

互联网金融平台的刑事风险及责任边界

刘宪权

内容提要:具有“去中心化”性质的互联网金融平台是互联网思维在金融领域内的创新性产物。国内互联网金融平台主要衍化为纯平台模式、担保模式、债权转让模式三大类,可能存在“伪”平台风险、模式风险、中立帮助行为风险等。防范互联网金融平台的刑事风险是规范该行业健康发展的底线。对于以互联网金融之名行资金自融之实的“伪”平台,应依据资金用途限制非法吸收公众存款罪的适用;对于违规提供担保的平台,应给予行政处罚并令其承担连带保证责任;对于违规设立资金池的平台,应视具体情形作出不同处理;对于提供中立帮助行为的平台,应分别从“投资端”、“融资端”视角,对帮助信息网络犯罪构成要件中的“明知”作不同的理解和认定。

关键词:互联网金融 P2P 股权众筹 融资平台 刑事责任

刘宪权,华东政法大学法律学院教授。

互联网时代的历史进程已向纵深处推进,人们不再满足于对互联网技术的突破,转而更加注重对互联网思维的运用。由于微博、微信、社交网站,以及以“淘宝网”为代表的C2C(个人与个人之间)电子商务网站的蓬勃发展,四面八方的个体实现了在网络平台上自由交流信息,低成本交易商品。随着时代的发展,人们交流的内容或将不局限于信息,人们交易的对象也不再止步于商品。近年来,互联网思维逐步渗入资金融通领域以及资本市场,而作为新兴互联网金融行业存在的标志,则是具有“去中心化”性质的互联网金融平台。近日,随着互联网金融专项整治活动在全国范围内拉开帷幕,我国上千个互联网金融平台的运营状况、风险类别与级别也将逐一暴露在监管层以及社会公众的面前。妥善应对合规型、整改型、取缔型平台,在追究涉案互联网金融平台行政、刑事责任的过程中处理好行政法与刑法的衔接关系,科学而合理地确定互联网金融平台的刑事责任边界,既是当下的一个热点话题,也是一个具有时代意义的理论问题。

一 国内互联网金融平台的类型考察

我国官方文件曾定义过“互联网金融”。2015年7月14日国务院十部委《关于促进

互联网金融健康发展的指导意见》(以下简称《指导意见》)指出,互联网金融是指“传统金融机构与互联网企业利用互联网技术和信息通信技术实现资金融通、支付、投资和信息中介服务的新型金融业务模式”。就此分析,我们不难发现,《指导意见》并未将传统金融机构剔除于互联网金融行业之外,互联网金融行业的业务主体既可以是传统金融机构,也可以是互联网企业。显然,这是一种颇具包容性的定义。

也正因为《指导意见》对互联网金融采取了广义解释,随后其逐一罗列了互联网金融的六种业态:互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融。然而笔者认为,互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融,虽然都在互联网平台上进行,但在本质上其仍是传统金融机构面向社会大众的“一对多”线上销售模式,归根结底属于传统金融机构的互联网化,或者说是传统金融的升级版。虽然《指导意见》将其纳入了广义互联网金融的范畴,但其并不是真正意义上的互联网金融。互联网支付虽属于互联网金融的一种业态,但其不具有鲜明的平台属性。互联网金融平台的本质特征在于,“它就是搭建一个交易平台,让所有的需求和供给都在这个平台上自我搜寻和匹配,把集中式匹配变成分布式的‘点对点’交易状态”,^[1]从而实现去中心化、低成本化的交易生态。开放、自主、分散的买方与卖方是互联网金融平台不可欠缺的条件。本文拟探讨的互联网金融平台即属此类,从业态上看,主要是指P2P(个体网络借贷)与股权众筹。

P2P是指“个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷”。股权众筹是指“通过互联网形式进行公开小额股权融资的活动。股权众筹融资必须通过股权众筹融资中介机构平台(互联网网站或其他类似的电子媒介)进行”。显而易见,《指导意见》明确将“中介机构平台”的存在作为P2P与股权众筹融资赖以进行的必备组织架构,因而欲规范互联网金融健康发展,则不可避免地要守住底线,防范互联网金融平台的刑事风险,明确其刑事责任边界。

互联网金融平台的运营模式,从根本上决定着平台的法律属性及风险级别。“在平台中,双方(或多方)在一个平台上互动……这种模式的特点表现在平台上卖方越多,对买方的吸引力越大,同样卖方在考虑是否使用这个平台的时候,平台上买方越多,对卖方的吸引力也越大”。^[2]为了尽可能多地将买方与卖方吸引至平台,我国的互联网金融平台不断演化出以下几种运营模式。

(一) 纯平台模式

在纯平台模式中,平台严格将自身定位为纯粹的信息中介,不插手交易的实质内容,而仅为投资人、融资者提供信息发布、信息撮合、信用评级、“一对一”配对、资金结算等技术性服务。股权众筹融资平台均属于纯平台模式,因为在股权众筹融资活动中,融资者与投资人共享收益、共担风险,融资者并不承诺还本付息,因而平台也就不扮演任何形式的信用中介角色,而是纯粹的信息中介。但是,恰恰相反,在P2P领域中,纯平台模式却为

[1] 陈宇著:《风吹江南之互联网金融》,东方出版社2014年版,第90页。

[2] 徐晋著:《平台经济学:平台竞争的理论与实践》,上海交通大学出版社2007年版,第5页。

数甚少。

2007年成立于上海的“拍拍贷”是中国首家通过互联网方式提供P2P无担保网络借贷的信息中介服务平台,也是目前为数不多的以单纯收取服务费为盈利模式的P2P平台。“拍拍贷”不担保、不设资金池,始终处于一个独立的、提供服务的第三方平台的角色,风险由借贷交易双方自行承担。“拍拍贷”的借款流程为:借入者发布借款列表、借出者竞相投标、借入者借款成功、借入者获得借款、借入者按时还款。为了控制平台上的借款风险以吸引更多的投资人,“拍拍贷”基于大数据的风控模型,针对每一笔借款给出一个风险评分,以反映对逾期率的预测。每一个评分区间会以一个字母评级的形式展示给借入者和借出者,如从AAA到F,风险依次上升。为保障投资人利益,“拍拍贷”实施风险备用金计划,当“逾期就赔”标成交时,平台提取一定比例的金額放入“风险备用金账户”。一旦某笔借款逾期超过30天,平台将通过风险备用金向投资人垫付此笔借款的剩余出借本金和利息。

(二)担保模式

由于股权众筹融资平台不存在担保的空间,因而采取担保模式的互联网金融平台也仅局限于P2P平台。近年来,国内出现不少担保型P2P平台,按照担保主体的不同,可将其划分为平台自担保型与第三方担保型两种。平台自担保意味着平台的性质发生了根本改变,平台演化成了担保机构,而不再是单纯的信息中介机构,信用风险由平台承担。这种性质转变的平台,已被现行监管政策所禁止。早在2014年4月21日召开的处置非法集资部际联席会议上,银监会相关负责人就明确指出了P2P网络借贷平台的四条边界:一是要明确平台的中介性质;二是要明确平台本身不得提供担保;三是不得归集资金搞资金池;四是不得非法吸收公众资金。^[3] 2015年《指导意见》指出:“个体网络借贷机构要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务。”自此,自担保型的P2P平台已不具备合法的生存空间,大批P2P平台转而寻求第三方担保。例如,“有利网”由中安信业承保,“开鑫贷”由江苏省A级以上小额贷款公司提供担保,等等。

值得指出的是,目前国内也存在不少名为第三方担保但实为自担保的P2P平台。如根据“网贷之家”发布的信息,笔者发现了一个名为“和信贷”的P2P平台,其由非融资性担保公司“和信丰泽投资担保有限公司”作为担保机构。但只要查询企业登记信息便会发现,实际上“和信贷”与“和信丰泽投资担保有限公司”这两家公司的法定代表人在某段时期为同一人。虽然其后“和信丰泽投资担保有限公司”更换了法定代表人,但“和信贷”的法定代表人仍然是“和信丰泽投资担保有限公司”的主要股东。因此有充分理由怀疑,“和信贷”在本质上更接近于自担保型平台。

陆金所也是典型的自担保型平台。陆金所网络投融资平台由中国平安集团打造。陆金所承诺当借款人逾期不还款,担保公司会对投资人代偿借款人的全部剩余债务,承担连

[3] 《银监会:P2P网络借贷不得触碰四条红线》, <http://tech.qq.com/a/20140422/003733.htm>, 最后访问日期:2016年5月26日。

带担保责任。而对于某些指定产品,陆金所还特别承诺若借款方未能履行还款责任,保险公司将对未被偿还的剩余本金和截止到保险理赔日的全部应还未还利息与罚息进行全额偿付。值得注意的是,为陆金所提供担保的担保公司正是平安集团旗下平安融资担保(天津)有限公司以及平安普惠融资担保有限公司。可见,陆金所平台由关联企业提供担保,本质上是自我担保,属于自担保型 P2P 平台。对此,陆金所负责人曾在某论坛上称,“起初为了 P2P 方式能够更好地被大家接受,陆金所引入了平安担保,这也是阶段性的考虑,现在陆金所已经逐步撤销担保”。〔4〕

(三) 债权转让模式

除了以纯平台模式(股权众筹融资平台和部分 P2P 平台)以及担保模式(仅限于 P2P 平台)运营的互联网金融平台外,公众和媒体将宜信模式也纳入 P2P 平台的范畴。宜信首创了国内债权转让模式。宜信旗下的 P2P 平台“宜人贷”(2016 年 6 月已更名为“宜人理财”)不采用借款人、出借人“点对点”自由配对方式,借贷双方不直接签订债权债务合同,而是通过第三方个人先行放款给资金需求者,再由第三方个人将债权转让给投资人。其中,第三方个人与 P2P 网贷平台关联度较高,一般为平台的内部核心人员。平台则通过对第三方个人债权进行金额拆分和期限错配,将其打包成类似于理财产品的债权包,供投资人选择。投资人可自主选择受让债权包,却不能自主选择借款人,具体借款人由平台在线下寻找并评估,投资人与借款人不是“一对一”的关系,而是“多对多”的关系。〔5〕“宜人贷”的盈利模式是向借款人收取占借款总金额 4% 的服务费。在宜信模式下,借款人不必等待投资人投标便可先行取得平台的放款,平台将借款垫付给借款人之后再通过互联网发标。

二 互联网金融平台的刑事风险样态

风险在金融活动中是不可避免的,任何一个互联网金融平台都会有风险,如经营不善风险、合规风险、道德风险等,并且这些风险都有可能朝刑事风险的方向演变。在当下我国互联网金融平台模式纷呈、“鱼龙混杂”,甚至发生某种程度“异化”的情况下,前述风险也就表现得愈加突出。近年来由此引发的刑事案件也呈持续高速增长态势。据“上海检察”(上海市人民检察院官方微信公众号)发布的统计数据,仅 P2P 领域,2015 年上海市检察机关受理涉 P2P 网络借贷刑事案件共 36 件 139 人,其中集资诈骗罪 4 件 19 人,非法吸收公众存款罪 32 件 120 人,涉案金额逾 12.83 亿元。毋庸置疑,防范互联网金融平台的刑事风险是规范平台健康发展的一个底线与基本目标。总体而言,我国各类互联网金融平台(包括伪平台)的刑事风险主要表现在以下几个方面。

〔4〕 《P2P 平台不能做担保》, <https://www.douban.com/note/369005562/?type=like>, 最后访问日期:2016 年 5 月 22 日。

〔5〕 罗明雄:《P2P 网贷三大模式之纯平台模式和债权转让模式》, <http://stock.sohu.com/20140711/n402104734.shtml>, 最后访问日期:2016 年 5 月 23 日。

(一)“伪”平台风险

“伪”平台是指某些从一开始便抱着“卷钱”、“吸金”心理的行为人,利用互联网金融的概念,而创立的所谓“平台”。从本质上看,“伪”平台是以互联网金融平台为名,行集资诈骗、资金自融之实,根本不具有平台的中立性属性。如在 2015 年绍兴市中级人民法院审理的王某某诈骗案中,被告人王某某出资并伙同他人组建某融资咨询有限公司,租用 MT4 软件,虚构 www.isa-fta.com 平台,以虚假国际原油期货交易的名义,诱骗他人该平台进行投资交易,骗取他人资金。^[6]

可见,“伪”平台的行为方式多表现为在互联网上发布虚假的借款信息、股权众筹项目或投资产品,营造可供投资人投标的假象,并往往以高息或高比例分红引诱投资人。出借人与借款人,投资人与众筹者不再是一一对应的关系,投资人的资金事实上直接打入“平台”账户而非融资者的个人账户。如果“平台”的操纵者不具有非法占有目的,而只是从事资金自融活动时,其行为可能涉嫌构成非法吸收公众存款罪。如果“平台”的操纵者对投资人资金具有非法占有目的,其行为可能涉嫌构成集资诈骗罪。值得注意的是,此类集资诈骗平台为了骗取更多资金,往往会将前几笔投资如数奉还、如期分红,当“雪球”越滚越大时,才突然卷款跑路。

目前国内“伪”平台的数量颇为可观。仅在 P2P 领域,“网贷之家”统计的跑路或提现困难的问题平台就达 1339 家,其中有部分平台涉嫌非法吸收公众存款与集资诈骗。如在浙江省杭州市中级人民法院于 2015 年审理的泮某某案中,行为人泮某某为维系“后账换前账”的循环运作方式,收购某投资管理有限公司(该公司的主要业务系 P2P 融资)作为其非法集资平台,以经营所谓的“线下 P2P”业务为名义,以召集客户前往常山县参观所谓担保企业、虚构其担保能力并提供虚假的股权质押为手段,以年息 12% - 23% 的高息为诱饵,向 514 名不特定人员非法集资人民币 5015 万余元,用于偿还债务、支付犯罪成本等用途。无法维系后,泮某某四处躲避,拒不归还集资款。^[7]再比如,在 2015 年杭州市中级人民法院审理的蔡某某合同诈骗案中,银坊 P2P 金融平台负责人蔡某某以非法占有为目的,虚设投资项目,以高息为诱饵,并伪造担保函、虚构担保,利用互联网进行宣传,向不特定社会公众非法集资 2 亿余元,最终被判处无期徒刑。这也成为截至目前我国 P2P 领域被判处的最重刑罚。^[8]

(二)模式风险

模式风险是指平台虽然未发布虚假信息,存在真实的融资者与投资人,发生于其上的融资活动也都客观真实,但该平台的运营模式本身可能已经触碰了法律的红线。最为典型的是自担保型平台与债权转让型平台,二者都触碰了银监会所划定的四条红线,前者违反了“平台本身不得提供担保”的禁令,后者则“归集资金搞资金池运作”。监管层之所以明令禁止平台本身提供担保、搞资金池,是由于这两种模式不但偏离了互联网思维下互联

[6] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2015)浙绍刑初字第 50 号刑事判决书。

[7] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭刑初字第 131 号刑事判决书。

[8] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭刑初字第 200 号刑事判决书。

网金融平台的要义,并且具有天然的难以避免的高风险。

首先看自担保型模式。自担保型平台的经营不善风险极高,提现困难与跑路几乎成了绝大多数自担保型平台难以逃脱的“宿命”,这主要有以下几个方面的原因。其一,平台所服务的客户并不优质。到平台上寻求融资的多为小微企业与个人,尚未被纳入央行征信系统,更容易发生道德风险,坏账率远远高于银行。其二,平台自身实力又几乎不可能应付如此高的坏账率。“提供担保的平台在很大程度上具有类银行功能,但是银行面临着严格的资本金要求,而平台没有”。^[9] 上线一个月即宣告破产的自担保型平台“众贷网”的法人代表卢某某称:“整个管理团队的缺失,造成了公司发生运营风险,开展业务时没有把握好风险这一关。”自担保型平台面临着外部压力与自身实力的双重挑战。当服务费收入、担保收入不足以抵冲坏账率时,自担保型平台除了宣告破产外,便只能先虚设融资需求,而后采用“拆东墙、补西墙”的方式以后款偿还前款,这是平台“苟延残喘”的唯一办法。目前提现困难或跑路的平台已多达上千家,表明这些平台或多或少都扮演了信用中介的角色,这实在不能不引起监管层以及社会对自担保型平台的警惕与反思。

再看债权转让模式。自宜信创立该模式以来,便一直饱受是否涉嫌非法集资的质疑。在新浪某论坛上,原央行副行长、全国人大财经委员会副主任委员吴晓灵于2015年接受记者采访时提及债权转让型平台,她表示,某些平台将一份债权进行分割,这就涉嫌非法集资,根据我国刑法规定,如果一份债权每笔超过20万,集资人数超过30人就涉嫌非法集资。^[10] 笔者认为,吴晓灵女士的此番言论在一定程度上揭示出债权转让模式在合规方面的巨大风险,但其关于平台涉嫌非法集资的结论则很值得讨论。以宜信旗下“宜人贷”平台(2016年6月已更名为“宜人理财”)为例,平台上每笔债权转让交易的达成都将涉及四笔资金流动,其资金流向分别是:第一笔,平台首席执行官唐宁将个人财产打入借款人账户(注:机构放贷须经中国人民银行批准,自然人放贷不受限);第二笔,投资人将资金打入平台账户;第三笔,借款人将还款打回平台账户;第四笔,平台将还款打回投资人账户。从表面上看,唐宁及其平台似乎从事着类银行的发放贷款、吸收存款活动,容易被人们误认为涉嫌非法吸收公众存款,但事实上其与非法吸收公众存款有着本质的区别,具体表现为以下两个方面的不同。

一方面,是否置身于借贷合同关系中。非法吸收公众存款的行为人本身是借贷合同关系的一方主体;而在债权转让模式下,平台已通过债权转让的方式从原借贷合同关系中彻底“抽离”出来,不特定的借款人与不特定的出借人始终是借贷合同关系的主体。

另一方面,承诺还本付息的主体不同。非法吸收公众存款活动中,吸收公众存款的行为人是承诺还本付息的主体;而在债权转让模式下,吸收公众存款并且承诺还本付息的,始终是借款人,而非平台。平台不过是借款人与出借人之间的信息中介与资金中转站而已。只要平台不虚构借款需求,在借款人均是真实的情况下,每一笔资金的流动都将以平

[9] 黄国平、伍旭川主编:《中国网络信贷行业发展报告(2014~2015)》,社会科学文献出版社2015年版,第37页。

[10] 《吴晓灵:P2P只是信息中介,拆分债权涉嫌非法集资》,http://business.sohu.com/20150524/n413652134.shtml,最后访问日期:2016年5月29日。

台上借款人与出借人的借贷关系作支撑,因而也就不存在平台自融的问题。从本质上看,债权转让型平台不符合非法吸收公众存款罪的构成要件,反倒是平台上拥有不特定债权受让人的借款人符合了非法吸收公众存款的“一对多”借贷样态。不过,出于鼓励互联网金融创新的政策考虑,《指导意见》已经为互联网上“一对多”的借贷行为扫除了合法性上的障碍。

当然,债权转让型平台及其借款人不构成非法吸收公众存款罪,不代表此种模式没有风险。应当看到,平台作为出借人、借款人的资金中转站,不可避免地会形成资金池,因而导致平台挪用、侵占资金具有了很大程度上的操作空间与可能性。并且平台一旦掌握了资金池,其还可能会以虚构借款人的方式实现自融,进而向非法吸收公众存款的方向演变,其道德风险以及监管难度都将大大提高。这也是监管层之所以三令五申地作出“不得归集资金搞资金池”禁令的根本原因。面对监管政策的收紧,宜信的首席执行官唐宁对此解释称,由于当时科技发展不够,没有电子签名的应用技术,所以只能退而求其次用债权转让的模式。而目前宜信完全可以做到点对点让借贷双方直接签约,这样点对点直接签约的模式已经占到宜信借贷平台业务的近50%,并且比重还在不断上升。^[11]

(三) 中立帮助行为风险

当某互联网金融平台既不是“伪”平台,亦不存在模式风险的情况下,其仍然可能在正常的提供中立性网络服务的过程中,客观上促成他人的犯罪活动。《刑法修正案(九)》所新增的帮助信息网络犯罪活动罪,便是信息网络时代对此中立帮助行为刑事风险的刑法应对。互联网金融平台的中立帮助行为风险主要有以下两大类。

第一类是互联网金融平台的中立服务行为客观上促成“融资端”的犯罪活动。融资端是指在平台上具有融资需求的一方,具体指P2P网络借贷中的借款人以及股权众筹融资活动中的众筹项目发起人。当互联网金融平台明知借款人、众筹项目发起人通过编造虚假的借款用途,虚报众筹项目,提供虚假资产凭证,伪造虚假的专利、商标、著作权证明等骗取投资人财物,而仍为其提供互联网接入、广告推广、支付结算等帮助的,便有可能触犯《刑法》第287条之二的帮助信息网络犯罪活动罪。

第二类是互联网金融平台的中立服务行为客观上促成“投资端”的犯罪活动。投资端是指在平台上出资的一方,具体指P2P网络借贷中的出借人以及股权众筹融资活动中的“股东”。投资端的犯罪活动主要是洗钱犯罪。当互联网金融平台明知投资人的出资源自毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益,并且投资人的目的是为了掩饰、隐瞒赃款来源和性质,而仍为其提供支付结算等帮助的,便同样有可能触犯帮助信息网络犯罪活动罪。

综上,“伪”平台风险、模式风险、中立帮助行为风险是当下互联网金融平台最主要的风险样态。由于三类风险有着天然的差异,刑法在应对这三类风险时,便应当体现出差异

[11] 《从宜信P2P看债权转让模式的风险》, <http://www.wangdaiguancha.com/wangdaiyanjiu/893.html>, 最后访问日期:2016年5月23日。

性,做到区别对待、分而治之,科学而合理地确定不同风险下互联网金融平台刑事责任的边界。

三 互联网金融平台可能涉及刑事责任的边界

对于以互联网金融之名、行集资诈骗之实的“伪”平台,应该严格依法以集资诈骗罪追究相关行为人的刑事责任,其中不应该存在需要重新从理念、价值立场出发确定其刑事责任边界的问题。而对于以互联网金融之名行自融之实的平台、存在模式风险的平台,以及实施了中立帮助行为的平台,如何确定其刑事责任的边界与限度,则是当下司法实践无法回避且一直在犹豫观望的难题。笔者以上述对三类平台的本质分析为基础,尝试提出一些刑事责任的边界和定性处理的依据。

(一)以互联网金融之名行自融之实的“伪”平台

不具有非法占有目的,但为了筹集资金的目的搭建所谓的“互联网金融平台”,通过虚设借款人、众筹项目的方式向社会不特定对象吸收资金,为己所用,这是自融型“伪”平台的典型特征。此种平台完全丧失了应有的中立属性,本质上沦为行为人进行网络融资的工具。最典型的有“e租宝”事件。2015年12月,e租宝平台被爆自融,一个月后深圳市公安局经济犯罪侦查局官方微博发布消息称,深圳公安机关已经对e租宝网络金融平台及其关联公司涉嫌非法吸收公众存款案件立案侦查。办案民警表示,从2014年7月e租宝上线至2015年12月被查封,相关犯罪嫌疑人以高额利息为诱饵,虚构融资租赁项目,持续采用借新还旧、自我担保等方式大量非法吸收公众资金,累计交易发生额达700多亿元。^[12]从现有案情看,e租宝平台确实属于以互联网金融之名行自融之实的“伪”平台。

对此类平台行为应当如何定性?笔者认为,不可“一刀切”式地一律以非法吸收公众存款罪认定。刑法在打击非法集资案件时,应当有的放矢,且行之有度,尤其注意不能背离金融体系的内在规律,更不能逆历史发展潮流而动。“无论从我国金融体系自身发展的规律看,还是从我国经济发展对金融体系的要求看,民间借贷从地下走向地面、由‘暗箱式’操作走向‘阳光化’运作、由无合法身份走向合法经营,都是民间借贷未来发展的必然趋势。”^[13]妥适地定位《刑法》第176条非法吸收公众存款罪的历史使命,合理界定非法吸收公众存款罪的构成要件,是笔者一以贯之且反复强调的价值立场。“司法实务中必须严格从集资用途上区分间接融资行为与直接融资行为,不应将以合法的商业、生产运营为目的的直接融资行为认定为非法吸收公众存款罪”。^[14]就e租宝案件而言,假如该平台将非法集资款用于资本与货币经营,而并非投放于实体经济,则对其以非法吸收公众存款罪定性是妥当的。但对于仅仅为了实现资金自融的目的而通过搭建互联网金融平台的

[12] 《“e租宝”非法集资案真相调查》, http://news.xinhuanet.com/fortune/2016-01/31/c_1117948306.htm, 最后访问日期:2016年5月23日。

[13] 邱兆祥、史明坤:《关于民间借贷合法化的思考》,《金融理论与实践》2009年第3期,第21页。

[14] 刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》,《法商研究》2012年第4期,第119页。

方式筹集资金,且将所筹资金完全用于自身生产经营的,则不宜贸然、轻易地将该平台行为认定为非法吸收公众存款罪。不妨以相关行政法律法规为依据,责令相关平台限期整改或依法取缔相关平台。

(二) 存在模式风险的平台

自担保型平台与债权转让型平台的模式风险显然已受到监管层的密切关注。2016年8月24日中国银行业监督管理委员会、工业和信息化部、中华人民共和国公安部、国家互联网信息办公室制定的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《网络借贷暂行办法》)第3条规定:“网络借贷信息中介机构……不得提供增信服务,不得直接或间接归集资金,不得非法集资……”该办法第10条还专门指出,网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事直接或间接接受、归集出借人的资金;不得直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本付息等。《网络借贷暂行办法》旗帜鲜明地表明,监管层态度坚决地意欲将自担保型平台、债权转让型平台打入冷宫。

然而,在我国当下互联网金融生态环境下,自担保型平台与债权转让型平台依然大量存在,这些平台的模式风险也日渐凸显。为此,全国范围内对互联网金融的专项整治活动陆续拉开帷幕。2016年4月14日,国务院组织14个部委召开电视会议,部署将要在全国范围内启动有关互联网金融领域的专项整治活动,为期一年。^[15]上海市互联网金融专项整治工作以及重点整治方向也于2016年6月29日在中国小额信贷联盟互联网金融专项整治研讨会上公开披露,具体做法是要求相关互联网金融平台填写网络借贷信息中介机构基本情况调查表、股权众筹企业调查表等,7月底前逐个摸底排查其是否存在平台自融或变相自融、平台提供担保、设立资金池、存在债权转让、类资产证券化业务等问题,并根据调查结果,将互联网金融从业机构划分为合规、整改、取缔三个类型,分而治之。^[16]在应对摸底排查结果的过程中,便自然而然地引发了一个有关违规平台刑事责任边界的问题。如果互联网金融平台违规提供担保、设立资金池,情节严重的,是否应当追究其刑事责任?

笔者认为,对于存在模式风险的互联网金融平台,在确立其刑事责任边界问题上应当格外审慎。自2007年我国成立第一个P2P网上借贷平台拍拍贷、2013年“美微传媒”在淘宝网上发起国内首个股权众筹融资项目以来,我国互联网金融平台的产生、发展才不过短短几年时间,仍处于“摸着石头过河”的模式探索阶段。而与之同样稚嫩、青涩的是监管层的监管政策与法律法规。至今为止,除刚刚公布的《网络借贷暂行办法》外,我国尚不存在其他任何正式的、专门规制网络借贷、股权众筹从业机构的前置性行政法律法规。

总体而言,监管层的监管思路及其对涉互联网金融平台案件中行政法、刑法如何衔接、刑事责任边界如何确定等问题的态度并不十分明确。但就在这种大背景下,互联网金融平台却实现了异军突起式的增长。据“网贷之家”统计,截至2016年5月,P2P平台累

[15] 《14部委互联网金融专项整治风暴来袭》, <http://mt.sohu.com/20160421/n445436205.shtml>, 最后访问日期:2016年5月30日。

[16] 《上海互联网金融专项整治材料首度公开》, <http://mini.eastday.com/a/160630071335473.html?btype=index&subtype=caijing&idx=0&ishot=0>, 最后访问日期:2016年7月2日。

计达 4080 家,投资人数 329.5 万人,借款人数 96.52 万人,人均投资金额 44921.7 元。^[17] 相比之下,股权众筹融资平台则数量较少,据“众筹之家”统计,截至 2016 年 7 月 8 日,国内股权众筹融资平台仅 127 家。^[18] 两类互联网金融平台在数量上的巨大反差或许说明了一些问题。一方面,从主观上看,目前我国中小投资者承受风险的意愿不强。绝大多数中小投资者更热衷于还本付息的网络借贷,对收益处于不确定状态的股权投资则普遍缺乏兴趣。应当承认,当下互联网金融行业仍然主要服务于将“收回本钱”作为首要目标的投资主体。另一方面,从客观上看,中小投资者的判断能力与投资自信欠缺。他们自知无力从成千上万个众筹项目中明辨良莠,对整个股权众筹领域的收益回报更是缺乏信心,于是也就不愿花费更多的时间与精力去关注众筹项目的运营模式、发展前景,而是更为省事地选择了承诺保本付息的网络借贷。这也是为何我国网络借贷平台多于股权众筹融资平台、有担保的平台多于无担保的平台、承诺高利率的平台多于承诺低利率的平台、互联网金融平台模式风险愈演愈烈的根本原因。诚如某些业内人士所言,我国当前的互联网金融生态是一个“劣币驱除良币”的过程,严守信息中介定位的纯平台模式只是罕见的个例,存在模式风险的平台反倒成为了常态。

应当看到,互联网金融平台的模式风险,在某种程度上与我国互联网金融目前所处的发展阶段、绝大多数中小投资者的客观投资能力以及主观投资心理等因素密不可分。笔者认为,监管层对于大量存在的具有模式风险的互联网金融平台不妨予以“同情的理解”与“适度的宽容”。在对互联网金融平台进行排查与整治的过程中,应当优先以相关行政法、民法予以规制,并且放宽一点时间,循序渐进地推动互联网金融平台的历史转型,逐步实现“良币驱逐劣币”的金融生态。具体而言,可以有以下两种处理方式。

一是对违规提供担保的平台给予行政处罚,并依法令其承担连带保证责任。

平台违规提供担保行为,即便情节严重,也不宜入罪。理由是:其一,该行为并不符合非法吸收公众存款罪的构成要件,其本质不是面向社会不特定公众自融资金,而是擅自为他人提供增信服务;其二,该行为也不构成非法经营罪。其不符合“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务”的罪状,“保险”与“担保”是完全不同的两个范畴。保险是基于互助共济原则,多个投保人共同分摊风险损失的法律机制,承担补偿责任的载体是投保人缴纳保费所形成的保险基金,保险合同是独立合同,由《保险法》调整;而担保则是为了确保债权实现而设,其承担补偿责任的主体是担保人自身,担保合同从属于主合同,不具有独立性,由《担保法》调整。可见,平台违规提供担保行为不符合非法经营罪所规定的第(三)项情形。那么其是否属于第(四)项兜底条款所规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”呢?笔者认为,理解非法经营罪兜底条款的含义应当严格坚持同类解释原则。非法经营罪前三项罪状分别禁止经营的是专营、专卖、限制买卖物品、经营许可、批准文件、证券、期货、保险、资金支付结算业务,可见该罪的客体是国家对特定商

[17] 资料来源于“网贷之家”网站的网贷数据, <http://shuju.wdjl.com/industry-list.html>, 最后访问日期:2016年6月22日。

[18] 参见“众筹之家网”, <https://www.zczj.com/daohang/>, 最后访问日期:2016年8月5日。

品、特定行业、特定市场经营的准入制度。不能将非法经营罪简单而肤浅地理解为只要行为人从事不具备相应资质的活动即构成该罪,这将会灾难性地扩大该罪的适用范围。只有当行为人非法从事了影响国家专营的经营活动并且严重扰乱市场秩序时,方能被解释进该罪的兜底条款。这是现阶段在尚未废除非法经营罪情况下避免其沦为“口袋罪”的限制性解释路径。

事实上,对于平台自担保行为,适用行政法、民法已足以达到规制效果。《网络借贷暂行办法》第10条不但规定“网络借贷信息中介机构不得……直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本付息”,并且还于第40条明确了机构责任:“网络借贷信息中介机构违反法律法规和网络借贷有关监管规定,有关法律法规有处罚规定的,依照其规定给予处罚;有关法律法规未作处罚规定的,工商登记注册地地方金融监管部门可以采取监管谈话、出具警示函、责令改正、通报批评、将其违法违规和未履行公开承诺等情况记入诚信档案并公布等监管措施,以及给予警告、人民币3万元以下罚款和依法可以采取的其他处罚措施。”对违规提供担保的平台予以上述行政处罚,已基本可以控制互联网金融平台的模式风险,并且在尽可能弥补投资人损失问题上也不存在法律障碍。2015年9月1日实施的最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》第22条规定:“网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保,出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的,人民法院应予支持。”由此可见,自担保型平台对投资人承担连带保证责任有了明确的法律依据。

值得指出的是,有学者质疑在前述两部规定中,“一个是认可P2P网贷平台担保的法律效力,一个却是否定了网贷平台自担保的合法性,两者之间存在‘神仙架’”。^[19]对此,笔者认为,两部规定事实上既不存在逻辑上的矛盾,也不存在法理上的困境。应当明确的是,涉嫌行政违法乃至构成犯罪的行为,并不必然导致民事合同归于无效,只有当其违反了“效力性强制规定”时,合同方才无效。而是否属于“效力性强制规定”,须根据该规定的“规范目的”来判断。^[20]比如,行政法层面禁止P2P平台提供担保,其规范目的在于否定并惩罚P2P平台不具有担保机构资质却擅自为他人提供增信服务的行为。但平台一旦与他人订立了担保合同,承诺为他人提供担保,则也当然不能免除其对第三人的民事责任。否认民事合同的效力会与惩罚行为人的初衷相悖,将不当地使行为人从民事责任中“解放”出来,损害第三人的利益。故而,对于违规提供担保的平台,不应减轻其对民事责任的承担。综上所述,以行政法与民法规制平台自担保行为,已足以遏制乃至消除平台的模式风险,并做到尽可能弥补投资人损失,而将这些行为纳入刑法的规制范围似乎没有多大的必要。

二是对违规设立资金池的平台,视具体情形作出不同处理。

国内官方文件多次提及“资金池”,但对具体何为资金池并无一个明确的界定。大致

[19] 马继华:《P2P平台自担保是合法还是非法》,http://majihua.baijia.baidu.com/article/128944,最后访问日期:2016年6月20日。

[20] 刘宪权、翟寅生:《刑民交叉案件中刑事案件对民事合同效力的影响研究——以非法集资案件中的合同效力为视角》,《政治与法律》2013年第10期,第44页。

上,资金池是指将不同来源与流向的资金归集在一处,保持“池”中资金量基本稳定的资金集中管理方式。目前的债权转让型平台一般都设有资金池,因为此类平台是将债权进行金额拆分与期限错配,往往要直接经手资金。然而,是否设立资金池的平台都涉嫌构成非法吸收公众存款罪呢?笔者认为,并不尽然,需具体问题具体分析。如果将资金池比作一个设有“进水管”、“出水管”的池子的话,那么从出借人处取得的投资款、从借款人处收回的本息将自“进水管”入池;而向借款人发放贷款、向出借人还本付息、提取平台服务费则从“出水管”流出。“进水”与“出水”的先后顺序不同,将直接导致法律评价的不同。其一,假如平台先“进水”,而后“出水”,说明平台在尚不存在真实借款人的情况下实施了资金自融,而后放贷用于资本运作,这是典型的非法吸收公众存款行为,符合非法吸收公众存款罪的构成要件。其二,假如平台先“出水”,再“进水”,例如,在债权转让模式中,平台首席执行官先对外发放贷款,后将此债权进行金额拆分,转让给不特定的多个借款人。在借款人、出借人、借款需求均真实的情况下,该行为不存在适用非法吸收公众存款罪的空间。不过如果其未按照监管法规的要求将资金交由第三方银行托管,则构成行政违法,依据相关监管细则对其予以行政处罚、限期整改,甚至最终取缔。其三,假如平台先“出水”,再“进水”,但“出水量”却明显小于“进水量”时,则表明平台所转让的债权额多于真实的债权额,其可能是在通过虚构借款人、借款需求的方式自融资金,而后继续放贷,从而退回到了吸收存款、发放贷款的老路上,对于自融的资金,应当以非法吸收公众存款罪认定。

(三)提供中立帮助行为的平台

经济生活中的日常经营性业务行为在客观上为他人实施犯罪提供了帮助,此为中立帮助行为。比如出租车司机明知乘客欲前往某地实施犯罪而仍将其运送至目的地;餐馆明知顾客在屋内非法拘禁他人仍为其送外卖等等。中立帮助行为的显著特征在于其无差别地向不特定对象提供商品或服务。中立帮助行为人不但不缺乏与犯罪实行行为人的通谋,也不存在促进犯罪的意思,其既非通谋共犯,亦非片面共犯,因而难以被纳入到传统共犯结构之中。鉴于此,刑法理论上才有了此类行为是否要刑事处罚,以及如何划定处罚界限的争论。

《刑法修正案(九)》回应了这场争论:“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。单位犯前款罪的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第一款的规定处罚。有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”这被视为是中性的业务帮助行为的正犯化规定。应该看到,互联网金融领域大量存在类似的中性业务帮助行为,如P2P平台明知贷款人实施集资诈骗犯罪,股权众筹平台明知筹资者所发起的项目已严重侵犯他人知识产权,而仍为贷款人、筹资者提供广告推广、支付结算等服务,这是否构成《刑法修正案(九)》所新增的帮助信息网络犯罪活动罪呢?

划定互联网金融平台刑事责任的边界,离不开对互联网金融行业身处时代及其历史使命的清醒认知。西谚有云,“制度者,机运与智慧之产儿也”。中国的互联网金融之所

以较世界其他国家“青出于蓝而胜于蓝”，并且在短期内如火如荼地发展，这与时代机遇及当下国情密不可分。中国金融体系中长期的金融压抑及存在的低效率或扭曲的因素，为互联网金融的发展提供了有效生存空间。我国的互联网金融正是在此大背景下应运而生，并由此肩负着历史使命。不论是P2P平台还是股权众筹融资平台，都成功打破了传统金融机构向来在资金融通环节中处于核心地位的传统格局，借款人与出借人之间，筹资者与投资者之间不必经由传统金融机构也能快速对接，这对于促进小微企业发展和扩大就业将发挥着现有金融机构难以替代的积极作用。具有小微金融、普惠金融属性的互联网金融，实际上扮演着“倒逼”金融改革的角色，推进并配合着当前的利率市场化改革与股票发行注册制改革。

而互联网金融平台无疑是互联网金融领域最为重要的参与方与市场环节，互联网金融的最显著外观就是金融平台的构建。借款人与出借人，筹资者与投资者经由平台撮合、配对，整个资金融通过程都发生于平台。互联网金融平台为资金融通双方提供服务的行为是典型的具有反复继续性、业务交易性、日常生活性的中立行为。为了合理确定互联网金融平台中立帮助行为的刑事责任边界，笔者认为，应分别从“投资端”、“融资端”视角（即区分互联网平台中立帮助行为的对象），对帮助信息网络犯罪构成要件中的“明知”作不同的理解和认定。

一是对互联网金融平台中立服务行为客观上促成融资端犯罪活动的处理。根据《网络借贷暂行办法》第9条的规定，P2P平台负有对借款人资格条件、信息的真实性、融资项目的真实性、合法性进行必要审核的义务。当P2P平台经过审核后发现融资端存在问题，比如明知借款人、众筹者的融资项目不真实、不合法，仍为其提供广告推广、支付结算等服务的，依法构成《刑法》第287条之二的帮助信息网络犯罪活动罪。由于构成帮助信息网络犯罪活动罪必须以“明知”为前提，而刑法分则中的“明知”在大多数情况下均可能包含“确知”和“应知”两方面的内容。对帮助信息网络犯罪活动罪中认定“明知”的直接证明是司法实践中非常疑难的问题，实务中通常以司法推定“应知”的方式来完成对“明知”的认定。在信息网络时代，互联网金融平台无法如同传统经济主体那样直接接触交易对手方，犯罪意图、犯罪准备、犯罪征兆等可供信息网络服务提供者判断帮助犯风险的要素相对不足，因此不宜对其“应知”作门槛较低或过于宽松的推定。笔者认为，“大于半数规则”应当是推定“应知”最为合理的量化尺度，即司法机关应当查证互联网金融平台在提供合法服务与帮助犯罪活动之间的客观分配比例，分析、判断、计算其中有多少是为合法行为提供信息网络服务，有多少是为犯罪活动提供信息网络帮助。当其服务的众多对象中，大于半数的对象系利用互联网金融平台实施集资诈骗、非法吸收公众存款犯罪时，便可据此推定互联网金融平台对融资端的犯罪活动属于“应知”。

二是对互联网金融平台中立服务行为客观上促成投资端犯罪活动的处理。投资端的犯罪活动主要为洗钱犯罪。与融资端不同的是，互联网金融平台不会对投资者资金的来源或合法性进行调查与审核，因为其不负有此项义务，现实生活中也几乎没有可操作性。事实上，我国《反洗钱法》对金融机构都尚未施加该义务，该法第三章规定，金融机构的反洗钱义务主要包括：建立健全反洗钱内部控制制度、客户身份识别制度以及客户身份资料

和交易记录保存制度、大额交易和可疑交易报告制度,显然并不包括查明资金来源的义务。笔者认为,对互联网金融平台完全可施加前述投资者身份识别、记录保存、可疑交易报告等反洗钱义务,但由于互联网金融平台没有义务也无可能直接审查投资者资金的来源,因此就洗钱等犯罪而言,对平台中立帮助行为“明知”的认定就必须达到直接证明的程度,而不宜适用前述推定“应知”的规则。这是根据互联网金融平台对融资端、投资端审查义务的不同所作出的不同处理。

[本文为国家社科基金重大项目“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”(14ZDB147)的研究成果。]

[**Abstract**] Decentralized Internet financial platforms are the product of innovative application of Internet thinking in the financial field. Internet financial platforms in China can be divided into three modes: pure platform mode, guarantee mode and assignment of credit mode. Currently they and are faced with many risks, such as fake platform risk, mode risk, and neutral aid behavior risk. Prevention of criminal risk of Internet financial platforms is the bottom line of healthy development of the industry. The application of the crime of illegal absorbing public deposits to the act of running self-financing in the name of Internet finance should be restricted by use of funds. The platforms that illegally provide guarantees should be given administrative punishment and ordered to undertake joint guarantee responsibility. Platforms that illegally set up capital pool should be given different treatments in light of specific circumstances; with respect to platforms providing neutral aid, the term “knowingly”, as a constitutive element of the crime of providing aid for criminal activities in relation to information network, should be understood and determined on a case by case basis either from the perspective of “investment” or from the perspective of “financing”.

(责任编辑:王雪梅)