

地下金融风险的刑法控制

廖天虎 著

DIXIA JINRONG FENGXIAN DE XINGFA KONGZHI



中国政法大学出版社

地下金融风险的刑法控制

廖天虎 著

DIXIA JINRONG FENGXIAN DE XINGFA KONGZHI



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

地下金融风险的刑法控制/廖天虎著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 2
ISBN 978-7-5620-6626-2

I. ①地… II. ①廖… III. ①金融—刑事犯罪—刑法—研究—中国 IV.
①D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 031445 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	8
字 数	200 千字
版 次	2016 年 2 月第 1 版
印 次	2016 年 2 月第 1 次印刷
定 价	29.00 元

序 PREFACE



廖天虎是我指导的博士研究生，此书是以他的博士论文为基础修订而成。廖天虎一直专注于对经济刑法的学习和研究，本书也算是他研究经济刑法的一个阶段性成果。

金融体制是社会主义市场经济体制的重要组成部分，改革开放以来，我国社会主义市场经济体制逐步建立健全，适应市场经济要求的金融体制基本建立，金融宏观调控和金融监管体制不断完善。但由于金融的趋利性，导致在金融活动中必然存在着脱离法律规制和金融监管的金融活动，这一般被泛称为地下金融活动。地下金融是一个包含着社会文化、经济体制和法律制度的一个综合性矛盾体，其具有非正规性、隐蔽性等特征。金融风险的发生会导致国家金融的系统性风险甚至是金融危机，并将危及经济发展、公众利益和社会稳定，刑法作为最后的保障法，对于国家安全、社会稳定和经济秩序的保护发挥着积极功能。本书以地下金融行为类型分析为切入点，结合经济政策的变迁和金融监管理念的变化，在充分尊重和保障金融自身规律的基础上，探讨如何运用刑法来控制地下金融风险，这对于把握我国金融犯罪刑事政策的取向、促进金融刑法的立法完善

和推动司法实务工作的加强都具有积极意义。

地下金融风险的控制涉及到刑法学、犯罪学、经济法学和金融学等多个学科，具有相当的理论深度，并且与国家的经济政策的变化息息相关，具有很强的实践性。本书采取了规范分析、案例分析、比较分析、历史分析和实证分析等研究方法，在宏观分析的基础上，结合法律条文的具体规定进行微观分析，并在搜集相关文献及典型个案的基础上进行案例研析，发现问题后加以讨论，最后形成结论和建议，提出了具体、可行、有效的地下金融风险的刑事法防范策略。

在目前国家倡导的大众创业、万众创新的背景下，金融要适应新情况和新常态，以服务国家经济建设的发展。因此一定要走阳光金融之路，逐步把地下金融变为公开的金融、地上的金融，使我国建立起利益与风险同在、开放和自由并存的金融市场体制。纵观全书，作者以地下金融风险的刑法控制进行探讨，厘清地下金融概念，明确刑法控制地下金融风险的类型，立足于从刑事政策角度对地下金融风险进行价值评判和从刑法规范层面对地下金融的定罪量刑进行分析，并在司法层面作限缩性解释，以体现刑法的谦抑性，强调对于地下金融问题的解决，最终还是要立足于创新金融制度和完善金融生态。

全书结构合理，逻辑清晰，论证充分，写作规范，是一部高质量的著作。故欣然为序。

中国人民大学法学院教授、博士生导师 田宏杰

2015年12月5日

前言

PREFACE



金融是现代经济的灵魂，它已经成了国民经济的“血液循环系统”，是市场资源配置关系的主要形式，也是国家宏观调控经济的重要手段。作为规避国家有效监管的途径之一，地下金融引发的风险容易引起局部性的金融风波和金融犯罪乃至群体性事件，直接影响到社会稳定。防范和控制地下金融风险对于维护金融秩序、确保国家金融安全、促进社会发展和维护社会稳定都具有重要意义。20 世纪 80 年代，随着我国改革开放的深入，我国经济方式虽然实现了多元化，但金融的垄断地位以及国家坚守“金融抑制”政策却导致金融市场的自由发展与限制竞争对立，使得金融与经济的矛盾越来越尖锐，特别是金融与实体经济的矛盾，已成为当前我国经济社会发展中最为突出的矛盾之一。现行经济体制未能匹配经济活动的情形导致了我国的地下钱庄和“合会”等地下金融开始活跃，正规金融体系和地下金融体系的“二元”分化已成为我国经济体制变革中的一个显著特征。

金融风险是金融活动的内在属性，金融的风险主要有市场性风险和体制性风险两种。本书所研究的地下金融风险主要是

指体制性风险，即由于经济体制不健全和监管不到位而引起的人为风险。地下金融作为一种追逐高利的自愿性的风险游戏，在参与人足够多的时候，这种自愿的风险游戏就会转变为社会性的风险游戏并具有较强的社会危害性。地下金融风险在发展过程中的量的变化会导致其危害性逐渐增加，最后导致刑法的介入。我们应根据刑法的特殊预防和一般预防的功能来有效控制地下金融风险，以引导和推动地下金融的正面效能。我国地下金融的产生虽然是由国家金融政策的限定和货币政策的僵化等原因所致，然而在“维稳”思维和对社会危害评价客观化的情形下，我国对地下金融案件的犯罪处罚圈不断扩大，且刑罚处置趋向严厉。我国现行《刑法》规定的非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪有被滥用的倾向，以致不区分案件的具体情形而机械地适用刑法的规定，这反而影响了刑法的适用效果。实质上，这是监管部门和司法机关在以间接融资思维处理所有直接融资造成的问题，这并不符合法律解释的逻辑，不能实现保护投资者的公共目标，也无法为民间融资的合法化预留生存和发展空间。

从我国的经济结构和体制特征来看，我们不能仅仅寄希望于通过刑法手段来解决地下金融风险问题，应通过制度的完善和法律的修正来规范地下金融运行机制，在一定程度上实现地下金融的“阳光化”，同时要协调好刑事责任、民事责任和行政责任之间的关系，增加犯罪者的风险成本，提高金融监管效能，推动金融与司法的无缝衔接，建构完整的规制地下金融犯罪的网络体系。在金融全球化的背景下，我国应加强在打击地下金融犯罪方面的国际合作，推动国际司法互助，这是切实有效地降低地下金融风险，促进我国经济社会和谐发展的有效路径。

本书共分为七个部分：

第一部分为导论，主要介绍本书的意义和地下金融研究的相关概况。由于其外在形式的特殊性和运行方式的隐蔽性，各国有关地下金融的研究侧重点有所不同。我国在坚持“重农抑商”观念和重视“金融安全”的思路下，长期对地下金融持一种否定态度。这种态度反映在刑法上就是通过刑法的广泛介入来防范和控制地下金融的风险。

国内关于地下金融问题的研究起始于经济学界的关注，最早的研究内容是关于地下金融的概念范畴、市场作用及其对经济的影响等。近年来，地下金融问题也引起了我国刑法学界的高度关注，并产生了一批著作和论文，但从刑法的视角来系统地地下金融进行专题研究的成果却并不多，即使有一些，也仅仅涉及地下金融问题的某一方面，且对地下金融犯罪问题的研究都是立足于刑法的规范性层面进行分析，还未有从刑事政策的视角对地下金融犯罪问题展开系统性研究的成果。国外对于地下金融的研究主要集中于法律经济学的分析范畴，认为对于地下金融犯罪，更多不是依靠刑法来调控，而是通过一种转型式思维，基于经济效应，把更多的金融类风险归入到了民事赔偿和行政惩罚的范畴内。结合国内外对地下金融研究的概况，本书立足于中国地下金融的现状，从刑事政策视角对地下金融引起的风险进行价值评判，并从刑法规范层面对地下金融引起风险的定罪量刑进行分析和研究。

第二部分内容是关于地下金融的概述，分析了地下金融的概念、特征、产生的原因和背景以及地下金融的主要表现形式。地下金融是指未被现行法律法规明确规定的金融方式，从表现形式上看，其具有隐蔽性和欺骗性；从法律属性上看，其具有模糊性和非法性。地下金融应包括“灰色金融”和“黑色金



融”两个部分，其中“灰色金融”需要引导和发展，而“黑色金融”则应由刑法进行调整和规范。某一地下金融形式的发展是一个动态过程，会出现由“灰色金融”向“黑色金融”转变的情形，因此地下金融形式具有多变性和复杂性。目前行为人主要是利用合会、地下钱庄、地下证券期货、私募基金、P2P（Peer-to-peer lending）借贷平台和农民专业合作社等方式来实施地下金融活动。地下金融的产生有其广泛的社会原因和深刻的历史背景，就我国地下金融的历史变迁来看，由于中国的社会政治结构、金融体制、法制文化深深地影响着金融主体的行为范式，也影响着中国的金融法律结构。我国地下金融的产生和发展是多种因素共同作用的结果，主要原因有国家政策的管制、货币政策的抑制、社会结构的限制、文化习俗的影响和法律制度的缺陷等。

第三部分是关于刑法视野下的地下金融风险问题，并结合地下金融风险的典型案例进行了理论思考。该部分首先对社会生活用语的“风险”和刑法理论用语中的“风险”概念作了比较，并就本书所使用的“风险”概念进行了界定。生活用语中的“风险”是指可能发生的危险，风险的客观存在决定了风险可被现实所感知并作出反应。刑法理论中的“风险”是指某一行为对某一社会关系造成现实威胁，或者说具有造成损害的现实可能性。本书对“风险”的范畴作了限缩性界定。首先，这里的“风险”并不涉及金融自身引起的风险，而是关注由人为因素所造成的风险。其次，这里的“风险”不能等同于“风险社会”的“风险”，而是应当立足于刑法的规范层面，对于行为人实施的某一地下金融活动的风险的量应当做一个相应的判断。这种风险的量是不断变化的，只有在风险的量达到一定的程度时——对法益具有侵害性时，或者说地下金融活动风险的程度

已达到刑法所关注的社会危害性程度时——刑法才具有了对这种地下金融风险予以规制的基础。

地下金融产生的风险主要表现为国家经济运行的风险、国家金融安全的风险、引发刑事犯罪的风险和破坏社会秩序稳定的风险，这些风险的量如果达到一定的程度，就属于刑法上“不被允许的风险”，应当受到刑法的调整和否定性评价。刑法的特殊预防和一般预防的保障机能为刑法介入金融风险控制提供了依据，但刑法在介入地下金融风险时，应确定好自己的“定位和立场”，在尊重金融发展规律的同时，应做到“有所为，有所不为”。笔者在此部分将结合“涂汉江案”“孙大午案”“吴英案”和“曾成杰案”等现实的典型地下金融风险案例，审视当前司法机关对地下金融案件的处理态度和解决方式以及地下金融犯罪案件中的刑法适用问题。本书认为，将由于市场风险和逐利思想而产生的地下金融风险与维护社会稳定联系起来显然不符合经济发展规律，也增加了维护社会稳定的成本。正确的做法应当是各级法院通过公正的刑事审判来理顺和协调民间借贷与刑事追诉之间的关系，为民间借贷等有益的金融发展方式保驾护航。

第四部分内容是基于经济政策和监管制度对刑事政策和刑事立法的影响，对我国地下金融风险的刑法控制现状进行评析。经济政策在打击经济犯罪中处于基础性地位，某一特定时期的经济政策会影响甚至决定当时的刑事政策，左右立法机关有关犯罪化的决策。当然，经济政策若出现问题，又会影响到刑法对经济犯罪规制的效果。通过对新中国成立后的金融监管经历的初始阶段、过渡阶段、发展阶段和完善阶段这四个阶段的政策与法律制度变迁进行梳理，可以清晰地反映出我国市场化改革过程中的金融体系带有非常明显的“金融抑制”色彩。“金融



抑制”战略的实施给中国金融的市场化和法治化造成了障碍，致使国家制定的政策与法律都只是从“正规金融”的需求出发，而忽略了地下金融对国家经济正面功能的认识。国务院于1998年亚洲金融危机时制定并发布了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，虽然这是针对当时经济乱象的一剂猛药，但显然过于严苛。其直接导致大量的正常民间借贷行为被列入了刑事打击范围。这种刑事打击面的扩大化在目前已经造成一定负面影响，表现在对于“集资诈骗罪”的主观认定标准不仅出现了过度客观推定的趋向，也呈现出进一步弱化非法占有主观目的认定的趋势，即司法机关往往是将案发后造成的损害作为评价“非法占有目的”的重要标准。在司法实务中，地下金融活动造成较大损失的案件往往被定性为“集资诈骗罪”，而损失较小的案件则被定性为“非法吸收公众存款罪”，显示了我国司法机关在审理地下金融案件时政策性强的特点。由此可见，在“金融抑制”理念下，我国对地下金融一直采取的是“严厉对待、严苛刑罚”的政策。然而不断爆发的大量地下金融风险案件却表明了我国严格的刑事立法和严厉的刑事司法手段并没有消除地下金融所带来的风险。本书比较了国外一些国家的金融犯罪刑事政策，并对我国现行的刑事规制政策进行了反思，认为对待地下金融犯罪案件，应科学合理地把握宽严相济的尺度和标准，既要控制地下金融风险、抑制地下金融犯罪，又不能限制金融的自由发展，以便为国家整个经济的发展提供支持。

本书在分析地下金融风险的刑法控制现状时认为，我国刑法介入地下金融风险的特点在于：首先以“维稳”的理念来处理地下金融风险，使得刑法背负上了沉重的负担，并使刑法适用的合理性受到了质疑。其次是对金融犯罪“零容忍”政策的考量。在我国市场化程度不高、诚信体系尚缺乏的前提下，“零

容忍”政策容易将合理的金融创新扼杀掉，为了给市场留下足够的发展空间，刑法须保持谦抑性。再次是对我国地下金融犯罪中的价值判断因素分析。刑法对国有金融的垄断地位和垄断秩序的优先保护是造成地下金融产生的根本原因，也是刑法针对地下金融风险实施严苛刑罚的重要因素。最后是司法机关在处理地下金融风险案件时，长期存在着“先刑后民”的惯性思维，同时刑法与其他相关部门法之间的规定存在一定冲突，这些都影响到了刑法对于地下金融风险控制的效果。

第五部分讨论的是地下金融风险的犯罪化界限，分别从刑事立法和刑事司法的角度展开论证，认为地下金融立法上的犯罪化与非犯罪化应确立正当性、合理性和谦抑性的标准；在作违法性判断时，应当从价值层面和规范层面进行双重评价，判断是否具有实质可罚性。我们应当正视地下金融产生的环境与土壤，对于地下金融中的“灰色金融”应当慎入刑，对于“黑色金融”在入刑时，也应做到宽严相济。刑法在评价地下金融风险 and 衡量地下金融风险量时，应当坚持实质违法性评价，只有特定的某一地下金融风险行为产生了法益侵害事实，并符合某一罪名的具体构成要件，才有刑法进行否定性评价的必要性。在司法运行过程中，我们应当坚持司法效果的公众认同目标与司法解释的实质可罚原则，“过滤”地下金融一般违法行为，从实质解释的视角确定地下金融犯罪定罪量刑标准，做到司法效果和社会效果的有机统一。

第六部分的内容为地下金融犯罪的刑事责任，刑事责任是处于犯罪和刑罚之间的桥梁和纽带，刑事责任起着对犯罪和刑罚的调节作用。行为人实施了刑法所规定的犯罪，就应当承担相应的法律责任；并以刑罚的方式来实现。地下金融犯罪作为贪利型犯罪，除了适当地适用自由刑外，应考虑更多适用罚金

刑、没收财产刑和资格刑。同时实施地下金融犯罪的主体还涉及法人，对于地下金融案件中的法人犯罪，除了按照双罚制对单位判处一定数量的罚金外，还有必要对法人犯罪增设资格刑，如停业整顿、剥夺经营权、破产重组和强制解散。其中，由于破产重组方式会牵涉到犯罪人和被害人的各方利益，因此在目前地下金融案件中适用较多。经过重组以后，企业有可能度过困难期，债权人将有可能实现其债权。通过这种法定的程序解决地下金融中涉及的债权债务关系，撇清了与政府的关系，也不会再发生群体性事件。

第七部分的内容为地下金融刑事法律风险防范。完善的刑事立法不仅为惩治地下金融领域的犯罪提供了法律根据，而且也是国家调控和防范金融风险的手段。但刑法对金融领域的介入范围和程度应“适可而止”，避免刑法的过度介入对金融发展造成阻碍。因此，运用刑法来控制地下金融风险，应该科学地把握宽严相济刑事政策的尺度和标准，合理地限定地下金融的犯罪圈，既要控制地下金融的风险，又不限制金融的自由，以便为经济的发展提供支持。在金融全球化的背景下，我们应树立控制地下金融风险的国际化视野，为了从根本上消除地下金融风险，同时还需要完善的措施，即健全相关法律制度、创新金融形式和完善金融生态。

目 录

CONTENTS



序 \ 1

前 言 \ 3

第一章 导 论 \ 1

一、本书研究的意义...1

二、国内外研究现状...3

三、研究方法...13

四、研究特色...14

第二章 地下金融概述 \ 18

一、地下金融的概念和特征...18

二、我国地下金融的历史沿革...33

第三章 刑法视野下的地下金融风险 \ 72

一、风险的含义...72



二、地下金融的风险...78

三、刑法控制地下金融风险的功能...89

四、地下金融风险典型案件的理论思考...97

五、小结：刑法防范地下金融风险的效果反思...121

第四章 地下金融风险的政策法律规定介述 \ 123

一、我国地下金融的监管政策...124

二、地下金融犯罪的刑事政策...131

三、我国地下金融风险的刑法控制现状评析...140

第五章 地下金融风险的犯罪化界限 \ 165

一、立法上的犯罪化与非犯罪化...165

二、刑事司法运行的目标与原则...188

第六章 地下金融犯罪的刑事责任 \ 200

一、刑事惩罚的功能...201

二、地下金融犯罪刑事责任实现的一般方式...203

三、地下金融犯罪中的法人刑事责任...213

第七章 地下金融刑事法律风险防范 \ 216

一、刑事惩治：宽严相济刑事政策下的刑法运用...217

二、制度控制：最好的社会政策就是最好的刑事政策...221

参考文献 \ 227

后 记 \ 240

第一章 导 论



一、本书研究的意义

金融是现代国家的命脉，是国家发展的基石，也是一个国家安全的重要保证。^{〔1〕}由于金融具有趋利性，导致在金融活动中必然存在着脱离法律规制和金融监管的金融活动，这些一般被泛称为非法金融活动或地下金融活动。对于游离于国家金融监管体系外的金融活动，国内外在称谓上有所不同。国内许多学者将其定义为地下金融、非正规金融、民间金融、场外金融、

〔1〕 在现代社会，国家安全和经济的关系非常密切，在人类社会历史演变的过程中，经济一直是保证一个民族和国家生存和发展的基础。而在现代经济中，金融充当着核心的角色，是调解和分配资源的主要方式，也是增进居民财富的重要手段。在金融业全能化的发展中，潜在的金融风险逐步放大，极易因个别的金融事件引发全局性的危机，尤其是在经济全球化和金融全球化的当下，一个国家的金融问题甚至会引起全世界的金融波动，从而影响一个国家的安全与稳定，例如2008年发生的美国次贷危机，不仅使美国的经济遭受重创，而且波及世界其他国家，尤其是使许多欧洲银行成了此次危机的牺牲品，为了维护国家金融稳定，欧洲央行、德国政府、英伦银行等被迫纷纷向市场注入巨资，以解燃眉之急。可见，金融已不单单是某个国家、某个地区或某一行业的问题，而是一个全球性的战略问题，金融安全直接决定着国家的经济安全，因此，必须以国家安全的高度来看待金融问题。参见李娜：《论金融安全的刑法保护》，武汉大学出版社2009年版，第3~8页。

隐形金融或体外循环金融等；国外学者对这种金融活动已基本达成共识，认为它是没有被中央银行监管当局所控制的金融活动，通常称为非正规金融（informal finance）。^{〔1〕}《中国投资参考》（China Confidential）2011年的研究报告显示，在中国，几乎不受监管的地下金融行业可能管理着多达1万亿元人民币的资产^{〔2〕}，可见我国地下金融数量之巨大、规模之庞大。这些地下金融或非法金融活动的出现，从一个侧面反映了我国目前的金融市场发育还不完善，民众财富增长的管道方式还不够畅通。

地下金融是一个包含着社会文化、经济体制和法律制度的综合性矛盾体，其具有非正规性、隐蔽性等特征。改革开放以后，我国的地下金融在推动沿海部分地区民营经济高速发展的同时，也对我国传统的国家金融体系和金融管理体制形成了挑战。地下金融对正规金融业产生了一系列的负面影响，最为常见的是引发非法集资和高利贷及形成黑市利率，从而严重扰乱国家正常的金融秩序。如果放任庞大的体制外地下金融的无序发展，而不对此进行有效规范，我国的财政政策和货币政策调控力度将大打折扣。尤其是一些非法地下金融组织为保证其暴利的实现，依靠暴力手段维护地下信用体系的运转，这些地下金融组织最后往往演变成具有黑社会性质的经济组织，极具社会危害性。更为严重的是，一些非法吸收公众存款的地下金融组织，在利益驱使或面临被追究的风险时，出现了携款潜逃或行为人自杀的事件。这些案件中的受害者大多为中老年人、妇

〔1〕 参见高晋康：“民间金融法制化的界限与路径选择”，载《中国法学》2008年第4期。

〔2〕 参见〔英〕金奇：“中国地下金融体系加剧通胀压力”，杨远译，载 <http://www.yumaoacc.com/News/Finance/201110/20111019154351.html>，访问时间：2013年9月27日。