

## 民间借贷的困境缘于立法滞后

中国社科院法学所 席月民

目前比较突出的一个问题是：民间借贷在我国目前的法律体系中是否受到了全面保护？民间借贷有无合法性边界，其合法与非法的边界究竟在哪里？

从根本上说，民间借贷的正当性，源自宪法中有关公民合法财产权利保护的基本规定。但民间借贷法律规则的零散化和不协调，模糊了实务中处理相关纠纷案件时的合法性标准，凸显了我国民间借贷活动的制度性风险。

尽快出台《放贷人条例》，加强监管立法和监管机构主动执法，适时修改《民法通则》和《合同法》等民事法律，注重对民间借贷交易的合同规范，及时补充刑法罪名，将高利贷罪纳入其中，强化对高利贷犯罪行为的刑事制裁，应是我国今后金融生态建设中对民间借贷进行系统法律规制的根本出路。

改革开放以来，我国先后完成了金融体系市场化和金融机构商业化的蜕变，金融法律体系建设取得了巨大成就。然而，有关民间借贷的立法却一直滞后于社会实践。最近大家关注的吴英集资诈骗案促使我们更需要对这个问题进行思考。

### 政策驱动的市场繁荣与信用危机

近些年来，在解决中小企业融资难问题上，民间借贷可谓“劳苦功高”。尤其是在国际金融危机爆发后，无论是在交易信息、交易成本方面，还是在交易效率、贷款担保方面，民间借贷凭借其相对优势，顺势成为中小企业市场化选择的必然结果，民间资本通过民间借贷在满足中小企业资金需求的同时，有力助推了企业经营与经济发展。

从政策层面看，2005年《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》(即老36条)的推出，使非公有资本开始获许进入金融服务业，民间借贷的重要作用被重新认可。2010年《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(即新36条)实施后，国家对民间资本进入金融服务领域的鼓励和引导力度进一步加大，在新政策的正向激励作用下，居民收入的快速增长直接加大了民间借贷的市场供给，致使其市场规模迅速扩大。央行的一份调查报告指出，2010年这一市场的资金存量就已超过2.4万亿元，而近两年来，我国民间借贷资金量逐年增长，存量资金增长超过28%。

民间借贷是民间资本投资的一种形式，自古就有。改革开放后，在东南沿海地区一度活跃。1998年东南亚金融危机爆发后，开始受到国家严格管制。实践证明，新政策的推出，给民间借贷市场的勃兴注入了巨大动力。民间借贷走红网络经济就是一例典型，人人贷、拍拍贷、天天贷、乐贷、宜信、搜好贷、e借通、红岭创投、融资城等一批网络借贷平台的应运而生，使借贷双方足不出户即可快速完成交易。各地小额贷款公司和村镇银行的快速发展也是一例典型。

这些年来，民间借贷一改早期的无组织性、一次性和分散化特点，呈现出交易上的有组织性、连续性、集中性和专业化特征。

然而，2011年全国多地发生的民间借贷信用危机令人记忆深刻。尤其是央视《新闻1+1》栏目曝光的江苏“宝马乡”高利贷市场崩盘事件，其涉及人员之广、资金量之大着实让人触目惊心。民间借贷潜在风险巨大，浙江、江苏、福建、河南、山东、内蒙古等地接连发生的债务人出逃、中小企业倒闭等事件，直接破坏了民间信用机制，冲击了当地的经济发展和社会稳定。虽然政府的最终介入及其扶持政策暂时稳定了市场信心，但民间借贷的制度风险及其法律规制问题实已无法回避。由政策驱动的民间借贷市场所表现出的这种非理性繁荣，无疑已向金融监管部门敲响了

警钟。

法律规则的滞后与法律保护的乏力

正确区分民间借贷与集资诈骗这两类行为，是司法机关正确审判吴英一案的关键所在。

该案所折射的法律问题中，最为突出的问题是：民间借贷在我国目前的法律体系中是否受到了全面保护？民间借贷有无合法性边界，其合法与非法的边界究竟在哪里？有人说，民间金融的根本问题在于缺乏有效的法律规范与充分的法律保护，这一说法值得我们深思。

改革开放以来，我国先后完成了金融体系市场化和金融机构商业化的蜕变，金融法律体系建设取得了巨大成就。然而，有关民间借贷的立法却一直滞后于社会实践。从现有的法律规则看，主要散见于《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《担保法》、《刑法》以及《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《贷款通则》等法律、法规和规章中。

从根本上说，民间借贷的正当性，源自《宪法》中有关公民合法财产权利保护的基本规定。通观现有规定，《民法通则》相对比较原则，只规定合法的借贷关系受法律保护，对此并无具体的解释性条款。《合同法》虽有借款合同一章，但民间借贷合同却被局限于自然人之间，并实行无息推定原则。至于自然人与企业之间以及企业与企业之间的民间借贷合同在该法中并无规定。

《物权法》和《担保法》确立了民间借贷合同的担保规则，债权人可以选择设定保证、抵押、质押、留置以及定金等担保方式，但对担保公司的规定却付之阙如。《刑法》主要规定了非法吸收公众存款罪等罪名，着力于打击非法集资等关联犯罪，但在打击高利贷行为方面却力不从心。国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》旨在取缔非法金融机构及其业务活动，实践中成为认定企业民间借贷行为非法或无效的最主要依据。《贷款通则》属于部门规章，明令禁止非金融企业从事借贷行为。此外，还有最高法院的一些司法解释和批复，以及地方法院关于当地民间借贷案件审理的指导意见。

民间借贷法律规则的零散化和不协调，模糊了实务中处理相关纠纷案件时的合法性标准，凸显了我国民间借贷活动的制度性风险。

对吴英案而言，司法解释的规范作用就更为突出一些。2010年底，最高人民法院发布了《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》（法释〔2010〕18号），分别对非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪，集资诈骗罪，擅自发行股票、公司、企业债券罪，非法经营罪以及虚假广告罪等犯罪行为的认定作出了规定，回应了如何划清非法集资与合法融资的界限、如何应对层出不穷的非法集资手法以及非法集资活动涉及的虚假广告发布者到底要承担什么责任等社会热点问题。不难看出，上述五个罪名其实就是所有非法集资活动在现行刑法体系中可能涉及到的罪名。

该解释对非法集资涉及的罪名以及相应的量刑标准进行明确，一方面旨在鼓励、支持合法融资，另一方面则强化了依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动。非法集资所具有的非法性、公开性、利诱性以及社会性这四个特征，在该解释中得到了正面的列举式规定，从而使实践中不断翻新的非法集资手段在识别和认定上有了具体的判断标准。

由于民间借贷行为存在交易隐蔽、监管缺位、法律地位不确定、风险不易控制等特征，有些甚至以“地下钱庄”的形式存在，致使非法集资、洗钱等犯罪活动充斥其间。尤其是高利贷的社会危害与日俱增，但一直以来我国刑法并没有明确将高利贷行为入罪，司法实践中，武汉、南京、上海等地法院将高利贷行为认定为非法经营罪，导致非法经营罪被质疑为罪刑法定原则下新的小“口袋罪”。

前述国务院的取缔办法颁行于1998年，其对民间借贷所采取的“一刀切”的行政取缔模式，在当时看来并不为过，对我国应对当年东南亚金融危机、整顿金融市场秩序、防范和化解金融风险不无意义。但今天看来，这种简单化的取缔已明显不适应入世以来我国经济发展的新形势需要，它漠视了民间借贷所具有的内生性、正当性和补充性，“一刀切”的结果彻底使民间借贷的法律地位陷入尴尬，即便侥幸存在也失去了市场监管。

总的来看，法律规则的滞后，不但导致实践中监管主体和监管规则的缺位，而且造成民间借贷利率高企，投机盛行，救济乏力，个别地区民间借贷资金流向六合彩、赌博等非法领域，并出现借助黑社会势力暴力追贷的现象。

政策在持续开放法律需扎实跟进

最近一段时期，各大媒体对温家宝总理在民间资本问题上的表态给予了高度关注。

温总理在今年2月份主持的五次座谈会上，已经接连三次提及了民间资本问题。比如，在谈到行业垄断改革时，他提出要促进民间资本进入金融、能源、交通和社会事业等领域，谈话中直接接触及民间资本进入有政策支持却难以落实的“玻璃门”问题，明确上半年一定要制订新36条的实施细则；在谈及如何应对今年的经济困难时，则再次强调放活民间资本、支持民企发展对破解当前难题的重要性；在言及铁路建设资金紧张时，指出统筹规划、有序引入民间资本是其中的出路之一。

温总理的表态表明，国家仍坚持既定的民间资本政策取向，这给民间借贷市场带来利好消息。不难看出，国家的民间资本政策在今后一段时期内仍将处于持续性的开放过程之中。2011年民间借贷信用危机的发生并未叫停我国有关民间资本的现行政策，相反正在促成这一政策的进一步细化与体系化。可以肯定的是，在深化金融改革的过程中，我国需要建立一个多种信用机构、多种信用工具、多种信用形式并存的复合型金融体系，全方位构建民间信用体系，依法破解金融垄断已成为大势所趋。

然而，民间借贷既是一种经济现象，也是一种法律现象。当形形色色的民间借贷案件涌入法院，法律对政策的严格制约力便被个案反复凸显出来。毕竟政策不同于法律，由于政策不具有法律的普遍性、强制性、严谨性、系统性和稳定性，因此民间借贷的法律调整机制正被更多的社会公众所看重。对于当前的民间借贷而言，法律规则的滞后与法律保护的乏力无疑是莫大的悲哀。法律何时能与现行政策相统一、相协调，如何才能实现二者之间的统一与协调，这些问题已成为摆在我们面前的重大现实课题。只有当政策与法律良性作用、相互促进、彼此补充时，民间借贷市场才有望真正步入规范化的发展轨道。

在法院目前审理的各类民间借贷案件中，法律的阻吓作用因其内在的不完备性而受到明显削弱，司法机构通过司法解释来行使有限的剩余立法权，对民间借贷的法律规制而言只能算是权宜之计。

从现实看，民间借贷组织的主体地位问题、民间借贷合同的效力认定问题、民间借贷利率的法律管制问题、网络借贷平台的风险控制问题以及民间借贷交易的信息监测问题等，是当前民间借贷需要法律规制的重点所在。这些规则的确立是一项系统的法律工程，司法解释恐怕难以独当此任。尽快出台《放贷人条例》，加强监管立法和监管机构主动执法，适时修改《民法通则》和《合同法》等民事法律，注重对民间借贷交易的合同规范，及时补充刑法罪名，将高利贷罪纳入其中，强化对高利贷犯罪行为的刑事制裁，才是我国今后金融生态建设中对民间借贷进行系统法律规制的根本出路。