

法学前沿问题 实务探析

—— 广东金轮律师事务所
20周年论文集



FAXUE QIANYAN WENTI
SHIWU TANXI

伍伟良 主编



法学前沿问题 实务探析

—— 广东金轮律师事务所
20周年论文集

FAXUE QIANYAN WENTI
SHIWU TANXI

伍伟良 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法学前沿问题实务探析/伍伟良主编. —厦门:厦门大学出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5615-5856-0

I. ①法… II. ①伍… III. ①法学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 287165 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

开本:720×1000 1/16 印张:22.25

字数:388 千字

定价:88.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



序

龙著华^{*}

自1995年从事兼职律师始,我便在广东金轮律师事务所(以下简称“金轮所”)执业;时至2015年,我已与金轮所相伴走过了20个年头。廿载寒暑砥砺漫漫,金轮所始终坚持对公平正义的追求,而这正是我一直坚守在这里的原因。

20年来,我有幸见证了金轮所的发展壮大与上升之路。1995年5月,经广东省司法厅批准,广东金轮律师事务所正式挂牌成立,成为广州市最早一批合伙制律师事务所之一。犹记得当年金轮所的第一个办公场所是在五羊新城,当时属于开发初期的高档新区。之后,伴随着律所人员数量和业务规模的不断扩大,金轮所几经迁徙:环市中路,广州大道中,至2009年迁入广州珠江新城,在寸土寸金的中国第三大中央商务区拥有了一席之地;之后,在CBD之中又历迁津滨腾越大厦9楼、保利中盈广场16楼,如今因再次规模扩张而迁至保利中景大厦25楼,可谓“步步高升”。

20年来,金轮所始终关注社会动态,不断以精益求精的态度钻研开拓,在各个法律实务领域都积累了大量的实践经验,并对法学及其实践前沿有着独到的见解。金轮所秉承“专业、诚信、优质、高效”的服务理念,为了实现建设“专业化、团队化、公司化、国际化”的综合性律师事务所的发展目标,组建了房地产及建筑工程、金融资产、公司法、行政法、刑法、婚姻家庭法、知识产权法、涉外等8个专业团队。本书入选的28篇文章,反映了金轮所的整体研究实力和学术视野,研究对象涵盖了金融、企业、土地开

作者系广东外语外贸大学法学院教授、副院长,广东金轮律师事务所兼职律师。

发、建筑工程、知识产权、环境、医疗、司法程序等多个领域的法律问题,无不体现出金轮律师随着法律及社会变迁而作出的深刻思考。

初秋如期,风清云高;珠水如常,西源东往。二十年前,恰金轮出世,引人注目,有缘人共襄救世理想;二十年后,逢金轮少年,风华正茂,同行者共著法治文章。二十年很短,于金轮而言只是万里法治之路的启程;二十年很长,对金轮人来说已是生命里最恒久的烙印。藉此20周年所庆之际,承蒙厦门大学出版社的鼎力支持,金轮所组织编写了此书,希望借此促进理论与实务之间的交互融合,促进律所事业更快更好地发展。相信本书的出版,一定能够为繁荣金轮所的学术研究、推动新时期律师事业的发展作出应有的贡献。

是为序。

2015年9月10日

目 录



序	龙著华 / 1
珠三角民间借贷纠纷的司法应对	龙著华 田丽苑 吴静煌 / 1
土地合作开发合同解除后预期利益裁量微探	陈联书 / 17
论房屋承租人优先购买权	潘文何 / 26
有限责任公司股权激励的法律问题分析	朱本霞 / 49
浅析有限合伙型私募基金法律风险问题	郑肯原 / 60
我国不动产证券化浅析	郑飞虎 / 71
论侵犯环境相邻权的赔偿责任	何肖洁 / 79
论共同但有区别责任原则在国际环境法中的应用	黄艳萍 / 101
网络课程的知识产权初探	朱 涛 / 110
论我国著作追续权制度的构建	钱佩麟 / 125
知识产权侵权损害赔偿制度探析	阮 宁 / 144
论商标“反向假冒”行为及其民法規制	盛 逵 / 161
论《广告法》修订对明星代言行为的影响	褚亭丽 / 171

论我国《建筑法》的不足与完善

——与 FIDIC 合同条件比较为视角

江碧云 / 181

医疗纠纷中侵权责任因果关系认定的突破

林降雄 / 200

浅析离婚诉讼中妇女权益保护的若干法律问题

李文海 / 210

建设工程施工领域劳资冲突问题初探

郑肯原 / 218

劳务派遣监管法律机制研究

窦 胤 / 227

“利用影响力受贿罪”的适法难题及其解释

徐松林 / 239

论行政合同的性质及其诉讼举证责任

俞莉华 / 253

民事纠纷的可诉性浅析

伍伟良 / 260

民事诉讼中人民陪审员制度的重构

——人民陪审员司法与政治功能的双重解析

丁西冷 / 277

论环境公益诉讼制度

谭日兴 陈亚颖 / 287

论图表在法律文书中的重要性

林 芸 / 303

浅谈律师事务所法律业务投标项目前准备

马学信 / 311

论广东金轮律师事务所的行政管理

陈伟明 / 320

“税权归民”与“税收法定”

徐松林 / 333

初出茅庐

——律师实务入门初探

蒋嘉晖 / 338

后记：不依法办事，我们都是“弱势群体”

徐松林 / 346

珠三角民间借贷纠纷的司法应对

龙著华* 田丽苑** 吴静煌***

摘要:民间借贷在满足珠三角地区中小企业融资需求、促进经济社会飞速发展的同时,出现了法律适用不统一、事实认定难、对高利贷行为制裁力度不足、民刑交叉、案件调撤率低等问题,影响了民间借贷的健康发展。应在借鉴境外经验的基础上,明确民间借贷放贷人准入的条件与程序,协调建立民间借贷信息征集与风险预警制度,完善高利贷责任追究制度,完善民间借贷受害人救济制度,加大民间借贷案件调解力度。

关键词:珠三角 民间借贷纠纷 司法应对 规制制度

* 龙著华,男,广东外语外贸大学法学院教授,广东金轮律师事务所兼职律师。

** 田丽苑,广东外语外贸大学法学院 2014 级民商法硕士研究生。

*** 吴静煌,广东外语外贸大学法学院 2015 级民商法硕士研究生。

一、珠三角民间借贷^①纠纷的基本情况与特点

(一) 珠三角民间借贷纠纷的基本情况

中国裁判文书网(<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>)发布的珠三角各地区法院审理案件的裁判文书显示,从2012年至今,珠三角各地区法院民间借贷案件的结案数量呈大幅增长态势(见表1)。从2012年民间借贷涉诉案件总结案量的530件,到2013年的7994件,再到2014年的15056件,分别以14.08%和88%的增长率不断增加。2015年半年多以来的结案量就达到了3265件,仅广州地区各法院的结案量也达到了1035件。

表1 珠三角各地区法院2012年1月1日—2015年8月10日民间借贷案件结案数^②

(件)

地区/时间	2012/1/1— 2012/12/31	2013/1/1— 2013/12/31	2014/1/1— 2014/12/31	2015/1/1— 2015/8/10
广州	72	1393	4254	1035
惠州	1	84	169	38
佛山	43	1231	3623	893
江门	0	142	665	184
肇庆	0	24	237	98
深圳	365	1067	2791	500
珠海	25	158	535	92
东莞	23	897	1465	71
中山	1	124	1317	354
总计	530	7994	15056	3265

① 本文所称的民间借贷,包括自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

② 根据中国裁判文书网发布的珠三角地区各级法院审理案件的裁判文书统计而成。

(二) 珠三角民间借贷纠纷的主要特点

1. 系列案件逐年递增。近年来,珠三角各地区法院受理的民间借贷案件中,同一人在多个案件中作为原告起诉,或者同一人在多个案件中作为被告的系列案件逐渐增多。个人专业放贷及担保公司大规模融资并非法拆借的现象频频发生。在司法实践中,这些案件往往呈现出如下特点:(1)捆绑式诉讼,原告或被告为同一民事主体。(2)使用格式化文本。许多借条、合同采用内容相同或类似的格式化文本,许多是事先打印好的,使用时仅需填入不同的姓名、名称和金额。(3)放贷规模越来越大,许多借款人借用他人名义借贷,导致借贷事实难以查清。

2. 职业化现象日趋明显。经过前些年的发展、发酵,珠三角的民间借贷出现了一些新的变化。其中一个比较突出的变化就是,从过去的消费性借贷为主转向经营性借贷为主,资本的逐利性功能日渐加强。受此影响,众多典当行、寄售公司、民间借贷代理公司、抵押贷款中介公司、投资管理、咨询、担保公司等,也以各种名目竞相参与,其中不少甚至处于无证放贷经营状态。

3. 借贷利率畸高,隐性利率大量存在。早在1991年,最高人民法院《关于人民法院审理民间借贷案件的若干意见》明确规定:民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,但最高不得超过银行同类贷款利率的4倍。在司法实践中,民间借贷约定的利率大多数均超过了该规定,一些法院受理的民间借贷案件中,月息一般为4~5分,预期年化收益率均超过60%。^①为了规避法律,债权人有的将利息计入本金计算复利、预先将利息在交付款中扣除、约定高额罚息;有的在借据上只载明借款数额,不区分本金和利息,用借据这一合法形式掩盖高利贷的实质。

4. 借贷方法隐蔽性强。由于现行金融管理政策和规章禁止非金融机构企业之间的借款,因此,直接以借款合同形式表现出来的企业借贷关系比较容易受到关注和否定,也正因为如此,非金融机构企业之间的借款,多表现为联营、委托理财、债券买卖、货物买卖、融资租赁、投资、补偿贸易等相对比较隐蔽的方式,^②合同形式与双方真实的借贷关系相差甚远,将正常商业交易与民间借

^① 广东省深圳市罗湖区人民法院课题组:《民间借贷纠纷审理实务研究——罗湖区民间借贷纠纷案件的调查报告》,载《人民司法》2011年第23期。

^② 详见龙著华:《一般有效,里外无效:非金融机构企业之间借款合同效力的应然安排》,载《社会科学》2011年第11期。

贷相混同,欺骗性极强。

5. 债务人、担保人应诉率低。一般情况下,在民间借贷关系中,证据材料相对比较简单,双方当事人之间的权利义务非常清晰、确定,因此,当民间借贷纠纷诉至法院时,债务人、担保人一般都会选择不出庭,有些债务人、担保人甚至不提交证据材料、也不进行答辩,法院缺席审理的情形较多。更有甚者,少数债务人、担保人离开原居住地,电话停机,法院往往只能选择公告送达,严重影响了司法效率。

6. 虚假诉讼屡禁不止。近年来,一些市场主体为了实现不正当目的,制造了大量虚假民间借贷诉讼。譬如,深圳某法院审理的薛某诉姚某民间借贷纠纷一案中,被告共拖欠原告 1500 万元,但原告提交的证据显示仅有 18.1 万元是通过银行转账式支付的,其余的巨额款项均以现金方式支付。承办法官认为无法排除出借巨额款项的合理怀疑,结合原、被告本人均未出庭,被告的配偶亦不配合诉讼的情况,法院最后认定原告出借 1481.9 万元存在明显疑点,因此对该部分不予支持。一审判决后,原、被告均未提出上诉。^① 类似不能排除虚假诉讼怀疑的案件层出不穷。究其原因,主要的一点是当事人试图利用司法强制性来实现其非法目的。这些问题的存在不仅浪费了司法资源、严重损害了司法信誉,而且影响了民间借贷的健康发展及正常秩序。

二、我国民间借贷规制的立法现状

(一)制度构成及其主要内容

各界人士把民间借贷戏称为“灰色金融”,认为我国对民间借贷缺乏相应的法律规制。实则不然,我国有关民间借贷活动的法律规制,为数众多,择其要者包括:《民法通则》《物权法》《担保法》《合同法》《公司法》《刑法》《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等法律法规,《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见(试行)》《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》《关于审理联营合同纠纷若干问

^① 广东省深圳市罗湖区人民法院课题组:《民间借贷纠纷审理实务研究——罗湖区民间借贷纠纷案件的调查报告》,载《人民司法》2011 年第 23 期。

题的解答》等司法解释,以及《贷款通则》等部门规章。

长期以来,我国法律对于合法的民间借贷关系给予了明确的保护。譬如《民法通则》第90条规定:“合法的借贷关系受法律保护。”《物权法》第64条规定,私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权;第68条规定,企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利;第171条规定,债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。《担保法》第2条规定,在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保的方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。《合同法》第196条规定,借款合同是借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同,而没有把借贷行为明确界定为金融业务,也没有明确规定只有金融机构才可以对外提供借款。《中华人民共和国公司法》第149条第3项规定:“董事、高级管理人员不得有下列行为……(三)违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人……”^①

对于公民之间、公民与法人之间的借贷,最高人民法院通过一系列司法解释进行了鼓励与规范。譬如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》以司法解释的形式允许民间借贷的有偿性;《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》[法(民)发(1991)21号]第1条规定,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,应作为借贷案件受理;《最高人民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》(1999年1月26日)规定,公民与非金融企业(以下简称企业)之间的借贷属于民间借贷。只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。

^① 在没有限制解释的前提下,此处的“他人”当然应解释为包括自然人、法人以及非法人组织。从该规定出发,借助于反对解释的方法,我们完全可以得出这样一个结论,即公司董事、高级管理人员只要不违反公司章程的规定,经公司股东会、股东大会或者董事会的同意,将公司资金出借给其他企业,该借款合同应当是合法有效的。

但是,受金融抑制政策^①的影响,对于非金融机构企业之间的借贷,金融监管机构与最高人民法院则明确持否定立场。譬如中国人民银行发布的《贷款通则》(1996年)第73条规定,行政部门、企事业单位、股份合作经济组织、供销合作社、农村合作基金会和其他基金会擅自发放贷款的;企业之间擅自办理借贷或者变相借贷的,由中国人民银行对出借方按违规收入处以1倍以上至5倍以下罚款,并由中国人民银行予以取缔。最高人民法院的系列司法解释也基本上持否定态度,《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(1990年11月12日)第4条第2项明确规定,名为联营实为借贷,违反了有关金融法规,应当确定合同无效。除本金可以返还外,对出资方已经取得或约定取得的利息应予收缴,对另一方处以相当于银行同期贷款利息的罚款。《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该如何裁决问题的解答》(1996年3月25日)规定,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,人民法院应依法向借款方收缴。《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款应如何处理问题的批复》(1996年9月23日)规定,企业借贷合同违反有关金融法规,属无效合同。对于合同期限届满后,借款方逾期不归还本金,当事人起诉到人民法院的,人民法院除应按照最高人民法院法(经)发[1990]27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第2项的有关规定判决外,对自双方当事人约定的还款期限届满之日起,至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息,应当收缴,该利息按借贷双方原约定的利率计算。

《刑法》则主要针对民间借贷中的一些严重违法行为进行了规制,《刑法》第175条规定的高利转贷罪,“以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金高利转贷他人,违法所得数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金;数额巨大的……”。第176条规定的非法吸收公众存款罪,“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金

① 美国经济学家爱德华·肖(Edward S. Shaw)、罗纳德·麦金农(Ronald I. McKinnon)认为,金融变量与金融制度对经济成长和经济发展来说,并不是中性的:它既能起到促进的作用,也能起到阻碍的作用。关键取决于政府的政策和制度选择。许多发展中国家都存在着错误地选择金融政策和金融制度的现象,其表现主要是政府当局对金融活动的强制干预,人为地压低利率和汇率,导致金融体系与实体经济皆呆滞不前的现象,这就是所谓的“金融抑制”。

.....”。

瑕不掩瑜,现行民间借贷规制制度虽然存在不少缺憾与不足,但应当承认,这些规范性文件在保护、促进民间借贷健康、有序发展的过程中发挥了不可替代的作用。

(二)制度的不足

1. 规定过于分散,系统性弱

有关民间借贷的规定,散落在《民法通则》《合同法》《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等法律法规,《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见(试行)》《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》《关于审理联营合同纠纷若干问题的解答》等司法解释,以及《贷款通则》等部门规章中,涉及民间借贷的具体规范为数众多,但过于分散、原则,严重影响了法律的引导性、可操作性,影响了民间借贷当事人对民间借贷制度的稳定预期。

2. 规定内容单一、平衡性不足

三十多年来,我国立法机关以及相关监管机构先后出台了一系列规范性文件,设计了民事、行政、刑事等多种制裁形式,司法部门也经常出重拳制裁民间借贷中的违法、犯罪行为,其目的是共同的,即力图实现对民间借贷的有效规制。然而,民间借贷的实践却总是提醒我们,现行民间借贷制度的供给与民间借贷关系需求之间的匹配度不高。究其根本,是因为现行制度设计与安排出现了偏差,即重事后监管,轻事先指导;重制裁,轻救济。从应然的角度看,一个完整的民间借贷制度,应是一个融准入、监管、救济、制裁等内容于一体的有机体系。

3. 规定之间存在冲突、协调性差

首先,司法解释与法律之间存在冲突,譬如《最高人民法院关于审理借贷案件的若干意见》(以下简称《若干意见》)第8条规定:借贷双方对有无约定利率发生争议,又不能证明的,可参照银行同类贷款利率计息。而《合同法》第211条第1款规定:自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。

其次,民事法律、司法解释与行政法规之间存在冲突。譬如依照《合同法》第211条第2款、《若干意见》第6条的规定,民间借贷合同只要是双方的真实意思表示,约定的利率不超过银行同期贷款利率的4倍,就属于合法的民事行为,但依据《贷款通则》第21条、《非法金融机构和非法金融业务取缔办法》第

4 条的规定,却是涉嫌构成非法吸收公众存款的违法行为。

三、珠三角民间借贷司法规制存在的主要问题

(一) 法律适用不统一

如上所述,由于现行民间借贷规制制度存在的缺憾与不足,多数法院对非金融机构企业借款合同的效力持否定态度,但是,相关法院在法律适用上的多样性以及判决理由阐述上的非同一性,颇耐人寻味。

对于直接以借款合同形式表现的、名实相符的非金融机构企业之间的借款合同,有的法院直接沿用“解答”“批复”规定,以其违反国家有关金融管理法规为由而将其认定为无效合同;^①有的法院适用《合同法》第 52 条第 4 项之规定,以该类借款合同损害社会公共利益为由将其认定为无效合同;^②有的法院则通过适用《民法通则》第 58 条第 1 款第 5 项之规定,将借款合同确认为无效合同。^③

对于变异的、名实不符的非金融机构企业借款合同,有关法院的处理同样具有非同一性。譬如对于名为联营实为借贷的合同,多数法院直接援引《关于审理联营合同纠纷若干问题的解答》第 4 条第 2 项的规定将其确认为无效合

① 北京市一中院(2002)一中民初字第 8282 号判决书认为:关于借款合同的效力,因 JS 公司属非金融机构,其不具备发放贷款的经营范围,因此其与深圳 LB 公司签订的借款合同违反了我国有关金融法规,应确认无效。北京市第一中级人民法院(2000)一中经字第 1861 号判决书也认为:投资公司系非金融机构,其与 GT 公司签订的借款合同违反国家金融管理法规,为无效合同。除有特别注明之外,本文中案例均来自北大法律信息网。

② 重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民初字第 540 号判决书认为:企业间的资金拆借,扰乱了国家金融秩序,不利于国家对金融市场的有效监管,从而损害了社会公共利益。依照《中华人民共和国合同法》第 52 条第 4 项之规定,损害社会公共利益合同应属无效。

③ 参见海南省海南中级人民法院(2005)海南民初字第 1 号民事判决书。

同,有的法院则笼统地以双方的借款合同违反了有关金融法规为由,确认合同无效;^①对于以委托理财形式表现的非金融机构企业间借贷,多数法院以《合同法》第52条第3项关于“以合法形式掩盖非法目的的合同无效”的规定,将其认定为无效合同;有的法院则以《合同法》第52条第3项、第4项为依据确认合同无效。^②

同时,由于上位法优于下位法的特点,珠三角地区的相关办法规定往往在与法律规定相冲突时,无法被适用,例如,《广东省小额贷款公司管理办法》规定小额贷款公司发放贷款的上限为五百万元,但该规定与我国法律、行政法规的强制性规定有相悖之处,由此也影响了借款合同的效力,导致无法建立合法的民间借贷关系。

(二)事实认定困难

在司法实践中,事实认定方面的困难主要表现在两个方面:一是法律关系性质认定困难,二是债权数额认定困难。在法律关系认定方面,主要存在两类难以准确定性的民间借贷案件。一类是以其他法律关系掩盖民间借贷关系。如一些职业的放贷人以高息吸引民间资金,但出具的合同却是公司的入股文书,当利息无法兑现时,借款人则以公司经营亏损,不予分红为由拒不承认双方之间形成了民间借贷关系。^③另一类是以民间借贷关系掩盖其他法律关系,如境内钱庄将钱款汇至境外公司,境外公司作为投资款汇入境内借款人,借款人完成外资企业注册后,借款人提取资本金被银行拒付,双方转而通过法院调解、执行绕开资本金的监管,实际是以民间借贷之名行抽逃资本金之实,且具有很强的欺骗性。在债权数额认定方面,当事人为了逃避高利贷责任各出奇招,有的将利息预先在本金中扣除,或将未归还借款的利息计入本金,重新出具借条计算复利;有的约定巨额违约金、其他费用;有的收取债务人支付

① 最高人民法院(1997)经提字第1号民事判决书认为:SD公司与YL公司签订联合经营协议,系名为联营,实为企业之间的借贷协议,违反了国家金融管理法规,原审确认为无效协议是正确的,判决由YL公司返还100万元借款本金并赔偿占用该款项期间的利息损失是适当的。参见李国光:《经济审判指导与参考》(第1卷),法律出版社1999年版,第401页。

② 参见最高人民法院(2005)民二终字第29号民事判决书。

③ 刘平海:《关于民间借贷纠纷案件审理的难点与对策分析》,载《法制博览》2015年第3期。

的利息不打收条,加大了法院查明事实的难度。^①

(三)对高利贷行为制裁力度不足

在民间借贷中,风险的形成和爆发往往与利率过高有关,在珠三角民间借贷领域也不例外。虽然最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条、第7条明确规定,民间借贷的利率最高不得超过银行同类贷款利率的4倍(包含利率本数),超出此限度的,超出部分的利息不予保护。但该规定对民间借贷利率的约束力非常有限,近年来,约定利息远远高于银行同期贷款基准利率4倍的现象越来越多。广东一些法院受理的民间借贷案件中,月息一般为4~5分,预期年化收益率均超过60%。^②因为在相当多当事人看来,如果约定了4倍之上的利率,其最坏的法律后果就是“超出部分的利息不予保护”,当事人仍可收回本金以及4倍利率以内的利息,也无须承担任何刑事责任。受此影响,一方面,法院对高利贷基本上持听之任之的态度,仅仅是不保护其4倍以外的利率;另一方面,实务中当事人约定的利率普遍超出法律保护的范围,并不断爆出新高,民间借贷的风险被人为放大。

(四)民刑交叉案件中对债权人保护不足

人民法院在受理和审理民间借贷纠纷案件中,发现当事人涉嫌集资诈骗或非法吸收公众存款犯罪的,就出现所谓“民刑交叉”问题。在既往的司法实践中,法院在处理类似案件时存在的两种做法对债权人不利。

一是在实体上对借款合同效力的认定,有些法院认为刑法属于强制性法律规范,当事人的行为如果构成犯罪,即意味着其行为同时也触犯了法律的强制性规定,根据《合同法》第52条第5项之规定,违反法律、行政法规的强制性规定的,将借款合同认定为无效合同。^③

二是在程序上,由于民间借贷案件涉及大量债权人,案件的复杂性、敏感

^① 杜万华等:《建立和完善我国民间借贷法律规制的报告》,载《人民司法》2012年第9期。

^② 广东省深圳市罗湖区人民法院课题组:《民间借贷纠纷审理实务研究——罗湖区民间借贷纠纷案件的调查报告》,载《人民司法》2011年第23期。

^③ 譬如“湛江龙福企业有限公司与杨志军借款合同纠纷案”[(2011)民申字第1559号]中,二审法院即持此观点,认定黄元福以龙福公司和该公司法定代表人的名义向杨志军借款139万元的行为已经触犯《刑法》,构成单位合同诈骗罪,根据《合同法》第52条第5项之规定,双方之间的借款合同因违反法律而无效。