
如何监管专业放贷组织

——关于《非存款类放贷组织条例（征求意见稿）》的意见

彭冰 北京大学金融法研究中心

内容提要

2015 年 8 月，国务院法制办发布《非存款类放贷组织条例（征求意见稿）》，条例的核心是设定了放贷组织的行政许可和监管要求。国家监管放贷组织的主要目的，是保护作为金融消费者的债务人。因此，条例应当合理设定监管范围，主要针对消费借贷和中小企业借贷，应将成熟的商业借贷排除在监管之外。在监管要求上，应当注重于对于作为债务人的消费者保护，需要加强对借贷交易的信息披露和对收债行为的规范。

关键词

放贷组织条例 消费借贷 收债行为 债务人保护

炎炎夏日。

好不容易有个暑假，领导们也不闲着。先搞个股灾给大家降降暑，整得千万股民心里拔凉拔凉的。然后，国务院、最高法、十部委、人民银行相继出台各种措施，互联网金融指导意见、民间借贷司法解释、网络支付管理办法、融资担保公司管理条例以及非存款类放贷组织条例，一字排开相继推出，楞是不打算让俺们这些研究者喘口气。东西太多研究不过来，何况俺的拖延症已经晚期，还老忘了吃药。所以“任你江水滔滔只取一瓢饮”，俺只对放贷组织条例发表点意见。

要说放贷组织条例的渊源可长了。早在2007年年初，人民银行研究局有关负责人就表示，《放贷人条例》正在研讨中；2008年，人民银行研究局负责人透露，由央行起草的《放贷人条例》草案已经提交国务院法制办；2009年4月，据说国务院法制办针对《放贷人条例》进行了调研，条例被列入法制办的二档立法计划。等到2014年，央行话锋一转，《放贷人条例》改名《非存款类放贷组织条例》了。不过一直光听楼梯响，不见人下来，虽然见到媒体许多报道，但从来就没有看到过具体条款。直到2015年8月，国务院法制办发布《非存款类放贷组织条例（征求意见稿）》（以下简称条例），条例才终于显露真容。

综观条例，虽然设定了放贷组织的行政许可和监管要求，但监管强度比较放松，在一定程度上体现了对放贷组织的鼓励态度，值得肯定。

一、条例的定位

先说为啥要制定条例？条例主要是为放贷组织设置了行政许可，核心即条例第4条的规定：除经过批准取得许可的放贷组织外，

“任何组织和个人不得经营放贷业务”。但贷款到底是否作为一种必须经过许可才能从事的金融业务，其实一直有争议。

目前比较明确的规定是国务院1998年发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，其中第4条规定：未经有关机构批准，非法从事非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、金融租赁、融资担保、外汇买卖，都是非法金融业务活动。该办法至今仍然生效，不过其效力确实可疑。且不说其中诸如资金拆借、外汇买卖之类的概念定义模糊，根本无法适用，即使看起来比较明确的发放贷款、办理结算，也都已经被实践所突破。2005年开始小贷公司开始试点，2010年第三方支付合法化，融资担保公司更是早就遍地开了花。

在法律层面，尽管《商业银行法》第2条列举了吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务作为商业银行的核心业务，但并不等于这些业务其他人不能从事。同法第11条只是规定“未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务”，在禁止性表述中可只列举了吸收公众存款这一项。

《银行业监督管理法》在界定银行业金融机构时，更是只用了“吸收公众存款的金融机构以及政策性银行”这样的表述。

从理论上分析，银行所以受到严格监管，就是因为吸收了公众存款，并运用公众存款发放贷款。本人在2007年撰写过《商业银行的定义》一文，论述商业银行的本质业务只有吸收公众存款一项，其他业务都不构成商业银行的本质业务。当然，俺在那篇文章还论证了所谓“非法吸收公众存款罪”在立法本意上是为了打击那些不用银行名义、但实质上从事了银行业务的行为，实质上是擅自设立银行罪的另一种表现形式，只是后来被扩大滥用，构成了现在打击非法集资的主要罪名。这是闲话，在此不提啦。¹

¹ 彭冰：“商业银行的定义”，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2007年第1期。

换句话说，若放贷人不吸收公众存款，主要以自有资金从事放贷业务，则不构成商业银行。从理论上来说，即使贷款业务风险很大，暴露在这种风险之下的也是放贷人自己，与社会公众无关，更不会影响国家金融安全。即使放贷人恣意妄为、非常不审慎，导致贷款无法收回，损失的也是自己的钱，获利的是债务人和整个社会。

“拔一毛而利天下”，放贷人的自我牺牲，明明应该得到鼓励，甚至还应当获得奖励，有什么道理要去设置许可？面对慈善活动，从来没有人说对那些从事慈善的爱心人士，例如李连杰这样专业或者陈光标这样不专业的慈善人士，发放慈善许可的吧？只有那些从事向公众募集善款的中介机构，例如红十字会之类的，才需要许可。

条例的核心是为放贷组织设定了行政许可制度，即必须经过许可，才能经营放贷业务。按照《行政许可法》的规定，只有在6种情况下，才能设定行政许可，看起来和放贷都关系不大。只有第3项（提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项）好像有些关系。

我们理解，为放贷组织设定许可，主要保护的应该是放贷组织的客户，即那些借款人的利益。这些借款人可能面临放贷组织的欺诈、掠夺性放贷和收债行为的威胁。从理论上分析，在借贷关系中，当借款人提取款项后，贷款人就完全暴露在借款人不还款的风险之下，除了暴力手段，其只有依靠法律和社会规范。因此，一般借贷关系中，债权人其实更需要保护。按照陈志武等人对清朝刑部档案的研究，在借贷纠纷导致的一千多起命案中，57%是债权人被打死，只有36%的案件是债务人被打死。看起来，在借贷关系中，债权人面临更高的生命危险——人家是在用生命在放贷！²但考虑到我们所熟悉的黄世仁/杨白劳这样的案例，较为专业和强势的债权人可能对弱勢的债务人形成压迫，甚至采用暴力讨债等手段，危

² 陈志武等：“民间借贷中的暴力冲突：清代债务命案研究”，《经济研究》2014年第9期。

及债务人的人身安全。因此，确实存在弱小债务人可能面临放贷组织这样专业放贷人压迫的情况，需要立法对金融消费者给予特别保护。这个角度来说，条例的定位应当是两个层面：

1、条例监管放贷组织的目的，是保护债务人，不是保护放贷组织。因此，与银行等金融机构的审慎监管要求不同，条例监管的重心应该是放贷组织那些可能影响债务人合法权益、对债务人构成压迫的行为，而不是放贷组织的风险管理、审慎经营行为。这样，条例在界定范围的时候应该着重考虑的是消费信贷和小微企业信贷，而不是所有的借贷关系，因为在一般的商业借贷关系中，债权人与债务人自己会达到利益的平衡，不需要国家通过监管来进行干预。

2、正像条例说明中所说的，放贷组织是正规金融的有益补充，需要得到鼓励。民间放贷活动早就充斥整个社会，不需要经过条例许可才能发生。因此，条例的定位不应当压抑民间金融，而应当通过提供安全港规则，为那些合法的放贷活动提供安全保障，甚至提供优惠，鼓励民间专业放贷人来寻求许可，获得合法身份，从而在竞争中处于有利地位。通过颁布条例，促进民间借贷市场的规范运行，鼓励健康放贷组织的发展。

二、条例的适用范围

从上述条例的定位来看，条例在适用范围上就存在很大问题，包括：

1、个人为什么不能专业从事放贷业务（第4条）？个人承担无限责任，相比公司的有限责任，看起来更安全吧？

2、放贷组织为什么必须采用公司制（第10条）？以合伙制、合作社等形式从事放贷，都有现成的经验，例如民间的合会，为什么不包括在内？（顺带说一嘴，我国立法者好像对公司制有着莫名

其妙的迷恋和崇拜，无论是商业银行法还是保险法、证券法，都规定各种金融机构必须采用公司制，明明相互制保险公司、合伙制投资银行在国际上当年都很时髦好不好？）

3、豁免商业借贷活动。第4条二款豁免了一些放贷业务，但远远不够，没有将大部分的商业贷款排除在外，以便集中于小额和消费借贷。如香港放债人条例豁免贷款的范围非常广泛，基本上将商业贷款都排除在外了。可以看出，条例的豁免主要学自香港，但香港条例中最主要的公司贷款豁免，却没有被采纳。这是没有准确定位而完全错误的做法。以香港放债人条例为例，对公司贷款的豁免包括：（1）向公司发放的有物权担保的贷款；（2）向公司发放的贷款，贷款目的涉及香港进出口货物和服务；（3）向实缴资本超过100万港币的公司发放的贷款；（4）向上市公司发放的贷款等等。这样基本上就将主要的商业贷款都排除在适用范围之外了。这是因为香港放债人条例的目的是保护弱小的借款人，在商业贷款领域，债权人和债务人相对平等，不需要特别保护。实际上，在商业领域，放债人条例对债务人的过度保护反而会造成借贷成本高昂，不利于商业活动。

我认为，这些豁免之中以公司实缴资本金额和是否有担保作为豁免标准，有一定的合理性，按照这两个标准基本上能够把小微企业借贷区分开来。条例可以借鉴。

4、条例对许可程序应当采用负面清单的做法。条例对许可的程序要求（第11-14条）看起来比较严格，不符合为放贷组织提供安全港规则的立法本意。当然，许可程序是否严格，其实还要看具体的执行。但条例应当采取鼓励设立的态度。以香港放债人条例为例，放债人虽然是金融牌照，无照经营甚至构成犯罪，但其牌照申请采用的却是负面清单的做法——只有在三种情况下，才不发给牌照：（1）注册处处长或者警务处处长反对；（2）其他人在牌照法庭聆讯时提出反对意见；（3）申请人曾经被取消了放债人资格。

国务院现在大力推行负面清单的做法，在条例要鼓励合法放贷组织的情况下，也不妨采用负面清单方式明确不发放牌照的条件。

5、对于相关人员的消极条件规定不够（第11条）。放贷虽然是一项风险性很高的金融业务，但就像前面所分析的，条例的定位并不是在防范放贷的金融风险——这个问题由提供放贷资金的股东和债权人操心，不需要条例来操心，条例要操心的是这个专业放贷组织可能对小微债务人造成的压迫。因此，在消极条件的规定上，更重要的是放贷组织的专业人员不涉及暴力犯罪、欺诈犯罪和黑社会组织犯罪之类的条件，而条例在对放贷组织董监高人员的资格条件规定上对此完全没有涉及。

三、业务经营的监管要求

就像前面分析的，既然条例的定位是保护金融消费者这样的小微债务人，则在放贷组织的监管重点就应当是放贷行为对债务人的不利影响，而不是放贷组织自身的经营风险。从总体上来看，条例在这点上做的不错，对放贷组织审慎经营的监管要求已经尽量减少，对于债务人的保护则相对比较全面。不过，具体来说，还可以改进的地方包括：

1、对放贷组织的审慎经营监管完全没有必要。条例在这方面的规定虽然比较克制，但仍可能造成未来困扰，加大放贷组织的经营成本，而这些成本最终都会落到借款人头上。虽然条例在这些方面没有规定的很具体，但无论是条例明确授权的条款（第19条第二款授权监管部门制定融资资金余额与资本净额的比例上限），还是宣示性的风控要求（第25条和第26条），都可能在未来带来大量的监管要求，体现为细化的监管规则，而从条例的定位来看，这都是不必要的。

2、对债务人的保护无非是从宣传、风险揭示、信息披露、利率管制、收债和信息保密这几个方面展开，应该说条例在这方面的

规定已经比较全面。还可以改进的地方包括：合同的信息披露和收债行为规范。

（1）条例要规范的是自然人借贷或者小微企业借贷，其中债务人很可能缺乏相关的金融借贷知识，不了解交易的条件和所带来的风险，需要在交易前获得充分的信息披露和风险揭示。

条例目前的规定（第20条、第21条）是远远不够的。首先，专业的借贷合同文本可能极为复杂，借款人根本就读不懂，其实，可以仿照香港放债人条例，要求在合同文本之外，放债人还必须依照规定向借款人提供规范化的合同摘要，否则合同不得强制执行，摘要中应当列出交易的主要条件。目前第21条一款规定的宣传材料的要求，只是一般性的信息，在具体交易中可能有所不同，所以仍然需要在具体交易中作摘要披露。

其次，为了对借款人进行信息披露和提示，条例应当规定合同和摘要的必备条款，条例对某些收债行为的禁止、高利贷的限制等内容都应当强制要求必须列入合同文本，其目的是让借款人了解自己的权利，免受专业人士的欺压。

仅仅按照条例第21条二款的风险揭示是不够的，借贷合同文本本身是一边倒的，基本上规定的都是借款人义务和贷款人权利，因此仿照保险合同的要求进行提示和说明是不够的，不如按照上面的摘要要求来做，更合适一些。

（2）收债行为应该是监管的核心，因为这是表现债权人对债务人压迫最明显的地方。第29条二款在中国法上第一次明确规定了收债行为的规范，有很大的积极意义。不过，首先，条例规定的都是原则性的行为标准，需要未来监管规则的细化落实，例如什么是使用暴力、什么是干扰正常工作？这些都需要未来细化。另外，对于实践中的各种收债行为还需要进行研究，哪些是允许的，哪些是不允许的，因为既要保护债务人，但也不能鼓励其不诚信的违约

行为。这些都导致条例对于收债行为的规范不可能是完全的，还需要未来细化和逐步改进。因此，在该条下，条例应当授权监管机构未来做进一步的规范。

(3) 高利贷规则的缺乏(第23条)。高利贷禁止的主要理论基础，就是对小微企业债务人和金融消费者的保护。高利贷禁止的适用范围，恰好与条例的适用范围重合，因此，本条例是规定高利贷禁止最合适的地方。目前最高法院通过民间借贷司法解释对高利贷的规定，在适用范围上过于扩大，不符合高利贷禁止的立法本意。

四、其他

1、对放贷组织的鼓励措施不足

条例的定位是对金融消费者的保护和鼓励合法放贷组织的健康发展，在后一层面做的还不够。第31条允许放贷组织可以采用征信数据，算是一个鼓励措施，但还需要更多的鼓励措施。第19条对资金来源的规定，应当体现出鼓励的态度，例如对于好的放贷组织，鼓励其使用外部资金等。

2、监管分权

条例将对放贷组织的监管权交给省级政府，是一种监管分权安排。很多人担心会造成规则的不统一。对此确实需要讨论。省级分权，确实可能造成监管差异，但监管差异同时也是监管竞争。理论上，竞争能够形成更符合市场要求的监管规则，问题是是否存在有效的激励机制，鼓励“向上”竞争(race to top)而不是“向下”竞争(race to bottom)。在放贷组织的监管上，可以想象各省为了活跃本地经济，会采取吸引放贷组织在本地注册和经营的政策，在监管要求上会尽量宽松。这当然有利于放贷组织的经营活动，但考虑到监管放贷组织的目的是保护债务人利益，省级监管竞争的结果

可能以牺牲债务人保护水平为代价。因此，条例应当划定债务人保护的底线，规定债务人保护的最低标准。

3、网络借贷

条例对放贷组织采取的地域监管方式，在互联网时代确实可能显得有些过时，不过，目前来看，还是符合中国现阶段现实的。

放贷组织的放贷活动风险很高，贷款的发放必须经过专业人士对债务人的风险审查。目前在国内，专业的放贷组织很少直接在网络上向不熟悉的人发放贷款，贷前审查主要还是采取线下审核的方式。网络贷款，即所谓的 P2P (peer-to-peer lending)，在中国目前出借方一般还是个人。小贷公司主要通过 P2P 平台上出售债权来获得资金，而不是在 P2P 平台上发放贷款。

当然，未来情况可能发生变化。一个是确实有通过网络数据进行风险审查发放贷款并且非常成功的案例，例如阿里小贷通过其掌握的网商交易数据向在其平台上运营的网商发放小额贷款，因为完全在阿里体制内运行，风险控制非常成功。另外，从美国 P2P 平台的发展来看，机构投资者越来越成为 P2P 平台上的出借方，而不是债权转让方。

虽然条例对此也有安排（第 50 条），授权银监会未来制定监管细则，但可能要做的是在地域监管上还需要一个明确的豁免，因为目前条例对于跨省业务采取注册地和业务发生地根据属地原则履行监管职责的规定（第 8 条第二款）明显并不适合网络借贷。

4、其他

从对金融消费者保护的角度出发，在条例之后还需要设立《个人破产制度》，以彻底体现对金融消费者的保护。不过，这是题外话了。