

• 法学研究 •

非法集资犯罪适用法律疑难问题探析

刘仁文,田坤

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:非法吸收公众存款罪的行为结构关键是把握“非法吸收”、“公众”、“存款”三个关键词的内涵。对于吸收公众存款用于正常生产经营活动的,一般要从宽处理。行为人非法集资后,没有将资金用于可以回报投资者的经营活动,而是肆意挥霍、携款潜逃、逃避返还的,可以推定其具有非法占有的目的。而集资诈骗罪在行为方式上与非法吸收公众存款罪是重合的,故可参照对非法吸收公众存款罪行为方式的阐释来认定集资诈骗罪的行为方式。

关键词:非法集资;非法吸收公众存款罪;集资诈骗罪;非法占有目的

中图分类号:D914.33 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-8860(2012)01-0124-07

近年来,非法集资犯罪在我国许多地区重新抬头,并向多领域和职业化方向发展,涉案金额动辄过亿,案件数量居高不下。据统计,2005年1月至2010年6月,我国非法集资类案件超过1万起,涉案金额1000多亿元,每年约以2000起、集资额200亿元的规模快速增加。^[1]非法集资刑事案件往往具有作案方式变化多样、犯罪行为相互交织、法律关系较为复杂的特点,在司法实践中存在诸多法律适用上的疑难问题。为指导和规范非法集资刑事案件的审理,最高人民法院于2010年12月13日公布了《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》(以下简称《解释》)。本文结合《解释》的有关规定,就审理非法集资刑事案件,特别是易发多发的非法吸收公众存款案件和集资诈骗案件的法律适用和政策界限谈点浅见。

一、非法吸收公众存款罪认定中的疑难问题

(一) 非法吸收公众存款罪的行为结构

《解释》第1条规定,违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件的,除刑法另有规定的以外,应当认定为刑法第176条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”:(1)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;(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;(3)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;(4)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。据此,可对非法吸收公众存款的行为进行如下解构:

1. “非法吸收”公众存款——未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资

收稿日期:2011-10-11

作者简介:刘仁文(1967—)男,湖南隆回人,法学博士,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师,刑法室主任,主要研究方向为刑法;田坤,法学博士,中国社会科学院中国廉政研究中心助理研究员。

金。只要是违反国家金融管理法律法规向社会公众吸收存款的行为,都属于“非法”吸收公众存款。“非法”吸收公众存款,既包括不具有吸收公众存款资格的单位和个人吸收公众存款,也包括具有吸收公众存款资格的主体违反国家金融管理法律法规吸收公众存款。前者主要表现为未经有关部门依法批准、借用合法经营的形式吸收资金,将吸收的资金用于从事放贷等货币经营业务还是用于生产经营都不影响其非法性;后者主要表现为通过违法提高利率或其他不正当手段吸储。

有一种观点认为,根据我国金融管理法律、行政法规的规定,应该对刑法第176条第2款中所说的单位进行限制性解释,即将其解释为是指非金融单位和无权经营存款业务的金融机构。^①根据这种观点,有吸收公众存款资格的金融机构采取高利率等不正当手段吸收公众存款的行为不构成非法吸收公众存款罪。这种解释的主要依据是,我国《商业银行法》、《制止存款业务中不正当竞争行为的若干规则》、《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《金融违法行为处罚办法》等法律法规都对商业银行违反国家规定提高利率或者变相提高利率吸收存款的行为规定了行政处罚措施,但都没有规定该行为是犯罪行为。我们不认同这种观点,认为本罪的主体可以是有吸收公众存款资格的银行或者其他金融机构,理由是:(1)从文义解释的角度来看,认定具有经营吸收存款业务的金融机构违反法律、法规吸储的行为属于“非法”吸收公众存款,不存在疑问。(2)行政法、经济法对具有经营存款业务权限的金融机构违反规定吸储规定了行政处罚,不代表对之豁免刑事处罚。刑罚权的发动不以行政法、经济法对金融违法行为在履行行政责任时明确指出“构成犯罪的,依法追究刑事责任”为必要条件。^②(3)有权吸收公众存款的金融机构违反

规定吸收公众存款,与其他单位、个人非法吸收公众存款一样,都破坏了我国关于吸收存款的管理制度,侵犯了金融秩序的法益。

非法“吸收”公众存款,强调“吸收”存款的非法性,如果吸收存款合法而发放贷款或者返还存款违反法律规定的,不符合本罪的犯罪构成。有学者认为,公众有权提取存款时不允许公众提取存款的,也构成非法吸收公众存款罪。^③这种观点值得商榷。我们认为,刑法的解释不能超出国民的可预见性,将“应该返还存款而不返还存款”的行为解释为非法“吸收”公众存款,不当地扩大了“吸收”的含义,有类推解释之嫌。当然,这并不是说公众有权提取存款时不允许公众提取存款的行为一定不构成犯罪,该行为可能构成侵占罪等其他罪名。

2. 非法吸收“公众”存款——向社会公众即社会不特定对象吸收资金。非法吸收公众存款罪的成立要求吸收资金的对象具有一定程度的开放性。向小范围内的特定对象吸收存款,由于不具有随时向不特定多数人扩展的危险性,其对金融秩序的影响还没有达到需要利用刑罚对其进行规制的程度,因此刑法将吸收存款的对象限定为“公众”。“公众”既包括个人,也包括单位。我们认为,判断集资人是否向“公众”募集资金的标准就是“存款人”是否有随时增加的可能性,是不是任何人只要根据集资人的“要约”即可以按照其规定的时间、地点、数额、方式向其提供资金。如果集资人在集资之初就已经将集资对象限定于亲友、单位内部人员,由于其不具有随时向多数人扩展的危险性,不能认定其向“公众”吸收存款。但是,如果认定行为人的行为属于非法吸收公众存款,在认定涉案金额时,则不能将向亲友、单位内部人员吸收存款的数额扣除。例如,甲公司为了扩大生产规模,向社会发布公告,高息集资。甲公司的部分职工也大量出资。在计算涉

^①参见李希慧《论非法吸收公众存款罪的几个问题》,载《中国刑事法杂志》2001年第4期;肖晚祥《非法吸收公众存款罪的司法认定研究》,载《东方法学》2010年第5期;杨开屏《试论对非法吸收公众存款罪的认定》,载《四川省政法管理干部学院学报》1999年第3期。

^②当然,这里存在一个刑事处罚与行政处罚的衔接问题。一般而言,如果进行了刑事处罚,就不宜再进行行政处罚;反之,如果在刑事处罚之前已经进行了行政处罚,那么在量刑时就要适当考虑行政处罚的事实,防止变相地“一事二罚”。

^③参见张明楷《刑法学(下)》,法律出版社1997年版,第633-634页;周光权《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第284页。

案金额时,不能将甲公司职工出资排除在外。

《解释》第3条第1款列举了4条非法吸收公众存款应当追究刑事责任的标准:吸收数额标准、对象人数标准、经济损失标准和情节标准。行为人的行为只要符合这四条标准的任何一条,就可以认定为非法吸收公众存款罪既遂。^①结合前述对“公众”含义的理解,对该款规定可作如下理解:

(1)非法吸收公众存款罪的成立并不以行为人实际上已经吸收了多数人的存款为必要条件,只要行为人主观上具有向不特定人募集资金的故意,客观上所采取的手段可能从不特定人处募集到资金即可。即使客观结果上,行为人仅从个别人甚至一个人处募集到了数额较大的存款(个人非法吸收20万元以上,单位非法吸收100万元以上),或者造成个别人数额较大的经济损失(个人给存款人造成直接损失10万元以上,单位给存款人造成直接损失50万元以上)也成立非法吸收公众存款罪的既遂。

(2)非法吸收公众存款的对象超过法定人数(个人非法吸收公众存款对象30人以上,单位非法吸收公众存款对象150人以上),对象又符合“不特定”的标准的,即使实际吸收的资金或者给存款人造成的实际损失并未达到前述吸收数额标准或者经济损失标准,也构成非法吸收公众存款罪既遂。

3.非法吸收公众“存款”——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。“存款”的本质属性就是还本付息,非法吸收公众存款罪的成立要求行为人吸收资金时承诺还本付息,至于利息的形式、高低并不重要。如果集资人在集资时充分披露投资风险,要求投资人自负风险而未承诺还本付息的,不应该认定为非法吸收公众存款罪。

需要讨论的是,存款是否限于资金?能否

包括生产资料等财物?例如:

某租车公司为扩大经营规模,与社会上的车主签订合同,约定由中介机构对车主的车辆进行估价,然后由租车公司代替车主经营对外租车业务,每年按照车辆估价的10%返还车主。五年后,租车公司将车辆返还车主,并按照当初估价补足折旧费用。

我们认为,该租车公司不构成非法吸收公众存款罪,理由是:首先,从文义上来讲,“存款”应该是货币或者有价证券。其次,从保护法益的角度来讲,刑法规定非法吸收公众存款罪的目的是维护正常的金融秩序,而“所谓金融,按字面意思解释,就是指货币的转移,资金的融通……广义的金融是指全社会的货币资金的筹集、分配、融通、使用和管理活动的综合。它包括资金的财政分配活动和信用分配活动……狭义的金融是指货币流通和信用分配活动的综合……金融学和金融法意义上的金融就是指狭义的金融”^{[2][P3]}。因此,行为人吸收资金以外的财物(如生产、生活资料)不属于金融法调整的范围,因而没有侵犯正常的金融秩序,更不属于作为“第二次规范”的刑法的调整范围,不构成非法吸收公众存款罪。

(二)非法吸收公众存款罪行为方式的认定

《解释》第2条对各种多发易发的非法吸收公众存款行为进行了分类,根据其发生领域和行为特点列举了十种非法吸收公众存款行为,并规定了“其他非法吸收资金的行为”的兜底条款。对于“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的”^②、“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的”^③、“不具有募集基金的真实内容,以

^①该司法解释确立的入罪标准还是比较低的。正如有学者所指出:吸收公众存款的行为性质主要取决于两个基本因素,一是吸收存款的人数,二是存款数额,两个条件缺一不可。因为如果吸收存款的人数不够多,就谈不上是“公众”;如果数额不够大,就谈不上是金融活动。(参见曲新久《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第326页)所以,理想的规定应是同时具备《解释》第3条第1款所规定的吸收数额标准和对象人数标准才以非法吸收公众存款罪论。现在,既然《解释》已经如此规定,司法实践当然要以《解释》为准,不过在量刑时仍然要考虑具体情节,如下文提到的行为人仅从个别人甚至一个人处募集到数额较大的存款,量刑显然应轻于从多个人处募集到数额较大的存款。

^②根据刑法第179条的规定,擅自发行真实的股票、债券的,可能构成擅自发行股票、公司、企业债券罪。

^③根据刑法第225条和《解释》第7条的规定,擅自发售真实基金的,可能构成非法经营罪。

假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的”，“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的”^①，“以投资入股的方式非法吸收资金的”以及“利用民间‘会’、‘社’等组织非法吸收资金的”等行为方式，认定起来较为容易。下面着重分析在司法实践中较难认定的几种行为方式：

1. 以房产销售为形式掩盖非法吸收公众存款。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^②吸收资金是非法吸收公众存款罪的新型行为方式。应当结合《解释》第1条的规定认定行为人销售房产的行为是否属于“非法吸收公众存款”。先以返本销售为例：

某房地产开发公司在未取得商品房预售许可证的情况下，将90%的商品房予以销售，在回收资金仍无法满足经营需要时又以公司名义按每月3分至1角（3%—10%）的高息为诱饵，低价与他人签订虚假商品房买卖合同，并约定到期返本。

本案中，行为人只有销售之名，并没有真实的销售内容，其本质就是以销售房产为幌子吸收公众资金，属于“不具有房产销售的真实内容返本销售”的行为。^[3]又如：

甲房地产公司对外宣称，如果购买某楼盘的住宅，一套全价为50万元，一次付清房款只需45万元，少付的5万元作为第一笔返本款返还购房人。10年内返还所有购房款，每年返还购房人10%。

本案中，行为人虽然具有真实的销售内容，购买人也确实获得了房屋，但很显然，行为人“不以房产销售为主要目的”，其主要目的仍是向社会公众筹集资金，同样属于非法吸收公众存款的行为。

约定回购是为《商品房销售管理办法》所

禁止的销售手段。如果房地产出售人约定回购的内容中不含有“保本付息”的内容，就不能认定为非法吸收公众存款行为，只能按照《商品房销售管理办法》规定的法律责任进行处罚。只有房地产出售人在房地产买卖合同中约定采取“保本付息”的方式回购房地产的，才属于非法吸收公众存款行为。

比较难认定的是售后包租和销售房产份额的情形。《商品房销售管理办法》规定，房地产开发企业不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工的商品房。对于已竣工的商品房，售后包租或者变相售后包租并不在禁止之列。我们认为，行为人以售后包租的方式销售房产的行为是否构成非法吸收公众存款罪与是否违反《商品房销售管理办法》的规定没有必然关系。行为人在商品房竣工之前采取售后包租的方式销售期房的以及在商品房竣工之后采取售后包租的方式销售现房的，都可能构成非法吸收公众存款罪。要通过考察是否具有真实的销售内容、回报比例是否符合市场规律、主观动机和目的、资金的去向等，综合判断是真实合法的房产交易行为还是以合法形式掩盖非法目的非法吸收公众存款行为。^[3]司法实践中应注意，不能以“商品房是否竣工”作为认定行为人是否构成非法吸收公众存款罪的依据。认定销售房产份额是否构成非法吸收公众存款罪，也应该以《解释》第1条确立的标准为依据，考察销售房产者是否有还本付息的承诺。

2. 以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金。判断以转让林权并代为管护的经营方式是否构成非法吸收公众存款罪，关键是看行为人是否承诺在一定期限内给予投资高额回报。例如：

某林业公司与投资者签订《速生丰产林经营权转让及委托管护合同书》和《速生丰产林经营权及林木回购合同书》，每亩收取投资者4200元（包括500元转让费和3700元委托管

^①根据刑法第225条的规定，非法经营真实的保险业务的，可能构成非法经营罪。

^②返本销售，是指房地产开发企业以定期向买受人返还购房款的方式销售商品房的行为；售后包租，是指房地产开发企业以一定期限内承租或者代为出租买受人所购买商品房的方式销售商品房的行为；约定回购，是指向购房人承诺在一定期限后回购房产的行为；销售房产份额，是指房地产开发企业以将成套的商品住宅分割为数部分分别出售给买受人的方式销售商品住宅的行为。

护费) 约定 5 年后公司回购经营权并对托管林木以每亩 7700 元回购, 承诺在合同签订后第 2 年以每亩 300 元支付回购定金; 第 3 年以每亩 1400 元支付预付款; 第 4 年以每亩 2000 元支付预付款; 第 5 年以每亩 4000 元付清余款, 年平均回报率 16.9%。

在该案中, 购买林地的出资人获取利润与林木的成活率、蓄积量、林业生产投资合理预期风险等技术标准没有任何关系。这是一种以转让林权并代为管护的方式非法吸收资金的典型类型。

3. 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。代种植(养殖)是指由出资人出资购买动植物种苗, 由集资人代为种植(养殖), 获利后按照一定比例分红的农业经营模式。如果行为人在签订代种植(养殖)合同时约定只要出资人出资就会在一定期限内获得返本付息, 即使集资人具有真实的种植(养殖)项目, 也属于非法吸收公众存款行为。如果合同没有约定返本付息, 种植(养殖)风险由出资人自行承担, 即使集资人宣传种植(养殖)项目具有很好的发展前景, 会有较高收益率, 也不能认为属于非法吸收公众存款。联合种植(养殖)在本质上与代种植(养殖)相同, 应根据行为人是否许诺还本付息判断行为属于非法吸收公众存款还是正常的合作经营。

需要讨论的是租种植(养殖)的行为方式。所谓租种植(养殖)是指经营者与种植(养殖)户签订“委托种植(养殖)合同”, 并提供动植物种苗, 养殖户提供保证金获得养殖资格, 经营者回收种植(养殖)成品的农业经营模式。2001 年 4 月 3 日, 中国人民银行办公厅《关于沈阳长港蚁宝酒业有限公司集资活动性质认定的批复》认为, 沈阳长港蚁宝酒业有限公司以“租养”方式养殖蚂蚁的行为, 因养户是通过提供劳务而取得回报, 不宜认定为非法集资, 其合法性可由工商行政管理部门认定。该批复从官方

的角度认定了“租养”的方式不属于非法集资的行为。在司法实践中, 应该区分正当的“租养”与以“租养”为名的非法吸收公众存款行为。在判断时, 应当充分考虑保证金的数额是否合理, 劳务与回报是否成比例, 种植(养殖)的成果是否具有价值, 委托方是否从回收成品、加工成品中获利等情况。如果委托方以“租养”为名, 行吸收存款之实的, 应当认定为非法吸收公众存款罪。

(三) 吸收公众存款用于正常的生产经营活动对犯罪认定的影响

对于行为人非法吸收公众存款用于正常的生产经营活动的行为是否构成非法吸收公众存款罪, 理论界有肯定说和否定说两种截然不同的观点。肯定说认为, 非法吸收或者变相吸收公众存款后, 并不将吸收的存款用于信贷, 而是用于生产、经营活动的, 构成本罪。^① 否定说认为, 只有当行为人非法吸收公众存款, 用于进行货币资本的经营时(如发放贷款), 才能认定为扰乱金融秩序, 才能构成非法吸收公众存款罪。^② 根据否定说的观点, 非法吸收公众存款罪是非法的目的犯, 即“以资本经营为目的”是该罪的构成要件要素。我们认为, 根据目前的立法, 得不出非法吸收公众存款罪是目的犯的结论。即使非法吸收公众存款主要用于正常的生产经营活动, 仍符合本罪的犯罪构成。这是因为: 首先, 刑法并没有限定非法吸收公众存款的使用目的, 任意增加限制条件, 有违罪刑法定原则; 其次, 非法吸收公众存款主要用于正常的生产经营活动与非法吸收公众存款后用于放贷一样, 都破坏了金融秩序; 再次, 是否将集资款用于生产经营对于擅自发行公司、企业债券罪的定性不会产生影响,^③ 而正如前文所言, 非法吸收公众存款罪与擅自发行公司、企业债券罪在行为结构、法益侵害程度上具有同质性, 如果将“吸收存款用于正常生产经营”的情形排

^① 参见马克昌主编《经济犯罪新论——破坏社会主义市场经济秩序罪研究》, 武汉大学出版社 1998 年版, 第 321-322 页; 糜方强、楼丽、赵宝琦《当前办理非法集资犯罪案件的若干法律问题》, 载《人民检察》2009 年第 12 期; 彭少辉《非法集资的刑法规制与金融对策》, 载《中国刑事法杂志》2011 年第 2 期。

^② 参见张明楷《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 584-585 页; 周泽《对孙大午“非法集资”案的刑法学思考——兼谈非法吸收公众存款罪的认定》, 载《中国律师》2003 年第 11 期。

^③ 事实上, 实践中发生的擅自发行股票、公司、企业债券案件, 行为人一般都是将集资款用于正常的生产经营。

除于非法吸收公众存款罪之外,势必造成刑罚的不均衡。例如,甲以擅自发行公司债券的方式募集资金用于生产经营,乙以其他承诺返本付息的方式募集资金用于生产经营,两者在法益侵害程度上大致相当,如果认定前者构成犯罪,后者无罪,显然有失公平。

当然,我们也应该看到,在融资制度不健全、民营企业融资困难的现实国情之下,某些民营企业采取吸收公众存款的方式融资以缓解资金紧张的做法有时确实带有一定的无奈性,对此,虽不能成为否认行为性质的理由,但宜在法律范围内从宽处理。《解释》第3条第4款的规定体现了这一精神“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,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚;情节显著轻微的,不作为犯罪处理。”^①我们认为,这一思路是平衡法律效果和社会效果的妥当之举。^②

二、集资诈骗罪认定中的疑难问题

集资诈骗罪认定中的疑难问题主要体现在“集资诈骗行为方式”和“非法占有目的”的认定上。集资诈骗罪在行为方式上与非法吸收公众存款罪是重合的,^③故可参照前述对非法吸收公众存款罪行为方式的阐释来认定集资诈骗罪的行为方式。下面重点针对集资诈骗案件中“非法占有目的”的认定作些分析。

(一) “非法占有目的”推定的基本原则

根据责任主义原则,只有行为人产生非法占有目的与集资行为同时发生,才能将集资行为与非法占有目的结合起来,构成集资诈骗罪。集资诈骗罪的成立要求行为人必须是在非法占有目的支配下实施集资行为。如果

行为人是在非法集资的过程中产生非法占有目的的,就必须将非法占有目的产生前所募集的款项排除于集资诈骗罪之外。正是基于这种考虑,《解释》第4条第2款规定“行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的,对该部分非法集资行为所涉集资款以集资诈骗罪定罪处罚。”

但是,由于非法占有目的是一种主观心理活动,因此,除非行为人主动交代其非法集资的目的就是将他人资金据为己有,或者有直接证据证明行为人集资时就已经产生了非法占有的目的,^④否则,就需要通过对行为人如何使用、处置集资款的考察,推定行为人集资时是否具有非法占有的目的。^⑤《解释》第4条第2款所列举的情形皆属此类。一般而言,行为人非法集资之后,没有将资金用于可以回报投资者的项目,而是肆意挥霍、携款潜逃、逃避返还的,就可以推定行为人在集资时便具有非法占有的目的。但是,如果行为人有证据证明其集资时并无非法占有目的的,则推定不成立。

(二) “非法占有目的”推定中需要注意的几个问题

1. 不能因为集资款不能返还就一律认定行为人具有非法占有的目的。如果行为人将集资款用于可以回报投资者的经营活动,即使最终因经营不善而导致集资款不能返还,也不能认定行为人具有非法占有的目的。因此,《解释》第4条第2款在“致使集资款不能返还”之前特别加上“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例”和“肆意挥霍集资款”的限制。在司法实践中,由于非法集资案件往往涉案金额大、涉案人员多、涉案地域广,一旦案发,很容易引发集体上访,甚至群体性事件,司法人员不能因此就在

^①该款前段的法律依据为刑法第37条,即“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”,后段的法律依据为刑法第13条的“但书”:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。关于第13条的“但书”和第37条“免于刑事处罚”的规定可否直接适用于刑法分则的条款,在理论上虽有争议,我们大体上同意可以直接适用。参见刘仁文《醉驾入刑“看情节”没有错》,载《人民法院报》2011年5月24日。

^②基于同样的道理,擅自发行股票、公司、企业债券,所募集资金主要用于生产经营活动,能够及时清退所吸收资金的,也应当参照这一精神,可以免于刑事处罚,对其中情节显著轻微的,可不作为犯罪来处理。

^③《解释》第4条规定:以非法占有为目的,使用诈骗方法实施《解释》第2条规定所列行为的,以集资诈骗罪定罪处罚,而《解释》第2条规定的正是非法吸收公众存款罪的行为方式,这说明两罪在行为方式上是重合的。

^④例如,行为人的“犯罪日记”记录了行为人集资时就产生了非法占有的目的。

^⑤事实上,绝大多数集资诈骗案件案发后,行为人都极力否认自己具有非法占有的目的。

集资款不能返还时一律认定行为人具有非法占有的目的。

2. 正确理解“使用诈骗方法非法集资”与“非法占有目的”之间的关系。行为人以非法占有目的进行非法集资必然使用诈骗方法,但是,使用诈骗方法并不必然说明行为人具有“非法占有目的”。例如,行为人认为自己实际投资的项目不会吸引投资者的目光,于是编造虚假的项目,承诺保本付息,欺骗公众投资的,如果行为人将集资款用于可以回报投资者的经营活动,即使最终因为经营不善而导致集资款不能返还,也不能认定行为人具有非法占有的目的。

3. 重点收集行为人实施集资行为之前及集资过程中留下的证据。正如前文所言,通过行为人对集资款的使用、处置来推定行为人是否具有非法占有的目的,可能因为行为人的抗辩而无效,因此,司法机关工作人员在处理非法集资案件时,应该重点收集行为人实施集资行为之前及集资过程中留下的证据,以证明行为人的非法占有目的。办案人员要重点搜集证明存在以下情形的证据:没有实际投资或者没有实体经营项目、计划而进行集资的;在资金链已经断裂的情况下仍然吸收公众资金的;虽然公司或企业合法成立,但并未实际经营,没有相关业务,公司或企业的成立仅为非法集资寻找合法名义的;在资不抵债的情况下仍然集资,且集资款专用于还债的,等等。

4. 妥当解释“将集资款用于违法犯罪活动”的含义。《解释》第4条第2款第4项规定“将集资款用于违法犯罪活动的”情形,可以认定行为人“以非法占有为目的”。我们认为,对该规定的妥当理解应当是:行为人没有将集资款用于可以回报出资人的生产经营活动,而是用于其他的违法犯罪活动。但在很多案件中,行为人确实是将集资款用于生产经营活动的,其主观上也并不想将集资款据为己有,而是为了获得高额利润来“回报”投资者,只不过在其生产经营过程中出现了违法犯罪活动。我们认为,此时不宜以集资诈骗罪来定罪处罚。

三、结 语

由上述可见,在非法集资犯罪中,非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的法律适用必须把握其行为方式的结构。只有这样,才能使法律适用更为准确。

参考文献:

- [1] 罗书臻. 最高人民法院出台司法解释明确非法集资法律界定及适用[N]. 人民法院报, 2011-01-05.
- [2] 强力. 金融法[M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [3] 刘为波. 非法吸收公众存款行为方式的理解和认定[J]. 中国审判, 2011 (3).

责任编辑 晨 晓

On Applicable Law for Criminal Cases of Illegal Fund-Raising

LIU Ren-wen & TIAN Kun

(Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: The key to analyze the crime of illegal pooling of public deposits is to grasp the content of the words “illegal pooling”, “public”, and “deposit”. Liberal punishment can be applied to those putting public deposits into normal production and management. Those who, instead of putting the money into activities aiming to repay the investors, squander the deposits or escape with the money and refuse to pay back can be presumed as having the purpose of illegal possession. Since the crime of fraudulent fund-raising overlaps the behavioral way of the crime of illegal pooling of public deposits, the former can be determined by referring to the explanation of the latter.

Key Words: Illegal Fund-Raising; Crime of Illegal Pooling of Public Deposits; Crime of Fraudulent Fund-Raising; Purpose of Illegal Possession