

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2018.04.012

# 非法集资行为的“国家规定”与司法判断标准

——以行政犯相关理论为视角

胡彦涛<sup>1</sup>, 刘莉<sup>2</sup>

(1. 华南理工大学 法治经济与法治社会研究中心, 广东 广州 510640;

2. 辽宁省政府法制研究中心, 辽宁 沈阳 110032)

**摘 要:** 非法集资类犯罪包括“集资诈骗罪”等刑事犯和“非法吸收公众存款罪”等行政犯。以“国家规定”为中心, 可将非法集资类案件划分为四个类型: 第一类型是合法的集资行为, 这类集资行为不具有被认为是犯罪的可能; 第二类型是非法集资行为, 该类集资行为面临行政处罚等后果; 第三类型是行政犯型非法集资犯罪, 该类集资行为被“国家规定”认为是“非法”, 满足了行政犯型非法集资犯罪的前提条件, 司法机关可独立认定该集资是否构成犯罪; 第四类型是刑事犯型非法集资类犯罪, 该类非法集资案件同“国家规定”无直接关系。互联网金融被“国家规定”即《普惠金融发展规划》确认为合法, 不应再被司法机关认为是犯罪。“地方规定”和地方政府的具体行政行为不属于“国家规定”, 其对于集资性质的认定应该在行政诉讼中受到司法机关的审查。

**关键词:** 互联网金融; 非法集资; 空白罪状; 行政犯; 国家规定

**中图分类号:** DF 391.3

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-3758(2018)04-0405-07

## “National Regulations” and Judicial Judgment Standards for Illegal Fundraising

——From Relevant Theories of Administrative Offenses

HU Yan-tao<sup>1</sup>, LIU Li<sup>2</sup>

(1. Rule-of-Law Economy and Rule-of-Law Society Research Center, South China University of Technology, Guangzhou 510640, China; 2. Legal Affairs Research Center of Liaoning Provincial Government, Shenyang 110032, China)

**Abstract:** Illegal fundraising crimes include both “ndraising fraud” and other administrative offenses like “Illegal deposits from the public” Focusing on “national regulations”, illegal fundraising cases can be divided into four types. The first type is legal fundraising which does not have the possibility of being considered a crime. The second type is illegal fundraising which faces administrative punishments and other consequences. The third type is illegal fundraising of administrative offences. This type of fundraising is considered “illegal” by the “national regulations” and satisfies the preconditions for illegal fundraising of administrative offences. Judicial organs can independently determine whether such fundraising behavior constitutes a crime. The fourth type is the illegal fundraising of criminal offenses which is not directly related to the “national regulations”. Internet Finance is recognized as legitimate by the “National Regulations”, namely Inclusive Financial Development Planning, and should not be considered a crime by the judiciary. " Local

收稿日期: 2018-01-20

基金项目: 国家社会科学基金资助项目(14BFX026, 16BFX024)。

作者简介: 胡彦涛(1986-), 男, 河南安阳人, 华南理工大学博士后研究人员, 主要从事行政法研究。

Regulations" and specific administrative acts of local government do not fall into the category of the "National Regulations", and the identification of the nature of fundraising in view of the former should be censored in administrative proceedings.

**Key words:** Internet finance; illegal fundraising; blank facts about a crime; administrative offense; national regulations

2018年6月8日,作为互联网金融行业“独角兽”的蚂蚁金服宣布新一轮融资成功,本轮融资总金额高达140亿美元,远远超出此前媒体预判的120亿美元。借助于移动支付和互联网的发展,互联网金融近几年发展势头迅猛。在2015年12月31日,国务院对外发布《关于印发推进普惠金融发展规划(2016—2020年)的通知》(以下简称《普惠金融发展规划》)并要求“发挥互联网促进普惠金融发展的有益作用”,互联网金融再次得到国家的正式认可<sup>①</sup>。同时我们还必须注意到,2014年3月25日发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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“两高一部”意见)提出:“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侦查、起诉和审判”。该“两高一部”意见要求认定集资行为的性质时公检法机关不能以行政机关对集资行为的行政违法认定为前提。

既然是司法机关独立判定非法集资类案件的性质,那么该“两高一部”意见可能引起的另外一个问题似乎被忽略了:已经被《普惠金融发展规划》确认为合法的互联网金融还有可能被司法机关认定为犯罪吗?从更高一个层次来讲:“国家规定”在判定非法集资行为中居于什么地位呢?在审判非法集资类案件中,司法机关应该以什么态度来对待“国家规定”呢?本文从行政犯(法定犯)的相关理论出发,试图探寻上述问题的答案。

## 一、作为空白罪状的“国家规定”

尽管经常出现在各种官方文件上,“非法集资”却并不是刑法上的具体罪名,而是一类犯罪的总称。有学者从逻辑上将“非法集资”类案件区分为两个层次:在第一层次上,“非法集资”包括了“非法集资违法”和“非法集资犯罪”两类,在第

二层次上“非法集资犯罪”包括了“使用”型非法集资犯罪和“占有”型非法集资犯罪,“使用”型非法集资犯罪包括“非法吸收公众存款罪”和“擅自发行股票、公司、企业债券罪”,“占有”型非法集资犯罪主要指“集资诈骗罪”<sup>[1]</sup>。有学者认为“非法集资”所涉及的罪名更广,“习惯上用来处理非法集资的罪名是‘非法吸收公众存款罪或者变相吸收公众存款罪’和‘集资诈骗罪’”……还包括“‘欺诈发行股票、债券罪’‘擅自发行股票、债券罪’‘组织、领导传销活动罪’‘非法经营罪’‘擅自设立金融机构罪’”等,根据的是2010年最高院颁布的《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》的起草者对具体规范的详细说明<sup>[2]</sup>。

考虑到非法集资类犯罪在刑法条文上的特点,笔者认为应该从行政犯和刑事犯的角度对其进行分类。行政犯(法定犯)是和刑事犯(自然犯)相对应的一个概念,指的是行为人违反了《刑法》以外的为维护国家管理秩序而制定的强制性国家规定,因而被《刑法》认定是犯罪,此处“违反《刑法》之外的强制性国家规定”是构成犯罪的前提。刑事犯是指行为本身具有伦理意义上的恶,是违反人性和道德法则等一般社会正义的犯罪,诸如故意杀人、强奸、抢劫等。相对于刑事犯的自体恶,行政犯之所以被认为是犯罪,是因为其对国家管理秩序造成一定的冲击。出于维护国家秩序的目的,国家颁布一系列强制性规定对该行为进行否定性评价和禁止。刑事犯的“可罚性基础在于其实质是对公共秩序、善良习俗的侵犯,为一般社会所不容”,行政犯“行为在本质上并没有违反伦理道德,但是因为形势的需要,或者行政措施的目的,对违反行政法义务者,加以处罚”<sup>[3]</sup>。从上述定义中,我们可以看到“集资诈骗罪”和“欺诈发行股票、债券罪”属于刑事犯,其他的诸如“非法吸收公众存款罪”等四个罪名都属于行政犯。

① 之所以是“再次”是因为2015年7月14日中国人民银行、工业和信息化部、公安部等十部委《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》已经承认了互联网金融的合法地位。

## 1. 刑法角度

首先分析行政犯型非法集资类犯罪,该类犯罪包括“非法吸收公众存款罪”等四个罪名。《刑法》第一百七十六条规定了“非法吸收公众存款罪”,第一百七十九条规定的罪名是“擅自发行股票、公司、企业债券罪”,前提是“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……”。同样的是,《刑法》第二百二十五条规定的罪名是“非法经营罪”,前提也是“违反国家规定,有下列非法经营行为之一……”,《刑法》第一百七十四条规定了“擅自设立金融机构罪”,该罪名的前提是“未经国家有关主管部门批准,擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的……”。

以上是行政犯型非法集资类犯罪的《刑法》条文,而刑事犯型非法集资类犯罪有“集资诈骗罪”和“欺诈发行股票、债券罪”两个罪名。“集资诈骗罪”出现在《刑法》的第一百九十二条:“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的……”。“欺诈发行股票、债券罪”出现在《刑法》的第一百六十条:“在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,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……”。

从上文中我们可以看出行政犯型非法集资犯罪毫无例外都有前提:非法吸收公众存款罪的“非法”,“擅自发行股票、公司、企业债券罪”的“未经国家有关主管部门批准”,非法经营罪的“违反国家规定”,“擅自设立金融机构罪”的“未经国家有关主管部门批准”,均要求以“非法”“违反国家规定”和“未经国家有关主管部门批准”为前提条件。“非法、违反国家规定、未经有关部门批准”是行政犯在刑法条文上的特征,以行为人触犯有关的强制性国家规定为构成犯罪的前提。以上是《刑法》条文中的有关表述,司法解释也是类似的表述。

## 2. 司法解释

为了更具体地适用非法集资类犯罪的《刑法条文》,最高人民法院2010年颁布了《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》,第一条规定:“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,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’。该司法解释的

第六条同样规定:“未经国家有关主管部门批准,……应当认定为刑法第一百七十九条规定的‘擅自发行股票、公司、企业债券’”。

限于篇幅,本文不一一列举该司法解释的条文。但通览该司法解释,可以知道该司法解释依然延续了《刑法》的规定,将“非法”“违反国家规定”和“未经国家有关主管部门批准”等作为行政犯型非法集资类犯罪的前提条件。“非法”“违反国家规定”和“未经国家有关主管部门批准”等类似的刑法条文表述,在理论上被称为“空白罪状”,就是说《刑法》给其他“国家规定”留下了空间,行为是否构成犯罪需要根据其他的法律法规、“国家规定”来确定。

以上从刑法、司法解释两个角度分析了行政犯型非法集资类犯罪在法条上的一些特征,具有这些特征的犯罪被称为“行政犯”(法定犯)。那么“非法”“违反国家规定”和“未经国家有关主管部门批准”究竟指的是哪些国家规定呢?我们可以溯源到《刑法》第九十六条:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。在对“国家规定”准确定义之后,我们可以对“国家规定”在判定集资行为性质的作用进行研究。

## 二、“国家规定”在判定集资行为性质的决定性作用

行政犯的条文特征和理论属性使得“国家规定”在判定集资类案件性质时具有非常重要的作用。以属于“国家规定”的行政法为例,有学者就认为行政法对刑法有规范效应。首先行政法规范是犯罪的构成要件,其次违反行政命令是犯罪的构成要件,再次行政义务的履行是犯罪的消极构成要件,最后是行政解释对刑法适用有间接影响<sup>[4]</sup>。而行政机关也经常以联合解释者、独立制作者、潜在影响者在司法过程中发挥着重要作用<sup>[5]</sup>。当然为了更准确地适用法律,最高人民法院、最高人民检察院和公安部要求公检法机关应该独立认定非法集资案的性质,在三机关联合作出的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》中要求“公检法机关应该独立判断非法集资刑事案件性质”。

在非法集资类案件中,违反“国家规定”是行

政犯的前提,但“国家规定”和《刑法》毕竟属于不同的范畴,“国家规定”和司法机关对集资性质作出彼此独立的判定会出现怎样的结果呢?经过思考,笔者对集资行为的刑事犯和行政犯做了四种组合。

### 1. 刑事犯的处理

“集资诈骗罪”和“欺诈发行股票、债券罪”都属于刑事犯,《刑法》以外的“国家规定”对此没有明文规定。这两个罪名以虚构事实或隐瞒真相为手段欺诈他人以获得资金,这种行为本身具有伦理意义上的恶,是违反人性和道德法则等一般社会正义的犯罪。无论刑法以外的“国家规定”对这些行为如何评价,都不会影响司法机关的定罪量刑。

### 2. “国家规定”是集资行为是否合法的判断标准

如上文所言,我国《刑法》第九十六条明确了“国家规定”的外延,是指“全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。因此“国家规定”是判断一种集资行为是否合法的标准。

《商业银行法》第十一条对商业银行的设置也规定了前置程序和要求,“设立商业银行,应当经国务院银行业监督管理机构审查批准”。《证券法》第十条亦规定要求发行证券需要符合法律、行政法规的要求,还需要有权机关的核准:“公开发行证券,必须符合法律、行政法规规定的条件,并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准;未经依法核准,任何单位和个人不得公开发行证券”。

上述法律条文从正面规定了何为合法的金融机构和金融活动,而下列法律从反面规定了何为非法的金融机构和金融活动。《商业银行法》第八十一条禁止未经有权机关的批准就设置商业银行和非法吸收存款,“未经国务院银行业监督管理机构批准,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……”。《证券法》也对发行证券规定了禁止性条款,未经批准不允许发行证券。作为行政法规,《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法(2011修订)》对何为非法金融机构、非法金融业务、金融业务的批准机构都作了详

尽的规定<sup>①</sup>。

可见集资合法与否有着非常明确的界线,基本上都以有权机关的批准为标准。以“非法吸收公众存款罪”为例,“所谓合法吸收公众存款,就是经过国务院银行业监督管理委员会或者中国人民银行的批准,即行政许可后的吸收存款”。没有经过证监会、银监会、中国人民银行等有权机构批准的集资就是非法的,集资行为合法与否的标准在“国家规定”中。

### 3. “国家规定”认为某种集资行为非法

分而论之,我们分析“国家规定”判定集资行为非法的情况。我国金融实行特许制度,凡是未经监管机构批准从事金融业务的活动都是非法的<sup>[6]</sup>,这已经满足了行政犯的前提条件。如果满足了行政犯的前提条件,接下来再考察集资行为是否满足涉及罪名的全部构成要件。

以“非法吸收公众存款罪”为例,该罪的客观方面是行为人非法向公众吸收存款或变相吸收存款,其中“非法”的前提已经满足。该罪既指的是不具有吸收存款主体资格而吸收存款,也包括具有吸收存款主体资格但吸收存款的方式违反法律的规定<sup>[7]</sup>。在处理这类案件上,司法机关在实务中积累了相当丰富的经验,能够准确判断和处理这些案件。这样的处理结果也基本满足了人们的常识即“犯罪是严重的违法”,也体现了行政犯“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的法律条文的表述。

### 4. “国家规定”某种集资行为合法

此情形较为简单,即“国家规定为合法,司法机关也认为不构成犯罪”。因为“非法”是行政犯的前提条件,如果前提条件都不满足,那么后面的犯罪构成要件根本无需讨论,构成“犯罪”更无从谈起。

接下来我们重点分析“‘国家规定’为合法,司法机关认定为犯罪”的情形。笔者主张如果“国家规定”判定某种集资行为不违法,司法机关也不宜认定其为犯罪。理由有以下几个方面。

#### (1) 社会公众较难理解

犯罪是对社会危害性最大的行为,这样的常识基本上没有人否认。但“国家规定”认为合法的集资行为竟然还会被认为犯罪,社会公众肯定

① 请查阅相关法律条文。

难以理解这样的司法判定。假若我们“国家规定”和司法部门的判决出现了截然相反的结果，“国家规定”认为是合法的集资行为，司法机关却将其判定为犯罪，人们定然无法理解这样相差甚远的结果。我们都知道秩序是法律首要的价值，亚里士多德曾言“法律即秩序”。法律能够为人们的行为指引明确的方向，并最终实现社会秩序的良好运行。“国家规定”和司法机关的判决出现如此之大的背离，会扰乱我国的金融秩序。

自从贝卡利亚提出违法阶梯性理论以后，几乎所有国家都针对犯罪行为设计了不同阶梯的惩罚手段。实际上该理论不仅仅适用于犯罪，还可推而广之运用到违法行为上，即针对不同的违法行为制定阶梯式的制裁方式：对公民权利侵犯程度最低的违法行为采用民事制裁，采用民事制裁不足以和违法行为的恶劣性相平衡就采用行政制裁手段，而针对那些最严重的违法行为则必须采用刑事惩罚手段。法律责任的性质、种类及轻重应与违法行为及其造成的后果和性质相适应，有责任必须要追究，无责任不得追究，轻责只需轻究，重责定需重究。很多学者都认为非法集资类案件具有双重违法性，较为有代表性的是“经济犯罪应该是首先违反国家经济法规或经济行政法规，具有违反经济法规性，然后由于其严重的社会危害性和人身危险性，进而被认定为刑事犯罪”。“行政违法与行政犯罪的首要、根本区别在于危害程度的不同，即行政犯罪的社会危害程度比行政违法的危害程度为甚。行政违法行为达到一定的量，超过一定的度，就升格为行政犯罪”<sup>[8]</sup>。设置不同的法律责任就是为了针对不同性质的违法行为进行相应程度的惩罚，具有双重违法性的集资行为，没有被追究惩罚程度较低的行政责任，反而却被追究惩罚程度更重的刑事责任，这实在让人困惑。

## (2) 处罚体系出现混乱

2009年修订的《行政处罚法》第八条规定了七种行政处罚：“(一)警告；(二)罚款；(三)没收违法所得、没收非法财物；(四)责令停产停业；(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；(六)行政拘留；(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚”。行政机关对公民、法人或者其他组织进行行政惩罚的前提是行政机关认为行政相对人存在违反行政管理秩序的行为，如果行政机关认为行政相对人不存在违反行政管理秩序，那么行政处罚

更是无从谈起。如果行政机关认定某集资行为“合法”，那么对行政相对人进行行政处罚自然更无从谈起。

如果某集资行为被司法机关认定为“犯罪”，那么肯定要对犯罪人实行刑罚，刑罚的种类包括主刑和附加刑两种。我国《刑法》第三十三条和第三十四条分别规定了主刑和附加刑的种类：“主刑的种类如下：(一)管制；(二)拘役；(三)有期徒刑；(四)无期徒刑；(五)死刑”。“附加刑的种类如下：(一)罚金；(二)剥夺政治权利；(三)没收财产。”

假如某公司涉嫌非法集资，被司法机关认定为犯罪，相关责任人肯定承担刑罚，如与罪责相适应的有期徒刑等刑罚。但因为行政法律法规等“国家规定”并不认为该行为违法，因此行政执法机关就不会对公司进行行政处罚，也即不会责令其停产停业或暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照等。因此该公司的相关责任人因犯罪被处以刑罚，其他人(如责任人的妻子等家人)接手该公司的运营，经营活动依然正常进行，该公司的许可证和营业执照继续存在，甚至并没有被罚款或者警告。

## (3) 刑法是对调整性法律关系的保护

法律关系是一种为法律认可和保护的特别社会关系，而对社会关系的认可是法律调整社会关系最重要的方式，调整性法律关系和保护性法律关系是对法律关系的一种分类。具体而言，调整性法律关系的前提是存在调整性法律规范，是在法律关系主体合法行为的基础上产生的，是在法律权利正常实现和法律义务正常履行过程中出现的。保护性法律关系的前提是存在保护性法律规范，通常是由非法行为引起的，是在调整社会关系的过程中法律权利和义务的实现遇到障碍后出现的。在保护性法律关系中，国家通过追究不法行为人的法律责任和实施法律制裁来保护社会秩序，刑事法律关系就属于保护性法律关系<sup>[9]</sup>。

这两种法律关系是辩证统一的，调整性法律关系是保护性法律关系的前提，先出现调整性法律关系后出现保护性法律关系。在非法集资类案件中，存在调整性的法律关系，首先是国家规定、法律法规、行政规章等确认金融秩序，这是调整性的法律关系，如我国《商业银行法》第十一条规定“设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商

业银行业务”。设立商业银行没有经过国务院银行业监督管理机构批准时,就破坏了已经确认的法律关系,才会引起相应的法律制裁。“没有违法行为,就不会有法律的保护性调整和保护性法律关系的产生;没有对调整性规则的违反和对调整性法律关系及其法律秩序的破坏,也就不会有违法行为的产生”。凯尔森也认为不法行为是引起制裁的条件,没有不法行为就不会有制裁<sup>[10]</sup>。

如果“国家规定”认定集资行为合法,此时的法律关系即属于调整性法律关系,尚没有发生保护性的法律关系,刑法的介入并无正当性理由,应该保持必要的谦抑<sup>[11]</sup>。因此“‘国家规定’为合法,司法机关认定为犯罪”的结论不能通过常识和理论的考察。

我们可以得出如下结论:行政犯型集资类犯罪必然要以“国家规定”认为该集资行为非法为前提,如果国家规定认定某集资行为合法,那么该集资行为更不会构成犯罪。“只有那些违反国家规定中的特定主管机关行政许可并由承担填补空白构成要件的规范性文件限定有刑罚后果的”方能以犯罪论处<sup>[12]</sup>。由此以“国家规定”为中心,可对涉及非法集资类案件展开细致的类型划分工作。第一层次是合法的集资行为,以“国家规定”承认其具有合法地位为标准,这类集资行为不具有被认为是犯罪的可能;第二层次是非法的集资行为,以“国家规定”认为其“非法”为特征,该类集资行为会面临行政处罚等后果;第三层次是构成行政犯型非法集资犯罪的集资行为,如果某类集资行为被“国家规定”认为是“非法”,就满足了行政犯型非法集资犯罪的前提条件,司法机关可以根据具体罪名的构成要件独立认定该集资构成犯罪;第四层次是构成刑事犯型犯罪的集资行为,该类集资案件同“国家规定”并无直接关系,司法机关可以刑事法律规定独立认定。在判定集资行为的性质时,司法机关应该尊重“国家规定”:某种集资行为被“国家规定”认为合法,司法机关不应再认定其为犯罪。

我们回到本文开头的问题:已经被《普惠金融发展规划》确认合法的互联网金融还有被司法机关认定为犯罪的可能吗?2011年4月8日最高人民法院发布了《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》,在该通知中进一步说明了“国家规定”的内涵和外延,并且说明符合以下条件的也可以推定为“国家规定”,“以国务院

办公厅名义制发的文件,符合以下条件的,亦应视为刑法中的‘国家规定’:①有明确的法律依据或者同相关行政法规不相抵触;②经国务院常务会议讨论通过或者经国务院批准;③在国务院公报上公开发布”。《普惠金融发展规划》是由国务院印发的,理应属于“国家规定”。

经过推理,我们可以得出结论:互联网金融被“国家规定”即《普惠金融发展规划》确认为合法,司法机关不应该认为其构成犯罪。

“国家规定”是在国家层面上颁布的规范性文件,这些规范性文件是判定集资行为合法与否的标准。“国家规定”的进一步适用,就是各级地方制定规范性文件等抽象行政行为和地方政府及其工作部门执法时的具体行政行为等。前者是指各级地方制定的地方性法规、政府规章等规范性文件,后者是地方政府及其工作部门依据“国家规定”执法时认定某集资行为合法与否的具体行政行为。从“两高一部”意见的内容来看,所谓“行政认定”应该指的是后者。本文为了研究对象的周全性,连前者也一并讨论。同时为了表述上的方便,本文将地方制定的地方性法规、政府规章等规范性文件统称为“地方规定”以与“国家规定”对应。

### 三、审查“地方规定”和具体行政行为对集资行为性质的认定

“地方规定”和地方政府及其工作部门执法时的具体行政行为也会对集资行为性质的作出认定。有学者认为地方政府基于利益或者其他原因,会默许或纵容非法集资,这会给地区金融稳定带来风险<sup>[13]</sup>,这在现实中也确实存在。出于一些原因,地方可能将正常的集资活动定性为非法,也可能默许,甚至怂恿非法集资,承认或变相承认非法集资为合法。那么该如何处理上述这些情况呢?

根据2014年3月25日最高人民法院、最高人民检察院、公安部机关联合发布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》,司法机关独立判定非法集资案件的性质可以避免出现上述情况,这属于明文规定。但实际上即使没有该“两高一部”意见也并不妨碍司法机关独立行使该项权力。上文的分析中我们已经知道,地方认定某集资行为的性质无非两种手段:要么通过颁

布地方性法规、政府规章等规范性文件的抽象行政行为,要么通过执法时的具体行政行为。

2011年4月8日最高人民法院发布的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》已经确定了“国家规定”的明确外延:“根据刑法第九十六的规定,刑法中的‘国家规定’是指,全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”该通知的第二条指出“对于违反地方性法规、部门规章的行为,不得认定为‘违反国家规定’”。这就可以得出结论:在非法集资案中,即使地方通过地方性法规、部门规章等规范性文件确认某类型的集资行为合法,司法机关也可以不予采纳而独立作出判断。

在实践中,有的侦查机关、起诉机关会要求行政部门针对某集资行为作出违法与否的说明。一些学者指出行政认定作为刑事前置程序的弊端<sup>[14]</sup>。根据该“两高一部”意见,司法机关无须以地方行政机关对集资行为的行政认定为据,甚至还可审查该具体行政行为的合法性。因为2014年修订的《行政诉讼法》规定司法机关可审查政府及其工作部门的具体行政行为,该法第五十三条还赋予司法机关对规章以下规范性文件的附带审查权:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章”。

因此“地方规定”和具体行政行为与司法机关的定罪关系应如下确定:“地方规定”对集资行为的认定并非“国家规定”,司法机关可不予采纳而独立认定,同时,政府及其工作部门针对集资行为执法过程中的具体行政行为,司法机关应该在行政诉讼中审查该行为的合法性并附带审查该行政行为所依据的规范性文件。如此可排除地方政府基于地方利益和部门利益对集资性质认定的不当干扰。

## 四、结 论

既要保护正常的融资行为,又要正确、及时、准确地打击集资犯罪,确实是一个让理论和实务界颇感棘手的问题。非法集资类案件涉及的法律

法规非常庞杂,包括刑法、行政法、金融法及众多的司法解释、改革措施、政策性文件等。在行政违法和犯罪之间划定一条界线,是我们处理非法集资案件时一个不得不面对的问题。明确“国家规定”在涉及非法集资类案件中案件的决定性作用,防止“地方规定”和具体行政行为基于地方利益对集资行为的不恰当认定,有助于保护正常的民间融资,打击真正的集资类犯罪。

国务院出台《普惠金融发展规划》这样的国家规定,反映出我国对于金融管制逐步开放的态度。除了借助于互联网外,互联网金融同普通民间金融并无区别,因此普通民间金融也不宜再被认为是犯罪。“非法吸收公众存款罪”等行政犯型非法集资类犯罪的去罪化趋势愈加明显,我们的司法实务部门应该有勇气作出突破,对民间正常的融资予以肯定和保护,对集资诈骗罪予以严厉打击,宽严相济才能既保证民间金融的正常发展,又能维护正常的金融秩序。

## 参考文献:

- [1] 叶良芳. 从吴英案看集资诈骗罪的司法认定[J]. 政治与法律, 2012(3):16.
- [2] 彭冰. 非法集资行为的界定——评最高人民法院关于非法集资的司法解释[J]. 法学家, 2011(6):39.
- [3] 孙万怀. 法定犯拓展与刑法理论取代[J]. 政治与法律, 2008(12):117-124.
- [4] 张冬霞. 论行政法对刑法的规范效应[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2008(2):96-103.
- [5] 林维. 刑法解释中的行政解释因素研究[J]. 中国法学, 2006(5):135-145.
- [6] 刘伟. 非法吸收公众存款罪的扩张与限缩[J]. 政治与法律, 2012(11):43.
- [7] 张明楷. 行政刑法辨析[J]. 中国社会科学, 1995(3):95.
- [8] 贾宇,舒洪水. 论行政处罚[J]. 中国法学, 2005(1):93.
- [9] 严存生. 法理学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2009:87.
- [10] 凯尔森. 法和国家的一般理论[M]. 沈宗灵,译. 北京:中国大百科全书出版社, 1996:20-21.
- [11] 王作富,刘树德. 非法经营罪调控范围的再思考[J]. 中国法学, 2005(6):139-149.
- [12] 田宏杰. 行政犯的法律属性及其责任[J]. 法学家, 2013(3):53.
- [13] 殷宪龙. 互联网金融之刑法探析[J]. 法学杂志, 2015(12):48.
- [14] 王崇青. 行政认定不应作为行政犯认定的前置程序[J]. 中国刑事法杂志, 2011(6):17-21.

(责任编辑:王 薇)