

# 民间借贷风险的法律防范

李智,程娟娟

(上海大学法学院,上海 200444)

**摘要:**一场没有硝烟的金融战争结束以后,世界经济处于一个低迷的时期,中国虽较之其他国家有所优势,但也始终未逃脱危机的枷锁。中小企业由于没有雄厚的财力作为支撑,金融危机发生无疑给予他们致命一击,尤其在融资方面更是困难。为了解决困难,中小企业便把求生的目光投向了不受地区限制的民间借贷。近年来民间借贷规模扩大,形式多样,在金融机构之外,民间借贷发挥着不可替代的作用,很大程度上满足了人民群众临时性融资的需求,支持了中小企业的发展。但长久以来,中国并没有对民间借贷形成统一的、明确的管理规范,更没有对民间借贷给予法律上合理的定位,这导致了有关民间借贷的纠纷不断增加,金融风险也频繁发生。因此,建设相关民间借贷方面的法律制度势在必行。

**关键词:**民间借贷;风险;法律规制

**中图分类号:**DF438.2

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2013)01-0032-06

金融危机后中国无论是大型企业还是小型企业都出现了严重的经营困难,尤以小企业为甚。其中以融资困难最为突出。经济危机使银行保持着高度的警惕性,为了防止不良资产的上升,银行乐意支持国有大型企业的发展,而中小企业很难在银行中筹集到资金。虽然政府为帮助缓解中小企业资金短缺频频出台相关的政策措施,但对于这些企业来说也都是杯水车薪,成效甚微。资金短缺仍是阻碍多数企业发展创新的难题。

为了解决融资困难,随着经济的日益发展,跨区域发展的民间借贷受到了中小企业融资垂青。由此民间借贷规模越来越大,它不仅挽救了多数企业的生命,而且为企业提供了发展创新的契机。但长久以来,中国并没有对民间借贷形成统一的、明确的管理规范,更没有对民间借贷给予法律上的合理定位,因而,难以避免出现了一些负面影响,比如温州中小企业老板“跑路”事件。鉴于此,中国必须加快建设民间借贷相关法律制度,积极地引导民间借贷健康发展,防范民间借贷引发的各种类型的风险。

## 一、民间借贷的内涵及其新特点

### (一)民间借贷的内涵

民间借贷属于民间信用形式,国外学者大多是以相对于正规金融机构来界定民间借贷的内涵,他们以是否处于中央银行和金融监管的监管范围之内或者是以相关的资金融通活动有无经过正规金融体系为标准来定义民间借贷的内涵,非正规金融,指未经政府相关职能部门审查批准的,并且不受监督管理的、活跃于金融法规边缘的资金融通活动<sup>[1]</sup>。在国外,民间借贷的主要形式有货币借贷、民间互助会、信用合作社。在国内,学界相关研究多称之为“地下金融”、“体制外金融”、“民间金融”、“非正式金融”等;国内学者多从企业的融资活

动是否得到了相关法律法规的认可和正规金融机构的批准的角度来定义民间借贷。如张宁认为:“民间借贷即非正式金融是指未得到法律法规或者其他正式形式认可或直接认可的金融活动。”<sup>[2]</sup>

对于民间借贷,学界有以下三种不同的观点:第一种观点认为凡是从非正式的金融机构进行的融资行为都属于民间借贷;第二种观点认为民间借贷是民间信用,但并非民间信用的全部,民间信用还包括要回、标会、太会以及民间组织之间发行股票、债券甚至办理钱庄等;第三种观点从广义和狭义的角度区分民间借贷。广义上,民间借贷不仅包括企业之间的借贷,还包括私人之间、企业与私人之间的借贷行为;狭义上,民间借贷仅仅指民间的私人与私人之间的借贷活动<sup>①</sup>。笔者同意最后一种观点。笔者将民间借贷定义为,根据国内外学者的研究将民间借贷界定为不受金融监管机构监管,发生在企业之间、私人之间以及企业与私人之间,并且借款人到期偿还出借人本金与利息或者仅偿还本金的行为。笔者主要从广义上来研究民间借贷的相关风险问题。

## (二) 民间借贷的新特点

随着商品经济的发展和私有制的产生,社会贫富差距进一步增大,民间借贷应运而生。但经济条件的不同,使民间借贷产生的风险也各具特色。

### 1. 民间借贷较之以往规模有所扩大

现今民间借贷大规模有两方面的特点:一是单笔借款金额增大。在20世纪80、90年代,民间借贷以生活借贷为主,主要是为了缓解生活中遇到的一些困难,此时民间借贷的单笔资金量低,随着生产的发展,民间借贷朝着生产性借贷的方向发展,单笔资金量不断增高,单笔借贷规模也相应扩大。二是从总体上看,民间借贷资金总额增大。“据中央财经大学课题组估算,2003年全国民间借贷总规模可达7405~8164亿元。2005年中国人民银行调查结果显示,当年全国民间融资规模达9500亿元。中信证券研究报告认为,中国民间借贷市场总规模超过4万亿元,约为银行表内贷款规模的10%~20%。”<sup>②</sup>如浏阳法院受理的民间借贷纠纷案诉讼标的扩大,2011年案件标的达1.1亿元,为2005年的12.1倍。一批债务人单个案额均逾3000万元<sup>③</sup>。

### 2. 民间借贷已呈现出跨区域发展的态势

传统型的民间借贷,其形式不过是亲友之间“一对一”形式的借贷,这种借贷方式主要是依靠亲友之间的相互信赖。在发达地区,民间借贷较之于欠发达地区更加繁荣。但是随着经济的发展,民间借贷突破了亲缘地缘关系限制,它不再拘泥于亲人之间的借入借出,而是通过他人介绍或者专门的中介组织牵线搭桥发生的跨行业跨区域的借贷关系,民间借贷也开始由经济发达地区向落后地区发展。

### 3. 参与民间借贷的主体范围增大

由于民间资本积累越来越多,有关专门从事借贷活动的放债人和中介组织如雨后春笋般相继涌现出来。有的为获得介绍费,为借贷双方创造借贷契机;有的则在向借贷方借取资金的同时又把借来的钱转贷于他人或者企事业单位以赚取利差。这样,担保公司、小额贷款公司、银行、地下钱庄、金融中介公司等各机构混合发展,呈现出“全民借贷”的发展形势。

### 4. 借贷资金的使用多样化

传统的民间借贷的资金大多数用于解决日常生活资金的周转需求。但从目前情况看,民间借贷资金更多的是解决企业自身出现的经营危机。民间借贷资金的用途范围扩大,从解决生活困难发展到解决企业发展的瓶颈。资本积累的规模越来越大,商业竞争也愈演愈烈。由于制造业所带来的利润越来越低,而民间借贷的高利率却能带来高额利润,于是一部分民间借贷资金便从实体经济领域转入投资领域。还有一部分民间借贷资金仅仅是用来单纯的“炒钱”<sup>④</sup>。

另外,经研究发现,民间借贷的公开化程度也在不断地提高。

## 二、民间借贷的风险分析

鉴于民间借贷对社会主义市场经济有着重大的影响,笔者认为,为了防范其对社会产生不利影响,有必要对民间借贷在交易活动中的风险予以分析,以便对民间借贷的行为进行合理的规制。

### (一) 民间借贷风险的种类

由于民间借贷规模的增大、范围的扩大、资金用途的多元化以及借贷主体的变化,民间借贷也出现了不同的风险类型。关于民间借贷的风险类型,笔

<sup>①</sup>参见:王春宇《民间借贷发展研究》(《哈尔滨商业大学2010年博士论文集》,第2页);详见:《全国民间借贷利率学术讨论会综述》(《金融与经济》1986年)。

<sup>②</sup>参见:董伟《报告称中国民间借贷总规模超4万亿 潜在风险大》(《中国青年报》,2012年1月)。

<sup>③</sup>参见:唐志强《民间借贷如何走向阳光地带》(《中国审计报》,2012年4月)。

<sup>④</sup>参见:赵洋《民间借贷资金流向哪里》(《金融时报》,2011年10月)。

者认为主要有以下几种。

### 1. 主体风险

第一,关于放债人。传统的民间借贷具有“草根性”,是一种依赖于信用的带有亲缘地缘关系的借贷方式。这种借贷方式建立在借贷双方相互彼此了解的基础上,因此信息比较透明,且放债人对借款人所借款项的用途能够进行有效的监督,风险相对较小。但是随着经济的发展,民间借贷突破了亲缘地缘关系限制,演变为跨行业跨区域的借贷。作为贷方的一方越来越多地形成了一条贷方链条,从而使处于链条尾段的放债人与借款人无信息上的联系,对于借款人的资信能力、还款能力知之甚少,甚至是一无所知,从而使民间借贷跳出了既有的运行轨道,使放债人扩大了放债范围,这就凸显了信息的不对称问题,进而使放债风险上升。一些从正规金融渠道融不到资金的借债人,由于处于企业的初创时期或成长时期,其自有资金不足,其相关的项目前景难预测,风险也相应地难以把握,而放债人由于信息渠道狭窄得不到借债人充分的信息,甚至无法得到真实的信息,从而承担较大的风险<sup>[3]</sup>。

第二,关于借债人。由于信息不对称,也容易导致借债人过度地负债。民间借贷相对于从正规金融借贷其自由度较高,借贷所办理的手续简单,速度快,借债人能在较短的时间内拿到数额较大的资金,而且审批的程序较为宽松,因此往往存在一定的盲目性,导致一个借款人向多个贷款人负债。借款人过度负债,进而造成资不抵债,无法还清到期借款,使债权人面临风险<sup>[3]</sup>。另外,在现实中还会存在借债人利用他人的身份证或者使用假身份证借款的情形或者借据落款由他人代签的借款情形。这都会给债权人造成难以弥补的损失。

### 2. 用途风险

由于没有相应的对借款用途的监管,部分借款人恶意借款<sup>⑤</sup>。中国相关法律与司法解释都认为,如果出借人明知借款人借款是为了从事有损社会公共利益的非法活动,那么他们之间的借贷关系不受法律保护。实践中,往往有借款人筹集资金是为了从事非法活动,特别是用于非法的黄赌毒的借款,由于放债人没有得到相应的信息,那么一旦借款人运用借来的款项用于非法活动,借债人对于如何证明自己事先“不知情”的问题很难予以说明,如果证明不了,国家法律则对借贷关系不予以保护,那么借债人

就只能自己承担风险。

### 3. 借据风险

中国有着相互帮助的优良传统,身份制度在民间尤为盛行,民间借贷行为多产生在熟人范围之内。民间借贷活动建立在当事人双方充分了解的基础上,并且具有一定的人身化,维系双方合约关系的不是相互之间的法律观念,而是伦理、道德观念,所以双方之间很少要求有规范的契约合同。借贷双方唯一的借款凭证就是不具有规范性的借据,有的甚至连借据都没有,仅凭双方的口头约定,这样在产生纠纷时很难实现借贷行为的目的。另外随着借贷范围的扩大,企业之间为了规避法律也不采用正式的契约合同,借贷关系越来越复杂,数目越来越大,单纯的打借条不仅会阻碍正常的借贷行为的顺利实现,还会造成借据无法成为法院判案的证据而失去胜诉的可能性<sup>⑥</sup>。然而当债务人恶意借款、借款后失去了还贷能力或由于其他的原因逃避债务时,受害者将很难取证,从而使纠纷无法得到公正解决。

### 4. 担保风险

经济危机之下,银行信贷额度从紧,企业要想从银行获得贷款需满足较高的条件,因此大多数企业只能把目光投向民间借贷。而商业性担保公司为了求得企业的生存发展便转移业务,不得不采取以吸引普通民众为中小企业投资的办法来维系企业的生存。另外,由于民间借贷费率高额,在经济不景气的情况下,诸多民众为了赚取高昂利润,往往不顾其中的借贷风险而进行投资,与此同时一些担保机构更是鼓吹投资回报率,故意规避担保风险引诱投资者,使得许多普通大众盲目参与投资借贷活动,使其承担较高的风险<sup>[4]</sup>。

部分担保公司为了筹集资金以高息吸引投资者,若到融资人期无法偿还贷款,由于合同内容的不合法性,投资人就将承担不完全受法律保护的巨大风险。

### 5. 利率风险

现今,民间借贷之所以发展如此迅速,原因之一就是其高利率高回报率。投资者为了追求高回报,冒着巨大的风险投资民间借贷,以求“钱生钱”。近年,央行多次上调存款准备金率,银行信贷额度下降,使民间借贷看到了新的发展契机——“量价齐升”。就温州而言,2011年温州借贷利率水平超过

⑤ 恶意借款指借款人筹集资金所指向的对象为非法用途的借贷关系。

⑥ 2001年4月,某村张某拿一张内容为:“收到张某人民币5元整,年利率10%。李某”,落款时间为2000年5月6日的纸条起诉到法院,要求法院判定被告偿还借款5万元及利息5000元。最后法院判定,该纸条因相关要素不齐全,并不能断定为欠款凭证,原告败诉。

了历史最高数值,一般月息为3分到6分,有的甚至达到了1角至1角5分。而当前最高人民法院《关于人民法院审理民间借贷案件的若干意见》规定的利率是最高不得超过同期银行利率的4倍,超过的部分法律不予以保护。如此民间借贷一旦发生纠纷,这种高利息的民间借贷很难得到法律的完全保护,那么投资者就得承担巨大的风险。

## (二) 民间借贷的风险成因

### 1. 企业自身的缺陷

一些中小企业,其管理水平落后,产品科技含量低,经营能力低下,盈利能力差,相对应的还款能力差。这些不符合国家当前产业政策的因素,制约着银行贷款的成功率和贷款规模。原本应该产业升级改造或者关闭的企业,因民间借贷,为其继续发展提供了难得的机会,这种发展弱化了企业自身经济结构和产品结构调整等调控动能,经济发展出现盲目性和非理性的倾向。民间借贷的高利率,使那些为了追求利益的投资者对中小企业的经营风险视而不见,盲目对中小企业进行放贷。借款人正是抓住出借人的逐利心里,而将经营风险转嫁于出借人身上,如果企业通过民间借贷所借的款项很难在到期时偿还给出借人,那么投资者就会承担巨大的风险。

### 2. 相关法律法规的不足

从中国现行立法看关于民间借贷的法律条文仅散见于《民法通则》等法律和司法解释之中<sup>⑦</sup>,但是从目前的情况看,这些法律根本不能解决复杂的民间借贷问题。

第一,从私法的角度看,法律没有必要限制依据当事人双方意思自治而产生的民间借贷。但是,由于法律规范之间可能会存在这样那样的冲突,所以对于相同的行为可能依据不同的法律进行评价而得到不同的结果<sup>⑧</sup>,以至于作为依据私法自治产生的民间借贷可能会受到法律的否定评价。

第二,从公法的角度看,民间借贷被认定为非法其标准是模糊不清的,很难从已有法律的层面上清楚地认定其为非法行为或者为合法行为。现行法律对于“什么是非法吸收公众存款”,“什么是合法的民间借贷”,没有作出明确的界定<sup>⑨</sup>。正是因为法律对民间借贷态度的不明确性,导致在实践中很难正

确把握到底何者为正当合法的民间借贷行为,民间借贷因此而存在法律制度方面的风险。

### 3. 金融监管不健全

国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》中规定民间借贷的监管主体是以中国人民银行为主,地方政府为辅。后来于2003年实施的《银行业监督管理法》又规定由银监会负责履行对民间借贷的监督管理职责<sup>⑩</sup>。这就导致了央行与银监会在对民间金融组织进行监管的过程中产生冲突,监管主体职责范围不明晰,进而出现各个监管主体在履行职责中互相推诿亦或是争相监管的局面。

另外,中国金融监管制度起步晚,而民间借贷处于正规的金融机构之外,相关金融监管机构凭借现有的监管手段,难以获得有关民间借贷真实有效的信息。为了维护国家正常的金融秩序,相关金融监管部门只能以事后加强管理的方法来达到监管目的<sup>[6]</sup>。政府对民间借贷的严格管制使得民间借贷不仅得不到健康的发展,而且还受到极大地抑制,名不正言不顺,进而可能滋生民间借贷畸形。

## 三、民间借贷风险的法律规制

民间借贷是一把双刃剑,其存在有一定的合理性,因此在对待民间借贷的问题上,不能一味地持反对态度抑制其发展,应该进行合理地引导,采取有效措施,促使其规范化发展。鉴于此,笔者提出以下建议。

### (一) 修改、制定相关的法律法规

由于上述民间借贷产生的风险,因此修改、制定相关的法律,加强民间借贷的制度性建设,对于民间借贷具有重要的意义。

#### 1. 准确合理地界定中国的民间借贷

合理地界定民间借贷对其规范化发展意义重大。因此,如何给民间借贷一个科学合理的定位成为当前亟待解决的问题。首先,中国应当吸取国外先进的立法经验,制定规范民间借贷的基本法律,使民间借贷走出“灰暗地带”,如制定《放贷人条例》,规定作为放贷人应当具备的条件<sup>[7]</sup>。以《放贷人条例》来保护资金所有者放贷的权利,尊重投资者对其财富使用的权利,确保民间借贷的合法地位,发挥民

<sup>⑦</sup>《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日最高人民法院审判委员会第1041次会议通过,1999年2月9日最高人民法院公告公布,自1999年2月13日起施行。

<sup>⑧</sup>《宪法》认可运用自有资金放贷是市场主体的合法财产权利,同时民间借贷行为也符合《民法通则》、《合同法》的规定,但是按照《贷款通则》和《非法金融机构和非法金融业务取缔办法》就有可能被认定为非法金融业务活动而遭取缔。并且在实践中,不同的国家机关对于同一案件引用不同的规定,判断标准不一致,也有可能作出截然相反的处理。参见:张立先《我国民间借贷的法律风险及防范路径研究》(《金融发展研究》,2009年第1期)。

<sup>⑨</sup>参见:《银行业监督管理法》第44条规定。

间借贷促进国家经济发展特别是促进中小企业发展创新的作用。

其次,修改《刑法》条文中有关金融犯罪的条款,正确区分合法的民间借贷与非法吸收公众存款的不同之处。中国《刑法》对于非法吸收公众存款罪并未规定其具体的构成要件,并且对于非法吸收公众存款的概念也未作明确的界定,因此在实践中,往往将民间借贷以非法吸收公众存款罪予以认定,这将抑制其发展甚至会使民间借贷畸形发展,使法律欠缺了其应有的可预测性。完善《刑法》关于非法吸收公众存款罪的条款势在必行。另外,《刑法》第179条规定的擅自发行股票、公司债券罪与《证券法》也不一致。《刑法》规定未经主管部门批准,擅自发行股票、公司债券,数额较大的行为构成犯罪。而《证券法》规定公开发行的证券经过有关部门核准即可而非批准。因此,要区分不同的情形对擅自发行股票、公司债券的行为进行规范,对于公开发行的,规定其必须经国家有关主管部门核准;对非公开发行的行为,由于不涉及不特定人的公共利益,不应当一概地采用刑事责任进行规制,这也与2005年修订的《证券法》第10条<sup>⑩</sup>规定相协调。

最后,法律也应当明确民间借贷与非法集资罪的区别。明确民间借贷与非法集资的判断标准,正当地区分民间借贷与非法集资行为对于减少犯罪,保护社会主义市场经济,规范社会主义管理秩序具有重要的意义。

## 2. 确立借贷双方的资格

相关的法律和司法解释如《合同法》已经明确认可私人之间、企业或其他组织和私人之间的借贷,但是法律仍然禁止企业间的借贷行为。在法律上,企业具有独立的人格,尊重其自由运用财产的权利和尊重自然人自由运用其财产的权利具有同样重要的意义。因此,笔者认为,应当在《贷款人条例》上赋予企业间自由融资通融的权利。为了防范企业之间借贷带来的风险,可以要求企业之间的借贷以信托的方式进行,并可授权国务院制定相关的行政法规<sup>[8]</sup>。

## 3. 实行市场化利率

近年来,民间借贷利率居高不下。尽管如此,笔者认为民间借贷合法与否也不应当以利率的高或者低作为判断标准,而应当在民间借贷中贯彻当事人的意思自治原则即民间借贷利率以当事人的自主约定为主。笔者认为,民间借贷是适应市场经济发展

而产生的,所以应尽快创造条件取消对民间借贷利率的上限控制,实现利率市场化。但所谓的利率市场化也不是说民间借贷的利率没有限制地高,国家对利率放开管制后,会呈现不同的地区有不同的利率标准,并且利率标准随着经济的发展上下波动,因此不会出现太大的反差。但是民间高利借贷首先是一种金融服务,有可能带来一些负面社会后果,所以应当在实行市场化利率的同时,加快制定一系列的社会政策机制和法律机制作为市场化利率的配套措施。

## 4. 规范借款合同及民间担保

通过《合同法》第210条规定可知,民间借贷合同属于实践性合同,书面形式并非其唯一的表现形式,因此一旦借贷双方发生纠纷,不但双方举证困难,而且法院也将无法查明事实,从而不利于保护借贷双方的利益,无法实现借贷所要达到的目的。为了防止纠纷的发生,保护当事人的合法权益,应当用法律对当事人的意思自治作出合理的干涉,规定借贷双方须签订书面协议,以便发生纠纷时有据可查。

对于民间借贷的担保,在吸收借鉴外国经验的基础上,结合中国现阶段的国情,制定专门的规范民间融资的担保法规,规范担保行为,完善中小企业融资性担保的法律体系,规范民间借贷的担保业务,降低担保风险。

## (二)完善法律监管

民间借贷的有序健康发展离不开国家相关部门的监督。为保证民间借贷活动的稳健进行,需要对其资金运转进行必要的监管。监管主体上,应由中国人民银行和银监会共同行使对民间借贷的监督权。监管手段上,改进和完善监管手段,健全内部审计监督机制,聘任具备相关金融知识的专家,设立危机评估机构,配合监管主体,监测民间借贷引发的各种风险,并以此来研究应对风险的各项措施。建立市场化的民间借贷机构的退出机制,制定退出标准,完善退出审批程序,进而加强民间金融机构的内部治理,以此使普通的借款人也能够了解民间金融机构存在的风险。

## 参考文献:

- [1]陈宋阳.我国民间借贷法律监管研究[D].重庆:西南政法大学硕士论文集,2010:5.

<sup>⑩</sup>《证券法》第10条规定:公开发行的证券,必须符合法律、行政法规规定的条件,并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准;未经依法核准,任何单位和个人不得公开发行证券。有下列情形之一的,为公开发行:(1)向不特定对象发行证券的;(2)向特定对象发行证券累计超过200人的;(3)法律、行政法规规定的其他发行行为。非公开发行证券,不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

- [2]张宁. 试论非正式金融[J]. 当代财经,2002(11):34-38. 金融监管者角度分析[J]. 西北农林科技大学学报:社会科学版,2002(4):29-31.
- [3]周红岩,曾立平,李文政. 民间借贷的风险隐患新特点与应对措施[J]. 经济与金融,2008(1):50-52,67. [7]张立先. 我国民间借贷的法律风险及防范路径研究[J]. 金融发展研究,2009(1):44-47.
- [4]藏博,何永新. 民间借贷融资担保风险之法律研究[J]. 北京化工大学学报:社会科学版,2011(2):21-25. [8]滕昭君. 民间金融法律制度研究——由湘西非法集资过程中法制缺位引发的思考[D]. 北京:中央民族大学博士学位论文集,2011:122.
- [5]庄文敏. 我国民间借贷的监管制度建构[D]. 成都:西南财经大学硕士论文集,2006:20.
- [6]崔百胜,霍学喜. 简论民间信贷成因及其治理对策——从

## Legal Protection for the Private Debit and Credit Risks

LI Zhi, CHENG Juanjuan

(School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, P. R. China)

**Abstract:** After the financial war without smoke ended, the world economy is in a period of downturn. China has advantages compared with other countries, but it also did not escape the shackles of crisis. Because there are no deep pockets as support for SMES, the financial crisis is undoubtedly to give them fatal injure, especially in respect of financing. In order to solve the difficulties, eyes for survival of small and medium-sized enterprises are thrown at the private lending which is not limited by regions. In recent years, as the private loans are broaden in scales and in varied forms, the private lending plays an irreplaceable role beyond the financial institutions, at the same time, it meets the needs of the masses of temporary financing and supports the development of the SMES. But because of not forming an unified and clear regulations, especially not giving a reasonable position to private lending in China, disputes about private lending increased and financial risks are also frequent. So it is necessary to construct the legal system on private lending.

**Key words:** private lending; risk; legal structure

(责任编辑 胡志平)