



存款占有的解构与重建

以传统侵犯财产犯罪的解释为中心

徐凌波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

在我国刑法理论与实务的讨论中，存款占有概念在不同案件中具有多重含义。本书结合德日刑法理论与实践对于相似案件的处理，讨论了存款占有概念的多义性在教义学解释体系和实践处理中的必要性与合理性。在财物概念上主张有体物概念，在占有概念上主张事实上的对物的控制支配，并以这两个概念为基点主张存款的占有应以现金的事实占有为出发点来解决实践中所出现的问题。

上架建议 / 法学学术 · 刑法学

ISBN 978-7-5093-9180-8



9 787509 391808 >

定价: 69.00元



存款占有的解构与重建

以传统侵犯财产犯罪的解释为中心

徐凌波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

存款占有的解构与重建：以传统侵犯财产犯罪的解释为中心 /

徐凌波著. —北京：中国法制出版社，2018.6

(青蓝文库)

ISBN 978-7-5093-9180-8

I. ①存… II. ①徐… III. ①侵犯财产罪—研究—中国

IV. ①D924.354

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 010416 号

策划编辑 马颖 王雯汀

责任编辑 马颖 王雯汀

封面设计 蒋怡

存款占有的解构与重建：以传统侵犯财产犯罪的解释为中心

CUNKUAN ZHANYOU DE JIEGOU YU CHONGJIAN: YI CHUANTONG QINFAN CAICHAN FANZUI DE JIESHI WEI ZHONGXIN

著者 / 徐凌波

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

印张 / 26.25

字数 / 376 千

版次：2018 年 6 月第 1 版 / 2018 年 6 月第 1 次印刷

书号：ISBN 978-7-5093-9180-8

定价：69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

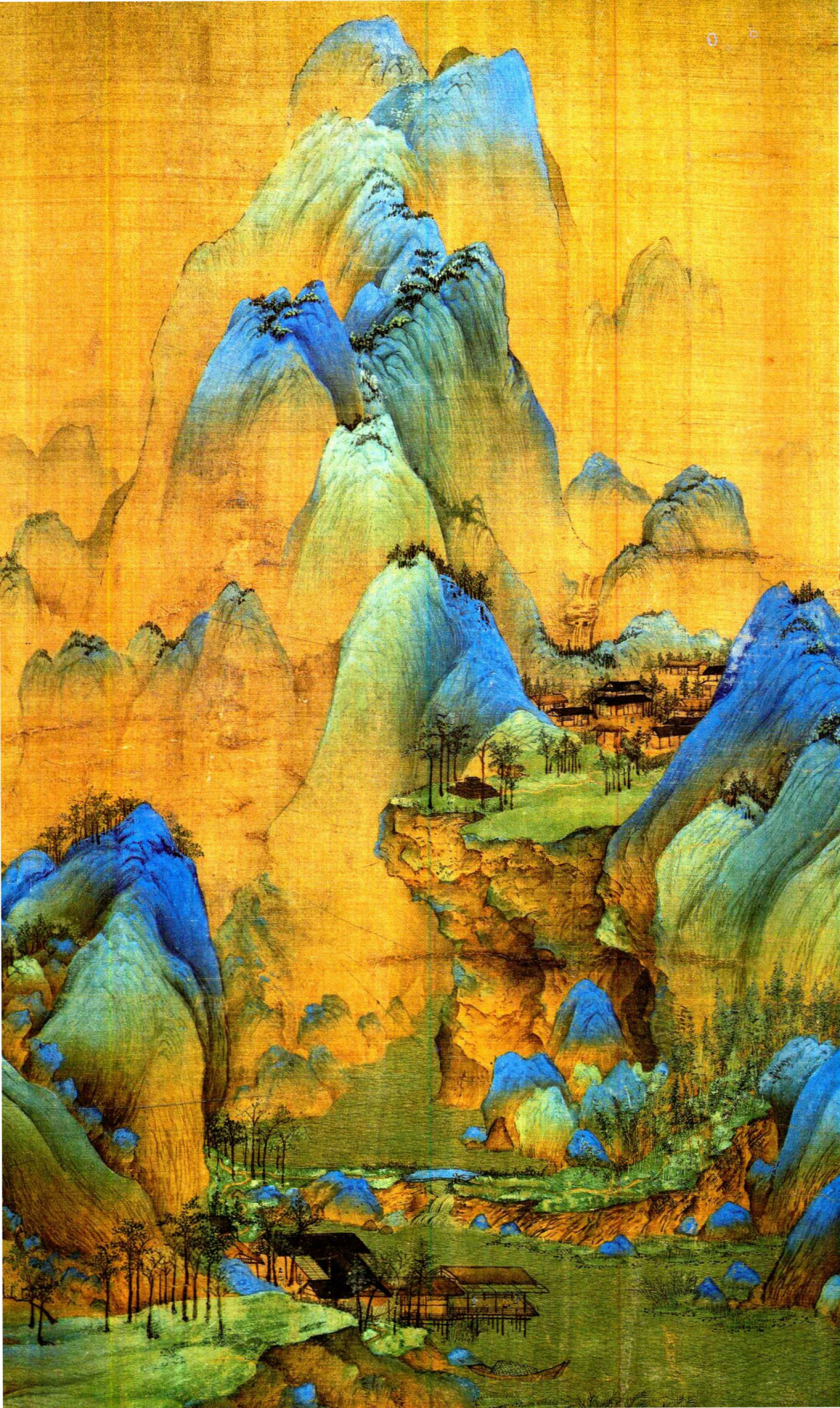
编辑部电话：010-66060794

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)







编委会委员（按姓氏拼音排序）：

常鹏翱 车 浩 陈杭平 陈新宇 侯 猛
劳东燕 雷 磊 栗 峥 王 莹 谢海定
许德峰 尤陈俊 张 红 张 翔 张 龔
赵 宏 赵 磊 朱 腾

问渠那得清如许

经过两年多的策划和工作，《青蓝文库》终于面世了。这中间，凝聚了很多人的努力和期待。中国法制出版社邀我写一个总序，考虑到丛书包涉法学各个专业，自己所学狭薄，我一开始有些犹豫。但又想到司马迁所言：“序者，绪也，所以助读者，使易得其端绪也。”参与和见证一段历史，无形中就承载了记录介绍的义务。读者可能希望了解到这套文库的来龙去脉，如果我的序能够有所帮助，那还是义不容辞的。

说来话长。这套文库的大致雏形，最早涌现于2016年3月某日，中国法制出版社的马颖女士与我在陈明楼办公室的一番叙谈。马颖在法律出版界是资深编辑，那时刚接任编辑六部主任一职，很想为法制社的学术出版再开局面，拓展出一些新气象。而我自己当时手头文债积压，并无新货，于是，我们就聊到其他出版项目，其中就包括，法制社打算资助出版一批优秀博士论文。

如所周知，博士论文凝聚了一个人以学术为业的最初心血，是他走上学术之路的叩门砖，意味着从汲取导向的学生，开始向创新导向的学者蜕变。而且，从学术史经验来看，博士论文中也不乏经受住了时间检验的经

典之作。尽管意义与价值如此之大，但是，在当下的出版环境中，博士论文出版却非常之难。一来，是由于纯粹的学术著作的受众市场本身就非常狭小；二来，在逼仄的市场中，书的销量和效益又往往与作者的知名度挂钩。于是，一个名不见经传、初出茅庐的学者，捧着手中新鲜出炉的博士论文，既不容易得到学术市场的认可，也因此很难获得出版社的支持。名家大腕被争相约稿，而刚出道的新人，即使自掏腰包自费出版，恐也难逃被冷落敷衍的命运。所以，尽管每年中国的法学院校里有很多博士生毕业，但是，即使是其中最优秀的博士论文，想要立即出版也非易事，往往是“养在深闺人未识”，直到作者闯出腕儿来、有了学术名声的那一天，蒙尘的明珠才可能绽放光芒。

然而，此时出版，已有些错过，不再是学术新人最渴望自我肯定和向学界证明的迫切时机，也不是学者在最艰难的出道之初，最急需的支持和鼓励，因而，可能只是锦上添花。过往，中国人民公安大学出版社的《北大刑法博士文丛》，以及武汉大学出版社的《武汉大学刑法学博士文库》，为很多刚毕业的刑法博士提供了论文出版的平台，成就了他们人生中的第一本书，那是颇有高义的雪中送炭之举。不过，这两套文库作者限于特定高校和刑法专业，影响不免有限。如今，法制社有意精心打造一套文库，推出全国法学院各专业的优秀博士论文，这种对学术新人鼎力相助的力度，可谓前所未有，出版社的学术情怀和社会担当更是令人敬佩。因此，当听到马颖提出这个出版计划并征询我的具体建议时，我也感到很振奋，愿意尽自己绵薄之力，帮助她绘成这个蓝图。

我当时向马颖建议，可以通过民间渠道邀请一批中青年学者，而非官方机构来遴选优秀论文。这不仅是由于，机构评选论文的形式已成窠臼，更主要是考虑，如果评审人与被评审人年龄代际相近，那么无论是个人的学术潜质还是论文情况，都一定更为熟悉。而且，相对于年长的学界大家来说，中青年学者距离在毕业前后的艰难岁月中努力跋涉的经历，时间还未久远，因此，对学术新人出头的不易，以及博士论文出版的困难，大都

有尚未淡化和忘却的切身体会，可能更愿意去投入精力帮助后来人。加之较少社会杂务，更多爱惜学术羽毛，评选上也会更加认真、负责和公允。

马颖是个很有决断力的人，她听了我的建议后，完全赞同这个新的民间方案，并请我推荐和联系编委会人选。我被马颖的热诚感染，受她之托，给一些学界朋友打了电话。大家在了解到这个出版计划后，几乎都是毫不犹豫地应允下来，愿义务承担审查来稿和推荐优秀论文的工作。编委会的人员组成很快就确定下来。这也让我颇有感触，一个有情怀的出版项目，不需要多少鼓吹，自会焕发出它的光彩，吸引和召唤着有学术责任感的学者们汇集。

万事俱备，只欠开会。2016年4月18日，第一次神仙会胜利召开。根据出版社的记录，第一次与会的学者名单如下：车浩、陈新宇、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、张翔、张龔、赵宏、朱腾、谢海定。舒丹、马颖、王雯汀三位法制社编辑策划主持了第一次聚会。聚会之日适逢当年的北京电影节，于是，由我提议，大家在小西天附近餐叙后，又集体遛弯到中国电影资料馆，看了一场银河映像系列之《暗花》。从电影院出来，仍然意犹未尽，找了一处胡同里的茶馆继续聊。

这次聚会颇有成果。商定的内容包括：(1) 在全国范围内面向各个高校和专业征求优秀论文。(2) 采用作者自荐和编委推荐两种方式确立稿源。(3) 编委会的工作制度和推荐评审的义务。(4) 兼顾图书质量和出版规模等基本理念和规则。其实，答应参与编务的学者，虽然是法学各个专业里出类拔萃的青年才俊，但毕竟有学校和专业的隔离，相互间并没有想象中那么熟悉，甚至是闻名已久但从未谋面的神交，是《青蓝文库》这个出版项目中包含的学术理想和情怀，调动了每个人的学术热忱，大家才聚到一起来。每个人都很珍重自己的责任。在集聚餐、喝茶、看电影于一体的聚会中，严肃活泼地讨论了问题，达成了共识，像这样的交游轶事，对我们每个参与者都是很奇妙的体验，也是一次弥足珍贵的回忆。

第一次聚会后不久，法制社就在征求各位编委意见的基础上，面向全

国，推出了正式的征稿启事。“《青蓝文库》是由中央级法律专业出版社中国法制出版社创设的重大出版项目，专门出版中国法学专业优秀博士学位论文。文库旨在发现有潜质的学术新星，为法学博士论文的发表搭建优质平台。文库支持和推动高校不断推出创新性成果，与学界一起探索和确立中国法学博士论文的优秀标准。”这份启事，包括我本人在内，多位老师参与修改润色，应当说，完整地表达了出版社编辑和我们编委会成员的共同心声。

在这份启事中，中国法制出版社郑重承诺：《青蓝文库》的出版无需任何资助；出版社会精心打磨每一部作品，以精美的版式设计和装帧风格匹配作品的学术价值；对《青蓝文库》的出版成果，出版社会积极联系各学术刊物、报刊媒体、学校官方平台等进行大力宣传；每一年度出版社将邀请出版论文作者参加“青蓝出版沙龙”，享受一次打破学科专业界限相互交流的盛会。显而易见，这些承诺如能一一实现，那么，进入《青蓝文库》，对于博士毕业的学术新人在学界影响力的彰显和提升，将会有极大的助力。这可能是青年学者能在国内出版界得到的最好的亮相机会了。当然，这份启事中也写明了我们这些编委的承诺，即编委会成员将尊重学术研究视角和立场的多元化，本着充分的学术包容精神，对挑选出真正有价值的论文怀有使命感，力求评选结果客观公正。

出版社与编委会的第一次碰头议事，设在小西天，以独特的方式，取得了非常好的效果。在其乐融融的气氛中，沟通了感情，增进了对《青蓝文库》这项共同事业的认同度和使命感。可能是受此激励，三个月后的一个周末（2016年7月23、24日），马颖很快又趁热打铁组织了第二次编委会会议，地点设在京郊。报到当天下午，大家就开始了分组审稿的工作。第二天，在北京实创西山科技培训中心，召开了正式的评审会。针对符合征稿要求的21篇博士论文，按照“严格筛选、宁缺毋滥”的原则，以编委的个人初审为基础，经过分组审稿、分组讨论以及集中评审后，编委会成员进行匿名投票。再由出版社统计全体编委的推荐意见，当场公布获得三

分之二（即12名以上）编委推荐的论文名单。针对入选的论文，编委会确定一至两名编委，综合全体编委的修改意见，会后与论文作者直接沟通，提出完善建议。至此，第一次评审会圆满完成，共评选出4篇优秀论文，作为《青蓝文库》第一批次推出的作品。

这是一次非常成功的论文评审会。这首先得益于，马颖、王雯汀、罗莎、侯鹏、吴宇辰等几位出版社的编辑及工作人员，为这次评审会付出了大量的心力来准备、策划和安排。其次，参加评审会的编委会成员，包括陈杭平、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、尤陈俊、张翔、张龔、朱腾、赵磊以及本人在内，都本着珍重这份责任的态度，对评审投入了很大精力。会前，出版社就已经通过邮件把论文发给了编委进行预审，等到开会当天，各学科组的编委对所推荐论文和存在争议的论文讨论得非常深入，争论得也十分激烈，可以说是充分且坦诚地交换了意见。

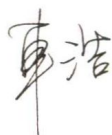
之后很长时间，我都常常想起这次令人难忘的评审会。马颖等各位编辑老师的策划安排，可谓煞费苦心。会议所在之地离龙泉寺很近，龙泉寺是全国有名的佛教古刹，出过很多高僧，常常以现代人喜闻乐见的方式传播佛法，寺内香火旺盛，游客如织，置身其中，感受到一种出世般的内心宁静，但也不会斩断与人间烟火的勾连。浸染在这种情绪中，特别适合投入接下去的评审工作。因为学术一途，本来也是素心人之事，要能脱心志于俗谛之桎梏，而付出精力去评审和推荐他人的论文，更是要有一种对学术共同体的使命感。所以，我觉得法制社的这次会议策划颇有禅机、值得回味。

半年之后，我们又在法制社的会议室召开了第三次编委会，也是第二次论文评审会。有了前两次成功的会议打下的基础，编委会磨合日趋顺畅，后面的评审会就进入了良性运转的正常轨道。值得一提的是，在几次会议中，大家逐渐达成一项共识，即《青蓝文库》支持的对象，不仅仅是优秀论文本身，而且是论文作者的学术之路。因此，虽然论文质量不错，但是作者博士毕业后就不再从事学术工作的，原则上不纳入出版计划之列。

受命作序，回想往事，点点滴滴都涌上来。这样不厌其详地叙述过往细节，正如开头所言，因为要向读者诸君讲述《青蓝文库》的来龙去脉，希望文库的每一位作者都能记住历史。法制出版社多次表示，他们有能力、有信心将《青蓝文库》的项目坚持下去，十年、二十年甚至更久。我也相信，未来将有更多的青年才俊，以这套文库为阶，走上学术舞台的中心。序中所记，是在这套文库诞生过程中，出版社编辑和编委会成员付出的热情和心血，当然，肯定还有很多我不了解的幕后工作无法呈现。我一直认为，缺乏学术传承和积累，是中国法学曾被人讥为“幼稚”的重要原因。而学术传统的形成，不是某一两个人甚至一两代人就能毕功的事业。我们每个人，都是在无尽的历史长河中来承担各自的使命。我们努力完成自己的作品，也不要淡忘先行者的努力和恩惠，同样，有能力时，更应尽力去帮助和支持学术之路上的后来人。由此，学术共同体才可能写下历史记忆，中国法学才可能形成绵延不断的积累。

问渠那得清如许？我想，年轻学者们锐意十足的作品、学界同仁间相互守望和提携的赤诚、出版界襄助学术的热忱，就是那永不枯竭的源头活水吧。愿中国法学的学术传统涓涓不息，清水长流！

是为序。



2018年4月9日于北大陈明楼

前言

在我国刑法的实务处理和理论讨论中，存款的占有至少具有四个层面的含义，即现金的事实占有、现金的法律占有、存款债权的占有以及基于存款债权的占有而产生的对现金的占有。这种多义性直接导致了存款占有归属认定上的不确定性，从法治国原则的角度来看这将对法安定性与国民的预测可能性构成威胁。因此在刑法教义学上，自上，有必要讨论这种多义性在多大程度上偏离了德日刑法教义学传统中对于财产犯罪基本概念的解释；自下，则应着眼于这种多义性在现实案件处理上的必要性与妥适性。

本书尝试从清理我国刑法中涉及存款的占有这一命题的具体案件出发，结合德日刑法理论与实践对于相似案件的处理，讨论了存款的占有概念的多义性在教义学解释体系和实践处理中的必要性与合理性。在财物概念上主张有体物概念，在占有概念上主张事实上的对物的控制支配，并以这两个概念为基点主张存款的占有应以现金的事实占有为出发点来解决实践中所出现的问题。

本书认为，存款占有概念的多义性，肇始于存款概念的多义性与占有概念的多义性，前者是对传统的有体物概念的偏离而后者则

是对占有作为事实上控制支配这一意义的偏离。这种概念的偏离并没有带来对其固有含义的否定而只是增加了新的内容，仅仅导致了存款占有概念的意义膨胀。然而这一概念在膨胀过程中并没有妥善地处理好概念内部不同意义之间的逻辑关系，使得这种多义性最终导致认定时的不确定性和不可预测性，是对法治国原则的悖反。反本而溯其源，本书主张以现金的事实占有作为存款占有的基本概念，在存款占有的认定上采取单一的标准，从而尽可能地减少认定中的不确定性，同时考虑通过其他构成要件而不是扩张存款占有含义的方式来解决实践中所出现的疑难案件。

目录

第一章 导 论

- 002 一、问题的提出与文章的基本脉络
- 019 二、本书的研究方法
- 028 三、讨论背景：德日两国的财产犯罪立法与基本解释立场概述
- 043 四、本书的结构安排

第二章 日本刑法理论和实务关于存款占有归属的讨论

- 046 一、概 述
- 048 二、存款名义人占有说与银行占有说之间的对立
- 053 三、存款名义人占有说的基础：从事实上的支配控制力到法律上的支配控制力
- 058 四、存款占有之归属与错误汇款案件之定性
- 063 五、法律上支配与存款名义人占有说之质疑
- 077 六、本章小结

第三章 德国存折、银行卡滥用行为可罚性的理论与实务

- 082 一、概 述
- 087 二、银行卡取得行为的定性
- 097 三、正当持卡人的滥用行为定性
- 138 四、非正当持卡人的滥用行为定性
- 150 五、针对存折的犯罪
- 153 六、本章小结

第四章 存折、银行卡滥用的中国语境

- 158 一、概 述
- 160 二、存款名义人的滥用行为
- 193 三、非存款名义人的滥用行为
- 213 四、一种尝试：从存款债权角度对一体性见解的修正
- 225 五、本章小结

第五章 财物与财产之间：存款债权作为财物

- 233 一、罪刑法定原则作为财物概念的解释边界
- 236 二、财物与财产性利益的二元区分
- 240 三、中国刑法中的“公私财物”
- 243 四、作为财物的虚拟财产与债权
- 262 五、财产犯罪法益与财物概念的解释
- 292 六、财物概念的扩张及其反思
- 299 七、存款债权是否可作为财物
- 311 八、本章小结

第六章 占有的一般概念：偏离与回归

- 317 一、我国刑法中的占有概念再梳理
- 328 二、占有的事实概念与法律概念
- 342 三、占有概念中的规范性因素及其评价
- 346 四、本章小结

第七章 结论：财产犯罪中存款占有的重建

- 348 一、存款占有的四重含义
 - 350 二、现金的法律占有及其问题
 - 354 三、存款债权的准占有
 - 359 四、基于存款债权准占有的对现金的占有
 - 359 五、从现金的事实占有出发对相关案件的再分析
 - 372 六、本书立场的再宣示
-
- 377 参考文献

青
蓝

第一章

导 论

一、问题的提出与文章的基本脉络

占有作为侵犯财产犯罪的基本概念目前已经引起了我国刑法理论界的广泛关注，在引进了德日刑法理论主要是日本理论中关于占有的论述，目前已翻译的日本学者西田典之、大塚仁、大谷实、山口厚等诸位教授在其刑法分论的教科书中均将对占有概念的讨论作为讨论财产犯罪的基本概念。受到日本学说的影响，我国关于财产犯罪的理论讨论中，占有概念可以说是除财物概念之外最受关注的构成要件要素。理论通常将占有一般性地定义为事实上的控制支配状态。在此之后，则会进一步探讨各种具体的占有情形，如死者的占有、封缄物的占有以及本书所关注的“存款的占有”。这些具体的占有情形一方面作为占有一般概念的例证出现，但另一方面又往往存在着占有的一般概念所无法解释的问题。如在死者的占有问题中，根据占有的一般概念，占有人的主观占有意思是占有成立的要件，而死者显然是不可能拥有实际存在的意思的，要肯定死者的占有便必须对占有的一

般概念加以修正。正是在一般概念与具体情形之间所存在的这种张力推动了理论对于占有概念理解的深化。

同理，存款的占有之所以在刑法理论上被作为一个特殊问题加以重点讨论，归根结底是因为在“存款”这一特殊的占有对象面前，占有的一般概念面临着各方面的挑战和质疑。理论上并不能简单地从占有的一般概念出发对存款的占有这个命题下所涉及的各类具体问题提供理想的解决方案。反而往往为了在具体案件中得出一个“理想”的解释结论而不得不诉诸对占有概念的修正。对此在理论上至少要对以下几个问题予以澄清和回答：

第一，当人们在讨论存款的占有概念时，试图回答哪些具体案件类型中的行为可罚性问题，因此有必要对涉及存款占有的所有案件类型进行系统的分类与梳理。

第二，在具体的案件类型中，行为人的行为通常可能涉及哪些具体的犯罪构成要件（当然这会因各国刑法的不同规定而有所变化）？在这些具体罪名的构成要件该当性判断中，存款的占有归属是否的确而且必然是处理不同的案件时的核心与关键问题？这里要处理的是一个法律比较的问题。

我国学界关于存款占有这个问题的讨论主要继受了日本的财产犯罪理论，在某些相似案件的处理上也在一定程度上形成了对日本刑法理论的路径依赖，然而这种路径依赖并不意味着这一路径本身具有普适性。以错误汇款案件为例，日本刑法理论以存款占有的归属展开讨论，而深受日本理论影响的我国学者也当然地以此问题为核心展开讨论。但将存款占有的归属视为解决错误汇款案件定性问题的核心，这种做法本身就是值得反思的。这种思考路径本身在我国语境下是否具有妥当性，是在展开关于存款占有的讨论之前首先应当回答的问题。对此我们需要参照大陆法系的另一个重要国家——德国在类似案件上的处理加以回答。

第三，在确定存款占有的归属确乎是上述案件行为可罚性问题的关键之后，进一步需要回答的问题则是，目前各国的理论和实务观点是否为了在冠以“存款占有”之名的具体案件中得出理想的结论而对占有的一般概念乃至财产犯罪的基本理论进行了修正，并对相关财产犯罪的构成要件进

行了限制性或扩张性解释。这一点在我国尤其重要，因为在我国文献中，存款概念本身就具有多义性。从这种多义性出发，存款的占有在不同的案件中所指涉的内容并不相同，判断占有归属的标准也不同。这种多义性和多标准性使得存款占有归属的判断在我国刑法理论和实务上都极为混乱和模糊。因此需要从理论角度澄清不同的案件中所指涉的存款之占有究竟是何种意义上的存款、何种意义上的占有。

第四，明确存款占有的多义性是一个实然问题，而紧随而来的则是一个应然的问题：从罪刑法定原则的角度看，存款占有的多义性及其对于占有一般概念的修正是否有其正当性？我们究竟应当放弃占有概念的修正与扩张，固执于财产犯罪的传统理解，坚持一个单一但内容清晰、边界明确的占有概念而对新出现的问题则考虑从立法上寻求设置新的构成要件予以规制，还是可以认为这样一个多义的但足够灵活和具有更大的弹性和解释空间的占有概念更符合我国当下的刑事立法和司法语境？

（一）存款的占有所涉及案件类型

从目前的司法实践来看，存款占有这一命题的确涉及了许多性质不同的案件类型，其中所涉及的银行、账户名义人以及对存款不具有正当法律权利却因为各种原因而占有（可以是盗窃、诈骗也可以只是偶然的拾得）了某种财产权利凭证（存折、银行卡）的第三人之间存在不同的关系。

从最终因侵害行为遭受损失的角度看，可以分为银行受害与储户受害两类案件。前者是针对银行的犯罪，银行作为现代社会金融系统的中枢神经，受到了国家立法的重点关注和保护，刑法上也专门设置了各种保护银行资金安全的金融犯罪，包括刑法第三章第五节上所规定的贷款诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪等都可能是损及银行资金安全的犯罪，尽管可能针对是同一笔金额的钱款，但这些犯罪中，实践中更多是将这笔钱称为“贷款”或者是“银行资金”，而不会称为“存款”，因此这部分犯罪并非本书所讨论的范围。

后者，也就是在各类储户受害的案件中，犯罪行为所针对的则是作为

个人的存款名义人，行为人利用了银行所提供的各种工具（例如银行卡）侵犯了存款账户名义人的财产。这里涉及的是私人财产的保护，主要涉及的是刑法分则第五章侵犯财产犯罪。

同时传统的侵财犯罪也可能以银行为被害人，如《刑法修正案（八）》之前第 264 条第 2 款曾经规定盗窃金融机构的行为，就是针对银行资金所实施的盗窃行为，构成盗窃罪，但是被处以较重的刑法，甚至可以判处死刑。

当然这种从最终受害者的角度进行的区分往往具有不确定性。鉴于目前复杂的民事交易规则尤其是损害风险分配规则，财产损失的最终承担者与刑法意义上的被害人往往并不同一。在民法领域，我国法院判决通常认为，在犯罪行为盗取了用户个人信息和密码从银行取钱的案件中，对于用户所遭受的损失银行也应当承担一定的赔偿责任，这种赔偿责任对于银行来说也是一种不可忽视的财产损害风险。^[1]“受害人是谁”虽然是提供了分析问题的初步思路，但对于构成要件该当性的判断并不一定具有指导性的意义。

从实施侵害行为的行为人角度看，则可以分为存款名义人实施的与非存款名义人实施的犯罪。

在存款名义人实施的犯罪中，首当其冲的往往是银行。在此涉及的核心问题是，存款名义人至少在形式上所拥有的对银行债权能否阻却相关的构成要件或阻却违法性。从民法角度看，存款关系是银行与储户之间的债务债权关系，储户将现金的所有权移转给银行，而取得对银行的存款债权。银行有义务在储户主张其债权时向储户支付其所要求的现金。在这个关系中，存款名义人可能实施一些不正当行为导致银行遭受损害。以许霆案为例，本案的基本事实是利用银行自动取款机的故障多次取出钱款而账户余额却未发生相应的变动，银行遭受损失是确定的。问题则在于，作为存款名义人，行为人取出了与其所拥有的、向银行主张的存款债权具体数额不相当的金钱，是否构成犯罪，以及如果构成应以何罪论处？与许霆案

^[1] 相关的民事判决参见：《王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案》，《最高人民法院公报》2009 年第 2 期（总第 148 期）；《顾骏诉上海交行储蓄合同纠纷案》，《最高人民法院公报》2005 年第 4 期（总第 102 期）。

类似的还有利用银行计算机系统出错进行了错误记账而取款的何鹏案，行为人何鹏同样也是银行卡的合法持有人即存款名义人，因此也是一个涉及银行与存款名义人之间内部关系的案件。

理论和实务上的定性意见主要涉及盗窃罪、侵占罪以及信用卡诈骗罪。通常认为，存款占有归属在此罪与彼罪的判定上具有关键性的意义：如果认为存款的占有归属于银行，则许霆的行为将构成盗窃罪；而如果认为存款占有归属于存款名义人，则根本不存在占有的转移问题，则应成立侵占罪。盗窃罪以财物处于他人占有之下为前提，而侵占罪则以财物已然处于行为人自己占有之下为前提，占有的归属问题因而成为区分侵占罪与盗窃罪的关键。而信用卡诈骗罪的成立则与存款占有归属问题几乎无关，需要解释的仅仅是在一台出故障的自动取款机上使用原本不具有透支功能的借记卡的行为能否为我国《刑法》第196条第1款第4项中的“恶意透支”所涵盖。由此可见，“存款占有”问题不仅与所涉及的案件类型有关，更与所可能适用的具体构成要件的解释有关。因此在对这一问题进行探讨时，不仅应注意到案件事实中的特殊性也应注意到所探讨的具体罪名的构成要件的特殊性，惟其如此才能真正做到“目光往返于事实与规范之间”。

这类案件也常常是民刑交叉讨论的热点。存款名义人的不当行为究竟应当仅仅被视为发生在双方合同关系内部的违约行为，因而仅通过民事手段予以制裁即可，还是应当上升到刑法的层面将其规定为犯罪？换言之，刑法是否能够、在多大程度上以及在何种条件下介入银行与存款名义人之间的合同关系之中，对此需要在刑法的最后手段原则、法益保护的辅助性原则下加以思考。而存款合同中所规定的交易规则、双方权利义务关系的安排以及相关财产风险的分配是否应当以及如何刑法的定性分析中加以考虑，则涉及刑法与民法规则之间的协调问题。

当然也有存款名义人实施的使第三人遭受损失的案件，以仇某某、崔某、张某某盗窃案为例^[1]，作为存款名义人的被告人仇某某将自己的银行

^[1] 案件事实与裁判理由详见《最高人民法院公报》，2011年第9期（总第179期）。

卡租借给了被害人牟某某，被害人在账户中存入现金后，由于操作不慎而被吞卡，随后存款名义人通过挂失、补办、设置新密码的行为使第三人无法从账户中取回现金，并将账户内的金钱取出，最终导致了被害人的财产损失。这类案件，司法实践中甚至理论上^[1]也往往倾向于以盗窃罪定罪处罚——这里所举的仇国宾案即是如此——但却始终没有找到合理的论证路径。法官在说理的过程中只是将整体的情况笼统地评价为使被害人失去对钱款的控制并使自己取得对钱款的法律控制，但并没有具体而清晰地指出，究竟是挂失行为、补办行为、新密码的设置行为还是最终的取款行为该当了盗窃罪的构成要件。裁判说理在占有判断上的模糊导致了案件结论的不确定性，在此后案件情形基本相似的曹成洋案中，法院则又认为此类行为应当以侵占罪论处。^[2]

而非存款名义人实施的犯罪，则既可能导致银行的受害也可能导致存款名义人的受害。在这类案件涉及的范围非常广泛，包括了各种针对作为存款债权凭证的存折、存单、信用卡的盗窃、抢劫、诈骗行为，以及捡拾信用卡而取钱的行为。典型的情况如程剑诈骗案^[3]，行为人拾得他人银行卡猜配密码然后取款的行为导致存款名义人受损。实践中这类案件中普遍存在的问题有三，一为定性问题，如以捡拾信用卡并取款的案件为例，有信用卡诈骗罪与盗窃罪之争^[4]，二为既遂未遂标准的问题，三为数额计算的问

^[1] 参见陈兴良：《挂失并取走自己账户下他人款项构成盗窃罪》，载《中国审判》2010年第5期。

^[2] 参见最高人民法院刑事审判第一至五庭主编：《刑事审判参考》2013年第6集（总第95集），法律出版社2014年版，指导案例第938号。

^[3] 程剑诈骗案的具体内容参见陈兴良：《判例刑法学（下）》，中国人民大学出版社2009年版。

^[4] 围绕捡拾信用卡并取款的行为定性问题，引发争议的主要是最高人民检察院2008年2月19日通过、5月7日起施行的《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为如何定性问题的批复》（高检发释字〔2008〕1号）中明确规定，拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为，属于刑法第196条第1款第（3）项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。这一解释在理论上引发了强烈的质疑，质疑主要针对的是捡拾信用卡在自动取款机上取款的案件，因其不符合教义学上对诈骗罪的一般理解而提出了各种批评。支持的观点参见刘明祥：《用拾得的信用卡在ATM机上取款行为之定性》，载《清华法学》2007年第3期；再论用信用卡在ATM机上恶意取款行为的行为性质》，载《清华法学》2009年第1期；相反的观点参见张明楷：《非法使用信用卡在自动取款机上取款的行为构成盗窃罪》，载《清华法学》2009年第1期。

题。这三类问题均与如何理解存款的占有有关。

另外随着网络计算机技术的发展,针对存款人存款的犯罪甚至不需要先获取存折信用卡,而是直接通过侵入银行计算机系统,获取客户信息、账号和密码就可以进行转账,如李振平盗窃案^[1]中被告人所窃取的是并非银行卡本身而是他人的银行卡信息,随后将他人账户内的存款转账到自己控制的账户之下,对于此类案件主要是以计算机诈骗罪来进行专门的规制,而在我国实践中则仍然以盗窃罪等传统财产犯罪论处。但我国立法下缺少计算机诈骗罪的构成要件这个事实本身并不足以让我们认为以盗窃罪定罪处罚就是合理的。换言之,行为是否成立盗窃罪应以盗窃罪的构成要件为出发点,而非以其他构成要件的不存在为出发点,而这些行为是否真能符合盗窃罪的传统教义学结构存在疑问,其成立盗窃罪还需要额外的论证。

由上所述,“存款占有”之下涉及不同案件类型,并涉及不同当事人之间的法律关系,笼统地以“存款的占有”作为讨论的核心,可能会忽视不同的案件类型所具有的特殊性。在此意义上,对存款的占有问题有进一步细化分析和研究的必要。

(二) 存款占有作为问题解决的核心与关键?

如前所述,以存款占有的归属作为解决上述案件的关键并不具有普适性,在德国刑法中虽然存在相同的案件事实,存款占有之归属却完全没有被论题化。我国目前将存款占有的归属作为解决上述案件的关键很可能仅仅只是对日本财产犯罪理论的路径依赖。为了验证这个假设,本章首先列举了被我国刑法理论和实务纳入存款占有这个命题下讨论的不同案件类型,随后则需要讨论的是我国与日本以及德国理论对于同类案件的不同分析路径和解决方式。

从整体上看,在解决思路我国与日本刑法理论类似,将存款占有的归属视为解决这些案件的根本问题。日本在对错误汇款的案件解决中将存

^[1] (2005)龙刑初字第73号刑事判决书。

款占有归属视为核心问题而有存款名义人占有说与银行占有说之争。而在我国，不仅是在许霆案和何鹏案中存款占有之归属成为热议的焦点问题，在其他的盗窃、骗取、抢劫或捡拾存折、银行卡等财产凭证案件中，陈兴良教授所提出的“占有存折、银行卡是否就等于占有存折项下金钱”这个问题也成为讨论的关键，围绕这个问题而有分离性观点与一体性观点之争。

另一方面，我国在继受日本理论中的存款名义人占有说与银行占有说的过程中，也存在对日本的原初理论的误读与偏离，例如在占有存折银行卡与占有存款之间的同一性问题上，理论和实务上都似有将存款名义人占有说运用于此的尝试，即将存款名义人占有扩张为一种“存折、银行卡占有人之占有”。

在本书后续的分析中可以看到这在根本上是两个问题。在没有厘清存款名义人占有说的立论基础就简单地将其推论到所有取得了存折银行卡的占有的人的场合是十分危险的。因此彻底地清理日本刑法理论关于存款占有问题的理论与实务之内在逻辑是本书第二章将首先要处理的问题。

与此相反，存款占有的归属在德国理论上并不受到如其在中日两国理论中所获得的关注。在德国理论中，占有概念素有事实的占有概念、规范的占有概念、事实—规范的占有概念之争，但强调占有的事实属性仍然是主流的理论立场。从这个立场出发，现金在取出之前归银行占有这一点并没有值得争议之处。需要讨论的与其说是占有的归属问题，不如说是占有转移的同意问题，亦即行为人的取款行为是否构成对占有的破坏，是否违背了原占有人的意愿。

以行为人使用他人密码卡从自动取款机上取款的为例，在1986年《第二次反经济犯罪法》所设置的第263条a计算机诈骗罪生效之前，实务上虽然有成立盗窃罪、侵占罪还是无罪的不同定性观点，但争论的焦点并不在于现金的占有归属，而在于取款行为是否构成破坏占有。1986年第二次《反经济犯罪法》生效之后，理论上争议的焦点也在于第263条a计算机诈骗罪的成立与否，问题的关键转移至如何理解法条中所规定的“无权使用数据”这一构成要件。同理在错误汇款案件中，德国学理与实务所关注的是欺骗行为

与认识错误的有无，存款的占有归属并不被认为是一个争议性的问题。

整体上看，德国理论和判例都对涉及存折、银行卡的相关案件类型做了细致的区分，并针对不同的案件讨论不同构成要件成立的可能性。至于财产凭证的取得行为，则通常首先与后续的滥用行为进行区别评价，随后基于共罚的事后行为等角度对行为进行合并。取得行为的定性还取决于所涉及的具体财产凭证种类，例如在盗窃存折取款后归还的案件中肯定盗窃罪的成立，而在盗窃银行卡取款后归还的案件中则得出否定的结论。另外财产凭证的取得行为与后续的滥用行为之间的关系，也取决于涉案财产凭证种类及其使用方式。例如，在盗窃存折后使用伪造的身份证件取款的案件中，法院认为后续的欺骗行为与此前的盗窃行为之间构成共罚的事后行为因此不再单独评价。相反，行为人骗领银行卡而随后通过直接借记程序在商场购物消费的行为，后续的使用行为成立单独的诈骗罪应当受到独立评价。^[1]表 1^[2]对此作了大略的总结但并不详尽，本书将在第三章中详细阐述德国在处理涉及存折、银行卡（包括信用卡、支票卡和密码卡）的案件上的意见。

表 1

	取款行为		购买商品和服务的行为	
	自动取款机取款	柜台取款	使用信用卡 (Kreditkarte) 与支票卡 (Scheckkarte)	通过直接 借记程序 (Lastschrift)
正当权利人 (Kontoinhaber)	盗窃罪 (-)	诈骗罪 (-)	诈骗罪 (-)	诈骗罪 (+)
	侵占罪 (-)			
	计算机诈骗罪 (-)	支票卡与 信用卡滥 用罪 (+)	支票卡与信用卡 滥用罪 (+)	
	支票卡与信用卡滥 用罪 (+)			

^[1] BGHSt 47,160 ff.

^[2] 为了简化表格内容，表中 (-) 表示否定结论，(+) 表示肯定结论。