

## 日本刑法中“不法原因给付与侵占”述评\*

童伟华

**内容提要:**日本民法规定不法原因给付者可能丧失给付物的返还请求权,但日本刑事判例在多数场合下认定横领不法原因给付财物的行为成立横领罪。学说上则有肯定说、否定说和两分说的对立。从违法一元论出发,民法上不能得到保护的在刑法上也不应保护,但不法原因给付者在民法上并非当然丧失返还请求权,受托者在刑法上仍有可能成立横领罪。刑法上应区分不法原因委托与给付,在不法原因委托的场合,才可能成立横领罪。我国民法没有不法原因给付的明文规定,但日本刑法学中的相关理论特别是两分说对我们仍有借鉴意义。

**关键词:**日本刑法 不法原因给付 不法原因委托 侵占罪

童伟华,海南大学法学院教授,法学博士,吉林大学刑法学博士后,日本一桥大学法学研究科客员研究员。

所谓不法原因给付,是指委托人基于不法原因给予受托者财物或者利益,如委托他人向公务员行贿而给与受托者财物即属于不法原因给付。按照一些大陆法系国家民法规定,不法原因给付者可能丧失物的返还请求权,不能获得私法上的救济。如《日本民法典》第708条规定,因不法原因实行给付者,不得请求返还。<sup>[1]</sup>正因如此,刑法上受托人擅自将不法原因给付的财物据为己有的能否成立侵占罪就成为有争议的问题。鉴于日本刑法学在这一问题上研究非常深入,本文拟对日本的判例和学说进行介绍,并就其争议的焦点进行评析,以作为我国处理相关问题的借鉴。

\* 本文系中国博士后基金一等资助项目《刑民关系的基础理论》成果,项目编号20060400269。

[1] 其他大陆法系国家和地区的法律也有类似规定,如《德国民法典》第817条规定,给付的目的约定为受益人因受领而违反法律的禁止规定或者善良风俗的,受益人应负返还义务。如果给付人对此种违反行为为同样也应负责任时,不得要求返还,但给付系承担债务而履行的除外;为清偿此种债务而履行的给付不得要求返还。《德国民法典》第762条规定,因赌博或者打赌所产生的债务不成立。不得以债务不成立为理由要求返还给予赌博或者打赌已履行的给付。《瑞士债务法》第66条规定,以产生违法或者违反善良风俗的后果为目的的交付,不得返还;第513条规定,博戏或赌博不发生请求权;以博戏或赌博为目的之消费借贷或垫款,差额交易以及交付商品或股票之行为而具有博戏或赌博性质者,亦同。《意大利民法典》第2035条规定,为了某种目的而实施给付的人,同样构成对善良风俗的违背,不得索取其给付的金额。我国台湾地区“民法典”第180条规定,因不法之原因而为给付者不得请求返还,但是,不法原因仅存在于受领人一方时,不在此限。

## 一 日本的判例和学说

### (一) 判例

日本《刑法》第 252 条规定,横领自己占有的他人的财物的,处 5 年以下惩役;第 254 条规定,横领遗失物、漂流物或者其他脱离占有的他人财物的,处 1 年以下惩役或者 10 万元以下罚金或者科料。一般认为,日本《刑法》第 252 条规定的委托物横领罪是横领罪的基本类型,第 254 条规定的横领罪是减轻类型。

日本刑事判例涉及的不法原因给付和横领的类型,主要包括因受托行贿而占有他人金钱;因受托地下交易而占有他人财物或金钱;因赃物的出卖、寄托而占有他人财物或金钱。

对于将受托行贿金钱横领的,二战前日本大审院的判例认为,该种情形下成立委托物横领罪。理由是,日本《刑法》第 252 条第 1 项,是指因被告人将自己占有的他人所有物不法领得而成立的犯罪,但是,被告人占有物的原因是否适法在所不问。因不法原因接受物的给付的场合下,虽然物的给付者根据民法规定不能请求返还,但给付者并未因此丧失所有权,被告人也并不能因此取得物的所有权。被告不法地领得物的时候,当然构成委托物横领罪。日本大审院强调,《民法》第 708 条规定的不法原因获得物的给付者,仅限于不能请求物的返还,并不会致使上述犯罪行为适法。<sup>[2]</sup>

战后的日本最高裁判所也采纳了相同的立场,在一个判决中指出,不法原因之物的给付者不能行使返还请求权是《民法》第 708 条的规定、《刑法》第 252 条第 1 项规定的横领罪单纯以占有他人的物为要件,不一定以物的给付者在民法上有返还权为要件。以行贿的目的持有他人委托保管的金钱,即便归被告人占有也不能说是被告人的物。不论给付者在民法上是否有返还请求权,被告人自己将此金钱横领的,不妨碍横领罪的成立。<sup>[3]</sup> 理由大体与大审院判决相同。

对于将违法交易中的受托物品横领的,例如,委托人为了走私,将购物资金存在受托人处,受托者将其横领的,日本判例认为成立横领罪,理由是,民法上给付者不能向被告人请求返还,但是这一金钱对于给付者而言如果没有丧失所有权,被告人擅自利用这笔钱的话,仍然成立横领罪。<sup>[4]</sup> 有关这方面的判例还有许多。例如,受托在地下市场出卖大米的受托者,将销售款和大米消费的;<sup>[5]</sup> 中介人接受买主的委托购买地下砂糖,交易以不成而告终,中介人将金钱据为己有的;<sup>[6]</sup> 接受委托购买地下米却将委托资金据为己有的。<sup>[7]</sup> 在此类案件的审理中,日本判例都认定成立委托物横领罪。

对于将委托出卖、寄托的赃物横领的,例如,被告人明知是赃物却接受盗窃犯的委托出卖,后来将赃款自己消费或者将寄托的赃物自己消费掉的,日本判例原来的立场是肯定横领罪的成立。<sup>[8]</sup> 但是日本判例后来的立场发生了变化。例如,被告人受盗窃犯人委托向他人出卖赃

[2] 参见日本大审院 1910 年 9 月 22 日判决,载日本《大审院刑事判决录》,第 16 辑 1531 页。

[3] 参见日本最高裁判所 1946 年 5 月 28 日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》第 2 卷 7 号 641 页。

[4] 参见日本最高裁判所 1936 年 11 月 12 日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》15 卷 1431 页。

[5] 参见日本札幌高等裁判所 1949 年 10 月 8 日判决,载日本《高等裁判所刑事判例集》2 卷 2 号 167 页。

[6] 参见日本东京高等裁判所 1951 年 4 月 28 日判决,载日本《高等裁判所刑事判决特报》21 卷 89 页。

[7] 参见日本福岡高等裁判所 1950 年 8 月 23 日判决,载日本《高等裁判所刑事判例集》3 卷 3 号 382 页。

[8] 参见日本大审院 1915 年 10 月 8 日判决,载日本《大审院刑事判决录》21 辑 1578 页。

物,将赃款擅自领得,日本大审院就认为,该委托契约根据《民法》第90条的规定当然归于无效。由于委托者不能获得赃物对价的所有权,被告的行为在和委托者的关系上不构成横领罪,只是就受托出卖赃物构成出卖赃物罪。<sup>[9]</sup> 总之,在委托者是原物所有者的场合下,判例都认定横领罪的成立,在委托者不是原物所有者的场合,判例倾向于否定成立横领罪。

## (二) 学说

学说上有肯定说和否定说的对立,此外还有“两分说”。肯定说主张对不法原因委托物的横领行为成立横领罪,理由总括起来包括:第一,根据日本《民法》第708条,委托者虽然没有返还请求权,但没有失去所有权,横领的对象是自己占有的他人的物。<sup>[10]</sup> 第二,应该抛开民法上保护有无的判断,单纯就刑法上是否成立犯罪进行判断,“委托关系在民法上不受保护不一定妨碍刑法上成立横领罪”,<sup>[11]</sup>“刑法上的关系和民法上的效果应分别考察,因不法原因占有他人给付的物的人也应当成立横领罪”。<sup>[12]</sup> 第三,刑法规定横领罪不仅仅是为了保护具体被害者的所有权,还通过禁止侵害具有所有权外观的行为来保护一般的所有权。<sup>[13]</sup>

否定说主张横领不法原因委托物的行为既不成立委托物横领罪,也不成立占有脱离物横领罪。不成立委托物横领罪的理由包括:第一,委托物横领罪以委托关系为前提,不法原因给付时应否定委托关系的存在。<sup>[14]</sup> 第二,如果委托关系是不法原因给付,所有者对此就没有返还请求权。私法上对该所有权不予以保护时,刑法上不能保护。<sup>[15]</sup> 不成立占有脱离物横领罪的理由是:在不法原因给付的关系中,委托者既然没有返还请求权,受托者相应地就没有保管义务,不可能成立占有脱离物横领罪。<sup>[16]</sup>

与肯定说和否定说不同的是,两分说主张区分不法原因给付与不法原因委托,并赋予其不同的法律效果。本来,日本刑法学在不法原因给付上一贯主张,凡是一定的财产利益从给付者向接受者交付就视为“给付”,肯定说和否定说都是如此。后来两分说的提倡者林幹人教授明确提出,不法原因给付不同于不法原因委托(或寄托),应将两者加以区分。他认为,日本《民法》第708条中的“给付”,应该限定为受领者“获得了事实上的终局利益”,受领者没有获得事实上的终局利益的,属于委托(或寄托)。例如,(1)某人为贿赂公务员给付对方价值100万元的汽车;(2)某人为了向公务员行贿,委托第三者代为转交名画,第三者将名画卖掉后将所得款挥霍,或者(3)某人委托他人购买毒品,受托者却将购买毒品的资金挥霍。其中例(1)属于给付终局的利益即不法原因给付,例(2)和例(3)中交付财物的一方没有完成受托者移转所有权的意思,单纯是占有的移转,是不法原因委托。<sup>[17]</sup>

[9] 参见日本大审院1919年11月19日判决,载《大审院刑事判决录》25辑1133页。

[10] 参见[日]大场茂马:《刑法各论(上)》,有斐阁1922年版,第645、646页;[日]草野豹一郎:《刑法纲要》,有斐阁,1956年版,第353页。

[11] 参见[日]小野清一郎:《新订刑法讲义各论》,有斐阁1950年版,第267页。

[12] 参见[日]牧村龟二:《刑法各论》,法文社1957年版,第155页。

[13] 参见[日]藤木英雄:《刑法讲义各论》,弘文堂1977年版,第340-341页。

[14] 参见[日]宫内裕:《不法原因给付と横领罪·诈欺罪》,载日本刑法学会编:《刑法讲座6:财产犯的诸问题》,有斐阁1964年版,第125页。

[15] 参见[日]宫内裕:《不法原因给付と横领罪·诈欺罪》,载日本刑法学会编:《刑法讲座6:财产犯的诸问题》,有斐阁1964年版,第125页;[日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1964年版,第516页。

[16] 参见[日]宫内裕:《不法原因给付と横领罪·诈欺罪》,载日本刑法学会编:《刑法讲座6:财产犯的诸问题》,有斐阁1964年版,第125页。

[17] 参见[日]林幹人:《财产罪の保护法益》,东京大学出版会1984年版,第169页。

根据两分说,不法原因给付场合下应否定横领罪的成立,因为根据日本《民法》第708条,给付者丧失了返还请求权和所有权,接受给付的行为不能说是对“他人的物”的不法领得行为;在不法原因委托或寄托的场合,由于没有移转所有权的意思,所有权仍然归委托者或寄托者,受托者有可能成立横领罪。两分说受到曾根威彦、西田典之、大谷实等学者的支持,<sup>[18]</sup>成为日本占优势地位的学说。

如果不区分不法原因委托与不法原因给付,并适用日本《民法》第708条的话,那么在上述例(3)的场合,就会得出如下结论:第一,委托者的返还请求权会被否定,委托者的所有权也成为形式化的躯壳;第二,受托者和委托者间的某种信赖关系遭到践踏;第三,受托者一方没有根据地得到某种利益。对此持两分说的学者认为,哪怕是基于不法原因的委托或者寄托,从委托者或者寄托者转移给受托者的财物占有移转的视角看,也要以信赖关系为基础进行管理,信赖关系本身值得保护。<sup>[19]</sup>

但是两分说也不是完全没有问题。第一,即便在两分说内部,如何认定委托者有无移转所有权的意思,即如何区分不法原因给付和不法原因委托仍有一些分歧。如在例(2)的场合,曾根威彦教授就认为委托行贿者在将画交给第三者的时候已经不期待返还了,该种场合应该是不法原因给付,受托者将画据为己有不成立横领罪。但林幹人教授则认为是不法原因委托,成立委托物横领罪。<sup>[20]</sup>第二,两分说的区分受到了民法学者的质疑。两分说的核心是区分不法原因给付和不法原因委托,但日本民法学者道垣内弘人教授认为,在民法中不存在不法原因委托的概念。他指出,刑法学者认为“民法中有不法原因给付和不法原因委托之分,后者不适用《民法》第708条的规定,这完全是误解”。<sup>[21]</sup>第三,针对委托物横领罪,有日本刑法学者提出,即便可以做不法原因委托和不法原因给付的区分,为何要保护不法委托关系也是一个问题。<sup>[22]</sup>委托物横领罪之所以比占有脱离物横领罪有更重的可罚性评价,是因为存在值得保护的委托信任关系,但这是委托物横领罪的次要的法益。在不法原因委托或寄托的场合下,没有值得刑法保护的委托信任关系,应该只成立占有脱离物横领罪。<sup>[23]</sup>

从上述日本刑法判例和学说来看,领得不法原因给付(或委托)财物的行为是否成立横领罪,主要围绕两个方面展开:一是对实施不法给付行为的被害人的财物应否予以法律保护,即不法原因给付财物在刑法上是否有保护依据;二是在刑法上能否区分不法原因委托与不法原因给付。

## 二 对日本判例和学说的评析

### (一) 不法原因给付财物的刑法保护依据

不法原因给付原本是民法上的问题,横领罪是刑法上的问题,横领不法原因给付的财物

[18] 参见[日]曾根威彦:《刑法各论(第1版)》,弘文堂1995年版,第165页;[日]西田典之:《刑法各论(第2版)》,成文堂2002年版,第232页;[日]大谷实:《新版刑法讲义各论(追补版)》,成文堂2002年版,第303页。

[19] 参见[日]大塚裕史:《刑法各论思考方法》,早稻田经营出版2004年版,第113页。

[20] 转引自[日]大塚裕史:《刑法各论思考方法》,早稻田经营出版2004年版,第114页。

[21] 参见[日]佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法と民法の对话》,有斐阁2005年版,第48页。

[22] 参见[日]中森喜彦:《刑法各论(第2版)》,有斐阁1996年版,第163页。

[23] 参见[日]山口厚:《问题探究刑法各论》,有斐阁1999年版,第187页。

是否成立横领罪,其深层次的根据还得从刑法与民法的关系上把握。

在刑法和民法的关系上,有违法一元论与违法相对论的对立。违法一元论认为,违法性判断应当在法秩序全体中进行一元的判断。在某一法领域违法的行为在其他法领域不能被认为是正当的;反之,某个法领域适法的行为在别的法领域不能被解释为违法行为。违法相对论认为,刑法上的违法性判断与民法上的违法性判断不同,违法的判断应是多元的,各个法领域违法性的判断应随着社会的发展独自展开,刑法上也应以“值得处罚”作为独自的实质的判断标准。

就不法原因给付与不法原因委托,持违法相对论的一般赞成横领罪肯定说。如主张违法相对论的前田雅英教授认为,与着眼于私人利益调整的民法相比,横领罪在解释上有微妙的不同。他认为问题的核心是就不法领得的行为对委托者而言有没有值得保护的利益存在,对此他持肯定态度。<sup>[24]</sup> 前述日本判例和学说中的肯定说亦是基于违法相对论的立场,判例主张民法上无返还请求权不影响刑法上成立横领罪,学说上的肯定说也主张应该抛开民法上保护有无的判断,单纯就刑法上是否成立犯罪进行判断。理论上,持违法一元论的似应赞成否定说。如持违法一元论的团藤重光教授就主张否定说。他认为,对于民法上没有返还义务的人,用刑罚制裁的手段强制返还是不妥当的,至少不应该处罚,因为这破坏了法秩序的统一性。<sup>[25]</sup> 但是,从对后述的两分说的评析来看,坚持违法一元论未必就在不法原因给付与横领罪的问题上持否定说。

笔者认为,宪法、刑法、民法等多个法律领域构成的法秩序不能相互矛盾,在两个利益发生对立、哪一个应该保护的场合下,法秩序应进行统一的价值判断,法领域内部不能发生相冲突的结果,应当坚持违法一元论。

第一,从法的行为规范属性上看,违法一元论具有合理性。诚然,从表面上看,违法一元论和违法相对论相比较,违法一元论似乎存在更多的问题。例如,民事不法行为不一定是犯罪行为,犯罪行为也不一定承担民事责任。另外,日本刑法上作为犯罪成立条件之一的违法性判断,确实要考察“是否值得科处刑罚”这些刑法特有的目的。如此一来,似乎很容易得出刑法上的违法性与其他法领域中的违法性不同的结论,即导出违法相对论。

那么,能否以此为由否定违法一元论呢?违法一元论的前提是将法视为行为规范,行为规范就是行为准则,即对人的行为的要求。法秩序为了确立国民的行为基准,应统一规定国民应该实施的行为和不应该实施的行为,如果一个行为在被禁止的同时又被允许,就会引起人们的行为混乱。正因如此,日本著名刑法学者井田良认为,“统一的一般的违法性的观念是有用的,并且是不可欠缺的”。<sup>[26]</sup> 刑法上的杀人未遂不等于民法上合法,只是可能不承担民事赔偿责任而已,同样,民法上的过失轻伤在刑法上也是违法行为,只是由于没有可罚的违法性不成立犯罪而已。

日本刑法学中的违法相对论者认为,违法一元论的理论前提是法是行为规范,而违法相对论的理论前提是法是裁判规范,他们认为裁判规范应当是法的主要属性,所以主张违法相对论。<sup>[27]</sup> 但是,如果法主要是作为裁判规范而不是作为行为规范,实质上是允许甚至鼓励

[24] 参见[日]前田雅英:《刑法各论讲义(第3版)》,东京大学出版会1999年版,第261页。

[25] 参见[日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1964年版,第516页。

[26] [日]井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,第142页。

[27] 参见[日]前田雅英:《刑法的基础总论》,有斐阁1993年版,第152页。

司法的专断。违法相对论之所以有所不妥,最根本的原因即在于此。法既是行为规范,又是裁判规范,但首先是作为行为规范而发挥作用。

第二,从一般规范的客观存在看违法一元论具有合理性。违法相对论认为不存在违法一元论所主张的一般规范,对这一问题可以从两个层面来分析,一是实定法的层面,二是理论层面。从实定法的层面来看,宪法是根本法,是一切部门法赖以制定的终极法源,如刑法和民法保护财产权的规定就是以宪法为根据。宪法作为一般规范,应当得到承认。违法相对论的主张者前田雅英教授也认为,刑法上违法性的本质就是法益侵害,并认为这样解释直接反映了宪法的理念。<sup>[28]</sup>从宪法中寻求立法和解释的正当性,是各个法域的共同规则。当实定法之间发生冲突的时候,应当根据一定的规则寻求规范统一,如下位法服从上位法。无论民事上的不法行为还是刑事上的不法行为,归根到底在宪法上都是不法行为,宪法在实定法上具有一般规范的特性。

如果肯定违法一元论,那么民法将某一行为规定为不法行为,即便不是要制裁,至少也是明确不予以保护。刑法作为第二次规范是对作为第一次规范的民法的补强,只有对民法不能有效保护的财产法益,才有必要由刑法来保护。民法明确规定为不法甚至予以制裁的行为,刑法不应给予保护。就不法原因给付与横领来说,如果民法上委托者没有返还请求权和所有权,刑法上就不应予以保护。

那么,在《日本民法典》第708条规定的场合下,是否意味着不法原因给付者的利益在民事法上注定不应受到保护呢?民法规定不法原因给付制裁的旨趣是对于不法的行为不能予以司法救济,即基于所谓“冷酷之手”的原则。民法对实施不法给付者丧失返还请求权的制裁,是为了实现一般预防的目的。但是,并非只要有不法原因给付行为就一律适用丧失返还请求权的规定,日本民法学说和民事判例对《民法》第708条的适用都作了限定解释。如日本著名民法学者谷口知平认为,即便是不法给付,也不是就简单地适用《民法》第708条,应就法律关系全体进行考察,以温和的方式来解决。在谷口知平教授看来,全体的判断应当是综合考虑当事者的公平、进一步违法行为的抑制,等等。<sup>[29]</sup>具体而言,他认为是否适用《民法》第708条,应考虑不法性的强弱、拒绝救济的苛酷性、信任关系等多个方面。<sup>[30]</sup>如根据谷口教授的主张,为了行贿而委托他人交付贿赂物的场合,应该在民法上肯定委托者的返还请求权,一是可以预防进一步的犯罪,二是公平和社会诚信的需要。<sup>[31]</sup>四宫和夫教授也认为,“基于不法原因给付的受领者所要达成的事实上的不法目标未完成以前,或者重大的不法尚未实现的时候,应考察给付完了的程度、不法的程度等相关关系,斟酌给付者是否可以请求返还。”<sup>[32]</sup>这一主张也得到了日本民事判例的认可。<sup>[33]</sup>

如此看来,日本民法上也并非主张只要是基于不法原因的给付行为就当然丧失返还请

[28] 参见[日]前田雅英:《刑法的基础总论》,有斐阁1993年版,第12页。

[29] 参见[日]谷口知平:《不法原因给付の研究(第3版)》,有斐阁1970年版,第213页。

[30] 参见[日]谷口知平:《不法原因给付の研究(第3版)》,有斐阁1970年版,第199页。

[31] 从刑法学的角度解释,委托他人行贿无非是处于行贿罪的预备阶段。委托者请求返还金钱,理论上构成预备中止,没有理由不鼓励行贿者中止犯罪。否定委托人的返还请求权,无非产生两种结果。第一是受托者完成了行贿行为,第二是受托者将金钱据为己有。第一种情况显然不是法律所期望的状态,第二种情况下虽然也阻止了行贿犯罪的事实,但多少有悖社会一般的公平正义观念。

[32] 参见[日]四宫和夫:《事务管理·不当利得·不法行为(上卷)》,青林书院1981年版,第170页。

[33] 参见日本大审院1908年5月9日判决,载日本《大审院民事判例录》14集546页。

求权,而是主张对各方面的情况作整体判断。事实上,在多数不法原因给付(或寄托)中,给付者的返还请求权都得到了肯定。

综上,应当严格限制适用《日本民法典》第708条规定的不法原因给付规则,在给付者或者委托者的不法原因给付行为未达到丧失返还请求权或者所有权程度的时候,应该认为刑法上有成立横领罪的余地。但是,一旦民法上丧失了返还请求权,说明民法已经不予以保护,这种场合下刑法也没有保护的必要。至于什么情况下不法原因给付(或委托)者不丧失返还请求权或者所有权,应根据预防进一步不法的需要、不法原因给付中不法的程度以及社会公正的考虑综合衡量。例如,为了行贿而委托他人交付贿赂物的,或者委托他人购买地下物资的,就应当肯定委托者的返还请求权。至于委托他人出卖盗窃所得赃物的,则不应当肯定委托者的返还请求权,因为既没有预防进一步犯罪的需要,委托者本身也不是所有权人,拒绝返还请求权也没有过分违背社会公正理念。当然,对这一规则的具体适用还有进一步研究的必要。

## (二)刑法上应否区分不法原因给付与委托

不法原因给付者在民法上未必丧失返还请求权,受托者在刑法上有可能成立横领罪,但是“有可能成立横领罪”并不意味着一定成立横领罪。二分说主张在不法原因委托的场合下才成立横领罪,而民法上又反对区分不法原因委托与不法原因给付,如果坚持违法一元论,是否意味着刑法上也不能区分不法原因给付与不法原因委托?

横领罪被视为是侵犯他人财产所有权的犯罪,这是刑法上应否区分不法原因给付与不法原因委托的前提。林幹人教授主张区分不法原因给付与不法原因委托,认为不法原因给付中所有权已经转移到了受托者手里,受托者不可能侵犯他人所有权、不可能成立横领罪。按照民法学者道源内弘人的观点,所有的不法原因委托都是不法原因给付,受托的金钱对于受托者是完全的利得,属于给付。<sup>[34]</sup> 该种场合下横领罪就没有成立的余地了。

也许有人认为在坚持违法一元论的前提下,由于民法是第一次规范,刑法是第二次规范,在法的解释和适用上刑法要服从民法,不应区分不法原因给付与不法原因委托。如果从严格的违法一元论出发,自然会得出这一结论;如果从缓和的违法一元论出发,结论则不相同。

根据严格的违法一元论,不但刑事违法与民事违法在违法与否的判断上应当一致,在法的适用和解释上,刑法应完全从属于民法,民法的基本概念、范畴、术语及其含义刑法须完全接受。相应地,民法上的所有权概念以及在所有权的归属判断上,刑法必须完全服从。缓和的违法一元论不同于严格的违法一元论。缓和的违法一元论承认不同的法律领域有不同的功能,不同的性格,同一不法行为在不同法律领域的法律效果也不同。同时,由于各个法律领域的学术传统不同、解释技术不同,对同一概念或者术语,在不同的法律领域可能会有不同的理解。对于这种情形不能认为是背离了法秩序的统一性,而应认为是在坚持违法一元论的前提下的合理缓和。缓和的违法一元论坚守的底线是:无论是刑事违法还是民事违法,作为其上位的违法性的判断是统一的。违反任何一个法领域的不法行为应认为在整体法领域都具有违法性,在解释论上不能得出性质相反的结论,违法的判断是统一的,民法不保护的违法行为,就不应该获得刑法的保护。正因如此,缓和的违法一元论在根本上仍是违法一元论。

根据缓和的违法一元论,民法上的所有权与刑法上的所有权的含义及其归属的判断不必

[34] 参见[日]佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法と民法の对话》,有斐阁2005年版,第48页。

一致。例如,甲将没有特定化的金钱委托给乙保管,乙将其横领的,从民法上看金钱的所有权已经转移到了乙,但此时只有在刑法上承认金钱的所有权归甲,才能追究乙的横领罪的刑事责任,在刑法上保护甲的权利,因为刑法上横领罪的保护法益是他人财物的所有权。相反,民法上即使不承认甲对金钱拥有所有权,而仅仅承认甲对乙的金钱债权,在民法上同样也可以保护甲的权利。刑法上承认甲对金钱的所有权,民法上承认乙对金钱的所有权,在保护甲的法益这一根本点上并没有差别。坚持法秩序的统一性,应该着眼于法益保护这一根本目的而不是概念或解释技术之间的统一性,这是缓和的违法一元论不同于严格的违法一元论的地方。在违法与否的判断上,刑、民两法只要最终结论不发生冲突,就符合违法一元论。

同样,虽然民法学上否定不法原因给付与不法原因委托的区别,刑法学上未必一定如此。例如,为了向第三者行贿而委托给受托者的金钱,在所有权的归属上刑法和民法可能有不同的理解,民法上多数说主张委托者有债权上的返还请求权但没有所有权,<sup>[35]</sup>刑事判例和学说多主张委托者有所有权,对委托者的利益应予以保护。就委托者的利益应该得到保护而言,民法和刑法完全一致。

这样看来,民法学上不区分不法原因给付和不法原因委托,并不妨害刑法学上区分不法原因给付和不法原因委托。刑法学上横领罪的法益是他人财物的所有权,如果承认委托关系中所有权已经移转给受托人,(委托物)横领罪就没有成立的可能性,刑法上承认委托者的所有权,才能保护委托者的财产法益。民法上尽管只承认委托者(或给付者)的返还请求权(债权),最终也保护了委托者(或给付者)的所有权或其他民事权利,两者可谓殊途同归。至于不法原因给付与不法原因委托的区分标准,应以有无所有权移转的意思来确定。如果给付者的意思仅仅是“委托”或者“寄托”,没有移转所有权的意思,那么在刑法上就应当认为所有权仍然保留在委托人处,而不是转移到了受托人处。

---

[Abstract] According to Japanese civil law, the person who made payment or a present with an unlawful intent may not be entitled to claim for restitution. However, on a number of occasions, such act has been determined as embezzlement in criminal cases in Japan. Academically, there are three doctrines held in this respect, including positive, negative and dichotomy approaches. Sticking to the monist notion in relation to illegal acts, what can not be protected in civil law, shall not be protected in criminal law, either. But the person who made the payment or a present thing with an unlawful intent does not naturally lose the claim for restitution in civil law, and the person who accepted the payment/thing may still be pursued embezzlement crime according to criminal law. Criminal law, therefore, should distinguish mandate under unlawful intent from payment/present made with an unlawful intent. Only for the former act, can the crime of embezzlement be established.

---

(责任编辑:王雪梅)

[35] 参见[日]佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法と民法の对话》,有斐阁2005年版,第52页。