

# 分析与衡平：私募基金与非法集资犯罪司法 实务认定研究

马 军

(宁夏警官职业学院 宁夏银川 750021)

【摘 要】合法私募基金对于拓宽融资渠道，解决中小企业资金短缺瓶颈，助力经济发展，活跃社会主义市场经济具有重要意义。在刑法框架下，厘清非法集资行为与合法私募基金的界限，横评打击与保护，助力金融活动的有序、健康、良性发展，具有极强的现实指导意义。

【关键词】法律依据；私募基金；非法集资

DOI：10.18686/jyyxx.v3i4.41955

## 1 打击非法集资犯罪行为法律依据

### 1.1 刑法规定

《中华人民共和国刑法》第一百七十六条第一款：“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。”（刑法修正案十一修改）

### 1.2 司法解释

《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》第一条：“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：

（1）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；

（2）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；

（3）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；

（4）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

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。

## 2 司法实践中该类案件的突出特征

### 2.1 以合法形式掩盖非法目的，规避监管

随着相关监管制度的出台执行，非法集资犯罪活动呈现出新的态势。借助金融创新、基础设施建设、投资创业等载体，引入完备的交易流程、规范合同文本、前置的风险告知等合法形式，行非法集资之实。加之网络金融产品的层出不穷、手段翻新、鱼珠混杂，为打击该类犯罪制造了诸多的障碍、难点。

### 2.2 利用刑法规制存在的漏洞，逃避打击

司法实践中，很大一部分涉案人员具有丰富的金融从业经历和合格的金融从业资质，利用熟知相关法律、法规以及金融业务的便利，钻刑法的漏洞，刻意规避刑法的打击。犯罪嫌疑人通过合法途径获取私募基金管理人资质，同时依法成立私募基金公司。未经备案，就向社会不特定人员销售理财产品。该种行为究竟属于违规操作还是应受刑法调整的犯罪行为，刑法理论界与司法实务界始终未形成共识。如行为人李某先后注册成立了深圳某公司、广州某公司，在未获得监管部门批准的情况下，发行基金产品。截止案发，共有 139 名被害人，投资金额共计 80765000 元，现尚未兑付 76951938 元。

### 2.3 借助国家创新发展新领域，疯狂敛财

紧扣国家产业调整和经济布局新动向，以投资新能源领域、绿色养殖项目等噱头，花样翻新推出非法集资的“组合拳”。提升自己所谓金融产品的知名度、吸引力，进行巨额非法集资活动，疯狂敛财，严重侵害了公民的财产权，为社会秩序、金融秩序的安全埋下了巨大的隐患。

## 3 私募基金界定及与非法集资异同

### 3.1 私募基金概述

#### 3.1.1 概念

私募基金,是指以非公开方式向合格的投资者募集资金设立的投资基金,其突出特征是面向群体具有特定性,在该类资金募集活动中,对于投资人的资格、投资人的人数、基金管理人法定义务具有明确的要求和严格的限制。

### 3.1.2 分类

以投资主体的不同,私募基金划分为私募股权基金和私募证券投资基金两类。

(1) 私募证券投资基金。是指由政府相关主管部门监管,通过非公开方式面向特定群体设立的基金。其突出特点是赎回与销售都是通过非正式渠道协商解决。

(2) 私募股权投资基金。是指以非上市企业权益为标的,采用定向的方式,面向特定机构或个人筹集资金。在交易活动中,对资金的回收方式做了明确的设定。基金持有人可以在该企业上市、并购及管理层回购的情形下,通过出售其持有的资产或相应股权获取一定的受益。在现有法律框架下,只有证监会颁布的,属于部门规章的《私募基金监督管理暂行办法》对其做了规定,在效力较高的法律、法规层面还对这类金融活动没有任何涉及。

## 3.2 二者分析比对

毫无疑问,刑法 176 条非法吸收公众存款罪与 192 条集资诈骗罪,均属于非法集资在司法实践中的典型表现行为。只是由于犯罪主观方面是否具有非法占有的故意,而区分为上述两种不同的罪名。非法集资的行为,绝大多数都表现为形式上具有私募基金的合法外衣,实质上则是违反相关监管法规,破坏金融管理秩序,侵犯权益主体合法财产权利的犯罪行为。

## 4 精确厘清罪与非罪的路径与方法

紧紧把握两类行为的客观要件与主观要件,以构成私募资金的四要素为抓手,抽丝剥茧的精确厘定假借私募基金之名,行非法集资之实的犯罪行为。为司法实践中正确区分罪与非罪、此罪与彼罪以及行政处罚与刑事追责有效衔接提供指引。

### 4.1 既看形式要件,又查实质要件

#### 4.1.1 关注形式要件

发行主体依法成立,履行审批程序,面向特定群体开展集资活动是构成私募基金行为的形式要件。但必须明确,即使符合私募基金形式要件,也未必能排除具有非法集资犯罪行为的可能。譬如,在司法实践中有大量私募基金形式合法,但具有非法占有等主观故意,最终也可能涉嫌刑事犯罪。因此,建议针对具体案件,要坚

持全面审查判断的原则,精确认定是否合法、部分违法、违规或违法违规兼而有之的情形。

#### 4.1.2 审查实质要件

(1) 私募主体不合法。合法的私募基金发行主体必须依法成立,基金发行必须履行审批、报备手续。而非法集资的显著特征,则是主体不符合法律规定的实质和程序要件。未经批准擅自发行基金或者披着私募基金的外衣进行非法集资的犯罪活动。其本质是逃避相关部门的监管,私自开设所谓的“经融机构”或“公司企业”,开展非法集资活动,严重扰乱国家金融管理秩序、合法私募主体正常金融活动的开展,对于国家提倡发展的金融创新和企业融资新平台的健康发展制造了诸多困难。

(2) 私募对象不特定。合法的私募基金发行只能针对特定范围具有相应资质的机构和人员开展。而非法集资行为的显著特征之一就是面向社会上不特定的群体,假借私募基金之名,吸引大量不特定群体,进行非法集资。绝大多数情况下,导致的最终结果就是投资者血本无归,倾家荡产,严重扰乱社会秩序、金融秩序,对社会的安定、经济的发展埋下巨大的隐患。在司法实践中,部分非法集资企业,其集资受众远远突破相关规定限制的人数底线。譬如有限责任公司和合伙企业不能超过 50 人,股份有限公司不能超过 200 人。

(3) 私募风险不告知。合法私募主体,在进行私募的过程中,负有法定的投资风险详尽告知义务。而非法集资者在开展非法集资的活动中,则会刻意回避风险告知或者进行虚假的说明。更有甚者将高回报、零风险作为其吸引投资的卖点,引诱投资人做出错误的判断,进而导致投资金额的损失。从私募基金活动的本质上来讲,私募主体不仅要在私募前期履行风险告知义务,同时在资金运营的不同阶段,根据相关规定和具体情形,定期进行信息报告工作。

(4) 私募手段不限制。非公开性是私募基金最核心的特征,也是法律规定私募企业在私募活动必须遵守的法定义务。不得通过电视、网络、传单等宣传方式面向社会大众广而告之。而在司法实践中,存在大量的非法集资主体,通过新闻媒体等途径进行“轰炸式”虚假宣传,吸引社会大众参与非法集资活动。一旦有私募手段的不受限制性,则基本属于非法集资行为,而非私募基金活动。

非法集资与合法私募基金行为的司法认定,必须要严格遵循以上四个要件,进行细致分析、比较,在同时满足上述四个条件的前提下,就可以明确界定为非法集资行为,而非合法私募基金活动。厘清非法集资行为的

四个突出特征,对于规范行政处罚与刑法评价的有效衔接,保护合法私募基金的健康发展,助力司法机关有效打击该种犯罪,具有十分重要的意义。

#### 4.2 侦办非法集资,关注下列问题

##### 4.2.1 合法私募基金与非法集资互有交织

此类情形在司法实践中主要表现为以下几种方式:在合法私募基金的过程中,在前期公司成立、报批备案、基金发行过程中都能依法开展各项活动,但在中期或者后期演变为非法集资的情形;还要一种则是在私募基金运营进程中,部分私募基金是合法合规的,另有部分则可能涉及非法集资。在具体侦办此类案件时,针对第一种情形,其最终认定的非法集资数额,从开始违法实施非法集资行为时计算,前期合法私募基金的数额不能计入追究刑事责任的数额。后一种情况则要将私募主体是否独立、是否履行法定义务等因素考虑进去。如果依法备案,履行法定投资人资格审查,形式合规,因投资意向未达成合意而终止的,其账户金额不能与后期进行非法集资的金额混淆。投资人利益受损的,建议通过民事途径主张权利,不能将其纳入刑法评价的范围。

##### 4.2.2 非法私募主体刻意规避不公开要求

在司法实践中,行为人为了规避私募基金发行,只能针对特定对象的硬性要求,通过代持投资收益、私下协议等手段,使得私募基金的发行对象从人数、资格认定等方面表面合法,达到追求实现非法集资的犯罪目的。还有就是私募主体通过合规的形式设立多个私募主体,形成“母子”、“总分”式私募架构。形式上具有合规且

无关联性,实质上所有私募主体的资金由母公司或某一个主体统一支配,进而实现以形式合法行非法集资之实的欲盖弥彰犯罪行为。

##### 4.2.3 把握运营方与销售方共同犯罪问题

私募基金的主体一般包括两方面:运营方与销售方。如果私募基金主体自行设置销售主体,统一开展非法集资活动,则毫无疑问均构成非法集资犯罪。但是,如果销售方独立于运营方,同时没有在案的证据,能够证明销售方对于运营方的非法集资具有主观上的明知性,从主客观相统一原则来说,不宜将销售方纳入该类犯罪行为的共同犯罪主体范畴。

## 5 结语

综上所述,行为人进行私募基金活动,未履行登记备案义务,利用新闻媒体等广而告之的手段,面向社会公众进行报道宣传,不仅不对投资人资格及风险承受能力进行审查,还许以高额回报,诱骗投资人盲目投资,随意支配投资款项的,毫无疑问,远远超出了合法私募基金的范畴,根据主观方面是否具有非法占有的故意,应以集资诈骗罪或非法吸收公众存款罪定罪量刑。坚决捍卫我国的金融秩序安全,维护社会稳定,保护公民合法的财产权利,保障金融创新制度的良性运行,为中国特色社会主义经济的发展提供刑法保障。

作者简介:马军(1980.1—),男,回族,讲师,研究方向:刑法与刑事诉讼法。

## 参考文献

- [1] 刘宪权.金融刑法学原理[M].上海人民出版社,2017.
- [2] 赵为波.《关于审理非法集资刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法·应用,2011(5).
- [3] 卢勤忠.非法集资犯罪刑法理论与实务[M].上海人民出版社,2014.
- [4] 彭冰.非法集资行为的界定[J].法学家,2011(6).
- [5] 李有星,范俊浩.非法集资中的不特定对象标注探析—证券私募视角的全新解读[J].浙江大学学报,2011(5).
- [6] 彭冰.P2P网贷与非法集资[J].金融监管研究,2014(6).