

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2015.01.014

涉民间融资犯罪的刑事政策定位研究

范 淼

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

摘 要: 涉民间融资犯罪案件的频发及其定罪量刑问题引发社会关注和学界争论。其在犯罪类型上属于典型的经济犯罪,罪与非罪的界限会随着不同的经济发展阶段及相应的国家政策发生变化。因此涉民间融资犯罪问题仅通过实体法理论研究或是微观角度的具体罪名分析无法得到实质性的解决,更重要的是从宏观上对涉民间融资犯罪进行政策层面的分析。应当以刑事政策的类型与结构为基础论域,结合涉民间融资犯罪的具体特点探寻相应的刑事政策类型,并从主体、对象、手段、目的四个方面对其结构进行剖析,为其刑事政策进行准确定位,从而对涉民间融资犯罪问题的解决进行指导。

关 键 词: 民间融资; 刑事政策; 涉民间融资犯罪

中图分类号: DF 623

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2015)01-0082-06

Criminal Policy Orientation of Crimes on Non-governmental Financing

FAN Miao

(Law School, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Crimes on non-governmental financing have been on the rise in recent years, whose conviction and sentencing has become a heated topic in the society and the jurisprudential circle. Non-governmental financing crime is a typical economic crime, whose demarcation between crime and non-crime is changing with economic development and national policies. Hence, it cannot be settled substantially by simply studying substantive law theories or researching specific charges from microcosmic angles; rather, it should be analyzed from the perspective of criminal policy. Based on the type and structure of criminal policy, in combination with the features of non-governmental financing crime, the corresponding types of criminal policy are explored and the structure of non-governmental financing crime is analyzed in terms of subject, object, means and purpose for accurate positioning so as to provide guidance on problem solving.

Key words: non-governmental financing; criminal policy; crime on non-governmental financing

伴随着我国社会开放与经济变革,民营经济得到迅猛发展,各种民营企业、中小企业如雨后春笋般地发展起来,其融资需求也随之飞速增长。但由于我国传统的金融管理体制没有实现完全转

型,民营中小企业自身不规范的治理结构、不透明的信息机制和难以长远的发展趋势,使其既难以获取正规银行的商业贷款,又难以进入资本市场进行直接融资,融资困难成为制约中小企业发展

收稿日期: 2014-06-10

基金项目: 吉林省社会科学基金资助项目(2012B14)。

作者简介: 范 淼(1987-),女,辽宁丹东人,吉林大学博士研究生,主要从事中国刑法学研究。

的瓶颈,因此民间融资方式受到了中小企业的青睐。民间融资与正规融资方式相比具有灵活、便捷、多样的特点,在我国具有庞大的市场。但是这种融资渠道也有其严重缺陷,巨大的市场和法律风险使民间融资成为金融领域中的致命诱惑。近年来“老板跑路”的现象屡见不鲜,据统计仅2011年9月一个月内温州市就有将近20起“老板跑路”事件发生^[1],而“跑路”原因基本上都与民间融资的资金链断裂有关,涉民间融资犯罪成为社会新的不稳定因素。该类犯罪的频发一方面在于正规融资市场不能满足企业对资本的大量需求,另一方面在于制度监管和法律规制上的滞后与偏差,特别是政策指导上的变化,导致涉民间融资犯罪在定罪与量刑上无法做到罪刑均衡、量刑一致。如吴英案在2012年4月没有被最高院核准死刑,这种结果让人欣喜地看到了我国死刑改革的曙光,但同时又不禁对此产生疑问:吴英案之前具有相似情节的涉民间融资犯罪案件却最终被判处死刑,民间融资中的罪与非罪到底界限如何?罪刑的对应关系如何衡量?这种问题的解决,仅通过实体法的理论研究或是从微观角度对具体罪名进行分析解读是无法究其根源、寻得良方的,更重要与有效的是从宏观上对涉民间融资犯罪进行政策层面的分析,结合涉民间融资犯罪的具体特点探寻相应的刑事政策,寻求涉民间融资犯罪治理的有效治理途径。在此意义上,对涉民间融资犯罪的刑事政策进行准确定位作为该问题的前提性基础研究,能够使该研究进路更具针对性与高效性。

一、涉民间融资犯罪与刑事政策定位

在民间融资活动中既存在合法的民间融资行为,也存在非法的民间集资行为,甚至还存在大量法律没有明确规定但具备一定非法特征的民间融资行为,可谓“灰色地带”。非法民间集资行为中的部分严重行为符合刑法构成条件的成立犯罪,即为涉民间融资犯罪。我国刑法中涉民间融资犯罪在形式上主要表现为三种具体罪名:我国刑法第176条非法吸收公众存款罪,第192条集资诈骗罪,第179条擅自发行股票、公司、企业债券罪。其中非法吸收公众存款罪主要规制的是非法间接融资行为;擅自发行股票、公司、企业债券罪则主

要规制的是非法直接融资行为;集资诈骗罪则针对更为严重的、具有非法占有目的的非非法集资行为。

涉民间融资犯罪作为一种经济犯罪,在性质上有别于盗窃、杀人等自然犯,是一种法定犯,其行为之恶并非与生俱来,而是源于法律的禁止性规定。因此涉民间融资犯罪的犯罪属性是法律基于特定时代和政策所标定的,且其犯罪属性的有无也会随着社会、时代、观念的变化发生变化。在我国现阶段的经济发展中,民间融资是不可避免的甚至是必不可少的,但是我国目前的立法与政策并未对民间融资进行合理的规制,反而可能正进行着严格的压制,以“一刀切”的方式禁止非正规融资方式的生存和发展,这其中刑事立法的扩张发挥了一定的作用,所以合理引导甚至能够利用民间融资来推动中小民营企业的发展是一个良好的解决路径。在刑事领域对于民间融资中犯罪的合理规制与应对有赖于其刑事政策的导引。为引导民间融资的健康成长,最终保证经济和谐稳定持续发展,需要选择和制定合理的刑事政策以预防和控制涉民间融资犯罪。

现代刑事政策就是国家和社会整体以“合理而有效地组织对犯罪的反应”为目标而提出的有组织地反犯罪斗争的战略、方针、策略、方法及行动的艺术、谋略和智慧的系统整体^[2]。对于涉民间融资犯罪这样一个对于目前我国经济社会来说十分棘手的问题,仅以实体刑法规范的研究和具体罪名的细节剖析来应对,是无法收到良效的。如仅就非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪刑法条文设计提出质疑和改良方案,抑或对集资诈骗罪死刑废除的呼吁都应当以一种统一的多层次系统性策略为引导,使其在同一方略的指导下发挥效能,提高目标实现的效率与效果。因此刑事政策的准确定位对涉民间融资犯罪问题的解决具有多重的功效。首先是能够引导涉民间融资犯罪问题的各种解决对策指向统一的预期目标。在对刑事政策的定位与设计中明确解决民间融资犯罪问题的最终目标与应用方案,各种解决对策的提出和执行都应当以这种应用方案为导引。在此过程中,刑事政策的定位不仅影响预期目标的明确,还影响应用方案的设计与执行。刑事政策的结构定位使其专注于涉民间融资犯罪问题的解决,而非其他种类的金融犯罪问题。不同类型的刑事政策则对应解决涉民间融资犯罪问题的不同领域和层

次的应用方案,也意味着其对不同解决对策的指导性强弱。若刑事政策的定位仅以刑事实体法为基点,则该刑事政策对刑事程序法及其他部门法领域的解决对策指导性偏弱;若刑事政策的定位不仅限于刑事法领域(包括实体法与程序法),还涉及与涉民间融资犯罪相关其他法领域,则该刑事政策对其他法领域的相关解决对策也具有较强的指导性。同时,刑事政策的定位也能够防止刑事政策被滥用的危险,使其导向功能的发挥不被随意利用,并以刑事法律的方式体现。其次,刑事政策的准确定位能够影响策略执行中的调控范围。刑事政策能够调节刑事立法与司法之间的信息交流与平衡,成为二者之间的桥梁,此为内部调节;外部调节则以刑事政策来调节刑事法律与社会状况之间的关系,使刑事法律根据社会状况进行一定的调整,而社会状况也因刑事法律的调整发生变化,二者之间通过刑事政策的中介相互影响^[3]。涉民间融资犯罪刑事政策的类型与结构内容则影响其调控功能的范围,刑事政策的结构会限缩和明确刑事政策的调节范围,而刑事政策的类型会影响刑事政策的调节效果与质量。

因此涉民间融资犯罪刑事政策的研究离不开对其刑事政策类型与结构的定位,这种定位影响着刑事政策的引导性与调控性,进而影响到刑事政策本身的质量评价与涉民间融资犯罪问题解决的实际效果。

二、涉民间融资犯罪刑事政策的类型界定

根据刑事政策所处的地位和起的作用的不同,可以将刑事政策分为根本刑事政策、基本刑事政策和具体刑事政策。根本刑事政策是对国家和社会整体组织对犯罪的反应的全过程和各个方面具有全局性和终极性指导意义的根本活动准则,如我国的综合治理社会治安的方针就属于具有全局性和终局性指导意义的根本刑事政策。基本刑事政策是指对国家和社会整体组织对犯罪的反应的某一个基本方面具有主导作用的刑事政策。其存在于作为刑事政策实践的定罪、刑罚和处遇及犯罪预防四个基本的过程之中。具体刑事政策则是对国家和社会整体组织对犯罪的反应的某一具体活动领域、阶段、环节或方面起导向、调节作用的刑事政策。具体刑事政策包括对不同种类的犯

罪和不同种类的罪犯的刑事政策,如对政治犯罪的刑事政策、对暴力犯罪的刑事政策、对经济犯罪的刑事政策、对未成年人犯罪的刑事政策等^[4]。

我国通常对于某特定领域刑事政策的应用方式是将国家的根本刑事政策直接贯彻于各个具体方面,笔者认为根本刑事政策是必需的,各个不同方面的具体刑事政策也是必要的,每个方面都有自己的个性,根本刑事政策无法照顾到每个领域的细节和特点,所以针对涉民间融资犯罪这样一个具体方面,也需要为其挑选适合的刑事政策。涉民间融资犯罪属于一种具体犯罪类型,其刑事政策应当是一种具体刑事政策,依从于根本刑事政策和基本刑事政策。我国目前的根本刑事政策是宽严相济的刑事政策,所以针对涉民间融资犯罪的刑事政策应当依托于宽严相济的刑事政策,在此基础上根据本罪特点作出细化。如在涉民间融资犯罪的人罪刑事政策上,应当以宽严相济的政策为基础,防范金融刑事立法的过度扩张,只有符合刑法规定的构成要件的行为才能构成犯罪,对于处于违法与犯罪之间“灰色地带”的民间融资行为不必要动用刑法,可以运用民事或行政手段对其进行规制,从而促进市场创新,加快经济发展,这也是宽严相济刑事政策中的宽缓政策所要求的;而宽严相济中的“严”则体现在符合刑法规定构成要件的犯罪行为应当严格适用刑法,以维护市场经济的正常秩序,引导其向健康方向发展。

三、涉民间融资犯罪刑事政策的结构剖析

对刑事政策结构的剖析,能够准确界定刑事政策。结构要素的不同组合排列形成不同种类的刑事政策,以适用于应对各种不同种类的犯罪。刑事政策的结构要素主要包括刑事政策的主体、对象、手段及目的四个要素。

刑事政策的主体从概念逻辑上讲,应包括决策主体和执行主体,二者都可以由国家和社会(即市民社会)所组成。刑事政策的对象是刑事政策所直接作用和影响的对象,即犯罪现象及犯罪行为。不同性质的刑事政策具有不同的作用对象。根本刑事政策着眼于宏观的犯罪态势,更关注于国家和社会的整体犯罪形势及犯罪人群体的走向和变化。不同方面的基本刑事政策则作用于不同的对象,定罪基本刑事政策的对象可能包括

犯罪行为与越轨行为,这些行为是否构成犯罪则根据定罪基本刑事政策的导向发生变化;刑罚基本刑事政策的对象则是应受刑罚处罚的犯罪行为和犯罪人;犯罪预防基本刑事政策的对象所涵盖的范围比较广泛,不仅包括犯罪行为和犯罪人、越轨行为和越轨行为人,甚至还包括具有犯罪危险性的行为和行为人。具体刑事政策更重视具体犯罪行为的特征、个案中的具体犯罪行为的特点及犯罪人的个性特征。刑事政策的手段是主体对犯罪人和犯罪现象的治理和防控的方式,以刑罚为基本手段,还包括与刑罚具有相似作用的制度,如假释、缓刑、保安处分等;广义的刑事政策则不限于刑事法的手段,也不限于制裁性的手段,只要能够对治理和防控犯罪产生积极作用的手段都可以采用,如法律手段中的行政管理、行政处罚、民事制裁等,教育手段中的思想教育、家庭训诫等,经济手段中的赔偿、补偿、调解、经济调控等,社会文化手段中的舆论谴责、宗教戒律、道德制裁等。刑事政策的结构中核心的要素在于目的。大多数学者将刑事政策的目的与价值相混同,认为刑事政策的根本目的是保障自由、保护秩序、实现正义^[5],刑事政策的价值目标是自由、正义、秩序,笔者认为这是将刑法与刑事政策混为一谈。刑事政策作为一种公共政策,其实质与作为法律的刑法具有完全不同的内涵与作用。刑事政策在产生和发展过程中,其存在和发生作用的主要目的是为了预防犯罪和控制犯罪,而预防和控制犯罪的最终目的则是维护社会的安定与有序发展。在这种目的的追求过程中,可能会受到自由、正义等价值的限制,如果缺少了自由、正义,则最终所要追求的社会安定有序发展的目的无法实现,这才应当是自由、正义在刑事政策结构中应有的作用和位置。因此笔者认为,刑事政策的直接目的是预防和控制犯罪,最终目标则是维护社会的安定与有序发展。

涉民间融资犯罪的刑事政策在类型上应属于具体刑事政策,在结构上也因此而呈现出一个大致的轮廓。同时涉民间融资犯罪的自身特点使其刑事政策的每个结构元素又具有更精细的内涵。在涉民间融资犯罪刑事政策的主体方面,我国对于民间融资的管理仅以国家为主体,缺少了社会的参与。民间融资的高风险与高利益共存是有目共睹的,在经济活动中很少有人因为高风险而放弃高利益,因此刑法的提早介入并不能有效遏制

民间融资中的风险行为,反而可能在一定程度上抑制了经济的积极发展。在这种情况下,社会主体的介入则是解决问题的有效方式。在涉民间融资的案件中,如果当事人双方均无害,也没有对社会造成危害的情况下,仅违反现有金融管理制度,则完全不需要刑法的介入,以行政违法的方式加以处罚或是以民事纠纷的方式进行调节也未尝不可。涉民间融资犯罪刑事政策的对象不应仅限于民间融资中的犯罪行为。民间融资行为中有许多处于“灰色地带”的行为,这些行为如果被发现就被钉上“犯罪行为”的标签,没有被发现就平安了事,可见涉民间融资行为的罪与非罪界限的随意和模糊,且在“合法”与“犯罪”之间缺少“非法”这一阶梯。若仅将民间融资中的犯罪行为作为刑事政策的对象,则无法真正观察到涉民间融资犯罪的全貌,自然最终防控犯罪的目的也无法良好实现。只有将民间融资中的非法行为、越轨行为和犯罪行为都纳入到刑事政策的观察视野中,才能科学客观地考量哪些行为达到了犯罪行为所具有的社会危害性,以便更准确清晰地对犯罪的范围加以界定。从我国目前处理涉民间融资案件的方式和结果来看,刑罚手段被应用得过于宽泛,本应由民事和行政方式解决的经济纠纷反而被纳入了刑法的调整范围。这种刑罚应用的扩张,本意是想利用刑罚手段的威慑性,使当事人尽快解决纠纷并对被害方加以更强的保护,但从处理结果来看不尽人意,刑法介入之后经济纠纷反而变得无法解决了,被害方也无法从中得到保护和补偿。当事人一方被刑事逮捕后,其无法为解决经济纠纷进行筹资或是通过经营来弥补漏洞,其心理上也会倾向于绝望,已经受到了刑事处罚,对于民事赔偿义务就很难积极履行了。所以刑罚手段在涉民间融资案件中并不是最有效的解决方式,应当充分发挥行政和民事责任制度的作用,利用行政处罚手段、民事制裁手段可能比刑罚手段起到更有效的作用。在刑事法范畴内,也可以利用赔偿、调解、缓刑等手段辅助刑罚的适用,这些手段在刑事政策的目标下针对不同的案件发挥各自不同的功用,实现互补效应,形成一个多元、立体、高效且统一的刑事政策手段体系。涉民间融资犯罪刑事政策的建构之直接目标在于预防和控制涉民间融资犯罪的发生,其最终目的是通过预防和控制犯罪的发生以维护健康、稳定的金融秩序,促进我国经济有序发展。在追求目标的过程中,应当以自

由、正义、保障人权等价值为准则,以这种价值观为指导作出科学的政策抉择。由于涉民间融资犯罪的特殊性,以刑法来预防和控制其发生具有局限性,有时刑罚非但没有起到积极作用,反而对经济发展产生了压制性作用。当事人被处以刑罚并不能直接弥补被害方的经济损失,甚至因为刑罚的适用使当事人失去了赔偿损失的能力,这种处理方式可能会产生恶性循环的结果,也无法维护健康、稳定的金融秩序。所以涉民间融资犯罪刑事政策的目的要求社会的介入,其与国家共同配合,对于最终目的的实现产生更良好的效果。

四、涉民间融资犯罪刑事政策 定位下的犯罪对策思考

涉民间融资犯罪有效对策的制定除了以其刑事政策的类型和结构为骨骼支撑外,还需要对涉民间融资犯罪的经济特性进一步思考,以赋予其作为一种具体刑事政策的独特性格。

涉民间融资犯罪的行为主体主要集中于中小型企业,这些企业在我国现有经济环境下对于民间融资具有高度需求。据统计,2013年全国范围内有贷款需求的小微企业实际获得银行贷款的比例为46.2%,可见仅有不到一半的小微企业通过正规渠道融资。在负债小微企业中,有62.9%的小微企业仅通过民间借贷的方式融资,有14.1%同时从银行和民间进行借贷,仅有23%的小微企业完全靠银行贷款的方式融资^[6]。我国中小企业的迅速发展和扩张必然导致其融资需求的剧增,银行的正规融资渠道无法满足所有的融资需求,只能通过对企业的信誉评估来选择符合条件的供资对象,在筛选过程后许多中小企业被排除在外无法获得正规的融资,只能转而投向民间融资市场寻求帮助。所以蓬勃发展的民间融资是我国融资制度与市场融资需求冲突的结果,是无法通过正规融资途径的扩张或是改革来避免的,民间融资是必然且必需的。这种市场自然选择所产生的金融活动难以被国家所完全操控,金融安全可能被动摇。我国向来秉持金融管理本位的观念,在金融效率和金融安全的选择题中一定会以金融安全为答案,在维护经济秩序稳定的原则下这种选择是无可厚非的,但选择以侧重为前提,金融效率在我国市场经济中也应当被兼顾。目前我国民间融资活动的发展有起有伏,但在整

体上仍保持相对活跃的状态,而我国经济制度对民间融资活动则仍严阵以待。与此相对,涉民间融资犯罪在严阵下并未被明显遏制,各种大规模、巨额集资犯罪案件接连不断。这种严格管理下犯罪频发的畸形发展状态正是我国对金融安全侧重量度过高的一种后果的表现。将金融效率与金融安全调整到合适比例是一个亟需解决的问题。这个问题的解决反映到涉民间融资犯罪刑事政策上就表现为金融管理本位向金融交易本位的转变。金融经济是信用经济,信用只有在金融交易过程中方能发挥其资金融通的作用。因此,金融活动的核心是金融交易,金融秩序在本质上是以信用为基础的金融交易秩序。与此相适应,金融法的核心主线是金融交易合同法律制度。金融管理及由此形成的金融管理秩序,是在金融交易基础上逐步产生和发展的,其实质是运用公权力保障金融交易主体间平等的交易自由^[7]。金融交易是基础,金融管理是手段,金融管理本位将基础与手段本末倒置,因此应当采取金融交易本位的政策取向。

在金融交易本位的政策取向下,我国涉民间融资犯罪刑事政策要求刑法干预保持一定的谦抑性。通过社会主体和民商法、行政法的规制作用减轻刑法的规制压力,限缩刑法的干预范围。刑法的扩张对保障金融安全起到一定的积极作用,但同时相伴牺牲的金融效率对民间融资的发展和涉民间融资犯罪刑事政策目的达成所产生的消极作用则更为强烈。以司法实务中一个常见问题为例,涉民间融资犯罪案件多以资金链断裂无法偿还融资本息为犯罪结果的外在表现形式。在有些案件中,融资者在立案前若将其财产完全变卖是可以偿还出资者的资金,但由于刑事手段的介入,融资者的财产被冻结并最终由法院进行司法拍卖,拍卖款远远低于这些涉案财产在市场上的应有价格。此时受害人的财产损失无法被完全弥补,基本都是按比例获得赔偿。这种赔偿方式可能会导致受害人的不满,进而引发其以上访等方式投诉并增加司法工作的压力。这种解决方式既没有完全保障金融安全又牺牲了金融效率,可谓得不偿失。所以,应当首先由民商法、行政法等第一次法规范对其进行规制和调整。刑法则是通过刑事责任、裁量和执行刑罚的方式对第一次法调整无效的严重不法行为进行的第二次调整^[8]。

因此,涉民间融资犯罪的金融交易本位型刑

事政策要求在定罪上应当合理划定罪与非罪的界限,防止刑事立法的过度扩张和刑法的过早介入;在处罚上应当将刑罚与非刑罚手段配合适用,在不必要适用刑罚时,可以适用非刑罚手段进行处罚,以保持市场经济的积极性和自主性;在行刑处遇上,对于符合适用条件的行为人可以处以缓刑、假释等辅助手段,尽量减少死刑的适用,增加社会矫正的适用,充分发挥社会治理的积极作用;在犯罪预防上不仅需要刑事法领域在涉民间融资方面发挥威慑作用,还需要我国经济政策对民间融资的态度转变,民事、行政法规和经济法规上对民间融资的法制化和监管制度的健全。涉民间融资犯罪刑事政策的决策主体与执行主体不应仅依靠单一主体,社会主体的加入能够更好地发挥民间融资经济活动的市场灵活性和社会调控性;同时涉民间融资中的非法行为、越轨行为和犯罪行为都应当成为其刑事政策的调整对象;在政策手段上限制刑罚手段的适用,以行政处罚、民事制裁等其他手段为主要的治理方式;最终国家应当以促进金融自由为目标,对民间融资的自然运行过程不加以特别干预,不越权干预个人的合法融资活动,对于民间融资活动进行合理的监管,只有当民间融资活动明显违背有关法律法规甚至是刑法规范

时,才可以在事后进行干预和惩罚。令人欣喜的是国家已经以温州市为改革试点对民间融资制度进行了革新和规范,希冀在不久的将来与其配套的相关法律制度特别是刑事法律制度在科学刑事政策的指导下得到完善。

参考文献:

- [1] 谢作诗,马汴京,李井奎. 温州债务危机的性质、原因与后果[J]. 社会科学战线, 2012(5):65.
- [2] 储槐植. 刑事一体化论要[M]. 北京:北京大学出版社, 2007:89-91.
- [3] 梁根林. 刑事政策:立场与范畴[M]. 北京:法律出版社, 2005:75-88.
- [4] 甘雨沛,何鹏. 外国刑法学[M]. 北京:北京大学出版社, 1984:75.
- [5] 曲新久. 刑事政策的权力分析[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002:70.
- [6] 汇付天下有限公司,西南财经大学中国家庭金融与研究中心. 汇付-西财中国小微企业发展报告 2014(简要版)[R/OL]. [2014-10-14]. <http://www.chinapnr.com/news/wp-content/uploads/Chinas-small-micro-enterprise-development-report-20140625.pdf>.
- [7] 刘远. 金融欺诈犯罪立法原理与完善[M]. 北京:法律出版社, 2010:7.
- [8] 梁根林. 刑事法网:扩张与限缩[M]. 北京:法律出版社, 2005:48.

(责任编辑:王 薇)