

“存款”还是“证券”？*

——刑事司法实践的金融法制难题

黄 韬**

摘要:治理非法集资的刑事司法实践活动反映了我国当下金融刑法规范的诸多不足,具体表现为罪刑法定原则和罪责刑相适应原则没有很好地得到落实,同时还存在对正常民间融资活动扩大打击面的倾向。法律制度运行的实际情况表明,金融刑法规范的不完善归根结底是由于基础性金融法律制度的欠缺而导致的,它本身已经不再是一个纯粹的刑法制度完善的问题了。为此,唯有对《证券法》等基础性金融法律制度进行有针对性的改革,我国的刑事立法者才有可能顺势而为地在未来逐步完善关于治理非法集资的刑法规范,进而我国的金融刑事司法水准才能相应地得到提高。

关键词:非法集资 公众存款 证券 金融刑法

在各类涉及金融的犯罪活动中,非法集资是近

* 基金项目:教育部人文社会科学研究青年项目《中国证券市场规范发展的司法环境研究》(12YJC820040)。

** 上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士。

年来我国刑事司法部门打击的重点对象,^[1]但是仔细分析当下治理非法集资的刑事司法实践活动,不难发现我国现行《刑法》的相关条文在适用过程中出现了种种问题,以至于它在很大程度上已经不能够为刑事司法实践提供可靠地支持,同时也某些方面也阻碍了金融市场的健康发展,而背后根本性的原因就在于我国基础性金融法律体系的某些严重内在缺陷。2010年年底,最高人民法院发布了《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》,^[2]但这一司法解释并未超越现有的刑法制度框架,无法解决实践中的诸多问题,因而唯有在将来对基础性金融法律规则进行有针对性的改革,我国治理非法集资活动的刑事法律制度的实际运行状况才能够得到显著的改善。本文的研究即是论证为何金融刑事司法实践效果的提升最终将取决于基础性金融法律制度的改革,并且探索如何实现这种改革。

除引言之外,本文共分为四个部分:第一部分,梳理治理非法集资活动的基础性金融法律制度同对应的金融刑法规范之间的关系;第二部分,对我国治理非法集资活动的刑事司法实践进行理论上的总括;第三部分,评价、分析当下金融刑法规范在司法适用过程中出现的各种问题;第四部分,本文提出未来改革《证券法》等基础性金融法律规则的具体政策建议,从而为治理非法集资活动的刑法规则完善提供必要的,来自刑法之外的制度支撑。

一、治理非法集资活动的基础性金融法律制度与金融刑法规范

通常来讲,当金融市场中的违法行为对社会公共利益产生严重损害后果时,基于刑法规范的界定,它即转化为了一项犯罪。既然金融犯罪行为是金融违法行为的一种极端表现,那么相应地,金融刑事立法很大程度上也必定是建构在基础性金融法律制度之上的。换句话说,对

[1] 打击非法集资在我国已经成为一项政治性任务,参见王岐山:“当前要重点打击社会非法集资和市场金融传销”,载 <http://www.yicai.com/news/2011/08/1029117.html>。

[2] 法释[2010]18号。

于何为金融违法行为,通常是由基础性金融法律制度,而非金融刑事法律制度来给予界定,后者的任务主要是告诉金融市场的参与者,何种范围、性质和程度的金融违法行为将进入刑法制裁的“视野”。

由此,我们可以观察到的一个普遍现象就是,针对金融犯罪行为的刑事立法很大程度上是“参照”或者“援引”自基础性金融法律制度。例如,我国于1997年制定的《刑法》第186条第1款关于违法向关系人发放贷款罪的内容,就是直接来自1995年制定的《商业银行法》第40条的规定。^{〔3〕}在这里,对于何谓“关系人”,《刑法》并不给出直接的界定或解释,而是规定了“关系人的范围,依照《中华人民共和国商业银行法》和有关金融法规确定。”

显然,以基础性金融法律规则为准绳来建构金融刑事立法一方面可以降低立法的成本,避免刑法条文内容的冗长;另一方面也可以保证两套法律制度之间的契合性,有利于金融监管执法活动与金融刑事司法活动的“对接”。

具体说到本文所要研究的非法集资活动,在我国的《刑法》规范中,对非法集资犯罪行为的直接规制主要来自于以下两个条文,分别是第176条规定的“非法吸收公众存款罪”^{〔4〕}以及第179条规定的“擅自发行股票、公司、企业债券罪”^{〔5〕}此外,《刑法》第192条还规定了

〔3〕《刑法》第186条第一款的内容是“银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定,向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件,造成较大损失的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处一万元以上十万元以下罚金;造成重大损失的,处五年以上有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金”;而《商业银行法》第40条的规定则是“商业银行不得向关系人发放信用贷款;向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。”

〔4〕《刑法》第176条的内容是“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,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯前款罪的,对单位判处处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”

〔5〕《刑法》第179条的内容是“未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票或者公司、企业债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪的,对单位判处处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。”

“集资诈骗罪”，^{〔6〕}不过因为该项犯罪构成要件中的一项重要客体为他人的财产权利，故其在我国《刑法》体系中被归入“金融诈骗罪”一节的内容，故而有别于被归类到“破坏金融管理秩序罪”一节的前两项罪名。除了具有“非法集资的行为”之外，构成集资诈骗罪还须符合“非法占有的目的”和“使用诈骗方法”这两个项特有的要素。由于构成集资诈骗罪必须符合行为人具有主观上“非法占有目的”这一要件，因此与“非法吸收公众存款罪”以及“擅自发行股票、公司、企业债券罪”的犯罪构成要件有实质意义上的差异，故本文并不将其纳入讨论的范围，而是集中研究后两项罪名所涉及的刑事司法问题。

从《刑法》关于制裁非法集资行为的条文内容可以看出，我国刑法把“非法集资行为”类型化为两种具体表现形式：其一为非法吸收公众存款，其二为擅自发行股票和债券。如果仔细考究一下的话，我们可以发现《刑法》对于非法集资行为的界定完全是来源于基础性金融法律规范的。

其中，1995年颁行的《商业银行法》第79条规定了“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”。显然，在“九七刑法”颁行之前，我国金融法律体系中已有关于非法吸收公众存款行为的法律责任内容。

而关于擅自发行股票和债券这一类型非法集资行为的法律制裁集中体现为1998年颁行的《证券法》第175条“未经法定的机关核准或者审批，擅自发行证券的，或者制作虚假的发行文件发行证券的，责令停止发行，退还所募资金和加算银行同期存款利息，并处以非法所募资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。

〔6〕《刑法》第192条的内容是“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。”

构成犯罪的,依法追究刑事责任”,^[7]不过事实上,在“九七刑法”颁行之时,类似的法律规则已经在行政法规和部门规章中出现,如《股票发行与交易管理暂行条例》^[8]第70条授权证监会对股份有限公司未经批准发行或者变相发行股票的行为单处或者并处警告、责令退还非法所筹股款、没收违法所得、罚款或者停止其发行股票资格等行政处罚权力;又如,《企业债券管理条例》^[9]第26条规定的“未经批准发行或者变相发行企业债券的,以及未通过证券经营机构发行企业债券的,责令停止发行活动,冻结并责令退还非法所筹资金,处以相当于非法所筹资金金额百分之五以下的罚款”等。

由此可见,对于非法集资行为的刑事制裁,刑法的立法者并非从无到有地自创一套全新的法律规则,而是在既有的金融法律规则对于“非法集资”行为内容的界定基础之上,划清行政违法和刑事犯罪的界限并明确行为人具体刑事责任承担的后果。从这个层面上讲,摆在我们面前的“非法吸收公众存款罪”以及“擅自发行股票、公司、企业债券罪”条文无非就是《商业银行法》和《证券法》规则的“刑法化”而已。^[10]

二、治理非法集资活动的刑事司法实践

然而,现实中种种集资行为却并非像我国基础性金融法律制度和金融刑法规范所界分的那样,表现为高度类型化的两种形态——非法

[7] 在2005年修订之后的《证券法》对此项内容进行了完善,具体规定为“未经法定机关核准,擅自公开或者变相公开发行证券的,责令停止发行,退还所募资金并加算银行同期存款利息,处以非法所募资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款;对擅自公开或者变相公开发行证券设立的公司,由依法履行监督管理职责的机构或者部门会同县级以上地方人民政府予以取缔。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以三万元以上三十万元以下的罚款。”

[8] 1993年4月22日国务院令112号发布。

[9] 1993年8月2日国务院令121号发布。

[10] 在金融违法责任立法中,金融刑法立罪是在非刑事责任立法之后,即“立罪至后”,这是刑法谦抑理论的原则,因而也应是金融刑法立罪的基本规则。参见胡启忠:“金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例”,载《中国法学》2009年第6期。

吸收公众存款或者擅自发行股票、债券,而是呈现出一种弥散式的“光谱(Spectrum)形态”。换句话说,在未经监管部门许可的情况下,以吸收公众存款的方式或者以发行股票、债券的方式来进行资金的募集只是现实中非法集资行为的两种极端形式,法律上“典型”形式的非法集资在实际案件数量中并不占多数,^[11]现实中大量的非法集资行为其实是以一种介乎吸收公众存款和发行股票、债券这两者中间的某种法律上“非典型”的方式来操作的,这些方式并不位于“光谱”的两端,而是散落在“光谱”中间地带的各个位置,有些趋于吸收公众存款,而有些则趋于发行股票、债券。

就以现实中频繁出现的、打着“果园开发”旗号而进行的集资活动为例,一般来说,集资者并非向“出资人”承诺在未来给予其一个类似存款利息的固定回报,而是通过宣传该投资项目的良好盈利前景来吸引公众资金的注入,并约定一个未来收益分配的比例,因此“出资人”的预期收益在事实上是不确定的,他往往还需要承担一定的投资风险。例如,根据媒体对人民银行在1999年查处的一起非法集资案件的报道,广东省高州市农业发展总公司把其拥有的位于广东省高州市的果园以每5亩分成一单元,一个单元种100棵果树,与“投资人”约定,后者只需投资每单元果树7.02万元,种树、管理、销售等日常经营均由总公司负责,同时约定每年利润的10%公司抽走作为管理费用,剩余利润的20%归公司,80%归“投资人”。^[12]

显然,这样的集资活动严格来说并不能被归类于“非法吸收公众存款”,因为集资者所募集的“投资款”很难被界定为“存款”。^[13]但是,在我国金融监管法律制度框架内,这样的一种游离于金融监管当局

[11] 一个符合逻辑和现实的情况是:出于规避法律规定的考虑,通常情况下行为人不会选择直接以吸收存款或者发行股票、债券的名义来进行集资,而是会设计出其他“隐蔽”但又“殊途同归”的方式。

[12] 参见“‘果园开发’挖下非法集资坑”,载 <http://news.sina.com.cn/c/2004-08-02/08393269023s.shtml>。

[13] 即便在最广义的意义上,我们可以把“存款”(deposit)的行为理解为“将金钱或其他财产交予他人保管或使用,而后者承诺今后妥善交还”(See Bryan A. Garner(ed.), Black's Law Dictionary(Eighth Edition), West Publishing Co., p. 471),显然其中也隐含了存款的吸收者所给予的无风险承诺,这一点是存款和投资行为的最本质区分。

许可之外的集资活动毫无疑问地会被界定为“非法”。

中国人民银行先后发布的《关于严禁利用庄园开发进行非法集资的紧急通知》^{〔14〕}《关于加强农林开发项目信贷管理,严禁利用土地开发和土地转让名义非法集资的通知》^{〔15〕}以及《关于进一步打击非法集资等活动的通知》^{〔16〕}等文件都明确地将利用果园或庄园开发形式进行集资的活动界定为“非法集资”的一种具体类型。除了利用“共同果园开发”这种形式吸收公众投资资金之外,现实中常见的类似方式还有通过会员卡、会员证、席位证、优惠卡、消费卡等方式进行非法集资;利用现代电子网络技术构造的“虚拟”产品,如“电子商铺”、“电子百货”投资委托经营、到期回购等方式进行非法集资;对物业、地产等资产进行等份分割,通过出售其份额的处置权进行非法集资,利用“电子黄金投资”形式进行非法集资,等等。^{〔17〕}至于一些投资理财工作室打着“私募基金”的旗号向不特定的社会公众群体募集投资资金,在出资者自负部分或全部风险的前提下,将资金集合性地投资于证券市场的做法可谓是近年来非法集资行为的常见形态。

从金融监管理论上来讲,严格地说,上述形态的集资模式尽管并不能被归纳为吸收公众存款或者发行股票、债券,但是这样一种集资行为并非是“一对一”的借贷或者是少数人之间的资金融通,而是面向了不特定的社会公众,因此就不再是一个纯粹民法意义上的合同法律关系了,而理应由金融监管部门基于保护公众投资者利益、控制金融体系风险以及保障社会稳定的考量而将这种“公募”融资行为纳入监管的轨道。^{〔18〕}进而可以这么说,游离于监管框架之外的集资活动,即便不是典型意义上的吸收公众存款或者发行股票、债券行为,但因其隐含着巨大的社会危害性,故对其施以刑法上的制裁具有理论上的逻辑正

〔14〕 银发〔1998〕509号。

〔15〕 银发〔1999〕254号。

〔16〕 银发〔1999〕289号。

〔17〕 参见《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》(2007年11月7日)。

〔18〕 关于金融监管的具体目标,一种有代表性的观点认为:其一是保证金融体系的稳定;其二是保护存款人和投资者的利益。参见马德功、李天德:“国际金融监管趋势及对我国金融监管的思考”,载《社会科学战线》2006年第6期。

当性。

然而,最大的现实制度障碍就在于,我国刑法条文从字面上很难覆盖大量实际出现的集资行为,尽管这样的集资行为在事实上已经严重影响了我国金融市场的稳定和社会秩序的安定。不过,迄今为止的司法实践也显示了,我国的公权力机关并没有打算放纵这些集资行为,对其中严重危及社会公共利益的行为一如既往地采取了相应的刑事制裁措施,^[19]但是面对《刑法》提供的有限法律规则支持,司法部门不得不采取一些“变通”的手段。

最常见的处理方法就是扩充《刑法》第176条“非法吸收公众存款罪”的适用范围,具体地说就是对刑法条文中的“公众存款”一词作扩大解释,把集资者在并不保证确定回报的前提下吸收的公众投资款也界定为“公众存款”的一种类型,以便依照该条刑法规则追究集资者的刑事责任。之所没有选择动用我国《刑法》中制裁非法集资的另一条款——第179条所规定的“擅自发行股票、公司、企业债券罪”,原因倒不在于现实中各种位于“光谱”中间地带的集资行为更类似于吸收公众存款,而非发行股票、债券(事实恰恰相反),而是在于我国《公司法》和《证券法》等法律规范对何谓“股票”和“债券”是给出严格定义的,但是《商业银行法》及相关法律规范并没有明确界定“存款”的法律含义,因此在适用《刑法》的过程中,弹性解释“股票”或“债券”的空间显然就不存在了,换句话说,除了集资者确确实实是以非法发行股票或债券的形式来进行集资的情况外(现实中并不多见),“非法吸收公众存款罪”就成了司法部门适用《刑法》的不二选择。

[19] 目前,我国打击非法集资的执法活动是以中国银监会为中心而展开的。2007年1月,国务院下发国函[2007]4号文,决定建立由银监会牵头的处置非法集资部际联席会议制度,银监会主席作为联席会议的召集人,联席会议的成员单位除了银监会之外,还包括发改委、公安部、监察部、财政部、建设部、农业部、商务部、人民银行、工商总局、林业局、法制办、新闻办、证监会、保监会,并邀请中宣部、最高人民法院、最高人民检察院等有关部门参加,最高人民法院副院长和最高人民检察院副检察长作为联席会议的成员(参见《国务院关于同意建立处置非法集资部际联席会议制度的批复》)。实践中,银监会和地方银监局负责认定一项集资行为是否构成非法集资,以监管部门所作出的性质认定为基础,司法部门再开展对责任人的刑事追诉活动。换句话说,在当下的这种执法“流水线”体制下,集资者最终是否被法院定罪,很大程度上取决于金融监管部门所作出的行政认定。

根据一项针对以 1995 年 1 月至 2008 年 6 月发生在中国大陆范围内的 311 起非法集资案件为样本的实证调查研究,除了以“集资诈骗罪”的罪名定罪的占 35.05% 之外,对非法集资行为人最终以“非法吸收公众存款罪”的罪名定罪的占到了 43.09%,而以“擅自发行股票、公司、企业债券罪”这项罪名定罪的仅占 0.96%。^[20] 由此可见,以现行《刑法》规范为前提,对非法集资行为进行定罪时大多数情况下还只能依赖对“存款”一词进行扩张性解释。

2010 年最高人民法院在其颁布的《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》中则把既往的司法实践“经验”上升到“规则”的高度,其中第一条将“吸收存款”解释为“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”。也就是说,通常意义上的“承诺还本付息”仅是“吸收存款”的对价形式之一,即便集资人未承诺确定的收益,只要约定“给予回报”,在最高院看来,同样也属于“吸收存款”,进而适用《刑法》第 176 条。更进一步地讲,司法解释第二条列举了若干种需要以非法吸收公众存款罪来进行定罪处罚的集资形式,包括“不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的,以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金”;“以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的;以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养殖)等方式非法吸收资金”;“不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的,以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金”;“不具有发行股票、债券的真实内容,以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金”;“不具有募集基金的真实内容,以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金”;“不具有销售保险的真实内容,以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金”;“以委托理财的方式非法吸收资金”以及“利用民间‘会’、‘社’等组织非法吸收资金”等。显而易见,司法解释所列举的上述种种集资行为并不一定以给予出资人固定回报为条件,现实中也大量存在集资者和出资

[20] 参见王开元、施东沂、骆梅婷:“非法集资实证研究”,载《金融法苑》(总第 80 辑),中国金融出版社 2010 年版,第 120~142 页。

者共同承担投资风险的情形。但无论集资者和出资者作了何种约定,依照司法解释的规定,这样的集资行为会被一概认定为构成“非法吸收公众存款罪”。

司法实践中另一种“变通”手段则是援引《刑法》第二百二十五条“非法经营罪”的条款,前提是认定集资者非法从事了某些特许业务,扰乱了市场秩序,而且情节严重。司法实践中常常对一些非法民间委托理财或“私募基金”适用该项罪名。例如,2008年12月,上海浦东新区法院判决证券咨询业“名嘴”孙成刚及其设立的上海弘信投资发展有限公司构成非法经营罪,理由是弘信公司和孙成刚未经中国证监会批准,擅自从事证券资产管理业务,并通过媒体广告等方式招揽客户,共接受38名客户委托炒股,涉及资产达人民币1350余万元,获利30万余元。^[21]在“沪版带头大哥”一案中,刘玉才和杜凌卿在互联网上注册设立了“私募大世界”网站,招徕全国30个地区的600多名客户投入1个多亿资金,非法所得757万余元,上海二中院认定该行为属于在未经国家有关主管部门批准,不具备证券投资咨询业务资格的情况下,从事非法经营证券业务,扰乱市场秩序,情节特别严重,构成了非法经营罪。^[22]

这样的一种做法也得到了司法部门和金融监管当局的首肯。2008年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证券监督管理委员会关于整治非法证券活动有关问题的通知》^[23]中明确要求“任何单位和个人经营证券业务,必须经证监会批准。未经批准的,属于非法经营证券业务,应予以取缔;涉嫌犯罪的,依照《刑法》第二百二十五条之规定,以非法经营罪追究刑事责任。”

[21] 参见“股市名嘴擅自代人炒股分成 孙成刚因非法经营罪被判刑”,载 <http://stock.jrj.com.cn/2008/12/0817192991290.shtml>。

[22] 参见“沪版带头大哥非法集资过亿一审被判七年半”,载 <http://finance.sina.com.cn/stock/y/20080528/15144920166.shtml>。

[23] 证监发[2008]1号。

三、金融刑法规范在司法适用过程中出现的若干问题

(一) 与“罪刑法定原则”的冲突和矛盾

恪守罪刑法定原则是现代刑事司法活动的一项最基本要求,这意味着司法权力的行使必须严格地在刑法的条文框架内进行,而防止对刑法条文进行任意的扩大解释则是落实罪刑法定原则的应有之义。在我国的一些刑事诉讼活动中,由于立法上不完备,司法机关为了将被告人定罪,往往诉诸于扩大解释既有的刑法条款,这一现象无异于恢复已被现行《刑法》所取消的“类推”制度,为此有学者提出在罪刑法定立法化以后,学术的关注点应当由立法向司法转移,以实现罪刑法定的司法化。^[24]

正如前文所揭示的,在我国当下的司法实践中,若严格适用现行的金融监管法律,大量集资活动很难被直接归入“吸收公众存款”或者“发行股票或债券”的范畴,但在客观上这样的集资行为又是隐含着巨大金融风险和社会风险的。显然,金融监管部门和司法部门并不希望如此大量的对社会秩序有着潜在威胁的集资行为游离于刑事法网之外,因此在司法实践中采用了对“存款”进行背离其原意的扩张解释的这一“变通做法”。

一般来说,刑事制裁的适用的确可以对现实中各种形形色色的集资行为形成一定的威慑效应,但扩大解释刑法规范这一追求实质正义为目标而放弃形式正义维护的做法尽管可以取得短期内的“打击犯罪”效果,但长期来看存在一些制度性的隐患,如有可能助长司法擅断的风气以及弱化了立法部门及时修改和完善法律的积极性。^[25]

[24] 参见陈兴良:“罪刑法定原则的本土转换”,载《法学》2010年第1期。

[25] 我国《刑法》关于某些经济犯罪的规定采取了“空白罪状”的立法模式,对此有学者认为有必要从罪刑法定原则出发来展开相应的讨论,如立法者是否逃避了自己的立法责任,是否或多或少将立法工作交给了行政管理机关,这种做法是否违背了刑事立法权只能由最高立法机关行使的民主、法治原则等(参见顾肖荣:“论经济刑法中的几个基本问题”,载《法学》2008年第8期)。本文所讨论的涉及非法集资的两项罪名在我国《刑法》中虽然并不表现为空白罪状的形式,但类似的问题仍然是存在的。

具体就非法集资案件的查处而言,实践中,金融监管部门在法律定性环节中具有较强的话语权,往往集资者是否被检察机关起诉以及被法院定罪,很大程度上取决于银行业监管部门最初是否认定其集资行为属于非法集资。^[26] 2007年《国务院关于同意建立处置非法集资部际联席会议制度的批复》^[27]中明确要求建立由银监会牵头的处置非法集资部际联席会议制度即是这种行政为主导的法律适用机制在现实中的直接体现。^[28] 可以想见的是,在由公安机关、金融监管部门、检察机关和法院所协同构建的打击非法集资“流水作业线”的操作过程中,法院一定程度上主要扮演配合行政执法者打击非法集资行为的角色,因而“罪刑法定原则”被有意无意地忽略似乎也就成了常态,毕竟维护金融和社会秩序的稳定才是当务之急,至于对“存款”一词的“大幅度”地扩张性解释是否突破了罪刑法定原则的边界,则似乎只是一个可以处理的“技术性问题”了。^[29]

(二)与“罪责刑相适应原则”的冲突和矛盾

除了罪刑法定之外,落实“罪责刑相适应原则”也是现代刑法的一项基本要求,该项原则也称罪刑均衡原则,它意味着行为人犯多重的罪,就应承担多重的刑事责任,正如我国《刑法》第五条所规定的:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”要实

[26] 除了个案中的法律定性之外,金融监管部门在刑事法律规制的创制方面也分享有话语权,如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》是由最高法院会同中国银监会等有关部门研究制定的。参见“明确政策法律边界从严打击非法集资——最高人民法院发布关于审理非法集资案件司法解释”,载《中国审判新闻导刊》2011年1月5日第59期。

[27] 国函[2007]4号。

[28] 与之类似的这样一种行政部门主导法律适用的机制还存在于我国打击非法证券活动的法律实践活动中,2008年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证券监督管理委员会关于整治非法证券活动有关问题的通知》(证监发[2008]1号)明确了“非法证券活动是否涉嫌犯罪,由公安机关、司法机关认定。公安机关、司法机关认为需要有关行政主管部门进行性质认定的,行政主管部门应当出具认定意见。对因案情复杂、意见分歧,需要进行协调的,协调小组应当根据办案部门的要求,组织有关单位进行研究解决。”

[29] 已经有学者观察到,我国的刑事司法实践中的一个现象就是行政权力在实质上的刑事化,它在某种意义上行使了刑事司法解释权,甚至逾越了刑法立法权。参见肖中华:“空白刑法规范的特性及其解释”,载《法学家》2010年第3期。

现罪责刑相适应原则,在刑法规则的创制环节即要求立法者针对不同类型的犯罪行为,依据其社会危害性的大小差异,分别设置不同区间的法定刑范围,以实现“重罪重刑、轻罪轻刑”。

具体就本文所讨论的两项罪名而言,尽管在广义上都属于非法集资的范畴,但立法者在设置法定刑期的时候还是给予了明显的区分的。对于非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的行为,根据我国《刑法》第176条的规定,只要在后果上达到了扰乱金融秩序的程度,就应当施以三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金,若存在数额巨大或者有其他严重情节的,则要处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;而对于擅自发行股票或者公司、企业债券的行为,《刑法》第179条则规定,只有当存在数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的情况下,才构成刑事犯罪,需要处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。

很显然,对于上述两种不同性质的非法集资活动,立法者设置了不同的入罪门槛,在刑罚制裁力度上也存在着明显的差异。非法吸收公众存款罪和擅自发行股票或者公司、企业债券罪这两者虽然都是以国家对金融市场秩序的管理为犯罪构成的客体,但其中所涉及犯罪行为的社会危害性是有着程度上差异的。总体来说,吸收公众存款的犯罪危害性是要高于擅自发行股票和债券的犯罪危害性的,原因就在于,非法集资者在吸收或者变相吸收社会公众存款的时候,他会给予“存款人”一个确定性的承诺,即到期之后归还本金并支付约定的利息(如果我们还是基于通常的意义来理解“存款”的定义);而非法集资者以发行股票或债券的方式来进行集资的话,股票或债券的“投资者”不是在所有情况下都会获得一个确定性的还本付息承诺,尤其是在“股权融资”的情形下,“投资者”是要承担相当一部分投资风险的,换句话说,在进行集资活动时,因为“出资者”通常会具有一定的在未来承担投资损失的内心预期(这一内心预期对于“存款人”来说是基本不存在的),因而擅自发行股票和债券的犯罪危害性要相对地低于非法吸收公众存款的犯罪危害性,所以基于“罪责刑相适应原则”,立法者将这两种不同形式的集资犯罪分别置于两个法律条文中,而没有笼统地设置一个

“非法集资罪”的条文。

于是,问题就来了。在司法实践中,借由对“存款”定义的扩大解释,司法部门把大量由集资者与出资者共同承担风险的非法集资行为界定为非法吸收公众存款,并依据《刑法》第176条予以定罪量刑。事实上,类似于上文提到的“果园开发”、“委托理财”这类形式的集资行为,只要集资者并不事先承诺一个确定的投资回报率,而是和出资人约定一个投资回报的分成比例,那这种集资行为的社会危害性显然是不能与严格意义上的非法吸收公众存款的行为所相提并论的,客观地说,它其实更接近于擅自发行股票或债券的社会危害性。^[30]然而,大量的集资行为被归入“非法吸收或变相吸收公众存款”的范畴之内,这就有可能(虽然不是必然)导致“轻罪重罚”的后果。而更严重的问题在于,集资者在面对可能较重的刑事处罚的状况下,为了逃避责任的追究,会有更多的内在激励去选择抽逃或转移资金、隐匿财产、销毁账目甚至逃匿,在这种情况下,其犯罪行为就有可能转化为集资诈骗,由此反而会给公众的财产权利保护和社会稳定带来更多的消极因素。

(三)有可能扩大刑法对正常民间融资活动的打击面

作为国民经济命脉的一个重要领域,很长一段时间以来,金融业在我国一直是被当作一项国家特许经营的行业而存在的,因此一旦行为未经许可而擅自从事营业性金融活动的,就可能因触犯我国《刑法》第225条关于非法经营罪的规定而被追究刑事责任。事实上,前文已经提及,我国的刑事司法部门在查处一些非法集资案件中也是经常以该罪名来对集资者进行起诉和定罪量刑的,例如对于从事类似证券公司和基金管理公司资产管理业务的集合理财行为,在实践中往往是适用该项刑法条文来进行最终判决的。

现行《刑法》的非法经营罪名来源于旧法的“投机倒把罪”,因而带有强烈的计划经济色彩,而刑法学界对于这样的“口袋罪”模式的

[30] 一个合理的推测是,如果有可能的话,司法部门其实更愿意适用《刑法》关于“擅自发行股票、公司、企业债券罪”的条文来制裁现实中的诸多非法集资行为,但正如前文所分析的,这一法律适用的愿望因受制于现行我国金融法律制度已经对“股票”和“债券”所下的确切定义而无法实现。

立法也已经提出了诸多的批评。^[31]对于这个问题,我们应当看到,一方面,现实中存在大量的民间个人和机构以投资顾问、理财工作室、咨询公司等形式并打着“私募基金”的旗号从事公开募集投资资金的行为,近来又在天津等地出现了披着私募股权基金(Private Equity, PE)外衣的非法集资案件集中爆发,^[32]对于此类可能与投资者保护这一证券业监管终极目标相冲突的行为,一旦具备了较为严重的情节,适用刑罚制裁在理论上是完全成立的,考虑到我国目前《刑法》所包含的非法集资犯罪行为仅仅为非法吸收公众存款以及擅自发行股票、债券这两种情形,因此将一些严重的非法集资行为纳入非法经营罪的范畴来予以制裁,在某种程度上也可谓是一种面对现实的次优(second-best)选择;然而,另一方面,现行《刑法》非法经营罪的条文内容毕竟过于含糊和粗略,以至于在司法实践中如何适用该条款在很大程度上仰赖于检察机关和法院在个案中理解,因而带有了极大的不确定性和随意性。

因此,沿袭旧有计划经济思维而存在的非法经营罪条文很有可能会扩大刑法对正常民间融资活动的打击面,致使司法权力行使的谨慎性欠缺,抑制了民间融资需求的合理实现。在现实的司法实践中,凡是涉及较大金额且未经监管部门许可的金融营业活动都可能被视为犯罪行为,这种“一刀切”的做法其实是与当下中国金融市场日趋自由化的态势是不相符合的。对于金融活动中自发产生的各种通过集合多人资金的方式来进行受托理财的行为,如果一律贴上“非法经营”的标签,那结果就很有可能是导致金融市场活跃度的缺乏。

其实,对于各种非金融机构的民间受托理财行为,尽管对其合法性曾经有过一些质疑,但最高人民法院的倾向性意见则是认为,在原则上,凡是依法具有独立民事主体资格的法人和自然人都可以作为委托人签订

[31] 例如,徐松林:“我国刑法应取消‘非法经营罪’”,载《法学家》2003年第6期;张天虹:“罪刑法定原则视野下的非法经营罪”,载《政法论坛》2004年第3期;王作富:“非法经营罪调控范围的再思考——以《行政许可法》若干条款为基准”,载《中国法学》2005年第6期。

[32] 参见“PE打假告急”,载《新世纪周刊》2011年第32期,第39~40页;相关实例可参见“借PE概念 农妇韩秀琴非法集资10余亿元”,载<http://finance.sina.com.cn/roll/20110314/10209524745.shtml>。

委托理财合同。^[33] 进一步说,在治理非法集资行为的过程中,判断各种形形色色的“委托理财”是否构成违法乃至刑事犯罪,问题的关键其实不在于集资行为是“官办”的还是“民办”的,而在于集资的对象是特定的少数人还是不特定的多数人。对于私募融资行为,因其一般不涉及社会公众的投资利益保护,当事各方通过契约方式界定权责利即可,故而不会成为监管者的重点关注对象,一旦发生争议,则由法院适用民法规范予以解决;而集资行为一旦面向了社会公众,则必须接受较为严格的监管,并履行信息充分披露的义务。^[34] 然而,现行《刑法》的非法经营罪条款并不是按照这种市场化的逻辑来设计的,它区分罪与非罪的最重要标准是某项经营行为是否得到了“国家许可”,而非开展经营活动的对象是否特定。由此,司法实践中选择该项罪名来作为治理非法集资活动的刑法依据,一旦处理不好,就很有可能对正常的民间融资活动构成不必要的障碍,使《刑法》成了计划体制的“卫道人”了。^[35]

例如,在2011年浦东新区法院审理的田军校涉嫌非法经营一案中,犯罪嫌疑人田军校(外号“铍铍”)在上海几家证券公司的大户室内为21名客户进行证券买卖,受托管理资产781万元,并和客户约定在资产升值部分进行二八分成或者三七分成,最终获利两万元,检察机关认为田军校未经国家有关主管部门批准,非法经营证券业务,情节特别

[33] 高民尚:“关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》2006年第1辑(总第9辑),人民法院出版社,2006年版。

[34] 关于“公募”和“私募”的界限划分,依照我国《证券法》第十条的规定,“存在下列情形之一的,为公开发行:(一)向不特定对象发行证券;(二)向特定对象发行证券累计超过二百人的;(三)法律、行政法规规定的其他发行行为”;美国联邦最高法院则在1953年审理证监会诉Ralston Purina公司一案中提出“需要标准”(need test),即发行的对象如果是可以实施自我保护而不需要《证券法》注册制度保护的投资者,则该次发行可被界定为“私募发行”,而豁免相关法律义务[SEC v. Ralston Purina Co., 346 U. S. 119(1953)],而实践中判断是否有此“需要”的事实依据通常包括:受要约的人数、与发行人的关系、投资经验、财富状况以及发行手段等。

[35] 我国的金融刑事法律体系不可避免地受到传统计划模式和国有体制的影响,而要树立金融刑法的现代观,则必须实现从计划观向市场观的转变,在金融刑法的立法和司法中,需要从市场角度来看待和解决金融领域中出现的问题。参见卢勤忠:《中国金融刑法国际化研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第56~57页。

严重,应当以非法经营罪追究其刑事责任,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。^[36]但是,从学理上来分析,判断集资者的集资行为是否严重扰乱了金融秩序以至于构成犯罪,一个最根本的依据本应当在于分析其是否以公开募集的方式来吸收委托理财资金,否则这至多构成一项民事法律争议,事实上田军校的一项辩护理由就是他的21名客户都是慕名找上门的,而非其主动招徕。然而,检察机关提起公诉的核心依据就是田军校未经批准而从事了具有特许性质的证券业务,而并没有对其募集资金的方式进行法律性质上的判断。我们也许不能确定地说检察机关错误适用了法律,但显然在这里,《刑法》非法经营罪的条文已经与市场化条件下的现代金融法律理念产生了不可弥合的冲突。

四、展望:以基础性金融法律改革为前提的刑法制度完善

以资金中介的特征为划分依据,金融市场可两分为直接金融市场和间接金融市场。直接金融市场是指资金需求者直接从资金所有者那里融通资金的市场,一般是指通过发行股票和债券的方式在金融市场上筹集资金的融资市场;而间接金融市场则是通过银行等信用中介机构作为媒介来进行资金融通的市场。^[37]

在各国的法律体系中,证券法和银行法分别作为规制金融市场直接融资活动和间接融资活动的两套并行制度。依照银行法基本原理,间接融资市场上吸收公众存款的资质被排他性地授予了商业银行,^[38]换句话说,在金融监管部门所设置的准入监管的门槛面前,不具有商业银行“牌照”的个人或机构是不具有成为间接金融市场的中介身份的,否则就构成了非法吸收公众存款形式的非法集资;而依照证券法的基

[36] 参见“‘炒新第一人’铤铤被查 又一个‘股神’倒下”,载 <http://www.cnstock.com/index/cj/201104/1264184.htm>。

[37] 张亦春主编:《金融市场学》,高等教育出版社1999年版,第7~8页。

[38] 参见彭冰:“商业银行的定义”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2007年第1期。

本原理,通过发行证券的方式在直接金融市场上并非是某一类机构的特权,但集资者需要符合法律所设定的强制性要求,^[39]若违背了这些法律的强制性要求而发行了证券,那其行为就构成了非法发行证券形式的非法集资。

所以说,两种不同类型的非法集资犯罪分别对应的是严重违反规制间接融资的银行法规则和规制直接融资的证券法规则的行为,因此在理论上来讲两者之间是有一个界分标准的。然而,我国目前打击非法集资的司法实践中,这样的一种理论上存在的界限却是极其模糊的,一个直接表现就在于通过扩大解释“存款”的定义,将相当多数的非法集资活动都定性为非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,这其实是混淆了直接融资和间接融资两种不同融资形式的法律规范,试图以间接融资的银行法规制方式治理所有的非法集资活动。而当扩大解释“存款”定义这样的“变通”做法也遇阻时,司法部门则还会转而求助于非法经营罪这一“口袋”条款。

正如上文所分析的,司法实践中的做法和《刑法》所要求的罪刑法定原则以及罪责刑相适应原则之间有着内在的紧张关系,更为重要的是此种做法实质上是以间接融资的手段处理直接融资问题,不能为民间金融的合法化预留空间,也不能为集资监管从一味的“堵”转型为有步骤的“疏”提供法律基础。^[40]而适用《刑法》非法经营罪的条款则更是有可能会对正常的民间融资活动造成不必要的严重干扰。

倘若深入分析,我们可以发现,之所以在现实治理非法集资的刑事法律适用过程中出现种种问题,归根结底的原因不是在于刑法制度本身,而是在于支撑刑法制度的基础性金融法律规范,具体说来就是在涉及直接融资的证券法立法过程中,人为地限定“证券”这一核心概念的范围,使得大量集资行为无法用证券法来进行规制,进而导致在适用金融刑法规范时出现制度的错配,不得已而去适用非法吸收公众存款罪

[39] 各国法律为证券发行所设定的条件是不完全相同的,例如中国《证券法》对于股票公开发行是采取“核准制”的方式,而其他国家大多数是采取“注册制”。

[40] 彭冰:“非法集资活动规制研究”,载《中国法学》2008年第4期。

和非法经营罪的刑法条文。^{〔41〕}

现行我国《证券法》第二条第一款对“证券”这一法律概念作了一个范围非常窄的界定,即只包含股票、公司债券以及国务院依法认定的其他证券。^{〔42〕}因此,现实中出现的类似“果园开发”、“委托理财”等形式的集资行为无法被认定为发行“证券”,此类金融产品不能适用《证券法》来作为规制的依据,因此在现行我国法律框架内,无法清晰地把这类集资行为进行归类,在判断其合法性的过程中也就难免争议重重了。

这一现状其实反映了现阶段我国基础性金融法律制度还带有极强的计划模式,按照传统上国家直接主导金融市场的理念,将直接金融等同于标准化的股票和债券发行,而缺乏一种光谱式的规则意识,没有看到在吸收公众存款和发行股票债券这两种集资形式之间,还在民间存在大量多样化资金募集形式的空间^{〔43〕}。理想状况下,本应由证券法律体系去覆盖这一完整的光谱,然而目前的制度表明,它只考虑了两个“点”,而没有照顾到整个“面”,因而已经落后于金融市场的现实了。相应地,我国的金融刑法规范自然也就无法超越基础性金融法律制度的框架,针对在直接金融市场上的非法发行证券行为,萧规曹随的刑法立法者只是设置了一个有残缺的“擅自发行股票、公司、企业债券罪”,而非一个完整的“非法发行证券罪”,背后的原因就在于《证券法》的立法者以一种过于狭隘的方式去理解什么是“证券”。

〔41〕 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》第七条规定的“违反国家规定,未经依法核准擅自发行基金份额募集基金,情节严重的,依照刑法第二百二十五条的规定,以非法经营罪定罪处罚”在法律上认可了各级法院在现实司法实践中的做法,这背后其实反映了我国基础性金融法律体系中对“基金份额”这一定义的模糊理解。

〔42〕 依据《证券法》第二条第二款的规定,对于政府债券和证券投资基金份额来说,只有涉及上市交易的问题才适用《证券法》的规则,它们的发行和资金募集则不适用《证券法》。

〔43〕 其实,我国学界早已提出扩大《证券法》适用范围的主张,理由在于只有《证券法》的适用范围放宽了,证券市场经营产品的种类才会丰富,多层次的证券市场才会拉开,各层次市场上的多种证券买卖活动才会活跃,市场活动才会有活力,证券市场才会有较大的发展。参见吴志攀:“《证券法》适用范围的反思与展望”,载《法商研究》2003年第6期。

针对现实中多样化的集资方式,最高法院在 2011 年 1 月 4 日起施行的《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》的第二条中列举了十种形式的集资方式。这一规则或许有助于司法人员在实践中统一法律适用的尺度,但由于受制于当下《刑法》条文的限制,该司法解释把这十类集资行为归类为“非法吸收公众存款”,显然还是不可避免地把间接融资的法律规则来作为规制直接融资行为的制度标尺。正如上文所分析的,理论上来说,间接金融市场的管制程度要远远高于直接金融市场的管制程度,换言之,发行证券在法律上所要达到的标准并不需要像设立一家商业银行那么高。然而,正是由于我国基础性证券法律规则的缺漏,使得金融刑法的适用在客观上造就了“存款”和“证券”的不分,以至于成为阻碍我国金融市场深化的一个负面因素。

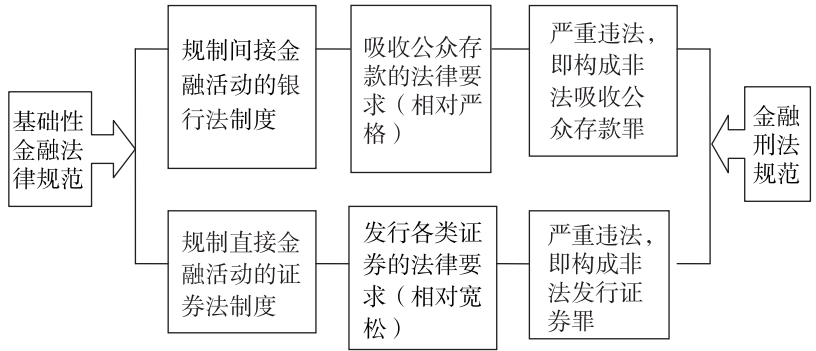
展望未来的制度变迁方向,可以肯定的是,金融刑法规则的完善并非刑法立法者所能够完成的任务,而是要取决于基础性金融法律规范的重大调整,具体来说就是摒弃计划思维之下对“证券”的狭隘认识,修改《证券法》的相关内容。

可资借鉴的是,美国 1933 年《证券法》(Securities Act of 1933)第二节(a)(1)对“证券”一词的界定采取了非常宽泛的模式,在股票、债券、各类衍生产品之外,还囊括了“投资合同”(Investment Contract)这一弹性概念。而 1946 年美国联邦最高法院在证监会诉 W. J. Howey 公司一案中,提出了一种检验方法(此后一直被简称为 Howey 检验),以判断一项合同是否构成了《证券法》所定义的“投资合同”,从而应当受到监管。Howey 检验包含四项要素,分别是:第一,利用钱财进行投资(An Investment of Money);第二,投资于一个共同事业(In a Common Enterprise);第三,仅仅由于发起人或第三方的努力(Solely from the Efforts of Others);第四,期望使自己获得利润(Led to Expect Profits)^[44]。依据这一标准,美国法院曾先后认定金银投资计划、会所会籍、酒库的库存单据等属于“投资合同”的范畴,故应当受到《证券法》的约束。如果按照这一标准,我国现实存在的大量集资行为

[44] SEC v. W. J. Howey Co., 328 U. S. 293 (1946).

理所当然地被认为是属于缔结“投资合同”的形式故可以被纳入证券法的规制范围内,“基金份额”也能完整地获得“证券”的身份,由此具体的集资行为是否违法自然也就有了各自相应的明确标准,而不再是任意地扩大“存款”的概念范畴或者以“一刀切”式的“是否获得国家许可”为标准来援用非法经营罪条款了。

通过修改《证券法》,扩大“证券”的法律含义,一个完整的关于金融市场集资行为的“法律光谱”将可以有效地被构建。相应地,在此基础上,刑法关于治理非法集资的条款内容也就自然能够得到完善,即用“非法发行证券罪”取代现有的“擅自发行股票、公司、企业债券罪”,不再扩大解释“存款”的法律定义,同时终止非法经营罪条款对非法集资行为的适用。透过这一其实并不复杂的金融法律改革,在未来的刑事司法活动中,罪刑法定原则和罪责刑相适应原则的落实将不再是难事,以往刑法在司法适用过程中出现的过度打击正常民间融资活动的现象也有望得以相应解决。



基础性金融法律规范和金融刑法规范
在治理非法集资活动中的关系设计图

综上,本文以我国当下治理非法集资行为的刑事法律实践为例,希望说明金融刑法的完善必须依赖于基础性金融法律制度的改革。考虑到刑法立法者不可能像先知一样,预见到未来金融市场发展的所有规律,正如意大利法学家菲利所言,“法律总是有一定程度的粗糙和不足,因为它必须在基于过去的同时着眼未来,否则就不能预见未来可能发生的全部情况。现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不

上它的速度”，^[45]为此刑法制度的完善必然是一个法制体系的系统工程，缺乏了外围制度的配合和支撑，我们很难想象会出现一部独善其身的刑法。进一步地说，对于金融刑法学这个学科而言，尽管你可以在理论上认为它是一门独立的学科，有自己独立存在的科学体系和基本概念范畴，^[46]但现实已经告诉我们它绝非是完全自给自足的。

[45] [意]菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社2004年版，第251页。

[46] 刘建：《金融刑法学》，中国人民公安大学出版社2008年版，第39页。