

## “刑民交叉”实体问题

## 非法占有目的与诈骗案件的刑民界分

何荣功\*

**摘要** 非法占有目的认定要立足于诈骗罪的行为构造,重视综合判断与限制解释。改变资金用途导致重大损失的,若资金实际用于生产经营活动,不宜据此肯定非法占有目的。资金用于偿还个人债务导致被害人重大损失的,要考察个人债务的性质,不能简单地认定为非法占有目的。司法机关应重视对资金去向的查处,但不能认为资金去向查不清的,就一概否认非法占有目的。行为人取得资金后逃跑的,司法机关依法有权要求行为人对逃跑行为的原因做出合理解释,被告人不能做出合理解释的,司法机关可以依法对被告人作出不利的认定。将大量资金用于支付员工高额“工资”,导致款项无法偿还的场合,能否认定非法占有目的,不仅要看“工资”的数额,还要考察“工资”收益是否明显背离资金的正常市场盈利能力。高风险交易导致大量资金损失的场合,要注意区分市场交易风险与诈骗罪的界限。骗取专项补贴资金的场合,诈骗罪与违规申报区分的关键在于行为人实质上是否具有申报资格。

**关键词** 诈骗罪 非法占有目的 排除意思 司法认定

DOI:10.19430/j.cnki.3891.2020.03.002

## 一、问题的提出

实践中,如何科学区分诈骗罪与民事欺诈一直是个棘手问题。<sup>①</sup> 欺骗内容、欺骗程度和非法占有目的对于两者的界分都有重要意义。<sup>②</sup> 本文主要立足于非法占有目的,探讨诈骗案件的刑民界限。诈骗罪与盗窃罪、抢劫罪等同属于非法占有型财产罪,但司法

\* 武汉大学法学院教授,博士生导师。

本文为武汉大学刑事法研究中心与佛山市顺德区人民法院合作项目“推动顺德率先高质量发展的政法工作实证研究(刑事法治部分)”的阶段性成果。

① 诈骗罪与民事欺诈不是对立关系,而是特殊与一般关系。参见张明楷《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第1008页。本文若无特殊说明,所称的民事欺诈系狭义概念,指的是没有达到诈骗罪程度的民事欺诈。

② 参见陈兴良《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,载《法治现代化研究》2019年第5期,第7页。

实践中对于非法占有目的的认定,后者较少出现难题。以盗窃罪为例,一般而言,只要行为人在客观上实施了秘密窃取他人财物的,即可认定行为人主观上的故意和非法占有目的。同样,如果行为人对财物的所有者、占有者当场使用暴力、胁迫,意图当场取得财物的,往往会肯定抢劫罪的成立。与此不同的是,在有些诈骗犯罪的场合,行为人客观上一旦实施特定行为,其主观故意和非法占有目的很容易明确。比如甲冒用他人信用卡在ATM上取款的,即可认定其主观上的故意和非法占有目的。但很多场合,行为人主观上是否具有非法占有目的,仅凭客观上的欺诈手段和取得财物的事实是无法明确的,比如甲采取虚假手段与他人签订借款合同,客观上的虚假手段无法准确判断行为究竟是民事欺诈,还是诈骗犯罪,非法占有目的往往需要结合行为人取得财物后的态度和对财物的使用情况才能得以明确,<sup>①</sup>这无疑增加了非法占有目的的认定难度和不确定性。本文集中于对后者场合诈骗犯罪非法占有目的的认定。

为了解决非法占有目的的判断难题,最高司法机关数次颁布司法文件,对于实践中可以认定为非法占有目的比较典型的情形予以列举,这对实务认定起到了重要的指导作用。只是需要追问的是,规范性文件列举的可以或者应当认定为非法占有目的情形的根据是什么?实践中如何认定?这些问题有必要展开理论分析。此外,与纷繁复杂的社会现实相比,规范性文件对非法占有目的情形的列举是很有限的,实践中大量情形能否认定为非法占有目的,值得探讨。比如,合同签订后,行为人擅自改变资金用途,导致大量资金无法偿还的,能否认定非法占有目的?在被害人遭受重大财产损失的情况下,资金去向无法查清的,是否可以认定非法占有目的?行为人无法偿还资金而逃跑的,如何定性?等等。

需要说明的是,第一,广义上,我国刑法规定的诈骗罪包括第266条诈骗罪、第192条至第198条金融诈骗罪以及第224条合同诈骗罪。尽管刑法没有在上述所有条文中明确规定非法占有目的的要件,但理论和司法实践都认为上述诈骗罪的成立需要行为人主观上具有非法占有目的。本文对非法占有目的的探讨,若无特别说明,既适用于《刑法》第266条的诈骗罪,也适用于其他条文规定的具体类型诈骗罪。第二,从刑法规定看,行为人占有财物和被害人财产损失只是诈骗罪既遂的条件,并不是犯罪成立要件。但实践中除特殊情形外,在没有发生数量较大财产损失的情况下,司法机关一般不会肯定诈骗罪的成立。本文讨论的限于行为已造成数额较大财产损失的情形。

## 二、理论前提:非法占有目的的含义与构造

刑法分则第五章侵犯财产罪规定了13个罪名,依照行为人故意内容和主观目的的不同,可以分为占有型财产罪、挪用型财产罪和毁弃型财产罪三种。其中,抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪等绝大部分犯罪都属于占有型财产罪,非法占有目的是占有型财产犯罪的基本要件。<sup>②</sup>个体存在于一般之中,实践中形形色色有关非法占有目的的

<sup>①</sup> 需要说明的是,犯罪的成立必须坚持行为和责任同时存在,诈骗犯罪的故意和非法占有目的当然必须存在于诈骗行为实施之时,取得财产之后才产生非法占有目的的,依法并不成立诈骗犯罪。以后对财物的使用情况认定非法占有目的,并不改变行为和责任同时存在的刑法基本原则与教义原理。

<sup>②</sup> 参见《刑法学》编写组《刑法学(下册·各论)》,高等教育出版社2019年版,第150页。

具体认定有赖于理论上对非法占有目的的含义和构造的清晰界定，本文从此着手。

### (一) 非法占有目的的刑法机能

盗窃罪、诈骗罪等占有型财产犯罪的成立是否需要行为人主观上具有非法占有目的，各国刑法的规定并不尽一致。有的国家刑法典在条文中对此不作明示，<sup>①</sup>有的国家刑法虽然明确规定了该要件，但概念表述并不一致。<sup>②</sup>尽管不少国家的刑法对盗窃罪、诈骗罪等没有明确使用非法占有目的的表述，但刑法理论和司法实务一般都承认非法占有目的的要件。比如日本刑法判例认为，盗窃罪的成立必须存在不同于故意的作为主观性构成要件要素的不法领得意思，即排除权利人，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、处分之意思。<sup>③</sup>我国刑法理论和实践也都认为非法占有目的是占有型财产罪的必备要件。关于非法占有目的的含义，一般解释为将公私财物非法转为自己或者第三人非法所有为目的。<sup>④</sup>对此，张明楷教授也写道：“非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。”<sup>⑤</sup>这与日本刑法主流理论与判例的理解并无差别。可见，在刑法上，非法占有目的的都是被解释为非法所有目的，或称为“不法所有的意图”。<sup>⑥</sup>

罪刑法定时代，刑法概念的文义既是刑法解释的起点，也是解释的终点，划定着刑法解释的疆域。占有作为社会生活中最基础的概念，意指占有人对不动产或者动产的实际管理和控制，这种认识被民法学者普遍接受，应该说民法学关于占有含义的理解更契合其通常文义。刑法理论和实践之所以将占有解释为所有，这种合目的解释主要源于财产罪的本质。刑法作为和平时期国家对公民使用的最强烈的谴责机制，应针对严重侵害法益的行为，这既是宪法比例原则对刑法处罚范围的约束，也是我国刑法罪责刑相适应基本原则的体现。现实社会生活中，侵犯财产权利的行为类型多样，违约、民事欺诈、盗用等都会对财产权造成侵害。为了保证刑法介入财产关系的谦抑性，立法者将盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、抢夺罪都严格限定在行为人主观上具有非法占有目的场合。如果行为人只是非法使用他人财物，除刑法有特别规定外（如挪用资金罪等），留与民法或其他部门法调整。所以，对于诈骗罪、盗窃罪、敲诈勒索罪等财产犯罪，虽然各国刑法保护的法益并不严格限定于所有权，还包括其他本权，<sup>⑦</sup>但这些犯罪根本上侵

① 比如对于盗窃罪和诈骗罪，《日本刑法典》第235条和第246条分别规定：“盗窃他人财物的，是盗窃罪，处十年以下惩役。”“欺骗他人使之交付财物的，处十年以下惩役。”

② 比如对于盗窃罪和诈骗罪的主观方面，《德国刑法》第242条和第263条分别使用的是“行为人以使自己或者第三人违法地占有的意图”“行为人以使自己或者第三人获得违法的财产利益的意图”。

③ 参见〔日〕西田典之《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，武汉大学出版社2005年版，第108-109页。

④ 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》（第九版），北京大学出版社、高等教育出版社2019年版，第489页。

⑤ 参见张明楷《刑法学》（第五版），法律出版社2016年版，第957页。

⑥ 参见林东茂《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，第314页。

⑦ 参见何荣功《财产罪法益新论》，载《甘肃政法学院学报》2012年第1期，第64-65页。

害和动摇的是财产所有权。在民事欺诈的场合，行为客观上同样可能造成较大数额的财产损害，但由于行为人主观上并不具有非法占有目的，行为侵害的是作为民法基本原则的诚实信用和财产使用权等。可见，非法占有目的承载着限制刑法介入财产关系范围的机能，行为人主观上是否具有非法占有目的，客观上是否存在对财物的非法占有，便成为诈骗罪与民事欺诈区分的关键。

## （二）所有权的本质与非法占有目的的构造

非法占有目的的构造与其含义是一体两面的问题，对其含义，日本刑法理论上形成了四种观点：第一种观点为判例所采用，认为非法占有目的是指排除权利人，将他人财物作为自己的所有物，并遵从财物的用途对之利用或者处分的目的；第二种观点指出，非法占有目的是指以自己为所有者而支配财物之意；第三种观点认为，非法占有目的是指通过他人之物而获取某种经济利益的意思；第四种观点强调，成立盗窃罪等只要对于占有侵害有认识即可，而不必有非法所有的意思。<sup>①</sup>

日本刑法理论关于该问题的争论延续到我国，如前指出，张明楷教授采取的即是日本刑法主流理论和判例的立场。上述争议反映了刑法理论对非法占有目的的构造的不同认识，具体包括两个方面：一是非法占有目的的成立是否需要行为人具有排除权利人对物的支配意思（排除意思）；二是在承认排除意思的情况下，非法占有目的的成立是否还需要行为人主观上具有对物的利用意思（利用意思）。

犯罪是一种社会现象，也是一种法律现象，立足于所有权的本质和我国刑法关于财产犯罪的具体规定，从排除意思和利用意思两个方面界定非法占有目的的含义，是更为完整和妥当的。

第一，排除意思是非法占有目的的核心，这是所有权的本质决定的。作为人类社会生活中最基本也是最重要权利的所有权，具有完全性、整体性和永久性的特点。所谓完全性，指的是所有权人不仅支配物的交换价值，还支配物的使用价值，即对所有物可以进行全面的占有、使用、收益、处分。<sup>②</sup>《物权法》第39条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”应当注意的是，所有权具有占有、使用、收益、处分四项权能，并不意味着只要具有了上述四项权能的民事权利都是所有权，更不能认为缺少其中某一项或几项权能就绝对不是所有权。所有权作为财产归属关系在法律上的表现，其最本质的特征是权利人在法律上排除他人，将某项财产据为己有，由自己独立性的归属和支配，即所有权是所有权人依法对自己的物所享有的独占性支配权，支配权是所有权的核心与灵魂。<sup>③</sup>盗窃罪、诈骗罪等占有型财产犯罪的根本危害就体现在行为非法改变既有支配关系，排除合法权利人和占有人对财物的既有排他性支配。所以，“排除意思”可以认为是非法占有目的的核心，承担着财产犯罪

<sup>①</sup> 参见张明楷《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第72页；参见〔日〕西田典之《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，武汉大学出版社2005年版，第109页。

<sup>②</sup> 参见王利明等《民法学》，法律出版社2017年版，第374页。

<sup>③</sup> 参见马俊驹、余延满《民法原论》，法律出版社2016年版，第318页。

罪与非罪的区分机能，将不值得动用刑罚处罚的盗用、民事欺诈排除在外。忽视排除意思，就无法理解财产罪（占有型）的本质。

第二，重视利用意思是实现财产犯罪个别化的需要。在日本，刑法理论和实务都强调非法占有目的应包含利用意思，重要原因在于利用意思可以实现盗窃罪、诈骗罪等与毁弃罪的区分。该问题在我国同样存在，我国刑法除了规定盗窃罪、诈骗罪等占有型财产罪外，还规定有挪用资金罪、故意毁坏财物罪和破坏生产经营罪。如果行为人主观上只是具有故意毁弃财物的意思，不构成盗窃罪和诈骗罪，而是依法成立故意毁坏财物罪。所以，在我国，利用意思同样承载着财产犯罪个别化的机能。只是利用意思的外延非常广泛，一般来说，凡是以单纯毁坏、隐匿意思以外的意思而取得他人财物的，都可能评价为具有遵从财物可能具有的用途进行利用、处分的意思（利用意思）。<sup>①</sup>至于财物是私用还是公用，是自己使用还是由他人使用，属于利用意思的具体实现，财物具体使用的主体并不决定非法占有的成立与否。正因为如此，我国刑法理论和实践都认为，非法占有既可以是行为人自己占有，也可以由他人占有。

### （三）小结

以上分析可见，非法占有目的的核心在于排除意思。如文首指出，在盗窃罪、抢劫罪等场合，行为人客观上的秘密窃取财物行为和暴力、胁迫行为，即可以明显彰显行为人主观上对财产的排除意思。但是，诈骗犯罪在性质上属于财产交易型犯罪，被害人对于财物的处分是出于“自愿”，绝大部分场合，客观上的财物转移占有事实无法确定行为人是否具有对他人财物的排他性支配。行为人主观上对他人财物是否具有排他性支配的意思，往往需要诉诸行为人取得财物之后的态度和对财物的具体使用情况。正因为如此，既有的司法文件如最高人民法院2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称2001年《纪要》）等，都是根据行为人取得财物后的态度和对财物的具体使用情况来认定非法占有目的的有无。

## 三、非法占有目的的规范梳理与评析

除2001年《纪要》外，当前规定诈骗犯罪非法占有目的的司法性文件还有最高人民法院2011年《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》（以下简称《非法集资解释》），最高人民法院、最高人民检察院2018年《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》（以下简称2018年《信用卡解释》）和最高人民检察院公诉厅2017年《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》（以下简称2017年《纪要》）。梳理既有规定，归纳其中的特点，对于完整把握非法占有目的的内涵和明确认定思路，不失意义。

2001年《纪要》指出“根据司法实践，对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目

<sup>①</sup> 参见张明楷《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005年第5期，第79页。

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、销毁账目, 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。”

《非法集资解释》第4条规定 “使用诈骗方法非法集资, 具有下列情形之一的, 可以认定为 ‘以非法占有为目的’: (1) 集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例, 致使集资款不能返还的; (2) 肆意挥霍集资款, 致使集资款不能返还的; (3) 携带集资款逃匿的; (4) 将集资款用于违法犯罪活动的; (5) 抽逃、转移资金、隐匿财产, 逃避返还资金的; (6) 隐匿、销毁账目, 或者搞假破产、假倒闭, 逃避返还资金的; (7) 拒不交代资金去向, 逃避返还资金的; (8) 其他可以认定非法占有目的的情形。”与2001年《纪要》相比, 《非法集资解释》增加了资金不用于或主要用于生产经营活动和拒不交代资金去向两种可以认定非法占有目的的情形。

针对信用卡透支场合非法占有目的的认定, 最高人民法院、最高人民检察院2009年《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》(以下简称2009年《解释》)作出了规定,<sup>①</sup>2018年最高人民法院、最高人民检察院《关于修改〈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〉的决定》对其进行了修改完善,2018年《信用卡解释》规定 “具有以下情形之一的, 应当认定为刑法第一百九十六条第二款规定的 ‘以非法占有为目的’, 但有证据证明持卡人确实不具有非法占有目的的除外: (1) 明知没有还款能力而大量透支, 无法归还的; (2) 使用虚假资信证明申领信用卡后透支, 无法归还的; (3) 透支后通过逃匿、改变联系方式等手段, 逃避银行催收的; (4) 抽逃、转移资金, 隐匿财产, 逃避还款的; (5) 使用透支的资金进行犯罪活动的; (6) 其他非法占有资金, 拒不归还的情形。”2018年《信用卡解释》一方面不再将2009年《解释》规定的 “肆意挥霍透支的资金, 无法归还的” 作为认定非法占有目的的情形; 另一方面将 “使用虚假资信证明申领信用卡后透支, 无法归还的” 增设为非法占有目的的情形之一。<sup>②</sup>

与前述规定不同, 2017年《纪要》关于非法占有目的情形的规定给人耳目一新的感觉, 它不再重复既有司法文件规定的行为类型, 而是针对实务中的疑难问题作出了新的规定 “犯罪嫌疑人存在以下情形之一的, 原则上可以认定具有非法占有目的: (1) 大部分资金未用于生产经营活动, 或名义上投入生产经营但又通过各种方式抽逃转移资金

① 其中, 第6条规定 “有以下情形之一的, 应当认定为刑法第一百九十六条第二款规定的 ‘以非法占有为目的’: (一) 明知没有还款能力而大量透支, 无法归还的; (二) 肆意挥霍透支的资金, 无法归还的; (三) 透支后逃匿、改变联系方式, 逃避银行催收的; (四) 抽逃、转移资金, 隐匿财产, 逃避还款的; (五) 使用透支的资金进行违法犯罪活动的; (六) 其他非法占有资金, 拒不归还的行为。”

② 参见耿磊 《〈关于修改〈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〉的决定〉的理解与适用》, 载《人民司法》2019年第1期, 第22页。

的; (2) 资金使用成本过高, 生产经营活动的盈利能力不具有支付全部本息现实可能性的; (3) 对资金使用的决策极度不负责任或肆意挥霍造成资金缺口较大的; (4) 归还本息主要通过借新还旧来实现的; (5) 其他依照有关司法解释可以认定为非法占有目的的情形。”

上述关于非法占有目的的规定虽然是针对金融犯罪、非法集资、信用卡恶意透支而言的, 但是, 除个别情况外,<sup>①</sup> 这些规定实际上对于诈骗类犯罪非法占有目的认定有着普遍的指导和参考意义。根据上述规定, 可以得出以下结论:

第一, 司法文件明确规定的“可以”“原则上可以”或者“应当”认定为非法占有目的的情形, 除个别情形外,<sup>②</sup> 都是属于行为人获取资金后对资金的利用、处置行为。换句话说, 司法文件几乎都是以行为人获取资金后对资金的使用、处分行为来推定行为人是否具有非法占有目的。这与前文关于诈骗罪行为构造的分析相一致。

第二, 从列举的具体情形看, 肯定非法占有目的的根据并不完全一致。有的是基于社会通常观念的考量, 比如, 按照一般社会观念, 如果行为人属于明知没有归还能力仍然大量骗取资金, 非法获取资金后携款逃跑, 或者肆意挥霍资金, 即可以确定或者高度肯定行为人主观上具有非法占有目的。有的则是基于刑事政策考虑, 比如 2001 年《纪要》等三个司法文件都将资金用于违法犯罪规定为可以认定非法占有目的的情形。其实, 资金用于违法犯罪在风险增加的同时往往可能有更丰厚的收益, 司法文件肯定非法占有目的, 更多的是基于打击违法犯罪的政策考量。有的是基于资金损失风险, 比如 2017 年《纪要》规定的资金使用成本过高, 生产经营活动的盈利能力不具有支付全部本息现实可能性的以及对资金使用的决策极度不负责任。

第三, 司法文件关于非法占有目的情形的列举整体上表现出节制的立场。首先, 从司法文件列举的情形看, 不管是肆意挥霍、携款逃匿, 还是抽逃资金, 隐匿、销毁账目, 逃避还款, 这些都是行为人以“积极”行为实现对资金的非法占有, 实施上述行为的, 行为人主观上明显或高度地体现出对财产的非法占有意思。其次, 在认定思路与方法上, 不管是 2001 年《纪要》《非法集资解释》, 还是 2017 年《纪要》, 都强调即使行为符合司法文件明确例示的情形, 也只是“可以”“原则上可以”或者“一般应当”认定行为人具有非法占有目的, 行为人主观上是否具有非法占有目的, 还要综合考察其他事实。此种节制立场还体现在司法文件对实践做法的纠偏上。比如针对恶意透支非法占有目的的规定在实践中被虚化, 特别是有的办案机关依据“经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还”的客观行为直接认定非法占有目的, 2018 年《信用卡解释》指出: “对于是否以非法占有为目的……不得单纯依据持卡人未按规定还款的事实认定。” 2018

① 比如, 2018 年《信用卡解释》规定的“使用虚假资信证明申领信用卡后透支, 无法归还的”, 主要限于信用卡透支案件, 不适用于其他类型诈骗罪非法占有目的的认定。

② 如 2001 年《纪要》规定的“明知没有归还能力而大量骗取资金的”; 2018 年《信用卡解释》规定的“明知没有还款能力而大量透支, 无法归还的”“使用虚假资信证明申领信用卡后透支, 无法归还的”。

年《信用卡解释》强调非法占有目的在恶意透支认定中的独立要件地位，就是为了限制该场合刑法处罚范围。<sup>①</sup>

此外，在证明责任上，个别规定呈现出司法机关举证责任一定程度上的减轻。《刑事诉讼法》第51条规定：“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担，自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。”如前指出，《非法集资解释》将行为人拒不交代资金去向，逃避返还资金的，规定为可以认定为非法占有目的的情形，实际上减轻了该场合司法机关的举证责任。

#### 四、实践中几种争议情形的认定

实践中，为了准确认定行为人主观上是否具有非法占有的目的，有必要首先明确认定的思路与方法。根据刑法规定，非法占有目的的认定应重视综合判断和限制解释。

第一，综合判断。司法文件以列举方式明确了可以或一般应当认定为非法占有目的的具体情形，这很容易给司法者造成只要符合了司法文件明确列举的情形，在损害结果发生的情况下，即可认定为行为人具有非法占有目的的不正确认识。犯罪是主客观要件的有机统一，只有综合考虑案件事实，非法占有目的才能准确认定，正因为如此，尽管行为符合司法文件规定的非法占有目的的情形，司法文件也只是规定“可以”“原则上可以”或者“一般应当”认定为非法占有目的。重视非法占有目的的综合判断，也是司法文件的一贯立场。2001年《纪要》指出：“在司法实践中，认定是否具有非法占有目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析……在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。”2017年《纪要》写道：“是否具有非法占有目的，是区分非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的关键要件，对此要重点围绕融资项目真实性、资金去向、归还能力等事实进行综合判断。”2018年《信用卡解释》明确强调：“对于是否以非法占有为目的，应当综合持卡人信用记录、还款能力和意愿、申领和透支信用卡的状况、透支资金的用途、透支后的表现、未按规定还款的原因等情节作出判断。”实践中，案件具体情况不同，司法人员综合判断需要考量的因素并不完全一样。一般而言，在行为人客观上实施了欺诈行为导致被害人资金重大损失的情况下，资金的具体用途与流向，行为人事后的态度及其实施的关联行为，都是需要重点考虑的事项。

第二，限制解释。既有司法文件在列举非法占有目的具体情形时都采用了“其他可以认定非法占有目的的情形”的兜底性规定。对于诈骗犯罪中兜底条款是否应限制解释，学者有不同意见。以合同诈骗罪为例，一种意见认为，“以其他手段骗取对方当事人财物”的范围必须受《刑法》第224条前四项行为同质性要求的根本没有履行合同的

<sup>①</sup> 参见耿磊《〈关于修改〈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〉的决定〉的理解与适用》，载《人民司法》2019年第1期，第22页。

任何诚意与合理基础的基本解释限制。<sup>①</sup> 另一种意见指出,兜底规定存在不同的情形,《刑法》第224条的兜底条款,不需要进行限制解释。张明楷教授写道,《刑法》第224条的兜底条款不属于扩张性规定,与《刑法》第266条相比,作为特别法条的第224条完全可以简单地规定如下:“以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,骗取对方当事人财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金……”,果真如此,则不存在兜底规定,恐怕没有人会主张因为不明确而对该条进行最严格的限制解释。<sup>②</sup>

本文赞同张明楷教授关于《刑法》第224条的兜底条款不属于扩张性规定的认识,而且,也如张明楷教授所言,只要诈骗行为符合合同诈骗罪的构造,具有诈骗故意与非法占有目的,倘若不符合前四项的规定,就必然符合第五项的兜底规定。<sup>③</sup> 但问题在于,哪些行为是符合诈骗罪构造的行为?如何判断行为人实施的行为没有履行合同的任何诚意与合理基础,从而认定为诈骗罪的客观行为?司法者无法回避行为的同质性判断和限制解释。诈骗罪手段的多样性决定了兜底条款的情形可以是无限广泛与多样的,对兜底条款的限制解释不是限制“其他”情形的广泛性和多样性,而是要通过同类解释规则和限制解释方法,确保以兜底条款认定的各种各样的情形(行为)符合诈骗罪的性质与构造。此外,既然司法文件将“其他非法占有情形”与明确列举的非法占有情形并列规定,那么,它们在违法的质与量方面应当体现出相同的性质,这也离不开对兜底条款的限制解释。

以上述立场和方法为基础,围绕非法占有目的实践认定中的几个疑难或者争议问题,进一步分析如下。

### (一) 行为人改变资金用途与非法占有目的认定

#### 1. 实务做法

改变资金用途用于违法犯罪活动、个人挥霍,不能归还的,可以认定为非法占有目的,并无争议。这里所谓的改变资金用途,指的是违反约定将所得资金用于其他合法活动的情形。在造成数额较大资金损失的情况下,上述场合的行为虽然都属于资金的合法处分行为,但毕竟用途不同,资金风险有别,有必要具体分析。从实务做法看,司法机关也采取的是区别态度。

第一,资金本用于甲生产经营活动而改用于乙生产经营活动的,该场合虽不乏有案例肯定非法占有目的,但多数判决持否定态度。比如在董某某非法吸收公众存款、集资诈骗、诈骗案中,被告人董某某与妻子周某某注册成立宇润公司。公司成立后在没有开展金融业务资格的情况下,以开发小区项目为由,以支付高额借款利息和高额返点为诱饵,非法吸收531人资金177374600元,并已支付利息与本金17640347元。董某某将非法集资款项中的101983285元转账给武某控制的金惠农公司使用。一审法院认定被告

<sup>①</sup> 参见蔡道通《经济犯罪“兜底条款”的限制解释》,载《国家检察官学院学报》2016年第3期,第92页。

<sup>②</sup> 参见张明楷《合同诈骗罪行为类型的边缘问题》,载《东方法学》2020年第1期,第47页。

<sup>③</sup> 参见张明楷《合同诈骗罪行为类型的边缘问题》,载《东方法学》2020年第1期,第47页。

人犯非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。河南省高级人民法院判决认为,鉴于董某某将吸收的大部分资金交给武某用于生产经营,故认定其具有非法占有目的的证据不足,撤销一审关于集资诈骗罪的判决。<sup>①</sup>又如被告人王某某以高息为诱饵,让于某某提供资金供其进行“还旧贷新”业务,多次骗取于某某款项共计4122.91万元人民币,用于投资其经营的梅县雁洋镇鹧鸪村生态园及还债。人民法院审理认为,被告人王某某以做“还旧贷新”业务为由,使于某某自愿将财物交给被告人,被告人改变资金用途将资金投资其经营的生态园以及用于偿还其经营该生态园向他人所欠债务的部分,属正常生产经营的范围和平等主体之间的经济纠纷,且被告人一直向于某某支付利息,因此不能认定被告人主观上具有非法占有目的。<sup>②</sup>

**第二,资金用于偿还公司债务的,人民法院据此否定非法占有目的的裁判并不乏见。**比如被告人王某系甲公司法定代表人,甲公司从乙燃料公司购买燃料油卖给丙发电厂。甲公司在接到丙发电厂支付货款后将货款全部用于偿还公司的债务及日常开支,导致对乙燃料公司的巨额货款无能力支付。被告人故意回避乙燃料公司的追债人员,拒不履行义务。其后,被告人通过工商登记先后变更了其公司的经营场所和法定代表人,并辞去公司的职务,且公司变更后的办公场所亦经常无人办公,致使乙燃料公司无法与被告人及其公司联络,造成1195505.20元货款的重大损失。人民法院审理认为“被告人当时能够归还货款而不予归还挪作他用的行为,应认定为套用他人资金,从使用该笔货款的情况看,其并不是挥霍,而是用在正常的生意场上,且被告人也确实归还了将近一半的货款,说明被告人并非想长期非法占有他人货款,货物买卖行为也不是以非法占有为目的。综合全案情况说明被告人所在公司的行为并不符合合同诈骗罪的构成要件,属于一起经济纠纷。”<sup>③</sup>

**第三,对于将资金用于偿还个人债务的,人民法院认定非法占有目的的,比较常见。**比如在陈某某贷款诈骗案中,被告人陈某某是某厂实际经营人,在某厂资不抵债的情况下,通过严某虚开设备发票虚构某厂有十三台注塑机,并以该虚构的十三台注塑机产权证明作担保与被害单位某小贷公司签订《借款合同》《保证合同》《最高额抵押合同》,借款人民币100万元。被告人陈某某将借得款项用于支付严某开票费用、归还个人债务等。借款合同到期后,被告人陈某某未归还前述借款。人民法院审理认为,被告人陈某某取得贷款后,改变资金用途,用于支付开票费及归还个人借款,绝大部分贷款未用于生产经营。贷款到期后外出并失联,至案发未偿还贷款,非法占有故意明显,致使贷款无法偿还,其行为构成贷款诈骗罪。<sup>④</sup>

## 2. 资金使用的类型与非法占有目的的认定

对于司法人员而言,依法办案是罪刑法定原则的基本要求。既然《非法集资解释》规定,集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能返还的,可以认定为非法占有目的。那么,当行为人集资后用于或

① 参见河南省高级人民法院(2018)豫刑终210号刑事判决书。

② 参见广东省梅州市中级人民法院(2013)梅中法刑初字第17号刑事判决书。

③ 参见广东省广州市黄埔区人民法院(2002)黄刑初字第136号刑事判决书。

④ 参见江苏省常州市新北区人民法院(2018)苏0411刑初385号刑事判决书。

者主要用于生产经营活动，尽管客观上虚构了事实或者违反事前约定，将甲生产经营活动改为乙生产经营活动，但毕竟资金还是用于生产经营活动，不能与资金没有实际用于生产经营活动的行为相提并论，依法不能认定为非法占有目的。对于司法文件没有明确的情形，司法人员有必要结合诈骗罪的构造与资金的实际用途具体分析。

归纳实践中资金使用情况，大致可以作如下类型化区分：（1）行为人取得资金后按照约定和债权人要求积极归偿资金；（2）行为人取得资金后积极逃避资金的归偿；（3）中间性质的行为。在第一种情形中，行为人尽管客观上使用欺诈手段取得了资金，但按照约定积极履行义务。该种情形下由于行为人客观上实施了积极偿还资金的行为，即使最终存在数额较大的资金损失，也不能认为行为人具有非法占有资金的目的。第二种情形中，行为人取得资金后，积极采取各种措施逃避还款，比如司法文件规定的携款潜逃、转移资金、隐匿财产等，由于客观行为彰显出对资金的非法占有的意愿，可以肯定非法占有目的。争议和难题多在于处于上述两者之间的“中间行为”，即行为人既无积极实施明显的非法占有资金的行为，也没有积极实施明显的偿还资金行为。本文讨论的资金本应用于甲生产经营活动而改用于乙生产经营活动的，以及将资金用于偿还公司因生产经营所欠债务和个人债务的，都属于此情况。

非法占有目的属于行为人的内心事实，客观地讲，行为人即便将资金用于生产经营活动，也不能绝对地认为该种情形下行为人主观上没有非法占有款项的目的，只是当资金用于生产经营活动的场合，该行为本身彰显的是行为人继续从事生产活动的意愿，行为人为将资金投入生产很可能带来资金的增值，从而增加或提升了行为人偿还资金的可能性。刑法将其区别于积极逃避偿还资金的行为，否定该场合具有非法占有目的，不仅具有正当性，也存在刑事政策上的合理性。所以，行为人在骗得资金后，资金的具体使用及其风险便成为认定行为人是否具有非法占有目的的关键性事实。具体看，资金使用有助于行为人提升偿还能力的，一般应考虑否定非法占有目的；反之，资金使用进一步贬损其价值或者提升其损失风险，最终导致资金重大损失的场合，应考虑肯定非法占有目的。具体来说：

第一，行为人将资金用于生产经营活动，不管是否改变经营活动具体类型，因为在一般社会观念看来，该行为有助于促进资金增值，提升资金的偿还能力，即便最终造成损失的，不宜据此认为行为人具有非法占有目的。《非法集资解释》规定当资金不用于或者主要不用于生产经营活动的，以及2017年《纪要》规定大部分资金未用于生产经营活动，或名义上投入生产经营但又通过各种方式抽逃转移资金的，可以认定为非法占有目的，也许就是如此考虑。

第二，资金用于偿还公司债务的，是否可以认定为非法占有目的，要具体分析。本文赞同前述案例中人民法院的判决意见。资金用于偿还公司生产经营所欠债务的，一般情况下应排除非法占有目的，因为资金用于偿还公司债务本质上属于公司的生产经营行为。但值得注意的是，如果资金用于偿还的公司债务只是属于“拆东墙补西墙”骗新还旧，即便债务系公司先前的生产经营活动所欠，该行为并不能够提升资金偿还能力。资金用于偿还债务的场合，虽然行为人自己并没有占有资金，但对于借款人而言，资金的损失是确定的。比如，甲公司已面临破产，实际也已停止生产经营活动，因为部分债务人逼迫还债或者关系密切，行为人虚构事实向他人借款偿还。本案中行为人偿还之债虽

系生产经营所欠，但该情形属于明知没有偿还能力而欺骗他人借款，资金的损失几乎是确定的，可以认定为非法占有目的。

**第三，在资金用于偿还个人债务的场合，行为的性质同样有必要结合案件事实具体分析。**不能因为骗得的资金用于偿还的是个人而非公司债务，就简单地肯定非法占有目的。资金用于偿还个人债务，如果确系生产经营所欠，行为人偿还债务旨在维持和继续个人的生产经营活动，有助于提升还款能力，那么，就不宜认定为非法占有目的。

### (二) 资金走向与非法占有目的认定

资金去向对于非法占有目的的认定具有十分重要的意义，但案件办理中查清资金去向常常相当困难。整体上看，司法机关在无法查清资金去向情况下对非法占有目的的认定，持很谨慎的态度。

比如在魏某诈骗案中，人民法院判决书写道：“依据在案的资金流向图，……在无法证明魏某挪用的情况下，应从有利于被告人的角度出发，认定未查明的款项与魏某无关。因此，现有证据无法认定圣荣公司或魏某具有非法占有的目的。……本案是民事纠纷的上诉理由及辩护意见成立，本院予以采纳。”<sup>①</sup> 又如在赵某诈骗案中，二审判决书指出：“因侦查机关未能找到张某，张某与赵某的关系、张某是否卷走赵某的钱、何时卷走等情况均无法核实。综上，现有证据不足以证明赵某主观上具有非法占有他人财物的故意，认定其构成诈骗罪的证据不足。”<sup>②</sup>

即使司法机关肯定该场合下的非法占有目的，往往也注意结合其他案件事实综合判断。比如在赖某某等集资诈骗、非法吸收公众存款案中，人民法院判决认为，赖某某所集资金并未用于所宣传的投资项目，也未用于都成海盈公司的正常经营活动，可以依法认定为非法占有目的。同时，赖某某为逃避监管和审计，利用公司员工个人账户、项目公司或者其他相关个人账户吸收集资款，致使资金去向无法查明，也体现了其非法占有的主观故意。<sup>③</sup>

**资金去向与非法占有目的的认定，有两个方面问题值得重视：一是行为人对资金使用与去向有无向司法机关交代的义务；二是在资金使用和去向查不清的情况下，能否据此认定行为人主观上具有非法占有目的。**

如前指出，《非法集解释》明确肯定“**拒不交代资金去向，逃避返还资金的**”可以认定为非法占有目的，人民法院据此对被告人判处诈骗犯罪，不能说没有规范依据。但诈骗犯罪毕竟属于贪利型犯罪，行为人实施欺骗行为的根本目的是非法占有财物（资金），如果作为诈骗犯罪核心构成要件事实的资金走向无法查清，就肯定非法占有目的，显然是过于草率的。关于资金走向与非法占有目的的认定，本文认为，以下几点有必要特别说明：

**第一，应科学理解“拒不交代资金去向”的含义。**刑法适用中为了确保刑法规定含义的科学理解，有时需要重视体系解释，“拒不交代资金去向”的理解也应整体考察《刑事诉讼法》与《刑法》的基本原则与规定，不应与《刑事诉讼法》关于犯罪的证明

① 海南省高级人民法院（2018）琼刑终177号刑事判决书。

② 河北省唐山市中级人民法院（2017）冀02刑终642号刑事判决书。

③ 参见四川省成都市中级人民法院（2015）成刑初字第00249号刑事判决书。

责任和证明标准的规定冲突。作为诈骗罪基本构成要件事实的资金去向，司法机关应依法承担证明责任，事实有疑问的场合，利益归于犯罪嫌疑人和被告人的基本原则不应动摇和改变。犯罪嫌疑人和被告人对资金没有主动的交代义务，查清资金的数额、去向和使用情况是司法机关指控和认定犯罪的基本要求，不能因为该规定而将资金去向的证明责任转移给犯罪嫌疑人和被告人。

第二，以“拒不交代资金去向”认定非法占有目的，要注意结合其他案件事实，综合判断。比如，夏某集资诈骗案中，人民法院再刑事判决书写道：“经查，夏某以低于成本价销售货物的经营模式，使公司一直处于亏损状态，不具备盈利的现实可能性。夏某在明知公司没有盈利，无法支付高额利息的情况下，仍隐瞒该事实，以高额利息为诱饵非法吸收公众存款，吸收存款后，仅将少数吸收的资金用于公司经营，部分资金用于支付高额利息等非营利性的开支，用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，且拒不交代其他资金去向，可以认定其具有非法占有目的……行为已构成集资诈骗罪。”<sup>①</sup> 本案中，人民法院妥当地处理了“拒不交代资金去向”在非法占有认定中的地位和作用。

第三，公诉机关承担证明责任，并不意味着只要资金去向查不清的，就一律不能认定非法占有目的。比如虽然资金去向查不清，但可以证明资金没有投入生产经营活动或者投入生产经营活动的资金与所得资金明显不成比例，综合案件事实，同样可以肯定非法占有目的。又如资金去向虽然查不清，但大量资金及其流向出现“断崖式”消失或中断，如果涉案人员无法对此作出合理解释，那么综合案件事实，同样可以考虑认定行为人主观上具有非法占有目的。<sup>②</sup> 再如行为人伪造、破坏、藏匿证据，导致资金去向无法查清，也可以考虑认定非法占有目的。

### （三）逃跑与非法占有目的认定

实践中行为人逃跑的情形多种多样，从案件的处理看，司法机关多采取的是区别对待的慎重立场。比如被告人王某某在合同履行过程中，故意隐瞒其对租赁设备不具有所有权和部分设备被法院查封的事实，向典当公司借款1700万元，后陆续向典当公司还款共计150万元，剩余借款无法归还。被告人王某某其后更换手机号码，不再与典当公司联系。一审和二审法院都认为，被告人的隐瞒行为并不影响其依担保法的规定行使质权，该隐瞒行为仅属于民法上的民事欺诈，尚不构成刑法上的犯罪。被告人主观上只是为了躲避债务人的追债，并不具有将典当公司的借款据为己有的非法目的。……不能履约是事出有因，并非企图骗取对方公司的财产，判决被告人王某某不构成合同诈骗罪。<sup>③</sup> 又如在刘某诈骗案中，关于能否基于被告人刘某逃匿至国外而认定其主观上具有非法占有目的的问题，人民法院判决书指出：“被告人刘某借款时间跨度约四年，考虑被告人刘某借款时间跨度长、借款时间、数额分散的实际情况，亦不宜认定被告人刘某系为侵吞借款而外逃。如果被告人刘某并非为侵吞借款外逃，而是因躲债或人身安全等其他非

<sup>①</sup> 参见河南省高级人民法院（2019）豫刑再2号刑事判决书。

<sup>②</sup> 何荣功《把握“非法占有目的”须考量五方面事实》，载《检察日报》2019年1月25日，第3版。

<sup>③</sup> 参见湖北省武汉市中级人民法院（2019）鄂01刑终496号刑事判决书。

侵吞借款的原因外逃，则不能认定被告人刘某主观上具有非法占有目的。”<sup>①</sup>

司法机关区分行为人逃跑的原因，慎重认定非法占有目的，是值得提倡的。根据主客观相统一的刑法基本原则，**诈骗罪中非法占有目的应限于获得资金之前和资金使用过程中，在资金已损失的情况下，无从谈起非法占有资金的问题，行为人此时逃跑的，属于逃避债务的行为**，比如，行为人将资金实际投入生产经营活动，因损失逃避还款义务而逃跑的，就不能认为行为人对资金的非法占有。所以，只是根据资金损失后的逃跑行为，并不能对行为人是否具有非法占有目的作出准确的判断。**行为人是否具有非法占有资金目的，应综合考量行为人逃跑的时点、原因、资金是否实际用于生产经营活动等。**

既有的三个司法文件都明确规定了逃跑的情形，根据2001年《纪要》和《非法集资解释》的规定，非法获取资金后逃跑的和携带集资款逃匿的可以认定非法占有目的。行为人骗取资金后并没有按照约定使用，也没有用于生产经营活动，而是携带资金逃跑，该行为明显体现出行为人对资金的非法占有目的。与上述情形不同，2018年《信用卡解释》将“透支后通过逃匿、改变联系方式等手段，逃避银行催收的”规定为应当认定为非法占有目的的情形，对此，本文认为要谨慎适用，行为人透支后的逃匿和改变联系方式，不能排除属于行为人无法偿还透支款后的逃避债务行为，该场合行为是否可以认定为非法占有目的，应综合考察持卡人信用记录、还款的能力、资金用途、逃避还款的原因等，避免将单纯逃避偿还债务的行为人为拔高认定为信用卡诈骗罪。

但是，逃跑毕竟是行为人再次侵害被害人财产权利的行为，即使行为人无能力偿还债务，也不应一跑了之。在刑法中，逃跑往往会给行为人带来不利后果。比如，交通肇事后行为人没有正当理由逃跑的，往往被评价为交通肇事逃逸或者逃逸致人死亡。即便在故意杀人和盗窃案件中，犯罪后行为人的逃跑虽不失为犯罪人的理性，但逃跑同样会给犯罪人带来刑法上的不利评价。不可否认，**即便在行为人逃跑的场合，行为人是否具有非法占有目的的举证责任仍然由司法机关承担，逃跑并不能作为判断非法占有目的的直接依据，但司法机关应当让被告人对逃跑行为的原因做出合理解释，在被告人明显不能做出合理解释的情况下，司法机关可依法作出对被告人不利的认定。**

#### （四）集资后将资金用于支付员工高额“工资”与非法占有目的的认定

非法集资案件中，行为人（公司、企业）为了鼓励员工集资的积极性，往往将员工的“工资”与其集资款项的数额（业绩）挂钩，有的员工“月工资”高达十万，甚至百万，在造成巨额资金无法返还的情况下，该行为究竟是应理解为公司、企业的生产经营，还是认定为挥霍、肆意处置资金？对此，实践中不乏认定为诈骗罪的案例。**本文认为，该场合行为的性质还是要综合判断，不仅要看“工资”的绝对数额，还要考察巨额“工资”计算与支付的依据。实践中数十万、数百万“工资”往往是一定比例提成与资金业务量相乘的结果。如果非法集资业务量高达数千万甚至数亿元人民币，公司依约定支付行为人“月工资”十万或者百万元人民币，不能简单地认为是畸高的。这种情形下，公司支付员工的高额“工资”不失为公司生产经营活动的一部分。相反，如果资金**

<sup>①</sup> 湖北省潜江市人民法院（2018）鄂9005刑初242号刑事判决书。

提成比例明显偏高，“工资”收益明显背离资金的正常市场盈利能力，该情形就不宜认定为企业生产经营活动，而是属于肆意处置资金的行为。在造成资金重大损失的情况下，可以考虑肯定行为人非法占有目的。

#### （五）高风险交易案件中非法占有目的的认定

高风险交易案件中非法占有目的的认定有特殊性，有必要重视以下两方面问题：一是行为人集资后擅自改变用途，将本用于生产经营活动的资金投资股票、期货、邮币、彩票等，造成重大资金损失场合的定性问题；二是行为人按照约定或计划将资金投资高风险交易，导致重大损失的认定问题。前者场合行为人违反约定，擅自改变资金用途，将资金用于高风险行业，表现出行为人对资金使用的不负责态度，在导致被害人大量资金无法偿还的情况下，不排除可以认定行为人主观上具有非法占有目的。<sup>①</sup> 本文主要探讨的是后者场合行为的刑法定性。

市场经济条件下，交易风险与收益往往成正比关系，资金的收益越高，往往投机性越强，资金损失风险也越大。除股票和期货交易外，实践中还存在形形色色的经政府批准的合法从事黄金、邮币卡等交易平台。比如在有的从事邮币卡平台交易中，价值1元的邮币被炒至百元甚至数千元，巨额收益和损失的风险都很高。此类案件中，第一，如果交易人的财产损失系交易机会、交易风险造成的，属于被害人风险自担的行为，与诈骗罪无关；第二，如果损失主要是政府或主管机关政策调整引起的，也不存在诈骗罪问题；第三，如果大额财产损失系交易信息、交易数据、交易行为被人为操控导致的，则应考虑肯定非法占有目的；第四，行为人在没有得到政府主管部门明确批准的平台上交易导致重大损失的场合，同样应注意考察损失究竟是交易规则和交易风险导致的，还是人为控制交易过程引起的，重视区分非法经营罪与诈骗罪，不能因为存在被害人重大财产损失，就简单地将该场合的行为认定为诈骗罪。

#### （六）骗取国家专项补贴资金案件中非法占有目的的认定

骗取国家专项补贴资金的案件在司法实践中比较常见，其中，如何区分诈骗罪与违规行为一直是个疑难问题。“张文中案”再次将该问题引入理论和实务界讨论的视野。<sup>②</sup> 一审河北省衡水市中级人民法院审理认为，被告人张文中、张伟春以非法占有为目的，虚构事实，隐瞒真相，骗取国家贷款贴息，数额特别巨大，其行为均已构成诈骗罪。二审河北省高级人民法院认为，被告人张文中、张伟春以非法占有为目的，将物美集团冒充为国有企业的下属企业，通过申报虚假项目，骗取国债技改贴息资金，数额特别巨大，其行为均已构成诈骗罪。最高人民法院再审认定以下事实：第一，物美集团作为民营企业具有申报国债技改项目的资格，其以诚通公司下属企业名义申报，并未使负责审批的主管部门产生错误认识；第二，物美集团申报的物流项目和信息化项目并非虚构；第三，物美集团违规使用3190万元国债技改贴息资金不属于诈骗行为。最高人民法院认为，物美集团在获得3190万元国债技改贴息资金后，将该款用于偿还公司其他贷款，

① 对于行为人违反约定将资金用于投资股票、期货交易能否认定非法占有目的，实务中持肯定和否定立场的案例，都不乏见。

② 参见陈兴良《民事欺诈和刑事欺诈的界分》，载《法治现代化研究》2019年第5期，第3-4页。

但在财务账目上一直将其列为“应付人民政府款项”，并未采用欺骗手段予以隐瞒、侵吞，且物美集团具有随时归还该笔资金的能力。因此，物美集团的行为虽然违反了《国家重点技术改造项目国债专项资金管理办法》中关于国债专项资金应专款专用的规定，属于违规行为，但不应认定为非法占有贴息资金的诈骗行为，遂撤销一审和二审的刑事判决，改判被告人张文中不构成诈骗罪。<sup>①</sup>

在刑法理论上，如前指出，诈骗罪属于财产交易型犯罪。既然是财产交易，通常情况下交易是双向有偿的，双方期待交易对价而非无偿支出。诈骗罪的本质在于行为人使用欺诈手段，违背财产交易关系，在被害人自愿情况下，非法占有他人财物。比如，被告人甲意图非法占有被害人乙的财物，于是虚构借款用途和乙签订借款合同，款项到手后便逃之夭夭。本案中，甲乙双方借款合同确立的资金借还关系只是表面上的，实质上并不存在。与一般诈骗罪不同，骗取国家专项补贴资金的行为构造有自身特点。专项补贴资金一般是国家有关部门或上级部门下拨的具有专门指定用途或特殊用途的资金，这种资金除了具有单独核算、专款专用、不能挪作他用等特点外，最显著的特点在于该资金是由国家或者有关部门下拨的，体现的是国家或有关部门对公司、企业或者其他社会主体发展的资金支持，国家或者有关部门与资金的使用主体之间并不存在财产交换（或称之为交易对价）关系，申请主体只要符合国家或者有关部门规定的申报条件，即可无偿获得专项资金补贴，专项资金补贴体现的是国家或有关部门对申请主体的单方面资金支持。行为是否构成诈骗罪应立足于行为构造，既然申报资质是专项资金申报中最重要事实，那么，行为人是否具有或者符合申报专项资金补贴的资质就成为诈骗罪成立与否的关键所在。具体来说：

第一，行为主体不符合专项资金的申报资质，通过虚构资质骗取国家专项补贴资金，即使该笔款项实际投资公司、企业实体生产经营活动，这只是资金具体使用，不影响国家资金损失的存在，行为人主观上应被认定为具有非法占有目的，依法可以构成诈骗罪。

第二，行为人具有申报资格且在限度内申报了专项资金，该场合既然行为主体具备了申报资质，依照国家政策和法律规定，行为人依法或者政策享有了获得专项资金补贴的权利，资金没有按照指定用途使用，属于专项资金的违规使用问题，不应认定为诈骗罪。如果行为人获得专项资金后改变用途，将补贴资金挪作个人使用或者非法占为己有，则依法可以构成挪用资金罪、职务侵占罪等。

第三，行为主体具有申报专项资金资格，但超出申报数额限度，对于超出部分是否认定为非法占有，应考虑超出部分的数额和比例，对于超出数量大和比例高的，应依法认定为非法占有，成立诈骗罪。

第四，行为人具有申报专项补贴资金的资质，但在申报中，实施了伪造文书、资料等行为，得到资金后即便违反补贴资金专用的规定，也仍属于资金的违规使用，伪造文书的手段行为等依法构成相应犯罪，但行为整体上不属于诈骗罪。

（责任编辑：石磊）

<sup>①</sup> 参见中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法刑再3号刑事判决书。