

逐利的规制：
民间借贷的法律机理与实务逻辑



王 兰 李千煌 等 / 著

On the Regulation of Profit Pursuit :
the Legal Mechanism and Practical
Logic of Informal Finance

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中央高校基本科研业务费专项基金项目（ZK1061）

On the Regulation of Profit Pursuit :
the Legal Mechanism and Practical
Logic of Informal Finance

逐利的规制：

民间借贷的
法律机理与实务逻辑

玉兰 李千煌 等 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

逐利的规制：民间借贷的法律机理与实务逻辑 / 王
兰等著. —北京：中国法制出版社，2017. 6

ISBN 978-7-5093-8658-3

I. ①逐… II. ①王… III. ①民间借贷—法律—研究
—中国 IV. ①D925.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 142594 号

策划编辑 邱小芳

责任编辑 邱小芳

封面设计 李 宁

逐利的规制：民间借贷的法律机理与实务逻辑

ZHULI DE GUIZHI: MINJIAN JIEDAI DE FALÜJILI YU SHIWULUOJI

编著 / 王 兰等

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 640 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 25 字数 / 312 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8658-3

定价：59.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033393

传真：66031119

编辑部电话：66078158

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

作者简介及分工

- 王 兰** 厦门大学法学院副教授，法学博士。本书主编，撰写前言、第十章，第十一章，第十二章。
- 李千煌** 福建民丰律师事务所高级合伙人，法律硕士。本书主编，撰写第六章，第七章。
- 张 欣** 华侨大学法学院硕士研究生。撰写第一章，第三章。
- 吴启帆** 福建省泉州市中级人民法院书记员，法学硕士。撰写第二章。
- 张虎翼** 中华人民共和国商务部办公厅工作人员，法律硕士。撰写第四章。
- 李前龙** 华侨大学法学院硕士研究生。撰写第五章。
- 王言言** 河南团结律师事务所律师，法学硕士。撰写第六章。
- 吴水龙** 福建省晋江市人民法院助理审判员，法律硕士。撰写第八章。
- 诸国忠** 华侨大学法学院法律硕士。撰写第八章。
- 丁 超** 福建省石狮市人民检察院助理检察员，法学硕士。撰写第九章。

前 言

在麦金农里程碑式的金融二元主义的理论范式开创下,^[1]民间金融作为独立于正规金融的非正规经济类型,获得了全新的学界重视。发展中国家大量实证研究表明,运转良好的非正式民间金融市场在一些新兴化国家和地区的运转效率很高,成为实现后发地区经济快速跃迁的重要推手。^[2]不过,与麦金农分析的产生非正规金融市场是缘于其低利率水平的原因^[3]恰好相反,中国民间金融最为常见的民间借贷,却表现出了更高的利率水平,并广泛地活跃在大量的私人借款和中小企业的生产资助中,成为助推中国经济发展的主要金融力量之一,^[4]

[1] Kinnon, R.I., *The Order of Economic Liberalization: Financial Control in the Transition to a Market Economy*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1991, pp.76-90.

[2] Fry, M.J., *Financial Development: Theories and Recent Experience*, *Oxford Review of Economic Policy*, 1989(5), pp.13-28.

[3] Betty C.&Kim, *Financial Dualism in a Cash-in-advance Economy*, *Journal of Macroeconomics*, 1996, 18(2), pp.213-234.

[4] Jianjun Li & Sara Hsu ed. *Informal Finance in China: American and Chinese Perspectives*, Oxford University Press, 2009, pp.8-9.

并在很大程度上构成了促进农村工业化的重要金融来源。^[1]这一独特的发展势态,在形塑中国经济奇迹的同时,也形成了民间借贷中国研究的个性内容,凸显了进行针对性分析的重要价值。然而,由于民间金融的蓬勃发展伴生于转型中国政治、经济、文化和法律遽变的时空中,在尚未突破其合法性之障的发展初期,民间借贷很容易被链接到诸如“非法集资”和“食利阶层”等污名化的社会共识中,除了少部分小额的私人消费型借贷得以在合同法的意义上获得正名,大部分支撑前述民营经济发展的民间借贷,只能长期限缩于地下化的状态,由此带来了一系列的规制问题。

首先,由于其非正规且地下化的生存状态,民间借贷长期未能获得法律的准确定性和评价,并因此产生合法性评价的危机。然而,由于金融抑制的长期存在,大量的民营企业亟待获得正规金融以外的输血。^[2]因此,强大的资金供给需求,使得民间借贷得以迅速发展。然而,缺失法律保障的后果就是当出现民间借贷纠纷后,多数仅能转向相似的地下场域予以私人解决。这实质上也是频繁见诸报端的以于欢辱母杀人案^[3]为代表的民间讨债劣质化异变的根本肇因。

其次,民间借贷行为长期缺乏法律的规范,作为一种非正规的准金融产业尽管体量上不断地膨胀,却无法获得长期可预期的可持续发展:一方面,法律供给侧难以直接为民间金融行为提供合规性行动方案,致使借贷双方很难发展出规范的权益保护机制,而为了消除交易各方的信息不对称,无论在缔约成本上还是履约风险上,双方均只能

[1] 王晓毅、蔡欣怡、李人庆:《农村工业化与民间金融——温州的经验》,山西经济出版社2004年版,第191页以下。

[2] 王敏芳、徐莉萍:“金融抑制对民营企业债务融资的经济周期性影响”,载《经济问题》2017年第4期。

[3] 相关案情报道参见王瑞锋、李倩:“刺死辱母者”,《南方周末》2017年3月23日版。

支付远高于正规金融的借贷费用；另一方面，在市场资金需求旺盛时期，拥有卖方市场优势的出借人，很容易寻求法外的畸高利息并催生出高利贷这种无序的市场产物。沉重的高利贷在很大程度上“压垮”了民营企业的发展，也是实践中被迫接受这种贷款的企业难以获得优异发展的罪魁祸首。^[1]更为复杂的是，在专业法律服务的加持下，传统的高利贷在形式上进行了“适法性”升级，并演变为“砍头利息”和“以买代贷”等更具迷惑性的形式，使得司法甄别难度极大，加剧了民间借贷的负面影响。

再次，民间借贷伴随着金融工具的创新和借贷平台的互联网化，逐渐地演变为 P2P 等面向不特定对象融资和集资的方式。^[2]而传统的金融法律对此尚未有足够的准备，要么简单诉诸严管姿态，径行依据正规金融准入标准予以监管；要么受制于执法监管资源的有限性，只能在平台运行出现问题之后才施以事后救济，最有效的事前和事后的监管却付之阙如。两厢合力的结果使互联网+下的民间借贷呈现出高速的野蛮生长态势，预计到 2017 年年底网络信贷余额可达 1.78 万亿，网络信贷用户逾 6290 万人次。^[3]与此同时，也伴生出 e 租宝等大量平台倒闭的严重社会问题，^[4]亟待进一步的法律监管和社会规制的跟进。

可喜的是，始见于联合国 2006 年建设普惠金融体系的蓝皮书中

[1] Ayyagari M, Demirgüçkunt A, Maksimovic V, et al. Formal versus Informal Finance: Evidence from China. *Review of Financial Studies*, 2008, 23(8), pp.3048-3097.

[2] 杨东：“互联网金融的法律规制——基于信息工具的视角”，载《中国社会科学》2015 年第 4 期。

[3] 智研咨询集团：“2017-2022 年中国互联网金融市场深度评估及投资战略研究报告”，<http://www.chyxx.com/research/201612/481977.html>，访问日期 2017 年 3 月 19 日。

[4] 左美云：“互联网金融的未来：四个重要发展方向”，载《人民论坛·学术前沿》2017 年第 3 期。

所提及的普惠金融 (Financial Inclusion) 政策, 作为落实 2004 年和 2005 年间国际发展援助大会通过的“蒙特雷共识”后续行动的一部分, 已迅速得以提倡, 并在国家层面上得到广泛的接受和重视。由于该政策聚焦于解决诸多发展中国家的中小微企业面临的严峻融资约束问题, 以帮助普通人尤其是穷人可以充分参与社会经济生活, 为自己和他人创造就业机会并充分发挥潜力的重要作用, 而这也使得早已在草根经济层面枝繁叶茂的民间金融得到了最好的正名。鉴于此, 本书并不诉求于针对民间金融具体发展和历史作用的重新叙述, 抑或试图超越对单纯的民间金融治理的一般性运行考察, 而在于将研究主题镶嵌在普惠金融这一共识性的“政策拟定、法律制定和法律适用”的框架下,^[1] 寻求仅聚焦于民间借贷法律原理以至司法实务的中国样本的整合性研究。本书借由对福建等较具代表性的民间金融活跃地区的长期扎根调研, 致力于深描浸润在丰富基层实践中的民间借贷法理, 并透析交织其中的地方性司法实务, 从而挖掘出支持民间借贷运行和勃兴的法律机理及其呈现的司法逻辑, 以便获得能有效支撑民间金融制度创新的知识增量, 探索游离于正规法律规制体系之外民间金融合规性建构方案, 切实回应理论界和实务界对于民间金融发展及其规制的关切。为了实现这一研究旨趣, 本书将分为四编, 即绪论、实体论、诉讼论和规制论, 来呼应上揭学术板块。

在绪论部分, 第一章主要对民间借贷的学理概念和实务界定进行了识别, 并在此基础上透析民间金融的主体多元、形式灵活但法律关系设定粗糙的特征, 着重对其债权和利息两大侧面展开了深描。循历

[1] 以亚洲发展中国家为样本的具体论述, 提供了这种实践的生动范例。See Cyn-Young Park & Rogelio V. Mercado, Does Financial Inclusion Reduce Poverty and Income Inequality in Developing Asia? ADB Economics Working Paper, 2015, 20(5), pp.419-435.

史认知的维度，第二章对民间借贷进行了相关的文献考古，为全书讨论提供史据视角下的发生学基础。第三章重点从民间借贷的功能论出发，具化分析其在时间和空间上转移资源、清算和支付结算、储备资源和分割股份、管理风险、提供信息、解决激励等六项子功能，并结合其特殊的社会关系凝聚，对互济和人际关系集聚的社会功能予以阐述，并在此基础上进一步探讨金融功能与社会功能可能存在的冲突。

在实体论部分，第四章首先就支撑民间借贷有效发展的组织进行了考察，分别从出借方和平台方两种不同角度，讨论了具体的民间借贷组织光谱，以及当下互联网平台上呈现的民间借贷组织形式。第五章聚焦于民间借贷合同四种不同分类标准下的合同类型，力求全面展现民间借贷合同类别，并细分了要式/非要式，诺成/实践和单务/双务的不同法律特征表达，为合同实务的具化分析提供了理论基础。第六章则梳理了奠定民间借贷安全基础的担保理论，从定式担保和衍生担保共七种具体类型出发，勾勒出民间借贷风险防范体系的全貌。

在诉讼论部分，基于近年来司法实务中出现的民间借贷诉讼爆炸，本书通过第七章普通诉讼和第八章略式诉讼，分别就民间借贷诉讼的类型、诉讼风险及其防范、小额诉讼和督促程序、司法实务的具体问题等方面进行细致探讨，以期裨益于相关的司法实践。而第九章主要针对民间借贷的刑事化发展现状，在类型化分析的基础上，就最有代表的非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪做了展开性探讨，以回应相关的热点案件所凸显出的社会关切和价值取向。

在兜底的规制论部分，试图在全书所呈现的民间金融样态和司法回应分析基础上，讨论支撑其健康发展的规制制度顶层思路。基于第十章所完成的沿海样本地区突出的民间借贷规制乱象，及其所折射出的相关法律规制困境分析，第十一章则着重在比较分析的视角下

探讨民间借贷适宜的规制路径选择。在此基础上，第十二章围绕民间借贷深嵌的熟人关系空间，挖掘民间借贷的践行者们自发实践形成的习惯、契约、规章等规制文本，并在此基础上开拓出对接民间借贷非正式特性的软法规制进路。

值得一提的是，活跃的立法进程和能动的司法回应，亦不断通过增加法律供给和实务赋权，刷新着民间借贷这一主题的外延与内涵。日新月异的民间金融创新，在表征着民间借贷强大的草根生命力的同时，也为其提供了更多的衍生形式并再次对立法和司法提出新需求。交互循环的互动，虽然并不代表民间金融同其立法司法内涵的治理构成互训，但其持续的演进却也昭示着本书的研究始终仅是阶段性和局部性的，也不可能避免讹误。因此，本书的作者们将不揣简陋的文字，以此求教于方家。

目 录

Contents

第一编 民间借贷的绪论

第一章 民间借贷的基本内容	003
第一节 民间借贷的界定	003
一、民间借贷的学理概念	004
二、民间借贷的司法界定	005
第二节 民间借贷的特征与风险	008
一、民间借贷的多维特征	008
二、民间借贷的内生风险	013
第三节 民间借贷的债权识别	015
一、民间借贷债权概念	015
二、民间借贷债权的分类	017
三、民间借贷的利息债权	019
第二章 民间借贷的发展历史	022
第一节 民间借贷的源起	022
一、原始公社时期的民间借贷起源	022

二、封建时代民间借贷的起源	025
第二节 民间借贷的发展	029
一、汉代民间借贷发展综述	029
二、隋唐至宋代民间借贷发展综述	030
三、元代至明代民间借贷发展综述	032
四、清代至民国民间借贷发展综述	034
五、建国至今民间借贷发展综述	036
第三章 民间借贷的功能分析	039
第一节 民间借贷的金融功能	039
一、金融功能观的引入	040
二、民间借贷的金融功能	040
第二节 民间借贷的社会功能	043
一、社会资本概念的引入	043
二、民间借贷的社会功能	044
第三节 民间借贷的功能冲突	046
一、民间借贷功能间的冲突	046
二、民间借贷的冲突类型与样态	047

第二编 民间借贷的实体论

第四章 民间借贷的组织	053
第一节 民间借贷组织的基本特性	053

第二节 作为出借方的民间借贷组织	055
一、小额贷款公司	055
二、典当行	064
三、农村资金互助社	069
四、存贷型地下钱庄	076
第三节 作为平台的民间借贷组织	080
一、民间标会	080
二、互联网P2P借贷平台	085
三、民间借贷中介组织	089
第五章 民间借贷的合同	093
第一节 民间借贷合同的类型	094
一、以民间借贷合同的主体区分	094
二、以民间借贷的借款用途区分	101
三、以有偿与否为区分的民间借贷合同	103
四、基于网络平台的民间借贷合同	104
第二节 民间借贷合同的法律特征	105
一、要式性与非要式性并存	105
二、诺成性与实践性并存	106
三、单务性与双务性并存	106
第三节 民间借贷合同的实务问题	107
一、民间借贷合同的缔约	107
二、民间借贷主体的认定	113

三、无效民间借贷合同及其法律后果	115
四、民间借贷合同的履行	117
五、民间借贷合同履行中的抗辩	118
六、借贷关系与其他法律关系的区别	120
第六章 民间借贷的担保	123
第一节 民间借贷中常见的担保类型	123
一、民间借贷中的保证	123
二、民间借贷中的抵押	130
三、民间借贷中的质押	139
四、民间借贷中的留置	144
五、民间借贷中的定金	147
第二节 民间借贷中衍生的担保类型	148
一、担保性买卖合同	148
二、网络借贷的担保模式	151

第三编 民间借贷的诉讼论

第七章 民间借贷的普通诉讼	157
第一节 民间借贷普通诉讼之概述	157
一、民间借贷的诉讼当事人	157
二、民间借贷的诉讼标的	159
三、民间借贷的诉讼管辖	160

四、民间借贷的诉讼证明	163
第二节 民间借贷诉讼类型化分析	165
一、民间借贷诉讼类型化分析的价值	165
二、民间借贷诉讼的主要类型	166
第三节 民间借贷诉讼风险及其规避	182
一、信用欺诈风险及其规避	182
二、借款利率风险及其规避	187
三、公证执行风险及其规避	193
第四节 民间借贷诉讼实施问题及其化解	202
一、民间借贷诉讼实施存在的问题	202
二、民间借贷诉讼实施问题的化解	214
第八章 民间借贷的略式诉讼	224
第一节 民间借贷的督促程序	225
一、督促程序概述	225
二、民间借贷纠纷案件适用督促程序的现状分析	233
三、民间借贷纠纷案件适用督促程序的必要性和可行性	252
四、民间借贷纠纷案件适用督促程序的若干构想	260
第二节 民间借贷的小额诉讼程序	271
一、民间借贷的小额诉讼程序概述	271
二、民间借贷小额诉讼程序的缺陷	274
三、民间借贷的小额诉讼程序完善	280

第九章 民间借贷的刑事司法	285
第一节 民间借贷犯罪概述	286
一、“民间借贷” 刑事犯罪的类型	287
二、“民间借贷” 刑事犯罪的特点	290
第二节 民间借贷下的非法吸收公众存款罪	293
一、非法吸收公众存款罪的基本内容	293
二、非法吸收公众存款罪的特征	294
三、非法吸收公众存款罪的犯罪构成	296
四、非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分	301
第三节 民间借贷下的集资诈骗罪	301
一、集资诈骗罪的基本内容	301
二、对具有“非法占有目的” 主观要件的分析	303
三、集资诈骗罪的性质属于诈骗方法	306

第四编 民间借贷的规制论

第十章 民间借贷的规制异变	311
第一节 民间借贷规制对象的迭代：以实证调研为视角	311
一、民间借贷目的从小额生产消费型扩充到投资增值	312
二、民间借贷对象从直接的熟人型借贷扩张到间接的复合型借贷	313
三、资本来源从自有集合型扩及弥散募集型	316
四、民间借贷形式从互助型借贷拓展到多元融资创新	316

第二节 民间借贷的规制异变	317
一、严格准入和刑法管制使得民间借贷地下化	318
二、单一化认定和司法适用错位致民间借贷污名化	322
第十一章 民间借贷的规制选择	326
第一节 民间借贷的硬法规制困境	327
一、日益网络化和生人化的民间借贷发展趋势凸显既有规制盲点	327
二、跨平台民间借贷放大了金融垂直分业监管的缺陷	329
三、事后型民间融资监管难以回应复杂隐蔽化融资用途	331
第二节 民间借贷的规制路径选择	333
一、域外相关立法经验的比较借鉴	333
二、域外民间借贷规制路径的评析	340
三、民间借贷规制的进路选择	344
第十二章 民间借贷的软法规制	346
第一节 民间借贷软法规制的运行机理及其优势	346
一、民间借贷软法规制的运行机理	346
二、民间借贷软法规制的施行优势	348
第二节 民间借贷软法规制的规范渊源及其类型	351
一、纯粹软法——民间借贷内部契约和习惯	351
二、自治组织的软法——民间融资行业规范	351
三、官方机构的软法——民间融资的行政指导性文件	352
第三节 民间借贷软法规制的场景及其工具箱	354
一、设立民间金融行业协会及从业标准	355