毁坏”认定为损坏财物罪的未遂。^⑩而在并不处罚毁坏财

物未遂行为的我国,将“准毁坏”同等于“毁坏”不过是为了使间接毁坏外观行为入罪的权宜之计。

2. 后续损坏的客观归责

第二种观点认为,完全可将此种情形与“由行为人造成了被害人的伤害结果,但由于医生的行为从而导致了被害人死亡”的设例进行平行比对。在此情形下,行为人确实会对物质侵害或是因清扫而带来的损坏具有间接故意,只不过这些损坏从结果的角度来讲,是被害人或者受被害人委托的第三者在清除这些涂鸦或是贴纸之时因具有回避可能性的过失而产生的。此时,不应基于过失的程度来加以区别,而是考虑到清理之人是否通过其他的危险代替或是排除了原来的危险,进而使得该代替的危险可以落入其答责领域内。如此一来,当最终的结果是由清理人所引发之时,则可以排除损坏财物事件中对于行为人的客观归责。即清理人利用了某些不恰当的清除(涂鸦或是海报)手段,此种情况较之于(并不具有损坏性的)污损或是弄脏的结果,则完全是实现了另一种现实的危险。反之,行为人通过实施不被允许之行为从而引发了一种势必会导致必要的清除行为的危险(类似于造成他人伤害势必会导致医生的治疗行为的介入),原则上都可归属于第一行为人的答责领域。换言之,任何引发了必须人为的投入才能驱除危险结果之人,必须考虑到所有可能存在的人为的过失,因而他人的过失行为并不能轻易地将第一行为人从其答责领域中排除。^⑪

总而言之,客观归责论的援用实际上是将损坏行为予以了“前倾化处理”,通过归责的判断解决了结果何时可以被理解为因行为人的“毁坏”行为而造成的问题。这种原则上排除间接损坏但只在可客观归责的范围内肯定行为人可罚性的处理方式也没有扩张故意毁坏财物罪的成立范围。笔者认为,在我国没有特别规定保护财物的外观之时,只能肯定对财物的外观造成有形之影响进而直接侵犯到财物的物质性以及效用的行为属于毁坏财物的行为,这一方面保证了此种情形下的外观侵害的认定也没有脱离毁坏二字的内涵,另一方面也保证了无论是侵害外观还是侵害财物内在都可以运用同样的判断方式。因此,援用客观归属论对肯定间接损坏外观行

为的可罚性加以限制是可取的。^⑧

四、结论：“有形的影响说”之提倡

综合以上分析,本文的结论也就不言自明了。

第一,应摒弃过于扩张毁坏含义的解释方式。

毁坏的语义学基础在于其对于财物的有形之影响。从这个角度而言,作为我国学术界现今通说的效用侵害说明显有违罪刑法定(刑法明确性)之嫌,本文因而基本赞同第二部分提到的“有形侵害说”。但对于有形侵害的理解则并不指代手段行为的有形力,而应着重考察行为人之行为对于财物本身是否存在直接且有形的影响;从这个角度出发,笔者更倾向将“有形的侵害说”之名置换为“有形的影响说”,其内涵在于排除以下三种情形的可罚性:(1)利用财物的功能性漏洞从而妨碍财物本来的功效的行为,不足以成立故意毁坏财物罪。前述巴伐利亚州高级法院2006年的判决便是此例,按照本文的观点,该案不宜认定为犯罪。(2)由于毁坏必须对财物造成直接有形的影响,所以单纯消极的妨碍或者间接影响不构成本罪。例如,前述将他人拘禁从而使其无法利用财物、将他人的车钥匙丢弃从而使其无法开车等行为,均不构成故意毁坏财物。(3)虽然对财物施加了有形力,但该有形力只不过单纯导致了财物的位移或瞬间便可复原的变化之时,不能称之为有形的影响。将他人的财物从房屋内移动到野外、将他人的可拆卸式器械中的某个可拆卸的部分取下等行为,亦不构成犯罪。

第二,从毁坏这一概念的语义学基础的角度来看,毁坏与损坏、毁损等概念并不存在任何差异。毁坏是手段行为,任何故意毁坏财物的案件都应是由作为手段行为的“毁坏”出发,从而导致“财物所有权被侵害”这一结果。换言之,毁坏的含义分为两层,第一层即为“通过手段行为对财物本身造成有形的影响”,第二层“该有形的影响直接造成了财物的物质侵害或效用减损”。这种判断模式一来可以顾全罪刑法定主义,没有将毁坏概念过于扩张;二来也能够尽可能地对财物的所有权予以周全的保护。由于我国刑法没有明文规定财物剥夺或隐匿行为的可罚性,所以单纯的财物剥夺或是隐匿没有对财物造成物质或效用的减损,不符合毁坏的语义,从而应被排

除在处罚范围之外。不过,财物剥夺或隐匿若直接造成了财物的后续损坏,如前述将他人油画扔入河流中的行为,则可在客观归责的范围内肯定行为的可罚性。

第三,没有侵害到财物物质本身或是效用的单纯外观变更行为不可罚。不同于《德国刑法》第303条第2项,我国刑法对于单纯的外观变更并无明文规定,在罪刑法定的限度之内,排除单纯外观变更行为的可罚性是必然的结果。但是,若外观本为财物的效用,或通过外观变更等手段直接侵犯到了财物效用,则可直接肯定故意毁坏财物罪的成立。因外观改变行为而间接造成财物损坏的行为,如将他人的建筑物墙壁上贴满传单,需用特殊喷剂才可揭掉,且该喷剂的化学成分势必会对财物造成不可逆的损坏的情形,则和前述因财物剥夺而直接导致财物的后续损坏的处理方式相同,可在客观归责的范围内肯定行为的可罚性。

注释:

① Vgl. Satzger, Der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) nach der Reform durch das Graffiti-Bekämpfungsgesetz, Jura 2006, S. 430.

② Vgl. BT-Drs. 15/5313, S. 3.

③ Vgl. Schroeder, Sachbeschädigung durch Ankleben von 25 Plakaten an die Brückenpfeiler der Freihafen-Elbbrücke, JR 1976, S. 338; Maurach/Schroeder/Maiwald (下文简称 M/S/M), Strafrecht Besonderer Teil, T. 1, 2003., § 36 Rn. 11; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2005, § 47 Rn. 9; Gössel, Wildes Plakatieren und Sachbeschädigung im Sinne des § 303 StGB, JR 1980, S. 188f; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., 2014, § 20 Rn. 9f.

④ 同前注③, M/S/M 书, § 36 Rn. 11; Schroeder, Zur Sachbeschädigung durch Plakatieren und Beschmieren, JR 1987, S. 360.

⑤ 同前注③, Kindhäuser 书, § 20 Rn. 9f.

⑥ Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 303, Rn. 11.

⑦ 同前注③, Schroeder 文, 第 338 页; Haas, Sachbeschädigung durch wildes Plakatieren?, JuS 1978, S. 14f; Behm, Sachbeschädigung und Verunstaltung, S. 154f, 162f

⑧ 同前注①, Satzger 文, 第 429 页。当然,考虑到德国于

2005年新增了旨在保护财物外观的303条第2项,关于外观变更是否属于损坏的范畴之讨论似也丧失了意义。

⑨同前注①, Satzger文, S.433.

⑩参见[日]山口厚:《刑法各論》第2版,有斐閣2010年版,第353页;[日]西田典之:《刑法各論》第6版,弘文堂2012年版,第280页;[日]井田良:《講義刑法学·各論》,有斐閣2016年版,第346页;[日]中森喜彦:《刑法各論》第4版,有斐閣2015年版,第170页;[日]高橋則夫:《刑法各論》第2版,成文堂2012年版,第428页。

⑪参见[日]佐伯和也:《器物損壊罪における「損壊」の概念について》,载[日]井田良等編:《山中敬一先生古稀祝賀論文集(下卷)》,成文堂2017年版,第308页。

⑫参见[日]伊藤涉等:《アクチュアル刑法各論》,弘文堂2007年版,第287页。

⑬Vgl. Zaczyk, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 303 Rn. 16.

⑭同前注①, Satzger文, S.433.

⑮Vgl. Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 16 Aufl., 2012., § 5 Rn. 348.

⑯同前注①, Satzger文, S.433.

⑰前述支持状态变更说的德国学者也无一例外地认为单纯的财物剥夺不属于损坏。同前注⑦, Haas文, 第16页;前注⑥, Stree/Hecker书, §303 Rn. 13;前注③, Kindhäuser书, §20 Rn. 25f;前注③, Otto书, §47 Rn. 11.

⑱Schmoller, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT, Band VI, 1907., S.163.

⑲Vgl. Kargl, Sachbeschädigung und Strafgesetzmäßigkeit-Probleme der rechtsgutsorientierten Auslegungsmethode, JZ 1997, S. 290.

⑳同上注, S.287.

㉑《德国基本法》第103条第2项内容为“某行为被视为可罚,仅以该行为实施前所存在的明文规定为限”。

㉒同前注⑲, Kargl文, S.287.

㉓[日]松原芳博:《刑法各論》,日本評論社2016年版,第372页以下。

㉔同上注, 第373页。

㉕同前注⑦, Behm书, S.203.

㉖Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Aufl., 2016., §303 Rn. 8.

㉗同前注⑬, Zaczyk书, §303 Rn. 13.

㉘[日]木村龜二:《全訂新刑法讀本》,法文社1967年版,第111页;[日]青柳文雄:《刑法通論Ⅱ各論》,泉文堂1963年版,第565页。

㉙同上注, 木村龜二书。

㉚例如,木村教授认为隐匿并不属于对财物施加有形力(同上注,木村龜二书);而青柳教授则得出相反结论(同前注

㉛,青柳文雄书)。

㉜Vgl. RGSt 13, 27. 行为人将以防水为目的而设置的防水板中的部分拆卸下来,法院认为其行为没有侵害物的本质及物的无损性,否定了损坏财物罪的成立。

㉝Vgl. RGSt 20, 182. 行为人在蒸汽机操控装置中插入了异物,直到取出该异物为止,该蒸汽机都处于不能运行的状态。法院认为该行为妨害了物品所有权的功能,进而导致机器不能使用,具有足够的可罚性。

㉞同前注③, M/S/M书, §36 Rn. 9.

㉟Vgl. BGH NSZ 1982, 508. 行为人将自己的海报覆盖在自由民主党所属的海报支架上。法院认为,由于该海报需花大量劳力才可揭掉,其行为不能谓之轻微,具有可罚性。Vgl. BGHSt 13, 207. 行为人将他人机动车四个轮胎的空气全部放掉。法院考虑到该行为是否对机动车功能有所侵害、是否导致了物品效用低下、恢复原状的耗费等,认定成立损坏财物罪。

㊱Vgl. BGHSt 29, 129. 行为人将纸贴在邮政局的电箱上。由于该贴纸没有造成物质本身的损坏,也没有妨碍电箱的用途,只是单纯改变了外观形态,法院否定了损坏财物罪的成立。

㊲Vgl. BGHSt 44, 34f. 行为人将长约1.5米钢铁安置在铁轨上,使得火车无法正常通行。法院因铁轨使用可能性减损而肯定该行为成立损坏财物罪。Vgl. GenStA Frankfurt NSZ 2002, 546. 行为人向他人的传真机发送了大量广告,消耗了大量传真用纸以及墨粉。法院认为这种依照物的本来用途进行消费的行为没有侵害依照传真机本来的用法所体现出的使用可能性,否定了损坏财物罪的成立。

㊳Vgl. OLG München NJW 2006, 2132f.

㊴同上注, 2133f.

㊵Vgl. OLG Stuttgart NSZ 1997, 342f.

㊶Vgl. Mühlfeld, Sachbeschädigung und Zueignungsdelikte, 2013, S. 77.

㊷Kudlich, Anbringen von Reflektoren gegen Verkehrsüberwachungskameras, JA 2001, S. 74.

㊸Schmid, Strafrecht Besondere Teil II, 17. Aufl., 2017, S.374.

㊹同前注③, Kindhäuser书, §20 Rn. 9f; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., 2014., §1 Rn. 30; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil 1, 17. Aufl., 2015., §24 Rn. 8.

㊺大审院明治35年10月27日判决,《大审院刑事判决录》第8辑,第124页;大审院明治32年4月25日判决,《大审院刑事判决录》第5辑第2卷,第657页;大审院明治29年10月2日判决,《大审院刑事判决录》第2辑,第4页。

㊻大审院明治42年4月16日判决,《大审院刑事判决录》第15辑,第452页。

㊼大审院明治44年2月27日判决,《大审院刑事判决录》

第17辑,第197页。

④⑦大审院昭和5年11月27日判决,《大审院刑事判例集》第9卷,第810页。

④⑧大审院明治42年4月16日判决,《大审院刑事判例集》第15辑,第452页。

④⑨山口地方裁判所昭和35年9月16日判决,《下级裁判所刑事判例集》第2卷第9·10号,第1239页;最高裁判所昭和39年11月24日判决,《最高裁判所刑事判例集》第18卷第9号,第610页;名古屋地方裁判所昭和39年11月17日判决,《判例时报》第208号,第50页。

⑤⑩最高裁判所昭和25年4月21日判决,《最高裁判所刑事判例集》第4卷4号,第655页。

⑤⑪最高裁判所昭和41年6月10日决定,《最高裁判所刑事判例集》第20卷第5号,第374页。

⑤⑫最高裁判所平成18年1月17日决定,《最高裁判所刑事判例集》第69卷第1号,第29页。

⑤⑬仙台地方裁判所昭和51年7月21日判决,《判例时报》第831号,第124页。

⑤⑭横滨地方裁判所昭和52年2月22日判决,《判例时报》第859号,第109页。

⑤⑮东京高等裁判所昭和55年6月19日判决,《刑事判例月报》第12卷第6号,第433页。

⑤⑯同上注。

⑤⑰参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》第8版,北京大学出版社2017年版,第521页。

⑤⑱参见王作富主编:《刑法》第4版,中国人民大学出版社2010年版,第463页。

⑤⑲张明楷:《刑法学(下)》第5版,法律出版社2016年版,第1026页。

⑤⑳周光权:《刑法各论》第3版,中国人民大学出版社2016年版,第147页。

⑤㉑参见黎宏:《刑法学各论》第2版,法律出版社2016年版,第342页。

⑤㉒参见上海市静安区人民法院(2002)静刑初字第146号刑事判决书。

⑤㉓参见卢方:《经济、财产犯罪案例精选》,上海人民出版社2008年版,第413页以下。

⑤㉔参见陈兴良:《故意毁坏财物行为之定性研究》,《国家检察官学院学报》2009年第1期。

⑤㉕参见南京市雨花台区人民法院(2003)雨刑初字第60号刑事判决书。

⑤㉖同前注⑤⑲,张明楷书,第1026页;前注⑤⑲,周光权书,第147页;前注⑤⑱,黎宏书,第342页。也有学者主张财物剥夺等行为不属于毁坏,同前注⑤⑲,陈兴良文。

⑤㉗Vgl. BGHSt 44, 34③⑧。

⑤⑳同前注④⑩, Mühlfeld书, S.66。

⑤㉑同前注⑤⑲, 张明楷书, 第1026页。

⑤㉒参见陈璇:《财产罪中非法占有目的要素之批判分析》,《苏州大学学报》(法学版)2016年第4期。

⑤㉓同前注③, Kindhäuser书, §20 Rn. 25。

⑤㉔德国学者Heinrich归纳如下:行为人通过直接对所有权利人造成影响从而阻碍其利用财物;或是并不直接对所有权利人造成影响,而是使所有权利人无法触及该财物;抑或使所有权利人使用该财物存在着额外的负担等,都因没有直接对财物施加影响从而不构成损坏财物罪。Vgl. Heinrich, Die Sachbeschädigung als unmittelbare Nutzungbeeinträchtigung, FS-Otto, 2007, S. 585f

⑤㉕Wasczynski, Prüfungsrelevante Problemkreise der Sachbeschädigungsdogmatik, JA 2015., S. 262。

⑤㉖同前注④⑩, Rengier书, §24 Rn. 29。

⑤㉗同前注④⑩, Zaczyk书, §303 Rn. 13。

⑤㉘当然,也不排除行为人的擅自修理致使财物的使用价值有所减损的情形。

⑤㉙Vgl. BT-Drs. 15/5313, S. 3. 第2项原则上只保护直接侵害财物外观的行为。

⑤㉚Vgl. BT-Drs. 15/404, S. 6。

⑤㉛同前注④⑩, Rengier书, §24 Rn. 27。

⑤㉜参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年,第425页。

⑤㉝同前注④⑩, Rengier书, §24 Rn. 20;前注④⑩, Wessels/Hillenkamp书, §1 Rn. 30;前注④⑩, Stree/Hecker书, §303Rn. 10。德国判例中也不乏此情形,如行为人向列车上涂鸦,且清除该涂鸦必然会伴随着列车的物质性损坏。Vgl. OLG Dresden NJW2004, 2843。

⑤㉞有德国学者认为间接损坏仅成立未遂。Vgl. Ingelfinger, Graffiti und Sachbeschädigung, S. 21f。

⑤㉟Vgl. Rengier, Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil, FS-Roxin, 2001., S.815。当然,重过失和故意可以排除第一行为人的客观归责。

⑤㊱在判断前述财物的剥夺或隐匿行为之时,客观归责论也可有所作为。在本文看来,若行为人对于财物的剥夺或隐匿势必会导致财物的物质性侵害或效用减损时,该物质性侵害或效用减损能够归属于行为人,那么同样可肯定行为人成立毁坏财物罪。将他人的保质期只有一天且必须冷藏的鲜奶隐匿于土中导致鲜奶过期变质;将他人财物剥夺并弃于河流,从而导致财物被水流腐蚀等行为,亦可肯定可罚性。德国也存在相应判例,即行为人为免除清洗厨具之劳累,将餐厅的厨具剥夺并弃于莱茵河。法院因行为人剥夺财物的行为势必会导致水流腐蚀厨具而生锈,从而肯定了其损坏财物。Vgl. RG GA 51, 182f。