

## 私募基金谨防涉嫌非法集资

作者：俞卫锋 / 娄斐弘 / 黄凯

作者来源：通力律师事务所

2014年3月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(下称“《意见》”)，对人民法院如何办理非法集资刑事案件提出了指导意见。其中，《意见》明确了对“非法集资”的行政认定和刑事认定之间的关系，并就其中如何认定“向社会公开宣传”和“社会公众”做出了细化的规定。《意见》对于目前市场上私募基金募资行为，有着重要参考意义。私募基金在募资过程中，应当更加谨慎，以免被认定为非法集资。

### “非法集资”的行政认定标准

“非法集资”行为在行政规范性文件中已有如下较为明确的认定标准。根据一些主要认定标准，私募基金的募集行为受到行政机关的监管。

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》

根据该规定，非法集资的主要特点为：

- 单位或个人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；
- 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与回报；
- 向社会不特定对象即社会公众筹集资金；
- 以发行股票、债券、彩票、投资基金证券或其他债权凭证等合法形式掩盖其非法集资的性质。
- 国家发展改革委员会《关于促进股权投资企业规范发展的通知》

根据该规定，股权投资企业的资本只能以私募方式募集，并明确界定了“公开募集”的含义：公开或变相公开方式包括，“在媒体(包括各类网站)发布公告，在社区张贴布告，向社会散发传单，向公众发送手机短信或通过举办研讨会、讲座”，以及“在商业银行、证券公司、信托投资公司等机构的柜台投放招募说明书等。”

### 非法集资的刑事认定标准

2010年12月13日，最高人民法院发布的《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》(下称“《解释》”)第一条明确规定，同时具备如下项条件的将被认定为非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款行为：

- 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；
- 通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；
- 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；
- 向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

在私募基金的运作过程中，如果募集资金行为不当，具有被认定为非法吸收公众存款的风险，甚至可能触及非法吸收公众存款罪。

《解释》第三条第一款第二项还规定，在行为被认定为非法吸收或者变相吸收公众存款的前提下，“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”，即构成非法吸收公众存款罪。

结合新出台的《意见》，非法集资认定标准被进一步明确：

– 对“社会公众”的认定

《意见》中更具体地规定，“在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的”和“以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的”，这两种情形都会被认定为向社会公众吸收资金。

– “向社会公开宣传”的认定

《意见》中还明确了，以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息，以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等行为均会被认定为“向社会公开宣传”。

## 行政认定与刑事认定的交叉

根据《意见》第一条，“行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判”，并且公安机关、人民检察院、人民法院“可参考有关部门的认定意见，根据案件事实和法律规定作出性质认定。”

该条文明确了对于非法集资行为的处理，行政上和刑事上是分开进行的，但公检法三机关在处理刑事案件时，可以参考行政规范性文件中对于非法集资的规定，如上述行政规范性文件中有非法集资特征、公开方式的认定以及投资者人数的认定等条文，很有可能在公检法处理具体案件时被引用。

## 私募基金在募资过程中的注意要点

– 私募基金的宣传对象和宣传方式

应明确资金募集的宣传对象，辅以确认“合格投资者”的内部程序，避免通过亲友或单位内部向不特定对象宣传。否则可能被认定为向“社会公众”募集资金。

在宣传方式上，不得向社会公开宣传，也不得明知吸收资金的信息会向社会公众扩散而予以放任。

– 私募基金的承诺回报

在基金募集过程中，发起人可能通过向投资人展示基金以往业绩，预测收益回报，或在招募说明书中载明按期支付高额利息等行为方式，来明示或暗示本次基金的预期收益。

在展示以往业绩时，应避免明示或暗示承诺本次基金可以达到以往的业绩。在分析预测收益回报时，应明确只是预测，而非承诺。

– 私募基金中的“代持”

“代持”是各种类型私募基金在募集过程中常见问题。但如果在刑事认定中对行政认定进行引用，则在计算吸收存款对象时，通过“代持”进行投资的出资人也会被计算在内。这样，该

募集行为容易达到 30 人/150 人的标准，构成《解释》第三条第一款第二项对非法吸收公众存款罪的认定。因此建议尽量避免“代持”的情况。