

对《关于修改〈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〉的决定》的评析与建议

作者：周楷人 | 刘时宇

2021年年初，最高人民法院启动修改《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》的工作，最终于2022年2月24日发布《关于修改〈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〉的决定》(以下简称“《决定》”),并于2022年3月1日起施行。《决定》对原有司法解释进行多处修改,一方面,补充了新型的实务情形以适应经济发展;另一方面,调整定罪量刑标准以配合刑法修订。

一. 最高人民法院发布《决定》的背景

最高人民法院于2010年制定了《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》(以下简称“《解释》”);结合最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2014年发布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》、2019年发布的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》,共同明确了非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资类犯罪的定罪量刑标准和相关法律适用问题。

2021年3月1日,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称“《刑法修正案(十一)》”)正式施行,对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪刑法条文作出重大修改,增加了非法吸收公众存款罪第三档法定刑(即情节特别严重的,可判处有期徒刑十年以上,或无期徒刑),提高集资诈骗罪最低法定刑,同时将积极退赃退赔规定为法定从轻、减轻处罚情节,对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的定罪量刑产生了重大影响。为落实《刑法修正案(十一)》的适用标准,迫切需要对《解释》进行修改,《决定》由此应运而生,将于2022年3月1日正式实施。

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

二. 《决定》修改的主要内容

《解释》原条文共有九条，修改后的《决定》共有十五条。《决定》对《解释》中原有的五个条文进行了修改，增加了六个条文，具体修订情况请见附录。

三. 律师评析

本次《决定》的发布，对于非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的认定、量刑与辩护，具有十分重要的作用。该《决定》与《解释》及现有的其他司法解释相比，具有如下四个特点：

一是个人与单位犯罪定罪量刑标准一致。在《解释》中，对于非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的定罪标准中，存在个人和单位不同的情形，单位定罪标准均是个人定罪标准的5倍，比如在非法吸收公众存款罪应当依法追究刑事责任时，个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在20万元以上，而单位则是在100万元以上，涉案对象个人是30人以上，而单位则是150人以上，个人造成直接经济损失数额在10万元以上，而单位则是50万元以上；集资诈骗罪中对于“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的单位分别是50万元、150万元、500万元，而个人则分别是10万元、30万元、100万元。在实践中，存在因为同样的非法吸收公众存款或集资诈骗的行为，仅因为主体是个人还是单位的不同，导致最终是否构成犯罪以及处罚轻重的结果不同，这与群众朴素的法感情不符。此次《决定》将个人定罪标准删除，不再区分个人和单位的处罚标准，有助于民众更加容易理解司法解释，更能体现出公平。另外《决定》也适当提高非法吸收公众存款罪的入罪标准，符合刑法的谦抑性。

二是增加以网络借贷、虚拟币交易、融资租赁、涉及老年服务、项目、产品等方式进行的非法吸收资金行为以非法吸收公众存款罪定罪处罚。近些年来，P2P的网络借贷等新型热点经济现象中，对于最终无法清偿集资参与人款项的行为，多以非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪定罪处罚，但是无论是刑法还是司法解释，对此都没有明确的规定。在刑事辩护实践中，也有律师以法律并无明文规定网络借贷会构成非法集资为由进行辩护。在这种实务冲突下，此次《决定》将以网络借贷的方式进行的非法吸收公众资金行为以非法吸收公众存款罪定罪处罚，补充了《解释》中的表现形式。另外，对于利用虚拟币交易、融资租赁、涉及老年服务、养老项目、产品进行非法吸收公众资金的行为，符合立案追诉标准的，也将以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

三是发生犯罪竞合时，依照处罚较重的规定定罪处罚。在实践中，存在行为人通过传销手段向社会公众非法吸收资金，构成非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪，同时又构成组织、领导传销活动罪，按照刑法理论，属想像竞合犯，应按“从一重处断原则”处理。但鉴于《解释》中并没有明确规定，实务中可能出现将传销手段和非法吸收公众资金的行为分别判断，从而认定为“数个行为”而数罪并罚。此次《决定》对上述情形进行了明确的规定，防止行为人因同一行为被数罪并罚情况的出现。

四是明确非法吸收公众存款罪数额特别巨大或者有其他特别严重情节的情形。由于《刑法修正案(十一)》对非法吸收公众存款罪增加了第三档刑罚，即判处十年以上有期徒刑，但是对于何种情形才能判处十年以上有期徒刑，司法机关一直未能予以明确。在《决定》中明确了数额特别巨大或者有其他

特别严重情节的情形，即数额在 5000 万元以上的、对象 5000 人以上的，造成直接经济损失 2500 万元以上的属于数额特别巨大；而数额在 2500 万元以上或者造成直接经济损失 1500 万元的，具有三种特定情形的，属于“其他特别严重情节”，上述情形均将纳入十年以上刑罚的评价范围。

另外，在《决定》中对法定、酌定从轻、减轻处罚、免于刑事处罚等情形也作出了规定，新增了对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚的，应当依法将案件移送有关行政机关的内容，对于完善刑行衔接具有重要的作用。

四. 律师建议

从刑事合规和刑事辩护的角度，律师建议如下：

一是建议创业者要重视商业模式的合法。创业本身风险极大，在诸多的风险中，法律风险，尤其是刑事法律风险更应引起创业者的关注。创业者首要关注的是商业模式，如果商业模式从商业上来说具有合理性和利润，但是从刑法上是具有巨大风险，甚至是涉嫌刑事犯罪，律师也建议不应从事。在现实中，有诸多惨痛的案例，创业者因不重视刑事法律风险，最终构成非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法经营罪、侵犯公民个人信息罪等。

二是建议求职者要考虑所在公司的正规。在现实中，求职者因为不了解公司的具体业务和流程，只是认为自己从事一份简单的业务员、业务经理、销售经理、财务经理、IT 经理等工作，自己并不是公司的股东、老板、实控人，即使公司发生问题，自己也不应该被追究刑事责任，但是律师所代理的案例表明，在非法吸收公众存款刑事案件中，每一家出事的 P2P、私募公司后面，都有普通的员工被追究刑事责任的情况。因此，建议求职者在求职、入职时，要考虑所在公司是否正规、自己所处的岗位是否是高风险。

三是建议合作者要审核合作伙伴的资质。《解释》和《决定》中都对广告经营者、广告发布者作出了特别规定，即违反国家规定，利用广告为非法集资活动相关的商品或者服务作虚假宣传，具有四种特定情形之一，即构成虚假广告罪；对明知他人从事非法吸收公众存款、集资诈骗等集资犯罪活动，为其提供广告等宣传的，以相关犯罪的共犯论处。因此，律师建议广告经营、发布等相关合作者要仔细审核合作伙伴的资质，防止因重利而犯罪的情况发生。

四是建议问题者要充分利用现有的规则。此次《决定》从 2022 年 3 月 1 日起施行，现实中有很多的一审案件、二审案件还在进行中，按照我国《刑法》从旧兼从轻的原则，问题者要充分利用现有的刑法规定、司法解释，找到对自己最为有利的内容，比如在《决定》第六条规定了法定和酌定从轻、减轻处罚的情形，其中对于退赃退赔，在提起公诉前进行的，可以从轻或者减轻处罚，而在提起公诉后进行的，则只能作为量刑情节酌情考虑。另外，非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够在提起公诉前清退所吸收资金，可以免于刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，则不作为犯罪处理。该条文明确了从轻、减轻甚至不予刑事处罚的路径，显然较《解释》更有利于被告人，可以作为“从旧兼从轻”原则的依据。

五是建议参与者要积极挽回投资的损失。在非法集资违法犯罪中，参与者的权益保护也是很重要的内容。虽然在本次《决定》中并没有涉及到非法集资的参与者，但是律师建议对于非法集资的参与者重点关注的是积极挽回自己的投资损失，与集资单位、个人及公检法等进行了合法、有效沟通，最大程度维护自己的权益。

附录

(一) 修改条文的内容

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(2010)	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(2022)
为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，根据 刑法有关 规定，现就审理此类刑事案件具体应用法律的若干问题解释如下：	为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，根据《 中华人民共和国刑法 》的规定，现就审理此类刑事案件具体应用法律的若干问题解释如下：
<p>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”：</p> <p>(一)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；</p> <p>(二)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；</p> <p>(三)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；</p> <p>(四)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。</p> <p>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。</p>	<p>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”：</p> <p>(一)未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金；</p> <p>(二)通过网络、媒体、推介会、传单、手机信息等途径向社会公开宣传；</p> <p>(三)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；</p> <p>(四)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。</p> <p>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。</p>
<p>第二条 实施下列行为之一，符合本解释第一条第一款规定的条件的，应当依照刑法第一百七十六条的规定，以非法吸收公众存款罪定罪处罚：</p> <p>(一)不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的；</p> <p>(二)以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的；</p> <p>(三)以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养</p>	<p>第二条 实施下列行为之一，符合本解释第一条第一款规定的条件的，应当依照刑法第一百七十六条的规定，以非法吸收公众存款罪定罪处罚：</p> <p>(一)不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的；</p> <p>(二)以转让林权并代为管护等方式非法吸收资</p>

<p>殖)等方式非法吸收资金的;</p> <p>(四)不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的,以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的;</p> <p>(五)不具有发行股票、债券的真实内容,以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的;</p> <p>(六)不具有募集基金的真实内容,以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的;</p> <p>(七)不具有销售保险的真实内容,以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的;</p> <p>(八)以投资入股的方式非法吸收资金的;</p> <p>(九)以委托理财的方式非法吸收资金的;</p> <p>(十)利用民间“会”、“社”等组织非法吸收资金的;</p> <p>(十一)其他非法吸收资金的行为。</p>	<p>金的;</p> <p>(三)以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养殖)等方式非法吸收资金的;</p> <p>(四)不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的,以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的;</p> <p>(五)不具有发行股票、债券的真实内容,以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的;</p> <p>(六)不具有募集基金的真实内容,以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的;</p> <p>(七)不具有销售保险的真实内容,以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的;</p> <p>(八)以网络借贷、投资入股、虚拟货币交易等方式非法吸收资金的;</p> <p>(九)以委托理财、融资租赁等方式非法吸收资金的;</p> <p>(十)以提供“养老服务”、投资“养老项目”、销售“老年产品”等方式非法吸收资金的;</p> <p>(十一)利用民间“会”“社”等组织非法吸收资金的;</p> <p>(十二)其他非法吸收资金的行为。</p>
<p>第三条 非法吸收或者变相吸收公众存款,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:</p> <p>(一)个人非法吸收或者变相吸收公众存款,数额在20万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,数额在100万元以上的;</p> <p>(二)个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象30人以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的;</p> <p>(三)个人非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在10万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在50万元以上的;</p> <p>(四)造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。具有下列情形之一的,属于刑法第一百七十六条规定的“数额巨大或者有其他严重情节”:(一)个人非法吸收或者变相吸收公众存款,数额在100万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,</p>	<p>第三条 非法吸收或者变相吸收公众存款,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:</p> <p>(一)非法吸收或者变相吸收公众存款数额在100万元以上的;</p> <p>(二)非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的;</p> <p>(三)非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在50万元以上的。非法吸收或者变相吸收公众存款数额在50万元以上或者给存款人造成直接经济损失数额在25万元以上,同时具有下列情节之一的,应当依法追究刑事责任:(一)曾因非法集资受过刑事追究的;(二)二年内曾因非法集资受过行政处罚的;(三)造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。</p>

<p>数额在 500 万元以上的; (二) 个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象 100 人以上的, 单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象 500 人以上的; (三) 个人非法吸收或者变相吸收公众存款, 给存款人造成直接经济损失数额在 50 万元以上的, 单位非法吸收或者变相吸收公众存款, 给存款人造成直接经济损失数额在 250 万元以上的; (四) 造成特别恶劣社会影响或者其他特别严重后果的。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。案发前后已归还的数额, 可以作为量刑情节酌情考虑。非法吸收或者变相吸收公众存款, 主要用于正常的生产经营活动, 能够及时清退所吸收资金, 可以免于刑事处罚; 情节显著轻微的, 不作为犯罪处理。</p>	
<p>第五条 个人进行集资诈骗, 数额在 10 万元以上的, 应当认定为“数额较大”; 数额在 30 万元以上的, 应当认定为“数额巨大”; 数额在 100 万元以上的, 应当认定为“数额特别巨大”。</p> <p>单位进行集资诈骗, 数额在 50 万元以上的, 应当认定为“数额较大”; 数额在 150 万元以上的, 应当认定为“数额巨大”; 数额在 500 万元以上的, 应当认定为“数额特别巨大”。</p> <p>集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算, 案发前已归还的数额应予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的广告费、中介费、手续费、回扣, 或者用于行贿、赠与等费用, 不予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息, 除本金未归还可予折抵本金以外, 应当计入诈骗数额。</p>	<p>第八条 集资诈骗数额在 10 万元以上的, 应当认定为“数额较大”; 数额在 100 万元以上的, 应当认定为“数额巨大”。</p> <p>集资诈骗数额在 50 万元以上, 同时具有本解释第三条第二款第三项情节的, 应当认定为刑法第一百九十二条规定的“其他严重情节”。</p> <p>集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算, 在案发前已归还的数额应予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的广告费、中介费、手续费、回扣, 或者用于行贿、赠与等费用, 不予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息, 除本金未归还可予折抵本金以外, 应当计入诈骗数额。</p>
<p>第八条 广告经营者、广告发布者违反国家规定, 利用广告为非法集资活动相关的商品或者服务作虚假宣传, 具有下列情形之一的, 依照刑法第二百二十二条的规定, 以虚假广告罪定罪处罚:</p> <p>(一) 违法所得数额在 10 万元以上的;</p> <p>(二) 造成严重危害后果或者恶劣社会影响的;</p> <p>(三) 二年内利用广告作虚假宣传, 受过行政处罚二次以上的;</p> <p>(四) 其他情节严重的情形。</p> <p>明知他人从事欺诈发行股票、债券, 非法吸收公众存款, 擅自发行股票、债券, 集资诈骗或者组</p>	<p>第十二条 广告经营者、广告发布者违反国家规定, 利用广告为非法集资活动相关的商品或者服务作虚假宣传, 具有下列情形之一的, 依照刑法第二百二十二条的规定, 以虚假广告罪定罪处罚:</p> <p>(一) 违法所得数额在 10 万元以上的;</p> <p>(二) 造成严重危害后果或者恶劣社会影响的;</p> <p>(三) 二年内利用广告作虚假宣传, 受过行政处罚二次以上的;</p> <p>(四) 其他情节严重的情形。</p> <p>明知他人从事欺诈发行证券, 非法吸收公众</p>

组织、领导传销活动等集资犯罪活动，为其提供广告等宣传的，以相关犯罪的共犯论处。	存款，擅自发行股票、公司、企业债券，集资诈骗或者组织、领导传销活动等集资犯罪活动，为其提供广告等宣传的，以相关犯罪的共犯论处。
---	---

(二) 增加条文的内容

增加情形	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(2022)
“数额巨大或者有其他严重情节”的情形	<p>第四条 非法吸收或者变相吸收公众存款，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“数额巨大或者有其他严重情节”：</p> <p>(一)非法吸收或者变相吸收公众存款数额在 500 万元以上的；</p> <p>(二)非法吸收或者变相吸收公众存款对象 500 人以上的；</p> <p>(三)非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额在 250 万元以上的。非法吸收或者变相吸收公众存款数额在 250 万元以上或者给存款人造成直接经济损失数额在 150 万元以上，同时具有本解释第三条第二款第三项情节的，应当认定为“其他严重情节”。</p>
“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的情形	<p>第五条 非法吸收或者变相吸收公众存款，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”：</p> <p>(一)非法吸收或者变相吸收公众存款数额在 5000 万元以上的；</p> <p>(二)非法吸收或者变相吸收公众存款对象 5000 人以上的；</p> <p>(三)非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额在 2500 万元以上的。非法吸收或者变相吸收公众存款数额在 2500 万元以上或者给存款人造成直接经济损失数额在 1500 万元以上，同时具有本解释第三条第二款第三项情节的，应当认定为“其他特别严重情节”。</p>
数额计算；法定、酌定从轻、减轻处罚、免于刑事处罚、不作为犯罪处理等情形	<p>第六条 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。在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚；在提起公诉后退赃退赔的，可以作为量刑情节酌情考虑。</p> <p>非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够在提起公诉前清退所吸收资金，可以免于刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理。</p> <p>对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚的，应当依法将案件移送有关行政机关。</p>
重申量刑内容	<p>第九条 犯非法吸收公众存款罪，判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金的，处五万元以上一百万元以下罚金；判处三年以上十年以下有期徒刑的，并处十万元以上五百万元以下罚金；判处十年以上有期徒刑的，并处五十万元以上罚金。</p> <p>犯集资诈骗罪，判处三年以上七年以下有期徒刑的，并处十万元以上五百万元以下罚金；判处七年以上有期徒刑或者无期徒刑的，并处五十万元以上罚金或者没收财产。</p>

想象竞合	第十三条 通过传销手段向社会公众非法吸收资金，构成非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪，同时又构成组织、领导传销活动罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。
单位犯罪与个人犯罪	第十四条 单位实施非法吸收公众存款、集资诈骗犯罪的，依照本解释规定的相应自然人犯罪的定罪量刑标准，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定罪处罚。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



周楷人
+86 21 6043 5866
bill.zhou@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022