

不当得利与财产犯罪的关系

张明楷*

[关键词] 不当得利 财产犯罪 关系

[摘要] 不当得利与财产犯罪不是对立关系,而是交叉关系(部分场合为特殊关系)。不能以某种行为属于民法上的不当得利为由,否认该行为构成财产犯罪。换言之,民法上的不当得利,也可能构成刑法上的侵占、盗窃、诈骗等罪。

[中图分类号] DF611 **[文献标识码]** A

[文章编号] 1004-4043(2008)-07(上)-0024-5

一、不当得利与财产犯罪的关系概述

在刑事案件事实属于民法上的不当得利时,一些人习惯于以“该行为属于民法上的不当得利”为由,得出不成立财产犯罪的结论。这种观念与做法并不可取。

调整和处理财产关系,是民法的重要内容。任何故意或者过失(乃至无过错地)侵犯他人财产的行为,不管其是否触犯了刑法,都可谓违反了民法,成为需要承担民事责任的行为。但是,刑法仅将部分值得科处刑罚的侵犯财产的行为类型化为财产犯罪,这些被类型化为财产犯罪的行为,并不因为被刑法禁止后,而不再成为民事违法行为。换言之,财产犯罪都具有双重性质,一是违反了刑法,二是违反了民法。侵犯财产的行为,只有不触犯刑法时,才仅依照民法处理。刑法并没有规定不当得利罪,所以,民法上的不当得利不可能一概成为刑法上的犯罪行为。但是,民法上的不当得利行为,也可能触犯刑法上的侵占、盗窃等罪。如同不能因为杀人、伤害行为是民法上的侵权行为而否认其构成刑法上的犯罪一样,也不能因为某种行为在民法上是不当得利,而否认其构成刑法上的财产犯罪。

一个案件事实,总是具有多重属性,常常牵涉多项法律,以不同的法律规范为指导归纳、评价案件事实,就会得出不同结论。可以肯定的是,离开了法律规范的指导,就不能妥当归纳和评价案件事实。例如,甲是某国家机关的科长,为了提升为处长,而向有决定权的领导乙提供了10万元人民币,乙收到后立即上交给纪委,并说明了真相。倘若有人不以有关行贿罪的法律规范为指导,将案件事实归纳为“甲为了进步而奉献了10万元人民币”,那么,甲的行为无论如何也不是行贿罪。再如,A将B的鱼池闸门打开,让B喂养的鱼游进大河。假如有人不以有关故意毁坏财物罪的刑法规范为指导,将案件事实归纳为“A使活鱼游入大河”,那么,A的行为无论如何也不构成故意毁坏财物罪。概言之,如若不以刑法规范为指导归纳案件事实,任何行为都不可能构成犯罪。所以,必须在一定的法律规范指导下归纳和评价案件事实。据以指导的法律规范不同,对案件事实得出的结论就不同。于是,有的人会以民法规范为指导讨论案件事实,认为案件事实属于不当得利;有的人会以刑法规范为指导讨论案件,认为案件事实构成财产犯罪。显然不能认为,只要在民法上得出了案件事实属于不当得利的结论,就不能从刑法上得出案件事

* 清华大学法学院教授。

实构成财产犯罪的结论。认为民法上的不当得利案件不构成犯罪的观点,都可谓没有以刑法规范为指导归纳案件事实,使以民法规范为指导的归纳与判断,取代了以刑法规范为指导的归纳与判断。

如果认为,只要某种案件事实符合其他法律的规定,就不得再适用刑法,那么,刑法必然成为一纸空文。例如,遇到杀人、伤害等案件时,人们都可以说:“这在民法上属于侵权行为”,事实上,民法理论也经常将杀人、伤害案件作为侵权案例讨论。但是,法官绝不能以此为由,否认杀人、伤害行为构成刑法上的杀人罪、伤害罪。因为杀人行为、伤害行为既是民法上的侵权行为,也是刑法上的犯罪行为。遇到抽逃巨额出资的案件时,人们都可以说“这是违反公司法的行为”。可是,检察官与法官依然不能以此为由,否认该案件成立刑法上的抽逃出资罪。因为抽逃巨额出资的行为,既是公司法上的违法行为,也是刑法上的犯罪行为。所以,以案件事实符合其他法律为由否认其符合刑法规定的构成要件,并不妥当。基于同样的理由,以案件事实属于不当得利为由否认其构成刑法上的财产犯罪,明显不当。

或许有人认为,如果将民法上的不当得利认定为刑法上的财产犯罪,就混淆了民事违法与刑事违法的界限。其实,所谓民事违法与刑事犯罪的界限,基本上是一个假问题。例如,人们经常讨论诈骗罪与民事欺诈的界限,认为存在区分二者的标准。可是,诈骗罪与民事欺诈的关系,如同男人与人的关系、汽车与财物的关系。二者之间不是界限问题,基本上是特别与普通的关系问题。既然一个人是男人,就必然是人;既然是汽车,就一定是财物。所谓诈骗罪与民事欺诈的界限,实际上只能是诈骗罪与不构成诈骗罪的民事欺诈的界限。于是,问题便在于:以什么为标准将民事欺诈中构成诈骗罪的行为挑选出来以犯罪论处?显然,凡是符合了诈骗罪构成要件的行为,就成立诈骗罪。检察官与法官通常不必再追问该行为在民法上是否属于民事欺诈。财产犯罪与不当得利,大体上是一种交叉关系,在部分场合也是特别关系(如拾得他人财产拒不返还的,都是不当得利,但只有其中一部分构成侵占罪);所谓财产犯罪与不当得利的界限,也只能是财产犯罪与不构成财产犯罪

的不当得利的界限。而认定财产犯罪的标准,是看行为是否符合财产犯罪的构成要件。所以,凡是符合财产犯罪构成要件的行为,就成立财产犯罪,而不必追问该行为在民法上是否属于不当得利。

也许有人指出,刑法具有谦抑性,既然案件事实属于民法上的不当得利,就表明采用民法方法处理即可,而不应认定为财产犯罪。在笔者看来,这是对刑法谦抑性的误解。

首先,刑法的谦抑性并不意味着对于任何个案都首先考虑、判断能否按照民法处理,只有当民法的处理不能令人满意时,才适用刑法。其一,侵犯人身、财产的案件,几乎都可以在民法上找到处理根据。如果认为对于这些案件都优先适用民法,就意味着对于这些案件都必须首先考虑能否适用民法解决争端。但事实上并非如此。其二,按照上述观点,会形成如下局面:任何案件都先采取民事诉讼程序,只有当采取民事诉讼程序的处理方法不能令人满意时,才采取刑事诉讼程序。于是,大多数刑事案件都要经过两种诉讼程序。但这是难以想象的,也与刑事附带民事诉讼的制度不相符合。换言之,刑事附带民事诉讼制度的设立,就意味着民事违法行为可能构成犯罪,构成犯罪的行为可能同时触犯民法。其三,上述观点会导致刑法的私事化,使刑法丧失安定性、公平性。例如,甲基于特殊原因故意杀害家庭贫困的乙后,拿出100万补偿乙的家属。乙的家属很满意,且不告发甲的杀人行为。这种“民事”处理能够使当事人满意,所以,对甲可以不追究刑事责任。A杀害B后因为无钱补偿,就必须承担刑事责任。于是,刑法关于故意杀人罪的规范适用,完全取决于案外事实。这是不能令人接受的局面。不可否认,刑法的谦抑性既是立法原理,也是指导司法工作人员解释刑法、适用刑法的原理,但它不是处理个案的规则。一旦解释者在遵循罪刑法定原则的前提下,对刑法所规定的构成要件作出了合理解释,那么,对于符合犯罪构成的行为,就应当以犯罪论处。

其次,刑罚的目的不同于民事责任的目的,即使民事处理令人满意,也不意味着刑罚目的的实现。民法旨在解决民事主体之间的纠纷,对私权利进行救济,因而民事责任主要是赔偿责任。刑法是制裁犯罪

行为的法律,刑罚的目的是预防犯罪,故刑事责任是惩罚的承担,而不是损失的赔偿。在将财产犯罪作为民法上的不当得利处理时,虽然也能使被害人的财产得到救济,但既不能防止行为人再次实施类似行为,也不足以预防其他人实施类似行为。

如上所述,不管案件事实是否属于民法上的不当得利,只要其与刑法规定的犯罪构成相符合,就能够适用刑法。司法工作人员必须把应当判决的具体个案与规定犯罪构成要件的刑法规范联系起来;要从案件到规范,又从规范到案件,对二者进行比较、分析、判断。对于案件事实,要以可能适用的刑法规范为指导进行分析;反之,对于刑法规范,要通过特定个案或者案件类型进行解释。如果司法工作人员不能妥当解释侵占罪的构成要件,就会将侵占事实认定为其他犯罪或者宣告无罪;同样,如果司法工作人员虽然妥当解释了侵占罪的构成要件,但将侵占事实认定为盗窃性质,也会得出不当结论。事实上,许多案件之所以定性不准,是因为人们对案件事实认定有误。因此,对案件事实的认定,成为适用刑法的关键之一。在某种意义上说,“法律人的才能主要不在认识制定法,而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点之下分析生活事实。”^①在遇到案件事实可能触犯刑事犯罪时,司法工作人员应当在刑法规范的观点之下进行分析,目光要不断往返于罪刑规范与案件事实之间,而不能简单地以案件事实属于不当得利为由,认为案件事实不构成犯罪。

二、不当得利与财产犯罪的关系分述

那么,民法上的不当得利在什么情况下会构成刑法上的哪种犯罪呢?下面列举几种主要情形说明。

(一)侵占罪

将自己占有的他人财物据为己有,或者将他人非基于本意而脱离占有的财物据为己有的行为,虽然在民法上属于不当得利,但在刑法上成立侵占罪。

案例一:“甲有某套猫熊金币,借给乙观赏,乙擅

自将之让售于善意之丙,取得价金。”这在民法上属于非给付不当得利中的侵害他人权益不当得利的情形。^②但这种行为在刑法上构成第二百七十条第一款规定的侵占罪(以下称普通侵占罪)。普通侵占罪,是指将代为保管的他人财物非法据为己有,数额较大,拒不退还的行为。行为对象是自己代为保管的他人财物。“代为保管”是指受委托而占有,即基于委托关系对他人财物具有事实上或者法律上支配力的状态,包括事实上的占有与法律上的占有。事实上的占有,与盗窃罪对象——“他人占有的财物”中的占有含义相同。^③只要行为人对财物具有事实上的支配即可,不要求事实上握有该财物。因此,事实上的支配或占有不同于民法上的占有,只要根据社会的一般观念可以评价为行为人占有,即使在民法上不认为是占有,也可能成为本罪的对象。法律上的占有,是指行为人虽然没有事实上占有财物,但在法律上对财物具有支配力。在案例一中,乙征得甲的同意事实上占有了甲的金币,已经符合“代为保管的他人财物”的对象要件;乙将金币出卖给不知情的丙,取得价金,表明其已经将金币据为己有;乙具有侵占罪的故意与非法占有目的,自不待言。综上所述,只要乙侵占的财物达到法定的数额标准,就成立普通侵占罪。

案例二:甲在银行柜台取款8万元,并将钱装入布袋,但因为疏忽没有装好,走出银行后,1万元掉在地上。几分钟后,打算进银行取款的乙发现地上的1万元,便据为己有,拒不返还。这是民法上最为典型的不当得利,同样也是刑法上最为典型的对遗忘物的侵占罪(以下称遗忘物侵占罪)。刑法第二百七十条第二款中的遗忘物,是指非基于他人本意而脱离他人占有,偶然(即不是基于委托关系)由行为人占有或者占有人不明的财物。因此,他人因为认识错误而交付给行为人的财物,邮局误投的邮件,楼上飘落的衣物,河流中的漂流物等,只要他人没有放弃所有权的,均属于遗忘物。案例二中的乙,以非法占有

^①就“代为保管”中的事实上的占有而言,只有这样解释,才使盗窃罪与侵占罪之间既不重叠,又无漏洞:对他人占有的财物成立盗窃罪;对自己占有的财物成立侵占罪。如果将代为保管解释得比占有宽,就意味着一部分代为保管与他人占有相重叠,导致盗窃罪与侵占罪难以区分;如果将代为保管解释得比占有窄,就意味着盗窃罪与侵占罪之间存在漏洞。更为重要的是,侵占罪是仅侵害所有、没有侵害占有的犯罪,故应当将代为保管解释为占有(普通用语的规范化)。

为目的, 侵占了非基于甲的本意而脱离了甲占有的1万元人民币, 完全符合遗忘物侵占罪的构成要件。由此可见, 民法上的不当得利完全可能构成侵占罪。

(二) 盗窃罪

与侵占罪不同, 盗窃罪只能是盗窃他人占有的财物, 对自己占有的财物不可能成立盗窃罪; 所以, 判断财物由谁占有、是否脱离占有, 是区分侵占罪与盗窃罪的关键。当他人并没有丧失对财物的占有, 而行为人违反他人意志, 将该财物转移为自己或者第三者占有时, 就成立刑法上的盗窃罪。

案例三: 张某发现邻村王某家长期无人, 而其房前屋后有零星杨树15棵已经成材, 遂产生利用杨树骗取财物的念头。2006年5月8日, 张某对经常走村串户收购树木的宋某说自己有15棵杨树出售, 并把宋某带到王某的树木处现场商谈价格, 最终以1.1万元的价格成交, 宋某即按约定付给张某现金1.1万元。第二天, 宋某带人将15棵杨树砍伐运走, 后案发。在民法上, “无权处分人将他人财产出卖给第三人, 而第三人构成善意取得时, 受害人可请求无权处分人返还不当得利, 并可基于侵权行为请求赔偿损失。”^[3]据此, 张某的行为属于不当得利。但是, 张某的行为无疑成立盗窃罪。盗窃罪, 是指以非法占有为目的, 违反被害人的意志, 将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有的行为。案例三中的张某, 似乎没有实施转移财物的行为, 但事实上并非如此。正如日本学者山口厚所言: “没有处分权却擅自出卖他人的所有物, 让不知情的买主搬走财物的场合(利用没有故意的间接正犯的事例), 成立盗窃罪。在这种场合, 行为人自己窃取财物, 与将该财物交付给第三者, 在实体上是相同的, 故肯定盗窃罪的成立是没有问题的(只是行为人节省了两次转移财物的劳力)。”^[4]

案例四: 王某和张某同乘一辆长途客车去省城, 王某坐在张某对面的座位上, 客车运行至深夜, 王某躺在自己的座位上睡觉, 其手机(价值1000余元)从上衣兜里滑出掉在座位下的地板上, 张某见状遂将手机捡起放在自己贴身的衣袋内。清晨, 王某发现自己的手机丢失后向警方报案, 警方立即赶到现场, 从张某身上将手机查获。对于本案, 存在三种处理结

论: 盗窃罪、(遗忘物)侵占罪与民法上的不当得利。^[5]其实, 即使肯定张某的行为属于民法上的不当得利, 其行为也成立刑法上的盗窃罪。虽然表面上看, 王某的手机从上衣兜里滑出掉在座位下的地板上, 但在刑法上依然属于王某占有。因为刑法上的占有, 是根据社会的一般观念作出判断的, 只要存在可以推知由他人事实上支配的状态, 就应认定为他人占有。例如, 他人门前停放的自行车, 即使没有上锁, 也应认为由他人占有。又如, 挂在他人门上、窗户上的任何财物, 都由他人占有。同样, 在特定场所, 所有人、占有人在场的, 原则上应认定为所有人、占有人占有财物。例如, 飞机与长途汽车上乘客的手提行李, 不管其放在何处, 都由乘客占有。在案例四中, 存在可以推知手机由王某事实上支配的状态(如手机在王某的座位下、王某并没有下车、客车深夜行驶并非上下车乘客很多、张某“捡起”手机的时间等), 故应认定该手机依然由王某占有, 而非遗忘物。张某将王某占有的手机转移给自己占有, 并具有非法占有目的, 理当成立盗窃罪。

(三) 诈骗罪

诈骗罪, 是指以非法占有为目的, 使用欺骗方法, 骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的基本构造为: 行为人实施欺骗行为——对方(受骗人)产生或继续维持错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或第三者取得财产——被害人遭受财产损失。民法上的不当得利, 也可能符合刑法上的诈骗罪构成要件, 进而成立诈骗罪。

案例五: 王某拿2000元到银行开户, 银行职员因为疏忽, 在为王某开户时将存款额写成2万元。王某发现后并没有告诉银行职员, 次日, 王某从银行柜台取出2000元, 得知银行职员并没有发现问题, 于是在几天后到另一储蓄所, 通过银行职员取走了剩下的1.8万元。银行对帐发现错误, 找到王某要求其退还1.8万元, 王某拒不退还。王某的行为在民法上也是不当得利, 但同时成立刑法上的诈骗罪。首先, 在王某取出1.8万元以前, 银行职员的疏忽并不意味着王某已经在法律上占有了银行1.8万元, 银行的1.8万元现金也不可能成为遗忘物, 因此, 王某取出1.8万元的行为不成立侵占罪。其次, 王某取出

1.8 万元的行为并非盗窃或盗窃罪的间接正犯。最后,王某隐瞒事实,使银行职员误以为王某有权取出 1.8 万元进而处分了 1.8 万元。王某的行为完全符合诈骗罪的构成要件。对类似案件以诈骗罪论处,也是日本的判例立场与刑法理论的通说。^[6]

案例六:2006 年 3 月 15 日 11 时许,褚某在某超市捡到失主章某遗失在该超市的取包牌之后,拿着取包牌从超市的保管人员那里将章某存在寄存处的一只皮包取出,包内有价值人民币 1.03 万余元的笔记本电脑一台。当天下午,褚某被公安人员抓获后承认占有该包的事实。对此存在三种处理结论:民法上的不当得利、遗忘物侵占罪与诈骗罪。^[7]首先,褚某的行为虽然在民法上是不当得利,但如前所述,只要该行为触犯了刑法,就不能仅按不当得利处理。其次,主张褚某的行为构成遗忘物侵占罪的观点,难以成立。虽然超市的取包牌没有任何个人的标记,但取得取包牌并不等于取得了笔记本电脑;褚某是在捡得取包牌后另实施其他违法行为,才取得笔记本电脑的。再次,褚某是通过欺骗保管人员(假冒存包人)而取得章某的笔记本电脑的,该欺骗行为是盗窃罪的间接正犯还是诈骗罪(三角诈骗),则是需要研究的问题。在受骗人(财产处分人,案例六中的管理人员)与被害人(章某)不同的情况下,要认定为三角诈骗,前提是受骗人具有处分(交付)被害人财产的权限或处于可以处分被害人财产的地位。换言之,盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的关键区别在于:被害人是否具有处分被害人财产的权限或地位。对此,需要综合以下因素判断:受骗人是否被害人财物的占有辅助者,是否属于被害人阵营,受骗人转移财产的行为(排除被骗的因素)是否得到社会一般观念的认可,如此等等。在案例六中,认为管理人员具有处分被害人财产的权限,进而认定褚某的行为构成诈骗罪,是有道理的。据此,民法上的不当得利,完全能够成立刑法上的财产犯罪。倘若认为褚某的行为成立盗窃罪的间接正犯,也说明民法上的不当得利可以成立刑法上的财产犯罪。

(四)其他犯罪

民法上的不当得利,不仅可能成立刑法上的其他财产犯罪,还可能成立刑法上的经济犯罪。例如,

侵害他人著作权获得利益的,属于无法律上原因获得利益并致他人受到损失的行为,应成立不当得利。但这种行为可能构成侵犯著作权罪或者销售侵权复制品罪。再如,未经专利权人的许可使用其专利而获得利益的,成立不当得利。但这种行为完全可能成立假冒专利罪。

其实,民法上的不当得利,是外延很宽的概念。只要行为人没有合法根据,获得了财产利益,对方遭受了财产损失,获得利益与对方损失之间具有因果关系,不管行为人是善意还是恶意,都成立民法上的不当得利。所以,一方面,不当得利完全可能同时也是侵权行为,上述案例三至案例六就是如此。犯罪行为与侵权行为也是特别关系或者交叉关系。这从另一角度说明,不当得利完全可能构成刑法上的犯罪。另一方面,按照民法上不当得利的成立条件衡量时,刑法上的抢劫、抢夺、敲诈勒索也都是民法上的不当得利。倘若以行为属于不当得利为由否认财产犯罪的成立,财产犯罪就没有成立余地了。司法工作人员应当充分认识到,不当得利与财产犯罪不是对立关系,而是交叉关系(部分场合是特别关系);民法上的不当得利,也可能构成刑法上的侵占、盗窃、诈骗等罪。诚然,在案件事实构成财产犯罪的情况下,被害人以不当得利提起民事诉讼时,司法机关能否追究加害人的刑事责任,是需要另外研究的问题。但可以肯定的是,不能以某种行为属于民法上的不当得利为由,否认该行为构成财产犯罪。

[参考文献]

- [1][德]亚图·考夫曼.类推与“事物本质”——兼论类型理论[M].台北:台湾学林文化事业有限公司,1999.87.
- [2]王泽鉴.债法原理(第二册)·不当得利[M].北京:中国政法大学出版社,2002.24
- [3]马俊驹,余延满.民法原论[M].北京:法律出版社,2005.1058.
- [4][日]山口厚.刑法各论[M].东京:有斐阁,2005.192.
- [5]李至鑫.在车上拾他人熟睡时掉落的手机如何定性[N].检察日报,2005-12-9.
- [6][日]大谷实.刑法讲义各论[M].东京:成文堂,2007.286.
- [7]李义欣,沈兆堂.拾得取包牌在超市冒领皮包该定何罪[N].检察日报,2006-7-21.

[编辑:喻建立]