

# 政府角色与制度回应:以民间金融的法治化路径为视角

刘小红

(西南政法大学,重庆 401120)

**摘要:**政府在推动社会经济发展过程中发挥着制度供给和市场监管等作用。受传统“金融抑制”、“重官轻民”观念的影响,中国现有的金融法律法规主要针对正规金融,忽视了民间金融的相关立法,存在制度供给失灵:法律制度缺位、配套制度不完善、经营活动缺乏有效监管等。民间资本固有的高效率与低门槛使其存在巨大的需求市场,其对市场经济的发展利弊共存。现实亟需政府作出制度回应,引导民间金融逐步走向规范化,破解民间金融健康发展的法治化路径难题。

**关键词:**政府角色;制度回应;民间金融;法治化

**中图分类号:**DF438.2 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2013)01-0038-07

区域社会经济发展过程中,政府承担着通过制度供给、政策实施、市场监管及提供公共产品等途径实现区域之间、城乡之间均衡、协调、可持续发展的责任<sup>[1]</sup>。

2010年5月,国务院发布了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》,肯定了民间资本的积极作用,并明确“进一步拓宽民间投资的领域和范围:鼓励和引导民间资本进入基础产业和基础设施领域;鼓励和引导民间资本进入市政公用事业和政策性住房建设领域;鼓励和引导民间资本进入金融服务领域等”。2012年,中国银监会、国家发改委、文化部等部门也相继出台系列规章制度,进一步细化了民间资本的发展方向。政府一改对民间金融抑制的传统做法值得称道。然而正是这样自上而下的金融改革路径,强调国家积极干预,主要依靠国家政策或者行政命令的手段来推进,在这过程中难免会产生国家干预失灵的状况,而忽略了相关法律制度的构建和完善,从而导致制度供给失灵,其结果也往往事与愿违。现实亟需我们作出制度回应以矫正政府失灵。

## 一、政府角色:民间金融国家干预与制度供给的历史考察

国家干预,通常是指在法律授权的范围内,公权机关为了达到某种目的而对社会经济生活施加影响的状态,这种干预能够在干预主体与干预受体之间产生一种经济职权和经济职责、经济权利和经济义务的关系,即经济法律关系<sup>[2]</sup>。国家天然地具有干预经济的一面。回顾历史,我们不难发现国家对经济的干预,无论是作为一种经济事实还是作为一种法律现象,至始至终伴随着国家而存在,只不过在不同的社会发展时期,国家干预的范围、方式、目标和价值取向而有所不同。

收稿日期:2012-08-08

作者简介:刘小红(1978-),四川资中人,西南政法大学经济法博士研究生,讲师,主要从事经济学及农村经济法制研究。

民间金融,也称民间借贷,非正规金融,是指自然人之间、自然人与非正规金融企业之间,为生活或生产所需,在自愿基础上由放贷人让渡一定时间的资金使用权,到期后借款人还本付息的金融交易行为。回顾中国民间借贷的管制历史,不难发现这样一个现象:政府对民间借贷的态度取决于当时社会政治、经济环境,政府对民间借贷并不总是排斥和反对。

#### (一) 提倡鼓励阶段

在建国前的解放区及建国早期,中国政府曾一度鼓励民间借贷。东北解放区行政委员会 1948 年发布了《关于私人借贷之规定》:“允许私人相互借贷,无论城市乡村,凡以金钱或物品贷与他人者,依照双方约定规定一定数额之利息,于期满时由债务人履行本利清偿义务……自由借贷刚有萌芽,信用合作尚未开展,农民日常困难还很多,则还不宜于过早限制利息,要提倡自由借贷。”<sup>[3]</sup> 1952 年最高人民法院《关于城市借贷超过几分为高利贷的解答》<sup>[4]</sup>(以下简称《解答》)规定,私人借贷利率一般不应超过 3 分,但《解答》紧接着强调指出:降低利率目前主要应该依靠国家银行广泛开展信贷业务,在群众中大力组织与开展信用合作业务,非法令规定所能解决问题。为此民间自由借贷利率即使超过 3 分,只要是双方自愿,无其他非法情况,似亦不宜干涉。这一特殊历史时期的百废待兴的经济状况决定了政府需要民间资本缓解市场融资需求。国家干预的范围、方式、目标和价值取向相应表现为“宽松”、“鼓励”和“自由”。

#### (二) 加强管制阶段

1955 年全国人大民法典第一稿第 6 条规定:“借贷利息应以银行或信用合作组织的放款利率为标准,但最高不得超过当地信用合作组织放款利率的 20%。”1956 年第二稿变更为:“公民相互间的货币借款和实物借贷,如果约定有利息的时候,利率不超过国家银行存款或者信用合作社(部)存款的最高利率。”进入 20 世纪 60 年代,中国政府开始加强对高利贷的管制。1963 年中国人民银行在《关于整顿信用社,打击高利贷的报告》中指出:“通过整顿农村信用合作社……打击高利贷,巩固社会主义农村金融阵地。”1964 年,由中共中央批转的《关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告》规定:“高利贷和正常借贷的界限,主要按利息的高低来确定……一切借贷活动,月息超过 1 分 5 厘的,视为高利贷。”该报告明确了“对高利贷活动进行一次坚决地打击和取缔”<sup>[5]</sup>。这个时期,民间高利贷特别是农村的高利贷现象已成

为威胁农村金融市场稳定的毒瘤,政府一改对民间借贷宽容鼓励的态度,逐渐加强了对民间借贷利率的管制,明确打击高利贷。

#### (三) 严格管控阶段

20 世纪 80 年代后期,随着“两户一伙”的飞速发展,民间办金融机构、民间集资、融资行为抬头,政府加大了对民间借贷特别是高利贷的打击力度。1981 年《国务院批转中国农业银行关于农村借贷问题的报告的通知》中规定:“对那些一贯从事高利盘剥,并为主要经济来源,严重危害社会主义经济和人民生活,破坏金融市场的高利贷者,要按情节轻重和国家法令、规定严肃处理。”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》更是明确规定:“民间借贷的利率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(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”同时又规定:“出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本会计算复利的,其利率超出第 6 条规定的限度时,超出部分的利息不予保护。”法律将超过法定利率上限的民间借贷界定为一种金融违规行为或非法金融活动,但不直接认定为犯罪,而是通过民事判决一律不支持超过银行同类贷款利率 4 倍

#### (四) 理性调整阶段

近年来,在经济发展格局多元化和银行信贷资金局部供给缺位并存的双重环境下,民间借贷空前活跃,与前期相比呈现出 4 大特征:其一,放贷主体多元化。在中国民间借贷活动中,放贷主体呈现出多元化特征。除城镇居民、农户、个体工商户外,也涉及很多企事业单位,在福建、云南、广东等地,民间借贷甚至已经发展成一条初具规模的“产业链”,职业放贷人等食利阶层逐渐增多。其二,规模大,资金来源多样。民间借贷资金量逐年递增,存量资金的增长超过 28%,活跃区域也从江浙沿海发达地区延伸至内陆中西部地区。资金来源除居民和企业的自有资金外,还包括私募基金、信贷资金、海外热钱等。据 2011 年央行温州市中心支行发布的《温州民间借贷市场报告》显示,这一市场的规模达 1 100 亿元,年综合利率水平为 24.4%,整个温州约有 89% 的家庭或个人,59.67% 的企业都参与了民间借贷活动。其三,利率高。随着民间借贷的用途由保障性质的互济互助转向商业性质的资金融通,借贷利率普遍偏高。据广州民间金融街小额贷款公司官网数据显示,2012 年 7 月该公司小额贷款平均化年利率 1 个月、6 个月、1 年的利率分别

为16.30%、14.51%和15.98%。高息的诱惑促使民间高利贷市场疯狂扩张。其四,借贷手续形式上趋于规范。民间借贷多属私人交易,过去为缩短资金到位时间,提高资金使用效率,形式上以口头约定或借条为主。如今,大多数民间借贷会签订书面协议,内容完整,涉及担保、保证、借款额、期限、违约金等。

面对民间借贷的蓬勃发展态势,政府逐渐理性。2006年国务院发布了《关于推进社会主义新农村建设的若干意见》,明确提出要“大力培育由自然人、企业法人或社团法人发起的小额贷款组织,引导农户发展资金互助组织,规范民间借贷”;2006年12月,银监会发布《调整放宽农村地区银行业金融机构准入政策更好支持社会主义新农村建设的若干意见》(以下简称《银监会若干意见》),指出要“适度调整和放宽农村地区银行业金融机构准入政策,降低准入门槛”;2010年5月,国务院发布了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》,肯定了民间资本的积极作用,并明确“进一步拓宽民间投资的领域和范围”;2012年,中国银监会、国家发改委、文化部等部门也相继出台系列规章制度。

不可否认,民间借贷有其自身特点和优势,是正规金融有益和必要的补充,本身就是对正规金融市场失灵的一个纠正<sup>[6]</sup>,在一定程度上可以解决部分社会融资需求,增强了经济运行的自我调整 and 适应能力,有利于形成多层次信贷市场。然而,民间借贷繁荣发展的背后往往隐藏着巨大的危机和风险。第一,民间借贷的高利率会逆向激励并导致资金被诱致高风险经济活动,形成“金融传销化”,进而造成社会动荡<sup>[7]</sup>。第二,扰乱正常金融秩序。民间借贷的发展势必对正规金融形成冲击。据鄂尔多斯《中国民间资本投资调研报告》显示,在鄂尔多斯,房地产开发的资金主要来自民间借贷,而非传统的银行。截至2012年2月底,鄂尔多斯银行系统房地产开发贷款余额仅59.7亿元。在360.7亿元的投资规模中,仅占不到16.55%。第三,成为犯罪工具。在民间借贷幌子下隐藏着的非法吸收公众存款、集资诈骗、洗钱等违法犯罪活动,严重扰乱正常金融秩序和社会治安。第四,破坏社会稳定。在民间借贷无序发展、“全民放贷”的背景下,民间借贷俨然成为众多百姓一种新的“投资渠道”。如果那些负债率高、资信状况差的企业一旦在融资后发生经营风险,必将损害投资者利益,甚至可能酿成暴力事件和重大群体性事件。民间借贷的发展现状及其无序管制的危机和风险,使国家干预成为必要。

## 二、制度供给:政府失灵与制度失灵之审视

相较于正规金融而言,民间借贷高效率、低门槛

的特点使其存在着巨大的需求市场,其对市场经济的发展利弊共存,与其“堵”不如“疏”。然而中国相关法律制度存在制度供给失灵:法律制度缺位、配套制度不完善、经营活动缺乏有效监管等。民间借贷的有效运行需要法律的支持和保障。目前,中国并未形成有关民间金融较为系统的法律体系,政府失灵突出地表现为制度供给的失灵,而相关金融法律制度供给的失灵又严重影响着其应有功能的正常发挥。

### (一) 针对民间金融的法律制度缺位

受传统“金融抑制”、“重官轻民”观念的影响,中国现有的金融法律法规主要针对正规金融,如《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《证券法》、《票据法》等,而专门针对民间金融的法律却几乎空白。《民法通则》第90条只是确立了民间借贷的合法性,但并没涉及民间借贷的主体问题;《合同法》第12章规定了借款合同的一般问题,第210条和第211条只是涉及自然人之间借款合同的生效时间及借款利率。另外,在监管方面有少许规定散见于几部基本法律之中,如《刑法》中有关擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪等。1998年国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》(以下简称《办法》)将发放贷款、票据贴现、资金拆借、融资担保等多种行为归为非法金融活动;最高人民法院《关于如何确定公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》将企业以借贷名义向社会公众发放贷款认定为无效。这些零散的法律规定针对性不强,且多为禁止性规范,积极倡导性条款极少。法律制度的缺位没有给民间资本一个合理合法的发展空间,不仅造成监管的真空,而且也难以全面、有效地解决民间金融发展中所遇到的诸多问题。虽然近年有关民间金融的政策环境不断宽松,如2006年国务院发布了《关于推进社会主义新农村建设的若干意见》,明确提出要“大力培育由自然人、企业法人或社团法人发起的小额贷款组织,引导农户发展资金互助组织,规范民间借贷”。2006年《银监会若干意见》指出要“适度调整和放宽农村地区银行业金融机构准入政策,降低准入门槛”,并于2007年初制定颁布了《村镇银行管理暂行规定》和《农村资金互助社管理暂行规定》。2010年5月,国务院发布了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》,肯定了民间资本的积极作用。然而,这些规定都只是停留在行政法规、部门规章一级,法律层级和效力较低,难以改变中国民间金融法律制度缺位的现状。法律的缺位将导致利益矛盾和冲突的产生。尽管是否应当制定统一规范民间借贷的法律文本,理论上存在争议。也有学者认为,“对于民间借贷行为,建立全面

的法律规制体系不但比较困难,也没有多大必要”。但同时也表示“规范民间借贷的立法体系应当是一般性规制与专门性规制相结合的多层次立法体系”<sup>[8]</sup>。毫无疑问,在中国民间金融活动中,针对性法律的缺位使得主体的金融活动缺乏有力的法律引导和保护,各主体在金融利益的驱动下容易使现有的利益机制发生扭曲,从而引发更深层次的矛盾和冲突。随着市场经济的发展,民间金融立法的滞后使民间金融活动中利益冲突的情况日益严重。加强民间金融基本立法势在必行。

### (二) 法律法规之间协调性差

不同法规之间协调性较差,缺乏统一的立法价值取向,一些法律规范内容甚至相互冲突。例如,《宪法》第13条规定,“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。虽然中国宪法确认运用自有资金放贷是市场主体的合法财产权利,但中国《证券法》、《公司法》等法律法规,从集资主体、对象、目的、方式、项目、审批等方面,对自然人、法人的资金募集活动设定了严格的审批条件和审批程序,违反这些规定进行集资即为非法集资。相应地,《刑法》设有“欺诈发行股票、债券罪”(第160条)、“非法吸收公众存款罪”(第176条)、“擅自发行股票、公司、企业债券罪”(第179条)和“集资诈骗罪”(第192条)4个罪名。虽然符合《民法通则》及《合同法》的民间借贷行为,可依据《取缔办法》和《贷款通则》被认定为非法金融活动而遭取缔。例如,在2007年的吴云水集资案中,惠民县法院认定其工厂与当地居民之间的借贷行为合法有效,而检察机关却以非法吸收公众存款罪对吴云水提起公诉。

### (三) 相关配套制度不完善

目前,中国不仅直接针对民间金融的法律法规缺位,而且相关的配套制度也十分缺乏。这种不完善的制度环境让本就不规范的民间金融活动的风险更高,不利于民间金融健康可持续发展。首先,在准入制度上,缺乏一个放贷主体分类标准和相应的准入资格规定。致使民间金融组织中颇具规模的合会、私人钱庄及其他非银行业金融机构等仍不能合法地进入金融市场,经济人的逐利本性使得这些民间金融组织的活动不得不在地下进行,无序经营和无人监管的金融活动常常会导致一系列经营风险和道德风险的发生,不仅损害借贷双方主体利益,甚至可能引发更深层次的矛盾和危机。其次,在退出机制上,中国缺乏一个民间金融组织退出、清算程序,退出机制的欠缺同样会损害借贷双方的利益。自然人作为民间借贷主体的准入资格时,应当同时考虑其退出机制及个人破产制

度,并作为配套制度应早日纳入立法议程。如果缺乏个人破产制度,自然人作为民间商事性借贷的主体则无法切实承担无限责任,从而影响民间借贷制度的实施效果<sup>[9]</sup>。另外,中国缺乏相应的存款保险制度和贷款担保制度,民间金融的活动主体缺乏规避风险的有力保障,在高风险经营中利益流失的现象时有发生。配套制度的不完善又使得民间金融处于宏观调控的真空之中,加上民间金融市场分割性、信息不对称性以及金融主体逐利的非理性往往造成高利率,在高利率的刺激下,大量资金会集中于高风险的暴利经济活动中,形成对现有金融秩序的冲击。

### (四) 经营活动缺乏有效监管

中国民间金融活动存在监管缺位问题。长期以来,政府对民间金融持否定和排斥的态度,加之民间金融,特别是自然人之间的民间借贷更依赖于习俗和惯例,比如契约自由、诚实信用等理念对民间金融行为具有较强的约束力。纵使发生纠纷,碍于“面子”、“声誉”,行为人一般多采用私力救济的方式解决纷争,因而政府对民间金融的监管是简单和消极的。事实证明,此种监管理念对于民间金融在夹缝中生存却又蓬勃发展的时代既无法满足社会需求,无所作为,又可能让情况更糟。此时,政府失灵伴随着制度失灵。如《办法》和《贷款通则》的规定,一般认定企业之间借贷无效。最高人民法院在1996年下发的《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》中规定:“企业借款合同违反了有关金融法规,属无效合同。”中国证监会、国资委2003年8月联合发布了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》,禁止上市公司有偿或无偿地拆借资金给控股股东及其关联方。在司法实践中,法院也基本上将企业间的借贷或变相借款合同确认为无效合同。对待企业间借贷简单粗暴的一概否定的做法,也导致政府无法对隐性的、地下的民间金融活动进行有效监管。只有当矛盾出现时,如诉诸法院或引发重大社会问题时,才对民间金融活动进行事后处置。显然,这种监管模式信息成本较高,而且具有滞后性,监管效率也较低,难以保障金融秩序的稳健运行。只有进行针对性立法,从源头上有效规范民间金融组织的经营活动,进行事先有效预防与事后及时救济的双重监管,才能使监管不流于空谈。

### 三、失灵矫正:制度回应与法律构建的路径探讨

“法律规则乃是一种与此不同的方式而服务于秩序的,也就是那种使不同人的行动达成某种相应和的关系的方式”<sup>[10]</sup>。各国一般通过调整正规金融的法律

来推行国家金融意志,实施国家干预。而对民间金融则主张国家只是“守夜人”。通过法律减少对民间金融限制的随意性,增进其自由的安全性,并缩小国家对民间金融的直接控制范围。这种做法无疑会导致本具有较强隐蔽性、流动性和自由性的民间金融更是游离于国家金融监管之外,传统意义上的金融制度监管难以跟踪其运行过程并对之有效约束。面对政府失灵导致的制度失灵,现实亟需相关法律制度作出回应,笔者认为拟从以下几个方面对民间金融进行法律制度构建。

### (一)构建以放贷主体为中心的民间借贷基本法

2007年中国人民银行起草了《放贷人条例(代拟稿)》,2010年中国人民银行向国务院法制办报送的《贷款通则》修订稿,进一步放松了对民间借贷主体准入的管制。国务院和人民银行的一系列举措让我们看到了政府对自我行为的纠偏,也有学者主张通过制定《放贷人条例》进行民间金融监管和利率管制<sup>[1]</sup>。但不得不说,《放贷人条例》和《贷款通则》修订稿由于法律效力低等缺陷并不能彻底解决现有的矛盾和问题。如前所述,中国民间借贷具有放贷主体多元、资金来源多样、利率偏高、形式趋于规范等4大特征。实际上,资金来源多样等后3大特征多少由放贷主体引出的,抓住“放贷主体多元”这个主要矛盾,其他问题也就迎刃而解。应整合现有有关民间借贷的行政法规和部门规章,制定一部民间借贷基本法。

#### 1.明确调整对象

放贷人立法是国家为促进和保障市场经济健康发展,维护民间金融秩序而制定的,其调整对象应是民间借贷主体之间因资金融通所产生的经济关系。这里有几个问题需要澄清:一是放贷主体应是经相应监管部门审核同意进入民间借贷市场的自然人、法人或非法人组织。自然人只有专门经营资金融通业务时,才是本法的自然人放贷主体,为避免“影子银行”即公司、企业为逃避监管借用自然人的名义从事放贷活动,也应将专门从事放贷业务的自然人纳入本法规制。而对于那种借贷双方具有较为亲密的关系,借贷形式不规范,如只是简单的借据,只有借款人和借款金额,借款约定较随意的普通民间借款则不宜纳入本法。二是对目前常见的两类合法融资活动,一类是银行业金融机构的信贷管理应由专门的银行法进行规制,不必纳入放贷人立法的调整范围。另一类互助型金融组织及其从事的金融活动也应由其他专门的制度进行规范,因放贷人是以追求利息或利润回报为目的的专营或兼营贷款业务。另外,对于不是专业民间金融组织,如一般公司、企业,如果从事借贷应予准许,

但要设置一定规模限制,超过该限制的,应要求获得从事贷款业务许可,成为职业放贷人,规模限制以下的受民法调整。例如美国纽约州就对发放5万美元以下且利率超过16%的商业贷款要求有牌照。

#### 2.建立市场准入与退出机制

市场准入制度是对民间金融组织及其借贷行为进行事前监管的一种有效措施。该制度有利于提前排除掉那些不具备从业条件或对金融市场可能产生危害的机构、人员和资本。例如有洗钱嫌疑的资本、有犯罪前科的高管等无法进入该行业;未经许可从事商业性借贷业务的,监管部门有权采取严厉的处罚措施予以禁止。美国纽约州申请放贷人牌照就需经历严格而复杂的“背景审查”程序,为此需要提交的资料多达11项,如信贷历史记录、过去10年的民事诉讼和破产诉讼记录、犯罪记录(包括重罪、轻罪和违规)、教育经历、从业经历等。民间借贷准入制度应区分不同的放贷主体,以便制定不同的标准。对于自然人放贷主体,除去对本人的资信、犯罪记录的审查外,还应确立较高的注册资本限制。有学者认为,在民间借贷关系中,放贷主体承担的风险相较于借款人而言更大,因此对其进行较高的注册资本限制不尽合理。甚至有学者主张,自然人依法对外承担无限责任,可以不设资本金要求。但笔者认为,尽管从表面看,从事放贷业务的自然人承担着利息甚至本金无法收回的风险,而借款人似乎不承担什么风险,实际上,放贷主体借贷给企业或个人时往往要求借款人提供财产担保,如抵押、质押等。如果借款人到期未归还本金和利息,放贷人可以将抵押物或质押物拍卖、变卖。担保财产往往大于借款额,同时考虑到民间借贷有别于普通的经营活动,具有“牵一发而动全身”之势,影响地区甚至全国的金融秩序。因此,有必要对自然人放贷主体设立资本金限制,且金额宜高于个人独资企业的注册资本金要求。对于法人或非法人组织从事商业性借贷业务的,也应设立较高的门槛,如加强对申请人和主要股东、高管人员的信息审查。因为与一般企业不同,民间放贷行业极易与犯罪联系,如与洗钱、发放高利贷、强迫欺诈交易等关联,因此必须在准入门槛上警惕那些不适格的主体,同时也应规定较高的注册资本。中国《商业银行法》第13条规定“设立全国性商业银行的注册资本最低限额为10亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为1亿元人民币,设立农村商业银行的注册资本最低限额为5000万元人民币”。中国《公司法》第26条第2款规定“有限责任公司注册资本的最低限额为人民币3万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额

有较高规定的,从其规定”。笔者认为以民间借贷为主要业务经营的公司注册资本的最低限额应当以资金安全、金融稳定和控制借贷公司规模为标准,合理制定。

一个规范有序的民间借贷市场,除了合理的准入制度外,还应有良好的退出机制。根据退出原因不同可分为两大类:一是自愿退出;二是强制退出。根据强制力量的不同,强制退出又可分为行政强制退出和司法强制退出。优胜劣汰,良好的退出机制有利于保护投资自由和安全,如果没有退出自由,同样会形成民间借贷合法化的障碍。行政强制退出与司法强制退出二者之间相互独立又彼此联系,当被行政强制退出的放贷组织出现资不抵债的情形时,应进入司法程序即破产清算。当然,无论是哪一种退出,都要解决好债权人利益保护问题。此外,由于放贷主体多元化,也需要建立和完善破产清算制度和个人破产制度。

### 3. 明确民间金融组织的经营原则和业务范围

作为以营利为目的的民间资金融通的经济行为,商法中保障交易安全原则、规范营利原则等同样适用于放贷人基本法,此外还应当遵循合法经营原则、只贷不存原则。合法经营原则是指民间金融组织应在法律法规的范围内从事资金融通行为。包括放贷人必须是依法登记取得合法经营资格的主体,严格遵循业务范围进行经营活动,贷款利率符合法定标准等。此外,有必要明确民间金融组织的业务范围,为其有序经营提供法律依据和保障。民间借贷的业务范围包括许可性规定和禁止性规定两类。许可性业务如发放贷款、代理收付款以及与贷款活动相关的经营活动;禁止性业务包括禁止吸收存款、禁止发行金融债券、禁止发行信用卡、理财产品、同业拆借等传统银行业务。

#### (二) 修订完善相关法律法规

在制定民间借贷基本法的基础上,我们还必须对现有相关法律、法规进行修改与完善,真正引导民间借贷从“地下”转为“地上”,促使民间金融活动逐步走进契约化和规范化的轨道。

#### 1. 对刑法的修改

适应民间借贷发展的需要,适时修改《刑法》相关条款。中国《刑法》第176条规定非法吸收公众存款罪,但并未说明具体构成要件,对什么是非法吸收公众存款或变相吸收公众存款,在司法解释或其他法规中也未作出明确规定。司法实践中,法官往往援引1998年《办法》中的相关规定作为非法吸收公众存款罪定罪量刑的依据。但这种做法容易导致非法吸收公众存款罪的适用扩大化,把企业集资、私人

借贷等民间借贷活动认定为犯罪。因为从《办法》规定的内容看,无法将非法吸收公众存款或变相吸收公众存款行为与非法集资以及合法的民间借款行为区分开,这种做法不仅严重违反了“法无明文规定不为罪”的刑法基本原则,而且制度性的压抑了民间借贷的健康发展。《刑法》第179条擅自发行股票、公司债券罪,规定凡是未经主管部门批准,擅自发行股票、债券,均可能构成犯罪。2005《证券法》(修订)第10条将证券发行分为公开与非公开发行两类,而且规定公开发行的证券为核准制而非批准制。修订的《证券法》为中国股票与公司债券的私募发行留下了法律空间。因此,对于擅自发行股票、债券的行为,要在明确其发行公开与否的基础上,规定对于公开发行的行为,若非经国家有关主管部门核准,才有可能构成犯罪;而对于非公开发行证券的民间融资行为,则不宜采用刑事责任的方式进行规制,因为其所涉及的仅为特定对象,一般不会对社会公众的利益产生太大影响,可以采用民事责任与行政责任的方式予以规制。

#### 2. 对相关金融法律法规的修改

首先,废除《中国人民银行法》、《商业银行法》、《银行业监督管理法》等法律法规中一切禁止民间借贷的强制性规范。其次,对治理金融三乱期间,应时而出的《办法》等作出修改或废除。《办法》与《国务院办公厅转发中国人民银行〈整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案〉的通知》规定,凡属于金融“三乱”行为,将依据不同情节承担相应的行政及刑事责任。若完全遵照这些规定施行,实质上就把大部分民间借贷认定为非法。这样的规定一方面严重束缚了民间资本的合理流动,使广大中小企业的资金需求难以得到满足,另一方面也使“地下”融资行为日益频繁,加大了民间借贷运行风险。再次,修改涉农金融法律法规。《银监会若干意见》等一系列规范性文件的出台,为中国民间借贷的合法化提供了有益的探索,但仍有许多方面亟待改进。如文件的适用范围过窄,无论是《村镇银行管理暂行规定》、《贷款公司管理暂行规定》、《农村资金互助社管理暂行规定》,还是2008年5月央行与银监会联合发布的《关于小额贷款公司试点的指导意见》,都将金融改革范围限定在农村,没有考虑在城市也有诸多中小企业面临融资难的问题。另外,这些规范性文件的指导思想从之前的对“城市一边倒”转向了对“农村一边倒”,难免有矫枉过正之嫌。这样的做法不仅有违市场经济的法治精神,造成一国公民在不同区域间的差别对待,从长远看,也不利于统一

金融市场体系的形成。

### (三)完善民间借贷监管法律制度

完善民间借贷监管法律制度,首要的问题是确立监管主体。银监会能否对民间借贷的市场准入和退出进行监管呢?笔者认为,银监会显然并不适合对民间金融组织的经营活动进行监管。因为与正规金融具有同样的监管主体容易造成监管趋同,那又何必区分正规金融与非正规金融?而具有“制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定”法定职责的中国人民银行对放贷人在调查统计、反洗钱、市场风险监测等方面具有当然的管理职能,理应作为民间金融的监管机构。另外,民间金融行业协会也可以对民间金融组织进行适时监管,发挥其在系统支持、培训、审计、会计方面的作用。如日本就有超过50%的放贷人加入了区域性的自律组织,并接受其管理。同样,会计师事务所、审计师事务所这样一些中介组织的监督作用也应受到重视。此外,针对民间借贷的特点,应重点构建放贷人登记管理制度、民间私募基金监测制度、民间私募基金统计信息共享机制和信息披露制度,及时公布有关信息,以便借款人准确掌握相关信息,降低借贷风险,稳定金融市场。

### 参考文献:

[1]李宪宝,高强,单哲.政府角色、反哺失灵与新农村建设

[J].农业经济问题,2011(9):57-64.

[2]李昌麒.论经济法语境中的国家干预[J].重庆大学学报:社会科学版,2008(4):85-92.

[3]黑龙江金融研究所.黑龙江根据地金融史料(1945-1949)[G].哈尔滨:黑龙江金融研究所,1984:197.

[4]中国人民银行.关于召开第七次区行行长会议的情况向中央的报告(1952年10月)[G]//卢汉川.中国农村金融历史资料(1949-1985).长沙:湖南事业出版管理局,2006:387.

[5]邓子恢.关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告(1964年1月13日)[G]//卢汉川.中国农村金融历史资料(1949-1985).长沙:湖南事业出版管理局,2006:428.

[6]岳彩申.民间借贷监管制度的创新与完善——以农村金融制度改革为中心的研究[M]//李昌麒.经济法论坛(第6卷).北京:群众出版社,1992.

[7]WILLIAM A. An economic analysis and brief legislative overview of usury ceilings[EB/OL].[2011-07-20].http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs8157/m1/.

[8]岳彩申.民间借贷规制的重点及立法建议[J].中国法学,2011(5):85-87.

[10]哈耶克.法律、立法与自由[M].北京:中国大百科全书出版社,2000:177.

[11]廖振中,高晋康.我国民间借贷利率管制法治进路的检讨与选择[J].现代法学,2012(2):66-77.

## The Role of Government and System Response: On Legal Regulation of Informal Finance

LIU Xiaohong

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** The government plays a system supply and market regulatory role in promoting social and economic development. The influence of traditional ideas of “financial repression” and “heavy formal, light informal”, China’s existing financial laws and regulations pay more attention to the formal finance, not the informal financial. There are system supply failures: lack of supporting legal system, imperfect system, lack of effective supervision and management activities. With advantages of high efficiency and low threshold, The folk capital is to the existence of huge market demand. Government should make the system respond to reality, solving the problem of informal finance and healthy development of the rule by law.

**Key words:** the role of government; system response; informal finance; rule by law

(责任编辑 胡志平)