

# Angle 論刑法詐欺罪

---

陳子平、古承宗、許澤天、徐育安  
許恒達、黃惠婷、馬躍中、王效文  
著

(以發表順序排列)

元照出版公司

# Angle

## 編輯說明

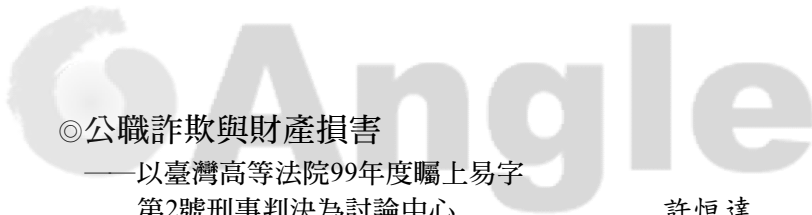
法學的發展需要透過研究者與實務操作者不斷地在同一領域運用思辨和釋義來釐清與推動。「月旦滙豐專題系列」集結歷來學者專家的智慧結晶，此系列不僅僅是學者或實務工作者可透過閱讀，與作者進行思想上辯證外，更提供學子們研究法學先進思想精華的最佳方法。

本系列之主題，除了傳統重要法學研究，並對近年社會爭議的時事議題、新興領域發展及科際整合所衍生之問題皆有所收錄，以呈現法學研究在每個階段性的成果，期盼能作為法學之發展與回顧的基石。

# Angle

## 目錄

- ◎不法原因給付與侵占罪、詐欺罪 ..... 陳子平 ..... 1
- ◎詐欺罪之相續共同正犯 ..... 古承宗 ..... 31
- ◎詐欺罪的法條與論證 ..... 許澤天 ..... 37
- ◎三角詐欺之實務與理論  
——最高法院95年度台上字第740號及  
臺灣高等法院99年度上易字  
第2187號判決評析 ..... 徐育安 ..... 53
- ◎訴訟詐欺  
——29年上字第990號刑事判例(二) ..... 徐育安 ..... 71
- ◎行使偽造文書罪與詐欺取財罪 ..... 陳子平 ..... 77
- ◎盜用存摺提款與不法所有意圖  
——評最高法院100年度台上字第3232號  
刑事判決 ..... 許恒達 ..... 103
- ◎冒領存摺存款行為之刑責  
——評最高法院100年度台上字第3232號判決 .... 黃惠婷 ..... 119
- ◎國科會報帳  
——國立及私立學校身分不同？ ..... 馬躍中 ..... 137



◎公職詐欺與財產損害

——以臺灣高等法院99年度矚上易字

第2號刑事判決為討論中心 ..... 許恒達 ..... 151

◎自動提款機溢領款項的刑事責任 ..... 王效文 ..... 177

# 不法原因給付與侵占罪、 詐欺罪

陳子平（高雄大學法律學系教授）

## 壹、問題的提出

民法第一八〇條（不得請求返還之不當得利）規定：「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：一、給付係履行道德上之義務者。二、債務人於未到期之債務因清償而為給付者。三、因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者。四、因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。」依其中第四款所規定「因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限」，凡出於不法原因而為給付的話，不得請求返還，即給付者沒有返還請求權。而所謂「因不法之原因而為給付者」係指「給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言」（八十一台上七四二民事判決），或係指「給付違反強制規定及有悖公序良俗者而言」（八十四台上一〇八三民事判決）。

例如為了賭博、人口買賣、毒品買賣等等所為的金錢給付係基於不法原因所為之給付，原本欠缺法律上原因之受領係屬不當得利而應該返還，始符合道理，但是由於該給付係根據違反公序良俗之無效契約所為之給付，因此若依然得以請求返還的話，國家將成為不法給付的助力，而違反法的目的，故規定

不法原因給付者原則上不得請求返還<sup>1</sup>。

以案例而言，X因賭博而對Y負擔賭債之後，對Y支付了該賭債的情況，由於賭博契約係違反公序良俗而無效（民法），X並不存在債務卻做了償還給付，即賭博輸錢後的償還，因此X對於不當得利的Y原本應該得以請求返還，但是若承認X的返還請求，則X自己實施了應受社會非難的行為，卻得以此做為理由取回自己的損失而受到法的保護，如此的結果畢竟違反了法的理念。為此，民法設立了不法原因給付原則上不得請求返還的規定<sup>2</sup>。

然而問題在於，基於不法原因受委託給付的財物是否得以成為侵占罪的行為客體，若受託人以不法所有意圖而將該財物加以處分時，是否得以成立侵占罪？欺罔他人而使其為無返還請求權的不法原因之給付時，是否得以成立詐欺罪？若持肯定的立場，是否將違反「法秩序的統一性」？若持否定立場，則對於不法原因給付的受給付者（即不當得利的受給付者）是否過於放任，而違反了健全國民的感情？對於此議題，國內學說僅有少數的說明，而無詳細的分析論述，因此本文同時欲借日本的實務與學說對此議題做較詳細的分析與檢討。

## 貳、不法原因給付與侵占罪

關於不法原因給付與侵占罪的議題，可分為一般類型的議題，例如①X欲向公務員Y行賄而使其為違反職務的行為，做

<sup>1</sup> 曾根威彥，刑法の重要問題[各論]，二版，成文堂，2006年3月，217頁。

<sup>2</sup> 大塚裕史，刑法各論の思考方法，三版，早稻田經營出版，2010年12月，111頁。

為其對價而贈與時價二百萬元的水墨畫，未料Y根本就沒有應X的要求，卻將該畫脫手而將價金據為已有的情況。又如②X欲以二百萬元的水墨畫贈與公務員A而向其行賄，因此委託與A熟識的Y將該畫交付給A，未料Y卻將該畫脫手而將價金據為已有的情況，與特殊類型的議題，例如③竊盜者X將所盜取的贓物交於Y寄藏，Y於寄藏期間卻加以私吞變賣的情形。有關①、②、③的Y之行為是否構成刑法第三三五條的普通侵占罪？以下將就我國及日本的司法實務與學說見解加以分析。

## 一、一般類型

### (一)我國

有關不法原因給付與侵占罪的議題，我國司法實務與多數學說見解傾向肯定立場，即對於前述①、②的Y之行為是否構成刑法第三三五條的普通侵占罪的問題，傾向肯定立場。然理由卻各有不同，並且不夠充分。

#### 1.司法實務

我國有關不法原因給付與侵占罪的相關實務見解，寥寥可數，以下僅就筆者所查到的幾筆實務見解，加以分析說明。

(1)三十二年院解字第二五一三號解釋：「甲乙為同一機關有審判職務之公務員，丙因案託丁向甲行賄，甲以該案係乙主辦，允代向乙請託，丁交款後，甲收為己有並未交乙，亦未向乙關說，此種情形尚非於其主管或監督之事務圖利，與懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款之規定不符，惟甲如係偽允向乙請託，為其詐得該款之方法，自應成立刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，設甲之允為請託並非虛偽，僅於丁交款後起意據為己有，即屬侵占行為，應依刑法第三百三十五條第一項處斷。」

此案例丁委託甲向乙行賄，而將賄款交付於甲，屬於不法原因給付，而甲並未向乙關說，卻將賄款據為己有，依此司法實務解釋，甲係構成刑法第三三五條普通侵占罪（甲允為請託並非虛假為前提）。

(2)八十一年度台上字第六五號判決：「刑法第三百卅五條第一項之侵占罪，須以持有他人之物為前提，且須先有持有之意思，再萌不法所有之意圖，易持有為所有，始克相當。原判決既認被告受洪博閔之託，寄放安非他命，後竟供自己吸用而意圖為自己不法之所有，將受寄之安非他命侵占入己，吸用殆盡。則其在侵占前之非法持有安非他命行為，得否由侵占後之吸用行為所吸收，亦堪推敲。」

此案例被告受委託人之委託而寄放安非他命，而委託人委託被告寄放安非他命屬於違禁物的寄放，亦可謂不法原因之給付，而受託人之被告卻將該安非他命吸用殆盡，依該最高法院判決，被告構成普通侵占罪。

從上述(1)、(2)的司法實務見解可知，有關不法原因給付的受給付者將給付物加以侵吞時，皆構成侵占罪，然而並未說明理由。

相對的，根據五十二年台上字第一四一八號判例所稱「刑法上所謂侵占罪，以被侵占之物先有法律或契約上之原因在其持有中者為限，否則不能成立侵占罪」，或九十二年度台上字第一八二一號判決所稱「刑法上之侵占罪係以意圖為自己或第三人不法之所有，擅自處分自己持有他人所有之物，或變易持有之意思為所有之意思而逕為所有人行為，為其成立要件，故行為人侵占之物，必先有法律或契約上之原因在其合法持有中者為限，否則如其持有該物，係因詐欺、竊盜或其他非法原因而持有，縱其加以處分，自不能論以該罪」（同見解：九十五



台上四四八九判決、八十六台上七〇五一判決），而顯示上述最高法院判決認為，侵占罪的成立以行為人所侵占之物係由於法律或契約上的合法原因而在其持有中為限。若依此見解，則上述(1)、(2)的案例，行為人皆非由於法律或契約上的合法原因而在其持有中，因此應該無法構成侵占罪，始合其論理，然(1)、(2)的司法實務見解，卻採肯定立場，而與五十二年台上字第一四一八號判例、九十二年度台上字第一八二一號判決理由相衝突。

## 2. 學說見解

我國多數學說見解，對於基於不法原因受委託給付之財物，是否得以成為侵占罪的客體，而得以成立侵占罪的問題，幾乎皆持肯定立場，然理由根據卻並非一致。

(1)有認為「採肯定說，認為民法因不法原因而為給付者，不能請求返還的規定係債權關係，而非所有權得喪的物權關係，交付人雖有不法行為，對其給付之物縱然未能依法請求返還，但取得持有的受託人並不因之而取得所有權，受託人易持有為所有，自可成為本罪的行為主體。就本罪的罪質及其所保護的法益觀之，自以肯定說為當」<sup>3</sup>，而持肯定立場。

(2)有認為「本罪持有之原因，乃係基於物之持有人與行為人間之委託信任關係。委託關係屬於不法者，雖依民法之規定喪失返還請求權，但在委託人與受託人間，其委託信任關係之性質並無改變。因此如依其委託意旨，受託人未完成不法目的，應將金錢或其他代替物返還者，不問其為特定物或不特定物，因須返還原物或其他代替物，亦即須回復原先委託人對該物之持有狀態，自得為本罪客體，受託人將其據為己有時，得

<sup>3</sup> 林山田，刑法各罪論（上），修訂五版，2005年9月，421頁。

成立本罪」<sup>4</sup>，且「所謂『他人之物』，則指被害人以外其他第三人所持有之物。至其所有權屬誰以及持有之原因是否合法，並非所問。縱係出於不法原因而持有，例如賄款、贓物或嗎啡、安非他命等違禁物，亦均得為本罪之行爲客體」<sup>5</sup>，而持肯定立場。（甘添貴，刑各上，295頁）

## （二）日本

### 1. 司法實務

日本司法實務判例對於不法原因給付與侵占罪的議題，皆持肯定立場。

(1)對於受行賄之委託，卻將所委託之賄款侵吞的情形，以該委託物（給付物）之委託者（給付者）雖然在民法上不能請求返還該物，但是給付者並未因此喪失其所有權，因此受託人依然得以構成侵占罪（大判明43.9.22刑錄16-1531）。

(2)認為刑法上侵占罪之目的物，係僅以行爲人持有他人之物為已足，未必以物的給付者在民法上得以請求返還之物做為要件（最判昭23.6.5刑集2-7-641）。

上述日本判例，就有關不法原因之委託財物，認為雖然不能請求返還，但是由於並未移轉所有權，因此上符合「他人之物」的要件，以此做為成立肯定立場的根據。然該判例見解肯定沒有返還請求權的所有權，而稀釋了所有權原本應有的內容。

### 2. 學說見解

有關不法原因給付與侵占罪的議題，日本學說見解相當分歧對立。有持肯定說者（藤木英雄、內田文昭、川端博、前田

<sup>4</sup> 甘添貴，刑法各論（上），修訂三版，三民，2013年9月，295頁。

<sup>5</sup> 甘添貴，同前註，313、314頁。

雅英），有持否定說者（團藤重光、平野龍一、西原春夫、大塚仁、山口厚），有持折衷說者（大谷實、曾根威彥、西田典之、林幹人）。

#### (1)肯定說

根據肯定說的立場，其肯定的理由有：①刑法上犯罪性的存在與否，應該脫離（離開）民法上有無保護加以思考，即強調刑法效果與民法效果的差異，縱然民法不加以保護，刑法亦可以加以保護，換言之，著眼於私人間利益調整的民法解釋與做為侵占罪處罰要素的「他人性」之刑法解釋，有微妙的差異性<sup>6</sup>（刑法獨立說）；②如日本判例的見解，以該委託物（給付物）之委託者（給付者）雖然在民法上不能請求返還該物，但是給付者並未因此喪失其所有權，因此受託人依然得以構成侵占罪，換言之，即便被害人沒有具體的所有權，但是刑法係透過禁止侵害外形上所有權而保護所有權的整體；③若係由於不法原因的受託物，因此不成立侵占罪的話，受託人（受給付者）卻因而得到便宜，如此將違反健全國民的法感<sup>7</sup>。

#### (2)否定說

根據否定說的立場，其否定的理由有：①由於不法原因給付物的給付者對於受給付者不能請求返還，受給付者對於給付者亦不負擔任何義務，因此給付者對於受給付者並不存在應受保護的所有權，就受給付者的行為而言，無成立侵占罪的餘地<sup>8</sup>；②在不法原因給付的情況，無法承認有成立侵占罪所必要

<sup>6</sup> 前田雅英，刑法各論講義，四版，東京大學出版會，2007年1月，309頁。

<sup>7</sup> 藤木英雄，「不法な委託關係に基づき占有する物件と横領」，刑法の争点（新版）（藤木英雄、板倉宏編），昭和62年（1987年）3月，289頁。

<sup>8</sup> 西原春夫，犯罪各論[訂補準備版]，成文堂，1991年，230頁。

的「委託信賴關係的違反」，而不成立侵占罪<sup>9</sup>；③以刑罰制裁強制民法上沒有返還義務返還一事，破壞整體法秩序的統一性<sup>10</sup>，詳言之，所謂法秩序的統一性，乃在二個利益相對立時，應該保護何者而成爲問題的情況，法秩序必須進行統一的價值判斷，該價值判斷不得因法領域的不同而有差異的原則；以上皆係以民法上的效果做爲前提，而否定侵占罪的成立（民法從屬說）。

### (3)折衷說

在刑法學上，向來對於僅僅將目的物委託給行爲人（受託人）的「不法原因受託（寄託）」的情況，都包含「不法原因給付」情況而做相同的處理，近年來，對於不法原因受託物亦做爲不法原因給付物，而否定侵占罪成立的主張，提出質疑。折衷說則認爲，民法第一八〇條「不法原因給付」所稱的「給付」在解釋上應限於「最終（終局）利益的移轉」，即得以稱爲「不法原因給付」的「給付」，僅僅給付者將一定財產利益移轉給受給付者尚不充足，必須是事實上最終（終局）利益的賦予始可，因此主張應該將「不法原因給付物」與「不法原因受託物」加以區分，而做不同的處理。

依折衷說主張，原則上對於「不法原因給付物（狹義）」不構成侵占罪，理由在於，給付者所爲的不法原因給付係以將該給付物的所有權移轉給受給付者的意思而交付給受給付者，而屬於民法第一八〇條「不法原因之給付」，即由於給付者因此喪失返還請求權同時喪失所有權，因此受給付者的處分行爲並非屬於侵占自己持有「他人之物」；然對於「不法原因受託

<sup>9</sup> 瀧川春雄、竹內正，刑法各論講義，有斐閣，1965年，206頁。

<sup>10</sup> 團藤重光，刑法綱要各論，三版，創文社，1990年，637頁；大塚仁，刑法概說各論，三版增補版，有斐閣，2005年，291頁。

物（寄託物）」，則傾向肯定侵占罪的成立，理由在於，給付者（委託者）將給付物交付給受託者僅僅係以移轉持有的意思，而非移轉所有權的意思，因為並非終局利益的移轉而不屬於民法第一八〇條「不法原因之給付」，因此受託者的處分行爲依然屬於侵占自己持有「他人（委託者）之物」<sup>11</sup>。前者（「不法原因給付物（狹義）」）的情況，例如前述X欲向公務員Y行賄而使其爲違反職務的行爲，做爲其對價而贈與時價二百萬元的水墨畫，未料Y根本就沒有回應X的要求，卻將該畫脫手而將價金據爲已有的情況；或者甲向乙購買毒品，乙先將毒品交付給甲後，甲不僅不支付價金，亦不將該毒品返還乙而據爲已有的情況。後者（「不法原因受託物（寄託物）」）的情況，例如X欲以二百萬元的水墨畫贈與公務員A而向其行賄，因此委託與A熟識的Y將該畫交付給A，未料Y卻將該畫脫手而將價金據爲已有的情況；或者乙委託甲購買毒品，而將二十萬元交付給甲，甲卻將該二十萬元侵吞花用的情況。

然採折衷說立場者亦有認爲，即便是對於「不法原因寄託物」的情況雖得以成立侵占罪，卻應該加以限縮。例如A想以贈送珠寶方式賄賂公務員B，而委託第三人X交付給B，而X卻將該珠寶侵吞變賣的情況，由於A在將珠寶委託X的時點，已經沒有期待該珠寶的返還，因此A的委託屬於不法原因給付，而無返還請求權，X不成立侵占罪<sup>12</sup>。

### （三）分析檢討

首先，對於肯定說的主張。1.有關不法原因給付的給付者

<sup>11</sup> 大谷實，刑法講義各論，新版三版，成文堂，2009年4月，296頁；西田典之，刑法各論，四版，弘文堂，2009年，220頁；林幹人，刑法各論，二版，東京大學出版會，2007年，151頁。

<sup>12</sup> 曾根威彥，刑法各論，五版，弘文堂，2012年3月，173頁。

僅僅喪失返還請求權，並未喪失所有權，因此受給付者得以成立侵占罪。關於此理由，先不論不法原因給付的給付者是否同時喪失所有權的爭議，對於給付者的權利即便在民法上已經不能成爲保護的對象，而不法原因給付物的侵占在刑法上卻具有可罰性一事，係過度強調行爲本身的違法性，忽視結果的違法性，將導致保護法益的形式化、空洞化，而喪失侵占罪所具有的財產犯之性質；且根據一九七〇年日本最高法院大法庭判決，採取肯定不法原因之給付不僅喪失返還請求權，同時亦喪失所有權的立場，將使得肯定說的依據更顯薄弱。2.有關民法的效果與刑法效果的差異。關於此理由，若不強調法秩序的統一性，而在某法領域屬於合法的行爲，在另一法領域卻屬於違法行爲而被禁止的話，做爲法規範對象的國民勢必無法知道將以如何的基準採取行動。3.有關受給付者若不成立侵占罪，將因此而占到便宜的理由。關於此理由，就受給付者是否真的占到便宜暫時不論，但是肯定說的主張依然無法排除上述的重要缺失。

其次，對於否定說的主張。此說以法秩序的統一性做爲否定受給付者得以成立侵占罪的根據，乃屬正確的思考，然而正如肯定說對於否定說所做的「受給付者將因此占到便宜，而有違國民的法感」的批評，其根源在於否定說並未能將「不法原因給付物（狹義）」與「不法原因受託物」加以區分處理之故，換言之，上述的「給付物」與「受託物」在做爲侵占罪行爲客體的性質上，具有本質上的差異，即給付物可謂係合於「終局利益移轉的給付」，給付者已經喪失所有權，而「受託物」卻非屬於「終局利益移轉的給付」，因此給付者（委託者）尚保有受託物的所有權，而否定說卻忽略了此差異。關於「不法原因給付」的「給付」，必須是屬於「終局的利益移

轉」始得以符合的立場，我國最高法院一〇一年度台簡上字第七號判決（民事）：「民法第一八〇條第四款之規範目的，係認當事人從事不法行爲，乃將自己置於法律秩序以外，無予保護之必要，故該款所稱給付，係指本於受損人之意思所爲財產之給與，且當事人給付目的，在使受領者終局保有此項財產給與者，至債務之負擔仍在給付之前階段，尚不得謂爲給付。本件發票人係向執票人所營賭博網站簽賭，積欠賭債，而簽發系爭本票以爲給付之擔保，該票據之交付，僅屬票據債務之負擔，其應無使執票人終局保有此項財產之意，尚難謂爲給付。」亦採相同見解。

根據上述理由，本文以爲基本上應以區分「不法原因給付物（狹義）」與「不法原因受託物」而分別處理的折衷說爲妥。

## 二、特殊類型（贓物的處分與侵占罪）

有關贓物罪的處分與侵占罪議題的特殊類型，例如前述竊盜者X將所盜取的贓物交於Y寄藏，Y於寄藏期間卻加以私吞變賣的情形，Y是否得以成立侵占罪？關於此問題，國內司法實務亦僅有少數的案例與見解，而學說見解亦同，因此同時參考日本的司法實務與學說見解加以說明分析。

### （一）我國

#### 1. 司法實務

##### （1）採肯定立場者

法務部（八〇）檢（二）字第一一二一號（民國八十二年八月二十五日，法務部公報，一六一期，一二四頁）

法律問題：

甲明知乙所寄藏之物係贓物，而受寄藏匿，旋將該物據為

乙有，則甲除犯寄藏贓物罪外，是否另犯侵占罪？

積極說：

侵占罪之客體，以屬於犯人占有他人之所有物已足，並不以物之給付者在民法上得請求其返還為必要。

消極說：

因不法原因所給付之財物，占有人對於給付者並不負何等義務，既得自由處分之，自無構成侵占罪之餘地，且日本大正十一年七月十二日大審院判決亦謂：贓物之寄藏者侵占贓物，委託者就其物並無所有權，且為不法原因給付，復不得請求返還或為其他何等權利行為，故寄藏贓物者對委託者並不生委託關係，自不構成侵占云云。

審查意見：擬採甲說。

座談會研討結果：同意審查意見，採甲說。

法務部檢察司研究意見：

參照司法院院字第二五一三號解釋，題示甲之所為，應另構成侵占罪。同意座談會研討結果，以積極說為當。

此案例，甲受乙之託寄藏贓物，乙的委託亦可謂不法原因給付，甲卻將該贓物據為己有，依法務部檢察司的意見，甲構成侵占罪，其理由在於「侵占罪之客體，以屬於犯人占有他人之所有物已足，並不以物之給付者在民法上得請求其返還為必要」，換言之，對於財產犯罪者所為的不法原因給付物雖然沒有民法上的返還請求權，但是該物依然得以成為侵占罪的客體。

然此法務部檢察司意見雖然以前述司法院三十二年院解字第二五一三號解釋為根據，而肯定受委託寄藏者處分贓物時，得以構成侵占罪，對於此肯定立場，勢必與最高法院的前述五十二年台上字第一四一八號判例所稱「刑法上所謂侵占罪，以