

# 论非法吸收公众存款罪的司法适用

周静巧

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年6月13日; 录用日期: 2022年6月21日; 发布日期: 2022年7月12日

## 摘要

随着社会经济的快速发展, 为了满足人们日益增长的金融需求, 金融市场发展迅猛, 各种金融机构及融资方式大大增加。但在金融市场和融资方式不断发展丰富的同时, 以牟利为目的的不法行为亦相应出现, 比如打着合法融资的幌子进行非法集资的事件频发, 破坏了金融市场的正常秩序, 甚至对社会经济的健康发展带来不良影响。良好的融资对民营企业的发展至关重要, 民营企业的发展亦事关国家经济的发展, 为了顺应当前保护民营企业发展的时代需要, 需要对融资行为进行管制, 但又不能过度管控限制金融市场的活力。故在谨慎入刑的同时, 明确和完善非法集资类犯罪的认定标准, 是非常有必要的。目前针对此类犯罪, 非法吸收公众存款罪是司法实践最常适用的罪名, 但其在认定标准模糊和扩大适用等方面问题仍然突出, 因此, 应当对其认定进行明确和限制, 为非法吸收公众存款罪的认定和准确适用做进一步完善。

## 关键词

非法吸收公众存款, 司法适用, 认定标准, 非法性

# On the Judicial Application of Illegally Absorbing Public Deposits

Jingqiao Zhou

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Jun. 13<sup>th</sup>, 2022; accepted: Jun. 21<sup>st</sup>, 2022; published: Jul. 12<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

With the rapid development of the social economy, in order to meet people's increasing financial needs, the financial market develops rapidly, and various financial institutions and financing methods increase greatly. However, with the continuous development and enrichment of the finan-

cial market and financing methods, illegal activities for the purpose of profit also appear accordingly, such as the frequent occurrence of illegal fund-raising under the guise of legal financing, which destroys the normal order of financial market and even brings adverse effects on the healthy development of the social economy. Sound financing is crucial to the development of private enterprises, which is also related to the development of the national economy. In order to meet the needs of the times to protect the development of private enterprises, it is necessary to control the financing behavior on the condition of no excessive control and restriction of the vitality of the financial market. Therefore, it is very necessary to make clear and perfect the identification standards of illegal fund-raising crime while carefully entering the punishment. At present, the crime of illegal absorption of public deposits is the most commonly applied in judicial practice, but problems are still prominent in terms of fuzzy identification standards and expanded application. Therefore, it should be clarified and restricted to further improve the identification and accurate application of the crime of illegal absorption of public deposits.

## Keywords

Illegally Absorbing Public Deposits, Judicial Application, Identification Standard, Illegality

Copyright © 2022 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

随着社会经济和金融市场的快速发展,二十几年来,非法集资一直是我国严峻的社会问题之一。尤其是最近几年,民间的融资需求日益增大,非法集资行为也随之“爆发式增长”,相关案件的数量、参与人数以及涉案的金额等均呈大幅上升态势[1]。同时,因科技手段的创新和发展,非法集资的犯罪方式也在发生着改变,新型融资方式层出不穷,隐蔽性、迷惑性和欺骗性都在随之增强。在当下的互联网时代,互联网金融领域日益成为主战场,其更具隐蔽性且覆盖面更广,致使打击非法集资犯罪的范围和难度加大,形势愈发严峻。

正是基于非法集资行为对金融市场和社会经济带来的严重危害性,我国近年多次从法律层面通过出台相关法律法规来对金融市场、金融机构、金融产品、融资行为等进行约束和规制,包括对金融领域准入的管理、对金融风险的管控、对非法吸收或者变相吸收公众存款等非法集资犯罪的严厉打击等。

法律手段的规制固然能对民营企业、有关当事人以及金融市场的安全起到预防和保护作用,但这种规制需要把握合适的“度”,绝对严厉的规制也是不当的,亦会产生不良后果。例如司法实践中对非法吸收公众存款罪的过度适用,对于非法集资类案件,司法人员习惯性地不加分辨和考量而直接将其统归于非法吸收公众存款罪,致使绝大部分的非法集资犯罪案件都以非法吸收公众存款罪定罪,可能出现罪责刑不相适应的情形。同时,一味的打击和入罪也会导致本不应入罪的行为被直接定罪,矫枉过正,进而压制金融市场的活力和发展。

因此,刑法对金融市场和相关金融产品、融资行为的规制是有必要的,但这种规制需要把握适度性,坚持刑法的谦抑性原则。一旦刑法过度干预,必然会降低金融市场的活力,也会对经济发展带来不利后果。早年间的严厉打击是为了维护经济发展,但在当下大力支持民营经济发展的形势下,过分的打击与司法扩张适用已不再适宜,我们需要反思和限缩非法吸收公众存款罪的扩张适用,避免刑法对融资行为的过度管控和打击。

## 2. 非法吸收公众存款罪的立法现状

随着金融市场的快速发展,扰乱金融秩序的非非法集资行为也相应出现。为了规范金融市场的融资行为,维护金融秩序,相应的法律法规相继出台,具体如下:

在1995年通过并施行的《商业银行法》中,首次出现了“非法吸收公众存款”,并在第七十九条第一款规定了非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的行为需要被依法追究刑事责任。

此后,为了与《商业银行法》相衔接,《刑法》在1997年进行修订时,将非法吸收公众存款罪增设于破坏金融管理秩序罪这一类别之中,具体是在《刑法》第176条对非法吸收公众存款罪作出了规定,但该条文仅对该罪是以金融秩序为客体作出了规定,对非法吸收公众存款罪的罪状没有进行具体描述,致使司法实践中对于该罪存在许多理解和适用上的争议和混乱。需要注意的是,2020年通过的《刑法修正案(十一)》将该条文进行了修改,后文将具体展开。

1998年前后,非法金融机构在我国大量出现,非法金融活动猖獗,非法集资等金融犯罪行为严重危害了金融秩序。故国务院于1998年4月颁布了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》(以下简称《取缔办法》),在《取缔办法》的第四条中对非法吸收公众存款作出了界定:非法吸收公众存款,是指未经中国人民银行批准,向社会不特定对象吸收资金,出具凭证,承诺在一定期限内还本付息的活动。虽然该条文对非法吸收公众存款的行为特征作出了规定,但根据条文描述的特征将其与民间借贷等合法借贷行为相比较,仍然难以区分清楚。因此,在司法认定上依然存在混乱和困难。同样需要注意的是,该《取缔办法》于2021年5月1日《防范和处置非法集资条例》施行的同时,已废止。

为了使刑法中相关法律条文的适用更加具体明确,2010年最高人民法院审判委员会通过并公布了《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》,对非法吸收公众存款罪的罪状、条件和形式,以及相关定罪量刑的标准作出了解释。其中,第一条对非法吸收公众存款罪的性质和方式作了进一步的明确:(一)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;(二)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;(三)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;(四)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

2014年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部就办理非法集资刑事案件适用法律问题印发了《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《非法集资意见》),其中对《非法集资解释》中“向社会公开宣传”<sup>1</sup>和“社会公众”<sup>2</sup>的认定问题,作出了进一步的解释说明,说明了“向社会公开宣传”包含的情形,并对两种情形下的社会公众认定问题进行了明确。但司法实务中关于非法吸收公众存款罪的认定标准,存在多部分、多方面的争议,仍需要进一步探讨和规定来进行明确。

2019年1月30日正式印发施行的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》,主要从实体法律适用、诉讼程序、政策把握和工作机制这四个方,针对当前这类犯罪执法司法中的突出问题作出回应和规定,就适用而言,主要对“非法性”的认定依据作出了新的规定,但变动较小。

2020年12月26日通过并于2021年3月1日起施行的《刑法修正案(十一)》将刑法第176条进行了修改:“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,并处罚金;数额

<sup>1</sup>关于“向社会公开宣传”的认定问题:《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》第一条第一款第二项中的“向社会公开宣传”,包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息,以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。

<sup>2</sup>关于“社会公众”的认定问题:下列情形不属于《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》第一条第二款规定的“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。

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，并处罚金。”即升高了非法吸收公众存款罪的法定刑。之所以会有如上修改，笔者认为原因有二：首先，原法条的刑期档只有 2 个，而根据非法集资类案件的现状来看，大金额甚至金额过亿的网贷案件频发，原法条的规定具有局限性，对数额巨大和特别巨大的处罚没有明显区别，不符合罪责刑相一致原则；其次，对于非法集资案件，给出了“严惩”的信号。这次修正案虽然在法定刑上做了完善，但也仅仅是在刑罚上进行了进一步的规定，在争议较多的认定标准问题上仍没有作出可适用的规定。

为了防范和处置非法集资行为，国务院于 2021 年 2 月 10 日发布并于同年 5 月 1 日起施行的《防范和处置非法集资条例》，在条例的第二条对非法集资作出了明确界定：“本条例所称非法集资，是指未经国务院金融管理部门依法许可或者违反国家金融管理规定，以许诺还本付息或者给予其他投资回报等方式，向不特定对象吸收资金的行为。”同时在非法集资的防范、处置和法律责任这三部分作出了较多具体的规定。但并未涉及非法吸收公众存款罪的有关界定和认定。

2022 年 2 月，最高人民法院发布《关于修改〈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〉的决定》(下文简称新《非法集资解释》)并于 2022 年 3 月 1 日起施行，对前文提及的《非法集资解释》进行了修改。新《非法集资解释》结合了目前非法集资类案件的新特点和《刑法修正案(十一)》的规定，对此类案件在定罪量刑标准、犯罪方式、行刑衔接、想象竞合等方面作了补充规定。就非法吸收公众存款罪而言，对其犯罪方式作了进一步的明确：将第一条第一款第一项修改为“未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金”，第二项修改为“通过网络、媒体、推介会、传单、手机信息等途径向社会公开宣传”。

纵然相关法律规定在结合实际情况不断更新、与时俱进，但综合上述规定，就非法吸收公众存款罪的认定标准而言，其在法律上仍缺少较为明晰的规定，在认定上还存在较多争议。

### 3. 非法吸收公众存款罪的司法适用现状

近年来，非法集资类案件持续高发多发，根据最高人民检察院的数据显示，2018 年，全国公安机关共立非法集资案件 1 万余起，同比上升 22% [2]。

在非法集资类案件罪名的司法适用上，我国司法实践主要集中于非法吸收公众存款罪以及集资诈骗罪这两个罪名的适用[3]。但这二者相较而言，以非法吸收公众存款罪进行适用的案件数量又远高于集资诈骗罪。例如，根据 2019 年 1 月 30 日最高人民检察院召开的“依法惩治非法集资犯罪，帮助人民群众守好‘钱袋子’”新闻发布会上发布的数据显示，2016 年至 2018 年，全国检察机关办理非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的案件数量呈逐年上升态势。其中 2018 年，起诉涉嫌非法吸收公众存款犯罪案件被告人 15302 人，起诉涉嫌集资诈骗犯罪案件被告人 1962 人[2]。即 2018 年起诉涉嫌非法吸收公众存款犯罪是起诉涉嫌集资诈骗罪的 7.8 倍，根据发布会数据，2016 和 2017 年两者的数据差均高至八倍以上。这在一定程度上可以表明司法实践中偏向于非法吸收公众存款罪来进行此类案件的适用。

与此同时，单就非法吸收公众存款罪而言，以中国裁判文书网的案件数量为例，笔者将案件限定为刑事案件，以“非法吸收公众存款罪”作为关键词检索中国裁判文书网，统计时间截至 2022 年 5 月 25 日，共检索到相关案件 62698 起。取最近十年数据来看，2011 年为 38 起，2013 年 454 起，2015 年为 3250 起，2018 年为 10484 起，2020 年为 13118 起，2021 年及 2022 年的数据暂未收录完整故不作分析。根据上述数据可见，非法吸收公众存款罪的案件数量呈快速上升趋势。而本罪案件数量的快速上升，首先必然与我国金融市场的高速发展和网络金融的发展密切相关；其次也是受“严惩”的信号、政策的影响；与此同时，亦与司法实践中非法吸收公众存款罪的扩大适用脱不开关系。

司法实践中非法吸收公众存款罪的扩大适用又与司法人员的执法观念和相关法律法规的规定有关。



司法人员普遍的执法观念认为，对于已被采取强制措施的非非法集资类案件，若有证据证明行为人具有非法占有目的，一般以集资诈骗罪定罪；若不能证明，就以非法吸收公众存款罪定罪<sup>[3]</sup>。即在司法人员的执法观念中，非法吸收公众存款罪是此类案件处理的兜底选项，前者行不通，就统归于后者。

而司法人员存在上述执法观念亦是受相关法律法规的影响，例如《非法集资解释》第一条中规定了“除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’”。最高人民法院的《非法集资解释》起草者在该解释的制定背景和主要内容予以说明时，亦明确表示鉴于实践中对于非法集资犯罪如何具体适用罪名存在疑问，根据第一条的该规定并结合第7条、第8条第2款规定以及实践做法，刑法中涉及非法集资犯罪的罪名共计7个<sup>3</sup>，其中，非法吸收公众存款罪具有基础性意义，属于非法集资犯罪的一般法规定<sup>[4]</sup>。即表明不适用其他罪名时，就都应当认定为非法吸收公众存款罪，显示了一定程度的兜底色彩。这种倾向很可能使得司法人员在案多、精力不足的情况下，选择不加考量地直接适用非法吸收公众存款罪。除此之外，例如在上海市高级法院、上海市人民检察院和上海市公安局于2018年12月10日联合颁行的《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》中，在“关于非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的界限”的内容中规定：“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。”这类规定明显存在兜底色彩，使得非法吸收公众存款罪的适用过分扩大。

通过对上述数据及相关司法实践适用现状的分析足以见得，目前我国的司法实践，非法吸收公众存款罪在非法集资类案件的审理中，呈现出被扩大适用的现状，不符合罪刑法定原则。故针对这一现状，司法实践必须作出修正和改变，对非法吸收公众存款罪这一罪名进行合理、合法、合适的适用。

#### 4. 非法吸收公众存款罪适用问题分析

根据前文对于非法吸收公众存款罪立法和司法现状的分析，目前该罪在司法实践中呈现扩大适用的问题，甚至已经逐渐沦为非法集资类案件的兜底罪名。对于其在认定和适用上存在的争议和不足，已经有许多学者对本罪与他罪的区分以及各个要素、概念的认定方面进行了分析、提出了观点，本文主要针对其扩大适用、认定不清的问题，选取以下两个方面的问题进行具体分析：

##### 4.1. “存款”的扩大理解

从罪名本身出发，“公众存款”就是非法吸收公众存款罪的犯罪对象，即非法吸收的对象是社会公众的存款。然而司法实践中，基于对非法集资类犯罪进行严惩的背景之下，“存款”逐渐脱离了其本义范围，被扩大解释为“资金”，这固然是非法吸收公众存款罪被扩大适用的原因之一。例如《非法集资解释》就将“存款”明文规定为“资金”，其第一条中作出了“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”、“向社会公众即社会不特定对象吸收资金”等表述，2021年出台的《防范和处置非法集资条例》和2022年修改的新《非法集资解释》也仍采用“资金”这个表述，均直接在司法解释中将“存款”的概念扩大为“资金”。将这一概念进行扩大规定确实能更直接、更大范围地打击相关犯罪行为，起到严惩的作用，但同时也会致使非法吸收公众存款罪的适用过分扩大化。

虽然近几年随着政策和法律规定的变化，对这类案件的打击也并非是一味的追求入罪，在依旧严厉打击的基础上，也作出了一些出罪的规定。例如《非法集资解释》第三条就有相关的免罚和出罪规定，

<sup>3</sup> 7个罪名分别是刑法第一百六十条规定的欺诈发行股票、债券罪，第一百七十四条第一款规定的擅自设立金融机构罪，第一百七十六条规定的非法吸收公众存款罪，第一百七十九条规定的擅自发行股票、公司、企业债券罪，第一百九十二条规定的集资诈骗罪，第二百二十四条规定的组织、领导传销活动罪，以及第二百五条规定的非法经营罪。

对于吸收存款主要用于正常的生产经营活动并且能够及时清退所吸收的资金的行为人，可以对其免于刑事处罚，若其犯罪情节显著轻微的，则不作为犯罪处理。除此之外，最高检于2018年11月15日发布的规范办理涉民营企业案件的11个执法司法标准中也强调了，“要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。”这类规定即是根据当前民营经济发展新形势以及出于对民营经济发展的保护与支持，为了不过分打击融资行为、抑制金融市场和民营经济发展的活力，减少将一些看似构罪实则社会危害性低、犯罪情节轻微的行为一味入罪打击，而从法律政策的角度结合行为的情况和情节，给予一个出罪的窗口。笔者认为这是一个好的趋势，是贯彻宽严相济刑事政策的体现，开始从法律和政策角度着手防止刑事打击扩大化，一定程度上能够对非法吸收公众存款罪的扩大适用现状起到限制作用。但上述举措也仅仅是从出罪的角度打开了通道，而非法吸收公众存款罪被扩大适用的主要原因是认定上的问题，其并没有解决该罪扩大适用的实质问题。

## 4.2. 非法性的认定缺陷

非法性是非法吸收公众存款罪的四个特征之一，是区分正常融资行为与非法集资行为的关键，故明确非法性的认定对非法吸收公众存款罪的适用至关重要。但因非法性是一个非常笼统、抽象、模糊的概念，若没有足够具体、明确的标准予以参考，对其进行清晰的界定并非易事，而一旦模糊处事便可能导致司法实践中出现宽泛认定问题。法律条文确实大都是概括的、精炼的用语，一般都具有抽象性，有时需要对其进行解释来进行准确的适用。对于非法性这一抽象的概念，同样也需要有可以参考的解释等规定来进行认定和适用。

从法律法规和司法解释的角度看，我国相关法律法规及司法解释确实有对这一非法性概念作出一些规定，但这些规定并不明确，且可操作性不强。比如《非法集资解释》的第一条就是对非法吸收公众存款罪的四个特征要件进行了明确，其中“未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金”的规定就是对非法性这一特征要件作出的解释。这表明非法性的认定是形式标准“未经有关部门依法批准”和实质标准“借用合法经营的形式”的二元模式<sup>[5]</sup>。2011年最高人民法院出台的《关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知》第一条规定了“行政部门对于非法集资的性质认定，不是非法集资案件进入刑事程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的审判”。表明刑事法和行政法在非法性的认定上作出了区分，即非法吸收公众存款罪的入罪是在缺乏前置性的行政法规情况下入刑，但我国刑法及相关司法解释又未对非法性的认定作出相关具体规定，致使非法性的认定混乱不清，进而导致司法机关和司法人员对非法性的扩大认定以及对非法吸收公众存款罪的扩大适用。且认定非法性的实质标准同样具有抽象性、模糊性这一弊端，难以根据这类规定直接进行严格认定和适用，依然容易出现打击扩大化的问题。

从司法机关和司法人员的角度看，除去相关规定的不明晰外，还有许多因素导致出现认定问题。比如司法人员相关法律素养不足，对于非法性等部分概念的认识不够清晰透彻，司法机关在审理案件时易简单地受到相关政策方向和司法环境等的影响，而忽视对各个要素的严格审查。在严惩非法集资类案件的趋势下，并不对非法性等具体要素进行仔细审查，只要大致符合就直接定罪处理。即为了响应严惩的政策、满足定罪量刑的需求，笼统、粗糙地进行定罪处罚。而在这种粗糙办案的情形下，具有兜底色彩的非法吸收公众存款罪便成为了司法人员的最佳选择。在没有细细审查各个要素的情况下，很难找到准确的罪名来进行定罪处罚，此时，司法人员自然就会把目光集中于具有包容性、模糊性的非法吸收公众存款罪上，这必然导致非法吸收公众存款罪被过分扩大适用<sup>[6]</sup>。

无论是对存款的扩大理解还是对非法性概念的模糊认定，抑或是法律法规及司法解释规定不清晰、

司法机关和司法人员不当司法，都会导致司法实践中非法吸收公众存款罪的适用被不当扩大。进而导致一些因无法从金融机构获取贷款而转寻民间融资的行为也被纳为犯罪范畴，这般过分打击必然会在一定程度上压制民间融资和民营经济的发展[7]。

## 5. 对非法吸收公众存款罪认定与适用的建议

### 5.1. 限定“存款”概念

针对罪名的扩大适用问题，有学者认为必须遵循罪刑法定原则，对于法律法规和司法解释中的一些弹性条款，司法机关和司法人员在解释和适用时，必须牢牢坚守罪刑法定原则，同时顾及体系性解释，把握好扩张解释的范围和幅度，切忌不能超越语义范围作类推解释，也不能抛开刑法体系的内在逻辑而任意地加以阐释[6]。故就非法吸收公众存款罪而言，我们务必要把握好“存款”等概念的解释幅度，明确其内涵及范围。

在金融学上，存款被定义为存款人将资金存入银行等金融机构后，银行等金融机构支付利息给存款人，存款人据此得到收益的一种经济活动[8]。简而言之，被存款人存入银行等金融机构的资金才是存款。这意味着单纯的资金不是存款，资金是存款的前身，或者说资金包含了存款，存款必定属于资金，但并不是所有资金都是存款。二者之间确实存在紧密的联系，但与存款具有特定的金融学上的涵义不同，资金处于一种不确定的游离状态，二者在存在紧密联系的同时又有着本质的差别[3]。即二者的概念范围不同，资金的外延远比存款广泛。故用“资金”来理解非法吸收公众存款罪的“存款”扩大了该罪犯罪对象的范围，是导致非法吸收公众存款罪被过分扩大适用的原因之一。因此，为了解决非法吸收公众存款罪扩大适用的现状，我们应当限定“存款”概念，摒弃当下以“资金”进行理解的做法，

笔者认为，严格对“存款”的认定，是目前对本罪较为直接有效的适用限制。存款是银行资金和业务开展的最主要来源和基础，非法吸收公众存款罪的设立本义就是为了保护银行的存款业务，通过打击非法吸收或者变相吸收公众存款的行为来维护国家金融管理秩序，非法吸收公众存款罪所侵犯的客体就是国家金融管理制度。对银行等金融机构进行保护、对国家金融管理秩序进行管控维护都是有益的，但我们仍需要保持一定的限度，不能完全倾向、过度保护，不能忽视“存款”的本质涵义而用“资金”进行扩张理解，导致司法实践对此不作考虑进而扩大适用。故笔者认为应当对相关规定中“资金”的表述进行修改。与此同时，落实到司法实践中，司法机关及司法人员在具体办案和取证时，需要注意对资金进行审查，注意其是否属于存款，若完全不是，则直接排除。同时为了避免过分限缩，有学者建议也可以将即将与银行建立存款业务但中途被非法集资的资金纳入其中[3]。

### 5.2. 明确非法性认定

非法性的准确认定事关是否构成非法吸收公众存款罪，但当下针对非法性认定的相关规定仍不够具体明确。非法性表现为违反国家金融管理法律规定吸收资金，其认定主要依据《非法集资解释》中“未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金”这一解释规定，这一规定采用“或”的表述，即形式认定和实质认定这两种情形为选择性要件，只要具备其中一种情形即可认定。

“未经有关部门依法许可”能够直接简单的审查需要许可而未经许可的非法融资行为，但其具有局限性，因为并非所有的融资行为都需要经过有关部门许可，对于没有明确规定应当许可以及法律已有明确禁止性规定的行为，这一规定便无法适用。且根据前文所提及的《关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知》规定的行政部门未对非法集资作出性质认定不影响刑事层面的审判，这可能导致对形式认定要件的忽视，而转向仅关注实质认定的境地。“借用合法经营的形式吸收资金”这一实质认定要件关注的是行为本身，但其较为宽泛、模糊，具体表现形式多种多样，很容易将合法经营的行为一并打击在内，

进而呈现出当下非法吸收公众存款罪被过分扩大适用的现状。

故笔者认为目前对于非法性的认定规定存在不足,是导致非法吸收公众存款罪被扩大适用的主要原因之一,需要进行修正。笔者认为首先还是要对非法性的认定依据作出明确范围的规定,且一旦明确规定后,尽量减少对这一规定的变动,因为时常变动亦会导致认定出现混乱。其次,形式认定要件虽然具有局限性,但暂未有更好的举措进行修改,其作为一个选择性要件进行适用仍具合理性,笔者认为目前更为直接有效的方法其实是加强司法机关和司法人员对这一认定要件的重视,避免忽视。在实质认定要件不够明晰的现状下,加强对形式认定要件的重视更具可操作性,亦更能作出公正合理的裁判。最后针对实质认定要件,还是需要作出进一步的解释规定,使其具有较为明确的认定标准,避免司法机关和司法人员随着政策变动而不当扩大适用。

## 6. 结语

对于非法集资类犯罪的规制,在我国不断更新出台相关规范性文件的情况下已经愈发完善。但就非法吸收公众存款罪的认定和适用现状而言,笔者认为目前还存在很多争议和问题亟待解决,尤其是它的扩大适用问题。金融市场的混乱确实需要法律的约束和规范,不能为了一味追求金融发展而放松管控,但也不能无限度、过多的适用刑法来进行管控。过多的刑法和刑罚的适用,反而会抑制金融市场的活力,限制社会经济的发展。而应该多方面多角度的进行治理,做好预防、监管,由民事法律、行政处罚和刑法、刑罚共同发力,共同促进金融行业和金融市场健康有序发展。

## 参考文献

- [1] 党小学,党玉红. 非法集资,重判还是轻责[N]. 检察日报,2015-05-27(5).
- [2] 郑赫南. 检察机关办理非法集资犯罪案件数量逐年上升[N]. 检察日报,2019-01-31(1).
- [3] 王新. 非法吸收公众存款罪的规范适用[J]. 法学,2019(5): 103-118.
- [4] 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[J]. 人民司法,2011(5): 24-31.
- [5] 郭栋磊. 非法吸收公众存款“非法性”之行刑认定的区分——以非法性的形式和实质认定为视角[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版),2022,43(3): 82-89.
- [6] 于志刚. 口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路[J]. 法学家,2013(3): 63-78+177.
- [7] 郭树清. 千方百计构建银企命运共同体(支持民营企业在行动)[N]. 人民日报,2018-11-09(1).
- [8] 谢望原,张开骏. 非法吸收公众存款罪疑难问题研究[J]. 法学评论,2011,29(6): 138-144.