

## 私募基金领域中非法吸收公众存款罪的数额认定问题<sup>1</sup>

作者：肖波、荣焜 昌言（上海）律师事务所

### 【作者简介】

**肖波 昌言上海办公室 执行主任**

邮箱：xiaobo@changyanfirm.com

肖波律师获得中国人民公安大学硕士和复旦大学刑诉法学博士学位，之前曾在上海市浦东新区法院工作 13 年多，审理过 1000 多件案件。后又作为合伙人加盟中伦律师事务所，积累了大量的刑事案件和危机处理经验。肖律师业务聚焦于金融、互联网及经济领域犯罪、白领犯罪的刑事辩护、反商业贿赂、企业危机处理、民商事争议解决等。肖律师在刑事犯罪领域发表了大量的专业论文。



**荣焜 昌言上海办公室 律师（实习期）**

邮箱：rongguo@changyanfirm.com

荣焜律师获得中山大学法学硕士学位和南开大学法学学士学位，具有五年以上法律工作经验，曾在网易集团、合景泰富集团从事法务工作，主要专业领域在于互联网、电商物流、房地产行业法律服务及争议解决业务。



根据中国证券投资基金业协会今年初发布的数据显示，<sup>1</sup>2018 年我国登记备案私募基金规模达到 12.78 万亿元人民币，私募基金管理员工总人数 24.57 万人，均连续五年保持显著增长。与此同时，私募基金及其相关人员发生违法违规乃至涉刑的情形也屡见不鲜。以“私募基金”为关键词，对自 2008 年至 2018 年十年间我国公开裁判文书进行检索<sup>11</sup>，其中确与有资质的私募基金公司或自称“私募基金”公司及/或其人员有所关联的刑事案件计 204 个。值得注意的是，在这些案例中，认定构成非法吸收公众存款罪的案件数占到总数的七成以上，说非法吸收公众存款罪是私募基金领域面临的头号刑事风险也不为过。

非法吸收公众存款罪是违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。法律规定该罪的入罪和量刑标准主要基于非吸的数额、人数和经济损失大小，在实际案例判决书中，非吸数额则是更为常用的指标，也因此，该数额认定问题往往是诉辩双方争论的焦点之一。随着案例的累积，在这一问题上已逐渐形成一些比较通用的裁判认定规则，有一些甚至在司法解释等刑事法律规范中以文字形式固定下来。下面，拟结合这些实际案例，对私募基金涉及非法吸收公众存款罪案件中与非法吸收公众存款数额的认定有关的裁判观点进行归纳分析。

<sup>1</sup> 本文于 2019 年 5 月 20 日发布于昌言（上海）律师事务所微信公众号。

从现有案例来看，这一问题主要涉及三大类抗辩意见和对应裁判观点，一类是关于资金本身的组成和扣除规则；一类是吸收特殊主体资金的扣除规则；第三类是数额确定依据问题。

### 一、非吸资金的组成和扣除规则

私募基金涉非法吸收公众存款案中，被告及其辩护人经常就认定的非吸金额未扣减已归还的部分、已支付的利息、滚动重复投入部分等问题进行抗辩。根据我国刑事法律规范，可以确定的非吸资金组成和扣除规则包括：第一，应以行为人所吸收的资金全额计算。第二，案发前后已归还数额在定罪时不作扣减，仅在追赃时可予折抵本金，可作为量刑情节酌情考虑，这样可以更全面地反映非吸规模、判断其社会危害性。这两项规则在目前找到的裁判文书中基本得到遵循，不再赘述。

此外，在裁判文书中得以体现的规则还包括以下几项：

第一，存款时当场返还的利息和分红予以扣除，按照实际吸收的数额计算。在吕某等人非法吸收公众存款、集资诈骗案中<sup>iii</sup>，被告等人采取存款时当场支付9%利息及分红的方式，向社会公众非法吸收存款，裁判文书中这部分金额在最终计算非吸金额时得以扣除。这种模式的利息、分红类似民间借贷领域的“砍头息”，因为扣掉的“砍头息”不属于借款人实际借取的金额，故在民事法律框架内是不计入本金的。在非吸的背景下，法院也基于类似的理由，不认为这部分金额属于实际吸收资金，故而予以扣除。

第二，重复投资的金额应累加计算。对于一些周期比较长的非吸案件，常有一些投资人是重复投资的，即取出之前已经到期返还的本金和利息后，又全部或部分地投资进来。有抗辩意见认为，转签合同或续签合同的情况下，原来的合同应当视为履行完毕，原来的投资款应作为已退还本金从总额中予以扣除，或者重复投资中属于之前向存款人给付的利息应当予以抵扣。法院则认为，被告人在不同的时间连续实施非法吸收公众存款行为，每次行为都是一个犯罪完成状态，投资人重复投资，应认定为多次非法吸收公众存款的行为，累加计算，不扣减之前利息，到期转存也应累计计入。<sup>iv</sup>这与非法吸收公众存款罪的保护客体是金融秩序而非财产权本身的立法目的是一致的。在最新的两院一部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》（2019年1月30日）中，第五条规定：“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑”，也印证了这一裁判观点。

第三，在共同犯罪和有层级的共同犯罪中，管理者对被管理团队吸收数额全额负责，接受直接管理的团队成员的销售金额应一并计入负责人犯罪金额，不承担管理责任的人则对自己吸收的部分负责。在刘某某非法吸收公众存款案中，被告辩护人认为被告（系公司股东，法定代表人）本身只推介了3个项目，不应

该对指控的 13 个项目的全部集资款负责。对此，法院认为，刘某某作为公司股东，法定代表人，明知主犯等人成立该公司面向不特定群众吸收存款，仍为该公司介绍项目，其与主犯等人构成共同犯罪，且有多名证人证实刘某某参与公司的管理，根据共同犯罪中部分实施、全部责任的原则，刘某某应当对全案非法吸收公众存款的数额负责。

## 二、吸收特殊主体资金的扣除规则

这个问题牵涉到资金的来源，有一些案件中，被告人自己也是有投资非吸项目的，那么自己的投资是否计入非吸金额？此外，身兼报案人和被告之一身份之人的投资金额是否计入非吸金额？

首先，对于被告人自己的投资是否应计入非吸金额的问题是有争议的。在一些案例中，法院认为被告人用自己的钱款认购以追求高额回报，该行为同样侵犯了国家金融管理秩序，且与他人系共同犯罪，应分别和他人共同对所吸存款承担责任，将自己的投资款分别计入其本人的犯罪数额中。<sup>vi</sup>但因为被告用自己的钱款进行投资时，在这一时点上其身份发生了转变，甚至发生过有的案件中被告人同时也曾是这一案件报案人的情形。一般认为，被告使用自己的钱投入非吸项目，这一行为不属于一般意义上的“吸收”行为，即使以此谋取利益的方法不符合金融管理法规的规定，也不应以非法吸收公众存款罪定罪，否则很多单纯投资非吸项目的投资人都应以该罪定罪，刑事打击面过于广泛。后来，2017 年发布的《最高人民检察院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）中，第二条第（一）项明确了“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：……犯罪嫌疑人自身及其近亲属所投资的资金金额”。虽然这一文件仅指向互联网金融犯罪案件，但在非吸这一行为本身的认定上是具有普遍的指导性意义的。

进一步的，如果被告人自己的投资被排除出其本人的非吸金额，是否应在其上级或主犯的非吸金额中进行排除呢？在上述“高检诉[2017]14 号”文件第二条第（一）项中下一条款还明确“前述两项所涉金额仍应计入相对应的上一级负责人及所在单位的吸收金额。”但在有的案件中，法院持不同观点，认为原本是报案人的身份转为了被告人，故不再认定其为投资人，其报案的投资金额在本案中亦予以扣除。<sup>vii</sup>不过该案中并没有披露具体数据，不排除前述扣除只在其本人的非吸金额中进行了操作的可能性。

## 三、数额确定依据问题

非吸案件中数额确定常有赖于鉴定报告，而司法鉴定的数额确定则依据一项项证据材料。实践中情形复杂，存在较多针对数额确定依据的抗辩。

有的案件中，非吸使用的合同载明的金额和银行流水金额不一致，公诉机关认为应当以合同书反映的数额为依据，法院则认为应当以合同和流水进行对照，能够两相确证的部分方能进行认定，否则应属证据不足不予支持。<sup>viii</sup>这也是符合疑罪从无原则的。

还有案件中，银行打款记录是不全的，抗辩意见认为没有银行打款记录不能证明出资人履行了出资义务，审计报告将这部分计算在犯罪数额中，违背了全面性、客观性原则；法院则认可司法审计鉴定报告的主要依据是公安机关调取的银行交易明细记录及报案笔录，系司法审计机关根据报案人的借款合同、投资协议、退款协议、收据等相关资料与涉案公司及有关人员的银行交易明细记录等核对、汇总，对公司的会计资料进行综合审查，并依法定程序而得出的。<sup>ix</sup>这种综合认定的思路与两院一部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》

（2014年3月25日）的规定一致，“确因客观条件的限制无法逐一收集集资参与人的言词证据的，可结合已收集的集资参与人的言词证据和依法收集并查证属实的书面合同、银行账户交易记录、会计凭证及会计账簿、资金收付凭证、审计报告、互联网电子数据等证据，综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等犯罪事实。”这一规定以不完全列举的方式将认定非吸数额的常见依据进行了确认，但正因为依据类型繁多，而在实践中涉嫌犯罪人员、企业的财务管理往往并不严谨，各项证据之间数字有出入的情形时有发生，因此，在这个问题上发掘抗辩空间的确是辩护人可以考虑的一个方向。

---

<sup>i</sup> 中国证券投资基金业协会：《2018年私募基金登记备案综述》，2019年1月24日发布，<http://www.amac.org.cn/tjsj/xysj/smdjbaqk/393786.shtml>，访问日期：2019年5月17日。

<sup>ii</sup> 如未作特别说明，本调研中统计数据以中国裁判文书网的检索结果为准，见<http://wenshu.court.gov.cn/>。

<sup>iii</sup> （2014）济中刑终字第60号

<sup>iv</sup> 参考（2013）秦刑二初字第36号判决书。

<sup>v</sup> （2017）川01刑终650号

<sup>vi</sup> 参考（2014）宁刑二终字第37号判决书。

<sup>vii</sup> 参考（2017）京0105刑初1206号判决书。

<sup>viii</sup> 参考（2016）川0107刑初13号判决书。

<sup>ix</sup> 参考（2015）石刑初字第00035号判决书。