

平乱网docsriver.com商家巨力法律书



深圳律师实务丛书



互联网金融之P2P 法律实务

P2P Legal Practice in the Area of
Internet Finance

罗振辉 / 编著

本书以互联网金融中P2P网络借贷为研究对象，基于作者及其团队的P2P法律实务经验提炼而成。通过介绍P2P行业情况，针对P2P中的法律实务问题进行探讨，辅之以专项实务案例供实务参考，并对新颁布的P2P监管意见等重点法律法规进行梳理与评析，以及制作针对P2P行业涉诉情况的大数据报告，将行业与专业相结合。本书既可以为P2P从业人员提供行业指导，又可以为社会中对P2P感兴趣的人士辨析相关的法律问题，同时也是法律专业人士掌握P2P实际操作及立法动向的重要参考用书。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

平乱网docsriver.com商家巨力法律书



深圳律师实务丛书

互联网金融之P2P 法律实务



P2P Legal Practice in the Area of
Internet Finance

罗振辉 / 编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

互联网金融之P2P法律实务 / 罗振辉编著. -- 北京:
法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1409 - 3

I. ①互… II. ①罗… III. ①互联网络—应用—借贷
—法律—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第225409号

互联网金融之P2P法律实务
HULIANWANG JINRONG ZHI P2P FALÜ SHIWU

罗振辉 编著

策划编辑 程岳 周洁
责任编辑 周洁 程岳
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 中煤(北京)印务有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 17.25
字数 263千
版本 2017年10月第1版
印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1409 - 3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



深圳律师实务丛书

The Review of Shenzhen Lawyers' Affairs



深圳律师实务丛书

The Review of Shenzhen Lawyers' Affairs

坚持信念 精通法律
维护正义 恪守诚信

总序

随着移动互联、万物互联时代的到来,法律服务行业的发展出现了更多的机遇和挑战,这也意味着,这个时代对法律服务的效率和质量提出了更高要求。法律服务的效率和质量问题,说到底还是法律服务领域供给侧改革的问题,供给侧改革与创新将成为破解当前律师行业发展瓶颈的重要路径选择。

我注意到,深圳市律师协会九届理事会明确回归和聚焦律师专业化建设,着力供给侧改革与创新,并在统筹规划专业委员会的定位和职责、组织引导律师著书立说等方面做了许多实实在在的工作。目前,深圳律师在专业学习、专业研究和专业成果转化等方面已经卓有成就。在短短两年多的时间里,深圳市律师协会已经出版各类律师著作近二十部,部分专著再版,部分作者被邀请参与全国性的专业会议,可以说受到了业界广泛关注和高度肯定。深圳律师的专业化建设大大激发了深圳律师行业发展的内生动力。在此,我要对深圳市律师协会在行业发展和专业化建设中所发挥的积极作用点个赞。

律师的专业化既是社会分工的必然,也是法律服务业纵深发展的必然。律师当以专业为本,当以服务立命。深圳律师应当以追求极致的匠人精神夯实专业基础,从而以专业化的服务满足客户多样化、个性化、精细化的需求。只有这样孜孜不倦的追求,我们深圳律师才有可能在厚重积蓄后,形成并爆发出强大的发展后劲。

深圳律师是全国律师改革和创新的先行先试者,尤其是在房地产、金融证券、知识产权、国际贸易、法治政府等专业法律服务领域做出了许多开创

性的贡献。2016年11月24日,深圳执业律师人数突破万人大关,整个行业的后续发展任重而道远。

从供给侧改革与创新的角度,深圳律师业需要继续加强法律服务需求端研发,努力推出更贴近各类主体需求的法律服务产品;需要继续加快专家型律师、领军型律师的培养,努力形成完备的法律服务人才结构;需要继续拓宽专业服务领域和行业发展路径,努力精准对接日新月异的经济社会发展的方方面面。如此,深圳律师才能呈现与深圳这座城市相匹配的活力与影响力,深圳才有望成长为中国南方实至名归的法律服务高地。

“骐骥一跃,不能十步;弩马十驾,功在不舍。”深圳律师业的光荣与梦想,离不开我们大家持之以恒的坚守和实践,更有赖于我们大家继续为之奋斗、艰苦奋斗、长期艰苦奋斗……

是为序。

深圳市司法局局长 蒋溪林

二〇一六年十一月二十六日

回归专业 崇尚专业

律师专业化不仅仅源于社会分工的细化和知识结构的复杂化,也因为法律事务在多样化前提下逐渐呈现专门性趋势,需要律师专业技能的精细化以提供有针对性的解决方案,通才式解决某类案件或法律事务越来越困难。当事人合法利益的最大化有赖于律师能够游刃有余地运用法律的精深技艺,给出更专业的答案。

不少律师不太愿意在当事人或者同行面前坦言自己不懂某专业,也不愿意在专业细分方面做出改变的努力,这不仅不利于其自身专业领域知名度的打造,也失去了律师走专业化发展方向的机会。我们要放弃那种“博”即“精品”的认识和做法,直面自己的专业定位,在律师服务市场激烈竞争中打“差异化”“专业化”这张牌,努力将自身打造成所在专业领域的“精品”。

我们提倡的回归专业、崇尚专业并不是一句口号,它张扬的是一种职业思想、观念和意识,同时也要落实为执业过程中的行为准则和价值坚守,在形成行业共识的基础上引领律师行业发展,达到更高的水平。摆在读者面前的这套《深圳律师实务丛书》就是我们落实回归专业和崇尚专业的例证,并借此向全行业传递崇尚专业的精神。

经验应该被总结和传承。因地缘和政策优势,深圳律师在房地产、融资、科技创新、海商、国际贸易、破产清算、劳动等法律事务方面有着丰富的专业经验。深圳律师协会组编这套丛书,体现深圳律师在部分领域的执业状况和专业技能,希望成为丰富律师专业化的重要素材,并作为专业化样本能够对律师专业化水平提高有所帮助。

是为序。

高 树

深圳市律师协会会长

二〇一六年三月

专业化是律师行业发展的支柱

中国的律师行业经过 30 年的恢复与发展,已经初具规模,但是,与发达国家律师行业相比,我们仍然处于“初级阶段”,与国家政治、经济、文化发展不能匹配。将律师行业“做强、做大”仍是业内最强的呼声。个人理解“做强、做大”,无外乎专业化、规模化、规范化、品牌化建设,而其中专业化实乃律师行业发展的支柱。

按照现代广泛运用的利伯曼“专业化”标准的定义解释,所谓“专业”,就应当满足以下基本条件:一是范围明确,垄断地从事于社会不可缺少的工作;二是运用高度的理智性技术;三是需要长期的专业教育;四是从事者个人、集体均具有广泛自律性;五是专业自律性范围内,直接负有作出判断、采取行为的责任;六是非营利性,以服务为动机;七是拥有应用方式具体化了的伦理纲领。

就律师行业而言,专业化应以专业律师为基础,即律师根据特长和优势,精通本专业的法律规定和法理精髓,专门或偏重某一项或某几项法律事务;律师专业化以专业化的律师事务所为标志,即律师事务所主要人员和业务是为某个或某几个法律服务领域提供专门法律服务,具有自己的专业品牌;律师专业化以实现全行业的专业化最终目标,即大多数执业律师符合律师的专业化,形成了自觉学习、研究法学理论与律师实务的风气和专业习惯,大多数律师事务所具有鲜明的专业品牌。

律师要实现专业化,首先要专业明确,确定适合自己的法律服务领域,之后针对该法律服务领域进行长期的专业研修,在该法律服务领域有自己的实务和理论研究成果,最终拥有业内公认能熟悉处理法律服务领域问题

的专业技能。当然,专业化也是一个“舍得”过程,选择专业化就意味着舍弃某些自己熟悉且收入颇丰的业务,甚至要忍受短期内业务量下降的痛苦。只有专注才有专业,如果不舍弃已拥有的某些业务,心不能专,则难以在专业领域获得成就。此外,在长期执业过程中加入或组建一个强大的专业律师团队,也是律师成就专业之路不可或缺的途径。

律师专业化是一项艰巨、复杂的系统工程,除了律所在中长期发展目标上确定专业化方向,为律师和律师团队提供专业发展环境之外,律师协会也应为律师行业的专业化分工和发展提供完善的制度保障和政策支持,并且应该加大对律师专业化的培训力度,为律师的专业化发展提供坚强的智力支撑。

资助会员出版实务专著是深圳律协确定的一项具体工作和一项智力工程,目的有两个:一个是倡导律师的专业化发展,引导深圳律师和律师事务所普遍走上专业发展的道路;另一个是推出行业专业领军人物,在全国专业化发展的浪潮中树立一批深圳律师专业品牌。

深圳律协将每年资助出版一批律师实务专著,期许借此倡导专业发展之路,弘扬专业研究之风,发出业界深圳之声,更期许借此涌现一批律师专业领军人物。

余俊福

时任深圳市律师协会会长

二〇一二年一月

前言

据“网贷之家”的数据显示,深圳是全国网贷行业最活跃的城市之一,其网贷平台数量及交易量均居全国前列。我们作为为网贷行业提供法律支持服务的法律工作者,伴随这个行业一道成长和发展,深谙其中的不易,同时也深感有必要把我们从事法律实务中积累的一些经验所得予以分享。

本人作为深圳市律师协会第九届信息网络与电子商务法律专业委员会主任,组织了部分委员于2015年末编写了《律师从事P2P借贷法律业务指引(草案)》,并已提交给深圳市律师协会。但由于目前我们国家P2P行业处于高速发展的阶段,政府的相关监管意见不断出现,导致一直无法完全定稿。2015年12月28日,银监会会同工信部、公安部、国家互联网信息办公室出台了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法(征求意见稿)》;2016年2月,国务院出台《关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》;这造成我们编写的业务指引有了较大变动,因此我们暂缓了进一步的修改。直至2016年年中,按政府的安排,各地开展互联网金融行业整治工作,我们就此专门编写了《互联网金融风险专项整治工作实施方案自查法律指引》,期间我们得到了深圳市互联网金融行业P2P公司的大力支持和配合。

以上两次的编写工作让我们积累了相当的经验,但离实务书仍有距离。因此,本人及团队决定结合之前相关实务经验,全力撰写本书。

在编写第一稿《律师从事P2P借贷法律业务指引(草案)》的过程中,我们发现一个无法回避的问题,就是要兼顾专业 and 行业。通俗地说,就是P2P涉及的法律专业知识其实并没有超出任何一位律师的专业知识范畴,但大

多数人对 P2P 这个行业却无更深层次的了解。因此,我们决定重新确定本书的目标读者,把书名定为《互联网金融之 P2P 法律实务》。

考虑到本书的受众面,我们在编写过程中进行了特别的考量。为了让本书的读者对 P2P 行业有一个直观的认识,我们用了较大的篇幅对 P2P 行业进行介绍,我们相信这是必要的,因此本书也适合非法律人士进行阅读学习。

关于本书的编写体系,我们也进行了认真的思考。按照之前的经验,我们拟按照 P2P 借贷市场概况、P2P 公司设立阶段的法律业务指引、P2P 平台运营阶段法律业务、P2P 公司刑事法律风险防范的法律服务、国家法律及政策监管及附录卷等部分进行编写,但我们发现这种方式有其自身的不足,有些实务问题实际上是跨了几个区段,导致没有聚焦。因此,我们重新对编写体系做了较大变动,工作量相当于重写,目的是让律师及广大读者能更好地学习和掌握相关知识。

本书的撰写人员都是在深圳市网贷行业第一线工作的法律人,包括罗振辉、李水泉、潘洁玲、吴策、杜大鹏、余祖舜。

在本书即将完稿之际,《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)于 2016 年 8 月 24 日发布,全文分 8 章,共计 47 条。为此,我们不得不把已编写的相关内容重新梳理了一遍,抛弃了之前极度被看好的供应链金融部分。

就本书的定位而言,它主要的阅读对象是律师、广大网贷行业从业人员、网贷行业风控人员以及对网贷行业感兴趣的人士。

目前,国内网贷行业缺乏一部相对系统且侧重法律实务的著作,本书的出版实为填补这一空白,考虑到这个行业在不断发展,基本上每 3 个月都会有重大事件发生,我们已努力兼顾了实务总结以及前沿探讨。

书中的部分章节借鉴了相关学术文章的论述,已列在参考文献之中,在此一并向相关作者表示感谢。

本书的出版得到了第九届深圳市律师协会的大力支持,在此深表谢意。

目录

第一章 P2P 法律概述	1
第一节 P2P 网络借贷行业概况	1
第二节 P2P 基础法律结构	9
第三节 P2P 法律实务之研究方法	17
第二章 重点法律专题	22
第一节 P2P 法律模式	22
第二节 第三方支付	29
第三节 电子合同	35
第四节 资金池	44
第五节 担保	50
第六节 车贷	56
第七节 房贷	62
第八节 涉税	69
第九节 债权转让	74
第十节 消费金融	84
第十一节 利率	89
第十二节 刑事	92
第三章 P2N 专项实务	105
第一节 合作模式架构部分	106

第二节	各合作协议部分	107
第三节	涉诉实务部分	134
	——史一丁诉上海公诚商务信息咨询有限公司	
第四章	重点法规政策评析	139
第一节	法律法规及司法解释	139
第二节	法规及规章	149
第三节	行业自律规范	167
第五章	平台适用法律文本分析	178
第一节	平台适用文本概述	178
第二节	平台适用文本要点	179
第三节	平台文本法律评析	182
第六章	P2P 大数据报告	208
第七章	专项整治工作实施方案自查法律指引	231
第八章	P2P 行业发展法律解决要点	247
第一节	P2P 发展与现行法律的冲突	247
第二节	国外行业发展的借鉴	250
第三节	监管新规后的思考	257
附 录	260
	法律法规汇总	260

第一章

P2P 法律概述

◇ 第一节 P2P 网络借贷行业概况

一、P2P 网络借贷的概念

P2P 网络借贷(Peer to Peer Lending),根据 2016 年 8 月中国银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室联合发布的《暂行办法》,是指个体网络借贷,即个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。个体包含自然人、法人及其他组织。

P2P 网络借贷与传统的民间借贷有所不同。传统的民间借贷是一种操作简捷灵便的融资手段,一般是个体与个体之间直接的借贷行为,这个金融交易行为是点对点、在两者之间发生,中间不会有任何第三方机构参与。传统的民间借贷灵活、方便,借款人能够快速融资,通常发生在熟人之间,解决的是熟人之间的资金需求问题。因此,传统民间借贷的局限性也表现在借贷的范围较小。

而 P2P 网络借贷则解决了陌生人之间的借贷问题,借贷双方广泛、分散。P2P 网络借贷通过互联网搭建一个中间平台,将互不认识的有资金需求的借款人和有闲散资金的出借人连接在一起,借款人、出借人向这个平台提供信息,平台协助借款人与出借人的信息匹配,从而完成借贷。简言之,平台提供信息流通、促成交易的服务。

二、P2P 网络借贷的发展

(一) 国外 P2P 网络借贷的发展状况

1. P2P 网络借贷的鼻祖

P2P 网络借贷的模式最早出现在英国。2005 年 3 月,英国一家名为“Zopa”的网站开通,有借款需求的人在该网站注册,发布借款信息(也称借款标),包括借款的金额、期限及利率,对该笔借款感兴趣的出借人就可以放款给该借款人。有闲散资金的外借人也可以以其贷款利率参与竞标,利率低则更容易吸引借款人。在整个借贷过程中,“Zopa”类似一个信息的集散平台,将有资金需求的借款人或者有闲散资金的外借人的信息收集在平台上,再展现给出借人或借款人,由此双方可以通过对接,相互匹配,而平台只会向两方收取服务费或者手续费。由此,借贷双方就可以通过这样的平台实现“线上”借贷交易。“Zopa”的出现标志着 P2P 网络借贷的诞生。经过多年的发展,目前“Zopa”的业务已经扩至意大利、美国等多个国家。

2. P2P 网络借贷的发展

“Zopa”的出现,打开了 P2P 网络借贷的大门,各国的 P2P 平台开始涌现。2006 年,美国第一家 P2P 网贷平台“Prosper”上线;同年,美国的“Kiva”成立;2007 年,“Lending Club”以应用的形式在 Facebook 登陆。2011 年,“SoFi”在互联网上线。

成立之初的“Prosper”类似在线拍卖,借款人将借款金额输入,就会显示对应的最高利率,让投资人(出借人)对该借款标进行竞标,能接受最低利率的投资人则中标。而“Lending Club”则是借助社交工具,利用其为用户搭建的人际网络来分享信息,寻找更多的投资人(出借人)和借款人。

“Prosper”与“Lending Club”的贷款程序相似,不管是借款人还是出借人,都需要在平台上注册,成为该平台的会员,向该平台提供基本信息才能获得作为借款人或者放款人的资格。注册的账号名称不必是真实姓名,双方可保持匿名。每个借款人都需要填写贷款申请表,用以审核并确定其信用情况。而出借人则不必经过信用审核的程序。对于出借人,只需确认他们的身份,并提供证明其满足最低收入的要求即可。通过审核的贷款需求就会被放到平台上供出借人浏览、选择。“Prosper”与“Lending Club”在 SEC (the U. S. Securities and Exchange Commission, 美国证券交易委员会) 登记注册之后,出借人并非直接向借款人放款,而是出借人购买与其所选择借款

人的借款额相对应的收益权凭据(payment - dependent notes),Webbank(美国犹他州的一家银行)审核后再将借款分发到相对应的借款人手里,而后平台以其出售给出借人的收益权凭据获得的金额购买Webbank的该笔贷款。平台只从借款人每个人还款的金额中扣除管理费和其他费用。^[1]

“Prosper”在2015年收购了美国医疗借贷公司“AHL”。“AHL”的业务主要是医疗保健领域,如医疗美容、生育,其本身不是资金出借人,而是为病人搭建的一个融资平台。“Lending Club”的业务主要是个人信用贷款。到2014年,“Lending Club”增加了小企业贷款以及医疗费用贷款等业务。

“Kiva”则与众多P2P平台不同,它是一个非盈利的平台。也就是说,P2P网络借贷延伸至公益领域。“Kiva”与一些微金融机构合作,向这些机构发放无息贷款,帮助这些机构向发展中国家的贫困家庭或者小微企业发放带息贷款,改善他们的生活与生产。与普通的盈利性平台不同的是,首先,在“Kiva”平台上,有借款需求的借款人不与出借人直接发生交易,而是出借人通过“Kiva”,由“Kiva”将款项出借给各微金融机构,再由微金融机构将款项发放给借款人,微金融机构回收借款后将本金交还“Kiva”,“Kiva”再返还给出借人。其次,“Kiva”不对借款人的信用状况进行审核,“Kiva”依靠微金融机构,由他们来对借款人的信用评估审核。出借人提供的是无息贷款,但微金融机构将贷款出借给借款人时则会收取利息,以维持运营。^[2]

2011年,“SoFi”作为一个专门针对大学生贷款市场的平台出现,主要的业务是帮助毕业于名校的学生获得贷款,用以偿还为完成学业而从政府处获得的贷款。在2014年年底,“SoFi”的总贷款额就超过了13亿美元,“Prosper”的总贷款额超过20亿美元,“Lending Club”的总贷款额超过70亿美元。^[3]到了2014年4月,“SoFi”获得第三轮的融资之后就开拓了房地产贷款的业务。“SoFi”由此成为美国第一个允许房地产抵押的P2P网贷平台。

[1] 参见第一财新金融研究中心:《中国P2P借贷服务行业白皮书(2013)》,中国经济出版社2014年版,第156页。

[2] 参见第一财新金融研究中心:《中国P2P借贷服务行业白皮书(2013)》,中国经济出版社2014年版,第157页。

[3] 参见第一财新金融研究中心:《中国P2P借贷服务行业白皮书(2015)》,中国经济出版社2014年版,第19页。

3. 行业自律与监管

(1) 英国:行业组织与政府双管齐下规范 P2P 行业。

P2P 网络借贷最早出现于英国,然而,在较长的一段时间之内,P2P 网络借贷行业处于一个监管模糊的状态,虽然是合法经营,但也没有一个权威机构对其进行监管,此时就产生了一个行业自律组织——英国 P2P 金融协会 (Peer-to-Peer Finance Association),于 2011 年 8 月 15 日成立。为确保该行业快速、健康地发展,规范 P2P 借贷行业的行为,该协会制定了 8 项会员准则,10 项运营规则以及会员章程。^[1]

2014 年 4 月,英国金融行为监管局(FCA)颁布了《关于网络众筹和通过其他方式发行不易变现证券的监管规则》,这是世界上第一部在 P2P 网络借贷行业中专门制定的监管法规,对 P2P 平台的最低资本要求、客户资金保护规则、信息披露制度、信息报告制度、合同解除权、平台倒闭后的借贷管理安排与争端解决机制等作出了详细的规定,其中的信息披露制度是 P2P 网络借贷型众筹监管的核心规则。^[2]

(2) 美国:政府在行业规范中起主要作用。

美国并没有就 P2P 网络借贷出台专门的法律法规,但现有的关于消费者保护及金融中介的法律较为健全,可直接适用。美国采取的方式主要是在现有体制之下进行政府监管。监管主体主要为五个:州和联邦相应监管机构、政府问责办公室、消费者金融保护局(CF-PB)、网络借贷维权委员会以及美国证券交易委员会(SEC)。其中,SEC 是主要的监管主体。^[3] 根据 SEC 的规定,P2P 平台要运营就须将其服务注册证券,获得 SEC 的证券经纪交易商牌照。

“Lending Club”的运营模式与当时其他的 P2P 平台有所不同。按“Lending Club”的模式,一笔贷款可以被拆分,使借款人的违约风险分散到大量的出借人身上。2008 年 3 月,对于这种新型的贷款业务,SEC 认为其属于证券性质,要求“Lending Club”公司将这种类型借贷注册为一种新的证券

[1] 参见零壹财经、零壹数据:《中国 P2P 借贷服务行业白皮书(2014)》,中国经济出版社 2015 年版,第 27 页。

[2] 参见零壹财经、零壹数据:《中国 P2P 借贷服务行业白皮书(2015)》,东方出版社 2016 年版,第 28 页。

[3] 参见谢平:《中国 P2P 网络借贷:市场、机构与模式》,中国金融出版社 2015 年版,第 80 页。

品种,才能够进行互联网贷款业务。而“Prosper”在2008年10月的时候也遭到SEC的禁止,SEC对其下达了暂停业务的指令。SEC认为“Prosper”出售的凭证属于证券,要求“Prosper”提交有效的注册申请。“Prosper”获取资格之后,才得以在2009年重新开启业务。^[1]

(二)国内P2P网络借贷发展状况

1. 我国P2P平台发展规模

2007年8月,“拍拍贷”作为我国首个P2P平台上线。同年10月成立于2006年的宜信公司推出“宜信”P2P平台。

从2011年开始,随着人们对网络借贷行业的认识加深,P2P平台开始了爆发性增长,蓬勃发展。在平台数量上,2012年,P2P平台有200多家,到2013年年底,P2P平台有692家,到2014年年底,已经有1983家;而到了2016年6月,全国范围内的运营平台数量已经有2349家。在贷款规模上,2013年为1100亿元左右,而2014年已经增长到了3000亿元左右。^[2]“网贷之家”统计的数据显示,2016年6月P2P网络借贷行业的整体成交量为1713.71亿元。截至2016年6月底,P2P网络借贷行业历史累计成交量已经达到了22075.06亿元。2016年1~6月,仅仅在半年时间内,累计成交量达到8422.85亿元,是2015年1~6月累计成交量的2.8倍,2015年同期的累计成交量为3006.19亿元。

2. P2P网络借贷在我国的发展

P2P网络借贷最初只是一种通过互联网的点对点、个人对个人的借贷模式。在国外,P2P平台大多是撮合借贷双方的平台,作为信息的中介。P2P网络借贷传到我国之后,结合了我国的国情、地域特色,除了借鉴美国“Prosper”模式的拍拍贷——只提供交易的平台并制定交易规则,不承担借款人违约造成出借人损失的风险,其他P2P平台也逐渐形成了各种各样的模式。比如,平台的业务由信用贷款模式扩展到了担保贷款模式、线下债权转让模式。

担保模式体现在平台与外部担保机构合作,风险由合作的担保机构承

[1] [美]瑞顿:《Lending Club 简史》,第一财经新金融研究中心译,中国经济出版社2013年版,第131页。

[2] 参见零壹研究院:《中国P2P借贷服务行业白皮书(2015)》,东方出版社2016年版,第3页。

担,而平台作为中介,只提供金融信息服务,帮助撮合完成交易。债权转让模式,是指平台提前放款给借款人,再把获得的债权进行拆分组合打包成类固定收益的产品后,将其销售给投资人。这些与国外不同的运营模式,适应了我国国内不同类型出借人和借款人的需求。

然而,在我国 P2P 平台爆发性增长的阶段,国内 P2P 行业还没有专门的监管机构,在缺乏监管的状态下,“跑路”事件时有发生,问题平台的数量也不断增加。因此,需要完善监管体系,通过有效的监管,使 P2P 行业持续健康地发展。

3. 国内监管及行业自律

2014 年开始政府逐步确立了对互联网金融监管的分工,P2P 网络借贷划归银监会管理,随后央行牵头制定《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》。由此,P2P 网络借贷行业开始纳入监管。下文梳理监管层的监管意见。

2014 年 4 月,银监会处置非法集资部际联席会议办公室主任刘张君对 P2P 平台监管提出了“四条红线”:明确平台的中介性、平台本身不得提供担保、不得归集资金搞资金池、不得非法吸收公众存款。

2014 年 9 月,银监会创新监管部主任王岩岫提出对 P2P 监管的“十条思路”,包括平台不得设立资金池、落实实名制原则、明确平台的信息中介角色、设立行业门槛、投资人资金第三方托管、平台自身不对项目做担保、平台不能盲目追求高利率融资项目、加强信息披露、加强行业自律和坚持小额化。

2014 年 11 月,央行副行长潘功胜表示,将按照“适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的四项原则建立和完善互联网金融的监管框架。具体来说就是:一是在监管规则和监管框架的设计上,坚持开放、包容的理念。二是坚持监管规则的公平性,加强监管协同,防止监管套利。三是市场主体要正确理解监管与行业自律的关系。四是需要监管部门和从业机构之间保持良好的沟通。五是要坚守业务底线,合规经营,谨慎经营。

2015 年 1 月,银监会创新监管部主任王岩岫又提出了对互联网金融监管的“八大建议”,包括创新、适度、分类、协同监管、互联网金融应当遵守金融法律法规的规则、互联网金融应围绕实体经济的需要进行创新、信息充分披露以及金融消费者的权益保护应处于核心位置等。

2015 年 7 月,中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会

员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室联合出台《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》。

2016年3月,中国互联网金融协会在上海成立,并同日举行中国互联网金融协会第一次会员代表大会,对五大基础制度,包括《自律公约》《倡议书》《中国互联网金融协会章程》《中国互联网金融协会会员管理办法》《中国互联网金融协会会员会费管理办法》进行表决。中国互联网金融协会是全国性互联网金融行业自律组织,主要作用是发挥行业自律机制以规范从业机构市场行为和保护行业合法权益等。

三、P2P 行业及监管动态

1. 国内

(1) 停业平台数量增加。

据“网贷之家”的数据统计,2015年6月,停业平台为17家;而2016年6月,停业平台的数量已经达到45家。停业平台数量增加,与监管政策收紧有较大关系。

2015年7月,《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》发布。由于该《指导意见》涉及的具体条款不多,对平台运营影响有限,停业平台数量在该时期出现小幅度波动。

2015年12月,《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法(征求意见稿)》发布,给平台带来较大影响。2015年12月停业平台即达到42家。该《征求意见稿》发布以后,紧接着在2016年各地频繁出台监管政策:北京、上海、深圳等地工商部门先后停止“投资类”“互联网金融类”等企业注册登记;国务院发布《关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》,并将网贷行业作为重点防范领域;《关于开展互联网金融广告及以投资理财名义从事金融活动风险专项整治工作实施方案》出台,网贷平台的广告宣传面临更严格的要求。

2016年8月,《暂行办法》8章、共计47条全文发布。里面的三个重点——额度限制、电信业务经营许可、银行存管,给业内造成重大影响。

2016年10月13日,国务院办公厅公布了《互联网金融风险专项整治工作实施方案》,对互联网金融风险专项整治工作进行了全面部署安排。

按照“打击非法、保护合法,积极稳妥、有序化解,明确分工、强化协作,

远近结合、边整边改”的工作原则,对 P2P 网络借贷、股权众筹、互联网保险、第三方支付、通过互联网开展资产管理及跨界从事金融业务、互联网金融领域广告等重点领域进行整治。专项整治工作为期一年,2016 年 4 月开始,计划至 2017 年 3 月底前完成。

(2) 中国互联网金融协会针对会员违规行为规定了 7 种惩戒方式。

2016 年 7 月 26 日下午,中国互联网金融协会向各会员单位下发了《中国互联网金融协会章程》《中国互联网金融协会会员自律公约》《互联网金融行业健康发展倡议书》《中国互联网金融协会会员管理办法》《中国互联网金融协会会员自律惩戒管理办法》五项文件,并同时抄报给央行、银监会、证监会及保监会。该五项文件于 2016 年 7 月 21 日正式发布,并经第一届会员代表大会及第一届常务理事会 2016 年第一次会议审议通过。

其中,《中国互联网金融协会会员自律公约》指出,各会员单位要保障客户的资金账户安全,防范资金账户风险;并要求会员严格履行反洗钱义务,防范洗钱和恐怖融资风险。

对于会员违规行为的惩戒方式,中国互联网金融协会根据《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》《中国互联网金融协会章程》以及《中国互联网金融协会会员自律公约》,制定了《中国互联网金融协会会员自律惩戒管理办法》。协会对会员违规行为实施惩戒的方式有 7 种,视情节轻重,给予警示约谈、发警示函、强制培训、业内通报、公开谴责、暂停会员权利以及取消会员资格的惩戒。

(3) 监管部门、行业协会出台与 P2P 相关的征求意见稿。

2016 年 8 月初,中国互联网金融协会发布《中国互联网金融协会信息披露自律管理规范(征求意见稿)》《互联网金融信息披露标准——P2P 网贷(征求意见稿)》。同月,中国银监会也发布了《网络借贷资金存管业务指引(征求意见稿)》。2017 年 2 月 22 日,《网络借贷资金存管业务指引》正式出台,对 P2P 平台的监管有了法律依据。

关于 P2P 网络借贷行业的监管规则、自律规范逐步出台,有助于构建监管体系,促进网贷行业的健康发展。

2. 国外

(1) 美国出台网贷行业白皮书。

2016 年 5 月,美国财政部经过对网络借贷市场的调研后,发布《网络借

贷行业的机遇与挑战白皮书》，表明美国的监管机构对于美国的 P2P 网络借贷行业的持续关注，并通过总结、反馈调研信息，帮助各方了解网络借贷行业的机遇与挑战。

(2) 裁员成为网贷市场的最新趋势，裁员比例为 5% ~ 40%。

2016 年 7 月，美国《华尔街日报》撰文称，由于市场环境发生变化，网贷业务的问题在 2016 年暴露出来。这些问题从 2016 年年初开始积累，由于担心借款人违约，加之投资人越发偏爱其他贷款方式，迫使一些网贷公司出台了更加优惠的条款来吸引投资人，网贷行业增速放缓，使美国网贷公司纷纷开始裁员。包括“Lending Club”“Prosper”“Marketplace”“Avant”在内的多家美国大型网贷公司都宣布了大规模裁员计划，表明他们目前面临的困境并非短期的市场调整，而是会长期持续存在的一个困境。“Avant”计划裁员比例在 5% 至 40% 之间，以便应对贷款额的降低。

◇ 第二节 P2P 基础法律结构

最初的 P2P 借贷模式中只有三个主体，法律结构简单明了。后来，随着 P2P 在中国的发展，涉及的主体越来越多，法律结构越来越复杂。本章节将结合中国 P2P 网贷发展的特点，从主体、法律基础以及相关法律关系三个方面进行分析。

一、P2P 基本主体

最开始的 P2P 网贷模式只有三个主体，即借款人、出借人（投资人）和平台机构，随着 P2P 网贷在中国的发展，又增加了一些主体，如平台机构引入了担保人、资金通道方，下面简要分析一下这些主体。

（一）借款人

一般情况下，P2P 网络借贷中的借款人主要是个体的自然人，即年满 18 周岁，具有完全民事行为能力的自然人。2016 年 8 月出台的《暂行办法》规定，参与网络借贷的借款人应当为网络借贷信息中介机构核实的实名注册用户。同时，该《暂行办法》也规定了借款人应当履行的义务以及不得从事的禁止性行为。当然，目前也有一些 P2P 平台的服务对象是小微企业，借款

人可能就是小微企业。

借款人在向平台机构申请借款时,平台一般会要求借款人提交申请材料,包括借款人的身份证明、资金用途、收入证明以及证明借款人经济能力的其他材料等,同时平台还可能要求借款人提供个人的信用报告等。借款人要通过 P2P 平台在线提交借款申请,填写相应的注册信息,包括个人基本信息、资金用途以及还款能力的证明材料,平台机构根据借款人提交的资料进行审核并根据实际情况要求借款人补充相应的材料,通过审核后,平台再将借款人的需求以项目的形式进行发布。

这次出台的《暂行办法》第 17 条也明确了网络借贷金额应当以小额为主,并且规定了同一借款人在同一网络借贷信息中介机构平台及不同网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限。同一自然人在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限不超过人民币 20 万元,同一自然人在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币 100 万元,同一法人或其他组织在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限不超过人民币 100 万元;同一法人或其他组织在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币 500 万元。

(二) 出借人(投资者)

出借人是 P2P 网贷交易中最重要的一环,是整个交易中的资金来源方,如果出借人这个环节出现问题,那么整个交易就不能最终完成。并且,出借人作为 P2P 交易中的投资者,是整个交易中的权益方。因此,可以发现,整个 P2P 交易平台更多的是侧重于如何采取更有效的手段保障投资者的投资资金进而吸引更多的投资者。当然,现今发生的很多平台“跑路”事件,直接损害的是众多投资者的权益,也容易引起群体性事件,造成社会的不稳定。因此,对 P2P 的监管措施,更多的考虑是界定平台的中介角色,采取各种手段将投资者的资金与平台隔离。从出借人的民事行为能力来看,出借人也要具有完全的民事行为能力,具备基本的投资理财能力。实践中有些平台机构还会对出借人进行理财风险承受能力评估,然后根据其相应的风险承受能力推荐相应的理财产品。

这次出台的《暂行办法》规定,参与网络借贷的出借人,应当具备投资风险意识、风险识别能力、拥有非保本类金融产品投资的经验并熟悉互联网。同时明确了出借人应当履行的义务,包括:(1)向网络借贷信息中介机构提

供真实、准确、完整的身份等信息；(2) 出借资金为来源合法的自有资金；(3) 了解融资项目信贷风险，确认具有相应的风险认知和承受能力；(4) 自行承担借贷产生的本息损失等。

(三) P2P 网络借贷平台

它是一种信息服务机构，根据这次出台的《暂行办法》的规定，P2P 平台界定为网络借贷信息中介机构，根据其定义是指依法设立，专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。该类机构以互联网为主要渠道，为借款人与出借人（即投资人）实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务，同时也明确规定，网络借贷信息中介机构不得提供增信服务，不得直接或间接归集资金，不得非法集资，不得损害国家利益和社会公共利益。P2P 网络借贷的模式最早起源于英国，自 2007 年中国诞生第一家 P2P 平台——“拍拍贷”以来，P2P 网贷在中国迅速蓬勃发展。经过几年的发展，国外最初的 P2P 网贷模式在中国发生了很大的变化。从法律上来看，P2P 平台从事该业务的法律基础是《合同法》关于居间行为的规定，因此，在这种情况下，P2P 平台只是信息服务的中介，为撮合借贷双方的交易提供信息服务，其在出借人和借款人之间扮演的角色是居间方，有权在提供信息服务后，收取相应的佣金报酬。因此，在这种法律关系下，P2P 平台只能是作为信息中介而不能是信用中介，但在实际操作中，很多平台为了吸引更多的投资者，通过各种手段赋予平台担保人的角色，比如，平台自身为借款人的借款提供担保，当发生逾期不能还款时，由平台受让该债权并由平台先行为投资者偿还债权。这与监管意见是相违背的，平台会面临较大的法律风险。

为了加强对 P2P 平台的监管，《暂行办法》要求实行备案登记，P2P 平台机构及其分支机构，应当在领取营业执照后，于 10 个工作日内携带有关材料向工商登记注册地地方金融监管部门备案登记。同时，规定了网络借贷信息中介机构应当履行的义务及禁止性规定，明确提出不得吸收公众存款、不得归集资金设立资金池、不得自身为出借人提供任何形式的担保等，并增设不得从事的债权转让行为、不得提供融资信息中介服务的高风险领域等内容，旨在保护投资者的资金安全。

至此，出借人、借款人与 P2P 平台形成了最简单的 P2P 运行模式，其运行的基本思路是，借款人和出借人（投资人）作为借贷关系的双方、平台机构

作为居间方为借贷双方提供信息服务,撮合借贷双方的交易。一般情况下,资金需求方即借款人,通过平台机构表达资金需求,平台为借款人匹配相应的出借人(投资人),并撮合双方的交易。因此,在这种情况下,借款人的每一笔借款资金,都来自相对应的出借人(投资人),出借人(投资人)的每一笔出借资金,都有明确、直接的去向。平台只是为借贷双方提供信息服务,不归集资金,不进行错配,也不直接介入借贷双方的交易中。

(四) 担保人

正如上文所说,最初的 P2P 网贷模式被引入中国后发生了变异。平台机构为了吸引更多的投资人,引进了担保人为投资人的资金提供担保。这里所述的担保人是平台之外的担保机构,不包括平台自身为出借人提供担保的情况。这些担保机构包括融资性担保公司以及专门从事担保业务的公司等,为出借人承担连带担保责任。当发生借款人逾期或其他情形导致借款人不能按时还款,并符合行使担保权的条件时,一般由担保机构向出借人先行代偿,担保公司代偿后,再向借款人追偿,其追偿范围除了代偿资金外,还包括担保公司追偿所产生的各项费用等。实践中,有些平台机构为了节省合作费用,通常会另外成立一家担保公司或由自己实际控制的关联公司为投资者的资金提供担保,这种 P2P 平台对外宣称担保公司担保,实际上还是平台自身提供担保的方式,具有较大的法律风险。

(五) 第三方资金通道

大量 P2P 平台“跑路”事件的发生引起了投资者恐慌。为了保障投资者的资金安全,避免平台挪用投资者的资金、平台资金与客户资金混同等情况的发生,大量的平台机构引入了第三方资金通道,如银行、第三方支付机构,将投资者的资金进行存管或托管。根据《暂行办法》第 28 条的规定,网络借贷信息中介机构应当实行自身资金与出借人和借款人资金的隔离管理,并选择符合条件的银行业金融机构作为出借人与借款人的资金存管机构。目前,将客户资金进行存管或托管已成为行业共识,但实际上,很多 P2P 平台只是在银行或第三方支付机构中开设类似对公的虚拟账户,通过该账户收取客户的资金,平台机构依旧能够掌控客户的资金。这种做法看似将客户资金脱离了平台机构,实际上只是流于形式,平台没有切实按照监管的要求保障客户资金安全,容易引发内部的系统风险,也容易遭受监管层的处罚。

二、法律基础

P2P 网贷实际上是依托民间借贷的法律关系发展起来的,其涉及的相关法律法规主要有《民法通则》《合同法》以及最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》等,《合同法》等法律法规允许自然人等普通民事主体之间发生借贷关系,并允许出借方到期可以收回本金和符合法律规定的利息。

1. 关于借款合同的相关规定

《民法通则》第 90 条规定:合法的借贷关系受法律保护。

《合同法》第 196 条规定:借款合同是借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同。第 197 条规定:借款合同采用书面形式,但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 1 条规定:本规定所称的民间借贷,是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

2. 关于居间合同的相关规定

《合同法》第 424 条规定:居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。第 426 条规定:居间人促成合同成立的,委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的,由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。居间人促成合同成立的,居间活动的费用,由居间人负担。

三、相关法律关系

P2P 网贷主要涉及的法律关系有借贷法律关系、居间法律关系、债权转让法律关系、担保法律关系以及委托法律关系等。

(一) 借贷法律关系

P2P 平台运行的本质是民间借贷行为。按照最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 1 条的规定,民间借贷是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。在通常情况

下,出借人(投资人)与借款人之间形成的是借贷法律关系,出借人向平台机构提交申请材料表明借款需求可视为合同上的要约邀请,平台机构将借款人的借款信息以标的形式在平台上发布,投资者的投标行为则可以视为向借款人发出要约,当竞标的期限届满,借款计划成功时,借款人对于成功投标的出借人进行的确认则视为承诺,此时双方的借款合同成立。只要双方具备完全民事行为能力 and 行为能力,意思表示真实,不违反法律法规的强制性规定,合同即合法有效。

一般来说,民间借贷中的借款合同都会对借款的利息进行约定,它本质上属于自然人之间的借款合同。根据最高人民法院发布的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 26 条的规定,借贷双方约定的利率未超过年利率 24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的,人民法院应予支持。上述司法解释规定不仅从法律层面上肯定了民间借贷行为的合法性,同时也赋予了出借人可以收回本息的权利。

(二) 居间法律关系

这里所述的是纯平台模式下的居间法律关系,P2P 平台与出借人和借款人之间形成了居间合同法律关系,根据《合同法》对居间合同的相关规定,居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。在 P2P 网络借贷模式下,平台机构作为出借人和借款人双方的居间方,为他们提供信息服务,并为此收取佣金报酬。但在实践中,特别是近几年 P2P 网贷在中国“野蛮式”的发展,行业内竞争形势的加剧,很多 P2P 平台在从事网贷业务时出现了双重角色,在充当居间人角色的同时,还充当保证人的角色。平台机构为了吸引投资者参与了本不该介入的借贷双方的交易,以各种方式和手段为投资者的出借资金提供担保或保证。

根据此前出台的《暂行办法》第 10 条的规定,网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事下列活动:(1) 为自身或变相为自身融资;(2) 直接或间接接受、归集出借人的资金;(3) 直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本保息;(4) 自行或委托、授权第三方在互联网、固定电话、移动电话等电子渠道以外的物理场所进行宣传或推介融资项目;(5) 发放贷款,但法律法

规另有规定的除外;(6)将融资项目的期限进行拆分;(7)自行发售理财等金融产品募集资金,代销银行理财、券商资管、基金、保险或信托产品等金融产品;(8)开展类资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式的债权转让行为;(9)除法律法规和网络借贷有关监管规定允许外,与其他机构投资、代理销售、经纪等业务进行任何形式的混合、捆绑、代理;(10)虚构、夸大融资项目的真实性、收益前景,隐瞒融资项目的瑕疵及风险,以歧义性语言或其他欺骗性手段等进行虚假片面宣传或促销等,捏造、散布虚假信息或不完整信息损害他人商业信誉,误导出借人或借款人;(11)向借款用途为投资股票、场外配资、期货合约、结构化产品及其他衍生品等高风险的融资提供信息中介服务;(12)从事股权众筹等业务;(13)法律法规、网络借贷有关监管规定禁止的其他活动。由此看来,《暂行办法》以负面清单形式划定了业务边界,平台为了避免更大的法律风险,应当明确自身的信息中介性质,不得触碰监管“红线”。

(三) 债权转让法律关系

关于债权转让的法律规定,《合同法》第79条规定,债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(1)根据合同性质不得转让;(2)按照当事人约定不得转让;(3)依照法律规定不得转让。同时,第80条规定,债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。这是P2P网贷债权转让模式下的法律基础。在这种模式下,除了借款人和出借人外,还存在第三方个人。一般先由第三方个人向借款人提供借款资金,与借款人形成债权债务关系,第三方个人取得对借款人的债权,然后第三方个人再将该债权转让给平台上投资的出借人,出借人因此取得对借款人的债权。由此可以看出,借贷双方之间并不是直接形成债权债务关系。值得特别说明的是,第三方个人通常是与平台有直接联系的人,有可能是该平台的法定代表人或高级管理人员。债权转让模式的典型代表是宜信公司,该公司的CEO唐宁,就是作为宜信专业放款人的角色,先以唐宁作为出借人将贷款资金支付给借款人,与借款人形成债权关系,之后唐宁再将该债权转让给平台上的投资者,投资者受让该债权后成为借款人的债权人,从而实现债权的流转。

根据《暂行办法》第10条第8项的规定,网络借贷信息中介机构不得开展类资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额

等形式的债权转让行为。有上述行为的网络借贷信息中介机构应当在 12 个月的过渡期内,通过采取自查自纠、清理整顿、分类处置等措施进行整改。

(四)担保法律关系

这里所述的担保法律关系是指出借人、借款人、P2P 平台机构与担保机构的担保法律关系。一般情况下,担保机构对投资人的资金承担的是连带责任保证。如前所述,很多 P2P 平台为了吸引投资人,引入了担保机构为投资者的资金进行担保,一旦发生借款人逾期不能还款付息时,先由担保机构对投资者进行代偿,然后由担保机构向借款人追偿。除此之外,P2P 平台也会与小贷公司合作,由小贷公司负责开发借款人。同时,P2P 平台还会让小贷公司对借款人的借款提供担保,当借款人发生逾期不能偿还借款本息时,由小贷公司先行偿付投资者的资金。一般来说,小贷公司是不具备担保资质的,也不会合作协议中出现“担保”字眼,通常采用“代偿”方式来规避法律的禁止性规定,但这种方式也是在打法律的“擦边球”,法律风险还是存在的。

(五)委托法律关系

这里的委托法律关系是指 P2P 平台与银行、第三方支付机构等之间的法律关系,它们之间主要是委托法律关系,根据《合同法》对委托合同的规定,委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。实践中,P2P 通常与银行、第三方支付机构等合作,P2P 平台委托银行、第三方支付机构等管理客户资金,根据指令划转资金流向,从而使平台机构脱离资金掌控,避免平台机构恶意挪用客户资金给投资者带来资金安全风险。但这种方式是否能够充分保障客户资金安全,实践中还是有很大争议。虽然监管层的意见是要求平台机构将客户资金进行存管或托管,但这种根据指令行为划转资金的情形容易引起道德风险,即平台机构可以虚设借款人账户,伪造虚假的借款合同和相关凭证,指令银行或第三方支付机构将资金划转至该账户中,平台机构能够轻易挪用客户资金。在这种情形之下,实际上客户资金的安全还是无法得到充分保障,但与纯资金通道模式相比,安全性相对更高一些。

◇ 第三节 P2P 法律实务之研究方法

一、研究 P2P 法律实务的必要性

P2P 网贷作为近几年异军突起的行业,在短时间内吸引了大量的关注,有人利用 P2P 来投资,有人自己开办 P2P,或者利用 P2P 结合自己原有从事的行业衍生出了完整的 P2P 行业链,成为互联网金融的重要组成部分。但一个客观存在的事实是,大部分介入 P2P 行业的人是因逐利而来的,许多商业行为并非经过严格的法律论证之后才来实行。

尽管如此,这个行业已经初具规模,已是我国金融体系里面的重要组成部分,在前几年兴起过程中,商业的模式是先于法律而进行的,因而也引发了许多问题,无论是法律层面还是社会层面。

经过前几年 P2P 的快速发展,大家已接受了这个新事物的存在,基于暴露出的许多问题,不少还是处于我们法律或监管政策的空白区域,因此应当加以研究,出台相应的规范。

二、什么背景的人更方便研究 P2P

P2P 的特性中天然就有金融的特质,虽然现在已经被互联网金融的定义所涵盖,但它的真正的内涵还在变化当中。

P2P 是一个类金融的行业,也有人称之为微金融的行业,必然要受到监管,所以它身上同时具备金融与法律的特性。

因此,从事金融或类金融行业的人更容易理解这一行业特性,更容易切入,如银行、小贷、保理、典当、担保行业的从业人员,与此同时,进行相应这类法律实务的人群,也有研究的条件,如从事这一方面业务的律师。当然,笔者也注意到有部分做刑案的律师从结果反向研究切入这一领域。

三、研究 P2P 法律实务的几个重要方法和观点

(一)收集足够、实时的信息,包括法律法规、判例、实务研究人士的重要观点

目前这一行业尚处于发展阶段,相当多的实证信息都在实务第一线,要

做好研究,最好处于第一线。基本上这一行业每3个月就有重大变化。这也导致之前某些讲金融的教授给人讲解互联网金融中的P2P,空有理论的观点却明显脱离了实务,无法解答实务第一线的问题。但经过这几年各种信息的传播,相信已有足够的信息去落地。

(二)理解平台实质上是“没有牌照的银行”

P2P平台和银行一样,都要解决资金数额和期限错配的问题。解决这个问题,最好的办法就是有个庞大的资金池,而银行天然就是一个合法的资金池,但P2P平台要形成资金池没有法律上的依据。

银行形成资金池非刻意行为,P2P平台要形成资金池更多是基于主客观需求。P2P平台要形成资金池很可能招来刑事追责,假如P2P平台没有形成资金池解决今天的错配,只能连夜“跑路”。银行有国家信用的背书,挤兑只存在于理论当中;而P2P平台任何一个环节出问题,除了“跑路”别无他法。

(三)为保障投资者的资金安全,政府要求P2P平台只能是信息中介,不能成为信用中介

何为信息中介,就是平台只为借贷双方撮合交易,提供风险评估、信息公开、信息咨询等附加服务,然后从每一笔交易中收取手续费。何为信用中介,就是平台介入借贷交易,赚取的是风险溢价的钱。因此,如果是信用中介,出于逐利的本性,必然不能保证客户的利益,反而带来各种各样的风险。

(四)深刻理解信息流与资金流

这是一个很重要的观点,也是一个很关键的研究方法。

所谓信息流,就是P2P在运作过程当中所显示出来的表象,实质上就是所体现出来的法律关系。比如,P2P的一个重要表象就是人们通过P2P平台,在支付一定成本的情况下,要么通过投资取得回报,要么通过借款取得款项,从法律上来讲,上述行为就是一个借款关系,再细化一下,属于民间借贷范畴,中间还夹着一个居间关系。P2P的基础信息流是至少要具备两个法律关系,一是借款合同法律关系,另一个是居间合同法律关系。(如图1-1所示)

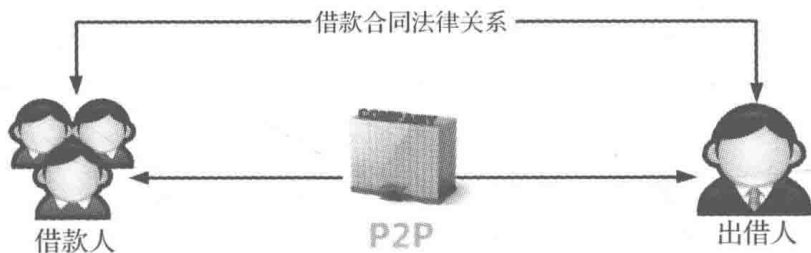


图 1-1 居间合同法律关系

所谓资金流,就是在 P2P 在运作过程当中,资金是如何流动的。众所周知,资金是用来交易的一般等价物,在其流动过程当中,要么体现为在银行、第三方支付平台里的数据,要么体现为具体的实物,即货币。(如图 1-2 所示)



图 1-2 P2P 资金流

正常情形下,资金流是与信息流相一致的,比如 P2P 平台通过其居间行为,撮合了出借人(投资人)和借款人,依据法律关系的表述,涉及的资金应当从出借人手上转至借款人手上。(如图 1-3 所示)

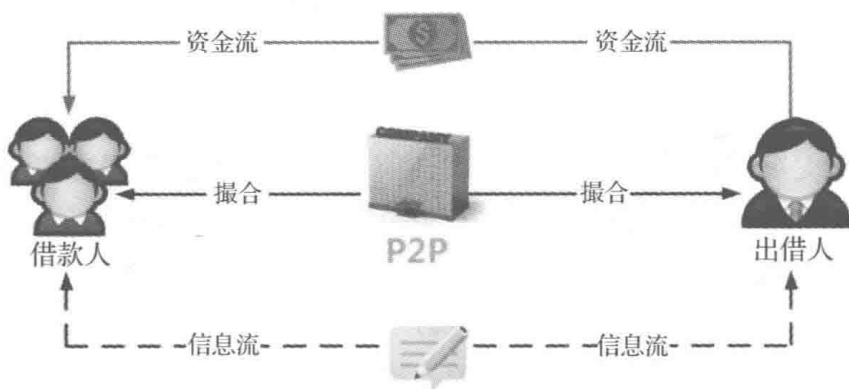


图 1-3 P2P 资金流与信息流

甲今天在平台上投了 1 万元,乙 1 天后通过平台收到 1 万元,这并不能

简单认定资金流就是符合信息流(甲借了1万元给乙)。

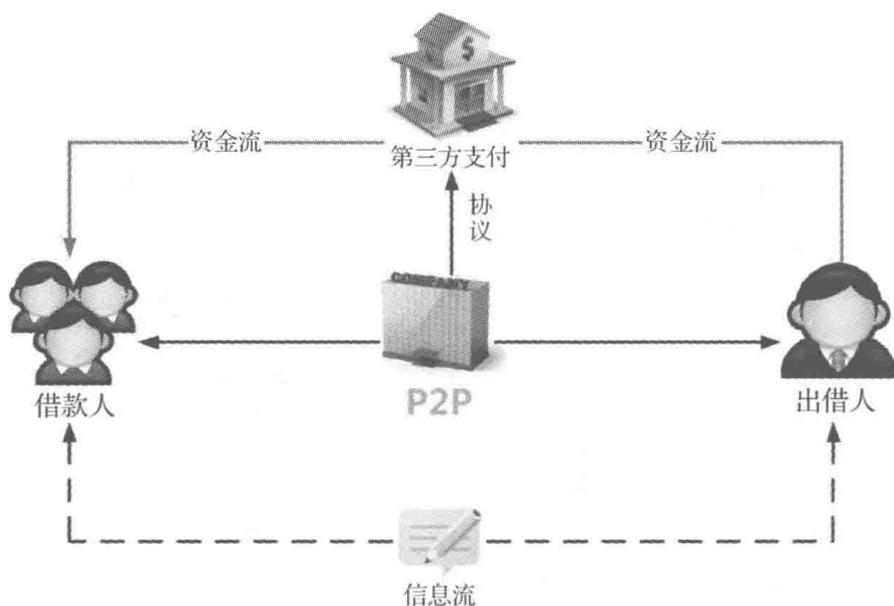


图 1-4 资金流、现金流关系

在实际过程当中,资金流转有可能出现增加环节或截流,如图 1-4 所示,即便资金最终按信息流的表象到了应当获取的人手中,但由于 P2P 平台通过协议控制了第三方支付环节,随时可以进行截流或转移,实质上信息与资金流不匹配,这就解释了为什么会出现如自融、资金池、非吸等问题。

虽然这是一个比较重要的方法,但由于我们很难看到资金的流转,这只是一研究方法,或者说是判断方法,并不适合一般的投资人。

(五)辩证看待研究资金端和资产端

无论是哪一种模式或类型的 P2P,也不管是国外的还是国内的,也不论之前的现在的还是将来的,作为 P2P 的基础是不会变的,就是通过平台的撮合,让出借人的资金流转到借款人那里。

这个基础在法律上的连接点在 P2P 平台,结构上表现为由两段连接构成,一段是出借人(投资人)到平台的连接,我们通常称之为资金端;另一段是平台到借款人的连接,我们通常称之为资产端。

简单来说,关于资金端,其实就是开发投资人,大部分的平台有专门的营销团队来做,包括到百度上去做推广广告,地铁广告,当然也有像“有利

网”，当时的 CEO 到《非诚勿扰》节目上去征婚，本质上就是营销，基本不涉及复杂的法律关系。

关于资产端，就是开发借款人及何种类型的借款人，P2P 在国外起源时，这个也简单，借款人直接联系平台。但到了国内，这一端就相对复杂，产生了巨大的变异，可以说，国内 P2P 主要的模式也因这一端有所不同而有所区别。（关于资金端与资产端详细内容请翻阅本书第二章第一节）

对于要侧重哪一端，平台创始人也会有不同意见，甚至产生分裂，如“有利网”。目前很难说侧重哪一端更加有利于平台发展，各平台都根据自身资源或所长进行发展，但两端的存在是客观必须的，像之前的问题平台“e 租宝”，基本上就没有资产端。

（六）研究民间金融

中国的民间资本一直就很活跃，P2P 的出现解决了民间金融行为只能利用自有资本进行流转的局面，利用 P2P 可以更快地建立规模，快速复制壮大，甚至可以进行资本杠杆化运作。

许多传统的模式由线下转到线上，如车贷、红本抵押，在研究好线下传统金融流转的基础上可以更好地理解有中国特色的 P2P 发展。

（七）深入第一线，研究变化，理解行业

P2P 仍属于一个高速发展的行业，在第一线会有更多感性的认识。其中一个更关键的理由是 P2P 的经营者更多的是按商业角度去考虑模式创新，而非从法律专业角度出发，因此，只有在行业相关的第一线，才能掌握第一手研究信息。

第二章

重点法律专题

◆ 第一节 P2P 法律模式

P2P 在中国的发展可以用“百花齐放”来形容,各种各样的形式层出不穷,但分析其运行模式,无非是互联网与传统行业的结合,所以仍然有基础的法律脉络可循。本章节主要就目前国内盛行的各种 P2P 模式进行探讨,分析其运行规律,为更好地研究及提早预判法律风险提供有益参考。

P2P 的基础法律关系是居间法律关系,居间法律关系中的三个主体即出借人、借款人和居间平台机构仍然是最基本的法律主体。通过研究这几年 P2P 的发展特点,就会发现 P2P 的资金端没有太大的变化,主要是资产端在发生各式各样的变化。P2P 运行中,资金端与资产端的匹配显得十分重要,它不仅是资金流动的平衡,也是法律关系的平衡。

一、P2P 的资金端与资产端

何为 P2P 的资金端? 何为 P2P 的资产端? 在此有必要对其进行释义。

P2P 的资金端是指资金来源的一方,通常是指 P2P 平台中的投资人和理财方。资金端是 P2P 交易中一个非常重要的一个环节,资金端为整个交易提供资金保障,借款人也是通过资金端获得贷款满足借款需求。

P2P 资金端的功能主要是,在线上吸引不同的投资人到平台上进行投资。这种吸引投资来的行为,商业上就是一个营销行为。为了更好地营销

平台,我们通常会看到平台设有品牌总监这种职位,统一宣传口径,统一品牌推广,方式也多种多样。包括在百度等知名搜索网站上竞价排名,在地铁上投放宣传海报,花巨资在央视投放广告,甚至有平台的高管为了平台的宣传效果参与到征婚等电视节目。但本质上没有太大的区别:都是为了扩大宣传,吸引更多的投资者。现阶段,很多 P2P 平台的资金端相对来说逐渐稳定和充足。

而资产端是与资金端相对的一方,P2P 平台作为提供信息服务的居间方,一边连接的是资金端,另一边连接的是资产端。资产端是指借款人及借款的担保等内容,资产端是资金的去向。2015 年版的《中国 P2P 借贷服务行业白皮书》已把资产端的主要资产划分为六大类,分别是小额信贷、保证担贷款、抵押质押贷款、普通企业贷款、供应链贷款、其他资产。但 P2P 资产端则不一样,它是国内 P2P 模式千变万化的源头。例如,P2P 平台为了开拓借款人,需要聘用大量的工作人员进行信用审查和风险控制,这是一种最简单的、直接面对借款人的方式。实践中,有些 P2P 平台为了减少人力成本,通常与小贷公司进行合作,由小贷公司开发并提供借款人,同时让小贷公司对所推荐的借款人的借款提供担保,这样 P2P 平台就能有效减少人力成本,并将风险转移给小贷公司,P2P 平台只需要关注与小贷公司的合作即可。有的 P2P 平台与传统担保公司合作,由担保公司提供有抵押(车辆、房屋)的借款人,这种方式相比较而言安全性更高。有的 P2P 平台把应收债权打包成产品,类似保理产品,投放到平台上进行融资。有的 P2P 平台注重开发拥有银行承兑票据的借款人,以该票据作为借款的保证。还有的 P2P 平台把一些高流通的货物作为抵押物做成产品投放到平台上进行融资。所有的这些都是资产端的变化;而且,可以预见的是,未来会有更多的产品进入 P2P 平台。从法律的角度分析,可以大体上归纳为增加信任度和可靠度,增加各类担保。

P2P 的存在解决了民间金融一个很大痛点,就是提供足够、便捷且合法的资金。民间金融一直独立于传统官办金融体系之外,传统的官办金融机构对于民间金融向来是控制加监管的指导思路,传统的官办金融机构凭借其垄断地位拥有广阔的市场,并更倾向于为大型国有企事业单位服务,很多小微企业和个人面临融资难的困境,不得不通过民间借贷的形式获得资金周转。正常的民间借贷是合法行为,但这往往受到出借方可出借资金量大

小的限制,以及可出借期限的限制,而 P2P 这种模式可以很方便地找到足够资金来源,只要规模够大,就能专享服务费及利差。P2P 的本质就是民间借贷,因此它所依托的居间关系中三个主体出借人(投资人)、借款人、居间方(平台)就成为所有衍生关系的核心,连接各方,连接更多的法律关系。

P2P 中的资金端解决的是资金来源的问题,资产端解决的是借款需求问题。从法律关系上看,这两者必须保持相对的平衡。如果资产端不能提供足够的借款需求,那么资金端就可能没有足够的项目吸引投资者的资金,或者捏造虚假项目骗取投资者的资金,形成资金池,构成刑事犯罪。如果资金端的营销没做好,不能在线上吸引足够多的投资人来消化项目,同样会导致资产端因无法解决借款人的需求而无法运行。长期如此,有可能出现“庞氏骗局”的现象。之前的“e 租宝”事件,被曝其平台基本不注重资产端的建设,甚至没有资产端,在资金端花巨资宣传,高利吸引投资者的资金,以后期投资者的资金归还先期投资者的本息,是典型的“庞氏骗局”。

二、P2P 模式分析

根据 P2P 的发展特点,P2P 的模式主要有以下几种:

(一) 纯平台模式

最原始的 P2P 模式,P2P 平台作为信息服务的中介机构,仅为出借人与借款人的借贷交易提供信息服务,撮合借款合同的成立,不参与出借人与借款人之间的借贷交易,投资风险完全由出借人(投资人)承担,这种模式称为“点对点”模式。

在这种模式下,法律关系最为纯粹和简单,就是借款法律关系和居间法律关系。具体来说,在借款法律关系中,借款人按照借款合同约定享有按时收到借款资金的权利,并承担按时归还借款本息的义务,出借人则负有交付借款资金的义务,享有按期回收本息的权利,这个法律关系下不涉及居间方即平台机构。在居间法律关系下,P2P 平台撮合借贷双方达成借贷交易,平台从中收取服务费(佣金),一般情况下,该服务费由平台向借款人收取,出借人无须支付。该模式如图 2-1 所示。

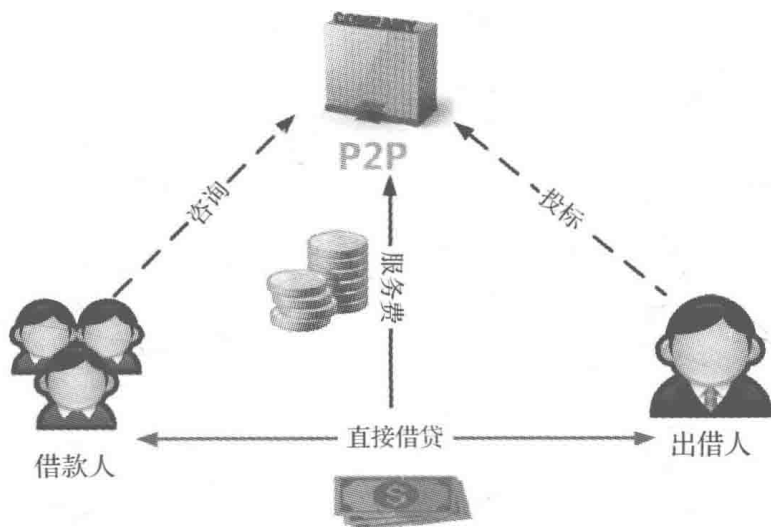


图 2-1 点对点模式

P2P 最先被引入中国的时候,很多平台也是按照这种模式开展业务的,但由于中国信用制度的缺失,无法全面衡量借款人的信用状况,投资者面临的风险较大,难以吸引足够的投资者,导致这种模式很难维持下去。后来,P2P 平台针对这种问题想出了解决方案,即第二种模式。

(二) 平台加担保模式

为了解决信用问题,P2P 平台在原来的基础上为借款人的借款提供担保,消除投资者的顾虑。P2P 担保可以分为内部担保(风险准备金)和外部担保(担保公司、小贷公司、保理公司等)。

P2P 的内部担保通常是指,P2P 平台设立一定比例的风险准备金,当借款人发生逾期、第三方机构未能及时履行代偿责任的情况下,P2P 平台用该风险准备金收购平台发生逾期或违约的项目资产,保障广大投资人的权益。此外,P2P 平台还会按照新增待收余额的一定比例定期(通常是按月)计提,对风险准备金账户进行资金补充,确保风险准备金账户有一个持续的、远高于平台历史违约率的资金储备。在这种模式下,P2P 平台不再是纯中介机构,还主动承担了担保的角色,承担了保障投资者资金安全的义务。比起纯中介模式,投资者的风险转移到 P2P 平台上,投资者能够按时回收借款本息,对投资者来说相对更安全一些。但受限于 P2P 平台提取风险准备金的大小,仍然有可能出现该准备金无法全面覆盖违约的风险。(如图 2-2 所示)