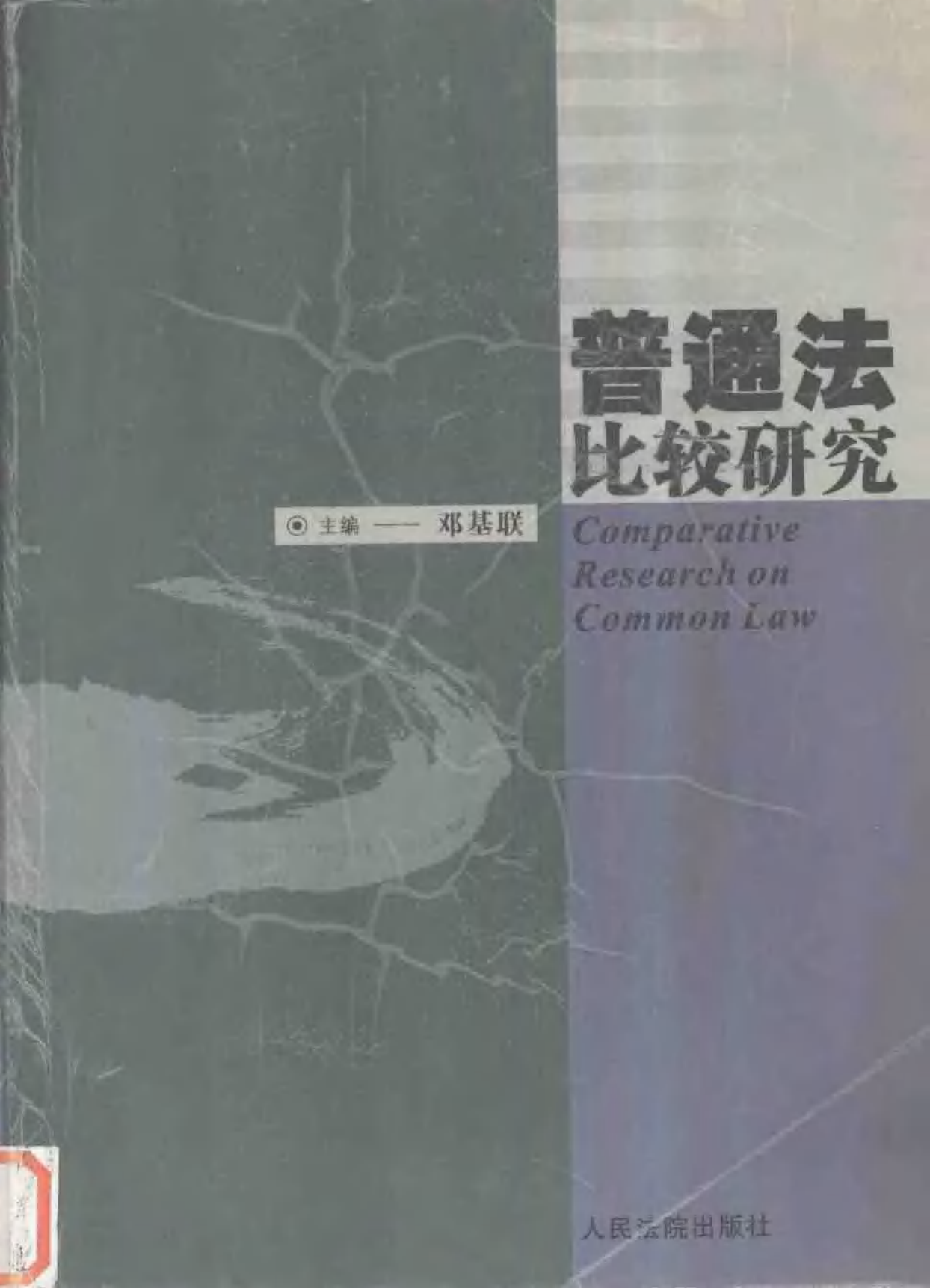




普通法 比较研究

◎ 主编 —— 邓基联

*Comparative
Research on
Common Law*

人民法院出版社

D920.4-53
3

普通法 比较研究

◎ 主编 —— 邓基联

*Comparative
Research on
Common Law*



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

普通法比较研究/邓基联主编. —北京: 人民法院出版社, 2005. 1

ISBN 7-80161-924-2

I. 普… II. 邓… III. 比较法学-中国、香港-文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 135832 号

普通法比较研究

主编 邓基联

责任编辑 郭毅敏 肖宏开 乔 燕
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)85250569(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 826 千字
印 张 43.25
印 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-924-2/D·924
定 价 88.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

编写说明

在我国法制日益健全、现代化不断发展的今天，法官的职业化、精英化日益引起全社会的广泛关注。没有高素质的法官队伍，司法公正和司法效率就无从谈起。法官职业化的目标，正如最高人民法院肖扬院长所言，就是要“形成一个拥有共同专业知识结构、独特的法律思维方式，具有强烈社会正义感和公正信仰的整体，并形成特有的职业传统和职业气质，从而确保法官具有抵御外界干扰的勇气和能力。”法官职业化建设内涵丰富，任重道远，加强职业培训，提高职业素质、职业技能是法官职业化建设的重要方面。深圳经济特区法院发扬特区人的“敢闯”精神，在法官职业化建设的道路上迈开了坚实的步伐。2001年，我国成功加入世界贸易组织，就在这一年的全秋，在深圳市委、市政府和上级法院的大力支持下，深圳市两级法院通过严格的选拔程序，选派了13名优秀青年法官赴香港大学深造，攻读普通法硕士研究生。

在香港大学学习期间，深圳的青年法官和香港大学的学生们一起听课，一起讨论，一同在严格的标准下考试，最后均顺利完成了全部课程的学习，取得了优异的成绩。学员们在法学院研习了合同法、侵权法、证据法、公司法、WTO规则、知识产权法、刑法不同法域法律制度比较研究等课程。这些课程基本涵盖了普通法最基本的法律制度和学科。完成相关的学习后，在香港大学法学院的安排下，全体学员分批到香港高等法院、地区法院和裁判所、律政司、律师楼等不同法律部门进行了为期三个月的实习。通过系统的学习和实习活动，学员们对普通法的各个领域及其实践有了比较深入的了解，香港法院的

高效运作程序和管理机制也给学员们深刻的启迪。通过一年来在香港大学的刻苦学习，这批青年法官在知识结构、外语水平、研究能力等综合素质上均有了较大的提高，法律的职业素养得到了进一步增强。

《普通法比较研究》一书体现了这批学员对普通法的理解，以及对我国法律制度和司法改革的思考，是他们学习成果的汇报。现将这些学习成果汇集整理，以中英文两种文字同时发表，献给那些有志于法官职业化建设和司法改革的有识之士，以及对普通法研究有兴趣的中外同行。

编 者

二〇〇四年八月

Foreword

The professionalization and elitism of judges have increasingly been widely acknowledged nowadays with maturing of our legal system and further developing of modernization. There would be no judicial fairness, justice and efficiency without well qualified judges. The goal of the judges' professionalization, as Chief Justice Xiao Yang of the Supreme People's Court of China said, is "to form a group of judges sharing common professional knowledge, having peculiar way of legal analysis, possessing strong sense of social justice and having faith in fairness and justice and developing unique professional tradition and temperament to ensure the courage and ability to resist external interference." The professionalization of judges is rich in meaning and a difficult task to undertake requiring many efforts. Strengthening professional training, improving professional quality and skills are all important aspects. The courts of Shenzhen Special Economic Zone have made substantial progress in respect of judges' professionalization in the spirit of "Dare to Explore". Shenzhen two-level courts selected 13 young excellent judges to pursue Master of Common Law at the University of Hong Kong ("HKU") through strict selection process with the great support of the People's Government of Shenzhen and superior courts at the time of the golden autumn of 2001 and china's successful entry into WTO.

During their studies at HKU, Shenzhen young judges attended classes, participated in discussions and took the same examinations as HKU students and eventually passed all the exams successfully and got outstanding grades. They took courses of comparative studies on legal system of distinct jurisdictions such as Law of Contract, Tort, Evidence, Company Law, WTO rules, Intellectual Property Rights, Criminal Law, Land Law, which cover the most basic legal system and subjects of common law. Upon completion of relevant studies, all the members interned for three months

at differing legal departments such as High Court, District Court and Tribunal, the Department of Justice and some law firms. Thus, all the members got an in-depth appreciation of each area of common law and its practice, and have been inspired by the efficient operation process and management mechanism through regular study and internship. This group of young judges has achieved big improvements in the field of knowledge structure, foreign language proficiency, research ability and professional quality in law by one-year diligent and hard work at HKU.

This Comparative Studies on Common Law demonstrates their understanding of common law as well as thinking towards our legal system and judicial reform, which is a collection of their research results. These research results have been collected and edited in Chinese and English for those who have devotion to the judges' professionalization and judicial reform, as well as those peers at home and abroad who are interested in research on common law.

Editor
August 2004

目 录

英国刑法“挪占”概念移植	
——中英盗窃罪比较研究	肖黄鹤 (1)
Transplanting the English Concept of	
Appropriation to PRC Criminal Law	
——A Comparative Study of the Law	
of Theft between the Chinese	
and English Law	Xiao Huanghe (23)
论刑法中的严格责任	詹旭伟 (53)
Study relating to Strict Liability in	
Criminal Law of PRC	Zhan Xuwei (71)
如何“激活”中国的非法口供	
排除规则	彭 琛 (97)
How to “Activate” the Confession	
Rule of China	Peng Chen (118)
中国民事诉讼中的法院调解:	
问题与出路	肖璟翊 (148)
Judicial Mediation in Civil Proceedings in the PRC:	
Problems and Ways Out	Xiao Jingyi (185)
股份有限公司小股东利益保护	许绿叶 (236)
Protecting Minority Shareholders of	
Chinese Joint Stock Company	Xu Luye (258)
试论我国银行的破产问题	张雄群 (289)
A Study on Bank Bankruptcy in	
Mainland China	Zhang Xiongqun (321)

浅谈我国商业秘密司法保护	
环境的改善	李茁英 (370)
How to Improve the Judicial Protection of	
Trade Secrets in Mainland China ...	Li Zhuoying (388)
适用世贸规则及条约的难题与解决	史仲凯 (415)
How to Deal with Difficulties in	
the Application of WTO Rules or	
Treaties in China	Shi Zhongkai (429)
中国内地与香港相互承认与执行	
法院民商事判决若干问题研究	陈泽桐 (462)
Research on Mutual Recognition and	
Enforcement of Civil and Commercial	
Judgments between Mainland China	
and Hong Kong	Chen Zetong (478)
中国涉外仲裁的司法监督问题研究	温达人 (510)
Judicial Supervision of Foreign Related	
Arbitration in PRC	Wen Daren (546)
我国法官选任制度研究	王作洲 (593)
A study of the appointment of judges	
in Mainland China	Wang Zuozhou (611)
浅析我国人民陪审员制度的改革	廖平 (640)
The reform of Chinese assessor	
system	Liao Ping (654)

英国刑法“挪占”概念移植

——中英盗窃罪比较研究

肖黄鹤

〔内容提要〕

不论刑法的规定如何细致，也不论刑法学理论的结构多么精妙，刑法概念终究要在法律实践中被运用，以认定一行为是否构成刑法分则规定的具体犯罪及一系列相关问题。就盗窃罪的认定而言，核心就是能否证明被告人的行为符合刑法分则规定的盗窃罪构成要件。但是，由于我国刑法对盗窃罪构成要件的规定模糊不清，作为刑法渊源之一的司法解释所规定的盗窃罪构成要件也不能解决这个问题，诸多学者所从事的学理研究在试图解释盗窃罪构成要件的时候同样无法运用概念具体地解释盗窃罪的各項构成要件，包括其中的“非法占有目的”以及为判断“非法占有目的”是否存在所需判断的“占有”的问题。因此，法律实践往往在一些案件的事实认定甚至法律适用（如盗窃罪的既遂和未遂标准）问题上面临困难。通过比较研究，本文认为：英国1968年《盗窃罪法》修改传统盗窃罪明确了该罪的构成要件，新设了“挪占”（Appropriation）的要件；该新设的要件在英国法律实践中通过一系列判例得到运用，英国法因此积累了丰富的解释，形成了普通法意义上的确定法（Settled Law）；在这些案件中，“挪占”的内涵显示出了与中国刑法学上的“占有”概念具有相似的特征；而且，英国的学理研究表明，这些解释在揭示该概念内涵的同时，在一定程度上明确了对“挪占”行为认定的标准以及检控方需要证明的范围，对法律实践极具可适用性，值得借鉴。尽管英国学者担

忧该概念的解释可能对由外行人组成的陪审团造成混淆,然而,由于中国不同的法律实践(即法官既是事实也是法律的裁判者),这一概念的运用不仅不容易使中国的专业法官们在运用时受到困扰,反而因其实践适用性而能为认定盗窃罪提供一个更简便、有效的途径。因此,向中国移植“挪占”的法律概念具有可能性和必要性。

一、引子

中国刑法中,除了盗窃罪定义模糊不清以外,学理解释似乎普遍认为,“非法占有目的”是诸如盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪和侵占罪等占有型财产犯罪的构成要件之一。^①

然而,作为犯罪的构成要件之一,该目的必须被占有财产的客观行为所证明,或者,至少应被显示着行为人非法占有他人财产目的的行为所证明。但中国刑法规范在此方面的模糊不清和学者们提出的抽象的模式分析已经证明,中国刑法在认定非法占有目的存在的客观标准上是受到局限的。

比较而言,英国1968年《盗窃罪法》(Theft Act)中规定的“挪占”概念一直以来经常被法院在适用中解释运用。在许多重要案件中,对“挪占”(Appropriation)^②概念丰富的解释和中国刑法理论中的“占有”概念显示出了惊人的相似。“挪占”概念在运用中对认定盗窃罪的客观行为具有巨大的实践适用性。

本文将比较中国和英国刑法如何界定盗窃罪的行为要件,并讨论向中国介绍英国1968年《盗窃罪法》(Theft Act 1968)的“挪占”概念的可能性和必要性。全文分六个部分。在引子之后,第二部分以批评的眼光回顾中国刑法如何界定盗窃罪,以及由于盗窃概念不清晰使法院面临的困难。第三部分特别介绍了中国学界关于犯罪构成要件理论、盗窃罪的定义、近期对盗窃罪客观行为的研究、非法占有目的和占有的概念等方面的观点。第四部分介绍英国法院所解释的刑法中

① 刘进:《刑法“非法占有目的”论》,载《桂林师范高等专科学校学报》,2002年3月第16卷第1期,第10页。作者称,“在我国刑法中,非法占有目的似乎是构成盗窃、抢夺、诈骗、侵占等非法取得他人财产犯罪的构成要件,不仅刑法分则将‘非法占有’作为叙明罪状的内容直接写入法条(刑法第270、271条——见原文注1),国内各刑法名家的著作及教科书更在论及此类犯罪时,无不把‘以非法占有为目的’作为构成此类犯罪的前提。”

② 香港法例第210章《盗窃罪条例》(Theft Ordinance, Chapter 210)第4条。由于历史的原因,香港法沿袭英国法是众所周知的事实。从条文上看,香港《盗窃罪条例》的盗窃罪概念及其构成要件概念的成文法规定与上述英国《盗窃罪法》(Theft Act)是一致的。因此,认识英国盗窃罪法中的法律概念可借助香港法例中文版的概念。

“挪占”的概念。第五部分探讨中国法在此方面借鉴英国法的必要性和可能性，提出英国法在此方面的成果似有助于澄清中国法中的混淆之处。第六部分为结论。

二、中国刑法中的盗窃罪

中国刑法第五章第二百六十四条规定：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节地，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；（二）盗窃珍贵文物，情节严重的。”

很明显，“盗窃”一词是盗窃罪法律规定的关键。法律并没有对“盗窃”一词下定义，也没有明确盗窃罪的要件。由于成文法规定的模糊不清，法院不得不依赖最高人民法院和最高人民检察院颁布的司法解释。

“两高”关于盗窃罪的现行有效司法解释都没有进一步列明盗窃罪的要件。^①最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第一条规定，“根据刑法第二百六十四条的规定，以非法占有为目的，秘密窃取公司财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为，构成盗窃罪。”然而，由于词义含糊不清，法官们在认定盗窃罪的客观方面时能从司法解释得到的帮助很少。由此而造成当案件事实争议的财物并未完全置于行为人控制之下时，秘密窃取他人财物的行为究竟构成一个完整的盗窃犯罪还是未完成形态的盗窃犯罪（如未遂）长期以来一直成为争议的问题。以下的案例是该问题的一个例证。

在徐君盗窃案^②中，被告人徐君于1997年4月22日晚8时许破门进入辽宁省本溪钢铁公司车间，秘密偷取了车间里9件备件。走到公司围墙边时，徐君将其中的4件扔出墙外，其他5件则仍在公司围墙内侧。当徐君在该处休息时， he 被发现并被抓住了。随后公诉机关指控其构成盗窃罪。南丰区人民法院经审理以盗窃罪（未遂）判处徐君有期徒刑五个月。

审判中争议的问题是，徐君在被抓捕前是否已完成了整个犯罪构成盗窃既

① 最高人民检察院在刑法修订后没有单独颁行关于盗窃罪的司法解释。最高人民法院1998年3月17日颁布施行的《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第一条规定了盗窃罪的定义，但没有进一步列明其构成要件。

② 最高人民法院应用法学研究所：《人民法院案例选》中国法制出版社2000年版，第892～896页。

遂,抑或只是构成盗窃未遂。认为徐君已构成盗窃既遂的观点认为,盗窃犯罪是否既遂取决于争议的财物是否已脱离所有者的控制,即本案中的钢铁公司。如果答案是肯定的话,被告人构成盗窃既遂,否则构成未遂。

然而,那些认为徐君的行为构成未遂的意见认为,依照最高人民法院和最高人民检察院的司法解释^①,盗窃罪是否既遂取决于,当然还有其他方面,行为人的行为是否给财物所有人造成损失。^②南丰区人民法院的判决显然接受了该观点。

同意法庭观点的学者认为,法院的判决应可以基于不同的判决理由。^③根据刑法规定,“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”^④认定犯罪未遂与否的标准应是行为人是否因意志以外的原因而未得逞,即依据犯罪构成理论,行为人的行为是否满足各该犯罪的全部构成要件。^⑤

因此,就本案当前的争议而言,认定未遂的标准也是同样的,即行为人的行为是否已经满足盗窃罪的全部构成要件。论者(案例编辑者)提出,法庭可以从以下检验认定被告人的行为构成盗窃未遂还是既遂。其中任何一种检验都可以构成盗窃未遂的客观标准。

1. 争议财物的所有人是否对该财物失去控制。如果是,则构成盗窃既遂,如果不是则构成未遂。

2. 行为人是否事实上控制了争议的财物。如果是,构成盗窃既遂,如果不是,则构成未遂。

① 即最高人民法院、最高人民检察院 1992 年 12 月 11 日颁布施行的《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》。该解释在案件发生时仍然是有效的,现应认为已被最高人民法院 1998 年 3 月 17 日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》所废除。但两个解释在盗窃罪定义的规定上是相同的。

② 最高人民法院、最高人民检察院 1992 年 12 月 11 日颁布施行的《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》第一条第二项规定:“已经着手实行盗窃行为,只是由于行为人意志以外的原因而未造成公私财物损失的,是盗窃未遂。”该条在 1998 年最高人民法院的上述解释中已被废除。

③ 最高人民法院应用法学研究所:《人民法院案例选》,中国法制出版社 2000 年版,第 894~896 页。

④ 《中华人民共和国刑法》第二十三条第一款。事实上,徐君案件的分析意见所依据的应是现已失效的 1979 年刑法,而不是现行刑法。由于修订前后刑法关于犯罪未遂的规定是相同的,因此,上述案例选的分析意见依据现行法律规定在观点上并无不妥。

⑤ 中国刑法及司法实践是建立在犯罪构成理论基础上的,有关该理论的介绍见本文第三部分。

3. 上述两项检验的结合, 即行为是否事实上控制了争议的财物, 并且同时争议财物的所有人丧失了对该财物的控制。如果对该两项检验的回答都是肯定的话, 则盗窃构成既遂, 如果其中任何一项是否定的话, 则构成盗窃未遂。

依据其中的检验 2, 论者同意南丰区人民法院对徐君案件的判决。

上述案例中, 法庭所适用的司法解释的规定和论者所提出的三种检验都不能为盗窃既遂和未遂的客观标准问题据供一个决定性的结论。尽管至今学者已据出过不同的标准,^① 然而仍缺乏有说服力的结论。

依据犯罪未遂的一般标准, 在认定盗窃未遂时需要解决的问题应当是争议的(案件事实)情形是否构成盗窃的完成。问题应集中在什么构成法律意义上的盗窃, 即盗窃行为的构成要件。然而, 刑法规范、司法解释和不同的检验都没有厘清盗窃行为的构成要件, 而且, 上述检验中提出的要件, 即据失和控制, 也不能在司法实践中被准确地定义。

总而言之, 刑法及其司法解释的盗窃罪的客观标准, 即盗窃罪客观方面的要求远不够明确和清晰。法律规范的模糊不清迫使法院不得不向学者著述寻找启示。

三、学术研究的观点

与普通法系统不同, 在中国法律体系中已决案件对其后的案件不具有约束力。由于从已判案件中获益甚少, 中国刑法实践依赖于学者通过长时间发展的犯罪构成理论, 该理论已成为司法运用的基础。

犯罪构成主要被定义为“刑法所规定的, 决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和”^②。其要件包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面。^③

就盗窃罪而言, 传统观点是, 盗窃罪是以非法占有为目的秘密窃取公私财物数额较大的行为。其犯罪客体是公私财物所有权, 其犯罪对象是国家、集体或个人所有的具体的财物。盗窃罪所侵犯的财物一般是动产而非不动产。有形和一些有经济价值的无形财产如电力都可成为盗窃罪的犯罪对象。盗窃罪的主体, 为一般主体即符合刑法规定的刑事责任年龄的人均具备盗窃罪主体身份。盗窃罪的客

① 赵秉志主编:《侵犯财产罪研究》, 中国法制出版社 1998 年版, 第 196~200 页。

② 马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》, 上海科学技术文献出版社 1996 年版, 第 37 页。

③ 马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》, 上海科学技术文献出版社 1996 年版, 第 38~39 页。

观方面要求行为人必须实施秘密窃取数额较大的公私财物的行为,主观方面必须是直接故意并以非法占有为目的。^①

认定盗窃罪有赖于对上列四要件的认定,特别是盗窃的客观行为和非法占有的主观目的的认定。按照认定的一般规律,非法占有目的必须依据行为人的客观的非法行为来认定。

因此,认定盗窃罪时其中一个核心的待证问题就是被告人的行为是否构成非法占有财产以及该行为是否表明他非法占有财产的目的。

从文义上,中文的“盗窃”一词就具有非法和秘密窃取的含义。^②英语中,盗窃一词具有“秘密、无权地、非法获取他人财物(即偷、窃取他人财物)”的涵义^③。由此可见盗窃一词显示出其基本含义是“取得”且“占有”。

如同盗窃罪的成文法和司法解释的定义,学者关于秘密窃取的客观行为的意见也是不清晰的。权威刑法学教科书中定义的秘密窃取是,“指犯罪分子采取自认为不使财物的所有者、保管者或者经手者发觉的方法,暗中窃取其财物”。^④许多论者讨论了“暗中”和“窃取”之间可能存在的区别。一些则试图定义“窃取”为“行为人用(自以为)不会被人察觉的方式,非法将处于他人合法控制下的财物转归自己或第三人所有。这里的‘转归自己或第三人所有’在客观上意味着使他人的财物脱离其合法占有人的控制,并处于自己的非法控制之下。”^⑤然而,这种学理解释并未决定性地为盗窃行为的本质下一个最终的结论。

争议案件冀成伟盗窃案^⑥证明了学理解释在释明盗窃罪的准确的客观方面的失败。广东省深圳市南山区人民检察院于2000年2月29日起诉指控被告人冀成伟犯诈骗罪。经审理,广东省深圳市南山区人民法院以盗窃罪(未遂)判处被告人冀成伟有期徒刑二年。

在该案中,被告人冀成伟是南山区一家公司的职员,他在值班时从一封寄给

① 高铭暄、马克昌主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第511~514页。

② 中国社会科学院语言学院词典编写组编:《现代汉语词典》,商务印书馆1980年版,第915页;另见中国社会科学院语言学院编:《新华字典》,商务印书馆1998年版,第405页。从类推的涵义看,盗窃的涵义是“用不合法的手段秘密地取得”。

③ A S Hornby 编著:《牛津现代高级英汉双解词典》(Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English with Chinese Translation),香港牛津大学出版社1984年版,第1151页。

④ 高铭暄、马克昌主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第512页;马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1996年版,第347页。

⑤ 陈明华主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,第610页。

⑥ 广东省深圳市南山区人民法院刑事判决书〔2000〕深南法刑一初字第074号。

该公司另一员工张某的挂号信中发现了一本存折。该存折上记载的存款余额为人民币 120 000 元。冀成伟窃取了这封挂号信以及存折并欲将存折中的存款非法占为己有。为骗取存折密码取得存款，冀成伟假冒张某的名义给挂号信的寄信人，谎称遗忘密码取不到钱，让寄信人告知密码。该计划最后暴露，冀成伟被捕。

在审判过程中，法院考虑了行为的本质，即被告人是否通过盗窃行为还是诈骗行为而犯罪。表面上看，被告人似乎实施了两种行为。公诉人依据传统的诈骗罪的学理解释争论称被告人犯了诈骗罪。^① 公诉人关注的事实是被告人意图从银行取钱而假冒张女士的名义以欺骗方法获取存折密码。

然而，合议庭通过认为被告人秘密地窃取了装有记载了大数额的存款金额的存折的挂号信而认定盗窃未遂。被告人仍在获取密码的过程中。由于没有密码因此不可能取出存折中的钱款所以是犯罪未遂。

虽然该案已经判决多年，但关于同样问题的争论一直在继续着。这表明犯罪构成理论和传统的盗窃罪学理解释无法明确盗窃罪客观方面的准确的要件。

就盗窃罪主观方面而言，按照犯罪构成理论，非法占有目的一般认为是盗窃罪主观方面的基本内容。^② 传统上，中国权威的刑法学家高铭暄教授和马克昌教授认为，“犯罪分子必须意识到他窃取的是公共财物或者他人财物，并且具有非法占有的目的。”^③ 此后，其他学者也因循这一观点。^④ 赵秉志教授指出：“如果行为人没有非法占有他人财产的目的，不能认定为盗窃。”他以下例解释该观点。当被告人误认为他人的财物是自己的财物，或者，尽管他明知财物是他人的，并且在无授权的情况下有意取走该财物且用后归还，在此情形下，被告人并不构成

① 中国刑法第二百六十六条规定了诈骗罪。在依据 1979 年刑法编撰的权威刑法学教科书中，诈骗罪是指“以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。”见高铭暄、马克昌主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 518 页。其他依据修订后刑法编撰的刑法学教科书则认为诈骗罪是指“以非法占有为目的，使用欺骗方法，非法获取他人财物数额较大的行为。”在此，“欺骗方法”是指“虚构事实或者隐瞒真相等使被害人陷入错误的方法”。见陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 615 页。

② 刘进：《刑法“非法占有目的”论》，载《桂林师范高等专科学校学报》，2002 年 3 月第 16 卷第 1 期，第 10 页及原文注 2，转引自高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 899 页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 513～514 页。虽然该观点是依据 1979 年刑法提出的，但新版的刑法学教科书依据修改后刑法仍保持该观点。

④ 赵秉志主编：《疑难刑事问题司法对策》（第 5 卷），吉林人民出版社 1999 年版，第 244～245 页。

盗窃罪因为他缺乏非法占有的目的。^① 其他论者更具体称：“盗窃罪主观方面的非法占有目的是指永久性的非法占有，而以暂时性非法占有为目的并不是盗窃罪的犯罪目的”，^② 如为开玩笑、临时使用或者欣赏而秘密拿走他人财物的行为就是这种情形。

然而，近来上述传统观点受到了挑战。论者刘进著文称，非法占有目的并非盗窃等取得罪的主观必备要件。他的理由是：

其一，从文义上，非法占有目的是盗窃罪等取得罪的故意所包含的内容，并非故意之外的独立主观要件。该目的只是取得罪成立的条件之一，而不是构成要件。传统观点认为该目的是必要的前提要件，然而，该观点并不是从非法占有目的的本义出发，而是给非法占有目的附加了特定的含义，将其作为犯罪故意之外的独立要件。

其二，非法占有目的并非刑法规定的构成要件，如果是构成要件则必须有刑法条文规定。

其三，从犯罪构成的理论上，犯罪的主观方面是以故意和过失为表现形态的，至于故意的内容通常是在所不问（刑法中的目的犯例外）。

其四，非法占有目的并不能独立于故意之外而单独存在，其实质是行为人潜在犯罪动机，这种犯罪动机只说明这类行为的性质和社会危害性，但对构成这类行为与否，并无直接的决定作用。^③

此外，什么是认定非法占有目的的标准呢？如前所述，基本原则是主客观相一致原则即主观方面必须根据客观行为认定。那么，待证的问题就是什么行为构成了非法占有以及该行为如何表明非法占有的主观目的。

在诸多关于“非法占有”概念的讨论中，多数认为该概念描述了占有的状态而不是一个具体的行为。赵秉志教授述称：“所谓占有，是指主体对财产实际控制。作为法律意义上的占有，必须是占有人持续、稳定地控制财产，使财物处于其势力范围，而不是一时地接触财物。占有不同于占有权，占有权是法律赋予占有人的权利，是占有有所生之法律后果。因此占有权只有在合法占有情形中才能产生，它使所有权权能之一；而占有本身只是一种事实状态，它并不必然产生占有

① 赵秉志主编：《疑难刑事问题司法对策》（第5卷），吉林人民出版社1999年版，第245页。

② 董玉庭：《盗窃罪犯罪目的的探微》，《浙江省政法管理干部学院学报》1999年第4期，第55页。

③ 刘进：《刑法“非法占有目的”论》，《桂林师范高等专科学校学报》，2002年3月第16卷第1期，第11~12页。