

侵占罪疑难问题研究

周光权*

内容提要: 侵占罪是易占有为不法所有的行为。对于侵占罪的成立,确认占有事实是否存在比判断占有性质是否合法更为重要。侵占罪的犯罪对象包括代为保管的他人财物、遗忘物、埋藏物;侵占包装物、不法委托物应当以侵占罪论;委托关系并不存在,但误认为存在并占有他人财物的,构成侵占遗忘物的犯罪;对遗忘物应当作扩大解释,它和遗失物之间不可能也无必要加以区分。非法占为己有和拒不退还、拒不交出之间具有包容和相互证明的关系,为正确认定侵占罪,应当合理确定拒不退还、拒不交出的最后时限。

关键词: 刑法 侵占罪 不法占有

根据我国刑法第 270 条的规定,侵占罪是指将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还,或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的行为。侵占罪是修订后的刑法新设的罪名,对类似行为的处理在刑法修订之前极不统一,大致有三种解决方式:一是类推为非法侵占他人财产罪;二是直接论以盗窃罪、诈骗罪等;三是不作犯罪追究而通过民事途径处理。

新刑法实施后,我国刑法学界对外延较广、又与外国立法例有着不小差别的侵占罪的研究还不太深入,对侵占罪本质的理解,对代为保管的他人财物、遗忘物、埋藏物的解释,对非法占为己有和拒不退还、拒不交出之间关系的说明等,都是见仁见智,莫衷一是;司法实务中认定此罪时也遇到了相当多的问题,使得 1997 年之前刑事司法极不统一的状况一直延续到今天,所以,对侵占罪适用中的若干基本问题进行研究具有重要的意义。

一、占有事实

侵占罪是不转移占有的犯罪,即行为人只是基于不法所有的意图,将原已占有的他人财物不法领得的行为。易“占有”为“不法所有”是侵占罪的本质特征,也是该罪区别于转移占有的盗窃、抢劫、诈骗等其他财产犯罪的关键所在。所以,理解侵占罪中的“占有”问题,乃是问题的

* 清华大学法学院副教授。

根本。

对于什么是侵占罪中的占有,历来有管有说、事实及法律上支配说、事实上支配说、处分可能状态说、支配说的争议。对此,我认为,一方面,事实上支配说基本上是合适的,即依规范的、日常生活常态下的社会观念标准判断存在事实上的支配关系的,就是占有。^[1]而支配是否合法,是否有成文的合同等均在所不问。另一方面,侵占罪中的占有概念比盗窃罪的占有含义更为广泛,后者只涉及事实上的支配,而侵占罪中的占有还应包括法律上的支配,例如,村长侵占了某村存于银行的公款时,即使该款项储存于银行也认为是村长的占有。^[2]

这也表明,侵占罪中的占有与民法上的占有概念不同,是比后者范围更广的概念。刑法上的占有观念比较现实,表征着一种单纯的事实上的支配关系和空间关系,占有关系不得因继承而转移。民法上占有的合法性如何,特别重要,占有可依继承而转移。所以,对侵占罪中的“占有”可以作广义的解释,包括事实上的握有、持有,也包括一般社会观念所认同的占有。

被我国刑法学界广泛接受的观点是:侵占是行为人易合法持有为非法占有的行为。在这里,行为人先前对财物持有的合法性得到强调。但是,我认为,按照我国刑法的规定,侵占行为人先前对财物的持有,很难给予“合法”化的性质界定,将占有限定为合法持有,会人为地限定侵占罪的成立范围,放纵犯罪。所以,这里存在的可能只是行为人对财物的一种占有、控制的事实或事态,那么,侵占罪就是犯罪行为人改变“占有事实”而将他人财物加以不法领得的行为。

1. 占有事实表明原财物所有人对该财物的占有权受到排除

侵占罪的成立,是行为人将业已占有即已经形成“占有事实”的财物占为己有,换言之,本罪的成立,要求原财物所有人、占有人已经失去对该财物的控制权。如果在财物原所有人、占有人尚对原财物享有占有权时,试图以不法方法非法占有该财物,则可能构成盗窃、诈骗或抢夺罪。实践中很多侵占罪和盗窃等罪难以区分的案件都应当循此原则进行解决。

例1:搬运工赵某在火车站站台见一刚下车的旅客王某(女)带着3个小孩,旁边放着5件行李,便上前询问其是否需要雇人扛行李。二人商定,由赵某将王的4件行李扛出车站,王付给赵人民币15元作为报酬。赵扛着4件行李至出站口,王所带小孩被车站工作人员拦下查票。看到王忙于出示车票,赵遂产生了非法占有王的行李的企图,趁王不注意,将行李(内装人民币6000元、价值5000元的真皮提包一个及其他物品)扛走。赵某的行为构成盗窃罪还是侵占罪?

例2:胡某到银行存款,在A柜台填完存款单后,将内装1万元钱的包遗忘在A柜台上,径直到B柜台办理存款手续,刚进银行准备存款的袁某见无人看管此包,即偷偷将其装入自己口袋离去,后银行根据监控录像找到袁某,其构成侵占罪还是盗窃罪?

上述两例,似乎都可以判定行为人构成侵占罪,前罪好象是将代为保管的财物拒为己有的行为,后罪则貌似侵占遗忘物的行为。事实上,对上述两罪都只能定以盗窃罪。主要理由是:在案例1中,赵受托运物,但王始终尾随其后,赵某的一举一动都在王某的视线之内,财物仍为王所占有,而且财产主人对财物的支配力较强。赵乘其照顾不及之时,将其归为己有,自然成立盗窃罪。

[1] [日]大冢仁:《刑法概说》(各论),有斐阁1996年版,第284页;陈朴生:《论侵占罪之持有关系》,载《刑法分则论文选辑》(蔡墩铭主编),台湾五南图书出版公司1984年版,第763页。

[2] [日]前田雅英:《刑法各论讲义》(第3版),东京大学出版会1999年版,第168页。

案例 2 中,财物所有人因为遗忘而丧失对财物的占有权,但是,该财物遗置于特定场所,所以,应当承认第三者对财物的事实支配,此时行为人采取一定方法取得他人占有之财物,构成盗窃罪。

需要注意的是,在案例 2 中,即使银行未设置监控设备,没有配备专职的保安人员,对胡某的遗置物也应视为由银行占有之物。认为袁某构成侵占罪的人会提出两个问题:一是银行职员无占有意思;二是银行是人人可以进入的公共场所,行为人何以构成盗窃?刑法上的占有,要求存在客观的支配事实和主观的支配意思,^[3]不过,支配的意思不是个别的、具体的意思,特定场所的控制者对该场所内的财物存在概括的、抽象的支配意思。^[4]例如甲欲向乙行贿,被乙公开拒绝。甲即于某日乘到乙家串门之机,将 5 万元现金藏于乙家沙发内,欲使其在收拾房间时能够发现。乙对此并不知情,当晚丙潜入乙家盗走该 5 万元,乙对此财产的存在虽不知情,但因其被置于乙家中,丙肯定成立盗窃罪。推而广之,顾客遗忘于银行、旅客遗忘于旅馆、消费者遗忘于浴室内的财物均属于银行、旅馆或浴室主人之占有物,即使银行职员、旅馆内工作人员或浴室主人未意识到财物存在也不能认为是无人占有的遗失物。^[5]在此意义上,对特定场所内的财物采取第三者占有说或者“双重控制说”是有道理的,所有人的控制丧失以后,特定场所内的有关人员被认为有概括、抽象、持续的占有意识,占有、支配关系也在事实上存在。^[6]那么,乘客遗忘财物在出租车上,司机无所察觉,新的乘客将前一客人遗置的财物拿走,原则上也可以考虑成立盗窃罪。

显然,财物既为某人占有,一般就可以排斥其他人的占有。问题是有上下主从关系人之间,是否会因为下位者占有财物而排斥上位者的占有?这实际上也涉及到侵占罪和盗窃罪的区分问题。通说认为,上位者才享有专属占有权,属于从属地位者,是其主人的持有工具,不具有独立性,此时下位者非法占有财物的构成盗窃。一般而言,这是有道理的。

例 3: 甲申请开设体育彩票代售点,托乙为其销售彩票,乙将销售收入悉数侵吞,构成盗窃罪;又如保姆管理主人的财产,但不享有持有权,非法占有主人财产的,亦构成盗窃罪。

但是,仅仅依业务上的上下者地位而完全否定从业人员的现实占有,也可能过于绝对。在特殊案件中,应在具体决定对物之事实上的支配关系后,再行认定持有关系的归属。

例 4: 杂货店主甲命店员乙到丙、丁等家催收欠款,乙将收来款项 2 万元据为己有。

此例若只承认上位者店主的占有,则乙成立盗窃罪,但可能有些问题。事实上,基于店主的高度信赖,乙已有收回款项的特别的职务便利,其对主人的现款已取得事实上的支配、保管权利,这种财物应归主人所有,但由店员乙占有,所以其应构成(职务)侵占罪。^[7]对此,林山田教授也指出,受雇人、学徒或者其他关系人,不是民法上的合法占有人,受他人(雇主)的指示,对物有管领力,可能在刑法上形成持有关系,应依实际情状认定成立侵占罪还是盗窃罪,不

[3] 不过,也有观点认为,刑法上所称的占有,并不绝对地要求行为人有持有、占有的意思。参见吴正顺:《论刑法上物之持有》,载《刑法分则论文选辑》(蔡墩铭主编),台湾五南图书出版公司 1984 年版,第 788 页。

[4] [日]大谷实:《刑法讲义各论》(新版),成文堂 2000 年版,第 203 页。

[5] 建筑物的形状、第三者支配力的强弱等对是否成立“第三者的占有”影响很大。例如在银行取得他人的遗忘物成立盗窃。但是,在火车上取得他人的遗忘物则应成立侵占,因为火车上的旅客上下车十分频繁,列车员对财物的支配力极弱,此时可以认为第三者的占有不存在。当然,两种情况之间的界限极其微妙。

[6] 参见王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社 1988 年版,第 607 页。不过,我国也有学者对此提出异议,认为特定场所之人(财产的第二重控制人)必须要有明确的持有意思,持有关系才能成立。参见黄祥青:《侵占罪适用问题探析》,《人民司法》2001 年第 1 期。

[7] 参见前引[1],大冢仁书,第 188 页。

可一概而论。^{〔8〕}

2. 占有事实的类型

在侵占罪中, 不应当将行为人先前对财物的持有限定为合法持有, 而只应当看到持有事实本身对侵占罪认定的意义。所以, 要仔细辨析占有的概念, 并在较为广泛的背景上理解“占有事实”的类型这一问题。

侵占罪的占有是指对财物事实上的支配关系, 有广义和狭义两种含义。

广义的占有, 除基于委托信任关系保管他人财物外, 还有对遗忘物、埋藏物的占有。狭义的占有仅指对代为保管财物的持有。了解广义占有概念对于全面认定侵占罪较为重要, 但是, 比较而言, 狭义侵占罪的概念对侵占罪中复杂问题的解决具有指导意义。

狭义的占有要求有委托信任因素的存在。委托信任关系的发生, 并不限于当事人之间“一对一”的直接委托, 还可能由于广泛的原因而发生, 例如租赁、借用、承揽、寄存、运送等合同的存在导致委托关系出现; 又如因质权、留置权等物权关系持有他人之物亦可产生这种关系; 再比如基于无因管理、习惯、生活常理、诚实信用原则亦可产生委托信任关系。

占有事实可能因为多种原因而产生: (1) 基于委托关系形成的占有事实。受托人由此获得了在委托期间对他人财物的保管权。我国刑法第 270 条第 1 款所规定的“代为保管”, 多指这种典型的委托保管。财物的委托保管与委托信任关系有关, 委托信任关系是一种事实关系, 在委托契约无效或者可撤销的场合, 基于这种委托而取得的财产占有仍然属于受他人委托保管财物。^{〔9〕} (2) 基于租赁关系而形成的占有事实。在租赁期间, 承租人可以合法地使用承租物, 但在租赁期满时, 须将租赁物返还出租人。如果承租人违反返还义务, 非法地将承租物据为己有则可能成立侵占罪。 (3) 基于担保关系而形成的占有事实。由担保而产生的物权包括质权、留置权等。在存在这两种权利的情况下, 行为人都因此而获得了对他人财物的占有权, 形成事实上的财物持有状态。但在担保关系解除后, 行为人就负有返还质物的义务, 否则可能形成侵占他人财物的状况。 (4) 因为借用关系而形成的占有事实。出借人将不易消耗的特定物出借给借用人使用, 后者在一定期限内或使用完毕后将原物返还出借人。在财物借用期, 存在事实上的持有关系。如果借用人期满以后将出借物非法占为己有就是侵占。 (5) 因寄托而产生的占有事实。受寄托之物归受寄人保管, 自归于受寄人持有。前面五种持有事实都表明: 持有人与财物合法所有人之间有委托信任关系, 将持有物占为己有, 就违背了他人的信任。 (6) 因无因管理而产生的占有事实。这是未受委任而持有他人之物。 (7) 因发现并取得遗忘物、埋藏物而形成的占有事实。这是刑法第 270 条第 2 款明确加以肯定的一种占有类型。此种占有事实也不具备委托信任的特征, 而是就自己支配范围内的财物, 不法加以领得。所以, 在中国刑法中, 对于侵占罪的本质, “不法领得占有物说”比“违背委托信任关系说”更有概括力, 更为合理。

对占有事实, 有两个问题值得讨论:

一是对不当得利是否成立侵占罪意义上的占有事实, 从而构成侵占罪?

例 5: 甲某日存款时, 银行工作人员在电脑上误将存款日期输成存款金额, 使甲的存款总额以千万计。后甲持储蓄卡查询存款余额时偶然发现此事实, 即用该卡在商场大肆消费, 共购买了价值 10 万元的商品, 后被银行发现, 甲是否构成侵占罪?

〔8〕 参见林山田:《刑法各罪论》, 台湾三民书局 1995 年版, 第 738 页。

〔9〕 [日] 西山富夫编:《刑法通说·各论》, 八千代出版株式会社 1998 年版, 第 127 页。

前例中甲的行为是典型的不当得利。对于这种行为,是否成立犯罪,我国有学者对此持肯定态度,认为“刑法上某些侵占行为是从民法上的不当得利转化而来的,转化的标志是数额是否达到了较大的程度”。^[10]但是,这种观点可能值得商榷。

侵占罪的成立,一般以占有人有义务返还原物为必要。如果占有人可以返还金钱等替代物,则往往不属于刑法上的侵占,而是民事上的债权债务关系,其行为就不能用刑法加以评价。不当得利事实出现以后,不当得利人和受害人之间形成了债的关系,得利人负有将全部不当得利返还给受害人的义务,受害人享有请求返还的权利。而不当得利的返还,并不以返还原物为必要,返还其所领受的利益也可以。我国民法通则就使用了“不法利益”字样,该法第 92 条规定,不当利益应当返还给受损失的人。不当得利取得者除返还其领受的利益外,如果基于该利益还有所得,则应一并返还。如果依其利益的性质或者有其他情形不能返还者,则应返还其价额。不当得利人有义务返还他人之物,但在未返还前,其持有该利益,不能认定为持有他人之物。所以,应当充分看到侵占行为和不当得利行为之间的区别,^[11]在不当得利的情形下,不当占有侵占罪的成立。即使不当得利数额较大、受损人依民事程序主张债权被拒绝的情形下,受损人也不得向法院起诉要求追究侵占人的刑事责任。

二是基于上述七项原因而形成的持有都是合法持有吗?如果出现不法委托、出于恶意的借用、基于疏忽的善意取得等情况持有他人财物并拒不返还,是否按我国刑法,一律不成立侵占罪;如果真是这样,将意味着什么?将会产生何种后果?这是一个很值得研究的问题,需要单独加以分析。

3. 只问占有事实不管占有性质对中国刑法适用的意义

前已述及,在我国刑法学中,占主流的观点认为侵占行为是以合法持有为前提的,这是侵占行为区别于盗窃行为和诈骗行为的根本所在。对于“合法”持有之合法性如何理解,存在两种不同观点:第一种观点认为,合法持有是指行为人没有用犯罪的方法将他人的财物转移到自己的控制之下。^[12]第二种观点认为,只要行为人不以自己的违法行为而对他人之物取得持有,便是侵占罪中的合法持有。^[13]

我认为,上述第二种解释,主要针对侵占埋藏物犯罪的情况而言,即行为人得到埋藏物的行为不具有“非法”的性质,从而可以认为是“合法”的持有,固然有一定道理。但是,这一判断不能推广到侵占代为保管的他人财物的犯罪中。在有的侵占代为保管的财物案件中,行为人得到该财物的行为即具有非法性,所以难言“合法持有”。

而第一种解释把“合法”理解为不是用犯罪方法取得财物,貌似合理,但有两方面的明显缺陷。第一,改变了“合法”一词的基本含义。“合法的”这一术语,除了包含法定的、与法律相一致的这层意思外,还包含不违反法律的之意。所以,合法首先意味着有法定的、法律的根据;其次要求行为至少不与现行法律相冲突,否则就是违法的。而只要是违法的,肯定就是不合法的,这是一般的社会观念认同的“合法”的概念。把可能是用违法的但只要不是用犯罪的方法转移财物的行为解释为合法的,混淆了合法和违法之间的界限,并不足取。所以,必须强调,只要是持有财物的行为与法律(包括刑事、民事和行政法律)相冲突,违反这些法律的行为,都是

[10] 参见陈兴良:《侵占罪研究》,载《刑事法判解》第 2 卷(陈兴良主编),法律出版社 2000 年版,第 27 页。

[11] 参见赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 650 页。

[12] 参见前引[6],王作富文,第 38 页。

[13] 参见周少华:《侵占埋藏物犯罪的若干问题探析》,《法律科学》1998 年第 3 期。

不合法的持有行为。但是,刑法并不是只调控合法持有的行为,对非法持有完全放任不管;只要有持有事实存在,就需要在侵占罪范围内予以讨论。第二,这种解释并无实质意义。很明显,如果行为人以犯罪的方法如盗窃、诈骗等获取他人财物并占为己有,其非法主张所有权的行爲也只能被原来的犯罪方法行为所吸收,谈不上构成侵占罪的问题。^[14]

正因为将侵占罪中的占有限定为合法持有不妥当,所以我们看到,多数学者在讨论侵占罪时,没有使用过“合法持有”这一概念,而只承认“持有”事实本身对侵占罪成立的意义。例如林山田就指出,侵占罪乃行为人出于不法之取得意图而不法取得自己原已持有他人之物的所有权之财产罪。^[15]他强调侵占行为人对财物的“原已持有”这一事实而不是“合法持有”这一性质,认为侵占罪的特质是他人之物必须在侵占行为之前,业已在行为人的持有之中。

如果将占有限定为合法持有,对许多犯罪将无法认定。而对持有只作事实上的判断而不作性质上的界定,则有助于下述犯罪的认定:

第一,基于不法原因的占有。这种占有从性质上看很难说是合法的,但仍有成立侵占罪的余地。

例6:甲将盗窃所获电视机托乙看管,并告知乙,该物为盗窃所得,乙使用5月后拒不退还甲,是否在窝赃罪之外还另成立侵占罪?又如丙受丁之委托向A交付贿赂款,但将该款占为己有,能否论以侵占罪?

对“不法委托”的场合是否成立侵占罪,历来存在肯定说与否定说之争。

否定说认为,在不法给付的场合,交付人与受托人双方均有不法行为,对于不法行为而为之交付,法律没有保护的必要,所以一方面委托人已经对委托之物失去了所有权;另一方面,受托人对委托人而言不负返还义务。对于这种在民法上没有返还的义务的人,强制其不得处分不法交付之物,成为侵占罪的行为主体,破坏了法制的统一性;^[16]此外,侵占罪不只是侵犯财产,在侵占代为保管财物的场合,还有破坏委托信任关系的一面,而不法委托人的委托与受托人的收受之间,并不存在一种法律上的委托信任关系,^[17]因此受托人将其据为己有,不构成侵占罪。

肯定说则认为,在此种情形下,应当对刑法上的关系和民法上的效果分别考察。民法上因不法原因而为之给付,不能请求返还体现了一种债权关系,而非所有权得丧的物权关系,交付人虽有不法行为,对其给付之物纵然未能依法请求返还,但取得持有之受托人并不因此而取得所有权,受托人变持有为所有,自然可以成为本罪的行为主体。所以,对刑法上有无犯罪性的讨论,应当离开民法是否保护这一前提。^[18]肯定说在理论上是通说,刑事司法实务也持此立场。

我认为,肯定说是有道理的,所以,甲和丙都可以成立侵占罪。理由是:(1)占有事实本身客观存在。基于不法原因的委托和接受在法律性质上都是非法的,但是,侵占行为人因此而占有该财物的事实是存在的。(2)在民法上,凡不法给付的场合,给付人对财物没有返还请求权,也不能得到私法上的救济。但民法上有无保护与刑法上是否成立犯罪是两回事。^[19]侵占罪

[14] 参见刘志伟:《侵占犯罪的理论与司法适用》,中国检察出版社2000年版,第79页。

[15] 参见前引[8],林山田书,第731页。

[16] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第729页。

[17] 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第784页。

[18] 参见[日]曾根威彦:《刑法的重要问题》(各论),成文堂1995年版,第213页;前引[8],林山田书,第733页。

[19] 参见前引前引[16],木村龟二书,第728页。

的对象以非法占有他人之所有物为前提,不以给付人在民法上有返还请求权为必要,该财物虽不再属于给付人,但总有给付人以外的第三人对财物享有合法所有权;而且,在物的所有权并不因不法给付而丧失的情况下,接受者不法侵占时,与侵占自己持有的他人之物的行为相当。(3)就本罪的罪质及其所保护的法益看,肯定说更有道理。^[20](4)在这种不法委托的情况下,仍然应当认为存在委托信任关系。委托信任关系是事实上的关系,委托人在法律上对受托人有无委托的权限,或受托人在法律上是否有受委托之权限,均在所不问。

附带指出,对“不法委托”的类型进行区分,并确定占有这些财物的性质,可能是将来值得研究的问题。不法委托实际上包括基于不法原因的“给付”和基于不法原因的“寄托”两种情况,占有不法给付财物的(例如甲给丙5万元钱,唆使其杀乙,丙收款后占为己有,但未实际实施杀人行为,又拒不将钱归还给甲),一律不构成侵占罪,构成其他罪(例如故意杀人罪的预备犯),依其他罪定罪处罚;占有不法寄托财物的(例如甲拟于次日给为其印刷黄色书刊的乙3万元书款,托丙当晚为其保管此款,但丙即将其消费),是否构成侵占罪,则有讨论的余地。

第二,基于无恶意的过错而产生的占有事实。这里主要指行为人并无非法占有他人财物的故意,但是因为自身一定程度的过错而取得他人的财物,从而形成了事实上的“占有”关系的情形。

例7:甲、乙、丙三人共携六件行李在A地登上开往B地的火车,欲在中间站点C地下车。凌晨2时列车到达目的地C地时,三人于睡眼惺忪之时拿行李下车。待该趟列车开走时,三人在站台上清点行李,发现多出来一件(内有衣物3件、现金2万元)。甲提议交车站派出所,乙提议将包内财物平分,这一方案被通过。后财物所有人报案,警方经作反复侦查工作找到该三人,但他们均不承认多拿行李一事。对被告人的行为应如何定性?

在本案中,甲、乙、丙不是基于恶意错拿行李,但其行为至少违反了谨慎注意的义务,具有疏忽大意的过失。基于过失而善意占有他人财物,则负有返还的义务。此种财物,不是真正意义上的财物所有人的“遗忘物”,但是可以扩大解释为我国刑法第270条第2款所规定的“遗忘物”,即“因自己错误而以善意取得管有之他人财物,或因他人之错误,而交付自己之他人所有物,以遗失物论”。^[21]对于这种财物,持有人负有保管、返还义务,这些义务自甲、乙、丙三人发现多拿行李之时产生。

第三,基于有恶意的过错产生的保管关系。这里主要涉及对不当得利的刑法评价问题。前已论及,此不赘述。

基于恶意而占有他人之物,从而形成占有事实的另外情形是,明知是违法、犯罪所得之物而采取实际行动促成占有关系、持有关系的形成。例如,甲明知乙将其盗窃的财物藏于家中,即向其提出借用,并恐吓乙,如不出借,将会把乙盗窃一事告发。乙基于恐惧将赃物借甲,甲使用数月拒不还乙。此案中,行为人明知财物是他人犯罪所得赃物而予以保管,其行为已经构成窝赃罪,后又将该物非法占为己有,拒不退还,非法持有的事实已然存在,所以有成立侵占罪的可能,与先前的窝赃罪应当数罪并罚。

[20] 详细的分析请参见前引[14],刘志伟书,第80页;前引[10],陈兴良文,第16页。

[21] 参见前引[1],陈朴生文,第763页。

二、侵占对象

侵占罪是将占有事实变为不法所有的行为,那么,这里就涉及到侵占对象的问题。

侵占对象包括代为保管的他人财物、遗忘物、埋藏物三种。

1. 代为保管的他人财物

(1) 代为保管。这里的代为保管不能仅仅理解为委托保管,而包括基于委托租赁、借用、担保、无因管理等原因而保管他人财物。此外,因为雇佣关系、居间关系、违法行为等,都可能出现“代为保管”他人财物的情形。所以,代为保管有比直接的委托保管更为广泛的内容。

对于“代为保管”,还有两个问题值得特别研究:

其一,包装物的保管与占有。

例8:甲受乙之委托,将用密码锁好、内装5万元现金的皮箱送往他处。若甲将整个皮箱直接带回家,构成盗窃还是侵占?又若甲砸开皮箱,只取其中3万元现金,又该如何处理?

这里的关键问题是:对装入容器或加以特别包装(加锁或封固)的财物,委托他人保管或运送,其财产由谁持(占)有?对此,有三种学说:

一是分别占有说。该说认为,整个包装物归受托人持有,但其容器或包装内之物体,归委托人所有。因为委托人对内容物特别加锁或包装后,对物之支配可能之手段犹存,支配可能性就存在,自然其具有现实支配力。日本及我国台湾的判例大多持此立场,认为基于成立持有关系的事实上支配说,一般社会观念认为其在事实上能够支配者,都不失为持有,并不以事实上的管理、管有为必要。受托人在保管、运送包装物途中,对于整个皮箱因运送业务本身需要而持有,但对皮箱内的财物,仍为托运人乙所持有,并不能由甲所自由支配。如果甲将皮箱打开,窃取箱内财物,就与侵占整个皮箱有所不同,所以应成立盗窃罪。分别持有说可能导致罪刑关系的失衡:受托人取得整个包装物,构成性质较轻的侵占罪;只抽取其中一部分财物,反而构成法定刑更重的盗窃罪。^[22]

二是委托人占有说。整个包装物及其内部财物均由委托人持有,受托人侵占包装物整体或抽取部分内容物,均构成盗窃。^[23]

三是受托人占有说。整个包装物及其内容物均由受托人持有,受托人侵占包装物整体或抽取内容物,均只构成侵占罪。因为整个包装或加锁的财物既已交付受托人保管或运输,其能支配物之全体,自然就支配包装物内之内容物,这是合乎情理的。持有包装物之人,随时可能破坏包装或门锁取出内容物,处于可以自由支配其持有物内部物品的状态中。^[24]

以上三说中,我认为“受托人占有说”最为妥当。“分别占有说”认为整个物体由受托人持有,个别内容物属委托人持有,这是依取得整体物或其内容物之一部分物品而结论不同,难以被人认同。持有权的归属,应重点考察行为人对物的支配地位,不应过分强调包装物整体与个别内容物的区别,而应就其全体加以认定。如此说来,“委托人占有说”和“受托人占有说”均比“分别占有说”妥当。但委托人持有说的不足在于过于苛严,既忽视了我国刑法中盗窃罪的法

[22] [日]川端博:《刑法各论概要》,成文堂1992年版,第157页。

[23] [日]团藤重光:《刑法纲要各论》(第3版),创文社1990年版,第570页。

[24] 参见前引[2],吴正顺文,第796页;[日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座》第5卷,法学书院1993年版,第245页以下。

定刑远重于侵占罪这一现实,也没有考虑受托人对物之持有这一事实,对占有包装物、内容物的,一律定盗窃罪,有失公允。“受托人占有说”则对事实上支配力的存在、行为人对物的实际地位等作了考虑,所以较为合理,应当在司法实践中采纳。^[25]

对“受托人占有说”,我国有的学者并不赞成,认为还是应当区别情况进行认定。例如,在公民将贵重财物交金融、保险机构保管,而自己持有所租用保险箱的门钥匙的情形下,虽然财物所有人并非每天直接控制财物,但他们握有保险箱钥匙,持有钥匙等于持有财物,所以,对箱内财物具有实际的支配、控制力,是箱内财物的持有人。保安人员尽管天天守护保险箱,但他们无力单独移动硕大的保险箱体,更不能实际支配保险系数极高的箱内财物,不是箱内财物的持有者,其通过破坏箱体盗取财物的行为,不是职务侵占这种广义上的侵占行为,而应构成盗窃罪,这是“委托人占有说”的立场。而对乘坐飞机交寄托运行李、租车托运包装好的货物且货主不跟车运送的情形下,学者又根据“受托人占有说”认为,委托人虽然持有钥匙,但不是财产的实际持有人。^[26]我认为,在都是保管、运送包装物的相同情形下,用不同的标准评价持有关系,可能不太妥当。

在乘坐飞机托运货物、租车运送货物的情形下,承认受托人的持有是恰当的。委托人虽持有交付托运货物的钥匙,但从其交付之时起,其实际持有、控制物品的权利就被排斥。受托人在整个行李运送过程中能实际支配箱体,当然,也就能够实际支配箱内所载财物,所以对包装物和内容物都享有持有权。那么,对保安占有公民交付保管的贵重财物,只承认公民的持有是否合理呢?我认为并不合理。因为委托人即使保留包装物之钥匙于手中,若无保管人之同意即不能接近财物时,委托人对容器内物品事实上的支配已然不存在。日本学者草野豹一郎就持此观点。^[27]论者认为保安不能单独移动箱体,也不能实际支配保险系数极高的箱内财物就否认持有关系的存在,有以“财物体积大小”论以占有关系之虞,并不具有说服力。

其二,委托保管关系并不存在,但行为人误以为存在并占有他人财物的,如何处理?

例9:陌生人甲、乙偶然在大街上并行行走,甲扛两只大包裹,丙从后面突然上前抢走甲的一只包裹(内有现金2万元)。甲无奈只得放下手中的另一只包裹去追丙。乙以为甲临走时看了他一眼,是向其递眼神,托其保管包裹,即将其扛起前行5米,拐进一小巷,试图将财物据为己有,后被抓获。甲后来证实,自己不是“看”乙一眼,而是“瞪”他一眼,叫他别拿自己东西,等自己追上丙回来之后,再来取这个包裹。乙之行为,如何处理?

本案中甲并没有委托乙代为保管财物,所以委托信任关系客观上并不存在。在行为人主观上误认为信托关系存在而擅自处理他人之物的情形下,不能认定其侵占的是代为保管的他人财物,但是,我认为,可以将其认定为侵占遗忘物的犯罪。

自然,这就涉及到对遗忘物作扩大解释的问题。许多国家和地区刑法中除规定侵占遗忘物罪之外,还规定了侵占脱离占有物罪,即使是这样,刑事司法实务对遗忘物还要作扩大解释。我国刑法未规定侵占脱离占有物罪,就更有必要对遗忘物的含义作扩大的、合理的解释,将因自己错误而取得之物、精神病人及未成年人的遗留物、逸走之家畜、非因委托而偶然属于自己支配内之物都解释为遗忘物,以保持刑法的张力,这也与罪刑法定原则不相违背。后文将进一步讨论此问题。

[25] 类似的主张请参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第53页。

[26] 参见前引[6],黄祥青文。

[27] 转引自前引[3],吴正顺文,第796页。

(2)“他人”。这里的“他人”应包括自然人和单位,有时甚至包括国家。例如,粮站在粮仓已满之时,将验收后的粮食委托农户暂管,农户将其侵占的,属于非法占有代为保管的他人(有关单位)的(公共)财物,成立侵占罪。

一般而言,“他人”是指除本人以外的自然人或单位,所以本人财物一般不能成为侵占罪的对象。但是,在有些情况下对他人财物与本人财物之间的界限尚需仔细分析。

虽然是自己的财物,但已依法律作出处分,只是归自己保管的情形下,则是“他人”财物,加以侵占的,仍然构成犯罪。例如,将已设定担保的自己财物进行处分,即是适例。但对已被司法机关查封、冻结而处于自己保管状态下的财产加以侵占的,则构成侵占罪和刑法第314条所规定的非法处置查封、扣押、冻结的财产罪的想象竞合犯,应在一重罪处断。

在共同共有的场合,未征得其他共有人的同意,处分自己的财产,必然侵犯他人的权利,属于将代为保管的他人财物非法占为己有,自然可以构成侵占罪。

不过,共同共有的情形与对等的共同持有并不相同。后者指的是数人可以对某一财物给予共同的、相互对等的支配,只有数人的支配形成合力,才能称持有某物的情形。例如装有五十台电脑的仓库有两把锁,甲、乙分别持有其中一把,只有二人同时在场,仓库门才能打开,二人居于对等地位共同持有库内财物。若甲未经乙同意,进入库内将财物据为己有,则构成盗窃而非侵占罪。^[28]

(3)财物。这里的财物是否包括不动产?一把认为应当包括,伪造契约占有代管的他人房屋即是适例。但是这里有一些问题值得研究:

例10:甲承诺将其住房卖给乙,但尚未登记过户,又将其正式过户转卖给丙,能否认定甲持有乙之财物,从而构成侵占罪?

在这种所谓的“二重买卖”情形下,被转卖的财物是不动产时,卖出不构成侵占罪(但如果行为人有严重的欺诈行为的,可能成立诈骗罪)。在我国,不动产所有权的转移奉行登记要件主义,非经登记,买卖合同不产生效力,该不动产并未转移他人,所有权人仍可以自由处分其财产,财产处于原所有人甲而非承卖人乙的持有之中,所以,没有成立侵占罪的可能性。

但是,当被转卖的财物是动产时,问题可能稍微复杂一些。在日本,民法的立场是买卖合同成立物权就应转移,刑法上的判例也一直赞成这种观点,所以卖主在交付财产前又将其卖给第三人的,构成侵占罪。不过,最近的通说是买卖合同虽然已经成立,但是未实际付款或者交付标的物的,二重买卖行为没有对所有权的实质造成侵害,所以,不成立侵占罪。

这里的“财物”是否包括种类物?侵占罪中的财物,一般来说是特定物,有时也包括种类物。受他人之托保管金钱或者到银行凭活期存折提取存款,将他人委托代管之金钱存入银行等,都是保管种类物,但也属于持有他人之物,对这些种类物予以不法所有,仍然可以成立侵占罪。

2. 遗忘物

他人占有之物不是遗忘物,但是二者的区分不是随时都明确。被害人有意放置之物,即使时间、距离较远也不应当认定为遗忘物,例如,日本判例认为,未上锁的自行车在停放了14小时之后被盗,由于车牌上记载了车主姓名,车筐内留有被害人的雨伞,而且停放自行车的桥事实上成了停车场,所以,该车属于他人占有之物,不法取得者对此能够认识,所以其构成盗窃

[28] 认为只成立侵占罪而不成立盗窃罪的相反观点,请参见前引[25],刘明祥书,第49页。

而不是侵占遗忘物。对被害人不是有意识地放置而明显遗忘的财物,也不是绝对地认定为遗忘物,如财物留置距离近、遗忘时间短,仍然可以视为被害人占有之物,例如,甲在等待公共汽车的移动队伍中,忘记了放在一旁的照相机,约 5 分钟后在 20 米处想起时,其已经被他人拿走,法院认为被害人的占有仍然存在,取得财物者构成盗窃罪。^[29]对于停放在自家门前、未上锁的自行车被盗的案件,也认为成立盗窃罪,这是着眼于“自家门前”这种近距离空间所形成的事实上支配力。^[30]所以,对他人占有之物和遗忘物的区分,必须综合考虑财物的种类、性质、形状、所在场所、被遗置时间等。

(1) 遗忘物和遗失物之间,在刑法上能否进行区分

有的国家或地区在刑法中,只有遗失物而无遗忘物之提法,我国刑法则反之,所以在讨论遗忘物时,遇到的第一个问题就是遗忘物与遗失物之间是否存在区别的问题。

肯定说认为,二者含义不同,应当进行区分,区分的标准主要是财物遗置人能否回忆其丧失财物的时间、地点等;否定说则认为,遗忘物与遗失物词异义同,没有必要进行区分。

肯定说是以民法学的研究为立论根据的。民法上认为,遗失物是非出于遗失人自己的意思而丧失占有,同时又不为其他人占有的非无主财产。遗失人对财物的控制能力已经完全丧失。而遗忘物则是指占有人偶然遗忘于他人的车船、飞机、住宅等特定场所的物品。遗忘人对财物的控制能力并未完全丧失。^[31]但是,此处将民法上的区分标准借用到刑法中并不妥当。

所以,对遗忘物与遗失物在刑法上不作区分的观点似乎更有道理。对此,陈兴良教授曾经作过精辟的论述:把财物遗置的时间、场所、遗置人的记忆能力等作为区分遗忘物、遗失物的标准,并不科学,同时也不合理;对被告人是否定罪,取决于被害人的记忆能力,被害人能够记得遗置的时间、地点,就是遗忘物,被告人就有罪,反之,被告人无罪,这就违反了犯罪是危害行为的刑法学基本原理。^[32]将遗忘物与遗失物等而视之,将会减少认定犯罪的困难,有其实际意义。

当然,有学者仍然坚持遗失物、遗忘物区别说,并试图提出更为实际的区分标准,认为:遗忘物,是指持有人本应带走但因疏忽而暂时遗留于出租车、餐馆、银行或邮局的营业大厅等特定场所的财物。其主要特征有三个:一是占有人暂时失去了对财物的控制力;二是财物被遗置于特定的场所;三是财物人往往能够回忆起自己的财物遗置于何处。而遗失物,是指持有人因疏忽而丢失于公园、广场、马路上等公共活动空间,已完全丧失实际控制力的财物。这一主张提出了区别遗失物、遗忘物的综合标准:时间论、场所论、记忆能力论,似乎较为全面,但是,仍然不能有效地区分遗失物和遗忘物。例如,按这种观点,遗置于出租车内这一特定场所的财物当是遗忘物,但所有人下车后记不清财物遗忘于哪一辆出租车上,连寻数月而无所得,等于完全丧失了对财物的控制能力,该物似乎又成了遗失物。所以,要明确地说它是遗失物还是刑法上的遗忘物,极为困难。而且,实践中可能还有更为复杂的问题。

例 11: 已满 60 岁之甲春节前去邮局汇款,由于邮局过于拥挤,汇完款后,甲匆匆离去,将装有 1 万元现金的一只黑包遗留在柜台边。五分钟后,邮局清洁工发现这只包,问有无主人,周围无人搭理。清洁工认为这只又黑又破的包毫无价值,即将其扔入垃圾袋,并将其带到室外倒

[29] 前引[1], 大冢仁书, 第 184 页。

[30] 前引[2], 前田雅英书, 第 170 页, 注释 5。

[31] 参见张炳生:《遗失物拾得法律问题研究》,《法律科学》1994 年第 1 期。

[32] 前引[10], 陈兴良文, 第 19 页。

入垃圾桶中,然后换班回家休息。后该包被捡拾垃圾之乙查获。两小时后,年事已高之甲才想起钱包遗失之事,到邮局查问,邮局回答说,未看见此包,甲又沿着自己来回邮局的线路反复寻找,仍无所得。那么,乙获得之钱包按照我国刑法规定,是遗失物还是遗忘物?其有无成立侵占罪之可能?

我们可以看到,对于类似情形,结合丢失财物的时间、场所、遗置人的记忆能力等因素,我们实际上仍然无法准确地说它是遗失物还是遗忘物。所以,不要过分强调二者的区分,完全可以把刑法第270条第2款所规定的遗忘物解释为遗失物,那么,本案中乙拾得甲之钱包若拒不退还,可以成立侵占罪。

所以,侵占罪中的“遗忘物”,就是遗失物,是指非基于合法占有人抛弃的意思偶然丧失占有,现又无人占有之物。它具有以下特征:一是他人之物;二是须为动产;三是遗失人占有之散失须出于偶然原因,并且非出于本意;四是非隐藏之物。

取得遗失物并加以持有,拒不交出的,构成侵占罪。所以,犯罪的成立是以取得遗失物为前提的。遗失物的拾得,是发现他人遗失物而予以占有的一种法律事实,是物权原始取得的一种方式。自罗马法以来,遗失物拾得可否成为动产所有权之取得原因,向来有正反两种立法例,即罗马法不能取得所有权主义,与日耳曼法之取得所有权主义。前者为少数国家所遵从,而近代以来各国立法,如法国民法第717条、德国民法第973条、瑞士民法第722条、日本民法第240条及我国台湾民法第807条等,多采取得所有权主义而稍予变更。遗失物的拾得人负有通知义务、保管义务、报告义务、返还义务。拾得人承担返还义务的期间,德国规定为6个月,日本为1年,瑞士为5年。经过上述期限所有权人未认领者,拾得人可取得所有权,自然不再有成立侵占罪的余地。在法定期限内如果拾得人既不报告也不将该物交存,则非但不能取得遗失物所有权,相反将成立侵占罪。

我国关于遗失物之拾得问题,规定于民法通则第79条:拾得遗失物、漂流物或失散的饲养动物,应当归还失主,因此而支出的费用由失主偿还。我国民法关于遗失物系采罗马法不取得所有权主义,无论拾得人拾得遗失物后经过多长时间,其均不能取得所有权,与以上多数国家及我国台湾地区的立法例正好相反。

可以看出,在我国,由于民法通则有较为特殊的规定,遗失物拾得者成为侵占罪主体的可能性较大。这样的立法,对市民社会中的人的行为提出了过高要求,普通人自然难以做到,有较高思想觉悟的人,亦难遵从。这就要求有灵活的、符合刑法谦抑性原则的司法来软化、缓和过于强硬的立法态度,对侵占遗忘物的行为,民法能够处理的,尽量按照民事程序解决,一般不要作犯罪追究。

(2) 遗忘物之扩大解释

我国刑法只规定了侵占遗忘物,而对误取(占)物、漂流物、走散之家畜、盗贼遗失之赃物等未作规定。在民法上,一般将这些财物视作遗忘物。我认为,在刑法上也完全可以这样认为,凡非本人抛弃所有之意而离其持有之物皆可纳入侵占罪的范畴,即将此类财物视同有主而无人占有之遗失物。

所以,这里存在一个合理解释“遗忘物”概念的问题。一方面,把遗忘物和遗失物等同起来;另一方面,对遗忘物一词作扩大解释,以便于对一些疑难案件的处理:

例12: 捡拾他人信用卡,并发现卡背后写有密码,即持信用卡到银行取钱的,该标有密码的信用卡可是视作合法主人的遗忘物,非法使用(冒用)信用卡者构成侵占罪和信用卡诈骗罪

的想象竞合犯, 应从一重罪即信用卡诈骗罪处断。

例 13: 持银行卡到自动取款机上取钱, 取款机出错, 大量吐出现金, 该现金是非基于银行的真实意思或过错偶然丧失占有之物, 具备遗失物的特征。持卡人此时将自动取款机吐出的现金占为己有的, 可以构成侵占罪。

例 14: 发现他人动物大量走散, 即采取措施将其控制起来, 或直接加以变卖, 如何处理? 在德国民法中, 失散的饲养动物为遗失物; 而在日本民法中, 失散的家畜为准遗失物, 非法占有这些财物的, 可以认定为侵占罪。在我国刑法修订以前, 类似案件法院大多判被告人无罪, 这在旧刑法未规定侵占罪、类推制度使用率较低的情况下是合理的。但在刑法修订后, 可以考虑将其认定为侵占遗忘物的行为。

例 15: 生活在 A 市的甲之汽车(价值 10 万元)被盗, 一月后出现在 500 公里以外的 B 市某居民小区, 并在该处停放了四个月, 盗窃者是否故意抛弃此车, 无法查明。乙某日偶然发现此车的车门居然可以任意拉开, 即将该车开走并以 4 万元价格卖出。本案中, 乙肯定不构成盗窃罪, 因为甲已经不能占有该车, 盗窃犯是否占有该车, 亦无法查明, 该车属于无人持有的财物。那么, 可以考虑将此车解释为甲的“遗忘物”, 即非出于甲抛弃财物的真实意愿而偶然丧失占有之物, 自然乙的行为可以构成侵占(遗忘物)罪。

此外, 对遗忘物作扩大解释, 还可以对没有实施加害行为的第三者在他入死后, 拿走其身前所携带财物的行为性质进行判断。将死者的财物认定为非他人本意而偶然丧失占有的遗忘物, 就可以将取得财物者的行为认定为侵占遗忘物。倘不如此解释遗忘物, 就只能认定其无罪, 可能导致结局上的不合理。

(3) 关于遗忘物的认识错误

客观上被害人或者第三者对财物存在占有关系, 但是行为人误将其作为遗忘物加以占有的, 属于以侵占遗忘物的意思客观上实施了窃取行为, 应当按照抽象事实错误进行处理。例如, 被害人在火车站购票处买好车票后匆忙赶往进站口, 但将提包忘在售票大厅, 10 分钟后行为人进入大厅发现此包, 即高声询问“谁忘了拿包”? 但无人理会, 其迅速将包拿走隐藏。15 分钟后被害人返回寻找, 发现财物已丧失。此案中, 即使肯定被害人对包还残留有占有权, 也只能认为行为人不知也无法知道该财物由谁占有, 所以, 按照主客观相统一的原则, 也只能要求其侵占(遗忘物)罪的范围内承担刑事责任。

3. 埋藏物

刑法上的埋藏物, 应当与民法上的埋藏物具有相同的含义, 均是指埋藏于土地及他物中, 其所有权归属不能判明之动产。对此, 有学者提出了相反的意见, 认为刑法和民法对埋藏物的理解应当有所不同, 刑法上的埋藏物应当是所有人明确的财物。^[33] 我不同意这种观点。

埋藏物应当是所有人不明之物, 这里的所有人不明, 并不等于无主, 只是说该物被他人发现、持有的当时具体情况下, 所有人不明确。如果某种埋藏物在被偶然发现时所有人不明, 后来出现了明确的所有人, 其自然可以依法主张所有权, 行为人拒不交出的, 构成侵占罪。换言之, 埋藏物的所有人不明, 不是就该物被发现以后的客观事实而论, 而是就发现当时的客观情况而言的。

埋藏物具有以下特征:

[33] 参见前引[13], 周少华文。

(1) 埋藏于他物之中, 不易由外部窥视或目睹其实际状态。

(2) 无他人持有。对他人持有之埋藏物进行挖掘, 并占为己有的, 构成盗窃。

例 16: 甲家墙内藏有祖上遗留的 3 根金条, 甲毫不知情, 后雇乙安装空调机, 乙穿墙打洞时发现金条并将其秘密拿走, 如何处理。

该财物虽是埋藏物, 但是, 其藏于甲之室内, 即使在甲对其存在毫不知情时, 按照一般的社会观念, 也承认其有概括的支配财物的意识, 对金条享有占有权。对他人占有的埋藏物, 偶然发现并加以占有的, 应否认发现人的占有权, 确认盗窃罪的成立。

(3) 被偶然发现。在不知道有埋藏物的情况下进行挖掘, 偶然发现财物的, 该财物才是埋藏物, 对之非法加以占有的, 成立侵占罪; 在这些偶然发现物周围继续挖掘, 试图发现更多财物的, 后续行为可以成立盗窃罪或者盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪, 理应与侵占罪并罚。此外, 行为人明知某地有埋藏物, 并加以挖掘的, 成立盗窃罪。

例 17: 甲知道乙之子已被他人绑架, 乙可能会按照歹徒的要求将赎金 10 万元埋在某地, 即暗中跟踪, 待乙完成赎金埋藏工作后, 即于当晚将其挖出归己, 甲构成何罪? 甲应当构成盗窃罪而不成立侵占, 因为按照一般的社会观念, 此赎金仍归乙持有, 甲取得此物并非偶然发现, 而是有意为之。对这种偷窥他人埋藏财物的过程并领得该财物的情况如只认定为侵占埋藏物, 则会带来处理上的不合理, 例如, 行为人事先窥视着被害人放置在网架上但已遗忘的东西, 待被害人一下车即将其偷走的, 也应成立盗窃罪而非侵占罪。^[34]

(4) 与遗忘物不同。埋藏物必藏于他物之中, 且其所有人不能判明。而遗失物则非以藏于他物为必要。另外, 遗失人丧失对遗失物的占有, 非基于占有人之意思, 而于埋藏物, 埋藏人丧失对埋藏物之占有大多出于有意为之。

三、侵占行为

侵占罪中的侵占行为是指非法占为己有、拒不退还或者拒不交出的行为。

1. 非法占为己有

侵占是易占有为不法所有的取得行为。不法所有, 在我国刑法上规定为“非法占为己有”, 即行为人主观上意图排除权利人而使自己以所有人自居, 对财物依经济上的用途而予以使用、收益或处分。非法占为己有在客观上必须有足以表示取得意思之行为, 典型的行为有赠与、转让、消费、出卖、出借、交换、加工等。非法占为己有之行为, 实际上有两种表现形式: 一是易占有为所有的行为, 即视自己成为所有人而使原财物的所有人丧失所有权的行為。二是处分行为, 即将自己占有的他人之物, 视为自己之物而进行处分。这种处分包括法律上的处分和事实上的处分。前者如不动产共有人将自己持有之不动产抵押、买卖等; 后者如将他人寄存财物自行消费等。

将代为保管的他人财物予以毁弃的, 没有遵从财物的经济用途将自己作为财物的所有人进行处分从而“享受物的效用”, 非易他人财物为自己所有的行为, 欠缺不法领得的意思, 与“不法所有”的目的不符,^[35] 不是非法占为己有, 不成立侵占罪。所以, 对“非法占为己有”的判

[34] 前引[2], 前田雅英书, 第 170 页。

[35] 参见[日]山口厚:《问题探究 刑法各论》, 有斐阁 1999 年版, 第 190 页; 前引[17], 张明楷书, 第 784 页。

断,应当坚持“领得行为说”而不是“越权行为说”。换言之,凡排除所有权人对物行使权利并以所有人之身份支配其物之行为是侵占罪之非法占有,凡不以为自己所有之目的而毁坏、抛弃财物的行为,以及违反委托趣旨、供一时使用之目的“使用侵占”,都只是超越权限的行为,不能成立非法占为己有。

行为人有拖延不交付持有物的事实,但是其非法占有的意思尚无法判明者,不属非法占为己有。

2. 拒不返还、拒不交出

一般认为,拒不退还、拒不交出是构成侵占罪的必备要件,是指经财产所有人或者有关部门要求返还或交出,而明确拒绝返还或者交出的行为。拒不退还、拒不交出的成立,有两个条件:一是财物的所有人或持有人要有请求退还或要求返还的意思表示;二是行为人须有不予退还或不予交出的行为事实。

我认为,上述观点值得商榷。因为按照前述的认定条件,以下情况就难以判断:持有人谎称财物已经遗失或者被盗、隐匿不交的,是否属于拒不退还?行为人在接受他人保管财物的委托后逃匿的,能否认定为拒不退还?又如,在所有人索要财产前,财产持有人与第三人相勾结已经私分财产,但口头上从不拒绝返还的,是否成立拒不退还?

认定拒不退还与拒不交出,涉及到其与“非法占为己有”的关系。我在后文中将提到,非法占为己有就是拒不退还、拒不交出。那么,基于非法占为己有的意图,在权利人要求返还时公开表示拒不退还;或者故意编造各种借口或制造各种骗局以达到不返还的目的,自然属于拒不退还、拒不交出。而将自己视作财物的所有人而对财物加以所有或者处分,即使从未作出拒绝退还或者交出的表示,仍然属于拒不退还、拒不交出。所以,拒不退还、拒不交出有“公然型”和基于不法所有的“推定型”。它们的实质都是相同的:行为人具有永久非法占有他人财物的目的。

对于“公然型”拒不退还、拒不交出,这里可能有更为复杂的两个问题:

其一,如何认识因不法委托而成立的侵占罪中的“拒不退还”?

要在不法委托的情形下坚持认为可以成立侵占罪,就涉及到对“拒不退还”的进一步理解问题,因为在不法委托的情况下,委托人基于不法委托的原因已经丧失所有权,不得请求返还,不法领受人没有义务将财物退还给委托人,又何来“拒不退还”的问题。

我认为,拒不退还、拒不交出一般来讲是指侵占人有义务将财物退还、交还给合法所有人本人,但是又限于退还、交还给本人。刑法在这里主要强调的是侵占人有义务退还、交出,在其执意不退还、交出时,应当加以刑罚处罚。所以,“拒不退还、拒不交出”侧重于义务方面,而对交还给谁,在所不问。这样理解拒不退还、拒不交出,就可以解释不法委托中持有人成立犯罪的问题。在不法委托的情形下,持有人没有权利对不法委托物行使所有权,而受托人应当交出,不是说他一定要把财物交还给委托人,委托人基于不法原因已经丧失所有权,而是说按照法律的规定不法持有人有义务将财物退出,交给有关司法机关或者合法所有人,即持有人此时有义务退还,如果他执意不退出,就是“拒不退还”。

其二,持有人占有他人之物不交出,但是愿意给予适当价金予以赔偿的,是否属于“拒不退还”或者“拒不交出”?

此种情形,在我国台湾刑法中一律认为成立侵占罪,因为持有人已有变持有为所有的意思。例如,行为人将其为他人保管的衣物隐匿不交,即使其向警察表示愿意折价赔偿,也构成

侵占罪。这主要是台湾刑法中的普通侵占罪是即成犯,意图为自己或第三人不法之所有,而侵占自己持有的他人之物,就成立犯罪。按照中国大陆刑法,似乎行为人有不法所有的意图还不足以构成侵占罪,还要求行为人要有“拒不退还、拒不交出”的意思及行为。实质上,如果在理论上把拒不退还、拒不交出解释为从属于非法占为己有的情节,持有人基于不法所有的意图,占有他人之物不交出,只是愿意给予适当价金予以赔偿的,自然就属于“拒不退还”或者“拒不交出”,应当成立侵占罪,后文对此将作详尽讨论。

此外,要注意的是,即使按照多数学者的观念,承认拒不退还、拒不交出的独立意义,将它们视为侵占罪客观要件的组成部分,占有他人之物不交出,只是愿意给予适当价金给予赔偿的,也应看作拒不退还、拒不交出,因为刑法第270条所规定的“拒不退还”和“拒不交出”都是针对原物而言,交出替代物来取代原物,其实质就是没有退还和没有交出。

当然,将持有物占为己有,愿意给予经济赔偿或者补偿,如果原物不具有特别特殊的性质,持有人的赔偿和补偿价额与原物价值相当的,一般可以不认为是侵占罪,通过民事上的途径就可以解决当事人之间的冲突。

3. “非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间的关系

“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间是何关系,很值得研究。一般的观点认为,二者是并列的、各自具有独立意义、需要相继判断的关系:行为人主观上具有将持有的他人财物非法占为己有的目的,并以所有人的身份对该财物进行非法使用、收益、处分,其行为就已经具有非法性,即使后来在他人要求下返还或者交出了占有物,其非法占有的性质也不能改变。但此时,行为人尚未构成侵占罪,只有在其行为具备拒不交出、拒不退还的特征时,侵占罪的构成要件才完全齐备。所以,对侵占罪的成立,需要先判断非法占为己有的事实是否存在,还要进一步判断持有人是否有拒不退还或者交出的意思。^[36]

我认为,“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间是包容关系,前者是主要的,能够包容“拒不退还”、“拒不交出”,即持有人以所有人自居,对财物加以处分,既表明了其非法占有持有物的意图,也说明了拒不退还、拒不交出事实的存在。换言之,能够判明是非法占为己有,就足以说明是拒不退还、拒不交出,有前者就一定有后者,后者处于从属地位。拒不退还、拒不交出不是侵占罪中构成要件客观方面的内容,而只是对非法占为己有的强调和进一步说明,是为确认、固定持有人非法占为己有的意图提供充足的依据。所以,自持有人将自己暂时持有的他人财物不法转变为自己所有之时,拒不退还、拒不交出的意思已经昭然若揭,没有必要再在司法上证明“拒不退还”、“拒不交出”情节的存在与否,这样能够适度减轻司法证明的负担,也可以克服证明上的一些难题。当然,如此解释“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间的关系,可能产生的问题就是:会使“拒不退还”、“拒不交出”的规定事实上没有意义,它们也不是构成侵占罪的客观方面的条件,而只是证明“非法占为己有”存在的情节,不具有独立意义,这样立法上对于“拒不退还”、“拒不交出”的表述就显得多余。所以,这一问题值得进一步研究。

4. 拒不退还、拒不交出的最后时限

按照前面的观点,从理论上讲,凡是非法占为己有的意图已经充分表露的,就是拒不退还、拒不交出,没有进一步确定拒不退还、拒不交出何时成立的必要。

[36] 参见前引[14],刘志伟书,第111页。

例 18: 甲受托保管乙之珍贵文物, 某日试图将其卖掉, 在其与买主丙商谈、约定交货期限时, 被乙发现, 乙未找甲索要该文物, 而是直接向法院提出自诉, 法院立即予以受理并找到甲, 发现甲尚未将文物交付给买主丙, 甲是否构成侵占罪?

甲以财物所有人的名义直接处分持有文物之时, 已然具有“非法占为己有”的意思和行为, 拒不退还的意图此刻已经表露得比较充分, 所以, 即使乙没有直接向甲索要托管财物, 甲也未作出具体的拒不退还的表现, 也是拒不退还, 因而符合侵占罪的客观特征, 应当成立侵占罪。此外, 前例中, 侵占人有非法占为己有的目的, 并着手实施了相应的易占有为所有的行为, 只是由于受害人的及时告诉而未得逞, 所以, 应成立侵占罪的未遂。当然, 由于中国刑法视侵占罪为结果犯而非即成犯, 所以, 该罪的既遂、未遂问题, 还值得进一步研究。

必须指出, 虽然说非法占为己有就意味着拒不退还、拒不交出, 就意味着侵占罪客观方面的要件齐备的这一观点在理论上可以成立, 但是, 将此标准完全贯彻到司法实践中, 可能带来打击面过大的弊端。而要控制惩罚面, 就“不能简单地以行为人以语言或行动表明其非法占有的意图, 即以本罪既遂论处”。^[37]

所以, 承认“拒不退还”、“拒不交出”不是犯罪客观方面的条件, 而只是证明“非法占为己有”是否存在的一个情节, 这就要求我们注意, 刑事司法并不是对所有的将代为保管物、遗忘物、埋藏物非法占为己有的都要追究, 而只是将直到某一特定时刻还拒不退出、拒不交出的这一部分作为侵占罪处理。换言之, 自非法占为己有的意思和行为已经明确这一刻起, 行为就已经属于拒不退还、拒不交出, 但是对其还不作犯罪处理, 只有拒不退还、拒不交出的行为“延续”到某一时段, 非法占为己有的意图得到继续坚持的, 实践中才给予处罚。这样, 就通过合理的解释来软化了较为严厉的侵占罪立法。

由此看来, 设定拒不退还或拒不交出得以延续的最后时限,^[38] 从而进一步缩限侵占罪的成立范围, 就具有特殊的意义。

有的人提出, 当财物所有人向非法占有人索要, 而非法占有人拒不退还或拒不交出时, 即可认定侵占罪成立。^[39] 依这一观点, 如果财产(代为保管物、遗忘物、埋藏物)持有人在所有人索要时给予拒绝, 但事后迅速交出财物的, 仍然成立犯罪, 这对持有人要求过严。

另有人提出应当把一审审理终结前作为拒不退还或交出的时间限制, 这一观点有悖于诉讼原理, 因为凡是进入庭审程序的事实, 都是已有相当证据证明、事实较为清楚确定者。对被告人是否定罪取决于事实而非被告人的认罪态度或退赃表示。

我认为, 对拒不退还、拒不交出延续的最后时限的设定, 应当坚持“立案标准说”, 即以法院是否立案受理作为拒不退还或交出的最后时限。即在通常情况下, 财物所有人或占有人已经向侵占人索要, 后者明知其为财产的权利人而拒不退还或交出, 前者以自诉人身份向法院提起诉讼, 法院正式立案之日, 即为侵占者拒不退还或拒不交出的行为成立之时。这主要是因为侵占罪是告诉才处理的犯罪, 法院正式立案受理时, 侵占人仍无返还或交出财产的意思或行为, 充分表明了其非法占有他人财物的坚定立场; 同时, 作如此解释, 还有为侵占人留有充裕时间、

[37] 前引[6], 王作富文, 第 44 页。

[38] 需要特别注意的是, 我这里讲的是司法实践中设定的、允许“拒不退还”或“拒不交出”行为延续的最后时限, 而不是其成立的最后时限。拒不退还、拒不交出自非法占为己有之时成立, 而不是象多数学者所说的, 成立于非法占为己有之后。

[39] 刘汝杰: “侵占案‘拒不退还’或‘拒不交出’的时间界限”, 《人民检察》2001 年第 1 期。

让其比较利弊作何去何从的考虑, 凡被告人在被害人告诉之后, 法院正式立案前, 退出、交还持有物的, 不成立犯罪。

按照前述判断拒不退还、拒不交出最后时限的“立案标准说”, 我认为, 一个侵占案件, 只要还处于受害人自行收集证据或者公安机关侦查过程中, 就不能认为已经成立拒不退还和拒不交出。如果在侦查过程中, 财物持有人能够主动说明真相并交出财物的, 非法占为己有的事实还难以确定, 应当没有成立侵占罪的可能; 在财物持有人向合法所有人或公安机关谎报财物被盗被抢、否认自己从未占有他人遗忘物、埋藏物的场合, 公安机关展开侦查活动, 即使完全查清案件事实, 也不能认定拒不退还或拒不交出成立。因为在告诉才处理的情况下, 公安机关即使完全查清了案件, 搜查出侵占人所占有的非法财物, 发现侵占人的行为符合侵占罪的规定, 也无权直接提出起诉意见, 只能告知被害人有权向法院自诉。侵占人在公安机关已然查清案件事实之时仍无返还、退出之意思或行为, 表明其仍然坚守拒不退还、拒不交出的立场, 这种在无权直接处理该案件的公安机关面前的表态, 与直接向合法所有人表示不退还或者不交出, 在法律上并无不同。当然, 与此相关的一系列问题都还值得进一步研究。

Abstract: The crime of misappropriation is an act of turning a holding into an illegal possession. For the determination of the crime of misappropriation, the affirmation of the fact of possession is more important than the determination of lawfulness of the possession. The objects of the crime of misappropriation include property in commendation or property forgotten or buried by another person. Each of these objects has its unique connotation. The act of taking possession of package or unlawfully consigned goods shall constitute the crime of misappropriation; the act of taking possession of another's property which is mistakenly believed to be under one's custody shall constitute the crime of misappropriation of forgotten property. The term "forgotten property" shall be construed broadly and it is neither possible nor necessary to distinguish between "forgotten property" and buried property. There is an inclusive and mutual proofing relationship between illegal possession of the property and the time of refusal to return the property. In order to correctly determine the crime of misappropriation, it is necessary to determine a reasonable deadline for the refusal to return the illegally possessed property.
