

## 非法吸收公众存款罪适用泛化的纠偏

王霖 孙伟乐\*

---

**内容提要：**非法吸收公众存款罪的审判实践表明，“存款”内涵的异化解读、集资对象的形式性判定、资金用途的认定缺位已成本罪适用泛化之症结。对此应回归金融风险防范立场之上定位本罪的保护法益，并以之为据限定性理解本罪的主、客观构成要件要素以及实质违法性，从而实现正向入罪口径与反向出罪口径的同步收缩。在正向入罪口径端，一方面从客观构成要件要素出发将存款还原为还本付息的资本、货币经营行为，并对集资对象进行“不特定”与“多数”的双重限定；另一方面从主观构成要件要素出发结合既有司法解释，借助虚假意思表示及融资目的实现行为类型化限定。在反向出罪口径端，应结合资金实际用途与清偿情况对本罪违法性的有无及程度进行实质性判断，以此实现非法吸收公众存款罪处罚范围的理性限缩。

**关键词：**存款 集资对象 资金用途 非法吸收公众存款罪

---

### 一、问题的提出

2021年实施的《刑法修正案（十一）》在《刑法》第176条非法吸收公众存款罪中增设了一档加重法定刑，将该罪的原法定最高刑由10年有期徒刑提高至15年有期徒刑，同时将限额制罚金刑修改为无限额制罚金刑，进一步加大了对非法吸收公众存款罪的打击力度，<sup>〔1〕</sup>一定程度上回应了司法实践规制需求，对维护社会稳定发挥了积极作用。但强调重刑主义而忽视市场的调节张力，不仅会导致刑法过度扩张适用，而且不利于塑造良好营商环境与金融创新。对于本罪，刑法

\* 王霖，贵州财经大学法学院副教授；孙伟乐，贵州财经大学法学院助教。

本文为2020年司法部法治建设与法学理论研究项目“区块链新型犯罪的刑事风险防控研究”（20SFB4032）的阶段性研究成果、2021年贵州省研究生教育创新计划项目“刑民交叉视阈下贵州省非法吸收公众存款罪的现状与应对”（黔教合YJSKYJJ〔2021〕139）的研究成果。

〔1〕 参见刘宪权、陆一敏：《〈刑法修正案（十一）〉的解读与反思》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期。

学界主流观点倾向于对非法吸收公众存款罪的成立范围进行合理限缩。例如，有学者从提高本罪的入罪标准着手，提出只把欺诈或超过企业利润率且不具有非法占有目的之大量吸纳资金的行为定性为本罪；〔2〕亦有学者提出法益保护论，认为有必要在“公众资金安全”法益的指导之下重新定义本罪的犯罪圈，并通过立法修改以限制司法滥用；〔3〕更有学者主张彻底废除本罪。〔4〕然而，此类建议没能得到审判实务的足够重视，且在立法上本罪法定刑不降反升。总体而言，学界对于本罪大多从“非法性”“公开性”“利诱性”和“社会性”四个犯罪构成特性入手进行刑法教义学的研究，〔5〕却鲜有对案例的实证考察。值得注意的是，在审判实践中，由于严惩非法集资行为的刑事政策及轻视对本罪法益保护的认定，将正常的民间借贷行为也纳入本罪的规制范围，以致本罪整体处罚范围不当扩大。因此，有必要对实务案例进行实证考察，以相关法律、司法解释为依归，通过实践与理论的相互往返，总结出本罪的行为类型，疏清本罪的保护法益，将民间金融、借贷行为排除至犯罪圈外，正确回归并理解本罪的立法目的、本源特征。

## 二、审判现状的样本检视

笔者对北大法宝案例库 2017 年至 2021 年的刑事判决书进行检索，以“非法吸收公众存款罪”为标题，以“刑事一审”“判决书”为审判程序和文书类型，检索结果显示，2017 年非法吸收公众存款罪的一审案件数量为 462 件，2018 年为 1411 件，2019 年为 2256 件，2020 年为 2410 件，2021 年则为 832 件。〔6〕由上述数据可知，近年来非法吸收公众存款一审案件数量明显增加，如图 1 所示。

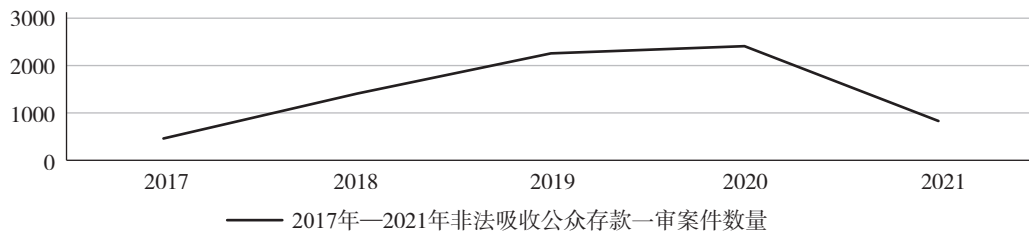


图 1 2017 年—2021 年非法吸收公众存款一审案件数量

为确保体现出审判实务的认定标准，笔者在北大法宝、中国裁判文书网、无讼中搜索相关案例，对上文近五年案例的筛选与梳理，剔除了部分与本研究不相关的案例及重复案例，逐一对判

〔2〕 参见姜涛：《非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径：以欺诈和高风险为标准》，载《政治与法律》2013 年第 8 期。

〔3〕 参见郝艳兵：《互联网金融时代下的金融风险及其刑事规制——以非法吸收公众存款罪为分析重点》，载《当代法学》2018 年第 3 期。

〔4〕 参见赵星、张晓：《论废除非法吸收公众存款罪》，载《河北学刊》2014 年第 5 期。

〔5〕 参见刘伟：《非法吸收公众存款罪的扩张与限缩》，载《政治与法律》2012 年第 11 期；金善达：《非法吸收公众存款罪中“不特定对象”标准之改良》，载《政治与法律》2015 年第 11 期；王新：《民间融资的刑事法律风险界限》，载《当代法学》2021 年第 1 期。

〔6〕 本数据来源为北大法宝司法案例库，检索时间为 2022 年 3 月 15 日。

决结果进行确认后，共甄检出样本案例 168 件。经过比对分析后发现非法吸收公众存款罪的司法认定标准并不统一，争议集中于公众存款定义、集资对象和资金用途三个关键要素。

### （一）公众存款定义

目前学界对于公众存款的定义尚存较大分歧，审判实务界与学界的观点更是大相径庭。从罪名设置上看，《刑法》第 176 条的罪名突出“公众存款”的概念，并非“非法集资”。换言之，本罪规制的是非法吸收公众“存款”的行为，并不规制单一的非法“集资”行为。但 2010 年发布的《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 2010 年《非法集资解释》）第 1 条指出：“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’……”这使得司法实践将本罪罪状表述中的“存款”替代理解为“资金”，在突破“存款”文义解释有限射程的同时也使本罪的处罚范围被进一步扩张。<sup>〔7〕</sup>在样本案例中，行为人只要被认定实施了未经批准集资或者变相集资的“资金”吸收行为，法院基本都做出了有罪判决。<sup>〔8〕</sup>可见，司法实践中对公众存款与公众资金的界定并不明晰，即把吸收资金的行为等同于吸收存款。但此种做法不免会引起质疑，从文义解释上看，资金的外延远大于存款，审判实务的做法有扩大犯罪圈之嫌。

### （二）集资对象

样本案例中，对借款人数众多的案件，司法机关大多认定构成非法吸收公众存款罪。其中认定为不特定对象的有罪判决有 159 件（约占 95%），界定为亲友和单位内部特定对象的无罪判决分别有 5 件（约占 3%）和 4 件（约占 2%）。司法实践中对于本罪集资对象范围的理解存在较大分歧，大体呈现出“范围论”<sup>〔9〕</sup>与“人数论”<sup>〔10〕</sup>两种认定思路，一定程度上加剧了本罪的同案异判现象（见图 2）。

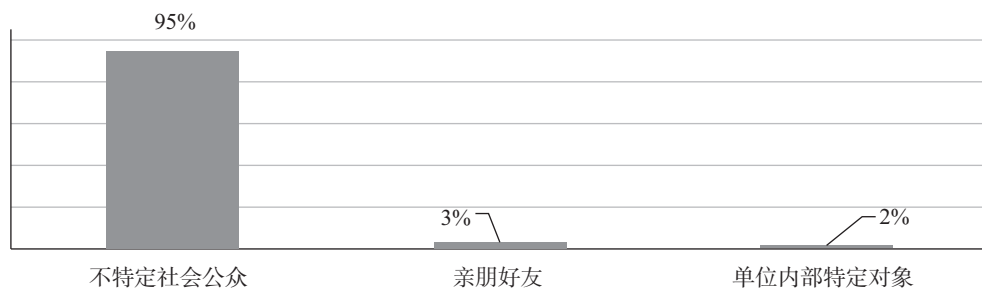


图 2 样本案例集资对象的界定与本罪的认定（案件总数 168 件）

〔7〕 例如《最高人民法院第十七批指导性案例》检例第 64 号指出：“向不特定社会公众吸收存款是商业银行专属金融业务，任何单位和个人未经批准不得实施。单位或个人假借开展网络借贷信息中介业务之名，未经依法批准，归集不特定公众的资金设立资金池，控制、支配资金池中的资金，并承诺还本付息的，构成非法吸收公众存款罪。”

〔8〕 参见江苏省阜宁县人民法院（2018）苏 0923 刑初 279 号刑事判决书；新疆维吾尔自治区博乐市人民法院（2019）新 2701 刑初 472 号刑事判决书；浙江省兰溪市人民法院（2020）浙 0781 刑初 5 号刑事判决书等。

〔9〕 《非法集资解释》第 1 条第 2 款规定：“未向社会公开宣传，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。”

〔10〕 2010 年《非法集资解释》第 6 条规定的“向特定对象累计超过 200 人的就可以认定为具有不特定性”可以同样适用于非法吸收公众存款罪。根据本条，当集资对象超过 200 人时即可认定具有不特定性。参见苗有水：《两方面准确把握非法集资犯罪中的“不特定对象”》，载《检察日报》2018 年 3 月 26 日，第 3 版。

“范围论”倾向于通过将吸收资金对象限定于亲友范围之外以收缩本罪的入罪口径，例如“尚某某案”审理法院判决指出：被告人尚某某借款对象范围较小且关系相对特定，所借款项并未向社会公开宣传，针对亲友、同学、单位同事或经熟人介绍的特定对象吸收资金，用于正常生产经营活动，不属于非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款。<sup>〔11〕</sup>可以看出，2010年《非法集资解释》第1条第2款似乎可以成为本罪出罪的实质性理由。然而此种通过限定集资对象范围来廓限本罪处罚范围的路径却被“人数论”的形式判断标准广泛代替，司法实践更倾向于将超过司法解释人数限定标准的吸收存款行为纳入刑事归责范围。例如，陈某某向朋友、亲戚借款用于公司经营，审理法院认为本案涉及不特定的借款对象众多，判定构成非法吸收公众存款罪。<sup>〔12〕</sup>诚然，“人数论”标准一定程度上缓解了“范围论”中亲友关系难以准确界定的问题，但此种形式化的判定标准也进一步扩大了本罪的入罪口径。

### （三）资金用途

样本案例中，对于吸收资金用于生产经营的行为，判决多认定为非法吸收公众存款罪。笔者经过整理后发现，认定用于生产经营的有96件（约占57%），其中认定为无罪和及时退赃退赔免于刑事处罚的分别为5件（约占3%）和3件（约占2%），亦存在同案异判现象（见图3）。例如，在邵某某非法吸收公众存款案中，邵某某将所借资金用于生产经营活动，法院认为其违反金融管理法规，未经批准向不特定多数人吸收资金且扰乱金融管理秩序的行为构成非法吸收公众存款罪。<sup>〔13〕</sup>而在“盛某某案”中，盛某某为承揽建设工程向多人借款，法院认为其集资借款客观上用于生产经营，盛某某的行为并不具备非法吸收公众存款罪的构成要件，据此宣判其无罪。<sup>〔14〕</sup>可以看出，正常的生产经营活动能否排除本罪的适用，司法裁判中仍存较大分歧。

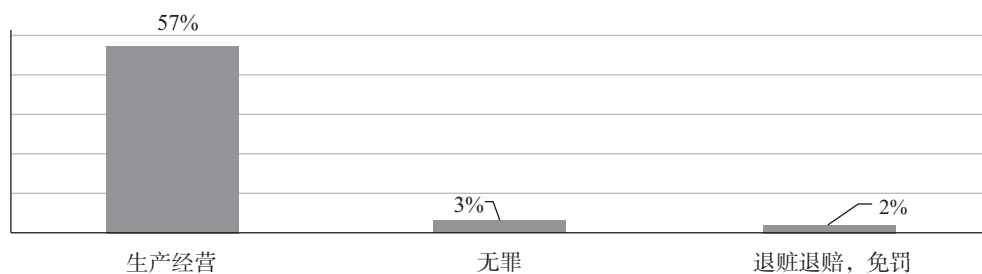


图3 样本案例资金用途与本罪的认定（案件总数168件）

通过样本案例的梳理可以发现：首先，囿于公众存款概念的模糊性，集资对象是否特定在实务中难以界定，在严惩非法集资的刑事政策下本罪的扩张适用成为必然。其次，刑法学界对于非法集资后资金用于正常的生产经营活动能否构成本罪各持己见。虽然2010年《非法集资解释》规定了“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”的免责条款，但大多判决仍以资

〔11〕 参见陕西省神木市人民法院（2019）陕0881刑初502号刑事判决书。

〔12〕 参见四川省合江县人民法院（2019）川0522刑初137号刑事判决书。

〔13〕 参见浙江省宁波市中级人民法院（2018）浙02刑初59号刑事判决书。

〔14〕 参见安徽省南陵县人民法院（2019）皖0223刑初68号刑事判决书。

金是否退还作为定罪依据，对资金用途在所不问。最后，实务中认定标准缺位使得本罪行为概念内核稀薄，行为类型解释不明，宽泛的外延导致打击面过大。以上问题亟须在实务中予以厘清与完善。

### 三、非法吸收公众存款罪适用泛化的学理检视

为了防范国家刑罚权扩张对国民个体自由构成威胁，应尝试塑造以“法治—自由”的刑事政策为基础的刑法主导思想。<sup>〔15〕</sup>非法吸收公众存款罪在司法适用中呈现出的扩张适用趋势与本罪的构罪模式、司法理解偏差、构成要件要素设定存在直接关联。对此，在明确刑法保障法体系定位的前提下，为避免恣意运用刑罚权干预市场经济的司法冲动并为民间金融的发展预留必要的成长空间，需要从学理层面对非法吸收公众存款罪扩张适用予以巡检省思。

#### （一）构成要件要素的扩张性理解反思

《刑法》第176条中的“非法”和“金融秩序”等表述需要通过刑法之外的其他前置性法律规范进行内涵填充，这也使本罪在构罪模式上呈现出“空白罪状”的形式判定逻辑。考虑到本罪前置性规范的规定阙如与内容不明，司法裁判人员更依赖于相关司法解释的规定对本罪构成要件进行判断。<sup>〔16〕</sup>然而源于2010年《非法集资解释》对本罪构成要件中“公众存款”“集资对象”等客观要素内涵的泛化性理解，加之外部刑事政策的间接性渗透，本罪在司法实践中呈现出刑事归责偏差的现象。<sup>〔17〕</sup>

#### 1. 公众存款的含义

我国刑法学界的通说观点认为，非法吸收公众存款罪的客观方面表现为行为人实施了非法吸收或变相吸收公众存款的行为。<sup>〔18〕</sup>然而对“存款”含义的理解并不统一，一定程度上加剧了本罪的理解偏差。有学者认为，本罪所称“存款”是指“存款人在保留所有权的条件下把资金或货币暂时转让或存储于银行或其他金融机构的行为”<sup>〔19〕</sup>，该观点并未梳清“存款”与“资金”的区别，在实务中容易造成本罪规制面扩大的效果。另有学者认为：“只要具备聚集资金和还本付息特征的，就可以认为是‘存款’。”<sup>〔20〕</sup>然而这一观点存在解释论上的缺陷，正常的民间借贷、民间融资亦具有还本付息的特征，其在扩张“存款”文义内涵的同时亦可能引发民事纠纷的刑事归责升格，难于为本罪划定清晰的处罚阙界。本文认为，非法吸收公众存款罪中关于“存款”含义的观点分歧，根源于学界对本罪保护法益的理解偏差。越过法益内涵的合理解读直接进入构罪要素的规范性探讨，并不利于本罪司法适用乱象的消解。因此，有必要因循金融法学与刑法学的理论智识对本罪的法益内涵予以正本清源，以此在理顺刑法与整体法秩序关系协调的同时，提供界

〔15〕 参见〔德〕埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社2015年版，第173页。

〔16〕 参见于冲：《附属刑法缺位下行政犯空白罪状的功能定位及其要件填补》，载《中国刑事法杂志》2021年第5期。

〔17〕 参见王新：《非法吸收公众存款罪的规范适用》，载《法学》2019年第5期。

〔18〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第10版），北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第405页。

〔19〕 马克昌主编：《百罪通论》（上卷），北京大学出版社2014年版，第252页。

〔20〕 刘宪权：《金融犯罪刑法学原理》，上海人民出版社2017年版，第225页。

定本罪构成要件要素的实质性标准。

在金融法学中,存款是指“商业银行等具有存款业务经营资质的金融机构接受客户存入的资金,在存款人与商业银行之间建立债权债务关系,且商业银行承诺在存款人支取存款时支付利息的一种信用业务”〔21〕,可见资金的内涵范围大于存款,资金在成为存款之前为社会上不特定对象所有。只有当存款人的某笔资金与银行等金融机构建立起债权债务关系时,才能称之为存款。〔22〕面对纷繁复杂的非法集资行为,有学者提倡将本罪的犯罪对象“存款”修改为“资金”,进而将罪名修改为“非法吸收公众资金罪”以扩张本罪构成要件的涵摄范围。该观点得到了2010年《非法集资解释》与审判实务的部分支持,但其忽略了对本罪保护法益的准确定位,将存款等同于资金易导致刑事规制面的不当扩延,不利于民间金融的发展。资金是完全不同于存款的概念,其文义范围远大于存款。本罪规制的是吸储放贷形式的货币、资本性经营,为了打击而任意扩大犯罪圈并不可取。实践中大量存在因集资人后续资金链断裂无法还本付息而被认定为本罪的情况,此种“唯结果论”的处理方式难免有客观归罪之嫌。此外,民营企业“融资难”问题一直是我国金融体系发展中的痛点,将苦于无法从正规渠道获取资金从而转向其他手段获取资金的行为也纳入本罪的打击范围,未能为民间金融的合法化预留必要的空间。〔23〕如此对本罪的犯罪对象进行泛化理解,势必为金融市场的优化设置障碍,无益于构建良好的营商环境,也与现代民间金融的发展背道而驰。

## 2. 集资对象的界定

2010年《非法集资解释》把集资对象的不特定性作为非法吸收公众存款罪的构成要件要素之一。但不特定性是高度抽象的概念,在司法实践中难以规范认定。虽然2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部在《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《2014年意见》)中进一步明确了“不特定对象”的认定范围,〔24〕但遗憾的是该意见并未在实务中为本罪认定提供一种正确的思路。前期行为人开展吸收或者变相吸收公众存款行为时,从形式上看往往都是以民间借贷的方式出现,只有在行为人无法正常还本付息从而存在衍生群体性事件的社会风险时才会导致案发。为了安抚投资群体,达到社会效果与法律效果的统一,法院更倾向于对涉案人数众多、造成巨大资金损失的行为以本罪论处。此种以社会危害效果反向钳制构成要件理解方式的判定逻辑使得本罪保护法益在司法实践中发生定位偏差,2010年《非法集资解释》“社会性”的认定标准流于形式,致使部分正常的民间借贷行为被纳入本罪处罚范围,造成了司法的乱象。例如在样本案例中,部分法院认为向特定多数人集资不构成犯罪,〔25〕但大部分类似案件仍以本罪论处,“人数众多”已经演变成为司法实践认定本罪“社会性”的单一标准。

〔21〕 朱崇实、刘志云主编:《金融法教程》(第4版),法律出版社2017年版,第108页。

〔22〕 参见前引〔17〕,王新文。

〔23〕 参见郝艳兵:《立足公众资金安全限缩非法吸收公众存款罪》,载《检察日报》2017年9月3日,第3版。

〔24〕 《2014年意见》指出:“下列情形不属于《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》第1条第2款规定的‘针对特定对象吸收资金’的行为,应当认定为向社会公众吸收资金:(一)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;(二)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。”

〔25〕 参见江西省南昌市东湖区人民法院(2017)赣0102刑初528号刑事判决书;湖南省会同县人民法院(2017)湘1225刑初25号刑事判决书;安徽省南陵县人民法院(2019)皖0223刑初68号刑事判决书。

学界通说观点认为本罪的行为对象必须是社会公众，亦即社会上不特定的多数人。<sup>〔26〕</sup>但实务中认定社会公众体现出单一性，与2010年《非法集资解释》的规定相背离。本文认为，“社会性”应当包含“不特定”和“多数”二重维度，二者应共同具备，其核心在于吸收对象的“不特定”。仅以涉案人数众多予以认定有失准确，也有违罪刑法定原则之要求。诚然，有审判实务中的法官指出：“在《非法集资解释》和《2014年意见》均未对非法吸收公众存款罪的‘特定对象’进行明确的情况下，‘特定对象’的认定应与出资人员的规模、数量挂钩，是否属于特定对象，存在一个由量变到质变的过程。从法律解释的角度来看，《非法集资解释》第6条所规定的法定累计对象超过200人就相当于不特定对象，此规定亦适用于本罪。”<sup>〔27〕</sup>该观点在面对现今互联网金融等多样化集资行为时具有界分罪与非罪的可操作性，亦能节约司法资源，因此在实践中也得到诸多支持。但此种解释不尽合理。首先，集资对象的数量多少与集资对象的特定与否之间并非对应关系，数量众多的集资对象同样存在对象特定的现实可能，数量本身无法成为判断对象特定性的实质依据。当行为人向大多数特定对象吸收资金，而极少部分为不特定对象时，如此类行为一并以本罪论处则必然进一步扩张实务中本罪的认定范围。其次，以“人数论”作为认定“社会性”的标准虽便于司法操作，但与本罪构成要件要素的定位相悖。非法吸收公众存款罪的“社会性”特征与本罪“公众存款”的规范性理解存在对接关系。此处存款的“公众”范围难以撇开集资对象的不特定性而独断认定。当前司法实践出现的以“人数”置换集资对象“不特定性”的做法应予反思。最后，“社会性”是非法吸收公众存款罪的本质特征，对此不应只通过集资对象的人数多寡展开判断，而应围绕集资对象与行为人的关系是否特定进行理解，即便此种特定关系的明确在司法实务中存在一定难度，也不应对之予以放弃。

## （二）资金用途认定缺位的反思

传统观点认为：“司法实践中一些非法吸收或者变相吸收公众存款者在非法吸收或者变相吸收公众存款后，并不是将吸收的存款用于信贷而是用于自身的生产、经营活动，如果对这种情况不按本罪处理，显然也不可能按其他犯罪来处理，那就要导致对犯罪行为的放纵。”<sup>〔28〕</sup>可以看出，在传统立场之下吸收存款后的生产经营用途并不作为阻却本罪成立的具体条件。样本案例中大部分判决也对此观点予以支持，仅有少部分判决认为将吸收的资金用于正常生产经营的行为不构成本罪。<sup>〔29〕</sup>审判实务中将本罪立法初衷所要规制的间接融资行为转换为直接融资行为，其主要原因在于融资主体偿付失败可能引发的群体性事件将影响公共秩序，司法机关为平息群众诉求而不得已拓宽规制范围以维持社会稳定。<sup>〔30〕</sup>但此种做法值得商榷，非法吸收或者变相吸收公众存款的行为之所以被犯罪化，在于吸收存款后还本付息的间接融资行为破坏了国家的金融管理秩序。然而还本付息并非存款的专属特征，直接融资形式的合法民间借贷、民间金融亦有此种特

〔26〕 参见周光权：《刑法各论》（第3版），中国人民大学出版社2016年版，第257页；陈兴良：《规范刑法学》（第4版），中国人民大学出版社2017年版，第642页。

〔27〕 前引〔10〕，苗有水文。

〔28〕 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，第39页。

〔29〕 参见湖南省会同县人民法院（2017）湘1225刑初25号刑事判决书；安徽省南陵县人民法院（2019）皖0223刑初68号刑事判决书；山西省晋中市中级人民法院（2021）晋07刑再5号刑事判决书等。

〔30〕 参见裴长利：《非法吸收公众存款罪实证研究》，复旦大学出版社2019年版，第118页。

征。还本付息是现代经济社会资金融通的基本属性，也是意思自治的表现形式之一，正常的民间借贷与生产经营活动都具有此特征。因此，对于单纯进行货币、资本经营的间接融资行为才是本罪的规制对象，吸收存款进行生产经营的直接融资行为并不属于本罪的行为类型。如果一概认为资金用途不影响本罪成立与否，不仅有悖于本罪的立法初衷，也将不当扩延本罪的处罚范围。例如，有学者进行实证研究后指出，在四川省S市2011年至2016年期间两级检察院办理的607起非法吸收公众存款案件中，诸多涉案企业的集资用途并非资本经营而是生产经营活动，生产经营类案件占据案件总量近70%。<sup>[31]</sup>

此外，考虑到本罪空白罪状的构罪模式使得资金用途的理解更依赖于前置性规定，而资金用途在前置性法规中的规定阙如，导致司法实践中对于“资金用途”实质判定所应承载的出罪功能名存实亡。虽然2010年《非法集资解释》规定了相应的退赃退赔条款，<sup>[32]</sup>但此项规定存在自相矛盾之处：其一方面为了区分直接融资行为与间接融资行为，将融资用于正常生产经营的行为不作为犯罪处理；而另一方面又给自身打开的出罪口戴上“及时清退所吸收资金”的“紧箍咒”，此种“亡羊补牢”式的做法，并不能够在实务中指导司法机关正确适用本罪。直接融资行为并不会对金融管理秩序造成负面影响，相反在一定情境下能够激发市场活力，也是鼓励民营企业发展、优化营商环境的应有之义。民间借贷与非法吸收公众存款的本质区别在于筹集资金的用途以及对金融秩序的影响，非法吸收存款用于货币、资本经营的行为对金融管理秩序造成了破坏，这是该行为被禁止的根本原因。

### （三）行为类型认定的反思

类型化思考有利于抽象概念的进一步明晰与阐释，明确具体罪名的行为类型是正确适用该罪名的基本路径。2021年最高人民法院发布决定对2010年《非法集资解释》进行修改，修改后的《非法集资解释》第2条根据司法实践的经验进一步凝析出应以非法吸收公众存款罪归责的12种行为类型，第7条则对涉嫌集资诈骗罪“非法占有目的”的情形予以具体罗列。通过梳理样本案例并结合2021年《非法集资解释》第2条之规定进行分析，本文认为解释所列12种行为类型实际涉及两种不同的吸收公众存款“主观目的”理解进路，且二者呈现并列存在关系。2021年《非法集资解释》第2条除第12项系兜底性规定之外，第2、3、9、10项所涉行为类型均属于投资性经营活动，而1、4、5、6、7项则进一步列示了针对虚假事项的欺诈性融资行为。与上述两类行为类型对应的行为人主观目的即是“资本经营性目的”与“欺诈融资性目的”，前者对应着融资后的实际资金使用去向，后者对应着行为人融资时主观意思表示的真实与否。需要解明的是，此处行为人的不真实意思表示虽然可以理解为一种民事欺诈行为，但此种欺诈行为着眼于吸收存款手段（或理由）的虚假性，并非当然等同于行为人具有非法占有他人资金、拒不返还之意思，从而使非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪相区分，这从2021年《非法集资解释》第7条专门对“非法占有为目的”予以列举说明中可得证明。在此意义上，对于行为人主观目的的差异考察不仅可以实现对融资行为罪与非罪的归责限定，亦有助于此罪与彼罪的罪质区分。因此根据

[31] 参见胡启忠：《非法集资刑法应对的理论与实践研究》，法律出版社2019年版，第620页。

[32] 2010年《非法集资解释》第3条第4款规定：“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。”



2021年《非法集资解释》之文本逻辑，实际融资行为如果不是以欺诈方式而是基于真实意思表示吸收资金的话，且未将资金实际投放于资本经营性活动，即不属于2021年《非法集资解释》涉及的非吸收公众存款罪的行为类型。

例如，在“陈某某非法吸收公众存款案”中，法院判决指出，各投资人是以投资入股参与项目运营的方式借款给被告人陈某某，并非陈某某以吸收资金为目的吸纳合作伙伴。同时，贺某与被告人陈某某的借贷又系通过第三方借贷平台（借贷宝）进行。以上表现出较为典型的民间借贷的特点，无论从形式上还是实质上都应属于民事法律所调整的范围，而不应由刑法予以调整。<sup>〔33〕</sup>申言之，投资入股等民间金融活动是现代市场经济发展下的基本融资形式之一，如行为人在吸收资金过程中并无欺诈的意思表示，且其融资目的与实际用途也不是资本经营活动，应将其理解为一种正常的融资行为，并未危害金融安全。即便企业后续出现经营性变故致使行为人无法如约给付本息或者股息，也属于正常的市场风险所致。在此，2021年《非法集资解释》的文本逻辑表明非法吸收公众存款罪行为类型定性的内核在于行为的非法性、行为人的主观意思表示（是否系虚假、欺诈）、融资的主观目的与实际用途。在此意义上，对于非法吸收公众存款罪的行为类型限定与明确已然无法撇开行为人的主观面向来探讨。

#### 四、限缩非法吸收公众存款罪的路径构建

我国已进入金融深化改革的深水区，对既有旧体制的不断改革与创新成为经济体制发展的当然趋势。但改革与创新的同时也会伴生部分社会不安定因素，这些因素往往具有暂时性、过渡性特征。这就要求审判者以理性的态度对之予以必要的包容，不能动辄以破坏经济管理秩序为由适用刑法予以规制，刑法过度参与社会治理将与改革创新趋势相悖，进而挫伤经济体制发展动力。

##### （一）立场再塑：保护法益的联动调整

“现代刑法的功能归根结底是行为规范与制裁规范，因其行为规范是为了保护法益而存在，故刑法的功能首先立足于保护法益，而维持社会秩序只具有附带效果之意义。”<sup>〔34〕</sup>因循此种刑法功能定位及目的性理解，非法吸收公众存款罪的保护法益在现代市场经济体系下如何定义，将直接关系到该罪名的规制范围。现今，“我国立法和司法实践的传统观点均主张非法集资罪主要侵害的是金融管理秩序，此观点映射到司法实践中的做法就是‘追随行政化导向’”<sup>〔35〕</sup>。但此种观点近年来受到诸多质疑，因为在本罪行政导向的司法异化作用下，“实践中将金融秩序扩大理解为金融机构的垄断利益。让企业为民间融资行为所造成的银行金融业务减少负责”<sup>〔36〕</sup>。应当承认，我国现处于社会转型阶段，金融体系进入全面深化改革，制度更新迅速，金融创新不断。非法吸收公众存款罪之保护法益亦应立足于时代背景进行联动调整，重塑本罪保护法益对于引导司

〔33〕 参见广东省广州市黄埔区人民法院（2019）粤0112刑初861号刑事判决书。

〔34〕 〔日〕高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，中国政法大学出版社2020年版，第19页。

〔35〕 林越坚、黄通荣、李俊：《非法集资与民间借贷的界限与刑民处分研究》，载《西南政法大学学报》2014年第3期，第70页。

〔36〕 彭冰：《非法集资活动规制研究》，载《中国法学》2008年第4期，第51页。

法适用的理性展开具有现实意义。源于考察视角的差异，学界对于非法吸收公众存款罪的保护法益向来存在争议。除前述传统观点之外，亦有观点认为在互联网金融时代下该罪的保护法益应调整为投资者的资金安全，<sup>〔37〕</sup>或是立足非法吸收公众存款行为隐含的挤兑风险和坏账风险，从本罪规范目的出发提倡金融风险防范说。<sup>〔38〕</sup>以上观点从不同角度对本罪保护法益进行了阐释，应指出传统的金融管理秩序说虽契合了金融秩序监管维度下银行业务的保护性经营，但此种受计划经济影响所设立的抽象保护法益已然不合时宜，不仅有碍于金融业的创新发展，也与金融体制的深化改革趋势相悖。一方面，金融管理秩序概念范畴过于宽泛，以之定位非法吸收公众存款罪的法益难免为司法实践对于本罪构成要件的“个性化”解读提供便利；另一方面，金融管理秩序说更注重从“自上而下”的行政监管维度思考本罪的设立初衷，然而“法律的含义是随着时代的发展而变化的，法条的具体意思应该符合解释的时代和具体场景”<sup>〔39〕</sup>。此外，投资者资金安全说虽然将抽象的社会法益细化还原为个人法益，以避免集体法益内涵的稀薄化，但本罪隶属于《刑法》分则“破坏金融管理秩序罪”章节中，罪名的体系位置说明其保护法益应为社会法益、公法益而非个人法益，故此观点背离了立法者对罪名的初始定位。与之不同，金融风险防范说将本罪法益内核定位为金融安全，一方面把本罪法益具象化为避免集资行为引发挤兑和坏账的风险，同时又关注非法集资行为可能衍生的系统性金融风险，为我国金融秩序的稳序运行预留了必要的刑法保障空间与介入通道。在此意义而言，金融风险防范说可以视作投资者资金安全说的进一步优化，其虽注重具象化的投资者资金安全的维护，更注重避免因挤兑、坏账行为可能引发的系统性金融风险。在承继后者法益具象化优势的同时更具法益内涵的包容性，通过关照本罪的体系定位契合了风险社会背景下的防范金融风险、保护金融安全的实际需求。

与我国对吸收公众存款行为进行严格刑事规控形成鲜明对比的是，德国将吸收公众存款类的资本经营统归于银行业并受到国家的严格监管。德国刑法典中并未设置具体罪名规制非法吸收公众存款行为，而是将此类行为纳入行政监管，受《德意志联邦共和国信用业法》规制，<sup>〔40〕</sup>对于吸收公众存款过程中出现欺诈类行为构成犯罪的，则会以诈骗罪、背信罪等罪名论处。日本《刑法》中也未明确规定集资类犯罪，其金融犯罪的犯罪主体限定为金融机构，<sup>〔41〕</sup>故非金融机构主体违反相关法律从事存贷业务涉嫌犯罪的将纳入背信犯罪的调整范畴。参照上述相关规定可以看出，域外吸收公众存款行为构成犯罪时，保护法益内核均为公私财产性利益。其目的不难探究，金融市场风险与收益并存，刑法作为调整社会关系的最后手段，应具有谦抑性，只有当公私财产安全遭受侵害时才予以介入。其实，近年来随着我国金融体制改革的持续深化，对于民间金融的态度已由“严格抑制”向“逐步放松管制”发展，部分自贸区建设中对于互联网金融业务的部分

〔37〕 参见前引〔3〕，郝艳兵文。

〔38〕 参见胡宗金：《非法吸收公众存款罪的规范目的与规制范围》，载《法学家》2021年第6期。

〔39〕 薛静丽：《刑法解释的逻辑展开》，载《东岳论丛》2017年第2期，第107页。

〔40〕 如《德意志联邦共和国信用业法》第32条规定：“（一）凡在本法有效范围内欲从事本法第1条第1款所指范围的银行业务者，均需联邦监督局书面批准；（二）联邦监督局在颁发批准时可附以规定：银行必须在本法所允许的营业范围内活动。它还可将批准仅限制在个别银行业务之内。”

〔41〕 参见〔日〕神山敏雄：《日本的金融犯罪及其制裁》，刘隽译，载刘明祥、冯军主编：《金融犯罪的全球考察》，中国人民大学出版社2008年版，第3-4页。

肯定与支持即是民间金融合法化的例证。<sup>〔42〕</sup>

有基于此，面对现代化市场经济发展与金融体制的深化改革，在进行金融风险严格防范的同时也应应对市场创新予以必要的刑法关照，而不是动辄以破坏秩序为由施以惩罚和限制。<sup>〔43〕</sup>违反国家维护的秩序本身并不能成为刑法所应当介入的理由，只有当违反该秩序造成了国民或者公共福利的侵害危险时，违反秩序的行为才应当科处刑罚。<sup>〔44〕</sup> 规制非法吸收公众存款行为从形式上看是为了维护存款安全，防止公众存款遭受挤兑和坏账，但追根溯源是为了防范金融风险。《刑法修正案（十一）》在《刑法》第176条新增第3款退赃退赔从轻减轻条款，亦表明在行为人退赃退赔的情况下非法吸收公众存款可能引发的金融风险已被大幅稀释，而为本罪所保护的法益受损程度也随之降低，此种刑罚宽缓裁量的逻辑本身即是对金融风险防范说的最好诠释。故此，于金融风险防范说立场之上对非法吸收公众存款罪的罪状进行理解，不仅可以在本罪静态的立法目的与动态的金融秩序管控之间建立起内接关联，服务于理性的司法实践规制需求，而且有助于厘清罪与非罪之界限，进一步实现本罪处罚范围的合理廓清。

## （二）正向入罪口径：构成要件要素的限缩理解

通过对样本案例的检视，审判实务中对“存款”的异化解释、“集资对象”的形式判定和资金用途的认定缺位成为本罪泛化适用之症结。金融风险防范说通过对本罪保护法益的实质解释与内涵填充，能够为本罪构成要件要素的理解提供具体指引。

### 1. 客观构成要件要素：存款、集资对象的限缩理解

第一，运用实质解释论梳理存款的本源含义。不论是从文义角度还是根据本罪法益的定位审视“存款”与“资金”的内涵，二者均无法等同视之。“存款”系对应于“贷款”的金融领域专有名词，与“资金”概念存在本质差异。吸收存款是具有授权背书和具有从业资质的银行的主要业务，不特定社会公众所拥有的资金不等于存款。之所以将吸收公众存款的业务主要归至银行业金融机构，原因在于我国银行业准入门槛较高，其业务开展需经受严格的资质审查、风险防控和存款准备金等制度约束，这使得社会公众把资金存入银行更容易避免因挤兑和坏账所引发的风险。相反，不具有相应资质的个人或单位未经批准擅自向社会集资，并不具有抗风险能力，亦未得到政府公信力背书，极有可能产生挤兑风险造成社会公众资金的流失。因此，如实施民间借贷的行为人通过一定措施能够有效防范和抑制集资行为可能引发的金融安全风险，则可认为其并未危及非法吸收公众存款罪所保护的法益。例如行为人在民间借贷过程中提供了相应担保或抵押有效降低了资金偿还不能的潜在风险，此时吸收资金的行为不宜等质评价为吸收存款。“作为银行贷款重要补充的民间借贷，因融资成本与银行利率绑定，且可通过担保等熟人社会规则降低信用风险。”<sup>〔45〕</sup> 因此，考虑到司法适用过程中非法吸收公众存款罪的“存款”已被“资金”替代性应用，有必要回归本罪保护法益，于金融风险防范立场上对“存款”“资金”予以实质理解，具体考察吸收资金行为的个案法益侵害风险，以此弱化“吸收资金”笼统入罪可

〔42〕 参见刘宪权：《自贸区建设中刑法适用不可回避的“四大关系”》，载《政法论坛》2014年第5期。

〔43〕 参见何荣功：《刑法与现代社会治理》，法律出版社2020年版，第297页。

〔44〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第15-16页。

〔45〕 杨东：《互联网金融风险规制路径》，载《中国法学》2015年第3期，第84页。

能引发的处罚扩张。

第二，对集资对象予以二重实质认定。非法吸收公众存款罪尽管具有民间借贷的一些特征，但因为其借贷的范围具有不特定的公众性且扰乱了国家金融管理秩序，具有民间借贷不会造成的严重社会危害性，二者具有根本区别。换言之，集资对象的公众性使得民间借贷行为的风险异化升级，突破了金融风险防范的基本底线。因此“公众性”范畴的合理确定直接关涉民间借贷与非法吸收公众存款行为的风险量级评价、归责性质分殊。当前司法实务对于集资对象以人数论的形式判定标准已与本罪公众性的认定相背离，仅以量化人数达到追诉标准就予以论处违反罪刑法定原则。本罪的公众性应接受“不特定对象”和“多数”的双重限定，以不特定与人数的二重实质认定标准还原“公众性”的本义。实践中对集资对象界定的单一化导致部分民间借贷行为不当纳入犯罪圈，针对不特定与多数，应当遵循形式与实质相结合的认定标准，如形式上人数众多但实质上为特定亲友，不应以犯罪论处。

## 2. 主观构成要件要素：主观目的认定标准的补位

2021年《非法集资解释》将非法吸收公众存款罪的行为类型增加至12项，新增“以提供‘养老服务’、投资‘养老项目’、销售‘老年产品’等方式非法吸收资金”一项行为类型。<sup>〔46〕</sup>2021年《非法集资解释》对于非法吸收公众存款罪的行为类型概括更为全面、细致。“合类型性刑法解释的功能优势主要表现在解释的实质化、具体化、结构化与区分化。”<sup>〔47〕</sup>应当承认，类型化的刑法思维与刑法构成要件明确化要求相辅相成，二者共同致力于将事实层面的“归责对象”与规范层面的“对象归责”形成合理连接。而面对当前虚拟现实空间下日趋复杂的集资行为，主观目的要素的妥当认定对于非法吸收公众存款罪构成要件的准确理解、实质违法性判断、入罪范围的限缩把握具有积极意义。

首先，大部分以不具有真实意思表示（欺诈）的方式非法吸收资金的行为类型，不仅要具体认定其客观构成要件，还要甄别行为人交易的主观目的。详言之，在实务中难以认定集资方的商业模式是否构成上述12项行为类型时，可从双方的交易目的入手。如集资参与人的目的是正常的民间借贷、参与生产经营等行为，此时融资行为本身附着的经营性风险通常会低于资本运作性活动衍生的金融性风险。“对于民间借贷来说，出借人对借款人的经济状态或信用有着正确的认知，这就可以事先预知借款的风险，从而理性地做出借与不借的抉择，从而可以很好地规避风险和确保收益。但对于非法吸收公众存款罪而言，就存在着完全相反的情况”。<sup>〔48〕</sup>从本文确立的非法吸收公众存款罪金融风险防范说的法益立场出发，行为人真实融资目的在于资本运作活动时，其对金融秩序也将形成更现实且严重的威胁。因此，对于形式上为投资、参与生产经营，实质目的却在于实施名不副实的还本付息资本经营类行为，则应对行为人以非法吸收公众存款罪归责。当然，行为人融资时的主观目的需要结合客观的资金使用情况具体判断，而这也必将实质性地影响行为违法性的判断，对此下文将予以详述。其次，对于以网络借贷、委托理财等方

〔46〕 2021年12月30日最高人民法院发布关于修改《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》的决定（法释〔2022〕5号），该修正自2022年3月1日起施行。

〔47〕 杜宇：《基于类型思维的刑法解释的实践功能》，载《中外法学》2016年第5期，第1234页。

〔48〕 前引〔2〕，姜涛文，第60页。

式实施的吸收资金行为，其更接近于间接融资活动，是否符合非法吸收公众存款罪的构成要件仍需结合行为人的主观目的要素予以实质认定。若其融资目的与资金实际用途相互印核，共同指向正常的生产性经营活动，则此类间接融资行为不应受到法律的否定性评价。况且符合法律规范的中介合同为我国民事法律所允许，委托理财并不必然导致公众存款遭受挤兑和坏账风险。因此只有当行为人的主观目的不是以委托人身份理财赚取佣金，而是以公开吸收不特定多数人存款进行资本经营活动时，方应刺破行为人签订合同的表象，对其以非法吸收公众存款罪论处。

### （三）反向出罪口径：生产经营行为的实质违法性判断

本罪扩张适用的根源在于缺失以保护法益为核心的实质违法性判断。相较于融资以后进行资本运作活动而言，正常的生产经营行为对金融安全形成的现实威胁较低。反映在实质违法性层面上，也应对二者予以差异化考察，进而影响行为成立犯罪与否的判断结论。其实此种从后续资金用途到实质违法性的关联判断思路已经为司法解释所采纳。相较于2010年《非法集资解释》第3条之规定，2021年修订后的《非法集资解释》第6条在保留原解释第3条内容的同时，进一步完善了“情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理”之规定。对此，新、旧《非法集资解释》在对免处、免罪的适用领域上保持了一致，均针对“主要用于正常的生产经营活动”，而非其他资金用途。此外，当行为人能够“清退所吸收资金”且情节显著轻微危害不大时也可作无罪处理。新、旧解释关于上述规定内容的相对一致性，说明了融资用途的实际去向关涉行为违法性的有无及程度。换言之，符合本罪行为类型除具备构成要件符合性，还应实质判断行为的法益侵害性。正常的生产经营行为可能引发的融资性风险低于资本经营性行为，其对本罪法益的侵害性更低。即便生产经营造成了公众资金亏损，也包含了市场正常风险的内在因素，不宜动辄作为犯罪处理，应为民间金融留存必要的发展空间。故此，对吸收资金用于正常生产经营的行为，还应回归至实质违法性层面进行法益侵害性有无及程度的具体判断。

其实，我国刑法总则对于犯罪概念的界定亦体现出此种实质违法性的判定逻辑。《刑法》第13条“但书”将形式上符合犯罪构成要件但不具备实质法益侵害危险性的行为予以无罪处理，从而完成了从形式犯罪类型考察到实质违法性判断的递进思路。在此意义而言，于实质违法性立场出发理解可罚的违法性，其应是指量上达到一定严重程度，质上必须达到值得科处刑罚的违法性。<sup>[49]</sup> 将此种实质违法性判定思路具象化于非法吸收公众存款罪的司法实践之中，即使吸收资金的行为形式上符合非法吸收公众存款罪的构成要件，但行为人此后将吸收资金用于企业正常生产经营的行为，若积极清偿、情节显著轻微、危害不大，亦未实质性侵害到本罪金融安全法益。此处，《刑法》第13条“但书”从实质解释论的角度有效约束了刑罚权的发动，将符合本罪犯罪构成要件，但情节显著轻微危害不大的行为排除至犯罪圈之外。刑法总则此种形式加实质的犯罪概念界定方法不仅为分则个罪罪状的构置提供了指引，其背后体现的实质违法性判定思路亦应合理运用于个罪的司法判定之中，从而实现犯罪圈的理性框限。

[49] 参见张明楷：《外国刑法纲要》（第3版），法律出版社2020年版，第114页。

## 五、结 语

刑法面对不断更新的刑事政策和纷繁复杂的金融活动，需要保持必要的归责理性与处罚克制。“市场经济的本质在于鼓励经济自由与创新，若刑法过度强调对既有经济秩序的保护，经济创新行为动辄得咎，往往造成对市场主体创新动力的挫败，形成对经济社会发展源动力的扼杀。”<sup>〔50〕</sup>经济刑法的根本目的在于保护市场主体的经济自由，而非基于一般预防之需求过度前置刑法介入市场经济活动的时点。司法实践中对于本罪法益内涵的理解值得反思，应将其定位为公众存款挤兑、坏账风险，同时结合风险社会的现实情境，对本罪的构成要件要素作实质性理解。如此，不仅可合理疏解民营企业“融资难”问题，亦是对优化营商环境政策的回应。

---

**Abstract:** In accordance with the trial practice of the crime of illegally absorbing public deposits, it indicates that the crux of the generalized application of the crime is reflected in the dissimilation interpretation of the connotation of “deposits”, the formal judgment of the objects of fund-raising, and the absence of the identification of the purpose of funds. For this, the legal interest of protection of this crime should be formulated by returning to the position of financial risk prevention. Then, this can be taken as the basis to have a limited understanding of the subjective and objective elements of this crime as well as the substantive illegality. In this way, the synchronous contraction of the forward entry and reverse exit of the crime can be realized. In the end of the forward entry of crime, the objective constitutive elements are taken as the starting points to restore the deposit to the capital and currency operation behavior of repaying the principal and interest, and double “unspecified” and “majority” limits to the objects of fund raising are carried out on the one hand. On the other hand, from the elements of the subjective composition combined with the existing judicial interpretation, the use of false representation and the purpose of financing can achieve the type of behavior limited. At the end of the reversal of the crime, the actual use of the funds and the liquidation of the situation should be combined with the substantive judgment of the illegality of this crime and the degree, so as to achieve a rational limitation of the scope of punishment for the crime of illegal absorption of public deposits.

**Key Words:** deposit, the target of fund raising, purpose of funds, illegally absorbing public deposits

---

(责任编辑: 简 爱 赵建蕊)

---

〔50〕 前引〔43〕, 何荣功书, 第146页。