

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 49

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

网络犯罪专栏

【王 勇】

非法获取虚拟财产行为的刑法认定研究

中国刑法

【陈家林 汪雪城】

特殊防卫的司法现状及其刑法学分析

——以98份裁判文书为样本

外国刑法

【〔德〕托马斯·魏根特著 张志钢译】

德国刑法向何处去？

——21世纪的问题与发展趋势

比较刑法

【于佳佳】

英国医疗过失犯罪的处理经验及其对中国的启示

区际刑法

【张玮心】

真意保留或诈骗手法

国际刑法

【叶小琴】

虐待待被监管人罪之“监管机构”的重新审视

——以应对国际追赃追逃与普遍定期审议的
双重挑战为切入

犯罪学与刑事政策

【汪明亮】

“朝阳群众”参与犯罪治理的政策逻辑



2017年第1卷
第49卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 49

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 苏明月 张 磊 彭新林 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI)
来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛(2017年第1卷·总第49卷)/赵秉志主
编.—北京:法律出版社,2017.6
ISBN 978-7-5197-0731-6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第064040号

刑法论丛(2017年第1卷·
总第49卷)
XINGFA LUNCONG(2017 NIAN
DI 1 JUAN · ZONG DI 49 JUAN)

赵秉志 主编

执行编辑 屈 瑶
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨昆玲
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 20
字数 565 千
版本 2017年6月第1版
印次 2017年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-0731-6

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔网络犯罪专栏〕

- 1 异化与复归:P2P 网贷金融风险的刑法规制 杨晓培
27 监管时代互联网金融犯罪的实务问题 薛文超
65 非法获取虚拟财产行为的刑法认定研究 王 勇

〔中国刑法〕

- 96 刑法分则中罪后行为对刑事责任的减免
..... 徐光华 艾诗羽
123 刑法立法解释的立场问题研究 高丽丽
150 特殊防卫的司法现状及其刑法学分析
——以 98 份裁判文书为样本
..... 陈家林 汪雪城
193 刑事职业禁止司法适用疑难问题解析 曹 波
223 非法集资犯罪客观要件及共犯的认定
..... 左坚卫 林 静

249	论侵犯著作权罪的司法认定 ——以“未经著作权人许可”的司法 证明问题为主线 刘广三 李 晓
276	欺诈:违约、侵权抑或犯罪? ——以民刑边界理论为中心展开 杨春然
308	《中华人民共和国刑法修正案〈九〉》第35条 第3款定性之研究 ——兼与“诈骗罪论者”商榷 姚万勤
335	虚假诉讼罪的研析与思考 商浩文
358	战时军事缓刑的刑法教义学展开 万志鹏
	〔外国刑法〕
374	德国刑法向何处去? ——21世纪的问题与发展趋势 [德]托马斯·魏根特著 张志钢译
390	日本刑事被害人权利保护制度及其启示 张义健
	〔比较刑法〕
418	“猥亵”难以承受之重:性侵男性犯罪认定悖论 及其消解 冯骁聪
443	日本刑法中现场助威罪的中国语境检视 王 园 黄 鹏
465	英国医疗过失犯罪的处理经验及其对中国的启示 于佳佳
	〔区际刑法〕
504	真意保留或诈骗手法 张玮心

〔国际刑法〕

- 534 对虐待被监管人罪之“监管机构”的重新审视
——以应对国际追赃追逃与普遍定期审议的
双重挑战为切入 叶小琴

〔犯罪学与刑事政策〕

- 574 “朝阳群众”参与犯罪治理的政策逻辑 汪明亮
602 关于防范冤假错案的长效机制研究 李永升
627 稿 约

CONTENTS

[Special Column for Network Crimes]

Alienation and Return: Criminal Law Regulation on the Financial Risk of Peer-to-Peer Lending	Yang Xiaopei	1
Study on Internet Financial Crimes in Practice and the Border of Penalty in Financial Supervision Era	Xue Wenchao	27

Research on the Act of Illegally Stealing Virtual Property According to the Criminal Law	Wang Yong	65
---	-----------	----

[Chinese Criminal Law]

The Sentence Reductions for Acts after the Crime in Specific Provisions of Criminal Law	Xu Guanghua & Ai Shiyu	96
Research on the Stand of Legislative Interpretation of Criminal Law	Gao Lili	123
Special Defense Judicial Defining Deviation and Its Criminal Law Analysis —A sample of 98 Judgments	Chen Jialin & Wang Xuecheng	150
Research on the Judicial Difficulties of Criminal Occupation Prohibited	Cao Bo	193
The Objective Elements of Crimes Committed by Illegal Fund Raising and the Determination of Accomplice	Zuo Jianwei & Lin Jing	223

Study on the Judicial Determination of the Crime of copyright Infringement	
—The Main Line on the Judicial Proof of “without the permission of the copyright owner”	Liu Guangsan & Li Xiao 249
Fraud; Breach of Contract, Tort or Crime	
—From the Theory of Limits of Criminal Law	Yang Chunran 276
A Study of Third Qualitative Research on the Thirty-fifth Article of the Criminal Law Amendment (nine)	
—Discussion with “the crime of fraud”	Yao Wanqin 308
Research on the Disputed Issues about the Crime of False Lawsuit in the AmendmentIX to the Criminal Law	Shang Haowen 335
Strafrechtsdogmatik of War Military Probation	Wan Zhipeng 358
[Foreign Criminal Law]	
Where is the German Criminal Law Going?	
—The Problem and the Development Trend in the 21 st Century	Written by Thomas Weigend, Trans. by Zhang Zhigang 374
Protection System of the Rights of Criminal Victims in Japan and Its Enlightenments	Zhang Yijian 390
[Comparative Criminal Law]	
The Unbearable Weight for “Indecency”: Paradoxes on Cognizance for Male Sexual Assaults Offences and Their Elimination	Feng Xiaocong 418
Under the Context of Chinese to Study on Crimes of Cheer in Scence of Japanese Criminal Law	Wangyuan & Huangpeng 443

Medical Malpractice as a Criminal Offense in England	
.....	Yu Jiajia 465
[Inter-regional Criminal Law]	
Reservation of Truthful Meaning or Fraudulent Tricks	
.....	Zhang Weixin 504
[International Criminal Law]	
A New Interpretation on “Institution of Confinement” of	
the Offense of Torture against Detainees	
—From challenges of both manhunting, recovery of	
Ill-gotted gains and universal periodic review	
.....	Ye Xiaoqin 534
[Criminal Policy]	
Policy Logic of “Chaoyang Residents” Involved in Crime	
Governance	Wang Mingliang 574
Studying of Structing a Long-term Mechanism to Prevent	
Misjudged Cases	Li Yongsheng 602
Notice to Contributors	627

〔网络犯罪专栏〕

异化与复归:P2P 网贷金融风险的刑法规制

杨晓培*

目 次

一、前 言

二、P2P 网贷行为的异化及其金融风险

三、P2P 网贷金融风险规制的刑事政策立场

四、P2P 网贷金融风险规制的刑法模式

五、结 语

一、前 言

自 2007 年 P2P(Lending Club 模式)网贷引入我国以来,其以网络性、便利性和普遍性的优势“野蛮”生长,深度契合了受资金脱媒导致资产端刚性需求旺盛以及中小企业面临“麦克米伦缺口”的市场现状。然而,在传统金融垄断、征信体系缺失、监管机制“集体无序”作用下,一系列 P2P 网站出现了关停、跑路等失范现象。资料显示,截至 2016 年 6 月底,全国累计问题网贷平台 1778 家,约占全国机构总数的

* 厦门大学刑法学博士,江西服装学院副教授。

43.1%,这些网贷机构普遍出现违约、经营困难、卷款跑路等问题。^①P2P由此被打上“非法”“犯罪”等标签,成为网络诈骗的代名词。面对P2P网贷行为的异化,当局应以何种刑事政策立场及刑法模式合理地组织对其可能诱发的金融风险的规制,便成为刑法理论研究的迫切问题。

二、P2P网贷行为的异化及其金融风险

(一)P2P网贷行为的异化及金融风险

P2P网贷作为互联网与金融之间跨界融合的产物,实质是通过以互联网技术为支撑的网贷平台,以小额分散为原则,普遍采取担保机制,为借贷双方提供信息的收集、公布、交互和借贷撮合等服务,成为普惠金融组成部分的一种民间借贷。P2P网贷得益于互联网技术在民间借贷领域的应用,信息传输的效率和范围得到了极大地提高,借贷双方可以从更大范围内寻求合作,借贷双方参与主体变得更为广泛。但是,我国目前尚未健全的个人和企业征信体系已成为P2P网贷发展的“阿喀琉斯之踵”。当然,P2P不仅由于其是互联网金融主体而存在互联网的技术风险,更由于其无准入门槛、无行业标准、无监管、业务边界模糊、征信体系缺失而容易导致网贷行为的异化进而引发金融风险。

从“网贷之家”网站在2016年1月至9月的P2P网贷统计的数据来看,民营网贷平台是目前P2P网贷行业的主体,同时,民营系运营的网贷平台综合利率普遍较高并达到12.36%,极大超出了其他资本运营的网贷平台综合利率,潜在金融风险自然较高。统计发现,有10.71%的民营系网贷平台出现了停业或者“跑路”等问题。(参见表1、表2、表3)

^① 参见李哲:《P2P监管暂行办法出台,野蛮生长近尾声》,载《前海金融城邮报》2016年8月25日。

表 1 2016 年 1 月至 9 月网贷平台类型及其分布统计

序号	P2P 网贷平台类型	运营平台数量(家)	运营平台数量占比(%)
1	民营系	19,305	89.06
2	银行系	139	0.64
3	上市公司系	676	3.12
4	国资系	782	3.61
5	风投系	774	3.57

表 2 2016 年 1 月至 9 月网贷平台类型及问题平台分布统计

序号	平台类型	运营平台数量 (家)	累计停业及 问题平台数	问题平台占比(%)
1	民营系	19,305	2067	10.71
2	银行系	139	3	2.16
3	上市公司系	676	1	0.15
4	国资系	782	4	0.51
5	风投系	774	1	0.13

表 3 2016 年 1 月至 9 月网贷平台类型及其成交量分布统计

序号	平台类型	成交量 (亿元)	贷款余额 (亿元)	综合利率 (%)
1	民营系	7400.48	3312.28	12.36
2	银行系	2135.88	971.02	6.26
3	上市公司系	3174.88	2115.05	8.55
4	国资系	2338.68	593.86	7.96
5	风投系	3925.37	2404.31	10.04

为此,许多 P2P 网贷平台在经营过程中“自发”地突破了信息中介

的经营模式而出现了行为异化,尤其以民营系类型为主且风险问题突出。这主要表现为:其一,P2P平台以非法占有为目的,虚构项目或者借款人,以高额收益为利诱,在完成借款后,携款潜逃。其二,平台擅自开展自融业务,运用资金池进行资本经营、为借贷双方的借贷行为提供担保等提供增信服务、默许借款人通过该平台实施非法集资活动等等。^①其三,P2P网贷平台怠于履行对借款人的信息审查,盲目追求交易数量,形成管理上的漏洞,从而为各种金融风险埋下了伏笔。

P2P网贷的本质仍是金融,因而其存在与商业银行类似的操作风险、信用风险、政策风险和流动性风险等。不同的是,由于网贷的运行平台和运行结构发生了根本性变化,故风险形式亦有自己的特点。主要表现在三个方面:一是借款人的信息披露是否充分,这是P2P最大的风险源;二是缺乏有效的、可持续的风险对冲机制,不存在类似于商业银行的贷款风险拨备机制,一旦出现借款人较大规模的违约,就有可能出现“跑路”现象;三是政策边界风险。从形式上看,P2P融资模式离非法集资只差一步,如果存在“资金池”,则可能出现严重的政策法律风险。^②异化后的金融风险主要表现为非法集资的风险、产品异化风险以及挪用客户资金的风险,且具有分散性与集中性、封闭性与扩散性等叠加的系统性特征,不仅严重侵害了金融消费者的法益,也扰乱了金融管理秩序。

(二)P2P网贷金融风险的刑事责任触发

在整个宏观经济环境变化的影响下,传统金融体制与泛刑法主义、重刑化思想持续互动,若怠于对风险实施有效的隔离、防控,P2P网贷行为的参与主体就容易引起风险交叉与刑事责任的连锁反应。笔者以北大法宝公布的74个P2P网贷典型刑事案例为分析样本发现,虽然个

^① 刘宪权:《P2P网络集资行为刑法规制评析》,载《华东政法大学学报》2014年第5期。

^② 吴晓求等:《互联网金融——逻辑与结构》,中国人民大学出版社2015年版。

案的发生具有偶然性,但是一定偶然性的累积就形成了某些共性。P2P 网贷行为异化为犯罪的情况,基本是平台偏离了信息中介的本质而导致,在多数案件中,P2P 网贷平台的经营者都是以隐瞒事实、虚构项目等方式,配上高息的利诱和奖励,借助 P2P 网贷平台掩护,从而实施了多以吸收公众存款、集资诈骗为主要方式的犯罪行为。(见表 4)

表 4 P2P 网贷刑事典型案件样本罪名分布统计

序号	侵犯罪名	案件数量(件)	占样本比例(%)
1	非法获取公民个人信息罪	1	1.35
2	非法经营罪	1	1.35
3	合同诈骗罪	2	2.70
4	非法吸收公众存款罪	52	70.27
5	集资诈骗罪	14	18.92
6	诈骗罪	4	5.41

具体而言,P2P 借贷平台作为互联网金融融资的主要方式之一,由于参与主体多且异化的融资模式多样,涉及领域包括互联网、金融、法律等领域,关系复杂,行为异化,P2P 借贷业务已从多个方面突破了法律、法规的禁止性规定,而部分行为可能触犯以下刑事犯罪:

第一,非法吸收公众存款罪。P2P 网贷行为的异化相似于非法吸收公众存款罪的典型特征。借用合法经营形式吸收资金,具有非法性;利用网贷平台的宣传行为,具有公开性;出借人借款可以收到利息回报,具有利诱性;平台客户为社会上不特定主体,具有社会性。从 74 个典型刑事案件统计样本数据来看,非法吸收公众存款罪是 P2P 网贷行为异化后最容易触犯的罪名,占据高达 70.27% 的比例。在 P2P 网贷中,涉嫌非法吸收公众存款的行为主要有:(1)部分 P2P 网贷平台先归拢出借人的资金形成资金池,再寻找借款人。所谓资金池模式是指一些 P2P 网络借贷平台通过将借款需求设计成理财产品出售给放贷人,或者先归集资金,再寻找借款对象等方式,使放贷人资金进入平台的中

间账户,产生资金池,此类模式涉嫌非法吸收公众存款。例如,在李某某非法吸收公众存款案[(2016)浙1002刑初505号]中,行为人未取得任何金融从业资格,亦未采用第三方资金托管的情况下,从事P2P网贷,向社会公众吸收存款,社会公众通过网贷平台转账或者直接存入行为人人个人账户的方式将钱转给行为人,行为人再将这些款项借给他人,从而赚取利息差价,共向515人吸收存款共计人民币1927万元。因资金链断裂,平台关闭,共有409万元未能偿还。(2)P2P网贷平台将借款需求设计成理财产品出售给出借人。这种形式实际上利用了投资人与借款的信息不对称,通过对借款人借款需求的包装,使得投资人不了解实情的情况下进行投资。例如,在何某、黄某犯非法吸收公众存款罪案[(2015)杭滨刑初字第289号]中,行为人利用“信博财富”网站平台向社会不特定公众推广P2P“发标”——“投标”的信贷投资模式(其中发布理财产品称为“发标”,客户购买理财产品称为“投标”),承诺3.5%~4.6%月息的高额回报,吸收公众投资。(3)P2P网贷平台开展自融业务,吸收投资人的资金进行自身经营活动。在熊某犯非法吸收公众存款案[(2015)河刑初字第00152号]中,行为人在未经银监部门批准的情况下,在网上成立P2P网贷平台,以高息为利诱方式,向社会不特定多人宣传并吸收公众存款供自己生产经营活动使用,非法吸收公众存款达到6216万元,有740万元不能归还。(4)将较长期限的借款需求拆解成短期借款需求,滚动融资,以新偿旧。在徐某某等非法吸收公众存款案[(2015)绍虞刑初字第229号]中,行为人设立“力合创投”平台,以年息加奖励19%~50%为诱,向1200余人非法吸收公众存款达5195万余元,用于资金拆借和企业经营等,滚动融资。当然,也有学者认为,互联网金融虽会创设风险,但一部分已然被一般国民观念所容许,司法实践盲目扩大非法吸收公众存款罪犯罪圈必定产生适得其反的效果。^①

第二,集资诈骗罪。按照《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑

^① 梅腾、阎二鹏:《“P2P网贷债权转让”的刑法介入——以非法吸收公众存款罪的实质解释为视角》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2016年第2期。

法》)第 192 条的规定,以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的即可构成集资诈骗罪。集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪在行为表现上具有相似性,区分的关键在于行为人在募集资金时是否有非法占有目的,是否实施了欺诈行为。在实践中需要注意的是,行为人在募集资金时提供的是真实的项目,由于经营失败等客观原因导致无法归还本息的,不能据此简单地推定行为人在募集资金时具有非法占有目的,行为人非法占有目的的认定也应当遵循主客观相统一原则。同时,也不能仅仅因为损失较大就认定为是集资诈骗罪,而损失较小的情况认定为非法吸收公众存款罪,关键在于非法占有与无法归还之间的因果关系的判断。^① 在 P2P 网贷中,借款人和 P2P 网贷平台都可能构成集资诈骗罪。对于 P2P 平台中自己贷自己保的行为,刘士余举例解释称,成立 P2P 平台,自己做个“三间房”,一个房间做担保公司,正门提供 P2P 平台,第三间房又是自己的实体。也就是说,吸收资金,自己给自己担保,然后发放给自己的公司。如果符合集资诈骗罪的犯罪构成要件,应以集资诈骗罪追究其刑事责任。在 2001 年 1 月 21 日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中列举了金融诈骗犯罪中以非法占有为目的的七种情形:(1)明知没有归还能力而大量骗取资金;(2)非法获取资金后逃跑;(3)肆意挥霍骗取的资金;(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动;(5)抽逃、转移资金、隐匿财产,以逃避返还资金;(6)隐匿、销毁账目或者搞虚假破产假倒闭等方式以逃避返还资金的;(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。P2P 网贷平台实施融资业务行为,在所承诺的收益无法兑现又无法返回本金时,很可能被认定为实施欺诈活动,涉嫌构成集资诈骗罪。同时,犯罪分子可能通过虚构项目的方式,借助 P2P 网贷平台,以丰厚的收益回报为幌子,以非法占有为目的,向社会不特定公众吸收借款,事后携款逃跑的,就构成典型的集资诈骗罪。

第三,非法经营罪。我国《刑法》第 225 条第 3 项规定了,未经国家有关部分批准非法经营证券、期货、保险业务或者非法从事资金支付结

^① 刘宪权:《金融犯罪刑法学新论》,上海人民出版社 2014 年版,第 438 ~ 446 页。

算业务的,构成非法经营罪。另外,第4项规定了兜底条款,其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。经济秩序的本质是社会经济利益的表现,经济利益的任何调整与变动,都将导致经济秩序状态的某种程度的变化。^① 该罪的行为表现为违反国家法律、法规的规定,从事非法经营活动。在P2P网贷中,P2P网贷平台可能涉嫌构成非法经营罪。一方面,P2P网贷平台如果从事证券、期货、保险业务,达到法定立案标准的,将因符合《刑法》第225条第3项的规定而构成非法经营罪;另一方面,P2P网贷机构如果直接参与借贷双方的交易行为,并未借款人提供担保等增信服务的,可能会因为符合《刑法》第225条第4项的规定而涉嫌构成非法经营罪。按照银监会、国家发改委、工信部、财政部、商务部、人民银行、国家工商管理总局共同颁布的《融资性担保公司管理暂行办法》第8条第3款的规定,任何单位和个人未经监管部分批准不得经营融资性担保业务。

第四,擅自设立金融机构罪。实践中,许多P2P网络贷款平台肆无忌惮地直接地介入借款人和贷款人之间的交易,突破了P2P网络贷款平台的应有限制,致使平台的性质与立场出现异化。也就是说,我国的P2P网络贷款平台实质上已经或多或少地参与到交易之中,其不仅仅是贷款中介,而是民间金融活动中的一种特殊金融机构。^② 从现有的金融管理制度来看,开展集资中介金融业务的机构无疑属于商业银行等金融机构,而很多P2P网贷机构的设立并没有经过国家主管部门的批准,应以擅自设立金融机构罪追究相关责任人员的刑事责任。^③ 在P2P网贷中,网贷平台作为信息中介机构不得偏离信息中介的性质而介入当事人双方的借贷关系中,但在运营中网络平台在利益诱惑下,大多直接管理出借人的资金,逾越了资金私有或不入账的相关底线,该行为十分类似商业银行的储蓄借贷业务。根据《非法金融机构和非法

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年第4版,第644页。

② 冯果、蒋莎莎:《论我国P2P网络贷款平台的异化及其监管》,载《法商研究》2013年第5期。

③ 刘宪权:《论互联网金融的行政监管与刑法规制》,载《法学》2014年第6期。