

摘 要

在市场经济迅速发展的当今时代，一些市场主体为了通过货币资本运作来实现盈利目标，不惜采用非法手段吸收公众存款，致使银行利率的大幅波动，进而严重扰乱了市场金融秩序。为了维护金融秩序和稳定，国家于 1997 年将非法吸收公众存款罪纳入刑法。非法吸收公众存款罪涉及到多方利益，案件的社会影响往往会加大，因此国家对此类行为一向持严厉打击的态度。然而，这也可能导致对以正当生产经营为目的的正常民间融资行为过度规制，抑制市场的发展，影响经济的健康发展。因此，需要对非法吸收公众存款罪的适用进行恰当的限制和解释，以避免滥用刑罚权，避免将其作为所有集资行为的默认罪名，并防止将其全面纳入刑法规范范畴，为市场主体提供明确的行为规范。

本罪司法案例数量呈爆发式增长的数据印证了司法实践中对非吸罪的适用范围不断扩张化，这种扩张适用现状与互联网金融犯罪高发的情况有关，但更重要的是传统教义学解释规则的影响，这是导致适用扩大化现象产生的根本原因。非法吸收公众存款罪的审判实践表明，“非法”等形式特征标准的模糊，“存款”内涵的异化，资金用途的认定缺位已成本罪适用泛化之症结。对此应从本罪立法目的出发对本罪构成要件核心要素进行限定性理解和实质解释，以实现非法吸收公众存款罪司法适用的合理限缩。

关键词：非法吸收公众存款；非法集资；限缩；民间融资

ABSTRACT

In the present era of rapid development of market economy, some market entities, in order to achieve profit objectives through monetary capital operations, have resorted to illegal means to absorb public deposits, resulting in significant fluctuations in bank interest rates, which in turn has seriously disturbed the financial order of the market. In order to maintain the financial order and stability, the state incorporated the crime of illegal public deposit-taking into the criminal law in 1997. The crime of illegal absorption of public deposits involves multiple interests, and the social impact of the case is often increased, so the state has always taken a strict attitude against such acts. However, it may also lead to over-regulation of normal private financing for the purpose of legitimate production and operation, inhibiting the development of the market and affecting the healthy development of the economy. Therefore, the application of the crime of illegal public deposit-taking needs to be appropriately restricted and interpreted in order to avoid the abuse of penal power, to avoid making it the default crime for all fund-raising behaviors, and to prevent its full inclusion in the scope of criminal law regulation to provide clear behavioral norms for market subjects.

The number of judicial cases of this crime has increased explosively, which proves that the scope of application of the crime of non-absorption has been expanding in judicial practice. The trial practice of the crime of illegal public deposit shows that the blurring of the criteria of "illegal" and other formal characteristics, the alienation of the connotation of "deposit", and the lack of identification of the use of funds have been the crux of the generalization of the application of this crime. In this regard, the core elements of this crime should be understood and interpreted restrictively from the legislative purpose of this crime, in order to achieve a reasonable restriction on the judicial application of the crime of illegal public deposit-taking.

Key Words: Illegal Absorption of Public Deposits; Illegal Fund Raising; Restriction; Private Financing

目录

引言	1
第 1 章 非法吸收公众存款罪扩张适用的现状与成因	2
1.1 非法吸收公众存款罪司法扩张适用的统计分析	2
1.1.1 本罪司法认定的案件数量呈扩大趋势	2
1.1.2 本罪司法认定未区分融资的用途	4
1.1.3 本罪与合法的民间融资行为的界定不清	5
1.1.4 本罪沦为非法集资类案件的口袋罪	6
1.2 非法吸收公众存款罪司法扩张适用的成因分析	8
1.2.1 对“非法”含义的理解存在分歧	8
1.2.2 对“公众”范围的理解存在模糊	9
1.2.3 对“存款”与“资金”的概念存在混同	10
1.2.4 对直接融资与间接融资未区分	11
第 2 章 非法吸收公众存款罪限缩的必要性分析	13
2.1 非法吸收公众存款罪的规制分歧	13
2.1.1 非法吸收公众存款罪适用之“扩张论”	13
2.1.2 非法吸收公众存款罪之“废除论”	14
2.1.3 非法吸收公众存款罪适用之“限缩论”	15
2.2 非法吸收公众存款罪司法限缩适用的理由	15
2.2.1 非法吸收公众存款罪扩张适用的危害性	15
2.2.2 非法吸收公众存款罪限缩适用的合理性	18
第 3 章 非法吸收公众存款罪的限缩方法与路径	21
3.1 以实质解释为导向的合理解释方法	21
3.1.1 文义解释的基础理解	21
3.1.2 体系解释的系统分析	22
3.1.3 目的解释的最终限缩	22
3.2 对本罪核心要素的限缩适用	23
3.2.1 准确理解“非法”的含义	23
3.2.2 合理界定“公众”的范围	25

3.2.3 回归“存款”的本质涵义	26
3.2.4 合理区分集资的用途	27
3.2.5 合理适用“退赃退赔”	28
结语	30
致谢	31
参考文献	32

引言

在中国经济快速发展的今天，近年来，非法集资的问题日益严重，非法吸收公众存款罪发案呈倍数乃至指数级爆炸式上升，并且在互联网金融逐渐发展壮大的时代背景下，更加具有欺骗性、隐蔽性。由于本罪具有涉众型犯罪的特点，一旦发生很有可能对经济社会造成严重的影响，因此司法机关不得不重视本罪的司法适用。自非法吸收公众存款罪被正式纳入刑法后，特别是随着有关司法解释的出台，该罪的存废、解释和适用等问题便成为学者研究和讨论的焦点。非法吸收公众存款罪在维护我国金融秩序方面发挥了重要作用，同时也加强了对擅自非法吸存行为的严厉打击。因此，准确运用该罪显得尤为重要。司法实践对本罪存在过度扩张适用的趋势，这种情况亟需制止并予以纠正。自本罪被确立以来，中国的社会经济发生了翻天覆地的变化，同时金融领域的相关刑事政策也发生了新的变革。因此，为了适应新时代金融市场的发展需求，对本罪的规制目的和构成要件要素进行新的解读是必不可少的。民企虽然对我国经济发展作出了巨大贡献，但是司法实践中民间融资行为的正常进行却常常受到刑法的冲击，被误认为违法犯罪行为的案例屡见不鲜。谨慎地解释非吸罪的构成要件要素和刑法规制目的，还原存款的本质涵义，合理地区分集资的用途，降低本罪扩张适用的危害性，避免本罪司法适用的不当扩张。为了缓解民企的融资难题，促进市场经济平稳健康发展，需要明确合法民间融资与非吸罪的区别，以为民企的健康发展创造一个良好的法治环境。

第1章 非法吸收公众存款罪扩张适用的现状与成因

1.1 非法吸收公众存款罪司法扩张适用的统计分析

1.1.1 本罪司法认定的案件数量呈扩大趋势

改革开放以来,市场经济体制逐步深化改革与发展,为了稳定我国社会主义市场经济秩序,保证社会主义市场经济持续稳步发展,国家对于金融领域的混乱进行了严格的控制,继续细化和加强非法吸收公众存款监管。1995年,《商业银行法》首次将非法吸收公众存款罪列入刑事责任范畴。^①在1997年《刑法》中,非法吸收公众存款罪直接被纳入刑法当中,作为经济犯罪放在破坏金融管理秩序罪这一章节,据此,可以推出本罪的设立初衷是为了保护金融管理秩序。之后的二十几年期间,刑法经过了十一次修改,从修改的方向可以看出,我国对金融犯罪的定罪量刑调整频率高、尺度大,并且呈加强趋势。最近的刑法修正案(十一)对非法吸收公众存款罪进行了三个方面的修正:第一,加重自由刑,将本罪的最高法定刑从“十年以下有期徒刑”提高到“十年以上有期徒刑”,同时也将量刑档次从原来的两档变为三档,以更严厉地打击罪犯。第二,改变了罚金刑的规定方式,将本罪各个量刑档次中的限额罚金刑规定改为无限额罚金刑规定,以更加有效地惩罚罪犯。第三,增加了诉前“退赃退赔”的法定从轻、减轻条款,以鼓励罪犯在犯罪前主动退赃退赔,并减轻其刑事责任。可以看出在严惩非法集资类犯罪的大背景下,刑法修正案(十一)明显对非法吸收公众存款罪增加了惩罚力度,而最后关于“退赃退赔”的立法修正更多的是对相关司法实践经验和成果的积极吸纳。但值得注意的是,刑法修正案(十一)更多的是针对本罪量刑方面的修改而并没有修改非法吸收公众存款罪的构成要件内容,这说明无论是线下还是线上,非法吸收公众存款罪的违法性本质并没有发生改变,而现实中非法吸收公众存款罪所反馈出的实务效果并不是特别理想,关于本罪的合法与非法界限在理论上也存在诸多争议。

笔者在中国裁判文书网上检索了近十年来非法吸收公众存款罪的案件,根据案件类型的限制,案由为“刑事案由”,文书类型为“判决书”,文书类型为“公开文书”,判决理由为“非法吸收公众存款罪”,裁判年份为2012-2021年份,对各年份非法吸收公众存款罪的案件数量进行了可视化数据分析,结果如图1.1所

^① 1995年《中华人民共和国商业银行法》(已被修改)第七十九条规定:“未经中国人民银行批准,擅自设立商业银行,或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的,依法追究刑事责任;并由中国人民银行予以取缔。”

示。由此可见，近年来，本罪案件数量呈现出明显上升的趋势。

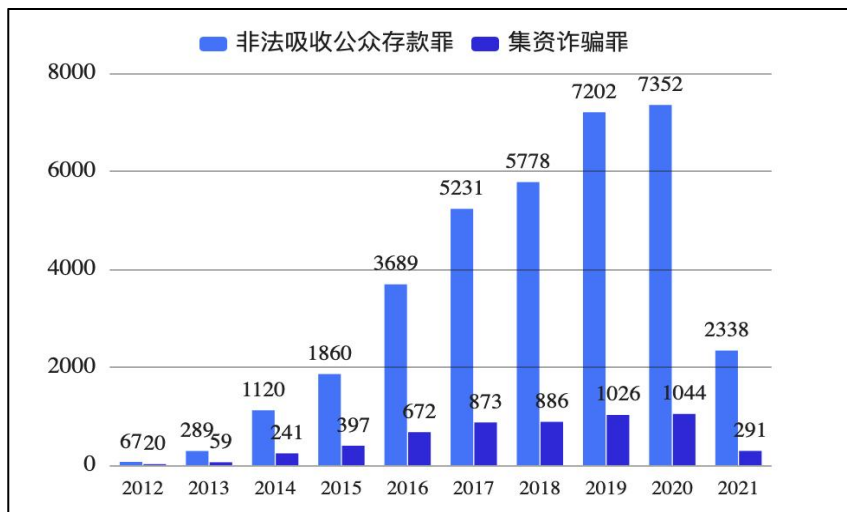


图 1.1 2012-2021 年份非法吸收公众存款罪案件数量历年统计^①

刑法中涉及的非法集资犯罪相关罪名一共有七个。^②本罪和集资诈骗罪是其中最典型的两个罪名，这两个罪名案件数量也占据了非法集资罪中的大多数，从图 1.1 中可以明显地看出，无论是从非法吸收公众存款罪自身案件数量增长趋势来看，还是与同期的集资诈骗罪放在非法集资类案件中对比来看，非法吸收公众存款罪案件数量增长速度都是极快的。2021 年裁判文书公开的案例数量急剧下降，一方面由于刑事案件的审理、结案和裁判文书公开具有一定的周期，另一方面则可能是由于疫情对经济社会发展产生的不容忽视的影响。

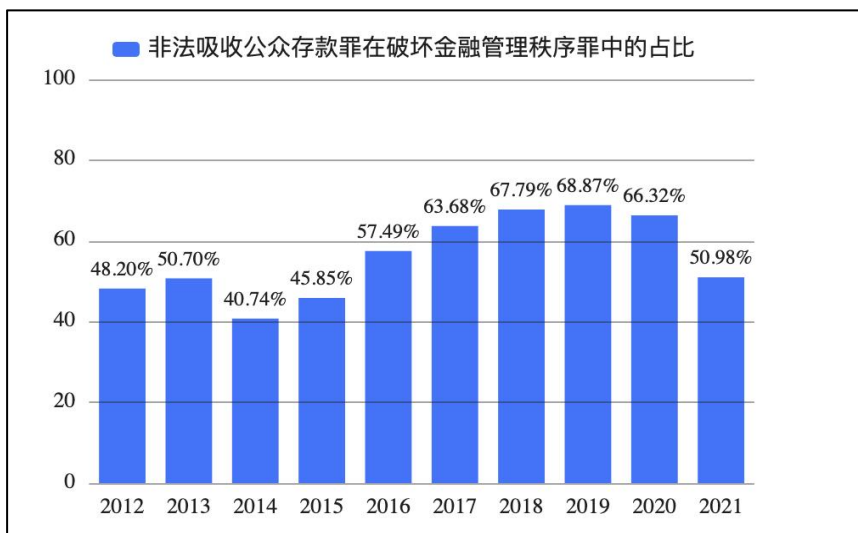


图 1.2 2012—2021 年非法吸收公众存款罪在破坏金融管理秩序罪中的占比^③

^① 中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/>，数据访问最后时间为 2022 年 12 月 31 日。

^② 包括非法吸收公众存款罪，集资诈骗罪，非法经营罪，组织、领导传销活动罪，擅自发行股票、公司、企业债券罪，欺诈发行债券罪，擅自设立金融机构罪。

^③ 中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/>，数据访问最后时间为 2022 年 12 月 31 日。

笔者将上述条件中的案由进一步限定为“破坏金融管理秩序罪”，统计出本罪案件数量在破坏金融管理秩序罪中所占比重，并绘制了图 1.2。随着金融市场的发展，刑法应逐渐减少对其干预，然而，近年来尽管金融市场已经逐渐成熟，非法吸收公众存款罪的案件数量仍在持续上升，说明司法实践中对该罪名的适用存在一定滞后性。换言之，在同样的金融新兴市场环境下，保护金融秩序的其他罪名的适用也应相应增加，各个罪名在案件破坏金融管理秩序罪总量中所占的比重变化也应该相差不大。而从图 1.1 中可以看出，在非法集资类犯罪的两个主要罪名中，相比于同期的集资诈骗罪，非法吸收公众存款罪案件数量增长幅度明显过快，图 1.2 所展示的非法吸收公众存款罪在同期破坏金融管理秩序罪中的比重几乎都在一半以上，甚至最近的不少年份占比超过 60%，这些数据从侧面体现了非法吸收公众存款罪在司法适用方面出现了扩大化的倾向，造成了本罪案件数量居高不下的现状。

1.1.2 本罪司法认定未区分融资的用途

笔者选取了 2017-2021 年间的非法吸收公众存款罪刑事一审判决书作为研究对象进行统计分析。^①发现行为人吸存的用途主要包括股票投资、放高利贷、正常经营投资、实体产业项目投资等。在部分案例中，行为人还会将吸收的存款用于归还借款和利息，或者返还部分被吸存者的利润。通过以上分析可知，司法实践对于吸存的实际用途并未加以区分，存款用途只有在极少数案例中被用作量刑情节考虑，多数情况下并不影响案件的裁判。换言之，司法实践不以资金是生产经营的特殊用途要素作为出罪口，不少情况下甚至是不作为量刑情节参考要素。

以往存在不少文件考虑到资金用途对本罪的影响，^②笔者通过分析裁判案例，发现司法实践更注重对非吸罪的四性特征的形式要件进行认定，而缺乏对资金用途这一要素的实质考虑。不少裁判文书中甚至完全没有提及被吸收资金的具体用途。

根据司法案例数据统计，只有 9.45% 的案件会涉及到吸收资金的用途这一要素。然而，设立本罪的目的主要是为了保护金融机构的吸存专营权，以维护金融市场的管理秩序，避免金融市场秩序的不稳定。因此，对于资金用途的认定在案件的审理中是非常重要的。在本罪的相关司法裁判案例中，需要仔细查明具体案

^① 由于案件数量较多，笔者从中随机抽取了三百余份案例进行了统计分析。

^② (1) 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(2022 修正)》第六条第二款规定：非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够在提起公诉前清退所吸收资金，可以免于刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理。(2) 最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉[2017]14 号) 第八条第三款规定：“对于借款人将借款主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，不作为犯罪处理。”(3) 最高检《明确规范办理涉民营企业案件执法司法标准》规定：“严格把握正当融资行为与非法吸收公众存款罪的界限，对于民营企业非法吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金的，可以不予起诉或者免于刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。”

件中资金的实际用途。如果行为人将吸收的资金用于生产经营或者其他合法用途,那么就需要从行为人的主观故意、吸收存款的方式和其他相关因素等方面进行综合分析,充分考虑案件的具体情况,以准确界定非法吸收公众存款罪的构成要件,从而维护金融市场的健康发展和公众的合法权益。

2019年最高法发布司法解释规定,对各类金融案件的审理,必须切实服务于实体经济,^①在实践中,即使是为了维持企业自身的生产经营而进行融资,其行为也有可能被认定为犯罪。这种过于严苛的司法实践可能让民企在融资时感到非常谨慎和担忧,从而阻碍了它们的正常发展。这种现象反映出司法实践中忽视了存款主要用于生产经营这一构成要素。这种司法实践进一步加剧了非法吸收公众存款罪的扩张适用,影响了实体经济的发展。尽管有文件明确规定了出罪口相关规定,但是在实践中及时清退资金是非常困难的,这也导致了司法实践很难利用该规定认定被告人无罪,从而导致本罪出罪更加困难。^②通过观察和分析刑事案例的判决结果,可以发现免于刑事处罚的比例仅占1.22%,无罪判决仅有0.094%,此外,近年来无罪和免于刑事处罚的判决率占比进一步逐渐缩小,这些数据均从侧面体现出非法吸收公众存款罪的扩大适用现状。

1.1.3 本罪与合法的民间融资行为的界定不清

民间融资行为,包括民间借贷、委托理财、私募基金等,是平等主体之间基于公平、诚信、自愿原则达成的直接融资行为,属于民法的规制范畴。其中最为典型的的就是民间借贷。对一般的民间借贷而言,只要不违反法律法规的强制性规定,民间借贷行为就是合法有效的。随着我国社会经济的不断发展和市场准入门槛的不断降低,越来越多的中小型民营企业因为生产发展需要融资,由于商业银行贷款存在门槛高、周期长等阻碍因素而转向通过一般的民间公众借贷的方式来获得融资,以及当前我国社会经济发展水平较高,社会上闲散资金也较多,所以民间借贷行为随之也越来越多。而中小企业在融资过程中吸收的资金对象往往又较多,同时又带有一定的利益回报,这也导致民间融资和非法吸收公众存款罪在行为方式上具有高度的相似性,这类民间融资行为也很容易面临非法化的风险。在当前市场经济发展的背景下,鉴于对正规贷款申请所花费的时间和资金成本,民营企业也更加倾向于选择更加便捷的民间融资途径。^③在我国,大量的中小微企业几乎是依靠民间借贷得以生存的,民间融资是民营企业能够生存发展的主要资金来源,而本罪与合法的民间融资行为的界限不清,进一步加剧了民间融资紧

^① 最高人民法院《关于为推动经济高质量发展提供司法服务和保障的意见》(法发〔2019〕26号)第八条规定:“依法审理各类金融案件,引导和规范金融交易,严厉打击套取金融资金转贷行为,防止和遏制金融资本‘脱实向虚’,切实服务实体经济”。

^② 最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉[2017]14号)第八条第三款规定:“对于借款人将借款主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,不作为犯罪处理。”

^③ 王新:《民间融资的刑事法律风险界限》,载《当代法学》2021年第1期,第62页。

张的局面，也限制了新型金融和市场经济的发展进程。

在对相关的裁判案例进行统计分析时，笔者发现，在样本总体中，主张行为人吸存行为未面向公众的辩护占比是 30.77%，主张行为人吸存行为未公开宣传的辩护的占比是 13.19%，主张没有犯罪故意占 15.38%，主张是合法的民间借贷行为的占比是 35.16%。由此可知，对民间借贷行为是否构成罪行是影响司法实践的重要因素。因此，要避免本罪适用范围扩大，就必须区分非吸罪与合法的民间融资行为。明确这两者的区分是限制本罪适用范围的重要因素。

在非法吸收公众存款罪与合法的民间融资行为当中，都会涉及行为人筹集资金的行为，然而，两者的行为性质迥然不同，前者属于刑事犯罪行为，而后者属于合法行为。经过案例分析可以发现，非法吸收公众存款罪和合法的民间融资行为在具体行为方式的认定方面存在一定程度的界限不清问题，这也使得“属于合法的民间融资行为”成为本罪所有的辩护理由当中占比较高的一个辩护理由。因此，需要明确民间融资行为的合法性，包括具体内容和实践中的发展情况，以便更清晰地界定本罪与合法的民间借贷行为之间的区别。

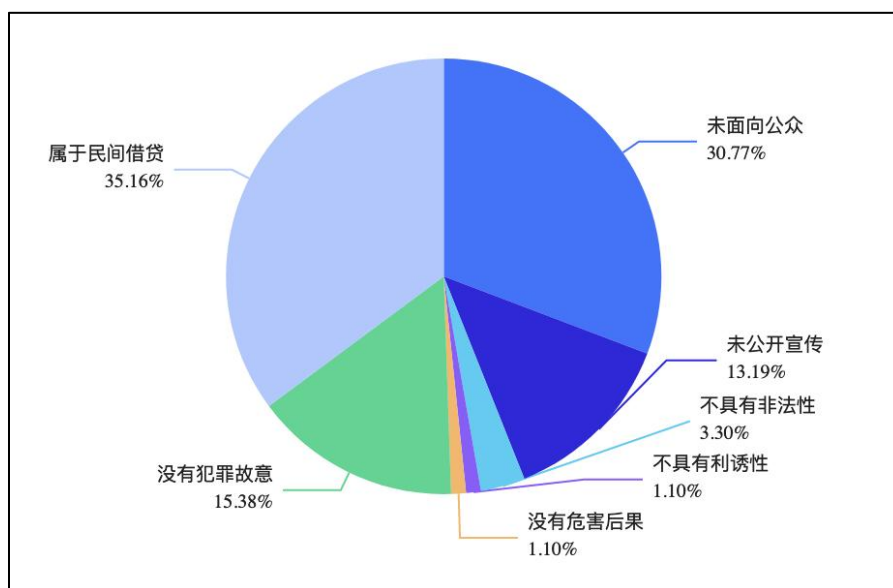


图 1.3 非法吸收公章存款罪的辩护理由类型和占比^①

1.1.4 本罪沦为非法集资类案件的口袋罪

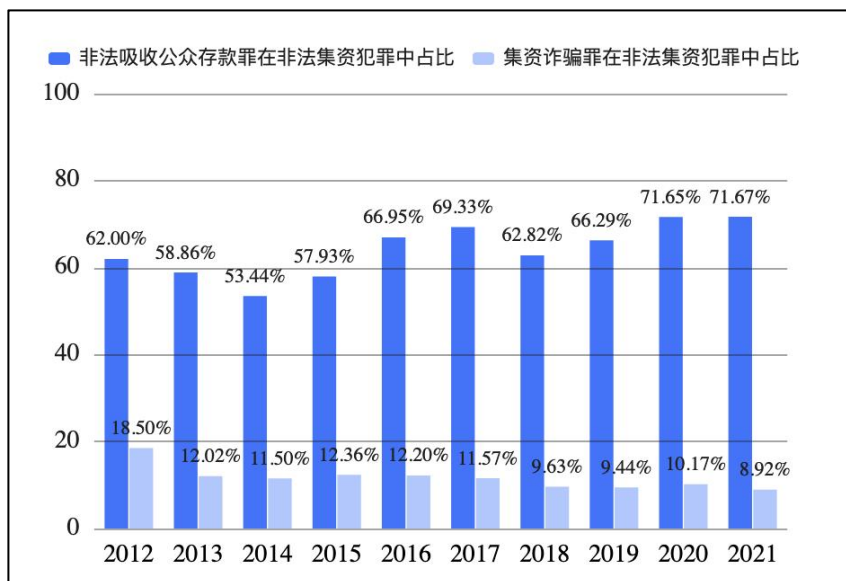
口袋罪这一概念实质上是指一种兜底性罪名，其构成要件相对开放，因此更容易适用于我国刑法规范中。由于口袋罪缺乏具体的外延限制条件，因此在实践中，涉及该罪名的行为更容易被认定为犯罪。在我国现行刑法的罪名体系中，关于某些罪名是否属于口袋罪的结论，主要是基于罪名的立法变化、罪状特征等宏观抽象的论述，而缺乏实证数据的论证过程。尤其是缺乏这两个罪名在妨害社会

^① 中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/>，数据访问最后时间为 2022 年 12 月 31 日。

管理秩序罪和经济犯罪中在司法实践中的适用比率等实证依据。如图 1.2 数据所示,非法吸收公众存款罪在破坏金融管理秩序罪中的比重已经超过了一半,说明该罪在司法实践中的适用范围不断扩大。这与国家一直以来坚持大力打击非法集资类犯罪的政策密切相关。

为了确保对非法吸收公众存款等非法集资犯罪活动的依法惩治,保障非法集资类案件法律规范的统一适用,在 2010 年和 2014 年,最高法在结合司法实践的基础上,就办理非法集资类刑事案件法律适用问题,陆续颁布了两个重要的司法解释文件;^①在 2019 年,两高一部联合印发了《集资意见》;在 2022 年,最高法在 2010 年集资解释的基础上修改并重新发布了最新的集资解释。^②这些司法解释文件形成了相对完备的司法体系,为司法实践提供了更为具体的指导和规范。由于本罪与集资诈骗罪在认定上存在相似之处,笔者同时考察了近十年来本罪与集资诈骗罪的适用情况并进行了对比,分别筛选出以两罪为裁判结果的历年刑事案件,统计数据分析,如前文图 1.1 所示。可以发现,集资诈骗罪的历年案件数量几乎都比较平稳,未出现大幅度增长的现象。

笔者利用中国裁判文书网平台,搜索了 2012-2021 年份非法集资刑事案件裁判文书,通过统计数据分析发现,判决非吸罪的案件数量占到了非法集资案件总量的半数以上,并且在本罪案件基数本身就很大的同时还呈现出上升的趋势,尤其是 2021 年更是达到 71.67% 的最高占比,而集资诈骗罪占比较低,并且占比几乎稳定在 10% 左右,如图 1.4 所示。



^① 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》(已被修改)以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《集资意见》)。

^② 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(2022 修正)》(以下简称《集资解释》)。

图 1.4 非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪在非法集资类犯罪中的占比^①

在司法实践中，通常将非法占有目的作为集资诈骗罪认定的关键要素，如果行为人没有非法占有目的，则可以认定其行为构成非法吸收公众存款罪。这种处理方式被视为处理集资诈骗罪的兜底方案，因为相关的法律文件对其进行了规范和支持，所以在司法实践中这种做法相对普遍。在非法集资的几个主体罪名中，非法吸收公众存款罪属于一般性罪名，而集资诈骗罪则是加重性罪名。^②上海市也在发布的地方性司法文件中存在类似的表述。^③通过对上述司法案例数据进行实证分析，不难发现非吸罪的案发数量在我国相当长的一段时间内持续增长，并且一度占据非法集资类犯罪中高达 60% 以上的比例。可以得知，在实践中，非吸罪存在着司法扩张适用的情况，已经发展成为非法集资类犯罪中的一种口袋罪。在我国刑法学中，口袋罪虽然由来已久，但一直以来都是饱受诟病的存在，甚至有违于刑法的罪刑法定基本原则。口袋罪的成因主要有两个方面，其一是刑法条文规定本身可能具有一定的模糊性；其二是司法实践中也存在一些曲解。^④笔者认为，这也是非吸罪在司法实践中扩张适用以及进而逐渐沦为非法集资类犯罪的口袋罪的主要原因。

1.2 非法吸收公众存款罪司法扩张适用的成因分析

1.2.1 对“非法”含义的理解存在分歧

认定行为构成非法吸收公众存款罪的首要条件是行为的非法性，这也是进一步确定其他构成要件的基础。根据《集资解释》的规定，非法性可以被理解为违反国家金融管理法律规定或未经有关部门依法批准或借用合法形式吸收资金两种形式。然而，司法解释并未明确给出“违反国家金融管理法律规定”的范围，这种高度概括性的表达形式为司法实践留下了很大的可操作空间，使得本罪逐渐沦为打击非法集资类犯罪的扩张工具。2019 年的《集资意见》将部门规章和规范性文件也作为认定行为非法的参考依据之一，这使得非法性的认定标准变得更加宽泛，进一步扩大了非吸罪的适用范围。而非法性问题的开放性，对非法性的开放式认定进一步加剧了本罪成为口袋罪的现状。^⑤

^① 中国裁判文书网: <https://wenshu.court.gov.cn/>, 数据访问最后时间为 2022 年 12 月 31 日。

^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》，载《人民司法》2011 年第 5 期，第 26 页。

^③ 《上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》(沪高法[2018]360 号)第三条第二款规定:“对于多人参与、分工实施的集资诈骗犯罪，其中的组织、策划、指挥者应当以集资诈骗罪定罪处罚；对于确有证据或理由表明并不知晓上述人员的非法占有目的，可以非法吸收公众存款罪定罪处罚。”

^④ 孙万怀:《以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪》，载《现代法学》2010 年第 5 期，第 80 页。

^⑤ 王新:《非法吸收公众存款罪的规范适用》，载《法学》2019 年第 5 期，第 104-105 页。

其一，关于“未经有关部门依法批准”这一条件中的“有关部门”，目前解释没有明确规定。根据国务院出台的有关行政法规规定，非法吸收公众存款罪和非法集资是同属于非法金融类行为的等位概念。然而，非吸罪在司法实践中通常被以非法集资的概念进行解释和适用。^①此外，非法吸收公众存款行为在《中国商业银行法》中，原先规定为“未经中国人民银行批准”，后来被修改为“未经国务院银行业监管机构批准”。^②而集资解释中定义的条件是“未经有权机关批准”，关于有权机关的范围也没有明确规定。因此，在实践中，当行为符合地方行政部门批准但达不到银行批准的条件时，是否可以认定该行为构成本罪也成了实际难题。

其二，在“借用合法经营的形式”方面，司法解释总结概括了这种吸资行为。这种行为通常采用不具有真实内容的经营行为作为外表以掩盖其非法目的。这种表面经营行为可以是虚构的，也可以是与实际业务不相符的。尽管此类行为表面上看起来是采取合法经营模式，但实际上却是具有非法目的的。因此，此类行为大多被认定为非法集资行为的一种，并被纳入该类行为的规制范畴。但另一方面，这种实质非法的认定方式具有不确定、不稳定的缺点。在司法机关打击非法集资类犯罪时，很容易以非吸罪的形式对大量的集资行为进行规制。这种认定方式具有极大的弹性和调控空间，这样的认定方式可以更好地适应不同情况的需要，并保证案件的公正性和合理性。同时，这也要求司法机关在认定中要充分考虑各种因素，以确保刑罚的适当性和公正性，防止出现理解和适用上的偏差，导致该罪在司法实践中的适用范围不断扩大。

1.2.2 对“公众”范围的理解存在模糊

本罪的认定最具争议的一个特征就是社会性，有时候也被称为公众性。在本罪的认定中，作为犯罪对象的构成要素之一，“公众”是认定本罪的另一个关键要素。不少学者试图对“公众”下定义，以期让本罪的犯罪对象范围更加明确。遗憾的是，目前，还没有明确的规范和可行的实践标准来确定“公众”的范围。在实务中，司法机关采用的是社会不特定对象的标准，行为人的亲友以及单位内部人员不在此列。

其一，从肯定的语境理解“公众”的范围。根据《集资应用解释》，社会公众被解释为社会上没有特定限定的对象。以司法解释文件的形式正式将公众定义为不特定对象，并进一步明确排除了特定的少数人。^③因此，该文件中对“公众”

^① 《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法(2011 修订)》(现已失效)(以下简称《取缔办法》)。

^② 《中华人民共和国商业银行法》第十一条规定：“未经中国人民银行批准。”；《中华人民共和国商业银行法(2003 修正)》、《中华人民共和国商业银行法(2015 修正)》第十一条规定：“未经国务院银行业监督管理机构批准。”

^③ 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(2022 修正)》(以下简称《集资应用解释》)。

理解是指不特定的大多数人。但这里就产生了一个问题,即不特定与多数人之间的逻辑关系是并列关系还是择一关系。学者们试图解释公众的范围,虽然众说纷纭,但大体上包括“不特定性”和“多数性”这两个概念,前者是定性,后者是定量。然而,在众多不同的观点中,尚未找到一种统一的认定模式。随着社会的不断发展,司法实践中对于“公众”的认定变得更加具有挑战性。在国家需要对非法集资行为进行严厉打击的紧张时期,司法机关对本罪的认定范围势必变得更加宽泛。与此同时,一些地方政府可能为了促进地区经济发展而选择对某些行为采取默许和容忍的态度,这种矛盾也增加了关于本罪合理适用的争议。

其二,从否定的语境排除“公众”的范围。依据《集资解释》,亲友和单位内部人员作为特定对象不属于本罪所指的“公众”。2014年,《集资适用意见》又明确了两种特殊情形,即如果针对特定对象,应当视为向社会公众吸收资金。^①然而,随着当今社会人际关系的复杂化,亲友和单位内部人员的认定可能存在分歧。对亲友认定的模糊性导致了定罪标准的差异,因此,为了有效地解决罪与非罪之间模糊的界限,必须采取更加准确的标准。立法应当对成熟的理性投资者和盲目投资的普通民众作出区分并对其制定不同的处置方案。

将所有非法集资情形的处理寄希望于一个似是而非的亲友标准,是不切实际的。^②在司法实践中,当法院面对复杂的亲友关系时,例如所吸收资金的对象中包含亲友或者被亲友介绍的人,通常会倾向于将这些对象视为“公众”的范围。因此可以看出,司法实践对于本罪中亲友的认定并没有做到严格的界分。以亲友为标准来区分对象是否具有特定性,造成了入罪标准的不一致,扩大了“公众”的范围,进而导致本罪的司法扩张适用。许多合法的民间融资行为也被刑法所规制,这种情况严重影响了民间融资市场的正常运作,也给企业和投资者带来了很大的风险和不确定性。

1.2.3 对“存款”与“资金”的概念存在混同

从本罪的罪名表述来看,罪名为非法吸收公众存款罪,而非非法集资罪。换句话说,刑法处罚的是非法吸收公众“存款”的行为,并非单纯的非法“集资”行为。与资金概念不同,“存款”是金融学上的专用概念,与“贷款”相对应,具有特定含义。如果吸收的资金不用于放贷或变相放贷,那么,该资金就很难被评价为“存款”或变相“存款”,笔者认为本罪的犯罪对象应当限定为“存款”,而非笼统的、概括性的“资金”。

^① 最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(公通字[2014]16号)第三条规定:“下列情形不属于‘针对特定对象吸收资金’的行为,应当认定为向社会公众吸收资金:(一)在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中,明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的;(二)以吸收资金为目的,将社会人员吸收为单位内部人员,并向其吸收资金的。”

^② 李有星,范俊浩:《非法集资中的不特定对象标准探析——证券私募视角的全新解读》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2011年第5期,第130页。

清晰界定犯罪对象的范围有助于明确犯罪的界限,区分罪与非罪以及该罪与其他罪名的区别。关于“存款”的含义,目前并没有相关法律对其作出明确的规定。为了更加严厉地打击非法集资行为,该罪的行为对象逐渐被扩大并演变为“资金”,甚至出现了异化现象。在司法实践中,行为人只要实施了未经批准集资或变相集资的吸收资金行为,法院基本上都作出了有罪判决。^①可见,司法实践对存款与资金的界定并不明晰。但此种做法不免会引起质疑,实际上,“存款”与“资金”的概念在本质上完全不同,“资金”包含的含义范围要比“存款”广泛得多。社会上流动的“资金”在被商业银行存储之后才能被称为“存款”。随着某些行为主体经常以间接融资的方式实施本罪,司法机关若仍旧只是套用本罪的行为方式相关的形式特征规定来认定本罪,则难免导致本罪的行为对象出现泛化的现象,进而导致本罪适用的扩张化。

为了寻找出“存款”与“资金”之间的差异,笔者研读了大量相关文献和资料。有一些学者认为,存款是指那些存入金融机构的可用货币资金或有价证券。^②也有一些学者认为,存款是指以信用为基础聚集的信贷资金。^③《汉典》词典中对存款的词语解释是指把钱存在银行或者信用合作社里,或者是指存入银行或信用合作社里的钱。^④前者是从动词的角度解释存款含义,后者是从名词的角度对存款进行释义。《智库》百科上对存款的定义是,存款指的是存款人在保留所有权的前提下,将资金或货币的使用权暂时转移给银行的行为。存款是银行最主要的信贷资金来源之一。^⑤根据上述定义可知,“存款”与“资金”两者的关键差别在于是否进入银行。未进入银行的属于一般意义上的社会“资金”,一旦被存储进入银行后,则被定义为“存款”。因此,若投资者并未将钱存入类似于银行等金融机构,存储并产生利息,那么就需要仔细思考直接将此类行为纳入非法吸收公众存款罪的规制范围是否合理这一问题,“存款”要素含义的扩大理解与适用是导致本罪规制范围外扩的关键要素之一,对“存款”的含义及其用途的准确理解,是限缩非法吸收公众存款罪扩张适用的重要因素。

1.2.4 对直接融资与间接融资未区分

直接融资和间接融资是一对相对的概念。直接融资表示是不经过任何的金融机构完成双方的借贷或者通过有价证券或者是合资的方式进行融资。与间接融资相比,直接融资双方更加自由,低成本付出的投资收益可能更高,但是由于信用不明确具有更高的风险。与直接融资相对应的,间接融资则是通过金融机构进行

^① 江苏省阜宁县人民法院(2018)苏0923刑初279号刑事判决书;新疆维吾尔自治区博乐市人民法院(2019)新2701刑初472号刑事判决书;浙江省兰溪市人民法院(2020)浙0781刑初5号刑事判决书等。

^② 邱有全:《非法吸收公众存款罪中“存款”一词不当》,载《检察日报》2010年8月16日第6版,第1页。

^③ 刘家琛:《刑法分则及配套规定新释新解》,人民法院出版社2006版,第896页。

^④ <https://www.zdic.net/hans/%E5%AD%A6%E6%AC%BE>,最后访问日期为2023年1月31日。

^⑤ <https://wiki.mbalib.com/zh-tw/Deposit>,最后访问日期为2023年1月31日。

融资。审判实务中将本罪立法初衷所要规制的间接融资行为转换为直接融资行为,其主要原因在于融资主体偿付失败可能引发的群体性事件将影响公共秩序,司法机关为平息群众诉求而不得已拓宽规制范围以维持社会稳定。^①

如何科学理解本罪的构成要件,避免适用范围的不适当扩张,既是重要的理论问题,也是重要的实务课题。对于行为人在未经批准的情况下擅自向社会吸收资金从事放贷或变相放贷,依法构成非法吸收公众存款罪,这当然是毫无疑问的。值得研究的是,行为人在未经批准的情况下向社会公开募集资金但用于实体生产经营活动的,能否认定为非法吸收公众存款罪。《集资应用解释》没有将重点放在如何界定非吸与变相非吸,而是统一规定了两者的认定条件,行为符合集资解释规定的四个特征时,即成立非法吸收公众存款罪。严格按照刑法和集资解释的规定,资金的用途并非吸罪的构成要件。司法机关严格按照刑法和解释将上述行为认定为非吸罪,自然无可厚非。但资金的用途毕竟事关行为的性质,不实质考察资金的用途将行为认定为非吸罪,理由难以认为是充分的。

首先,如前文所述,“存款”与“资金”具有不同的概念范畴。既然本罪的犯罪对象是公众“存款”,那么,与作为犯罪对象的“存款”概念所具有的含义相对应的,理应被用于放贷或者与放贷相类似的其他资本经营行为,而不是其他正常的生产经营活动。

其次,为了防范金融风险,现代市场经济国家都十分重视对资金的监管。民间借贷作为一种资金融通行为,只有在一定范围内被认可,资金的社会性筹集需要经过主管部门的批准,未经有关部门依法批准或借用合法经营形式吸收资金,都是法律禁止的行为。但是,金融的根本目的在于服务实体经济,行为人筹集资金用于实体经营活动的,符合金融的根本目的。如果机械地、形式地适用上述解释的规定,将行为人集资后从事实体生产经营活动的行为因为符合刑法和司法解释的规定而被认定为非吸罪,那么,往往导致公司、企业生产经营活动陷入困境,甚至是破产、倒闭等严重后果。

其实,《集资应用解释》本身也已注意到了将所集资金用于实体生产经营行为的特殊性,该解释第六条也明确了对用于正常的生产经营活动且能够及时清退行为,可以免于刑事处罚甚至不作为犯罪处理的规定。但从该罪处罚的正当性讲,不得不说上述规定仍显保守。实践中,司法人员有必要重视本罪的行为构造,搞清楚吸收资金用于正常生产经营活动的性质,以及这种行为与法益侵害之间的关系。慎重将此类行为认定为非吸罪,避免本罪在实践中被异化为“非法集资罪”。

^① 裴长利:《非法吸收公众存款罪实证研究》,复旦大学出版社2019年版,第118页。

第2章 非法吸收公众存款罪限缩的必要性分析

2.1 非法吸收公众存款罪的规制分歧

司法实践中对非法吸收公众存款罪的过度扩张适用,严重压制了正常的民间融资活动。本罪的过度扩张适用所带来的现实问题一直没有得到很好的解决。在市场经济领域中,刑法作为惩罚犯罪的工具是否应该深度介入,是否需要限制其适用范围,是一个十分具有争议性的问题。本文认为,要选择合适的适用立场,以解决本罪扩张适用的困境,规范本罪的适用范围。

2.1.1 非法吸收公众存款罪适用之“扩张论”

对本罪持有“扩张论”观点的其实不多,但其也有相关的文献观点,其中最主流的属于对“存款”的质疑,认为应当将本罪的犯罪对象扩大为“资金”。譬如,有学者提出应当将“非法吸收公众存款罪”修改为“非法吸收公众资金罪”,其认为非法吸收公众存款罪之所以沦为口袋罪状况的一个重要原因是罪名表述的问题。^①该学者认为“存款”的含义分歧较多,但“资金”的含义分歧较小,因此使用“资金”这一概念在技术上更加容易把握。但仅从技术上的难易程度而对“资金”和“存款”这两个概念进行取舍,认为应当使用更容易把握的“资金”这一理由明显不够具有说服力,也显得较为草率。

非法吸收公众存款罪的“扩张论”的观点是,立法上将吸存行为入罪的初衷是为了制止此类非法行为的出现,但根据本罪目前的适用情况,非法吸存行为不仅未能受到有效规制,反而变本加厉,这不仅无法保障公众的财产安全,也无法维持金融市场的稳定秩序。因此,政府对金融市场的监管仍然必不可少,在本罪现行适用状况的基础上还需要继续扩大本罪的适用范围,以进一步实现对金融市场的加强监管。

近年来非吸罪的治理效果在外在表现上可能不如本罪刚制定之初那么显著,但“扩张论”的观点也存在一定的问题。在新中国成立之初至改革开放之前,当时我国实行的是计划经济而不是市场经济体制,那时在国家宏观调控下,社会总体上对资金的需求并不是很大,因此,非法吸收公众存款的行为在当时缺乏形成甚至兴起的土壤,即便没有本罪也不会有多少类似的案件。在国家改革开放不断深入的进程中,民营企业在发展过程中很难获得足够的资金支持,因为正规金融机构的贷款门槛相对较高。所以,这些自然人和企业就自然地将目光转向其他融

^① 王昌奎:《非法吸收公众存款罪宜改为非法吸收公众资金罪》,载《人民检察》2017年第20期,第77页。

资渠道,比如民间借贷等非官方的融资方式,到目前为止,这种现象越来越普遍,如今,非吸罪已经成为非法集资和金融犯罪中被广泛适用的罪名。社会的发展变化导致治理效果的差异,因此需要调整当下的治理思路以适应社会的经济发展,但一味地利用法律甚至是刑法去加强对经济的管控以达到所谓的经济秩序稳定的治理效果,笔者认为这并不符合我国经济的发展趋势,社会主义市场经济的发展应当是一个自律与他律结合的良性循环,而不是单纯依靠法律的强制管控和压制。

2.1.2 非法吸收公众存款罪之“废除论”

针对本罪不断扩张适用的司法现状,有一部分学者提出应当将本罪废除的观点,废除论认为,对于本罪的规定应该被取消,这种民间的吸储行为应该作为一种完全自由的市场民事行为存在。一些学者认为,民间借贷与银行吸储是并行不悖的吸收社会资金活动,并且非吸罪与相关民商事基本法律相冲突,不符合刑法谦抑性原则。因此,这种以意思自治为基础的民事行为不应该由最为严厉的刑法规制,应当将非吸罪废除,让其回归应有的合法本性。^①

还有学者主张设立一项新罪名,即“不披露向公众借款信息罪”,认为以此可以合理区分非法集资与正常民间借贷。^②然而,这种罪名的描述方式与非法吸收公众存款罪非常相似,还存在许多模糊不清的地方,例如,“公众”的定义等问题,相关学者也未能给出合理的解释。

本罪司法扩张适用饱受诟病的原因之一就在于,在司法实践中很难将本罪与民间融资行为进行合理的区分,导致本罪的处罚范围与处罚主体都被扩大化,甚至与谦抑性原则南辕北辙。因此,不少学者主张废除本罪,但是要加强相关的法律制度建设,例如民法、行政法等,同时,还要对金融市场加强管控,使其合法合规。他们认为废除这个罪名是顺应时代发展的趋势。为了扩大市场经济的主体范围,并进一步激活民间融资的效能,必须实行更加宽松的政策与途径来支持民间融资,以打破对融资秩序的高压管制。综上,关于非法吸收公众存款罪的废除论观点的主要理由,在于其违反刑法的谦抑性以及阻碍市场经济尤其是民间融资的发展。

的确,在市场经济不断发展的大环境下,要充分利用民间资本来推动经济发展。在规范民间金融的同时,也应当允许金融发展进行适度创新。不难得出,在保障民间金融规范的同时,也应该给予其以一定的自由发展空间,以推动适度的金融创新,是未来金融发展的必然趋势。但是,由于本罪的构成要件存在模糊的

^① 刘新民:《非法吸收公众存款罪“去罪论”——兼评〈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〉(法释[2010]18号)第一条》,载《江苏社会科学》2012年第3期,第132-133页。

^② 孟瑶,吴丹文:《论非法吸收公众存款罪的废除与替代》,载《河南警察学院学报》2018年第27卷第6期,第97页。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/398067013111006027>