



互联网金融 法律评论

Internet Finance Law Review

2016年第3辑·总第6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



互联网金融 法律评论

Internet Finance Law Review

2016年第3辑·总第6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. 2016 年. 第 3 辑; 总第 6 辑 /
许多奇主编. —北京: 法律出版社, 2016

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0243 - 4

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(2016)第 267291 号

互联网金融法律评论

许多奇 主编

编辑统筹 财经出版社
策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 刘晓萌
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 14.5

字数 263 千

版本 2016 年 10 月第 1 版

印次 2016 年 10 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0243 - 4

定价:45.00 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 (按姓氏笔画排列, 下同)

朱晓明 季卫东 阎 焱

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

主 编 许多奇

副 主 编 陈 贵

本辑执行主编 肖 凯

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。然而在中国,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振荡,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硬体制。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,信息和资源的传递和计算变得极其便捷、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,也给中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呼引啸聚而来,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、阴霾以及陷阱。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,防止中国在走出“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

* 上海交通大学法学院院长,教授,长江学者。

目 录

慎思篇

互联网金融与好的社会	许多奇	肖 凯	3	
P2P 网贷平台融资的犯罪规律分析与司法应对——基于对 58 份 P2P 融资刑事裁判文书的分析	金 轶	孙 晴	邢飞龙	8
网络非法集资刑法治理的模糊化与精密化 ——基于 2007 ~ 2015 年 26 起公开案例的实证分析			金善达	24
涉互联网金融非法集资犯罪风险及规制研究			陈 晨	42
非法集资与民间借贷的刑民交叉问题研究			吴正倩	52

审问篇

众筹中介的欺诈法律责任	史蒂夫·布拉德福特著	肖凯	张泽辰译	63
我国股权众筹面临的风险与法律规制	白 江			101
玖富互联网金融产品的合法性分析	邓秀珍	孙朋磊	罗经纬	122

笃行篇

非法吸收公众存款罪中的被害人自我答责	陈文昊			131
风险防范视域下股权众筹平台的规范化进路——基于天使汇、 大家投的比较分析	张 阳			140

广闻篇

驾驭潜能——2015 年亚太地区网络替代金融基准报告	剑桥大学联合课题组			157
知识产权侵权损害赔偿的所得课税问题研究	李俊明			194
互联网消费信托中消费者权益保护研究	张龄方	李 蕊		207

约稿启事				219
------------	--	--	--	-----

Contents

Articles

Internet Finance and Good Society	Xu Duoqi, Xiao Kai	3
Criminal Patterns of P2P Lending Platforms and Judicial Responses—Analyzing 58 P2P Criminal Judgments	Jin Yi, Sun Qing, Xing Feilong	8
Fuzzification and Refinement of Dealing Illegal Online Financing—An Empirical Analysis of 26 Cases during 2007 – 2015	Jin Shanda	24
Illegal Online Fundraising Crimes; Risks and Regulation	Chen Chen	42
Civil-Criminal Boundary Issues between Illegal Fundraising and Private Lending	Wu Zhengqian	52

Comments

The Liability of Crowdfunding Intermediaries for the Fraud of Others	Steven Bradford, translated by Xiao Kai, Zhang Zechen	63
Risks of Equity Crowdfunding and Statutory Regulation in China	Bai Jiang	101
Analysis of Legality of 9FBank Online Financial Product	Deng Xiuzhen, Sun Penglei, Luo Jingwei	122

Cases

Victim Self-Responding to Prosecution in Crimes of Illegally Absorbing Public Deposits	Chen Wenhao	131
Normative Approach of Equity Crowdfunding Platform in Perspective of Risk Prevention—A Comparative Analysis of Angel Crunch and Dajiatou	Zhang Yang	140



Perspectives

Harnessing the Potential—Benchmark Report of Asia-Pacific Online Alternative Finance	Cambridge Joint Research Team	157
Study on Taxation of Compensation Income from Intellectual Property Rights Infringement	Li Junming	194
Consumer Rights Protection in Online Consumer Trust	Zhang Lingfang, Li Rui	207
Call for Papers		219

慎思篇

互联网金融与好的社会^{〔1〕}

许多奇* 肖 凯**

诺贝尔经济学奖获得者罗伯特·希勒曾言,进行金融创新的一个重要前提就是必须服务于保护整个社会的资产这个最根本的目的,只有这样,金融才能为我们塑造一个更和谐、更繁荣和更平等的社会。在某种意义上,互联网金融作为一种金融创新也正是如此,如果不能服务实体经济、有效解决中小微企业的融资难题、切实保护金融消费者权益,则无益于建设一个好的社会。

一、从“天使”到“魔鬼”

以网络借贷(P2P)为例。根据网贷之家的数据显示,截至2015年12月底,网贷行业运营平台已达到了2595家,相比2014年年底增长了1020家,绝对增量超过2014年。高增长伴随着高风险,2015年全年问题平台达到了896家,是2014年的3.26倍。

进入2015年下半年以来,互联网金融平台涉嫌非法集资的刑事案件也呈井喷之势。我们以上海市为例,比较2014年至今的案发情况,存在以下特点:一是案件总量大幅上升,风险集中爆发。2014年网贷领域刑事风险初现,只有1件1人,2015年骤升至11件35人,而进入2016年,仅前两个月上海检察机关就已受理42件164人。个别平台甚至设立不足数月即案发。二是涉案金额巨大,投资者众多,损失惨重。2014年受理的案件投资人仅20余人,涉案金额105万元;2015年受理的案件投资者已达3000余人,涉案金额达4.3亿余元;2016年受理案件涉案金额更为巨大,总金额数百亿元,投资者遍布全国,数万人之多。三是均以投资管理公司类公司或信息服务类公司的名义对外集资。2015年受理的11起案件中,有7起案件采用的是投资管理公司名义,有3起案件采用的是资产管理公司,另有1起案件采用金融信息服务公司。这些公司均只通过工商注册登记,不持有金融机构许可证。为了增强表面的合法性和欺骗性,行为人往往在高档写字楼租用场地作为经营场所,设置

〔1〕 原文曾发表于《检察风云》2016年第9期。

* 上海交通大学凯原法学院教授,《互联网金融法律评论》主编。

** 上海市人民检察院金融检察处处长。

部门,雇佣人员形成一定的规模,使其行为性质难以被投资者及时识别。四是绝大部分平台假借网贷之名,行线下销售之实。有的网贷平台仅仅只是打着互联网金融的旗号,其业务的开展主要是线下铺设实体网点,采用拨打电话、在人流密集区域发布小广告等传统犯罪手法进行非法集资。以2016年案发的“大大宝”案件为例,仅有1亿多元系网上销售,其余100多亿元的犯罪资金都是线下吸收。近期的“中晋系”公司圈钱案,也是通过网上宣传,地下推广的方式圈钱。

通过“地推”获客,事实上完全背离了互联网金融的本质特征。没有使用任何的互联网技术却打着“互联网金融”的旗号,在缺乏监管细则的背景下,各种伪互联网金融的“庞氏骗局”沉渣泛起,极大地混淆了旨在提高金融效率、普惠小微的互联网金融创新。令人不禁追问:到底什么才是真正的互联网金融?

二、界定互联网金融

“互联网金融”的概念是谢平教授和邹传伟先生于2012年4月在“中国金融四十人年会”上首次提出,现已为理论界与金融实务界广为接受。2015年谢平教授进一步指出“互联网金融”是一个谱系概念,有六种主要类型:金融互联网化、移动支付与第三方支付、互联网货币、基于大数据的征信、网络借贷与股权众筹。

反观域外“互联网金融”的相关概念,其外延一般较小。比如,在上海交通大学互联网金融法治创新中心与剑桥大学替代性金融研究中心合作研究提出的《2015年亚太地区网络替代金融基准报告》中,将“网络替代金融”(Online Alternative Finance)定义为:“通过银行系统以外的互联网市场为个人和企业提供替代性金融服务的渠道。”该定义排除了P2P保险、互联网货币市场基金和第三方支付等活动,其外延显然小于我国“互联网金融”的外延。

内涵与外延是一个概念不可分割的两个方面,因此,界定“互联网金融”,还必须科学揭示其内涵,即揭示该概念所对应事物的本质特征。那么,“互联网金融”的上述六大模式,有哪些共同的本质特征呢?我们认为,主要有以下几点:

首先是金融科技性。互联网金融是充分运用以互联网为代表的现代化信息技术,特别是移动支付、社交网络、搜索引擎和云计算等高新技术手段的资金融通方式,从而大大降低了交易成本。金融科技(Fin-Tech),按照维基词典的阐释,“就是一种运用高科技来促使金融服务更加富有效率的商业模式”。

其次是革新性。得益于大数据、云计算、移动互联网等信息技术创新的互联网金融必然对人类金融模式产生革新性的影响,推动着既不同于商业银行间接融资,也不同于资本市场直接融资的金融新业态的诞生,并进而影响社会经济的发展乃至整个社会生活。比如,支付宝等互联网金融模式下的支付方式以移动支付为基础,通过移动通信设备,利用无线通信技术来转移货币价值以清偿债权债务关系。随着

智能手机和掌上电脑的普及,以及身份认证技术和数字签名技术等安全防范软件的发展,移动支付不仅能解决日常生活中的小额支付,也能解决企业之间的大额支付,完全替代现在的现金、信用卡等银行结算支付手段。移动支付是支付领域的一场深刻革命。网络借贷(个人之间通过互联网直接借贷)替代传统的存贷款业务;众筹融资(通过互联网为投资项目募集股本金)替代传统证券业务,都是科技改变金融,金融改变生活的明证。

再次是民主性。在互联网金融模式下,现行金融业的分工和专业化被互联网及其相关软件技术替代,各种金融交易甚至是风险定价、期限匹配等复杂交易都变得手续简便,易于操作。市场参与者更加大众化,不仅企业家,普通百姓也可以通过互联网进行各种金融交易,互联网金融市场交易所带来的巨大效益更加普惠于普通老百姓。总之,互联网金融不是少数专业精英控制的金融模式,而是一种民主的,普惠于民的金融新通道。

最后是合作共赢性。互联网金融旨在满足交易多方主题的金融需求,强调合作共赢。如在借贷交易中,平等满足资金端和借款端的需求;在不良资产处理中,协商解决“债权端要求拿回资金、律师端希望先取得融资再调查、平台端要求利用信息优势和数据分析帮助取回资金”后合理取酬等各方需求……这些都充分彰显出开放、共享、平等、共赢的互联网精神。

根据以上本质特点,我们对“互联网金融”给出以下初步定义——“互联网金融”是充分运用以互联网为代表的现代信息科技,特别是移动支付、社交网络、搜索引擎和云计算等高新技术手段,促进金融服务更加富有效率的商业模式;是对人类金融模式产生革命性、颠覆性影响,并进而影响社会经济发展乃至整个社会生活的金融新业态;是市场参与者大众化,普惠于广大民众,体现民主,追求平等共赢的金融新通道。

三、互联网金融的监管之网

2015年7月18日中国人民银行等十部委出台《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》,确立了网贷平台等合法地位,“银监会+省级备案制+互联网金融协会”自律的监管框架已初具雏形。2015年12月28日银监会发布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法(征求意见稿)》,同天下发的还有中国人民银行的《非银行支付机构网络支付业务管理办法》。在2016年1月底召开的中央政法工作会议上,政法机关也将配合有关部门开展互联网金融领域的专项整治,推动对民间融资借贷活动的规范和监管,最大限度减少对社会稳定的影响。从目前已经披露的各项监管规则动态而言,预计在2016年年底,包括第三方支付、网络借贷、股权众筹、征信等各领域的监管措施将渐次出台,互联网金融的监管之网将逐渐完善。



对此,我们认为,互联网金融的治理之道需要注意以下方面:

首先,宜采取综合监管模式。我国目前的分业监管体制下,监管机构往往只会关注本行业内的机构和风险。对于互联网金融这样一个新兴金融业态,分业监管模式由于审批权限所划定的监管范围,监管主体的视野局限,对于非经本机构批准设立的新型金融机构,哪怕是从事非法金融活动,也宁愿视而不见,听之任之。这形成了中国金融市场的一个独特现象:越是非法,越是无人监管。监管缝隙和监管漏洞往往为犯法者所利用,并行之有年,以至于受害者众。我们认为,互联网金融平台事实上打通了从大量小额投资者到高风险非标金融资产的复杂融资链条,其不断变化的客户导向,衍生出各种结构复杂的综合性金融产品。如果不改变目前中国人民银行、证监会、银监会、保监会,甚至各地金融办等各自为政的分散监管的格局,建立一种面向互联网金融的综合监管机制,则难成疏而不漏的监管之网。不仅如此,在中央地方金融监管职能的分配上,应以中央金融监管机构为主,从而在立法权限和监管效率上能及时回应互联网金融的不断发展。

其次,宜采取功能监管。对传统金融和互联网金融要一视同仁,按照所发生的金融行为实施统一的行为监管,借助互联网技术提高宏观审慎的监管能力,尊重互联网开放、自由、责任共享的精神实质,对互联网金融的监管要从机构监管向行为监管转变。无论主体是传统金融企业还是互联网企业,只要从事的是需要被监管的业务或者行为,都应该被置于相关的监管框架之内。甚至,可考虑开发建立统一的网上监控平台,对互联网金融的数据进行集中的管理,从而实现对互联网金融的实时流程式监管,建立互联网金融行业的风险预警机制和相应的风险应急处置预案。

最后,宜采取分类监管。比如,对于网贷平台而言,允许 P2P 平台选择采用去担保方式还是担保方式,采用不同的标准予以监管。若平台选择去担保方式的纯信息中介,就可以作为金融信息公司或者咨询公司予以管理,而不必纳入金融监管的范围之内;而选择采用担保方式的信用平台,由于借贷平台的本质是金融机构或者类金融机构,必须纳入统一的金融监管体系之内,尤其应该加强准备金监管和托管账户监管。准备金一旦提取,切不可由平台挪作他用,一旦发生风险,可及时兑付;托管账户应切实做到逐笔审查资金流向是否符合托管协议约定。对于明显自融、欺诈吸金、伪造虚假征信证明等恶意、有预谋的欺诈行为,应严格区分加以刑事打击,保证新入场的互联网金融企业在良好法治生态环境中持续发展。对于长期存续却面临资金链断裂的平台,应引导其公布真实坏账率,尤其关注平台的资金去向。尤其不可为了存续继续掩盖坏账率,应立刻停止吸收新的项目,杜绝“拆东补西”行为,防止最终引发更大的倒账乃至平台“跑路”。

对于目前尚且健康运行的 P2P 网贷平台,应加强行业内部自律。如保持财务数据透明、做好投资者风险说明工作、加强与第三方合作及建立行业自律组织和行业

标准等;P2P平台可以学习商业银行的风控技术,雇佣更多的专业人员审核贷款申请者的基本信息。此外,还可以发挥大数据的作用,切实做到平台业务的风险可控。

在条件成熟时,网贷机构应通过相关资信接口直接接入到央行征信系统,使全国P2P网贷平台未来可以如银行一般,进入中国人民银行的征信系统对借款人进行征信审查。最后,宜尽早出台监管细则。比如,互联网金融机构的设立应设置一定的准入门槛,强制实缴最低出资金额,主要业务人员的金融资质要求等。除非由相关金融监管部门出具无异议函,则不得使用“财富管理”、“理财”、“金融咨询”、“投资咨询”等明示或暗示从事金融业务的公司进行工商登记;互联网金融机构应委托第三方资金托管,保障投资人的资金安全;互联网金融机构只能网上获客,禁止线下发展客户;设置投资者门槛,如投资限额,即非合格投资人单笔限额以及总额不超过总资产的比例,以控制投资人风险。同时,融资人也应设置门槛,应限于中小微企业;要求每日的网上信息披露,提高投资过程的透明度;进一步加强行业自律和投资者教育,等等。