



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

新型盗窃罪与量刑制度卷

Volume of New-Type Larceny and Sentencing System

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

全国专家型法官 司法意见精粹

★法官办案最佳理论指导和经验参考★

★透析法官审判思路的最新实证教材★

本丛书针对当前审判中最热点和疑难的问题，采用实证方法提出了解决思路，是理论与实务相结合的佳作。既适合作为全国法官培训学习及工作用书，也可为广大研究人员、律师及当事人了解法官如何办案、法学理论如何运用到审判实践提供最新最直接的实证材料。

上架建议 司法实务·刑法

ISBN 978-7-5093-5709-5



9 787509 357095 >

定价: 98.00元



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

新型盗窃罪与量刑制度卷

Volume of New-Type Larceny and Sentencing System

《全国专家型法官司法意见精粹系列》

编审人员（按姓氏笔画）：

边疆戈 关毅 刘畅 刘凌梅

苏烽 郑未媚 曹士兵 梁欣

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·新型盗窃罪与量刑制度卷 / 国家法官学院编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5709 - 5

I. ①全… II. ①国… III. ①盗窃罪 - 研究 - 中国②量刑 - 研究 - 中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 235968 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)
责任编辑: 程潇永 (editorcheng@163.com)

封面设计: 李 宁

全国专家型法官司法意见精粹·新型盗窃罪与量刑制度卷

QUANGUO ZHUANJIAXING FAGUAN SIFA YIJIAN JINGCUI · XINXING DAOQIEZUI
YU LIANGXING ZHIDU JUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

版次/2015 年 1 月第 1 版

印张/25.5 字数/360 千

2015 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5709 - 5

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66073673

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

展现在读者眼前的这套书是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果转化为指导审判实践活动的一项有益的尝试。国家法官学院作为最高人民法院教育培训与应用法学研究基地，一直将培养、培训高级法官和加强司法实证研究作为自己的历史使命和工作目标，她不仅是培养、培训中国法官的摇篮，也是中国司法实务研究的一个重要平台。

改革开放以来，中国经济的发展可谓飞速和迅猛，这样的增长和变革，对法制环境和法院的审判工作提出了新的、更高的要求。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统第一届学术讨论会，在全国法院系统组织论文撰写，并进行优秀论文评选。自此，全国法院系统逐渐兴起了注重司法实务问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过二十多年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域的一个学术品牌。

作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，不断规范组织程序，完善学术研究机制，每一篇论文从选题、调研，收集资料、研究分析，到最后写作、修改，都经过了逐级审核评比。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到新颖的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平

台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法实务和审判实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室决定将全国法院第24届学术讨论会征集到的部分优秀论文分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统法官的学术研究新成果，力求从实务的角度向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

本丛书已出版五个分册，分别为：《侵权赔偿卷》、《婚姻家庭卷》、《合同与担保卷》、《公司与金融卷》、《土地与房产卷》。今年新增三个分册，分别为：《刑事证据卷》、《未成年人犯罪卷》、《新型盗窃罪与量刑制度卷》。

党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家的依法治国的总目标，对司法体制改革和司法审判提出了新的标准和要求，公正司法与司法公信力将是我们永久追求的目标。司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生、并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的重要形式，也是一次尝试，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

第一部分 新型盗窃罪

盗窃与诈骗的刑事区分	1
关于《刑法修正案（八）》中“入户盗窃”的分析	12
多次盗窃的法律适用问题分析	21
“携带凶器盗窃”一种非数额型盗窃若干问题的思考	34
“携带凶器盗窃”的司法适用问题	41
扒窃入罪的认定与司法适用问题	52
扒窃入罪的标准	62
刑法中的“扒窃”解析	73

第二部分 量刑制度

一 量刑制度一般性问题

共同犯罪中的量刑机理研究	85
犯罪数额与量刑对应关系	98
当量刑遭遇民意	112

二 量刑情节

罪名量刑情节在数字化量刑模型中的运用	125
--------------------------	-----

酌定量刑情节的审判应用	143
亲属间窝藏、包庇对量刑的影响	154
被害人过错刑罚折抵制度的构建	162
被害人过错与刑罚裁量	177
从情节论向原则论蝶变	188
法定坦白情节的司法要素	200

三 禁止令的司法适用

刑事“禁止令”：刑法基本原则下的困惑与求解	211
刑事禁止令的司法适用困境	223
刑法禁止令的现实困境与解决	235

四 量刑规范化

罚金刑量刑规范化的样本设计	250
反思与构想：量刑制度改革路在何方	262
量刑规范化实务研究及其完善	274
我国量刑建议制度的冷思考	286
问题与出路：量刑规范化问题初探	300
量刑说理的价值解构与理性回归	308
从司法平衡到规范重塑	321
故意杀人案中被害人过错量刑的技术方案	337
职务犯罪案件量刑过度轻刑化的理性反思	352
异种有期徒刑并罚之路径依赖及破解	365

第三部分 刑事处罚与行政处罚的关系

行政处罚与刑事处罚之契合	379
刑事违法与行政违法的竞合与选择	392

第一部分 新型盗窃罪

盗窃与诈骗的刑事区分

——以刑法上占有的认定为视角

【提要】

深入研究盗窃与侵占之区别，于司法实践具有重要意义。为避免二罪的区分陷入混乱，在描述人对财物的支配状态时，本文提倡统一使用“占有”一词。盗窃的对象是他人占有之物，侵占的对象是自己占有或无人占有之物，因此二罪的关键区别在于：财物由谁占有、是否破坏占有。所以侵占和盗窃的区分，归根结底是占有的认定问题，然而如何认定占有则是刑法理论上的一个难题，当前学界对占有的研究还较为薄弱和空泛，且大都没有结合区分盗窃与侵占这一研究目的进行，研究结论缺乏一定的现实指导意义。

本文试图改变传统研究方式，在研究占有时打破法律形式主义，以开明的视野考虑其刑法学上的规范涵义，紧紧抓住盗窃和侵占的区分这一研究目的，以诸多典型案例作为研究占有的切入点。本文第二部分通过归纳大量生活事实，大胆提出了占有的两大基本类型：人在现场的占有和私密空间的占有；并通过对众多经典案例的深入分析，论证了这两大占有类型在区分盗窃与侵占二罪中的重要作用。为解决实践中广泛争议的取走物主有意识搁置于某处财物的行为定性，本文第三部分提出了“遗留物”这一刑法学上的崭新概念，并从四个方面介绍了遗留物的特征，结论是“遗留物”仍由物主占有。全文最终形成了类型化的三位一体的占有认定理论体系：私密空间的占有、人在现场的占有、遗留物的占有。

一、盗窃和侵占的区分关键——占有

盗窃作为传统自然犯的一种，以常见和多发为显著特点，其在基层法院刑庭收案数中占有相当比重。以肥西县人民法院为例，2011年共审理刑事案件365件，其中盗窃定案71件，所占比率高达19.5%。深入研究盗窃与相关财产犯罪的区分，尤其是研究其与1997年新增罪名侵占之间的界限，对刑事司法实践具有重要的现实指导意义。

为正确区分侵占和盗窃，首先必须正确描述人对物的支配状态。当前学界对词汇的使用较为混乱，有人用“控制”，有人用“保管”，有人用“管理”，有人用“支配”，还有人用“持有”。然而，这些词语都缺乏固定的核心涵义，实践中不统一的乱用和滥用，只会导致困惑重重，导致混淆刑法语言和生活语言，也使得学者之间缺乏对话交流的平台，使得盗窃与侵占的区分陷入混乱，最终导致二罪的区分丧失定型性。例如，如果问银行保安是否保管银行内的现金？这是一个没法回答的两难问题。如果说保管，那保安自己把钱拿走难道要定侵占罪？如果说不保管，那他人盗窃时保安为什么要制止？显然，倘若引入“占有”这一概念，这个问题即可迎刃而解。为避免前述诸多问题，在描述人对财物的支配状态时，尤其是在分析盗窃与侵占的区分案例时，笔者提倡统一使用“占有”一词。

盗窃和侵占都是目的犯，都是以非法占有为目的的取得型犯罪，这类犯罪中作为犯罪对象的财物，在行为人实施犯罪行为前，其占有状态不外乎有三种：他人占有、自己占有和无人占有。显然，盗窃的对象只能是“他人占有”之物，侵占的对象只能是“自己占有”或“无人占有”之物，因此侵占和盗窃的关键区别就在于：财物由谁占有、是否破坏占有；仅仅从这一点切入，就足以把二罪区分开来，至于其他的区别基本上是没有意义的。由此可见，研究盗窃与侵占的区别，实质上就是判断财物的占有状态（实际上对其他财产犯罪的区分，占有的认定同样具有重要意义），占有的重要性由此可见一斑。

在大多数情况下，判断财物的占有并不困难，然而有时却并不容易。例如，甲有台冰箱坏了，雇三轮车工人乙拉到修理店去修理。乙在前面蹬车，甲骑自行车在后紧跟，途中路经某商店时，甲要进商店买些东西就让乙停车在门外等他几分钟。待甲进商店以后，乙乘机将冰箱拉跑据为己有（以下简称冰箱案）。这是一个广为

流传的经典案例，学界对此也存在盗窃和侵占的严重分歧。^① 类似疑难案件，在刑事实践中大量存在，由于大家对此缺乏统一认识，法院往往判决不一。如何认识这类案件中财物的占有状态？它们与刑法上遗忘物有何关系，成为当前亟需解决的问题。

就笔者掌握的有限资料来看，学界对占有的研究还较为空泛，尤其是占有在区分盗窃与侵占中的关键作用，并未引起应有的重视，且现存资料大都没有结合盗窃与侵占的区别进行研究，结论没有上升为具有一定普适性的较为成熟的占有认定理论体系。据笔者切身体会，不结合具体案件，忽视研究目的，对于各级法院尤其是基层院的刑庭法官而言，是没有多少意义的，甚至是不妥当的。一个关于占有的结论，是否具有价值和生命力，不仅取决于其论理性和逻辑性，更取决于其实用性，取决于能否给盗窃与侵占在刑事司法中的区分带来普遍指导意义。

二、占有的一般形态——两大基本类型

（一）人在现场的占有

刑法上的占有是一种观念上的支配，这种支配不等于物理意义上的事实控制和持有。例如，食客在餐馆进餐时握在手中的餐具，虽然餐具由食客在物理意义上事实控制，但在刑法学意义上餐具的占有者只能是餐馆主人而非食客。一般说来，物主人在现场时，只要其没有放弃财物的意思和行为，只要其具有概括性支配财物的意识，就应当认定财物归其占有。根据财物与身体的密切程度，可以把这种人在现场的占有分为紧密和弛缓两类。

1. 身体的紧密占有

在这种情况下物主具有强烈的占有支配财物的意识，往往表现为物主用手、脚或身体的任何部分与财物直接或间接接触。如他人提在手上、背在肩上、装在口袋里的财物，佩带的腕表、耳环、项链、戒指等无疑是他人紧密占有的财物。他人身上的衣裳、脚上的鞋子、头上别的发簪、骑自行车时篮筐装的提包等也是他人紧密占有的财物。在所有的占有方式里，这种占有无疑是最紧密的，此时人们也不会对占有的认定产生争议，笔者对此不赘。在物主用身体紧密占有财物的情况下，行为

^① 高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社2002年版，第763-764页。

人将财物据为己有的，因为破坏了占有，故不可能成立侵占罪；应视行为人取得财物所采用手段的不同，分别定性为其他取得型犯罪，如盗窃、抢夺、抢劫、诈骗等。

2. 身体的弛缓占有

出于各种原因，如财物太多太重、人只有四肢等，物主不可能也没有必要把所有的财物都与身体紧密接触，以向外界征表其对财物的占有。人没有三头六臂，显然不能认为只有紧握在手上的东西才归物主占有，当财物脱离人的身体时，相对于身体的紧密占有而言，可谓占有的弛缓。但只要人和财物在同一现场，仍应肯定物主对财物的占有，这样的解释符合社会生活的常理，完全在国民的预测可能性范围之内。

第一，处在物主视野内近距离的财物原则上归物主占有。凡是由物主目光控制的近距离财物，即使财物事实上由他人现实持有和支配，一般也应肯定物主占有。例如牧童占有放牧着的羊群，地摊主占有其面前的铺在地面上的商品，客人占有放在身边主人茶几上的自己带来的提包，店主占有试穿在顾客身上的衣裳。又如各种调包案：行为人以购物为名骗取售货员取出商品验看，趁售货员不备以准备好的假商品换真商品；以及行为人以当面变钱为名骗取被害人交付装钱的纸包，然后趁被害人不注意的瞬间用早已备好的废纸包掉换。再如现实中发生的借打手机案：“网友相约见面时，行为人接到朋友给自己打的电话（事前安排的），然后称自己手机没电要借被害人手机用，行为人接过递过来的手机后，装模作样地用了一下，然后声称信号不好边打电话边往门口退，当走到门外即逃之夭夭。”^①

其实不管是调包案还是借打手机案，二者的法理本质都是一样的：被害人虽然因受骗把财物交付到行为人手中，但其并无将财物转移给行为人占有处分的意思，故财物仍由处在现场的物主占有；行为人趁物主不备，以窃取方式改变占有成立盗窃，而非侵占或诈骗。再如下例，“甲在七楼阳台掏手机打电话，不慎将钱包带出掉落在楼下的大马路上，甲让其妻下楼去捡，自己在阳台上盯着钱包。此时乙从楼下经过，不顾七楼甲的大声喝止仍然把钱包拿走，甲妻赶到楼下，乙早已上了一辆

^① 吴学斌：《刑法适用方法的基本原则》，中国人民公安大学出版社2008年版，第130页。

出租车不见踪影。”^① 本案中，甲在七楼注视着钱包，仍应肯定其对财物的占有，被告人采用平和的方式将脱离他人身体紧密占有的财物据为己有的，完全符合盗窃罪的犯罪构成。^②

第二，人在现场的占有不要求物主时刻盯着财物。只要财物的主人处在现场，哪怕财物放在物主背后，或者物主闭上眼睛，甚至物主是瞎子，也应肯定其对财物的占有。以下即为适例：（1）行为人把盲人面前装有零钱的讨饭碗拿走。（2）老师上课时转身在黑板上写字，行为人在下面将其放在讲台上的手表拿走。（3）以买手机为名，乘人不备拿走手机的行为。如徐某至某通信店，谎称买手机和号码卡，乘店主将新手机放在柜台上并转身拿号码卡时，徐某即拿走柜台上的手机，此后徐某又以相同手段作案5次，涉案价值1万余元。关于本案法院有盗窃、诈骗和抢夺三种观点的分歧。^③ 笔者认为，在前述三案中，盲人面前的讨饭碗、老师转身时背后的手表、手机店主转身后柜台上的手机，都由被害人以人在现场的方式占有，故行为人采用平和的方式（不管是公开还是秘密）改变占有，成立盗窃罪。

第三，人在现场的占有一般不需要物主具有支配财物的意识。当物主处在财物的现场时，哪怕其短暂遗忘或处于沉睡及醉酒状态，甚至物主陷入无意识昏迷状态，也应肯定其对财物的占有。如遭遇车祸后的昏迷者照样占有随身携带散落于外的财物，路人取走财物即成立盗窃。再如日本曾发生如下案例：被害人乘车排队时随着队列的移动而移动放在地上的照相机，但某一时忘了移动，其间经过了5分钟，照相机距被害人20米，紧排在其后的被告人见状，退出队伍拿走了照相机。日本最高裁判所认定此时照相机仍由被害人占有，被告人构成盗窃而非侵占，日本学者也大都认同这一结论。^④

（二）私密空间的占有

在远古社会，人类拥有的财物有限，加之往往居无定所，一般通过对财物的现

① 张明楷：“盗窃与抢夺的界限”，载《法学家》2006年第2期。

② 盗窃并不需要秘密窃取，本案即为公开盗窃之典型适例。

③ 刘建国主编：《刑事法适用典型疑难案件新释新解》，中国检察出版社2006年版，第657页。法院最终定性为抢夺罪，但笔者不认为徐某构成诈骗或抢夺罪。

④ 日本最高裁判所1957年11月8日判决，载日本《最高裁判所刑事案例集》，第11卷第12号，第3061页。

实持有来表明占有关系。随着商品经济的发展,物质财富的急剧增多,以及社会分工的细化,人类要外出参加各种活动,不可能也没有必要仅以持有或与财物在一起的方式,来向外界征表其对财物的占有。于是人类开始通过搭建草屋、帐篷,以及开凿山洞等方式来固定某一私密空间,以向他人宣示自己对这一空间以及空间内财物的独占权。自然而然的,人类社会的发展也约定俗成地认为,处在他人私密空间内的财物归他人占有。但在现代社会,如何认定私密空间以及如何理解这种占有方式,则有不少问题需要讨论。

1. 私密空间的认定

众所周知,财物的占有除了人在现场的方式外,大多数的占有都是借助房屋这一典型的私密空间来实现的,但在现代社会,固定私密空间的方式多种多样,房屋是最常见但非唯一的方式。从社会生活的一般常理出发,只要存在着可推知的某私密空间存在主人(不要求推知具体是谁)的事实,就应当认定是他人独占的私密空间。可以肯定的是,房屋、车子、ATM机、埋在地下的死者棺材,以及大街上的自动售货机、澡堂里用来装浴客脱下衣服的小柜等,都是属于他人固定私密空间的方式。此外,私密空间也未必是封闭的,有人承包的池塘、宅基地等也不失为他人的私密空间。在集体办公的情况下,多人共用一间大办公室,则每个人的办公桌及周围的小空间也应认为是该人的私密空间,他人不在时,桌上桌下及抽屉内的财物都由他人占有,而非无人占有的遗忘物。据此,捡拾他人办公桌下的财物据为己有,由于物主并未丧失占有,故行为性质是盗窃而非侵占。

2. 私密空间的扩展

即使处在私密空间外围而非内围的财物,只要客观上存在可推知主人事实上支配的事实,存在该外围的私密空间具有特定主人的客观事实,就仍应肯定物主占有此物。他人门前停放的自行车;他人阳台上晾晒的衣裳;他人门上、窗上所挂的财物;他人车顶上放置的财物,这些财物都由物主占有,而非脱离物主占有的遗忘物。

例如,莫某将小汽车停放在其店门口侧的人行道上,并随手将一装有现金9万多元的白色胶袋放在车顶,然后自己去开店门做生意。这时曾被莫某解雇的黄某店门前经过,遂心生报复念头,将车顶上的白色胶袋拿走。莫某忘记了钱摆放的具体位置,20多天后发现钱不见了才报案,称在店铺内遗失了现金,案发后黄某主动

归还了大部分赃款。本案可谓区分盗窃和侵占的典范，实际上该案在检察机关内部也产生了分歧，有人认为“白色胶袋是遗忘物，黄某成立侵占罪。”^①实际上，本案正确定性的关键，并不在于莫某主观上是否遗忘了胶袋，也不在于被告人黄某是否意识到莫某遗忘，而在于胶袋所处的位置。如前所述，对于他人私密空间内的财物，并无成立遗忘物之余地，所以对处在车顶上的胶袋而言，属于莫某以私密空间方式占有的财物，这与莫某主观上是否遗忘无关。因此，黄某从车顶拿走胶袋，就如同其从车内或者店内拿走胶袋一样，都不影响成立盗窃罪。如此分析，符合新刑法向客观主义倾斜的立场，也符合认定犯罪从客观到主观的顺序。

3. 私密空间的占有无需物主主观支配意识

对私密空间的占有而言，物主以这种方式向外界表明了其对空间内所有财物的占有，故无需要求物主主观上必须具备支配财物的意识。可以认为：只要是处在物主私密空间内的财物，不管事实上是否由他人现实的持有，也不管物主是否意识到该财物的存在，都应当肯定物主对财物的占有。

刑事实践中大多数的盗窃案，都是对这种占有方式的破坏，以下试举若干情形略陈管见：（1）他人住宅内、车内的财物归他人占有；外出旅游者、出国者占有其住所内的财物；安放者占有安放在市庙内无人看管的佛像。（2）商家占有摆放在大街上的自动售货机内的商品；放鱼者占有放养在承包鱼塘里的鱼；宅基地使用权人占有土地上生长的树木和庄稼。（3）继承祖上房屋之人，占有其并不知道藏在墙体内的金条，装修工发现金条拿走成立盗窃而非侵占；银行等金融机构占有 ATM 机器内的现金（从这个角度看，许霆案的定性并无不妥）。（4）旅馆主人占有旅客穿在身上的浴袍和脚上的拖鞋；死者亲属占有埋在地下棺材内的祭葬物，他人掘墓取走祭葬物构成盗窃。^②（5）外出者占有邮递员塞入其门内的包裹，公园管理者占有游客投放在公园水池内的硬币，故他人取走包裹或硬币构成盗窃。（6）澡堂里专用保管浴客脱下衣物的小柜，不管浴客进去洗澡时是否上锁，都占有柜内的财物，

^① 梁卓凡：“黄某的行为是盗窃还是侵占——从黄某的行为试析侵占与盗窃的区别”，载 http://www.gd.jcy.gov.cn/znbm/jcdy/fayj/200812/t20081226_118673.html，于 2012 年 5 月 11 日访问。因遗忘物和物主占有是排斥关系，本文既肯定物主对胶袋的占有，故不认为该胶袋是无人占有的遗忘物。

^② 或许有人认为成立侵占（埋藏物）罪，但这种观点存在疑问。在死者亲属占有祭葬物的情况下，祭葬物不能认为是作为侵占罪对象的埋藏物。

其他浴客或澡堂工作人员打开柜门取走财物成立盗窃。(7)因外出托朋友入住看家,在物主住宅内的财物;以及服装专卖店主雇佣营业员出售的服装,都是由物主占有之物,而非“代为保管”的他人财物。

上述七种情形,看似杂乱无章,实则有规可循,其共同特征在于:财物都处在物主私密空间范围内。生活中这类财物的占有实在太多,我们不可能也没必要去试图穷尽列举,但有了这种归纳后得出的私密空间占有理念作为支撑,无疑会有助于认定未知的类似情形。

三、占有的特殊形态——遗留物的占有

在第二部分中,笔者论述了占有的两大基本类型,除此之外,刑法上的占有还有没有其他形式?例如前文提到的冰箱案中的冰箱;又如农民散养在外的各种知道归家的家禽和小宠物;再如网友相约在咖啡厅见面喝咖啡时,一方如厕而暂时放置在座位上的手提包。这些情况下的财物,既非由物主以人在现场的方式占有,也非以私密空间的方式占有,也难称遗失物或遗忘物,刑法上也没有相应概念与之对应。那么该如何认定这类财物的性质和占有状态?如果行为人取走这类财物,究竟是构成侵占还是盗窃?据笔者观察,司法实践中关于盗窃和侵占区分的大量疑难案件,争论不休的根源即在于此。

为正确解决这类财物的占有问题,笔者提倡可以将这种财物称之为“遗留物”,并认为遗留物仍归物主占有。本文无意给遗留物下一个精确定义,但认为可以从以下四个方面把握:(1)物主有意识地暂时搁置在某处;(2)物主并没有通过人在现场或私密空间的方式占有财物;(3)他人明知财物乃物主有意搁置;(4)物主主观上并无将财物转移他人控制支配之意思。大体可以认为,符合这四个特征的财物即可认定为遗留物。

(一) 物主有意识搁置

现实生活中,人们不可能把财物时刻紧密占有在自己的身边,也不可能时刻把财物放在私密空间内,往往出于各种各样的原因暂时离开,而把财物有意识地留在某处,等有机会时再回到现场。遗忘物是非基于物主本意而脱离其占有之物,遗留物是基于物主本意而有意暂时搁置于某处的占有弛缓之物。因此,侵占他人遗忘物拒不交出成立侵占罪,以非法占有为目的窃取他人遗留物则成立盗窃罪。

（二）行为人明知财物为他人有意搁置

“他人占有”的财物作为盗窃罪不成文的客观构成要件要素，根据主客观相统一的犯罪构成原理，要求行为人主观上对此必须有认识。当财物非由物主以人在现场或私密空间的方式占有时，如果要认定行为人成立针对遗留物的盗窃罪，则必然要求其明知所窃取的是他人有意搁置之物，而非脱离他人占有的遗忘物。只有这样，才能断定行为人具备盗窃罪主观方面所要求的改变占有的故意，才能贯彻主客观相统一的原理，才能与侵占遗忘物区别开来，才能实现罪刑均衡。那么该如何认定行为人是否明知？笔者认为，这里的“明知”，包括已经知道和可能知道。已经知道，通常表现为物主因有事暂时离开，而将财物放置在某一特定场所，行为人恰好现场目睹了这一过程，待物主离开后，遂把财物取走。这类财物即属于行为人已经知道他人遗留之情形，此时仍应肯定由暂时离开现场的物主占有。如大学自习室里前排同学因去卫生间而把手机放置在课桌上，后排的同学待其走出教室即迅速拿走手机离开，则成立针对物主遗留物的盗窃罪。

可能知道，实质上就是推定。推定是根据客观事实推导物主的主观心理态度，推定不是主观臆断，司法机关完全可以应用刑事法上的推定，来判断行为人是否可能认识到他人有意搁置。一般说来，只要行为人窃取的是并非已经知道的他人无意遗忘之物，考虑财物放置的场所、财物的价值和体积、行为的时间和地点，综合当时各种客观的环境因素，根据社会一般人的观念，就能够推定财物是否系他人有意搁置的遗留物。例如，“大学食堂里学生用于占座的手机；他人停放在车棚内的自行车（不管是否上锁），”^①都是他人占有的遗留物而非脱离占有的遗忘物，故行为人取走成立盗窃而非侵占。再如一辆崭新的小轿车，考虑到其价值和体积，如果非由物主以人在现场或私密空间的方式占有，则不管车门是否打开，不管是否上锁，也不管是停在喧哗的闹市区，还是停在人迹罕至的穷乡僻壤，轿车都不是无人占有的遗忘物，而是有人占有的遗留物，故行为人若开走轿车则成立盗窃。司法实践中最高法院也肯定了这种观点。^②

从法理上来看，在行为人明知财物为他人有意暂时搁置的情况下，就应当意识

① 参见2011年国家统一司法考试卷二刑法试题，第62题A项和C项。

② 最高人民法院公报：“西安市人民检察院诉韦国权盗窃罪”，2006年第4期。