

Doi:10.3969/j.issn.1672-0105.2017.01.020

民间借贷的犯罪性异化预防

——以律师介入为视角

王金燕

(中共温州市委党校, 浙江温州 325000)

摘要: 活跃的民间借贷,一方面为我国经济的繁荣发展做出了卓越的贡献,但另一方面因为法律规制的缺位、监管体系的缺乏和风险控制意识薄弱等原因,民间借贷犯罪性异化屡见不鲜,严重扰乱了我国的金融管理秩序。为了预防民间借贷犯罪性异化,促进民间借贷有序、良性开展,应当在政府主导下,律师全方位地介入民间借贷。

关键词: 民间借贷; 犯罪性异化; 预防; 律师介入

中图分类号: D922.28

文献标识码: A

文章编号: 1672-0105(2016)04-0092-05

Criminal Alienation Prevention of Private Lending -- from the Perspective of Lawyer Intervention

WANG Jin-yan

(Municipal Party School, Wenzhou, 325000, China)

Abstract: On the one hand, private lending activity has made outstanding contributions to the prosperity and development of China's economy. On the other hand, because of the absence of legal supervision system and the lack of risk control awareness, private lending crime alienation often appears, which seriously disturbed in our country, the order of financial management. In order to prevent the alienation of private lending crime, promoting private lending orderly, and benign development, should be involved on all aspects of private lending by lawyers under the leadership of the government.

Key words: private lending; criminal alienation; prevention; lawyer intervention

作为一种古老的融资方式,民间借贷广泛存在于日常生产生活中。但由于法律规制缺位、监管体系缺乏和风险控制意识薄弱等原因,民间借贷存在犯罪性异化现象,即民间借贷异化为非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法拘禁罪和故意伤害罪等犯罪。律师作为法律职业者,可以在预防民间借贷犯罪性异化方面有所作为,从而促使民间借贷健康、有序地进行,为国家经济稳定发展贡献一份力量。

一、实然考察:民间借贷之犯罪性异化

所谓民间借贷是指不受国家金融监管当局监管,个人之间、企业之间、个人与企业之间各种形式的资金融通民事行为。首先,从主体看,民间借

贷发生在个人之间、企业之间以及个人与企业之间,这里的企业仅限于非金融机构企业。换言之,如果贷方为金融机构企业,则不属于民间借贷。其次,从监管体系看,民间借贷游离于国家金融监管当局监管之外,这使得民间金融处于不正规和无序的状态。最后,从实践层面看,民间借贷是基于地缘、血缘和亲缘等发生的民间融资行为,与银行贷款往往要求有抵押担保不同的是,民间借贷通常无需抵押,借贷的发生主要是基于对人的信用。活跃的民间借贷一方面为温州乃至全国的非国有经济的发展做出了卓越的贡献,另一方面,因为法律规制的缺位和监管体系的缺乏,民间借贷犯罪性异化屡见不鲜,严重扰乱了我国的金融管理秩序。

收稿日期: 2016-10-18

作者简介: 王金燕,女,硕士,中共温州市委党校副教授,主要研究方向:政府与法治研究。

(一) 事实分析: 民间借贷之犯罪性异化现象

当前我国经济结构中, 民营企业对经济的贡献率已经超过了60%, 但与此形成鲜明对比的是: “国有银行则仍然存在向国有企业贷款的偏好, 其贷款总量的70%贷给了国有企业, 民营企业所获得贷款连30%都不到。”2015年7月9日, 温州市委书记陈一新向全国媒体披露, “温州作为中国民营经济的发祥地, 目前民营企业数量占全市99.5%、工业产值占95.5%、上交税收占80%、外贸出口额占95%、从业人员占93%”。据匡算, 温州民间资本数额在7500亿至8000亿之间。在民营经济繁荣的浙江温州, 为了创业和发展, 民间借贷成为民营企业非常重要的一种融资方式。但在民间借贷过程中, 因为各种原因, 有时异化为刑事犯罪, 主要涉嫌的罪名为非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪和暴力催债过程中的非法拘禁罪和故意伤害罪等。

所谓非法吸收公众存款罪是指违反金融信贷管理法规, 向公众吸收存款或变相吸收公众存款的行为。非法吸收公众存款罪的对象是不特定的社会公众, 借贷双方之间往往互不相识, 为了吸收到公众存款, 犯罪主体采用登广告或中介人介绍等方式宣传投资项目, 承诺的利息通常高于银行存款利率数倍甚至数十倍。由于民营企业民间融资相当普遍, 国家对民间金融的态度已由禁止变得相对开放。一般而言, 如果民营企业从社会上吸收资金, 用于正常的生产经营活动, 能够及时偿还本息, 则不作为犯罪处理。但一旦投资失败, 不能及时偿还社会上的借款, 这些民营企业主一夜之间就从“企业家”变为非法吸收公众存款罪的“犯罪嫌疑人”。此种刑事案件在浙江, 特别是2011年民间金融危机爆发后的温州不胜枚举。如“温州立人教育非法吸收公众存款案”, 因为企业自有资金不多, 银行贷款不能满足发展需要, 温州立人教育向社会集资共计51.94亿元, 除已支付利息、分红等计282208.2386万元, 至2011年10月31日合计吸收存款未归还金额达498608.528万元, 立人教育集团及其董事长和其他六位主管人员或直接责任人均因涉嫌非法吸收公众存款罪而被判刑。“叶可为非法吸收公众存款案”, 叶可为, 海鹤药业原法定代表人, 旅居意大利的华侨, 携带1亿资金回乡投资, 接过海鹤药业接力棒, 但在经营企业的过程中, 将海鹤、兴瓯作为担保公司的模式进行经营, 并从社会上吸收资

金9.466亿元, 后因为资金链条断裂, 未归还的金额达7亿多元, 最后从“满腔热血的投资企业家”变成了“阶下囚”。

所谓集资诈骗罪是指以非法占有为目的, 使用诈骗的方法非法集资, 数额较大的行为。集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的共同之处在于其客观方面表现为公开地向社会公众非法集资, 案发后, 受害人人数量众多, 涉案数额巨大。但集资诈骗罪较非法吸收公众存款罪危害后果更严重, 如虚构投资项目诱骗社会公众投资, 集资款主要用于挥霍等。而非法吸收公众存款罪虽然违反了金融法规, 但集资的目的确实为了企业的正常经营, 只是后来因为经营不善导致资不抵债而案发。近几年来, 在浙江, 因集资诈骗罪而被判刑的人较多, “据浙江省高级人民法院数据, 从2007年到2011年, 共有219人因犯集资诈骗罪而被判处刑罚, 因集资诈骗罪而获刑的人数从2007年的8人上升到2011年的75人, 增长超过8倍。”其中不乏因数额特别巨大而被判处死刑的, 如吴英案。2013年5月, 温州市中级人民法院对原温州鑫富投资咨询有限公司(以下简称鑫富投资)执行董事兼总经理林海燕以集资诈骗罪判处其死刑, 剥夺政治权利终身, 并处没收个人全部财产。

“非正规金融与正规金融平行运转, 两个市场相互分割; 利率高于正规金融的利率, 而且在一个区域之内, 利率的波动幅度不大; 借贷契约对实物抵押要求很低, 一般借助当地的私人信息来甄别借款人和投资项目。”作为非正规金融的民间借贷私下进行且一般都不设定抵押担保, 一旦出现借方违约, 贷方可能法律救济无门。于是, 暴力催债成为了一种无奈的选择。“民间催债多采用上门索要、恐吓威胁、殴打、扰骚等手段, 在这个过程中极易发生打架斗殴、非法拘禁、绑架等恶性刑事犯罪案件。”2011年温州民间金融危机爆发后, 温州老板跑路常有发生, 在此背景下, “民间催债、追债, 有的已演变成绑架, 更有甚者, 少数黑恶势力也介入其中。”

(二) 原因分析: 民间借贷之犯罪性异化缘由

民间借贷犯罪性异化背后的缘由主要有三: 一是法律规制的缺位; 二是监管体系的缺乏; 三是借贷过程风险控制薄弱。与我国如火如荼的民间借贷形势形成鲜明对比的是, 我国规制民间借贷的法律规范少而滞后。因为至今为止, 我国没有一部专门

的《民间金融法》以明确民间借贷等民间金融之地位、程序和交易主体的权利义务等，制度的缺位导致民间金融参与主体权利义务关系难以得到法律的保障，从而引发了民间金融无序化之现象。而国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》中将所有未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动均界定为非法吸收公众存款，导致符合《合同法》的融资行为，特别是企业向多个人借款的行为被解释为非法集资，限制了正常民间金融的发展。温州作为金融改革实验区，2014年3月实施了《温州市民间融资管理条例》。《温州市民间融资管理条例》做了一个大胆的尝试，将非法吸收公众存款的行为界定为非生产经营的范围，同时为了符合现行刑事法律，通过明确借贷对象的“特定性”，使向特定人多数人借款的行为通过备案登记，使借贷行为阳光化而使其合法化。《温州市民间融资管理条例》作为地方立法，为温州民间借贷提供了一个法律的平台与方向，带有前瞻性。这部条例诸多立法突破，其进步性是不言而喻的，但限制性也是鲜见的，最大的限制在于这个条例的效力只及于温州地区。

作为民间借贷的互联网形式——P2P平台在近两年也开始流行。P2P平台采用固定收益作为回报，其本质是一种借贷。全国公安机关对多个P2P平台进行了立案侦查，因为绝大多数P2P平台违背了四个原则性的规定：1.平台只是中介性质；2.平台不得提供担保；3.不得搞资金池；4.不得非法吸收公众资金。针对P2P的现状，2015年7月十部委发布了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》，使得民间借贷与互联网金融行业总算有了意见可参考，但也仅仅是指导意见，还未上升为法律。

作为一种高风险高信用的金融活动，民间借贷的有序运行离不开严密的监管体系。但我国民间借贷没有被纳入中国人民银行监管体系下，无论是个人与个人之间还是个人与企业间的民间借贷，都在私底下进行，借贷主体无需经过金融监管机构的审核。不仅如此，贷方缺乏风险控制意识，贷方往往没有委托专业调查机构调查借方的资产和信用，只听中间人介绍或道听途说就把大笔钱借给了企业，而这笔钱具体被用于什么地方，贷方基本不知情。不像银行贷款往往需要抵押担保，民间借贷很少设

定抵押担保。

二、应然抉择：律师全方位介入以预防民间借贷犯罪性异化

为了预防民间借贷犯罪性异化，促进民间借贷有序、良性开展，在当前法律不健全，监管体系薄弱的背景下，笔者主张在政府主导下，律师应当全方位地介入民间借贷，从而预防民间借贷犯罪性异化。所谓全方位，首先，从过程看，借贷前、借贷时和借贷后律师全程介入民间借贷；其次，从对象看，无论是潜在的还是现实的民间借贷参与者，都是律师介入民间借贷之服务对象。具言之，律师全方位介入民间借贷以预防犯罪性异化包括三个方面：即全面的民间借贷普法宣传，使民众知晓法律，从而选择守法行为，拒绝犯罪行为；构筑专业的民间借贷中介平台，为民间借贷合法和阳光地进行提供细致服务；进行积极的民间借贷纠纷化解，预防暴力催债以及非法集资进一步犯罪化。

(一) 进行风险告知为内容的民间借贷全面普法宣传

2014年10月十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，由此，开启了中国依法治国的新时代。如何实现依法治国？何为法治？古希腊伟大的哲学家亚里士多德在其《政治学》中提到：“我们应该注意到邦国虽有良法，要是人民不能全部遵循，仍然不能实现法治。法治应该包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”易言之，法治包括两个基本要素：一是良法，二是法律至上。法治中的法首先必须是良法，符合人性之法，符合正义之法。公民恪守良法，将法律作为信念，贯穿于生活中的角角落落。“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”但良法并不是自动获得民众遵守，守法的前提是民众知法并认同法律。中国要真正实现法治，首先要做的就是普法，让民众知晓法律的内容，让他们在日常生活中与法律碰触，与法律打交道，真正参与到法治建设中来。民间借贷无序，风险潜伏，固然与法治不健全有关，但民众不知晓法律，不能用法律手段来维护自己合法权益也是一个很重要的原因。作为法律精英的律师，为了实现中国的法治梦，应该走群众路线，“一切依靠群众，一切为了群众，从

群众中来,到群众中去。”律师们进入社区,走上街道,走到公园……,用百姓能理解的语言,普及民间借贷之相关法律规定,使民众知晓民间借贷之法律规定,以备在将来进行民间借贷之时使用法律,并用法律知识保护自己的权益,向非法集资说不。一言以蔽之,通过律师全面的民间借贷普法宣传,进行详细的风险告知,使民众在将来用合法的方式进行民间借贷,从而把民间借贷之犯罪性异化消灭在摇篮之中。

(二) 构筑政府主导、律师等多方参与的专业民间借贷中介平台

2011年温州民间金融危机爆发后,基于熟人社会的民间金融信用全面崩塌。为了建立现代信仰体系,2012年4月,温州民间借贷登记服务中心成立。这是一个免费的具有公益性质的机构,借贷双方可以在此免费登记借贷信息,该中心旨在使民间借贷规范化和阳光化。该中心以登记形式排除民间借贷行为的犯罪性异化问题。但由于温州民间借贷登记中心对借贷数额无限制,实际登记中,最低借贷数额为30万。因此,2012年01月16日《财经》写下了“温州民间借贷登记服务中心被列为金融改革、规范民间借贷的重要举措,但这一机构设置恐怕很难有效整合庞杂的民间金融活动”,2014年12月1日的解放日报则以“温州民间借贷中心为何不成功?”为题作了报道,考证温州民间借贷登记服务中心中进行登记的具体民间借贷行为,“有46%至47%没有明确用途,选择登记的原因也大多是因为非熟人借贷。”笔者认为,温州民间借贷登记中心只是对民间借贷进行登记,并无法真正审查借贷对象的是否带“不特定性”,无法真正解决放贷人与借贷人之间是否存在违背金融管理秩序的问题,因而从根本上无法真正回避非法吸收存款等集资类犯罪行为的刑事规制问题,民间借贷风险依旧存在。可见,要获得民众的青睐,民间借贷中介不仅要提供借贷信息,更要能够采取措施进一步使民间借贷阳光化、规范化,降低融资风险。中盈律邦作为专业的民间借贷中介机构,正符合了促进民间借贷阳光化和降低民间借贷风险之宗旨。笔者认为,在温州民间借贷登记服务中心的基础上,可以借鉴中盈律邦的做法,构筑以政府主导,律师主理参与,同时联合会会计事务所、银行、法院等机构的专业民间借贷中介平台,审查资金的来源、用度、

如何打款、特别是是否有真实的实体性投资目的、审查了解借款人的信用情况,尽量解除贷方对于贷款风险的担忧,还可以与保险、担保公司合作,共同收取一定的费用,作为资金池,作为各方的费用与利息先行赔付的金额。这样的专业民间借贷中介平台应该在县级和市级都建立起来。当今是个网络时代,顺应民众的需要,有条件的专业民间借贷中介平台不仅提供面对面的线下服务,还应同时升级系统,提供网络上的线上服务与政府监管。通过律师主理的专业民间借贷中介平台的广泛展开,民间借贷阳光化得以全面铺开,也有利于政府对民间借贷的金融监管。

(三) 尝试积极的民间借贷纠纷化解

通过监管与登记的方式可以排除部分民间借贷的犯罪性异化,但在无法律明确规定民间借贷一定要进行登记备案的情况下,还会存在大量的没有监管与登记的民间借贷纠纷。即使通过登记,民间借贷的纠纷还是会发生。民间借贷纠纷发生后,接受委托的律师应当先审查事实,根据性质和类型不同,采取针对性的措施。如果委托人是借方,其行为可能涉及非法吸收公众存款罪,那么律师应当综合全案情况,确定案件的性质。集资诈骗由于其非法占有的特点,利用借贷关系而行非法占有之实,无可非议构成犯罪,但非法吸收公众存款罪从其犯罪客体上看,保护的是金融管理秩序。从现实情况看,企业特别是中小民营企业的发展需要资金,而金融机构却不能及时满足其需要,一个企业的融资行为,上百万元到上千万元,都是正常的金融行为。《温州民间融资管理条例》第十二条规定:企业、个人相互之间因生产经营需要进行民间资金借贷的,应当签订书面合同。民间借贷当事人应当按照合同约定履行义务。第十三条、十六条和十九条规定了单笔借款金额“300万元以上”、“借款余额1000万元以上”、“向30人以上特定对象借款”等民间借贷情形必须予以备案,企业法人、民间资金管理企业和根据国家规定设立的专业资产管理机构每期定向债权融资不得超过200人等,这些规定在一定意义上还原了合法民间借贷与非法吸收公众存款罪之间的界限,即是否用于生产经营是区分两者的关键。虽然《温州民间融资管理条例》是一个地方性条例,其效力不及于温州之外,但其中的立法精神,律师可以吸收过来,以为涉嫌非法吸收公众

存款罪之被告人进行辩护。企业向他人借贷为了自己使用的,不是用于出借的,只要查明,或者当事人能说明贷款的用途系自己实体经济所需要的,而实际也已经投入到实体经济之中的,就不能以非法吸收或者变相吸收公众认定。就算是造成亏损而无法收回投资的,也不应认定为是非法吸收公众存款罪。温州大量从民间借贷而引起的非法吸收公众存款案件,其认定方式都是最终因无法归还借款,而案件起诉到人民法院,人民法院总是以借款总额作为非法吸收公众存款罪的金额,并以此为基础作出判决。这种判决与立法本义相违背、与现行经济发展相冲突。作为律师应当还原非法吸收公众存款罪之本义,法院也应当以此作为司法认定的基础。在确定借贷资金是向社会公众集资并用于正常的生产经营活动,但由于经营不善,导致借贷无法按期偿还的,律师应当劝告借方与贷方谈判,商量偿还资金的方案,尽力清退吸收的资金,从而平息纠纷。如果借方确实无力偿还的,也要努力安抚贷方,允诺日后再还,以平息贷方恐惧和不安之心,从而防止借方自杀,暴力催债等严重后果的发生。

但如果委托人是贷方,律师接到案子之后,首先要进行性质的审查即此案是非法集资还是合法借贷,如果非法集资涉嫌刑事犯罪的,首先要让委托人报案,以防止借方逃跑。如果是合法借贷,那么应当快速而全面地调查借方的资产和信用情况,第一时间采取相关措施保障贷方之权益,应当迅速启动资产处置和诉讼程序,如申请支付令等,能够诉前保全的,就采取诉前保全,以最大限度保护贷方之利益。如果借方确实资不抵债的,律师应当和贷方一起与借方谈判,协商偿还债务的可行性方案。在民间借贷纠纷化解过程中,如果贷方不理性,有暴力倾向,那么作为律师,应当劝告其相信法律,采用文明的手段解决问题,以防止贷方从民事纠纷的原告变成刑事犯罪的被告人。

预防民间借贷犯罪异化,需要立法者、金融监管部门和借贷参与者的全方位努力。作为法律职业者的律师,应用自己的专业知识,全面介入民间借贷,以为民间借贷阳光化和规范化出谋划策,为国家经济良性发展,社会和谐稳定贡献一己之力。

参考文献:

- [1] 郑惠莲,赵许明.论民间借贷的立法规制[J].南京社会科学,2012(8):102.
- [2] 滕昭君.民间金融法律制度研究——由湘西非法集资过程中法制缺位引发的思考[D].中央民族大学博士学位论文,2011:2.
- [3] 徐凯,鄢建彪,张有义.浙江因非法集资获刑人数4年增长超8倍[EB/OL].《财经》微博.[2012-02-27].<http://finance.qq.com/a/20120227/005510.htm>.
- [4] 卓凯.非正规金融、制度变迁与经济增长[D].华中科技大学博士学位论文,2005:4.
- [5] 张永萍.民间借贷引发犯罪问题浅析[J].法制与社会,2012(5):89.
- [6] 浙江省公安厅发布预警 严打非法集资犯罪活动[EB/OL].浙江在线新闻网站.[2011-10-10].<http://zjnews.zjol.com.cn/05zjnews/system/2011/10/10/017900007.shtml>.
- [7] 伯尔曼.法律与宗教[M].梁治平,译.北京:中国政法大学出版社,2003:3.

(责任编辑:陈新开)