

〔目〕佐伯仁志 道垣内弘人——著

于改之 张小宁 译

的对话 刑法与民法



けいほうとみんぽうのたいわ

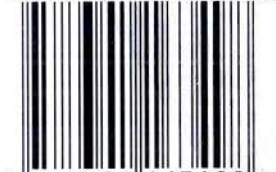


北京大学出版社

本书是对作为刑法学者的佐伯与民法学者的道垣内就刑法与民法相交错的诸问题历时两年所进行的对话的整理。作为几乎没有先例的尝试，虽然本书究竟能在何种程度上取得成功尚不得而知，但毫无疑问的是，本书在对两大部门法学理论进行某种程度深化的同时，还从双方的角度提示了就刑法与民法相关联的课题展开研讨的必要性及乐趣。

佐伯仁志 道垣内弘人

ISBN 978-7-301-16349-8



9 787301 163498 >

定价：35.00元

けいほうとみんぽうのたいわ

的对话 刑法与民法



〔日〕佐伯仁志 道垣内弘人——著

于改之 张小宁 译



北京大学出版社

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-0726

图书在版编目(CIP)数据

刑法与民法的对话/(日)佐伯仁志,(日)道垣内弘人著;于改之,张小宁译. —北京:北京大学出版社,2012.1

ISBN 978-7-301-16349-8

I. ①刑… II. ①佐… ②道… ③于… ④张… III. ①刑法-研究 ②民法-研究 IV. ①D914.04 ②D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第235751号

KEIHO TO MINPO NO TAIWA

by SAEKI Hitoshi/DOGAUCHI Hiroto

Copyright © 2001 SAEKI Hitoshi/DOGAUCHI Hiroto

All rights reserved.

Originally published in Japan by YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Tokyo.

Chinese (in simplified character only) translation rights arranged with

YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Japan

through THE SAKAI AGENCY.

书 名: 刑法与民法的对话

著作责任者: [日]佐伯仁志 [日]道垣内弘人 著 于改之 张小宁 译

责任编辑: 曾健 陈晓洁

标准书号: ISBN 978-7-301-16349-8/D·2504

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 14印张 254千字

2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷

定 价: 35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

译 序

顷接山东大学法学院于改之教授电话,请我为其与张小宁博士共同翻译的日本东京大学著名刑法学家佐伯仁志教授和著名民法学家道垣内弘人教授的《刑法与民法的对话》一书作序,我欣然应允。

我早已从我的学生付立庆博士那里听说过这本书,付立庆在攻读博士期间曾经到日本东京大学访学两年。在其回国期间,向我介绍了这本独具特色的书,并将目录翻译给我看。当时在法律出版社任职的蒋浩先生也有意在中国策划出版这样一本书,但终因条件不成熟而未果。现在,该书的中译本终于在我国出版,使我国读者得以受惠,这是值得庆贺的。

刑法在整个法律部门中处于一个十分独特的地位,它是其他法律的制裁力量,因而与其他部门法之间具有极其紧密的联系。如果说,刑法总论,包括犯罪论和刑罚论,具有刑法的专属性,更多的是刑法自身所特有的专门知识。那么,刑法各论,主要是指各类犯罪的理论,与其他部门法之间则存在着不可分割的联系。财产犯罪与民法的联系,就是一个明显的例证。可以说,如果没有充分的民法知识,对于财产犯罪的研究是不可能深入的。在这个意义上说,刑法更多地是向民法学习,将民法知识融入刑法的教义学分析当中。例如我国1997年《刑法》设立侵占罪以后,曾经出现过这样一种观点,认为此后欠债不还的行为,就可以按照侵占罪定罪处罚。因为所欠债务系他人财物,不还就是非法地据为己有,因而符合侵占罪的特征。但后来又认为,欠债不还只是侵犯债权的行为,而侵占是侵犯物权的行为。只有借用他

人的特定物而非法据为己有的行为才构成侵占罪,而货币系种类物,借钱即使拒不归还,也不能构成侵占罪。欠债不还为什么不构成侵占,难道仅仅是债权与物权的差别吗?或者仅仅是种类物与特定物的差别?对此,我也未能深刻理解。后来,在应邀参加深圳市公安局经侦部门的一次经济犯罪案例点评会议上,我首次从著名民法学家梁慧星教授那里听到“对于货币来说,采用的是占有即所有这一原理”,这对于我来说可谓茅塞顿开。侵占代为保管的他人财物,是以占有与所有的分离为前提的。但在欠债不还的情况下,占有即所有,因而不存在占有与所有的分离,也就不具备侵占罪所要求的“侵占代为保管的他人财物”的要件,所以欠债不还不能构成侵占罪。当然,在这里并不是说不存在保管他人货币的事实,因而也不是说不存在侵占代为保管他人货币的情形。在该书中,佐伯教授和道垣内教授对这些问题都进行了较为深入的探讨,例如佐伯教授提出基于他人的委托行为所受领的金钱,因为受领的金钱属于委托人所有,因此,如果受托人随意使用该金钱的构成侵占。这一定性是否违反民法上的金钱所有权是随着占有一并转移,即占有即所有这一原理呢?围绕这一问题,佐伯教授与道垣内教授展开了讨论。对此,道垣内教授指出:虽然末川博先生与川岛武宜先生确立了“占有人享有所有权,占有的所在与所有权的所在并不分离”的学说,但至少末川先生也承认,在例外的情况下金钱的事实性支配与所有权是分离的。由此可见,例外的情形是存在的,刑法对于货币的占有即所有原理的理解,也应当根据具体情况进行具体分析。我认为,在该书中,佐伯教授和道垣内教授对于上述刑民交错问题的探讨,对于我国学者正确地认定财产犯罪具有重要启迪。

在一般情况下,对于财产犯罪认定来说,都应当以相关的民法知

识为前提,那么,刑法是否完全从属于民法而不具有自身的独立性呢?这个问题,也是在财产犯罪中处理刑法与民法关系的时候,必须应当关注的。应当说,刑法与民法的逻辑并非完全相同,两者在逻辑上的差异可能会影响到刑法中对财产犯罪的定性。例如我国学者以不法给付为例对刑法与民法的关系作了探讨。在民法上不法给付是不受保护的,但在刑法上侵占不法给付的财物同样可以构成侵占罪。我国学者由此得出结论:“刑法的保护并不以某种利益在民法上得到认同作为前提。财产犯罪的法益不是民法确立的财产性权利,而是事实上的财产利益。尽管在多数情况下,这一事实上的利益内容也可以表述为财产权利,因为刑法与民法指涉的社会生活具有相同性,因此对同一对象的指称存在互相借用的情况,毕竟同一生活情景拥有多种叙述方式,但后者不足以涵括前者,即作为刑罚制度出发点的法益较之民法中的权利具有更为广泛的生活内容”。^① 这种观点强调了刑法与民法对于财产权利保护上的差异性,这种差异性在盗窃罪的保护法益是所有还是占有这个问题上也表现得十分明显,其中本权说和占有说的对立就深刻地反映了这一点。对此,日本学者西田典之指出:“本权说与占有说之间的对立,可以说是围绕以下问题展开的,盗窃罪这一规定究竟是为了保护私法上的正当权利关系还是保护事实上的财产秩序,进一步而言,以刑事法的形式禁止私力救济应控制在什么范围之内。为此,这一问题的对策就远远超越了对于从盗窃犯人处夺回自己之物这一行为的刑法处理,其解答还应包括对刑法介入民事纠纷应控制在何种程度这一现实问题的回答,例如,收回未支付租金的租赁

^① 刘凤科:《刑法在现代法律体系中的地位与特征》,人民法院出版社2007年版,第175—176页。

物件、收回未支付货款的已销售的分期付款商品、因期限届满而收回担保物等。”^①由此可见,刑法逻辑的独特性也是应当受到尊重的。在强调刑法知识独特性的情况下,刑法与民法之间就会产生一定的冲突,如何解决这一冲突,也是刑法学者与民法学者共同应当面对的。在该书中,佐伯教授与道垣内教授围绕不法原因给付产生的讨论,对于解决刑法与民法之间的这种冲突具有参考价值。

《刑法与民法的对话》一书,在相当广阔的范围内展开了刑法与民法之间的知识整合,其所涉及的财产犯罪认定的民法基本问题,为我们打开了一扇知识大门,使我们得以深入浅出地体会刑法与民法之间的知识冲突、知识转换及其知识融合所带来的愉悦。

该书作者之一的佐伯仁志系日本东京大学教授,也是该书译者之一的于改之教授在东京大学访学时的导师。我与这两位教授都具有较深的交情。佐伯仁志教授曾经多次来中国参加学术研讨会,也是中日刑事法理论交流的中坚力量。佐伯教授与日本成蹊大学的光旭教授主持了日中经济刑法比较研究的项目,为完成此项目,我和张明楷教授等2009年前去日本参加学术研讨,佐伯教授和金光旭教授等则在2010年前来中国参加学术研讨。通过互相之间的交流,不仅增长了知识,而且增进了彼此的友谊。现在,佐伯教授与道垣内教授的《刑法与民法的对话》一书由于改之、张小宁两位中国学者翻译、介绍到中国来,这是令人高兴的。我期待着佐伯教授更多的刑法著作能够在中国翻译出版,与中国读者见面。与此同时,该书涉及刑法与民法两大部门法的知识,而两位译者均是从事刑法研究的,可以说,该书在

^① [日]西田典之:《日本刑法各论》(第3版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第118页。

翻译上面临着知识与语言上的双重障碍。现在,两位译者克服重重困难,终于以流畅的中文完成了该书的翻译,这是极不容易的。对此,我也要对于改之和张小宁两位译者的辛勤劳动表示由衷的敬意。

是为序。

陈兴良

2011年6月21日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

中文版序

本书是对作为刑法学者的佐伯与民法学者的道垣内就刑法与民法相交错的诸问题历时两年所进行的对话的整理。作为几乎没有先例的尝试,虽然本书究竟能在何种程度上取得成功尚不得而知,但毫无疑问的是,本书在对两大部门法学理论进行某种程度深化的同时,还从双方的角度提示了就刑法与民法相关联的课题展开研讨的必要性及乐趣。实际上,于2004年召开的日本刑法学会第82届大会便将“刑法与民法的交错”采纳为共同研究的课题,本书亦成为刑法学与民法学之间议论的滥觞,而此后的相关研究也日渐兴盛。

如果本书能够为中国刑法学与民法学的交流以及两大部门法学理论的深化提供些许参考,则甚感欣慰。

只是,因为本书即使是针对传统课题也立足于现在日本法学中最前沿的议论而展开,并且课题本身也多为迄今为止议论累积较少的现代性课题,所以书中可能存在一些即使是日本学者也不太容易理解的内容。又因为本书形式上是关系密切的朋友之间的会话,所以书中包含着很多的笑谈,并因此给翻译带来了相当的不便。在此,谨向使本书得以更容易地接近中国读者的译者于改之先生与张小宁博士表示由衷的谢意。

祝日本与中国的学术交流更上一层楼!

佐伯仁志
道垣内弘人
2010年1月

前 言

本书,是在作为刑法学者的我与民法学者的道垣内君就刑法与民法相交错的领域进行对话的基础上整理而成的。能有一年的时间与好友道垣内君进行对话,对我而言,既是极其快乐的经历,同时也是珍贵的学习机会。对话的初衷在于为学界提供点滴贡献,并为学生们提供些许学习乐趣,但能够取得多大成功还有待于读者的判断。

多数对话采用的是由我提问,由道垣内君回答,进而展开议论的方式。因此,无可否认的是,在题目的选择方面有较强的从刑法角度出发的倾向。连载于《法学教室》时使用的是“民法与刑法”的题目,但在本书中将其颠倒,修改为“刑法与民法的对话”,原因正如上所述,而非我们两人争论民法与刑法孰轻孰重的结果。

在对话中频繁地出现“今后我再考虑一下”的表述,是因为我发现自己的发言中还存在众多需要补充之处。尽管如此,我还是依照对话的原样将其归纳于书中,原因在于:本想仔细琢磨补充完整后再作补充,但本人能力有限不知何时才能完成;对话以民法学与刑法学的交流契机为首要目的,该目的是否达成,为此现在才有整理本书的价值;等等。

如果本书能够获取某种意义上的成功,则主要归功于道垣内君。针对我的质疑,尽管显然未作充分准备(偶尔而非总是),但道垣内君总是能提供精辟的分析。每当看到这种情形,我总能感受到戏曲《阿玛迪斯》中安东尼奥·萨里耶利凝望莫扎特时的心情。所幸专业不同,我买回的冰激凌中并未投毒。

对话后,西田典之教授与中田裕康教授也曾莅临组织了座谈会。在我一年级时,西田先生曾教授我法学,由此开启了我法思考的大门,并直至今日一直耐心地指导我,在本次的对话与座谈会中,又为我们提供了诸多帮助。我与中田先生是在座谈会上才初次见面,先生提供的研讨笔记以及在座谈会期间亲切地指出的问题让我受益匪浅。在此谨对两位先生表示衷心的感谢。

在对话的连载过程中,我们收到了众多读者温暖人心的鼓励与珍贵的意见。特别是山口厚教授多次提出宝贵意见。森田教授指出了我的失误之处。立教大学的岛田聪一郎君在将对话整理为书籍时通读了全文并提出了许多宝贵意见。对话开始时,有斐阁的大井文夫君帮助甚大。在从准备对话到完成本书的过程中,有斐阁的田中朋子始终如一地为我们提供着种种支持。在此谨表示诚挚的谢意。

佐伯仁志

2001年3月31日

目 录

译序/陈兴良 / 001

中文版序/佐伯仁志 道垣内弘人 / 007

前言/佐伯仁志 / 009

第一回 寄托的现金

1. 前言 / 001
2. 被限定了用途的寄托现金是否“他人之物”? / 003
3. 与合同宗旨的关系 / 006
4. 刑法与民法之间真的存在差异吗? / 010
5. 刑法 = 物权的保护、民法 = 债权的保护?
——债权保护不够充分的理由 / 012
6. 民法认为恶意人也值得保护吗? / 016
7. 扣押的场合 / 018
8. 盗窃犯占有的赃款(1)
——现实的问题 / 022
9. 盗窃犯占有的赃款(2)
——特别论述混合 / 024
10. 使用寄存款购买物品或卖出寄存物时 / 027

第二回 存款

1. 存款人是谁? / 029
2. 合同的宗旨与不法领得的意思 / 033

3. 与汇款送金的法构造之间的关系 / 036
4. 关于错误汇款的最高裁的判决 / 038

第三回 不法原因给付

1. 不法原因给付与所有权的转移
——对昭和 45 年最高裁判决的理解 / 047
2. 不法原因寄托的思考方法的登场 / 051
3. 刑法学者提出的民法学说? / 056
4. 赘述 / 059
5. 不法原因给付与诈骗罪的关系 / 061
6. 《民法》第 90 条与第 708 条的关系 / 063
7. 不强制清偿的债务与诈骗罪的关系 / 065
8. 总结 / 071

第四回 非典型担保(1)

1. 前言 / 073
2. 卖与担保与让与担保
——判例中的区别 / 075
3. 外部转移型与内外部皆转移型的区别
——判例法理的现状 / 078
4. 关于让与担保的清算义务的问题 / 083
5. 让与担保的所有权构成与担保构成 / 086
6. 论述所有权之所在的刑法意义 / 091

第五回 非典型担保(2)

1. 让与担保权的效力接近于所有权还是抵押权? / 093
2. 所有权保留的问题点
——米仓教授的论文 / 111
3. 应将所有权保留与让与担保作区别考虑吗? / 114
4. 关于典型担保权、特别是法定担保物权 / 121

第六回 双重让与

1. 前言 / 127
2. 有关所有权转移时期的议论现状 / 130
3. 民法中为何重视交付? / 132
4. 刑法是否对被害的实质做出评价? / 135
5. 第二受让人的刑事责任 / 140
6. “自由竞争论”的现状 / 149

第七回 建筑物的他人性

1. 前言 / 158
2. 根抵押权设定之意思表示的撤销 / 160
3. 抵押权设定无效的场所 / 165
4. 民事实体关系与民事诉讼的结果 / 169
5. 民事裁判与刑事裁判中的“证明程度” / 172
6. “民法上也应该否定所有权存在的明确理由”
与证明责任 / 176
7. 民法保护占有吗? / 179

第八回 占有

1. 前言 / 182
2. 共同占有的观念化 / 183
3. 刑法“占有”中“意思”的要素 / 186
4. 围绕着占有脱离物侵占罪的客体 / 190
5. 哪一个“占有”的概念更广? / 194
6. 依据与谁的关系确认占有? / 197
7. 围绕着死者的占有 / 199
8. 侵入住宅罪中“住宅权”的思考方法 / 202

第九回 信用卡(1)

1. 信用卡交易的构成 / 209
2. 自己名义的信用卡的不正当使用 / 211
3. 针对会员资力的加盟店的利害关系 / 214
4. 理论的循环 / 216
5. 加盟店的交易拒绝义务或拒绝权的存在与否 / 219
6. 第1款诈骗还是第2款诈骗? / 224

第十回 信用卡(2)

1. 前言 / 230
2. 他人名义的信用卡的不正当使用与承担损害者 / 231
3. 是否与使用自己名义的信用卡之间存在差别? / 236
4. 卡会员承担损害的情况 / 239
5. 信用卡的 CASHING / 241
6. 可否返还无法预见的借款 / 246
7. 围绕着现金结算卡 / 248

第十一回 自救行为(1)

1. 前言 / 250
2. 占有的自力救济论与盗窃罪的保护法益论的关系 / 251
3. 民事判例与刑事判例的比较 / 257
4. 紧急性的要件 / 260
5. 手段的相当性 / 263
6. (以工薪阶层为对象的)高利贷的催收 / 265

第十二回 自救行为(2)

1. 公司更生中的自力执行与盗窃罪 / 270
2. 汽车的收回 / 274
3. 非典型担保权人拥有的自力执行权 / 279
4. 正当防卫·紧急避险·自救行为(自力救济)的概念
——刑法与民法的比较 / 288

第十三回 因合同而生的正当化

1. 前言
——何谓“因合同而生的正当化”? / 297
2. 没完没了? / 301
3. 因诈骗·强迫而缔结的合同的正当化能力 / 304
4. 因无效或可撤销的合同而生的正当化 / 308
5. 个别犯罪的检讨 / 315

第十四回 名誉·隐私的侵害

1. 前言 / 322
2. 损害赔偿的制裁机能·抑制机能
——损害赔偿额太低了吗? / 323
3. 事实的真实性与误信 / 333
4. 真实性证明的基准时·证明的程度 / 338
5. 因意见或评论导致的侮辱 / 344
6. 名誉侵害与隐私侵害的关系 / 349

第十五回 从试管到墓场(1)

1. 精子·卵子·受精卵 / 352
2. 关于人的始期 / 359
3. 父母的监护权 / 368
4. 成年拟制与拐取未成年人罪 / 373
5. 以结婚为目的的拐取 / 375
6. 伪装结婚·伪装离婚与公正证书原本不实记载罪 / 379

第十六回 从试管到墓场(2)

1. 夫妻间是否成立强奸罪? / 382
2. 占有说与亲属间相盗的特例 / 387
3. 对尸体·埋葬物的权利 / 391
4. 死者的人格权 / 398
5. 继承 / 402
6. 结语 / 406

结束语/道垣内弘人 / 409

判例索引 / 413

判例·判例集·杂志等的简称 / 419

译者后记/于改之 / 421

第一回

寄托的现金

1. 前言
2. 被限定了用途的寄托现金是否“他人之物”？
3. 与合同宗旨的关系
4. 刑法与民法之间真的存在差异吗？
5. 刑法 = 物权的保护、民法 = 债权的保护？
——债权保护不够充分的理由
6. 民法认为恶意人也值得保护吗？
7. 扣押的场所
8. 盗窃犯占有的赃款(1)
——现实的问题
9. 盗窃犯占有的赃款(2)
——特别论述混合
10. 使用寄存款购买物品或卖出寄存物时

1. 前言

佐伯

刑法问题中存在很多与民法问题相交错的部分，立刻浮现于脑海中的便是财产犯领域——刑法中关于财产犯的讨论深受民法影响。此外，在违法阻却问题上也有许多与民法中的权利行使相关联的情形，而更大的问题是，寻求权利保护时应如何考量刑法与民法的功能分担。此外，还存在许多其他值得探讨的问题。

平时研究刑法时常遇到“民法中如何解决该问题”的场合，所以一直有“如果能有与民法学者讨论的机会，该多好啊”的想法。这回能与道垣内君进行刑法与民法的对话，实在难得。由于我与道垣内君几乎同时开始学习法律，工作单位也基本一致，因此，以前即有各种各

样的对话机会。无论我提出什么问题,道垣内君总能够像“哆啦 A 梦”一样立刻给予妥善的解答,因此,期待从现在开始的各种对话趣味无穷,如果读者也觉兴致盎然,则深感荣幸。

道垣内

不是啦。不过,体形上的确像“哆啦 A 梦”……

此前,曾有这样一种倾向:有些问题虽然缠绕于刑法与民法双方,但由于法体系、目的不同或者概念相对等理由,处理上稍有差异。这种倾向,对仅仅研究民法或刑法之一的学者而言,固然可以成为最简单的逃避理由,但对于学生们而言却是令人困惑的话题。例如,民法上的“围绕地”是指一块土地被他块土地所包围而无法与公路相通,被围绕之地称为“袋地”,围绕之地则被称作“围绕地”,即包围袋地的土地。与此相对,刑法上的“围绕地”,是指附属于建筑物的、管理人以设立围墙等方式而明示将其作为建筑物的附属地加以利用的土地。这些差异,就是由于各学科之间缺乏沟通而引发的悲剧,极易造成混乱。

进而言之,这不仅仅是学习上的问题,即使作为学问上的法体系问题,由于各法域彼此独立,“所有概念皆为相对”的思考是否正确,我本人也深表怀疑。虽然刚才佐伯君说刑法讨论深受民法的影响,但这不是一方影响他方的单行道问题,而是关系到通过会合双方法域,构筑一个无矛盾的、整合性的法体系问题。我想,对不同的法域展开研究时,在法的解释论上也必须在彼此之间予以关注吧。

以前,我与佐伯君曾在不同场合一边豪饮,一边愉快地探讨问题,这回也并非盛气平掀波澜而仅是坦诚相见。在此意义上,本回对话并非决定版而是一个契机,希望能够鼓励同学们对刑法与民法的关系进行思考,同时也希望能给学界带来一定的影响。

佐伯

为了准备这回对话,我拜读了末川博先生有关金钱所有权的论文,对末川先生不只关注民法问题同时兼顾刑法的做法深感敬佩。过去也有像牧野英一先生那样同时兼顾刑法与民法两个法域的教授,希望这回对谈能够成为刑法与民法相互交流的一个契机。

2. 被限定了用途的寄托现金是否“他人之物”?

佐伯

虽然刑法与民法的问题众多,但一直以来,一提到刑法与民法的关系主要是有关财产犯的议论,因为同学们也比较容易接受该话题,所以我们就从财产犯的问题开始谈起。在此问题中,首先是关于金钱,因为金钱可以分为“现金”与“存款”两种,我想就此分别探讨一下在刑法与民法上会出现什么问题。

首先,请允许我发言。众所周知,《刑法》第252条第1款规定了委托物侵占罪,即“侵占自己所占有的他人之物的,处5年以下惩役”。刑法学说一般认为:该规定中的“他人之物”应解释为他人所有的物品,所有权的归属问题原则上应根据民法进行判断,但在例外情况下,也有民法上的所有权归属判断与刑法上的所有权归属判断并不一致的情形。

其中的一个例子便是关于限定用途的寄托现金的问题。例如,我拜托道垣内君帮忙购物而将金钱托付给他保管的场合,刑法学说一般认为:虽然民法上发生了金钱所有权与占有同时转移的结果,金钱成为受托人之物,但在刑法上受托金钱的所有权仍然属于委托人。因此,当受托人随意使用该限定用途的受托金钱时,就构成了“侵占他人之物”而成立侵占罪。

其次,基于他人的委托行为所受领的金钱,例如受托人基于债权

人的委托从债务人处催收得来的金钱、收款员收缴的欠款、通过委托贩卖得来的金钱等,因为受领的金钱属于委托人所有,因此,如果受托人随意使用该金钱的构成侵占。

关于这个问题,首先我想请教:刑法学者认为民法上的金钱所有权是随着占有一并转移的,这种理解是否合适呢?

道
垣
内

表面而言通说正是这样理解的(关于金钱的学说整理,参见能见善久:《金钱之法律上的地位》,载星野英一编辑《民法讲座·别卷I》,第101页以下(1990年)),但我认为依然有稍作详细考察的必要。虽然末川博先生与川岛武宜先生确立了“占有人享有所有权,占有的所在与所有权的所在并不分离”的学说,但至少末川先生也承认,在例外的情况下,金钱的事实性支配与所有权是分离的。

其中的一种情形是:“家事的受雇人相对于主人处于从属地位,为了主人的利益……持有主人的货币时”,此时的货币并不具有作为货币的职能,即并未作为其价值被置于流通领域。因为受雇人只能根据主人的命令保管与处分该货币,因此货币的所有权仍归主人所有。另外一种情形是:“亲权人、监护人、失踪人的财产管理人、法人的理事以及其他机关或职员、组织的业务执行人、信托中的受托人、破产清算人、执行官等为他人利益而保管或处理财产时”,此时必须依据合同的宗旨进行处理。概言之,金钱的保管存在两种情形——作为其价值而被置于流通领域产生为本人利益保管一定数量金钱关系的情形,以及作为其价值并未被置于流通领域而仅仅产生保管金钱这种关系的情形,后者中的保管人并不取得金钱的所有权(参见末川博:《货币及其所有权》,载《物权·亲属·继承(末川博法律论文集4)》,第269—270页(1970年),但该论文首次发表于1937年)。

与之相对,川岛先生认为,财产管理人为本人利益而占有金钱时所有权通常也为管理人所有,只有存在例外情形时不如此判定。无论“末川说”还是“川岛说”,虽然都可称为“占有 = 所有权”说,但也存在差别。因此,刑法学者对民法上的理解是以“川岛说”为通说的,但民法通说与民事判例实际上都采用“末川说”。

首先,我们试看几则判例。最高裁平成4年4月10日的判决(参见家月44卷8号,第16页,《家族法判例百选》,第5版,86事件)中,A死亡后遗留下6000多万元的现金,Y以“A的遗产管理人”的名义将该钱存入银行,共同继承人X等指出Y仅能保管金钱,请求其支付自己所应有的法定继承份额。与之相对,虽然最高裁认为“继承人在遗产分割之前,针对将继承开始时存在的金钱作为继承财产而保管的其他继承人,不能请求其支付相当于自己应继承份额的金钱”,从而判决X等败诉,但是,这是一种从严格的、即川岛所谓的“占有 = 所有权”说中推导不出来的结论。所谓作为继承财产的金钱是遗产分割的对象,意味着在遗产分割之前即属于共同继承人的共有财产,因为如果将之归于某人单独所有的话,该财产就无法再作为遗产分割的对象。然而,如果采用“占有 = 所有权”的话,则不能成立共有,即使在该事件中,因为Y占有现金并存入银行,所以钱应归Y单独所有。如此一来,该判决便将共同继承人中的一人“于继承开始时将存在的金钱作为继承财产而保管”的情形作为“占有 = 所有权”的例外,这与将保管目的视为例外的“末川说”是类似的。

其次,在学说上好美清光先生于昭和40年代初即已指出,“占有 = 所有权”的理论可以适用的情形应仅限于着眼于金钱的价值而被流通的场合(参见川岛武宜编:《注释民法(7)》,第100—101页,好美清光(1967年))。我认为,该理论虽然实际上是将盗窃作为争论的焦

点,但并非特殊学说,而是忠实地解说“末川说”的出发点——为何应该考量金钱上“占有=所有权”的理论的学说。并且,最近论述有关金钱的多数学说基本上也持相同立场。

在教科书中,“占有=所有权”的表述极为简单,感觉任何场合中金钱的占有人总是所有人,并且这种表述也影响到了刑法。

3. 与合同宗旨的关系

道垣内 | 对于刚才议论的刑法我注意到了几点,所以请允许我提几个问题。

例如,平时我不可能拥有1亿日元的现金。因此,当有人给我1亿日元现金时,这现金显然是别人托付的东西,交到我手里后,即使没有约定也不能用于清偿我自己的债务。与此相对,如果佐伯君给我1万日元钱,并对我说“我借了A君1万日元,因为你见到他的机会比我早,所以请你帮我把钱还他。”在该种场合,或许我会在回家的路上用这1万日元买酒喝。但是,佐伯君会想,不过是1万日元,如果道垣内君用了的话,他会从自己的银行账户中再取出1万依照委托支付给A君,至于目前他拿这钱在干什么是没有必要责备的。这种情况应该不少见吧。

对刑法中的侵占进行探讨时,对那些具体的情况、合同的宗旨等是如何考虑的呢?

佐伯 | 首先,如果委托允许履行期届满前自由使用金钱的,在刑法上金钱的所有权转移至受托人,不会产生侵占罪的问题。

其次,在确保存在等额金钱或即刻能够提取的存款从而能够切实

履行委托目的时,如果委托允许暂时挪用的,因为此类暂时挪用并非违反委托宗旨的行为,因此也不构成侵占。我想,道垣内君举的例子便是通常情形。问题在于,在委托不允许挪用或者委托不明确的情况下,学界很早之前就认为:在受托人将与寄托之金钱等额的金钱或存款转移给委托人所有时,如果具有填补空缺的意思,则其暂时挪用行为不构成侵占罪。作为说明,以往有力的观点一般认为,侵占原则上是针对特定物的所有权进行保护的,所以对种类物的挪用多以缺乏可罚的违法性或缺少不法领受意思等理由而否定侵占罪的成立。

最近,受末川先生“将金钱作为有价值的东西流通”的思考方法的影响,有一种主张认为,侵占罪中的“金钱”问题只是“金额”问题,作为物的侵占罪不宜受到保护,所以,如果暂时挪用人可以确保等额金钱或存款时则不能肯认其存在最初的受领行为。基于此种考虑,“以暂时挪用的受托人具有填补空缺的意思作为条件而否定其受领行为”的通说是妥当的。如果要推进金额所有权的保护这一思考方法,可能得出如下结论:即使受托人没有填补空缺的意思,只要其在挪用存款时可以确保等额的金钱·存款,则履行期到来前不履行债务时也不能肯认客观上的领受行为。西田典之先生就是这样解释的(参见西田典之:《刑法各论》,第228页(1999年))。

道垣内

末川先生的确发表了类似的见解。受托人虽然是受领金钱的所有人,但根据约定“在受托人必须拥有与让与金钱等额的金钱这一点上,呈现出一种似乎委托人拥有金钱所有权的印象,虽然现实中让与的可能性不大,但随之却被认为构成刑法上的侵占罪”(参见末川博:《合同法下(各论)》,第207页(1975年))。不过,说到这一点,如下情形该如何考虑呢?我从别人处领受了500万日元,领受时已经预定

明天会从其他客户那里收入 300 万日元,于是,成竹在胸的我就把 500 万元领受款中的 300 万元花掉了,然而,可靠的客户却破产了,我的 300 万元没了。这样,侵占罪的成否竟然要依赖第三人的破产与否,岂不滑稽?这种情况应当如何呢?

佐伯 | 判例(大判明治 42·6·10 刑录 15 辑,第 759 页,大判大正 2·11·25 新闻 914 号,第 28 页)认为,即使日后具有填补该空缺的意思与资力也成立侵占罪;通说也要求在挪用时存在等额的金钱或存款以及填补空缺的意思,所以刚才的例子是成立侵占罪的。但学说中也有见解认为,对于确有填补空缺的意思与资力的场合,由于欠缺可罚的违法性或者不法领受的意思,所以否定侵占罪的成立(参见西田典之:上掲书)。如果依据这种观点,在客户意外地破产时,由于欠缺可罚的违法性的认识(即故意),或者缺少不法领受的意思,所以可能无罪吧。

在现实中,可以平安获得 300 万日元并能够偿还的场合不存在成立侵占罪的问题;因为客户意外破产而无法返还 300 万日元的场合也没有立即就被起诉的。因此,判例·通说的实际机能仅仅在于阻止自始就无意返还的恶意被告人的辩解。另一方面,在没有确实的可靠保证时期待获得未来资金而挪用的场合,因为少数说可能也并不否定不法领受的意思,所以实际运用中通说与少数说也许并无多大差别。

道垣内 | 虽然已经明白刑法学者是从不法领受的意思这个主观层面来处理问题,但作为民法研究者我还注意到这样一个问题:最初的委托合同在整个框架中处于什么样的位置?

从他人处收到应交付给第三人的 10 万元金钱时,如果在支付时最终拥有 10 万元即足矣,即使中途阶段为负数或者与自己的钱相混

合都没有关系。但是,根据合同,即使我的口袋中装有别人的10万元受托金也不能将之与自己的钱相混合,并且自始就不能染指这10万元受托金,而必须原样交付。该情形与预见到会从他人处再得到钱所以将手头的金钱花掉的情形之间不是当然存在差异吗?在民法有关债务不履行的讨论中当然存在差别,这就变成了讨论应当被科以何种样态的保管义务的话题。在后一种情形中,只要染指,则这种义务违反行为就构成了债务不履行的问题。

在我看来,在欠缺可罚的违法性等例外情形时阻却犯罪的成立是奇怪的,在不法领受的意思等主观要素问题上的处理也是不合适的。至少在合同所肯认的情形下,构成要件的该当性自始便不存在,这一点才是关键性的问题吧?

佐伯 | 刑法学说认为,与民法中将占有与所有权一致化相对,刑法为了保护寄托人与受托人之间的委托信任关系应考虑认可由委托人享有所有权,所以在刑法学者的意识中,刑法较之于民法更为注重保护合同的宗旨。因此,如果像道垣内君那样认为刑法更应当注意委托宗旨这个问题,多数刑法学者会感到吃惊,至少我是很惊讶的。的确,合同更重视当事人的意思,这也许本来就是合同的核心,而问题在于有时合同的宗旨并不十分明确,所以应首先利用民法的合同解释问题明确合同的宗旨,而后再考虑侵占罪的问题,这或许是应有的姿态吧。

然而,作为讨论的前提,民法中的通说是否将封金(指盖有封印的钱款)的所有权归于委托人呢?刑法学者是如此认为的。

道垣内 | 关于“封金”到底是什么,尚欠缺一个准确的定义,并非指放入信封中的金钱,因为即使放入信封中的金钱也还是可以使用的。虽然存

在“着眼于物的个性而交易的场合”，但如此做的结果却与合同的宗旨无异。

4. 刑法与民法之间真的存在差异吗？

佐伯

在禁止混合或出于其他目的的挪用而给付金钱时，既可以将钱放入信封中，也可以用绳子捆好，还可以嘱咐一声“请分开保管”。并且，如果金钱达到一定数额时分开保管当然包含在委托的宗旨之中。果真如此，在寄托限定用途的金钱时，除去数额极少与明示可以挪用的情形外，如果民法上也将所有权归属于委托人，那么，一直以来民法与刑法在所有权判断上存在分歧的部分实际上可能也就没有了什么差别。是这样的吧？

道垣内

作为例外，关于金钱所有权与占有并不一致的具体情形，虽然民法中应予更充分的探讨，但是如果仅仅根据委托合同的宗旨来决定所有权的所在，那么是会存在一贯的争论，并且金钱的特殊性可能也没有存在的必要。

根据委托合同的宗旨，A 交付给 B 10 万日元要其转交给 C，那么 B 可以将之与自己的金钱相混合，只要其在一定期间内将 10 万日元交付给 C 即可。在这种情形下，无论采取什么样的做法，所有权都已经发生了转移——这并不限于金钱，一打啤酒也同样如此。与此相对，在 A 将一打放在箱子中的啤酒交给 B 并要其转交给 C 的场合，因为 A 没有将所有权移转给 B 的意思，所以啤酒的所有权不能移转至 B。这种情形与标的物是金钱的场合也是相同的，因为此时的 B 并未从 A 处取得金钱的流通价值，所以金钱的所有权仍属于 A，得出这一

结论是十分可能的。

如果这样考虑的话,那么当合同允许可以使用、可以混合时,民法上的所有权发生转移,刑法上也不构成侵占;相反,当合同禁止使用、不能混合时,民法上的所有权未发生转移,如果染指的话,则在刑法上成立侵占。再者,如果混合的话,因为该混合意味着将物占为己有的意思,所以也就具有了“不法领受的意思”,这样也就一致了吧。

佐伯 | 在不允许混合时,民法上的所有权属于委托人。采取这种理解的
只有道垣内君吗?

道垣内 | 这不仅仅是我如何考虑的问题,关键在于如何理解“使之作为价值而流通”以及“封金般的,着眼于物的个性而交易的场合”等这些通常使用的语言。我对上述情形的理解,都是忠实于最初的“末川说”这个出发点的。

佐伯 | 一直以来,刑法学者认为,虽然民法学说经常将金钱的所有与占有视为一致,但在具有“不能混合”这种意思的场合所有权仍属于委托人所有。并且也曾探讨过为他人管理金钱时是否存在所有权归他人所有的情形。如果这样理解,那么民法与刑法的关系不是变得更近了吗?

但是,在“虽然不能混合,但刑法或许认为混合无关紧要——只要能完成所委托的任务,顺利交付金钱”这种情形中,未能达成委托目的的即成立侵占。在此意义上,虽然极为简缩,但仍然遗留下了差异。

道
垣
内

这是一个与合同宗旨相关以及 A 是否接受风险的问题。即使不能达到委托的目的,如果 A 接受了 B 没有资力的风险就不应该成立侵占,而在允许混合时 A 更是接受了该风险。

佐
伯

在寄托限定用途的金钱时,寄托人接受受托人无资力风险的不应成立侵占罪;在允许混合时,寄托人已经具有接受该风险的意思。所谓合同宗旨的解释,即使刑法也应该做更缜密的考虑吧。

5. 刑法 = 物权的保护、民法 = 债权的保护?

——债权保护不够充分的理由

佐
伯

接下来,我想就四宫先生将“金钱所有权”与寄存人之“物权的返还请求权”分而论之的见解请教几个问题。四宫先生认为,在金钱所有权只归属于委托人所有时,所有权作为单一的东西而存在,但在寄存完成后,对物所有权与价值所有权分离,委托人虽然丧失了对物所有权,但在受托人还有其他债权人时,委托人却对此拥有优先性的物权返还请求权。“四宫说”中颇有意义的一点在于:肯认了金钱的寄托人具有类似于所有权的物权性权利(参见四宫和夫:《论物权的价值返还请求权》,载《四宫和夫民法论集》,第 113 页(1990 年)。论文初次发表于 1975 年)。

认为刑法上的所有权与民法上的所有权分离、刑法上的概念只需从刑法独立性的观点而确定的见解,是刑法中一种有力的学说。与此相对,也有人认为,从法秩序的统一性出发,不应将民法的所有权概念与刑法的所有权概念进行区分——在德国,此种见解是压倒性的通说。至于我,虽然并不认为民法概念与刑法概念必须经常保持统一,

肯认应从刑法独立性的立场出发确定刑法上的概念,但问题在于,从刑法独立性的立场出发时对于被限定了用途的寄托金钱是否应当比通常的消费寄托的情形给予更深入的保护呢?* 以往的学说并未对此给予充分的说明。

例如,以侵占罪保护限定用途的寄托金钱时,其理由是“有必要以法的形式保障寄托人的意愿受到尊重,受托人依此诚实地按照预定用途使用之”。但是,如果仅有“必须保护寄托人与受托人之间的委托信任关系”这个理由,那么虽然通过背任罪也可以进行充分保护,但在债权关系上必须深入保护拥有所有权的寄托人的权利——该理由可能未必充分吧? 实际上,团藤重光先生也曾经指出,在金钱的场合,即使不以侵占罪而以背任罪进行保护也是可以的(参见团藤重光:《刑法纲要各论》,第3版,第638页(1990年))。

与团藤先生的见解相对,因为背任罪处5年以下惩役,因此与处10年以下惩役的业务侵占罪之间欠缺均衡;也有意见认为,涉及金钱的法定刑比涉及特定物的法定刑低,是不合理的。在法定刑这一点上,团藤先生本人也对“背任说”表现出一定的踌躇。但是,如果认为金钱寄托人的实体性权利与特定物相比弱的多,那么从刑法的观点出发,将之转化为反映寄托人权利强弱的法定刑也是不自然的。问题在于寄托人的权利实质,正如四宫先生所言,如果将物权性的权利归属于金钱的寄托人,那么即使不以民法上的所有权称之,刑法上也存在不以背任罪而以侵占罪进行保护的实质。这一点是这样的吗?

* 所谓消费寄托,是指约定在期限之前返还同种、同等、同量之物的寄托,参见《日本民法典》第666条的规定。——译者注

关于四宫先生的学说,有必要分成两部分来考虑。^①首先是价值所有权以及由此而产生的“物权的价值返还请求权”概念能否为民法所肯认;其次是一个实际的结论——金钱的占有不依 A 的意思从 A 移转至 B 时,与 B 的通常债权人相比,是否有必要对 A 给予更充分的保护?

关于前者,至少判例中肯认这一新概念的可能性不会高。进而言之,场合不同金钱所有权的所在与占有的所在也不一致——这是可以直接肯认的,而且此前介绍的最高裁的判决也肯认这点。

与此相对,关于后者的实际结论许多学说甚有同感,民法学者也不认为任何情况下都应该积极保护债权。在这一点上最近又出现了

① 关于金钱所有权,民法学说首先根据是否采纳“占有 = 所有权”说而分为两派。并且,在采纳的学说中,又根据是否肯认“价值所有权”概念与否则再分为两派。

通说采纳“占有 = 所有权”说,并且不肯认“价值所有权”概念。这样的话,金钱的所有权归属于占有人,而且,委托人对于受托人仅享有“返还多少”的金钱债权。

与之相对,四宫博士既采纳与通说相同的“占有 = 所有权”说,同时肯认“价值所有权”的概念。虽然这可能会引起误解,但四宫博士是在采纳“占有 = 所有权”说、认为金钱的物的所有权归属于占有人的前提下,又肯认委托人享有优先权,从而肯认“价值所有权”概念的。

与以上见解相对,我的立场是不采纳“占有 = 所有权”说,或者对其加以缓和。

刑法学中,认为挪用委托的金钱构成侵占罪的学说中,使用的是“金额所有权”这一概念,而非作为特定物的金钱的所有权,并且将不法领受行为作为对“金额所有权”的侵害,参见藤木英雄:《刑法讲义各论》,第 332 页(1976 年);西田典之:《刑法各论》,第 219 页(1999 年)。该“金额所有权”的概念,与民法上四宫博士所主张的“价值所有权”的概念是相对应的吧。对该学说而言,“占有 = 所有权”这种民法上的见解不是该学说的障碍,更不用说作为前提了。如此一来,刑法学说上应该驳斥的就不是民法学上的“占有 = 所有权”说,而是不肯认“价值所有权”概念的通说性见解。

而且,藤木教授早在 1965 年时就提出了“对于一定金额的所有权”的见解(载《经济交易与犯罪——以诈骗·侵占·背任为中心》,第 43 页[1965 年]),这比民法中四宫先生的主张早了 10 年。

关于上述论断,请参见西田典之、中田裕康、佐伯仁志、道垣内弘人:《座谈会·民法与刑法(1)》,《法学教室》241 号,第 44—46 页(2000 年)。(道垣内)

新的进展。

例如,证券公司从许多客户处领受金钱,并为其利益从事各种证券等的买卖行为。但是,另一方面,证券公司本身也从事利用自己资产的一定行为,在此状况下,如果证券公司破产,那么与该公司的一般债权人——例如借贷给证券公司金钱的普通债权人或者持有买卖贷款债权的卖主——相比,顾客的权利不是应该得到更强大的保护吗?在这一点上,如果学者能够达成一致的见解也许会更好。

因此,一种有力的见解认为:有关证券公司或商品交易人员,因为法律明文规定其必须将自己的财产与从顾客处领受的财产分别管理,所以即使无明文规定,也应认为这是该受托人当然应该履行的义务——一方面,规定分别管理的义务;另一方面,在证券公司等破产时使委托分别管理金钱的委托人比其他债权人享有优先的地位。实际上,美国与英国虽然省略了详细的规定,但也根据信托的思考方式对顾客进行保护。与处于大规模金融国际竞争中的英美证券公司相比,日本证券公司在破产时因为委托金的返还率较低,没有危险,因而也就没有什么真正的竞争力。说这些有点不合时宜,但背景就是这样的。

一言以蔽之,在私法领域中,“对以相同形式寄托钱的人应该与寄托物的人同等保护”这种思考方式,与四宫先生那个时代相比更为强硬了。

6. 民法认为恶意人也值得保护吗？

佐伯

民法中将金钱的占有与所有归于一致的最大理由,经常提及的是保护交易安全、动的安全。刑法学者则认为,民法虽然保护动的安全,但因为刑法更重要地保护委托人与受托人间的静的安全,所以宜将民法上的所有权与刑法上的所有权分开。但是,为了保护动的安全,民法上规定了善意保护制度。那么民法是否超越了这点而认为恶意受托人也应受保护,从而特意将所有与占有归于一致呢?

从刑法通说的立场出发,因为受托人随意使用限定用途的受托金钱构成侵占,因此,如果受托人的债权人明知该金钱为限定了用途的寄托金而仍然从受托人处接受其债务偿还的话,则该行为可能构成赃物参与罪。当然,(民法上)金钱的所有权属于受托人,而委托人因为丧失了追索权,所以(受托人的债权人)不存在成立赃物参与罪的余地。果真如此,就不存在什么问题了。但是,侵占罪以刑法上的所有权为基础,而赃物参与罪却一变而以民法上的所有权为基础,这可行吗?并且,将赃物参与罪中成为问题的追索权局限于物权追索权,也不无疑问(西田典之:前掲书,第254页)。如果恶意第三人遭到处罚,被处罚后又何来动态的安全?民法是如何看待这一点的呢?

道垣内

关于这一问题,有两点必须说明。

第一点是与即时取得的关系。从“占有=所有权”的理论出发,只要取得占有就能够取得所有权,所以即使关于金钱也不产生《民法》第192条的即时取得问题。事实上,末川先生也是这样认为的,但是,其理由必须从下述实际问题中去寻求——A将保留所有权的金钱

交付给 B,在 B 交付给 C 之时,A 要想证明 C 手中的金钱是自己的所有物,除非能确定该纸币上的号码(参见末川博:《货币与货币的所有权》,前掲书,第 271—272 页)。但是,如果不能证明最初即为自己所有的特定物,当然不能主张所有权,这一点也并不仅仅限于金钱。并且,末川先生也指出,因为在特定的例外情形中也考虑即时取得问题,所以也就不保护恶意人了。反之,这一思考方式对以“占有 = 所有权”说为基础并肯认存在例外的判例的立场也是合适的。

进而言之,虽然这里也存在问题,但由于民法的标准中要求特定性,所以这里与刑法间可能仍然存在无法跨越的屏障。

但是,必须指出的第二点是,即使不存在特定性也存在于一定情形下不保护恶意人的法理。在“用骗取的金钱偿还债务与不当得利”的问题中,甲用从乙处侵占或骗取的金钱而向自己的债权人丙偿还债务时,乙与丙间有成立不当得利返还请求权的余地,最高裁昭和 49 年 9 月 26 日的判决(参见民集 28 卷 6 号,第 1243 页)就是类似的例子。最高裁认为,当(甲)偿还债务的金钱系从乙处骗取或侵占而来时,如果丙具有恶意或者重大过失,则乙成立不当得利返还请求权。并且最重要的是,最高裁认为:“甲用骗取或侵占的钱原封不动地实现丙的利益,或者将其与自己的金钱相混合或交换,或者存入银行,或者将其中的一部分消费于其他目的而后设法用另外的金钱补足后,又为丙的利益而使用时,如果社会通念上认为乙的金钱与丙的利益间存在联系,应当解释为具备成立不当得利所必要的因果关系。”并不以特定性为要件。不过在与丙的其他债权人的关系上,因为乙并不优先,所以乙并不能必然地、完全地收回受害额的金钱。

以上两点,特别是后者是最高裁的判例。学说中一般也肯认这样的结论——如果存在类似情形,民法也不会保护恶意者。

7. 扣押的场合

佐伯

判例中经常出现债权人行使扣押的情形。我的疑问是,如果道垣内君将我托付给他保管的100万日元用于清偿自己的债务,而债权人田中君(负责组织本次会谈的有斐阁的编辑)收受金钱时也明知这个事情,道垣内君因犯侵占罪、田中君因犯赃物参与罪就应遭受处罚。但是,如果田中君对道垣内君的财产申请扣押,于是执行官将我托付的该100万日元扣押时,执行官不会构成财产犯,所以就是合法的。——近乎同样的情形却产生不同的结果,让我感觉有些不可思议,这不奇怪吗?

顺便说一句,判例·通说都认为,双重让与时虽然实施双重让与的人构成侵占罪,但双重让与的第二受让人因为具备对抗要件而可以有效地取得所有权,所以不能成立共犯。因此,如果这里作相同的思考,也许就可以得出这样一种解释:即使明知是受托金钱,但只要债务的清偿是有效的,则接受清偿的债权人就不成立侵占罪的共犯或赃物参与罪,这样就有可能实现民法与刑法的调和。反之,在民法中因为债权人不能扣押被限定了用途的寄托金钱,寄托人可以提起第三人异议之诉,所以也可以实现两者之间的调和。总之,两者之间的调和是可以放心实现的。

道垣内

扣押与任意让与间的差别,即使在基于不法原因而交付的给付物上也是相同的。这点有机会时会详谈,总之是很麻烦的。不过,我想指出的是,民法一般认为对于扣押与基于任意让与的让与可能性可以进行不同的判断。

典型的判例认为,根据《民法》第466条第2款的规定,附禁止让与特约的债权让与凭借债权人与债务人间的特约就可以撤销债权的让与性;而如果有特约的话则不发生让与的效力。而且,虽然不能对抗善意第三人,但却可以凭借特约的效力对抗明知存在禁止让与特约却仍然受让债权的人;然而,即使是约定禁止让与的债权也可以被扣押。即言之,禁止让与特约原则上仅拥有剥夺任意让与的权限,却不具备将某人财产中的特别财产——即债权人也无法捕捉的特别财产——加以剥夺的权力。如果不这样的话,就会产生滥用。我现在就有大量的欠款,但在银行却只有1亿日元的定期存款。此时,如果在定期存款合同中规定有债权的禁止让与特约,那么只要该特约存在,我的债权人就不能扣押这笔存款,在牺牲债权人的某些利益后,我可以安心地继续保住这1亿日元。

因此,虽然行使任意让与时也有成立犯罪的余地,但如果债权人实行扣押就没有办法了。刑法理论是这样的,也并非与民法理论不相容。

不过,虽说并非冲突但也有“仅此是否足够”的疑问。例如,我手头有他人寄存的金钱,此时如果原封不动使用的话构成侵占罪,但我就是想用。于是,我先找好朋友说明情况然后向他借钱并使用,并且后来也没有返还那笔欠款。此时,如果强制执行我手头的寄存款当然也可以;如果通过公正证书*就可以行使金钱消费借贷合同的话,那

* 按照《广辞苑》的解释,“公正证书”是指公务员基于其权限而制作的证书,特别是指公证人所制作的有关私权的证书,可以认定其在法律上具有完全的证据力。考虑到日文中除了“公正”这一术语之外,还专门存在“公证”、“公证人”等术语,所以,对照《刑法》第157条所规定的事项,直接使用日文原文,而没有使用“公证证书”一词。——译者注

么扣押的程序也是很简单的。

一般情况下金钱的扣押不那么容易,只要债务人把它隐藏起来就很难成功;但如果债务人协助扣押的话,事情就简单多了。所以,只要债务人耍点小聪明就不会成立犯罪——这就是问题所在。因此,正如佐伯君刚才所言,不能对债务人最初从第三人处接受的寄存金实行扣押,即使扣押,该第三人也可以提起异议之诉,这种解释是必要的。

佐伯

虽然受托人随意用寄托的金钱清偿债务时会构成犯罪,但扣押时就不成立犯罪。作为其实质理由,这种思考是否可以呢?例如,道垣内君对田中君负有100万日元的债务,但同时其手头有我寄托的100万日元的现金以及卖出后确实能得到100万以上日元的奔驰车一辆,此时,只要把车卖掉即可还钱,没必要故意将寄托金用于清偿债务。但是,如果没有其他财产而只能扣押那100万日元时,这种扣押方式可能就不行了吧?如果存在这种实质性的判断,扣押时若债务人处同时存在他人的寄托现金与其他财产的,则应尽可能扣押不同于现金的其他财产。虽然这种制约是适宜的,但实际的扣押中不存在这种制约吧?

道垣内

一般而言正好相反。通常的动产,即使其实用性较高,扣押后也必须经过出卖的程序。与此不同,由于现金不需要折换成金钱的程序,所以作为执行员一般会选择现金。

佐伯

的确,这样不行。如果将任意清偿与扣押综合起来,虽然不肯认扣押也会是一个解决办法,但如果是以被扣押为前提,是明知而仍实施扣押的也受处罚呢,还是接受任意清偿的不受处罚呢?作为一种价

值判断,究竟应当选择哪一种?

道
垣
内

现金的扣押虽然可以作为动产执行而行使,但不同于不动产执行,扣押申请债权人不得向裁判所申请特定化某一应扣押的标的物。在执行申请书上记载的动产中,究竟应扣押哪一种,应由执行员决定。因此,如果考虑到不折价对债权人有利,执行员一旦扣押现金,就成为扣押债权人的侵占罪的共犯;而执行员扣押其他动产时,则不成立侵占。这导致执行员存在一种微妙的感觉,似乎不应如此吧?

佐
伯

作为执行员一般先扣押现金,所以如果将现金放在一眼可见的场所——即只要两人事前合谋,就可以非常简单地扣押该现金,在两人进行合谋时,处罚也就是合理的了。作为利用执行员的正当行为的间接正犯,受托人与债权人双方都可能受到处罚,虽然我们对此并无论述。

道
垣
内

当然,因为利用扣押的方式可以成功地实施侵占行为,所以,存在成立侵占罪的解释。但是,与刑法理论以民事执行程序的实务为中心而展开论述相比,民事执行法与民法都认为,当寄托现金的所有权在寄托一方时,可以提起第三人异议之诉。并且,即使在判定成立侵占罪时,由于可以在事前以第三人异议之诉的方式制止之,这与其后用不当得利的方法进行调整,也更为妥当。

8. 盗窃犯占有的赃款(1)

——现实的问题

道垣内

以下是以前请教过佐伯君并且自己也一直在考虑的问题。假设警察搜查盗窃犯的家,在柜子里找到了100万元,其后,随着调查的进行,有人声称在临近搜查的某个时期被该盗窃犯盗取了100万元,此时,该100万元是否返还给被害人呢?如果贯彻“占有=所有权”说,由于此时盗窃犯已成为所有人,被害人充其量基于不当得利对盗窃犯提起返还之诉,或者基于不法行为仅仅请求损害赔偿,但实务上确实是这样处理的吗?

佐伯

例如,搜查盗窃犯嫌疑人的家时,发现了被害人的钱包。当钱包中有钱时,因为具有特定性,所以与封金相同,即使是民法理论也认为金钱的所有权归被害人。因此,钱包作为证据被扣押后返还时,应将其返还给被害人,实务上也是这么做的。

顺便说,在将扣押的赃物返还给被害人的问题上,《刑事诉讼法》有以下规定,“扣押的赃物中没有留置的必要的东西,只要应返还给被害人的理由是明确的……就必须返还给被害人”(第124条第1款,第222条第1款)。

与此相对,在是否被害人的金钱并不明确时,就要做好被告人的赔偿工作。有时警察官和检察官也会做一定的工作,财产犯中被害赔偿还占了相当大的比例,所以辩护人当然会做这种努力。以前听道垣内君讲,《研修》杂志曾刊载过此类论文,是怎么写的呢?

道
垣
内

作为检察的公式性见解,是根据民法上的所有权见解进行处理,该金钱应返还给其所有权归属之人。因此,“除非纸币上有特别的表示,货币被放入特殊的容器之中等具有特定性的特殊情形……则被害人在脱离占有的同时丧失对该金钱的恢复请求权,同时,因为金钱的赃物性归于消灭,所以,受返还人也是被扣押人”(传法谷弘:《证据品事务入门(4)》,载《研修》485号,第124—125页(1988年))。即言之,上述理论认为盗窃犯家中的金钱属于盗窃犯所有。

但是,是否果真如此呢?如果盗窃犯家徒四壁,几乎没有任何财产家具,也没有任何食品,而仅有100万元现金,那么,在临近搜查的时期正好有人被盗取100万元现金,此时就有一个疑问——是否可以将此现金作为该盗窃犯的所有物来处理呢?从常识来看,当100万元现金可能是该被害人被盗取的金钱时,将之返还给被害人,也与一般人通常的感觉相吻合,如果不这样做,被害人可能也无法接受吧?

佐
伯

实际上,也许会返还给被害人,但是,这种返还方式,究竟是因为所有权属于被害人而返还,还是基于被称为可能嫌疑犯·被告人的返还义务而作为损害赔偿才予以返还的呢?根据警察统计书中的《平成9年的犯罪》一文,在平成9年财产犯的现金受害案件中,确认件数为563 225件,受害金额上升至104 030 747 000元。虽然这一数额庞大得让人吃惊,但由于警察并未确认所有的财产犯,所以实际受害数额或许更大。在警察所掌握的现金受害案件中,因犯人被检举而恢复被害的有19 258件,计5 157 918 000元。其中,不仅有返还给被害人的赃物,还包括根据赔偿而恢复的被害,具体内情不详。单纯推测一下,也许返还给嫌疑犯·被告人的比较多吧?因为从民事关系的角度

出发,这种方法比较简单。

道
垣
内

但是,盗窃犯一般是生活一有窘迫就去盗窃,想方设法获取高利贷。此时,如果只向被害人随意返还的话,严格来讲,这种偿还行为就构成了诈骗行为的撤销对象,实际上,不论其他的债权人撤销与否,存在这种可能性的解释论并不妥当。

9. 盗窃犯占有的赃款(2)

——特别论述混合

佐
伯

法律上也存在肯认所有权属于被害人,由被害人基于所有权请求返还的可能性。即使盗窃犯的债权人行使扣押,第三人也极有可能提起异议之诉。是这样吗?

道
垣
内

没有吧。

佐
伯

即使将盗窃来的金钱与自己原有的钱相混合时,也没有吗?

道
垣
内

首先,在将“被盗金钱的所有权属于被害人”的想法作为前提时,即使该笔钱与盗窃犯的相混合,如果被盗的金钱较多,则根据《民法》第245条的规定准用《民法》第243条,全部混合金钱皆归属于被害人所有;如果没有主从区别时,则根据《民法》第244条的规定,混合金钱为被害人与盗窃犯共有。并且,如果采纳上述见解,盗窃犯原来拥有的金钱比较多时,根据《民法》第243条的规定,则全部金钱归盗窃

犯所有,所以,此时不能提起第三人异议之诉。

但是,如果将肯认“占有=所有权”说的例外说作为前提的话,关于金钱能否原封不动地适用混合的条文就成了问题。对此,四宫先生也提出了令人瞩目的见解,即属于个别所有人所有的物混合时,如果存在主从区别,那么根据《民法》第245条的规定准用《民法》第243条,全部混合物的所有权属于主要动产的所有人,这是将“即使分离混合物也无法恢复到原来的状态”作为前提。例如,将秋田产的大米与新泻产的大米混合后,如果想单个分开的话,或许在技术上是可能的,但会因为花费太多而难以实现。与此相对,将两种同一匀质状态的金钱混合,即使是100万元的金钱与300万元的金钱相混合,如果将其以三比一的比例分开,仍可以恢复原状,也许钞票的编号不对,也可能硬币混合在一起。但是,因为这些都不是什么问题,所以与混合的条文中通常预定的情况不同,不能准用《民法》第243条的规定,一般应解释为三比一的共有(四宫和夫:前掲论文,第118页)。

由此可见,混合的条文是先稳定混合物的所有权,而后通过支付赔偿金以调整当事人间的关系。但是,由于稳定混合金钱的所有权而后通过支付金钱以调整关系的方法也是毫无意义的,所以,金钱不适用混合的条文这种思考方法并无不妥。

如果这样,那么,盗窃犯无所有权的被盗金钱丧失特定性的情形也将大大减少。但是,即使如此,上述见解将混合金钱作为一个整体来把握,并且在其构成要素上将窃取金钱明确地包含其中这一事态作为前提,一方面有出处不明的200万元,另一方面又有被盗了200万元的人,仅仅这样是行不通的。

佐伯

由“四宫单独说”，发展为“四宫 = 道垣内说”，现在已经成为通说了吧？

道垣内

但是，由于四宫先生以肯认“价值返还请求权”的概念为前提，所以与我在出发点上存在差异。顺便说，四宫先生认为，价值返还请求权中同一性的识别没有必要与有体物中物权返还请求权中的同一性一样进行严格的考虑。这点，在刚才所提到的有关“用骗取的金钱清偿债务与不当得利”的判例中，即使金钱并非用于直接偿还，只要“社会通念认为存在用乙的金钱使丙获利的关联”就可以认为是相似的。即使是相混合——包含被盗金钱在内的混合物的价值因而增加，被盗金钱的价值以这样的形式残存，也还是可以认为仍然具有同一性。但是，正如刚才所言，问题在于“价值返还请求权”这一概念本身是否可以获得肯认，不解决这种前提的可能性较高。

佐伯

不过，盗窃犯盗窃 10 万元花了，但是家里还有另外的 10 万元。此时，针对盗窃犯放在家里的 10 万元，被盗的被害人不能主张所有权吗？

道垣内

不能吧。

佐伯

不管金额多少，都不能主张吗？

道垣内

假设，即使认为盗窃的被害人比其他债权人更应该受到保护，那么针对个别的 10 万元，用物权法秩序来解释被害人对此拥有优先权，

也是相当困难的。

10. 使用寄存款购买物品或卖出寄存物时

道垣内

接下来,还有一个问题。用寄存款购买物品时,物品的所有权所在何处?已经寄存了物品,受托人却将寄存物出卖给第三人时,所得价款的所有权属于谁呢?

佐伯

判例认为,在这种情况下,寄存物品的人拥有出卖物的价款的所有权。如果民法上认为该结论勉强,民法与刑法的所有权概念只要以判例·通说为前提,就不得不在这一限度上进行区分。

道垣内

我个人认为,用寄存款购买物品时,该物品的所有权属于寄托金钱的人;反之,将寄存物卖出时,该价款的所有权属于寄存物品的人。《民法》第646条规定,受托人必须将“处理委任事务时所收取的金钱或其他物品”以及“以自己的名义为委托人取得的权利”转移给委托人。关于这一点,只要受托人取得财产,委托人与受托人之间就可以达成财产所有权转移给委托人所有的合意;如果有此合意,那么,从受托人取得财产时起财产所有权即当然地归属于委托人所有,并且学说上也广泛地推定该合意的存在。我认为,这种存在合意的推定应推广至所有的不当处分,并且对象上应包括金钱。然而,不当处分时,又产生了“是否满足‘为委托人’这一要件”的疑问。在此,对该要件的存在与否应从规范上加以判断,那种认为尽管受托人处分了委托人的财产也非“为委托人”的主张是行不通的,结果是已经具备了这个要件(道垣内弘人:《信托法理与私法体系》,第208—210页(1996年))。

最高裁的判决(最判昭和43·7·11民集22卷7号,第1462页;《商法总则·商行为判例百选》,第3版,69事件)也认为,受委托购入物品的批发商破产时,即使没有将所有权从批发商转移给委托人的程序,委托人也拥有该物品的取回权。我认为,这一观点不仅奇怪,也很难成为通说,虽然也有学说赞成之。

佐伯

从刑法的立场而言,如果采用道垣内君的见解,那么,在刑法与民法的调和这个意义上应该是一种极受欢迎的解释,我即使支持也没什么作用吧。

道垣内

还是支持一下吧。

第二回

存款

1. 存款人是谁?
2. 合同的宗旨与不法领得的意思
3. 与汇款送金的法构造之间的关系
4. 关于错误汇款的最高裁的判决

1. 存款人是谁?

佐伯

上回我们讨论了金钱是现金时的问题, 这回我们来探讨一下金钱是存款时的问题。在上回的讨论中, 我们谈到了判例·通说都认为被限定了用途的寄托现金之所有权属于寄托人, 受托人如果任意使用的话将构成侵占罪。同理, 我们还认为, 如果受托人以自己的名义将寄托的现金存入银行, 而后再取出随意使用的, 同样也构成侵占罪(参见大判大正元·10·8 刑录 18 辑, 第 1231 页)。理由说明如下:

首先, 侵占罪中的“占有”意味着凭借自己实施的占有而拥有处分的可能性, 所以, 该占有不仅包含事实上的支配, 还包含法律上的支配。既然存款人可以自由地处分金钱, 那便可以说存款人占有存在银行的相当于存款额的金钱。其次, 关于是否为“他人之物”的问题, 如果我们认为寄托人拥有寄托金钱的所有权, 即使该金钱被存进银行, 其仍然为所有权人之物, 此时, 如果受托人随意处分的, 则构成侵占自己占有的他人之物。

关于存款的占有问题中必须注意的一点是, 关于委托物侵占罪(即单纯侵占罪), 即使是肯认可以占有存款的见解也不肯认在盗窃

与诈骗情形下对存款的占有。例如,A去B家里盗窃,偷走了存折与印章,然后去银行把钱取走时,同时构成盗窃存折、印章罪与骗取银行占有的存款之诈骗罪这两项罪名。又例如,盗取信用卡然后通过CD机*取钱时,构成盗窃信用卡与盗窃银行现金两项罪名(参见东京高判昭和55·3·3判时975号,第132页)。这里当然是将存款的占有归属于银行。

在这种情形中,如下想法与实际状况是不相符合的:银行可因支付而免责,存款人将遭受实质性的损害,因此,需认定该犯罪是针对银行实施的。并且,从对被告有利的角度来看,这种认为盗窃是盗取了存款人的存款的思考方法,也优越于判例·通说认为的该罪是盗窃的包括一罪,即是针对存款人的盗窃与针对银行的诈骗、盗窃的并合罪的观点。但是,关于夺取罪,至少也应当考虑事实上的支配问题(参见的场纯男:《侵占罪中的占有的意义——以不动产及存款的占有为中心》,载《刑法的基本判例》,第132页以下(1988年);西田典之:《刑法各论》,第216页以下(1999年))。

仅在委托物侵占罪中才肯认占有存款性金钱的理由之一是源于如下考虑——不管现金是存在银行还是以存款的形式保管都没有实质变化,此外,如果不肯认对存款性金钱的占有,则在将钱从一个账户转移到另一个账户时,就不能认定侵占罪的成立。即言之,即使在现实地取出金钱并消费时不肯认可以对存款实施占有,因为取款时又变回为现金,所以仍然可以以侵占罪处理,但是在不以现金而以汇款的

* CD机是“cash dispenser”机的缩写,指的是可以取款但不能存款的机器,多设在地铁站、便利店、火车站等;而ATM机则是既可以存款又可以取款的机器。——译者注

方式实施时,由于现金并未实际出现,所以为了肯认侵占罪的构成而有必要肯认对存款的占有。

因此,我想问的第一个问题便是,寄存人在以自己的名义将寄存的钱存入银行时,由谁取得存款的债权,存款归谁所有,民法上是如何处理这些问题的。

道
垣
内

我觉得这个问题相当于民法中的“存款人的认定”问题。最高裁的判决虽然很多,但一般都采用“捐出者说”,即存款人并非行使存款行为的人,而是金钱的捐出人。但是针对这一理论学术界多有批评,认为其违反了合同法理中关于当事人的一般准则。

并且,现在在一些另外的例子中也采用了不同的法理。如损害赔偿保险公司的代理店每月应从顾客处收取保险费而后转交给保险公司,但有时代理店会将顾客数月的保险费先存起来然后再转给保险公司。此时,代理店并不是将顾客的保险费存入自己的账户,而是以“X保险股份有限公司代理店A”的形式存入专用的账户。

假设这时代理店A破产,如果从“占有=所有权”的观点出发,顾客将保险费支付给A社时,该金钱就成为A社之物,因为金钱的捐出者为A社,所以该账户的存款人也就是A社了。并且,如果认为限定用途的寄托金钱的所有权属于委托人,则捐出人就是顾客,顾客也就是存款人。然而,东京地判昭和63年3月29日的判决(参见判时1306号,第121页;《损害保险判例百选》,第2版,42事件)以及东京地判昭和63年7月27日判决(参见《金融法务事情》1220号,第34页)中,都将X视为存款人。这些判决都认为本案中的存款的原资金属于保险合同者支付的保险费,所以,可以视为保险公司的捐出,但是,判例并未对为何可视为捐出的问题予以明确的说明。由于保险公

司的代理店领受了保险费,即在合同上保险合同者支付了保险费,发生保险事故时保险公司必须支付保险金,所以,保险费应当属于保险公司所有,但是这种解释总让人感到是将实质公平的话说在前面。

如果想将这两种做总和性的理解,所谓的“捐出者说”可以说是将实质性的利益归属主体认为是存款人,而后者的东京地判的立场至少从实质的妥当性上是无法否定的。如此一来,如果想整体理解判例法理,则除上述解说外别无他法。并且,如果这样考虑的话,在学说中评价并不十分出众的“捐出者说”却是可以推导出实质妥当性的完美理论,理所应当给予积极的评价了。

佐伯 | 确实很有意思。但是,刚才您所说的思考方法是否适合于一般的情况呢?

道垣内 | 我认为可以的。只是有这样一种感觉,并非采用了“捐出者说”一切问题就都可以迎刃而解了。首先,我们确认一下,我从别人处得到100万并存入银行时,即使是以我的名义存入,存款人对于该存款也拥有刑法上的所有权,并不失去占有,对吧?

佐伯 | 对。

道垣内 | 所以,金钱属于委托人,如果存款人任意取走的话就构成侵占,对吧?

佐伯 | 对,这在条理上与民法上的“捐出者说”相吻合。

道垣内

最早采用“捐出者说”的最高裁判决是昭和32年12月19日的判决(参见民集11卷13号,第2278页;《银行交易判例百选》,第2版,25事件),在该案中,作为存款人的乙被作如下限定:“既然不是侵占了上述金钱并作为自己的存款”。对于侵占之时作其他判示的案例在以后的最高裁判决中也屡屡出现。如果采用“捐出者说”而以存款时不构成侵占罪为理论依据,就会陷入一种循环论证的状况。也就是说,“捐出者说”认为,不构成侵占时捐出人为存款人,而另一方面,刑法上根据“捐出者说”又认为,捐出人为存款人所以不构成侵占。

佐伯

自始就打算侵占寄存的现金从而以自己的名义存款时,因为从打算存款时就已经取得了现金,所以从那一刻起就构成侵占。因此,此种情形下,自然应当认为是将金钱作为自己的物品而实施了存储。当然,在委托的宗旨是以存款的形式保管时,是很难认定在存款时就具有领得的意思,如果从仅肯认金额之保护的西田教授的观点出发,只要存在同等金额的存款,在履行迟延之前就不能肯认领得行为。

道垣内

对,无论哪一种情形都理应构成侵占。

2. 合同的宗旨与不法领得的意思

道垣内

还有几点是需要注意的。随着金融交易越来越趋向自由化,普通的存款也表现出多种多样的形态。再如银行,也有经营不善的银行与运营良好的银行。并且经营不善的银行一般利息偏高。在这种状况下即使说是一种保管的方法,在高利率的银行中存款一般也不构成侵

占吧。特别是在约定利息归受托人时,受托人可凭借高利率获得利益。

佐伯 | 一般情况下,如道垣内君在上回中所说的根据委托的宗旨而决定。是取决于用什么样的方式保管较好,或者被委托以什么样的方式保管的。所以,虽然合意为存入安全的银行,但如果为了追求高利率而存入易破产的银行的,理论上看来只要存款就可能构成侵占。

道垣内 | 但是,为满足侵占罪的成立要件,仅仅有高利率一点是不够的,还必须具备不法领得的意思。但是,对不法领得的意思还必须做某种程度的类型化考虑。有时行为人将寄存的金钱存入高风险、高利率的银行,但却是打算返还的。有时行为人存款的目的不是为了将钱占为己有而仅仅是为了得到高利息,甚至有时行为人还打算将利息也一并返还。所以,这几种情形中也就不构成不法领得的意思了。

再举一个比较极端的例子,别人给我 10 万元,我想让它升值后再还。然后我去了赛马场,这时,就主观上来说,即使我坚信“3—4”号马一定会赢而买了赛券,不是也不构成不法领得的意思吗?

佐伯 | 确实不构成。如果禁止在当事人之间实施这种流通使用的话,只要能够返还就不构成故意或不法领得的意思。

道垣内 | 但是,如果总是一味地追究不法领得的意思,是否违反了合同呢?

佐伯

是的,刚才讨论的问题是与人不法领得的意思,进一步说是与如何理解侵占罪的性质相联系的。众所周知,关于盗窃罪与侵占罪等的领得罪之中,判例·通说要求具备不法领得的意思,但关于这一意思为何要与故意作不同的理解,观点并不一致。一种理解认为,盗窃罪与侵占罪属于利欲犯,如果没有自己获得利益的意思就不能处罚,在不具备这种意思时,可能构成毁弃罪等其他犯罪。如果以此理解不法领得的意思,就会得出如下结论:在为了本人而存入利息较高的银行时,即使违反当事人间的合同,也可能否定不法领得的意思。但是,在赛马时,由于购买赛马券本身就是一种娱乐,在此意义上,不法领得的意思成立。

另一方面,也有在理解不法领得的意思时不重视利欲犯的要素的见解。特别是关于侵占罪,有判例认为:“所谓使侵占罪成立所必须的不法领得的意思,是指占有他人之物的占有者违背委托的任务宗旨,虽对标的物并无权限却欲以所有人的意志处分之,而不以获取利益为必要”(参见最判昭和24·3·8刑集3卷3号,第276页;《刑法判例百选Ⅱ》,第4版,55事件)。因此,即使不从“不法领得的意思不要说”出发而仅从判例的角度出发也可得出如下结论:违反委托的宗旨而对寄存金进行高风险的返还投资行为时,是极有可能构成侵占罪的。这跟风险的高低也有关系吧。

道垣内

从常识上看来,很多情况下虽然发生债务不履行责任,但并未达到可受惩罚的程度。但是,此种情形必须把寄存至银行的存款与赛马相对照,在前者中,银行破产时,如果合同禁止存入银行的话则构成债务不履行,而不构成侵占。与之相对,赛马的话就构成侵占。以此为限是比较明确的,但是现在,即使金融商品中也存在各种各样的包含

有较强赌博意识的金融派生产品。因此,在普通的存款与赛马之间产生了多种情况,也就产生了在哪个限度上作出区分的问题。是以合同的宗旨为切割点呢?还是树立别的标准呢?如果稍作认真研究,那么是否构成一个严密的逻辑体系呢?

并且,例如在定期存款中,如果存款期为6个月,则这6个月间是看作无法返还呢?还是根据银行的现实经营状况来判断能否按期还款呢?稍作细微的考虑就会出现这样的问题。

3. 与汇款送金的法构造之间的关系

道
垣
内

我再问一个问题。刚才您讲到了在普通存款时,只要不将该普通存款的金钱的占有局限于寄存人,在汇款送金的场合就无法明确地说明侵占罪的成立,这种讨论是如何考虑存款的法构造的呢?

佐
伯

您是问怎么考虑的?

道
垣
内

我在A银行里有普通存款,将这账户中的10万元转移到B银行的C的账户下时,我当然并没有亲眼见到钱。我去A银行的取款机,插入卡,输入密码,然后输入对方当事人的银行账号,通过计算机画面上的操作,我在A银行的账户余额就减少了10万元,而C在B银行的账户余额就增加了10万元。此种情形下的交易,一般被视为委任合同,是我委托A银行从我的账户中转10万元去B银行的C的账户下。据此,A银行对我拥有10万元的费用偿还请求权以及一定的报酬请求权,这在法的构造上究竟是一个什么样的问题呢?这确实有不明确之处。但是,传统理论认为,我需要将此笔款项从自己的账户中