

非法集资犯罪共犯范围的过度扩张及其匡正

敬 力 嘉^{*}

摘 要:在司法实践中,非法集资犯罪的共犯范围存在过度扩张的现象。其主要表现为不当处罚日常职业行为、日常交易行为与专业服务行为,其产生的原因在于非法集资犯罪风险预防机制缺位、刑事政策的从重导向以及共犯可罚性实质根据缺乏。鉴于刑法应坚持介入公民生活核心范围的谨慎立场与最后手段性,应对这一过度扩张进行教义学限缩。处罚非法集资犯罪共犯的实质根据是行为对信赖法益具有抽象危险,而这一抽象危险的判断标准在于非法集资犯罪帮助行为与正犯侵害法益结果之间的主、客观危险连接。客观危险连接的判断标准在于帮助行为不具备社会相当性,并且有为获取不法利益而实施帮助行为的客观表现;主观危险连接的判断标准在于非法集资犯罪共犯的主观明知,包括对帮助行为与正犯行为整体不法性的认识,与正犯实施共同侵害法益行为的意思联络,以及对帮助行为与正犯行为整体造成侵害法益结果的追求或放任。明确共犯可罚性的实质根据,可以匡正非法集资犯罪共犯范围过度扩张的弊端。

关键词:非法集资犯罪 共犯范围 可罚性的实质根据 危险连接

一、问题的提出

近年来,我国非法集资犯罪^①案件数量、涉案金额持续上升,受害者众多且分布地域广泛,造成了重大的财产损失,诱发了破坏社会安定的风险,已成为伴随我国经济发展的常态化犯罪,是司法机关持续强力打击的对象。在此背景下,刑事责任存在泛化的风险。

2010年最高人民法院《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

^{*} 武汉大学法学院讲师、武汉大学信息管理学院博士后研究人员

基金项目:中国博士后科学基金面上资助项目(2018M642886)、中国法学会部级研究课题青年调研项目[CLS(2019)Y04]

^① 以2010年最高人民法院《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》为依据,非法集资犯罪主要包括非法吸收公众存款罪,集资诈骗罪,欺诈发行股票、债券罪,擅自设立金融机构罪,擅自发行股票、公司、企业、债券罪,组织、领导传销活动罪以及非法经营罪。笔者在本文中探讨的非法集资犯罪主要是指最常见高发的非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。

2010年《解释》)第1条第1款对非法集资的行为特征作出了限定,^①2014年最高人民法院、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2014年《意见》)第4条^②对非法集资犯罪共犯^③的处罚作出了原则性的规定。2014年《意见》第2条进一步明确,2010年《解释》第1条第1款第2项规定的“向社会公开宣传”,包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息,以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。

在司法实践中,2014年《意见》有关收取代理费、提成等费用的规定,通常被理解为构成非法集资犯罪共犯的必要条件。^④该《意见》第2条规定的“各种途径”,对向社会公开宣传非法集资的行为特征也未作实质限定。其体现的实务立场是,行为人对非法集资行为的不法性仅具备极模糊认知而获得正常收益的,其行为从原则上讲也可罚。这一立场在2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》第5条第2款^⑤的规定中也得到体现。而所谓“放任”,是将帮助行为人明知的界限扩展到消极放任。上述规定无疑会导致非法集资犯罪共犯范围的过度扩张。2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(以下简称2019年《意见》)第6条规定,将控制刑事责任范围的重任交给宽严相济刑事政策的适用者。刑事政策具有灵活性与模糊性,而该政策的适用者较难抑制司法实践中刑事责任范围的扩张惯性。本文拟探讨非法集资犯罪共犯范围过度扩张的表现及其产生的原因,并对此进行反思,继而通过厘定非法集资帮助行为刑事可罚性的教义学根据,明确非法集资犯罪的共犯范围。

二、非法集资犯罪共犯范围过度扩张的表现

对非法集资犯罪共犯范围的考察,需在当前智慧金融的语境下进行。如果说互联网金融是“互联网与金融的结合,是借助互联网和移动通信技术实现资金融通、支付和信息中介功能的新兴金融模式”^⑥的话,那么智慧金融则是在前者的基础上,以人工智能平台的深度学习能力为依托,构建跨越互联网与实体金融机构的跨企业数据场景与合作模式的新型金融业态,是金融科技应用的新模式。^⑦在智慧金融的环境下,金融业务的开展需要依靠广泛的跨企业以及企业与个人间的合作,因此,明确企业和个人参与金融业务的行为边界,对保障企业与公民个人合法从事金融业务、促进金融业健康发展至关重要。但是,依据2010年《解释》和2014年《意见》的相关规定,只要行为人的帮助行为在客观上对非法集资犯罪起促进作用,行为人在主观上对非法集资犯罪正犯行为的实施持放任态度,并从中获得收益,那么即可作为非法集资犯罪的共犯进行处罚。这在司法实践中极易导致非法集资犯罪共

① 一般认为该解释第1条第1款为非法集资犯罪确定了非法性、公开性、利诱性及社会性4项行为特征。参见卢勤忠:《非法集资犯罪刑法理论与实务》,上海人民出版社2014年版,第4页。

② 该条规定:“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任。能够及时退缴上述费用的,可依法从轻处罚;其中情节轻微的,可以免除处罚;情节显著轻微、危害不大的,不作为犯罪处理。”

③ 笔者在本文中所探讨的共犯仅限于帮助犯的情形。

④ 参见黄芳:《非法集资定罪困局之解析》,《法律适用(司法案例)》2018年第24期。

⑤ 2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》第5条第2款规定,将发送信息广告、提供场所与交通工具、协助办理公证等行为都纳入“套路贷”犯罪共犯的规制范畴。

⑥ 郭华:《互联网金融犯罪概说》,法律出版社2015年版,第23页。

⑦ 参见张斯琪:《金融科技视角下银行对民营企业的信贷支持及监管分析》,《新金融》2019年第3期。

犯范围的过度扩张,其主要表现为不当处罚日常职业行为、日常交易行为与专业服务行为3种类型。

(一)不当处罚日常职业行为

日常职业行为,是指公民实施的符合市场规则的履职行为。在智慧金融的语境下,非法集资犯罪通常表现为单位犯罪形态,除了起主要作用的主管人员外,还存在大量普通业务人员。这些业务人员(如发送传单、信息宣传非法集资的业务员,或经手资金往来但对公司非法性质、资金用途并不知情的财务人员)的行为在客观上对非法集资犯罪起直接的促进作用,也很难排除其在主观上所持的放任心态,在司法实践中通常会依据2010年《解释》及2014年《意见》的相关规定,以相关业务人员直接实施在客观上帮助非法集资犯罪的职业行为,并获得了佣金、提成等收益,在主观上对非法集资犯罪至少具备放任心态为依据,认定其行为构成非法集资犯罪的共犯。^① 笔者以司法实践中的案例为例来说明此类非法集资犯罪共犯范围的过度扩张问题。

在“温州立人教育集团有限公司、董顺生等非法吸收公众存款案”^②中,依据人民法院经审理认定的事实,该案被告人梅某是温州立人教育集团有限公司名义上的监事,无任何证据证明该被告人知晓其为该公司监事或行使监事的相关权利,实际上被告人只在该集团名下的一个高中担任出纳,不具有特殊职责,也未获得任何额外利益,但一审人民法院认定梅某作为出纳直接负责实施吸收公众存款行为,应属直接责任人员,其行为应构成非法吸收公众存款罪。作为出纳,梅某未向他人宣传立人集团吸收资金事项,也未直接向他人吸收资金,只负责经手资金往来,获取的是基本工资收入,未获得任何额外利益,其只是在实施作为出纳的日常职业行为,因此,其行为被人民法院认定为“直接负责吸收公众存款行为”实属牵强。同时,也没有任何证据证明梅某对资金来源的非法性有认识,不能将对非法集资行为的放任视为对吸收公众资金行为的放任。此外,梅某从事出纳工作,其求职与履职行为符合市场规则,而立人集团属于合法注册成立的有限公司,要求梅某实质核查立人集团业务的合法性并不合理,因为这已超出一般公民求职与履职时应履行的基于市场规则的注意义务。

在司法实践中,也多有发送传单、信息的普通业务员的行为以相同的理由被认定为非法集资犯罪共犯的案例。例如,在“徐某某、余某等非法吸收公众存款案”^③中,7名普通员工为点对点平台提供培训、策划、宣传服务的行为一并被认定为共犯进行处罚,其帮助行为的可罚性也面临同样的疑问。仅2014年—2016年,在14件已生效涉点对点网贷平台的刑事判决中,构成共同犯罪的有9件,占比69.2%,在37名被告人中,普通业务员就有14人,占比37.8%。^④ 虽然在此类判决中刑罚的适用比较轻缓(如在上述37名被告人中,以从犯论处的有27人,占比56.8%),但是无法否认非法集资犯罪共犯范围过度扩张的事实。

(二)不当处罚日常交易行为

日常交易行为,是指平等市场主体间符合市场规则的交易行为。以点对点网贷为例,无论是线上运营模式还是线上和线下相结合的运营模式,网贷平台都需要与贷款人以及资金托管第三方进行合

① 参见黄芳:《非法集资定罪困局之解析》,《法律适用(司法案例)》2018年第24期。

② 参见浙江省温州市中级人民法院(2014)浙温刑初字第76号刑事判决书。

③ 参见浙江省绍兴市上虞区人民法院(2015)绍虞刑初字第229号刑事判决书。

④ 参见李永升、胡冬阳:《P2P网络借贷的刑法规制问题研究——以近三年的裁判文书为研究样本》,《政治与法律》2016年第5期。

作。当点对点网贷平台“爆雷”^①从而涉及非法集资犯罪时,如果相关合作方与该网贷平台之间的交易行为在客观上促进了非法集资行为的实施,且行为人从中获取了利益,在主观上难以排除放任心态,^②那么在司法实践中通常会依据 2010 年《解释》及 2014 年《意见》的相关规定,将相关合作方认定为非法集资犯罪的共犯进行处罚。

试以著名的“e 租宝案”^③为例,说明此类非法集资犯罪共犯范围的过度扩张问题。在该案中,“钰诚系”的加盟机构遍布全国,这些加盟机构与“e 租宝”的核心运营主体之间不存在投资控股关系,未参与核心运营,仅为运营主体提供宣传、咨询等辅助工作,但人民法院的判决多以加盟机构明知或应知“e 租宝”的核心运营主体在从事非法集资活动,各加盟机构通过向社会公众宣传“e 租宝”的非法集资信息并从中获利为依据,将各加盟机构的行为认定为非法集资犯罪的共犯并进行处罚。

虽然在该案中“钰诚系”的加盟机构在客观上为核心运营主体提供了宣传、咨询等帮助,且从中获利,在主观上也难以排除放任心态,但是鉴于“e 租宝”有地方政府以及重要媒体背书,从事辅助工作的加盟机构与“e 租宝”核心运营主体间也不存在投资控股关系,作为平等、独立的市场主体,此类加盟机构只是在从事日常交易行为,对“e 租宝”核心运营主体集资行为的非法性并无认识,所获利益也是提供服务所获得的对价。在进行符合市场规则的交易行为前以及过程中,要求此类加盟机构对“e 租宝”核心运营主体业务的合法性进行实质审查并不合理,因为这已超出一般市场主体在选择建立合作关系时应履行的对合作伙伴的资质审查义务。以非法集资犯罪普遍地处罚此类加盟机构,实属对非法集资犯罪共犯范围的过度扩张。

(三)不当处罚专业服务行为

专业服务行为,是指提供互联网信息技术、金融合规审查、信用担保、财务会计结算等专业服务的行为。在智慧金融的语境下,非法集资信息的公开宣传、非法集资行为的实施都依赖相关专业服务的支持,对促进非法集资行为的实施,专业服务行为具有关键的不可替代的作用。提供专业服务行为的相关专业服务人员从中获取了利益,也难以排除其在主观上的放任心态,在司法实践中通常也会依据 2010 年《解释》及 2014 年《意见》的相关规定,将此类人员的行为认定为非法集资犯罪的共犯并进行处罚。

试以司法实践中的案例为例,说明此类非法集资犯罪共犯范围的过度扩张。在“钱某、许某等非法吸收公众存款案”^④中,钱某与许某二人合伙出资设立 ZM 公司,钱某为公司法定代表人,负责公司的日常经营管理。钱某后创立 ZM 点对点网贷平台,以维持平台运营需要为由,要求许某为之提供担保,许某以自己经营的 ZT 国际贸易公司为此平台提供了 1 亿元人民币的债务担保。后钱某通过该平台吸收资金后发放高利贷,以收益支付投资人本息。后因借款无法收回,公司亏损导致案发。二审人民法院以许某明知钱某以 ZM 网贷平台从事非法集资活动,仍为该平台的融资提供债务担保,使投

① 点对点网贷平台的“爆雷”,是指平台因逾期兑付而出现的提现困难、停业、倒闭、清盘、跑路、失联等现象,被确认出现提现困难、停业、跑路、经侦介入等情形停止运营的平台,也叫“爆雷平台”或“问题平台”。参见张爽:《P2P 网络借贷风险化解的说理语境探析——也谈 P2P 非法集资出资人的被害性》,《重庆理工大学学报》(社会科学版)2018 年第 10 期。

② 参见王全、陈祥民、李胜楠:《互联网非法集资犯罪“加盟型”共犯的认定与证据规格——以“e 租宝”互联网非法集资案为研究视角》,《中国刑警学院学报》2016 年第 4 期。

③ 参见《e 租宝案惨淡落幕:涉案 762 亿元,投资 100 元最多拿回 25 元》, https://www.sohu.com/a/233089804_104421, 2019-04-23。

④ 参见浙江省湖州市中级人民法院(2018)浙 05 刑再 1 号刑事判决书。

资者更加相信投资债权的受保障程度为理由,认定许某的行为构成非法吸收公众存款罪的共犯。在“陈某等非法吸收公众存款案”^①中,广东省深圳市前海某互联网金融服务有限公司于2015年12月上线某财富平台,专营互联网点对点投资信息中介业务,陈某系该公司技术总监,具体工作为带领技术人员对平台网页进行改版、修改首页布局、网页色调、上传标的、开发电子合同、处理服务器日常问题等,保障该平台正常运营。截至2017年,该公司累计发布600个投资标的,获得投资款约1.36亿元人民币,其中累计有5491万余元人民币投资款未能结清导致案发。二审人民法院认定陈某为该公司非法吸收公众存款提供了技术支持,其行为构成非法吸收公众存款罪的共犯。

在上述前一个案件中,许某以自营的ZT国际贸易公司为ZM网贷平台提供担保,在客观上直接促进了钱某实施非法集资行为,但本案的证据只能证明钱某向许某介绍了此点对点平台的资金中介经营模式,许某明知该平台运营的资金系融资所得,无证据证明许某明知该平台运营资金系“非法吸收公众存款”所得,后者需要满足“非法性+公开性+利诱性+社会性”4项特征,远非前者可以涵盖。在上述后一个案件中,人民法院认定陈某“为非法融资提供技术支持”,却并无任何证据予以证明,在入罪根据上同样面临笔者对上述前一个案件所提出的疑问。这两份判决存在的重大问题,在于人民法院并未充分认识到,作为法定犯,“非法吸收公众存款”的行为不是事实性行为,而是需要填充规范内涵的行为类型,不能为了认定共同犯罪的故意“而将非法吸收公众存款罪删减为向他人借钱”。^②由此可见,认定许某和陈某的行为构成非法吸收公众存款罪,无疑属于对非法集资犯罪共犯范围的不当扩张。

三、非法集资犯罪共犯范围过度扩张的原因

(一)非法集资犯罪风险预防机制缺位

从宏观监管体系层面看,构建健全的非法集资犯罪风险预防机制有助于实现对被害人经济利益的预防性保护,而这一风险预防机制缺位,会导致国家尽可能偏重对被害人经济利益的补偿性保护,进而致使非法集资犯罪共犯范围的过度扩张。

正如上文所述,非法集资犯罪所造成的风险主要是损害被害人经济利益与社会公共秩序。在当代社会,此类风险是人类理性发展的必然结果,是社会经济发展过程中伴生的体系性风险,从某种程度上讲不可能被完全消灭,只能根据人类社会共同认可的行为准则,对此类风险进行系统化调控。将风险转化为实害的可能性尽可能降低,或者尽可能分散犯罪行为所造成的危害结果至可承受的程度,^③是犯罪风险预防的应有之义。从这一体系化立场出发,就非法集资犯罪风险的预防机制而言,在社会发展层面,应处理好风险监管与金融创新需求之间的关系;在个体发展层面,应处理好市场主体的发展与对既有金融制度保护之间的关系。根据这一标准进行检视会发现,我国当前的非法集资犯罪风险预防机制存在风险监管措施滞后、粗放以致金融创新在野蛮生长与严格受限间大幅摇摆,以及偏重对金融管理秩序的保护以致市场主体金融交易自由空间不足等问题。

^① 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03刑终618号刑事判决书。

^② 陈金林:《谨防通过共犯的连坐:论非法吸收公众存款的责任边界》, <https://zhuanlan.zhihu.com/p/56699520>, 2019-04-24。

^③ 参见敬力嘉:《网络服务提供者的间接刑事责任——兼论刑事责任与非刑事法律责任的衔接》,载张平主编:《网络法律评论》,北京大学出版社2018年版,第160~163页。

就前者而言,以点对点网贷为例,自党的十八届三中全会把互联网金融列入国家战略以来,基于巨大的民间资本存量与小微企业巨大的融资需求,点对点网贷平台以金融创新的姿态,在缺乏监管的状态下迅速野蛮生长。直到2015年下半年一系列大案频发,才引起相关监管机构重视,出台了一系列规范性文件,试图从点对点平台的性质、业务形态、资金托管等方面对其运行加以规范。^①然而这些只属于金融监管制度的应急性改革,只着眼于限制点对点平台的经营行为,未对银行存管与金融备案制度、通信部门的许可证制度、互联网金融领域的广告监管制度、征信体系等进行配套改革,^②最终会产生抑制金融创新的效果。就后者而言,金融风险的长尾性、可异变性,是坚持金融市场严格准入制度的基本理由。^③然而,调控金融风险是为了保护金融制度,即维护市场主体金融交易自由的良好运行,而非保护国有金融机构的特许经营利益,国有金融机构也应以市场需求为导向,进行进一步的体系化改革。概言之,进一步健全非法集资犯罪风险的预防机制,是避免非法集资犯罪共犯范围过度扩张的重要保障。

(二)刑事政策的从重导向

在处罚非法集资犯罪的刑事政策层面,虽然2014年《意见》第4条和2019年《意见》第6条都明确体现了宽严相济刑事政策的要求,但是我国对非法集资犯罪在总体上仍以“严打”政策为导向。这容易导致非法集资犯罪共犯范围的过度扩张。非法集资犯罪的高发会给广大民众带来巨额的经济损失,而由于受害人众多,因此容易引发群体性事件、上访等影响社会稳定的问题。例如,2018年6月中旬发生了点对点网贷平台“爆雷潮”事件,^④严重侵害了投资人特别是广大散户投资人的财产利益,^⑤同时由于被害人众多,大规模的维权行动引发了侵害社会公共秩序的风险,因此,司法机关对非法集资犯罪始终保持“严打”的态势。2018年,全国公安机关共立非法集资案件1万余起,同比上升22%;涉案金额约3000亿元,同比上升115%,波及全国各个省(自治区、直辖市)。重大案件多发,平均案值达2800余万元,同比上升76%。^⑥从案件数量和涉案金额大幅上升的趋势看,“严打”并未取得预期的效果。然而,2019年全国公安机关仍在继续开展打击非法集资行为的专项行动。^⑦这种运动式的打击犯罪模式既未起到遏制非法集资犯罪的显著效果,也存在打击犯罪扩大化的显著风险,从长远看,有可能导致民间借贷与金融市场的萎缩,不利于金融创新与经济发展。

① 2016年2月,国务院发布《关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》,要求各地区有关部门密切关注点对点网络借贷等领域,完善法规,尽快出台点对点网络借贷等领域的监管细则。2016年3月,由中国人民银行牵头组建的中国互联网金融协会正式成立,协会对点对点平台信息披露、统计数据报送行为进行了规范;2016年8月,银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室联合发布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》,明确了网贷监管体制、网贷业务规则,对网贷业务管理和风险控制提出了具体的要求。

② 参见廖天虎:《论P2P网贷的刑事法律风险及其防范》,《中国政法大学学报》2018年第1期。

③ 参见江海洋:《金融脱实向虚背景下非法吸收公众存款罪法益的重新定位》,《政治与法律》2019年第2期。

④ 参见张爽:《P2P网络借贷风险化解的说理语境探析——也谈P2P非法集资出资人的被害性》,《重庆理工大学学报》(社会科学版)2018年第10期。

⑤ 参见陈小杉:《论P2P平台非法吸收公众存款罪风险及承担》,《时代法学》2016年第3期。

⑥ 参见《公安部:2018年侦办非法集资案万余起 涉案金额3千亿》, <https://tech.sina.com.cn/i/2019-01-30/doc-ihqfskcp1722372.shtml>, 2019-04-16。

⑦ 参见《深入开展打击非法集资犯罪专项行动 坚决维护国家政治安全经济安全和社会稳定》,《中国防伪报道》2019年第1期。

化解非法集资犯罪对社会公共秩序所产生风险的着力点,在于维护被害人的经济利益。^① 在中国的语境下,扩大非法集资犯罪共犯的处罚范围以增加退赔责任人,就成为尽可能为被害人挽回损失的务实选项。例如,在“e租宝案”中,通过将全国 38 家“e租宝”加盟机构认定为非法集资犯罪的共犯,处罚金总计 20 亿元人民币以上,就是为了补偿被害人的经济损失。然而,以破坏个人责任原则、滥用共犯归责原理为代价去实现补偿被害人经济损失的目标,恐怕是刑事法治不能承受之重。

(三)共犯可罚性实质根据缺乏

在刑法教义学层面,处罚共犯的边界应当从其处罚根据中探求。2019 年《意见》第 6 条“惩处少数、挽救大多数”“按照区别对待原则分类处理涉案人员……做到罚当其罪,罪责刑相适应”“重点惩处非法集资犯罪活动的组织者、领导者和管理人员以及其他发挥主要作用的人员”等表述,只体现了宽严相济刑事政策对控制非法集资犯罪共犯处罚范围的原则性要求,对非法集资犯罪共犯的处罚根据仍未明确。

2014 年《意见》第 4 条规定,为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,“构成非法集资共同犯罪”的,应当依法追究刑事责任。换言之,为他人非法集资提供帮助并收取相关费用的行为是否构成非法集资犯罪的共犯应当做进一步的判断。而通过上文对非法集资犯罪共犯范围过度扩张表现的考察可以发现,司法机关通常直接将“提供帮助并收取费用”作为构成非法集资犯罪共犯的认定标准,共犯可罚性缺乏实质根据的弊端由此得到充分体现。因此,在教义学层面探索基于法益侵害的共犯可罚性评价标准,是匡正非法集资犯罪共犯范围过度扩张的重要举措。

四、对非法集资犯罪共犯范围过度扩张的省思

(一)对刑法介入公民生活的核心范围应持谨慎的立场

在公民基本权利保护层面,刑法应谨慎介入公民生活的核心范围,避免将非法集资犯罪共犯的范围过度扩张。“公民生活的核心范围”,是德国联邦宪法法院通过判例所发展出的概念,是指宪法层面行为自决与人格发展的权利,即使与此类权利相冲突的利益也重要,仍不足以将对此类权利的克减正当化。^② 刑法原则上不能介入公民生活的核心范围,但这一核心范围本身并不绝对,会随着社会发展发生变化。在刑法教义学层面,根据法益保护原则与比例原则的要求,衡量为保护特定法益通过刑法克减公民行为自决与人格发展权利的合比例性,是刑法保护公民生活的核心范围的必然要求,而合比例性的基本要求是,对于公民施行自身行为自决与人格发展权利的行为,即使可能因为刑法的禁止规范被刑法处罚,也应有决定实施此行为的自由。^③

我国宪法学中虽无这样的教义学规则,但根据 2018 年修正的《中华人民共和国宪法》第 38 条、第 42 条的规定,我国公民的人格尊严与劳动权属于受宪法保护的基本权利,适用保护公民生活核心范围的衡量规则应无障碍。具体来说,由于公民的日常职业行为、日常交易行为与专业服务行为属于保障自身人格尊严与劳动权的行为,不可因刑法将其纳入处罚范围就使刑罚风险对公民常态化从事此类行为产生实质妨害,因此不能通过刑法将此类行为一般化地标识为“具备非法集资犯罪风险”。也

① 参见莫洪宪、敬力嘉:《被害人保护与涉众型经济犯罪治理——以风险分配为视角》,《人民检察》2017 年第 11 期。

② Vgl. BVerfGE 115, 118 ff.

③ Vgl. Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 288.

就是说,未经规范评价时,此类行为不可被先在地视作刑法意义上的帮助行为,继而模糊可罚与不可罚行为的界限。

在传统的刑法学理论中,为了避免将公民实施的此类行为普遍作为共犯处罚,通常会将其作为中立帮助行为,探讨限制处罚它们的根据。然而“中立帮助行为”概念本身就具有极强的误导性:不考虑行为是否具备对法益的客观危险性,如何能称为“中立”?不考虑行为人是否具备共同犯罪的故意,如何能称为“帮助”?概言之,此类日常行为自身既不“中立”,也非“帮助行为”。因此,为了限制对“中立帮助行为”的处罚范围,在共犯语境下提出的诸多主、客观学说,^①均脱离了问题的本质:将此类行为视作“帮助行为”,事实上已将它们标识为“具备构成犯罪的风险”。在此基础上,为了避免刑事责任泛化,再为此类行为创设特别的免责条件,已不具备正当性和有效性。剥开“中立帮助行为”的外衣,厘清此类日常行为是否符合非法集资犯罪共犯的可罚性标准,才是应当遵循的理论进路。

(二)对刑法最后手段性的坚持

当今时代,犯罪预防被从刑罚处罚的附随效果提升为国家刑事政策主动追求的目标,也就是刑法的功能。^②刑法已成为“全新的综合性安全框架”,^③亦即犯罪风险预防机制的一部分。为了避免刑罚恣意发动而对公民的自由、财产和生命进行不正当限制与剥夺,在对非法集资犯罪的治理中,应坚持刑法的最后手段性,避免该类犯罪共犯范围的过度扩张。

刑法的最后手段性具备两重含义:第一,必须在所有可用的社会控制措施中考察、比较刑法与其他可能的替代措施;第二,由于刑法在适用过程中作为手段的刑罚是最严厉的强制措施,错误适用该措施会给公民个体和社会带来严重的负面后果,因此,刑法不能被作为纯粹的社会治理工具,对刑法的适用必须有法治控制机制的保障。^④刑法的最后手段性不是指穷尽非刑罚手段无效之后才能适用刑法规制,而是指与其他制裁措施进行衡量后,依据明确的限定标准确定是否适用刑罚。只有明确刑法适用的限定标准,才能够明确刑法的处罚范围,进而与其他制裁措施的处罚范围进行衡量,以确定其功能边界,从而对具体犯罪行为确定应当适用的制裁措施。因此,刑法最后手段性的核心含义应是明确刑法适用的限定标准,以厘清刑法的功能边界。所谓“最后”,是指基于刑罚的严厉性,与其他社会治理手段相比,刑法的适用应最为谨慎、限定标准应最为明确及具体。在司法论层面,其是指行为刑事可罚性的判断标准应最为明确及具体。

坚持刑法的最后手段性与刑法积极参与非法集资犯罪治理并不冲突。只有当非法集资犯罪共犯可罚性的判断标准明确而具体时,才能在避免刑法抑制其他社会治理机制积极作用的前提下,为非法集资犯罪风险预防机制的体系化构建提供可信赖的安全保障。

五、非法集资犯罪共犯范围过度扩张的教义学限缩

(一)处罚根据:对信赖法益的抽象危险

1.“修正混合惹起说”的基本观念

当前,以因果共犯论(或称“惹起说”)作为共犯处罚根据的观点,在德、日以及我国学界基本处于

① 参见陈洪兵:《论中立帮助行为的处罚边界》,《中国法学》2017年第1期。

② 参见劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。

③ 参见[德]汉斯·约格·阿尔布莱希特:《安全、犯罪预防与刑法》,赵书鸿译,《人民检察》2014年第16期。

④ Vgl. Lüderssen/Nestler—Tremel/Weigend(Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima—ratio—Prinzip, 1990, S.11.

通说地位,认为“处罚共犯的原因在于其共同惹起了正犯所实现的法益侵害结果”。^① 针对共犯的不法是否具备独立性,存在“纯粹惹起说”“修正惹起说”与“混合惹起说”3种主要学说。持“纯粹惹起说”者主张共犯不法具备独立性,共犯对正犯只具备“事实的依存性”,^②应以不法的从属性作为可罚性条件,或分析刑法分则中适合共犯实施的构成要件要素^③以限缩处罚范围。然而该说以共犯的行为无价值作为其不法根据,偏离了以法益侵害为基础的因果共犯论的基本立场,也放弃了共犯不法从属性所征表的法治国要求,无法避免共犯可罚性的恣意扩张,因而现在基本为德、日以及我国学界所抛弃。^④

然而吊诡的是,针对部分事实性帮助行为被独立入罪的立法现象,我国学者提出了“帮助行为正犯化”的命题,径直以所谓“实质共犯论”^⑤为依据,认为共犯的处罚依据是独立的侵害法益结果或抽象危险,主张对可能侵害重大法益的事实性帮助行为,如网络环境中的技术支持行为,可以适用刑法处罚。^⑥ 相较于“纯粹惹起说”,这样的学说在主张共犯不法完全独立的基础上,更彻底地抛弃了对共犯可罚性扩张的教义学限制,将这一重任全部交给刑事政策的适用者。这既不能明确入罪的事实性帮助行为独立的不法类型,也破坏了共犯理论对刑罚恣意扩张的限制功能。若以此为基础解释相关司法解释关于非法集资犯罪共犯处罚的规定,则可能导致非法集资犯罪共犯范围的不当扩张。

“混合惹起说”和“修正惹起说”都承认共犯不法的从属性,二者的区别在于,前者认为共犯不法是由正犯不法与自身的法益侵害性共同构成,部分从属、部分独立于正犯不法,后者则认为共犯不法从属于正犯不法。前者有限地承认“不存在共犯的正犯”,后者则基于共犯不法的从属性对此完全否定。^⑦ 与以上二说不同的是,笔者认为共犯虽从属于正犯,但不是规范层面共犯不法对正犯不法的从属,而是事实层面共犯行为对正犯构成要件行为的从属。在规范层面,共犯不法应被理解为共犯行为针对正犯构成要件所保护法益造成侵害结果或对其具备抽象危险,具备独立的不法内涵。^⑧ 若共犯行为不能被评价为具备侵害法益的抽象危险,则不具备刑事可罚性。这是个人责任原则的基本要求。在此前提下,“不存在共犯的正犯”完全可能存在。依照这样的理论进路,既可避免持“修正惹起说”者主张违法完全连带所导致共犯可罚性实质标准的缺失,也可避免持“混合惹起说”者所导致的“违法结果二元论”^⑨的逻辑缺陷。正犯实施符合构成要件的行为是共犯刑事可罚性的形式界限,共犯行为具备侵害法益的抽象危险是共犯刑事可罚性的实质底线。笔者虽主张以法益侵害性作为共犯可罚性的实质底线,但在进一步厘清共犯对正犯的从属是事实层面行为的从属而非规范层面不法的从属之后,可以称得上是对“混合惹起说”的修正。

① 参见[日] 高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军等译,中国人民大学出版社2010年版,第114页。

② Vgl. Lüderseen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25, 119.

③ Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1976, S. 542 f.

④ 参见钱叶六:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第18~21页。

⑤ 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期。

⑥ 参见于志刚:《共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理——以“帮助信息网络犯罪活动罪”立法定位为角度的分析》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期。

⑦ 参见[日] 高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军等译,中国人民大学出版社2010年版,第134页。

⑧ Vgl. Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre, 2019, S. 370.

⑨ 参见钱叶六:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第107页。

近来有些学者提出双层区分制的解决方案,^①其理论依据是“修正惹起说”。针对非法集资犯罪这样侵犯法益内涵抽象、构成要件概括的犯罪,该方案无法解决共犯范围不当扩张的问题。因为刑罚发动的正当性不仅有赖于刑罚目的确定,还有赖于行为不法的确定,^②而行为不法确定的前提是法益内涵与构成要件类型的确定。基于这一观念,进一步明确立法者设立非法集资犯罪相关罪名所保护法益的内涵及其构成要件类型实属必要。

2.对非法集资犯罪既有法益观的反思

自法益理论被引入我国开始,围绕法益概念的内涵与功能便聚讼不休。以目前占据通说地位的实质法益理论为出发点,法益既具备实在利益维度,也具备价值维度,真正决定法益内涵的是价值之维。持“实质法益论”者认为,法益内涵的价值基础不应只由立法目的决定,还应有其他来源对其施加批判性影响,也就是希望通过价值评价保持对实定法的批判功能。^③然而,价值标准具有开放性,导致刑罚目的——法律适用者的目的考量越来越多地影响法益内涵。在积极一般预防目的的导向下,法益的内涵被不断抽象化,使之逐渐失去基本的定型性。而弥补法益内涵规范标准的阙如,又使法益逐渐无法作为司法论层面适用的基准。而无法指导构成要件解释的法益,似乎只能成为证立刑法扩张的合理性依据。

从这样的理论视角看,可以更好地理解我国学界有关非法集资犯罪的既有法益观。非法集资犯罪被规定在1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第3章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中,其中非法吸收公众存款罪规定在第3章第4节“破坏金融管理秩序罪”中,集资诈骗罪规定在第3章第5节“金融诈骗罪”中。因此,持传统观点者认为非法吸收公众存款罪侵犯的法益是金融管理秩序,^④集资诈骗罪侵犯的法益是金融管理秩序以及公私财产权。^⑤基于对非法吸收公众存款罪立法合理性的质疑,对于该罪所侵犯的法益,我国学界存在“金融交易秩序说”^⑥、“公众投资者资金安全说”^⑦、“金融管理秩序或公众资金的安全性说”^⑧、“金融风险控制化解说”^⑨等多种学说。学者试图确立适宜的法益作为该罪立法的合理性基础,在罪名的解释适用上将该罪理解为行为犯,以相关司法解释规定的非法吸收公众存款行为的特征为依据,法益不具备指导构成要件解释的功能。

然而正如上文所述,确定法益的内涵是确定行为不法的前提。法益应当是可以被伤害的事实,^⑩

① 参见王霖:《网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造——共犯归责模式的回归》,《政治与法律》2016年第9期;孙运梁:《帮助行为正犯化的教义学反思》,《比较法研究》2018年第6期。

② Vgl. Zaüfal, Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten? Die Bestimmtheit von Strafnormen als hermeneutisch-methodisches Problem im Verfassungsstaat, 2018, S. 282.

③ Vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 273 ff.

④ 参见高铭暄、马克昌:《刑法学》,中国法制出版社2017年版,第399页。

⑤ 参见李赫:《集资诈骗罪的保护法益探析》,《中州学刊》2015年第2期。

⑥ 参见乔远:《刑法视域中的P2P融资担保行为》,《政法论丛》2017年第1期。

⑦ 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》,《当代法学》2018年第3期。

⑧ 参见魏东、田馨睿:《论非法吸收公众存款罪的保守解释——侧重以〈网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法〉为参照》,《河南财经政法大学学报》2017年第3期。

⑨ 参见江海洋:《金融脱实向虚背景下非法吸收公众存款罪法益的重新定位》,《政治与法律》2019年第2期。

⑩ Vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 399 ff.

如果法益只是精神性的价值而与现实生活没有任何关联,那么对它的伤害将无法衡量。^① 秩序、制度、安全类法益除了征表刑法规范的效力之外,并无实质的内涵。对此类法益的侵害无法衡量,属于典型的表象法益。而将所谓“金融风险防控化解”作为法益,实属对法益概念的误用,其主张的实质是将金融风险作为刑法法益,无疑不能被接受。学者对于金融管理秩序和公私财产权应为集资诈骗罪侵犯的复合法益并无争议,争议的核心在于二者地位的主次,研究的重点在于行为人是否具备非法占有目的。总体而言,非法集资犯罪侵犯的法益的内涵并未被厘清,其解释论功能也被忽视。

3. 信赖法益的确立

笔者认为,非法集资犯罪侵犯的法益应是公民对金融交易制度既存的信赖。当代社会金融市场的发展日趋复杂,逐渐形成市场交易主体间信息不对称的常态,进而催生了合作需求,这一合作需求是信赖产生的基础。正如德国学者卢曼所言:“信赖是源于过去并指向未来的、对复杂性的削减。”^② 由于亲自掌控金融交易的全部流程过于复杂,因此市场交易主体基于信赖甘愿承担风险而放弃对交易流程的亲自掌控。但信赖并不只是人的主观感受,它还依赖人作出行为决策的可信赖环境。刑法需要保护的并不是作为心灵现象的信赖,而是这一客观存在的可信赖环境,也就是对具体制度的信赖。“信赖”不同于“信用”。我国有的学者主张的“信用利益”,其本质是金融交易管理秩序,^③其实质内涵是金融监管规范的效力,不属于制度信赖的范畴。

在刑法规范视阈中,制度信赖可以分为对规范效力的信赖与对具体制度的信赖两个层次。前者是法益保护内涵的要素,是通过法益保护可以达成的效果,而非待保护的法益本身,后者才是有待刑法保护的集体法益。由于对制度的信赖与对个人的信赖一样,背后的法益主体都是具体的个人,因此对它的侵害是现实的。但对制度信赖来说,只有“完全信赖”或“完全不信赖”对人的行为有引导作用,“有一点信赖”的说法没有实际意义。例如,在某国航空公司的航班连续出现事故后,如果再也不乘坐该公司的航班,那么乘客对该公司航班安全性的信赖就被侵害了。如果乘客怀着惴惴不安的心情仍然乘坐该公司的航班,那么表明其基于信赖的行为并未改变,即其信赖并未被侵害。因此,侵害制度信赖的结果不法无需被具体量化,^④不存在需要判断制度信赖被侵害的临界点问题,侵犯信赖法益的构成要件类型不是累积犯,而是抽象危险犯。^⑤

既然非法集资犯罪的正犯不法为对信赖法益的抽象危险,那么其共犯不法应以对信赖法益的抽象危险为必要。鉴于侵害法益的抽象危险不是行为的客观属性,而是通过构成要件符合性判断后,对所处罚行为与直接侵害法益结果(实害结果或具体危险)之间规范连接的评价结果,^⑥对非法集资犯罪帮助行为刑事可罚性的判断,就不应再遵循“是否与正犯法益侵害结果具备物理或心理因果性”,以

① Vgl. Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 92.

② Luhmann, Vertrauen, 1999, S. 23 f.

③ 参见钱小平:《中国金融刑法立法的应然转向:从“秩序法益观”到“利益法益观”》,《政治与法律》2017年第5期。

④ Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 130 f.

⑤ Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 253 f.德国学者黑芬德尔在该书中明确指出,类似于“资本市场的正常运行”这样的法益,其内涵仅为规制资本市场法规范的效力,属于典型的表象法益。我国有学者基于对此处论述的误解,认为黑芬德尔所主张的制度信赖法益包括此类法益,对此需要予以纠正。黑芬德尔的确主张侵害信赖法益的经济犯罪应适用累积犯法理,但笔者对此持不同的观点。

⑥ 参见敬力嘉:《实质预备犯语境下宣扬恐怖主义、极端主义罪的教义学重述》,《当代法学》2019年第4期。

及“是否强化、促进正犯的危险制造和实现”^①这两个事实性^②标准,而应遵循上文所述规范连接是否能证成这一规范性标准。而基于事实层面共犯行为对正犯行为的从属性,对于抽象危险犯的帮助行为,如果缺乏行为人主观的危险连接,其行为客观危险性的实现难以归属于帮助行为人,那么非法集资犯罪帮助行为与正犯直接的法益侵害结果之间应同时具备主、客观的危险连接,对此下文将做进一步的探讨。

(二)非法集资犯罪帮助行为的客观危险连接

非法集资犯罪帮助行为与正犯侵害法益结果间应具备客观危险连接。根据德国学者雅各布斯观点,当行为具备外在危险性时,便已脱离公民生活的核心范围,可以为刑法所规制。^③所谓“外在危险”,可以理解为帮助行为对正犯侵害法益结果物理或心理的促进作用。然而,对于非法集资犯罪来说,相关日常行为都可以被认为具备对信赖法益的外在危险性,如果一概肯定它们的可罚性,那么等于为每位公民赋予了防止犯罪的警察义务,存在导致金融交易停滞的风险。因此,持传统理论者主张在具备外在危险性的行为中,只有不具备社会相当性者才能受到刑法处罚。对社会相当性较为通行的理解是行为具备日常性。例如,日本学者松宫孝明主张,如果行为具备日常性,那么应排除其与引起正犯侵害法益结果的因果性。^④但是,行为社会相当性的判断不能依赖“日常性”标准。因为行为的日常性通常是判断行为与正犯侵害法益结果具备客观危险连接的起因,而非否定这一客观危险连接的标准。不过,对行为社会相当性的判断仍具有不可替代的理论价值。为了确保金融活动的顺利进行,在具备日常性但可促进正犯侵害法益结果形成、具备“外在危险”的行为中筛选出不可罚的行为类型,是刑法学理论需要回应的时代需求。因此,需要构建规范评价标准来判断非法集资犯罪帮助行为与正犯侵害法益结果之间的客观危险连接,并以此为依据来评价具备“外在危险”的日常行为是否能成为刑法规范视阈下的帮助行为。

笔者认为,这一规范评价标准应包含两条对行为社会相当性的具体判断规则:(1)对于日常职业行为与专业服务行为,应评价行为主体是否履行求职、履职与提供专业服务时应履行、基于市场规则的注意义务。2017年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫案件适用法律若干问题的解释》(以下简称2017年《卖淫案件解释》)第4条第2款的规定^⑤,可以支持笔者的观点。在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所从事保洁、收银、保安等工作的人员,其行为在客观上为组织卖淫活动提供了物质或精神上的帮助,未必不知道该场所在从事组织卖淫活动,但2017年《卖淫案件解释》并未将其认定为协助组织卖淫罪,因为该类主体履行了其相应的注意义务,不宜认定此类主体的日常职业行为与组织卖淫罪的侵害法益结果之间具备客观危险连接,继而以协助组织卖淫罪进行处罚。(2)对于日常业务行为,应评价行为主体是否履行选择建立合作关系时应履

① 周光权:《中性业务活动与帮助犯的限定——以林小青被控诈骗、敲诈勒索案为切入点》,《比较法研究》2019年第5期。

② 客观归责理论提供的标准在判断侵害法益结果与行为间归属关系的层面是规范性的,也就是将因果关系抽象为“法益侵害危险的制造与实现”,但在确定行为与行为人间归属关系的层面仍是事实性的,在本质上还是以“是否强化、促进”这一事实标准作为“帮助”行为的本质特征。

③ Vgl. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751 (766).

④ 参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第219页。

⑤ 该条款规定:“在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所担任保洁员、收银员、保安员等,从事一般服务性、劳务性工作,仅领取正常薪酬,且无前款所列协助组织卖淫行为的,不认定为协助组织卖淫罪。”

行、对合作伙伴的资质审查义务。当金融市场平等的市场主体选择合作伙伴开展业务活动时,为了不让金融市场的经营与交易活动陷入不可预测的刑罚风险,保障金融市场有序流畅运转,只要市场主体对合作伙伴履行了符合市场规则与法律规定的资质审查义务,就应当推定对方具备合作资质,而不应要求他们对对方业务行为的合法性进行实质审查,否则就等同于为市场主体强加了普遍的犯罪风险审查义务,会给一般市场主体带来不可承受之重。2014年修正的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第7条第2款^①的规定可以作为支持笔者观点的论据。

在通过以上两条规则判断此3类日常行为是否具备社会相当性的基础上,还应判断行为是否有侵害法益目的的客观体现。这一标准是德国联邦宪法法院在其一项判决中针对《德国刑法》第202c条(预备探知、拦截数据罪)发展出来的。由于计算机程序本身被用于合法或不法用途均可,因此对于该条第1款第2项规定的“计算机程序”,德国联邦宪法法院要求必须满足为了实施探知数据罪和拦截数据罪而设计或者改制这一客观特征。^②从规范层面看,这一标准可用于完善行为与正犯侵害法益结果间客观危险连接的判断。由此,2014年《意见》第4条对“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助而获利”的规定,应更正为“为了获取不法利益为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助”。

因此,只有日常职业行为与专业服务行为主体未履行求职、履职与提供专业服务时应履行、基于市场规则的注意义务,日常业务行为主体未履行选择建立合作关系时应履行、对合作伙伴的资质审查义务时,此3类行为才不具备社会相当性。在此基础上,只有当3类行为具备行为主体为获取不法利益而实施的客观体现时,才符合非法集资犯罪帮助行为与正犯侵害法益结果间客观危险连接的要求,才能将其评价为非法集资犯罪的帮助行为。

(三)非法集资犯罪帮助行为的主观危险连接

共犯行为对正犯行为事实层面的从属性,要求日常行为在与正犯侵害法益结果间具备客观危险连接的基础上还应具备主观的危险连接,才能作为非法集资犯罪共犯的不法内涵。

根据1997年《刑法》第25条的规定以及共犯理论的基本法理,共犯刑事责任的认定要求犯罪参与人具备共同故意。在客观归责理论语境下,以日常行为人是否确切地认识到正犯的犯罪计划,也就是对正犯的犯罪计划具备“直接故意”或“未必的故意”为标准,来判断日常行为人的行为是否制造了法不允许的风险从而是否承担共犯责任的观点,^③事实上脱离正犯的构成要件及其保护的特定法益,为“中立”的日常行为创设独特的主观罪过认定标准的做法并不可取。根据本文确立的共犯处罚根据,帮助行为人应明知的是自己的行为与正犯实施的构成要件行为可造成共同的侵害法益结果。这一主观明知即为帮助行为与正犯侵害法益结果之间的主观危险连接。

具体来说,这一主观明知的内容应包括帮助行为与正犯行为整体的不法性,也就是二者结合可造成正犯构成要件所保护的法益被侵害的结果,共犯与正犯行为人之间关于实施共同侵害法益的意思联络,以及行为人对帮助行为与正犯行为整体造成侵害法益结果的追求或放任。而根据2014年《意见》第2条以及第4条的规定,结合本文所考察的非法集资犯罪共犯范围过度扩张的表现可以发现,

^① 该条款规定:“以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的,对违法犯罪行为予以追究、处罚时,应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。”按照本条款的规定,即使以违法犯罪所得货币出资取得股权,也不影响其他参与合作主体的行为效力,只要求剥夺违法犯罪嫌疑人对利益的享有。

^② Vgl. BverfG, NJW 2006.

^③ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2006, 4. Aufl., S. 206 ff.我国刑法学界也有学者持类似的观点。参见刘艳红:《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》,《法商研究》2016年第3期。

在非法集资犯罪的场合,司法机关认定的共犯“明知”通常不包含帮助行为与正犯行为整体的不法性,只要求共犯明知正犯行为的实施,并且只需具备与正犯行为人之间共同实施行为的意思联络,在这一前提下,还只要求共犯具备对帮助行为与正犯行为整体造成侵害法益结果的放任。这导致待评价日常行为与正犯侵害法益结果间缺乏主观危险连接,致使非法集资犯罪共犯的范围过度扩张。

笔者认为,在非法集资犯罪共犯的主观明知中,对帮助行为与正犯行为整体不法性的认识,以及二者关于共同实施法益侵害的意思联络必不可少,前者要求区分对经营行为的认识与对非法集资行为的认识,后者则要求区分对非法集资行为的认识与参与共同犯罪的故意。在前两者均具备的前提下,可以要求行为人对帮助行为与正犯行为整体造成侵害法益结果只具备放任的心态。否则,只要放任非法集资犯罪行为人为人获得自己的帮助便可与之构成共犯,那么这样的明知过于模糊,完全无法满足非法集资犯罪帮助行为所要求的主观危险连接的基本要求,并且违反个人责任原则,以此为依据将日常行为作为非法集资犯罪共犯处罚不具备合理性。2010年《解释》第3条“非法吸收或变相非法吸收公众存款的数额以行为人吸收的资金全额计算”的规定,实质上体现了行为人只应为自己非法集资故意支配下直接吸收的资金承担刑事责任的要求。令人遗憾的是,该条规定只在定罪之后确定行为人为人吸收资金的数额时才被予以考虑,而未被纳入非法集资犯罪共犯入罪标准的体系考量之中。通过厘清非法集资犯罪共犯明知的内容,可以明确非法集资犯罪帮助行为主观危险连接的评价标准,充实非法集资犯罪共犯的不法内涵。

最后还需探讨的问题是,在通过信息网络实施此类日常行为时,如何厘清非法集资犯罪共犯与帮助信息网络犯罪活动罪之间的关系。笔者认为,帮助信息网络犯罪活动罪不属于“帮助行为正犯化”,而是侵犯独立信息法益的实质预备犯。法条规定的“利用信息网络实施犯罪”不是指利用信息网络实施所有的犯罪,而仅指利用信息网络实施侵犯独立信息法益的犯罪。^①因此,当单位或个人明知他人在实施非法集资犯罪仍为其提供互联网接入、通讯传输等技术支持或广告推广、支付结算等帮助时,应当根据非法集资犯罪共犯可罚性的评价标准,判断是否应当将其作为非法集资犯罪的共犯进行处罚。

六、结语

在当前智慧金融的背景下,面对严峻的非法集资犯罪态势,扩大刑法的打击范围似乎既可提前介入并阻断侵害法益进程,也能扩大退赔责任人的范围,最大限度地实现刑法的法益保护功能。但是,如果这一目标的实现需要以滥用共犯原理、破坏个人责任原则为代价,那么恐怕是刑事法治不可承受之重。毕竟“希望拥有自由者,必须要准备好承担只具有限制性功能的刑法所带来的代价,在并不是都以好人组成,但以自由作为基础价值的社会,希望通过刑法保障完全的安全,只能是一个不切实际的愿望”。^②在惩治非法集资犯罪的过程中,只有明确刑法介入的规范标准,非刑罚的金融交易市场治理机制才能充分发挥其应有的功能,以制度信赖为核心的金融交易秩序才得以维护,金融创新才能在有序中发展。

责任编辑 田国宝

① 参见敬力嘉:《网络参与行为刑事归责的“风险犯”模式及其反思》,《政治与法律》2018年第6期。

② Frisch, Sicherheit durch Strafrecht? Erwartungen, Möglichkeiten und Grenzen, in: Duttge / Geilen / Meyer - Großner/Warda (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S.686.