

论我国民间借贷的若干法律规制重点 ——基于金融功能观理论的分析

李 磊

(上海对外经贸大学法学院, 上海 201620)

摘 要: 金融功能观理论认为金融具有资源配置、融资、信息提供、支付手段、激励机制和风险控制六大功能。我国民间借贷存在着资源配置功能受到地域和习惯的影响而作用不明显; 信息提供功能缺乏准确性, 且容易引发道德风险; 原本正常激励机制容易变成鼓励贪婪的工具; 在支付手段和管理风险方面缺乏作为。为更好实现金融的功能, 立法应当将以下方面作为重点: 明确民间借贷主体准入条件以赋予部分主体以合法地位; 对借贷利率进行规制, 严格遏制高利贷; 详细规定各种非法借贷行为的法律责任; 鼓励民间借贷加强行业自律。

关键词: 民间借贷; 金融功能观; 法律规制

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 03-0088-09

民间借贷长期以来一直饱受“合法性”争议。否定者的一个主要理由是资金借贷行为是一种重要的金融行为, 而我国是一个对参与金融产业的实体实行严格核准制的国家。作为资金出借主体的一方没有获得国家立法的许可即为违法。对此学界也有不同的看法, 不少学者认为民间资金需求巨大, 而合法的金融机构又无法充分供给, 因此, 应当适度放开民间资金的借贷渠道。然而, 即使给予民间借贷以合法的地位, 也必须考虑用立法对其进行规制。在立法的过程中, 首先遇到的问题就是哪些民间借贷行为应当纳入法律规制的范围。对此有学者提出了“二分说”, 即以是否为营利性质的借贷为标准, 将民间借贷分为一般民众之间不以营利为目的的偶发的借款行为和以营利为目的的借贷行为。前者一般以合同法为依据, 属于民法范畴, 后者则属于商法范畴。^①对于后者而言, 由于以营利为目的的资金借贷行为已经进入金融领域, 因此, 不少学者更加倾向于以金融法对其进行规制。然而, 规制应采取什么样的立法路径, 重点应当是什么, 则是立法者首先需要面对的问题。本文将以金融学中的一个重要理论——金融功能观理论为视角, 对上述问题进行一个较为深入的分析。

收稿日期: 2013-04-26。

作者简介: 李磊, 男, 博士, 上海对外经贸大学法学院副教授, 研究方向: 民商法学。

① 岳彩申. 民间借贷规制的重点和立法建议[J]. 中国法学, 2011, (5).

一、金融功能观理论简介

金融功能观理论是20世纪90年代以来针对以往金融理论遇到的困难而提出的一种较新的金融理论。之前的金融理论从一个个实实在在的机构（包括工具和组织）的角度去研究金融问题。^①随着经济社会的发展，理论研究也不断深入，尤其是金融发达地区逐步产生出许多新的金融工具，而传统的金融机构也在不断融合与兼并中呈现新的发展态势。这就使得金融机构观理论受到了较大的冲击——传统的分业经营的金融机构之间的界限愈发模糊，很难予以区分，例如商业银行与投资银行。而金融工具也被各种营利性机构所掌握，不再被传统金融机构所垄断，混业经营成为了一种常态。尤其是在美国通过《金融服务现代化法案》后，混业经营更加成为一种潮流。^②在这种情形下，一些学者超越比较金融框架，超越具体的经济、政治、文化、机构和历史背景，从功能观的角度提出新的研究框架。^③这方面研究的代表人物兹维·博迪（Zvi Bodie）和罗伯特·默顿（Robert C. Merton）提出“金融功能比金融机构更稳定”的理念，认为对于金融的研究应当以金融本身的功能为中心，而不能以金融机构（工具）为中心，并在此基础上归纳了金融的六大功能：（1）资源分配手段。主要在不同时间、不同地域之间提供各类资源的流转和分配手段。（2）融资手段。为企业提供融资支持。（3）支付手段。为货物或服务的交易提供支付方式和手段。（4）提供激励机制。当出现信息不对称时，提供处理不对称信息的方法和激励手段。（5）风险控制手段。对经济运行中的不确定性提供管理方式和风险控制手段。（6）提供价格信息。向决策者提供原本分散、不易搜集的信息。

以上6点基本涵盖了金融所具有的功能。对比之前的以金融机构为研究中心的金融机构论，金融功能观除了具有相对的稳定性之外，还能够更加清晰地把握金融和经济的关系，为金融立法和学界进一步研究金融这一事物开辟了新的视野，也为我国的金融事业发展提供了一个新的经验和方向。金融法既作为法学的一个分支，同时也与金融学交叉。金融学的成果理应成为金融法学研究的对象，并成为金融法学发展的理论依据。

二、现状与问题

当前我国民间借贷主要包括以下几个类型：一是合法的基于中介机构的借贷，其融资主体一般是中小型企业，目的在于发展生产。二是某个机构内部的扶危济困式的借贷，主要表现为某机构（企业）向困难职工融资，目的是为了度过生活难关，一般无利息或利息较低。三是基于信用的向某个机构或个人借贷，并支付一定的利

① 林广明,谭庆华.金融资源论:对金融功能观和金融机构观的综合研究[J].金融论坛,2004,(6).

② 同注①。

③ 郭金龙,于兆吉.论金融发展理论的演进[J].理论界,2006,(3).

息，其目的是生产经营资金的周转。这种情形是目前民间借贷中较为常见的一种。四是单位内部集资。主要用于员工福利方面开支。五是专门的高利贷机构或个人。这种情形最为法律所不容，但在现实中并不罕见。对照以上类型的民间借贷行为和我国民间借贷的现状，结合金融功能观中关于金融功能的归纳，我们可以初步归纳出以下一些问题：

（一）由于缺乏合法地位，资源配置功能受到严重限制，无法正常发挥

资源配置功能是金融功能中最为重要的一项功能。通过民间借贷，大量民间闲置资本流向急需资金的企业和其他经济实体。据调查，我国民间金融的规模保守估计在7,400亿~8,300亿之间，有的机构甚至乐观地估计在3万亿的规模。^①但不得不承认的是，目前民间金融的整体规模仍然远远没有满足整体经济对资金的需求，而同时还有大量民间资金尚未得到充分利用。除去金融管制因素外，地域性和裙带性是两大阻碍因素。就地域性而言，即使是正规的金融机构借贷行为一般也有一定的地域局限性。由于缺乏合法地位，民间借贷的地域性较之正规的金融机构借贷强得多。大量的借贷一般都发生在本村范围之内、亲戚之间，即使到乡镇一级亦较为罕见。这很大程度上因为营利性的民间借贷较难借助国家机器对其无法按期收回的贷款进行救济。这就意味着一旦离开一定的范围，借贷的成本会变得很高，从而使得借出人无法承受。从地域性又引伸出裙带性。民间贷款一般发生在亲属、朋友之间，即使范围扩大到本村，由于我国农村天然的“熟人社会”，贷款双方亦极有可能存在亲属关系。这种地域性和裙带性对金融的资金配置功能造成了较大的限制。

（二）难以提供准确信息，且容易引发道德风险

金融的信息提供功能往往建立在金融机构对借款人信息的充分调查和掌握的基础上。民间借贷建立在私人产权和无限责任基础上，基于契约自由精神达成借贷协议。这种借贷关系能够提供一定程度的信息，但准确性却不高，原因在于裙带性的存在，使得不少民间借贷掺杂了亲情、友情等非理性因素，无法象银行等金融机构那样进行比较严格的规范调查。由于民间借贷缺乏合法的法律地位，一个重要不良后果就是缺乏有效的法律支撑，比如法律授权某类中介机构对借贷双方的信用和资产进行调查和评估等，而这种支撑正是信息提供功能所必须的。一种原本就建立在裙带基础上的资金借贷关系，又缺乏有效的法律手段支撑，其信息提供功能自然无法很好地发挥。而且这种信息的缺乏有时还可能引发道德风险，形成借款用途违规、资金流向赌场等非法机构等后果。

（三）由于缺乏法律规制，原本正常的激励容易变成鼓励贪婪的工具

民间借贷由于市场化程度较高，缺乏国家法律的监管，因此在激励机制上一般

^① 安春梅.我国民间金融的经济效应分析[J].甘肃金融,2009,(6).

较为明显,即通过较高的利率回报提供激励。但也正是由于这种较为“彻底”的市场化利率,使得人们对于金钱的追求欲望不断上升,高利贷随之产生。不少地区的高利贷超过银行利息的数倍,既严重侵害了当事人的合法权益,又影响了国家的金融稳定。

(四) 由于商业化的民间借贷缺乏合法性,其几乎不具备支付手段功能

作为金融功能的支付手段,主要指金融能够作为清算和支付清算的工具。民间借贷由于缺乏法律的有力支持,而且看似裙带关系信赖充分,实则存在一定的信息风险,使得其往往只能发生单次简单的出借与归还,根本无法承担较为复杂的清算功能,从而不具备支付手段功能。

(五) 在管理风险方面,囿于目前的政策环境和自身情况而较难发挥作用

资金借贷往往会带来风险,而通过金融工具能够减少甚至消除风险,从而实现对风险的有效管理。然而这种风险管理功能需要一定的条件,比如法律保护完备、信息掌握充分,具有较强的追偿能力等。但是民间借贷由于其“先天”的缺陷,一般不具备上述几项条件,因此往往很难发挥其管理风险的作用。

通过上述分析可以看到,对照金融功能观理论,商业性民间借贷很难正常发挥其金融功能。这一方面由于当前我国民间金融所固有的地域性和裙带性特点,另一方面也与法律政策层面的制约有关。

三、法律规制的路径与重点

首先是规制对象问题。在坚持本文开头部分所指出的“二分法”的前提下,重点对商事性的,即营利性的民间借贷行为进行规制。其次在具体的路径问题上,不少学者有不同的看法。有的指出,应当首先废除诸如《人民银行法》、《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等一些现行法律或者一些限制性、禁止性条文,并通过修改《物权法》、《公司法》等现行法律的形式进行规范。^①也有学者提出,直接制定《民间金融法》或者《民间借贷法》,彻底重构我国民间金融法律体制。^②本文认为,直接废除现行一些重要法律并不可取,毕竟涉及面较广,牵扯利益层面太多,而且这种做法也不符合循序渐进的改革进程。至于直接制定相关法律的做法更显得有些激进。民间借贷或者民间金融问题本身涉及面很广,还有很多方面的问题没有形成共识,不符合“成熟一个,制定一个”的立法原则。从世界范围内看,这种大而全的立法方式也较为少见。目前对商事性的民间借贷的法律规制可以采取在现有的法律中作原则性规定,并采取授权立法的方式,授权国务院(或相关

① 陈蓉.法与金融理论的发展与民间借贷法制化的路径选择[J].求索,2010,(6).

② 梁怀超.民间融资的法规约束和伦理约束[J].浙江金融,2007,(9).

部门)制定专门文件进行具体规制的办法。在国务院制定具体办法时,也不宜大而全,而应当重点抓住民间借贷在金融功能上的主要不足,有重点地进行立法规制。在立法重点方面,根据前文的分析特别是民间借贷在金融功能上主要欠缺的方面,立法规制宜包括以下几个重点:借贷主体的准入条件、借贷利率、法律责任以及借贷行业自律等。需要说明的是,此处的“立法重点”并不完全涵盖民间借贷所有的立法重点,而是有选择地提出一些内容,因此可能不够全面。

(一) 借贷主体准入条件问题

借贷主体准入条件是解决民间借贷合法性问题的关键,也是保障民间借贷稳定可持续发展的关键。如果明确了借贷主体的准入条件,则意味着符合条件的借贷主体具有合法性,从而一揽子解决前述诸多问题。从现行法律规定来看,民法通则和合同法允许自然人之间的非商事性质的借贷,但是对于商事性质的借贷却并未明确是否合法。但是,《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《贷款通则》等行政法规、部门规章等则将商事性质的借贷明确列入非法行列。最高人民法院《关于如何确定公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》明确将4类借贷行为定为无效: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。这样就将未经国家许可的主体向外发放借款的行为定为非法行为。但从我国现实来看,只要不侵犯国家公共利益和第三人合法权益,民间借贷应当有其存在的合法性与合理性基础。在这个问题上不少学者已经有所论述,民间呼声亦很强烈,本文不再赘述。从立法层面来看,国家也在积极筹备《放贷人条例》,努力使商事性质的民间借贷在规范有序的范围内发展。在此基础上,对于借贷主体的准入条件应当成为立法首要解决的问题。一类主体进入某一特定行业的条件一般包括组织条件和资金条件。我国民法规定合法的民事主体包括自然人、法人、合伙以及个体工商户、农村承包经营户等。从组织条件来看,考虑到风险控制、金融秩序稳定等因素,不宜采用自然人模式,也不宜采用自然人的变形,即个体工商户和农村承包经营户模式。这3种模式虽然效率较高,而且采用无限责任,可以避免因破产而逃废债务,但是缺乏有效的内部控制,很难控制风险,从长远看不利于金融稳定。合伙组织由于不存在法定的自有资金门槛,一旦合伙组织自有资金不够,为了追求利润,很有可能通过对外拆借来补充资金,从而违反“只贷不存”的基本原则,从长远看,也容易危及金融稳定。因此本文认为,在当下初步规范商事性质的民间借贷机构的情况下,宜从严把握机构的组织条件,只允许公司法人从事该项业务。

在资金条件方面,主要是企业注册资金的条件。我国法律对金融机构注册资金要求较高。我国目前具有放贷功能的金融机构主要包括商业银行、信用社、小额贷款公司(我国财务公司由于隶属于大型集团,而且一般服务对象为本集团内部企业,因此一般不具有对不特定对象贷款的功能。本文不予讨论。)。其中全国性商业银

行、城市商业银行和农村商业银行的注册资金要求分别为人民币10亿元、1亿元和5,000万元。城市信用社最低注册资本要求为5,000万元,农村信用社为100万元。小额贷款公司作为一种新型的放贷机构,其注册资本最低要求是有限责任公司类型为500万元,股份有限公司类型为1,000万元。考虑到商事性质的民间借贷机构在性质上与小额贷款公司具有较多的相似之处,不少学者认为,小额贷款公司就是国家在商事性质的民间借贷机构方面的突破口和尝试,立法对商事性质的民间借贷机构的注册资金要求不能低于对小额贷款公司的要求。这一要求虽然较高(相比之下,美国的民间借贷机构注册资金不高,如加州仅为2.5万美元),但这与中国目前市场发育不完全、诚信体系不健全是相关的,而且作为一项重要金融改革的突破口,在立法之初提高准入门槛有助于该机构和行业的规范发展。因此本文也认为,上述小额贷款公司的注册资本要求可以作为今后对于民间借贷主体的资金准入要求。但随着市场的完善和社会诚信体系逐步发挥作用,可以考虑逐步降低这一门槛。

除了对机构组织形式和注册资金的要求外,对机构的投资人、主要经营管理人员的任职资格也应进行规制,以符合现代企业制度和我国金融法律法规对企业投资人和主要经营管理人员的要求,主要是我国公司法规定的相关要求以及金融机构高管的任职资格。既然是具有金融功能的机构,其投资人与经营管理人员的资格应当与其他金融机构一致。这一点不仅有利于借贷主体更有效的配置资金资源,更对信息的把握和风险的管理均有非常重要的意义,而且此种做法在国际上也有先例,比如我国香港地区对申请放贷人牌照的个人以及家族背景进行调查。

(二) 借贷利率问题

借贷利率是借贷主体营利的核心,也是监管的核心。从金融功能的角度来看,借贷利率首先对激励机制有决定性的影响,其次也对风险管理和资本合理配置有较大的影响。合理的借贷利率既能发挥金融的激励功能,又能促使市场主体对自己的资产进行合理配置,对资金风险进行有效管理。对于是否要对民间借贷利率进行监管,理论界有一定的争论,无论是从经济学角度,还是法学角度,都有部分学者认为不应当对民间借贷利率进行监管。但是综合各种理论来看,理论界仍然倾向于对民间借贷利率进行适度监管,而且从实务角度,即使是在奉行自由主义的美国,其绝大多数州都对利率上限进行了规定,如纽约州规定的是年利率不超过16%,密西西比州为10%等。我国香港地区《放贷人条例》则规定年利率上限为60%。由于我国《放贷人条例》尚未出台,因此现行标准一般按照最高人民法院司法解释的规定,即不得高于同期贷款基准利率的4倍。对此,本文认为,民间借贷具有相对于银行借贷较高的利率是正常的,也是合理的,这有利于激励资金充裕者投入积极到市场中去。但考虑到风险的控制和借贷人与借款人实际地位的差异,从而保护借款人的实际利益,也从我国整个金融稳定角度考虑,在我国当前的金融环境下应当规定相应的上限。对于该上限的具体数字,学界也有不同看法。本文认为,无论是利率

的高或者低都是相对的,应当根据宏观金融形势进行确定,即在市场资金相对较紧缺的时候,该利率上限可以适当提高,而在市场资金相对宽松的时候,该利率上限可适当降低。目前采取的与同期银行贷款基准利率挂钩的模式看似较为灵活,但由于银行贷款基准利率考虑的因素不仅仅是市场资金面,还有居民消费品价格指数、国际主要货币利率以及外汇占比等一系列宏观经济指标,其升高或者降低又对宏观经济,包括股市、债市,甚至社会稳定有较大影响,因此其作为一种主要的宏观调控工具,需要相对稳定,即不会仅考虑某些资金面的因素而进行变动。因此,将民间借贷利率与银行贷款基准利率挂钩缺乏灵活性,不尽合理。可以考虑按照一些与货币价格直接相关的指标作为确定该利率上限的参数。这些指标包括但不限于:货币供应量、银行隔夜拆借利率等,甚至可以考虑一些大型信托机构发放的信托产品利率。其中货币供应量分为3个层次:流通中的现金(M0)、狭义货币供应量(M1)和广义货币供应量(M2)。其中广义货币供应量(M2)是最具有代表性的,也是与资金(货币)市场关系最大的一个参数,因此应当考虑广义货币供应量与民间借贷利率上限挂钩。在当前,考虑到我国民间贷款的实际情况,民间借贷利率一般在2分~5分之间,生产性借贷超过3分就属比较高的了,^①宜将利率上限定在25%~30%之间。今后随上述参数变化,由相关部门在一个周期内进行重新评估,并予以公布。此周期不宜过长,否则不利于激励功能的发挥。

(三) 法律责任问题

规范民间借贷行为,离不开明确的法律责任。从金融功能的角度来说,明确的法律责任有利于防止激励过度引发的风险,有利于金融秩序的稳定。从法理角度来说,民商事行为是否承担法律责任应当包括几个层面的意思:(1)法律上是否保护民事行为获得的利益;(2)是否因该行为承担对相对人的额外赔偿责任或其他民事责任;(3)行政上是否对该行为主体进行处罚;(4)是否承担刑事责任。从目前我国的规定来看,在民事方面仅有一种法律责任,即对于超过利率上限部分的利息不予保护,该做法仅仅是法律责任的最低层面内容,严格地说根本没有触及违法者的根本。也就是说高利贷者违法的代价几乎是零,是一种过度激励。这样一来根本没有起到法律责任应有的作用,而且受害人还需要通过诉讼的方式才能得到保护,耗时费力,不少受害人因此也选择了放弃。因此,应当在维持现行法律责任的前提下,进一步规定上述后3种法律责任,明确在何种情形下应当向相对人承担额外的法律责任,何种情形下应当由行政部门进行行政处罚,何种情形下进行刑事处罚。对此,香港的《放债人条例》采取了以不同的贷款利率为衡量标准,凡超过60%的一律算作高利贷,不仅利息不受法律保护,而且放贷人还要承担巨额罚款和被长期监禁。我国当前情况下也可以在正常的贷款利率之上再规定一个高利贷利率。

^① 岳彩申:民间借贷规制的重点和立法建议[J].中国法学,2011,(5).

在此利率之上，不仅应当承担民事责任，还应当承担相应的行政法律责任和刑事责任。

（四）民间借贷的行业自律问题

前文已述，我国民间借贷有较强的地域性和裙带性。这意味着无论是放贷人还是借款人，极有可能生活在一个较小的“熟人圈”中，彼此相互熟识，甚至来自一个大的家族。在这种历史条件和现实环境下，相比法律法规等正式规范，往往传统伦理、民间规范等非正式规范可能对人的影响和行为调节更为有效，而且往往容易自发形成类似行业协会性质的自律组织。行业协会在全世界都有较悠久的历史，至今也非常普遍地存在于包括我国在内的世界各地。其最早形成的目的是“工商业者排除异己，防止竞争”，是“商品经济发展不足的产物”。^①在我国当下的转型社会，不可否认的是在很多领域传统的影响都还存在。行业协会作为一种行业自保兼自律的组织较也容易在民间借贷机构范围内形成。而且从地域角度来说，我国浙江省是民营经济最发达的地区之一，也是民间借贷最发达的地区，同时民间自发的行业协会也很发达。尤其是2000年之后，浙江省的民间组织以每年15%的速度增加，到了2007年底大概有32,600多个。^②这其中有很大比例都是行业协会性质的行业组织。由于天然的地域性和裙带性，加之金融行业资金配置和风险管理、支付工具等功能，民间借贷机构之间也存在着天然的结合倾向。在这种形势下，无论是政府监管部门还是立法部门，都应当将民间借贷的行业自律放到一个重要的位置考虑。

在立法规制的过程中，对于民间借贷行业自律组织应当旗帜鲜明的予以支持，并明文写入相关文件中。但考虑到行业协会的自我发展、自我管理性质，不宜过多对协会的具体内容加以规范。尽管目前我国行业协会还存在着诸如代表性不足、规模小、自治职能不足等问题，但究其原因，外部政策环境和市场环境的不利是重要的原因。因此这方面的立法重点还是应当在为民间借贷行业自律组织创造更好的外部环境上下功夫，比如给予一些经济上的扶持政策，转移一部分政府管理职能给行业组织，对行业协会会员的会费缴纳以及对外一些不合理费用的去除等进行规范。另外，对行业协会的职能也应当进行明确，坚决围绕行业自律、自我管理的中心，针对金融的各项功能，尤其是支付手段、风险管理等民间金融机构最为欠缺的功能进行立法规制。就支付手段功能而言，应当重点考虑如何在一个多机构共同参与的中间组织中更好地发挥清算支付功能。就风险管理功能而言，立法应重点考虑如何在这个多机构参与的组织中让参与行业协会的民间借贷机构更能够享受到信息共享、风险提示、互助互济的益处。

① 李华. 论中国封建社会的行会制度[C]. 南京大学历史系明清史研究室编. 中国资本主义萌芽论文集. 江苏: 江苏人民出版社, 1983: 118.

② 吴金良. 政府主导·社会参与·多方协作[J]. 公共行政, 2009, (3).

四、结 语

民间借贷作为一种具有悠久历史的金融形式，其生命力与风险一样大。一味的“封堵”可能既起不到预期效果，也不利于民间资本的合理配置，发挥其金融的最大效用。因此，在对一些严重扰乱金融秩序和严重侵害当事人合法权益的借贷行为进行坚决打击和取缔的同时，应当通过立法给予符合一定条件的民间借贷主体以合法地位，并辅之以相应的规制条件、支撑条件和法律责任，使其在规范有序的轨道上发展，从而最大限度地发挥民间资本的各项金融功能。这也是一国的立法者或政府所应当提供给社会的公共产品之一。

A Study on Some Legislation Emphases on Private Lending: Based on Financial Function Theory

LI Lei

Abstract: Based on the financial function theory, finance possesses six different functions, including resources allocation, floating of loan, information providing, means of payment, incentive mechanism as well as risk control. Compared with the status quo of China's private lending, the resource allocation function is still not significant confined to the geographical and habits factors. The information providing function is working without necessary accuracy, and may easily lead to moral hazard. The incentive mechanism function tends to alienate from originally normal incentive to a tool encouraging greed because of the unlimited rise of human lust. Virtually nothing could be witnessed in terms of the function of means of payment and the role of risk control. To better achieve the functions of finance, legislation needs to play a more active role in the points hereinafter: defining the accession conditions for the market players to give some institutes the subject status, managing interest rate and suppressing usury firmly, defining legal responsibility to every kind of illegal private lending clearly, as well as encouraging the sector to self-discipline.

Key words: private lending; financial functions theory; legal regulatory system

(责任编辑: 张建华)