

论我国民间金融市场主体培育与法律规制

陈正江

(浙江金融职业学院 浙江 杭州 310018)

摘要: 民间金融是经济现象,也是法律现象。从经济发展和法律变迁的背景看,民间金融市场主体培育与法律规制是一项体现私法社会化的制度。文章分析表明,在我国民间金融市场的司法实践中存在过度的自由主义倾向,说明社会对私法社会化重要性的认识仍有待提高。而与私法社会化伴随的经济民主必然意味着弱者会要求给自己更多的保护,需要法律更加重视合同衡平和消费者保护的理念。随着社会经济的发展,尤其是公司制度的建立,民间金融主体投资手段日益多样,这在一定程度上促成了登记备案、一元监管、法律责任等制度的建立和发展。

关键词: 民间金融; 市场主体; 法律规制

中图分类号: F830.9; D922.28 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-0098(2013)03-0013-06

一、问题的提出

民间金融是经济现象,也是法律现象,其本质是一种社会交换,我国民间金融发展历程实质上是一种持续的制度创新的过程,是与中国经济的市场化进程高度一致,成为我国经济社会转型的重要部分。浙江省民营经济活跃,民间资本丰富,民间财富丰裕,其三者的连接和互动紧密而又频繁,民间金融也就逐渐演变为一支推动区域经济发展不可忽视的力量,浙江也成为中国民间金融规模的集中区域和活动的活跃区域。作为市场自然选择的结果,民间金融以一种既成事实存在并运行着,随着民间金融在我国经济生活的不断渗透并与正规金融进一步融合,市场主体培育逐渐成为人们普遍关注的焦点问题。与此同时,对民间金融市场主体相关法律制度安排的需求也在增长,需要相关法律制度安排予以规制。国际金融危机影响和推动包括民间金融在内的国内金融体制改革与经济转型升级,而预防和解决民间金融风险和问题在很大程度上要依靠法制的转变和完善,因为完善的法制支持当事人参与民间金融交易,规范民间金融行为,处置民间金融风险,保障当事人合法权益。

对民间金融市场主体的研究,主要有经济角度分析和法理角度分析两重视角。一方面,从经济角度来看,民间金融市场主体是民间金融市场中基本经营单位,具有独立的经济自由人格,享有经济权利并履行经济义务的当事人。根据自己的偏好和意愿进行交易,不受他人非交易因素的干预和干扰。民间金融市场主体与我们的生活紧密相连,它的涌现与居民财富增长和由此带来的保值增值需求息息相关。另一方面,从法理角度的分析民间金融市场主体是依据我国现行相关法律设立的,以民间资本和融资项目为交易标的,进行实际的融资交易活动的当事人,包括法人和自然人。经济学的分析前提是市场主体的理性人或经济人理论假设,而法律则强调约束条件下的选择,重点研究规则是如何制定、如何运行的,既研究约束个人行为的规则,也研究约束集体行为的规则。

收稿日期: 2013-03-17

基金项目: 浙江省金融教育基金会 2012 年度立项课题《浙江省民间融资现状及监管规制研究》阶段性成果(浙金教基(2012)10 号 2012Y29)

作者简介: 陈正江(1977-),男,山西临汾人,经济法学硕士,副教授,研究方向:金融法。

本文基于私法社会化角度民间金融市场主体培育,结合案例从合同衡平与消费者保护的角度探讨民间金融主体法律制度的生成及适用。金融媒介新理论的观点是“真正的金融中介机构既拥有对借款人的债权,也向贷款人发行债权,从而成为金融活动中的一方当事人。”在本文中,我们采用法理角度的分析,将我国现行法中民间金融市场主体规范作为一个实在的法现象加以考查,研究这个市场中各参与主体的权利、义务以及调整和约束这种活动的秩序规则。

二、私法的社会化:民间金融市场主体培育

(一) 私法的社会化

私法的核心精神是自由,福利经济学认为合同法乃至私法应主要着眼于促进交易,着眼于财富最大化。2009年2月2日,《金融时报》主编莱纳尔·巴伯对温家宝总理采访,温家宝表示“我们渴望平等与公正的社会,这个社会里人们可以在自由和平等的环境中实现自己的发展。”但私法制度设计、解释与适用的关键却在自由与强制的交汇点上,因此,财富在交易双方之间如何分配不宜由私法调整。正如布坎南在《自由、市场与国家》中所说的那样“许多经济学家在人的行为的所有方面,都把他构造成一个财富的极大化者,他们没有看到的是,除非被约束在共同利益的界限内,否则在规范含义上,人不可能是‘自由’的。不受任何约束的人是一头野兽,这是一个必须为我们所有人承认的简单而基本的事实。”现实的悖论是,民间金融市场主体在事实上广泛存在,其交易相位对经济金融政策,尤其是货币政策产生一定的影响,民间金融市场主体出现伊始都具有隐蔽性、临时性的特点,如合会,它是我国民间常见的一种融资方式,数额少则数百,多则可达千万甚至上亿,影响甚广。如果民间金融市场主体在法律上没有得到明确的界定,其行为合法与非法的界限依然含混不清,那么民间金融市场主体就不可能在法治的经济中得到健康的发展,必然是畸形发展。由于我国的金融管制比较严格,有些地下的民间金融主体,融资规模较大,有合法规范发展的需求,司法实践中就顺应了私法的社会化的潮流。

更深层面上而言,应该进一步放松管制是基于私法的社会化的考量,这样有利于民间金融市场主体培育。首先是因为在金融交易中,尽管某些干涉能够促进个案的公正,但时刻存在的受干涉的威胁同时也会严重影响交易的安全,使全体商事交易的参与者都被迫付出法律确定性受损害的成本,尤其商事交易中的价格确定往往是在瞬息万变的社会环境中进行的,获利与亏损,常系于一念之差,若法律强加干涉,必将极大地延缓交易的进行;其次,债务人作为商事主体,逐利目的明确,更具专业性,擅长成本收益的计算,通常会量力而行,无法律给以额外关注的必要;第三,商事主体通常是以公司形式存在的经营者,其自然人股东已拥有有限责任等制度的保护,也正因此,债权人在放贷时亦会非常谨慎,在此背景下,再管制交易以保护相关自然人的必要性不大;第四,在企业经营中,限制人们从事冒险的经营与社会要求鼓励企业家精神的取向有所冲突。即使进行管制,人们也可以通过其他办法加以规避,强行管制的效果并不理想。就民间金融而言,有利于主体培育的环境便是稳定的货币、稳健与具公信力的机构体系和有利于经济发展的市场。

(二) 民间金融市场主体培育

与其他市场一样,金融市场也是一个生产要素市场,民间金融市场更是一种纯粹的市场金融形式和市场金融交易制度,因为民间金融市场中的交易行为都是市场化的,随行就市。市场行为是民间金融市场主体存在的表现。民间金融市场主体行为是经济行为和法律行为结合体。民间金融市场为社会交换提供场所,在这个市场中,具有独立经济利益和资产,从事交易活动,享有民事权利、承担民事责任的法人或自然人即民间金融市场主体。在当前我国市场不完备的情况下,从金融服务的提供者来看,那些面临着较大的宏观经济风险或者难以解决的逆向选择、道德风险和合约履行等问题的金融机构可能拒绝向一些客户提供服务,尽管这也构成了金融排斥,但这可能是催生民间金融市场主体的较好时机。

我国著名社会学家费孝通提出“差序格局”说,指出中国乡村社会以宗法群体为本位,人与人之间的关系以亲属关系为主轴的网络关系,是一种差序格局。在差序格局下,每个人都以自己为中心结成网络。可以

说,我国的民间金融是以资本的形式嵌入差序格局中。民间金融市场主体具有以下三个优势:一是信息优势。正规金融市场中信息非对称现象经常存在,而民间金融市场主体与当事人由于彼此之间比较了解,与交易相关的信息极其容易获得且高度透明。二是成本优势。在民间金融市场主体交易过程中,一般不需要对交易方进行公关活动而支付寻租成本,其交易前的信息搜集成本和交易后的管理成本较正规金融低。三是效率优势。民间金融市场主体交易手续简便,交易过程快捷,交易效率较高。

随着以民营经济为代表的非公有制经济日益壮大以及与市场经济体制相适应的非人格化的观念的确立,民间资本大量积累,这是推动我国经济转型的资金力量,民间金融市场的内容更加广泛,主体逐渐多元化,运行环境日趋复杂化。应该来讲,只要民间金融市场主体没有对国家的金融管理制度造成破坏,这类主体是应该被允许存在的。真正的民间金融市场主体采用现代公司制的治理结构和市场化的运营模式,完全与市场接轨,股权独立,经营自主,遵循市场经济适者生存的竞争法则,只要行业有利可图,就会有新的主体进入,通过竞争提高效率,这样的市场主体才具有活力。以融资担保机构为例,其多由政府出资设立,以政策性扶持为重要经营目的,依靠自身经营扩充资本金的能力有限,只靠低额的担保费收入是难以实现持续发展的,需要得到政府定期或不定期的资金补助。金融制度具有透明度:因此,应鼓励引导民间资本设立新型地方民间金融机构,构建多层次、多样化、多类型的金融机构体系。

三、效率视角下的合同衡平与消费者保护

(一) 合同衡平

市场是配置资源的最佳方式,市场经济中遇到的问题最终还是要通过市场的手段来解决,这一点在温州的民间借贷关系和行为中体现得最为明显。费孝通先生曾在《乡土中国》中将民间合会称为互助会,并将其描述为“集体储蓄和借贷机构”。然而这种民间金融市场主体没有独立的财产,不像公司那样可以成为独立的法人组织;也很少与组织以外的人发生交易,甚至不需要像合伙那样具有独立的法律地位,因此,可以将这种不稳定的民间金融市场主体理解为当事人之间的一种合同行为。民间金融市场风险的主要来源是因为没有法律的规范和保障,导致合同失去平衡,消费者保护保护阙如,因此依据合同衡平的理念,即使从经济学的观点看,对合同自由进行适当限制也是必要的。限制合同自由功用的一个很重要的方面在于维持社会的基本结构,从而使“社会”、“市场”的存在成为可能。正如康德所论,虽然人们有按照其个人意志行动的自由,但此人的自由与彼人的自由难免会有所冲突,总会产生各自的边界。正规金融市场形成信贷配额不能满足经济发展的资金需求,以间接融资为主的金融体系难以为继。发挥民间金融市场主体的作用是要确保市场对各方参与者来说都是自由和公平的。

我国法律中亦有类似的规定,在实践对合同衡平制度的理解与认识存在差异,但总体而言均在不断深化,这从法院对以下三个案件的审理和判决中就可以得到初步判断。一是在穆进宝等非法吸收公众存款案件中,被告设立的互助会获得了民政部门的批准,并登记为社团法人。被告通过互助会参与融资,互助会以独立法人的形式承担责任。二是在孙国群诉沈文焕等合同纠纷案件中,慈溪市人民法院认为,“原、被告与其他会员之间为筹集互助会订立的会单性质上属于多方合同,系各方当事人真实意思表示,其内容亦不违反法律规定,依法成立并合法有效,应受法律保护”。据此,法院判令被告按照会单支付会钱。三是在张崇福诉陈乾永民间借贷纠纷上诉案件中,台州市中级人民法院认为,“上诉人与被上诉人等标会行为,系民间调剂资金的互助行为,当事人意思表示真实,亦不违反法律法规强制性规定,应属合法的民间借贷,依法应受法律保护。”可见,台州市中级人民法院把民间互助性质的合会融资归入民间借贷的范畴。

(二) 消费者保护

对于民间金融市场主体而言,它提供交易硬件设备和软件信息服务的场所,可能会陷入“追逐高利”的漩涡而无法自拔,罔顾交易双方的利益,隔绝了交易双方,导致交易双方造成信息非对称状态,为其实现自我牟利创造了便利条件。对社会公众(消费者)而言,它是一个发布融资供给、需求等经济信息的机构。风险

是所有金融组织都不可忽视的一个重要问题,预防和控制风险具有极端重要性。由于民间金融是一种草根性的制度设计,这种经济行为紧密嵌套在其他社会活动中,因此可以通过与之关联的社会活动来确保民间金融的收益回收或违约惩罚,使得交易活动能够自我实施。尤其是在当代社会经济生活中,消费者逐渐成为法律上重要的主体对民间金融的合法性和风险进行把控,尽力减少借贷双方的法律纠纷和借贷风险。当然,民间金融市场的消费者保护不应只是制定防范性措施,而是制造良好的机会,建立一个能够支持金融消费者和经营者需要的金融新秩序。

根据浙江省高级人民法院 2012 年 7 月统计显示,2012 年上半年,浙江省法院共受理民间借贷纠纷案件 58037 件,涉案标的额 283.9 亿元,同比分别上升 26.98% 和 129.61%。其中,温州、舟山以及湖州地区上升最为明显,增幅分别达 96.42%、87.37% 和 57.61%。而浙江省高级人民法院《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》(浙高法[2009]297 号)则认为,“自然人与非金融企业之间的借贷中,企业将借贷资金用于合法生产经营活动,不构成集资诈骗、非法吸收公众存款等金融犯罪活动的,不宜认定借款合同无效。”相对来说,浙江省对民间金融市场主体态度更加温和,如果从文字层面理解,即使以市场主体的形式向不特定多数人筹集资金,但是没有构成金融犯罪活动的,只要资金用于合法的生产经营活动,交易行为就是有效的,可以肯定的是,浙江地区的法院正试图将民间金融市场主体的交易活动纳入到合法的范畴。

四、民间金融主体法律制度生成及监管

(一) 法律制度生成

制度变迁理论认为,“如果预期的净收益超过预期的成本,一项制度安排就会被创新。只有当这一条件得到满足时,我们才有可能发现在一个社会内改变现有制度和产权结构的企图。”如何制定合理的管制规则,促进民间金融主体法律制度的生成及适用,这既是经济实践,也是法律实践。制度生成在制度变迁的过程中始终处在核心的、关键性的地位。按照法理,平等主体间的权利义务的调整属于民法调整的范畴,政府及其附属机构不应进行行政干预。因为,民间金融主体法律制度的生成具有扶助贫弱的效果,并且未必造成经济效率的降低。要实现规范经营,市场主体的经营范围必须由其公司章程规定,在营业执照上载明并严格按照经营范围开展交易活动。民间金融主体法律制度主要应对主体的组织形式和经营范围作出明确规定。按照《公司法》、《公司登记管理条例》、《企业法人登记管理条例实施细则》和《无照经营查处取缔办法》的规定,现行法律法规对于公司超范围经营行为的罚则规定不尽相同,甚至超范围经营也会因所涉及的前置许可项目不同而罚则不同。

2005 年和 2010 年,国务院先后颁布的两个促进民营经济和民间资本发展的若干意见(新、老“36 条”),均有允许民间资本进入金融市场,兴办金融机构的规定,但其实施效果均不理想。我们亟需在立法上廓清民间金融的功与罪的边界和分野,而区分合法与非法应具有一定的明确的标准。这方面,地方性法规有着不可替代的作用。各地可根据地方性法规确定监管部门。采取听证会等民主形式对监管机构进行有效监督,一味地采用行政、刑事手段来解决民间金融主体纠纷是欠妥的。民间金融市场主体之所以游离于现行的金融监管体系之外,是因为没有正规的组织,整个市场处于“地下”活动状态。对民间金融市场主体应该适用民商法体系,民间金融市场主体作为创新型的组织机构,因而出台专门的单行法规尤其显得迫切。当真正的民间金融市场主体的出现,就可以消除民间金融市场的种种乱象,实现规范发展。

在区域经济发展过程中,金融对区域经济社会转型发展的支撑作用,金融业对经济发展的产出贡献和素质提升作用大大增强,经济与金融的和谐发展及良性互动逐渐成为各级政府和民众的共识。在浙江这样一个民间金融非常发达的区域,货币政策的执行必须考虑民间金融与正规金融的相互作用。地方政府具有提供公共服务的天然职能,政府从民间金融市场机构的数据中发掘出有用的信息,掌握行业市场动态和行情,为国家宏观调控和政府决策提供依据。地方要抓住国家金融管理当局对民间金融的看法转变,民间金融可能合法地登堂入室的大好时机,率先完成民间金融的合法化和制度化,以国家法律的权威形式为民间金融企

业家的创新精神提供制度保障。如温州民间借贷登记服务中心是由民间资本发起设立、自主经营、自负盈亏的企业法人,其主要经营活动和业务范围是为民间金融交易提供登记备案、融资对接、交易款项支付结算、资产评估和法律咨询等服务。地方政府应注重民间金融发展战略短期、中期和长期的经济意义和实施效果,需要着力在推进利率市场化改革和构建区域民间金融市场上下功夫,为民间金融发展提供基础支持。

(二) 监督管理

民间金融市场主体涉及经济、法律、审计等多个专业性很强的领域,为了更好地开展工作,一元化的监管模式并不排斥各部门之间的相互协调,统一工作。通过建立借款人强制申报、借贷审核、借贷登记、信用评价等一系列与民间金融市场主体相配套的制度实现监管,使庞杂的资金来源得到一定程度的清查和整理,使民间金融市场中的资金链明晰。一旦监管职能得到有效发挥,民间金融市场风险将会被及时发现与控制。作为盈利性的公司化的机构,必然会追求公司利润的最大化,可能会超范围经营甚至出现违法和犯罪活动,极易容易产生风险。历史已经证明,完全的自由放任的金融市场会引发金融危机。民间金融市场法律纠纷以及衍生的其他社会问题,凸显出民间金融市场需要适时、有效的监管。

1. 登记备案制度。民间金融市场主体的设立必须在人民银行或银监会登记,定期向该两部门报告资金规模与流向。登记备案制度的目的是为了加强政府对民间金融市场主体的监管,防止出现非法集资等扰乱正常金融秩序的违法犯罪行为。登记备案不带来直接相关的盈利,但鉴于服务机构的特殊性,政府将带有行政监管意味的职能授予该服务机构,将中小企业融资纳入政府的监管体系中,可以全面监测中小企业融资的情况。这是一种典型的事中监管模式,符合当前金融市场化发展趋势,即政府负责公平有序的市场环境的监管,最大限度防止行政权力干预市场经济的情形产生。

2. 一元监管模式。在监管模式的选择上,简政放权、提高效率、降低成本是制度设计的基本原则,对民间金融市场主体采用一元化的监管体制。由人民银行行使监管职权,在其内部增设民间金融监管部,专门负责民间金融监督管理相关工作:要求民间金融市场主体按规定报送各种报表资料、可对其进行现场检查措施等。人民银行通过定期开展民间金融市场调研和风险评估,将使民间金融市场走向规范化,民间金融活动阳光化,民间金融规模可测可控,阻断金融市场风险蔓延的途径。

3. 法律责任制度。法律责任是有关的主体因损害法律上的义务而应当承担的法律上强制的不利后果。通过责任制度对金融经营权和监管权进行具体划分。特别从制度上预防监管机关滥用权力或怠于行使权力。民间金融市场主体的交易行为就其本质而言是一种合同行为,只要《合同法》没有对其作出特殊的具体规定,市场主体提供的真实合同和真实行为使交易相位有据可凭,有法可依。当民间金融市场主体一旦因过错对客户造成了一定的实际损失,就应按照我国《民法通则》、《合同法》和《侵权责任法》的规定,对存在实际损失的一方进行损失赔偿。

五、结论

总结以上对民间金融主体培育与法律规制的分析,可以得出以下三方面的结论:第一,社会化是民主的必要前提,反过来,也是民主的必然结果,反映在我国的司法实践中存在过度的自由主义倾向,说明对私法社会化重要性的认识仍有待提高。第二,经济民主必然意味着弱者会要求给自己更多的保护,意味着法律要日益尊重合同平衡和消费者保护的理想,两种制度的发展也验证了这一点。第三,民间金融主体法律制度具体运行的效果,很大程度上取决于对民间金融主体活动监管的有效性。随着社会经济的发展,尤其是公司制度的建立,民间金融主体投资手段日益多样,这在一定程度上促成了登记备案、一元监管、法律责任等制度的建立和发展。

参考文献:

- [1] (美)詹姆斯·M·布坎南.自由、市场与国家[M].平新乔,莫扶民译.上海:上海三联书店,1988:7.

- [2] 费孝通. 乡土中国 [M]. 北京: 人民出版社 2008: 26.
- [3] 宋玮. 市场化进程中的金融中介与金融市场 [M]. 北京: 中国人民大学出版社 2005: 79.
- [4] 北大法宝: 高远非法吸收公众存款案 [EB/OL] 2012-04-28 <http://pkulaw.cn/cli.c.71627>.
- [5] 孙国群诉沈文焕等合同纠纷案 (2010) 甬慈商初字第 56 号.
- [6] 张崇福诉陈乾永民间借贷纠纷上诉案 (2010) 浙台商终字第 382 号.
- [7] 浙江省高级人民法院《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》浙高法 [2009] 297 号.
- [8] (英) 凯文·多德、默文·K. 刘易斯. 金融与货币经济学前沿问题 [M]. 陈雨露, 王芳译. 北京: 北京腾图电子出版社 2000: 135.
- [9] 金雪军, 卢绍基等著. 融资平台浙江模式创新——合政府和市场之力解决中小企业融资难 [M]. 杭州: 浙江大学出版社 2010: 7.
- [10] 陈正江. 我国民间金融研究导论 [J]. 金融教育研究 2013(1): 38.

Subject Cultivation and Legal Regulation of Folk Financial Market

CHEN Zhengjiang

(Zhejiang Finacial Vocational College ,Hangzhou ,Zhejiang 310018 ,China)

Abstract: Folk finance is the economic phenomenon ,but also the legal phenomenon. From the background of economic development and legal change ,the subject cultivation and the legal regulation of folk financial market is a reflect of socialization of civil law system. The article analysis shows that in our country there exists liberalism tendency of folk financial market in judicial practice ,and suggests that the importance of socialization of civil law remains to be improved in our societies. And economic democracy along with the socialization of civil law necessarily means that the weak will require greater protection for themselves need to pay more attention to the contract law criterion and the concept of consumer protection. Along with the development of social economy ,especially the establishment of the company system ,folk financial investment methods increasingly diverse ,to a certain extent ,contribute to the registration and filing ,the establishment and development of system of supervision ,legal responsibility ,etc.

Key words: folk finance; market main body; legal regulation

(责任编辑: 沈 五)