

法秩序统一视角下的刑民占有关系界定

李会彬*

摘要 关于如何界定刑法中的占有,学界存在着规范性占有说与事实性占有说的争论,两种观点均存在疑问。依据法秩序统一原理,不同法域对相同社会关系的保护应体现出一致性和协调性,在概念界定上可保持适度差异性。这三项内容可以具体化为界定刑民占有关系的指导原则。据此,民法中的准占有、辅助占有可以引入刑法并用于犯罪的认定,而间接占有和继承占有则不能为刑法所引入。对于由占有衍生的“封藏物的占有”问题,可依据间接占有和辅助占有的原理解决其占有转移和归属问题。对于由占有衍生的“违禁品占有”的问题,是基于刑法的特殊规范目的而设立的,并不违背刑民占有保护的一致性原则和协调性原则,应当为刑法所坚持。基于此,刑法与民法中的占有表现为部分相同又部分不同的交叉关系。

关键词 刑法占有 民法占有 法秩序统一 关系界定

刑法与民法中均存在着“占有”的概念,而且,其在各自部门法中均发挥着非常重要的作用。那么,刑法与民法中的占有概念应否保持一致呢?对此学界存在诸多争议。而这一问题直接影响到刑法中某些财产犯罪的认定。例如,民法已经出现了对于债权的“准占有”概念,对于占有对象不再严格限定于“物”,也可包括特定的债权(如证券、股票等)。但刑法学界的主流观点对于“准占有”的概念持怀疑态度,而对于占有的对象是否应仅限于“物”,还是或者也可以包括部分财产性利益,也存在诸多争议。同样,民法上的辅助占有、间接占有、继承占有等概念,能否为刑法上的占有所吸纳并用于解决某些犯罪的认定难题,也同样存在诸多疑问。这些问题看似复杂,实际上均可归结于一个问题,即如何正确界定刑法与民法上的占有关系?但遗憾的是,虽然学界对于有关“占有”的犯罪的具体研究较为丰富,但对如何界定刑法与民法上的占有关系的研究则较为少见,而这正是导致刑法上有关“占有”的犯罪的认定争议颇多、理论繁

* 北京市社会科学院综合治理研究所副研究员。本文系北京市社会科学基金一般项目“法秩序统一视角下的刑民占有关系界定”(项目编号:22FBX013)的阶段性研究成果。

杂,但又无法从根源上解决问题的根本原因所在。本文正是针对这一问题,以法秩序统一原理为基本视角,就如何界定刑法与民法中的占有关系展开讨论,以期对刑法中有关“占有”的犯罪的认定有所裨益。

一、观点述评:规范性占有说与事实性占有说

目前,我国学界直接探讨刑法与民法中占有关系的研究成果还较为少见,如在民法领域,几乎没有学者直接探讨刑法与民法中的占有的关系。而在刑法领域,虽有少数学者将刑法占有与民法占有进行了比较研究,但刑法是否可以采纳民法上的占有类型,或者可以接受哪些占有类型,也几乎没有给出明确的答案。但刑法学界对于探讨与“占有”相关的犯罪的具体研究却较为丰富,基本形成了“规范性占有说”与“事实性占有说”两种观点的争论。

(一)规范性占有说

规范性占有说认为,刑法中的占有并非描述性的概念,而是规范性的概念。它所揭示的并非单纯的占有事实本身,而是隐藏于占有事实背后的社会关系,以及与此相关的规范保护目的——刑法对于事实上的平和状态的保护。它强调的是一种基于社会观念而产生的空间支配关系(分配领域)。^{〔1〕}因此,事实性因素并不是判断占有是否存在的必备前提,即使没有事实支配关系,也依然可根据社会观念而产生的支配关系认定占有。判断占有是否存在时,事实因素与规范因素不需同时具备,应根据何者更加清晰可辨、更加有说服力来判断占有。^{〔2〕}由此可以看出,规范性占有说对于不具有事实支配关系的完全观念化的占有持开放态度。同时,基于对于刑法与民法中占有关系的不同立场,其内部又形成了两种不同的分析思路。一种分析思路是基于刑法占有的独立性立场,以规范性的占有说为基础,发展出了一套专门适用于刑法领域的占有理论(以下简称“规范性占有独立说”)。如有学者基于社会生活而建构起来的分配关系来建立规范性的占有概念,对债权的准占有给予了否定,对虚拟财产的占有给予了肯定,对继承占有给予了原则性的否定,但承认继承人在特定的支配领域内可以占有财物,对于占有辅助问题则基于刑法的特殊要求给予不同于民法的解释。^{〔3〕}因此,该观点虽然以规范性占有说为基础,但基于占有独立说的立场,没有直接引入民法上的某些观念化的占有类型作为认定犯罪的依据,而是试图在民法之外重构一套专门用于刑法的占有体系。另一种思路则基于法秩序统一原理或者刑民一体化的立场,直接引入民法中的某些观念化的占有类型用于犯罪的认定(以下简称“规范性的占有引入说”)。如在界定杀死他人后临时起意拿走死者财物,或者是无关的第三人拿走死者财物的行为性质时,有学者直接引入继承占有的概念用于解决死者的占有问题,即死者财物由其继承人占有,因此,在上述情形下拿走死者财物的行为仍然属转

〔1〕 参见马寅翔:“占有概念的规范本质及其展开”,《中外法学》2015年第3期,第739页。

〔2〕 参见孙运梁:“选言式而非连言式:财产犯中占有概念的界定路径”,《政治与法律》2016年第1期,第39页。

〔3〕 参见马寅翔,见前注〔1〕,第757—762页。

移占有的行为,其行为应构成盗窃罪。〔4〕在界定侵犯存款类的财产犯罪时,有学者直接承认对于债权的准占有,即存款债权由存款名义人准占有。当储户将他人错误汇入的存款取出并非法据为己有时,由于储户获得了对银行债权的准占有,不存在转移占有的行为,其将行为只能构成侵占罪,不能构成盗窃罪。〔5〕在界定辅助占有人将委托人的财物非法据为己有的行为性质时,有学者引入民法上的辅助占有概念来作为认定犯罪的依据,即认同辅助占有人保管的财物为委托人占有,拿走辅助占有物的行为均属于转移占有的行为,因此均应认定构成盗窃罪。〔6〕但是,该说多聚焦于具体问题的解决,并没有上升到刑民占有关系的整体层面进行系统性的研究。

(二)事实性占有说

事实性占有说认为,确立刑法中的占有虽然需要考虑规范性的占有因素,但必须以存在事实性的占有为前提,当事实性的支配关系表现得很强时,规范性的占有关系可以为零,但当事实性的支配表现为零时,不能以仅存在规范性的占有关系来认定构成刑法上的占有。以“法律支配”或者“占有权利/利益”为表现形式的纯粹观念化的占有概念,在法学方法论和罪刑法定原则上均存在疑问。〔7〕有学者指出,规范性的占有概念在借助规范性要素扩张占有范围的同时,掏空了占有的实体,造成了占有过度观念化问题,大大削弱了它的解释力和生命力,不利于刑法中有关占有的犯罪认定。〔8〕因此,民法上的占有可以是规范上的、观念上的占有,而刑法上的占有必须是事实上的占有。间接占有、继承占有、准占有由于属于观念化的占有,不能为刑法上的占有所采纳。〔9〕因此,该类观点在解释与占有相关的犯罪时,对完全观念化的占有持排斥的态度。如在界定杀死他人后临时起意拿走死者财物,或者是无关联的第三人拿走死者财物的行为性质时,该说不承认继承占有可以作为认定犯罪的依据,而主要从“事实性支配”角度论证死者能否占有财物。但值得注意的是,持该立场的学者却基于几乎相同的论证逻辑得出了两种不同的观点:一种观点认为,死者不具有在事实上支配财物的能力,死者的财物只能视为无人占有的脱离占有物,在上述情形下拿走死者财物的行为不存在转移占有的行为,因此只能构成侵占罪,不能构成盗窃罪。〔10〕另一种观点却认为,被害人生前对财物的占有,在相对于致被害人死亡的行为人的关系上,在时间、场所上与被害人死亡相接近的范围内,还值得刑法保护。即在行为致被害人死亡的情况下,要对行为进行整体考察,其行为应当认定构成盗窃罪。〔11〕在界定侵犯存款类的财产犯罪时,该说不承认准占有可以作为认定犯罪的依据,依然主要从事事实性支配的角度论证存款名义人是否对于存款现金具有事实性的支配关系。

〔4〕 参见黑静洁:《刑法上的占有论》,北京大学出版社2023年版,第153—156页。

〔5〕 参见黑静洁:“存款的占有新论”,《中国刑事法杂志》2012年第1期,第53页。

〔6〕 参见孙运梁,见前注〔2〕,第37页。

〔7〕 参见车浩:“占有概念的二重性:事实与规范”,《中外法学》2014年第5期,第1180页。

〔8〕 参见梁云宝:“财产罪占有之立场:缓和的事实性占有概念”,《中国法学》2016年第3期,第176页。

〔9〕 参见黎宏:“论财产犯中的占有”,《中国法学》2009年第1期,第112页。

〔10〕 参见车浩,见前注〔7〕,第1199页;梁云宝,见前注〔8〕。

〔11〕 大塚仁『刑法概説(第3版増補版)』(有斐閣,2005年)187頁参照。

但不同学者基于对事实性支配关系的不同理解,却得出了完全相反的结论。如有学者指出,由于储户可以随时从银行中取出现金,尤其是在自动取款机取款的场合,银行几乎没有什么实质性审查。因此,储户对于账户内的现金是具有实质上控制和支配权的。^[12]但也有学者同样从事实性支配角度分析得出完全相反的结论:账户是一个虚拟空间而非物理空间,储户必须克服重要的法律障碍(输入密码)才能取得存款,因此,储户对于账户内的现金没有事实上的支配力,现金属于银行占有。^[13]在界定辅助占有人将委托人的财物非法据为己有的行为性质时,有些学者直接承认其可以作为认定财产犯罪的依据,^[14]但也有学者主张,基于刑法和民法规范目的的差异,不应一概承认所有状态下的辅助占有,还需要根据一定的标准单独判断其是否具有刑法意义上的事实性支配关系,才能最终确认相关行为人是否为辅助占有人。^[15]

(三)对上述两种观点的评论

综上所述可以看出,两种观点虽然分歧明显,但均认为对于刑法中占有的判断,必须考虑规范性的支配因素。不同的是,规范性占有说对无任何事实支配关系的完全观念化的占有持开放态度,并有部分学者将民法中某些完全观念化的占有类型直接用于犯罪的认定。而事实性占有说则对无任何事实支配关系的完全观念化的占有持排斥态度,并否定民法中的观念化的占有类型可以用作犯罪的依据。笔者认为,上述两种观点虽然各有其道理,但均存在着疑问:

首先,就规范性占有说而言,其两种不同的分析思路均存在着不足。“规范性占有独立说”虽然可以更好地做出符合刑法特殊规范目的要求的解释,但其对刑法与民法中的占有的关系没有给予足够的关注。因为,占有最初产生于民法,是指人对物的一种事实上的管领状态,完全观念化的占有类型也最早发源于民法,并成为民法中占有秩序的重要组成部分。而刑法设立的有关占有的犯罪也具有保护民法中占有秩序的功能。但该说对民法中已经构建的观念化的占有体系并没有予以重视,意图重建一套专门适用于刑法的规范性占有体系,这能否充分发挥刑法的保障法作用,实现对民法占有秩序的保护,是存在疑问的。而且,在民法之外重新构建新的财产权利体系,不仅浪费理论和思想资源,也容易导致讨论上的混乱而必须不断地重新对相关的权利进行重新定义。^[16]因此,退一步而言,即使刑法不能采用民法中这些规范化的占有体系,也应予以充分说明。而“规范性占有引入说”出于法秩序统一原理或者刑民一体化的考虑,引入了民法上的一些完全观念化的占有类型用于解释刑法中的犯罪,这较第一种分析思路的视角更为广阔。但是,该观点仅进行了个案的具体研究,如准占有、继承占有、辅助占有

[12] 参见黎宏:“论存款的占有”,《人民检察》2008年第15期,第22页。

[13] 参见车浩,见前注[7],第1201页。

[14] 参见车浩,见前注[7],第1205页;郑洋:“论辅助占有情形中侵占罪的成立及其认定规则——以‘代为保管’的教义学阐述为中心”,载魏昌东、顾肖荣主编:《经济刑法》(第19辑),上海社会科学院出版社2019年版,第160—161页。

[15] 参见黎宏,见前注[9],第116页。

[16] 参见徐凌波:《存款占有的解构与重建》,中国法制出版社2018年版,第304页。

的引入均是由不同学者基于具体的案件探讨提出来的,没有充分阐明其背后的法理依据或者正当性基础是什么,也没有进一步明确刑法与民法中的占有是一种什么关系?哪些民法上的占有类型可以引入刑法并用于犯罪的认定?因此,即使其思路可能是正确的,也需要进行系统化的深入研究。

其次,就事实性占有说而言,其显然也是更多地站在了刑法学角度来思考问题,过多的强调了刑法与民法占有的不同,忽略了从刑法保障法、民法调整法的体系定位角度来思考两者关系,这同样使其对两者关系认识不足,从而严重限制了其解释力。也正是因为如此,持事实性占有说的学者一方面意图排斥完全观念化的占有,维持事实性支配关系在界定占有时的基础作用,另一方面又意图对某些新的犯罪现象作出合理解释,于是,在不同的学者之间,甚至是在同一学者的内部形成了很多自相矛盾的论述。例如,在解释错误汇款后存款名义人将款项据为己有的行为的定性问题时,持事实性占有说的学者虽然均是从事实支配角度对存款及现金的占有问题进行论证,但却能得出完全相反的结论(或承认或否认)。^[17]究其原因就在于,否认存款名义人对于存款及现金的占有,无法对某些犯罪现象作出合理解释。而承认存款名义人对于存款及现金的占有,似乎又挑战了以事实支配关系界定占有的基本立场。这种纠结的思路在持缓和性事实占有说的观点上体现的更为明显:该说一方面排斥完全观念化的占有,认为规范性的占有概念掏空了占有的实质,坚持事实性支配关系在界定占有时的关键作用,但另一方面又引入完全观念化的准占有概念来解释涉及到债权的财产性犯罪问题,这明显背离了其坚持的以事实性支配关系为基础来界定占有的基本立场。^[18]

综上所述可以看出,规范性占有说与事实性占有说虽然在某种程度上深化了刑法与民法中的占有关系理论,但并未从根本上解决问题。其重要原因之一就在于它们可能过分专注于问题的思考,而忽略了体系的思考。如“事实性占有说”、“规范性占有说”中的“规范性占有独立说”,都是过多地专注于从刑法学角度思考问题,强调刑法占有的独立性以及与民法占有的不同,从而可能忽略了从整体法秩序角度思考刑法与民法中的占有关系,使其得出的结论难免存在不足之处,如“事实性占有说”在面对复杂多变的社会现象时,存在着解释力不足的问题,而“规范性占有独立说”由于意图在民法之外重构新的占有体系,则面临着对民法中的占有秩序保护不足的疑问。“规范性占有说”中的“规范性占有从属性说”,虽然从刑民一体化的角度考虑引入民法中的占有类型用于解决刑法中有关占有的犯罪认定问题,但也只是专注于具体案例的解决,没有进行深入的系统化研究,难以为刑民占有关系的界定提供具有指导意义的理论体系。基于此,本文意在前人研究的基础上,以法秩序统一原理为基本视角,对刑法与民法中的占有关系作进一步的精细化界定。

[17] 参见黎宏,见前注[9],第112页;参见车浩,见前注[7],第1199页。

[18] 参见梁云宝,见前注[8],第181页。

二、基本前提：法秩序统一原理的指导作用

法秩序统一原理要求我们从整体上认识法律,即将法秩序思考成一个整体、一个价值判断尽可能一致的体系和意义构造。^[19] 在行为合法性与违法性的判断上以及基本概念的辨析上,应当进行两法之间的沟通与协调,突破部门法内部规范的局限性,追求整体法秩序上的统一。^[20] 该原理的核心内容是排除规范矛盾,防止某类行为既被允许又被禁止,避免公民在面对行为规范时无所适从。^[21] 显然,刑法与民法中占有关系的界定,涉及到了刑法与民法两个不同法域,因此,需要以法秩序统一原理为指导来界定两者关系。

(一)法秩序统一原理的基本要求

如果以法秩序统一原理为指导来构建一个国家的法律体系,它应当具有如下特点:一是排除规范矛盾,即不同法域对同一社会关系的保护应体现一致性,不存在实质冲突的情况;二是协调有序,即不同法域对同一社会关系的保护法网严密、轻重有序,避免出现保护漏洞或过度处罚的情况;三是各司其职,即各法域根据各自的特殊规范目的要求充分发挥作用,保障其所调整的社会关系能够得到该部门法充分、有效的保护。以这一原理为指导,可以为合理界定刑民占有关系提供方向性的指引。

1. 不同法域对于相关概念的界定应体现保护的一致性

法秩序统一原理的根本核心内容是排除规范矛盾,保持法整体秩序的统一性。这种统一性,既包括纵向法域关系的统一性,即以宪法为顶点、各部门法为基本法所组成的具有上下位阶关系的法律体系,这一法域关系中,遵从下位法服从于上位法的规则,下位法不能与上位法存在矛盾与冲突,从而实现纵向法域关系整体的统一性。^[22] 也包括横向法域关系的统一性,即由民法、刑法、行政法等基本法所组成的不具有上下层级法律关系的法律体系。横向法域关系不存在下位法绝对遵从于上位法的规则,也不要求对涉及到的同一事物、概念做相同的评价和解释,但却要求务必将法规范的集合作为不包含自相矛盾的统一体来把握。^[23] 简言之,在横向法域关系中,同样需要避免出现某一社会关系为某一法域所保护,却被另一法域所禁止的情况。具体到不同法域对相关概念的界定,同样需要遵循这一规则。因为,一个国家的整个法律体系是一个有机联系的统一体,某一法域对代表同一社会关系的概念的界定,是不可能脱离其他法域而独立存在的,它或者受其他法域的影响来界定这一概念,或者会影响到其他法域的某一概念的界定,而这种关系的适当与否也直接决定了各法域对相同的社会关系的保护能否保持统一性。例如,民法仅保护法律婚(登记婚),不保护事实婚(1994年之前的事实婚除外),

[19] 参见(奥)恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第55页。

[20] 参见王华伟:“刑民一体化视野中的存款占有”,《法律适用》2014年第1期,第58页。

[21] Vgl Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 46-58.

[22] 参见(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第212页。

[23] 参见(日)京藤哲久:“法秩序的统一性与违法判断的相对性”,王释锋译,《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第150页。

相应的重婚罪的保护对象也只能是法律婚,而非事实婚。倘若刑法对作为重婚罪保护对象的“婚姻”做出与民法不同的解释,认为它也包括事实婚,那么当一个人有过事实婚(如1994年之后依据风俗习惯办理了结婚仪式,但未登记,后来结束了同居关系)又与他人登记结婚的,就会构成重婚罪。但后婚才是民法所保护的合法婚姻,如果被刑法认定为犯罪,显然就造成了不同法域对同一社会关系保护的实质性冲突的后果,这违背法秩序统一原理的基本要求。因此,不同法域在界定相关概念时,首先必须从整体法秩序角度考虑能否对同一社会关系形成一致性的保护,不存在实质性冲突的矛盾情况。

2. 不同法域对于相关概念的界定应体现保护的协调性

法秩序统一原理要求我们从整体上认识法律,这就不仅要求不同法域对相同社会关系的保护体现一致性,还要体现协调性,即各类法域根据自己立法目的、调整范围、调整手段的不同,相互协作、相互补充、相互衔接,以轻重有序的方式实现对社会关系充分且恰当的保护,当依靠某一法域不能达到调整社会关系的目的时,其它更严厉的法域可适时介入并进一步调整社会关系,从而避免从整体法秩序上出现处罚漏洞或者过度处罚的后果。因为,法律的精细化不是要进行“圈地运动”,而是要突出各个法律部门在功能上能相互配合,在制度上能相互吸收,从而发挥各部门法在调整社会秩序方面的作用。^[24] 例如,刑法中对于涉婚姻类犯罪、涉票据类犯罪、涉合同类犯罪、涉贷款类犯罪、涉商标类犯罪、涉虚假广告类犯罪等的理解都会涉及到民法等部门法上的一些基本概念,对这些基本概念如婚姻、票据、合同、贷款、商标、虚假广告等的解释,必须在充分考虑民法等部门法对这些概念定义的基础上做出恰当的解释,解释的过宽或者过窄,都可能造成过度处罚或者形成处罚漏洞的后果,从而造成不同法域对相同社会关系的保护不协调的现象。以虚假广告罪为例,前置法《广告法》第28条对虚假广告进行了明确的规定,并详细列举了属于虚假广告的情形。刑法属于保障法,具有保障前置法实施的功能,只有在依靠《广告法》规定的处罚手段无法达到维护广告秩序的目的的时候,刑法才能适时介入并以更严厉的手段进行调整,这体现了刑法的谦抑性和最后手段性。因此,为了防止刑法的过度介入,认定构成虚假广告罪也应充分参考前置法对于虚假广告的定义,即只有在《广告法》规定的某一广告可以构成虚假广告的前提下,才具有构成虚假广告罪的可能。而且,基于刑法的谦抑性和最后手段性的特点,刑法对于虚假广告的解释应当采取比《广告法》更为严格的态度,即其对于虚假广告的解释可以比《广告法》的规定更窄,但不能更宽,否则就可能将《广告法》不予处罚的行为,纳入刑法的处罚范围,造成刑法的过度介入,违反法秩序统一原理的要求。因此,不同法域对代表同一社会关系的相关概念的界定不可能脱离彼此而独立存在,必须在互相参照的基础上作出恰如其分的解释,以实现整体法秩序上对相同社会关系保护的协调性。

3. 不同法域对于相关概念的界定可保持适度的差异性

法秩序统一原理主要强调规范目的的统一,即排斥某类行为既被某一法律所允许,但同时又被某一法律所禁止的矛盾的出现。因此,只要不同法域对同一概念的界定达到协调性的要

[24] 参见朱铁军:《刑民实体关系论》,华东政法大学2009年博士学位论文,第22页。

求即可,不要求法律术语的统一性,也不妨碍刑法在不同于民法、行政法的意义上界定法概念。^[25]而且,基于不同法域规范目的的不同,在任何情况下都对同一概念作完全相同的解释,不但不利于不同法域规范目的的实现,妨碍各法域对其所调整的社会关系充分发挥作用,还可能破坏整体法秩序的统一性。例如,刑法与民法中均规定了正当防卫,但根据较为通行的观点,两者构成要件并不相同,尤其是在防卫限度的要求上存在较大差异,前者要求没有“明显”超过必要限度并造成重大损害,而后者则去除了“明显”两字,也即在防卫限度上,刑法比民法的适用条件要宽松的多。也正是因为如此,有观点认为,在刑法上认定构成正当防卫的行为,如果明显超过了必要限度,造成了不应有的损害,在民法上仍然可能构成防卫过当,从而承担民事责任。笔者认为,这一提法并无不妥,这是因为,刑法与民法的规范目的各不相同,刑法着眼于秩序维护,主要是对具有严重社会危害性的行为施以惩罚,民法着眼于秩序恢复,主要是对被害人所遭受的损失予以补偿。基于此,当防卫行为虽然没有“明显”超过必要限度,但超过了一般限度并给当事人造成重大损害的情况下,即使其不法程度没有达到需要动用刑罚予以处罚的程度,也很有可能达到民事上的违法程度而构成民事上的防卫过当,从而承担民事责任。而且,如果认为刑法上没有“明显”超过必要限度但造成重大损害的正当防卫的行为,均不需要承担民事责任,不但会造成刑法上正当防卫的认定困难(会激化受损方反抗裁判结果的心理,引起不必要的上诉、抗诉,从而影响到法官的判断),也不能正常发挥民法的调整法作用(受损方的正当民事损失难以受偿)。这反而损害了法秩序统一性原理的基本要求。因此,基于不同法域特殊规范目的的要求,各法域对于相关概念的解释可保持适度的差异性,这并不违背法秩序统一原理的基本要求。

4. 上述三项内容之间的关系

上述三项内容具有如下关系:保护的一致性原则处于核心地位,保护的协调性原则和适度差异化原则在遵守保护的一致性原则的前提下发挥作用,协调性原则同时要受适度差异化原则的制约。具体而言:①不同法域对相关概念的界定体现保护的一致性,旨在排除规范矛盾,其核心内容是防止出现同一法律关系为某一法域所保护,而为另一法域所禁止的情况。如果在横向法域关系中出现不同法域之间的矛盾,不仅仅导致司法人员在适用法律时无所适从,更会导致一般民众在面对矛盾的法律时无法预知自己的行为性质,从而对个人自由形成不当限制。可见,保护的一致性原则涉及到人的基本自由,尤为重要,它是法秩序统一性原理的核心内容和最基本的要求,因此,其他两项原则应在其统摄下发挥作用。②不同法域对相关概念的界定应体现保护的协调性,旨在防止保护漏洞或过度处罚的情况,其核心内容是为了防止出现某一法律关系在不能为某一较轻法域所保护时,却又不能为另一更严厉的法域介入并提供进一步保护,或者是出现过度处罚的情况。它是在达到了保护的一致性原则的基础上对法秩序统一原理的进一步扩展。因为,一个充满规范矛盾的法律体系,必将充斥着保护漏洞和过度处罚的情况,难以协调有序。而且,一个法律体系在排除了基本的规范矛盾的基础上,也必将进一步追求整体法秩序轻重有序、法网严密。因此,保护的协调性内容应在不违背保护的一致

[25] 参见王钢:“非法持有枪支罪的司法认定”,《中国法学》2017年第4期,第73页。

性内容的基础上发挥作用。^③不同法域对相关概念的界定可保持适度的差异性,旨在满足各法域的特殊规范目的要求,防止出现因追求概念的过度统一,而使本法域的规范目的难于实现,甚至是出现间接影响到整体法秩序统一的效果的情况(如上文所举正当防卫案例即是如此)。但是,基于保护的一致性原则的重要性,各法域特殊规范目的的实现,也应以不违背保护的一致性原则为前提。同时,各法域特殊的规范目的也严格限定了该法域的适用范围(尤其是强制法,如刑法的罪刑法定原则),因此,不能仅仅基于满足保护的协调性要求,而任意违反某一法域的特殊规范目的要求,这使该原则对保护的协调性原则形成必要限制。

上述四项内容可以为本文界定刑民占有关系提供方向性的指引:首先,不同法域对相同社会关系保护的一致性和协调性,充分说明刑法与民法对占有概念的界定不可能脱离彼此而独立存在,需要在相互参照的基础上做出恰如其分的解释。其次,不同法域对相关概念可保持适度差异性特点,充分说明基于各自法域规范目的的特殊要求,刑法与民法中的占有也很难完全保持一致,可根据各自的规范目的要求做出不同的解释。据此可推知,刑法与民法中的占有关系既非完全独立的关系,也非完全相同的关系,更可能是存在部分重合,但又部分不同的交叉关系。同时,对上述三项内容之间的关系分析,可以为明确界定刑民占有关系的具体适用规则指明方向。

(二) 界定刑民占有关系的具体原则

将上述四项内容予以具体化,即可作为界定刑民占有关系的指导原则,即由不同法域对相同社会关系保护的一致性和协调性,可推导出刑民占有保护的一致性原则和协调性原则;由不同法域对相关概念的界定可保持适度差异性特点,可推导出规范目的衡量原则;由上述三项内容之间的基本关系,可推导出上述三项原则之间的具体适用规则。具体内容分述如下:

1. 刑民占有保护的一致性原则

法秩序统一原理要求各法域对同一社会关系的保护要体现一致性,避免出现实质冲突的后果。具体到刑法与民法中的占有保护,同样如此。从体系定位来看,刑法不创设新的义务,只是对其他部门法已经创立的规则予以更为有力的认可和制裁。^[26]因此,刑法是一种较其他法律更为严厉的制裁法,是包括民法在内的其他部门法的保障法。^[27]而民法则直接设定权利义务,通过对权利的确认和受损权益的补偿以达到调整社会关系的目的。^[28]因此,刑法设定的有关占有的财产犯罪,也应具有保护民法中的占有秩序的功能。基于此,为了贯彻法秩序统一性原理,在界定刑民占有关系时,不能出现某一涉及到占有的权利为民法所保护,但为刑法所禁止的情况。例如,为了防止出现肆意侵犯他人占有的行为,民法赋予了占有人追及权及损害赔偿权,以保护占有人的经济损失能够得到赔偿;刑法则设立了盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪

[26] 参见(法)卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第35页。

[27] 参见刘树德:《宪政维度刑法的新思考》,北京大学出版社2005年版,第73页。

[28] 参见李会彬:“刑事和解制度的理论基础新探——以刑、民事责任转化原理为视角”,《法商研究》2015年第4期,第94页。

等一系列犯罪,对严重破坏占有秩序的行为施以刑罚处罚,以维护被破坏的占有秩序。两个法域相互配合,民法聚焦于损害赔偿,刑法聚焦于秩序维护,当仅依靠于民法不能达到维护占有秩序的目的时,则动用刑法以最严厉的刑罚措施保障民法的实施,这是刑、民两大法域对占有形成一致性保护的充分体现,也是在横向法域关系中贯彻法秩序统一原理的应有之义。因此,基于刑法保障法和民法前置法的体系定位,在界定刑民占有关系时,倘若刑法认定或者否定民法上的某一占有类型,不但不会对民法中的占有秩序度形成保护,还会禁止民法中有关占有的一些权利,而不应采纳这一认定结果。

2. 刑民占有保护的协调性原则

根据法秩序统一原理的要求,不同法域对于相关概念的界定,要体现保护的协调性要求,即不同法域对同一社会关系的保护要恰当且无漏洞。具体到刑法与民法中的占有关系的界定,同样如此。实际上,从刑法占有概念的发展趋势来看,为了达到协调性要求,刑法上的占有一直在随着民法上的占有变化而变化。如所周知,民法上的占有概念最初是指人对物事实上的管领力,强调人对物的事实上的支配性。而民法设立占有的目的,也是为了保护人对物所形成的事实上管领的这样一种平和的事实状态。^[29]而刑法中的占有概念最初也是来自于民法,也是以人对财物的事实性支配为基础的。但是,随着时代的发展,一些事实性管领力不强但依照民众的普遍观念依然被认定为占有的现象开始出现,完全以人对物的“事实性支配”来界定占有,并不能达到维护财产秩序的目的。例如,随意放置于街道两旁的汽车,即使没有上锁,主人也离其较远,也可以根据人们的普遍观念认定汽车及车上物品为占有。因此,民法上的占有开始向着观念化方向发展,在判断民法上的占有是否存在时,不仅考虑人与物之间的事实性支配关系,还要从社会观念上考察人与物之间是否形成了某种规范性的支配关系。显然,刑法如果对民法中的这些新出现的占有视而不见,予以排斥,将会使大量侵犯民法上的这些占有,且又具有严重社会危害性的行为无法纳入刑法的处罚范围。于是,近年来,刑法也开始引入规范性的因素,并将其作为除事实因素之外的判断占有的依据之一。如种植在自家田地但无人看管的庄稼、散养的无人看管的家禽、放置于街道上的汽车等,尽管其事实性支配因素较弱,但依然可以从观念上认定其构成占有并用于犯罪的认定。这就有效发挥了刑法的保障法功能,防止了处罚漏洞的出现。基于此,在界定刑民占有关系时,如果认定或者否定某一占有类型,将使刑法与民法中的占有概念严重脱节,阻止刑法的适时介入,出现处罚漏洞或者过度处罚的情况,就违反了刑民占有保护的协调性要求,就需要进一步思考这一认定结果的合理性。

3. 规范目的衡量原则

如前所述,基于规范目的的不同,不同法域的相关概念的界定可以保持适度的差异性。而判断是否保持这种差异性前提是,某一法域的相关概念是否基于本法域的特殊规范目的要求而确立,并且为其他法域所不具有。因此,规范目的是否一致可以作为界定刑民占有关系的依据之一。基于刑法与民法各自规范目的的不同,刑法与民法中的占有也必然会存在适度的差

[29] 参见王利明:《物权法》(第二版),中国人民大学出版社2021年版,第481页。

异性。具体而言,民法设立占有制度的目的在于通过其保护功能、继续功能以及公示功能,实现对占有现状的保护(任何人不得以私力改变占有现状)、占有利益的维护(占有人对占有物有继续使用的权利)和交易的安全(占有交付即视为物权转移、推定占有人为合法占有者、支持善意取得制度等)。^[30]其中,占有现状的保护是实现后两项功能的基本前提。因为,一般情况下,只有保持对财物的占有,才能实现对占有利益的维护,占有的公示功能才得以彰显,人们才能基于对占有公示的信任交易财物,善意取得制度才有存在的基础。而从当前的刑法规定来看,刑法只是针对占有现状的保护(私力侵夺占有的行为)规定了相关犯罪,如刑法中的盗窃罪、抢劫罪和抢夺罪等均是为了保护占有的静态安全而设立的,即任何人以私力改变占有现状,达到犯罪程度都将受到刑事处罚。这是因为,刑法保护了占有的静态安全,也就保护了由占有制度衍生的其他功能,从而也就达到了维护基本的社会秩序的目的。基于此,在界定刑民占有关系时,需要明确刑法规定的有关占有的犯罪的主要目的在于保护其静态安全(占有现状的安全),而民法不仅涉及到其静态安全,还涉及到其动态安全(占有利益的维护和交易安全)。基于两者规范目的的差异,如果某一占有类型只符合民法的特殊规范目的要求(保护占有的动态安全),不符合刑法的规范目的要求(保护占有的静态安全),基于刑法罪刑法定原则的要求,不能为刑法所采纳并用于犯罪的认定。因为,超出了刑法的规范目的范围,自然也不在该犯罪的处罚范围之内,将其纳入刑法处罚范围必然违背罪刑法定原则。

4. 具体适用规则

通过上文对三项内容关系的分析可以推导出,保护的一致性原则是法秩序统一原理的核心内容和最基本要求,保护的协调性原则和规范目的衡量原则应在遵守该原则的前提下发挥作用,同时,规范目的衡量原则对保护的协调性原则形成制约。以此为基础,在界定刑民占有关系时,应遵循如下规则:首先,要依据保护的一致性原则进行判断。即如果刑法承认或者否认某一占有类型,将违背刑民占有保护的一致性原则,造成规范矛盾,出现实质性冲突的后果,即使符合了保护的协调性原则和规范目的衡量原则,也应否认这一结论的合理性。其次,在符合了保护的一致性原则的基础上,依据保护的协调性原则进行判断。即如果刑法承认或者否认某一占有类型,符合刑民占有保护的协调性要求,能更好地实现不同法域对同一社会关系轻重有序的保护,就可以从这一层面肯定这一结论的合理性。最后,依据规范目的衡量原则进行判断。即如果刑法承认或者否认某一占有类型,在符合上述两项原则的基础上,又不违背刑法的特殊规范目的要求(罪刑法定原则的限制),就可以最终肯定这一结论的合理性。反之,则应否定这一结论的合理性。因为,不能为了满足整体法秩序协调性的要求(法网严密、轻重有序),而任意违反刑法的特殊规范目的要求,因此,保护的协调性原则受到规范目的衡量原则的限制。

上述三项原则层层递进,保护的一致性原则处于统摄地位,其他两项原则在不违背该原则的前提下发挥作用,为了清晰地阐述三者关系,试举一例予以说明。如所周知,民法仅保护法律婚,不保护事实婚,但刑法在重婚罪的认定中,对于后婚的解释,则包括事实婚。显然,刑法

^[30] 参见王泽鉴:《民法物权 2 用益物权·占有》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 173—174 页。

对于重婚罪中前婚的解释与民法保持了一致,但对后婚的解释与民法却明显不同。之所以采用这样的解释方法,就在于:其一,将前婚解释为法律婚,符合保护的一致性原则要求,不会出现实质性冲突的后果(前文已述)。反之,如果解释为包括事实婚,虽然更符合保护的协调性原则(进一步严密了法网,将前婚为事实婚的重婚行为纳入刑法处罚范围),也更有利于刑法特殊规范目的的实现(充分发挥刑法打击破坏婚姻的犯罪的作用),但却会造成刑法与民法之间实质性冲突的后果,违反保护的一致性原则,因此,不能采纳这一解释结论。其二,刑法将后婚解释为包括事实婚,虽然采用了与民法不同的立场,但结果只是由刑法对法律婚给予了进一步的刑法保护,不会造成实质性冲突的后果,符合保护的一致性原则。接下来,就可以根据保护的协调性原则和规范目的衡量原则做进一步的判断。从保护的协调性来看,采用上述解释结论可以将前婚为法律婚、后婚为事实婚的行为纳入刑法的处罚范围,避免重婚罪的虚置,严密刑事法网,填补处罚漏洞。从规范目的衡量原则来看,这样解释不会违背刑法的特殊规范目的要求(罪刑法定原则)。因为,将法律婚之后的以夫妻名义同居的行为认定为事实婚,属于合理的扩大解释,也符合人们的一般观念,不会影响到刑法的明确性和人们的预测可能性,因此,不会违背罪刑法定原则的基本要求。

三、关系界定:民法上的占有类型分析与图谱划定

在明晰了界定刑民占有关系的具体指导原则的基础上,本部分就可以对刑民占有关系进行界定了。由于民法上的占有类型多于并且包含刑法中的所有占有类型,而争议也主要聚焦于民法上的某些占有类型能否为刑法所吸纳,因此,本部分主要就民法上的占有类型能否为刑法所吸纳进行讨论,并对由占有所衍生的一些命题(封缄物的占有、违禁品的占有)进行分析,从而为最终划定刑民占有关系图谱打下基础。

(一)民法上的占有类型分析

1. 准占有

如所周知,占有的对象只能财物,权利难以称之为占有。因此,当某人对于某种权利具有事实上的管领力时,不属于占有的范畴。但是,由于这种对权利的事实上的管领力与对物的事实管领力没有本质的区别,因此,许多国家的法律也给予保护,学理和立法上将此种对于某种权利的占有称为“准占有”,即准用关于占有的规定。^[31]如我国台湾地区“民法”第 966 条规定,财产权不因物之占有而成立者行使其财产权之人为准占有人。本章关于占有之规定于前项准占有准用之。^[32]《日本民法典》第 204 条规定,本章规定准用于以自己的意思行使财产权的情形。^[33]此种以财产权为客体的占有,学上说称为准占有或权利占有,其占有人称为

[31] 参见王利明主编:《民法学》,复旦大学出版社 2015 年版,第 402 页。

[32] 参见我国台湾地区“民法”第 966 条。

[33] 参见《日本民法典》第 204 条。

准占有人。^{〔34〕} 由于债权不是具体的财物,而是针对特定人的权利,不能形成对人其物理上的支配,因此,一般将准占有归类于完全观念化的占有。^{〔35〕} 虽然准占有并未写入我国《民法典》,近年来也有学者对我国引入准占有概念提出质疑,^{〔36〕}但我国学界的主流观点仍然是倾向于承认准占有的,如近几年我国出版的主要民法教科书,均将准占有作为占有的重要类型之一进行了较为详细的讨论。^{〔37〕} 而且,基于民法任意性法规的性质以及开放性的特点,尽管准占有制度未予法定化,近年来出现的相关案例中仍不乏运用准占有的相关理论来作为断案的依据,如最高人民法院于2021年11月发布的第169号指导案例《徐某诉某银行股份有限公司某支行银行卡纠纷案》中,主审法官就运用了准占有的相关概念,来确定银行卡盗刷后的民事责任问题。^{〔38〕} 因此,无论在理论上还是在司法实践中,准占有都已出现在我国民法中并占据了一定的地位。而本文作为专门探讨刑民占有关系的论文,有必要就刑法能否引入准占有的问题展开讨论。

传统债权与物权区分的重要标准之一在于债权具有相对性,物权具有绝对性。前者决定了债权仅对特定人发生法律效力,不能随意转让,承认其可以被占有不具有对世的公示、公信意义,也不能赋予其随意流通的经济价值,因此,传统观点认为债权不能被占有。后者决定了物权可以对所有人发生法律效力,可以随意转让,这使其在社会流通中的经济价值得以充分展现,因此,承认物可以被占有具有对世的公示、公信意义,有利于保障其在社会中的流通价值。但是,随着时代的发展,部分债权由相对性向着绝对性的方向转变,它们不再限于特定的债权人与债务人之间,也可以具有一定的对世性。于是,部分特殊债开始具有了物权化的某些特征,即虽然是纯粹的债权契约,却在一定程度上实现着对物的支配关系。^{〔39〕} 而在比较法上,也确实将这些法律系统称为“基于债权关系之支配权”,并作为债物权化的重要形态。^{〔40〕} 例如,不可挂失的无记名证券、无记名的车船票、电影票、电话充值卡等,虽然仅仅是一种债权凭证,本身并不具有经济价值,但任何民事主体获得它们,不仅可以随意转让,还可以即时实现其经济价值。这说明其同样具有与对物的占有类似的公示、公信意义。倘若不给予这些特殊债权以普通财物一样的占有保护,不仅转让的行为无效,债务人对于特定债权人之外的他人的兑付行为也将无效,这将严重阻碍社会经济的发展。因此,民法开始针对这些特殊债权建立了

〔34〕 参见王泽鉴:《民法物权》(第二版),北京大学出版社2010年版,第564页。

〔35〕 参见隋彭生:《民法典“占有权与本权章”建议稿》,北京大学出版社2017年版,第322页。

〔36〕 相关质疑的具体观点可参见冯洁语:“债权准占有概念之反思”,《中外法学》2023年第6期,第1532—1538页。

〔37〕 如梁慧星、陈华彬:《物权法》(第7版),法律出版社2020年版,第425—428页;王利明等著:《民法学(上)》(第六版),法律出版社2020年版,第535—538页;杨立新:《物权法》(第8版),中国人民大学出版社2021年版,第355—358页。

〔38〕 参见崔婕、李予霞:“《徐欣诉招商银行股份有限公司上海延西支行银行卡纠纷案》的理解与参照——网络盗刷中发卡行与持卡人的责任认定”,《人民司法》2022年第23期,第21—23页。

〔39〕 参见张力毅:“通过契约实现的物之支配关系——债权物权化的另一种解释论框架”,《东方法学》2015年第6期,第30页。

〔40〕 参见金可可:“基于债务关系之支配权”,《法学研究》2009年第2期,第19页。

准占有制度,并以占有的相关规则来调整由其产生的社会关系。本文认为,刑法可以承认准占有并用于犯罪的认定:

首先,从刑民占有保护的一致性来看,刑法承认准占有,只是对民法中的准占有提供了进一步刑法上的保护,不会破坏刑民占有保护的一致性,造成刑民占有保护的混乱无序甚至是实质性冲突的后果。

其次,从刑民占有保护的协调性要求来看,刑法如果否认准占有,会使刑民占有内涵严重脱节,阻断刑法适时介入,造成处罚漏洞。债权准占有制度的最大特点在于,它将人对物之外的一些特殊权利所形成的事实支配关系,准用占有的相关规则。如果刑法承认准占有,就可以为财产性利益的占有及其转移问题提供解决方案,从而使很多在民法上构成严重侵权,已不能为民法所保护的行为,合理地纳入刑法的处罚范围,弥补保护漏洞。一般认为,财产性利益是指“除财物以外的、无形的、具有经济价值的利益”。^[41]但对于如何界定财产性利益,学界存在着较大争议。而近年来,学者们越来越趋向于将财产性利益解释为某种债。如对于盗接通信线路、复制他人电信号码等非法获取电信服务的财产性利益的行为,有学者将其细化为一种债,即行为人在使合法用户承担了债务的同时,还使自己逃避了因使用电信服务而应承担的债务。^[42]对于虚拟财产的侵犯,有学者认为它本质上是网络公司与用户之间的债权债务关系,即针对互联网服务的一种债权。^[43]也正是因为如此,有学者明确提出,如果将刑法中的财物与民法中的物相衔接,那么,财产性利益应与民法中的债相衔接,即它本质上是一种债。^[44]虽然这一提法可能过于绝对,但不可否认的是,绝大多数财产性利益都可以表现为债的一种形式。但是,按照传统观点,债权既不能被占有,也不能转移占有,那么,某些以财产性利益(特殊债权)为犯罪对象又具有严重社会危害性的行为,就难以认定为刑法上的犯罪。如私自转移他人银行账号、微信账号、支付宝账号中钱款的行为,以及偷换他人微信、或者支付宝收款码的行为,将很难认定构成盗窃罪。因为,私自转移他人的这些账号中的钱款的行为仅仅是转移了债权,并没有实际转移金钱的占有,金钱依然为银行等金融机构占有,既然不存在财产的转移占有的行为,当然不能构成盗窃罪。对此,刑法如果引入准占有,就可以为上述难题提供解决方案。即对于一些特殊债权,准用占有的相关规则,占有了债权凭证,即视为占有了财产,转移了债权凭证,即视为转移了财产。按照这一原理,上述私自转移他人银行账号、微信账号、支付宝账号中钱款的行为,以及偷换微信、或者支付宝收款码的行为,由于转移了债权凭证,也就代表支配了其背后所代表的财产,根据准占有的原理,就可以视为转移了占有,从而认定这些行为构成盗窃罪。除此以外,对于偷逃高速费、餐饮费、住宿费等行为,则不能认定构成盗窃罪。因为,上述行为并不存在基于占有或转移债权凭证而实际支配其背后所代表的财产的关系,因此,不符合准占有的特征,将上述行为认定为诈骗罪可能更为合适。综上所述,刑法承认准占

[41] 参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第289页。

[42] 参见黎宏:“论盗窃财产性利益”,《清华法学》2013年第6期,第128页。

[43] 参见徐凌波:“虚拟财产犯罪的教义学展开”,《法学家》2017年第4期,第50页。

[44] 参见黎宏、陈少青:“论财产犯中的财产性利益”,《交大法学》2022年第5期,第33页。

有,可以解决传统刑法理论因不承认对于权利的占有,所导致的对涉及到财产性利益的大部分犯罪的认定难题,这有利于弥补处罚漏洞,符合刑民占有保护协调性的要求。

最后,从刑民占有的规范目的来看,准占有与刑法规定的有关占有的犯罪的规范目的相一致,符合刑法的特殊规范目的要求。如前所述,刑法规定的有关侵犯占有的犯罪主要目的是为了保护占有的静态安全,即任何人不得以私力改变占有现状。而从准占有的特点来看,它已经具备了与物的占有相近似的特性,即获得了这些特殊债权准占有,也就基本获得了对于这些特殊债权背后所代表的财物的支配,即当财产性利益所依附的相关凭证发生转移时,在法律规则的调节下,财产性利益本身也就随之发生转移。^[45]因此,私力改变了特殊债权的占有现状,也就基本上改变了债权背后所代表的财物的支配现状,实际上等同于侵犯了占有的静态安全,这与刑法规定的有关占有的犯罪主要保护占有的静态安全的目的相同。

2. 继承占有

继承占有是指被继承人死亡时,即使继承人不能在事实上支配遗产,但可以从规范上推定继承人占有财物,并可以通过占有诉权排除第三人对这种支配的侵害。^[46]由于继承人并没有在事实上支配遗产,而且,即使继承占有产生后,也可以同时存在其他占有,如被继承人死在了大街上,继承占有随即产生,但警察对死者及其财物的管理权也为合法占有,而且丝毫不影响继承占有的存在,因此,继承占有是一种不以事实支配关系为基础的完全观念化的占有。^[47]就目前来看,除少数学者外,刑法学界的主流观点认为继承占有不能用于犯罪认定,即使是认为引起被害人死亡的人临时起意拿走死者的财物可以构成盗窃罪的论者,也以“死者占有说”“死者的生前占有说”“死者生前占有的延续说”等理论认定占有的存在,而不承认继承占有。^[48]但是,上述三种学说可以说是刑法为了解释侵犯死者财物的犯罪问题而生造的概念,没有民法理论的支撑,这可能存在如下问题:第一,刑法规定的有关占有的犯罪虽然有其特殊的规范目的,但仍然是以保护民法中的占有秩序为基本目标的,以民法中完全没有的“死者占有”等学说作为认定犯罪的依据,等于保护了一种民法中从未出现过的占有类型,这似乎违背了刑民占有保护的一致性和协调性要求。第二,以民法中从未出现过的、没有任何依据的占有类型来解释刑法中的犯罪,并用于扩大刑法的处罚范围,会使刑法中的占有范围完全失去边界。因为按照这一逻辑,任何时候我们似乎都可以生造一个从没出现过的法律概念来解释扩大某些犯罪的处罚范围,这必将违背罪刑法定原则。因此,本文不赞成用上述三种理论来解释拿走死者财物的犯罪定性问题。

那么,能否承认继承占有作为认定犯罪的依据呢?对此,本文持否定态度,这是因为:

首先,从刑民占有保护的一致性要求来看,刑法承认继承占有可能造成实质性冲突的后

[45] 参见郑洋:“数据化财产性利益的刑法占有形式及属性界定”,《北方法学》2022年第5期,第128—129页。

[46] 参见杨佳红:《民法占有制度研究》,西南政法大学2006年博士学位论文,第119页。

[47] 参见王泽鉴,见前注[34],第456页。

[48] 参见周光权:“死者的占有与犯罪界限”,《法学杂志》2009年第4期,第27—28页。

果。根据现有民法理论,私力救济权的行使者仅限于直接占有人(辅助占有人除外),继承占有人属于无事实支配关系的占有,并无自力救济权,只有返还请求权,如果其他人拒不返还的,只能通过行使诉权请求法院排除这种侵害。^[49]倘若刑法承认继承占有,将使继承占有人获得实质上的私力救济权,从而使民法上不被允许的行为却被刑法所允许。例如,甲为乙的继承人,乙因意外死于某大街上,丙见状将乙身上的财物取出带走。在丙走出 100 多米时,继承人甲发现后欲将财物要回。根据民法理论,乙死亡后甲即获得对财物的继承占有,但继承占有是无事实支配关系的占有,丙取得财物后即为财物的直接占有人,受“任何人不能以私力改变占有现状”的限制,甲无私力救济权,只有原物返还请求权。如果刑法承认继承占有,那么,丙拿走死者财物的行为即可认定构成盗窃罪,乙发现丙走出 100 多米时发现丙的行为,仍可针对盗窃行为行使正当防卫权将财物取回,这显然是赋予了继承占有人实质上的自力救济权。而且,将该类行为认定构成盗窃罪,也会使继承占有人在未行使诉权的情况下直接获得公力救济,这也与民法中继承占有人只有通过行使占有诉权获得公力救济的内容不符。相反,如果刑法不承认继承占有,死者的财物就可以认定为无人占有物,路人拿走死者财物的行为就属于拾得他人遗失物的行为,如果经继承占有人请求返还后仍拒不归还的,继承占有人只能通过行使自诉权以侵占罪提起诉讼,从而获得公力救济。这显然更符合民法理论中设定的继承占有的规范目的要求。

其次,从刑民占有保护的协调性来看,刑法承认继承占有会造成过度处罚的后果。如所周知,死者已经不是自然人,不可能支配财物,因此,从占有基本原理来看,死者的财物只能认定为无人占有的脱离物。对此,对于秘密拿走死者财物而拒不归还的行为认定构成侵占罪,罚当其罪。因为死者的财物并没有现实的支配者,在其继承人未发现死者或者相关管理人员未发现死者之前,很难说死者的财物为特定人所占有,此时拿走死者财物的行为,与拿走他人遗忘物的行为并不存在着本质区别,倘若引入继承占有并对其以盗窃罪论处,无论是从诉讼程序上(由自诉案件变为公诉案件),还是处罚结果上,都有过度处罚之嫌。因此,刑法承认继承占有,不符合刑民占有保护的协调性要求。

最后,从刑民占有的规范目的来看,继承占有与刑法中占有的规范目的并不相同。如前所述,刑法中规定占有的目的在于保护占有的静态安全,即任何人不得以私力改变占有现状。而民法中的继承占有则主要在于促进物之流转,提高交易的效率。如规定了继承占有的国家的法律重点在于强调其取得时效,即继承人可以主张占有的合并(占有年限的合并)或者分离(规避之前占有的瑕疵)而达到占有取得时效的条件从而取得物权,^[50]以此避免因权属不清而导致物主不明的纷争,从而影响到财物的快速流通和交易安全。至于占有的静态安全,则不在继承占有的规范目的范围之内。因为,继承占有是一种“对物无事实管领力的占有”,继承占有以

[49] 参见王泽鉴,见前注[34],第 542 页。

[50] 参见杨佳红,见前注[46],第 120 页。

取得对物之事实管领力而现实化,并得变更其占有状态。^{〔51〕}因此,继承占有与准占有虽然同为观念化的占有,但存在着本质的不同:准占有人获得了对于债权的占有,也基本上获得了对债权所代表的背后财物的支配,但继承占有人无法获得对财物的支配,只是推定其享有有关占有的一些请求权。因此,也就不可能存在“以私力改变占有现状”的可能。也正因为如此,在民法上,继承占有人仅有请求权(如原物返还请求权、损害赔偿请求权等)而无自力救济权(占有防御权与占有取回权)。^{〔52〕}因此,民法设定继承占有的目的,并不在于保护其静态安全,与刑法规定的有关占有的犯罪的规范目的并不相同。因此,刑法如果承认继承占有并用于犯罪的认定,会违背罪刑法定原则。

3. 间接占有

间接占有是指并不直接对物进行事实上的管领和支配,但基于一定法律关系而对事实上占有其物之人有返还请求权。^{〔53〕}例如,在租赁关系中,出租人将自己的房屋租给承租人,出租人为即为间接占有人,承租人为直接占有人,同时也被称为占有媒介人,而产生间接占有的法律关系为租赁关系。因此,间接占有是人与物之间不存在现实支配关系的观念化的占有。^{〔54〕}间接占有不能引入刑法领域并用于犯罪的认定,其原因如下:

首先,从刑民占有保护的一致性要求来看,刑法承认间接占有,可能造成刑民占有保护的实质性冲突。民法理论认为直接占有人享有自力救济权(占有取回权与占有防御权),间接占有人无此项权利,而且,直接占有人可以针对间接占有人的侵犯行使自力救济权。^{〔55〕}倘若刑法承认间接占有并给予同等保护,那么,直接占有人针对间接占有人行使自力救济权时,是否也可以从刑法上认为侵犯了间接占有人的间接占有呢?但这样的结论显然是自相矛盾的。

其次,从刑民占有保护的协调性要求来看,刑法承认间接占有,可能造处罚无序的后果。倘若在刑法中引入间接占有,将打乱刑法刻意区分侵犯占有的犯罪与变合法占有为非法所有的犯罪的立法体系。^{〔56〕}例如,甲将自己的笔记本电脑借给乙,按照民法理论关于间接占有的界定,甲为笔记本的间接占有人,乙为直接占有人。倘若认为刑法中也承认间接占有,并对间接占有给予同等的刑法保护,那么,乙将笔记本电脑不予归还、私密卖掉并将钱款据为己有的行为,是否可以认定为侵犯了甲的间接占有而构成盗窃罪吗?因为,盗窃罪是侵犯占有的犯罪,间接占有也属于占有的一种类型,如果刑法中承认间接占有并给予同等保护,乙显然侵犯了甲的间接占有,这似乎符合了盗窃罪的犯罪构成。但这显然是不合理的。

最后,从刑民占有的规范目的来看,间接占有的规范目与刑法中有关占有的犯罪的规范目

〔51〕 Carsten Thomas Ebenroth/Michael Frank, Die Übertragung des Besitzes vom Erblasser auf den Erben, 1996, S. 794.

〔52〕 参见王泽鉴,见前注〔34〕,第542页。

〔53〕 参见刘智慧:《占有制度原理》,中国人民大学出版社2007年版,第148页。

〔54〕 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,第33页。

〔55〕 参见王泽鉴,见前注〔34〕,第539—543页。

〔56〕 参见陈航:《民刑关系基础理论研究》,商务印书馆2020年版,第124页。

的并不相同。间接占有的主要目的在于促进物之流通：一是通过适用占有取得时效制度以确定物权主体，避免因权属不清而影响物的流通；二是使动产的交付更为便利，即间接占有之承认，使占有趋于观念化，在以交付作为动产物权变动的公示方法而言，使得观念交付（如占有改定）成为可能，从而促进交易的便捷。^{〔57〕}这使得物的交易在没有转移占有的情况下实现所有权转移，从而大大的便捷了物的交易流程。至于占有的静态安全，则并非为间接占有的规范目的，如主要用于保护占有静态安全的私力救济权（占有防御权和占有取回权）并不适用于间接占有。而且，如果直接占有人将财物据为己有的，在民法上也只是侵犯了所有权，而非占有。因此，间接占有的规范目与刑法中规定的有关占有的犯罪的规范目的并不相同，刑法承认间接占有并用于犯罪的认定，就会违背罪刑法定原则的基本要求。

4. 占有辅助

占有辅助是指，基于上下位的特定法律关系，受他人指示而对财物进行实际管领和控制，但财物的真正占有者并非实际控制管领人，而属于指示人。^{〔58〕}民法上之所以认为在占有辅助关系中，真正的占有者为占有主人，是因为占有辅助人只是根据占有主人的指示管领支配财物，其没有自主权，就像占有主人的工具一样，因此，占有辅助人又被称为占有工具人。从占有辅助的基本特点来看，占有主人对于财物的支配虽然具有观念性的因素，但也具有一定的事实性支配性，即占有主人通过占有辅助人管领支配财物。因此，刑法引入占有辅助并用于犯罪的认定在学界并不存在较大争议。但前述界定标准仍然可以为刑法引入占有辅助提供充分的合理性依据：

首先，从刑民占有保护的一致性要求来看，刑法如果否认辅助占有，则可能造成实质性冲突的后果。即刑法否定辅助占有，那么刑法认定的真正占有者为占有辅助人，但民法中认定的真正占有者为占有主人。如此一来，在民法上认定的占有主人可行使的一些权利，在刑法上则可能构成犯罪。例如，根据民法理论，由于占有主人是财物真正占有者，那么，占有主人面对占有辅助人对财物的侵犯而将占有物夺回的，可以认为是行使私力救济权的行为。但如果刑法认为财物的真正占有者为占有辅助人，那么，占有主人将财物夺回的行为，就可能认定侵夺了占有辅助人的占有，从而具有构成犯罪的风险。

其次，从刑民占有保护的协调性要求来看，刑法如果否认辅助占有，则可能出现重罪轻罚的情况。因为，否认辅助占有，也就不能认定真正占有者为占有主人，那么辅助占有者拿走其所管领的财物的，只能认定构成侵占罪，不能认定构成盗窃罪，这既不符合一般的民众观念，也有重罪轻判之嫌。

最后，从刑民占有的规范目的来看，民法中的辅助占有与刑法规定的与占有相关的犯罪的规范目的相一致。从规范目的上看，民法设立占有辅助的目的就在于保护占有的静态安全，即尽管财物为占有辅助人临时管领和控制，但占有辅助人只能依占有主人的指令行事，并无自主权。因此，真正的占有者仍然是占有主人，占有辅助人私自将财物据为己有的，仍被视为侵犯

〔57〕 参见王泽鉴，见前注〔34〕，第434页；杨佳红，见前注〔49〕，第265页。

〔58〕 参见王利明，见前注〔29〕，第488页。

了占有主人的占有,即私力改变了占有现状。这与刑法规定有关占有的犯罪在于保护占有的静态安全的规范目的相同。

5. 封缄物的占有

封缄物占有问题的争议焦点在于,封缄物的内容物,究竟属于委托人占有,还是受托人占有?对此刑法学界存在着委托人占有说、受托人占有说、区分说等不同观点。根据笔者掌握的资料,民法上没有封缄物的概念,也没有就封缄物的整体和内容物的占有问题进行单独探讨。但民法中必然存在着相同的现象,即将封缄物委托给他人保管的情形。如果按照民法中的占有类型对封缄物的占有进行解释,区分说的观点可能更为合理,即封缄物的整体应归受托人占有,内容物归委托人占有,这是因为:

首先,就封缄物的整体而言,委托人基于委托关系将封缄物整体交给受托人保管,而委托关系中的受托人具有自决权,直接管领支配封缄物整体,因此,受托人属于封缄物整体的直接占有人,而委托人基于占有媒介关系占有封缄物整体,属于间接占有人。

其次,就封缄物中的内容物而言,委托人将内容物封于包装物中的目的就是为了让受托人打开,受托人只是依委托人的指示管领封缄物中的内容物,没有任何自决权。因此,就内容物的占有而言,委托人和受托人之间存在上下位的管理关系,委托人是真正占有人,而受托人是占有辅助人。

如前所述,间接占有不能引入刑法并用于犯罪的认定,而辅助占有则可以。因此,就封缄物整体而言,由于委托人只是间接占有封缄物,而受托人是直接占有人,刑法不承认间接占有,因此,受托人将封缄物整体据为己有的,应当构成侵占罪;就封缄物的内容物而言,由于委托人是内容物的真正占有人,而受托人只是占有辅助人,刑法承认辅助占有,因此,受托人将封缄物中内容物取出据为己有的,应当构成盗窃罪。

6. 违禁品的占有

民法不承认对于违禁品的占有,也即占有违禁品不受民法保护。但根据相关司法解释,刑法规定的盗窃、抢劫、抢夺类犯罪却包括毒品、枪支、爆炸物等违禁品。那么,将侵夺毒品、枪支、爆炸物等违禁品占有的行为规定为了犯罪,这是否合理呢?本文认为,这并无不妥,其原因如下:

首先,从刑民占有保护的一致性来看,刑法认为侵犯违禁品的占有可以构成相关犯罪,并不会造成实质性的冲突。因为,刑法并不否认毒品、枪枝、爆炸物等为违禁品,只要是涉及毒品、枪枝、爆炸物等的犯罪,这些违禁品均会予以收缴并做销毁处理,不会返还给原违禁品的占有人。因此,刑法虽然认定侵夺占有毒品、枪枝、爆炸物等违禁品的行为构成犯罪,但实际上并不会保护对毒品、枪枝、爆炸物等违禁品的占有,在整体法秩序上与民法不存在实质性冲突。

其次,从刑民占有保护的协调性来看,如果刑法不承认对于违禁品的占有,可能造重罪轻罚的后果。也即在不承认对于违禁品存在占有的情况下,盗窃、抢夺、抢劫毒品、枪支、爆炸物等违禁品的行为,就不能认为存在转移他人占有的行为,也就不能以盗窃、抢夺、抢劫罪论处,而只能以非法持有型犯罪论处。但盗窃、抢夺、抢劫毒品、枪支、爆炸物等违禁品的行为显然社

会危害性更大,但却无法以较重的犯罪予以处罚,这显然不合理。

最后,从刑民占有的规范目的来看,民法不承认违禁品的占有,是为了宣示与之相关的交易行为不受法律保护,从而杜绝违禁品的流通。而刑法承认侵夺违禁品的行为构成犯罪,是为禁止盗窃、抢夺和抢劫违禁品的行为在黑市上大量案发,从而严重破坏社会秩序。两者规范目的并不相同,刑法与民法这一问题上保持一定的差异并无不妥。

(二)刑民占有关系图谱划定

在明析了上述问题的基础上,刑民占有关系图谱自然也就可以应运而生了。由于刑法承认间接占有、继承占有,会违背刑民占有保护的一致性、协调性和刑法的特殊规范目的的要求,因此,不能为刑法所认同并用于犯罪的认定。对于封缄物的占有,可根据其封缄物整体和内容物分别以间接占有和辅助占有的理论进行解释,不需要予以单独归类。由占有衍生的“违禁品的占有”的命题,是基于刑法的特殊规范目的而设立的,与民法的规范目的并不相同,刑法应予坚持,民法可以不予承认,两者保持差异并无不妥。以此为基础,刑法与民法中的占有表现为部分重合,部分不同的交叉关系(如图 1 所示)。

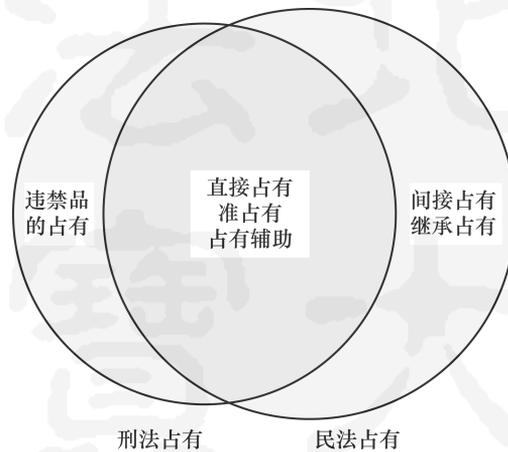


图 1 刑民占有关系图谱

四、结 语

随着社会的进步和时代的发展,为了更为全面、精细地调整越来越复杂的社会关系,一个国家部门法的划分只会越来越细致,越来越复杂。一个国家的法律体系所面临的不同法域之间的矛盾或者冲突的机率也会越来越高。在这种情况下,从整体法秩序角度思考不同法域在调整相同社会关系时的统一性问题尤为重要。就目前来看,我国理论界和实务界已经开始关注这一问题,并引入法秩序统一原理对一些现实问题进行分析。但整体来看,目前的研究成果多局限于个别问题的探讨,尚未发展出一套成熟且具有可操作性的理论体系以应对复杂多变的情况。笔者的上述研究,除了意在界定刑民占有关系外,也试图建立一种可以用于解决不同

法域之间的争端的较为通行的理论体系。在界定刑民占有关系时所遵循的刑民占有保护的一致性原则、协调性原则和规范目的衡量原则,不仅适用于刑法与民法中占有关系的界定,也可以适用于刑法与民法中其他法律关系的界定,甚至可扩展适用于刑法与民法之外的其他法域。

Abstract: There is an ongoing debate in academia regarding the definition of possession in criminal law, with two main perspectives: the normative possession theory and the factual possession theory. Both viewpoints have their shortcomings. According to the principle of legal order unity, different legal domains should exhibit consistency and coordination in protecting the same social relations, while maintaining appropriate conceptual distinctions. This can be concretized into guiding principles for defining possession in both criminal and civil contexts. Based on this, concepts such as quasi-possession and auxiliary possession from civil law can be introduced into criminal law for crime determination, whereas indirect possession and inherited possession should not be incorporated into criminal law. For issues related to possession derived from “possession of sealed items”, the principles of indirect possession and auxiliary possession can be used to address the problems of possession transfer and attribution. As for the issue of “possession of prohibited items”, which is established based on the special normative purposes of criminal law and does not conflict with the principles of consistency and coordination in criminal and civil possession protection, it should be upheld by criminal law. For this reason, possession in criminal law and civil law manifests itself in a partly identical and partly different intersection.

Key Words: Criminal Law Possession; Civil Law Possession; Unity of Legal Order; Relationship Definition

(责任编辑:车 浩)