

占有概念的二重性：事实与规范

车浩*

摘要 占有概念具有事实与规范的二重性。事实性是指在认定占有的建立和存续时，作为必要条件的事实层面的控制力。规范性包括两层含义：一是指以社会一般观念为内容的规范性视角，是判断事实控制力有无时的观察工具。二是指以法律、道德或社会习俗等为内容的规范性秩序，是确认占有归属时评判控制力重要性的基准。占有的有无以事实控制力为必要条件，占有的归属以规范认同度为评判基准。上述规则基于存在论与规范论相调和的教义学内部立场，能够通过经济分析得到外部视角的支持，可以为占有领域的一系列争点提供统一、稳定的解释原理和可操作的适用规则。以“法律支配”或者“占有权利/利益”为表现形式的纯粹规范化的占有概念，在法学方法论和罪刑法定原则上均存在疑问。此外，从占有的事实因素与规范因素的角度，分别去挖掘被害人发觉/监视与贴身禁忌的教义学意蕴，对于解决盗窃罪既未遂中的疑难问题具有重要意义。

关键词 占有 二重性 事实与规范 被害人发觉 贴身禁忌

占有是刑法理论特别是财产犯罪理论中的一个重要概念。近年来，国内刑法学界关于占有的研究渐趋精细，许多著名学者对此问题发表了见解，而且出现了多篇专题性研究和博士学位文，这些论著在不同程度上都论及占有中的事实因素和规范因素，极大提升了我国刑法学界在占有领域的研究水准。^{〔1〕}在某种意义上，占有问题已经成为我国刑法分论研究中“炮火云

* 北京大学法学院副教授。中国海洋大学法学院的桑本谦教授、北京大学法学院的邓峰教授和金雪儿同学曾与笔者讨论过文中的经济分析部分，北京大学法学院博士生徐然、邹兵建曾通读全文并给予细致的修改和校订意见，在此一并致谢。

〔1〕 参见陈兴良：《判例刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，页306—371；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，页873—877；赵秉志、于志刚：“论侵占罪的犯罪对象”，《政治与法律》1999年第2期；刘明祥：“论刑法中的占有”，《法商研究》2000年第3期；周光权、李志强：“刑法上的占有概念”，《法律科学》2003年第2期；周光权：“死者的占有与犯罪界限”，《法学杂志》2009年第4期；黎宏：“论财产犯（下接注1）”

集”、不同年龄段学者共同关注各显身手的主战场之一。尽管如此,这一领域的教义学研究还远没有到达终点。无论是国内的相关论著,还是作为这些论著的重要理论资源的德日刑法理论,关于占有的现有研究仍然存在可以期待之处。

一方面,经验有余而抽象不足。多数研究基本上止步于经验层面对各类事例的归纳,仍然依靠个别性、类型化、案例组的研究方式,去说明哪些占有案件是依据事实因素,哪些占有案件涉及到规范因素。其中,多数论述是对已经得到公认的结论加以事后的背书,但是较为欠缺对占有一般性规则的归纳和抽象,在一些案件中表示起决定性作用的是事实因素,而在另一些案件中又认为是规范性因素起关键作用,这种不稳定性与不确定性,很难对新的或者未来可能出现的占有案件提出普遍性的判断根据。^{〔2〕}另一方面,个性突出而共性模糊。占有领域中的一些重要分支,例如时空变化对占有的影响、上下级之间的占有关系、死者的占有、封缄物的占有、存款的占有、占有与盗窃罪既未遂的关系等等,常常被分散地、相互独立地讨论,呈现出“游兵散勇”的状态。^{〔3〕}有时候在各个问题的论证理由中也难以发现统一的关联性,以至于给人的错觉是,在各个问题中所谈论的占有并不是同一个概念。由于理论上对这些问题采取了一种分而治之的态度,没有提出统一的概念和一般性的上位规则,导致司法实务也是“头痛医头、脚痛医脚”或者是“逢山开路、遇水搭桥”。整体而言,这样的研究进路和实践导向,使得占有成为一个问题越纷繁、讨论越细致,就越缺乏约束力和越任意的概念。

在笔者看来,经过前一阶段的个别化积累和铺垫之后,学界关于占有的研究模式,应当进入到提炼一般性规则的阶段。这些规则不仅可以为已经出现的绝大多数事例提供令人满意的、逻辑一致而非依赖感觉妥当性的解释,而且能够作为具备相当程度的稳定性、确定性和可

〔2〕(上接注1)中的占有”,《中国法学》2009年第1期;童伟华:《财产罪基础理论研究》,法律出版社2012年版;王玉珏:《刑法中的财产性质及财产控制关系研究》,法律出版社2009年版;李强:《论财产性利益的占有》,清华大学法学院2011年博士论文;黑静洁:《刑法上的占有论》,北京大学法学院2013年博士论文;马寅翔:《侵占罪的刑法教义学研究》,北京大学法学院2013年博士论文;徐凌波:《存款占有的解构与重建——以传统财产犯罪解释为中心》,北京大学法学院2014年博士论文。

〔2〕不仅我国学界,而且德国学界也存在此类问题。通说往往是设定了事实性的占有概念与规范性的占有概念的对立,但并未提出明确的判断准则。Vgl. Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 2014, § 242, Rn. 23.但是,这种在两极之间持一种来回滑动的实用主义态度的理解方式,即使能够解释过去,也难以对未来的实践提供确定的教义学规则。特别是,在多个主体对财物的控制既有事实因素又有规范因素时,应当如何确立占有的归属,理论通说始终没有给出明确的说明,这就使得司法实践中的结论成为一种缺乏标准指引因而也难免恣意的判断。本文第七部分将会分析这种摇摆型的暧昧立场的问题。另外,也有少数德国学者试图进一步明确提供一般性的占有认定的标准,例如比特纳曾经提出“社会分配关系”的观点,Vgl. Bittner, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, 1972.但是,按照“社会分配关系”得出的占有结论,在不借助这种观点之前也能认定;而对于未来的案件,这种标准本身的模糊性和判断的恣意却不会比之前明显降低,因此这种看法并未得到普遍的承认。关于比特纳的理论的进一步介绍,可参见马寅翔:“民法中辅助占有状态的刑法解读”,《政治与法律》2014年第5期。

〔3〕在这一点上,我国学者的研究明显受到日本学界的影响。在占有问题的阐述上,张明楷、刘明祥、周光权、黎宏等学者的研究,与日本学界的西田典之、山口厚、大塚仁、大谷实、前田雅英等学者的研究,尽管能在一些结论上存在差异,但是基本上都采取了一种具体问题分而论之的研究风格和体例。

操作性的判断方法去应对未来出现的新型案件。本文尝试在这方面做一些努力。^{〔4〕}文章的基本思路和结构如下:①概述刑法上占有的含义、地位及其与民法上占有之别;②分别以占有的事实性和规范性为主线,从那些被以往的理论研究和司法实践普遍承认但是失之于分散和零碎的事例中,归纳提炼出经验上的规律性;③在此基础上,提出判断占有的有无与归属的一般性规则,并以此来一一检验金钱的占有、死者的占有、遗忘物的占有、存款的占有、封缄物的占有、占有辅助人以及运送物的占有等诸多子问题;④表明思考占有问题时所持的“调和存在论与规范论”的法教义学内部立场,并从法律经济学的外部视角对本文的一般性规则进行论证;⑤全面批判“法律上的占有”以及“占有权利或利益”等纯粹规范化的占有概念;⑥最后,运用判断占有的一般性规则,讨论盗窃罪的既遂与未遂中的疑难问题。当然,每个学者关于一般性规则的想象与创建各有不同是很正常的。本文提出的观点也是多种解决方案之一,一些批判也未必妥当,权作抛砖引玉,期待引起学界在这一方向上的更多争鸣和探索。

一、刑法上的占有

(一)三种意义上的占有概念

在我国目前的刑法理论研究及司法实践中,“占有”一词常常出现在三种不同的语境下,其涵义以及相应的研究脉络也各不相同。第一种是非法占有目的中的“占有”;第二种是作为盗窃罪等财物犯罪之保护法益的“占有”;第三种则是用于解释盗窃罪等财物犯罪之客观构成要件的“占有”。本文主要讨论第三种意义上的占有。但是,由于理论和实践中经常出现将这三种不同涵义不加区分使用的情形,造成了理解上的混乱和困难。因此有必要首先对前两种占有概念略加辨析。

第一种意义上的占有,也就是非法占有目的中的“非法占有”,与“侵占”、“非法领得”或“不法所有”的含义等同。侵占罪和盗窃罪的共同之处,是对于本不属于自己的财物,行为人主观上都想要非法地取得类似所有人的地位并加以使用。不同的是,这种主观因素在侵占罪那里,属于故意内容,同时对应着客观构成要件中的侵占行为;而在盗窃罪那里,这种主观因素属于盗窃罪故意内容之外的侵占目的(所谓“超过的主观因素”),且并不要求有对应的客观层面的侵占行为(所谓“短缩的二行为犯”)。由此可见,盗窃罪中的“非法占有目的”,更精准的表述,其实应该是侵占目的(或不法领得/所有目的)。因此,盗窃罪客观要件中的窃取行为,与主观要件中的非法占有目的并无直接关系;从客观的窃取行为中分解出来的所谓“占有”概念(第三种意义上的占有),与非法占有目的中的“占有”(第一种意义上的占有)也并非同一物。前者

〔4〕 已经有学者做出了探索。这一点尤其体现在一些年轻学者的博士论文中。例如,黑静洁博士提出了包括实力支配、媒介支配和权利支配在内的“排他性支配”是占有本质特征的观点。参见黑静洁,见前注〔1〕。又如,马寅翔博士提出以所谓“扩张的事实支配可能性”作为判断占有的总体依据的观点。参见马寅翔,见前注〔1〕。徐凌波博士提出要坚持事实支配性、同时在事实与规范的两极之间通过类型化方式确定占有的观点,参见徐凌波,见前注〔1〕。

是从日本刑法理论中移植过来的概念,后者则是我国立法及司法解释中的惯常规定。因此,两者不过是由于各自约定俗成的用法而在文字形式上“撞衫”的两个不同的概念。〔5〕

至于第二种意义上的占有,其实是以第三种意义上的占有为基础发展出来的概念。目前赞成占有是盗窃罪法益的学者认为,由于经济、社会发展,有必要单独地保护占有。〔6〕这里所说的占有,其实是将客观构成要件中的“占有”概念(第三种意义上的占有)提升为一种法益,使之成为盗窃罪等财物犯罪的保护客体。由此,占有概念从客观构成要件领域进入到法益层面。而占有一旦被视作法益,就需要与通说一直坚持的所有权说进行对抗和论辩。这种语境中讨论的占有,就是第二种意义上的占有。

本文主要研究第三种意义上的占有。财产犯罪中的抢劫罪、抢夺罪、侵占罪与盗窃罪一样,均属于传统意义上的以“物”作为主要犯罪对象的财物犯罪,它们在客观构成要件层面,都需要处理围绕着“物”构建起来的关于人对物的控制和支配关系的问题(第三种意义上的占有)。因而经由对盗窃罪客观要件中的“占有”进行研究得出的各种结论,同样适用于抢劫罪、抢夺罪、侵占罪中的占有问题。在行为方式上,盗窃、抢夺和抢劫都属于取得财物型犯罪:盗窃是窃取,抢夺是夺取,抢劫是劫取。在这个意义上,第三种意义上的占有是为了构建“取得”(包括窃取、夺取和劫取)行为而被发展出来的下一级概念或者说次定义。

(二)客观构成要件中的占有:针对“取得”行为的次定义

宣称一个构成盗窃罪、抢夺罪或抢劫罪的行为人客观上实施了盗窃、抢夺或抢劫的行为,这句话在认识上没有提供任何新的增量。因为需要去认定的,本来就是一个什么样的举止动作才算是《刑法》第264条、第265条和第263条中的“盗窃”、“抢夺”和“抢劫”行为。因此,如果不想陷入语义重复、循环表述的泥潭,就必须进一步对盗窃、抢夺和抢劫的语言表述本身进行分解。以盗窃罪为例,国内通说认为,盗窃行为就是“秘密地窃取公私财物”或者“暗中将财物取走”。〔7〕其中,“秘密”或“暗中”针对的是盗窃罪中的“窃”,而盗窃罪中的“盗”则意味着一种取得财物的行为。除了盗窃罪的“窃取”之外,抢夺罪往往被解释为“夺取”财物的行为,抢劫罪往往被解释为“劫取”财物的行为。由此可见,就客观层面上的共同基础而言,盗窃罪、抢夺罪以及抢劫罪等财物犯罪,在本质上都是一种“取得”财物的行为。但是,作为一个过度融入生活而指涉对象广泛的日常用语,“取得”概念本身无法直接完成在财物犯罪中严格界定入罪范围的任务,因而需要对其进行法教义学的定义。

以往的国内通说已经做了对“取得”概念进行分解的工作。一般认为,所谓“窃取”或“取走”,就是“将可移动的财物,秘密转移到行为人控制之下,并且脱离财物所有人或持有人的控

〔5〕 我国《刑法》第264条盗窃罪并没有规定“非法占有目的”,但是几十年来,相关的司法解释以及通说一直都将“非法占有目的”表述为盗窃罪的要件之一。至于将窃取行为表述成“打破旧的占有,建立新的占有”,这是最近十年来,一些国内学者将日文中的表述直接引入到国内刑法理论中的结果,由于学者的影响力,这样一种说法也逐渐开始流行起来。为了节省沟通成本,本文暂且沿用这些关于“占有”的约定俗称的说法。

〔6〕 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,页76—77。

〔7〕 参见高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社2010年版,页565;陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2008年版,页746;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2007年版,页670。

制范围”，〔8〕或者“排除了先前的财物的控制支配关系，建立起新的控制支配关系。”〔9〕通说中所谓人对财物的控制或支配关系，在晚近的学术讨论中，越来越常见地被表述为“占有”。〔10〕例如，“窃取是指使用非暴力胁迫手段，违反财物占有人的意志，将财物转移为自己或第三人占有。”〔11〕“窃取是指违反被害人的意志，将他人占有的财物转移为自己或者第三人占有。”〔12〕其实，刑法理论在进一步解释占有概念的时候，终究还是要回到“人对财物的控制支配关系”这一表述上来；但是，考虑到“占有”似乎更具有某种“法言法语”的专业术语的色彩，以及其在晚近学术市场中的畅销程度，本文在概念上统一使用“占有”的表述。〔13〕这样一来，取得行为的定义或者说继续分解，就变成“打破旧的占有，建立新的占有”。取得行为本身代表着占有发生了移转：先前的占有关系取消了，紧接着（通常情况下是同步的）一个新的占有关系建立了。

破坏人与物之间的控制关系，一般有两种途径：一是对物施加影响；二是对人施加影响。不同于压制被害人反抗、直接对人施加影响而取财的抢劫罪，盗窃罪属于一种回避被害人反抗、不与被害人直接发生关系的财产犯罪（经验上主要表现为秘密窃取），所以，盗窃罪中的“取走”财物，是一种通过对物施加影响，从而将先前存在的旧的财物占有状态加以清除或排斥的行为。因此，将他人封锁在某个空间内或排除在某个空间外，从而使他人与物隔离，阻碍他人对物的控制，这些行为由于仅仅是对人施加影响，因而都不能称得上是“打破占有”。一般情况下，打破占有常常意味着将财物从其原先所在地点移开（或挪开）。〔14〕因此，在下面的例子中，不能认为是打破了占有：B将自己的摩托车停靠在路边的电线杆旁后离开，行为人A用一把铁链锁将摩托车锁在电线杆上。虽然在这个案例中A的行为阻碍了B对摩托车的控制和

〔8〕 高铭喧、马克昌，同上注，页564。

〔9〕 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），中国方正出版社2006年版，页1090。

〔10〕 这种表述显然是受到日本刑法理论以及术语翻译的影响。日文中的“占有”与中文中的“占有”是同形字，国内一些学者所使用的“占有”，系直接从日文中的“占有”移植而来。例如，日本刑法学者西田典之认为，“窃取是指违反占有人的意思，将他人所占有的财物移转至自己占有的行为。”（日）西田典之：《日本刑法各论》，中国人民大学出版社2007年版，页116。日本学者大谷实指出，“窃取是违反占有人的意思，排除占有对人对财物的占有，将目的物转移到自己或第三人的占有之下。”（日）大谷实：《刑法讲义各论》，中国人民大学出版社2008年版，页193。

〔11〕 张明楷，见前注〔1〕，页877。

〔12〕 周光权，见前注〔6〕，页96。

〔13〕 当然，究竟是使用“占有”还是“持有”的表述，学界也有不同观点。有学者认为，民法上的占有与刑法上的持有，是两个不同的概念，因而应当区别使用这两个概念。参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2007年版，页708。有学者则在讨论盗窃罪时直接使用“持有”的表述，参见林山田：《刑法各罪论》（上），北京大学出版社2012年版，页218。本文认为，如果考虑到我国刑法典中已经明文出现“持有”的规定（如非法持有枪支、弹药罪）这一点，那么，“持有”的表述显然更为本土化；不过，如果考虑到“占有”的使用在我国已经约定俗成，那么，在强调刑法与民法上的占有是两个不同概念的前提下，采用“占有”的说法也未尝不可。究竟是使用“占有”还是“持有”既不是本文的重点，也不会影响到本文所要重点讨论的内容，故此仍暂采用“占有”的表述。

〔14〕 Mitsch, Strafrecht BT 2, 2003, § 1, Rn. 57.

支配,但是摩托车本身并未离开原处,因此,这里就欠缺一个“打破占有”。^[15] 财物从它原先所在地被移至多远,以及移到哪里才算是被“取走”,这个问题要根据先前的占有状态以及财物自身性质等因素加以综合判断,对此,后文会详细展开。总的来说,旧占有之上的控制力越强,打破旧占有的必要消耗就越大。

(三)刑法上的占有与民法上的占有之别

客观构成要件中的占有概念,常常被用来与民法上的占有相对比。在德国法语境中,刑法上的占有使用的是“Gewahrsam”一词,而民法上的占有使用的是“Besitz”。各国刑法理论一直都承认两者之间存在差异。例如,意大利学者萨科就指出了这种差异:

(意大利)《刑法典》的制定者们不可能知晓 1942 年《民法典》中占有的定义,因为《刑法典》的制定早于该部《民法典》。事实上,刑法中的占有与任何一部《意大利民法典》中的占有都不完全一致,也与民法理论及实践中的情形不相重合。它有自己的特征。^[16]

无论是窃取、夺取还是劫取,刑法上的取得行为都是一种在事实上侵害财物的行为类型,而在通常情况下并不会改变财物在法律上的性质。财物在民法上的处分权限,并不会像财物本身那样被“取得”,被盗、被抢的被害人对于财物仍存有法律上的外壳和面纱。相应地,对财物不具有民法上的处分权限的行为人,例如窃贼、窝藏者、走私犯以及携带各种违禁品或非法所得者,对所持之物都可以成立刑法上的占有。民法上一般要求占有人具有为了自己的利益而占有的意思,但刑法上的占有可以是为了他人的利益而占有。民法上的代理占有和间接占有,也不是刑法上的占有。^[17] 此外,动产交易中经常出现标的物的所有权转移,但是现实占有不转移,只是占有人的占有名义发生了变更,也就是所谓的“占有改定”的情形,这种观念交付的方式,也不属于刑法上的占有。民法上不承认占有辅助人的占有,^[18]但是如后所述,在某些条件下,占有辅助人能够成立刑法上的占有。刑法上占有的这种事实性特征,^[19]使刑法上的占有看起来与民法理论上的“直接占有”有些相似。但是尽管如此,二者在物的持有形式上并不完全相同。这一点突出地表现在,刑法不承认占有的继承。整体而言,完全从民事法律的角度,根据法律或权利所产生的支配权变动去加以判断,在刑法这里是行不通的。

刑法与民法在占有概念上的区别,主要是由于民法与刑法设置概念的目的不同,或者是实现目的的方式不同。这里以一个曾经被美国学者波斯纳以经济分析的方式处理的有趣旧案 *Haslem v. Lokwood* 为例说明。原告将掉在公共道路上的马粪耙成一堆,打算找马车第二天

[15] 假设 B 将摩托车停在河边的某个快艇上面然后离开, A 乘机将快艇开走,虽然摩托车相对于快艇没有任何位移,但是相对于河边已经是被移动了,因此也是“打破占有”。

[16] (意)萨科、卡泰丽娜:《占有论》,贾婉婷译,中国政法大学出版社 2014 年版,页 51。

[17] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社 2010 年版,页 423;西田典之,见前注[10],页 112。

[18] (德)韦斯特曼:《德国民法基本概念》,张定军、葛平亮、唐晓琳译,中国人民大学出版社 2013 年版,页 174。

[19] 国内学界较早就有学者提出,“刑事占有是事实状态,不同于占有权且不必然产生占有权”。赵秉志:《侵犯财产罪研究》,中国法制出版社 1998 年版,页 22。

拉走,这也是他能够找到的必要的运输工作的最早时间。在他拉走前,被告路过并用自己的车拉走了这些马粪。原告起诉要求返还马粪,并胜诉。对此,波斯纳认为:

这一结果在经济上是正确的。这些马粪的原所有人抛弃了这些马粪,而原告发现了。他把马粪耙成堆,并取得其占有。马粪堆足以构成对第三人(如被告)的公示;这些马粪不再是抛弃物。如果要求原告为了保护自己的利益,除了将马粪耙成堆外,还必须将它围起来,或者一直看着它,或在预先安排马车在马粪耙成堆后立即将其拉走,这些只是会增加交易成本,而不会产生任何补偿性的利益。^[20]

波斯纳通过这种分析方式想要表明,事实控制力或削弱的控制形式(控制可能性),并不是占有的建立或者维持所必需的。理由是这一要求将导致浪费性的支出和专业化的失败。

波斯纳的分析到此为止了,显然,他分析的对象是民法上的占有。但是,进一步思考马粪案,可以清楚地看出民法上的占有与刑法上的占有的区别。确立马粪在民法上归谁占有的目的,是为了明确马粪的所有权。如果确认马粪归被告所有,那么就无需启动刑法,如果确立了原告的所有权,接下来就需要通过判断马粪在刑法上归谁占有,进而审查被告是否符合某些包含“占有”特征的犯罪的构成要件,具体而言,被告取走马粪的行为是构成盗窃罪还是侵占罪。如果认为马粪归原告占有,那么被告构成盗窃罪;如果认为马粪归被告占有,那么被告拒不退还则构成侵占罪。这个思考的链条大致如下:

判断民法上的占有→确定所有权^[21]→判断刑法上的占有→成立侵占罪或盗窃罪。

从经济学的角度观察,民法上的占有是将所有权建立在发现、授予或者转让基础上的一个有效替代方式。在新发现财产的情形下,以占有作为取得所有权的条件将减少浪费性的竞争和交易成本。如下文所述,对刑法上的占有当然也可以展开经济分析,但是通过经济分析确认刑法上占有的目的,不是为了探讨所有权归属给谁能收到最佳效果(无论是认定为侵占罪还是盗窃罪,都不会改变已经被民法认定的所有权),而是在所有权已经明确的前提下,探讨以何种方式(哪一个构成要件)保护该所有权能收到最佳效果。

因此,波斯纳以民法上的占有为对象进行经济分析,得出不需要事实控制力的结论,但是,同样展开经济分析,如后文所论证的那样,事实上的控制力对于成立刑法上的占有而言却是必要基础。这种差异并不是由概念本身自然派生出来的,而是由不同法律领域中法的任务和目的所决定。正如有的学者指出:

刑法上的占有和民法上的占有不同,民法上占有制度的功能,一方面在于确定占有人的地位,以明确占有人与真正权利人的权利义务界限,并对财产的现实支配状态予以法律化;另一方面在于保护该占有,以维护社会和平与秩序。而刑法上的占有本身不构成财产归属与支配秩序的一部分,只是对物的一种事实支配状态,其一方面在于保护该占有状

[20] (美)波斯纳:“萨维尼、霍姆斯和占有的法经济学分析”,于子亮译,载《中山大学法律评论》第11卷第1辑,广西师范大学出版社2013年版,页155。

[21] 关于在民法上通过占有取得所有权的进一步分析,可参见(英)波洛克:《普通法上的占有》,于子亮译,中国政法大学出版社2013年版,页111以下。

态,另一方面在于根据该占有确定占有人或侵夺该占有的人的行为性质。^[22]

就大陆法系的刑法学学术传统来说,占有概念是对以财物为对象的各种财产犯罪的客观要件进行法教义学建构的核心内容。一般认为,占有必须具备客观和主观两方面的因素。^[23]前者一般被称为“占有事实”,后者被称为“占有意思”。这种主客观二分法的本体论阐述,尽管在民法上非常重要,^[24]但是,由于其并不能够在刑法上为有效地解决疑难案件中的一些具体问题提供方法,因此,一直以来,刑法理论传统上都把更多的精力放在从事实与规范的视角来展开对占有的解释。^[25]鉴于以往的论述往往失之于分散和零碎(例如在存款的占有、死者的占有等不同的主题下分别论及到事实或规范因素),接下来本文分别以占有的事实性和规范性为主线,尝试从那些被以往的理论研究和司法实践普遍承认的事例中,提取经验上的规律性,对事实因素和规范因素在占有中的表现进行澄清、归纳和提炼。

二、占有的事实性

在刑法理论上提到占有时,最常见的定义就是人对物的控制支配关系。这种控制支配关系一般被认为具有强烈的事实性,“占有是个人基于主观的支配意思而在事实上控制特定物的状态。”^[26]将占有描述为一种事实控制力,或至少在大多数场合下是一种事实控制力的说法已经成为通说。问题在于,这里的“事实”到底是什么意思?或者说,所谓事实控制力中的“事实性”究竟是如何表现出来的?经归纳后发现,在对占有存否进行判断的场合,人们依赖的主要是一些自然主义的、物理层面或生物性的标准,这些存在论上的因素综合起来,可得出存在一种事实控制关系的结论。接下来,本文就从时空条件、占有主体、占有能力和意思以及共同占有等几个方面,勾勒这种事实控制关系的轮廓。

(一)物理上的时空条件对占有的影响

在经验层面,占有的事实性主要通过时空条件体现。时间与空间是理解物理世界的基本形式,是物质运动的舞台。因此,观察空间事实与时间事实的状况与变化,是从存在论的事实层面讨论占有问题的基本角度。一般而言,占有所要求的事实控制力,往往通过一种狭义上的

[22] 参见周光权、李志强,见前注〔1〕。但是,这段论述也存在疑问,因为它一方面表示“刑法上的占有本身不构成财产归属与支配秩序的一部分”,另一方面又表示要“保护该占有状态”。可是,为什么要在财产犯罪中保护一个“本身不构成财产归属与支配秩序的一部分”的东西?这是令人费解的。当然,这里涉及到占有是否属于法益的争论,此处不再展开。

[23] 这种关于占有的体素—心素的主客观分析模式,首先并主要来自于萨维尼。参见(德)萨维尼:《论占有》,朱虎、刘智慧译,法律出版社2007年版。之后这种分析模式被各国学者普遍采用。参见萨科等,见前注〔16〕。

[24] “占有,除对于物有事实上管领力(体素)外,是否尚须以占有意思为要件,系占有理论上最有名的争议问题。”王泽鉴,见前注〔17〕,页418。

[25] 超越了占有事实—占有意思的框架桎梏,从社会、规范的角度对占有概念展开分析,开始于韦尔策尔。Vgl. *Welzel*, *Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden*, GA 1960, S. 257 ff.

[26] MK—*Schmitz*, 2012, § 242, Rn. 43.

人与物的空间联系来实现;同时,这种空间联系的时间长度,也会对占有的判断产生影响。

一方面,财物与人的身体的物理空间距离逐渐缩短,使得人最终可以接触到财物,这是占有从无到有地建立起来的必要条件(但不是充分条件)。通常情况下,财物是否处在人的身体周边,是在判断占有是否建立起来时必须要考虑的因素。^[27]例如,当被继承人在医院死亡时,远在海外的继承人不能直接占有遗产。再如,在没有转移交付前,出借人不能凭借所有权和到期的借用合同就主张已经占有了尚在借用人家中的财物。一个本来不占有财物的人,只有当他在空间距离上逐渐接近财物时,才有可能在事实上对该财物建立起从无到有的控制力。除此之外,无论他在法律上有何权利,都不能作为从无到有地建立占有的根据。

另一方面,在判断占有是否丧失时,时间条件往往起到重要作用。时间的消磨功能,可以将一个占有状态从有到无地取消。例如,顾客就餐离开时忘在座位上的皮包,离开两分钟后又回头去取,该皮包仍然归顾客占有;但是如果经过几天后想起再去取,则顾客已经丧失对皮包的占有。由此可见,当法律条件(同样的财物)与空间条件(处在同样的空间里)都保持不变时,时间的流逝会发挥重要的影响。

(二)占有主体的自然人属性

占有人只能是自然人,这一点也突出地反映出占有的事实性特征。为自然人服务的看家狗,即使当主人不在家时起到了保卫财物的作用,但也不能被评价为占有人。在经济生活中,财物的所有者与占有人往往是分离的。法人、企业、社团和各种协会在法律上可能是财物的所有人,但是并不能成为对财物在事实上的控制者。实际占有财物的人,往往是社团的某个成员和公司企业里实际管理财物的人。因此,一个法人所有的财物,仍然可以成为盗窃罪中“打破占有”的对象。即使是个人所有的财物,也并不一定为物主本人占有。在这种情况下,取走行为打破的是第三人的占有,但是遭受财产损害的仍然是所有人。有观点认为,盗窃罪的对象必须是被他人占有的财物;同时又认为,盗窃罪的行为是窃取他人占有的财物。^[28]这种解释存在疑问。占有的问题是放在窃取这个行为因素中展开的,而不是放在财物这个因素中展开的。上述观点既在作为盗窃行为因素的“窃取”中界定占有,又在作为对象因素的“公私财物”中讨论占有,这种重复评价容易导致对盗窃罪构成要件结构理解的混乱。事实上,作为盗窃罪对象的“公私财物”指的就是公私所有的财物而非公私占有的财物。例如,A公司(法人)将汽车借给自然人B,C(基于非法占有目的)从B处将汽车取走。对C而言,这辆汽车是他人(A)所有的财物,因而满足了盗窃罪的对象因素。同时,这里也评价出一个窃取行为,因为C打破了他人的(B)对摩托车的占有。简言之,C通过一种打破B对摩托车的占有状态的行为方式,取得了A所有的摩托车,因而成立盗窃罪。

(三)占有能力和占有意思的事实性特征

关于占有的事实性的另一个显证就是占有能力。占有的成立,并不以占有人达到一定的年龄为限制,也与民法上的民事行为能力与刑法上的刑事责任能力无关。这里所必备的,仅仅

[27] *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 2011, Rn. 85 ff.

[28] 张明楷,见前注[1],页873、页877。

是一种自然意义上的、事实上能够对物控制和支配的资格和能力。^[29] 因此,即使几岁的儿童也能成为财物的占有人。例如,6岁的A在草地上玩拼图,路过的12岁的B,趁A转身去拿其他玩具的时候,将拼图装进自己的口袋中取走。在这个事件中,A对于放在手边的拼图玩具在事实上处于一种控制状态,对此应该承认存在一种占有事实而不是从民事行为能力的规范性角度去否认占有。

当然,这里还需要考虑A是否有“占有意思”。占有意思指的是一种控制意愿。这种意愿表现为占有人必须知晓他对财物的控制力的存在,并且有控制财物的意思。这种占有意思表现为一种内心的态度即可,这种意思表示能力同样不以民事责任能力为必要,也没有具体的年龄要求。换言之,占有意思的成立,仅仅有一种自然意义上的、事实上的控制认识和意愿就足够了。^[30] 因此,精神病人、醉汉和幼童同样可以成为占有人。例如,一个精神病人紧紧抓住钢笔不放,就可以认为这里存在着一种明显的占有意思。由于前述案例中的A具备占有能力,同时对玩具也有占有意思,因此,拼图玩具归A占有,B的行为,就是打破了一个既存的占有。在客观层面上,A的行为已经符合盗窃罪的客观构成要件。

(四)共同占有中的事实性因素

占有人只能是自然人这一点,并不排斥多人共同占有财物。例如夫妻往往共同占有居室里的财物。共同占有意味着多人对财物均具有事实上的控制,这种事实性控制必须在个案中具体考察。例如,一个学生足球队集体出资购买了一个足球,在踢球时,所有的球员们都是同时、共同地使用这个足球,该足球归大家共同占有。相反,如果两个家庭为了节约资金或抽号限制而共同出资购买了一辆汽车,两家约定隔月轮流使用,既然事实上是分别控制的,也就是一家实际控制汽车时另一家则完全脱离了对汽车的控制,那么,即使因为共同出资而在规范上承认是共同所有,也不会认为成立共同占有。由此可见,在缺乏事实控制力的情况下,民法上的规范关系对于确认刑法上的共同占有没有帮助。

三、占有的规范性

(一)以往理解占有之规范性的两种方式

在刑法理论上,尽管占有的事实控制力一直得到强调,但是,学界也早已经注意到占有的规范性问题并展开讨论。这其中,有两种较有代表性和区别度的解读方式。

一种是与事实性占有概念相对峙,提出一种“社会—规范”性的占有概念,根据“社会—规范”的占有概念,扩大解释一些在纯粹事实的占有概念之下难以解释的问题。^[31] 关于占有的

[29] Rengier, Strafrecht BT, 2003, § 2, Rn. 21.

[30] Mitsch (Fn.14), Rn. 57. 至于说,熟睡中的人或者忘记财物放在房间中某处的人,对财物并没有现实的控制意思,这可以被认为是一个潜在、概括的占有意思,但也可以是关于占有意思对于成立刑法上的占有是否必要的问题。

[31] Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht(BT), 2009, S. 93.

规范性问题的较早诠释由威尔泽尔提出来,这种诠释是这样展开的:

如果把占有当作一个仅仅从事实上来把握的概念,那么当原占有人带着财物进入到一个可以由多人进出的公共空间,此时多人可能具备对财物近距离接触的可能性时,岂不是都成了占有人?此时要想坚持对财物单独的占有,就需要追加额外的条件:在法律、道德观念或交往习俗上承认对于财物具备某种排他性的“权利”。这种社会观念的承认,能够有效地阻止下面的结论:当人们带着财物进入到一个公共场所时,突然之间就丧失了对它的占有。^[32]

可以明显看出,在上述的例子中,占有概念主要不是一个靠事实控制力定义的、纯粹物质性的、自然主义的概念,而是以“社会—规范”的因素为主,在财物与占有人之间建立了某种“精神性”的纽带。

规范性的占有概念的兴起,有适应经济与社会发展的必要性。例如,在过去,顾客与商品之间隔着柜台和售货员的障碍,因此顾客在事实上无法掌控商品,也不可能建立起对财物的占有。但是,随着商场的开放性增强,超市及类似开放式商铺的出现,顾客在其中可以直接抓取和把握商品,如果仅仅从事实性的角度去理解占有,就会承认顾客已经占有商品,但这个结论会令人感到不安。此时,如果从社会观念、交往秩序的层面考虑占有概念,认为商品仍然归超市或商铺占有,似乎是更为妥当的结论。

与上述对立起两种占有概念的进路不同,另一种解读占有规范性的思路,则是在一个占有概念之内考虑事实与规范的比例关系。在方法论上,这主要是从一个概念内部的要素关系出发,利用要素之间的互补关系来构建一个弹性的概念。具体到占有概念,规范因素的作用主要是用来补强和支持事实因素。一个加之于财物之上的占有状态,通常由事实上的控制力以及规范层面对控制的认可共同组成,两者之间互相补强。^[33]笔者以前也一直认为,事实因素与规范因素都属于占有概念之内的因素,类似于太极图中的阴阳鱼结构,表现为此消彼长、互相支援和补强的关系。当事实控制力比较明显的时候,就不需要太多规范性的因素;而当事实控制力比较薄弱的时候,须在规范层面的因素比较强大,才能补充事实因素的不足,从而满足占有成立的要求,最终形成一个占有。在这个意义上,占有的规范性,就是为了使一个占有概念完整而在事实因素不足时予以补强的因素。

具体而言,一方面,如果事实上的控制力很微弱的时候,往往需要规范因素很强,才可能形成占有。例如,停车于路旁之后出国数日的车主,对汽车的控制,就是一个事实因素弱但规范因素强的占有。同样的例子还有,停放在马路上的自行车(无论锁没锁),农民地里的农作物、他人果园里的果实、养鱼池里的鱼,离开主人一小段距离去小便的宠物狗等等,无论有没有围墙栏杆,也无论他人是否比所有人在事实上更加靠近和更能控制这些财物,但是都属于所有人占有。必须强调的是,在这些场合,所有人或者管理人在事实层面的控制关系是很微弱,但并不等于没有。另一方面,当事实上的控制力很强大的时候,规范因素可以很微弱,两者结合起

[32] Welzel (Fn.25), S. 257 ff.

[33] 参见(德)Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,元照出版公司2010年版,页37。

来,也可以形成占有。例如,拾得他人的遗失物后据为己有,就是一个事实因素强但规范因素很弱的占有。当然,当事实上的控制力和规范因素都非常强大的时候,此时就是一个没有任何争议的、最高级别的占有。在事实层面,人对财物有直接和即刻的现实控制力;在规范层面,又拥有强大的规范根据。例如,戴在腕上的归自己所有的手表,放在衣服兜里的自己的钱包等等。在这种情况下,其他人取走财物,都必须打破一个既存的占有关系,因而可能构成盗窃罪、抢夺罪或抢劫罪。

但是,现在看来,笔者之前对占有规范性的理解,仍然是比较粗糙的,还没有澄清其本身的含义和功能。例如,甲将未锁的自行车停放在路边后,进到旁边小卖店内去买东西。甲尽管已经在物理空间上离开该自行车一段距离,但是按照对占有的“规范性”理解,甲仍然占有该车。甲从店内出来后遇见朋友乙,乙见甲手中拎着东西腾不开手,就帮助来推甲的自行车,两人边走边聊。尽管此时自行车被乙推在手中,但是按照“规范性”的理解,占有仍然归甲。这两种情形都涉及到占有的“规范性”,然而它们的含义可能并不相同。在占有问题上究竟应当如何理解规范性要素,还需要进一步的明确。

(二)本文的进一步厘清:占有之规范性的两种含义与功能

1. 以社会一般观念为内容的“规范性视角”:用于判断事实控制力有无

在判断占有的有无时,根据时空条件确立的事实控制力起着至关重要的作用,但在很多场合下,往往不是通过纯粹客观的、“裸的”物理标准直接判断,而是戴上了社会一般观念的“规范眼镜”,透过这副眼镜,再来确认时空条件的影响和事实控制力的有无。

首先,在占有建立起来之后,空间的物理距离不再是占有维持的决定因素。换言之,财物是否持续地处在占有人身体周边,属于在判断占有是否(从无到有地)被建立起来时通常考虑的因素,但这一点对于业已建立的占有的延续而言,并不是必需的条件。^[34]因此,人们并不需要一直坐在自己的财物上,才能维持对财物的占有;即使人们距离财物很远,占有也同样可以持续。距离的扩大最多导致占有的松弛,但不会导致占有的丧失。例如,当人们把自己的铅笔握在手中,咬在嘴里,别在耳朵上,这都是明显的占有;而当人们把铅笔放在自己的抽屉里,然后离开房间出差去外地,也同样占有在自己家中的这只铅笔;将汽车停放在自己所住房屋外的大街上,该汽车也属于车主占有;狗的主人在遛狗时,不会因为狗离开主人去附近小便而丧失对狗的占有。

上述结论被普遍承认也似乎是显而易见的,但在理论上应如何解释?这是否说明占有的维持不再需要事实控制力?答案是否定的。本文认为,占有的维持同样需要事实控制力,但是此时不再是单纯地依靠空间物理距离的拉近,而是事实控制力仍然存续(不为零)就可以了,至于控制力的大小、强弱方面的变化并不重要。但是,在对事实控制力是否存续进行判断时,不能通过纯粹客观的、人与物之间“裸的”物理空间距离来衡量,而是需要戴上社会一般观念的“规范眼镜”。从社会一般观念来看,只要能够承认维系在人与物之间的那根线始终未断,事实控制力就被视作存在。占有一旦建立之后,事实控制力的存续并非以紧密的空间距离为必要,

[34] Mitsch, (Fn.14), Rn. 44.

更不需要持续的随身掌握;只要在时空条件上有靠近和接触财物的可能性,这就意味着从社会一般观念来看,人与物之间的那根控制力之线始终未断,对控制力(即使减弱)以及占有的延续就已经足够了。这就犹如在将风筝放上天空之前,必然要有一个紧密接触风筝为其上线的过程,但是一旦系上了线将风筝放上天空之后,人与风筝之间的物理距离可以不断扩大。只要线未断,控制力就始终存续。

在生活经验上可以想象,人对财物的事实控制力一旦建立起来之后,这种控制力的维持通常表现为三种形式:第一,最强的控制形式是时空障碍较小,占有人与物在空间距离上接近,只用较短时间就可以直接接触甚至抓握物。例如,放在身体附近的行李。第二,最弱的控制形式是财物被放置在一个公共空间中,而且占有人接触财物的时空障碍较大,即人与物的空间距离比较远,或者需要耗费较长的时间才能接触到财物。例如,将汽车停在马路上出国数日。第三,处于中间状态的是,虽然存在较大的时空障碍,但是财物被放置在一个相对封闭的、占有人具有排他性支配根据的物理空间之内,该空间对其他人的进入存在重要的法律障碍。例如,放在自家车库里的汽车,放在自己房间里的电视,放在自家信箱里的报纸等等。上述三种情形,特别是后两种情形,均需要从社会一般观念出发,在戴上“规范眼镜”之后,才能得出财物的事实控制力(强弱程度不一)仍被视作存续的结论。

有的学者认为,在后两种情形下,不存在事实的控制力,因而只能根据一般的社会观念可对财物的占有。^[35]但是,这种以社会观念之名直接决定占有存否的观点,显然会导致占有判断的失控和恣意化。实际上,社会一般观念在这里只是一个观察工具,仅仅发挥一个带有规范色彩的“眼镜”的作用,透过这一规范视角,人们观察到的对象是事实控制力,而不是一个学理上的占有概念。占有是否建立和维持的结论,是在首先判断事实控制力的有无的基础上才可能得出。另外,上述观点对事实控制力做了过于狭窄的解释。这里不妨通过一点想象来类比:放在自家车库里的汽车或房间里的手表,与放在自己衣兜里的钱包(或者钱包里的现金)相比,其实它们在处于事实控制之下这一点上是一样的,区别仅仅在于控制力的强弱不同而已。在这些场合,占有人都没有直接地把握或接触财物,但是自家的车库、房间与自己的衣兜一样,都是一个在规范上具有排他性支配依据的物理空间,差异仅仅是空间的大小、形状以及接触到财物所耗费的时间长度而已。这些差异只能证明事实控制力的大小强弱之别,但是不能证明事实控制力的有无。因此,正如对放在自己衣兜里的钱包具有无可争议的事实控制力,从社会一般观念出发应当承认,即使不在身边,人们对放置在自己家车库里的汽车以及房间里的手表,同样具有事实控制力。

对于上述第一种程度最强的控制形式(财物可随时触及)和第三种程度较弱的控制形式(财物难以随时触及但处在封闭空间内)来说,时间因素几乎对事实控制力的存否不发生影响。与之相反,在第二种程度最弱的事实控制关系(财物难以随时触及但处在公共空间里)中,事实控制力可能会随着时间流逝而消失。

[35] “对占有的认定均与所谓的事实上的支配这一要素无关,真正起作用的乃是日常生活习惯或者一般的社会观念。”参见黑静洁:“论死者的占有”,《时代法学》2012年第2期。

例如,车主将自行车停放在自己家的院子里出国(第三种控制形式),即使院门未锁且离开5年之久,车子已经生锈,从社会一般观念出发,也不会认为车主已经丧失对该自行车的事实控制力。相反,如果是将自行车停放在马路边或校园内的某个角落后出国(第二种控制形式),短时间内不会影响社会一般观念对控制力的认定(如前述所举的甲放自行车于路边后离开去小卖店买东西的例子),但是如果经过了5年之久,通常就会认为这辆锈迹斑斑的自行车已经与车主之间失去了控制关系。概言之,当财物处在一个多数人可任意出入的公共空间时,随着时间推移,原占有人对财物的事实控制力将逐渐削弱,直至最终消失。因此,遗落在马路、公车、地铁,超市或大型商场中的财物,经过了一段时间之后,考虑到事实控制力已经不复存在,就不能再认定为归顾客占有。此时,其他人将财物取走,只能考虑侵占罪而不能成立盗窃罪。

至于说究竟需要多长时间,才能认定事实控制力已经不复存在,仍然需要在具体个案中结合财物的特点,透过社会一般观念的规范视角加以判断。例如,同样是放在马路边,一辆没有上锁的自行车需要停放很长时间才可能被认定为控制力已经消失,在此之前,骑走自行车的人构成盗窃罪。相反,如果放在马路边一块手表,几分钟不到,就会被认为是一件失控的财物,取走的人至多被认定为侵占罪而非盗窃罪。这里乍看起来是财物的价值或体积影响了消磨占有的时间长短,但实际上,一款名贵的手表并不比自行车便宜,而开走一辆没锁的自行车也不比取走一块手表更费力。关键的问题还是在于一般人的社会观念。同样是处在公共空间,社会观念上通常会认为,没有人会将手表故意放置在大街上然后过一段时间再回来取,一块放在地上的手表显然是处于一种非正常使用因而失去控制的状态。相反,人们一般不会认为停放在大街上的自行车是被无意中遗落的,而是会认为车主还会再回来骑走,虽然没有在行驶中,但停在路边的自行车仍然是处在一种日常观念中的使用状态,也就是说,仍然处在车主控制之下。除非,经过很长的时间后,该自行车由于从未被移动以至于外表已经破旧生锈成为一辆“僵尸自行车”时,人们才会认为,这辆自行车与车主之间的“控制之线”已经切断,就此成为一件失控的、无人占有之物。由此可见,一件处在公共空间而又远离原占有人的财物,是否以及需要多久失去附着其上的事实控制力,需要透过社会一般观念的“眼镜”加以具体地判断。这就是本文所说的占有之规范性的第一重含义:用来判断事实控制力是否存在的规范性视角。

2.以法或道德秩序为内容的“规范性基准”:用于评价事实控制关系的重要性

一般来说,刑法上的占有的成立并不特别依赖于对财物控制的正当性。^[36]或者说,刑法上的占有不限于“有权”或“符合美德”的占有,同样也包括“无权”和“缺德”的占有。否则,窃贼就永远不可能“占有”财物,而“取得”的概念也无法依靠窃贼“建立新的占有”来加以理解了。没有争议的是,即使缺乏正当性,窃贼无疑也可以成为财物的占有者。相反,先前有正当理由占有财物者在财物被窃取后,则失去了占有,只能依赖刑法或民法上的正当防卫或自救行为等正当化根据,才能重新取回财物;而正当化行为的实现,往往就意味着要打破窃贼对于财物已经建立起来的占有。就此而言,是否对财物拥有所有权这种法律规范上的评价,对于判断占有

[36] NK—Kindhäuser, 2013, § 242, Rn. 32.

的成立,似乎并不是重要的因素。

但是,另一方面,从在理论和实践中得到普遍承认的案件结论来看,在涉及到多个主体就占有归属出现竞争时,谁是占有人的判断结论,又不能完全脱离法律秩序或道德习俗的规范性标准。例如,在酒店住宿的客人,即使坐在酒店房间的椅子上或者睡在床上,人们也不会承认客人对椅子和床的占有;相反,公认的占有人只能是摆设这些家具的酒店经营者。再如,车站的搬运工帮助旅客搬运,将旅客的行李扛在自己肩头,尽管他对行李的事实控制力比旅客更强大,但是人们仍然会认为行李归旅客占有。又如,学生甲带着书包进入到教室,将书包放在座位上后离开教室去洗手间,此时,邻座的学生乙即使对该书包有控制意愿,客观上也有更加贴近书包的空间距离,但是结论上仍然会认为该书包仍然归学生甲占有。毫无疑问,在上述这些场合,多个主体具备了对财物的事实控制力,但是在最终认定谁是占有人时,法律或道德习俗等规范秩序的评价,起到了重要作用。在认定占有的归属时,我们经常会观察到这样的结论:虽然一些主体对财物有着更近的空间距离,触及财物所耗费的时间更短,也就是对财物有着更强大的事实控制力,但是理论和实践中也往往不会承认这些主体对财物的占有。在人们得出这些结论的过程中,往往会用一种规范性的标准来评价事实控制关系的重要性,而这种规范性因素的内容主要来自于法律或道德秩序。这就是本文所说的占有之规范性的第二重含义:用来评价事实控制关系之重要性的规范性基准。

四、事实与规范的协作:占有判断的一般性规则与具体问题

上文根据各种判例结论和理论共识,归纳出占有具有事实与规范的二重性。事实性是指事实层面的控制力。规范性有两种含义。其一是指在判断事实控制力的有无时,作为观察工具的、以社会一般观念为内容的规范视角。这里的社会一般观念,主要是判断事实控制力是否存在时的一个日常性、一般人的视角,是作为观察工具服务于确立事实控制力的目的。其二是指在已经确认存在事实控制力的情况下,在规范层面对这种事实控制力的认同度。例如,尽管从社会一般观念来看,出门的窃贼对放在家里的赃物仍有事实上的控制力,但是,对这种控制力的规范认同度,则几乎为零。

不过,提出占有的事实性与规范性,这只是对绝大多数事例进行分析提炼的结果,是对那些成立占有达成共识、各方均认为妥当的场合,进行一个事后的解释和说明而已。然而,对于占有的有无和归属的判断,仅仅有对已达成共识的事例的合理解释还是不够的,仍然需要一个面向新情况的、逻辑一致、稳定可靠而非仅仅依赖感觉妥当性的解释规则。换言之,这里亟需的是一个面向司法者的实务工作行之有效的、一般性的判断规则,而非仅仅是一个面向学习者进行解说介绍性质的、本体论式的概念解析。不过,一般性规则的提炼和设计,是从实然的经验层面凭借想象力跃向应然的理论层面,这种工作带有很大的风险,也不具有客观唯一性。本文接下来针对占有的有无和归属分别提出的两条规则,基本上能够合理有效地解释以往出现的绝大多数关于占有有无和占有归属的案例,也有信心去针对未知的案件提供帮助,但是,它们仍然只是可能的解决方案之一。

(一)在判断单个主体的占有的有无时,常常需要透过社会一般观念的规范视角来确认是否存在事实控制力。事实控制力为零时不成立占有。至于在规范秩序上对控制力的认同度高,并不影响占有的成立

以往的研究大多认为,刑法上的占有比民法上的占有更加注重事实控制的因素。^[37]但是,究竟是怎样的更加注重,以及重视到什么程度,通常表述得较为含混。本文明确主张,在事实控制力为零时,不可能成立占有。这一条规则适用于占有主体清楚无疑时,确立一个静态的占有是否存在。只要事实控制力足够强大,即使规范因素为零,也能成立占有。相反,如果事实因素为零,那么即使规范因素再强大,也难以成立占有。简言之,规范因素不能独立于事实因素,而仅仅是对事实因素的承认。占有概念中规范因素的作用,归根结底是在补强和支持在事实层面上人对财物的支配和控制关系,如果事实上的支配关系为零的时候,规范关系再强,也无法独立支撑起一个占有的成立。^[38]因此,占有是一个以事实控制力为必要条件和成立基础的概念。

如何判断事实控制力的有无?主要是通过时空条件来确认。第一,只有在物理空间距离上不断地靠近甚至接触财物,才可能从无到有地建立起事实控制力(进而建立起占有)。第二,财物处在人的身体周边,人对财物在物理空间上有现实、直接的控制力,此时,时间的流逝对事实控制力的存在(以及占有的维持)没有影响。第三,财物没有处在人的身体周边,但是处于一个在规范上具有排他性支配依据的物理空间范围之内(必须是物理空间!),这仍属于一种(减弱的)事实控制形式,此时,时间的流逝对事实控制力(以及占有的维持)也没有影响。第四,财物既没有处在身体周边也没有处在排他性空间之内,而是处在一个公共空间之内,此时,随着时间流逝,事实上的控制力将逐渐削弱直至最终丧失(占有也最终消失)。最后,判断上述时空条件时,常常需要借助社会一般观念。这种日常视角的观察,属于判断事实控制力有无的内部问题。

根据本文观点,对下述占有领域中的一系列争议问题的回答如下。

1.关于保管物为金钱的问题

一般而言,将财物委托他人保管,原所有人仍然在规范层面上保留对特定物的所有权,但是在事实层面上已经丧失了对物的控制力(保管人建立新的占有同时也从反面解除了旧的占有)。在事实因素为零时,无论规范上如何补强也不起作用。此时,原占有状态消失,保管人也不可能再去“打破”原先的占有构成盗窃罪,而只可能就处在自己新的占有状态下的财物构成侵占罪。但是,当代管物为金钱时应如何处理?

按照民法理论普遍承认的“金钱的占有即所有”的命题,当现金的占有转移给保管人时,所有权也随之转移,这样一来,该笔现金就会因为不属于他人所有之物而不能成为侵占罪的对象。为了避免这种惩罚漏洞的出现,日本刑法理论提出,根据金钱是否被限定用途而作出区

[37] 例如,“占有为民法上的制度,持有(即刑法上的占有)为刑法上的概念,二者均指对物有事实上之管领力,但持有更着重对物的实力支配。”王泽鉴,见前注[17],页422。再如,“与民法上的占有观念相比,刑法上财产犯中的占有在对物具有更加现实的控制、支配这一点上具有特色。”黎宏,见前注[1]。

[38] 车浩:“盗窃罪中的被害人同意”,《法学研究》2012年第2期。

分:其一,在消费寄托的场合,金钱的所有权转移至保管人,保管人的处分行为不成立侵占委托物罪;其二,在受委托保管的现金被限定用途的场合,所有权与占有相分离,占有归受托人,但所有权仍属于委托人。^[39]这种限定用途,包括委托购物、代为收缴欠款、帮助贩卖而得到的货款等等。当受托人随意使用该限定用途的现金时,就构成侵占他人之物而成立侵占罪。^[40]不过,考虑到强调“寄托的金钱的特定性,并没有实际意义”,^[41]因而日本学者提出“金额所有权”的概念,“刑法肯定的并不是作为特定物的金钱的所有权,而是作为不特定物的金额所有权”。^[42]按照这种通说观点,“只要持有等额的金钱,即便暂时挪用了所寄托的金钱,也不会发生对‘金额所有权’的侵害,因而不成立侵占委托物罪。”^[43]这就是日本学界在处理委托保管物为金钱时的思考逻辑。

那么,以存款形式保管金钱时又该如何认定?以日本热烈讨论的“村长案”为例,村长将自己所保管的村集体所有的现金以自己的名义存入银行,后来村长将存款取出用于自身的消费。判决认为构成侵占罪。日本刑法学界认为,该判例肯定了基于存款对现金的占有。山口厚教授提出,如果否定存款人基于存款的占有(笔者注:而认定存款归银行占有的话),那么在不取现而是转账的场合,由于存款人并未实际经手现金,就不能成立侵占委托物罪(笔者注:因为不符合侵占罪对象为他人之“物”的要求),而仅可能成立背信罪,但这样会有失均衡。^[44](笔者注:因背信罪法定刑相对较低)综上所述,保管物为金钱的案件给刑法理论提出了挑战,日本学者想出的解决方案是:发明了“金额所有权”的概念,由此回答现金所有权归属的问题;发明了“基于存款的占有”的说法,由此回答以存款形式保管的金钱通过转账侵吞时如何认定的难题。

但是,笔者不赞成这种解决方案,不仅是由于“金额所有权”的概念走得太远,以至于完全摆脱了以“物”为中心的所有权的概念,会与民法的理解发生过于严重的抵牾,而且“基于存款的占有”的说法将占有概念推向了纯粹规范化的歧途,对此后文将详细展开批评。按照本文的观点,现金一旦进入银行成为存款,存款人就不再有事控制力,存款只能归银行占有。因此,将现金存入银行的保管人,无论是取现还是转账,都不应当按照“储户基于存款占有现金”的理由来认定侵占罪。当然,笔者也赞成此类行为具有可罚性。那么,又该用什么样的解决方案才能避免惩罚漏洞呢?

在我国刑法没有背信罪,也暂时未对侵占罪进行立法修改的情况下,笔者提出如下的解决方案:①将委托保管的“那一笔”现金理解为特定物(具有某些特征如序列号等等),该特定物的

[39] 日本学者提出的理由是:民法强调金钱的占有与所有权合一是为了保护金钱流通的动态安全,而刑法上允许分离则是考虑到通过侵占罪保护内部的静态的权利。参见西田典之,见前注[10],页179;(日)山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,页352。

[40] 这是日本刑法学界理论和判例上的通说。参见西田典之,见前注[10],页179;(日)佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版,页4。

[41] 山口厚,见前注[39],页352。

[42] 西田典之,见前注[10],页179页。

[43] 山口厚,见前注[39],页352。

[44] 山口厚,见前注[39],页344。

所有权不发生转移,因此在委托人要求返还时,只要受托人不能返还特定的“那一笔”现金,那么在构成要件该当性的检验阶段,就已经符合侵占罪的特征。^②当受托人向委托人交还等额的金钱(现金或转账都可以)时,在违法性阶层的检验,可以根据“假定的被害人同意”,排除受托人的违法性。所谓假定的被害人同意,不同于现实的被害人同意或者推定的被害人同意,是指尽管被害人做出同意决定当时,行为人并没有履行完整陈述的义务,但是假设行为人事先做了如实的说明,被害人也会做出同意。^[45]换言之,行为人在说明义务上的瑕疵,对于被害人而言并不重要,也不会影响到被害人事先的决策,由此具有正当化的功能。按本文观点,代为保管之时并不是“消费寄托”而是被视作特定物的那一笔金钱,却被行为人当作“消费寄托”的种类物擅自消费了,这本来已经符合了侵占罪的构成要件。虽然这种行为事先没有征得被害人同意,但是考虑到即使事先向被害人说明了,被害人对于等额返还的做法也会同意,因此,这就可以视作一种“假定的被害人同意”。此外,在违法性阶段,也可以考虑委托保管合同作为正当化事由,^[46]排除受托人的违法性。^③当受托人既不能返还特定的“那一笔”现金,又不交还等额的金钱时,应当认定其具备侵占罪的不法。

本文提出的将焦点放置在违法性阶层解决的方案,其优点在于简洁清楚,能够一以贯之地合理解释针对保管物为金钱的各种情形。而且,充分利用了我国《刑法》第270条规定的“拒不退还”的明文规定。按此观点,受托人是否把委托保管的现金存入银行,或者是否从银行划拨转账,或者究竟是从银行取款来返还,还是从身边的现金里取款来还钱,这些都不是重要的和有意义的问题。认定侵占罪的关键在于,受托人是否返还等额的现金。这样一来,就解决了因金钱所有权随占有转移而难以认定“他人之物”的侵占罪对象的难题,又远离了现金存入银行后的关于存款占有归属的那些不必要的争论,也无需再制造出“金额所有权”、“基于存款对现金的占有”或“占有债权”这样的虽然能解一时之困但却后患无穷(下文再展开)的概念。只要受托人返还等额金钱(现金或转账都可以),就不成立侵占罪;不返还者,则构成侵占罪。这既与一般人朴素的法感情相契合,也使得理论保持了最大程度的简洁化和一致性。

2. 关于遗忘物的占有问题

《刑法》第270条第2款规定的“遗忘物”,在文字用语上与物权法第109—114条规定的“遗失物”存在差异。由此,引起了刑法理论上关于遗忘物与遗失物是否应当区分的争论。^[47]

本文赞成区分遗失物与遗忘物。根据日常用语的可能文义来理解,遗忘物通常是指忘记

[45] 不过德国学界一般是把这一理论用于医疗刑法和伤害罪的场合,来讨论医生的刑事责任。Vgl. Schönke/Schröder/Eser (Fn.2), Rn. 40. MK—Jöcks, 2012, § 223, Rn.106.以及参见(德)施特拉腾维特、库伦:《刑法总论》,杨萌译,法律出版社2006年版,页152。

[46] 关于民事合同作为一种出罪事由的可能性,Vgl. MK—Schmitz, (Fn.26), Rn. 101. 另外,笔者认为,即使没有明确规定,一般也应根据民事交易习惯,视作委托人默认接受等额返还的金钱,除非有证据证明双方有相反的约定。

[47] 主张区分两者的,参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释(下)》,人民法院出版社2013年版,页657。主张不区分两者的,参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,页662。还有的观点主张区分“侵占遗忘物与盗窃遗忘物”,参见王作富,见前注[9],页999。

把财物从离开地点带走,而遗失物一般则是指忘记了财物所处的地点。这两种“忘记”不仅仅是形式上的不同,而是意味着,原占有人对财物的事实控制力存在重大差异。^[48]在遗忘物的场合,原物主忘记的内容仅仅是没有将财物随身带走,但是正如本文所述,随身携带并不是维持占有的必要条件,原物主因忘记带走财物而导致与财物的空间距离越来越远这一点,并不会直接导致占有的脱离。只有在财物处于公共空间(例如马路、商场、地铁、公交车)而又经过时间的消磨之后,原物主才会逐渐丧失对该遗忘物的占有,此时,该遗忘物已经变为彻底失去控制力的遗失物。在此之前,取走该遗忘物的,客观上属于打破他人的占有,应构成盗窃罪。但是,根据《刑法》第270条第2款的规定,此种情形按侵占罪论处。对此应当如何理解?

依笔者之见,《刑法》第270条第2款规定的“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的,依照前款的规定处罚”属于法律拟制。换言之,若没有该款规定,则将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有的,本应按盗窃罪论处。按照本文观点,该款中的“埋藏物”与“遗忘物”一样,都属于没有脱离占有的财物。^[49]因为在汉语语境中,没有人会把无意中遗落在地上并最终被泥沙埋没的东西称作“埋藏物”,“埋藏物”应当是指被人因某种原因而故意埋藏于某处的财物,也不会有人认为故意埋藏财物就是为了要忘记财物埋藏于何处。因此,对于埋藏物而言,它完全符合本文界定占有时所说的故意被放置于某个物理空间之内的财物,埋藏人对于埋藏物的事实控制力客观存在,也能够得到社会一般观念认同。所以,埋藏物属于处在埋藏人占有之下的财物,尽管这种占有可能很弱。因此,对于这种本来没有脱离占有的遗忘物和埋藏物非法占为己有的,本均应构成盗窃罪。但是,在刑事政策上应当考虑到,从生活经验来看,行为人通常未必会认识到这在客观上是仍然处于他人占有之下的财物,而是会当作无人占有之物而占为己有。对于这种以主观上的侵占故意而客观上实现了盗窃罪构成要件的行为,^[50]一般也会依错误理论按照处罚较轻的侵占罪论处。因此,以法律拟制的方式,对于此类行为统一地规定在第270条第2款中按照侵占罪论处,就是一种合理且效果良好的立法技术的展现。

不同于“遗忘物”是指忘记被带走的财物,“遗失物”则是指忘记了处于何地的财物。没有人能够在事实上控制一个根本不知处于何地的财物,因此,在这种情形下,原占有人已经在丧

[48] 因而不能简单地将此批评为根据原物主的记忆力好坏来甄别定罪。并且,如后所述,两者实际上最终都是定侵占罪,并不会影响定罪结论,只是法律适用依据不同而已。

[49] 与本文观点相反,有的学者认为,第270条第2款属于侵占“脱离占有物”,参见张明楷,前注[1],页903。

[50] 梁丽案就是一个典型的以侵占故意实施盗窃行为的例子。根据深圳市公安局起诉意见书(深公预诉字2009[076]),金龙珠宝公司的员工王某在深圳机场B号候机楼二楼19号值机口办理登记和托运手续时,安检人员以黄金属于贵重物品由拒绝托运,王某遂跑到距离19号值机口22米远的10号值机主任处咨询。当时,装有金饰小纸箱的手推车仍放在19号值机台前黄线处。梁丽手推清洁车经过,将小纸箱搬到了自己的清洁车上,后与同事将箱内黄金私分。从案情来看,该纸箱显然当时仍属于王某占有之下的财物,因此,梁丽最后被认定为侵占罪,较为合理的解释是由于构成要件事实错误,即以侵占的故意犯了盗窃之罪(当然前提是梁丽主观上认为是遗失物这一点被查证属实),遂排除盗窃罪而按侵占罪处理。资料来源:http://www.dahc.cn/xwzx/sz/t20091019_1673570.htm,最后访问日期:2014年6月8日。

失了对财物的事实控制力,当事实因素为零时,占有亦随之消失。将这种无人占有的财物据为己有而拒不退还的,应当按照第 270 条第 1 款处理。^[51] 这涉及到如何理解第 1 款中“代为保管的他人财物”的含义。依笔者之见,不宜将“代为保管”缺乏根据地限制解释为受他人委托而归行为人占有的状态,而应当将其解释为对财物的法律性质的界定,即该财物对于行为人而言,只能是属于一种“代为保管”的状态而不能对其僭居所有人地位。无论是受委托存管的财物,还是无因管理的财物,也无论是死者的遗留物,还是他人的遗失物,就其在法律性质上对行为人而言只能属于“代为保管”而不能僭居所有人这一点而言,都是相同的。这样一来,侵占罪的对象既包括自己实际占有的财物,也包括无人占有的财物(遗失物和死者遗留物)。^[52] 如果行为人对这些代为保管的财物以所有人僭居(非法据为己有),则构成侵占罪。

3. 关于死者的占有问题

有的观点认为,死者的财产在其死后就已经转移至其继承人占有,因此取走死者财物的行为,实际上是侵犯了继承人对死者财物的占有。^[53] 但是,作为生物体的人死亡之后,对任何财物都不可能再享有事实上的控制力和支配力,由于事实因素为零,占有已经不复存在。按照上文已经论述的观点,死者遗留的财物属于第 270 条第 1 款中的“代为保管的财物”,将死者遗留物非法据为己有的,依第 270 条第 1 款构成侵占罪。因此,在杀人取财的场合,只有在实施暴力当时就具有非法占有目的,且杀人后随即取走财物的,才能认定为是以暴力方式打破他人占有关系的抢劫罪。相反,如果是杀人后才临时起意取财的,或者是杀人当时虽有非法占有目的,但杀人后又离开一段时间之后又回来取财的,由于死者已经不可能在事实上控制财物,原占有已经消失,不存在“打破占有”的问题,因此对行为人应认定为杀人罪与侵占罪的并罚。^[54]

此外,死者的财物是处在公共空间还是自己的房间、车库等排他性支配的空间,也是重要的考虑因素。①如果死者死于任何人均无支配根据的空间之内(如死在荒郊野外或者大街小巷等公共空间),其随身财物的占有随即消失,取财者构成侵占罪。②如果死者死于自己没有支配根据但是其他人有支配根据的空间之内(如死在医院里),则其对财物的占有随即转移给医院管理者,取财者构成盗窃罪(打破医院的占有,侵犯了死者继承人的所有权)。③如果死者死于自己具有唯一的排他性支配根据的空间之内(如独居者死于家中),则其财物(无论是否处

[51] 如果是有健忘症的车主 A 将汽车停于路边,数日后彻底忘记了汽车停在哪里, B 将该汽车取走,应如何处理? 按照前文观点,社会一般观念上不会轻易承认汽车属于失去占有的“遗失物”, B 的主观故意系盗窃应属无疑,但是该汽车客观上实际上确实属于 A 已经失去控制力和占有的财物,因此,与梁丽案相反, B 是以盗窃的故意犯了侵占之罪。

[52] 将死者之物解释到第 270 条第 1 款中,可能会比将其解释为第 270 条第 2 款的“遗忘物”或“埋藏物”更合理一些。

[53] 参见褚剑鸿:《刑法分则释论(下)》,台湾商务印书馆 1998 年版,页 1086;黑静洁,见前注[35]。

[54] 也有观点认为,在行为人几乎杀害被害人的同时就产生了取财意思的,也可以肯定盗窃罪的成立。周光权教授认为这是基于“死者的生前占有有限延续”的理由。参见周光权,见前注[6],页 118。类似的观点参见(日)大塚仁:《刑法概说(各论)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,页 216。“被害人生前的占有,在和使被害人死亡的犯人的关系上,只要和被害人的死亡之间在时间、场所上接近,并且值得刑法保护,那么,对犯人利用被害人之死而夺取其财物的一连串行为就要进行整体评价,认为该夺取行为构成盗窃罪。”

在该空间内)的占有随即消失,取财者构成侵占罪。^④如果死者死于除了自己之外其他人(如其配偶)也享有支配根据的空间之内(如同居的房间内),则处在该空间内的财物的原占有状态(如果是共同占有)并没有消失,或者原占有状态(如果是单独占有)随即转移给其家庭成员,取财者均构成盗窃罪。

4.关于存款的占有问题

有的学者认为,储户能够在实质上控制和支配存款,因而存款归储户占有。这种观点认为:

存款的占有属于存款的名义人……就储户与在其账户之内现金的关系来看,一般来说,只要储户愿意,其随时都可以通过在银行的柜台或者通过自动柜员机,取出其账上存款额度之内的现金。特别是在通过自动柜员机取款的场合,银行方面几乎没有任何实质性的审查。这就意味着,储户对于其帐户内的现金,是具有实质上的支配和控制的。对于储户而言,此时的银行不过是一个保险箱或者一种占有财物的手段而已,尽管在形式上看,银行在占有财物,但实际上,在储户的银行账户的范围之内,储户对其财物具有支配、控制权。^[55]

但是,这个观点存在疑问。实际上,即使“在储户的银行账户的范围之内”,存放在银行或ATM机中的现金也是归银行而非储户占有和控制。首先,储户凭借银行卡可以便利地从银行处提取存款这一事实,仅仅说明了银行与储户之间存在债权债务关系。金钱一旦进入银行,存款人对这笔现金就在事实层面完全失去了控制和支配力。不仅如此,由于现金的占有转移也带动所有权的转移,因此,在将现金向银行交付之后,这笔现金的所有权也由存款人处转移到银行。取而代之的,是存款人立即产生了对于银行的与现金等额的债权。但是债权债务关系建立之后,存款人却不能根据该债权,而向银行主张,要提取当时存在的那一笔特定的现金(比如特定连码的现金)。

其次,即使不着眼于存入的那一笔特定的现金,而是在存款范围之内提取相应款额的现金,是否就能够对存款主张占有?是否像学者描绘的那样,“只要储户愿意,其随时可以提款”,因此由于这种随时提款可能性而认定储户占有存款?答案同样是否定的。这种说法给人的感觉似乎是,从ATM处取款完全是储户单方面的任意行为,“银行方面几乎没有任何实质性的审查”。这是令人费解的论述。没有任何储户可以不输对密码,就仅凭自己的意愿而从银行或ATM处提款。难道对输入密码的审核,还不是一种实质性的严格审查吗?在当代社会生活中,密码的设置和检验,几乎是各个领域中最常用也最有效的审查关卡了。这样一种对不知密码者行之有效的阻挡程序,为什么会被认为是无关紧要呢?不错,储户由于掌握了密码,因此可以顺利取款,但是这仅仅是意味着,储户输入的密码通过了银行和ATM机的检验,双方在债权债务合同的框架之内,就特定款额的现金的占有转移达成了合意,因此储户才能取得现金。根据提款可能性高就认定存款归储户占有的观点,无意或有意地淡化了一个关键问题,那就是如果不经银行方面的严格审查,储户取款的积极性再高,意愿再强烈,也取不出半分钱。

至于说,在ATM上通过密码检验的程序就可以取款比以往大大缩短了取款的程序,这只

[55] 黎宏:“论存款的占有”,《人民检察》2008年第15期;另参见黎宏,见前注[1]。

是说明检验技术的进步,却始终不能改变不经银行审核储户就不可能取款这一事实。在输错密码的情况下,银行完全可以而且必然会拒绝通过柜台或 ATM 向储户付款,恰恰是在这一点上,说明在储户实际拿到现金之前,存款始终是处在银行实际控制之下,归银行占有。也正是在这一点上,日本学者所谓“理论上之所以肯定存款的占有,其实质根据正在于银行具有作为存款人的保险柜的实质性机能”^[56]的比喻完全是错误的,无论是面对自己家的保险柜输入密码取款,还是因为忘记密码而不得已砸坏自己的保险柜,其行为性质在法律上均没有重要意义,不存在克服法律障碍的问题。可是,储户在柜台或 ATM 机上输入密码,则是一个取得附条件的银行转移现金占有的同意的行为,是在履行与银行之间的合同,至于说,如果一个储户因为忘记密码而砸坏 ATM 机取款,这个行为的法律意义就更加重大了。

通常情况下,人们对下面的结论不会有太大的争议,即财物被放在一个物理空间之内,而规范上承认某人对该空间有排他性的支配地位时,财物归该人占有。例如,放在自己家车库里的汽车,放在自己房间里的手表,放在自家门前信箱里的信件等等。而在存款的场合,也经常见到“进入或处在储户账户内的现金”这样的说法,这给人的印象是,似乎该笔现金也处在了一个在规范上排他性支配的空间之内,因此与放在车库里的汽车与房间里的手表可以等量齐观。例如,“由于错误汇款而产生的与存款等额的金钱,就与被错误投递的邮件一样,可被视作脱离占有之物。”^[57]但是,问题恰恰在于,车库、房间或者信箱这样的空间是现实存在的物理空间,而所谓“账户空间”却是虚拟的存在。的确,储户可以随时向账户内存钱也可以随时从账户内取钱,可以在柜台取钱也可以在 ATM 机上取钱,但是,无论在技术和程序上发生怎样便捷的变化,这个过程中也始终不存在一个现实的物理空间。所谓“账户空间”,本质上就是对于储户与银行之间的债权债务合同的履行方式的一个形象比喻而已。基于这种合同关系,储户把现金的占有转移给银行,同时,对于存放在银行处的现金,储户有权向银行要求提现。

综上,账户不是一个物理空间而是虚拟空间,而对于现金所处的物理空间(如 ATM 机内),储户也没有排他性支配的根据,必须克服重要的法律障碍(输对密码符合合同条件)才能取款,因此,储户对存款没有任何事实上的控制力,存款不归储户占有,而是归银行占有。按此观点,对与存款占有相关的几类最常见也富有争议的案件的结论分别是:①在无权使用他人信用卡在 ATM 机取款的场合,行为人因为输对密码而得到银行“预设的同意”,没有“打破”银行对现金的占有,因而不构成盗窃罪。^[58] ②在他人错误汇款或者银行错误记账到储户账户,而

[56] (日)青木阳介:“预金による占有について一考察”,《上智法学论集》2012年第55卷第3·4号,页71。转引自陈洪兵:“中国语境下存款占有及错误汇款的刑法分析”,《当代法学》2013年第5期。

[57] (日)上嶋一高:“预金による占有”,载西田典之ほか編:《刑法の争点》,有斐阁2007年版,第198页。转引自李强:“日本刑法中的‘存款的占有’:现状、借鉴与启示”,《清华法学》2010年第4期。

[58] 是否构成信用卡诈骗罪,还需要在学理上充分阐释信用卡诈骗罪与诈骗罪的关系。这已经超出了本文主题范围,此处不展开讨论。笔者曾经主张,在盗窃罪和信用卡诈骗罪都无法认定的情况下,也可以考虑侵占罪。现在看来,尽管 ATM 机吐出来的现金既脱离银行占有也不属于储户占有,但如果在这里一律坚持“现金的占有即所有”的观点,那么该笔现金就属于占有现金的非法持卡人所有,这就不符合侵占罪是他人所有之物的要求。除非在此处不再坚持“现金的占有即所有”的观点,才有可能得出侵占罪的结论。

储户对此明知并从柜台或者 ATM 机取款的场合,由于存款归银行占有,而储户从自己账户内取款系得到占有人的同意,因此不构成盗窃罪。由于存款并不处在储户占有之下,因此取款当时也不构成侵占罪。至于取出款之后,虽然该笔现金归储户占有,但是根据现金的占有即所有的观点,当银行同意转移现金的占有时,该笔现金的所有权也随之发生转移,不符合侵占对象是他人所有之物的要求,因此也难以构成针对该笔现金的侵占罪。^[59] ③在 ATM 机出现机器故障而使得储户的账户余额不正常增加,储户对此明知而取款的场合,存款归银行占有,但是储户从 ATM 机取款的行为,却没有得到占有人的同意,因此构成盗窃罪。^[60] ④在将他人款项存入自己的账户中,而后又通过银行挂失等方式办领新卡进而取得存款的场合,由于存款归银行占有,取款也得到占有人(银行)同意,因此既不构成盗窃罪也不构成侵占罪。^[61]

(二)在均具备事实控制力的多个主体之间判断占有的归属时,判断基准不在于事实控制力的大小,而在于规范认同度的高低。规范认同度高者为财物占有人,规范认同度相近则为共同占有人

在现实生活中,财物可能处于被某个主体紧密控制和支配的状态,但是,若同时考虑到这种控制状态在法或道德秩序上的规范性,则实际控制者并不一定就被认为是占有人。特别是,当多个主体对同一财物同时具有不同程度的事实控制力时,究竟谁是财物的占有人,取决于规范秩序层面对不同主体的事实控制关系的认同度的高低。不管事实控制力多弱(但不能为零),只要规范认同度更高,该财物控制人就是财物的占有人。易言之,在判断占有归属时,各个竞争主体均存在事实控制力是基本前提,但事实控制力的大小强弱却并不重要,规范认同度的高低才是决定谁是占有人的标准。在规范认同度相近时,双方为共同占有人。按照本文提出的判断规则,可以对占有归属领域中的一系列争议问题得出清晰明确的结论。

1. 关于封缄物的占有归属问题

理论上讨论的封缄物,通常包括外部的采取一定封缄措施的包装物和包装物之内的内容

[59] 是否构成诈骗罪,取决于取款人是否存在保证人义务。这已经脱离本文主题范围,此处不再讨论。

[60] 银行作为 ATM 机的设置者,对于持卡人从 ATM 处取款存在一个预设的同意,得到该同意应当满足两个条件:一是持卡人必须按照规定插入真卡并输对密码;二是 ATM 本身必须按照规定功能正常地运转。因此,当机器出现技术故障时,银行同意他人取款的条件就已经不可能被满足了,此时行为人对机器操作,超出自己的存款额度而取现,属于未得到占有人同意而转移占有,构成盗窃罪。参见车浩,见前注[38]。值得注意的区分是,ATM 发生故障而使得存款数额增加,与银行错误记账而使得存款数额增加是不同的。前一种情形下从 ATM 处取款属于没有得到占有人预设的关于现金占有转移的同意条件,后者则是满足了同意条件。

[61] 是否构成诈骗罪,与这里的占有问题无关,但是值得进一步研究。一方面,行为人在挂失领取新卡时确实向银行隐瞒了账户内存款实际上是为他人代存的事实。另一方面,作为储户,行为人拥有对银行的合法债权,银行提供挂失服务时,客观上审查的条件就是挂失者是否系储户本人而已。因此,这里是否存在诈骗罪意义上的欺诈行为,还有很大的争议空间。

物。有的观点认为,封缄物的包装物和内容物均归受托人占有。^[62]有的观点认为,包装物和内容物均归委托人占有。^[63]还有的观点认为应当区分,包装物归受托人占有,而内容物仍然归委托人占有。^[64]

根据本文观点,包装物归受托人占有,内容物则归委托人占有。对包装物而言,已在事实上从委托人转由受托人控制,委托人对于包装物已经失去了事实控制力,事实因素为零因此不可能是占有人。但是,采取封缄措施的包装物对于内容物而言,却具有特殊的意义。包装物属于一个相对封闭的、委托人具有排他性支配根据的物理空间,而内容物正好处在这个物理空间之内。按照上文已经陈述过的观点,对物理空间有支配根据之人享有对空间之内财物的事实控制力。因此,委托人对于内容物仍然具有事实控制力。^[65]至于受托人,一方面必须要承认,他对于包装物之中的内容物也有某种程度的事实控制力(封缄措施的松紧程度不是问题的关键),甚至比委托人的事实控制力更为强大;但是另一方面,按照本文观点,当两个主体均存在事实控制力,控制力的强弱就不再重要,关键是要比较对事实控制力的规范认同度的高低。受托人对内容物的现实控制,只有透过包装物才能最终达到(只有破除包装物才能接触到内容物),而这个外包装,不仅仅是一种物理阻碍,而是作为一种重要的法律障碍,表明了规范上对于其事实控制力进一步变强的不认同。因此,委托人的事实控制力的规范认同度显然要高于受托人。由此得出的结论是,内容物归委托人占有,受托人破除外包装取走内容物的,属于打破他人的占有,构成盗窃罪。这一点能够得到立法上的支持,《刑法》第253条规定,“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的,处二年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪而窃取财物的,依照本法第264条的规定定罪从重处罚。”邮政工作人员属于实际控制邮件的受托人,其开拆邮件而窃取财物,就是一种破除外包装物而取得内容物的行为。刑法将这种行为规定为盗窃(第264条),显然是以承认委托人(寄信人)的占有而否认受托人(邮政工作人员)的占有为前提的。这与本文的观点是一致的。

2. 关于占有辅助人的问题

就事实层面的控制力而言,一个人手提或者肩背的财物,显然处于这个人紧密的控制支配之下。但是,当下属与上司同行并帮助上司提着皮包时,尽管下属对皮包的控制力更强大,上司对皮包的控制力相对较弱,但是在规范秩序上,显然要更加认可上司基于所有权对皮包的控

[62] 我国学者刘明祥、王玉珏主张这种观点。参见刘明祥,见前注[1];王玉珏,见前注[1],页199。

[63] 日本学者大塚仁、山口厚主张这种观点。参见大塚仁,见前注[54],页218;山口厚,见前注[39],页210。

[64] 张明楷,见前注[1],页876。

[65] 这里需要一点想象和类比。包装物与房间、车库、信箱等一样,均属于具有排他性支配根据的物理空间。放在此类空间内的财物,属于对该空间有支配根据之人占有。或许会有疑问,房间、车库等是不动产,能否作此类比?其实,空间能否移动,这只是一种外部的表现形式。诸如房车、渔船等,皆属于可移动的物理空间,车主和船夫对车内或船内的财物当然有事实控制力。在这个意义上,包装物不过就是一个缩小版的房车和渔船而已,或者就像委托人用双臂围起来的“空间”一样,封缄于其中的内容物,始终处在委托人的事实控制之中(控制力可能很微弱)。

制关系,而下属只是帮助其实现控制的辅助者。因此,皮包的占有人仍然是上司而非下属。如果下属趁上司不注意或者暂时离开时,将皮包带走或者从包里面取走财物的,客观上就是打破他人占有的行为。同样的例子,还包括在车站内帮助乘客搬运行李的工人,以及协助店主看管店铺的店员等等。在这些场合,由于上下、雇佣或者主从关系的存在,虽然下位者与上位者都对财物拥有不同程度的控制力,甚至下位者的事实控制力更强,但是由于为上位者的控制力提供规范依据是财产所有权,而为下位者的控制力提供依据的主要是帮助所有人实现对财物控制的工作职责,在规范层面的认同度上,前者显然比后者更高,因此,占有通常情况下都属于上位者,而下位者只起到对上位者占有财物的辅助作用,并不是财物的占有人。〔66〕

经常被讨论的出租车内财物的占有归属问题也是如此。按照本文观点,当乘客乘坐出租车时,出租车内部空间对司机而言属于一种规范上具有排他性支配的物理空间,因此司机对乘客放在车内或后备箱中的行李也有事实上的控制力。但是,乘客对行李的事实控制力在规范秩序层面得以认同的依据是所有权,在规范认同度上要远高于司机根据车内空间的管控权而获得的对乘客财物的控制力。因此,在两者都具有某种控制力的情况下,财物的占有归属于乘客,司机至多是辅助占有人,其乘乘客不备而取得财物的,构成盗窃罪。但是,当乘客将行李遗落在出租车内后,乘客在事实上已经完全失去了事实控制力因而不能成立占有,此时,财物转而归属于司机占有,司机将之侵吞的,构成侵占罪。进一步而言,若其他乘客上车后发现前乘客遗落的财物,此时,后乘客与司机对财物都有事实上的控制力,甚至后乘客的控制力可能更强(例如财物遗落在后乘客所坐的后排座位上)。但是,由于司机对前乘客遗落财物的控制,在规范秩序上至少会被认为是一种暂时时代为保管的肯定评价,而后乘客控制前乘客的财物,在规范秩序上却几乎不会得到任何认同。因此,司机控制的规范认同度比后乘客更高,所以财物归司机占有,后乘客取走财物的,属于以一种打破司机对财物的占有的方式,侵犯了前乘客的财物所有权,构成盗窃罪。

值得讨论的问题是,如果上位者赋予了下位者很高程度的看管财物的权限时,应当如何认定占有归属?有的观点认为,这要视上位者与下位者之间的信赖关系的程度而定,若下位者被授予一定程度的处分权限时,就应承认下位者的占有,其侵吞财物的行为不构成盗窃罪而构成侵占罪。〔67〕应当说,这种见解有正确的成分,但是也有含糊其辞的地方,难以为此类案件提供清晰明确的处理标准。

首先有疑问的是,所谓一定程度的信赖关系和处分权限,到底是要达到何种程度?例如,下属帮助上司提包,搬运工帮助乘客搬运行李,店员协助店主看管店铺,都不可能说是一点信赖关系和处分权限也没有。相反,如果说信赖关系和处分权限需要达到代为保管的程度,那也根本不需要任何讨论,因为成立侵占罪是理所当然的结论。其次,这种看法还忽略了一个重要问题,那就是店主本人对店铺的占有情况。即使店主高度信赖店员并允许其独立看管店铺,也

〔66〕 在结论上与本文相同的,参见刘明祥,见前注〔1〕;周光权:“侵占罪疑难问题研究”,《法学研究》2002年第3期。

〔67〕 参见张明楷,见前注〔1〕,页876;黎宏,见前注〔1〕。

不能由此得出店员独立占有店内财物并可能成立侵占罪的结论。因为上位者信赖下位者并赋予其一定的处分权限,并不等于就取消了上位者的占有。店主既可能每天都到店铺里转转,也可能直到月底甚至年底才到店里来查账。在前一种情形下,店主仍然保有对店内财物的事实控制力(只是有所减弱);在后一种情形下,店主则是将事实控制力完全转交给店员。这种区别会直接影响到店主是否还占有财物的判断。

根据本文提出的一般性规则,可以得出以下结论:①如果店员对财物有事实控制力,且店主的事实控制力为零,此时,店主没有占有财物,店内财物归店员单独占有。店员基于非法占有目的而侵吞财物的,构成侵占罪。②如果店主与店员对店内财物都有某种程度的事实控制力(不为零即可),而店员又被赋予了很高的照管财物的地位和权限(例如,店内只有一个店员,可以在店主不在时直接处理商品交易事项),此时,店员的事实控制力在规范层面的认同度(代为管理),已经接近了店主控制财物所依据的所有权层面的程度。在两者的控制力的规范认同度相近时,店主和店员为共同占有人。按照“取消共同占有必须得到所有占有人同意”的原则,^[68]如果店员私自侵吞财物的,属于违反同意而打破(共同)占有,构成盗窃罪。^[69]③如果店主与店员对店内财物都有某种程度的事实控制力(不为零即可),但是店员照管财物的地位和权限很低(例如,店内有多个店员,有的负责向顾客推销,有的负责去仓库取货,有的负责收款等等,总之需要相互配合和衔接才能完成商品交易事项),此时,店员的事实控制力在规范层面的认同度(分工协助),要远远低于对于店主控制财物所依据的所有权的认同度。在两者的控制力的规范认同度相差较大时,规范认同度高者为占有人,因此,财物归店主占有,店员仅仅是辅助占有人,其侵吞财物的,构成盗窃罪。

3. 关于运送物的占有归属问题

运送物归谁占有,也是一个在理论和实践中经常出现争议的问题。德国联邦最高法院的判例认为,货主委托货物运送,如果货主并未随行,也未指定运送路线,则运送人对运送物的处分行为不属于打破占有,不构成盗窃罪而是构成侵占罪。相反,如果货主随行或者指定运送路线,那么运送人对于运送物的处分行为就是盗窃罪而不是侵占罪。我国台湾地区的黄荣坚教授对此提出批评,认为这两种情形下的不同结论反映了占有中的事实性与规范性的冲突和矛盾。^[70]在我看来,这种批评是在将占有中的事实因素与规范因素对立起来的分析模式中才会出现,后文将会对这种分析模式的弊端进一步展开讨论。

本文认为,德国联邦最高法院的判例结论基本上是正确的,但是还存在进一步区分的空间。依照本文的观点,在运送物的占有归属问题上,以德国法院的判决为例,可以得出以下结论:①在货主没有随行的场合,货主对货物没有任何事实上的控制力,按照本文所说的事实因素为占有必要基础的观点,货主当然不占有货物,而是归事实上控制货物的运送人占有。运送

[68] 参见车浩,见前注[38]。

[69] 店主未经店员同意而取走财物,是否属于打破共同占有?答案是肯定的。但是,由于财物属于店主所有,因此不可能成为财产犯罪的对象。

[70] 黄荣坚:“侵占罪的基本概念”,《日新》2005年第4期,页29。

人侵吞货物的,构成侵占罪。^②在货主随行或指定运送路线的场合,^[71]货主和运送人对货物都具有事实控制力,虽然大小强弱不同,但也都具备了成立占有的必要基础。接下来,关键的问题就在于,谁对货物的控制关系更能得到规范上的认同。这里可能会有争议,但是不会影响到最终成立盗窃罪的结论:a. 如果认为,所有权属于本权,基于财物的所有权的控制力,在规范认同度上要远远高于基于托运合同而产生的财物控制力,就会由此得出货物归货主占有,运送人构成盗窃罪的结论。b. 如果认为,基于所有权的控制力,在规范认同度上与基于托运合同而产生的财物控制力大致相近,就会得出货主与运送人为共同占有人的结论,此时,按照“取消共同占有必须得到所有占有人同意”的原则,运送人未得到货主同意而处分财物,属于打破占有,因而构成盗窃罪。

五、法教义学立场与经济分析

(一)基于存在论与规范论调和的立场

关于本文主张的一般性判断规则,需要说明的是其背后的基本思考方法。上述规则是在一种存在论与规范论相互调和的立场上自然得出的结论,也是这种立场具体切实的表现。基础性思考方法和立场的差异,会对占有问题的具体讨论有潜移默化的影响,而这一点,可能并没有在以往的研究中得到阐明和重视。

一方面,如果贯彻纯粹的存在论或物本逻辑的立场,可能就不会承认规范因素在占有归属问题上所发挥的决定性影响,而只是以事实层面的控制力大小来决定占有的归属,并由此得出控制力大的实际占有人构成侵占罪的结论。例如,在具体事例中会得出以下的结论:将上司皮包提在自己手中的下属、顾客离开后实际控制其遗落钱包的出租车司机或饭店管理者、将乘客行李扛在肩上的工人,协助店主实际看管店铺的店员等等,都因为对财物的事实控制力更强大而毫无疑问地成为占有人。相应地,这些人如果将财物非法侵吞,只能构成侵占罪而非盗窃罪。

另一方面,如果坚持纯粹的规范论的立场,可能就不会承认事实因素在确立占有有无的问题上的基础性作用,而是认为社会观念、法律秩序等规范性因素才是判断占有的关键所在。按照这样的观点,就会在具体事例中得出以下结论:被继承人死亡时,继承人即使在千里之外,也能基于继承权而建立起对死者财物的占有;无论所饲养的宠物猫狗离开自己多远或多久,饲主都能基于所有权而永久性地维持对猫狗的占有;对于存入银行的现金,即使储户在事实上已经失去了实际的控制力,但是仍然能够基于存款的债权而继续占有;死者虽然已经不可能实际控制财物,但是基于规范上的考虑(例如继承人的权利或者对死者生前意愿的尊重),他人取走财物仍然构成盗窃罪。

限于文章主题和篇幅的限制,这里显然不能对存在论与规范论之争展开详细讨论。如果

[71] 指定运送路线,意味着只要货主愿意,就可以按图索骥,没有事实障碍地追踪到运送中的货物,因而在社会一般观念中,也属于对货物有较弱程度的事实控制。

要追问本文设计一般性规则背后的教义学立场,那也只能简单地回答说,在占有的问题上,笔者是在极端的存在论与极端的规范论之间持一种调和的看法。应然以可能为前提,而可能性的判断,只能从人类生活的实际经验而非法律秩序中求得。刑法的思考面对的是既有生物性又有社会性的人,行为规范的对象也只能是依据有限经验和有限理性而采取行动的人。因此,脱离开人与物的存在论特点进行纯粹观念性的义务要求和规范设计,只能适用于“来自星星的你”。考虑到人被生物性所决定的有限能力,本文首先将占有界定为一个以事实控制力为必要条件的概念。通常情况下,不具有“隔空取物”神功的普通人,要想从无到有地建立起对一件有体物的控制(不在修辞比喻意义上使用),必须要在实际的物理空间距离上不断接近该物。同样,由于时空条件变化而最终导致接近和接触一件有体物的可能性完全消失时,人也不会再被认为仍然控制着财物。但是,人毕竟是经过进化的高级生物,在群体的社会生活中,不能再奉行动物世界中弱肉强食的丛林法则,在多个对财物享有控制力的主体均主张占有时,不能再以力量大小作为决定性因素,而是必须考虑到这种控制力是否得到以及在多大程度上得到法律、道德或交往习俗等规范因素的认同与支持。因此,这种对于事实控制力的规范认同度高低,应当成为判定占有归属的标准。

(二)从法律经济学角度提出的理由

如上所述,占有的成立必须以事实控制力为必要条件,以规范上认同度的高低作为判断占有归属的标准。这种观点主要是基于存在论与规范论的调和立场,从以往的各种判例和常识见解中归纳提炼出来,它能够为过去杂乱、分散的占有研究提供统一的解释原理。但是,除了哲学立场上的偏好,以及在逻辑性和体系性上的优点之外,还有什么实质性的、竞争性的理由吗?我们可以从反面出发,想象两种与本文主张相背离的观点。一种不以事实上的控制力为必要条件,认为只要具备了规范上的依据就可以成立占有(A观点);另一种不考虑规范认同度的高低,而只以事实上控制力的大小作为决定标准(B观点)。那么,本文的观点与这两种观点相比,有什么优越性呢?

接下来所进行的观点优越性比较的工作,是通过以下三个思考步骤展开的。①不同的占有概念会导致不同的案件处理结果(如果相同就没有比较的意义了)。刑法上的占有概念,主要是为了妥当地解释盗窃罪、侵占罪等财物犯罪的客观构成要件。盗窃罪的对象是处在他人占有之下的财物,而侵占罪的对象是已经处于自己占有状态之下的财物。因此,财物究竟是归他人占有,还是归行为人自己占有,是区分盗窃罪与侵占罪的重要特征,占有的有无或归属的认定,直接关系到对行为人认定为盗窃罪还是侵占罪。②认定为盗窃罪还是侵占罪又会产生什么差异?这两类犯罪在实体法的认定和诉讼法的程序方面均有重要差异。在实体法上,侵占罪只有具备“拒不退还”的要件才能定罪。在诉讼程序上,侵占罪是自诉罪而盗窃罪是公诉罪。③最后也最重要的是,对于这种实体认定和诉讼程序上的差异,要根据什么样的标准进行评价,才能反过来影响到我们对于占有概念的比较和选择?本文在这里引入了经济学的效率视角。从事前的观点来看,需要考虑这些实体认定和诉讼程序上的差异将会对潜在的被害人或行为人形成哪些激励,以及哪一种激励下产生的效果才是最有效率的。

简言之,采用不同的占有概念,就会导致对于占有有无或占有归属的不同判断,进而必然导致成立不同的犯罪,随之带来的是实体认定或者诉讼程序方面的差异等一系列问题。此时,

由于不同定罪结论带来的差异对未来事件的激励效果不同,需要反过来考虑在一开始将占有归属给谁更为合理。接下来,本文就从经济分析的角度,对按照A观点、B观点以及本文观点所导致的不同结论进行对比和评价,由此论证本文的观点在通向效率之路上的合理性。

1. 关于事实控制力的必要性问题(针对A观点的批驳)

在占有人已经对财物完全丧失事实控制关系的场合,还能认定为占有持续?例如,把书包遗落在公交车上几周后才想起来,或者任由饲养的宠物狗跑出去很远的地方数日不归,或者将未上锁的自行车随便停放在马路边然后出国数年。在类似的案例中,尽管财物的主人在规范层面还占据着所有权人的法律地位,但是由于时空条件的变化,他在事实层面的控制力已经降低为零。在这种情况下,按照A观点,所有人仍然对财物维持着占有状态,财物的拾得人可能构成盗窃罪。相反,按照本文观点,由于事实因素为零,因此所有人的占有状态已经消失,拾得人建立起对财物的新的占有,当拾得人具备非法占有目的时,可能构成侵占罪。与本文的观点相比,根据A观点将上述案例认定为盗窃罪,将会导致一系列高成本、低效率的结果的出现。

通常情况下,财物所有人通过保持对财物的事实控制力来防范其丢失的成本,要远远小于财物丢失后通过司法程序追诉的成本。一个人虽然重视他的权益,但是仅仅因为对财物有规范的、权利上的根据,就疏于对财物的实际管理,在他本能够付出轻微成本去尽到注意义务防止财物丢失的情况下,任由财物在事实层面脱离控制,而等到权益被侵害时,则根据他的所有权,让整个社会(司法机关的办案经费来自于全体纳税人)动用盗窃罪的公诉程序为其支付巨大的追索成本,这显然是增加了无效率的成本浪费,并鼓励和放任了这种怠于履行注意义务的做法,不符合将责任分配给最小成本防范者的效率思想。相反,在认定为侵占罪的情况下,由于所有人只能通过自己直接向法院起诉的方式取回财物,对他而言,耗费的成本显然要高于交由检察机关经过公诉程序处理。这会对那些疏于财物管理、“躺在权利上睡觉”的所有人提出警告,激励他们采取适度措施妥善看管财物,防止财物丢失。因此,让对财物完全失去事实控制力的被害人承担丧失占有的效果,进而对行为人认定为侵占罪,这会对财物所有人起到激励效果,督促其在事前支付较小的成本去预防财物丢失,以避免事后耗费较大的成本去追回财物。

但完整的经济分析尚不止如此。财物所有人之所以对财物疏于管理,以至于在事实层面上任由财物脱离其控制,也许不是由于过度依赖公权力的救济,而很可能是因为这些财物对于所有人而言并不那么重要,因此他并不愿意付出成本去采取措施防止财物丢失。在这种情况下,认定原占有已经消失而拾得人涉嫌侵占罪是最有效率的做法。一方面,如果所有人虽然对财物不太在意但是若失去也会想要追回,此时,以侵占罪论处,可以促使所有人在事前提高注意义务、采取预防措施的成本与事后提起自诉的成本之间做出比较,这会促使他在对待财物的态度上做出对他而言最合理也最有效率的决定。另一方面,如果财产所有人对这项财物的轻视,已经到了既不愿意付出预防丢失的控制成本也不愿意付出任何追诉成本的程度,按照侵占罪论处正好可以避免诉讼浪费,检察机关不必(像盗窃罪那样)为此再付出没有必要的公诉成本。

最后,可能会存在的疑问是,通常情况下,与盗窃罪相比,侵占罪的追诉率更低而且具有定罪上的高度不确定性(如下文所分析的那样),因此,按照A观点认定盗窃罪,难道不是比按照本文观点认定侵占罪,会对行为人形成更强烈的不去实施犯罪行为的激励吗?这难道不是更有利于降低发案率吗?笔者认为,虽然存在这种激励效果,但恰恰是在财物完全脱离所有人的

控制从而处在一种遗失物(而非遗忘物)的状态时,降低发案率反而是一种不经济的、无效率的状态。从物尽其用的角度来说,此时激励他人去使用该财物,反而是有效率的结果。因为与其让财物完全脱离于人类社会中的日常使用和照管而最终毁灭(由于所有人已经完全忘记财物处在何地),或者让财物长期处在可有可无的、不被利用的状态(由于所有人不在意财物丢失因而放任财物失控),不如物尽其用。拾得人恰恰是因为重视该项财物才会拾取,财物落在了最能有效利用它的人手中,能够发挥出最大的价值。即使所有人最后可能仍然想寻回财物而找到了拾得人,但是在财物被拾得人保管的这段时间里,至少能够避免在无人照管状态下的毁灭,也至少在拾得人手中发挥了一段时间的实际效用,从整体结果来看,仍然是比定盗窃罪而加大激励人们远离遗失物,更加有效率。

2.关于能否以事实控制力大小决定占有归属的问题(针对B观点的批驳)

按照B观点,判断占有的归属时,不必考虑规范认同度的高低,而只以事实上控制力的大小强弱作为决定标准。由此就会得出下面的结论:在具备占有意思的情况下,在车站帮助乘客搬运行李的工人是行李的占有人,穿着酒店浴袍的客人是浴袍的占有人,在商场里试穿衣服的顾客是衣服的占有人,在超市里选取商品的顾客是商品的占有人等等。因为,在这些场合,尽管双方都对财物有某种控制力,但是搬运工、顾客等对财物的实际控制力要大于财物所有人。这样一来,当搬运工、顾客等基于非法占有目的而带着财物逃离时,就可能构成侵占罪。相反,按照本文的观点,在双方都具有某种事实控制关系的前提下,规范认同度高的一方为占有人,因此,上述场景中对财物拥有所有权或经营权的乘客、酒店管理者、商场和超市的经营者才是占有人。如果搬运工人、顾客等基于非法占有目的而带着财物逃离时,就可能构成盗窃罪。与本文的观点相比,根据B观点将上述案例认定为侵占罪而对潜在的行为人与被害人分别产生的激励作用,都会最终导向我们不希望看到的结果。

一方面,对于潜在的行为人而言,由于侵占罪比盗窃罪的追诉率更低,以及侵占罪在能否定罪上的高度不确定性,因此与盗窃罪相比,认定侵占罪的结论会更加诱发潜在行为人怀着侥幸心理去实施犯罪。首先,被害人要想从行为人处追回财物,只能通过自诉的渠道解决。与在盗窃罪的场合由检察机关公诉相比,通过自诉追回财物对被害人而言显然会大大增加成本。因此,会有更多的被害人因为顾忌到侵占案的自诉成本太高而放弃追诉,相应地,行为人被定罪和抓获的风险也随之降低,这会刺激潜在的行为人采取行动。同时,成立侵占罪需要符合“拒不退还”的构成要件特征,这意味着只要将侵吞的财物返还,就不构成犯罪。因此对行为人而言,即使被财物所有人追上门,他也仍然有可进可退的空间——只要他在觉得形势不妙之前决定退还财物,就不会被定侵占罪。换言之,行为人即使带走了财物,也能够根据被害人的追索强度甚至与之谈判来决定是否返还财物,而掌握自己最终是否被定罪的命运。相反,在盗窃罪的场合,行为人一旦带走财物,即使事后返还,也不影响定罪。比较而言,认定为侵占罪会提高对潜在行为人存在侥幸心理实施犯罪的激励,增加发案率。

另一方面,对于潜在的被害人而言,根据B观点认定侵占罪的结论,会导致财物所有人在给予其他人对财物的控制力时增加多余的谨慎,不愿意轻易地将财物的事实控制力与他人分享,而是牢牢掌控在自己手中,这不仅会带来不必要的浪费,也会遏制社会分工,增加人际交往的成本。在一个陌生人社会中,与他人分享对财物的事实控制力,很多场合下能够促进相互协

作,帮助人们更加顺畅地、效率更高地达到自己的目的。但是,在搬运工与乘客、商场与顾客等等这样的协作关系中,如果将占有归属于搬运工、顾客,进而得出侵占罪这种对财物所有人明显不利的(自诉成本高,要求行为人返还财物的谈判成本)同时又能激励潜在行为人(追诉率低,定罪充满不确定性)的结论,^[72]那么财物所有人从一开始就可能会排斥陌生人之间的分工协作,避免财物的控制力被分散出去。例如,为了避免(根据B观点)出现财物的占有转移,乘客不会再轻易相信搬运工人而将行李交付给他,商场的经营者不会再轻易相信顾客而让其试衣,超市可能也会改变开放的经营模式而恢复成传统的柜台模式来将顾客与商品隔开。人们要么独立完成任务,要么对附加了他人控制力的财物寸步不离。这些做法最终必然会抑制社会分工与人际交往的活力和流畅性,在管控财物上导致不必要的浪费,增加了社会成员之间的交易成本。这种促使整个社会朝着高成本、无效率方向运作的后果,无疑是没有人愿意看到的。

3. 关于边际分析与管理成本的问题

最后还有两点需要说明的是,针对A观点的分析部分,涉及到边际分析与管理成本的问题。的确,不能说所有的被害人失去对财物的事实控制力,都是由于过度依赖公权力救济或者对财物完全不在意,也有一些被害人可能就是因为一时的、偶然的遗忘而丧失了控制,根据本文提出的一般性规则,对这部分人可能起不到上文所说的那些激励作用以及降低公诉成本或者物尽其用的效果。但是,任何一般性规则,不管是制定的法律还是学说上提供给司法者的裁判规则,均不可能奢望对所有人都产生影响或使所有人的行为都发生整体性的改变,只要能够对人类群体中的一部分边际成员发挥作用,这就足够了。它会刺激这部分人不再“躺在权利(规范)上睡大觉”,而是寻找出替代行为,付出轻微的成本以维持事实上的控制力,不要闲置而是利用财物发挥其性能,这就会促进整体的财产秩序朝着物尽其用的高效方向去发展。这里也没有强制性地要求人们都必须实际控制或者利用自己的财物,而是让疏于管理和利用的人认识到这种行为导致后果的总体成本,然后自己去判断是否采取替代行为。至于最终是否替换和改变(是加强对财物的利用还是继续遗弃任由他人取走),那是财物所有人的自由,也是他经过理性权衡做出的决定,对整个社会的财产配置而言也是有效率的。

可能还是会有疑问,既然本文提出的一般性规则是针对人群中的边际成员发挥作用,那么,对于那些看重财物但确实是由于偶然原因而失去控制力的人来说,认定其已经失去占有是否公平?的确,在司法实践中也可以不进行这种一般性规则的泛化,而是针对个案探究,去审查个案中的被害人对财物的态度和遗失财物的具体原因,以此来决定占有的归属。但是这样一来,会付出巨大的司法成本,而且必然会遭遇很多难以辨别真伪的陈述。在所有案件中彻底搞清楚这个问题的管理成本,可能会抵消我们希望通过努力让财物所有人保持适度谨慎而节省的成本。因此,设立这种关于占有判断的一般性规则可能是更优的选择。

[72] 通常情况下,由于盗窃罪主要表现为“秘密窃取”,而侵占罪主要表现为“代为保管”,因此在经验层面,盗窃罪大多发生在陌生人之间,而侵占罪主要发生在熟人之间。往往只有熟人才会基于信任关系而委托保管财物。此外,侵占罪也可能发生在对财物保管关系提供明确合同或制度保障的陌生人关系中,例如商场或者车站的寄存服务。但是,按照B观点,类似于搬运行李或者试穿衣服这样的关系,既不是熟人关系也没有明确的保管合同,也会被强行地带入到侵占罪的领域中。

六、纯粹规范化的占有概念之批判

上文已经从法律经济学的外部角度,对于“不以事实控制力为必要条件,只要具备了规范依据就可以成立占有”的观点进行了反驳。但是,鉴于这种与本文观点相悖的、纯粹规范化的占有概念在目前国内学界的影响力越来越大,支持者越来越多,因此,有必要从法教义学的内部视角“正面迎击”。这种过度规范化和观念化的占有概念,目前集中体现于存款占有的问题(如后所述,也蔓延到盗窃财产性利益的观点)。对此,刑法理论上主要有两种表现形式。

占有规范化的第一种表现,是占有方式的规范化。典型说法是“储户基于债权而占有现金”,理由是所谓“法律上的支配”。前文已经提到,从成立占有必须具备事实控制力的角度来看,银行中的现金只能归银行占有而不能归储户占有。但是,在日本以及我国刑法学界,有不少学者认为,根据储户与银行之间的合同关系,也可以产生一种存款名义人的“占有”,也就是“把储蓄卡中的款项视为是持卡人占有的财物”。^[73]由此生发出一系列的概念:“存款名义人的占有”、“对存款的法律支配”、“基于存款的占有”等等。对于这种储户占有存款的观点,除了已经在前文予以反驳的那种“随时取款可能性”的论证角度之外,还有一种更加有影响力的论证路径。这种看法认为,之所以主张储户(存款名义人)占有存款,与事实控制力无关,而是基于一种所谓法律上的支配而形成的占有。由于存款人拥有对银行的存款债权,因而从法律上支配了与债权等额的现金,进而取得了对该现金的占有。于是,存款占有的判断,与事实上的支配无关而是取决于存款者具有正当的取款权限。这样一来,占有的成立不必然要求事实上的控制,具有“法律上的支配”也能成立占有。^[74]这种在内容上完全被规范物填充的“法律占有”的概念,属于占有本身要素的规范化。

占有规范化的第二种表现,是占有对象的规范化。典型说法是所谓“储户占有债权”,理由是占有对象不限于物。例如,张明楷教授虽然承认“存款债权所指向的现金,由银行管理者占有,而不是存款人占有”,但是却认为存款人对银行享有的债权,则归存款人占有。“无论是从事实上还是从法律上,存款人都占有了债权,因此,利用技术手段将他人存款债权转移于行为人存折中,当然成立对债权的盗窃罪。”^[75]黑静洁博士认为,存款债权是一种财产性利益,虽然与一般的物不同,但是也能成为盗窃罪中占有的对象。^[76]而陈洪兵教授更是提出存款人既占有现金又占有债权的看法,“合法存款人无论事实上还是法律上都占有着存款债权,对于

[73] 陈兴良,见前注[1],页370。

[74] 在将保管的金钱存入银行而后侵占的场合,以及侵占错误汇款的场合,这一观点是日本刑法学界和实务界的主流学说。参见大塚仁,见前注[26],页274;西田典之,见前注[10],页176;山口厚:《从新判例看刑法》,付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社2009年版,页227。对日本刑法学界在存款占有问题上的更详细介绍,参见李强,见前注[57]。

[75] 张明楷,见前注[1],页876。

[76] 黑静洁:“存款的占有新论”,《中国刑事法杂志》2012年第1期。

存款现金与银行形成重叠占有”。〔77〕按此观点,占有的对象可以不限于物而包括权利或利益,这属于占有对象的规范化。

上面提到了两种纯粹规范化和观念化的占有概念,对此或许会遭遇进一步的追问:即使占有概念完全地规范化了,又有什么问题呢?这种可以完全放弃事实因素而仅凭着规范因素就能成立的占有概念,之所以不能被接受,不仅是因为它会与民法上的占有概念混淆,更大的麻烦在于,它违反了在罪刑法定原则下通过教义学方法对构成要件要素进行定义和解释的方法论原理和基本的价值观念,在方法论和价值论上陷入双重困扰。这种纯粹规范化的观点,最终会将占有送上变为一个空泛无用和极度危险的概念的歧途。

(一)方法论上的问题

纯粹规范化的占有概念,是朝着越定义越抽象、越解释越脱离日常生活具象的方向出发的产物,违反了法学方法论关于解释工作的一般原理。

法教义学涉及的是法之发现,也就是应然命令的论证。在以立法者公布的法律作为基础的大陆法系,法之发现的运作方法是,透过对立法者采用的语词(专业用语)予以定义和次定义,来解释法律条文。换言之,通过不断渐进的法概念之去规范化而实现具体化,反过来说,就是用日常生活的语言概念来定义抽象化程度最高的纯粹技术法学概念。〔78〕因此,在对一个抽象的规范概念不断地定义和次定义的过程中,是用越来越具体的日常生活语言替换原有的抽象表达,不断逼近个案中的生活事实,使得两者之间的理解障碍越来越少,才能达到通过法律解释使适用法律更为容易的目的。如果一个法律概念的定义和次定义,比原解释对象的抽象化程度更高,需要更多的规范理念和专业术语才能把握,那这个解释工作的效果,就是让解释结论与具体案件中有待涵摄的具体生活事实越来越远,让涵摄与法律适用的难度不减反增。这种朝着相反方向的努力,完全背离了法教义学工作的基本航向。

在盗窃罪等财物犯罪中,客观构成要件中的盗窃行为被理解为一种取得财物的行为,又进一步被定义为“打破他人对财物的占有状态”。将这里的“对财物的占有”,进一步解释为对有体物的事实控制力,是朝着更加贴近日常用语和生活事实的方向不断逼近。通过这种法教义学的工作,人们更容易理解占有概念和被占有所定义的那个取得行为,也更容易将盗窃罪的法律规定适用于具体个案中的情形。相反,基于堵截漏洞和惩罚必要性的需要,通过增加规范填充物的方式来扩大占有本体(所谓法律上的支配)或者是占有对象(所谓权利的占有)的范围,这以一种增加抽象度和要求更高理解力的方式,大大地增加了人们认识何谓占有以及盗窃行为的难度。因为如果没有任何解释,也没有使用占有概念去定义盗窃,就是直接说“盗窃行为”,这可能还更容易理解些,至少一般人也能在脑海中勾勒出大致的行为形象。可是,说盗窃行为可以是“打破法律上的支配关系”,或者说“破坏对权利的占有”,恐怕不仔细研究这种主张的刑法专家,都不太明白个中真意,就更别指望普通人通过这种解释能够搞清楚盗窃罪要惩罚

〔77〕 陈洪兵,见前注〔56〕。

〔78〕 参见(德)许乃曼:《不移不感献身法与正义》(论文集),许玉秀、陈志辉合编,台湾新学林出版公司2006年版,页120、页141。

的具体行为到底为何物了。在法学方法论上,这简直就是在制造一个在方向上与具体易懂的解释目的相反的、增加理解难度的“解释的敌人”。

(二)解释论上的问题

纯粹规范化的占有概念,会导出占有(人)就是权利(人)的结论,由此陷入循环论证,属于一种无效的解释工作。

按照所谓“储户占有存款”的观点,根据民法上的债权债务关系,就能够在刑法上界定出一个基于“法律上的支配”的占有关系。这里的逻辑是:具备权利根据——对财物在法律上有支配关系——存在占有。按此,显然只有那个作为债权人的储户,才能对现金有“法律上的支配”,也就是只有债权人才能占有现金。按照“债权人占有债权”的说法,同样也会得出只有债权人才是占有人结论。对此,徐凌波博士有一段精当的分析:

既然只有债权人才是债权的占有人,在概念上就没有在债权人之外另设债权的占有人的必要。民法上设立权利准占有制度是为了解决债务人向债权人以外的第三人清偿债务时的清偿效力问题,即只有债权的准占有是债权人以外的第三人时,这个概念才有存在的意义,如果只有债权人才是债权的占有人,这个概念就变得多余。在刑法上引入债权的准占有概念,是否只是为了将侵害存款债权的行为解释为针对存款债权的盗窃行为的一种文字游戏?^{〔79〕}

由此可见,“法律上的支配”或者“债权的占有人”这类说法,都会导向同一个结论,就是把占有与债权等同,将占有人等同于债权人。于是,判断占有的工作,就变成了判断债权是否存在的工作。可是,如果被害人没有权利依据,从一开始压根就不会启动刑法上的认定,换言之,权利依据本来就是工作的起点,而不是需要去认定的对象。以储户对银行有债权这样的起点展开工作,通过刑法上的占有概念去进一步解释,然后将占有概念解释为“法律上的支配”,最后发现“法律上的支配”就是对银行有债权的意思,这个过程除了文字游戏和多余性之外,再无任何实益。

对占有的认定没有实益,就意味着对包括盗窃罪在内的占有型犯罪的认定没有任何实益。当债权人就是占有人的时候,打破他人的占有就只能被理解为侵害他人的权利,对盗窃罪的构成要件的解释大费周折之后,就得出侵犯他人财产权利的结论。这正如前所述,一个本来要“去规范化”地加以不断具体化的解释过程,又突然掉头重新规范化了。可是这样一来,我们除了反复说盗窃罪是侵害他人财产权利的犯罪之外,再也无力对此做出更多的说明了,所有的解释都成为循环论证。因为按照这种观点,当人们从“盗窃罪是一种侵犯他人财产权利的犯罪”的认识起点出发,进一步追问“盗窃行为是如何或以什么样的方式侵犯他人财产权利”的时候,对此的回答只能是,“盗窃罪是一种以侵犯权利人的权利(债权或法律上的支配)的行为方式,侵犯了权利人的权利(债权或法律上的支配)”。于是,通过占有概念绕了一个大圈子,从起点出发,半路折返,又回到起点。这种循环论证的解释,没有提供任何帮助,是一种兜圈子的、无效的做法。

〔79〕 徐凌波,见前注〔1〕。

(三)修辞学上的问题

纯粹规范化的占有概念,会破坏占有与物之间的动宾结构,导致占有的核心含义消失,模糊了法律解释与文学修辞的界限,使得占有型犯罪的认定成为一种任意操纵的、缺乏限制的文字游戏。

在一个国家的日常用语体系中,每一个动词的内涵和外延都有约定俗成的大致范围,而立法者就是在这个范围之内,挑选适当的动词来表达立法意图,解释工作也要受到这个范围的限制,这就是法学方法论上关于解释边界的“可能文义的射程”。在罪刑法定原则下,刑法解释论只能在以下的方向上获得正当性:正确的解释目标,是在立法文字不够明确的情况下,以文字内核为中心,澄清某些用语在可能文义范围内的边缘部分的模糊含义,使之明确化并易于普通公民理解,为司法者提供统一的适用标准。^{〔80〕}这体现了罪刑法定原则蕴含的限制司法权以保障人权的价值观。相反,错误的解释工作,则是使经过解释的对象反而变得更加含糊或恣意。最离谱的解释,不仅会扩大概念的语意模糊不清的边缘范围,甚至干脆就冲破可能文义的边界,或者取消一个概念中含义清楚的核心部分与含义模糊的边缘部分之间的区别。这样一来,司法者经由操纵文字把戏,就可以任意地出入人罪。纯粹规范化的占有概念就可能会导致这样的结果。

当占有的对象由有体物扩大到权利或者利益时,占有的核心含义也随之消失了。对于一个客观构成要件中的动宾结构而言,动词的含义与动词所指向的宾语的含义是相互制约的,当人们对宾语的含义也就是行为对象的范围做出调整时,不能忘记这也必然会影响到在语法结构中表现为动词形式的行为的含义。在日常语言中,“吃饭”、“喝酒”属于固定的搭配形式,而不能被任意置换为“吃酒”、“喝饭”;在刑法上,也不会出现“杀财物”和“毁坏人”这样的用法,当行为对象由财物变为人时,相应的行为动词也必然由毁坏变成杀害。但是,一些观点在讨论将盗窃罪的对象由有体物扩展到财产性利益的时候,有意或无意地忽略了在盗窃对象大幅度扩张的同时,是否还能与占有相搭配。好像占有对象由有体物替换成无形的财产性利益,对于占有这个词的含义完全没有重要影响似的。例如,张明楷教授在论证财产性利益能够成为盗窃、诈骗等财产罪的对象时,提出了以下几点理由:

首先,刑法分则第五章规定的是侵犯财产罪,而财产性利益包括在财产中。其次,财产性利益与狭义的财物对人的需要的满足,没有实质的差异。况且,财产性利益具有财产价值,甚至可以转化为现金或其他财务,因而是值得保护的重要利益,将其作为盗窃、诈骗等罪的对象,具有现实的妥当性。^{〔81〕}

如果将财产性利益作为一个独立于各个构成要件之外的问题,考虑在刑法上是否值得保护,以及能否被纳入财产概念,那么这些理由都是成立的。但问题是,当脱离开具体的构成要件结构而独立讨论其中某一个要素的含义时就不可能得到真正有价值的回答,这些理由也缺

〔80〕 这里涉及到法律用语的核心区域与边缘区域之分,以及法律文本的开放性结构的问题。对此参见(英)哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,页113以下。

〔81〕 张明楷,见前注〔1〕,页842。

乏说服力。财产性利益是否值得保护,与在具体的构成要件结构中能否接纳财产性利益,是两个问题。只有后者才是纯正的解释论问题,才能真正回答财产性利益能否成为盗窃罪对象;而前者已经带有了立法论的色彩。要真正回答后一个问题,不可能脱离开与“公私财物”组成动宾结构的那个具体的行为的含义,而诈骗行为与盗窃行为,却在“财产性利益能够成为盗窃、诈骗等财产罪的对象”这一句话中轻飘飘地等同了。在这个意义上,张明楷教授提出的几点理由,完全都是基于立法论上的刑事政策的理由,但这都是一些在刑事政策上“要不要”保护的理由,而非一些在解释技术上“能不能”保护的理由。^{〔82〕}

实际上,在德日刑法教义学史上,占有这个概念的发展,一直是在占有有体物这样一种动宾关系中被讨论的。在这样的动宾结构中,是不可能脱离动词来单独谈宾语的。当占有对象的性质发生重要变化时,必须考虑到还能否与原来的占有概念相连接。

当占有对象限于有体物时,凭借一般人脑海中都自然浮现出来的掌握或抓取有体物的外部行为形象,占有概念至少建立起“在事实上控制有体物”的核心意涵。司法者在具体个案中解释和适用法律时,必须以这个内核为中心,最多是在此内核周边的语意模糊的边缘部分活动。具有这种向心力的占有概念,才能起到一种约束和限制司法权力、防止恣意解释和适用盗窃罪的作用。但是,当占有对象被延展到权利甚至财产性利益这些看不见摸不着的东西时,作为谓语动词的占有的“事实控制力”的核心含义就被消解了。因为人们无法想象,所谓在事实上控制无形的权利或利益,到底是一个什么样的行为举止。既然看得见摸得着的物体能够被“占有”,看不见摸不着的利益也能被“占有”,那么这世界上还有什么东西是不能被“占有”的吗?反过来说,这种在对象范围上无所不包的占有概念,自身再也难以找出一个稳定的核心含义,也因此丧失了向心力的功能,再也无力防止概念的含义任意扩散,最终必然会沦为一个“占有是个筐,什么都能往里装”的概念。围绕着占有概念构建起来的盗窃罪、抢劫罪、侵占罪的认定,也变得无边无沿,可以被司法者任意解释和适用。

或许有人认为这是危言耸听。因为在日常生活中,也会听到“在事实上控制某种利益”的说法,因此,即使将占有对象扩张到利益,似乎也不会出现上述所说的占有核心含义消失的局面。的确,这种说法是存在的,但是那就如同“窃钩者诛,窃国者侯”中的第二个“窃”字一样,已经不是一个法律上的解释,而是一种文学上的比喻和修辞了。而将这种文学修辞性的表述用在法律文字的解释上,是对罪刑法定原则更大的破坏和冲击。

(四)罪名适用上的问题

纯粹规范化的占有概念,最终会取消盗窃行为的定型化,在解释论上掏空盗窃罪的构成要件,或者将构成要件面目模糊化,使得盗窃罪缺乏根据地变为一个具有兜底和堵截性质的损害

〔82〕 再如,黎宏教授在“论盗窃财产性利益”一文中,一方面表示“所谓盗窃罪,就是使用平和的手段,破坏他人对财物的占有,而将他人财物转为己有”,但是,另一方面,在论证财物包括财产性利益的时候,文章并没有提及占有对象扩展之后,“破坏他人对财物的占有”要做出怎样的新的理解。参见黎宏:“论盗窃财产性利益”,《清华法学》2013年第6期。当然,作者可能是认为占有概念可以放在其他文章中另论。但是窃以为,在讨论占有对象的扩张时,必须同步讨论占有的含义变化。将一个动宾结构中的动词和宾语脱离开来相互独立地解释,这种思路本身就存在很大的疑问。

他人利益罪。

纯粹规范化的占有概念,最终会导致盗窃罪的构成要件被虚置。按照理论上没有争议的共识,盗窃罪的构成要件是一种打破他人对财物的占有的行为。可是,按照将占有理解为是“法律上的支配”,或者是“对权利的控制”的观点,打破占有就是打破他人“在法律上支配现金”的状态或者打破他人“对权利的控制”。这种说法会对一般人的想象力提出挑战,因为无法把握这里说的到底是一个什么样的行为举止,最后会发现,根本找不到一个具体的行为轮廓或类型,而只能看权益是否最终受到侵害来反向认定行为。换言之,这种说法完全取消了盗窃实行行为的定型化,而是通过一个权益损害的结果,反过来判断盗窃行为。这样一来,打破他人占有就被置换或者等同于损害他人的权益,除了一个权益损害的结果之外,盗窃罪的客观构成要件部分就再也没有什么实质性的内容了。因为无论犯罪对象是有体物,还是无形的财产性利益,只要造成了权利人权益损害的后果,就总是可以通过“事实上的控制”或者“法律上的支配”,通过“对物的控制”或者“对财产性利益的控制”这样的说法,毫无遗漏和障碍地得到一个“打破占有”的结论,也因此得出构成盗窃罪的结论。这样一来,所有不能被其他财产犯罪的构成要件所涵摄的案件,几乎都可以认定为盗窃罪。

将占有概念纯粹规范化的动力,主要来自于堵截刑法漏洞和惩罚必要性。学者们的论证理由,充分说明了这一点。“将财产性利益认定为盗窃罪的对象,可以有效解决司法实务中的诸多困惑,使得刑事处罚上不再存在空隙。”^[83]“如果说因为财产性利益不能成为盗窃罪的对象而将上述行为不作为犯罪处理,则会导致刑法处罚上的重大破绽。……从行为性质以及预防的必要性的角度来看,与利益诈骗行为相比,利益盗窃行为更有必要受到处罚。”^[84]通过解释达到“天下无贼”的理想状态的愿望是良好的,但是,基于惩罚必要性而展开的这种堵截性解释,不能以将构成要件面目模糊化为代价朝着与罪刑法定原则相反的方向发展。类似于在盗窃罪场合这样,为了避免惩罚漏洞,不惜通过使占有概念空泛无用化的方式,完全架空盗窃罪的构成要件内容,使之成为一个只要出现物或利益的损害后果,就可以无障碍定罪的工具,这种在理论上为司法实践冲开构成要件束缚,大开方便之门的做法,并不值得赞赏。

(五) 罪刑法定明确性要求的问题

纯粹规范性的占有概念,引出财产性利益成为占有对象的观点,这是在朝着“通过解释尽可能地排除法律中的不明确性”相反的方向前进,最终导致罪刑法定原则的明确性要求彻底落空。

按照纯粹规范化的占有概念,占有的方式不再限于事实上的支配,占有对象也不再限于有体物,于是,理论上就出现了“盗窃财产性利益”的观点。^[85]从立法上看,德国刑法对盗窃行为明确规定为“出于使自己或第三人违法侵占的意图而取走他人的物品”,日本刑法典也将财产犯罪对象明确分为财物和财产性利益,规定盗窃罪的对象只能是物。相比之下,我国刑法典分则第五章

[83] 王骏:“抢劫、盗窃利益行为探究”,《中国刑事法杂志》2009年第12期。

[84] 黎宏,见前注[82]。

[85] 参见夏理森:“关于财产性利益能否成为盗窃罪犯罪对象的思考”,《学理论》2010年第36期;王骏,见前注[83];黎宏,见前注[82]。

“侵犯财产罪”对各种财产犯罪类型的犯罪对象一概规定为“财物”。因此,有的学者认为,由于我国刑法从头到尾都没有“财产犯罪的对象只能是有体物”的规定,所以财产性利益可以成为盗窃罪对象。并且,这种观点针对违反罪刑法定原则的批评意见^[86]提出反驳认为,“(批评意见)完全套用了日本刑法中有关盗窃罪的规定以及相关学说,而完全没有考虑到我国刑法与日本刑法中有关财产犯罪规定上的重大差别,因此,其有关我国刑法中盗窃对象解释上的‘罪刑法定’以及‘明确性’的要求,到底是以日本刑法规定为标准还是以中国刑法规定为标准来衡量,让人无从理解。”^[87]这里引出了一个重要的理论问题:对于像我国《刑法》第264条这样仅仅是以简单罪状的形式规定“盗窃公私财物”的条文,如何理解和贯彻罪刑法定原则的明确性要求?

一般来说,对罪刑法定原则的通俗理解是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。但是,明文规定并不意味着就符合明确性原则。“明确”是以“明文”为前提的,但是明文又不能等于明确。^[88]“即使刑法对构成要件做出了明文规定,但这种规定若在含义上是模糊的,人们无法据此判断行为后果,同样应认为是不明确的。在这个意义上,明确无疑比明文具有更高的要求。”^[89]那什么样的刑法规定才算是满足明确性要求呢?刑法理论上的多数意见认为,如果一个条文有可能被立法者通过立法技术制定得更加明确,那这个法律规定就不符合明确性要求。^[90]按此标准,与德国刑法规定的“出于使自己或第三人违法侵占的意图而取走他人的物品”相比,我国刑法规定的“盗窃公私财物”显然有进一步明确化的空间。对此,有学者批评认为,“对某些犯罪特别是传统上隶属于自然犯范畴的重大犯罪,刑法不仅没有规定明确的构成要件,甚至以罪名代替了构成要件。……《刑法》第232条以及类似的明文规定显然难以给国民提供行为规范指引和行为法律后果的预测可能,亦不足以有效地规范和指引法规的裁判行为。”^[91]显然,盗窃罪之“盗窃公私财物”的规定,就是一种“不仅没有规定明确的构成要件,甚至以罪名代替了构成要件”的立法,在明确性上是不能令人满意的。

以往的通说观点认为,明确性原则主要是对立法的要求,是对立法权的限制。^[92]立法者必须通过法律准确确定可罚性,使得规范的接收者自己就可以从法律中了解到构成要件的射程和适用范围。但是,无论是在德国还是在中国,与立法的实际状况相比,这种明确性要求都只是一种理想主义的非现实追求。于是,一些学者提出了对明确性原则的重新理解,即不能再将明确性原则理解为一种准确性要求,而是要理解为一种指导性要求,它只是要求立法者指导性地划定行为的可罚性范围,但是不用尽善尽美。按照德国联邦宪法法院的意见,立法者的义务在于制定足够的法律来确定犯罪行为的可罚性,而法官的义务在于通过准确的解释尽量降

[86] 参见童伟华:“论盗窃罪的对象”,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期。

[87] 黎宏,见前注[82]。

[88] 陈兴良:“中国刑法中的明确性问题”,载梁根林、希尔根多夫主编:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2013年版,页12。

[89] 杨剑波:《刑法明确性原则研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,页31。

[90] Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 5, Rn. 71ff.

[91] 梁根林:“罪刑法定的立法解读”,载梁根林等,见前注[88],页56。

[92] 陈兴良:《罪刑法定主义》,中国法制出版社2010年版,页55;张明楷,见前注[1],页58。

低法规中的不明确性。^[93]“如果明确性原则只得到立法者的重视,而被一个漫无界限的司法判决视若无物,那么,明确性要求即使存在,也是没有意义的。”^[94]因此,在当代语境下,明确化原则的实现,需要立法者和司法实践的分工协助和共同参与。

其实,还不仅仅是立法者和司法实践的义务。刑法学研究最重要的使命,就是为司法实践提供理论指导。在这个意义上,刑法解释和教义学工作也同样要受到明确性原则的指引和制约。“刑法理论通过学理解释,将不明确的刑法规定解释为明确的规定,对弥补刑法的不明确性起到了重要作用。”^[95]特别是我国现阶段的刑事立法技术还不够完善,刑法中存在着大量像“盗窃公私财物”、“诈骗公私财物”这样的规定,只有罪名的明文性而无构成要件内容的明确性,这不仅为司法者也为学者留下了巨大的解释空间。在这种局面下,学术研究必须秉持着“通过解释尽可能地排除法律中的不明确性”的原则,而不能以立法上本来就不够明确为由排斥明确性原则对解释者的要求。事实上,我国刑法学界近年来大量引入德日刑法知识,以此为理论资源对我国刑法规定进行解释,取得了很多使得原本粗糙的法律规定更加明确化的成绩。其中较有代表性的例子就是将“盗窃公私财物”进一步解释为“打破他人对财物的占有”,以及将“诈骗公私财物”进一步解释为“通过欺诈行为使他人陷入错误,基于错误而处分财产,遭受财产损失”。这些都是借鉴国外立法和理论,通过解释尽可能地排除法律规定的不明确性的成功例证。

尤其是在盗窃罪的场合,正是通过占有方式表现为事实控制和占有对象为有体物这两个基点,使得“打破他人对财物的占有”成为一个相对明确的、能够为规范接收者易于理解的构成要件结构。在这种情况下,如果将财产性利益纳入占有的对象范围,就必然如上文所述会导致占有概念的任意界定和空泛化。当占有既可以是事实上的控制又可以是法律上的支配时,当占有对象既可以是看得见的物也可以是看不见的利益时,人们将会比没有解释之前的“盗窃公私财物”更加难以理解解释之后的“打破占有”,这相当于进了一步又退了两步。这种解释工作,是在朝着“通过解释尽可能地排除法律中的不明确性”相反的方向前进,于是,以占有转移为中心构建起来的盗窃罪的客观构成要件的教义学解释框架就此轰然倒塌,罪刑法定原则的明确性要求也随之彻底落空了。

(六) 概念内涵的问题

强调将纯粹规范性的占有概念仅限于个别情形的观点,实际上根本无法阻挡概念自然蔓延的态势。概念所固有的按其内在的逻辑形式稳定一致地演绎和推导适用的特性,一旦被缺乏说服力地人为删除,这种概念就会丧失学术性和理论的力量,而沦为根据惩罚必要性而选择性适用的权宜之计。

按照一些学者提出的“存款名义人的占有”、“基于存款对现金的占有”、“对存款的法律支配”、“存款人占有债权”这一类说法,那么在逻辑上就没有任何阻碍理由地滑向下面的结论:A虽然将汽车借用给B,但是仍然可以对汽车主张“出借人的占有”;C在已经向D支付对价后,

[93] (德)库伦:“罪刑法定原则与德国司法实践”,载梁根林等,见前注[88],页122—124。

[94] (德)罗克辛:“德国刑法中的法律明确性原则”,载梁根林等,见前注[88],页51。

[95] 张明楷:“罪刑法定的中国实践”,载梁根林等,见前注[88],页105。

虽然还没有收到货物,但是仍然可以对锁在D的仓库里的货物主张“基于合同对货物的占有”;作为F的唯一继承人,E在F死亡当时虽然远在国外,但是仍然可以对千里之外的遗产主张“对遗产的法律支配”;M从N处借走5000元现金后,N能够主张“出借人占有5000元的债权”。因为在这些法律关系中,与银行存款关系一样,权利人都对财物没有任何的事实控制力,但是都能够基于某种法律根据而可以从实际占有人处提取财物。有人或许会质疑说,这些情形与存款人能够直接快捷地从柜台或者ATM机处取款是不同的。但其实这种差异仅仅是表面和程度上的,储户能够在柜台取款或者通过ATM机输入密码就能取款这一点,与其他场合的法律关系相比,仅仅是一个技术层面的便捷性提升的问题,并不能影响上述法律关系的基本共性。而恰恰是这个“对财物没有事实控制力但存在法律根据”这个基本共性而非输入密码取款的便捷性,构成了“存款名义人的占有”、“基于存款对现金的占有”、“对存款的法律支配”等概念的核心内容。这样一来,刑法上的占有概念的范围,将难以抵挡地蔓延开来,滋生出一系列在占有纯粹规范化和观念化之路上纵横狂奔的结论。对于这种纯粹规范化占有概念的问题,上文已经从各个角度做了批判。

当然,肯定会有学者提出反驳意见认为,占有的规范化范围其实是有严格限制的,“法律上的占有”仅仅适用于一些特定类型的案件,如侵占存入银行的受托保管的金钱或者侵占错误汇款的场合,其他的场合仍然坚持占有必须有事实控制力的要素,所以并不会引起太大的问题。例如,依照日本刑法理论的主流观点,“基于法律支配而形成的占有,只是在侵占罪中才会被承认。”〔96〕

但是,潘多拉魔盒一旦打开,就不再是当初释放出理论怪物的人所能控制的。从我国刑法学界的情况来看,不少学者都在朝着占有规范化的道路上一点点试探着前行,越走越远,已经大大超出了日本学界发明“法律上的支配”这种概念时仅限于侵占罪的设定。例如,黎宏教授从2008年在存款占有的场合主张法律上的支配,〔97〕到2013年时则认为盗窃罪的对象包括财产性利益。〔98〕张明楷教授从2007年时主张“侵占罪的占有既包括事实上的占有也包括法律上的占有,故而与盗窃罪的占有不同”,〔99〕到2011年则主张“无论是从事实上还是法律上,存款人都占有了债权”,因此利用技术手段转移债权的构成盗窃罪。〔100〕至于陈洪兵教授的占有概念,更是事实、法律、债权、现金,四管齐下,“存款人不仅在事实上和法律上占有着存款债

〔96〕 参见李强,见前注〔57〕。

〔97〕 黎宏,见前注〔55〕。

〔98〕 黎宏,见前注〔82〕。

〔99〕 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,页742。

〔100〕 张明楷,见前注〔1〕,页876。黎宏教授还在“论盗窃财产性利益”一文中批评张明楷教授为何不肯承认盗窃财产性利益的观点,其实,这真的是把队友错当成了对手。张明楷教授的确在2007年的时候表示过财产性利益不能成为盗窃罪对象(参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,页534),但是,在其最新版的《刑法学》中,他已经承认了“占有债权”的说法。当然,也有部分学者受日本刑法理论影响但仍坚持占有的事实性的观点,例如,刘明祥教授认为,“由于盗窃等财产罪的性质决定了财产性利益不可能成为其侵害对象”,参见刘明祥,见前注〔1〕;周光权教授认为,“财产上的权利等无体物不能成为盗窃罪的对象”,参见周光权,见前注〔6〕,页78。

权,而且事实上及法律上与银行共同占有着存款现金。”^[101]由此可见,从占有本体的规范化(法律上的支配),到占有对象规范化(占有权利或利益),已经出现了占有规范化遍地开花、无所不能的态势。

对此,不能简单地说,这些学者超出了当初“法律支配仅仅是侵占罪的一种特殊占有类型”的理论限定,因此这不是观点的问题而是主张者过度使用的问题。这种看法是避重就轻了。实际上,这恰恰说明了,所谓法律上的支配仅限于侵占罪的说法的无力性。这种限制根本就是一种口号性的宣示,而缺乏任何实质性的约束能力。自从为了解决受托保管的金钱和错误汇款场合的惩罚必要性而设计出“法律上的占有”这一概念那天起,就已经埋下了占有必将从本体到对象全面规范化的种子。就概念自身的特性而言,除非是遇到不可逾越的障碍,例如立法上的限制或者适用对象有本质差异,否则,它就必然会按照内在的逻辑形式稳定一致地推导和演绎下去。这本来就是概念和理论的能量和优点所在。

但现在的情况是,像日本学界的通说这样,一方面塑造了“法律上的占有”这样的概念,另一方面在举不出不可逾越的障碍的情况下,又表示这个概念要严格限制在侵占罪的情形,这就使得这种概念丧失了学术性和理论的力量,而仅仅成为根据惩罚必要性而选择性适用的权宜之计。在逻辑相同的场合提不出不适用的明确说理,而仅仅是根据惩罚的必要性而强硬地选择性地适用,这是立法者基于民主立法才能勉强拥有的权力。对于学者而言,所使用的武器只有逻辑说理而已,如果制造出概念却又没办法在逻辑论理上控制其蔓延之势,转而在惩罚必要性或者刑事政策的说法来强行限制,这是一种非学术的惩罚态度的表达。这种任意决定概念适用场合的做法,最终会导致法教义学在刑事政策面前的崩溃。

(七)小结

由于法学方法论(朝着去规范化和更加贴近日常生活具象的方向去定义)和罪刑法定原则(朝着更加明确和具体的方向去解释)两方面的理由,本文不赞成将占有理解为包括“法律上的支配”,也不赞成将占有的对象从物扩大到权利或利益。但是,这并不意味着本文就支持那种一般性地反对利益或无体物是财产犯罪对象的观点。^[102]关键的问题在于具体的构成要件中的动宾结构。只要具体的构成要件行为与作为对象的财产性利益所组成的动宾关系,没有远离日常生活的具象并且明确,就可以接受财产性利益成为该具体犯罪中的对象,反之,就不能接纳。有些国家的刑法典已经明确具体地规定了这种动宾关系(例如《德国刑法》第242条),那么,上述结论就是罪刑法定原则的题中应有之义。而对于像我国刑法典这样,仅仅是规定了“盗窃公私财物”、“诈骗公私财物”的,尚需要通过教义学工作进一步使得法律内容明确化。通过借鉴国外经验而建立起来的教义学模型,例如盗窃罪中的“占有财物”以及诈骗罪中的“处分财物”,在作为一般性规则

[101] 陈洪兵,见前注[56]。

[102] 主张这种观点的学者认为,财产罪的对象是以有体物为原则,同时,法律明文规定哪些无体物以财物论,对法律无明文规定的无体物,不得任意解释为财产罪对象。参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,页23-24;童伟华,见前注[1],页79-81。

指导司法实践这一点上,实质上发挥着准立法的效果。对这种动宾结构中的动词和宾语应当如何填充,同样需要用是否远离或脱离日常生活语言的习惯用法和理解,是否朝着更加具体和更加明确的方向来检验。否则,就是在方法论和价值观上的双重错误。

在方法论上,将财产性利益作为诈骗罪中的“处分财物”的处分行为的对象,由此形成的“处分利益”的动宾结构,没有脱离日常用语的习惯,也没有增加理解的难度。相反,将财产性利益作为盗窃罪中的“占有财物”的占有对象,由此形成的“占有利益”的动宾结构,就脱离了日常生活的习惯用法(在事实上控制某物易于理解,但控制某利益就需要借助比喻和想象了),反而需要更加抽象和规范化的反向解释(如占有也可以是如法律上的支配)才可能理解,这就是不能接受的。在价值观上,由于目前我国尚处于立法上的罪状过度简单的阶段,因此,司法实践只能透过“占有财物”等理论模型来把握具体的构成要件。这是法教义学发展大有可为的阶段。珍惜和重视这些理论模型的效用边界,就是从学者立场所能期待的最大程度的对罪刑法定原则的尊重和贡献。如果仅仅为了某些案件的惩罚必要性就任意地扩张理论模型的边界,使得其成为一种任意的面团,最终只能是自毁学术长城。显然,谈到任意的解释,法官比学者更有权力也更在行,如果不是依靠学术上提供逻辑严谨、边界清晰的理论模型,学者们还有什么自夸解释能力的地方?在这个意义上,并不是说要原则性地反对财产性利益成为财产罪对象,只是说在目前这种“占有财物”的得到普遍认可的解释模型中是无法容纳的。如果未来的修法技术或者学术发展建立起新的动宾结构模型,财产性利益成为盗窃罪对象也并非不可能。所以,财产性利益能否成为财产犯罪的对象,这既不是一个保护必要性的问题,也不是一个解释技巧的问题,而是一个如何理解和运用法教义学原理和是否坚持构成要件观念的问题。

七、占有判断与盗窃罪既遂的认定

确立判断占有的一般性规则,不仅能够统一处理各种场合下占有的有无和归属,同时也能够为盗窃罪等财物犯罪的既遂认定提供标准。前文已经提过,本文使用的“占有”概念与以往国内通说中所说的“控制”和“支配”具有基本相同的内涵。因此,一般所说的盗窃罪采用“失控说”或“控制说”的既遂标准,其实就是打破旧的占有(失控),建立新的占有(控制)之意。既然盗窃罪的取得行为被定义为一个对于占有的破与立的完整过程,那么,只有在行为人建立新的占有之后,才可能认定为盗窃罪之取得行为的既遂。在这个意义上,从占有概念出发来认定盗窃罪的既遂,与所谓“控制说”的结论是一样的。^[103] 接下来,本文就分别以盗窃案中经常出现也争议较多的被害人发觉/监视和贴身藏赃的现象为例,挖掘和赋予其教义学内涵,进而展示和检验本文提出的判断占有的一般性规则在盗窃罪既遂认定中的应用。

[103] 日前国内学界持“控制说”者,参见陈兴良,见前注[7],页768;王作富,见前注[9],页1100;张明楷,见前注[99],页734。相反,持“失控说”者,参见高铭喧、马克昌,见前注[7],页568。

(一)作为占有之事实因素的被害人发觉/监视

盗窃罪的窃取行为是否需要“秘密性”,近年来国内学界存在一些争论。^[100] 不过,无论是承认“秘密性”,没有争议的是,在被害人(也可能是相关人,为简洁计,行文中一律称为被害人)发觉甚至监视着行为人的窃取行为而行为人尚不自知时,并不影响盗窃罪的成立。^[105] 但仍有疑问的是,被害人发觉/监视对占有的归属以及犯罪既遂或未遂的认定有何影响? 这种影响又是通过什么角度进入教义学分析脉络之中? 对此,以往的研究往往语焉不详。接下来,本文就以一个争议案件“傅某盗窃案”切入这个问题。

2007年3月11日1时许,犯罪嫌疑人傅某骑收废品的三轮车来到北京市长安商场门前东南侧的内部职工存车处,盗窃由某停车管理公司管理、由长安商场使用的内部存车处的五片不锈钢围挡。因长安商场门前存车处围挡多次被盗,商场派保安员在附近蹲守,值班保安员发现傅某盗窃,立即报告了商场安全保卫部。当傅某骑着装有围挡的三轮车离开现场5米时,被值班保安员和赶来增援的保安抓获。被盗五片不锈钢围挡价值1270元。^[106]

针对本案有两种意见。第一种观点认为,傅某的行为系盗窃既遂。傅某主观上有盗窃故意,客观上实施了盗窃行为,且盗窃行为已实施完毕,即已经实际占有和控制了财物,数额也达到了较大的标准,符合盗窃罪的构成要件。从一般意义上讲,虽然傅某的行为处于商场保安的监视之下,但由于被盗财物的所有权和管理权并不属于保安员所在的长安商场,其所有权属于北京市西城区市政管理委员会,管理权属于某停车管理公司,因此商场保安的控制不等于财产所有人的控制。按照双控说理论,财物所有人实际上失去了对财物的实际控制,傅某实际取得了对财物的控制,因此应当认定为既遂。第二种观点认为,傅某的行为属于刑法理论中的不能犯未遂。傅某的盗窃行为从一开始就置于商场保安员的布控监视下,因此傅某从未真正地控制被盗财物,即犯罪并没有得逞。从表面上看,傅某自认为秘密地将所盗财物装在自己的车上,并逃离现场5米,但是其行为在保安员的监控下是不可能实现犯罪结果的,傅某不具备实际控制财物的可能性。傅某已实施了其认为实现犯罪意图所必要的全部行为,但是由于意志以外的原因,没有发生其预期达到的危害结果,属于实施终了的未遂。

第一种观点本身或有值得探讨的空间,但这里给出的理由显然是偏离了主题。盗窃既遂还是未遂,这与监视行为人的保安是否属于财物所有人并无关系,而是取决于原有的占有关系是否被行为人打破并建立新的占有。盗窃罪当然是对所有人的财物进行侵害的犯罪,但它的

[100] 我国刑法理论的通说认为,盗窃罪应该以“秘密”窃取为必要。这里的“秘密性”,不限于客观上的秘密,也可以是主观上“自以为秘密”。“秘密窃取是指行为人采用自以为不使他人发觉的方法占有他人财物。只要行为人主观上是意图秘密窃取,即使客观上已被他人发觉或者注视,也不影响盗窃性质的认定。”高铭喧、马克昌,见前注〔7〕,页563。观点相近的,参见陈兴良,见前注〔7〕,页746。但是,近年来一些学者对此提出异议,认为盗窃罪不必以“秘密性”为要件。“公开盗窃”也能成立盗窃罪。参见张明楷,见前注〔99〕,页727。

[105] 这也是国外刑法理论的通说。Vgl. Kindhäuser, Strafrecht BT, 2008, § 242 Rn. 53.

[106] 案情和裁判意见,参见佟晓琳:“保安监视下的盗窃能否构成既遂”,载顾军主编:《侵财犯罪的理论与司法实践》,法律出版社2008年版,页242。

行为方式则是打破占有人的占有状态,即使所有人与占有人不是同一人的时候也是如此。本案中,保安虽然不是财物所有人,但财物的确处在保安的控制和支配之下,这就满足了刑法上的“占有”。而且,这里的关键在于,注意到和监视到行为人的那个人(保安),并不是与事件毫无关系或袖手旁观的人,而的确是会对行为人采取阻拦和抓捕措施的人。换言之,行为人的行为,被一个将会阻拦和抓捕他的人发觉,这才是问题的要害。但这还不是问题的终点,因为发现财物正在被窃,并不意味着就能在实际上维持对财物的占有,反过来,行为人被发觉也不等于就能被抓捕。一个简单的例子是,被害人在离家几千米的山坡上,用望远镜发现有人正在试图开走自己家院子里面的汽车。显然,被害人虽然看到了行为人作案的整个过程,但是在那种时空条件下,他也只能从望远镜里眼睁睁地看着行为人把车开走。至此,就可以看清楚,这个案例的争点在于,结合案发当时的特定时空和具体财物的特点,在保安已经发觉行为人的情况下,财物是否已经脱离了保安的占有空间或控制范围?

就此而言,第二种观点是正确的。一般情况下,打破占有常常意味着将财物从其原先所在地点移开(或挪开)。不过,财物从它原先所在地被移至多远,以及移到哪里才算是被“取走”,这个问题要根据先前的占有状态、社会一般观念以及财物自身的性质加以综合判断。“行为人将财物盗离被害人控制范围,就标志着实际控制了财物,因此控制范围关系到财物是否失控以及是否被行为人所控制。在不同的环境及条件下,物主对其财物的控制范围有很大差别。”^[107]在本案中,被盗财物是存车处用来圈围车辆的金属围挡,它的功能就是用来将围挡之内的车辆塑造成一个相对封闭的占有空间,因此可以说,它本身就是管理人的支配力比较强的内部存车的空间与不受占有人支配力控制的外部公共空间的边界。因此对围挡的盗窃不像对车辆的盗窃:车辆只要还没有开出围挡之外,还处在停车棚内,那么行为人就始终还是没有建立对车辆的新的占有;但是对围挡而言,只要行为人将围挡拆离原处,就应该认为围挡已经脱离了原有的排他性的占有空间。这就意味着原占有人失去了对财物的事实控制力,原占有开始消失,行为人成立既遂。也就是说,如果没有人发现或监视到傅某的行迹,那么傅某“骑着装有围挡的三轮车离开现场5米”,就构成盗窃罪的既遂。

正是在这个地方,显示出“被害人(或其他相关人)发觉/监视”这一现象的教义学含义。“监视因为与物理性因素相关而具有重要性……监视的功能是在一个事实性的占有概念而非社会性的占有概念中得到实现。”^[108]被害人的发觉或监视,往往意味着作为事实因素的占有意思的增强,相应地,原占有人对财物的事实控制力(或控制可能性)随之增强。^[109]对作为原占有人的被害人来说,发觉或者监视到财物的占有状态正在被他人破坏,意味着一个由于事实控制力的削减而逐渐松弛甚至濒临消失的占有状态又重新得到巩固。在上面这个案例中,当

[107] 佟晓琳,见前注[106],页242。

[108] Welzel (Fn.25), S. 257 ff.

[109] 与本文观点相契合的另一个例子是,“处于不特定人通行的道路上的钱包,一般来说,属于脱离他人占有的财物;但如果A不慎从阳台上钱包掉在该道路上后,一直在阳台上看守着该钱包时,该钱包仍然由A占有。”这个结论是正确的,但是主张者并没有说明理由。参见张明楷,见前注[99],页725。

傅某的行为被保安发觉后,负有职责的保安加强了对财物的控制愿望,与占有意思的加强相伴随的,是该保安立即通知其他保安一起出动来抓捕傅某。于是,一个本来由于财物脱离原占有空间而即将消失的事实上的控制力又重新得到加强。除非傅某摆脱了监视者的视线或者在距离上彻底甩开抓捕者,否则,这种事实控制力就会持续存在(即使可能时强时弱)。

按照本文提出的一般性规则,当多个主体对同一财物均持有事实层面的某种控制关系时,谁的控制关系在规范上的认同度高,财物的占有即归属于谁。保安(由于监视的原因)与傅某都对围挡存在某种事实控制力,但是就对这种事实控制关系的规范认同度而言,对财物负有看管职责的保安(无论是否属于所有人)显然要远远高于作为盗窃者的傅某,因此,围挡归保安而非傅某占有。在这种情况下,无论傅某带着围挡离开现场5米还是50米,只要他没有摆脱监视者的视线或者没有在距离上彻底甩开抓捕者,保安对财物的占有关系就仍然存在,傅某无法建立起一个新的占有,也就是始终处于未遂阶段。

上面的分析是以如下假定为前提的:绝大多数场合下,被害人发觉不等于被害人同意,也就是说,发觉并不等于占有意思的放弃,而是往往意味着占有意思的加强。当然,生活中肯定也存在着相反的情况。例如,被害人发现行为人正在盗窃自己的财物时,不是准备积极地阻拦或抓捕,而是感到害怕甚至恐惧,心里希望行为人赶紧得手后尽快离开。也就是说,被害人有可能因为害怕或担心行为人空手而归而引发其他激烈举动,因此在内心里面不是打算去制止行为人,反而是希望行为人取得财物,这就是所谓“舍财保命”的意思。此时,被害人虽然对打破占有持一种貌似同意的态度,但是从被害人的角度看,这是一种受到逼迫的、非自由状态下的无效同意。在这种情形下,不影响行为人构成盗窃罪。

(二)作为占有之规范因素的贴身禁忌

上述“围栏盗窃罪”中有一个值得注意的地方,那就是所盗财物的体积、重量相对较大,行为人需要用三轮车将财物拉走,这一点也是行为人难以迅速建立新占有、成立盗窃罪既遂的原因之一。而在某些案件中,体积较小的财物常常被行窃者随身带走。例如,甲进入一家小超市,从一排货架中取下一个MP3,以为没人注意便放到裤兜中。但是甲的行为一直被超市老板乙看在眼里,乙在门口截住了甲。甲不得已交出了MP3。这类案例提出的问题是,行为人在商场、超市等相对封闭的空间内行窃,将体积较小的财物(如戒指、手机、现金等)藏之于贴身范围内,但同时其行为又为被害人发觉或监视,则该行为是盗窃既遂还是未遂?或者问,该盗窃行为的既遂时点是在行为人摆脱监视离开商场之后,还是在行为人将财物放进贴身衣物的时候?与上述“围栏盗窃罪”一样,对这种“超市监控案”既遂还是未遂的回答,归根结底取决于对占有归属的判断。

1. 国外通说的分析模式:事实性占有概念与规范性占有概念的对立

在德国刑法理论中,由上述案例引出的问题,常常被放置在哪一种占有概念更妥当的争论之中加以讨论。分析这一问题的惯常思路是,行为人是否构成既遂,原则上取决于对占有概念的理解,是以事实性还是以社会性、规范性为主。这种解决方案首先树立起两种占有概念的对峙,一种是事实性的占有概念,另一种是社会—规范性的占有概念。然后将具体案例加工描述为事实性的力量和规范性的力量分别掌握在不同的主体手上,而不同的主体又试图对同一个

财物建立或维持占有,于是,事实性的占有概念与社会—规范性的占有概念之间就出现了矛盾和冲突。由此一来,就首先需要在两种占有概念之间进行选择。^[110]

在德国刑法学界,有部分学者强调从生活事实的视角来确立占有,认为占有主要是一个事实性的概念,应当从事实上能否控制和支配财物的角度去思考问题,此时,被害人的监视在这里就变得重要起来。正如本文之前指出的,在被害人发觉/监视的场合,对物的实际控制力量往往会加强。既然盗窃行为已经被发觉并且事实上难以带离现场(往往是只有一个出口的封闭空间),依照一个事实性的占有概念,会认为财物仍然处在被害人占有之下,行为人尚未建立起对财物的占有关系,由此就会得出盗窃未遂的结论。^[111]只有在极其特殊的状况下,即使被发现也不可能阻止行为人对财物的支配的场合,才能考虑既遂。有的学者提出,行为人虽然掌握了财物,但在空间上,财物仍然停留在先前占有人的势力范围内,此时,窃取行为的既遂,还需要考虑无阻碍地将财物带离现场的可能性。也就是说,要考虑“掌握+转移的可能性”。^[112]与上述事实性的占有概念相反,更多学者更倾向于一种社会的、规范性意义上的占有概念。按照这种占有概念,窃取财物的行为是否被被害人或其他人发现,以及能否带离现场,对于一个规范性的占有范围的建立而言,就没有什么意义;关键的问题仍然在于财物已经被放进了在规范秩序上应予保护的贴身范围。此时,应当认为被害人的占有已经被打破,行为人已经建立了新的占有,就会得出既遂的结论。^[113]

从上述争论的基本脉络来看,盗窃罪既遂还是未遂的问题,取决于论者持什么样的占有概念。在主流解决方案的分析框架中,发现/监视行为人偷窃的被害人被认为是握有对财物的事实控制力,而将财物放进贴身范围的行为人则属于被规范观念所支持的一方,于是,问题被简化为事实与规范的角力。留给研究者的问题是,究竟应当赞成事实为主的占有概念,还是规范为主的占有概念?按照这样的事实性占有——规范性占有的二元对立思维,问题的解决似乎也变得容易起来,只要站定了立场就自然会有答案,甚至连对方有什么样的反驳理由也不必理

[110] 德国学界常见以这种对立式的思路来分析总结类似案例中的争论, Vgl. *Hillenkamp*, (Fn.31), S. 93.

[111] *Hauf*, *Strafrecht BT*, 2002, S. 19f.

[112] *Eser*, *Strafrecht A*, 1983, Fall 2A 57ff. 主张事实性的占有概念进而将类似案例认定为盗窃未遂的观点,主要是基于以下几点理由:①已经被他人注意且拦住的窃贼,基本上都难以再将财物带离现场,甚至一般情况下都会立即主动地交出财物。这就表明,在这种情况下,事实上的控制和支配关系并没有建立起来,因为对物的作用力还处于一种往往是行之有效的反抗和阻碍中。②从人与人之间的社会交往的观念和感觉来看,仅仅是将物体放在衣袋中,对确立是否占有而言,还不足够。③只要权利人立刻就能够要回自己的财物,那么就不存在终局性的支配丧失,作为盗窃罪立法保护目的的法益没有实际遭受侵害。如果权利人由于特殊的情况,即使发现也无法实际阻止,才能成立终局性的打破占有,此时才应该按照盗窃既遂处理。Vgl. *Hauf*, (Fn.111), S. 19 f.; *Hobmann/Sander*, *Strafrecht BT*, 2000, § 1 Rn. 52ff.

[113] 这也是德国刑法学界的通说, Vgl. *Krey/Hellmann*, *Strafrecht BT 2*, 2005, Rn. 44; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, 2004, § 242 Rn. 16; *LK - Russ*, 1994, § 242 Rn. 43; *Maurach/Schröder/Maiwald*, *Strafrecht BT1*, 2003, § 33 Rn. 26; *Mitsch*, *Strafrecht BT 1*, 2003, § 1 Rn. 63f; *Rengier*, (Fn.29), § 2 Rn. 25.

会了。

然而,仔细思考的话,会发现问题并没有这么简单。一方面,被害人作为财物的所有人,他对财物的所有权难道不也是一种得到法秩序承认的规范性力量吗?而且,财物不正是处在由他整体性、概括性控制且得到规范认同的超市空间之内吗?另一方面,那个将财物放在衣服里的行为人,他对于财物在空间和力度上的事实控制关系,难道不是比仅仅是监视着财物但却没有实际接触的被害人更强大吗?这样看来,类似案例的真实状况是,无论被害人还是行为人,他们对财物都同时具有某种程度事实控制力和规范上的根据,或者说,这两种人与财物的关系中,都具备事实与规范的因素,而并非是只有其中一种因素独立发挥作用的单一结构。换言之,被害人对财物的占有并不纯粹是事实因素的占有,行为人对财物的占有也不单纯是规范因素的占有。在这种情况下,依靠事实性占有与规范性占有相对立的分析模式,就会陷入困境。

由此可见,以往研究往往只是强调占有概念中既有事实因素又有规范因素,但是没有准确揭示出事实因素与规范因素的不同功能,而只是将占有简单地理解为一个事实因素与规范因素相互糅杂的组合物,在分析思路上自觉或不自觉地滑入比较两种因素谁更重要的逻辑轨道上去,进而分立出侧重事实性的占有概念与侧重规范性的占有概念之争,并按照这种“理想类型”来强行改变案件事实,从一方主体与财物的关系中仅摘取出事实部分,从另一方主体与财物的关系中仅摘取出规范部分,杜撰出一个虚假的二元对立,从而人为地将问题简单化。而一旦全面地、符合实际地承认被害人或者行为人与财物的关系中都兼具事实因素和规范因素时,这种事实性占有概念与规范性占有概念相互对立的分析模式就失灵了,再也无法解释占有的归属问题。

2. 本文的分析模式:作为必要基础的事实因素与作为评判基准的规范因素

按照本文提炼的一般性规则,事实因素与规范因素在占有概念中具有不同的功能。事实层面的控制关系是判断占有有无的必要基础,在事实控制力为零时不可能成立占有,但有事实控制力未必就存在占有。规范层面上对于事实控制关系的认同度,则是判断占有归属的评判基准。在多个主体对财物均有事实控制关系的情况下,事实控制力的大小强弱不再是重要的因素,此时,占有归属的判断取决于规范认同度的高低。谁的规范认同度高,谁就是财物的占有人。根据这一规则来分析类似超市行窃被监视的案例,可以得出清晰明确的答案。

首先,对事实因素进行审查。如果有一方根本不具备事实上的控制力(或控制可能性),那就不可能建立或维持占有,也就无需再去考虑规范的问题。在超市行窃被监视的案例中,被害人与行为人对财物在事实层面都具有不同程度的控制关系。对被害人来说,财物处在被害人整体性控制和支配的店铺空间之内,被害人又通过监视器发觉并一直监视着行为人窃取财物的过程,进一步加强对财物的控制意愿和控制能力,行为人要通过由被害人把守的出口离开现场非常困难,在这种情况下,被害人对财物的事实控制力无疑是非常强大的。但是另一方面,行为人对财物在事实层面同样有着不容忽视的控制力。财物不仅被行为人实际接触,并经由抓取而放置在自己贴身范围之内,其身体与财物的空间距离如此之近,以至于就实际把控的便利性和轻易性而言,还要超过仅仅是监视到财物但却并没有实际接触的被害人。而且,尽管其行窃行为为被害人所发觉和监视,但是行为人最终能否带着财物离开现场,还要看双方在事

实上的力量对比,而行为人摆脱被害人阻拦而逃离现场的可能性是存在的。因此,被害人与行为人在事实上对财物都具有某种控制力,这就满足了成立或维持占有的必要基础。至于说,谁的事实控制力更强大,对于判断占有的归属(是被害人维持着旧的占有,还是行为人建立了新的占有)而言,并不具有重要意义。

其次,在双方均存在事实控制力的基础上,继续审查这些控制关系是否获得了规范上的认同。较为容易确认的是,作为财物所有人和原占有人的店主(被害人),其对财物的控制关系得到法律秩序的承认和保护,在规范层面有着较高的认同度。因此,关键的问题在于,行窃者对财物的实际控制,是否存在某种规范性的依据?通常情况下,就像上文提到的“围档盗窃案”一样,盗窃犯对于财物的占有没有任何法秩序或道德秩序层面的正当性,他往往是依靠着事实层面的控制力才建立起占有(规范因素为零时也能成立占有)。因此,只要被害人对财物的事实控制力(及其可能性)还没有完全丧失,那么,在接下来对规范认同度高低进行比较时,通常情况下,被害人控制财物的规范认同度都要完胜行窃者,占有仍然归属于被害人,行窃者只能成立盗窃未遂。

正是在这个地方,凸显出“财物被放置进贴身范围”这一情形的规范意义。按照一般的交往习惯,作为生物体和社会成员的个人,彼此之间有必要保持适当的距离;与他人身体接触的限制,只有在得到允许或存在法律根据的特殊情况下才能被解除。这就是笔者主张的“贴身禁忌”:一个人的贴身范围是一种不容许他人进入的禁忌性区域;未经同意靠近或进入他人的贴身范围则意味着是在挑战和破坏这种禁忌。一方面,作为一种规范性观念,“贴身禁忌”能够在生物社会学和身体社会学领域得到思想支持。避免和禁止陌生人的身体接触是生物进化以及社会关系建立的一个基本准则。人的身体不是一具简单的肉身,而是个人履行社会约定、承担社会任务的工具,也是个人以特定的方式拒绝或亲近他人的工具。由于身体的沟通功能,使得贴近身体肌肤表面的那一层物理空间,生发出规范层面的意义,即“贴身禁忌”:这个空间是作为一个生物体和社会体的个人,对自己身体进行保护、避免与他人接触的最低界限和最后防线。未经他人允许,进入到他人贴身空间,就会违反作为人际交往底线的“贴身禁忌”。另一方面,在刑法乃至整个法秩序范围之内,“贴身禁忌”也得到承认和保护。例如,《刑法》第245条规定的非法搜查罪,禁止在未得到允许或缺乏法律根据的情况下搜索和检查他人的身体,就是在保护人的贴身安全以及建立在身体之上的隐私和尊严。《治安管理处罚法》第40条规定,非法搜查他人身体的,处10日以上15日以下拘留,并处500元以上1000元以下罚款。又如,贴身禁忌的观念与《宪法》第38条规定的“公民的人格尊严不受侵犯”相协调。当人们进入公共空间参与社会生活的时候,彼此身体之间应保持适度的距离,至少在其贴身范围之内,应留下不容随意侵入的空间,由此保证社会交往中最起码的安全感和作为独立主体的人格尊严。^[11]

在这个意义上,财物被放置在贴身范围之内,就是被放置在一个他人未经允许不得侵入的空间,这个空间是作为一个生物体和社会体的个人,对自己身体进行保护、避免与他人接触的

[11] 关于贴身禁忌更详细的阐述,参见车浩:“扒窃入刑:贴身禁忌与行为人刑法”,《中国法学》2013年第1期。

最低界限和最后防线。这种“贴身禁忌”的观念普遍地适用于所有人,当然也包括行窃者。当他将偷窃的财物放置在自己的贴身范围之内时,其他人在未经允许或缺乏法律根据的情况下,不得进入到其贴身范围内去取得财物,在这个贴身范围之内,行窃者对财物就拥有了一种排他性控制的规范性理由,换言之,他对财物的控制关系获得了一种规范层面的认同。

最后,在双方对财物均有事实控制力且都得到某种规范认同的情况下,就需要对规范认同度的高低进行比较。从法秩序层面来看,被害人控制财物的规范认同(所有权或者对整个商店空间的管理权)属于财产权利,而行为人控制财物的规范认同(贴身禁忌)则涉及到人的尊严和隐私。在法律体系所保护的利益位阶中,人格利益一般要高于财产利益,人格权要高于财产权。因此,当行窃者将财物放在自己的贴身衣物之内时,其他人即使注意到其举止甚至在有监控录像为证的情况下,也不能伸手直接进入其贴身范围,未经允许强行对其搜身,否则就有侵犯人身权利之虞。只有公安机关或者检察院等执行国家刑事侦查权的机关才能依法进行搜查,其进入公民贴身范围之内搜查财物的行为,才能够排除《刑法》第245条或《治安管理处罚法》第40条所禁止的非法搜查的“非法性”。除此之外,任何单位或者个人,即使是财物所有人,都要受到贴身禁忌的禁令制约,甚至在明知或者看到自己所有的财物就藏在行窃者的衣服的情况下,通常情况下也不能对行窃者贴身搜查。就此而言,行窃者在贴身范围内控制财物的规范认同度,要高于那个监视到其行窃的财物所有人。^[115]按照本文提出的判断规则,在这种情况下,财物归行窃者占有。既然新的占有已经建立起来,就应当认定行窃者构成盗窃既遂。

此外,有必要针对可能出现的疑问再做一点回应。关于被害人控制财物的规范依据,除了财产权利之外,另有学者提出,被害人还可以根据民法或刑法上的正当防卫或自救行为的理由,使用强力再次取回财物。^[116]但是,这种观点混淆了两个不同阶段的问题。在一些行为人将财物放置贴身范围后又想要使用强力逃脱的场合,被害人的确能够因为正当防卫或者自救行为的理由而从行为人处取回财物,但是,这个理由不是在为被害人维持自己先前的旧的占有关系提供规范依据,而是在为一个新的打破他人占有的行为提供规范依据,或者说,为已经丧失的占有关系又重新加以建立提供根据。因此,这种观点跨越和忽略了事态发展的一波三折的过程。在行为人被抓获后被警察搜身将财物取出,或者主张正当防卫的被害人将打算逃跑的行为人身上的财物强行取出,这并不妨碍说行为人已经建立起了一个占有,只是说这种占有被警察或者被害人再度合法打破而已。特别是在被抓捕的情况下,最终的局面肯定是行为人无法继续占有财物,但是这并不等于说行为人从未建立起对财物的占有。建立占有后又被打破,与从未建立起占有,在法律意义上是完全不同的两件事情。虽然二者在最终的“无法控制

[115] 即使再加上财物处于超市或者店铺的管理者管控的空间之内这一点,也不能改变结论。对此可套用国际法上的术语“飞地”。对超市或者店铺的管理者来说,处在自己控制空间之内的顾客的贴身范围,就属于“内飞地”(本国境内的他国领土);对处于商店中的顾客来说,自己的贴身范围,则属于“外飞地”(外国境内的本国领土)。

[116] Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 2006, § 242 Rn. 40.

和支配财物”这一点上是相同的,但正是这个中间的过程而不是最终的局面,恰恰涉及到犯罪既遂还是未遂的认定,对此绝对不能忽略。总之,符合正当防卫条件的被害人将打算逃跑的行为人身上的财物取出,这与警察依法从行为人身上搜出财物的性质是一样的,后者是所有盗窃犯被抓获时都会有的遭遇,所有的盗窃犯被抓获后都不可能再继续占有赃物,但是并不能因此说所有被抓获的盗窃犯都是未遂。

八、结 论

占有是刑法理论特别是财产犯罪理论中一个非常重要的概念。国内学界对此已经有较多的研究成果,但是问题论域往往失之于零碎和分散,而且通常是对已经得到普遍承认的结论的事后背书,缺乏既能为以往结论提供不仅感觉上妥当而且逻辑一致的解释,又能面对未来案件提供具有稳定性和可操作性标准的一般性判断规则。本文以此为目标展开了研究。

以往的研究虽然都承认事实控制的重要性,但是对于为何在一些案件中又肯定规范的影响力,一直含糊其辞。以往的研究虽然也都肯定规范要素的影响力,但是对于规范要素究竟在占有概念中扮演何种角色,具体发挥何种作用,始终语焉不详。本文在从各类事例中提炼经验性规律的基础上,试图驱散遮盖在占有的事实性与规范性之上的迷雾,彻底澄清两者的关系。按照本文观点,事实控制力是占有成立的必要基础,规范因素是占有归属的评判基准。在判断占有的有无时,事实控制力为零时不可能成立占有,当规范认同度为零时则可以成立占有,但是在判断控制力的有无时,往往需要以社会一般观念为内容的规范性视角作为观察工具。在多个主体均有事实控制力的情况下,占有归属的判断与控制力的强弱无关,而是取决于规范认同度的高低。这里的规范认同度,是指法律或道德层面的规范秩序,是评判控制力之重要性的基准。按照上述观点,金钱的占有、死者的占有、遗忘物的占有、存款的占有、封缄物的占有、占有辅助人以及运送物的占有等诸多争点中令人迷惑不清、似乎完全依赖感觉妥当性的地方,就能够得到令人满意的、逻辑一致的澄清。在展开解释的过程中,笔者也对金钱所有权的转移、侵占罪第1款和第2款的解释等问题提出了一些新的个人见解。

本文提出的“以事实控制力为必要条件,以规范认同度为评判基准”的观点,是基于存在论和规范论相调和的立场,对事实因素和规范因素进行一定的结构安排和功能配置,形成指导各类涉及占有争议的案件的一般性规则。同时,这种规则的优越性,也能够从法律经济学的外部视角得到论证。“法律上的占有”以及“占有权利或利益”等纯粹规范化的占有概念,在法教义学的方法论原理和罪刑法定原则的价值观上存在重大疑问,本文对此提出了全面的商榷意见。占有的丧失与建立,与盗窃罪的既遂与否是同一个问题。因此,运用判断占有的一般性规则,可以有效解释盗窃罪的既遂与未遂中的疑难问题。

(责任编辑:江 溯)