

〔目〕佐伯仁志 道垣内弘人 — 著

于改之 张小宁 译

# 的对话 刑法与民法



けいほうとみんぽうのたいわ



北京大學出版社

けいほうとみんぼうのたいわ

# 的对话 刑法与民法



〔目〕佐伯仁志 道垣内弘人——著

于改之 张小宁 译



北京大學出版社

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-0726

图书在版编目(CIP)数据

刑法与民法的对话/(日)佐伯仁志,(日)道垣内弘人著;于改之,张小宁译.—北京:北京大学出版社,2012.1

ISBN 978-7-301-16349-8

I. ①刑… II. ①佐… ②道… ③于… ④张… III. ①刑法-研究 ②民法-研究 IV. ①D914.04 ②D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第235751号

KEIHO TO MINPO NO TAIWA

by SAEKI Hitoshi/DOGAUCHI Hiroto

Copyright © 2001 SAEKI Hitoshi/DOGAUCHI Hiroto

All rights reserved.

Originally published in Japan by YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Tokyo.

Chinese (in simplified character only) translation rights arranged with

YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Japan

through THE SAKAI AGENCY.

书 名:刑法与民法的对话

著作责任者:[日]佐伯仁志 [日]道垣内弘人 著 于改之 张小宁 译

责任编辑:曾健 陈晓洁

标准书号:ISBN 978-7-301-16349-8/D·2504

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱:[law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:北京汇林印务有限公司

经 销 者:新华书店

880毫米×1230毫米 A5 14印张 254千字

2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷

定 价:35.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 译 序

顷接山东大学法学院于改之教授电话,请我为其与张小宁博士共同翻译的日本东京大学著名刑法学家佐伯仁志教授和著名民法学家道垣内弘人教授的《刑法与民法的对话》一书作序,我欣然应允。

我早已从我的学生付立庆博士那里听说过这本书,付立庆在攻读博士期间曾经到日本东京大学访学两年。在其回国期间,向我介绍了这本独具特色的书,并将目录翻译给我看。当时在法律出版社任职的蒋浩先生也有意在中国策划出版这样一本书,但终因条件不成熟而未果。现在,该书的中译本终于在我国出版,使我国读者得以受惠,这是值得庆贺的。

刑法在整个法律部门中处于一个十分独特的地位,它是其他法律的制裁力量,因而与其他部门法之间具有极其紧密的联系。如果说,刑法总论,包括犯罪论和刑罚论,具有刑法的专属性,更多的是刑法自身所特有的专门知识。那么,刑法各论,主要是指各类犯罪的理论,与其他部门法之间则存在着不可分割的联系。财产犯罪与民法的联系,就是一个明显的例证。可以说,如果没有充分的民法知识,对于财产犯罪的研究是不可能深入的。在这个意义上说,刑法更多地是向民法学习,将民法知识融入刑法的教义学分析当中。例如我国1997年《刑法》设立侵占罪以后,曾经出现过这样一种观点,认为此后欠债不还的行为,就可以按照侵占罪定罪处罚。因为所欠债务系他人财物,不还就是非法地据为己有,因而符合侵占罪的特征。但后来又认为,欠债不还只是侵犯债权的行为,而侵占是侵犯物权的行为。只有借用他

人的特定物而非法据为己有的行为才构成侵占罪,而货币系种类物,借钱即使拒不归还,也不能构成侵占罪。欠债不还为什么不构成侵占,难道仅仅是债权与物权的差别吗?或者仅仅是种类物与特定物的差别?对此,我也未能深刻理解。后来,在应邀参加深圳市公安局刑侦部门的一次经济犯罪案例点评会议上,我首次从著名民法学家梁慧星教授那里听到“对于货币来说,采用的是占有即所有这一原理”,这对于我来说可谓茅塞顿开。侵占代为保管的他人财物,是以占有与所有的分离为前提的。但在欠债不还的情况下,占有即所有,因而不存在占有与所有的分离,也就不具备侵占罪所要求的“侵占代为保管的他人财物”的要件,所以欠债不还不能构成侵占罪。当然,在这里并不是说不存在保管他人货币的事实,因而也不是说不存在侵占代为保管他人货币的情形。在该书中,佐伯教授和道垣内教授对这些问题都进行了较为深入的探讨,例如佐伯教授提出基于他人的委托行为所受领的金钱,因为受领的金钱属于委托人所有,因此,如果受托人随意使用该金钱的构成侵占。这一定性是否违反民法上的金钱所有权是随着占有一并转移,即占有即所有这一原理呢?围绕这一问题,佐伯教授与道垣内教授展开了讨论。对此,道垣内教授指出:虽然末川博先生与川岛武宜先生确立了“占有人享有所有权,占有的所在与所有权的所在并不分离”的学说,但至少末川先生也承认,在例外的情况下金钱的事实性支配与所有权是分离的。由此可见,例外的情形是存在的,刑法对于货币的占有即所有原理的理解,也应当根据具体情况进行分析。我认为,在该书中,佐伯教授和道垣内教授对于上述刑民交错问题的探讨,对于我国学者正确地认定财产犯罪具有重要启迪。

在一般情况下,对于财产犯罪认定来说,都应当以相关的民法知

识为前提,那么,刑法是否完全从属于民法而不具有自身的独立性呢?这个问题,也是在财产犯罪中处理刑法与民法关系的时候,必须应当关注的。应当说,刑法与民法的逻辑并非完全相同,两者在逻辑上的差异可能会影响到刑法中对财产犯罪的定性。例如我国学者以不法给付为例对刑法与民法的关系作了探讨。在民法上不法给付是不受保护的,但在刑法上侵占不法给付的财物同样可以构成侵占罪。我国学者由此得出结论:“刑法的保护并不以某种利益在民法上得到认同作为前提。财产犯罪的法益不是民法确立的财产性权利,而是事实上的财产利益。尽管在多数情况下,这一事实上的利益内容也可以表述为财产权利,因为刑法与民法指涉的社会生活具有相同性,因此对同一对象的指称存在互相借用的情况,毕竟同一生活情景拥有多种叙述方式,但后者不足以涵括前者,即作为刑罚制度出发点的法益较之民法中的权利具有更为广泛的生活内容”。<sup>①</sup> 这种观点强调了刑法与民法对于财产权利保护上的差异性,这种差异性在盗窃罪的保护法益是所有还是占有这个问题上也表现得十分明显,其中本权说和占有说的对立就深刻地反映了这一点。对此,日本学者西田典之指出:“本权说与占有说之间的对立,可以说是围绕以下问题展开的,盗窃罪这一规定究竟是为了保护私法上的正当权利关系还是保护事实上的财产秩序,进一步而言,以刑事法的形式禁止私力救济应控制在什么范围之内。为此,这一问题的对策就远远超越了对于从盗窃犯人处夺回自己之物这一行为的刑法处理,其解答还应包括对刑法介入民事纠纷应控制在何种程度这一现实问题的回答,例如,收回未支付租金的租赁

---

<sup>①</sup> 刘凤科:《刑法在现代法律体系中的地位与特征》,人民法院出版社2007年版,第175—176页。

物件、收回未支付货款的已销售的分期付款商品、因期限届满而收回担保物等。”<sup>①</sup>由此可见,刑法逻辑的独特性也是应当受到尊重的。在强调刑法知识独特性的情况下,刑法与民法之间就会产生一定的冲突,如何解决这一冲突,也是刑法学者与民法学者共同应当面对的。在该书中,佐伯教授与道垣内教授围绕不法原因给付产生的讨论,对于解决刑法与民法之间的这种冲突具有参考价值。

《刑法与民法的对话》一书,在相当广阔的范围内展开了刑法与民法之间的知识整合,其所涉及的财产犯罪认定的民法基本问题,为我们打开了一扇知识大门,使我们得以深入浅出地体会刑法与民法之间的知识冲突、知识转换及其知识融合所带来的愉悦。

该书作者之一的佐伯仁志系日本东京大学教授,也是该书译者之一的于改之教授在东京大学访学时的导师。我与这两位教授都具有较深的交情。佐伯仁志教授曾经多次来中国参加学术研讨会,也是中日刑事法理论交流的中坚力量。佐伯教授与日本成蹊大学的金光旭教授主持了日中经济刑法比较研究的项目,为完成此项目,我和张明楷教授等2009年前去日本参加学术研讨,佐伯教授和金光旭教授等则在2010年前来中国参加学术研讨。通过互相之间的交流,不仅增长了知识,而且增进了彼此的友谊。现在,佐伯教授与道垣内教授的《刑法与民法的对话》一书由于改之、张小宁两位中国学者翻译、介绍到中国来,这是令人高兴的。我期待着佐伯教授更多的刑法著作能够在中国翻译出版,与中国读者见面。与此同时,该书涉及刑法与民法两大部门法的知识,而两位译者均是从事刑法研究的,可以说,该书在

---

<sup>①</sup>〔日〕西田典之:《日本刑法各论》(第3版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第118页。

翻译上面临着知识与语言上的双重障碍。现在,两位译者克服重重困难,终于以流畅的中文完成了该书的翻译,这是极不容易的。对此,我也要对于改之和张小宁两位译者的辛勤劳动表示由衷的敬意。

是为序。

陈兴良

2011年6月21日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所



## 中文版序

本书是对作为刑法学者的佐伯与民法学者的道垣内就刑法与民法相交错的诸问题历时两年所进行的对话的整理。作为几乎没有先例的尝试,虽然本书究竟能在何种程度上取得成功尚不得而知,但毫无疑问的是,本书在对两大部门法学理论进行某种程度深化的同时,还从双方的角度提示了就刑法与民法相关联的课题展开研讨的必要性及乐趣。实际上,于2004年召开的日本刑法学会第82届大会便将“刑法与民法的交错”采纳为共同研究的课题,本书亦成为刑法学与民法学之间议论的滥觞,而此后的相关研究也日渐兴盛。

如果本书能够为中国刑法学与民法学的交流以及两大部门法学理论的深化提供些许参考,则甚感欣慰。

只是,因为本书即使是针对传统课题也立足于现在日本法学中最前沿的议论而展开,并且课题本身也多为迄今为止议论累积较少的现代性课题,所以书中可能存在一些即使是日本学者也不太容易理解的内容。又因为本书形式上是关系密切的朋友之间的会话,所以书中包含着很多的笑谈,并因此给翻译带来了相当的不便。在此,谨向使本书得以更容易地接近中国读者的译者于改之先生与张小宁博士表示由衷的谢意。

祝日本与中国的学术交流更上一层楼!

佐伯仁志

道垣内弘人

2010年1月

## 前 言

本书,是在作为刑法学者的我与民法学者的道垣内君就刑法与民法相交错的领域进行对话的基础上整理而成的。能有一年的时间与好友道垣内君进行对话,对我而言,既是极其快乐的经历,同时也是珍贵的学习机会。对话的初衷在于为学界提供点滴贡献,并为学生们提供些许学习乐趣,但能够取得多大成功还有待于读者的判断。

多数对话采用的是由我提问,由道垣内君回答,进而展开议论的方式。因此,无可否认的是,在题目的选择方面有较强的从刑法角度出发的倾向。连载于《法学教室》时使用的是“民法与刑法”的题目,但在本书中将其颠倒,修改为“刑法与民法的对话”,原因正如上所述,而非我们两人争论民法与刑法孰轻孰重的结果。

在对话中频繁地出现“今后我再考虑一下”的表述,是因为我发现自己的发言中还存在众多需要补充之处。尽管如此,我还是依照对话的原样将其归纳于书中,原因在于:本想仔细琢磨补充完整后再作补充,但本人能力有限不知何时才能完成;对话以民法学与刑法学的交流契机为首要目的,该目的是否达成,为此现在才有整理本书的价值;等等。

如果本书能够获取某种意义上的成功,则主要归功于道垣内君。针对我的质疑,尽管显然未作充分准备(偶尔而非总是),但道垣内君总是能提供精辟的分析。每当看到这种情形,我总能感受到戏曲《阿玛迪斯》中安东尼奥·萨里耶利凝望莫扎特时的心情。所幸专业不同,我买回的冰激凌中并未投毒。

对话后,西田典之教授与中田裕康教授也曾莅临组织了座谈会。在我一年级时,西田先生曾教授我法学,由此开启了我法思考的大门,并直至今日一直耐心地指导我,在本次的对话与座谈会中,又为我们提供了诸多帮助。我与中田先生是在座谈会上才初次见面,先生提供的研讨笔记以及在座谈会期间亲切地指出的问题让我受益匪浅。在此谨对两位先生表示衷心的感谢。

在对话的连载过程中,我们收到了众多读者温暖人心的鼓励与珍贵的意见。特别是山口厚教授多次提出宝贵意见。森田教授指出了我的失误之处。立教大学的岛田聪一郎君在将对话整理为书籍时通读了全文并提出了许多宝贵意见。对话开始时,有斐阁的大井文夫君帮助甚大。在从准备对话到完成本书的过程中,有斐阁的田中朋子始终如一地为我们提供着种种支持。在此谨表示诚挚的谢意。

佐伯仁志

2001年3月31日

# 目 录

译序/陈兴良 / 001

中文版序/佐伯仁志 道垣内弘人 / 007

前言/佐伯仁志 / 009

## 第一回 寄托的现金

1. 前言 / 001
2. 被限定了用途的寄托现金是否“他人之物”? / 003
3. 与合同宗旨的关系 / 006
4. 刑法与民法之间真的存在差异吗? / 010
5. 刑法 = 物权的保护、民法 = 债权的保护?  
——债权保护不够充分的理由 / 012
6. 民法认为恶意人也值得保护吗? / 016
7. 扣押的场合 / 018
8. 盗窃犯占有的赃款(1)  
——现实的问题 / 022
9. 盗窃犯占有的赃款(2)  
——特别论述混合 / 024
10. 使用寄存款购买物品或卖出寄存物时 / 027

## 第二回 存款

1. 存款人是谁? / 029
2. 合同的宗旨与不法领得的意思 / 033

3. 与汇款送金的法构造之间的关系 / 036
4. 关于错误汇款的最高裁的判决 / 038

## 第三回 不法原因给付

1. 不法原因给付与所有权的转移  
——对昭和 45 年最高裁判决的理解 / 047
2. 不法原因寄托的思考方法的登场 / 051
3. 刑法学者提出的民法学说? / 056
4. 赘述 / 059
5. 不法原因给付与诈骗罪的关系 / 061
6. 《民法》第 90 条与第 708 条的关系 / 063
7. 不强制清偿的债务与诈骗罪的关系 / 065
8. 总结 / 071

## 第四回 非典型担保(1)

1. 前言 / 073
2. 卖与担保与让与担保  
——判例中的区别 / 075
3. 外部转移型与内外部皆转移型的区别  
——判例法理的现状 / 078
4. 关于让与担保的清算义务的问题 / 083
5. 让与担保的所有权构成与担保构成 / 086
6. 论述所有权之所在的刑法意义 / 091

## 第五回 非典型担保(2)

1. 让与担保权的效力接近于所有权还是抵押权? / 093
2. 所有权保留的问题点  
——米仓教授的论文 / 111
3. 应将所有权保留与让与担保作区别考虑吗? / 114
4. 关于典型担保权、特别是法定担保物权 / 121

## 第六回 双重让与

1. 前言 / 127
2. 有关所有权转移时期的议论现状 / 130
3. 民法中为何重视交付? / 132
4. 刑法是否对被害的实质做出评价? / 135
5. 第二受让人的刑事责任 / 140
6. “自由竞争论”的现状 / 149

## 第七回 建筑物的他人性

1. 前言 / 158
2. 根抵押权设定之意思表示的撤销 / 160
3. 抵押权设定无效的场所 / 165
4. 民事实体关系与民事诉讼的结果 / 169
5. 民事裁判与刑事裁判中的“证明程度” / 172
6. “民法上也应该否定所有权存在的明确理由”  
与证明责任 / 176
7. 民法保护占有吗? / 179

## 第八回 占有

1. 前言 / 182
2. 共同占有的观念化 / 183
3. 刑法“占有”中“意思”的要素 / 186
4. 围绕着占有脱离物侵占罪的客体 / 190
5. 哪一个“占有”的概念更广? / 194
6. 依据与谁的关系确认占有? / 197
7. 围绕着死者的占有 / 199
8. 侵入住宅罪中“住宅权”的思考方法 / 202

## 第九回 信用卡(1)

1. 信用卡交易的构成 / 209
2. 自己名义的信用卡的不正当使用 / 211
3. 针对会员资力的加盟店的利害关系 / 214
4. 理论的循环 / 216
5. 加盟店的交易拒绝义务或拒绝权的存在与否 / 219
6. 第1款诈骗还是第2款诈骗? / 224

## 第十回 信用卡(2)

1. 前言 / 230
2. 他人名义的信用卡的不正当使用与承担损害者 / 231
3. 是否与自己名义的信用卡之间存在差别? / 236
4. 卡会员承担损害的情况 / 239
5. 信用卡的CASHING / 241
6. 可否返还无法预见的借款 / 246
7. 围绕着现金结算卡 / 248

## 第十一回 自救行为(1)

1. 前言 / 250
2. 占有的自力救济论与盗窃罪的保护法益论的关系 / 251
3. 民事判例与刑事判例的比较 / 257
4. 紧急性的要件 / 260
5. 手段的相当性 / 263
6. (以工薪阶层为对象的)高利贷的催收 / 265

## 第十二回 自救行为(2)

1. 公司更生中的自力执行与盗窃罪 / 270
2. 汽车的收回 / 274
3. 非典型担保权人拥有的自力执行权 / 279
4. 正当防卫·紧急避险·自救行为(自力救济)的概念  
——刑法与民法的比较 / 288

## 第十三回 因合同而生的正当化

1. 前言  
——何谓“因合同而生的正当化”? / 297
2. 没完没了? / 301
3. 因诈骗·强迫而缔结的合同的正当化能力 / 304
4. 因无效或可撤销的合同而生的正当化 / 308
5. 个别犯罪的检讨 / 315



## 第十四回 名誉·隐私的侵害

1. 前言 / 322
2. 损害赔偿的制裁机能·抑制机能  
——损害赔偿额太低了吗? / 323
3. 事实的真实性与误信 / 333
4. 真实性证明的基准时·证明的程度 / 338
5. 因意见或评论导致的侮辱 / 344
6. 名誉侵害与隐私侵害的关系 / 349

## 第十五回 从试管到墓场(1)

1. 精子·卵子·受精卵 / 352
2. 关于人的始期 / 359
3. 父母的监护权 / 368
4. 成年拟制与拐取未成年人罪 / 373
5. 以结婚为目的的拐取 / 375
6. 伪装结婚·伪装离婚与公正证书原本不实记载罪 / 379

## 第十六回 从试管到墓场(2)

1. 夫妻间是否成立强奸罪? / 382
2. 占有说与亲属间相盗的特例 / 387
3. 对尸体·埋葬物的权利 / 391
4. 死者的人格权 / 398
5. 继承 / 402
6. 结语 / 406