

论金融诈骗罪的主观目的与客观推定

崔志伟

(华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

摘要: 所有金融诈骗罪的共同点是都需要以客观推定主观, 以非法占有目的为主观要件。不同点在于对“非法占有”的界定, 对不同的金融诈骗所要求的推定之“基础事实”也应不同, 但均应具备推定的常态联系性和可反驳性。在基础事实与待证事实间具有常态联系的基础上, 允许并保障被告人的反驳权, 如果其不能提供证据或提供的证据不能使法官对待证事实产生任何合理怀疑, 方能认定推定成立。

关键词: 金融诈骗; 非法占有目的; 排除意思; 利用意思; 客观推定

中图分类号: D922.28; DF623 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-0098(2015)01-0037-06

我国 1979 年刑法典并未规定金融诈骗罪, 盖源于长期奉行计划经济使金融领域的交易并不发达, 极少数的金融诈骗行为完全可以囊括到普通诈骗罪中评价。随着社会主义市场经济的发展, 市场在国民经济中的地位日益凸显, 金融领域的诈骗犯罪也日器尘上, 较普通诈骗, 其犯罪数额更高、对经济秩序的破坏更大、波及范围更广。人们日益感到仅仅依靠传统的诈骗罪规定很难有效打击金融领域的各种形式的诈骗犯罪, 因此有必要在刑法中专门设立金融类的诈骗罪。^[1] 1995 年全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》将集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪和保险诈骗罪, 以单行刑法的形式从普通诈骗罪中独立出来。1997 年刑法典在此基础上新增有价证券诈骗罪, 并将这八种犯罪独立列为分则第三章第五节“金融诈骗罪”。应该说这很好地认识到了此类诈骗犯罪与普通诈骗的差异性, 因为这些犯罪不仅侵害了公私财产所有权, 更重要的是破坏了正常的金融秩序, 而後者的危害性更持久、更广泛, 这些特殊规定旨在保护资本市场运行这个“超个人利益”。^[2] 从法条设计上看, 除了集资诈骗、有价证券诈骗, 其他特殊型诈骗要么有详细的行为方式分类, 要么有详细的对象分类, 可以说在客观认定上难度不大, 主要是关于主观的认定则争议纷呈。

一、金融诈骗罪认定的主观要件

关于金融诈骗罪是否必须具备非法占有目的, 争议较大。否定说认为, 除集资诈骗和贷款诈骗, 既然刑法条文没有就其他金融诈骗规定非法占有目的, 那么就不以此为要件。^[3] 笔者认为这是只着眼于罪刑法定的形式侧面、过于注重法条的字面规定而没有体系性地理解条文含义所致。原则肯定、例外否定说认为金融诈骗罪的构成一般应以非法占有目的作为主观要件, 但部分金融诈骗罪的构成不应以此作主观要件, 这主要取决于刑法的具体规定。如从刑法第 198 条对保险诈骗罪的文字规定可推断出行为人须具有非法占有目的, 但 195 条之“骗取信用证”的“占用型”金融诈骗罪则无需具备此目的。^[4] 该论者还提出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此目的则对占用型金融诈骗不能以犯罪论处, 不符合立法精神。这一说法从经济刑法的角度清楚认识到了立法者设立金融诈骗的独特用意, 是值得称道的。肯定说从法条竞合的包容性、不成文的构成要件要素等角度论证了成立诈骗罪(包括金融诈骗罪)以非法占有目的为要件。^[5] 笔者也赞同此种观点, 毕竟金融诈骗是普通诈骗的一种, 不能因为其特殊性而无视其共性, “诈骗”的性质决定了其均应以非法占有为目的。再者不能因为法条中没有规定便将其排除在犯罪构成

收稿日期: 2014-11-29

作者简介: 崔志伟(1990-), 男, 山东昌乐人, 在读硕士研究生, 主要研究方向为中国刑法、经济刑法。

要件之外,刑法中不真正不作为犯(如不作为故意杀人)的作为义务、空白刑法中的“违反国家规定”等开放的犯罪构成要件均不是立法中明示的,均需法官的补充价值判断。集资诈骗、贷款诈骗之外的金融诈骗罪虽然没有“以非法占有为目的”的立法规定,但在具体认定犯罪时,还需要法官结合具体案件是否具备此目的,无此要件者不构成此类犯罪。我国刑法中传统的财产犯罪盗窃、诈骗、抢夺均无非法占有目的的规定,但无论在司法实践中还是理论界,此类取财犯罪均应具备此目的已成为共识。

值得一提的是,在德国1976年的新法对轻率的(即重大过失的)补贴欺诈行为施以刑罚,对此立法者有过解释:国库补贴之许可不但是需要得到特别保护的法益,而且对于免费获得这种国家资助的人,也可附加一种更高的刑事责任,尤其是当纯粹的社会性补贴尚未在刑法上受到特别而又严密的保护时。^[6]非常明显,这种观点不主张经济金融领域的诈骗罪以非法占有为目的。经济领域的犯罪确实有更大的破坏性,经济秩序也值得严格保护,但我们认为这种基于社会防卫而主张刑法适用范围扩张的观点属于明显的社会本位,西方的法治起步远比我们早,经历了由个人本位向社会本位的转变,有着限制公权、保障人权的传统。但我国的法治并非自发型,缺乏法治传统,所以这种社会本位的理念不符合法治初期注重个人权利维护的人权思维,从这一刑法观考虑这一做法便不应为我们所取。原则肯定、例外否定说便是基于金融领域的风险性和值得特殊保护性而主张不以非法占有为目的,但将经济金融领域的风险通过刑法(扩张)转嫁到普通个人身上,其合理性本身就让人质疑。承上所述,我们认为,金融诈骗罪与普通诈骗罪一样,都应以非法占有为目的为主观要件。

二、“非法占有目的”之内涵解析

“非法占有目的”这一概念对于认定金融诈骗罪无疑有着重要的意义,“概念乃是解决法律问题所必须的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”^[7]但“世界上的事物比用来描述它们的词语要多得多”,^[8]再精确的概念在错综复杂的案件事实面前也可能无措,作为理论工作者要尽量本着科学、全面的态度,揭示概念的含义,为司法实践提供指导和支持。

首先,关于“非法”不可从形式上理解,如果基于字面理解“非法”便是侵犯合法,但侵犯“不法”是否非法呢?如,甲盗窃了他人的钱包,乙又趁甲不备夺走钱包据为己有,乙是否非法呢?德国刑法学界有种关于财产犯罪的“法律的财产说”,认为刑法规定财产罪是为了保护民事法上(即形式上有规定的——笔者注)权利。因此,财产犯罪的成立不以行为造成经济损失为前提,只要侵害了民事法上的权利,即使在经济上没有损害,也成立财产犯罪;反之,只要没有侵害权利,即使造成了重大经济损失,也不成立财产犯罪。^[9]依此道理,上述甲偷得钱包属于违法,乙没有侵犯民事上的合法权利,所以不是“非法”,不成立抢夺罪,显然这种结论是难以让人接受的。对于非法占有目的中的“非法”,应根据财产罪的保护法益进行理解:只要是侵害财产罪所保护的法益的,就可以认定为非法。^[10]也就是说对“非法”应按照“法益侵害说”进行实质的理解,即便某财产权没有民事法上的形式的合法根据,即民事不法,但只要达到了刑法上的法益保护目的,刑法便予以保护。拿到金融诈骗罪也是如此,例如某甲手中的钱款是盗窃所得,乙通过非法集资的方式占为己有拒不归还,针对甲的“赃款”照样成立集资诈骗罪。

关于“占有”的理解也争议颇大,过去我国理论界曾有“非法占有说”“非法所有说”和“非法获利说”等不同主张。^[11]这些不同观点源于对刑法上的“占有”是否等同民法上的“占有”理解不同。传统理论认为,构成盗窃、诈骗、抢夺罪,在主观上必须具有将公私财物非法据为己有的目的。这里所谓“非法据为己有”,既包括变为自己不法所有,也包括在将公私财物置于自己占有之下以后,进一步变为第三者不法所有。^[12]亦即通说乃“非法所有说”。关于“占有”的含义,日本刑法理论上存在不同学说:^[13]其一,非法占有目的=排除权利人,将他人财物作为自己的所有物(排除意思)+遵从财物的用途,对之进行利用或者处分(利用意思);其二,非法占有目的=排除意思;其三,非法占有目的=利用意思。其中排除意思,是为将盗窃、诈骗等与盗用、骗用(仅有一时使用、用后便归还的意思)相区别,如甲基于一时使用的意思偷用乙的手机,用后归还的,一般不构成犯罪;利用意思,是为将盗窃、诈骗等与故意毁坏财物犯罪相区别,如甲基于毁坏的目的从乙的手中骗过戒指后扔入大海,虽然有将自己作为所有人处分(抛弃所有物属于民法上的处分行为)的意思,但由于没有利用意思,所有不构成诈骗罪而是故意毁坏财物罪。不难看出,“排除意思+利用意思”的观点能够更好厘清罪与罪间的分界,因此更加全面、科学。日本审判实践也采取了此说。但,第一,随着经济社会的发

展,人际关系日趋复杂,个人财产权更加需要法律的保护,如果坚持绝对的“排除意思”,即任何盗用、骗用行为均不构成犯罪,不仅不利于被害人财产利益的维护,而且行为人的主观意思到底是一时使用还是永久占有很难确定,行为人在基于非法据为己有的意思取得财物后基于各种原因又归还物主的行为便得不到有效处罚,这便不符合刑法法益保护的目的。由此,在日本刑法理论界和实务界所谓排除意思并不限于永久性排除权利人的意思。我国最高人民法院1998年《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第12条第4项规定,为练习开车、游乐等目的,多次偷开机动车辆,并将机动车辆丢失的,以盗窃罪定罪处罚……偶尔偷开机动车辆,情节轻微的,可以不认为是犯罪(言外之意是情节严重的也可以认为是犯罪)。此解释便是在坚持“排除意思”的基础上有所缓和,即“相对的排除意思”,基于法益保护的必要性将部分虽不具备永久排除意思但侵犯了他人重要财物所有权利益的盗用行为列入盗窃罪之列,这无疑具有很大的合理性。“排除意思”便成为“永久性排除+部分暂时排除”。第二,关于“利用意思”,日本刑法理论起先主张行为人应具有“遵从财物的经济用途进行使用、处分的意思”,但例如,甲是性变态者,喜欢收集女生的内裤、袜子,甲多次偷偷进入女生寝室(入户)窃取内裤、袜子,此行为难以认定为遵从了财物的“经济用途”,便不能认定为盗窃罪,由此便使处罚范围不合理地缩小。因此有学者主张利用意思,是指遵从财物“可能具有”的用法进行利用,^[14]这可以认为属于“相对的利用意思”,具有较大的合理性。

有学者对上述“排除意思+利用意思”提出反对意见,认为日本的判例和刑法学说将“非法占有意思”理解为“排除意思”和“利用意思”,有其特定的立法背景,同时也有内在的、难以调和的问题,不宜将其直接借鉴到我国刑法中来。在我国刑法背景之下,“非法占有目的”就是永久性占有他人财物的目的。^[15]英国《1968年盗窃罪法》第15条也曾规定,诈骗罪必须具有“永久性剥夺他人财产的意图”。本文主要论述金融诈骗罪之“非法占有目的”,立足于其特殊性与共性,我们认为所有金融诈骗犯罪,均是通过某种行为方式或虚假的金融工具骗取钱财,这当然含有使用钱财的意思,现实生活中不可能出现行为人骗得钱财后不加利用反而加以销毁的现象(转赠他人也属于利用),所以金融诈骗的特殊性决定了“利用意思”是其所有个罪“非法占有目的”当然具备的含义。但“排除意思”在金融诈骗中是否限于“永久性排除”,我们认为应区别不同罪名不同对待。

众所周知,相同的刑法用语在不同条文中可能具有不同的含义,这源于此用语所处的体系位置以及与其他罪名的协调。例如趁妇女醉酒将其强奸的,属于强奸罪中的“其他方法”,但趁其酒醉,拿走其钱包的,不属于抢劫罪的“其他方法”;再比如,理论通说认为抢劫罪的“胁迫”需有暴力作为后盾,而强奸罪的“胁迫”可以是不含任何暴力因素的。这种区别便是由于刑法分则罪与罪的分界所致。基于此我们认为:

第一,集资诈骗、贷款诈骗罪,有明文规定“非法占有目的”,其“排除意思”仅限于“永久性排除”。这是由两者与普通诈骗罪相比的特殊性所致。我国刑法并未规定骗用、盗用他人财物的犯罪,通说认为盗窃、诈骗均以非法占有(非法所有)为目的,即限于永久性排除的意思,但基于现实生活中可能存在骗用、盗用他人贵重财物从而侵害他人利用可能性,具有法益侵害的危险,立足于法益保护的目的,可以将这种行为囊括到诈骗、盗窃罪中。如日本学者山口厚便主张,行为人虽然具有返还的意思,但具有侵害相当程度的利用可能性的意思时,由于存在可罚的法益侵害的危险,应肯定排除意思的存在,认定为盗窃罪、诈骗罪。对此,应通过考察被害人的利用可能性与必要性的程度、预定的妨害被害人利用的时间、财物的价值等来判断是否具有可罚性。^[16]也就是将具有刑事可罚性的主观上暂时性排除意思作为例外包括进“非法占有目的”。但集资诈骗与贷款诈骗不具有这样的特点,我国刑法已经将具有归还意思(即暂时排除意思)的骗用资金行为规定为非法集资罪、骗取贷款罪。集资诈骗罪与非法集资罪、贷款诈骗罪与骗取贷款罪,客观行为一致,只是由于主观目的不同做此区分。既然刑法已有明确规定,我们只能将集资诈骗、贷款诈骗的主观目的限定为“永久性排除意思”,基于用后归还的“暂时排除意思”骗取资金,即便可罚性再大,也只能列入非法集资罪、骗取贷款罪,这是罪刑法定的当然要求。

第二,恶意透支型信用卡诈骗罪的行为性质决定了其“排除意思”仅限于“永久性排除”。因为信用卡本身便具有透支的功能,主要是为了刺激消费,应对消费者当前适量的资金所需。任何行为人善意透支都具有归还的意思,即基于暂时排除意思将自己作为所有人利用银行资金,这是完全合法的。经银行2次催收3个月不还,并且具有“明知没有还款能力而大量透支,无法归还”“肆意挥霍透支的资金,无法归还”等客观情形能够证明行为人主观上具有将资金据为己有、不想归还的意思,才能认定为恶意透支型信用卡诈骗罪。可见

如果行为人具有暂时排除意思,不能认定为恶意透支型信用卡诈骗罪的“非法占有目的”。

第三,除集资诈骗、贷款诈骗、恶意透支信用证诈骗外的五种金融诈骗主观上不当然排除“暂时排除意思”,亦即以永久性排除为原则、暂时性排除为例外,这主要取决于法条规定的具体行为方式。这是由五种金融诈骗与普通诈骗的共性所致。因为刑法并未基于此五种金融诈骗行为规定“骗用型”。拿信用证诈骗来说,行为人骗得信用证后可能将贴现资金用于临时周转,具有用后归还的意思,此时可以基于资金数额、骗用的期限、对金融秩序的破坏程度等因素,将此骗用行为包括进信用证诈骗罪。有学者认为,如将此行为也按信用证诈骗罪定罪处罚有违罪刑相适应原则。^[17]因此,在司法实践中控方如果不能证明行为人具有永久性排除的非法占有目的,则一概认定为暂时排除意思的非法占有目的,比照前者减轻或从轻处罚。

基于以上的论述,我们概而论之,所有金融诈骗罪都需要非法占有的目的,但对此目的在不同个罪应作不同的解释。八种犯罪除均有“利用意思”外,对于集资诈骗、贷款诈骗、恶意透支信用证诈骗三种,非法占有目的仅限于“永久排除意思”,即“非法所有”。但其他五种犯罪则以“永久排除意思”为原则,以“暂时排除意思”为例外,即“非法占用”。所有这些,都是既考虑到金融诈骗与普通诈骗的特殊性,又顾及到其共同性所得出的结论,应该是更为全面的。

三、对“非法占有目的”的客观推定

存在于人内心的主观思想,如果不外化为言行举止,任何他人都不能得知,只是有了客观的行为,我们才反推行为人的主观世界。如甲拿着利刃向乙的胸口连续刺去,我们就可推定甲主观上具有杀人的故意,即便甲作出诡辩,也不易让人信服。正如德国学者指出,“在查明故意、特定意图和动机等心理要素时会遇到很多很大的困难,只有从外部事实及心理学上法则进行必要的反推,才有可能解决这些问题”。^[18]拿到金融诈骗罪中,是否具有非法占有目的,需要根据客观的行为样态进行反推才可能得知。但上文已述,三种金融诈骗与其他五种金融诈骗的主观目的不能完全等同,这就必然导致在认定上需要的客观方面也会不尽相同。这里有必要提及目的犯的分类,德日刑法理论根据目的犯之目的与实行行为的关系,将目的犯分为两类,实行行为结束就可以(但不必然)达到目的,不需要进一步的其他行为,这被称为断绝的结果犯或直接的目的犯;实行行为的完成不能使目的的实现,还需要其他超出犯罪构成的后续行为才能实现目的,这叫做短缩的二行为犯或间接的目的犯。如制作、复制、出版、传播淫秽物品牟利罪,只实施了制作、复制、出版、传播行为尚不能实现牟利目的,只有通过以后的销售行为才能实现,这便属于短缩的二行为犯,由于在犯罪构成内没有与之相对应的客观要素,所以这种目的也叫做“主观的超过要素”。由于缺乏对应的客观要素,仅通过犯罪构成的客观要件根本不能证明其主观目的,必须借助于其他的客观行为事实,这势必增加搜集证据、举证的难度。如传播淫秽物品牟利罪,仅有传播行为尚不能认定其牟利目的,需要有证据证明行为人有销售等用淫秽物品换取钱财的行为。由此看来,在认定主观上,短缺的二行为犯比断绝的结果犯需要更多的客观事实,认定难度也会大很多。那金融犯罪的主观目的属于那种呢?对此问题的澄清,关涉客观方面的举证需求,意义重大。

金融诈骗罪与普通诈骗罪一样,只要实施了犯罪构成的客观行为(诈骗)就可以实现其目的,不需要任何后续的其他行为,由此看来金融诈骗罪均属于断绝的结果犯,理应仅通过刑法条文描述的客观行为就可以推知其目的。但前文已述,集资诈骗、贷款诈骗、恶意透支信用证诈骗具有其特殊性,其与非法集资罪、骗取贷款罪、善意透支具有不同的主观目的但有相同的客观行为(即“两目的对应一行为”),这就导致了仅通过客观行为并不能确定其主观目的。由此看来,三者有短缩的二行为犯的外在特征,但实质上是断绝的结果犯,其主观目的不是主观的超过要素,只不过客观行为的重叠性不能使罪与罪清楚界分,才需要其他行为作为佐证,这在目的犯的理论分类上具有特殊性。最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》曾就集资诈骗罪、恶意透支型信用卡诈骗罪的“非法占有目的”的认定作出犯罪构成之外的专门的客观规定,这当然也适用于贷款诈骗罪。但对于其他五种金融诈骗,2001年03月20日就落实《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》最高法院刑二庭负责人答《人民法院报》记者问时指出“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪,但非法占有目的的认定,是司法认定中的难点。事实上,除贷款诈骗罪、集资诈骗罪和信用卡诈骗罪中的恶意透支外,刑法列举的实施票据诈骗、金融凭证诈骗、信用证诈骗、信用卡诈骗(恶意透支除外)、有价证券

诈骗和保险诈骗犯罪的具体行为表现,本身就表明了行为具有非法占有的目的。”^[19]这无疑是看到了金融诈骗罪乃断绝的结果犯,并且后五种个罪不具有集资诈骗、贷款诈骗、恶意透支型信用卡诈骗的特性,即这五种罪(像普通诈骗一样)不会出现骗取与骗用的法条适用界限问题。前文已述,对于这五种个罪的骗用行为,如果严重危害了正常的金融管理秩序,则作为例外情形以相应金融诈骗论处。例如控方指控某人犯集资诈骗罪,则不能仅以犯罪构成客观要件的非法集资行为作为证据,因为非法集资罪客观上也具备此行为,必须按照相关司法解释提供的诸如“携带集资款逃匿”“隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金”等超出犯罪构成之外的客观行为作为另外的证据。如果控方不能提供这种另外的证据或提供以后被告人有相当的证据予以反驳,则不能认为存在非法占有(即非法所有)目的,只能以非法集资罪论处。再如,控方指控某人犯信用证诈骗,只需提供证据证明存在法条中四种客观行为即可,无须证明犯罪构成之外的客观行为存在,即便这种情况下有如学者指出的“骗用”的特例(比例非常低),但这种“占用”情形完全可以作为例外包括到“非法占有目的”中。当然如果被告人提供相当的证据证明自己仅是“骗用”(资金的去向是行为人自己掌控的,所以提供这方面证据不会给其带来过重的举证负担),可以在信用证诈骗罪成立的范围内减轻或从轻处罚。由此看来,尽管集资诈骗等三种金融诈骗与信用证诈骗等五种金融诈骗,在需证明的范围上有所不同,但所有金融诈骗罪的共同点是都需要以客观推定主观,因为都具备“非法占有的目的”。

推定运作的方式如下:基于有证据证明的事实A或几个事实,事实认定者就必须(或可以)推定事实B。^[20]其中分为强制性推定与随意性推定(或许可推定),最高院司法解释的表述是“……具有下列情形之一的,可以认定为‘以非法占有为目的’”,“可以”一词显明我们金融诈骗罪中的客观推定是随意性推定,它主要取决于法官的自由心证和自由裁量。既然是“推定”,就不具有必然性,即具有他种可能,它就得允许被告人提出反驳,一旦反驳的说服力达到一定程度,则推定不成立。但说服力需要达到何种程度呢?推定的不利方(即被告人——笔者注)是(1)说服裁判者相信现有证据不足以做出待证事实存在的认定即可,还是(2)必须说服其相信无法确定待证事实存在与否,或者(3)使其相信待证事实不存在。^[21]这三者需要不利方的说服力程度是递增的,其提出相反证据的难度和不利程度也随之递增。如果用X表示不利方对推定事实的抗辩证据,用Y表示控方提出的基础事实的证据,则上述三种情形可以表示如下:

- (1) $X \leq Y \rightarrow$ 法官产生合理怀疑
- (2) $X \approx Y \rightarrow$ 法官左右不定
- (3) $X > Y \rightarrow$ 法官产生确信(推定不成立)

我们认为,被告人与代表国家的控诉方,力量不可同日而语,其提出证据的能力也有着霄壤之别,因此不可让被告人负担过重的证明责任,毕竟推定本身的运用已经减轻了控方既定的证明责任,所以第(1)种情形最为合理。正如有的学者指出的“必须权衡无辜被告人成功出罪的可能性,如果无辜被告人提起反驳证据的难度很高,即使基础事实与待证事实之间存在强大的合理联系,该推定的正当性也值得怀疑”。^[22]即被告方只要提出证据证明基础事实本身或由基础事实产生的推定事实存在合理怀疑(这种怀疑是对法官而言,这需要法官较高的业务素养和不偏不倚的姿态),则控方必须进一步提供证据证明待证事实确实存在,如果不能提供,法官则应本着“疑罪从无”的态度判处无罪或罪轻。

除了允许反驳外,基础事实还必须和待证事实间有着合理的常态联系,在一般理性人看来由前者推出后者是自然的、合理的、高度可能的。拿最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》来说,其第四条有一项“将集资款用于违法犯罪活动”(《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也有类似的规定),比如行为人为骗取的资金用于高利贷等违法活动或开设赌场等犯罪活动,以待获利后返还资金,这种情形应该不在少数,如果仅以此便认定行为人有非法占有的,进而认定为集资诈骗罪或信用卡诈骗罪,便有悖推定的“常态联系原则”,所以,司法解释设此项是不合理的。也许司法解释作上述规定是为了有效打击行为人为骗取资金后用于违反犯罪,但这不能牺牲具体行为的准确性。如果行为人确实有归还的意思,若是将资金用于违法活动,只以非法集资罪一罪论处;若是从事犯罪活动,以非法集资罪与从事的具体犯罪数罪并罚便能很好体现罪刑相适应。

承上所述,我们认为在基础事实与待证事实间具有常态联系的基础上,允许并保障被告人的反驳权,如果其不能提供证据或提供的证据不能使法官对待证事实产生任何合理怀疑,方能认定推定成立。

参考文献:

- [1] 刘宪权. 金融犯罪刑法学专论 [M]. 北京: 北京大学出版社 2010: 465.
- [2] 〔德〕汉斯·阿亨巴赫. 德国经济刑法的发展 [J]. 中国刑事法杂志 2013(2): 119.
- [3] 屈学武. 金融犯罪主观特征解析 [J]. 法学杂志 2004(1): 24.
- [4] 卢勤忠. 金融诈骗罪中的主观内容分析 [J]. 华东政法大学学报 2001(3): 24-26.
- [5] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究 [M]. 北京: 清华大学出版社 2006: 289-292.
- [6] 〔德〕克劳斯·梯德曼. 德国经济刑法导论 [J]. 刑法论丛 2013(2): 26.
- [7] 〔美〕博登海默·法理学——法律哲学与法律方法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社 2004: 504.
- [8] See “The language of Jurisprudence” in Language: An Enquiry into Its Meaning and Function ed. R. N. Ansh-en (New York, 1957): 243.
- [9] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社 2011: 835.
- [10] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社 2011: 849.
- [11] 赵秉志. 刑法学各论研究述评 [M]. 北京: 北京师范大学出版社 2009: 366.
- [12] 高铭喧. 中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善 [M]. 北京: 北京大学出版社 2012: 131.
- [13] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究 [M]. 北京: 清华大学出版社 2006: 294-295.
- [14] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究 [M]. 北京: 清华大学出版社 2006: 309.
- [15] 黎宏. “非法占有目的”辨析 [C]. 顾军. 侵财犯罪的理论与司法实践 [M]. 北京: 法律出版社 2008: 55-56.
- [16] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究 [M]. 北京: 清华大学出版社 2006: 305.
- [17] 刘宪权、吴允锋. 论金融诈骗罪的非法占有目的 [J]. 法学 2001(7): 39.
- [18] 〔德〕冈特·斯特拉腾维特、洛塔尔·库伦. 刑法总论 I——犯罪论. [M]. 北京: 法律出版社 2006: 38.
- [19] 就落实《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》最高法院刑二庭负责人答《人民法院报》记者问 [EB/OL]. <http://www.lso10.com.cn/FaZhiReDian/2012-02/1356.htm>.
- [20] 〔美〕约书亚·德雷斯勒. 美国刑法精解 [M]. 北京: 北京大学出版社 2009: 70.
- [21] 劳东燕. 推定研究中的认识误区 [J]. 法律科学 2007(5): 122.
- [22] 劳东燕. 认真对待刑事推定 [J]. 法学研究 2007(2): 36.

A Study on the Subjective Purpose and Objective Presumption of Financial Fraud Crimes

CUI Zhiwei

(College of Law, East China University of Political Science, Shanghai 200042, China)

Abstract: All financial fraud crimes have common points, the presumption should from objectivity to subjectivity and it need the subjective element of “for the purpose of illegal possession”. The difference lies in the definition of “illegal possession”, different financial fraud also required different “basic facts” of presumption, but the “basic facts” should have the normal connection and refutability of presumption. On the basis of the normal connection between the “basic facts” and the “facts to be proved”, allow and ensure the refute right of the defendant, if he/she is unable to provide evidence or the evidence can’t make the judge generate any reasonable doubt at the “fact to be proved”, the presumption can be set up.

Key words: financial fraud; purpose of illegal possession; the meaning of excluding; the meaning of utilizing; objective presumption

(责任编辑: 黎 芳)