

非法吸收公众存款罪“四性”特征的司法适用

王新 北京大学法学院教授

对于“借用合法经营的形式吸收资金”的实质认定标准，虽然其弥补了形式认定标准的不足，但其认定标准的弹性和模糊空间很大，这需要在司法实践中予以限缩适用。

相关司法解释对非法集资的宣传形态作出修改，扩张了“公开性”的外延和适用范围，但在司法实践中不能仅从集资的宣传途径等形式层面来理解“公开性”。

尽管“亲友”的概念和外延具有模糊性，但在认定时也不能为了扩大打击面而限缩对它的解释，应该围绕与行为人的关系是否特定来理解。

依据最高法在2010年颁布的《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》（下称《解释》）第1条规定，非法吸收公众存款罪的成立要件包括非法性、公开性、利诱性和社会性等四个特性。显然，这“四性”特征共同构成了非法吸收公众存款罪的成立标准，这也是规范层面的民间融资刑事法律边界。为了顺应当前保护民营企业发展的时代需要，防止在打击非法集资的过程中“误伤”正当的民间融资活动，从刑法适用的规范角度来说，首先需要准确地理解与适用非法吸收公众存款罪融资的“四性”特征，以准确、规范适用该罪。

“非法性”的认定

在正当融资与非法集资之间，行为人均以筹措资金为平台和载体，但两者的法律性质却截然相反，后者被冠以否定性法律评价的标签。因此，“非法性”是非法集资犯罪的本质特征，也是区分融资活动的罪与非罪之间的界限。然而，它的内涵具有高度的抽象性，导致在司法适用时具有很大的弹性和解释空间。为了明确对这个问题的司法适用，在打击非法集资的司法解释体系中，最高法、最高检、公安部在2014年颁行的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（下称《意见》）和2019年颁行的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》中的第1条，都涉及了“非法性”的认定问题。最高检在2018年发布11项关于保护民营企业发展的执法司法标准中，开宗明义地首先要求严格把握非法集资“非法性”的认定。但是，对于“非法性”这个最为核心特征的认定，在我国规制非法集资法律规范中的变化频次很高，内容的修改幅度也较大，也体现出这确实是一个重大的难点问题。

对于“非法性”的认定标准，早在1996年颁行的《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》中，只限定为“未经有权机关批准”这个唯一的标准。后来，考虑到这种单一的“形式认定标准”存有诸多的局限性，并不能满足打击新型非法集资活动的实际需求，因此，2010年的《解释》在继续沿袭形式认定这个通行标准的基础上，又增设了“实质认定标准”，即借用合法经营的形式吸收资金，藉此给司法机关提供了认定的“第二把手术刀”，由此形成现在“非法性”认定的二元标准。

从司法实践看，“未经有关部门依法批准”的形式认定标准，已有20多年的司法经验，也契合于我国对吸收公众存款实行审批制的法律规定，加上其认定标准比较清晰，故在司法中一般不会产生认定问题。但是，对于“借用合法经营的形式吸收资金”的实质认定标准，虽然其弥补了形式认定标准的不足，但在司法实践中带有“穿透式审查”的标签，其认定标准的弹性和模糊空间很大，会导致在无法以形式标准认定非法集资的“非法性”时，则转向于以该实质标准作为打击入罪的标准，从而可能导致打击非法集资范围的扩大化。可以说，这是非法吸收公众存款罪沦为非法集资犯罪体系中“口袋罪”的根本原因，需要在司法实践中予以限缩适用。

“公开性”的认定

非法集资必然伴随着向公众传播集资信息的特征，其外在推动力在于行为人“向社会公开宣传”，致使集资信息很容易地在社会公众中大范围地快速扩散，产生辐射效应，导致众多的人员参与其中，加速了非法集资规模的快速扩张。由此，“公开性”是信息传播的天然属性，依据相关司法解释，“公开性”的成立包括以下两种宣传模式：

(1) 以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息，这表现为“主动宣传”的方式。2010年《解释》采取“列举式”的规定，将当时比较典型的利用媒体、推介会、传单等途径予以明列。后来，面对互联网成为非法集资宣传主渠道的状况，“两高一部”考虑到宣传的手段并不重要，在2014年颁行的《意见》中，改用“概然式”的方式。这具有很强的针对性，也可以容纳将来新出现的宣传手段。

(2) 明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任。这在2010年《解释》中没有规定，而是“两高一部”在2014年颁行的《意见》中新增设的内容，这主要是考虑到这种“口口相传”的消极放任宣传方式，在实际效果上与主动向社会公众传播吸收资金信息并无差异。

为了适应打击非法集资犯罪的需要，相关司法解释陆续对非法集资的宣传形态作出修改，扩张了“公开性”的外延，致使任何能够让公众知晓集资信息的传播方式，都属于向社会公开宣传。至于是通过隐秘的方式，还是通过公开的方式，则在所不问。这在很大程度上弱化了“公开性”的特征。但是，鉴于在民间借贷的融资情况下，行为人一般不向社会公开宣传，故“公开性”特征对于辨别合法融资与非法集资，依然还具有一定的客观外在价值，因此，应该继续坚守该特性。当然，在司法实践中不能仅从集资的宣传途径等形式层面来理解“公开性”。例如，目前有个别的私募机构采取“先备后募”的宣传方式，变相地突破私募基金的行业底线，即他们明知要通过中国证券投资基金业协会的备案，就必须在前期的“报备”程序中符合不能向社会公开宣传的要求，但在报备成功后，则任意扩大私募的对象和资金规模，这实质上属于“打擦边球”的做法，偏离了基金业务的本质，从整体上看依然满足“公开性”的要求。

“利诱性”的认定

从非法集资的产生和发展过程看，其必然伴随着高利率的有偿回报。对于集资行为人而言，他们清楚地知道若不对参与人给付经济回报，就无法通过集资行为来“作局”。而在相对方，大多数的集资参与人也认识到集资行为存在巨大的风险，但为了获取高额利息依然主动参与其中。正是在双方的互动过程中，“利诱性”直接地促成和加速非法集资规模的扩张。从这个角度上讲，“利诱性”是非法集资双方合意的必备“黏合剂”，将其列为非法集资犯罪的构成特征之一，仅仅具有象征或者宣示意义，并不具有实质性的价值，但这依然是遏制非法集资犯罪的重要切入点。鉴于暴利驱动和甘冒风险是非法集资参与人的一般特征，也是他们参与非法集资的自身过错之所在，并不是纯粹意义的受害者。国务院在1998年颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第18条就规定：“因参与非法金融业务活动受到的损失，由参与者自行承担。”要让集资参与人清醒地认识到参与非法集资的风险，才能增强社会公众的风险防范意识，消除集资参与人获取高额利益的驱动力，从而有效预防非法集资犯罪的发生。

依据2010年《解释》，“利诱性”是指集资人承诺在一定期限内，以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报。具体而言，非法集资具有承诺性，不是现时给付回报，而是承诺在将来给付回报；至于给付回报的名义，除了较为常见的利息、分红之外，还有工资、佣金、奖金、提成、代理费、好处费、返点费等。关于回报的形式，除货币之外，还有实物、消费、股权等形式；至于回报的额度，在上述司法解释中，并没有强调高额的回报。

“社会性”的认定

非法集资属于典型的涉众型金融犯罪，天然地具有参与人多、影响范围广的特性。正是鉴于涉众型金融犯罪欺骗性强，涉案人员多，影响波及面广，还会引发社会的不稳定，社会危害大，司法办案人员就需要将案件的查办与化解风险、追赃挽损、维护稳定结合起来，防止引发次生风险。由此可见，非法集资刑事案件不再是一个纯粹的金融犯罪案件，它还与维护社会稳定的社会

效果紧密联系在一起。

根据 2010 年《解释》，“社会性”是指集资人向社会公众即社会不特定对象吸收资金。这包含以下两个层面的内容，体现了量与质的辩证统一：

一是广泛性。既然行为对象是公众，就必须有一定数量的人作为基础，否则“公众”的整体就无从体现和被架空。根据该解释的规定，个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象 30 人以上，单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象 150 人以上的，应当依法追究刑事责任。这是非法吸收或者变相吸收公众存款的入罪门槛之一。

二是不特定性。这是与“特定”相对应的概念，从反向的角度排除了非法集资犯罪对特定对象的适用。如果集资人是向特定的对象吸收存款，即使人数众多，集资数额巨大，也不能以非法吸收公众存款罪论处。然而，特定对象是一个高度抽象的概念，不便于司法操作的统一。考虑到基于血缘关系、情谊联系或者在同单位的工作关系而存在特定的信任关系，在 2010 年《解释》中，将特定对象的外延细化为“亲友”和“单位内部人员”两种类型，在第 1 条第 2 款规定：“在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”但是，在生活中，有的集资人利用上述司法解释排除特定对象适用的“除却规定”，开始进行更加狡猾的“曲线救国”式的非法集资。正是针对这种“借壳”的集资现象，“两高一部”在 2014 年颁行的《意见》第 3 条中，附条件地修订关于依托特定对象吸收资金的情形，规定下列两种情形应认定为向社会公众吸收资金：（1）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；（2）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。

鉴于“亲友”和“单位内部人员”的特定性，现行司法解释在原则上将两者排除在“公众”的范围之外。尽管“亲友”的概念和外延具有模糊性，但在认定时也不能为了扩大打击面而限缩对它的解释，应该围绕与行为人的关系是否特定来理解。另外，对于在向亲友或者单位内部人员吸纳资金的过程中，明知他们又向不特定对象吸收资金而予以放任的“借壳绕道”式集资手段，司法解释为了防止任意扩大“公众”的适用范围，对集资行为人的入罪要件设置了主观心理要素，要求同时在意识因素上是“明知”以及在意志要素上体现“放任”，以体现主客观相统一的犯罪认定原则。