

P2P 模式下非法集资犯罪参与人与被害人之间之界分

董文蕙

内容提要:集资参与人与被害人之间具有区分的必要性与合理性,两者间并非等同或排斥关系,而是前者对后者的包容关系。被害人否定(谴责)论以偏概全,与事实不符。非专业投资者因信息不对称而被集资人控制,其集资参与行为属于缺乏风险识别能力的“羊群行为”,并非真正的自我决定,因此这类集资参与人应被认定为被害人。与之相反,信息优势方、具有风险识别和承受能力的职业投资人等参与集资的行为属于自陷风险,因此是不具有被害人属性的集资参与人。在涉案财产的处置程序中,被认定为被害人的集资参与人应居于第二序位参与被害人损失退赔,自陷风险的集资参与人应劣后分配处于第三序位的其他民事债务,该劣后序位的规定既具有投资者风险教育的刑事政策导向,亦符合维护国家金融安全和社会秩序稳定的宏观政治目标。

关键词:集资参与人 涉案财产处置 劣后分配 投资者风险教育

董文蕙,华南理工大学法学院副教授。

“集资参与人”的表述首次出现于2014年最高人民法院、最高人民检察院与公安部联合印发的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(下称“《集资案件意见2014》”)中。但该意见并未对集资参与人的概念作出界定,因此无法藉此对集资参与人与被害人进行区分。2019年最高人民法院、最高人民检察院与公安部联合印发的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(下称“《集资案件意见2019》”)第10条对集资参与人作出了定义。集资参与人,是指向非法集资活动投入资金的单位和个人,为非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人除外。^[1]

在传统理论及司法实践中,非法集资犯罪案件中的集资对象往往直接被认定为“被害人”。“集资参与人”概念的出现使得“集资参与人”与“被害人”之间具有界分的必要性。例如,有的集资参与人是具有风险识别能力的专业投资人,其参与集资的行为并非

[1] 本文集中探讨了集资参与人与被害人的关系,亦即集资参与人可否被认定为被害人。因为单位参与集资通常源于专业的集体决策,不具有被害属性。故本文探讨的集资参与人限于个人,不包括单位。

“陷入错误认识”而是在识破骗局后的冒险投机。当这类集资参与者遭受损失时,较之于其他“陷入错误认识”处分财产的集资参与者而言,集资诈骗罪的行为人对其实施的诈骗行为是否构成集资诈骗罪、涉案集资款是否计入集资诈骗罪的认定数额、集资参与者与其他投资者同等参与涉案财产分配是否有违公平正义等问题在司法认定中亟需解决,然而目前学术界和实务界并未给予充分关注。事实上,两者的界分实质性地影响了对非法集资犯罪行为此罪与彼罪的判断、刑事责任大小的裁量以及涉案财产的处置。基于此,厘清非法集资犯罪案件中集资参与人与被害人的关系至关重要。

一 集资参与人与被害人关系的学理分歧

集资参与者突破了传统的被害人形象,其是否属于被害人的范畴具有争议。对既有研究文献进行梳理,大致可将不同观点归纳为否定(谴责)论、肯定论以及二分论。

否定论者认为,不同于一般刑事案件中的被害人,非法集资犯罪案件中的被害人具有积极参与的特性,其主观过错使其丧失了被害人地位。^[2] 投资人应当对投资对象的资质进行审查,若为贪图高利而投资并参与非法金融活动,其行为本身破坏了金融秩序,因而不应当受到刑法保护。此外,若保护这些罔顾法律、追逐高利却遭受损失的投资者,则会显失公允、产生不良的社会效果。^[3] 有学者将集资参与者区分为“无知”的参与者和“明知”的参与者。所谓无知,是指参与者对于集资活动的非法性没有认识;所谓明知,则是指参与者明知集资活动非法、内容虚假,但出于相信自己可以获得高额回报且可以在司法机关打击非法集资活动之前抽身出局或者即便集资活动遭受打击自己作为受害者的利益也会受到保护。集资参与者应该对集资活动是否合法有明确认识,如果确实没有认识到,也可以认为其有“过失”,应该承担相应的不利后果。^[4] 徐彰博士认为非法集资犯罪中的被害人分为自愿参与和非自愿参与两种类型,对于自愿参与集资并具有丰富投资经验的投资者而言,由于其对集资可能产生的风险有清晰的判断并愿意承担这种风险,因此需要接受反映了其自由意志决定的不利后果,这种情形符合“自甘风险”和“被害人危险接受”的认定。^[5]

肯定论者认为被害人的过错不足以使其丧失被害人地位,只是会影响对加害人的量刑。^[6] 被吸收存款的储户是被害人,应当将财物予以追缴并返回被害人。^[7] 时方博士将集资参与人与被害人的关系问题置于非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪中分别考察。他认为在集资诈骗罪中,不论集资参与者是主动还是被动参与诈骗,均应当作被害人认定;非法吸收公众存款罪并不以保护投资人资金安全为立法目的,集资参与者即便遭受财产

[2] 参见司伟攀:《非法集资犯罪若干问题研究》,《法律适用》2017年第5期,第115页。

[3] 参见北京市人民检察院非法集资犯罪问题研究课题组:《涉众型非法集资犯罪的司法认定》,《国家检察官学院学报》2016年第3期,第108-109页。

[4] 参见李晓强:《关于非法集资犯罪的几个问题》,《山东社会科学》2012年第2期,第128页。

[5] 参见徐彰著:《刑民交叉视野下的民间借贷问题研究》,法律出版社2018年版,第152-175页。

[6] 参见冯姣:《非法集资案件中集资参与人的诉讼地位认定》,《金融理论与实践》2018年第5期,第34页。

[7] 参见汤涛:《非法吸收公众存款案件存在被害人》,《检察日报》2015年8月12日第003版。

损失,也不是非法吸收公众存款罪的法益主体,因而集资参与人不是被害人。^[8] 这一观点又被归纳为“二分论”。目前学术界对集资参与人与被害人的关系及区分缺乏更多论述,只是将研究的视角集中于集资参与人存在过错时非法集资犯罪行为人的刑事责任是否应当减轻等问题。

二 作为法益主体的集资参与人

在非法集资类犯罪案件中,集资参与人能否认定为被害人的问题可以分两步进行研判:其一,非法集资犯罪的法益主体是否包括集资参与人;其二,集资参与人的行为是否属于自陷风险从而丧失被害人身份。法益是被害人的法益,被害人是法益的主体,因此对于集资参与人法益主体地位的认定应当结合被害人的概念进行讨论,是否属于“自陷风险”的判断则在文章的第三部分进行论述。

(一)被害人的概念

首先,厘清“被害人”的概念是准确判断集资参与人与被害人关系的前提。犯罪学、刑事诉讼法学与规范刑法学都对被害人作出了界定,但内涵与外延存在差别。

犯罪学意义上的被害人,是指实际承担犯罪造成的损害后果的人。^[9] 据此概念,所有在非法集资犯罪中遭受损害的人都为被害人,包括以自有资金参与集资的行为人和为集资活动提供帮助并获取利益的人。此概念外延宽泛,与规范刑法学的话语及逻辑体系不相容。

“刑事诉讼中的被害人,广义而言,是指自身合法权益遭受犯罪行为直接侵害并有权在刑事诉讼中执行控告职能的当事人,狭义而言,被害人仅指公诉案件的当事人。”^[10] 据此概念,被害人是在刑事诉讼程序中具有当事人地位和权利的人,所有的集资参与人都不是被害人。这也是目前实务界的普遍共识,即集资参与人与被害人之间是互斥关系,非法集资犯罪案件中只有集资参与人,不存在被害人;或者尽管理论上承认有被害人,但因法庭上无法为其提供被害人席位等现实困难而否定存在被害人。实务界的上述判断事实上是将刑法与刑事诉讼法中的被害人概念混淆使用得出的结论。换言之,不能因为刑事诉讼程序中不具有被害人地位就否定刑事实体法上可能存在的被害人身份。尽管在多数刑事案件中,例如传统意义上的自然犯犯罪案件,实体法和程序法上的被害人具有同一性,但在涉众型经济犯罪中两者可能会产生分离,如果运用刑事诉讼法上的被害人概念,刑法学中的有关研究将无法开展。

犯罪学与刑事诉讼法学中关于“被害人”的概念无法适用于规范刑法学的话语体系。根据意大利著名刑法学者帕多瓦尼教授的解释,规范刑法学层面的犯罪被害人是指

[8] 参见时方:《非法集资犯罪中的被害人认定——兼论刑法对金融投机者的保护界限》,《政治与法律》2017年第11期,第45-52页。

[9] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第88-89页。

[10] 杨正万:《论被害人诉讼地位的理论基础》,《中国法学》2002年第4期,第167页。

“犯罪的被动主体”,换言之是指受刑法所保护且为犯罪所侵害的利益的所有人^[11]。在此基础上,被害人的定义进一步被提炼为“犯罪所侵犯具体法益的保有人。”^[12]此概念从事实层面将被害人界定为犯罪侵害的承受者,从规范层面则强调被害人应是法益主体。

(二) 法益主体地位的认定

非法集资犯罪中的法益为何是判断集资参与人是否具有法益主体地位的核心。肯定论者认为尽管非法集资犯罪侵犯的法益是金融管理秩序,但归根结底维护公众资金安全才是设立该罪名的立法目的,因此集资参与人是法益主体;否定论者则否定集资参与人的法益主体地位。“二分论”者依据刑法学的通说——集资诈骗罪侵犯的法益具有复合性,包括金融管理秩序和公私财产所有权两方面,而非法吸收公众存款罪侵犯的则是单一法益,即金融管理秩序^[13]——认为集资诈骗罪的集资参与人是被害人,非法吸收公众存款罪的集资参与人不是被害人。然而“二分论”的观点存在瑕疵。首先,非法吸收公众存款的行为创设了吸存资金的高风险并在相当程度上存在欺诈因素,参与集资的投资者所处的境遇与集资诈骗罪的被害人并无不同。其次,非法吸收公众存款罪侵害的金融安全法益,是由众多集资参与人的资金安全法益集合而成,此种法益主体属性相较于典型的被害人(直接的法益主体)具有特殊性,其被害性被非法吸收公众存款罪理论上的法益主体——抽象层面的“国家被害人”遮蔽不能直接体现。由此可知,非法吸收公众存款罪的集资参与人是间接的法益主体,可能成立特殊的被害人。

三 被害人否定(谴责)论之批判:以“自我决定”为中心

被害人谴责观以个人责任为理论基础,其预设前提是犯罪人与被害人具有伙伴关系,二者之间存在某种程度的相互性、共生性或互利性。^[14]在探讨非法集资犯罪的语境中,否定论者对投机者进行了谴责,认为如果通过刑罚措施保护狡猾而贪婪的“被害人”,可能产生鼓励非法集资行为的负面效应。^[15]据此观点,集资参与人与集资行为人并非处于利益对抗的两极而是互利的刑事伙伴,因此,集资参与人并不具有被害人属性,不可获得刑法保护。

人类社会长期形成了因果报应的朴素情感,人们由此倾向于将道德责任和法律责任的评价重心置于引起结果的原因事项上。^[16]支持被害人谴责论的依据是“被害人自我答责”或“被害人危险接受”理论,从广义上来说就是“自甘风险者自食其果”。然而,仅依据该理论无法证明集资参与人不具有被害人属性。因为游离于案件事实,仅依据集资参与人的贪利动机就对其进行谴责可能产生以偏概全的风险。因此,就 P2P 模式下非法集资

[11] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林评译,中国人民大学出版社2004年版,第88-89页。

[12] 王佳明著:《互动之中的犯罪与被害——刑法领域中的被害人责任研究》,北京大学出版社2007年版,第16页。

[13] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年出版,第399、415页。

[14] 参见[美]安德鲁·卡曼著:《犯罪被害人学导论》(第六版),李伟等译,北京大学出版社2010年版,第119页。

[15] 参见高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,《中外法学》2012年第2期,第425-430页。

[16] 参见何荣功:《我国“重刑治毒”刑事政策之法社会学思考》,《法商研究》2015年第5期,第91页。

参与人是否属于“危险接受”和应该“自我答责”而言,应依据非法集资犯罪案件具体分析。

(一)前置性问题:被害人自陷风险理论的适用场域

一个前置性的问题是,被害人自陷风险(危险接受)理论是否可以运用于非法集资犯罪场域?学术界普遍认为被害人自陷风险(危险接受)的问题主要在过失犯领域进行讨论,而且仅仅针对侵犯个人法益的犯罪。^[17]作为非法集资犯罪典型代表的非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪是侵犯超个人法益的故意犯罪,似乎没有讨论空间。但是非法集资犯罪属于典型的交往性犯罪,被害人(集资参与人)与行为人的互动关系明显,自陷风险的情形具备存在可能性,将其排除在故意犯罪之外没有事实依据;在理论上,“既然可基于危险接受而排除行为人的责任,则意味着被害人单方面的态度可以决定责任的排除与否,行为人主观上出于故意或过失并不重要。因此,将危险接受理论限于过失犯罪的场合与这一理论的自身逻辑存在矛盾”。^[18]另一方面,超个人法益尽管超越了个人法益,但却仍以个人法益为依托,即便非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪所侵犯的法益是金融安全与秩序,也是由每一个作为个体的集资参与人的资金安全法益汇集而成,金融安全与秩序法益涵摄着每一个集资参与人的个体法益,集资参与人对自己利益的处分具有刑法意义,此种意义并不因为非法集资犯罪属于超个人法益的涉众型犯罪而被湮灭。因此,将被害人危险接受(自陷风险)理论运用到非法集资犯罪中进行分析是可行的。

无论是被害人同意还是被害人自陷风险或风险接受,其法理基础均是自我决定权。“自我决定是主体基于对自由的普遍承认和尊重而通过行为来决定和实现自己的自由,它是意志自由的客观表现。”^[19]外界的控制性干预和非充分的理解常常阻碍了个人有意义的选择,而自我决定就是摆脱这些干预和限制。P2P 网络贷款非法集资犯罪中,应考察身处非法集资犯罪场景中的集资参与人能否摆脱前述干预和限制而进行自我决定,并以此判断集资参与人是否具有自我决定权。

(二)信息不对称情境中集资参与人受到的控制

P2P 网络贷款作为一种互联网金融创新模式,是一种基于信用的点对点式资金融通过程,具有满足小微投融资者需求、降低交易成本的特征,发挥着分散金融风险的功能。然而由于我国管制型立法对 P2P 信用风险规制失灵,催生了刚性兑付和过度依赖担保,加剧了信息不对称,相反增加了 P2P 交易的信用风险。^[20]在 P2P 网络贷款的法律关系中,P2P 平台应向出借人充分披露借款人及平台的相关信息,以使出借人进行全面的风险评估从而作出是否出借钱款的决策。然而实践中这类信息披露极为有限,相反,平台趋向于利用信息和技术优势对出借人进行控制,主要体现为合同控制和技术控制。

平台一般利用标准化合同文本、体系结构和算法对出借人获取信息进行控制。平台

[17] 参见张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,《法学研究》2012 年第 5 期,第 171-179 页。

[18] 庄劲:《被害人危险接受理论之反思》,《法商研究》2017 年第 2 期,第 58 页。

[19] 冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006 年第 3 期,第 96 页。

[20] 参见杨东:《互联网金融的法律规制——基于信息工具的视角》,《中国社会科学》2015 年第 4 期,第 108-110 页。

通常不会向出借人提供充足信息以说明项目的显示或排列方式,更没有对采用的标准作出明确指向,语言表达也极度模糊。除了这种基础服务的强势不对等之外,平台更擅长专业而复杂的控制,例如:通过列举大量一般性影响因素,与某些授权平台随意修改排列方式的条款相结合,呈现给出借人的信息往往复杂难懂,长篇累牍犹如“信息瀑布”,一般的投资者往往缺乏耐心和能力通篇仔细研读,要么放弃要么勾选。由此可见,平台精心选择的项目信息呈现方式事实上对其合同相对方造成了实质控制。

此外,平台擅长利用网络架构与技术限制参与者获取信息。合同条款经常通过算法来实施,“机器规则”创造出一种对法律审查高度抵制的“隐私的、自动的指令”,不考虑所有可能影响给定结果的个别情况。^[21] 比如有的 P2P 网络贷款平台标榜的优化用户体验的“自动投标功能”就是此种“机器规则”的具体体现。自动投标是网络贷款平台根据用户的投资喜好允许其自定义设置(金额、欲投资项目周期、利率等)的投资模式,设置后无需在线、无需定点守候开标就自动投标。该自动投标功能利用互联网自动指令技术阻隔了出借人的决策与信息识别的关联,实现了对出借人的控制和欺骗,因为在平台技术的操控下,这种自动投标锁住了 P2P 网络平台回购的逾期债权的转让标的,平台为了掩盖不良债权和资金风险,将逾期债权以面值(而非公允价值)匹配给新的出借人,由此平台的债权列表可以展示出零逾期、零坏账的稳健经营形象,吸引更多的投资者加入。由此可知,“合同控制和技术控制的组合成为平台对其所中介的各方施加自己意志的工具”。^[22]

(三)信息不对称条件下集资参与人的“羊群行为”

“羊群行为”(herd behavior)通常指在不完全信息环境下,行为主体因受其他人行动的影响,进而忽视自己的私人信息而模仿他人行动的决策行为。美国经济学家克鲁默(K. A. Krume)发现信息不对称问题在 P2P 网络贷款市场上更为尖锐,投资人在有效信息有限的情况下往往倾向于相信市场中多数人的投资选择所传递的信号。^[23] 出借人最关注的是还款利率和借款时间,至于其他相关信息则并不太在意,所做决定往往并非理性选择,这可以从一些平台发标的“满标时间”间接予以证实。据统计,P2P 网络贷款平台“积木盒子”的单笔借款平均满标时间仅为 2.4 秒,“友金服”的平均满标时间不到 2 分钟。^[24] 在我国,P2P 网络贷款业务被誉为“草根金融”“小众金融”,出借人大多是不具备金融专业知识与经验的非专业投资者,更易产生“羊群行为”。

(四)非专业投资人的贪利动机不能否定其被害属性

被害人谴责论的重要理论依据是集资参与者基于对高额回报的贪婪而投机冒险,属于投机者,法律不应保护投机者。^[25] 然而刑法舍弃对投机冒险者的保护的理论基础并不

[21] See Margaret J. Radin, The Deformation of Contract in the Information Society, 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 505, 511 (2017).

[22] See Julie E. Cohen, Law for the Platform Economy, 51 *U. C. Davis L. Rev.* 155 (2017).

[23] 牛洁:《我国 P2P 网贷市场投资人的羊群行为研究——基于拍拍贷平台的实证分析》,《财会通讯》2016 年第 18 期,第 119 页。

[24] 参见零壹财经、零壹智库著:《中国 P2P 借贷服务行业发展报告 2018》,中国经济出版社 2019 年版,第 73 页。

[25] 参见高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,《中外法学》2012 年第 2 期,第 430 页。

夯实。因为贪利与投机本身虽并不值得颂扬,但也并非应一律予以谴责。“在现代条件下,私人财富的一个重要来源是投机。”^[26]如果说金融精英在金融市场里的资本运作、投资买卖的风险属于“买者自负”,赌徒一般的投机者对超高回报的贪婪不值得同情,那么作为一般的大众投资者通过 P2P 网络贷款期望获得的回报是否达到谴责论者所言的“贪得无厌”的程度因而不受刑法保护?据统计,25 家样本 P2P 平台年平均投资利率为 9.64%;“拍拍贷”平台的投资利率最高,为 16.4%;“小赢网金”平台投资利率最低,为 7.4%。^[27]这样的利率水平完全属于国家法律保护的利率区间,出借人对于这种受法律保护的利率回报的期待不应被谴责。此种谴责是金融压抑思维的产物,与国家鼓励的普惠金融和小众金融理念相悖。

风险的知识属性决定风险的识别不能仅依靠传统经验,而需要借助专业化的知识标准。集资行为人创设了法律禁止的风险,集资参与人在难以辨识风险的情况下因贪利而参与集资,是否应被谴责且丧失被害人身份?其遭受的损失是否需“买者自负”?答案显然是否定的。德国学者认为,当行为人利用了“特定人群疏忽或者轻信的心态”时,“并不存在对诈骗罪构成要件进行限制解释的空间”;在“以快速传递信息以及快速达成交易为目标的互联网领域”中,当网络用户“从其智力或者从当时的情境来看无力采取达到了规范上一般水平的自保措施”时,如果我们将其排除在保护的领域以外,就等于拒绝向那些“特别值得保护的消费者提供刑法上的法益保护”。^[28]

综上,非专业投资者并非“理性经济人”而是风险弱势者,受到信息不对称的影响和控制,他们的集资参与行为并非真正的“自我决定”,因此不可成立危险接受或自陷风险,由此遭受损失的,应承认其被害人地位。

四 集资参与人的类型化与被害人身份认定

针对集资参与人与被害人的关系问题,在未作类型区分的情况下,一概否定集资参与人被害人地位的被害人否定(谴责)论难以成立。类型化是抽象化和精细化相结合的思考方式,“为研究事物提供了一个标准,作为观察其他事物的基础,使研究能够有条不紊地进行”。^[29]由于作为事实存在的集资参与人的行为及支配其行为的动机、决策能力呈多样性特征,因此也需要进行类型化分析。

(一) 集资参与人的类型化与被害人身份认定

部分集资参与者作为处于信息劣势地位、欠缺风险识别和风险承担能力的非专业投资者,无法做出真正的“自我决定”,因此遭受损失的属于被害人。根据“标准同一”的类型化基本原理,以此标准对集资参与情形进行梳理可知,以下三种类型的集资参与者不符合上述判断标准因而不能被认定为被害人:(1)破除了信息不对称的信息优势方;(2)具

[26] [英]霍布斯著:《自由主义》,朱曾汶译,商务印书馆 1996 年版,第 98 页。

[27] 参见零壹财经、零壹智库著:《中国 P2P 借贷服务行业发展报告 2018》,中国经济出版社 2019 年版,第 64 页。

[28] BGH NJW 2014, 2595 ff.

[29] [法]迪尔凯姆著:《社会学方法的规则》,胡伟译,华夏出版社 1999 年版,第 64 页。

有风险识别和风险承受能力的职业投资人；(3)以“羊毛党”^[30]为代表的恶意投资人。这三种类型的集资参与人参与集资是完全的自我决定，由于其财产利益属于自我决定权所支配的内容，所以他们尽管遭受了财产损失也不具有被害人属性。

1. 破除了信息不对称的信息优势方

集资参与人在信息不对称条件下是信息劣势方，无法识别风险而作出错误决策，因此具有被害人属性。反之，如果是能够破除信息不对称的信息优势方参与集资，其作出的投资决策就应是基于意志自由和理性选择的“自我决定”，因此应否定其被害人地位。

司法实践中常见的情况是，从事吸收资金的高管、业务员及其近亲属也参与了集资，他们往往提出自己遭受了财产损失因此也是被害人的抗辩。然而这一抗辩不能成立。司法机关对此也形成了共识：对于行为人及其近亲属投入的资金金额不计入该犯罪嫌疑人的吸收金额。^[31] 这证明从事集资的行为人及近亲属不应是犯罪被害人。如果说行为人不是被害人，那么其近亲属为何不能被认定为被害人？其原因在于双方属于经济生活共同体，行为人应无加害其近亲属的动机，一般情况下近亲属是在获取了行为人充分的信息披露之后作出的投资决定，可见近亲属已成为破除信息不对称的优势方，其参与集资是完全的“自我决定”，不具有被害人属性。

集资行为人的亲友和单位内部人员参与集资的，通常情况下具有破除信息不对称的条件，属于信息优势方因而不是被害人。然而，实践中的情形比较复杂，也存在例外情况：第一，关于亲友参与集资，“亲友”的外延比较宽泛，亲友与行为人完全可能不是经济利益共同体，亲友不一定能够从行为人处获取充分的信息，他们却有可能因为被“杀熟”处于信息劣势地位；第二，关于单位内部人员参与集资，并不涉及非法集资核心业务的普通员工，对单位开展的业务性质及风险并不知情，因此其参与集资时的信息弱势状态与单位外部人员并无二致，他们不属于信息优势方。

2. 具有风险识别和风险承受能力的职业投资人

具有风险识别和风险承受能力的职业投资人，往往已经识别了风险却选择忽视风险，他们或者对行为人是否虚构资金用途与出示虚假的证明文件并不重视，或者高度怀疑但依然决定参与集资，无论哪种情形，促使其参与集资的是谋取超高额回报的动机，而不是因为“陷入错误认识”，因此他们具有典型的冒险与赌博心态。在这种自陷风险的冒险赌局中，行为人与集资参与人之间形成了一种相互依赖和缠绕的共生关系，此场域中不存在被害人。

职业投资人拥有丰富的投资经验，有能力获取足够的信息并进行精准地分析判断。与此同时，他们也具有足够的财富以使其足以承担风险。以“吴英集资诈骗案”为例，法

[30] “羊毛党”，是指专门选择互联网公司的营销活动，以最低成本甚至零成本换取高额奖励、物质优惠的群体。

[31] 最高人民法院发布的《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》（高检诉〔2017〕14号）第11条规定：“负责或从事吸收资金行为的犯罪嫌疑人非法吸收公众存款金额，根据其实际参与吸收的全部金额认定。但以下金额不应计入该犯罪嫌疑人的吸收金额：（1）犯罪嫌疑人自身及其近亲属所投资的资金金额；（2）……。”上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局联合发布的《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》（沪高法〔2018〕360号）规定：“对于行为人本人或者其近亲属投入的资金，可不计入犯罪数额。”

院认为该案中的投资人以追逐 400% 的高额利润为目标,可被视为谋求高回报率的职业投资人,法律因而没有必要为这类群体提供特殊保护。^[32] 事实上,上述案例中的集资参与者由于具有风险识别和风险承受能力,其所谋取的是超高额的、为法律所禁止的利率回报,因此他们虽然是集资参与者,但不能被认定为集资诈骗罪的被害人。

3. 以“羊毛党”为代表的恶意投资者

从最初聚集在电商平台抢夺免费福利和优惠券,到近年来扎堆攻击 P2P 网络贷款平台,“羊毛党”逐渐从分散个体向组团集聚发展,形成了有组织、有规模、有分工的职业化投机群体,甚至发展出了完整成熟的产业利益链。^[33] “羊毛党”作为 P2P 网络贷款市场中的特殊投资者,其行为已经从初级阶段的“薅羊毛”演变成团伙型、专业型的蓄意欺诈,因此可称其为恶意投资者。

P2P 网络贷款平台为了扩大市场规模会展开一系列促销活动,比如注册返点和投资返点,“羊毛党”时刻瞄准上述利好,获取注册返现或投资返利后就会批量离开,不会成为留存客户。他们一般情况下不会遭受财产损失,但也有可能被“反割羊毛”,主要表现为以下两种情形:第一,遭遇不良平台设置的陷阱,这类平台深谙“羊毛党”的惯常操作手法,反其道而行之,待“羊毛党”集中充值后卷走款项;第二,“羊毛党”为了尽快获利逃离,即便选择最短投资期限,也有可能在此期间发生平台无法提现的状况。然而即便“羊毛党”遭受经济损失,也不属于被害人。理由有三点:第一,“羊毛党”呈现出高度专业化、组织化的特征,他们是具有风险识别和风险承担能力的特殊集资参与者。第二,“羊毛党”的投机行为对于平台爆雷具有刺激作用,大量“羊毛党”资金的短期流入和流出加剧了平台的流动性风险。第三,某些“羊毛党”可能成为平台的“刑事伙伴”：“羊毛党”大量涌入制造的虚假繁荣误导投资决策,一些平台甚至基于做大注册用户数、做大交易规模等原因,选择与“羊毛党”合作,让渡部分利益换取数据,^[34] 从而对普通投资者形成数据欺骗。当然,此类与行为人进行合作并获得回报的“羊毛党”不仅不属于被害人,还应被排除在集资参与人的范围之外。^[35]

(二) 区分被害人与非被害人的刑事司法意义

集资参与人与被害人之间不是当然的等同关系,也不是非此即彼的排斥关系,而是一种前者对后者的包容关系。这种区分具有重要的刑事司法意义。

1. 犯罪数额的认定

对于因为掌握了充分信息或具有专业知识背景而识破了骗局的集资参与者而言,其作为法益主体自主决定将自身法益置于一定风险情境以实现目的利益(超高额利益回报),尽管最后的损害结果不符合其意愿,但是其基于自由意志实现其自主决定权的表现

[32] 参见浙江省东阳市人民法院(2008)东刑初字第790号刑事判决书。

[33] 参见薛洪言、陈若平:《加强营销攻防,全面围堵“羊毛党”》,《互联网经济》2017年第12期,第27-30页。

[34] 参见安卓:《绑架 P2P 平台? 解密疯狂的“羊毛党”》,《第一财经日报》2015年4月21日,第A06版。

[35] 《集资案件意见 2019》规定,“集资参与者,是指向非法集资活动投入资金的单位和个人,为非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人除外”。作为行为人合作方的“羊毛党”属本规定的例外情形,不属于集资参与者。但其行为是否被评价为非法集资犯罪的帮助行为,则需依据多维度的证据综合考量。

属于自陷风险,接近于“有效的同意”。

被害人将自陷风险作为自主决定权的实现方式,法益受损就成为一种可能的代价,因为自由的行动始终伴随着法益受损的各种风险。若要实现自由,主体就必须忍受这种风险以及风险可能现实化的不利结果。要求利益主体承担上述不利结果,是对其作为自主决定主体资格的承认和尊重,反映了“做出自愿选择,并对这个选择可能发生的所有可预见的结果承担责任”^[36]这一有关自治原则的根本内涵,所以法益主体并不希望风险实现的主观意志,并不是对行为人的行为进行不法评价所要考虑的事实。之所以对能否排除行为人行为的违法性存在疑虑和争论,是因为虽然法益主体基于自决权进入风险之中,但毕竟行为人首先创设了法不允许的危险,此种危险可能侵害到更多的不是“聪明而理性”而是“愚弱而非理性”的人的利益,行为人向不特定的人以高额回报为诱饵实施集资诈骗或非法吸收公众存款的行为,其违法性不能因为法益主体的自我决定而当然否定,此外,非法集资犯罪侵害的主要法益是单个法益主体不能支配的超个人法益,所以无法在违法性的排除与危险接受之间建立直接对应关系。

由此可以得出如下结论:在非法集资犯罪场域中,行为人违法性的判断和法益主体的被害人属性判断会发生分歧,换言之,尽管行为人的行为不能排除违法性,但遭受了损失的法益主体却可能基于自主决定权自陷风险丧失被害人法律身份。在被害人自陷风险的场合,在法益属于可以被法益主体自由支配和处分的类型(比如财产)的前提下,被害人属性判断的核心要素是法益主体基于意志自由的自我决定是否真实和完整,但其不希望风险实现的主观意志并不影响此种真实性和完整性的判断。这一分歧由涉众型金融犯罪的法益聚合性特征所决定,需从“个体视角”和“群体视角”^[37]两方面进行分析。非法集资犯罪中每一个集资参与人与行为人之间存在着具体的相对性合同关系,也存在由此聚合而成的系统性关系。非法集资犯罪侵犯的主要法益是系统性金融风险的可控状态,次要法益是集资参与人的个体资金安全。对于次要法益而言,集资参与人具有可支配的自由,而对于主要法益,结论刚好相反。因此,自陷风险的集资参与人不是被害人,但集资行为人的行为却并不因此而阻却违法。

“假如受骗者已经真切地估计到对方的陈述不实,但还是处分了财产,那就说明他是为了获得某种可能的好处而甘愿付出一定的代价,于是诈骗罪不能成立。无论乐意还是不乐意,他总归是对可能遭受的财产损失表示了同意”^[38]。当行为人对于不特定的多数人实施集资诈骗行为时,其行为对于自陷风险的集资参与人而言不可能构成集资诈骗罪(既遂),故这类集资参与人不可称为集资诈骗罪的被害人。同时,“故意是对‘不得侵害他人’这一戒律的违反,……它否定了任何活动空间的存在:欺诈毁灭一切”^[39]。利用刑法保护公民不受故意行为人的加害符合立法原意,因此集资诈骗人行为的不法性仍然存

[36] [美] 乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限》(第3卷),方泉译,商务印书馆2015年版,第46页。

[37] 参见陈醇:《金融系统性风险的合同之源》,《法律科学》2015年第6期,第145页。

[38] 参见[德] 托马斯·希伦坎普:《被害人教义学今何在?——对于作为立法、解释、归责和量刑原则之“被害人学准则”的一个小结》,陈璇译,《比较法研究》2018年第5期,第195页。

[39] Deutsch, Haftungsrecht, 1976, S. 29.

在。不过集资参与人的参与行为是有意识的冒险决定,接近于有效的同意,能够降低不法的程度,进而产生减轻刑罚的效果。在非法集资类犯罪里,非法吸收公众存款罪是不法层级较低的基础罪名,而集资诈骗罪是不法层级更高的重罪名,因此在集资参与者自陷风险、集资诈骗行为难以定性为集资诈骗罪(既遂)的情况下应作降格处理,该笔集资款数额应计入非法吸收公众存款罪的数额。如此处理能够合理解决集资参与者遭受了财产损失、行为人却可能被评价为集资诈骗罪未遂的实践冲突。

行为人实施非法吸收公众存款的行为,如果集资参与者因有意识的冒险决定参与集资而遭受损害时,从个体视角来看,该损失属于集资参与者可支配和可接受的局部资金风险,从群体视角来看,此笔集资款与其他非法吸收的公众存款一起产生叠变聚合作用从而增量的系统金融风险是集资参与者所无法控制和支配的,因此集资参与者受损的该笔集资款的性质不属于受害者所遭受的损失,但应计算为行为人非法吸收公众存款罪的犯罪数额。

2. 涉案财产分配顺序

非法集资类犯罪案件往往因为资金链断裂才案发进入司法程序,涉案财产往往难以充分赔偿所有的集资参与者,因此确定财产分配顺序尤为重要。2014 年最高人民法院发布的《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》(下称“《财产规定 2014》”)规定:“被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任,其财产不足以支付的,按照下列顺序执行:(一)人身损害赔偿中的医疗费用;(二)退赔被害人的损失;(三)其他民事债务;(四)罚金;(五)没收财产。”“退赔被害人的损失”处于第二序位,优先于第三序位的“其他民事债务”,因此被害人范围的确立就是必须解决的问题。尽管《财产规定 2014》对集资参与者如何进行财产分配没有明确规定,但是与《财产规定 2014》同年印发的《集资案件意见 2014》使用了集资参与者这一表述。由此,在确定集资参与者在涉案财产分配中的顺序时,应当结合前述两项司法解释共同判断。如果将被害人损失赔偿的优先顺序扩展到所有的集资参与者,则无法体现本条规定的正义价值,对于自陷风险的集资参与者而言,他们不属于被害人,其自陷风险的冒险投机行为所产生的损失应归属于劣后受偿的民事债务。因此《财产规定 2014》规定的被害人损失仅限于一般的非专业投资者的损失。

在破产清偿程序中,为了在有限的破产财产内实现对债权人的公平受偿,平等对待在实体法上同质的债权人,区别对待具有不同性质的债权人,形成先后次序,是“劣后债权”制度的核心。劣后债权是居于优先债权和普通债权之后的清偿顺位,是对债权平等原则的修正,体现了实质正义。非法集资犯罪案件中涉案财产的处置与破产清偿程序具有一定的相似性,通常都是在资不抵债的情况下公平地解决债务问题,因此应遵循同样的规则。集资参与者是与行为人形成了特殊债权债务关系的债权人,包括具有被害人属性的集资参与者和自陷风险、不具有被害人属性的集资参与者两类,他们在实体法上的法律身份不同,与集资行为人形成债务关系的原因也不同,应当被区别对待。相较而言,前者应参与优先分配,后者应参与劣后分配。

综上所述,普通的非专业投资者应作为被害人参与第二序位的财产分配,自陷风险的

集资参与人应参与第三序位的民事债务分配,该劣后分配方式符合刑法原理,体现了“风险自担”的法律精神,具有投资者风险教育的刑事政策意义(详见下表)。

表 集资参与人与被害人的类型化及司法意义

类型	集资参与人的判断	被害人的判断	涉及非法吸收公众存款罪的司法认定	涉及集资诈骗罪的司法认定	执行生效裁判时的财产分配序位
普通的非专业投资者	是	是	投资金额计入吸存金额	投资金额计入集资诈骗金额	属于第 2 序位的“退赔被害人损失”
信息优势方	是	否	投资金额计入吸存金额	投资金额不计入集资诈骗金额,计入非吸金额(诈骗未遂的降格处理)	属于第 3 序位的“其他民事债务”
专业投资者	是	否	投资金额计入吸存金额	投资金额不计入集资诈骗金额,计入非吸金额(诈骗未遂的降格处理)	属于第 3 序位的“其他民事债务”
恶意投资者(仅为获取经济利益)	是	否	投资金额计入吸存金额	投资金额不计入集资诈骗金额,计入非吸金额(诈骗未遂的降格处理)	属于第 3 序位的“其他民事债务”
恶意投资者(为集资人提供帮助)	否	否	结合有无犯罪通谋等证据认定为共同犯罪	结合有无犯罪通谋等证据认定为共同犯罪	无权参与分配

五、明确集资参与人与被害人关系的刑事政策意涵

集资参与人与被害人的界分,不仅在非法集资犯罪的司法认定层面具有重要意义,在非法集资犯罪的治理层面也具有强烈的刑事政策导向。

(一) 集资参与人被害特殊性的制度回应:“追赃挽损”

非法集资类犯罪案件因涉及集资参与人众多,只能由“代表人”行使部分诉讼权利,^[40]集资参与人的诉讼利益由司法机关代为实现。为了回应集资参与人的被害特殊性,调和集资参与人的诉讼利益保障与诉讼资格不能之间的现实矛盾,我国司法实践作出了特殊的制度安排——“追赃挽损”,即非法集资犯罪的刑事追诉必须强调集资参与人利益的恢复。在非法集资犯罪治理的相关法律文件及司法实践中,尽最大限度追缴、退赔财产以挽回损失是司法机关办理非法集资犯罪案件的核心工作内容。^[41]

[40] 《集资案件意见 2019》第 10 条规定,集资参与人可以推选代表人向人民法院提出相关意见和建议;人民法院可以视案件情况决定集资参与人代表人参加或者旁听庭审。

[41] 最高人民法院发布的《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉[2017]14 号)规定,最大限度减少投资人的实际损失是办理涉互联网金融犯罪案件特别是非法集资案件的重要工作。以广东省深圳市和东莞市的公安机关办理的 P2P 网络贷款平台非法集资犯罪为例,两市公安机关的官方微博、微信平台等信息渠道持续更新的“案件情况通报”的主要内容就是“追赃挽损”;东莞市公安局在办理震惊全国的千亿平台“团贷网”案件的过程中专门成立了“追赃挽损深挖工作组”和“大额资金追缴组”。

“追赃挽损”亦是贯彻宽严相济刑事政策的具体实践安排,将行为人在犯罪后通过积极配合实现法益恢复的行动与其刑事责任折抵之间建立激励关联,以达成最大限度的追赃挽损,此种激励行为人自愿与国家合作以尽量恢复被破坏的法益的功能主义立场,正是审慎考量了集资参与人与被害人的特殊关系以及在涉众型犯罪追诉中的特殊诉讼地位而确立的刑事政策理性。此种“修复正义”符合比例原则的要求,亦与刑罚的目的理性相契合。

在此意义上,“集资参与人”与“追赃挽损”之间的逻辑关联得以明确:作为被害人的集资参与人所对应的犯罪人的刑事损害赔偿责任(第二序位的“退赔被害人损失”),作为非被害人的集资参与人所对应的犯罪人的民事赔偿责任(第三序位的“其他民事债务”),并不需要适用不同的程序,而是统一在“集资参与人”的表述下以“追赃挽损”的刑事司法制度设计来恢复受损利益。这正是集资参与人与被害人关系准确界定之后的刑事政策归依,亦可谓“落脚点”。“追赃挽损”作为一种更优的法治实践主张,关照了集资参与人的被害特殊性,彰显了刑法对公共法益和个体法益的均衡保护,是维护国家金融安全和稳定社会秩序的宏观政治目标之下的刑事策略。

(二)“集资参与人”概念的投资者风险教育功能

集资参与人并非严格的法定概念,而是具有实践属性的政策性概念。基于部分集资参与人确实不属于被害人的客观事实,用集资参与人而非被害人来表述此类参与集资的群体更符合客观情状,更为科学准确。由此我们也可以判定“集资参与人”是一个存在主义向度上的事实性概念,相较于“被害人”的表述,其法情感色彩相对中性。此种不能因为遭受财产损失就理所当然被定位为“被害人”、祛除被害人天然悲情与弱势色彩的称谓,恰恰具有“合格投资者风险教育”的刑事政策功能。

我国的非法集资犯罪案件层出不穷,其涉众性特征加之移动互联网的普及致使集资参与人的联合行动变得极其容易,他们往往采取诉冤的道德主义策略,以彰显其被害人弱者形象。此种“问题化策略”将集资案件上升为政治或公共问题,意在引发社会认同和国家关注,从而影响刑事司法权力运行。^[42] 针对该集体行动带来的社会稳定问题,除了严惩集资行为人,有的地方甚至利用公共财政弥补出资者损失。实践证明,此种没有刺破“被害人面纱”的刑事政策强化了“国家隐形担保”的集体意识,加重了国家责任;投资领域风险自负的市场精神被日益忽视和破坏,一定程度上反倒助长了非法集资犯罪。

被害人行为策略在一定程度上形塑了刑事政策的实践基础,处在刑事权力顶端的刑事政策应正视犯罪被害人策略及其行为逻辑,在实践中采取妥协与平衡、回应和引导的运行逻辑。^[43] 国家显然关注到刑法强势介入保护出资人与愈演愈烈的非法集资犯罪现状的紧张关系,为预防非法集资犯罪而对民众进行风险教育的政策开始出台,以 2010 年国务院出台的《防范和打击非法集资宣称教育工作规划纲要》为例,其核心目标在于通过宣传教育期待公众形成“非法集资不受法律保护的基本观念”;2015 年国务院进一步出台了

[42] 参见宣刚:《策略和逻辑:被害人行为的刑事政策场域分析》,《湖北社会科学》2017 年第 9 期,第 161 页。

[43] 参见宣刚:《策略和逻辑:被害人行为的刑事政策场域分析》,《湖北社会科学》2017 年第 9 期,第 164-165 页。

《关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》，以期通过“广泛宣传，加强教育”，达成“广大人民群众相关法律意识和风险意识显著提高，买者自负、风险自担的意识氛围逐步形成”的目标。被害预防是刑事政策目标的重要环节，投资风险教育不能仅仅停留在宣传层面，具备刑事政策引导功能的司法解释及其所指引的司法实践应当对此作出回应，而“集资参与者”这一称谓的定义、表述和运用正是在此意义上发挥着投资者风险教育的功能。

一个群体的称谓通常反映了国家和社会对该群体的总体认知与评价。在国家治理和法律调控的场域中，某个称谓的产生与使用更是反映了治理理念和法律政策的渐进变革。“集资参与者”这一称谓是基于客观事实的群体素描，无法和“弱势”“无辜”等经典“受难者”的形象建立直接联系，至少在可感的表层概念的建构层面已经抹去了“被害人”的身份标签。这种称谓转变反应了国家态度、市场理性及刑事政策的变化逻辑，构成了政策制定和刑事司法活动的基础，也意味着对集资参与者是否具有受害性不做实质区分、一律以被害人身份对待的刑事政策成为了历史。上述政策变迁藉由刑事司法实践——例如自陷风险的集资参与者劣后分配涉案财产的刑事处置——发挥着真实可感、理据清晰的风险教育功能。

[本文为作者主持的2019年度教育部人文社会科学青年基金项目“被害人视角下涉P2P集资类犯罪的刑法规制研究”(19YJC820009)的研究成果。]

[Abstract] Differentiating victims from underground fund-raisers is both necessary and reasonable. The relationship between these two groups is neither equivalent nor exclusive, but the inclusive relationship between the former and the latter. The theory that holds the victims responsible for their decisions is biased and inconsistent with facts. Non-professional investors deficient in the capacity for risk identification are easily controlled by fund raisers who take advantage of information asymmetry and influenced by a herd mentality that makes them follow others blindly. Therefore, their participation in fund-raising is not a true self-determination, which makes it proper to call them victims. By contrast, the participation in underground fund-raising by such persons as investors with information superiority that contributes to their invulnerability to information asymmetry, professional investors capable of risk identifying and bearing is an act of self-trapping, and none of these persons falls into the victim category due to their dominance in the market. In the disposal of the property involved, victims deserve to be paid secondly for what has been unlawfully taken from them, and the self-trapping investors should be compensated thirdly for inferior distribution of “other civil liabilities”. This order of compensation embodies the criminal policy objective of investor risk education and is in conformity with the macro-political goal of safeguarding national financial security and stabilizing social order.

(责任编辑:郑佳)