

集资诈骗罪中 “非法占有目的”的理论回归 ——以吴英案为例的探讨

姚 万 勤

(西南政法大学 法学院 重庆 401120)

摘要: 如何认定集资诈骗罪中“非法占有目的”,于司法实务部门而言一直颇为棘手。我国司法解释虽然以明文形式规定了“非法占有目的”的具体内容,但是该解释还存在“逻辑起点的谬误、对构成要件的扩张和异化以及对责任主义原则违反”等诸多理论缺陷。其实,在司法实践中,集资诈骗罪非法占有目的的内容应当与财产罪中非法占有目的做统一性解读,在认定路径中,应当贯彻“主客观相统一原则”和“责任主义原则”。

关键词: 集资诈骗罪; 吴英案; 非法占有; 集资; 诈骗; 责任主义

中图分类号: DF625 **文献标志码:** A **文章编号:** 1000-5315(2014)01-0037-08

一 问题的提出——吴英案的罪与罚

随着我国经济长足发展,在金融业也爆发出一系列问题,尤其是自2000年以来,集资诈骗罪在各类金融犯罪中“独占鳌头”,每年发案率“稳中有升”,例如“中科公司”案、“亿霖木业”案、“海天公司”案、“万里大造林”案、“兴邦公司”案等等大案要案屡见报端。自浙江吴英案以来,集资诈骗罪再次成为全国关注的焦点,随着对吴英公审的不断推进,我国刑法学界正式拉开了对集资诈骗罪“讨伐”的序幕。

2009年4月16日,吴英案一审开庭,金华市人民检察院指控,2005年5月至2007年2月间,被告人吴英以自己成立的本色集团名义,用高额利息为诱饵,从他人处非法集资后,将所得款项用于个人挥霍,集资诈骗数额较大,其行为已经构成集资诈骗

罪。被告人吴英认为自己主观上无非法占有的故意,借的钱也是用于公司经营活动,并未用于个人挥霍;同时,辩护人也提出,被告人吴英在借款时主观上不具有非法占有目的,她所借款项是由于种种原因客观上无力返还,而不是有能力归还故意霸占不予返还,理应不构成集资诈骗罪。一审法院以集资诈骗罪判处吴英死刑^①。二审法院基于同样事由作出裁定维持原判,判处其死刑。最后,浙江省高级人民法院不开庭重审此案,对其改判死缓。

随着吴英案件刑事审判的尘埃落定,喧嚣一时的关于吴英是否有罪、该当何罪、是否该判死刑的讨论在一定程度上慢慢归于平静^[1]。虽然吴英案随着重审而盖棺论定,但该案折射出国家对待民间借贷合法化问题的闪烁其词,这在很大程度上造成了对集资诈骗罪认定的困境。尤其在本案中,辩护人

收稿日期: 2013-06-22

基金项目: 本文是司法部课题“民间融资刑法规制的效果评估及立法建议”(项目编号: 12SFB2023)、西南政法大学校级重点课题项目“刑民交叉案件法律规制路径之反思与重构——以民间借贷为例”的阶段性成果。

作者简介: 姚万勤(1987—),女,安徽芜湖人,西南政法大学法学院博士研究生,主要从事于金融犯罪、财产犯罪研究。

展开无罪辩护的实质性理由之一是:吴英主观上不存在非法占有目的。由此可见,集资诈骗罪中“非法占有目的”在罪名认定中承载着至为关键的作用。那么本罪中的“非法占有目的”究竟该如何理解,目前我国刑法学界还没有得到妥善解决。

尤其是近几年来,我国中小企业在面临生存危机的紧要关头进行的集资并没有囿于刑事处罚的严厉化而偃旗息鼓,相反,在一定程度上,集资诈骗案件依然层出不穷,手段不断翻新,集资数额屡创新高。但是,在刑事审判中,多数当事人认为自己只是为了解决本企业生产过程中的资金缺口,可后来,自己无奈地被贴上了集资诈骗罪的“标签”。这些现象早已引起了司法实务界以及学界的重视,多数学者将矛头直指当前的金融制度,认为这样的行为如果有罪的话,只能说明这种法律有问题^[2],是窒息民营企业发展的“保守”与“僵化”的象征^[3],进而从宏观角度高屋建瓴地提出了治理集资诈骗罪的改革方案。无奈,我国法制建设的滞后性,导致了一些原本优秀的治理方案“胎死腹中”,难以收到立竿见影的效果。本文并不纠缠于论证我国金融业该何去何从,也不评判我国金融业存在的固有缺陷。本文主要立足于我国刑法规范的立场,对我国司法解释的合理性提出质疑,对集资诈骗罪中“非法占有目的”的内涵与外延进行重构,以期对我国规范刑法学的发展有所裨益。

二 实践的悖论——对司法解释合理性的质疑

虽然在财产罪以及部分诈骗罪中将“非法占有目的”作为不成文的构成要件要素予以对待,但是我国刑法第一百九十三条明文规定了集资诈骗罪要求行为人主观上具有非法占有目的,所以在司法实践中不存在首先需要明确“非法占有目的”是否属于集资诈骗罪构成要素这一问题。“非法占有目的”作为行为人的主观要素而存在,在认定上不是一眼就能明了的事实,故此,就像查明行为人主观过错一样,需要借助于行为人的客观行为来反观行为人主观上“非法占有目的”之内容。所以,在司法审判过程中,最高人民法院总结审判经验,以司法解释的形式具体规定了“非法占有目的”的内容,即行为人通过虚构事实、隐瞒真相等方法非法获取他人资金后,造成数额较大资金不能归还,具有以下情形的,可以认定为具有非法占有的目的:(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的;(2)非法获取资金

后逃跑的;(3)肆意挥霍骗取资金的;(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金,隐匿财产,以逃避返还资金的;(6)隐匿、销毁帐目,或者搞假破产、假倒闭,以逃避返还资金的;(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。”^②虽然司法解释对“非法占有目的”做出了具体化的规定,但是该司法解释同样存在以下诸多理论缺陷。

(一) 对法律推定理论的谬用

“非法占有目的”在刑法理论中一直作为主观的构成要素存在,它并没有独立的认定途径,故在司法实践中,对非法占有目的的认定过程必然借助于法律推定。所谓推定,是指根据对某个事实的证明来认定或推断另一个事实的存在,它是一种逻辑思维活动^[4]。关于刑法理论承认法律上推定的目的在于,只要另方当事人对于推定事实的存在没有提出其他与之相对的证据时,那么可以基于其他证据综合考虑后认定推定事实的成立(容许的推定)^{[5]181}。具体而言,推定必须基于有证据证明的事实A或者几个事实,事实的认定者(或可以取决于可以指示的语言)推定事实B。在英美法系刑法理论中,将推定分为“强制性推定”和“允许性推定”,但是无论是“强制性推定”还是“允许性推定”,通常是承担证明责任的一方尤其是检察官较为容易地说服陪审团,因此在美国等一些国家中,通常被指责为与宪法所保护的被告人的理念背道而驰^{[6]70}。

对于上述司法解释,一些学者提出应当运用由果溯因的反推思维模式,从行为人“无法返还”、“拒不返还”的事实推定行为人主观上具有非法占有的目的^{[7]441}。然而,这种由果溯因的反推模式只有在行为人不能及时归还财物与非法占有目的之间存在一一对应关系时,才能保证结论的真实性。但是,在现实世界中,这一理论适用的前提要件并不必然正确^③。换言之,在相当多的情形下,行为人只是由于客观原因而不能及时归还财物的案件大量存在^[8]。例如上述的吴英案,虽然存在高利举债的事实,但是吴英并没有推卸自己的还款义务,大量事实均已表明她在举债后还是积极地归还欠款,由此武断地推定行为人主观上存在非法占有目的,是对法律推定理论的谬用。这是其一。其二,从“拒不返还”、“无法返还”的客观事实推定出行为人主观上具有非法占有目的,是客观归罪思想在刑法中的体现。我国刑法理论认为,在认定行为是否成立犯罪时,应当坚

持主客观相统一原则。即行为人的行为在客观上造成了法益侵害的结果——行为具有严重的社会危害性,且主观上具有可谴责性时,才能对行为人予以归责。当然,在集资诈骗罪的认定中也应当贯彻主客观相统一原则,只有查明行为人客观上利用了欺骗方法,主观上具有非法占有目的时,才能对行为人以集资诈骗罪论罪处刑。然而,根据司法解释的相关规定,如此严密的定罪逻辑不能很完整地显现出来。因为在司法解释看来,只要行为人客观上没有还钱,必然能够得出行为人将借款非法据为己有的结论来,即使行为人由于其他原因不能还本付息也不能成为辩护理由。如此操作,事实上已经人为地将非法占有目的从该罪的构成要件中加以排除,因而,只要行为人的行为符合集资诈骗罪的客观要件即可,这是客观归罪思想的典型结论。

(二) 对构成要件的扩张与异化

我国刑法第一百九十三条对集资诈骗罪构成要件规定得较为抽象与简洁,即“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的行为”,据此,刑法学界一致认为集资诈骗罪的客观构成要件是指使用诈骗方法非法集资的行为,主观构成要件是行为人明知是非法集资的行为,希望并放任危害结果发生,且主观上具有非法占有目的。然而,根据司法解释的相关规定,只要行为人实施了非法占有资金、拒不返还的行为,就是典型的集资诈骗行为,而不需查明行为人的真实目的。这种人为扩张构成要件的内容,“是不断降低认定标准,扩大犯罪圈的根本原因,这实际上是一种长期以来形成的刑法依赖,刑法依赖表现在立法上的犯罪化和司法上的严厉化”^[9]。换言之,我国司法解释采取了从严处罚的立场,即使在办案过程中无法论证行为人主观上是否具有非法占有目的,只要行为人实施了将所借资金占为己有、拒不返还的行为,就可以对行为人进行处罚。笔者认为,既然我国刑法将“非法占有目的”作为集资诈骗罪的构成要件要素予以规定,且刑法并没有例举何种情形属于“非法占有目的”的内容,对于“非法占有目的”内容的把握就应该由刑法理论进行判断,而且根据不同案件事实进行具体判断,司法解释例举的类型并不能真正体现非法占有目的的本有含义。如此处理的后果,必然突破刑法的现有规定,从而抹去了“非法占有目的”的实质判断,使非法占有目的在司法判断中流于客观实质化。

另外,司法解释的规定在某种条件下还可能导致犯罪形态发生异化。我国刑法学者基本达成这样一个共识:我国刑法分则的立法模式采取的是“一人犯既遂罪”的形式规定的,对于犯罪未完成形态,例如预备、未遂或中止这样修正的情形,是由总则进行原则性立法。犯罪既遂是行为人的行为满足了犯罪成立的所有要件,因此,犯罪结果在集资诈骗罪中如“非法占有目的”一样,不能随意剔除。“非法占有目的”作为必备的构成要件要素存在于集资诈骗罪的构成要件之中,只有行为人采取了欺骗方法,在“非法占有目的”支配下取得了他人的财产而不归还之时,才有可能认定为集资诈骗罪的既遂形态。但是根据司法解释这种由果溯因的论证模式,已经人为地改变了集资诈骗罪的犯罪形态,因为司法解释例举的事实均存在于集资诈骗罪的犯罪结果出现以后,以这些事实作为判断集资诈骗罪非法占有目的的标准,实际上是以犯罪结果的出现与否来判断犯罪目的的存在与否,犯罪结果变成了决定犯罪目的的依据^[10]。换言之,根据司法解释之规定,如果要认定行为人主观上具有非法占有目的,必须需要发生犯罪结果,如果没能出现司法解释规定的犯罪结果,就应当否定行为人主观上具有非法占有目的。这时我们可以清楚地看出,司法解释实质上将没有出现犯罪结果,但行为人主观上具有“非法占有目的”的未遂形态排除在刑事责任的认定范围之外。集资诈骗罪的未完成形态在司法实践中名存实亡。

(三) 对“行为与责任同时存在”原则的违反

刑法中的“行为与责任同时存在”原则要求“刑事责任要求单个犯罪的犯罪行为 and 犯罪意图同时具备或同时发生”,即行为人在行为时应该存在主观罪过,不能在行为后才产生主观罪过。关于“行为与责任同时存在”原则中的“行为”是何种意义上的行为,目前在刑法理论中存在“广义行为说”与“实行行为说”的对立。“广义行为说”是由于难以为原因的自由行为找到处罚的依据,从而通过扩张行为的概念来进行合理的说明,并将行为人应受处罚的行为扩大到日常生活中“裸”的行为概念之中,违反了罪法定原则,因此受到了强烈的批判。通说否定了“广义行为说”的合理性,从而使“行为与责任同时存在”原则在刑法理论中得到彻底贯彻。同样,在集资诈骗罪中应受处罚的行为是行为人通过诈骗手段实施的非法集资行为,只有行为人在实施

诈骗行为时具有责任即可。然而,根据司法解释之规定,只要行为人具有“其他非法占有资金、拒不返还的行为”均可认定其主观上具有非法占有目的。如果行为人以虚构事实、隐瞒真相的手段骗取了他人财物,但骗取财物目的是为了企业的发展需要,其后由于管理疏漏或者经营不善而导致了不能归还欠款的,在此种情形中,是否就能断定行为人主观上必然存在“非法占有目的”呢?根据司法解释之规定,无疑符合集资诈骗罪的成立要件,但是如果维持刑法中“行为与责任同时存在”原则,就应该给予否定回答。理由如下。

第一,行为人在实施借款行为时,虽然实施了欺诈行为,但是此时并没有非法占有的目的。退一步而言,姑且认为司法解释具有合理性,在行为人客观上不能归还欠款时能够认定行为人具有非法占有的目的,但是此时行为人不能及时归还借款行为并不是集资诈骗罪的实行行为。据此可见,无论从何种角度来看,根据司法解释都难以贯彻“行为与责任同时存在”原则。

第二,根据“行为与责任同时存在”原则,只有在犯罪前或者行为过程中产生“非法占有目的”时才符合该原则的本质要求(关于非法占有目的产生的时间点问题,在本文第四部分将详细阐释,此处不展开详细论述)。根据司法解释的结论,即使在行为人合法获得他人资金后才产生了非法占有目的,也不能排除其主观罪过。因此,解释所持有的结论表明“非法占有目的”产生的时间点可以扩张到获取集资款后,实际上是对“事后故意”理论的采纳^[9]。虽然有学者认为,在事后故意的贷款欺诈中,行为人在合法取得银行等金融机构贷款后,随后采取非法转移、隐瞒、侵吞该财产的行为,显然行为人具有非法侵占银行资金的直接故意,该行为同时也符合诈骗犯罪的客观表现,因而事后故意的贷款诈骗行为当然可构成贷款诈骗罪^[11]。笔者认为,就事后故意贷款诈骗行为来看,由于在取得贷款的当时并无非法占有目的,因而也就不可能有虚构事实、隐瞒真相的手法,如果只是在合法取得贷款后产生了非法占有的目的,就此肯定行为人构成贷款诈骗罪,确有违反“责任主义”之嫌疑。因此,事后故意说并没有得到学界的认可与采纳。同样,在集资诈骗罪中也应当否认“事后故意说”的合理性。

三 理论的回归——“非法占有目的”的解构

与建构

在我国刑法之中,不仅金融犯罪中存在“非法占有目的”这一用语,在财产罪的认定中也涉及到如何把握“非法占有目的”的内容。与世界其他国家相比,我国刑法不仅规定了普通的诈骗罪,同时也规定了特殊的金融诈骗罪,金融诈骗罪作为普通诈骗罪的特殊法条而存在。那么,我国刑法中的“非法占有目的”是否具有同一含义以及如何认定我国刑法中的“非法占有目的”之内容,在我国刑法中并不清晰,多数学者将财产罪中的“非法占有目的”与金融诈骗罪中的“非法占有目的”做区分解读,当然,这样的理解方式得到了司法解释的首肯。故此,要想将这一问题阐释清晰,首先应当将财产罪中“非法占有目的”界定明确。

(一) “非法占有目的”在财产罪中的解构

即使我国刑法规定的财产罪中没有明文要求行为人为主观上必须具有非法占有的目的,也应当认为成立财产罪时,行为人为主观上不可缺少非法占有的目的。因为非法占有目的具有区别一时使用的非犯罪行为与盗窃等取得罪、毁坏财物罪与取得罪的机能,如果按照不要说,则难以区分^{[12]78}。从当前刑法理论来看,使用盗窃是不值得处罚的行为,如果坚持非法占有目的不要说,则必然扩大财产罪的处罚范围。其次,从盗窃等取得罪与毁坏财物罪比较来看,盗窃罪的法定刑明显重于毁坏财物罪的法定刑^④。然而,从两罪的客观方面来看,由于毁坏型财产犯罪导致了他人的财物永久灭失,故意毁坏财物的行为应当重于取得型财产犯罪。之所以法定刑倒置最重要的原因之一在于,取得型财产罪具有非法占有的目的,即将他人的财物据为己用^{[13]208}。

如何界定刑法中的“非法占有目的”之内容,在各国刑法理论中表现并不一致。大致说来,在大陆法系的日本主要存在以下三种观点的对立:第一种观点认为,“非法占有目的”是指行为人最终达到的是让自己成为财物的所有人而对财物进行支配的目的(排除意思说)^{[14]230};第二种观点认为,“非法占有目的”是指按照财物本来的用途进行利用的意思(利用意思说)^{[15]161};第三种观点认为,“非法占有目的”是指排除权利人(排除意思),将他人之物作为自己之物,并按照该物的经济用途加以利用、处分的意思(利用意思)^{[16]137}。在日本刑法理论中,为了将盗窃等取得罪与被认为不可罚的轻微的暂时使用行

为相区别,便进而将轻微的暂时使用行为排除在犯罪之外,因而需要将“排除意思”作为非法占有目的的内容以实现限定处罚范围的机能。同样,在取得罪与毁弃罪相比时,其法定刑明显较重,关于这点,不得不考虑到非法占有目的中的“利用意思”这一层面的内涵。所以,现在的日本以第三种观点为理论通说。

我国刑法学界对“非法占有目的”也存在多种争议性解读,大致说来主要有以下几种观点的对立。第一,“意图占有说”认为,应从纯粹的文义角度解释非法占有目的,即“明知是公共的或他人的财物,而意图把它非法转归自己或第三者占有”^{[17]502};第二,“非法所有说”认为,行为人实施财产型犯罪的目的在于得到所有权的全部内容,所以应该将非法所有目的作为取得罪的构成要件之一^{[18]865};第三,“非法获利说”认为,财产型犯罪是为了获取非法利益,因而行为人主观上并不是如前两种观点所表明的,以非法所有或意图占有为目的^{[19]255}。

在我国刑法中,“意图占有说”一度取得了通说地位,如果单纯从文义的角度而言,非法占有目的无非是指具有非法控制财物的意思。但是仅仅从此角度还难以将“非法占有目的”的内涵阐释清晰。基于以下理由,笔者认为,在我国刑法中,应当借鉴日本刑法理论通说,结合“非法占有目的”的不同机能,从“非法占有目的”的“排除意思”以及“利用意思”双重机能考察“非法占有目的”的内容具有合理性。

第一,从财产罪保护法益的角度来看,非法占有目的应当包含“排除意思”和“利用意思”。关于财产罪保护法益,在德国刑法中存在“法律的财产说”、“经济的财产说”以及“法律·经济的财产说”之间的对立。日本在该问题上并没有沿袭德国刑法理论,而是基于本国的审判经验形成了“本权说”、“占有说”以及五花八门的“中间说”之间的对立。“本权说”认为,刑法保护的应是财物所有权以及与其相关的本权。“占有说”认为,财产罪保护法益是他人对财物事实占有的本身。为了克服“本权说”以及“占有说”的内在缺陷,并在此基础上形成了形形色色的“中间说”。例如有学者认为,财产罪保护法益应是基于合理理由的占有;有学者认为财产罪保护法益是与本权无对抗关系的占有权;另有学者认为财产罪保护法益是一种平稳的占有权。德国和

日本对财产罪保护法益之所以存在较大的争议,一方面是由于本国刑法没有对财产罪的保护对象进行严格的限定,另一方面是由于本国判例对这一问题的断定一直摇摆不定。相反,我国刑法第九十一、九十二条对财物范围进行了明确规定,因而通说认为我国财产罪保护法益是站在“本权说”的立场。此外,我国司法解释又明确规定,特殊的违禁品也可以成为财产罪的对象^⑤。所以,我国刑法中财产罪保护法益并不是完全站在所有权说的立场,换言之,我国财产罪的保护法益原则上是所有权(而不是广泛意义上的本权),例外地从维持秩序的需要承认占有在特殊情况下也是财产罪的法益^[20]。

具体在非法占有目的内容认定上,也应当贯彻我国财产罪保护法益的理论学说。特殊情形下对占有权的侵犯无疑是对财物的占有人权利的排除,从而使自己达到非法控制财物的目的。根据我国《物权法》的相关规定,我国财物的所有权包括占有、使用、收益和处分四项具体内容,这些权利是构成所有权的必备要素,如果欠缺其中一项,就不能肯定行为人对财物的所有权造成了侵害。即对所有权的侵犯,单有侵害的意思还不够,还必须要求行为人具有像所有权人一样进行支配的意思,如果欠缺这种非法占有意思的侵害,所谓的使用盗窃并不具有惩罚性^{[14]563}。所以,在侵犯所有权的财产犯罪中,“利用意思”和“排除意思”的机能在于使盗窃、诈骗等取得罪与故意毁坏财物罪以及不可罚的使用盗窃行为相区别。

第二,从两者的逻辑关系来看,非法占有目的应当包含“排除意思”和“利用意思”。首先“排除意思”和“利用意思”具有密切的逻辑关系,两者构成了完整的评价体系^{[21]193}。从两者功能的角度而言,排除意思是从消极层面界定非法占有目的的内容,而利用意思是从积极层面把握非法占有目的的内涵,积极因素与消极因素相结合的方式,可以使定义更加严谨、周延,减少不必要的歧义。再者,从故意的内容来看,排除意思被包含在内,因而可以从客观方面对是否构成财产罪进行验证。而利用意思并不当然地包含于故意之内,在刑法理论之中一般作为超过的主观要素而存在,因而在客观方面无法进行验证。如果只考虑排除意思,就会将不具有利用意思而只有单纯毁坏意思的情形包含进来;如果只考虑利用意思,就会将不具有排除意思而缺乏可罚性

的一时使用包含进来,都会导致过于扩大财产罪的范围^{[21]193}。只有将侧重于客观面的排除意思与侧重于主观面的利用意思结合起来,才能更好地把握非法占有目的的内涵与外延。

第三,从法定刑的设置来看,非法占有目的应当包含“排除意思”和“利用意思”。从目前我国刑法规定的盗窃罪以及故意毁坏财物罪的构成要件来看,行为人对财物占有权的侵害具有高度一致性,但通过比较两罪设置的法定刑,可以发现两罪的法定最高刑存在较大差异——盗窃罪的最高刑期为无期徒刑,而故意毁坏财物罪的最高刑期为七年有期徒刑。刑法之所以对盗窃罪处罚更重,是因为与基于破坏、隐藏的意图而侵害占有的场合相比,基于其他意思即利用处分财物的意思进行侵害的场合,在类型上责任更重^{[13]180}。从这一层面上来看,盗窃罪中非法占有目的应当包含“利用意思”,即利用处分的意思作为取得型财产罪的加重责任类型事由而存在。

(二)“非法占有目的”在集资诈骗罪中的建构

虽然在我国刑法中,财产罪与金融诈骗罪分别规定在不同的章节之下,但是基于以下理由,对我国刑法中的“非法占有目的”应当做统一性解读较为合理。

第一,做统一性解读符合刑法用语统一性的要求。刑法用语统一性要求是指在同一部刑法之中,对于相同的用语一般做为相同涵义的解读。当然,对于这一要求并不是绝对的,法定解释的一个重要原则是,特定的措辞在特定的整部法律中有着相同的意思,相应的就是如果措辞上出现差异,其意思也会有不同^{[22]15}。就我国刑法的规定来看,“非法占有目的”虽然分布在刑法的不同章节之下,但是其并没有特殊措辞上的差异,因此对其做统一性解读并不存在不妥之处。

第二,做统一性解读符合两类犯罪性质同一性的要求。虽然在我国刑法中,财产罪与金融诈骗罪分属于不同的章节之下,但是两类犯罪均为获利性犯罪。我国刑法通说认为,金融诈骗罪侵犯的是复杂客体,一方面侵犯了金融法规所建立的管理秩序,同时又对他人的财产所有权造成了侵害。换言之,金融诈骗罪的本质是行为人通过非法手段侵犯了金融管理秩序,最终获取利益。与财产犯罪相比,两者在最终目的上均具有获取非法财物的意思,所以将两类罪中的“非法占有目的”做统一解读具有合理

性。

详而言之,在集资诈骗罪认定的过程中,也应当结合“非法占有目的”的双重机能(排除意思+利用意思)进行考察。所谓“排除意思”在集资诈骗罪中具体表现为:第一,在行为人一时利用他人财物时,如果行为人在其后的行为中,并没有永久持续占有使用的意思时,应当否定行为人具有排除权利人权利的意思,反之,则应当肯定集资人主观上具有排除意思;第二,行为人虽然一时性地取得了他人财物,且没有达到集资诈骗罪中可罚违法程度,但是行为人主观上具有永久占有的意思时,应当肯定行为人主观上具有排除意思^{[23]208}。所谓“利用意思”在集资诈骗罪具体表现为:集资行为人以所有权人的意思自居,按照财物的本来用途进行利用。当然,在财物罪中关于这点较为容易把握,但是在集资诈骗罪中必须结合集资诈骗罪的对象“金钱”进行具体把握,例如行为人并没有将所借的金钱从事本来的经营活动,而是用于购买汽车等物品进行个人挥霍的,应当肯定集资人主观上具有利用的意思。

具体在集资诈骗罪中,该如何把握“非法占有目的”内容还存在激烈的争辩与交锋。例如,刘宪权教授认为,集资诈骗罪中的非法占有目的是指行为人在主观上具有将非法集资的资金占为己有的目的,换言之,行为人通过诈骗等非法手段,使被害人的财物转移至行为人的手中,而为其任意性支配^{[24]441}。但是,另有学者指出,集资诈骗罪中的非法占有目的是指行为人在主观上具有将非法募集的资金据为己有的目的,其具体的表现形式既包括将资金置于自己的支配之下,也包括将资金转移给其他第三人的支配之下^{[25]564}。

上述第二种观点仅仅从非法占有目的的“排除意思”出发,只是对行为人排除他人财物的占有作狭义理解,而不结合“利用财物的意思”来理解,如此解读不能正确揭示非法占有目的的应有之义。第一种观点能够克服第二种观点的缺陷,并能结合非法占有目的的“排除意思”和“利用意思”的双重机能,因此较为合理。具体而言,只有行为人对他人的财物具有“排除占有的意思”,并将他人之物以所有权人的身份自居,并且按照财物的本来用途进行利用、处分的意思,就可以认定行为人具有非法占有的目的。在司法实践中,如果只是通过行为人“占有他人财物”以及“不能返还财物”的客观事实,还不

足以认定行为人主观上必然存在非法占有目的。例如在吴英案中,即使吴英存在将他人资金据为己有的事实,这样是否能够轻易肯定吴英主观上具有非法占有目的呢?如果轻率得出肯定结论,必然是以牺牲“非法占有目的”的双重机能为代价的,在考虑吴英主观上是否具有非法占有目的,应当将非法占有目的的“排除意思”与“利用意思”结合起来考察,只有在排除他人对财物占有之后,自己像所有人利用财物时,才能肯定其主观上具有非法占有目的。据此可见,吴英主观上并没有排除他人财物的意思,因此可以否定其主观上具有非法占有目的。

四 路径的优化——非法占有目的认定路径范式选择

从前文例举的吴英案中可以发现,司法机关对“非法占有目的”的认定,过于强调行为人对所借款项“无法返还”和“不能返还”这一客观行为,从而在定罪过程中导致了客观归罪现象。笔者认为在认定集资诈骗罪非法占有目的的过程中,应当注意以下两点内容。

(一) 在认定“非法占有目的”时应当坚持“主客观相统一原则”

在刑法理论中,观察人的行为时,着重主观要素,例如动机、意思、性格与人格的,是主观主义;注重客观的外部动作及外界所引起的结果的,是客观主义^{[26]714}。在定罪过程是坚持主观主义,还是客观主义抑或是主客观相统一原则,一直争论不休。由于主观主义只注重行为人的主观恶性,往往使没有社会危害性的行为也遭到了刑法的惩罚,这种过于扩大处罚范围的理论已江河日下,鲜有学者主张。同样,客观主义只注重行为人造成损害的结果,而不考虑行为人的主观心理状态,这往往使意外事件以及不可抗力的行为遭到刑法的追究。众所周知,我国刑法对于意外事件以及不可抗力的行为造成的损害结果不追究刑事责任。故此,我国刑法应当建立在主观与客观相统一的基础之上,定罪活动也应该遵循这一原则。基于主客观相统一的立场,对集资诈骗罪中的“非法占有目的”的认定,最具实践意义的就是透过这些与非法占有目的相悖的假象看到诈骗的本质,即辨析能够足以证明行为人主观上具有非法占有目的的行为表现^{[27]76}。只有如此,才能科学地揭示非法占有目的的内涵与外延,才能把握集资诈骗罪认定的逻辑结构。

(二) 在认定“非法占有目的”时应当维护“责任主义原则”

责任主义原则是现代刑法理论为了排除团体责任和结果责任所确立的一项重要原则。所谓责任主义原则,“即仅惹起法益之侵害或侵害危险之客观结果,须行为人同时具有责任能力、故意或过失、违法性意识可能性、期待可能性等,始有追究其责任之可能”^{[28]63}。除此之外,在目的犯の場合,还必须具有与之相对应的目的。

责任主义亦可表述为“行为与责任同时存在”原则。在司法实践中,关于非法占有目的产生的时间点主要存在三种情形:其一,在行为人着手实行犯罪前就已形成了非法占有目的;其二,在行为实行过程中产生非法占有目的;其三,在行为实行后才产生了非法占有目的。对于以上第一或第二种情形,均可以肯定行为人具有犯罪的故意,成立相应的犯罪。例如,在着手实行抢劫行为之前,主观上就已经存在将他人财物据为己有的意思,即属于第一种情形。再如,在伤害他人的过程中,产生了将他人财物占为己有的意思,从而利用暴力将他人财物据为己有,也不能排除行为人成立财产罪。然而,问题是第三种情形,是否在这种情形下依然能够承认行为人主观上具有非法占有目的?笔者认为,应该给予否定回答;否则,对于这种情形能够肯定行为人主观目的,是对事后故意的迷恋和对责任主义原则的颠覆。在这种情形下,应当按照相应的民事纠纷予以处理较为妥当,且司法实践部门一般也是如此处断。例如,在行为人甲借了某乙数千元,并立有字据,在借款时期届满后不想归还欠款,法院一般按照民事纠纷处理并强制执行被告的财产。同样的道理,为何在集资诈骗罪的认定中却大相径庭?在上述吴英案中,我们不能就此肯定其在集资行为时主观上存在非法占有之目的,在庭审过程中,我们可以发现,吴英在高利率大量举债之后,并没有逃避自己的返款义务,之所以“东窗事发”,在很大程度上是由于资金链出现断裂而导致其不能及时返本付息。因此,非法占有目的只有在行为时才有意义,如果行为人在向他人“非法集资”时主观上并不存在“非法占有目的”,我们就不能突破责任主义原则,不分青红皂白就对行为人扣以集资诈骗罪的罪名。

申言之,在集资诈骗罪的认定过程中应当严格贯彻“责任主义”原则。如果行为人在非法集资之

前或者在非法集资的过程中就已产生了非法占有的目的,在其集资之后不归还欠款,可以认定行为人主观上具有非法占有目的。但是,在行为人非法集资时,其主观上并没有非法占有目的,只是由于其他客

观原因(例如经营不善等原因)造成行为人不能及时还本付息,应当按照普通的民事纠纷予以处理。如此,刑法才能最大限度地发挥其功能、实现其价值,才能在法益保护与人权保障博弈之间取得平衡。

注释:

- ①参见《浙江省金华市中院刑事判决书》,判决书:(2009)浙金刑二初字第1号。
- ②参见最高人民法院2001年1月21日公布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》。
- ③当然,此处笔者只是质疑我国司法解释在运用法律推定时可能会出现谬误,对于司法解释例举的情形,在一定的条件下——行为人不能及时归还财物与非法占有目的存在形成一一对应关系时,可以推定出行为人具有非法占有的目的。例如,行为人“明知没有归还能力而大量骗取资金的”,此时行为人客观不能与主观不愿之间必然存在一一对应关系,那么就不能排除其主观上具有非法占有目的。在下文论述中,敬请读者甄别。
- ④根据我国刑法的规定,盗窃罪的法定刑最高刑可以判处无期徒刑,而毁坏财物罪的最高刑为七年有期徒刑。关于这一点,在下文中将做进一步分析。
- ⑤具体可参见最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条。

参考文献:

- [1]刘伟.非法吸收公众存款罪的扩张与限缩[J].政治与法律,2012(11).
- [2]茅于軾.一个企业家命运的政治含义[J].新闻周刊,2003(47).
- [3]刘燕.发现金融监管的制度逻辑[J].法学家,2004(3).
- [4]李恩慈.刑法中的推定责任制度[J].法学研究,2004(4).
- [5][日]西原春夫.日本刑事法的形成与特色[M].北京:法律出版社,东京:成文堂,1997.
- [6][美]约书亚·德雷斯勒.美国刑法精解[M].王秀梅等译.北京:北京大学出版社,2009.
- [7]刘宪权.金融犯罪刑法理论与实践[M].北京:北京大学出版社,2008.
- [8]姚万勤.解释学视域下的集资诈骗罪重构——以主观目的、行为对象的实质分析为进路[J].成都理工大学学报(社会科学版),2012(6).
- [9]侯婉颖.集资诈骗罪中非法占有目的的司法偏执[J].法学,2012(3).
- [10]王占洲.集资诈骗罪中“非法占有目的”的判断标准[J].政治与法律,2008(6).
- [11]朱明锁,吴振兴.“事后故意”不能成为贷款诈骗罪的构成要件[N].检察日报,2001-03-20.
- [12]刘明祥.财产罪比较研究[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [13][日]大谷实.刑法各论的重要问题[M].东京:立花书房,1990.
- [14][日]福田平.全订刑法各论(第三版)[M].东京:有斐阁,1996.
- [15][日]前田雅英.刑法各论讲义[M].东京:东京大学出版会,1999.
- [16][日]山口厚.从新判例看刑法(第二版)[M].付立庆等译.北京:中国人民大学出版社,2009.
- [17]高铭喧.中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1989.
- [18]张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011.
- [19]张幸瑞.经济犯罪新论[M].西安:陕西人民出版社,1991.
- [20]童伟华.财产罪的法益——修正的所有权说之提倡[J].安徽大学法律评论,2009(1).
- [21]魏海.盗窃罪研究——以司法扩张为视角[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [22][加拿大]罗杰·塞勒.法律制度与法律渊源[M].项焱译.武汉:武汉大学出版社,2010.
- [23]杨兴培,李翔.经济犯罪和经济刑法研究[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [24]刘宪权.金融犯罪刑法理论与实践[M].北京:北京大学出版社,2008.
- [25]王作富.刑法分则实务研究(中)[M].北京:中国方正出版社,2010.
- [26]陈兴良.刑法哲学(下)[M].北京:中国政法大学出版社,2009.
- [27]李文燕.金融诈骗犯罪研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2002.
- [28]陈子平.刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2009.

[责任编辑:苏雪梅]