

破产程序中涉刑债权成立和清偿的认定

——以A公司破产清算案为视角

帅 欣

西南科技大学法学院，四川 绵阳

收稿日期：2023年7月31日；录用日期：2023年8月8日；发布日期：2023年11月7日

摘 要

刑破交叉下，同一笔借款在不同法律关系中偿还主体不同的，自然人犯罪主体的个人犯罪意志不能否定作为特定合同相对人的法人主体。缓和的违法一元论下，借贷合同不具有刑事违法性，依照民事法律规定认定为未生效合同，借款人因违反报批义务应承担违约责任。借贷合同涉嫌刑事犯罪，必然产生不同程序交叉救济的问题，确定债权清偿办法之前需要厘清不同救济程序之间的关系，以避免重复清偿，刑事追缴退赔与破产债权救济具有互补关系，不应互相排斥。债权成立的实质落脚点在清偿办法，集资参与人应从刑事程序中退还本金，同时基于涉罪合同违约性质以及维护社会稳定之考虑，债权人可向破产企业主张不在追缴退赔之列的利息利益。

关键词

涉刑债权，债权成立，债权清偿，非法吸收公众存款罪

The Determination of the Establishment and Liquidation of Criminal Claims in Bankruptcy Proceedings

—From the Perspective of A Company Bankruptcy Liquidation Case

Xin Shuai

School of Law, Southwest University of Science and Technology, Mianyang Sichuan

Received: Jul. 31st, 2023; accepted: Aug. 8th, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

Under the intersection of criminal law and bankruptcy law, the same loan has different repayment

文章引用：帅欣. 破产程序中涉刑债权成立和清偿的认定[J]. 法学, 2023, 11(6): 4953-4964.

DOI: 10.12677/ojls.2023.116709

subjects in different legal relationships. The individual criminal will of the natural person's criminal subject cannot deny the legal person subject as a specific contract counterpart. Under the monism of mitigating illegality, the loan contract does not have criminal illegality. According to the provisions of civil law, it is deemed to be a non-effective contract, and the borrower shall be liable for breach of contract due to violation of the obligation of approval. The loan contract is suspected of a criminal offence, which will inevitably lead to the problem of cross-relief of different procedures. Before determining the method of creditor's rights settlement, it is necessary to clarify the relationship between different relief procedures in order to avoid repeated liquidation. Criminal recovery and bankruptcy creditor's rights relief are complementary and should not be mutually exclusive. The essence of the establishment of the creditor's rights is the settlement method. The fund-raising participants should return the principal from the criminal procedure. At the same time, based on the nature of the breach of the contract and the maintenance of social stability, the creditor can claim the interest that is not included in the recovery of the compensation to the bankrupt enterprise.

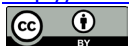
Keywords

Criminal Creditor's Rights, Establishment of Creditor's Rights, Repayment of Creditor's Rights, Crime of Illegally Absorbing Public Deposits

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

非法集资案件常引起刑民交叉问题，当公司涉刑事犯罪进入破产程序后，该问题更为凸显。本文研讨的这一问题的由某公司破产清算和刑事犯罪相纠葛产生：A 公司法定代表人借资金周转为由，以 A 公司名义与多人签订借款合同并约定高额利息回报。A 公司逾期未能偿还借款，部分出借人相继提起民事诉讼，民事判决认定这部分出借人与 A 公司之间的借贷关系，并判决 A 公司负有偿还本金和利息的义务。因以上非法集资行为，A 公司法定代表人被判处非法吸收公众存款罪，上述提起民事判决的债权人因借款属于集资款项，被列入非法吸收公众存款罪的退赔名单。A 公司法定代表人在缓刑期间意外死亡，随后 A 公司无力继续营业，因资不抵债进入破产程序。以上案例中，民事判决已经认定民间借贷主体为 A 公司，刑事判决又基于同一借款事实认定犯罪主体为自然人，同一笔借款在民事上属于公司债务、在刑事上又属于自然人犯罪所得，不仅涉罪借款合同效力存在争议，债权主体也不甚明晰。当出借人向破产管理人申请债权，破产管理人首先需要对债权人资格进行审查，属于破产债权的，还需确定清偿数额以及清偿办法。集资案件刑民交叉乃至刑破交叉的情形下，涉罪合同效力和债权人资格审查，都是较为常见但又没有达成一致结论的问题，破产债权成立的结果不同，势必在生效民事判决既判力、刑事追缴退赔程序以及破产清偿程序等方方面面，导致认定被害人经济损失的冲突。为尝试解决本案涉及的问题，笔者拟以破产管理人审查非法吸收公众存款罪破产债权的视角，从债权成立和债权清偿两方面，反思现行做法的问题并提出解决问题的办法。

2. 涉刑债权成立的审查

A 公司进入破产程序后，出借人申报债权主张权利的，破产管理人应对所申报债权进行审查，债权审查的实质内容包括债权主体资格审查以及债权性质和数额审查。首先是对债权主体资格的审查，即审

查破产债权是否成立,属于A公司债权的,才能纳入破产债权。前述案例情况下,影响破产债权成立的审查内容包括:债权人适格的审查和涉罪合同效力的审查。

2.1. 债权人适格的审查

一般来说,借款人作为民间借贷关系的主体应该也是非法吸收公众存款罪的犯罪主体,合同的相对性决定了借贷主体的特定性,但刑法不仅将自然人规定为犯罪主体,而且将单位规定为部分犯罪主体,非法吸收公众存款罪则属其中一例。同一借贷事实下,民事借贷主体为公司的,刑事犯罪主体可以是自然人。民事主体和犯罪主体不一致的情形下,自然人犯罪主体的成立能不能否定借贷合同法人主体的资格呢?笔者认为不能,主要存在以下几点理由:

首先,从已经生效的民事判决来看,生效判决具有稳定性,判决一经生效不得随意变更或撤销,如果判决确有错误,必须提起审判监督程序予以变更或撤销。出借人签订借贷合同的相对人为破产企业,不存在事实和法律方面的错误,不符合提起审判监督程序的条件。即使借款归于法定代表人个人使用,未真正投入企业生产,但借款是以企业名义签订的,依据《民法典》61条第2款之规定,其法律后果由企业承受。案例中A公司的法定代表人借款时明确表示借款用于公司资金周转,并在借条上加盖公章,作为出借人,不知道也不应当知道借款人没有将借款用于公司经营,并且也不存在出借人和法定代表人恶意串通借款事实,以损害公司利益为目的违法行为,借贷合同经法院判决已属有效,借贷主体应为公司法人。

其次,从法律行为性质来看,刑事法律规范对犯罪人行为性质的认定与对A公司作为民事主体在民间借贷行为性质认定并无一一对应关系。犯罪是法定代表人的个人意志,应由法定代表人个人承担刑事责任,而借贷合同系出借人与公司签订,依据合同相对性原则,其效力约束对象是出借人和公司。如中国农业银行股份有限公司诸暨市支行与浙江华普机械有限公司、金建女等金融借款合同纠纷一案¹,浙江省绍兴市中级人民法院认为:华普公司与农行诸暨支行签订的商业汇票银行承兑合同是普通商事合同,案涉承兑汇票款项系担保人以骗取票据承兑的方式获取,关联刑事判决依据刑事法律规范所作事实认定,是为了查明被告人的罪名是否成立及应当对被告人处以何种刑罚,其对被告人行为性质的认定与对被告人作为商事主体在商事纠纷中的行为性质认定并无一一对应的关系。因此,生效刑事判决认定担保人是借华普公司之名向农行诸暨支行申请票据承兑,体现的是担保人的个人意志,而非华普公司的单位意志,应追究担保人个人的刑事责任。涉案商业汇票银行承兑合同由华普公司与农行诸暨支行签订,虽生效刑事判决认定担保人借用华普公司之名实施犯罪行为,但并不能就此突破合同相对性原则,担保人与华普公司是独立的民事主体,受合同约束的仍是华普公司而非担保人。引言案例中,出借人和A公司均是合格的民事主体,刑事判决认定法定代表人个人的行为构成刑事犯罪,A公司未构成单位犯罪被追究刑事责任,出借人的民间借贷合同系与A公司签订,应受法律保护。

最后,从意思表示来看,单独虚假意思表示不能否定合同的效力,更不能否定合同主体的特定性。以意思表示双方虚假意思的数量为标准,可以分为单独虚假意思与通谋虚假意思。前者指意思表示的双方中只有一方作出的意思表示是虚假的,另一方的意思表示则真实的符合双方合意;后者指符合《民法典》第146条规定的情况,一方基于虚假的意思表示,另一方对此明知且同意,而达成的不具有效果意思的民事法律关系[1]。前款同时规定,基于通谋虚假意思表示达成的合同不具有法律效力,但法律没有否定基于单独虚假意思表示达成的合同效力。在非法吸收公众存款借贷关系中,借款人明知自己没有吸收公众存款的资格,同时该行为会扰乱市场经济秩序,基于此种意思与出借人签订借贷合同,应属单独虚假的意思表示。虽然不可否认出借一方也具有积极参与非法集资的行为,但就借款的意思来说,其所追求的效果意思是获得高额回报,而不是吸收资金扰乱市场经济秩序,否则出借人属于共同犯罪人而不

¹ 中国农业银行股份有限公司诸暨市支行与浙江华普机械有限公司借款合同纠纷一案,浙江省绍兴市中级人民法院(2018)浙06民再54号民事判决书。

是集资参与人。单独虚假的意思表示不能否定借贷合同的效力，更不能因自然人犯罪主体的个人犯罪意志否定作为特定合同相对人的法人意思。

2.2. 涉罪合同效力的审查

2.2.1. 合同效力与刑事违法的关联

非法吸收公众存款行为与借贷合同行为交叉时，关于借贷合同的效力，学界与实务界有以下三种观点。第一种观点认为，合同涉罪情况下，由于非法吸收公众存款行为的刑事违法性，双方形成的借贷合同因违反“法律、行政法规的强制性规定”，属于非法借贷关系，借贷合同不应受法律保护；^[2]第二种观点认为，借贷合同的效力不因非法吸收公众存款罪的成立而当然无效，主张依据为法释[2020] 17 号第12 条规定^[3]；第三种观点主张涉罪合同效力问题不能采取“一分为二”的做法，而应视合同签订时，出借人事先是否“明知”借款的非法性来划分合同效力，出借人“明知”的合同无效，出借人“不知”的合同有效^[4]。

司法实践中涉罪合同无效一直是主流观点，该观点认为非法吸收公众存款罪的行为方式表现为面向公众吸收资金，这些单个借贷行为构成了整体的犯罪行为，单个借款行为也因违反“违反强制性规定”而具有刑事违法性，民间借贷合同因此无效，“违反强制性规定的法律行为无效”成为公法规范引入合同效力的评价“管道”^[5]。传统裁判思路基于犯罪行为的刑事违法性，认为在非法吸收公众存款的过程中，双方形成的借贷关系无效，一方面是因为违法借贷行为不受法律保护符合人们的价值认知，另一方面是为了民刑法律对同一事实的认定结果保持一致。这实际上是出于维护法秩序统一性的考虑，“所谓法秩序的统一性，是指由宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾，更为准确地说，这些个别法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。”^[6]诚然，法律评价体系的协调有助于法律效果和社会效果的统一，也是法律适用过程中应当考虑的问题，但一味追求法秩序的统一，会导致民、刑之间的界限模糊不清，削弱部门法规制不同行为的独立性和专门性，并且为了体系的一致性使民法迎合刑法的评价的做法，加深了民刑部门法之间的冲突。由此引起的思考是：民法上的评价是否需要与刑法上的评价保持一致？具体到涉罪合同效力问题，刑法上非法吸收公众存款罪借贷行为的违法性，是否应当得到所有法律部门的一致性评价？

2.2.2. 合同效力与刑事违法的分离

针对以上问题，存在刑事违法性判断在法秩序统一视野下的争议。起初提出的是严格的违法一元论，该说以法秩序的统一为基础，认为“刑法上被评价为违法的行为，民法等其他法领域需做统一的违法理解，刑法以外的法领域评价为违法，刑法也当然地做与其他法领域统一的违法理解”^[7]。按照这一观点，非法吸收公众存款行为被刑法评价为违法行为，作为其表现行为的借贷行为也因违法而无效。然而，在民法上或其他部门法中被认为违法的行为，在刑法上也认定为犯罪的观点，显然违背了刑法的谦抑性原理。刑法的谦抑性认为，能用民法或其他部门法解决的争议，就无需运用刑事手段以防止刑罚的滥用，民事违法并不需要与刑事违法作统一理解。严格的违法一元论要求民事与刑事违法性绝对一致的观点，现已成为少数说。

对严格的违法一元论的批判和继承，出现了缓和的违法一元论。缓和的违法一元论继承法秩序统一性的同时，提出“一般的违法性”在“质”上统一和“可罚的违法性”在“量”上区别的主张。符合构成要件的行为，不具有正当化事由的，可被判定为具有刑事违法性，在刑事上具有违法性的行为在民事上也具有违法性，此种违法的一致性属于一般的违法，是在“质”上的统一；可罚的违法性理论衡量行为可罚性的标准为：“量”是否未达到了值得刑法处罚的程度，若未达到值得刑法科处的“量”，则阻却了刑事不法，该行为是民事意义上的违法，由民事规范调整，只有当该行为的“量”达到值得刑法科

处的程度,才被认为是犯罪行为,是在刑事意义上的违法。这一观点暗合了吴国军案[8]中犯罪行为与合同行为区分的主张,该主张认为单个借贷合同引起的是民事法律事实,而不是整体的刑事犯罪,非法吸收公众存款的罪是数个“向不特定人借款”行为的总和,有一个从量变到质变的过程。根据缓和的违法一元论,单个借贷行为由于不具有“量”上可罚的违法性,而不具有刑事违法性,更不可能被认为是犯罪,一个不具有刑事违法性的借贷行为当然也不能因为“违反强制性规定”而无效。缓和的违法一元论从可罚的违法性的角度,纠正借贷合同因刑事违法性而无效的错误,打破了连接合同效力 and 刑事违法之间“违反强制性规定的法律行为无效”的通道,阻却了民事评价附属刑事评价的制约。但在“质”的统一下,单个借贷行为具有“一般的违法性”,前置性的判断属于民事违法行为,但“法律行为效力与违法性评价不具有关联性”[9],不能根据法律行为是否违法,来确定法律行为的效力。例如,通过欺诈订立的合同,欺诈手段是违法行为,但该合同属于可撤销的合同而不是无效合同,民法是通过行为的效力评价来确定行为的权利属性,而不是违法性。因此,即使承认缓和一元论下单个借贷合同的民事违法性,也不能否定合同的效力,合同的效力还是应该依据民事法律规范来判断。

2.2.3. 涉罪合同效力判定的民事回归

合同效力的生成具有一个过程性状态,其起点状态为合同成立、终局状态为合同生效,除此之外民法还规定了一些中间状态,如合同成立但未生效的情形。合同成立必须具备相应条件,此条件一旦达成便具有法律上的约束力,而生效合同除具有法律约束力外,还实际发生了当事人所追求的法律效力。一般来说,合同成立则意味着合同生效,但在特殊情况下,成立的有效合同却达不到实际履行的效力,例如当事人就合同发生效力约定了条件或者期限,再如法律、行政法规规定合同只有经过行政部门审批才能发生效力。缓和的违法一元论下,否定了单个借贷合同的刑事违法性,揭开非法吸收公众存款罪的违法外衣,单个借贷合同实际上是借款人未经国家有关部门审批,在不具有市场准入借款资格的情况下,与出借人签订的民间借贷合同。期限届满、条件成就之前,法律已规定附条件和附期限的合同为未生效合同,自不必说。对于需经有关部门批准才具备资格为一定行为的,合同审批前效力状态如何,在实践和理论中存在一定理解难度。由于签订合同的特定主体资格须经行政审批才能生效亦属法律、行政法规的强制性规定,不少以合同当事人未办理审批手续为由,主张合同行为违反法律、行政法规的强制性规定,认定未经批准的合同为无效合同。这种做法显然是没有区分合同效力状态,将合同生效要件作为合同有效要件判断。作为行为有效的要件,民事法律行为必须遵守法律、行政法规的强制性规定,否则行为无效,这一点当然没有问题,但不等同于未办理审批手续签订的合同就是无效行为,尽管合同须经批准也属于法律、行政法规的强制性规定,但既然法律已将审批作为特别生效要件,自应适用《民法典》第502条的规定,认定未办理批准手续的合同为未生效合同,而非无效合同[10]。

分离刑事违法性后,单个借贷合同实际是未经行政审批特殊主体资格的未生效合同,但未生效合同的法律效果究竟为何,需要进一步讨论。与无效合同相比,未生效的合同作为已经依法成立的合同,根据《民法典》第119条和第465条第1款规定“具有法律约束力”且“应受法律保护”。所谓法律约束力,是指民事法律规定的各种权利和义务的强制力和约束力,也就是法律规定当事人必须遵守并承担相应的法律责任。从《民法典》具体规定来看,首先表现为第136条第2款规定的不得私自变更或解除民事法律行为条款,即使合同未生效,也不允许没有获得对方同意或者依据法律规定变更或解除合同;其次表现为第502条第2款规定的报批义务条款,在合同经过审批机关批准之前,合同处于未生效状态,但报批等义务仍然具有效力,如果申请批准等手续的当事人未按规定履行义务,另一方有权要求其承担违约责任。此外,未生效合同由于处于合同效力不完满的状态,还不具有当事人按照合同约定全面履行合同义务以及附随义务的效力,因此“合同未生效并非指合同不具有任何法律约束力,而仅指合同不具有履行效力”[11]。合同未生效不是一个终局性的效力形态,还会根据生效要件的成就与否发展变化,非

法吸收公众存款借贷合同关系的语境下，生效要件指的是借款人的报批义务。

问题是，当事人如果违反报批义务，特别是在无法报批的情况下，应该承担什么样的责任？非法吸收公众存款罪中的借贷合同虽属于未履行报批义务的合同，但合同不可能再去报批了，出借人应当承担违反报批义务的后果。立法中对于报批条款的效力、违反报批义务是否应承担民事责任等问题，存在一个发展过程。首先《合同法解释二》(已失效)第8条试图提出解决办法，将违反报批义务的行为界定为“其他违背诚实信用原则的行为”，并据此规定对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。该规定的赔偿责任似属缔约过失责任，在范围上比违约责任的要小很多，不足以让恶意违约者付出应有的代价，其打完“两害相权取其轻”的算盘后，可能仍然会选择不履行报批义务^[12]。此后，法释[2020]18号第1条规定，请求确认未经批准的合同无效的，人民不予支持，这一规定明确了外商投资企业订立为批准合同的效力，同时第6条也规定了，不履行报批义务的，人民法院应支持受让方请求解除合同并获得损失赔偿。该规定明显采用了违约责任思路，该思路现已被《民法典》第502条第2款采纳。因此，当事人未遵守报批义务所引发的责任应属于违约责任。

3. 涉刑债权救济的程序

由于借贷合同涉嫌刑事犯罪，必然产生不同程序交叉救济的问题，债权清偿审查之前需要厘清救济程序之间的关系，识别能否进入破产程序，以避免重复清偿。

3.1. 互斥：追缴退赔排斥附带民事诉讼

追缴退赔和附带民事诉讼是犯罪损害赔偿的两种救济手段，前者主要针对财产犯罪中的财产损失，后者主要针对人身犯罪中的物质损失。根据《刑法》第64条、《刑事诉讼法解释》第176条、高检会[2019]2号第10条第2款以及法[2013]229号批复，在非法吸收公众存款罪中，对于集资参与人的财产损失，一般通过追缴或责令退赔等方式返还集资参与人，由于其损失通过刑事程序得到被告人的赔偿，在此情况下，一般不能再提起附带民事诉讼。

但追缴退赔往往不能实现对被害人财产损失的弥补。一方面，追缴退赔的范围是被害人的直接物质损失²，不包括原有财物所产生的利息、折旧以及精神损失；另一方面，集资参与人的财物成为集资款项后被转移、贬值、毁损等原因，追缴或责令退赔常常不足以弥补被害人损失。民事诉讼作为一种行之有效的救济方式，间接损失以及追缴退赔不足的部分，均属于因犯罪行为导致被害人产生经济损失的民事救济范围，被害人可以要求犯罪嫌疑人或被告人承担赔偿责任，以弥补其因犯罪行为遭受的经济损失，但前述条文的规定使刑事追缴退赔和附带民事诉讼互斥，被害人无法在刑事程序中通过附民诉讼主张权利，至于被害人能否另行主张其他民事救济，法律规定模糊不清，在适用过程中存在争议。

3.2. 中立：法律未否定追缴退赔之外的其他民事救济

在保护债权人的利益范围内，破产程序也是一种民事救济，已经在刑事程序中判决追缴退赔的，是否能替代集资参与人在破产程序中主张债权权利，追缴退赔排斥附带民事诉讼是否也排斥其他民事救济？

首先，从权利主张对象上看，追缴或责令退赔对象不只包括被告人，还包括担保人。法释[2020]17号第8条规定，担保人在承担保证责任时，承诺为借款人的债务履行担保责任，若因借款人涉嫌或被认定犯罪导致债务不能履行，则担保人需要承担相应的责任。因此，出借人为了保障自身的权益，可以向担保人起诉追偿，人民法院应对此类案件进行审理。例如在王龙、江传胜民间借贷纠纷再审一案³中，

²最高人民法院执行局：《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》，中国法制出版2017版。

³王龙、江传胜民间借贷纠纷再审一案，中华人民共和国最高人民法院(2021)最高法民申1294号民事裁定书。

最高人民法院认为，主债务人涉嫌非法吸收公众存款罪的，出借人对担保人提起诉讼的，不影响法院受理。出借人并非起诉借款人而是起诉保证人承担保证责任，故即使存在借款公司涉嫌非法吸收公众存款罪的情形，出借人提起诉讼，人民法院应当进行审理。

其次，从参与涉案财产处置的程序上看，集资参与人具有涉案财产执行异议权、提起审判监督权和处置建议权。法释[2014] 13 号第 14 条规定，集资参与人可以通过提起执行异议之诉来阻止违法执行，维护自己的合法权益。在执行异议之诉中，集资参与人提供证据证明执行行为违反法律规定的，人民法院应依据相关法律规定和证据判定是否需要确认或撤销执行行为，法院确认执行行为违法的，执行机关需要对错误执行行为承担相应法律责任，并对集资参与人造成的损失进行赔偿。上述解释第 15 条规定，涉案财物未被认定为赃款赃物的，被害人可以先向执行法院提出书面异议，执行法院有权根据相关法律规定对异议进行审查，并根据审查结果作出是否属于赃款赃物的裁定。如果执行法院作出的裁定不能满足被害人的诉求，异议人可以通过审判监督程序向上一级法院提起申诉，请求该法院复查执行法院作出的裁定，并作出新的裁定。高检会[2019] 2 号第 10 条第 2 款除规定集资参与人不得提起附带民事诉讼外，同时强调了依法保障集资参与人的合法权利，集资参与人可以推选代表人向人民法院提出相关意见和建议；对于涉及多人参与的集资案件，如果无法推选出代表人，人民法院可以指定代表人出庭参加诉讼。指定代表人时，人民法院应当考虑代表人的认识能力、实际利益以及代表意愿等因素，确保代表人能够有效维护被代表人的合法权益。此外，对于重大案件和有关社会公共利益的案件，人民法院应当适当扩大集资参与人代表人的参与范围，充分听取其意见，以保障法律公正性和社会公众利益。

最后，在集资案件中，被害人或者利益关系人未能在刑事裁判中获得赔偿处理的，可以通过申请破产债权赔偿损失，那么基于财产利益损失是由非法行为导致的考虑，经济赔偿数额不足以弥补其损失，也可以通过破产程序受偿。根据最高人民法院发出的[2008] 104 号答复，对于集资案件中的违法所得，如果法院未对罪犯作出追缴或责令退赔的处理决定，集资利害关系人可以申报债权，管理人应当接受其申报。所谓未在刑事裁判中追缴退赔的，首先指的是财产属于犯罪违法所得，其次是犯罪违法所得的财产未能在刑事程序中受偿，对未能参与追缴退赔集资参与人破产债权的认可，本身就包含了未从刑事追缴退赔程序中受偿的债权人，其未偿债权可以通过其他民事救济程序的意思。

3.3. 互补：追缴退赔与破产救济兼容

3.3.1. 追缴退赔是民事救济的实现方式

追缴退赔作为刑事程序中的一部分，是一种追缴被告人犯罪所得退还被害人合法财产的强制方法。同时，司法机关可以适用追缴退赔的手段，救济被害人因犯罪损害造成的财产损失。综合来看，司法机关适用追缴措施，不仅是程序性事项，在一定程度上能够维护被害人的实体利益^[13]。追缴退赔作为民事救济的实现方式，至少有以下三个特点：从性质上看，追缴退赔不是刑罚方式，而是一种非刑罚的强制措施，其法律目的在于弥补和赔偿犯罪行为的损害；从对象上看，责令退赔针对的是原物被转让或因案外人的侵权或损坏而灭失的情况，适用对象为犯罪人的合法财产，与民事救济的财产对象具有一致性；从追缴退赔制度的目的上看，追缴退赔是为了弥补被害人财产损失，减轻犯罪人对被害人的损害。故追缴退赔虽以刑法规范“面目”出现，究其本质仍是一种民事救济实现方式^[14]，二者不是非此即彼的关系，而具有一定共通性。

3.3.2. 破产救济弥补涉案财产管理的效率

涉案财产价值最大化的程度，不仅影响犯罪人的定罪量刑，而且有利于修复被害人因犯罪行为带来的损害，因为涉案财产价值最大化程度越高，被害人完全受偿的可能性就越大，被告人的刑责相应也越轻。影响定罪量刑表现在，法释[2022] 5 号第 3 条规定，非法吸收存款的数额应当达到法定标准，超过这

个标准的数额才会构成犯罪，同时，给存款人造成的直接经济损失也是非常重要的入罪判断依据，该解释第6条第1款规定的积极退赃退赔和法释[2021]1号规定的赔偿被害人物质损失情况，是确定犯罪人悔罪表现，量刑时予以考虑的因素范围；利于修复损害表现在，涉案财产价值能完全覆盖被害人损失具有最好的修复效果，否则也要使涉案财产价值最大化尽可能偿还被害人，因此对涉案财产的管理尤为重要，好的管理不仅能使财产保值还能使财产实现增值，从而有利于最大程度弥补损害。刑事诉讼程序中缺乏有效的管理措施，进入刑事程序后，一般采取查封、扣押、冻结的方式固定涉案财产价值，一方面这些措施对财产的保护局限于避免被转让和灭失，另一方面措施实施的时间越长，财产价值也会因损坏、久置不用等原因而贬值。从破产程序的规定和实践来看，破产程序不仅有尽可能最大化财产价值的评估变价处置方式，而且处置财产作为破产程序的专门环节，其实施效率与实施效果也优于刑事财产处置，同时法释[2002]23号第33条规定，涉案企业在进入破产程序后，为债权人利益可以继续经营营利，创造收益。比起刑事程序中重处置倾向，破产程序重管理的方式更有利实现涉案财产价值的最大化。

3.3.3. 破产救济完善涉案财产分配程序

根据法释[2014]13号第13条规定，当被害人获得赔偿后，其他民事债务才会执行，前文也指出责令退赔的范围只包括被害人的直接损失，可以理解为刑事退赔首先具有偿还顺序上的优先性，其次是民事责任承担的不完整性。而根据《破产法》113条破产清偿顺序的规定，普通破产债权具有一般债权的平等性，若无优先受偿情况(如担保债权)，可平等受偿破产财产，并且偿还范围除本金外，还包括利息和其他损失。法释[2002]23号第98条还规定，破产程序终结后，发现破产人有应当供分配的相关财产，应当追加分配。如果被害人在第一次执行终结后发现其他可供执行财产，刑事诉讼法和及相关司法解释未赋予被害人向执行裁定所在地人民法院申请恢复执行的权利，追缴退赔措施又与附带民事诉讼相斥，使得追缴违法所得沦为空谈[15]。综上，破产程序至少能从清偿顺序、清偿范围、追加分配三个方面完善刑事涉案财产处置方面的不足。

4. 涉刑债权清偿的审查

涉罪合同效力为未生效合同的判定、刑事财产处置和破产救济的互补关系，从实体和程序两个方面证成了涉刑债权的成立，债权成立后的实质落脚点仍在如何清偿。刑破交叉视域下，追缴退赔和债务清偿成为债权人实现债权的保障，前者所认定的损失额一般是从本金中扣除债权人已经获取的所有钱款，剩余金额即为损失额，后者确认的债权金额包括本金加上符合法律规定限额内的利息，再扣除掉债权人已经获取的所有钱款。因此，债权人的损失通过何种办法清偿，直接影响债权人的损失如何实现，理论界和实务界对此问题形成了不同观点。

4.1. 清偿办法观点展示及评析

4.1.1. 观点一：刑事退赔排斥破产清偿

刑事退赔排斥破产清偿，是指在刑事程序中实现损害赔偿，不再另行通过破产程序进行债权清偿。主要包括以下两种观点：

第一，提起审判监督程序撤销原民事判决。破产程序中比较复杂的情况，在于民事诉讼先于刑事诉讼发生，已经生效的民事裁判确定债务人的赔偿数额一般包括了本金和利息损失，同时债权人也被列入刑事退赔名单，并且均未执行终结或执行完毕。进入破产程序后，基于“先刑后民”的处理模式，对尚未执行终结的民事案件提起审判监督程序，未全部偿还的本金并入刑事诉讼中退赔。比如，“北京碧溪广场案”1000余件生效的民事判决，在该案的刑事判决生效后，相关法院陆续提起审判监督程序，试图撤销原来的民事判决[16]。从法理上分析，提起审判监督程序撤销原民事判决的处理符合程序，但大量撤

销已生效的民事判决，必然严重损害司法公信力和权威性，造成民众对公权机关的不信任。任何判决除了需要完成一定程序，更重要的是对实体权利作出了处理，如果仅仅是为了程序衔接方便就撤销生效判决，有违法院定分止争的审判职能。

第二，在刑事诉讼中作为集资参与人参与退赔，还本退息。涉罪借款合同中的出借人在刑事退赔中作为集资参与人确定本金损失，同时根据公通字[2014] 16 号第 5 条第 1 款之规定，应当扣减出借人通过生效民事判决执行而来的赔偿，以折抵本金。该观点否定了集资参与人通过民事责任获赔的权利，这与对集资参与人非纯粹受害人的认识有关。从个案和短期来看，对追缴的集资款不予发还，对于集资参与人的利益虽有影响，但从总体和长远来看，有利于遏制非法集资案件的发生，对社会整体更加有利[17]。不可否认，集资参与人具有两面性，既有非法吸收存款造成经济损失被害人的一面，也有积极参与违法行为投机者的一面。但在经济生活中，一定限度的风险换来高额回报的投机交易，本就对经济市场主体充满吸引力，同时促进市场更具活力，刑法对经济生活的回应，法律逻辑必须考虑到交易的多重动机和各种利益的投入和获得，不能以局限性的思维来规定投机，否则将会给经济领域带来不利影响。我们需要深入理解交易的多样性和复杂性，并建立灵活的法律规范来保障企业和个人的交易自由，并促进社会和经济的长期稳定发展[18]。

4.1.2. 观点二：区分集资财产能否特定化

此路径下，涉案赃款、赃物与破产企业责任财产未高度混同、可以相互区分的，受害人就该部分特定化财产直接受偿，若财产无法区分和剥离的，被害人通过破产债权申报，与其他债权人一起受偿[19]。将涉案财物特定化区分受偿的观点，明显是有意识的区分了犯罪所得和责任财产的性质，犯罪所得由于不属于破产企业财产，不应混入破产财产统一清偿，但另一方面，特定化清偿的观点又认为，在不能区分财产的情况下，将集资参与人作为一般债权人纳入破产程序受偿，这实际上是将犯罪所得和责任财产的区分标准放在能否特定化上，据此来确定清偿办法。如果犯罪所得和责任财产仅仅是用能否特定化来区分，那么非法吸收公众存款罪下，此清偿办法将形同虚设，因为非法吸收公众存款罪是以多个民间借贷为聚合而成的犯罪，钱作为合同的标的物亦是种类物，无法区别特定化，再加上企业人格混同、关联企业财产混同等情况，涉案财产的流向不明，更难使其特定化。

4.1.3. 观点三：集资参与人作为一般债权人直接纳入破产程序受偿。

更有观点认为，无论涉案财产能否特定化，直接将集资参与人作为一般债权人纳入破产程序受偿，不必为刑事追赃留有余地。相比观点二区分了犯罪所得和责任财产的差别，只是在区分标准上仍待商榷，该观点则否认了犯罪所得和责任财产的区别，认为违法所得与破产责任财产难以区分，集资参与人没有退赔优先权，与普通债权人享有相同的清偿顺序。该观点认为，以“合法”为限难以区分责任财产的范围，一是因为“合法”不是一个明确概念，需要通过涉案财产特定化来把握，如前文所述，金钱种类物的特性决定了涉案财产难以特定化；二是因为“合法”概念具有一定弹性空间，“合法财产”的外延并非一成不变地被固化为“合法生产经营而来的财产”，而往往也包含了经过资产混同的，原本看上去不那么纯粹的合法财产[20]。虽然界限分明的区分有助于识别应偿财产的不同性质，但是不能因为区分困难或者财产混同明显就理所应当纳入破产中受偿，区分财产的目的是为了公平清偿，不能有效区分财产进而统一受偿的做法本末倒置。首先，共同纳入破产程序的做法无益于实现集资参与人和其他债权人的公平受偿，因为单位犯罪实行双罚制，任何单位和自然人从犯罪行为中获利均要追缴，而由于担保债权优先性、资不抵债以及企业注销等原因，破产债权可能无法得到履行，共同清偿实际上是用追缴退赔的钱偿还企业债务；其次，破产法并没有规定管理人处置破产资产之外财产的程序，将刑事退赔纳入破产程序必然要求管理人共同处置破产财产和涉案财产，随之而来的是如何保障集资参与人在财产处置程序中

的权利，如财产变价表决权、财产分配表决权等。将集资参与人不加区分的直接纳入破产程序受偿，未考虑犯罪所得和破产财产的不同性质，同时也没有后续程序作为实现保障。

4.2. 本文观点及理由阐述

以上观点争议焦点为：集资参与人的本金通过何种程序退赔以及是否将利息计入债权总额。该争议产生原因在于，对集资参与人过错认识不同以及是否对犯罪所得和责任财产进行区分而产生了不同的清偿办法，笔者针对这两个问题阐述本文观点及理由，拟提出相应清偿办法。

4.2.1. 集资参与人过错的定位

关于集资参与人的定位，理论上既有肯定被害人的，也有以是否遭受财产损失作为区分标准认定被害人的，还有认定为证人的，甚至有认定为帮助犯的。如观点一所述，影响集资参与人是否具有被害人地位、是否享有被害人的权利和义务、是否应对损失的发生承担一定责任等问题，正是因为集资参与人的两面性。集资参与人在整个非法集资活动中兼具犯罪催化与损害承受的双重身份，使得集资参与人对损害结果的发生也要承担一定的责任，从而否定了集资参与人通过民事责任获赔的权利。但集资参与人的过错能排除民事上的权利救济吗？这一点值得商榷。

首先，需要对集资参与人过错进行犯罪构成要件定位。非法集资案件中，集资参与人大多出于获取高额利息回报的目的参与集资，即使出于其他目的和动机，其过错也可概括为“积极参与”非法集资行为。非法吸收公众存款罪作为比较特殊的互动性犯罪，相比于集资诈骗罪，集资参与人主动性更强，但这种参与性是由犯罪行为本身决定的。从非法吸收公众存款罪的行为方式来看，吸收或者变相吸收公众存款是行为的核心，被告人作为吸收方向集资参与人吸收资金，必然要求集资参与人一定程度的积极参与。因此集资参与人的参与行为作为犯罪认定中评价要素的案件事实，已经在犯罪要件的符合性中进行评价，若再将集资参与人的过错作为违法或者责任评价要件，从而否定民事责任的，属于重复评价，而禁止重复评价原则要求，对于构成犯罪要件的要素，不得予以重复审查。

其次，需要对集资参与人的过错和民事责任关系进行定位。既然集资参与人的过错是犯罪行为要素范畴内的内容，是否能将集资参与人的过错行为作为免责事由免除被告人的民事责任呢？民事法律规范中规定受害人过错作为一种免责事由的，集中存在于侵权编，前文分析认为集资参与人与被告人之间单个民间借贷合同为未生效合同，也就是说集资参与人与被告人之间是合同关系而不是侵权关系，过错免责适用的民事法律关系前提就不存在。即使在合同关系中存在合同一方过错导致合同目的不能实现的，过错一方应当承担违约责任的规定，但这里过错的一方也指的是非法吸收公众存款的被告人，而不是集资参与人。至于集资参与人的过错是否也会导致合同目的不能实现，致使集资参与人承担违约责任的，笔者认为恰恰相反，集资参与人在刑事关系中表现为积极参与投入资金的行为，在民事关系中却是积极履行借款合同义务的行为，因此在合同关系中也不存在基于集资参与人过错而免除被告人民事责任的理由。

4.2.2. 犯罪所得和责任财产的区分

责任财产是指破产企业用以承担清偿责任的全部财产，其范围包括动产、不动产、无形财产权益还包括破产企业对第三人享有的债权。进入破产程序后，破产企业应当以其全部财产对破产债务承担责任，除以上财产范围外，破产企业与第三人形成债务关系而获得的财产，如犯罪所得，是否属于责任财产的范围？从财产权属关系来看，犯罪所得是通过非法手段获得的财产或收益，破产企业仅为占有状态，其所有权仍为集资参与人享有，根据《破产法》第38条的规定，集资参与人作为所有权人，可行使取回权取回该财产。这一点地方实践也做了相同回应，浙江省高级人民法院发布的浙高法民二[2013]7号会议纪

要在第 10 条规定了集资参与人的取回权。

犯罪所得不属于责任财产,也是基于“任何人不得因不法行为获益”理念。该理念下,假设破产企业的剩余全部财产均属犯罪所得,将剩余财产全部追缴返还被害人,看似对债权人不公,但这种损失并非实际损失,因为当破产企业剩余财产(没有犯罪因素影响)经营不善导致剩余财产为零时,债权人获得的清偿也为零。存在违法所得的情况对债权人进行分配,表面看似公平,实际上是用犯罪所得替犯罪人偿还债务,有违“任何人不得因不法行为获益”理念,破产企业应以责任财产负担风险,不得以犯罪所得偿还债务。考虑到债权人在企业不犯罪时和在企业犯罪且先追缴违法所得后进行破产分配时都无法得到清偿,因此破产程序恢复的是债权人应有的权益,不会损害合法财产,因此不应将犯罪所得纳入破产财产范围进行清偿,犯罪所得仍用于债权本金的清偿。

4.2.3. 按民间借贷规则调整债权数额

非法吸收公众存款罪通常是由一个一个借贷合同聚合而成的,本质上是借款法律关系,只不过因为涉及的人数、范围、金额、情节等受到了刑法的否定性评价构成犯罪。是依照刑事判决认定的追缴退赔额审查确认,还是应该根据民间借贷规则调整债权数额,成为确定债权数额时需要考虑的问题[21]。如前文所述,涉罪合同效力为未生效合同,其法律约束力表现为:合同任何一方不得擅自变更或解除合同,并且负有报批义务的一方应积极履行报批手续,未履行报批义务的一方给另一方带来损失的,应当承担违约责任。从这个角度来说,集资参与人与破产企业之间是借贷合同违约关系,其利息利益应当根据民间借贷规则进行调整。

当涉刑债权人数量较多时,用损失额确认债权金额可能会引起涉刑债权人的不满,因为这可能与普通民间借贷债权人的确认金额产生较大差距。为了保障所有债权人的公平权益,浙江纵横集团等六家公司的合并重整案[22]最终确定,非吸类债权确认金额应根据非吸损失额来计算本金,以债务人房地产项目停工时按月息 1.2% 计算至破产案件受理日。各省高级人民法院也表示应平衡涉刑民事合同的债权确认方法与民间借贷规则,以实现同等权利同等受偿,目前对涉刑民事合同效力的判断标准应以合同法为依据,按民间借贷规则进行债权额调整。如,四川省高级人民法院在《关于审理破产案件若干问题的解答》第 4 条第 13 款中也认可通常按民间借贷规则进行调整集资参与人债权额。

综上,对于涉刑债权,为了尽可能调解好各债权人之间的利益冲突,集资参与人应从刑事程序中退还本金,在充分与有关法院和政府沟通的情况下,破产管理人可采用参考民间借贷利息标准的方式,对利息进行统一调整。当然,在刑事程序中,如已追缴到相应财产并已从集资参与人进行赔偿,则在破产程序中扣减相关金额,以避免双重获益的情况发生。

参考文献

- [1] 李永军. 虚假意思表示之法律行为刍议——对于《民法总则》第 146 条及第 154 条的讨论[J]. 中国政法大学学报, 2017(4): 41-48.
- [2] 邬定伸. 非法吸收公众存款罪中民间借贷合同效力之探究[J]. 中国检察官, 2012(24): 22-24.
- [3] 沈芳君. 构成非法吸收公众存款罪的民间借贷及其担保合同效力[J]. 人民司法, 2010(22): 80.
- [4] 贾邦俊, 刘阳. 非法吸收公众存款罪下借款合同效力探析[J]. 西部法学评论, 2013(1): 44-49.
- [5] 孙鹏. 论违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项的理解与适用[J]. 法商研究, 2006, 23(5): 122-129.
- [6] [日]松宫孝明. 刑法总论讲义[M]. 钱叶六, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 81.
- [7] [日]木村龟二. 违法性の統一性の理論[J]. 法学セミナー, 1969(156): 48.
- [8] 吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案[J]. 中华人民共和国最

- 高人民法院公报, 2011(11): 45-48.
- [9] 蒋太珂. 除斥期间的刑法评价[J]. 政法论坛, 2020, 38(3): 139-150.
- [10] 吴光荣. 行政审批对合同效力的影响: 理论与实践[J]. 法学家, 2013(1): 98-114.
- [11] 崔建远, 吴光荣. 中国法语境下的合同效力: 理论与实践[J]. 法律适用, 2012(7): 9-14.
- [12] 汤文平. 批准(登记)生效合同、“申请义务”与“缔约过失”《合同法解释(二)》第8条评注[J]. 中外法学, 2011, 23(2): 337-356.
- [13] 程滔, 封利强, 俞亮. 刑事被害人诉权研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 256.
- [14] 邢会丽. 论刑民交叉案件中刑事退赔程序与民事执行程序的竞合[J]. 法律适用, 2019(21): 118-125.
- [15] 徐澍. 企业破产与刑事追缴退赔交叉问题研究[J]. 东北农业大学学报(社会科学版), 2020, 18(3): 43-50.
- [16] 彭新林. 非法集资犯罪司法疑难问题探讨[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020, 22(1): 81-92.
- [17] 李晓强. 关于非法集资犯罪的几个问题[J]. 山东社会科学, 2012(2): 126-129.
- [18] 时方. 非法集资犯罪中的被害人认定——兼论刑法对金融投机者的保护界限[J]. 政治与法律, 2017(11): 43-52.
- [19] 马更新. 界限与协同: 破产程序与刑事程序适用顺位辨析[J]. 北京联合大学学报(人文社会科学版), 2020, 18(1): 92-101.
- [20] 龙天鸣, 吴杰. 论破产程序中刑事追赃优先的非必然性——以A公司破产重整案为视角[J]. 辽宁大学学报(哲学社会科学版), 2021, 49(4): 103-115.
- [21] 吴一波. 破产案件中刑民交叉问题研究[J]. 运城学院学报, 2018, 36(2): 64-67.
- [22] 国浩律师(杭州)事务所. 论破产债权审核中刑民交叉问题的处理[EB/OL]. <http://www.hzlawyer.net/news/detail.php?id=8051>, 2013-07-30.