



支付结算型非法经营罪的争议问题研究*

——以第三方支付案件为例

廖一璇

中南财经政法大学刑事司法学院，武汉

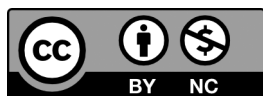
摘要 | 在第三方支付案件中，司法实践对其是否构成非法经营罪的认定标准不统一，有必要对“违反国家规定”和“支付结算业务”两个构成要件作准确理解。根据相对狭义说，“非法从事资金支付结算业务”型非法经营罪前置法的效力位阶为法律和行政法规，“违反国家规定”的实质是违反有关支付业务的特许规定。在第三方支付平台的四种类型中，“二清”模式并非单纯兼容不同支付方式，而是接触商户资金，先聚合商户的资金再将资金清算给商户，在不能取得《支付业务许可证》的情况下实际从事支付结算业务。其中，无差别服务型 and 主动经营型“二清”模式若满足“情节严重”的罪量要素，应当成立非法经营罪。

关键词 | 第三方支付；非法经营罪；国家规定；支付结算业务

Copyright © 2025 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



中国人民银行鼓励收单机构运用互联网技术，对多个支付渠道统一实施系统对接与技术整合。第三方支付平台便是以创新提升服务水平的产物，能够实现一站式资金结算与对账服务。第三方支付，又称为“聚合支付”“一扫通”，它通过一个二维码整合众多支付方式，便于商户在一个平台上管理收款，而且第三方支付平台的提现手续费往往低于第三方支付平台。对消费者而言，一个二维码即可满足不同消费者

的支付选择偏好，提升了支付体验。

在为用户提供便捷、高效服务的同时，第三方支付也给金融安全及支付行业监管工作带来巨大挑战。第三方支付平台若未取得《支付业务许可证》，便不得经营支付结算业务。近年来，掌握相关技术的违法犯罪分子为牟取利益，将其看作是赌博、色情、诈骗等灰黑产业提供资金流转服务的违法犯罪工具，导致相关案件频繁发生。

*基金项目：2024年中央高校基本科研业务费项目“大数据侦查中个人信息的利用与保护平衡研究”（项目编号：202410711）。

一、问题的提出

根据《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第三项规定，第三方支付构成非法经营罪的前提，是符合“违反国家规定”和“非法从事资金支付结算业务”两个要件。对于第三方支付是否构成非法经营罪，司法实践中的认定标准并不一致，主要存在以下两个问题。

（一）本罪中“国家规定”的范围存在争议

对于“国家规定”的理解，《刑法》第九十六条和有关司法解释^[1]作出了明确规定，刑法中的“国家规定”仅限于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，不包括地方性法规、部门规章。尽管有此规定，司法实践中仍存在对“国家规定”做扩大解释的倾向。在封某等非法经营案^[2]中，法院在裁判说理部分援引了《支付结算办法》的规定，认为被告人非法从事资金支付结算业务、未经中国人民银行批准，属于违反《支付结算办法》的行为，因而违反了国家规定，符合非法经营罪的构成要件，应以非法经营罪论处。在晏某某等非法经营案^[3]中，法院认为被告人的行为违反了《非金融机构支付服务管理办法》^[4]中对网络支付服务要求的“应当取得《支付业务许可证》”这一规定，因而违反了国家规定，构成非法经营罪。《支付结算办法》和《非金融机构支付服务管理办法》属于中国人民银行制定的部门规章，上述两个案例将部门规章视为刑法上的“国家规定”，并援引其中规定进行“违反国家规定”的说理。此外，不少案件的裁判文书

缺少对“违反国家规定”的具体说明，甚至省略了对该要件的判断，如沈某等非法经营案、郭某等非法经营案。^[5]

（二）本罪中“支付结算业务”的认定存在争议

在以下两个案例中，案例一和案例二的被告人均建立了第三方支付平台，为赌博网站提供有偿支付结算服务，但二者在非法经营罪的认定上存在分歧：案例一判决被告人的行为不构成非法经营罪，案例二则认为构成非法经营罪。

案例一：王某、宁某非法搭建SPA第三方支付平台，为商户提供人民币和外汇的资金结算服务。二人明知“12BET”“大发”等为赌博网站，仍伪造公司印章和资料，为这些网站提供支付结算通道，从中赚取手续费。公诉机关认为王某的行为构成非法经营罪、帮助信息网络犯罪活动罪、洗钱罪，宁某的行为构成非法经营罪、帮助信息网络犯罪活动罪。辩护人的辩护意见是，被告人所搭建的SPA第三方支付平台实际上并不提供结算业务，只是利用第三方平台为商户、客户的结算提供支付渠道。法院仅支持王某、宁某犯帮助信息网络犯罪活动罪的事实及罪名成立。^[6]

案例二：2019年至2020年间，王某在未获得支付结算业务资质的情况下，伙同他人以第三方支付平台为接口，搭建支付结算平台，架设聚合支付通道，利用其开设的北京万向万德文化科技有限公司等空壳公司账户，非法为赌博网站等提供资金结算服务并收取服务费牟利，结算金额达2900余万元。法院认定被告人王某违反国家规定，伙同他人非法

[1] 《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（法发〔2011〕155号）第一条规定：根据刑法第九十六条的规定，刑法中的“国家规定”是指，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。其中，“国务院规定的行政措施”应当由国务院决定，通常以行政法规或者国务院制发文件的形式加以规定。以国务院办公厅名义制发的文件，符合以下条件的，亦应视为刑法中的“国家规定”：（1）有明确的法律依据或者同相关行政法规不相抵触；（2）经国务院常务会议讨论通过或者经国务院批准；（3）在国务院公报上公开发布。

[2] 参见江苏省南京市中级人民法院（2020）苏01刑终735号刑事裁定书。

[3] 参见江西省宜春市上高县人民法院（2020）赣0923刑初139号刑事判决书。

[4] 《非金融机构支付服务管理办法》现已经失效，故下文未列出。

[5] 参见上海市金山区人民法院（2024）沪0116刑初333号刑事判决书和上海市闵行区人民法院（2022）沪0112刑初881号刑事判决书。

[6] 参见山东省淄博市张店区人民法院（2019）鲁0303刑初153号刑事判决书。

从事资金支付结算业务，扰乱市场秩序，情节特别严重，其行为已构成非法经营罪。^[1]

在第三方支付案件中，不少辩护人以“被告人只是提供支付接口，连接商户账户与第三方支付账户、银行账户，本身并未像银行机构一般形成庞大资金池”为辩护理由为被告人辩护。可见，第三方支付平台是否实际从事资金支付结算业务，不仅是非法经营罪案件的争议焦点，更是认定平台不构成非法经营罪的核心出罪事由。

因此，有必要对“违反国家规定”和“非法从事资金支付结算业务”这两个要件进行细致分析，从而准确划分构成非法经营罪的第三方支付平台的类型。

二、“违反国家规定”的理解

非法经营罪属于典型的行政犯，具有行政违法和刑事违法的双重属性。由下文整理归纳的各类现行有效法律文件可知，支付结算业务属于商业银行的专营业务之一，从事该业务应经中国人民银行批准并取得《支付业务许可证》，否则会破坏支付结算业务许可制度，危害支付市场秩序和安全。“违反国家规定”中“国家规定”的效力位阶范围，影响着非法经营罪客观要件的认定，只有明确“国家规定”的范围，才能准确认定被告人的行为是否“违反国家规定”。

（一）有关支付结算的“国家规定”

立法系统对“支付结算”业务的规定如表1所示。

表1 立法系统对“支付结算”业务的规定

效力位阶	具体文件	具体内容
法律	《商业银行法（2015修正）》（中华人民共和国主席令第34号）第三条	资金支付结算是商业银行的专营业务之一
	《商业银行法（2015修正）》（中华人民共和国主席令第34号）第十一条	从事结算等商业银行业务应当经国务院银行业监督管理机构批准

行政系统对“支付结算”业务的规定如表2所示。

表2 行政系统对“支付结算”业务的规定

效力位阶	具体文件	具体内容
行政法规	《防范和处置非法集资条例》（中华人民共和国国务院令 第737号）第三十九条	从事支付结算业务应当依法许可
	《非银行支付机构监督管理条例》（中华人民共和国国务院令 第768号）第六条、第四十七条	从事或者变相从事支付业务应当依法批准
部门规章	《支付结算办法（2024修改）》（中国人民银行令〔2024〕第1号）第六条	从事支付结算业务应当经中国人民银行批准
	《非银行支付机构监督管理条例实施细则》（中国人民银行令〔2024〕第4号）第七十条	从事或者变相从事支付业务须经依法批准
其他规范性文件	《互联网金融风险专项整治工作实施方案》（国办发〔2016〕21号）第二条第三项	开展支付业务的机构不得无证经营
	《中国人民银行办公厅关于进一步加强无证经营支付业务整治工作的通知》（银办发〔2017〕217号）第一条	加强对无证经营支付业务机构的整治力度
	《中国人民银行关于持续提升收单服务水平规范和促进收单服务市场发展的指导意见》（银发〔2017〕45号）第二条	严禁聚合技术服务商从事或者变相从事资金结算
	《关于开展违规“聚合支付”服务清理整治工作的通知》（银支付〔2017〕14号）第二条	聚合技术服务商不得从事资金结算业务

司法系统对“支付结算”业务的规定如表3所示。

表3 司法系统对“支付结算”业务的规定

效力位阶	具体文件	具体内容
司法解释	《最高检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）第十八条	非银行机构从事支付结算业务应当取得《支付业务许可证》

其他对“支付结算”业务的规定如表4所示。

表4 其他对“支付结算”业务的规定

效力位阶	具体文件	具体内容
党内法规	《中国人民银行、中央宣传部、中央维稳办等关于印发〈非银行支付机构风险专项整治工作实施方案〉的通知》（银发〔2016〕112号）第二条	加强对无证经营支付业务机构的整治力度

[1] 参见北京市第三中级人民法院（2023）京03刑终183号刑事裁定书。

（二）本罪中“国家规定”的效力位阶——法律和行政法规

对于“国家规定”的理解，理论界对部门规章是否属于刑法上的“国家规定”存在不同观点。部门规章是由国务院组成部门和直属机构根据法律及国务院的行政法规、决定、命令，制定的补充性或执行性的规范。根据我国《行政许可法》第十四条、第十五条规定，部门规章不得设定行政许可。即便规章的规定属于执行性规范，即对实施行政许可作出具体规定，也只能严格在上位法设定的行政许可事项范围内进行。

关于部门规章是否属于刑法上的“国家规定”，现有理论存在三种观点。第一，绝对狭义说主张部门规章不属于“国家规定”，对“国家规定”的理解应严格遵循刑法及司法解释的明文规定。若将低位阶的部门规章乃至其他规范性文件认定为“国家规定”，会导致“国家规定”的范围无限扩大，一些不具有刑事违法性的行政违法行为，也可能被认定为非法经营罪，进而使非法经营罪沦为《行政许可法》的刑事处罚则，成为“口袋罪”。^[1]非法经营罪中“国家规定”的制定主体，仅限于全国人大、全国人大常委会、国务院，不包括由国务院下属部门制定、经国务院批准的规定。^[2]第二，相对狭义说认为“国家规定”包括由国务院下属部门制定、经国务院批准并以国务院名义发布的文件；若直接以国务院下属部门的名义发布，则不属于此处的“国家规定”。^[3]此外，有学者强调经国务院授权制定的部门规章，不属于“国家规定”范畴，但考虑到我国行政立法的特殊历史过程，需对《立法法》施行前（即2000年7月1日以前）的部分部门规章做特殊认定：《立法法》

施行前，经国务院批准、以国务院下属部门名义颁布的部门规章，或制定时未经批准但在清理行政法规时得到国务院确认或保留的部门规章，均属于“国家规定”。^[4]这两种情况下的部门规章，可上升为“国家规定”。^[5]第三，广义说认为国务院批准转发的部门规章属于国家规定。若部门规章是根据行政法规的授权作出具体规定，应属于“国家规定”范畴^[6]；部门规章若获得了行政法规的二次授权，那么违反部门规章的行为同样违反行政法规，此时应认定为“违反国家规定”。例如，无证经营成品油的行为违反了商务部制定的《成品油市场管理办法》，而该办法以国务院制定的行政法规《对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》为依据，因此可归入“国家规定”范畴。^[7]尤其在飞速发展的信息时代，一些新型非法经营行为因前置法的缺乏，而无法满足“违反国家规定”的构成要件，为了防止放纵犯罪，应当适当提升部分部门规章的“规格”。^[8]

本文赞同相对狭义说。理由是：第一，绝对狭义说严格遵照《刑法》第九十六条及相关司法解释的规定，不当进行扩大解释，便是对明文规定视若无睹，这些规定也将失去意义。将国家规定的制定主体限定为全国人大、全国人大常委会和国务院，有利于防止部门保护主义，避免不当扩大非法经营罪的打击范围，是缓解其成为“口袋罪”趋势的有效途径之一。但该观点未考虑《立法法》施行前我国行政立法的特殊性。第二，相对狭义说符合实质解释，契合罪刑法定原则的要求，并未对“国家规定”作不当扩大解释。在《立法法》施行前，行政法规的制定采取双轨制，除由国务院制定外，还可由国务院批准、国务院主管部门发布。

[1] 郝柳. 非法经营罪中“违反国家规定”的界定问题研究[J]. 绥化学院学报, 2023, 43(2): 47.

[2] 王恩海. 论我国刑法中的“违反国家规定”——兼论刑法条文的宪政意义[J]. 犯罪研究, 2010(4): 96.

[3] 周立刚, 张洪波. 对非法经营罪客观方面的探讨[J]. 北方经贸, 2004(1): 63.

[4] 王开军. 非法经营罪中“违反国家规定”的理解[J]. 中国检察官, 2016(22): 5.

[5] 徐敏, 尹口. 刑法上“国家规定”的判断标准[J]. 中国检察官, 2011(8): 27.

[6] 周天京. 非法经营罪中“国家规定”的理解[J]. 检察调研与指导, 2016(2): 97.

[7] 陈兴良. 非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察[J]. 法学家, 2021(2): 62.

[8] 于志强, 郭旨龙. “违反国家规定”的时代困境与未来方向——以非法经营罪为切入点进行规范体系的审视[J]. 江汉论坛, 2015(6): 120.

因此，当时并非由国务院制定的规定若后续得到确认或保留，可上升为行政法规。但本文不赞成《立法法》施行后制定的部门规章具有上升为行政法规的空间。由国务院下属部门制定并经国务院批准、转发或认可的部门规章数量庞大，不利于保证“国家规定”的明确性。其能否被视为行政法规，需由法官具体判断，这无疑加重了法官的负担，也无形中扩大了法官的自由裁量空间，不同法官裁量标准的差异，会进一步加剧司法认定结果不一致的问题。部门规章与行政法规在制定主体、制定事项、制定程序上存在显著差异，部门规章即便得到国务院的认可、批准，也不意味着可以升级为行政法规，其本质属性不会因此改变。第三，广义说出于对风险社会的担忧，认为若严格按照《刑法》第九十六条及有关司法解释的规定，便无法对信息网络时代出现的新型非法经营活动定罪。这一观点不具有合理性。即便部门规章得到行政法规的授权，也只能严格在行政法规的授权范围内作出补充性或执行性的规范，不会创设新的规范，因此即便提升部门规章的“规格”，也无法解决因缺乏前置法而造成的“违反国家规定”适用困境。行政法规的制定需遵循更为严格和复杂的程序，部门规章的制定环节相对较少，行政法规的立法质量总体高于部门规章，因此不能随意将部门规章的效力位阶上升至行政法规。

根据上文整理可知，“资金支付结算业务”的

规定中并不包含国务院规定的行政措施、发布的决定和命令。综上所述，按照相对狭义说的观点，“非法从事资金支付结算业务”型非法经营罪的前置法依据不包括部门规章及更低位阶的规范性文件，仅包括法律和行政法规。

（三）本罪“违反国家规定”的实质——违反特许规定

并非所有未取得行政许可的经营行为都构成非法经营罪。只有具备刑事违法性和严重社会危害性的行为，才应当被纳入刑法规制范围，否则会导致非法经营罪的处罚范围无限扩张，使针对非法经营的行政处罚规定失去存在的价值和意义。只有违反特许的行为，才有可能侵犯非法经营罪的保护法益，违反一般许可则不符合“违反国家规定”这一构成要件。^[1]

根据上文可知，从事资金支付结算业务必须取得《支付业务许可证》。由中国人民银行公示的支付业务许可信息可知，全国已获许可的机构有177家，这177家机构所持有的许可并非全为全国性许可，其中一部分仅为地方性许可。^[2]行政许可的类型分为一般许可、特许、认可、核准、登记，《行政许可法》第十二条^[3]前五项内容分别规定了这五类许可能够设定的事项，其中第二项规定了特许的设定事项。特许的设定事项包括直接关系公共利益的特殊行业的市场准入。支付结算业务属于典型的金融服务，任何非金融机构及个人若要开展

[1] 陈兴良. 非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察[J]. 法学家, 2021(2): 56.

[2] 参见《行政审批公示——已获许可机构（支付机构）》，载中国人民银行官网，<http://www.pbc.gov.cn/zhengwugong-kai/4081330/4081344/4081407/4081702/4081749/4081783/9398ddc0/index2.html>，2024年12月3日访问。

[3] 《中华人民共和国行政许可法（2019修正）》（中华人民共和国主席令第29号）第十二条规定：

下列事项可以设定行政许可：

（一）直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；

（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；

（三）提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；

（四）直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；

（五）企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项；

（六）法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

支付业务或以任何形式变相从事此类业务，必须经过中国人民银行批准、取得《支付业务许可证》，且必须严格按照《支付业务许可证》核准的业务类型和业务覆盖范围从事经营活动，其经营活动不得超出核准范围。因此，《支付业务许可证》代表着持有者取得合法从事支付业务的准入资格，是由中国人民银行核发的金融行业从业资格证书，本质上是一种特许。

《中国人民银行支付结算司关于开展违规“聚合支付”服务清理整治工作的通知》^[1]将聚合支付定位为“收单外包机构”，规定其无法取得从事或变相从事支付业务的资格，因此第三方支付机构不可能取得《支付业务许可证》，只能进行除支付结算外的其他业务。支付结算业务是商业银行的专营业务，符合特许经营资质的第三方支付机构在持有《支付业务许可证》的条件下可特许经营该业务。因此“非法从事资金支付结算业务”型非法经营罪旨在维护银行与第三方支付机构在该业务上的特许性利益。^[2]尽管中国人民银行明确规定聚合技术服务商不得从事支付清算业务，要求收单机构自查整改，但仍然存在大量违规开展该业务的第三方支付平台，这些平台违反了国家的特许规定。

三、“支付结算业务”的理解

根据《支付结算办法》第三条^[3]及相关司法解释^[4]对“支付结算”的定义，支付结算是一种货币资金转移行为。司法实践要严格区分利用支付

工具进行资金流转的行为和支付结算行为，严格把握入罪和出罪标准。支付是完成付款人向收款人转移可接受货币债权的过程，具体包括交易、清算和结算三个环节。^[5]若第三方支付平台仅发挥通道作用，结算、清算环节仍由商业银行或第三方支付机构负责并受其监督，则不属于从事支付结算业务的行为。若第三方支付平台先将付款人的资金划转至自身控制的账户，再通过其他途径将资金结算至收款人的银行账户，此时资金结算实质经过了第三方支付平台，该平台便从事了只能由商业银行和特许的第三方支付机构经营的支付结算业务，违反了国家作出的特许规定。

（一）违法从事支付结算的实质——侵害法益

第三方支付平台的运营模式主要有四种：第一种是单纯集成模式，平台只整合支付通道，不提供接入服务，不接触客户资金；第二种是支付转接模式，提供银行或第三方支付的接入服务，由银行或第三方支付机构负责清算；第三种是机构直清模式，具备支付牌照的银行或第三方支付机构直接提供一站式资金结算服务；第四种是“二清”模式，消费者支付的款项并非通过银行或第三方机构直接结算给商户，而是先由银行或第三方机构结算给第三方支付平台，进入其账户后再由该平台结算给商户^[6]，即由“消费者→‘一清’机构→商户”转变为“消费者→‘一清’机构→‘二清’机构→商户”。由于第三方支付进行第二次清算，故称为“二清”。前三种模式不涉及资金清算，而在“二清”

[1] 《中国人民银行支付结算司关于开展违规“聚合支付”服务清理整治工作的通知》（银支付〔2017〕14号）第二条规定：聚合技术服务商严格定位于收单外包机构，不得从事商户资质审核、受理协议签订、资金结算、收单业务交易处理、风险监测、受理终端（网络支付接口）主密钥生成和管理、差错和争议处理等核心业务；不得以任何形式经手特约商户结算资金，从事或变相从事特约商户资金结算。对于未按照要求整改的机构，应将其纳入无证经营支付业务专项整治范围依法处置。

[2] 劳东燕. 非法经营罪中支付结算业务的界定[J]. 法学, 2024(9): 81.

[3] 《支付结算办法（2024修改）》（中国人民银行令〔2024〕第1号）第三条规定：本办法所称支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。

[4] 《最高人民法院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）第十八条规定：支付结算业务（也称支付业务）是商业银行或者支付机构在收付款人之间提供的货币资金转移服务。

[5] 《现代支付结算与清算》编写组. 现代支付结算与清算[M]. 北京：中国金融出版社，2022：1.

[6] 龚瑶. 非法第三方支付结算行为的刑事责任[D]. 北京：中央民族大学，2022.

模式下，第三方支付平台切断、分离了银行或第三方机构与商户的联系，成为资金的过渡区，导致银行和第三方支付机构无法掌握商户信息，进而无法对交易进行有效监管。

中国人民银行禁止聚合技术服务商从事支付结算业务，是因为“二清”模式存在多种风险。第一，资金沉淀风险。第三方支付平台在银行设置对公账户作为资金池，资金流转线路清晰可查。第三方支付平台没有对公账户作为资金池，大量资金聚合进其账户后形成不受监管的资金池，若沉淀并截留资金，就存在资金挪用、迟延清算甚至不清算的风险。第二，诈骗风险。在经过一段时间的正常结算获取商户信任后，停止结算、携款潜逃、销声匿迹已成为一种新型诈骗手段。从微观层面看，这关系到亿万商户的资金安全；从宏观层面看，这已涉及国家金融安全，关乎社会安定。第三，洗钱风险。在金融机构反洗钱机制日益完善后，洗钱活动将目标转向非金融机构。^[1]第三方支付平台在用户身份识别方面存在缺陷，对交易的类别和真实性难以鉴别，且缺乏监管意识，极易沦为不法分子取现或漂白非法资金的通道，甚至会为赚取其中的巨大利益而放任其被利用或主动提供服务。赃款在银行账户和第三方支付平台之间来回多次转账切换得以洗白，第三方支付平台为非法集资、贿赂、赌博、涉黄等产业的发展提供了便利，帮助违法犯罪分子通过层层转账伪造正常商业交易，以掩盖犯罪事实。第四，运营风险。从内部看，工作人员操作不当或平台设计不完善，都有可能使平台陷入危机；从外部看，尽管第三方支付系统和网银系统在不断加强的风险防范能力，但仍存在安全漏洞，无法完全避免被黑客攻击和计算机病毒感染。系统一旦遭到攻击，将波及整个支付体系，导致支付行业动荡、市场无法正常运转，而第三方支付平台难以承受和应对这一后果。

相较于前三种类型的第三方支付，“二清”型第三方支付平台并非简单的资金从消费者流向商户的通道式模式，而是先聚集资金再进行结算的模式。其接触了商户资金，实际从事了资金结算业务，违反了国家规定，存在巨大的刑事违法风险，严重扰乱市场准入秩序，导致不符合标准、未经批准的机构进入支付结算业务领域，侵害了非法经营罪的保护法益。

（二）业务的特征——长期性和营利性

“支付结算”不等于“支付结算业务”，后者要求“二清”型第三方支付平台构成非法经营罪需具备长期性和营利性的特征，即平台以此为业或此为主要收入来源，频繁、持续提供有偿的支付结算服务，有较为固定的经营模式。由于“二清”模式不是简单的资金从消费者流向商户的通道式模式，而是先聚集资金再进行结算的模式，并非不接触商户资金，因此具有掩饰交易过程的特点，这一特点使其成为网络诈骗、赌博、涉黄等产业的合作之选。平台为这些产业提供支付结算服务，实现资金的非法转移，从而向用户收取手续费、提现费或以分成形式收取佣金，形成稳定的收入来源。

平台的非法经营活动具有长期性，这体现为不断建立和扩大客户基础，以不正当手段获取利益，还可能通过技术升级等方式维护业务的稳定性和连续性，并非一时兴起的短暂运营。二维码技术在“二清”模式中扮演着非常重要的角色。接收支付指令的付款行账号与手机号绑定，消费者通过摄像头扫描二维码，识别完成后可向对方快速支付相应金额。二维码技术的背后，是各种数据、指令在用户接入层、网络基础层、加密技术层、安全基础结构层、安全支付层、应用系统层、业务逻辑层的传输。^[2]用户将笔记本、手机、平板电脑等移动终端以无线方式接入系统，发出支付指令，再通过先前设置的密码或移动运营商实时发送的验证码完成支付，这个过程由加解密技术，动态口令、数字证书等认证技术，防火墙体系、公钥安全体系等保证二维码技术的安全性。“二清”模式接入支付宝、财付通、银联等支付端口，资金先过渡到第三方支付账户，再向各商户结算。此外，为违法犯罪产业链提供支付结算的第三方支付平台，往往还掌握了隐蔽上网、加密通信、销毁数据等技术。

构成非法经营罪的罪量要求，也体现了支付结

[1] 王新. 洗钱罪的基础问题辨析——兼与张明楷教授商榷[J]. 法学评论, 2023, 41(3): 112.

[2] 中国支付清算协会. 移动支付理论与实务[M]. 北京: 中国金融出版社, 2015: 123.

算业务具备长期性和营利性的特征。司法解释^[1]对“情节严重”的解释,规定了构成非法经营罪需要达到的非法经营数额或违法所得的最低标准。

四、“二清”型第三方支付构成非法经营罪的具体展开

相较于物物交换、现金支付、第三方支付而言,第四方支付的主体涉及四方,即消费者、商户、银行或第三方支付等金融机构、第四方支付平台。不同的“二清”型第三方支付平台具有不同的运营模式,差别主要有:第一,为何种产业服务,是赌博网站、淫秽网站、电信诈骗还是综合业务;第二,是平台出售、租用还是自己使用。平台出售、租用即独立于上游犯罪团伙,根据需求开发第四方支付平台、提供技术支持并收取费用、以此为业,与上游犯罪并非同一组织;自己使用即为方便本公司、本网站犯罪而编写代码,开发App、小程序,搭建网站,进行运营维修,不向外部出租。不同的运营模式触犯的罪名可能不同,法律主体多导致法律关系复杂。

“二清”型第三方支付平台提供支付结算业务,需要具体情况具体分析,不同平台的支付结算行为存在差异,不能一概而论。“二清”型平台可分为以下三类。

(一)无差别服务型

该类平台与上游犯罪不存在意思联络,只是为了赚取更多用户的提现手续费、增大业务量,而不对用户进行限制、审核,没有收取帮助费、使用费,仅收取正常提现手续费。其从事资金结算业务未经过国家有关主管部门的批准,使得第三方支付平台脱离监管,便于资金经过平台清算与结算实现非法流转,并通过广泛经营该业务收取提现费用,影响支付行业健康发展,扰乱支付结算秩序,属于非法经营行为。此外,非法经营行为构成犯罪还需要满足“情节严重”的条件,即非法从事该业务的行为要达到一定数额或具有其他情节,造成严重后果的,才构成非法经营罪。

(二)主动经营型

这一类平台十分清楚“二清”模式过渡资金的优势,建立时即以掩饰上游犯罪所得及其收益为目的,并以此收取高于正常提现手续费率的服务费。

对联系合作的违法犯罪分子来者不拒,根据其需求出租、出售已经完成开发的App、小程序,或者单独为其设计、开发新的App、小程序,不断壮大支付结算业务量。其接入支付宝、财付通、银联等支付端口,资金先过渡到第三方支付账户,再向各商户结算的行为,符合非法经营罪的主客观构成要件,若达到“情节严重”的程度,则应当认定为非法经营罪。

(三)自己使用型

该类型是指犯罪团伙建立赌博网站、涉黄网站以开展赌博、传播淫秽物品牟利或实施诈骗活动,为便于自己犯罪不被发觉、避免暴露,于是编写代码,自行开发第三方支付平台,供自己转移犯罪所得及其收益使用。为自己犯罪开发“二清”型第三方支付平台属于自身行为,自己使用型并非面向外部开展经营业务,不以提供支付结算服务营利,没有扰乱市场秩序,不构成非法经营罪。

五、结语

要解决非法经营罪处罚范围恶性扩张的难题,必须对其构成要件作严格的限制性解释,防止其沦为“口袋罪”。法律、行政法规、部门规章和其他规范性文件都对从事支付结算业务的条件作了限制,结合《刑法》第九十六条和相关司法解释的

[1]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2019〕1号)第三条规定:

非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇,具有下列情形之一的,应当认定为非法经营行为“情节严重”:

- (一)非法经营数额在五百万元以上的;
- (二)违法所得数额在十万元以上的。

非法经营数额在二百五十万元以上,或者违法所得数额在五万元以上,且具有下列情形之一的,可以认定为非法经营行为“情节严重”:

- (一)曾因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇犯罪行为受过刑事追究的;
- (二)二年内因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇违法行为受过行政处罚的;
- (三)拒不交代涉案资金去向或者拒不配合追缴工作,致使赃款无法追缴的;
- (四)造成其他严重后果的。

规定,“非法从事资金支付结算业务”型非法经营罪中的“违反国家规定”指的是违反法律和行政法规。“违反国家规定”的本质是违反对支付结算业务的特许规定,无法取得特许经营资质的第三方支付平台若开展该业务,存在资金挪用、资金链断裂等隐患。第三方支付平台目前可分为四种类型,其中单纯集成模式、支付转接模式、机构直清模式不直接接触资金,支付结算环节仍然由商业银行或第三方支付机构控制,没有从事支付结算业务。而“二清”模式在无法取得《支付业务许可证》的政策背景下,先聚集商户的资金再进行结算,接触了

商户资金,扰乱了市场秩序。“二清”模式又可进一步细分为无差别服务型、主动经营型、自己使用型,前二者若符合“情节严重”的要求,则应以非法经营罪论处。自己使用型不对外开展业务,不提供支付结算服务营利,没有扰乱市场秩序,不构成非法经营罪。在认定第三方支付平台的非法经营行为性质时,应严格把握非法经营罪的保护法益,区分第三方支付的不同类型,排除没有从事支付结算业务的平台构成非法经营罪的可能性。

(责任编辑:李秀玲)

Study on the Controversial Issues of Payment and Settlement-based Illegal Business Offenses — Taking the Case of Fourth-Party Payment as an Example

Liao Yixuan

School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan

Abstract: In fourth-party payment cases, judicial practice has not formed a unified standard for determining whether they constitute the crime of illegal business operation. It is necessary to accurately understand the two constituent elements of “violation of State regulations” and “payment and settlement business”. According to the relatively narrow interpretation, the effect level of the pre-existing law for the crime of illegal business operation involving “illegally engaging in capital payment and settlement business” is laws and administrative regulations. The essence of “violating state regulations” lies in violating the licensing provisions related to payment business. Among the four types of fourth-party payment platforms, the “two-clearing” mode is not simply compatible with different payment methods. Instead, it comes into contact with merchants’ funds, first aggregates the merchants’ funds, then settles the funds to the merchants, and actually engages in payment and settlement business without being able to obtain the Payment Business License. Among them, if the non-differentiated service-oriented and active operation-oriented “two-clearing” modes meet the element of “serious of circumstances”, they should constitute the crime of illegal business operation.

Key words: Fourth-party payment; Illegal business offense; National regulations; Payment and settlement