

以房地产调控为视角论我国民间 借贷监管法律制度构建

邱思萍

(福建师范大学 法学院, 福州 350007)

摘要:在当前房地产严格调控的背景下,民间借贷资本的涌入在一定程度上削弱了政府对房地产市场的金融调控效应,同时蕴藏着巨大的风险。由于法律规则的滞后和监管制度的缺失,民间借贷游离于现有的金融监管体制。通过比较研究法分析,我国应借鉴香港和美国的成功立法经验,在主体资格、利率限制、合同效力和跨区经营等方面完善民间借贷立法,同时在现有的金融监管模式下构建民间借贷监管制度,以规制高风险,避免调控误差,推动房地产市场健康有序发展。

关键词: 房地产调控; 民间借贷; 立法; 监管制度

中图分类号: D 922.29

文献标志码: A

文章编号: 1671-0398(2013)04-0048-05

一、我国目前房地产的密集调控现状

由于房价的飙升使得中低收入者的购房梦想破灭,更加剧了社会的贫富差距,房价的变动逐渐从经济问题转化为社会问题,威胁我国经济和社会的稳定。为了抑制房价的大幅度飙升,保证社会每个公民最基本的居住权,自2010年开始至今,我国政府采取了最严厉和最密集的房产调控政策。一是通过行政手段,逐步形成了45个限购城市、600多个限贷城市和30个限价城市^[1];二是通过土地手段,提高拿地门槛和成本,严厉打击囤地和空置土地的行为,严禁小产权房和新建别墅项目;三是通过税收手段,促进税收改革,有600多个城市征收二手营业税和2个城市开征房产税,严格执行房地产增值税;四是通过市场手段,中央政府承诺在“十二五”期间提供保障性住房建设3600万套总量,并要求地方政府宣布并落实价格控制目标,已有657个城市宣布房价控制目标并承诺严厉打击捂盘惜售行为^[1];五是通过金融手段,实现3次加息,6次上调存款准备金率(自2011年11月底到2012年上半年,2次降息和3次降准),限制土地抵押和融资;六是通过房贷手段,把首套商品房首付由20%上调到40%,取消新购首套商品房七折利率优惠,二套商品房首付由30%上调到60%,停办第3套商品房贷款业务,迫使房地产开发所涉及的企业和个人民间贷款全面

收紧……这些房地产调控政策涉及房地产的开发、交易、消费等各个环节。为促进房价的合理回归,密集的房产调控政策形成我国房地产调控的组合拳,重拳出击房地产市场。

二、房地产调控下的我国民间借贷现状

目前,在我国对房地产市场实施有史以来最严厉的调控政策下,“国八条”对民间资本进入房地产市场产生了巨大影响,民间资本大量涌入房地产市场和中小房地产开发企业。特别是在2011年11月11日,中国人民银行重申了民间借贷的合法性,认为民间借贷是正规金融的有益补充,规定借贷利率不得超过银行同类贷款利率的4倍,超出此限度的利息部分无效。在当前房地产调控的背景下,一方面银根紧缩,“一贷难求”,传统银行贷款融资途径受阻;另一方面房地产开发门槛和成本提高,开发企业自筹资金比例加大,而民间借贷手续简便、门槛低、资金量大,备受房地产开发商的青睐。在温州、鄂尔多斯等城市通过民间借贷聚集大量零散的民间资金投入到了房地产这一投资回报率高的行业,民间借贷市场异常活跃。民间投资房地产的方式从需求端逐渐转向供应端,即从直接购房到投资房地产开发或为开发商提供“过冬”贷款。

由于民间资本的集资方式和数量不受法律政策的约束,借贷手续便捷,提高了房地产市场的融资效

收稿日期: 2012-10-18

作者简介: 邱思萍(1979—),女,福建长汀人,福建师范大学法学院讲师。

率,有效地解决了房地产市场短期的资金需求,大量民间资本的涌入在一定程度上削弱了政府对房地产市场的金融调控效应,房地产市场的“严冬”迟迟未到。但是,民间借贷推动下的房地产市场发展的模式无疑蕴藏着巨大的风险,以鄂尔多斯市耗资50亿、历时8年时间建设的康巴什新区,即闻名中外的“鬼城”为例,它就是因民间借贷而蓬勃发展的房地产而备受关注。人均GDP远超国内所有发达城市的鄂尔多斯市,因“羊”、“煤”、“土”、“气”而暴富,经济学者马光远的调研报告称鄂尔多斯市的房地产业中的资金80%依赖的不是银行的信贷资金,而是当地极其活跃的民间借贷市场^[2]。在密集的房地产调控政策下,当地房地产市场出现了持续低迷,400亿民间资本套牢房地产,整个房地产市场陷入民间借贷的危机中,成为了中国房地产泡沫的典型,同时也诱发了各种民间借贷的纠纷、民间融资风险捆绑或转嫁银行贷款等现象。

三、构建我国民间借贷监管法律制度的必要性及其立法现状评析

面对民间借贷对我国房地产调控效应的影响以及在严密的房地产调控下民间借贷出现的危机,很多学者从经济学领域提出了对策和建议,如加强金融监管、拓宽融资渠道、调整投资结构等等。“没有规矩,不成方圆”,对民间借贷的监管和风险防范不仅仅是经济问题,更是法律问题,我国必须构建符合国情的民间借贷监管法律制度。

(一) 构建民间借贷监管法律制度的必要性

1. 规制高风险

民间借贷游走于法律法规之外,缺乏法律的有效保障,存在很大的法律风险。民间借贷市场上的资金规模小、筹资成本高和抵御风险能力差,民间借贷组织还存在结构松散、管理方式落后等问题,因而总体上说民间借贷本身具有很强的风险因素。为了获取高额利润,往往投资于房地产等既具高风险又有高收益的项目,具有很强的投机性,这无疑会进一步加大民间借贷的风险。

2. 避免调控误差

由于民间借贷的利率远远高出银行的存款利率,因此,房地产投机者通过民间借贷形式把储户的存款或贷款以现金的形式流出银行体系,造成银行资金分流。而我国房地产调控的政策制定的最重要的信息依然是通过房地产开发商的网上登记和金融机构填报报表汇总而来,而民间借贷运行于“地下”,其隐蔽性降低了整个国民经济的透明度,容易

造成金融信息失真,导致我国在进行房地产调控时存在潜在的误差,对经济稳定和发展造成影响。

3. 稳定社会秩序

房地产市场在国家主导和调控下,频频变动的房地产政策直接影响民间借贷资本的流动,影响经济主体的预期,民间资本流动又会对房地产调控政策效果产生缩小或放大效应,也诱发了各种民间借贷的纠纷、“倒会事件”和暴力讨债等重大刑事案件,出现了民间借贷风险捆绑或转嫁银行贷款等现象。这些无疑不利于整个经济秩序和社会秩序的稳定。

(二) 民间借贷监管法律制度的立法现状评析

1. 民间借贷的立法滞后

我国目前有关民间借贷的立法及司法解释规定主要散见于《民法通则》《民法通则意见》《合同法》《物权法》《担保法》《刑法》以及《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》《贷款通则》《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》(法民发[1991]21号)《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》等。通观现有规定,主要体现在3个方面:首先,甄别民间借贷的合法性。《民法通则》原则地规定合法的借贷关系受法律保护,《合同法》对此并无具体的解释性条款。国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》旨在认定企业民间借贷行为非法或无效,取缔非法金融机构及其业务活动。《贷款通则》明令禁止非金融企业从事借贷行为。其次,确立担保规则。《物权法》和《担保法》规定债权人可以选择设定保证、抵押、质押、留置以及定金等担保方式,对担保公司的担保方式却置若罔闻。最后,规定非法民间借贷涉及的关联罪名。《刑法》和最高人民法院发布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2010]18号)分别对非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪、集资诈骗罪、擅自发行股票、公司、企业债券罪、非法经营罪以及虚假广告罪等犯罪行为的认定做出了规定。民间借贷法律规则的零散化和模糊性,凸显了我国民间借贷的制度性风险^[3],可见,我国有关民间借贷的立法一直滞后于社会实践。

2. 民间借贷的监管制度空缺

由于民间借贷的立法滞后,我国目前尚无一部规范民间借贷行为的法律规范。2008年,中国人民银行即着手起草《放贷人条例》,试图通过国家立法的形式规范民间借贷,将所谓的“地下钱庄”阳光化,但历经前后4次修改,《放贷人条例》依然未能通过^[4]。同时,我国也缺失涉及民间借贷监管的法

律制度。《中华人民共和国银行法》《中华人民共和国商业银行法》和《中华人民共和国银行业监督管理办法》这3部我国最重要的金融监管法都没涉及有关民间借贷的立法,因此我国目前的金融监管活动主要体现金融监管机构依法对金融机构的市场准入、经营活动以及市场退出等进行监督管理,丝毫没有涉及对民间借贷活动的监管。只是在国务院的行政法规和中国人民银行颁布的部门规章中有所涉及,如《金融机构管理规定》《非法金融机构和金融业务取缔办法》等,但毕竟其效力位阶低。民间借贷活动运行于“地下”,即使依靠现有的监管手段和监管力度,也很难获取其真实情况和准确数据,无法有效地监管。由此,导致在实践中监管主体和监管规则的缺位,使民间借贷游离于现有的金融监管体制外,弱化了我国房地产调控政策的实施效果。

四、构建我国民间借贷监管法律制度的建议

我国民间借贷的正当性来源于《宪法》中有关保护公民合法财产权利的基本规定,这是不容置疑的。民间借贷就像一把“双刃剑”,风险与利益并存,合法与非法交织。就房地产业而言,为其提供重要的融资渠道,促进房地产的发展,但是也带来了巨大的风险,投机的炒房行为推高了房价,出现了泡沫。在国家严密的房地产调控下,民间借贷削弱了金融调控的效应,并诱发社会矛盾和影响经济稳定。因此,为了实现房地产的有效调控,我国应加强相关民间借贷立法和监管,改变对民间借贷的监管缺位现状,降低民间借贷潜藏的风险,促进房地产市场健康有序的发展,维护经济和社会的稳定。

(一) 加强民间借贷的相关立法

理论上民间借贷分为民事性民间借贷和商业性民间借贷。不以营利为目的并有偿或无偿转让资金的行为应该认定为民事行为。一般老百姓在生活中发生的非专业性民间借贷多属于民事性民间借贷,因只涉及借贷双方的权利义务,更多地体现意思自治,不会对其他利益产生影响,只要将散见于现行的法律规范和部门规章加以系统化和具体化,对相冲突的法律、法规和司法解释进行必要的修改,使其协调一致,无需增加过多的国家干预。以营利为目的并专门从事借贷的行为应该认定为商事行为。我国目前的立法最大的缺陷就在于对商事性民间借贷缺乏规制,影响我国房地产调控的民间借贷也主要是商事性民间借贷。因此,今后的民间借贷立法应着重对商事性民间借贷的主体资格、借贷利率、合同效力和跨区经营等立法。

1. 主体资格

在我国,商事性民间借贷一直受到法律的排斥,从民间借贷的作用以及国外的经验看,商事性民间借贷能有效地克服国家信用的诸多弊端,其合理性和合法性应该获得法律的肯定^[5]。在我国严密的房地产调控下,传统银行贷款融资途径受阻,民间借贷成为房地产开发商有效的融资途径。综合我国房地产市场的发展现状,笔者认为:对进入房地产融资市场的商业性放贷人应有2点限定:(1)高门槛。当前我国房地产市场体制还不完善,风险高。通过注册资金适当限制商事性民间借贷的准入范围十分必要,可以过滤一些不合格的商业性放贷人进入这种风险行业。从事房地产贷款业务的商业性放贷人其注册资本应该不低于专营房地产开发企业的注册资本,这样可以为房地产市场提供安全融资,也为整个金融网提供安全屏障。(2)严审查。房地产市场存在很大的投资风险,民间借贷行为容易诱发纠纷,甚至出现恶性的刑事犯罪,我国可以借鉴美国纽约州对放贷人的审查程序,务必对申请人的“社会背景”进行严格的审查,包括信贷历史记录、犯罪或诉讼活动记录、教育和从业经历等,对其家庭成员和相关利害关系人的“社会背景”也应该一并严格审查。

2. 利率限制

对商事性民间借贷立法的最核心内容无疑是利率,利率直接关系到借贷双方的权益。利率限制的立法目的不在于干预借贷双方在法律限度内自由协商的权利,而是防止放贷人利用优势地位损害借款人的正当利益。目前在房地产调控下,银根紧缩,中小房地产开发企业“一贷难求”,高利贷成为无奈之选,而高利贷对房地产危害极大。我国目前对民间借贷的利率规定是不得超过银行同类贷款利率的4倍(包含利率本数),超出限度的利率不受法律保护,这也成为认定是否高利贷的标准。然而,现行的法律并没对发放高利贷的当事人具有真正的惩戒性,违法成本几乎为零。放贷人利用各种方式、手段规避民间借贷利率的上限规定。笔者认为:我国可以借鉴香港的《放贷人条例》的立法经验,设置2个利率限制标准,不同程度的违法行为承担不同的法律责任(行政责任和刑事责任),建立梯级过渡性双层法律责任制度,这样不仅能打击和遏制高利贷犯罪,也可以避免滥用刑事制裁手段,实现法律责任梯级过渡^[6]。

3. 合同效力

我国《合同法》对民间借贷合同的调整仅限于自然人之间。对于商事性民间借贷合同的效力问

题,只在《合同法》第52条第(五)项规定中涉及:只要违反法律、行政法规的强制性规定,即应认定为无效合同。这里的“强制性规定”,被最高法院解释为“效力性强制性规定”^[3]。在司法实践中对商事性民间借贷合同效力的认定上出现了标准不统一的情况。笔者认为:商业性民间借贷当事人双方所签订的借款合同效力认定关系到当事人的切身利益。对商业性民间借贷合同效力的认定在立法上要采取特别规范的方式,采取详细列举的形式,既适当地放宽对商事性民间借贷的禁止性规定,又仍然保留对商事性民间借贷的一般管制。在目前银根紧缩的情况下,大量的民间资本通过商业性民间借贷方式进入房地产市场,对于商业性放贷人与房地产开发企业之间的借贷合同,如果涉及自然人,只要不违反法律法规的强制性规定即认定合法有效;如果涉及商业性民间借贷组织,应审查其是否具备从事相关金融业务的资质和融资方式的合法性,否则认定合同无效并追究当事人相关的法律责任。

4. 跨区域经营

民间借贷具有“人格化金融”的特点,以“熟人关系”作为交易和契约执行的基础^[7]。作为经营型的商事性民间借贷的放贷人,在一定区域内可以凭借各种地缘和人脉的优势有效地获取借贷人全方位的信息进行民间借贷业务,一旦超越一定的区域范围,离开“熟人社会”后丧失地缘、人脉和信息等优势,放贷人的风险骤然上升,而民间借贷业务过于集中于特定的区域也会面临风险集中的危险。笔者建议,为了规避风险,在民间借贷立法上对区域性要特别慎重,完全禁止跨区域经营则不利于放贷人的可持续经营,完全放开则使放贷人的优势丧失而凸显另一方面的风险,因此,立法上存在一个度的问题。尤其我国房地产市场并不存在全国性的市场,具有典型的区域性特点。在目前我国房地产严密调控的背景下,对涉及房地产的商事性民间借贷跨区域经营行为的立法应当明确一些限制条件,如注册资本、业务范围、商业信誉、盈利情况等。

(二) 构建民间借贷监管制度

商业性民间借贷作为一个非正式的金融活动,本身具有不可避免的内在弊端和风险,由于长期游离于现有的金融监管体制,其对经济和社会的消极作用日渐凸显,一旦出现风险直接影响到我国金融市场的安全,甚至影响社会的稳定。我国应该将其直接纳入统一金融监管的范畴,进行引导和规范。

1. 监管的模式

我国应建立政府监管和行业自律相结合,以政

府监管为主导,行业自律监管为辅助的多元化监管模式。我国对金融监管采取分行业监管模式。由人民银行、保监局和证监局分别对银行业、保险业和证券业行使监管的职责。同样,对民间借贷等各种形式的民间金融活动设立一个政府专门机构——民间金融监督管理局(以下简称民监局)进行有效的监管,民监局对民间借贷的监管主要在制定相关管理规范、审核和批准主体准入和退出、查处违法行为、建立风险评价、预警和监控体系等。民监局对不同性质和类型的民间借贷主体进行分类管理,并设置相应监管职责的监管部门。笔者认为,为了实现我国对房地产的调控目标,对涉及房地产市场的商事性民间借贷活动可以由民监局下设的高风险行业民间借贷监管处进行具体监管,协同相应的房地产管理职能部门,各司其职,相互配合,主动及时掌握最新动态,制定相应的监管措施。我国应积极鼓励民间借贷组织建立行业自律性组织,制定详细的行业规则和行为法则,加强自律监管、促进行业的良性竞争,提高监管的效力,形成政府监管和行业自律互补和良性互动,促进民间借贷活动合法有序的发展。

2. 监管的方式

商事性民间借贷资本不同于银行资金,在监管的方式上有着显著不同。为了对涉及房地产市场中的民间借贷进行有效的监管,笔者认为:首先,要建立专门的定期监测制度。面对大量民间借贷资本进入房地产市场的现状,通过对涉及房地产市场的商业性民间借贷活动登记备案管理,可以定期采集房地产业中民间借贷活动的有关数据,及时掌握民间借贷的资金来源、资金投向、资金规模、利率水平、交易对象等变动情况,为有关部门制定宏观政策提供数据支持^[8],避免出现与我国房地产宏观调控政策或法律法规背道而驰的现象。

其次,要建立有效的风险管理制度。房地产市场本身就是一个高风险的行业,对于涉及房地产市场的民间借贷活动蕴藏着巨大的风险,因此风险管理是非常必要的,一是资本风险管理:通过定期检查和不定期抽查的方式,对商事性民间借贷主体的资产负债能力、资本充足率、资产流动性、盈利状况进行检查,及时了解其资本风险状况,进行风险的检测、分析、评估和预警。二是信用风险管理,建立对商事性民间借贷主体的信用评级和管理体系,建立信用档案,公示信用信息,预警信用风险。

最后,要建立规范的信息披露制度。民间借贷活动往往是在“熟人”之间进行,借贷双方完全基于信用,致使借贷资金的总体规模、流向、经营效益等

信息不透明。因此,为了实现有效的监管,涉及房地产业的商事性放贷人有义务定期向监管部门汇报和披露基本业务信息、财务状况、资金用途、使用收益等情况,将其全面纳入信贷征信系统,进行电子化动态管理,提供查询服务,使借款人和投资人及时了解相关信息,提高风险识别和判断能力。

五、结论

为了实现我国房地产调控政策目标,维护经济和社会的稳定,对游离于现有的金融监管体制外的民间借贷进行监管是非常必要和迫切的。

1. 我国应加强对民事借贷立法,对民事性民间借贷而言,应将散见于现行的法律规范和部门规章

加以系统化和具体化;对商业性民间借贷而言,则是立法的重点,我国可借鉴国内外立法经验,设立商业性放贷人的市场准入制度,设置2个利率限制标准从而建立梯级过渡性双层法律责任制度,采取详细列举的形式认定合同效力,适当地限制跨区域经营行为。

2. 我国应设立民间金融监督管理局,对商业性民间借贷进行有效的监管,对涉及房地产市场的商事性民间借贷可以由其下设的高风险行业民间借贷监管处进行具体监管;建立定期监测、风险管理和信息披露等制度对其进行有效的监管,使商业性民间借贷在国家监管下,既能促进房地产市场的繁荣,又能推动自身的健康有效发展。

参考文献:

- [1] 谢逸风. 五方面建立房地产调控长效机制和政策体系[EB/OL]. [2012-07-20]. <http://house.hexun.com/2012-07-20/143776765.html>.
- [2] 马光远. 鄂尔多斯的金融逻辑[J]. 新西部, 2012(1): 27-28.
- [3] 席月民. 我国当前民间借贷的特点、问题和法律对策[J]. 政法论丛, 2012(3): 61-68.
- [4] 民间借贷立法探讨[EB/OL]. [2012-9-11] <http://www.zgjr.com/News/2012315/home/844838997700.shtml>.
- [5] 王曙光. 经济转型中金融制度的演进[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 74.
- [6] 岳彩申. 民间借贷规制的重点及立法建议[J]. 中国法学, 2011(5): 84-96.
- [7] 陈志武. 金融逻辑[M]. 北京: 国际文化出版公司, 2009: 120.
- [8] 孙瑞灼. 民间借贷乱象呼唤立法监管[EB/OL]. [2012-09-21]. <http://www.p5w.net/news/xwpl/201110/t3874249.htm>.

On the Legal System Construction for the Private Lending Supervision from the Perspective of the Real Estate

QIU Si-ping

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350007, China)

Abstract: Under the strict control of the current real estate, the private lending, to some extent, weakens the effect of the government financial regulation on the real estate market. At the same time, the private lending contains the great risk. Due to the lag of the rule of law and the absence of the regulatory regime, the private lending divorced from the existing financial regulatory system. Through a comparative analysis, this paper points out that, China should learn from the success of the legislative experience in Hong Kong and the United States and to improve the legislation in the aspects of the main qualification, interest rate restrictions, the validity of the contract, and trans-regional operations, etc. Meanwhile, China should build the regulatory system of the private lending in the current financial regulatory mode to regulate the risk and avoid the regulation error and promote the healthy and orderly development of the real estate market.

Key words: regulation and control of real estate; private lending; legislation; the regulatory system

(责任编辑 刘 健)