

诈骗罪与集资诈骗罪的规范 超越:吴英案的罪与罚

高艳东*

摘 要 吴英案的核心问题是:是否成立集资诈骗罪,应否判处死刑?成立集资诈骗罪的核心要素是“使用诈骗方法”,“诈骗方法”既要考虑诈骗罪的基本原理进行一般性理解,也要考虑融资领域的殊异性进行特别限制。不宜将教义学设计的诈骗罪构造条件绝对化;应当与时俱进地对诈骗罪的“欺骗行为”进行缩限性解释;必须对集资诈骗罪中的“诈骗方法”进行二次缩减;生活、市场、投资和投机四领域的欺诈标准各有春秋。在动用死刑时,既要危害性、罪名关系等角度检讨集资诈骗罪死刑的立法正当性,更要从被害人过错、行为人罪责等角度考量集资行为的可谴责性。

关键词 民间融资 法外投机 诈骗罪 集资诈骗罪

一、引言:非典型集资诈骗案与典型判决

吴英是原浙江本色控股集团有限公司法人代表,因涉嫌非法吸收公众存款罪,2007年3月被逮捕,2008年11月,金华市人民检察院以集资诈骗罪对吴英提起公诉。2009年4月16日,金华市中级人民法院对该案开庭审理。经审理查明:从2003年起,吴英在浙江省东阳市开办了美体沙龙等企业,2006年注资5000万设立了本色控股集团有限公司。2005年起,吴英以合伙和投资为名高息集资,本色集团成立时,已经负债1400万元,为能继续集资,吴英用集资款注册了多家本色系公司,成立后大都未实际经营或亏损经营。吴英采用虚假宣传等方法,给公众造成其公司有雄厚经济实力的假象,以高额利息为诱饵,以投资、借款、资金周转等名义,

* 浙江大学光华法学院副教授。本文受到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助,亦为“紫金计划、之江学者”的阶段性成果。

截至2007年,先后从林卫平等11人处集资7亿多元,用于偿还本金、支付利息、购买房产、汽车、珠宝、公司运营及个人挥霍等,至案发时尚有3.8亿多元无法归还。2009年12月18日,金华市中院做出一审判决,以集资诈骗罪判处吴英死刑,剥夺政治权利终身,并处没收其个人全部财产。吴英不服一审判决,2010年1月,以主观上无非法占有目的、客观上未实施欺诈行为、债权人不属于社会公众、借款系单位行为等理由,提起上诉,要求宣告无罪。2012年1月18日,浙江省高院做出二审判决,认为一审法院定罪准确、量刑适当,裁定驳回吴英的上诉,维持死刑判决。^{〔1〕}

吴英案不是我们印象中鸡飞蛋打、民怨沸腾型的典型集资诈骗罪,但判决却是典型的——以结果倒推故意、以巨额证明诈骗,一审判决书对涉案数额娓娓道来,但对“诈骗方法”却一笔带过。二审死刑裁定引发了汹涌民意,广大网民黯然神伤,一干学者慷慨激昂。民众惑于重刑:无涉人身,何以至死?专家争于罪名:非法吸收公众存款罪岂不比集资诈骗罪更可爱?案件延伸出的宏大主题——私企命运、金融垄断、公权腐败,也无比揪心。吴英案凸显了经济体制的弊端,但更讽刺了法学知识的苍白,我曾嘲笑判决书流水账式的叙事、理屈词穷的论证,后来却备感汗颜,因为用现有刑法知识,根本无法在吴英案中划出刑罚和私权的界限。

刑法学至今仍然左右为难:一收就死,一旦提高专业门槛,痴迷于搭建规范学、教义学,就变成了书斋中的文字游戏,在案件推理中经常黔驴技穷;一放就乱,一旦放低专业门槛,注重考察危害性、伦理性,又变成自毁长城的政治哲学,只能在案件结论上以德服人。笔者一直渴望,刑法学能够仰望星空、脚踏乡土,把价值构造和规范教义合二为一,成为社会科学中的良心。本文就以“忧国忧民”的犯意,从诈骗罪着手,开始刑法学的自救之路。

二、从口袋罪状到后盾罪名:诈骗罪的教义扩张与法理限缩

(一)教义学不能与生活脱节:让法条活在当下

1. 教义学趋于条理化而诈骗罪需要生活化

教义学缺乏价值判断和现实关怀。在历史中穿梭就会发现,教义学的繁荣与刑法学的贡献是呈反比关系的。教义学对分则罪名的含义进行了过于自信的归纳,注重逻辑推导,形成了一个封闭的体系,在定义罪名时不仅撇开了总则的基本原理,更把一些法律价值排斥在外。耶赛克教授就曾经批评了这种过于机械的教义学思路,“人们也不能忽视完全按照抽象规则建立起来的刑法教义学所带来的危险,这种危险存在于:法官机械地依赖于理论上的概念,从而忽视了具体个案的特殊性。这时,决定性的首要任务总是解决案件问题,而对体系的需要则必须退居第二位。”^{〔2〕}也正是基于教义学结论的武断性,罗克辛教授也主张在教义学中注入刑事政策的考量。如果在定罪时无法体现有关社会正义、法律哲学的基本理念,只能说,我们的

〔1〕 有关法院判决、裁定的内容均引自一、二审判决书、裁定书,即“(2009)浙金刑二初字第1号”和“(2010)浙刑二终字第27号”。

〔2〕 (德)克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,页7。

定罪过程过于草率。

我国学者西天取经之后力图把德日的教义学摆渡到我国,学其结论而未领会其精神,至少就诈骗罪而言这是对象错误的“不能犯”。德日刑法中那些陈年旧案多已经脱离了中国现实,当学者还在讨论机械诈骗时,浙江的阿里巴巴已经开创了淘宝时代,在学说还在争论三角诈骗时,浙江的犯罪类型早就变成了“棋局诈骗”。^{〔3〕} 在社会背景上,当下中国之多彩的社会生活、复杂的经济形势、玄妙的公私态势,已经超出了德日学者构筑古典规范学理论时能遥想的极限,就本文主题而言,如果德日学者面对浙江集资纷争,定会出现“老虎吃天无从下口”的焦虑;在文化观念上,植根于习惯含蓄、隐喻和灵柔文化中的诈骗概念,被浸淫了五千年民族意识形态后,更无法用西方理论实现精雕细琢的解剖。“用传统理论解决现代问题”听起来很哲学,却是一种“骑车上月球”的欺人逻辑,中国学者不能“陷入错误认识”,“自愿交付”话语权,用西方的理论“欺诈”中国的现实,造成思想与经济的“双重损害”。若被教义学束缚,刑法学将一事无成。

教义学标准是一种历史归纳,教义学的核心是把个案中的规律提炼为教义,可以适用于传统罪名而难以套用于新型犯罪。在解释自然犯、分析传统行为时,由于有历史检验,或者说,这些罪名的教义学标准本身就发轫于对传统罪行的认识,因而,以教义学理论解决典型案例偏差无几。然而,在解释法定犯、分析新型犯罪时,在历史线索中摸索出来的教义学理论就经常显示出对现代行为的迷惑,会出现“愈精细愈混乱、愈深入愈无用”的局面。就本文主题而言,教义学理论的机械化表现在:一是把诈骗罪的构造静态化、恒定化,没有将其向社会生活和其他法律开放。二是把诈骗罪的逻辑构造普适化,直接套用于包括集资诈骗罪在内的所有特殊诈骗行为。

想从规范学上界定诈骗罪的内涵、尤其与民事欺诈的界限,既不可能、也无必要。多数国家诈骗罪的规定比较简单,需要以学理阐述条文。在规范学上,大陆法系刑法理论和判例认为,如果行为人在非法占有目的之下,实施了欺骗行为——对方陷入或者继续维持错误认识——对方基于认识错误处分(或者交付)财产——行为人取得或者使第三人取得财产——被害人遭受财产损失,则成立诈骗罪。^{〔4〕} 然而,任何预设的理论构造都不是立法规定,并无法律正确性可言。立法者之所以轻描淡写,恰是因为诈骗罪难以明确描述——任何先验的抽象刻画都不能适用于所有的欺诈个案。就诈骗罪的范围而言,教义学理论与社会实践之间的错位日益明显。

〔3〕 这是笔者对浙江民间融资领域的一种类型分析,很多融资案早脱离了“一个人向社会公众集资”的初始阶段,而是角色极为复杂的共同参与、互相博弈的过程。小资金者犹如“卒”,既是“车”手中的工具,也常常以一博十;那些有公权背景的持资者犹如“炮”,可以隔山取利;卒可以将军,帅可能是傀儡。这其中,实业经营与非法占有是两可的,受害人和加害人身份是模糊的,错误认识与嫁祸意识是混同的,因果关系与危害后果是隐形的。

〔4〕 参见(日)西田典之:《日本刑法各论》(第三版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,页185。

2. 愈文明愈虚伪:诈骗罪应当进行缩限性解释

按照“五阶段构造论”,很多本属于民事欺诈的行为,都可以被认定为诈骗罪。如严格坚守诈骗罪规范构造的日本判例认为:“只要是自己一方有瑕疵,而隐瞒该种事实进行交易,一般都构成作为形式的欺骗。”〔5〕如果推行这一标准,可以对我国市场进行扫荡性打击。刑法中的诈骗不同于民法中的欺诈,更不是生活意义上的欺骗。如何区分民事欺诈和刑事诈骗,历来是理论难题,很多学者主张“以非法占有为目的”作为区别点〔6〕然而,很多民事欺诈同样以非法占有为目的,例如,商场经理售卖价格为4千元的假包、教授虚报年龄获取青年科研基金5万元、画家隐瞒收入情况骗领经济适用房、模特隐瞒婚史和取财意图与富商结婚后迅速离婚而分割财产,这些行为人均具有非法占有目的,也符合诈骗罪的逻辑构造。然而,类似行为不构成诈骗罪,既是我国司法的基本态度、也是国民的主流判断。

与其他财产犯罪不同,人类社会对诈骗行为的容忍度逐渐升高。同为财产犯罪,盗窃、抢劫等是生活之外的罪行,是非分明;而诈骗罪是生活之中的罪行,“善意的谎言、浪漫的欺骗”难言贬褒。文明教会了人类笑看欺诈,善解谎言。从伦理角度看,“诈骗”是一种与道德变迁息息相关的规范判断,随着道德的宽松化而逐渐萎缩。一个原始部落视为“欺诈”的卑鄙行为,在现代社会却可能是司空见惯的交往必需。从社会角度看,欺诈是人类交往中的润滑剂,无谎言不文明,不掩饰无礼仪。文明社会对个人的社会化,就是不断虚构事实(伪装外在身份)、掩盖真相(隐藏真实本我)的过程,“随着逐渐长大成人,……他必定具有强烈的欲望,积极进取且机灵警觉,但同时又必须尽可能地掩饰这种欲望。他对真理肯定怀有深深的崇敬,但他必须学会在许多场合抑制、否定或歪曲真理。我们的文明正是以这些为基础的。”〔7〕从经济角度看,市场经济不断溶解着诈骗罪,交易行为由简至繁,就是新型欺诈方法不断出现、对旧欺诈行为不断容忍、诈骗罪范围不断从传统欺诈移向新型欺诈的过程。随着经济的繁荣,原本曾被视为诈骗的行为,逐渐被踢出犯罪圈乃至被当作创意之举。放在几百年以前,“1片顶5片、1个月增高5厘米”的夸张很可能会被认定为诈骗,而今天,只有更夸大其词的宣传才能成为营销的法宝。因此,虽然诈骗的方式日新月异,诈骗罪却步步后退。

(二) 教义学如何压缩诈骗罪:理念前奏与程序钳制

1. 缩限解释的总原则:有救济无刑法

越简单越复杂,在理论上,“诈骗”一词可作边界无限的扩张解释;在实践中,“诈骗”一罪已成为弹性无穷的口袋罪名。刑法学者的任务,是总结出能够适用于规范学的诈骗罪缩限原则。与盗窃、抢劫行为只规定在刑法中不同,诈骗罪的组成部分——欺诈行为,同样规定在民法等其他法律中,而且欺诈总是与经济活动、民事纠纷交织在一起,因此,欲把诈骗罪从经济、民事欺诈中剥离出来的第一要义,是考虑刑法与民法、经济法之间的关系。刑法与其他法律的

〔5〕(日)大谷实:《刑法讲义各论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,页238。

〔6〕参见刘明祥:“论诈骗罪的主客观特征”,《中南政法学院学报》1986年第2期,页23。

〔7〕(英)马林诺夫斯基、塞林:《犯罪:社会与文化》,许章润、么志龙译,广西师范大学出版社2003年版,页131。

基本关系是刑法的最后性(也称为刑法必要性、辅助性、不得已原则),“刑法文本对于民法文本能够有效调整、规制和制裁的民事不法行为包括民事侵权行为,不得予以犯罪化。”〔8〕在财产犯罪甚至所有罪名中,诈骗罪最需要考虑并依赖“刑法必要性原则”界定其外延,〔9〕如果在其他领域已经被视为正常的行为,即便符合诈骗罪的行为构造,也无需进行构成要件符合性的评价;对于其他法律已经能够有效处理的欺诈行为,就不应作为诈骗罪处理。这样,诈骗罪就有了第一层缩限原则。

上述经理、模特等虽然具有非法占有目的、也控制了财物,但是,由于他们公开了身份、不回避责任追究,通过民事法律救济或者依据行政处罚,此类行为即可受到有效规制。相反,如果甲冒充LV的销售员上门推销价格为4千元的假包、乙用化名在网上以恋爱为名索要贵重礼物等,这些行为具有秘密性,受害人凭借己力无从知悉(或难度很大)行为人的身份情况、身在何处,无法以起诉等私法方式救济权利,因而要求刑法介入、需要借助警察力量寻找行为人,类似行为就应认定为诈骗罪。

2. 缩限解释的具体标准:身份公开难言诈骗

“可救济无刑法”作为抽象原则毕竟难以把握,学者还需要推导出能够用于司法的具体标准。通过这几个案例,可以归纳出“身份公开难言诈骗”的具体标准。欺诈的完成是行为人与受害人互动的过程,在这一过程中,双方在形式上是以平等主体身份参与其中,在地位上并不存在盗窃、抢劫那样实力失衡、需要外力介入之情况;如果行为人在实施欺诈行为时又公开身份,表明其愿意通过民事法律解决责任纷争的态度、至少说明了具有民事诉讼的可能性,如无特殊情况,完全可以通过柔和的私法手段由第三方居中裁决。就此可以得出,“身份公开难言诈骗”的实质内容是“具有(民事)诉讼和(私法)救济可能性”。

首先,“身份公开难言诈骗”是指“具有(民事)诉讼可能性”。对于身份公开的诈骗,因其可通过民事诉讼解决,虽然在法理上将其认定为诈骗罪并无问题,但在实践中,很多国家的法官不自觉地坚持了刑法的最后性,将公开诈骗除罪化。如在日本司法实践中,对发生过的欺瞒交易诈骗案中,从客观来看,虽然交易伴随风险,但属于公开的交易,所以即使将与顾客的交易以诈骗罪起诉,但一般很难判处有罪。〔10〕我国司法者也下意识地采用了这一标准,如诉讼诈骗是一种身份公开的诈骗,最高检在《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》指出:“以非法占有为目的,通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动,可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理,不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。”

我国学者对这一司法意见多持否定态度,认为诉讼诈骗属于典型的三角诈骗,应当作为诈骗罪处理。“在司法实务中,很多法院对诉讼诈骗行为正确地定性为诈骗罪,而并没有根据最

〔8〕 梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,页50。

〔9〕 相反,根据行为本身,就可以直接认定盗窃罪、抢劫罪,很少需要考虑其他法律的钳制。

〔10〕 参见(日)京藤哲久:“欺瞒交易与刑事责任”,载西原春夫主编:《日本刑事法的重要问题》(二),金光旭等译,法律出版社和成文堂2000年联合出版,页42。

高人民检察院法律政策研究室的‘答复’这种并非司法解释、效力也值得怀疑的文件处理案件,这是应当加以肯定的做法。”^{〔11〕}这是对诈骗罪进行形式理解,注重教义学的逻辑构造,忽视了从社会生活、法律价值层面进行实质判断。如果严格遵循这种思路,很多经济、侵权案件中的原被告双方都可能构成诈骗罪(未遂),如A明知因B违约造成损失100万元,却提出证据夸大损失,主张200万元的赔偿金,如果最终法院判决B赔偿120万元,是否要对A处以诈骗罪?如果法院正确下判,A是否构成诈骗罪未遂呢?这种“只见教义不见法理”的理解思路,有可能导致诈骗罪泛滥成灾,形成人人皆有罪的局面,最终为司法机关的选择性执法提供了理论支持。

诉讼诈骗之所以没有必要按照诈骗罪处理,正是在诉讼中,双方当事人都有真实姓名、公开了各自的身份、以平等地位实施了欺诈行为。被害人遭受的财产和其他损失都可以再次通过诉讼方式得到有效救济,无需刑法介入。当然,如果在诉讼中,行为人虚构身份或者获得财物后潜逃,由于缺乏“(民事)诉讼可能性”,就难以适用“身份公开难言诈骗”的原理,可以认定为诈骗罪。

其次,“身份公开难言诈骗”还指“具有(私法)救济可能性”。在判断欺诈和诈骗时,要考虑总原则“可救济无刑法”,也要同时要考虑“无救济要刑法”。如果其他法律无法救济了,即使公开了身份、具有诉讼可能性,也可认定为犯罪。按照经济学的激励效应,“如果一种行为可能导致非常严重的后果,在这种后果发生的情况下,加害人并没有能力承担相应的责任,那么,民法规定的责任就是不可信的。”^{〔12〕}例如,在无锡新兴实业总公司原总经理邓斌(女)集资诈骗案中,非法集资额达32亿余元,造成经济损失达12亿余元。由于邓斌一开始就有非法占有目的且损失过于巨大,已经超出了民事救济的极限,私法已经无法救济受害人的权利了,即便其公开了身份,也应考虑认定为犯罪。但是,适用这一标准必须考虑下文确立的“先民后刑”的程序要求。

3. 身份公开型诈骗的合理程序:先民后刑

首先,对经济案件实现“先刑后民”是我国司法机关的习惯做法。1987年最高院等在《关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》中指出:“人民法院在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪时,一般应将经济犯罪与经济纠纷全案移送,依照刑事诉讼法第五十三条和第五十四条的规定办理。对于经公安、检察机关侦察,犯罪事实搞清楚后,仍需分案审理的,经济纠纷部分退回人民法院继续审理。”这种“先审理犯罪再处理纠纷”的思路被各地法院贯彻,2009年浙江高院《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》规定:“自然人与非金融企业之间的借贷中,企业将借贷资金用于合法生产经营活动,不构成集资诈骗、非法吸收公众存款等金融犯罪活动的,不宜认定借贷合同无效。”在吴英等案件中,浙江省市两级法院均实行“先刑法判断再民法判断”的思路,直接把大量本可认定为民间借贷的行为认定为了犯罪。

但是,对于仅涉及欺诈与诈骗之争、不涉及其他犯罪的案件,“先刑后民”不符合刑法介入

〔11〕 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,页652。

〔12〕 张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2006年版,页134。

经济领域的有限性、最后性原则;这种强制入罪的思路会导致民事欺诈失去存在的余地,因为一旦进入刑事审判,按照现有教义学诈骗罪的构造标准,多数民事欺诈也具有非法占有目的、完全符合诈骗罪的逻辑构造。

其次,对于身份公开的欺诈案,考虑到“可救济无刑法”的刑法最后性原则,应当“先民后刑”。即便行为人有非法占有目的,但因其身份公开、双方可以平等地位通过民事诉讼救济损失,没有必要动用刑法。只有在缺乏“(民事)诉讼和(私法)救济可能性”时,才有启动刑法的必要性。在英美法系,为了防止诈骗罪成为商业领域的绊脚石,一般不把符合诈骗罪的欺诈行为作为犯罪处理。例如,D签了分期付款协议买车,但没有付款;或者取得贷款后没有履行偿还义务,如果他签协议时就没有支付债务的想法,学者认为从概念上说,D成立诈骗罪,“但是,普通法院不愿意基于诈骗罪起诉来处理债务人的违约行为。传统解释是,应受指责的行为……作为普通商事行为上不履行义务和作为刑法上的行为其实是一样的……如果曾经存在的债务人可能被判处罚的威胁,商业事务将会受到实质性的阻碍。”^[13]对于集资诈骗罪,我国司法解释实质是采用了这一思路。

《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(以下简称“解释”)规定:行为人具有下列情形之一的,应当认定其行为属于“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资”:

- (1)携带集资款逃跑的;
- (2)挥霍集资款,致使集资款无法返还的;
- (3)使用集资款进行违法犯罪活动,致使集资款无法返还的;
- (4)具有其他欺诈行为,拒不返还集资款,或者致使集资款无法返还的。

通观该解释,“携带集资款逃跑”当然说明行为人否定了“(民事)诉讼和(私法)救济可能性”,受害人无法通过民事诉讼挽回损失,因此必须通过刑法介入、启动公权力帮助弱势一方。除此之外的其他情形,司法解释均强调“致使集资款无法返还”是定罪的前提,这实质是肯定了对于身份公开的集资诈骗,应实行“先民后刑”的思路,只有通过民事诉讼无法救济损失的,才能够启动刑法、认定为犯罪。

4. 应给吴英“以赔消罪”的机会

在吴英案中,如果对诈骗罪作形式理解、对欺诈行为作泛化解释,同时强推“先刑后民”的思路,当然可以认定吴英成立集资诈骗罪。但是,按照上文所述,吴英的身份是公开、真实的,吴英与林卫平等放贷者也不存在实力失衡而需要公权力介入的情形,放贷者通过民事追偿在责任主体上不存在困难,应当考虑“身份公开难言诈骗”的基本规则。即使要认定吴英构成集资诈骗罪,也要本着“先民后刑”的思路,只有通过民事法律无法救济时,刑法才可介入。合理的程序是,如果认为吴英的融资行为涉嫌犯罪,政府应责令停止借贷,告知出资者通过民事诉讼救济权利;在通过民事诉讼无法救济受害人权利时、或者吴英否定了民事救济的意愿(如像温州老板一样跑路或者掩饰财产),才可以启动刑事诉讼,将其认定为犯罪。

[13] (美)约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》,王秀梅译,北京大学出版社2009年版,页528-529。

(三)化解诈骗罪的原罪性:政治责任与学术贡献

1. 学者立场:防公权甚于防诈骗

如果不曲解“政治”一词的本来意义,则应强调,作为国之利器、民之要事的刑法,其政治正确远比规范准确更为重要。对经济领域的欺诈骗案采用“先民后刑”的意义不仅是法律上的,更是转型期孱弱私权与贪婪公权之争中,私有财产为数不多的屏障。在现阶段,民营企业常面对另一种“国进民退”的困境:地方政府以企业存在虚假行为、涉嫌诈骗为由,无论企业经营如何,直接进行刑事审判、强行接管或拍卖财产,其中不乏低估、圈占私产的现象。如果采用“先民后刑”的原则,先由被害人和经营者进行民事诉讼或和解,只有在矛盾无法化解、权利无法救济时,才能进入刑事诉讼,而即便进入定罪程序,私产已经在第一阶段的民事程序中实现了价值最大化。

由于诈骗罪条文和教义的扩张性,目前在我国经济领域,很多本属民事欺诈的虚假行为都可以被认定为诈骗罪,而是否受到追究往往取决于人为选择,公权以“欲加其罪、何患无辞”的傲慢在步步惊心的私企周围闲庭信步,导致经营者战战兢兢、亦步亦趋,畏惧公权、仰赖官员,形成公权绑架、挟持私企的局面。对此,刑法学者应当自责:多数民营企业都置身于犯罪的陷阱中,这不是资本的原罪,而是刑法的原罪;历史上大量利国利民的经济行为被治罪,即便有体制和时代的托词,但责无旁贷的刑法学有愧于中国私营经济。学之大者,经世济民,刑法学者应当用深邃的历史目光,穿透吴英及诸多民企罪案,看到诈骗罪背后“国进民退、权张利缩”的市场困局。与非法经营罪相似,诈骗类罪名日益成为一个口袋罪名,逐渐成为悬在私企屋顶上的达摩克利斯之剑,成为公权任意干涉私域的利器。缩限诈骗罪的范围,就是规制国家权力在市场领域的恣意性,这固然会放纵一些罪犯,但是,收缩诈骗罪是保护民营经济的不二法门。市场当然需要国家介入,但目前我们需要的,是先将公权力逐出民间市场,然后再将其请回市场。

2. 立法保障:增设“拒不返还”的消极构成要件

理念正确显不足以防止诈骗罪成为公权拿捏私企、与民争利的大棒。只有在立法上设置阻遏条件,才能消除“以公犯私”的隐患。事实上,我国立法者已经对很多罪名设置了客观处罚条件,究其原因有二:一是限制刑罚权触角,防止地方政府以治罪为由侵犯民权。例如,为防止地方政府用偷税罪掌控民企,法条增设了“经税务机关通知申报而拒不申报”的处罚条件。二是本为民事纠纷但因政策考虑被犯罪化。如拒不支付劳动报酬罪中“经政府有关部门责令支付仍不支付的”、恶意透支型信用卡诈骗罪中“经发卡银行催收后仍不归还”,通过增加犯罪条件,表达了民事优先的态度。诈骗罪兼具这两方面的特征,应当在条文中体现出“限权缩罪”的立法取向。

有些国家对诈骗罪设立了定罪缓冲带,如《意大利刑法》第640条“诈骗”规定:“……除出现前款列举的情节或其他加重情节外,上述犯罪经被害人告诉才予处理。”第640条-3“信息欺诈”也规定:“……除出现第二款规定的某一情节或其他加重情节外,上述犯罪经被害人告诉才予处理。”第641条“欺诈性支付不能”规定:“隐瞒自己的无支付能力状态,缔结债契约并且意图不予履行的,如果该债契约未得到履行,经被害人告诉,处……。在处罚之前对债契约的履行使犯罪消灭。”

这种将诈骗罪定位于“私法解决不能之后的选择”之思路值得中国借鉴。未来,在所有的诈骗类罪名中,都应当增设“拒不返还”的消极构成要件。

三、诈骗的层级化标准:生活、市场、投资与投机领域各行其是

发轫于生活的诈骗罪教义学理论,在适用不同案例时常常陷入矛盾,在传统案例中要坚持标准、在新型案例中要修正理论,左支右绌。其核心原因就是把生活领域的诈骗标准一刀切地运用于市场、投资领域,造成理论水土不服的现象。

(一)以政策学的分类弥补教义学的僵化

教义学理论所犯的重大错误在于:只见教义不见生活,预设了一个可以适用于所有领域的诈骗罪构造,而没有看到现代社会分工复杂、领域多元,刑法无法对所有领域实行无差别保护;随着社会的发展,不同领域的价值理念渐趋不同,对诚信的要求渐有差别,应当采用不同的欺诈标准。本文认为,应当对生活、市场、投资和投机等领域分别适用不同的欺诈标准,^[14]离基本生活越远的领域,就越不需要刑法的介入。如果根据犯罪学规律,把诈骗罪的要素分为主体、行为、结果三大要素,则可以肯定,生活、市场、投资和投机领域中诈骗罪的范围呈现不断缩小的状态,简言之,生活与刑法同在、市场进诈骗退、投资抵触刑罚、有投机无诈骗。

就主体而言,在生活领域中,只要部分身份信息虚假就可以成立诈骗罪(如姓名信息真实但虚构职业);在市场领域中,只有核心身份信息虚假才可能成立诈骗(如“冒用他人的名义”);在投资领域中,所有身份信息虚假都不一定成立诈骗罪;而在投机领域中,基本不需要考虑身份信息。就欺诈程度而言,生活领域需要平稳和诚信,对欺诈程度要求最低;市场需要自由和宽松,欺诈程度要求较高;投资领域需要冒险和超前,对欺诈程度要求最高;而投机领域是法外博弈,欺诈是应有之义,不需要刑法介入。就结果而言,生活领域中一石可激起千层浪,对结果的数额要求最低(诈骗罪的起刑点是2千-4千元),行为人返还财物不影响定罪;市场领域中对数额要求较高(个人实施的合同诈骗罪的起刑点是5千-2万元),行为人返还财物原则上无罪;投资领域中需要惊涛拍岸,对数额要求最高(个人集资诈骗罪的起刑点是10万元),行为人能够赔偿损失即可无罪。

(二)生活领域中诈骗罪应宽松化:爱生活爱刑法

“生活中的诈骗”是发生于日常生活中、传统“一对一”的诈骗行为及其变体,我国刑法第266条的诈骗罪就属此类。

1. 刑法对生活领域进行严格保护

基本生活涉及个人的生存权、安全感与尊严性,刑法应当给予严格保护,相应的,基本生活领域中的欺诈标准要求就最低。这里,我采纳了罗尔斯式的正义观,罗尔斯为“作为公平的正义”确立了两个原则:对基本权利、个人平等与自由给予绝对保障,每一个人都有着同等的权利;在基本权利平等之外才能够实行差异原则。简言之,基本权利绝对平等,基本权利之外的

[14] 对所有经济犯罪、法定犯都应当进行层级分类,采用不同于自然犯的定罪标准。

利益分配再考虑机会平等。^{〔15〕} 以此正义观思考刑法,就应强调:对于基本生活领域,由于涉及基本权利,欺诈标准不能因人而异,刑法实行家父主义,给予每个人同等的保护,不因智商高低而做出取舍;而在市场、投资领域,由于不涉及基本权利和生存,刑法实行守夜人模式,提高欺诈标准、实现差别对待,智者得其所需、愚者损失自负。有些国家明文规定对生活领域进行特殊保护,如《西班牙刑法典》第250条将“诈骗社会公认的基本生活用品、不动产或者其他财产”作为法定加重处罚情节。其实,即使不规定,由于基本生活领域犯罪的反伦理性(伦理其实就是与生活接近的规则)更强,当然要从重处罚。

生活领域与市场、投资领域欺诈标准的别样性,在荒谬诈术案中表现明显,如张某宣称自己是孙中山复活,以在美国埋藏着珠宝、需要路费为名骗得他人10万元。对此,传统理论纷争没有注意到不同领域中欺诈标准的差别。反对定罪的学者(如雅科布斯教授)笼统地认为荒谬诈术不成立诈骗罪,“一个人必须对自己的行为负责,一个合格的社会成员基于任意相信了一个社会现实上不允许信赖的行为这一事实充其量可能成为民事纠纷的理由,无论如何,不能成为追究欺骗者刑事责任的根据。否则,就总是要把所有人都假定为不合格的社会成员,而在这种假定之下就根本不可能有正常的社会交往。”^{〔16〕} 而日本通说是有罪论,“在明知被害人特别容易被骗的场合,虽然是一般人不可能上当的手段,也能成为欺骗行为。另外,利用被害人的不安和无知也是诈骗行为。”^{〔17〕}

这的确是一个两难选择:一概认为无罪,会使低智商者被排除在刑法保护圈之外;一律认为有罪,又会导向“有损害发生就有刑法身影”的刑法万能主义。其实,只要区分发生领域,问题就迎刃而解:发生在市场、投资领域的荒谬诈术,如甲公司宣称有长生药的技术而骗得乙公司投资100万,就属于民事欺诈;发生在生活领域,如丙到农村向老年人推销长生药获利10万,则构成诈骗罪。

2. 为生活领域中的诈骗罪设置低门槛

刑法在生活领域中设立诈骗罪,在价值取向上是安全高于效益,很少进行经济成本与刑罚效益的考虑。在欺诈内容上,既可以是对既有事实、将来事实的欺诈,也可以是就价值进行欺诈。在欺诈程度上,只要部分事项虚假就可以认定为犯罪。在欺诈标准上,应采用受害人立场说,即便在一般人看来荒诞、不会陷入错误认识的诈术,只要被害人信以为真,就可以认定行为人为诈骗罪。

需要指出,调低生活领域中诈骗罪的门槛,是与市场、投资领域横向比较而言;如果纵向比较,生活领域中诈骗罪的门槛是缓慢升高的。

(三) 市场领域中诈骗罪应收缩化:有交易有欺诈

“市场中的诈骗”是指与生产经营、商事交易有关的经济性诈骗,合同诈骗罪等多是如此。

1. 刑法应与商事领域保持适度距离

首先,在市场领域容许一些欺诈风险,是追求高效率的代价。“商事立法的基本价值

〔15〕 参见(美)罗尔斯:《正义论》,何怀宏译,中国人民大学出版社1986年版,页1-2。

〔16〕 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,页59。

〔17〕 大谷实,见前注〔5〕,页238。

目标是经济效率,它的重要性丝毫不亚于交易安全的价值目标。一个存在一定风险但是富有活力的经济社会,比起一个风险较小但是缺乏活力的经济社会,更符合人类的福利需求。”〔18〕如果一旦涉及欺诈、虚假,就由刑法介入,交易的流畅性就会大打折扣,商主体胆战心惊地从事交易活动与商事领域追求高效率的目标相悖,因此,“在商业买卖方面,历来,尽量是避免适用诈骗罪”。〔19〕

其次,刑法不是交易担保人,市场参与人应负注意义务。无商不奸,市场交易中的每个主体都希望利益最大化,难免出现夸大价值、虚假陈述等行为,如果采用基本生活领域的欺诈观念,则多数夸大行为都可以界定为诈骗罪。既然欺诈难免,刑法就必须做出立场选择:严格保护的家父主义,维护纯洁的市场环境;或者容忍轻微欺诈,逼迫交易主体自我保护。基于经济效率、刑罚成本,现代刑法只能适度放任欺诈行为,强制交易主体变成理性人,自我判断交易风险,国家不承担商人的风险成本。在普通法中,让刑法与市场交易保持适度距离是自由市场的基本导向,19世纪的法学家们希望给商人在从事交易过程中留有余地,因为“买主自行当心”的伦理观念十分有力。〔20〕需要指出,随着生活标准的提高,很多市场行为逐渐演变成基本生活的组成部分、应当严控欺诈风险,因而,“买主自行当心”的适用范围也会逐渐缩小。

2. 市场允许一定的欺诈行为

刑法在市场领域中的价值取向上要兼顾安全与效益,不需要绝对安全,适度放弃刑罚反而可以促使市场主体成熟,减少法律成本。在欺诈内容上,只能是就现有事实欺诈,对将来事实、价值判断,原则上不构成诈骗,如日本判例指出:“‘将来地价会上涨’这一预测性意见,一般来说,该预测能否兑现并不确定,通常人们不会因此产生错觉,所以,它不是欺骗行为。”〔21〕在欺诈程度上,只有部分事项虚假(半真半假),原则上不能认定为犯罪,只有主要内容虚假时才可以考虑成立犯罪。在欺诈标准上,应采取社会一般人标准,只有超出一般国民的容忍度,才可认定为欺诈,这是各国不约而同的判断基准。在日本,“在交易上一般所使用的讨价还价的范围内,即便多少有些夸张和歪曲事实的情况,但只要没有达到通常会使对方陷入错误的程度,就不能说是欺骗行为。”〔22〕在美国,“刑法典明确不处罚吹嘘广告,如果这个陈述不会欺骗一般人的话”。〔23〕换言之,刑法并不平等保护每个市场主体,那些不适合市场法则的人要为自己的疏忽和愚钝买单。

生活和市场是交叉的,市场中也有生活的需要,大致可以从产品性质、价格水平、需求程度几方面将两者界分。越是基本所需,越应该采用生活领域的欺诈标准;越与基本需求无关,越

〔18〕 王卫国:“金融欺诈对商事立法的挑战”,载陈光中主编:《金融欺诈的预防和控制》,中国民主法制出版社1999年版,页52。

〔19〕 大谷实,见前注〔5〕,页239。

〔20〕 American Law Institute, Comment to § 223.3 at 192. 转引自张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,页69。

〔21〕 大谷实,见前注〔5〕,页243。

〔22〕 大谷实,见前注〔5〕,页239。

〔23〕 约书亚·德雷斯勒,见前注〔13〕,页528。

应该采用市场领域中的欺诈标准。即使在市场领域,越是高端领域,离基本生活领域越远、交易双方越有更高判断能力,对欺诈的容忍度就越高。例如,将东莞的家具包装成意大利的达芬奇家具牟取暴利,这种奢侈品超出了生活基本需要,应当采用比普通市场领域更高的欺诈标准,因而,不必认定为诈骗罪及其远亲罪名——生产、销售伪劣产品罪。如果是公众的基本生活品,就应考虑采用生活领域的欺诈标准。

(四) 投资领域中诈骗罪应萎缩化:容风险有回报

“投资中的诈骗”多指与基本生活、生产经营无关的资本市场(如风险投资)或专业领域(如古玩字画、艺术品市场),是为实现财富最大化而进行的冒险性投资。

1. 在投资领域刑法对财产权实行弱保护

首先,离生活有多远,离刑法就有多远。对“生活在别处”的投资领域,是富有者实现自我价值的金钱游戏,远离了基本生活,刑法无需太关注与生存、人身无关的经济冒险行为。在投资领域,风险比安全更能够带来利益。投资谋求高回报,必然伴随高风险。参与者需要具备更高的心理承受能力,也就更能容忍其中的谎言与欺诈,因此,相对于其他领域,投资领域的欺诈容忍度最高。有些国家的刑法就区分了投资和生活中的欺诈,例如,《德国刑法典》对“(普通)诈骗罪”的欺诈内容没有限制,“投资诈骗罪”则限定了欺诈的内容——“对购进或增加份额的决定具有意义的重要情况”。如果适用生活和市场的欺诈标准,则北京潘家园古玩市场的经营者多已罪行累累;2.2 亿元假汉代玉凳的参与者都是诈骗罪的共犯。

在投资领域内部欺诈标准也有差异。法律规制越多的投资领域,就越不容许欺诈。例如,盈亏作假的陈述,在法律严控的股票市场,可能构成诈骗;在无法律直接规制的风险投资领域,就不是诈骗。

其次,投资领域应尽量去罪化。刑法在投资领域的价值取向上追求效益而弱化安全,应当尽量后撤以让投资市场保持博弈本性。在欺诈内容上,只能限于既有事实——对部分既有事实的欺诈也难以成立诈骗;对将来事实欺诈、价值夸大,更难构成诈骗罪。在欺诈程度上,只有事项全部虚假才可以考虑认定犯罪,例如,甲将租来的酒店宣称是自己所有的酒店、乙设立网站后雇人点击使其具有热门网站的假象,吸引他人风险投资,就不是诈骗罪。^[24] 在认定欺诈的标准上,应采纳特殊人标准,只有当欺诈程度超出该领域中从业或专业人士的容忍度时,才可认定为诈骗。

2. 金融危机阴影下的思考:既来之则安之

在投资领域,刑法应强力保护交易规则而象征性地保护财产权。对此,梁根林教授曾委婉地提醒笔者:考虑到金融危机的严重危害,弱化对投资领域的刑法保护,是否妥当?奥巴马总统多次斥责金融玩家的无德,一再强调金融监管的必要性。梁根林教授的担忧,是感叹“鲑鱼多刺”的爱玲式完美主义。金融风险之利,远大于其害。美国正是通过金融操盘,享受着发展中国家的积蓄。即便有前车之鉴,发展中国家也要飞蛾扑火,发展金融产业,复制金融风险,忍

[24] 类似案件的“受害人”多为第一代富翁,其财富积累并非知识优势的产物。一夜暴富之后不退隐山林、安度晚年,反而盲目投资,以农业社会的知识结构参与信息时代的竞争,系自食其果。刑法过于保护他们,会阻碍投资领域的更新换代,不利于社会财富的重新分配。

受金融危机。金融危机后,玩家会克服现有风险,寻找更大利润空间,循环往复,直至像对待空难那样看淡金融危机。不是金融危机太严重,而是人类还没有习惯金融危机。如果不涉及基本生存,人类对新型危害总是先充满恐惧、逐渐熟悉直至最终习惯。因此,法律干预金融市场,只是确保市场透明、信息公开。失败的投机者只是击鼓传花的失运者,以刑罚待之缺乏正当性。当然,领导人基于政治作为的考虑而调度刑法,是另一回事。

(五) 投机领域无诈骗:无罪无罚的法外江湖

人类有一种博弈的天性,冒险天性是一把双刃剑,在经济领域,用之得当,就属于投资;用之不当,就成为投机。现代社会允许在一定领域内有限度的冒险,以释放人类这种本性,如股票、期货等投资市场都是国家规制下的合法冒险。然而,超出此界限,就属于法外投机,如赌博黑市、地下彩票、高利贷钱庄等,对于这种谋求超高回报的博弈性投机行为,法律不保护,道德谴责之。

1. 投机行为缺乏合法性:无社会价值无保护必要

投机行为不直接增加社会财富反而会损害实体经济,参与行为自然就缺乏合法性。这表现在:一是法律不介入法外投机领域、不保护参与者的财产。例如:不保护高利贷利息;不保护赌博参与者的财产,在设局诈赌中,行为人不构成诈骗罪,参赌者对被骗钱财也无返还请求权;对很多地下交易市场,法律不保护参与者的财产权,参与者对财产无返还请求权。二是将投机行为直接规定为犯罪。很多国家和地区把谋求高回报者的出资行为规定为犯罪,例如,香港地区《放债人条例》第24条规定,任何人以超过年息60%的实际贷款利率贷出款项,即属犯罪。《意大利刑法典》第644条也将“以任何形式要求他人向自己或其他人给付或者许诺给付高利贷性质的利息或其他好处”规定为高利贷罪;《丹麦刑法典》第282条也规定了高利贷罪。

因此,在集资案件中,无论集资者是否构成犯罪,如果出资者谋求过高回报,就属于法外投机,应当属于违法行为乃至犯罪,对出资额也无返还请求权。然而,在我国的集资案中,司法机关不处罚出资者、承认出资者的返还请求权、政府帮助弥补损失,这种无视出资者投机的先天罪恶性,除了社会稳定的考虑之外,是否存在为公务人员投机失败买单的情形,不得而知。

2. 法外投机具有反道德性:不公平有罪恶

“勤劳有善报、投机有恶报”是根植于人性的文化观念,任何正常人都熟稔于心。人类社会的基本规则是对等性、相互性,这也是传统道德的核心命题,社会学家图恩瓦尔德最先提出,“相互性原则”是初民社会的法律基础,“当人们尝试从人类行为方式及其宗教一巫术的玄思的纠缠之间的规则抽丝剥茧的话,人们便会发现,相互性是法律的天平,单方面的给予被视为‘不公平的’:……如果有滥用,便是对相互性的损害。”他将这种“给予一回报的相互性原则”视为人类公平感的基础,并视之为“所有法律的社会心理基础”。^[25] 投机者期望获得超现实主义的高回报,是对这种人类最原始公平正义观的违背。任何社会的道德观中都包含着“勤劳致富、用汗水换幸福、付出与回报对等”等伦理信条,“世上没有免费的午餐”、“天上不会掉下馅饼”更是妇孺皆知的谚语,因此,以不劳而获、一夜暴富为特征的投机行为违背社会基本

[25] (英)马林诺夫斯基、塞林,见前注[7],页108。

公平感。在道德意义上,投机者期望获得超出正常利润、法律不予保护的暴利之心理,是一种与财产犯罪中“不法所有目的”无异的反道德性贪婪动机,不值得法律保护。同样,在我国传统观念中,追求过高回报的出资行为就是放高利贷,这是一个充满贬义色彩的词汇。

3. 投机者对被骗风险有抽象认识,属于自陷风险的承诺

首先,法外投机领域充满欺诈,参与者对受骗风险有认识,获利者就不具备“使被害人陷入错误认识”的诈骗罪要素。法律不保护投机,就是向公众宣告:此领域充满不法行为(主要是欺诈)、参与者是容易实施不法行为(包括欺诈)的高危人群。投机违反基本道德,也意味着参与者对该领域充满不道德行为(包括欺诈)有充分认识。换言之,参与者进入投机领域时,既认识到了欺诈他人而自己获利、也认识到了被人欺诈而自己受损的可能性。既然参与者认识到了欺诈风险,在财产受损时,就不能说“陷入了错误认识”,不能成为诈骗罪的被害人。

其次,参与法外投机是被害人弃权的承诺行为。安全是投机者的敌人,参与人自愿进入投机领域就意味着承诺接受欺诈风险、放弃刑法保护。既然想侵犯他人的财产、也必然要容许他人对自己财产的剥夺,其道理犹如,决斗者认识到了伤害他人的可能性、也认识到自己受伤害的可能性。在现代社会,被害人对财产权的承诺是除罪理由。我国司法解释也承认了法外投机无诈骗的立场。司法解释对“设诈赌博”规定:“行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财,属于赌博行为,构成犯罪的,应当以赌博罪定罪处罚。”相反,学者多认为成立诈骗罪。^[26]然而,对“法外赌场充满欺诈”,人人皆有抽象认识,被害人无“错误认识”;被害人自愿参赌、甘冒风险,就是承诺放弃财产权,不存在成立诈骗罪的余地。

总之,有投机无刑法,刑法不为投机行为护航。投机领域奉行愿者上钩、咎由自取的丛林法则,投机者明知违法性和反道德性而为之,就无刑法保护的必要性,“投机要追求高利,也因此而承担高风险,这个价值上的取舍,刑法管得着吗?”^[27]

4. “法外投机无诈骗”的限制性条件

这一观点需要严格限制适用条件:一是投机是牟利性博弈,与此无关的就不属于投机。如甲以充当杀手为名收了乙10万元逃走,成立诈骗罪,因为乙的行为不具有牟利性。二是投机具有互动性,只有一方参与而无对方互动就无投机性质。如乙举办赌球活动,猜中一场胜负押千赢万,在大量球迷投注后甲潜逃。球迷虽有投机但没有引起甲的互动,甲自始缺乏返还奖金的行为,无投机过程,甲是诈骗罪。三是刑法不保护财产权不等于放弃社会秩序,如地下六合彩是法外投机,参与者被骗,对组织者不定诈骗罪但可以定非法经营罪。此外,认定投机时还要考虑主体能力、资金数额和暴利程度等因素。

当然,很难绝对地划分生活、市场、投资和投机领域的界限。有时要综合考虑行为对象、涉案金额、交易地点,例如,在大街上将价值1千元的玉镯宣称是可升值百倍的藏品、以8000元价格卖给阿婆,就属于生活领域的诈骗罪;如果发生在玉器商店,则属于市场领域的民事欺诈;如果发生在古玩市场,则法律不干涉。这种刑事政策上的分类对于规范的理解具有重要价值,

[26] 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,页226。

[27] 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),中国人民大学出版社2009年版,页169。

在未来,政策学上的具体规则应当溶入到教义学之中,使定罪成为开放的过程。

四、吴英案中出资行为的归类:少数为投资、多数系投机

吴英案的出资者多是金融掮客(林卫平等人被认定为非法吸收公众存款罪)、回报率远超同类案件、个人出资额以百千万为单位,是有钱者的游戏、与普通国民生活无关,因此,吴英案的出资行为多数是投机,少数是投资。

(一) 出资行为归类的标准

1. 以回报率、出资额和谨慎度为标准判断出资性质

在集资案中出资行为复杂多变,结合出资人身份、回报率、出资额、对经营的关心度等因素,考虑到境外高利贷的标准、中国经济的高速性,本文提出一个判断出资行为性质的标准:

一是回报率与贷款利率相当、出资额以千(万)元为单位、未约定风险分红,属于生活中的民事借贷。例如,出资者是信息及经济能力偏弱的农民,回报率较低,个人出资额较少,此种集资就涉及社会成员的基本生活,应采用低门槛的欺诈标准,有虚假因素都可以认定为诈骗罪。但吴英案中不存在类似情形。

二是回报率不超过低于银行贷款利率四倍、出资额以万(十万)元为单位,属于市场中的经济关系。如“证人周海江的证言,吴英同其说本色集团如何好,让其投点钱进去,(100万)一年的回报率是30%”,^[28]该利率与出资额属于商事行为,应采用较高门槛的欺诈标准,吴英仅是抽象吹嘘“本色集团如何好”,无法成立诈骗罪。

三是回报率超过银行贷款利率的四倍但低于100%,或者约定不固定的风险回报,出资额以十万(百万)元为单位,属于为投资行为。如“葛保国等人到东阳本色集团进行了考察,当时大家认为比较好,于是决定筹资投放本色集团,其个人投入200万,约定投资期限一年,分红100%。”这种投资行为应当采用最高的欺诈标准,出资者负有风险审查义务。若吴英虚构出一个本色集团,可成立诈骗罪,但对经营情况的夸大不成立诈骗罪。

四是回报率超过100%,出资额以百万(千万)元为单位,且出资者不关心资金用途,只关心回报率,属于投机行为。如“证人林卫平的证言,约定利率每万元每天40元,先后向其借款4个多亿”。出资回报率达到146%或者更高,出资额极大,出资人不关心资金的实际用途——“(出资人)不参加经营活动,只管资金投入分红”、“约定不参与经营,只管投资分红”,这不是投资者思维而是投机行为。这种放高利贷行为,不仅违反了伦理道德,而且在很多国家都是犯罪行为。法律应态度坚决地漠视投机财产,在刑法上不讨论诈骗罪,在民法上取消返还请求权。

2. 集资诈骗案的处理思路:先政策学归类再教义学分析

对集资诈骗案,首先要在政策学上归类,不能操之过急地让教义学先行。总体而言,出资额越大、回报率越高,越不关心资金用途,就说明出资者的博弈性越重,就越应被归为投机行为。在归类后再进行教义学分析,投机性越重,证明被害人的过错越大,就越能弱化被告人的

[28] 本文加引号的关于吴英案的陈述,均引自判决书。

罪责,就越不应考虑诈骗罪。

比较一下被判处死刑的不同集资诈骗案,更可凸显吴英案中出资者的投机性。浙江的“小姑娘”杜益敏,以月息1.8%至10%的高额利息为诱饵集资,利息标准远低于吴英案。以养殖蚂蚁为名的辽宁汪振东案,向蚁民承诺35%至60%不等的回报,诱骗蚂蚁养殖户与公司签订《蚂蚁养殖购销合同》共计109161份,非法募集资金人民币29亿多元。平均估算,每个出资者出资2.7万、回报率为47%。考虑回报率、出资额以及出资者对资金用途的关心度(签的是养殖合同而非借款合同),出资者的投机色彩不强,可以界定为含有生活色彩、但属于市场领域的欺诈行为,采用较投资、投机领域更低的欺诈标准,可以认定诈骗犯罪。而梳理吴英案会发现,个人出资额巨大,多数集资款的年息超过100%、最高达到400%,如“一般都是按季度写的,一季度分红分别为30%、60%、80%都有”、“以每万元每天50元、45元不等利息(即164~182%的利息)”,这些出资行为都是投机,无讨论诈骗罪的余地。归类当然会有模糊地带,更多时候要综合考虑,如吴英案中,“出具900万的借条一张,注明投资期限为三个月,投资利润为900万,到期归还1800万。”这一笔集资款的回报率介于投资与投机之间,但考虑到出资额和短期牟利性,应被界定为投机行为。

(二)少数出资行为属于投资,应适用最高的欺诈标准

1. 投资领域的欺诈程度应采用专业者、特殊人标准

在少数出资行为被归类为投资行为时,才可以考虑诈骗罪。判决书认定吴英的诈骗方法是“采用虚假宣传等方法,给社会公众造成其公司有雄厚经济实力的假象”等。如果采纳生活领域的欺诈标准,当然可以认定吴英成立诈骗犯罪。然而,判断欺诈程度的基准有重大分野:判断生活中的欺诈要用市民的眼光,判断市场中的欺诈要用商人的眼光,判断投资中的欺诈要用专业的眼光,判断投机中的欺诈要用赌徒的眼光。

判断吴英案的欺诈程度,不能采用普通市民或社会一般人的标准。诸如“对出借人隐瞒巨额负债的事实”、“买断东义路广告位集中推出本色宣传广告,制作本色宣传册向社会公众虚假宣传”、“将购买的大量珠宝堆在办公室炫富”等欺诈行为,在像我父母一样生活在恬静乡野的淳朴国民看来,这当然是黑白分明的诈骗手段;在社会一般人看来,这也是不能容忍的欺诈;但是,既然这是与生活区隔的、有专属潜规则的投资领域,就应该按照专业者的判断标准进行评判,吴英案的出资人都是民间金融人士,具有很强的判断能力,“如果被欺诈者是缺乏知识和经验的人,他就比一般人更容易受骗。一般来说,当被害人是知识、经验丰富的人时,那就会减轻行为人的告知义务,不能因为行为人没有向其特别明示,就认为是采用隐瞒真相的方式实施欺诈。”^[29]生活中的欺诈对他们难以形成实质性影响,判决书中也无林卫平等人认为被骗的证言。

2. 投资领域中对将来事实的欺诈不能成立诈骗

吴英案中,存在一些对将来事实的欺诈,如“公司成立前没有进行过可行性研究,但自己

[29] (日)林干人:《刑法各论》,东京大学出版社1999年版,页231。转引自刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,页215。

认为,将公司建成连锁企业,收取加盟费,总会赢利的”、“并承诺公司发达后不会亏待其”等,因为这些虚构的将来事实,出资人将资金借给吴英。

虚构将来事实能否构成诈骗,德国和我国台湾学者多认为将来事实由于欠缺真实事实的对照,无所谓真假而不成立诈骗罪;^[30]而日本学者多认为将来事实同样可以使他人陷入错误认识,可以成立诈骗罪。^[31]两种观点没有注意到不同领域中欺诈标准的差异,都有理论盲点,德国和我国台湾学者举的例子多数是商事或投资案例,如“经理鼓吹股票、地产必升值而让投资者盲目购买”,对于商人和投资者而言,夸大宣传与虚假承诺是业内潜规则,对将来事实的欺诈不能构成诈骗罪。日本学者举的案例多是生活案例,如“谎称马上会得到朋友的援助而向他人借钱”,邻里生活要求诚实守信,讲求人格化的信任关系,欺诈的标准相应调低,对将来事实的欺诈就可以构成诈骗罪。因而,对将来事实的欺诈要分而论之:在生活中可以成立诈骗罪,在市场和投资领域中则不宜成立诈骗罪。

吴英对将来事实的虚构,如果发生在生活领域中可以成立诈骗罪;而发生在市场、投资领域,则属于可容许的商事风险和投资惯例,仅据此不能认定为诈骗罪。

3. 投资领域中动机虚假不能认定为诈骗

吴英虚构了一些借款动机,如“以做石油生意等为名”、“以炒商铺、收购烂尾楼需要为名”,这涉及动机虚假能否成立诈骗罪。在司法实践中,动机虚假的行为很难定性,通说认为只要有假的成分就不影响定罪,“为借钱而在该钱的用途上编造谎言的场合,即便在法律行为的动机上让人陷入错觉,根据情况,也会构成诈骗罪。”^[32]对此,仍然应当考虑欺诈领域的不同性。

可以肯定,在生活中的动机具有狭窄性,只要就部分事项虚假就可以认定为诈骗,“动机虚假”可以认定为诈骗罪。而投资领域中的动机具有宽泛性,不必与现实完全吻合;对动机虚假的情形要考虑,该虚假动机与出资人动机是抽象偏离还是具体偏离,即该虚假动机对出资是否有决定性影响。一般而言,“具体偏离”是指出资者只对具体事项投资,如亿霖木业案中,出资者是因看好绿色林业前景而出资,如果集资款不用于林业而用于炒房,就与出资人的认识发生了具体偏差,该偏差对出资者出资起到了决定性作用,集资者可以成立犯罪。相反,“抽象偏离”指出资者是对概括性事项投资(如对某集团、某创业者投资),不针对具体事项,获资者是购买原料还是发放工资,只是在概括性投资范围内的抽象偏离,不是影响出资的决定性因素。

在吴英案中,吴英有庞大的企业运营背景,出资者是对人而非对具体事项的投资,只要用于商事运作即可,并不关心吴英的具体用途,用途上的偏差不是影响出资的决定性因素,吴英虚构动机只会导致“抽象的偏离”。决定出资的主要因素不是具体用途,而是是否用于商事活动、回报率是否够高。因而,这种“抽象偏离”的动机虚假不能成为欺诈行为。反之,如果吴英将多数资金用于个人消费,就与出资者的动机完全背离,可以认定为“具体偏离”,成立诈骗罪,然而,判决书认定的吴英消费部分只是极少比例。

[30] 林钰雄:“论诈欺罪之施用诈术”,《台大法学论丛》2003年第3期,页127。

[31] 大谷实,见前注[5],页243。

[32] 大谷实,见前注[5],页243。

(三) 多数出资行为属于投机, 出资者没有“陷入错误认识”

1. 法外投机者缺乏双重错误认识, 无法成立诈骗罪

四个领域中的诈骗, 被害人的错误认识也有差别。在生活领域, 被害人基础事实产生了错误认识, 就可以认定为陷入错误认识。然而在法外投机的场合, 被害人的错误认识包括两层: 一是对基础事实的错误认识; 二是对预期利益、终局结果的错误认识, 两者缺一不可。

能够反映出不同领域错误认识之差别的情形是, 被害人在半信半疑之认识状态下处分财物, 能否认为“陷入错误认识”? 对此有不同观点: 德国传统观点对被害人的错误认识持一种宽松的理解, 虽然被害人对虚构的事实将信将疑, 但最终被害人处分了财产的事实, 仍然说明被害人陷入了错误认识, 因而符合诈骗罪的逻辑构造。^[33] 然而, 被害人学对此展开了批评, 认为这是被害人对于几率和利益的评估结果, 并非错误认识。林钰雄教授就举例说:

假设有人要以十万元(台币)价格卖我一幅毕加索的画, 我当然有所怀疑, 如果我最后买了那幅画, 并不等于我认为“真实的机会高于虚伪的可能”, 而是因为我对于获利的判断: 纵使我评估后认为只有百分之十的几率为真, 百分之九十的几率为伪, 当然是“虚伪高于真实”, 但是, 我为什么还买了那幅画? 因为那百分之十的机会, 足以让我愿意花十万元尝试, 如果成真, 我就“发了”, 我就“麻雀变凤凰”, 可以退休去环游世界了!^[34]

然而, 两种观点都没有注意到投机行为需要双层的错误认识: 对于此画是毕加索的画, 购买者的确陷入了错误认识——“此画有 10% 的概率是毕加索的画”的认识与“此画 100% 是赝品”的事实发生了偏离, 因而对基础事实产生了错误认识; 然而, 对于预期回报性, 购买者却没有陷入错误认识: 以 10 万元、10% 的真实概率去换取 1000 万, 对这一概率推算, 购买者没有陷入错误认识。因投机领域的错误认识具有双重性, 本案缺乏双重认识错误, 不构成诈骗罪。

如果不属于投机行为, 就不存在双重错误认识问题, 问题就比较简单。例如, 情人节晚上, 甲忘记了给女友买礼物, 在去约会的路上遇到乙向其推销金项链, 甲当然表示怀疑, 但稍作检查后心想让女友开心是最重要的, 于是以 9 折价格买下, 经鉴定是铜项链。在该案中, 甲对基础事实产生了错误认识, 但甲购买的价格不存在投机性质, 无需考虑对预期结果是否有错误认识, 直接可以判定甲符合“陷入错误认识”之情形。如果甲表示怀疑后稍作检查最终以 1 折的价格购买了多条项链, 则应当认定甲的行为属于投机行为, 甲虽然对于基础事实(100% 为假)产生了错误认识(20% 为真), 但对预期利益(200 元损失可能换来 2000 元利益)并无错误认识, 因而甲不属于“陷入错误认识”, 乙不成立诈骗罪。

在投机行为中, 出资人对基础事实或预期利益任一内容认识正确, 都不属于“陷入错误认识”; 选择了高回报就对高风险有认识, 因此, 投机领域基本不可能成立诈骗。如日本曾发生的“等比数级推销会案”, 它是一种财物分配组织, 它利用后来入会会员的汇款, 使先入会的会员获得大大超出其自身出资金额的财物。日本学界认为, 明知这种毁灭性的逻辑而加入时, 诈骗罪成立的条件必须是被害者被骗陷入错误, 但该案不能满足这个条件, 所以以

[33] 参见林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》, 中国人民大学出版社 2009 年版, 页 297。

[34] 林钰雄:《刑事法理论与实践》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 页 118。

诈骗罪立案十分困难。^[35]

2. 吴英案中出资者缺乏双重错误认识

在吴英案中,出资者对基础事实(吴英公司运营、资金使用情况)可能存在错误认识,但对于预期利益并无错误认识。对于年息高达 100 - 400% 的利益回报性,作为金融掮客、具有良好判断能力的出资者,能够认识到这是一场冒险博弈,只不过这种冒险的回报率实在太高,值得一试。我们不难推断出资者对投机风险的明确认识,“其(叶义生)第一次试探性地借给吴英 200 万,吴英很讲信用,按约归还了本金和利息,之后就陆续借钱给吴英。”为了降低投机的风险性,出资人才会“试探性”和“陆续”借钱,这表明了行为人将信将疑的态度、对预期利益的博弈心理,即便出资人对基础事实产生了错误认识,但对于预期利益并无错误认识(出资人认识到了回报的利益高于失败后的成本,属于值得冒险的投机)。反之,如果约定的利息不属于投机性质,只要对基础事实存在错误认识,就属于“陷入错误认识”。

五、贷款诈骗罪的应然解释:二次限缩与规范判断

(一) 集资诈骗罪与诈骗罪的貌合神离

就诈骗罪而言,“五阶段诈骗构造”是形成于古典理论时期,以“一对一”为犯罪模型,其适用对象主要是我国刑法 266 条的普通诈骗罪;而合同诈骗罪、金融诈骗罪等从普通诈骗罪分离出来,就是因为它们具有不同特点,而且,随着时间推移它们与普通诈骗罪之间的分野日益加大。由于金融诈骗罪更多具有投资、投机色彩,因而,集资诈骗罪的“诈骗方法”应当进行二次缩限解释。与其他金融犯罪相比,集资诈骗罪是“行为人 - 被害人互动性”最强的罪名、被害人的过错性最强,常是被害人追求法外回报的投机与行为人的贪欲共同铸就了损害后果。因而,对集资中的欺诈方法,可容忍度相对更高,对集资诈骗罪的“诈骗方法”就应做出比诈骗罪更缩限的解释。司法解释也承认了这点,《解释》规定:“诈骗方法”是指“行为人采取虚构集资用途,以虚假的证明文件和 high 回报率为诱饵,骗取集资款的手段”。诈骗方法 = 虚构集资用途 + 以虚假的证明文件 + 高回报率为诱饵,三个并列条件明显缩小了“诈骗方法”的外延,无论这一解释是否准确,它在价值取向上都是正确的。

然而,通说未看到集资领域中“诈骗方法”的特殊性,将传统诈骗罪中的诈骗方法套用在集资诈骗罪上,认为:“就集资诈骗罪而言,只要某种行为足以使对方陷入‘行为人属合法募集资金’、‘行为人属正当募集资金’、‘行为人的集资获得了有权机关的批准’、‘出资后会有回报’等认识错误,足以使对方‘出资’,那么,这种行为就属于集资诈骗罪中的‘诈骗方法’。至于行为人是就事实进行欺骗,还是就价值进行欺骗,均不影响欺骗行为的性质。”^[36]

用早期静态工业社会的诈骗罪教义学理论套用信息时代的金融风险,实乃削足适履,这种

[35] 京藤哲久,见前注[10],页 47 - 48。

[36] 张明楷,见前注[26],页 492。

对金融领域实行零容忍的思路存在两个问题:一是过于追求安全价值而忽视了金融市场更需要的效益价值。在金融领域中,风险与利益是一个硬币的两面,“在严格管制的环境下,尽管有可能减少不法行为的得逞率,但与此同时也减少了合法交易的成功率,并且增加了它们的成本。过分僵硬的规定由于缺乏广泛的社会认同,往往导致普遍的违规行为和违法不究现象,从而给金融欺诈者以更大的可乘之机。”^[37]完全不允许虚假和风险的金融市场也就失去了利益空间。二是会把民间借贷中的欺诈行为等同于“诈骗方法”,如果这样理解,可以对浙江有民间融资行为的企业进行地毯式定罪。不能用生活的标准要求商界,不可用清教徒的信条要求企业家。民间融资之所以可能维系,正是因为集资者给出高于正常标准的投资回报,在集资时,任何人都充满幻想、放大营利预期、缩小亏损预测,经营本身就是风险行为,或多或少都会伴随事实虚假或者价值欺诈,但这一风险已经被高回报抵消了。

(二) 集资诈骗罪中的“诈骗方法”是规范要素

“诈骗”本质上是一个文化的产物和伦理的概念。大陆法系教义学把“诈骗”理解为标准恒定的描述性要素,而没有注意到“诈骗”其实是一个规范要素。犯罪构成要素可以分为描述性因素和规范性因素:描述性因素是指那些简单地以人们的经验为基础来判断的因素,如妇女;而规范性因素是指必须根据某个特定的标准进行价值判断的因素,如淫秽。^[38]财产犯罪的罪状有重大差别:盗窃、抢劫等罪状由描述性要素组成,可以进行形式、客观判断;而诈骗罪的罪状属于规范要素,只能进行实质、个别判断。抢劫、盗窃基本与伦理无关,^[39]在判断“诈骗方法”时,必须考虑社会背景、伦理观念、时空差异等要素。

1. 规范要素需要依赖民意明确外延:民众就是法官

规范要素必须考虑社会基本观念,换言之,认定吴英成立诈骗罪时必须考虑合理民意。以诈骗罪干预金融市场,定罪的前提必须存在社会共识,“不论怎样,必须明确的是,以经济犯罪处罚经济脱轨行为,其危害程度的标准需要社会达成共识。”^[40]在这一点上,不同于传统财产罪案,吴英案的罪刑选择必须考虑大众判断。有学者认为,吴英案应当由法官独立判断,不能形成舆论审判的局面,“让舆论的归舆论,司法的归司法。”^[41]这没有注意到,吴英案涉及罪名中的“诈骗方法”是刑法上的规范要素,必须以国民观念、社会价值为判断基础。

司法与民意的关系有二种类型:如果涉及的罪名(如聚众淫乱罪、诽谤罪)存在规范要素,无法从法条中寻找答案,淫乱、诽谤的含义是随社会发展不断波动的,“诈骗”更是受时代背景

[37] 王卫国,见前注[18],页52-53。

[38] (意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,页102。

[39] 这并不是说,盗窃、抢劫罪的认定就不需要考虑伦理因素,但是,在构成要件符合性阶段,对什么是盗窃、抢劫行为,只能进行客观、形式判断,伦理因素只能在违法性阶段考虑;对什么是诈骗行为,首先就得进行实质判断,即在构成要件符合性阶段就已经开始进行伦理判断了。

[40] (日)神山敏雄:“经济犯罪及其法律对策”,载西原春夫主编:《日本刑事法的重要问题》(二),金光旭等译,法律出版社和成文堂2000年联合出版,页4。

[41] 吴丹红:“不要让舆论决定吴英生死”,载《环球时报》2012年2月18日,第8版。

制约的概念,最大的谎言可能是最美的情话;对此,不仅法官定罪时要考虑社会共识,判决之后也需要历经全民讨论才可结束终审判决,对规范罪状实行全民公决、舆论审判,是确保罪名准确适用的前提。相反,如果罪名全是描述性要素,如盗窃罪、杀人罪,则强调法官独立判决,舆论作用只在防止司法腐败,而非协助解释罪状。因此,与普通刑案不同,民意对吴英案的干涉是正当的,法官必须根据民意来理解诈骗方法。

2. 规范判断要考虑时空差异:浙商无诈骗

规范要素具有强烈的时空色彩,例如,在美国习以为常的男女接吻、搂抱,在伊斯兰国家可以被认定为淫荡举动。对于诈骗罪评价的可变性,法国学者索雷尔曾指出:

在一个商业繁荣,每个人都善于捍卫个人利益的富足社会里,正如在美国一样,诈骗罪产生的后果与它在经济僵化的社会里产生的后果有天壤之别。事实上,这种小罪不会给经济造成多大的混乱,况且,它的持续时间也不可能长久。这就是美国人容忍政客与金融家肆意任为,却毫无怨言的原因所在。……这种新的产业制度在发达资本主义国家里导致了一种对诈骗罪的宽容与放纵。在古老的家庭经济、非投机经济仍然盛行的国家里,人们对残暴犯罪行为与欺诈行为的评价标准完全不同于美国、英国以及法国。^[42]

首先,在空间上,在市场发育成熟、诚信度高的经济体中,“诈骗方法”的门槛较低;而在市场尚处于初级阶段、诚信尚在培育的经济体中,刑法应该给市场留下足够发展空间、保持必要的谦抑性。我国台湾学者就发现了德国与台湾地区在认定诈骗上的因地制宜,“德国法院认为将中古车的里程计数器调低情形,属于施用诈术行为,果真依照这种标准,台湾中古市场的车商,恐怕无人得以幸免?”^[43]刑法应当保持价值的中立性、干预的有限性,不可“天真地”用刑法加速市场的成熟化、诚信化。

处理浙江集资案时,必须考虑区域特点。根据人民银行研究局张健华的推算,我国民间融资额大约在2.5万亿元左右;而学者估计浙江民间融资规模在1-2万亿元之间。^[44]在一个把集资当成日常投资行为的区域,人们已经习惯了在风险中获益,对一些存在虚假行为的集资行为,浙人多可以理性的眼光看待投资输赢,没有表现出多少激愤。而浙江集资的回报率远高于其他省份,也是出资者基于高风险高回报的经济选择,高风险已经化解在高利率中。在浙江省,“诈骗方法”应当采取更紧缩的解释:其他省份可以用生活、市场的欺诈标准对待集资行为;而浙江省应用投资、投机的欺诈标准来看待集资案件。如此看来,浙江的集资案件都应该按照无罪或者轻罪(非法吸收公众存款罪)处理。

至少,浙江省近几年判处死刑的集资案件,都是出资人的投机与集资者的冒险共同致损,虽然伴有生活意义上的欺诈,但双方对风险都有清晰判断,无法成立投资、投机领域的诈骗犯罪。即使那些跑路老板,也并非获得资金后立即携款潜逃;破产后的逃跑,与欠钱不还的逻辑是相同的,刑法应当坚守“行为与罪过同在”的公理,只要获得资金时没有非法占有目的,就不

[42] (法)乔治·索雷尔:《论暴力》,乐启良译,上海人民出版社2005年版,页159-161。

[43] 林钰雄,见前注[33],页283。

[44] 参见李有星等:《浙江省民间融资问题研究报告》,调研报告,页9。

能认定为诈骗犯罪。在很多国家,类似逃债行为都被规定为不同于诈骗罪的罪名,如《西班牙刑法典》在第六章“欺诈罪”之后的第七章规定了“不履行债务罪”,《意大利刑法典》在“诈骗罪”之外单独规定“欺诈性支付不能”,并都设立了更低法定刑。

其次,在时间上,在发达省份,无数次经过股市跌宕、楼市悲欢之后,民间的风险意识、判断能力已经今非昔比。集资诈骗罪始发于 90 年代初几个惊天大案,如沈太福集资诈骗 10 多亿元,邓斌非法集资 32 亿。经过这些案件的洗礼,国民逐渐认识到了集资领域的风险性。集资利率越来越高也部分说明了出资者对风险有了更多认识,希望通过更高回报化解风险,当年沈太福集资诈骗案中的年利率才 24%,而今天沿海地区的年利率动辄超过 100%。就诈骗罪而言,国民的认识能力与错误认识概率是呈反比的,在国民风险认识能力提高的同时,我们应当相应地缩限“诈骗方法”的外延。

3. 规范判断要考虑涉案数额和利益程度:注意义务合理分配

当事人对于重大交易负有更多的谨慎义务,既是生活常识,也是“利益与责任同在”的法律要求,我国台湾有学者指出,“在某些具有风险性的交易,例如有经验的台北市市民,到延平北路购买中古机车或到万华‘贼仔市’购买中古脚踏车时,可能会比到高岛屋或 SOGO 百货消费时谨慎许多;购买高价劳力士表或纯金项链的顾客,对于‘真伪’问题通常会有比较高度的警觉心;至于古董收藏家,对于动辄百万价格的古董是否为贗品,当然更是战战兢兢。”^[45]大致可以说,生活中个人无注意义务;市场中双方平分注意义务;投资中出资者负主要注意义务;而投机者要负全部注意义务。如果吴英案中出资额是以千(万)元计、回报率在社会认可范围之内,出资者就无特别注意义务,认定吴英诈骗罪尚有余地。然而,吴英案中,出资额以千万元计,回报率多超过 100%,对此种投资或投机行为,出资者更应承担更多注意义务,这相应地减弱了吴英的注意义务,即减轻了吴英的罪责。

4. 规范判断要考虑法定刑轻重:刑罚越重罪状越窄

传统刑法教义学实现罪刑分家制,主要是根据罪状表述、此罪与彼罪关系解释罪名,很少从法定刑的角度对罪名进行调整。而笔者一直赞同“罪刑互动论”,罪状解释必须根据法定刑进行调整。无视法定刑解释罪状,常会出现政策导向失误。例如,在刑法对盗窃罪未废除死刑前,应当尽量将盗窃行为解释为其他罪名而不是相反,把“公然盗窃”这种亦可解释为抢夺罪的行为解释为盗窃罪,在废除死刑的价值取向上是短视的。

本文认为,对于法定刑过轻的罪名,对罪状应当进行扩张解释;对于法定刑过重的罪名,对罪状应当进行缩小解释。在《刑法修正案八》(以下简称《刑八》)废除其他金融诈骗罪死刑的背景下,集资诈骗罪仍设有死刑显然有违经济犯罪取消死刑的世界潮流,这时,就应当对集资诈骗罪进行较《刑八》之前更为缩限的解释。在此,刑法学应当有自己的逻辑立场:正是因为《刑八》忘记了对集资诈骗罪废除死刑,刑法学者才应该弥补立法者的疏忽,才应该对本罪进行更缩限的解释,才应该对非法集资更少适用死刑,才使得对吴英判处死刑的正当性更低;而不能认为,因为《刑八》对集资诈骗罪保留了死刑,所以应当对非法集资进行更严厉的打击,更多的适用死刑。

[45] 林钰雄,见前注[33],页 288。

六、诈骗何以致死:危害评价与政策选择

(一) 诈骗罪危害性的现代评判:罪行低调、刑罚过重

传统刑法学多从财产数额、发案概率等角度感性地判断不同罪名的危害性,很少能够以刑事一体化的眼光,从立法正当性、执法必要性、构成要件差别等角度理性区别不同罪名的危害性。对于诈骗罪的危害性历来缺少合理评价,诈骗罪成为重罪是社会的悲哀,对诈骗罪严刑以待说明:该共同体泛道德化现象严重、依赖熟人信任感维系社会关系、自由开放的商业精神先天不足、国家对干预经济领域保持了浓厚兴趣,甚至也反映出该社会信息开放程度低、隐秘色彩强。

1. 纵向比较:诈骗罪激发的复仇欲淡薄

国民对罪行的复仇欲影响立法者选择是既有事实,然而,诈骗罪背后的复仇欲最少。

首先,诈骗罪的反社会性、反进化性较弱。从发案率来看,诈骗罪发生的概率、造成的损失可能高于抢劫罪,但是,文明社会对盗窃、抢劫等财产犯罪充满敌视,欲手刃罪犯而后快;而对诈骗罪整体上表现的只是温和的愤怒。究其原因,社会已经从体力竞争发展到了智力竞争的时代,美国学者阿尔温·托夫勒认为人类有三种力量:暴力、智力和知识。这也是人类竞争手段变迁的三个阶段,在早期社会,生活在丛林法则之下的人类需要以体力、暴力征服自然,证明体魄强健的暴力罪行往往受到宽恕,在很多部落中,杀(异族)人曾被视为英雄之举。而现代社会是脑力比拼时代,体力、暴力已经没有征服自然的社会价值了,暴力犯罪受到彻底否定性评价;人类需要靠智慧推动社会进步,智力罪行也因之常显示出可爱性、亲和性的一面。“诈欺,本质上是‘斗智’的游戏;诈欺罪所欲保护者,一言蔽之,就是在斗智角力中财产受损的失败者。”^[46]这虽不至要鼓励诈骗,但至少诈骗行为并非野蛮、血腥犯罪乃是共识。极端地讲,盗窃、抢劫等是与人类进化过程相悖的罪行,秘密、暴力取财与人类增加财富的方向背道而驰;而诈骗罪犯所使用的“智力”方法,与现代人类以智商增加财富的趋势是相一致的。

其次,诈骗罪激起的复仇欲很小。从受害人角度看,诈骗罪的受害人与其说是心怀仇恨还不如说是心有不甘,很难对行为人高调复仇。在群体的潜意识评价中,受骗者已被列为智谋欠缺者(行为人与受害人信息严重不对等除外)。茶余饭后我们听闻的受骗者多是老幼妇孺,显然,如果法学教授、机关领导被人骗财,想必羞于启齿也无法公开。如果总统候选人被爆料曾被骗过钱财,想必也将失去当选机会。受人欺骗已是主流竞争方式下落败的“耻辱”行为,受害人怎愿再通过复仇强调自己的弱智呢?^[47]从社会公众角度看,民众很难现实地仇恨诈骗犯,虽然会同情受害者,但更愿意以看客身份评头论足。诈骗犯没有多数罪犯所具有的人身危险性,在旁人眼中,自己不会成为诈骗罪的潜在的受害人,因此,民众对诈骗罪很难表达出强烈复仇欲,这在很多国家都有体现。“(法国)旧司法制度对欺诈的惩罚更加残酷,1725年8月5日的公告就判处一位行骗的银行家以死刑;我们根本无法理解与时下习俗截然不同的事情!

[46] 林钰雄,见前注[33],页284。

[47] 我的论述不是规范学上的,也不涉及具体案例和个人,更多着眼于整体考量,反对者也就不必寻找特例反驳我的观点。

现在我们倾向把这种罪行的发生归咎于受害者的粗心大意,对它们施以残酷的惩罚倒是少见;相反,只要施行小小的惩罚,我们就会感到满足。”〔48〕

大致可以说,越是重视智力、重视创新的社会,诈骗罪受到的否定性评价就越少、危害性就越轻;随着脑力竞争日益成为社会发展动力,诈骗罪的法定刑只能日益下降。

2. 横向对比:诈骗罪的危害接近于侵占罪而低于盗窃罪

首先,从财产罪的历史来看,诈骗罪不是最古老的犯罪,却可能是最先消失的罪名。从产生的角度看,早期社会的刑事法典中,都多有盗窃罪而无诈骗罪的规定,“在中国刑法史中,最古老的罪名当属奸淫、盗窃和杀人。”〔49〕中外刑法对诈骗罪的规定,只是晚近的事情。与盗窃罪稳定甚至不断升高的危害性不同,诈骗罪的危害随着信息日益公开、便捷而不断弱化。现代社会信息不断透明、资料日益开放的发展过程,就是一个诈骗罪的危害性不断减弱的过程。诈骗罪之所以需要国家介入,主要源于传统社会信息闭塞、受害人缺乏判断条件,需要公权力对不对等的双方进行倾斜性干预。而一旦信息完全对称,再失衡的交易也无讨论诈骗罪的余地。那些成本极低、价格奇高的奢侈品、纪念品,在乡间老人眼里无异于骗人钱财,但因买卖双方信息能力对等,无需法律干涉。技术进步能够最大程度地抹平个人间信息不对称的鸿沟,未来如果信息高度开放,每个人都可以便捷地获得所需信息,则诈骗罪也就逐渐失去了存在的条件、甚至有可能寿终正寝了。从发展趋势来看,人类很难看到盗窃罪消亡的曙光,但是民众应能够隐约察觉到信息技术对诈骗罪的消解。

其次,在刑事政策上,不能严厉打击诈骗罪。在财产犯罪中,“两抢一盗”历来是国家打击重点,而诈骗罪从来未被划入严打范围。在犯罪率上升的年代,国家应当缩小诈骗罪的犯罪圈、压缩刑罚投入,这既有限制刑法介入交易领域的考虑,也有刑事司法资源合理分配的要求。严厉打击诈骗罪容易引发司法投机主义,与其他财产犯罪相比,破获诈骗罪显然是小成本、低风险的经济选择。如果犯罪激增、司法资源短缺,国家应当减少对诈骗罪的投入而将更多资源用于两抢一盗等罪名。

再次,诈骗罪对社会秩序缺乏震荡性危害。任何犯罪都有社会危害性乃基本公理,但与其他常见财产犯罪相比,诈骗罪危害的秩序性色彩较弱。一方面,诈骗罪是可控性较强的自损犯罪,对社会波及性很小。如学者所言,“诈欺罪本质上属于‘自损行为’,而(被害人)处分财产的要害,同时构成其与本质上为‘他损行为’的盗窃罪之界限。”〔50〕诈骗罪从来都未对社会的基本秩序构成威胁,如果取消盗窃、抢劫罪,财产制度必然荡然无存,人类基本生活将无法维系;然而,取消诈骗罪虽然会增加社会的交易成本,但不会引发社会秩序大乱。另一方面,诈骗罪是平和型犯罪,违法性更轻。在危害性、行为方式上,诈骗罪与侵占罪具有相似性。盗窃、抢劫罪等对抗型财产犯罪的特征是“形式上的非法占有、实质上的不法所有”,而诈骗、侵占罪等平和型财产犯罪的特征是“形式上的合法占有、实质上不法所有”。由于诈骗罪具有表面上、客观上的合法占有形式,因而其客观违法性较盗窃罪更弱,在违法性阶段就应当做出弱化性评价。

〔48〕 (法)乔治·索雷尔,见前注〔42〕,页159。

〔49〕 宁汉林、魏克家:《中国刑法简史》,中国检察出版社1999年版,页9。

〔50〕 林钰雄,见前注〔33〕,页263。

最后,诈骗罪的法定刑应当低于盗窃罪。在财产犯罪中,盗窃与诈骗具有可比性(不涉及暴力、发案率高、具有不法所有目的)。与盗窃罪相比,诈骗罪的危害性更小,法定刑应更低。在目力所及的范围内,没有发现诈骗罪的法定刑比盗窃罪重的情况,倒是有些国家的诈骗罪处罚比盗窃罪轻,如意大利刑法对诈骗罪的法定最高刑是5年,而盗窃罪是6年。我国对这两个罪名适用标准的变迁体现了这一点,盗窃罪的定罪的门槛越来越低,数额标准不断降低甚至无需数额标准;诈骗罪“数额较大”的标准(2千-4千元)一直没有变。只是,在盗窃罪法定刑调低的同时,由于无期徒刑不是焦点问题,立法者忽视了相应调低诈骗罪的法定刑。在下次刑法修改时,只有保证诈骗罪的起刑数额高于盗窃罪、法定最高刑低于盗窃罪,才能够体现出罪刑相适应的基本要求。

总之,虽然诈骗罪的损害越来越严重,因容忍度越来越高,可罚性却越来越轻。

(二) 集资诈骗罪法定刑的基准调试:轻于诈骗罪

在明确了诈骗罪的危害性渐弱、可罚性较低之后,本文还要证明,集资诈骗罪是比普通诈骗罪更轻的犯罪,不应当设立死刑。

1. 集资诈骗罪的死刑缺乏立法正当性:弱谴责重刑罚

首先,集资诈骗罪被注入了法定犯因素,冲淡了集资诈骗罪的谴责性。集资诈骗罪从诈骗罪分离出来的结果是,诈骗罪仍属传统犯罪、自然犯,而集资诈骗罪则变成了经济犯罪、法定犯,“诈骗罪是自然犯,而集资诈骗罪已不再是一种自然犯,而是兼有自然犯和行政犯双重属性的混合形式。”^[51] 集资诈骗罪的罪状是“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资”,这一罪状的核心是“非法集资”,这是一种特有的“以自然犯为前提的法定犯”立法模式。认定集资诈骗罪,首先要根据《商业银行法》判断其行为的行政违法性——“未经国务院银行业监督管理机构批准”。与诈骗罪直接可以根据其行为来判断是否成立犯罪不同,仅根据行为本身,尚不能认定成立集资诈骗罪,这就是一种法定犯的立法构造。

其次,对于同样危害的犯罪,法定犯的可罚性更轻。从刑法常识上讲,自然犯是一种“本来的恶”,而法定犯是一种“禁止的恶”,两者不可同日而语。从构成要件层面讲,法定犯的构成要件存在短板,它把生活意义上的中性行为作为构成要件行为(注意:不是构成要素),如“集资”作为中性行为(银行等可以合法而为之)却成为构成要件行为的一部分,导致构成要件行为在生活伦理层面上受到的否定性评价较弱,因而其谴责性较弱;而自然犯构成要件行为(如杀人)在生活伦理上就彻底受到否定评价。

最后,生活、市场、投资等不同领域的诈骗,所受到的谴责性是有差别的。对于生活中的诈骗,由于涉及个人尊严和生存,相对而言,民众不会反对国家谴责行为人,“诈骗”一词因之也带有感情否定色彩。对于市场和投资领域的诈骗,如果不是直接成为被害人,国民的痛恨感则弱化很多。对于投机中的欺骗,人们更习惯于泰然处之。从这个意义上讲,把金融诈骗罪修改为感情色彩较弱的金融欺诈罪,更为妥当。吴英案中,多数网民反对死刑,就是因为投资领域、

[51] 陈旭:《民间融资的罪与罚——记光华法学院第五期刑法前沿论坛》, http://www.ghls.zju.edu.cn/redir.php?catalog_id=96&object_id=40307, 最后访问日期:2012年2月19日。

尤其是法外投机中欺诈行为,应受的谴责性远低于生活中的诈骗。

2. 集资诈骗罪的死刑缺乏道德正当性:出资皆有错

如果按照目前《解释》的界定——行为人采取虚构集资用途,以虚假的证明文件和高回报率为诱饵,骗取集资款。可以断言,相较于多数诈骗罪,集资诈骗罪中的受害人都具有更大的过错性,“高回报率为诱饵”说明被害人具有投机取巧、不劳而获的心理,这种心理不仅违反了“利益与风险同在”的市场基本法则,也违反了“付出与回报对等”的人类基本伦理。

需要指出,弱势地位、悲惨结局不能否认出资者的过错性。有学者认为集资诈骗罪的受害人过错性较低,因而相对于其他金融诈骗罪,集资诈骗罪的法定刑应当最重,“集资诈骗罪的受害者通常为普通民众,而票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪的受害者大多为专业人士(如金融机构工作人员)。从被害人的过错程度来考察,票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪的受害者的过错程度较高,集资诈骗罪的受害者的过错程度较低。”^{〔52〕}《刑八》的立法者也是依这种认识而保留了集资诈骗罪的死刑。这是把“生活中的弱势者”和“法律上的过错者”混同,刑法不能“仇富怜贫”,应当依据行为而不是社会地位、生活境况判断过错性。受制于商事法追求高效率的原则,金融从业人员对于票据等金融工具往往只能进行形式审查或见票即付,犯罪发生的责任应更多归责于行为人,受害人的过错性很小。

对于弱势群体(农民、妇孺)参与集资的过错性,要区别对待:如果没有投机性,就可以否定其过错性;如果出资具有投机性,就应肯定其贪得无厌、一夜暴富心理之后的重大过错。很多贫穷者将毕生积蓄投入高回报的集资,令人感伤。虽然社会制度对贫穷群体的日常凄惨境况责无旁贷,但在具体集资案件中,若存在投机心理,我们只能“哀其不幸、怒其不争”,甚至可以说,正是这种投机心理导致其积贫积弱。其实,贫穷者参与集资是基于机会成本的算计:与富有者相比,底层弱势者更渴望财富、更愿意投机,赌博的预期利益更大、机会成本更低,一旦博弈成功,就可以“朝为田舍郎、暮登天子堂”。总之,参与高回报的集资是应受道德谴责、受害人存在重大过错的投机行为,对集资诈骗罪设立死刑缺乏道德正当性。

3. 集资诈骗罪设立死刑缺乏制度正当性:刑法不为商事混乱救市

重罚带有法定犯色彩的集资诈骗罪,要更多地考虑行政法规的欠缺以及社会环境的影响。在犯罪发生机制上,“法定犯罪更有可能受到外部控制的影响,而自然犯罪更有可能受到内部控制的影响。”^{〔53〕}就此而言,集资诈骗罪是一种结构性、制度性犯罪。对于经济犯罪,行为人的责任与制度环境休戚相关,如果经济环境整体恶劣,就不能把越轨责任全部归罪于冒险者。如学者所言,“我国的经济和市场就像是在沼泽地上举办的狂欢节,既充满了兴奋和刺激,也布满了深深的陷阱,让人跃跃欲试而又心有余悸。面对种种无奇不有、光怪陆离、混乱无序的经济现象,地方政府束手无策,众多企业无所适从,广大投资者望而却步。”^{〔54〕}从集资者的角

〔52〕 张明楷,见前注〔26〕,页480。

〔53〕 (英) Ronald Blackburn:《犯罪行为心理学》,吴宗宪、刘邦惠等译,中国轻工业出版社2000年版,页90-91。

〔54〕 吴国平:“建设法治金融的理性思考”,《金融与保险》2001年第8期,页180。

度讲,集资诈骗罪的发生与金融垄断体制有关,卖方市场的银行垄断使经营者逼良为娼,民间集资的发生存在必然性,犯罪原因中有相当多的制度因素,对集资者适用死刑在前提上缺乏正当性。从出资者的角度看,民众非理智地参与集资与投资渠道狭窄密切相关,资本有逐利性的天性,在通货膨胀、楼市限购、股市低迷、行业垄断的背景下,缺乏释放空间的游资会自动涌向民间融资市场。刑法的后盾性、刑罚的副作用,决定了死刑不能充当市场的灭火器,以重刑净化市场,不仅是刑法懒惰的表现,更是把体制缺陷转嫁给集资者。

4. 集资诈骗罪为何留有死刑:被绑架的立法选择

97 刑法对集资诈骗罪设立死刑的主要原因是:80、90 年代几个大案天文般的数字刺激了立法者的神经;集资威胁了国家坐庄的银行垄断,银行基本模式就是存钱放贷,而民间集资在源头上切断了银行资金的来源,影响了银行暴利;非法集资容易形成一个富可敌国、以经济为纽带的法外集团。然而随着经济发展、社会开放,这些非人身因素都不足以维系死刑的存在。在我看来,在《刑八》废除金融诈骗罪死刑的潮流之中,集资诈骗罪仍然“宁死不屈”的原因是,集资诈骗罪波及范围广,经常引发群体事件,影响社会稳定。然而,这是立法取向被群体无理行为要挟的结果,不应用死刑化解赔偿诉求。

对于非法集资,我们要反思,为什么私人间的争端会引发群体事件、影响社会稳定?这要追问:明知有风险,出资者为何仍然敢于投机、敢把千万资金借给素不相识的人?原因有三:一是靠亲友关系形成集资,如果不求高回报,出资者值得同情,然而这种亲友间的财产犯罪,本应受到刑法上的宽恕(亲属相盗、相骗难为罪);而且,如果夹杂着高回报性,出资者同样是投机行为。二是依靠隐形公权与黑社会确保资金安全,如政府默许或公务人员间接参与形成示范效应,普通出资者依附公权力确保资金安全;或者依靠黑社会确保出资安全。这需要在民间资本市场“打黑反腐”,而非对集资者严刑以待。如果刑罚过早或过多打击集资者,会正中操盘者的下怀,落入“国家为腐败者或黑社会护航”的荒诞逻辑。三是相信政府救市,在多数情形下,出资者相信政府能够袒护自己的投机行为,为自己的冒险行为担当后盾,因而疯狂出资。前两个原因并非常态,本文重点关注第三种原因。

没有倚仗公权力的集资能够形成天文数额,多是因参与人数众多,出资人相信政府最后能够成为“人民大众”的救星,在集资垮台时为损失买单,本金可以安全收回。出资者通过维权、群体事件等,把自己的过错强制转嫁给政府。此时,如果国家无视出资者的过错性、不刺破其“被害者的面纱”、不强调风险自负的市场精神、不令其通过民事诉讼自救,而一味行政干预或刑事追诉,以财政弥补出资者损失,会不断强化“集资失败国家买单”的集体意识,出现“集资者受罚越严厉、出资者参与越踊跃、非法集资越繁荣”的吊诡现象。这是变相肯定“投机有理、不劳可获”的反市场精神,违背“风险与利益对等分配”的市场法则和伦理基础。这种“强化集资者罪责、剔除出资者过错”的刑事政策最终是加重国家责任,要求国家在市场领域以教父的形象履行保姆职责,会使市场在刑罚的监控下畸形发展,竞争法则被干预主义打破。以刑罚措施严密保护狡猾而贪婪的“被害人”,有助纣为虐,鼓励集资行为之倾向;相反,对于不涉及人身权利的民间融资市场,刑法实行一定程度的无为而治,才能敦促行政管理的健全,才可培育成熟的市场体制。股票市场也有欺诈、也会崩盘,但股价狂泻时不会影响社会稳定,因为面对

投机国家置身事外,风险自负的市场精神已经形成。显然,因为群体事件而对集资诈骗罪保留死刑,是未读懂出资者的内心世界——严惩只是口号、保本才是目的。

(三) 集资诈骗罪危害性的评价应当区域化

根据罪名所在章节,集资诈骗罪的主要危害是“破坏社会主义市场经济秩序”、主要法益是金融秩序,与自然犯不同,经济犯罪中的“经济秩序、金融稳定”充满地域色彩,如果吴英案发生在边远省份,出资者是底层群体,影响了社会稳定,以集资诈骗判处死刑,尚有政策合理性。然而,以吴英案稳定金融秩序是国家政策与地方知识的错位。

首先,经济犯罪的政策选择必须地方化。中国集资诈骗罪有十几年的历史,而浙江民间融资已经有几百年的历史。浙江省素有民间融资习惯,坊间投资意识发达、抗风险能力强大、自我修复力强,“敢投机、愿冒险,成败天注定”的浙商精神薪火相传,已经历史性地形成了一个无涉政治、不愿稳定、无需法律的资本江湖。这就是哈耶克所言的自生自发的金融秩序,它充满风险与陷阱,但也充满生机与创新,如果放在西方发达金融市场的背景中,它也许泯然众人矣;但是,在集权与计划体制阴魂不散的东方古国,它代表着民间社会对经济自由的渴望,代表着冲破重重束缚自谋生路的努力。如果不纠缠于一案一事的败落、用黄仁宇式的大历史眼光,审视浙江民间资本市场,可以断言,浙江民间金融市场,有资格也有能力对国家宏观调控说“不”,不能用农业社会的求稳心态看待后工业社会的民间资本市场,不能用凤姐的心态打量马云的世界。外人眼中的风险,是浙商脑中的商机;外人眼中的混乱,是浙商目中的竞争;外人眼中的稳定,是浙商心中的败局。让这样一种有着自有运行规律和历史传承的经济体制延续下去,是政策制定者的历史责任。

其次,经济犯罪的危害评价必须本地化。与其他省份动辄出现因底层出资者聚众维权不同,浙江省虽然巨额集资案频发,但普通国民的生活未受波及。吴英案中涉及的资金多属于与社会基本生活无关的游资,并未引发社会震荡,受害人甚至不愿意进行债权登记,也未见群体事件。在民间融资盛行、地下钱庄历史悠久的浙江省,金融秩序从不稳定、也从未因集资而崩溃。7 亿多涉案资金在其他省份令人咋舌,而在浙江省甚至无法成为阶段性领跑者。浙江的集资额常以亿为计算单位,如杭州瞿高飞借款金额达 22 亿多元,丽水银泰房地季文华父子集资 55 亿元,宁波天一证券吸收存款 38 亿元,温州立人集团的借贷数额达到 45 亿。即便单纯考虑涉案总额,以 7 亿作为适用死刑的门槛,显然未考虑商业氛围超前、习惯了大场面的“浙江地方性知识”。

总之,以包括吴英案在内的浙江省集资案,作为国家整顿金融秩序的切入点,是对象选择错误。

七、结语:在法的外面眺望吴英

(一) 一个女孩如何触痛了大众的神经

吴英案是一个疯狂的故事,主角、配角以及观众,都有些癫狂,若非亲历,恕难相信。我们并非因案论事,人们总是基于当下的生活状态而表达己见,那些看似激愤的舆情,都裹挟着对

制度的感受和对生活的体会,更关键的是,充满着对美好未来的想象。国民渴求法下留人,力保吴英不死,更应被注解为一个开放时代中公民要求持续改革、分解资本垄断的期盼,更反映了在一个公权渐受制约的国度内民众希望影响权力决定、参与利益博弈的诉求。

吴英案给了民众足够的期待空间。在定罪上,判处吴英有罪、无罪;在罪名上,选择非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪;在量刑上,裁量死刑、无期,诸多结局均可依法而为,很多学者亦有能力就这N种宣判写出推理严密的学术论文。无疑,我们终究生活在一个人法而非神法的时代,法律必然带着价值判断,在类似经济纷争中,法律人也难以直接将事实与法律对应,得出绝无二异的共识。于是,吴英案终归是价值选择的结果,向左是走向带有计划经济色彩的金融体制,广受诟病却坚如磐石;向右是走向暗潮涌动的民间资本市场,夹缝偷生却充满生机。而我们注定要向前看,一个利益与风险同在、开放而自由的市场体制,才是我们心向往之的地方。

你们曾经憎恨过吴英们,无商不奸、为富不仁;我们也曾经同情吴英们,命如蝼蚁、韧如草芥。这种爱与恨,即便出于直觉,想来也有正当理由。当三鹿董事长田文华被判重刑时,无人惋惜她因疏致罪的悲惨,同为经济越轨却形象殊异,因为人类的直觉判断源于基因中对危险的精准嗅觉:如果危及生存,我们自然深感恐惧;如果只是资本玩家的冒险游戏,尚与世俗生活间隔万水千山。将吴英定性为罪大恶极,总让观者的心里隐隐作痛。

(二) 惜香怜玉、精细司法

以吴英为契机维护金融市场的稳定是正当的考量,然而在适用死刑时,这又是不可能的任务。稳定不是商人的天性,贪婪才是商人的权利,看客从来不会要求拳手温文儒雅地亮相拳台。将市场之乱归责于牟利者是管理者常用的托词,让经营者肩负经济平稳之重任,显系角色倒错。况且,在国家干预强力且细致的金融市场中,民间力量即便倾其所有,也难撼动垄断者的掌控地位。市场经济下,国之正事,在于扩张私欲、确立规则,把利己性引导到兼顺利他性,而不是简单地推行成王败寇法则。如果在真相尚疑、信念迷茫时抉择艰难,请牢记历史的叮嘱:拿人的生命去巩固政策的正确,最终都需逆向思考。

无论价值选择还是情感判断,在法治社会,最终要经过法律过滤。不同于许霆和药家鑫式的简单粗暴,吴英案的剧情杂乱,它夹杂着挥霍、投资、经营,每一项都很难一刀切地界定,对集资款的处置,是经营还是挥霍,决定了吴英是否有非法占有目的。然而在中国商界中,经营与挥霍的界限细如发丝。吴英的高消费,是一人对酒当歌,还是中国式场面的应酬,而后者,在权力与经济互渗的当下,究竟是谁之过错?同理,购买跑车可否界定为经商条件、购买珠宝可否认定投资保值?每一笔集资款的处置,都需要结合使用目的、经营环境细细梳理。因之,本文与其说是案例分析,毋宁说是为精细司法提供的理念前奏。

写下诗化的结语,期冀唯美的结局。

(责任编辑:蒋 莺)