

 东南大学法学博士文库



刑民交叉视野下的 民间借贷问题研究

徐彰/著

XING MIN JIAO CHA SHI YE XIA DE
MIN JIAN JIE DAI WEN TI YAN JIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民间借贷



刑民交叉视野下的 民间借贷问题研究

徐彰/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑民交叉视野下的民间借贷问题研究 / 徐彰著. --
北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2712-3

I. ①刑… II. ①徐… III. ①民间借贷—经济纠纷—
处理—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 215651 号

东南大学
法学博士文库

刑民交叉视野下的民间借贷
问题研究
XINGMIN JIAOCHA SHIYEXIA DE
MINJIAN JIEDAI WENTI YANJIU

徐彰著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 马丽
责任印制 陶松

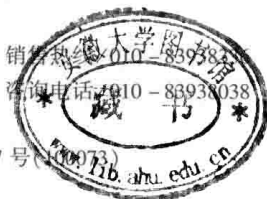
编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 8.5
字数 204 千
版本 2018 年 10 月第 1 版
印次 2018 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn



中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2712-3

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

博士,古时为学官名,他们精通经艺,教授生徒;如今则属学位名,位于学位序列的最高一级,占据国民教育体系的最顶端。古今分别虽然悬殊,但就学识渊博、学问精专而言,则是相通的。如今,一个人若能取得博士学位,无疑标志着他由学习阶段进入了学术阶段,真正具备了独立的思考能力、敏锐的洞察意识、严谨的批判精神。如此人才,对提升国家的理论自信,塑就国民的文化自信,深化科教强国战略而言,是决然不可或缺的。因此,博士的培养一直是国家教育资源的重要倾注所在。而伫立其间的法学博士,在当下“法治是治国之重器”的战略论断下更显得意义非凡,这也是当下法学博士所应担当的时代重任之所在。基于当今宏大的历史使命,东南大学法学院与众多高校一起,共同肩负起了法学博士的培养之责。

东南大学位于六朝古都南京,承续江左文枢

余脉。其法学学科肇始于1928年国立中央大学,1995年,东南大学复建法律系,2006年9月19日成立法学院。二十多年的春华秋实,十余载的开拓进取……回首往事,感慨万千,筚路蓝缕,虽苦犹甜;放眼今朝,备受鼓舞,展望未来,生机无限。如今的东南大学法学院年轻而朝气蓬勃,朴实而气象万千。在不断的奋进中,法学院已初步形成了与学校“双一流建设”要求相匹配的学科优势与特色。在研究生培养上也是全面开花,陆续获批法律硕士专业学位授权点、法学一级学科硕士学位授权点。2016年正式获批的法学一级学科博士授权点被列为江苏省重点学科,更是开启了法学院法学博士培养的新篇章。早于2008年,东南大学法学院就在马克思主义学科点独立招收法学博士研究生。十载虽短,但也足以检验出一所高校法学院的博士培养水平,足以沉淀出一所法学院博士生群体的学术品性。

南京作为中国特大城市,背枕钟山,比邻长江,得天独厚,自古便享繁华。如此这般的熙攘喧嚣,对于学术所需要的静谧,实在是一种反差。这就需要博士生们耐下性子,沉下心来,于喧闹之中觅得清静,于浮华之中自我积淀。可喜的是,我们的博士生做到了,博士学位论文的最终出版便是最好的证明。当然,这依然是不够的。因为,博士学位论文作为每位博士的学术开端,不免显得稚嫩与不足,需要博士们对其展开进一步的查漏补缺、推敲打磨,借此实现学术素养的再次升华。

思想在于交流,学术在于批判。博士学位论文的完善、学术素养的升华,最好的方式便是直面同行学人的质疑和批评。基于以上考虑,我们决定推出《东南大学法学博士文库》。一方面,为博士们对外展示自己的智识成果提供一个平台,为学界的理论研究输出一点智慧结晶,以飨读者;另一方面,我们也希望通过博士学位论文的付梓出版,对博士们的学术积淀情况进行一番检验。因此,学界同仁们的指教与斧正于我们弥足而珍贵。不仅对博士本人的学术成长,

而且对法学院博士生培养工作的拔升,均都受益非常。

我们也深知,学术沉淀非一日之功,学术新人的培育非一时之力。我们只是希望借助《东南大学法学博士文库》这一起点,以良好的初心为优秀作品的雕琢、为学术新人的首秀提供一方平台,如此便足以。

是为序。

东南大学副校长 周佑勇

2018年5月17日

序

欣闻徐彰博士的学术专著《刑民交叉视野下的民间借贷问题研究》即将付梓出版,特致以学术上的热烈祝贺!由于该书是在他的博士学位论文的基础上修改完成,我作为他博士学位论文答辩委员会的主席和现在工作单位的同事,受其邀请为该书作序,由衷高兴,深感荣幸。

当代中国正处于持续的历史变革过程之中,民间借贷纠纷问题是社会转型期社会主要矛盾在非正式金融领域的重要体现,国家长期以来对于民间金融态度 and 政策的不断调整,凸显了民间借贷在经济社会发展、社会和谐稳定方面的重要地位和功能。近年来,随着互联网经济的快速发展,民间借贷面临最严峻的挑战之一,是涉众型民间借贷与非法集资犯罪的相互交织,虚拟网络空间与现实经济生活彼此关联,由民间借贷行为引起的犯罪,因涉案金额大、涉及人数众多,对区域乃至全国范围的经济秩序造成严重的冲击,严

重侵犯了公众财产安全,对社会安全稳定造成重大影响。对此,国家相关部门先后出台了多部法律法规和司法解释来力图解决这一问题,将民间借贷纳入法治轨道,但效果甚微,重大非法集资案件仍时有发生,经过新闻媒体的报道发酵,往往引起社会公众的震惊和高度关注。尤其是在目前互联网时代的背景下,通过互联网的快速传播,传统民间借贷与金融创新融合后出现的非法集资犯罪大面积爆发,成为当下金融监管的重大难题之一。

从本质上看,民间借贷犯罪涉及民法和刑法两大部门法领域,单从民法视角或是刑法视角来试图研究并解决这一问题都是有失偏颇的,也难以解决。如何从刑民交叉的双重视角来回穿梭于刑法和民法的世界,在统一的法秩序下找寻出民间借贷问题中意思自治与法益保护的平衡点?这既是基于民间借贷所涉及法律属性的二重性,深刻把握民间借贷的内在本质、运行机理、主体行为方式、规制机制,进而找寻到民间借贷问题的有效治理对策的必然要求,也具有法律研究方法论上的科学性和可行性。而当下我国这种基于刑民交叉双重视角研究和探索民间借贷深层机理和法律治理的高水平研究成果还不多,还属于有待深耕的学术领域。

徐彰博士本科阶段取得经济学的学士学位,攻读博士学位期间,跟随的导师施建辉教授专门从事民法学案例研究,博士论文的写作又得到了国内著名刑法学家刘艳红教授的倾力指点,从而为论文最终的顺利完成奠定了坚实的跨学科基础。综观全书,作者以规范的犯罪构成要件为核心,通过实质解释为合法的民间借贷划定了边界范围,明确了非法集资罪与非罪的标准。从内容和论证看,以民间借贷涉罪行为为研究的主要内容,不仅有纵向的梳理和分析,也有横向的比较和借鉴;不仅有宏观的政策思考,也有微观的案例研究,进而在前人研究的基础上,提出了许多重要创新意义的理论观点和重要启迪意义的对策建议,对于当前我国解决金融创新和金融犯罪的平衡问题具有重要的参考意义和应用价值。所有的这些都体现

出徐彰博士严谨的治学精神、深厚的法学理论功底和较强的学术创新能力。

2016年自东南大学毕业后,徐彰博士进入南京审计大学工作,继续从事刑民交叉理论的研究,并取得了较为丰硕的研究成果。由于本书的论题是一个荆棘丛生的学术领域,多种经济社会问题缠绕,社会敏感度高,本书中还有许多细节问题未能深入展开,还有许多重要理论和实践问题需要深入探讨,但总体而言,瑕不掩瑜。因此,我非常乐意向各位读者推荐本书,期望通过本书的出版使更多的理论及实务工作者能关注这一领域的研究,进一步促进民间借贷健康发展、规范有序,成为我国现代金融体系的有机构成部门,也希望徐彰博士今后能继续围绕这一重大理论和实践问题开展深入的学术研究,不断拓展新的研究领域,取得更为丰硕的成果。

是为序。

刘旺洪

2018年9月

目 录

序	1
引 言	1
第一章 民间借贷及相关犯罪的历史发展与 现状	13
第一节 我国民间借贷的历史发展	13
一、我国古代及近代的民间借贷制度	13
二、中华人民共和国成立后的民间借贷	16
第二节 民间借贷犯罪的发展历史	17
一、民间借贷犯罪的立法沿革	17
二、民间借贷犯罪的法律体系	19
第三节 民间借贷犯罪的现状	20

一、民间借贷行为入罪的现状与趋势·····	20
二、民间借贷行为泛罪化的理论及批判·····	22
第二章 民间借贷行为常见异化犯罪的典型路径 ·····	41
第一节 几起典型民间借贷案件·····	42
一、葛某变相吸收公众存款案·····	42
二、涂某非法经营案·····	43
三、平某集资诈骗案·····	43
第二节 民间借贷行为罪与非罪·····	44
一、实务中的刑法入罪思路·····	44
二、法律上的民法非罪现象·····	48
第三节 民间借贷行为此罪与彼罪·····	53
一、非法吸储型民间借贷行为的认定·····	53
二、非法放贷型民间借贷行为的认定·····	55
三、其他民间借贷行为的此罪与彼罪·····	57
第三章 民间借贷行为罪与非罪的基本界限：	
规范的构成要件 ·····	61
第一节 厘清民间借贷行为罪与非罪的两个前提·····	63
一、民法与刑法价值构造的差异·····	63
二、民法与刑法的关系·····	64
第二节 民、刑两法中的不法行为构成要件·····	67
一、违法性的内核：社会危害性·····	67
二、实质合理性与形式合理性·····	70
第三节 民间借贷的合法性分界：规范的犯罪构成要件·····	73
一、规范的构成要件要素·····	74
二、民间借贷行为罪与非罪的边界：规范的犯罪构成要件·····	79

第四节 本章小结	94
----------------	----

第四章 民间借贷行为核心构成要素：“存款”与

“资金”的认定	95
---------------	----

第一节 民间借贷行为的基本法律关系	97
-------------------------	----

一、民间借贷与相似行为的基本法律关系之解构	97
-----------------------------	----

二、区分民间借贷与相似行为基本法律关系的现实	
------------------------	--

意义	109
----------	-----

第二节 治标：现行法规和司法解释	111
------------------------	-----

一、民间借贷行为认定犯罪的核心要素：“存款”与	
-------------------------	--

“资金”	111
------------	-----

二、对“存款”与“资金”的现行法规规定	116
---------------------------	-----

三、对“存款”与“资金”相关司法解释之规定	117
-----------------------------	-----

第三节 治本：民间借贷行为罪与非罪的本质差异	118
------------------------------	-----

一、合法的民间借贷行为：民事性直接融资行为	118
-----------------------------	-----

二、非法的民间借贷行为：金融性间接融资行为	119
-----------------------------	-----

第四节 非法吸纳“存款”与“资金”行为性质	122
-----------------------------	-----

一、非法吸纳“存款”与“资金”行为性质认定误区	122
-------------------------------	-----

二、合理划定非法吸纳“存款”与“资金”行为边界	131
-------------------------------	-----

第五节 本章小结	143
----------------	-----

第五章 民间借贷行为中受害人的民事与刑事责任分析

第一节 民间借贷行为中的受害人过错	145
-------------------------	-----

一、民间借贷行为中受害人存在过错	145
------------------------	-----

二、现行法律体系对受害人过错的评价	147
-------------------------	-----

第二节 明确受害人过错的必要性	148
-----------------------	-----

一、主客观相统一原则的要求	148
---------------------	-----

二、出借人并不必然是受害人	150
---------------------	-----

第三节 民间借贷行为中受害人过错的理论适用	152
一、民法自甘风险理论的适用	152
二、刑法危险接受理论的适用	155
三、自甘风险、危险接受与民间借贷行为中的受害人 过错	158
第四节 民间借贷行为中受害人的民事与刑事责任	166
一、民间借贷行为中受害人的民事责任	167
二、民间借贷行为中受害人的刑事责任	169
第五节 本章小结	174
第六章 民间借贷中其他民事与刑事交叉问题研究	176
第一节 民间借贷行为中诈骗与欺诈的辨析	176
一、民事欺诈与刑事诈骗的区别	177
二、民间借贷行为中的欺诈行为	191
第二节 P2P 网络借贷平台的法律风险分析	203
一、网络借贷平台属于民间借贷中介机构	205
二、网络借贷平台的民事风险	209
三、网络借贷平台的刑事风险	212
四、网络借贷平台的法律风险规避	217
第三节 民间借贷行为中的民刑交叉程序问题	223
一、审理程序中的民刑优先问题	223
二、刑事附带民事的性质及韧带	230
结 语	234
参考文献	239
后 记	253

引 言

民间借贷的合法性问题由来已久,从历史的发展轨迹来看,我国民间借贷行为的合法性与非公有制经济的地位问题呈现出正相关性。我国早期对社会主义的理解受苏联影响很深,经济建设也严格遵循苏联模式,任何非公有制经济都被认为是资本主义的产物而被严格禁止。而国家对农村自由借贷也作出限制,认为在小农经济基础上发展起来的私人借贷具有强烈的资本主义色彩,如继续让其自流地发展,必然会走向高利贷剥削的道路。改革开放后,国家对非公有制经济的认识和政策演变,经历了“补充论”到“重要组成部分”,再到“平等发展论”的过程,而民间借贷行为也逐渐由非法行为转变为受到法律保护的合法行为。在第十二届全国人民代表大会第四次会议期间,习近平总书记在谈话中重申了中央对非公有制经济的三个“没有变”的态度,即非公有制经济在我国经济社会发展中的地位

和作用没有变;我们毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展的方针政策没有变;我们致力于为非公有制经济发展营造良好环境和提供更多机会的方针政策没有变。^① 然而,虽然长期以来,我国非公有制经济快速发展,在稳定增长、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥了重要作用;同时,中央也陆续出台了一大批相关政策措施以发展非公有制经济。但基于一些原因这些政策的配套措施还不是很实际,落地效果并不好,其中民营企业特别是中小企业、小微企业融资渠道狭窄,民营企业资金链紧张,社会上企业家“原罪论”的观念还始终存在,导致民营企业在现行金融体系下难以通过正规融资渠道获得资金支持。民营企业一直缺乏稳定的融资渠道,被经营资金不足、融资渠道不畅等问题困扰。一方面,由于难以进入资本市场,直接融资难以实现。我国《公司法》规定,公司若要上市股本必须高于5000万元,企业生产经营必须符合国家产业政策,严格控制一般加工工业和商业企业。目前我国沪深上市公司民营企业不到15%。另一方面,国有银行金融机构对民营企业的资金支持力度较弱,处于“融不到、用不起”的两难之中。与国有企业相比,民营企业难以从银行体系获得正常生产经营贷款以及外部扩张贷款,我国银行贷款主要投放给大中型企业,小企业仅占20%,几乎没有微型企业。民营企业能从银行、非银行金融机构贷款的额度有限,尤其是中小型民营企业在这些金融机构的贷款总额所占全国贷款总额的比例非常低。同时,民营企业贷款利率高。由于大多民营企业的规模较小,银行金融机构只愿意为其提供短期贷款,而短期贷款的利率在5%~8%,期限为6~12个月,贷款成本远远高于长期贷

^① 参见习近平:《毫不动摇坚持我国基本经济制度,推动各种所有制经济健康发展》,载《人民日报》2016年3月9日,第2版。

款。^①在这样的情况下,民营企业或个人将目光转向民间资本,通过民间借贷的方式来达成融资的目的。

民间借贷问题近些年在国内受到了高度关注,其原因是由于这一现象对当今社会和民众的一般生活造成了重要的影响。一方面是积极的影响,民间借贷对于群众生产生活和小微企业的经营发展起着重要的作用,是国家金融体系的重要补充。改革开放以来我国经济发展取得了举世瞩目的成就,非公有经济在此期间得到快速发展并为我国经济增长做出极大贡献,而我国的经济增长主要来源于非公有经济的成长。经过三十多年的改革开放,中国正在从资本穷国变为资本大国,民间借贷规模和影响迅速扩大成为社会关注的焦点问题。进入 21 世纪以来,随着我国社会经济的发展和金融体系结构的调整,民间借贷日趋活跃,逐步走向组织化、专门化、跨区域化和职业化。在拓宽融资渠道和推动经济发展的同时,民间借贷的风险传递性和扩散性越来越强,影响着国家的宏观调控、资源配置、产业发展、区域经济安全乃至社会稳定。从改革开放经济发展的历史中可以看到,民间借贷是中国金融发展本身一种不可或缺的形式,这种非正规金融是对正规金融的重要补充,中国的中小微企业和农村金融主要靠民间借贷才能得以发展,目前我国的小微企业注册的有一千多万家,加上其他未注册的包括农村的一些小企业大概有四千万家。非国有经济虽然为我国经济增长做出巨大贡献,但是却很少得到体制内正规金融的支持,银行的主要贷款对象是大中企业,让它们把主要精力转到小微企业上是不合适和不经济的。另一方面也存在申请条件严苛,手续繁琐,获得贷款周期时间长等原因,这导致大部分的小微企业无法从金融借贷中获得生产经营的贷款,个

^① 苏向东:《习近平五大措施为非公经济“搬山破门”》,载中国网:http://www.china.com.cn/lianghui/news/2016-03/12/content_38008917.htm,最后访问日期:2016年3月12日。

人贷款也存在上述种种障碍,因此占很大比例的个人与小微企业通过民间借贷的途径筹措日常生活和生产经营所需的资金。从这里可以看到,民间借贷对于我国非国有经济发展做出了积极而重要的贡献。

另外则是消极的影响,近年来由于受到宏观经济形势的影响民间借贷纠纷案件逐年激增,出现了大量如约定违法高额利息、高利贷、虚假诉讼等民间借贷纠纷,还出现了大量以“民间借贷”的合法形式掩盖非法吸收公众存款、集资诈骗的犯罪行为,其中如“吴英案”“鄂尔多斯借贷门”“江苏泗洪宝马乡”等案件经过新闻媒体的报道,在全国范围内受到了极高的关注,一些初期是自然人间合法的借贷契约行为,由于涉案人数和涉案金额等多方面因素的变化,导致这些民间借贷行为由质变产生出量变,资金链断裂导致借款人无法偿还出借人高额的本金与利息,引发一系列的矛盾纠纷,致使涉案企业法定代表人弃企躲债,而另一部分案件,从民间借贷伊始借款人就存在非法占有的目的。由于债权人数量巨大,在维权过程中容易引发涉众性信访事件,给当地的社会、经济、治安等方面带来较多的不稳定因素,也给国内温和、良性发展的经济体制造成了一定程度上的冲击。2015年我国各级人民法院审结民间借贷案件142万件,标的额8207.5亿元,审结非法集资、金融诈骗等犯罪案件5.8万件,判处罪犯7.2万人。突出惩治了利用互联网金融平台进行非法集资犯罪,起诉非法吸收公众存款、集资诈骗等涉众型经济犯罪12791人,依法办理“e租宝”非法集资案等重大案件。^①

民间借贷行为在微观层面观察属于民事主体之间意思表示真实,内容合法,自愿形成的债权债务关系,符合债权意定的基本原则,为私法所规范和调整,是单纯的民事法律关系,当双方当事人由

^① 参见《全国人大会议听取“两高”报告》,载央广网:http://news.cnr.cn/native/gd/20160313/t20160313_521597669.shtml,最后访问日期:2016年3月14日。