

构建民间金融之市场准入与退出制度的思考

黄振香

(福建江夏学院经济贸易学院, 福建福州, 350008)

摘要: 现行法律未对民间金融活动做前瞻性的规定, 使其游离于正规金融制度之外, 增加了金融风险。对两岸民间金融法律制度的考察与比较分析发现: 建立民间金融的准入和退出制度, 赋予民间金融合法地位并对其加强监管是民间金融健康发展的前提和保障。针对不同的民间金融主体, 设立不同的准入制度, 将破产制度、保险制度, 以及国家信用制度引入民间金融退出机制, 是降低民间金融风险行之有效的办法。

关键词: 民间金融; 金融风险; 民间金融的准入制度; 民间金融的退出机制

中图分类号: D922.28

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)02-0087-05

一、建立民间金融市场准入与退出机制的必要性

我国关于民间金融的规范散见于《民法》《刑法》《合同法》《担保法》《商业银行法》等法律、行政法规以及司法解释等规范性法律文件之中, 并呈现出以民事责任、行政责任和刑事责任共同严厉管制民间金融的立法模式。《商业银行法》《非法金融机构和金融业务活动的取缔办法》《金融机构管理规定》等法律和法律性文件中, 将合会、私人钱庄、互助式的金融组织及其他大部分吸储的民间金融组织都列在非法行列。如《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第9条以及《商业银行法》第81条中规定禁止“非法金融机构、非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款以及非法集资”。法律法规将这类行为界定为违法行为, 但其确实是民间金融行为的表现形式。^[1]近年来, 随着金融改革进程的推进, 各界不断呼吁为民间金融立法监管。2013年11月22日浙江省第十二届人民代表大会常务委员会第六次会议通过《浙江省温州民间融资管理条例》共7章50条, 于2014年3月1日起施行, 内容包括总则、民间融资服务主体、民间借贷、定向债券融资和定向集合资金、风险防范和处置、法律责任、附则^①。该条例的出台也反映了近年大陆地区对民间金融的态度由严厉管制向更加注重于对民间融资的管理与促进的方向转变。

尽管如此, 目前大部分的民间金融行为实际上是以个人信用为基础的, 未得到法律的认可, 也尚未纳入政府或金融监管机构的监管, 缺乏有效的市场准入制度。民间金融大都不具有法人资格, 现行《破产法》只适用于具有法人资格的企业破产清算, 不能适用于绝大部分民间金融机构的破产清算。反映大陆地区关于民间金融的最新立法动向的《浙江省温州民间融资管理条例》也未能就民间金融的具体准入和退出问题作详细规定。由于缺乏准入和退出法律机制, 使得民间金融机构设立、撤销、合并、破产以及清算等问题无法明确。比如, 对于某个民间金融组织是可否设立、设立条件、业务范围等没有明确的界定标准; 对于某一民间金融组织符合什么标准可以宣告破产或直接撤销, 撤销或破产后的债权债务如何清偿或处理, 法律规章也没有明确。

央行的调查数据显示, 截至2013年5月, 全国的民间融资总量约3.38万亿, 占国内生产总值的8.88%~10.53%, 占当时贷款余额的6.7%, 占企业贷款余额比重为10.2%^②。在浙江、福建、广东等地, 民间金融几乎撑起了当地经济发展的半边天。民间金融的快速发展在弥补正规金融机构对实体经济领域的融资空白方面有积极促进作用。但民间金融毕竟是一种自发的、盲目的、分散的信用活动, 具有其自身的高风险性, 随着民间金融规模的扩大和借贷利率的日益走高, 其资金流向及可能造成的风险问题已不容小视。

对民间金融市场准入问题的回避态度不仅不能解

收稿日期: 2013-09-22; 修回日期: 2014-03-19

基金项目: 福建省社科规划基金重点项目(2012A007); 福建江夏学院院级课题(2012C001)

作者简介: 黄振香(1978-), 女, 福建仙游人, 福建江夏学院经济贸易学院副教授, 福建农林大学2010级农经管理专业博士研究生, 主要研究方向: 经济管理

决实际的问题,反而使得民间融资主体和融资活动处于一种模糊的状态,无法区分合法与非法。在数额巨大的民间金融交易中,仅有小额信贷处于我国正规金融体系之中,其余民间金融形式都游离于体制之外。我国大陆民间金融的市场准入与退出机制尚未建立,民间金融企业和民间融资行为一直游离在合法与非法、罪与非罪之间,使得民间金融市场鱼龙混杂,不少非法组织更是鱼目混珠,打着民间融资的旗号开展非法资金经营活动。不能明确民间金融的法律地位,就不能通过法律保护民间融资双方的合法权利,更不能保证民间金融的合理生存与发展空间。民间金融本身所固有的风险性得不到有效的监管和规制,致使投融资双方的权益都无法得到有效保障。地下暗箱操作衍生了许多非法活动,导致我国金融市场出现巨大的风险,政府对这些风险往往也只能是“救火式”的被动防范,导致惨重的损失。

近年来,各地民间高息借贷险象环生,民企老板跑路成风,温州江南皮革、三旗集团、港尚记、天石电子等知名民营企业突然就人去楼空。在经历了安溪县村主任许火从借款出逃^⑤、捷通达老板非法集资近10亿案的洗礼后,我们对于民间金融法律规制的重要性应该有更深刻的认识。因此,确立民间金融的市场准入制度,严格区分市场准入主体的权利和义务刻不容缓,而构建民间金融的市场退出机制,更可以了却广大民间金融投资者的后顾之忧。

由于当前信贷紧缩,旺盛的资金需求推动民间借贷利率不断走高,金融市场蕴藏着巨大的风险,各种资金纠纷和诈骗案件层出不穷。法律缺失、经营混乱、监管不力等乱象,也提醒我们应当尽快确立民间金融的市场准入和退出法律制度。

二、台湾地区民间金融市场准入、退出制度的立法实践及其借鉴

(一) 台湾地区的立法实践

出于监管目的,台湾地区根据多年积累的判例及其合会习惯,于1999年通过了“民法债编”,修正增订“合会”一节。首次以法律形式对民间合会的定义、契约条款、竞标程序、会首会员责任义务、倒会的处理办法等做出了详尽规范,确立其正当的民间金融的法律地位。^[2]下面以合会为例,简单地介绍台湾地区民法典对于民间金融的有关规定。

在市场准入机制方面,首先,2002年的民法第二编“债”第709条之1阐述了合会是由会首邀集2人

以上为会员,互约交付会款及标取合会资金,汇款为金钱或其他替代物的契约。^[3]第709条之2对会首及会员的身份做出必须是自然人的限制。其次,第709条之3对于合会的要式性以及合会单的应记载事项进行详细的罗列,第709条之4至6规定标会如何进行、首期合会金的取得以及标会的方法。最后,第709条之7至9明确规定了其合会参与人的权利和义务以及承担的风险责任。^[4]

台湾地区对于市场退出机制的主要法律制度创设突出体现在“资产管理二法”,即金融重建基金条例,(可称为台湾的RTC, Resolution Trust cooperation)和资产管理公司(Asset Management Corporation, AMC)。RTC与AMC是专门为了解决基层金融机构面临的逾期放款、不良金融机构市场退出、金融机构资产状况恶化等问题而设计的。

1. “金融重建基金条例”

台湾地区通过“资产管理二法”中的“金融重建基金条例”,参照美国RTC(清理信托公司)、日本RCC(整理回收机构)和韩国NPA(不良资产管理基金),建立了台湾地区的金融重建基金(Resolution Trust cooperation, RTC)。^[5]资金的来源是这个法律机制是否能得以实施的重中之重。为了让台湾经营不善的金融机构能顺利退出金融市场,将金融风暴消弭于无形。金融重建基金由营业税、存款保险费率,以及存款保险公司盈余等组成,当金融重建基金不足以支付这些无法收回的不良放款,则政府作为最后的“兜底”必须发行公债来应付差额。

2. “金融资产管理条例”

组建资产管理公司来管理和处置银行的不良资产是国际上的通行做法。台湾地区通过“资产管理二法”中的金融资产管理条例,并成立了资产管理公司(Asset Management Corporation)。AMC成立是以收购不良债权为宗旨的,主要功能包括对不良资产的收购、管理和处置,对不良的资产进行重组整合,对不良资产进行追加投资以及在法律法规的允许下从事其他的资产管理业务,从而使有问题的金融机构能顺利地退出金融市场。^[6]

(二) 台湾地区民间金融立法实践的借鉴

对两岸民间金融发展状况及其立法现状的比较分析后发现,大陆与台湾地区民间金融发展的历史趋势是一致的,两岸民间金融立法的内在逻辑是统一的,其监管运作方式也有很多相似之处。台湾地区对民间金融的监管和法律规制的进程比大陆早,相关的法律制度也比较完善,对于大陆地区对民间金融的规制有很高的参考价值。加之两岸无论从地缘环境、历史渊

源、文化背景、民俗气候等均相同或相近，分析台湾地区民间金融的立法经验和教训，可以为完善大陆民间金融法律制度提供如下启示：

1. 赋予民间金融合法地位并加强监管

长期以来，民间金融在中国大陆被落后、非法的标签所拘束，各级政府对于民间金融普遍采取歧视、压制甚至取缔的政策，使得多数民间金融游离于体制之外，处于合法与非法、罪与非罪的夹缝中难以发展。然而，有一些国家和我国台湾地区是通过使民间金融“合法化”的方式来规范民间金融的，并非靠简单的打击和取缔。它们的实际经验也表明：民间金融组织可以发展，且要在权责相统一的法律规范下发展。民间金融同样可以有效地促进生产。一方面，民间金融能够以比银行高的利息筹集大量闲置资金，缓解资金供求关系紧张的局面，对正规金融起补充作用；另一方面，民间金融的运行机制简单便捷，有利于提高资金的使用效率。所以，应当对民间金融做出新的评价，对民间借贷的客观存在给予认可，逐渐赋予其合法地位。同时，民间金融行为又蕴含着极大的风险，亟待纳入法制化监管轨道，使民间金融活动以合法、正确的方式成为金融活动的组成部分，以降低潜藏的信用风险，维护良好的市场环境和社会稳定。

2. 逐步放宽民间金融市场准入的限制

我国台湾地区通过法律形式对民间合会的定义、准入条件、竞标程序、契约条款、会首会员权力义务、退出机制等做出了详尽规范，确立了其正当的民间金融的法律地位，使许多处于地下状态的民间金融组织浮出地面成立合法银行^[7]。台湾当局通过建立合会储蓄公司形式将原先的合会业务纳入正规金融体系，并将其改制为中小企业银行对民间合会逐步规范管理，最终为其单独立法的这种做法对大陆如何引导、规范民间金融活动有很大的启示。这种“诱致型的合法化”方式值得我们借鉴，针对目前民间金融准入机制的缺失和正规金融机构门槛过高的现状，政府可以适时完善相关法律法规，通过“诱致型的合法化”方式降低民间金融市场准入门槛，建立民间金融准入机制。允许那些符合条件的地下钱庄、金融标会等民间金融组织形式，通过合法的形式进行注册、登记、运营，按正规金融机构的要求对其引导、规范、监督，使其从“地下”转为正规的民间金融机构，有效地补充当下金融体系的不足和缺失。

3. 规范引导民间金融并建立退出机制

我们对民间金融本身所具有的高风险和逐利性应该有充分认识，要理性看待民间金融的消极影响和积极影响，一味扩大民间金融的积极作用而淡化其消极

作用也是不妥的。民间金融活动林林总总，难免鱼龙混杂，高利息中也往往蕴藏着高风险。部分以投机为目的的民间金融形式蕴藏着巨大的风险，倒闭可能性大，需要通过建立退出机制、加强金融监管等制度安排加以控制。实践中，大部分民间金融形式利弊兼具，但利远大于弊，因此，能否趋利避害就要看政府的政策设计和监管水平如何。台湾当局在20世纪90年代通过对民间合会逐步规范管理，并在2002年的“民法”第二编“债”第709-9条规定了合会会首破产、逃匿或有其它事由致合会不能继续进行，汇款的处理办法和各类会员之间的责任分配问题。^[8]此后，通过“资产管理二法”解决基层金融机构面临的逾期放款、不良金融机构市场退出、金融机构资产状况恶化等问题，虽然这两种制度还存在着一些隐忧，比如可能存在违反公平、公正原则，脱离法律、价格暗藏的争议等，但对大陆在未来如何引导、规范民间金融活动依然是不可或缺的立法经验。

三、构建民间金融市场准入和市场退出制度的基本思路

（一）制定民间金融市场的准入制度

鉴于金融业是高风险行业，要引导民间金融的正确发展、防止不正当竞争，必须建立金融业的市场准入制度，如严格规定注册资本、经营场地、经营范围等。不过，大方向仍应是适当降低市场准入门槛，为民间金融的正常发展提供一个较为宽松的竞争环境。因此，在确立民间金融的市场准入制度时，应针对不同的市场准入主体设立不同的准入制度，允许各类产权清晰、财务制度比较健全、运营管理比较规范的民间金融机构依法创建新型民间金融组织。

1. 简单形态民间金融的市场准入制度的设立

实践中，简单形态的民间金融包括自然人之间的融资、较少人数的私人与企业间自由借贷、简单的企业之间一对一的拆借行为。这类民间借贷行为当事人一般相对特定、金额小、风险低、不以吸收存款为目的，属于私人之间正常合同关系的借贷行为。对于这类型的民间金融市场准入方面的操作重点是：一方面，这种民间融资行为完全可以划分到民商法范畴来进行调整，在立法上可采取不干预原则，也无需特别市场准入，只需按民商规则为交易双方当事人提供合同保护即可。另一方面，严格限定简单形态民间借贷的主体范围和资金用途。比如，规定简单形态的金融借贷主体中的企业仅限于农村或者工业生产领域的企业，同时进行贷款登记制度，就资金的应用进行监管。

2. 中间形态民间金融的市场准入制度的设立

在我国市场中比较典型和普遍的是中间形态的民间金融形式,如:民间合作金融、合会、民间集资(向不特定多数人或者不特定社会公众吸收资金的企业集资行为)。而这部分民间金融在市场中恰恰是最不成熟、争议最大的,最需要合理而又积极的市场准入引导以降低金融风险,保证预期行为选择的合法性。

对于合会这类具有互助性、存续期限灵活、不对外开展业务、组织结构简单、不具有法人资格的民间金融,其法律地位仍应以自然人主体为主。在市场准入上按照个人合伙组织形式来认定,但应通过立法明确其邀会方式、会员人数、会首和会员的资格、权利与义务、会款金额、会款用途、合会存续时间、会息利率等细节。

对于企业集资行为要明确其集资主体、主要集资条件、集资范围和准标等准入条件。第一,明确限定集资主体应当是正式登记并领取营业执照,连续3年之内无经营亏损、无犯罪记录,预期利润可以支付利息的企业;第二,集资企业应该制订集资章程或办法,并对社会公布,内容包含集资目的、方式、期限、用途、金额、利率和企业经营状况等;第三,集资的目的是解决企业生产经营活动中的资金短缺,集资金额不得超过企业正常生产所需资金总额;第四,未经审核而擅自集资或不接受定期监管的企业不得擅自集资,开户银行也不得为其办理存款、支付集资的本金和利息等手续,否则,将承担法律责任。^{[9](135)}

民间合作金融组织需要根据当地经济发展现实情况制定市场准入条件。在经济发达地区,可实行股份制合作形式,既允许社员入股也允许社员以外的企业法人和自然人入股,并对这类金融合作组织的最低资本注册额、业务准入、集资条件和集资范围等做出相应的规定。在经济欠发达地区,仍以资助互助需求为主,可采取合作基金会形式作为准入方式。由农户自愿入股退股,股金在一定的情况下可以转让。业务对象是入股的会员,禁止营利活动,其最低资金额和资金注入方式依当地实际情况由地方政府或民间金融行业协会自行变通,并适时予以监管和指导。

3. 高级形态民间金融的市场准入制度的设立

以小额贷款公司、私人钱庄和典当行为主的高级形态的民间金融,在组织形式、业务产品、经营机制等方面都与正规金融形式趋近,因此,对于这一类民间金融可以参照并引用正规金融的管理和发展模式进行创设和监管。市场准入方面赋予其法人资格,参照有限责任公司及股份有限公司的设立条件进行设立,提高其注册资本金额度到500万之上,并限定其最高

利率。这样可以使其组织形式更具规范化和合理化,也能保持金融机构结构的整体协调性,推进民间金融与正规金融之间的有效合作。

(二) 建立健全民间金融市场的退出机制

要建立健全民间金融市场的退出机制,引导民间金融机构适当破产退市,对于经营不善而破产的民间金融机构则做好清算审核工作,同时建立存款保险制度和国家信用制度,防范和化解金融风险,保护债权人的合法权益,避免引起地域性的恐慌情绪,影响社会稳定。^[10]而对于违反法律法规的民间金融机构要立即强制清理、关闭,并对相关当事人查处并重罚。比如像《浙江省温州民间融资管理条例》规定,借民间贷年利超过48%的融资活动属于违法行为,当该情形出现时,执法机构即应该出面按照高利贷予以行政处罚。

1. 设计民间金融机构退出制度

简单形态的民间金融形式,如自然人之间民间融资的行为,可以借鉴我国台湾地区“消费者债务清理条例”中规定的自然人破产相关法律制度。当然设计并推行个人破产制度应该兼顾城乡结构性差异,在完善个人财产登记申报制度和个人财产信用征信体系的前提下采用“逐步推展”的方式进行。

对于中间形态的民间金融可具体规定其退出情形和程序。以比较常见的民间金融形态合会为例,合会的市场退出可以有三种情况:① 自然退出。实现合会设立的最终目的或者合会存续期限届满,无存在的必要时可以自然退出。② 协议退出。基于特定原因经过全体会员一致同意可以解散合会。前面这两种退出方式是属于合法的、正常的市场退出行为,只需按照法律流程,向登记机关申请注销即可。③ 强制性退出。分两种情形:一是会首与会员违反法律强制性规定,由银监会监督机关或民间金融自律行业按照法律程序强行退出。包括会首与会员恶意倒会,虚开会脚,会首或会员以非法占有为目的骗取、挥霍、冒领会金,获得会金后用于非法经营活动。^{[9](136)}二是由经营不善或者家庭变故以及其他客观不可抗力原因导致会首或会员财产减少或资不抵债不得不解散合会。这些情形涉及行为的违规性的处罚与会员之间权益的保护和分配问题,需要通过法律详细规定,重点规制。

对于法人和民间中介机构等中高级形态的民间金融形式,可以参照我国大陆《破产法》的相关规定,明确债权人与借款人的权利与义务。在面临破产状况发生时,能确保民间融资的借款人的债权在最大限度上得以保障,同时也保护贷款人不至于因无法偿还债务而走向极端。

2. 引入民间金融存款保险制度

针对法人和民间中介机构实际情况, 将存款保险制度引入民间金融市场退出机制。由于民间金融自身信用的局限性, 一旦产生风险, 如果责任人破产或逃逸, 将给存款人和债权人的利益带来惨重的损失, 很可能引起经济和社会的动荡。因此, 在民间金融的市场退出机制中有必要引进保险存款制度和金融风险基金制度。我们可以借鉴台湾的“资产管理二法”和美国的联邦存款保险制度, 在金融机构破产时通过保险的渠道及时赔付储户被保险的存款。这样就可以有效地分摊金融损失, 防范金融风险, 维护民间金融的稳定。

3. 建立 RTC 制度与国家信用制度

可以参考我国台湾地区的经验, 在我国大陆建立金融重建基金制度, 从营业税、存款保险费, 以及存款保险公司盈余中提取一定比例(如各提取 0.5%)组成风险基金用于金融重建。当金融重建基金不足以支付这些无法收回的不良放款时, 则政府发行公债来应付差额, 为不良资产的金融机构平稳退出金融市场铺平道路。^[11]当然, 若法律法规能够明确民间金融的合法地位, 将其纳入正规的金融体系之中, 可由国家来兜底承担金融机构退出市场时的其本身无法承担的风险责任。

注释:

① 《浙江温州市民间融资管理条例》3 月 1 日起施行. 浙江在线. <http://biz.zjol.com.cn/system/2014/01/07/019797590.shtml>. 2014-03-17.

② 21 世纪经济报道. 央行调研民间融资 3.38 万亿 <http://money.163.com/11/1020/09/7GQ221QA00253B0H.html>. 2011-10-20.

③ 温州民营企业民间借贷危机及 2011 年 8 月安溪县村主任许火从借款 3 亿, 无力偿还跑路境外的相关案件, 可参见中国新闻周刊: 周政华, 陈纪英. 民间借贷危机调查 http://news.hexun.com/2011-10-13/134187414_4.html. 2011-10-13.

参考文献:

- [1] 谈萧, 胡新建. 民间金融的法律评判及规制路径[J]. 法治研究, 2010(6): 57-62.
- [2] 陈慈幸. 有关合会的民法相关修正[J]. 空大学讯, 2000(4): 32-33.
- [3] 黄茂荣. 就民间合会论习惯法对于法律漏洞的补充[J]. 植根杂志, 2009, 26(3): 35-38.
- [4] 陈荣文. 台湾地区合会法制变迁探析[J]. 台湾研究集刊, 2005(2): 48-54.
- [5] 刘其昌. 行政院金融重建基金设置及管理条例评析[J]. 信用合作, 2001(70): 73-77.
- [6] 王文宇. 资产管理公司政策与法制问题研究[J]. 台湾金融财务季刊, 2000, 1(2): 13-14.
- [7] 李晓佳. 发展经济体中的合会金融—台湾的经验[J]. 中国农村观察, 2005(2): 13-24.
- [8] 萧芎芳. 台湾合会经验及其对大陆的启示[J]. 农村经济, 2005(8): 68-72.
- [9] 肖琼. 我国民间金融法律制度研究[D]. 长沙: 中南大学, 2012: 135-136.
- [10] 隋平, 陈平凡. 金融机构大而不倒问题与解决方案研究[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2013(05): 119-123.
- [11] 姜涛. 非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径: 以欺诈和高风险为标准[J]. 政治与法律, 2013(8): 52-56.

Thoughts on establishment of access and exit system of non-governmental finance

HUANG Zhenxiang

(School of Economics and Trade, Fujian Jiangxia University, Fuzhou 350008, China)

Abstract: Since the law does not make forward-looking provisions, non-governmental financial activities have been drifting away from the formal financial system, which is likely to increase financial risks. Comparison of the legal system of non-governmental financial across the Taiwan Strait shows that: prerequisite for the healthy development of non-governmental financial is to establish an entry and exit system of non-governmental finance and strengthen supervision. The effective ways to reduce the risk are to set up different access systems against the different classes of non-governmental finance, the introductions of the bankruptcy system, insurance system, as well as national credit system.

Key Words: non-governmental finance; financial risks; access system; withdrawal mechanism

[编辑: 苏慧]