

[文章编号]1009-3729(2015)06-0080-05

论“借鸡生蛋”行为是否构成合同诈骗罪

——兼合同诈骗罪中“非法占有目的”解读

丁柏芳

(四川大学 法学院, 四川 成都 610207)

[摘要]在商品经济活动中,“借鸡生蛋”的行为屡见不鲜。刑法学语境下的“借鸡生蛋”行为是指:采用虚构事实或者隐瞒真相的手段使他人产生错误的认识,与之签订经济合同,并套取他人财物用作其他合法或非法用途且数额较大的行为。该行为是否能够被认定为合同诈骗罪,核心是行为人在行为时是否具有非法占有他人财物的目的。这需要从行为人签订合同时的主体身份、行为人履行合同的程度、行为人有无挥霍财物,以及行为人事后有无逃逸、隐匿财物行为等构成要件,并结合每个案件的具体事实加以分析和推断。此外,在对“借鸡生蛋”行为进行定性的过程中,要遵循刑法的谦抑性原则,应先考虑能否通过民法、行政法进行调整,只有在不能调整的时候才应考虑适用刑法。

[关键词]借鸡生蛋;合同诈骗罪;非法占有目的;谦抑性原则

[中图分类号]D914.36 **[文献标识码]**A **[DOI]**10.3969/j.issn.1009-3729.2015.06.015

我国1979年《刑法》没有规定合同诈骗罪。1996年最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第2条规定:根据《刑法》第151条和第152条的规定,利用经济合同诈骗他人财物数额较大的,构成诈骗罪。该条率先将利用经济合同诈骗他人财物的行为从普通诈骗行为中提出并单独加以定性,可以视为是合同诈骗罪的雏形规定。1997年,《刑法》第224条正式将合同诈骗罪从普通诈骗罪中分离出来,合同诈骗罪正式单独成罪。目前,合同诈骗罪已经在司法实践中大量适用。但不可否认的是,《刑法》第224条对合同诈骗罪的界定是模糊的,并且缺乏相关司法解释,这导致合同诈骗罪在实际适用过程中产生困惑。其中比较突出的一个问题是合同诈骗罪与普通民事纠纷之间的界限问题,“借鸡生蛋”行为就是其中一种。目前我国学界对于“借鸡生蛋”行为的定性问题存在不同意见:一种意见认为,“借鸡生蛋”行为不是合同诈骗行为,因为行为人主观上并不具有非法占有的目的,

只是客观上具有欺诈性^[1];另一种意见认为,“借鸡生蛋”行为应以合同诈骗罪论处,因为没有资金和其他有利条件,仅凭欺骗来的资金从事经营活动(从本质上讲被害人发现被骗随时都可以通过诉讼索要财物),行为人主观上应当明知其经营具有极大的风险性,这种风险性蕴含着使所有权人最终不能行使所有权各项权能的严重可能性^[2]。笔者认为,学界之所以对“借鸡生蛋”行为的性质存在不同意见,一定程度上是因为学者之间对于“借鸡生蛋”行为没有统一的认识。毕竟“借鸡生蛋”一词并非专业的法学术语,不同的人对其存在不同的理解。笔者认为,只有将“借鸡生蛋”做刑法学意义上的解读,考虑到实务中可能出现的情形,才能真正从统一的层面对该问题加以分析和解读。

一、“借鸡生蛋”的刑法含义解读

“借鸡生蛋”从字面含义上就是指利用他人的力量来实现自己的目标。在经济学领域,“借鸡生

[收稿日期]2015-10-28

[作者简介]丁柏芳(1992—),女,安徽省合肥市人,四川大学硕士研究生,主要研究方向:中国刑法。

蛋”被认为是巧妙地利用资金、技术等资源发展壮大自身实力的行为,大多是含有褒义的。然而,在刑法学的范畴内,“借鸡生蛋”则有不同的含义,甚至可能涉及违反刑法条文规定的某项罪名。

本文拟在涉嫌构成合同诈骗罪的框架下,讨论在市场经济活动中,合同一方当事人以“借鸡生蛋”为目的签订、履行合同的行为性质。为此,必须将本文中所讨论的“借鸡生蛋”行为含义与通常意义上的和经济学领域内的含义加以区分,以免引起不必要的误解。我们这里所讨论的涉嫌构成合同诈骗罪的“借鸡生蛋”行为,是指那些在签订、履行合同的过程中,通过虚构事实或者隐瞒真相等手段使合同相对方产生错误认识并与之签订合同的行为。“借鸡生蛋”行为至少有以下情形中的任意一种情形。一是虚构事实。例如,甲公司为了应对公司资金周转困难的问题,伪造本公司具有从事木材运输资质的相关文件,与乙公司签订了一笔标的100万元的运输合同,进而利用该笔合同款项度过了资金周转困难期,也间接履行了该项合同。在该案例中,甲公司利用伪造的具有木材运输资质的文件与乙公司签订运输合同,系虚构事实的行为。二是隐瞒真相。例如,被告人徐某申请成立一公司,公司实际上并无任何资金,其为筹划开办超市,与他人签订场地租赁合同,为购买超市设备又与他人签订购销合同,并收取供货方的“入店费”等,所购设备和收取的“入店费”大部投入超市建设,至合同履行期届满,当对方向其索要有关场地租赁费、设备货款时,徐某给以空头支票,并同时告诉对方账上暂时无钱,需要等一段时间,但对方到其允诺的时间去银行兑换时,仍无钱到账,此后徐某再三推诿拖延时间,拒不偿还有关款项,并以部分款物用于还债,最终案发,就在徐某被羁押一天后,开办超市的营业执照即下发。^[3]在本案中,被告人徐某就是通过隐瞒公司没有运营资金的真相与其他人签订合同的。

以上所举的案例都具有一个明显的特征,即行为人客观上具有虚构事实或者隐瞒真相的行为,从而使合同相对方产生了错误的认识并与之签订合同。而根据《刑法》第224条的规定,合同诈骗罪是指以非法占有为目的,在签订、履行合同的过程中,采用虚构事实或者隐瞒真相的手段,骗取公私财物数额较大的行为。易言之,“借鸡生蛋”行为之所以成为我们今天讨论的主题,正是因为其行为特征符合合同诈骗罪构成要件中的客观行为要件。因此,在其他构成要件已经完备的前提下,判断某个“借

鸡生蛋”行为究竟是否构成了合同诈骗罪,主要是判断该行为是否符合合同诈骗罪的主观要件,其实质就是判断行为人是否抱有非法占有的目的。

二、合同诈骗罪中“非法占有目的”解读

1. “非法占有”含义的解读

欲论及非法占有的含义,须得先追溯“占有”的含义。“占有”本是民法上的概念,它是指对物的一种支配或者控制的状态。民法上的“占有”分为非法占有和合法占有,非法占有又可分为善意占有和恶意占有。善意占有人的主观状态是不知情且无怀疑,与之相对的恶意占有人的主观状态则是明知自己无权利仍然占有。《刑法》作为其他部门法的最后一道防线,其调整的是其他部门法所不能调整的严重行为。所以,刑法上的占有应当仅指非法占有中的恶意占有中的一部分情形。

但是我国刑法学界对于非法占有与民法层面的占有含义的界分并没有一致的观点。目前的通说所有权说,该说认为非法占有不仅需要客观上对物实现管理和控制的状态,而且需要有主观意识上排除其他人对物的权利,以使自己实现对物的占有、使用、收益和处分的权益。亦即,非法占有目的应是行为人以自己永久所有之意识而控制该物从而排除他人之合法所有,即“控制意识+排除意识”。^[4]刑法中的贪利型犯罪大多是以非法占有为目的为前提的,如盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪等,行为人往往不仅要求支配、控制财物,还要求排除其他人占有、使用、收益和处分的权能,并最终将财物据为己有,实现所有权的完整。但是,学界也有部分学者主张将非法占有的范围予以扩大化解释,不仅指非法所有,还包括非法占用。该非法占有目的不要求对他人财产所有权能的全面剥夺,即使行为人并不打算侵吞他人财产,而是打算在占用较长时间后予以归还的,也属于抱有非法占有目的。^[5]比较典型的的就是挪用资金罪和挪用公款罪。该罪名不要求行为人一定具有非法所有的意图,只要行为人非法占用公私财物,即可构成本罪。此时的非法占有,即可扩大为暂时性的非法占用、借用公私财物的行为。

从历史沿革上来说,合同诈骗罪是从普通诈骗罪中分离出来的,两者之间是适用特殊法与适用普通法之间的关系,因此设立合同诈骗罪所保护的法益与设立普通诈骗罪所保护的法益具有同一性,它们都是保护公私财产的所有权;从刑法整体结构来说,合同诈

诈骗罪规定于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的第八节“扰乱市场秩序罪”,因此设立合同诈骗罪所保护的法益又具有不同于设立普通诈骗罪所保护的法益的特殊性,即兼有保护社会主义市场经济秩序的任务。从两个法益之间的关系来说,设立合同诈骗罪首要保护的法益是社会主义市场经济秩序,其次才是公私财产的所有权,这也是将合同诈骗罪从普通诈骗罪中分离出来的应然之义。

再回到合同诈骗罪的非法占有含义问题的讨论。根据所有权说的观点,非法占有应当仅限于对公私财物的非法所有含义,必须是当事人完全掌握并且侵吞财产,对于利用虚构事实或者隐瞒真相的手段与受害人签订合同以获取周转资金的行为,尤其是最后行为人还清了相应资金的行为,则不能认定为有非法占有的目的。然而笔者认为,这种解释不利于设立合同诈骗罪保护的首要法益即社会主义市场经济秩序。

在刑法尚未介入的商品经济社会中,合同是双方当事人自由意志的体现,合同双方当事人地位平等,依照合同约定享有权利并履行相应的义务。在微观经济活动中,经济合同的双方当事人不受除合同以外的其他外在条件的约束;在宏观经济活动中,整个市场经济的运行依靠的就是一个个经济活动的个体在经济规律调解下的自发行为。正因为如此,诚实守信原则才成为商品经济的基本原则。在“借鸡生蛋”的案例中,当事人的行为明显违背了诚实守信原则。不论行为人最终能否归还暂时占用的资金,由于其在签订合同前或者在签订合同的过程中就是抱着“借鸡生蛋”的意图,其善意、其完整履行合同的基础本身就不存在;加之在有的案例中,行为人拖欠资金甚至还不上资金最终导致“鸡飞蛋打”也屡见不鲜。以上种种行为,从微观上来说,损害了合同相对方的利益;从宏观上来说,如果不予入罪会助长该种行为;从长远上来说,会破坏经济交易的安全,损害经济秩序的稳定,不利于社会主义市场经济的良性发展。所以,从法益保护的角度上来说,笔者赞同将合同诈骗罪中非法占有的含义扩大至非法占用、非法借用这一观点。但是这并不是说,所有的非法借用、非法占用合同资金的行为都应当入罪,而是说,对于合同诈骗罪中非法占有的含义的解释应当有的放矢,不能过于僵硬。至于该行为是否应当认定为合同诈骗罪,还要结合具体案例进行分析。

2. “非法占有目的”的认定

非法占有目的是行为人作出行为时的主观心理

状态,从逻辑上来说,在实际案件中侦查人员和审判人员不可能掌握犯罪嫌疑人行为时的主观心理状态,只能依据行为人的客观行为予以推定。推定必须以一定的事实为基础,然后根据客观事物之间的应然联系推导出另一事实的存在。但推定事实不等于事实,它只是在司法侦查手段有限的情况下根据一定的基础事实和判断程序而推导得出的由法律认可的事实。正因为推定事实虽然不是真正的事实但是具有法律认可的等同事实的效力,其在定罪量刑中的作用十分重要,所以对于推定的适用必须加以适当的限制,以免因过度推定而误判,于无形中加大犯罪嫌疑人的罪责。

为便于对非法占有目的的认定,笔者将一个可能涉及合同诈骗罪的经济合同行为划分为三个阶段,即签订合同阶段、合同履行阶段、合同纠纷阶段。

签订合同阶段是经济合同行为的第一个阶段,也是合同双方当事人的准备阶段。在本阶段中,需要考虑合同一方是否有非法占有目的的如下因素:行为人的主体身份、行为人的履约能力、履约担保的真实性。行为人的主体身份是否真实有效,是判断行为人签订合同时主观心理状态的重要参考因素之一。依照诚实守信原则,合同双方在签订合同时应当使用真实、有效、有权的身份。在合同诈骗案件中,行为人的主体身份往往可能存在两种问题:一是主体身份虚构,行为人刻意隐瞒自己的真实身份,利用虚假姓名或名称、虚假公司专用章等签订合同;二是盗用他人身份,即利用真实存在的但并未得到授权的身份与他人签订合同。行为人的履约能力也是推定行为人是否具有非法占有目的的因素之一。履约能力是指合同当事人全部履行合同所应具备的主客观条件,包括人员、场地、设备、专业技能、资金、货源等。履约能力要从行为人的主体身份、以往经营情况、资信状况、经营能力、负债情况、担保能力等方面进行综合判断。在司法实践中,以下情形通常被视为行为人有履行合同的实际能力:一是行为人在签订合同时就已经具备履行合同应当具备的资金、技术、物资等必要条件;二是行为人在签订合同时虽不具备履约能力,但在合同履行期限内能够合法地筹集到履行合同所需要的资金、技术、物资等必要条件;三是即使行为人不能按照合同约定履行合同,行为人自己有足够的资金或其他能力承担违约责任,或者行为人提供的担保足够承担违约金或其他赔偿。但应当注意的是,在商品经济活动中,某些经济活动个体为了促成合同的签订,往往会夸大自身的

履约能力。所以不能说只要不具备履约能力就一定具有非法占有目的,还应当结合案件的其他情形具体问题具体分析。履约担保是指合同当事人按照法律规定或者合同约定,向对方当事人提供的物的保证或者第三者的保证。在合同诈骗案件中,行为人为骗取对方的信任以顺利签订合同,往往会伪造、变造产权证明文书或者骗取、串通第三人为其提供担保。

判断行为人在合同履行阶段是否有非法占有目的,应主要考虑行为人是否有履行合同的实际行为。即使行为人有履约能力,但是并无实际的履约行为,也可能被认定为具有非法占有目的。一般来说,是否有履行合同的实际行为可以细化为五个方面:一是在合同签订后积极采取措施,或是筹备资金或是提供技术支持等;二是在约定了验收日期的合同中,行为人按照合同的约定完成阶段性验收;三是行为人在履行合同的过程中保持公开,并且积极与合同相对方进行沟通;四是行为人在履行合同过程中主动设法避免或减少对方损失,或主动承担违约责任;五是行为人在获得财物后,将其用于正常的生产经营而不是肆意挥霍或者隐匿、转移财产。但应当注意的是,并不是行为人有履行合同的的行为就一定不构成合同诈骗罪,也不是行为人没有履行或者没有完全履行合同就一定构成合同诈骗罪。例如,行为人通过履行小额合同或者部分履行合同以骗取对方信任,诱使对方继续与之签订合同,其行为就应当认定为合同诈骗罪;或者行为人通过签订合同获取财物后不积极履行合同,而是在合同期限届满前迫于压力与第三方签订合同获取财物归还给合同相对方,这种“拆东墙补西墙”的行为也应当认定为合同诈骗罪。反之,行为人虽然没有履行合同,但有客观的不能预见的原因,并无非法占有目的,应当认定为普通的合同纠纷而不是合同诈骗行为。

在司法实践中,某些经济合同行为之所以有合同诈骗罪的嫌疑,多半是因为合同未履行或者未完全履行,导致合同一方产生了损失,出现了合同纠纷。一般情况下,合同纠纷产生后,具有履行合同诚意的行为人会积极承担违约责任或赔偿损失,而合同诈骗罪中的行为人则逃避追究责任、转移或隐瞒财产,甚至逃匿。

三、“借鸡生蛋”行为是否构成合同诈骗罪的类型化分析

在现实生活中,行为人“借鸡生蛋”的方法多种

多样,结果也不尽相同,有的成功实现了资金周转之后及时返还了相关财物;有的却“鸡飞蛋打”,给对方造成了重大损失。严格地说,认定“借鸡生蛋”这种行为一定构成或者一定不构成合同诈骗罪,是一种不严谨、非学术的态度,应当通过细分“借鸡生蛋”的类型并逐个加以分析,才能得出相对完备的结论。笔者认为,从行为人的主观心态上来看,“借鸡生蛋”的行为人主要有两种心态:第一种有不归还所“借”财物的故意;第二种有归还所“借”财物的本意,其中又有两种情形,一是最后归还了财物,二是最后未归还财物。以下将分别阐述。

1. 有不归还之故意

正如此前所阐述的,“借鸡生蛋”行为之所以难以与合同诈骗行为相界分,就在于“借鸡生蛋”的行为从客观上符合合同诈骗罪的构成要件,因而唯有从主观上判断是否存在非法占有之目的,才能对该行为加以定性,判断其是否构成合同诈骗罪。如果行为人主观上只有“借鸡生蛋”的意图而无“还鸡”之心,则可以认定行为人主观上有非法占有他人财物之故意,因而该种行为应当定性为合同诈骗罪。认定行为人是否自行为之初便有不归还他人财物之故意,可以从以下几个方面着手。

一是行为人与受害人签订合同之前,主体资格是否真实有效。使用真实有效的主体身份是行为人履约诚信的体现,反之,利用虚假的身份或者冒用他人身份与合同相对方签订合同,一定程度上表明了行为人主观上并不希望事后被合同相对人或者其他利害关系人发现和追踪,该种行为说明了行为人主观上有很大可能性不打算认真如实履行所签订的合同。在司法实践中,许多行为人利用伪造虚假的身份证明或者冒用他人的身份与人签订合同,在骗取合同金额或者货物后便销声匿迹,而受害人因无法找到真正的行为主体,难以维权,也为司法侦查带来困难,该种行为的主观恶性显而易见。

二是行为人有无挥霍财产的行为。“借鸡生蛋”的运作机制无非是行为人利用与他人签订合同套取资金或者货物,然后将该笔资金或者货物用作其他合法或者非法的用途。因此,行为人主观上是否打算归还所“借”之“鸡”,与行为人对所借财物的态度有关。在司法实践中往往有如下两种情形。一种情形是行为人通过与他人签订合同骗取财物后,大肆挥霍所借用的财物,根本无意还“鸡”。此种情形下,行为人非法占有他人财物的目的很明显,不再赘述。另一种情形是行为人利用借来的财物用

作经营、投资等用途,但赚取的利润没有用于归还受害人而是加以挥霍。此种情形也明显表明行为人既无履约诚意也无归还所借财物的意图,因而主观上具有非法占有他人财物的目的。

三是行为人事后有无逃逸、隐匿财产的行为。行为人的主观心态还体现在事后行为有无逃逸、隐匿财产等行为上。如果行为人利用签订的合同套取财物后迅速逃逸或者在事情败露后隐匿财产,则反映了行为人主观上不想归还财物的心理,具有非法占有他人财物之故意。

2. 有归还之本意

一般来说,行为人在利用合同套取他人财物用作他途时,主观上抱有事后归还意图的,不应当认定为合同诈骗罪。但是,即使行为人有归还财物的意图,客观上仍然有最终归还和最终未归还两种情形,笔者认为不同的情形仍有讨论的必要。

第一种情形,行为人主观上希望归还他人的财物并且最终归还了的,可以适用《刑法》第13条但书:情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪。但是正如笔者上文论述的,对于合同诈骗罪中的非法占有目的的理解,不同于盗窃罪和抢劫罪等单纯的财产性犯罪。设立合同诈骗罪所要保护的法益不仅是公民个人的财产所有权,更重要的是保护社会主义市场经济秩序。如果行为人的“借鸡生蛋”行为严重影响了市场经济秩序,破坏了市场运行的诚实信用原则,笔者认为从行为无价值论的角度来说将其行为入罪化是合理的,也是合同诈骗罪法益保护的应有之义。

另一种情形较为常见,就是行为人将合同资金挪作他用并且最终未返还,即我们所说的“鸡飞蛋打”。对于此种行为是否应当定罪,除要考虑上文中论述的推定非法占有目的的相关因素之外,还应当考虑被害人的受害程度。虽然设立合同诈骗罪所要保护的首要法益是社会主义市场经济秩序,但是公私财产的所有权也是其保护的法益之一。合同诈骗罪作为典型的结果犯,如果行为人的行为给受害人造成了巨大的财产损失,那么很难说其行为只是民事欺诈甚至只是合同纠纷,不构成任何犯罪。

四、结语

在市场经济活动中,“借鸡生蛋”行为是经济学领域常见的一种创业手段。但是,当该种行为侵犯了

刑法所保护的法益时,则需要将其放进刑法的逻辑框架内加以讨论。刑法学语境下的“借鸡生蛋”行为,是指采用虚构事实或者隐瞒真相的手段使他人产生错误的认识,与之签订经济合同,并套取他人财物用作合法或非法用途数额较大的行为。该种行为是否能够被认定为合同诈骗罪,核心是行为人在行为时是否具有非法占有他人财物的目的。这需要从行为人签订合同时的主体身份、行为人履行合同的程度、行为人有无挥霍财物,以及行为人事后有无逃逸、隐匿财物行为等构成要件的客观方面加以分析和推断。

但是,现实生活不是理论模拟中的案例,实践中发生的“借鸡生蛋”行为可能有多种不同的表现形式和结果。究竟是否应当将该种行为入罪,需要根据每个案件的具体事实加以分析。另外,在认定行为性质的过程中,还要注意刑法的补充性原则或刑法的谦抑性原则。根据张明楷^[6]教授对刑法的谦抑性的理解,凡是适用其他法律足以抑止某种违法行为、足以保护合法权益时,就不要将其规定为犯罪;凡是适用较轻的制裁方法足以抑止某种犯罪行为、足以保护合法权益时,就不要规定较重的制裁方法。这是由刑法自身的性质决定的:刑法作为整个法律体系中制裁措施最为严厉的法律,是除宪法以外的其他法律的最后保障。因此刑法作为保障法,只有在其他法律不能起到足够的惩治作用时才应该适用。在对“借鸡生蛋”行为加以定性的过程中,也要遵循刑法的谦抑性原则,应先考虑通过民法、行政法能否进行调整,只有在不能调整的时候才应考虑适用刑法。

【参 考 文 献】

- [1] 魏东. 刑法各论若干前沿问题要论[M]. 北京:人民法院出版社,2005:249.
- [2] 顾晓宁. 非法占有目的探源[J]. 人民司法,1999(6):17.
- [3] 耿景仪,谭劲松. 最高法官解析审理合同诈骗罪三大疑难问题[EB/OL]. (2015-05-28)[2015-09-12]. <http://www.acla.org.cn/html/lilunyanjiu/20150528/21211.html>.
- [4] 舒洪水. 合同诈骗罪疑难问题研究[J]. 政治与法律,2012(1):45.
- [5] 李英才. 论合同诈骗罪的非法占有目的[J]. 政法论坛,2005(5):81.
- [6] 张明楷. 论刑法的谦抑性[J]. 法商研究(中南政法学院学报),1995(4):55.