

# 民营企业产权保护视域下非法吸收公众存款罪的扩张与纠偏

李新月

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月30日; 录用日期: 2023年9月10日; 发布日期: 2023年11月10日

## 摘要

非法吸收公众存款罪的扩张适用在融资领域冲击着民营企业的产权保护, 主要体现为合法融资行为非法化以及挤压集资诈骗罪的适用空间。民营企业家在经营过程中不仅要承担经济风险, 还要时刻注意飘忽不定的刑事风险, 极大地削弱了民营企业家的积极性和创造性。究其原因, 一方面在于民营企业发展过程中经营行为失范问题严重; 另一方面在于集体主义、重刑主义等思想的影响。刑法规范具有一定的抽象性, 其具体化过程也是导致非法吸收公众存款罪适用困难的因素。非法吸收公众存款罪的扩张使得民营企业对金融刑法的可预测性降低, 在经营决策过程中畏手畏脚, 进而影响民营企业的发展。为消弭非法吸公众存款罪的扩张, 应当首先在立法上厘清非法集资行为的行政违法性, 避免刑事违法性判断提前化、模糊化。

## 关键词

民营企业, 民间融资, 非法吸收公众存款罪

# The Expansion and Correction of the Crime of Illegally Absorbing Public Deposits from the Perspective of Private Enterprise Property Rights Protection

Xinyue Li

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 30<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 10<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 10<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The expansion and application of the crime of illegally absorbing public deposits have impacted the property rights protection of private enterprises in the financing field, mainly reflected in the illegal financing behavior and the application space of squeezing the crime of fundraising fraud. Private entrepreneurs not only have to bear economic risks in the business process, but also constantly pay attention to fluctuating criminal risks, greatly weakening the enthusiasm and creativity of private entrepreneurs. The reason for this is, on the one hand, the serious problem of misconduct in the development process of private enterprises; On the other hand, it is influenced by ideas such as collectivism and heavy punishment. The criminal law norms have a certain degree of abstraction, and their materialization process is also a factor that makes it difficult to apply the crime of illegally absorbing public deposits. The expansion of the crime of illegally absorbing public deposits has led to a decrease in the predictability of financial criminal law among private enterprises, which in turn affects the development of private enterprises. In order to eliminate the expansion of the crime of illegally absorbing public deposits, it is necessary to first clarify the administrative illegality of illegal fundraising behavior in legislation, and avoid the early and vague judgment of criminal illegality.

## Keywords

Private Enterprises, Private Financing, 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

改革开放的实践表明，民营经济为我国经济发展中发挥着不可忽视的推进力，也已成为我国社会主义市场经济的重要组成部分。但制度的发展始终未能跟上经济的步伐，实践中出现了一系列极具争议的涉企业产权的案件，例如顾雏军案、张文中案，这些案件反应了民营企业所处的营商环境仍然不够“柔软”。为了经济社会持续健康发展，民营企业产权的有效保障刻不容缓。护航企业发展，政策先行。《关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》等文件明确表达了对民营企业加强保护的政策精神。为全面贯彻中共中央的政策精神，最高人民检察院于今年开展“民营企业司法保护专项行动”，充分发挥检察职能，为民营企业创造良好的法治化营商环境。因此，有必要以此为契机，重新审视非法吸收公众存款罪，为民营企业融资廓清道路，稳定民营企业发展预期，激发民营经济动力。

## 2. 非法吸收公众存款罪的扩张

### 2.1. 非法吸收公众存款罪适用扩张的具体表征

根据刑法的规定，非法吸收公众存款罪的核心行为是非法吸收公众存款以及变相吸收公众存款。刑法规范所规定的行为都是类型化的行为，具有一定的抽象性，需要在具体适用过程中进行解释、具体化，《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》(以下简称《非法集资解释》)

将非法吸收公众存款和变相吸收公众存款解释为具备“非法性”、“利诱性”、“公开性”以及“社会性”四种性质的非法融资行为。但是,《非法集资解释》并未使问题得到真正解决,司法机关在认定非法吸收公众存款罪时往往以行为表征来认定行为。

具体而言,非法吸收公众存款罪司法适用的扩张主要体现在以下两个方面:第一,合法融资行为犯罪化。非法吸收公众存款罪的罪状描述具有一定的模糊性,并且与民间借贷行为具有高度的相似性,从而使得司法实践中常常将一些合法的民间借贷行为认定为非法的吸收公众存款的行为。有学者提出以“客观化”的经营风险来区分合法的民间借贷与非法吸收公众存款行为,即当经营风险是可控的,则属于经营失误,此时企业无法归还借款的,可认定为刑法意义上的非法集资;当风险是不可控的情况下,民营企业也不存在经营失误,其融资行为就不能认定为犯罪行为[1]。但笔者认为,仅以风险是否可控来决定行为的社会危害性是有失偏颇的。一方面,经营风险是否可控本身就不存在绝对的标准,难以判断;另一方面,在刑法理论中,这种法定构成要件要素以外的不需要行为人认识的要素被称为客观超过要素。在价值趋向角度,客观超过要素有客观归责的嫌疑,与刑法保障人权的理念相悖[2]。第二,挤压集资诈骗罪的适用空间。集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的司法解释存在于同一个司法解释文件中,两者的不同之处在于集资诈骗罪是以欺诈的方式进行,并且具有非法占有的目的。有学者指出,两者的不同还在于“资金”与“存款”存在质的差别。“资金”与“存款”是两个不同的概念,“存款”只是与银行金融机构建立起特定法律关系的那部分资金,资金的外延远大于存款的外延[3]。对于此观点,笔者不敢苟同,具体理由将在后文论述。因此,集资诈骗与非法吸收公众存款的差别只在于行为方式与主观目的,这是导致非法吸收公众存款罪挤压集资诈骗罪适用空间的症结所在。从行为方式上说,集资诈骗不同于非法吸收公众存款之处在于采用了欺诈的手段,但众所周知,大部分非法吸收公众存款案件中行为人都使用了欺骗的手段,并且《非法集资解释》中所规定的“利诱性”也暗含了行为人以高利息诱惑被害人,但利息的真实性是存疑的,因此也具有欺骗的意味。从主观目的上说,非法占有目的的认定目前没有统一的标准,例如在吴英案中,吴英“将资金用于支付前期集资款的本金和高额利息、大量购买高档轿车、珠宝及肆意挥霍”是否能够证明其具有非法占有目的,对于该问题是存在极大的争议的<sup>1</sup>。主观要素的认定往往需要以客观事实为参照,但客观事实的复杂性决定了主观要素认定时结论的多样性,因而导致理论争议不断。司法实践中“同案不同判”的现象频繁出现。当非法占有目的无法准确认定时,司法机关往往选择以非法吸收公众存款罪进行处罚。因此,基于以上两个方面的影响,有许多违法行为因为无法以集资诈骗进行规制便诉诸于非法吸收公众存款罪,违背了罪刑法定的基本要求。

## 2.2. 非法吸收公众存款罪适用扩张与民营企业产权保护之间的矛盾

一直以来,民营企业都处于“低一等”的地位,但竞争激烈的市场不会为弱者开启绿色通道。要想在“恶劣”的环境中生存并盈利,除了提供更优质的产品与服务之外,还必须“另辟蹊径”,从所谓的非正规渠道融资,以维系和扩大生产经营[4]。从理论上讲,鉴于民营企业在我国经济发展过程中所发挥的推动作用,国家应该给民营企业创造更宽松的营商环境。特别是刑事司法,应当坚守谦抑的基本立场,尽量减少民营企业将会面临的刑事风险。但事与愿盼有落差,数据是最直观的表达。笔者通过案例库检索发现,涉非法吸收公众存款罪的刑事一审判决书的数量从2017年至2022年分别为453件,1411件,2253件,2404件以及862件。以上数据明显反应了非法吸收公众存款罪的适用在最近几年呈现出扩大化的趋势。

这表明,民营企业融资困难是客观存在的事实。民营企业家在经营过程中不仅要承担经济风险,还要时刻注意飘忽不定的刑事风险,极大地削弱了民营企业家的积极性和创造性[5]。虽然2022年的案件数

<sup>1</sup> 参见浙江省高级人民法院(2010)浙刑二终字第27号刑事裁定书。

明显减少，但无法反映此后的趋势，因此，在理论上探讨非法吸收公众存款罪的限缩适用仍然具有重要的意义。

### 3. 非法吸收公众存款罪扩张适用的原因与后果

#### 3.1. 非法吸收公众存款罪扩张适用的原因

站在历史的维度，非法吸收公众存款罪扩张适用是有形可检的。自古以来，中国的社会就以集体主义为核心，集体主义在经济中具体表现为以公有制经济为主体的经济市场秩序。民营企业的融资行为往往具有打破市场经济秩序的可能性，刑事司法实践为了维护市场秩序往往会选择牺牲民营企业的利益，对于民营企业的融资行为大幅度作入罪处理。此外，重刑主义思想也一直影响着整个社会，以至于应当具有专业性的法律工作者也未能完全摆脱重刑主义思想的“牵引”。对于一些违法性存疑的民营企业的融资行为，不管是司法实践还是立法都倾向于诉诸于刑法。

站在现实的维度，非法吸收公众存款罪扩张适用的原因有如下几个方面：一方面，从我国经济发展状况来看，随着各行各业的发展与进步，民营企业在生产经营过程中不断地创新，新兴的生产经营方式助力企业发展推动社会经济的繁荣，同时也产生了更多的经济失范行为。民营企业家的逐利本性导致了其中一些行为往往游离于刑法的灰色地带，打破了既有市场经济的正常秩序。国家为了维护市场经济秩序，往往会强力干预不规范的市场行为，刑法作为国家暴力机器必然要为国家而服务。从这个方面来说，民营企业家面临更大的刑事责任风险也有自身的原因。另一方面，从刑法本身来看，刑法规范所规定的行为都是类型化的行为，具有一定的抽象性，需要在具体适用过程中进行解释和具体化。虽然《非法集资解释》将非法吸收公众存款和变相吸收公众存款解释为具备“四性特征”的非法融资行为，其并未实现真正的具体化。也就是说，刑法规范本身的不确定性导致了非法吸收公众存款罪适用的犯化。

#### 3.2. 非法吸收公众存款罪扩张适用对民营企业的影响

诚然，国家为了整体金融安全必须选择以最严厉的方式，即刑事制裁，规制脱轨的融资行为。但是，若国家对民营企业的经营行为的干预超过必要限度，对于民营企业的发展来说无疑是百害无一利的。首先，非法吸收公众存款罪的扩张实质上就是金融刑法可预测性的降低。民营企业无法准确预测融资行为是否具备刑事违法性，在创新发展过程中的便不得不瞻前顾后。众所周知，对于企业而言，抓住了时机就成功了一半。若是基于对刑事责任的惧怕而犹豫，导致机会流逝，企业在争分夺秒的市场就将丧失先机。更为严重的是，根据司法实践中的“唯结果论”，企业一旦出现资不抵债的情况，就会有涉非法吸收公众存款罪的嫌疑。企业不仅陷入经营困境，还有可能面临刑事追责，这无疑是祸不单行，最终丧失信心和热情。更近一步说，民营企业对于我国经济发展的重要性已无需多言，刑法对民营企业的束缚实质上就是对社会经济发展套上了无形的枷锁。其次，只要进入刑事司法程序，特别是经济刑事案件，都将涉及企业财产处置问题，在非法吸收公众存款案中也不例外。然而，司法实践中涉案财产处置仍未达到理想的规范状态，财产处置乱象频发。司法机关在刑事诉讼过程中的不规范行为，对于民营企业而言是生死存亡的挑战。例如，司法机关对于合法财产和非法财产区分不当，企业的合法财产被非法处置，以至于企业无法维系正常经营活动而被迫停止经营<sup>[6]</sup>。

从公平正义理念出发，非法吸收公众存款罪的扩张适用实际上是对以民营企业为代表的融资者的不公平对待。一方面，民间融资有其存在的必要性，金融安全的维护不能以完全牺牲民营企业的利益为前提。不同于以银行业、证券业为代表的正规金融，民营企业进行的民间融资具有非正规性，但该种非正规金融有其存在的必要性。因为正规金融体系中，基于风险防范、责任承担等因素的考

量,对民营企业的信贷范围一直处于被限制的状态,形成了民营企业信贷成功率低、过程繁琐、效率低下的局面。在情况紧急的情况下,民营企业经营困难根本无法诉诸于正规金融体系,而民间借贷刚好能填补这种信贷缺口。另一方面,实践中普遍存在的是只有当企业资不抵债、投资人遭受重大损失时,相关部门才会强力干预。其原因在于防止发生群体性事件,造成重大社会影响。但时,在企业经营过程中“胜败乃兵家常事”,因经营风险导致企业资不抵债,同时为了平息所谓的“众怒”就让企业承担刑事责任是不公不法的。投资人是一个自由且理性的人,其应当对自己的选择负责,民营企业无需为其选择买单,法律亦不需要在此时承担“家长”的角色,刑法更应该保持谦抑的态度。

## 4. 非法吸收公众存款罪规范适用的原则与路径

### 4.1. 基本原则：坚持刑法谦抑性原则

刑法谦抑性原则要求刑法要控制处罚范围,即凡是其他部门法足以抑制某一种失范行为时,就不要将其规定为犯罪[7]。也就是说,对民营企业融资行为的规制可先诉诸于行政法,只有当行政法都不足以抑制民间融资的异化时,才能动用刑法。需要注意的是,刑法因其特殊性必须具备相当程度的稳定性。相较而言,行政法在立法上较为灵活,往往存在金融方面的行政法规已经改变的情况下,刑法仍按既往的态度处理融资行为。刑法所具有的“二次法”性质决定了对于其他部门法作了规定的行为,若没有具备行政违法性,则不能认定该行为具有刑事违法性进而对其进行犯罪化处理。同时,如前所述,企业融资行为泛犯罪化对企业的影响是巨大的,因此要尽量在合理的范围内减少企业融资行为的犯罪化,避免刑法对经济市场秩序的过度干预而削弱市场的经济活力,阻碍经济发展。

### 4.2. 规范路径：民间融资监管的规范化

作为典型的行政犯,非法吸收公众存款罪所规制的行为必须是具备行政违法性的行为。根据相关解释,该罪的行政违法性就是违反了国家有关金融管理的法律规范,同时根据《商业银行法》等规范的指引,行政违法性的具体内容为未经国务院银行业监督管理机构批准[8]。但是,根据“法无授权即禁止”的原理,以《商业银行法》为代表的金融行政规范仅是对正规金融体系进行监管,其适用对象是银行等正规金融机构,从这个意义上来说,非正规金融行为并不在融资准入监管之列。以此来看,我国实践对民间融资等非正规金融行为实际上采取的是隐形监管模式,即通过确认一部分民间融资行为的行政违法性并借助刑事制裁手段对其进行融资准入监管[9]。换句话说,就是以正规金融体系的融资准入标准衡量非正规金融体系中的融资行为,这就是民间融资行为被大幅限制的症结所在。因此,限缩非法吸收公众存款罪扩张适用的关键在于重新厘定非法吸收公众存款行为的行政违法性标准。

重新厘定非法吸收公众存款行为的行政违法性标准,首先需要找到合适的前置性行政规范。但目前并未针对非正规金融体系出台相关行政规范,因此针对该问题的讨论主要从立法论的角度出发。值得注意的是,在纷繁复杂的行政规范中,《网络借贷信息中介机构活动管理暂行办法》(以下简称《网贷办法》)具有很强的借鉴意义。《网贷办法》对中介机构以及借款人的行为作出了限制,例如要求借款人提供真实准确的个人信息及融资信息。根据其规定,民营企业作为借款人只要其行为不在该规定的负面清单中,那么其行为就具备行政合法性,因而不能认定为非法集资行为。因此,笔者认为应当在《网贷办法》的基础上,推动民间金融体系监管的规范化。通过立法明确民间融资的界限,对于具备行政违法性并且威胁或损害了集资参与人的财产利益与整体金融安全时,才将其上升为刑事违法行为。以此种方式限缩非法吸收公众存款罪,不仅为民营企业打通了融资的道路,更有利于抑制民间金融行为的异化以及金融体系的完善。

## 5. 结语

良好的营商环境是民营企业持续壮大发展的基础条件，营商环境的优化是现实的需要，也是政策的趋向。法治化是营商环境优化的核心范畴，刑事司法实践作为其中一环亦应当有所作为。但目前，民营企业融资行为却存在泛犯罪化的问题，非法吸收公众存款罪适用的扩张就是典型的例子。从刑事规范的角度思考，其原因在于非法吸收公众存款行为违法性的界定不清，仅从刑法文本出发讨论该罪的限缩无异于舍本求末。因其典型的行政犯属性，应当首先规范界定吸收公众存款行为的行政违法性。本文从融资准入监管出发，发现对于以民间融资为代表的非正规金融体系的监管实际上是以正规金融体系的监管为标准，也就是说在前置法种民间融资的“入场机会”就是收紧的状态，进而导致合法集资行为更易于认定为非法集资。因此，建议从立法论上廓清民间集资行为的行政违法性，为刑事司法实践提供更为准确的认定标准。

## 参考文献

- [1] 梅传强, 李璐. 民营企业民间融资法律风险探析——以“刑民界分”为切入点[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2016, 20(1): 44-51.
- [2] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 474.
- [3] 王新. 非法吸收公众存款罪的规范适用[J]. 法学, 2019, 450(5): 103-118.
- [4] 莫洪宪, 尚勇. 产权保护视角下非法集资行为刑事规制的教义学重塑[J]. 河南财经政法大学学报, 2020, 35(2): 95-105.
- [5] 张帅. 民营企业民间融资的刑事法律风险探究——以优化营商环境为视角[J]. 六盘水师范学院学报, 2020, 32(4): 36-42.
- [6] 张祥宇. 非公经济产权之刑法保护: 缺陷与改进[J]. 法学论坛, 2020, 35(2): 153-160.
- [7] 胡晴晴. 关于刑法谦抑性原则司法适用的省思[J]. 山东社会科学, 2023(3): 177-183.
- [8] 邹玉祥. 非法吸收公众存款罪“司法二元标准”的问题与出路[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2023, 25(4): 121-129.
- [9] 许晓童. 非法吸收公众存款罪“口袋化”的体系症结与限缩路径[J]. 学海, 2021(5): 173-180.