

# 抑制环境下互联网金融刑事风险分析

商玉玺

(南京师范大学法学院, 南京 210023)

**摘要:**金融抑制在金融市场引发两种相悖的力量:一种是将突破金融管制行为上升为犯罪的约束力,另一种是市场微观主体为追求利润最大化,消除或减轻外部金融压制的反抗力。两种力量在互联网金融市场相互碰撞产生刑事风险,表现为经营主体经营国家许可的“正当业务”触及刑事法网,经营主体利用互联网金融平台实施犯罪。在存在金融抑制、鼓励金融创新的现实背景下,国家治理层面应对互联网金融刑事风险的进路为:秉持“宽和”的原则,把正当经营互联网金融业务的风险行为“出罪化”,收紧当前互联网金融创新行为犯罪圈。

**关键词:**金融抑制;互联网金融;刑事风险;进路

**中图分类号:**DF613 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2016)02-0067-07

## Analysis of Internet Financial Criminal Risk Under the Environment of Financial Repression

SHANG Yu-xi

(School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing 210023, China)

**Abstract:** Financial repression causes two conflicting forces in the financial market: one is the constraining force that upgrades the behaviors violating the financial control to crime and the other one is the resistance force in which the microcosmic body of the market maximizes the profit and eliminate or remove the external financial repression. The collision of the two forces in the Internet financial market causes criminal risk with the feature that the state licensed “legitimate business” operated by business entities violates the criminal law and the business entities makes use of the Internet financial platform to commit crime. Under the practical background of financial repression and encouraging financial innovation, the state on the governing level should follow the path of handling Internet financial criminal risk that efforts should be made to take the behaviors of legitimate Internet financial business with risk out of the range of “crime” and tighten the crime circle of the Internet financial innovation.

**Key words:** financial repression; Internet finance; criminal risk; route

20世纪70年代初,美国爱德华·肖和麦金农教授以发展中国家为研究样本,提出与西方发达国家金融自由化、市场化相对立的金融抑制理论:多数发展中国家以金融管制代替金融市场机制,通过低

收稿日期:2015-12-02

基金项目:山东省人民检察院2015年检察理论研究课题“刑法介入互联网金融的刑事政策与原则”(SD2015C18)

作者简介:商玉玺,男,南京师范大学刑法学博士研究生,主要从事经济刑法学与刑法实证研究。

利率、政策性贷款及财政政策等手段为国有工业部门融通资金,从而对投资的数量和产出率产生不利影响阻碍金融深化<sup>[1]</sup>。金融抑制在中国金融市场表现为:(1)对利率的控制。中央银行对贷款利率下限与存款利率上线有限制性规定;(2)对银行的控制。一方面政府(中央政府与地方政府)拥有银行的控股权,干预银行的运行,直接或者间接管控信贷资源分配权。另一方面政府对银行市场准入资格限制性很强,基本没有对民营资本、国外资本开放;(3)对证券市场的控制。证券市场的出现是国家为改变财政拨款负担过重与银行贷款坏账、呆账而推进的改革,政府为了保证国有企业获得大量廉价资源,通过股票发行的行政审批与额度控制,限制非国有企业进入资本市场融资;(4)对资本账户的控制。为防止资金外流,国内居民不允许直接跨境储蓄,跨境投资。<sup>[2]</sup>

## 一、互联网金融:突破抑制之篱藩

西尔柏“约束诱导型”、凯恩“规避型”金融创新理论认为,金融创新是追求利润最大化的微观金融个体,为消除或减轻外部金融管制对其金融压制而采取的“自卫”行为。<sup>[3]</sup>互联网金融创新行为的产生正是市场主体对国家金融抑制现实回应,按照互联网金融对传统金融市场抑制的不同反抗类别,互联网金融创新模式分为三类。

一类是突破负利率信贷市场而产生的互联网理财产品。在平均每年不低于2%的通货膨胀<sup>①</sup>背景下,存款利率上线的规定(或存款基准利率的存在)使居民存款进入负利率<sup>②</sup>时代,特别是活期存款利率长期处于1%以下<sup>③</sup>,普通储蓄用户手中货币不断贬值、缩水。此时,以余额宝、活期宝、零钱宝、理财通、白赚、E钱包、现金宝为代表的互联网理财产品以高出正规金融机构数倍收益率的优势聚集居民手中闲散资金,实现用户财富保值增值。互联网理财产品本质为拥有非金融机构支付业务许可证的支付企业在线销售货币基金、证券、保险等金融产品,余额宝是天弘基金公司借助具有基金销售支付结算牌照的支付宝平台在线出售增利宝货币基金。零钱宝是基金公司将基金直销系统内置到苏宁云商旗下易付宝第三方支付平台,易付宝和基金公司通过系统的对接为用户完成开户、基金购买等一站式的金融理财服务。

一类是突破银行金融机构垄断经营而产生的互联网借贷、第三方支付行为。银行金融机构的国有性质一方面使信贷资金主要流向国有企业、大型企业<sup>[4]</sup><sup>105</sup>,另一方使银行等金融机构具有浓厚的行政色彩,审批手续繁琐、门槛高。如此以来,致使本身经营压力大的小型微型企业融资难、融资成本高。而以人人贷为代表的P2P互联网借贷公司,将其审核后的借贷双方个人信息和借贷意愿公布到网上,撮合借贷双方建立借贷契约,实现资金需求与供给之间的有效匹配,填补了资金需求企业的融资“缺

<sup>①</sup>CPI(消费者物价指数)是国内衡量通货水平的重要指标,根据国家统计局年鉴数据显示,以1978年为基期,2000年定基指数为434,2014年定基指数为606.7,2000年到2014年平均上涨指数为11.5%。按同比增长计算,2000年到2014年CPI指数分别为100.4、100.7、99.2、101.2、103.9、101.8、101.5、104.8、105.9、99.3、103.3、105.4、102.6、102.6、102,平均价格指数为2.3%。数据来源于国家统计局编印:《2014年中国统计年鉴》,中国统计出版社2014年版,第127页。

<sup>②</sup>目前金融机构人民币活期存款基准利率为0.35%,3个月为1.1%,6个月为1.3%,1年为1.5%,2年为2.1%,3年为2.75%,这与每年超过2%物价上涨指数相比,存款收益不及货币贬值损失。央行虽然在2015年10月24日发布最新基准利率同时取消农村合作金融机构与商业银行存款利率浮动上限规定,但国有性质的金融机构很难突破央行公布的基准利率,基准利率仍然主导着各个金融机构存款利率。数据来源于中国人民银行货币政策司2015年10月24日公布的《金融机构人民币存款基准利率调整表》。

<sup>③</sup>1999年6月10日央行将活期存款利率从1.44%调整到0.99%以后,活期存款利率一直处于下降趋势,2012年7月6日,活期存款基准利率下调至0.35%,2015年10月24日,央行再次确定活期存款基准利率为0.35%。相关数据来源于中国人民银行、中国金融学会编:《2013年中国金融年鉴》,中国金融出版社2013年版,第402页。

口”,<sup>[5]</sup>打破小微企业融资瓶颈<sup>①</sup>。P2P的运行机制主要有一借一单纯中介机制、保证本金(利息)机制、信贷资产证券化机制、债权转让机制<sup>②</sup>。面对正规金融融资渠道费率高、效率低问题,支付宝、财付通等便捷、高效、低廉的资金结算平台应运而生。第三方支付行为以“低成本、便捷”优势排斥正规金融机构支付结算业务“费用高、效率低”痼疾,运行模式分为不负担担保的独立运行模式(如易宝、快线、汇付天下)与基于商务网站负担担保模式(如支付宝、财付通)。

一类是突破股票融资门槛高(由政府强制性变迁造成)而产生的互联网众筹融资行为。我国《公司法》《证券法》《企业债券现行管理条例》对公募股权主体资格(组织机构、净资产、注册资本、营利等情况)及公募程序进行了严格限定,这些要求天然地排斥“弱势群体”<sup>③</sup>从公开市场获得直接资金支持。互联网众筹反抗了这种证券市场融资抑制,众筹行为主体以网络为平台向社会展现其创意、计划、产品,获得潜在普通公众认可并直接从意愿群众“手中”筹集到小额投资资金。<sup>[6]</sup>行为本质属于直接融资模式,分为社会捐赠类、物品回报类、股权类<sup>[7]</sup>。社会捐赠类众筹投资者投资行为属于从事公益慈善或梦想帮助无偿行为。物品回报类众筹采用“预售+团购”模式,投资者不通过投资赚钱而是获得被资助者的实物或产品体验,主要融资平台有点名时间、创投圈等。股权类众筹又分为公司通过出让一定比例股份换取投资者资金与通过在线平台发布创业项目吸收资金组建有限合伙企业两种形式。

## 二、刑事风险:金融抑制之隐忧

从经济学视角看,金融抑制对金融深化、金融发展具有阻滞作用,但从刑法安定性原则分析,金融抑制又体现发展中国家为维护不稳定金融市场秩序而采取的不得已的恶。金融抑制在刑法领域更多的表现为破坏金融管理秩序、破坏金融正常交易秩序罪中的行政犯。在对利率市场抑制中,国家为防止货币价格严重违背市场价值规律,对利率上下线有着严格幅度的管控,对为招揽存款储蓄客户擅自提高利率或为拓展贷款客户擅自降低利率突破管控红线的市场主体(包含有储蓄资格的正规金融机构)以非法吸收公众存款罪追求刑事责任。在对银行、证券等金融机构市场准入条件抑制中,鉴于目前金融机构的成立与金融业务的开展实行市场准入原则,对没有取得金融机构运行牌照的组织擅自设立金融机构或金融机构筹备组织的行为、伪造、变造、转让商业银行、证券交易所等金融机构的经营许可权或批准文件的行为分别以擅自设立金融机构罪与伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪论处,前述主体开展的业务行为又可能触犯非法吸收公众存款罪、擅自发行股票、公司、企业债券罪或非法经营罪。在对证券市场抑制中,股票、债券等证券直接融资资格成为市场紧缺的金融资源,借壳上市或买壳上市行为成为民营企业青睐上市途径,但在股权重构或置入过程中引发大量内幕交易、泄露内幕信息或利用未公开信息交易犯罪行为。在对资本账户抑制中,由于国内尚未完全实现人民币

<sup>①</sup>2013年博鳌论坛,经济学家巴曙松发布《小微企业融资发展报告》。报告显示:规模以下的小企业90%没有与金融机构发生任何借贷关系,小微企业95%没有与金融机构发生任何借贷关系。参见巴曙松:《小微金融或会成为金融改革重点》,载《人民政协报》,2013年4月12日第1版。

<sup>②</sup>一借一单纯中介机制是指网贷平台坚持中介性质,平台自身资金不介入借贷双方;保证本金(利息)机制是指平台为了吸引客户,给予出借人本金或者利息担保;信贷资产证券化机制是指小额贷款公司或者担保机构通过与P2P平台合作或者建立自己P2P平台将流动性差的资产通过平台销售给投资者;债权转让机制是指平台先行放债然后再将债权出售给投资者。具体内容参见叶湘榕:《P2P借贷的模式风险与监管研究》,载《商业研究》2014年第3期,第71-82页。

<sup>③</sup>本文所指“弱势群体”包括不具有公开募集资金资格的中小微企业与有着创业计划缺乏资金支持的法人或者自然人两类。

资本项目下自由兑换,人民币对外直接投资受到限制,由此引致,地下非法买卖外汇或者骗购外汇犯罪行为发生。具体到本文互联网金融创新,行为具有两面性,一面体现市场的创新性,一面对抗着国家现有刑事金融管控规范,涉及刑事风险。

### (一) 业务性刑事风险

金融领域犯罪属于典型法定犯,而金融抑制极限是将突破金融管制的行为上升为犯罪行为,在当前金融抑制背景下,互联网金融创新业务易触及刑事法网,具体表现为:

第一,互联网金融理财产品典型代表“余额宝”,在2年时间里吸收客户1.85亿人,聚集资金5800亿元<sup>[8]</sup>,规模宏大却涉嫌《刑法》擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪、非法经营罪。支付宝网络公司没有获取基金销售牌照,却打着“基金销售支付”的名义在线高息向用户吸储资金投资于货币基金,行为主体已具有金融机构性质,根据《刑法》第176条规定,未经国家有关主管部门批准,擅自设立金融机构的行为,在达到《最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》立案标准时,应当依照擅自设立金融机构罪追罪;为依法惩治集资诈骗、非法吸收公众存款等非法集资犯罪活动,2010年12月13日最高人民法院出台了《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》(《解释》),《解释》详细阐明了非法吸收公众存款与变相吸收公众存款的行为特征:一是非法性,即没有获得国家金融监管部门批准或者伪造、借用合法经营的形式吸收资金;二是公开性,通过媒体、传单、推介会、手机短信等公开途径向社会宣传;三是利诱性,向集资人承诺在规定的期限内以实物、货币、股权等方式回馈本金、利息或者给予其他物质性、非物质性回报;四是对象不特定性,面向社会不特定且多数人非法吸收资金。对照本《解释》,余额宝等互联网金融理财产品以“高回报为诱饵”,在线面向不特定公众销售金融产品,将吸收后的资金投资于直接或间接金融市场,销售行为方式符合《解释》所列明的非法性、公开性、利诱性、对象不特定性4个特征,符合《刑法》第176条非法吸收公众存款罪犯罪构成。金融行业为国家特许行业,按照相关金融监管法规定,经营理财产品销售业务必须达到一定门槛、符合特定条件,互联网金融理财产品销售主体(支付宝公司)在尚未获得销售牌照之时,销售行为对象及客体已超越行政许可经营范围,触犯《刑法》第225条非法经营罪。

第二,互联网P2P网贷平台资金账户分为自有资金账户与客户资金账户,在实践操作中,贷款人并不是直接将资金转入借款人账户,而是首先进入网贷平台客户资金账户,网贷平台控制资金并决定资金流向,同时P2P网络借贷虽标明公司撮合的业务性质为民间借贷,但借贷双方在网络借款平台的作用下突破熟人社会范围,发生在陌生无“交流”框架下,如其说P2P网贷平台在从事信息中介业务不如说在从事“受托发放贷款、受托投资活动、办理支付结算”业务,根据《融资性担保公司管理暂行办法》及《刑法》225条规定,涉嫌非法经营罪。另外,信贷资产证券化网络借贷与债权转让网络借贷运营模式为小额贷款公司或担保机构通过P2P平台(自己建立的P2P平台或者借助他人的P2P平台)将自己的担保产品、小额信贷资产、债权销售或者转让给平台投资人,这种机制下的互联网借贷与P2P信息中介功能有质的区别,存在变相非法吸收公众存款嫌疑。

第三,第三方支付平台所涉及的刑事风险主要在于挪用、借用、占用途中沉淀资金而涉嫌挪用资金罪,《支付机构客户备付金存管办法》与《非金融机构支付服务管理办法》规定“客户备付金必须全额缴存至支付机构在备付金银行开立的备付金专用账户,禁止支付机构以任何形式挪用客户备付金”,实际上第三方支付平台在办理支付业务时因每笔交易时间不对称性、交叉性,支付平台支付资金行为容易符合《刑法》272条挪用资金数额较大且进行营利活动的规定。

第四,众筹互联网融资模式在理论上刑事风险比较大。刚刚兴起的房地产实物众筹是指在尚未建造建筑物或建筑物基本建成尚未完工之前,房地产开发商借助互联网平台开展预售活动,将筹集到的

资金投资于房地产建设的行为。2014年11月11日(双十一)远洋地产有限公司与京东金融联手推出“7个城市11套1.1折房”众筹活动,在24小时内支持人数与筹资额分别达18万人次、1220万元。<sup>[9]</sup>从严格罪刑法定主义界定,此行为为最高法院《审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定的“不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的,以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的”变相吸收公众存款行为,且行为面向对象范围与筹资数额达到《解释》第三条规定的立案标准,构成非法吸收公众存款罪。对于股权类众筹融资模式向社会不特定对象转让股权,自其产生之日起,理论界就认为其转让行为属于变相发行股票,在达到《最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第34条规定时,应当认定为擅自发行股票罪。<sup>[4]186</sup>在实务中,金融监管部门同样倾向于将股权类众筹行为认定为擅自发行股票犯罪行为。如,针对美软传媒两度在淘宝“网络私募”公开向社会不特定对象出售股票行为,证券监管机构采取立即叫停销售、约谈公司创始人、通报涉嫌擅自发行股票等举措。<sup>[10]</sup>

## (二) 工具性刑事风险

互联网金融主体除经营前述国家许可的“正当业务”存在刑事风险之外,利用互联网金融平台作为传统性犯罪工具的问题更不可小觑。

一是洗钱行为。互联网金融因其快捷、匿名性、隐蔽性等特点俨然成为洗钱行为的重灾区,不论是在理财产品销售、第三方支付阶段还是在P2P、众筹平台融资环节都可能存在将犯罪所得及收益漂白成合法来源与性质钱款的行为,此时如果互联网金融经营主体明知是赃款仍提供洗钱服务,可根据赃款来源的上游犯罪类别以《刑法》第191条洗钱罪或《刑法》第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪追究刑事责任。

二是非法集资行为。按照最高法院司法解释,非法集资行为包括非法吸收公众存款行为与集资诈骗罪,两类行为主要区别在于是否以非法占有为目的。筹资人如果以“非法占有为目的”<sup>①</sup>通过虚构不存在项目,借助众筹与P2P网络平台向社会不特定公众吸收资金达到一定数额无疑符合集资诈骗罪的犯罪构成要件,如衢州市公安局立案的周辉非法集资一案,自2011年2月至2014年1月,犯罪嫌疑人周辉利用其在互联网设立的“中宝投资”网站(对外宣称为民间互联网借贷平台P2P),通过自己虚构的40多个会员账户频繁在网上发布支付高息的虚构借款需求,向全国超过30个省份近2000名资金投资者吸收资金4.7亿余元,吸收资金用于个人挥霍、高消费的金额巨大,最后导致1000余名投资者数额达1.7亿元人民币的本金不能偿还<sup>[11]</sup>。在本案中,公安机关虽以非法吸收公众存款罪提请逮捕并执行逮捕,但本文认为,对于犯罪嫌疑人虚构贷款项目吸收资金用于个人挥霍行为(仅2013年犯罪嫌疑人购买高档消费品的价值达2200万元)具有非法占有为目的,应当以集资诈骗罪追究刑事责任。在非互联网金融经营主体实施网络集资诈骗行为时,平台经营者明知筹资者的行为是集资诈骗行为仍提供广告宣传等帮助行为的构成集资诈骗罪共犯。此外,央行2013年11月25日对P2P网络借贷平台的非法吸收公众存款行为模式作了明确界定<sup>[12]</sup>:“理财—资金池”模式,互联网借贷平台将借款需求设计成理财产品出售给投资者或先归拢借款人资金形成资金池再寻找借款人;网贷平台未尽借款人身份真实性核查义务,未能及时发现甚至纵容借款人在平台发布虚假借款标的筹资投资于股票、房地产等高风险业务;庞氏骗局模式,互联网金融借贷平台(P2P)通过设立多家平台或者凭借单一平台虚构融

<sup>①</sup>《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》第四条规定了7种具体的“非法占有为目的”的行为表现:(一)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能退还的;(二)肆意挥霍集资款,致使集资款不能退还的;(三)携带集资款逃匿的;(四)将集资款用于违法犯罪活动的;(五)抽逃、转移资金、隐匿财产,逃避返还资金的;(六)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金的;(七)拒不交代资金去向,逃避返还资金的。

资项目等方式筹集资金用于偿还旧借款,而非流向实体产业。

三是盗窃、诈骗、侵犯个人信息行为。在利用互联网平台实施犯罪之外,互联网金融主体及普通参与者存在利用技术手段获取或篡改他人互联网金融信息窃取、消费他人财产行为,存在骗取他人互联网金融平台关联银行账户与支付密码而占有他人财产行为,存在利用网络平台恶意套现透支行为,存在违法获取、非法买卖、违法提供他人注册互联网用户时所提交个人信息的行为。

### 三、进路:刑事风险之限缩

在经济金融化趋势下,金融已经脱离实体经济,成为独立运行的社会资源,从国际视野看,混业经营已逐渐成为发达国家金融市场主要经营模式,“提高国家金融竞争力、夺取金融主导地位”成为国际金融发展核心理念。反思我国金融市场,宏观上“金融管理本位”取代“金融交易本位”<sup>[13]</sup>,微观上利率受到抑制,银行、证券、资本市场受到控制,金融市场运行呈现畸形化,一些地方政府动不动运用司法资源对抗金融发展。幸运的是2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(《决定》)为互联网金融发展构建了顶层设计。《决定》指出“我国经济改革进入深水区、攻坚期,必须在强化监管前提下,允许具备条件的民间资本依法发起设立中小型银行等金融机构,发展普惠金融,鼓励金融创新,丰富金融市场层次和产品”。2015年年初,李克强总理在调研首家互联网银行前海微众银行,见证互联网银行首笔贷款时强调“互联网金融只有鼓励,没有堵塞,政府要为互联网金融提供便利的环境和温暖的春天,互联网金融要切实发挥普惠功能,为中小微客户疏通融资渠道,在金融领域开辟出一条道路,倒逼传统金融秩序改革”。<sup>[14]</sup>十八届三中全会对加快市场体系改革做出的部署及总理“温暖鼓励”,为互联网金融突破金融抑制、激发金融市场活力、促进实体经济转型与金融转型提供政策性支持。<sup>[15]</sup>但金融抑制制度尚未完全修正,互联网金融理财产品、互联网融资平台、第三方支付平台等互联网金融创新行为对现有监管制度产生冲击,触及到刑法金融管控的红线。在矛盾与对立的现实背景下,应对互联网金融创新刑事风险的路径应为:坚持“宽和”的原则,把正当经营互联网金融业务的风险行为“出罪化”,收紧当前互联网金融创新行为犯罪圈。

“宽和”原则有“宽大、宽缓、宽容”三层含义<sup>[16]</sup>,宽大为立法与司法上的非犯罪化,宽容为宽大在司法程序的延伸,宽缓为该重而轻。在金融抑制的视域下,互联网金融平台经营正当业务容易触及《刑法》174条擅自设立金融机构罪、176条非法吸收公众存款罪、179条擅自发行股票、公司、企业债券罪、225条非法经营罪及272条挪用资金罪,“宽和”的原则在互联网金融领域的体现就是将互联网平台经营正当业务而涉嫌的刑事风险“出罪化”。仔细分析这五种法定犯,其中前四种罪行的本质在于“非法性”,如未经国家有关主管部门批准擅自设立金融机构、未经有关部门依法批准吸收公众资金、未经有关主管部门批准擅自发行股票行为。但实践中第三方支付平台、P2P网贷平台、众筹平台的设置与业务开展已经获得国家有关部门许可,开展的业务也在职能范围之内(存在业务拓展、创新)。如,符合非法吸收公众存款罪构成要件的债权转让P2P模式,平台撮合的主体从传统“个人对个人”到“个体到群体”,涉嫌擅自设立金融机构罪的支付宝公司,“在线销售余额宝理财产品行为”是有支付牌照的第三方平台与理财产品公司深度融合的结果,将理财产品公司从幕后搬到台前。按照《非金融机构支付服务管理办法》,第三方支付平台将客户资金与自有资金分离,放置于不同资金账户,因交易金额的交叉性、迟延性、不对性,符合挪用资金罪犯罪构成要件,但总量资金“进出”均衡,性质仍为备付金,支付的属性胜于挪用属性,不存在民事、刑事风险。一言以蔽之,对互联网金融平台经营正当业务所涉嫌的刑事风险,应当操持“宽和”的刑事原则,进行无罪化处理。

对依法获得批准的正常互联网金融业务或者处于探索过程中有着可控风险的金融创新行为采用“宽和”的刑事原则,不做犯罪处理,但“宽和”并不意味着纵容犯罪。对P2P网贷平台的“庞氏骗局模

式”“虚假标的行为”应做出非法吸收公众存款、集资诈骗的定性;对利用互联网平台实施洗钱、诈骗、盗窃、侵犯他人信息的行为应当严格、严肃、严厉处理,刑法介入必须及时、必定。具体而言,互联网创新行为是否入罪应当坚守以下标准:(1)保护的必要性。刑事制裁手段的动用是基于民事、行政制裁以及其他制裁手段不能正常惩罚、预防违法行为的发生。与此同时,互联网金融行为是否入罪要规避现有利益集团的政治性侵扰,更多地考虑市场因素。<sup>[17]</sup>(2)损害产生的可能性。单纯的违反法条没有产生危害性结果的互联网金融行为,如前述中小微企业为真实性生产经营而借助网络出售股权募集资金行为,不应当纳入刑事立法范畴,即在互联网金融犯罪方面,限缩抽象危险犯的设立。(3)行为处罚的合理性。这一原则要求互联网金融违法行为入罪要关注国民“朴素情感”“自由、公平”的理念位阶高于“垄断性的安定性秩序”。

### 参考文献:

- [1]FRY MAXWELL J. Money and Capital or Financial Deepening in Economic Development? [J]. Journal of Money, Credit and Banking, 1978, 10:464-475.
- [2]白江. 金融抑制、金融法治和经济增长[J]. 学术月刊, 2014(7):69-78.
- [3]曾筱清. 金融全球化与金融监管立法研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2005:83-84.
- [4]刘宪权. 互联网金融刑法规制研究[M]. 上海:上海人民出版社, 2014:105.
- [5]刘宪权. 论互联网金融刑法规制的“两面性”[J]. 法学家, 2014(5):77-91.
- [6]梁清华. 我国众筹的法律困境及解决思路[J]. 学术研究, 2014(9):51-57.
- [7]刘姝姝. 众筹融资模式的发展、监管趋势及对我国的启示[J]. 金融与经济, 2013(7):47-51.
- [8]李树超. 余额宝用户达 1.85 亿,创 240 亿元收益[N/OL]. 证券时报, 2015-03-26(01) [2015-10-08]. [http://www.p5w.net/fund/fxpl/201503/t20150326\\_995628.htm](http://www.p5w.net/fund/fxpl/201503/t20150326_995628.htm).
- [9]齐煜. 远洋京东众筹收官,互联网思维种子落地[N]. 中国房地产报, 2014-12-22(06).
- [10]宋奕青. 众筹,创新还是非法? [J]. 中国经济信息, 2013(12):44-45.
- [11]王春. 浙江 10 家 P2P 网贷平台涉嫌非法集资被查[N]. 法制日报, 2014-04-19(08).
- [12]黄倩蔚. 央行划界三类 P2P 涉及非法集资[N]. 南方日报, 2013-11-27(15).
- [13]刘远. 金融欺诈犯罪立法原理与完善[M]. 北京:法律出版社, 2010:5.
- [14]陈小瑛. 总理深圳行细节[N]. 华夏时报, 2015-01-08(01).
- [15]刘宪权. 互联网金融市场的刑法保护[J]. 学术月刊, 2015(7):94-104.
- [16]陈兴良. 宽严相济刑事政策研究[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2007:399-403.
- [17]胡启忠. 经济刑法立法与经济犯罪处罚[M]. 北京:法律出版社, 2010:60-61.

(责任编辑 陶舒亚)