

【政治·法律】

民间融资的含义、类型及其法律特征

李有星, 张传业

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

摘要: 在传统概念中, 民间融资容易与非法集资、地下钱庄、放高利贷等负面内容相联系, 民间融资与合法、违法以及非法集资的概念之间尚存在模糊区域。科学界定民间融资的含义、类型和特征等问题, 对于指导政府制定符合实际的民间融资相关规则、规范引导民间融资都有重要意义。

关键词: 民间融资; 民间借贷; 类型; 法律特征

中图分类号: D922.28 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-8997(2011)03-0068-04

民间融资作为我国金融体系的一个组成部分, 已经成为正规金融融资方式的有益补充, 在我国整个金融体系中占有巨大的份额, 在促进国民经济迅速发展方面发挥着重要的作用。然而, 一方面, 国家对民间融资长期以来实行较为严格的金融管制, 对民间融资尚缺乏系统的监管设计, 缺乏有效的监管机构 and 监管措施; 另一方面, 民间融资处于隐蔽、分散状态, 导致国家难以对其进行有效的监管。随着国家经济的发展和现实需要, 民间融资合法化、阳光化, 成为国内民间融资研究的热点和基点。在理论上如何界定民间融资及民间融资的类型和特征, 成了制定民间融资规范必须解决的问题。

一、民间融资的界定

中国人民银行认为, 民间融资是相对于国家依法批准设立的金融机构的资金往来而言的, 泛指非金融机构的自然人、企业以及其他经济主体(财政除外)之间以货币资金为标的的价值转移及本息支付^[1]。世界银行认为, 非正规金融可以被定义为那些没有被中央银行监管当局所控制的金融活动。即在发展中国家, 那些为非法人部门(如小农户、生产者、零售商等)提供贷款的专业放款人, 典当商、商人等, 就是非正式金融^[2]。国外普遍将民间融资定义为在政府批准并进行监管的金融活动(正规金融)之外所存在的游离于现行制度法规边缘的金融行为, 将民间融资界定为“非正规金融(informal finance)”。德国的 Heiko Schrader 认为, 金融市场(而非机构)如果掌握在国家信用

体系和相关金融法规控制之下, 就是正规金融^[3]; 反之, 即为非正规金融。Kropp 等认为, 对正规金融机构而言, 国家或政府通常会建立中央银行来进行调控, 而那些在此调控以外的金融市场则被定义为非正规金融^[4]。Anders Isaksson 认为, 非正规金融部门就是某些经济部门的金融活动没有受到国家的官方监管和控制^[5]。

学者们普遍认同民间融资是处于政府政策管制之外的、与正规金融相对应的、以营利为目的的一种融资活动, 分歧在于, 它是包含部分非法融资形式在内(也即民间融资是不是当然的合法行为), 还是仅为中性的经济行为、资金融通行为。我们认为, 民间融资本身是一种以货币资金标的私人交易的中性行为, 但由于选择的交易对象不同, 交易目的、交易方式不同, 履行的程序和采取的交易手段不同, 有些民间融资符合合法属性, 有些符合非法、违法属性, 因此, 民间融资概念中应当包含可能出现的非法融资形式, 只有符合规范要求的民间融资才是合法的、受保护的。规范要求包括程序规范、信息规范、宣传规范、对象规范、利率规范、融资规模规范和融资资金用途的规范。

结合民间融资现有的实际情况, 本文将民间融资定义为: 在国家依法批准设立的金融机构之外, 未由专门法律调整的, 出资人与受资人之间以货币资金为标的的价值转移及以本息支付为形式的融资行为。理解民间融资定义需要注意以下几点:

(1) 民间性。在本文采用的定义中, 民间性是指相对于国家

基金项目: 本文为教育部211工程第三期建设项目“转型期法治理论、制度与实证研究”、“民间融资监管的研究”(2010NC08)、“我国企业融资创新及其法律风险防治”(2009NH02)等课题的部分成果。

收稿日期: 2011-05-14

作者简介: 李有星(1962—), 男, 浙江缙云人, 浙江大学光华法学院教授, 主要研究金融法、证券法、公司法。

张传业(1985—), 男, 安徽肥东人, 浙江大学光华法学院2009级法律硕士研究生, 主要研究金融法。

依法批准设立的金融机构而言的,泛指非金融机构的自然人、法人以及其他经济主体(财政除外)之间的行为,为了抽象概况,采用出资人、受资人的提法,可以更广泛地容纳包括自然人、法人以及其他经济主体在内,但不限于此。

(2) 融资行为。融资行为是指出资人与受资人之间以货币资金为标的的价值转移及以本息支付为形式的行为,通常可以采取借贷、票据融资、有价证券融资、私募集资等形式进行,具有主体的广泛性和手段的复杂多样性等特征。

(3) 本息支付。以本息支付为形式,是民间融资的重要特征,有的以基金、股权、投资、会员等名义进行的融资、集资,所出具承诺回报、分红等也体现为借贷型的本息的支付形式。表现为借贷性的本金归还和高利息支付方式。

(4) 未由专门法律调整的融资。民间融资范围很广,包括公司发行的债券、公司上市、股权私募融资等等。只是某些民间融资依照相关法律规定进行,已经由专门法调整。基于受专门法律调整的民间融资,本文将不再作专门的讨论,也不将此类融资纳入讨论的民间融资范畴。

(5) 概念的中性。民间融资本身是中性的经济金融行为,即对民间融资本身不要求其具有合法性要件。民间融资作为一种融资形式,既包括国家法律明确予以认可的(即合法形式,比如私人之间调剂余缺的借贷),也包括违法形式的民间融资(比如非法集资),但更多的是游离于合法与违法之间的灰色地带的民间融资。民间融资行为是否应得到法律保护,要依据其发生融资交易的主体、程序、目的、方式、利率等要素来综合确定,民间融资中采用非法方式的,可以构成非法集资犯罪。

二、民间融资的类型

世界银行认为非正规金融可以分为以下三类:一是既非信贷机构,也非储蓄机构从事的融资行为;二是在借贷双方之间提供的完全中介服务(World Bank, 1997)^[6];三是专门处理个人或企业关系的金融交易。中国人民银行根据交易主体、融资用途与利率水平的不同,将民间融资分为四种类型:一是低利率的互助式借贷。融资主体主要为自然人,融资双方关系密切,融资主要用于应付短期生活急需,融资规模小且大多不计利息或利息低微,即民间常见的“帮困济贫”借贷。二是利率水平较高的信用借贷。融资主体主要是个体及民营中小企业,以关系、信誉为基础,多用于生产性周转需要,融资利率水平主要依据借款人实力、信用情况商定或随行就市,这种以信用交易为特征的利率水平较高的借贷是民间融资的最主要方式。三是不规范的中介借贷。包括借助于正规中介机构的融资行为和以非正规中介组织为依托进行民间融资。近年来,地下钱庄、基金会、标会、银背等非法融资机构大大减少,但相继又出现有固定的资金运作规则,整个融资模式类似于银行信贷的信息咨询公司、乡镇企业投资公司等新型的民间借贷组织,甚至出现专门为借贷双方担保的经纪人。四是变相的企业内部集资。由于缺乏系统、正规、运作成熟的创业投资基金,许多中小民营企业、个体工商户常以保证金、职工集资、合股经营、吸纳外地

资金入股等形式直接从民间筹集资金,用以维持或扩大生产经营规模。

民间融资的类型主要有股权融资和债权融资两种。股权融资因为涉及注册公司和公司利润分红,有公司法和公司章程的规范依据,一般比较标准化和规范化;债权融资则很容易走入高利贷或非法集资的误区。本文采取列举与概括的方式对民间融资的类型进行分类。

(一) 民间直接借贷。直接借贷泛指社会上自发的、分散的、一对一的借贷,是民间金融最原始和最普遍的形式,其主要用途是解决家庭困难或用于生活消费、小本生产、小本经营,也有部分企业资金周转临时急需。这种借贷方式由于灵活、方便,分布范围比较广,通常单笔金额较小但总体规模较大^[7]。根据借贷主体的需求不同,民间直接借贷可以分为生活用资金借贷和生产性资金借贷两种。生活性资金借贷一般存在于个人之间,主要是基于血缘、地缘或是朋友关系而发生的一种资金借贷关系。生产性资金的借贷主要发生在个人与企业之间、企业与企业之间,一般是为了生产周转的需要,借贷的周期有长有短,在一些特殊的行业还存在比较明显的季节性特点。根据借贷主体的身份不同,民间直接借贷可以分为个人之间借贷、个人与企业之间借贷、企业之间借贷。对于企业间借贷,尽管《民法通则》、《合同法》等法律、行政法规均未对其合法性及效力问题作出明确规定,但历来的政策特别是部门规章对其合法效力是不予认可的^[8]。有法院认为企业间临时资金调剂性借贷可以不作无效处理。

(二) 企业内部集资(集股)。企业内部集资是指生产性企业为了加强企业内部集管理,把企业内部集资活动引向健康发展的轨道,在自身的生产资金短缺时,在本单位内部职工中以债券等形式筹集资金的借贷行为。企业为避开“非法集资”嫌疑,不少集资名义上以集股方式进行,或称之为股权性集资。在宏观调控的紧缩态势下,企业集资的范围和规模均有扩大迹象。由于“未向社会公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于非法吸收或者变相吸收公众存款”的司法解释的施行,公司企业、单位内部集资方式会很普遍。

(三) 典当融资。在现有的金融体系中,国家赋予了典当业合法的经营地位。根据商务部、公安部颁布、2005年4月1日起施行的《典当管理办法》规定,所谓典当,是指当户将其动产、财产权利作为当物质押或者抵押给典当行,交付一定比例费用,取得当金,并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为。在实践中,由于大多数民间融资活动现在尚未得到法律的认可,为了规避法律的限制,于是,一些民间金融组织常常以经营典当为名,从事纯粹的民间借贷业务,甚至与基金会等组织联手从事民间融资业务。

(四) 合会(抬会、标会)融资。合会是一种集储蓄和信贷于一体的古老的互助性融资形式。合会一般由一个自然人作为会首,出于某种目的,组织起有限数量的人员,每人每期拿出约定数额的会钱,每期有一个人能得到集中在一起的全部当期会钱(包括其他成员支付的利息),并分期支付相应的利息。谁在

哪一期收到会钱,由抽签或者对利息进行投标等方式来确定。

(五)基金类融资。基金类融资是一种常见的融资方式。我国存在许多合法的基金形态,如证券投资基金、信托投资基金等等,但同时存在着基金规范不足的问题,特别是各类私募基金。现在,存在着以各种名目设立基金,基金设立过程未经有关有权机构批准、核准,基金运作缺乏规则,基金收益受缺损缺乏约束等现象,在缺乏规则的情形下,民间基金融资成为非法集资的重要组成部分。

(六)证券性融资和票据贴现融资,有价证券融资表现为利用存单、公司债券、股票等进行融资。这些股票、存单、债券等,主要是借款人用于抵押、质押贷款,部分借贷人之间还要收取一定的差额利息或手续费。这种行为是当前较为流行的一种方式,在当前的民间融资中具有一定的典型性。证券性融资通常未经依法核准,擅自发行证券,或以发行证券为幌子吸收公众资金。

民间票据贴现指企业以未到期的银行承兑汇票向另一家企业贴现,这是在金融机构外进行的票据流通和转让。根据我国《票据法》和《商业银行法》的有关规定,我国是禁止从事民间票据贴现业务的。但是,由于金融机构的“贴现”门槛高、风险管理和内部控制意识强,而民间票据贴现简单、方便、灵活、民间资本充足,使得民间票据贴现各地悄然兴起,尤其受到中小企业的青睐。民间票据贴现不但为企业提供了一个新的融资渠道,也活跃了票据贴现市场。

(七)权益性融资。利用房产权益、土地使用权权益、林权权益、股权权益、基金权益、保险单权益、知识产权权益、采矿权益、股份认购权益、收费权益、债权权益等等各种动产和不动产权益开展民间融资。

(八)其他形式融资。除上述明确列举的民间融资类型以外,其他在国家依法批准设立的金融机构之外、未由专门法律调整的,出资人与受资人之间以货币资金为标的的价值转移及本息支付为形式的行为,也包括在本文的研究范围之内。

三、民间融资的法律特征

民间融资法律特征主要指民间融资特有并以法律意义表现的形态,主要有:

(一)民间融资主体和方式多样复杂。民间融资主体多、方式呈现多样化,不再仅仅是以直接借贷为唯一方式。主要表现为载体及组织形式多样化,包括融资中介、银背、私人钱庄,民间集资,商业融资,民间票据市场,民间合会和农村合作基金会等。据不完全统计,浙江省某市有典当行14家、担保公司111家(经工商注册登记)、寄售行506家(经工商注册登记),几乎均有民间借贷行为。与此同时,依托这些民间借贷组织,大量“资金掮客”活跃其中,形成了一个层级分明、分工有序的短期民间融资市场,融资规模不断扩大^[9]。这些民间借贷组织往往打着“投资理财”的旗号来吸引民间资本的投入,再以帮助企业解决资金需求的名义高利向外借款,从中赚取高额利差。

(二)民间融资利率高与借贷额度期限相关。民间融资利

率要远远高于正规金融的贷款利率,甚至远高于同期银行贷款的基准利率的4倍^[10]。民间融资利率也会产生波动,决定利率波动因素在于资金供求双方供需关系的变化:如果供过于求,利率就会下降;反之,利率就会上升。民间借贷的利率通常是借贷的时间长利率低、时间短利率高,特别是短期银行转贷的调头的资金利率会高。如支付周利息为2%~4%;月息5%~10%等等。自2010年下半年以来,民间融资利率提高,一般为年息15%以上,而“短期融资”、“贷款置换”式暂时性融资的平均融资利率为月息3%~5%,最高出现月息10%以上的情况^[11]。据杭州调研材料反映,该地民间融资利率水平较高,利率一般在10%~20%之间,有的高达年率35%,一般以天计算利率,低的为每天0.2%,高的可达每天0.4%至0.5%;以月利率计算的,一般为4分至5分,高的达到9分至10分,大额民间融资利率相对低,小额民间融资利率相对高^[12]。

(三)融资担保方式简便且以信用借贷为主。其一,民间融资双方达成融资契约,办理手续简单,办理时间短,可以真正解决急用资金,实现资金的“及时雨”功能。正因为能够帮助急需资金者解决问题,融入方愿意承担远远高于正规借贷的利率。其二是借贷担保要求多样化。担保要求多样化是指借贷双方就双方可接受的方式提供担保,比正规金融的担保种类和担保手续灵活得多。如房产担保,双方商定只要将房产证放在资金提供方就可以,无需办理真正的抵押手续。总之,双方商定即可满足担保,借贷期限灵活,长短期均可。民间借贷大多采取信用借贷方式,借贷中采用各种担保措施,如保证、抵押、质押等方式。

(四)民间融资行为边界争议多。民间融资常常与非法集资纠缠在一起,有时发生概念界定上的争议,如对公开宣传、亲友、不特定人、资金临时调剂、生产经营、资金掮客等等概念上的具体判断有争议。再如,非法集资的非法吸收公众存款必须同时具备4要件,其中的公开性要求是“通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”,借助媒体、网站、通讯等具有载体性质的、出自集资人或其代理人的宣传行为,由于其有共同的目的和意思联络,这种宣传认定是公开宣传没有争议,但对口口相传式借贷是否属于公开宣传则有较大争议。

(五)民间融资借贷高利率调整困难。现行法律规则处于是规范民间融资的融入方,还是融出方(放债方、放贷方),或是同时调整规范双方的立法定位上的不确定之中。有的是主要调整融入人、集资人,保护放债人,如打击非法集资就是打击融入方,保护放债人,最终导致放债时不计后果,不能实现收债时就找政府的格局。有的是调整放债人,但对放债行为又缺乏市场化的体制与机制,最终就是限制放债人的资金配置行为和投资理财行为,法律上表述为任何人不得从事金融贷款业务,超出4倍同期银行贷款利率无效,法律不予保护,以及套用银行资金构成非法转贷罪等等。应当制定放债人条例,来规范放债行为,维护民间融资市场放债秩序。我国目前借贷的高利率超出银行同期贷款利率的4倍,实践中难以规制。法律规定,借贷约定超出4倍部分无效,但不反对当事人自愿主动履行,更没有法

律规定高利贷为违法或要承担相应法律责任。中国人民银行2002年通知中涉及打击高利贷行为,但实践中并没有落到实处,民间高利贷款现象仍普遍存在。

(六)民间融资中非法集资入罪标准低。依据2011年1月4日施行的《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》第3条规定,个人非法吸收或者变相吸收公众存款应当依法追究刑事责任标准是数额在20万元以上的,单位数额在100万元以上的;个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象30人以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的;个人非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在10万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在50万元以上的;以及造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。这种标准,要么因为突破的太多而无法严格执行,要么就是被规避。

(七)民间融资规范执行差、存在法律盲区。如最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》规定,“除本

金可以返还外,对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴,对另一方则应处以相当于银行利息的罚款”。《贷款通则》第73条规定,“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”等规定,但现实中,这些条款基本不执行,没有因为企业之间借贷而受到人民银行处罚的。又如《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第22条规定设立非法金融机构或者从事非法金融业务活动,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由中国人民银行没收违法所得,并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得的,处10万元以上50万元以下的罚款。在实践中,大多数的非法集资都是直接适用非法吸收公众存款罪直接定罪处罚的,行政机关在其中发挥的作用甚少。其中,对于民间中介借贷、企业内部集资、融资租赁、私募基金等机构融资行为,更是处于无人监管的状态。

[参 考 文 献]

- [1] 黄孟复. 中国中小企业融资状况调查[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2010: 276.
- [2] World Bank. Informal financial markets and financial intermediation in four African countries. Finding: Africa Region, January 1997, No. 97.
- [3] Heiko Scharneder, “Informal Finance and Intermediation”, working Paper, No. 252, UB&SDRC, Germany, ISSN. 1936-3408.
- [4] Kropp E. et al., “Linking Self-help Groups and Banks in Developing Countries”, Eschborn: GIZ-VERLAG, 1989.
- [5] Anders Isaksson, “The Importance of Informal Finance in Kenyan Manufacturing”, SIN Working Paper Series, 2002(5).
- [6] 姜旭朝, 丁昌锋. 民间金融理论分析: 范畴、比较与制度变迁[J]. 金融研究, 2004, (8).
- [7] 中国人民银行杭州中心支行. 浙江省民间金融研究报告[J]. 浙江金融研究报告, 2006, (1).
- [8] 龙翼飞, 杨建文. 企业间借贷合同的效力认定及责任承担[J]. 现代法学, 2008, (2).
- [9] 盛文军. 宏观调控背景下浙江省民间融资新变化[J]. 浙江金融, 2008, (3).
- [10] 王江, 程红萍. 非正规金融利率形成的因素分析[J]. 黄冈职业技术学院学报, 2004, (4).
- [11] 金华市人民政府. 金华市处置非法集资和民间融资规范引导工作情况汇报[G]. 2011-03-18: 5.
- [12] 杭州市处置非法集资工作办公室. 向省处置非法集资工作督导组汇报材料[G]. 2011-03.

The Meaning, Types, and Legal Features of Folk Finance

LI You-xing, ZHANG Chuan-ye

(Guanghua College of Law, Zhejiang University, Hangzhou, 310008, China)

Abstract: In people's traditional view, folk finance is easily connected with some negative issues such as illegal collection of fund, unauthorized bank, usurious loan, and so on. There is still unclear field between the definitions of folk finance, legal collection of fund, illegal collection of fund, and unlawful collection of fund. The meaning, types, and features should be scientifically defined, which is significant for the government to regulate and guide folk finance and to issue practical and suitable rules in the field.

Key words: folk finance; folk loan; type; legal feature

(责任编辑: 赵 杨)