

论共享经济时代使用盗窃之可罚性

江海洋*

内容提要：互联网时代急剧变革，共享经济模式迅速崛起，使用权的地位在经济生活中日益重要。盗窃罪非法占有目的之有无不能推导出使用盗窃是否具有可罚性。共享经济模式下的使用权有必要以刑事手段保护，从盗窃罪的刑法史可以得出盗窃罪之对象是基于经济发展而在不断变动的，刑法的谦抑性不能成为刑事手段缺位的理由，民事手段并不足以调整共享经济模式带来的变革。使用盗窃可以解释为利益盗窃，利益盗窃并未突破盗窃罪的客观构成要件，共享经济模式下的占有应理解为规范性的占有。在共享经济模式下，利益盗窃的数额是可以量化计算的。

关键词：共享经济 使用盗窃 使用权 非法占有目的 占有

一、问题之提出

互联网时代，各种经济模式不断翻新，其中共享经济模式日益成为耀眼的明星。Airbnb 和 Uber 此种以“共享”作为其经营理念的互联网共享平台公司，最近几年快速发展。Uber 到 2015 年 3 月，其市值已经迅速上涨至 400 亿美元，到 2018 年 5 月，其市值估价约 700 亿美元。作为目前世界上最大的私房共享平台，Airbnb 在 2014 年所拥有的客房数量与全世界最大酒店集团拥有的客房数量相比，前者数量是后者的近两倍。^[1]至 2017 年 3 月，Airbnb 被曝出完成总额超 10 亿美元的 F 轮融资，估值达 310 亿美元。在我国国内，出行共享如摩拜、小黄车等共享单车以及各种共享汽车，住宿共享平台如小猪短租、自由家等也同样发展迅速。普华永道统计的数据显

* 江海洋，北京大学法学院 2018 级博士研究生。

[1] 参见凌超、张赞：《“分享经济”在中国的发展路径研究——以在线短租为例》，载《现代管理科学》2014 年第 10 期，第 36 页。

示，全球共享经济在 2014 年已经达到 150 亿美元的规模，普华永道预测共享经济规模每年年均增长率可达到 35%，至 2025 年全球共享经济规模会高达 3350 亿美元。在我国，十八届五中全会明确提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”的全新经济发展理念。我国共享经济规模在 2015 年已经高达 1.95 万亿元人民币，我国共享经济未来 5 年内年均增长速度将高达 40%，预计我国共享经济规模在 2020 年将占 GDP 比重的 10% 以上，我国经济新的增长点将集中在共享经济之上。^{〔2〕}早在 2015 年 10 月，党和政府就从国家战略的层面指出要“发展分享经济”。2015 年 12 月，习近平主席在第二次世界互联网大会开幕式致辞中特别强调发展“共享经济”的重要性，指出发展共享经济的战略意义。

共享经济也可称为“分享经济”或者“协同消费”。哈佛大学教授南希·科恩（Nancy F·Koehn）指出，共享经济是一种个体之间开展的直接商品交换与互换服务的系统。此种交换系统理论能够覆盖很多方面，例如闲置物品、空置房间或多余车位等物品或者服务。由于互联网技术的迅猛发展，人与人之间无时空限制连接已经实现，使此种共享行为的便捷性与可行性成为可能。^{〔3〕}1978 年到 2008 年，“共享经济”经过了约 30 年潜伏的发展，直到 2008 年国际金融危机，成千上万个家庭发现其本身被物资泛滥所困，这时人们渐渐开始反思生活本质。物质的欲望永远无法全部满足，社会成员无法实现真正的永远拥有，在我们每个人的一生中，我们实际需要的只是事物的使用价值而已。可以说，汽车、房子、衣服，甚至技能，在某种程度上都能够成为我们所共享的物品。以汽车为例，在全世界，汽车共享已经成为年轻人普遍的选择。越来越多的年轻人加入汽车共享俱乐部，成为其成员，只需要一点点会员费就可以随时随地用车，方便快捷。美国到 2012 年已经有约 80 万人加入了汽车俱乐部，全球有 27 个国家加入汽车俱乐部的人数达到了 170 万人。根据调查公司最近的一项调研显示，欧盟到 2020 年，汽车共享服务机构将会有 200 多个，汽车共享的数量将会从 2.1 万辆增加到 24 万辆。在不到 7 年的时间里，会员人数将会从 70 万增加到 1500 万人，营业收入将达到 26 亿欧元。特别是随着无人驾驶汽车的出现，在未来几年里，私有权向使用权、市场机制向共享机制转变的过程可能进一步加速。^{〔4〕}可以说，“占有”已经逐渐不再是人们最在意的一个价值指标，其重要性正在渐渐让位于环境质量、便捷程度、社会关系等生活幸福指数，例如当人们的环保意识不断增强，人们对“共享经济”自身的价值就会越来越肯定，社交网络生态的不断发展也会给“共享经济”崛起提供更加宽广的通道。^{〔5〕}

“共享经济”是一种全新的商业模式，此种商业模式不知不觉中已经催生了数千余家具有创新基因的新兴公司，这些公司的快速发展，也在某种程度上影响了社会发展过程中的价值取向。“共享经济”提倡将拥有产品本身转变为拥有产品的“使用价值”，此种模式是将人们从“占有”商品这个最为古老的消费命题的束缚中解放出来。可以说这不仅改变了原有社会的大生产、大消

〔2〕 参见马强：《共享经济在我国的发展现状、瓶颈及对策》，载《现代经济探讨》2016 年第 10 期。

〔3〕 参见刘根荣：《共享经济：传统经济模式的颠覆者》，载《经济学家》2017 年第 5 期。

〔4〕 参见〔美〕杰里米·里夫根：《零边际成本社会》，赛迪研究院专家组译，中信出版社 2017 年版，第 270-272 页。

〔5〕 参见阮晓东：《共享经济时代来临》，载《新经济导刊》2015 年第 4 期。

费方式，而且更是对整个社会生态产生了难以估量的影响。^{〔6〕}如果说过去社会是将拥有某物视为真正的掌握该财产，因为拥有某物就意味着同时享有使用该物的权利，但是随着“共享经济”的发展，拥有某物而产生的使用权有可能会因此种共享的经济活动而被分解为一段段使用权，拥有某一段时间的使用权也可被认为是拥有该财产。可以看出，对于共享经济模式来说，使用权的重要性并不比所有权差。以 Airbnb 为例，在当今互联网时代，网络的发展拓展并加快了信息的传播空间与速度，将自己空置的房屋出租给他人已经非常简单与普遍，对在 Airbnb 上登记的几百万房屋所有者来说，其对房屋使用权的关心程度日益提升，因为在共享经济模式下其房屋出租的时间、频率以及范围相较于以前都有了革命性的变化，房屋的出租时间相较于传统出租时间更短、频率更高、出租的对象范围更广，这使得出租可以更加灵活，效率更高，可以更大程度上实现房屋价值的创造与利用。可以预见，随着为共享经济的发展提供信任基础的网络平台的大量涌现、降低共享行为交易成本的网络等信息技术的不断发展，结合物质产品的极大丰富以及人们追求利益最大化的本性，共享经济模式在未来仍具有活力，对社会结构、制度的改变仍在继续。

对刑法来说，共享经济模式下使用权重要性的提升可能会使得对某些财产犯罪的争论进行新的诠释。共享经济模式的发展，必将对刑法传统理论以保护所有权为保护财产权的主要手段产生影响，使用权是否需要被归入刑法保护的范畴值得深入思考。以目前共享单车或者共享汽车为例，若只是出于一时使用之目的，使用共享单车或者汽车，且打算使用完后返还，此种情况下，传统刑法理论认为并未侵犯共享单车或汽车所有者的所有权，这时是否构成盗窃罪无论在学界还是实务界都存在争议。此种情况毫无疑问行为人侵犯了共享单车或汽车所有者的使用权，在当今共享经济模式下，此种使用权是否值得刑法保护？如果值得刑法保护，则以什么方式保护更加合适？时代的发展，经济模式的创新，不可避免对包括刑法在内的法律体系形成新的冲击与挑战，共享经济模式的发展提升了使用权的地位，这就使得刑法有必要反思其对财产的原有保护模式是否需要发生改变。本文欲以传统使用盗窃争议问题作为切入点，分析在当今共享经济模式崛起时代，使用盗窃行为的刑事可罚性。

二、使用盗窃可罚与非法占有目的存废关系分析

使用盗窃行为是否可罚往往与盗窃罪的非法占有目的相联系，而根据对非法占有目的的不同态度，会对使用盗窃是否可罚得出不同的结论。目前，学界关于非法占有目的主要有以下两大类学说：

（一）非法占有目的的必要说

该说属于目前学界的多数说，该说又分为排除意思与利用意思并合说、排除意思说、利用意思说三种情况。排除意思与利用意思并合说认为盗窃罪必须具有非法占有的目的，且非法占有目

〔6〕 参见前引〔5〕，阮晓东文。

的包含排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。^{〔7〕}该说认为，一方面非法占有目的的利用意思具有区分盗窃罪与故意毁坏财物罪的机能，且可以解释两者之间的法定刑差距，另一方面非法占有目的的排除意思具有区分盗窃罪与不可罚的盗用行为的机能。^{〔8〕}排除意思说则认为，非法占有目的只需要包含排除意思即可，非法占有的目的只包括排除意思，而不包括利用意思，其含义是“永远占有他人财物的意思”。^{〔9〕}利用意思说认为非法占有目的主要发挥犯罪个别化的机能，因此仅仅是指利用、处分的意思。^{〔10〕}

（二）非法占有目的不要说

该说认为所谓的非法占有目的原本就应该包含在盗窃罪的主观故意之中，非法占有目的并不具有独立存在的意义。有学者指出，非法占有目的应指非法掌握控制财物的目的，这应属于盗窃罪故意所包含的内容。盗窃罪的主观故意是对窃取行为构成要件的客观事实有认识，而仍有意为之的心理态度。行为人是否有排除权利人权利的意思，以及有无利用财物的意图，并不影响盗窃罪故意的成立。附加在非法占有目的中的“排除意思”或“利用意思”抑或是“排除利用意思”，只是推动行为人实施盗窃等取得罪的犯罪动机而已。^{〔11〕}盗窃罪的“非法占有目的”是盗窃行为的必然结果，并非超过的主观要素，而是责任要素、影响非难可能性的要素。^{〔12〕}

使用盗窃行为是否可罚往往与非法占有目的的相关涉，坚持排除意思与利用意思并合说以及排除意思说一般会得出使用盗窃行为不可罚，因为使用之后将财物及时归还的场合，表明行为人不具有排除意思，即没有非法占有目的，不具有可罚性。^{〔13〕}而持非法占有目的不要说以及利用意思说则一般会认为使用盗窃行为可罚。当然这只是形式逻辑单纯的推理，面对使用盗窃行为财物价值的越来越多，社会成员对使用权关注度的提升，即使是排除意思与利用意思并合说也采取软化处理的方式。例如日本早期的判例，根据行为人是否具有返还财物的意思判定行为人是否具有非法占有目的，即将排除意思解释为行为人永久剥夺权利人对财物的占有。而随后主流判例则改变看法，认为即使行为人有返还的意思只是擅自一时使用，也要肯定其具有不法取得之目的。^{〔14〕}大谷实教授认为，虽然不法领得意思涵括了排除意思和利用意思，但就排除意思而言，并不需要行为人具有永久保持该物的经济利益的意思，不管是为了取得目的物本身，抑或是仅为了取得财物的价值，都属于不法领得意思。^{〔15〕}同时，即使采非法占有目的不要说，也并不意味着认为所有使用盗窃行为都具有刑事可罚性，使用盗窃的可罚性应以财物价值等客观因素作为判断基准，具体而言又分为可罚的违法性、推定的承诺说、占有转移的完整性说以及相当的利用可能性妨害

〔7〕 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期。

〔8〕 参见温登平：《论使用盗窃》，载《刑事法评论》2015年第1期。

〔9〕 黎宏：《刑法学》，法律出版社2016年版，第718页；蒋铃：《论刑法中“非法占有目的”理论的内容和机能》，载《法律科学》2013年第4期，第88-92页。

〔10〕 参见王充：《论盗窃罪中的非法占有目的》，载《当代法学》2012年第3期。

〔11〕 参见刘明祥：《刑法中的非法占有目的》，载《法学研究》2000年第2期。

〔12〕 参见尹晓静：《财产犯罪中的非法占有目的之否定》，载《政治与法律》2011年第11期。

〔13〕 参见张红昌：《论可罚的使用盗窃》，载《中国刑事法杂志》2009年第5期。

〔14〕 参见〔日〕西田典之：《日本刑法各论》，王昭武、刘明祥译，中国人民大学出版社2013年版，第164-167页。

〔15〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义各论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第179页。

说等学说。^{〔16〕}因此,探究使用盗窃是否具有刑事可罚性,仅仅根据盗窃罪是否具备非法占有目的很难得出令人信服的结论。这当然与非法占有目的在学界中存在旗鼓相当的不同意见有关,更重要的是,正如有学者所言,使用盗窃行为是否可以排除在盗窃罪的构成要件之外、是否具有刑事可罚性,并没有一个绝对的结论,唯一能做的就是根据盗窃罪构成要件的具体设置,进行逻辑演绎。^{〔17〕}因此,只有立法者明确规定了盗窃罪构成要件必须具有非法占有目的,我们才能认为使用盗窃行为因缺少盗窃罪成立的主观要件,因而不可罚。但是在我国刑法并未规定盗窃罪之构成要件需具有非法占有目的的情况下,不能一方面以使用盗窃不可罚为基础论证非法占有目的必须具备排除意思,另一方面又以非法占有目的具有排除意思为根据来论证使用盗窃不可罚,否则就属于循环论证。

对使用盗窃是否具有刑事可罚性,并不能从盗窃非法占有目的的有无以及内容推导而出,使用盗窃是否可罚需考虑本国立法现实,兼顾刑事政策需要,根据法益受侵害的程度做实质的规范判定。

三、使用盗窃可罚性实质性分析

有学者认为,使用盗窃是现行刑事立法上的一个重大缺陷,增设使用盗窃犯罪的规定,完善刑法立法是解决此问题最根本的办法。^{〔18〕}还有学者立足当今互联网时代的大背景,指出司法实践中大量的使用盗窃行为难以处理,不管是现实世界,或者是网络空间,都可归因于立法的一味回避以及滞后,进而导致刑法存在真空,以致于难以对盗用网络资源等使用盗窃行为进行处理。^{〔19〕}试图以立法增加使用盗窃相关规定的学者多是持非法占有目的的必要说。但是非法占有目的是否必要存在疑问,非法占有目的不要说正成为我国刑法学界的有力学说。^{〔20〕}这种以立法解决问题的方式固然可以较少理论争议,但是立法并不是一朝一夕之事,在新的立法未颁布的情况下,合理的利用解释技巧解决问题应是法律人正确的态度。使用盗窃是否可罚很难从非法占有目的之主观方面区分,非法占有目的必要说往往认为可以通过排除意思来区分不可罚的使用盗窃与盗窃罪,但是正如上文所述,此种论证有循环论证之嫌。排除意思必要说代表学者张明楷教授指出:“排除意思的含义很难事先形式确定,再以此划定盗窃罪与盗用的界限,应从实质上视角出发,根据刑法目的以及刑事政策,划定不值得科处刑罚的盗用行为的界限,然后再确定排除意思的含义。”^{〔21〕}但是只要行为人打算使用后归还,而非想持久地占有财物,那么就很难认为其具有

〔16〕 参见前引〔13〕,张红昌文。

〔17〕 参见徐凌波:《论财产犯的主观目的》,载《中外法学》2016年第3期。

〔18〕 参见魏东:《论使用盗窃犯罪的立法设置方案》,载《中国刑事法杂志》2006年第4期。

〔19〕 参见于志刚:《关于“使用盗窃”行为在网络背景下入罪化的思考》,载《北京联合大学学报》2007年第13期。

〔20〕 持非法占有目的不要说的学者越来越多,具体论证可参见前引〔11〕,刘明祥文;前引〔12〕,尹晓静文;陈璇:《财产罪中非法占有目的要素之批判分析》,载《苏州大学学报》(法学版)2016年第4期。

〔21〕 前引〔7〕,张明楷文,第76页。

排除权利人支配该物的意图。更有甚者，假如将排除意思界定为永远占有他人财物的意思，^{〔22〕}则想认定行为人具有排除意思就会很难实现。面对这种窘境，持排除意思必要说的学者在判定具体案件时，往往都是先结合案件的具体情况，再根据以盗窃罪处罚是否适当，进而判定行为人是否具有排除意思。这种立足于非法占有目的排除意思主观的循环论证模式很难得出令人信服结论，因此有必要转变思考的路径。

（一）共享经济模式下使用权保护需要

对某种使用盗窃行为是否需要以刑罚处罚，首先的标准应是该法益侵害是否严重。而决定某种行为的法益侵害程度，应主要基于客观方面进行判断。正如学者所言，无论使用盗窃是否具有可罚性，行为人的主观方面都表现为对占有转移的认可。占有转移之后产生的不返还或者毁弃意思等，都是可以为占有转移的故意所包含，因此它们本身其实并没有刑法上独立存在的意义。^{〔23〕}在客观行为方式上观察使用盗窃与一般盗窃，会发现两者其实并没有什么实质的区别，客观上看都产生了法益侵害，对转移占有在主观上都有认识。^{〔24〕}随着共享经济模式的崛起，物的价值会越来越体现在其使用价值和流通价值之上，可以说物对人的意义越来越集中体现在物的动态使用可能性上。对物的使用可能性与占有相关联，是一种以物为媒介，发生在人与人之间的关系，属于一种动态的关系，其关注的重心是权利人控制下物的使用可能性，在民法意义上即为物的用益权，可以说其对物的关注重点已经变为“我可以用它来做什么”。因此，某种程度上拿走他人财物使用并打算归还，虽然物的物理转移没有被最终剥夺，但是这种行为也阻碍了财物所有人或其他权利人对物的使用——即使他本人不使用，也可以由他人使用，而本人获得利益——从而使物的价值在某种程度上遭受贬损。此时，盗窃的对象就发生了改变，即由“物的本身”转变为“物的价值”。^{〔25〕}

目前随着共享经济模式快速发展，社会成员将自己闲置不用的物品通过网络平台共享获取利益正逐渐成为一种风尚，特别是对那些非日常必需品，社会成员需要使用某种物品时，已经不必购买该物品才可以使用，只需要支付相较于购买而言较少的金钱，在需要使用时发现共享即可。共享经济模式正不知不觉改变、影响着人们的消费习惯，比如随着共享单车的普及，现在城市中人们已经很少有买单车的。表面上看这就是一种租赁关系，但是与过去出租所不同的是，共享模式正成为人们生活的一部分，所有暂时用不着的物品都可以成为出租的客体，出租的对象范围不再仅仅局限在某几个人，而是面向一个地区甚至是全世界。每个人都可以成为出租人，也同时可以成为承租人，如 Airbnb 租客与出租者。在共享经济模式下，如果行为人未经允许将他人之物自行短暂取用后再行归还，可以说侵害了权利人的使用权。随着共享经济模式的普及，与共享经济联系更为紧密的财产权将会由目前经济模式下的所有权转化为使用权，在共享经济模式下，使用权利益最大化的方式便是依时间分割使用，使用盗窃行为在共享经济模式下对权利人的

〔22〕 参见前引〔9〕，蒋铃文。

〔23〕 参见张红昌：《财产罪中规定非法占有目的的质疑》，载《中南大学学报》（社会科学版）2009年第6期。

〔24〕 参见前引〔12〕，尹晓静文。

〔25〕 王莹：《盗窃罪“非法占有目的”对象刍议》，载《中外法学》2015年第6期，第1589-1593页。

损害显得更加清晰。

（二）财产犯罪刑法史之反思借鉴

财产权概念的形成及财产制度的建立，都是随着时间的推移而变化。财产制度逐渐转变的同时，自然也会影响到对财产犯罪的理解及内涵。

盗窃罪的概念首见于《十二铜表法》，然而，当时并没有很明确的盗窃概念，只是在处罚上作出区分，例如根据是否隐密为之的盗窃，而作出刑度上的区别。经过罗马时代法学者学说及实务发展后，对盗窃犯罪所提出的概念是：盗窃包含非法私自取得他人之物、非法私自使用、非法私自占有。从这样的描述之中，罗马法中盗窃犯罪的概念除了现代刑法概念下的盗窃罪外，还包含抢劫罪、侵占罪以及理论上不处罚的使用盗窃。15世纪时的日耳曼法律学者透过许多介绍罗马法的德语书籍，使得罗马法逐渐影响日耳曼法，首见日耳曼法中对盗窃的明确定义：盗窃和抢劫是违反所有人之意志来使用他人之物或对他人之物不忠之行为。这样的定义与罗马法中的盗窃概念类似，同样涵盖现今刑法中的侵占及不处罚的使用盗窃、使用侵占。之后的《卡洛琳娜法典》也深受罗马法影响，盗窃犯罪的概念下仍然包含使用盗窃，与盗窃罪的差别仅在处罚刑度上。在《巴伐利亚刑法典》中，使用盗窃仍被视作是盗窃罪的特别类型。然而，随着财产权概念的形成及财产制度的建立，盗窃概念越来越明确，因使用盗窃的行为人主观上欠缺想将他人之物据为己有的取得意图，使用盗窃的概念渐渐被排除在盗窃罪之外。^{〔26〕}

通过对盗窃犯罪概念历史演进的观察可以发现，财产概念及制度的变化会连带影响财产犯罪的概念，并进而影响刑法保护财产的规制手段。就使用盗窃而言，随着使用权在经济生活中的地位越来越重要，刑法对使用权的保护显然变得必要。

（三）使用盗窃之刑法谦抑性省思

那么，随着共享经济模式的崛起，面对以使用权为中心的新经济模式，目前法律系统应如何应对？刑法是否应调整保护财产的刑事手段？抑或是坚持民法先行调整？

有观点以刑法的谦抑性为由，认为民事手段来保护使用权即已经足够。但是试想，未经允许盗开他人汽车上班，于下班后返还，或窃住他人房屋，这些情况下权利人实际上对物的支配已告恢复，造成的损害仅是未经允许盗开汽车的这段时间权利人无法自由使用支配。在共享经济模式中，此段时间的使用权应该是有价的，虽然以民事上损害赔偿、不当得利或恢复原状可以恢复补偿权利人的权利损害，但是若行为人在侵犯他人使用权之后仅需事后支付相应金钱以补偿损失，那么任何人在需要使用某物时，衡量发现后只需要对擅自取用负民事责任，则行为人很难有理由去说服自己不擅自取用他人之物，因为无论最后有没有被发现，最糟的情况也仅仅是支付相应的金钱。特别是在目前共享经济模式中，共享物的使用权可根据时间进行拆分后与人共享，若使用盗窃行为仅负民事责任，则不管有没有经过同意使用，最终都指向民事对价关系，如此一来，是否会造成整个社会擅自取用他人之物风气渐盛？^{〔27〕} 正如有学者指出的那样，民法对所有权、债

〔26〕 参见张天一：《财产犯罪在欧陆法制史上之发展轨迹——从罗马法时代至现代德国法》，载《玄奘法律学报》2007年第8期。

〔27〕 参见许丝捷：《论使用僭越之可罚——共享经济对刑事保护财产之启发》，载《成大法学》2017年第2期。

权及其他财产性利益的保护不是万能的，民法不足以保护债权及其他财产性利益的情况是大量存在的，在财产关系极为复杂的当今社会，认为完全可以通过民法补救被害人的债权、财产性利益的损害，也是不现实的。^[28] 刑法的谦抑性在刑法学中被奉为圭臬，其一方面建立检视刑事立法正当性的标准，另一方面也为刑法解释提供指导。就后者而言，单纯按照其名称所示的逻辑，似乎就可以推导出它在刑法解释上的使用方式，即解释者应该选择那些成罪限制最为严格的理论，因为如此才能最大限度地限缩国家动用刑罚的范围。可以说任何有待解释的问题领域，都有使用谦抑性论证的余地，当面临各种学说争论的时候，可以随时使用谦抑性论证进而轻易作出判断。然而，针对谦抑性论证的核心，我们可以质疑：国家刑罚权的抑制是否为自我目的？所谓谦抑性原则，若只是为谦抑而谦抑，就无异于表示，不管刑法宣称欲实现何种理想，其事实上的运作永远只有象征性意义，仅仅为单纯国家权力的体现。在此理解下，谦抑性原则的背后无非是一种针对权力的反抗策略。刑法的存在欠缺任何正面意义，反而带来许多恶害与弊病，因此必须尽可能地限缩它的适用、甚至使其瘫痪。就此，谦抑性原则固然可以获得贯通的理论基础，其作为论证的适格性亦可获得承认。不过，此一观点下的谦抑性要求，理论上是无法自我设限的。因为谦抑还可以更谦抑，而且不局限在既有学说选项中的谦抑，也包括创造更能限缩可罚性之学说的谦抑。^[29]

一般学说并未将谦抑性思想完全视为权力反抗策略的落实，多强调其为法益保护这一刑法正面功能的附带考量，亦即，不能追求不择手段的法益保护，只有在非不得已时，才能启用刑法这一具有最严厉制裁效果的方式。^[30] 此一通常理解预设刑法与行政法、民法等处于选项关系，同时也预设刑法是实现法益保护的有效手段，否则就没有将刑法列入选项的余地。换言之，所谓的谦抑性，应指能够实现法益保护前提下的谦抑性，若将国家刑罚权抑制到失去了刑法与法益保护之间的手段与目的关联的程度，则脱离了它的理论预设。倘若肯定刑法仍有最起码的正面意义，那么刑法谦抑性原则所追求的就不应是为谦抑而谦抑，而应是合理的谦抑性。所谓合理的谦抑性，是先谈论合理与否之后，再来决定应该谦抑到什么程度。刑法论理自然是以刑法规范性，也就是刑法的基本应然设定（保护法益、权利等）为据，借此决定各种犯罪形态的可罚性基础之后，谦抑性才纯粹作为一种反射结果而显现。既然是反射结果，逻辑上即不允许其反向地决定可罚性基础。可罚性基础可以支撑到哪里，国家刑罚权就可以施展到哪里，超出于此固然不够谦抑，但短少于此则属过度谦抑。在刑法解释过程中，只要致力于从刑法规范性的角度论证可罚性即可，无须特别考虑究竟谦抑与否。^[31] 因此，使用盗窃是否可罚不能一味地以刑法谦抑性为由进行抽象的论断，还需要回归到刑法规范本身，从构成要件出发来分析。

[28] 参见周漾沂：《未遂犯可罚性基础及着手实行概念：风险输出理论的建构与应用》，载《台大法律论丛》2018年第1期。

[29] 参见前引[28]，周漾沂文。

[30] 参见林钰雄：《新刑法总论》，元照出版社2016年版，第11-12页。

[31] 参见前引[28]，周漾沂文。

四、使用盗窃可罚之疑问释疑

面对共享经济模式下使用权地位的提升,有必要采取刑事手段对使用权予以保护,正如上文所述,在可以通过刑法解释解决问题的前提下,采用立法的方式解决问题不可取。而解释的路径,无论是非法占有目的不要说,或是软化排除意思限制,抑或是将非法占有目的解释为非法获利目的,都必须基于盗窃罪的构成要件进行判断并厘清盗窃数额问题。

(一) 使用盗窃是否可解释为盗窃利益

绝大多数学者认为使用盗窃问题最终会转化为财产利益盗窃问题,这种转化主要是为了解决盗窃数额问题,这也是我国独特的数额犯立法所致。当然,面对这种转换有学者提出质疑,指出在概念上将盗用行为与使用盗窃混淆了。按照通常解释,使用盗窃行为是指为使用目的,拿走有体物的行为,行为的对象是有体物,不是财产性利益。如果将使用盗窃纳入利益盗窃的范畴,那么就意味着将使用盗窃解释为以物的使用利益为对象的行为,刑法评价的客体也就从“以使用为目的的拿走”(行为Ⅰ)转换到了“拿走之后的使用”(行为Ⅱ)上。因此,小前提“使用盗窃属于利益盗窃”本身就存在偷换概念之嫌疑。在刑法上如何评价行为Ⅰ与行为Ⅱ,应该是两个独立的问题。^[32]是否有必要对使用盗窃与盗用进行切分?事实上并无必要。“以使用为目的的拿走”与“拿走之后的使用”实际上是一体的行为,我们一般认为的使用盗窃内涵是包含两者的。而且认为应区分的学者多是以非法占有目的必要说为其理论根基,在目前非法占有目的不要说已成为有力学说的前提,并不具有说服力。使用盗窃评价的行为应该是以使用为目的而拿走使用之行为整体。正如有学者所言,不管对于有形之财物,或是对于无形之财产利益,财产权人对其所建立的支配关系,其实在本质上并没有不同,不论是对于有形的财物或是无形的财产权之侵害之行为,在本质上都是对财产利益造成实质的侵害。^[33]

根据我国的刑法规定,利益盗窃是否可罚存在争论。虽然我国《刑法》第264条规定盗窃罪的对象也是财物,但是学界和实务界普遍认为我国刑法中的财物概念和德国、日本刑法中财物概念不同,盗窃罪的行为对象既可以包括有体物,也可以涵括不属于有体物的财产性利益。^[34]根据我国《刑法》第92条中对公民合法财产的界定,侵犯财产犯罪所侵害的财产法益范围不应局限在现代物权意义上的所有权,其范围应该是作为整体的合法财产。我国《刑法》分则第五章规定侵犯财产罪全部都是侵犯整体财产犯罪,不应属于侵犯个别财产的犯罪。可以说,此种解释与当代社会经济生活的发展趋势相符合,特别是与所有权在整个财产秩序中地位的下降相契合。^[35]即从我国《刑法》规定上看,刑法保护的财产范围不应只限于财物,财产性利益也应包含在内。从逻辑上说,财产性利益不能排除在《刑法》分则第五章保护的财产法益范围之外。既然

[32] 参见前引〔17〕,徐凌波文;李强:《论使用盗窃与盗用》,载《国家检察官学院学报》2018年第2期。

[33] 参见张天一:《刑法之财产概念:探索财产犯罪之体系架构》,辅仁大学法律系2007年博士学位论文,第322页。

[34] 具体内容参见黎宏:《论盗窃财产性利益》,载《清华法学》2013年第6期。

[35] 参见前引〔17〕,徐凌波文。

《刑法》第五章标题揭示了其保护的法益是财产，则对该章每个法条中出现的“财物”就应以财产的表现形式来解释，即应将该章法条中“财物”解释为“具有财产性质的利益”，包括财物和除财物外的具有财产价值且能够满足人之需要的利益。对被害人财物的利用是使用盗窃的法益侵害性之所在，实际上这种利用损害了被害人的一种财产性利益，即被害人占有财物可能取得的收益。换句话说，行为人的盗用行为在取得利用价值的同时，假如导致他人遭受了财产损害（占有利益的丧失），那么这种行为就可以构成盗窃（利益）罪。^{〔36〕}

虽然对使用盗窃而言，无论是盗用汽车或者窃住房屋都是有实体物存在的。但是为了防止挂一漏万的现象出现，理论上需要讨论的重点应是财产性利益是否符合盗窃罪占有对象的要求。在传统经济社会中，实物商品占主导地位，经济活动也主要围绕物权展开，刑法中的盗窃罪构成要件的转移占有欲建立占有也是针对实物而言的。因为实物财物本身具有使用价值与交换价值，在传统的商品经济模式中，财物的价值与财物实体之间存在密不可分的关系，前者紧紧附着于后者之上。因此，在此种经济模式下，盗窃罪占有的对象就是财物本身，即财物的物质存在形式。此种观点在德国被称为纯粹的物的存在形式，由于其不能适用行为人取走财物对其进行利用再返还等情况之固有的缺陷，目前已经很少有人主张此说。^{〔37〕}随着经济的发展以及交易模式的变化，交易渐渐脱离实物而存在，在经济生活中债权地位开始上升，因此学界提出了物的价值说。物的价值说认为，盗窃转移占有并建立占有的对象是财物所蕴含着的价值，该说极大地扩张了占有对象的范围，延伸了盗窃罪的可罚性区域。当然在该说内部又进一步分为狭义物的价值说和广义物的价值说。狭义物的价值说将物的价值作了限定，即物的价值只能为物的功能属性所决定的内在以及特殊价值，只有针对此种价值的占有，才能归属于盗窃罪的占有。而广义物的价值说则认为通过物能够获得的任何一种价值都可视为非法占有的对象。^{〔38〕}作为折中的综合说，认为无论是非法占有财物的存在形式，还是非法占有财物所蕴含的价值，都能够成立盗窃罪。广义物的价值说可能会使取得型财产罪与获利型财产罪之间的区分界线消失，综合说统一了狭义物的价值说与物的形式说，将物的价值限定为与物的功能属性有关的价值，即其本来的用途，或者物客观上固有的使用可能性。某种程度上综合说与狭义物的价值说是一回事。^{〔39〕}因此只要不采已经无人主张的物的存在形式说，一般会得出利益也可以成为盗窃罪的对象，即使作出利益必须附着于实体物的限定。

（二）利益盗窃是否突破盗窃罪客观要件限制

有学者认为基于盗窃罪客观要件的限制，盗窃罪是一种打破占有、取得占有的行为，是以占有为基础而建构起来的罪名。我们不能承认利益盗窃，否则教义学以盗窃罪之占有为基础所设定的处罚边界将会完全被破坏。^{〔40〕}判断利益是否可以被盗窃，应思考利益盗窃与盗窃罪的占有本

〔36〕 参见王骏：《抢劫、盗窃利益行为探究》，载《中国刑事法杂志》2009年第12期。

〔37〕 参见王莹：《论财产性利益可否成为盗窃罪行为对象——“介入行为标准”说之提倡》，载《政法论坛》2016年第6期。

〔38〕 参见前引〔25〕，王莹文。

〔39〕 参见前引〔25〕，王莹文。

〔40〕 参见王俊：《非法占有目的的不同意义》，载《中外法学》2017年第5期。

身是否能够相互兼容。当占有对象被过度扩张延伸,范围包含了权利甚至财产性利益时,占有的“事实支配力”的核心含义就在无形之中被消解了。因为很难想象,无形的权利或者利益可以在事实层面凭借物理力去支配控制。^[41]但是也有学者对这种观点提出了质疑,盗窃、抢劫、诈骗罪都是属于转移占有的夺取罪,其共同点在于占有转移。财产性利益可以作为抢劫、诈骗罪的对象,且未有观点认为抢劫罪、诈骗罪构成要件被虚置。手段的平和性是盗窃罪与抢劫罪的区别之所在,是否有违对方意思以及对方是否处分财产是盗窃罪与诈骗罪的区别之所在。以“平和方式转移财产性利益”为路径判定盗窃财产性利益是否入罪,盗窃罪的实行行为之定型性并没有消解。因为即使在盗窃财产性利益的情况下,财产性利益的占有是否移转仍需要进行实质性判断,绝不是简单地“只能通过看权益是否最终受到侵害,进而采取反向认定行为”。既然诈骗罪处分财物行为的对象包括了财产性利益,可以形成“处分利益”的动宾结构,也没有脱离日常用语习惯以及增加理解的难度,那么,也可以认为,与诈骗罪同为转移占有的盗窃罪之“占有利益”并未增加理解的难度。^[42]可以认为,随着互联网时代的到来,共享经济模式的崛起,“占有利益”也已经不是一种不可理解的现象。

关于刑法上的占有概念,学界一般认为占有纯粹为人对物的事实上支配关系。一旦某人对某物具有事实上的支配,就是占有该物,而欠缺对该物的事实上支配,即未占有该物。破坏占有关系意指破坏某人对某物的事实上支配关系。但是事实支配说也认为是否有事实上的支配关系,必须参考社会一般观念来决定。那么所谓事实上支配关系中的“事实上支配”是什么意思?即当我们说某人支配某物的时候,实证上是什么样的状态?首先可以确定的是,所谓某人事实上支配某物,并不意指某人事实上正在使用某物。因为事实上可被个人选择使用的物品也是有限的,个人受到其自身的物理性限制,其身体使用某物品时可能会排除同时使用他物的可能,通常大多数可被个人使用的物品,相对于个人而言是处于闲置状态,但却不能说当下闲置的物品就一定不被个人所支配。因此所谓“支配”在观念上显然并不等于“使用”,它的内涵应该是指物品处于可为个人使用的状态,或者换句话说,它是指人对物的作用可能性,其中概念的核心是“可能性”,当个人意欲使用某物品时就能使用到该物品,就可以说该物品受到个人所支配。^[43]但是以作用可能性的事实上支配关系来建构占有概念并不合适。所谓人对物的作用可能性,在任何人与物之间永远是以量差的关系呈现的,然而这种量差的关系,无法清楚说明规范上所关心的支配关系“有无”的问题。原则上决定人对物之支配力的因素为时间、空间及其他物理性与心理性阻碍等,但除了某人正在使用某物外,该人对于该物的支配力既不可能是百分之百,也不可能是零。在纯粹事实性的观点下,包括他人的存在在内的所有事实,都将被转化为人与物之间作用可能性的估算基础。由此可知,只要作为基础事实的人与物都存在于这个世界上,充其量只能说有“较高或者较低”的事实上支配关系,而不能说“有或无”事实上支配关系。这样一种建立在人与物之间作用可能性上的事实性概念无法从中推导出占有的排他性。贯彻事实性占有概念的结果是,任何

[41] 参见车浩:《占有不是财产犯罪的法益》,载《法律科学》2015年第3期。

[42] 参见王骏:《“刑法中的财产价值”与“财产性利益”》,载《清华法学》2016年第3期。

[43] 参见周滢沂:《财产犯罪中的持有概念:社会性归属的证立与运用》,载《台大法学论丛》2017年第1期。

人只要事实上对于某物品具有作用可能性，就具有对该物品的支配，然而，某人已对某物品具有作用可能性，逻辑上不能完全排除他人对该物品的作用可能性。以作用可能性为其内涵的事实性观点，无力证成人对物的排他性支配。而占有概念欠缺排他性特质，最后会反映出划定个别财产权之“人际”界线的无能为力，从盗窃罪的角度，占有关系正表示财产权人之物品在现实中应受他人尊重的范围，当物品受财产权人占有时，就受到盗窃罪相关法律的保护，他人不得加以支配，而物品脱离财产权人的占有，就不受盗窃罪相关法律的保护，他人得加以支配。占有概念欠缺排他性特质的情况，也不可以仅仅通过主观的支配意思来弥补。在未对支配意思概念设下任何限制的情况下，如果所谓自然的支配意思仅仅指行使对物之支配的知与欲，那么其产生与否完全取决于个人的心理状态，个人可以任意地产生与消除这种意思，而无视于客观事实关系，这样对占有排他性有无的界定仍是徒劳无功的。^[44]

因此，单纯添加心理学式的主观要素并无任何实益，因而引入规范性视角，用以修正占有判断的结论。^[45]然而，在占有判断上突兀地插进一个沾染规范性色彩的标准，不论是理论一贯性还是操作可能性都令人质疑。举例来说，一个永远无法苏醒的植物人不仅事实上已不能支配他所有的物品，而且也欠缺所谓自然的支配意思，这时候是否可以认为，植物人无法占有任何物品，所以其他人拿取植物人的物品，不会由于破坏其占有而成立盗窃罪？显然一般人不可能接受这个结论，所以学说会以社会一般观念来强制修正结论，肯定植物人的占有关系，然而肯定的理由却不是来自于纯粹的事实性占有概念，因为从事实性的角度无法提供任何理论支撑。除此之外，由于所谓社会一般观念欠缺实质内涵，所得出的答案也未必毫无疑问。不再苏醒的植物人，究竟得以占有比较符合社会一般观念，还是不得占有比较符合日常生活观点？显然不是毫无疑问的。又如一个到外国长期留学的屋主，即使他事实上已无法支配客厅里的花瓶，但其对花瓶的占有关系仍基于日常生活观点而被肯定。如果这样极端欠缺事实上支配力的情况，占有关系都能被例外地肯定，那么真正主导占有判断的已经不是事实性标准。目前学界关于占有的事实性与规范性及其相互关系，许多学者都承认占有具有规范性的一面，问题的焦点主要集中在二者之间的关系如何以及各自的权重大小。^[46]但是正如有学者所言，上述事实与规范二分的见解在对事实性的理解上，显然过于狭隘，多偏向于将之理解为物理性、实际性的存在。而占有作为一种制度性事实，其存在要依赖人类的制度，并经由人们的同意（集体意向性）而非个人的爱好、评价或者道德态度而形成。也是在这个意义上，占有不同于完全不依赖于任何人类意见的物理性事实。如若没有规范性的介入，就不存在所谓事实“支配力”，因为“支配”说到底是规范性的东西。^[47]因此，可以认为占有应从规范的角度进行界定，对财产性利益的持有的判断应以社会交往下使用的可能

[44] 参见前引 [43]，周濂沂文。

[45] 参见车浩：《占有概念的二重性：事实与规范》，载《中外法学》2014年第5期。

[46] 具体参见前引 [45]，车浩文；马寅翔：《占有概念的规范本质及其展开》，载《中外法学》2015年第3期；孙运梁：《选言式而非连言式：财产犯中占有概念的界定路径》，载《政治与法律》2016年第1期；梁云宝：《财产罪占有之立场：缓和的事实性占有概念》，载《中国法学》2016年第3期。

[47] 参见李强：《作为规范性支配的占有》，载《环球法律评论》2018年第1期。

性为标准。^{〔48〕}因此,既然财产性利益可以被占有,那么盗窃罪的对象既包括狭义财物,也包括财产性利益。其中的财物,不仅包括财物本身,也包括财物所蕴含的经济价值。行为人窃取财物后,虽然有的在短时间内返还了财物,但是还是可以认为行为人对财物中蕴含的价值进行了盗窃。

(三) 利益盗窃数额是否不能量化衡量

在当今社会,人们所重视的不再是财物存在的外观,更多是财物所具有的经济价值。此种经济价值需要且值得刑法保护,且此种价值是可以计算得出具体数额的。财产利益在本质上就是“使用利益”与“交换利益”两种价值形态之集合,如果从经济学的观点来看,某一事物如果能被当成财产来看待,必定该事物具备了使用价值,并且该事物在社会上也能被当作财货交易之对象。但是,经济学在研究上是建构在供应与需求相互影响所形成的交换行为上,因此可以用金钱数额来衡量其价值。但是,从法哲学的角度来看,任何事物都存在着使用价值,因为使用价值是一种人的主观意思之投射。所以,使用价值是事物与生俱来的特质,而存在于人类之抽象认知中,至于使用价值之高低,是无法以金钱数额来加以计算的,完全取决于个人主观之需求,而不可能加以数量化。至于交换价值则并非当然存在于所有事物上,而是取决于两人以上主观意思之一致,即双方对于事物之交换代价具有一定之认知时,交换价值就会因而存在,而我们在客观上以金钱数额来计算某一事物之价值,所要表述的就是该事物所具交换价值之高低。^{〔49〕}随着共享经济模式的崛起,几乎所有的事物都会存在交换价值,交换价值取决于个人与个人之间主观意思之形成,当一致性的主观意思存在时,交换价值就会存在,反之,当一致性的主观意见不存在时,交换价值自然也不存在。在共享经济模式盛行的当下,互联网使得全球公民互联,社会交往的广度不断扩张,交往的方式更加多元,不同主体之间的一致性主观意见基本都可达成。因此可以说,在共享经济模式下,一切事物都具有交换价值。

因此,在行为人窃取财物且事实上获得了该财物的经济价值,且剥夺了被害人财物的经济价值时,可以按照该经济价值计算盗窃数额。不能以财物本身已被返还为由,就认定行为人不构成盗窃,在共享经济模式下,应对财物所蕴含的经济价值给予重视。在承认财产性利益可以作为盗窃对象的前提下,以行为人获得的经济价值计算盗窃数额应是必然之选择。至于具体的计算方法,由于使用盗窃中的“利益”总是以“实体物”作为载体,该实体物中所蕴含的价值既包括物本身的价值,也包括物作为承载某种“利益”的载体的价值。因此若行为人使用某物后打算返还,不具有建立占有的意思,那么区分财物价值与财产性利益就很有必要,此时行为人盗窃的就是财物蕴含的特殊内在价值,也即物的使用可能性这种物权性质的价值。^{〔50〕}

〔48〕 关于占有的规范支配内涵,学界观点尚未达成一致。具体论述参见前引〔43〕,周漾沂文。

〔49〕 参见前引〔33〕,张天一文,第320页。

〔50〕 当然为了限制盗窃罪的边界,可以将物的价值认定紧附于物的形式,将特殊价值限定在那些与物的形式结合紧密的价值之上,例如根据物的特殊功能、财物与价值的不可分割性来界定物的价值。

五、结 语

在这个经济与科技急剧变化的时代，经济模式的变革既悄无声息，又突发而至，共享经济模式的快速崛起严重冲击着包括刑法在内的法律体系。共享经济模式下，物的使用权地位得以提升，使用权在某种程度上代表着物的交换价值，进而可以将使用权用金钱衡量。无论采取何种解释方式，都必须正视共享经济模式下对使用权的保护。就使用盗窃而言，目前学界关于盗窃罪非法占有目的不要说也是一种合理的解释路径，面对轻微的使用盗窃行为如何出罪化的质疑，合理的态度应是不能依赖于主观目的的设计与解释，而应以客观的财产损失为基点，结合我国独特的刑事数额立法，通过设定罪量要素，来排除轻微不可罚的使用盗窃行为。

Abstract: With the rapid change of the internet era and the rapid rise of the sharing economy model, the use of the status of the economic life is increasingly important. whether the purpose of illegal possession of larceny can deduce the penability of using larceny, it is necessary to protect the right of use under the sharing economy model by criminal means. It can be concluded from the criminal law history of larceny that the object of larceny is constantly changing based on economic development. The modesty of criminal law cannot be the reason for the absence of criminal means, and civil means are not enough to adjust the reform brought by the sharing economy model. The use theft can be interpreted as interest theft, which does not break through the objective elements of theft, and the possession under the sharing economy model should be understood as normative possession. Under the sharing economy model, the amount of benefit theft can be quantified.

Key Words: sharing economy, theft by use, right of use, purpose of unlawful possession, possession

(责任编辑：李 伟 赵建蕊)