



互联网金融 法律评论

Internet Finance Law Review

2018年第1辑·总第12辑

许多奇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



互联网金融 法律评论

Internet Finance Law Review

2018年第1辑·总第12辑

上海交通大学互联网金融法治创新研究中心 主办

许多奇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

互联网金融法律评论. 2018年. 第1辑; 总第12辑 /
许多奇主编. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2460-3

I. ①互… II. ①许… III. ①互联网络—金融法—研
究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第156963号

互联网金融法律评论(2018年第1辑·总第12辑)
HULIANWANG JINRONG FALÜ PINGLUN
(2018 NIAN DI-1 JI · ZONG DI-12 JI)

许多奇 主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 刘晓萌
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 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 14
字数 248千
版本 2018年3月第1版
印次 2018年3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

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2460-3

定价:51.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



《互联网金融法律评论》编委会

主 办 上海交通大学互联网金融法治创新研究中心

学 术 顾 问 (按拼音顺序排列,下同)

季卫东 阎 焱 朱晓明

编委会成员	常明君	陈 贵	杜要忠	韩长印
	黄 韬	蒋则沈	陆春玮	马 强
	孟 添	聂正军	齐新宇	单树峰
	沈 伟	宋向今	王先林	肖 凯
	徐冬根	许多奇	许耀武	杨 东
	杨 路	曾继峰	张绍谦	邹传伟

主 编 许多奇

副 主 编 陈 贵

本辑执行主编 黄明儒

本辑助理编辑 唐士亚 张 丽 方雯岚

本书得到蚂蚁金融服务集团的鼎力支持
特致谢意!

序

人类正在迅速滑入全球金融资本主义体制的时代。互联网金融使这一进程呈几何级数加快。与此同时,经济的投机性、市场泡沫破裂的风险性、社会的复杂性和不确定性也在不断膨胀。于是,对无限递增的数码空间进行监管、对迅速增值的金融权力进行约束的呼声也渐次高涨。正是在这样的背景下,上海交通大学《互联网金融法律评论》应运而生,旨在把层出不穷的金融创新纳入法治轨道,对网络互动中产生的涨落和混沌进行有序化处理,为新式商业信用系统的形成和发展提供坚实的制度基础。

互联网金融的根源可以追溯到20年前。在中国,从2013年起互联网金融才开始蓬勃发展,并以迅雷不及掩耳之势推动了直接融资和间接融资的体制改革和产业资本市场的发育。众所周知,我国既有的金融体系与财政体系的边界其实是模糊的、流动的。金融秩序以政府信用为担保才得以维持。因而金融业务具有很强的垄断性,具体表现是霸王条款和过度盈利。为了防止权力的任意性引发金融震荡,有关职能部门采取层层把关、步步审批的方式进行监管,形成了森严的等级结构,严重妨碍了营业效率的提高。近年来,互联网金融异军突起,一举打破了原有的垄断格局和僵化体制。显然,互联网金融的最大优势就是通过平面化、网络化、信息技术化的革新模式,大幅度提高了金融服务的效率,并拓展了融资渠道以及民间资本市场的发展空间。

在互联网金融领域,数码虚拟的自由空间、纵横交错的关系结构以及大数据处理的基础设施构成全新的风景线。在电脑网络与人际机缘相链接和叠加而形成的多媒体社会中,信息和资源的传递与计算变得极其便捷、极其广泛,也使交易成本大幅下降,催生了网上银行、电子货币、互联网支付、移动支付、网络小微企业贷款、网络小额信用贷款、网络众筹融资、金融机构的网络服务创新平台、网络基金销售等一系列新生事物,也给我国经济发展带来了巨大红利。通过跨界无垠的互联网金融通道,庞大的资本既可以在一眨眼间啸聚而来,也可以在一转念间风流云散而去;既可以给实体经济造成出其不意的打击,也可以给个人财富造成变幻无常的盈亏。高风险、高收益是互联网金融的基本特征。

以互联网的开放性为前提条件,以红利分享的机会为驱动装置,相关金融领域的确已呈现出一派欣欣向荣的生机。然而在繁荣景象的背后也并非没有泡沫、荫翳以及陷阱。毋庸讳言,迄今为止的互联网金融界,由于缺乏准入门槛和行业规则,竞争虽然是自由的,却未必是公平的;由于缺乏监管机制和法律约束,信用破绽不安始终如影随形;由于互联网金融与制造业经济的关系尚未定型,一种投机的、冒险的虚拟资本冲动很可能把长期理性和公共利益推下断崖,使国民财富变得像无根的浮萍。为了将互联网金融从上述困境里解救出来,防止我国在走出“租场式经济”低谷之后又陷入“赌城式经济”的迷魂阵,特别需要法学专家、立法者、司法机构、金融监管部门、业界人士加强交流,在通力合作的基础上凝聚制度设计的共识,采取未雨绸缪的防范措施。

上海是崛起中的国际金融中心。中国(上海)自由贸易试验区的一项最重要使命就是实现中国的金融制度创新。而在上海交通大学徐汇校区,高级金融学院、安泰经管学院、凯原法学院比邻而立,可以说这里正是推动学科交叉和知识融会的最佳场所。我相信,在业界支持下,由一群新锐法学者创办的《互联网金融法律评论》能够为那些勇于直面现实问题、试图凝聚制度共识的各领域才俊搭建一个影响深远的交流平台。我祝愿,本书能成为金融法律创新的孵化器,成为风险对策的实验室,成为互联网金融新生事物茁壮成长的温床。我希望,在不久的将来,一群具有国际视野和精通实务技能的新型金融法律人才能够通过本书相识、互助、共荣并在各自的事业中脱颖而出。



2015年4月6日

* 季卫东,上海交通大学法学院院长,教授,长江学者。

目 录

慎思篇

高利转贷罪的理论与实践:回顾、反思与展望

——基于 CNKI 数据库论文和 43 份裁判文书的思考	黄明儒 王振华	3
论民间高利贷的刑法规制	瞿 目	22
行政犯视野下高利转贷入罪的正当性检视	孙琚涛 黄明儒	31
互联网融资租赁难点法律问题研究	王俞淞	41
金融科技、监管科技以及对金融监管的重新定义 [美]道格拉斯·W.阿纳 [英]亚诺什·巴伯斯 [澳]罗斯·P.巴克利 著 陈 冲 朗 玥 译		58

审问篇

金融服务实体经济:法与价值创造、工商企业家和金融企业家(下)	汪其昌	97
网络借贷中债权与担保权分离模式的性质分析	曹明哲	112
区块链技术及其在再保险领域的应用	黄 颖 朱 晔	123

笃行篇

××××有限公司有关个人信息和重要数据出境安全评估报告	王 文	131
互联网金融领域补贴现象的竞争法分析 ——以 P2P 网贷为例	方 姮	141

在线短租平台的性质与法律责任

——以 Airbnb 模式为例 卿雨馨 154

广闻篇

机器人税的法律问题

——理论争鸣与发展趋势 王婷婷 刘奇超 173

中国绿色资产证券化回顾与前瞻 王清华 许 玥 184

期货市场信息型操纵的法律界定 王 超 199

约稿启事 212

Contents

Articles

- Theory and Practice of Crime of Relending at High Interest Rate—Review,
Reflection and Expectation Based on Research of CNKI Database and 43
Judicative Documents Huang Mingru, Wang Zhenhua 3
- A Study on Criminal Regulation of Folk Usury Qu Mu 22
- Viewing the Legitimacy of Incrimination of Crime of Relending at High
Interest Rate within the Scope of Administrative Offense
..... Sun Juntao, Huang Mingru 31
- Research on Tough Legal Issues of Financial Lease on the Internet
..... Wang Yusong 41
- FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation
..... Douglas W. Arner János Barberis Ross P. Buckley,
translated by Chen Chong, Lang Yue 58

Comments

- Financial Service for Real Economy—Laws and Value Creation, Industrial,
Commercial Entrepreneurs and Financial Entrepreneurs (Part Two)
..... Wang Qichang 97
- Nature Analysis of Creditor's Right/Guarantee Right Separation Mode in P2P
Lending Cao Mingzhe 112
- Blockchain Technology and Its Application to Reinsurance Industry
..... Huang Ying, Zhu Ye 123



Cases

Personal Information Departure Assessment Report (Template)	Wang Wen	131
Analysis of Subsidies Phenomenon in Internet Finance from the Perspective of Competition Law—Take P2P Lending as an Example	Fang Heng	141
Nature and Legal Responsibility of Online Short-Rental Platform—Take Airbnb as an Example	Qing Yuxin	154

News

Legal Issues of Robot Tax—Theoretical Debate and Development Tendency	Wang Tingting, Liu Qichao	173
Review and Overview of Green Asset Securitization in China	Wang Qinghua, Xu Yue	184
Legal Definition of Informationally Manipulating in Futures Market	Wang Chao	199

Call for Papers		212
-----------------------	--	-----

慎思篇

高利转贷罪的理论与实践:回顾、反思与展望

——基于 CNKI 数据库论文和 43 份裁判文书的思考^[1]

黄明儒* 王振华**

一、问题的提出

资金的融通,是为金融。金融是现代经济的核心,金融在调节、控制整个国民经济的运作,实现国民经济稳定和发展方面发挥着重大作用。“金融能够引导资源配置,支持实体产业,调节经济运行、分散未知风险、提高社会福利,其在现代社会生活中的价值是不言而喻的。”^[2]随着社会主义市场经济体制的建立和不断完善,我国目前已经成为世界第二大经济体,金融业在促进国家发展和提高国民生活水平的过程中扮演着越来越重要的角色。甚至可以说,没有金融,就没有一国经济和社会的发展;没有金融,就没有真正意义上的现代生活。

但市场经济和金融业的蓬勃发展,也必然带来竞争与淘汰,“竞争是商品生产的内在动力,是发展市场经济的必然要求。但是,正如有市场经济就会有竞争,有竞争就会发生不正当竞争”^[3]。为了不断扩大生产规模,在竞争中取得优势,各规模的企业都需要确保所拥有资金量的充裕和稳定。但与经济实力雄厚的大型国有、私有企业相比,一些中小企业不仅拥有的资金量较少,而且资质较差、融资手段少、渠道窄,资金链脆弱。为了避免被经济发展的浪潮所淘汰,某些中小企业主就不得已采取违规手段进行非法融资,甚至实施犯罪行为。金融犯罪现象也由此产生,近年来我国各地非法集资、集资诈骗犯罪高发就是最好的例证。“金融犯罪,是指发生在金融业务活动领域中的,违反金融管理法律法规,危害国家有关货币、银行、信贷、票据、外汇、保险、证券期货等金融管理制度,破坏金融管理秩序,情节严重,依照刑法

[1] 本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法修改与解释的限度关系论”(编号:13YJA820017)的阶段性成果。

* 湖北监利人,湘潭大学法学院教授、博士研究生导师,法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台研究人员。

** 山西大同人,同济大学马克思主义学院 2017 级博士研究生。

[2] 刘宪权:《金融犯罪刑法学原理》,上海人民出版社 2017 年版,第 1 页。

[3] 许章润主编:《犯罪学》(第 4 版),法律出版社 2014 年版,第 166 页。

应受处罚的行为。”^{〔1〕}我国《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第四节“破坏金融管理秩序罪”与第五节“金融诈骗罪”两节内容,对金融犯罪中不同犯罪类型的定罪与处罚作出了明确规定。与1979年《刑法》相比,此两节内容多是基于《金融秩序犯罪的决定》对旧刑法内容的补充和完善,多属新增罪名,对在国家发展新阶段维护国有信贷资金的安全和维护金融市场经济秩序的稳定具有极大的积极意义。本文所探讨的高利转贷罪就是在这样的背景下产生的。

从立法史上看,在审议1997年《刑法》草案的过程中,有代表提出,实践中,一些个人和单位从金融机构套取贷款转贷给他人,谋取非法利益的现象比较严重,这种行为严重扰乱了金融管理秩序,需要刑法予以积极回应。立法机关最终也采纳了这一立法建议,在1997年3月13日的刑法修订草案中增设了本罪^{〔2〕}并一直适用至今。从《刑法》条文的发展来看,从1997年现行《刑法》颁行至今,我国在“短短20年时间里陆续出台的九部《刑法修正案》(现为十部——引者注)均未对高利转贷罪进行任何形式的修改。然而,自1997年我国刑法典颁布实施后直到现在,刑法对破坏经济秩序犯罪的规制体系发生了较大的变革,整体上来看,这一时期刑法降低了相关犯罪的入罪门槛,增加了对相关犯罪的打击力度,使经济犯罪的法网越织越密”^{〔3〕}。换言之,与我国日新月异的经济形势和金融刑事立法“活性化”趋势不断凸显的现实相比,高利转贷罪自1997年设立至今,无论在罪状表述还是法定刑设置等方面都未曾有过任何变化,这种现象值得引起关注^{〔4〕}——究竟是20年前的法条设置仍旧能够很好地适应当前的市场经济形势,还是司法实践中此罪名使用较少,争议不大。

“我愿意把法律看成这样一种社会制度,即在通过政治组织的社会对人们的行为进行安排而满足人们的需要或者实现人们的需要”,^{〔5〕}法律的目的在于服务社会发展和满足人类生存的需要,法律研究的目的也不外于此。在我国社会主义市场经济高度发展的今天,金融和信贷安全是维护国家和社会稳定与高速发展的一剂良药,而高利转贷罪还能否担起此项重任就成为现阶段必须要慎重考虑的现实问题。

〔1〕 刘宪权:《金融犯罪刑法学新论》,上海人民出版社2014年版,第3页。

〔2〕 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第384~385页。

〔3〕 姚万勤:《高利转贷除罪化实证研究》,载《政治与法律》2018年第3期。

〔4〕 本文并不是说自1997年现行《刑法》颁行以来未曾变化过的法条就是存在问题的法条,而是认为高利转贷罪作为一种典型的法定犯、金融犯,与国家的经济政策联系非常紧密,基于我国近年来市场经济翻天覆地的变化和信贷金融业的迅猛发展,作为刑法中为数不多专门保护金融机构信贷业务安全与稳定的条文之一,高利转贷罪的过分“沉默”稍显异常。

〔5〕 [美]E.博登海默:《法理学——法律哲与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第161页。

基于此,本文拟以实证研究为基本方法,从理论和司法实践两个维度出发,对高利转贷罪的发展现状加以审视与反思,并在此基础上提出本文认为可行的完善建议。

二、高利转贷罪理论研究的现状与反思——基于 CNKI 数据库论文的思考

(一)主题发文数量上的分析

CNKI 数据库是目前我国收录国内综合期刊和专业特色期刊最为全面的数据库,从该数据库检索、选取的与高利转贷罪相关的文献(仅限期刊论文,不包括硕博学位论文)能够保证统计数据的全面性与权威性。笔者以“高利转贷罪”为关键词于 CNKI 数据库进行全文高级检索,共得到 49 个检索结果,结果数量和发表年份的分布如图 1 所示:

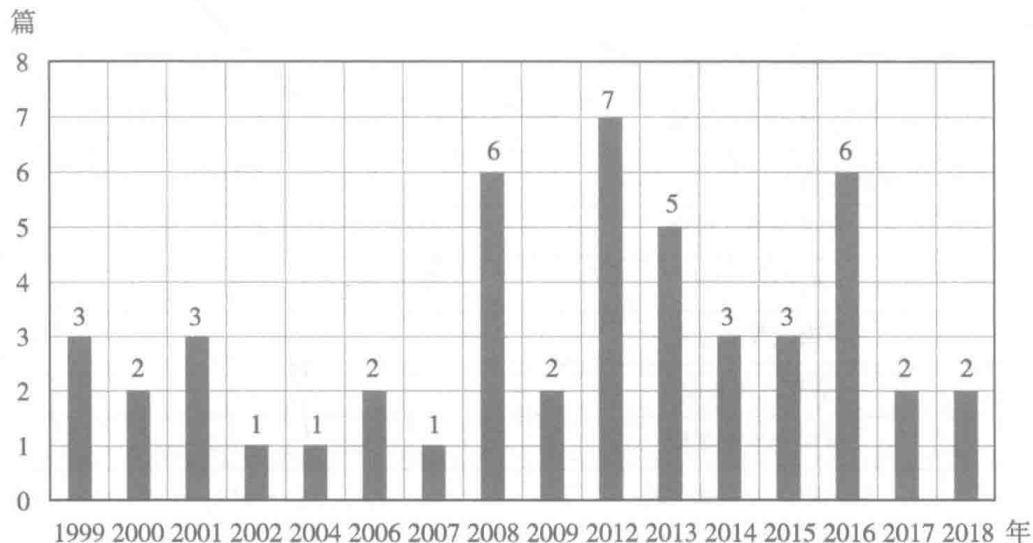


图 1

仅从发文数量和年份这两个变量的统计结果来看,高利转贷罪的理论研究呈现出如下一些特点:(1)发文数量整体偏低,理论研究不温不火。从以年份为坐标的统计图中可以发现,以高利转贷罪为研究主题的年平均发文量为 3.06 篇。其中,发文量最多的是 2012 年,为 7 篇;(有统计数字)发文量最少的是 2002 年、2004 年和 2007 年,均为 1 篇。与受贿罪、抢劫罪、正当防卫等热门讨论主题动辄上四五百篇的年发文量相比,针对高利转贷罪的专题研究就显得冷清许多。(2)年发文量极不稳定,多次出现发文“断档”。自 1997 年出台至今,高利转贷罪已经走过 20 多个年头,然而可以检索到的理论发文总量竟不及 50 篇,而且在 1997 年、1998 年、2003 年、2005 年、2010 年、2011 年等年份中甚至一篇文章都没有,出现理论研究空白。一般来说,