

非法集资类犯罪的立法反思与对策

○ 徐 昕¹, 黄艳好², 王万琼¹

(1. 北京理工大学 法学院, 北京 100081;

2. 北京理工大学 管理与经济学院, 北京 100081)

[摘 要]刑法严惩非法集资活动的预期设想与非法集资现象愈演愈烈的现实反差,值得反思。非法集资类犯罪的演变过程反映国家对非法集资活动持续加大管制的趋势。诸多饱受争议的非法集资案件暴露我国相关立法存在的种种缺陷。非法吸收公众存款罪的立法立场滞后,实践中扩张适用与“口袋化”趋势明显,在罪与非罪之间缺少缓冲机制。集资诈骗罪也存在不同程度的扩张适用,且刑罚过重。针对这些弊端,须转变立法理念,从正反两方面严格限缩非法吸收公众存款罪的适用,在条件成熟时实现除罪化;须对集资诈骗罪进行严格的限缩解释,废除死刑,并实现刑罚的轻刑化。同时,还应取消非法经营罪,规范非法集资类犯罪案件的财产处置程序,制订《民间借贷法》。

[关键词]非法集资类犯罪;立法演变;立法缺陷;立法建议

一、引 言

长期以来,民营企业的生存环境十分艰难,其中一个表现就是融资困难。一方面,企业发展需要资金的支持,但民营企业却很难从现有金融体系中获取资金,不得不自谋出路;另一方面,民间融资者常被冠上“非法集资”之名,遭受严厉打击,甚至因触犯集资诈骗罪而面临极刑。例如,2003年2月山西璞真事业集团董事长聂玉声因非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑10年;2003年3月四川成都新蓉新股份有限公司董事长田玉文因非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑

作者简介:徐昕(1970—),北京理工大学法学院教授、司法研究所主任;黄艳好(1984—),北京理工大学管理与经济学院博士研究生、司法研究所研究人员;王万琼(1972—),北京理工大学法学院博士研究生。

徒刑 11 年;2003 年 5 月河北徐水孙大午因非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑 3 年,缓刑 4 年;2004 年 11 月辽宁营口东华集团董事长汪振东因集资诈骗罪被判处死刑;2006 年 6 月亿霖木业集团负责人赵鹏运因非法经营罪被判处有期徒刑 15 年;2009 年 3 月浙江温州市乐清“会主”高秋荷因组织“经济互助会”高息吸纳会钱,以集资诈骗罪被判处死刑;2009 年 8 月浙江丽水市杜益敏因集资借新还旧积欠巨资,以集资诈骗罪被判处死刑;2010 年 4 月吉林海天实业有限责任公司董事长王希田因集资诈骗罪被判处死刑;2010 年 12 月黑龙江哈尔滨市英霞实业(集团)公司董事长焦英霞因集资诈骗罪被判处死刑;2012 年浙江东阳吴英通过 11 位亲友定向集资,以集资诈骗罪初判死刑,后在社会舆论的关注下改判死缓;2013 年湖南曾成杰与政府合作进行“三馆”建设,本有能力偿还借贷,却仍因集资诈骗罪被判处死刑。

上述案例只是非法集资类犯罪的一个缩影。事实上,近十年来我国对非法集资一直保持高压态势,对非法集资行为的惩治极为严厉。据 2013 年 11 月处置非法集资部际联席会议公布,2005 年以来,公安机关年均立非法集资案件 2000 多起,年均涉案金额 200 亿元左右;2008 年以来,共破案 1.6 万余起,挽回经济损失近 500 亿元。法院受理非法集资犯罪案件逐年上升,2011 年、2012 年受理案件分别为 1274 起、2223 件,上升约 79%;连续两年重刑率均超过 30%。^[1]刑法严惩非法集资活动的预期设想与非法集资现象愈演愈烈的现实之间形成的巨大反差,让我们不得不进行反思。上述不少饱受争议的非非法集资案件,如孙大午案、吴英案、曾成杰案等,不仅暴露了我国相关法律法规在规制非法集资活动中存在的种种问题,而且表明近年来非法集资类犯罪口袋化的趋势日益明显,由此导致民营企业的生存环境进一步恶化,直接影响了整个经济的健康发展。因此,如何改变立法和政策,有效区分合法集资行为、一般违法行为和犯罪行为,实现“口袋罪”的除罪化,保障惩治非法集资类犯罪的公平合理,并进一步推动经济财产犯罪领域的死刑废除,从而充分保障民营企业家的合法权益,促进我国朝着市场经济转型,这具有重大而迫切的现实意义。

本文旨在梳理非法集资类犯罪的现行法律和政策,基于犯罪构成的理论和司法实践,分析非法集资类犯罪认定和适用中存在的问题,并在此基础上参照域外经验,结合我国实际,最终提出既符合中国国情又切实可行的立法和政策建议。

二、非法集资类犯罪的立法演变与犯罪构成

非法集资并非现行刑法上的一个具体罪名,而是指一类犯罪行为。根据现行刑法和相关司法解释以及实践做法,刑法中涉及非法集资的罪名包括非法吸收公众存款罪;集资诈骗罪;欺诈发行股票、债券罪;擅自发行股票;公司、企业债券罪;擅自设立金融机构罪;组织、领导传销活动;非法经营罪等 7 个罪名。其中,擅自设立金融机构可视为非法集资的准备行为;非法吸收公众存款,欺诈发

行股票、债券,擅自发行股票、债券,组织、领导传销活动,非法经营 5 个罪名属于非法集资类犯罪的主体罪名;非法吸收公众存款罪属非法集资犯罪的一般法规定,其他 4 个主体罪名属特别法规定;集资诈骗罪是非法集资犯罪的加重罪名。^[2]

(一)立法演变

非法集资类犯罪并非一开始就存在,旧刑法典未有专门规定,它是伴随着社会经济的发展而逐渐被纳入到刑法体系中,并最终在刑法典中出现了相应的罪名。20 世纪 90 年代以前,非法集资活动极少发生,很少受到关注。但到 20 世纪 90 年代初,伴随着经济的快速发展和金融市场的初步形成,非法集资活动初见端倪。1993 年,北京长城机电科技产业公司总裁沈太福因贪污罪和行贿罪被判死刑,这是较早进入人们视野的非法集资案件,被视为改革开放后“非法集资第一案”。纵观整个立法变迁过程,非法集资类犯罪大致经历了从经济性行政法规,到附属、单行刑法,再到刑法典明文规定及出台司法解释规范适用等阶段。

1. 经济性行政法规和文件

20 世纪 90 年代初,随着经济发展,发生了一系列涉及金融投资的诈骗犯罪案件,尤其是 1993 年北京沈太福非法集资案和 1994 年江苏无锡邓斌非法集资案。这些案件开启了我国对非法集资进行刑事规制的历程,由此引发大规模的金融立法活动。这些立法活动最初表现为颁布经济性行政法规。较典型和重要的法规和行政文件,例如,1992 年国务院发布的《储蓄管理条例》,明确规定实施非法吸收公众存款的应当追究刑事责任;1993 年国务院发布的《关于坚决制止乱集资和加强债券发行管理工作的通知》,规定任何地区、部门、企事业单位和个人,一律不准在国务院有关规定之外以各种名义乱集资;同年 8 月,作为我国较早使用“非法集资”概念的规范性文件,国务院批转的《中国人民银行关于集中信贷资金保证当前经济发展重点需要意见的通知》指出“要坚决制止和纠正违章拆借、非法集资”;9 月,国务院又发布《关于清理有偿集资活动坚决制止乱集资问题的通知》,规定除股份公司股票、企业债券、短期融资券或金融债券外,禁止其余有偿集资活动。

2. 附属、单行刑法

上述行政法规和文件颁行不久,不少内容就经过全国人大及其常委会的认可而上升为法律。1995 年,全国人大及其常委会先后颁布《中国人民银行法》《商业银行法》《担保法》《票据法》《保险法》,以及全国人大常委会出台《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》。上述“五法二决定”基本确立了中国的金融法律规范体系。其中,单行刑法《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》规定了欺诈发行股票、债券罪和擅自发行股票、公司、企业债券罪。《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》正式确立了非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。该决定第七条规定,非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的,最高处十年有期徒刑;第八条规定,以非法占有为目

的,使用诈骗方法非法集资的,最高可处死刑。

此外,1996年最高人民法院出台的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》对非法集资进行了界定,规定“非法集资是指法人、其他组织或者个人,未经有权机关批准,向社会公众募集资金的行为”。

3. 刑法典及司法解释

1997年修订的《刑法》增加了破坏金融管理秩序罪和金融诈骗罪两节,主要吸收了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》和《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》的内容。自此,非法集资类犯罪纳入了刑法典的体系。但鉴于立法存在诸多模糊之处,为更好打击非法集资活动,有关部门又陆续出台了一系列文件,尤其是1997年亚洲金融风暴之后,政府及有关部门为强化金融监管明显加大了治理非法集资的力度。较典型和重要的文件,如1998年国务院发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》,将“未经中国人民银行批准”沿用为成立非法吸收公众存款犯罪的构成要件,并明确解释了该罪所具有的“不特定性”和“承诺回报”两项特征。该规定对犯罪构成要件的解释和具体化,对司法实践具有较大的指导意义。但由此也可看出,中国经济犯罪的刑事立法具有依赖经济性行政法规解释的附属性。之后,不少文件对“非法集资”做出了界定,并对“非法集资”的主要特征进行了归纳和总结;^[3]有些文件甚至对非法集资的形式进行了类型化的列举。^[4]

2010年11月,最高人民法院出台《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,并于2011年1月4日起实施。该解释界定了非法集资行为,细化了非法集资概念的四个特征要件,列举了10类构成非法吸收公众存款罪的具体行为方式,明确了集资诈骗罪中“非法占有目的”要件的认定,规定了有关罪名定罪和量刑的标准,同时还规定了不列入犯罪和免于刑事处罚、不作为犯罪处理的豁免规则。时隔不到四年,2014年3月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的解释》,就关于行政认定、“向社会公开宣传”、“社会公众”等认定问题,以及共同犯罪、涉案财物的追缴和处置、证据收集、涉及民事案件、跨区域案件等处理问题作出了详细解释。该意见是对原司法解释和相关法律法规的进一步细化,在犯罪认定上呈现了一定程度的扩张,更进一步体现从严打击非法集资活动的趋势。

透过这些立法变迁,我们看到的不仅是从经济性法规到附属、单行刑法再到刑法典的立法路径,更是国家对非法集资活动持续加大管制、不断从严打击的过程。然而,非法集资愈演愈烈并呈多发态势的现实却表明,国家采用严厉的刑罚规制手段治理非法集资的效果并不理想。之所以效果欠佳,一个关键原因就在于立法者对立法背景的忽略。改革开放后,尤其是近二十年,随着我国朝着市场经济转型和金融市场的不断完善,立法所依据的社会现实业已发生巨大的变化。但这些变化,尤其是民营经济的急速发展及其所面临的艰难的融资困境,却被立法者或基于各种担忧而有意无意地忽略掉,进而导致在立法、司法过程中出现了

种种问题。这些问题及立法背景的具体变化,后文将有更详细的分析。

(二)非法集资类犯罪的构成要件及其争议

本部分基于现行法律,针对司法实践中的适用难点,结合学界的理论争议,对非法集资类犯罪的构成要件分别进行概括性描述。

1. 非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪,是指违反国家金融管理法规,非法吸收公众存款或变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的行为。在犯罪构成四要件中,除主观方面表现为直接故意不存争议外,本罪的主体、客体,尤其是客观方面的认定存在不少争议。本罪主体为一般主体,包括自然人和单位。但可以经营吸收公众存款业务的商业银行等银行金融机构能否构成本罪存在肯定^[5]和否定^[6]两种态度。但无论持何种态度,因几乎很少发生而对实践意义有限。

关于本罪的犯罪客体,存在诸多观点,较具代表性的有“国家金融管理制度和金融秩序”^[7]“国家的存款管理秩序”^[8]“国家金融机构的信贷秩序”^[9]等。事实上,本罪的设立初衷主要在于维护存款特许经营制度、规范金融市场秩序,当然,也有部分是出于保护公民财产安全的需要。但随着立法背景——国家经济发展和金融市场状况的巨大变化,其规范目的应逐渐由保护国家的存款特许经营制度转向保护民众的财产安全,因而更适宜将国家金融交易安全秩序作为本罪的犯罪客体。而与此对应的立法理念和政策的转变,后文将有具体分析。

本罪认定难点和争议最大之处在于客观方面。公众存款是本罪的犯罪对象。在金融学上,“存款”是指存款人将资金存入银行或其他金融机构而获得银行或其他金融机构所付利息的一种经济活动。而在这里,作为行为对象的存款指的是资金,它的本质特征并不在于还本付息,从其保护法益考虑,其构成要件应包含用吸收的公众资金进行货币、资本的经营之用途。根据有关司法解释,本罪中“社会公众”定义为“社会不特定对象”,且为了避免误将不特定少数人的情形按本罪处理,“存款对象”数量成为本罪定罪量刑的标准。故“公众存款”中的“公众”应理解为不特定或者多数人。

在客观行为上,非法吸收公众存款或变相吸收公众存款作为本罪的行为要件,必须同时满足非法性、公开性、利诱性、社会性四个犯罪特征,即未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金;通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报;向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

本罪中对“扰乱金融秩序”还存在行为属性^[10]和结果属性^[11]两种理解。但基于法律条文内部结构、章节体系的考虑,以及根据我国司法解释的规定,^[12]结果属性说更具说服力,也更符合实际。需要指出的是,在司法实践中认为本罪是行为犯的司法人员并不在少数,这也在某种程度上体现了立法和司法对非法吸收公众存款行为从严打击的倾向。

2. 集资诈骗罪

集资诈骗罪,是指以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的行为。尽管学者们对该概念的界定有所差异,^[13]但普遍认为,本罪犯罪主体是一般主体,包括单位和自然人;犯罪主观方面为直接故意,且需“以非法占有为目的”,这是构成本罪的关键要件。与非法吸收公众罪类似,金融机构能否成为集资诈骗罪的犯罪主体也存在一定争议,但如前所述,对实践意义不大。对“以非法占有为目的”的认定,1996年、2011年出台的司法解释均对此作出了明确规定,但在实践中却表现出了不同程度的扩张适用,这在后文将有详细分析。

对于犯罪客体,刑法学界也有不同的认识,但一般认为,本罪客体是复杂客体,既侵犯了国家金融管理秩序,又侵犯了公私财产所有权。本罪的客观方面,其主要内容可概括为三点:使用了诈骗方法、进行非法集资和数额较大。“诈骗方法”是指行为人采取虚构集资用途,以虚假的证明文件和高回报率为诱饵,骗取集资款的手段。非法集资是本罪的非法性特征。数额较大是构成该罪的重要标准。根据最高人民检察院和公安部联合颁布的《关于经济案件追诉标准的规定》,以非法占有为目的,而进行集资诈骗,涉嫌以下情形的,予以追诉:(1)个人集资诈骗额,金额在10万以上的;(2)单位集资诈骗额,金额在50万以上的。

3. 欺诈发行股票、债券罪

欺诈发行股票、债券罪,是指在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或者公司、企业债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

本罪犯罪构成在理论和司法实践中争议不大。自然人和单位均可成为本罪的犯罪主体,实践中多数主体为单位。本罪在主观上只能由故意构成。通常认为,本罪客体是复杂客体,即国家对证券市场的管理制度以及投资者的合法权益。本罪的客观方面,必须具有在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或者公司、企业债券、数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。首先,行为人必须实施在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容的行为;其次,行为人必须实施了发行股票或公司、企业债券的行为;最后,行为人制作虚假的招股说明书、认股书、公司债券募集办法发行股票或者公司、企业债券的行为,必须达到一定的严重程度,即达到“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的”,才构成犯罪。

4. 擅自发行股票、公司、企业债券罪

擅自发行股票、公司、企业债券罪,指未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票、公司、企业债券,发行数额在50万元以上,或者擅自发行股票、公司、企业债券,不能及时清偿或者清退的,或者擅自发行股票、公司、企业债券造成恶劣影响的行为。

本罪犯罪构成在理论和司法实践中也争议较小。本罪的犯罪主体,是一般主体,包括自然人和单位;在主观上必须是故意。通常认为,本罪客体是复杂客

体,即国家的证券发行管理秩序以及社会公众、法人的合法财产权益。其犯罪对象是股票和公司、企业债券。在犯罪的客观方面,行为人必须实施了擅自发行股票、公司、企业债券的行为且达到法定后果。所谓“擅自发行”包括两种情形:一是未经国务院证券监督管理机构或国务院授权的部门核准而公开发行股票、公司、企业债券;二是上市公司未经国务院证券监督管理机构核准而非公开发行新股。此外,必须发行“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为”,才能成立本罪。

5. 擅自设立金融机构罪

擅自设立金融机构罪,是指未经国家有关主管部门批准,擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的行为。

通常认为,该罪主体是一般主体,即自然人和单位;其侵犯的客体是国家对金融机构的准入管制制度;主观是故意。出现争议的地方在于该罪的客观方面,主要集中于“擅自设立”如何理解、商业银行或者其他金融机构的范围如何认定以及合法的金融机构擅自设立分支机构能否构成本罪等问题。

有学者认为,擅自设立金融机构的具体表现形式有三种:一是未向中国人民银行申请而设立商业银行等金融机构;二是虽向中国人民银行提出申请,但在未批准的情况下成立商业银行等金融机构;三是虽经中国人民银行批准设立,但在未办理登记、领取营业执照的情况下即予开业。^[14]第三种情形构成该罪的观点,显然值得商榷。其理由是该行为已获得了主管部门的批准,尽管未办理登记、领取营业执照,但这只是违反了工商行政管理法规,属一般违法行为,即便构成了犯罪,触犯的也是非法经营罪等其他罪名。在合法的金融机构擅自设立分支机构这一问题上,由于该行为违反了《商业银行法》第19条的规定,可按本罪处理,但同时也应考虑危害程度的大小,对未损害或威胁到债权人合法权益的行为,按一般违法行为处理。对于商业银行或者其他金融机构的范围认定上,我国《商业银行法》和《金融机构管理规定》等法律法规均有所规定,实践中出现的“地下钱庄”、民间互助会、老乡会等由于不属于本罪所列举的金融机构的范围,故不构成本罪。

三、非法集资类犯罪的立法缺陷及适用问题

(一) 非法吸收公众存款罪的立法滞后与扩张适用

1. 立法理念滞后与本罪的实质

基于上述对非法集资立法及打击活动的回顾,不难发现,非法吸收公众存款罪源于20世纪90年代,是立法者出于维护社会经济安全稳定的考虑,以金融市场管理者的身份和立场所制定的,旨在维护金融垄断特权和存款特许经营制度、规范金融市场秩序的一项罪名。在市场经济转型初期,面对初建金融市场的不规范和不完善,这种通过刑罚规制市场秩序的手段具有一定的现实合理性。然

而,随着市场化的深入、金融市场的日益完善,这种立足于金融管理主义的立法早已不适应时代的需求,成为阻碍民营经济发展的巨大障碍。

从当前的金融管理体制和刑事立法现状来看,中小企业尤其是民营企业从正规金融机构或渠道获取资金的机会极小,这不仅仅因为国家将金融融资权牢牢掌握在手中,禁止民间私自融资,先后以“未经中国人民银行批准”和“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”作为认定非法吸收公众存款罪的标准,同时也因为正规的融资渠道狭窄,仅有商业银行、信托、股票、公司债券、企业债券、保险、证券投资基金等几类,且利用上述渠道的条件又往往过高,而国家信贷政策又往往向国有经济倾斜。在个人或单位为发展生产或经营而产生的大量资金需求无法从所谓“正规”途径得到满足的情况下,中小企业尤其是民营企业只得铤而走险转向民间,面向社会公众募集资金,并通常以高额利息为条件作为快速筹资的方式。可见,非法吸收公众存款罪实质上反映的是滞后的金融管理本位主义理念和体制与旺盛的民间融资、投资需求之间产生的突出矛盾。

2. 非法吸收公众存款罪的扩张适用与“口袋化”

当前的非法吸收公众存款罪在饱受争议的同时,业已成为当下金融业发案数量最高的罪名。这与该罪的扩张适用与“口袋化”密切相关。从现实来看,该罪主要存在行政和司法两条扩张路径。^[15]就行政上的扩张而言,立足于绝对国家本位和金融管理本位主义,虽然行政机关开始仅将非法(变相)吸收公众存款的行为作为非法集资行为的种类之一来规制,但由于现实生活中集资形式多样化并不断翻新,行政监管机关再难以作出类型化的细致区分和判断,故不仅在规定上使用“非法集资”的概念予以囊括,而且在实际执法过程中,不再严格区分性质和类型而作出同样的处理。而在司法机关认定和适用该罪的过程中,一方面,由于该罪最初的立法来源于非刑事法律,其判断和认定具有对非刑事法律的依附性,因而延续上述行政机关不作细致区分的思路,并未对非法集资行为做出明确区分,以至于认为非法集资就是非法吸收公众存款;而另一方面,鉴于现有的刑法罪名体系以及罪状设置,难以覆盖大量出现的非典型集资行为,司法机关在司法实践中扩大化地解释“公众”、“存款”等法律未予明确的概念,由此导致不区分吸收资金目的,也不区分是否造成严重后果,一概对非法集资行为适用非法吸收公众存款罪来打击的现象。因而在司法实践中呈现出非法吸收公众存款罪“口袋化”的状态:除了单纯的诈骗行为适用集资诈骗罪、涉及股票、债券等特定犯罪对象的适用擅自发行股票、公司、企业债券罪外,其他多数的集资行为则被“包容”在非法吸收公众存款罪中。

这种通过扩大化解释非法吸收公众存款罪从而实现打击非法集资活动的做法,不仅违反罪刑法定原则,违背了法律解释的基本立场和逻辑,而且未能对非法集资活动实现有效的预防和规制,更没有为民间金融的合法化预留空间,由此造成了刑法自身的结构性危机,以及刑法与社会的脱节。

3. 罪与非罪之间缺少缓冲机制

现行立法的认定和适用不仅对于融资活动是否非法缺乏明确的界定标准,在实践中难以对非法吸收公众存款行为与合法民间借贷做出区分,而且在合法的民间借贷与构成犯罪的非法集资行为之间仅存在不受法律保护但不违法的高利贷行为,缺少一种违法却不构成犯罪的面向公众的借贷行为,即在合法行为与犯罪之间缺少缓冲地带。

(二) 集资诈骗罪的扩张适用与刑罚畸重

1. 集资诈骗罪的扩张适用与认定问题

集资诈骗罪的适用与认定在司法实践中表现出不同程度的扩张。这些扩张主要表现在“非法占有目的”和“使用诈骗方法”这两个关键要件的认定上。

(1) “非法占有目的”的认定

作为非法集资类犯罪中刑罚最重的罪名,集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪的本质区别在于是否“以非法占有为目的”。尽管相关司法解释对此作出了规定,^[16]但司法实践中依然存在仅根据行为人无法返还较大数额的非法集资款的结果,或仅根据行为人存在将集资款用于个人消费或挥霍的情形,就推定行为人具有非法占有目的的案例。吴英案就是典型例证,该案中因“一时不能归还他人款项的情节”被法院作为具有非法占有目的之倒推依据,而引发了广泛的争议。

(2) “诈骗方法”的认定

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》就已对“诈骗方法”进行了明确界定:“诈骗方法是指行为人采取虚构集资用途,以虚假的证明文件和高回报率为诱饵,骗取集资款的手段。”可见,立法对“诈骗方法”的认定,采用了三个条件,即“诈骗方法 = 虚构集资用途 + 以虚假的证明文件 + 高回报率为诱饵”。尽管上述条件明显缩小了“诈骗方法”的外延,但却未能看到金融领域中“诈骗方法”的特殊性。有学者在区分生活、市场、投资和投机四领域存在不同欺诈标准的基础上,指出当前通说的观点属于早期静态工业社会的诈骗罪教义学理论,从而产生了两个问题:一是过于追求安全价值而忽视了金融市场更需要的效益价值;二是会把民间借贷中的欺诈行为等同于“诈骗方法”,从而可以对浙江有民间融资行为的企业进行地毯式定罪。^[17]

在实践中,司法机关则常对“诈骗方法”进行不同程度的弱化。例如,吴英案的一审判决书对涉案数额娓娓道来,但对“诈骗方法”却一笔带过,而其所赖以证明构成“诈骗方法”的论证也同样存在争议。^[18]

2. 集资诈骗罪整体刑罚过重

(1) 集资诈骗罪的死刑问题

集资诈骗罪设定死刑是从单行刑法开始的,后在刑法典中予以规定。而国外刑法一般都将集资诈骗行为按诈骗罪来处罚,而诈骗罪的法定刑设置是有期徒刑或是拘役,并无死刑。《刑法修正案(八)》已取消其他金融诈骗罪死刑,只

保留了集资诈骗罪死刑,再次使该罪保留死刑的合理性受到强烈质疑。最近广泛征求意见的《刑法修正案九(草案)》已明确提出废除集资诈骗罪死刑。

作为经济犯罪的集资诈骗罪必须废除死刑,这是学界和社会多年以来的呼吁。

第一,从罪责刑相适应原则的角度,由于市场总避免不了存在一些“欺诈”行为,所以社会对诈骗的容忍度日益提高,其可罚性正在逐渐变小,而集资诈骗罪属于非暴力犯罪,公私财产所有权、金融管理秩序和死刑所匹配的生命权不具有等价性,同时,出资者自身亦有过错,应分担部分责任,因而判处死刑极不合适。

第二,从法定刑设置的根据和原则来看,一方面,法定刑设置的主要根据在于社会危害性,但集资诈骗罪的社会危害性远不如想象中的大,且在一定程度上警醒投资者,刺激成熟市场的自我培育和生成,因而很难从社会危害性上找到充足的理由对犯罪者处以死刑;另一方面,法定刑设置的原则是公正、明确和协调原则,在其他金融犯罪和普通诈骗犯罪都废除死刑的情况下,单独对集资诈骗罪保留了死刑明显不合理,体现了罪与罪之间的不均衡。

第三,从死刑功能来看,集资诈骗罪的死刑并未实现预期的威慑功能,因为很多集资者常常是被现有的金融体制“逼上梁山”,因而也无法实现对集资诈骗行为人的教育与改造功能。集资诈骗罪的死刑也没能更好地抚慰被害人的心灵创伤,因为被害人最关心的是经济利益的实现,甚至某种意义上,死刑的判处几乎断绝了被害人预期的经济利益实现的可能,由“为民除害”变成了“除害人民”。

第四,从社会的体制现状来看,集资诈骗罪的发生与金融垄断体制有关,卖方市场的银行垄断使经营者“逼良为娼”,民间集资的发生存在必然性,犯罪原因中有相当多的制度因素,对集资者适用死刑在前提上缺乏正当性。

(2) 集资诈骗罪法定刑畸重

由于立法者受到严惩非法集资观念的影响,集资诈骗罪设定的法定刑畸重。而到了具体个案中,由于集资诈骗犯罪属于涉众型犯罪并可能引发群体性事件,因而法官难以发挥主观能动作用,对集资诈骗罪的判处很容易偏重,沦为“维稳”的手段之一。事实上,无论是立法者还是司法者,在严苛的金融管理主义的影响下,均对集资诈骗罪的危害性作出了过高的评价。首先,在与盗窃、抢劫等财产犯罪的比较中,无论是从发案率、反社会性,还是从被害人和社会的报复欲来看,集资诈骗罪均大大小于盗窃、抢劫等财产犯罪。其次,就自身性质而言,诈骗罪是可控性较强的自损犯罪,对社会波及性很小,同时作为平和型犯罪,其违法性更轻。

(三) 非法集资类犯罪的其他问题

1. 非法集资案件财产处置程序的设置不规范

根据相关刑事法律法规的规定,办案机关对涉案款物只能先行扣押,此后应

随着案件的办理随案移送到审判机关,待审判机关作出相应生效判决后由第一审审判机关依法予以处理。然而,由于上述规范规定的相关程序简单粗糙,加之运作过程不透明,缺乏监管机制,地方党政部门干预严重,由此导致长期以来非法集资等财产类刑事案件,处置程序乱象丛生,尤其在涉案财物的追缴、拍卖等关键环节,暗箱操作、贪污挪用、截留私分等腐败现象严重,成为有关部门谋取不当利益的重要来源。特别是办案机关案款提留制度的存在,使得实践中出现了不少在立案之初办案机关或政府牵头主导的专案组即将其扣押的涉案财产予以贱卖的现象。这些违法行为一方面迫使审判机关不得不对原本可能无罪的集资行为作出有罪判决,另一方面也使受害人权益丧失了基本的程序保障。

2. 民间借贷缺乏立法的引导、协调和规范

非法集资类犯罪的一大问题就在于难以划清民间借贷与非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等非法集资类犯罪的界限。同时,立足于金融管理主义的刑事立法也缺乏对民间投资者利益的关注和保护。因此在某种意义上,非法集资类犯罪的立法与认定难题还与民间借贷缺乏立法的引导、协调和规范有密切关系。

作为正规金融的有益补充,以民间借贷为内容的民间经济活动对我国市场经济的发展以及金融体制的改革起到了良好的促进作用。然而,当前的民间借贷却处于一种较为混乱的状态:一方面,民间借贷基于门槛低、手续简便、无须担保等特点,成为了许多借贷无门的中小企业融资的重要方式,日趋繁荣;另一方面,民间借贷由于面临着限制和风险,利率一再飙升,且纠纷不断,犯罪率逐年上升。造成混乱的一个关键原因就在于民间借贷缺乏立法的引导、协调和规范。具体而言,我国目前关于民间借贷的法律规定过于零散,大多表现为行政法规和司法解释,立法层次低,过于粗略,缺乏可操作性,从而无法对民间借贷作出规范引导和有效保护,更无法适应社会主义市场经济发展和金融体制改革的需要。

四、非法集资类犯罪的立法建议

(一) 非法吸收公众存款罪的限缩适用与除罪化

鉴于非法吸收公众存款罪在立法和司法适用过程所存在的种种弊端,有必要在系统反思的基础上,对该罪进行科学合理的除罪化设计。但考虑到除罪化短期内不太容易实现,而当前此罪虽具有一定的现实合理性,却存在“口袋”化、扩大化、直接融资行为当间接融资行为处理、非法集资与合法民间借贷、合理的民间融资无法区分等多重弊端,故我们提出分阶段的立法改革建议。当务之急,须从多方面严格限缩非法吸收公众存款罪的适用。长远而言,非法吸收公众存款罪应实现除罪化。

1. 立法理念的转变

金融立法的理念可概括为两种:金融管理主义和金融交易主义。所谓金融管理主义,就是将所有金融犯罪都看作是对金融管理秩序的破坏;金融交易主义则是以市场的正常活动为核心,将破坏市场交易的行为通过刑罚处罚。^[19]

非法吸收公众存款罪的设立主要缘于金融管理主义,旨在维护国有金融机构对存款业务的垄断。随着市场经济的发展和金融改革的推进,民间融资需求强劲,在某些地区普遍流行,原立足于管制和维护国家金融垄断主义的刑法规制与金融市场日益开放的要求、民间金融逐步合法化的趋势背道而驰。而且,非法吸收公众存款罪有一个难以克服的弊端,即用间接融资的手段处理直接融资问题,无法为民间金融的合法预留空间。^[20]因此,立法理念须实现从金融管理主义向金融交易主义转变,以保护侵犯公民法人的财产权、促进市场经济的发展为标准,结合违法案件的发生原因、危害大小等具体情况,严格区分一般违法行为和犯罪行为,将一些形式上的违法行为非犯罪化,并设置一定的豁免条款,从而使刑罚的力量主要集中于打击严重危害社会经济安全的犯罪。

2. 限缩适用与立法建议

限缩适用的基本方法是,提高非法吸收公众存款罪的入罪标准和范围,即在不损害罪刑法定原则的前提下,以刑法的谦抑性为指引,一定程度上提高并严格解释非法吸收公众存款罪的构成要件,保证刑法的合理适用。具体可从两个维度着手:正面肯定合法范围,反面严格解释和适用。

第一,从正面明确合法民间集资的范围,将有合理的生产经营需要的“非法集资”活动合法化,同时严格区分间接融资行为与直接融资行为,将以合法的商业生产运营为目的的直接融资行为排除在非法吸收公众存款罪之外。

第二,从反面严格解释和适用,正确界定非法吸收公众存款罪中“存款”的涵义,提高该罪“违法性”之法的层级,并注重考查集资行为本身以及集资者与投资者之间的风险负担。首先,“存款”应根据金融业的特征在商业银行法中寻求本义,即存款作为商业银行的本质业务,应当且仅指活期存款,而金融业中存款业务的实质在于利用所吸收的公众资金进行资本和货币经营。故存款的本质特征并不在于还本付息,而在于是否将集资款用于经营资本和货币。因而,吸收“存款”的目的和用途构成“存款”本义的一部分,唯有将集资款用于以经营资本和货币为目的的间接融资行为,才能认定构成非法吸收公众存款罪。其次,“违法性”之法的层级应限于法律法规,行政规章、命令、政策、文件等均不能作为该罪构成中违法性的依据。最后,应根据具体所属市场、投资或投机领域的不同,结合回报率和谨慎度等判断出资和集资性质的标准,考量集资行为的风险性以及市场风险性在集资者与投资者之间的合理分配,在此基础上以集资行为的风险性作为定罪量刑的重要考量因素,将用于生产经营且无风险或风险较小的吸纳资金行为排除于该罪之外。此外,还应设置一些豁免规则,将一般的社会危害性不大的非法集资行为,以不作为犯罪处理。

为此,我们建议立法将非法吸收公众存款罪采用空白罪状和叙明罪状相结合的方式予以规定。具体可设置为:违反国家金融管理法律法规,非法吸收公众存款或变相吸收公众存款,用于经营资本和货币,数额较大或情节严重的行为。在此基础上,最高法院可出台司法解释或指导性案例,对非法吸收公众存款罪的

“违法性”、“存款”以及具体行为的表现形式予以明确和列举,并明确将用于生产经营的吸收公众存款行为排除于该罪之外。

在此立法建议下,即在区分直接融资行为和间接融资行为的立法思路下,对当前吸收公众存款属直接融资的行为,可通过对“擅自发行股票、公司、企业债券罪”进行适当调整予以规制。要实现这一转型,应对《证券法》中的“证券”做扩大化界定,罪状列举不局限于股票、公司、企业债券,“擅自发行股票、公司、企业债券罪”也应相应改为“擅自公开发行证券罪”。^[21]但必须指出,“将集资行为纳入证券监管体系,只能是一个未必最优的替代选择。倘若没有相应的制度配套,各种不规范的集资活动,其弊端也会在证券市场中显现出来。”^[22]因而在具体设计时必须考虑充分,寻找证券与股票、公司、企业债券等概念的契合点,合理设置证券法律法规体系。而这仍有待于后续更细致、严谨地研究。

3. 非法吸收公众存款罪的“除罪化”

在当前金融体制弊端重重、民间融资不规范、管制体系不完善的现状下,保留非法吸收公众存款罪以维护正常的金融经营秩序仍有其立法上的价值。但限缩适用只是暂缓之策。随着金融体制改革的不断深入和金融体系的完善,应废除以金融管理本位主义的“非法吸收公众存款罪”,而通过民商事和行政手段规范以及《证券法》来规制民间融资和投资市场,以“擅自公开发行证券罪”来规制具有严重社会危害性的直接融资模式的非法集资活动。

(二) 集资诈骗罪的限缩解释与轻刑化

集资诈骗罪与诈骗罪属于特殊与一般的关系,其立法本意旨在追究以非法占有为目的的非法集资行为。但在金融管理主义本位、严厉打击非法集资类犯罪刑事政策及“维稳”政策的影响下,加上“诈骗”一词本就极易作无限的扩张解释,集资诈骗罪在实践中被滥用,成为名副其实的“口袋罪”,不少民营企业因此被判重刑,甚至死刑。备受关注的吴英案、曾成杰案就是典型例证。因此,有必要对集资诈骗罪进行严格的限缩解释,废除死刑,并实现刑罚的轻刑化。

1. 限缩解释

现实社会存在不同程度的“诈骗”,如各种夸大其词的广告,且这些“诈骗”与民商事活动交织在一起。故不同于盗窃、抢劫等其他财产犯罪,社会对诈骗的容忍度逐渐提高。要将诈骗定罪,需考虑刑法与民商法的区分,实现犯罪与一般民事欺诈的剥离。而基于刑法的谦抑性、必要性和最后救济性等原则,刑法应当在无法通过民商事法律和行政法获得救济时才“出手”。故应明确“可救济无刑法”的限缩原则,实行“先民后刑”的定罪思路,只有通过民事诉讼无法救济损失或者无法通过其他的民事和行政手段获得救济时,才能够启动刑法,认定为犯罪。^[23]

在此基础上,须对集资诈骗罪适用的几个关键要素作出严格限定。首先,对“非法占有目的”作出明确规定。应明确集资款“无法返还”的原因,将暂时无法返还或者非因个人主观原因而造成的无法返还,如因投入生产而无法收回成本、

因经营不善而破产导致款项无法返还等,排除在“非法占有目的”之外。同时,应对集资款用途的比例作出明确规定,只有当行为人将集资款用于个人消费或挥霍的比例大于用于投资或生产经营活动的比例时,才能认定其具有非法占有目的。^[24]

其次,在判断“使用诈骗方法”时应综合考虑市场背景、社会观念、地理位置、经济水平等要素,严格区分民间借贷等民事关系中的一般欺诈行为与刑法上“使用诈骗方法”的集资诈骗行为;还要考虑涉案数额和利益程度,并注意义务合理分配。例如,对于回报率过高的投资或投机行为,出资者自身应负担相应的风险和承担更多的注意义务,从而一定程度减轻对集资者的惩罚。

2. 集资诈骗罪的死刑废除

多年以来,社会各界积极呼吁集资诈骗罪废除死刑。此罪废除死刑具有绝对充分且正当的理由:第一,作为经济型非暴力犯罪,集资诈骗所侵犯的法益与人身无涉,以此剥夺他人生命不符合报应刑理论。第二,作为特殊诈骗罪,在普通诈骗罪早已取消死刑的情况下,继续保留死刑与刑法罪刑相适应原则不符,亦有违刑法整体量刑均衡之原则。第三,在刑罚轻重的考量因素中,被害人是否存在过错应予考虑,对于集资诈骗的受害人而言,其自身往往因贪图高利而间接推动了犯罪的发展,具有一定的过错。第四,集资诈骗罪保留死刑与我国实行的少杀慎杀和宽严相济的刑事政策不相符。第五,也是最重要的是,人的生命权利不能以经济价值来衡量,无论是经济秩序、公私财产所有权还是公共职务的廉洁性和人的生命均不具有等价性。正因如此,经济犯罪和财产犯罪判处死刑不具有刑罚的等价性和公正性,不符合刑罚人道主义和轻缓化的国际潮流,应尽快废除一切经济犯罪和财产犯罪的死刑。值得庆幸的是,2014年出台的《刑法修正案九(草案)》已明确废除集资诈骗罪的死刑,正式通过没有问题。因此,下一步的努力方向则是集资诈骗罪的轻刑化。

3. 集资诈骗罪的轻刑化

与其他财产犯罪相比,集资诈骗罪的法定刑明显偏重。故仅仅废除死刑仍然不够,集资诈骗罪还应进一步轻刑化。具体而言,诈骗罪与侵占罪在危害性和行为方式上具有较大的相似性,其客观违法性较盗窃罪等其他财产犯罪更弱,其法定刑应当低于盗窃罪,而与侵占罪近似。有学者认为,同样或类似的情况下,诈骗罪的起刑数额应高于盗窃罪,法定最高刑应低于盗窃罪,才能够体现出罪刑相适应的基本要求。^[25]与普通诈骗罪相比,集资诈骗罪具有法定犯的因素,且出资者往往存在贪图高利的过错,属于法律并不鼓励的“投机”和“不劳而获”行为,故其危害性和可罚性较之普通诈骗罪更轻,因此集资诈骗罪的法定刑应当低于普通诈骗罪。

综上分析,在此提出立法建议:

在实行“先民后刑”的定罪思路下,将集资诈骗罪修订为“以非法占有为目的,进行非法集资,骗取集资款,数额较大的行为”。同时,最高法院出台司法解释

释或发布指导性案例,从“无法返还”的原因、集资用途等方面对“以非法占有为目的”进行严格解释。

在刑罚方面,应废除集资诈骗罪的死刑,法定刑的设置比照盗窃和普通诈骗罪,应低于盗窃罪、普通诈骗罪的处罚。故具体建议为:犯集资诈骗罪的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处2万元以上20万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产;数额特别巨大且给国家和公众利益造成特别重大损失的,处无期徒刑并处没收财产。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

(三)与非法集资行为相关犯罪的立法建议

鉴于2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》涉及与非法集资行为相关的犯罪:组织、领导传销活动、非法经营罪、虚假广告罪,故在此也一并提出相关的立法建议。

1. 取消非法经营罪

前身为投机倒把罪的非法经营罪业已成为经济领域犯罪最大的“口袋罪”。口袋罪的根本特征在于因其罪状描述呈现高度概括性、含糊性,从而使其罪状内容具有很大不确定性,进而相关行为都可以“装”进去。“口袋罪”的存在和设置,不仅违反了罪刑法定原则,存在极大的刑罚权被滥用的风险,而且与社会主义市场经济的自由、安全原则相违背。

当前司法实践中的非法经营罪适用急剧扩张并泛化的趋势明显,具体表现为三种情形:一是通过司法解释将大量新型经济案件纳入该罪调整范围;二是原有部分社会常见违法犯罪行为亦被纳入该罪,存在打击面过宽的问题;三是将理论上不适宜纳入该罪的犯罪行为纳入该罪予以惩处,引发广泛的争议和批评。^[26]

鉴于该罪在立法上和实践中存在的种种弊端,我们建议尽快取消非法经营罪,这也是社会各界多年以来的呼吁。在非法经营罪被正式取消之前,必须对该罪进行限缩和规范解释,即严格遵循罪刑法定原则,恪守刑法的谦抑性品格,站在保障市场自由和人权的立场,着重对“违反国家规定”、尤其是漏罪条款中“其他”、“非法经营行为”和“严重扰乱市场秩序”等关键之处作出严格、合理的解释。

2. 组织、领导传销活动罪的修订

《刑法修正案(七)》增设了组织、领导传销活动罪,改变了以往司法解释将组织、领导传销行为作为非法经营罪处理的作法,有利于打击传销犯罪行为,更

符合刑事立法的规律。但考虑到该罪罪状表述中,仅规定“组织、领导……引诱、胁迫参加者继续发展他人参加……”,而从表面上将一般参加者介绍、诱骗、胁迫他人参与传销的行为排除在外,不利于规范和打击传销犯罪。因而,我们建议增设诱骗、胁迫、介绍参加传销组织罪,而将组织、领导传销活动罪中“引诱、胁迫参加者继续发展他人参加”的表述删除。

(四)规范非法集资类犯罪案件的财产处置程序

当前非法集资类犯罪涉案财产处置程序设置的不科学和不合理,客观上为有关司法和行政机关留下了非法获利的空间,成为办案执法机关滥用和“制造”非法集资类犯罪的重要诱因,因而必须对该程序进行规范和完善。当然,这一问题不局限于非法集资类犯罪案件,而是具有一般性制度意义的问题,有关方面也开始重视并推出了初步的改革方案。2014年12月,中央全面深化改革领导小组审议通过《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》,要求各地尽快探索建立涉案财物集中管理信息平台,完善涉案财物处置信息公开机制,明确各级党政部门不得干预涉案财物处置过程。

尽管刑事诉讼法对涉案财物处置有所规定,但规定笼统,相关程序简单粗糙,加之运作过程不透明,缺乏监管机制,地方党政部门干预严重,由此导致长期以来涉案财物处置程序乱象丛生,尤其在涉案财物的追缴、拍卖等关键环节,暗箱操作、贪污挪用、截留私分等腐败现象严重,成为有关部门谋取不当利益的重要来源,也成为激励“制造”刑事冤案的重要动力。有关部门曾在系统内部开展涉案财物管理问题专项治理,但成效不彰。上述意见强调程序的公开透明,并严禁党政部门插手财物处置,对规范刑事涉案财物处理程序、防范党政部门谋取不当利益有一定的意义。但该意见不仅需具体、可操作的实施细则予以落实,而且还需要相关立法修改作为支撑。

对刑事涉案财物处理程序规范和完善的总体思路是促进程序向规范化、专业化和司法化方向迈进。具体而言,可考虑从以下方面着手:第一,从体制上破除司法机关办案经费、人员待遇与地方财政挂钩现象,切断办案人员与涉案财物存在的任何利益关联;第二,废除办案机关案款提留制度,杜绝办案机关非法获利的任何可能,为此可考虑涉案财物上交中央财政;第三,明确赃款、赃物、犯罪场所、犯罪工具的定义,严格区分刑事涉案财物与罚没款,并改变刑事诉讼中“重人轻财”的办案理念,强化涉案财物认定处理的司法化、程序化,明确举证责任和证明标准;第四,建立管理人制度,将涉案资产的处置交由专业化的管理人来处理,最大限度实现当事人和债权人的利益;第五,明确规定在法院生效判决之前,涉案财产不得先行处理;第六,保障当事人及利害关系人的程序参与权,完善程序的救济机制,赋予财产所有人或保管人不服处理决定或判决的救济权、处分财产时的在场权以及案外人异议权;第七,利用电子信息技术强化监督,加强司法公开,对涉案财物查封、扣押、冻结、保管、处理等关键环节进行重点监督。

(五)制订《民间借贷法》

鉴于目前规制民间金融行为的法律法规、司法解释、行政规章等纷繁杂乱,我们建议制订专门的《民间借贷法》,对民间借贷的概念、双方当事人的权利义务、借贷的数额和利率等作出详细规定,明确合法的民间借贷行为、一般违法集资行为以及非法集资类犯罪之间界限,让民间借贷活动有法可依。

《民间借贷法》的主要内容应当包括:第一,承认并赋予民间借贷以合法地位,逐步放宽对民间借贷的管制和监测。为此,立法应打破当前的金融垄断,借鉴国内外先进经验,引导民间金融向正规金融转化,对民间借贷经营实行准入和备案登记制度,即符合一定条件的企业和个人均可以申请开办借贷业务,并逐步降低准入门槛;借贷合同应采取书面形式,并应当到工商行政管理部门进行登记或备案,便于政府及时了解民间借贷动态,并统计民间借贷有关数据。

第二,拓展并规范经营性放贷主体的资金来源。应当允许适度负债经营,鼓励经营性放贷主体通过资本市场发行股票、债券方式等直接融资方式创新资金来源渠道;同时,建立对放贷经营机构注册资本金和日常经营资金来源渠道的审查机制,允许“吸收一定的存款”,但应对其主体和其他前提条件进行明确限制。

第三,赋予借款人和贷款人就借贷金额、利息、借贷时间、借贷期限和偿还方式等内容自由约定的权利,同时又应禁止过高利率。但法定利率的设定应突破现有关于“民间借贷利率最高不得超过银行同类贷款利率的4倍”的规定,根据地方经济条件和民间借贷的情况等因素综合确定。

第四,完善民间借贷的监管规则,明确民间借贷的监管主体及职责,可考虑建立相应的民间借贷登记和服务中心,并将P2P网络借贷平台等新型民间借贷形式纳入监管范围。

注释:

[1]该会议所披露数据可见于媒体报道,如邹伟、王思北:“我国非法集资犯罪高发”,<http://finance.nandu.com/html/201311/26/532529.html>,2015年2月20日访问。

[2]刘为波:《〈关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2011年第5期。

[3]如1999年中国人民银行《关于取缔非法金融机构和非法金融业务活动中有关问题的通知》、2007年国务院办公厅《关于依法惩处非法集资有关问题的通知》等。

[4]如1999年中国人民银行《关于进一步打击非法集资等活动的通知》、2007年国务院法制办《坚决防范和打击非法集资等违法犯罪活动——全国人大常委会法制工作委员会和国务院法制办公室负责人答新华社记者问》。

[5]代表性文献,可参见屈学武:《金融刑法学研究》,中国检察出版社,2004年,第267页;张明楷:《刑法学》,法律出版社,2007年,第585页。

[6]代表性文献,可参见李希慧:《论非法吸收公众存款罪的几个问题》,《中国刑事法杂志》2001年第4期;王作富主编:《刑法分则实务研究》(上),中国方正出版社,2007年,第492页。

[7]高铭暄主编:《新型经济犯罪研究》,中国方正出版社,2000年,第654页。

[8]王作富主编:《刑法分则实务研究》(上),中国方正出版社,2007年,第421页。

[9]陈兴良主编:《罪名指南》,中国人民大学出版社,2006年,第410页。

[10]如有学者认为,“扰乱金融秩序”是对行为性质的阐明,而非作为构成要件的犯罪结果,只要实施非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为,即扰乱金融秩序,构成既遂。参见张军主编:《破坏金融管理秩序罪》,中国人民公安大学出版社,1999年,第199页。

[11]如有学者认为,实施非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为,造成扰乱金融秩序的危害结果才构成犯罪,未造成该危害结果的,不能认定为构成犯罪,应以一般违法行为予以行政处罚。刘建:《金融刑法学》,中国人民公安大学出版社,2008年,第330页。

[12]具体理由,参见谢望原、张开骏:《非法吸收公众存款罪疑难问题研究》,《法学评论》2011年第6期。

[13]如有学者认为,集资诈骗是以非法占有为目的,使用虚假事实或隐瞒真相的手段,非法向社会公众进行募集资金,骗取较大数额集资款的行为。赵长青主编:《经济刑法学》,法律出版社,1999年,第306页。而有学者认为,集资诈骗罪是单位或者个人以非法占有为目的,采取诈骗的方法,骗取集资款的行为。刘宪权:《金融犯罪刑法理论与实践》,北京大学出版社,2008年,第12页。

[14]马克昌:《经济犯罪新论:破坏社会主义市场经济秩序罪研究》,武汉大学出版社,1998年,第253页。

[15]刘伟:《非法吸收公众存款罪的扩张与限缩》,《政治与法律》2012年第11期。

[16]2010年《关于审理非法集资金罪案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定:以非法占有为目的,使用诈骗方法实施本解释第二条规定所列行为的,应当依照刑法第一百九十二条的规定,以集资诈骗罪定罪处罚。使用诈骗方法非法集资,具有下列情形之一的,可以认定为“以非法占有为目的”:(一)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能退还的;(二)肆意挥霍集资款,致使集资款不能退还的;(三)携带集资款逃匿的;(四)将集资款用于违法犯罪活动的;(五)抽逃、转移资金、隐匿财产,逃避返还资金的;(六)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金的;(七)拒不交代资金去向,逃避返还资金的;(八)其他可以认定非法占有目的的情形。集资诈骗罪中的非法占有目的,应当区分情形进行具体认定。行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的,对该部分非法集资行为所涉集资款以集资诈骗罪定罪处罚;非法集资共同犯罪中部分行为人具有非法占有目的,其他行为人没有非法占有集资款的共同故意和行为的,对具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。

[17]高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,《中外法学》2012年第2期。

[18]该案一审判决的具体分析,可参见钟瑞庆:《集资诈骗案件刑事管制的逻辑与现实——浙江东阳吴英集资诈骗案一审判决的法律分析》,《法治研究》2011年第9期。

[19]刘远:《我国治理金融犯罪的政策抉择与模式转换》,《中国刑事法杂志》2010年第7期。

[20]彭冰:《非法集资活动规制研究》,《中国法学》2008年第4期。

[21]这一建议主要参考了彭冰的观点。参见彭冰:《非法集资活动的刑法规制》,《清华法学》2009年第3期。

[22]刘伟:《非法吸收公众存款罪的扩张与限缩》,《政治与法律》2012年第11期。

[23]高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,《中外法学》2012年第2期。

[24]对于“非法占有目的”的认定,可参见刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》,《法商研究》2012年第4期。

[25]高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,《中外法学》2012年第2期。

[26]马春晓:《非法经营罪的“口袋化”困境和规范解释路径——基于司法实务的分析立场》,《中国刑事法杂志》2013年第6期。

[责任编辑:力 昭]