

【文章编号】1002—6274(2012)03—061—08

我国当前民间借贷的特点、问题及其法律对策

席月民

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

【内容摘要】我国当前民间借贷市场已经进入高级阶段,资金供需两旺,并具有迅速走红网络经济的发展趋势。然而,民间借贷相关立法滞后,市场监管缺位,司法主导突出,整个市场呈现出产生发展的内生性、投资主体的多元化、交易形式的电子化、法律规则的零散化、法律地位的尴尬化以及裁判结果依赖指导性解释等特征。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日益突出,加强监管立法和监管机构主动执法,依法规范民间借贷行为,严厉打击高利贷,已成为金融生态建设中民间借贷法律规制的必然选择。

【关键词】民间借贷 高利贷 市场监管 法律规制 放贷人条例

【中图分类号】DF522 【文献标识码】A

2011年,我国浙江、江苏、福建、河南、山东、内蒙古等省区接连发生民间借贷信用危机,出现了债务人出逃、中小企业倒闭等事件,对当地经济发展和社会稳定造成了较大冲击。由于在短期内起诉到法院的相关纠纷案件大量增加,最高法院及时发出了妥善审理民间借贷案件的通知以及司法建议。^①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已然无法回避。这一危机表明,法律的阻吓作用因其内在的不完备性受到明显削弱,司法机构利用有限的剩余立法权进行能动司法实非长远之计。加强监管立法和监管机构主动执法,依法规范民间借贷行为,严厉打击高利贷,已成为金融生态建设中民间借贷法律规制的必然选择。

一、我国当前民间借贷市场发展状况与突出特点

(一) 民间借贷进入高级阶段,其产生发展具有内生性特点

民间借贷在我国自古就有。我国春秋时期已有放债取利的记载,^{[1]P35}随后的历朝历代,民间借贷也一直存在着。尤其是明清时期,钱庄、票号、典当行等成为其主要组织形式。新中国成立后,计划经济时期

虽建立了高度集中统一的国家银行信用,但个人之间仍存在着互助型临时小额资金借贷。20世纪80年代中期,东南沿海地区出现了私人钱庄、合会、标会、摇会、抬会等民间融资形式。特别是浙江温州等地,在中小企业创办和发展过程中,民间借贷十分活跃。^{[2]P263-264}20世纪90年代末东南亚金融危机爆发后,民间借贷开始受到国家严格管制,但进入21世纪后,民间借贷的重要作用被重新认可,随着2005年国家允许非公有资本进入金融服务业,2010年国家鼓励和引导民间资本进入金融服务领域,民间借贷再次活跃,成为众多中小企业融资的主要渠道。当前,民间借贷的发展已经进入高级阶段,其一改初级阶段的无组织性、一次性和分散化特点,表现出交易上的有组织性、连续性、集中性和专业化特征。^②总体而言,民间借贷是正规金融体系之外自发形成的、受资金供需规律自由支配的、一种非标准化的资金融通活动,其产生和发展具有内生性的特点,完全取决于市场资金供求双方的意愿与合意,能快速适应和满足民间投融资需求。

(二) 民间借贷资金供需两旺,其投资主体呈现多元化特征

实践证明,单靠正规金融无法满足社会日益多样

作者简介:席月民(1969-),男,河南灵宝人,法学博士,中国社会科学院法学研究所经济法室副主任,副研究员,研究方向为经济法基础理论和财税金融法。

化的投融资需求。^[3]长期以来,我国中小企业尤其是小型微型企业融资难问题一直突出,受城乡二元结构与正规金融的偏好影响,其很难得到银行间接融资支持和资本市场的直接融资,受生存压力制约选择民间借贷实为无奈之举。同时,2010年国家对于非公有资本金融政策的调整正向激励了民间借贷活动,居民收入的快速增长直接加大了民间借贷的市场供给。而从资金需求角度看,随着国际上主权债务危机的不断升级,我国经济受到的不利影响持续加深,企业的用工成本增加,原材料价格上涨,节能减排压力增大。在这样的经济形势下,市场萎缩,资金紧张,中小企业直接面临生存困境。尤其在银行信贷收紧的情况下,企业为脱困不得不选择民间借贷,从而导致民间借贷市场异常活跃,借贷利息一路疯涨。民间借贷市场在吸引来众多个人和家庭资金的同时,也吸引来一些上市公司、银行、国企的资金,甚至一些公务员也积极参与其中。在高息和资金需求饥渴等因素作用下,有些人甚至将借入资金又快速转手借出进行渔利。民间借贷市场规模的扩大以及参与主体的多元化和广泛化,为企业资金链断裂最终引发信用危机埋下了伏笔。

(三) 民间借贷走红网络经济,其交易形式实现电子化转型

近年来,民间借贷走红网络经济,使传统的民间借贷业务被搬到网络平台上进行,民间借贷逐渐失去其隐蔽性,有关交易认证、记账、清算和交割等均通过网络完成,借贷双方足不出户即可实现借贷目的,快速完成交易。目前,网络借贷资金主要用于个人初期创业、短期信用卡资金周转或装修、购物等消费领域。虽然其交易额度受到一定限制,但因双方属于无担保的信用借贷,因而在实践中还是倍受推崇的。以人人贷为例,作为实名认证平台,用户可以在该平台上获得信用评级,发布借款请求;也可以把自己的闲余资金通过该平台出借给信用良好的个人。从其贷款审核与保障看,该平台在审核借款项目时,要求借入者把身份证扫描上传,提交信用报告、工作认证、学历认证、房产证明、结婚证书以及收入认证等,并按照自己的信用审核标准和方法,对借款用户进行信用风险分析及信用等级分级,同时通过包括贷前审核、贷中审查和贷后管理在内的自身风险管理体系,控制借款逾期违约的风险。^③除人人贷外,我国还有宜信、拍拍贷、天天贷、搜好贷、e借通、红岭创投、融资城等网络

借贷平台。客观地看,网络民间借贷在我国的发展目前尚处于初级阶段,其中不乏争议存在。有些人将其誉为“网络版孟加拉乡村银行”,认为这是一种全新的金融模式;也有人提出,处在监管空白下的网上借贷,无疑是金融诈骗的滋生地,是高利贷的温床。尽管如此,不可否认的是,随着网络实名制的推行,民间借贷交易方式的电子化转型正在成为一种新趋势。

(四) 民间借贷相关立法滞后,其法律规则暴露零散化缺陷

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。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,相关法律规则散见于《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。其中,民法的规定认可民间借贷的合法地位,为其提供了一定保护;刑法的规定侧重于打击关联犯罪,尽力消除非法民间借贷的副作用;经济法的规定偏重于政策性一面,出于金融安全和稳定考虑,基本采取严格限制甚至否定态度。通观现有规定,我国《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。我国《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的要物合同,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。我国《物权法》和《担保法》确立了民间借贷合同的担保规则,债权人可以设定保证、抵押、质押、留置以及定金等担保方式。我国《刑法》主要规定了非法吸收公众存款罪、非法集资罪等罪名,着力打击关联犯罪。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。

(五) 民间借贷市场监管缺位,其法律地位陷入

尴尬化境地

在我国金融体制改革过程中,民间借贷基本游离于正规金融体系之外,不受国家信用控制和监管机构的直接管制。1998年,国务院发布《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》,标志着在亚洲金融危机之后我国建立起了有关民间借贷行政取缔与刑事处罚相结合的双重管制模式。该办法明定未经批准擅自设立从事或主要从事吸收存款、发放贷款、融资担保等金融业务活动的机构为非法金融机构,明定未经批准擅自非法发放贷款等活动为非法金融业务活动,明定非法金融机构和非法金融业务活动由中国人民银行予以取缔。1999年,央行对该办法的实施做出了具体解释。^④随后,2004年又把取缔资格移交给了银监会。^⑤目前看来,取缔办法本身体现了国家对民间借贷的压制性政策,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。2003年“孙大午事件”^⑥等即为其中的典型案例。对民间借贷采取的压制性政策,不仅导致我国金融体制改革滞后于经济发展,降低了金融资源的配置效率,而且还进一步增加了我国金融体系运行的风险,抵消了宏观调控的实际效果,并且也不符合社会主义市场经济对公平价值目标的追求。^[4]应该说,2011年这场民间借贷信用危机,正是民间借贷市场监管缺位的直接结果。取缔办法忽视了民间借贷具有内生性、正当性、补充性及其需要监管的一面,由于监管立法滞后,实践中不但使监管主体和监管规则缺失,而且造成民间借贷利率水平高企、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,并有借助黑社会势力暴力追贷的现象出现。与此同时,民间借贷在正规金融体外循环,直接弱化了国家产业政策和货币政策的实施效果。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、洗钱等犯罪充斥其间。

(六) 民间借贷司法主导突出,其裁判结果依赖指导性解释

随着近年民间借贷规模的扩大,大量的民间借贷案件涌入法院,诉讼标的额也越来越大。虽然我国民间借贷立法严重滞后但司法介入在一定程度上弥补了法律的不足,同时还引导、规范并推动了民间借贷的发展。其中,最高法院司法解释和批复在该类纠纷

解决中填补了民间借贷法律漏洞,为法官裁判案件提供了具体、明确的规则依据。包括:1. 1990年《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》;^⑦2. 1991年《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》;^⑧3. 1996年《关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》;^⑨4. 1996年《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》;^⑩5. 1999年《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》;^⑪6. 2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》;^⑫7. 2010年《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》;^⑬8. 2011年《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件促进经济发展维护社会稳定的通知》。^⑭上述解释把合法的民间借贷明确限定在公民之间以及公民与法人和其他组织之间的借贷,而对于企业之间的借贷效力问题,则仍然坚持企业之间不得相互拆借资金的规定。^⑮

值得注意的是,地方高院近年来也纷纷出台当地关于审理民间借贷纠纷案件的指导意见。以民间借贷活动相对活跃的江浙沪一带为例,上海高院2007年制定了《关于审理民间借贷合同纠纷案件若干意见》,江苏高院2009年制定了《关于当前宏观经济形势下依法妥善审理非金融机构借贷合同纠纷案件若干意见》,浙江高院2009年制定了《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》。严格意义上讲,这些指导意见并不具有法律上的拘束力,但对地方法官自由裁量权的行使却具有直接规范和指导价值。问题在于,这些指导意见针对民间借贷具体法律问题所给出的处理方案并不完全相同,有的甚至超越或者背离了现行法律和最高法院司法解释,从而在一定程度上加深了我国民间借贷法律适用的多样性和不确定性。

二、我国当前民间借贷法律规制面对的重点问题

(一) 民间借贷组织的主体地位问题

改革开放以来,我国民间资本不断发展壮大,在促进经济发展、调整产业结构、繁荣城乡市场、扩大社会就业方面发挥出了重要作用。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》中明确提出,要继续深入贯彻落实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》等一系列政策措施,鼓励民间资本发起或参与设立村镇银行、贷款公司、农村资金互助社等金融机构,放宽村镇银行或社区银行中法人银行最低出资比例的限制。应该说,取缔办法虽具有强行法性质,但与当前国务院关于鼓励和引导民间资本投资政策是相冲突的。表面上看,这是行政执法与国家经济政策的正面冲突,其实质是国家经济政策对行政法规的重大突破,而这种突破必须经过法律法规的肯认才能具有强制效力。司法介入使这种冲突某种程度上得到缓解和调和,但实践中,在民间借贷主体的认定问题上,最高法院的司法解释、各高级法院的指导意见与国家现行经济政策之间仍存在一定距离,对民间借贷的法律定性需从根本上做出调整。从目前情况看,自然人之间、自然人与企业之间以及企业之间的借贷行为其实在行为性质方面并不具有明显的差异性,立约目的、订约过程、履约状况以及对经济社会的影响等基本相同,人为地基于主体差异而将其割裂为合法与非法,依据并不充分,反而暴露了对其行为评价的忽视,暴露了对法律所具有的保护与惩罚双重功能的忽视。简单地取缔民间借贷组织并非上策,我国近年来小额贷款公司、汽车金融公司、消费金融公司、农村资金互助社的涌现就是明证。从世界范围看,各国在民间金融制度设计上都隐含着民间金融自由的法律取向。虽然美国特别重视监管制度的完善,而英国的市场选择、德国的法人化模式和法国的“联邦式”十分强调民间金融的组织,但是其最根本的追求都不是取缔民间金融,而是用立法确立民间金融的法律地位。^[5]

(二) 民间借贷合同的效力认定问题

民间借贷的存在是市场化选择的必然结果。由于传统意义上的金融监管难以跟踪其运行过程并对之有效约束,因而其活动往往比受国家管制的正规金融具有更强的市场性。民间借贷的市场性决定了其对私法制度的依赖,对契约自由和诚实信用原则的膜拜。由于我国《合同法》对民间借贷合同的调整仅锁定于自然人之间,因而司法实践中,在民间借贷合同的效力认定问题上便出现了多重标准。按照我国《合同法》第52条第(五)项的规定,只要违反法律、行政法规的强制性规定,即应认定为无效合同。这里的“强制性规定”,被最高法院解释为“效力性强制性

规定”。而事实上,除了我国《刑法》对集资诈骗、非法吸收公众存款等金融犯罪有所规定外,并未见其他现行法律、法规有针对民间借贷的效力性强制性规定。司法实践中,1999年最高法院《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》是认定民间借贷合同效力的重要依据之一,但该批复只列举了四类非法借贷关系,其对实践中出现的其他民间借贷合同显然无能为力。在前文提到的江浙沪三地高院的指导意见中,在这一问题上也远未达成共识。只有江苏高院列举了无效民间借贷的情形,具体包括:以“标会”等形式向不特定的多数人非法筹集资金的行为;以向他人出借资金牟利为业的“地下钱庄”等从事的借贷行为;以及其他违反法律、行政法规强制性规定的借贷行为。该院同时列举了非金融企业有效的借贷行为类型,具体包括:依照法律规定的条件和程序募集资金的;为企业的生产经营需要向特定的自然人进行的临时性小额借款;企业非以获取高额利息为目的,临时向自然人提供的小额借款。浙江高院强调指出,自然人与非金融企业之间的借贷中,企业将借款资金用于合法生产经营活动,不构成集资诈骗、非法吸收公众存款等金融犯罪活动的,不宜认定借款合同无效。上海高院对该问题则未提及。民间借贷合同的效力认定事关当事人的切身利益,目前在认定标准上的不统一,不利于对民间借贷的引导、规范和保护。

(三) 民间借贷利率的法律管制问题

数据显示,2011年我国中小企业通过国有商业银行融资的平均利率为8%左右,通过股份制银行融资,利率超过了10%,而通过民间借贷方式,利率高达35%。^[6]央行温州中心支行监测统计,温州民间借贷年化最高利率在40%左右。一些地方的民间拆借年息甚至超过100%,达到近年来的最高水平。民间借贷利率高,使中小企业融资成本明显上升,因高利贷而引发的血案也不断出现。为遏制高利贷和恶势力蔓延,上海嘉定公安分局还专门抽调精干人员组建了“打击高利贷办公室”,创造性地设立了全国公安系统中绝无仅有的特殊机构。^[7]然而,究竟如何界定高利贷行为,民间借贷利率受保护的法律边界在哪里,目前在实践中仍然存疑。我国《刑法》及其修正案中除了“高利转贷谋利罪”以外,并没有其他刑法条文直接将高利贷定性为犯罪。2010年,南京出现

首例高利贷入罪案,法院将高利贷以非法经营罪判刑定讫,认为高利贷行为属于违反国家规定的其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。^[8]1991年《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》确立了民间借贷利率的具体限制标准,即民间借贷利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。最高法院的这一规定,通常被看作是认定是否属于高利贷的具体标准。^[9]但问题在于,除现有规定对高利贷打击不力外,变相高利贷行为的认定及处罚也不够具体明确,如逾期利息与约定违约金能否超出四倍,超出四倍利率的部分当事人自愿支付是否应受保护等。

(四) 网络借贷平台的风险控制问题

网络借贷平台的定价机制灵活,在提高风险覆盖水平和发挥价格筛选功能上优势明显。不同主体、用途、数额、期限及行业的民间借贷,其利率水平存在着一定差异,呈现出较大弹性,投融资双方都可以基于平台的便利性随时捕获信息,做出适合自身的投融资选择。然而,由于网络借贷平台公司在我国尚处在监管真空地带,因此,其风险控制问题尤为突出:一是平台公司本身可能不具有合法资质。如有的网站可能未在工商、通信管理以及公安等部门办理注册登记,或者登记资料不真实。二是平台公司本身可能会涉嫌诈骗。尽管多数声称只提供借贷居间服务,不吸储不放贷,但不排除个别网站通过收取保证金或服务费等方式从事金融诈骗活动。三是贷款人很难控制交易资金安全。由于交易双方互不相识,且缺乏担保,加上网上资金的技术安全保障可能存在隐患,因此一旦借款人逾期不还款,贷款人救济和举证都将面临实际困难。四是可能遭遇网络借贷虚假信息。一些网站提供的借贷信息,尽管都强调“低息”、“免抵押”等诱人条件,但不少借贷信息中联系地址模糊,有的只留有QQ号或手机号,从而可能陷入欺诈。五是借款人可能遭遇高利贷陷阱。一些投机者利用网络借贷平台蓄意从事高利贷活动,借款人稍有闪失即可能背负巨额债务,导致麻烦缠身。六是平台公司可能演化为非法金融机构。不排除平台公司在业务经营中演变为吸收存款、发放贷款的非法金融机构,甚至变成非法集资。七是平台公司可能随时主动或被动关闭

网站。综上,有效控制网络借贷平台的风险,并防止此类风险向银行体系转移,已成为民间借贷法律规制的现实问题。

(五) 民间借贷交易的信息监测问题

加强民间借贷交易的信息监测日益重要。目前,民间借贷中不但偷逃税问题严重,而且在国家对房地产及“两高一剩”行业^[10]的调控政策趋紧背景下,民间资金可能通过民间借贷市场流入限制性行业,使宏观经济调控效果被打折扣。针对金融调控所面临的新环境和新要求,2011年央行提出了“社会融资总量”这一概念,并在多种场合频繁提及,而信贷总量控制却被悄然搁置,这一转变值得特别注意。社会融资总量是全面反映金融与经济关系,以及金融对实体经济资金支持的总量指标,其具体是指一定时期内(每月、每季或每年)实体经济从金融体系获得的全部资金总额。^[9]央行强调“社会融资总量”而有意无意地忽略“信贷规模”的做法,主要有两方面原因:一是2010年银行信贷以外的融资方式发展很快,银行表内贷款在社会融资总量中的占比在下降。同时,银信理财合作中的“表外信贷”出现快速增长,发行股票和债券等直接融资方式稳步扩大。二是商业银行资金运作能力明显提高,管理层对商业银行信贷规模控制越来越难。商业银行既可以通过发行债券和股票来补充资本金,也可以通过在货币市场拆借来调节资金头寸,还可以通过在货币市场融资的方式来调节自身头寸。^[10]从长期来看,随着金融改革创新的深化,我国以间接融资为主的融资体系将发生变化,直接融资规模及所占比重会逐渐增加。“十二五”期间,随着利率市场化的推动,直接融资将会得到进一步发展,从调控银行信贷总量到控制社会融资总量已成为一种发展趋势。由于长期以来我国资金流量表的统计滞后,因此,加强民间借贷交易的信息监测和分析已成为社会融资总量统计分析的要务之一。银监会等相关部门应当建立起一套完整的实时民间借贷动态信息监测体系,定期对其资金规模、来源、流向、分布以及现行的利率和市场风险等进行监测、分析和评估,主动把握民间借贷资金走向,及时发现并解决问题,引导民间借贷市场健康发展,并适时制定法律规则进行制度约束。

三、民间借贷法律规制的现实选择

(一) 尽快出台《放贷人条例》,加强对民间借贷

市场的主体监管

随着2008年5月小额贷款公司试点的推出,民间借贷在监管层开始获得一定程度的肯认。小额贷款公司是由自然人、企业法人与其他社会组织投资设立,不吸收公众存款,专门经营小额贷款业务的非金融机构,无需办理经营金融业务许可证。试点至今,小额贷款公司快速发展,在一定程度上弥补了金融机构信贷资金的不足,但问题在于,由于国家一直未出台专门立法,因此小额贷款公司的发展前景不够明朗。近年来,《放贷人条例》一直被寄予厚望。为应对国际金融危机,2007年央行专门成立课题组研究起草《放贷人条例》,以期引导和规范民间借贷的发展,使一批符合条件的放贷人注册放贷,解决中小企业融资难问题。2009年,国务院法制办将《放贷人条例》列入了立法工作计划,明确要抓紧研究、待条件成熟时提出。然而,此后连续两年的立法项目中,《放贷人条例》接连被搁置,这不免使相关民间借贷主体以及中小企业颇为失望。

目前看来,尽快出台《放贷人条例》,加强对民间借贷市场的主体监管已经刻不容缓。从国际经验看,在银行业金融机构之外,许多国家和地区都通过专门立法允许放债人(money lenders)进行专业的放债活动。如英国1900年的《放债人法》(Money Lenders Act)、日本1968年的《放贷业务法》(Loan Business Act)、香港地区1980年的《放债人条例》(Money Lender Ordinance)以及南非2007年的《国家信贷法》(National Credit Act)等。^[11]经验表明,通过专门立法完善民间借贷主体制度,规范和监管民间借贷行为,丰富和完善多层次、多元化借贷体系,是依法保护包括小额贷款公司在内的各类民间借贷主体合法经营行为的需要,这不但有利于改变民间借贷市场的监管缺位现状,而且有利于降低民间借贷潜藏的巨大信用风险,有利于依法维护企业生产经营和社会环境的稳定。

就《放贷人条例》的制度设计而言,在有关市场准入条件、利率以及税收政策等几个主要问题上,应合理吸收小额贷款公司的政策性规定,充分体现宽松、优惠的导向;应合理确定民间借贷主体的投资人资格、业务范围,规范放贷资金的来源和运用;应明确要求建立财务会计制度、贷款管理制度、资产分类和拨备制度、信息披露制度以及风险控制制度等,并明

晰单一客户放贷比例、资产负债比例、计提风险准备金等风险管理要求;要对贷款利率、资金流向等进行跟踪监测,并规定放贷人有义务定期报告基本业务信息,将其全面纳入信贷征信系统;要建立健全市场退出机制,明确民间借贷主体的法律责任;要建立健全民间借贷纠纷防范和解决机制,防范可能引发的群体性、突发性事件等。

与此同时,还需要及时修改前述取缔办法,取消对非法发放贷款的限制,合理划分非法吸收公众存款或变相吸收公众存款行为、非法集资行为等与合法民间借贷行为之间的界限,依法制裁金融违法行为;修改《贷款通则》,废止其中关于禁止非金融企业之间借贷的规定。

(二)适时修改《民法通则》、《合同法》以及《担保法》等民事法律,注重对民间借贷交易的合同规范

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。民间借贷优势明显,对民间借贷关系的调整和保护,显然离不开民法部门。有关民间借贷合同的订立、内容、效力、履行、担保、解除、终止等法律问题,均需要《民法通则》、《合同法》以及《担保法》等民事法律在私法体系中作出详细周密的规定。如前所述,虽然我国现行民事立法中对民间借贷问题有所涉及,但其不足之处在于,对民间借贷合同关系的界定不够清晰、完整;对民间借贷合同效力的规定不够细致,尤其是对无效合同的列举不够全面、统一;有关自然人与企业之间以及企业相互之间的借贷关系缺乏明确规定,尤其对企业之间资金拆解行为一概持否定态度;对怠于办理民间借贷抵押登记的行为缺乏救济,抵押登记时应否进行公证前置或批准前置不够确定,诸如此类的问题造成司法实践中过分依赖最高人民法院的司法解释和地方高院的指导意见的现象,致使民间借贷当事人难以依法开展借贷活动并切实保护自身利益。为使民事法律规则体系尽快摆脱这种不确定性和不系统性,必须适时修改《民法通则》、《合同法》、《担保法》等民事法律,吸收现有司法解释和指导意见的合理规定,有条件地承认企业间借贷的合法性,并具体从贷款额度、期限、利息、担保、登记以及资金来源等方面做出特别规定,同时要制作合同示范文本,加强对民间借贷交易合同及其担保的法律指引和规范,加大对担保机构的扶持力度,建立统一的

民间借贷担保登记制度。

(三)及时补充《刑法》罪名,强化对高利贷犯罪行为的刑事制裁

高利贷的社会危害有目共睹,但一直以来,我国《刑法》并没有明确将高利贷行为入罪,致使各地司法机关在打击该类活动时常常陷入无法可依的窘境。早在上世纪80年代,我国刑法学界便开展了对“高利贷”入罪的理论研究。^⑧近年来,将高利贷入罪的呼声越来越高。^⑨《刑法》中涉及高利贷行为的有两个具体罪名,其一是高利转贷罪,即指借款人套取金融机构的信贷资金后高利转贷他人;其二是赌博罪,在赌场内放高利贷的,以赌博罪的共犯论处。^⑩这两个罪名只解决了高利贷中的两种特殊形式的定罪处罚问题,并未从根本上解决高利贷的刑法适用问题。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,定罪依据是《刑法》第225条的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。这种做法受到了广泛质疑,在罪刑法定原则下,这样难

免会使非法经营罪有被划定为小口袋罪之嫌。^[12]

用非法经营罪来规制民间高利贷行为,一方面反映了非法经营罪本身所具有的“口袋”功能,另一方面也说明了运用现有《刑法》条款去规制民间高利贷行为确实存在一定的障碍。^[13]因此,及时补充《刑法》罪名,明确规定“高利贷罪”,强化对高利贷犯罪行为的刑事制裁尤为重要。从其犯罪构成看,宜将该罪归入《刑法》第三章第四节破坏金融管理秩序罪中。作为违反国家金融管理秩序犯罪的组成部分,高利贷犯罪从其本质上说,应当属于数额犯。在具体定罪中,应当将其定罪标准分为非法放贷额和非法获利额两部分,只要有一个达到标准,即可定罪。即使行为人没有获得利益,如果非法放贷额达到一定标准,亦可定罪量刑。同时,应当设置从重处罚条款,对与黑恶势力相勾结或直接是黑恶势力的敛财手段的,能够或采取犯罪手段索债、逼债的,或为他人的犯罪行为提供资金的,以及造成被害人死亡等严重后果的,应当在量刑时从重处罚。^[14]

注释:

① 2011年12月6日,最高人民法院发出《关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件 促进经济发展维护社会稳定的通知》,同时向有关国家机关和部门发出关于规范公务员参与民间借贷活动的建议、关于加强民间借贷规范监管的建议、关于有条件放开企业间借贷的建议、关于完善不动产统一登记制度的建议、关于规范国有资产转让行为的建议、关于制定特殊交易登记办法的建议等司法建议。

② 从现有的文献看,民间借贷随着经济发展经历了两个发展阶段:一是属于初级阶段类型的无组织民间借贷,其交易特点是一次性和分散化;二是属于高级阶段的有组织民间借贷,其交易特点是连续性、集中性和专业化。参见陈蓉《我国民间借贷研究文献综述与评论》,《经济法论坛》第四卷,群众出版社2006年版,第161页。

③ 人人贷的借贷流程包括借入者发布借款列表、借出者竞相投标、借入者借款成功、借入者获得借款以及借入者按时还款。如果用户逾期未归还贷款,该平台贷后管理部门将第一时间通过短信、电话等方式提醒用户进行还款;如果用户在5天内还未归还当期借款,则将会联系该用户的紧急联系人、直系亲属、单位等督促用户尽快还款;如果用户仍未还款,则交由专业的高级催收团队与第三方专业机构合作进行包括上门等一系列的催收工作,直至采取法律手段。参见《人人贷平台机制》、《贷款审核与保障》2011年11月27日访问,人人贷网站:<http://www.renrendai.com/aboutP2P.action>。

④ 参见中国人民银行《关于取缔非法金融机构和非法金融业务活动中有关问题的通知》。

⑤ 参见《关于监督实施规章和规范性文件的清理》(中国人民银行公告[2004]第20号)附件二,第9页。

⑥ 孙大午是河北徐水县知名民营企业大午集团的董事长。大午集团从事畜牧业和农产品加工业,因长期无法从银行获取贷款,转而采取向亲朋好友、员工甚至向附近村庄的村民打借据的方法募集资金。孙大午于2003年7月被捕,并被指控构成非法吸收公众存款罪,同年10月被当地法院判决犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑3年,缓刑4年,罚金10万元。

⑦ 该解答对名为联营实为借贷的行为作出了规定。

⑧ 该意见把公民之间的借贷纠纷,公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷,作为借贷案件受理。

⑨ 该解答对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息,明确由人民法院依法向借款方收缴。

⑩ 该批复再次强调企业借款合同违反有关金融法规应属无效合同,约定利息应予收缴。

⑪ 该批复进一步限定了自然人与企业之间合法借贷关系的范围,明确其中四类关系属于非法借贷,不受法律保护。这四类非法借贷关系分别是:企业以借贷名义向职工非法集资;企业以借贷名义非法向社会集资;企业以借贷名义向社会公众发放贷款;其他违反法律、行政法规的行为。

⑫ 该解释进一步明确了担保规则体系

⑬ 该解释对非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪作出了细致规定。

⑭ 该解释从十个方面对民间借贷案件的审理作出了规定,强调各级法院要高度重视民间借贷纠纷案件的审判执行工作,做好民间借贷纠纷案件的立案受理工作、依法惩治与民间借贷相关的刑事犯罪、依法妥善审理民间借贷纠纷案件、加大对民间借贷纠纷案件的调解力度、依法保护合法的借贷利息、注意防范制裁虚假诉讼、妥善适用有关司法措施、积极促进建立健全民间借贷纠纷防范和解决机制以及加强对民间借贷纠纷案件新情况新问题的调查研究等。

⑮ 参见中国人民银行《关于对企业间借贷问题的答复》(银条法[1998]13号)、《关于对银行职工参与企业非法借贷有关法律问题的答

复》(银条法[1996]44号)等。

- ⑩ 《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》(银发[2002]30号)也做出了同样规定。
- ⑪ 两高行业即高污染、高能耗的资源性行业;一剩行业即产能过剩行业。
- ⑫ 如陈泽宪《高利贷犯罪探讨》,《政治与法律》1987年第2期;邹伟、杨静《应增设“放高利贷罪”》,《现代法学》1988年第2期;陈兴良:《论发放高利贷罪及其刑事责任》,《政法学刊》1990年第2期。
- ⑬ 如徐德高、高志雄《增设“职业放高利贷罪”确有必要》,《人民检察》2005年第9期;黄建波《关于增设高利贷罪的建议》,《人民法院报》2009年11月18日第7版;闵俊芳《关于增设高利贷罪的立法建议》,《江苏经济报》2011年3月16日第B03版;等。
- ⑭ 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2005]3号)第4条。

参考文献:

- [1] 叶世昌. 中国金融通史(第一卷:先秦至清鸦片战争时期)[M]. 北京:中国金融出版社,2002.
- [2] 杨希天. 中国金融通史(第六卷:中华人民共和国时期)[M]. 北京:中国金融出版社,2002.
- [3] See Meghana Ayyagari, Asli Demircic - Kunt, Vojislav Maksimovic, Formal versus Informal Finance: Evidence from China, *The Review of Financial Studies*, vol. 23, 2010, p. 3048.
- [4] 张书清. 民间借贷的制度性压制及其解决途径[J]. 法学 2008 9.
- [5] 高晋康. 民间金融法制化的边界和路径选择[J]. 中国法学 2008 4.
- [6] 工信部:支持中小企业需区别对待[EB/OL]. 2011年11月29日访问,中国广播网: <http://gb.cri.cn/27824/2011/11/28/5005s3452871.htm>.
- [7] 赵进一.“打高办”:无奈中的创新之举[J]. 检察风云 2011 22.
- [8] 孟亚生. 再放高利贷 判刑定罪没商量——南京首例高利贷入罪案追踪[J]. 学习月刊 2011 2(上半月).
- [9] 盛松成. 社会融资总量的内涵及实践意义[EB/OL]. 2011-12-04日访问,中国人民银行官方网站: http://www.pbc.gov.cn/publish/diaochatongjisi/866/2011/20110217180043605992604/20110217180043605992604_.html.
- [10] 李若愚. 央行为何注重社会融资总量[N]. 上海证券报 2011-02-10.
- [11] 刘慧兰. 关于完善我国民间借贷法律体系的思考[J]. 金融发展评论 2010 4.
- [12] 张天虹. 罪刑法定原则视野下的非法经营罪[J]. 政法论坛 2004 3.
- [13] 刘伟. 论民间高利贷的司法犯罪化的不合理性[J]. 法学 2011 9.
- [14] 黄建波. 关于增设高利贷罪的建议[M]. 人民法院报 2009-11-18(7).

The Current Characteristics and Problems of the Informal Lending in China as Well as its Legal Countermeasures

Xi Yue-min

(Legal Research Institute of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720)

【Abstract】In China, the current informal lending market has entered into the advanced stage, and the capital supply and demand are both flourishing in the market, with which the development trend of it goes rapidly popular in internet economy. However, due to the out-dated relevant legislation for informal lending, the absence of market supervision and the prominent role of judiciary in settling the disputes, the whole market embodies a series of characteristics, such as the endogeneity of origin and development, the diversification of investors, the electronization of transaction form, the scatteredness of legal rules, the embarrassment of its legal status, and the judicial judgment relying much more on the guiding interpretation etc. In this case, the problems which are becoming more and more outstanding include the subjective status of private lending organizations, the determination of validity of private lending contract, the legal regulation of the interest rate of informal lending, the risk control of network lending platform, and the information monitoring of transactions of informal lending. It is the inevitable choice for the legal regulation of informal lending in the construction of financial ecology to strengthen the supervision legislation and the active law enforcement of supervisor, to standardize the informal lending behavior according to law, and to crack down against the usury.

【Key words】informal lending; usury; market supervision; legal regulation; Lender's Act

(责任编辑:张保芬)