

商业欺诈的

罪与非罪研究

王安异 著

教育部人文社会科学研究青年基金项目

项目批准号 10YJC820101



中国人民公安大学出版社

014037122

D924. 334

99

商业欺诈的罪与非罪研究

王安异 著



中国人民公安大学出版社

· 北京 ·



北航

C1725289

D924.334

99

SS1780410

图书在版编目 (CIP) 数据

商业欺诈的罪与非罪研究 / 王安异著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1644 - 9

I. ①商… II. ①王… III. ①商业经营—诈骗罪—研究—中国
IV. ①D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 018933 号

商业欺诈的罪与非罪研究

王安异 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2014 年 2 月第 1 版

印 次: 2014 年 2 月第 1 次

印 张: 13.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 357 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1644 - 9

定 价: 40.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安业务分社电话: 010 - 83905672

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

序

王安异博士的新作《商业欺诈的罪与非罪研究》是其所主持的同名教育部人文社会科学研究项目的成果，经过三个寒暑的深入调研和酝酿之后，即将由中国人民公安大学出版社出版。手捧着凝结着安异千余个昼夜心血的三十多万字的书稿，作为他硕士生阶段的老师和现在的同事，我的脑海里不时浮现我们共同切磋的场景和他的学术历程。

安异从硕士研究生学习阶段开始，即着手进行经济刑法的学习和研究。当时在我所讲授的犯罪学课堂上，安异经常就经济犯罪问题发表一些真知灼见。他认真学习经济分析的方法，并将其运用于理论研究中，我俩合作撰写并发表在学术刊物《法制与社会发展》上的《论罚金刑的效率》就是当时的写照。此后，他又写作了《论单位犯罪与自然人犯罪的区别》、《论我国证券犯罪的刑法控制》等论文，并且其硕士论文也是经济刑法的范畴。硕士研究生毕业以后，他师从马克昌先生和卢建平教授攻读博士学位和做博士后，从事了一段时间的比较刑法学研究，在此期间先后在我国台湾地区《政大法学评论》、《台北大学法学论丛》等杂志上发表了多篇文章，并且将德国学者贝林的经典著作《构成要件的理论》译成中文出版，为中国刑法学界研习德国古典学派刑法理论作出了重要的贡献。但是，他一直没有抛弃对经济刑法的研究兴趣，所以在繁忙的教学和指导研究生之余，申请了教育部的经费并经过数载的

努力而完成本书的写作。其中的痛与快乐，大概只有他自己最清楚。我作为安异这些年学习、研究的师友和见证人，在为他感到高兴的同时，唯有深切地期盼他的跋涉之路顺利一些，但我更希望他能够像过去一样在学术道路上坚定信念，奋发有为，不畏艰苦，不计得失，只听从内心的学术良知。

本书所研究的商业欺诈，确系我国刑法学中的一个难点问题。这里需要提及的是，中外刑法对商业欺诈均没有成熟的立法，在我国这一概念也大多是来源于中央的一些规范性文件。从2005年10月11日中共中央《关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》、国务院办公厅《关于开展打击商业欺诈专项行动的通知》等文件的内容来看，商业欺诈主要是指商贸领域的各种欺诈行为。但是，在法律文本上，还很难找到详备的规范，因此需要认真地加以研讨。按照安异博士的见解，商业欺诈犯罪可以包括法定的商业欺诈犯罪和事实的商业欺诈犯罪，后者在德国刑法中被称为表见行为，在体系上很难与刑法所规定的欺诈行为类型等量齐观。然而，商业欺诈犯罪与诈骗罪又有着千丝万缕的联系，剪不断，理还乱，既具有欺诈行为的共同语意，且共同侵犯了我国诚信的商业伦理。因而，在此意义上展开相关的研究，对于规制和保护我国的商业伦理和市场安全，以及对于正确理解我国刑法中的欺诈行为类型无疑都有重要的意义。

我曾多次跟安异博士提及，中国刑法学研究必须强调实践路径，也希望他能够在实证研究方面多做尝试。因为在其研究生学习之前和学习期间，安异从事过很长一段时间的律师工作，有这方面的优势。令我欣慰的是，安异接受了我的建议。本书的写作，他改变了过去一段时间回避实务问题而皓首穷经地钻研理论的风格，开始理论与实践并重且注重加强实证方面的研究。我希望他保持这种更加务实的研究风格，为我国刑法学更加贴近实际、贴近现实需要

作出贡献。

最后，期待安异博士的这一新作就像那只南方之阜的大鸟一样，一鸣惊人。

是为序。

齐文远

癸巳年冬至于武汉南湖

目 录

序	1
导 论	1
第一章 商业欺诈罪与非罪概说	10
第一节 商业欺诈犯罪的概念	10
一、商业与商业欺诈的关系	10
二、商业欺诈的界定	13
三、我国法律中商业欺诈及其犯罪的种类	16
第二节 商业欺诈的问题及其法律控制	25
一、商业欺诈的罪与非罪问题	25
二、对商业欺诈的立法模式	34
三、对商业欺诈犯罪的解释理论	42
第三节 商业欺诈犯罪的特征和体系	49
一、商业欺诈犯罪的特征	49
二、商业欺诈犯罪的体系	54
小 结	62
第二章 商业欺诈罪与非罪的依据	64
第一节 商业欺诈犯罪的行为要素	64
一、问题的所在	64
二、欺诈行为的含义和基本内容	70

三、对商业欺诈行为的体系考察	96
四、界定商业欺诈须注意的问题	138
第二节 商业欺诈犯罪的罪量要素	159
一、问题的所在	159
二、对罪量要素的简单学术梳理	161
三、商业欺诈之罪量要素的立法模式	172
四、商业欺诈的抽象危险犯问题	194
第三节 商业欺诈犯罪的主体义务	199
一、主体义务的一般理论	200
二、商业欺诈犯罪的主体义务特征	205
三、主体义务对商业欺诈罪与非罪的意义	222
第四节 商业欺诈的目的要素	233
一、问题的提出	234
二、诈骗犯罪中非法占有目的的地位	240
三、诈骗犯罪中非法占有目的的含义	246
四、商业欺诈犯罪之目的要素的体系解释	258
小 结	269
第三章 商业欺诈罪与非罪的认定	272
第一节 推定的欺诈类型	272
一、生产、销售伪劣产品罪的问题	273
二、妨害清算罪	282
三、内幕交易、泄露内幕信息罪	290
四、串通投标罪问题	297
第二节 兜底的欺诈类型	309
一、虚报注册资本罪	310
二、违规披露、不披露重要信息罪	324
三、虚假广告罪问题	330
第三节 骗财预备的类型	339

一、伪造货币罪问题·····	340
二、伪造、变造金融票证罪·····	347
三、伪造增值税专用发票罪问题·····	360
第四节 具有特殊功能的欺诈类型·····	372
一、虚开增值税专用发票罪·····	373
二、妨害信用卡管理罪问题·····	384
三、洗钱罪问题·····	392
小 结·····	406
结 论 ·····	408
跋 ·····	411

导 论

商业欺诈并非法律的概念，在中外刑法中也没有成熟的专门立法。在我国，这一概念来源于中共中央、国务院的一些规范性文件，即中共中央《关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》（2005年10月11日中国共产党第十六届中央委员会第五次全体会议通过）、国务院办公厅《关于开展打击商业欺诈专项行动的通知》（国办发〔2005〕21号），主要是指商贸领域的各种欺诈行为，也包括一些非欺诈行为，如非法经营、非法行医等。商业欺诈也是中外商贸领域中最常见的违法行为，在英美刑法学中称为“Commercial Fraud”或“Business Fraud”，而德日刑法理论中则没有类似概念，也都没有确切的界限。

商业欺诈犯罪是本书提出的概念，旨在限定商业欺诈中构成犯罪的行为，同时对经济刑法中的欺诈犯罪予以体系化，探讨其内在联系和定罪的依据。经济刑法中犯罪的体系化较为困难，中外刑法中往往有两种做法：其一，是在不同的经济法中进行规定，并构建法益侵害的体系。例如，德国《商法（HGB）》第331条、《企业变更法（UmwG）》第313条、《企业及联营体的账目公开法（PublG）》第17条、《股份有限责任公司法（AktG）》第400条、《合作社法（GenG）》第147条均规定了“不正确披露罪”^①。又如，日本经济刑法也区分关于公司经营的犯罪、金融犯罪、证券犯

^① Jürgen Peter Graf, Markus Jäger, Petra Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011. 2005年颁布的《德国刑法典》第331条、《企业变更法》第313条、《股份有限责任公司法》第400条、《合作社法》第147条均规定了“不正确披露罪”。

罪、违反《反垄断法》的犯罪、刑法上的消费者保护等，并分别规定于不同的经济法规范中^①。其二，针对不同行为类型进行专门规定，并建立行为类型体系。例如，美国1970年公布的《欺诈与腐败组织法》（简称RICO）集中规定了各种欺诈行为，英国《盗窃法》规定了几种主要的欺诈犯罪行为，而加拿大《刑事法典》第十章也集中规定了“涉及合同与贸易的欺诈性交易”，以区别于其他的行为。我国刑法分则第三章总体上是依据同类客体所进行的分类和体系化，包含了商贸活动中的各种欺诈行为，如生产、销售伪劣产品罪，虚报注册资本罪，欺诈发行股票、债券罪，虚假广告罪等。

本书提出商业欺诈犯罪概念，就是依据商业欺诈行为对刑法分则第三章的内容进行重新排列组合，构建行为类型体系及罪名体系，并针对商业欺诈中定罪的重点、难点问题进行探讨。这些犯罪中的欺诈行为同时具有刑法和其他部门法的根据，在刑法中彼此也有着千丝万缕的联系，不仅有一定的共通的语意，而且彼此之间互相补充，共同发挥刑法的规制功能。这种共通的语意就是欺诈。因此，要区分商业欺诈的罪与非罪，就需要明确刑法中欺诈的含义，并对其各种行为类型予以系统化，以此厘清商业欺诈犯罪的规范特征和意义，解释实践中的难题。

本书主要采用了结构分析的研究方法。结构分析的研究方法，是指根据研究对象在体系中的地位和作用，探讨其相对较为稳定的功能并进行诠释。针对商业欺诈犯罪，就是要针对商业欺诈定罪中所暴露出的问题，基于各罪名、各要素之间的结构和功能，将研究对象分成不同的子系统，研究各自所扮演的角色，探讨其规范内容，解释规范，涵摄事实，寻求对策。商业欺诈犯罪，在功能上可谓诈骗罪的提前、扩张、特别规定或兜底，并形成了相对稳定的系

^① [日] 芝原邦尔：《经济刑法》，金光旭译，法律出版社2002年版。

统。这种分析系统取法卢曼的社会系统论^①，着眼于从结构上把握其规范意义。在刑法学中，这种结构分析，首先是体系的解释，其次表现为形式的解释，是超出文义解释之外的、重要的形式解释方法。本书的基本思路为：先研究商业欺诈犯罪之间的关系，构建体系，然后针对体系中的个罪进行具体研究。通过对商业欺诈犯罪的构成特征，包括欺诈行为、罪量要素、主体义务要素、主观目的要素等所进行的讨论，本书发现商业欺诈犯罪包括诈骗所无法涵盖的几种行为类型，各自扮演着一定角色，具备特定的规范功能，可弥补规范的缺陷。这些行为类型包括推定的欺诈、兜底的欺诈行为、骗财预备、具有特定功能的欺诈等。本书依据欺诈行为标准将商业欺诈犯罪分为以上四种，结合个罪对相关难点问题进行具体的解释，以判断罪与非罪的界限。

本书所采取的研究手段主要包括：

1. 体系解释的方法

体系解释的方法，又称语境解释方法，具体是指对法律条文进行解释时，要依据其在相关法律中的地位，结合上下文及其与相关法条的关系来解释。体系解释的前提，是必须具有某种共同语意或语境，使各种要素能够成为一个系统的整体。哈塞默（Hassemer）指出：“构成要件通常存在于规范和意义的一致性（Norm - und Sinnzusammenhang），后者共建其语意，因而所谓的‘体系解释理论’也就显得无可置疑。”^②在系统论中，关键是要解决区分的问题，首先是区分系统和环境，^③在商业欺诈犯罪中即为定罪的法律系统和外部商业环境，从而确立法定的欺诈含义。在法定的“欺诈”语意上启动对商业欺诈犯罪的形式判断和实质判断，就具有体系的基础。例如，德国经济刑法学家蒂德曼（Tiedemann）认为，

① [德] 卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第10页。

② Winfried Hassemer, Tatbestand und Typus, Carl Heymann, 1968, S. 88.

③ [德] 卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第9页。



对欺诈犯罪的刑法规定是以诈骗罪中的欺诈为核心内容的,其他欺诈犯罪,如虚假广告罪、虚报注册资本罪等都是其相应的补充和完善。^①

2. 比较研究的方法

比较研究的方法,是指将我国刑法中认定商业欺诈犯罪的依据与国外刑法进行比较。中外刑法的法律规定不同,适用刑法的环境也不同,包括社会经济制度、价值观、经济条件等都存在不同,通过比较研究,一方面有助于发现其差异,为具有我国特色的刑法解释、适用寻找理由,使其判决和解释更合理、高效;另一方面也揭示一些带有共性的因素,探索一些跨越不同文化环境、不同制度的带有规律性的东西,即“没有国别的刑法学”^②,同样也可作为我国司法判决和解释的理由。西方法治国家在长期的实践活动和法学研究中也积累一些制度文明的成就,在比较研究的过程中也应该予以发现,并继承和传播,洋为中用,以丰富我国的刑法学研究。如对商业欺诈犯罪中附属刑法规范是否应该从属于民法的规定?德国刑法已经有上百年的研究,^③学术界的检讨、究诘都比较充分,直接引用其成果无疑可以节约我们的研究成本。

3. 实证研究的方法

实证研究的方法,是指依据对经验事实的考察数据和实验研究的手段,归纳出一般性结论,并要求该结论在同等条件下具有可验证性的研究方法。本书的实证研究方法,为通过对一定数量的商业欺诈犯罪进行观察、实验和分析,从中获取客观材料,从个别到一般,归纳出该类犯罪的本质属性和基本裁判规则。本书所采用的实

① Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht – Einfuehrung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Aufl., Carl Heymann, 2010, S. 2.

② 樊文:《没有国别的刑法学》,载《法学研究》2010年第1期。

③ Bruns Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938, S. 107, 167; ders. JR 1984, 133, 135; Frisch Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993, S. 5 f., 17.

证研究手段主要有两个：

(1) 犯罪统计的方法。该方法是依据一定的指标对分析样本进行统计，获取一些客观的事实，通过分析，归纳商业欺诈犯罪的特点、法律适用的情况、罪刑关系等。此外，还需要对这些结论进行验证，检验其正确性。

(2) 个案分析法。该方法是对具体的案例进行分析，评价其适用法律、定罪及量刑的根据和裁判理由，以服务于对一般问题的讨论。

本书所提出的基本假设是：商业欺诈犯罪是商业关系主体在经营活动中虚构重要事实，隐瞒或扭曲真相，违反商业伦理，构成犯罪的行为，特定的欺诈行为要素、罪量要素、主体义务要素和主观目的要素是区分商业欺诈罪与非罪的重要依据。欺诈行为是对商业欺诈犯罪进行体系性思考的核心。

针对商业欺诈犯罪的判断，基于欺诈展开结构分析的方法有以下必要性：

第一，有助于坚持罪刑法定，符合其形式的和实质的要求。在罪刑法定的条件下，普通民众抑或司法机关都可以通过法律文本的解读、司法解释的限定和疑难案件的找法，^① 预见行为的法律后果，从而形成现实的行为规范或裁判规范。在商业欺诈犯罪中，刑法存在大量的空白罪状、兜底条款，必须经常参照其他部门法的规定，从欺诈的意义上把握，刑法规范即使不参照其他部门法规范也有一定的明确性，实质上有助于刑法规范本身的明确性和公正性。例如，《刑法》第 180 条第 1 款“内幕交易、泄露内幕信息罪”中，有些要件必须参照相关法律法规的规定，其“内幕信息、知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定”，基于欺诈来解释，该罪的行为类型就是确定的，即使参照行政法规，也不会影响罪刑法定。相反，该条第 4 款“利用未公开信息交易罪”则缺乏

^① 陈兴良：《罪刑法定主义》，中国法制出版社 2010 年版，第 57～79 页。

这种明确性,该罪虽可以惩处“老鼠仓”交易行为,但并没有表明其行为的欺诈性特征。“利用未公开信息交易”究竟是一种什么行为,还需要借助于该条款中所谓的“违反规定”来确定,这是不明确的。造成这种不明确的根本原因是刑法规范没有确定的行为规范,使其规范内容过于模糊。在欺诈的意义上对所有的商业欺诈犯罪进行整体研究,有利于明确其基本含义,无论是进行形式上的扩张解释,还是实质上的理解,都有一定刑法规范基础。

第二,符合刑法规范结构的要求,有助于完善刑法规制的体系性和科学性。任何体系的建构都需要一定的常量和变量,常量决定了体系的基本性质和功能,变量则尽可能地拓展适用范围,丰富其知识的视域。以商业欺诈犯罪而论,各个犯罪具有体系上的关联性,均为欺诈行为,该行为即可以成为系统中的常量,体现了基本的刑法禁止。商业欺诈犯罪的欺诈行为都可以追溯至诈骗罪,如我国《刑法》第158条“虚报注册资本罪”、第159条“虚假出资、抽逃出资罪”、第161条“违规披露、不披露重要信息罪”等表现为诈骗罪的预备行为类型,又如《刑法》第140条“生产、销售伪劣产品罪”、第160条“欺诈发行股票、债券罪”表现为以获取非法利益为目的的欺诈行为,这些“虚假”、“冒充”、“隐瞒”、“操纵”等行为,都从不同方面补充了诈骗罪所留下的区间,最终都着眼于使人陷于错误并非法获取财产利益,不包括与财产无关的行为^①,从而形成对欺诈行为的整体刑法规制。基于欺诈行为,本书才能统一地定义商业欺诈犯罪。当然,也存在另外的情况。例如,《刑法》第336条“非法行医罪”,从严格意义上讲,应为违反医师执业资格管理秩序的行为。^② 该行为之所以被当作商业欺

① 在国外刑法中,如美国《模范刑法典》第223-3条第2款规定:“‘欺诈’一词并不包括无财产意义的事项中从事虚伪的活动,或者不担心欺骗听众而实施的吹嘘、夸大行为。”

② 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2013年第5版,第1374页。

诈,并非构成要件中存在欺诈行为,而是事实上有虚假的表现。这种构成要件之外的欺诈行为,理论上也称为“表见行为”,^① 容后进行专门的研讨。

第三,回归刑法规范的基本文义,夯实规范的实质根据。为了应对现代社会的变迁和不断出现的新问题,罪刑法定所确立的话语空间和价值蕴含既要有一定的灵活性,能够吸纳各种新的知识,服从新的形势,受新的政策所指引,又要能够让这些新知识进入刑事法治的轨道,在解决问题时能够遵循刑事法治的规范逻辑、价值和原则。在此,刑法规范的基本文义就扮演着重要的角色,其内在的实质根据也不能被掏空。例如,合同诈骗罪的“合同”,就不能简单地解释为经济合同,^② 或者破坏市场秩序的合同,因为无论是依据合同的特征,还是合同诈骗罪的客体特征,都无法解释合同诈骗罪与诈骗罪的区别。实践中认为,“对于合同诈骗罪中的‘合同’不应再以典型的‘经济合同’为限,同时,不能认为凡是行为人利用了合同法所规定的合同进行诈骗的,均将构成合同诈骗罪”^③。合同诈骗罪中的“合同”不能脱离合同诈骗行为来单独考察,合同诈骗行为相应就是在合同签订、履行、担保、变更、转让、解除过程中所实施的欺诈行为,是对债权和所有权侵犯的竞合,因而主客观方面都比诈骗罪更复杂。合同的本义是形成债权债务关系的依据,在欺诈的意义上看,合同诈骗行为就应该是骗取债权而不履行债务。^④ 因此,从欺诈意义上看,该方法不仅有助于回归合同诈骗

① Jürgen Peter Graf, Markus Jäger, Petra Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, C. H. Beck, 2011, S. 11.

② 李文胜、钱舫等:《扰乱市场秩序罪的认定与处理》,中国检察出版社1998年版,第137页。

③ 陈佳茵:《宋德明合同诈骗罪》,载《刑事审判参考》总第39集,法律出版社2005年版,第29页。

④ 赵秉志主编:《疑难刑事问题司法对策》,吉林人民出版社1999年版,第74页;孙国祥:《关于合同诈骗罪的几个问题》,载《南京大学法律评论》2000年春季号,第88页。

罪的本义，也有助于回归其“合同”概念的本义。

第四，服务于刑法的目的，实现刑法的功能。刑法具有惩罚犯罪、保护法益的目的，在现代刑法理论的不同范畴中都表现出浓厚的目的性色彩，如客观归责中“不允许的危险”、违法性论中的利益冲突评价、责任论中的预防必要性、义务犯的义务违反、未遂犯中的“规范违反”、罪数理论中的“构成要件的、评价的行为单数”^①、侵犯财产罪中的财产概念^②等都涉及刑法的目的。例如，我国最高人民法院在印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》通知时就明确了这种目的，即“最大限度地预防和减少犯罪、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定”。具体到各种犯罪的刑法适用时，也各有不同。例如，对于集资诈骗、贷款诈骗、制贩假币以及扰乱、操纵证券、期货市场等严重危害金融秩序犯罪，生产、销售假药、劣药、有毒有害食品等严重危害食品药品安全的犯罪，走私等严重侵害国家经济利益的犯罪，造成严重后果的重大安全事故犯罪，重大环境污染、非法采矿、盗伐林木等各种严重破坏环境资源的犯罪等，要依法从严惩处，维护国家的经济秩序，保护广大人民群众的生命健康安全。其中包含相当一部分的商业欺诈犯罪。要实现刑法的目的和功能，不仅需要以刑法规范的文义为依据，而且不能脱离刑法禁止的欺诈行为。只有明确了各罪的刑法规范在整体上要禁止什么，在具体上要禁止什么，在此基础上从严或从宽适用刑法，才有助于达到目的、实现刑法的规范功能。

本课题的研究，是笔者对经济刑法理论和实践相结合所进行的一种尝试。胡适先生说：为学的意义，在于“研究问题，输入学理，整理国故，再造文明”。司马迁也说：“虽不能至，然心向往之。”经济刑法的理论博大精深，中外刑法规范内容更纷繁复杂，

① Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 375, 601, 851; Strafrecht AT II, 3. Aufl., C. H. Beck, 2003, S. 106, 335, 799.

② Kindhäuser, § 263 NK II, 3. Aufl., Nomo, 2010, S. 1688 – 1689.