

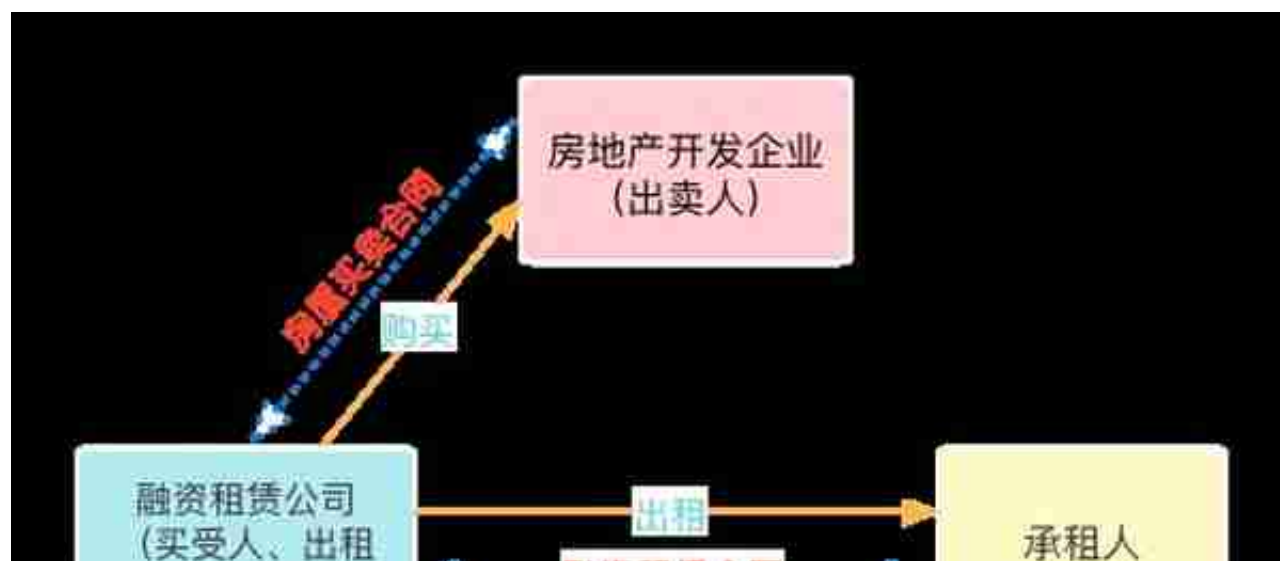
## 引言

最近笔者在办理一件非法吸收公众存款罪的案件，本案公诉机关指控被告人非法吸收公众存款的模式是“不以房产销售为主要目的，以售后包租方式非法吸收资金”，有辩护律师提出这种“售后包租”模式又叫“售后回租”，就是《民法典》中的融资租赁，是合法的。这显然混淆了《刑法》规定的非法吸收公众存款罪案件中的售后回租模式与《民法典》规定的融资租赁合同中的售后回租模式。两者虽然都是房地产开发企业为了融资，都是用开发的房产作为融资的标的物，但是一个是合法的、一个是违法的，两者在具体操作中存在明显的区别。本文将对两者之间的区别进行简要的梳理。因本文讨论的是两者的区别，也就是说后文的论述已经预设了构成非法吸收存款罪的前提和能够认定为融资租赁的前提[1]。

### 一、非法吸收公众存款罪中的售后回租模式

非法吸收公众存款罪，在《刑法》第一百七十六条，指行为人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。该罪名位于《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第四节“破坏金融管理秩序罪”中，侵害的主要法益是国家的金融管理秩序。根据《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修正）第一条，非法吸收公众存款罪需要同时满足非法性、公开性、利诱性、不特定性四个特征，该司法解释第二条进一步对具体的情形进行了列举，其中第一款第（一）项便是“（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；”。

这里提到的“售后包租”也叫售后返租、售后回租，通常是房地产开发企业为了促进销售，解决资金困难问题，将开发的房产（更多是商铺）进行销售，和投资者签订诸如《商品房买卖（预售）合同》《商铺认购合同》《使用权销售合同》《物业使用权出让合同》等名称的合同，同时又和投资者签订诸如《房屋\商铺租赁合同》《物业租赁合同》等名称的合同，由投资者先向房地产开发企业购买物业，在出售后的一定期限内，由房地产开发企业以代理出租的方式包租或直接承租经营。按照房地产开发企业的承诺，投资者不用亲自经营管理每年就可以轻松获得高额回报，几年之内就可以拿回投资的本钱。在很多案件中，房地产开发企业在销售物业时还明确规定，将来必须接受统一规划、统一招商、统一出租，签订房屋买卖合同的同时必须签订房屋租赁合同，将购买的物业出租给房地产开发企业进行统一经营管理，否则就不卖。如下图：



二是售后回租式。即开发商将房产出售给租赁公司，又将该项资产从租赁公司租回，开发商既是出卖人又是承租人，租赁公司既是买受人又是出租人。这样开发商既盘活了固定资产，获得了一笔融资，又对房产仍拥有占有权、使用权和控制权。租赁期满后，承租人以象征性的超低价残值向租赁公司回购标的房产。此为目前最常见的房地产融资租赁模式。[3]如下图：