

作为规范性支配的占有

——以日本的刑事判例为中心

李 强

内容提要:在财产犯中的占有问题上,近年来我国学者关注的一个焦点是,占有是否具有规范性的一面以及占有的规范性与事实性要素之间的关系。大体而言,我国学者基本承认占有具有规范性的一面,相互间争论的只是事实性与规范性之间的关系如何以及各自的权重大小。虽然存在具体观点上的差异,但我国学者都比较狭隘地理解占有的事实性,以及将占有的事实性与规范性理解为可分离的要素。实际上,通过对日本相关刑事判例的类型性分析和理论总结可以发现,即便在单个主体对财物的事实性支配这一被认为最不具有规范性色彩的占有原型形态上,事实性支配也不过是规范性支配的表象。也就是说,占有的本质其实是规范性支配。而一旦占有作为规范性支配的观念得以树立,将占有概念扩展应用于无形无体的财产性利益,从而形成财产性利益的占有这一概念,就是完全可行的。

关键词:财产犯罪 占有 规范性支配 事实性支配

李强,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

一 问题的提出

对于盗窃罪等财产夺取罪而言,财物占有的转移是必要条件,因此占有无疑是这些犯罪的中心概念。^[1] 围绕着占有概念,^[2]我国刑法学者借鉴日本、德国的相关学说、理论

[1] 参见田中利幸. 刑法における「占有」の概念//芝原邦爾等編. 刑法理論の現代的展開(各論). 東京:日本評論社. 1996. 186.

[2] 如无特别说明,本文中的“占有”皆指盗窃罪等以占有转移为犯罪成立要件的财产夺取罪中的占有。

已经作了很多深入的研究。^[3] 关于占有的客观方面,对财物的“事实性支配”在日本刑法理论中被公认为是占有客观方面的基本内涵。^[4] 在围绕占有概念的基本面展开讨论的基础上,近年来我国学者集中关注的问题是:占有是否具有规范性的一面以及占有的规范性与事实性要素之间的关系。^[5]

就占有的定义内容而言,占有自然是较少具有规范性而更多具有事实性,否则也难以被称为“事实性支配”。刑法理论历来也是如此强调的。例如,与民法上的占有相比,刑法上的占有具有更多的事实性,而比较少具有观念性。比如,在民法中得到承认的观念性占有,像间接占有、基于被继承人死亡而自动形成的继承人对财物的占有,在刑法上是不被认可的。但是,刑法理论的通说又认为,对于事实性支配,不能单纯从物理的角度来理解,还应当从“社会一般观念”的角度来理解。财物在占有者的物理性支配力所及的范围之内,固然是事实性支配,但是,当根据社会一般观念能够推定财物的支配状态时,也可以成立事实性支配。即占有也具有规范的、社会的要素,应根据社会生活的原则来判断事实性支配。^[6] 用日本刑法理论的通行话语来说,就是通过社会一般观念来对事实性支配进行具体判定。由此,似乎又为规范性要素潜入作为事实性支配的占有打开了缺口。

从我国学者近年来的研究看,在占有的事实性与规范性及其相互关系的问题上,学者们大体承认占有具有规范性的一面,相互间争论的只是二者之间的关系如何以及各自的权重大小。比如,梁云宝认为,在占有的事实性判断与规范性判断的关系上,前者是判断占有成立与否的必然性判断,后者则是补充性判断,且是一种或然性判断;在事实性支配显性可见的情况下,规范性判断基本没有存在的余地;而在事实性支配为隐性的情况下,规范性判断起到对之予以显性化的作用。总之,梁云宝坚持事实性在占有中的主导性地位,其主张的“缓和的事实性占有概念”中的“缓和的部分”其实就是规范性内容的补充介入。^[7] 孙运梁所主张的“占有的选言式定义”则认为,在对财物的事实性支配清晰可见时,存在对财物的占有;在对财物的事实性支配并非清晰可辨时,就要借助社会观念进行规范上的认定,而且社会观念的判断独立于对事实性支配要素的认定;占有的选言式定义也不要求事实因素与规范因素同时具备。^[8] 马寅翔则区分三种场合讨论占有概念的规

[3] 例如刘明祥:《论刑法中的占有》,《法商研究》2000年第3期,第35页以下;黎宏:《论财产犯中的占有》,《中国法学》2009年第1期,第110页以下;徐凌波:《刑法上的占有》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第471页以下;白洁:《刑法中占有的认定》,《政治与法律》2013年第12期,第32页以下;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页以下;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页以下;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28页以下;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164页以下。

[4] 参见大谷實. 刑法講義各論. 新版第4版. 東京:成文堂. 2013. 206;大塚裕史·十河太郎·塩谷毅·豊田彦彦. 基本刑法Ⅱ各論. 東京:日本評論社. 2014. 130;前田雅英. 刑法各論講義. 6版. 東京:東京大学出版社. 2015. 163.

[5] 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页以下;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页以下;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28页以下;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164页以下。

[6] 此为德国学者威尔策尔的观点,转引自童伟华:《论日本刑法中的占有》,《太平洋学报》2007年第1期,第14页。

[7] 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173、175页。

[8] 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34页。

范本质:(1)在规范要素先于事实要素而存在时,若财物处于占有人的分配领域内,则占有人占有财物;(2)在事实要素与规范要素并存时,经由规范要素认可的事实支配力是认定占有的根据;(3)在事实要素消失,仅存在规范要素时,占有人对财物的事实支配力消失,而仅依靠公众观念所形成的规范要素继续占有财物。总之,在这些情形之下,规范要素贯穿始终,而占有人占有财物的实质根据始终在于财物处于占有人的分配领域内。^[9]不难看出,上述三种观点虽然在立场上和细节上存在差别,但所持的方法论其实是一致的——将占有的事实性和规范性要素作为此消彼长、可分离的两类要素进行分析:当所谓事实性支配为显性或者清晰可见时,规范性要素的功能趋于弱化或者隐性化;当所谓事实性支配为隐性或者并非清晰可见时,规范性要素的功能则趋于强化或者显性化。^[10]与上述方法论立场不同,车浩认为,在占有的事实性与规范性的关系上,事实性是指事实层面的控制力,而规范性有两层含义:一是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;二是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。^[11]也就是说,车浩将占有的事实性与规范性处理为层级关系,最终起主导作用的是占有的规范性的一面。也正因此,虽然车浩不赞同纯粹规范化的占有概念,坚持认为占有的判断以事实性要素的存在为必要条件,^[12]即其显然更加倾向于事实性的占有概念,但马寅翔仍然认为其观点恰恰体现了占有概念的规范本质。^[13]

尽管上述学者就占有的事实性与规范性及其相互关系问题展开了详尽的研究,但笔者以为上述研究仍然存在不足:第一,在事实性要素与规范性要素的界定上,上述学者所持的标准是不一样的,以至于在一些学者看来为事实性的要素,在其他学者那里却被归为规范性要素,最终导致在一些场合,观点之间的差异其实并不具有实质性。第二,在对事实性的理解上,显然过于狭隘,多偏向于将之理解为物理性、实际性的存在。而占有作为一种制度性事实,其存在要依赖人类的制度,并经由人们的同意(集体意向性)而非个人的爱好、评价或者道德态度而形成。也是在这个意义上,占有不同于完全不依赖于任何人类意见的物理性事实。^[14]刑法理论通说在判断占有时十分重视的“社会一般观念”要素,就起到与上述“人们的同意”“集体意向性”在塑造人类社会制度时所起到的作用相类似的作用。第三,在与规范性要素对举的意义上,均承认所谓事实支配力概念或者近似概念,然后以之在一定情形下排除规范性要素或者讨论规范性要素对其是否认同。然而,在笔者看来,如若没有规范性的介入,就不存在所谓事实“支配力”,因为“支配”说到底规范性的东西。比如,可以设想,尽管自然人甲手握金钱,但如果并不存在国家法律、习惯秩序或者社会观念对私人所保有财产的承认与保护,其他人随时可以对之予以侵夺,就无所谓甲对这笔金钱的支配。第四,占有作为制度性事实,其内部规范性要素的存在形式并非

[9] 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755页。

[10] 持类似立场的,参见[德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社年版2011年版,第26页。

[11] 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1194页。

[12] 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1195页。

[13] 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746页。

[14] 参见[美]约翰·R.塞尔著:《社会实在的建构》,李步楼译,上海人民出版社2008年版,第3页。

完全外在于所谓事实性要素,因此,不存在以事实性要素为第一层次,规范性对之予以观察、认可或者评价这样的层级关系。就像下文一些日本刑事判例所呈现的,在一些场合,如果缺乏规范性要素,所谓事实控制力的存在本身甚至都是大可质疑的。也就是说,此时是规范性建构了事实性,而非事实性预先存在,规范性对之予以观察、认可或者评价。

与现有的研究不同,本文关于占有的实质内容的基本立场是:第一,占有作为制度性事实,其所具有的事实性就是规范性;第二,事实性与规范性无法截然区分,二者之间更不存在所谓补充关系或者层级关系;第三,不存在所谓的事实支配力,占有人对财物的支配仅仅来源于规范性;第四,如果非要区分出所谓事实性与规范性,二者之间的关系也只能是:事实性要素类似于判断素材,而规范性基于这些素材建构了占有人对财物的支配力。需要补充说明的是,在本文中,所谓“规范性”,简言之,是人的价值判断的形式之一;其不同于一般价值判断的地方是,规范性具有公共性,即其体现的是某一人类共同体中通行的,或者得到共同体中多数人认可的价值判断,并非某一个体私人的、独享的价值判断。在这个意义上,占有判定过程中所倚重的“社会一般观念”就是规范性的一种重要形式。

接下来,笔者就结合日本的刑事判例对作为“事实性支配”占有的具体判定进行详尽分析和类型归纳,揭示占有概念所具有的规范性本质;并初步展示占有作为规范性支配在刑法教义学上所具有的扩展应用潜力,即占有概念可以扩展应用于无形无体的财产性利益,形成财产性利益的占有这一概念,从而为财产性利益犯罪的体系性解释研究奠定基础。需要指出的是,笔者沿用“事实性支配”的表述,仅仅是尊重学界惯例,而不表示对其持认同态度。而笔者之所以围绕日本的刑事判例展开讨论,一是因为日本刑法理论关于占有的观点、学说乃至术语,是我国刑法学界研究占有问题的基本学理资源,而以往国内对日本相关问题的研究缺乏对日本有关占有判定问题的刑事判例的细致、类型化分析;二是因为,正如前文已述,占有的判定,其最终判准其实是所谓“社会一般观念”,而选择日本这样的外国作为观察对象,就是为了展示,在一个经济、社会发展状况与我国不同的国家里,社会一般观念上的差别在塑造和建构占有形态时所起的作用是不同的。

另外,本文不是对占有问题的全面研究,因此,基于本文设定的问题意识,笔者不对以往研究所讨论的所有占有形态展开论述,而是集中关注占有形态最核心的部分——单个主体(包括死者这一“主体”在内)对财物的事实性支配。这一占有形态往往被视为占有的原型形态,通常也被视为最具事实性的占有形态。因此,如若能够明确揭示这一占有形态的内核其实是规范性支配,则其他占有形态的规范性本质也就不言而喻了。

二 事实性支配的判断

在占有的判定问题上,事实性支配的判断是核心。在判断事实性支配是否存在时,往往依据如下步骤:^[15](1)是否存在对特定财物的直接实际控制;(2)当不存在上述实际控制时,财物是否存在于某个被排他性支配的特定领域内;如果是,该领域的支配人对于该

[15] 需要强调指出的是,如下判断步骤并不适用于死者的占有问题。

财物就具有事实性支配；(3)当财物不处于上述排他性支配领域内时，要肯定某个主体对财物的占有，就需要存在财物与特定主体、财物与特定场所之间的“特别事实关系”；基于这一特别事实关系，或者会形成特定主体对于特定领域的部分排他性支配，或者会形成特定主体对于特定财物的事实性支配。总体而言，前述(1)、(2)可以看作是特定主体对财物有排他性支配，而(3)可以进一步区别为两类：特定主体对特定领域有部分排他性支配；特定主体对特定领域完全不具有支配，但基于特别事实关系而形成对特定财物的事实性支配。这样，从完全排他性支配→部分排他性支配→完全无支配，在肯定对财物的事实性支配时，特别事实关系在占有判定中所起的作用依次递增。总之，排他性的概括性支配越强，就越不需要考虑财物与特定场所、主体之间的特别事实关系，就能肯定特定主体对该领域内的具体财物有事实性支配；反之则相反。因此，笔者就按照上述完全排他性支配、部分排他性支配、完全不具有支配这三种类型，^[16]以及具有特殊性的死者占有问题，依次结合日本的刑事判例，对事实性支配的判断问题进行分析。

(一) 完全排他性支配的领域

这一情形中最有代表性的是，财物处于占有人的物理控制力所及的排他性范围之内。具体表现为：(1)实际上掌握、监视着财物；(2)财物被自己支配下的机械、器具所确保；(3)财物在自己概括支配的场所内，比如在自己家里，即使占有人没有实际地把持、监控财物，甚至忘记了财物具体的放置位置，也不影响事实性支配的存在；^[17]再比如由银行柜台所分隔开的银行职员业务室；^[18](4)依照其自然属性，拥有自行回归饲主处的习性的财物，例如饲养的家畜。^[19]对于这类处于特定主体完全排他性支配范围内的财物，刑法理论上都认可该领域的支配人对财物有事实性支配。

(二) 具有部分排他性支配的领域

剧场提包案：剧场的清洁工B在开场前打扫剧场卫生间时，发现了昨晚观众A遗忘在卫生间内的手提包；出于带回家给自己女儿用的意图，B将该手提包拿走。在本案中，对于A而言，手提包显然已经脱离占有；应当进一步考虑的是，对该手提包的占有是否已经转移给剧场的管理者。学说上的回答是肯定的。这是因为，在开场前，剧场内的领域是剧场管理者的包括性支配所及的场所，具有很强的排他性。也就是说，虽然原先的占有人失去了占有，但如果该财物存在于第三人的事实支配力很强的场所，那么该财物的占有就转移给该第三人。^[20]

高尔夫球场失球案：行为人B将高尔夫球手打落在高尔夫球场内水池中的高尔夫球予以回收，据为己有。对此，日本最高法院1987年4月10日的判决认为，行为人构成盗

[16] 与此处分类略微不同的分类，参见田中利幸·刑法における「占有」の概念//芝原邦爾等編·刑法理論の現代的展開(各論)。東京：日本評論社。1996. 189-190；山口厚·刑法各論·補訂版。東京：有斐閣。2005. 176-179。

[17] 参见童伟华：《论日本刑法中的占有》，《太平洋学报》2007年第1期，第14页。

[18] 田中利幸·刑法における「占有」の概念//芝原邦爾等編·刑法理論の現代的展開(各論)。東京：日本評論社。1996. 189。

[19] 山口厚·刑法各論·補訂版。東京：有斐閣。2005. 177。

[20] 大塚裕史·刑法各論の思考方法·新版。東京：早稻田経営出版。2007. 43。

窃罪。法院的判决理由是,虽然高尔夫球手作为原所有人已经放弃对失球的所有权,但从高尔夫球场这一方面来看,这些失球迟早会被球场回收,并计划进行再利用。基于这一事实关系,这些失球不论是依据无主物先占,还是根据权利的承继取得,都应当归球场所有而不是无主物,并且应当说球场的管理者占有着这些失球。^[21]当然,如果高尔夫球场并无回收和再利用失球的行为和计划,则有另当别论的可能。

从上述两个案例可以看出,在不同于住宅这样的私密性极强的支配领域的范围内,要认定该领域的管理者对领域内财物的占有,需要考虑一些特别事实。比如,在剧场提包案中,只有当剧场处于没有演出在进行的开场前时段,才能肯定剧场管理者对剧场排他的包括性支配。如此限定的理由很明显,当剧场营业时,剧场内人员来往频繁,属于公众可以自由出入的公共场所,此时很难认为剧场管理者对于剧场具有像住户对于住宅那样的包括性支配力。也只有当剧场停止营业,除剧场工作人员外其他人被限制入内之时,才可以肯定剧场管理者具有上述性质的支配。在高尔夫球场失球案中,高尔夫球场和剧场一样也是公众可以自由出入的公共场所,此时认可球场占有着失球,主要的事实依据即在于球场回收、再利用失球的行为和计划。也就是说,球场通过其已经实施和计划实施的被认可的行为,而对失球有一种支配可能性。

与剧场提包案、高尔夫球场失球案适成反例的,有一个列车毛毯案:被告人是列车车站的挂车员,其于上班时间在停靠于车站的列车车厢内发现了乘客遗留的一条毛毯,被告人以不法占有的目的将该毛毯拿走。对于与这一案例类似的案件,日本战前最高法院 1926 年 11 月 2 日的判决认定被告人成立脱离占有物侵占罪(即遗失物侵占罪)。其理由简要如下:没有根据认为,铁道列车内的乘客遗留物在法律上当然应当由铁道乘务工作人员保管;倒不如说,根据《遗失物法》第 10 条,铁道列车的乘务工作人员作为列车的管理人员,仅仅享有受领交付遗失在其列车内物品的权利,而不是该物当然的占有人;因此,本案列车车厢内乘客遗留的毛毯就是所谓的遗失物,被告人在本案列车内拾得该毛毯而没有交给该列车乘务工作人员,就是不法取得的行为,构成刑法第 254 条的脱离占有物侵占罪。^[22]也就是说,法院不认为毛毯在遗失之后,其占有即转移给列车乘务工作人员。也有学者认为,本案判决的根据在于,就列车车厢这样的一般乘客可以自由出入的场所,足以肯定占有继续存在的支配是不存在的。^[23]结合上述学者和法院的陈述可知,本案中列车工作人员对财物的占有被否定主要是因为:(1)列车车厢是一个人员来往频繁的公共场所,当原占有人失去对财物的占有之后,很难肯定列车工作人员对财物有事实性支配;(2)列车工作人员对于乘客的遗失物,只享有领受交付的权利,因此,对于尚未交付的乘客遗失物,很难说列车工作人员是其占有人。

细察上述两个理由可以发现,本案与剧场提包案、高尔夫球场失球案存在如下不同之处:(1)在剧场提包案中,全天的演出已经结束,此时的剧场已经由可以自由出入的公共

[21] 西田典之·山口厚·佐伯仁志.判例刑法各論.4版.東京:有斐閣.2006.144.

[22] 西田典之·山口厚·佐伯仁志.判例刑法各論.4版.東京:有斐閣.2006.140.

[23] 山口厚.刑法各論.補訂版.東京:有斐閣.2005.178.

场所变成无关人员不得入内的封闭场所,因此,可以根据这一事实而肯定剧场管理人对于剧场领域内的财物具有事实性支配。与之相反,本案中的列车车厢是乘客可以自由出入的地方(如果是停止运营之后的列车车厢,则可能另当别论,因为此时的列车类似于演出结束后的剧场),因此,很难认可列车工作人员对于该领域内的财物具有事实性支配。(2)在高尔夫球场失球案中,法院认可球场管理人占有失球的主要理由是,这些高尔夫球已被原所有人抛弃,而球场一直在回收这些失球并计划进行再利用,因此,基于这一特别事实,可以认定球场管理人对这些失球有事实性支配。与之相反,在本案中,法院根据相关法律的规定认为,列车工作人员只拥有受领遗失物的权利,因此,不能认为他们对于尚未受领的遗失物是当然的占有人,从而否定了列车工作人员对乘客遗失物的占有。也就是说,本案由于缺乏能够据以肯定事实性支配的特别事实,从而无法像剧场提包案和高尔夫球场失球案那样,肯定事实性支配由原占有人转移给了剧场和球场等领域的支配者。

(三)不具有排他性支配的领域

对于完全不具有排他性支配的领域而言,要认可特定主体对财物的事实性支配,就只能基于特别事实关系进行认定。以下,笔者依照这些特别事实的基本类型,对这一情形下事实性支配的认定进行分析。

1. 紧密的时空联系

路边自行车案:雇员A夜里关店时忘记把店主的自行车挪入屋内,该自行车所处之场所为邻家的公共道路旁,B于深夜将该自行车骑走。日本福冈高等法院1955年4月25日就与这一案例类似的案件判决认定,行为人构成盗窃罪。法院认为,即便忘记将财物放回屋内而于夜间放置在公共道路旁,财物所有人对该财物的所在位置还是有意识的;并且客观地看,当该财物处于能够推知其所有人的场所时,其通常属于所有者占有;因此,窃取该自行车的行为构成盗窃罪。^[24]正是基于这一判决,日本刑法理论才有了如下观点:财物在占有人的物理性支配下固然构成事实性支配,但在通过社会一般观念能够推定财物的被支配状态时,也应当认定占有人的事实性支配,从而构成对财物的占有。例如,西田典之就将盗窃罪中的占有的客观内容定义为,他人事实上支配财物的状态或者使他人推知到支配的客观状况。^[25]所谓“使他人推知到支配”就是指类似上述福冈高等法院判决的看法。

照相机案:被害人A在候车室排队买票时,将自己的照相机放置在身旁距自己仅30厘米的水泥台上。A随着队列的移动而不断向售票窗口的方向移动,当来到窗口前时,才发现忘记了照相机,遂返回去取照相机,照相机却已被B拿走。从队列开始移动到A返回,大约5分钟时间,其间距离约20米。日本最高法院1957年11月8日的判决,就与这一案例类似的案件发表了如下意见:刑法上的占有是指人对财物的实力支配关系,这一支配的样态因财物的形状以及其他的具体事实而不同,而未必以对财物的现实持有或者监视为必要,对此应当理解为,财物存在于占有人支配力所及的场所之内就足够了;但是,该

[24] 西田典之·山口厚·佐伯仁志,判例刑法各论,4版,东京:有斐阁,2006,137。

[25] 西田典之,刑法各论,第4版补正版,东京:弘文堂,2009,134。

财物是不是还在占有人的支配下,这只能通过若是通常人都会予以认可的社会一般观念来决定;若依据本案的具体状况进行客观考察,则照相机仍在被害人的实力支配下,而尚未脱离被害人的占有;另外,在当时的状况下,任何人都可以明确地认识到,该照相机是队列中某个乘客一时放置在那里的东西,被告人以为是遗失物的辩解难以令人信服。^[26] 如此,一旦以社会一般观念作为判定事实性支配是否存在以及事实性支配归属于谁的基准,则难免会使得事实性支配这一占有的客观内容带有相当的规范性色彩。

本判决意见中关于“能够推知所有人之所在”所表达的意见,显示了与之前判决不同的看法。本判决所面对的事实与前述福冈高等法院判决所面对的事实大致相同,都是能够通过财物所处的具体位置推知所有人之所在。前者是放置在队列旁的照相机,后者是放置在离自家店面不远的公共道路旁的自行车。福冈高等法院的判决将这一能够推知所有人之所在的客观状况当作判定事实性支配的要素,即将其作为判断占有之客观内容的要素。但本判决认为,即便存在上述能够推知所有人之所在的客观状况,也只能证明行为人的主观意思。因为,如果假设本案中的被害人最后没有发现自己忘记了照相机,从而没有返回放置照相机的地方寻找,而是等到已经买了车票上了车才发现忘记了照相机——也就是说,无论时间间隔还是空间距离,都比实际案件发生的情况大了很多——恐怕就很难认为照相机一直在被害人的占有之下。但是,即便这样,照相机被放置在队列旁边这一客观状况一直存在。而根据前述福冈高等法院判决的论理,这一客观状况仍然是“能够推知所有人之所在”的客观状况,但显然,此时再根据这一客观状况来认定被害人仍然在事实上支配着财物,就不合适了。也就是说,在照相机案中,最终决定法院认可照相机仍在被害人的事实性支配之下,而非脱离占有物的事实要素是,被害人离开照相机的时间只有短短的 5 分钟,离开的距离也只有大约 20 米。如此短暂的时空脱离,从社会一般观念这一规范性的视角来看,并不构成对财物占有的脱离。

另外,如果对福冈高等法院判决所处理的案件事实做一番假设,也可以发现这一论理的不足。在路边自行车案中,尽管自行车被遗忘在路边而没有被放入屋内,但自行车仍然位于离被害人店面不远之处。假设当时自行车所处的位置不是被害人的店面附近,而是更远处别人家门前的公共道路旁。既然是在住宅门前,那么对于行为人乃至其他人而言,通常也会推定认为该自行车的所有人为该家住户,而不会认为该自行车是无人占有之物乃至被抛弃之物。因此,就如同山口厚所言,“是否‘存在可以推定他人的事实上的支配’的状况,不是判断占有的必要条件。该要件在即便难以认定被害人有排除他人妨害而恢复现实支配的可能性时,也能够肯定占有之存在虽然可能是有意义的,但在已经根据事实的支配可能性而能够肯定占有的情况下,……以缺乏该要件为由否定被害者占有的存在是不合理的”。^[27]

其实,占有是一种被社会一般观念认为应当加以保护的被害人(占有人)相对于行为人乃至其他人而言事实上支配财物的状态。因此,决定占有存在还是不存在的是被害人

[26] 西田典之·山口厚·佐伯仁志. 判例刑法各论. 4 版. 东京:有斐阁. 2006. 137.

[27] [日]山口厚著:《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,第 134 页。

是否事实上支配了财物,而不是其他人能否根据客观状态来推定存在他人的事实性支配,因为这种推定只是在前者不能被直接明确肯定的情况下,而采用的一种用于间接推定前者的手段。但是,这样的推定也可能与事实不符,例如前文假设的情形:自行车被放在离自己家很远的别人家门前的公共道路旁。日本学者所区别的这两类事实性支配状况是存在内在本质区别的不同情形。占有对存在于其支配力所及范围内的财物都有事实性支配,这是从占有人的角度来说的。与之相反,对于处在通过社会一般观念能够推知财物支配者的状态下的财物,也认可被害人的事实性支配,这是从占有人之外的其他一般人的立场出发的。因此,当财物处于占有人支配力所及的范围内时,这一事实是否能够被行为人或者其他根据社会一般观念加以推知,并不影响占有人的事实性支配在客观上成立,而只会影响行为人是否认识到财物在他人事实性支配之下,即这是财产犯罪中故意是否成立的问题。而当存在能够推知财物支配者的状况时,也有可能被推知的占有人并不是真正的占有人,或者财物恰恰是无人占有之物乃至被抛弃之物。如此看来,真正决定路边自行车案中法院肯定被害人的事实性支配的关键因素,其实是自行车被放置在离被害人店面非常近的地方。而所谓“能够推知其所有者”其实也只是证明了行为人能够认识到其取得的自行车是他人占有的财物。另外再考虑到,在作出该判决的时代,自行车被随便置之不理、抛弃的情况还非常少见,也很少有人会在认识到是谁的东西的情况下就将自行车骑走,所以可以肯定被害人对自行车有一定程度的排他性支配。但是,在随意处置、抛弃自行车日渐频繁的现在,即便放在离家很近的地方,根据自行车被放置的状态、是否上锁等保管的样态而否定占有的情形也是存在的,对于这一点也必须注意。^[28] 如下案例也能帮助说明笔者上述观点的正确性。

车站钱包案:被害人A在车站的4号售票窗口买票时掏出了自己的钱包,买完之后,又去13号窗口买票,准备掏钱时才发现将钱包忘在了4号窗口;等到返回寻找时,钱包已被B拿走。从A在4号窗口买票到A在13号窗口发现忘了钱包,其间经过的时间不过一二分钟,两个窗口之间的距离也不过十五六米。日本东京高等法院1979年4月12日的判决认为,在本案的时间、场所状况下,钱包依然处于被害人的实力支配之下而尚未脱离被害人的占有。这一判决意见的根据在于如下事实:被害人在发觉钱包遗落之后马上返回寻找;当被害人到达13号窗口时,位于4号窗口的钱包仍在被害人目力所及的范围之内。基于这些事实可以认为,钱包仍然处于被害人的支配所能推及的相当场所区域内。^[29]

但是,同样是暂时离开财物,却因为场所状况的具体差异而导致无法肯定被害人对财物的事实性支配。比如超市钱包案:被害人A在大型超市的6层将钱包遗忘在座椅上,随后乘升降电梯(耗时约2分30秒)来到超市的地下1层。10分钟之后,A发觉遗落了钱包,立即返回超市6层寻找,钱包已被B拿走。日本东京高等法院1991年4月1日的判决,就与这一案例类似的案件认为,案件中的钱包为脱离占有物而非被害人占有的财

[28] 大塚裕史. 刑法各論の思考方法. 新版. 東京:早稲田経営出版. 2007. 44.

[29] 西田典之·山口厚·佐伯仁志. 判例刑法各論. 4版. 東京:有斐閣. 2006. 138.

物。法院认为,被害人在公众可以自由出入的正在营业的超市 6 层将钱包遗忘在座椅上,并且就这样离开了超市 6 层来到地下 1 层,座椅附近也没有任何随身携带的行李等物,而只有钱包在座椅上被放置了大约 10 分钟;即便考虑到被害人对钱包被遗落的位置有明确的记忆,而正好在座椅附近的 A 小孩也注意到被遗落的钱包,并且预料到失主会返回寻找从而一直注视着该钱包等事实,但在社会一般观念看来,在被告人不法取得钱包时,被害人的支配力要及于该钱包绝不会是件容易的事;如果这样来考虑,则很难认定钱包在被告人取得之时仍在被害人的占有之下。^[30]

本案例与照相机案、车站钱包案存在事实上的类似和差异,而正是其间的差异导致了迥异的认定结论。二者在事实上的类似之处是:(1)案件发生时的环境都是公众可以自由出入的公共场合。(2)被害人离开财物的时间都比较短。照相机案中为大约 5 分钟,车站钱包案中为 1 至 2 分钟,本案中为大约 10 分钟。但本案最后的认定结论却迥异于照相机案和车站钱包案,在这两个案件中,法院都肯定了被害人对财物的事实性支配,在本案中法院则否定了被害人的事实性支配。造成结论差异的关键在于:在照相机案和车站钱包案中,被害人离开财物的时间和空间距离都很短。而在本案中,被害人从遗落钱包的超市 6 层下到地下 1 层,离开财物的空间距离很远,而且处在不同楼层;这些事实其实都意味着被害人不仅无法实际控制财物,连恢复实际控制的可能性也很低;再考虑到本案例中超市的规模巨大且正处于营业中,人员来往密集,就更是如此了。就像山口厚所总结的那样,“被害人在发现遗失物时,有排除他人妨害而确保财物的可能性是占有存在的基础”。^[31]或者说,刑法上的占有的客观要件是一种“支配可能性”。^[32]

2. 规范意思的相互保证

天桥自行车案:某人行天桥事实上已成为早市顾客的自行车停车场,经常有人把自行车一整夜地放在那里。被害人 A 将其未上锁的自行车放在该天桥上,在经过 14 小时后,午夜 3 点半,A 回来取车时发现车已被偷走。日本福岡高等法院 1983 年 2 月 28 日的判决认定,本案中的自行车仍在 A 的占有之下,被告人构成盗窃罪。这一认定所依据的基本事实如下:(1)本案中的人行天桥已经成为约定俗成的自行车停车场;(2)在 A 的自行车外,同一地点还放置有一辆自行车;(3)本案中的自行车是被害人 A 刚买不过一年的新自行车,且在车上漆有车主姓名,车筐中还放有一把雨伞和毛巾,所放置的位置也是有意贴着栏杆放置以避免妨碍行人通行;(4)被害人 A 清楚地知道该人行天桥现在已经在作为停车场发挥作用,并且是出于过后再来取的意思而将自行车放在此处。^[33]上述(1)、(2)表明,当该天桥已经作为停车场来使用时,就意味着,即便无人看管,这一事实也已经社会一般观念上构成了对其他人实施妨害的限制。就如同山口厚所言,当所有人特意将不上锁的自行车放置在停车点时,由于放置场所的特殊性,仍有可能肯定占有的成立;

[30] 山口厚. ケース&プロブレム刑法各論. 東京:弘文堂. 2006. 80-81.

[31] [日]山口厚著:《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,第 134 页。

[32] 川端博. 財産犯論の点景. 東京:成文堂. 1996. 8.

[33] 西田典之·山口厚·佐伯仁志. 判例刑法各論. 4 版. 東京:有斐閣. 2006. 142;山口厚. ケース&プロブレム刑法各論. 東京:弘文堂. 2006. 83.

在这一场合,由于所有人将该财物暂时委托给该场所保管,而且该场所的作用正是保管该财物,所以将该财物评价为仍然归属于所有人占有是有可能的。^[34] 本案中的人行天桥因为实际上发挥着自行车停车场的的作用,因而符合山口厚的上述观点。上述(3)、(4)则表明被害人 A 是有意将自行车放置在天桥上的,并没有放弃主观上的支配意思。从理论上可以认为,这是通过较强的占有意思来补足较弱的占有事实(事实性支配)。^[35]

天桥自行车案的判决意见可以说是将占有概念的规范化发展到了相当高的程度。因为,虽然该人行天桥已经成为实际上的自行车停车场,但是,该场所作为保管场所的职能只是约定俗成的,即基于社会一般观念而形成的,放在那里的自行车是否安全,基本上依赖于社会上的一般人是否具有较高的规范意识和守法意识。也就是说,在这一案例中,特别突出地体现了占有的规范性内涵是如何塑造、建构所谓的事实性支配,而不是像我国一些学者所主张的占有的事实性要素为占有的规范性奠基。与之形成对照的是有专人看管的停车场。显然,由于配备有专门的看管人员,且该看管人员是出于保护所有人的财产安全的职责而享有对财物的实际控制,因此,可以沿用占有辅助人理论的思维逻辑而认为,此时被交托保管的财物仍然处于所有人的事实性支配之下,从而成立所有人对财物的占有。即便无法认可这一逻辑,也还是可以基于看管人对财物的实际控制而认定由看管人在事实上支配着财物,从而成立看管人对财物的占有。由此,如果要认可天桥自行车案的判决结论,单单以较强的占有意思为根据还不够,因为占有毕竟还是需要主客观两方面的内容都具备才能成立。因此,该判决要认可占有的成立,作为客观内容的事实性支配似乎也只能是一种类似于人与人之间规范意思的相互保证这样的规范性的东西。这样的认定结论或许在公民的规范意识、守法意识普遍很强的日本社会是可行的,要是换了社会环境,恐怕就有过于脱离实际之嫌。

3. “支配圈”^[36]

公园拎包案:被害人 A 于下午 3 点 30 分左右,在某公园内坐在条凳上与朋友闲谈,并将随身携带的拎包放在身边。被告人 B 于 5 点 40 分左右,在同一公园内看到条凳上坐着的 A 等人,并想:“如果 A 忘了带走拎包,我就把它拿走”。于是 B 装作看书,窥伺 A 的动静。下午 6 点 20 分左右, A 送朋友去地铁站,离开条凳时忘了拿自己的拎包。在一旁的 B 想着等 A 离拎包远一点时就拿走它,并一直观察 A。而 A 完全没有发觉自己忘了东西,一直向车站方向走。B 看着 A 上了公园出口的过街天桥,向距离前述条凳约 27 米远的天桥休息台走去;此时, B 看到四处无人,就拿走了拎包。另一边, A 在过人行天桥时(距离地铁检票口附近约 200 米,大约 2 分钟路程)发现自己忘了拿拎包,于是急忙返回,并在朋友的协助下抓获了 B,将拎包取回。对于本案,日本各级法院都肯定了被害人对财物的占有,从而认定被告人构成盗窃罪。但从学者的分析看,各个法院在判断占有是否成立的方法上存在重大差异。日本大阪高等法院 2004 年 3 月 11 日的控诉审判决,通过考察全案

[34] 参见[日]山口厚著:《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,第 131 页。

[35] 参见黎宏:《论财产犯中的占有》,《中国法学》2009 年第 1 期,第 114 页。

[36] “支配圈”这一术语取自小林宪太郎. 占有的概念//西田典之等编. 刑法の争点. 东京:有斐阁. 2007. 165.

的整体事实状况而肯定了被害人的占有。“虽然被害人将本案拎包遗忘于公园条凳上,但被害人脱离对于本案拎包现实的控制的距离与时间都极为短暂,在这期间,公园内几乎无人通行,被害人不仅对遗忘场所有明确的认识,对有可能拿走拎包的人也能猜得到,实际上也是如此,通过使用手机找到拎包的所在地点等等方法,被害人很快从被告人手中取回了本案拎包,根据这些事实关系,能够认定在被告人对本案拎包不法取得之际,被害人并未失去对本案拎包的实力支配,仍然继续保持着对该物的占有。”也就是说,在控诉审判判决中,法院沿用了前述各案例判决中一直使用的判断方法,来具体认定是否存在被害人的占有。这一方法体现为,综合检讨从被害人离开财物的时间点开始,直到发现自己遗忘财物并返回遗忘场所的全部状况,在此基础上判断该财物此时是否仍处于被害人的占有之下。^[37] 总而言之,“在暂时地遗忘财物的案件中判断被害人占有的存在与否,财物与被害人之间的场所、时间的距离具有决定性意义。换言之,……当发现到财物遗失的时候,可以以场所、时间为依据,若意识到财物的遗忘、从而据此恢复现实之支配的可能性大,那么就给认定对该财物的占有奠定了基础。”^[38]

日本最高法院 2004 年 8 月 25 日的判决,仅仅根据被告人取得财物行为时点的状况判断被害人是否失去了占有,进而肯定了被害人的占有。判决中说:“被告人取得本案拎包,是在被害人从遗忘该物的条凳处走向距离条凳不过约 27 米处场所的时间点,根据本案以上等等的事实关系进行判断,在该时点上,即便考虑到被害人暂时忘记了本案拎包而从现场离开的事实,也不能认为被害人失去了对本案拎包的占有,被告人在本案中的领得行为构成盗窃罪”。^[39] 显然,最高法院在判断占有存在与否时,并不像控诉审判判决那样考察了所有事实细节,而是专注于“被告人取得本案拎包,是在被害人从遗忘该物的条凳处走向距离条凳不过约 27 米处场所的时间点”这一事实,并据此肯定了被害人的占有。

在山口厚看来,日本最高法院就本案作出的判决所使用的判断方法,才是判定占有是否成立时本来的判断方法。因为只有行为人取得财物时被害人是否丧失了对财物的占有才是重要的问题。因此,当被告人取得财物的时间点能够被确定时,就应当直接根据该时间点的状况判断被害人是否丧失了对财物的占有;而只有在取得财物的时间点无法绝对确定时,才会通过考察从被害人离开财物到返回寻找财物整个过程的全部状况,判断被害人的占有是否存在;但是,即便存在判断时点这一判断方法上的重大差异,在肯定被害人的占有时,具有重大意义的事实仍然是,在被告人取得财物的时点,被害人与财物在时间和场所上的脱离都微不足道这一事实。^[40] 即在被告人实施取得财物的行为时,被害人与财物的距离不过是大约 27 米。而被害人从条凳出发走出 27 米这样短的距离所耗费的时间,虽然案例中未予明确说明,但也应该是极其短暂的。因为案件中的事实表明,被害人走上过街天桥时,距离要去的地铁检票口约 200 米远,而这个距离所需耗费的时间为约 2

[37] 参见[日]山口厚著:《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,第 128 页。

[38] [日]山口厚著:《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,第 133 页。

[39] 山口厚. ケース&プロブレム刑法各論. 東京:弘文堂. 2006. 80; [日]山口厚著:《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,第 128 页。

[40] 参见[日]山口厚著:《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,第 129 页。

分钟。走 200 米需耗时 2 分钟,那么走完大约为 200 米的七分之一的 27 米,可以大致推测所耗费的时间也应当大致为 2 分钟的七分之一,也就是一二十秒钟的时间而已。

从公园拎包案的判决以及学者对判决的分析来看,就与本案类似的事实,认可被害人占有的根据则稍有不同。公园拎包案的判决依据表明,所谓的事实性支配更像是以被害人为圆心而形成的“支配圈”。只要被害人与财物之间的时间、空间距离尚未超出这一“支配圈”,就可以肯定被害人对财物的事实性支配。首先,被害人紧密地控制着财物;其次,被害人开始脱离财物,这是一个由近至远、由短到长的时空距离逐渐延伸的过程;再次,只要行为人在这一时空距离尚未达到逸出“支配圈”的程度之时取得了财物的控制、支配,就都属于对财物占有的转移。若如此看待作为事实性支配的占有,那么,即便公园拎包案中的被害人始终没有发觉自己遗忘了拎包,也会由于行为人取得拎包的时间点非常明确,而在这一时点,被害人离开拎包的距离不过 27 米、时间不过一二十秒,显然尚未逸出被害人对财物的“支配圈”,从而行为人的行为仍然构成对被害人占有的转移和侵夺。

(四)死者的占有问题

刑法理论通说认为,占有由客观方面的支配事实与主观方面的支配意思构成,缺一不可。因此,既然成立占有需要具备支配意思,那么,就只有具有意思能力的自然人才能成为刑法上占有的主体。如此一来,死者既然已经死亡,已经丧失了意思能力,当然不具备支配意思,从而也就无所谓死者的占有。但是,日本的判例以及学说却提出并处理了如下问题:在一定场合,特别是财物的原占有人死亡之后的短时间内,是否可以承认死者的(生前)占有,从而认定相关行为人成立盗窃罪等财产夺取罪?这一问题在我国的司法实践中也有所体现。^[41]对于这一所谓死者的占有问题,笔者就以日本判例中经常出现的两种情形^[42]为例进行分析。

1. 杀害被害人之后才产生占有财物的意图

杀人后取走手表案:被告人在野外杀死被害人之后,产生取得财物的意思,随即在犯罪现场,把被害人身上所戴的手表拿走。就该场合行为人该当何种罪责,日本判例与学说的主流观点是盗窃罪说,其内部又存在不同主张。除此之外,还有抢劫罪说和脱离占有物侵占罪说。日本最高法院 1966 年 4 月 8 日的判决认为,被告人构成盗窃罪。法院指出:

[41] 例如最高人民法院 2005 年 6 月 8 日《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》就指出:行为人“实施故意杀人犯罪行为之后,临时起意拿走他人财物的,应以前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚”。显然,这里的“实施故意杀人犯罪行为”包括故意杀人既遂的情况。在被害人已经死亡的情况下,行为人临时起意拿走被害人财物的成立盗窃罪,自然以认可死者的占有为前提,或者至少是像部分日本学者那样,认可死者生前占有在死后一段时间内的持续。我国有学者就认为,在取得财物者就是先前侵害被害人的行为人,取得财物的行为与先前的侵害行为时间间隔极短,几乎同时存在,几乎发生在同一场所时,可以认为被害人的生前占有在死后有限延续,从而肯定行为人成立盗窃罪。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 29 页。

[42] 日本的判例与学说在讨论死者的占有问题时,往往还会涉及另一种情形,即以取得财物的意思杀死被害人并取得被害人的财物。对于这一情形,日本的判例与学说都认为行为人构成抢劫罪,只是各自的说理稍有不同(参见田中利幸.刑法における「占有」の概念//芝原邦爾等编.刑法理論の现代的展開(各論).東京:日本評論社.1996.193)。因此,笔者此处不论及这一情形。并且,笔者以为,这一情形其实与死者的占有问题关系不大。

虽然被告人一开始并没有取得财物的意思,但是,在野外杀人之后被告人产生了该意思,并在故意杀人的犯罪行为发生之后,即刻在现场从被害人身上拿走了手表。在这样的场合,法律保护即便死后也继续持续的被害人生前对于财物的占有,应当说这是符合法律的目的。如此的话,为使上述财物从被害人处脱离而利用自己的行为取得上述财物,对这一系列的行为进行全体考察,那么,应当说这就是对他人财物占有的侵害。因此,被告人取得财物的行为不是侵占脱离占有物,而是盗窃财物。^[43]

上述判例就代表了盗窃罪说的一种立场,认为行为人取得财物的行为侵害的是死者生前的占有。对此,学说上也多有赞同。^[44] 持这一立场的要点在于:(1)回避从正面肯定死者的占有,而强调紧接死亡之后在犯罪现场保护死者生前占有的必要性;(2)将行为人致被害人死亡前后的一系列行为联系起来进行整体上的考察。^[45] 也就是说,这一思考方法的特点在于,重视行为人与被害人之间的特别事实关系,在时间、场所接近的范围内,认可对死者生前占有的保护。但是,这一立场的缺点也相当明显:(1)既然支配意思已经不存在、没有持续,何来生前占有的持续?(2)所谓时间、场所的接近也是非常不明确的,极易被扩张适用,造成处罚范围极度不明确。例如,日本的下级法院就扩张适用上述方法,在杀害行为与财物取得行为之间存在时间、场所隔离(从杀害被害人到行为人在被害人住宅内取得财物之间间隔了约 3 到 86 小时等各种场合)的情形下,仍然认可行为人构成盗窃罪。^[46] 相反,也有判例就杀死被害人 9 小时后返回现场取得财物的事实,没有认可死者生前占有的持续,从而仅认定行为人构成脱离占有物侵占罪。^[47] 盗窃罪说的另一种主张是极端地肯定死者的占有,被害人在死后仍然占有着财物。但是,这一主张面临如下责难:(1)既然是已经死亡的人,就很难认为死者还具有支配意思以及对财物实施现实性的支配;^[48] (2)如果肯定死者的占有,那么,无论死后多久时间,都不得不承认成立盗窃罪,这显然是不合理的。^[49]

抢劫罪说则认为,在这种场合,行为人是利用杀人行为所产生的被害人不能反抗的状态而夺取其占有的财物,因而构成抢劫罪。^[50] 显然,这一主张认可被害人死亡当时存在被害人的占有,并且是持续到死亡之后的死者生前的占有。但是,由于在如下事实上存在疑问,使得这一主张很难具有说服力:虽然行为人利用了自己造成的被害人不能反抗的状态而取得了财物,但因为是在被害人死亡之后,行为人才产生取得财物的意思,所以,行为人并没有把杀人行为当作取得财物的手段,^[51] 这一点并不符合抢劫罪的构成要件。

[43] 参见山口厚. ケース&プロブレム刑法各論. 東京:弘文堂. 2006. 84.

[44] 参见团藤重光. 刑法綱要各論. 3 版. 東京:创文社. 1990. 572;前田雅英. 刑法各論講義. 6 版. 東京:東京大学出版会. 2015. 169-170;[日]大塚仁著:《刑法概说(各论)(第 3 版)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 189 页。

[45] 参见曾根威彦. 刑法の重要問題(各論). 補訂版. 東京:成文堂. 1997. 149.

[46] 参见曾根威彦. 刑法の重要問題(各論). 補訂版. 東京:成文堂. 1997. 149.

[47] 参见大谷實. 刑法講義各論. 新版第 4 版. 東京:成文堂. 2013. 211.

[48] [日]大塚仁著:《刑法概说(各论)(第 3 版)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 189 页。

[49] 参见前田雅英. 刑法各論講義. 6 版. 東京:東京大学出版会. 2015. 170.

[50] 参见藤木英雄. 刑法. 船山泰範補訂. 第 3 版補訂 2 版. 東京:有斐閣. 2008. 228.

[51] 参见曾根威彦. 刑法の重要問題(各論). 補訂版. 東京:成文堂. 1997. 150.

脱离占有物侵占罪说认为,“既然占有的主体已经死亡不存在,那么,就应该说对财物的占有已经消失”。^[52]“死者的占有”“死者生前的占有”等说法均不合理。“因为人一旦死亡,对财物的占有也就同时消失,被害人生前占有的财物,在其死后实际上不属于任何人占有,即成为脱离占有物。”^[53]因此,无论是行为人杀害被害人后产生取得财物的意思并取得财物的场合,还是下面将要涉及的第三人取得死者生前携带的财物的场合,行为人都只能构成脱离占有物侵占罪。

2. 无关系的第三人取得死者生前财物

路人取走死者钱包案:A在公园内杀死了B并撇下尸体逃走,在附近散步的行为人X正好经过犯罪现场,就从B的口袋里拿走了钱包。对于这一场合下的行为人该当何种罪责,日本判例和学说的主流观点是行为人构成脱离占有物侵占罪。但是,学说上也有主张成立盗窃罪的观点。

日本战前最高法院1924年3月28日的判决就类似事实的案件,作出行为人成立脱离占有物侵占罪的判决。该案事实为,关东大地震之后,行为人从被烧死的人那里取得现金。^[54]从理论上讲,认为构成脱离占有物侵占罪的理由在于:(1)否认死者的占有,死者生前携带的财物已经是脱离占有之物;(2)对案件中行为人前后一系列行为作整体考察,行为人并没有杀害被害人,不存在利用该行为取得财物的问题,因此,不能与行为人杀害被害人之后才产生取得财物的意思,从而取得财物的情形作一样的评价,即杀害被害人的行为与取得财物的行为之间不存在关联,故只能就取得财物的行为进行单独评价。^[55]

上述理由中的第二项理由暗含如下结论:在行为人杀害被害人之后产生取得财物的意思从而现场取得财物的场合,认可死者生前占有的持续;相反,在无关第三人从死者那里拿走财物的场合,却否认死者生前占有的持续。这样的结论差异其实源于在上述两种场合都坚持了同一种思考方法,即就具体案件中行为人前后一系列行为进行整体考察。同样的思考方法却得出不同结论,貌似在理论上未能保持一致。但实际上,这一思考方法非常重视不同场合下不同具体事实所具有的不同意义,那么在不同场合得出不同结论也就理所应当。但是,正像学者指出的那样,占有是一种客观事实,如果认为死者生前的财物对于杀害被害人的行为人而言是他人占有之物,对于无关第三人而言却是脱离占有之物,这让人难以信服。^[56]也就是说,让作为客观事实的占有变得主观化、相对化。因此,能够对脱离占有物侵占罪说提供合理说明的,就只有否认死者的占有。

作为少数说的盗窃罪说则主张,对于该第三人而言,该财物仍为他人占有之物。理论上说,可以从三个方面进行论证:(1)就肯定死者占有的主张而言,这是当然结论,该主张的缺陷已如前述,此处不再赘述。(2)另外可以根据如下理由肯定行为人构成盗窃罪:当从一般人的立场来看,财物在外形上处于排斥他人支配的状态之时,通常也认可财物的占

[52] 大谷實. 刑法講義各論. 新版第4版. 東京:成文堂. 2013. 211.

[53] 刘明祥:《论刑法中的占有》,《法商研究》2000年第3期,第43页。

[54] 参见法务綜合研究所. 改訂刑法各論(その1)——个人的法益を害する罪. 東京:法务綜合研究所. 2008. 184.

[55] 刘明祥:《论刑法中的占有》,《法商研究》2000年第3期,第44页。

[56] 刘明祥:《论刑法中的占有》,《法商研究》2000年第3期,第44页。

有;若以此为根据,从外部排除这一状态而取得财物的行为,不问杀人者是谁,都构成盗窃罪。^[57] (3)在与生前取得财物能够等同视之的场合,应当例外承认盗窃罪或抢劫罪的成立。因为被害人是否死亡的判断是很微妙的,在杀害行为刚刚结束,被害人是否死亡还不明确的特定场合,即便是无关第三人取得财物,也存在成立盗窃罪的余地。^[58] 上述(2)、(3)都是从一种价值判断、规范性思考的视角,来肯定盗窃罪的成立。^[59] 但是,从事实的层面看,这些观点在丧失占有的时间不明确这一点上存在疑问。^[60]

三 占有的本质:规范性支配

在具体判定事实性支配时,会因为具体案件事实的不同而存在判断依据上的差异。作为事实性支配占有的判断要点可做如下归纳。

第一,当对财物存在实际控制时,例如拿在手上、装在随身携带的包里、放在身边等,肯定被害人对财物的事实性支配当然没有任何疑问。

第二,当财物处于像被害人住宅这样完全的包括性支配领域内时,肯定被害人对财物的事实性支配也不会引起争议。但此时需要注意的是,这里的事实性支配其实奠基于住宅这一具有法律意义的制度性事实之上,其法律意义体现为住宅权利人对于住宅享有排他性的支配权。也就是说,此时的事实性支配其实就是规范性支配。

第三,当财物虽然没有处在住宅这类完全的包括性支配领域内,但处于被害人具有一定或者部分包括性支配的领域内时,也可以认定被害人对财物的事实性支配。但是,这样的包括性支配需要以特别事实关系为基础。例如,开场前的剧场,剧场管理者对该剧场领域有包括性支配。此时的事实性支配其实与上述第二点所涉及的情况类似,也是奠基于某种制度性事实之上,即某一领域的管理者对于该领域享有在法律上或者社会一般观念上得到承认的排他性支配权。

第四,当财物位于被害人对之完全没有包括性支配的场所时,要认可被害人对财物的事实性支配,则需要结合被害人与财物的特别事实关系加以认定。例如路边自行车案、照相机案、车站钱包案、超市钱包案,都是基于考察被害人与财物的时空间隔长短来决定是否认可被害人对财物的事实性支配。当这一时空间隔很短时,认可被害人对财物有事实性支配;反之则否认。

第五,当财物既处于被害人完全不具有包括性支配的场所,又已经长时间、长距离地与被害人脱离之时,如果仍要承认被害人依然维持着对财物的事实性支配,就只有强调基于社会一般观念而形成的对被害人以外其他人的规范性、观念性约束,这一约束会使得其他人“尊重”被害人的财物而不去予以妨害。天桥自行车案就是适例。可以说,天桥自行车案已经把作为占有客观内容的事实性支配扩展到了极致,同时这也是事实性支配的规

[57] 参见曾根威彦. 刑法の重要問題(各論). 補訂版. 東京:成文堂. 1997. 151.

[58] 参见前田雅英. 刑法各論講義. 4 版. 東京:東京大学出版会. 2007. 213 - 214.

[59] 参见大塚裕史. 刑法各論の思考方法. 新版. 東京:早稻田経営出版. 2007. 57.

[60] 参见西田典之. 刑法各論. 第 4 版補正版. 東京:弘文堂. 2009. 136 - 137.

范性本质的极致体现。

第六,通过分析公园拎包案的判决可以发现,事实性支配其实是以被害人为圆心而形成的一个“支配圈”。只要被害人与财物之间的时间、空间距离尚未超出这一“支配圈”,就可以肯定被害人对财物的事实性支配。这样看来,正如前述山口厚所言,如果行为人取得财物的时间点能够得到明确,那么,只要考察这一时点被害人与财物的特别事实关系,就可以判定是否存在被害人对财物的事实性支配。如此,在照相机案、车站钱包案、超市钱包案中,即便被害人最后都没有回来寻找被遗忘的财物,如果行为人取得财物的时间点恰恰是被害人脱离财物不久之时(时空脱离的距离较短),那么也能够肯定被害人依然在事实上支配着财物。也就是说,从公园拎包案判决中抽绎出的“支配圈”概念,可以说是基于“紧密的时空联系”而形成的事实性支配的上位概念;反过来说,公园拎包案判决所认定的事实性支配其实也体现了某种“紧密的时空联系”。如果再扩大一些范围,对于天桥自行车案,从其判决中抽绎出来的“规范意思的相互保证”其实也可以包括在“支配圈”这一概念之内,只不过这时的支配是被害人通过一般人所具有的规范意识(社会一般观念的体现)相互作用而形成的“规范力场”来支配财物。这样一来,“支配圈”就成了对事实性支配的总括性描述,而事实性支配作为“支配圈”所体现的其实是一种规范性支配。

第七,通过考察日本判例与学说围绕死者的占有问题所展开的争论,可以发现,虽然判例与学说的通说均认为占有由客观方面的支配事实与主观方面的支配意思二者构成,因此理论上的当然结论应该是不承认死者的占有以及死者生前占有的持续,但实际状况却是认可死者占有或者死者生前占有的持续的主张还很有力。如此一来,在缺乏其中一个不可或缺的事实性要素的情况下,仍然认可被害人对财物的占有或者占有的死后持续,就不能不认为这些主张是完全出于价值判断、规范性思考的结果。由此,占有的事实性支配的规范性本质,就在死者的占有问题上同样得到了极致体现。^[61]

从表象上看,随着物理的、实际控制的减弱,要认可被害人对财物的事实性支配,就不得不承认占有的规范化。在极端的情形下,甚至会罔顾占有自身事实性要素的缺失而认可占有的存在(死者的占有或者死者生前占有的持续)。但实际上,即便对于物理的、实际的控制来说,其貌似客观事实,无须规范性评价(价值判断的体现)的介入就可以肯定其为事实性支配,但也只是因为在这问题上人们形成了普遍共识(对财物的物理的、实际的控制应当得到刑法保护),从而使此种场合下的事实性支配获得了“客观性”,^[62]使其在一定程度上被“自然化”了,并最终造成其与人们的同意(社会一般观念、集体意向性)无关这一假象。对此,我们不妨设想,在一个不存在保护个体对物的持有的法律、规约、习俗和习惯(规范的各种表现形式)的社会里,一个人即便紧密地控制着某物,也随时面临该物被他人夺取的危险,即该个人对该物的控制在规范上是不被承认的,是得不到社会保护的。在此境况下,还能认定该个体支配着该物吗?此时,该个体保护其物的办法只

[61] 我国就有学者从规范性的占有概念的功能出发,在死者的占有问题上主张继承人占有说。参见黑静洁:《论死者的占有——对“占有”概念的重新解读》,《时代法学》2012年第2期,第67页以下。

[62] 关于“客观性”一词的多种含义,参见[美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第8-9、42、159-164页。

能是行使暴力,要么压制他人的夺取行为,要么与他人达成妥协(以暴力为后盾)。但是,“由暴力达成的休战协议总归是临时性的,它不能安抚任何一方。人们的欲望只能靠他们所遵从的道德来遏止。”“社会之所以存在,就是要消除,至少是削弱人们之间的相互斗争,把强力法则归属于更高的法则。”^[63]这“更高的法则”就是基于人们的同意而形成的价值判断及其规范形式,而这就是表象上物理的、实际的对财物的控制能够成立事实性支配的规范性本质。进一步而言,甚至可以说,当社会一般观念(人们的同意、集体意向性)认为,在某种事实状况下,被害人以外的其他人不得将财物置于自己的控制之下时,就是被害人仍然在事实上支配着该财物,从而对之成立占有。如此,占有就成了一种刑法所要保护的“人的和平空间”。^[64]或者说,“占有作为独立的概念,其所表达的法律思维是,事实上的平和状态本身就值得刑法加以保护”。^[65]

如此,占有的本质就是主体对财物的规范性支配。这种规范性支配可以通过物理的实际控制来体现,也可以通过与财物的特别事实关系来体现。后者可以体现为对特定领域的支配,也可以体现为与财物的紧密的时空联系,甚至可以体现为社会一般观念对他人的拘束。占有作为规范性支配,在刑法教义学上有着深层次的概念扩展应用潜力。比如,对于无形无体的财产性利益,主体或许无法对其实现直接的物理性实际控制,但可以通过作为制度性事实的各种“工具”实现对财产性利益的规范性支配。其一,可以通过直接现实地支配财产性利益的物质载体支配财产性利益,例如持有、转移作为财产权利凭证的各种票据、证券。其二,可以通过外在的行为实现对财产性利益的支配。例如,在银行业务、商业交易、对价支付的操作不断自动化、电子化、网络化的当今时代,通过操作 ATM 机、电脑终端、网络平台、手机 APP 等工具,就可以实现存款提取、转账、支付等财产性利益的持有和转移。其三,对于那些没有依托于物质载体、自动化设施、电子设备、网络平台、电脑手机软件等而存在和流转的财产性利益,则可以通过财产性利益持有人的处分意思和处分行为实现财产性利益的转移。总之,相关主体完全可以通过各种手段、工具,实现对财产性利益的持有和转移。如此一来,将占有这一概念扩展应用于财产性利益是完全可行的。^[66]

之所以是将占有概念扩展应用于财产性利益,而不是为财产性利益的持有制造新的概念、术语,是因为我国刑法在分则“侵犯财产罪”这一章关于行为对象的表述基本上是所谓的“公私财物”;如此一来,若“财物”包括了财产性利益,就意味着各种类型的侵犯财产性利益行为(比如盗窃财产性利益、骗取财产性利益、抢劫财产性利益,乃至毁坏财产性利益)如要成立财产犯罪,就必须遵循与对应的财物犯罪同样的行为逻辑与学理构成。

[63] [法]涂尔干:《对职业群体的几点评论》,载[法]涂尔干著:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,“第二版序言”第 15 页。

[64] 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 193 页。

[65] 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 749 页。

[66] 通过批判纯粹规范化的占有概念来否定“财产性利益的占有”的观点,参见车浩:《占有概念的三重性:事实与规范》,《中外法学》2014 年第 5 期,第 1211-1221 页。基于占有概念的观念化会破坏盗窃罪构成要件的定义性,而否定“财产性利益的占有”的观点,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 51-53 页。

也就是说,第一,既然财产性利益犯罪也是财产犯罪,那么,就财产夺取罪而言,财产性利益犯罪的成立同样需要具备财产的丧失与取得这一一般要件。第二,既然财产性利益可以成为财产犯罪的行为对象,就应当具备与对应的财物犯罪中作为行为对象的财物一样的属性。比如,在以财物为行为对象的盗窃行为中,财物需为被害人占有的财物,那么,同样地,被窃取的财产性利益也应当是处于被害人支配下的财产性利益;其他的财产夺取罪也是如此。既然占有的本质是规范性支配,个体可以对财产性利益实现规范性支配,那么,基于“如无必要,勿增实体”的思维经济原则,在现有概念具有足够解释力、涵括力的情况下,就应当优先选择将占有概念扩展应用于财产性利益,而不是为财产性利益的持有制造新的概念、术语。

[**Abstract**] When it comes to the possession issue of property crime, Chinese scholars have in recent years focused their attention on the question of whether normative property can be found in possession and how to define the relationship between the normative element and the factual element of possession. Generally, it has been basically recognized that possession has a normative property. Most debates, therefore, have focused on the relationship between factual and normative properties, as well as on the question of how much weight should be assigned to them separately. Though differences can be found in particular opinions, Chinese scholars have generally construed narrowly the factual property of possession and considered the normative and factual properties of possession as separate elements. In fact, by analyzing and summarizing the classification of criminal precedents in Japan, we can find out that the factual dominion is nothing but the image of normative dominion even if it comes to the occasion that the property is dominated factually by a single subject, which is considered to be the prototype of possession and the least normative one. In other words, the essence of possession is normative dominion. Once the foregoing idea is established, it would be completely feasible to expand the application of the concept of possession to intangible property interests and to finally conceptualize the possession of property interests.

(责任编辑:郑佳)