

从刑民交叉角度论占有保护问题

刘晓惠

(苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006)

摘要:对于刑法是否应该保护占有利益的问题,以《物权法》《合同法》《民法通则》等作为研究对象,对公开取回、秘密取回占有物行为中的所有权人、占有人、第三人等相关主体进行分析。研究认为,刑法对占有利益是否予以保护,是立法价值选择的结果,如果民法上的占有制度以及特殊情形下的私力救济行为能给占有提供周全的保护,则不需要刑法介入;在处理占有问题中民法与刑法关系时,刑法要秉持谦抑性原则,当民法不能解决侵权纠纷时才能介入并规治。

关键词:所有权;占有物;占有利益;谦抑性;公开取回;秘密取回

中图分类号:D924

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2016)04-0143-08

事实上的占有起源于原始社会末期,法律上的占有起源于罗马法与日耳曼法^[1],近代德国、法国、日本对于占有均予以相关规定。罗马法、日耳曼法以及封建观念都曾影响占有制度,并使占有制度理论变得特别有趣和复杂。虽然占有历史悠久,但其作用却没有因为时间的流逝而减少。

一、占有问题的由来

占有是人对物的支配^[2],因为占有对于社会既有状态的维持具有极大的作用,不管是合法的占有,还是非法的占有,立法均予一定程度的保护,这是立法利益衡量的结果。虽然非法占有不存在正当性,但是立法更倾向于保护既定的社会现状,因此给无权占有提供临时性的保护。随着社会经济的不断发展,人们所拥有的财产也在不断地增多,在财产增多的同时,所有与占有分离的现象也就大量出现。因为所有权人对于自己所拥有的财产,不可能全部都予以占有、使用,这时所有权人就会将自己目前需求

不大的财物占有出让给第三人。所有权人之所以未直接将自己闲置的财物所有权转让给第三人,是为了自己的不时之需。若是日后需要这些财物,只需要将财物的占有收回即可,不需要再另行购买,以节约成本。此外,从发挥物的最大效用角度出发,所有权人也可能将自己所拥有的部分财产的占有、使用的权能甚至是部分收益权能出让出去,以获得相应的对价。因为所有权人若是自己使用的话,可能发挥不了物的最大效用,因此可以将自己财物的占有、使用权能出让给能发挥物的最大效用的第三人。通过上面论述,就可以发现社会现实对占有制度的需要,这也是占有制度经久不衰的原因。

有学者认为:“占有在本质上属于财产利用的范畴。财产利用在现代社会具有独立的价值,这是非所有人利用他人财产日益普遍增多、财产自主所有与财产占有高度分离的结果。因此,中国的物权制度应该用所有及所有权来表述财产的归属以及其法律性质,用占有以及占有权来表述财产的利用状态及其法律性质。”^[3]对于占有到底是属于一种权

收稿日期:2016-06-01

基金项目:2016年度江苏省普通高校学术学位研究生实践创新计划项目(KYLX16_0070)

作者简介:刘晓惠(1992-),女,江苏盐城人,法学硕士研究生。

利亦或者是属于一项利益,这一直存在争议。此外,占有也是刑法理论特别是财产犯罪理论中的一个重要概念^[4],对于占有的不同定性将影响行为的性质。若是占有为权利,其为物权还是其自身作为一种独立类型的权利?除了日本认为占有为一种物权,其余国家几乎都不认为占有是一种物权。德国联邦法院认为,占有人的占有请求权,只是立法者基于维护和平秩序的利益衡量,从而赋予占有人一时的权能^[5]。法国民法典也规定:“占有,不问权利的实质,应受保护,以免其占有受到影响及威胁的侵犯^[6]。”

不管该占有是有权占有还是无权占有,就中国目前的相关规定来看,对于占有的定性问题,更倾向于将其定性为一种利益。民法保护占有利益这不存在争议,因为《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)对于占有的保护进行了专门的规定,存在争议的是刑法是否也要对占有利益予以保护。不管是民法还是刑法,对占有进行保护的一个首要前提是对物之占有或者曾经占有受到侵害或有受侵害之虞,否则占有保护无法成立^[7]。譬如,所有权人将自己某项动产的占有基于使用借贷合同出让给他人。若是在合同关系的存续期间内所有权人将该动产秘密取回,该行为是否侵害了占有人的曾经占有,是否构成刑法上盗窃罪?亦或者是仅仅构成使用借贷合同的违约行为,不构成犯罪?此外,若是第三人通过非法手段取得占有,所有权人以秘密手段取回,该行为又应该如何定性?是否要区分不同类型的占有,对于不同类型的占有是否要予以不同的保护?这些都是本文将要论证的内容。

二、《物权法》关于占有的规定

占有不是指所有权人的占有权能,而是指所有权人将自己的占有权能分离出去,由第三人所取得的占有。本文主要探讨第三人非基于所有权占有他人所有物,对非所有权人的占有人保护问题。

对于民法上占有问题的探讨,最早可以追溯到古罗马时期,且在古罗马优士丁尼时期就已经成熟。占有在罗马法中有3种表达形式:第一种为 *possessio*,称为占有;第二种为 *possessio civilis*,称为市民法上的占有;第三种为 *possessio naturalis*,称为自然占有。第一个词语出现于早期罗马法,第二、三种表达形式均从第一种占有表达中衍生出来。这里我们主要讨论第三种占有的表达,即自然占有。所谓的自然占有,是指一种持有的状态,它包括借用人的持

有、承租人的持有、保管人的持有等。上述持有的主要特征在于持有人所持有的是他人所有的财产,并且持有人对其所持有的物无“据为己有”的意思表示^[8],这与笔者所要讨论的非基于所有权的占有概念相类似。

(一)《物权法》对于占有概念的界定以及分类

关于占有制度,中国主要是由《物权法》进行规定,集中在《物权法》的第5编第19章。该章对于占有进行了分类,将其分为善意占有、恶意占有。其实该种分类是不全面、不科学的。对于善意占有、恶意占有的分类是建立在无权占有的前提之下的,有权占有不存在所谓的善意与恶意问题,而物权法并没有强调这一前提条件,立法上存在疏漏。有法律根据之占有为有权占有,无法律根据之占有为无权占有^[9]。对于有权占有这一概念,物权法也没有从正面进行界定,只能从具体的条文中进行归纳。《物权法》第241条规定:“基于合同关系等产生的占有,有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等,按照合同约定;合同没有约定或者约定不明确的,依照有关法律规定。”从上述条文中可以归纳得出所谓的有权占有是指非所有权人基于合同关系对于动产或者不动产的占有、使用或者收益。依据反对解释方法,若所有权人与占有人之间不存在合同等法律关系,但占有人却占有他人之物,该占有属于无权占有。

(二)《物权法》对所有权人针对占有人所享有的请求权的规定

中国《物权法》不仅承认了独立的占有保护,而且还规定了侵害占有的损害赔偿^[10]。《物权法》第242条规定:“占有人因使用占有的不动产或者动产,致使该不动产或者动产受到损害的,恶意占有人应当承担赔偿责任。”依据上述对占有的分类,这里的恶意占有人是指无权占有中的恶意占有人。第243条规定:“不动产或者动产被占有人占有的,权利人可以请求返还原物及其孳息,但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。”同样这里的善意占有人是指无权占有中的善意占有人。从《物权法》第243条关于无权占有返还的规定中得出,不动产或者动产的权利人在财产被他人无权占有时,不管是善意占有或者是恶意占有,权利人都可以请求返还原物及其孳息。只是在请求善意的无权占有人返还原物及其孳息时,其应

当支付善意的无权占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

从上述的内容可以推知,权利人对于无权占有人,不管是善意的或者是恶意的,均有权请求其返还原物及其孳息。那么,权利人对于有权占有人,其是否有权随意要求其返还原物及其孳息呢?答案当然是否定的,对于有权的占有,占有者是基于合同法律关系而占有该动产或者不动产,因此其是存在占有本权的,所以权利人在合同关系的存续期间是不能够请求有权占有人返还原物及其孳息的。只有在合同关系解除之时或者合同无效、被撤销、终止之时,才能够请求有权占有人返还原物,否则就应该构成违约。具体的违约责任则按照双方的合同约定,合同没有约定或者约定不明确的,依照有关法律规定。对于有权占有人在占有期间,致使该不动产或者动产受到损害的,是否要承担赔偿责任,按照合同的约定或者在未约定的情形下,依照相关法律规定进行赔偿。

(三) 占有人对于第三人侵夺占有物所享有的权利

这里的占有人,既包括有权占有人,也包括无权占有人。同时这里的第三人侵夺,也包括所有人的侵夺。根据《物权法》第245条规定:“占有的不动产或者动产被侵占的,占有人有权请求返还原物;对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。”第245条第2款规定:“占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭。”上述规定对于第三人适用不存在任何争议,因为第三人与有权占有人之间不存在任何的合同关系,所以不会存在违约情形。因此若是第三人侵夺有权占有人的占有时,可以依据上述规定请求返还。

现在的问题是,若是所有权人侵夺占有物时,无权占有人是否可以要求权利人返还?因为上述规定中的占有人,不仅包括有权占有人,也包括无权占有人。因为民法为保护现有的社会秩序,对于无权占有也是予以保护的。此外,若是第三人侵夺不管是善意或者是恶意的无权占有人占有物时,无权占有人是否一律可以要求该第三人返还占有物?或者还是要对该第三人的类型予以区分?若是所有权人侵夺该占有物时,无权占有人不能请求返还。因为民法承认权利人的私力救济,允许权利人一定程度的私力救济。所谓的私力救济是指:“为了保护自己

的权利,对于他人之自由或者财产施加一定的拘束、押收或毁损者。”自力救助行为为法律所容许的权利保全措施,不需负赔偿责任。但必须要以不及受法院或者其他公力机关援助,并且非于其时为之,则请求权不得实行或者实行困难者为限^[11]。自力救济行为为适法行为,受法律承认以及保护。因此,无权占有人不能请求权利人返还侵夺物。若是该侵夺人为权利人以外的任意第三人,则无权占有人可以请求该第三人返还侵夺物。

(四)《物权法》保护无权占有的理论基础

有人认为立法保护无权占有人的权益,这样有违法律的公平、公正。其实不然,法律之所以保护无权占有,是从维护社会秩序角度出发,保护既定事实状态。占有既为一种事实,盗贼管领赃物,亦成立占有。占有的保护功能彰显一项重要法律的基本原则,即任何人不能以私力改变既定的物的占有状态,除非权利人行使自力救济的权利。占有亦在维护占有人对其占有物继续使用的利益^[11]。若是法律对于物权占有人的占有不提供保护,那么权利人以外的任意第三人都可以任意侵夺,甚至可能会采取暴力手段,这与弱肉强食的原始社会不存在任何区别,人们都凭借暴力以取得生存资料。这对于社会秩序的维护是极其不利的,具有极大的破坏力。

因此,法律采取一刀切的方法,通过立法规定第三人不得侵夺占有人的占有,即便该占有人为无权占有人。除非该第三人为权利人,否则就算是权利人也不能肆意侵夺,需要借助公力救济。占有的主要精神在于,不问真实权利的归属,以现实占有形成的表面秩序为私人行为的界线^[12]。其实占有所保护的秩序都是暂时的,法律虽然保护无权占有,但法律对于无权占有人所提供的保护都是临时的,而且法律并没有将权利人的自力救济、诉讼权利排除在外。权利人可以诉诸一切合法手段将占有物取回,法律所禁止的是权利人以外的第三人通过暴力或者非暴力的、公开或者非公开的手段侵夺无权占有人的占有。若是法律放任这样的行为,社会将陷入无止的纷争。为避免社会的动荡局势,法律不允许权利人以外的第三人侵夺无权占有人的占有。对无权占有人提供暂时性的保护,这并不意味着物的归属最终的确定。物的最终归属仍要借助于其他的法律制度,如通过诉讼程序,以明确物的真实权利状态。

三、所有权人公开取回占有物的行为在民法上的定性

无权占有人不得对抗权利人的自力救济手段,当权利人自行取回占有物时,无权占有人不得请求权利人返还原物。因此,所有权人自行取回被他人无权占有的财物,该行为为适法行为,为民法上的自力救济行为。那么所有权人自行取回被他人有权占有的财物时,这时的取回行为该如何定性,有权占有人是否可以请求所有权人返还占有物呢?在笔者看来有权占有人可以请求所有权人返还。虽然权利人为所有权人,但其已经将自己财物的占有、使用权能借助合同形式转移给占有人,这对于所有权人的所有权形成一定的限制,虽然占有人的占有构成不了定限物权,但仍然对所有权人的权利行使造成一定的限制。在合同关系的存续期间,所有权人不得侵夺有权占有人的占有,否则就可以适用《物权法》第245条的规定,请求所有权人返还占有物。现在的问题是,对于《物权法》的侵夺返还规定与《合同法》违约责任规定是否可以合并适用,亦或者是择一适用?

对于该问题的探讨,我们可以从这两种救济措施的法律效果入手。若是有权占有人主张违约责任,根据《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”因此,有权占有人可以要求所有权人继续履行合同。若该占有物为特定物,所谓的继续履行合同无非就是所有权人将该特定物返还给有权占有人,由其继续占有、使用。若是有权占有人不主张继续履行,可以要求损害赔偿。若是有权占有人依据《物权法》第245条的规定请求所有权人返还原物,虽然两种救济措施的内容存在一致性,但两种救济措施仍存在一定的差异性,最主要的就是占有返还请求权适用除斥期间的规定。返还原物的请求权应该在自侵占发生之日起一年内行使,未行使的则该请求权消灭。而对于《合同法》上的违约责任,则适用诉讼时效的规定。依据《民法通则》第135条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”此外,依据《民法通则》第137条规定,诉讼时效期间的起算,从知道或者应当知道权利被侵害时。但是,从权利被侵害之日起超过20

年的,人民法院不予保护。有特殊情况的,人民法院可以延长诉讼时效期间。

从最大化保护权利人的角度来看,可以由有权占有人选择其中一种救济措施适用,但选择了一种救济措施,不代表消灭另一种救济措施。当有权占有人所选择的救济措施不能实现其权益时,只要其仍满足适用另外一种救济措施的条件,其可以适用另一种救济措施。例如,有权占有人选择行使占有返还请求权,却发现自侵占发生之日起已经超过一年,这时,有权占有人就可以主张违约责任。若是其主张违约责任,则其诉讼请求就适用诉讼时效的规定,即从知道或者应当知道权利被侵害时两年内,向权利人即合同的相对人主张违约责任,具体的承担违约责任的方式如上述。若是有权占有人要求继续履行合同,则就可以请求权利人返还占有物。

四、秘密取回占有物的行为在刑法上的定性

探讨所有权人侵夺有权占有人的占有,占有人请求返还或者请求承担违约责任的前提是有权占有人知道是所有权人侵夺自己的占有物。若是有权占有人不知道具体的侵夺之人时,即所有权人以秘密的手段取回自己的财物,这对于行为的定性是否有影响?

(一) 所有权人自行以秘密手段取回占有物

我们不妨以具体的案例予以说明。例如甲将自己的摩托车借给乙使用,双方之间成立使用借贷合同,若在合同关系存续期间之内,甲擅自以秘密“窃取”的手段将自己的摩托车取回,试问对这样行为的定性?如果占有人知道是所有权人自行取回该摩托车,可以按照上述笔者所论述的法律救济方法予以解决,这不存在争议。如果所有权人是秘密取回该摩托车,有权占有人不知道摩托车已经被所有权人取回,所以有权占有人肯定不会请求所有权人返还或者要求其承担损害赔偿赔偿责任。有权占有人在找不回占有物时且使用借贷合同约定的使用期间届满,有权占有人因不能返还该占有物,其只能向所有权人进行违约赔偿,而所有权人明知是自己取回该占有物,却在没有向原占有人说明的情况之下,接受了原占有人的赔偿,如何对该种行为进行定性,是否构成诈骗罪?

在占有人向所有权人进行赔偿的时候,所有

权人隐瞒了自己取回占有物的事实,这是否属于消极的诈骗行为,即隐瞒真相。所谓的隐瞒真相是指,行为人故意不告知对方真实的情况,而使对方继续陷入认识错误。所有权人是否构成消极的诈骗行为的关键在于,所有权人是否有义务告知占有人真相。如果有义务告知,则构成诈骗罪,若没有义务告知,则不构成诈骗罪,仅构成民法上的不当得利。权利人未告知其已经取回占有物的事实,是否成立欺骗显然以权利人具有告知真相义务为前提。日本刑法理论与判例认为,不作为的欺骗的告知义务来源,除了基于法律、法令等明文规定产生的告知义务以外,还包括基于合同、交易习惯、条理特别是诚实信用原则引起的义务。德国刑法理论认为,不作为的欺骗的告知义务来源主要有:法律的明文规定,违反义务的前行为即危险前行为、合同的约定、诚实信用原则、合同以外的特别信赖关系。韩国的判例主张:“属于消极行为的不作为欺诈,是指法律上负有告知义务的人,明知相对方陷入错误状态而不告知的行为;从一般交易的经验来看,如果相对方知道事实真相,就不会做出该法律行为时,就能认定行为人有告知事实真相的法律义务。”^[13]根据中国刑法总论的理论以及民法原理,不作为的欺骗作为义务,主要有法律明文规定的义务、职务或职业要求的义务、基于合同产生的义务、基于先前行为产生的义务以及基于诚实信用原则产生的义务^[14]。

诚实信用原则作为民法的帝王条款,权利人行使权利、履行义务都要遵守诚实信用原则。诚实信用原则衍生出了许多的附随义务,例如保密义务、通知义务、协助义务、保护义务等等。在笔者上述所举的例子中,所有权人与占有人之间存在使用借贷合同关系,即使合同对于告知真相的义务未进行约定,但基于诚实信用原则所产生的附随义务,所有权人也应该向占有人说明真相,以阻止占有人继续陷入错误状态,并基于该错误状态将自己的财产处分给所有权人。所有权人明知若是自己向占有人说出真相,则占有人将不会处分财产于自己,仍隐瞒真相,存在欺诈的故意。且基于其故意的不作为,占有人继续陷入认识错误,并基于该错误认识处分了自己的财产,所有权人对原占有人所赔偿的财产,已经取得了实际控制、支配。刑法上财产犯中的占有,就是对财产的实际控制、支配^[15],所有权人已经具备诈骗罪中的构成要件之一——占有,因此,所有权人构成诈骗罪。

(二) 第三人以秘密手段取回占有物

若是被害人的错误认识并不是由权利人引起的,而是由于第三人的原因,让被害人产生错误认识,而权利人只是利用了该种错误认识。譬如在上述例子当中,权利人的妻子见自己的丈夫将自己家里的摩托车无偿借给邻居使用,妻子心里十分不悦,但又不敢违反丈夫的意愿。因为该摩托车是自己丈夫婚前财产,不属于夫妻共同财产,妻子对于该摩托车不享有任何权利,但妻子因为讨厌邻居的缘故,认为自己的丈夫不应该将摩托车借给与自己有矛盾的邻居使用。因此妻子偷偷的自行将摩托车取回,并置于自己的家里。丈夫发现该摩托车出现在自己的家中,也没有问妻子其中的缘由,默不作声,大家心照不宣。这时,邻居上门赔偿,丈夫明知该摩托车已经被妻子取回,但认为邻居的错误认识并不是由自己造成的,是妻子造成的,而自己只是利用了该邻居的错误认识。因此,丈夫在邻居向自己赔偿的时候,没有将事实的真相向邻居阐明,该邻居依旧陷入在自己的错误认识中,并基于该错误认识将自己的财产处分给丈夫。妻子的行为构成盗窃罪,这不存在任何的争议。现在的问题是,丈夫利用邻居错误认识并获得赔偿的行为是否构成诈骗罪?

事实上,上述丈夫的行为已构成诈骗罪。因为丈夫在明知自己若是将摩托车已经被妻子取回的事实告诉邻居,邻居就不会进行赔偿,因此丈夫向邻居隐瞒了这个事实。其实该种情形与我们上述所讨论的消极诈骗行为类似,两者所存在的差异无非就是,一个是权利人自行秘密取回摩托车的行为,造成了邻居的错误认识;另一个就是妻子的秘密盗窃行为,造成了邻居的错误认识,而丈夫只是利用了该错误认识。从丈夫的客观行为以及主观方面来看,构成诈骗罪。因为基于双方的使用借贷合同,双方应该遵守诚实信用原则。丈夫具有向邻居说明真相的义务,该摩托车已经被自己的妻子取回,这是合同的附随义务之所在。因此,丈夫构成消极的诈骗行为。若是丈夫不知道妻子已经将自己的摩托车秘密取回,因为妻子怕丈夫生气,没有将摩托车置于家里,而是放置在另外一个地方,以防止丈夫发现该摩托车已经被自己秘密取回。同上面所述,妻子亦构成盗窃罪。丈夫因为不知道妻子的秘密取回行为,因此丈夫不存在利用邻居的错误认识情形,这时丈夫只是被动地接受了邻居的违约赔偿,该行为不构成诈骗罪,属于民法上的不当得利行为。无法律上之

原因而受有利益,并致他人受损害者,应返还其所受利益。或者虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。不当得利的规范目的在于去除受益人无法律上原因所受的利益,而非在于赔偿“受损人”所受的损害,故受益人是否有故意或者过失,其行为是否具有可资非难的违法性,均所不问^[11]。因此在邻居发现之后,可以基于民法上的不当得利,要求权利人返还。因为权利人是善意的,返还的利益范围以现存利益为限。占有人的损失,可以向造成其错误认识的第三人,即权利人的妻子进行索赔。

上述所讨论的是占有人自己主动承担违约责任,所有权人只是消极地接受损害赔偿,并未实施相应的积极行为。若是所有权人积极地实施某种行为,如所有权人积极向原有权占有人主张返还,在占有人不能返还的时候主动提出损害赔偿,对于这种行为该如何定性,是否也符合刑法上诈骗罪的构成要件?刑法第266条只规定了诈骗罪的刑罚,而没有对诈骗罪下定义。按照学理解释所谓的诈骗是指行为人虚构事实或隐瞒真相使被害人产生或者继续陷入错误认识,并且被害人基于该错误认识处分自己的财产,其既可以向行为人处分,也可以向行为人指定的第三人处分财产。诈骗罪具有以下特征:行为人主观上为故意,并且具有非法占有公私财物的目的;行为人实施了诈骗行为或者行为人利用了被害人已经产生的错误认识;被害人基于该诈骗行为产生了错误认识或者继续陷入错误认识;此外还需要被害人基于该错误认识处分了自己的财产;最后,数额较大才能构成犯罪。

结合上述内容,我们来分析一下上述所有权人是否构成诈骗罪:所有权人存在诈骗的故意,且具有非法占有他人财物的目的;所有权人实施了诈骗行为——向原有权占有人积极主张违约责任赔偿,并且因为权利人的秘密取回行为使原有权占有人产生错误认识或者其利用了原有权占有人的错误认识,并且该占有人基于错误认识将自己的财产处分给所有权人,若数额较大,则构成诈骗罪,这不存在争议。

五、刑法与民法对占有的定性

有学者主张,所有权人以秘密手段自行取回已经转移占有于他人的财物的行为,将其定性为盗窃罪是不合理的。若是所有权人在秘密取回占有物或者已经得知被他人取回的前提之下,仍向占有人隐瞒真相,消极接受占有人的损害赔偿或者积极主张

违约责任,且最终获得了占有人赔偿的行为,可以将其秘密取回财物行为之后所实施的隐瞒真相接受赔偿或者积极索赔的行为定性为诈骗罪。对于权利人积极主张损害赔偿行为的定性,要与其秘密取回占有物的行为的定性区分开来,这是两种行为,不能将诈骗行为所侵犯的法益强加于前面的秘密取回行为。若是第三人取回,所有权人只是在知情的情形之下接受赔偿或者积极索赔,只存在一个行为的定性,不可将第三人所实施的行为强加于所有权人身上。如果是所有权人自己取回财物的情况之下,所有权人实施的取回行为和接受赔偿或者索赔的行为这两种行为只侵害了一个法益,即原占有人所赔偿的财物。只存在一个法益被侵害,因此应该只有一个犯罪行为,所以在所有权人所实施的上述两种行为中,只有接受赔偿行为或者积极索赔的行为构成诈骗罪,当然成立诈骗罪的前提均为所有权人故意隐瞒真相,即财物已经在自己的管领范围之内,财物已经被取回的事实,若是其不知被取回的事实,则不成立诈骗罪,只构成民法上的不当得利,只负有返还的义务。

对于占有概念的讨论,其实刑法上的占有概念与上述民法占有概念大体是相同的,对占有主体、占有客体、占有内容的理解上也是一致的^[16]。例如,在日本,刑法中的占有一般也认为是指对于财物的事实支配和管理^[17],与民法上占有的含义大体一致。在前者的结论基础之上,本文认为,对于占有的保护,可以采用区分保护的原则。民法上的权利、利益区分保护原则将民事权益区分为民事权利与民事利益,并对两者提供不同的保护方法。占有是对有体物管领的一种状态,本身并不是权利^[18],因此不能对占有予以“权利”的保护,只能将其作为某种特殊性质的利益进行保护。权益区分的方法服务于对立法保护范围——尤其是其中的“利益”部分——进行可操作的适当限制^[19]。这对于刑法来说,具有借鉴意义,对于占有该种利益,不能提供“权利”的保护,刑法不能无限制的保护占有利益。我们可以依侵害人的不同,将其分为两种类型予以保护,一种就是对于基于合同关系的有权占有,在合同关系的存续期间,所有权人自行取回标的物,这种行为只需要适用违约责任就可以或者使用占有返还的保护措施就可以予以解决,不需要刑法的介入。另一种是对于侵害人是第三人,有权占有人与第三人之间不存在合同关系的,对于第三人的行为,将其定性为刑法上的盗窃罪,这不存在任何争议^[20]。而

所有权人与原有权占有人之间的法律关系,按照合同的约定或者按照法律的规定予以解决,不需要刑法的介入。若后来所有权人又实施了诈骗行为,对该行为应该另行定性。从上面的分析可以发现,对于占有利益,不需要刑法的完全介入,仅依靠民法的不当得利制度和刑法的诈骗罪就能够予以解决。

谦抑性作为现代刑法理念之一,谦抑就是意味着缩减或压缩^[21]。随着社会经济不断发展,刑法与民法之间的关系逐步聚焦至民事违法与刑事犯罪之间的交叉问题解决上,所谓的民事违法一般包括违约行为以及民事侵权行为。刑法与民法作为两大重要部门法,两者从不同的角度保护着人们的人身权益和财产权益,一般来讲,民事违约行为或者是民事侵权行为只损害特定第三人的利益,对于社会利益的损害一般比较小。而刑事犯罪行为,其社会危害性以及人身危险性要显著高于民事违法行为,因此要对该种行为予以刑罚,这样才能起到威慑、惩戒作用。民事违法行为因为其社会危害性较小,因此法律允许他们自行调整,给他们留有一定的自治空间,法律不加以干涉。除非受害人诉诸法律手段,例如提起民事诉讼,这时公权力才予以介入。若是当事人不想通过诉讼程序,这时就不需要法律的干涉,特别是刑法的干预。从两个部门法调整手段来看,民法是采取自治手段,只有在涉及到社会公共利益时,才予以干涉。尊重当事人自由意志,给当事人留有自治的空间,允许当事人自由行使权利,体现了公权力对私权利的尊重。每个人都是自己利益的最佳判断者,民法尊重权利人的选择,贯彻私法自治。刑法则不然,除了绝对的自诉案件外,是不允许当事人之间自行私了。刑法最能体现国家的强制意志力,因此避免对私权利的过多干涉,尊重私权利的行使,对于民法能够解决的一些纠纷,刑法要始终遵守谦抑性原则^[22],只有在民法不能规制的时候,刑法作为最后一道保护屏障,才发挥其作用。

六、结语

对于像占有这样的利益,在民法中都讲究对利益的保护要予以限制,不可以无限制的保护利益,民法在保护利益的时候都要予以种种限制。刑法在对利益进行保护的时候,更要兼顾其他主体的利益,不能厚此薄彼。对于占有利益,完全可以由民法提供保护,民法上对于占有的保护,既有占有返还请求权的保护,也有损害赔偿请求权的赋予,此外在特殊情

形之下还有私力救济的存在。因此,依靠民法即能给占有利益提供周全的保护。

参考文献:

- [1] 邹彩霞. 占有、占有制度及其功能[J]. 法制与社会发展, 2009(4): 95-104.
- [2] 梁云宝. 财产罪占有之立场: 缓和的事实性占有概念[J]. 中国法学, 2016(3): 164-185.
- [3] 孟勤国. 占有概念的历史发展与中国占有制度[J]. 中国社会科学, 1993, 6(4): 75-87.
- [4] 车浩. 占有概念的二重性: 事实与规范[J]. 中外法学, 2014(5): 1180-1229.
- [5] 苏永钦. 侵害占有的侵权责任[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
- [6] 潘嘉玮. 占有制度探析[J]. 法律科学, 2000(2): 66-73.
- [7] 章正璋. 我国民法上的占有保护——基于人民法院占有保护案例的实证分析[J]. 法学研究, 2014(3): 186-207.
- [8] 江平, 米健. 罗马法基础[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1987.
- [9] 李锡鹤. 论善意占有为有权占有[J]. 法学, 2012(1): 39-48.
- [10] 吴香香. 论侵害占有的损害赔偿[J]. 中外法学, 2013(3): 598-603.
- [11] 王泽鉴. 民法概要[M]. 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [12] 苏永钦. 寻找新民法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [13] 吴昌植. 韩国侵犯财产罪判例[M]. 北京: 清华大学出版社, 2004.
- [14] 吴正顺. 诉讼欺诈之诈术问题[M]. 台北: 台湾汉林出版社, 1983.
- [15] 黎宏. 论财产犯中的占有[J]. 中国法学, 2009(1): 110-124.
- [16] 沈志民. 论刑法上的占有及其认定[J]. 当代法学, 2010(3): 33-39.
- [17] 童伟华. 论日本刑法中的占有[J]. 太平洋学报, 2007(1): 13-22.
- [18] 隋彭生. 论占有之本权[J]. 法商研究, 2011(2): 86-95.
- [19] 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法[J]. 法学研究, 2011(4): 104-119.
- [20] 于志刚, 郭旭强. 财产罪法益中所有权说与占有说之对抗与选择[J]. 法学, 2010(8): 63-75.
- [21] 甘雨沛, 何鹏. 外国刑法学: 上册[M]. 北京: 北京大学出版社, 1984.

Issues about protection of possession from crossed perspective of criminal and civil law

LIU Xiao-hui

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou 215006, Jiangsu, China)

Abstract: Aimed at the issue whether there should be laws to protect possession in criminal law, taking property law, contract law, and general rule of civil law as research objects, related subjects including ownership, possessor, and the third party in retrieving possession in open and secret way were analyzed. The results show that, whether protect the possessory interest in criminal law results from the selection of legislative value. If the possession system and the private redress for special condition in civil law can provide comprehensive protection, criminal law has no need to get involved. In dealing the relationship between civil law and criminal law in aspect of possession issues, criminal law should keep modest and restrained, which exerts its influence and regulation when civil law can not solve the infringement dispute.

Key words: ownership; possession interest; modesty and restraining; open retrival; secret retrival

(上接第 142 页)

会科学出版社,2006.

[14] 谢金林. 网络舆论生态系统内在机理及其治理研究: 以网络政治舆论为分析视角[J]. 上海行政学院学报,2013,14(4):90-101.

[16] 王森. 小清新文风引热议 人民日报微博吐槽北京环境[EB/OL]. (2013-02-26) [2016-04-12]. <http://media.sohu.com/20130226/n367133228.shtml>.

[15] 邓伟根,王贵明. 产业生态学导论[M]. 北京:中国社

Ecological logic of net-mediated public opinion

ZHANG Chun-hua

(Institute of Sociology, Shaanxi Academy of Social Sciences, Xi'an 710065, Shaanxi, China)

Abstract: In order to study the complexity, diverstiy, and vulnerability of net-mediated public opinion, this paper reflected and reconstructed the concept of net-mediated public opinion and proposed that net-mediated public opinion has its own ecological logic, which is a ecological system with a variety of ecological factors interacting, intercoordinating, and self-developing. In this system, individuals and groups, public opinion and the environment, and the process and the results are all a organic unity, and the harmonious coexistence of various ecological elements should be emphasized in the introduction and treatment of net-mediated public opinion.

Key words: ecology of net-mediated public opinion; ecosystem; ecological balance; net-mediated public opinion; social ecology