

# 日本刑法中的“存款的占有”：现状、借鉴与启示

李 强\*

**摘 要：**日本的判例和学说区分不同情形讨论了存款占有问题。在原金钱所有人与行为人之间存在委托信任关系的场合，肯定说是主流。即，认可基于存款的对金钱的占有，从而认定行为人构成委托物侵占罪。在原金钱所有人与行为人之间不存在委托信任关系的场合，主要是指错误汇款，否定说是主流。即，不承认基于存款的占有，从而认定行为人构成诈骗罪、盗窃罪。但主张成立脱离占有物侵占罪的肯定说也相当有力。双方的争论反映了日本刑法理论关于占有概念的基本认识、日本刑法的特殊立法例以及刑法与民法理论之间的复杂关系。由于我国刑法规定的特殊性，我们在借鉴日本相关理论处理存款占有问题时，可以采取不同的路径。

**关键词：**存款的占有 被委托的金钱 错误汇款 日本刑法

## 一、问题的提出

存款占有问题反映了刑法中占有所具有的不同属性、类别之间的错综复杂关系。这是因为，刑法理论虽然强调，相较于民法上的占有，刑法中的占有具有更强的事实支配性，但该事实性支配并未被限定为纯粹物理的、现实的支配，而也包括社会的、规范的支配。即，考虑到财物的大小、形状、性质、价值高低、所在场所的性质以及与人的时间、场所关系等因素，虽然没有物理的支配，但从规范的、社会的见地出发，在作为该物适当管理方法的排他性被承认的场合，占有事实也被认可。<sup>(1)</sup>但是，如此考虑会导致如下问题：就某一财物，上述两类支配——物理的、现实的支配与社会的、规范的支配——同时存在，且分属不同主体时，承不承认基于社会的、规范的支配而形成的占有，以及该财物的占有归属如何？存款的占有就是适例。一方面，金钱处于银行等金融机构的物理支配之下；

---

\* 清华大学法学院 2007 级博士研究生。

在本文的撰写过程中，黎宏教授提出了非常中肯的修改意见，令本文更加完善，在此谨表谢意。至于本文的一切错误，由笔者负责。

<sup>(1)</sup> 参见〔日〕曾根威彦：《刑法の重要問題（各論）》，成文堂 1996 年补订版，第 144~145 页。

另一方面，根据存款合同，存款名义人有权向银行请求支付等于或者小于存款额度的现金，银行则有义务支付，即存款名义人在法律上支配着与存款等额的金钱。

对于存款占有问题，我国尚未广泛、深入研究，但司法实践中已经出现相关案例，需要我们探讨、解决。例如云南的何鹏案。<sup>(2)</sup>相反，在日本存款占有问题已经得到了广泛、深入探讨。对此，笔者意在陈述、总结、评价日本相关学说，以对我国处理这一问题有所借鉴、启发。接下来，笔者就区分不同情形，评述日本刑法判例、理论关于存款占有的观点。

## 二、行为人与原金钱所有人之间存在委托信任关系的场合

### (一) 以存入自己名义账户的方式保管被委托的金钱

#### 1、肯定说

在这一场合，判例的主流肯定了行为人（存款名义人）基于存款的对金钱的占有，从而认定行为人构成委托物侵占罪（以下称肯定说）。其适例是，村长将被委托给自己保管的作为村子基本财产的金钱存入自己的银行账户，后来又出于自己利用的目的提取该笔款项。对此，日本战前最高法院 1912 年 10 月 8 日判决做出了前述认定。学界通说对此也持赞同态度。<sup>(3)</sup>

肯定说的理由大致如下。

行为人作为存款名义人，对与存款等额的金钱享有合法的存款债权，基于此可以肯定其对该金钱的占有。侵占罪中的占有不仅包括对财物的现实支配，还包含对财物的法律支配。财物所有人与行为人，即财物占有人，之间具有委托信任关系是委托物侵占罪中占有的成立前提。基于这一关系，行为人对财物拥有一定程度的处分权，处于在法律上可以部分地处分财物的地位。因此，行为人是否拥有这一权限、是否处于这样一种地位、是否有滥用这一权限和地位的可能，就成了判断以下事项的关键：行为人是否在法律上支配了财物，从而构成委托物侵占罪中基于法律支配而形成的占有。在本场合下，（1）行为人受委托保管金钱，且被允许以将该金钱存入自己名义账户的方式来保管该金钱。由于是存入自己名义的账户，所以，行为人与银行之间就成立合法的债权债务关系。对于银行，其作为存款名义人，就处于一种可以合法支配与存款等额的金钱的地位；（2）“存款者和银行之间所形成的、请求银行返还和存款额度相同的现金的权利即存款债权和一般的债权相比，履行的可能性极高，存款者将银行作为金库的代用品进行利用，任何时候都能拿出钱来，对存款的自由处分也很容易。”<sup>(4)</sup>基于这两个理由，可以认定行为人（存款名义人）在法律上支配了与存款等额的银行内的金钱。

侵占罪的对象必须是“他人的财物”，虽然在民法上金钱的占有和所有是同一的，但是，对于被委托的金钱，仍然能够认定其为他人所有的财物。根据民法原理，当作为受托人的行为人从委托人那里接受金钱时，金钱的所有权即转移给受托人。因此，是否存在成立侵占罪所要求的“他人的财物”就有疑问。对此，

---

<sup>(2)</sup> 何鹏案主要案情如下。2001 年 3 月 2 日，何鹏持账面余额仅 10 元的储蓄卡，在 ATM 机上查询生活费是否到账。但是，他发现自己卡上的 10 后面冒出了很多个“0”，足有百万元之巨。于是，何鹏尝试取款 100 元，成功之后，两天内分别从 9 个 ATM 机取款 221 次，共计 42.97 万元。法院认定何鹏构成盗窃罪，且数额特别巨大，遂于 2002 年 7 月 12 日判处其无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

<sup>(3)</sup> 也有学者持不同意见。例如，松宫孝明教授认为，该判决的理论构成尚不明确，在该判例中存在对于被取出的现金认可成立侵占罪的解释空间，但是，还不能断定这一判例认可了对存款的占有。参见〔日〕松宫孝明：《刑法各論講義》，成文堂 2008 年第 2 版，第 263 页。

<sup>(4)</sup> 黎宏：“论财产犯中的占有”，《中国法学》2009 年第 1 期。

日本判例和学说的主流认为，被委托的金钱仍然是他人所有的财物。例如，被告人从T等数人那里接受了代买茶叶的委托，保管着用于购茶的钱，后来，被告人将该笔金钱作为自己的生活、娱乐费用予以消费。对于这一案件，日本最高法院1951年5月25日第二小法庭的终审判决认可了这一被委托金钱的他人性，从而判定被告人构成委托物侵占罪。对此，学者认为，民法看重金钱作为支付手段的流通性和可替代性，从而注重保护动态的交易安全，但刑法则不同，其注重保护财产的法秩序以及财产的静态安全；况且，即便是金钱这样的可替代性很高的物，基于委托人的委托意图，也不允许受托人自由处分；因此，在这类情形中，金钱具有一定的特定性，可以认为，金钱的所有权仍然属于委托人。<sup>(5)</sup>那么，在受托保管金钱，从而将之存入自己名义账户的场合下，尽管与前述代购茶叶案相比，保管形态不同，即一者为现金，一者为银行存款，但是，行为人都会因为委托人的意思而不能自由处分被委托的金钱。因此，在这一场合下，可以认为金钱的所有权仍然属于委托人。

如果否定存款名义人基于存款的对金钱的占有，会造成刑罚上的不均衡。有学者就此论述说，与在持有现金的情形下实施领得行为构成侵占罪相比，出于保管的目的而将受托金钱存入银行，进而实施处分行为，只构成背任罪，这并不合理。<sup>(6)</sup>山口厚教授也认为，如果否定基于存款的对金钱的占有，而行为人又没有提取现金，只是转账、划拨的话，就不能成立委托物侵占罪，而只是是否成立背任罪的问题，这有失均衡。因为，侵占罪的主体范围较广，并且有业务侵占罪这一加重类型存在，但背任罪不仅主体范围较小，且没有相应的加重类型。因此，肯定说是妥当的。<sup>(7)</sup>比如，为他人处理业务者，为了偿还债务而将受托保管的金钱交予自己的债权人，构成作为侵占罪加重类型的业务侵占罪（根据日本刑法规定，处10年以下惩役）。如果该行为人将该受托金钱存入银行，然后为了偿还债务而将之划拨、转账至自己的债权人的账户，若否定基于存款的占有，则行为人只构成法定刑较轻的背任罪（处5年以下惩役或者50万日元以下罚金）。实际上，这两种行为对委托信任关系的侵害、给委托人造成的财产损失，没有本质差异，如此的刑罚差异是不合理的。

## 2、否定说

虽然肯定说是日本判例和学说的主流，但是，否定说的批判也很有力。

基于存款的占有不仅扩张了占有的概念，也扩张了物的概念。<sup>(8)</sup>也就是说，在认定占有和“他人的财物”这两个方面，肯定说都存在疑问。比如，如果基于肯定说，会出现如下情况：就作为存在于银行等机构中的不特定物的金钱，肯定存款人的占有。但是，银行等机构中的现金准备额往往比存款总额少，所以，这种所谓的占有不过是一种拟制罢了。并且，由于存款是债权，就使得财物的概念被扩大，这是有疑问的。<sup>(9)</sup>高桥则夫教授指出，根据日本民法典第666条，银行与存款人之间成立所谓消费寄托契约——约定在期限之前返还同种、同等、同量之物的寄托——银行取得金钱的所有权，而存款人则在基于存款债权取出相应

<sup>(5)</sup> 参见〔日〕佐久間修：“使途を定めて寄託された金銭の他人性”，载西田典之等編：《刑法判例百選II（各論）》，有斐閣2008年第6版，第124~125页。

<sup>(6)</sup> 参见〔日〕的场纯男：“侵占罪中占有的意义”，载芝原邦尔编：《刑法基本判例》，有斐閣1988年版，第134页。转引自〔日〕西田典之：《日本刑法各论》（第三版），刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第177~178页。

<sup>(7)</sup> 参见〔日〕山口厚：《刑法各論》，有斐閣2005年补订版，第289页。

<sup>(8)</sup> 同上，第290页。西田典之教授也持基本相同的看法。参见前注〔6〕，〔日〕西田典之，第177页。

<sup>(9)</sup> 参见〔日〕上嶋一高：“預金による占有”，载西田典之ほか編：《刑法の争点》，有斐閣2007年版，第198页。

数额金钱时，取得对该金钱的所有权，在此并无所谓的“他人的财物”。<sup>(10)</sup> 松宫孝明教授则批判说，肯定说将实为债权的存款视为物，认可对于存款可以成立侵占罪，但是，在消费寄托的情形下，这一结论不仅与所有权转移给受托者的前提相矛盾，而且，从债权和物的概念来看，也是有疑问的。<sup>(11)</sup> 由于在自己名义存款的场合，行为人作为存款人对于银行的存款债权是合法有效的，因此，否定说虽然否定存款人基于存款的对金钱的占有，而认为该金钱在存入银行时即已归银行占有（占有与所有同一），但行为人违背委托信任关系任意处分存款的行为并没有侵害银行的占有，而是侵害了与委托人之间的委托信任关系，给委托人造成了财产上的损失，因此，只是构成背任罪。

## （二）行为人拥有处分他人名义存款的权限和地位

对此，判例和学说的基本立场也是持肯定说。具体而言，此情形例如，（1）行为人拥有签发支票的权限；（2）行为人持有存款人的存折、印签或者现金卡，并被给予处分权限。就（1）而言，有判例在现金化的阶段，就活期存款的余额肯定了侵占罪的成立（东京高等法院 1976 年 7 月 13 日判决，广岛高等法院 1981 年 6 月 15 日判决）。而在（2）的场合，如果将存折等交付给了行为人，并且委托行为人取款，那么，就能够肯定行为人（受托人）基于存款的对金钱的占有。

<sup>(12)</sup>

其实，本场合和前述第一种场合，并没有实质区别，二者都存在委托信任关系，处理的逻辑和结论应当是一致的。在自己名义存款的场合，肯定行为人（受托人与存款人）法律上的支配的主要理由就是，基于委托人（原金钱所有人）的委托，行为人可以将金钱存入银行，进而通过存款债权支配该金钱。在他人名义存款的场合，虽然存款债权属于委托人，但由于委托人的委托，受托人（行为人）获得了对存款债权的全部或者部分处分权，因此，可以说受托人是通过对他人的名义存款债权的支配，而实现了对相应数额金钱的支配。由于委托是真实合法有效的，因此，银行没有理由拒绝受托人在处分权限内的支付请求。例如，委托人将现金卡交予行为人，委托行为人替其取款 1 万元。对此，肯定说可以认为，行为人作为受托人对银行内的 1 万元现金取得了占有。当行为人将 1 万元现金取出，却未归还委托人时，就成立委托物侵占罪；若行为人超出被委托的额度取款，则成立盗窃罪。<sup>(13)</sup> 相应的，由于两种场合实质上的一致性，前述否定说的批判意见也适用于本场合。

## 三、行为人与原金钱所有人之间不存在委托信任关系的场合：错误汇款

错误汇款是指，在银行汇款过程中出现了错误，使得与汇款委托人（以下简称汇款人）本来意图所不同的人获得了汇款的情形。这一场合的问题是，当收取汇款人（以下简称收款人）明知错误汇款的事实，而仍然请求取出存款时，其行为是否构成犯罪、构成何罪。

如前文所述，在存款占有问题上，主张肯定说还是赞成否定说，其关键在于，行为人是否拥有正当的取款权限。正如山口厚教授指出的，“‘存款的占有’不是由有取款可能性而对存款事实上的支配而奠定其基础的”，“为了肯定对‘存款的

<sup>(10)</sup> 参见〔日〕高橋則夫：“誤振込み”，载西田典之ほか編：《刑法判例百選 II（各論）》，有斐閣 2008 年第 6 版，第 101 页。

<sup>(11)</sup> 参见前注〔3〕，〔日〕松宮孝明书，第 263 页。

<sup>(12)</sup> 参见前注〔7〕，〔日〕山口厚书，第 290 页。

<sup>(13)</sup> 否定说也认为行为人构成盗窃罪，但是，是对银行对现金的占有的侵害。

占有’并不要求存款者有能够支配存款的事实上可能性，有必要认定的是存款者具有正当的取款权限”。<sup>(14)</sup>这一权限，要么来源于行为人的存款人身份，要么来源于存款人的委托。但是，在错误汇款的场合，显然并不存在委托信任关系。而收款人虽然名义上是存款人，但作为存款债权原因的法律关系并非毫无问题，因此，收款人的取款权限是有疑问的。

### （一）否定说

否定说正是基于上述疑问而认为，收款人不具有合法的取款权限，因此并不占有与存款等额的金钱，故而其行为构成盗窃罪（利用现金卡在ATM机上取款）、诈骗罪（在银行营业窗口取款）。否定说的这一主张也有相应的民事审判例支持。对于错误汇款，从前的民事下级审判例认为，如果汇款人与收款人之间没有交易上的原因关系，那么，可以认为银行与收款人之间的存款债权也是不成立的。<sup>(15)</sup>与之相应，虽然也有认为成立脱离占有物侵占罪的刑事下级审判例（东京地方法院1972年10月19日判决），但是，随后的刑事下级审判例则认为构成盗窃罪（东京高等法院1994年9月12日判决）和诈骗罪（札幌高等法院1976年11月11日判决）。犯罪的成立理由，则包括存款债权不成立、缺少正当的取汇权限等。对此，学说上也给予了肯定。<sup>(16)</sup>例如，山口厚教授起初在其教科书中就认为，应当限于在对银行有正当取款权限时认可存款的占有，所以，在错误汇款的场合，就恶意的收款人，应当否定其基于存款的占有。<sup>(17)</sup>

但是，随着日本最高法院1996年4月26日民事审判例的做出，错误汇款场合下的存款占有问题的争论面貌，发生了重大改变。首先，肯定说获得了强有力的立论依据。对此，笔者后面会进行介绍。其次，致使否定说开始采取另外的论证思路。上述民事判例概况如下：由于汇款人的失误，向错误的汇款对象账户中汇入了金钱；之后，收款人的债权人为了从收款人那里受偿，申请冻结了该汇入款项，汇款人就此提出了第三人异议，要求禁止强制执行该笔款项。对此，判决认为，“无论作为汇款委托人与收款人之间汇款原因的法律关系是否存在，收款人与银行之间相当于上述金额的普通存款合同都成立，收款人取得对银行的与上述金额相当的普通存款债权”，当上述原因关系不存在时，“汇款委托人仅仅对收款人拥有上述等额的不当得利返还请求权”，从而不得请求禁止强制执行。<sup>(18)</sup>因此，这一判决认定，即便是错误汇款，收款人与银行之间也成立存款债权。<sup>(19)</sup>

由于最高法院肯定了，在错误汇款的场合下，收款人与银行之间仍然成立存款债权，所以，前述否认收款人拥有合法取款权限的立论就难以维持了。为此，否定说采取了新的论证思路，即，一方面承认收款人的合法取款权限，但另一方面，又从其他角度对之加以限制，从而最终否定收款人对与存款等额的金钱的占有。

日本最高法院2003年3月12日的刑事判决，就体现了这一新的论证思路。该案案情大致如下。B本欲向A所指定的账户汇入A应得的顾问费，但由于A的妻

<sup>(14)</sup> (日)山口厚：《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽译，中国人民大学出版社2009年版，第228页。

<sup>(15)</sup> 参见前注(9)，(日)上嶋一高文，第198页。

<sup>(16)</sup> 参见前注(14)，(日)山口厚书，第222~223页。另参见前注(10)，(日)高橋則夫文，第100页。

<sup>(17)</sup> 参见前注(7)，(日)山口厚书，第291~292页。

<sup>(18)</sup> 参见前注(9)，(日)上嶋一高文，第198~199页。

<sup>(19)</sup> 对本民事判决，西田典之教授认为，“有关因错误转账（即错误汇款——引者注）所形成的存款的处理，该判决着眼于在银行答应了退还请求的情况下，对此如何救济，而并不是在刑法上正面肯定本来没有权限的受领人的所谓存款债权。”（前注(6)，(日)西田典之书，第178页注1。）对此，我国学者指出，根据日本相关判例，对错误汇款进行更正，必须得到收款人的同意，这实际上是从刑法学的角度承认了该存款债权的存在。（参见前注(4)，黎宏文。）

子误将被告人甲的普通存款账户当作A的账户通知给了B，使得B将总计75万余日元的金钱汇入了甲的账户。甲通过存折的记载发现了来自B的错误汇款，但其想到以该款项来偿还自己的债务，就对银行营业窗口的职员隐瞒了错误汇款的事实，就存款账户中的92万余日元的余额，提出了88万日元的支付请求，并最终受领了该支付。<sup>(20)</sup>

对于本案，最高法院根据以下理由做出了行为人构成诈骗罪的结论：此场合下也存在值得保护的银行利益，从而可以在一定程度上限制收款人的取款权限，以及维持安全的汇款制度。判决首先认可，收款人对于银行取得了与存款等额的普通存款债权。但是，一方面，从银行的立场来看，被请求支付的存款是否为错误汇款，在决定是否立即支付相应款项上，不得不说是重要的事实。这是因为，根据银行实务的一贯做法，以及普通存款规定、汇款规定等规定的原则，发生错误汇款后，如果汇款人提出返还请求，银行要取得收款人的承诺，办理返还手续；如果收款人向银行指出错误汇款的事实，则银行会确认本行对汇入金额的处理是否有误，同时也会施行通知汇款委托方银行，以及通过该银行通知汇款人，询问有无该汇款的错误等处置措施。这些做法和措施，对于维持安全的汇款制度、避免银行卷入汇款人与收款人之间的纷争、防止汇款人与收款人等关系者之间发生无用纠纷，都是有益的和有必要的。另一方面，从收款人的立场来看，根据诚信原则以及社会生活上的道理，收款人也负有告知错误汇款事实的义务。这是因为，收款人作为根据普通存款合同，而与银行进行持续存款交易的人，当得知有错误汇款进入自己的账户，为了使银行施行上述措施，其应当告知银行该事实；另外，由于收款人不具有将相当于错误汇款金额的金钱最终作为自己财物的实质权利，其必须将错误汇款返还给汇款人，所以，上述告知义务可谓理所当然。因此，基于上述两方面原因，收款人隐瞒错误汇款事实取得汇款，就该当于诈骗罪中的欺骗，而银行职员关于有无误汇的错误，则该当于诈骗罪中的错误。正如学者所指出的，在这里，收款人与银行之间民事上的有关存款债权的权利义务关系样态另当别论，刑事判例关注的是，银行在面对错误汇款时，实际执行的应对措施及其意义。<sup>(21)</sup>

## （二）肯定说

正如前文已述，日本最高法院1996年4月26日的民事审判例，为肯定说提供了强有力的立论依据。

基于上述民事审判例，肯定说认为，既然收款人拥有合法的取款权限，那就可以认为收款人占有着与存款等额的金钱，其行为只能构成脱离占有物侵占罪。这是因为，一旦承认收款人与银行之间成立存款债权，那么，收款人就获得了取款的正当权限，银行就没有理由拒绝支付。由此，可以认为，收款人作为存款名义人，在法律上支配了与存款等额的银行内的现金，从而构成基于存款的对金钱的占有。进而，其取款行为就不是侵害了银行的现金，而只是侵害了汇款人的现金。在此，由于错误汇款而产生的与存款等额的金钱，就与被错误投递的邮件一样，可被视为脱离占有之物，从而，收款人的行为构成脱离占有物侵占罪。<sup>(22)</sup>

## （三）否定说与肯定说各自的缺陷

虽然肯定说和否定说言之凿凿，但各自都有难以克服的理论缺陷。

### 1、肯定说的缺陷

<sup>(20)</sup> 参见前注(10)，(日)高橋則夫文，第100页。

<sup>(21)</sup> 参见前注(14)，(日)山口厚书，第226~227页。

<sup>(22)</sup> 参见前注(9)，(日)上嶋一高文，第199页。

对于肯定说而言，在错误汇款的场合，很难说存在作为脱离占有物侵占罪对象的“他人的财物”。就被委托的金钱而言，虽然其也会由于金钱的特殊属性而存在认定“他人的财物”的困难，但是，由于存在委托信任关系，我们可以认为，此时有值得保护的委托人的优越利益，即，委托人对于该金钱拥有强于被委托人的权限。这样，判例和学说就可以通过委托信任关系，以及限定金钱的用途等事实，在一定程度上，将被委托的金钱特定化。但是，错误汇款的场合并没有委托信任关系，而前述最高法院 1996 年的民事判例认为，此时汇款人仅仅享有债权性质的不当得利返还请求权，这一权利在效力等级上，与收款人的存款债权是相同的。这样就很难认为，汇款人对于与存款等额的金钱，即其汇出的款项，拥有优越于收款人的利益。对此，也有学者指出，存款合同乃民法上的消费寄托合同，即，尽管金钱的所有权归于银行，但取款人可以通过存款债权取款，获得该金钱的所有权，因此，不能说存在所谓“他人的财物”。另外，如果可以承认汇款人拥有准所有权性质的物权请求权，那么，也可以认可汇款人的所有权，从而形成所谓“他人的财物”，但一般而言，这样的请求权是不被认可的。这些都表明，与错误汇款有关的金钱的所有权归属是个问题。<sup>(23)</sup>山口厚教授也认为，如果以最高法院 1996 年的民事判例为前提，就很难积极地认定，汇款人对相当于错误汇款金额的存款债权具有“更强的权利”。因此，即便能够认定，收款人占有着因错误汇款而取得的存款，但因为该金额是收款人的物，而不能说是汇款人的物，所以，也能够否定脱离占有物侵占罪的成立。<sup>(24)</sup>

## 2、否定说的缺陷

对于否定说而言，其所依据的收款人的告知义务、银行有值得保护的财产上利益都无法成立，并且其主张也会造成民事法与刑事法行为规范的分裂。

首先，既然民事判例认可了合法的存款债权，那么，否定说主张，针对银行占有下的金钱，收款人构成诈骗罪和盗窃罪，就会带来民事法与刑事法行为规范的分裂。<sup>(25)</sup>

其次，前述最高法院 2003 年刑事判例认定收款人负有告知义务的结论，无法成立。如果认为，无论是否存在错误汇款，由于有合法的存款债权，银行都不应当拒绝支付，从而，银行无法左右是否同意错误汇款场合下的取款请求，那么，错误汇款的事实就不再重要。这就从根本上否定了收款人的告知义务。另外，根据判断的风险应当由被告知人负担的观点，也可以否定收款人的告知义务。<sup>(26)</sup>这也就是说，在收款人享有合法存款债权的前提下，要认可收款人的告知义务是非常困难的。况且，将该义务的发生根据诉诸信义原则，也不是没有问题。<sup>(27)</sup>

最后，在错误汇款的场合，并不存在值得保护的银行财产上的利益。如前文所述，否定说认为成立诈骗罪的主要理由是，强调银行为了应对错误汇款而应当采取的事后处置措施的意义。“因此，有必要授予银行调查或者确认错误汇款的机会，将之作为银行对于取款权限的制约，认可银行在上述限度以内可以不立即同意支付的利益。一般认为，收款人隐瞒错误汇款的事实导致的银行上述限度的不利益就属于欺骗行为。”“可以说，判例是打算通过因收款人的欺骗致使未达成上述制约（银行未获得调查、确认错误汇款的机会等）来肯定诈骗罪的成立的。”

<sup>(23)</sup> 参见前注（10），（日）高橋則夫文，第 101 页。

<sup>(24)</sup> 参见前注（14），（日）山口厚书，第 232 页。

<sup>(25)</sup> 参见前注（10），（日）高橋則夫文，第 101 页。

<sup>(26)</sup> 参见前注（14），（日）山口厚书，第 232 页。

<sup>(27)</sup> 参见前注（10），（日）高橋則夫文，第 101 页。

但是，这一利益是否值得诈骗罪保护是有疑问的。<sup>(28)</sup>在笔者看来，既然存在合法的存款债权，那么，银行就没有理由拒绝支付，也就没有财产上的损失，至于银行通过拒绝支付来避免自己被卷入汇款人与收款人之间的民事纠纷，就更加不是诈骗罪要保护的利益了。或许会有人主张“只要存在对物或者利益的占有侵害就能够肯定财产犯罪成立”，但是，这一主张本身是可疑的。此外，就诈骗罪而言，这一主张也没有得到认可。<sup>(29)</sup>也就是说，判例和学说的主流并不认为，仅仅转移占有就能构成诈骗罪中的财产损失。

附带说明的一点是，无罪的结论也未被日本学者心悦诚服地接受。例如，山口厚教授在指出双方上述根本理论缺陷之后，也不得不认为，“倒不如说依靠合同等强化汇款委托人的权利的内容，借此来肯定遗失物等侵占罪（即脱离占有物侵占罪——引者注）成立的主张才是正确的做法。”<sup>(30)</sup>也就是说，让汇款人获得较之收款人“更强的权利”，从而形成所谓“他人的财物”。

#### 四、简单的总结与评价

以上就是日本判例和学说关于存款占有问题的论争概况，总体而言，有如下三种立场。一种是区别不同情形持不同观点，即，在有委托信任关系的场合，主张肯定说，认为行为人成立委托物侵占罪；但在错误汇款的场合，则赞同否定说，认为行为人构成诈骗罪或者盗窃罪。<sup>(31)</sup>第二种是在上述两种情形下，一致支持肯定说，认为行为人构成委托物侵占罪和脱离占有物侵占罪。第三种则是在这两种情形下都倾心于否定说，认为行为人构成背任罪和诈骗罪或者盗窃罪，但是，这一立场较少有人支持。具体来说，对于存在委托信任关系的场合，日本判例和学说的主流观点是肯定说；而对于错误汇款，多数看法则是否定说，但在日本最高法院1996年的民事判决之后，肯定说也越来越有力；但是，也正如学者所指出的，双方的立论都有严重不足。

通过分析上述肯定说与否定说的争论，不难看出以下若干理论上的特点。

首先，不论是肯定说还是否定说，都是围绕“财物”这一概念来展开关于存款占有的论述的，而这个“财物”就是指，处于银行现实支配下的与存款等额的金钱。也就是说，这里的占有的对象并非存款，而是存款所对应的金钱。所以，在讨论存款的占有时，日本学者的用语基本是“基于存款的对金钱的占有”（日文原文为“預金による金銭の占有”）或者“基于存款的占有”（“預金による占有”），即便偶尔使用“存款的占有”（“預金の占有”），其实际含义也与上述二者无异。<sup>(32)</sup>关于存款的属性，日本的判例与学说一致认为，存款是债权，即一种财产性利益，而非财物。上述用语的含义无非是指，存款人、被委托人以及收款人，可以通过存款这一债权而支配与存款等额的金钱，从而，可以基于这一法律上的支配而占有该金钱。

形成如此局面的原因是，在日本刑法理论中，占有的对象只能是财物，而不

<sup>(28)</sup> 前注（14），（日）山口厚书，第230~231页。

<sup>(29)</sup> 参见同上，第230页。

<sup>(30)</sup> 前注（14），（日）山口厚书，第233页。

<sup>(31)</sup> 例如，西田典之教授就持如此看法。参见前注（6），（日）西田典之书，第178页注1。

<sup>(32)</sup> “基于存款的对金钱的占有”（“預金による金銭の占有”），参见前注（7），（日）山口厚书，第289页。“基于存款的占有”（“預金による占有”），参见前注（9），（日）上嶋一高文，第198页。“存款的占有”（“預金の占有”），参见前注（7），（日）山口厚书，第290、291页；前注（14），（日）山口厚书，第228、232页。

能是财产性利益。“所谓刑法上的占有是指对财物的事实上的支配”<sup>(33)</sup>，即表明了这一点。也就是说，在讨论同样是财产犯罪对象的财产性利益时，日本判例与学说都不采用“占有”这个术语。这样一种理论上的分殊更由于立法上的分殊，即，分别规定针对财物的财产犯罪与针对财产性利益的财产犯罪，而得到支持与强化。因此，前文所述之松宫孝明教授的批判意见，即，“将实为债权的存款视为物，从债权和物的概念来看，是有疑问的”，<sup>(34)</sup>或许是对肯定说有所误解。肯定说所谓的存款的占有，并不是指，将本为债权的存款视为物，从而使之成为占有的对象。相反，其意指，存款债权是支配银行实际控制的与存款等额的金钱的手段。这样的支配显然是一种法律上的支配，基于此而形成的占有的对象是该金钱而非存款，存款债权仅仅是这一占有的形成要素，即，其为手段而非对象。

其次，肯定说与否定说其实是在主张不同类型的占有。肯定说主张的是，基于法律支配而形成的占有，而否定说主张的是，基于实际支配而形成的占有。前者归属于存款人、被委托人和收款人，后者则归属于银行。而肯定说是认可，“就存款而言，存款人法律上的占有与银行事实上的占有相竞合，而作为账户名义人的存款人的支配力更加优越”。<sup>(35)</sup>相反，否定说则直接否认这一基于法律支配而形成的占有。

这两种类型的占有的性质和地位是不同的。基于法律支配而形成的占有，只是在侵占罪中才会被承认，而且，其并不是侵占罪的保护法益。基于实际支配而形成的占有，不仅在侵占罪中被承认，而且还是盗窃、诈骗、敲诈勒索、抢劫等其他取得型财产犯罪中认可的占有，其本身也是除侵占罪之外其他取得型财产犯罪的保护法益。也就是说，在日本刑法理论中，侵占罪具有一种特殊类型的占有，即，基于法律支配而形成的占有。这往往是指，通过债权以及相应的权利凭证，可以控制和支配相应的财物。比如，通过存款债权支配与存款等额的金钱，以及通过提单控制提单上所记载的货物。由于这些控制、支配都是通过法律手段实现的，因此，形成这些控制、支配是否以合法权限为前提，就成为了争论的焦点。例如，委托人将未设置密码的信用卡委托给行为人保管。虽然，当行为人取得信用卡时，就可以认为，行为人处于事实上能够支配与卡中记载金额等额的金钱的地位，但是，还不能仅仅因此就认为，行为人已经在法律上支配了该金钱，从而构成基于存款的对金钱的占有。只有当委托人授予行为人相应的取款权限时，才可以得出如此结论。<sup>(36)</sup>由此，是否成立基于法律支配而形成的占有，就取决于该支配是否出于正当、合法的权限。

最后，肯定说与否定说的对立，其实体现了如下问题：在刑法理论与民法理论的关系上，应持何种立场。对此，双方的立场都不能一概而论。

在有委托信任关系的场合，肯定说主张，刑法理论应当独立于民法理论，而否定说则赞同二者保持一致。具体而言，肯定说没有遵循民法上金钱的占有与所有同一的特别原理，而是分离被委托的金钱的占有（归属于被委托人）和所有（归属于委托人），从而认定成立委托物侵占罪。与之相反，否定说则依照民法原理，认定金钱的所有权已经转移给了银行，委托人失去了对该金钱的所有权。又由于被委托人有从银行取款的权限（作为存款名义人，或者基于委托），所以，被委托人的行为并未侵害银行对金钱的占有/所有，而由于委托人并不享有该金钱的

<sup>(33)</sup> 前注（7），（日）山口厚书，第175页。

<sup>(34)</sup> 参见前注（3），（日）松宫孝明书，第263页。

<sup>(35)</sup> 前注（10），（日）高橋則夫文，第101页。

<sup>(36)</sup> 参见前注（14），（日）山口厚书，第228页。

所有权，所以，其损失的只是财产性利益，行为人仅仅成立背任罪。

在错误汇款的场合，正好相反，肯定说坚持了民法理论和刑法理论的统一，而否定说则支持刑法理论的独立性。具体而言，依据最高法院 1996 年的民事判决，肯定说主张，既然收款人与银行之间成立普通存款债权，那么，就意味着收款人有取款权限，就能够认可收款人基于存款的对金钱的占有。与之相对，否定说则持有两种主张。一种认为，民法、刑法在现代法律体系中的机能不同，刑法理论具有脱离于民法理论的独立性，因此，即便民法上认为收款人拥有取款权限，刑法上也仍然可以否定这一权限，从而，收款人就不具有基于存款的对金钱的占有。另一种则认为，既然民法上认可了收款人对于银行的存款债权，即其拥有取款权限，那么，刑法上也应予以承认。但是，毕竟作为该汇款原因的法律关系并不存在，并且，出于维护安全的汇款制度的考虑，应当让银行有机会实施处理错误汇款的事后应对措施。与此同时，银行也会为了避免被卷入汇款人与收款人之间的纠纷，而在知道是错误汇款的情况下拒绝支付，因此可以说，此场合下有值得保护的银行利益。上述种种都表明，应当在一定程度上限制收款人的取款权限。同时，基于上述理由也不难认定，银行拥有是否支付存款的最终决定权。进而还可以认为，银行对金钱的实际支配力要强于收款人，与存款等额的金钱是处于银行占有之下的。这一主张其实是，有限度地承认民法、刑法理论的分离。

但是，在错误汇款的场合，如果彻底贯彻肯定说和否定说的上述立场，就会导致前文所述之二者理论上的根本缺陷。对于肯定说而言，既然根据民法理论，并无“他人的财物”，那么，在刑法上也就不能认为有作为脱离占有物侵占罪对象的“他人的财物”。所以，其主张行为人构成脱离占有物侵占罪的结论，就不能成立。对于否定说而言，其主张行为人构成诈骗罪的根本前提是，承认错误汇款的场合下，有值得保护的银行财产上的利益。但是，已如前文所述之学者批判意见所示，很难说有这样的财产上的利益。否定说虽然主张刑法理论的相对独立性，但是，其要在本场合认定成立诈骗罪，就必须首先认定有值得保护的财产性利益，然而，认定该财产性利益又不可能脱离民法理论来进行。这就从反面表明了，否定说所支持的民法、刑法理论相分离的立场，是无法贯彻到底的。

## 五、借鉴与启示

日本刑法判例与学说关于存款占有问题的争论，对于我国司法实践以及理论界处理同一问题，乃至对于进行中外刑法理论比较研究，都有值得借鉴和给予我们以启示的地方。

第一，判定存款占有的归属，合法的取款权限归属于谁，是最关键的要素。这一权限归属于谁，谁就占有着与存款等额的金钱。就像前述山口厚教授所言，存款的占有不是奠基于，由于取款可能性而产生的对存款的事实支配，而是基于如下事实，即，存款人具有正当的取款权限。<sup>(37)</sup>也就是说，即便存款人拥有对存款的事实支配，即其处于能够取款的地位或状态，但如果其并无正当的取款权限，也不能认为，存款人占有着与存款等额的金钱。

如果依据上述观点来看何鹏案，那就应当讨论何鹏是否拥有正当的取款权限：如果有，其行为构成侵占罪；如果没有，其行为就仍然是盗窃罪。由于并不清楚何鹏账户内为何会多出百万元巨款，所以，我们需要设想不同情形，来判断其是否具有正当的取款权限。首先，如果是因为错误汇款，那么，可以认为，何

<sup>(37)</sup> 参见前注〔14〕，〔日〕山口厚书，第 228 页。

鹏与银行之间在民法上仍然成立合法的存款债权。这就意味着，何鹏拥有正当的取款权限。前述日本最高法院 1996 年的民事判例可以作为支持论据。其次，如果是银行存在过失，导致账户中记录的金额发生错误，那么，就很难说，何鹏与银行之间仍能成立合法的存款债权。对此，日本学者就否认成立存款债权。<sup>(38)</sup>这是因为，在错误汇款的场合，虽然汇款人并不想把钱汇入收款人的账户，但不可否认，确实有真实款项进入了收款人的账户。那么，就银行与收款人之间的关系而言，确实有存款交易，以此为基础令银行负担存款债务，也不会导致其遭受损失。相反，在银行输错账户存款金额的情况下，作为存款债权基础的存款交易并不存在。

与日本学者的视角不同，我国学者在讨论存款占有以及何鹏案时，更加重视存款名义人对与存款等额的金钱的实际支配可能性；当存在这一可能时，就认为该金钱处于存款名义人的占有之下。例如，黎宏教授就认为，只要存款已经进入存款名义人的账户之内，无论该进账是否具有法律上的根据，存款的占有就属于存款名义人。这是因为，在存款名义人与其账户内金钱之间存在着如下关系：只要存款名义人愿意，就随时可以通过银行柜台或者自动取款机，取出其账户上存款额度之内的金钱。这也就意味着，存款名义人实质上支配和控制着其账户内的金钱，而此时的银行，不过是存款名义人保管财物的工具或者手段罢了。具体到何鹏案，对于账户内多出来的百万元巨款，何鹏处于“想取的话，随时都可以取走”的实际支配状态，因此，这笔巨款属于何鹏占有的财物，其出于不法所有的目的取出该款项，就是将自己不意占有的他人财物据为己有，应当构成侵占罪。<sup>(39)</sup>但是，如果何鹏并不具有合法的取款权限，那么，其与不具有合法取款权限，但又同样处于“想取的话，随时都可以取走”的实际支配状态的许霆，又有什么实质区别呢？

第二，像前述部分日本学者所指出的，错误汇款场合下无法对收款人定罪的尴尬局面，在我国刑法理论中可以避免。这是因为，前述尴尬局面源自日本刑法自身具有的一些特殊立法例。比如，区别规定财物犯罪与财产性利益犯罪、侵占罪的对象只能是财物、行为对象包含财产性利益的背任罪只是委托物侵占罪的补充而不是脱离占有物侵占罪的补充。相反，我国刑法只是明确规定了“财产”和“财物”这样两个概念，而没有明确规定所谓的“财产性利益”。但是，有学者主张扩张性地理解“财产”和“财物”，以将“财产性利益”也包含在内。<sup>(40)</sup>如果这样的观点能够成立，可能会导致得出如下若干结论：我国刑法并未区别规定财物犯罪与财产性利益犯罪，而是将二者融合在一起；财产犯罪（当然包括侵占罪在内）的对象也包括财产性利益；“占有”这一概念既可以应用于财物，也可以应用于财产性利益；<sup>(41)</sup>虽然我国刑法没有规定一般性的背任罪，但是部分背任行为将会被包容在侵占罪之内。也就是说，我国刑法当中并不存在日本刑法那样的关于财产犯罪的特殊立法例。

基于以上理解，面对本文所述三种涉及存款占有的情形，即，以存入自己名义账户的方式保管被委托的金钱、行为人拥有处分他人名义存款的权限和地位以及错误汇款，我国刑法理论均可认定行为人构成侵占罪。对于前两种情形，虽然行为人作为被委托人，对于存款享有一定的合法处分权限，但是，由于有委托人

<sup>(38)</sup> 参见前注（10），（日）高橋則夫文，第 101 页。

<sup>(39)</sup> 参见前注（4），黎宏文。

<sup>(40)</sup> 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2007 年第 3 版，第 704~705 页。

<sup>(41)</sup> 如前所述，“占有”的实质是对财物的控制、支配，对于无形的财产性利益，也可以通过相应的物理的、规范的手段加以控制、支配，因此，将“占有”延展至财产性利益也不是不可能。

施加的限制，因此，委托人对于该存款享有更加优越的权限，故而，行为人的行为就侵犯了委托人对于该存款所享有的更加优越的财产性利益。对于错误汇款，虽然行为人（收款人）合法地享有存款债权，并且行为人与原金钱所有人之间也没有委托信任关系，即，并无更加优越的权限限制其合法的存款债权，但其行为仍然侵犯了原金钱所有人（汇款人）的财产性利益。这也就是说，如果由于金钱在民法上的特殊属性，而很难认定存在“他人的财物”，那么，也仍然有将行为人的行为作为对财产性利益的侵害，而认定为侵占罪的理论空间。当然，如此处理合理与否，还值得深入研究。限于篇幅，笔者在此暂且指出其中一点。在错误汇款的场合，既然原金钱所有人（汇款人）就存款所享有的财产性利益（不当得利返还请求权），并不能限制行为人（收款人）就存款所享有的财产性利益（存款债权），即其并非更加优越的财产性利益，那么，将行为人的行为作为侵占罪处罚，是否超出了财产犯罪法益保护的范围？

第三，上述第二点表明，进行中外刑法理论的比较、研究，要注意中外刑法立法上的差异。因为，很多理论上的不同其实根源于立法上的不同，反之，立法上的不同也会为发展不同的理论留下空间。刑法理论的重要功能之一，就是通过解释刑法规范，使之适用于具体案件，来保障刑法发挥保护法益、维护人权等机能。也就是说，刑法理论的构建受制于国家既定的刑法立法，这同时也是罪刑法定原则的精神的体现。反之，如果在理解、介绍外国刑法理论时，忽视了这一制约，就可能发生理解和介绍上的偏差乃至错误。如果在进行中外刑法理论的研究、借鉴时，忽视了各自立法对各自理论的不同制约，就可能出现“淮南为橘，淮北为枳”的局面，同时，也可能抹杀掉基于自身独特立法例发展自己独特理论的机会。