

【主持人语】民间借贷在法学上的讨论已经有相当的年头。实践的需要与立法的掣肘似乎一时很难协调,由于实践的多样性和复杂性,立法上的一些问题解决起来也相当棘手。《重庆大学学报社会科学版》长期关注法学界的热点问题,本期所组织的四篇文章:《论中国民间借贷存在的依据、问题及规制路径》试图从民间借贷的必要性、当前存在的问题及法律的解决方案进行探讨;《民间借贷风险的法律防范》针对民间借贷的风险提出法律上的应对措施;《中国民间金融的法律监管问题》则讨论了法律监管的必要性和监管的对策;《政府角色与制度回应:以民间金融的法治化路径为视角》,则从更为宏观的民间金融与政府角色的立场出发,就民间金融的法制化问题展开了论述。这四篇文章,不能说见识超群,所论所述尚有待大家批评,不过,我们还是可以管中窥豹,借此领略学界对民间借贷立法问题的持续关注及不懈努力。

【主持人简介】胡光志,重庆大学法学院副院长,教授,博士研究生导师,重庆市学术和技术带头人后备人选,重庆市中青年骨干教师,重庆大学法学院经济法科学术带头人。

中国民间金融的法律监管问题

熊进光,潘丽琴

(江西财经大学 法学院,南昌 330032)

摘要:民间金融作为一种非正规的金融形式对中国经济的发展贡献突出,但由于对民间金融一直缺乏专门的法律法规监管,民间金融极易产生巨大风险,影响金融市场的安全与稳定。2011年温州民间金融危机的爆发,使民间金融的监管问题再一次引起了社会各方的关注。民间金融法律监管的完善应遵循适度干预原则、经济安全原则、平衡协调原则;采取赋予民间金融合法地位,建立健全市场准入机制与市场退出机制,对民间金融实行分类监管等措施。

关键词:民间金融;合法地位;法律监管

中图分类号:DF438.2

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)01-0020-05

民间金融是一种传统的融资形式,可以定义为国有金融体系之外所发生的在个人或非公有制企业之间的各种形式的资金融通活动的总称。目前,中国民间金融的规模已十分庞大,为民营经济提供了良好的融资渠道,很大程度上解决了民营企业发展的瓶颈。但令人尴尬的是,尽管中国民间金融发展迅速,在中国金融业已经占到一定的比重,却一直处于非法地位,不被中国金融体系所承认,民间金融一直游离在正规金融体系之外。若对其不加监管,便会影响中国的宏观调控,导致政府经济政策失控,甚至引发市场风险。在法治社会,对中国民间金融进行法律监管已势在必行。

一、民间金融法律监管的理论基础

在金融监管理论中,监管包括规制和监督两个方面的内容。规制指在法律的授权下,由监管当局制定一系列法规和规章,规定金融中介机构进入、运营和退出的规则^[1]。监督指金融监管当局或其他授权机构通过一定的措施和方法,监督既定的法律、法规和规章的落实^[2]。金融监管理论在经历了实践的检验后

收稿日期:2012-08-08

基金项目:国家社科基金项目“金融衍生品侵权的法律对策研究”(10BFX063)

作者简介:熊进光,男,江西宜丰人,江西财经大学法学院教授,法学博士,副院长,主要从事民商法、金融法研究。

得到了进一步的修正,逐渐走向成熟,为监管实践提供了理论支持。

对于民间金融法律监管的理论基础,我们可以从两个方面着手分析。

一是从金融监管法的目标方面分析。金融监管的目标由三项构成,即维护金融体系的安全和稳定;保护存款人、投资者及其他社会公众的利益;促进金融体系公平有效竞争,提高金融体系效率。在以上三项目标中,前两项可归纳为“稳定”目标,后一项可视为“效率”目标^[3]。在金融体系中,“稳定”和“效率”一直存在矛盾冲突,因为要稳定金融体系,就要实行金融管制,这会导致金融机构运营成本增加,金融业的效率随之下降;如果追求效率而不求稳定,又必然导致金融体系的混乱。分析中国现有的金融监管法规,可知中国金融监管在兼顾稳定和效率目标上,采取的是单一的稳定目标模式,只注重稳定金融秩序,在金融运行效率方面没有相应的监管。在稳定目标的指导下,中国金融立法对正规金融系统之外的其他金融机构和金融活动采取压制的态度,造成了金融资源被少数银行垄断,直接导致中国金融业的低效率。所以,中国应该对内开放金融市场,允许民间金融的存在并将其合法化,增加金融竞争,提高金融效率。

二是从法经济学方面分析。在经济学中,均衡是指有关经济主体在外部条件的约束下,各自达到最优的一种相对稳定状态,具体说是供给和需求通过市场发挥作用,从而产生了均衡价格和均衡数量的状态^[4]。联系到法律领域,法律均衡就是法律供求的均衡。在金融监管法领域,供求均衡定义为有关金融监管的法律供给适应法律的需求,没有法律过剩和法律短缺,处于一个相对稳定的状态,而且法律的数量、内容和结构安排是大多数人所满意的。在中国,民间金融的发展得不到制度的支持,无法合法地转为经济金融发展所用。而另一方面,正规金融机构的资金供给又不能满足经济发展的资金需求。以上两方面的问题导致了有关民间金融的法律监管处于一种非均衡的状态,民营企业得不到大量的资金支持和多样的金融服务。由于民间金融法律监管的缺位,中国民间金融的存在和发展面临巨大的风险,2011年温州民间金融危机的爆发就是一个鲜活的例子。因此,越来越多的学者认为应该开放民间金融市场,将民间金融合法化、规范化的呼声越来越高。

二、民间金融法律监管的现状及其困境

(一)民间金融法律监管的现状

1. 政府的态度

要分析民间金融法律监管的现状需从政府的态度入手。中国金融业长期由国家垄断,民间金融因为被排除在正规金融体系之外而常受到歧视和政策的打压。然而,在这样的生存环境下,中国的民间金

融反而存在并迅猛发展,这使得政府的政策也开始逐渐趋暖。中国第一次正面肯定民间金融是在央行《2004年中国区域金融运行报告》中,其指出要正确地认识民间金融在中国金融业起到的补充作用。其后,2005年出台的《鼓励支持非公有制经济发展的若干意见》即“非公36条”指出,允许非公有资本进入法律法规未禁止的行业和领域;允许外资进入的行业和领域,也允许国内的非公有资本进入,并放宽股权比例的限制。随后,央行在陕西、山西、贵州、四川四省进行“农村小额信贷组织”试点。随着2005山西平遥的“日升隆”和“晋源泰”两家小额贷款公司的正式挂牌,小额贷款公司进入了“合法”行列,意味着中国民间金融开始从“地下”走到“地上”。2012年3月28日,国务院常务会议针对2011年温州民间金融危机,批准实施浙江省温州市金融综合改革试验区总体方案,确定了温州金融综合改革的十二项主要任务。浙江省温州市将以此为契机,率全国之先开启金融改革的新道路。

从以上事件的分析可知,中国政府对民间金融的态度有较大转变:由最初的打压、限制到默许、放任,再到规范引导、适时管理。政府已经意识到民间金融在中国金融业中所起的重要作用,采取了科学有效的态度。

2. 法律现状

虽然中国政府对民间金融的态度有很大的转变,但民间金融的法律现状仍不乐观,其法律地位并没有获得明确的认可。现有的关于民间金融的法律制度只将以下民间金融形式归为合法,主要有:一部分民间借贷、城市信用社、农村信用社、农业银行与农业合作银行、小额信贷、典当行等。对以上合法的民间金融形式,中国在法律法规中虽然有所提及但规定不全面,还有很多没有解决的问题。例如,民间借贷的相关问题在《中华人民共和国合同法》、《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》以及《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力的批复》等司法解释中,只作了简单的规定,在其他的规范性文件、部门规章和行政法规中,稍有涉及但法律效力较低且不成体系。对于没有列入合法行列的民间金融形式,中国现行的法律体系都存在抑制民间金融发展的倾向。在这样的监管环境下,民间金融没有也不可能被完全禁止,反而更多地走向隐蔽的地下,发展成为民间金融法律监管盲区中的“灰色金融”。再者,金融领域的竞争十分激烈,灰色金融中很容易滋生出洗黑钱、腐败等“黑色金融”,而监管当局在现今监管法律制度缺失、信息严重不对称的情况下进行调查取证,无疑是场恶性循环,增大了危机爆发的可能性。

(二)民间金融法律监管的困境

1. 没有确立民间金融的合法地位

民间金融一直被政府予以禁止。这与中国长期

坚持的“重正规、轻非正规”的指导思想有关。当正规金融出现问题时,政府会予以扶持,而非正规金融的难题则无法获得法律的保护。虽然中国对民间金融的态度有过几次转变,甚至近年由于政府自身利益的需要对其存在已经默许,但从整体上来说从来没有承认其合法地位。

由于国有金融资源的偏向性,正规的金融资源供给与市场需求严重不均衡,民间金融中地下钱庄、集资等事实的存在符合经济人寻求获利机会的本性,有其合理性。如果国家再片面地、一味地打击取缔民间金融,维持金融资源的严格垄断,不仅浪费了法律资源,还增加了社会的交易成本。中国立法应该正视民间金融的作用,法律规范的制定要以事实为基础并回到事实中去,这样才能达到双赢的效果。

2. 民间金融立法上存在缺陷

现有的对民间金融进行监管的一些法规和制度较为零散,还没有一部法律或法规明确民间金融交易主体及民间金融参与者的权利与义务,缺乏系统性和稳定性,造成了民间金融监管法律制度的不合理。例如,1998年7月13日,由国务院发布实施的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》规定,任何非法金融机构和非法金融业务活动,必须予以取缔。同时,该办法将非法金融界定为没有经过中国人民银行批准,擅自设立从事或主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算等金融业务活动的机构。这就将许多民间金融形式都列入了非法的范围,从根本上否认了民间金融的积极作用,而且与《合同法》中合法民间借贷行为受法律保护的规定冲突。从《合同法》和相关的司法解释可以得知,约定有息借贷但不高于银行同期贷款利率四倍利息的借贷不违法,而且一个企业向一个或多个公民借贷也是合法的民间借贷。但在《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》中,以上合法的民事行为可能会变成非法金融活动,承担相应的法律责任。因此,不同位阶的法律之间的不协调、甚至冲突,是中国民间金融立法上的缺陷之一。

另外,笔者认为中国民间金融立法还存在以下问题:法律对高利贷行为没有相应的处罚措施;没有规定民间金融的具体监管部门;缺乏有效的市场准入和退出机制;融资服务体系不够健全,导致企业融资困难;缺乏相应的信用制度,民间社会信用环境状况较差,民间资金需求难以转化为金融需求。

3. 民间金融执法上存在不足

除了立法方面,中国民间金融的执法也存在不足。如果没有法制的真正落实,非法民间融资的性质认定及司法执行就会受到损害;如果没有多部委畅通的协调机制,处置非法民间融资的工作就会出现“无人监管”与“重复监管”并存的局面,并且削弱工作效率^[5]。

民间金融执法上的不足,主要表现为多个执法主体并存,容易出现执法权冲突与真空现象。银监局、工商部门、公安机关等都有可能成为民间金融执法上的主体。银监部门只能对银行业的金融活动实施监管,对企业、个人等非银行领域无权介入,即使是非法融资行为也没有权力进行监管,致使工商管理部门的监管难度加大。当出现非法融资行为,而又没有群众向工商部门举报时,工商部门很难介入调查,只能由公安机关进行犯罪行为的调查。由于对民间金融的执法主体较多,各部门执法未能进行较好的沟通与协调,导致各部门的执法力度不够。

综上,中国现行的针对民间金融监管的法律制度不论在立法还是执法上都存在不足,不管是刑法、经济法与行政法还是民法的相关规定,对民间金融的发展态度在一定程度上都是抑制性的,民间金融发展的法律环境面临困境。

三、民间金融法律监管的完善对策

(一)完善民间金融法律监管的原则

金融自由化是金融业发展的一大趋势。在金融自由化浪潮下,各国相继破除了严格的金融管制制度设置。中国也相应更新了监管理念,对金融监管进行了有针对性的适当调整。中国一向重视金融市场的风险控制,却忽视了效率和公平,而这些价值理念会对民间金融监管法律制度的构建产生一定的影响。因此,要完善民间金融法律监管,必须转变制度设计存在的价值理念问题,确立如下原则。

1. 适度干预原则

戈德史密斯曾说过:发展经济的同时要重视金融的发展,而且还应加快金融工具和金融组织的发展,尽量发挥金融发展对经济增长的引致作用。并且随着经济的发展,银行系统在金融机构资产总额中的比例趋于下降,而其他各种金融机构的这一比例却相应上升^[6]。在把合理的民间金融纳入正规金融体系之后,政府应该对其进行适度的引导和规范。因为政府在市场经济中的作用只能是为克服市场失灵而进行的最低限度的干预,所以,政府对民间金融的监管也只能以尊重市场主体的意愿为前提,不能进行完全的干预。当民间金融发展出现问题时,若问题能够通过市场自身得以解决,政府就不应该进行干预;若民间金融发展中出现金融风险、市场失灵、市场信息不充分、公共产品缺失等问题时,政府就应该进行及时有效的监管。我们要充分认识到,对民间金融进行干预是为了引导其更好更快地发展,政府只是起到一个监管和引导的作用,并不能代替民间金融的主体。

2. 经济安全原则

金融是现代经济的核心,金融市场运行的好坏直接关系到国家经济是否安全。2009年的金融危机,引发了全球性的经济危机,这足以表明金融市场

的安全对经济安全的重要性。2011年中国温州爆发的民间金融危机,引起了全国的关注,对中国金融业的影响较大。因此,在对民间金融进行法律监管时,要考虑维护国家经济安全,监管制度要与经济的发展相适应。我们要正视民间金融对国有金融的压力和积极作用,正确看待民间金融与正规金融的竞争关系,开放金融市场,实行公平竞争。金融业要发展,风险肯定存在,不能因为有风险就不发展,我们要做的是将风险降到最低,效益提到最高。民间金融在公平、合理的市场环境下,才能将其原本的优势发挥出来,才能处于良性发展的轨道中,并进行相应的升级和转型。

3. 平衡协调原则

平衡协调原则既是经济法的社会性和公私交融性所决定的一项普遍原则,也是商法对商事关系规制的一项基本要求。所谓平衡协调原则,是指经济法的立法和执法要从整个国民经济的协调发展和社会整体利益出发,来调整具体的经济关系,协调经济利益关系,以促进、引导或强制实现社会整体目标与个人利益目标的统一^[7]。从民间金融的商事规制视角看,在对民间金融监管进行立法时,要面临经济发展和金融安全两个问题,要平衡民间金融对经济发展的积极作用和国家对金融安全方面的要求。在维护中国金融市场安全的基础上,要尽量尊重经济规律,允许民间金融在一定法律范围内的的发展。

(二)完善民间金融法律监管的具体对策

1. 赋予民间金融合法地位

规范民间金融的首要前提是确立民间金融的合法地位。随着市场竞争的加剧,社会分工的细化,金融市场必将进一步细化,像以前一样仅仅依靠国有金融机构或者跨国外资金融机构难以满足多元化的市场融资需要。民间金融灵活多变,表现形式多样,在经过合理的引导和规范之后正好充当后备军,不仅能提高中国整体的产业素质,还能有效减少民间金融采取不正当手段破坏社会法制和道德环境所带来的危害。

中国民间金融的生命力十分顽强,在多次严厉打击下仍能蓬勃发展,说明了民间金融的存在符合中国经济发展方向和要求。我们应该及时承认民间金融的合法地位,在赋予其合法地位时,还要注意区别对待不同的民间金融形式。以民间金融是否能适应市场经济的发展要求为标准,可将民间金融划分为“灰色金融”和“黑色金融”。对于能够适应市场经济发展要求的“灰色金融”应给予其生存和发展的空间,加以合理的规范、正确的引导、积极的监管,促使其健康发展、不断完善;对于不能适应市场经济发展客观要求的“黑色金融”,如高利贷、金融欺诈及洗钱等金融犯罪活动要坚决予以取缔。

2. 建立健全市场准入机制

中国民间资本投资渠道很少,因为有许多投资渠道都存在身份不合法的问题,民间资本在利益的驱动下只能被迫转入地下。笔者认为,中国应该建立健全金融机构的市场准入机制。金融机构的市场准入机制若设计较宽松,则能够降低从事相应行业的成本,为经济的发展注入更多的新活力。但进入门槛低导致的机构实力不均衡、不易管理问题也会随之突显;若设计较严格,则为交易安全 and 市场秩序提供了保障,但成本会增加,一定程度上影响经济的发展速度。所以,在建立金融机构的市场准入机制时,要根据中国金融市场的实际情况进行合理设计,然后在运行中依据具体情况的变化进行调整和完善。

第一,在民间金融机构的组织形式方面,应尽量保持原有民间金融的多种形式并予以法律上的确定,而不是将形式进行完全的统一。如民间借贷本质上是合同关系,其特点是数额较小,且发生在一定区域内的具有一定社会关系的当事人之间,风险较小,一般由合同法调整即可。第二,在民间金融机构的资金要求方面,相比于正规金融,民间金融的业务规模小、影响力弱,因此对资金准入的门槛设定也要相应调低。同时,考虑到民间金融机构形式的多样性,资金的准入门槛也应该设置多个标准。第三,在民间金融机构的业务范围方面,民间金融机构规范之初,其规模、实力、组织性等都不如正规金融机构,因此,业务范围不宜扩大太快,应从基本的吸收存款和发放贷款等业务做起。

3. 建立健全市场退出机制

市场竞争就是优胜劣汰的过程,保留高效率的经济主体,淘汰不适应经济发展的主体。因此,建立民间金融机构的市场退出机制,对出现问题的民间金融机构及时进行相应的处理显得十分重要。目前,中国对正规金融的退出机制作了较为详细的规定,但在对民间金融机构监管时并没有建立其市场退出机制,《破产法》也没有涉及民间金融机构倒闭时的处理条款,当民间金融机构出现资不抵债等问题时,经常是通过追加资本金的方式保护投资人的利益,这些措施远远不够。

笔者认为,在退出机制方面,国家只需要根据对民间金融整体评估后设置一个退出的条件,市场自然会决定民营金融机构能不能继续发展,该不该退出。进一步细化,可以对经营不合规的民营金融机构进行兼并、联合或者重组;对风险达到一定程度的民营金融机构可进行清理或者关闭。

建立退出机制时,应主要确立民间金融机构退出的标准和程序。正规金融的退出标准主要有合并、分立、公司章程规定、违法行为和资不抵债五种。在退出程序上,对不同经营情况的民间金融机构应

给予不同的程序:当民间金融机构出现可能退出市场的情况时,首先应该由民间金融组织协会责令其进行整改,事前预防,及时采取补救措施;若经整改后依然没有摆脱退出的标准,则此时进入退出程序,一般先考虑自动退出的方式,因为这种退出方式成本更低,且影响较小,由民间金融机构自己清算即可。不愿或不便自动退出的,由民间金融组织协会组织专门的清算机构对其进行债权债务清算,及时保护投资人的利益。

4. 对民间金融实行分类监管

民间金融形式多样,在对其合法化的过程中要进行严格的筛选,将民间金融业纳入有组织、有管理的系统中进行合理的监管是必然的趋势。具体到民间金融的监管中,因民间金融的规模有大小、组织化程度有高低,所以进行监管的成本自然也不同,监管的方式也应该有针对性,并且多样化。

监管的第一步是将民间金融进行合理的划分。以民间金融的组织形式为标准,可以将其划分为有组织的民间金融和无组织的民间金融。对于有组织的民间金融,如互助基金会、民间金融中介等,可以制定专门的法律法规。其次,对于缺乏组织性的互助性民间借贷,如个人之间,个人与企业之间以及企业之间的借贷行为,一般都是基于一定范围内的血缘和地缘关系发生的,借贷数额较小,政府可以不干预。因为中国《民法通则》、《合同法》以及相关行政法规和司法解释已经有相应的规定,一旦产生纠纷,我们只需要依据这些规定进行有效的保护和救济,无须进行专门立法。再次,应加强对小额贷款公司这种组织化程度较高级的民间金融组织的监管。小额贷款公司是自然人、企业法人与其他社会组织投资设立,不吸收公

众存款,经营小额贷款业务的有限责任公司或股份有限公司。笔者建议,在法律法规对其进行合理规制的同时,政府应设立或者委派专门的机构对其进行监管。政府、民间金融组织协会、银监会三主体都应该对小额贷款公司进行相应的监管:政府起主要调控作用,委派银监会对小额贷款公司进行从事前到事后的全程监管;民间金融组织协会做好辅助性的监管工作;银监会对其进行具体细致的监管。此外,应尽快制定《放贷人条例》,将小额贷款公司作为民间金融组织的一种纳入监管体系中,同时,在《银行业监督管理法》中补充银监会的权利。总之,对小额贷款公司的市场准入条件、退出机制、风险控制、交易控制等制度都要进行相应的规定。

参考文献:

- [1] 郭敏讷. 民间金融监管法律制度的构建[D]. 西安:长安大学硕士论文集,2010:13.
- [2] 武翔宇. 小额信贷监管的国际经验及对我国的启示[J]. 金融经济,2006(3):159-160.
- [3] 张忠军. 金融监管法论——以银行法为中心的研究[M]. 法律出版社,1998:32.
- [4] 保罗·A·萨缪尔森,威廉·D·诺德豪斯. 经济学[M]. 胡代光,译. 北京:首都经贸大学出版社,1996:43.
- [5] 朱毅彬,蒋峰,吴博俊. 民间融资发展与合法化问题研究[J]. 海南金融,2006(5):16-19.
- [6] 雷蒙德·W·戈德史密斯. 金融结构与发展[M]. 浦寿海,毛晓威,王巍,译. 北京:中国社会科学出版社,1993:35-36.
- [7] 史际春,邓峰. 经济法总论[M]. 北京:法律出版社,1988:165.

The Problem of Legal Supervision over Nongovernmental Finance in China

XIONG Jinguang, PAN Liqin

(School of Law, Jiangxi University of Finance and Economics, Nanchang 330032, P. R. China)

Abstract: Nongovernmental Finance as a kind of informal financial forms has made outstanding contributions to the economic development of China, but due to lack of special laws and regulations on Nongovernmental Finance supervision, which makes Nongovernmental Finance produce huge risk and affects the safety and stability of financial market. In 2011, with the outbreak of Wenzhou Nongovernmental Finance crisis, the problem of supervision over Nongovernmental Finance causes a social attention once again. To perfect legal supervision over Nongovernmental Finance should follow the appropriate intervention principle, the economic security principle, the balance coordination principle; take measures such as giving Nongovernmental Finance legal status, establishing and improving the market access and withdrawal mechanisms, using classification of supervision to Nongovernmental Finance.

Key words: Nongovernmental Finance; legal status; legal supervision

(责任编辑 胡志平)