

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【刑法适用】

论盗窃罪、侵占罪、诈骗罪之间的关系

渎职犯罪中复杂因果关系与刑事责任的认定

【司法前沿】

我国开展量刑建议试点的若干问题

【证据运用】

贿赂犯罪案件中的证据问题

印证证明模式在办理疑难故意杀人案中的运用

【法律释义】

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂犯罪案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法采供血液等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

【2008年刑事法律及司法解释汇编】

总第37集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2009 年第 1 集(总第 37 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华
黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2009 年第 1 集: 总第 37 集 / 张仲芳主编. —北京: 法律出版社, 2009. 4
(刑事司法指南)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9340 - 3

I. 刑… II. 张… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 030485 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7 字数/162 千

版本/2009 年 4 月第 1 版

印次/2009 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9340 - 3 定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【刑法适用】

- 论盗窃罪、侵占罪、诈骗罪之间的关系 张明楷(1)
渎职犯罪中复杂因果关系与刑事责任的认定
..... 刘光圣 赵 慧(41)

【司法前沿】

- 我国开展量刑建议试点的若干问题 张国轩(53)

【证据运用】

- 贿赂犯罪案件中的证据问题 李明和 胡伟锋(64)
印证证明模式在办理疑难故意杀人案中的运用
..... 方洁 孟粉(76)
从周某放火案看对证据分层次的审查判断和运用
..... 余双彪(85)

【法律释义】

- 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂犯罪案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用
..... 韩耀元 王文利(96)
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法采供血

液等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解
与适用 韩耀元 张玉梅(110)

【2008年刑事法律及司法解释汇编】

【刑法适用】

论盗窃罪、侵占罪、诈骗罪之间的关系

张明楷*

目 次

一、盗窃罪与侵占罪的关系

(一) 盗窃罪与侵占罪概述

(二) 占有的判断

(三) 争议的案件

二、盗窃罪与诈骗罪的关系

(一) 盗窃罪与诈骗罪关系概述

(二) 两罪区分要点

(三) 三角诈骗与盗窃罪间接正犯的区别

三、侵占罪与诈骗罪的关系

(一) 通过欺骗手段获得财物的“保管”地位的情形

(二) 侵占财产凭证后通过欺骗手段取得他人财物的情形

(三) 所谓找钱诈骗的情形

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

(四)侵占财物后为掩盖真相而欺骗他人的情形

侵犯财产的犯罪可以分为取得罪与毁弃罪。前者是指不法取得财产的犯罪,如盗窃罪、诈骗罪等;后者是指消灭、减少财产价值的犯罪。作为财产罪中心的取得罪,可以分为转移占有的取得罪与不转移占有的取得罪。盗窃罪与诈骗罪都是转移占有的犯罪,即将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有;侵占罪是不转移占有的犯罪,即将自己占有或者脱离他人占有的他人财物据为己有或者使第三者所有。转移占有的取得罪,又可进一步分为夺取罪与交付罪。前者是违反被害人意志取得财产的犯罪,如盗窃罪、抢劫罪、抢夺罪,后者是被害人基于瑕疵而同意交付财产的犯罪,如诈骗罪、敲诈勒索罪。本文所讨论的盗窃罪、侵占罪、诈骗罪之间的关系,是一种对立关系(也称排他关系、异质关系)。对立关系表现为:肯定行为成立甲罪,就必然否定行为成立乙罪,反之亦然。只有明确三罪之间的“对立”何在,才能准确区分和认定这三种犯罪。

一、盗窃罪与侵占罪的关系

(一)盗窃罪与侵占罪概述

我国刑法理论几乎没有争议地将盗窃罪定义为:“以非法占有为目的,秘密窃取公私财物,数额较大,或者多次盗窃公私财物的行为。”^①显然,这一定义只是将“盗窃”解释为“秘密窃取”。但是,并没有说明窃取对象的属性(财物由谁占有),更没有回答何谓“窃取”。

根据各国刑法理论与审判实践公认的定义,盗窃罪,是指以非法占有为目的,违反被害人的意志,将他人占有的财物转移给自己

^① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第566页。

或者第三者占有的行为。^①“以非法占有为目的”使得盗窃罪与挪用资金罪、故意毁坏财物罪相区别,后者不具有刑法意义上的非法占有目的;“违反被害人的意志”使得盗窃罪与诈骗罪(以及职务侵占罪中的骗取行为)、敲诈勒索罪相区别,因为诈骗罪与敲诈勒索罪是基于被害人有瑕疵的意志而取得财物的;“将他人占有的财物转移”使得盗窃罪与侵占罪(以及职务侵占罪中狭义的侵占行为)相区别,因为侵占罪是将自己占有的财物或者将脱离他人占有的财物据为己有;“转移为自己或者第三者占有”使得盗窃罪与故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪相区别,后两种犯罪并不是转移财产的占有,而是毁弃财产;“将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有”,表明了两个方面的内容:一是破坏或者排除了他人对财物的占有;二是建立了新的占有,使行为人或第三者具有类似所有人的地位。^②行为是否具有秘密性,并不直接决定是否排除占有与建立占有的事实,故不应作为盗窃行为的要素。换言之,客观上的公开窃取行为,仍然可能实现排除他人对财物的占有和建立新的占有的效果。概言之,盗窃罪的成立,要求将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有。

根据我国《刑法》的规定,侵占罪,是指将代为保管的他人财

① 大谷实教授指出:“窃取,是指违反占有者的意思,排除占有者对财物的占有,将目的物转移为自己或者第三者占有。”([日]大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2007年版,第263页);西田典之教授指出:“窃取,是指违反占有者的意思,将他人占有的财物转移为自己占有的行为。窃取本来意味着秘密取得,但公然实施的也成立本罪。”([日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂2007年版,第137页);前田雅英教授指出:“作为盗窃罪实行行为的窃取,虽然原本意味着秘密取得,但是,广义上指违反占有者的意思将财物转移为自己或第三者占有之下的行为,也包含公然取得的情形,还承认间接正犯的窃取。”([日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2007年版,第214页)。

② Vgl., Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 23. Aufl., C. F. Müller 2000, S. 51.

物非法占为己有,数额较大,拒不退还的,或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的行为。前者属于委托物侵占;后者属于脱离占有物侵占。但是,对于《刑法》第270条第1款规定的“代为保管”,必须理解为受委托而占有他人的财物;对于《刑法》第270条第2款规定的“遗忘物”、“埋藏物”必须理解为不是基于他人本意、脱离了他人占有的物。换言之,侵占罪包括两种类型:一是将自己受委托占有的他人财物据为己有(或者使第三者所有);二是将脱离他人占有的他人财物(遗忘物、埋藏物)据为己有。从构成要件上说,只有这样解释,才使盗窃罪与侵占罪之间既不重叠,又无漏洞。从对财产的事实上占有来说,值得刑法保护的财物分为三种情形:一是他人占有的财物;二是自己受委托占有的他人财物;三是脱离他人占有的他人财物。对他人占有的财物成立盗窃罪(一个人不可能盗窃自己已经占有的财物);对自己受委托占有的他人财物成立委托物侵占;对脱离他人占有的他人财物成立脱离占有物侵占。显然,如果将“代为保管”解释得比占有宽泛,就意味着一部分代为保管与他人的占有相重叠,导致侵占罪与盗窃罪重叠,造成定罪困难;如若将代为保管解释得比占有狭窄,就意味着侵占罪与盗窃罪之间存在漏洞,导致一部分财物既不是行为人代为保管的财物,也不是他人占有的财物,而不能成为财产罪的对象。同样,如果将遗忘物、埋藏物解释得过宽或者过窄,也会导致侵占罪与盗窃罪之间存在重叠或者漏洞。从实质上说,只有这样解释,才能说明盗窃罪重于侵占罪的根据。盗窃罪之所以重于侵占罪,可以从三个方面说明:其一,从违法性的角度来说,盗窃罪侵害了他人对财物的占有,而侵占罪没有侵害他人对财物的占有,故侵占罪的违法性轻于盗窃罪;其二,从有责性的角度来说,在侵占罪的场合,财物处于行为人可以自由处分的状态,对行为人具有诱惑性,导致有责性轻于盗窃罪;其三,从刑事政策的角度来说,盗窃罪的发案率远远高于侵占罪,为了实现

一般预防,刑法对盗窃罪规定的法定刑重于侵占罪。

概言之,盗窃罪的对象只能是他人占有的财物,而侵占罪的对象必须是自己占有或者脱离占有的他人财物。所以,一个行为不可能既成立盗窃罪,也成立侵占罪。^① 所以,判断财物由谁占有、是否脱离占有,是区分侵占罪与盗窃罪的关键。

(二) 占有的判断

占有是指事实上的支配,不仅包括物理支配范围内的支配,而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。刑法上的占有与民法上的占有不是等同的概念。例如,民法上一般要求占有人具有为了自己的利益而占有的意思,但刑法上的占有可以是为了他人的利益而占有;民法上的代理占有、间接占有与占有改定,不是刑法上的占有;此外,刑法上也不承认占有的继承。刑法上的占有重在事实上的支配,占有意思往往只是对认定是否占有起补充作用。不过,刑法上对于事实上的支配也是根据社会一般观念判断的,民法上的某些“观念占有”也可能被认定为刑法上的占有,但民法上的“观念占有”不一定是刑法上的占有。

1. 只要是在他人的事实支配领域内的财物,即使他人没有现实地握有或监视,也属于他人占有

例如,他人住宅内、车内的财物,即使他人完全忘记其存在,也属于他人占有的财物。再如,游人向公园水池内投掷的硬币,属于公园管理者占有的财物。住在宾馆的行为人即使穿着宾馆提供的睡衣,该睡衣也由宾馆主人占有。商店里的衣服,即使顾客试穿在身上,也由店主或店员占有,而不是由顾客占有。

2. 虽然处于他人支配领域之外,但存在可以推知由他人事实上支配的状态时,也属于他人占有的财物

^① 至于行为人误以为他人占有的财物是遗忘物而非法占为己有,则是抽象的事实认识错误问题,也不可能认为该行为同时触犯了盗窃罪与侵占罪。

他人门前停放的自行车,即使没有上锁,也应认为由他人占有。他人停在路边的汽车(不管是否已经锁门),由他人占有。又如,挂在他入门上、窗户上的任何财物,都由他人占有。房主甲将房屋租给乙居住,但约定乙不得转移、使用衣柜里的财物的,应认为衣柜里的财物属于房主甲占有,而非乙占有。不仅如此,明显属于他人支配、管理的财物,即使他人短暂遗忘或者短暂离开,但只要财物处于他人支配力所能涉及的范围,也应认定为他人占有。例如,日本曾发生过这样的案件:被害人为了乘车而排队,将照相机放在排队的地方,随着队列的移动而移动照相机,但一时忘了移动,待进入到检票口附近后,才注意到自己忘了拿照相机。其间经过了约5分钟,被害人与照相机的距离约20米。日本最高裁判所认定,此时照相机仍由被害人占有。^①日本学者也都同意这一判决结论。^②再如,A、B谎称让C、D外出拍摄广告片,C、D携带手提包坐上A的面包车前往海边。到达地点后,A、B让C、D将手提包放在车内,并往海边方向走,待C、D向海边行走离开面包车20米左右时,A、B将面包车开走,非法占有了C、D的手提包。应当认为,在A、B开车时,C、D仍然占有其放置在面包车内的手提包,A、B的行为成立盗窃罪,而不是侵占罪(也不是诈骗罪)。

3. 在特定场所,所有人、占有人在场的,原则上应认定为所有人、占有人占有

例如,飞机上乘客的手提行李,不管其放在何处,都由乘客占有。再如,乙提着自己的包去甲家做客时,应当认定该包由乙占有,而不是甲占有;即使乙与甲一起到户外散步聊天、短暂离开甲家,乙放置在甲家的包也由乙占有。

^① 日本最高裁判所1957年11月8日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》第11卷第12号,第3061页。

^② [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年版,第184页。

4. 主人饲养的具有回到原处能力或习性的宠物,不管宠物处于何处,都应认定为饲主占有

5. 即使原占有者丧失了占有,但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时,也应认定为他人占有的财物

例如,旅客遗忘在旅馆房间的财物,属于旅馆管理者占有,而非遗忘物。再如,甲遗忘在乙家的财物,由乙占有。

6. 刑法上的占有只要求他人对其事实上支配的财物具有概括的、抽象的支配意识,既包括明确的支配意识,也包括潜在的支配意识

占有意思对事实的支配的认定起补充作用。例如,处于不特定人通行的道路上的钱包,一般来说属于脱离他人占有的财物;但如果 A 不慎从阳台上将钱包掉在该道路上后,一直在阳台上看守着该钱包时,该钱包仍然由 A 占有。

7. 当数人共同管理某种财物,而且存在上下主从关系时,下位者是否也占有该财物? 这关系到下位者的犯罪行为性质

例如,私营商店的店主与店员共同管理商店的财物,店员是否占有商店的财物? 如持肯定回答,则店员取走该财物的行为不构成盗窃罪;如持否定回答,则店员取走该财物的行为可能成立盗窃罪。本文认为,在这种情况下,刑法上的占有通常属于上位者(店主),而不属于下位者(店员)。即使下位者事实上握有财物,或者事实上支配财物,也只不过是单纯的监视者或者占有辅助者。因此,下位者基于非法占有目的取走财物的,成立盗窃罪。但是,如果上位者与下位者具有高度的信赖关系,下位者被授予某种程度的处分权时,就应承认下位者的占有,下位者任意处分财物,就不构成盗窃罪,而构成其他犯罪。

8. 行为人受他人委托占有某种封缄的包装物时,是否同时占有封缄物的内容(财物)

区别说认为,封缄物整体由受托人占有,但内容物为委托人占

有。受托人不法取得封缄物整体的,成立侵占罪;取出其中的内容物的,成立盗窃罪。修正区别说认为,封缄物整体由受托人占有,但内容物由受托人与委托人共同占有。因此,受托人不法取得封缄物整体的,成立侵占罪;不法取得内容物的,成立盗窃罪与侵占罪的竞合,以盗窃罪论处。非区别说认为,封缄物整体与其中的内容物没有区别,性质相同;其中有人认为均由受托人占有,有人认为均由委托人占有。^① 本文原则上采取区别说。区别说表面上看有自相矛盾之嫌,即不法取得内容物的成立较重的盗窃罪,而不法取得封缄物整体的反而成立较轻的侵占罪。但事实上并非绝对如此。因为即使受托人不法取得了封缄物整体,但只要不能认定受托人已经占有了其中的内容物(如行为人一直将封缄物整体置于自己住宅内),被害人对内容物的占有就没有受到侵害;如果不法取得封缄物的整体,并能够认定受托人因为打开封缄物、出卖封缄物整体等行为,而不法占有了内容物,当然应认定为盗窃罪。

9. 关于死者的占有性质,也直接关系到行为的性质

死者的占有主要有三种情况:第一,行为人以抢劫故意杀害他人后,当场取得他人财物;第二,行为人出于其他目的杀害他人后,产生非法占有他人财物的意思,取得死者的财物;第三,无关的第三者从死者身上取得财物。对于第一种情况,应认定为抢劫罪。在国外争论较大的是后两种情况。死者占有肯定说认为,后两种情况成立盗窃罪;死者占有否定说认为,后两种情况成立侵占罪;此外还有不同的折中看法,如认为第二种情况成立盗窃罪,第三种情况成立侵占罪。应当肯定,后两种行为值得科处刑罚。在日本等国,即使否认死者的占有,也因为其侵占脱离占有物罪的对象包

^① [日]东京リ-ガルマインド:《刑法Ⅲ各论》,东京リ-ガルマインド2006年版,第134页。

括“其他脱离占有的他人的财物”，能够以侵占脱离占有物罪论处。^① 在我国，如果将侵占罪中的“遗忘物”作字面意义的解释，又采取死者占有否定说，对上述两种行为就难以认定为犯罪，这显然不合适。所以，解决的方法有两种：一是肯定死者的占有，对上述行为认定为盗窃罪。但是，既然财物的占有者已经死亡，他就不可能在客观上继续支配财物，也不可能有支配财物的意思。而且，死者身边或者身上的财物，不管相对于先前的杀害者，还是相对于无关的第三者，性质应是相同的。所以，肯定死者的占有存在疑问。二是将遗忘物作规范意义的解释，将死者身上或者身边的财物归入“遗忘物”，从而将上述两种行为认定为侵占罪。目前，实践中多采取上述第一种观点，将之认定为盗窃罪。但笔者认为，国民现在应当能够接受对遗忘物的规范解释结论，故本文否认死者的占有，主张对上述行为认定为侵占罪。当然，大家可以对此作进一步的研究，以期最终统一认识。

（三）争议的案件

下面就常见的几种争议案件略作分析。

例一：沈某骑自行车到摩托车修理店，见有一辆摩托车停在修理店门口，遂起占有之念，又见该修理店里货架上没有摩托车锁，于是问店主：“你店里有没有摩托车锁？”店主说：“这里没有，你要的话，等一会我回去拿。”沈某便说：“你快点去拿吧，我要办事去呢。”店主在沈某的催促下，离开了修理店，临走时对沈某讲：“我去拿锁，你帮我看下店。”店主离开后，沈某骑走摩托车。在本案中，虽然沈某欺骗店主使其离开修理店，但店主并没将财产转移给沈某占有。店主虽然让沈某帮忙看店，但此时沈某充其量只是修理店财物的占有辅助者。根据社会的一般观念，即使店主暂时离开了修理店，修理店中的财物仍然由店主占有，所以，沈某的行为

^① [日]前田雅英：《刑法各论讲义》，东京大学出版社2007年版，第211页以下。

成立盗窃罪。显然,不能认为,只要被害人说了一声“你帮我看下店”,行为人就“代为保管”了被害人财物。只有行为人占有了被害人财物,才能认定为“代为保管”了被害人财物。

例二:某日,樊某在某火车站站台上见一刚下车的旅客王某带着3个小孩,旁边放着5件行李,便上前询问是否需要雇人扛行李。二人商定,由樊某将王某的4件行李扛出车站,王某付给樊某10元人民币作为报酬。樊某扛着4件行李至出站口,王某的小孩被车站工作人员拦下查票。看到王某忙于出示车票,樊某遂产生了非法占有王某行李的意图,趁王某不注意,将行李扛走。在本案中,身扛行李的樊某,只是王某的占有辅助者。换言之,即使樊某身扛行李,但该行李的占有者仍然是王某。所以,樊某的行为成立盗窃罪,而非侵占罪。与此类似的案例是:李某以贩卖中药材为名,将同村张某骗至外地后,假称当地秩序不好,让张某将所带现金1万元放在自己提包内。李某寻机将张某支开,将自己的提包割破,取出现金,然后将提包交给张某携带。当张某发现现金不在包内时,李某谎称张某不小心被人割包盗走了现金,张某只好自认倒霉。李某的行为不成立侵占罪(也不成立诈骗罪)。因为在张某一直与李某随行时,即使李某诱使张某将1万元放在李某的提包里,也不能认定该1万元属李某占有。李某通过转移现金的占有取得了现金,应构成盗窃罪。显然,不能认为,只要行为人将他人财物拿在手上、扛在肩上,就占有了他人财物。只有当行为人事上能够支配财物时,才能认定为占有了他人财物。

例三:2001年3月9日,被告人李某租用他人的一辆东风车,由司机张某驾驶,为货主赵某向河南洛阳运输牛皮等货物。3月12日早5时许,汽车行至洛阳市郊某饭馆门前,李某借口要吃饭,将随车押送货车的赵某骗下车,自己也随之下车。李某将赵某引向距停车地点约70米的饭馆前时,谎称去叫司机张某一起吃饭,离开赵某回到车上,又对司机谎称赵某要在旅社休息,要司机和他

一起将车开走。当汽车开动时,被货主赵某发现,赵某当即急呼停车,车仍未停。李某让司机将车开至偃师市一亲戚家中,然后把车上的货物全部卸下,据为己有,货物价值共计人民币八万余元。根据社会的一般观念,在司机等运输人跟随货主运输货物时,应当认定货物由货主占有。李某诱使货主赵某离开货车的行为,只是使赵某对货物的占有弛缓,赵某并没有处分货物。因此,李某的行为不成立侵占罪,而构成盗窃罪。显然,不能认为,运输货物的人都占有了所运送的货物。在货主本人或者货主派员跟随运输者运输货物的情况下,能够事实上支配货物的是货主或者货主派出的人员,而不是运输货物的人。所以,运输货物的人(包括司机)违反货主意志非法取得货物的,成立盗窃罪。

例四:张三拾得李四的信用卡后,利用该信用卡从ATM机上取款1万元。本文认为,张三的行为成立盗窃罪。基本理由是,信用卡本身作为有体物,没有达到刑法要求的数额较大的标准,不能评价为侵占罪中的财物;拾得信用卡不等于拾得信用卡所记载的现金;侵犯财产的行为不是拾得信用卡的行为,而是使用信用卡的行为,故应根据使用行为的性质认定犯罪;《刑法》第196条第3款具有法律拟制的性质,不能类比适用该款,将拾得信用卡并使用的行为认定为侵占罪。用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质,涉及另一重要问题:ATM机中的现金由谁占有?例如,信用卡持卡人是否占有了信用卡所记载的现金?信用卡的拾得人是否占有了信用卡所记载的现金?因为不管采取什么学说,都必须承认如下事实:在用拾得的信用卡在ATM机上取款的案件中,行为人非法取得的是现金。既然如此,就必须首先确认,取款时现金由谁占有。(1)作为有体物的信用卡本身不等于现金。这一点当无疑问。作为有体物的信用卡与现金不仅外形不同,而且内容有明显差异。如现金具有可替代性,而信用卡不具有可替代性;现金不记名、不挂失,而信用卡记名、挂失。所以,侵占信用卡不等于侵占

现金。(2)持卡人存入银行的现金,已不再由持卡人事实上占有,而是由银行事实上占有。持卡人将现金存入银行后,该现金完全由银行使用、支配;持卡人不可能事实上占有,也不可能认定为持卡人与银行共同事实上占有。如果认为持卡人存入银行的现金,依然由持卡人事实上占有,意味着持卡人对存入银行的现金不可能成立盗窃罪、诈骗罪,这是不可思议的。基于同样的理由,持卡人存入银行的现金,更不可能由拾得信用卡的人事实上占有,或者说,更不可能由形式上握有信用卡的人事实上占有。基于以上理由,行为人用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为,不属于“将自己事实上占有的他人所有的现金非法占为己有”。(3)持卡人是否丢失信用卡,不影响前述结论。不管持卡人是否丢失信用卡,持卡人存入银行的现金,均由银行事实上占有。不可能说,一旦持卡人丢失信用卡,其存入银行的现金就不属于银行事实上占有,而由信用卡的拾得者占有。另外,不管持卡人是否丢失信用卡,持卡人对信用卡记载的存款的法律上的占有,并不改变。由此可见,持卡人丢失信用卡后,持卡人存入银行的现金、信用卡记载的存款并非遗忘物。显然,作为有体物的信用卡本身不等于现金,行为人用拾得的信用卡在ATM机上非法取得的现金不属于行为人事实上占有的现金,也不属于遗忘物。所以,用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为,不是成立侵占罪,而是成立盗窃罪(又由于机器不能被骗,用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为,也不成立信用卡诈骗罪)。

例五:王刚和张强同乘一辆长途客车去省城,王刚坐在张强对面的座位上,客车运行至深夜,王刚躺在自己的座位上睡觉,其手机(价值一千余元)从上衣兜里滑出掉在座位下的地板上,张强见状遂将手机捡起放在自己贴身的衣袋内。清晨,王刚发现自己的手机丢失后向警方报案,警方立即赶到,向坐在王刚周围包括张强在内的旅客询问,张强推说自己不知道。后经警察当场拨打王刚