

# 民间借贷风险的法律规制

## ——以风险的类型化为视角

刘志伟

(西南政法大学 经济法学院, 重庆 401120)

**摘要:**民间借贷样式繁多、表征多样,其背后隐藏的风险亦尽显独特性,因此,民间借贷风险的法律规制需要通过风险的类型化来保证风险规制的有效性、体系性及完备性。法学视野下民间借贷风险类型化规制方法建立在对典型民间借贷风险类型化研究方法进行反思的基础之上,将民间借贷风险划分为主体风险和行为风险两种类型,并要求追溯民间借贷风险发生的根源,进而在类型化框架内探寻民间借贷风险法律规制的路径,即民间借贷主体范围扩宽下的分类差异注册、民间借贷行为分类引导规制以及主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合,以构筑有效规制民间借贷风险的完备体系。

**关键词:**民间借贷;风险类型化;法律规制

**中图分类号:**DF438 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2014)01-0045-09

从温州到鄂尔多斯再到珠三角,民间借贷资金链断裂引发的“跑路潮”现象愈演愈烈,说明民间借贷风险暴露已不是个别现象、局部问题。在“两多两难”问题——中小企业多、融资难,民间资本多、投资难——缓解过程中,民间借贷起到了一定的积极作用,然而,其背后也隐藏着巨大的风险。面对风起云涌的民间借贷危局,如何合法、有效地规制风险已成当下的重大课题,笔者思考再三,认为类型化研究方法不失为最优选择。故而,笔者在对典型民间借贷风险类型化研究方法进行反思的基础之上,将表征多样、种类繁多的民间借贷风险划分为主体风险和行为风险两种类型,并探寻民间借贷风险发生的根源,进而在类型化框架内寻求民间借贷风险的法律规制路径:即民间借贷主体范围扩宽下的分类

差异注册、民间借贷行为分类引导规制以及主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合,以保证民间借贷自身以及整个金融市场的安全与可持续发展。

### 一 典型民间借贷风险类型化划分方法的反思

风险二象性——不确定性与暴露,表明风险是客观实在与主观预期相背离的矛盾性关系,亦即因客观存在的不确定性而诱致实在与预期相悖的机会和可能性。鉴于主观认识上的有限理性与客观信息获取的不完全性,风险规制(risk regulation)<sup>①</sup>的意旨要求“主体”须寻求方法论上的突破来弥补主观与客观的先天不足,类型化研究方法不失为最优选择。之所以有此功能,是因为“‘类型化’方法的引进打破了‘抽象’与‘具体’在法学方法论上的二元对立,

收稿日期:2013-09-25

**基金项目:**西南政法大学岳彩申教授主持的教育部哲学社科重大课题攻关项目“民间借贷与非法集资风险防范法律问题研究”(项目编号:12JZD038);西南政法大学盛学军教授主持的国家社科基金重点项目(编号:12-AFX012);西南政法大学盛学军教授主持的教育部新世纪优秀人才计划项目(编号:NCET-11-1083);笔者主持的西南政法大学校级科研重大项目(2010-XZZD02);西南政法大学2012年度研究生科研创新计划重点项目(2012-XZYJS021)。

**作者简介:**刘志伟(1986—),男,山东滨州人,西南政法大学中国市场经济法治研究中心研究人员,经济法硕士生在读。

并迅速成为连接两者的中介”<sup>[1]389</sup>。具体而言,类型化具有抽象具体化、具体抽象化的功能,可打通主观与客观的“任督二脉”,缩减客观与主观的背离,进而有效地规制风险。又,民间借贷样式繁多、表征多样,其背后隐藏的风险亦尽显独特性,因此,民间借贷风险的法律规制需要以风险的类型化为基石,以保证风险规制的体系性、完备性及有效性。

从目前的研究来看,许多学者已经采用类型化研究方法对民间借贷风险进行研究。譬如,诸多学者认为,正规金融是民间借贷不断深化发展,并对其进行规制的结果,究其根源,在货币资金融通方面来讲,两者几无差异。因此,在对民间借贷风险进行类型化划分的过程中,可借鉴《新巴塞尔协议》的规定,将民间借贷的风险划分为信用风险、操作风险、市场风险以及战略风险等类型;亦有部分学者以民间借贷中存在的法律问题为依据,将民间借贷风险分为利率风险、身份风险以及用途风险<sup>[2]</sup>;还有学者从私法与公法层面进行类型化划分,将其分为公法风险与私法风险<sup>[3]</sup>;赵勇教授则从金融体制、金融调控与金融规制三个方面进行研究<sup>[4]</sup>等等。在更大程度上说,上述诸种风险类型划分方法更多是建立在金融行业内部特点的基础之上。然而,需要注意的是,不同行业、学科皆有相异的思维方式、关注焦点以及价值选择等,在一定程度上讲,金融行业的风险划分标准、管理标准并不完全符合法律行业对风险进行规制的要求。典型民间借贷类型化划分方法,它们大多从金融学或金融行业的角度对风险进行划分,更多关注的是具体化的风险,虽有类型化之名,却无类型化之实,从而难以实现民间借贷风险的有效规制。

鉴于金融领域风险类型的划分方法颇多,本文仅以巴塞尔协议对风险类型的划分为例,来证明从非法学角度进行风险类型划分给风险规制带来的困境与难题。从风险规制的角度,《巴塞尔协议》将风险划分为信用风险、市场风险、操作风险、法律风险、声誉风险以及流动性风险六种类型。然而,诸多学者对此种分类存有较大疑问,他们认为操作风险包括法律风险,并且从某种程度上说,市场风险包括流动性风险,更进一步讲,许多人认为声誉风险不具有敏感性<sup>[5]15</sup>。因此,应把风险划分为信用风险、市场风险和操作风险三种类型。首先,从法学的角度来看,法律强调更多的是对非市场风险进行规制<sup>②</sup>。

因此,可将市场风险排除于本文分析之列。其次是有关操作风险内涵界定的问题。在《巴塞尔新资本协议》中操作风险的最初定义就是一些市场风险与信用风险之外的其他风险,此种定义方法具有模糊性,缺乏针对性。既然操作风险是市场风险与信用风险之外的风险,这必然要求市场风险与信用风险的定义必须是明晰的。然而,不同机构对信用风险与市场风险的范围划定存在较大差异,这便进一步加大了操作风险的不确定性。退一步讲,即使操作风险的定义在金融机构内部是确定的,然而“银行自身对操作风险的定义也许不同于监管部门对于操作风险的定义(监管部门的定义可能更广泛)”<sup>[5]107</sup>。从某种意义上说,现实生活中对承诺的违反是信用风险的具象化表征,同时,操作风险也是人之行为的一种表现,两者均可体现于行为之中,故此两者皆可被称为行为风险。由此一来,便可将具象化的风险——操作风险和信用风险——置于行为风险类型的统摄之下,进而实现风险的有效规制。显而易见,巴塞尔协议所作的风险类型化划分易将规制机构对风险的规制与立法部门对风险的立法规制引入困境。

当然,笔者并不否认巴塞尔协议对风险进行类型化划分的金融学意义,或许对于金融机构风险的内部控制而言,意义还是非常深远的。但是,从法学视角来看,金融学或金融行业对民间借贷风险的类型化划分标准或方法对于风险的规制则稍显逊色。有鉴于此,笔者将运用法学思维方法对民间借贷风险进行类型化划分,并予以规制,即首先运用法学上的“主客观关系”理论将民间借贷风险划分为主体风险与行为风险两种类型,而后构建民间借贷主体分类差异注册与行为分类引导规制耦合的双层嵌套风险规制机制,来有效规制民间借贷主体风险与行为风险。

## 二 法学视野下的民间借贷风险类型化划分标准及类型分析

如上所述,既然民间借贷风险的法律规制需要从法学层面上进行类型化分析,那么又应如何进行类型化研究呢?应以什么作为类型化的标准呢?法学上典型的“主客体关系”分析方法不失为最优选择。从法学上的“主客体关系”思维方法入手将民间借贷风险解构为主体风险与客体风险,而后再将主体风险与客体风险合二为一统一考量,其具体表

现为:其一,法律人皆明晰权利与义务是法最基本、最核心的要素,而权利与义务均需通过主体为或不为一定行为来实现,又基于“法律的调整对象是行为”<sup>[6]60</sup>以及主体就等于它的一连串的行为的陈述与表达<sup>[7]126</sup>,故而行为是此处风险分析不可或缺的一味元素,进一步讲,行为是人内心意思的外在表达与实施,失去主体之行为必然也是苍白无力,甚至是根本就不存在的,实然主体殊不可少。其次,法律关系包括主体、客体(物、行为以及智力成果等)与内容三个方面,李锡鹤教授一直持守“主客体关系说”的法律思维方法,并将主体与客体作为法学研究的核心,强调无主体与客体的法律规范是不存在的<sup>[8]24-27</sup>;张文显教授亦将法律关系认定为复数主体之间的关系并通过行为发生作用<sup>[6]60</sup>。基于此两点,笔者将民间借贷风险划分为主体风险和行为风险两种类型,并在民间借贷风险类型的框架内审慎考量民间借贷风险的内涵及其产生的根源,进而实现民间借贷风险的类型化法律规制。

### (一)民间借贷主体风险

“身份对于风险的判断至关重要,风险主体的身份不同可能导致风险的性质不同,风险责任承担者不同,甚至决定风险存在与否”<sup>[9]12</sup>。在民间借贷活动中,行为主体包括自然人、法人和其他组织,并且在不同的借贷活动中,不同主体扮演不同的角色,既可以是借款人、贷款人,亦可是中间人,故而风险承担亦会有所差异。就我国民间借贷而言,民间借贷主体风险主要是指在民间借贷法律关系中,因民间借贷主体不适格而导致的风险,即民间借贷主体因缺乏合法经营牌照却从事放贷业务、吸储业务,具有合法资格但超越经营范围等,而承担不利法律后果的可能性。其主要表现为民间借贷中间人主体风险和非金融企业间借贷主体风险两种类型。

#### 1.民间借贷中间人主体风险

其一,自然人型民间借贷中间人主体不适格的风险。不涉及第三人的自然人之间的民事借贷行为是为法律所允许的,但是现在大多数民间借贷由熟人之间的借贷演变为陌生人之间的借贷,自然人型民间借贷人中介人随之产生,并且民间借贷自然人中介趋向专业化。其中,诸多自然人中介人没有将其业务限定于一般性介绍借贷或对借贷进行证明的范围之内,而是在缺乏依法定程序申请合法牌照的情况下,违法从事吸收存款、发放贷款等金融业务,

极易引发主体不适格的主体风险问题。其二,法人型民间借贷中间人主体风险。在现实实践中,民间借贷中间人呈现出机构化的趋势,然而现行法律法规尚未对民间借贷中介机构的法律地位进行有效确认,对其权利义务亦缺乏应有的规定,违规操作十分严重<sup>③[10]</sup>,导致民间借贷风险时有发生。

### 2.非金融企业间借贷主体风险

其一,一般工商企业间的借贷主体风险。国家明令禁止企业与企业之间的借贷行为,如果彼此进行借贷且约定利息的,法院可视情况对利息依法进行没收,对另一方当事人则应处以相当于银行利息的罚款,因此,企业间借贷容易因企业缺乏放贷资格而引发民间借贷主体风险。其二,民间借贷主体机构化的趋势,“目前民间借贷主体包括地下钱庄、典当行、拍卖行、中小企业融资公司、中小企业贷款公司、资产评估公司,一些基层银行也变相成为民间借贷的主体之一”<sup>[11]</sup>。

由此可知,民间借贷主体具有资格受限性,并非所有的民事主体均可成为民间借贷的权利义务主体。故而,在民间借贷法律关系中,各个主体均可能因自身的不适格而承受相应的风险。

### (二)民间借贷行为风险

无论事实行为抑或法律行为均可能引起法律关系的发生、变更乃至消灭,进而产生一定的法律后果。与之相异的是,内心观念、想法却不会导致法律后果的发生,“我只是由于表现自己,只是由于踏入现实的领域,我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说,除我的行为之外,我是根本不存在的”<sup>[12]16-17</sup>。黑格尔也曾表示,须承担法律后果的只能是人的行为<sup>[7]126</sup>。任何行为必然导致后果,但并不是任何行为都导致法律后果。民间借贷行为风险是指在民间借贷实施过程中,因行为的失当或偏颇而引发的风险。需要注意的是,因民间借贷行为的失当或偏颇而引发的风险,不是指民间借贷风险主体实施的所有行为,而是指会产生风险隐患的借贷行为引发的风险,即可能导致风险主体承担不利法律后果的行为引发的风险。民间借贷典型行为风险分为民间借贷利率约定超过国家规定标准引发的风险、非法从事金融业务引发的风险以及恶意借贷引发的风险等。

#### 1.利率约定超越国家认定标准引发的风险

按照马克思主义的观点,“高利贷从本质上讲

它是一种经济现象,自身有其内在的发展规律”<sup>[13]</sup>。我国对高利贷的定性已经超越经济范畴,更大程度上认为高利贷不是对经济运行规律的回应,而是放贷人以高于银行同期利率4倍的方式牟取高额利息回报的行为<sup>④</sup>。在一定程度上讲,民间借贷的利率超过同期银行利率的高利行为,之所以具有制度层面的合法性,是因为其没有超出银行同期利率的4倍,超过此限度的,超出部分的利息法律不予保护<sup>⑤</sup>。由此可知,对于利率约定未超越银行同期利率的4倍标准的民间借贷行为,当然地具有制度层面的合法性,而对于利率约定超越国家认定4倍标准的民间借贷行为的判定则不得一概而论。首先,对于那些放贷人不以放贷为业,放贷不具有持续性、规模性的偶然性民间放贷行为,因其并未达到需要金融规制机构介入甚至追究刑事责任的程度,故而并不处于需要国家干预的金融规制范围之列,只是私法自治范畴内一种无效的民事行为,最终承受的只是利息超出部分不能获取法律支持的风险。其次,对于那些以高利贷为业的放贷人,因其放贷行为具有持续性、规模性、经常性,并以谋取高额利润为目的,所以不得单纯以利率高低为标准进行法律归责,更重要的是应以其是否有权进行放贷进行法律判定。那些既缺乏放贷权利,又进行高利率放贷的放贷人,均应承担刑事责任风险。然而,对于那些已经获得国家牌照的放贷人,如小额贷款公司,它们如若从事高利放贷业务,首先应承受行政责任风险,情况严重者,其法定代表人及关联人员则应承担相应的刑事责任风险。

## 2. 非法从事金融业务引发的风险

非法从事金融业务引发的风险是指因行为人未依照法定的程序经有关部门批准,以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资的行为、非法吸收公众存款或变相吸收公众存款、非法发放贷款以及其他非法从事金融类业务的行为而应承担的风险<sup>⑥</sup>。尽管私人缔约是“正常的”,不需要证明其合理性,然而“一个井然有序的社会不仅需要‘自治’,也依赖于‘他治’,理论家应当注意这点”<sup>[14]</sup><sup>1403</sup>。“由于非法从事金融业务的行为长期和广泛存在会扭曲货币正常的流通渠道,影响央行行使利率、存款准备金率等常规抑制通胀手段的效果,对金融秩序造成难以平复的冲击”<sup>[15]</sup>,因而对于已经超越“自治”界限的民间借贷行为,必须借助“他治”,即法律必须对

非法从事金融业务的行为给予必要的规制。通过监督引导放贷人行为来预防放贷人自身因非法从事金融业务而承受法律不利后果的风险,并抵御因放贷人行为而衍生的系统性金融风险。

## 3. 恶意借贷引发的风险

恶意借贷引发的风险是指借款人以欺诈、胁迫等非法手段,或乘人之危,违背贷款人的真实意思表示,或者以合法形式掩盖非法目的,而进行借贷行为所引发的风险<sup>⑦</sup>。其中,前者是单方恶意行为,即借款人在违背贷款人内心真实意思的条件下而为的借款行为,贷款人内心真实意思与外在表意行为相悖,处于“无辜人”状态,而借款人则是出于恶意,在善意的伪装下寻求借款,恶意是“隐性因子”,而善意是“显性因子”,显性因子显然已将隐性因子完全遮蔽;后者为双方恶意行为,意指行为双方为逃避第三人债务,基于隐晦情感因素、权钱交易或者以非法用途为目的等而以借贷之名,行不法勾当之实的行为。此种恶意借贷不仅容易导致行为双方自身产生纠纷,致使某一方当事人处于不利境地,甚至还会引发其他违反伦理道德、恶性犯罪活动,如洗钱、以权谋私等。因此,恶意借贷行为背后隐藏的是更大的阴谋或违法犯罪活动,加剧风险的集聚与暴露,甚至影响社会的安全稳定。

## 三 风险类型框架内民间借贷风险的法律规制

类型化的意旨在于规范,既然类型化采用的是特定法律环境下的“主客体关系”理论,因此,下文将继续在民间借贷风险类型的框架内进行法律上的规制,实现从目的出发,向前反推探寻民间借贷风险产生的根源,再回归于目的的实现,即针对民间借贷主体风险与行为风险,分别进行民间借贷主体分类差异注册与民间借贷行为分类下的引导规制。

### (一) 主体风险的法律规制——民间借贷主体范围扩宽下的分类差异注册

对于民间借贷主体风险的法律规制,关键是对民间借贷主体资格进行规制,实施民间借贷主体范围扩宽下的分类差异注册制。在法律法规修订中,应借鉴香港《放债人条例》、南非《高利贷豁免法》及其他国家和地区的法律法规对民间借贷主体的规定,扩大民间借贷主体的范围。譬如,香港《放债人条例》规定:“任何人经注册都可以从事放债业务,利率、金额、借款时间和偿还方式由借放款双方自行约定,但利率不得超过规定的年息上限6厘以

上。”<sup>⑧</sup>南非《高利贷豁免法》规定：“机构或个人只要是发放 5000 美元以下的贷款，不管其利率高低，只要到管理机构登记就算合法。”<sup>⑨</sup>但我们也应在主体范围扩宽的背景下，对民间借贷主体实行分类差异注册，即对不同种类的民间借贷主体提出不同的注册要求，或为自愿性注册，或为强制性注册。

### 1. 民间借贷中间人的分类差异注册

(1) 自然人型中间人的分类差异注册。自然人之间借贷合法性本不存在任何疑问<sup>⑩</sup>，关键是对于现实生活中，充当民间借贷中间人或介绍人的自然人应明确规定其法律地位，该自然人主体是否可以不经任何法定程序便享有充当中间人或介绍人的权利，是否需具备相应资质或是可以通过成立一人公司来实现其目的，是否有权要求借贷双方支付相应费用，应定性为情谊行为还是法律行为等等。对于此点，笔者认为应区别对待，分为无偿情谊行为和有偿居间行为，而绝不能允许该自然人为代理行为或经纪行为，否则将违反国家金融业的相关法律法规。由此便可推出，对于中间人或介绍人不必有特殊的准入程序、财产要求等，更不必要求成立某种组织来完成该目标，而对于那些有从事代理、经纪行为的自然人应借鉴香港地区、南非及其他国家的经验进行放债人注册登记，允许其进行小规模放贷活动<sup>⑪</sup>。如若未进行注册登记，则须依据有关数额及涉及人数的多少等进行法律归责；对违反刑事法律规定的，须依法进行定罪量刑。

(2) 法人型中间人的强制性注册登记。企业之间借贷经常性的需要借贷中介机构的介绍与撮合，并且企业间借贷中介机构也担任企业间借贷的担保人，容易导致各个企业之间产生连带性关系，引发系统性金融风险。因此，必须强化对企业间借贷中介机构的规范与管理。毕竟企业间借贷中介机构，不同于自然人之间借贷的中介人，法律法规必须要求民间借贷中介机构到工商行政管理部门、金融办或者民间借贷登记服务中心等进行市场准入登记，获取牌照许可。同时，在企业间借贷登记之时，民间借贷中介机构也必须一起进行登记，这不仅有助于保证民间借贷行为的合法性，亦有助于在民间借贷纠纷发生之时提供证明或者出庭作证，为民间借贷纠纷的解决提供便利。

### 2. 企业间借贷的主体分类差异注册登记

现行法律法规禁止企业间的借贷，是因为“企

业间借贷是一把双刃剑，不适当地放开也当然会引起巨大的副作用，资金是公司正常运作的血液，公司用以进行借贷的资金数额与公司运作所需资金的比例应当控制，借贷的金额应当限制、程序必须公正。否则，公司很有可能因借贷而导致运作资金链的断裂，最终将会导致公司破产”<sup>[16]</sup>。但是，限制公司的自治性是有违经济自由、经济效率以及法律公平理念的，因此应借鉴台湾地区现行公司立法规定的原则上禁止与例外许可的模式，在“开放资金融通管道与防范规避金融资金管制之间谋求平衡，强调企业资金灵活通畅调度的重要性”<sup>[17]</sup>。

(1) 一般性工商企业从事企业间借贷行为要注意以下几点：首先，要求企业之间的借贷应当到民间借贷登记中心或者工商行政管理部门进行注册登记，并且企业必须确保不以借贷为主要经营业务；其次，明确企业间借贷资金必须为自有资金，并且不得超过一定的比例限制；再次，一般工商企业的放贷行为必须是偶然性行为而不是惯常性行为，放贷不得成为其公司的主营业务。

(2) 对于那些依法定程序取得放贷牌照的企业，如小额贷款公司，应明确其与一般工商企业的区别，修正《小额贷款公司管理办法》对小额贷款公司的定位，将其法律定位明确化，由现行的工商企业转变为准金融机构，以避免非金融类企业以放贷为业出现的问题。

### (二) 行为风险的法律规制——民间借贷行为分类引导规制

在民间借贷主体已经拓宽至非金融类企业的前提下，民间借贷行为风险的规制不再单纯将焦点置于其是否有权进行借贷的问题，而是重点关注民间借贷市场运营行为，即需要对民间借贷行为进行分类引导规制。民间借贷行为分类引导规制是指在对民间借贷行为进行分类的基础之上，对不同的民间借贷行为的借贷利率、是否需要登记等进行不同的规定，并以此为基准对民间借贷行为建立引导规制。

#### 1. 明确界分民事性生活借贷、商事性生活借贷、民事性生产借贷与商事性生产借贷行为

鉴于民间借贷种类繁多<sup>⑫[18]</sup>，为便于风险的有效规制，可将民间借贷系统性划分为生活性借贷与生产性借贷两种<sup>⑬</sup>。对于生活性借贷的明确界定，既体现了正规金融中消费信贷政策在民间借贷领域的运用与拓展，又满足了资金缺乏者的基本生活需

求或者是生活质量的提升。当然出于利益的考量,应保证出借人对利息的要求,这可以借助民间借贷行为的备案登记制来实现,即在民间借贷行为登记备案中强调民间借贷登记备案行为的有因性,区分生活性借贷行为与生产性借贷行为<sup>⑩</sup>,并给予利息补贴、税收优惠等。除此以外,须借鉴岳彩申教授提出的“在民间借贷立法中,以营利性为标准将民间借贷划分为民事性民间借贷和商事性民间借贷,是设计和检讨我国民间借贷立法科学性的重要依据”<sup>[19]</sup>,使之与生产性借贷与生活性借贷的分类方法相结合。在法律法规的修改中,将民间借贷划分为民事性生活借贷行为、商事性生活借贷行为、民事性生产性借贷行为以及商事性生产借贷行为四种类型,依此为准对不同的民间借贷行为进行利率、资金来源、资金用途等方面不同程度的监督与引导,防止民间借贷风险的发生。

## 2. 强化高利贷行为的法律规制

高利贷行为的规制需以高利贷行为的认定为前提,因此焦点将集中于放贷人是否将利率提高至法律规定的最高利率水平以上。2002年,中国人民银行《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》规定:“民间个人借贷的利率由借贷双方协商确定,但协商确定的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率(不含浮动)的4倍。超过以上标准,应界定为高利贷行为。”在利率尚未市场化的我国,“金融机构同期、同档次借贷利率(不含浮动)”本身就欠缺合理性,因此应加快推动利率市场化并寻求合理的倍数标准,即“从法律层面设定一个合理的上限,需以市场利率为依据。若上限低于市场利率,则上限将形同虚设;只有在市场利率和上限之间留有借贷双方谈判的空间,上限的设置才有存在的必要”<sup>[20]</sup>,至于4倍的标准更是缺乏合法、有效的法律解释。故而,可采取以下几点措施。一是利率应以各个行业、产业的平均利润率为基准,保证货币价格不得高于市场平均利润率<sup>⑤[21]418</sup>,以此防止“产业空心化”与金融行业的过度扩张而引发金融危机。当然,法律亦应作出相应的豁免规定,如借鉴南非《高利贷豁免法》中“机构或个人只要是发放5000美元以下的贷款,不管其利率高低,只要到管理机构登记就算合法”规定的经验。二是在上述四种分类的基础之上,可针对不同的借贷行为制定不同程度的高利贷认定标准。比

如,对民事性生活借贷利率可低一些,而对商事性生产借贷则可高一些,但必须保证货币价格不得高于市场平均利润率。三是明确详尽界定高利贷行为的法律后果,应认定高利贷行为为犯罪,并不需要区分其有无放贷资格。

## 3. 民间借贷行为(业务)备案登记

在更大程度上讲,民间借贷行为的备案登记主要是对恶意借贷行为风险的法律规制,当然也有助于对非法从事金融业务行为风险的规制。民间借贷行为的备案登记制度建设,需要强调民间借贷行为备案登记的有因性,区分民间借贷行为的不同类型,并进行不同程度的法律规制。换言之,在民间借贷行为的备案登记过程中,对于不同类型民间借贷行为的资金来源、借款用途等情况,需要提供不同的证明材料以及接受相关部门不同程度的后续检查,以保证民间借贷的真实性与资金来源、借款用途的合法性,避免恶意借贷行为的发生。当然,并非所有的民间借贷行为均需要登记备案,须规定豁免备案的例外情形。比如,《放贷人条例》可规定“民事性生活借贷可豁免备案登记”或者“机构或个人只要是发放20000元以下贷款,可以豁免登记;20000元-50000元之间的资金临时借贷可以豁免登记,50000元以上的贷款发放必须进行登记备案,如不登记,将进行5倍以上罚款,情况严重者须接受刑事制裁”等。但需要注意的是,民间借贷登记部门对借贷双方的资金来源信息、资金用途信息以及其他交易信息负有保密义务,否则将承担相应的损害赔偿责任。

## 四 民间借贷主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合

所谓民间借贷主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合<sup>⑩[22]</sup>,简言之,就是类型化下主体注册与行为规制的耦合。主体分类差异注册与行为分类引导规制的相互作用与有机结合,即是规制民间借贷风险的一种耦合现象。在主体的分类差异注册登记制之下,通过对放贷主体资格的认定来实现民间借贷风险的预测性规制,唯独只有不涉及第三人的自然人个人之间的借贷可以豁免注册登记,而对于涉及第三人的个人或机构放贷者必须依法定程序进行注册登记。在预测性规制的前提下,需要对民间借贷行为进行分类,并依据行为的性质来决定是否对行为进行备案登记,结果是机构之间的借贷行为、机构与个人之间的任何借贷行为都必须强制备案登

记,而对于其他的借贷行为可进行自愿备案登记,当然有小额借贷的例外规定。由此可知,唯独自然人个人之间不涉及第三人的借贷行为,既不需要进行主体注册登记,又不需要借贷行为登记,其他民间借贷主体及其行为均处于嵌套式的风险规制体系之下。除此之外,法律又通过规定高利贷、非法从事金融业务等行为的刑事责任,来规制那些需要进行主体注册登记或行为备案登记却不进行注册或备案的借贷行为人,即通过主体规制、行为规制以及责任承担三者的有机结合,最终形成体系化递进式的风险规制机制,以防止民间借贷风险的发生,保证金融系统的稳定。

为进一步证明民间借贷风险类型化法律规制路径的有效性,可参照德国费肯杰教授的“推参阐述”之法对其予以论证<sup>[23][17]</sup>。推参阐述第一步,法学和经济学或金融学的思维方式都有其适合自身的风险规制模式,那么只须追问在既定的风险规制模式之下,如何能够实现风险规制的目标。法学始终将“主客体关系”理论作为分析问题的核心方式,那么上述运用民间借贷主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合之法不失为民间借贷风险规制的良好模式选择,此种耦合不仅完成了风险规制的连横,亦在纵向上实现了风险规制前期预测、中期管理及后期救济的结合,形成了风险规制的纵横网体系。推参阐述第二步,在民间借贷风险的法律规制领域,运用法学思维方式对风险规制的功效进行考量,这种考量是一种寻求逻辑自洽性的考量。从该风险规

制方法自身来看,民间借贷主体分类差异注册与行为分类引导规制的耦合遵循了体系化风险规制思路,不但在逻辑上是自洽的,而且在理论与实践上也是可证明的。推参阐述第三步,抛开法学与金融学对风险分类标准与分类方法的差异,寻求民间借贷风险产生的根源。民间借贷风险产生的根源是共同的,唯一不同的是不同思维方式主导的类型划分标准的不同,但彼此之间的风险类型可能是相互包含的或者是相互交叉的。从法学视角来看,金融学对风险类型的划分不符合法学对风险进行规制的思维方式,但是金融领域对风险的划分为法律领域类型划分提供了基本的材料,并且法学作为一种上层建筑之学,其所运用的民间借贷风险类型化规制方式亦会反作用于金融学领域的风险划分方法,在更大程度上保证民间借贷的有序健康发展。从上述“推参阐述”三步骤来看,法学视野下民间借贷风险的类型化规制是在探寻民间借贷风险产生根源基础上,对民间借贷风险进行类型化后的法律规制,并且此民间借贷风险规制思路是一种体系化的考量,在风险的规制上,实现了逻辑自洽与实质合理的统合。故而,对于民间借贷风险的有效规制来说,运用法学上的“主客体关系”理论将民间借贷风险划分为主体风险与行为风险两种类型,并分别进行规制——民间借贷主体拓宽下的分类差异注册与民间借贷行为的分类引导规制,最后把两者进行耦合的规制方法,实为不二之选。

## 注释:

①或许有人对“风险规制”这一表述存有疑问,笔者查阅沈岿教授主编的《风险规制丛书》中已出版的三部著作:英国牛津大学伊丽莎白·费雪专著《风险规制与行政宪政主义》(法律出版社2012年版)、来自英国与美国的论文集《风险规制与行政法》(法律出版社2012年版)、源自德国的论文集《风险规制:德国的理论与实践》(法律出版社2012年版),它们皆没有对“风险规制”进行明确定义。目前,复旦大学神玉飞博士在其毕业论文《中国银行业制度风险规制研究》(2008)指出:“本文将制度风险规制理解为一个组织内或组织外具有独立的法律地位、相对独立的规制者依据一定的法规、通过一系列的经济政策,对被规制者(组织内部)的成员过度利用制度缺陷引发风险的行为进行监督和引导的行为。”中国政法大学博士赵鹏在《风险规制——发展语境下的中国式困境及其解决》(《浙江学刊》2011年3期)一文中指出:“风险规制(risk regulation)即设立专业的行政机构,对可能造成公共危害的风险进行评估和监测,并通过制定规则、监督执行等法律手段来消除或者减轻风险。”中南财经政法大学戚建刚教授在其《我国食品安全风险规制模式之转型》(《法学研究》2011年1期)一文中提及:“从学理上讲,食品安全风险规制是由议程设置、安全标准制定、风险评估、风险沟通和风险管理等要素构成的制度状态。”由此可知,风险规制主要是指相对独立的规制机构通过制定规则、执行规则来引导和监督风险主体的风险行为,以实现风险的消除、减轻或转移。除此之外,还需要指出,在民间借贷风险的法律规制中,规制的不是风险本身(因为风险本身是一种不确定性与暴露,这两者不可能受到规制,也无法受到规制),而是其背后隐藏的主体不适格以及行为失当或偏颇,即主体不适格引发的主体风险与行为失当或偏颇引发的行为风险。

②市场风险包括汇率风险、利率风险(此利率风险非文中的高利贷风险)、商品风险、资本风险以及权益风险等。

- ③现实中,许多民间借贷中介人成为非法集资或者高利转贷的行为人,影响正规金融系统的稳定并妨害公共利益。民间借贷放贷主体已由以往的个人与个人之间交易为主,逐步转化到小额贷款公司、典当行、担保公司等机构的专业化操作。从三样本旗县市之一的兴和县来看,到2011年6月末,该县在工商部门注册登记的小额贷款公司、担保公司、典当行和投资公司有10家,累计注册资本2.85亿元。另外还有没有注册登记就在经营的公司。这些中介名义上是以担保、投资咨询等为经营主业,但实际上均是在经营民间借贷,而且民间借贷业务量和利润占比在50%以上。
- ④根据2002年中国人民银行《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》规定:“民间借贷的利率由借贷双方协商确定,但协商确定的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率(不含浮动)的4倍。超过以上标准,应界定为高利贷行为。”
- ⑤根据1991年最高人民法院公布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》规定:“民间借贷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4倍(含利率本数)。超过此限度的,超出部分的利息不予保护。”
- ⑥根据1998年国务院通过的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》规定,非法金融活动,是指未经中国人民银行批准,擅自从事的下列活动:(一)非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款;(二)未经依法批准,以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资;(三)非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖;(四)中国人民银行认定的其他非法金融类业务活动。
- ⑦根据1991年最高人民法院发布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》(文中简称《意见》)规定:“一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所形成的借贷关系,应认定为无效。借贷关系无效由债权人的行为引起的,只返还本金;借贷关系无效由债务人的行为引起的,除返还本金外,还应参照银行同类贷款利率给付利息。”“出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的,其借贷关系不予保护。对双方的违法借贷行为,可按照民法通则第134条第三款及《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》[以下简称《意见》(试行)]第163条、164条的规定予以制裁。”
- ⑧香港《放债人条例》第163章第7条“经营放债人业务的限制”规定:(1)任何人不得:(a)无牌照经营放债人业务;(b)在牌照所指明的处所以外任何地方经营放债人业务;或(c)不按照牌照上的条件而经营放债人业务。(2)牌照须符合订明的格式。第163章第8条“牌照的申请及就申请发出公告”规定:(1)申请牌照须以订明表格及订明方式向注册处处长作出,并须附上订明费用及载有关于该宗申请的订明详情的陈述书。(2)根据本条就任何公司作出的申请,可由该公司为此目的而授权的任何一人作出。(由1988年第69号第7条修订。)(3)根据本条就任何商号的各合伙人作出的申请,可由该商号的任何一人作出。(4)注册处处长须以订明的方式,就根据本条作出的每宗申请发出公告。
- ⑨引自:苏曼丽《放贷人条例提交国务院民间借贷有望合法化》,2013年1月12日。<http://finance.qq.com/a/20081118/000971.htm>.
- ⑩我国《合同法》第210条规定:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供贷款时生效。”第211条规定:“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。”
- ⑪对于小规模放贷而言,关键是制定一个标准体系,用以判定放贷行为是否涉及公共利益,如《证券法》第10条对公开发行与定向发行界分标准的规定。
- ⑫民营银行、小额贷款、第三方理财、民间借贷连锁、担保、私募基金、银企对接平台、网路借贷、金融超市、金融集团、民资管理公司、民间借贷登记中心等。除了这些传统的民间借贷形式,典当行也成为民间资本一大新的流向。
- ⑬据人民银行扬州分行监测的样本来看,2010年该市用于生产经营的民间借贷金额达6834.7万元,占全年融资总额的96.73%,用于生活性借贷所占的比例很小。
- ⑭最高人民法院1988年颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称“《民法通则意见》”)第122条规定:“公民之间的生产经营性借贷的利率,可以适当高于生活性借贷利率。如因利率发生纠纷,应本着保护合法借贷关系,考虑当地实际情况,有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。”
- ⑮对那种用借入的资本从事经营的生产资本家来说,总利润会分成两部分:利息和超过利息的余额。他必须把前者支付给贷出者,而后者则形成他自己所占的利润部分。如果一般利润率已定,这后一部分就由利息率决定;如果利息率已定,这后一部分就由一般利润率决定。
- ⑯耦合在物理学上是指两个或两个以上的体系或两种运动形式之间通过各种相互作用而彼此影响,以至联合起来的现象。如两个线圈之间的互感是通过磁场的耦合。藉此推而广之,在社会科学领域中,我们也可以把两种社会现象通过某种条件,使二者有机结合起来发挥作用的客观事物,称之为耦合。

## 参考文献:

- [1] 李可,罗洪洋.法学方法论[M].贵阳:贵州人民出版社,2003.
- [2] 民间借贷的风险有哪些[EB/OL].(2012-11-07).[2012-12-16].<http://china.findlaw.cn/ask/baike/31499.html>.
- [3] 张立先.我国民间借贷法律风险及防范路径研究[J].金融发展研究,2009,(1).
- [4] 赵勇.民间借贷的风险防范机制[J].中国金融,2012,(5).
- [5] 卡罗兰·亚历山大.商业银行操作风险[M].陈林龙等译.北京:中国金融出版社,2005.
- [6] 张文显.法哲学范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [7] 黑格尔.法哲学原理(中译本)[M].北京:商务印书馆,1961.
- [8] 李锡鹤.民法哲学论稿[M].第二版.上海:复旦大学出版社,2009.
- [9] 吴江水.完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案[M].北京:北京大学出版社,2010.
- [10] 王海生.民间借贷的放贷主体机构化[J].当代金融家,2012,(3).
- [11] 刘锡潜.放宽及规范民间借贷行为[N].人民法院报,2012-04-07(05).
- [12] 马克思恩格斯全集:第一卷[M].北京:人民出版社,1973.
- [13] 廖天虎.论我国农村高利贷的法律规制路径——兼及我国农村金融体制的完善[J].农村经济,2011,(8).
- [14] Clark R C.Contract, Elites and Traditions in the Making of Corporate Law[J]. *Columbia Law Review*, 1989, 89(7):1703-1747.
- [15] 潘庸鲁,周荃.民间借贷、高利贷与非法发放贷款疑难问题探究——兼对“非法发放贷款”入罪观点之批驳[J].金融理论与实践,2012,(1).
- [16] 李有星.公司间借贷关系立法结构性调整:禁止、许可抑或其他[J].法治研究,2011,(2).
- [17] 傅穹.公司转投资、保证、借贷、捐赠规则[J].政法论坛,2004,(3).
- [18] 民间借贷[EB/OL].(2008-11-18)[2012-12-16].<http://www.yidai114.com/pageContent/002/423.html>.
- [19] 岳彩申.民间借贷规制的重点与立法建议[J].中国法学,2011,(5).
- [20] 王林清,于蒙.管控到疏导:我国民间借贷利率规制的路径选择与司法应对[J].法律适用,2012,(5).
- [21] 马克思.资本论(第三卷)[M].北京:人民出版社,1975.
- [22] 徐孟洲.论市场机制与宏观调控的经济法耦合[J].法学家,1996,(2).
- [23] 张世明,等.经济法基础文献会要[G].北京:法律出版社,2012.

## On Legal Regulations on Private Lending Risks from the Perspective of Categorization of Risks

LIU Zhi-wei

(School of Economic Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** Private lending, with its various form and characteristics, has unique risks. Thus, to ensure the effectiveness, systematicness and completeness of legal regulations, the legal regulations on private lending risks should be carried out through the categorization of risks. Based on the re-evaluation of researching method, the way to legal regulations on private risks divides the private lending risks into subject risks and operational risks. It also asks to trace the origin of private lending risks and explore the legal regulations on private lending risks, i.e., registration according to different genres, classification guidance of private lending as well as the coupling of registration and classification guidance. Finally, the way to legal regulations on private risks seeks to construct a comprehensive system to regulate the private lending.

**Key words:** private lending; categorization of risks; legal regulations

[责任编辑:苏雪梅]