

民间融资的类型及其法律特性

李有星 张传业

(浙江大学光华法学院 浙江 杭州 310008)

[摘要]民间融资很容易让人想起非法集资、地下钱庄、放高利贷等负面内容,在民间融资与非法集资之间,尚存在着灰色地带,界定不明确是民间融资发展的首要障碍。准确表述民间融资、其有何种类和特征等问题之后才能制定出符合实际、对社会经济发展起正确的引导和推动作用的相关法律。

[关键词]民间融资;民间借贷;典当;合会;特性

民间融资作为我国金融体系的一部分,已经成为正规金融的一种补充,在我国整个金融体系中占有巨大的份额,但是在长时间内它却一直隐藏于阴暗之中。这主要是因为国家对金融安全、社会稳定以及宏观调控力度的担忧,但最为根本的原因在于民间融资的隐蔽性、^[1]分散性等特点导致国家难以对其进行有效的监管。目前,国内学术界及社会多方都在大力呼吁民间融资合法化、阳光化,这也一度成为国内民间融资研究的基点。^[2]在民间融资问题的研究中,首先要解决的是民间融资概念、类型和特性问题。

一、民间融资的含义

民间融资是相对于官方融资而言的对称概念,也是民间金融的组成部分,目前并没有统一认可的概念。民间融资有时会同民间金融互用,国外多将民间金融界定为“非正规金融(informal finance)”,德国的 Heiko Schrader^[3]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;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(2002)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]另外有些学者认为,非金融机构是基于未来现金承诺而指定的不以法定体系为依据并可追索的合同和契约(Scheriner,2000)。^[6]世界银行则认为,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。

国内的学术界基于不同的角度,对民间金融也有不同的定义:“就是为了民间经济融通资金的所有非公有经济成分的资金活动”。^[7]“指未在工商部门登记注册,并从事资金融通活动的组织”。“相对于官方的正规金融制度和银行组织而言自发形成的民间信用部分”。

而央行的定义则认为:相对于国家依法批准的设立的金融机构而言的,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。^[8]

我们将民间融资定义为: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本息支付为形式的融资行为。理解民间融资定义注意以下几点:

(1)民间性。民间性是指相对于国家依法批准的设立的金

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,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。(3)本息支付。本息支付为形式是民间融资的重要特征,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。由于公司发行公司债券、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,本报告将不再作讨论,也不将此类融资纳入讨论范畴。(5)民间融资概念的中性。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。

二、我国民间融资的类型

国外对民间金融的分类,以世界银行为代表,其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;^[9]三是专门处理个人或企业关系的金融交易。

结合我国当前经济发展的实际情况,同时根据各种民间融资存在的主要形式以及在融资过程中的不同目的与作用,可把民间融资分为以下几种:

(一)债权债务式的民间借贷

民间借贷无疑是民间金融活动的核心。民间借贷有广义和狭义的区别,广义的民间借贷是各种金融种类的总称,狭义的民间借贷是指民间个人之间的借贷活动。结合我国目前民间金融状况,民间借贷可以有以下几种分类标准:首先可以参照借贷利率的不同,简单分为友情借贷(一般利率)和高利率借贷(高于国家法定规定)。其次按照参与借贷关系的主体不同划分,可以分为个人形式的民间借贷、以公司形式存在的专业民间借贷(即地下钱庄)。有关民间借贷最明确的官方概念来自于最高人民法院法(民)发[1991]21号司法解释中第六条中出现一次,按照该司法解释第一条的规定,^[9]对民间借贷可以理解为:民间借贷是指公民之间及公民与法人和其他组织之间的借贷。这里的法人或其他组织是指非金融性质的法人或其他组织。而实际中,民间借贷主要发生在公民之间,也发生在公民与企业之间。具体而言,民间借贷根据主体和形式的不同又可以分为个人借贷、地下钱庄等。

1.个人形式的民间借贷

按照经济学的观点,个人形式的民间借贷有助于克服信息不对称难题和节约加交易成本。民间借贷依靠资金供求双方的人缘、地缘关系获取关于借方的信息特征,从而在很大程度上克服了信贷市场上的信息不对称难题。民间借贷的信息优势还

反映在它的制度设计上。有的民间金融组织要求会员每隔一段时间聚会,或者由组织者负责与其他的成员定期接触,这种接触不仅有利于成员之间加强情感上的纽带,还能够帮助会员之间互相了解最新的信息,互相监督对方的行为。借贷双方之间接触越多,风险则越低。^[10]其次,有助于节约交易成本。民间借贷操作技术要求不高,各种要素可以根据实际情况进行灵活调整,这也使得交易成本变得更低。相反,商业银行在相关领域的创新却往往因为各种各样的管制而发生扭曲,导致交易成本的上升。^[11]同时可以对正规金融的发展起到很好的补充和示范作用。因此,个人形式的民间借贷对公民生活和经济发展的作用无疑是巨大的。^[12]

要理解个人民间借贷的法律性质,就不能不将银行贷款合同与个人之间的互助式借贷的贷款合同进行比较。银行贷款合同与个人之间的互助式借贷的贷款合同,在法律性质上说都是借贷关系,一般称之为借款合同,应该说明,借款合同交之贷款合同涵盖的范围更广,司法实践中,以借款合同主体不同区分以金融机构为出借人的借款合同和以自然人为出借人的借款合同,前者称为借款合同,后者称为借贷合同。《合同法》则将金融机构为出借人的借款合同与民间借贷关系统一规定为借款合同。^[13]同时考虑到二者毕竟有很大不同,对自然人之间的借款合同在利息、签订的形式及履行等方面作出了较为灵活的规定。(《合同法》第12章210、211条)^[14]以金融机构为出借人的借款合同和以自然人为出借人的借贷合同不同之处在于:以金融机构为出借人的借款合同为双务、有偿和诺成性合同;以自然人为出借人的借贷合同则为实践性合同,已交付货币时合同生效,借款的利息和利率由双方约定。没有约定的,视为不支付利息。

2. 公司形式存在的民间借贷 地下钱庄和企业间借贷

关于地下钱庄的法律性质,根据《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第3条的规定,“地下钱庄在我国现行的法律体系中,仍属非法金融机构。而对于企业间借贷,关于其合同的效力问题,目前主流的观点认为是无效的。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。¹⁶2001年11月,最高人民法院专门就企业间借贷问题征求有关部门意见,建议放开企业间借贷。理由主要有三个:第一,企业间借贷普遍存在;第二,《合同法》并没有明确禁止;第三,既然民间借贷已经放开了,再继续禁止企业间借贷,对企业“不公平”。

最高人民法院曾发布《关于如何确定公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》。其中明确规定,“公民与非金融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。”企业间借贷与民间借贷在法理上并无不同,企业作为合法的具有独立行为能力的法人,只要意思表示真实,不应与民间借贷区别对待。2005年,我国修订通过新的《公司法》。《公司法》及“三资企业法”均未限制公司的资金不可借贷给关系企业。另外,从相关的税收法律法规以及税务机关的实际做法来看,我国税务机关对企业间的借贷行为不但未限制,而且在依法征税。

(二) 权益性融资

发行股票、接受新股东投资等,都属于权益性融资。而权益性融资最常见的方式是股权融资,即发行股票。因此,我们又可以把权益性融资称为股权性融资。我们可以从我国《企业所得税法实施条例》第119条中对债权性投资和权益性投资的规定来看到我国对权益性融资的规定。权益性投资,是指企业接受的不需要支付偿还本金和支付利息,投资人对企业净资产拥有所有权的投资。权益性投资反映的是所有者对企业资产的剩余索取权,是企业资产中扣除负债后应由所有者享有的部分,反映所有者投入资本的保值增值情况。

(三) 典当融资

典当融资是在我国是一种历史悠久的融资方式。有关典当的法律定义,从2001年8月8日原国家经济贸易委员会颁布的《典当行管理办法》第3条规定可以看出,典当是指以动产为出当物而将占有实际转移给具有营业资格的企业作为担保即进行质押,从而获得融资的活动或行为。典当融资是指当户将其的动产、财产权利作为当物或者将其房产作为当物抵押给典当行,交付一定的比例费用,取得当金并在约定的期限内支付当金利息、偿还当金、赎回典当物的行为。^[17]典当业务,简单来讲,是一种以质押为条件的货币借贷,因为增加了房地产典当业务,又多一层抵押贷款关系。当的当事人间存在着类似借贷关系;当事人间的借贷关系是以存在着持当人以提供质当物为担保的前提下,所成立的借贷关系。但是若持当人未为取赎,而愿意将质当物所有权移转给当铺业当事人,则持当人原则上不再负有取赎的责任。当铺业当事人就持当人所提供的质当物具有“担保”的效力;当铺业当事人就持当人所提供的质当物虽然具有担保的效力,但仍然与一般的“担保物权”有所不同。因为担保物权的主债务人在担保物的价值不足清偿债务时,仍负清偿的责任,而当则可以不予取赎。

(四) 合会融资

“合会”这种民间融资方式,以台湾为例,其在民法中有专门的规定,在民法第二篇“债”之第二章“各种之债”中的第一九节“隐名合伙”的第一部分,共九条(第709-1-9条),其中其对“合会”做了法律上的规定:“合会者,谓由会首邀集两人以上为会员,互约交付会款及标取合会金之契约。”(第709-1条)^[18]有关“合会”的法律性质,“合会”本身定立目的在于使用资金,即发生资金所有权的移转,但在“合会”契约成立后,会首与会员,以及会员相互之间并不立即发生物权的变动,而是仅仅产生债权债务关系,会首负责组织管理“合会”事宜,会脚依照当初的合约负交付“合会”会款的义务,得标的会员则依照其标息负有交付加息会款的义务。换言之,合会契约仅生债法上的效力,而不直接导致物权行为,因此属于债权契约,财产权利并不不因合会契约之成立而生移转效果,故合会契约并未以会款之交付为成立或生效要件,合会契约亦属非要物的诺成性契约。

(五) 基金类融资

基金类融资是一种常见的融资方式。由于我国存在许多合法的基金形态,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,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,基金收益受损缺乏约束,成为非法集资的重要组成部分。

(六) 有价证券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。

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、民间资本充足等原因,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)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报告研究范围之内。

三、民间融资的特性

(一)融资规模逐年扩大,民间投资增速加快

中国人民银行在2005年推算为:民间融资规模9500亿元。^[19]根据浙江省台州市的简单测算,2006年台州市底民间借贷的规模约650-700亿左右,民间融资总额与银行贷款总额之比约为0.65:1。总额大体已经达到1000-1200亿元之间。^[20]温州在2010年大约6000亿元,也有估计8000亿元。有人估计浙江的民间融资规模在1万亿以上。事实上,随着经济总量的扩大,民间融资规模也在扩大。

(二)民间融资的不公开性,且来源渠道多元化

其资金来源以个人为主,融资渠道及形式多元化。除个人和企业直接借贷、企业集资(集股)、私募基金、合会或抬会、资金中介以及地下钱庄外,小额贷款公司、典当行、担保公司、自发性金融与产业协作组织等机构大量参与民间借贷,组织化程度有所提高。

(三)区域性显著

民间借贷活跃程度与各地经济总量、民营经济发达程度以及区域金融生态发展水平相关。北京、上海、天津等正规金融机构较多、金融生态环境好的大城市,中小企业民间借贷相对不活跃,西部欠发达地区的民间借贷规模相对较小,利率低于全国平均水平;一些民营经济较为发达地区(如浙江、福建、广东),民间借贷规模居全国前列。

(四)融资的高利率,同时利率市场化特征明显

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。以台州为例,根据人民银行对民间融资利率监测,现在台州地区民间融资年利率在12.3%-17.48%之间,平均利率15.56%。而根据中国人民银行所发布的基准利率,同期银行贷款利率的最高值不过6.40%,2011年的最高贷款利率也不过6.80%。

民间融资利率也会产生波动,决定利率因素在于资金供求双方供需关系变化,如果供过于求,利率就会下降;反之,利率就会上升。但总体而言,浙江处于经济增长的上升期,投资高

涨,社会资金需求旺盛,民间借贷异常活跃,直接导致了民间借贷价格——利率的攀升,居高不下。民间借贷的利率通常是借贷时间长,借贷利率低,借贷时间短,借贷利率高,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。2008年银监局曾经做过一个调研,当时最高的借贷年利率曾达到130%。随着2009年国家实行适度宽松的货币政策,特别是4万亿元投资背景下,民间借贷的利率一度下滑,在2009年4月,最低的年利率只有15%左右。随着2011年3月25日,央行在今年第三次上调存款准备金率0.5%,大型金融机构的存款准备金率已经上升到20%。正规金融机构放贷资金大量被冻结,可以放贷规模受控,中小企业目标再次转向民间融资,民间利率上升的趋势明显。根据人民银行温州中心支行的监测数据,2010年10月份的民间借贷平均利率已经达到39.19%。随着银行加息以及收紧贷款比较明显。2011年以来,温州民间借贷利率短期借款的月息6到8分,半年以上(长期)的也要3至4分,月利率6分利换算成年利率是72%,8分利则是96%。据了解,近期温州的民间借贷市场,利率水平已超过历史最高值,有的甚至高达月息1毛5,就是年息180%。各地民间借贷利率以金融机构贷款利率为参照,依区域经济发展水平、资金供求关系、借款主体类别、借款用途等不同而有所不同,利率水平差异化较大,利率市场化特征明显。

(五)民间融资尚处于灰色地带,亟待法律法规的出台

在民间融资与“非法集资”之间,尚存在着难以明确界定的灰色地带,法律界定不明确是民间融资发展的首要障碍。目前对居民个人之间的借贷行为,法律没有明文禁止,国家主要打击的是高利贷,对企业向社会不特定对象借债纳入到涉及公众利益的金融业务严格管理,对企业之间和他们向居民个人的房贷行为,目前也作为金融业务严格管制。

四、结语

通过分析了民间融资的现状和特点,旨在为民间融资的深入研究作一个铺垫,让人们了解民间融资现状,为民间融资走向正规化做铺垫,辩证来看,民间融资之所以能够得以生存和快速发展,既有它合理的一面,又有它消极的一面。因此,我们必须以积极的态度、科学的理念和辩证的观点进行客观分析和评判,同时亟望监管部门通过合理的途径来加以引导,使其能为我国各类企业在融资问题上发挥积极的作用。

[参考文献]

- [1]曹洪辉.我国民间金融的发展与金融深化.中国金融,2005,(17):39.
- [2]张建华,卓凯.非正规金融、制度变迁与经济增长:一个文献综述.改革,2004,(3):45.
- [3]Heiko Scharrader,“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:GTZ-VERLAG,1989.
- [5]Anders Isaksson,“The Importance of Informal Finance in Kenyan Manufacturing”,SIN Working Paper Series,2002(5).
- [6]Schreiner,“Credit Scoring for Microfinance:Can It Work?”,Journal of Microfinance,2000(5).

[下转第143页]

量为两个,可采用图解法,如果限制条件中的自变量有多个,可以用单纯性法求出资源的最佳组合。

2.查找生产经营中的关键问题,研究原因时的常用方法。经营管理中经常要找出管理的弱点、生产中的限制因子,以便采取改进措施。例如企业生产的各种产品中,哪几个产品是影响利润的关键,众多材料中哪些材料是管理的重点,产生的各种废品中,首先应抓哪一废品等等,这时可用排列图、因果分析图、经济活动分析方法和统计分析方法等。

3.研究提高经济效益的措施时的常用方法要帮助被审单位提高经济效益,就要针对存在的原因和问题寻找改进的措施,并在各种措施中寻找出最佳措施。这时,审计人员可以采用系统图法。

四、管理审计选用的方法

管理审计使用的方法除了经常用查询法了解被审单位的管理情况和用观察法到现场观察管理工作外,还用调查表法、流程图法、组织系统图法、金额法和评分法等。

(一)调查表法。调查表法是根据审计工作的要求事先拟好需了解的问题,设计好调查表格,发给有关人员征求意见的方法。这是管理审计搜集审计证据的重要方法,一般设计成问题式,称为问题式调查表。设计调查表时要注意:

- 1.必要性,所提的问题应该根据审计工作的要求,不提无关紧要 and 审计目标无关的问题;
- 2.可行性,所提的问题要使被问人容易回答,不提那些人们难以回答的问题;
- 3.准确性,所提的问题力求简洁明确,还要避免具有诱导性、暗示性的问题;
- 4.艺术性,问题要讲究策略技巧,所提问题不要引起被问人反感,刁,要用刺激性词句。问题式调查表发给有关的干部或

职工,有时可发给全体职工。根据情况回答人可记名,也可不记名。一般说无记名的调查表可消除回答者顾虑,缺点是有的职工随便回答,记名则较郑重,但回答者有时有顾虑。审计人员应根据调查要求设计,对回收的调查表要认真整理分析。

(二)流程图法流程图法。可用于反映管理工作中各部门的联系和某一管理工作的程序,可采用调查内部控制的流程图符号绘制,也可创造其他符号,但一个审计机构采用的符号应一致,以便识别。

(三)组织系统图法组织系统图法就是将被审计单位的各级机构绘成一张图,以反映被审计单位从上到下和各部门机构的领导关系,这是审查被审计单位组织机构是否健全,分工是否明确的主要方法。

(四)金额法金额法是将管理得失数量化,用货币数量来计算表达的方法,可以说它是计算管理得失的算帐法。

五、结语

企业经济效益审计方法有很多种,企业的审计人员可以根据自身的需要,选择适合的审计方法,但是无论是采用何种方法,都需要遵守职业操守,都需要根据市场的变化进行审查,保证企业经济效益分析的结果符合企业实际的情况,为企业的发展提供有效的参考数据。

[参考文献]

- [1]邢俊芳,陈华,邹传华.最新国外绩效审计.中国审计出版社,2001-1.
 - [2]宫传辉.企业经济效益审计模式.中国内部审计杂志,2006,(6).
 - [3]王会金,陈希晖.效益审计增值的重要工具—平衡记分卡.中国内部审计杂志,2006,(6).
- [作者简介]覃俊娟,女,广西壹翔投资有限公司财务经理。

[上接第 141 页]

[7]姜旭朝.中国民间金融研究.济南,山东人民出版社,1995.

[8]黄孟复.中国中小企业融资状况调查.中国财政经济出版社,2010-1,(1):276.姜旭朝,丁昌锋.民间金融理论分析:范畴、比较与制度变迁.金融研究.2004(8).

[9]最高人民法院法民发[1991]21号关于人民法院审理借贷案件的若干意见第1条:“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。”第6条:“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”

[10]Ven den Brink R,Chavas J.P,The Microeconomics of an Indigenous African Institution:The Rotating Saving and Credit Associations,Economic Development and Cultural Change Calomiris,Journal of Development Economics 1997,45,PP:745- 772

[11]Adams D.W,canavrsi de sahonero,M.L.rotating savings and credit associations in bolivia,saving and development,1989,3(13),pp:219- 236

[12]罗丹阳.中小企业民间融资.北京:中国金融出版社,2009-1,(1):75- 90.

[13]强力.金融法.北京:法律出版社,2004-8,(1):175- 178.

[14]合同法第210条:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。”第211条:“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。自然人之间的借款合同约定支付利息的,借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。”

[15]非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法第3条:“非法金融机构,是指未经中国人民银行批准,擅自设立从事或者从事吸取存款、发放贷款、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构。”

[16]龙翼飞、杨建文.企业间借贷合同的效力认定及责任承担.现代法学,2008,(2):55.

[17]赵倩.典当融资.金融观察,2009,(08):77.

[18]林云川.合会法律问题与民间融资法典化浅析.法大民商经济法律网,2005-9.网址: http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_34113.shtml

[19]冉学东,吴慧.央行推算:民间融资规模9500亿元利率12%左右.第一财经日报,2005-07-26.

[20]台州人民银行.人民银行汇报材料(内部材料),2011-3-17.

[作者简介]李有星,浙江大学光华法学院教授,法学博士,研究方向:金融法、公司法、证券法,张传业,浙江大学光华法学院法律硕士。

[基金项目]本文系教育部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)课题部分成果。