

非法集资的法律透视 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/491/2021_2022__E9_9D_9E_E6_B3_95_E9_9B_86_E8_c67_491614.htm 金融活动的生命在于企业规模扩张冲动和社会资金投资冲动之间的相互需求。一方面，现代工商业及金融业发展往往需要通过合法的金融手段募集闲置社会资金，通过资源互补实现企业的发展进步；另一方面，社会上存在大量的闲置资金，具有天生的投资增值需求。上述两种冲动的相互满足除通过银行吸储贷款实现之外，还可以通过企业直接向社会集资实现。由于集资活动天生具有投资者先支付对价后收取回报的信用性，以及投资者与资金使用者之间的信息不对称性，所以集资活动在组织上述两种冲动对接的过程中，其合法性主要取决于其是否对最大限度避免资金运作失败风险采取了有效的措施，以及上述措施是否在足够保护社会投资者的目标上达到合理的程度。尽管缺乏更加有效的区分标准，集资活动根据集资对象和范围的不同，而区分为“向特定对象的集资”和“向不特定对象的集资”（社会上有说法称上述两种不同的集资方式为“私募”和“公募”，但该二用语并非法律用语）。由于特定和不特定集资对象在投资理性和影响社会稳定程度等方面的差别，法律对向不特定对象集资活动的合法性具有更加明确和严格的监管要求，包括但不限于限制集资人资格、严肃行政审批程序、规范信息披露和集资程序、保障履约能力等方面。向不特定对象的集资，如果违反法律法规或行政规章的规定，无论其采取何种合法形式，在法律上均认定为“非法集资”，非法集资行为人须根据法律规定承担民事责任、

行政责任，甚至刑事责任。一、非法集资的定义和特征 根据《中国人民银行关于取缔非法金融机构和非法金融业务活动中有关问题的通知》（银发[1999]41号）规定：“非法集资是指单位或者个人未依照法定程序经有关部门批准，以发行股票、债券、彩票、投资基金证券或其他债权凭证的方式向社会公众筹集资金，并承诺在一定期限内以货币、实物及其他方式向出资人还本付息或给予回报的行为。”该《通知》规定非法集资具有如下特点：“（一）未经有关部门依法批准，包括没有批准权限的部门批准的集资以及有审批权限的部门超越权限批准的集资；（二）承诺在一定期限内给出资人还本付息。还本付息的形式除以货币形式为主外，还包括以实物形式或其他形式；（三）向社会不特定对象即社会公众筹集资金；（四）以合法形式掩盖其非法集资的性质。”对以上特征我们分别解释如下：1、批准程序 因为向社会不特定对象募集资金涉及广大社会投资者的投资利益，如果因资金运用不当导致无法清偿投资回报债务，则可能成为社会不稳定因素。所以，我国法律规定向社会不特定对象募集资金必须经过法定部门审批。比如上市公司募集股份（《公司法》第153条）、股份有限公司发行债券（《公司法》第164条）必须取得国务院或者国务院授权的证监部门的审批。非经法定部门审批，任何单位或个人不得向社会不特定对象募集资金。从律师实务角度来说，对向社会不特定对象募集资金的金融活动，必须找到法律明确规定的审批程序，否则该金融活动就有可能被认定为非法集资。比如我国一些地区尝试的向社会不特定对象发行项目债券的资产证券化运作，尽管上述集资取得了地方政府的审批，但是由于法律对上述资产

证券化行为的审批程序及审批机构没有明确规定，因此上述资产证券化运作仍然具有非法集资的法律风险。

2、回报许诺

非法集资行为一般均具有许诺一定比例集资回报的特点，即通常所谓的“保底条款”。发行债券、存单及其类似集资活动，从性质上说允许约定一定比例的投资回报，而发行股票、投资基金证券及其类似集资活动，从性质上说不允许约定一定比例的投资回报，比如对于现阶段的投资理财活动，尽管法律没有明确约定，法院一般倾向于认为保底条款无效。如果从回报承诺角度甄别非法集资行为，假设一项用于投资的集资计划，在集资合同中约定了保底条款，该项集资计划即符合非法集资的该项特征。如《信托投资公司资金信托管理暂行办法》第四条规定，如果信托投资公司在办理资金信托业务过程中承诺信托资金不受损失或者最低收益，则将被认定为非法集资。证监会2003年5月15日发布的《关于证券公司从事集合性受托投资管理业务有关问题的通知》也规定：《通知》发布前已开展集合性受托投资计划的“证券公司不得以书面或者口头、明示或者暗示的方式向委托人承诺承担投资损失、保证投资收益。”此外，需要说明的是，非法集资行为的回报许诺不一定表现为货币形式，一些地方出现的“订蛋卡”、“某歌星俱乐部”、“公园年票”等非法集资案件，其非法集资的回报许诺包括鸡蛋等实物、参加明星歌友会的机会、超值旅游服务等不同形式，可见，回报许诺的形式并不影响非法集资的认定。

3、向社会不特定对象募集资金

前文已述，非法集资的概念往往针对向社会不特定对象募集资金的行为，这是因为社会不特定对象（即社会公众）往往欠缺投资知识，不了解投资活动的规律，不能鉴别集

资活动的合法性，牵涉人数范围较广，而该些社会公众又往往难以承担集资款无法返还的损失风险，因此对该些社会公众进行非法集资具有较大金融风险和社会风险。而针对特定对象的集资，因为该些特定对象往往指一些区别于社会公众，具备较为完善的投资理性和投资知识，具有强大资金实力，较能抵御和承受投资风险的投资人，牵涉集资对象人数较少，比如机构投资者。因此针对特定对象的集资一般不认为是非法集资，而是作为一般民事纠纷处理。比如《信托投资公司资金信托管理暂行办法》第六条规定：“信托投资公司集合管理、运用、处分信托资金时，接受委托人的资金信托合同不得超过200份（含200份），每份合同金额不得低于人民币5万元（含5万元）。”该规定的意旨在于将集合资金信托的门槛调高，使加入集中资金信托的集资对象局限在少数特定对象的范围之内，防止信托投资公司在资金信托业务中出现非法集资行为。但是应该承认的是，针对特定对象和针对不特定对象的区分标准并非泾渭分明，比如企业向企业职工举债，尽管从一般意义上说，企业职工属于特定对象，但是上述行为仍属于非法集资。一般来说，如果集资者通过公共媒体或其他向社会公众发布的形式对集资产品进行营销宣传，则监管部门倾向于认为其属于对社会不特定对象集资。如国家工商局1996年12月30日发布《房地产广告发布暂行规定》第16条规定：“房地产广告中不得出现融资或者变相融资的内容，不得含有升值或投资回报的承诺。”

4、以合法形式掩盖非法集资性质 该特征在表面上似乎具有同意反复的语病，但是该条规定实质上表明，无论采取任何合法形式迂回或规避法律规定，均不影响非法集资的实质性认定，由此

可见法律规定的严厉程度。举例来说，针对前述《信托投资公司资金信托管理暂行办法》第六条的“200份”规定，如果某些信托投资公司在推出集中信托计划时规定该信托投资计划“每期”接受200份资金信托合同，该种做法面临严厉的非法集资法律规定，在一定程度上存在脱法之嫌。除法律的严厉性之外，该项特征反映了我国法律对非法集资的实质性审查的特点。当社会上新出现一种集资产品，往往法律对该集资产品合法与否以及批准审查程序并未加以规定，这时该项集资产品在采取合法形式发放时，其合法性往往需要根据法律对非法集资规范的目的精神进行判断。从我国目前许多定性为非法集资的案件，基本上都是因为该项集资产品在发放、资金管理、本息偿付等过程中出现集资者挪用、侵占、滥用集资资产，或者违背约定目的或欺骗投资者将集资资产投入其他风险较大周期较长的项目，致使丧失偿债能力的现象。比如房地产开发中的预包租合同，即发展商在项目未建成之前通过与集资对象签署预租赁合同的形式集资，同时约定集资者将物业转由发展商包租，期满回报高额利润的集资产品，如发展商未按律师建议建立房地产专项资金监管，挪用资金致使无力清偿应付款项，即使上述预租取得了有关部门关于“可以尝试”的批示，法院仍倾向于认定上述行为构成非法集资，这是一种实质性而非形式性的认定。因此，在金融创新活动中，一方面集资者应取得有权部门的书面许可，一方面应建立健全集资款专款专用机制，及时向集资对象进行信息披露，消除集资对象疑虑，严格履行集资合同约定，采取措施减小资金运用风险，保障最后实现全额偿付。这样较能保障该项金融创新的合法性。

二、目前涉嫌非法集资的案

型 1、非法发行有价证券。中国人民银行《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》（1998年7月29日）规定：“企业通过公开发行股票、企业债券等形式进行有偿集资，必须依照有关法律、行政法规的规定，经国务院主管部门批准。”同时规定：“未经批准，不得擅自突破发行计划，不得擅自设立或批准发行计划外券种。对违反规定的，要依照《企业债券管理条例》的规定，追究法律责任。”如果对上述《实施方案》进行严格解释，在现阶段我国住房抵押证券操作，在明确具体的规定出台之前，很有可能被有关部门认定为涉嫌非法集资。再如，1998年10月6日证监会《关于对拟发行上市企业改制情况进行调查的通知》规定“先改制后发行”规则之后，企业通过发行股票或类似股票的“股权卡”方式募集设立公司的行为同样涉嫌非法集资。

2、非法向社会不特定对象发行债权凭证。这是非法集资案件比较常见的案型，主要是非法集资者通过向社会不特定对象发放债权凭证，承诺到期偿付高额回报方式进行集资。

3、非法发行会员卡、会员证。1993年4月22日《国务院办公厅关于立即停止利用发行会员证进行非法集资等活动的通知》发布之后，法律规定各种形式的会员证发行一律属于非法集资，直到1998年11月11日，中国人民银行、国家工商局发布《会员卡管理试行办法》规定了会员卡发行和交易的批准程序之后，按照该《试行办法》办理批准程序的会员卡发行才不属于非法集资。

4、对物业、地产等资产进行等份化，出售份额处置权。建设部《关于不得给一个平方米单位产权颁发“房屋所有权证”的通知》（（94）建房管字第09号）规定，房地产产权管理部门及房地产开发公司发放一平方米产权

证书的行为，违反我国集资法律规定，属于非法集资。2001年《商品房销售管理办法》第12条明确规定：“商品住宅按套销售，不得分割拆零销售。”

5、利用民间会社形式进行非法集资。如未按法律规定批准设立基金会、互助会、储金会、农村救灾扶贫储金会、“标会”等进行非法集资或变相吸收存款等，对此，中国人民银行《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》作出了明确审批程序和业务许可范围等方面的规定。

6、以签订商品经销等经济合同的形式进行非法集资。如河南百花集团以与社会公众签订“连锁营销协议书”形式非法集资，又如房地产开发商通过商品房销售中的返本销售非法集资。

7、以发行私彩或变相发行彩票的形式集资。《国务院关于加强彩票市场管理的通知》（1991年12月9日）规定：“发行彩票的批准权集中在国务院。需发行彩票的省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府和国务院有关部门，应提前半年向中国人民银行报送发行计划及发行办法，经人民银行审查后，报国务院批准。”

中国人民银行《关于加强彩票市场管理的通知》（1999年1月25日）规定下属行为属于非法集资：“（一）以有奖销售为名，变相发行彩票的；（二）私人擅自发行与销售彩票的；（三）在境内发行境外彩票的；（四）以传销方式发行彩票的。”

8、利用传销或秘密串联的形式非法集资。《国务院关于禁止传销经营活动的通知》（国发[1998]10号）明确禁止企业采取传销经营方式，同时明文禁止如下变相传销方式：“（一）将传销由公开转入地下的；（二）以双赢制、电脑排网、框架营销等形式进行传销的；（三）假借专卖、代理、特许加盟经营、直销、连锁、网络销售等名义进行变

相传销的；（四）采取会员卡、储蓄卡、彩票、职业培训等手段进行传销和变相传销骗取入会费、加盟费、许可费、培训费的；（五）其他传销和变相传销的行为。”国家工商局、公安部、中国人民银行2000年2月17日发布《关于严厉打击传销和变相传销等非法经营活动的意见》又明确认定了数种变相传销行为为非法经营行为。

9、利用果园或庄园开发的形式进行非法集资。1998年左右部分地区出现以开发“果园”、“庄园”的名义非法集资的现象，如某果园开发公司通过宣传“只要投入7800元，拥有50年私人果园，33株龙眼树”进行非法集资，针对上述违法现象，国务院办公厅发布《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》（国办发〔1999〕39号）明文禁止利用土地开发进行非法集资，并规定：“农林开发用地必须依法进行土地登记，明确规划要求和转让、转租的限定条件，未经批准不得擅自进行分割转让、转租。”中国人民银行《关于加强农林开发项目信贷管理，严禁利用土地开发和土地转让名义非法集资的通知》（银发〔1999〕254号）也有相关禁止性规定。以上是中国人民银行《关于进一步打击非法集资等活动的通知》（银发〔1999〕289号）明文归纳的若干种非法集资案型。

10、企业在职工内部进行有偿集资。《国务院关于清理有偿集资活动坚决制止乱集资问题的通知》（国发〔1993〕62号）明确规定：“禁止国家机关、事业单位向内部职工或者向社会公众进行有偿集资活动。”该规定主要目的在于禁止企业向大量企业职工借贷（参见《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》），以及违反法律规定设立定向募集股份有限公司发行内部职工股（参见国家体改委1994

年6月19日《关于立即停止审批定向募集股份有限公司并重申停止审批和发行内部职工股的通知》)。当然，在法律规定的范围内实现职工持股的集资行为，并不属于非法集资。

11、教育储备金。前一阶段，各地民办学校大量采取教育储备金的教育收费方式，即要求学生（家庭）一次性缴纳一笔大额资金（10~30万），称为“教育储备金”，学校同时承诺学生在校期间毋须再交纳其它费用，并且在学生离校时可原数返还所缴“教育储备金”。随着番禺、湖南、武汉等地先后爆发巨额教育储备金无法返还学生家长的案件，各地政府向后出台政策禁止民办学校收取任何形式的教育储备金，如广东省教育厅粤教策（1999）2号文件等。在此之前，国家教委1991年5月3日发布的《关于坚决制止中小学乱收费的规定》第9条规定：“集资办学应贯彻自愿、量力和群众受益的原则，按地方人民政府的有关规定进行。中小学校不得自行向群众和社会硬性摊派费用，也不得向学生征收集资费。”《民办教育促进法》第37条规定：“民办学校对接受学历教育的受教育者收取费用的项目和标准由学校制定，报有关部门批准并公示；对其他受教育者收取费用的项目和标准由学校制定，报有关部门备案并公示。民办学校收取的费用应当主要用于教育教学活动和改善办学条件。”因此，民办学校未经有关部门批准并公示即向学生家长收取教育储备金的，应认定为非法集资。

12、地方政府发行或变相发行地方政府债权。《预算法》第28条明文规定：“除法律和国务院另有规定外，地方政府不得发行地方政府债券”。因此，《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》中明确禁止上述非法集资行为。

13、以“招商”名义从事非法集资。国

家工商行政管理局《关于查处企业以招商等名义非法集资有关问题的紧急通知》（工商企字[1998]第272号）规定坚决查处企业借“招商”名义非法集资，并且规定：“各级工商行政管理机关要严格按照规定核定企业经营范围，不得核定“招商”以及类似的不规范用语。”

14、房地产开发中的非法集资。（1）未取得预售许可证而预售商品房。我国商品房预售实行预售许可制度，《城市商品房预售管理办法》规定了取得商品房预售许可的条件和审批程序。因此，未取得销售许可证而预售商品房，在性质上符合非法集资的特点。此外，现在房地产开发中存在未取得预售许可而与购房者签署所谓“订房合同”并收取全额价金的做法，该种做法的合法性值得深思；（2）返本销售和售后包租。《商品房销售管理办法》第11条规定：“房地产开发企业不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房。”“房地产开发企业不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。”从非法集资角度来看，返本销售和售后包租往往并非商品房的真实交易，而是通过商品房为媒介进行高息集资的行为，基于法律的明确禁止性规定，上述行为在特征上符合非法集资的特征。（3）拆零销售。见前文。

15、利用社会福利机构非法集资。民政部1999年12月30日发布《社会福利机构管理暂行办法》第37条明确禁止社会福利机构非法集资。

16、以从事期货交易为名非法集资。证监会《关于坚决制止以期货交易为名进行非法集资活动的通知》（证监期字[1997]41号）明确禁止期货经纪机构以从事期货交易为名从事非法集资。

17、现阶段证券公司集合性受托投资管理业务。证监会《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》（

证监机构字[2001]265号) , 证券公司受托理财业务应以“一对一”模式进行, 保证不同的受托投资资产分帐管理, 未经批准, 不得将不同委托人的受托投资资产混合管理。近一时期, 少数证券公司与商业银行合作, 向特定或不特定投资者募集资金, 开展“一对多”集合性受托投资管理业务。鉴于该种新形式受托投资管理业务涉及当事人较多, 相关管理办法没有出台, 证监会于2003年5月15日发布《关于证券公司从事集合性受托投资管理业务有关问题的通知》, 规定在相关管理办法出台之前, 对上述业务明确叫停。因此, 在现阶段违反该《通知》的证券公司集合性受托投资计划应属于非法集资。

三、非法集资的法律后果

针对非法集资的法律后果, 国务院1998年6月30日发布《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》予以规定, 并于发布之日起施行。在《取缔办法》施行前发生的非法集资按照“谁主管, 谁整顿; 谁批准, 谁负责; 谁用钱, 谁还债; 谁担保, 谁负相应责任”的原则处理, 在《取缔办法》施行后发生的非法集资, 依照《取缔办法》规定处理。以下具体分析非法集资的民事、行政和刑事法律后果。

(一) 民事法律后果

由于在非法集资中集资者无法按约定对集资对象进行清退, 导致集资对象起诉集资者要求清退的纠纷, 这是非法集资的民事法律后果问题。

1、法院是否受理?

《取缔办法》第21条规定: “因清理清退发生纠纷的, 由当事人协商解决; 协商不成的, 通过司法程序解决。”因此, 法院不应拒绝受理非法集资清退纠纷。但是, 最高人民法院1998年11月23日发布《关于当前经济审判工作应当注意的几个问题》规定: “对于未经依法批准, 向社会不特定对象进行的乱集资活动而引发的纠纷, 特别是对

其中因非法集资活动而引起的纠纷，一般应由有关部门处理。”《民事案件案由规定中》亦无“非法集资合同纠纷或类似的案由”，所以，除少数例外，法院在现阶段一般不受理非法集资清退纠纷案件。

2、非法集资合同无效，非法集资利润不支持，有过错的担保人承担赔偿责任。尽管法院在现阶段一般不受理非法集资清退纠纷案件，但是，在实践中仍然存在一些非法集资清退案件进入审理阶段，如2000年发生的30名老年人起诉成都市老年人协会等单位非法集资案，这些案件的审理为法院将来可能的非法集资案件处理积累了一定经验。如上述案件，该案经再审判决认定非法集资合同因违反我国法律规定无效，原告起诉要求的利息不予支持。我们认为上述判决是较为适当的，原因在于：根据法律规定，合同无效双方对各自的给付应互相返还，同时因为法律对社会不特定对象集资具有明确规定，集资对象对非法集资行为因疏忽未进行必要的审查和鉴别，对合同无效的后果具有一定过错，因此其不得主张集资者赔偿其信赖利益损失，即利息损失。如果非法集资中存在担保人，应认为担保合同无效，在认定担保人明知非法集资而为担保的情况下，根据最高法院对“广西壮族自治区机电设备南宁公司与广西钦州物质工贸集团财务服务公司等借贷担保纠纷案”的终审判决，担保人明知主合同无效而仍为之提供担保，应对主债务人不能清偿部分承担连带赔偿责任。

2、“参与者自行承担损失”。《取缔办法》第18条规定：“因参与非法金融业务活动受到的损失，由参与者自行承担。”根据该条规定，如经人民法院执行，集资者及担保人仍不能清退集资款，参与者应自行承担损失，而不能要求有关政府部门代偿。（二）行政

法律后果 1、调查、取缔 根据《取缔办法》的规定，中国人民银行负责调查、认定、取缔非法集资行为，如需要侦察，应与公安机关互相配合。对犯罪嫌疑人、涉案资金采取强制措施，由公安机关负责。 2、清退 根据《取缔办法》第17条规定：“非法金融机构一经中国人民银行宣布取缔，有批准部门、主管单位或者组建单位的，由批准部门、主管单位或者组建单位负责组织清理清退债权债务；没有批准部门、主管单位或者组建单位的，由所在地的地方人民政府负责组织清理清退债权债务。” 3、处罚 根据《取缔办法》第22条规定，从事非法金融业务尚不构成犯罪的“由中国人民银行没收非法所得，并处非法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有非法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款。” 4、非法发行有价证券行为由证监会负责取缔 《取缔办法》第28条规定：“取缔非法证券机构和非法证券业务活动参照本办法执行，由中国证券监督管理委员会负责实施。”

（三）刑事法律后果 非法集资的恶性程度如果达到定罪量刑的标准，则主要涉嫌《刑法》第192条集资诈骗罪、第179条擅自发行股票、公司、企业债券罪、第176条非法吸收公众存款罪、第225条非法经营罪等。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com