

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.05.014

欢迎按以下格式引用:卢显洋.中国典当行业监管立法及其完善——评《典当行业监管规定》[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(5):151-162.

Citation Format: LU Xianyang. The regulatory legislation and its improvement of China's pawn industry: To discuss the Provisions on the Regulation of the Pawn Industry [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2018(5): 151-162.

中国典当行业监管立法及其完善 ——评《典当行业监管规定》

卢显洋

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘要:典当行业复建30余年来,虽然取得了不错的经营成绩,但是关于行业监管理论的认知存在一定误区,监管制度建设亦存在不足。理论认知方面尤其对机构的金融机构属性认知存在偏差,在设立许可、典当行名称等方面也有误区。监管制度上,专门性行业监管立法理念陈旧、不合理等限制了典当行的经营自由,存在立法体例欠科学,个别制度规范设计与其他法规范相冲突,立法技术欠缺,法律概念使用不准确等问题。比较相邻部门法的立法例,考查国外立法经验,科学的典当监管立法模式应采用统一的《典当行法》,适当扩大典当行经营范围,使其回归金融专业监管体制,采取国家集中监管与自律监管相统一的模式,建立健全完善的典当法律体系。

关键词:典当;典当行;金融监管;监管立法

中图分类号: D922.28

文献标志码: A

文章编号: 1008-5831(2018)05-0151-12

习近平总书记强调指出:“法治是治国理政的基本方式,要全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家。”^[1]“法治政府在依法治国的体系中具有承上启下的价值”,而“法治政府是由一定的行政法典则和行政法规范构成的”^[2]。行政法典则和行政法规范对推动社会主义法治国家建设无疑具有无可替代的重要价值。然而,遗憾的是,因种种原因,目前仍存在不尽人意的行政法典则和行政法规范,2012年12月5日商务部印发的《典当行业监管规定》(以下简称《规定》)可以算作此类。作为中国首部专门典当行业监管立法,该规定公布不久就有学者撰文对其提出质疑与批评。据考查分析,该规定不仅存在上述学者所指出的与原有的典当法规相比“体现出从严格监管到严厉监管的转变特点”^[3],其他方面也还存在些许问题。典当行业作为中国改革开放后新兴的老行业,虽然当下已不再有刚复建时的全行业热潮,截至2017年6月底,中国仍有典当企业8472家,2017

修回日期:2018-05-15

基金项目:上海财经大学研究生创新基金资助项目“典当法律制度研究”(CXJJ-2014-400)

作者简介:卢显洋(1973—),男,河南柘城人,上海财经大学法学院博士研究生,天津外国语大学滨海外事学院副教授,主要从事宪法行政法、财经法研究,Email:hjnjiu@126.com。

年上半年实现典当总额1 690.3亿元^[4],业绩在国民经济总量中算不上显赫,属“小众行业”。但是,即使不考虑法治国家建设要求各行业管理法化“一个也不能少”,仅就典当业自身经营风险的特殊性,这个数据也足以为其在中国法治体系中赢得一席之地。然而遗憾的是,当下中国典当行业监管制度建设和理论准备均不能令人满意。本文试图通过分析国内学术界在典当监管理论上存在的误区,分析现行的典当监管立法制度,并尝试性提出完善建议,以期为中国典当行业发展有所裨益。

一、学术界对典当监管个别问题的误读误判

典当行业在中国虽已有相当古老的历史,但当下中国的典当监管制度并不发达,甚至有明显缺失。这一方面是中华人民共和国成立后,一段时期内片面地认为典当是盘剥人民的工具,应当铲除,特别是1967年后,整整20年时间内典当行在中国大陆地区彻底绝迹^[5]。典当复建以后,针对性的理论研究也不充分,参与研究的学者少,研究成果相对也少,一个重要的表现是,国内影响较大的法学专业期刊发表的以典当行为主题的研究文章屈指可数,这与典当行业自身技术性、风险性均较高的性质极不相称,也是造成行业制度建设缺失的一个原因。此外,已有的理论探讨还存在个别误读,且没有引起学界的反应。此类误读误判包括以下方面。

第一,对典当经营机构金融行业属性及法律地位的误读。学术界对典当经营机构的行业法律定位有两类代表性观点:以卢勤忠教授为代表的认为“典当行属于金融企业但不是金融机构”^[6];以郭娅丽教授为代表的认为典当行在中国金融机构体系中的法律地位属“准金融机构”^[7]。前一种观点我们暂且称其为“非金融机构说”,后一种则称为“准金融机构说”。笔者认为这两类观点都有欠妥之处,具体剖析如下。

典当行业是独立的一类行业,属金融行业,这在学界和实务中基本无异议,2002年、2011年国家统计局公布的关于行业分类相关通知,2017新版《国民经济行业分类》^①,以及《工商注册各行业分类及行业代码查询表》中均明确其为独立的金融行业类型。“非金融机构说”认为典当经营机构的行业管理因国家机构改革划归商务部后,不再是金融机构,因为金融机构以具有《金融机构法人许可证》为条件,不具备此证虽属金融行业内从事金融业务的经营组织但只能算是金融企业,而非金融机构。我们没查询到金融机构地位须以《金融机构法人许可证》为必要条件的依据,也不敢苟同此说,理由有三:其一,从一般词汇概念含义上分析,该学说解释不通。“机构”一词在此可能的含义为:“泛指机关、团体或其他工作单位,或机关、团体等的内部组织。”^[8]金融机构字面意义为金融行业的组织、团体等,既可以指整体涵盖了全部行业内的单位、组织,包括金融管理国家机关系统以及被管理的金融经营组织(这与中国《宪法》第三章以“国家机关”指称各类国家机关单位的总称类似),也可指单个独立的金融单位主体及单位、团体等的内部组织。因此,如果论证认可了典当行是金融企业,在没有明确法律规范或其他相反证据规则情况下,应认可其是金融机构。其二,认为金融机构须以具有《金融机构法人许可证》为条件没有法律法规依据,该许可证是监管机构依据《金融许可证管理办法》及相关规则颁发给金融机构的,该办法第3条规定“金融许可证适用于银监会监

①2002年9月12日,国家统计局颁发的《关于贯彻执行新〈国民经济行业分类〉国家标准(GB/T4754-2002)的通知》《国民经济行业分类》(GB/T4754-2002),对典当的说明是:以实物质押的放款活动,分类在J门类(金融业)、71大类(其他金融活动)。2011年8月16日国家统计局颁发的《关于执行新国民经济行业分类国家标准的通知》对典当的说明是:以实物、财产权利质押或抵押的放款活动,分类在J门类(金融业)、66大类(货币金融服务)、663中类(非货币银行服务)、6633小类(典当)。国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会2017年6月30日发布2017年7月1日实施了《国民经济行业分类》,行业分类与2011年分类标准相同,只是对典当的说明改为:以动产、不动产或其他财产权利质押或抵押的融资活动。

管的、经批准经营金融业务的金融机构”。也就是说非银监会监管的金融机构无须申请此许可证。该许可证的作用是授予相应机构具有原银监会管理的某金融业务经营资格,与金融机构地位没有必然联系。其三,上述学者在论证典当行也不应被视其为“其他金融机构”时的逻辑欠周延。虽然1994年央行公布的《金融机构管理规定》已经被机构改革后承接其部分职责的银监会在银监发〔2007〕56号公告中宣布不再适用,而不是如学者所言“仍是一个有效的法律文件”^[6],《金融机构管理规定》中认定的典当行为非银行金融机构已经没有法律效力,但是该学者依据刚被撤销的银监会于2015年公布的《非银行金融机构行政许可事项实施办法》论证典当行不应被列为“其他金融机构”,因而不是金融机构的论证逻辑也有欠周延之嫌。《非银行金融机构行政许可事项实施办法》与《金融许可证管理办法》一样并没有明确将办法项下的许可证与金融机构地位挂钩,前者虽在第2条列举性规定的本办法所称非银行金融机构中没有明确列举典当行,但是,该条所列举机构之外并非没有其他类型的非银行金融机构,例如列举中没有贷款公司,而《贷款公司管理规定》第2条明确规定贷款公司为非银行金融机构;再如,信托投资公司也是《银行业监管法》第2条规定的其他金融机构,《非银行金融机构行政许可事项实施办法》也没有列举。而且,该办法是规定经银监会批准设立的非银行金融机构的行政许可事项所作出的具体规定,言外之意,依规定非经银监会批准的非银行金融机构自然无需依此办法。因此,不能得出,典当行不是需要依据《非银行金融机构行政许可事项实施办法》申请许可证方可进行经营的机构就不是非银行金融机构的结论。

“准金融机构说”的欠妥之处在于,其将金融机构地位与是否处于中国人民银行监管系列挂钩,认为央行监管系列之外由商务部监管即不再为金融机构。该说本质上认可典当行的金融机构地位,认可典当的最本质功能是金融功能,核心业务是质押或抵押贷款业务,因而是介于金融与企业之间的特殊机构,称为“准金融机构”。2017年国务院《融资担保公司监督管理条例》规定的体制是,融资担保公司的设立、变更及其他重要的监管职责由省、自治区、直辖市人民政府确定的监管部门负责,同时监管部门应向本级政府和国务院银监机构报送统计数据,报告行业情况、重大风险等,融资担保监管联席会议也是由国务院银监机构牵头。简言之,融资担保公司的设立审批是上述央行监管系列之外的,一般也被认为是金融机构。再者,作为典当经营机构,在其经营规则、经营范围等自身因素均没有改变的情况下,机构的性质应主要依据自身的条件决定,如仅因国家管理体制的调整而不断改变是否具有金融机构属性地位,逻辑上欠妥。

综上,笔者认为典当经营机构是从事金融行业,具有金融机构地位的机构。

第二,对典当行设立许可合法性的误判。2005年实施的《典当管理办法》(以下简称《办法》)和《规定》均规定设立典当经营机构应当由商务主管部门批准并颁发经营许可证后方可登记设立,即典当设立许可制度。因为典当行业管理的该两部主要立法即《办法》和《规定》均由国务院部委制定,属法律层级上的部委规章。因此,有学者认为,典当行设立许可没有《行政许可法》上的依据^[7]。这是一种对行政许可制度的误读误判。为了改变过去行政许可设定混乱的局面,《行政许可法》开宗明义在第1条规定其立法目的之一是“为了规范行政许可设定和实施,”并在第14—17条规定行政许可的设定需由法律、行政法规为之,而规章无权在没有上位法情况下新设行政许可。现行的《办法》和《规定》均是部委规章,学者因此得出其没有行政许可法上的依据,其推理过程似乎也有道理。然而仔细考查却并非如此。《行政许可法》2004年7月1日开始实施,2005年《办法》之前的《典当行管理办法》(2001年生效,2005年失效),以及之前更早的《典当行政管理暂行办法》(1996年实施,2001年失效),两部规章均规定了典当行设立的行政审批制度。因当时的立法还不够完善,

国务院在2001年行政审批改革时曾规定“依照法定职权、程序制定的规章可以设定行政审批”^②。而后,在2002—2004年三批取消行政审批项目的决定中均没有取消典当设立审批,在2004年7月1日与《行政许可法》同日生效的国务院第412号令中,明确保留了典当行及分支机构设立行政审批项目^③。简言之,《行政许可法》生效时,典当行设立许可是有行政法规依据的,符合行政许可法定原则。

第三,对典当行名称合法性的误读误判。有学者认为“典当行”的名称违反法律规定,亟待更正^[8]。理由有二:一是认为“典”与“当”是两种不同的物权制度,各有不同的法律性质、标的,不应当再使用文不对题的概念;二是认为其不能体现营业组织的公司性质,有违法律规定而必须修改。笔者认为该学者的理由及推论的过程均值得商榷。首先,“典”与“当”两字结合形成“典当”的概念称谓在中国历史悠久,《后汉书·刘虞传》中即有此概念的使用记载,用以指称以物质钱的融资活动,《唐律》中已有了典当规则的专门规定^{[9][14]}。国内学者多认为后汉时期典当活动已普遍存在^[10]。简言之,典当的概念称谓、含义、规则在中国早已确立,以所谓现代民法语境中“典”与“当”有不同的含义为理由,不顾及数千年的传统习惯而改用他称,无疑是削足适履。其次,从汉语语法上看,即使构成一个多音节词语的词素各有不同含义,也无碍由其组成一个具有新含义的词语概念。同理,即使“典”与“当”分别指称不同的物权制度,由它们再组成一个具有新内涵的制度概念也无不可,何况是一个在中国已有了近两千年传统的制度概念。最后,该学者认为《办法》与《公司法》关于典当行的名称的规定存在“非常明显的自相矛盾”,文章推理中认为,《办法》规定只有经许可批准才可以且应当在名称中标明“典当”字样,而《公司法》规定公司名称中须标明“公司”字样,因而两者“自相矛盾”,必须更改。“典当”表示的是行业部类,“公司”表示的是机构的组织形态,各负其责,何来矛盾之说?如果以其逻辑,中国商业银行的名称“某某银行股份有限公司”也都存在其分析的问题,保险公司也同样如此,都违法都必须修改。典当作为一个独立行业已经明确在国家统计局制发的《国民经济行业分类》中,也广为公众熟知接受,改为“当业公司”合理性亦不足。

二、典当行业监管立法制度之质疑

(一) 立法体例科学性之质疑

中国社会主义法律体系中,专门的行业监管立法并不多见^④,常见的做法是,属于行业监管部门法的法律规范散见于行业基本法及其他配套法规之中,如作为部门法意义上的证券监管法,其主要规范多规定在《公司法》《证券法》《证券公司监督管理条例》《上市公司治理准则》《上市公司收购管理办法》《证券发行与承销管理办法》等法规中。理论上,单行的行业监管立法除总则和附则外,应当主要包括:监管机构、监管职责、监管措施、法律责任等规定,以解决对特定行业及其行为由谁来监管、如何监管、如何处罚(监管主体和监管对象违法应承担法律责任)等问题,现实中国内外的行业监管立法也多是循此体例安排。而《规定》体例安排上,第一章总则,第二章即是监管责任。首先,法律上的责任相对于义务来讲是第二位的,只有存在法定或约定义务违背的情形才会产生相应

②参见《国务院批转关于行政审批制度改革工作实施意见的通知》(国发[2001]33号,已失效)。

③参见《国务院关于取消第一批行政审批项目的决定》(国发[2002]24号)、《国务院关于取消第二批行政审批项目和改变第一批行政审批项目管理方式的决定》(国发[2003]5号)、《国务院关于第三批取消和调整行政审批项目的决定》(国发[2004]16号),在《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》,国务院令412号的保留目录中,第181项是“设立典当行及分支机构审批”。

④金融行业立法中,国家最高立法机关制定的法律层次上只有银行业有专门《银行业监督管理法》,2003年全国人大常委会通过,2006年作了修改。另外,证券业和保险业国务院制定有《证券公司监督管理条例》《外资保险公司管理条例》,没有专门的行业监管法或监管条例。

法律责任。逻辑上,在还没规定监管机构的监管义务、监管权力的前提下何谈监管责任?因此,该章应是规定“监管职责”。从内容上看,此章亦显零乱,前后不一致,规定的既有监管机构(各级商务主管部门)、监管体制,又有监管措施(如第8条规定的建立现场检查、约谈制度),也有多处使用“责任、监管责任、明确责任”等用语,却少见具体责任的规定。其次,如第二章是规定监管职责,则体例结构上又缺少明确的法律责任、罚则性规范。一般法规典则都有专门规定法律责任一章,对违反其规定的不利后果作出具体规定,保障其有效实施,实现立法目的。如无法律责任规定,法律的强制性将无从体现,立法目的也难以实现,“法律”可能退化为政治宣言、口号、倡议书。《规定》仅在第二章监管责任中有“建立制度以明确监管责任”“建立责任追究制”“按照有关规定追究责任”等只能依靠其他规范才可能具体化相应责任的规定,与作为本应具很强操作性的部门规章的性质不相契合。具体的法律责任规范在其他章里偶有规定,如第四章第33条规定的是典当行营运期间若干违规行为的处罚规定。最后,退出程序制度设计过于简单,缺乏可操作性。第六章退出管理仅一个法条规定,既无退出条件、退出程序,也无退出清算规定,规定中笼统规定的“不具备典当经营许可资格”指的是哪些资格?“有关规定”指何规定?均不明确。在典当行经营存续期间典当行自身或其股东不再具备设立典当行时所要求的法定条件时^⑤,典当行是否还具有经营资格均无规定,这势必给执法环节带来困扰。

(二) 个别制度设计有与其他法律规范相冲突之质疑

《规定》第16条第2项强制规定法人股东在主管机关指定的会计师事务所审计出资能力,存在与《反垄断法》冲突的嫌疑。为保证典当行经营所需的货币支付能力,《规定》要求典当行设立时的法人股东应当具备相应的货币出资履行能力,为此,第16条相关规定要求主管部门审核批准典当行设立申请时,“法人股东”需具有经“主管部门指定的”会计师事务所出具的审计报告。会计师事务所是市场经济中重要的社会中间层组织,依法由具有资格的注册会计师等专业人员组成,为委托申请者提供专门的会计审核、核算、审计等服务,具有民间性、专业性、公共性等特点。在为委托客户提供专业会计服务并发挥社会监督职能的同时,兼具一定的经营性,依法成立的会计师事务所不论其规模大小,出具的审计报告具有同等法律效力。《规定》该条关于法人股东应当具有主管部门指定的会计师事务所出具的审计报告的规定涉嫌违反《反垄断法》第36条禁止行政主体“制定含有排除、限制竞争作用的规定”的规定,涉嫌行政性垄断违法行为。《办法》对典当行股东进行审计的机构要求为“具有法定资格的会计师事务所”,而《典当行业监管规定》把“具有法定资格的”条件改为主管部门指定的几家会计师事务所,只能是为行政机关权力寻租制造机会。

《规定》第16条第1项关于“法人股东相对控股”的规定与《办法》的相关规定存在冲突嫌疑。《办法》对设立时的法人股东的要求是两个以上且相对控股,该办法并没有“相对控股”具体标准的规定,典当行作为公司的一种,无疑只能援引作为上位法、一般法的《公司法》216条相关规定,该条认定控股股东的标准采取的是“实质性标准”,即只要实质上足以对股东会决议产生重大影响即认定为控股股东。《规定》第16条关于“法人股东相对控股”的相关规定却明确采取“持股比例标准”,要求法人股合计持有1/2以上,或者单独持有1/3以上股份总额,明显与原有《办法》的规定相冲突。法理属性上《规定》属于依据《立法法》第71条由国务院部委制定的规章,《办法》是依《立法法》第72条国务院两部联合制定的规章。制定时间上《规定》虽是“新法”,但因不具有《立法法》

^⑤例如,《典当行业监管规定》第16条规定,典当行设立时自然人股东须居住中国境内,无犯罪记录。典当行经营过程中如出现自然人股东移居国外,甚至全部移居国外,或者是因犯罪被判处刑罚,典当行是否属于第六章规定的“不具备典当经营许可资格”均无明确规定。

第83条规定的“新法优于旧法”的前提“同一机关制定的”,因此并没有当然优于《办法》的效力,而是属于“对同一事项规定不一致”。此外,理论上控股股东认定的“实质性标准”明显优于“持股比例标准”,且已为多数国家公司法所采纳,《规定》仍然坚持后者缺乏合理性。

《规定》第16条第3项禁止所有“有犯罪记录”的自然人投资设立典当经营机构是限制公民财产权,有违宪之嫌。要求设立自然人股东“无犯罪记录,信用良好”。犯罪形态多种多样,犯罪行为与信用状况没有直接的关联性,这无需过多解释。信用要求我们暂不论及,仅就要求设立自然人股东“无犯罪记录”的合理性与合法性都值得怀疑。公民的私有财产权受中国宪法保护,公民对其财产进行经营性使用是财产权的内容之一,非因法定理由不得对公民基本权利进行剥夺和限制也是法治国家的基本法治原则。换言之,宪法规定的财产权的具体内容及界限由法律规定,即所谓“法律保留”,这里的“法律”是狭义上的法律,特指国家立法机关制定的法律^[11]。在无权力机关立法授权情况下,作为部委规章限制公民财产权的规范,有违宪嫌疑。同理,由最高权力机关制定的《公司法》第146条规定了担任公司的董事、监事、高级管理人员的消极资格,不存在此嫌疑,而国务院两部委制定的《办法》第16条第1款第4项要求法定代表人、个人股东和其他高级管理人员无故意犯罪记录,也同样存此嫌疑。《规定》上述对自然人股东的限制还明显高于上述两法律文件的规定。从合理性上看,公司是规范化管理的典型企业形态,股东作为出资人并不直接经营掌控公司,而由依法建立起来的公司机关负责公司日常经营管理,自然人股东,特别是持股比较低的非控股股东,对公司的直接支配和影响能力十分有限,《公司法》也只是排除了部分有不良记录者作为公司直接管理者而非投资者,《规定》却完全禁止仅有过犯罪记录的自然人作为典当行投资人,几乎没有合理性。从比较法的角度看,法域外有典当专门立法的国家和地区也鲜见有与此相似规定,“其他国家和地区通行的做法主要是限制有财产犯罪和有组织犯罪记录的人利用典当行这一特殊金融经济组织从事销赃或洗钱等有组织犯罪活动”^[3]。

《办法》第43条的规定被不少学者诟病,认为其明显与“禁止流质规则”相冲突。如有学者指出,因中国《物权法》没有营业质权的规定,现有的典当管理规定与《物权法》关于禁止流质、折价和拍卖,以及清算等规定相冲突^[12]。

(三)对典当行经营行为的限制有妨碍其经营自由之质疑

1. 不当限制股票质押典当业务

《规定》第24条对股票等财产权利的管理规定到底是全面禁止还是仅仅对管理有不同的理解?国内有学者认为此规定“全面禁止了股权典当”^[3]。笔者不完全认同“全面禁止说”,因该条规定明确涉及的是“股票”,并没有明确涉及没有证券化了的有限责任公司股东对公司的出资份额,此类股权仍可以进行设定抵押典当。该规定明确禁止了证券账户资产为质押的股票典当业务。不可否认的是,此规定确有对现代市场经济下典当行经营自由的不当妨碍之嫌。《办法》第3、第25条规定典当行可以经批准经营动产、财产权利质押典当及房地产抵押典当业务。股权作为民事权利,具有财产权属性已无争议,出资人使用其在公司中的股权作为担保物设定担保在世界范围内几成通例。中国《物权法》第223条也有使用可以转让股权进行出质的规定,2008年9月国家工商总局出台《工商行政管理机关股权出质登记办法》,对股权出质作了更为具体的规定。“房产、汽车、股票”被称为现代典当的新三样,在典当业务中占有相当重要的份额。中国当下虽然股票典当业务比例不大,但作为一新兴的业务被业界广泛看好。数据显示,“截至2012年7月26日,共有484家上市公司发生股权质押1056次,原始质押股数合计达411.88亿股。在此类业务兴起的2007年,只有46家公司

发布股权质押公告,之后的几年里一直保持较快增长”^[13]。当然,实务中权利质押,特别是股权质押可能更易产生纠纷,滋生证券市场操纵和更多市场风险等不良现象,但立法者更应正视的现实是,中小微型企业草根阶层融资渠道不畅、融资成本过高,致使非法集资、高利贷等现象普遍。面对股权质押典当的特有风险,封堵绝非良计,规范疏导才是上策。

2. 不当限制典当行增资及股份转让

无论何种企业形态,强制性法律规范对资本制度所作的规定主要是出于对维护交易安全的考量。传统观念一般认为企业有更多的资本额度就意味着有更高的交易安全系数。依此原则,不少有最低注册资本数额限制国家的公司法多是对减少注册资本作更严格的限制,而对增加资本相对较少作限制。中国2013年修订以前的《公司法》亦是依此原则规定的增减资本制度。因此,《规定》第32条“增加注册资本应当间隔1年以上”的规定,合理性存疑。增加注册资本对典当行风险控制有利,对交易相对方交易安全有利,即使在严格监管理念下对增加注册资本作出限制也不多见。该条还规定“严格审核”股份的对外转让,此项规定虽非禁止,但对所有欲对外转让50%股份的股东进行“严格审核”也不具合理性,并且极易被执法机关解读为限制对外转让。股票流通性是其作为证券的最重要的本质特性之一,除非因法定原因,不得对股票流通进行限制,该条在没有基本法律、行政法规等上位法授权情况下,仅依《办法》限制股票的对外转让,其合法性、合理性和必要性均值得怀疑。

3. 不当限制典当行借款融资行为

完全依靠自有资本经营而无融资需求的企业几乎是不存在的,典当行因业务特殊性更是随时可能需要大量资金,即使是资本雄厚的典当企业,也难免会遇到一时资金短缺的情况。中国非公有制企业融资渠道本就十分不畅,调查显示,近年来只有少数典当行能从银行获得贷款^[14]。股东最关心典当行的经营,完全禁止典当行向其股东借款无疑对典当行业犹如釜底抽薪,“立法者或从关联交易角度考虑禁止向股东借款,但关联交易如既对当事人有利,又不会对第三人不利,法律上不欲禁止自是通例。其实放开典当行向股东借款一方面对股东来说多了一条投资渠道,对典当行来说解决了资金难题,致使其他非规范的资金往来相对减少,间接起到了规范中国民间借贷行为作用,可谓一举多得”^[15]。如果说典当行本是为其他主体解决融资问题,其自身不应当存在融资需求,那么,商业银行等金融企业也同样存在向中央银行借贷、同业拆借等行为,且为法律所允许就不能合理解释。另外,同行业拆借本是典当行业惯例,中国普通民间借贷在利率不高于法定利率一定范围内受法律保护。典当业的行业风险不可能比银行业更高,唯独禁止典当行同业拆借没有合理性。

(四) 部分法律概念使用准确性之质疑

1. 个别法律概念使用外延不准确

例如,为保证股东的货币出资能力,《规定》第16条规定设立的“法人股东”须出具会计师事务所的审计报告。该条中“法人股东”从文本解释上是指典当行设立时全部的法人股东,而这显然没有必要,很明显对典当行出资占比很低的法人股东作此要求很难说有合理性和必要性。如果此“法人股东”与前一项规定中的“相对控股股东或者第一大法人股东”同,不仅与法条文本字面意思不符,又恐难以实现规则制定者保证典当行有充足的货币资本能力的初衷。反观中国相关金融机构立法中与此相似的规则,为确保金融机构相关股东的出资能力,《保险法》对设立保险公司,《证券法》对设立证券公司,《商业银行法》对设立商业银行时,对应的相关规范的是规定要求“主要股

东”,或者是持有注册资本5%以上的股东的净资产数或具有相应资信^⑥。如此规则设计显然比本条的“法人股东”的表述更合理。因此,上述第16条第1项中的“法人股东”应表述为“主要股东”,或者“出资比例占典当行注册资本5%以上的股东”方可实现立法者本意。

2. 有使用非规范法律概念现象

《规定》第16条第3项规定中,对设立典当行的自然人股东要求“居住在境内”“有民事行为能力”,法律概念使用欠规范。公司企业法理论上对设立自然人股东资格限制一般是限制国籍、住所、年龄、行为能力、某特殊身份(如公务员)等,各国企业立法鲜见有“居住在境内”的限制。即使不考虑要求“居住在境内”概念的规范性,执法机构执行该规定也必将面临难题,设立自然人股东是要申请设立典当经营机构时居住在国境内,还是要经营存续期间均要居住在国境内?有无居住持续时间的要求等问题不明确。我们知道,法律上的“住所”并非等同于“居住在境内”,而前者才是规范的有意义的法律概念。另外,“有民事行为能力”也非常见的规范法律概念。中国《民法总则》依据年龄、精神状态双重标准,将自然人行为能力区分为完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力。限制民事行为能力的人可以独立进行与其年龄、智力水平相适应的民事行为。《规定》中的“有民事行为能力”只能是与无民事行为能力相对的,字面意思应当解释为包括“完全民事行为能力和相对民事行为能力”,如此理解上述规定却明显有违民法基本规则,相对民事行为能力人可以作为典当行的设立自然人股东显然不合法,中国公司法明确要求设立公司发起人应当具有完全民事行为能力。

另外,在典当行财务制度规范中使用非规范法律概念。例如《典当行业监管规定》第3条、第21条中使用非规范的法律概念“财务报表”。依据会计、审计等法律法规的规定,学者一般将商事账簿分为:会计凭证、会计账簿、财务会计报告三类^[16],也有学者将其划分为会计账簿、财务会计报告两个基本类别^[17]。根据中国《会计法》的规定,财务会计报告是指商事主体依法向政府提供或向社会披露的反映其财务状况和经营成果的书面文件,财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书三项内容组成。此处的“财务报表”应表述为“财务会计报告”。同理,第29条中不仅“财务报表”应表述为“财务会计报告”,该条中“年度要填报经会计师事务所审计的年度财务报表”,表述不规范,应为“典当企业应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告,并经会计师事务所审计”。

3. 政府行业主管部门的概念表述欠规范

《规定》将中央政府行业主管部门表述为“商务部”,如第6、12、15、16、34、37、42等条,中国立法中把中央政府某部委表述为“国务院某主管部门”已是惯例,中国正处于社会转型期,因政府改革,中央和地方政府组成部门的职能和名称更改、重组相对频繁,表述为某事项主管部门既表述准确,又避免了因改制改革可能带来的立法滞后,利于保持法律的稳定性。因此,规范的表述应为“国务院商务主管部门”。类似的非规范表述还存在地方主管部门的指称中,《规定》在第7、12、14、15、27、37、39、41、42等条文中使用“省级商务主管部门(含计划单列市)”的表述欠规范,应为“省、自治区、直辖市人民政府(含国务院确定的较大市人民政府)商务主管部门”。

另外,《规定》中存在个别条款必要性欠缺的现象。一般低层级立法机关的立法一个重要目的是将上位法具体化以便于操作,立法技术上要求不对上位法已有的规定作重复规定。中国《立法

^⑥参见中国《保险法》第68条、《证券法》第124条、《商业银行法》第15条相关规定。

法》第73条第4款虽是对地方立法而不是对上位法已有的规定作重复性规定,从立法目的解释上看该条同样适用于中央立法中层级较低的立法。《规定》第22条“现金管理要符合相关法规、规章”的规定就属于理论上的重复性规定,某专门事项需符合专门法规规定本是当然,现金管理需遵守现金管理规则,企业名称登记、会计、档案管理等事项均需符合相应法律法规,无必要在其他下位立法中重复规定。

三、完善中国典当行业监管立法的建议

(一) 立法模式上选择制定统一的《典当行法》

典当行业监管立法模式理论上大体有:包含在统一的民商法典中、制定统一《典当行法》,在《物权法》中专节规定营业质权同时另行制定《典当管理实施条例》等法规规章,制定《典当行法》的同时另行制定《典当行监管法》。笔者认为中国应采取制定统一《典当行法》,同时配套制定相关法规规章的模式较为合理。

2002年全国人大牵头起草的《民法典》(草案)中没有写入营业质权,之后梁彗星教授和王利明教授牵头起草的《物权法》(草案)中有对此项的相关规定,但在审议过程中由于没有就营业质权与典当之间的关系形成一致意见,“典权”相关条款两次写进《物权法》(草案),又两次被删掉,最后最高立法机关通过的《物权法》没有规定营业质权和典权。经过多年努力,中国《物权法》才得以颁布实施,如果近期即启动对如此重要的基本法律的修改不利于法律权威的树立和法治秩序的建构。中国商事法律体系中,包括各金融行业法是采取分行业专门立法模式,典当业作为具有金融属性的行业,实行专门立法符合中国现行的法律体系模式。另外,“对典当业实行专门立法也更能集中体现典当业的制度比较优势”^[18]。从比较法的角度考查,世界上不少国家和地区对典当行业是采用单独立法的模式,如英国《1872年典当商法》,历经数次修改后,被英国《1974年消费信贷法》所取代;美国各州皆有本州的《典当商法》,联邦1921年制定了《统一典当法草案》;新加坡1898年通过了第一部《典当商法》;中国台湾地区2001年6月在原“当铺业管理规则”基础上颁布实施了新的所谓“当铺业法”;中国香港地区1858年开始实施“当押商条例”。从中国改革开放以来的典当业立法传统看,从1996年、2001年分别由中国人民银行、原国家经贸委制定颁布的两部单行《办法》,到现行的《典当管理办法》,再到2011年5月国务院法制办公布《典当行管理条例(征求意见稿)》,均采用统一立法模式,并专设一章规定监督管理。考查相邻部门法,证券业、保险业、信托业、融资租赁业、基金份额等相关金融行业全是单独统一立法,行业监管法律规范均集中规定在统一法典之中,并配套以行政法规规章,不再专门制定行业监管法。金融行业管理法律规范相对集中地规定在统一的基本法中的模式已为公众熟悉和接受,而如前所论商务部门制定的《典当行业监管规定》不甚完美,因此笔者建议尽快启动下一轮立法程序,以期早日通过统一的《典当行法》,或者先制定《典当行管理条例》,成熟后再制定统一的《典当行法》。

(二) 确定适度监管理念适当扩大典当行经营范围

党的十九大提出了中国社会主义建设进入新时代的科学论断,“全面依法治国”是以习近平同志为核心的党中央“四个全面”重大战略决策的重要组成。法治无疑是建设社会主义市场经济的必然要求,法治必然要求平等地保障和尊重市场主体的权利和自由。中央政府多次表示要从那些不

是必须介入的领域中退出来,这就要树立“适度监管”理念^⑦。未来的《典当行法》可考虑从以下方面给典当行“松绑”:一是降低典当行设立门槛,降低或取消设立最低注册资本额限制;二是取消只有法人股东才可以相对控股的规定,允许自然人股东控股典当行;三是对抽当、顶当、转当、流质契约的适用、同业拆借等典当行业惯例予以认可,使其作为历史上形成的商事习惯在业内广为接受,若强制禁止只能适得其反;四是适度扩大经营范围,允许从事旧物收购、寄售等与典当关系紧密的典当行传统业务。

以上为典当松绑的几个措施中,适度扩大其经营范围无疑是重点,学者对此也基本持一致见解^[15,19]。现行《办法》第25、26条从正反两方面划定了典当行的经营范围,主要包括动产及财产权利质押典当、符合条件的房地产抵押典当业务。立法划定典当行经营范围即是赋予其权利能力和行为能力,对典当经营机构十分关键。中国的典当行立法可以考虑从以下方面扩大经营范围:(1)财产权利质押典当业务方面,《物权法》第223条规定可以作为质权标的的财产权利种类包括支票等票据;应收账款;仓单、提单;可转让的各类知识产权中的财产权部分;债券、存款单;可转让的股权、基金;法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利;《物权法》第229条规定的最高额权利质押业务。理论上典当行能以这些财产权利为标的开展财产权利质押典当经营,未来的典当立法应与《物权法》此节规定相协调,明确规定典当行经批准可以在此范围经营质押典当。(2)部分放开动产抵押典当业务,如船舶、航空器、机动车等价值较大,依法实行不动产化登记管理的动产,仅作质押典当不仅降低了财产社会效益,而且因实行不动产化登记管理,物权登记才发生了变动效力,转移占有不会过多地增加典当行作为担保权利人的风险,而质押担保物质押于典当行不会使其权利的实现带来更多的保障,却对当户十分不利。实务中有些典当企业为了绕过此规定采取形式上的转移后,再签订租赁协议或委托保管协议,使典当标的仍处于当户占有使用中。(3)把“房地产(外省、自治区、直辖市的房地产或者未取得商品房预售许可证的在建工程除外)抵押典当业务”扩大至“除未取得商品房预售许可证的在建工程外的所有不动产抵押典当业务”。按《国家新型城镇化规划(2014—2020年)》,中国将在2020年前建立全国联网的不动产统一登记制度,届时将大大降低外地房地产典当实现担保物权的风险,自无必要禁止外省、自治区、直辖市的标的。把“房地产”扩大至“不动产”已为《典当行管理条例(征求意见稿)》所采纳,未来立法应坚持。2008年7月5日《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》制定了新的集体林权改革政策,规定“林地承包经营权人可依法对拥有的林地承包经营权和林木所有权进行转包、出租、转让、入股、抵押”。因此,林权在办理权属证明后应被立法纳入抵押典当范围。

(三) 监管体制上回归银行保险监管机构金融专业监管体制

2005年《办法》虽只界定为“专门从事典当活动的企业法人”,依前文论述,典当行仍为金融机构性质。体制改革划转由商务主管部门监管十几年来,典当业在市场培育和繁荣方面取得了不小的成绩。但鉴于对其自身行业属性、监管效率的分析,典当业应纳入银行保险监管体系。国内不少学者力主既然典当行具有金融行业属性毋庸置疑,其监管回归金融监管体制也应是自然之事。只是在具体监管体制上学者有不同主张,有的学者主张应设立专门监管机构,与银监会、保监会(2018年国家机构改革后应是银行保险监管会)、证监会共同构成金融监管体系^[8]。有的学者认为典当业

^⑦“所谓适度监管,是指国家应当在充分尊重经济自主的前提下对金融活动进行一种有限但又有效的监管”。它包含着两项相互关联、互为条件的内涵:有限监管和有效监管。参见:盛学军《论金融监管法的基本原则》(《中共四川省委省级机关党校学报》,2012年第一期68—71页)。

回归和纳入金融监管利于防范典当业风险,监管更专业、更高效,有利于促进中国多层次金融体系的建立和完善。银监机构具备网络化组织和人才资源^{[9]211-212},而在现行的商务部门监管体制下,监管机构总体上人手缺乏且专业性不足,造成监管工作力不从心^[20],因此主张应由银监会负责监管。2018年国家金融监管体制改革之后则为中国银行保险监管会负责。设立专门的机构成本高,不符合比例原则,笔者赞同上述后一种主张,在未来典当立法中恢复典当行银行保险监管机构监督管理体制。

(四) 采用集中监管与自律监管相统一的监管方式

政府对市场的监管应在法治的基础上,转变监管方式,提高监管质量。如政府对市场监管范围过于宽泛,内容过于庞杂,结果必然该管的没管好,不该管的反因管得过死而失去活力。未来的《典当行法》应以集中监管与自律监管相统一的监管模式,着力培育行业自律监管能力,一方面政府监管部门把住重要的如市场准入、风险监管等关口,另一方面典当企业内部事务留给企业自主管理,注重通过立法授权典当行业协会等社会中介组织更多的自律管理权,明确其“自律性组织的社团法人”职能地位,使行业协会发挥依照依法制定的协会章程对其成员开展服务、管理等职能。目前,中国不少地方已经建立了地区性的典当行业协会,但是还没有全国性协会组织。未来典当立法可以参考《证券法》关于证券业协会的规定,建立并配置全国性典当业协会职责,突出协会与国家主管机关之间的监管职权。笔者认为,现有的行业协会在对行业成员进行管理过程中没能发挥理想的作用,与协会的监管权限配置有关,过于强调协会的民间性,使其权威性不足。建议典当行业协会职能设计时,增加协会对成员的“开除协会成员”的纪律处分权,并规定经当事者申请,主管部门审查后有权撤销协会做出的开除处分。除非开除决定被主管部门依法撤销,被开除协会成员将被收缴经营许可证,不得从事典当业务。如此,既可以提高协会作为全国性的行业管理机构的权威,又保证了主管部门对其管理权的监督制约。

四、结语

典当行业虽非中国国民经济支柱产业,但新时代的中国为建设惠及十几亿人民的更高水平的小康社会,党中央决策实行“全面依法治国”,习近平总书记指出“不全面依法治国,国家生活和社会生活就不能有序运行,就难以实现社会和谐稳定”^[21]。所谓“全面依法治国”必然要求“一个也不能少”。当下中国的典当监管领域法学理论研究尚未成熟,行业监管制度建设尚处于完善阶段。未来的中国典当监管领域,应尽快出台统帅典当行业管理的《典当行法》或《典当行管理条例》,坚持适度监管理念,坚持尊重典当机构经营自主权原则,适当扩大典当行经营范围,兼顾防范典当经营中可能产生的金融风险。监管体制上,回归银行金融监管机关集中统一监管,采取集中监管与自律监管统一的模式,建立更加高效的典当监管体制,更加科学合理的典当法律制度,以提高中国金融监管整体法治水平。

参考文献:

- [1] 习近平谈治国理政(第1卷)[M].北京:外文出版社,2018:138.
- [2] 关保英.法治政府新内涵[J].南京社会科学,2015(1):22-28.
- [3] 郭艳丽.戴着镣铐的舞者——评《典当行业监管规定》[J].河北法学,2013(7):53-62.
- [4] 搜狐网.典当行业的现状及未来[EB/OL].(2017-07-31)[2018-04-26].http://www.sohu.com/a/161247013_784974.
- [5] 周黎明,史晋川,叶宏伟.我国典当业的特点及性质变迁[J].浙江学刊,2012(1):138-144.

- [6] 卢勤忠. 涉典当犯罪的法教义学分析[J]. 法学, 2016(3): 71-77.
- [7] 郭娅丽. 论典当的性质、地位及其规范结构设计[J]. 法学评论, 2013(5): 148-154.
- [8] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编. 现代汉语词典[M]. 修订本. 北京: 商务印书馆, 1996: 581.
- [7] 刘润仙. 我国典当立法探讨[J]. 河北法学, 2010(1): 95-98.
- [8] 胡振玲. 典当行业的现状及其立法完善[J]. 法学评论, 2006(1): 110-114.
- [9] 胡宗仁. 典当业法律制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 14.
- [10] 常梦渠. 近代中国典当业[M]. 北京: 中国文史出版社, 1996: 4.
- [11] 韩大元, 林来梵, 郑贤君. 宪法学专题研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 419-420.
- [12] 梁慧星. 生活在民法中[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 210.
- [13] 韩汉君, 吴贤达. 2012年上海典当业发展报告[M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2012: 168.
- [14] 刘建和, 王干, 赵欣欣. 典当行业现状及反思——基于浙江省典当行业的问卷调查分析[J]. 浙江金融, 2017(3): 67-73.
- [15] 卢显洋. 论典当行的经营范围[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2014(6): 78-82.
- [16] 范健. 商法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2011: 92.
- [17] 王保树. 商法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 79-81.
- [18] 胡宗仁. 改革开放后典当业立法研究[J]. 广东社会科学, 2010(2): 193-199.
- [19] 郭娅丽. 负面清单法治理理念下典当行业经营范围的扩展及其适用——兼评《典当行管理条例(征求意见稿)》[J]. 法学杂志, 2015(11): 44-51.
- [20] 何士青, 翟凯. 论完善我国典当业的法律监管[J]. 河北法学, 2015(1): 34-42.
- [21] 习近平谈治国理政(第2卷)[M]. 北京: 外文出版社, 2017: 24.

The regulatory legislation and its improvement of China's pawn industry: To discuss the Provisions on the Regulation of the Pawn Industry

LU Xianyang

(School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, P. R. China)

Abstract: China's pawn industry has been rebuilt for more than 30 years, although it has achieved good business results, there are some misunderstandings about the theory of industry regulation, and the construction of supervision system is also inadequate. In theoretical cognition, there is a bias in the cognition of the financial institution attribute of the institutions. Also, there are some misconceptions in the establishment license and the name of the pawn. As for the regulatory system, specialized industry regulatory legislation concepts are antiquated, which unreasonably limits the business freedom of pawnshops. There are some problems like, the legislation style is not scientific, the design of individual system specification is conflict with other regulations, the deficiency of legislative technology, the incorrectly usage of legal concepts, remain to be solved. Through a comparative analysis of the adjacent department law legislation and the legislative experience of foreign countries, scientific pawn supervision legislation model should adopt a unified Pawnshop Law, expand appropriately the pawn business scope, regress financial supervision system, adopt a unified mode of centralized supervision and self-discipline supervision, and establish and perfect the legal system of pawn.

Key words: pawn; pawnshop; financial supervision; regulatory legislation