



互联网金融法治丛书

中央财经大学互联网金融与民间融资法治研究中心

互联网金融犯罪 概 说

HULIANWANG JINRONG FANZUI GAISHUO

郭 华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

@ 互联网金融法治丛书

中央财经大学互联网金融

互联网金融犯罪 概 说

HULIANWANG JINRONG FANZUI GAISHUO

郭 华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

互联网金融犯罪概说 / 郭华著. —北京:法律出版社, 2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7926 - 4

I. ①互… II. ①郭… III. ①互联网络—计算机犯罪—金融犯罪—研究 IV. ①D914.04



责任编辑/沈小英 刘晓萌

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/晁明慧

责任印制/吕亚莉

印刷/固安华明印业有限公司

开本/A5

印张/7.625 字数/180千

版本/2015年5月第1版

印次/2015年5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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7926 - 4

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

互联网金融法治丛书

编审委员会

主 任	吴 韬	
副主任	郭 华	
委 员	董新义	孟祥轶
	许冰梅	刘 华

目 录

导论 互联网金融创新、风险与犯罪	1
一、互联网金融的创新与犯罪	4
二、互联网金融的风险与犯罪	8
三、互联网金融创新、风险与犯罪	12
第一章 互联网金融概述	16
一、互联网金融与金融互联网	17
二、互联网金融的主要模式	26
三、互联网金融的风险控制	41
第二章 互联网金融违法犯罪的样态	57
一、互联网金融违法犯罪的现状	58
二、互联网金融的违法犯罪类型	77
三、互联网金融违法犯罪的趋势	88
第三章 互联网金融犯罪的刑事政策	95
一、互联网金融犯罪的刑事政策	96
二、互联网金融违法入罪出罪抉择	107
三、互联网金融风险的刑法规制	117

第四章 互联网金融犯罪的司法认定	126
一、互联网金融犯罪的认定思路	127
二、互联网金融犯罪的司法认定	130
三、互联网金融犯罪的刑事程序	218
结语 入罪、出罪与刑法平衡	230
参考文献	234
附录 战略合作机构介绍	238

导论 互联网金融创新、 风险与犯罪

互联网金融创新与互联网金融风险,尤其是与互联网金融相关的犯罪,并非存在自然的内在联结以及应然的逻辑关系,也不代表互联网金融创新必然带来金融风险及其金融犯罪。也就是说,互联网金融创新不是金融犯罪的根源,互联网金融风险也未必是金融犯罪的诱发源头。由此,在金融改革过程中将互联网金融创新、风险与犯罪放置在一起似乎有“拉郎配”之嫌,在探讨互联网金融犯罪时将它们并行关注似乎也有匪夷所思之虞。然而,金融在改革创新过程中确实积聚了一些风险,有些金融风险在现实中确实已陷入金融违法犯罪之泥潭。这些不争的现象与严峻的事实使得将他们联系起来思考不仅具有现实性,且具有应然的合理性与实然的正当性,将三者放置在同一框架下予以研究也就具有了必要性。

互联网金融创新在适应金融体制、环境发展变化的同时尽管能够规避传统金融

管制而游走于合法与非法的边缘,还是难免引发涉嫌犯罪的问题,如支付宝以51%控股与天弘基金合作推出的“余额宝”因基金销售是否属于非法经营的疑问,以及将“利息”转“收益”规避吸收公众存款的质疑。^①这些借助于金融创新释放的能量在不断推出新的金融业务、采用新的技术、运用新的信用工具以及新的金融服务方式的同时,也能够不断形成新的互联网金融业态以及发挥“普惠金融”的特殊功能,但在其创新过程中又无法避免制造出一些影响金融稳健的不确定性因素。如“微信红包”沉淀资金的去向问题,特别是“去中介化”或者相对传统金融的“脱媒”直接融资模式的扩张和“监管真空”下的寻租问题,难免误闯擅自发行股票等监管禁区以及“不得设立资金池的红线”,一旦“东窗事发”,其风险转化为实害,作为创新金融业态的互联网金融难免会成为金融改革失败的牺牲品或者替罪羊,误入金融犯罪的陷阱,被失灵的政策拖进现实的犯罪领域并作为违法犯罪予以打击与惩治。探索互联网金融创新、风险与犯罪之间的内在关系,避免其误入金融犯罪泥潭或者受到不公正待遇已成为需要研究的重要课题。

互联网金融作为互联网与金融的嫁接与融合,它不仅借助互联网技术和移动通信技术实现资金融通支付和中介的功能,而且对现行金融运营壁垒与金融管理体制有所冲击与突破,其迅速发展被视为金融领域突起的“异军”,^②对我国金融体制改革有着独特的推进意义。然因互联网金融不仅具有传统金融的资金流动性风险,还存在互联网作为虚拟空间的技术性风险,再加上其创新过程或者政策变化的潜在风险,多种因素的叠加致使这些风险在一定程度上不亚于传统金融的风险。尽管有些风险可以视为金融体

① 苏曼丽:“余额宝被指‘吸血鬼’支付宝卖萌回应”,载《新京报》2014年2月24日第A23版。

② 参见2015年3月5日第十二届全国人民代表大会第三次会议政府工作报告。

制创新的代价,但在全面推进依法治国的背景下更需要对这些风险进行有效控制,这恰恰是金融法律制度设计乃至法学研究需要关注的热点问题与亟待探讨的重点问题。同时,在互联网金融的创新发展过程中也不乏一些远远超出现有体制阈限的行动,打着创新的旗号追逐非法利益或者利用“监管真空”从中牟利的虚伪创新,这些行为无疑会影响金融安全和社会稳定的违法犯罪行为。例如,有打着互联网金融旗号实际进行“非法经营”、“洗钱”、“信用卡诈骗”以及“擅自发行股票”的犯罪活动,也存在一些因政策不明朗和法律不健全误入犯罪陷阱的情况,如互联网金融创新触碰了“非法吸收公众存款”、“集资诈骗”等刑法框定的犯罪禁区。在一定意义上说,在互联网金融创新过程中需要刑事法律适时介入,借助对互联网金融犯罪的惩治与打击来不断净化互联网金融创新的法治环境,从而实现互联网金融不断持续创新的目的。但是,打击互联网金融犯罪也应当充分尊重互联网金融市场运行规律并正视其正常风险,在寻求互联网金融安全与互联网金融效益平衡的基础上发挥保障与惩治的功能,体现刑法保障法的功能,不宜也不应对互联网金融风险的不确定性或者仅仅依据互联网金融改革出现的不良结果非理性地扩大刑罚适用范围,将打击间接融资的犯罪惩治手段嫁接于直接融资行为上,甚至偏好地以刑罚手段抑制或者压抑互联网金融改革喷发出来的生机活力,以至于违背了刑法作为社会最后屏障的初衷。这些问题解决的妥当与否,不仅需要审慎适用刑罚的观念,更需要将互联网金融创新、风险与犯罪作为一个系统予以考察、分析与探索。

基于以上的认识、理解与考虑,有必要将互联网金融创新、风险与犯罪放置在一起作为一个整体进行思考。其思考的关键问题是如何为法律发现和寻求互联网金融安全与互联网金融效益的平衡点,对于互联网金融创新过程中衍生的与传统金融之间存在的紧张、冲突甚至颠覆的问题如何合理、正当地做出“入罪”与“出

罪”的评价,尤其是金融监管部门以及刑事司法机关对于使用刑法规制互联网金融风险的刑事政策如何更具有理性化,进而保障刑法适用如何审慎地对待涉及互联网金融创新衍生的风险或者因其试错性改革带来的风险代价,而不是迷恋于将其带来的不良后果翕然作为违法犯罪予以惩治,使互联网金融创新沦为命运多舛的“囚犯”。

一、互联网金融的创新与犯罪

互联网金融是传统金融业与现代信息科技,特别是搜索引擎、移动支付、云计算、社区网络和数据挖掘等互联网技术相结合而催生的新金融业态。它带来的不仅是对传统金融的冲击与颠覆以及对传统金融无法满足中小微企业融资的破冰与挑战,而且是源于我国传统金融体系中“金融压抑”而释放出来的变革与创新力量,在一定意义上源于民间融资不断扩张的诉求,也是现代互联网技术发展促发的传统垄断金融体制的一场深刻革命。这种与传统金融分庭抗礼的“异军”倒逼传统金融不断改革,例如,有些银行将电子银行部升级更名为“互联网金融部”,如广发银行、上海农商行;有些银行内部单设了与电子银行部并行的“互联网金融部”,如农业银行正在开发全新互联网平台——“磐石平台”;有些银行出现所谓直销银行的新业务模式,如平安银行的“橙子银行”、上海银行的“上行银行”、南京银行的“你好银行”以及在沪上线的航空产业互联网金融平台“中航生意贷”等。^①可以说,互联网金融是一种不同于传统间接融资的具有革命性的新金融。这种新金融在对传统金融带来新挑战与竞争的同时,因监管缺失和能量过度释放也不断衍生涉嫌违法犯罪的风险,甚至催生一些新的犯罪手段或者开辟了金融犯罪的新领域和新路径,给金融秩序和社会稳

^① 陈健:“融资租赁‘搭车’互联网金融”,载《上海金融报》2015年2月18日。

定制造麻烦。互联网金融创新涉嫌违法犯罪在以下几个方面的表现尤为突出。

(一) 以“余额宝”、“支付宝”等第三方支付为代表的“宝宝们”的创新与犯罪

作为独立第三方支付平台“支付宝”出现以后,其自身又打造了一项余额增值服务——“余额宝”。“余额宝”把货币市场和资本市场连接起来使之具有吸收存款、发行基金的功能,为投资者带来了收益,并创造了新金融业态。随着这些“宝宝们”规模的不断扩张与发展跨界,在一定程度上“搅乱”了传统金融的秩序。例如,“微信钱包”等将散户的零钱悉数吸纳,悄无声息地打破了只有金融机构才能吸收存款的限定与界限。“余额宝”、“支付宝”的资金作为客户网上购买和支付的预付保证金,实际上是借助互联网手段吸收“存款”。当这些被吸收的“存款”或者资金越滚越多,尤其作为投资收入返还给客户时,其行为类似基于规范间接融资的变相吸收公众存款,存在违反非银行机构不得吸收存款规定的嫌疑。一旦跨界越走越远或者沉积巨额资金按照经济效益原则无限发挥时,利益的冲动难免会触及非法吸收公众存款犯罪或者闯入不得设立资金池的政策“红线”,使之与犯罪可能仅有一步之遥。一旦出现不良事件或者问题,犯罪也就不再是遥远的事情,互联网金融创新甚至可能成为金融体制改革失败的责任担当者。

(二) 以 P2P 网贷平台模式的创新与犯罪

P2P 网络借贷平台,是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷,平台为借贷双方提供信息流通交互、撮合、资信评估、投资咨询、法律手续办理等中介服务,有些平台还提供资金转移和结算、债务催收等相关服务。P2P 贷款是对中小企业的贷款提供支持,为中小企业的发展扩展融资空间,打破银行对金融的垄断,从而缓解小微企业融资困难,具有“普惠金融”的特质。P2P 贷款平台出现之前,类似于 P2P 借贷的民间借贷早已存在,但由于其

仅仅在熟人之间发生,范围、空间与地域等因素的有限,中小微企业实现直接融资仍相对困难。P2P 贷款平台出现,使这种借贷走出熟人圈子,消除了地域带来的限制。然而,P2P 贷款平台的逆向选择过程使其面临更大的信用风险。在创新模式上的不断“去中介化”引发了沉积资金和吸收存款的问题,不仅存在因资金期限错配和数额错配带来的风险,还存在互联网金融“黄牛”带来的系统性风险。P2P 网络借贷平台在经历了 2014 年“年底倒闭潮”之后,网贷问题平台依旧不减,甚至有不断扩大之趋势。据网贷之家研究院统计,截至 2015 年 1 月 26 日,问题平台数已达 55 家,其中,曝出待收本息达 9 亿元的里外贷倒闭的消息。此外,待收本息过亿的平台,如广东中大财富待收达 1.1 亿元;山东上咸 BANK 待收达 1.56 亿元。^① 这些案件有可能冲破“不得”的禁区,最终迈向涉嫌违法犯罪的区域。在 P2P 网贷的债权转让模式中,其“拆标”出现的“短贷长投”有可能形成所谓的“资金池”,也可能因“借旧还新”或者“发新偿旧”遇到集中“挤兑”,导致资金“期限错配”、“金额错配”的流动性风险,从而遭遇非法吸收公众存款犯罪的问题。由于借贷双方不直接签订债权债务合同,对资金期限和金额进行双重分割,由第三方个人(专业放贷人)先行放款给资金需求者,再由该第三方个人将债权转让给投资者,致使 P2P 平台不再是独立于借贷双方的纯粹中介,而成为资金往来的枢纽,这与非法吸收公众存款并无二致,在此期间会延伸出“超募”、“自融”和洗钱等违法犯罪问题。上述问题不仅是刑事政策要思考的,也是刑事司法需要讨论的,更是 P2P 平台公司以及监管部门需要注意的。

(三) 以众筹为代表的融资模式的创新与犯罪

众筹作为互联网金融的一种形式,主要是利用互联网和 SNS 传播的特性,让小企业、艺术家或者个人向公众展示他们的创意,

^① 刘丽:“1 月网贷问题平台达 55 家”,载《经济参考报》2015 年 1 月 28 日第 3 版。

争取大家的关注和支持,进而获得资金援助。获得资金与否不限于项目的商业价值,也不以商业价值作为唯一标准,即只要是网友喜欢的项目,均可以通过众筹方式获得项目启动的第一笔资金。这种模式为更多小本经营者或艺术创作者提供了可能,使其实现融资梦想。相对于传统的融资方式,众筹更符合互联网金融的开放性要求,对投资者的回报更加透明。在现行法律体系框架内,无论是创业者、投资人还是众筹平台均存在较大的法律风险,其中,股权众筹涉嫌违法犯罪风险较大。这些风险不仅表现为股权众筹在成长过程中涉嫌擅自发行股票和公司、企业债券等犯罪,还有可能闯入非法集资的犯罪圈。由于股权众筹门户既是提供信息的居间人,又是撮合股权交易的交易所,因此也可以说其是为投资者购买证券提供服务的券商或者投资顾问。股权众筹的发展在一定程度上冲击了传统“公募”与“私募”界限的划分,使传统的线下筹资活动转换为线上,线下私募因此转变为“网络私募”,从而涉足传统“公募”的领域,犯罪的可能性更加突出。例如,2013年3月,美微传媒在淘宝网公开售卖原始股权被中国证监会叫停。尽管这种所谓的“叫停”阻断了其陷入犯罪圈的可能,但如何保证这种可能在未来不会成为现实或者不会转化为犯罪?如何使较为复杂的众筹体现出金融创新性的意义或者释放出更多的创新价值,又如何使众筹走出可能陷入犯罪的法律边缘或者制度的夹层地带?这些问题既需要监管部门思考,也需要立法部门关注,更需要司法机关与法学研究探索。

可以说,互联网金融创新过程中面临许多不确定性因素,倘若某种创新模式过于超前或创新不足而出现问题,或者不切合经济实际、不符合客户需求引发涉众事件,不仅无法实现持续盈利,而且因模式创新酿出风险并未能有效控制走向失败,会“制造”出一些违法犯罪,后果不仅可怕,更是有点恐怖。对于互联网金融在创新过程中所谓的“不得设置资金池”、“不得担保”以及“不得吸收

公众存款”等红线,需要法律关注这些红线是不是互联网金融创新应当守住的,如果不应坚守而要求坚守,必然会抑制互联网金融的创新。互联网金融创新应学会如何守住区域性风险以及不发生系统性风险,如何严防互联网金融由个别流动性风险不断诱发的系统性金融风险,采取何种规制手段才能严禁其利用互联网金融从事“套现洗钱”、“非法吸收存款”、“非法集资”、“侵犯公众的个人信息”以及“非法经营”、“非法发行债券”等违法犯罪活动。这些问题是互联网金融创新必须警惕的,也是研究互联网金融创新必须探索的,更是在互联网金融犯罪化时需要深思与省察的。

二、互联网金融的风险与犯罪

互联网金融已经从单纯的支付业务向转账汇款、跨境结算、小额信贷、现金管理、资产管理等传统银行业务领域渗透,再加上互联网业务创新的快速成长与跨界竞争,在发展方向上没有现成法规约束或者成熟的经验可循,难免有些风险会游离于金融管理秩序之外。况且,互联网金融除了传统金融的操作风险、信用风险等固有风险之外,其开放性以及网络自身的安全性也存在潜在风险,这无疑又给互联网金融增添与叠加了一些新的风险。^① 这些风险叠加有可能染指违法犯罪,甚至将一些风险直接转化为犯罪,衍生出以下与犯罪有关的问题。

(一) 互联网金融业务不断扩张带来的风险与犯罪

互联网金融在实践中因政策不明朗和缺乏法律规范,使一部分业务游走于“合法”和“非法”之间,以至于跨入违法领域演变为犯罪。就互联网金融理财模式而言,“余额宝”主要将资金投资于货币市场基金等,风险较低,收益也不算高。一旦其投资高风险、高收益理财项目,加上信息披露不到位,就有可能出现一些经营上

^① 夏志琼:“互联网金融风险应防范于未然”,载《证券时报》2013年9月5日。

的风险,会因信息不对称在一定程度上误导金融消费者行为甚至构成欺诈,使其走入欺诈性的犯罪圈。由于第三方支付平台的安全性与银行账户相比较低,资金被盗风险与传统银行相比较大,由“支付宝”等第三方机构出具的电子存款凭证存在因网络安全问题造成资金损失的风险,极易诱发一些网络盗窃、黑客诈骗等犯罪。有些 P2P 网贷公司不断扩大线下业务,甚至违规发行理财产品,期限错配和金额错配的风险相当突出,稍有不慎有可能会触碰“非法吸收公众存款”或“非法集资”的红线,陷入犯罪的巢穴。互联网金融业务的扩张与跨界还会对公民个人信息尤其是交易信息安全造成损害,特别是信用保证数据挖掘和数据分析极易对公民个人和企业交易信息安全构成威胁,一旦这些个人信息被泄露或者被出售则会涉嫌犯罪问题。尽管在互联网金融创新模式下,获取数据相对便利,其可获得性大大增强,但是如果数据本身存在问题,基于数据分析所进行的金融活动也就存在制造虚假信息的风险,构成欺诈性的违法犯罪。例如,有些不法分子通过非法渠道利用公民的个人信用信息,在互联网上设立钓鱼网站进行诈骗、复制信用卡进行信用卡诈骗或通过发送短信的方式进行欺诈等犯罪。微信支付也存在一些风险,一旦匿名用户发生交易纠纷、欺诈案件,若收款方为匿名用户,微信支付只能提供对方开通微信时的手机号码,无法披露收款人的身份信息,使付款人无法通过合法渠道获得救济。这将对金融秩序、用户合法权益的保护带来挑战。^①可以说,互联网金融业务扩张与业务不断跨界带来的风险与可能涉嫌犯罪的现实性具有共生性,在某些环节上,出现风险就意味着违法犯罪。

(二) 互联网金融系统安全性风险与犯罪

将金融与互联网绑定在一起,致使风险问题变得不可小觑。

^① 马文婷:“微信红包引发违规争论”,载《京华时报》2015年3月5日。

在金融机构网银遭遇黑客袭击、个人金融信息被盗取的事情时有发生背景下,互联网金融本身也会因技术不过关遭受黑客的攻击,资金安全和正常运作受到影响,从而有可能成为犯罪攻击的重灾区。在实践中,有些 P2P 网贷平台已经出现受黑客敲诈勒索的情况,并引发了一些违法犯罪。互联网金融的虚拟性和高流动性,使货币供应量的可控性与可测性下降,不仅加剧了货币乘数的不稳定,还会对货币政策目标和金融市场的运行及传导机制产生一些不良影响。互联网金融便捷、快速、隐蔽的特性,决定了无法对资金流向真正有效跟踪,极易诱发洗钱犯罪的风险。^① 例如,有些 P2P 网贷平台进行频繁的债权转让,并出现自融、诈骗等犯罪,尤其是在不规范、违规的业务运作中放大了平台的运营风险,导致行业风险集中爆发,以至于酿成系统性的地域风险,衍生了一些违法犯罪现象。互联网金融模式安全的风险很有可能诱发洗钱、非法吸收公众存款、擅自设立金融机构、信用卡诈骗、非法经营以及盗窃、诈骗、侵占等违法犯罪的多发、频发。互联网金融本身的业务与传统金融机构从事的支付结算、信用贷款以及投资理财等大同小异,如果其系统性安全风险不断扩大,在一定意义上就意味着这些违规业务在向犯罪一步一步逼近。尤其是在资金流动的安全性无法获得保证的情况下,关闭平台卷款出逃成为违法犯罪的一种趋势。

(三) 互联网金融监管缺失风险与犯罪

目前,由于互联网金融没有明确的法律规范调整,其行业也在摸索中发展,其中不乏个别互联网金融企业违规经营或者利用监管缺失进行“监管套利”,从而导致运营资金流动性风险集中爆发。互联网金融企业对其自身流动性风险预估不足或者经营失策,极易导致资金集中挤兑时出现提现困难,引发涉众性事件,一

^① 陈铭仁:“互联网金融模式的创新与风险”,载《光明日报》2014年7月7日。

且涉众事件涉及相关纠纷则会演变为违法犯罪案件。由于互联网金融通过互联网技术手段可绕开金融机构在资金融通过程的主导地位,融资双方直接交易,并且能够吸收大量社会和个人的闲散资金,不仅加剧了金融“脱媒”的速度,还有可能使金融机构的金融中介作用和资金集聚功能不断弱化。最终结果是,因监管缺失出现套利而加大互联网金融自身的风险,促使风险向违法犯罪蔓延。同时,互联网金融融资不同于民间融资,其对象的不特定性与陌生性,需要建立更严格的信用体系、监管体系、风险评估体系。然而,在这些体系缺乏的情况下,出现问题往往习惯直接采取刑事制裁措施,从而导致处理互联网金融犯罪评价扩张。因此,如何架构互联网金融监管体制机制,构建互联网金融行政执法与刑事司法的衔接机制,借助于风险管理而遏制违法犯罪的发生,完善监管机制抑制违法犯罪蔓延而又不阻碍互联网金融的创新等问题,始终是法学研究需要探讨的热点与重点。

基于以上的判断,无论是互联网金融监管部门、公检法机关还是互联网金融企业,不仅需要认识、发现与正视互联网金融固有的风险,更应关注互联网金融创新过程中容易诱发的违法犯罪问题以及利用互联网平台“卷款跑路”等现象。这其中不乏一些不法分子利用互联网金融创新过程中的漏洞,甚至打着互联网金融的旗号从事违法犯罪活动,也有创新失误导致难以收拾的残局。对于互联网金融风险引发的犯罪,需要理论解决的问题是区分哪些是互联网金融体制创新的必然风险,哪些是现存金融垄断环境强加于互联网金融的外在风险,哪些风险需要借助刑法予以打击,哪些风险无需犯罪化遏制而仅作为行政监管的规制对象。同时,还需要在互联网金融固有的风险与违法犯罪风险之间作出较为科学的界分与合理适当的评价,对互联网金融活动的固有风险和非法经营、集资等危害金融秩序的风险予以识别,保障互联网金融企业的合法权益不因刑罚过度介入受到损害,不因犯罪化评价而抑制