



虚假破产罪的理论与实践研究

On Theory and Practice of the Crime of False Bankruptcy

行江 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

安徽大学创新团队资助项



虚假破产罪的理论与实践研究

On Theory and Practice of the Crime of False Bankruptcy

行江 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

虚假破产罪的理论与实践研究 / 行江著. —北京:
法律出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3776 - 9

I. ①虚… II. ①行… III. ①破产—经济犯罪—研究
中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172607 号

虚假破产罪的理论与实践研究

行江著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.625 字数 257 千

印次 2012 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3776 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

破产犯罪作为一类严重的经济犯罪,有关的立法普遍受到世界各国的重视。和世界一些市场经济发展较晚的国家相比,西方经济发达国家对于破产犯罪的立法相对较早。大陆法系国家中,德国早在1898年颁布的《德国破产法》第三部分就已经对破产犯罪作了规定。1976年为了配合打击经济犯罪和简化破产程序,将破产犯罪的内容全部移植于刑法典。1923年的《日本破产法》第四编对破产犯罪作了规定,2004年的《日本破产法》第十四章对原有的立法作了重大修改。英美法系国家中,英国、美国和加拿大对破产犯罪的立法也较早,并且对于破产犯罪的立法都有完善的罪名体系。

我国1979年《刑法》没有对破产犯罪作规定。1997年《刑法》规定了妨害清算罪,国有公司、企业人员失职罪,国有公司、企业人员滥用职权罪。2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》规定了虚假破产罪。目前,我国对破产犯罪立法的研究刚刚起步,还没有专门论述破产犯罪的专著。本书是行江博士的

博士毕业论文,也是我国刑法学界第一部研究破产犯罪的专著。希望本书的出版能对我国破产犯罪的进一步研究起到抛砖引玉的作用。

刑法学的研究包括总论研究和分论研究,台湾学者陈子平认为分论研究属于问题研究,而总论研究属于体系研究。但是如何权衡体系研究和问题研究的轻重缓急,一直是困扰刑法学者的问题。如果太重视体系思考,忽视问题思考,不利于刑法的具体适用;如果太重视问题思考而忽视体系思考,缺乏体系逻辑的推理,难免存在偏颇。^① 行江博士的专著虽然属于问题研究,但是并没有放弃体系的思考,其犯罪成立体系放弃了我国传统的四要件理论,而在借鉴德国、日本传统的构成要件该当性、违法性和责任三要件理论的基础上,加上客观处罚条件而形成了四要件理论。德国、日本理论界有一些学者采用上述的四要件理论,我国理论界鲜有人采取上述理论;该书的这一理论体系,可以为我国犯罪成立体系的研究提供不同的视角,注入新的研究活力。

刑法学中的一些研究只能是问题研究,但有些问题既可以是问题研究,也可以是体系研究,客观处罚条件就是这样的问题。对于德国、日本刑法中的客观处罚条件这一舶来品,我国理论界对其概念和理论体系最近几年有较大争论。赞同者有之,反对者也有之。即便是反对客观处罚条件的学者,也承认破产犯罪中客观处罚条件之规定,是典型的客观处罚条件。行江博士的专著花了大量的笔墨,引用诸多的日文资料,研究了德国、日本理论界对客观处罚条件的存废之争,分析了不同时期的司法案例对客观处罚条件内容的解释,系统地介绍了破产犯罪中的客观处罚条件理论。在我国还缺乏通过具体问题研究客观处罚条件的情况下,行江博士通过具体问题研究进而建立了不同于传统的犯罪成立体系,其研究具有一定的特色。

① 陈兴良、陈子平:《两岸刑法案例比较研究》,北京大学出版社2010年版,第53页。

虚假破产犯罪属于典型的经济犯罪,对破产犯罪的研究就离不开对破产法规范的准确掌握。我国传统的研究经济犯罪的方法是,在研究刑法规范之后才研究经济法规范。行江博士的专著开篇就研究破产法规范,既具有一定特色,也符合其对于民事不法与刑事不法之间关系的基本态度。对于民事不法与刑事不法之间如何区分,以及违法是一元还是多元的问题,并不仅仅是刑法问题,也涉及法理学问题。最近几年我国的理论界对上述问题进行了较多的关注,并取得了一定的研究成果。行江博士的专著在借鉴上述最新研究成果的基础上,分析了我国民事破产欺诈与刑事虚假破产区分的标准。对于刑法学中的术语在解释时,是否一定要与民事上的术语相一致,行江博士认为,刑法具有从属性,但也具有一定的独立性,刑法中的概念、术语与民法、行政法在解释上并不能完全相同。这一观点,也符合行江博士对于刑法解释问题的一贯主张。

将刑法分则作为博士论文选题,有一定的难度。因为在写作具体罪名时,需要全面考虑刑法学总论的几乎所有的问题,包括犯罪论和刑罚论问题。但是,如果面面俱到,也就没有任何重点,极易落入窠臼。在论文答辩后并没有出版,而是经过多次修改后,才准备出版。作为行江博士的指导教师,对于其认真的写作态度表示欣慰。行江博士现就职于安徽大学法学院,现为该院的副教授,主要从事刑法学教学和研究工作。行江博士邀请我为其第一本专著作序,作为他的硕士生导师和博士生导师,我欣然答应。希望行江博士继续努力,在刑法学理论研究方面取得更好的成绩。

是为序。

刘艳红教授、博士生导师

于东南大学

2012年3月31日

目 录

引言 001

第一章 虚假破产罪概述 006

第一节 虚假破产的民事概念 006

一、破产欺诈的概念及构成 007

二、破产欺诈的具体表现 014

三、破产欺诈的效力 025

第二节 中外破产欺诈犯罪的立法考察 030

一、外国及地区破产欺诈犯罪立法 030

二、外国及地区破产欺诈犯罪立法评析 068

三、我国破产欺诈犯罪立法沿革 076

第三节 虚假破产罪罪名的确定 080

一、罪名确定的一般原理 080

二、虚假破产罪罪名的具体确定 082

第二章 虚假破产罪的构成要件 086

第一节 虚假破产罪的主体与客体 086

一、虚假破产罪的主体 087

二、虚假破产罪的客体 106

第二节 虚假破产罪的实行行为与结果 114

一、虚假破产罪的实行行为 114

二、虚假破产罪的结果 136

第三章 虚假破产罪的违法性 144

第一节 破产欺诈与虚假破产的不法区分 144

一、民事不法与刑事不法的区分标准 145

二、破产欺诈与虚假破产的区分 151

第二节 破产欺诈与虚假破产违法性解释 153

一、违法性的一元论与相对论 153

二、破产欺诈行为与虚假破产行为的违法性 164

第四章 虚假破产罪的责任 167

第一节 虚假破产罪的故意 167

一、虚假破产罪的认识因素 168

二、虚假破产罪的意志因素 174

三、虚假破产罪中的目的问题 177

第二节 虚假破产罪中的违法性认识 185

一、违法性认识的理论争论 185

二、虚假破产罪的违法性认识界定 194

第五章 虚假破产罪的客观处罚条件 198

第一节 德日刑法中的客观处罚条件 198

一、德日客观处罚条件概述 199

二、德日客观处罚条件的体系地位 204

第二节 破产犯罪中的客观处罚条件 208

一、德日破产犯罪的客观处罚条件 209

二、客观处罚条件概念的借鉴 225

第六章 虚假破产罪的司法认定 239

第一节 虚假破产罪的特殊形态 239

一、虚假破产罪既遂与未遂的界定 240

二、虚假破产罪的共犯形态 253

第二节 虚假破产罪与近似罪名的界限 261

一、虚假破产罪与诈骗罪的界限 262

二、虚假破产罪与妨害清算罪的界限 265

三、虚假破产罪与隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、
财务会计报告罪的界限 270

第七章 虚假破产罪的立法思考及完善 280

第一节 虚假破产罪的立法思考 280

一、虚假破产罪立法模式思考 281

二、虚假破产罪相关罪名设置思考 289

三、虚假破产罪刑事责任思考 295

第二节 虚假破产罪的立法完善 298

一、虚假破产罪立法完善设计 299

二、虚假破产罪相关具体条文的设置 306

参考文献 310

后记 328

引 言

我国正处在经济发展的转型期,经济环境和法制环境还很不健全,经济违法犯罪现象日益严重,其中企业破产违法犯罪尤其严重。近十年来,“假破产,真逃债”的破产欺诈现象日趋猖獗。根据有关调查,1995 年和 1996 年两年,仅涉及中国工商银行一家的贷款企业,破产企业家数高达 5128 户,涉及本息 280.6 亿元,银行贷款的受偿率仅为 14.9%,损失达 238.8 亿元,损失率为 85.1%,而且损失主要由一些不当破产行为引起。破产欺诈不仅严重侵害了债权人或其他人的利益,尤其是银行债权人的利益,造成了银行资产的大量被逃废,而且极大地影响了企业的正常破产运行,破坏了市场经济秩序,动摇了经济领域应有的诚实、信用原则,给国家、社会和个人都造成了巨大的经济损失。如何制止破产欺诈已经成为法学界研究的重要课题。

我国 1979 年《刑法》没有对破产犯罪作规定。1997 年《刑法》规定了妨害清算罪,但是此罪并不能涵盖所有的破产欺诈犯罪行为。根据公司法和破产

法的规定,清算程序是在公司企业被宣告破产或解散后才开始的,因此,构成妨害清算罪的时间条件,是企业被宣告破产后进行清算的过程中,在破产宣告前,如果有转移、隐藏、毁弃财产等行为,就不应该认定为妨害清算罪。但是事实恰恰是,大部分的破产欺诈行为发生在企业被宣告破产之前临界破产期间。正是因为企业临界破产,公司、企业利用破产免责制度,采取种种欺诈手段隐匿、转移资产,从而使得企业在被宣告破产后,因没有财产而实际不负清偿责任。对于此种情况,我国刑法学界一些学者注意到立法上的空白,相继在相关期刊上发表了一些论文,也有一些硕士毕业论文的出现。破产申请之前的欺诈行为如何处理,一些学者认为可以按诈骗罪处理,因为欺诈破产行为实质上就是利用虚构事实、隐瞒真相的方式逃避债务,非法占有债权人财产,无须再增加新的罪名。一些学者认为,现有的罪名无法规制虚假破产行为,在借鉴外国刑法的规定之后,建议在我国设置新罪名。如一些学者建议设置破产欺诈罪、和解欺诈罪、第三人欺诈罪等罪名。就目前掌握的资料来看,我国学者对破产欺诈犯罪的论述不够深入,理论上更多是设立新的罪名,但是设置新罪名时并没有联系我国现有的立法。

新《企业破产法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日通过,自2007年6月1日实施。针对日益严重的欺诈破产,新《企业破产法》设置了较以前立法更为完善的撤销权与无效行为制度。新《企业破产法》第33条还规定,为逃避债务而隐匿、转移财产、虚构债务或者承认不真实的债务等涉及债务人财产的行为是无效的,这就在一定程度上对实践中出现的“虚假破产”、“恶意破产”等行为进行了规制,从而更好地保护了债权人利益,维护了市场经济秩序,也为整个社会商业信用体制的建立和完善提供了重要的制度保证。同时该法第131条规定,违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。为了细化新《企业破产法》第131条的规

定,2006年6月29日通过并施行的《刑法修正案(六)》第6条针对虚假破产作了规定。

《刑法修正案(六)》新增加的虚假破产罪,对于打击我国目前日趋严重的虚假破产,起了非常大的作用。但是,虚假破产罪新罪名的出现,仍然存在一些新的问题,亟待理论界去研究。《刑法修正案(六)》公布后,我国理论界对其分析的文章有几篇,其中对于虚假破产罪的论述都比较少,专门将虚假破产罪研究作为硕士、博士论文选题的更没有了。因此,借鉴国外的规定以及相关理论,结合我国的理论研究和司法实践,对虚假破产罪进行系统的研究,对于充实我国刑法理论、完善刑事立法以及指导司法实践都具有重要的意义。

目前大部分国家或地区,都对破产欺诈犯罪作了规定,尤其一些西方国家立法规定比较早,理论研究也比较精细,相应产生了一些新的理论或概念。例如,“客观处罚条件”概念,在德国、日本经济犯罪中运用得就比较多。对于我国刑法中的虚假破产罪,理论上需要研究的地方还很多。构成虚假破产犯罪,需要有行为人为虚假破产做准备的行为,也即转移、处分财产;同时,需要行为人申请破产或者被申请破产。行为人转移、处分财产,之后自己虚假申请破产,此时行为人构成虚假破产罪。虚假破产罪是复行为犯。目前,在我国理论界,对于复行为犯研究得不是很多。研究虚假破产罪,对于丰富复行为犯的研究将有很大的裨益。在行为人转移、处分财产而为虚假破产做准备时,债权人申请破产,最终行为人构成虚假破产罪。对于此种不由行为人(债务人)实施,而由债权人引起行为人被处罚的结果,在德国、日本理论界称为客观处罚条件。此种不由行为人而由第三人实施的行为,在行为人的主观方面是不需要认识的,我国一些学者将其称为“客观的超过要素”。“客观的超过要素”概念的提出,是否与我国刑法中的主客观相统一的原则相违背,值得我们去认真思考。目前,我国刑法理论界有一种倾

向,对刑法总则关注比较多,而对刑法分则关注不是很多。在刑法理论研究中,总则理论的研究是为了更好地去实施分则的罪名,分则的研究是为了丰富总则的理论研究,从而更好地去实施分则。虚假破产罪的深入研究,不仅仅可以匡正对此罪的错误理解,更重要的可以充实我国刑法中的相关理论研究。

目前在我国,公司、企业虚假破产行为比较普遍。虽然不能说这些虚假破产行为都是犯罪行为,但是却可以说几乎大多数的破产案件,都会在各种方式下与虚假破产有关。是否所有的虚假破产行为,都可以认定为构成虚假破产罪?在一些国家或地区,将破产欺诈罪规定为抽象危险犯,只要行为人的行为成立,即可构成破产罪。《刑法修正案(六)》将虚假破产罪规定为结果犯,需要“严重损害债权人或者其他入利益”结果的出现。但是损害利益的类型以及标准,《刑法修正案(六)》并没有作规定。虚假破产行为严重结果没有产生,是虚假破产罪不成立,对行为人不给予刑事制裁,还是行为人成立虚假破产罪,只不过是未遂犯,理论界是有争议的。同时,我国新《企业破产法》对破产欺诈行为采取列举的方式,而《刑法修正案(六)》对虚假破产罪的行为方式采取具体列举与抽象概括相结合的方式,那么现实中,公司、企业采取破产法中没有规定的破产欺诈方式实施虚假破产,可否构成虚假破产罪呢?司法实践中,存在公司、企业在虚假破产的过程中,故意隐匿、销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告,公司、企业是否可以构成虚假破产罪与隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的数罪,在司法认定中需要深入研究。虚假破产罪上述问题的详细研究,可以更好地处理破产实务中所面临的疑难问题。

和一些外国或者地区对破产欺诈犯罪的立法相比,我国刑法对于破产欺诈犯罪的立法,时间上比较晚,内容也不够详细。理论界对破产欺诈犯罪的研究,更多的是运用现有的理论对其研究,研究不够深入。

本书借鉴外国或地区的立法和理论研究,立足于我国的刑事立法、刑法理论和司法实践,对虚假破产罪进行较为全面、系统的研究,以期能够使我国对破产欺诈犯罪的研究有所深入,并且对相关的刑事司法指导和刑事立法的完善有所裨益。

第一章

虚假破产罪概述

2006年6月29日中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过并施行《刑法修正案(六)》。《刑法修正案(六)》新增虚假破产犯罪。作为一种新型经济犯罪,虚假破产犯罪在民商法中有相应的民商违法行为,即破产欺诈。配合《刑法修正案(六)》的修改,中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日通过新的《企业破产法》,完善了破产欺诈的相关规定。研究虚假破产罪,需要详解《企业破产法》中的破产欺诈行为。同时,境外很多的国家或地区,对破产欺诈犯罪作出了规定,考察其规定对于理解我国的立法及司法将有很大的裨益。

第一节 虚假破产的民事概念

新《企业破产法》针对日益严重的欺诈破产,设置

了较以前立法更为完善的撤销权与无效行为制度。同时该法第 131 条规定,违反本法规定构成犯罪的,依法追究刑事责任。为了细化新《企业破产法》第 131 条的规定,《刑法修正案(六)》第 6 条针对虚假破产罪作出规定。在研究虚假破产罪之前,我们需要详解虚假破产行为相应的民商法上的规定。

一、破产欺诈的概念及构成

(一) 破产欺诈的概念

在西方,欺诈又称诈欺,其法律渊源可以追溯到古罗马法。在罗马法中,一切为了使相关人受骗或犯错误以使自己得利的伎俩或欺骗,均为诈欺。拉贝奥给欺诈(dolo)下的定义是:一切为蒙蔽、欺骗、欺诈他人而采用的计谋、骗局和手段。^①从拉贝奥的定义来看,此时的欺诈还不能被认为是意思表示瑕疵的情况,而是一种有伤害他人用心的行为。公元前 66 年,罗马大法官阿奎利乌斯创造了“诈欺”一词,并将其列为私犯之一种,设立了诈欺诉(actio doli)。即诈欺就其本身而言,当它并不造成实质性错误时,不使行为当然地无效,尽管其意思被歪曲,但行为仍然存在。诈欺之诉是当事人最后的救济手段,在其他法律无济于事时援用,可以导致诈欺人被判罚不名誉。^②从上述表述来看,此时的欺诈就是一种侵权行为。由此,现在的法学者普遍认为,自罗马法以来,各国均把欺诈的损害作为侵权行为的内容。^③

① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 73 页。

② [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 73 页。

③ 竺琳:“民事诈欺制度研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 9 卷),法律出版社 1998 年版,第 471 页。

古罗马法所确立的民事欺诈制度,基本被大陆法系所接受。各国的法律在规定中区分法律制度中的欺诈和侵权法上的欺诈,如《法国民法典》第 1116 条与第 1151 条。^① 法国学者达维指出,在法律行为制度中,“法国(民法)把欺诈作为缺乏意愿处理,当当事人一方的错误是由于当事人他方的欺诈的诱惑而致的时候,允许他以此为理由使自己的许诺无效”。但是在侵权法上的欺诈,欺诈的要求应该有更多的条件,如一种侵占行为,此类行为的后果导致赔偿责任。因此,“欺诈”一词在《法国民法典》第 1116 条中的含义与关于契约缔结法第 1151 条中的欺诈的含义并不一样,这一点是没有异议的。^②

我国《民法通则》第 58 条第 4 项规定,“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的”民事行为无效。《合同法》第 52 条第 1 项规定,“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”的,合同无效;第 54 条第 2 款规定,“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。上述规定只规定了欺诈的法律后果,并没有给欺诈下定义。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 68 条规定,“一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为”。目前,在我国理论界,很多学者都是根据最高人民法院的司法解释对欺诈进行定义。如王利明教授认为,“所谓欺诈,是指故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方基于错误判断作出意思表示”。^③ 梁

① 竺琳:“民事诈欺制度研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 9 卷),法律出版社 1998 年版,第 477 页。

② 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 111 页。

③ 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 106 页。