

Research on the Regulation
of Informal Financing

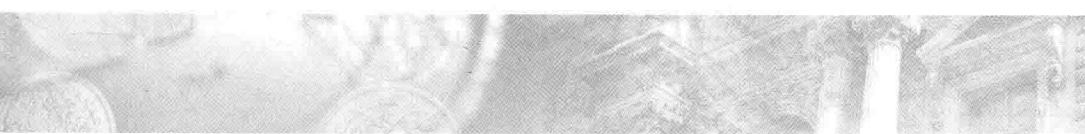
民间融资法律 规制问题研究



甘培忠 吴韬 /主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Research on the Regulation
of Informal Financing

民间融资法律 规制问题研究

主 编 甘培忠 吴 韬

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

甘培忠 徐 可 刘子平

周韶龙 吴 韬



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民间融资法律规制问题研究/甘培忠, 吴韬主编. —北京: 北京大学出版社, 2016.9

ISBN 978-7-301-27501-6

I. ①民… II. ①甘… ②吴… III. ①企业融资—法律—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 216337 号

- 书 名** 民间融资法律规制问题研究
Minjian Rongzi Falü Guizhi Wenti Yanjiu
- 著作责任者** 甘培忠 吴 韬 主编
- 责任编辑** 罗 玲
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27501-6
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 18.25 印张 280 千字
- 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价** 45.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

前 言

一、情况概述

本书为 2012 年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目——“民间融资法律规制问题研究”课题的研究成果。该课题于 2013 年 3 月获得司法部批准,课题编号为 12SFB2047,由北京大学法学院承接,课题负责人为北京大学法学院甘培忠教授。课题组于 2015 年 3 月完成报告的撰写,并形成书稿。

本书自 2013 年 4 月立项以来,严格按照课题申请书与合同书确定的时间规划与研究进度进行安排,以预先设计的方案依次推进:

2013 年 5 月至 2013 年年底,课题组基本完成了文献阅读和理论分析,并在分工合作的基础上建立了定期集中讨论与意见交换机制。

2014 年初至项目中期检查,在前期积累的前提下初步形成了关于民间融资问题的成因、分类等研究基础的划分与界定以及利率管制、互助合作信用机制、集资与证券问题等具体领域的研究成果,并发表了部分内容为中期研究成果。

2014 年 6 月至 2014 年年底,课题组展开了实地调研工作,6 月至 9 月间,先后前往江苏、上海、北京等地基层、中级法院,以问卷、座谈等形式深入了解民间融资问题在实践中的具体情况与疑难问题。9 月至 12 月,课题组成员先后以实习、工作等机会到中国银监会等监管部门和中国证券结算有限公司等业务部门进行调研,对既

有的研究内容进行了补充和修改,并最终完成了课题的全部写作计划。

2015年1月至3月,课题组成员对已完成的研究内容进行修订和加工,完善研究成果,制作最终课题报告,并以此为基础,完成本书。

二、总体框架及说明

(一) 报告的研究方法与思路

民间融资问题是一个非常宏大的命题,涉及融资主体、融资行为、融资工具等多项问题,需要系统地、整体地去分析与把握。本书将民间融资定义为以货币融通为核心行为并与其相关的整个交易系统和金融体系,因而将视角扩大到整个民间金融制度。本书以金融制度性监管为切入点,从具体的民间融资行为中抽象出“结构性风险”这一概念,追溯了民间融资产生的社会与经济原因,分析了历史上、现实中规制政策与法律管制的经济基础和制度逻辑,将“民间”这一带有所有制色彩和意识形态因素的问题背景重新定位为金融抑制与信贷配给现象,试图为民间融资问题的分析建立起一个理性分析和制度选择的框架。本书在构建了统一对话与分析的平台之上,运用规范性的法律结构和逻辑性的经济分析对影响我国民间融资的制度成因、现实困境以及解决途径进行有效的分析,并以近年来制度与政策的发展方向为依托,提供促进解决中小企业融资难、发展基层金融建设与普惠型金融以及民间融资阳光化路径的可能基础和制度进路,为实际解决此类问题提供了可靠材料支持和充分的制度论证。

(二) 总体框架

本书采取总分总的结构,第一、二章为民间借贷融资问题总论,对民间借贷问题的概念、定义、分类进行了概述,对民间融资借贷问题宏观上的经济、社会原因进行分析,并根据金融监管理论为这一问题的规制提供了思路 and 方向。第三、四章综述国内、国外的借贷融资问题的发展与现实,总起报告的具体分析部分,为后续的微观分析提供了分析路径与分析背景。第五至十章为具体问题的微观分析,以融资方式和主体的类型为基本分类,对我国现实中的民间融资借贷问题及其规制思路进行了分析。第十一章作为本书的结论,对我国规制民间借贷融资问题提出了若干立法、修法建议。

(三) 研究价值

本书成果重新厘正了民间融资复杂现象背后的真实原因,为法律与经济学学科框架内的分析进路提供了可选路径,从而避免了不同理论体系下无

法相互对话沟通的弊病和口号式倡导的混乱局面,为今后进一步的理论分析提供了一套统一的体系和分析平台,并在该框架内分析了利率管制、信用支持等制度因素在历史和现实下的宏微观表现。

在具体问题的分析上,本书以结构性风险为视角,以互助性金融组织、小微型金融组织、票据和证券性融资以及互联网金融的发展为分析对象,应用课题建立的分析框架,对民间融资主要形式的法律风险与改进方式进行了系统性的探究,并在制度建议上提出了以去中介化为方向的目标,以及该目标下的可实施路径。

本书撰写分工如下(按撰写内容先后排序):

甘培忠:前言

徐可:第一、二、六、十一章

刘子平:第三、四、七、十、十一章

周韶龙:第五、七、九、十一章

吴韬:第八章

甘培忠

2016年3月20日

目 录

第一章 民间融资概论	/ 1
第一节 民间融资的定义	/ 1
第二节 民间金融的类型	/ 10
第三节 民间金融问题的成因	/ 17
第四节 民间金融的制度意义与其缺陷	/ 22
第二章 金融监管理论	/ 24
第一节 民间融资的法律与金融发展理论	/ 24
第二节 金融规制的制度设计	/ 31
第三章 境外民间融资的制度环境与监管实践	/ 41
第一节 发达国家的民间融资和监管制度	/ 41
第二节 发展中国家和地区的民间融资和 监管制度	/ 50
第三节 我国台湾地区的民间融资和监管制度	/ 54
第四节 国际组织对非正规金融的研究和支持	/ 56
第四章 我国民间金融的发展状况	/ 59
第一节 我国民间金融的发展小史	/ 59
第二节 我国民间金融的发展现状和特点	/ 65
第三节 我国民间金融的主要形式	/ 71
第四节 我国民间金融存在的主要问题	/ 80

第五章 民间互助性金融组织法律规制	/ 84
第一节 民间互助性金融组织的基本概念	/ 86
第二节 民间金融实践目前存在的风险和问题	/ 100
第三节 民间金融监管改进的可能对策	/ 103
第六章 小微型金融机构创新与制度构建	/ 111
第一节 “温州金改”的制度逻辑与实践问题	/ 111
第二节 小微型金融机构的制度	/ 123
第七章 民间票据融资与民间证券融资	/ 129
第一节 民间票据融资问题研究	/ 129
第二节 民间证券化融资问题研究	/ 135
第三节 民间证券化融资的正规化路径 ——从非法集资向规制到发展多层次 资本市场的转变	/ 141
第八章 互联网金融及其法律问题	/ 166
第一节 互联网金融的历史发展	/ 166
第二节 互联网金融的界定	/ 170
第三节 作为民间融资手段的几种主要互联网 金融产品及其法律分析	/ 176
第四节 互联网金融的法律风险与法治建设	/ 185
第九章 民间金融的利率与非法标准问题	/ 191
第一节 金融规制的必要性	/ 191
第二节 整体主义规则构建	/ 212
第十章 民间金融的信用支持	/ 220
第一节 民间金融的信用支持概述	/ 220
第二节 正式制度对民间金融的信用支持	/ 230
第三节 非正式制度对民间金融的信用支持	/ 243
第十一章 结论:规制路径与立法建议	/ 247
第一节 规制路径的转变与选择	/ 247
第二节 规制措施与立法建议	/ 255
参考文献	/ 273

第一章 民间融资概论

第一节 民间融资的定义

对“民间融资”这一概念进行准确的定义是探讨民间融资相关问题必须解决的第一步,遵循问题的提出、分析、解决的基本逻辑,对民间融资进行准确而有价值的定义是发现问题与提出问题的先决条件。同时,对民间融资进行定义本身就是较为复杂的难题,民间融资内涵的定义和外延的划分实际上根植于对民间金融的系统性认识之上,也隐含着对民间融资的价值判断和基本态度。因此,从不同角度出发来定义民间融资将会得出近似而又并不相同的结论,而对于民间融资概念上的模糊也是法律拿捏不准、政策矛盾不一的原因之一。我们首先梳理一下现有研究中对于民间融资定义的认识,再对其弊病进行分析,从而形成对民间融资更为准确的认识。

需要注意的是,“民间融资”在字面上是指“融资”这一经济行为,一般认为这一行为指代的对象为资金借贷和融通,但事实上仅以行为界定的角度来看待民间融资问题是片面的,民间融资问题并不仅涉及以货币借贷为核心的某一类行为,更重要的是这一行为背后涉及的交易系统和金融体系。因此,对民间融资的法律法规既涉及融资行为,又涉及参与融资行为的行为主体,更重要的是涉及整个金融系统的制度性安排。在作为一个整

体的金融系统中,融资与借贷问题既与参与交易的经济主体有关,同时也涉及交易行为、交易运用的金融工具,仅仅将交易行为作为单独的问题予以片面的解释是以偏概全的,不能反映现实背景下民间借贷问题的全貌。因此,我们认为在这个意义上来看“民间融资”问题与“民间金融”问题事实上具有相一致的含义,具有合并讨论的意义及可能性,本书也将把民间融资问题的讨论范围拓展到具有系统整体性的民间金融问题。

一、现有的研究梳理

(1) 从服务对象来区分,民间融资是指为民营经济、非公有制经济提供资金融通服务的行为和相应的金融体系。例如,姜旭朝认为“民间金融,就是为民间融通资金的所有非公有经济成分的资金运动”。^① 这种观点源于旧有的市场主体公有制和私有制两分概念,在金融市场广泛发展的今天已经没有了实际意义。事实上多数包含了国有成分的金融机构都在为非公有制市场主体提供金融服务,例如广泛存在的商业贷款等,以服务对象划分民间融资的范围并不能明确规制的范围。

(2) 从所有制结构来区分,民间金融是指民营金融机构或个人提供的各种金融服务和其他相关金融交易关系的总和。^② 以所有权形式进行划分,不包含国有成分的或者国家参股却不控股的金融机构被列入了民间金融的范围,例如股份制商业银行(比如华夏银行)、城市合作信用社、农村信用合作社等。^③

(3) 以现代性和规范性来区分,民间金融是指现代化、规范化金融系统之外的传统金融市场。麦金农认为,发展中国家的金融市场具有二元性,一部分是以银行信贷市场、证券市场为代表的有组织的现代金融市场;另一部分则是以高利贷、当铺、私人钱庄等为代表的传统金融市场。^④ 可以说,这种分类下主要是以主体结构和交易工具的正规化、现代化作为标准,而民间金融则在行为方式和组织结构上较为原始和传统。

① 姜旭朝:《中国民间金融研究》,山东人民出版社1996年版,第6页。

② 李丹红:《农村民间金融发展现状与重点改革政策》,载《金融研究》2000年第5期。

③ 陈蓉:《“三农”可持续发展的融资拓展:民间金融的法制化与监督框架的构建》,法律出版社2010年版,第53页。

④ 王国松:《中国的利率管制与利率市场化》,载《经济研究》2001年第6期。

(4) 以是否纳入金融特别监管来区分,民间金融是指政府金融监管体系之外的金融体系。世界银行认为,民间金融是指没有被金融监管当局所控制的金融活动。^① 亚洲发展银行认为民间金融市场是不受政府对资本金、储蓄和流动性、存贷款利率限制、强制性信贷目标以及审计报告等要求约束的金融部门。^②

(5) 以是否经过法律法规设置的特别审批而成立进行区分,没有经过国家工商行政部门注册登记的各种金融组织形式、金融行为、金融市场和金融主体都属于民间金融范畴。^③

以上这些以不同标准对民间融资、民间金融进行的定义所采取的角度均有所不同,所有制结构、现代性和规范性以及监管与批准等均是民间融资综合问题中不可回避的重要环节,但仅从以上几种标准中选择某个单一的形式标准作为界定民间融资的条件仍然并没有全面地概括民间融资的制度性问题。

二、民间融资的综合性定义

经过研究梳理,我们发现,民间融资有其自身的特殊性,某个单一的标准并不能全面涵盖其实质内涵,因此,对民间融资本身进行综合性定义是有必要的。

民间融资或者民间金融作为一个整体概念,包含有“民间”和“融资(金融)”两个部分。“融资”部分明确了民间融资问题首先包含了融资与金融这一概念作为核心,融资行为与金融制度的共性和内涵必然是民间融资概念所具有的内容。而“民间”这一限定概念则是对于普遍意义上的融资与金融问题的限缩,代表了融资与金融的普遍特点在具体环境条件下所面临的特别问题与核心挑战。因此,对民间融资的定义首先要明确融资制度本身的

^① Ernest Aryeetey, Hamamala Hettige, Machiko Nissanke & William Steel, “Informal Financial Markets and Financial Intermediation in Four African Countries”, Africa Region Findings, No. 79, World Bank, 1997.

^② Ghate Prabhu, Arindam Das-Gupta & Thirukodikaval Nilakanta Srinivasan, *Informal Finance: Some Findings from Asia*, Asian Development Bank, 1992.

^③ 姜旭朝、丁昌峰:《民间金融理论分析:范畴、比较与制度变迁》,载《金融研究》2004年第8期。

特殊性,进而才能明确其特殊性在不同条件下将会造成的问题,进而探究应该如何采取与问题相对应的法律工具进行规制。因此,遵循从一般到特殊的方式来定义民间融资,首先需要明确的是在市场条件下,融资的主体、行为及其背后的金融系统在监管与规制的视角下存在的特殊性,进而能够在针对个别方面的单一视角之上,归纳出问题视角下民间融资的综合性定义。

(一) 借贷、融资与特别规制

借贷与融资作为一种特殊的经济行为,其有别于一般意思自治的合同关系,因而除了在作为基础的民法上对交易进行保障之外,仍然需要严格的特殊法律规制。

1. 借贷、融资业务的公共性

在市场条件下,融资方式根据是否有金融中介介入的标准,可以分为直接融资与间接融资,前者是指资金需求主体与资金盈余主体直接通过股权融资或者债券融资通过市场直接建立融资关系,此外,个人、企业之间的直接借款关系属于直接融资;而间接融资是指作为金融中介的银行、信托、基金等主体首先向资金盈余部门募集资金,再由金融中介以自身名义与资金需求方建立借贷关系从而提供资金。此外,根据融资关系中供给资金一方数量的多少,经济关系呈现出一对一或者一对多的关系,例如自然人之间、企业与银行之间的一对一融资关系,以及企业与股东、债券持有人之间的一对多融资关系。但是在间接融资中,即使最后资金由银行或信托等中介以一对一的借贷关系提供,仍然不能回避资金最终提供者是金融中介广泛融资的对象,因而在经济实质上仍然存在一对多的资金利益关系。在融资关系中普遍存在的一对多现象使融资与金融活动脱离了简单的一对一私人契约关系,往往体现出多人关系中的公共属性,其中的经济利益联系、交易风险控制以及权利义务分配都具有自身的特殊性,需要在此种条件下以特别规制予以更为严格的保护。

2. 间接借贷融资业务的风险性

在一般条件下个人之间一对一的资金借贷关系与普通的债权债务关系并没有根本性区别,法律制度也并不会对一对一的借贷关系进行特殊规制。但是以资金借贷和融通作为主营业务的经济主体从营业的角度是通过利息获得收益的,其不可能仅从事偶然发生的借贷活动,而是会从利润最大化的

角度尽力扩大借贷的范围。在自有资本不足以支持业务进一步扩大的情况下,从事资金借贷的主体必然会采取债务性融资的手段扩大资产范围,并通过吸储放贷赚取存贷款利差,从而实现盈利。经济主体的借入资金和贷出资金到期的时间并不相同,这便存在资产与负债的期限错配(例如银行的短存长贷、以小配大),对不同财产进行期限错配正是金融机构取得利润的固有方式。同时,经济主体贷出的资金无论是否存在足够的担保物,均存在无法完全收回的信用风险,而进行贷款与融资的项目往往具有相对较长的还款期间。相对较长的跨期交易将会扩大市场风险的不确定性,事前对于未来交易信息判断收集的困难以及事后道德风险都危及交易安全。由于存在期限错配和信用风险,在借和贷的中间环节,经济主体本身承担着巨大的结构性风险,其既要保证足额收回贷款又要保证按时偿还债务,在资产错配的情况下,贷款与负债又不存在时间和数额上的对应关系,因此可以说借贷和融通行业中的金融中介在经营行为上存在内在的不稳定性。从纯粹逻辑上计算,经营经济主体从事借贷业务,取得利润的来源是利息,从追求收益最大化的角度,其必然最大程度上将自有资金和债务融资获得的资金投入到了放贷中以获得最大的利差利润。但是同时,经济主体面临着贷款信用风险、债务偿还压力以及资产错配管理等经营条件的限制,并不能将全部资金都投入贷款的发放,其追求收益最大化目标的过程只能在风险控制和逐利动机的平衡中动态实现,资金的安全性、流动性和收益性必须进行合理并严格的协调。“钱生钱”的收益现实下经营主体往往具有强烈的逐利动机,其自身的风险意识和管理水平都极大影响着利益相关方经济利益的安全,其经营中采取保守抑或激进的存贷比例、资产结构等经营策略均涉及公共属性的金融稳定。

3. 直接融资的风险性

直接投资的模式包括面向一定范围内的群体或者是面向社会不特定对象公开集资的形式,其面临的结构性风险便是源于集资对象和集资项目以及项目控制人之间的信息不对称。公共集资对象并不直接参与事业具体经营,多数情况下对于事业的经营事项也非专家。同时,数量较多的集资对象缺乏集体行动的能力和意思,很难联合起来私力监督集资主体。因此集资项目的管理人可能利用这种严重的信息不对称任意利用集资所得资金,欺诈、盗取资金供给者的集资利益。信息不对称与集资对象集体行动困难是

公共募集条件下事业性集资所必须会面临的结构性风险,并不能通过集资对象与集资主体之间的合同协商来进行完全的规避。而在现实中,这种不受规制的结构性风险往往为集资主体利用,以虚假、欺诈、不实的事业侵占集资资产。

上述事实表明,交易结构和经营方式的特殊性决定了借贷与融通业务内在的巨大风险性,这是一种结构性风险。结构性风险并不是因为交易对象背信违约、借贷参与者贪婪逐利等个别因素而产生的,所以其并不是通过基础民法对于一般交易的执行保护和损失赔偿便可以避免或消除的一般风险,甚至很难通过保障单个交易中的全面履行而保障金融系统的整体安全。因此,借贷与融通业务中存在的结构性、系统性风险是一种市场整体风险。每一笔个别借贷关系都是或大或小的金融系统中的一部分,对于金融系统整体来说,结构性风险是客观存在、不可避免的一种风险,对于保护意思自治的民法体系和交易自由的市场经济来说是一种必然存在的“市场失灵”,必须在交易外部施加特别监管与规制。

由于借贷与融资行为具有公共性与风险性,放任融资经营主体以契约自由与意思自治的方式来和资金需求方设立权利义务关系是不合理的。借贷与融资业务面临的是不同于一般交易关系的特殊风险,而其公共性又将风险的危害性进一步加强与扩大,因此,在以合同法、物权法为基础的民法一般规则之上,需要施加特别规制,以行政与司法的调节介入,限制资金供给者过度的投机逐利,控制金融中介的结构性风险,维护社会公共利益的稳定。因此,为了维护借贷与融资系统有序的发展,其业务的展开必须伴随着相应的特别管控与规制制度的建立,可以说,有规制方有融通,任何脱离了规制的借贷与融通系统均面临着极大的社会风险,因此相应规制制度的建立是借贷与融资业务正规化、现代化的基本以及根本标志。

(二) 资本引导与宏观调控的需要

借贷与融资作为分配信贷资源的手段,其具有重要的宏观调控意义,经济资源的有效配置与市场稳定的合理监管均有赖于对于借贷融资行为的调控来实现。

1. 作为经济基础的资本

首先,资本是生产的基础,资本的积累过程是经济体系进步与发展的必

由之路。土地、设备、厂房等作为社会生产基础的资产均是资本客体化的形式,资本是劳动力作用的对象和社会再生产的根本基础,没有资本就没有生产的可能,任何发展水平较高的产业均需要累积足够的生产资本。市场作为调节资源分配的手段,其“看不见的手”作用于市场的基本前提便是资源的自由流动性,而各种资源在空间与时间上的分配、形式的转变均需要货币作为中介。货币资本作为不同生产要素之间转移与分配的载体,在市场经济中发挥了不可替代的作用,马克思认为在货币与商品的不断转换中,社会再生产才得以实现。^① 因此,从总量上来说,货币资本的充足(此处指货币的实质充足,排除了通货膨胀对名义价格的影响)决定了生产资本的积累程度,相当程度上代表了社会生产条件的高与低,决定了经济产出的能力;同时,货币资本的流向也决定了生产资源的导向,只有通过有效渠道获得足够货币资本的生产部门才能维持并扩大生产,从而实现经济的增长和社会的发展。

因此,货币与信贷资源是重要的生产要素,对其合理、有效的运用是社会生产结构效率的体现。在信贷资源相对稀缺的情况下,为了实现资源的集中利用和重点部门快速发展的需要,作为宏观调控主体的政府往往会采取各类措施引导资源的流向。从积极的角度来看,对信贷资源的方向性调控是提高经济增长效率的要求。

2. 金融稳定与信贷调控

信贷资源作为一种生产要素,利率可以视为它的使用价格,因此也可以将信贷资源与货币资本视为可以在市场上进行交易的商品。信贷资源充足的情况下,市场利率将会下降,反之,稀缺时价格则会上升。供应与需求的改变、经济预期的变化、外汇市场的波动等因素均会导致作为商品与生产要素的信贷资源价格产生波动。由于货币在经济系统中具有乘数效应,信贷供给的波动将会被充分地放大,流通中的货币量过多或过少均会造成金融系统整体的不稳定,不受控制的通货膨胀或紧缩均不利于经济有效发展。信贷资源与利率水平必须服从于国家整体的发展政策以及市场情况的现实需要,政府通过货币政策与财政政策进行调控时,必须充分掌握信贷与货币

^① 许崇正、柳荫成:《马克思再生产理论与社会主义市场经济》,载《经济学家》2006年第4期。

的市场信息,同时要有足够有效的政策工具。金融监管与金融调控必须要实现上述行政目标,对借贷与融资的市场信息进行全面的监控与收集,并在此基础上进行控制与引导是宏观调控的重要部分,通过宏观调控将微观层面上对货币需求方个体的信贷支持纳入到金融系统整体运行的框架之中,实现货币市场总供给与总需求的相对均衡,以保持市场价格水平的整体稳定和资源配置的效率。因此,从防范金融风险、维持市场稳定均衡的角度,信贷与融资行为必须纳入金融监管与金融调控的框架内^①,金融监管与调控的系统性构建是金融现代化与制度化的标志。

(三) 民间融资与中国规制实践

由上文分析可知,借贷融资与相应的规制制度必须同步发展,存在伴生关系。对于作为金融制度一部分的借贷与融资而言,规制的存在和发展既是正规化的条件,同时也是其现代化的标志。未纳入规制与监管框架内的金融系统便具有“原始性”,而这种“原始性”在我国经济发展的实践中被逐步误解为“民间性”。

在我国的经济实践中,将规制作为借贷融资制度的标志与条件,可以清晰地梳理出问题的发展路径。我国经济体制经历了由计划经济向市场经济的重大转变,金融体制也从原来的国家控制逐步向市场开放发展,但“金融抑制”现象仍然是普遍存在的事实,国家对于金融行业的管制性限制依然较为严格。这既是由于经济高速发展前期控制信贷方向、集中资本进行重点建设的需要,同时也是对上文所归纳的借贷活动高风险、非规范化的谨慎和警惕。在这种背景下,可以说以资金借贷与融通为核心的金融服务事实上属于特许和专营,对于借贷融资业务的严格管制与特别规制是借助严格的行业准入实现的。由于历史的原因,在相当一段时间里,公有制主体的经济实力与资本积累相较于民间私人主体具有绝对优势,同时由于金融制度与司法制度的不完善,相较于私人主体,对公有制主体的调控和规制实现起来也更为容易。所以,基于资本实力和规制手段的原因,行业准入条件的设定与所有制结构的选择存在很大程度上的重合性。在所有制结构中属于民营的市场主体和个人,从一开始便不被认为具有从事借贷融资业务的恰当资

^① 陈蓉:《论我国开放民间金融市场的政府行为选择——基于日本、台湾地区民间金融的演化》,载《理论导刊》2009年第7期。

质。此外,在市场经济起步阶段,私人资本总量被认为较小,并不会对融资与借贷的货币市场造成重要的影响,不属于宏观调控与金融政策的核心问题,因此也不被纳入金融监管的范围之内。

从金融规制与监管制度的实质来看,之所以要制定制度规范来对市场中的融资借贷进行规制,其原因是上文提出的市场风险与经济发展的需要,其首先是为了防范经济运行中必然客观存在的金融风险,同时也是为了实现资本有效利用与经济效益发展。因此,金融规制与监管制度应该是市场经济发展与法制建设中所需要采纳的技术性规范,而并不涉及对于资本来源的价值判断。理论上来说,无论参与借贷与融资的资金供给方、需求方是国有经济主体还是民营经济主体,只要没有纳入金融规制与监管制度,其融资借贷行为均属“原始金融”,但这种本应该称作“原始金融借贷”的问题在我国特有的经济发展背景下演变成了具有特殊性的“民间借贷问题”。正是由于原本仅属于技术性规范的金融规制与监管制度在我国经济制度转轨的过程中被异化成了主体选择的标准,从而自然而然地带上了一些超过客观技术标准范围的价值性判断,形成了基于主体与资金来源的判断标准,即以“民间”之名冠之于“融资问题”之上。自此,原本的技术标准演变成了主体标准,仅仅在技术控制上存在“原始性”的融资形式普遍被赋予了模糊不清的所谓“民间金融”这一属性。需要承认的是,在经济制度改革之后的一段时期里,我国公有制经济的地位和资本数量具有绝对优势,这使得市场中的货币盈余供给方在很大程度上仅以公有制资本来源为主,经济力量的客观差距以及监管制度的路径依赖导致技术性标准客观上与主体标准存在相当的重合性。在一定的经济背景下,所有制属性确实是资本积累与经济实力的象征,也是监管制度和正规化的保障;资本盈余条件、主体标准、规制性技术标准具有很大程度的重合性,正是这种重合性误导了对于“民间借贷”的定义标准,使其在所有制主体是公还是私、是否经过审批、是否取得资质等问题上纠缠不清。

对民间金融从多方面呈现出来的缺陷进行追本溯源,我们发现,其根本性的缺失在于并没有纳入上文总结的特别规制与金融监管的框架内,正是由于这一基本条件的缺失才导致了各种类型的借贷与融资在不同方面、因为不同的特征被视为“民间金融”。随着制度与经济的发展,资本盈余条件、