

盗窃罪“非法占有目的”对象刍议

王莹*

摘要 德日刑法判例与学说均否认盗窃罪的非法占有必须是永久或长久的占有。在不以长久占有为目的拿走物品的情形下,行为人所意图非法占有的究竟是什么?尤其是在以返还意图取得财物的占有的情形下,例如拿走被害人财物隐瞒财物来源向其售卖或者向其勒索赎金,可否认定非法占有目的,颇具争议。关于非法占有的对象,德国刑法的通说是以物的存在形式为主、(狭义的)物的价值说为辅的“综合说”。本文倡导利用这一理论对盗窃罪的非法占有目的所针对的对象进行界定,并针对上述情形提出以盗窃罪的规范保护目的思想认定狭义的物的价值说中的“特殊价值”,以维护盗窃罪构成要件轮廓的清晰。与此相关,针对我国近年学界聚讼的盗窃信用卡并使用行为、针对财产性利益的“盗窃”等问题,此种探讨也引入了一个新的视角。

关键词 非法占有目的 取得占有要素 排除占有要素 物的存在形式 物的价值

引言

2009年3月9日晚,被告人徐韩伟在象山县丹东街道文韵路文韵茶馆楼下欲盗窃车内财物。其用砖头砸碎车窗进入戴照敏的牌号为浙BFD427的中华骏捷汽车内后,发现汽车钥匙插在车上,随即将汽车开走并摘下车牌号,汽车价值人民币65100元,后将车开至象山县第一人民医院住院部后花坛处藏匿。同年3月11日,被告人徐韩伟电话联系车主戴照敏,以帮戴找回汽车为由索要人民币20000元。3月15日,被告人徐韩伟再次电话联系戴照敏索要钱财时,被公安民警抓获。案发后,汽车及车内物品均被追回并归还被害人。〔1〕

对本案被告人徐某行为的定性,可以考虑的是盗窃罪与敲诈勒索罪。而盗窃罪成立与

* 中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 王林:“盗窃罪中非法占有目的的推定”,《人民司法》2011年第8期。

否的关键是被告人“非法占有目的”的认定。^{〔2〕}被告人徐某将被害人汽车开走藏匿,两天后又打电话以帮助被害人找车为由向车主索要20000元钱,据此是否可以认定其对于汽车具有非法占有的目的?与上述问题紧密相关的是,非法占有是否要求必须是永久或长久的占有?取得财物的占有并利用后以某种形式(合法或者非法)再将原物返还给被害人,是否属于非法占有?

日本刑法中对非法占有的目的有如下三种不同的理解:一是排除权利者的意思说,非法占有的目的是指排除权利者行使所有权的内容,自己作为财物的所有者而行动的意思;二是利用意思说,该说认为非法占有的目的,是指按财物经济的(本来的)用法利用的意思;三是排除意思与利用意思说,即排除权利者对财物的占有并按其经济的用法利用或处分的意思,才是非法占有目的。处于通说地位的是排除意思与利用意思说。^{〔3〕}日本盗窃罪的判例也经历了从最初以是否具有返还意思作为判断非法占有目的的标准到即使具有返还意思拿走他人财物加以利用也认定为具有非法占有目的的发展阶段。^{〔4〕}

在德国刑法上,对非法占有目的中的占有也不要求是永久性的,短暂的占有即为已足。因为德国刑法仅处罚针对特定物品(如机动车与自行车)的无权使用行为(第248b条),如果要求占有的永久性,就无法规制以使用意图拿走他人之物并因使用导致财物价值贬损或者丧失的行为,无疑这种行为是对被害人的财物所有权的侵害。

由于非法占有反映了行为人的贪利性,即行为人拿走财物是因为财物本身具有功用,这种功用商品社会中就蕴含着经济价值。因而对物的使用首先体现在对物在经济意义上的使用,即体现行为人经济利益的对物的处置。因此,德国刑法主流通说与判例都强调经济意义上的使用。德国刑法通说认为,只要是具有经济意义的使用,都可以视为非法占有。^{〔5〕}

但是,是否任何一种对财物的经济意义上的利用都属于非法占有,还是只有对财物以符合其性质的使用才是非法占有?例如,将他人家中的贵重家具拿走摆放在自己家中储存是“使

〔2〕 传统上盗窃罪的主观方面要求“非法占有目的”,以与故意毁坏财物罪以及拿走他人之物加以使用后归还的行为(后者在我国是不具有刑事可罚性的行为)相区分。非法占有目的译自德文盗窃罪、侵占罪等取得型犯罪(Zueignungsdelikte)构成要件主观构成要件中的“rechtswidrige Zueignungsabsicht”之要求。客观要件要求“Gewahrsamswechsel”,国内多译为占有转移。Gewahrsam一词是指人对物的“管领或者控制状态”,这种“占有”是指状态而言。而 Zueignungsabsicht 是由 Zueignung(占为己有)+Absicht(目的、意图)合成而来,这里的 Zueignung 是指动作,即从“非己占有”变成“为己占有”的过程,可以翻译成“取得”,例如日本文献就将“rechtswidrige Zueignungsabsicht”译成“不法领得”。但是由于 Zueignung 又分为 Enteignung 与 Aneignung 两个要素(参见下文),前者是指剥夺(被害人的)占有,后者是指取得占有。如果将 Zueignung 译为“取得”,则无法涵盖其下位概念剥夺占有与取得占有,故笔者认为沿用“非法占有目的”的传统概念,将 Zueignung 译为“占有”,作为后两者的上位概念是合适的。如此亦可避免术语更迭带来的诸多不便。

〔3〕 参见刘明祥:“刑法中的非法占有目的”,《法学研究》2000年第2期;张明楷:“论财产罪的非法占有目的”,《法商研究》2005年第5期。

〔4〕 同上注。

〔5〕 Otto, Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 200 ff., 332.

用”，而将家具当作柴火取暖或者烧饭是否是“使用”？德国主流观点认为，将家具烧毁取暖，节省了行为人的经济开支，增加了其整体财物价值，也是一种经济意义上的利用，即使不符合财物的属性，也可视为符合取得占有的要求。^{〔6〕}德国判例认定，患有恋物癖的行为人以欣赏为目的拿走女士内衣也属于盗窃。^{〔7〕}

沿着这个思路继续追问，接下来的问题是：是否任何一种使用都可能构成非法占有？如果不符合财物属性的其他经济意义的使用也可以视为非法占有，那么将财物窃取后用作其他合法或非法的用途，例如拿走债务人的财物迫使其还债，或者拿走财物之后再以返还财物作为对价要求被害人支付金钱，如本文的引导案例那样，也可以理解成将财物作为敲诈勒索的工具使用，是否可以就此肯定这种情形下的非法占有目的？

上述问题的解答，需要明确如下问题：非法占有目的到底是一个什么样的概念？非法占有的目的中占有的对象到底是什么？下文将从德国刑法理论出发，在对非法占有目的进行教义学分析的过程中尝试对以上问题作出回答。

一、非法占有目的之概念

盗窃罪属于取得型财产犯罪(Zueignungsdelikte)，要求行为人对于财物具有非法占有的目的(Zueigungsabsicht)。如果行为人取走他人财物时不具有这种目的，而是打算使用后立即归还或者毁坏，则不成立盗窃罪。非法占有目的在取得型财产罪中，具有与其他类型的财产罪相区别的功能，因而是重要的不法要素。^{〔8〕}主流观点将其视为“超过的内心倾向(ueberschiessende Innentendenz)”，仅要求行为人主观上具有非法占有的目的，而不需要客观上真正完成了占有行为。^{〔9〕}

根据德国主流观点，非法占有目的是与盗窃故意并存的一种主观要素，其内容包括行为人剥夺被害人占有要素与取得占有要素。剥夺被害人占有要素是指长久地剥夺被害人的支配地位的意思，即要求行为人意图长期将其从对财物的支配关系之中排除出去。^{〔10〕}剥夺占有要素使得盗窃罪与打算使用后立即归还的擅自使用行为(Gebrauchsanmassung)相区别。取得占有要素是指行为人除了事实上排除权利人对财物的支配，还要有积极的获得的要素，即行为人还需要有对财物积极的持有或者使用的意图，以与毁坏财物罪与单纯的剥夺财物行为(Sa-

〔6〕 Vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil II, 1. Aufl., 2010, Rn. 139.

〔7〕 OLG Hamburg MDR 1954, 697.

〔8〕 德国主流观点认为，非法占有目的具有划定犯罪轮廓的作用，是征表盗窃罪不法类型的要素，因而不法要素。仅有极为个别的观点认为，非法占有目作为表明行为人犯罪动机的要素属于罪责阶层。参见 Schmidhäuser: Ueber die Zueigungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte, FS—Brunns, 1978, S. 348 f., 这是与其关于罪责的观点紧密相连的。

〔9〕 Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, § 242, Rn. 110; Wittig, in: Beckonline—Kommentar zum StGB, § 242, Rn. 30.

〔10〕 Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn. 110.

义上的使用,而是想通过拿走项链达到其他的目的,因此取得占有要素不成立。^[16]

上述典型性的情形,是德国刑法判例与学说从盗窃罪的司法判例之中进行的经验性归纳,是判断非法占有目的的经验性知识。从比较法的角度上来看,我们需要追问的是,在这些经验性知识背后是否隐藏着某种一以贯之的逻辑?如果答案是否定的,那么上述经验性知识对于我们来说就不是一种知识,而仅仅是彼国法律适用者与法规范对象们杂乱无章的法感觉的堆砌,即使能够被重复与延续,也不过是一种“法律惯例”。而这种不理性的法律惯例在比较法上来说是毫无意义的。所以,接下来我们的任务是去揭示上述关于非法占有目的的经验性知识背后的逻辑。上述不同情形下对于非法占有目的的认定其实指向一个问题:在不以长久占有为目的的拿走物品的情形下,行为人意图非法占有的究竟是什么?在我们能够清楚地回答“在某些情况下行为人具有非法占有目的,而在另外一些情形下行为人不具有非法占有目的”之前,首先就必须明确的问题是,非法占有目的所针对的对象到底是什么?

二、非法占有的对象:物的存在形式说、物的价值说与综合说

如果按照日本刑法理论对非法占有目的采取排除意思说与利用意思说,就会认为以对物利用后返还或者丢弃的意思拿走物品也成立盗窃。那么,与之相连的问题是,非法占有的对象到底是什么,是物的存在形式,还是物的价值?因为在不以长久占有为目的的拿走物品的情形下,行为人占有的不过是物品本身的价值,而不是物品本身。就中国学者所引介日本文献的情况来看,^[17]好像日本刑法理论并没有对此问题作专门的探讨。

关于非法占有的对象,德国刑法形成了物的存在形式说、物的价值说以及以物的存在形式说为主、物的价值说为辅的综合说三种理论。

(一)物的存在形式说

该说主张,盗窃行为人所占有的对象必须是财物本身(包括全部或其一部分)。^[18]该说符合对盗窃罪的传统理解,因为一般情况下盗窃罪转移占有的对象都是财物本身。行为人窃取财物,被害人丧失财物,财物的物质形式发生了从被害人控制领域到行为人控制领域的位移。但是该说无法适用于行为人取走财物对其进行某种利用再返还的情形。例如,行为人以取走存折上的存款后返还的意图窃取存折等权利凭证的情形,以及行为人以出卖的意图窃取财物的情形,上述情形中行为人对财物本身并没有非法占有目的。但是如果否定非法占有目的,从而否定盗窃罪的成立,明显存在可罚性漏洞。故纯粹的物的存在形式说目前已经基本无人主张。

[16] Kudlich/Oglakcioglu, “Auf die inneren Werte kommt es an” - Die Zueignungsabsicht in der Fallbearbeitung, JA (2012), 321, 324.

[17] 例如参见刘明祥、张明楷,见前注[3]。

[18] Otto (Fn. 5), S. 167ff; Gössel, Über den Gegenstand der strafbaren Zueignung und die Beeinträchtigung von Forderungsrechten, FS-140 Jahre GA, 1993, S. 39 (47 ff.).

目前仍然有较多支持者的是修正的物的存在形式说(或称广义的物的存在形式说),认为从法条的字面含义(窃取他人“财物”)以及盗窃罪所保护的法益(财产法益)来看,非法占有的对象只能是物本身,只有占有物才使得对物权的行使成为可能。以返还的意思拿走物并使用,即使返还时物的价值有所贬损,仍然体现了对所有权的尊重,被害人对物的支配可能性并未长久丧失,因而不是非法占有。但如果利用财物导致其价值贬损到一定程度,例如使其丧失了特定的功能与使用可能性,就是改变了物的存在形式。例如拿走他人电池将电用完再返还,所返还的就不再是原来的电池,因为作为电池的特性——提供电能——不存在了。同理,根据该说,将书店的新书拿走翻看后再返还,也改变了其物质形式:书店里的书都是作为新书来售卖的,旧书的价格与新书大相径庭,因此阅读后再返还,就改变了物的存在形式。书商所得到的不再是原来的那本书,而是另外一本书。^[19]

(二)物的价值说

针对物的存在形式说的上述漏洞,物的价值说被提出。该说主张,由于盗窃罪不要求行为人长期保有窃取的财物,因而占有的对象是财物所蕴含着的价值,^[20]行为人取走财物并利用物品全部或者部分价值,就可以视为对该财物具有非法占有目的,成立盗窃罪。根据该说,即使拿走存折取走上面的存款后再将存折返还,也是盗窃罪,因为非法占有了存折所蕴含的价值即存折上的存款。确立物的价值说的是帝国法院的如下判例:^[21]行为人在酒馆中从侍者处窃取啤酒牌(酒馆用以标记顾客购买啤酒数量的牌子),再拿啤酒牌去领取啤酒,虽然行为人对啤酒牌没有占有的目的,但是判例认为行为人意图非法占有啤酒牌的价值,即它所标记的啤酒,因而肯定了非法占有目的。

物的价值说扩展了非法占有的对象,因而扩展了盗窃罪的可罚性范围,但是该说内部对于物的价值范围的认定却并非一致,又分为狭义的物的价值说与广义的物的价值说。前者将物的价值限定于物的功能属性所决定的内在价值、特殊价值(lucrum ex re),认为只有针对这种价值的占有才是盗窃罪的占有。而后者则将任何一种通过物来获得的价值(lucrum ex negotio cum re)都视为非法占有的对象,例如将物的交换价值、被作为其他行为工具使用的价值(例如债权人拿走债务人财物促使其履行债务,打算在其履行债务时返还的情形)也作为盗窃罪非法占有的物的价值。^[22]但是广义的物的价值说受到了主流学说与判例的批判。例如在联邦最高法院的一则案例中,^[23]被害人甲悬赏寻找走失的宠物狗,行为人乙从找到狗的人丙那里窃取了狗,然后假装找到了狗并还给甲,以领取悬赏的奖金。联邦最高法院认为,行为人这里非法占有的是悬赏奖金,而悬赏奖

[19] Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn. 128(4).

[20] Sauer, Der Zueignungsbegriff, GA 63, 284 ff.; Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn. 76, m. w. N.

[21] RGSt 40, 10 Biermarken-Fall.

[22] 例如参见 Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn. 76, m. w. N.; Ensenbach, Reichweite und Grenzen der Sachwerttheorie, ZStW 124 (2012), 344.

[23] RGSt 55, 59(60). 该判例被认为是拒绝广义物的价值理论的重要判例; Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn. 101.

金并非是狗这种财物所内含的特殊价值,而是被害人设置的悬赏奖金,因此,不能认定行为人对狗(的价值)具有非法占有目的。行为人其实是虚构了自己作为拾得宠物狗的人的身份,意图非法占有悬赏奖金,而不是占有狗的价值,因而是诈骗罪而非盗窃罪。而如果对物的价值不加以限定,就会消弭盗窃罪这种取得型财产罪与诈骗罪、敲诈勒索罪等获利型财产罪的区别(对此下文还有进一步论述)。^[24]

(三)综合说

处于通说地位的该说认为,非法占有财物的存在形式或者财物所蕴含的价值,皆成立盗窃罪。^[25] 鉴于广义的物的价值说存在消弭取得型财产罪与获利型财产罪之间区别的危险,综合说统一狭义的物的价值说与物的形式说,将物的价值的一面限定在与物的功能属性相关的价值,即其本来的用途,或者物客观上固有的使用可能性。少数派意见认为综合说只是机械地将两个本质上互相冲突的理论生硬地拼凑在一起,可以说是综合了物的价值说与物的存在形式说的缺点,被批判为“苹果与梨的混合体”。^[26]

笔者以为,上述对于综合说的批判有失公允。由于财物的价值与其形式无法分离,占有物的形式时也就排除了被害人对物的使用,也就剥夺了因而也就占有了物的使用价值。因此物的形式说与物的价值说都不否认在非法占有物的形式时行为人的非法占有目的,从这个意义上来说,综合说实际上就是(狭义的)物的价值说,并不存在所谓互相排斥的问题——在以物的形式为占有对象时,可以将其理解为对物的价值的全部占有。另外从结论上来说,综合说与广义的物的形式说、狭义的物的价值说对于非法占有目的的认定并不会得出不同结论。因而针对上述批判,综合说尝试以“财物的功能”作为物的价值说与物的存在形式说共同的基础,证立二者逻辑上的统一性,^[27]因为无论是物的存在形式还是其内在价值都指向财物的功能——财物的用益可能性。

从通说综合说出发,可以对上述项链案例进行分析:首先从物的形式角度,行为人并不打算拥有项链,因为按照行为人的认识,项链是其情敌所赠,虽然客观上行为人一直保有项链,但这是因为行为人将它遗忘在某处,因此可以否定非法占有目的。从物的价值角度,行为人拿走项链是为了达到泄愤的目的,同时希望以此举重新赢得被害人,但是这种被作为泄愤工具激怒权利人使用的可能性并不是项链所固有的特殊的功能与价值,因而不是取得占有的对象,由此可以否定非法占有目的。这种用途由于完全是消极意义上的,即使是在广义的物的价值说看来也很难认定为物的价值。因此,利用综合说可以得出行为人既未占有被盗物品本身,也未占有其中的价值的结论。

[24] Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn.128; Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn.78.

[25] Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, Rn. 47ff.; Kühl, in: Lackner/Kühl, 25. Aufl., 2004, § 242, Rn. 22; Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn.133 ff.

[26] Mairwald: Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 79.

[27] Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn.78, m.w.N.

三、物的存在形式说、物的价值说与综合说的检验与适用

(一)行为人在窃取财物时计划将其作为实施其他行为的工具来利用的情形

行为人在窃取财物时计划将其作为实施其他行为的工具来利用,并不想长久留存该财物,尤其是如果行为人在取得财物时打算把财物通过向被害人索要赎金或者向其出售的方式返还给被害人时,是否具有非法占有目的?

德国主流观点认为,只要这种利用中体现了对原权利人所有权的否定,就可以认定剥夺占有和取得占有的意图,从而认定行为人具有非法占有目的。^[28]例如,如果行为人告知被害人其财物在自己手上,需要支付一定的对价才将财物返还,即勒索财物的赎金的情形,行为人仍然承认被害人的财产所有权,就没有排除被害人占有的意思,因而对财物也没有剥夺占有的意图,行为人打算被害人支付对价后返还财物,表明其对财物没有取得占有的意图,因此不存在非法占有目的。而如果行为人窃取财物后,假装偶然地向被害人出售该财物,并向其隐瞒财物的来源,就否定了被害人对财物的所有权,就表明其具有剥夺占有和取得占有的意图。因此,是否僭越所有权人的地位(*Anmassung der Eigentüemerstellung*)是判断是否存在非法占有目的的标准。虽然财物通过向被害人售卖最终回到被害人手中,但是“僭越所有权人的地位标准”并不是要求在法律上取代所有权人地位,而是在经济上像所有权人那样行为(此处是指出售所窃取的财物)。^[29]所谓剥夺占有不能被在纯粹事实的意义上理解,而是必须规范地来理解,原权利人在事实上不能再决定原属于自己的财物的命运,虽然原权利人事实上将其购回,但在规范的意义上来说这就是一种剥夺占有。^[30]少数派观点对此提出反驳:在不告知被告人财物的权属向其出售的情形下,行为人虽然通过欺骗行为否定了被害人的所有权,但是被害人并未因此丧失来源于所有权的使用可能性,他——尽管对此毫不知情——继续对财物行使着支配权。行为人的这种行为因不具有非法占有目的而不构成盗窃,但是他的欺骗行为使被害人通过支付对价遭受了财产损失,构成诈骗罪。在少数派观点看来,这里权利人最终重新获得了财物,并未丧失事实上对财物的支配可能性,因此并没有对财物所有权进行侵害,受到侵害的仅仅是整体财产。盗窃罪作为取得型犯罪(*Zueignungsdelikt*)是针对具体财物的犯罪(*Eigentumsdelikt*),要求针对具体财物的占有目的与转移占有行为(即从被害人的控制领域转移至行为人的控制领域),而诈骗罪作为一种获利型犯罪(*Bereicherungsdelikt*)是一种针对整体财产的犯罪(*Vermoegensdelikt*),即通过欺骗行为使他人整体财产减少,因而上述行为应该被评价为诈骗罪。^[31]

下文将尝试分别从物的存在形式说与物的价值说的角度对此种情形进行分析,以论证综

[28] *Kindhäuser* (Fn. 13), § 242, Rdn.83; *Wittig* (Fn. 9), § 242, Rn.33.

[29] *Tenckhoff*, *Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung*, *Jus* 1980, 723.

[30] *Ranft*, (Fn. 13), 277, 282.

[31] *Rönau*, *Grundwissen - Strafrecht: Die Zueignungsabsicht*, *JuS* 2007, 806.

合说的合理性：

在此同样区分以下两种情形分别探讨：第一种情形是行为人不否定被害人的所有权而向其勒索赎金；第二种情形是行为人否定被害人的所有权，即不告诉被害人财物是从何处窃来而向其“售卖”。

1. 物的存在形式说

①对于情形一，行为人将财物原物返还，物的存在形式没有改变，因而不存在非法占有。勒索赎金的行为构成敲诈勒索罪(Erpressung)。②对于情形二，广义的物的存在形式说认为，虽然被害人最终获得了财物，但他通过支付对价“购买”的这个财物是一个新的财物，原来的财物——无论是从行为人角度还是从被害人角度都——“彻底丢失了”，因此存在非法占有目的。之所以是一个新的财物，是因为从法益角度来看，被害人必须通过把它买回来才能够行使所有权，针对原来的财物被害人丧失了事实上的所有权行使可能性。^[32]

显然这种解释过于牵强。广义的物的存在形式说将利用财物导致财物价值贬损视为物的存在形式的改变，以扩展原来纯粹的物的形式说的适用范围，其实已与物的价值说没有什么区别。该说的优点在于将非法占有始终与财物的占有转移相联系，维护了盗窃罪作为取得型财产犯罪的不法类型，使得盗窃罪与诈骗罪、敲诈勒索罪等获利型犯罪之间能够清晰界分，在这一点上是值得肯定的。但不足之处在于，将物的价值贬损与物的存在形式改变划等号，在某些情形下解释起来未免过于牵强。如果认为新书被翻阅后就不再是原来那本书，其物质形式发生了改变，理由就只能是新书被翻阅后纸质组织松散、存在细小折痕等这种物理存在形式的细微改变。但是这种理解与国民的日常生活观念不符。在物的形式说的框架下吸纳物的价值说，生硬地将物的价值贬损与物的存在形式划等号，以扩大其适用范围，倒不如综合说那样，放弃以一种理论统摄另一种理论的努力，将二者并列互为补充。因此，笔者以为通说综合说是恰当的。

2. 物的价值说

虽然德国通说从是否承认所有权角度切入，但是仍然可以从物的价值说角度进行如下解析：①对于情形一，行为人利用占有财物达到勒索赎金的目的，是否利用了物的某种价值？如果作肯定回答的话，只能认为利用了行为人对于物的情感，具体表现为持有物的积极的情感（安全感、富足感）与失去物的消极的情感（不安感、忧惧感）。但是，这种利用是否可以理解为取得占有？显然不能。因为行为人本人并不想产生对财物的这种情感，即对这种情感并没有转移占有的意图。在取得型财产犯罪中，一般来说行为人取得的应是被害人丧失的。此处行为人取得的、被害人丧失的其实是财物被作为勒索工具使用的可能性。因此，关键的问题在于能否将财物被作为勒索工具使用的可能性视为财物的一种价值？如果答案是肯定的，就可以认为行为人对这种价值具有非法占有目的；如果答案是否定的，就可以否定非法占有目的。

[32] Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn.132. 上述“僭越所有权人地位标准”也被一些学者纳入广义(修正)物的存在形式说的框架，认为实际也属于广义(修正)物的存在形式说的观点，参见 Grünwald, Die Rückveräußerung an den Eigentümer als Zueignungsproblem, GA 2005, 522.

狭义的价值说将物的价值限定在物的功能属性所决定的内在价值,而被作为勒索工具使用的可能性显然超出了这种范围,因而可以否定非法占有目的。广义的物的价值说认为物的价值并不局限于财物所蕴含的特殊的内在价值,任何一种物的使用可能性都可以被视为物的价值,财物被作为勒索工具使用的可能性当然也可以视为财物的一种价值,因而可以肯定非法占有目的,根据该说上述行为可以成立盗窃罪。但是如上文所述,广义的物的价值说倾向于将任何一种物的使用可能性都视为物的价值,过分扩张了盗窃罪的边界。如果脱离物的存在形式谈论物的价值,非法占有的对象就不再是与占有有关的使用可能性,而是被害人的整体财产利益,而这正是诈骗罪或敲诈勒索罪等诈骗类型的犯罪的特征。诈骗类型的犯罪作为一种获利型犯罪,行为人以欺诈的方式使得他人陷入错误并基于该错误处分财物,被害人放弃对具体财物的所有权,实际上是为了获得相应的对价,在被害人看来,其整体的财产并未因失去财物而减少。而行为人通过欺骗使得其没能得到相应的对价,因此减少了其整体财产,侵害的是整体财产权益,而非个别财物的所有权。而盗窃罪作为取得型财产犯罪的不法类型是违背被害人的意愿转移财物,其核心是财物占有的移转。与这种不法类型相连,盗窃罪中的非法占有必须针对特定财物本身,因此必须对物的价值理论进行必要的限定。如果像广义的物的价值理论那样将任何一种物的使用可能性都认作非法占有的对象,就有可能将行为人把财物作为实施其他行为的手段的情形作为盗窃罪处理,此处行为人占有的不再是财物的价值,而是利用被害人对其的情感迫使被害人交出赎金,从其整体财产之中获利,因而是敲诈勒索罪。可见,脱离了物的存在形式而谈论物的价值,势必会模糊盗窃罪这种取得型财产罪与诈骗罪、敲诈勒索罪等获利型财产罪的界限。正是基于这种原因,德国通说拒绝了广义的物的价值理论。^[33]

②情形二,行为人假装自己具有对财物的处分权向被害人出售所窃取的财物,占有的是处分财物所获得的价值,其实是一种财物出售的价值或者说交换价值。^[34]在商业社会,财物的交换价值作为财物的经济价值当然是财物固有的一种内在价值,因而可以认定行为人的非法占有目的。

从上述分析可知,广义的物的形式说与广义的物的价值说皆不可取,通说的综合说是妥当的。

再回到文章开头的引导案例:由于非法占有目的属于主观的超过要素,判断的依据应是行为时的主观状态,即被告人在开走汽车时内心的想法,而非事后的行为。被告人在开走汽车并不打算立即返还,因此存在剥夺占有的意图。至于取得占有的意图,则要进一步细分:第一,被告人开车时即打算将汽车据为己有,只是后来因汽车不好变现处理才转向被害人勒索钱财,无疑可以肯定其取得占有意图,被告人对汽车具有非法占有目的;如果事后才产生向被害人勒索钱财的故意,又成立敲诈勒索罪,应与盗窃罪数罪并罚。第二,被告人开车时即具有以返还为对价向被害人勒索钱财的意图,则属于上述第一种情形。被告人要求被害人支付对价作为返还车辆的条件,而该条件是不受被告人所

[33] Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn.128; Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn.78; RGSt 55, 59 (60).

[34] RGSt 57, 199.

控制的——被害人可能支付赎金,也可能不支付赎金,因而对于被害人失去车辆具有间接故意,而剥夺占有的间接故意即为已足,因此满足剥夺占有的要素。至于取得占有要素的分析,根据上述①情形一的分析,财物被作为勒索工具使用的可能性并非财物之中所蕴含的特殊的内在的价值,因而根据狭义的物的价值说不能将其视为财物的一种价值,因而可以否定行为人非法占有的目的。行为人仅成立敲诈勒索罪。

而将这种使用可能性解释为财物的价值认为成立盗窃罪的观点,因为消弭了盗窃罪作为取得型财产罪与诈骗罪、敲诈勒索罪作为获利型财产罪的界限,就会将我们引向如下不必要的法条适用的繁复情境:即认定盗窃罪成立,如何来评价后续的财物使用行为?在此有两种选择可能性:可能性一,将后行为视为类似于一种盗窃后销赃的行为,作为不可罚的行为处理。一般来说,不可罚的行为在性质上要轻于构成犯罪的前行为,例如掩饰隐瞒犯罪所得或所得收益罪要轻于之前的盗窃罪等财产犯罪,杀人后碎尸的侮辱尸体行为要轻于故意杀人罪,因而才不予评价,但是上述使用行为如敲诈勒索罪涉及财产法益与人身法益两种法益,一般来说要重于所认定的盗窃罪;可能性二,认定成立后行为所构成的犯罪与盗窃罪。此时所面临的难题是,如何认定盗窃罪与敲诈勒索罪的数额,并在此基础上进行正确的量刑?如果认定成立非法占有,由于本案存在两个客观行为,因此不属于一行为的罪数不典型情形,即不能按照想象竞合从一重罪论处或者根据法条竞合以特殊法优于普通法论处。又由于这两个客观行为的主观方面存在重合(行为人窃取汽车时并无占有其全部价值即65000元的故意,而是打算利用汽车去勒索20000元)而无法被视为两个故意两个行为,因此按照牵连犯从一重罪处罚也不妥当。此时剩下的可能性只有数罪并罚:如果认定盗窃罪数额65000元与敲诈勒索罪数额20000元,势必造成一部分的重复评价,因为被告人毕竟没有打算占有汽车的全部经济价值,即使按照广义的物的价值理论肯定非法占有目的,所占有的不过是汽车作为向被害人勒索工具的使用可能性这一价值。

虽然德国学界与判例对狭义的物的价值所倡导的特殊价值如何界定并未提供细化的标准,但该学说的适用并未受到影响。例如,联邦最高法院在判例中使用了关键功能说和功能价值的说法。^[35]根据关键功能说,特殊价值是体现物的关键功能的价值,即通过物能够确定地实现的内含于物之中的价值。功能价值说认为,如果物仅仅是为了实现某一价值而存在,那么这种价值就是狭义说的价值。近年来学者提出的损失价值说^[36]则主张,如果物的目的就是为了赋予某种支配可能性或者功能,物的损失必然带来这种功能的损失,这种价值就是狭义说的价值。这些观点无非是强调价值与物的存在形式之间的紧密联系:它或者是内含于物的存在形式之中,或者是物存在的原因。狭义的物的价值说的“特殊价值”这一概念在盗窃罪中是一种特殊的教义学构造,它一方面扩展了盗窃罪的行为对象,满足了刑事政策上扩张盗窃罪构成要件的需求,将侵犯财物的特殊功能的行为纳入刑法的视野;另一方面也为这种扩张设定了教义学的边界,将那些脱离物的存在形式的价值排除在非法占有对象之外,维护盗窃罪不法类

[35] BGHSt.35, 152 (156).

[36] Schnabel, Telefon-, Geld-, Prepaid-Karte und Sparcard, NStZ 2005, 18(19).

型轮廓的清晰,防止盗窃罪构成要件对其他财产犯罪构成要件的侵蚀与消解。

特殊价值这一教义学构造旨在确定合理的盗窃罪非法占有对象范围,从而合理地界定盗窃罪构成要件边界。而确定合理的盗窃罪构成要件边界,是一个盗窃罪构成要件的解释问题,这个解释问题取决于盗窃罪规范本身存在的目的。由此笔者设想从盗窃罪规范保护目的的角度对狭义的物的价值说之中的特殊价值进行界定。盗窃罪规范所保护的是与占有相关的财物的所有权,如果物的某种价值,确切地说,即与物相连的或者藉由物获得的某种利益,属于所有权保护范围之内,则这种价值就是属于财物的特殊价值,应当属于非法占有目的所针对的对象,对这种特殊价值的非法占有,成立盗窃罪。如果这种价值超出了所有权规范保护目的,则不应视为盗窃罪的非法占有对象,可以考虑是否可成为其他财产犯罪的对象,例如是否成立诈骗罪、敲诈勒索罪等其他财产犯罪。

仍然回到我们的引导案例,在拿走被害人财物勒索被害人支付赎金的场合,所“占有”的是财物被作为勒索工具的可能性,而盗窃罪旨在维护被害人对财物的所有权,而上述使用可能性超出了所有权的规范保护目的范围。财产所有权所保护的是根据财物本身属性进行使用的可能性,包括符合财物正常用途的使用,例如以(长期)阅读的目的拿走他人的珍贵线装古籍;与不符合其用途但是在商业社会中具有经济意义的使用,例如拿走上述书籍当作废纸卖掉。而作为勒索工具使用不是根据财物本身属性使用的可能性。这一标准也能合理地解答上文以获取悬赏金为目的牵走他人的狗的例子:行为人的行为并未侵犯狗这种财物的所有权,这里狗仅仅被作为骗取悬赏金的工具,而这不属于所有权行使的范围。反之,拿走他人的贵重铜质刀具杀人,打算使用后返还,虽然所有权制度不鼓励用财物伤害他人,但是这种对财物的使用由于符合财物本身属性,即刀具这种财物的特殊功能就在于切割,哪怕切割的是他人的身体,仍然是属于财物的特殊价值,因此仍然可以视为是占有了财物的价值,肯定非法占有目的。

(二)盗窃存折、信用卡的情形

如果被拿走的仅仅是行为人目的物的容器或者其他的承载体,事后将其丢弃的,不认为行为人对该容器或者承载体具有取得占有意图,从而否定非法占有目的。为寻找衣服内值钱物品而拿走衣服后将其抛弃,或者为了窃取现金而拿走钱包后丢弃。以取得占有某种特定物品的意图拿走其容器或其他承载体而后又丢弃的,说明行为人对其本身没有利益,行为人虽然暂时利用了容器或载体,但是并未造成它们的价值减损。但是比较成问题的是拿走存折取走上面存款而后返还的情形。如上所述,根据物的存在形式说,此时存折回归到被害人处,存折这种物的存在形式并未被占有。而根据物的价值说,存折上面的存款被取走,其蕴含的价值被占有。根据综合说,无论物的存在形式或者物的价值都是占有的对象,因而也可以肯定非法占有。更加复杂的是盗窃信用卡、有价证券、储值卡等使用后返还的情形,对此下文将进一步论述。

行为人窃取存折、有价证券取走存款或者兑现后返还,按照物的价值理论把占有的对象视为存款、有价证券的货币价值,认定非法占有目的就不存在障碍。(广义的或者修正的)物的存在形式理论也认为此时存在非法占有目的,理由是从存折上取款或者将有价证券兑现后,剥夺

了其独特的功能,物的形式也发生了实质性的改变。^[37]

通说认为在行为人以返还意图窃取信用卡使用的情形下,并不存在非法占有目的。因为行为人使用信用卡不过是为了获得进入卡主账户的可能性,信用卡在这里不过是某种合法性的证书,好比是进入账户的钥匙。信用卡作为进入账户门钥的这种独特功能就是其价值所在,但是这种价值并不会因行为人使用而丧失。行为人使用信用卡返还的,就像是使用钥匙再返还,是一种擅自使用的行为,不是盗窃。但是以返还的意图窃取电话卡等储值卡就另当别论。电话卡等储值卡上的芯片中存储着其货币价值信息,直接插入使用就可以消耗其价值,这就相当于窃取有价证券的情形,无论按照物的价值理论还是物的存在形式理论,都可以得出肯定非法占有目的的结论。

我国刑法第 196 条第 3 款规定,盗窃信用卡并使用构成盗窃罪,在我国普通盗窃罪是数额犯,盗窃价值微小的信用卡不构成盗窃罪的实在法框架下,其背后的逻辑是把信用卡所对应的账户上的存款视为信用卡的价值,再把针对这种价值的转移占有认定为盗窃罪。即使认为我国盗窃罪的行为对象包括财物与财产性利益,此种规定也存在问题。盗窃信用卡并使用,应当分别针对行为人的主观方面进行分析:

1. 行为人以使用后返还或者丢弃的意图拿走他人信用卡并使用该卡取款的情形

行为人打算窃取信用卡取款后将卡丢弃或者返还被害人,此时针对信用卡无法认定盗窃罪。

德国曾对此类案例排除了行为人的非法占有目的^[38]:

被告人 1985 年 11 月以提款后返还的意图窃取其兄弟的带有磁条编码的信用卡,并在 12 月 2 日至 21 日期间多次使用信用卡取走共 5100 马克。地方法院判决被告构成盗窃罪(盗窃信用卡)与侵占罪的想象竞合(Tateinheit)。最后德国联邦最高法院以侵占罪作出判决。联邦最高法院驳斥了州高等法院认为行为人具有取得占有信用卡特殊功能价值意图的观点,认为该观点不符合盗窃罪的教义学构造。其主要理由在于,行为人并未通过占有物品取得内含于该物品之中的经济价值。行为人使用信用卡从自动取款机上取款,没有剥夺这种特殊功能;权利人不使用信用卡也可以支配其账户。由于信用卡的使用条款规定密码不可记录在卡上并且必须对第三人保密,没有密码的辅助行为不可能获得存款,因此它本身并不包含着对于账户存款的事实上的支配可能性。根据上文提到的“损失价值说,如果物的目的就是为了赋予某种支配可能性或者功能,物的损失必然带来这种功能的损失,这种价值就是狭义说的价值,显然丧失信用卡未必会损失账户上的现金,持卡人仍然可以通过挂失补办等方式进入其账户。另外,借助信用卡和密码从自动取款机取款是对取款机的符合其功能的使用,也不构成盗窃罪所要求的中断权利人的占有和建立自己的占有。通过自动化的金钱交付作为权利人的银行将对

[37] 判例与学界通说采此说, BGHSt 35, 152 (157) = NJW 1988, 979 (980), m.w.N.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 160, m.w.N.; Eser/Bosch (Fn. 25), Rn. 50, m.w.N. 但个别学者认为此时也应当否定非法占有目的,参见 Schmitz (Fn. 9), § 242, Rn.133c; Kindhäuser (Fn. 13), § 242, Rn.77.

[38] BGHSt 35, 152 (157) = NJW 1988, 979.

存款的占有转移给了行为人,从外部过程来看,行为人并没有中断其占有。

因此,把存款视为信用卡的价值,认为行为人非法占有了信用卡的价值而认定盗窃罪,存在解释上的困难。

2. 行为人并无使用后返还的意图窃取信用卡并使用该卡取款的情形

如果行为人窃取信用卡取款后仍然保留信用卡,则针对信用卡具有非法占有目的,但卡本身价值微小,不构成针对信用卡的盗窃罪。行为人虽然针对取出的存款(现金)无疑也有非法占有的目的,但是能否视为针对现金的盗窃存在疑问。第一,从行为对象上来看,如上所述,必须配合使用密码才能从ATM机上取款,而密码根据信用卡的使用规定应当与信用卡分开保存,另外信用卡也不是进入账户取款的唯一可能性,因而信用卡与其对应账户上的存款是互相独立的,不能将存款视为信用卡的价值,对信用卡的转移占有不能视为对信用卡价值——即存款的转移占有。第二,从行为本身来看,盗窃信用卡与从ATM机上取款是两个不同的行为,针对信用卡的转移占有并不是针对存款的转移占有。第一个行为是以非法占有的目的中断了原权利人对信用卡的占有而建立了一个新的占有,第二个行为是使用(即使是无权使用)信用卡与密码操作ATM启动自动化的现金交付并接受现金的行为,这个行为并未中断银行对现金的占有(此时存款的占有是银行而不是被害人);即并非违反银行的意志擅自破坏银行对现金的控制。正如德国联邦最高法院所认定的那样,“发卡人应当将金钱交付给使用其签发的信用卡和有效的密码的人,不能因为其无权取得卡与密码就认为是中断占有。取款机的设置目的就是有效的信用卡和密码防止他人通过物理的破坏手段从取款机里窃取金钱,同时将金钱自动交付给持有有效信用卡和密码正确地机器进行操作的人手中。这种自动化的金钱交付与用钥匙打开他人的箱子取走其中的财物不同,后者是将财物未经允许从原处拿走,而前者是将钱币从防盗的保护区自动传输到向行为人开放的出币口。”可见,使用有效的信用卡和密码取钱这种符合ATM机设置程序的行为,是经银行同意的自动交付,与破坏ATM机从中取钱的行为不能作相同评价。^[39] 行为人通过使用有效的信用卡与输入正确的密码,相当于虚构了自己的卡主身份,欺骗银行通过ATM进行自动化交付,因而在性质上更加接近于诈骗行为。正是认识到这种自动化的交付行为的性质是一种诈骗行为,而德国刑法第263条诈骗罪仅承认对人的欺骗而不承认对机器的欺骗,因此德国通过第二次经济犯罪改革法将这种对电脑的滥用行为新增为第263a条电脑诈骗罪。^[40]

根据上述分析,在我国法律框架下,由于普通盗窃罪数额的限制,“盗窃信用卡并使用的行为”在刑法上能够获得评价的只是盗窃后的使用行为。加之我国对侵占罪的行为对象限定在行为人代被害人保管的财物、被害人的遗忘物、埋藏物之上,上述行为显然也不能按照侵占

[39] 对于这种交付行为的性质,刘明祥教授也有正确的认识,参见刘明祥:“用拾得的信用卡在ATM机上取款之行为定性”,《清华法学》2007年第4期。

[40] BT-Dr 10/5058 S. 30, vgl. Lackner/Kühl(Fn. 25), § 263a, Anm. 2.

罪来处理。排除了侵占罪、盗窃罪的适用之后,较为合理的解决方案就是将上述行为定性为信用卡诈骗罪。使用有效信用卡与密码欺骗银行通过 ATM 进行自动化交付,在性质上就是一种诈骗行为。此时或者对“机器不能被欺骗”这一原则进行变通理解,像国内学者所主张的那样把陷入错误并因错误交付者解释为机器背后的人,^[41]以此绕过该原则对上述行为进行定性。或者像德国法那样,在传统的诈骗罪中坚守这一原则,将上述行为视为针对电脑的诈骗,另外增设电脑诈骗罪。但这样的做法实际上仍是对“机器不能被欺骗”这一原则的突破。我国刑法虽未明确规定“电脑诈骗罪”这一罪名,但是如果将第 196 条信用卡诈骗罪中的“冒用他人信用卡”解释为包括在银行柜台上和在 ATM 机上冒用,就可以包括针对人和电脑的欺骗,完全可以涵摄上述情形。有鉴于此,从道理上来说,就没有必要在存在信用卡诈骗罪法条的情况下,以普通诈骗罪仅指对人的欺骗为由,认为此条不包括对机器使用的情形,再将信用卡诈骗罪严格限定在对人的欺骗行为上,最后舍近求远地适用盗窃罪的条文。^[42]从这个意义上来说,刑法第 196 条第 3 款的规定存在问题。在保留该条款的前提下,只能将其理解为拟制规定,而非注意规定。

四、财产性利益是否可以成为盗窃罪的行为对象?

上文所获得的结论也可有助于我们理解我国学界与盗窃罪非法占有对象相关的另一场争论,即是否承认针对财产性利益的盗窃罪。对此学界也形成两派见解:

一是肯定说,^[43]此说主要是从填补可罚性漏洞角度出发,认为刑法第 92 条规定的财产包括财物与财产性利益,将第 265 条理解为注意规定,认为盗窃罪非法占有的对象可以为财产性利益。

一是相对处于通说地位的否定说,该说虽然主要是从诈骗罪与盗窃罪相区别的意义上采取这一见解,但是却未能给予有说服力的论证。例如,张明楷教授指出:^[44]诈骗罪对象宽于盗窃罪对象,即盗窃罪对象仅限于财物,而诈骗罪对象包含财物与财产性利益。而诈骗罪对象之所以宽于盗窃罪对象,主要原因有以下两点:其一,财产性利益的移转一般需要被害人同

[41] 刘明祥,见前注[39]。

[42] 例如张明楷教授对使用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为即作如此理解,参见张明楷:“也论用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为性质——与刘明祥教授商榷”,《清华法学》2008 年第 1 期。使用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为定性问题在我国学界也引发激烈的论战,形成两派对峙的观点:一种观点将此类行为视为对机器背后的人的间接的欺骗,因而认为成立诈骗罪(刘明祥文,见前注[39]);一种观点主张机器不能被骗将其视为盗窃罪(张明楷,同本注)。由于此行为可以分解为两个行为,行为一是拾得信用卡的行为,行为二是使用该信用卡及匹配的密码取款的行为,行为二与此处讨论的盗窃信用卡并使用的行为相同,因此此处的论述也部分地适用于这场著名的论证。宥于篇幅,此处不再展开讨论。

[43] 例如参见黎宏:“论盗窃财产性利益”,《清华法学》2013 年第 6 期;王骏:“抢劫、盗窃利益行为探究”,《中国刑事法杂志》2009 年第 121 期;肖松平:“刑法第 265 条探究——兼论我国财产犯罪的犯罪对象”,《政治与法律》2007 年第 5 期。

[44] 参见张明楷:“财产性利益是诈骗罪的对象”,载《法律科学》2005 年第 3 期;张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社 2011 年版,页 873。

意,而存在被害人同意时不可能成立盗窃,只可能成立诈骗;其二,即使未经被害人同意某些情形下转移了不动产或财产性利益,也难以产生实际效果,况且很容易通过民事手段恢复原状,因此无处罚必要。但在诈骗罪场合较难以通过民事手段补救。

在没有被害人同意时是否可以发生财产性权益的移转,实际上是将这种行为理解为诈骗罪的交付行为还是理解为盗窃罪的转移占有行为的问题,恰恰是争议的问题本身,而不是对该问题的论证,径直以“没有被害人同意时不能发生财产性权益的移转”否定可以针对财产性利益成立盗窃罪,犯了循环论证的逻辑错误。如张明楷教授认为行为人事先打算付账,但在吃完后发现没钱付费而采用欺骗性手段使得对方免除自己债务的行为,成立针对付款请求权这一财产性利益的诈骗。对此须细分不同情形:如行为人欺骗酒店老板说自己是酒店所在辖区的派出所所长,而使得对方免除债务的,成立诈骗罪;如行为人欺骗对方说自己回家拿钱而一去不复返的,或者偷偷溜走逃避付账的,就付款请求权的放弃而言并不存在被害人同意,因此并没有诈骗罪所要求的交付行为,此时到底是诈骗罪还是盗窃罪,恰恰是争论的问题所在。

而较早采取否定说立场的刘明祥教授,虽然正确地认识到“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”,但正像黎宏教授批评的那样,对于“盗窃罪的什么性质决定了财产性利益不能成为盗窃罪的侵害对象”这一问题,刘明祥教授语焉不详。^[45]

由上文的论述可知,为何诈骗罪行为对象可以是财产性利益而盗窃罪的行为对象仅包括财物,是由于二者的不法类型的性质所决定的。诈骗罪属于财产犯罪(Vermoegensdelikt)、获利型犯罪,侵害的是被害人的整体财产。而盗窃罪属于财物犯罪(Eigentumsdelikt)、取得型犯罪,侵害的是被害人的个别财物的所有权。在诈骗罪中,行为人通过虚构事实、隐瞒真相令被害人陷入错误并基于错误处分财产,而这种错误导致了被害人整体财产的减损,而非个别财物所有权的丧失——实际上,被害人往往是基于获得对价的期望而自愿放弃财物或者财产性利益,即所谓的处分行为。由于其保护法益是整体财产,处分的财产既可以包括财物,也可以包括财产性利益。而盗窃罪作为财物犯罪、取得型犯罪,其不法类型是取得占有他人财物,因此要发生物理上的占有转移过程,行为对象始终不能脱离财物的物理存在。即使德国判例与学说通过物的价值说与综合说扩展了非法占有的对象,也是始终围绕着财物本身而展开的,如果完全脱离物的存在形式论证物的价值,将其作为非法占有的对象扩展盗窃罪的适用范围,就侵入了诈骗罪的不法类型,使得二者发生混淆,导致法条适用的重叠。因此,应当仅以狭义的物的价值说对行为人非法占有的对象进行限定,超出这个范围的经济性利益,不应认为盗窃罪的对象,在符合诈骗罪的其他构成要件的情况下,可以把它评价为诈骗罪的对象。构成要件的核心意义即在于划定不同的不法类型,以实现其呼吁功能。因此维护构成要件不法类型轮廓的清晰,是解释论的一大任务与义务,否则就会造成不必要的构成要件之间的叠复融合。从某种意义上来说,吸纳物的价值思想对非法占有的对象进行扩充,就已经大大扩展了盗窃罪的构成要件,从严格的意义上来说本就是一种扩张解释。在物与人之间的动态关系在物权法律制度中比重逐渐加大,用益价值与流通价值的实现甚至优于占有本身的商品经济时代,这种扩张解释是司法判例与学理应对转变的社会经济条件对传统的盗窃罪构成要件所作出的一种调整,

[45] 参见黎宏,见前注[43]。

从刑事政策上来说具有合理性。但是必须对这种扩张解释设定边界,将任意一种物的使用可能性都解释为物的价值的广义说,势必使得盗窃罪的构成要件进一步扩张,从而消融盗窃罪与其他类型的财产犯罪之间的界限。在最极端的意义上,如果可以不考虑构成要件的不法类型进行无限制的进行扩张解释,就没有必要制定不同的构成要件。如上文所述,如果在行为人窃取财物时计划将其作为实施某种(通常是针对财产的)犯罪的工具来利用后返还的场合,将财物的这种作为其他犯罪行为的使用可能性解释为财物的价值,认为存在针对财物的非法占有目的,认定盗窃罪,就会或者将后行为视为不可罚的行为,或者认定成立后行为所构成的犯罪与盗窃罪,造成不必要的法条适用的困难。或者在盗窃或拾得信用卡并使用的场合,将信用卡所对应账户的存款解释为非法占有对象,导致非法占有对象无限制的扩大,将该行为作为盗窃罪处理,而放弃对后续使用行为刑法上的评价,使得盗窃罪的法条无限膨胀,而其它的财产犯罪法条不断萎缩,甚至形同虚设。

但是否定财产性利益可以成为盗窃罪的对象,并不意味着盗窃罪的行为对象仅仅是财物的物质存在本身。如果在非法占有的对象上采取吸纳了物的价值思想的综合说,就会将针对财物的价值的非法占有行为也作为盗窃罪处罚。但是,这种价值却不是任意定义的,而是根据盗窃罪作为取得型财产犯罪的性质围绕着物本身进行界定。因此,根据狭义的物的价值理论可以被视为物所蕴含的特殊内在价值的财产性利益,例如物品的使用可能性这种物权性质的价值,^[46]以及某些债权性质的价值,例如不记名的有价证券的价值、购物卡、电话卡的面值、邮票的价值、车票、飞机票的价值都可以被可以作为这些财物所蕴含的价值,成为非法占有的对象;而另外一些财产性利益,主要是指特定当事人之间的债权,则不能成为盗窃罪非法占有的对象。一般来说,与物结合紧密的有因之债成为非法占有对象的可能性较大,而无因之债则不太可能成为非法占有的对象。

例如,对于债务人以免除债务的意图从债权人处窃取自己出具的借条的行为应如何定性,学界众说纷纭。由于我国普通盗窃罪有数额要求,针对借条这一物品的非法占有无法成立盗窃罪,因此争点在于针对借条上所证明的债的非法占有是否可以解释为盗窃罪。一部分持肯定意见的学者认为可将借条视为财产性利益,而盗窃罪的非法占有对象可以为财产性利益,上述行为成立盗窃罪。^[47]根据吸纳了狭义的物的价值说的综合说,只有物所蕴含的特殊的内在价值才能被视为非法占有的对象,而借条所体现的债权关系并非是通过借条能够确定地实现的内含于借条之中的价值(关键功能说),而借条丧失也不必然带来的债权的丧失,因此无论根据关键功能说还是损失价值说,债权都不能视为是借条的价值。财物的特殊价值作为财物的使用可能性,大多数情形下是就物的用益权而言,因而是一种物权;少数情形下也可以是债权,例如上文所列举的有价证券、购物卡、飞机票等。但是借条所证明的是一种有因之债,只针对特定的当事人,不具有流通价值

[46] 例如黎宏教授将擅自使用他人房屋或者汽车等的非法占有其使用价值的行为界定为针对财产性利益的盗窃罪,这种行为实际上仍然是非法占有财物价值的针对财物的盗窃罪。同上注。

[47] 武良军:“论借据能否作为财产犯罪的对象”,《政治与法律》2011年第2期。

与交换价值,其功用主要在于作为主张债权,这种功用不能被视为物的价值。因而,上述行为不能被视为非法占有借条的价值的行为,不能视为盗窃罪。

持反对意见的学者认为应成立侵占罪。^[48]例如黎宏教授认为,行为人起先以借贷这种合法手段获得他人财物,后又产生了非法占有自己已经合法占有的他人财物的目的,并且以“偷回欠据或者借条,毁灭证据”的行为来实现该目的,属于典型的意图不返还已经合法占有的他人财物的行为,符合刑法第270条规定的“将代为保管的他人财物非法占为己有,拒不退还”的侵占罪的行为特征,因此主张对这种情形按照侵占罪处理。^[49]对此笔者不能苟同。由于侵占罪也是针对具体财物的取得型犯罪,构成要件中也包括非法占有的主观要件,非法占有的对象也必须按照上述理论围绕具体的财物予以认定,侵占罪说也面临上述盗窃罪说的解释上的困境。因此侵占罪的非法占有也无法涵摄这种行为。基于上述关于取得型财产犯罪非法占有对象的理论,笔者赞同无罪说。^[50]在我国现行刑法框架下,对于这种行为只能作无罪处理。由于在一般情形下,借条并非是证明债权债务关系的唯一证据,证人证言、视听资料等也可以证明债权债务关系的存在,所以并不会产生严重的可罚性漏洞。^[51]鉴于借条具有证明作用,因而是一种文件,而我国仅存在针对公文类型的文书盗窃、伪造、抢夺、毁灭罪,未来可以考虑增设针对证明私人之间某种关系的文书的犯罪,以规制该行为。例如,在德国刑法上,类似行为可能构成消灭、毁损、截留文书罪(Urkundeunterdrueckung)。^[52]

[48] 参见曾芬芬、曾芳芳:“论盗窃借条、欠条行为的刑法性质—兼论其他涉债权凭证行为的性质”,《江西公安专科学校学报》2010年第6期,第45页。参见黎宏,见前注[43]。

[49] 参见黎宏,见前注[43]。

[50] 无罪说的观点参见:南明法、郭宏伟:“以借据为侵害对象的犯罪行为定性研究”,《中国刑事法杂志》2003年第4期。

[51] 浙江省高级人民法院、人民检察院、公安厅2002年1月2日联合发布的《关于抢劫、盗窃、诈骗、抢夺借据、欠条等借款凭证是否构成犯罪的意见》中规定:“债务人以消灭债务为目的,抢劫、盗窃、诈骗、抢夺合法、有效的借据、欠条等借款凭证,并且该借款凭证是确认债权债务关系存在的唯一证明的,可以抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪论处。”但该意见适用的可能性非常有限,正是在这个意义上,黎宏教授指出即使借条被盗,也不过增加债权实现的难度,并不会使得债权归于消灭。参见黎宏,见前注[43]。

[52] 该罪规定于德国刑法第274条第1款第1项:“……将不属于自己所有或者不完全属于自己所有的文书或技术性记录,消灭、毁损或者截留,意图给他人带来不利的……”,对该行为“处5年以下自由刑或者罚金”。例如,在一则德国联邦最高法院的判例中,被告人被基层法院判处有期徒刑8天日罚金30马克的罚金刑(共240马克罚金),某夜被告人试图进入基层法院盗窃法院的刑事裁判档案(Strafbefehlsakten)被发觉,联邦最高法院认为,如果被告人打算将档案销毁、抛弃或者损毁,则不具有取得占有的目的,成立消灭、毁损、截留文书罪,如果行为人打算保留档案,则成立盗窃罪与消灭、毁损、截留文书罪。虽然刑事裁判档案不具有经济价值(暗含的前提是联邦最高法院否定把罚金数额作为档案所包含的价值肯定非法占有的思路),但是德国刑法盗窃罪没有数额要求,并不要求盗窃的物品必须具有一定数额的经济价值,因此成立针对刑事裁判档案的盗窃罪并无问题。而由于我国刑法上的普通盗窃罪是数额犯,在上例中无法认定针对借条的盗窃罪。参见BGH10. 5. 1977 - 1 StR 167/77, NJW 1977, 1460。

五、结论：关于使用盗窃问题

综上所述,在盗窃罪中非法占有目的的认定,在逻辑上首先须明确的问题是非法占有目的的对象,即行为人所欲占有的是什么?日本刑法将非法占有目的分解为排除意思与利用意思,并围绕这两个方面进行认定,此种做法类似于德国将刑法中非法占有理解为剥夺占有与取得占有的思路。但是仅仅停留在这个层面,仍无法解决“排除与利用的到底是什么”或者“剥夺与取得的是什么”这一问题。对于经典的盗窃行为,即以永久或者长久的占有的意思拿走他人之物的行为,这一缺陷尚不明显,因为排除与利用的、剥夺与取得的皆是物本身。但是在行为人无永久或长久的占有意思取得财物时,如本文所讨论的种种情形,排除意思与利用意思说未免显得有些含糊其词。

德国刑法上物的价值说与物的存在形式说的争端实际上正是指向如下问题:盗窃罪所保护的究竟是事实上的占有本身?还是与事实上的占有相连的经济权利?以向被害人出售或者向其勒索赎金的意图拿走被害人财物的案例,实际上考察的即是这个问题。通过合法转让返还即通过合法交易的形式转让,还是通过违法甚至犯罪形式返还,是认定是否具有非法占有目的的关键。因为前者行为人不承认被害人所有权,而后者承认所有权。如果认为盗窃罪保护事实上的占有本身,在上述两种情形下,都可以得出不具有非法占有目的的结论,因为最终财物被返还给被害人,被害人重新获得了对物的控制与支配。而如果认为保护的是与占有有关的权益,针对两种情形就会得出不同的结论:因为行为人虽然事实上未丧失对物的支配,但在勒索的情形下,勒索不是与占有相连的对物的用益权的行使,即被害人即使在占有物品的情况下,也不可能用该物品去勒索(向自己勒索根本就不可能,向他人勒索的现实性也微乎其微——因他人缺乏与物的情感联系)而只可能向他人合法的让渡用益权(以出租的形式)或者所有权(以出卖的形式)。行为人侵害的这种权益并不是财物内在的价值或交换价值,而是纯粹作为一种犯罪的手段工具价值。如果将这种工具价值作为财物的价值肯定非法占有目的,就会混淆盗窃罪与其他财产犯罪的界限。

在商品经济时代,物的价值越来越多地体现在其使用价值与流通价值上,因而物对人的意义越来越体现在动态的使用可能性(包括自己使用或者让他人使用)之上。纯粹对物的事实上的占有,固然是重要的,因为它是其它物权行使的基础,但不再是盗窃罪非法占有中的唯一可能性。德国作为工业革命发端的国家之一,商品经济制度发展历史悠久,从盗窃罪的非法占有的理解经历了物的存在形式理论到物的价值理论与混合理论的发展过程之中,可以看到盗窃罪从从保护占有这种静态关系到保护与占有相联系的权益的动态关系的演变。

事实上的占有(占有权)是一种静态的人对物的关系,强调的是“它在我这儿”或者“它最终还是回到了我这儿”这样一种状态。只要物在权利人支配领域之内或者最终回到权利人支配领域之内,这种人对物的关系就得到了维护。而与占有相联系的对物的使用可能性(用益权)是一种以物为媒介所发生的人与人之间的关系,是一种动态的关系。它所关注的是物在权利人控制下的使用可能性,即民法意义上的用益权。它所强调的是“我可以用它来作什么?”。虽

然拿走他人财物使用并打算返还,但是这种物的物理转移即使没有最终剥夺,也妨碍了财物所有人或其他权利人对物的使用——即使他本人不使用,也可以让他人使用,并因此获得利益——从而使得物的价值遭受了贬损。这个时候就可以盗窃的行为对象藉由“非法占有”的术语的东西解释为“物的价值”,而非物本身。

而我国脱离计划经济确立商品经济制度不过几十年,国民对于盗窃罪非法占有对象(转移占有有所针对的与非法占有目的所针对的事实上是同一种东西,因此也可以理解为行为对象)的认识仍然局限在财物本身,即纯粹的物的存在形式说的观点。但是随着商品经济的繁荣与市场经济的推进,财物的用益权将越来越受到重视。近年来司法实务上也出现了将行为人不具有永久占有财物的意图,拿走他人财物使用后返还的行为也判定为盗窃罪的判例。^[53] 学界也不断听闻增设使用盗窃罪的声音。^[54] 如果像德国刑法那样放弃纯粹的物的存在形式理论,采用吸纳了物的价值理论的综合说来界定盗窃罪非法占有目的的对象,在盗窃罪的认定上就不需要要求行为人对财物具有永久或长久占有的意思,具有对物的特殊内在价值占有的意思即为已足。这就扩张了盗窃罪的构成要件,但是这种扩张并不是通过放弃非法占有目的这一主观要件来实现的,而是通过扩张解释非法占有目的的对象来完成。作为盗窃罪构成要件扩张的结果,那些不以永久或长久占有财物而是以利用物的特定价值的意图拿走他人之物的行为也被囊括进来。^[55] 因此,拿走他人财物使用后返还的行为可以通过扩张解释非法占有目的对象的途径被纳入盗窃罪之中,在这个意义上,就没有必要另外增设使用盗窃罪。

综上,社会经济条件的变革在刑事政策上要求扩大盗窃罪非法占有对象的范围,盗窃罪经历了从传统的占有物的形式到占有物的价值的扩张。在这种语境转换下,需要明确的问题是,非法占有目的所针对的对象到底是什么? 如果像日本刑法那样对非法占有目的的探讨仅停留在排除意思与利用意思的层面,而不追问非法占有所针对的对象即进行非法占有目的对象的认定,在逻辑上难言周全清晰。另外,引入德国刑法中非法占有目的对象的理论,不仅便于解决非法占有目的认定的问题,也为界定盗窃犯罪与其他一些新型的边缘财产犯罪问题提供了基准。

如何在非法占有对象经历了传统的占有物的形式到占有物的价值的扩张后维持盗窃罪的持有不法类型? 盗窃罪作为一种取得型犯罪的不法类型,这种扩张并非没有边界。在综合说中采用狭义的物的价值说,利用物的“特殊价值”这一教义学构造可以为盗窃罪设定合理的边界。特殊价值的认定路径如下:其一,不能脱离物的形式认定物的价值,将特殊价值限定在那些与物的形式结合紧密的价值之上,例如根据物的特殊功能、财物与价值的不可分割性来界定物的价值,如此可以将信用卡与其所对应账户的存款剥离、借条与其所对应的债权债务关系剥

[53] 例如参见王礼让:“使用盗窃可以构成盗窃罪”,《人民司法》1995年第6期;参见王林,见前注[1]。

[54] 参见李晓欧:“使用盗窃的若干问题探析”,《法制与社会》2008年第32期;参见刘明祥,见前注[3];也有学者认为不必对使用盗窃单独设罪,但是有必要对使用盗窃设立专门的处罚规定,参见张红昌:“论可罚的使用盗窃”,《中国刑事法杂志》2009年第5期。

[55] 近来国内一些学者倡导增设使用盗窃罪,其实主要是针对这些行为。

离,从而将拿走信用卡并在自动取款机上使用的行为与以赖账为目的拿走自己出具的借条的行为排除在盗窃罪之外;其二,在以勒索赎金或者获取悬赏金拿走他人财物的情形等以为实施其他犯罪行为为目的而拿走他人财物的情形下,引入盗窃罪规范保护目的思考,将超出所有权保护范围的使用可能性排除在盗窃罪非法占有目的对象之外,以避免盗窃罪的过度扩张对其他财产犯罪构成要件的侵蚀。

Abstract: The case Law in German and Japan deng that the illegal possession of theft must be the long duration possession. When taking an object away without the purpose of long duration possession, what on earth does the perpetrator intend to possess illegally? Especially in the case of obtaining the possession of the property with the intent to return, for example, it is extremely difficult to give a clear answer to the following question: has the perpetrator the intent of illegal possession, wenn he takes away the property of the victim and then sells the property to the victim concealing the source of the property or asking the victim for a ransom, About the object of illegal possession, the common theory in German criminal law is the so called “synthetical theory”(in German: Vereinigungstheorie) which is based on the existence of the object and also consider the theory of the value of the property (narrowly defined). This paper advocates the use of this theory to define the object of the illegal possession of theft in solving the above-mentioned case. In order to guarantee that the outline of the elements of theft is clear, the author advocates to define the “special value” in the meaning of the narrow value theory according to the protection aim of the norm (in German: Zweck des Normschutz) of theft. Related to this, this paper has also introduced a new perspective in discussing the controversial problems such as stealing and using the credit card, for “theft” of the interests of property and so on.

Key Words: The intent of illegal possession; the element of acquirement; the element of exclusion of possession; the substance of an object; the value of an object

(责任编辑:江 溯)