

刑辩课题组案例汇编系列

非法集资类刑事案件典型案例汇编

汇编人：方正

联系电话：18709830273

（想获取更多“干货”，请关注“刑辩课题组”微信公众平台）

刑辩课题组微信公众平台

以法为业 以律为师 专注刑辩 专注实务
梳理法条 研习案例 归纳辩点 锤炼技艺



扫描二维码可快速关注

微信号：CL_study

合作邮箱：xingbianketizu@sina.cn

非法集资类刑事案件典型案例汇编

目录

刑事审判参考案例

高远非法吸收公众存款案（第 56 号）
——利用经济互助会非法集资的行为如何定性
河南省三星实业公司集资诈骗案[第 72 号]
——犯罪后单位被注销如何追究相关人员的刑事责任
袁鹰、欧阳湘、李巍集资诈骗案（第 167 号）
——非法传销过程中携传销款潜逃的行为如何处理？
田成志集资诈骗案（第 464 号）
——亲属提供线索抓获犯罪嫌疑人的能否认定自首
惠庆祥等非法吸收公众存款案（第 488 号）
——如何认定非法变相吸收公众存款

最高法公报案例

陕西省渭南市人民检察院诉渭南市尤湖塔园有限责任公司、惠庆祥、陈创、冯振达非法吸收公众存款，惠庆祥挪用资金案（最高人民法院公报 2008 第 6 期）

江苏省南京市人民检察院诉许官成、许冠卿、马茹梅集资诈骗案（最高人民法院公报 2009 第 10 期）；

被告人唐亚南集资诈骗案（最高人民法院公报 2010 第 10 期）；

被告人孙小明集资诈骗案（最高人民法院公报 2010 第 10 期）；

被告人吕伟强集资诈骗案（最高人民法院公报 2010 第 10 期）；

被告人张元蕾集资诈骗案（最高人民法院公报 2010 第 10 期）。

吴国军因与陈晓富、王克祥、德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷（最高人民法院公报 2011 第 11 期）

最高检公报案例

徐继兰、徐继峰集资诈骗案（2003 第 6 号总第 77 号）

最高人民法院指导性案例

非法向公众吸收存款的用途不影响该罪的构成 ——浙江台州中院裁定叶从速非法吸收公众存款案

其他案例

黄克胜被控非法吸收公众存款宣告无罪案

裁判要旨汇编

高远非法吸收公众存款案（第 56 号）

——利用经济互助会非法集资的行为如何定性

集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪都以非法集资为外在的表现形式，但二者同时又存在着根本的区别：

第一，犯罪的目的不同。前者的犯罪目的是非法占有所募集的资金；而后者的目的则是企图通过吸收公众存款的方式，进行赢利，在主观上并不具有非法占有公众存款的目的。这是两罪最本质的区别。第二，犯罪行为的客观表现虽有非法集资的共同外在表现形式，但具体实施方法也有根本不同。前者的行为人必须使用诈骗的方法；而后者则不以行为人是否使用了诈骗方法作为构成犯罪的要件之一，尤其是在吸收存款或募集资金的目的行为上并没有遮掩赢利的意图。第三，侵犯的客体不同。前者侵犯的是复杂客体，不仅侵犯了国家的金融秩序，而且侵犯了出资人的财产所有权；后者侵犯的是单一客体，即国家的金融管理秩序，当然在有些情况下，非法吸收公众存款的行为人由于经营不善造成亏损，无法兑现其在吸收公众存款时的承诺，甚至给投资人、存款人造成了重大经济损失，但是，这种损失与行为人的目的就是侵犯公私财物的所有权是不同的。

河南省三星实业公司集资诈骗案[第 72 号]

——犯罪后单位被注销如何追究相关人员的刑事责任

单位犯罪案件，因单位被注销或宣告破产，检察机关只起诉指控有关责任人员的，人民法院认为被告人的行为已构成犯罪，且系单位犯罪的责任人员的，应以单位犯罪的有关规定，追究其相应的刑事责任。

自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，是犯罪中止成立的实质要件。对于可连续多次实施的犯罪来说，如果行为人已经实施了一次以上的犯罪行为，其犯罪中止只能表现为有效防止犯罪结果的发生。

袁鹰、欧阳湘、李巍集资诈骗案（第 167 号）

——非法传销过程中携传销款潜逃的行为如何处理？

对于非法传销和变相传销活动，应根据传销企业和个人所实施的具体行为和危害后果来确定具体的罪名和罪责。对于违反我国有关法律规定，以传销和变相传销方式进行经营活动，严重扰乱市场经济秩序的，应以非法经营罪定罪处罚；对于以传销为幌子，骗取他人钱财的，以诈骗罪或者合同诈骗罪处理。如果非法经营罪与诈骗罪、合同诈骗罪等罪名发生牵连或者竞合，应依照其中刑法规定处罚较重的罪定罪处罚。

对于非法传销过程中携传销款潜逃的行为，由于有买卖货物的行为，是在非法经营活动中进行诈骗活动，没有侵犯金融管理秩序，主要侵犯的是传销参与者的财产权和市场经济秩序，因此应以诈骗罪或者合同诈骗罪定罪处罚。

田成志集资诈骗案（第 464 号）

——亲属提供线索抓获犯罪嫌疑人的能否认定自首

犯罪嫌疑人亲属提供线索，由侦查机关实施抓捕将其抓获的情况，尽管不宜认定为自首，但是在量刑时应当根据案件的具体情况酌情从轻处罚。

惠庆祥等非法吸收公众存款案

——如何认定非法变相吸收公众存款

未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同，即承诺在一定期限内返本付息的，属于刑法第一百七十六条规定的“变相吸收公众存款”。只要行为人实施了非法吸收公众存款的行为，无论

采取何种非法吸收公众存款的手段、方式，均不影响非法吸收公众存款罪的成立。

江苏省南京市人民检察院诉许官成、许冠卿、马茹梅集资诈骗案

——如何认定以非法占有为目的

行为人以非法占有为目的，采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，未经有权机关批准，向社会公众非法募集资金，骗取集资款的行为，构成《中华人民共和国刑法》第一百九十二条规定的集资诈骗罪。在认定行为人是否具有非法占有目的时，应当坚持主客观相统一的认定标准，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，应当根据案件具体情况全面分析行为人无法偿还集资款的原因，若行为人没有进行实体经营或实体经营的比例极小，根本无法通过正常经营偿还前期非法募集的本金及约定利息，将募集的款项隐匿、挥霍的，应当认定行为人具有非法占有的目的。

吴国军因与陈晓富、王克祥、德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷

——非法集资与民间借贷民刑交叉问题的处理

民间借贷涉嫌或构成非法吸收公众存款罪，合同一方当事人可能被追究刑事责任的，并不当然影响民间借贷合同以及相对应的担保合同的效力。如果民间借贷纠纷案件的审理并不必须以刑事案件的审理结果为依据，则民间借贷纠纷案件无须中止审理。

非法向公众吸收存款的用途不影响该罪的构成

——浙江台州中院裁定叶从速非法吸收公众存款案

非法向公众吸收存款的用途不影响非法吸收公众存款罪的成立，但可作为酌定量刑情节。

黄克胜被控非法吸收公众存款宣告无罪案

——如何认定非法吸收公众存款的“社会性”

被告人直接借款对象均与其具有相对特定的关系；且所借款项亦大部分用于生产经营，故行为不具备非法吸收公众存款罪的特征，不应认定为非法吸收公众存款罪。

案例汇编

刑事审判参考案例

高远非法吸收公众存款案（第 56 号）

——利用经济互助会非法集资的行为如何定性

一、基本案情

被告人高远，男，1966 年 3 月 4 日出生，个体工商户。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于 1997 年 3 月 10 日被逮捕。

安徽省人民检察院六安地区分院以被告人高远犯集资诈骗罪，向六安地区中级人民法院提起公诉。

安徽省六安地区中级人民法院经公开审理查明：

1995 年 3 月至 1996 年 11 月间，被告人高远以高额“尾息”（即利息）为诱饵，利用“经济互助会”的形式，采取“会书”承诺的方法，先后“邀会”41 组，其中 5 万元 1 组，3 万元 2 组，2 万元 5 组，1 万元 22 组，5 千元 2 组，2 千元 5 组，1 千元 3 组，5 百元 1 组。“邀会”金额 3394.345 万元，加上邀徐师有等 6 人会款 9.94 万元，共非法集资总金额为 3404.285 万元，放出会款总金额为 3222.6 万元，扣除“放会”款，高远共非法占有他人“上会”款 181.685 万元。此外，1993 年 6 月至 1996 年 12 月期间，被告人高远接受他人同类型的“邀会”，共“上会”600 组，“上会”总金额 5840.3803 万元，得会总金额 5703.8285 万元；1996 年 3 月至 1997 年 1 月期间，高远以周转会款为名，以高息为诱饵，骗取王云等 9 人现款 53.8 万元，后称无力偿还，以会帐充抵 46.09 万元，另有 7.71 万元至今不能归还。

六安地区中级人民法院认为：被告人高远以“邀会”的形式集资诈骗 181.685 万元，并大肆用于个人及家庭挥霍，至案发时仍拒不退还，从而导致张瑛因自杀致残，何秀如自杀死亡，并间接造成 6 人自杀而死、2 人自杀被他人抢救而未成、1 人被杀，同时给苏埠地区及与苏埠相邻的部分地区的社会稳定、经济发展、金融秩序均造成了严重危害，其行为已构成集资诈骗罪。且集资诈骗数额特别巨大，情节特别严重，应依法惩处。依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第一百九十九条、第五十七条第一款、第六十四条的规定，于 1999 年 3 月 10 日判决如下：

1. 被告人高远犯集资诈骗罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产十万元；
2. 追缴被告人高远的非法所得一百八十一万六千八百五十元。

一审宣判后，被告人高远不服，向安徽省高级人民法院提出上诉。

被告人高远上诉提出：苏埠镇其他会首的“邀会”行为均被法院认定为非法吸收公众存款罪，一审判决对其本人的犯罪行为定性不准；一审判决认定的集资诈骗数额有误。其辩护人提出，被告人高远的“邀会”行为不是导致何秀如、张瑛等多人自杀死残的直接原因。

安徽省高级人民法院经审理认为：一审判决认定上诉人高远犯集资诈骗犯罪的主要事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，但高远集资诈骗的数额应为 177.3443 万元。上诉人高远以非法占有为目的，利用“经济互助会”，以“邀会”的方式非法集资总额达 3404.285 万元，至“炸会”时非法占有他人会款 177.3443 万元，数额特别巨大，已构成集资诈骗罪。上诉人高远关于对其行为应定非法吸收公众存款罪的上诉理由不能成立。关于上诉人高远的辩护人的辩护意见，经查，造成会众自杀、致残均与高远的非法集资行为有联系，高远对此应负一定责任，但不是全罪责任，故对辩护人的此节辩护意见部分予以采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项的规定，于 1999 年 9 月 9 日裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

二审宣判后，安徽省高级人民法院依法将本案报请最高人民法院核准。

最高人民法院经复核认为：被告人高远以营利为目的，以“经济互助会”为名，非法融资，数额巨大，严重扰乱了国家金融秩序，造成了严重危害后果，其行为已构成非法吸收公众存款罪，应依法惩处。二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法。但适用法律不当。依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第六十四条、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第七条第一款的规定，于2000年3月8日判决如下：

1. 撤销安徽省六安地区中级人民法院刑事判决和安徽省高级人民法院刑事裁定；
2. 被告人高远犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑十年，并处罚金四十五万元；
3. 对被告人高远非法吸收公众存款的犯罪所得予以追缴，返还给被害人。

二、主要问题

以“经济互助会”为名，利用高额利息作诱饵，采取“会书”等手段“邀会”、“放会”的非法集资行为如何定性？

对于本案的定性，主要存在两种意见：

第一种意见认为，高远的“邀会”行为是以非法占有为目的，且至“炸会”时已实际非法占有他人会款177万余元，数额特别巨大，应定集资诈骗罪；

第二种意见认为，以“经济互助会”的形式非法集资的行为符合非法吸收公众存款罪的构成特征，因此对被告人高远的行为应定非法吸收公众存款罪。

三、裁判理由

（一）被告人高远的行为构成非法吸收公众存款罪

根据刑法第一百七十六条的规定，非法吸收公众存款罪是指违反国家规定，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。根据刑法第一百九十二条的规定，集资诈骗罪是指以非法占有为目的，使用诈骗的方法非法集资，数额较大的行为。集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪都以非法集资为外在的表现形式，但二者同时又存在着根本的区别：

第一，犯罪的目的不同。前者的犯罪目的是非法占有所募集的资金；而後者的目的则是企图通过吸收公众存款的方式，进行赢利，在主观上并不具有非法占有公众存款的目的。这是两罪最本质的区别。第二，犯罪行为的客观表现虽有非法集资的共同外在表现形式，但具体实施方法也有根本不同。前者的行为人必须使用诈骗的方法；而後者则不以行为人是否使用了诈骗方法作为构成犯罪的要件之一，尤其是在吸收存款或募集资金的目的行为上并没有遮掩赢利的意图。第三，侵犯的客体不同。前者侵犯的是复杂客体，不仅侵犯了国家的金融秩序，而且侵犯了出资人的财产所有权；後者侵犯的是单一客体，即国家的金融管理秩序，当然在有些情况下，非法吸收公众存款的行为人由于经营不善造成亏损，无法兑现其在吸收公众存款时的承诺，甚至给投资人、存款人造成了重大经济损失，但是，这种损失与行为人的目的就是侵犯公私财物的所有权是不同的。

本案被告人高远作为“经济互助会”会首，以高额“尾息”为诱饵，采取“会书”承诺的方法，利用“经济互助会”非法集资3404万余元，“放会”款3226万余元，“炸会”后，尚欠其他会民会款177万余元无法归还。其中，部分会款被被告人高远用于购买房屋、家具、电器等使用、挥霍。从表面上看，被告人高远实施了非法占有他人财物的行为，通过非法集资的方式非法占有了他人的钱款，但是，被告人高远行为的目的并非是为了非法占有他人财物，侵犯其所有权，因此，其行为的实质是非法吸收公众存款，而非集资诈骗。理由如下：

首先，被告人高远的行为不是以非法占有为目的，而是以非法营利为目的。如何认定行为人的行为是以非法占有为目的？参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第三条第四款的规定，行为人具有下列情形之一的，就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。本案中，被告人高远不具有上述情形。被告人高远在“炸会”后尚有 177 万余元集资款无法返还的主要原因是高远利用“邀来”的会款去“上会”，其他会首尚欠其会款 136 万余元，形成了连环的非法债权债务关系，并非是其主观上有非法占有他人会款拒不返还的目的，从被告人高远收到“邀会”款后，将其中的绝大部分款项用于“放会”、“上会”这一事实来看，应当认定被告人高远“邀会”的目的在于通过用邀来的会款去上他人同类型的“邀会”营利。一、二审法院只是注重了高远“邀会”和利用“邀会”所得会款购买房屋、家具、电器等实际占有、使用会款的事实，而忽视了其将“邀会”款“上会”的行为。我们不能简单地以客观上不能归还来认定行为入主观上的“非法占有目的”，高远“上会”的行为正说明其像其他会民样希冀通过“经济互助会”这种形式取得高额尾息、获取利益，而非非法占有集资款。

其次，被告人高远在非法集资的过程中没有使用诈骗的方法。虽然是否使用诈骗方法不是集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的根本区别，但未使用诈骗方法的非法吸收公众存款行为却可以肯定不是集资诈骗行为。从安徽省六安市苏埠镇的“经济互助会”的运作方式来看，“邀会”、“上会”可以获取高额尾息，也正因为如此，“经济互助会”吸引了大量的人参加。据《中国青年报》1998 年 11 月 18 日载：苏埠镇 9 万人口，90%以上的人都卷入会潮，包括党政干部、在校师生，有的会民为图高额尾息，不惜借款、贷款“上会”。由于参加“经济互助会”的会首和会民对于“经济互助会”的运作方式都心知肚明，因此，被告人高远并没有虚构事实、隐瞒真相。

再次，从定罪理论上讲，作为定罪的事实根据，只能是行为人是否构成犯罪和构成何罪的案件事实。高远行为性质的认定，应从犯罪构成的具体要件出发，实事求是地予以认定，而不能唯结果论。本案参加“邀会”的人数众多，损失会款巨大，严重破坏了当地的金融秩序，并引发了许多其他后果，先后有多名会民自杀或致残，案件在审理过程中也有许多会员上访闹事，要求严惩高远并保护他们的利益。但是，出现这种严重后果不仅仅是高远自身的原因，会民为谋取不正当利益非法“上会”，当地政府及有关部门监管不力也是重要原因。本案造成的严重后果不能成为影响案件定性的事实因素，而只能作为量刑情节予以考虑。决定高远行为性质的是其主观上的非法营利目的和客观上非法集资并严重扰乱金融秩序的行为。

最后，被告人高远的行为符合非法吸收公众存款罪的客观特征。非法吸收公众存款罪的客观方面表现为非法向社会公众公开吸收存款或者变相吸收公众存款的行为。“非法吸收公众存款”，是指完全仿照银行吸收存款的办法，以确定的存款期限、利率，面向社会公众吸收存款。“变相吸收公众存款”，是指行为人为回避以“存款”的形式吸收公众资金引起的麻烦，避免受到追究，在未经中国人民银行或者国务院批准的情况下，擅自开办所谓的“基金”或者“基金会”，如“职工互助基金会”、“个体劳动者基金会”、“老龄基金”等，再以此名义“合法”地吸收公众资金以开展所谓活动。个案中高远作为会首，以“经济互助会”的形式非法集资的行为正是“变相吸收公众存款”的典型方式。

（二）对被告人高远的行为应适用全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》定罪处刑

本案被告人高远“邀会”、“放会”的时间是 1995 年 3 月至 1996 年 11 月底。其间，1995 年 6 月 30 日全国人大常委会通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》（以下简称《决定》），本案审结过程中，1997 年通过了修订的《中华人民共和国刑法》，对《决定》规定的金融犯罪作了吸收和完善。由于二者对犯非法吸收公众存款罪规定的法定最高刑和法定最低刑都完全相同，根据刑法第十二条所确定的从旧兼从轻原则，本案应适用《决定》对被告人高远定

罪量刑。

综上，根据被告人高远“邀会”、“放会”犯罪的时间、犯罪事实、性质以及造成的危害后果等情节，最高人民法院适用《决定》第七条以非法吸收公众存款罪对本案予以改判，无疑是正确的。

（审编：高憬宏）

河南省三星实业公司集资诈骗案[第 72 号]

——犯罪后单位被注销如何追究相关人员的刑事责任

一、基本案情

被告人李国法，男，40岁，原系河南省三星实业公司法定代表人。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于1998年5月18日被逮捕。

被告人冻建国，男，41岁，原系河南省三星实业公司副总经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于1998年6月9日被逮捕。

被告人杨玉仙，曾用名杨彬，女，32岁，原系河南省三星实业公司总经理兼财务部经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于1998年5月25日被逮捕。

被告人刘献伟，男，33岁，原系河南省三星实业公司常务副总经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于1998年5月25日被逮捕。

被告人潘建中，男，53岁，原系河南省三星实业公司副总经理（1997年4月辞职）。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪，于1998年6月23日被逮捕。

河南省郑州市人民检察院以被告人李国法犯非法吸收公众存款罪、侵占罪、挪用资金罪，被告人冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中犯非法吸收公众存款罪，向郑州市中级人民法院提起公诉。

被告人李国法辩称：河南省三星实业公司（以下简称三星公司）吸收资金是正当的企业经营行为，不是非法吸收公众存款，不构成犯罪；三星公司是名为集体实为个人的私营企业，其行为不构成侵占罪和挪用资金罪。其辩护人提出：起诉书指控被告人李国法挪用资金920万元属三星公司向承包单位的投资，不应认定为挪用资金；三星公司内部职工集资的部分不应认定为非法吸收公众存款的数额。

被告人冻建国及其辩护人辩称：在整个犯罪过程中，冻建国的犯罪情节较轻，且有自首情节，应从轻、减轻或者免除处罚。

被告人刘献伟及其辩护人辩称：刘献伟只是对弹性营销的草案进行了完善，这与研究、策划有所区别，其在吸收公众存款中作用很小，不应列为本案第三被告人。

被告人杨玉仙辩称：其没有具体经办高息集资，其被任命为公司总经理后，一直因病住院，没有参与变相吸收公众存款，其行为不构成犯罪。其辩护人提出：认定被告人杨玉仙参与弹性营销、变相吸收公众存款的证据不足。

被告人潘建中辩称：其未参与弹性营销方案的研究，后又于1997年4月份主动离开公司。其辩护人提出：被告人潘建中在本案中的作用是次要的，其主动辞职属于犯罪中止，又有重大立功表现，应当免除处罚。

郑州市中级人民法院经公开审理查明：

三星公司系1992年8月31日注册成立的集体所有制企业，经营范围主要为食品和保健品，注册资金为100万元，法定代表人系被告人李国法。同年9月15日，三星公司与河南省体改委劳动服务公司签订了挂靠期为3年的挂靠协议。期满后，双方未签订新的协议。三星公司下属44家分公司，分布在全省18个地市和全国26个大中城市。

1992年10月，三星公司为解决资金紧张，未经中国人民银行批准，由被告人李国法擅自决定，并指使被告人冻建国、杨玉仙直接负责、会计人员具体经办，分别通过该公司财务部、融资部，以高利率（月息1.5—5%）作诱饵，采取对公司员工拉集资提成2%作为奖

励等办法，向社会公众非法集资。到 1998 年 5 月 8 日案发时，该公司共有 4203 人次和 13 个单位参与集资，集资金额达 1. 8664622531 亿元，用新吸收的集资款兑付先前的集资款本金及利息共计 1. 385978574 亿元，无法返还的集资款共计 4804. 836791 万元。1995 年 10 月，在被告人李国法的直接领导下，被告人冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中等人参与研究、策划，该公司又出台了“弹性营销”经营章程：以招收“名誉员工”、收取“商品抵押金（金卡 2 万元、银卡 1 万元）”的名义进行变相集资，以“32 资”、“保险”、“福利”等形式给付利息，集资年利率为 28. 896（金卡）和 31. 2%（银卡）。为了吸引更多的人成为三星公司的“名誉员工”，该公司在郑州成立了“弹性营销”管理中心，设立了东西两个营销大厅，后又在全国各地设立了 40 多个营销分公司，并采取内部职工拉一张金卡奖励 1 千元、拉一张银卡奖励 5 百元等措施扩大集资。

在被告人李国法组织指挥和被告人冻建国、刘献伟、杨玉仙、潘建中等协助管理下，三星公司自 1995 年 10 月至 1998 年 5 月共办理金卡入网 5804 个，银卡入网 50174 个，总计以“弹性营销”的名义集资 6. 1782 亿元。案发前退还集资款共计 7451. 8263 万元，尚有 5. 43301737 亿元集资款无法返还。

在三星公司集资诈骗过程中，三星公司为扩大集资规模，不惜动用大量集资款作广告宣传，搞捐献、赞助，以此营造公司的“繁荣”，显示“实力”。案发后，依法查扣、退缴了一批总价值为 2. 4827028145 亿元的赃款赃物，并按比例发还了集资者，但仍有 3. 4307982346 亿元的集资款无法返还。

1997 年 5 月，被告人李国法利用担任三星公司总经理的便利条件，用三份伪造的投资收款凭证，指使该公司财务部入帐冲抵其个人借款 638. 97 万元。案发后，追回其购买的商品房一套，价值 18. 23 万元。

1997 年 1 月至 1998 年 4 月，被告人李国法利用职务之便，挪用三星公司资金 1075 万元，分别借给邓志宏、胡星、宋文聚、张额创、荆章文进行营利活动或购房。

郑州市中级人民法院认为：三星公司作为企业法人，已于 1998 年 8 月 6 日被河南省工商行政管理局吊销企业法人营业执照，其作为法人的资格已终止，行为能力和权利能力均已丧失。依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第二百一十五条之规定，三星公司虽已不能再作为本案的诉讼主体，但对该公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员仍应作为单位犯罪案件被告人依法继续审理。三星公司未经中国人民银行批准，于 1995 年 6 月至 1998 年 5 月，采取流动吸资，以新还旧，虚构集资用途，以高回报率为诱饵等诈骗方法，向社会公众募集资金，骗取社会公众集资款。其将骗得的集资款除一小部分用于返还集资者的本金和高息外，大部分用于挥霍性投资或被非法随意处分。期间，该公司向社会公众非法募集资金共计 8. 044662253 亿元，除案发前归还 2. 131161204 亿元，追回赃款、赃物折价 2. 4827028145 亿元外，给集资者造成了 3. 4307982346 亿元的巨额经济损失。该公司的行为严重扰乱了国家金融秩序，侵犯了公私财产所有权，后果极其严重，危害性极大，其行为完全符合最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第三条第二、三款及第四款第（2）、（4）项、第六款之规定，具备了《中华人民共和国刑法》第三百九十二条规定的集资诈骗罪的全部构成要件，构成集资诈骗罪，且集资诈骗 5. 9135010492 亿元，数额特别巨大，并给国家和人民利益造成了特别重大损失。此外，被告人李国法还利用职务之便，将本单位资金 638. 97 万元非法据为己有，数额特别巨大；利用职务之便挪用本单位资金 1075 万元给他人使用，数额特别巨大，其行为又分别构成侵占罪和挪用资金罪。

郑州市人民检察院指控三星公司未经中国人民银行批准，非法向社会公众集资，并给集资者造成 3. 4307982346 亿元巨额经济损失，被告人李国法系本案直接负责的主管人员，被告人冻建国、刘献伟、杨玉仙、潘建中系本案的其他直接责任人员的事实清楚，证据确实、

充分，但指控 5 被告人犯非法吸收公众存款罪的罪名不当；指控被告人李国法犯侵占罪、挪用资金罪的事实清楚，定性准确。根据 5 被告人犯罪的事实、性质、情节以及社会危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第一百九十二条、第二百条、第五十六条、第五十五条第一款、第五十七条第一款、第五十九条、第六十一条、第六十四条、第六十七条第一款、第六十九条、第二百七十二条第一款、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第十条、最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第一百七十六条第（二）项、第二百一十五条之规定，于 2000 年 1 月 5 日判决如下：

1. 被告人李国法犯集资诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯侵占罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利二年，并处没收个人全部财产；犯挪用资金罪，判处有期徒刑十年。决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

2. 被告人冻建国犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年。

3. 被告人杨玉仙犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年。

4. 被告人刘献伟犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十四年，剥夺政治权利三年。

5. 被告人潘建中犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利二年。

6. 对被告人李国法侵占、挪用的财物及原河南省三星实业公司集资诈骗所得的一切财物依法予以追缴。

一审宣判后，李国法、冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中不服，分别向河南省高级人民法院提出上诉。

李国法上诉称：三星公司吸收资金是正当的企业经营行为，没有集资诈骗；三星公司是私营企业，不构成侵占罪和挪用资金罪。

冻建国上诉称：其在本案中起的作用不大，且投案自首，量刑重。

杨玉仙上诉称：没有参与公司决策、管理，没有直接参与集资诈骗活动。

刘献伟上诉称：三星公司没有犯集资诈骗罪；其不应列为本案的其他直接责任人员，三星公司的经济损失与本人行为没有直接因果关系。其辩护人提出：三星公司构成非法吸收公众存款罪，对刘献伟量刑重。

潘建中上诉称：其不是研究、策划“弹性营销”方案的直接责任人员；一审认定其“直接负责了三星公司的集资诈骗活动，其作用不属次要”与事实不符；一审对其重大立功未予认定。其辩护人提出：潘建中在主观上不具有集资诈骗的故意，客观上不存在集资诈骗的行为，在羁押期间有立功表现。

河南省高级人民法院审理后认为：三星公司使用诈骗的方法非法集资 5.9 亿余元，其对非法占有集资款存在着故意，客观上造成 3.4 亿余元集资款不能返还，三星公司的行为已构成集资诈骗罪，集资诈骗数额特别巨大，并给国家和人民利益造成了重大损失。该公司已于 1998 年 8 月 6 日被省工商行政管理局吊销企业法人营业执照，其不再是本案的诉讼主体。作为单位犯罪，上诉人李国法系三星公司犯罪活动直接负责的主管人员；上诉人冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中系三星公司犯罪活动的其他直接责任人员，均应依法惩处。另上诉人李国法利用职务之便，将本单位资金 638.97 万元非法据为己有，其行为已构成侵占罪，侵占数额特别巨大；其还利用职务之便挪用本单位资金 1075 万元给他人使用，又构成挪用资金罪，挪用资金数额特别巨大，均应依法予以惩处。原审判决定罪准确，量刑适当，审判程序合法。上诉人李国法、冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中的上诉理由及刘献伟的辩护人的辩护理由、潘建中的辩护人的其他辩护理由均不能成立，不予采纳。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，于 2000 年 4 月 5 日裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

二、主要问题

被告人李国法、冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中均是三星公司的负责人，他们以三星公司的名义实施集资诈骗犯罪，违法所得归三星公司所有，本案属于单位犯罪是没有疑义的。但是本案在诉讼过程中，三星公司已被河南省工商行政管理局依法吊销营业执照，其诉讼能力已经丧失，那么，本案如何处理，存在以下问题：

1. 单位被依法吊销营业执照后，能否追究单位的刑事责任？
2. 单位被依法吊销营业执照后，如何处理对单位犯罪负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任？
3. 在单位犯罪案件中，案发前已辞职离开单位的责任人员，是否应对单位的犯罪行为负刑事责任？

三、裁判理由

（一）三星公司以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资的行为，构成集资诈骗犯罪。检察机关以非法吸收公众存款罪对有关责任人员提起公诉，但从三星公司采取流动吸资、以新还旧、虚构集资用途、以高回报率为诱饵等方法，向社会公众非法募集资金，被告人明知无法返还全部集资款，仍继续进行犯罪活动，并将所募集资金大部分用于挥霍性投资、侵占、挪用或非法随意处分来看，共骗取社会公众集资款共计 8. 044662253 亿元，给集资者造成了 3. 4307982346 亿元的巨额经济损失。三星公司虽将部分集资款用于返还集资者本金及高息，但从其整个犯罪来看，只是为了进一步骗取公众的信任，扩大集资规模。参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第三条“具有下列情形之一的，应当认定其主观上属于‘以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资’：①携集资款逃跑的；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”的规定，应当认定三星公司具有非法占有集资款的目的。以非法占有为目的，利用欺骗方法非法集资的行为，显然不符合非法吸收公众存款犯罪的构成特征，一、二审法院改变指控罪名，以集资诈骗罪，对本案有关责任人员定罪处刑，是正确的。

（二）三星公司被依法注销后，其诉讼能力已经丧失，但不能因此免除有关责任人员的刑事责任。

三星公司作为企业法人，已于 1998 年 8 月 6 日被河南省工商行政管理局吊销企业法人营业执照，其作为法人的资格已经终止，行为能力和权利能力均已丧失，依照刑事诉讼法第十五条第（五）项的规定，不能再追究三星公司的刑事责任。因此，检察机关没有将三星公司作为被告单位向人民法院提起公诉，符合法律规定。依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百一十五条“人民法院审理单位犯罪案件，被告单位被注销或宣告破产，但单位犯罪直接负责主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的，应当继续审理”的规定，司法机关应当依法追究对三星公司集资诈骗犯罪行为负有直接责任的主管人员和其他人员的刑事责任。即单位犯罪案件，因单位被注销或宣告破产，检察机关只起诉指控有关责任人员的，人民法院认为被告人的行为已构成犯罪，且系单位犯罪的责任人员的，应以单位犯罪的有关规定，追究其相应的刑事责任。

被告人李国法作为公司法定代表人，在三星公司集资诈骗犯罪过程中，是集资诈骗的主要领导者、组织者、指挥者，即直接负责的主管人员，应对本案的全部诈骗数额承担刑事责任；被告人冻建国、杨玉仙、刘献伟、潘建中身为公司的负责人或部门主要负责人，直接参与了集资诈骗活动，其中被告人冻建国、刘献伟、潘建中还参与了实为集资诈骗的“弹性营销”经营章程的研究、制定，系本案的直接责任人员，应对其参与的全部犯罪数额承担刑事责任。因此，一、二审法院对李国法等人以集资诈骗罪定罪量刑是正确的。

（三）被告人潘建中在案发前辞职离开三星公司不属于犯罪中止

根据刑法第二十四条第一款的规定，犯罪中止是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪

或者自动有效地防止犯罪结果发生的一种犯罪停止形态。自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，是犯罪中止成立的实质要件。对于可连续多次实施的犯罪来说，如果行为人已经实施了一次以上的犯罪行为，其犯罪中止只能表现为有效防止犯罪结果的发生。本案属于单位犯罪案件，单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员共同研究、策划犯罪方案并付诸实施，从而成为一个互相联结、有机结合的整体。每一共同犯罪人均应对所参与的共同犯罪结果负刑事责任。被告人潘建中作为原三星公司的副总经理，不仅参与了“弹性营销”集资诈骗方案的研究、策划，而且在其 1997 年 4 月份辞职离开三星公司前，在其参与下，三星公司已按“弹性营销”方案集资诈骗巨额财产。也就是说，潘建中参与的三星公司集资诈骗犯罪，作为可连续实施的犯罪行为，其已参与实施了多次，已骗得巨额集资款；造成了严重后果，其无论作为的主犯还是从犯，都已不再具备犯罪中止的条件。其辞职离开三星公司的行为，只是在客观上停止了其继续参与三星公司以后的集资诈骗犯罪行为，而不属自动有效地防止犯罪结果发生，与刑法规定的犯罪中止有根本区别。因此，被告人潘建中的辞职行为，不属于犯罪中止。

（执笔：河南高院 田立文 夏汉清 审编：白富忠）

袁鹰、欧阳湘、李巍集资诈骗案（第 167 号）

——非法传销过程中携传销款潜逃的行为如何处理？

一、基本案情

被告人袁鹰，男，1958 年 2 月 5 日出生，中专文化，无业。因本案于 2000 年 6 月 2 日被刑事拘留，同年 6 月 23 日被逮捕。

被告人欧阳湘，男，1973 年 3 月 8 日出生，中专文化，无业。因本案于 2000 年 5 月 9 日被刑事拘留，同年 6 月 23 日被逮捕。

被告人李巍，男，1968 年 11 月 3 日生，高中文化，无业。因本案于 2000 年 6 月 3 日被刑事拘留，同年 6 月 23 日被逮捕。

上海市闸北区人民检察院以被告人袁鹰、欧阳湘、李巍犯集资诈骗罪，向上海市闸北区人民法院提起公诉。

被告人袁鹰辩称，其没有非法占有他人钱财的故意，是销售产品而不是非法集资。其辩护人提出，被告人袁鹰的行为属于非法经营，应以非法经营罪定罪，且袁鹰有自首情节。

被告人欧阳湘辩称，其投有非法占有的故意，只是根据公司的要求进行工作。其辩护人提出，被告人欧阳湘的行为属非法经营。其未携款潜逃，也没有诱骗他人钱财。应以非法经营罪定罪并减轻处罚。

被告人李巍辩称，其没有诈骗的故意，也不知保利得发售计划是违法的。其辩护人提出，被告人李巍没有非法占有的故意，也没有实施诈骗行为，本案属单位犯罪，被告人李巍的行为不构成犯罪。

上海市闸北区人民法院经公开审理查明：

1999年6月，被告人袁鹰与齐致均(另案处理)预谋推行“保利得发售计划”，并在上海市恒丰路31号盒峰大厦租借了场所。此后，齐致均和袁鹰先后纠集了龚志平、麻德昭(另案处理)和被告人欧阳湘、李巍等人来沪参与实施“保利得发售计划”，并以江苏丹徒龙山保利得商贸发展有限公司的名义，发表广告推出“保利得发售计划”，以定期还利、高额折让为名诱骗受害者，称凡以每份不低于人民币380元的价格购买其提供的新大泽螺旋藻片、圣剑消毒洗手液、美国强生牌超氧矿磁化活水机等产品，即可填写《保利得发售登记表》并取得会员资格，进而可享受10天1次的定期高额折让还利。在虚假宣传和销售中，被告人欧阳湘负责向被害人宣传“保利得发售计划”；被告人李巍为上海地区总监，负责收款发货及宣传“保利得发售计划”。自1999年6月至8月间，“保利得发售计划”出售约1万份，销售金额约为人民币380万元。8月中旬，被告人袁鹰、欧阳湘、李巍伙同齐致均、麻德昭等人携骗取的人民币180余万元潜逃至南京，瓜分违法所得后备自逃逸。

上海市闸北区人民法院认为：被告人袁鹰、欧阳湘、李巍以非法占有为目的，伙同他人在商品销售过程中，采用虚构事实的方法骗取他人数额特别巨大的钱财，三名被告人的行为均已构成诈骗罪，依法应予惩处。在共同犯罪中，被告人袁鹰起主要作用，是主犯；被告人欧阳湘、李巍起次要作用，是从犯，依法应当减轻处罚。被告人袁鹰、欧阳湘、李巍到案后均能如实供述自己的犯罪事实，可酌情从轻处罚。被告人袁鹰的辩护人关于袁鹰有自首情节的辩护意见无证据证实，不予采信。被告人李巍的辩护人关于本案属单位犯罪，李巍的行为不构成犯罪的辩护意见，与查证的事实不符，不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十六条第一、四款、第二十七条、第六十四条之规定，于2001年5月24日判决如下：

1 被告人袁鹰犯诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币一万元：

2 被告人欧阳湘犯诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币七千元：

3 被告人李巍犯诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币五千元：

4 追缴犯罪所得的赃款，发还被害人。

一审宣判后，三被告人不服，上诉于上海市第二中级人民法院。

袁鹰上诉称，其在本案中进行了非法传销的活动，属非法经营的行为，原审法院以诈骗罪判处不当。

欧阳湘上诉称，其是由齐致均推荐至江苏丹徒龙山保利得商贸发展有限公司工作，其所介绍和宣传的“保利得发售计划”不属于非法传销，自己没有侵吞客户的款项。其辩护人提出：欧阳湘所从事的工作仅是销售产品的行为，其行为与法律所禁止的传销和变相传销有本质的区别；欧阳湘取得的仅是其应得的工资，对公司有关人员携款逃逸不明知，没有非法占有的故意，其行为不构成犯罪。

李巍上诉提出，其仅是受雇于江苏丹徒龙山保利得商贸发展有限公司的一般工作人员，也没有携款潜逃。其辩护人提出，原判认定李巍与被告人袁鹰等人携款人民币80余万元潜逃的证据不足，并认为李巍主观上无诈骗故意，请求法院对李巍宣告无罪。

上海市人民检察院第二分院提出：本案犯罪过程应分为两个阶段。第一阶段是上诉人袁鹰、欧阳湘、李巍等人推广并具体实施了以高额回报为特征的“保利得发售计划”该计划属非法传销，三名上诉人的行为依法已构成非法经营罪。第二阶段是在1999年8月中旬以后，上诉人袁鹰经与齐致均等人商量，携款人民币180余万元潜逃至南京。此时，袁鹰主观上具有非法占有的目的，并分得了巨额赃款，其行为构成了诈骗罪。但上诉人欧阳湘、李巍没有参与袁鹰等人预谋携款逃跑，仅是被告知公司迁移至南京，且欧阳湘、李巍的所得明显低于袁鹰、齐致均，故被告人欧阳湘、李巍主观上没有非法占有的目的，不构成诈骗罪。原审法院判决认定“8月中旬，被告人袁鹰、欧阳湘、李巍与齐致均、麻德昭等人携骗取的人民币180余万元潜逃至南京，瓜分赃款”与事实不符。据此，建议上海市第二中级人民法院维持一审对被告人袁鹰的判决，对被告人欧阳湘、李巍以非法经营罪依法作出改判。

上海市第二中级人民法院经审理查明：

1999年6月间，上诉人袁鹰与齐致均以江苏丹徒龙山保利得商贸发展有限公司的名义，雇佣上诉人欧阳湘、李巍和龚志平、麻德昭等人，租借上海市恒丰路31号金峰大厦的部分办公室，由袁鹰、欧阳湘与齐致均共同策划、制定了“保利得发售计划”。该计划以购买产品取得会员资格，然后以购买者所购的份额多少(每份额为人民币380元)将会员分为5类，许诺根据不同类别的会员在全国新增发售总量的基础上，以公司利润高额回报消费者，并以发展会员的方式形成销售锁链。嗣后，齐致均和袁鹰以江苏丹徒龙山保利得商贸发展有限公司名义，从上海康园净水设备有限公司、福建新大泽螺旋藻有限公司、山东福瑞达生物工程有限公司购入保健品和家用净水设备等产品，以上述方式向他人进行销售。至同年8月上旬，累计销售1万多份，总计经营额为380余万元人民币。在销售过程中，欧阳湘以组织培训班的方式，向他人宣传“保利得发售计划”。李巍负责发货、收取货款并推销产品。同年8月中旬，经袁鹰与齐致均共谋，由麻德昭具体实施携带营业款人民币180余万元潜逃至江苏省南京市，袁鹰与齐致均向欧阳湘、李巍等其他雇员宣称公司经营不善，需要搬迁。在南京市，袁鹰与齐致均分得巨额赃款，欧阳湘、李巍与其他公司成员按照事前约定和经营提成比例分别领取工资及路费，并被遣散。

上海市第二中级人民法院认为：原审法院判决认定上诉人欧阳湘、李巍参与袁鹰、齐致均、麻德昭等人携骗取的人民币180余万元潜逃至南京，瓜分赃款的事实，证据不足，应予以纠正。检察机关认为原审法院认定欧阳湘、李巍参与袁鹰等人共同诈骗与事实不符的意见、欧阳湘、李巍否认参与携款潜逃的上诉理由及其辩护人的相关辩护意见，均应予以采纳。袁鹰、欧阳湘、李巍在国务院颁布《关于禁止传销经营活动的通知》后，仍假借专卖、直销等名义，采用发放会员卡、职业培训等手段，以返回高额营销利润为诱饵，进行变相传销，总计经营额为人民币380余万元。袁鹰在传销过程中，与他人携带营业款潜逃，充分反映出其主观上具有非法占有他人财物的目的，系利用非法传销，骗取他人财物，且数额特别巨大；欧阳湘、李巍系受袁鹰等人雇用，参与非法传销，依照《最高人民法院关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》和《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第(四)项、第二百六十六条之规定，袁鹰的行为已构成诈骗罪，欧阳湘、李巍的行为已构成非法经营罪，均应分别予以惩处。袁鹰提出其行为不构成诈骗罪，同属非法经营的上诉理由不能成立。欧阳湘及其辩护人辩称欧阳湘所参与实施的行为不属于非法传销的意见，于法不符，不予采纳。检察机关提出，袁鹰的行为构成诈骗罪，欧阳湘、李巍的行为构成非法经营罪，建议依法作出改判的意见正确，予以采纳。根据上诉人欧阳湘、李巍在传销过程中，所处的地位和

所起的具体作用，均应认定为从犯，可依法减轻处罚。但欧阳湘不仅参与策划、制定传销方案，且对该传销方案进行了宣传，与李巍所实施的收银和营销活动不同，欧阳湘所起的作用相对大于被告人李巍，故应在量刑中予以具体体现。据此，根据上诉人袁鹰、欧阳湘、李巍犯罪的事实、性质和欧阳湘、李巍犯罪的情节等，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(三)项和《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二百二十五条第(四)项、第二十五条第一款、第二十七条、第六十四条之规定，判决如下：

1 驳回上诉人(原审被告)袁鹰的上诉，维持上海市闸北区人民法院刑事判决主文第一项、第四项，即被告人袁鹰犯诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币一万元；追缴犯罪所得的赃款，发还被害人；

2 撤销上海市闸北区人民法院刑事判决主文第二项、第三项，即被告人欧阳湘犯诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币七千元；被告人李巍犯诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币五千元；

3 上诉人欧阳湘犯非法经营罪，判处有期徒刑二年零六个月，并处罚金人民币七千元；

4 上诉人李巍犯非法经营罪，判处有期徒刑一年零六个月，并处罚金人民币五千元。

二、主要问题

1 非法传销和变相传销行为应该如何定性？

2 非法传销过程中，携传销款潜逃的行为如何定性，

三、裁判理由

传销，在国(境)外又称直销，顾名思义是指用传递方式进行销售，一般是指企业不通过店铺经营等流通环节，将产品或服务直接销售、提供给消费者的一种营销方式。合法、规范的传销具有高效、快速、减少中间环节、降低销售品成本的功效，因而一经产生就在国外获得很大发展。20 世纪 80 年代传销传入我国后，实施过程中却发生了异变。一些不法分子利用传销具有组织上的封闭性、交易上的隐蔽性和传销人员的分散性等特点，利用我国市场经济体制尚不完善和群众消费心理尚不成熟，以传销为名进行各种违法犯罪活动。近年来，各地的非法传销和变相传销活动，不仅严重扰乱市场经济秩序，影响社会稳定，而且直接危害到人民群众的生命财产安全。1998 年 4 月，国务院发出《关于禁止传销经营活动的通知》，明令对所有传销和变相传销活动予以禁止和严厉打击。尔后，传销活动不断变换手法，更具欺骗性、隐蔽性和危害性，有些传销组织甚至带有明显的帮会邪教色彩。因此，依法打击形形色色的非法传销和变相传销活动，成为当前整顿和规范市场经济秩序的一项重要任务。

(一)对于非法传销和变相传销活动，应根据传销企业和个人所实施的具体犯罪行为来确定罪名和罪责

从有关部门查处案件的情况看，非法传销和变相传销活动的表现形式各异，违法犯罪手段也不断翻新。传销内容由最初的“传商品”，即通过推销虚高价格的产品(甚至伪劣产品)，

搞非法经营、骗取他人财物，变为“传人头”“传墓穴”等无任何价值的商品或虚构的服务项目，进行非法融资，聚敛钱财；传销方式也从普通的相对松散的人际联络发展到利用较为严密的组织形式，或者通过强制手段限制参与者的人身自由，或者借助封建迷信等思想对参与者实行精神控制，甚至出现了利用互联网、股票期权等手段和勾结境外公司进行非法传销的新形式；参与传销的人员也越来越复杂，有下岗工人、农民等低收入阶层，有党政机关干部和在校学生。特别是有一些违法分子、黑恶势力、邪教等组织成员参与其中。利用

传销和变相传销从事其他违法犯罪活动。实践中，不法分子往往编造或者套用“加盟连锁”、“动力营销”、“重复消费”、“滚动促销”等名义，甚至打着“提供再就业”的幌子，以高额回报为诱饵，诱使大批不明真相的群众参与非法传销，扩大传销组织，借此实施非法经营、诈骗、销售假冒伪劣产品等犯罪活动，聚敛钱财，破坏市场经济秩序。

为了严厉打击非法传销和变相传销活动，最高人民法院 2001 年 3 月 29 日《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》明确规定，对于 1998 年 4 月 18 日国务院《关于禁止传销经营活动的通知》发布以后，仍然从事传销或者变相传销活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为，应当依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定，以非法经营罪定罪处罚。实施上述犯罪，同时构成刑法规定的其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。据此，对于非法传销和变相传销活动，应根据传销企业和个人所实施的具体行为和危害后果来确定具体的罪名和罪责。对于违反我国有关法律规定，以传销和变相传销方式进行的经营活动，严重扰乱市场经济秩序的，应以非法经营罪定罪处罚；对于以传销为幌子，骗取他人钱财的，以诈骗罪或者合同诈骗罪处理。如果非法经营罪与诈骗罪、合同诈骗罪等罪名发生牵连或者竞合，应依照其中刑法规定处罚较重的罪定罪处罚。

(二)对于非法传销过程中，携传销款潜逃的行为，应以诈骗罪或者合同诈骗罪定罪量刑

非法传销和变相传销活动中，参与群众交纳的费用往往完全被组织者非法占有或支配，相当一部分不法分子仅将参与者交纳的小部分费用用于维持非法活动的运作，大部分转入个人账户，一旦难以为继或者罪行败露就携款潜逃。对于非法传销过程中携传销款潜逃的行为如何定性，司法实践中有不同意见。一种意见认为，传销或者变相传销具有向社会不特定公众非法募集资金的性质，行为人如果通过这种手段骗取公众钱款后携款潜逃的，应以集资诈骗罪处理。我们认为，传销或者非法传销活动虽然具有价格欺诈等特征，但与非法集资行为存在区别：一是非法集资行为人往往是承诺确定定期利息、红利等形式返还巨额利益相引诱；而传销的利益主要是靠传销人自己层层发展下线来获取，没有下线就没有利益。二是非法集资一般没有或者很少有货物经营行为；而传销行为存在货物买卖行为，基本上是上线低价买进再高价卖给下线。三是非法集资的结果往往是几个主要责任人骗取大量非法资金，受害人数众多；而传销中往往是最低层、最后发展的下线、加盟者遭受损失，上线和先加入者一般不会有损失。因此，对于非法传销过程中携传销款潜逃的行为，由于有买卖货物的行为，是在非法经营活动中进行诈骗活动，没有侵犯金融管理秩序，主要侵犯的是传销参与者的财产权和市场经济秩序，因此应以诈骗罪或者合同诈骗罪定罪处罚。

本案中，被告人袁鹰、欧阳湘、李巍以定期还利、高额折让为名诱骗受害者，非法传销新大泽螺旋藻片、圣剑消毒洗手液、美国强生牌超氧矿磁化活水机等产品的行为，属于非法经营性质，三被告人构成非法经营罪的共犯。非法传销过程中，被告人袁鹰临时起意携款潜逃，其行为性质发生转化，构成诈骗罪，因所犯诈骗罪的法定刑重于非法经营罪，故对袁应

以诈骗罪论处。被告人欧阳湘、李巍未实施携款潜逃的行为，也未与袁鹰共谋非法占有他人财物，不构成诈骗罪的共犯。二审法院在查明案件事实的基础上，以诈骗罪、非法经营罪对被告人袁鹰、欧阳湘、李巍分别定罪处刑是正确的。

田成志集资诈骗案（第 464 号）

——亲属提供线索抓获犯罪嫌疑人的能否认定自首

一、基本案情

被告人田成志，男，1950 年 12 月 8 日出生，高中文化，北京东方金丰投资咨询有限公司法定代表人。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2005 年 6 月 29 日被逮捕。

北京市人民检察院第二分院以被告人田成志犯集资诈骗罪向北京市第二中级人民法院提起公诉。

被告人田成志对起诉书指控的事实未提出异议，但辩称其没有非法占有被害人投资款的目的，其行为应属于非法吸收公众存款性质。其辩护人的辩护意见为：应将被告人已支付的高额利息等费用从损失中扣除；徐玮有与被告人共同诈骗的故意；被告人主观恶性较小，认罪态度较好，还有检举他人犯罪争取立功的表现，请求从轻或减轻处罚。

北京市第二中级人民法院经公开审理查明：

2003 年 1 月至 2005 年 5 月间，被告人田成志以与他人合作经营为名，采取编造虚假合作项目并签订合作经营合同书等方法，在社会上非法集资，以投资零风险及高额回报为诱饵，共计骗取 82 名被害人的人民币 832.9 万元。至案发时，尚有人民币 732.09 万元未予归还。

公安机关出具的到案经过、工作说明等证明，2005 年 5 月 27 日上午，公安机关找到田成志的亲属田某，田某向侦查人员反映：田成志可能住在圣德堡饭店 405 房间；2005 年 5 月 21 日田某的手机有两个被叫电话，往回打打不通，可能是田成志的电话。侦查人员经过侦查，确认田某提供的两个电话是崇文区圣德堡饭店的电话，并到该饭店查到田成志的住宿登记，遂于 2005 年 5 月 27 日 13 时 30 分，在崇文区圣德堡饭店 405 号房内将田成志抓获。

北京市第二中级人民法院认为，被告人田成志的行为已构成集资诈骗罪，犯罪数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失，依法应予惩处。鉴于被告人田成志的亲属有提供重要线索积极协助公安机关抓获田成志的行为，且田成志被抓获时予以配合，归案后如实供述自己的罪行，可视为具有自首情节，依法应予从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第一百九十九条、第五十七条第一款、第五十九条、第六十七条第一款、第六十四条、第六十一条及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条、第三条之规定，以集资诈骗罪判处田成志无期徒刑，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产。

一审宣判后，被告人田成志不服，向北京市高级人民法院提出上诉。北京市人民检察院第二分院向北京市高级人民法院提出抗诉。

被告人田成志上诉称：对原审判决认定的事实和证据没有意见。原审判决量刑过重，定性不公平，应当定非法集资。其辩护人提出：一审法院认定田成志的亲属提供重要线索积极协助公安机关抓获田成志，且田成志被抓获时予以配合，归案后如实供述自己的罪行，具有自首情节，适用法律正确，但仍判处无期徒刑，量刑过重。北京市人民检察院第二分院抗诉意见为：被告人田成志的亲属向公安机关提供的是或然性线索，该线索经过侦查员侦查落实为确定性线索后将田成志抓获，田成志是被动被抓，且其在案发过程中始终没有主动投案的行为；一审法院将田成志亲属提供线索给侦查员导致田成志被抓的行为视为田成志的自首情节，是扩大了自首的司法解释，并依法予以从轻处罚，属于认定事实错误，适用法律不当。

北京市高级人民法院经审理认为，上诉人田成志已经构成集资诈骗罪，且诈骗数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失，依法应予惩处。鉴于田成志的亲属有提供重要线索积极协助公安机关抓获田成志的行为，且田成志归案后如实供述自己的罪行等具体情

节，对田成志可酌予从轻处罚。北京市人民检察院第二分院的抗诉意见正确，本院予以采纳。一审法院根据田成志犯罪的事实、性质、情节及对于社会的危害程度所作的判决，事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法；唯对田成志的亲属提供重要线索积极协助公安机关抓捕田成志的行为，认定田成志具有自首的情节不当，适用法律有误，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）、（二）项及《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第一百九十九条、第五十七条、第六十四条、第六十一条的规定，在维持原审量刑的同时，对自首的不当认定依法予以纠正。

二、主要问题

本案中，对被告人田成志的亲属田某向侦查人员提供线索，从而使公安机关抓获田成志的情节，能否认定为自首？

三、裁判理由

自首是犯罪嫌疑人基于对其所犯罪行的违法性和应受惩罚性的认识，主动接受司法机关追究刑事责任的一种法律行为，体现了一定的悔罪态度，有利于司法机关及时破案，节省了司法资源，因此我国刑法根据惩办与宽大相结合的刑事政策和刑罚个别化的原则，设置了自首制度并确定了对之可以从宽处罚的原则。从这个意义上考虑，在“自动投案”这一自首条件的认定上，《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中进行了适度从宽解释，将“犯罪嫌疑人的亲友接到公安机关通知或者主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的”，也认定为“自动投案”，这是符合设置自首制度的本意的。因为不论犯罪嫌疑人是不是本人主动前往有关机关投案，也不管是犯罪嫌疑人本人单独前往还是由亲友陪同前往，毕竟犯罪嫌疑人不是被动由司法机关抓获归案，而是主动来到司法机关接受刑事处罚，均体现了投案的“自动性”，反映了一定的悔罪态度，实现了节约司法资源的客观效果，如果投案后能够如实供述自己的罪行的，应当认定为自首。

对于由犯罪嫌疑人亲属提供线索，由侦查机关实施抓捕将犯罪嫌疑人抓获的情况是否应当认定为“自动投案”从而构成自首，现有的法律及司法解释没有明确的规定，司法实践中存在诸多争议，我们认为不能一概而论，需要根据具体情况进行判断。

本案中，被告人田成志系因其亲属田某在被公安机关调查时，反映其可能住在圣德堡酒店 405 房间，并提供了两个可疑的电话号码，侦查人员又通过对电话号码核实，确定是圣德堡酒店总机，并经进一步查询圣德堡酒店住宿登记，确定了田成志的住宿房间，后才将田成志抓获的。从被告人田成志的角度来讲，田成志虽然在被抓获时予以配合，归案后亦如实供述了自己的罪行，但其始终没有主动投案的意思表示或行为，既没有体现出对其所犯罪行的悔罪认识，也没有实施主动前往司法机关接受追究的行为，其人身危险性和主观恶性并没有发生变化。从侦查机关的角度来看，从接到线索，到核实线索，确定侦查方向，最终抓获犯罪嫌疑人，系通过侦查机关自身侦查工作的开展而自然取得的结果，并不属于被告人自动投案，虽然其亲属提供线索的行为从一定程度上降低了侦破的难度，但并没有达到自动投案所实现的大幅节约司法资源的程度。因此，对本案被告人田成志亲属田某提供线索，由侦查机关将田成志抓获的情况，不能认定为“自动投案”，从而成立自首。

但是，从本案的具体情节考虑，田某作为被告人田成志直系亲属，在侦查机关向其进行调查时，主动提供了田成志可能所在的处所，侦查机关也正是基于田某提供的线索，顺利找到并抓捕了田成志。田成志亲属提供的线索经过核查属实并取得实效，客观上确实节约了侦查机关的时间和精力，对案件的侦破和田成志的到案起到了积极的作用。田某作为直系亲属向侦查机关提供抓捕田成志的线索，从人伦情理角度考虑，田某都要承受巨大的压力，在压力之下仍然选择向侦查机关提供线索，除了对司法工作的支持与配合之外，也存有为犯罪人减轻罪责希望对其从轻处罚的对价要求心理。因此，这种犯罪人亲属协助抓捕行为与一般的社会公众协助抓捕是有差别的，司法机关在量刑当中对此应当予以考虑，不仅对此种行为客

观上会起到鼓励的社会效应，而且对于犯罪人及其亲属的情感也是很好的弥补，有助于社会的和谐。因此，犯罪嫌疑人亲属提供线索，由侦查机关实施抓捕将其抓获的情况，尽管不宜认定为自首，但是在量刑时应当根据案件的具体情况酌情从轻处罚。综上，本案二审法院尽管否定了一审法院的自首认定，但仍酌情对其予以从轻处罚，维持原审判决的刑罚是恰当的。

（执笔：北京市人民检察院 傅尧 审编：最高人民法院刑三庭 罗国良）

惠庆祥等非法吸收公众存款案

——如何认定非法变相吸收公众存款

一、基本案情

被告单位陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司，住所地渭南市东风大街 107 号。法定代表人惠庆祥。

被告人惠庆祥，男，1956 年 2 月 12 日出生，初中文化，原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司董事长兼总经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 16 日被逮捕。

被告人陈创，男，1975 年 9 月 1 日出生，大学文化，原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司常务副总经理兼营销部经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 2 日被逮捕。

被告人冯振达，男，1971 年 8 月 17 日出生，大学文化，原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司营销部市场总监。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 2 日被逮捕。

陕西省渭南市人民检察院以被告单位渭南市尤湖塔园有限责任公司、被告人惠庆祥、陈创、冯振达犯非法吸收公众存款罪及被告人惠庆祥犯挪用资金罪向渭南市中级人民法院提起公诉。

被告单位尤湖塔园有限责任公司的辩护人认为，被告单位不构成非法吸收公众存款罪，公司向企业借款和向公众出售塔位属正常市场行为，并提供了渭南市物价局销售价格的批复文件为证。

被告人惠庆祥及其辩护人的辩护意见为，公司的行为属于正常的市场行为，不构成非法吸收公众存款罪；其负责公司的经营和债权债务，其有权使用公司的资金，不构成挪用资金罪。

被告人陈创辩称称，其在公司只是履行职务，不构成非法吸收公众存款罪。其辩护人的辩护意见为，陈创虽是西安地区负责人，但实际只起协调作用，有立功情节，应减轻处罚。

被告人冯振达辩称称，公司的销售行为是正常的市场行为，其不构成非法吸收公众存款罪。其辩护人的辩护意见为，公司销售塔位的行为是市场行为，客户与公司之间的纠纷是民事纠纷，冯振达不是尤湖塔园的职工，不是直接责任人员。

渭南市中级人民法院经公开审理查明：

（一）非法吸收公众存款的事实

1998 年 3 月，以吴迎庆、惠庆祥等人为代表的苏州康丽房地产公司（以下简称康丽公司）与渭南市民政局商定共同出资成立渭南市尤湖塔园有限责任公司（以下简称尤湖塔园公司），开发、销售塔位（用于殡葬），惠庆祥代表康丽公司负责公司筹建。在此期间，尤湖塔园公司即以内部认购的形式销售塔位，规定购买者除可把塔位自由更名外，还可享受两年期还本获利保证。1998 年 7 月，吴迎庆等人退出合作，惠庆祥以康丽公司名义继续合作，并于 1998 年 7 月 7 日正式注册成立尤湖塔园公司，惠庆祥担任副董事长、总经理。1999 年 2 月，惠庆祥向公司增资 128 万元后将法定代表人变更为自己。被告人陈创自 1998 年 3 月公司筹备时即参与塔位营销，并担任公司营销部经理，后又被任命为尤湖塔园公司西安办事处负责人。

2000 年年初，冯林、刘红军（均在逃）被尤湖塔园公司聘任为市场总监，负责公司营销方案的制定和具体销售。二人经与陈创商议并报惠庆祥批准，将塔位分为使用型和投资型两种，承诺购买投资型的塔位 2 年后可以更名或退单，并不定期提高塔位的销售价格，吸引众多群众购买。2001 年年底，被告人冯振达主动找到尤湖塔园公司签订了承包销售合同，约定由其在西安地区包干销售塔位，提取销售额 28%~30% 的销售费用。由于业绩突出，冯振达于 2003 年 3 月被任命为市场总监，冯明确将塔位分成选位型和不选位型两种，并将不选位型塔位进行分期销售，制定出分期递增的价格，定期发布调价通知，给人以塔位不断增值的假象，并承诺购买不选位型的塔位两年后可按现价更名或退单，此方案经陈创和惠庆祥决定后即实施。在冯振达任市场总监期间，西安地区购买不选位型塔位的共有 1152 人，购买金额共计 2632 万元。2003 年年底，冯振达离开公司，李晓鹤（在逃）继任市场总监，其仍以冯振达的营销方案继续销售。从 1998 年 4 月至 2005 年 8 月，尤湖塔园公司招聘大量销售人员，印制“问题解答”、“调价通知”等宣传材料，大肆宣传塔位的投资价值，违反国家公墓销售规定，采取上述手段在西安地区共计面向 4334 人销售投资型塔位，涉及未退金额 7192 万元，加上公司前期已兑付购买单 3759 份，原价金额 2506 万余元，两项合计 9698 万余元。

此外，尤湖塔园公司自 1998 年 7 月成立之初，资金严重短缺，惠庆祥即决定面向内部职工及社会群众高息借款，从 1998 年 12 月至 2006 年 7 月，尤湖塔园公司与内部职工及社会群众签订借款协议约定高息，借款共计 1091 万元。

综上，尤湖塔园公司及惠庆祥共计非法吸收公众存款 1.07 亿余元；陈创共计非法吸收公众存款 9698 万余元；冯振达共计非法吸收公众存款 2632 万余元。

（二）挪用资金的事实

被告人惠庆祥在任尤湖塔园公司董事长兼总经理期间，于 2003 年 11 月 10 日、2004 年 8 月 30 日指示该公司西安办事处负责人陈创，分别将公司西安销售塔位款 400 万元汇入江苏无锡市邱建雄的个人银行卡，用于以惠庆祥之妻葛丽华名义与邱建雄合伙经营的忆江南餐饮有限公司的投资，案发后追回赃款 200 万元。

渭南市中级人民法院认为，被告单位尤湖塔园公司未经金融主管机关批准，采取向社会公众销售投资型塔位，承诺到期退单兑付和向社会公众高息借款的手段，变相吸收公众存款，数额巨大，严重扰乱金融秩序和社会秩序，其行为已构成非法吸收公众存款罪。依法应予惩处。被告人惠庆祥决策、指挥公司实施所有非法吸收公众存款的行为，属直接负责的主管人员，构成非法吸收公众存款罪；被告人惠庆祥身为公司工作人员，挪用公司资金进行营利活动，数额巨大，其行为构成挪用资金罪。被告人陈创身为尤湖塔园公司职员，在公司的安排下具体实施公司在西安的营销活动，属直接责任人员。被告人冯振达为得到销售提成，承包 2003 年 3~10 月该公司在西安的销售，属直接责任人员，二被告人亦构成非法吸收公众存款罪，公诉机关指控被告单位、各被告人所犯罪名成立。各被告人及被告单位的辩护人辩称公司借款、销售塔位行为是市场行为，不构成非法吸收公众存款罪的理由，经查，被告单位销售投资型塔位时，突出宣传购买投资型塔位有保值增值功能，采用随意调高不同期塔位价格，并向公众发布，将公司前期退单情况予以宣传等方式，造成购买塔位可升值的假象，吸引公众购买，并且公司承诺在合同规定的期限内负责更名、退单，公司亦退单两千余万元。可见公司销售该类型的塔位目的就是为了尽快吸收资金，而不是进行有关部门批准的正常使用销售；公司向购买投资型塔位的客户承诺履行的义务与变相吸收公众存款相类似，符合 1998 年 7 月 13 日国务院令 247 号发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》规定的变相吸收公众存款的特征。公司向个人和企业借款，订有协议，约定利息，该行为同存款性质相同。公司向不特定人吸收存款的行为已严重扰乱了金融秩序，构成犯罪，故该辩解理由不能成立，不予采纳。被告人惠庆祥及其辩护人辩称其不构成挪用资金罪之理由，经

查，惠庆祥将公司塔位销售款 400 万元用于营利活动的事实清楚，证据充分。尤湖塔同公司注册成立后，公司资产即独立于各出资人，成为公司承担民事责任的保证，包括公司股东在内都不能随意侵占挪用，惠庆祥与其他股东的分红和经营约定，不代表惠庆祥可随意支配公司的财产，故该辩解理由不能成立，不予采纳。被告人惠庆祥在公安机关掌握挪用资金的犯罪事实情况下予以交代，不构成自首。被告人陈创向公安机关提供惠庆祥挪用资金的犯罪线索，使惠庆祥挪用资金犯罪得以侦破，属立功。被告单位尤湖塔园公司非法吸收公众存款数额巨大，对此应予处罚；被告人惠庆祥在非法吸收公众存款犯罪中起主要作用，且挪用公司资金数额巨大，应予数罪并罚；被告人陈创系领取公司薪酬的职员，其行为受公司的安排决定，在公司实施的犯罪行为中作用一般，且有立功表现，应依法从轻处罚；被告人冯振达在公司实施的犯罪中，虽按比例提取了销售费用，但该费用又以一定比例分给其他参与的销售人员并用于实际营销支出，且时间较短，作用一般，应从轻处罚；被告单位尤湖塔园公司将非法吸收的公众存款用于建设塔园和公司日常经营活动，因此对公司非法吸收公众存款犯罪所得的一切财物应依法追缴并返还被害人，各被告人在公司非法吸收公众存款中的个人所得也为非法收入，亦应依法追缴并返还被害人。根据《中华人民共和国刑法》第一百七十六条、第二百七十二条第一款、第三十条、第三十一条、第六十四条、第六十九条、第六十八条第一款、第七十二条、第七十三条第二、三款之规定，判决如下：

1. 被告单位渭南市尤湖塔园有限责任公司犯非法吸收公众存款罪，并处罚金五十万元。
2. 被告人惠庆祥犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑五年，并处罚金四十万元；犯挪用资金罪，判处有期徒刑七年，决定执行有期徒刑十一年，并处罚金四十万元。
3. 被告人陈创犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金二十万元。
4. 被告人冯振达犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金十万元。
5. 对非法吸收公众存款犯罪所得的一切财物依法予以追缴并返还被害人。
6. 对被告人惠庆祥挪用资金的四百万元赃款依法予以追缴并返还。

一审宣判后，被告单位尤湖塔园公司和被告人惠庆祥不服，提出上诉。

陕西省高级人民法院经二审认为，原审判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，依法驳回上诉，维持原判。

二、主要问题

1. 如何认定变相吸收公众存款？
2. 如何区分合法民间借贷与非法吸收公众存款？

三、裁判理由

（一）未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，虽然不以吸收公众存款的名义，但承诺在一定期限内还本付息的，属于变相吸收公众存款，构成犯罪的应依法追究刑事责任。

非法吸收公众存款罪最早见于 1995 年 6 月 30 日全国人大常委会通过的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，其中第七条明确将非法吸收或变相吸收公众存款的行为纳入了刑事处罚的范围，1997 年刑法典修改时，沿用了该罪名。近年来，由于受国家实行宏观调控和中央银行适度从紧货币政策的影响，经济运行中社会资金的供需矛盾突出。在各种因素的影响下，以高息为诱饵，打着各种旗号进行非法吸收公众存款的犯罪活动发案范围愈来愈广，并向多领域和职业化发展，严重侵犯了国家金融管理秩序，具有极大的社会危害性：首先，由于这类行为一般是通过采取提高利率的方式或手段，将大量的社会闲散资金集中到单位或个人手中，从而造成大量社会资金失控，不利于国家集中有限的资金进行必要的宏观调控；

其次，行为人任意提高利率，形成在吸收存款上的不正当竞争，破坏利率的统一，影响币值稳定，严重扰乱国家金融秩序；最后，吸存人的经济实力不足，承担风险的能力弱，根本无法保证存款人资金的安全和利益，一旦经营失败，往往形成巨额资金亏空，导致广大“储户”财产损失，引发大量群体性事件，极大地影响了社会稳定，因此，非法吸收公众存款犯罪是当前司法机关严厉打击的金融犯罪。

所谓非法吸收公众存款罪，按照刑法第一百七十六条的规定，是指违反国家金融管理法规，吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。对于非法吸收公众存款和变相吸收公众存款，根据 1998 年 7 月 13 日国务院发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第四条的规定，非法吸收公众存款是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的行为。

从上述定义可以看出，非法吸收公众存款与变相吸收公众存款的共同特征在于：一是“非法性”。所谓“非法”，是指任何向公众集资或吸收存款的行为，都必须经过中国人民银行批准。凡未经中国人民银行批准从事存款业务，缺少法定的特别授权，即为非法。具体包括两种情形：（1）行为人不具备吸收公众存款的主体资格而吸收公众存款，即非金融机构或个人向公众吸收资金，如个人或单位私设银行、钱庄、储蓄所等，非法办理存款业务，吸收公众存款；（2）行为人虽然具备吸收公众存款的资格，但其吸收公众存款的方法是非法的，即某些金融机构虽然具有吸收公众存款业务经营权，但采取非法方式进行吸收存款的行为。如有些商业银行和信用合作社，为了争揽客户，违反国家关于利率的规定，以擅自提高利率或在存款时先支付利息等手段吸收公众存款。二是行为人必须是面向社会不特定对象吸收资金，即行为人开展非法吸收存款业务是面向不特定多数人的，而不是限于特定对象。向社会不特定对象吸收存款的形式通常有两种情形：（1）公开张贴告示、通知等招揽存款；（2）发动亲友到处游说，广泛动员他人存款。而对于在企业内部的入股、集资行为，由于其对象为特定少数个人或单位内部成员，不属“公众”，一般不以本罪论处。

由上可见，变相吸收公众存款的行为与非法吸收公众存款的行为在非法性特征和对象特征以及承诺的义务等方面均是相同的，所不同的是非法吸收公众存款是以直接的名义吸收存款，表现在其出具存款凭证，并承诺在一定期限内还本付息；而变相吸收公众存款则不以直接吸收存款的名义出现，而以成立资金互助会或以投资、集资入股等名义，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同。这里的承诺的义务与吸收公众存款的性质相同，即都是承诺在一定期限内还本付息，从而达到吸收公众存款的目的。实践中，行为人以变相方式吸收存款的具体手段层出不穷、花样繁多。如有的单位未经批准成立资金互助组织吸收公众资金；有些企业以投资、集资等名义吸收公众资金，但并不按规定分配利润、派发股息，而是以一定利息支付；有的以代为饲养宠物，代为养植花木果树，营业房分零出售、代为出租等为名，许以高额回报以吸收资金；有的则以商品销售的方式吸收资金，以承诺返租、回购、转让等方式给予回报。这些行为以合法形式掩盖非法集资目的，犯罪分子往往与受害者签订合同，伪装成正常的生产经营活动，其实质仍然是变相抬高国家所规定的存款利率，情节严重者，必定扰乱整个社会的金融秩序，一旦行为人不能兑现承诺，必将引发社会群体性事件，影响社会稳定。

本案中，从形式上看，被告单位尤湖塔园公司销售塔位是经过有关部门批准的，但批准的这种销售只是指正常销售塔位的行为，即一般购得塔位自用的行为，而在实际销售塔位的过程中，为了解决经营资金的紧张，尤湖塔园公司将塔位分为使用型和投资型以及选位型和不选位型，其中对于投资型和不选位型塔位，突出宣传购买这两种塔位有保值增值的投资功能，采用随意调高不同期塔位价格，并向公众发布，将公司前期退单情况予以宣传等方式

（实际公司亦按承诺退单两千余万元），造成购买塔位可升值的假象，吸引公众购买，并且公司承诺逐年返利或到期按增值价格退单、兑付，可见尤湖塔园公司销售该类型的塔位目的就是尽快吸收资金，而不是进行有关部门批准的正常使用销售，因为正常的塔位销售不会发生销售后的塔位可以随意退单和升值兑付的情形。尤湖塔园公司向购买投资型和不选位型塔位的客户承诺履行的义务与吸收公众存款的性质相同，即都是承诺在一定期限内还本付息，从而达到吸收公众存款的目的，符合国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》规定的变相吸收公众存款的特征，构成变相吸收公众存款。尤湖塔园公司未经金融主管机关批准，采取上述手段在西安地区向共 4334 人销售所谓投资型和不选位型塔位，非法吸收资金共计 9698 万余元，数额巨大，严重扰乱金融秩序和社会秩序，其行为已构成非法吸收公众存款罪，依法应予惩处，法院据此作出的判决是正确的。

（二）如何区分合法的民间借贷和非法吸收公众存款行为？

在司法实践中，对于非法吸收公众存款罪争议最大的是如何将本罪行为与合法的民间借贷相区别。引发该问题争议的是 1999 年《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》（以下简称《批复》）中的规定，在该《批复》中指出，“公民与非金融企业之间的借贷属于民间借贷，只要双方当事人意思表示真实即可有效”。而非法吸收公众存款和变相吸收公众存款的行为从本质上看，即向社会不特定对象筹集资金并承诺在一定期间还本付息，这当然也属于一种“借贷”，而且该《批复》对于民间借贷行为并未限定范围，那么如何理解《批复》的规定对合法民间借贷与非法吸收公众存款进行区分呢？我们认为，刑法是规定犯罪及其刑事责任的法律规范，即刑法规定的是犯罪行为，而其他法律规定的都是一般违法行为。非法吸收公众存款罪，尽管也表现为一定民间借贷的特征，但因为其借贷的范围具有不特定的公众性且扰乱了国家金融秩序，所以具有民间借贷不会造成的严重社会危害性，这是两者的根本区别。如果民间借贷的对象范围满足前文所讲的两个条件即“非法性”和“广延性”，即未经有权机关批准和向社会不特定对象吸收资金，且借款利率高于法定利率，扰乱了国家金融秩序，则就超出了民间借贷的范畴，演化为非法吸收公众存款、而对于像“只向少数个人或者特定对象如仅限于本单位人员等吸收存款”的行为当然不是本罪中的非法吸收公众存款的行为，因为这种“民间借贷”不可能对国家金融秩序造成破坏。所以，《批复》中所讲的“民间借贷”只能是针对社会中少数个人或者特定对象之间的“借贷”行为，而对于“向社会不特定对象”吸收存款的行为当然不属于“民间借贷”。唯有如此，才能将非法吸收公众存款与合法的民间借贷区别开来。

本案中，被告单位尤湖塔园公司自 1998 年 7 月成立之初，惠庆祥即决定面向内部职工及社会群众高息借款，从 1998 年 12 月至 2006 年 7 月，尤湖塔园公司不但与内部职工而且与许多社会群众签订借款协议约定高息，借款共计 1091 万元，远远超出了非法吸收公众存款罪的立案标准，不再属于民间借贷范畴，对该行为应当以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

（执笔：最高人民法院刑二庭 康 璞 审编：最高人民法院刑二庭 王玉琦）

来源：《刑事审判参考》2008 年第 3 集（总第 62 集）

人民法院报公报案例

陕西省渭南市人民检察院诉渭南市尤湖塔园有限责任公司、惠庆祥、陈创、冯振达非法吸收公众存款，惠庆祥挪用资金案

【裁判摘要】

未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同，即承诺在一定期限内返本付息的，属于刑法第一百七十六条规定的“变相吸收公众存款”。只要行为人实施了非法吸收公众存款的行为，无论采取何种非法吸收公众存款的手段、方式，均不影响非法吸收公众存款罪的成立。

公诉机关：陕西省渭南市人民检察院。

被告单位：渭南市尤湖塔园有限责任公司。

诉讼代表人：徐月山。

被告人：惠庆祥。 2006 年 10 月 31 日因涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事拘留，同年 11 月 16 日被依法逮捕。

被告人：陈创。 2006 年 10 月 13 日因涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事拘留，同年 11 月 2 日被依法逮捕。

被告人：冯振达。 2006 年 9 月 22 日因涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事拘留，同年 11 月 2 日被依法逮捕。

陕西省渭南市人民检察院以被告单位渭南市尤湖塔园有限责任公司(以下简称尤湖塔园公司)以及被告人惠庆祥、陈创、冯振达犯非法吸收公众存款罪，惠庆祥犯挪用资金罪，向陕西省渭南市中级人民法院提起公诉。

起诉书指控：被告单位尤湖塔园公司于 1998 年 7 月 7 日在陕西省渭南市注册成立。尤湖塔园公司为解决资金问题，在被告人惠庆祥、陈创、冯振达的操纵下，面向社会进行虚假宣传，谎称购买该公司用于安放死者骨灰的塔位可以增值，并以不定期提高塔位价格、承诺回购等手段，欺骗、诱导社会群众购买塔位，藉此大肆非法吸收公众资金。西安地区被诱骗购买该公司塔位的被害群众高达 4334 人，该公司从中非法吸收公众资金 9698 万余元。此外，为了解决尤湖塔园公司资金短缺的问题，惠庆祥还决定面向该公司内部职工及社会群众非法高息借款，1998 年 12 月至 2006 年 7 月间，共计借款 1098 万余元。综上，尤湖塔园公司共计非法吸收公众存款 1.07 亿余元。惠庆祥作为该公司的总经理，领导、组织并参与了全部犯罪活动，系直接负责的主管人员；陈创作为该公司常务副总经理兼营销部经理，组织并参与非法吸收公众存款 9698 万，系直接责任人员；冯振达参与非法吸收公众存款 2632 万余元，系直接责任人员。

被告人惠庆祥分别于 2003 年 11 月 10 日、2004 年 8 月 30 日两次指示被告人陈创将被告单位尤湖塔园公司销售塔位款 400 万元汇入江苏无锡市邱建雄的个人账号，作为惠庆祥之妻葛丽华与邱建雄合伙经营“忆江南餐饮有限公司”的投资，案发后追回赃款 200 万元。

被告单位渭南市尤湖塔园公司未经中国人民银行批准，采取虚假宣传等手段，以高额回报为诱饵，非法向社会不特定群体吸收资金 1.07 亿余元，数额特别巨大，严重扰乱了国家金融管理秩序，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》(以下简称刑法)第一百七十六条之规定，构成非法吸收公众存款罪。被告人惠庆祥作为直接负责的主管人员，陈创、冯振达作为直接责任人员，依法应当以非法吸收公众存款罪定罪处罚。惠庆祥还利用职务之便，挪用公司资金进行营利活动，数额特别巨大，其行为触犯了刑法第二百七十二之规定，构成挪用资金罪。请依法追究上述被告人的刑事责任。鉴于被告人陈创有立功情节，建议依法从轻处

罚。

被告单位尤湖塔园公司的辩护人认为：尤湖塔园公司向企业借款和向社会公众出售塔位均属正常市场行为，尤湖塔园公司曾就销售塔位的价格报请渭南市物价局审核，该局以文件形式表示同意。因此，尤湖塔园公司的上述行为不构成非法吸收公众存款罪，本案属于民事案件，应通过民事诉讼程序解决。

被告人惠庆祥辩称：一、被告单位尤湖塔园公司出售塔位属正常市场行为，并不是非法吸收公众存款。况且，经评估尤湖塔园公司资产完全能够清偿客户资金，作为该公司的负责人，领导、组织尤湖塔园公司销售塔位系本人正常履行工作职责，不构成非法吸收公众存款罪。二、根据本人与合作方的约定，尤湖塔园公司的经营和管理由本人全权负责，所以本人有权使用该公司的资金，故本人使用公司资金的行为不构成挪用资金罪。

被告人惠庆祥的辩护人认为：被告单位尤湖塔园公司销售塔位业经民政部门批准，该公司向客户销售塔位及向个人、企业借款均属市场行为，不构成非法吸收公众存款罪，因此惠庆祥在本案中的行为也不构成非法吸收公众存款罪。根据惠庆祥与渭南市社福工贸公司签订的协议书，惠庆祥完全负责尤湖塔园公司的经营和管理，因此，惠庆祥有权决定该公司资金使用，其使用该公司资金的行为不构成挪用资金罪。此外，惠庆祥归案后主动向公安机关陈述了投资“忆江南餐饮有限公司”的事实，即使该行为构成挪用资金罪，亦应认定惠庆祥具有自首情节，应当依法从轻处罚。

被告人陈创辩称：本人在被告单位尤湖塔园公司正常履行职务的行为不构成非法吸收公众存款罪。

被告人陈创的辩护人认为：陈创虽然是被告单位尤湖塔园公司西安地区的负责人，但实际上对该公司经销塔位只起协调作用，在本案中作用小，此外，陈创向公安机关检举了被告人惠庆祥挪用资金犯罪的线索，有立功情节，建议对陈创减轻处罚并适用缓刑。

被告人冯振达辩称：被告单位尤湖塔园公司向社会公众出售塔位是正常的市场行为，本人的行为也完全是履行职务，因此不构成非法吸收公众存款罪。

被告人冯振达的辩护人认为：被告单位尤湖塔园公司销售塔位是正常的市场行为，客户与公司的纠纷是民事纠纷，该公司没有非法吸收公众存款，刑法没有明确将这种行为规定为变相吸收公众存款。此外，冯振达已经不是尤湖塔园公司的职工，也不是直接责任人员。因此，冯振达不构成挪用资金罪。

渭南市中级人民法院经审理查明：

被告单位尤湖塔园公司经被告人惠庆祥和其他股东合作；于 1998 年 7 月 7 日在渭南市工商局正式注册成立。惠庆祥担任公司董事长兼总经理。被告人陈创担任公司常务副总经理兼营销部经理、西安分公司(办事处)负责人，具体负责公司在西安的营销事项等。被告人冯振达自 2001 年起参与该公司在西安地区的塔位营销，2003 年 3 月任该公司市场总监，承包该公司在西安地区的塔位营销，按销售额提取 28%至 30%的销售费用。

被告单位尤湖塔园公司为解决资金困难问题，违反国家公墓销售的有关规定，在被告人惠庆祥、陈创、冯振达等人的操纵下，非法吸收公众资金，其主要手段是将该公司塔园内用于安放死者骨灰的塔位分为使用型(选位型)、投资型(不选位型)两种，大肆向社会群众进行虚假宣传，谎称购买投资型塔位可以保值、增值，并承诺在塔位购买合同规定的期限内可更名、退单。尤湖塔园公司为了欺骗群众，在没有任何依据的情况下，不定期地随意调高塔位价格，并向客户公布价格调整情况，虚构塔位升值的假相，同时还将该公司前期退单情况向客户宣传，用以吸引社会群众购买。在惠庆祥等人的操纵下，上述行为主要在西安地区实行，自 1998 年 4 月到 2005 年 8 月，在惠庆祥任总经理、陈创任西安分公司(办事处)负责人期间，西安地区购买投资型塔位的被害群众高达 4334 人，尤湖塔园公司非法吸收公众资金 9698 万余元。此外，由于尤湖塔园公司资金严重短缺，惠庆祥还决定面向该公司内部职工及社会

群众高息借款。1998年12月至2006年7月间，尤湖塔园公司共计借款180余人次，总金额高达1098万余元。综上，尤湖塔园公司非法吸收公众存款1.07亿余元。惠庆祥作为该公司董事长兼总经理，领导、策划并组织尤湖塔园公司实施非法吸收公众存款的犯罪行为，属直接负责的主管人员；陈创作为该公司常务副总经理兼营销部经理，参与该公司非法吸收公众存款9698万余元，冯振达作为该公司市场部总监，在任职期间参与该公司非法吸收公众存款2632万余元，均属直接责任人员。

被告人惠庆祥在任被告单位尤湖塔园公司董事长兼总经理期间，分别于2003年11月10日、2004年8月30日两次指示时任该公司西安办事处负责人的被告人陈创，将该公司在西安销售塔位的收入400万元汇入江苏无锡市邱建雄的个人账号，作为惠庆祥之妻葛丽华与邱建雄合伙经营“忆江南餐饮有限公司”的投资。案发后追回赃款200万元。

以上事实，有经当庭质证的被告单位尤湖塔园公司的法人营业执照、工商登记材料和该公司西安办事处营业执照，渭南市民政局(2006)65号函，群众反映信，公安机关破案报告，《渭南市尤湖塔园塔位内部认购规定》，证人尤晓斌、孙怡、刘力、任学勤、刘容芳、赵轻燕、董国忠、高鹏的证言，被害群众提供的尤湖塔园公司散发的《问题解答》、《告顾客书》等六十八份宣传资料，刘文义、马熙平、蒋金锁、沈建明、吴仲建的陈述和借款协议、借条，《塔位销售价格表》、《调价通知》证明，塔位购买申请单、永久使用权证复印件，公安机关制作的统计表、关于退单情况的说明以及从尤湖塔园公司提取的账册及借款协议，被告人惠庆祥、陈创、冯振达的供述，以及证人陈创、邱建雄、曹明、葛丽华、苏菲、高憬的证明，招商银行西安分行资金往来原始票据复印件，招商银行无锡分行出具的邱建雄的银行卡交易明细，无锡商业银行进账单，公安机关扣押清单等证据在案为证，足以证明。

渭南市中级人民法院认为：

刑法第一百七十六条规定：“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，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；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，并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》(以下简称取缔办法)第四条规定：“本办法所称非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：(一)非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款；(二)未经依法批准，以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资；(三)非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖；(四)中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。前款所称非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；所称变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。”

根据本案查明的事实，被告单位尤湖塔园公司在对外销售其所谓的投资型塔位时，虚假宣传购买投资型塔位可以保值、增值，在没有任何依据的情况下，不定期随意调高塔位价格，将调价情况向社会公众发布，虚构塔位增值的假象，同时公布公司前期退单情况，吸引社会公众购买，该公司还承诺在合同规定的期限内负责更名、退单，变相的约定“返本付息”。事实上，尤湖塔园公司也实际进行了大量退单，并就此进行大肆宣传，以诱骗更多的社会群众购买塔位。尤湖塔园公司销售投资型塔位的上述行为，其根本目的是为了缓解公司资金不足的问题而非法吸收公众资金，其向购买投资性塔位的客户承诺履行的义务也完全符合变相吸收公众存款的特征。此外，尤湖塔园公司还以协议的方式向个人和企业借款，并约定高额利息，该行为也符合非法吸收公众存款的特征。

被告单位尤湖塔园公司未经中国人民银行批准，非法吸收公众存款，数额巨大，严重扰

乱金融秩序，其行为已构成非法吸收公众存款罪；惠庆祥作为该公司董事长兼总经理，领导、策划、并组织尤湖塔园公司实施非法吸收公众存款的犯罪行为，属直接负责的主管人员，其行为构成非法吸收公众存款罪；被告人陈创作为该公司常务副总经理兼营销部经理，具体实施公司在西安的塔位营销活动，属直接责任人员，冯振达作为该公司市场部总监，在任职期间参与该公司的塔位销售，亦属直接责任人员，二被告人的行为亦构成非法吸收公众存款罪。

被告人惠庆祥将被告单位尤湖塔园公司塔位销售款 400 万元用于个人营利活动的事实清楚，证据充分。尤湖塔园公司注册成立后，公司资产即独立于各出资人，即使是公司股东，也不能随意侵占、挪用，惠庆祥与其他股东之间达成的分红和经营约定，并不代表惠庆祥可以随意支配公司的财产，故惠庆祥将尤湖塔园公司销售塔位的收入 400 万元，作为惠庆祥之妻葛丽华与他人合伙经营“忆江南餐饮有限公司”的投资的行为，构成挪用资金罪。惠庆祥在公安机关已经掌握挪用资金犯罪事实的情况下予以交待，不构成自首。被告人陈创向公安机关检举惠庆祥挪用资金的犯罪线索，使惠庆祥挪用资金犯罪得以侦破，构成立功。

综上，被告单位尤湖塔园公司在本案中的行为构成非法吸收公众存款罪，且数额巨大。被告人惠庆祥作为直接负责的主管人员，亦应以非法吸收公众存款罪追究刑事责任，惠庆祥利用其担任尤湖塔园公司董事长兼总经理的职务之便，挪用该公司资金用于个人经营活动，挪用公司资金数额巨大，其行为构成挪用资金罪，依法应数罪并罚；被告人陈创作为直接责任人员，应以非法吸收公众存款罪追究刑事责任，鉴于其具有立功表现，应依法从轻处罚；被告人冯振达亦属直接责任人员，应以非法吸收公众存款罪追究刑事责任，鉴于其参与单位犯罪时间较短，作用较小，故予以从轻处罚；尤湖塔园公司将非法吸收的公众存款用于建设塔园和公司日常经营活动，因此对该公司非法吸收公众存款犯罪所得的一切财物均应依法追缴并返还被害人；惠庆祥、陈创、冯振达在尤湖塔园公司非法吸收公众存款犯罪中的收入亦为违法所得，也应依法追缴并返还被害人。据此，渭南市中级人民法院于 2007 年 6 月 5 日判决：

一、被告单位尤湖塔园公司犯非法吸收公众存款罪，判处罚金 50 万元；二、被告人惠庆祥犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑五年，并处罚金 40 万元，犯挪用资金罪，判处有期徒刑七年，决定执行有期徒刑十一年，并处罚金 40 万元；三、被告人陈创犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金 20 万元；四、被告人冯振达犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金 10 万元；五、对被告单位尤湖塔园公司、被告人惠庆祥、陈创、冯振达非法吸收公众存款犯罪所得的一切财物依法予以追缴并返还被害人；六、对被告人惠庆祥挪用资金的 400 万元赃款依法予以追缴并返还。

尤湖塔园公司及惠庆祥均不服一审判决，向陕西省高级人民法院提出上诉。

上诉人尤湖塔园公司认为：尤湖塔园公司与每一位塔位购买者都是在平等自愿的情况下签订买卖合同，未与任何人签订过所谓的投资型合同，本公司出售塔位的行为不符合取缔办法第四条规定的“变相吸收公众存款”的特征。故尤湖塔园公司在本案中的行为不构成非法吸收公众存款罪。

上诉人惠庆祥认为：一、上诉人尤湖塔园公司销售塔位和借款行为不符合非法吸收公众存款罪的构成要件，本人在公司中履行职责的行为当然也不构成非法吸收公众存款罪。二、尤湖塔园公司实际上没有股东会，是由本人行使股东会职权，本人有权使用 400 万元公司资金，不是私自随意支配，因此该行为不构成挪用资金罪。三、2006 年 10 月 31 日本人因涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事拘留后，即主动交代使用公司资金 400 万元用于个人投资的事实，如果认定该行为构成挪用资金罪，应同时认定本人具有自首情节。

陕西省高级人民法院经二审，确认了一审查明的事实。

陕西省高级人民法院二审认为：

根据取缔办法的规定，非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定

对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。在本案中，尤湖塔园公司与客户签订的合同，表面上是塔位销售合同，但双方在合同中明确约定，尤湖塔园公司对购买塔位的客户承担两年期还本返利的义务。此外，该公司推出的所谓“投资型”塔位不与特定死者的骨灰相对应，该公司承诺既可以根据塔位销售合同逐年返利，也可以更名、退单。所谓退单，是指由尤湖塔园公司按照市场价回购。由于尤湖塔园公司的虚假操作，在没有任何依据的情况下，投资型塔位的价格被不定期地不断调高，因此在退单的时候，尤湖塔园公司除了向用户返还购买时的原价，还需支付增值的部分，事实上就是变相的“返本付息”。因此，尤湖塔园公司的上述行为符合取缔办法第四条规定的变相吸收公众存款的特征，构成非法吸收公众存款罪，其上诉理由不能成立，不予采纳。

上诉人尤湖塔园公司未经金融主管机关批准，采取向社会公众销售投资型塔位，承诺到期退单兑付和向社会公众高息借款的手段，变相吸收公众存款，数额巨大，后果严重，严重扰乱了金融秩序和社会秩序，其行为已构成非法吸收公众存款罪，依法应予惩处。上诉人惠庆祥作为该公司法定代表人和总经理，直接参与并组织、领导了该公司全部犯罪活动，是单位犯罪中直接负责的主管人员，依法构成非法吸收公众存款罪。原审被告陈创作为该公司西安办事处负责人，组织、领导该公司在西安地区的非法吸收公众存款行为，也是单位犯罪中直接负责的主管人员；原审被告冯振达是单位犯罪的直接责任人员，均应以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

上诉人尤湖塔园公司是依法注册成立的有限责任公司，是拥有独立财产，能独立承担责任的法人。该公司的销售收入是独立的法人财产，未经公司决议机构决定，任何个人不能随意处分。上诉人惠庆祥利用职务便利，擅自将该公司 400 万元资金用于个人营利活动，其行为构成挪用资金罪。公安机关在 2006 年 10 月 19 日即通过原审被告陈创的检举掌握了惠庆祥挪用资金的犯罪事实，而惠庆祥是在同年 10 月 31 日被刑事拘留后，在公安机关的讯问下才供述了相关犯罪事实，不符合自首的法定条件。

综上，上诉人尤湖塔园公司及惠庆祥提出的上诉理由均不能成立，不予采纳。一审判决认定原审被告陈创属直接责任人员不当，应认定其为直接负责的主管人员。一审判决认定事实基本清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。据此，陕西省高级人民法院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条之规定，于 2007 年 9 月 21 日裁定：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

江苏省南京市人民检察院诉许官成、许冠卿、马茹梅集资诈骗罪（最高人民法院公报 2009

第 10 期）

【裁判摘要】行为人以非法占有为目的，采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，未经有权机关批准，向社会公众非法募集资金，骗取集资款的行为，构成《中华人民共和国刑法》第一百九十二条规定的集资诈骗罪。在认定行为人是否具有非法占有目的时，应当坚持主客观相统一的认定标准，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，应当根据案件具体情况全面分析行为人无法偿还集资款的原因，若行为人没有进行实体经营或实体经营的比例极小，根本无法通过正常经营偿还前期非法募集的本金及约定利息，将募集的款项隐匿、挥霍的，应当认定行为人具有非法占有的目的。

被告人唐亚南集资诈骗罪

安徽省亳州市中级人民法院经审理查明：被告人唐亚南原系安徽省万物春科技发展有限公司董事长、法定代表人，曾因犯诈骗罪、脱逃罪于 1989 年被判处有期徒刑十六年，1999 年被假释。2004 年 6 月至 2007 年 3 月，唐亚南伙同他人以高额回报为诱饵，夸大、虚假宣传万物春公司养殖梅花鹿的经营状况，在安徽、河南、河北、山东、江西、江苏、北京等 7 省市 116 县区，以万物春公司的名义先后与 49786 人（次）签订《联合种植养殖合同书》，非法集资人民币 9.73 亿余元，所得款项绝大部分被唐亚南等人用于个人购车、购置房产、挥霍、转移隐匿以及支付先前集资的本息、发放高额集资业务奖励及业务提成等。至案发时止，尚有集资款人民币 3.33 亿余元无法归还，并导致一名被害人自杀。

亳州市中级人民法院以集资诈骗罪判处被告人唐亚南死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，唐亚南不服，提出上诉。安徽省高级人民法院经开庭审理，依法驳回唐亚南的上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院经复核认为，

被告人唐亚南以非法占有为目的，伙同他人采取虚构资金用途、隐瞒公司亏损状况的方式骗取他人钱财，其行为已构成集资诈骗罪，且诈骗数额特别巨大，给人民群众利益造成特别重大损失。唐亚南策划、指挥集资诈骗活动，系主犯，并系累犯，犯罪情节特别恶劣，罪行极其严重，依法应予严惩。因此，依法核准安徽省高级人民法院维持第一审对被告人唐亚南以集资诈骗罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

被告人孙小明集资诈骗案

浙江省杭州市中级人民法院经审理查明：2006 年 12 月至 2007 年 11 月间，被告人孙小明以支付高额利息为诱饵，以杭州之江度假区发明售寄行、杭州长荣投资管理有限公司转塘分公司等需要资金为由，并虚构投资拍电视剧需要资金等事实，在杭州市先后骗取刘大龙等 28 名被害人集资款共计人民币 1466 万元，所得款项除少部分用于支付集资款利息外，大部分被孙小明用于赌博、还债、高利放贷及挥霍等。至案发时止，尚有集资款人民币 1299 万余元无法归还。

杭州市中级人民法院以集资诈骗罪判处被告人孙小明死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，孙小明服判，未提出上诉。浙江省高级人民法院经复核，依法核准对孙小明的上述判决。

被告人吕伟强集资诈骗案

浙江省丽水市中级人民法院经审理查明：2004 年 8 月至 2008 年 3 月，被告人吕伟强以支付高额利息为诱饵，虚构工程招投标、与他人合伙做外贸生意、投资基金等资金用途，采取出具借据、签订借款协议等方式，在浙江省丽水市莲都区、缙云县、青田县等地非法集资人民币 2.6 亿余元，所得款项除用于偿还前期集资款、支付高额利息外，其余部分被吕伟强用于在澳门赌博、购买房产、汽车等个人挥霍。至案发时，尚有集资款人民币 4038 万余元无法归还。2008 年 4 月 24 日，被告人吕伟强向公安机关投案自首。

丽水市中级人民法院以集资诈骗罪判处被告人吕伟强死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，吕伟强不服，提出上诉。浙江省高级人民法院经审理，依法驳回吕伟强的上诉，维持原判。

被告人张元蕾集资诈骗案

广东省广州市中级人民法院经审理查明：1997 年 7 月至 2007 年 7 月间，被告人张元蕾利用中国人寿保险股份有限公司广州市分公司保险代理人的身份，以到期返回本金及每月高额回报为诱饵，虚构险种，并私刻公司印章制作假保险单证，欺骗被害人胡卫东等多人投保，收取上述人员“保险费”共计人民币 2125 万余元，骗取款项除用于支付被害人到期的高额利息外，其余部分被用于个人挥霍。至案发时止，尚有集资款人民币 488 万余元无法归还。

广州市中级人民法院以集资诈骗罪判处被告人张元蕾有期徒刑十二年，并处罚金人民币 10 万元。宣判后，张元蕾不服，提出上诉。广东省高级人民法院经审理，依法驳回张元蕾的上诉，维持原判。

吴国军因与陈晓富、王克祥、德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷

（2011 年 11 月 10 日中华人民共和国最高人民法院公报[2011]第 11 期出版）

裁判摘要

民间借贷涉嫌或构成非法吸收公众存款罪，合同一方当事人可能被追究刑事责任的，并不当然影响民间借贷合同以及相对应的担保合同的效力。如果民间借贷纠纷案件的审理并不必须以刑事案件的审理结果为依据，则民间借贷纠纷案件无须中止审理。

原告：吴国军。

被告：陈晓富。

被告：王克祥。

被告：德清县中建房地产开发有限公司。

法定代表人：王克祥，该公司董事长。

原告吴国军因与被告陈晓富、王克祥、德清县中建房地产开发有限公司(以下简称中建公司)发生民间借贷、担保合同纠纷，向浙江省德清县人民法院提起诉讼。

原告吴国军诉称：2008年11月4日，原被告签订一借款协议，被告陈晓富共向原告借款人民币200万元，借款期限为2008年11月4日至2009年2月3日，并由被告王克祥和被告中建公司连带责任担保，当日陈晓富收到吴国军的200万元的借款，因陈晓富拖欠其他债权人款项无法及时偿还，数额较大，并已严重丧失信誉，现陈晓富无力归还借款，依照协议，遂要求陈晓富提前归还，王克祥、中建公司承担连带责任。请求法院判令：1.解除原告与三被告之间订立的借款协议；2.陈晓富立即归还原告借款200万元，王克祥、中建公司承担连带清偿责任。

原告吴国军提交了如下证据：

1.借款协议原件1份，证明被告陈晓富向原告吴国军借款200万元，并由王克祥、中建公司承担连带担保责任的事实。

2.被告陈晓富签字的收条1份，证明陈晓富于2008年11月4日收到原告吴国军所借的200万元人民币的事实。

3.银行凭证1份，证明原告吴国军于2008年11月4日通过银行转账将200万元借给陈晓富的事实。

被告陈晓富辩称：向原告吴国军借款人民币200万元到期未还是事实。目前无偿还能力，今后尽力归还。

被告王克祥、中建公司辩称：本案的程序存在问题，本案因被告陈晓富涉嫌犯罪，故应中止审理，2009年4月15日德清人民法院以(2009)湖德商初字第52号-2号民事裁定，本案中止审理，且明确规定，待刑事诉讼审理终结后再恢复审理本案。现陈晓富的刑事案件并未审理终结。本案借款的性质可能为非法吸收公众存款。在未确定本案借款的性质时，该案应该中止审理本案。且如确定陈晓富是涉及犯罪的情况下，那么王克祥和中建公司无需承担保证责任。

被告王克祥提供了如下证据：

德清县公安局立案决定书及函原件1份，证明办案涉及被告陈晓富非法吸收公众存款案可能导致借款协议无效的事实。

德清县人民法院一审查明：

2008年11月4日，原、被告签订一借款协议，被告陈晓富共向原告吴国军借款人民币200万元，借款期限为2008年11月4日至2009年2月3日，并由被告王克祥和被告中建公司提供连带责任担保，当日原告履行了出借的义务，陈晓富于当日收到原告200万元的借款，因陈晓富拖欠其他债权人款项无法及时偿还，数额较大，并已严重丧失信誉，现陈晓富无力归还借款，依照协议，遂要求陈晓富提前归还，王克祥、中建公司承担连带责任。2008年12月14日陈晓富因故下落不明，原告认为陈晓富拖欠其他债权人款项数额巨大，已无能力偿还，2008年12月22日陈晓富因涉嫌合同诈骗和非法吸收公众存款罪被公安机关立案侦查，依照协议，遂要求陈晓富提前归还，王克祥、中建公司承担连带责任，直至开庭时，三被告均未履行还款义务。

以上事实有各当事人陈述、借款和担保协议、被告陈晓富签字的收条、银行凭证、德清县公安局立案决定书及函原件等证据，足以认定。

本案一审的争议焦点是：一、涉案民间借贷合同和担保合同的效力认定；二、本案是否需要中止审理。

德清县人民法院一审认为：

关于第一个焦点问题。本案原、被告之间的借贷关系成立且合法有效，应受法律保护。本案中，单个的借款行为仅仅是引起民间借贷这一民事法律关系的民事法律事实，并不构成非法吸收公众存款的刑事法律事实，因为非法吸收公众存款的刑事法律事实是数个“向不特定人借款”行为的总和，从而从量变到质变。《合同法》第五十二条规定了合同无效的情形，其中符合“违反法律、法规的强制性规定”、“以合法形式掩盖非法目的”两种情形的合同无效。当事人在订立民间借贷合同时，主观上可能确实基于借贷的真实意思表示，不存在违反法律、法规的强制性规定或以合法形式掩盖非法目的。非法吸收公众存款的犯罪行为与单个民间借贷行为并不等价，民间借贷合同并不必然损害国家利益和社会公共利益，两者之间的行为极有可能呈现为一种正当的民间借贷关系，即贷款人出借自己合法所有的货币资产，借款人自愿借入货币，双方自主决定交易对象与内容，既没有主观上要去损害其他合法利益的故意和过错，客观上也没有对其他合法利益造成侵害的现实性和可能性。根据《合同法》第12章规定，建立在真实意思基础上的民间借款合同受法律保护。因此，被告陈晓富向原告吴国军借款后，理应按约定及时归还借款。陈晓富未按其承诺归还所欠原告借款，是引起本案纠纷的原因，陈晓富应承担本案的全部民事责任。

被告王克祥和被告中建公司未按借款协议承担担保义务，对于王克祥、中建公司提出被告陈晓富可能涉及非法吸收公众存款，其不应再承担责任的辩称，根据担保法有关规定，如债权人与债务人恶意串通或债权人知道或应当知道主合同债务人采取欺诈手段，使保证人违背真实意思提供保证的，则保证人应免除保证责任。现王克祥和中建公司未能提供相关证据佐证原告吴国军与陈晓富之间具有恶意串通的事实，亦未能提供相关证据吴国军知道或应当

知道陈晓富采取欺诈手段骗取王克祥和中建公司提供担保。主合同(借款合同)有效，从合同(担保合同)本身无瑕疵的情况下，民间借贷中的担保合同也属有效。从维护诚信原则和公平原则的法理上分析，将与非法吸收公众存款罪交叉的民间借贷合同认定为无效会造成实质意义上的不公，造成担保人以无效为由抗辩其担保责任，即把自己的担保错误作为自己不承担责任的抗辩理由，这更不利于保护不知情的债权人，维护诚信、公平也无从体现。涉嫌非法吸收公众存款的犯罪嫌疑人(或被告人、罪犯)进行民间借贷时。往往由第三者提供担保，且多为连带保证担保。债权人要求债务人提供担保人，这是降低贷款风险的一种办法。保证人同意提供担保，应当推定为充分了解行为的后果。若因债务人涉嫌非法吸收公众存款而认定借款合同无效，根据《担保法》，主合同无效前提下的担保合同也应当无效，保证人可以免除担保责任。债权人旨在降低贷款风险的努力没有产生任何效果，造成事实上的不公。因此，对于王克祥和中建公司的抗辩理由，法院不予支持。

关于第二个焦点问题。原告吴国军根据借款协议给被告陈晓富 200 万元后，其对陈晓富的债权即告成立。至于陈晓富可能涉及非法吸收公众存款的犯罪，与本案合同纠纷属于两个法律关系，公安部门立案侦查、检察院起诉以及法院判决构成刑事犯罪，并不影响法院依据民事诉讼法审理本案当事人间的民事合同纠纷。对合同效力进行判断和认定属于民商事审判的范围，判断和认定的标准也应当是民事法律规范。非法吸收公众存款罪和合同的效力问题是两个截然不同的法律问题。判定一个合同的效力问题，应从民事法律的角度去考虑，从有效合同的三个要件来考察，即：1．行为人是否具有相应的民事行为能力；2．意思表示是否真实；3．是否违反法律或者社会公共利益。且本案涉嫌的是非法吸收公众存款罪，涉嫌犯罪的当事人单个的借贷行为不构成犯罪，只有达到一定量后才发生质变，构成犯罪，即犯罪行为与合同行为不重合，故其民事行为应该有效。鉴于此，法院受理、审理可以“刑民并行”。“先刑后民原则”并非法定原则，任何一部法律并未对这一原则作出明确规定。实

行“先刑后民”有一个条件：只有符合《民事诉讼法》第一百三十六条规定，即“本案必须以另一案的审理结果为依据。而另一案尚未审结的”，才“先刑后民”。不符合《民事诉讼法》第一百三十六条规定的，应“刑民并行”审理。先刑后民并非审理民刑交叉案件的基本原则；而只是审理民刑交叉案件的一种处理方式。据此，对于被告王克祥和被告中建公司提出本案在未确定本案借款的性质时应该中止审理的诉讼主张，法院不予支持。因此，本案原告与被告之间的民间借贷法律关系明确，被告对该借款应当予以归还，王克祥和中建公司自愿为陈晓富借款提供担保，应承担本案连带清偿责任。

据此，浙江省德清县人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条，《中华人民共和国合同法》第二百零六条、最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条、《中华人民共和国担保法》第十二条、第十八条、第二十一条、第三十一条之规定，于2009年4月8日判决：

- 一、被告陈晓富限在判决生效后十日内归还原告吴国军200万元的借款；
- 二、被告王克祥、中建公司对上述债务承担连带清偿责任。

王克祥、中建公司不服一审判决，向浙江省湖州市中级人民法院提起上诉，主要理由是：

1．如原审被告陈晓富经人民法院审理后确定涉及合同诈骗罪和非法吸收公众存款罪，那么根据《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定，本案借款协议存在“违反法律、法规的强制性规定”、“以合法形式掩盖非法目的”两种情形，借款协议显然无效，由此担保当然无效。2．根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定，本案导致担保合同无效的责任不在其，其没有过错。但原判未对借款协议的效力进行认定，直接侵犯了其合法权益。因此，请求二审撤销原判第三项，依法改判确认担保无效，其不承担担保责任，驳回被上诉人吴国军对其的诉请。

被上诉人吴国军辩称：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

二审中，上诉人王克祥、中建公司，被上诉人吴国军均未提交新的证据。

湖州市中级人民法院经二审，确认了一审查明的事实。又查明，2010年1月13日德清县人民法院以原审被告陈晓富犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑五年二个月，并处罚金人民币25万元。该判决已生效。

湖州市中级人民法院二审认为：

合同效力的认定应尊重当事人的意思自治原则，只要订立合同时各方意思表示真实，又没有违反法律、行政法规的强制性规定，就应当确认合同有效。最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第十四条对《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项规定“强制性规定”解释为是指效力性强制性规定，本案原审被告陈晓富触犯刑律的犯罪行为，并不必然导致借款合同无效。因为借款合同的订立没有违反法律、行政法规效力性的强制性规定。效力上采取从宽认定，是该司法解释的本意，也可在最大程度上尊重当事人的意思自治。因此，原审判决陈晓富对本案借款予以归还，王克祥、中建公司承担连带清偿责任，并无不当。王克祥、中建公司的上诉理由不能成立。

据此，湖州市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定，于2010年8月2日判决：

驳回上诉，维持原判。

本判决为终审判决。

最高检公报案例

徐继兰、徐继峰集资诈骗案

徐继兰，女，汉族，1955年1月23日出生，山东省齐河县人，高中文化程度，原系甘肃永盛商贸有限公司法定代表人及海通咨询服务有限公司负责人。2001年6月16日因涉嫌诈骗犯罪被甘肃省兰州市公安局刑事拘留，同年7月27日经兰州市人民检察院批准，由兰州市公安局依法对其执行逮捕。

徐继峰，女，汉族，1966年12月5日出生，山东省齐河县人，初中文化程度，原系兰州市五泉山公园工人，捕前曾在甘肃永盛商贸有限公司及海通咨询服务有限公司负责盘房工作。2001年5月15日因涉嫌诈骗犯罪被甘肃省兰州市公安局刑事拘留，同年7月27日经兰州市人民检察院批准，由兰州市公安局依法对其执行逮捕。

被告人徐继兰、徐继峰集资诈骗案，由甘肃省兰州市公安局侦查终结，移送甘肃省兰州市人民检察院审查起诉。2003年3月20日甘肃省兰州市人民检察院依法向甘肃省兰州市中级人民法院提起公诉。起诉书认定被告人徐继兰、徐继峰犯罪事实如下：

被告人徐继兰与项小连、李成军共同出资118万元于1998年11月6日注册成立甘肃永盛商贸有限公司，法定代表人为徐继兰，经营范围是计算机技术服务、经济信息咨询、计算机及配件的批发零售。但自公司成立后，被告人徐继兰一直从事非法股票交易业务。随后，李成军、项小连撤资退出该公司。1999年4月、7月徐继兰又相继设立了甘肃永盛商贸有限公司西站分公司、靖远分公司，以扩大规模。1999年6月14日、7月1日甘肃省工商局、证券监管委员会联合下发通知，责令永盛公司停止非法股票交易。被告人徐继兰于2000年3月，将甘肃永盛商贸有限公司地址由兰州市永昌路明珠大厦迁往兰州市工贸商场医药超市三楼，更名为海通咨询服务有限公司，未办理变更登记手续。徐继兰仍系公司负责人。

被告人徐继兰成立公司后，招聘社会闲散人员经内部培训成为“经纪人”，然后以单人单机、提供融资、咨询等优惠条件吸引石凤兰等 151 人在甘肃永盛商贸有限公司、海通服务有限公司及西站分公司投入资金 9891942 元进行所谓的股票交易。截止 1999 年 7 月，徐继兰公司通过向王成“国泰财经”（非券商）报单、入金交易，造成亏损 100 余万元。王成收取的手续费、融资利息由徐继兰、王成占有。之后，被告人徐继兰秘密设立模拟股票交易的“上线”盘房，再不向外报单买卖股票，而是根据股民交割指令按照大盘显示价格自制模拟交割单，向股民收取“手续费”，通过提供虚假融资，收取“融资利息”，并采用强行平仓等手段诈骗股民保证金 7628021 元。期间被告人徐继兰将股民保证金以其个人、亲属、员工的名义转入合法证券公司进行股票交易。为继续欺骗股民，徐继兰在蔚深证券公司兰州营业部为部分股民设立资金帐号，将保证金存单交股民后，提款挥霍。

被告人徐继峰自 1998 年年底进入甘肃永盛商贸有限公司及海通咨询服务有限公司以来，一直负责盘房工作，具体办理报单事宜。自 1999 年 7 月开始，被告人徐继峰受其姐徐继兰指使，进行虚假报单，参与制作模拟股票交割单，欺骗股民。

破案后，追回人民币 2460890.22 元，美金 19783 元及捷达小轿车一辆和电脑等办公用品，其余赃款被徐继兰挥霍。

甘肃省兰州市人民检察院认为，被告人徐继兰、徐继峰大肆进行集资诈骗犯罪活动，数额特别巨大，其行为已经触犯了《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第一百九十九条之规定，构成集资诈骗罪。

甘肃省兰州市中级人民法院依法组成合议庭公开审理了此案。经审理认为：

被告人徐继兰以非法占有为目的，以虚假融资和虚假股票交易为手段，募集并骗取他人资金，其行为不但扰乱了国家金融管理秩序，还侵犯了他人财产的所有权，其行为构成集资诈骗罪。被告人徐继峰明知徐继兰在从事虚假股票交易，仍参与虚假股票交割，其行为亦构

成集资诈骗罪。被告人徐继兰、徐继峰集资诈骗数额特别巨大，给人民利益造成特别重大损失。在共同犯罪中徐继兰系主犯，本应从严惩处，鉴于其有自首情节，可从轻处罚；被告人徐继峰系从犯，可减轻处罚。

2003 年 4 月 23 日，甘肃省兰州市中级人民法院依据《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第一百九十九条、第五十七条第一款、第六十七条第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第二十七条和最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第三条之规定，作出如下判决：

被告人徐继兰犯集资诈骗罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

被告人徐继峰犯集资诈骗罪判处有期徒刑十三年，并处罚金 20 万元。

一审判决后，被告人徐继峰不服，向甘肃省高级人民法院提出上诉。甘肃省高级人民法院经依法审理后认为，一审判决认定事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。遂于 2003 年 7 月 21 日作出终审裁定：驳回上诉，维持原判。

最高人民法院指导性案例

非法向公众吸收存款的用途不影响该罪的构成

——浙江台州中院裁定叶从速非法吸收公众存款案

裁判要旨

非法向公众吸收存款的用途不影响非法吸收公众存款罪的成立，但可作为酌定量刑情节。

案情

2005 年 9 月以来，叶从速以经营公司等名义，自己直接或通过他人介绍，以借款的形式、按高于银行利率数倍乃至数十倍的利率，向丁明则、郑飞熊、章骏、郑华平、吴春琴等

人吸收存款；其吸收来的资金，大量以比借进时更高的利率出借给陈彩标、陈彩军、陈德冯等人。至案发时止，根据现存的借条统计，叶从速向 23 人借款 48 次，合计借款额 1999.50 万元（其中有担保人的借款为 350 万元）；出借 47 人 108 次，出借款合计 1184.6 万元（其中有担保人的借款为 258.6 万元）。

叶从速在向他人借款及借款给他人的同期，曾投资经营汽车租赁公司、保洁公司等，吸收的资金与投资经营活动的资金混杂使用；期间亦曾以投资经营公司名义而于 2006 年 6 月与 9 月向海游信用社贷得 98.8 万元（尚未归还）。

裁判

浙江省三门县人民法院经审理认为：非法吸收公众存款犯罪在自然人作为犯罪主体时，其非法性在于不具备吸收公众存款资格的自然人擅自吸收公众存款从而扰乱了金融管理制度与秩序，而不在于所吸收款项的用途是否非法，所吸收之款项即便用于经商也并不影响本罪的成立，但可以作为量刑的酌定情节予以考虑。被告人叶从速明知自己不具备吸收存款之资格，仍积极向公众非法吸收了数额巨大的存款，其行为危害了金融管理秩序，构成非法吸收公众存款罪。基于上述查明的事实，结合被告人系累犯但有立功表现情节，依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六条第一款、第六十五条第一款、第六十八条第一款及第六十九条之规定，判决：被告人叶从速犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑六年，并处罚金 30 万元。

一审宣判后，被告人以“其借入款项用于投资公司合法经营活动，不属于非法吸收公众存款”为由，提起上诉。浙江省台州市中级人民法院二审维持原判。

评析

非法吸收公众存款犯罪，在审判实践中多以“商行”或“地下钱庄”（即明确以低息揽储、高息放贷）吸收存款方式出现。随着“地下钱庄”被不断打击，而经济的发展又确实需

要民间融资来辅助解决资金问题，于是，一些经济实体直接向社会公众高息吸收存款作为企业资金用于合法的经营活动，一些个人也以谋取高额利息差为目的，假借企业经营需要资金的幌子，行非法吸收公众存款之实等现象因势而生。由于对“不具备吸收公众存款资格的人向公众吸收的存款在用于合法经营活动时，可否认定为非法吸收公众存款犯罪的对象”这一问题把握不准，前几年，公安机关基本上没有把这类现象列为犯罪对象去查处，而只对因此而衍生的为索取高利贷而非法拘禁等犯罪予以查处。随着金融危机的加剧，资金周转更为不便，此类现象所蕴藏的社会危害性必然会逐渐暴露，对前述的问题把握，将严重影响到此类案件的侦查、起诉与判决。

对本问题的解决，关键在于对非法吸收公众存款罪的“非法性”的理解。刑法第一百七十六条第一款规定，非法吸收公众存款罪，是指违反国家有关规定，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。我国商业银行法对从事吸收公众存款的主体的设立设置了严格的实质要件与严格的设立程序要件，两者缺一不可；同时，商业银行法作了明确的限制性规定，“未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务”。

从上述刑法对非法吸收公众存款罪的规定及商业银行法对从事吸收公众存款业务的条件规定可以看出，非法吸收公众存款罪所要求的违法性可从三个层面理解：1.主体违法。从事吸收公众存款的经营主体必须是经国务院银行业监督管理机构批准设立的商业银行业务机构，任何单位与个人未经国务院银行业监督管理机构批准不得从事吸收公众存款业务，这是构成本罪的根本性要素。未经法定设立程序而擅自从事吸收公众存款的自然人，不管所吸收的存款用途是否合法，均不影响行为违法性的构成。2.行为违法。即不具备吸收公众存款资格者向公众吸收了存款；或具备向公众吸收存款资格者变相吸收公众存款。“不具备吸收公众存款资格者向公众吸收了存款”的违法性之成立是基于吸收公众存款主体资格违法性

而产生，是前者的延伸，因为主体前提违法，由违法主体去实施的行为当然违法。3.后果违法。国家对吸收公众存款等金融业务实行严格的制度管理，专门出台了银行业监督管理法、人民银行法、商业银行法等多部法律，以维护金融管理秩序，非法吸收公众存款的结果必然导致对金融管理制度与秩序的破坏。

非法吸收公众存款罪作为行为犯，非法向社会公开吸收公众存款或者变相吸收公众存款的法定行为一经实施，即属犯罪既遂，而不问所吸收资金的实际用途。资金的使用仅为量刑的酌定情节。

结合本案，被告人叶从速属未经国务院银行业监督管理机构批准吸收存款的商业银行业务机构，其从事吸收公众存款业务的主体违法；因其资格不合法，相应地，其吸收公众存款的行为亦违法；其吸收公众存款的结果破坏了金融管理制度与秩序，因而其行为后果亦违法。即便被告人向公众吸收的款项用于合法的经营伙同，仍不能否定其行为违法的本质。

本案案号为：（2007）三刑初字第291号；（2008）台刑二终字第96号。

其他典型案例

黄克胜被控非法吸收公众存款宣告无罪案

判决书字号

一审判决书：北京市东城区人民法院（2005）东刑初字第376号判决书。

二审裁定书：北京市第二中级人民法院（2007）二中刑终字第1677号裁定书。

案由：非法吸收公众存款案。

诉讼双方

公诉机关：北京市东城区人民检察院，代理检察员：耿磊。

被告人：黄克胜，男，1963 年 6 月 14 日出生，浙江省温州市人，汉族，初中文化，北京华帝凯工艺包装制品公司法定代表人。曾因犯诈骗罪于 2002 年 8 月 2 日被判处有期徒刑五年（刑期至 2006 年 5 月 24 日止）；现因本案于 2004 年 12 月 24 日被逮捕。

辩护人：周小园，北京市恒泰信和律师事务所律师。

审级：二审。

审判机关和审判组织

一审法院：北京市东城区人民法院。

合议庭组成人员：审判长：杨晓琪；代理审判员：崔永红、刘彩霞。

二审法院：北京市第二中级人民法院。

合议庭组成人员：审判长：方炯；代理审判员：王健、朱平。

审结时间

一审审结时间：2007 年 6 月 17 日。

二审审结时间：2007 年 11 月 8 日。

北京市东城区人民检察院指控称：

北京华帝凯工艺包装制品公司系 1994 年注册成立的股份合作制企业，被告人黄克胜先后担任该公司总经理及法定代表人。1995 年 4 月至 1996 年年底，为解决北京华帝凯工艺包装制品公司经营资金紧张的问题，被告人黄克胜擅自决定，采用承诺支付 24%至 120%不等高额年息的方式，在北京市东城区东四五条 137 号北京市日化三厂门前及朝阳区西坝河 11 楼 1505 号陈莉家中等地，由其本人直接非法吸收北京园林服务咨询公司经营部等单位及宋玉兰、陈莉等人的资金，或者通过陈莉向马书祥、孙静茹、陈雷等 31 人非法吸收现金，共计人民币 216.7 万元。后因该公司经营不善连续亏损及未能及时收回货款，致使 1

13.7 万元资金无法返还。2004 年 12 月 24 日，北京市公安局东城分局将正在黑龙江省哈尔滨市松花江监狱服刑的黄克胜解回至北京市东城区看守所。公诉机关提供了书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述等证据，提请依据《中华人民共和国刑法》第十二条及全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第七条第一、二款，以非法吸收公众存款罪对被告人黄克胜判处刑罚，同时提出，此案为单位犯罪，因华帝凯公司已注销，故只追究直接责任人黄克胜的刑事责任。

被告人的答辩及其辩护人的辩护意见：

被告人黄克胜辩称：(1)其与陈莉约定的利息在 3%左右，故起诉书认定的年息达到 120%不是事实；(2)其只是向陈莉借钱，大多数人其均不认识。

辩护人周小园的辩护意见为：(1)黄克胜在主观上不具有非法占有他人财物的目的，其行为属于一般借贷行为，只能按债务纠纷处理，不能以犯罪论处；(2)在客观上，黄克胜没有向不特定的个人借款，不符合非法吸收公众存款罪的特征；(3)黄克胜借款均用于生产经营，且所约定借款利息没有显著超出同期银行利率；(4)在客观方面，不存在扰乱国家金融秩序的行为。民间借贷关系法律上是允许的，只是利率超过国家规定的限度后，对于这种借贷关系法律上不予保护。本案出借人在出借款项时就具有风险意识，没有给社会造成不良影响。

北京市东城区人民法院经公开审理查明：北京华帝凯工艺包装制品有限公司(以下简称华帝凯公司)成立于 1994 年 3 月，该公司法定代表人张万华，被告人黄克胜为总经理。1996 年 3 月，该公司法定代表人变更为黄克胜。1995 年 4 月至 1996 年年底，被告人黄克胜以支付 2%至 5%不等月息的方法，向陈莉及经陈莉介绍向北京园林服务咨询公司、迪贝特公司、郝俊卿借款，共计人民币 163.8 万元，用于生产经营。在此期间，陈莉帮助黄克胜以自己名义向其同事、朋友、邻居、亲属等人借款，并允诺可支付高额利息。黄克胜因经营

不善不能及时收回货款，致使大部分资金无法返还。陈莉于 1998 年 3 月 13 日以黄克胜诈骗其人民币 133.8 万元为由向公安机关报案，公安机关于同年 4 月 14 日将黄克胜抓获。

上述事实有下列证据证明：

1. 被告人黄克胜的供述，证实其为公司经营向陈莉借款并允诺支付利息，后将款用于经营，因部分单位未付其货款，致部分借款无法返还；其未见过借给陈莉款的人，也不知道陈莉与那些人是如何讲的。其在部分供述中称第一次借款利息为 5%。

2. 陈莉的陈述，证实陈莉于 1994 年年初经朋友介绍认识了黄克胜，当时黄是华帝凯公司的经理。1995 年 4 月，黄克胜说与永盛冷饮公司签订了一批生产冰糕袋的合同，可赢利 100 多万元，但资金紧张，让陈帮忙借钱，并说给借钱人 10% 的高利息，借期两个月。后陈分别跟邻居郝俊清、朋友卢兆贤及单位同事马书祥等人说了。1995 年 4 月中旬至 1996 年 11 月间，陈莉帮助黄克胜多次向别人借款，并以自己名义打了借条，所借钱款都给了黄克胜，黄给陈写了借条。黄克胜从陈莉手中共借 197.5 万元，后还了一部分，尚欠 133.5 万元。陈莉从黄手中拿回 40 余万元利息，利息全付给借钱人了。

3. 马书祥、张稚明、李淑敏、王宇虹、吴建国、柏冬友、初永忠、李春章、卢兆贤、陈玉润、富尔根、赵秀华、陈富贵、宋公哲的陈述及孙静茹、李义民、吴法明、和智、黄秦平、翟六琴、陈雷的书面陈述，证实 1995 年 4 月至 1996 年 11 月，陈莉以帮助黄克胜筹措做生意的资金为由，分别向大家借款，并允诺支付高息。陈莉分别给大家写了欠条。后陈莉陆续支付了部分利息，但本金始终未还。

4. 宋玉兰的陈述，证实 1993 年 7、8 月，黄克胜以做生意及交房租为名向宋借款 6 万元，许诺支付 5% 的利息，后归还一部分，尚欠 2 万余元。

5. 陈薇的书面陈述，证实 1996 年 7、8 月至年底，陈莉拿走 10 万元替黄克胜集资借款，后来知道被黄骗了。

6．陈莉所作借款记录复印件，证实陈莉记载的借款情况。

7．陈莉所写借条复印件 17 份，证实陈莉以自己名义向他人借款的时间、金额、利息等情况。

8．黄克胜所写借条，证实黄克胜以自己名义向迪贝特经贸公司借款人民币 15 万元、向北京市园林服务咨询公司经营部借款人民币 14 万元、向郝俊卿借款人民币 1 万元、向陈莉借款人民币 250．6 万元，及借款时间、利息等情况。

9．邵国强的证言，证实 1994 年年底邵国强介绍黄克胜为永盛冷饮公司生产 3400 万个冰糕袋。黄克胜生产的第一批冰糕袋不合格，后来生产的合格但没付给黄货款。还听黄克胜说给同仁堂做货，但未收到货款。

10．华帝凯公司与永盛公司签订的合同、修改协议书及谢海龙出具的材料，证实上述合同签订及履行情况。

11．赵家祥的证言，证实 1995 年黄克胜为三露厂生产不干胶商标和包装盒，验收合格后共付给黄全部货款 15 万元。黄曾讲过有时货款不够就从陈莉那里拿。

12．戴振国的证言及同仁堂提炼厂出具的材料，证实黄克胜于 1995 年年下半年以华帝凯公司负责人的身份联系印刷业务，生产不干胶商标。从 1995 年 10 月至 1996 年 4 月，欠黄货款 13 万元左右。

13．于田的证言及委托印刷代理合同 1 份，证实 1996 年于晓声介绍黄克胜为大庆蓝星集团生产酒盒，共付 9 万元货款，尚欠黄货款 10 万元左右。另外黄生产的不合格产品损失有 10 万元左右。

14．杨凤霞的证言，证实 1996 年年底于晓声介绍黄为哈尔滨制药六厂生产包装盒，黄共生产 200 万个药盒，需要资金 52 万元，但只付黄 28 万元左右。

15 . 于晓声的证言，证实 1996 年年初，于晓声介绍黄克胜为黑龙江正大集团油脂有限公司生产雪莲牌不干胶商标，黄干完后不合格，赔了 10 万元。1996 年 3、4 月，于介绍黄克胜到哈尔滨制药六厂，生产一些印刷品，黄生产了几十万元。后黄与哈尔滨金水花饮品公司吴起祥谈印刷商标业务，谈了五六十万元的业务，黄都生产了，但吴没有给钱。

16 . 吴喜存的证言，证实 1996 年黄克胜为其单位印刷过 30 多万元的饮料包装，未付货款。

17 . 委托代理印刷合同两份，证实黄克胜与金水花公司及哈尔滨一洲制药厂签订合同的标的额。

18 . 张万华的证言，证实华帝凯公司的生意主要由黄克胜负责。公司在 1995 年做过几笔生意，但都没有挣钱。1996 年 3 月正式由黄克胜担任公司法人代表，并办理了转让手续。

19 . 企业法人申请开业登记注册书、验资报告书、验资说明、验资证明书、法定代表人签字备案书、企业法定代表人简历表、股份合作制企业设立协议书、企业申请变更登记注册书、免职证明及企业登记基本情况等书证，证实华帝凯公司成立的时间、性质、法人及法人变更等情况。

20 . 到案经过、解回再审函，证实根据陈莉报案，黄克胜于 1998 年 4 月 15 日被抓获，5 月 22 日被取保候审，10 月 13 日东城区人民检察院批准以涉嫌非法吸收公众存款罪对黄克胜逮捕，但黄一直在逃。2004 年 12 月 24 日将在哈尔滨市松花江监狱服刑的黄克胜解回东城分局。

21 . 哈尔滨市南岗区人民法院刑事判决书，证实黄克胜因犯诈骗罪于 2002 年 8 月 2 日被判处有期徒刑五年，刑期自 2001 年 5 月 25 日起至 2006 年 5 月 24 日止，并处罚金人民币 1 万元。

22．办案说明，证实永盛公司已解散，无法核实合同解除时间；杨芸芝已出国，借款情况无法查实。

23．身份信息，证实被告人黄克胜的身份情况。

上述证据 经法庭质证，被告人黄克胜及其辩护人周小园对证据的主要内容均不持异议，黄克胜称其只向陈莉借过钱，未向其他人借过钱。本院认为：公诉机关指控被告人黄克胜犯罪的时间为 1995 年 4 月至 1996 年年底，而宋玉兰的陈述证实黄克胜向其借款时间为 1993 年 7、8 月份，该时间并未在指控时间内，故对该陈述本院不予确认；其他证据本院予以确认。

北京市东城区人民法院根据上述事实 and 证据认为，被告人黄克胜仅直接向陈莉、郝俊卿、迪贝特公司、北京园林服务咨询公司等少数个人和单位借款，借款对象均与其具有相对特定的关系；且所借款项亦大部分用于生产经营，故被告人黄克胜的行为不具备非法吸收公众存款罪的特征。北京市东城区人民检察院指控被告人黄克胜犯非法吸收公众存款罪不能成立。被告人黄克胜及其辩护人辩护意见中的合理部分，本院予以采纳。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十二条及最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第一百七十六条，判决如下：

被告人黄克胜无罪。

一审宣判后，原公诉机关北京市东城区人民检察院以原判认定的事实有误，适用法律不当为由提出抗诉。在北京市第二中级人民法院审理过程中，北京市人民检察院第二分院认为抗诉不当，决定撤回抗诉。

（国家法官学院等著：《中国审判案例要览·2008 年刑事审判案例选》，中国人民大学出版社、人民法院出版社 2009 年 12 月第 1 版，第 157-162 页。）