

互联网金融非法集资若干前沿问题的思考 及解决对策

白耀华

上海因咖律师事务所, 中国·上海 200120

【摘要】近年来,受互联网金融强化监管以及经济下行压力持续加大影响,涉众型的互联网非法集资类经济犯罪暴雷案件数量明显增多,涉众型的互联网非法集资类经济犯罪呈现出受害群体人数庞大,涉互联网的特征明显,潜伏期长、危害性大等特点,防范打击涉及互联网金融非法集资类案件存在罪刑定性难、法律法规政策把控难、追赃挽损难等问题,而且对于互联网金融平台非法集资类犯罪,由于涉及大量的电子证据,对于控辩审三方提出了更高的要求,本文主要对互联网平台相关的非法集资前沿问题进行分析,以期提出有针对性的对策和建议。

【关键词】互联网金融; 非法集资; 法律问题; 解决对策

涉众型互联网非法集资类经济犯罪由于牵涉面广,已成为全社会关注和讨论的热点和重点,预防和打击涉众型非法吸收公众存款和集资诈骗是一项长期不懈且复杂的系统性工程,关系到人民群众的切身利益、经济良性发展、金融系统稳定和社会长治久安,国家从立法、司法、执法层面出台了一系列的法律法规进行防范和处置,随着《刑法修正案(十一)》和国务院《防范和处置非法集资条例》分别于2021年3月1日和2021年5月1日起施行,互联网金融非法集资案件的防范和处置带来了新的思路,新的方向,同时也带来了新的思考^[1]。

1 关于互联网金融非法集资案件追赃挽损涉及金融资产的处置问题及建议

《最高人民法院关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉(2017)14号)的会议精神明确提出,要坚持把追赃挽损等工作贯穿到侦查、起诉、审判各个环节,配合公安、法院等部门最大限度减少投资人的实际损失。

但是在笔者作为辩护律师办理的浙江某互金平台涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款罪案件当中,发生了一个很有意思的现象:该平台的实际控制人爱好炒股,平台募集的资金相当一部分被用于沪深A股二级市场股票投资,为此还聘请了北京某顶级知名高校的金融专业高材生代为操盘,总共据说有几百个证券账户。平台于2018年10月暴雷后,追赃挽损工作中相当重要的内容就是如何妥善处置股票账户内的股票,侦查机关和检察机关都不是这方面的专业人士,最终的做法就是将操盘手变更强制措施为监视居住的方式,由其操作这几百个证券账户,也许是机遇好,也许确实是操盘手水平高,在今年股票市场的最高点把里面的股票抛掉了,取得了各方均算满意的理想结果,公安机关和检察机关都松了一口气,集资参与人也很高兴。但是回头看这个事情,仍然还是有值得思考的地方:比如,由犯罪嫌疑人自己来处置涉案股票等金融资产是否合法合规?又比如,最终结果不理想,股票卖亏了,这个事件应该如何处理^[2]?

上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局在2018年底联合发布了沪高法(2018)360号指导意见,即《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》中明确提到:公安机关、检察机关以及人民法院对于易贬值、易损耗

的涉案财物确立了先行处置模式,通过变卖、拍卖等方式及时予以处置。但是如何先行处置,该意见却没有明确规定。笔者认为,基金、债券、股票等金融资产,以及有些涉案平台甚至还持有生物资产(比如“生猪等”),这些都是属于价值浮动较大的特定财物,一直查封扣押不处置是不妥当的,但继续交由犯罪嫌疑人来处置也是不合适的,这当中存在着利益冲突,对于广大集资参与人是不公平,对于犯罪嫌疑人也不公平。

笔者的建议是对于像基金、债券、股票等金融资产,应当经过登记后存入涉案资产管理机构的金融资产账户,经权利人和办案机关同意后,依法聘请专业的证券经纪机构、基金管理人等专业机构,代为进行处置,确保金融资产无重大损失。此过程中,也应该有相应的容错和免责机制,对于正常操作过程中的投资损失,应该免责,当然,如果是故意或重大过失造成涉案金融资产损失的,也应当追究操作人员的法律责任^[3]。

2 互联网金融非法集资案件关于电子证据的审查和适用问题及建议

笔者在办理另外几起互联网金融非法集资类案件过程中深刻体会到,司法机关办理此类案件主要还是依据言词证据和司法会计鉴定意见,但是无法回避的现实情况是涉众型互联网非法集资类犯罪案件对于电子证据的采集与认定提出了更严格的标准和更高的要求,办案机关却缺少相关专业人员和办案经验,由此导致相关的电子证据取证工作遭受困难。电子证据应由专门的技术部门出具正式的分析、鉴定报告,但是实务当中有的侦查机关却以一份简单的情况说明等形式说明涉案服务器数据的取证结果,这会给审查认定案件事实带来重大办案风险。公安机关如何收集与服务器有关的固定电子证据,以及审查批捕环节中对电子证据的效力如何审查判断,将是当前及今后办理涉众型互联网非法集资犯罪案件面临的难题之一^[4]。

笔者近期办理的上海某互金平台涉嫌非法吸收公众存款罪案件中,在侦查阶段和审查起诉阶段,直到审判阶段一直向办案机关反映,由于是互金平台,其业务的运作、审批流程、犯罪嫌疑人实施过哪些行为,资金的去向,甚至是对于被告人有利的证据等等基本上都存在于电子证据当中,辩护人请求办案机关对相关的电子证据进行审查,但是办案机关的态度通常都

是并不回避辩护律师的请求,不知道是因为没有相关的技术条件还是因为相关的电子数据已经保管不善而缺失(据了解互金平台电子数据的保存每年的花费确实不菲,在上海某互金平台涉嫌集资诈骗罪案件中,据承办人员透露平台所有的证据资料每年的保管成本可能都接近几十万甚至上百万元人民币不等),最终检察机关指控的证据还是传统非法集资案件当中的证据链(同案犯和证人证言和指证,被告人自身的供述,司法会计鉴定意见)^[5]。

笔者认为,刑事案件定罪量刑的证据,哪怕不说做到“排除一切合理怀疑”,也应该达到证据确实、充分的标准。只是口供和审计报告真的就一定能达到证据确实、充分的标准吗?对此笔者是持不同看法的,而且这已经不是一起案件出现的情况,几乎是多起互金平台非法集资类案件的证据标准都是采用这样的控审标准,这并不能还原案件真实情况,也无法达到证据确实、充分的标准,对被告人有利的事实也被忽略掉了。

笔者认为办案机关还是应严格执行两高一部于2016年10月1日实行的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》的要求,加强对电子数据的证据三性(即真实性、完整性、关联性)审查,要结合证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解等证据综合判断,在必要时应要求侦查机关对电子数据相关内容征求专家意见,做到准确认定案件事实。

3 关于互联网金融行业一系列监管政策在当时及当下的效力问题及建议

笔者在代理多起互联网金融平台非法集资类案件过程中,在看守所会见这些犯罪嫌疑人时,听到最多的说法是:我都是严格依据主管部门的要求进行合规整改,包括启动P2P整改和备案工作,主要工作就是按照主管部门(这里主要是金融办、互金协会及其委托进行现场检察的律师事务所)的要求进行整改,现在平台暴雷了,我也知道“雪崩了没有一片雪花是无辜的”这个道理,但是在认定我的主观故意上也不应该把这些对我有利的部分完全抹去啊,好像这些工作就从来没有在这个世界上发生过一样^[6]。

其实,这一说法并不完全是为自己的狡辩,也反映了整个互联网金融行业的发展现实,此前对包括P2P在内的互联网金融平台进行整改主要是地方金融办、以及金融办指定授权委托的律师事务所牵头负责,很多P2P机构的从业人员都是按照他们的意见和要求来开展整改工作,但是根据两高一部于2019年1月30日发布的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》关于非法集资四要件中的“非法性”认定,只以国家金融管理法律法规作为依据。对于国家金融管理法律法规仅作原则性规定的,可以根据法律规定的精神并参考中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会(即“一行两会”)等行政主管机关依照国家金融管理法律法规、部门规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则等规范性文件的规定予以认定^[7]。

根据上述意见的规定,会引申出一个值得关注的问题,即互金整治办、中互金协会和地方互金协会、地方金融办提出的相关整改意见和要求是被排除在“根据国家金融管理法律法规制定的部门规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则”之外的,可以问题在于互联网金融也是金融,对于这个

新生事物,相关的监管政策也是不断演变的,基本上遵循的是由宽到紧,由松到严,再到强监管,最后才是变相否定的过程,很多规定和做法在当时可能并未被完全禁止,但如果以现在的眼光来看当初的做法,肯定都是不合法合规的,但是这违背了我国刑法“从旧兼从轻”的原则。比如:(一)“超级放贷人”模式现在虽已被禁止,但是在2016年《P2P管理办法发布时》并未明确禁止;(二)对于互联网金融的监管,最早2014年只有四条红线,最后发展到108条备案指导细则;(三)2015年我们称之为互金“宪法”的央行等十部委《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》,对于互联网金融和P2P还是持开放和鼓励的态度,但是到了2018年底已要求P2P进行转型;(四)对于互联网借贷在最早的时候并没有明确提出资金存管的要求,后来是在2016年8月14日当时的银监会向各家银行下发了《网络借贷资金存管业务指引(征求意见稿)》,再到此后2017年2月23日银监会正式发布了《网络借贷资金存管业务指引》,明确了由商业银行独立开展资金存管的业务模式,只允许接入商业银行的资金存管。这意味着,此前不少平台采用“银行+第三方支付”联合存管模式未能得到监管部门的认可。

目前办案机关在侦办互联网金融非法集资类案件中,有的办案机关就直接认为,这个平台只要是没有进行商业银行资金存管,那么就涉嫌非法吸收公众存款。平台如果没有“一行三会”或“一行二会”的金融牌照,那么就一定涉嫌非法吸收公众存款或涉嫌集资诈骗。

根据北京大学法学院王新教授发表的《非法集资犯罪中“非法性”的认定问题》文章中的观点,我建议立法机关和司法机关,应该在“国家有关规定”的内涵部分,把前面提到的整治办下发的具体文件的内容和要求纳入到“国家有关规定”当中,采取我国刑法“从旧兼从轻”的适用原则,维护P2P从业人员的合法权益。

4 私募基金类型的非法集资犯罪的认定标准问题

目前关于未在中基协备案的管理人开展私募基金业务或者发行的私募基金产品未在中基协申请备案,属于违法违规的私募基金业务,业内已没有争议,都达成共识。但是,目前笔者办理的一起互金平台非法集资案件当中,又遇到了一个很有意思的现象,上海某暴雷的互金平台,实际控制人将平台业务分为两个主要的业务板块,一个是P2P,另一个是私募基金。平台暴雷后,P2P的相关高管和从业人员早就被采取强制措施,但是私募基金这个板块的从业人员一直未采取强制措施,实际上私募基金的运作也是明显违法,比如存在着拆分100万最低份额,私下承诺固定收益,资金未进行托管等等行为,但是之所以公安机关未采取强制措施,是因为公安机关认为这个私募基金管理人已在中基协登记备案,发行的私募基金产品也在中基协登记备案,因此需要中基协和证监会对此进行认定,如果属于违法行为,那么他们才能采取强制措施,我不知道办案机会这么做的动机和目的是什么,我也不知道中基协如何考虑,到目前为止是否认定违法一直无任何进展,所以造成了公司里面两个业务板块的从业人员处境截然不同^[8]。

其实,这个问题早在2014年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题

的意见》中已经进行了明确的规定,《意见》第一条规定非法性的认定不以行政认定为前提,行政认定不是非法集资刑事认定的必经程序,行政部门未作出认定不影响非法集资案件的侦查、起诉和审判。2021年5月1日正式施行的《防范和处置非法集资条例》也明确规定:“行政机关对非法集资行为的调查认定,不是依法追究刑事责任的必经程序。”因此,笔者认为在涉及私募基金类型的非法集资案件中,如果一味的等待中基协或证监会认定私募基金管理人的相关行为是否非法,可能会造成损害后果的进一步恶化,间接扩大被害人的损失,办案机关甚至存在失职的嫌疑。建议办案机关严格适用两高一部的意见,将行政认定作为参考而非作为是否立案的前置条件,以尽可能维护广大被害人的合法权益。

鉴于在实务过程中已出现相关前沿问题,笔者认为应加强对互联网金融非法集资若干前沿问题的研究,思考并进行有针对性的应对,有助于建立和完善惩治非法集资的综合治理工作机制、情报预警研判工作机制、专业侦查工作机制、依法公正高效审判机制、维稳处置工作机制、宣传防范工作机制,有效遏制非法集资类涉众型经济犯罪案件高发态势,严防经济领域风险向社会稳定领域传导。

参考文献:

- [1] 王雪垠. P2P网贷风险及其监管[J]. 合作经济与科技, 2016 (24).
- [2] 张凯南. P2P网贷法律问题研究[J]. 时代金融, 2016 (5): 216-219.
- [3] 徐兴发. P2P网贷中的法律问题研究[D]. 河北经贸大学, 2020.
- [4] 肖慧. 2018年P2P网贷在资管新规下的发展方向探索[J]. 科技经济导刊, 2018 (29): 2. 5.
- [5] 白昌易. P2P网络借贷监管政策研究[D]. 东北财经大学, 2019.
- [6] 咎凌霄. 非法集资类案件刑民交叉问题研究——以追赃挽损工作为视角[J]. 天津检察, 2020.
- [7] 张郁, 刘笑, 桑志强. P2P网贷经济犯罪案件追赃挽损机制研究[J] 江苏警官学院学报, 2021.
- [8] 陈耕. 非法集资案件追赃挽损中的问题与解决思路分析[J]. 现代商业, 2018.
- [9] 周鹏. P2P的本质, 发展状况与监管探讨[J]. 银行家, 2013.