不法原因给付与侵占罪

王 钢*

摘 要 民法中的不法原因给付制度旨在对不法给付行为进行一般预防。不法原因给付要求给付者有意识、有目的地将财产终局性地给予受领人,其导致给付者不得基于不当得利或所有物返还请求权要求受领人返还所受财产,但并不排除侵权损害赔偿请求权。若不法原因仅存在于受领人一方或排除返还请求权反而不利于实现法规范之目的,则应当对不法原因给付制度进行目的性限缩。在考察不法原因给付与侵占罪成立之关系时,须区分不法原因给付与不法原因委托。侵吞不法原因委托物的,构成侵占罪。将不法原因给付物据为己有的,原则上不构成侵占罪。但在不法原因给付仅限于对财物的使用、收益权以及须对不法原因给付制度加以目的性限缩的场合,仍有肯定侵占罪成立的余地。

关键词 不法原因给付 不法原因委托 侵占罪 他人财物 非法占有

不法原因给付对于认定侵占罪的影响,历来是我国刑法学界关注的难点问题。其不仅涉及侵占罪中诸如“他人”财物、代为保管和“非法”占有等规范性构成要件要素的理解,更是与民事法律中的不法原因给付制度紧密相关。令人遗憾的是,多年以来,我国刑法学者对该问题的著述始终局限于对日本司法判例和学说的梳理介绍。^{〔1〕}这种刑法研究的困境,很大程度上

* 清华大学法学院讲师。本文是国家社科基金重点项目“加快推进反腐败国家立法研究”(项目编号:14AZD139)阶段性成果,司法部国家法治与法学理论研究项目(项目编号:14SFB50015)阶段性成果。本文写作得益于与清华大学法学院张明楷教授、程啸教授、耿林副教授以及龙俊博士的多次讨论,此处谨向各位老师致以诚挚的谢意。文责自负。

〔1〕 例如刘明祥:“论侵吞不法原因给付物”,《法商研究》2001年第2期;童伟华:“日本刑法中‘不法原因给付与侵占’述评”,《环球法律评论》2009年第6期;王昭武:“日本刑法中侵占盗窃赃物或销赃所获价款的行为与侵占罪”,《山东警察学院学报》2005年第4期;王骏:“不法原因给付问题的刑民实像——以日本法为中心”,《法学论坛》2013年第3期;李齐广、谢雨:“论刑法中的不法原因给付与侵占罪”,《政治与法律》2010年第5期;陈灿平:“谈侵占罪中刑民交错的两个疑难问题”,《法学》2008年第4期。

又源自于我国民法学界对不法原因给付缺乏关注。我国民事立法目前尚未对不法原因给付予以规定,《合同法》第 58 条仅确立了合同无效相互返还的基本原则,《民法通则》第 92 条关于不当得利应予返还的立法也并未将不法原因给付视为例外。虽然我国诸多民事司法判例〔2〕和民法学者均主张,不法原因给付应当排除给付者的返还请求权,但却对此鲜有系统论证。〔3〕实际上,不法原因给付本身也确实民法中极为疑难的问题。德国民法学者梅迪库斯(Medicus)即坦承,德国《民法》第 817 条有关不法原因给付的规定,“是民法典最具争议的规定之一”。〔4〕尽管存在着种种困难,基于法秩序统一性原则,却也只有在全理解不法原因给付制度的基础上,才可能系统解决相关的财产犯罪问题。因此,下文将首先探讨民事法律中不法原因给付制度的规范目的,而后确定不法原因给付的构成要件并进而探寻其民事法律后果与适用范围,最后再考察不法原因给付对于认定侵占罪的影响。

一、不法原因给付制度的规范目的

所谓“不法原因给付”,是指基于违反强制性法律法规或公序良俗的原因而为之给付。〔5〕纵观世界各国民事立法,诸多国家和地区的民事法律中均存在对不法原因给付的明文规定。例如,德国《民法》第 817 条规定:“一笔给付之目的如是约定,致受领人之受领违反法律之禁止规定或善良风俗者,受领人负返还义务。给付者同样有如是之违反者,不得请求返还,但该给付以负担一笔债务为内容者,不在此限;为履行一笔这种债务而为之给付不得请求返还。”类似地,日本《民法》第 708 条规定:“因不法原因给付者,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。”我国台湾地区“民法”第 180 条第 4 项亦与之如出一辙。从这些法律规定来看,不法原因给付原则上会致使给付者不得行使本应当享有的返还请求权,无法要求受领人返还所受之利益。那么,这种民事立法的理由或者说不法原因给付制度的规范目的何在?民法学界对此主要有以下几种不同见解。

(一) 刑罚说(惩罚说)

德国帝国法院曾在其诸多判决中主张,不法原因给付制度本质上是对不法给付者的惩罚与制裁。由于给付者出于不法原因实施给付行为,法秩序遂剥夺其返还请求权以示惩戒。〔6〕

〔2〕 近年来的相关民事判例有譬如:盐城市中院(2015)盐民再终字第 00024 号判决(赌资借贷);中山市中院(2014)中中法民二终字第 598 号判决(非法经营);南京市中院(2014)宁民终字第 2305 号判决(出借信用卡);无锡市中院(2014)锡民终字第 0464 号判决(干扰招生秩序);余姚市法院(2014)甬余商初字第 497 号判决(赌博债务);泰兴市法院(2014)泰河民初字第 0596 号判决(包养关系);徐州市铜山区法院(2013)铜民初字第 02368 号判决(非法建筑)等。

〔3〕 我国民法学者近年来对不法原因给付相对系统的论述,参见刘言浩:《不当得利法的形成与展开》,法律出版社 2013 年版,页 373—384;陈华彬:《债法各论》,中国法制出版社 2014 年版,页 298—304。

〔4〕 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2007 年版,页 537。

〔5〕 参见谭启平:“不法原因给付及其制度构建”,《现代法学》2004 年第 3 期,页 131。

〔6〕 Vgl. RGZ 99, 161 (167); RGZ 105, 270; RGZ 161, 52 (58)。

时至今日,该说已经由于其自身的诸多理论缺陷而过时。

首先,不法原因给付制度在民事法律中属于对不当得利返还请求权的排除规则,而不当得利返还请求权的本质在于利益衡平。既然利益衡平原本就无关乎惩罚,便难以认定作为利益衡平之例外的不法原因给付制度具有制裁的性质。其次,不法原因给付并不必然符合刑法构成要件,而不法原因给付制度也没有根据不法程度的轻重区分不同的法律后果,只是单纯对给付者的返还请求权予以否定。若视其为刑事处罚,显然背离刑法中的罪刑法定、责任主义与罪刑相适应等基本原则。^{〔7〕}最后,在不法原因给付的场合,给付者和受领人往往均意图造成不法的财产状态,个案中究竟由哪一方先实施给付,经常纯属偶然。既然如此,法秩序只是剥夺给付者的返还请求权,单方面地对给付者予以“惩戒”却对受领人网开一面,也难以从刑罚说的视角予以圆满解释。^{〔8〕}

(二)司法保护说

兴起于20世纪40年代末的司法保护说试图从对司法机关与司法资源予以保护的角
度解释民法中的不法原因给付制度。^{〔9〕}该说认为,如若允许不法给付者取回所给付之
利益,则在很多案件中(如判决受领人返还违禁品)无异于是司法机关自己违反法律创设
不法状态,有损其正义形象与司法尊严。此外,司法机关协助不法给付者恢复利益也会
造成司法资源的浪费。正是为了避免这些情形发生,法秩序才特别决定,基于不法原因
所为之给付不得请求返还。^{〔10〕}

在本文看来,这种司法保护说也存在问题。首先,所谓司法机关自己违法的论据不能令人
信服。因为,如果法秩序中不存在不法原因给付制度,法院便可以根据不当得利的基本原则判
决受领人返还所受之不法利益,此时法院的判决并不违反民事法律规范,自然也就难有违法性
可言。换言之,正是由于不法原因给付制度排除了给付者的返还请求权,法院判决受领人向其
返还非法利益的,才具有违法性,如果此时又以判决的违法性论证不法原因给付制度的必要
性,则显然是循环论证。其次,虽然不法原因给付制度向不法给付者表明,其返还请求不会获
得司法机关支持,从而在一定程度上迫使其放弃诉讼、减少了案件数量,客观上确实有节约司
法资源的效果。但是,不法原因给付的认定本身就颇为复杂,在许多案件中,法院也只有通过
细致的审理才能确定是否存在不法原因给付。对于这些案件而言,不法原因给付制度的存
在其实并不能减轻法院的工作。因此,司法保护说亦不周全。

(三)拒绝保护说

从20世纪50年代开始,“拒绝保护说”逐渐成为了司法判例和民法学界诠释不法原因给
付制度的多数说。该说的基本立场是,既然给付者基于不法原因实施给付行为,将自己置于法

〔7〕 Vgl. Heck, Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, AcP 124 (1925), 1, 57.

〔8〕 Vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 58 f.

〔9〕 Vgl. OGHZ 4, 57 (60).

〔10〕 Vgl. Klöhn, Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß, AcP 210 (2010), 804, 818 f.

秩序之外,法秩序就不应当再对之予以保护。此时不法原因给付者应当自担风险。^[11]

尽管获得了普遍赞同,但拒绝保护说也并非没有缺陷。仔细考量就会发现,该说实际上只是强调了不法原因给付的法律后果,却并未解释造成这种法律后果的原因。为了弥补这一缺陷,诸多学者试图借助所谓“自陷禁区”(versari in re illicita)、“禁止主张自己之不法”或“清白原则”(clean hands)等法律准则为拒绝保护说寻求正当依据。这些论者主张,实施不法行为的行为人应当对不法行为导致的一切不利后果负责,背弃法秩序实施给付行为的行为人也不得再求助法秩序保全自己的利益。^[12]然而,这种论证同样不无疑问。首先,上述法律原则过于笼统和抽象,若将之视为不法原因给付制度的基础,显然不利于对不法原因给付制度进行目的性解释,从而也不利于在个案中明确界定其适用范围。其次,为了避免出现难以容忍的法外空间,法秩序其实也并非在当事人实施不法行为时就一概拒绝对之提供保护。例如,将巧克力谎称为毒品卖给被害人的,虽然被害人企图实施购买毒品的不法行为,但其财产仍然受到法律保护,故应认定行为人成立诈骗罪。^[13]刑事法律尚且如此,以公平衡量为主旨的民事法律当然更无法单纯因当事人实施不法行为便置其利益于不顾。最后,在不法原因给付中,不仅给付者将自己置身于法秩序之外,受领人其实也同样违背了法秩序。然而,若在个案中否定给付者享有返还请求权,同时所给付的利益又不符合国家机关没收的条件,便意味着法秩序承认由受领人最终取得所受之利益。由此,拒绝保护说便难免陷于自相矛盾之中:同样是违背法秩序,给付者不能获得法律保护,受领人却独受法律“青睐”。对此,持拒绝保护说的论者往往认为,受领人事实上获利,是拒绝予以给付者法律保护的不可避免的附随后果,只能对之加以容忍。^[14]这种“只好如此”的辩解显然并不具有说服力。

(四)一般预防说

鉴于上述几种见解都存有缺陷,自20世纪90年代以来,“一般预防说”在民法学界获得了越来越多的支持。该说认为,不法原因给付制度的旨趣在于对不法给付行为进行一般预防。析言之,民事法律在给付者违背法律与社会伦理、将自己置于法秩序之外时,例外地否定其返还请求权,从而彰显法秩序对其给付行为的否定性价值评价,并由此强化国民对公共秩序的关注和善良风俗的观念,增强公民法律意识与道德意识。同时,通过否定请求返还的可能性,法秩序也刻意增加了不法给付者的经济风险,以达到遏阻潜在的不法给付行为之效果。^[15]这种旨在进行一般预防的规定在民事法律中也是必要和妥当的。因为违反强制性规定或公序良俗的给付行为往往不具有刑事可罚性,即便认定其违反行政法规,行政处罚对不法给付者而言经常也只不过是接受的“交易成本”;即使其被迫缴纳行政罚款,也仍然可能从不法交易中获取暴利。若此时还适用民事法律有关无效法律行为的一般规定,肯定不法给付者原则上享

[11] Vgl. nur BGH NJW 1953, 1020 (1021); BGH NJW 1962, 955 (958); Würdinger, Über Radarwarngeräte und die Zukunft des Europäischen Privatrechts, JuS 2012, 234, 238.

[12] Vgl. Raiser, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.6.1951, JZ 1951, 718, 719.

[13] Vgl. BGH NJW 2002, 2117.

[14] Vgl. Dauner, Der Kondiktionsausschluss gemäß § 817 Satz 2 BGB, JZ 1980, 495, 499.

[15] Vgl. Schwab, in: Münchener Kommentar BGB, Band 5, 6. Aufl., 2013, § 817, Rn. 9.

有返还请求权,则无异于是对其基本利益予以法律保障,更不可能遏制不法给付行为。因此,唯有在民事法律中设置不法原因给付制度,使得不法给付者在受领人违背约定不为对待给付时也无法要求对方返还所受之利益,才能让不法给付者有所忌惮,促使其基于对风险与收益的权衡最终放弃实施不法给付。^{〔16〕} 据此,民事法律中的不法原因给付制度也具备了行为引导功能,成为对刑事法律和行政法规的有益补充。^{〔17〕}

虽然学界也不乏反对见解,但是一般预防说相较刑罚说、司法保护说与拒绝保护说确实更为优越。相比刑罚说将不法原因给付制度视为事后对给付者的惩罚而言,一般预防说认为不法原因给付制度的规范目的在于从事前对不法给付行为加以遏制,从而大体上避免了与刑法基本原则的冲突。相比司法保护说而言,一般预防说摆脱了循环论证的责难,并且可以较为全面地覆盖各类不法原因给付案件,具有普遍适用性。相比拒绝保护说而言,一般预防说则进一步诠释了法秩序在不法原因给付的场合拒绝保护对给付者加以保护的内在原因,这不仅使不法原因给付制度具有了立法政策上的正当理由,更使得基于这种实质的规范目的对不法原因给付制度进行解释和适用成为了可能。因此,本文也从该说出发理解、构建民法中的不法原因给付制度。

二、不法原因给付的构成要件

在明确了不法原因给付制度的规范目的之后,就需要进一步探讨不法原因给付的构成要件。本文认为,认定民法意义上的不法原因给付存在着三方面的要求:首先,给付者必须向受领人给付利益,其次,这种给付必须是出于不法原因,最后,给付者还必须对不法原因有所认识。下文将依次详述之。

(一) 给付的界定

“给付”概念在我国民事法律中具有多重含义。我国民事司法实务与民法学者对于“给付”的定义也并未形成统一的认识。依德国联邦最高法院之见,不法原因给付中的“给付”是指“有意识、有目的地增加他人财产”。^{〔18〕} 尽管德国以及我国台湾地区的民法学者们在表述细节上不尽相同,但是绝大多数见解所界定的“给付”概念却有着与此大致相近的意义内涵。^{〔19〕} 据此,认定民法中的(不法原因)“给付”必须具备三个要件:给付人必须给予受领人财产,这种给予还必须是有意意识的并且具有特定目的。^{〔20〕}

1. 给予财产

“给付”首先意味着给付人给予受领人财产。对于这里的财产应当进行广义的理解,其包

〔16〕 Vgl. *Canaris*, Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, FS – Steindorff, 1990, S. 524.

〔17〕 Vgl. *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), 352, 364 ff.

〔18〕 Vgl. BGH NJW 1972, 864 (865); BGH NJW 1999, 1393 (1394).

〔19〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(第二册)》,北京大学出版社2009年版,页95。

〔20〕 参见梅迪库斯,见前注〔4〕,页523。

括任何具有经济价值的利益在内,而限于有体财物的移转。^[21] 所有权、用益物权、担保物权、债权以及知识产权等财产性权利均属其列。纯粹事实性的占有以及劳动、服务等也可以因其具有经济价值而被评价为财产。^[22] 即使相应的经济价值难以用金钱进行评估,也不影响对财产的认定。例如,对于私人照片、书信等物品,虽然经常无法精确界定其经济价值,但对之的各种物上或债权请求权以及占有也仍然属于财产。^[23] 至于给付人是通过作为还是不作为,^[24] 是通过法律行为还是事实行为,^[25] 是通过积极增加受领人的财产还是减少其消极财产(如替受领人清偿债务)的方式实现了财产给予,则非所问。但是,单纯的意思表示以及有因债权的创设(如买卖合同的订立)尚不足以被认定为给付。这些行为毋宁说仍处于“给付”的前阶段,此时对方当事人尚未受有利益,故不能认其为给付行为。^[26]

在认定给付时需要特别注意所谓的“终局性标准”,也即只有在使受领人终局性地获得财产时,才能构成给付。^[27] 相反,如果给付者只是意图使受领人暂时性地获取财产利益或者使之在特定时间范围内支配或利用相应财物,则其并未将相应财产给予受领人,从而也并未为民法意义上之“给付”。^[28] 因此,将自己的财产用于提供担保的,并未将自己的财产给付给担保权人。因为担保权人只享有定限物权,其只能支配标的物的交换价值以及(在质押等场合)临时占有标的物。^[29] 同样,在借贷关系中,出借人也只是将本金在一定时间范围内交由借款人使用,而非“给付”与借款人;^[30] 在租赁关系中,出租人亦只是将租赁物在约定时间内交付承租人使用和收益,并未将租赁物本身给予后者。与此相应,在将财产交付给他人,委托他人从事特定活动的场合,也需要谨慎地界定是否构成给付。虽然德国联邦最高法院曾经在早先的判决中主张,将现金交付给受托人让后者以此从事黑市交易的,属于(基于不法原因的)给付。^[31] 但其后来却改变了这种立场,转而强调认定给付的终局性标准,认为只有在将相应财产终局性地交予受托人时,才能成立给付。据此,交付资金委托对方非法购买外汇的,由于并非旨在增加受托人的财产,不构成给付;^[32] 成年委托人企图通过非法途径被贵族收养从而获得贵族头衔,遂向介绍人支付中介费并委托其将收养酬金转交给收养人的,也仅向介绍人给付

[21] Vgl. *Stadler*, in: *Jauernig Kommentar BGB*, 15. Aufl., 2014, § 812, Rn. 3.

[22] Vgl. BGH NJW 1953, 58; BGH NJW 1996, 921 (922).

[23] Vgl. *Canaris*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.1.1971, JZ 1971, 560, 561.

[24] Vgl. *Köhler*, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 90 (1990), 496, 500 ff. 对于以不作为方式实施的给付,亦可参见杨立新:《合同法》,北京大学出版社 2013 年版,页 159 以下。

[25] 参见胡长清:《中国民法债篇总论》,商务印书馆 1935 年版,页 110。

[26] Vgl. *Wendehorst*, in: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Stand 1.2.2015, § 812, Rn. 41, 43 m.w.N.

[27] Vgl. BGH NJW-RR 1994, 291 (293); BGH NJW 1995, 1152 (1153).

[28] Vgl. *Schulze*, in: *Handkommentar BGB*, 8. Aufl., 2014, § 817, Rn. 7.

[29] Vgl. BGH NJW 1956, 177.

[30] Vgl. BGH NJW 1995, 1152 (1153).

[31] Vgl. BGH WM 1957, 1190 (1191).

[32] Vgl. BGH NJW 1959, 143 (144).

了中介费,而并未给予其收养酬金。^[33]同样,为非法谋取荣誉领事头衔而向斡旋人支付酬金的,就酬金构成给付;^[34]但委托中介人将价金支付给“卖家”购买学术头衔的,却并未将价金给予中介人。^[35]正是基于这种终局性标准的限制,委托并不等同于给付,不法原因委托和不法原因给付所导致的法律后果也有所差异。

在我国民法中也应当坚持相同的结论。诚然,我国目前少有民法学者就“给付”概念进行深入探讨,也鲜有民法文献对“(不法原因)给付”的终局性标准予以强调。^[36]但是,就结论而言,我国民法理论在上述案件中的立场却也与本文大体相似。例如,在甲委托乙将自己的财物转交给丙的场合,我国民法学界几乎没有争议地认为,当甲将财物交给乙时,尚不构成给付,乙将财物交予丙才属于给付行为。又如,在丁委托戊保管自己财物的情形中,依我国《合同法》第367条的规定,丁将保管物交付给戊时,保管合同才得以成立,此时交付保管物的行为亦不属于给付。由此可见,虽然我国民法学界当前并未如德国和台湾地区学者一样细致地界定“给付”概念,但却也同样并未将给付和委托混为一谈。

2. 有意性与目的性

构成给付还要求给付人是有意识地增加受领人的财产,其必须对于财产的给予具有认知与意欲。换言之,对受领人的财产给予必须承载着给付人的意思,是其有意为之的结果。^[37]除此之外,给付者还必须是遵循特定目的而为给付。最典型的给付目的当属清偿债务,但是给付目的却并不以此为限。认定给付目的亦不要求给付人(事后)能够获得对价,因此,单纯的赠与也可以构成给付目的。^[38]

(二) 不法原因

与一般的给付行为不同,不法原因给付的特殊性在于,给付人正是基于不法原因或者说出于不法目的给予受领人财产。这里的不法原因必须存在于给付行为发生之时,^[39]对此学界并无争议。但是,在认定“不法原因”时,需要注意另外两点。其一为此处“原因”的含义究竟为何,其二为这里“不法”之范围的界定。

1. 不法“原因”与给付目的

关于不法原因给付之“原因”的含义,民法学界也有不同见解。依大部分论者之见,所谓不法原因之“原因”,其实与给付之“目的”无异。据此,不法原因给付,是指给付目的主观的不法,其实质应为动机不法。^[40]当然,这种见解并不认为任何内心的不法动机都足以构成不法原因给付。相反,在其看来,单纯的不法动机,若未成为法律行为之内容或条件,并不足以被认定

[33] Vgl. BGH NJW 1997, 47 (48 f.); OLG Oldenburg NJW 1991, 2216 (2217 f.).

[34] Vgl. BGH NJW 1994, 187.

[35] Vgl. OLG Stuttgart NJW 1996, 665 (666).

[36] 在著述中提及终局性标准的论者有例如陈华彬,见前注[3],页300。

[37] 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,页103以下。

[38] Vgl. Stadler (Fn. 21), Rn. 4 f.

[39] Vgl. BGH NJW 2000, 1560 (1562).

[40] 参见洪学军:“论不法原因给付”,《河北法学》2003年第3期,页40。

为不法原因。^{〔41〕} 据此,此处的动机其实只包括经表意人表示而成为意思表示之内容的动机,所谓的动机不法,也只是指“经表示之动机不法”。^{〔42〕}

本文认为,从给付目的与动机的角度来理解不法“原因”是妥当的。德国《民法》第 817 条有关不法原因给付的规定明文将不法原因与给付目的相联系(“一笔给付之目的如是约定……”),日本民法学者也大致持相同见解。^{〔43〕} 然而,若认为只有成为法律行为之内容或条件的不法目的与动机才能构成不法原因,这种限制恐失之过严。毕竟在许多情形中,双方当事人虽然均对对方不法目的心知肚明,并且心照不宣地从事不法活动,但却未必将不法情事作为意思表示之内容加以确认。如若此时一律否定不法原因给付的成立,恐怕并不合适。因此,本文认为,所谓不法“原因”,只需是表意人表示于外,可以为一般善意第三人所理解的目的与动机即可,不要求其成为意思表示的内容。^{〔44〕}

需要说明的是,不法“原因”并不限于当事人所欲直接达成的目的或效果。这里的“原因”不仅应当包括近因(即当事人所欲实现的直接目的),也应当包括远因(即当事人所欲实现的最终目的)。例如,甲租用乙的房屋开设妓院,虽然双方追求的直接目的即房屋租赁本身并无不法性质,但双方欲实现的最终目的却违反法律与公序良俗,故而此时仍应肯定就房屋的使用权构成不法原因给付。

2.“不法”原因的范围

对于不法原因中“不法”之范围的界定,民法学界可谓众说纷纭。现今民法学界的多数见解在广义上理解“不法”原因的范围,肯定违反强行法律规范、公共秩序以及善良风俗的情形均可构成“不法”原因给付。^{〔45〕} 具体而言,这里“不法”原因的范围应当与因违反法律法规或公序良俗而导致法律行为无效的情形保持一致。^{〔46〕} 然而,民法学界对于何时才能认定法律行为由于违反强制性法律规定或公序良俗而无效的问题却存在着巨大争议。这种争议也导致在认定不法原因给付时难以清晰明确地界定“不法”原因的范围。不过,尽管如此,民事司法实务和民法学界对于“不法”原因的认定也还是形成了一些大致的基本原则:

首先,所谓强制性法律法规规定,是指直接规定人们的意思表示或事实行为,不允许人们依其意思加以变更或排除其适用,否则将受到法律制裁的法律规定和行政法规。民法学者普遍认为,这里的强制性规定仅限于全国人大及其常委会颁布的法律与国务院颁布的行政法规中的强制性规定。^{〔47〕} 强制性规定种类繁多,又可以分为效力性强制规定和管理性强制规定:前者影响法律行为的效力,与之相悖的法律行为无效;后者则经常只是出于行政管理的需要所设置的规定,与之相悖的法律行为不一定无效。虽然在具体划分上还存在着许多争议,但是,

〔41〕 参见胡长清,见前注〔25〕,页 111 注 2。

〔42〕 参见林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 198。

〔43〕 参见(日)我妻荣:《债权各论(下卷一)》,冷罗生等译,中国法制出版社 2008 年版,页 252。

〔44〕 类似见解,参见谭启平,见前注〔5〕,页 133。

〔45〕 参见王泽鉴,见前注〔37〕,页 101 以下。

〔46〕 Vgl. Schwab (Fn. 15), Rn. 2.

〔47〕 参见杨立新,见前注〔24〕,页 152。

若违反法律、行政法规之强制性规定的同时也必然违反社会公共利益或社会公德的,相应的强制性规定当属效力性强制规定。此外,禁止某物的流转、禁止当事人实施特定行为的强制性规定,也应当属于效力性强制规定。^[48]违反这些强制规定的法律行为无效,相应地,旨在实现这些强制规定所禁止之情事的给付行为也应当被认定为“不法”原因给付。

根据这一基本原则,给付目的违反刑法禁止规范的,往往构成“不法”原因给付。这种类型的不法原因有,例如贩卖人口,贩卖毒品,贩卖枪支、弹药、爆炸物,收受赃物,行贿受贿,敲诈勒索,雇凶杀人等。此外,违反行政法律规范的,也有被认定为不法原因给付的可能。例如,我国《治安管理处罚法》第66条禁止卖淫、嫖娼行为,第70条禁止以营利为目的为赌博提供条件以及参与赌博,因此,出于卖淫或嫖娼目的提供性服务或者支付嫖资的,以及出租房屋开设赌场或支付赌资的,也均构成不法原因给付。

其次,相比违反强制性法律法规而言,违反公序良俗的范围更加难以确定。虽然公序良俗原则被普遍认为是现代民法的重要基本原则,在民法体系中占有重要地位,但其内涵与外延却均极为模糊。依我国民法学者梁慧星教授的总结,构成违反公序良俗之行为大致有危害国家公共秩序、危害家庭关系、违反性道德、射幸行为、违反人权和人格尊严、限制经济自由、违反公平竞争、违反消费者保护、违反劳动者保护以及追求暴利等类型。^[49]违反公序良俗的行为,即便未有强制性法律法规对之加以禁止,也应当导致相应法律行为无效。因此,为维持与姘妇的不正当关系向其赠与财产,^[50]为隐瞒自己是私生子的父亲这一事实向私生子的母亲支付封口费,^[51]或者向新娘的父亲支付价金买婚的,^[52]均因违反公序良俗构成不法原因给付。

(三)对不法原因的认识

认定不法原因给付在主观上要求给付者认识到了给付原因的不法性质,也即其应当具有违法性认识。对于这种违法性认识的必要性及其内容,民法学界也存在着争议。

1.违法性认识的必要性

德国司法判例和大多数民法学者均认为,认定不法原因给付要求给付者必须认识到或者至少能够认识到所为之给付违反强制性规定或公序良俗的性质。^[53]我国台湾地区民法学者史尚宽先生与王泽鉴先生亦采此解。^[54]虽然对此亦存在着反对意见,^[55]但本文也支持违法性认识必要说。既然不法原因给付制度旨在对不法给付行为进行一般预防、实现对国民行为

[48] 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2012年版,页87-89。

[49] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页200-203。德国学者对违反公序良俗之情形的总结,参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(下册)》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,页604-616。

[50] 参见泸州市中院(2001)民一终字第621号判决。

[51] Vgl. LG Koblenz FF 2007, 156.

[52] Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2011, 1197 (1200 f.).

[53] Vgl. BGH NJW 2000, 1560 (1562); Stadler (Fn. 21), § 817, Rn. 11.

[54] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页87以下;王泽鉴,见前注[37],页103。

[55] 参见黄茂荣:《无因管理与不当得利》,厦门大学出版社2014年版,页246。

的指引,那么,违法性认识就应当是不法原因给付的构成要件。因为只有当给付者有意识地将自己置于法秩序之外、故意地违背法律与社会伦理,或者至少当其能够认识到给付的违法性时,法秩序才可能通过不法原因给付制度向其警示相应的不利后果(即不得请求返还所给付之利益),促使其放弃不法给付行为。^[56]

2. 违法性认识的内容

如果肯定违法性认识是不法原因给付的构成要件,就需要进一步探讨,何时可以认定给付者具有这种违法性认识。首先应当肯定,作为不法原因给付成立条件的违法性认识并不仅指现实的认识,而是也包括潜在的违法性认识在内。换言之,只要给付者具有认识到相应给付违反法律或公序良俗的可能性,就应当肯定其具有违法性认识。若非如此,就会导致那些厚颜无耻、与法秩序为敌的给付者经常由于欠缺(现实的)违法性认识而无法构成不法原因给付。正是为了避免这种结果,德国司法判例也历来都强调,当给付者轻率地致使自己没有认识到相应给付违反强制性规定或公序良俗的性质时,即应当认定其具有违法性认识。^[57]

其次,在违法性认识与对事实认知的关系这一问题上,应当区分违反强制性法规和违反公序良俗两种情形进行讨论。就违反公序良俗的给付而言,给付者只需认识到了足以使给付行为被评价为违反公序良俗的客观事实,原则上就可以推定其具备违法性认识。因为公序良俗体现为在社会共同体中占据统治地位的道德准则,当社会共同体成员认识到与违反公序良俗相关的事实时,也就可以由此认识到相应给付违反公序良俗的性质。相反,在给付因违反强制性规定而违法的场合,由于强制性法律法规并不必然反映社会共同体的基本价值观念,也经常并不为社会成员所熟知,因此,原则上只有在给付者认识到或者能够轻易认识到所为之给付为强制性法律法规禁止的性质时,才能肯定其违法性认识。^[58]

(四) 小结

综上所述,民事法律中的不法原因给付其实有着较为严格的认定标准:给付者必须是有意识、有目的地给予受领人财产,这种给予必须是出于不法原因,而且给付者还必须对不法原因有所认知。只有符合了这些要件的给付行为,才能构成民法中的不法原因给付。

三、不法原因给付的法律后果

不法原因给付究竟会在民事法律中造成何种法律后果,也是需要深入探讨的问题。鉴于法秩序统一性原则,这一问题的结论也会影响对相关刑事案件的判断。

(一) 排除给付不当得利返还请求权

在民法体系中,不法原因给付被认为是对给付不当得利返还请求权的例外排除。析言之,虽然民事法律一般认为,没有法律依据取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利

[56] Vgl. Schwab (Fn. 15), Rn. 68.

[57] Vgl. BGH NJW 1993, 2108 (2109).

[58] Vgl. BGH NJW 1968, 1329.

益返还受损失的人(我国《民法通则》第92条),但是,若给付者是通过不法原因给付使得受领人无法根据地获取利益,那么,即便这种给付行为造成了给付者自身的财产减损,法秩序也通过不法原因给付制度排除给付者的不当得利返还请求权,认为其不得以不当得利为由要求受领人返还所给付之利益。例如,甲出于非法转售的意图向非法经营的乙购买99吨柴油并先行将77万余元货款汇入乙的银行账户,后乙因案发无法交付柴油,甲也不得以不当得利为由要求乙返还货款。^[59]当然,在许多案件中,必须谨慎判断给付者所给付的和受领人所受领的利益究竟为何,从而确定不法原因给付所能排除的返还请求权的范围。例如,甲向乙放高利贷,此时甲并未意图将本金终局性地转让给乙,故就本金而言并不构成不法原因给付,其在双方约定的借贷期限届满之后,仍然可以请求乙返还本金。但是,就乙在借贷期限内对本金的支配和使用而言,甲构成不法原因给付,因此,其在借贷期限内不得要求乙返还本金,也不得要求乙在借贷期满之后支付约定的高额利息。^[60]

这种对给付不当得利返还请求权的否定可谓是不法原因给付制度所导致的最为直接的法律后果。这种法律后果也具有强制性,即便双方当事人自愿约定应当返还所得利益,其约定亦属无效。^[61]但是,不法原因给付是否能够在所有类型的案件中都排除给付不当得利返还请求权,以及其是否只能排除不当得利返还请求权,却都在民法中存在较大争议。下文将从不法原因给付制度的类推适用和目的性限缩两个方面对此予以考察。

(二)不法原因给付制度的类推适用

对于是否能将不法原因给付制度类推适用到其他场合排除其他类型请求权的问题,主要需要考虑两种情形:其一为所有物返还请求权,其二为侵权责任。

1. 所有物返还请求权

民法中的所有物返还请求权使得所有人可以要求无权占有或侵夺其所有物者返还相应的所有物。德国司法判例和部分德国学者认为,不法原因给付制度不当被类推适用于排除所有物返还请求权。^[62]本文对此持不同见解。既然民事法律设置不法原因给付制度的初衷在于增加不法给付人的经济风险,从而促使其放弃实施不法给付行为,就应当将这种思想也贯彻在所有物返还请求权的场合,如此才能充分发挥不法原因给付制度的一般预防功能。否则就会在给付有体财物和给付无体财产性利益的案件中造成难以协调的结果:同样是不法原因给付,后者场合中给付者无法要求返还所给付之利益,而前者情形下,给付者却仍然可能基于所有物返还请求权要求返还给付标的物。^[63]

这种缺陷在我国民法体系中体现得尤为明显。由于我国民法对基于法律行为的物权变动采用债权形式主义,不承认独立的物权行为,因此,在不法原因给付的场合,当事人之间的债权

[59] 参见中山市中院(2014)中中法民二终字第598号判决。

[60] Vgl. BGH NJW 1983, 2692 (2693); BGH NJW-RR 1994, 291 (293).

[61] Vgl. BGH NJW 1958, 2111.

[62] Vgl. Spau, in: Palandt Kommentar BGB, 73. Aufl., 2014, § 817, Rn. 12.

[63] Vgl. Honsell (Fn. 8), S. 56.

行为因违反强制规定或公序良俗无效,由此造成所有权关系也不能发生变动。这就意味着,如果认为不能类推适用不法原因给付制度排除不法给付者的所有物返还请求权,那么在几乎所有有给付有体财物的场合,不法给付者都可以依据所有物返还请求权请求返还给付标的物,从而使得不法原因给付制度形同虚设。例如,嫖客甲将自己的汽车作为嫖资交付给妓女乙,依我国民事法律,甲乙之间的嫖娼协议无效,汽车的所有权也未能有效转移,甲依然享有对汽车的所有权。如果认为甲可以根据所有物返还请求权取回汽车,不法原因给付制度的一般预防功能自然也就完全无从发挥。因此,认为不法原因给付制度可以被类推适用于排除所有物返还请求权,认定此时甲同样因构成不法原因给付无法基于所有权请求返还汽车,才是合适的立场。

2. 侵权责任

当发生侵权行为时,被侵权人也有可能请求侵权人返还财产,故同样存在是否能够类推适用不法原因给付制度的疑问。这里所涉及的首要问题是,当给付者是由于受到受领人的欺骗而实施不法原因给付时,其是否能够依据损害赔偿请求权要求受领人返还所受之利益(恢复原状)?例如,甲对乙谎称自己最近从事走私活动,希望乙提供资金支持,获利后双方均分。乙信以为真,将10万元交给甲“入伙”,实际上甲却将钱挥霍殆尽。此时乙是否可以行使侵权损害赔偿请求权要求甲返还10万元,就是需要讨论的问题。

我国台湾地区诸多较早的判例表明,受欺骗而实施不法原因给付(如因受骗而行贿)的,不得请求损害赔偿,^[64]部分民法学者也持相同见解。^[65]本文对此持相反立场。当给付者是由于受到欺骗而实施不法原因给付时,其本身也是被害人。此时不法原因给付的诱因在于实施欺骗行为的是受领人而非给付者,正是受领人的欺骗行为使得给付者陷入认识错误并且在这种错误的影响下实施了给付行为。虽然给付者确实具有促成不法情事的意图,但若考察双方行为的不法程度,显然是受领人欺骗行为的不法程度更高,此时的预防必要性与其说在于给付者,毋宁应当认为更在于受领人。如果认为不法原因给付制度也可以类推适用在侵权责任的场合并排除被侵权人(给付者)的损害赔偿请求,反而可能导致行为不法程度更高的受领人基于自己的不法行为获益,殊不妥当。相比之下,此时肯定给付者仍然可以请求受领人返还所受利益才能更加契合不法原因给付制度的意义与目的。^[66]因此,德国司法判例也经常肯定不法原因给付并不阻碍侵权损害赔偿请求权。例如,行为人将偷来的汽车谎称为是自己所购买的车辆并转卖给被害人,被害人虽然可以轻易地发现汽车是赃物,但却轻率地相信了行为人并支付货款的,仍然可以要求行为人返还货款。^[67]类似地,谎称可以帮助被害人通过非正当途径在德国大学取得博士学位并收取其酬金的行为人,也应当向被害人返还所受之报酬。^[68]

[64] 参见王泽鉴,见前注[37],页105。

[65] 参见林诚二:《民法债篇总论——体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,页134。

[66] 同样结论,参见林更盛:“基于不法原因给付之不当得利”,《月旦法学教室》第115期(2012年5月),页17。

[67] Vgl. BGH NJW 1992, 310 (311).

[68] Vgl. OLG Koblenz NJW 1996, 665.

(三)不法原因给付制度的目的性限缩

在有些案件中,虽然存在不法原因给付,但是如果一概否定给付者的返还请求权,反而难以实现不法原因给付制度所欲达成的预防效果,或者会背离给付行为所违反之法律规范的规范目的。在这些案件中,就应当对不法原因给付制度的适用进行目的性限缩,以求获得合适的处理结果。

1.不法原因仅在于受领人一方

当不法原因仅于受领人一方存在,给付者自身难有过错可言时,给付者自然可以要求受领人返还所受之利益。德国《民法》第 817 条第 1 句、日本《民法》第 708 条第 2 句但书以及我国台湾地区“民法”第 180 条第 4 项但书均对此予以明文规定。虽然在民法理论上对于这些条文的性质仍然存在着不同见解,但是就结论而言,民法学界几无争议。本文亦赞同这种结果。如前所述,不法原因给付制度的目的在于对不法给付进行一般预防,当不法原因仅存在于受领人一方,给付人只是出于可以谅解的原因实施了给付行为时,即便给付人能够认识到给付行为促成不法状态的性质,也并无对之进行一般预防的必要。在这种场合下,制造了不法原因的受领人才是法秩序应当制裁和预防的对象,因此,此时允许给付者请求返还所给付之利益才是妥当的立场。例如,因受国家工作人员勒索给予其财物,而又没有获得不正当利益的,根据《刑法》第 389 条第 3 款不构成行贿,此时不法原因仅存在于受领的国家工作人员一方,应当肯定给付者可以要求国家工作人员返还财物。类似地,因受行为人敲诈勒索向其给付财物,或者为解救被绑架的人质向行为人支付赎金的,也都可以要求行为人返还所受利益。

有争议的问题是,若虽然是受领人制造了不法原因,但给付人自身却也存在一定不法性,是否仍然可以肯定不法原因“仅在于受领人一方”?日本民法判例和学界的多数见解认为,此时应当比较给付者与受领人之间的不法性,若受领人的不法性较大,仍然可以肯定“不法原因仅在于受领人一方”,从而例外地对给付者的返还请求予以支持。^[69]我国台湾地区较新的民事判决也采用了相同立场。^[70]因此,给付者因受受领人欺骗向其为不法给付的,可以请求返还所给付之利益。本文原则上认同这一结论。然而,此时给付者自身毕竟难辞其咎,不宜认定不法原因仅在受领人一方。相比之下,肯定受领人对给付者构成侵权,使给付者依据侵权损害赔偿请求权请求返还更为妥当。

2.规范目的的实现

部分场合中,否认给付者的返还请求权并不能实现预防目的,甚至反而可能会促成法秩序所欲避免的不法状态。此时也应当限制不法原因给付制度的适用。例如,在非法雇佣黑工的场合,如果适用不法原因给付制度认定雇员不得请求雇主支付薪酬,反而会鼓励雇主雇佣未取得工作许可的外国员工。^[71]在传销组织中,下线成员向上线成员缴纳“资格费”等费用固然构成不法原因给付,但此时若排除下线成员的返还请求权,则反而会刺激下线成员去发展新成

[69] 参见我妻荣,见前注[43],页 253、267 以下。

[70] 参见 2007 年台上字第 2362 号民事判决。

[71] Vgl. BGH NJW 1990, 2542 (2543).

员,从而促成传销组织的壮大。^{〔72〕}因此,这些情形中都应当对不法原因给付制度的适用加以目的性限缩,例外地肯定给付者可以要求受领人返还所受之利益。此外,以负担债务为内容的不法原因给付(例如:债务承诺、签发票据),也可以请求返还。例如,当给付者出于不法原因将支票、本票、汇票等有价票证交付给受领人时,只要相应票证尚未兑付或背书转让,仍然应当肯定给付者可以请求拒绝支付并要求受领人返还相应票证。否则就无异于是法秩序帮助受领人实质性地获取不法利益。^{〔73〕}

特别是在所租借的工具或财物被用于违法或违反公序良俗的活动时,若受领人对租赁物或其他财产的占有和使用会造成进一步的不法,应当肯定给付者的返还请求权。例如,出租人将房屋租给承租人开设妓院或者将交通工具租给承租人进行走私或偷越国边境等违法活动的,虽然就房屋和交通工具的支配与使用构成不法原因给付,但却可以在约定的租期届满之前便请求承租人立刻返还房屋与交通工具。此时若严格适用不法原因给付制度,认为出租人只有在约定租期届满时才能请求返还,反而使得承租人在租期内能够有效使用租赁物实施不法行为,难言妥当。^{〔74〕}类似地,若出借人是为了使借款人使用本金从事非法活动而向其提供资金,同样应当对不法原因给付制度进行目的性限缩,肯定出借人随时可以要求借款人返还本金。^{〔75〕}在这些场合中,给付者只是将相应工具或财产在特定期限内的使用权给予受领人,其原本就可以在约定期限届满之后要求受领人返还相应财产,其所承担的经济风险也主要是无法获取约定的租金或利息。因此,允许其提前请求返还,既有利于阻止受领人造成更为严重的不法,也不会过度削弱不法原因给付制度的预防功能。

(四)不法原因给付与没收制度

我国《行政处罚法》第8条、《治安管理处罚法》第11条以及《刑法》第59条、第64条等诸多公法条文都规定,对于违禁品以及违法所得或供犯罪所用的财物应当予以没收。在司法实务中,不法原因给付的标的物往往也属于被依法没收的对象,因此有见解认为,鉴于公法上的没收制度,在民事法律中探讨不法原因给付的法律后果并无必要。^{〔76〕}本文对此持相反见解。笼统地否定不法原因给付制度相对没收制度的独立价值,并不妥当:

首先,在学理上,没收制度与不法原因给付制度泾渭分明,二者所处理的问题并不相同。没收制度是通过行政措施或者刑罚手段实现对社会的保护和对行为人的处罚,其涉及的是国家与公民之间的关系;而不法原因给付制度所欲解决的首要问题却是,在发生不法原因给付时,如何分配给付者与受领人之间的财产利益,其涉及的是公民与公民的关系。虽然如前文所述,不法原因给付制度的意旨在于预防不法给付行为,但这种预防也仍然是通过调整给付者与受领人的财产权益来实现的,与公法中的没收制度存在显著差别。因此,在具体案件中,给付

〔72〕 Vgl. Möller, Leistungskondition trotz beiderseitiger Sittenwidrigkeit? NJW 2006, 268.

〔73〕 Vgl. BGH NJW 1994, 187.

〔74〕 Vgl. BGH NJW 1964, 1791 f.

〔75〕 Vgl. BGH WM 1990, 799 (801 f.).

〔76〕 参见杜文俊:“财产犯刑民交错问题探究”,《政治与法律》2014年第6期,页53以下。

者是否由于构成不法原因给付不得请求受领人返还所受之利益,与国家机关能否依据没收制度对给付标的物予以没收,是需要分开探讨的两个不同问题。

其次,就没收违法所得而言,公法规范往往承认,被害人合法的民事权利应当优先于国家没收措施获得保障。^{〔77〕}我国《治安处罚法》第11条第2款和《刑法》第64条均明文规定,对被害人的合法财产,应当返还。因此,国家机关是否能够没收违法所得,没收之后是否应当上缴国库,往往还是需要先考虑民事法律中的财产关系。在涉及不法原因给付时也同样如此。例如,行贿人因受国家工作人员勒索而给予其财物且未获不正当利益的,虽然构成不法原因给付,但因不法原因仅在国家工作人员一方,仍然可以请求返还所交付的财物。此时行贿人对相应财物享有合法的民事请求权,国家机关不应认其为受贿违法所得而直接收归国有。

再次,在涉及违禁品或供犯罪所用的财物时,国家没收措施往往并不受制于民事财产权利的归属。然而,即便是应当收归国库的违禁品、犯罪工具以及组成犯罪行为之物,对其的所有权与其他民事法律权利也并非自始归于国家。相反,只有当国家合法有效地将其没收或者至少做出了有效的没收决定时,才能认为由国家取得了对这些财物的所有权和其他民事权利。^{〔78〕}因此,在这些场合中,也仍然有必要借助不法原因给付等民事法律制度厘清对相关财物的民事权利关系,如此才能妥善处理在国家介入之前就相关财物产生的民事纠纷与刑事案件。例如,将毒品卖给他人,收取毒资之后又使用暴力将毒品强行取回,或者将自己的船只出借给他人用于走私,收取租金后,在租期届满之前又擅自将船只偷回的,虽然毒品和船只作为违禁品与犯罪工具事后无疑应当由国家没收,但行为人是否构成抢劫罪与盗窃罪,却仍然取决于行为时民事法律对财产权利关系的判断,这就又必须考虑不法原因给付的法律后果如何。由此可见,此时仍然无法以没收制度代替对不法原因给付的考察。

最后,不法原因给付中的“不法”范围较为宽泛,并不必然以违反行政法律法规或者刑法规范为前提。因此,很多不法原因给付案件其实并不涉及没收的问题。当不法原因仅在于违反善良风俗时尤其如此。^{〔79〕}例如,有妇之夫甲为维持与情妇乙的不正当性关系将自己的房产赠与乙并登记过户,虽然甲的房产赠与属于不法原因给付,但若认为此时国家机关可以没收房产,恐怕是难以接受的。

(五)小结

综上所述,不法原因给付原则上导致给付者不得基于不当得利返还请求权或所有物返还请求权要求受领人返还所受之财产,但并不排除给付者的侵权损害赔偿请求权。部分情形中,应当对不法原因给付制度进行目的性限缩,例外地允许给付者请求返还所给付之利益。在不法原因仅存于受领人一方以及排除给付者的返还请求权反而不利于实现法律规范之目的时,尤其如此。不法原因给付的这种民事法律后果并不受公法没收制度的影响。

〔77〕 Vgl. BGH NStZ 2006, 621.

〔78〕 Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 29. Aufl., 2014, § 73e, Rn. 2, § 74e, Rn. 4.

〔79〕 Vgl. Schwab (Fn. 15), Rn. 20.

四、不法原因给付与侵占罪

在上文确定了民法中不法原因给付的成立条件及其法律后果之后,就可以进而探讨不法原因给付对于刑法中认定财产犯罪的影响。鉴于刑法学界对不法原因给付的讨论集中在侵占罪,本文也主要考察不法原因给付与侵占罪的关系。

(一)不法原因给付与不法原因委托

刑法理论在考察不法原因给付是否以及如何影响侵占罪的成立时,首先遇到的问题是,是否应当区分不法原因给付与不法原因委托。本文对此予以肯定回答。前文对于给付概念的探讨已经表明,不法原因“给付”要求给付者有意识、有目的地增加受领人财产,只有在给付者意图使受领人终局性地获得财产时,才能构成给付。由于对给付的认定受到这种终局性标准的限制,“给付”与“委托”是应当彼此区分开来的概念。德国诸多民事司法判例也都表明,不法原因委托并非不法原因给付,不能导致排除委托人返还请求权的法律后果。基于法秩序统一性原则,民事法律对于不法原因给付与不法原因委托的这种区别对待也应当被贯彻在刑事法律中,因此,不法原因给付与不法原因委托完全可能对财产犯罪的认定造成不同的影响。

相反,部分日本学者却否定不法原因给付与不法原因委托的区分。日本民法学者往往在认定“给付”时对其中的终局性标准进行较为宽松的理解,认为只要受领人无需借助对方当事人或法院的进一步协助即可确定地获取利益时,便应当肯定给付者已经赋予受领人以事实上的终局性利益,并进而承认给付行为。据此,在委托或寄托财物的场合,由于委托人使得受托人事实上享有了支配委托物的可能性,同样应该认为委托人已经将委托物给予了受托人。因此,委托与给付并无差别,不法原因委托与不法原因给付的区分也没有存在的余地。例如,道垣内弘人教授即率直地指出,认为委托不是给付的思考方法不可能成为日本民法学的主流见解。佐伯仁志教授也认为,区分不法原因给付与不法原因委托欠缺实质的理由。^[80]

在本文看来,即便日本民法学界不对不法原因给付与不法原因委托加以区分,也并不意味着在我国亦必须如此。事实上,不法原因给付与不法原因委托对于不法状态的形成有着不同影响,民事法律完全有理由对之区别对待。在不法原因给付的场合,给付行为已经现实地造成了不法状态,此时民事法律为了预防将来可能发生的不法给付才特别认定,即便受领人违背约定不为对待给付,原则上也不允许给付者请求返还所给付的利益。然而,在不法原因委托的场合(如给付者出于不法原因请求受托人将财物转交给受领人),当前的给付行为尚未完成,此时认可给付者对受托人的返还请求权有助于抑制进一步的不法,防止不法状态的形成。如若此时也和不法原因给付时一样否定给付者的返还请求权,则意味着即便受托人将委托物交予受领人,给付者也不得加以阻止。这未免是法秩序自己促成了给付行为的实施与不法状态的出现。由此可见,区分不法原因给付与不法原因委托,在前者场合原则上否定给付者的返还请求

[80] 参见(日)佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版,页57以下。

权而在后者场合对之予以肯定,其实都是为了有效实现民事法律预防不法状态形成的规范目的,并无内在矛盾。

据此,即便从民事法律的角度看来,区分对待不法原因给付与不法原因委托也确有其合理性。在认定刑事犯罪时重视二者间的区别,更是坚持法秩序统一性的必然结果。当然,部分刑法学者认为,即便民法中不区分不法原因给付与不法原因委托,刑法中也应当对之加以区分,从而实现对委托人财产权利的保护。^[81]这种见解就其结论而言无疑是正确的,但是,如果正确理解不法原因给付制度,其实刑法与民法在这一问题上并无难以协调之处。

(二)侵占罪的认定

与不法原因给付和不法原因委托相关的侵占案件大多体现为,给付者基于不法原因将财物交予受领人或受托人,后者在取得对财物的占有后,违背给付者的意志对之加以支配和处分。因此,这里首要的问题是,能否依据《刑法》第270条第1款的规定认定受领人或受托人构成委托物侵占。

1. 法益与“财物”

如前文所述,认定不法原因给付虽然要求给付者给予受领人财产,但其中“财产”的范围却非常宽泛,不仅涵括有体财物,也可以包括无体的财产性利益在内。由此便产生了受领人或受托人在将给付者所给付或托付的无体财产性利益非法据为己有时,是否可能构成侵占罪的问题。刑法学界传统上认为,侵占罪是侵犯所有权的犯罪。由于所有权在民法上属于物权,原则上只能针对有体物创设或取得,因此,我国学界与司法实务经常也将侵占罪的行为对象限定于有体物(及部分无体物),而将财产性利益排除在外。^[82]德国《刑法》第246条甚至明文将侵占罪的对象规定为他人“可移动的物”。如若坚持这种立场,但凡在给付或托付无体财产性利益的场合,均无成立侵占罪的可能。

本文对此持不同见解。德国刑法中将侵占罪的对象限定为有体物并不会造成严重的刑罚漏洞,然而,考虑到两国刑事立法的区别,如果认为我国刑法中的侵占罪也只能针对有体物成立,便会在许多案件中导致难以接受的结论。例如,甲欲出资入股有限责任公司,但又不愿出面担任股东,于是与乙约定,由甲出资并享有投资收益,但以乙的名义持股。乙在持股一段时间之后,心起犯意,擅自与丙串通将股份低价出卖给丙。该案只涉及对股权的转让,并不关乎有体财物。如若依据德国法律,乙虽不能构成侵占罪,但却可以构成德国《刑法》第266条背信罪。因为其违背对甲的财产照管义务造成了甲的财产损失。然而,我国刑法中却并不存在类似的构成要件。同时,乙作为显名股东,相应股份处于其实际支配与控制之下,其出卖股份的行为难以构成盗窃罪,又由于其在出卖股份时并未对甲或丙进行欺骗,也不可能成立诈骗罪。如若再认为乙不能构成侵占罪,恐怕就只能得出其无罪的结论。这显然难以接受。事实上,本案中甲作为实际出资的隐名股东才是真正的股份所有人,显名股东乙将自己支配下的股份出

[81] 参见童伟华:“我国法律规定下的不法原因给付与侵占罪”,载赵秉志主编:《刑法论丛》,法律出版社2009年版,页250以下。

[82] 例如高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,页575;郭立新、黄明儒主编:《刑法分则典型疑难问题适用与指导》,中国法制出版社2012年版,页363。

卖,正是将自己占有的他人股份据为己有(使第三人所有),从而符合侵占罪“将代为保管的他人财物非法占为己有”的基本结构。因此,认定侵占罪构成要件中的“财物”也包括无体财产性利益,并进而肯定乙就甲的股权成立侵占罪才是妥当的结论。

如此理解侵占罪中的“财物”概念不仅有利于解决实际案件,也并不违反现行法律规定与刑法原则。^[83]与此相应,侵占罪的法益就并不限于所有权,而是还包括其他物权和股权、债权等财产性权利。当然,由于侵占罪的成立以行为人占有了相关财物为前提,实际上也仍然只有那些能够在事实上或法律上予以实力支配、控制的无体财产性利益才能成为侵占罪的行为对象。特别是当相应的财产利益附着于外在有形的物质载体,或者须依据权利凭证或身份证件才能加以支配和处分时,应当将其视为侵占罪的保护法益与可能的行为对象。其中较为典型的有例如股权、银行存款、有价票证等。基于这种立场,在给付人基于不法原因交予受领人或受托人无体财产性利益,而受领人或受托人却将其非法占为己有时,不能当然地否定构成侵占罪的可能性。

2.“他人”财物

不论是有体财物还是无体财产性利益,侵占罪都只能针对“他人”财物成立。本文认为,这里的“他人”财物是指为他人所有的财物或者实质上应由他人享有的财产性利益。

(1)他人所有的财物。“他人”财物首先是指他人所有,也即他人对之享有所有权的财物。司法判例和刑法学界对此鲜有异议。对于侵占案件中相关财物所有权之归属的判断,本文认为应当以民事法律为准。如此才能贯彻法秩序统一性原则,坚持刑法财产犯罪对民事法律规范的从属性。由此出发,在不法原因委托的场合,委托人并无向受托人转移委托物所有权的意思,故受托人不能取得委托物所有权。在不法原因给付的情形中,依我国民事法律,给付标的物的所有权也不能发生变动:首先,如若给付者只是将对标的物的使用、收益权给予受领人(如租借犯罪工具的情形),后者自然不能取得标的物的所有权。其次,即便给付者意图将给付标的物的所有权转移给受领人,由于我国民法不采物权无因性原则,二者间债权行为的无效也同样致使给付标的物的所有权无法有效转移。因此,不论是在不法原因委托还是不法原因给付的场合,受托人和受领人都不能成为标的物的所有权人,若其将标的物据为己有,则均有成立侵占罪的可能。虽然我国论者经常基于国家所有权说得出相同结论,^[84]但本文不采此说。因为如前文所述,即便不法原因委托或给付物事后应当由国家机关没收,这也并不意味着国家自始对这些财物享有所有权。

有疑问的是,在基于不法原因委托或给付现金时,是否仍然应当在与民法相同的意义上理解对现金的所有权。部分论者主张,在涉及现金侵占时,刑法对所有权的判断与民法并不一致。因为民法对于货币所有权的认定采取“占有即所有”原则,如果严格依据民法的判断,就会导致将他人委托保管或遗失之现金非法占为己有的行为人原则上无法构成侵占罪。此时只有脱离民法对于货币所有权的界定,在刑法上认为原所有权人依然享有对现金的所有权,并进而

[83] 参见王钢:“盗窃与诈骗的区分”,《政治与法律》2015年第4期,页41。

[84] 参见赵秉志主编:《中国刑法案例与学理研究·分则篇(四)》,法律出版社2001年版,页336。

认定行为人成立侵占罪,才是妥当的方案。^[85]对于这种“刑法所有权说”,本文难以认同。该说力求妥善处理现金侵占案件的努力固然值得赞许,但其对民事法律如何认定货币所有权这一问题却存在误解。实际上,“占有即所有”作为认定货币所有权的基本原则,只能适用于当事人将货币价值置于流通领域的场合,因为唯有如此才能实现货币的流通机能并确保交易便捷与安全。相反,若货币未被置于流通领域,而仅仅是出于限定用途被寄托于保管人,则并无保障货币流通与交易安全的必要,保管人不能取得相应货币的所有权。^[86]如果能够依此正确把握民事法律对货币所有权的认定,便大体上可以在坚持民法所有权概念的前提下妥善解决侵占现金的案件。对此,可以从以下几点加以说明:

首先,“占有即所有”原则并不适用于以特定形态存在的货币,例如纪念币、作为收藏品的货币、特定号码的货币以及封装的货币(封金)等。这些特殊货币的价值并不在于其流通性,因此其实际上与特定物无异。委托人将这些特殊货币托付给受托人保管或转交他人时,受托人不能取得其所有权。与此相应,受托人将这些特殊形态的货币非法据为己有的,构成侵占罪。^[87]

其次,“占有即所有”原则中的“占有”,仅指民法意义上的直接或间接占有,而非刑法意义上的占有。但凡在受托人基于雇佣、家务、营业等从属关系依他人指示对现金行使事实上之管领与支配的场合,都应当认定其只是占有辅助者,并未在民法意义上占有现金,也不能获得现金的所有权。至于这种从属关系的产生是基于私法还是公法,是基于契约还是法律,其存续是长期还是临时,则在所不问。^[88]例如,雇主委托雇员将现金转交给客户,即便其并未对相应现金以特殊方式加以封装,也不能认为雇员占有现金并取得了对现金的所有权。因为此时雇员只是雇主的占有辅助者,雇主才是现金的占有者。如若雇员将应当转交的现金非法据为己有,自当构成侵占罪。同理,公司会计、银行柜员、商店收银员、国家机关职员等也并未在民法意义上占有或所有其依业务或职务经手的单位现金。^[89]不仅如此,即便受托人在民法意义上占有了现金,也未必可以依据“占有即所有”原则肯定其对现金的所有权。当相应的现金有特定用途,受托人不得擅自处分时,民法学说也同样可能否定“占有即所有”原则的适用。因为此时委托人并非意图使受托人取得现金的流通价值。据此,监护人、法人代表、合伙执行人、信托财产受托人、破产清算人等为他人利益占有的、不直接用于流通交换的现金,也并不归其所有。^[90]当这些受托人将相应现金非法据为己有时,亦应以侵占罪对之予以处罚。

再次,即使受托人将特定用途的现金与自己所有的现金进行混合,委托人也并不因此丧失对现金的所有权。鉴于现金的高度可替代性,民法中通过区分主物与从物确定混合物所有权的基本原则此时并无意义。^[91]故而应当认为,混合之后的现金由委托人与受托人按混合时

[85] 参见王骏,见前注[1],页142。

[86] 参见佐伯仁志、道垣内弘人,见前注[80],页4。

[87] 参见(日)山口厚:《刑法各论(第2版)》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,页351。

[88] 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,页135。

[89] Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 1, 9. Aufl., 2003, § 34, Rn. 17 f.

[90] 参见其木提:“货币所有权归属及其流转规则”,《法学》2009年第11期,页61。

[91] 参见佐伯仁志、道垣内弘人,见前注[80],页25。

的价值比例共同所有。^{〔92〕}若受托人此时超出自己的份额违反委托人意志对现金加以处分,同样是将自己占有的他人财物非法据为己有,构成侵占罪。^{〔93〕}

最后,如果委托人允许受托人自由支配所托付的现金,只要求受托人日后返还或者向他人给付相同金额的现金即可,民法认为委托人使受托人获得了相应现金的流通价值,向其转移了所有权。同理,在借贷关系中,即便借款合同约定借款人不得随意处分所借钱款,只能将之用于特定目的,借款人也由于可以支配和使用借款而获得对借款的所有权。^{〔94〕}此时受托人或借款人再处分现金的,由于并不涉及他人财物,不能构成侵占罪。例如,储户在向银行存款时,也将存入货币的所有权转移给了银行,银行对相应货币加以使用的,自然不存在侵占的问题。^{〔95〕}

由此可见,民事法律对于货币所有权的认定并非毫无保留地贯彻“占有即所有”原则,因此,即便在现金侵占案件中,也不必偏离民法对所有权的认定。在基于不法原因委托或给付现金的场合,同样应该依据上述几点判断现金所有权是否转移。例如,王某到沿海某地购买走私的淫秽光盘,因当地治安不好,为防止被抢,便在看货前将5万元货款暂时寄存在亲戚甲某家,并告知甲某是购买淫秽光盘专款,切勿动用。两天后王某再找甲某取款购买淫秽光盘时,甲某却拒不交还货款。^{〔96〕}本案中,王某将5万元货款托付与甲某保管并嘱咐切勿动用,显然未将相应货币置于流通领域,应当认为其仍然保有货款所有权。同时,其也未将货款终局性地转移给甲某,不因不法原因给付而不能请求返还,故甲某应构成侵占罪。相反,若乙借给丙50万资助其从事毒品交易,则丙已经获得对资金的所有权。即便其将此资金挪作他用,也不能成立侵占罪。

(2)他人享有的财产性利益。如前文所述,在我国刑法中,无体财产性利益也可以成为侵占罪的行为对象。由于民法中的所有权原则上只能针对有体物成立,对无体财产性利益并无严格意义上的所有权可言,故而侵占罪中所谓的“他人”财物,也不能局限于他人享有所有权的财物,而是应当包括实质上应由他人享有的财产性利益在内。例如,私营企业主甲为隐瞒营业收入少缴所得税,将100万营业所得汇入朋友乙在银行开设的专用资金账户,请乙代为保管。若乙随后持银行卡和密码将100万取出用于自己消费,应当认其构成侵占罪。虽然甲出于逃避缴纳税义务的不法目的将营业所得汇入乙的账户,从而使乙取得了对价值100万财产的事实性支配,但是,从实质上来看,这100万财产仍然应当由甲享有。甲只是委托乙对这些财产加以保管,并未终局性地将其转移给乙,故不构成不法原因给付,其在民法上仍然享有对这些财产的返还请求权。^{〔97〕}乙擅自将这些财产用于个人消费,同样是将自己占有的他人财物非法据为己有,符合侵占罪的构成要件。

3. 代为保管

认定委托物侵占要求行为人必须是将“代为保管”的他人财物非法占为己有。我国学者指出,侵占罪意义上的“代为保管”是指受委托而占有,即基于委托关系对相应财物具有事实上或

〔92〕 参见(德)曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,页272。

〔93〕 Vgl. Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, FS-Mayer, 1966, S. 477.

〔94〕 参见崔建远主编:《合同法(第五版)》,法律出版社2010年版,页419。

〔95〕 参见(日)西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,武汉大学出版社2005年版,页161。

〔96〕 参见陈灿平,见前注〔1〕,页156。

〔97〕 Vgl. Schwab (Fn. 15), Rn. 49.

法律上的支配力。^[98]对此,刑法学界与司法实务多采较为宽松的理解。这里的委托关系并不要求行为人与被害人之间存在对于财物的保管协议,也不要求委托人必须是出于寄托、保管财物的目的使行为人取得了对相关财物的支配和控制。^[99]相反,只要委托人相信行为人会依据其意思或者为维护其利益而管理或处分财物,而且也正是基于这种信赖使行为人取得了对财物的占有,就可以认定相应财物是由行为人代为保管。^[100]在行为人表示将按照符合委托人意志的特定用途对财物加以使用或者事后将返还财物,并因此获准占有财物的场合,即是如此。据此,行为人所租借的、为他人管理或储存的、或者通过保留所有权所购得的财物均属于代为保管的财物。^[101]至于这种委托关系存续时间的长短,^[102]其是明示还是默示地成立,委托保管的是权利人本人还是依其利益行事的第三人,则均非所问。^[103]

然而,争议恰恰在于,基于不法原因给付或委托的财物,是否也能被认定为是行为人代为保管的财物?我国有论者认为,侵占罪旨在保护合法的财产所有权和合法的委托信任关系,由于在不法原因给付或委托的场合,给付者与受领人或受托人之间的委托信任关系并不合法,因此,基于不法原因而给付或委托的财物不能成为侵占罪的对象。^[104]本文对此持不同见解。

首先,我国刑法中的侵占罪被规定在刑法分则第五章财产犯罪中,其本质在于损害权利人的财产,而不在于违背委托信任关系。^[105]侵占行为的基本结构是行为人将自己占有的他人财物非法据为己有,至于这里的财物究竟是出于何种原因处于行为人的占有之下,对于侵占行为的不法程度并无影响。所谓“代为保管”毋宁只是行为人获得对财物占有的一种情形而已,该构成要件要素的主要目的在于将委托物与遗忘物、埋藏物相区分,并不具有奠定不法内涵的实质意义。事实上,我国《刑法》第270条也并未像德国《刑法》第246条一样,将侵占委托物规定为侵占罪的加重构成要件。换言之,依据我国刑法,当行为人侵占遗忘物等并非基于委托信任关系获取的财物时,其行为的不法程度与侵占委托物毫无差别。这也表明,委托信任关系并不是我国侵占罪所保护的对象。

其次,退而言之,即便认定侵占罪同时兼顾对委托信任关系的保护,将不法原因委托或给付物非法据为己有的,也同样可能成立侵占罪。例如,德国《刑法》第246条第2款将侵占委托物规定为侵占罪的加重情形从而实现了对委托信任关系的保障,但德国司法判例和学界多数见解均认为,侵占不法原因委托物的,亦构成委托物侵占。^[106]在不法原因委托(以及部分不法原因给付)的场合,当事人之间的委托关系固然因违反法律或公序良俗而无效,但这种委托关系的无效也只是意味着行为人应当将据此占有的财物返还给委托人,而并不意味着其理所当然地获取了对相

[98] 参见张明楷:《刑法学(第四版)》,法律出版社2011年版,页901。

[99] 参见(日)大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003年版,页213以下。

[100] Vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 29. Aufl., 2014, § 246, Rn. 29.

[101] Vgl. BGHSt 9, 90 (91); BGHSt 16, 280 (282).

[102] Vgl. BGHSt 38, 381.

[103] Vgl. *Vogel*, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 8, 12. Aufl., 2010, § 246, Rn. 61 ff.

[104] 参见刘明祥,见前注[1],页80。

[105] 参见周光权:“侵占罪疑难问题研究”,《法学研究》2002年第3期,页127。

[106] Vgl. *Hohmann*, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, § 246, Rn. 52.

应财物加以处分的权利。据此,在被害人委托行为人购买赃物并向其交付现金,而行为人却将现金据为己有的场合,德国联邦最高法院正确地认定行为人构成侵占委托物。^[107] 这种结论与民事法律之间并无冲突,也不应被理解为刑法通过侵占罪迫使行为人完成受托的非法事务。因为此时行为人之所以构成侵占罪,并不是由于其违背约定没有完成非法的受托事项,而是由于其虽不办理委托事务,但却将应当返还给委托人的财物非法占为己有。^[108]

4. “非法”占为己有

根据我国《刑法》第 270 条的规定,只有当行为人实施了侵占行为即将他人财物“非法占为己有”时,才能构成侵占罪。在应当如何认定“占为己有”的问题上,侵占不法原因委托或给付物与侵占普通财物并无不同,本文不再赘述。与本文主旨直接相关的问题是,当行为人将基于不法原因委托或给付而占有的他人财物据为己有时,能否认定其是将相应财物“非法”占为己有。这里主要需要考虑两个问题,其一为民事请求权的意义,其二为对高度流通之种类物的保护。

(1)民事请求权。基于法秩序统一性原则,对于非法占为己有中的“非法”这一构成要件要素,也应当依据民事法律规范进行客观的判断。若行为人对于相应财物享有从民事法律上看来正当的、无障碍的请求权,自然不能认定其“非法”将他人财物据为己有。^[109] 相反,如果被害人对相应财物享有请求权,原则上就可以认定行为人属于“非法”占为己有,若同时还满足侵占罪的其他成立要件(例如他人财物),即应肯定侵占罪的成立。这种结论也应当贯彻在侵占不法原因委托或给付物的场合。至于相应财物事后是否应当被国家机关没收,则并不影响此处的认定。因为如前文所述,公法没收规范与民事法律对于财产权益的归属是不同的问题。

出于这种基本立场,在不法原因委托的场合,如前文所述,委托人并无向受托人转移委托物所有权的意思,委托物所有权不发生转移。又由于不法原因委托不同于不法原因给付,委托人仍然对委托物享有返还请求权,故而,若受托人擅自将委托物据为己有,应当肯定其是非法占有他人财物,构成侵占罪。例如,丙需要船只用于走私毒品,甲遂托付乙将自己的船只转交给丙,然而乙却擅自将甲的船只出售的,应认定乙就船只构成侵占罪。同理,意图行贿的甲请求中介人乙将自己的古董转交给国家工作人员,乙却将古董据为己有的,也同样应当认定乙就古董构成侵占罪。在委托现金的案件中,如若可以认定现金所有权并未依“占有即所有”原则发生转移,便也应当得出相同的结论。例如,张某为谋取县粮食局局长的职位,欲向县委书记赵某行贿。于是找到与赵某关系密切的李某,委托其将 20 万现金转交给赵某。李某向赵某行贿时,被赵某拒绝,李某遂将 15 万元据为己有,仅返还张某 5 万元。^[110] 本案中,只要李某事实上以某种形式使 20 万现金在一定程度上得以特定化(例如以万元为单位用扎钞纸捆好),就不宜认为李某取得了对现金的所有权。又由于张某并非意图将现金终局性地转移给李某,不能以不法原因给付为由否定其返还请求权,因此,应当肯定李某构成侵占罪。

[107] Vgl. BGH NJW 1954, 889.

[108] 参见西田典之,见前注[95],页 165。

[109] Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 15. Aufl., 2013, § 5, Rn. 50, § 2, Rn. 86.

[110] 参见牛克乾:“介绍贿赂未实现但拒不交还财物行为的处理”,《中国审判》2013 年第 2 期,页 98。类似案件亦可参见芜湖市中院(2014)芜中刑终字第 00256 号判决。

在不法原因给付的场合,问题就较为复杂。鉴于我国民事法律不采物权无因性原则,即便给付者意图将标的物所有权转移给受领人,后者也由于双方之间的债权行为无效而无法成为标的物的所有人。换言之,此时标的物的所有权仍然属于给付者(或原所有权人)。然而,与不法原因委托不同的是,基于民事法律中的不法原因给付制度,给付者原则上不得再依据所有物返还请求权或不当得利返还请求权请求受领人返还所给付之利益。据此,给付者虽然名义上仍然对给付标的物享有所有权,但在民法上却无法再实现相应的财产权益。问题是,若受领人擅自将给付标的物据为己有,是否还能构成侵占罪?部分日本司法判例和日本学者对此加以肯定,^[111]我国台湾以及大陆地区亦均有论者持相同立场。^[112]依此见解,尽管给付者并无返还请求权,但其具有所有权,因此,受领人毕竟是将“他人”财物占为己有,应当依侵占罪对之予以处罚。

本文对此持相反观点。在给付者由于不法原因给付而丧失对财物返还请求权的场合,即便应当认为其仍是所有权人,其所给付的财物也不应再受刑法保护。首先,民事法律通过排除不法给付者的返还请求权,已经实质性地否定了对其财产权益的保障。此时不法给付者空有所有权人之名,却无法再享受所有权之实益。由民事法律观之,无论受领人如何处置相应财物,给付者均已无从干涉。既然如此,刑法也就没有必要再对这种仅具有形式意义的“所有权”加以救济。否则未免造成侵占罪保护法益的形式化、空洞化,从而违背侵占罪侵犯财产法益的本质。^[113]其次,不法原因给付之所以会造成上述民事法律后果,并非法秩序疏漏所致,也并非民法规范力有不逮,而是民事法律为了实现对不法给付行为的一般预防有意为之。换言之,民事法律正是刻意通过不法原因给付制度例外地否定不法给付者的返还请求权,致使其无法再享有相应财产权益,从而增加不法给付的经济风险,以期尽可能地遏制不法给付行为。倘若此时刑法却“挺身而出”对不法给付者的财产利益予以保护,就无异于帮助其规避民事法律所欲强加的风险,显然与不法原因给付制度的规范目的背道而驰。因此,在受领人擅自将不法给付的财物据为己有时,应当认定其行为与民事法律规范并无冲突,不能构成对他人财物的“非法”占有,从而否定侵占罪的成立。例如,甲与乙订立包养合同,约定甲向乙给付手机等财物,乙则为甲提供妻子服务并为甲生育小孩。若乙收受财物后拒绝履行合同义务,甲也不得请求乙返还相关财物,^[114]因此,即便乙将这些财物据为己有,也不能构成侵占罪。

然而,需要注意的是,如若认为在不法原因给付的场合受领人一概不能构成侵占罪,却又过于笼统。前文对不法原因给付之民事法律后果的分析表明,不法原因给付虽然原则上导致给付者无法行使所有物返还请求权或不当得利返还请求权,但在部分场合下,给付者却并不丧失对所给付之财物的民事权利。这里主要涉及三种情形:

首先,若给付者并未将财物本身,而只是将对其的使用、收益权给予受领人(例如租借的场

[111] 参见佐伯仁志、道垣内弘人,见前注[80],页48。

[112] 参见林山田:《刑法各罪论·上册·修订五版》,北京大学出版社2012年版,页294;王骏,见前注[1],页143。

[113] 参见陈子平:“不法原因给付与侵占罪、欺诈罪(上)”,《月旦法学教室》第137期(2014年3月),页63。

[114] 参见泰兴市法院(2014)泰河民初字第0596号判决。

合),则给付者并无转移所有权的意思,标的物所有权仍然属于给付者。由于此时的不法原因给付仅限于对标的物的使用和收益,给付者仍然可以在约定期限届满之后或者(在租借犯罪工具时)甚至随时要求受领人返还标的物,因此,若受领人将标的物据为己有,同样是将他人财物非法占为己有,构成侵占罪。这种情形与上述不法原因委托的场合并无本质差异。例如,甲将自己的船只出租给乙用于走私毒品,乙却将船只变卖的,应当认定乙成立侵占罪。

其次,如前文所述,不法原因给付虽然原则上排除给付者的所有物返还请求权和不当得利返还请求权,但却并不妨碍其侵权损害赔偿请求权。因此,在给付者因受受领人欺骗而为不法原因给付时,仍然可以基于侵权责任要求受领人返还所给付之财物。正是由于给付者享有民事上的返还请求权,受领人若将骗取的财物占为己有,仍然有成立侵占罪的余地。当然,此时受领人往往已经因欺骗行为构成诈骗罪,即便认定其再成立侵占罪,也应当评价为不可罚的事后行为,最终对其仅以诈骗罪论处。^[115] 例如,国家工作人员甲谎称可以利用职务上的便利为乙谋取非法利益,乙信以为真将自己的汽车作为贿赂赠与甲,甲随后将汽车出售。依我国民法,汽车所有权并不发生移转,同时,乙虽构成不法原因给付,但却可以依据侵权责任要求甲返还汽车,故而甲将汽车出售的行为仍然是将自己占有的他人财物非法据为己有,应当构成侵占罪。只是甲骗取汽车就已经构成诈骗罪(与受贿罪),随后的侵占属于不可罚的事后行为,不再单独作为犯罪处理。

最后,前文已经论及,在部分场合中,应当对不法原因给付制度进行目的性限缩,例外地肯定不法给付者仍然享有所有物返还请求权或不当得利返还请求权。传销活动与债务负担等情形即是如此。因此,在这些情形下,若受领人擅自将所受之财物据为己有,也同样可能因为非法占有了他人财物而构成侵占罪。例如,传销组织的下线成员将自己的私家车交付给上线成员作为加入组织的“资格费”,上线成员将汽车贩卖的,如若不存在犯罪故意或违法性认识方面的问题,也应当肯定上线成员构成侵占罪。

需要指出的是,本文此处对于“非法”占为己有的认定虽然均以有体财物为例,但其基本原则也同样适用于涉及无体财产性利益的场合。尽管对于无体财产性利益并无严格意义上的所有权可言,但民事法律对于其移转是否有效、给付者是否可以请求返还等问题也有着与有体财物类似的判断,这种判断也会影响对刑事犯罪的认定。例如,将巨款汇入国家工作人员账户用于行贿的,由于构成不法原因给付不得请求返还,即便国家工作人员将这些汇款用于个人消费也不成立侵占罪。篇幅所限,这里不再对各种情形逐一展开论述。

(2)高度流通性的种类物。在认定行为人是否将他人财物“非法”占为己有时,还应当注意特定物与种类物的差别。对于特定物,按照上文所述原则处理即可。然而,在种类物的场合,对于“非法”占有的认定便有所不同。因为种类物就其性质而言,能够被认为与同种类的任何其他物相等同,故可以被同种类的任何其他物所替代。正是基于种类物的这种可替代性,民事法律并不强调对其个性的保障,即便是在权利人请求义务人返还的场合,民法学界也经常认为

[115] Vgl. Eser/Bosch (Fn. 100), Rn. 19.

并无返还原物之必要。^[116] 在涉及(不以特定形态存在的)货币等高度流通性的特殊种类物时,尤其如此。例如,甲乙订立买卖合同,甲向乙交付商品,乙向甲支付100张百元现钞作为货款。后来双方撤销合同,乙虽然可以要求甲返还1万元货款,但却无权要求甲返还当初的100张百元现钞。由此可见,此时民法所保障的并不是作为有体物的货币本身,而是相应货币所承载的、与其面值相当的经济价值。

认定对现金等具有高度流通性之种类物的侵占时,刑法必须顾及民事法律的这种立场。如前文所述,即使货币不以特定形态存在,受托人在特定场合下也并不享有所委托之货币的所有权。然而,这并不意味着只要受托人擅自处分这些货币就应当构成侵占罪。相反,鉴于货币的高度可替代性,只要此时受托人具有随时偿还的能力与意愿,维持了委托人应得的货币价值,就难以认为其造成了委托人实质性的财产损失。由于委托人原本就无法要求受托人返还所委托的货币本身,受托人对于货币的这种处分也并未损害委托人的民事权利。因此,不宜认定受托人是将他人财物“非法”占为己有。^[117] 只有当受托人欠缺偿还能力或意愿时,才能认为其对所保管之货币的处分有损委托人的权益,从而构成侵占罪。^[118] 在涉及不法原因委托的案件中也同样如此。

(三)赃物处分与侵占罪

日本刑法学者经常将赃物处分作为侵占罪的特殊问题加以讨论,由于该问题同时也与不法原因给付和不法原因委托相关,我国刑法学者往往也视其为不法原因给付的特殊情形。在本文看来,对赃物处分应当区分为两种情形予以探讨:行为人侵吞受托赃物的场合以及行为人侵吞销赃款物的场合。前文所确立的有关不法原因给付以及侵占罪认定的基本原则也同样适用于赃物处分的案件。

1. 侵吞赃物

所谓侵吞赃物的情形是指,受委托窝藏或代为销售赃物的行为人将赃物占为己有。例如,盗窃犯甲(本犯)将从被害人(原所有权人)处窃得的笔记本电脑委托给乙(行为人)窝藏或代为销售,知晓全部情况的乙在取得对笔记本电脑的占有之后心起犯意,将其据为己有。此时行为人是否能够就赃物构成侵占罪,就是学界所争议的问题。本文对此予以肯定回答。因为此时原所有权人仍然对赃物享有所有权,而且也能够基于所有物返还请求权要求行为人返还赃物。虽然行为人取得对赃物的占有并不符合所有权人意志,二者间并无委托信任关系,^[119]但是,

[116] 参见石春玲主编:《物权法原理》,中国政法大学出版社2008年版,页57;隋彭生:“‘特定的物’是‘特定物’吗?”,《比较法研究》2008年第4期,页109。

[117] Vgl. Eser/Bosch (Fn. 100), Rn. 22.

[118] 类似见解,参见大谷实,见前注[99],页222。

[119] 此时本犯与行为人之间存在着(非法的)委托关系,但不能据此肯定行为人在与原所有权人的关系上构成委托物侵占。在所有权人之外的第三人将财物托付给行为人的场合,只有当第三人是基于所有权人的意思或者至少是出于维护所有权人的利益而行事时,才能肯定行为人基于委托关系取得了对财物的占有。本犯将赃物交予行为人窝藏或销售的,显然违背了原所有权人的意思并且有损其利益,故而应当否定行为人与原所有权人之间存在委托关系。Vgl. dazu Vogel (Fn. 103), Rn. 63.

根据我国《刑法》第 270 条第 2 款的规定,对遗忘物予以侵占的,同样构成侵占罪。对于“遗忘物”的范围,我国学界目前多采扩张解释,认为任何非出于占有人或所有人之本意,偶然失去占有的财物,均属于遗忘物。^[120] 据此,行为人所占有的赃物相对于原所有权人而言正是后者享有所有权的遗忘物。行为人将其据为己有,也应当被认定为侵占遗忘物从而构成侵占罪。

当然,肯定行为人构成侵占罪并不意味着其不能再成立其他犯罪。根据我国《刑法》第 312 条的规定,行为人明知是犯罪所得之赃物而予以窝藏、转移或代为销售的,应当构成掩饰隐瞒犯罪所得罪。该罪在刑法体系中属于妨害司法罪,其所保护之法益不局限于被害人的财产利益,而是也包括正常的司法活动在内。因此,若行为人在实施侵占行为之前就已经因窝藏赃物符合了该罪构成要件,而后又起意侵占赃物的,应当对之以第 312 条赃物犯罪与第 270 条侵占罪数罪并罚。

2. 侵吞销赃款物

所谓侵吞销赃款物的情形是指,受本犯委托代为销售赃物的行为人在将赃物销售之后,又将销赃所得货款或作为对价取得的财物全部或部分地据为己有。例如,盗窃犯甲(本犯)将从被害人(原所有权人)处窃得的笔记本电脑委托给乙(行为人)代为销售,知晓全部情况的乙在将笔记本电脑卖给丙(买受人)之后心起犯意,将销售所得 1 万元占为己有。在本文看来,此时行为人不论是在与原所有权人还是在与本犯的关系上,都无法成立侵占罪。对于销赃所得款物,赃物原所有权人并不取得所有权,其只能基于侵权责任或不当得利请求权要求行为人赔偿损失或返还销赃所获利益。同时,本犯也不对销赃款物享有任何民事权利。其既不能基于所有权,也不能基于委托合同或侵权责任请求行为人向自己交付销赃所得款物。因为其并非销赃款物的所有权人,其与行为人之间的委托合同依民事法律无效,而且其对赃物本身也并无权利可言。本犯虽然损失了对赃物的无权占有,但却无法以不当得利为由请求行为人返还销赃款物。因为依据不当得利的构成要件,只有当一方当事人的损失是因另一方当事人获得利益所造成时,才能肯定前者可以要求后者返还所受利益。^[121] 然而,销赃款物却是赃物交换价值的体现,并非无权占有的对价利益,故而行为人的获利(销赃款物)与本犯损失(无权占有)之间并无因果关联。由此可见,对于销赃所得款物,原所有权人和本犯均不取得所有权,本犯对销赃款物亦不享有其他任何民事法律上的请求权。既然如此,行为人将销赃款物据为己有的,也就不能相对原所有权人或本犯构成侵占罪。当然,在特定情况下,行为人仍然可能在与买受人的关系上构成侵占罪(如买受人委托行为人为将货款转交给本犯,行为人却将之据为己有)。此时的判断标准与前述不法原因委托或给付的场合相同,这里不再赘述。此外,行为人若构成《刑法》第 312 条赃物犯罪或对善意买受人构成诈骗罪,也应当受到相应处罚。

(四) 结论

综上所述,在考察不法原因给付与侵占罪成立之关系时,应当区分不法原因给付与不法原因委托,并根据民事法律有关所有权和其他财产权利的认定来界定行为人是否将“他人”财物“非

[120] 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,页 761。

[121] 参见王利明等:《民法学》(第二版),法律出版社 2008 年版,页 465。

法”占为己有。鉴于我国民法不采物权无因性原则,在不法原因给付与委托的场合,给付物与委托物的所有权原则上均不发生转移,其相对行为人而言仍属“他人”财物。又由于侵占罪中的“代为保管”不必基于合法的委托信赖关系,且不法原因委托并不排除委托人或原权利人的返还请求权,因此,行为人将不法原因委托物据为己有的,正是将自己“代为保管”的他人财物“非法”占为己有,从而构成侵占罪。相反,由于不法原因给付制度原则上排除不法给付者的返还请求权,行为人将所给付财物据为己有的,并不违反民事法律规范,不能成立侵占罪。当然,在不法原因给付仅限于对财物的使用、收益权以及应当对不法原因给付制度加以目的性限缩,例外地肯定给付者的返还请求权时,仍有认定行为人构成侵占罪的余地。在涉及货币侵占以及赃物侵占的案件中,也同样应当依据民事法律规范考察行为人是否构成侵占罪。受委托窝藏或代为销售赃物的行为人将赃物占为己有的,构成侵占罪。但是,若其将销赃所得款物占为己有,则不能相对于本犯或原所有权人构成侵占罪,只在与买受人的关系上存在成立侵占罪的可能。

Abstract: In civil law, the rule of payment of unlawful cause is aimed at preventing unlawful payment generally. Unlawful payment requires payer's conscious, intentional and binding payment to the recipient, out of unlawful cause which is realized by the payer. The rule of payment of unlawful cause makes payer unable to request recipient to return the property on unjust enrichment or proprietorship ground, but does not exclude the payer the claim for damage compensation on tort ground. If the unlawful cause can only be attributed to the recipient, or if exclusion of the right to demand the return of the property is against the purpose of rule, the rule of payment of unlawful cause should be construed limitedly accordingly. When considering the relationship between payment of unlawful cause and the crime of embezzlement, payment of unlawful cause and trust of unlawful cause should be distinguished, and whether the person constitutes illegal occupation should be determined by enjoyment of the civil rights. Misappropriation of property acquired by trust of unlawful cause constitutes the crime of embezzlement, while misappropriation of property acquired by payment of unlawful cause generally does not, except only in payment of usufructuary right of unlawful cause and other occasions which the rule of payment of unlawful cause should be construed limitedly for the purpose of the rule, there is still room for crime of embezzlement. When it comes to embezzlement of currency and the stolen property, the constitution of embezzlement should also be judged according to relevant civil laws.

Key Words: Payment of Unlawful Cause; Trust of Unlawful Cause; Crime of Embezzlement; Property Owned by Others; Illegal Occupation

(责任编辑:江 溯)