

DOI:10.16538/j.cnki.fem.2016.02.008

## 上海自贸试验区互联网金融创新中 刑法介入的合理边界

李睿

(上海财经大学法学院,上海 200433)

**摘要:**互联网金融是上海自贸试验区金融创新实现弯道超车的重大机遇,但监管的缺失也导致其破坏性日益凸显。本文首先对互联网金融的主要业态及内生性刑事法律风险进行了类型化分析,并从互联网金融立法体制、法律责任体系的设计逻辑、刑法规制的导向、被害人过错等角度对现行刑法介入互联网金融的边界进行了反思,由此提出刑法合理规制互联网金融的基本原则与制度构想:坚持事前防控和行政监管、纠纷处置民事责任优先、恪守刑法谦抑性、适度收缩刑法介入的范围和边界,为上海自贸试验区金融制度创新提供法制保障。

**关键词:**互联网金融;法律风险;金融监管;刑事规制

**中图分类号:**D912.28 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-4950(2016)02-0101-12

### 一、问题的提出:机遇与挑战

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸试验区”)于2013年9月29日正式挂牌,2014年底决定实施扩区,金融开放创新成为引人关注的热点。上海自贸试验区金融创新的基本框架包括有利于风险管理的账户体系、资本市场双向开放、扩大人民币的跨境使用、推进利率市场化改革、深化外汇管理改革等。上海自贸试验区金融创新牵涉到银行、证券、保险、期货、融资租赁等行业,以及一行三会、政府管委会、外资、内资、个人投资者等诸多方面。

互联网金融是金融创新的产物,也是此次上海自贸试验区金融创新的重点,在一定程度上改变了金融交易结构,代表了金融民主化和普惠金融的新趋势。互联网金融具有突出优势,如无间断服务,无时空限制,金融服务效率高;长尾效应,服务对象包括所有潜在用户,可以实现真正的金融普惠;去中介化,有效消除信息不对称,促进资金供求双方直接交易。互联网金融中心将全面挑战传统金融中心,上海国际金融中心建设必须与时俱进,把打造全球互联网金融中心作为重大发展机遇,而这也将赋予上海国际金融中心新的内涵和未来的核心竞争力。

上海自贸试验区需要金融创新,大力发展互联网金融则是一个弯道超车的重大机遇。据

收稿日期:2015-10-28

基金项目:国家社科基金重大项目(09ZD030)

作者简介:李睿(1975—),女,上海财经大学法学院讲师,法学博士。

中申网监测数据显示,2014年中国互联网金融投融资市场上融资金额和融资案例数量最多的均为北京,上海则位居浙江之后排在第三位。其中北京和上海的融资金额占比分别为31.81%和24.77%,融资案例占比分别为51.48%和18.34%。在P2P金融活跃表现方面,上海也处于劣势,根据网贷之家披露的数据显示,深圳有超过300家P2P平台,远远高于上海的62家,北京则有70家,也多于上海(王利阳,2015)。但上海已经开始重视互联网金融的发展,从2014年开始上海陆续推出多项政策来扶持互联网金融行业的发展。2014年8月4日,上海市人民政府发布了《关于促进本市互联网金融产业健康发展的若干意见》,重在政策支持、基础设施建设和风险防控方面。伴随该意见的出台,上海还将提供产业资源配套支持,迅速提升上海针对互联网金融企业的综合服务能力,包括支付宝、光大云付、绿地、万达、百度、京东在内的各行业巨头都将进入上海拓展互联网金融业务,截至2015年3月,陆家嘴已吸引超过30家互联网金融机构的落户。自贸区的开放创新环境,对互联网金融的发展极具吸引力。

在高速发展的同时,互联网金融的“破坏性”也日益凸显。利用互联网技术或以互联网金融名义开展的非法集资、非法证券、内幕交易、非法外汇、非法支付结算等各类违法犯罪活动频发。根据网贷之家最新统计数据,截至2015年6月底,中国P2P网贷正常运营平台数量共计2028家,相对2014年年底增加了28.76%。上半年出现问题的平台约为419家,已经先后有红岭创投、陆金所、铜板街这类知名的机构出现大笔不良坏账,占比20%,其中近一半网贷平台因发生“跑路”问题而被曝光。<sup>①</sup>

曾作为P2P行业龙头落户上海自贸试验区的陆金所,截至2015年3月用户数突破865万,在国内104家网贷平台中获得最高的风控评级,但在同月被曝出2.5亿元的保理坏账,第三方评级机构大公国际将其信用风险预警列入“黑名单”。基于对不断增加的风险的考量,平安集团对外宣布陆金所放弃P2P业务,与平安直通、平安信保整合为“平安普惠金融”集群,单纯作为金融理财信息咨询平台和非标金融资产集散地。以P2P、众筹、余额宝为代表的互联网金融的刑事法律风险日益浮出水面,引发各方关注。

可见,上海自贸试验区在实施金融服务业放开的同时,相应的金融风险也在迅速增加,甚至会对金融市场的稳定发展造成巨大挑战。因此,金融创新任务的实现必须有完善的法制作保障。然而,我国现行的金融法律规则在一定程度上压制了金融创新的制度空间,金融立法滞后不仅无法保护金融创新成果,也无力解决金融民事纠纷,金融创新产品行政监管和法律责任的缺位则加剧了金融创新的刑事风险,因此,上海自贸试验区实施互联网金融创新亟待新一轮金融监管法制大变革,合理界定刑法介入互联网金融的边界,平衡好金融创新与行业健康发展之间的关系。

## 二、互联网金融的主要业态及内生性刑事法律风险

互联网金融(internet finance),是对互联网和移动互联网统一环境下的金融业务的综合性定义。从一般意义上讲,它是对有别于传统直接融资模式和间接融资模式,利用互联网技术

---

<sup>①</sup> 2014年7月21日,轰动一时、涉案金额达1.2亿元,在历经9个多月的调查取证后,号称内地P2P网贷第一案的“东方创投案”,由深圳市罗湖区人民法院落判。此次判决是司法体系对P2P网贷平台自融案件的首次裁量。2015年8月14日,浙江省衢州市中级人民法院宣判特大P2P集资诈骗案,被告周辉先后向全国多个省份1586名不特定对象集资共计10.3亿余元人民币,案发后,尚有1136名被集资人共计3.56亿余元本金(扣除先期已支付回报)未归还,实际骗取投资人1.75亿余元,因犯集资诈骗罪,一审判判处有期徒刑15年,并处罚金人民币50万元。

和互联网金融等现代信息集成技术,在创制的网络平台上进行各种资金融通活动的总称。<sup>①</sup>互联网金融已发展出多种业态模式,在现有的刑法框架下,均面临着内生性刑事法律风险。

#### (一)主要业态模式

1.第三方支付模式。第三方支付是指基于互联网,提供线上和线下支付渠道,完成从用户到商户的在线货币支付和资金清算等过程的非银行金融机构。第三方支付涉及银行支付结算体系,目前市场上存在以支付宝、财付通为代表的200多家支付企业。第三方支付的突出特征是安全性高、成本较低、方便快捷等,这些显性优势为其带起广阔的发展空间。

2.P2P网络贷款模式(peer-to-peer)。P2P主要是指个人通过第三方平台在收取一定费用的前提下向其他个人提供小额借贷的金融模式,如宜信等公司,就是通过消除信息不对称来解决陌生人之间的相互借贷问题。P2P贷款的核心是建立信息透明机制和信任机制。

3.阿里小贷模式。是指以借款人的信誉发放的贷款,借款人不需要提供担保,其特征就是债务人无须提供抵押品或第三方担保,仅凭自己的信誉就能取得贷款,并以借款人信用程度作为还款保证。这种做法是一种自动放贷机制和动态的风险定价过程。

4.众筹模式(crowd funding)<sup>②</sup>。一般认为,众筹融资起源于美国众筹网站Kickstarter,该网站通过搭建网络平台,让有创造力的人可以在网络上向公众筹资,来帮助他们实现梦想。这种模式的兴起打破了传统的融资模式,使融资来源者不再局限于风险投资等机构。

5.余额宝模式。余额宝是国内领先的第三方支付平台支付宝打造的一项全新的余额增值服务模式。余额宝将货币市场基金具有的货币功能和网络支付结合在一起,突破了时间和空间的界限。

6.虚拟货币模式。以比特币(bitcoin)为代表的虚拟货币可能是未来互联网金融升级的方向。它不仅对现有的商业银行体制,而且对中央银行体制也构成了巨大挑战。

#### (二)互联网金融内生性刑事法律风险的类型化分析

结合前述分类,互联网金融的各种新业态在现行的刑法框架下均存在一定的法律风险。

1.第三方支付的刑事法律风险。(1)主体资格和经营范围的风险。第三方支付从事的业务介于网络运营和金融服务之间,属于支付清算组织提供的非银行类金融业务。虽然大多数第三方支付试图确立自己是为用户提供网络代收代付的中介地位,但是从这些第三方支付实际业务运行来看,支付中介服务实质上类似于结算业务。此外,在为买方和卖方提供第三方担保的同时,平台上集聚了大量在途资金,表现出“类银行”业务即吸收存款的功能(主要表现为储值功能、接受银行卡的资金充值、支付交易),而《商业银行法》规定,吸收存款、发放贷款、办

<sup>①</sup> 2014年8月4日,上海市人民政府发布《关于促进本市互联网金融产业健康发展的若干意见》,指出:“互联网金融是基于互联网及移动通信、大数据、云计算、社交平台、搜索引擎等信息技术,实现资金融通、支付、结算等金融相关服务的金融业态,是现有金融体系的进一步完善和普惠金融的重要内容。其表现形式既包括以互联网为主要业务载体的第三方支付,金融产品销售与财富管理,金融资讯与金融门户,金融大数据采集加工,网络融资与网络融资中介等新兴、新型金融业态;也包括持牌互联网金融机构,以及各类持牌金融机构设立的主要从事互联网金融相关业务的法人机构或功能性总部。”

<sup>②</sup> 2006年8月,美国学者迈克尔·萨利文第一次使用了“众筹”(crowd funding)一词,当时他正致力于建立一个名为Fundavlog的融资平台,项目发起人可通过在平台上播放视频进行项目融资。迈克尔·萨利文在博客中持续报道工作进度,并用“crowd funding”一词解释Fundavlog的核心思想。同年9月,迈克尔·萨利文在“维基百科”中将其定义为:众筹描述的是群体性的合作,人们通过互联网汇集资金,以支持由他人或组织发起的项目。简言之,众筹模式就是利用互联网和SNS传播的特征,让小企业、艺术家或者个人对公众展示他们的创意,争取大家的关注与支持,进而获得所需要的资金援助。相对于传统的融资模式,众筹更为开放,能否获得资金也不再是由项目的商业价值作为唯一标准。只要网友喜欢的项目,都可以通过众筹模式获得项目启动的第一笔资金,这为更多小本经营或创作的人提供了无限可能。

理结算是银行的专有业务,超出了有关法律法规对第三方支付机构业务范围的规定,有非法经营、擅自设立金融机构之嫌;且其未纳入中国人民银行账户管理监管范围,它们可能为非法转移资金和套现提供便利,构成洗钱犯罪,形成潜在的金融风险。(2)在途资金和虚拟账户资金沉淀。在支付过程中,无论是第三方支付平台模式还是内部交易模式,都有一种资金吸存行为,当吸收的资金达到一定规模时,可能产生非法吸收公众存款或集资诈骗的风险,也可能产生资金安全和支付风险问题。首先,在第三方支付平台模式中,沉淀下来的在途资金往往放在第三方开立的银行账户中,一般商家的资金会滞留数天至数周不等,第三方支付平台有大量资金沉淀,如果缺乏有效的流动性管理,则可能引发挪用资金等风险。其次,在内部交易模式下,涉及虚拟货币的发行和使用。目前虚拟货币尚未纳入到中国人民银行的监管范围,且游离于正规银行体系之外,可能会触及擅自发行股票、公司和企业债券等犯罪。

2.P2P 网贷的刑事法律风险。2010 年,最高法院颁布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用若干问题的解释》,规定了非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款犯罪的四个构成要件:(1)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;(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;(3)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;(4)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

2013 年 11 月 25 日,由银监会牵头的九部委处置非法集资部际联席会议上,央行明确了三类行为属于“以开展 P2P 网络借贷业务为名实施非法集资行为”:(1)理财—资金池模式;(2)不合格借款人导致的非法集资风险,不合格借款人主要指虚假项目或虚假借款人;(3)庞氏骗局,个别 P2P 网络借贷平台经营者发布虚假的高利借款标的募集资金,并采用在前期借新贷还旧贷的庞氏骗局模式,短期内募集大量资金留作自用,有的经营者甚至卷款潜逃。

银监会也曾对 P2P 网络集资划定了四条红线,即明确平台的中介性、不得提供担保、不得形成资金池以及不得非法吸收公众存款。同时,银监会处置非法集资办公室指出,在 P2P 网络集资中,有三种情况可能涉嫌非法集资:其一,形成资金池;其二,未尽审查义务,默许或者未及时发现借款人实施非法集资犯罪活动;其三,开展自融业务。

结合司法机关和监管部门的意见,在实务中判断合法 P2P 业务与非法吸存犯罪的标准主要有:

(1)P2P 平台的性质。由于互联网天然的涉众性,P2P 借贷和众筹融资作为互联网金融,在某种程度上与生俱来就具有“面向不特定人群”的特性。如再参与资金的中转,互联网金融活动在目前法律语境中较容易陷入非法集资的“魔咒”,这也是一对多、资金池及期限和金额错配的 P2P 借贷模式常遭人诟病为非法集资的根源。

P2P 平台原本的作用在于以网络为媒介为借贷双方提供中介服务,作为纯粹中介服务作用的平台往往不会涉嫌犯罪。在特殊情形下能否构成刑事犯罪,一方面取决于他人利用 P2P 从事的行为之性质,另一方面也与 P2P 网站对他人利用其从事犯罪活动是否具有主观上的明知有关。例如,某些 P2P 网络集资平台的相关责任人员往往没有对借款人的身份和资信能力尽到相应的审核义务,默许借款人在平台上实施非法吸收公众存款的犯罪活动,涉嫌构成非法吸收公众存款罪的共同犯罪。

P2P 平台如果超出了中介服务的范围,开展自融业务,或者虚构用人目的汇聚资金形成资金池,对于这种非中性业务行为下的 P2P 行为,极有可能触犯非法吸收公众存款罪、擅自设立金融机构罪、非法经营罪等。

(2)资金的沉淀渠道。投资人的投资资金的沉淀渠道也是判断 P2P 平台经营合法性的一

个标准,这需要审查汇聚的资金是直接转付给了资金需求方还是直接沉淀在运营此平台的公司账户里,如果投资人资金直接沉淀在 P2P 平台公司的账户里,可能会有非法吸收公众存款或非法集资的法律法规风险。

(3)经营模式:债权转让模式也存在刑事风险。就资金的沉淀汇聚方式而言,债权转让模式与通常资金池和自融等情形有区别,前者资金的来源是通过权益转让而获得的对价收益,后者则是依托资金需求项目通过负债而聚合的资金。因此,表面上看债权转让模式不符合非法吸存犯罪的构成要件,当然,债权转让本身是否涉及违法销售理财产品、信托产品从而涉嫌构成非法经营犯罪尚值得研究。但需要看到的是,由于通过债权转让所获得的资金往往并没有分配给权益人,而是投入其他项目形成新的债权,在循环运作的过程中,并不能完全排除这种模式实质上同样可能构成资金需求项目通过平台临时垫款,然后向社会吸收资金置换垫款的嫌疑,因此,仍然存在刑事责任风险。

3.众筹的刑事法律风险。与 P2P 相比,由于规模有限,众筹融资风险问题和事件目前比较少见,较为典型的有“北京美微事件”<sup>①</sup>。但作为新兴的金融形式,同样也面临着违法犯罪的风险,众筹模式在形式上很容易触碰违法的红线,即未经许可、通过网站公开推荐、承诺一定的回报、向不特定对象吸收资金,符合非法集资的形式要件。当然,众筹的回报形式对判断是否涉嫌犯罪有一定的影响。众筹回报主要分为捐赠、实物、股权、债权等模式。项目如果是承诺以股权或是资金作为回报,则涉嫌犯罪的可能性就非常大。实物回报类众筹虽回避股权、货币等法律禁止的形式,代之以产品,但由于非法集资司法解释并未排除,故仍可能涉嫌非法集资犯罪,不过可能性较小。当然,如果是以服务或者媒体内容作为回报,则不易涉嫌犯罪。众筹模式可能触犯的罪名比较广泛,涉及三类刑事犯罪,即《刑法》第 176 条规定的非法吸收公众存款罪,第 192 条规定的集资诈骗罪,第 179 条规定的擅自发行股票、公司和企业债券罪,第 160 条规定的欺诈发行股票、债券罪。

4. 虚拟货币的刑事法律风险。按照古典经济学著名的“费雪方程式”,互联网金融业务会使货币流通速度加快,如果货币供应量和有效需求不变,则可能导致物价上升引起通胀。中国人民银行如果不要求经营者将在途资金存入银行,所引起的货币运动将在其监控之外。此外,虚拟货币如果脱离法定货币约束,可能通过信用扩张引起通胀。因此,中国人民银行面临的重大挑战是如何将由互联网金融的创新业务而衍生的货币冲击问题置于其有效监控之下。

5. 其他刑事法律风险。网络小额贷款、金融理财产品网络销售等其他经营模式,可能发生的刑事责任风险可以分为两类:(1)互联网金融企业在经营过程中面临的刑事风险。如非金融机构擅自从事互联网金融业务,如果没有经过有关主管部门的批准设立,涉嫌擅自设立金融机构罪。互联网金融活动多涉及相关证券、保险、基金以及资金支付结算等金融业务,如果非金融机构在未经国家有关主管部门批准的情况下参与这些金融业务,则可能涉嫌非法经营罪。向社会不特定对象发行股票或是向特定对象发行股票累计超过 200 人,行为人的行为可能涉嫌构成擅自发行股票、公司和企业债券罪。(2)他人利用互联网金融平台实施违法犯罪行为的刑事风险。犯罪分子很有可能利用互联网金融活动中资金快速流动的特点,通过基金销售、保险销售、证券经纪、P2P 网络集资机构的集资中介业务,或者通过微信网络红包的网银转账业务,为犯罪分子提供洗钱服务。当前,我国网络洗钱犯罪呈高发态势,犯罪分子利用网络交易洗钱已成常态。目前互联网金融中心的洗钱行为主要有七类:利用网上银行实施地下钱庄违

<sup>①</sup> 2013 年初,北京美微传媒有限公司由于在淘宝销售原始股被证监会叫停,证监会称美微此举为新型非法证券活动。

法犯罪活动;利用第三方支付平台转移、清算网络赌博、非法集资等犯罪资金;网络炒汇、炒金;网络传销;证券期货违法犯罪活动;银行卡犯罪;网上制假售假等。

### 三、现行制度框架下刑法介入互联网金融的边界反思

#### (一)互联网金融监管立法体制的检讨

1. 现行金融体系下互联网金融违法犯罪的制度性悲剧。2015年被称为我国互联网金融监管元年。在此之前,互联网金融的业务范围已从单纯的支付模式扩展至转账汇款、跨境结算、小额信贷、现金管理、资产管理、供应链金融、基金和保险代销、信用卡还款等,虽然我国互联网金融如此迅猛地发展,却几乎仅靠行业自律来维持。有论者曾撰文概述目前监管制度的主要问题:一是现行“一行三会”金融监管体制无法有效监管;二是监管职责不明确、不一致,使得已有政策的执行大打折扣,执法成本高、效益低;三是监管法规陈旧空泛,基本处于无规则约束状态;四是监管执法定位有偏差,从执法定位来看,现有的监管重刑事制裁、行政处罚,轻民事制裁。上述问题使得互联网金融违法成本极低,间接助长了违法违规行为(安邦坤和阮金阳,2014)。

2015年7月18日,中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、银监会、证监会、保监会、国家互联网信息办公室联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发〔2015〕221号,以下简称《指导意见》)<sup>①</sup>。此后,内容涉及P2P监管边界的四部新规(含征求意见稿)旋即出台,分别是7月31日发布的《非银行支付机构网络支付业务管理办法(征求意见稿)》、8月6日公布的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》、8月12日发布的《非存款类放贷组织条例(征求意见稿)》、8月12日发布的《融资担保公司管理条例(征求意见稿)》,四部新规的效力等级从部门规章、行政法规到司法解释呈递增趋势。此外,2014年12月18日,中国证券业协会发布了《私募股权众筹融资管理办法(试行)(征求意见稿)》,保监会此前也就《互联网保险业务监管暂行办法》征求过意见。一系列法律法规的出台,终结了互联网金融无法可依的监管乱象。

尽管行政监管立法日趋完备,但仍未从根本上解决当前的互联网金融刑事法律风险问题。从本质上看,互联网金融创新的法律风险是由传统金融体制的缺陷所催生的。我国的金融体系长期处于“金融压抑”之中,利率受到管控,资金主要由银行体系进行配置,资金沉淀现象较为严重。我国目前的金融体制严重限制了中小企业的融资渠道。由于我国的金融资源被高度垄断并且利率未市场化,因此我国只存在主要由国有企业掌控的所谓正规融资渠道。基于我国从计划经济向市场经济的历史转型,这些正规融资渠道往往偏向于为国有企业服务而忽略以中小型企业为主体的民营经济的融资需求。此外,我国金融体制的特性决定了国有企业比

<sup>①</sup> 《指导意见》提出,要遵循“依法监管、适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的原则,科学合理界定各业态的业务边界及准入条件,落实监管责任,明确风险底线,保护合法经营,坚决打击违法和违规行为。在监管职责划分上,中国人民银行负责互联网支付业务的监督管理;银监会负责包括个体网络借贷和网络小额贷款在内的网络借贷以及互联网信托和互联网消费金融的监督管理;证监会负责股权众筹融资和互联网基金销售的监督管理;保监会负责互联网保险的监督管理。《指导意见》还规定了互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售和互联网信托、互联网消费金融应当遵守的基本业务规则。例如,个体网络借贷业务及相关从业机构应遵守合同法、民法通则等法律法规以及最高人民法院相关司法解释,相关从业机构应坚持平台功能,不得非法集资;网络小额贷款应遵守现有小额贷款公司监管规定;股权众筹融资应定位于服务小微企业和创新创业企业;互联网基金销售要规范宣传推介,充分披露风险;互联网保险应加强风险管理,完善内控系统,确保交易安全、信息安全和资金安全;信托公司、消费金融公司通过互联网开展业务的,要严格遵循监管规定,加强风险管理,确保交易合法合规,并保守客户信息;信托公司通过互联网进行产品销售及开展其他信托业务的,要遵循合格投资者监管规定,审慎甄别客户身份和评估客户风险承受能力,不能将产品销售给与其风险承受能力不相匹配的客户。

作为完全市场化主体的中小型企业更容易获得金融支持。特别是当国家银根紧缩的时候,中小企业被正规融资渠道拒之门外更是一种常态。同时,中小型企业具有旺盛的资金需求,每当信贷紧缩或经济形势波动时,资金使用方的需求势头更加强劲。这就为互联网金融提供了资金需求基础。当前社会上投资和理财的方式十分有限,居民手中拥有的闲置资金或者是存入银行获取利息收益且甚至面临通货膨胀的风险而贬值,或者是冒着风险投入股市和楼市。在这种情况下,资金拥有方希望灵活处置大量的闲置资金,因而为互联网金融提供了资金来源。可以说,我国互联网金融是应运而生的,它通过网络技术手段打破了“金融压抑”的长期约束。但是由于当前体制的缺陷,导致互联网金融违法犯罪的法律风险易发和高发。

2. 法律责任体系的设计逻辑与角度不当。在现行的互联网金融法律责任体系中,民事责任缺乏明确规定,行政干预预警机制缺失及行政责任未落实,以非法吸收公众存款、集资诈骗为代表的刑事责任过度强化。

(1) 民事责任缺乏明确的规定。我国法律对互联网金融民事责任的规定过于笼统,对于民间融资纠纷中民事责任的承担方式没有具体规定,只能参照《民法通则》和《合同法》的有关责任条款。在实践中如诉诸法院,得到的结果也不过是还本付息。“投资大众所关心的是能否获得投资利润,意即仅从经济观点着眼,追究违法者的刑事责任或者行政责任,对受害者而言,并无所增益(cold comfort)”(刘燕,2004)。互联网金融中融资双方最关心的是其经济利益一旦受损,应怎样得到补偿,因此作为私权救济的主要手段,民事责任应是互联网融资纠纷中最常用的责任承担方式,而现行法律对互联网金融民事责任承担方式的规定严重缺失,除《合同法》第207条外,甚少对民间融资纠纷中如何适用民事责任做出规定,阻碍了民事责任作用的发挥。因此,有必要对民事责任做出更为明确的规定。

(2) 行政责任适用受限。互联网金融倚重于法律责任,行政责任未能很好地发挥其应有的预警作用,使得一旦发生纠纷,通常会跳过行政责任这一环,而直接适用刑事责任。如果说政府行政功能在起作用的话,我们看到的不是政府有关机关对互联网金融的服务、咨询以及干预、训诫、责令停止、行政处罚等措施,而是以非法集资为由的行政查处,尤其是动用公安的力量立案处理,也就是所谓处理非法集资活动。如果能够事先防控、行政干预,也许很多的集资者就会提早结束集资活动,那些资金的出借方就会停止自己的资金供应活动。众所周知,刑事责任是最严厉的制裁,其产生的后果通常包含了对人身的强制。刑事责任对人身强大的强制性使融资人恐惧。得不到政府行政功能预警的融资行为一旦被认为是非法集资,等待集资者的将是刑法的严厉制裁,因此集资者实际上考虑再三,或是在无办法时才进行募资活动,希望渡过资金难关,可能未料到集资会走向犯罪。

(3) 刑事责任过于强化。“刑事责任的高强度,反映了政府对民间融资犯罪倾向的高度警惕和严厉态度。当然这种惩罚的强度也受到发现几率和追究能动性的影响;与此同时,广泛存在的行政管制则大大压迫了互联网金融的自治空间,将法律责任覆盖到金融活动的广泛领域和环节中,也将自主融资压迫到狭小的角落里”(李志刚,2006)。此外,过于强化互联网金融刑事责任还表现在从严打击的刑事政策以及非法集资刑事罪的扩张适用。因为现有的刑法罪名体系在刑事规制上的分类不够细致,无法涵盖互联网金融融资过程中的各种不当行为。如以虚假陈述、虚构资金用途等方式,通过高额资金回报为诱饵吸收资金的行为,并非“以非法占有为目的”,不能直接纳入集资诈骗罪中,也不属于吸收资金放贷的非法吸收公众存款罪(李有星、杨俊、罗栩,2011)。

3. 刑法规制导向的失衡。非法金融活动的法律责任可以分为刑事法律责任和非刑事法律

责任两个层面。相比于刑事法律责任,健全、严密和灵活的非刑事法律责任体系对于预防金融犯罪综合机制的建立具有重要意义。就立法的总体观念而言,民商法律规定与金融市场个体交易规则的本质精神是相符的,金融行政方面的法律与市场个体追求利益最大化的要求之间虽存在一定的偏差但也可有效衔接,而金融刑事立法则更多地体现了国家的强制性,与金融个体追求自己的价值取向有着巨大的反差。因此,在处理民间金融活动中的非法集资问题时,过分依赖刑法并不是一个很好的价值取向。尽管如此,在当前运用法律处理非法集资活动的整个过程中,刑法往往一马当先地扮演着先锋角色。其实从刑事立法的角度来看,就依据何种标准、将何种社会关系纳入刑法调整的范围才是适当和合理的这一问题,刑法学者们较为一致地认为“不存在代替刑罚的适当方法”应当是刑法介入调整的前提条件之一。在现代法治社会中,法律体系存在一种严格的阶梯关系,在这个阶梯关系中,刑法是保证各种法律规范得以实施、贯彻、执行的最后一道屏障,它始终处于保障法的地位。对立法者而言,只有在穷尽其他一切手段仍不足以遏制危害社会的行为时才有动用刑法的必要。如果某一可能构成犯罪的行为,其前置法(如行政法规)仍然缺失或不够完善,在这样的形势下,更为重要的是加强前置法的立法工作,使相关活动在这个层面尽快得到规范和规制。立法者不应当轻易动用刑法来弥补前置法的缺失。人们也应该知道,让刑法冲锋陷阵并为前置法的不完善买单并不妥当,不应当用刑罚来弥补前置法的缺失和不足。

4.法律设计时被害人过错的相对性思考缺位。互联网金融违法犯罪活动的顺利实施,在一定程度上离不开市场参与人的积极参与,互联网金融演化为涉众型经济犯罪,往往也是市场参与人自身存在过错所致。在市场经济大潮中,当一些人看到他人一夜暴富,加之受当下社会贫富分化严重现状的刺激,这种失衡心理日益严重,于是就产生了赌博心理。在投资“高回报、见效快”,“钱生钱、利滚利”等诸多利诱之下,市场参与人企图以投机方式获得高额回报。此时,他们会将理性投资意识抛诸脑后,甘冒风险参与非法集资或投资。可见,互联网金融犯罪频发与市场参与者自身的过错也有关系。正如有学者所言,如果被害人知道从事某项活动是危险的并让自己承担了这样的危险,那么当危险发生时,被害人就不能因此获得赔偿,也即“自愿招致损害者不构成侵害”。大多数互联网金融犯罪案件中的被害人均是以投资者或者集资参与人的身份参与的,并且他们是在暴利的驱动下甘冒风险故意实施相关行为的,从而直接或间接促成了犯罪案件的形成。显然,我们应当根据被害人自身存在过错这一事实来减轻对行为人主观恶性和人身危险性的负面评价。在追究互联网金融犯罪行为人的刑事责任时不应过于苛刻,即使对其不能从轻或减轻处罚,也不能施加过于严厉的刑罚;否则,就违背了主客观相统一原则,最终落入客观归罪的窠臼(刘宪权,2012)。

#### 四、刑法合理规制互联网金融的基本原则与制度构想

##### (一)基本原则

1.刑事政策要为金融创新与竞争留出必要的制度空间。传统金融与互联网金融的博弈实质是中心化和去中心化的博弈,是工业时代和后工业时代的博弈。互联网金融能够提高货币流通速度,提供金融资产的流动性,吸收小额闲散资金,提高货币运行效率。同时,互联网金融的核心在于金融资源的交易可以在互联网上直接进行,而不需要通过金融中介,体现了鲜明的去中介化特征。资金数量的多少、个人的偏好和时间安排都可以通过互联网直接交换,资金使用效率大幅提高。互联网金融的迅猛发展倒逼银行等传统金融机构必须通过创新来提高市场竞争力,这将有效降低我国实体经济的整体融资成本。金融市场效率的提高能够为实体经济

提供更强的助力,进而推动宏观经济增长。具体而言,虽然 P2P 网贷和众筹带有“非法集资”的色彩,但基于个人对个人、点对点的借贷模式,投资者承担的风险有限,整体上处于可控的状态。而且,互联网金融能解决小微企业、个人消费信贷方面现有金融服务的不足,是现有金融体系的有益补充。

因此,是在金融领域引入更多竞争、创造更有活力的金融市场,还是继续维护计划经济时代的银行垄断,其本身并非刑法问题,但对这个问题的回答直接影响刑事政策的走向。现行刑事司法立足于维护金融体系的绝对垄断地位,几乎没有给金融创新留出空间。例如,《非法集资解释》中关于“向社会公开”的认定,对互联网金融无异于“一剑封喉”。互联网作为信息社会的载体,其存在的意义就在于公开。不公开宣传的互联网金融产品,是一种逻辑上不可能存在的事物。如果在法理上民间借贷行为是合法的,而又不涉及国家机密、商业秘密和个人隐私,为什么不能公开宣传呢?而如果借贷行为是非法的,为什么又允许其存在呢?这个逻辑的唯一合理解释就是:银行既不可能从法律上否定民间借贷的合法性,但出于自身利益,又不能容忍真正竞争的存在。因此,如果民间借贷只是零星的边边角角,可以不必理会,但当互联网金融使得传统的民间融资行为突破固有藩篱、触及更大范围人群的时候,银行便会求助于法律,用法律武器消除竞争。互联网金融合法性之争的本质是利益之争。银行在计划经济时期是国家机构,但在市场经济的条件下,商业银行的法律地位已经转化为公司,而公司是无权排斥竞争的。这就是反垄断法成为现代经济法基石的原因。

当下我国改革已经进入攻坚段、深水区,要改革就要有容错的精神。互联网金融创新需要创新环境和制度空间。对于互联网金融这种新事物,政策、法律和社会应有更多包容。

2.恪守刑法的谦抑性原则。刑法的谦抑性,又称刑法的经济性或节俭性,是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他措施代替刑罚)获取最大的社会效益——有效地预防和打击犯罪(陈兴良,2004)。如德国刑法学家耶林所言:“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统制手段才是理想的。可以说,只有在其他社会统制手段不充分时,或其他社会统制手段(如私刑)过于强烈、有代之以刑法的必要时,才可以动用。”根据刑法的谦抑性原则,只有当其他法律不足以抑制违法行为时,才能适用刑法(张明楷,1995)。

非法吸收公众存款是法定犯,与自然犯相比,法定犯的社会危害性具有更多变异性,法定犯的社会危害性大小是与社会发展和政策变动密切相关的。治理非法集资犯罪不是单靠刑法就能奏效的,堵不如疏。管控互联网金融,要行政法优先,以行政监管为主,以刑事处罚为辅。互联网金融违规行为,首先是违反金融法规,构成违法行为,其次才可能触犯刑法,因此互联网金融的法律问题,首先是行政法问题,其次才是刑法问题。在管控互联网金融方面,应首先依靠行政法、主要依靠行政法,只有当行政处罚措施不足以体现法律对于违法行为的谴责时,才可以考虑刑事责任问题。这是刑法谦抑性和补充性的题中应有之义。

面对 P2P、众筹这些金融领域的新生事物,当作为负有监管职责的央行尚在观望、尚在研究、尚不知如何处置的时候,刑法的确不宜冲在最前面。在认定行为性质是否属于非法集资的问题上,司法机关也不必迫不及待地跑到行政机关的前面。如果过于依赖刑法,首选用刑事方法解决民事或行政问题,一方面损害了法治精神,另一方面也不利于行政管控手段的进化。国家治理非法集资犯罪,功夫当在刑法之外。中国 P2P 和众筹的乱象,恰恰是由于金融监管者目前没有及时介入监管,造成了监管真空才引发的。

3.前置立法必要性原则。在处理互联网金融案件的过程中,应强化民事责任、行政责任,

弱化刑事责任。只有经过层层筛选,排除了前置法调整的可能性之后才能纳入到刑法的视野之中。这是一个基本的司法原则。但我们发现,目前刑法关于互联网金融非法集资犯罪基本都是以非法吸收公众存款罪论处,这一定罪基础的前置法是国家的《商业银行法》。在刑法中立法者将非法吸收公众存款的行为分为一般的非法吸收公众存款以及变相吸收公众存款,并希望通过刑事立法一劳永逸地解决非法集资横行的状况。然而,立法者忽略了变相吸收存款的行为主体并不是商业银行,因此一部《商业银行法》并不能解决所有互联网金融活动中出现的非法集资问题。在变相吸收公众存款这种行为方式中,刑法就是在没有前置法规定的情况下进行规制的。而正是由于缺少体系完整的互联网金融的前置法,导致立法者不得不采用措辞含糊的刑法规范来应对不断变化的社会现实,这在非法吸收公众存款中尤为突出。因此,对于当今社会上出现大量互联网金融违法犯罪的案件,若不去反思前置法的完善以及相应的执法效果,只是将关注重点放在如何加强和细化刑法的规制,无异于本末倒置。因此,通过完善《商业银行法》、《贷款通则》等相关法律法规政策对非法金融进行明确的界定,对这些有可能涉及非法集资行为的前置法进行必要的补充十分重要。因为只有在前置法中对合法、违法金融活动进行详细的界定,才能让刑法在进行第二次违法评价时做到有法可依。

## (二)制度构想

如前所述,在刑事规制上,与互联网金融伴生的非法集资概念一直在试图扩张自己的内涵,以期能够对日益复杂的互联网融资活动实行有效监管,但这一努力却遭到了现实的挑战。

在我国当前背景下,从改革证券法入手,对非法集资概念进行价值重构,应当是规制互联网金融活动的最佳选择。事实上,非法集资这一概念与证券法之间有着天然的联系。在我国,《证券法》中证券的范围极为狭窄,因此相当数量的融资活动无法被纳入证券发行的范畴,其法律关系处于很不确定的状态,进而影响到了投资者利益的保护。为了避免出现法律调整的“真空地带”,立法者创设了“集资行为”这个概念,希望以此囊括那些本应归属于证券发行的融资活动,而未经有关机关批准向不特定社会公众进行的“集资行为”就成了“非法集资”。但实践中的部分集资行为与证券发行行为已没有本质的区别,现行法律对于二者的区分是相当任意且不合理的。

从理论上讲,能够用于集资的证券很多。证券是彰显权利的凭证,充当实质证券的种类繁多。在传统的股票、债券、投资基金份额、衍生证券之外,还应包括票据、提单、保险单、存款单等,以及根本不出现“股票”、“公司债券”等名称,但实际上具有证券功能的投资合同,投资人在履行支付钱款义务后只需坐等约定的投资收益。在美国证券法中,证券实际分为两类:一类是已经标准化的证券,如股票、债券、票据等;另一类是可变的、非常规的、不常见的证券,如投资合同。前者易于被认定为证券,而后者则需要经过更仔细的考察才能确定其性质<sup>①</sup>。美国法官在决定投资合同是否为证券时,要考虑的因素之一就是证券法之外是否还有其他法律制约该凭证。这种做法背后的理念是不能有法律漏洞和盲点。我国的做法则正好相反,证券法规定的证券范围十分狭窄,遇到类似投资合同等新型融资行为时,就统统收入非法集资的大口袋,轻易地以非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪定罪处理。非法集资的外延非常大,其概念或定义比证券的概念或定义更模糊,由此导致诸多非法集资行为既未被非法集资制度制约,也未被证券法制约,融资者逍遥法外;而一些合法的互联网融资行为却被错断为非法集资行为而

<sup>①</sup> 通过一系列判例,美国法已发展出了一套对于投资合同的认定标准,这一套标准由1946年的Howey案确立,因此又称为Howey标准。而目前我国认定的许多非法集资,其实就是“美国式投资合同”,前些年闹得沸沸扬扬的“果园开发热”也完全是Howey案的一个翻版。因此,我国完全可以参照Howey标准来划定非法集资的界限。

遭受刑法过于严厉的处罚。因此,将非法集资的监管交给证券监管部门,让其回归证券发行行为的概念应当是互联网金融监管的转变方向。

我国与美国对互联网金融行为采取了不同的规制模式,美国通过扩展“证券”的概念,将融资行为纳入到证券法的调整范围,而我国却将大量符合证券特征的投资合同等工具排除在证券的范围之外。目前,我国的集资行为呈现出一种证券化的趋势。《审理非法集资案件解释》第2条列举的11种非法吸收资金的情形中,基本上都是采用实质意义上具备证券“功能标准”的证券融资行为。但遗憾的是,此种行为无法由现行证券法调整,而是作为非法集资形态调整。而我国认定的许多非法集资,其实也就是“美国式投资合同”。因此,针对我国证券定义不明以及《证券法》调整范围较小的情形,有效的方法即借鉴美国投资合同,依照判断证券的标准,将符合投资合同的证券纳入《证券法》的监管中,并同时建立证券私募发行、小额豁免制度。首先让公众了解其集资行为是否为证券发行行为,然后为其发行行为提供如下的选择:公开发行、私募发行或者小额豁免发行。因为私募发行与小额豁免发行无需监管机构复杂繁琐的审核程序,这就将大量的不需要监管的机构重点监管的证券发行行为以豁免(或备案)的方式排除,从而减轻了监管机构的监管压力。同时,私募发行与小额豁免发行又为社会的中小微企业融资发行(或借贷)提供了一个“安全港”设计,在“安全港”内的证券发行融资行为不受追究,这样合法的证券发行行为、违法的证券活动与非法集资之间的界限也就相对清晰了,从而也有利于打击真正的非法集资。

“非法集资”是特定历史条件下的产物,当中国的证券市场与监管已经达到一定的成熟程度且将不断发展的情况下,应当尝试将非法集资的监管权交还给证券法。“要有效监管各种非法集资活动,应采取直接融资活动的监管手段,通过扩大“证券”定义的方式,改变证券发行核准制度,将非法集资活动纳入《证券法》的管辖范围”(彭冰,2009)。唯有如此,才能理顺该制度的内在逻辑关系,真正把握住互联网金融的核心意义,使其走上健康发展的道路。

## 五、结 论

互联网金融带来的便利和高效是金融创新的显著成果,金融创新需要一定的自由和适当的制度空间。如果刑法过度地介入互联网金融,则会挤压金融创新的生存空间,扼杀金融行业的创新成果,不利于金融行业的发展。上海自贸试验区金融制度创新,可以尝试软法先行(季卫东,2014),积极探索完善互联网金融的前置性立法,以行政监管为主要手段,通过适时的事先防控和行政干预,使互联网金融活动逐步透明化、规范化。在纠纷处置的过程中,应当强调民事优先,以民事责任作为互联网金融纠纷救济的首要方式;以刑法规制为次要和补充手段,同时,在刑法规制中,应当恪守谦抑性原则,适度收缩刑法介入互联网金融创新的范围和边界,准确把握体现规则先行、法制保障的法治化要求。

### 主要参考文献

- [1]安邦坤,阮金阳.互联网金融:监管与法律准则[J].金融监管研究,2014,(3):57-70.
- [2]陈兴良.刑法哲学[M].第3版.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [3]季卫东.金融改革与“法律特区”——关于上海自贸区研究的一点刍议[J].东方法学,2014,(1):86-91.
- [4]李志刚.经济法上的两权对抗及其消解——以国家对民间融资的管制为视角[J].法学,2006,(1):95-102.
- [5]刘宪权.刑法严惩非法集资行为之反思[J].法商研究,2012,(4):119-126.
- [6]彭冰.非法集资活动的刑事规制[J].清华法学,2009,(3):120-130.
- [7]张明楷.论刑法的谦抑性[J].法商研究,1995,(4):55-62.

# Reasonable Boundary of the Intervention of Criminal Law in Internet Financial Innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone

Li Rui

*(School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)*

**Abstract:** Although internet finance is a great opportunity for overtaking around the corner of financial innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, the absence of supervision has made its destructiveness increasingly clear and obvious. This paper first makes a typification analysis of main formats and endogenous criminal law risks of internet finance, reflects the boundary of the intervention of existing criminal law in internet finance of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone from the perspectives of legislative system of internet finance, the design logic of legal liability system, the orientation of criminal law regulation and victims' fault, and hereby proposes basic principles and system concept of reasonably regulating internet finance: adhering to prevention & control in advance and administrative supervision, giving priority to civil liabilities in dispute resolution, keeping to the modesty of criminal law, properly shrinking the extent and boundary of the intervention of criminal law, so as to provide legal protection for financial institutional innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone.

**Key words:** internet finance; legal risk; financial regulation; criminal regulation

(责任编辑:雨 橙)

---

(上接第 100 页)

## The Study on the Negative List Comparison between the Two Sides of the U.S. BITs

Lu Jianming, Yang Yujiao, Liang Siyan

*(School of Economics, Tianjin University of Finance and Economics, Tianjin 300222, China)*

**Abstract:** Based on the 47 U.S. BITs, and according to the six investment restriction domains in the U.S. negative lists, the items in the negative lists of the U.S. BIT counterparties could be sorted into four categories: items are exactly the same as the U.S. items; items are different from but have the same implications with the U.S. items; items have different implication but within the domain of the U.S. negative lists; items exceed the domain of the U.S. negative lists. This paper gives a comprehensive study on the sector and country distribution characteristics of the four types of items in the negative lists of the U.S. BIT counterparties, and then analyzes the negotiation difficulty in listing different industries in negative lists by China in China-U.S. BIT negotiations. It has reference significance for China to select proper strategy in the China-U.S. BIT negotiations.

**Key words:** bilateral investment treaty; negative list; non-conforming measure; China-U.S. BIT negotiation

(责任编辑:雨 橙)