

诉讼证明的困境与 金融诈骗罪之重构

沈丙友*

内容提要:刑法所规定中的“非法占有目的”,是个在司法实践中常令公诉机关难以证明的问题。对此,司法解释与各种学理解释都未能提供合理的解决办法。为彻底、有效地摆脱司法实践中对该罪的证明困境,应对刑法的相关规定作修改,以使其不具有“非法占有目的”的金融诈骗行为也能依照刑法规定予以处罚。

关键词:金融诈骗 诉讼证明 刑法 重构

一、问题的提出:两则案例引出的思考

此论题的提出来自于以下两则案例引出的思考。

案例一:犯罪嫌疑人莫某为了套取银行资金开展自己公司的业务,在没有真实贸易背景的情况下,利用虚构的进出口合同、发票、货物船运单证,以海艺公司等单位的名义向深圳某银行申请开立不可撤销跟单信用证,之后莫某等人将信用证贴现,所得款项并没有用于外贸业务,而是用于购买国贸商城、买卖股票、支付银行利息等开支。从1996年1月第一次开证到案发,莫某等人共骗开信用证92笔金额达8000多万美元,至今还有近3000万美元未能偿还。该案由检察机关于2001年3月提起公诉,在开庭审理时,辩护人以被告人莫某骗开信用证只是为了融资,主观上没有非法占有目的为辩点提出抗辩,现审判机关因“被告人有无非法占有目的不能确定”,而尚未判决(广东省检察机关处理的类似案件之一)。

案例二:香港陆氏实业(武汉)有限公司注册资金只有500万美元,从1994年起到1999年6月末,该公司就以资产抵押、房地产抵押等形式(其中相当一部分是重复抵押或虚假抵押)从武汉市农村信用联社等金融机构获得贷款人民币8.75亿元,其中有近3亿元已逾期,欠息就达8000万元。1999年7月30日,公司总经理唐某被司法机关收审,然而因缺乏非法占有的证明,一个多月后,唐某被批准离境,当然国家的巨额贷款也就无从追讨。

* 广东省人民检察院主诉检察官。

参见薛瑞麟、丁天球:《论单位骗贷》,《政法论坛》2001年第3期。

上述两则案例中,检察机关和辩护方争议的焦点是:行为人有无非法占有的目的,用欺骗手段获取金融机构资金的目的是非法占用还是非法占有,非法占用是否是刑法“非法占有”题中应有之义,也就是说,非法占用金融机构资金的行为能否入罪。此案引发的思考则是,检控方在诉讼中对金融诈骗犯罪应否证明其主观上具有非法占有目的,如果需要证明,应该采用怎样的证明方式,也就是说,侦控机关应该收集哪些证据来证明这种目的,收集的证据达到什么程度才能证明这种目的的存在?进一步的思考则是,现实的司法困境是否说明了立法的某种不足?

二、学界的聚讼:司法困境之由头

金融诈骗犯罪是指刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第五节所规定的以下8种犯罪:集资诈骗罪(第192条)、贷款诈骗罪(第193条)、票据诈骗罪(第194条第一款)、金融凭证诈骗罪(第194条第二款)、信用证诈骗罪(第195条)、信用卡诈骗罪(第196条)、有价证券诈骗罪(第197条)和保险诈骗罪(第198条)。由于从法条上看,只有集资诈骗罪和贷款诈骗罪规定了以非法占有为目的,而其他金融诈骗罪都没有此种目的的规定,加之人们对“非法占有”理解上的差异,诉讼证明于是陷入了进退维谷的困境。控方、辩方、审方很难形成一致意见,审方在控辩双方对法律的理解分歧巨大、对抗空前激烈的情况下,不便、不能、也不敢贸然下判。有些明显具有严重社会危害性的重大案件因行为人为构成犯罪的主观要件未能齐备(或认为未能齐备),司法机关只能以不构成犯罪、不符合起诉条件处理或宣告其无罪。导致这种析之有害、证之不能、量之无刑、罚之无据困境的,不是司法机关的无能,而是刑法对金融诈骗犯罪主观目的规定的不确定、不科学使然。

(一)“非法占有目的”之有无

学术界主要存在以下几种观点。

一种观点认为,金融诈骗非法占有目的的有无应以刑法的明确规定为界。刑法明确规定以非法占有为目的的,应当以此为要件;没有明确规定的,无需也不应以行为人主观上必须具有非法占有目的为构成要件。其理由在于:第一,罪刑法定原则的体现;第二,虽然金融诈骗罪是从普通诈骗罪中分离出来,但不能用普通诈骗罪的主观特征来套金融诈骗罪的主观特征,我国刑法将金融诈骗犯罪归入“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章,表明了金融诈骗犯罪所要侵犯的主要客体是金融管理秩序,而不是财产所有权;第三,从司法实践角度分析,不将主观目的限定于以非法占有为目的,是有利于打击金融诈骗活动的。

一种观点认为,以非法占有为目的并不是所有金融诈骗罪主观方面的必备要件,金融诈骗罪的构成一般应以非法占有为目的为主观要件,但部分金融诈骗罪的构成不应以非法占有目的为构成要件,这主要取决于刑法的具体规定,比如,从刑法第198条对保险诈骗的条文规定中可以推断出投保人骗取保险金必须具有非法占有的目的。但“占用型”金融诈骗罪的构成无需具备非法占有的主观要件,如刑法第195条第(三)项规定的“骗取信用证的”行为,可见,构成信用证诈骗罪实践中无论是出于非法占有目的还是非法占用目的,其行为都构成信用证诈骗罪。其理由在于:第一,金融诈骗罪中的“诈骗”与侵犯财产罪中的“诈骗”并不完全等义。我国金融诈骗罪中的“诈骗”包括骗取财物型诈骗和虚假陈述型诈骗两种情形。骗取财物型诈骗具

有非法占有目的,而虚假陈述型诈骗则不必具有非法占有目的;第二,符合立法精神,我国刑法对金融诈骗罪的规定侧重于维护金融管理秩序,如果要求所有金融诈骗罪具备非法占有目的,则对于占用型的金融诈骗行为就不能以犯罪论处,这不符合立法精神。

一种观点认为,金融诈骗罪都是以非法占有为目的的犯罪,刑法规定的八种金融诈骗犯罪无一例外地都必须以非法占有为目的作为主观要件。理由在于:第一,不论是金融诈骗罪还是普通诈骗罪都是目的犯,金融诈骗罪是从普通诈骗罪中派生出来的,既然是诈骗,行为人当然具有非法占有的目的;第二,集资诈骗罪、贷款诈骗罪之所以明文规定了非法占有目的,是为了与刑法规定的非法吸收公众存款罪、高利转贷罪划清界限,而其余金融诈骗罪对非法占有目的未作规定,是因为“不言自明”的,对这些犯罪,条文都使用了“诈骗活动”一词,表明了非法占有目的;第三,对于法条上未规定以非法占有为目的的金融诈骗犯罪,并非不要求行为人主观具有非法占有目的,而是这种欺诈行为本身就足以表明行为人主观上的非法占有目的。此种观点为学界的主流观点,也得到了最高审判机关的认可。2000年9月在长沙举行的全国法院审理金融犯罪案件座谈会形成的“全国法院审理金融犯罪案件座谈会纪要”(以下简称“纪要”)就明确指出,金融诈骗罪都是以非法占有为目的的犯罪。但值得注意的是,有人指出,司法实践中也有对不具有非法占有目的的行为人予以定罪判刑的实例,比如天津南德经济集团和牟其中等人信用证诈骗案。

尽管学术界和最高司法机关都倾向于金融诈骗罪应以非法占有为目的,但相反司法实例的存在、不同观点的并存、犯罪形态的现实表现和法条原意之间的差距都对侦查机关的证据收集和控诉方的诉讼证明在认识上、具体操作上造成了一定程度的思想混乱并导致司法认定的举止乖张。此为检控方(又不仅限于检控方)诉讼证明之困境一。

(二)“非法占有”之内涵

在我国,学术界关于“非法占有”的内涵问题同样存在着激烈的论争。主要有“非法占有说”、“非法所有说”、“非法获利说”、“非法控制说”、“不法所有说”(排除权利人意思说)等几种观点。其中对刑事司法影响较大的是“非法占有说”和“非法所有说”。“非法占有说”论者认为,民法上的所有权包括四种权能,即占有、使用、收益和处分,刑法上的所谓非法占有就是指上述四项权能之一的占有。持“非法所有论”者不同意该种观点,他们认为,上述理解不符合刑法理论上的通常解释,也不符合这类犯罪的实际情况。只有将不法占有理解为不法所有,才是各类金融诈骗罪中“不法占有”的真正含义。

对刑法原意理解的多元化,必然造成刑事司法的多样化或随意化。同类的案例,可能会因对“非法占有”的不同理解在不同的地方、不同的法官手下得出罪与非罪迥然不同的判决。检控方的诉讼证明也必将因之无所措手足,此为检控方诉讼证明之困境二。

诉讼证明的困境来自于立法的不周详、语焉不详或歧义。立法的不周详、语焉不详或歧义必然带来学术界的纷争与司法实践部门适用法律的举棋不定或任意而为。

卢勤忠:《金融诈骗罪中的主观内容分析》,《华东政法学院学报》2001年第3期。

陈兴良:《论金融诈骗罪主观目的认定》,《刑事司法指南》2000年第1期。

宣东:《牟其中案的法理分析》,《法制日报》2000年8月27日。

马克昌:《金融诈骗罪若干问题研究》,《人民检察》2001年第1期。

三、聚讼的缘起：司法困境之渊藪

学界的纷争和司法实务的随意起因于对“非法占有目的”之有无和“非法占有”之理解的差异,而导致对此二者不同理解的则是以下两个原因:

(一) 诈骗与金融诈骗之关系

一般认为,刑法中的金融诈骗犯罪由普通诈骗罪派生而来,但对两者间的关系和内涵问题则有不同主张:有人提出,我国1979年刑法只规定了一种诈骗罪,随着行为方式的多样化、复杂化,人们对诈骗行为方式的认识也不断深入,故而现行刑法除规定了普通诈骗罪(第266条)之外,还规定了合同诈骗罪(第224条)和金融诈骗犯罪(共八个罪名),这种立法方式可称之为“堵截型立法”,即对某种多发性且在行为上具有相对独立性的犯罪,立法者尽可能明确而详尽地列举其某种具体的犯罪构成,形成一个罪行系列,同时又规定该罪的一般犯罪构成,以涵盖那些已经明确列举的具体犯罪构成之外的其他需要刑法予以规制的行为。据此,该论者认为,刑法第266条规定的诈骗罪与其他条文所规定的各种形式的诈骗犯罪之间并非平等并列的关系,而是属于刑法理论上的普通法条和特别法条竞合之关系,两者具有包容关系。而决定这一包容关系存在的原因是“诈骗”这一因素,因为无论是金融诈骗罪还是普通诈骗罪,都无不具有“诈骗”这一内在因素或特征。刑法理论认为,包容型法条竞合的两个法条之间的特征之一就是表现为一个法条所规定的犯罪构成要件在整体上包含了另一个法条所规定的构成要件;在任何情况下,能够为其外延小的法条所评价的犯罪行为,从逻辑上必然能够为另一外延大的法条所评价。基于此种认识,持此论者认为,金融诈骗行为首先应是符合普通诈骗罪构成要件的行为。既然诈骗罪是一种侵犯财产所有权的犯罪,其主观本质特征又是具有非法占有目的,那么,作为其派生物和金融诈骗犯罪,必然也具有侵犯财产犯罪的属性,我们不能否认金融诈骗所具有的财产犯罪属性,因而也就不能否认金融诈骗罪主观上的非法占有目的。但有学者持反对意见,认为立法既然将金融诈骗犯罪与普通诈骗罪分开,自有其分开的理由。金融诈骗不同于普通诈骗,不能因二者有“诈骗”这一点相同处就将二者强行纳入一个模式,甲有的乙一定要有,正如抢劫与抢夺虽都有一个“抢”字,但不能将二者等量齐观一样。诈骗与金融诈骗的关系问题关涉到普通诈骗侵犯财产罪的相关理论能否运用到金融诈骗犯罪上去这一问题。持诈骗与金融诈骗是种属、包容关系观点的人认为,金融诈骗作为普通诈骗的特别法,诈骗罪的基本内涵,金融诈骗罪理应一体遵行。如此,金融诈骗所侵犯的财产权就是他人的财产所有权,行为人的行为构成犯罪必须具有非法占有目的,其非法占有,只能是非法所有,非法占用不是刑法所要求的“非法占有”。持诈骗与金融诈骗并列论的人认为,之所以将金融诈骗从诈骗罪中分离出来,是因为其侵犯客体、行为方式等有别于普通诈骗犯罪,既然其行为特征、侵犯客体有别于普通诈骗,自不能以普通诈骗之构成拘束之。因而,意图将金融资金据为己有的、具有非法占有目的行

刘宪权、吴允锋:《论金融诈骗罪的非法占有目的》,《法学》2001年第7期。

陈兴良:《法条竞合论》,复旦大学出版社1993年版,第96页。

前引〔7〕。

为固然可以构成犯罪,只想从骗得的金融资金中获取利益的行为人虽不具有非法占有目的,但因其行为的欺骗性、目的的占用性,也应构成犯罪。“非法占有”不仅包括“非法所有”,也应包括“非法占用”等行为。该论题很有点象中国古代的哲学命题“白马与马”的关系一样,一方坚持白马亦马,一方则说白马非马。

(二)“占有”内涵在民法、刑法上的异同

有学者提出,基于法制的统一性原则,刑法中的“占有”应与民法中的“占有”为同一概念,其外延亦应相同。但有学者表示反对,认为,刑法上的占有与民法上的作为所有权的四项权能之一的占有是不能等量齐观的。刑法相对于民法、商法具有相对独立性,坚持刑法的独立性,就要在解释上根据刑法的特征和需要理解相关问题。刑法概念并非都是与民法同一概念的内涵相一致的,比如刑法中的“物”与民法中的“物”的范围就不一致:刑法中的“物”的范围包括货币、物品等“一切具有价值、归属关系的東西”。而民法中的“物”则不包括货币、有价证券。持占有概念同一论的人认为,“占有”即是占有,其特征是占有他人财物并用之;持占有概念不同论的人认为,刑法中的占有应释作“所有”,它包括占有、使用、收益、处分四项权能,而不能只具其一。

我们认为,上述聚讼单就某一方面思维而论,持论者各有其道理,但综合分析又都有“持论有失偏颇”之嫌。

就普通诈骗与金融诈骗而言,金融诈骗来源于普通诈骗,其基本特征自然应相似于普通诈骗。但来源于诈骗并非等同于诈骗,金融诈骗有别于普通诈骗之特征也显而易见,自不能认为普通诈骗之犯罪构成“放之四海而皆准”。从本质上看,普通诈骗犯罪是着眼于传统的财产性犯罪,其着重保护的是他人的资金(财产)安全;而金融诈骗犯罪是现代商品流通过程中的犯罪,其在着重于资金安全的同时自不能对与资金安全同等重要的信用安全置若罔闻,须知,信用是金融市场有效运行的支点,金融市场的活动就是信用活动,信用乃金融之生命。而对信用安全的刻意保护乃非普通诈骗罪之现有模式所能及,另觅超乎其外之法势在必然。

就“非法占有”理解之差异的缘起问题而言,事实上,刑法所保护的所有权是宪法意义上的所有权,即宪法第12、13条的规定,而不是民法意义上的所有权。从民法意义上说,任何所有权都是“私”的,而宪法和刑法意义上的所有权则既可能是私的,也可能是公的,公法所属秩序下的所有权已经超出从属性的个人利益,而牵涉到整个社会秩序的保障问题。因而立法仅保护属于私法意义上的所有权或将立法仅理解成保护私法意义上的所有权,是否有悖宪法精神大可商榷。

四、学界开出的处方:敢问“道”在何方

近年来,面对越来越多、数额越来越大的金融诈骗案因认识的分歧不能定罪或随意定罪的严峻现实,学术界有识之士在刑法规定的应有之义与现实需要之间苦苦求索,以求找到二者兼顾的平衡之术,以便于诉讼证明更贴近刑事立法的规定本意。

其道之一:化繁为简。关于非法占有目的有无的证明,有学者提出,主观目的虽然是行

高铭喧:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第102页。

为人主观心理活动,但它通过客观行为表现出来,因此在一般情况下,根据其客观行为就足以认定其主观目的的内容。在金融诈骗罪中,如果刑法条文未规定以非法占有为目的,则其客观行为本身就足以表明这种非法占有目的的存在,因而无须证明。^⑩

其道之二:兼收并蓄。关于非法占有的内涵,有学者为了将现时金融欺诈犯罪中非法获取金融资金所有权和使用权两种情形全部包括进去,借鉴日本刑法理论的观点提出,“非法占有”应理解为无合法根据地永久性地支配一定的物或享有一定物的价值。行为意图非法占有既包括为自己获得非法的财产利益,也包括为他人获得非法的财产利益。^⑪

学者的良苦用心固然可敬,其秉承古人学问应“经世致用”之法固然可彰,但该解释是否有悖罪刑法定原则、是否会落下客观归罪、因事设法等嫌疑实难逆料。针对上述第一种观点,有人就提出了“这其实还是肯定了非法占有目的不是金融诈骗罪的主观要件”,极易导致客观归罪,有违主客观相一致原则的责难。^⑫至于第二种观点,虽然该说可暂时为对现实经济生活中的多种金融欺诈犯罪方式予以追究找到合理的理由,且有日本刑法理论可资借鉴,但这种理解是否和中国传统文化理念相符大可斟酌。同时该观点尚有以下两个问题难以克服:一是从《纪要》的精神看,似乎最高审判机关对此持否定态度;二是不分欺诈的方式、目的、手段和程度,将非法所有型与非法占用型欺诈犯罪一体惩处,也有违罪刑相适应原则。

其道之三:司法推定。鉴于非法占有目的这一主观要件在诉讼证明、司法认定中的困难,近年来理论界提出了用推定予以证明的观点,认为,非法占有目的虽是一种主观上的心理活动,但它不能脱离客观外在活动而存在,对于非法占有目的的认定,可以通过其客观行为进行。^⑬我国刑法理论对司法推定研究的不多,而在英美法系刑法中,通常都是承认司法推定的。英国学者鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯指出,根据对某个事实的证明,陪审团可以或者必须认定另外某个事实(通常称“推定事实”)的存在,这就叫推定。其中,推定又可分为法律的推定与事实的推定,“可以”和“必须”是区分法律的推定和事实的推定的依据。在陪审团必须认定某事实存在时,推定是法律的推定;如果陪审团根据对某一其它事实的证明而可以认定推定事实的存在,推定是事实的推定,而事实的推定往往是能够证明被告人心理状态的唯一手段。法官应该对陪审团作出这样的指示,即它有权从被告已经实施了违禁行为的事实中推定出被告是自觉犯罪或者具有犯罪意图,如果被告未作任何辩解,推定通常成立。^⑭

推定是一个重要的理论和司法实践问题,它既是实体法问题,也是程序法问题。所谓推定,是指根据事实之间的常规联系,当某一事实确定存在时,可以推导出某个不明事实的存在。用以推导的事实谓之“基础事实”,由基础事实推导出来的事实就是“推定事实”。推定的原理表现在基础事实与推定事实之间的普遍的、常规的共存关系,即当基础事实存在时,在绝大多数情况下,推定事实也存在。故而在推定事实无法证明或直接证明社会成本过高时,就可以通过证明基础事实的存在而间接证明推定事实的存在。刑事推定的诉讼价值就

^⑩ 前引〔4〕。

^⑪ 赵秉志:《金融诈骗罪新论》,人民法院出版社2001年版,第160页。

^⑫ 前引〔7〕。

^⑬ 鲜铁可:《金融犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社1999年版,第170页。

^⑭ 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,人民大学出版社1991版,第55页以下。

在于它改变了一般意义上的用直接证据证明犯罪待证要素的做法,采用间接证据证明,即当不存在直接证据或直接证据不足以证明犯罪待证要素时通过间接证据(即基础事实)与待证要素(即推定事实)之间的常规联系进行推理,从而得出待证要素为真的结论。刑事诉讼中推定的运用减轻了检控方的证明责任,它在一定程度上造成了证明责任的转移。因为,根据推定原理,只要控诉方证明了基础事实的存在,就可以暂时解除其证明责任,如果被控方不提出反证,法庭就将认定推定事实的存在,被控方就要承担不利的诉讼后果,这实质上免除了控方直接证明推定事实的责任,而赋予被控方提出推定事实不存在的证明责任。刑事推定运用于金融诈骗犯罪的诉讼证明活动,可以有效减轻检控方的证明责任,降低诉讼成本,也可有效防止因证明不能带来的不利后果的发生。但因在我国这一诉讼证明方式刚刚被引入刑事司法实践,诸多原理、规则尚处于探索之中,司法实践中的大量运用尚待时日。同时,司法推定的应用只能说一定程度上缓解了诉讼证明的困难,并不能从根本上解除检控方的证明困境,因为,造成检控方证明陷入困境的不是证明本身。

五、司法实践的现实做法:能否一“推”解千愁

分析近年来最高审判机关的规范性文件,我们可以看出,对诈骗类犯罪主观目的的认定,审判机关已在尝试适用司法推定。最为典型的是1996年12月16日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》,该“解释”第一次明确规定了几种通过客观行为推定行为人非法占有目的的情形。2000年9月长沙会议形成的“纪要”在肯定了金融诈骗犯罪必须具有非法占有目的之后列举了可以推定金融诈骗犯罪具有非法占有目的的几种情形。据此,实务部门的专家将其细化为以下十一种:(1)以支付中间人高额回扣、介绍费、提成的方式非法获取资金,并由此造成大部分资金不能返还的;(2)将资金大部分用于弥补亏空、归还债务的;(3)没有经营、归还能力而大量骗取资金的;(4)将资金大量用于挥霍、行贿、赠予的;(5)将资金用于高风险营利活动造成亏损的;(6)将资金用于违法犯罪活动的;(7)携资金潜逃的;(8)抽逃、转移、隐匿资金,有条件归还而拒不归还的;(9)隐匿、销毁财务账目或搞假破产、假倒闭逃避返还资金的;(10)为继续骗取资金,将资金用于亏损或不盈利的生产经营项目的;(11)其他非法占有资金的行为。^①

司法实践总结的经验似乎可以为诉讼证明提供了较为可行、合理的证明手段,其实仔细分析上述诸种“可以认定具有非法占有目的”的情形,我们发现,有的并不能说明行为人具有真正的非法占有目的。因为,推定其实是一种由果溯因的反向思维模式,其在思维上、诉讼证明上尚存以下问题。第一,这种果因关系的唯一性问题。由果溯因的反向思维在多数情况下是符合实际的,但并非所有情况下都符合实际,有上述情形之一,并不一定得出行为人具有非法占有目的的唯一结论,上述列举的反推主观目的的客观情形其实只是主观目的的充分条件,而并非必要条件。比如,“将资金用于违法犯罪”的行为人就不一定具有非法占有目的。走私犯罪行为人,为了大规模走私而向银行骗贷,其走私成功后不久,即将贷款悉数

^① 高憬宏:《审理金融犯罪案件若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》,《法律适用》2000年第11期。

归还,其并不想占有银行资金,当然也不能说其有非法占有目的。第二,这种推理的现实价值问题,比如“将资金用于高风险营利活动造成亏损”的情形。任何生产经营活动都具有一定的风险,如果行为人冒着风险将资金用于生产经营,经营成功后将资金返还,根据上述推定,不构成犯罪,如果失败无力偿还资金的,则推定具有非法占有目的,这种罪与非罪取决于行为人“手气”好坏的观点必然导致犯罪失去客观标准。第三,推定的证明责任分担问题。在金融诈骗犯罪的诉讼中运用推定,就要求被控方提出反证予以反驳,但反驳达到什么样的程度才能解除被控方的证明义务,这种将举证责任倒置的做法法律依据何在?未有相应的规定予以释疑。第四,认识上的悖论问题,强调司法推定的应用实际上在一定程度上否定了非法占有目的是所有金融诈骗犯罪主观要件这一前提,最终导致仅据一些客观事实尤其是未返还的事实就认定行为人具有非法占有目的的客观归罪。第五,适用的随意性问题,司法推定对法官的素质要求甚高,我国的理论界对之研究又少,在没有作好必要的理论、素质准备的前提下适用司法推定,法官们在适用推定时以下两种偏差在所难免:只注意那些教条化的客观事实,而漠视对行为人主观上非法占有目的的考察和判断;挂一漏万,现实生活的多样性、复杂性决定上述列举的情况不可能穷尽,司法者也好、理论者也罢,在列举了几款“情形”之后,也只能用“其他非法占有资金的行为”这一概括性条款统之,那么对“其他”的理解则可能是“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”,同一情况甲法官会认为属“其他”之列,乙法官则会认为不属此列。

六、理论反思:金融欺诈犯罪构成之模式分析

(一) 反思之理论预设

理论预设一:从犯罪构成理论的角度分析,一般说来,犯罪构成要件要素越多,符合构成要件的情形就会越少,处罚范围也就越小,故在必要且合理的情况下,增加构成要件要素,意味着限制刑法的处罚范围,反之亦然。

理论预设二:罪名的评价应与行为的罪质相符,这样才能为犯罪人和社会所接受,才有利于实现刑法的人权保障机能和社会保护机能。

理论预设三:合理区分诈骗与欺诈之异同。“欺诈”与“诈骗”虽是同义词,但它们在词义所概括反映的侧重点和词义的附加色彩方面有诸多差别。欺诈的外延要大于诈骗的外延。欺诈强调行为的方式和性质,但不注重结果;诈骗虽表明了同样的性质和方式,但强调的是行为的结果和目的。对于欺诈来说,只要有虚构事实或隐瞒真相意图使人产生错误认识的行为就足够;而诈骗则不仅强调行为人的非法占有目的,而且强调行为人造成他人错误认识。

(二) 模式分析

完整的、理论上的欺诈犯罪构成模式是:行为人欺诈行为——被害人产生错误认识——被害人基于错误认识而行使权利——被害人(或第三人)的利益损失——行为人获得利益(或使第三人得之)。根据行为人行为程度和行为目的,可将该完整模式拆解成完全形态模式和截短形态模式两种。完全形态模式的构成为:行为人以非法占有为目的——行为人实施欺诈行为——被害人产生错误认识——被害人基于错误认识而处分权利——行为人(包

括第三人)非法获利并致被害人利益受损;截短模式则为完全模式的“截头去尾”:行为人的欺诈行为——被害人产生错误认识——基于错误认识而处分权利。

对于那些在诉讼中无法证明非法获利目的,或者行为的实施还远未达到接近实现非法获利之程度的,即使能够证明非法获利目的,也无此必要。因此立法区分诈骗犯罪和其他欺诈犯罪有着重要的刑事立法和司法实践意义。^⑩本着对主观上的非法获利目的和客观上的犯罪结果尽量予以查明的原则,对相应的欺诈犯罪采取以完整的诈骗犯罪的构成模式加以规定,可以使刑事立法最大限度地贯彻主客观相统一的刑事责任原则,最大限度地实现罪刑相适应原则,从而体现刑法应有的公正价值;而对于主观上的非法获利目的和客观上的犯罪结果难以查明的或无必要查明的欺诈犯罪,采取较诈骗犯罪宽松的模式加以规定,也就是在立法上把诈骗犯罪之构成模式“截短”来规定其他欺诈犯罪,即用所谓的“抽象的危险构成要件”以遏制欺诈犯罪进一步发展到诈骗犯罪的程度,这不仅有利于预防欺诈犯罪,实现刑罚的轻缓化,还降低了证明程度(事实上现实诉讼上的证明方法之所谓的推定,只是一些要件的证明片断,远没有达到刑事诉讼所规定的普通证明标准。与其降格以求,不如名至实归),有利于提高诉讼效率与质量,从而体现法律应有的功利价值和人道价值。^[17]

以贷款诈骗犯罪为例,从各国立法和司法实践上看,英美法系国家对贷款诈骗犯罪的处罚并不限于不法所有型。行为人既可以具有不法所有的意图,也可以骗取财产上的利益。在英国,刑法理论认为,当用欺诈手段获得一笔贷款时,该罪便已成立,因为在这笔交易中,所贷出的钱的所有权已经转移到借款人手中,而且借款人在以后可能偿还这笔贷款,但犯罪行为已经成立。^⑪《美国法典》第18篇第1344节《银行诈骗罪》作了类似的规定,“凡明知地实施,或意图实施如下犯罪计划或阴谋的,处100万美元以下罚金或30年以下监禁,或者二者并处:(1)诈骗金融机构;(2)为了得到由金融机构所有、监管或控制下的金钱、资金信用卡、资产证券或其他财产,而虚假或欺诈性陈述、承诺等行为”。第一款规定的为不法所有型贷款诈骗犯罪,第二款规定的是虚假陈述型的骗借贷款犯罪。大陆法系国家通说也认为,当行为人是骗取财产上的利益时,不要求主观上具有不法所有的意图,仍然成立诈骗罪。^⑫《德国刑法典》第265条b“信贷诈骗罪”规定,“为了一个工厂或企业或虚设的工厂或企业,关于信贷条件的许可、保持或变更的申请,向另一工厂或企业为下列行为之一的,处三年以下监禁,或处罚金:就有利于贷款人且对其申请的决定具有重要意义的经济状况提出虚假的或不完整的报告,特别是财政报告,盈亏报表,资产报告或鉴定书,或者作虚假的不完整的书面报告;资料或报告所表明的经济状况未就经济恶化作出报告,而其对申请的决定非常重要的”,并没有象其第263条诈骗罪所规定的那样,要求行为人具有“意图为自己或第三人获得不法财产利益”的主观目的。对于此种规定,德国的学者指出其目的是为了堵塞暴露的漏洞,同时为了避免刑法过于膨胀的危险,需要在经济方面将刑法的防御战线往前推进,于是产生了“抽象危险构成要件”。“信贷诈骗”的特殊犯罪构成具有的威慑力在一定范围内产生了某种程度的预防作用。在征询法官和检察官意见时,都对特殊犯罪构成给予了积极的

^⑩ [17] 刘远、于改之:《金融诈骗罪立法评说》,《法学》2001年第3期。

^⑪ [英]特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆等译,华夏出版社1989年版,第392页以下。

^⑫ 张明楷:《外国刑法原理》,清华大学出版社1999年版,第637页。

评价,因为它使以前无法举证的犯罪行为受到制裁成为可能。^⑳

(三) 模式之构成要素分析

从金融欺诈行为方式和行为人心理状态的角度分析,金融欺诈能否构成犯罪主要取决于两个因素:非法占有目的和欺诈行为。

1. 非法占有目的

国外关于“非法占有目的”的理解大致有三种:一是“将自己作为财物的所有人而对待”;二是“通过他人的财物取得某种经济利益的意思”;三是指排除权利人,将他人的财物作为自己的所有物,并遵从该财物的经济用途进行利用或处分的意思。^㉑日本学者木村龟二就认为,不法占有是指“排除权利人,将他人财物作为自己的所有物,按照其经济上的用途利用或处分它的意思”。^㉒台湾学者赵琛的解释是:“意图不法所有,指欲不法领得其物,排除他人对物之监督权,而行使其所有权内容之意思而言,换言之,行为人之主观上有于法律上取得所有权之故意”。^㉓在我国,刑法教科书中对“非法占有目的”的解释是“行为人意图非法改变公私财产的所有权”,^㉔权威刑法学者的解释是“将不法占有理解为不法所有才是金融诈骗罪中‘不法占有为目的’的真正含义”。^㉕我们这里暂且接受这种观点:非法占有即“非法所有”。

2. 欺诈

在现代各国的民法中,欺诈有法律行为制度中的欺诈与侵权法上的欺诈之分。^㉖前者是以导致受欺诈人作出错误意识表示为最终构成要件,按照法国学者达维的说法,就是“把欺诈作为缺乏意愿处理,在当事人一方的错误是由于他方当事人的欺诈的诱惑而致的时候,允许他以此作为理由使自己的允诺无效”。后者则以导致受欺诈人的实际损失为最终构成要件。

将非法所有目的与欺诈相结合,我们会发现,金融行为有以下四种情况:一是行为人具有非法所有目的,并用欺诈手段获取金融资金;二是行为人具有非法所有目的,但没有用欺诈的手段获取金融资金;三是行为人不具有非法所有目的,也没有用欺诈手段;四是行为人不具有非法所有目的,但利用了欺诈手段。第二种情形现实中不存在,第三种情形无社会危害性可言,此两种情形不可能入罪。有社会危害性、可能入罪的只有第一、四两种情形。也就是民法所谓的侵权法上的欺诈(谓之诈骗)和行为制度上的欺诈。在犯罪立法模式上则表现为目的犯模式和行为犯模式。

(四) 刑事立法模式之理性选择

刑事立法应同时考虑对这两种不同的欺诈行为提供一体的规制力量。我国刑法中对侵权法上的欺诈行为关注较多,对法律行为制度中的欺诈行为则关注不够。刑法仍然以非法

^⑳ 储槐植:《美国德国惩治经济犯罪和职务犯罪法律选编》,北京大学出版社1994年版,第444页。

^㉑ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第762页。

^㉒ 大判大正4.5.21刑录21辑,第663页。

^㉓ 转引自马克昌:《金融诈骗罪若干问题研究》,《人民检察》2001年第1期。

^㉔ 苏惠渔:《刑法学》,中国政法大学出版社1997年版(修订版),第644页。

^㉕ 前引[24]。

^㉖ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第247页以下。

占有的欺诈犯罪为主,虽然在1995年《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》中规定了有关公司犯罪中虚假陈述的欺诈犯罪,但在同年通过的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》中,只对非法占有的金融欺诈作了规定,对虚假陈述的金融欺诈未作规定。随着我国金融活动的进一步发达,科学技术的发展,商品交易方式无论空间或时间都在延展。与此相适应,法律不再仅仅从侵权法角度关注交易结果的公平性,而且更加注重从法律行为制度上也即交易过程中保障交易的公平性。虚假陈述的金融欺诈行为必然更多地出现并表现出更大的社会危害性,因而就提出了犯罪化的客观要求,^②此其一。

其二,从现时的立法例来看,发达国家刑法对于经济性欺诈犯罪的规定大多采用行为犯加目的犯的构成模式,而我国刑法的规定则仍采传统的诈骗犯罪构成模式即目的犯模式。

其三,传统的诈骗犯罪构成模式主要是在自然经济条件下形成的,它主要是用来维护市场交易外的财产安全,而市场交易外的财产安全仅涉及个人权利,因此市场交易外的财产被诈骗不会直接危及市场的心理秩序。但市场交易中的欺诈则不能只是个别人的事情,正如一百多年前的立法者们所说断言的那样:“诈骗的定义对于普通的生活环境是够用了,但在股份业方面适用这一定义就不灵了”。

七、利弊之辩:我国刑法有关金融欺诈犯罪之立法评析

众所周知,诚实信用原则乃民事、经济流转中的“帝王条款”,是市场经济主体必须遵循的基本原则。金融活动中的任何欺诈行为不管其动机和目的如何,都是对金融信用、经济信用的破坏。如果说非法占有的金融诈骗行为因其侵犯了他人的财产权而应受刑事处罚的话,那么,编造虚假理由占用金融资金的金融欺诈行为因其侵犯了经济、金融信用也应受到刑事处罚。因为,在健康、有序的市场经济中,资金安全与信用安全同等重要。传统观念着眼于静态的财产所有权的保护,要求诈骗犯罪主观上必须具有非法占有目的,这显然已不能适应现代经济生活的需要。刑法要对商品流通、资金融通过程提供更多的、全方位的保护,刑法在保护金融资金安全的同时也应对金融信用安全提供强有力的保护。我国刑法对金融市场的保护所采手段取法于对普通财产的保护,对金融诈骗罪的规定是把发生在法律行为制度运作中的欺诈行为转换为传统的诈骗犯罪,这可能在一定程度上减少了立法的难度,司法者也可能因之“化繁为简”,但这种立法方式未能将资金安全与信用安全一体保护,未能充分注意普通诈骗与金融欺诈之分野,使刑法与民商法和经济法的关系发生扭曲,这样一来必然会附带产生以下三个不利后果:

一是不利于诉讼,一般说来,犯罪构成要件越多,诉讼中需要证明的内容越多;主观要件越多,诉讼中公诉人的证明责任越重。如果采用行为犯的方式规制金融诈骗罪,不仅减轻了公诉人的证明压力,也不至于放纵犯罪。“‘危险构成要件’乃抗制经济犯罪的有效手段。通常对于实害犯的追诉,一定要等到有犯罪实害的出现(如财产的损失),才可开始进行刑事追诉。然而由于经济犯罪的复杂性和抽象性,若固守犯罪实害的出现方进行追诉的原则,则行为人为人极易湮灭证据而使刑事追诉工作徒劳无功,因此,在经济犯罪之中,只要有特定的行为

^② 陈兴良:《金融欺诈的法理分析》,《中外法学》1996年第3期。

出现……如附以虚伪的出口证明而提出冲退税的申请时,即加以‘犯罪化’而得对之即刻进行刑事追诉,如此方可保刑事追诉的成果。职是之故,宜将尚未造成实害的阶段构架成为‘抽象的危险构成要件’而规定于刑法中,而以此抽象的危险构成要件,作为抗制破坏‘超个人’法益之经济犯罪的有效刑法”。^⑳

二是不利于预防犯罪的发生。现行的金融诈骗犯罪把犯罪构成的闭合点放在了金融交易的结果上,这一方面迫使侦查机关将注意力相对集中到金融交易的结果上而不是交易的过程中。因为不从交易的结果上就看不出行为人的非法占有目的,而没有非法占有目的的欺诈行为又不构成犯罪,于是就注重对犯罪行为的事后制裁而不注重对犯罪行为的及时预防。

三是不利于及时挽回损失。欺诈犯罪行为在实施过程中,对犯罪的控制比较容易,也有利于预防财产损失,而一旦财物到手,案犯横生逃匿之心,损失也就难以挽回了。

值得欣慰的是,司法实践部门的有识之士已认识到这一区别,指出,金融诈骗犯罪与普通诈骗犯罪中的主观目的是有所不同的。金融诈骗犯罪客观表现上也有别于普通诈骗罪,主要表现为将资金非法处置和滥用。主观目的既可以是实际占有,也可以是骗用或者获取其他不法利益。^㉑

八、对策建言:刑事立法和司法之选择

我国刑法在建构金融诈骗犯罪的立法体例时,由于未能预先作出合理的范畴界定,立法便出现了随意性的倾向,进而使学者在法律解释时陷入疑惑,再进而使司法者在适用时陷入困境。问题的症结正在于此,立法不周延,对具有现实社会危害性而又无非法所有目的的(或非法所有目的难以查清的)金融欺诈行为未能以犯罪论之,理论界为了弥补这一立法不足,促使这一行为入罪,便试图扩大刑法条文的概念内涵,司法界则力图用几种客观表象推定所有的主观目的,以求一“推”定乾坤,于是,乱由此生。解决之道,我们认为,一在修改现行刑法,二在规范推定的司法适用。

(一) 修改现行刑法

在我国刑法中,集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪其行为都是以非法集资的方式进行,如果非法集资过程中以非法占有为目的,构成集资诈骗罪,但如果在集资过程中仅采取虚假方法,没有非法占有目的的,只能构成非法吸收公众存款罪。同样,贷款诈骗罪与高利贷罪也体现了这种区别,可惜的是立法对其他金融欺诈犯罪未能作出这种明晰的区分,于是学界的纷繁与论争、实务部门的困惑与随意由此而生。为廓清目前司法实践中的混沌现象,有必要对现行刑事立法进行必要的调整或修改。那就是借鉴国外立法成功范例,根据金融欺诈的方式、行为人的主观故意,对金融欺诈行为的犯罪构成进行分段规制:以虚假陈述方式获得金融资金达到一定程度的,若具有非法所有目的的,构成金融诈骗罪;不具有非法所有目的(或非法所有目的难以查清)的,构成虚假陈述犯罪。后罪的成立,“不需要具备通常

^⑳ 林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1981年版,第104页以下。

^㉑ 前引[16]。

难以证明的财产损失以及相应的故意”。^③前罪则应该证明行为人非法所有(不称非法占有)目的的存在,如果检察机关在证明行为人具有虚假陈述等欺诈行为后不能证明行为人这一主观目的的存在,则对行为人只能以前述虚假陈述犯罪追究其刑事责任。就前述两则案例而言,现有的证据虽不能证明行为人莫某、刘某有非法所有的目的,难以构成信用证诈骗罪,但其编造理由骗取金融机构资金的行为是客观存在的,其行为已构成虚假陈述犯罪无疑。刑法如若做这样的修改,既严密了法网,有利于维护我国金融安全,又简化了诉讼证明,更为准确追究犯罪提供了有利的前提。因为对于不具有非法所有的欺诈行为,自不必需要予以推定,这样就缩小了推定的适用范围,推定可能带来的风险也就可以有效避免。

建议刑法作如此修改的理由在于:第一,不以非法所有为目的的金融欺诈行为同样具有严重的社会危害性。事实上现实生活中发生的金融欺诈犯罪,象信用证诈骗罪和贷款诈骗罪极少有赤裸裸地将金融资金直接据为己有的,多是通过所谓的违规融资、资金周转等理由而为之,但如果将此行为排除在刑法调整之外,则不仅会使国家动辄几亿的资金付之东流,也会诱发新的此类犯罪。否定将不以非法所有为目的的欺诈行为入罪的一个重要理由在于,此种行为没有侵犯财产权。我们认为,此论有失偏颇。从表面上看,此行为并没有侵犯财产所有人的财产权,但就本质而言,此行为同样存在着侵犯财产权的问题,它虽然没有侵犯他人民法、私法意义上的财产权,但其侵犯了宪法、刑法、公法意义上的财产权。第二,运用刑法武器惩治和防范金融领域形形色色的虚假陈述行为,包括不以非法所有为目的的欺诈行为,是世界各国刑事立法新的发展趋势。近年来,为了适用对经济犯罪作出积极反映、提升刑法在抗制经济犯罪中的效能的需求,德国、美国、俄罗斯等国家在经济犯罪立法中广泛增设了抽象的危险构成要件与堵截构成要件:只要在经济活动中实施虚假的陈述行为,即加以犯罪化(抽象的危险构成要件);为了防止行为人对其虚假陈述以过失、不具有欺诈故意抗辩,刑法在规定了故意欺诈犯罪后,还规定轻率过失的虚假陈述行为也构成犯罪(堵截构成要件)。第三,是适应我国加入WTO、世界经济一体化的需要。加入WTO后,我国面临的国际经济金融环境会远较当今复杂,如何促进和保障中国金融业的发展,不仅仅是经济学的课题,还应是法学包括刑法学所应思考的问题。留给中国的选择只有两个:一个是被动地接受、适应世贸组织的要求,采取消极防御措施防止对中国经济、金融造成不利影响;另一个是采取积极应对之策,提出科学合理的措施,创造性地扩大和利用机遇,化解风险,争取最大效益。毋庸讳言,后一个姿态是我们的最佳选择。这就要求我国的刑法体系编织起保护金融资产安全的严密法网。如果我们仍以现行立法和司法解释处理不以非法所有为目的的金融欺诈行为,要么不以犯罪论处,放纵犯罪,置我国金融资产于更加危险的境地;要么置严谨的诉讼证明要求于不顾,勉强以犯罪论处,处以重刑,其结果必然有违法治原则,置我国的司法制度于千夫所指之境地。第四,是保障社会信用,保护超“个人”的社会法益的需要。

至于立法模式,可有两种选择,一是在现有条文基础上加一款,将具有非法所有目的和不具有非法所有目的的行为分开,并规定后者较前者为轻的法定刑;二是分两条立法,以不具有非法所有目的的行为为基本犯罪构成,将具有非法所有目的的另立一条作为加重处罚的依据。两种模式相较,以前者为可取,它既减少条文,达到了刑法的简约化,又便于比较和掌握。

^③ [德]阿尔宾·埃塞尔:《二十世纪最后十年里德国经济的发展》,冯军译,《法学家》1998年第6期。

(二) 规范推定的司法适用

我们知道,推定有其自身无法克服的缺点:一是推定与刑事诉讼一贯主张的控方负完全证明责任的原则相冲突;二是增加了被控方的证明负担;三是推定的结论并不具有绝对的必然性。但推定又是在现有立法模式下进行刑事诉讼证明的最佳选择。唯今之计,除了前述之通过立法以缩小推定的适用面外,学术界、司法实践部门应着重注意以下几点:第一,司法推定适用的程序保障问题,审判者应充分听取控辩双方的意见尤其是辩护方的意见;没有聘请律师的被告人,人民法院应为其指定辩护人,以利于其充分抗辩。第二,加强对司法推定程序规则的研究,着重研究推定的程序设置、反驳证据的收集、反驳的程度和反驳不能的后果等问题。第三,严格、全面甄选据以推定的基础事实,设定基础事实,是司法推定的客观前提,应着重从典型案例中选择最有代表性事实作为推定的基础事实,既要有代表性又要有全面性。我们认为,成为基础事实的客观情形必须具有以下特征:一是规律性,基础事实与推定事实之间必须存在某种内在的、常态的联系,即出现该种基础事实多由推定事实引起;二是果因关系的直接性,即出现基础事实的结果只能由推定事实引起,而不能由其他原因引起。

Abstract :In judicial practice , it is very difficult for the prosecuting organ to proof the “ purpose of illegal possession ” provided for in the Criminal Law. No reasonable solution to this problem has been provided by various judicial as well as theoretical interpretations. To completely and effectively extricate itself from this predicament , China should revise the relevant provisions in its Criminal Law so that acts of financial fraud not necessarily committed for the purpose of “ illegal possession ” can also be punished according to the Criminal Law.
