

# 涉存款犯罪定性规则研究

周铭川

**摘要:**传统刑法用存款占有理论解释涉存款犯罪的定性问题,认为存款人已经丧失对存款的占有权和所有权,仅享有请求银行支付存款本息的债权。这种理论既违背社会观念,又误将债权当成占有权,使得财产犯罪认定重心从侵犯所有权转换到侵犯占有。实际上,货币是广义物的价值表征,存款是存款人将相应价值出租给银行但保留所有权的行为,存款账户中的记录则是对价值金额的记账记录而不是种类物,不能适用“占有即所有”理论来确定价值的所有权人,必须分开考虑价值与价值载体。在解决侵占存款、错误汇款、挂失取款、秘密转账等涉存款犯罪的定性问题时,应从整体上实质性地把握行为是否侵犯所有权以及以何种手段侵犯谁的所有权等问题。

**关键词:**涉存款犯罪;事实上占有;侵占罪;价值所有权;错误汇款

**DOI:** 10.13806/j.cnki.issn1008-7095.2024.11.009

通说认为,财产犯罪包括取得罪和毁坏罪两大类,取得罪又包括占有移转罪和占有不移转罪两小类,前者是指将他人占有的财物转移给自己或第三人占有的犯罪,包括盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪等大多数取得罪,后者是指将自己占有的他人财物非法占为己有的犯罪,专指侵占罪。<sup>①</sup>在取现或转走自己替他人存入自己银行卡中的存款、取现或转走自己保管的别人银行卡中的存款、取现或转走别人错误汇入自己银行卡中的汇款、挂失并补卡后取现或转走挂在自己身份证名下的别人使用的银行卡中的存款等案例中,存款被转移之前到底归谁占有,就成为传统刑法理论区分侵占罪与相关财产犯罪的关键,传统刑法理论正是用存款占有理论来解释涉存款犯罪定性问题的。但这种路径存在问题,既忽略了财产犯罪侵犯财产所有权的本质特征,误将犯罪认定重心从侵犯所有权转移到侵犯占有,又忽略了货币和存款的本质,误将货币载体当作存款本身,最终仍不得不抛开存款占有理论而从整体上实质性地把握行为是否侵犯所有权、以何种犯罪手段侵犯谁的所有权等问题,因而存款占有理论无法解决涉存款犯罪的定性问题,应当尝试新的解释路径。

## 一、关于存款占有的学说

由于各国刑法规定不尽相同,关于存款由谁占有的学说也不尽相同。日本早期判例和通说采存款人占有(现金)说,认为由于存款人对其存款具有处分可能性,存入银行

**作者简介:**周铭川,上海交通大学凯原法学院副教授(上海 200030)。

<sup>①</sup> 刘明祥:《财产罪比较研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第3页。

的现金仍由其占有。<sup>①</sup>但是在后期,为了与民法理论保持一致,银行占有(现金)说和存款人占有金额说有后来居上趋势,前者认为,已存入银行的现金当然由银行占有,<sup>②</sup>后者认为,存款人基于存款所占有的不是现金而是相应的金额。<sup>③</sup>各说的相同点是肯定银行在事实上占有现金和在法律上具有占有权、肯定存款人对银行享有债权,各说的关键区别是刑法上能否肯定存款人能基于存款债权而对现金或金额具有占有权。在我国,除了少数学者主张纯粹的存款人占有说和含混不清的“混合说”之外,大多数学者都主张占有债权说,认为已存入银行的现金归银行占有,存款人仅占有存款债权。

### (一) 占有债权说

由于我国刑法对侵犯财产罪的对象只规定了财物而未规定财产性利益,导致理论上普遍认为财物应当包括财产性利益,否则将无法处罚侵犯财产性利益的行为,加上普遍肯定存款债权,所以多数学者认为没有必要主张存款人能基于存款而占有现金或金额,只需要认为存款人占有存款债权即可。

例如,张明楷教授认为,存款具有两种含义,一是存款人对银行享有的存款债权,由存款人占有,二是存款债权所指向的现金,由银行管理者占有,侵犯他人存款债权或该债权所指向的现金都构成财产犯罪。其中,利用技术手段将存款人占有的存款债权转入自己账户的,成立对存款债权的盗窃罪;而甲在自动取款机上将乙错误汇入甲银行卡中的存款债权取现的,是对银行管理者占有的现金成立盗窃罪,不是盗窃乙占有的现金或存款债权,因为乙事实上没有占有现金,但甲同时对乙的存款债权成立侵占罪,该罪与盗窃罪是包括的一罪。<sup>④</sup>

这种观点的最大问题是直接承认对债权的占有权,而债权是请求他人为或不为一特定行为的请求权,占有权则是一种物权、支配权,是权利人支配其物并排除他人干涉的权利,因此该观点将债权与物权、请求权与支配权混为一谈。根据债的相对性原理,只有债务人违约不履行债务才能侵犯债权,存款合同双方之外的人是无法侵犯存款债权的,因为“债权系指特定人得向特定人请求为特定行为的权利,不具有对抗第三人的效力;第三人既不负债务,自无侵害的可能”<sup>⑤</sup>。由于债权只是一种请求权而不是物权、支配权,不存在盗窃、诈骗或侵占他人债权的问题。根据本文提倡的价值所有权说,秘密转移他人账户内的存款,是侵犯他人的存款价值所有权,不是侵犯他人的存款债权。虽然在其他场合可能存在妨害他人行使债权的行为,比如,将他人持有的作为唯一证据的借条盗走或抢走,使他人难以胜诉,但这是使他人实现债权的证据丧失,既不是盗窃或抢劫他人借条上的现金,也不是使他人无法继续行使债权,债权人仍可向法院起诉要求债务人履行还款义务。此外,张教授认为甲在ATM机上取走乙的错误汇款要构成盗窃罪和侵占罪的包括的一罪也不妥当,因为其所谓盗窃罪是指盗窃银行占有的现金,其所谓侵占罪是指侵犯乙的存款债权,假如这两罪能同时成立,则是一行为触犯数罪名的想象竞合犯,而不是侵犯同一权利主体的不同权利的包括的一罪。

① 西田典之:《日本刑法各论》(第七版),王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2020年,第276—277页。

② 松宫孝明:《刑法各论讲义》(第四版),王昭武、张小宁译,北京:中国人民大学出版社,2018年,第228页。

③ 山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第344—345页。

④ 张明楷:《刑法学(下册)》(第六版),北京:法律出版社,2021年,第1234页。

⑤ 王泽鉴:《债法原理(第一册)》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第12页。

钱叶六教授关于存款由谁占有的观点与张明楷教授高度一致,但他认为取走他人错误汇入自己账户内的款项构成侵占罪而不是盗窃罪,认为问题的关键不在于取款人有无正当取款权限,而在于取款人有无作为财物所有者进行利用处分的权限,虽然取款人作为存款名义人对其账户内的存款具有取款权限,但其实质上无权以所有者身份去处分错误汇款人的财产,因此,被评价为侵占罪的,只能是取款或转账之后拒不退还他人财物的行为。<sup>①</sup> 这是从实质上考虑谁才是存款的所有权人并据此得出账户名义人构成侵占罪的结论,而没有坚持账户内的存款归账户名义人、所有人或银行占有的存款占有理论,是在探讨该理论的同时又抛弃了该理论,否则,无法得出合法取款也能构成犯罪的结论。并且,若依该理论,则账户名义人收到错误汇款之后,既不取现或转账,又不将款项返还给存款所有人的,将不构成犯罪,因为其并未实施取款或转账之后拒不退还的行为。

黄明儒教授的结论与钱叶六教授基本相同,只是认为取走他人错误汇款是侵犯他人的存款债权而不是也不能评价取款后拒不退还现金的行为。<sup>②</sup> 这似乎与其认为账户名义人享有存款债权之观点自相矛盾,因为行为人是用自己的银行卡合法取款的,是依法行使存款债权,并未侵入别人账户内取款,在形式上完全合法;错误汇款者对其错误汇入行为人账户内的存款并不对银行享有债权,不存在其存款债权被行为人侵犯的问题,只存在行为人应当返还而拒不返还该存款的问题。

占有债权说的特征在于:一方面,此说只是将存款人能基于存款而法律上占有现金(指能基于存款而在法律上支配存款所对应的现金)改称为存款人能基于存款而占有债权,因而与存款人占有(现金)说没有本质区别;另一方面,又与银行占有说一样,因为银行事实上占有现金而否认存款人能事实上占有现金,只好对存款人能否基于存款而占有现金避而不谈,只肯定存款人仅占有存款债权。

## (二) 占有现金说

黎宏教授明确否认银行事实上占有现金,认为存款的占有归属于存款名义人,因为其账户内现金随时可以通过银行柜台或自动取款机取现或转账,银行方面几乎没有任何实质性审查,这意味着储户对其账户内现金具有实质性控制和支配,银行不过是储户的保险箱或保管财物的手段,尽管从形式上看是银行占有现金,但实际上则是储户对其账户内现金具有支配控制权。<sup>③</sup> 这种观点可谓纯粹的存款人占有说,因为它完全否认银行对存款的事实上占有,而其他学者主张的存款人占有说则并不否认银行对存款的事实上占有。不过,因债权行使的便捷性或存款人对存款有法律上支配力而把债权当作全面的、排他的支配权、物权,既与银行事实上占有现金的实际不符,也混淆了债权与物权之间的界限。

## (三) 混合说

有学者试图将以上各说融为一体,其一方面赞成黎宏教授的观点,认为银行对存款人而言仅仅相当于一种保险柜,存款人对其存入银行的现金可以随时取现或转账,几乎具有完全的支配力,导致存款具有准物权性质,另一方面又认为存款名义人并不当然占

① 钱叶六:《存款占有的归属与财产犯罪的界限》,《中国法学》2019年第2期,第221—238页。

② 黄明儒、熊隽晰:《论取得错误汇款的刑法性质》,《东南法学》2019年春季卷,第129—146页。

③ 黎宏:《论存款的占有》,《人民检察》2008年第15期,第20—22页。

有存款,而是要看其对存款在实质上有无正当的取款权限,因此,一方面,存款人在事实上和法律上都占有存款债权,而存款人又和银行在事实上和法律上共同占有存款现金,另一方面,由于对存款人账户内存款的占有及所有权归属均需进行实质判断,所以存款名义人擅自取出他人错误汇款或挂失取出他人所有的存款,都构成对他人存款债权的侵犯,分别成立侵占罪、盗窃罪或诈骗罪。<sup>①</sup> 这种“混合说”既相当含混,又过于想当然。比如,因为债权能够便捷行使而将债权称为准物权没有任何依据;既认为错误汇款人对收款人账户内的存款具有占有权和所有权,又认为收款人仅侵犯错误汇款人的存款债权,则到底是侵犯所有权还是侵犯存款债权? 认为存款人对错误汇款没有取款权限,认为需要从实质上判断存款人对其账户内的存款有无合法权利,则与存款债权的性质及生活常识不符。其实,对于错误汇款无论是否取现或转账,只要能返还相应金额就不构成犯罪。反之,只要拒不返还就要构成侵占罪,因为是错误汇款人对其款项享有所有权,存款人拒不返还的,是变合法占有为非法持有的侵占行为。

## 二、占有债权说之否定

除了完全否认银行占有现金的观点之外,以上各说的主要依据,都是占有债权说,认为根据货币“占有即所有”原则,当存款人将现金存入银行后,现金的占有权和所有权就转归银行,存款人则丧失对现金的占有权和所有权,仅仅享有请求银行支付存款本金和利息的存款债权。<sup>②</sup> 这是通说解释涉存款犯罪定性问题的理论前提。但是,该理论前提并不合理,至少存在如下问题。

### (一) 占有债权说违背民法理论

首先,货币“占有即所有”理论在民法上并非不可动摇,许多民法学者已经提出反对意见。例如,有学者在考察该理论的起源和发展史后指出,由于现金货币是以纸张、金属等有形物质为载体的,具有独立性和可支配性,能成为物权的客体,能在其上成立动产所有权,所以关于动产的物权法规则均应适用于现金货币,不应含糊其词地适用“占有即所有”法则将货币占有者一律推定为所有权人,而应综合考虑当事人基于何种意思而转移占有、转移占有行为是否正当、第三人是否善意取得等因素。<sup>③</sup> 有学者认为,虽然货币是一种具有高度可替代性的种类物和消费物,但这种特殊性并不表明对货币的权属必须采取“占有即所有”理论,而应根据动产物权变动的法律规则来规范货币所有权的归属问题。<sup>④</sup> 另有学者认为,货币无非是动产的一种,应当适用动产取得规则,其所有权移转一般应以交付为判断标准,但取得所有权应当具有内在合法根据,至于占有,则只是动产所有权取得的外观表现,有可能被推翻。<sup>⑤</sup> 可见,即便忽略货币的价值表征本质而将货币载体误作货币本身,也有众多民法学者不赞同货币“占有即所有”理论。

① 陈洪兵:《中国语境下存款占有及错误汇款的刑法分析》,《当代法学》2013年第27卷第5期,第68—79页。

② 袁国何:《错误汇款的占有归属及其定性》,《政法论坛》2016年第34卷第2期,第121—136页;黑静洁:《存款的占有新论》,《中国刑事法杂志》2012年第1期,第47—54页;李文军:《存款共同占有说理论根据的嬗迭和异化》,《河南财经政法大学学报》2015年第30卷第6期,第148—155页。

③ 朱晓喆:《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》,《法学研究》2018年第40卷第2期,第116—135页。

④ 其木提:《货币所有权归属及其流转规则——对“占有即所有”原则的质疑》,《法学》2009年第11期,第58—68页。

⑤ 周军:《论货币所有权的流转规则——从“占有即所有”原则出发》,《贵州社会科学》2014年第7期,第166—168页。

其次,“占有”存款债权的观念违背众多民法理论。因为,对于占有,要么取其事实上占有的含义,要么取其法律上占有权的含义,要么同时取其两方面的含义,但是,无论取哪种含义,都与占有债权的观念相矛盾。

第一,债权只是法律上承认的请求权而不是一种物质实体,其存在是以法律的承认为基础的,并且行为人也不可能在事实上管理支配一种没有物质实体的东西。在日本,虽然曾有判例用物理管理可能性说来解释财物,以将电力解释为财物,但在刑法典将电力规定为“视为财物”之后,通说又回归有体性说,因为“视为财物”的规定无疑是以电力本来不是财物为前提的。虽然还有少数学者根据事务管理可能性说认为债权也属于财物,但这违背刑法区分财物与财产性利益的规定,是违反罪刑法定原则而对财物概念进行解释,<sup>①</sup>因而几乎没有人赞成,有体性说仍然处于通说地位。<sup>②</sup>实际上,从物质与意识二分法的哲学原理来看,无论是否认为电力属于财物,电力都仍然属于物质性存在,是能完全脱离法律承认而用物理方式去管理、控制的物质,尽管无体无形,但仍属于物质而不是意识范畴,并且管理和控制电力的工具也是物质的;而请求他人做什么或不做什么的请求权则完全不同,是完全依赖于法律的承认而存在的,本身并无任何物质实体,也不可能通过物理工具来管理和控制,纯粹属于意识范畴,对这种意识性观念谈不上事实上支配的问题。换言之,虽然可以肯定对电力的事实上占有,但却无法肯定对请求权的事实上占有,请求权只能停留在人的大脑意识之中,并通过人与人之间的权利义务关系体现出来。

第二,如果根据法律上支配来承认债权的占有,则是将支配权与请求权混为一谈。从支配权与请求权的分类来看,支配权是指权利人可以全面支配其物并排除他人干涉的权利,请求权是指权利人可以请求他人为特定行为(作为或不作为)的权利,物权是典型的支配权,债权是典型的请求权。<sup>③</sup>所有权则是物权的一种,是指权利人对特定的物所享有的全面的排他的支配权利,包括占有权、使用权、收益权和处分权等,而债权是指债权人可以请求债务人履行某种给付的权利,债权是请求权而不是支配权。<sup>④</sup>在德国,其民法典第903条规定所有权只能存在于物上,并且只有对物中的动产,才能根据第929条进行转让,以及根据第932条从非权利人处善意取得,也只有对物才能根据第985条要求返还原物,而请求权的权利人则叫作债权人。<sup>⑤</sup>

第三,从绝对权与相对权的区分来看,所有权(包括占有权)是绝对权、对世权,权利人之外的任何人都都是义务人,都负有不得干涉所有权人行使权利的义务,否则就是以积极的作为来侵犯所有权人的权利,而债权是相对权、对人权,只有特定人才是债务人,才对权利人负有履行债务的义务,如果其不履行债务,就是以消极的不作为来侵犯债权人的权利。<sup>⑥</sup>换言之,由于权利的性质不同,绝对权和相对权在权利人行使权利的方式、权利受到侵害的方式、义务人履行义务的方式、义务人违反义务的方式等方面均完全相

① 西田典之:《日本刑法各论》(第七版),王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2020年,第158页。

② 张明楷:《外国刑法纲要》(第三版),北京:法律出版社,2020年,第480—481页。

③ 梁慧星:《民法总论》(第三版),北京:法律出版社,2007年,第73页。

④ 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,北京:法律出版社,2002年,第284—288页。

⑤ 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社,2000年,第875页。

⑥ 富井政章:《民法原论》(第一卷),陈海瀛、陈海超译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第82—84页。

反,不能将两种权利混为一谈。<sup>①</sup>而存款债权是典型的相对权,存款人将现金存入银行后,享有请求银行支付本金和利息的权利,银行则占有存款而对存款人负有依请求还本付息的义务,权利主体和义务主体都是特定人,除了银行拒不履行义务之外,任何人都无法侵犯存款人对银行所享有的债权,谈不上侵犯债权占有的问题。将存款人请求银行还本付息的请求权称作法律上支配,本来就是日本刑法学者对民法理论的误用,我们不能根据这一错误观念来将债权认定为占有权,进而误以为存款人对存款债权(请求权)享有占有权(物权)而其他人还可以侵犯这种占有权。

## (二) 占有债权说违背刑法常识和社会通常观念

首先,货币“占有即所有”理论违背刑法常识,因为任何人都不可能因为违法犯罪而取得占有权和所有权,也不可能因为事实上占有而推定其有所有权,否则就是法律的自我否定。例如,甲在马路上持刀抢劫乙的一万元现金,尽管甲在事实上占有现金,但任何人都不会说甲在将现金抢劫到手时就对现金享有所有权,更不会说乙只对甲享有请求返还现金的债权。事实上占有与法律上占有权是两个既有联系也有区别的概念,前者是后者的事实基础和社会生活基础,后者则是前者的法律保障。通说所谓“刑法上占有不同于民法上的占有,刑法上占有是指对物的事实上控制与支配,而民法上占有是指占有权,包括直接占有和间接占有”等观念,<sup>②</sup>则是混淆这两个概念而将刑法上的占有与民法上的占有权相对比的产物。实际上,刑法和民法中同时存在这两个概念。尽管事实上占有主要依靠物理性支配力维持,但也含有一定的规范评价成分,而规范评价的依据,则是社会观念和法律观念。<sup>③</sup>例如,甲只要将乙的钱包抢劫到手,就在事实上占有着乙的钱包,这是现实的物理性支配力决定事实上占有的体现,但是甲无法取得占有权和所有权;而在3号车厢的甲将行李放在4号车厢的行李架上时,尽管4号车厢的人比甲更容易控制与支配甲的行李,但人们仍然认为是甲占有他的行李,而不会认为是4号车厢的人占有甲的行李,这是占有权决定事实上占有的体现。既然任何人都不能因为违法犯罪取得所有权,则在没有正当合法根据时,存款账户名义人同样无法取得自己替他人保管于其账户内的或他人错误汇入其账户内的存款的所有权,尽管其仍然对银行享有存款债权。同理,银行也不可能因为他人存款而取得存款的所有权,因为并无取得所有权的合法依据。

其次,认为存款人对其存款丧失了所有权的观点明显违背社会通常观念。一方面,普通人到银行存款,目的仅仅是“存”款并希望获取一些利息,绝不会认为自己是将在现金出售或捐赠给银行,不会认为现金已经不是自己的,在计算自己有多少财产时,仍然会直接将存款当作自己的财产,而不会认为自己只对银行享有债权。正如孟勤国教授所言:“民法学家说,你把钱存在银行里面,你没有所有权,你有的是债权。要是这样,打死我(我)也不存钱。”<sup>④</sup>另一方面,银行也不可能认为银行是在向存款人购买现金,而只会认为银行是在帮储户存款,只是可以先使用储户的存款去放贷、投资以获取更多收益再归还给存款人而已。

① 黄俊辉:《物权相对论》,北京:中国检察出版社,2009年,第28—32页。

② 黎宏:《论财产犯中的占有》,《中国法学》2009年第1期,第110—124页。

③ 童伟华:《财产罪基础理论研究》,北京:法律出版社,2012年,第219—220页。

④ 孟勤国:《〈物权法〉的现代意义》,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期,第1—3页。

### (三) 占有债权说无法解决涉存款犯罪的定性问题

占有债权说无法解决涉存款犯罪的定性问题,最终仍不得不从实质上考虑行为是否侵犯了他人货币所有权、以什么手段侵犯了谁的货币所有权等更根本的问题。这种整体上、实质上的考虑,已经远远超出存款占有理论这一狭窄范围。如果将存款占有理论坚持到底,则在账户名义人用自己的银行卡提取实质上不属于自己所有的存款案件中,就会得出明显违背社会观念的结论。因为从形式上看,这种取款是完全合法的民事行为,难以认为构成犯罪。对此,要么根据取款在形式上完全合法而认为不构成犯罪,<sup>①</sup>要么认为是侵犯银行事实上占有的现金而对银行构成诈骗罪或盗窃罪。<sup>②</sup>但这两种结论都难以令人接受,因为取款人事实上只是侵占了他人所有的存款,既不能认为是无罪,毕竟侵犯了他人财产所有权,也不能认为是对银行构成盗窃罪或诈骗罪,因为银行根本没有所有权。

其实,即使账户名义人对他人错误汇入或自己受他人委托保管的款项并不取现或转账,而只是在错误汇款人或委托人催讨时拒不返还,仍要构成侵占罪;反之,即使账户名义人将上述款项取现或转账,只要在错误汇款人或委托人催讨时及时归还,仍不构成犯罪。可见,导致账户名义人构成犯罪的,是其拒不返还上述款项的侵占行为,不是其对上述款项的取现或转账行为,认为取现或转账能针对银行构成盗窃罪或诈骗罪是不妥的。为了得出构成侵占罪的正确结论,就必须抛开存款占有理论而从整体上实质性地把握存款归谁所有、取款人是否侵占他人存款而拒不归还等问题。实际上,多数学者都是根据实质性思考来认定侵占罪的,根本没有受限于存款占有理论。

综上,占有债权说缺乏坚实的理论基础。虽然存款人的确对银行享有债权,但是不能由此认为存款人仅仅享有债权而否认存款人仍然保留对存款价值金额的所有权,不能根据种类物“占有即所有”理论得出存款人已经丧失存款占有权和所有权而仅仅换取到存款债权的结论。

### 三、存款的本质是存款人将货币所表征的价值出租给银行

通说认为,盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等财产犯罪都是侵犯所有权的犯罪,不是侵犯占有权的犯罪。如果仅侵犯占有权而不侵犯所有权,则不符合取得罪的本质特征,不能构成犯罪。例如,单纯的使用盗窃和使用侵占都不构成犯罪,因为只侵犯了占有权而未侵犯所有权。<sup>③</sup>特别是变合法占有为非法据为己有的侵占罪,更说明即使不侵犯占有权也能由于侵犯所有权而构成犯罪。虽然关于财产犯罪的保护法益有本权说(所有权说)、占有说(持有说)、各种修正说(中间说)等学说争议,<sup>④</sup>但是就我国立法和司法实际而言,仅仅侵犯占有权而不侵犯所有权的行为,不可能构成财产犯罪。传统刑法理论关于涉存款犯罪的定性的争议,仅仅围绕是否侵犯占有、侵犯谁的占有、以什么方式侵犯占有等问题展开,而在结论上,却不得不实质性地考虑是否侵犯所有权、侵犯谁的所有权、以

① 张红昌:《错误汇款领得行为的刑法评价》,《中南大学学报(社会科学版)》2013年第19卷第1期,第131—136页。

② 张燕龙:《刑法上存款占有的归属》,《甘肃政法学院学报》2016年第1期,第83—97页。

③ 松宫孝明:《刑法各论讲义》(第四版),王昭武、张小宁译,北京:中国人民大学出版社,2018年,第173页。

④ 童伟华:《财产罪基础理论研究》,北京:法律出版社,2012年,第33—54页。

什么方式侵犯所有权等问题,并根据这一实质性思考来判断罪与非罪、此罪与彼罪,从而形成理论错位。

从思考的经济性来看,是否侵犯存款债权这个中间环节没有存在的必要。与其最终仍然根据整体性、实质性思考来判断行为是否侵犯他人所有权,不如一开始就分析行为是否侵犯他人所有权,特别是在不得不推翻中间环节的结论的场合,中间环节反而成为理论障碍。因此,应当直接考虑存款的所有权问题。

### (一) 存款人对其存款所表征的价值仍然保留所有权

与许多刑法学者认为存款人对存款仅享有债权而不享有所有权不同的是,民法学者关于存款所有权的归属,至少有存款人所有权说、银行所有权说、双重所有权说、存款货币新型财产说等多种观点。其中,银行所有权说认为,存款人将现金存入银行后,就丧失对现金的占有权和所有权,只能取得对本金和利息的返还请求权。<sup>①</sup>的确,在存款人将现金交给银行后,该笔现金事实上的占有就发生了转移,由存款人事实上占有转移给银行事实上占有,相应地,银行取得该笔现金的占有权、使用权、收益权、处分权,可以作为价值凭证用于放贷、投资,存款人则丧失该笔现金的占有权、使用权、收益权和处分权,无法作为价值凭证用于购物、消费。但是,能否因此认为存款人对该笔现金的所有权也已经丧失?如果将现金视为种类物,并且认为所有权包含占有、使用、收益和处分四项权能,则不得不认为,存款人已经对现金丧失所有权。但是,如上一部分所述,这种观念既违背社会观念和生活常识,又违背众多民法和刑法理论。

问题的症结在于,民法学者往往在“有体物”概念的禁锢下,将纸币、硬币等货币载体当作货币所表征的价值本身,进而认为转移货币载体的存款合同在性质上属于消费借贷合同或消费寄托合同,却忽略了货币的本质和存款的本质。按本文观点,存款人虽然放弃了对所存入银行的现金的所有权,但仍然保留现金所表征的价值的价值的所有权,这种价值所有权通过存款账户里的记账记录得以体现,现金只是价值的载体和凭证,其与价值是分离的,即,存入的是现金,保留的是价值。

这是因为,货币在本质上是广义物的价值的表征,存款的本质是出租货币所表征的价值,存款合同本质上是一种货币价值出租合同,是存款人将其货币价值出租给银行并获取租金,银行则支付租金向存款人租用货币价值。存款人既不是将其货币载体卖给银行,也不是用其货币载体去交换银行的货币载体。货币只是价值的载体和凭证,在存款场合,存款人账户里的记账记录则能代替货币这种载体和凭证,表征着他将多少价值出租给了银行,存款人则要将现金转移给银行而不能继续对其他人使用该笔现金,相应地,银行则可以使用存款人存入的现金对外发放贷款或从事其他业务,达到租用存款的价值的目的。这与张三出借10万元现金给李四使用时,张三仍然保留对10万元价值的价值的所有权是相似的。实际上,许多民法学者已经认识到存款人对存款仍保留着所有权,只是没有明确指出所保留的是存款所表征的价值的价值的所有权而已。例如,孟勤国教授认为:“将钱存入银行后,存款人对存款享有的仍然是所有权。”<sup>②</sup>另有学者指出,在存款合同关系中,作为价值化的资金所有权并未发生移转,仍然归存款人所有,银行对存款人账户内的资金并不享有所有权,并且负有依存款人要求随时支付存款的协助义务,只是

① 夏尊文:《存款货币财产所有权研究》,《北方法学》2011年第5卷第5期,第41—51页。

② 孟勤国:《〈物权法〉的现代意义》,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期,第1—3页。

作为对价,银行可以利用存款人账户内的资金开展信贷业务或其他业务从而获得利益。<sup>①</sup>民法学界关于存款应当归存款人所有的学说,目前至少有所有权保留说、物权契约说、权能出借说、特殊租赁合同说、保管合同与使用合同结合说、资金保管与转移资金利用权的混合合同说、现金货币换取存款货币说等不同观点,其中,前四种学说都是以现金的使用权与价值的所有权可以分离为前提,后三种学说则以现金货币与存款货币相分离为前提。<sup>②</sup>而有学者虽然认识到“消费借贷”是个自相矛盾的概念,认为既然借贷者(银行)消费的是自己具有所有权的物,为什么消费掉之后还需要返还呢?但是却将存款合同理解为存款人用其货币去交换银行货币的货币互易合同。<sup>③</sup>这同样不合常理,因为没有哪个存款人或银行员工会认为存款是存款人用自己的货币来交换银行的货币,并且其是将现金与现金所表征的价值混为一谈。同理,银行放贷也是银行将货币的价值出租给贷款人以获取租金,贷款人则是向银行支付租金以获得使用贷款价值的权限,同样不存在买卖或互易货币载体的问题。

事实上,无论是存款还是放贷,都可以在完全没有现金载体转移的情况下进行,只要更改银行账户里的记账记录即可,因为记账记录同实物货币一样,也是价值的载体和凭证。如果机械地坚持有体物说,则不得不认为这种场合没有发生存款或贷款事件,因为没有任何现金载体发生转移!例如,甲将某公司转入其A银行账户内的劳务所得转账存入B银行账户,甲、某公司、A银行、B银行之间均无现金转移,发生变动的,只是甲和某公司的银行账户里的记账记录。因此,必须准确区分货币载体与货币所表征的价值,载体的转移并不意味着价值的所有权必须随之转移,价值的转移也不需要以载体的转移为前提,只要在相关银行账户里更改记账记录即可。即使存款人为了出租以获得收益,而将某笔货币的占有权、使用权、收益权和处分权连同货币载体一并转移给了银行,存款人也并未丧失其对该笔货币所表征的价值的价值的所有权,相当于银行通过存款合同在存款人所存入货币价值之上设立了占有、使用、收益和处分的用益物权,存款人则始终保留其对货币所表征的价值的价值的所有权。反之,如果认为存款人会因为存款丧失价值所有权,则认为其可以收回存款本金及利息、重新取得价值所有权就缺乏理论依据。

## (二) 货币和存款的本质决定现金使用权和价值所有权可以分离

进一步来讲,为什么现金的使用权与价值的所有权可以分离、现金货币与存款货币可以分离,可以从货币的本质和存款的本质两个角度进行分析。

第一,就货币的本质而言,货币在本质上并不是物本身,而只是广义物(包括商品、服务、劳务)的一般等价物和价值衡量尺度,<sup>④</sup>既是价值的信用凭证,<sup>⑤</sup>又是衡量货币所有者拥有多少价值的衡量单位,<sup>⑥</sup>承载价值单位的纸币或硬币或贵金属货币都只是价值的载体而不是价值本身。<sup>⑦</sup>例如,一张100元面额纸币的真实价值,并不是该纸币本身

① 李前伦:《论银行账户资金的权利属性》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2008年第1期,第20—23页。

② 夏尊文:《存款货币财产所有权研究》,《北方法学》2011年第5卷第5期,第41—51页。

③ 李锡鹤:《作为种类物之货币“占有即所有”无例外吗——兼论信托与捐赠财产的法律性质》,《法学》2014年第7期,第37—48页。

④ 洪远朋:《通俗〈资本论〉》(再版),上海:上海科学技术文献出版社,2018年,第47—48页。

⑤ 丹阳:《每天懂一点金融学》,北京:中国铁道出版社,2015年,第20页。

⑥ 约翰·塔姆尼:《让经济学回归常识》,陈然译,武汉:湖北教育出版社,2016年,第189页。

⑦ 周浩明主编:《货币金融学》(第二版),上海:上海财经大学出版社,2013年,第5页。

的价值(纸张的价值过于微小可以忽略不计),而是表明持有者拥有的价值100元的广义物的价值,100元只是广义物的价值的记账单位,至于这种记账单位是通过纸币、硬币、贵金属还是银行账户里的记账记录来反映,均不影响货币是价值的记账单位之本质。<sup>①</sup>虽然货币有商品货币和信用货币之分,前者是指黄金白银等本身具有价值的商品货币,后者则是完全依赖国家信用或银行信用来担保的纸币、硬币或银行券等支付结算工具,<sup>②</sup>但是在现代社会中,即使是本身价值昂贵的贵金属货币,也早已演变成纯粹的价值交换单位,成为价值符号的一种表征。<sup>③</sup>因此在早期,商品货币确实是一种特殊商品,是人们用作交换工具的一般等价物,但是在现代社会,货币早由商品货币发展成纸币、数字货币甚至虚拟货币等信用货币,已经失去其商品属性而纯粹是一种价值表征符号。根据货币的“国家理论”,货币是主权国家发行的、作为法定清偿手段和记账手段的信用工具,<sup>④</sup>具有价值标准、交易媒介、价值储藏、延期支付标准等功能,而作为发展方向的电子货币,则是最典型的货币符号和记账单位。<sup>⑤</sup>人们手中的现金则只是其拥有一定价值的凭证,如果能有其他手段表征其拥有一定价值金额,就完全可以不用现金,比如许多人已习惯无现金生活,而广泛使用支付宝或微信等第三方支付,又如目前国家正在试点推广数字货币,可以广泛取代现金的使用。因此,货币所表征的价值与货币载体是分离的,不能将两者混为一谈。实际上,存款人的现金,直接或者间接来源于存款人或其他人向社会上其他人出售商品、提供服务或从事劳务等活动,是遵循价值规律和等价交换原则而取得的,<sup>⑥</sup>法律上不可能承认通过违法犯罪手段取得货币价值的所有权。

第二,就存款的本质而言,存款人存入银行的,本质上是货币所表征的价值而不是纸币或硬币等现金货币本身。在转账存款场合,也根本不需要出现纸币等货币载体,银行则是将价值金额添加到存款人的账户记录中,成为存款人的存款货币,<sup>⑦</sup>既可用于转账支付,又可用来提取现金,但所表征的价值金额总量不变。只要银行将现金所表征的价值金额记入存款人的账户记录中,即使银行当场将现金烧毁,也不影响存款人的价值金额,存款人对这种金额仍可转账或取现。有学者甚至认为,由于支付宝余额和微信零钱是银行将存款出借给阿里巴巴和腾讯公司,是将银行信用转化为企业信用,并且人们也认为这两者与存款一样“都是自己的钱”,因此这两者也属于信用货币。<sup>⑧</sup>存折、存单则是存款行为的凭证,不是货币或记账记录。接收存款是银行将存款人的现金所表征的价值记入其存款账户中,导致价值的载体和凭证从现金转换为记账记录,但是对价值金额没有影响,尽管存款人不再在事实上占有现金,但价值所有权仍归属于存款人。既然记账记录只是一种信用信息而不是特定物或种类物,则用种类物“占有即所有”理论来分析存款价值所有权的转移就不妥当,实际上它所分析的是货币载体的转移。即使对货币载体可以适用“占有即所有”理论,也不意味着对货币所表征的价值也能适用该

① 李山鹰:《货币银行学》(第二版),北京:北京理工大学出版社,2016年,第13页。

② 路德维希·冯·米塞斯:《货币和信用理论》,樊林洲译,北京:商务印书馆,2018年,第54—55页。

③ 西美尔:《货币哲学》,陈戎女等译,北京:华夏出版社,2002年,第84、91页。

④ 理查斯·普罗克特:《曼恩论货币法律问题》(第七版),郭华春译,北京:法律出版社,2017年,第14页。

⑤ 万解秋主编:《货币银行学通论》(第三版),上海:复旦大学出版社,2015年,第17—23页。

⑥ 孙治方:《孙治方文集》第五卷,北京:知识产权出版社,2018年,第154—157页。

⑦ 周若愚:《钱约论:货币的契约本质与货币银行学革命》,北京:中国经济出版社,2016年,第159页。

⑧ 孙鹏:《金钱“占有即所有”原理批判及权利流转规则之重塑》,《法学研究》2019年第41卷第5期,第25—43页。

理论。鉴于民刑法理论的不同特点,刑法学者应当从实质上考虑谁是货币价值的所有权人,不能不求甚解地照搬甚至误用早有争议的民法理论。

### (三) 银行无法因接收存款而取得货币价值所有权

虽然存款人在存款时必须将货币交付给银行,从而由银行占有存款人存入的货币,但这并不意味着银行能因他人存款而取得存款货币所表征的价值的价值的所有权,也不意味着货币这种价值的载体和货币所表征的价值不能分离。因为,存款人存款时之所以必须将货币交付给银行,而不能继续将货币保留在自己手中,是因为货币本身既是价值的载体,又是由国家信用作保证的无记名的价值凭证,谁合法地持有货币,就对外表明谁在法律上拥有相应的价值。这与货币这种价值的载体与货币所表征的价值可以分离并不矛盾,况且中间介入了银行与存款人之间的存款合同,是双方约定使用法律认可的记账记录来代替纸质所有权凭证。既然存款是存款人将价值出租给银行,则存款人当然要将价值的载体和凭证转移给银行,正如房屋出租人必须将房屋交给承租人占有与使用一样。

从价值的取得必须遵循价值规律来看,银行无法因接收存款而取得存款所表征的价值的价值的所有权,因为银行并未付出等价的创造价值的劳动。人们出售商品、提供服务或从事劳务,重要目的是通过劳动来创造价值。货币本身没有多大价值,只是一种国家发行并强制流通的依靠国家信用支持的信用工具,<sup>①</sup>有价值的是货币所表征的商品、服务或劳务等广义物的价值,这种价值的取得,必须具有合法的依据,必须遵循价值规律并提供等量的价值交换。<sup>②</sup>从这个意义上讲,银行不可能因为租用存款人的货币价值而取得价值所有权,因为接收存款并非一种有效的足以取得相应价值的劳动。认为银行会先取得价值所有权再将价值所有权连本带利返还给存款人,纯粹多此一举,正如认为租房人能先取得房屋所有权再将所有权返还给房东不合常理一样。所谓消费借贷、消费寄托、货币互易、占有即所有等理论,至多可适用于货币载体的转移,而不适用于存款价值所有权的认定。

实际上,我国相关法律法规也表明银行并不会因为接收存款而取得存款价值的所有权,并体现出从实质上考虑谁是存款价值所有权人的观点。例如,《民法通则》(已失效)第75条规定公民的个人财产包括“储蓄”等“法律允许公民所有的”合法财产,并且“禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”。这是将存款规定为存款人所有的财产。《刑法》第92条第1项中规定,“公民私人所有的财产”包括“公民的合法收入、储蓄”,意即公民的储蓄存款是归公民私人所有。《物权法》(已失效)第65条规定:“私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护。国家依照法律规定保护私人的继承权及其他合法权益。”也是将合法的储蓄当作物权的客体,并且允许继承,而其所有权人显然是指存款人。《储蓄管理条例》第5条规定:“国家保护个人合法储蓄存款的所有权及其他合法权益,鼓励个人参加储蓄。”央行《关于执行〈储蓄管理条例〉的若干规定》第3条规定:“国家宪法保护个人合法储蓄存款的所有权不受侵犯。”两者均明确指出储蓄存款的所有权归属于合法存款人。

综上,既然占有债权说缺乏充足的理论依据,既然社会观念和法律法规都认为存款

① 万解秋主编:《货币银行学通论》(第三版),上海:复旦大学出版社,2015年,第16页。

② 孙治方:《孙治方文集》第十卷,北京:知识产权出版社,2018年,第60—62页。

人对存款保留着所有权,则在理论上就应正视这种现实,不能毫无保留地接受部分学者所赞成的民法理论。从严格区分价值与价值载体来看,存款是存款人向银行出租货币所表征的价值但保留着货币价值的所有权,银行则是租用货币的价值但无法取得所有权,这是正确分析各种涉存款犯罪的定性的理论基础。

#### 四、涉存款犯罪的定性规则

由于存款的本质是存款人向银行出租货币所表征的广义物的价值,并且存款人保留着价值的所有权,银行账户里的记录则是记载存款人拥有多少价值金额的记账记录,该记录只是一种表明价值金额的信用信息,本身并非物质性实体,不需要进行物理性控制支配,不能说仅银行占有该信息而存款人不占有该信息。并且,虽然存款人和银行都掌握该信息,但存款人显然比银行更关心该信息,更清楚信息的变动。因此,对涉及存款金额变动的情形,不能用针对有体物进行物理性控制支配的占有学说来分析,不能机械照搬针对有体物发展起来的占有理论。只需要分析价值所有权是否受到侵犯、谁的价值所有权受到侵犯、受到何种犯罪手段的侵犯等问题,就足以准确界定涉存款犯罪的性质,不需要违背民法基本理论将债权视作占有权、将请求权视作支配权,也不应当违背债的相对性理论承认所谓对债权的占有权的侵犯。

##### (一) 取出自己代他人存入自己银行卡内的存款拒不退还的定性

在某村长侵占村公款案中,某村长将村里的公款存入银行后,又擅自取出该款项自己消费掉,日本最高法院认为,村长是以非法取得意思提取款项的,是将自己占有的存款非法占为己有,因此构成侵占罪。<sup>①</sup> 这是认为村长对与存款数额相当的、由银行事实上占有的现金存在占有。<sup>②</sup> 但这样认定显然不符合实际,因为现金始终是由银行占有的。实际上,由于公款所表征的价值的的所有权属于全体村民,即使公款载体完全毁灭,也不影响这一所有权界定,因此问题的关键在于村长是否侵犯这一所有权。村长代为保管公款后,有不得非法占为己有的义务,无论是否将公款存入银行、存入之后是否取现或转账,只要拒不归还相应价值凭证,就构成侵占罪,反之,即使村长将公款完全烧毁或用光,只要返还表征同等价值数额的货币载体或存款货币,就不构成侵占罪。因此,重要的是价值所有权是否受到侵犯,而不是货币载体归谁占有或有无受到侵占。在这种拒不归还受委托保管的或其他合法占有的他人货币的案件中,根本不需要考虑存款现金归谁事实上占有或法律上占有的问题,只要拒不归还相应价值金额就构成侵占罪,只要返还表征同等价值金额的货币载体或存款货币,即使原载体完全销毁或用光,也不构成侵占罪。构成侵占罪的,是受委托保管财物而拒不返还这一整体行为,不是其中将货币存入银行之后取现或转账的某一环节,不能关注了局部环节而忽略了行为整体。包括占有债权说在内的传统学说,尽管在分析存款归谁占有、存款人占有了什么等问题时相当卖力,但最终仍不得不从整体上实质性地考虑账户名义人是否侵犯了他人财产所有权的问题,并以之作为定性依据,表明并未适用存款占有理论来解决问题。

我国司法实践中则往往能正确认定。例如,被害人孙某委托李某为其兑换港币,将

① 山口厚:《从新判例看刑法》(第二版),付立庆、刘隽译,北京:中国人民大学出版社,2009年,第227—228页。

② 徐凌波:《存款的占有问题研究》,陈兴良主编:《刑事法评论》,北京:北京大学出版社,2011年,第417页。

人民币 61 000 元交给李某,李某将该款存入其银行卡中,在 ATM 机上兑换港币时反复插卡、拔卡导致银行卡被吞,随后迅速逃跑以摆脱孙某的跟随,之后挂失、补卡、取现、消费,被检察院以盗窃罪提起公诉;法院则认为,虽然孙某一直跟随在李某身旁,但是当李某把孙某给的 61 000 元存入其银行卡时,此钱就完全归李某占有,李某将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还,构成侵占罪。<sup>①</sup> 此案中,虽然法院为了排除盗窃罪而认定孙某交给李某的钱是由李某占有,但却是从整体上认定李某非法侵占代为保管的他人财物(指存款的价值)的,并未像日本法院那样去分析李某“以非法取得意思”取现和持卡消费是盗窃还是侵占等问题,也没有分析李某存入银行卡的现金是归银行占有还是归李某占有的问题。这实际上是直接认定李某银行账户里的 61 000 元存款的价值所有权人是孙某,李某是将合法占有的孙某享有所有权的该笔价值非法占为己有,因此李某要构成侵占罪。

## (二) 取出他人错误汇款拒不退还的定性

在错误汇款案件中,持卡人对他人错误汇入其账户里的存款,包括因银行操作失误而汇入的存款,毫无疑问不可能取得所有权,其账户里增加的金额,就是汇款人账户里减少的金额,如果其将错误汇款转账或取现,或者干脆置之不理,只要拒不返还给汇款人,就要构成侵占罪,这不是因为他没有取款权限,而是因为他拒不返还相应金额;反之,无论是取现或转账,只要及时返还相应金额,就不构成侵占罪,因为这表明他客观上没有侵犯他人所有权,主观上没有将他人财产非法据为己有的意图。由于账户名义人对他人错误汇款并无过错,也没有采用秘密窃取或欺骗手段取得他人的价值金额,因此不构成盗窃罪或诈骗罪。

对于此类案件,日本一般分两种情况考虑。一种是因银行操作失误而形成的错误汇款,此时,明知是错误汇款而取现或转账的账户名义人,可能构成三种犯罪:在自动取款机上取出现金的构成盗窃罪,在自动取款机上转账汇款的构成使用电子计算机诈骗罪,在银行柜台取出现金的构成诈骗罪,理由是存款归银行事实上占有,而账户名义人对错误汇款并无正当取款权限。另一种是因汇款人自己的错误而形成的错误汇款,理论上也有盗窃罪说、诈骗罪说、侵占遗失物罪说等观点,争议焦点在于是否承认存款人能基于存款而占有现金、账户名义人是否具有正当取款权限、取款人有无义务向银行披露他人错误汇款真相等。<sup>②</sup> 张明楷教授也认为,在自动取款机上取走他人错误汇款的要构成盗窃罪,盗窃对象是银行管理者占有的现金。<sup>③</sup> 个别学者认为只构成民事上的不当得利而不构成犯罪。<sup>④</sup>

以上观点的错误在于把简单问题复杂化,关注局部细节而忽略行为整体,忽略了取得罪的侵犯财产所有权本质。实际上,由于银行对储户账户内的存款价值并不享有所有权,所以取款人不可能针对银行构成任何取得罪。再者,取款人是持自己的银行卡取现或转账的,根据存款合同,其有权随时支取自己账户内的存款,银行只是形式上审查

① 李某侵占孙某存款案,广东省深圳市龙华区人民法院(2018)粤 0309 刑初 1367 号刑事判决书。

② 山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2011 年,第 345—347 页。

③ 张明楷:《刑法学(下册)》(第六版),北京:法律出版社,2021 年,第 1234 页。

④ 张红昌:《错误汇款领得行为的刑法评价》,《中南大学学报(社会科学版)》2013 年第 19 卷第 1 期,第 131—136 页。

取款人是否账户名义人本人,不是也不可能对其账户内存款来源是否正当合法进行实质审查,不能认为银行受到欺骗。即使认为银行受到欺骗,也不成立三角诈骗。因为,在取现或转账之前,真正所有人的价值金额已经添加到账户名义人的记账记录中去了,形式上已经成为账户名义人所有的价值金额的一部分,其已获得完全的取款权限,只是由于来源不正当不合法而无法真正取得所有权、必须返还给真正所有人而已,是“取得”财产在先,“欺骗”行为在后,不符合诈骗罪的行为构造,只是由于应当返还而拒不返还而能构成侵占罪;反之,只要及时归还,无论是否取现或转账,均不构成犯罪。

我国司法实践中,有的法院会将此类案件认定为侵占罪,有的法院则会认定为不当得利,尚未见到以盗窃罪或诈骗罪定性的例子。例如,乔某误将 345 200 元汇入卜某的银行账户,被卜某分批转走和取现,乔某报警后,卜某拒绝归还,法院认为,虽然该款项处于卜某的占有及代为保管之下,但卜某无权予以利用处分,其将款项非法占为己有拒不退还,数额巨大,构成侵占罪。<sup>①</sup> 本案中,法院认定卜某对其银行账户内 345 200 元无权利用处分的依据,无疑是认为卜某不是该笔存款的价值所有权人,只有乔某才是价值所有权人,尽管此时乔某既未“占有现金”又未“占有存款”,但那笔存款价值的所有权人仍然是他。在另一案中,纪某误将 23 500 元汇到刘某银行卡内,之后打电话和发短信向刘某催讨该款,刘某拒不归还,一、二审法院均认为,本案属于民法上的不当得利,应裁定驳回纪某的自诉。<sup>②</sup> 显然,法院认定刘某取得该笔存款属于不当得利的前提,是该笔存款的价值所有权人原本是纪某,因为不当得利的对象,是财物所有权,不是财物占有权。但法院未认定刘某构成侵占罪是错误的,因为刘某对不当得利有返还义务,拒不返还的,仍是侵犯了他人的所有权,仍应构成侵占罪。

### (三) 取走挂在自己身份证名下的他人使用的银行卡中存款的定性

在先挂失再补卡并取走他人借用自己身份证申领的银行卡中存款的案例中,由于取款人只是将身份证出借给他人使用,而不是帮他人存款到自己使用的银行卡中,不可能因为出借身份证而合法有效取得他人存款价值的所有权或占有权。在借用人将其钱款存入出借人名义的账户后,账户里的记账信息只有借用人和银行才有权掌握,只有借用人才能请求银行改动该信息(增加或减少记账金额),其他人即使是银行均无权未经借用人允许擅自改动该信息。账户名义人用其身份证将原卡挂失、申领新卡,再取走账户内真正所有人的存款的,客观上属于以秘密窃取方式取得他人存款,行为人主观上也只具有盗窃他人财物的故意,既不会认为自己是在将代为保管的他人财物非法据为己有,也不会认为自己是在诈骗银行或其他人的财物,因此只构成盗窃罪,不构成侵占罪和诈骗罪。

由于此类案件很容易从整体上认定行为人是秘密窃取方式侵犯他人财产所有权的,即使是占有债权说的支持者,也很容易抛开该种学说而直接认定“该卡中的存款无论是占有还是所有权,实质上归属于李某(借用人)”,理由是从办卡到案发,卡都归借用人“实质上占有和使用”,“跟名义人韩某一点关系都没有”,“借用他人身份证办卡,就相当于借用他人的房屋存放物品”,<sup>③</sup>这显然已经偏离该说所主张的存款人只占有债权

① 卜某侵占乔某错误汇款案,河南省长葛市人民法院(2014)长刑初字第 00029 号刑事附带民事判决书。

② 刘某侵占纪某错误汇款案,河南省许昌市中级人民法院(2018)豫 10 刑终 88 号刑事裁定书。

③ 陈洪兵:《中国语境下存款占有及错误汇款的刑法分析》,《当代法学》2013 年第 27 卷第 5 期,第 68—79 页。

而存款的占有权和所有权都归银行的观点。

真正坚持占有债权说的学者则会认为,由于存款归谁占有是对此类案件进行刑法评价的前提,而只有账户名义人才是存款债权的合法占有人,才享有排他性的向银行请求支付的权利,借用人只是存款债权的占有辅助人,至于存款在进入银行之前由谁占有则无所谓。因此,账户名义人挂失、补卡、取款的行为本身并不构成犯罪,只是由于其与身份证借用人之间另外成立了现金保管合同关系,所以能因为拒不归还他人现金而构成侵占罪。<sup>①</sup> 杨兴培教授则认为双方的保管关系成立于账户名义人取款之时,认为只有账户名义人才是存款债权人,当其通过挂失使身份证借用人手中的银行卡作废时,借用人卡中的钱款就处于账户名义人实际控制之下,当其向银行提取钱款时,就是在为借用人保管这笔钱款,如果拒不返还,就构成侵占罪。<sup>②</sup> 这两种观点的不妥之处在于不切实际,因为账户名义人主观上不可能具有为身份证借用人保管现金的意识,而只是想趁机盗窃他人所有的存款价值。陈兴良教授则正确指出,刑法强调的是实质上的所有关系,借用人存入的存款实质上仍然归借用人所有,因此账户名义人是利用不知情的银行来窃取借用人所存款项的间接正犯,构成盗窃罪;由于账户名义人向银行挂失补卡并取款是合法交易行为,所以银行没有被骗,不能认定为三角诈骗。<sup>③</sup> 显然,所谓“存款实质上仍然归借用人所有”,指的是存款价值的所有权人是身份证借用人。

我国司法实践中较多发生的是先出租或出售银行卡,再挂失、补卡、取款(含取现、转账、支付)的案例,其定性规则与先出借身份证给他人办卡再挂失、补卡、取款是一样的,行为人只构成盗窃罪,而不构成侵占罪和诈骗罪。

案例一,被告人罗某申领银行卡后,先将银行卡和自己照片卖给他人,再到银行挂失、补卡、取款,被一审、二审、审判监督共三级法院认定为盗窃罪。<sup>④</sup> 本案中,法院认定罗某构成盗窃罪的前提,是虽然该张银行卡的开户名是“罗某”,但账户中存款的价值所有权人却是购买并实际使用该张银行卡的其他人。

案例二,被告人王某从微信群得知有人想租用银行卡,就办理了一张银行卡并邮寄给“收卡人”,却在开户时绑定了自己的微信以监控卡内资金变动情况,后经微信查询得知卡内有141万元,立即将其冻结,再挂失、补卡、取款。检察院以盗窃罪提起公诉,法院认为是侵占罪,裁定终止审理,被害人提起自诉后,法院认定被告人构成侵占罪,理由主要是卡内资金始终处于被告人控制之下,被告人随时可以将卡挂失并补卡从而非法占有卡内资金。<sup>⑤</sup> 本案中,法院的定性是错误的,因为,被告人并非卡内存款所表征的价值的的所有权人,其是在价值的的所有人不知情时,秘密窃取他人存款价值的,构成盗窃罪而不构成侵占罪和诈骗罪;假意“出租”银行卡、开户时绑定自己的微信号却不告知租卡人、到银行挂失并补卡等欺骗行为,均是盗窃罪的预备行为。这类似于出租人假意出租房屋,却在承租人不知情时,持备用钥匙进入出租房屋内秘密窃取承租人的财物。

① 黑静洁:《存款的占有新论》,《中国刑事法杂志》2012年第1期,第47—54页。

② 杨兴培:《挂失提取账户名下他人存款的行为性质》,《法学》2014年第11期,第154—160页。

③ 陈兴良:《挂失并取走自己账户下他人款项构成盗窃罪》,《中国审判》2010年第5期,第100页。

④ 罗某盗窃他人存款案,湖北省高级人民法院(2018)鄂刑申194号驳回申诉通知书。

⑤ 王某盗窃他人存款案,河北省巨鹿县人民法院(2020)冀0529刑初72号刑事判决书。

案例三,被告人何某将其银行卡出租给从事电信诈骗的人使用,当通过微信查询得知卡内有巨额存款后,就到银行挂失、补卡并取走卡内 18.77 万元,案发后退赔诈骗犯罪被害人黄某 16 万元。一审时,检察院以诈骗罪提起公诉,辩护人辩称不当得利,法院认定掩饰、隐瞒犯罪所得罪。<sup>①</sup> 其后,下级检察院以诈骗罪提出抗诉,上级检察院以盗窃罪支持抗诉,二审法院认定盗窃罪,理由之一是本案证据不足以证明何某在出租银行卡时就已具有非法占有卡内资金意图。<sup>②</sup> 其实,无论何某在何时产生非法占有卡内资金意图,都只构成盗窃罪,因为该银行卡内存款的价值,要么属于电信诈骗中受骗的人,要么属于实际使用该张银行卡的人,无论如何都不属于何某,何某主观上具有非法占有他人财物的意图,客观上秘密取得了不属于自己的存款价值,符合盗窃罪的构成要件,其假意“出租”银行卡等欺骗行为只是盗窃罪的预备行为,并非取得他人财物的实行行为。

#### (四) 擅自取走替他人保管的他人银行卡中的存款的定性

在擅自取出自己替他人保管的他人银行卡中的存款的案例中,行为人既不是存款价值的所有权人,也不是账户名义人,只是替他人保管银行卡卡片这种存款凭证,根本没有请求银行改动他人银行账户里记账记录的正当权限。因此,当其冒充所有权人请求银行员工改动他人账户里的记账记录时,能构成《刑法》第 196 条规定的冒用他人信用卡的信用卡诈骗罪,是欺骗具有处分权限的银行员工,使其处分受害人账户里的价值金额致使受害人遭受财产损失的三角诈骗。如果在自动取款机上将他人账户里的金额转入自己的账户或取现,则构成盗窃罪,因为机器不能代表银行员工和被害人被骗,无论是谁,只要输入正确的指令,机器就会执行指令,而银行员工和被害人都不知道行为人正在实施转账或取现行为,对银行员工和被害人而言,行为人是秘密窃取手段取得他人财物的。

例如,被害人龙某委托其保姆黄某、李某帮他取款两次共计 1.5 万,黄李二人两次趁机多取款 1.5 万元并私分,被法院认定为盗窃罪。<sup>③</sup> 虽然龙某的银行卡卡片暂时在黄某、李某保管中,但卡内存款价值的所有权人始终是雇主龙某,两被告人是在龙某不知情时,秘密取得龙某的存款价值的,而不是将代为保管的他人财物非法占为己有拒不返还,因此是盗窃而不是侵占。

#### (五) 非法侵入他人的银行账户或第三方支付账户以转账或支付的定性

利用黑客技术侵入他人电子银行账户、支付宝账户、微信支付账户等,将他人账户里的存款转入自己账户或用于网上支付的,均是在所有权人并不知情、对其钱款被人转移完全缺乏意识的情况下,秘密窃取他人存款价值的,构成盗窃罪。虽然涉及第三方支付公司、银行、商家等主体之间的多种民事法律关系,但这些错综复杂的法律关系根本不影响被害人账户里存款价值的所有权只属于被害人这一事实。根据被害人与银行、第三方支付公司、商家之间签订的协议,只要有人正确发出指令,相关程序就会自动执行,即使行为人冒充被害人对程序发出指令从而“欺骗”了程序,也不构成对银行、第三方支付公司、商家等的欺骗,因为程序没有意识、不能代表自然人被骗,只有代表这

① 何某盗窃他人存款案,湖南省长沙县人民法院(2019)湘 0121 刑初 867 号刑事判决书。

② 何某盗窃他人存款案,湖南省长沙市中级人民法院(2020)湘 01 刑终 528 号刑事判决书。

③ 黄某、李某盗窃雇主存款案,江西省宜春市中级人民法院(2018)赣 09 刑终 333 号刑事裁定书。

些公司的自然人员工才能受骗。作为诈骗犯罪的“冒用”也必须具有诈骗性质,仅指对自然人冒用。钱叶六教授认为此类案件是“对他人的存款债权之盗窃”,因为第三方支付公司所设计的系统程序不存在受骗问题。<sup>①</sup> 这种看法比较符合实际,只是应该强调是对存款价值所有权的侵犯,不是对存款债权的盗窃,所有权与债权在本质上完全不同。

## 结 语

货币在本质上是广义物的价值的一般等价物,直接或间接来源于所有权人出售商品、提供服务或从事劳务的所得及收益,是价值的表征而不是特定物或种类物。纸币、硬币、贵金属货币等物质性货币只是价值的载体和凭证。载体与价值可以分离并且必须分离来考虑,载体的转移并不代表价值所有权的转移。存款的本质是价值所有者将价值出租给银行以获取租金,但仍保留所有权,存款账户里的记录则是对价值金额的记账记录,是靠国家信用或银行信用来担保的记账信息,不是有体物或无体物,不能用针对有体物发展起来的占有理论去分析存款价值所有权问题。在存款人将现金存入银行后,只要记账记录正确,就不会影响存款人价值金额的确认,至于银行是将现金保留还是销毁、是放贷还是消费,对存款人的价值金额均无影响。

盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等取得罪都是侵犯财产所有权的犯罪,不是仅侵犯占有权或侵犯事实占有状态的犯罪,改变财物事实占有状态只是侵犯所有权的常见表现,但并非侵犯所有权的必经步骤。银行账户中对价值金额的记账记录只是一种信用信息,并非有体物或无体物,不存在占有转移问题,侵犯这种信息既没必要也不可能以信息转移为前提。至于作为价值载体的现金是否存在、是否转移,只要不影响价值所有权的确定,就不会对涉存款犯罪的定性产生影响,不应当将载体的转移等同于价值所有权的转移。

在分析涉存款犯罪的定性问题时,谁事实上占有载体、载体是否发生占有转移、民事上发生哪些法律关系均不重要,重要的是谁是价值所有权人、是否改变所有权人的记账记录、改变人有无正当合法权限、以什么手段改变他人的记账记录等。但无论以何种手段去改变所有权人的记账记录,都不会针对银行成立犯罪,因为银行并非存款价值的所有权人,不存在所有权被侵犯问题。由于第三方支付公司提供的转账和支付程序在性质上只是银行提供的转账和支付程序功能的延续,并且这些公司也不可能对存款价值享有所有权,因此同样不存在侵犯这些公司财产所有权的问题。由于程序和机器一样不能代表自然人被骗,通过这些公司的程序去侵犯他人财产所有权的行为,可能构成盗窃罪但不能构成诈骗罪。

综上,应当将价值的载体与价值本身相分离进行考虑。存款人对其存款所代表的广义物的价值保留所有权,任何人侵犯这种所有权,都可能构成财产犯罪。从整体上实质性地判断行为人使用了何种手段侵犯他人的价值所有权,可分别构成侵占罪、盗窃罪或者信用卡诈骗罪。

① 钱叶六:《存款占有的归属与财产犯罪的界限》,《中国法学》2019年第2期,第221—238页。

## On the Qualitative Rules for Deposit-related Crimes

*ZHOU Mingchuan*

**Abstract:** The traditional criminal law uses the deposit possession theory to explain the qualitative problems of deposit-related crimes, most of them are premised on the theory that the depositor only possesses the creditor's rights. These theories not only violates social concepts but also mistakes creditor's rights as possession and mistakenly shifts the focus of criminal determination from infringement of ownership to infringement of possession. In fact, money is a representation of value while deposit is that the depositor leases the value to the bank but retains the ownership. The record in the deposit account is a record of the value which is a type of credit information rather than a type of object, so it shouldn't determine the owner of the value by applying the theory of "possession is all" of the money carrier, and we must consider the value and the value carrier separately. In solving the qualitative problems of deposit-related crimes such as embezzlement of deposits, wrong remittance, loss of withdrawal, secret transfer, etc., we should substantially consider whether the behavior violates the ownership of value and by what means infringes on the ownership of the others.

**Keywords:** deposit-related crimes; fact possession; misappropriation; value ownership; wrong remittance

(责任编辑:曹 博)