

法律视域下的 民间金融及其规制

刘道云 著

晨鐘

复旦法学博士文丛



法律视域下的 民间金融及其规制

刘道云 著

晨读

复旦法学博士文丛

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律视域下的民间金融及其规制 / 刘道云著. -- 北京 : 法律出版社, 2017

(复旦法学博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1637 - 0

I. ①法… II. ①刘… III. ①民间经济团体—金融机构—金融法—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 282457 号

复旦法学
博士文丛

法律视域下的民间金融及其规制
FALÜ SHIYU XIA DE MINJIAN
JINRONG JIQI GUIZHI

刘道云 著

策划编辑 李峰沅
责任编辑 李峰沅
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 7.375
字数 187 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jwbq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆分公司/023 - 67453036

深圳分公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85330678

上海分公司/021 - 62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1637 - 0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“复旦法学博士文丛”编辑委员会

(编委按姓氏拼音排序)

主 任:季立刚

编 委:	陈浩然	陈治东	董茂云	段 匡
	郭 建	胡鸿高	季立刚	潘伟杰
	孙南申	王全弟	谢佑平	杨心宇
	张乃根	章武生		

**本书献给辛勤养育我的
父亲刘家红和母亲张秀芳**

前 言

综观国际金融市场,2008 年全球金融危机之后,发达市场经济国家的金融监管均有收紧之势。美国、英国、欧盟、日本、韩国、新加坡以及中国香港等国家和地区从监管模式、立法、执法等多个角度加强了本国的金融监管,摒弃了过去宽松的、轻触式的金融监管理念和重个体监管的微观审慎监管模式,转向坚持全面、“无缝隙”、刚性的监管理念和微观、宏观审慎监管相结合的监管模式,力求在新的一轮金融创新推动金融发展浪潮中控制好金融风险。近年来,英国、澳大利亚、新加坡、马来西亚、中国香港等国家和地区对金融科技创新实施“沙箱”监管,推行试验性质的金融监管以弥补过于严格的刚性监管体制的不足,实现金融发展的“稳”中求“进”,争夺世界金融领导地位,掌控国际金融话语权。

回望国内金融市场,我国正着力于全面深化金融体制改革,加快发展和完善多层次资本市场,健全“促进宏观经济稳定、支持实体经济发展”的良性

金融体系。在这样的社会背景和奋斗目标下,我国应当建设良性的现代正规金融体系和民间金融体系两个子体系。我国金融监管理念已从“轻触式监管”向“依法、全面、从严监管”转变,从“重个体微观审慎、分业监管”逐步向“宏观审慎、功能监管”转变。但是民间金融领域的相关立法和监管执法却略显滞后,不能满足控制金融风险和规范民间金融发展的需要。

民间金融体系是我国金融体系的重要组成部分,民间金融能否健康有序发展关系到金融的安全与效率、社会的和谐与稳定以及经济的健康与可持续发展。我国民间金融活动长期处于金融监管领域的灰色地带,民间金融发展具有深厚的现实基础和宽松的监管环境。近年来,我国民间金融领域创新不断,合法形态的民间金融得以蓬勃发展,民间金融存在形态不断从初级形态向中高级形态演进,对经济和社会的发展起到了一定的积极作用。然而,宽松的监管环境也导致了民间金融的无序发展。尤其是非法集资、非法经营性借贷、高利贷等非法金融活动野蛮生长,造成了诸如民间借贷危机、大量中小企业破产、诉讼案件骤增等严重的社会和经济后果,导致数千万投资者蒙受了巨大的经济损失,对国家经济金融和社会均产生了不良影响。民间金融市场发生“市场失灵”现象,民间金融的功能不能正常有效发挥。我国政府颁布了一系列旨在解决民间资本“投资难”、中小企业和个人“融资难”、非法金融活动泛滥等问题以及推动金融体制改革、防范和化解民间金融危机的政策。但数载已过,相关政策实施效果不显著,民间金融市场的国家政策干预出现“政府失灵”现象。2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的出台,为审理民间借贷纠纷案件提供了司法解释依据,但是无论从立法还是从监管的角度,民间金融领域均是我国金融法律规制的薄弱环节。实践中,司法保护民间金融投资者和制裁民间不当金融行为仍不时面临法律依据不足的困境,诸多民间金融活动仍游离于金融监管视野之外。由此可见,要形成良性的民间金融体系,依靠民间金融市场自身和国家政策干预仍有欠

缺,民间金融市场亟待国家采取法律手段进行干预和规制。

市场经济本质上是法治经济,法治兴则市场兴,法治弱则市场弱。加强金融规制立法和监管俨然已经成为国际趋势,世纪伟人孙中山先生曾说过:“世界潮流,浩浩荡荡,顺之者昌,逆之者亡。”我国若要引导民间金融规范发展,充分发挥民间金融在活跃市场经济、促进农业生产发展、改善人民生活等方面正规金融不可替代的积极作用,在维护金融系统稳定的同时推动金融创新,就应当顺势而为,研究建立民间金融法律制度体系和监管体系,为民间金融的规范健康发展创造良好的法治环境。如何建立和建立怎样的民间金融法律制度体系和监管体系,如何通过法律手段实现对民间金融最小程度、最经济、最合理的规制,则是理论界需要研究解决的重要课题。

目前,理论界关于民间金融法律规制的系统之作较少。本书从法学视角系统阐述了民间金融法律规制的理论和现实依据,阐释了国家干预民间金融领域意思自治和金融自由的合法性、必要性和合理性,阐明了民间金融法律规制的价值取向,准确划定了民间金融法律规制的合理限度,重点研究了我国具体形态的民间金融发展现状和存在的主要问题,并在比较借鉴境外部分国家和地区相关规制经验基础上,根据我国实际提出了系统、可行的法律规制建议,是法学界对上述课题贡献的一个系统解答。

本书主要有以下几方面的研究创新,供实务部门和理论界参考和指正:

其一,结合实际,重新诠释民间金融领域的部分重要词汇,纠正了现有理论研究方向上的偏差和认识错误,弥补了相关理论研究缺陷。主要包括:一是通过详细分析“民间”“金融”的概念和我国民间金融的特征,比较分析学界已有的关于“民间金融”的定义,结合民间金融在我国的实际存在状况,对“民间金融”作了较为合理的界定;二是在总结相关司法实践的基础上,运用类型化研究方法对“民间借贷”概念进行界定,对其法律类别进行区分,纠正了理论界和实务界对“民间借

贷”的概念及其基本类型认识上的错误和不清,有助于改变理论界对民间借贷的研究过于泛泛和笼统的局面,提高我国民间借贷规制的准确性和有效性;三是通过分析“合会”的运作机制,比较分析国内外学界关于“合会”的定义,对“合会”及其金融活动的法律属性作了界定。

其二,运用类型化研究方法对民间金融从法律效力、组织机构形态、发展形态、法律性质等角度进行了细致的划分,从法律的视角勾勒出民间金融的全貌,清晰地展现了多个维度下的民间金融,弥补了现有理论研究上的不足,有助于提高民间金融法律规制的针对性和有效性。

其三,系统地阐释民间金融法律规制的理论和现实依据,赋予国家干预民间金融领域的意思自治和金融自由以合法性、必要性和合理性;指明民间金融法律规制在价值取向上应以“三大基本原则”为指导思想,追求经济效果、法律效果和社会效果的统一;从而划定了民间金融法律规制的合理限度,旨在实现对民间金融最小程度、最经济、最合理的干预。

其四,重点分析了我国民间金融领域存在的主要法律问题及其规制现状,阐释了立法规制此类法律问题的必要性,通过比较借鉴境外部分国家和地区相关规制立法经验,提出系统可行的立法建议,旨在推动民间金融的法制化。主要表现在:一是建议综合立法规制民间借贷,制定“非银行业(民间)信贷保护法”“利率限制法”和“非法金融整治法”,提出具体的立法设计,分别适用于民间民事借贷、民间商事借贷、非法经营性借贷、非法集资类借贷、高利贷等借贷活动;二是在分析境外部分国家和地区的合会发展与规制状况以及合会风险产生原因的基础上,结合我国合会发展和规制现状,建议我国专门立法规制合会,防控合会“倒会”风险,明确给出我国合会立法应重点规定的内容,以实现合会规制的法制化;三是建议进一步完善私募基金立法,对公司型和有限合伙型私募基金的运作作出必要规范,进一步细化2013年《证券投资基金法》(修订),出台“证券投资基金法实施细则”或制定专门的“非公开募集基金投资管理办法”,进一步拓展私募基金参与期货市场

的范围并加强对其参与期货市场的监管,适当调低专门从事非公开募集基金管理业务的基金管理人的进入门槛,使其与我国私募基金业和私募机构发展状况相适应;四是建议通过两条路径规制高利贷——制定“反高利贷法”和高利贷入罪,从比较的视角提出“反高利贷法”的具体立法设计,论证了高利贷独立成罪的必要性和可行性,从比较法的视角提出高利贷入罪的基本构想。

其五,根据我国民间金融领域暴露出的主要问题的具体特点,结合境外部分国家和地区的有益经验和本国问题现状,有针对性地提出多元化的问题解决方案,以期全面、有效地解决问题。除了针对健全民间金融法制提出具体的立法设计方案之外,针对我国民间金融活动中存在的各主要法律问题,本书还提出建构和完善相应的监管机制、发挥政策作用的具体构想。

目 录

前 言 /1

导 论 /1

一、研究背景与研究意义 /1

二、文献综述 /7

三、研究方法 /12

四、“民间金融”的界定 /15

第一章 法律视域下的民间金融 /22

第一节 民间金融存在形态的类型化研究 /22

一、法律效力视角下我国民间金融的存在形态 /23

二、组织机构形态视角下我国民间金融的存在形态 /28

三、发展形态视角下我国民间金融的存在形态 /34

第二节 民间金融的法律性质区分 /46

一、民事互助性质的民间金融 /47

二、民事互助、营利双重性质的民间金融 /48

三、商事经营性质的民间金融 /49

2 法律视域下的民间金融及其规制

四、非法性质的民间金融 /50

第二章 民间金融法律规制的理论阐释 /54

第一节 民间金融法律规制的合理性基础 /54

一、我国民间金融法律规制的思想理论基础 /55

二、我国民间金融法律规制的现实必要性基础 /60

第二节 民间金融法律规制的价值取向 /68

一、民间金融法律规制的目标效果 /68

二、民间金融法律规制的指导思想 /70

第三章 民间借贷法律规制研究 /78

第一节 法律视域下“民间借贷”的界定 /78

一、“民间借贷”的司法界定 /78

二、民间借贷的类型化分析 /79

第二节 我国民间借贷法律规制的现状和问题 /91

一、我国民间借贷规制现状 /91

二、民间借贷规制中的问题与立法必要性分析 /93

第三节 综合立法规制民间借贷 /99

一、民间借贷规制立法模式 /99

二、“非银行业(民间)信贷保护法”的立法设计 /100

三、辅助性规制立法设计 /102

第四章 合会金融法律规制研究 /106

第一节 “合会”的界定及其金融活动的法律属性 /106

一、“合会”的名称与定义 /106

二、合会金融活动的法律属性 /109

第二节 境外部分国家和地区合会的发展和规制 /111

一、日本合会的发展和规制 /112

二、印度合会的发展和规制 /113

三、台湾地区合会的发展和规制 /114

四、香港地区合会的发展和规制 /116

第三节 我国合会法律规制的完善 /118

- 一、我国合会法律规制的现状 /118
- 二、合会的内生性风险 /120
- 三、合会法律规制的境外经验启示及完善 /124

第五章 民间信贷和私募基金法律规制研究 /134

第一节 民间信贷的法律规制 /134

- 一、民间信贷规制的重点和难点 /134
- 二、民间信贷规制的法律路径 /139

第二节 私募基金的法律规制 /148

- 一、我国私募基金的发展概况 /149
- 二、我国私募基金法律规制之完善 /153

第六章 高利贷法律规制研究 /164

第一节 我国高利贷规制的现状与问题 /164

- 一、我国高利贷的规制现状 /164
- 二、我国民间高利贷问题突出 /166

第二节 规制高利贷的路径探索之一——制定“反高利贷法” /169

- 一、“反高利贷法”的立法必要性分析 /169
- 二、比较法的视角：境外反高利贷相关立法 /175
- 三、“反高利贷法”的立法设计建议 /177

第三节 规制高利贷的路径探索之二——高利贷入罪 /181

- 一、高利贷入罪的必要性分析 /181
- 二、高利贷入罪的可行性分析：独立成罪的证成 /185
- 三、比较视野下高利贷入罪的基本构想 /187

结 语 /191

主要参考文献 /193

导 论

一、研究背景与研究意义

当前,我国经济保持平稳较快发展,整体形势良好,但是由于我国民间金融规制上的疏漏和不足以及受到国际国内经济形势变化等多种因素的影响,我国多地大量出现与民间金融活动相关的社会负面现象和社会问题,例如,近年来民间借贷资金链断裂崩盘、上千家“P2P”网贷平台崩盘“跑路”、“原始股”骗局泛滥成灾、假冒金融机构(信托、民营银行、基金、券商)、金融传销盛行、私人理财庞氏骗局、民间借贷危机爆发、大量中小企业倒闭、债权人暴力逼债、债务人出逃和自杀、民间合会连锁式“倒会”、高利贷盛行、贵金属和邮币卡等现货投资骗局、非法集资类大案频发。这类社会问题对地方经济发展和社会稳定造成了巨大冲击,法院受理的因民间金融活动引起的民事纠纷案件和刑事犯罪案件也在短期内骤增,民间借贷领域成为虚假诉讼的“重灾区”。近年来,民间金融领域发生的社会影响力较大的标志性事件是2011年由浙江省温州地

区扩散开来的民间借贷危机。温州地区首先爆发民间借贷危机,原因是多方面的。例如,经济发展上,温州实体经济低迷,呈现产业空心化、制造业低端化发展状态;投、融资上,民间闲散资金多而投资难,中小企业经营受困而融资难,企业间互相连带责任信用担保,抵押资产大幅缩水,民间借贷资金担保链发生断裂;金融监管上,民间金融发展缺乏必要的金融监管和政策引导;法制环境上,民间金融相关法制不健全,非法金融活动猖獗等。民间借贷危机爆发后,温州等多个地区经济严重受挫,企业提供虚假财务报告,中小企业大量破产或者濒临破产,破产企业资产无法变现,大量中小企业主卷起铺盖“跑路”,失业人数剧增。与此相关的民间借贷纠纷、借款合同纠纷等民事案件以及涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款、非法经营、合同诈骗、非法拘禁、故意伤害、故意杀人等犯罪的刑事案件数量明显增加。不仅如此,民间借贷危机的社会危害和风险不断从温州地区蔓延开来,波及周边各省且有席卷全国之势。

民间借贷危机的爆发,引起了官方高层对民间金融规制的高度重视。民间金融规制问题成为关系到我国社会和谐稳定、金融安全的政治问题,关系到我国金融市场发展和经济可持续发展的经济问题,中央政府将其纳入到政府工作重点之一,有关部门出台了一系列相关政策和规范性文件。主要包括:2012年3月底,国务院设立温州金融特区,确立十二项发展任务,将制定民间借贷规范纳入政府工作重点之一;2012年6月中国证监会发布《关于落实〈国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见〉工作要点的通知》,试图将民间集资纳入监管视野;近年来,浙江省、重庆市、上海市等几省市高级人民法院以及南京市、温州市等地方中级人民法院陆续出台了“关于审理民间借贷(合同)纠纷案件的(若干/指导)意见”;自2012年5月起,我国各部委、国务院直属机构相继出台了“关于鼓励和引导民间资本进入/投资(发文机关)行业的实施意见”,包括铁路、银行业、旅游业、市政公用事业、电力通讯、国土资源、能源、农村信用社产权改革、商贸流通、科技创新、水

土保持工程建设、保障性安居工程建设、文化教育、养老服务等领域;2015年8月6日,最高人民法院出台了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》,为正确审理民间借贷纠纷案件提供了司法解释依据,同时废止了1991年《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》;2016年8月17日,中国银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室联合发布了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》,目的在于规范网络借贷信息中介机构业务活动,保护网络借贷相关主体合法权益,促进网络借贷行业的健康发展。

从上述官方出台的一系列相关政策和规范性文件实施后的效果来看,上述政策、文件虽然能在一定程度上引导民间资本进入国家基础设施建设、公用事业和急需资金的领域,缓解民间资本“投资难”问题和市场“融资难”问题,但没有抓住我国民间金融中存在的主要问题有针对性地进行法律规制,因而仍不能从根本上解决融资需求主体日益增长的融资需求与金融市场不能满足其融资需求之间的矛盾以及民间资本持有主体日益增长的投资需求与市场投资渠道狭窄无法满足其投资需求之间的矛盾,也无法解决民间金融领域存在的其他诸多问题。倘若规制行为失当,没能处理好民间金融创新和金融监管之间的关系,反而可能挫伤社会大众进行民间金融创新的热情和积极性,抑制民间金融的创新发展,或者没能有效的防范和控制民间金融风险的扩大和蔓延,再次爆发更大规模的民间金融危机,影响整个金融体系的稳定、经济的健康运行和社会的和谐发展。

民间金融是国家金融体系不可或缺的重要组成部分。2011年浙江温州民间借贷危机爆发之后至2017年上半年,我国民间金融领域又出现了多起特大非法民间金融案件,例如,广东邦家公司集资诈骗案、“e租宝”非法集资案、河北卓达集团非法集资案、深圳金赛银基金管理公司非法集资案、吴英集资诈骗案、丽水银泰特大非法集资案、武汉财富基石投资管理公司非法集资案、正菱集团非法吸收公众存款案、湘西

曾成杰集资诈骗案、顾春芳集资诈骗案、温州立人集团非法集资案、中晋系非法集资案、温州“万膳商城”非法集资案等。据官方统计,2016年全年,全国检察机关公诉部门共受理非法集资案件9500余件,其中,非法吸收公众存款案8200余件、集资诈骗案1200余件。民间投融资中介机构、房地产、网络借贷(P2P)、私募等行业领域案件持续高发。事实证明,民间金融已是我国金融体系中不可小觑的重要组成部分,民间金融对我国经济发展和社会稳定均已产生颇为重要的影响。民间金融既有活跃市场经济、促进生产发展、改善人民生活等积极的一面,又有破坏金融秩序、造成经济损失、影响社会稳定等消极的一面,这就要求我国对民间金融从国家干预的角度作出回应。

民间借贷危机的爆发,同样引起了来自社会和学界的广泛关注,尤其引发了法学界对我国民间金融领域存在的法律问题及其规制的讨论和研究热潮。我国多所高校、多地法学研究会、金融监管机构、法律实务部门等围绕“民间金融的形态”“民间金融中的法律问题”“民间金融的法律规制与促进”等主题举办了学术沙龙、论坛和学术会议等。笔者很早开始关注民间金融的法律规制问题,并形成一定的研究成果,应邀参加了数场相关的学术论坛和学术会议,就该问题与学者们和实务部门代表进行了广泛交流。在这一过程中,笔者不断积累相关研究资料,产生很多感想和心得,发表数篇相关论文,深感民间金融法律规制的政治意义、法律意义、理论意义和现实意义重大,于是决定以“法律视域下的民间金融及其规制”为题撰写专著,以期通过对民间金融领域存在的法律问题进行深入研究,从法学角度提出系统可行的解决我国民间金融领域正面临的实际问题的方法。

我国民间金融的主要几个子领域的法律规制,均存在不同程度的问题和不足,这使我国民间金融在实际运行上存在风险和问题,具体表现在:

其一,关于民间借贷的法律规制。我国民间借贷立法上和司法实践中存在诸多问题,难以防范和化解民间借贷危机。我国现有关于民