



## 互联网金融视域下非法集资犯罪的重释

### ——以“违反法定义务”为标准

作者：史广东 七台河市人民检察院公诉处

#### 摘要

伴随着互联网金融的高速发展，从传统刑事规制对法益保护的角度来看，治理互联网金融中的刑事犯罪已然不足。笔者基于我国互联网金融下非法集资犯罪的活动现状及我国刑法规制弊端，对相关罪名的运用提出建议：在认定非法集资类犯罪的过程中，将“违反法定义务”作为“非法”的一个认定标准；将该类罪名所保护的法益做目的性限缩解释，由金融管理秩序转变为公私财产。

#### 一、互联网金融视域下非法集资活动现状

2010年以来，互金行业以各类网贷平台的大量增加而迅速崛起，主要包括第三方支付、P2P和股权众筹等三种主要形式。因其资金运转快、手续便捷、门槛较低等优势，迅速攻陷了我国的普通家庭以及中小微企业。但是在我国管制型立法格局下，刑事规制的滞后性表达出其对互金涉及的犯罪的各种无奈。伴随着“问题”网络借贷平台的数量逐年递增，刑法的底线也是屡屡被触及。别有用心者往往假借“互联网金融”之合法外衣，行坑蒙拐骗之苟且行为。据统计，2013年网络借贷平台出现卷款跑路、提现困难、平台失联等状况的有90多家，2014年有近300家[[1]]，截至2015年12月底，全年新增问题平台为896家[[2]]。从数据来看，问题平台的数量是在逐年递增的。典型案例如：e租宝（涉案500亿，涉及90万人）、泛亚（涉案430亿，涉及22万人）、河北卓达（涉案100亿，涉及40万人）等。互金时代的非法集

资类案件以其涉及范围广、案件标的大、监管漏洞多等方面原因，给司法实践对相关罪名的认定带来很多困难。

因此，自2016年以来，我国相关部门相继出台政策法规，以期对互金行业良性发展提供相对安全的发展环境。其中，2016年08月24日起施行的《网络信贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》以及2017年02月22日起施行的《网络借贷资金存管业务指引》，明确提出银行资金存管是网贷平台业务合规的必要条件。这些规定的出台，对于网贷平台资金的管理提供了充分保障。因“合规”成为行业准入门槛，因此有人预测，在经历了2016年最严监管政策的出台后，2017年，90%的平台会死，行业内平台相互并购将成为一种新的趋势。[[3]]

## 二、我国现行非法集资活动刑法规制

司法实践中，处理互联网金融相关非法集资类犯罪的涉及罪名，可以目的区分为两种：其一为集资者并无合理的集资需求，以非法占有为目的，以各种“虚拟货币”“原始股投资”新颖的噱头骗取公私财产的，此种非法集资行为以“集资诈骗罪”予以规制即可，典型如e租宝案件中虚假的融资租赁项目。而另一种类型，也即集资者具有合理集资需求情况下，非法集资活动如何定性的问题比较难以认定。作为P2P网贷跑路第一案“优易网”集资诈骗案的争议就比较大。从“优易公司”负责人被侦查机关以诈骗罪立案，检察机关以非法吸收公众存款罪批准逮捕，到一审法院以集资诈骗罪定案，二审法院对此罪名予以维持。整个诉讼过程中，辩护人提出“行为人不存在非法占有目的；投资行为不违法”等理由无罪辩护。在分析此案后，笔者认为案件争议的焦点在于两点：其一对资金的“非法占有目的”是否存在？其二改变资金用途的“投资行为”可否认定为“非法”？二审判决认定“上诉人在采用虚构事实、隐瞒真相骗得投资人的投资款并采用线上操作，线下肆意处置的方式，致骗取的绝大部分资金被其非法占有用于投资期货、炒股，最终导致无力偿还投资人的投资本金和约定利息之后逃匿。上诉人的上述行为，足以表明其开设的“优易网”网站其实就是一个集资诈骗网站，主观上具有非法占有的目的。”该段论述中表明上诉人具有三个行为：其一开设网站骗取投资款；其二将款项擅自用于投资；其三无力偿还跑路。笔者认为，论述中的“骗取”及“非法占有目的”并不是很清晰，行为人将投资人钱款用于投资的行为以“挪用”更为合适，没有证据证明行为人将钱款用于个人消费、挥霍，因此不能认定其非法占有的目的。再如P2P平台非法集资案，“东方创投”发布虚假信息向公众募集资金，并用于平台自有地产业务投资，最终导致资金链断裂。司法实践中，两名主要负责人均以非法吸收公众存款罪定罪处罚。有学者主张通过限定资金用途来区分是否构成非法吸收公众存款罪，“只有当行为人将集资款用于从事资本和货币经营时，才可能扰乱金融管理秩序；而当其将集资款用于合法的商业、生产运营时，则不会对金融管理秩序造成损害。”[[4]]笔者认为，资金的用途不应作为行为人是否构成犯罪的依据，无论集资款何种用途，只要投资人因遭遇虚假借款信息或者通过“借新还旧”募集资金的方

式，资金断裂的风险会将投资人的钱款造成损失或者置于被侵犯的危险，这种侵犯投资人财产权的行为，就应当以非法吸收公众存款来定罪处罚。

根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第四款的规定“非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，可以免于刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。”此项解释说明两点：其一投资行为，因不属于生产经营活动而自动被排除在“免罚”之外。其二非法集资来的存款，不管钱款用途是什都要定罪，“清退所吸收资金”只是免除处罚的一个前提。在此种情形下，假设生产经营活动正处于盈利状态，投资人不愿意撤资的情况下，那么对集资者也予以定罪处罚，显得有些不符合常理，或许因投资者没有损失，故可认定“情节显著轻微”？从法益保护角度来看，本条解释规定的“清退免罚”的出发点，正是为了保护投资人的财产权益。另外需要注意的是，“如果以正常的生产经营活动”作为本罪的“处罚阻却事由”，那么投资行为则极易成为本罪的构成条件。此时，对于“非法”的理解成为了关键。

### 三、基于“违反法定义务”标准对非法集资犯罪的重释

#### （一）对“非法”的理解

从我国刑法条文中的罪名来看，可以将存在“非法”字样的罪名以其含义分为三类：第一，即违反国家法律法规的行为，如非法持枪罪名表述为“违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的”，此种罪名中存在相对应的合法持枪，如警察的公务行为；第二，即表述一种行为方式，表达强调作用，如非法组织卖血罪、非法出售、提供试题、答案罪，因不存在合法组织卖血等行为，故此处非法表达一种强调作用；第三，违反法定义务。如非法处置查封、扣押、冻结财产罪，行为人对被依法查封、扣押、冻结的财产具有不得行使权利的义务，故违反此项义务被刑法规制。从客观行为方面进行区分，非法还可分两种，行为主体不合法，如非法行医罪、非法采矿罪；行为方式不合法，如非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪。当然一个罪名可能只具有其中一个方面的非法，也可能两个方面都是非法的。从刑法条文中一些财产型犯罪、经济型犯罪涉及的“非法占有目的”关于“非法”的表述，此处“非法”的表述是证明行为人主观目的的构成要件要素。集资诈骗类犯罪，以非法占有为前提，故此类集资诈骗类犯罪比较容易理解。那么非法吸收公众存款罪中的“非法”如何理解呢？

根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”：（一）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；（二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；（三）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；（四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。有学者将上述思想内容归纳为非法性、公开性、利益性和社会性。从以上解释可以看出，非法吸收公众存款罪既包含行为主体的不合法，如主体本身未经批准；也包含行为本身的不合法，如借用合法经营的形式吸收资金。结合公安机关披露的e租宝案件，主要涉及罪名非法吸收公众存款和集资诈骗，其中就有公司以合法经营的形式吸收资金的问题。e租宝，95%的项目虚假，5%的项目是真实，如若定罪，依据的应该也是这第一项规定的内容。可是如果严格按照上述四项规定执行的话，那么现行的互联网融资平台的情况不容乐观。

## （二）对“违反法定义务”的理解

互联网金融的世界里，投资的收益与风险是正相关的，我们要对投资的经济风险和网络的刑事风险作出区分。因此我们有必要根据相关规定，对融资平台进行约束，以及规定出需要承担的义务。比如平台需对借款人信息、产品交易情况、经营情况、业务范围、财务报表、会计审计等相关信息作出披露，并对投资人进行风险提示。因此笔者主张，将“信息披露”作为网络融资平台的法定义务。如果平台没有对相关信息进行及时、真实的披露，那么此种行为将作为其集资过程中的“非法”来处罚。以履行“信息披露”义务为前提，平台必须保证投资人不能因不知情而陷入“虚假”、“欺诈”的漩涡，致使投资人财产损失或者置于财产损失的风险中。与融资平台进行合作的相关机构信息也应当公开，如与保险公司、法律服务、大数据征信等领域的机构合作情况。信息披露应当坚持全面客观原则，对于投资所可能存在的高收入回报承诺、风险告知与“信息披露”应当同时进行。

“信息披露”机制在我国已有先例。上海市在全国范围内率先成立互联网金融行业协会（行业自律组织），并2015年8月在全国率先发布了《上海个体网络借贷（P2P）平台信息披露指引》，2016年5月19日公布了《披露指引》细则，并建立了工作方案和定期工作机制。[[5]]细则对整个互金行业都具有指引和借鉴的意义。将“信息披露”作为融资平台的一个前置性法定义务，以此来加强对投资者财产权利的保护具有现实可操作性。

## （三）法益保护的转换

从目前来看，互金行业的发展不但打破了传统银行对资本的融合与垄断，而且大大激发了小微企业的创业热情。但无论是P2P、第三方支付或者股权众筹平台，本质上都具有民间融资的属性，这些融资平台很容易被冠以解释第一项内容的“借用合法形式吸收资金”。对民间金融监管采取消极自由的制度取向，对达到规制标准的法律边界内的民间金融予以规制，并确认辩解之外民间金融的自由地位。[[6]]法律

在规制互联网金融时，切不可一概而论一刀切，也不可置之不理以为不管，我们应当以新时期的金融政策为导向，重新阐释此类罪名。

在现今的金融政策指导下，“非法”的意义仅应限于通过虚假宣传手段而导致公众在不知实情的状况下资金受损的危险或实害，亦即此罪的法益为公众财产权益。[[7]]有学者指出，集资类犯罪的主要客体是有关货币借贷的直接融资制度，次要客体是投资者的财产所有权。[[8]]但是随着互联网金融行业呈现出的灵活智能、多元化的发展，曾经以垄断型经济秩序为保护法益的适用，在现实生活中的可操作空间实在狭小。伴随着我过大众创业、万众创新的大环境中，一些融资平台背后的撤资与挥霍，侵害的更多的是投资者的利益。因此将公私财产作为本罪保护的法益，更具有指导意义。法益侵害说认为，违法性的实质是对法益的侵害与威胁。[[9]]传统理论认为非法集资类犯罪保护的是金融秩序，任何个人和单位只要存在未经批准即向社会公众吸收存款的行为，即使没有给存款人造成任何损失的前提下，依然可以构成非法吸收公众存款罪。但现行环境中，我们更加倾向的要保护的社会公众的财产利益。因此由“非法”引申出的对非法集资类犯罪的法益保护，由秩序转变为公私财产比较适宜。

互金时代的非法集资活动因其涉及社会公众人数多，范围广，需要法律的严格规范。从刑事规制角度来说，我国目前司法实践中多数以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪加以规制，这种罪名的适用对于一些存在合理供需关系民间金融环境中，并不符合本罪的立法本意。笔者从法益保护角度出发，基于目前互金非法集资类犯罪的特点，分析了对互金平台从“信息披露”义务出发的一个“非法”认定要素。因此在法益转变的情况下，解释分析也应当从其他合理角度作出论证。在法律滞后于互金发展的前提下，我们需依据现有法律法规对非法集资活动进行刑法规制提出有效建议。伴随着垄断性金融体制产生的法律本身依然不足以应对呈现多样化发展多元的互金形态，因此基于刑法的保护与保障功能对法律作出合理的解释和辨析，对实现和谐稳定的互金环境具有重要意义。

[[1]]何小勇：《金融体制改革视域下的非法集资犯罪刑事规制》，《民主与法制》2016年第15期 29页。

[[2]]中国社会科学院：《中国网络借贷平台风险评级与分析(2015~2016)》，载<http://www.p2b110.com/touzili cai/7247.html>，2017年5月7日访问。

[[3]]资金存管，以合规为基础促进互金行业发展，载[http:](http://)

//

finance.caijing.com.cn/20170505/4268268.shtml , 2017年5月7日访。

[[4]]刘宪权：《刑法严惩非法集资行为之反思》，法商研究，2012年4月，124页。

[[5]]上海互金协会平台信息披露名单，载<http://www.wd315.cn/>

platform/news/4502,2017年5月7日访问。

[[6]]高晋康：《多管齐下加强我国民间金融监管》，中国社会科学报，2012年10月10日。

[[7]]崔志伟：《互联网金融视域下非法吸收公众存款罪的审视与重释》，广西政法管理干部学院学报，2015年9月，54页。

[[8]]李友邦、高艳东：《金融诈骗罪研究》，人民法院出版社2003年版，第67页。

[[9]]张明楷：《刑法学》第五版，法律出版社，2016年7月，109页。