

实务中对托盘融资行为定罪的误区辨析

周光权

内容提要:托盘融资业务的当事人之间不存在真实交易,不仅合同标的物虚假,参与贸易的各方对货物真实性也并不关心,这一行为在民事上被定性为以虚假买卖合同掩盖企业间拆借或借款的实质。但在刑事实务中,大量判决认定类似合同的借款方构成合同诈骗罪,由此导致了刑法判断上的异化和扭曲。在订立合同的目的并不是为了转移货物的情形下,在刑事上不能用《合同法》中履行买卖合同的要求去衡量合同主体的行为。对融资双方在合同上做虚假约定,但事实上谁都不关心的标的物,反而在定罪时无比看重,甚至将其有无作为定罪的核心理由,就是错误理解了合同诈骗罪的客观和主观构成要件,且坚持了刑法上严格家长主义的立场,没有考虑被害人自我答责的法理。基于刑法谦抑性的要求,对托盘融资业务中发生的还款争议宜在民事领域进行解决,目前的定罪处理模式总体上应当改变。

关键词:托盘贸易 借款合同纠纷 合同诈骗罪 刑法谦抑性

周光权,清华大学法学院教授。

一 问题的提出

“托盘贸易”(又称为托盘业务)原本是一种真正的贸易形式。这种贸易通常涉及三方主体,即甲供货商(卖方)、乙贸易商(买方)和丙托盘方(资金提供方)。乙方因缺乏采购资金,委托托盘方提供融资,托盘方向甲方购买货物并预付货款,再赊销给乙,甲方按照托盘方的指示向乙方交货,乙方取得货物过一段时间后再向托盘方付款并支付融资利息。这种贸易的主要特征是存在真实的买卖关系,即托盘方将其自有资金提供给甲方购买货物并向甲方支付货款,这是第一重买卖关系;托盘方指令甲方将货物提供给乙方,乙方事后通常在最长6个月的时间内向托盘方支付该笔资金及其利息,这是第二重买卖关系。托盘方提供资金的目的是为了确保交易完成并赚取利息,因此,其对货物或者担保是否存在比较关心,通常会要求甲方提供真实货物,或要求乙方提供足额担保;甲乙作为买卖双

方事先通常没有利益关系或关联关系。这种贸易形式由托盘方“一手托两家”。

但是,在实践中,大量最终演化为刑事案件的“托盘贸易”,都不过是披着“贸易”外衣的融资安排,成为托盘贸易的变体或“假托盘贸易”,而非真正的贸易实践。其具体操作形式为:甲供货商(卖方)联合自己能够实际控制的乙贸易商(买方),在没有真实采购和销售需求的情况下,安排乙委托托盘方去向甲采购货物,甲公司从托盘方收取所谓的货款后挪作他用。在用款周期届满,或者托盘方催收资金时,由甲直接将资金调配给乙,再由其付款给托盘方,托盘方回笼资金并获取高额利润。这种“托盘贸易”借贸易之名,行“托盘融资”之实,其基本特征是:不存在真实的交易,即便存在所谓的买卖合同,也是徒有其名,不仅合同标的物虚假,参与贸易的三方对货物真实性也并不关心;“买卖”双方这两个合同主体由同一人实际控制,他们是关联公司或利益共同体,这种做法有便于操控子虚乌有的贸易。这种贸易的“托盘”具有双重含义:其一,买卖双方往往就是一个主体(通常是自然人)控制的两个公司,该主体“一手托两家”;其二,提供资金的托盘方“一手托两家”。

在实践中,如果因第一种真实的托盘贸易产生纠纷,当事双方通常会选择通过民事途径予以解决,司法机关也不会将此类买卖合同纠纷认定为犯罪。但是,针对大量假的托盘贸易或托盘融资业务,在托盘方资金不能及时回笼时,大多会选择到侦查机关报案,后者通常会以合同诈骗罪立案,此后进入公诉和审判环节,诸多案件都会被认定为犯罪。实践中,出现频率最高的定罪理由主要有以下情形:(1)卖方的货物、提单、仓单或担保物不存在,存在对托盘方的欺骗;(2)资金使用者明知自己资不抵债仍与他人签订托盘贸易协议,具有非法占有目的;(3)被害人一方存在巨大损失。但是,对融资托盘业务以合同诈骗罪定罪处罚是否妥当,相关裁判理由是否站得住脚,实务操作逻辑会映射到哪些案件中,对类似行为究竟有哪些处理思路,这些都是值得研究的问题。

二 托盘融资业务的形式与实质

(一) 托盘融资业务的形式

在大量涉及托盘融资业务的案件中,单纯从合同形式上看,双方几乎严丝合缝地按照《合同法》关于买卖合同的要求约定了商品交易内容:合同标的物明确(实践中大量案件的合同标的物为钢材、钢卷等);合同主体清晰,即一方作为卖方销售商品,另一方作为买方购买商品,卖方再将商品销售给第三方获取差价。但是,当事三方的合同有名无实。在很多案件中,三方当事人之间甚至开展了数十笔贸易业务,作为上游的供货方往往是确定的,因为其就是托盘方提供的资金的真正使用者,而托盘方根据合同“取得”货物后所谓的销售对象大多不同,但其实这些销售对象又都是供货方的关联企业。因此,托盘融资交易的特点是:供货方和最终接盘的公司具有一体性,供货方(资金使用者)“一手托两家”;托盘方提供资金后,其收益一定要确保,而且必须固定,在大量案件中,通常在合同交易额的 6% ~ 20% 的幅度内收取。而这一收益额,实际上就是托盘方出借资金(名义上是支付货款)所收取的高额利息。这些特点,决定了托盘融资贸易不可能成为真正的贸易关系,而是在贸易合同名义下进行的融资、借贷活动。

(二) 托盘融资业务的实质

在托盘融资贸易中,托盘方将商品再销售获取“差价”,毫无例外地可以折算为融资借贷的高额利息,因此,这种托盘业务的实质是拆解资金的融资行为。

将这种所谓的托盘贸易认定为融资行为的理由在于:(1)双方的交易不真实。实践中,与托盘方进行交易的两个公司(买卖关系的上家和下家)之间的所有交易主体都是供货方能够完全有效控制的单位,以便于供货方能够在一定期限内顺利使用该资金(现金或银行承兑汇票),托盘方对个中细节往往知情。(2)货物提供方、货物购买方需要分别与托盘方签订合同,但在很多案件中,这两份合同由供货方的同一个工作人员分别代表供货方、购货方与托盘方签订并加盖不同公司的印章,贸易合同完全是形式,对此,在大量案件中的托盘方知情。(3)因为合同约定的交易并不真实存在,合同双方事实上并不查验货物(在少数案件中,即使查验也只是走个形式),不关心货权、货物转移情况。但是,在案发后,几乎所有的托盘方都主张因为对方货物虚假,自己被对方诈骗。(4)托盘方通过虚假贸易获取收益,而且收益必须固定。这一事实可以清楚地看出来托盘贸易的实质:在所有真正的贸易中,合同主体都必须在竞争激烈的市场中“摸爬滚打”、“历经风雨”,必须敢于承担亏损的风险,而不可能只赚不赔。反之,只有在假贸易、真借款的场合,出借人才会要求确保其本金及利息收益。(5)在少数案件中,托盘方会明确涉案的款项是借款而非货款,有的托盘方甚至事后还会和卖方(资金使用方)签订具体还款协议,会特别提到托盘方作为资金出借方主张的仅仅是“借款及利息收益”。

对于托盘融资贸易的性质,我国法律并无明确规定。但是,在最高人民法院关于“天恒公司与豫玉都公司、科弘公司等企业借贷纠纷案”的判决中,对托盘融资的性质、效力和后果进行了认定。针对这起名为委托购买钢卷的托盘贸易实为借贷的融资纠纷,最高法院明确指出:(1)本案主体之一既是卖家,又是买家,高买低卖,净亏90余万元,是一种以工厂回购形式为自己融资的所谓托盘交易。类似贸易形式名为买卖实为融资,属于企业间借款行为。(2)托盘融资系采用虚假贸易形式进行的借贷活动,其违反国家强制性金融法规,属于以合法形式掩盖非法目的行为,相关合同均属无效合同。(3)合同无效后,实际资金使用方应负责返还本金,不足部分由托盘交易的其他参与方按过错程度分担损失。^[1]

最高人民法院的判决充分表明:只要当事人以买卖合同掩盖企业间拆借行为,在合同中约定的货物交易并没有实际发生的,该交易就是虚假交易,合同无效。在这样的交易中,当事人对货物买卖、货物是否实际存在其实是不关心的,出借人最为关注的莫过于资金能否及时回笼、高额利息能否得到确保。那么,在刑事审判中,如果以托盘融资贸易的货物不存在为由,判断用款方成立诈骗罪就缺乏定罪根据。

三 托盘融资业务与合同诈骗罪的关系

由此看来,对名义上为买卖合同,似乎具有贸易关系,而实质上完全不存在货物买卖、

[1] 天恒公司与豫玉都公司、科弘公司等企业借贷纠纷案,参见《最高人民法院民事判决书》(2010)民提字第110号。

商品交易的行为究竟应当如何处理,在民事上已有定论。但值得注意的是,大量法院的刑事判决却认定这种借款合同纠纷的用款方构成合同诈骗罪,使之成为刑事案件的被告人,由此导致了判断上的异化和扭曲。在合同目的并不是货物转移,对于合同双方事前都知道没有真实货物转移的情形,为什么在刑事上却一定要用《合同法》中履行买卖合同的标准去衡量当事人的行为举止?对融资双方在合同上做虚假约定,但事实上谁都不关心的标的物,反而在定罪时无比看重,甚至将其有无作为定罪的核心理由,其道理何在?很显然,刑事裁判上的这种思考逻辑值得商榷。

(一)被告人的行为不具备合同诈骗罪的客观构成要件

合同诈骗罪和诈骗罪之间是法条竞合关系。合同诈骗罪作为特别法条,其必须符合诈骗罪的构成要件。诈骗罪既遂的基本构造是:实施欺诈行为致使他人产生或者继续维持错误认识,他人由此实施处分(或交付)财产行为,行为人获得或者使第三人获得财产致使被害人遭受财产损失。按照这一标准,可以认为,几乎所有的托盘融资贸易都不符合合同诈骗罪的客观构造。

1. 被告人不存在利用合同标的进行欺骗的行为

在托盘融资业务中,托盘方能够提供资金并希望获得固定收益,以虚假的供货方名义出现的借款方需要资金。在目前出现的大量刑事案件中,托盘方(出借方)大多为资金实力雄厚且闲置资金暂无投向的国有企业,其为规避法律对企业资金拆借的限制通过虚假贸易合同对民营企业或个人拆借资金。在具体实施托盘融资业务时,国有企业作为中间公司,往往要求委托方自行寻找、提供两家关联公司分别作为上、下游公司,对虚假贸易的主要谋议过程是在国有企业和上游公司之间完成的。之后,上游公司和国有企业之间签订委托采购货物(前几年主要是钢材、矿石等)合同,下游公司再和国有企业签订钢材购销合同。在这个完全“闭环”的交易中,国有企业从中收取相当比例的代理费,其恰好就是资金利息。从货物流转的角度看,由于上下游公司均为委托方(用款方)所实际控制,托盘方所谓的倒手转卖货物获取利润完全就是一个幌子,货物并不实际流转,货权仅在名义上有从关联公司经国有企业再到另一关联公司的流转过程,货物买卖完成之日即为借款合同到期之日。这里的“托盘业务”,形式上是代理购货,但并无实际的“购货”行为发生,而仅仅是资金实力较差的企业借助于资金实力雄厚的企业摆脱资金困难,这种短期融资模式在现实经济生活中,很多时候可能会使双方达成利益共赢:委托方缓解了资金困境,有更多的资金维持经营,能够“撑下去”;拥有大量闲置资金的国有企业由此能够获得出借资金的巨额收益。在这种当事双方或多方事前对行为性质已有清晰认识,对如何操作以规避法律已进行细致磋商的案件中,显然不存在一方当事人骗取另一方的特定财物(货款),被害人由此陷入错误的问题。“如果被害人对行为人所表达的‘事实’的真实性漠不关心,以类似间接故意的心态容忍了相应‘事实’为假的可能性便不能认定其产生了认识错误。”〔2〕

实践中成为问题的,基本都是当事双方长期合作,多次实施托盘融资业务,最终无力

〔2〕 王钢著:《德国判例刑法分则》,北京大学出版社 2016 年版,第 203 页。

还款的情形。对此,公诉机关大多以《刑法》第224条第三项规定的“没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同”作为被告人实施了欺骗行为的指控依据。以孙清涛等人合同诈骗案([案例1])为例,法院对以下案件事实予以认定并经审理后作出如下判决:

2012年4月,孙清涛以其实际控制的龙建公司以及知安公司名义,与国电公司签订三方《钢材购销协议》,约定由知安公司委托国电公司向龙建公司购买钢材,再由国电公司派人到龙建公司指定仓库对照货物仓单实地检查后贴上国电公司的标签,之后铁山库给国电公司提供货权凭证。3个月后,知安公司支付钢材款给国电公司,拿回钢材货权。协议还约定,国电公司获得出借资金6%的收益。后因孙清涛资金链断裂,无法归还国电公司资金高达3.6亿元。对于本案,北京市一中院经审理认为,孙清涛等人以非法占有为目的,在签订履行合同中骗取他人财物,其行为已构成合同诈骗罪,判处孙清涛等7人无期徒刑,判处另一被告人有期徒刑14年。被告人上诉后,二审维持原判。^[3]

对于本案,公诉机关认为,被告人为达到非法获取并占有资金之目的,隐瞒公司无力交付钢材及支付款项的事实,采取将他人货物谎称是自己货物向国电公司出具虚假的货权凭证的方式,并用支付小额保证金的手段取得国电公司信任,骗取款项后用于还债而无法归还,实施了利用合同骗取对方款项的行为。在具有长期借款关系的托盘交易中,被告人后期的借款行为似乎与“没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同”的行为模式相符。但问题的关键在于《刑法》第224条第三项规定中对“诱骗”的规定:因为存在长期合作的托盘融资与借款关系,因此出借方根本不需要对方“诱骗”,就自愿且急切地向对方主动出借款项。此时,不能认为对方实施了欺骗行为,委托方的行为不符合合作诈骗罪的客观构成要件。将用款方欠债不能还的事实认定为犯罪属于定性错误。

当然,在极其特殊的情况下,合同主体多次实施托盘融资业务时,可能夹杂某一方欺骗对方,进而成立合同诈骗罪的情形。但不能由此推论一般的托盘融资业务都成立诈骗犯罪。对此,大致有四种情形:

第一,提供虚假担保。如果双方在托盘融资贸易中约定委托方(用款方)必须提供担保,且该担保物是合同标的物之外的财物时,委托方提供虚假的或自己没有所有权的财物作为担保,进而骗取对方借款的,可以按照《刑法》第224条第二项的规定,针对其提供虚假担保骗取财物的行为判处合同诈骗罪。从目前发生的案件看,因为提供虚假融资担保而被定罪案件基本不存在。这在很大程度上是因为出借、使用资金的双方大多存在高度信任的关系,在合同中一般并不约定借款行为的担保物。

第二,隐瞒将资金用于违法、犯罪用途的融资、借款行为。在实务中,以将资金投入商业、贸易活动为名通过托盘融资活动取得对方借款,然后立即将借款用于赌博、购买毒品等违法、犯罪行为,到期时无法归还欠款的,约定认定为合同委托方(借款方)作为融资活

[3] 孙清涛等人合同诈骗案,参见《北京市高级人民法院刑事判决书》(2015)高刑终字第16号。

动的资金需求者实施了诈骗行为。但是,从目前处理的大量案件看,因为将融资、借贷资金直接用于违法、犯罪活动而被定罪的情形基本不存在。

第三,通过托盘融资业务取得借款后携款潜逃的,按照《刑法》第 224 条第四项的规定有成立本罪的可能性。

第四,在多次托盘融资业务中,行为人实施典型的诈骗行为的。以彭某某合同诈骗案([案例 2])为例,法院对以下案件事实予以了认定:

(1)2006 年 2 月至 9 月间,被告人彭某某先后成立了安泰公司和南瑞公司,经营酒类销售业务。因经营管理不善,至 2012 年初濒临破产。为缓解资金压力,被告人彭某某依托环三公司开展托盘业务,于 2012 年 6 月至 8 月间,先后三次以南瑞公司与环三公司签订销售合同,环三公司再与鼎众公司签订代理采购合同,而鼎众公司与南瑞公司之间只进行小额或虚假交易的形式,通过鼎众公司总经理林某某(另案处理)的帮忙,将环三公司支付给鼎众公司的大部分货款共计 700 多万元挪作他用。2012 年 9 月 10 日和 10 月 16 日,被告人彭某某将销售合同约定的货款尾款共计 770.04976 万元倒转支付给环三公司,制造合同履行完毕假象。

(2)2012 年 10 月 17 日,为继续套取环三公司资金,被告人彭某某未经林某某同意,私刻鼎众公司印章,并伪造林某某的签名,以鼎众公司名义与环三公司签订 CG20120046《代理采购合同》,当日环三公司在收到南瑞公司预付的合同保证金 108.82 万元后,将合同货款 527.05 万元转账给鼎众公司,被告人彭某某以银行流水转账为由要求林某某转账,林某某于当日将该款分两次转入被告人彭某某个人账户,被被告人彭某某用于偿还债务及资金周转。2013 年 4 月 9 日,经环三公司催讨,南瑞公司将 50 万元通过鼎众公司转还环三公司,扣除合同保证金 108.82 万元,余款 368.23 万元未能偿还。

(3)被告人彭某某以上述方式于 2012 年 9 月 11 日与环三公司签订了销售合同,让环三公司为南瑞公司与泸州公司做托盘业务。环三公司于当日收到南瑞公司预付的合同保证金 112.596 万元后,次日将合同货款 540.9 万元转账给泸州公司。2012 年 9 月 12 日,被告人彭某某用私刻的环三公司公章和法人代表印章,伪造了环三公司出具的委托付款函给泸州公司,泸州公司于当日将环三公司的货款 510.9 万元转入被告人彭某某个人账户,被彭某某用于偿还债务。2013 年 3 月 8 日,环三公司分别与南瑞公司、泸州公司签订补充协议,同意终止合同,由泸州公司退还货款 510.9 万元,并从南瑞公司已支付的合同保证金中扣减 67.75 万元作为经济损失赔偿。同日,南瑞公司将 510.9 万元通过泸州公司转还环三公司。

(4)在前述第三项合同到期后,环三公司得知被告人彭某某伪造环三公司委托付款函套取货款并暂时无力按照合同约定支付剩余货款,经环三公司董事长张某某、总经理陈某某同意,2013 年 2 月 4 日被告人彭某某又以上述方式,让环三公司为南瑞公司与安泰公司做托盘业务。2013 年 2 月 5 日环三公司在未

收到合同保证金的情况下,先将合同货款 538.0356 万元转账给安泰公司,被告人彭某某收到该款后将其中 527.7616 万元转入南瑞公司账户,于同月 8 日从南瑞公司转账 113.81928 万元给环三公司作为合同保证金。2013 年 2 月 5 日环三公司转给安泰公司的货款 538.0356 万元,扣除合同保证金 113.81928 万元,余款 424.21632 万元未能偿还。

至 2014 年 6 月,南瑞公司尚欠环三公司 792.44632 万元无法返还。

法院认为,被告人彭某某的行为已构成合同诈骗罪。判处其有期徒刑 12 年。^[4]

在本案中,有成立诈骗犯罪余地的是第二起事实:2012 年 10 月 17 日,为继续套取环三公司资金,被告人彭某某未经林某某同意,私刻鼎众公司印章,并伪造林某某的签名,以鼎众公司名义与环三公司签订 CG20120046《代理采购合同》,当日环三公司在收到南瑞公司预付的合同保证金 108.82 万元后,将合同货款 527.05 万元转账给鼎众公司,被告人彭某某以银行流水转账为由要求林某某转账,林某某于当日将该款分两次转入被告人彭某某个人账户,被被告人彭某某用于偿还债务及资金周转。2013 年 4 月 9 日,经环三公司催讨,南瑞公司将 50 万元通过鼎众公司归还给环三公司,扣除合同保证金 108.82 万元,余款 368.23 万元未能偿还。这是被告人彭某某在和环三公司长期进行托盘融资交易过程中,实施了伪造下游公司印章和法定代表人签名,进而骗取托盘方资金的情形,可以构成合同诈骗罪。但是,彭某某的犯罪行为和实务上认定成立合同诈骗罪的情形(即资金出借方和用款方共同商议之后进行托盘融资,最后无力归还)完全不同,属于典型的诈骗行为,而非托盘融资业务过程中的诈骗。

2. 被害人谈不上陷入了错误

在托盘融资业务中,当事双方或三方基于各自的利益考虑从事融资活动,事前对融资的细节,包括巧立何种贸易名目、吸收哪些主体参与贸易“闭环”交易、如何走账以及何时还款等都有周密谋议,被害人不可能陷入错误。在大量案件中,出借资金的国有企业明知货权凭证虚假,并非被骗后陷入错误;在有的案件中,被告人能够提供录音、短信等证据,以证明国有企业与其采用虚假钢材购销合同的形式,行企业融资借款之实。这些情形的存在都说明,在托盘融资业务中认定被害人陷入错误,明显与事实和证据相悖。

在这里需要进一步展开论证的是:只要被害人没有陷入错误而处分财物,就很难说是被欺骗。如果一方当事人向另一方提供财物时,对自己的行为及其后果非常清楚,知道对方某些项目虚假,也能够对对方公司的发展前景堪忧有所警觉,没有陷入错误,但仍为谋取更高利润甘冒风险的,司法上一定要说提供财物的人被诈骗了,其结论可能难以令人信服,也基本等于是无原则地认同了“刑法家长主义”。

法律家长主义可以分为严格家长主义(硬家长主义)和温和家长主义(软家长主义)两种类型,前者对行为人的自愿行为进行干预,后者则尊重主体的真实决定,对出于实质自愿的行为原则上不予干预。^[5] 对于刑法中法律家长主义的概念,主要有两种观点:其

[4] 彭某某合同诈骗案,参见《福建省宁德市蕉城区人民法院刑事判决书》(2015)蕉刑初字第 236 号。

[5] 参见黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010 年第 5 期,第 6 页。

一,刑法家长主义意味着国家有责任对某些弱势的人当作小孩子一般加以管束,限制其自由,以防止其被害。例如,传统上有些国家认为自杀行为违法,进而将帮助、教唆自杀的人论以犯罪,就是根据刑法家长主义否定了自杀者对于生命权的处分自由。^[6]其二,国家必须像保护自己的子女一样为相对无助或者弱势的群体提供保护,例如,大量承认诈骗罪的成立,以保护受损害的一方(而弱化对其是否被骗的判断),^[7]可以认为,“法律家长主义当中包含了道德主义的立场”。^[8]

实务中对托盘融资贸易的用款人定罪,明显贯彻了前述第二种观点中关于刑法家长主义的立场,等于是将“精打细算”、并无善意且追逐高额利润的资金出借方当作被害人,用刑法手段对其加以保护,表明了司法上的严格家长主义(硬家长主义)取向。这一点在[案例2]中表现得尤为明显。法院在判决中载明:在之前的多项托盘融资借款合同到期后,环三公司得知被告人彭某某无力按照合同约定支付剩余“货款”,经环三公司董事长张某某、总经理陈某某同意,于2013年2月4日继续与被告人彭某某做托盘业务,甚至在未收到合同保证金的情况下,先将合同货款538万余元转账给被告人彭某某所控制的公司,后被告人无力归还此次借款424万余元。法院将被害人明知对方无还款能力,但仍然通过托盘业务进行借款的案件事实描述得如此清楚,认为其被对方欺骗,确实有基于刑法家长主义,架空合同诈骗罪客观构成要件的嫌疑,定罪结论明显不当。

刑法家长主义之所以在上世纪80年代一度成为欧美刑法学界的热门议题,原因在于刑法家长主义意味着可以出于保护当事人的自身利益而限制其自主决定的自由以及相对方的行动自由,在传统的客观法益侵害或者伤害原则(Harm Principle)之外为法律限制个人自由提供了正当化依据。换言之,国家根据家长主义,将某种行为认定为犯罪,从而限制个人自由,犯罪成立的根据就可以在法益保护之外去寻找。易言之,按照刑法家长主义的逻辑,对于被害人,国家可以认为“他不行,他需要保护”,对于行为人则是“说你不行,行也不行”。因此,刑法家长主义由国家权力的膨胀所生,并令司法产生扩张处罚的愿望,希望在规范外寻找处罚的根据。

在刑法学上,应当限制家长主义的适用。主要理由有二:一方面,刑法要尽量尊重个人的自主决定权并保障个人自由。在类似于托盘融资贸易这样的案件中,当托盘方自愿将闲置资金提供给他人时,国家不应当非得以“家长”的面目出现去保护借款人,即便其提供资金行为事后证明有风险,出借人也应该对这样的风险负责,而不是在投资回报率高时承认其是融资行为,在其“血本无归”时将其看作受害者。^[9]此时,国家有必要尊重市场行为参与者的意志自由,要考虑国权与民权的界限,而应当仅仅在融资、出借行为发生纠纷后,由民事程序宣告出资行为的性质以及后续处理方式,要求用款人欠债还钱。刑法的任务在于通过创设构成要件并禁止侵害行为从而保障公民个人自由发展所必需的条件

[6] 参见王钢:《自杀行为违法性之否定——与钱叶六博士商榷》,《清华法学》2013年第3期,第143-164页。

[7] 参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012年第1期,第89-105页。

[8] [美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限:无害的不法行为》(第4卷),方泉译,商务印书馆2015年版,第15页。

[9] 与此类似的问题是,行为人将吸收的存款用于生产经营的,似乎不应构成非法吸收公众存款罪,实践中对本罪使用率过高并不正常。成立该罪,似应以将吸收的资金用于信贷目的为限。

和社会空间,促进“人的自由发展”,而不是过多干涉公民处理自身事务的自由。^[10] 另一方面,司法上固执地坚持刑法家长主义,在当下语境中会产生一定负面性。在市场交易领域,国家刑事司法力量介入过多,推行刑法家长主义带有明显的计划经济统制痕迹,与市场经济的逻辑不符;刑法家长主义有其独特的危险性,其会被滥用到与被害人权利有关的广泛领域,被极度夸大,从而产生刑罚权被滥用的危险。案件处理结局如果受被害人的干预过大,贯彻家长主义得出有罪结论,但被害人事后反悔或者改变说法的,原来的定案结论是不是靠得住就是一个大问题,司法上也很难贯彻刑法客观主义的立场。

3. 被害人需要对损失自担风险

在所有案件中,司法机关都以出借人的资金不能回笼作为损害后果,据此得出被告人有罪的结论。但是,即便认为被害人的损失与被告人的行为有关,在规范判断的层面,也不能将损失归责于被告人的行为,不能认为是被告人的行为使法益风险得以实现,这一(出借资金的)风险需要被害人自担,原因如下:

(1)被害人的损失与合同约定的货物是否真正存在无关。在大量案件中,合同标的物是否存在成为对被告人定罪的重要根据。但是,这一判断方法未必正确。在贸易真实的场合,交易双方都要先明确合同标的物是否存在,再签订合同和支付货款,合同标的物是否存在成为合同诈骗罪是否能够成立的重要判断依据。但是,由于托盘融资业务的实质不是进行贸易,双方只是“走”合同、票据、资金,并不真正“走”货,合同标的物本来就是双方约定用来规避金融管控法律法规的幌子,其是否存在对借款、融资合同的成立与否没有影响,因为在借贷关系中,起决定作用的是资金使用及本息归还问题,双方对货物是不是真的存在本不关心,很多出借人也从不派人考察货物存放情况。因此,不能以合同标的物不存在为出,认定行为人有欺骗行为。合同标的物是否存在,在类似案件中不是定罪根据。将货物虚假这一事实作为定罪理由,明显不符合规范保护目的。

当然,在所有案件中,被害单位一旦发现资金无法回笼,都会先主张对方在合同中约定的货物不存在,司法机关也遵循这一逻辑去思考问题。但是,被害人的主张是其单方面的说法,和在案证据以及客观事实都不符。作为托盘融资交易的一方,明知订立合同的目的不是为了货物买卖,该货物是否存在就对借款合同能否成立没有影响,就不能要求对方存在真正的货物。在[案例1]中,被害单位国电公司提出,其曾经派人到指定仓库对照货物仓单实地检查货物后贴上国电公司的标签,之后仓库给国电公司提供货权凭证。事后才得知被告人卖给自己的货物不存在,“去查库,发现有一、二个卷找不到东西,感觉有问题”,事前并不明知被告人及其相关公司没有履约能力。公诉机关也认为,唯一可能保障被害单位利益的就是仓单和货物。按照正常业务流程规范,仓单由保管货物的仓库出具,仓库本身应当独立于交易三方,国电公司对于货物进出仓库应当履行严格监管职责,但仓库完全由被告人一方控制,仓单出具和货物流转完全成了“一纸空文”,国电公司的损失当然应当由被告人承担。

但是,在合同双方并不具备真实的买卖关系的情形下,合同标的物是否存在本身就是

[10] 参见周光权著:《刑法客观主义与方法论》,法律出版社2013年版,第329页。

托盘方事后想当然的说法,原因显而易见:如果作为委托方的资金用款人真的想将合同标的物留给托盘方,其是不可能接收的,因为作为出借人,其真正在乎的是资金的本金及利息,而不是真的需要货物。在有的案件中,根据相关发票、合同、付款证明、货权转移凭证、仓库流水等组合证据能够证明涉案托盘融资合同所对应的货物事实上存在,但在委托方用款周期内,托盘方并无任何提取货物的意思和举动。因此,合同约定的标的物不存在,不能成为定罪理由。当然,如果该货物不是买卖合同的标的物,而是该融资、借款合同约定的担保物,货物虚假这一情节可能成为定罪理由,但这与合同标的物虚假不是一个性质的问题。

据此,被害人的损失就与货物并未真正流转没有关系。在托盘融资业务中,由于上、下游公司均为委托方所实际控制,因此,货物并不实际流转,货权仅在名义上有从下游公司到国有企业(托盘方)再到委托方的流转过程。这种业务外观上是代理购货,但并无实际的“购货”行为发生,当事三方也明知这一点。因此,以货物并未真正流转作为定罪理由,明显不恰当。

(2) 损害结果能否归属于被告人的行为,必须考虑客观归责的原理。在托盘融资贸易中,不能仅从事实判断的角度考察资金不能回笼这一事实,还应当从法律因果关系(规范判断)的角度考察被害人(托盘方)是否需要对自己结果自我负责的问题。托盘方明知贸易并不真实存在,明知自己追逐高额利润就有资金可能收不回来的风险,仍然与对方签订合同,这可以说是被害人基于合意的危险接受(自我危殆化、自陷风险或参与自损行为),此时,基于自由主义的刑法观,危害结果就应当由被害人自我负责,而不能对被告人归责。理由在于:其一,托盘方的决策者心智健全,不能说其无法清楚估计资金出借的利益及其风险。其二,托盘方的决策者未被强制,其拆借资金具有意思自由。其三,托盘方为谋取高额不法利益实施虚假交易,当然应当承担相应风险,“失手”完全符合情理。有多大的利益回报,出借行为就附随多大风险,这是起码的市场逻辑。托盘融资业务这种大额资金拆借在很大程度上和投资股市有相似性,“股市有风险、投资须谨慎”背后就是客观归责论中被害人自我负责的法理,如同炒股亏损的人不能去控告上市公司诈骗一样,托盘融资业务的出资人也不能将亏损算作对方诈骗犯罪的“作品”。其四,资金使用方对被害人而言不具有优势知识,遭受危险的人对危险的认识不存在认识上或知识上的欠缺。按照德国刑法学者罗克辛教授的说法,在自陷危险的场合,如果遭受危险的人与造成危险的人以同样的程度认识到这个风险的,结果不能归责于行为人。^[11]

(二) 被告人的行为不符合诈骗罪的主观构成要件

1. 认定被告人有诈骗故意存在困难

在某些案件中,用款人事后竭尽全力履行还款义务的行为,反过来也能够证明其一开始并无诈骗的故意。利用合同欺骗他人的行为人,由于明知自己根本不可能履行合同或全部履行合同,也根本没有履行合同或全部履行合同的诚意,在纠纷发生后,行为人往往会想方设法逃避承担责任甚至携款潜逃,使对方无法挽回已遭受的损失,其诈骗故意很容

[11] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第269页。

易判定。但是,具有履行合同诚意的人,在发现自己违约或经对方提出自己违约时,虽然从其自身利益出发可能进行辩解以减轻自己的责任,但不会逃避承担责任。在自己违约确定无疑之后,会实施一定的承担违约责任。在真实的托盘融资业务中,被告人对该债务一直承认,并不逃避债务,并大多为履行债务做出积极行动,借款双方会为此商讨、制定债务展期、增加或重新设定担保及其他还款计划。

2. 不能简单地根据被告人明知自己亏损仍然借款的事实认定非法占有目的

合同诈骗罪属于诈骗型“取得罪”。这类犯罪的特点是行为人必须具有非法占有的目的。合同诈骗罪的主体由于具备非法占有他人财物的目的,行为人一旦非法取得了他人财物的控制权,通常将其全部或大部分任意挥霍,或从事非法活动,偿还他人债务,有的甚至携款潜逃,根本不打算归还。但是,在托盘融资业务中,涉案资金基本都能够用于委托方的生产经营,并未被挥霍或非法占为己有,被告人的非法占有目的很难确定。

目前,实务中存在的倾向是对于被告人事前就资不抵债,仍然和他人开展托盘融资业务的,直接认定被告人具有非法占有目的。例如,在赵甲、潘某某等合同诈骗案中,法院对案件事实的认定以及判决结果如下:

2008年1月至8月,被告人赵甲、潘某某在经营上海百星实业有限公司、无锡北钢钢铁销售有限公司等公司的过程中,通过签订、履行合同骗取被害单位五矿上海浦东贸易有限责任公司、中钢集团上海有限公司等公司共计人民币1.8亿余元。其具体作案方式是:被告人在其公司已资不抵债、无实际履约能力且无钢材库存的情况下,制作虚假库存清单、入库单、提货单,以上海百星实业有限公司名义先后与被害单位签订购销合同,再约定由其控制的其他公司加价回购点托盘贸易方式骗取被害单位财物。上述所得赃款均被用于填补炒卖远期现货、期货亏损、偿还公司债务和被告人赵甲偿还个人赌债及购置房产等。法院认定两名被告人的行为构成合同诈骗罪,遂对赵甲判处有期徒刑13年;判处潘某某有期徒刑5年。^[12]

法院的主要定罪理由是:被告人赵甲为了填补百星公司从事远期钢铁交易产生的巨额亏损,在明知百星公司已资不抵债(净资产为负1亿3千余万元)且无钢材库存的情况下,向五矿浦东隐瞒了公司无实际履约能力的事实实施诈骗,主观上具有非法占有的目的。

而在[案例2]中,法院认为,被告人彭某某隐瞒没有实际履约能力的真相骗取他人财物。

但是,依据上述标准判断非法占有目的存在一定缺陷:其一,不能认为委托方有亏损就没有履约能力,就具有非法占有目的。诚然,根据《刑法》第224条第3项的规定,被告人没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同的,就可以认定其具有非法占有目的;实务中,对行为人明知自己没有履行合同的实际能力,而且也根本不去创造条件履行合同,非法将他人财物占为己有的,应

[12] 赵甲、潘某某等合同诈骗案,参见《上海市第二中级人民法院刑事判决书》(2009)沪二中刑初字第76号。

以合同诈骗罪论处。但是,仅以此为根据进行判断,会有失偏颇。因为履行合同能力的有无和大小是受主客观各种因素制约的,并且处于随时可变的狀態。就实际发生的案件而言,在签订经济合同时,委托方是否具有还款能力,本身就不易判断,即便其履约确实存在一定困难,但也不能完全排除其借助于托盘方提供的资金,通过合法经营“扭亏为盈”的可能性。简单地认为公司亏损、没有还款能力就是具有非法占有目的,与市场经济的发展规律不符,因为实践中大量出现国有企业明显处于亏损状态而向银行贷款的情形,显然不能据此认为这些国有企业一律具有非法占有目的,都构成贷款诈骗罪。其二,借款人公司亏损、资不抵债就不能借款的逻辑,不符合生活常识。因为如果公司账上有充足的资金,谁还愿意去借款,谁不愿意向托盘融资业务中的国有企业那样去放贷并坐收高额利息?其三,在大量案件中,很多被告人都是和托盘方长期通过虚假贸易形式进行借款,而且前期大多能够按时付款。按理说,非法占有目的是主观(超过)要素,必须在行为时就具备,但事实上,大量案件都是用款人后期因资金链断裂无法付款而被认定为具有非法占有为目的,这明显使得主观要素被虚置,而仅根据借款人公司亏损、资不抵债的事实进行客观归罪。

余论 刑法谦抑性与合同诈骗罪的认定

其一,刑法必须具有谦抑性。谦抑性,是指刑罚作为最严厉的处罚手段,必须在其他制裁手段的处罚力度明显不充分或不足以保护法益时,才能加以使用。理由在于:一方面,需要法律加以保护的社会利益是多种多样的,其保护手段也是多方面的,刑法并没有保护所有应当保护的社会利益的功能与效力,即刑法不是万能的,刑罚手段具有局限性。刑法和其他法律一起共同对法益实施保护,对于侵害合法权益的行为,并非都需要刑法介入,例如,违约行为侵犯他人的财产权,在民法保护已经足够时,刑法必须保持克制和谦抑。另一方面,由刑罚的严厉性决定,刑法是国家法律手段中破坏性最强的一种,其可能间接甚至直接地对刑法本身应当保护的利益产生危害,所以,只有在民事、行政等法律对法益的保护不充分,国家、社会或者个人以其他手段无法有效地保护该利益,而只有通过刑罚才能有效加以保护的情况下,刑罚作为最后手段才能被使用。在这个意义上,刑法谦抑性又被理解为刑法的辅助性和最后手段性。

刑法谦抑性不是一句空洞的口号,其必须在具体案件处理中得到贯彻。在名为贸易实为融资借贷关系的场合,当事人一方不能及时归还贷款的,在刑法上不能认为行为人仅仅因为与被害人之间存在合同关系就负有保护对方财产的义务,其行为性质属于欠债不还,当事人之间的债权债务关系清晰且始终存在,托盘方作为资金提供方应当通过与委托方协商,或者向法院提起民事诉讼等途径主张其民事权利,将用款方的行为认定为合同诈骗罪,其实是“通过刑事手段为托盘方追债”,明显违反刑法谦抑性和最后手段性,并不妥当。

其二,在实践中,有的以犯罪处理的情形,按照前述最高人民法院的立场,连民事纠纷都不存在,定罪显然不合逻辑,与刑法谦抑性的要求相差“十万八千里”。在彭某某合同

诈骗案中,法院认定的第一起事实,即被告人彭某某通过托盘融资业务将环三公司提供的共计700多万元的款项挪作他用。2012年9月10日和10月16日,被告人彭某某将销售合同约定的共计770.04976万元的货款尾款倒转支付给环三公司。对于被告人履行借款合同、终结民事关系的行为,法院判决认定其“制造合同履行完毕的假象”。这一结论实在有失牵强。此外,法院对该案第三起事实的认定也同样有违反刑法谦抑性的问题。被告人彭某某于2012年9月11日让环三公司为南瑞公司与泸州公司做托盘业务,环三公司次日将540.9万元合同货款转账给泸州公司,泸州公司于当日将环三公司510.9万元的货款转入被告人彭某某个人账户。2013年3月8日,环三公司要求泸州公司退还货款510.9万元。同日,南瑞公司将510.9万元通过泸州公司转交给环三公司。这其实也属于借款合同履行完毕,连民事纠纷都不复存在的情形,没有理由将其作为合同诈骗罪进行处理。

其三,对类似案件,如能对涉案公司以及长期担任公司负责人的被告人不以犯罪处理,使之能够积极投入到妥善处理相关偿还借款债务事宜中,有助于维护出借人权益,且能够防止公权力不当介入民事领域。因此,对被告人定罪处罚不是处理类似案件的最佳方案,为彻底解决纠纷,刑法必须保持其谦抑性。

[**Abstract**] There is no real transaction between the parties in pallet financing business. Not only is the subject matter of the contract false, but also the parties involved in the trade are not concerned about the authenticity of the goods. In civil law practice, this behavior is characterized as a false sales contract aimed at covering up an inter-company loan. In criminal practice, however, borrowers in similar contracts have been convicted of the crime of contractual fraud in a large number of cases, which leads to alienation and distortion in the judgment of criminal law. In cases where the purpose of the contract is not to transfer goods, it is not criminally possible to measure the behavior of a contractual entity by the requirements of fulfillment of sales contract under the Contract Law. With respect to the subject matter on which the two parties to financing business make false agreements in the contract, but in fact neither of them cares about, treating it as an extremely important matter in conviction, even as the core reason for conviction, is the result of misunderstanding of the objective and subjective constitutive elements of the crime of contractual fraud, adherence to the strict parentalism of the criminal law, and failure to take into consideration the legal principle of the victim's self-responsibility. Based on the modesty requirements of criminal law, China should resolve repayment disputes arising from pallet financing business in the civil law field and make an overall change to the current criminal conviction model.

(责任编辑:郑佳)