

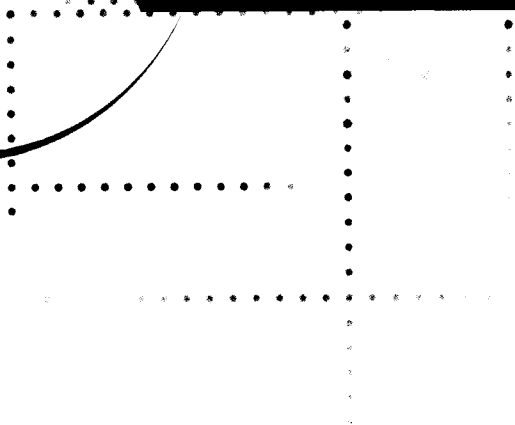
第一篇

整顿规范市场经济 秩序法律适用中的 几个问题

整顿规范

市场经济秩序

法律适用指导



金融诈骗罪司法认定 中的若干重点疑难问题研讨

中国人民大学法学院副院长、教授、
博士生导师 赵秉志
中国人民大学法学院法学博士 许成磊

金融诈骗罪是近年来发生在金融领域内波及面广、社会危害性极其严重、在金融犯罪中增长最快的高频犯罪。在这种情况下，如何正确认定金融诈骗罪，尤其是把握罪与非罪、此罪与彼罪的界限等问题，就成为摆在司法实务部门面前的一项重要课题。本文旨在对金融诈骗罪司法认定中的若干重点、疑点、难点问题作一探讨，以求对司法实务有所裨益。为此，首先就金融诈骗罪认定中的几个基本问题作一简要的阐述，尔后，对集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、保险诈骗罪等六种重点、疑难而重大的金融诈骗犯罪司法认定中的若干问题作重点剖析。

一、金融诈骗罪认定中的几个基本问题

（一）金融诈骗罪诈骗故意的认定

金融诈骗罪，是指以非法占有为目的，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取公私财物，破坏金融管理秩序的行为。构成金融诈骗罪，要求行为人主观上具有诈骗的直接故意。但从哪些角度认定行为人具有金融诈骗的犯罪

故意，一直是困扰司法实务部门的难题之一。从实践来看，对金融诈骗罪诈骗故意的认定，往往最终会落脚在其主观非法占有目的的认定上。因此，在探讨此问题之前，有必要对金融诈骗罪是否存在非法占有目的问题予以澄清。

一般认为，非法占有目的是金融诈骗罪的主观要件内容。但也有一些学者和司法实务部门的同志认为，只有法律规定以“非法占有目的”为要件的犯罪，该特定目的才是特定犯罪的构成要件，除此之外的其他金融诈骗罪并不以此为要件。这样，在现行刑法典规定的多种金融诈骗罪中，就只有集资诈骗罪、贷款诈骗罪以及恶意透支型信用卡诈骗罪才以此为要件。这种理解有偏颇。笔者认为，金融诈骗罪的行为人主观上具有非法占有的目的是很显然的。这可从以下几个方面得到说明：（1）金融诈骗罪从传统诈骗罪中分离而来，兼具金融犯罪与财产犯罪的双重属性，其侵犯的客体是复杂客体，一方面侵犯金融管理秩序，另一方面侵犯公私财产所有权。而诈骗罪作为侵犯财产所有权犯罪的一种典型形式，是由其所具有的非法占有他人财物的目的所决定的，这是该种犯罪的本质特征。因此，金融诈骗罪的主观方面不可能脱离这种条件而存在，否则，就不能称为“诈骗罪”。（2）虽然刑法典仅对集资诈骗、贷款诈骗及恶意透支规定了特定的“非法占有目的”，而对其他金融诈骗罪未规定该目的，但这并不是立法的疏漏。众所周知，任何犯罪都是主客观的统一，行为人主观上的心理活动不可能离开其客观外在的活动而存在，其主观目的总要通过客观行为表现出来。现行刑法典对金融诈骗罪的罪状表述，采取的都是列举式或列举+概括式的叙明罪状。一般情况下，行为的客观表现本身就潜藏着行为人的主观目的，因而无须特别指出行为人的主观

目的。只要能查明行为人认识到自己在实施法律规定的具体金融诈骗罪的客观行为，相应的诈骗故意大都会显露无疑，司法机关一般无须特别查明非法占有目的。（当然，在有些情况下，也须综合其他客观因素来认定行为人非法占有目的的存在。）但对于集资诈骗、贷款诈骗及恶意透支的信用卡诈骗来说，如果立法上不明定和限定行为人“以非法占有为目的”，则往往难以将上述犯罪与非罪以及与其他犯罪的界限区分开来。从立法技术角度分析，刑法规定某些犯罪的成立必须具备特定目的，“是用以特别指明行为人的主观恶性及其行为的社会危害性程度，从而在某些场合作为区分罪与非罪的界限。”^① 在另外一些场合，规定“以非法占有为目的”则是区分此罪与彼罪界限的标志。例如，刑法典规定集资诈骗罪的非法占有目的，主要是为了区分集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪等其他集资型犯罪的界限；规定贷款诈骗罪的目的，则主要是为了区分贷款诈骗罪与一般的贷款纠纷及贷款欺诈行为的界限；而规定恶意透支型信用卡诈骗罪的非法占有目的，主要是为了将恶意透支与一般的善意透支而形成的透支纠纷区分开来。因此，不能以刑法典对有些金融诈骗罪未规定“非法占有目的”为由，而否定金融诈骗罪非法占有目的的存在。（3）在学理上和司法认定中，强调刑法典未明确规定非法占有目的的某些金融诈骗罪也以此为要件没有违反罪刑法定原则。正如同不能因刑法典未规定盗窃、诈骗等取得型犯罪的非法占有目的，而否认盗窃罪、诈骗罪等的非法占有目的这一要素一样，我们也不能因为刑法典未规定某些金融诈骗罪的非法占有目的，而否认该主观要件在认

^① 参见曾宪信等著：《犯罪构成论》，武汉大学出版社 1988 年版，第 102—103 页。

定这些金融诈骗罪中的决定性意义。这种要素实际上就是理论上所讲的“不成文的构成要件要素”，即它们虽然没有明文规定于构成要件要素之中，但根据一般见解、习惯或者沿用多年的判例，亦如规定于构成要件要素一样，对犯罪的认定产生作用，没有必要再予以重复规定，这是立法追求简洁的结果。

那么，司法实践中，应如何认定金融诈骗罪行为人主观上的非法占有目的呢？我们认为，在处理具体案件时，应当根据其是否刑法所规定的具体行为，并综合考虑事前、事中以及事后的各种主客观因素进行整体判断，作出司法推定。^① 在这里，主要是事实推定。即，如果司法人员能够证明行为人特定推定事实的存在，就可以认定行为人为人构成金融诈骗罪。当然，这种情况下，允许被告反证。如果被告提出证明表明其确实不具有非法占有的目的，则不能成立金融诈骗罪。至于哪些事实可以成为推定的事实，则需要因具体金融诈骗罪的不同情况而分别考虑。根据司法实践经验，如果行为人采取欺诈手段非法获取了资金，在客观上造成数额较大的资金不能返还之后果，同时

① 推定是英美法系运用的一种证据制度。可以分为三种：不可反驳的法律推定、可反驳的法律推定和事实的推定。如果根据对某一其他事实的证明而可以认定推定事实的存在，该推定是事实的推定。由于事实的推定往往是能够证明被告心理状态的惟一手段，因而在刑事司法中起着非常重要的作用。参见（英）鲁伯特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著、赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社1991年版，第55-56页。目前，我国刑事法理论对司法推定的研究尚不够深入，而有关的司法解释实际为这种司法推定提供了依据。如最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》对集资诈骗罪“非法占有目的”的认定，就是采取了司法推定的方法。

具备下列情形之一的，就应当认定行为人具有非法占有目的：（1）在非法集资等案件中，行为人以支付中间人高额回扣、介绍费或提成等方式非法获取资金，并由此造成大部分资金不能返还的；（2）从行为前考察，行为人没有经营、偿还能力而大量骗取资金的；（3）从资金的用途、去向看，行为人将非法获得的资金不是用于经营或其他正当用途，而是用于弥补亏空、偿还债务，挥霍、赠与、行贿、高风险的营利性活动，乃至违法犯罪活动的；（4）从事后行为人的具体表现看，行为人携带资金潜逃，或者抽逃、转移、隐匿资金，有能力归还而拒不归还，或者通过销毁、隐匿账簿、搞假破产等手段以逃避返还的，等等。至于非法占有目的的具体认定，本文还将在后面有关的具体金融诈骗罪中作详细阐述。

另外，在认定行为人是否具有非法占有目的时，司法机关应注意行为人非法占有目的产生的时点。不同的时点，对行为人能否构成金融诈骗罪的意义是不同的。作为金融诈骗罪主观要件“非法占有目的”之产生，应在行为前或行为时。这是由犯罪主观态度决定客观行为的具体表现及其实现的特点决定的。这里的“行为”是指具体金融犯罪构成要件的行为，行为时当然是指具体的实行行为，而行为前则包括犯罪的预备行为。如果行为人在行为的当时没有非法占有目的，而是在事后才产生此目的，则不能认定行为人具有金融诈骗罪的犯罪目的；符合其他罪构成的，可以其他罪论处。以贷款诈骗罪为例：有观点认为，如果行为人在贷款的初期并无非法占有贷款的目的，而随着后来情况的变化，产生了非法占有的目的，因而拒不归还贷款的，仍构成贷款诈骗罪。也就是说，作为贷款诈骗罪主观要件的非法占有的目的，既可以是形成于事前，也

可以形成于获得贷款之后。^① 笔者认为,这种理解是值得推敲的。该罪的既遂以贷款人发放贷款为标志,从着手到既遂都要求行为人有贷款诈骗的故意和非法占有的目的;而行为人占有贷款后形成非法占有的目的,因不可能再有诈骗的行为,这种事后故意不能作为该罪的犯罪故意。事后故意实际上是对前一行行为的追认,并非前一行行为的故意。从客观上看是对因果关系的颠倒,不符合犯罪的理论和因果关系的规律。正是在这种意义上,许多学者不承认所谓事后故意的提法。^② 因而对上述行为不能以贷款诈骗罪定罪,符合其他犯罪构成条件的,应以其他罪定罪。如上述行为可能构成侵占罪。

(二) 单位实施金融诈骗罪的处理

在法律规定的八种金融诈骗罪中,可以由单位构成的有五种,分别是集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、保险诈骗罪。对单位实施这五种犯罪的处理,法律有明确规定,即实行双罚制,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员根据不同的犯罪情节处以不同的法定刑。与自然人实施的金融诈骗罪相比,对犯罪单位的直接责任人员的处罚要相对为轻,主要体现在:(1)自然人犯金融诈骗罪的,要并处罚金或没收财产;而对犯罪单位的直接责任人员仅施以主刑。(2)自然人实施集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪,数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的,最高可处死刑,并处没收财

① 参见周振想主编:《金融犯罪的理论与实务》,中国人民公安大学出版社1998年版,第410页。

② 如陈兴良著:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第167页。

产；而犯罪单位的直接责任人员不能处死刑，也不能没收财产。

现在的问题是，法律将信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪及有价证券诈骗罪这三种犯罪的主体限定为自然人，而实践中经单位集体决策，为单位利益，实施贷款诈骗、有价证券诈骗、恶意透支，将骗得的财产归单位所有的现象时有发生，单位实施的使用伪造的信用卡、作废信用卡以及冒用他人信用卡的犯罪也大量存在。对此，应如何处理？

刑法学界有不同观点：一种观点认为，为单位利益实施的犯罪行为，只要符合该罪构成要件，尽管根据法律规定单位实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的才负刑事责任，对单位不能以犯罪论处，但这种情况下，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员仍可以该罪论处；还有的学者从我国新刑法与法益侵害的关系角度，站在刑法对法益保护而犯罪是对法益侵害的立场上认为，从犯罪主体上说，在刑法没有规定单位可构成犯罪主体的情况下，即使是单位集体实施的，也应追究主管人员和其他直接责任人员的刑事责任，不能以刑法规定的主体是自然人而实际上的主体是单位为由，而否认行为人的责任。^① 因为从法益侵害角度讲，金融管理秩序和公私财产所有权受侵害并不取决于主体是单位还是个人。另一种观点则认为，追究单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员是以单位构成犯罪为前提的，尽管某些情况下基于某些因素之考虑，不对单位处罚，但如果单位不构成犯罪，则单位中的直接责任人员就不能以犯罪论处。但可以通过

^① 参见张明楷：《新刑法与法益侵害说》，载《法学研究》2000年第1期。

经济制裁、行政处罚等手段进行处理，必要时还可以由立法机关修改法律或作出立法解释，以明确追究单位实施贷款诈骗等行为的刑事责任问题。^①

上述两种观点各持一端，见仁见智：前者从行为的实质危害和现行立法规定下有力打击犯罪的角度，认为尽管对单位不以犯罪论，但不能放纵具体实施犯罪的自然人；后者则从罪刑法定原则及单位犯罪的内部逻辑构造出发，认为既然刑法未规定单位犯罪，就不能追究决策者和具体实施者的刑事责任。如有的学者所评析：前一种观点确有违反罪刑法定原则之嫌；而按后种观点，又确有放纵犯罪之嫌，这里出现了实质合理性与形式合理性的冲突。^②

上述争论涉及单位犯罪本身的理论问题，本文无意在此作深入分析。司法实务中大多采纳传统观点，即即使单位不构成贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪，但仍可以对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任。不过，在起刑数额上应与自然人犯罪有所不同，一般应比后者的起刑数额高。有关的司法解释也体

① 参见孙军工著：《金融诈骗罪》，中国人民公安大学出版社1999年版，第59页。

② 参见陈兴良：《社会危害性理论——一个反思性检讨》，载《法学研究》2000年第1期。

现了这种基本精神。^①当然，该问题的最终合理解决有赖于立法的完善，即增设上述犯罪的单位犯罪主体，从而与其他金融诈骗罪相协调。

（三）金融诈骗罪与相关犯罪的法条关系处理

在1995年6月30日全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》（以下简称《决定》）颁行前，我国刑法关于诈骗犯罪的立法方式是单一模式，即只规定了一个普通诈骗罪。随着社会主义市场经济的建立和发展，发生在经济领域中尤其是金融领域中的诈骗犯罪以其犯罪手段的特殊性、社会影响的广泛性，形成对国家金融秩序的整体性冲击，造成极为严重的后果。为此，《决定》专门设立了八种金融诈骗犯罪，开创了对诈骗罪进行分类立法的先河。1997年刑法典除保留这八种金融诈骗罪外，还设立了具有破坏市场秩序性质的合同诈骗罪。这样，现行刑法典中诈骗型犯罪形成了各种特殊类型的诈骗罪与普通诈骗罪并立的模式。为此，有必要对这几种类型的诈骗罪之间的关系作一剖析，以正确适用法条。

1. 金融诈骗罪与（普通）诈骗罪之间的法条竞合关系

刑法典第266条对侵犯财产罪章中的诈骗罪有以下例

^① 在最高人民检察院《关于单位盗窃行为如何处理问题的批复》（1996年1月23日）和最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（1996年12月16日）中，对单位盗窃和单位诈骗如何处理都作了明确的规定。例如，后者规定“单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施的诈骗行为，诈骗所得归单位所有，数额在5万元至10万元以上的，应当依照《刑法》（指1979年刑法典——笔者注）第151条的规定追究上述人员的刑事责任；数额在20万元至30万元以上的，依照《刑法》第152条的规定追究上述人员的刑事责任”。

外规定：“本法另有规定的，依照规定。”刑法典关于金融诈骗罪的规定即是特别规定。因而金融诈骗罪与（普通）诈骗罪之间形成特别法与普通法之间的法条竞合关系。根据法条竞合原理，这种情况下，特别法优于普通法，应适用特别法的规定。但从现行刑法对金融诈骗罪的规定来看，有些诈骗犯罪尽管发生在相关金融领域，但根据这些金融诈骗的罪状，尚不能以相关的金融诈骗罪定罪，对此应以诈骗罪定罪。例如，一些特约商户利用“信用卡优惠购物”骗取银行资金的行为，保险领域部分冒名骗赔的行为，^① 由于不符合信用卡诈骗罪、保险诈骗罪的明文规定，因而不能以信用卡诈骗罪、保险诈骗罪定罪，而只能以诈骗罪定罪。

金融诈骗罪与普通诈骗罪相比，具有如下不同：

（1）犯罪客体不完全相同。诈骗罪的客体为单一客体，属于侵犯财产性质的犯罪；金融诈骗罪的客体为复杂客体，包括金融管理秩序和公私财产所有权，属于破坏金融秩序的犯罪。（2）犯罪客观方面存在差别。这不仅体现在金融诈骗罪有其独特的行为方式，而且在传统的诈骗罪中，陷于错误作出财产处分的人即被欺骗者往往就是被害者，易言之，被欺骗者与被害者往往是同一人；而在金融诈骗罪中，由于金融诈骗独特的行为构造，很多情况下被欺骗者与被害者并非同一人。例如，在信用卡诈骗罪中，由于特约商户、持卡人与发卡银行之间特定法律关系的存在，作为直接被欺骗对象的特约商户不一定成为信用卡诈骗犯罪中的受害者，受害者有可能是原合法持卡人或发卡银行。

^① 关于冒名骗赔的行为定性问题，本文将在保险诈骗罪的内容中作具体分析。

(3) 二者之构成虽然都要求“数额较大”，加重构成都要求“数额巨大”、“数额特别巨大”或其他严重情节、特别严重情节，但具体数额的起刑点是不同的：诈骗罪的犯罪数额起点较低；金融诈骗罪的犯罪数额起点较高。

2. 金融诈骗罪与合同诈骗罪之间的法条竞合及部分交叉关系

刑法典第 224 条规定的合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺诈手段，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。行为方式主要有：以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同；以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保；没有实际履行能力，以先履行小额合同或部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订合同和履行合同；收取对方当事人给付的财物、货款、预付款或者担保财产后逃匿；以其他方法骗取对方当事人财物。许多金融诈骗罪需要以合同的形式体现，行为的实施也发生在合同的签订、履行过程中，因而在犯罪构成上与合同诈骗罪形成法条竞合关系或者法条之间的部分交叉关系。^①

① 刑法学界通说认为，一个犯罪条文的犯罪构成之外延全部包容另一个条文的犯罪构成的，形成一般法与特殊法之间的法条竞合；而对于两个法条的犯罪构成之间，其中一个只能包容另一犯罪条文的犯罪构成的一部分，换言之，两个法条之间存在部分交叉关系时，二者之间是否也应视为法条竞合关系，在理论上则存在分歧，有的学者将这种法条之间存在的部分交叉关系称为“交叉关系的法条竞合”，对此需要进一步研究。参见高铭喧主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社 1998 年版，第 485 页；陈兴良著：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社 1999 年版，第 785 页以下。

就保险诈骗罪、贷款诈骗罪而言，二者都要以保险合同、贷款合同的形式体现，而这种以合同为表现形式的诈骗犯罪，在犯罪构成上是完全符合合同诈骗罪的构成条件的。在这种意义上，二者之间形成包容竞合的关系。其中，合同诈骗罪的规定包容保险诈骗罪、贷款诈骗罪的规定，从而可以称为普通规定；而保险诈骗罪、贷款诈骗罪的规定则是特殊规定，二者存在着特别法与普通法的关系，对此应适用特别法，以保险诈骗罪、贷款诈骗罪定性。

就票据诈骗罪而言，其一般发生在经济交往当中，通常与合同的签订、履行有关。在国家对大额现金交易实施严格管制的情况下，票据成为我国经济交往中重要的结算、支付工具。签订合同必然要进行履行和结算，合同诈骗也往往在合同的履行、结算环节得逞。一般而言，行为人在合同诈骗过程中以价值基础不真实的票据虚假给付，则其行为同时符合票据诈骗罪与合同诈骗罪的构成条件。但票据诈骗罪的规定与合同诈骗罪的规定之间只存在部分交叉关系。尽管对存在这种关系的法条能否视为法条竞合关系值得进一步研究，但在具体适用法律上还是可以参照法条竞合的处理原则的。而对于法条竞合，一般应适用特殊法优于普通法（一般法）的原则，特殊情况下也可适用重法优于轻法的原则。笔者认为，就票据诈骗罪与合同诈骗罪规定之间存在的部分交叉关系而言，很难区分孰是一般法孰是特殊法，既然一行为同时符合这二罪的构成，则

可依照重法优于轻法的原则^①，以票据诈骗罪定罪处刑。不过，在有些情况下，如在行为人以伪造、变造、作废的票据作合同担保而进行诈骗的情况下，由于刑法典第 224 条第 2 项明确规定其属于合同诈骗罪的法定形式，因而，这种情况下可参照特别法优于普通法的处理原则，对行为人以合同诈骗罪定罪处刑。此外，信用证诈骗罪与合同诈骗罪的规定之间也是部分交叉的关系。

3. 具体金融诈骗犯罪之间法条的部分交叉关系

由于金融业务的复杂性、广泛性、交叉性，刑法典在规定金融诈骗罪时，难免会基于不同层次、角度的考虑而规制各种金融诈骗犯罪，从而在刑法典规定的各具体金融诈骗罪的法条之间存在部分交叉、重合关系。对此，一般应适用重法优于轻法的原则，以刑法典规定的较重的金融诈骗罪定罪。比较有代表性的，如贷款诈骗罪与票据诈骗罪之间、信用证诈骗罪与贷款诈骗罪之间即是适例。其部分交叉的具体表现情形，将在后文的有关内容中作具体阐述。

二、集资诈骗罪

集资诈骗罪是近年来影响面广、社会危害性大、严重扰乱国家金融秩序的一种犯罪。所谓集资诈骗罪，是指以

^① 重法优于轻法能否成为处理法条竞合的一个原则，理论界意见不一。我们认为，只要刑法没有指明必须适用某特别条款，而如果不依重法处理，则会导致罪刑严重失衡，是可以适用这一原则的。现行刑法典也有这样的立法例，有关的司法解释也采取了这种处理原则。在国外，也有刑法明文规定重法优于轻法的立法例。关于此问题的分析可参见张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版，第 537—539 页。

非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。本罪的主要特征是：（1）本罪在主观方面表现为直接故意，并且具有非法占有集资款的目的。（2）在客观方面表现为使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。凡是未经国家有关部门批准、骗取国家有关部门批准或者违反批准内容进行的集资活动，均属于非法集资。实践中，行为人经常采用虚构经营业绩、展示“经济实力”、诱以高额利润等诈骗方法进行非法集资。

（一）集资诈骗罪“非法占有目的”的认定

行为人是否具有“非法占有”之目的，对于认定集资诈骗罪、区分本罪与相关犯罪的界限，具有决定意义。但如何认定“非法占有目的”，则是一个较为复杂的问题。前文已指出，这种情况下，可以采取司法推定的方法。事实上，司法实务部门也一直采用此方法来认定集资诈骗罪的构成与否。最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（1996年12月16日）中，对如何认定本罪“非法占有目的”时指出，具有下列情形之一的，应当认定行为人的行为属于“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资”：（1）携带集资款逃跑的；（2）挥霍集资款，致使集资款无法返还的；（3）使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的；（4）具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。

上述几种情形，都可以说是行为人“非法占有目的”的表征。但应注意，在行为人采用欺诈方法获取集资款后携款逃跑的案件中，行为人拒不返还之非法占有目的是非常明显的；而在一些无法返还集资款的案件中，就不能单凭行为人无法返还集资款而推定行为人具有非法占有的目的，还要有其他相关事实来佐证，上述司法解释即充分注意到这一问题，即如果行为人将集资款挥霍从而导致其无

法返还的，可以认定行为人具有非法占有的目的，这里的挥霍，应理解为主要或全部将集资款用于挥霍，如果行为人只是将很小的一部分用于挥霍，其他部分仍用于经营，则不好认定其具有非法占有的目的；在使用集资款从事诸如走私、非法经营等违法犯罪活动而致使集资款无法返还的案件中，由于行为人的违法犯罪使得集资款变成犯罪款项，其结果是要被国家没收，一旦案发，集资款就无法返还，这是在行为人意料之中的。^① 这种情况下，推定行为人具有非法占有的意图也是合乎情理的。至于其他导致集资款无法返还的情形，该《解释》并未继续列举下去，需要司法部门认真把握。

上述司法解释采取的是列举的方式，优点在于直接、简便，司法部门对许多复杂的集资行为可以进行“对号入座”，以检验是否构成集资诈骗罪。其不足之处，主要在于此种列举毕竟不能穷尽所有集资诈骗的情形。为此，需要更深入、实质地把握此问题。我们知道，在合法集资中，集资者会将集资款用于从事合法的营利性经营活动以便回报投资者；而在集资诈骗中，由于行为人出于非法占有之目的，根本不具有回报投资者的意图。因此，集资行为人是否将集资款的主要部分用于从事营利性经营活动，就成为认定（确切地讲是推定）行为人是否具有“非法占有目的”的关键。具体而言，行为人是否具有非法占有目的，从而是否构成集资诈骗罪，首先看行为人是否有经营活动。如果行为人集资后，根本不从事任何经营活动，一般情况下足以推定行为人具有非法占有的目的，行为人收

^① 参见陈兴良：《论金融诈骗罪主观目的的认定》，载姜伟主编：《刑事司法指南》（2000年第1辑），法律出版社2000年版，第66页。