

背信运用受托财产罪在私募基金 犯罪中的适用性研究

付云飞* 何长春**

摘要:在私募基金行业快速发展时,私募机构擅自改变资金用途、盲目随意投资等行为引起的爆雷事件频发。募资端与资金使用端刑事打击割裂、违法程度与刑事处罚不对等、“爆雷—立案”模式社会成本畸高等问题使得将私募机构纳入背信运用受托财产罪予以规制具有现实必要性。通过对背信运用受托财产罪的法益、立法原意及私募机构属于“金融机构”范畴三方面进行可行性分析,进而提出背信运用受托财产罪在私募基金犯罪中的适用进路,即出台司法解释、修改“金融机构”范畴等解决路径,以此将私募机构纳入背信运用受托财产罪规制视野。

关键词:私募机构 背信运用受托财产罪 适用性研究

* 公安部经侦局二级调研员,法学博士。

** 公安部经侦局干部。

一、问题的引出

私募基金行业诞生于1924年,并兴起于20世纪40年代的美国,被西方金融学者誉为“金融皇冠上的明珠”,是市场经济直接融资的重要部分和创新资本形成的关键力量。近年来,私募基金在我国发展迅速,截至2020年12月底,在基金业协会登记的私募基金管理人共24,561家,已备案私募基金96,852只,管理基金规模15.97万亿元。^[1] 私募基金行业在推进供给侧结构性改革、提高直接融资比重、服务实体经济和居民财富管理、支持我国新兴企业创业创新等方面发挥了重要作用。据统计,截至2019年12月底,登陆科创板的70家企业中,共有60家在成长过程中获得私募基金支持,获投比例高达85.7%,每家科创板上市企业平均获得4.79亿元资本支持。2020年,私募基金支持的中企上市数量达348家,同比上升56.8%;首发融资金额接近人民币5000亿元,同比上涨37.4%。

然而,该行业在快速发展的同时,也不断暴露出非法集资、擅自运用受托财产等违法犯罪问题,且涉案金额巨大,受害人数众多,严重侵害民众财产权益,危及社会稳定。例如,“阜兴集团”旗下4家私募机构,2012~2015年先后通过160余只私募基金产品募集360余亿元资金,擅自改变资金用途,违规搭建资金池,从事非法操纵股市、个人侵占等违法犯罪行为。^[2] 2018年7月,“阜兴集团”基金产品延期兑付,引发爆雷,数千投资者集体维权,使私募行业一度进入“水逆期”。而在如此情形之下,该行业的刑事规制手段依然较为欠缺,《刑法》尚未设置专门罪名规制私募基金领域犯罪行为,司法实践中仅可适用“非法

[1] 以上数据来源于基金业协会:《私募基金相关机构公示》,载基金业协会官网,<https://www.amac.org.cn/informationpublicity/institutionalpublicity/simujijings/>,2021年1月15日访问。

[2] 《阜兴系列案在上海二中院开庭将择期进行宣判》,载金融界,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1685141227568343033&wfr=spider&for=pc>,2021年1月15日访问。

吸收公众存款罪”“集资诈骗罪”等予以规制。在此背景下,2006年《刑法修正案(六)》增设的“背信运用受托财产罪”屡屡被“提名”。虽私募机构擅自改变资金用途的犯罪行为符合该罪客观要件,但因该条犯罪主体未将私募机构纳入金融机构范畴,故对于私募机构违法犯罪行为刑事规制,该罪一直处于“闲置状态”,从未被适用。

因此,本文以私募基金行业刑事案件处罚实例为切入点,透视现阶段私募基金行业刑事规制手段存在的困境及问题,并结合必要性及可行性分析,查找私募机构未纳入“背信运用受托财产罪”规制的症结,研提具体适用的解决路径。

二、私募基金行业刑事规制主要问题

在现阶段,私募基金行业由于行政监管尚不完善,刑事规制力度不足,且两方面问题相互影响,导致该行业风险陡增,爆雷事件不断,扰乱我国多元资本市场稳定与发展。2017年10月,党的十九大报告首次确定了防范化解重大风险攻坚战等“三大攻坚战”目标任务,私募领域的系统性金融风险已成为重要风险点之一。

鉴于行政监管现状和特点,亟须激活刑事罪名,搭建刑事“高压线”,提升刑事震慑力,此为惠而不费、行之有效的解决路径。因此,需要通过统计分析私募基金行业立案打击情况和司法审判案例,深入探讨募资端和资金使用端刑事打击割裂、违法性程度与刑事处罚不对等、“爆雷一立案”模式有违法经济学效益最优化原则三方面问题。

(一) 募资端与资金使用端刑事打击割裂,刑事震慑效果不足

2018年5月,公安部公布私募基金行业打击防范统计结果,当前私募基金领域突出的经济犯罪有四类:一是假借“私募基金”的幌子,实际上是从事非法集资等违法活动。例如,截至2020年7月,广州市带有“投资”“私募”“资产管理”字样的公司共6295家,但在中基协备案的只有1066家,存在大量“伪私募”。二是突破私募基金行业合格投资者底线,采取公开宣传的方式,从事非法集资犯罪活动。三是没有按照合同约定,改变资金用途进行基金运作,实施诈骗、挪用资金或者

职务侵占等犯罪。四是实施内幕交易和操纵市场等犯罪。

从法律解释和整体适用视角出发,可将上述四类犯罪方式概括为两大类,即募资端犯罪与资金使用端犯罪。在司法实践中,可立案打击的司法审判实例,呈现“以募资端犯罪定罪处罚”一边倒的情况。

在裁判文书网以“私募基金”“刑事案由”“判决书”3个关键词进行搜索,笔者发现,刑事判决共计672件(见图1)。其中,案由涉财、涉市场经济秩序的判决共计658件,具体罪名详情如下:涉案罪名“非法吸收公众存款罪”473件,排名第一;“诈骗罪”73件,排名第二;“集资诈骗罪”50件,排名第三;“合同诈骗罪”22件,排名第四;“贷款诈骗罪”9件,排名第五。^[3]从统计结果看,以案由为涉财、涉市场经济秩序的判决为基数,79.48%的私募基金案子为募资端犯罪,即非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪;有104件为诈骗类犯罪,我们在此将其定义为居于两端的犯罪,占比15.8%。不难发现,纯粹的资金使用端刑事打击案例空白,两端刑事打击割裂,违法成本较低,刑事震慑效果不足,难以有效保护投资者合法权益。

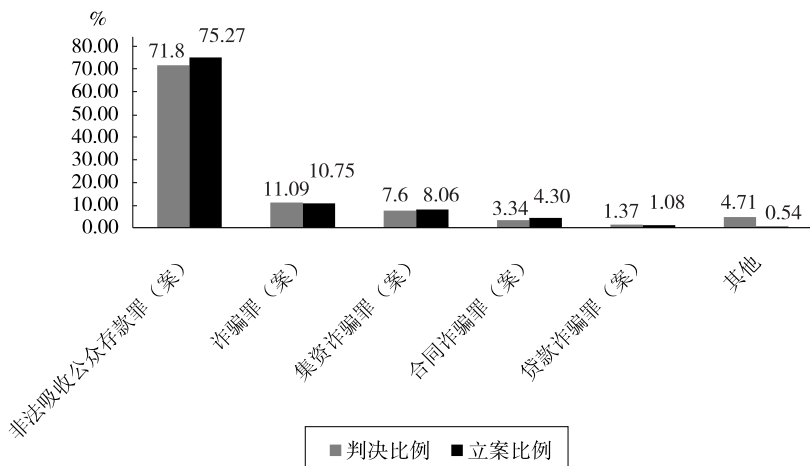


图1 判决罪名比例与立案案由比例对比

[3] 以上数据来源于裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?s8=02&pageId=0.9135826301870682>(数据截至2021年1月5日)。

(二) 违法程度与刑事处罚不对等,有违罪责刑相适应原则

通过研究上述案例发现,对私募基金行业刑事规制存在违法性程度与刑罚不对等问题。这主要体现为下述两方面的内容。

第一,罪数形态认定不合理。私募基金管理人违规募集资金后,擅自运用客户资金进行随意、盲目投资的案例比比皆是,笔者从上述 658 个案例库中随机抽取 50 个判决,判决书中涉及“违背受托义务,擅自运用资金”的案例达 44 件,占比 88%,大都还是仅以非法集资犯罪定罪处罚,且上述 44 个案例平均涉案金额 7.92 亿元,最高值可达 67.9 亿元(见图 2),社会危害性极大。两阶段罪数形态最终是呈现后行为吸收前行为的吸收犯、原因与结果的牵连犯,还是分别定罪并数罪并罚,需结合具体情况具体分析,但前后行为均应受到刑法评价与规制。可上述统计结果显示,多数私募基金司法审判实例仅对募集资金的行为进行处罚,对于后阶段的资金使用行为不予评价,罪数形态问题突出。

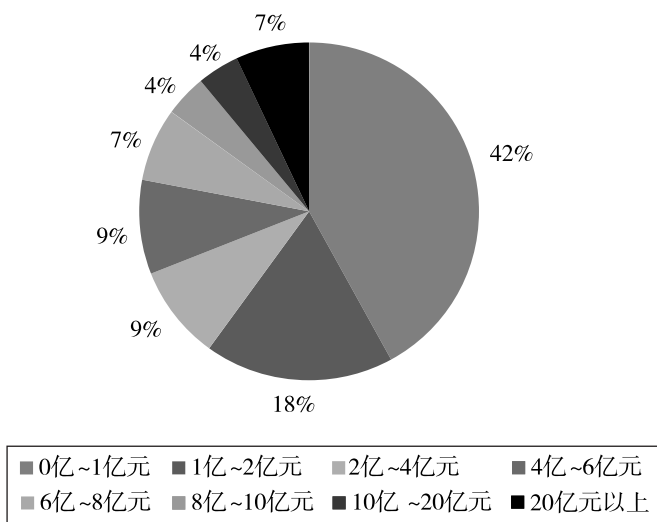


图 2 44 个判决涉案金额分段情况

第二,刑事处罚畸轻。对比非法吸收公众存款罪与背信运用受托财产罪法定刑设置发现,虽然两罪法定刑期设置无差别,基础刑期为 3

年以下有期徒刑或拘役,加重刑期为3年以上10年以下有期徒刑,^[4]但擅自运用客户资金行为相较于非法吸收客户资金行为,前者对于客户资金造成的不确定性更高,刑事危害性更大,也就是说同等情况下,背信运用受托财产罪的刑罚更重,审判实例也证实了这一点。笔者以涉案金额为分析维度,从上述473件非法吸收公众存款罪案例中随机抽取45件作为样本,分别统计了其涉案金额及对应刑期。因各地经济条件不同,司法机关对于基本情节、加重情节的认定标准不尽相同,涉案金额的分界点在0.9亿~1亿元人民币。也就是说,当某私募基金案涉案金额超出上述范围时,方触发“三年以上十年以下有期徒刑”的量刑规则。而因背信运用受托财产罪司法审判实例较少,笔者仅以王某、某银行背信运用受托财产案^[5]以及孟某伟、兴证期货有限公司大连营业部等背信运用受托财产案^[6]两例进行说明,两案涉案金额分别为人民币100余万元和1043万余元,对应刑期分别为8年、3年6个月。因此,背信运用受托财产罪“情节特别严重”的认定标准应在100万元左右,远低于非法吸收公众存款罪同等情节的认定数额。那么,主要运用“非法吸收公众存款罪”等募资端罪名予以规制,显然会导致刑事处罚畸轻。

罪责刑相适应原则作为我国刑法三大基本原则之一。由报复论、一般预防论以及一体论等发展而来,该原则认为刑法作为认定某一行为为罪责之时的标准,应当具有一定的价值尺度,不可极大程度地扩大,亦不可对其随意限缩,其最终目的是实现罪与刑的均衡。黑格尔主张:“刑罚的轻重应当与犯罪行为的社会危害性大小相匹配。”^[7]也就是说,任何犯罪行为虽都有社会危害性,但危害性有大小之分,故而刑事

[4] 虽然《刑法修正案(十一)》对“非法吸收公众存款罪”予以修改,增设了“数额特别巨大或者其他特别严重情节,处十年以上有期徒刑”,但该量刑情节无实例支撑,且该罪与背信运用受托财产罪关于涉案金额的认定界点相差甚大,并不影响文章结论的得出。

[5] 贵州省玉屏侗族自治县人民法院:王某盗窃一审刑事判决书,案号:(2017)黔0622刑初87号,2017年10月10日。

[6] 辽宁省大连市中级人民法院:兴证期货有限公司大连营业部等背信运用受托财产案刑事判决书,案号:(2016)辽02刑初12号,2016年11月23日。

[7] 参见王韬、吕端:《黑格尔对刑法中责任理论的贡献》,载《人民论坛》2014年第2期。

责任也有轻重之分。当涉及私募基金的刑事案例多被定义为非法集资犯罪、后阶段的资金使用行为不予评价时,显然会违背罪责刑相适应原则,造成私募基金行业违法成本较低,刑事震慑效果不足,最终导致投资者权益及信心受损,行业发展畸变。

(三)“爆雷一立案”模式社会成本畸高,有违法经济学效用最优化原则

法经济学以经济学的“效率”要求作为核心衡量标准之一,以“成本—效益”最大化为主要目标之一。站在社会整体性和风险治理的研究视角,则旨在寻求社会成本和风险最小化,实现效用最优化。^{〔8〕}

而反观我国私募基金行业监管现状,一方面,我国私募基金行业法律供给不足,专业性行政法规欠缺。私募机构设立、产品发行等采取登记备案方式,登记仅需提供私募基金管理人工商注册登记、高级管理人员、主要股东或合伙人名单等基本信息,准入门槛较低,难以将不具备管理能力和相应诚信水平的从业机构挡在门外,反而会成为部分违规机构的增信手段。另一方面,刑事法律也未设置独立罪名,只能依据具体情况,以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名予以规制。整体而言,法律供给不足、事中治理缺失造成私募基金“爆雷”后才运用募资端罪名(非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪)予以规制和立案打击,社会成本高企。例如,“阜兴集团”爆雷后,留下约300亿元的资金黑洞,涉及投资者数千人,虽主犯已缉捕归案,但投资款无一返还,后续问题不断涌现。可见,现有法律供给和监管、刑事打击模式对于私募基金行业问题的预防、化解及处置等效果不佳,制度仍有漏洞,运行效率较差,“爆雷一立案”模式往往“不爆不立,爆后狼藉”,呈现严重负外部性,危及社会稳定。

(四)主要问题原因阐释

之所以出现监管震慑效果不足及后阶段资金使用行为无相关罪名刑事规制等实践问题,主要原因在于背信运用受托财产罪未明示私募机构属于该罪“金融机构”范畴,进而无法纳入规制。

〔8〕 参见艾佳慧:《法律经济学的新古典范式——理论框架与应用局限》,载《现代法学》2020年第6期。

2006年《刑法修正案(六)》增设背信运用受托财产罪,对商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司等金融机构“违背受托义务,擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产”的行为进行刑事打击。在此,金融机构为该罪的可适性行为主体,虽该罪相对开放,涵盖了其他具有金融机构特征的行为主体,但因私募机构不在《金融机构编码规范》范畴之中,故而一直将其“拒之门外”。目前,金融机构的认定主要以中国人民银行发布的《金融机构编码规范》为准,该规范规定的金融机构包括A-H及Z共9大项,A-H分别为货币当局、监管当局、银行业存款类金融机构、银行业非存款类金融机构、证券业金融机构、保险业金融机构、交易及结算类金融机构、金融控股公司8大类,而Z项为其他类,目前只有小额贷款公司。因此,因主体不符,私募基金管理人不能适用背信运用受托财产罪,进而出现上述刑事规制困境。

三、背信运用受托财产罪的适用进路分析

(一) 适用的必要性分析

第一,避免落入“口袋罪”怪圈的需要。诚然,私募基金不受背信运用受托财产罪规制,反倒是部分私募机构的犯罪行为符合最高人民法院发布的《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》中对于非法集资犯罪非法性、公开性、利诱性、社会性的“四性”要求,被定义为非法集资犯罪定罪处罚,落入“口袋罪”怪圈。而背信运用受托财产罪在私募基金领域的适用,不仅可以激活该罪名,减少象征性立法,避免立法资源浪费,更可以为司法机关提供适宜的审判方案,准确地规制犯罪行为,体现罪刑法定原则既不滥罪也不重刑的人权保护理念。

第二,加大事中治理和刑事震慑的必要。我国私募基金监管持续发展但仍不完善。从2012年12月28日发布的修订版《证券投资基金法》首次将非公开募集基金纳入调整范围,私募基金法律地位得以确立开始,到2013年6月中央编办下发的《关于私募股权基金管理职责

分工的通知》明确私募基金及主管单位职责分工,相关法律法规陆续出台,但目前专门性行政法规依然欠缺,《证券投资基金法》只适用于私募证券投资基金,《私募投资基金监督管理暂行办法》规定相对原则化,对违规惩戒不足,^[9]作为“根本大法”的《私募投资基金监督管理条例》仍在起草。在刑事手段方面,除以非法集资犯罪、诈骗类犯罪定罪处罚外,再无其他刑事处罚手段。因此,目前的行政手段和刑事手段聚焦于事后治理,事中治理缺失。正如柏拉图在《法律篇》中提及的证成刑罚的两个方向:回顾性的报复和前瞻性的预防,^[10]通过国家刑罚制度的运作,完善行政手段与刑事处罚的衔接的事中治理手段,^[11]激活背信运用受托财产罪等罪名,搭建刑事高压线,可以刑促行,增强整体治理力度,强化震慑效果。

第三,维护法秩序统一的需要。宪法、民事法律、行政法律、刑事法律组成的法律体系具有鲜明的阶梯性特征,如同金字塔一般,各部分构造分明,以此形成的法律规范被称为“法秩序”。^[12]法秩序的核心理念在于,宪法作为根本大法,位于最底部,民商法、行政法居于中间,刑法作为保障法,位于最顶端。各类法律手段,尤其作为公法的行政与刑事手段呈现出逐渐接近的趋势。这一特点在金融犯罪中体现最为明显,因为在预防导向的金融风险治理理论域中,需要明确刑罚与行政处罚等社会控制之间的良好衔接,对犯罪论与刑罚论的结合应保持谨慎的开放性。这也就是说,事后性质的“新报应主义”不能匹配金融领域现代社会的运作模式和风险治理需要,回归这种单一制刑罚模式不能应对现代社会的风险。^[13]但在现有制度下,私募基金行业行政手段与刑事

[9] 对机构“责令改正,给予警告并处3万元罚款”,对直接负责人员“给予警告并处3万元以下罚款”,此种行政手段对于动辄数十亿管理规模的私募机构及其负责人而言,毫无震慑作用,甚至有纵容之嫌。

[10] 参见张志钢:《刑罚正当性之问:报应抑或目的》,载《中国社会科学报》2019年3月12日,第4版。

[11] 参见时延安:《刑罚权的边界:犯罪的定义与被定义的犯罪——对新一轮犯罪定义争鸣的基本态度》,载《法学论坛》2019年第2期。

[12] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第212页。

[13] 参见刘涛:《刑罚研究中的社会理论:历史演进与运用前景》,载《法制与社会发展》2018年第5期。

手段“间隙”较大,正如前文所言,行政手段匮乏,刑事手段欠缺。如能将私募机构纳入背信运用受托财产罪规制,正好可以弥补私募基金行业的行政监管与刑事处罚的缝隙,实现法秩序统一。

第四,借鉴美国先进经验,遵循行业发展规律的必要。本质特点决定行业发展生态,私募行业强隐蔽性、高自主性的属性决定其监管体系应审慎把握宽严程度。美国作为全球最大的私募基金市场,市场参与主体专业化程度、耦合度较高,监管惩戒体系也较完善。^[14] 强隐蔽性及高风险等特点决定其入口端即“募集”阶段的投资者,应具备较高专业化水平和较强风险识别能力及抗风险能力,故美国施行严格的合格投资者制度。^[15] 因高自主性易出现擅自运用募集款、关联交易等“暗箱操作”问题,故中端即投资、管理阶段设立差异化、分级披露规范,^[16] 并推行现场检查制度,以便与私募机构快速建立联系,掌握产品运营及资金使用情况。刑事法律方面,《美国模范刑法典》第 224-13 条设立“滥用受托财产和政府机构、金融机构的财产”背信类罪名进行兜底,“受托人通过其明知违法的方法……使用或者处分受托财产或者政府、金融机构的财产的,即构成犯罪”。^[17] 对于擅自运用受托财产的行为予以规制。

因此,美国现行监管体系中行政监管和刑事侦查相辅相成,形成以保护投资者合法权益为宗旨,以严格的合格投资者制度和信息披露制度为基石,“两端管理严,中间自主性强”的弹性监管模式,并对背信运用受托财产的违法犯罪行为给予行政处罚和刑事调查,此种事中治理

[14] 参见王宏宇、刘刊:《基于美国私募基金监管体制浅析我国私募投资基金监管路径研究》,载《清华金融评论》2020年第2期。

[15] 美国现行法律体系对合格投资者的定义,通常包括:净资产达100万美元(与其配偶合计)或年收入达20万美元(或与其配偶合计30万美元)的自然人;资产总额达500万美元的商业或其他单位投资者。且要求SEC对“合格投资者”的准入门槛每5年按通货膨胀率进行调整,调整的最小区间为10万美元。

[16] 私募基金投资顾问通过美国证监会向美国金融稳定监管理事会提交其管理的私募基金相关信息,即填报PF报表。资产管理规模在1.5亿~15亿美元的,按年度披露,在财务年度结束后120日内报送,资产管理规模在15亿美元以上的,按季度披露,在财务季度结束后60日内报送。

[17] 参见高旭:《证券市场背信行为刑罚规制比较研究》,对外经济贸易大学2015年博士学位论文。

措施值得我们借鉴。

(二) 适用的可行性分析

具化在本文语境下,适用可行性分析的目的就是解决“私募机构可解释为金融机构”的问题。那么,基于上述论述,从该罪法益是什么、该罪立法本意是什么、私募机构是否为本罪中的“金融机构”三方面探析可行性原因,背信运用受托财产罪的适用将顺理成章、合情合理,并将极大地改善私募基金行业的刑事规制问题。

首先,该罪法益是什么。《刑法修正案(六)》增设此罪,将其设置在分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”之第四节“破坏金融管理秩序罪”中。故有学者指出,此罪的规制主体商业银行、证券交易所等金融机构,旨在规范资产管理业务,法益为国家金融管理秩序,为单一客体。但也有学者指出,从该法条内容看,此罪规制范围为“……金融机构违背受托义务,擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产,情节严重的……”行为。故该罪法益为复杂客体,既包括分则三章四节的共同法益——国家金融管理秩序,还包括客户的财产权益。当某一行为同时侵犯上述两客体时,方可触发该罪反应条件。

结合此罪的立法背景来看,2006年颁布《刑法修正案(六)》增设此罪时,我国多层次资本市场正处于快速发展完善期,传统资金管理行业如商业银行、证券交易所、保险业金融机构和新兴资产管理行业如金融控股公司、小额贷款公司、信托公司等违背受托义务,违规使用客户资金,侵害投资者合法财产权益,较大限度地扰乱了我国经济发展秩序,^[18]加大对背信运用客户投资款行为的打击势在必行,故而增设此罪。

因此,笔者赞同第二种观点,即背信运用受托财产罪的保护法益属超个人法益。^[19]实质的法益概念所要达到的目的,是向立法者提供刑

[18] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《〈中华人民共和国刑法〉释义及实用指南》,中国民主法治出版社2016年版。

[19] 参见涂龙科、郑力凡:《经济刑法法益二元“双环结构”之证成、判断与展开》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期。

罚处罚的合法界限。^[20] 在规制背信运用受托财产行为的时候,产生刑法法益的溢出效应,由特定少数人扩展至特定多数人,进而表征实质法益的具体内容为复杂客体,并体现为特定多数人投资者的合法财产权益。

至此,也就引出第二个问题,该罪的立法原意是什么。如前所述,系统性金融风险在私募基金领域体现得越来越明显。在金融风险防控为主要内容的三大攻坚战背景下,私募基金可能是后 P2P 时代新金融犯罪的高发领域。^[21] 金融犯罪作为法定犯,之所以被规定为刑法规制的犯罪行为,是因为现行行政法律法规的处罚措施不足以对某领域的违法违规行为产生足够的震慑效果,且该领域秩序也因此紊乱、无序而风险丛生。也就是说,刑法设立此罪,是为了惩罚以背信行为谋取一己私利的行为。金融机构作为受托方,处于优势地位,违背受托义务,利用职务便利,擅自改变约定的资金投资方向,将资金处于较大风险之中。实际上,背信运用受托财产罪真正的目的在于风险治理,为了惩戒违背“信义”社会准则,人为增加资金不确定性的行为,以保护受托双方的信任关系,引导正能量的社会价值观。该罪的规制重心或核心要义应是处罚违背受托义务的资产管理行为,保护忠实信义的朴素价值观。这样,对于该罪主体的要求则无须那么苛刻,可相对包容些。因此,笔者认为,该罪的犯罪主体不能简单、浅显地理解为金融机构,而只需具有金融机构属性即可。当私募基金管理人符合“开展资金管理业务的机构”特征时,其即可被纳入背信运用受托财产罪进行规制。

那么,笔者通过解释私募机构具备上述特征进而解答私募机构为本罪“金融机构”的问题。

其一,私募基金业务属于资产管理业务范畴。2018 年人民银行、银保监会、证监会、外汇局联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(以下简称《指导意见》)第 2 条规定,“资产管理业务是指银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司

[20] 参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021 年第 1 期。

[21] 参见李勇:《从基金管理人信义义务看私募基金风险防控》,载《检察日报》2020 年 3 月 30 日,第 3 版。

等金融机构接受投资者委托,对受托的投资者财产进行投资和管理金融服务……私募投资基金专门法律、行政法规中没有明确规定的适用本意见。”可见,资产管理即是委托方将相对限度内的资金投资权利让渡于受托方,双方秉承“信义原则”开展的一种法律关系。信义原则,即一方基于对另一方的信赖将自己的特定财产交于另一方管理,另一方则承诺为对方的最佳利益而行为。《私募投资基金监督管理暂行办法》第3~4条规定,“私募基金管理人应当严格遵循自愿、公平、诚实信用原则,管理、运用私募基金财产,维护合格投资者合法权益……”私募基金业务本质就是合格投资者作为委托方,将其一定的财产交于作为受托方的私募基金管理人进行股权、证券等投资的行为,委托方承担风险,获取收益,受托方勤勉尽责,以委托方利益至上运作基金,明显符合资产管理业务要求。

其二,私募机构具备金融机构属性。“金融机构”是一个法定概念,具备社会性,会随着国家政策、社会经济发展的改变而改变。但“金融机构属性”的范围更宽泛,具有普适性,具备“金融”的货币资金融通本质特征即可。如前文所言,私募机构的募集、管理行为促成了资金流通、融合通道的形成,完全符合金融机构属性。

而且,人民银行、银保监会、财政部等部门的规章制度也一定程度上为证明“私募机构为金融机构”提供了法律支撑。人民银行于2018年7月26日修改的《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》(以下简称“该办法”)第2条规定,“本办法适用于在中华人民共和国境内依法设立的下列金融机构”中包括基金管理公司。相较于2010年5月25日发布的《金融机构编码规范》,该办法与其同为中国人民银行制定,且发布施行时间要更晚,对于“金融机构”范畴的规定应以该办法为准更为适宜。另外,《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》中的第7条明确将“私募机构”纳入金融机构范畴,^[22]《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》《关于规范金融机构资产管理业

[22] 国家税务总局、财政部、人民银行、银监会、证监会、保监会自2017年7月1日起施行的《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》第7条规定:“下列机构属于本办法第六条规定的金融机构:……(四)证券投资基金管理公司、私募基金管理公司、从事私募基金管理业务的合伙企业……”

务的指导意见》^[23]等部门规章也都明确规定基金管理公司为金融机构,并未限定为公开募集和非公开募集。综上,笔者认为,私募机构符合“金融机构”特征,可纳入背信运用受托财产罪予以处罚。

(三) 适用的具体应对方案

第一,吸收先进经验,依据目的性解释方法进行预防性治理,出台司法解释明确私募机构的金融机构身份。

预防性犯罪化法律制度是刑法基于风险预防理念而出现的一种新趋势,其正在使刑法从规制实害的消极型刑法转向预防风险的积极型刑法。在前述私募基金的风险治理社会语境下,预防性犯罪化法律制度既可以为金融安全法益提供周延保护,也可以为犯罪圈的理性扩张提供规范路径。^[24]例如,小额贷款公司自2008年5月开展试点工作以来,其金融机构地位一直没有得到官方的统一确认,在寻求刑法保护的过程中始终处于尴尬境地。但2012年3月,上海市杨浦区人民法院在一起骗取贷款案中,因证实了“小额贷款公司系依法从事发放贷款业务的金融机构”,犯罪行为被认定为骗取贷款罪。^[25]刑事司法的率先改变,确实解决了现实难题。另外,作为“解释方法的桂冠”,目的解释方法直接追求刑法解释的价值观点,最能将刑事政策的目的设定转化为具有法律效力的相关解释。^[26]而且,结合上述关于立法原意的分析,将私募机构解释为金融机构并不超出公民的期待范围。私募与公募或是其他的金融机构除发行方式、监管形势有所差异外,本质均为资产管理业务中的受托义务。因此,运用目的性解释方法,出台相关司法解释使私募机构具有金融机构属性,纳入此罪规制既符合立法原意要

[23] 中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局2018年4月27日颁布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》第2条规定:“资产管理业务是指银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构接受投资者委托……”

[24] 参见张永强:《预防性犯罪化立法的正当性及其边界》,载《当代法学》2020年第4期。

[25] 国际金融报:《上海首例小额贷款公司被骗案判决》,载中国水运网2012年8月2日, <http://www.zgsyb.com/news.html?aid=198861>。

[26] 参见汪明亮、安汇玉:《私募基金管理人背信运用受托财产罪规制》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第3期。

求,又能充分保护私募基金行业合格投资者的合法权益,规范私募行业有序发展。

第二,及时更新《金融机构编码》内容,将私募机构纳入 Z 项“其他金融机构”范畴,实现法秩序的统一和行刑的良好衔接。

结合我国立法及司法实际,应将法秩序统一中的“法秩序”理解为各部门法域内的秩序,以及下位法同上位法之间的秩序。^[27] 在法秩序统一背景下,背信运用受托财产行为在私募基金的管理中,具有作为金融管理行政法规与金融刑事犯罪规制之间良好衔接的必要性。而金融管理制度具有明显的时效性特征,经济发展形势的变化会引起行政法规以及刑法入罪标准的变化,采用谨慎的预防性、事中的刑事治理及对应的刑罚手段十分必要。同样以小额贷款公司为例,随着其快速发展,人民银行与银监会先后于 2010 年、2011 年发布的《金融机构编码规范》《小企业金融服务工作动态》两份规范性文件中将小额贷款公司纳入金融机构范畴。当前,私募基金行业发展秩序紊乱,重大风险点位突出,但刑事规制不足,将背信运用受托财产罪在私募基金犯罪中的适用,既是加强行业监管所需,也符合刑事政策的多重考量。

四、结语

私募基金行业作为我国多层次资本市场的重要组成部分,对于盘活经济,提升市场韧劲具有重要意义,但因与之配套的法律体系不完备,监管力度不足等原因,导致出现刑事打击割裂、违法程度与刑事处罚不对等问题。而且,私募基金产品募集资金体量较大,投资者风险承受能力参差不齐,现有监管体系和刑事处置模式又倚重行业自律监管,缺乏事中监管手段和预防治理措施,相关风险问题多以“不爆不立”的结尾收场,社会成本畸高。本文通过适用性及其可行性和必要性分析,提出可将私募机构纳入背信运用受托财产罪规制的刑事规制路径,可

[27] 参见郭研:《部门法交叉视域下刑事违法性独立判断之提倡——兼论整体法秩序统一之否定》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2020年第5期。

在一定程度上缓解私募领域刑事规制弱的问题,但引导该行业规范健康发展还应从其自身宽松、弹性的特性出发,探索行刑协作新模式,真正做到“治病于未发,防患于未然”。

(编辑:彭鲁军)