

P2P 网络借贷的规矩失灵与法治回应

王斐民,周之琦

(北方工业大学 文法学院,北京 100014)

摘 要: P2P 网络借贷是 P2P 网络技术应用于金融业的产物,其本质是依托于互联网技术的金融。然而,鉴于金融创新的特点,传统金融规则与其格格不入,造成一系列法律与监管问题。因此,既需要运用现有法律制度处理其出现争议时的法律适用问题,也需要运用新思维透视现有金融法律制度的弊端。针对 P2P 网络借贷业务的跨界性,多元监管主体、功能监管与机构监管相结合,原则监管和规则监管相结合是塑造我国监管体制的可行之道。针对现有法律制度的操作失灵,通过制定监管规则和自律规范,明确网贷平台类金融机构的法律地位、规定其行为规范和法律责任、明确消费者权益保护规则以及避免刑事法律风险的规则至关重要。

关键词: P2P 网络借贷;网贷平台;监管失灵;回应型法

中图分类号: D922.28 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-105X(2015)01-0032-07

一、P2P 网贷的发展及其法律问题

(一) P2P 网贷的定义

P2P 网络借贷(以下简称网贷或者 P2P 网贷),即 peer-to-peer Lending 或者 person-to-person Lending,是指在互联网背景下,寻求借款融资的个人与意图贷款投资的个人通过网贷平台连接起来,以直接融资的方式实现债权融资。在我国,习惯上所指的 P2P 网贷实际上也包括了 P2B 网贷,即借款人属于商业主体的情形。因此,用网贷型众筹或者债权型众筹(loan-based Crowdfunding)指代 P2P 网贷更为科学。但是,基于约定俗成的叫法,本文仍以 P2P 网贷称谓“网贷型众筹”。在网贷模式下,借款人可以根据自己的信用状况和还款能力自主决定借款数额、利率、期限、偿还方式等条件,并通过网贷平台予以发布;贷款人则可以根据网贷平台所提供的借款人信息自由选择出借对象,根据约定借出小额资金并按期收取本金、利息;网贷平台则通过向借款人、贷款人提供服务而根据约定条件向双方收取服务费。P2P 网络借贷以 P2P 网络互连理念和互连技术为基础,以信息消解信用问题,成为一种去中介化的直接债权融资的新模式。

(二) P2P 网贷的发展

网贷在本质上与古老的朋友或者家人借贷相

类似,但是其可以通过互联网技术把借贷扩大到更多的社区。由于具有“交易单数大、两头涉众多、单笔金额小、服务对象微”等特征,强烈显现出普惠金融的属性和促进包容性增长的功能,因此其刚出现就显示出强大的发展潜能。伴随着互联网技术的发展,从 2001 年开始,美国至少有 14 家网贷平台在运作,在线网贷催生了多种商业模式。如 2006 年成立的 Prosper 公司和 2007 年成立的 Lending Club 以 2007 年次债危机为契机,得到迅速发展,目前是美国非慈善 P2P 网贷市场的主导者。又如在 2014 年 12 月 11 日,全球最大网贷平台 Lending Club(美)成功登陆纽约证券交易所,IPO 价格为每股 15 美元,上市首日行情火爆,收于 23.43 美元,涨幅高达 56%,成交量近 4500 万股,市值 85 亿美元^①。此事件成为全球网贷行业的标志性事件。

2007 年起成立的拍拍贷、易贷等 P2P 网贷平台是我国网贷的先行者。在金融压抑的背景下,我国的 P2P 网贷平台呈现“爆发”之势,有人将其称为无规则下的“野蛮生长”。据“网贷之家”统计,截止 2014 年 11 月,我国出现了近 1540 家 P2P 网贷平台,其中目前交易仍较为活跃的有 300 家左右。从目前的成交量推算,预计 2014 年全年 P2P 网贷平台的成交额将突破 2500 亿元,较 2013 年的

^① 数据来源:“网贷之家”官网,http://news.wangdaizhijia.com/20141212/15764.html,2014 年 12 月 15 日访问。

收稿日期:2014-12-23

作者简介:王斐民(1970—),男,法学博士,北方工业大学文法学院副教授,硕士生导师;
周之琦,女,北方工业大学经济法学专业研究生。

1058亿元,增长了近1.5倍,已经成为我国民间融资的一个重要通道^①。

(三) P2P网贷的法律问题

随着连续不断的网贷平台跑路事件,网贷的法律问题也随之日益凸显。

1. 网贷平台的定性问题

P2P网贷平台作为一种金融创新的产物,具有与传统金融完全不同的新特点。首先,通过网贷平台达成交易的要求较低,范围较广;其次,网贷平台撮合借贷双方交易而不参与交易,也不承担逾期还款责任;再次,通过网贷平台的信贷是一种信用交易,一般无需担保;最后,网贷平台的经营模式和交易方式由机构自身确定,没有明确的标准。针对网贷平台的上述特点,将其纳入到现有金融法治体系比较困难,尤其是如何确定其法律性质和如何将其归类。2014年9月27日,银监会创新监管部提出“P2P网贷监管的十大原则”,其中明确指出,P2P网贷平台不是信用中介,也不是交易平台,而是信息中介。对网贷平台的这种定性,不仅与国际惯例不符,而且与网贷监管的其他原则相矛盾。从国际惯例来看,网贷平台具有信用增级、流动性增强、匿名交易、自由定价、公平信贷和多元选择等功能。没有信用中介和交易平台的功能,仅具有信息中介功能的网贷平台与P2P网贷平台应当具有的基本功能相去甚远。在P2P监管的十大原则中,要求“P2P网贷应该有一定的行业门槛,对从业机构应该有一定的注册资本,高管人员的专业背景和从业年限、组织架构也应该有一定的要求”。这种要求如果是对于一个单纯的信息中介而言未免太苛刻,它更像是对于类金融机构或者准金融机构的要求。因此,“十项原则”有自相矛盾之处,即在对网贷平台的定性上存在不妥,使得网贷平台的机构属性与机构服务职能不匹配。

2. 网贷平台的信息服务问题

作为撮合借款人及出借人之间资金交易的服务商,网贷平台通过构筑网络平台,集中借款需求对象的信息,然后发布信息,出借人再根据信息产生交易意愿并完成交易。因此,其开设网站平台并收集提供信息之目的也是为了撮合借贷双方成立借贷关系,促成借贷双方签订借贷合同从而收取服务费以实现营利,其核心是居间服务。而作为向双方提供订立合同的媒介服务的居间人,网络借贷平台主要提供信息服务。一般而言,网贷平台主要提供以下信息服务:首先,在平台上发布借款人的资金需求信息;其次,提供借款人的有效信用记录等

信用资料;第三,协助借贷双方进行信息沟通并对交易信息进行电子存档;最后,对已完成的交易信息及平台总体运营情况向监管机构和公众进行信息披露。我国《合同法》对居间人仅规定了其负有就有关订立合同的事项向委托人如实报告的义务,在居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,损害委托人利益时,不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任^②。而由于网贷的特殊属性,借贷双方大多是不熟悉的主体,网贷平台信息服务的行为在借贷双方订立合同的过程中起着至关重要的作用。如果网贷平台所发布的借贷信息不真实、不完整、不准确、不及时,很可能直接导致损害结果。在这种情况下,网贷平台除了负有如实告知的义务之外,是否应当承担“积极调查信息”的义务,在现有法律制度中未规定。此外,当客户交易信息遭到泄露时,网贷平台应当承担何种法律责任,亦未有明确的规定。因此,在网贷平台提供信息服务的过程中,应当遵循何种行为规范,承担何种法律责任均不明确。

3. 网贷的信用增级问题

在我国当前主要的网贷平台上,出借人出借资金的愿望非常强烈。譬如,陆金所^③发布的借款产品一经上线,几小时之内即被抢购一空。众多投资者涌入该市场,原因纵然是多方面的,但有很大一部分原因在于平台进行的信用升级行为使投资者产生了信任感。陆金所的成功很大程度上源自于其是中国平安保险(集团)股份有限公司旗下成员之一,具有金融系的背景并以有效风险控制著称。资金出借人不仅看重借款人,而且更看重平台的信用水平。因此,各网贷平台为吸引消费者,在其宣传中,会大力渲染借款风险低,其中最有效的是对借款人采取了信用增级,对债权提供了担保或者保险。在这里面,信用增级的方式五花八门,采用较多的有:(1)网贷平台自身对投资者本金的保证,对借贷行为进行担保;(2)引入第三方担保机构进行担保,如果出现账款逾期或坏账,由担保机构先向投资人偿还,再由担保机构向借款人追偿;(3)网贷平台向借款人提取风险准备金,用于弥补坏账损失。此外,一些平台拟引入保险制度,对投

① 数据来源:“网贷之家”官网, <http://shuju.wangdaizhijia.com/industry?type=2-11.html>, 2014年12月15日访问。

② 《中华人民共和国合同法》第452条。

③ 陆金所:上海陆家嘴国际金融资产交易市场股份有限公司,是中国平安保险(集团)股份有限公司旗下成员之一,由于具有金融系的背景并以风险控制著称,深受P2P投资者青睐。

资损失进行投保。2014 年 4 月 21 日,针对网贷平台频繁“跑路”的现象,银监会官员在接受媒体访问时,明确提出 P2P 网贷平台的发展不得突破“四条红线”,即平台的中介性,平台不得搞资金池、平台不得非法吸收公众存款、平台本身不得提供担保。尽管平台本身不能提供担保,但网贷平台各种形式繁多的信用增级行为仍未停止。网贷模式中的信用增级可能会掩盖并累积网贷行业的风险,但是为债权提供担保或者保险不仅能够降低投资人的风险,撮合更多的交易,而且这些债权加固的方式也是固有商业习惯或者模式,符合现有法律规定。由于网贷平台的信用增级行为缺乏明确的行为规范,那么,在借款人逾期还款的情况下,信用增级行为应当如何定性、担保主体应当承担什么责任则值得讨论。尤其是,平台提取的风险金如何保管和使用,都没有明确的行为规范。

4. 网贷平台的贷款组合问题

为了降低风险,丰富投资,许多网贷平台还对项目进行分割组装,推出形态各异的借贷产品。譬如,一些网贷平台把一位出借人的资金同时借给很多借款人;或是将一笔较大金额的借款分成许多份,由不同的出借人来认购,这种贷款组合类似于传统的债券。这种贷款组合行为,尤其是第二种,出借人认购分割后的融资项目份额时,几乎与证券发行行为无异。在美国的 P2P 借贷行业中,这种产品被称为多样化投资组合(portfolio diversification)。我国也有类似的贷款组合行为,譬如在 2014 年初饱受质疑的宜信事件中,借款人向宜信借款,宜信将这些借款以债券的方式分拆,用不同期限组合等模式打包转让给资金出借人,从中赚取高额利润。又如 2014 年 3 月 24 日,一家公司在红岭创投网站融资 1 亿元,借款用于收购某公司 100% 的股权,该融资项目被分拆为 10 个项目,每个项目规模为 1000 万元,3 个小时就完成全部融资。这一行为引起了广泛争论。有些人认为,这种贷款组合行为是网贷平台进行业务创新的产物;有些人认为这实际上是一种违法行为,甚至被一些专业人士认为涉嫌非法集资。但是,这种贷款组合行为应当如何进行约束,是否应当定性为债券发行行为,则值得深思。网贷平台自身分割组合发行债权和发布出借人相应信息的行为,应当区别对待,其中的权利义务关系大为不同,但是这种权利义务关系的内容仍是法律空白,其所产生的期限错配、债权错配的风险承担主体也没有得到法律、法规或者自律公约的明确规定。

二、P2P 网贷的监管困境

P2P 网贷作为互联网金融的一部分,其本质仍是金融,而金融对监管有着内在需求与外在动因,因此,对网贷的监管势在必行。但是,监管主体选择不当、监管理念陈旧以及监管方式死板都会把网贷行业监管限于困境。

(一) 监管主体

2014 年 4 月 8 日,银监会表示,按照国务院最近的决定,为了加强对互联网金融的发展、规范和监管,由银监会牵头对 P2P 网贷进行监管。自此,网贷平台有了一个明确的监管主体和监管协调机构。笔者认为,网贷行业补充的是信贷市场,由于我国的信贷业长期被商业银行所垄断而一直接受银监会的监管,网贷平台作为信贷业的一股新生力量,与银监会监管的市场联系较为紧密。但是,P2P 网贷借贷并非银行贷款这种间接融资模式,而是一种直接融资模式,而且有些组合贷款行为实际上是证券发行,从这种意义上观察,网贷市场属于证券市场,应当由证监会来监管,因此,由银监会监管似乎并不恰当。由于《证券法》对证券的严格限制,证监会监管网贷又缺乏合法性。由此便产生了在监管机构确定上的困境。

从国外的实践来看,监管主体的选择也存在争议。如《多德—弗兰克法》颁行之,美国由美国证券交易委员会(即 SEC,以下简称 SEC)监管 P2P 网贷市场,但是受到了一些学者的诟病。美国学者 Paul Slattery 将 P2P 网贷业置于 SEC 的监管下称为“square pegs in round holes”(即,方柄圆凿,格格不入),认为这种监管模式产生了大量的合规成本,市场进入壁垒以及投资者风险。他还质疑 SEC 对网贷行业的管辖权,认为将这种新兴投资模式视为证券是牵强的。他认为应当将网贷行业置于金融消费者保护局(即 CFPB,以下简称 CFPB)的管辖之下更为合适。在 2008 年金融危机的背景下,P2P 网贷行业逆势上涨,显示出了巨大的潜力。而这场金融危机,不仅对市场产生了改变,也改变了美国的监管政策,使美国的金融监管发生了戏剧性的变化,《多德—弗兰克法》把大部分 P2P 借贷活动从 SEC 的监管中豁免,取而代之是新设立的对 P2P 网贷行业持支持态度的 CFPB^[1]。又如英国则是从 2014 年 4 月 1 日起,由金融市场行为监管局(FCA,以下简称 FCA)对 P2P 网贷行业进行监管。2014 年 3 月 6 日,英国 FCA 发布了《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》(简称《众筹监管规则》),P2P网贷被视为众筹的一种,与股权众筹业务一并受到监管^[2]。

由此可见,将P2P网贷行业置于统合、跨领域的监管机构是当前的国际趋势。鉴于网贷行业作为一种金融创新,其具有横跨信贷业和证券业的属性,因此,由单一的分业监管部门进行监管是不合适的。但是,由于我国目前金融业的分业监管体制,统一监管主体的制度设计实际上存在体制困境,而所谓银监会的牵头监管(功能监管的理念)则由于完全取决于监管协调机制的有效和灵活,其也存在分割监管的僵化问题和遏制金融创新的问题。

(二) 监管理念

就目前来看,银监会对网贷采取的是所谓的“底线监管”和“原则监管”的理念。但是,这种所谓的“底线监管”和“原则监管”并未清晰地树立鼓励金融创新和保护金融投资者的理念,在强化约束机制和宽容创新之间很难找到平衡,其结果必然又回到了“保守与传统”的监管理念,这对于创新的金融业态而言,仍过于陈旧。

目前,国际上通行着两种差异化较大的网贷行业监管理念。第一种是以德国为代表的相对保守的监管理念。根据德国法律,只有银行才能发放贷款。为了符合监管政策,几乎每个网贷平台都需与银行合作,由银行发放贷款,然后通过网贷平台把债权出售给投资者。这就涉及了一个较复杂的法律关系,事实上借款人和投资者之间无直接的合同关系。因此,网贷在德国演化成了又一种间接融资模式。此外,德国的法律还禁止高利贷,禁止借贷利率超出市场平均水平的两倍,这意味着P2P网贷利率的上限约为16%—18%^①。可见,德国的网贷行业事实上处于一种法律壁垒以及市场大环境的限制之下,未能形成冲击传统金融的新领域。另一种是以美国为代表的相对开放的监管理念。美国针对监管所暴露的问题进行过“大刀阔斧”的改革,《多德—弗兰克法》提出了防范系统性风险与保护金融消费者的两大核心理念,并在此基础上不断更新监管理念,把机构监管和功能监管有机结合,并把对金融机构的监管和对其所从事的经营行为进行综合监管,凡是其任何一方涉及监管主体的管辖权,则相应的监管主体即可以采取监管措施,这扩充了监管主体的行为弹性。

就我国而言,在一定程度上存在德国市场中的法律壁垒问题,不仅涉及涉嫌非法集资的问题,也涉及民间借贷的利率限制问题。另一方面,网贷行

业,又存在监管真空,显现出目前的“机构监管”模式与现有的金融市场不相协调的局面。因此,监管理念的更新是一个重大问题。

(三) 监管方式

由于规则的缺乏,目前,无论是市场准入、行为监控还是事后处罚均没有形成明确的监管方式。从银监会提出的网贷“十大监管原则”看,对网贷的监管仍以规则监管方式为主导。然而,规则监管的监管方式是以传统的具体规则为核心,与灵活多变的互联网金融领域存在着先天的相悖之处,阻碍了金融创新。

近几年发达国家兴起的原则监管方式为解决上述问题提供了思路。原则监管方式有别于传统的依据具体规则进行监管的监管方式,其更多采用一些一般性准则的规定,以结果而非过程为导向,强调监管对象的主动参与,并以其内部管理活动为基础^[3]。将原则监管与规则监管相结合,能够避免网贷行业监管规范体系形成像传统部门一样的过于庞杂、精细而缺乏弹性的局面。网贷行业作为一种金融创新,将其纳入传统规范体系是困难的,这就要求明确监管目标,并首先对金融业务活动和监管活动中具有指导地位的原则(一般性、概括性的规则)进行梳理。

三、P2P网络借贷运作的刑事法律风险

(一) 刑事诉讼案件的常见罪名

网贷涉嫌刑事犯罪,是当下社会对该行业诟病的主要原因,主要涉及非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。2014年4月21日,处置非法集资部际联席会议举行新闻发布会,最高人民法院、最高人民检察院、公安部也正式发布《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》,对利用P2P网贷平台实施非法集资做出了一些规定。自网贷兴起之初,关于这种互联网创新是否涉嫌金融犯罪就存在很大争议。长期以来,如何界定网贷平台是否涉嫌非法吸收公众存款罪,以及该罪与合法有效的民间借贷之间的区分都较为模糊。《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》第11条规定,民间借贷的合同效力按照合同法第52条以及最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第14条的规定认定。自然人与非金融企业之间的借贷

^① 参见 Claus Lehmann, <http://www.altfi.com/>, 2014年12月2日访问。

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,不宜认定借贷合同无效,可见其给予民间借贷以支持态度。但是,这个规则仍然限于地方性,而且在实际经营过程中,网贷平台仍然成为上述两类罪名的重灾区。

(二) 网贷涉嫌犯罪的常见形式

网贷涉嫌犯罪的形式多种多样,但是常见的有以下几种形式:一是,网贷平台自设资金池。一些网贷平台在收取借款人借款和向贷款人贷出之间产生时间差,产生存放资金的资金池。有些网贷平台把借款需求分拆或组合成理财产品出售给放贷人,或者先归集资金再寻找借款人和项目,使放贷人的资金进入网贷平台的账户,产生资金池。资金池的形成造成了网贷平台可能违反资金的约定用途而挪用资金。二是,信息审查不到位。网贷平台对借款人身份真实性的核查不到位,没有尽到审查义务,未能及时发现甚至默许借款人在网贷平台上以数个虚假的名义发布大量虚假的借款信息,向不特定的人群募集资金,用于投资金融或房地产等,有的甚至直接将在网贷平台上非法募集的资金用于放高利贷,从中赚取利差。三是,网贷平台是犯罪集团的工具,利用网贷平台洗钱,或者采取借新还旧的庞氏骗局模式,在短期之内大量募集资金,有的用于自身生产资金,有的甚至卷款潜逃^[4]。有媒体统计,已有200多家P2P网贷平台跑路,其中一部分即是庞氏骗局模式,涉嫌诈骗^①。

当网贷平台涉嫌犯罪时,投资者挽回损失的希望就十分渺茫了。

四、对P2P网贷的法治回应:

回应型的金融法

针对上述法律问题、监管困境与刑事犯罪风险,笔者认为,现有法律治理体系应有力地回应现实需求。

(一) 明确网贷平台类金融机构的定位

P2P网贷平台实质上是从事金融服务业的类金融机构^[5]。首先,网贷平台经营中介型借贷业务不仅仅是作为借贷双方之间的一个中介平台,更是向投资者提供一种金融理财的服务。比如,很多借贷网站为分散风险,提供配套系统,将一位投资者的资金同时借给很多借贷者;或是将一笔较大金额的借款分成许多份,由不同的投资者来认购,这种贷款组合类似于传统的债券型理财产品。同时,个人对个人的贷款模式(P2P)也可以被视为一种创

新性金融工具。其次,网贷平台是类金融机构。因为其没有国家金融监管部门批准颁发的金融业许可证且不直接参与货币信用,不与借款人直接发生借贷的法律关系,也不承担逾期还款的风险。因此,网贷平台并不具有正规金融机构的性质。但是,在整个网络借贷活动中,资金确实在网贷平台开设的第三方支付平台账户内发生了流转和暂存,与此同时,网贷平台提供的信用增级服务、贷款组合服务均为金融服务。所以尽管网贷平台并不完全符合金融机构的定义,又无需任何监管机构或主管部门确认其在金融市场中的地位,但是基于其从事与金融有关的服务,笔者称其为类金融机构。

类金融机构的定位能够将网贷平台的机构属性与机构服务职能匹配起来,从而为明确网贷平台的权利义务关系提供基础。

(二) 网贷平台的如实告知义务及法律责任

网贷平台应当负有积极调查借款人信息和保证信息真实有效的义务,并承担在借贷信息不真实、不完整、不准确、不及时导致损害结果时的连带责任。原因主要基于以下两点:

第一,网贷平台作为借贷双方的居间人,应当对借款人的基本情况以及对与订立合同相关的事项进行了解,确保告知资金出借人真实有效的信息。借贷双方的交易判断应建立在网贷平台提供信息的基础之上,借贷双方自行承担风险的前提也应该是网贷平台提供信息的真实性。

第二,网贷平台作为一种营利性的信息服务法人,在专业技能、资金实力、责任承担能力方面较传统的居间人要强大,不能与普通居间人一概而论,其应具备实质审查借款人信息的能力。此外,积极调查信息的真实性,保证借款人的信用也是网贷平台进行风险控制的有效手段。

因此,笔者认为,在法治回应上,可以采取两种方式:第一,在具体司法实践中,在适用《合同法》第425条时,对平台课以审慎审查义务。现在已有相关判例,即以公平原则和诚实信用原则扩张了居间人的如实告知义务,而限于“故意隐瞒或者提供虚假情况”的情形,要求居间人承担审慎审查义务;第二,在将来制定《民法典》或者起草《合同法》司法解释时,应当区分营业和非营业居间人不同程度的如实告知义务,对营业居间人课以积极调查义务。境外已有相关立法。如我国台湾地区2000年

① 参见硅谷动力, <http://www.enet.com.cn/article/2014/0523/A20140523381074.shtml>, 2014年6月1日访问。

修订后的债法,规定营业居间人承担积极调查义务。因此,网贷平台在提供信息服务时,必须对借款人信息进行积极调查。在借款人逾期不还款的情况下,出借人如能举证证明网贷平台提供的借贷信息不真实、不完整、不准确、不及时,即可要求网贷平台赔偿由此造成的损失。

(三) 信用增级的行为规则与法律效力

目前,我国P2P网贷平台主要采取三种信用增级方式:第三方担保机构为借款人进行担保、网贷平台向借款人提取风险准备金、网贷平台对出借人进行本金保证。从目前的监管政策看,网贷平台保证兑付本金的方式不符合监管要求。从刑事风险看,网贷平台提供担保的行为使得网贷平台符合了非法吸收公众存款罪的构成要件。从理论上讲,网贷平台担保出借人的本金兑付,可能导致网贷平台自身的风险控制与出借人风险控制之间难以平衡,因此,在体现监管政策的“十大原则”之外,应当以规章或者行业公约的方式明确禁止平台自身提供担保的行为。

实践中,引入第三方担保机构为借款人进行担保的方式较为常见。在不具有《合同法》、《担保法》规定的无效事由的情形下,第三方担保行为应认定有效。但这种情况也存在一定的法律风险。有观点认为,无论是网贷平台自身还是通过第三方为出借人提供本金和收益担保,都是将各个独立的、分散的借款人的信用风险转换为单一的网贷平台或者担保公司的风险,进行了信用转换。因此,存在着由于担保人资金有限,不具有为全部债务进行代偿的能力,投资人最终不能实现担保权利的问题^[6]。事实上,现实中甚至存在着网贷公司与担保公司同一老板,左手保右手的荒唐现象。因此,在引入第三方担保机构进行信用增级时,应当在监管细则中要求第三方在提供担保之时必须具有代偿能力,要求担保机构就其担保数额、代偿能力以及与平台的关联关系向监管机构定期披露。

为了确保网贷平台向借款人提取的风险准备金的资金安全,应当对该笔资金进行妥善保管。如同借款人通过网贷平台借入资金时由第三方支付或者银行托管一样,风险准备金也可以由第三方托管,网贷平台不应产生任何性质的资金沉淀。

(四) 贷款组合的合法性路径

贷款组合类似于传统的债券产品,对于无准入门槛、无执业许可的网贷平台而言,其从事上述行为的合法性显然会遭到质疑。而且,债权的主体多元、数额差异和非共时性,以及资金的期限和数额

错配都会大大增加资金出借人的风险。

贷款组合容易被纳入到债券发行的规则之下,因此其法律风险巨大。如果发行对象在200人以上或者采取了网络平台公开招募,则必须按照《证券法》进行规范,由证监会进行监管。如果发行对象严格限制在200人以内,但是只要采取平台发布招募信息,则势必也是债券公开发行行为,仍然需要按照《证券法》进行规范。可见,贷款组合行为在目前监管分割的情况下,实难合法。可以寻求的突破路径是,修改《证券法》时,扩张证券的概念,把通过网贷平台发行组合投资债券的行为,视为证券发行,并对规定数额之下的发行予以豁免登记(仅备案交易记录即可)。

(五) 网贷监管的“脱困”

网贷监管脱离“困境”,主要的途径有四个:首先,P2P网贷行业作为一种金融创新具有跨业属性,在分业监管体制下由单一监管部门负责监管并不合适。目前,银监会牵头监管的体制,是我国对P2P网贷行业进行监管的次优选择。但是,这种由于金融创新而出现的业态,被纳入传统的监管体制总是存在“方纳圆凿”的问题,格格不入。因此,笔者认为,法律治理体系的彻底更新是最好的选择。如美国由CFPB监管或英国由FCA监管网贷行业,是通过新设立的新型监管机构进行监管,意图在鼓励行业发展和保护投资者之间达到最大的平衡。对于我国的网贷而言,建立一个统一的金融投资者(消费者)保护机构或者设立一个统一的金融行为监管机构,以新的机构监管新的行业,则更有利于在金融业创新发展和规范发展之间寻求到平衡。

其次,确定“机构监管”和“功能监管”相结合的监管理念。网贷平台可以申请多种金融行业营业的机构资质,并接受两家甚至两家以上监管部门的监管。不同监管部门的地位不同、监管范围或者侧重点不同,相应的监管理念也有差别。在不改变分业监管体制的情况下,功能监管的理念实际上是破除分业监管体制弊端的一个有效选择。多元监管体制的存在必然伴随着监管信息的重复采集和监管成本的增加,因此信息共享和监管协调机构必须灵活、有效。

第三,把原则监管方式与规则监管方式相结合,以适当的监管力度,有力促进网络金融在新型金融市场中的作用,促进各种新型融资形式的法律化。笔者认为,在网贷行业监管中,原则监管是一种目的控制导向的监管方式,与经济法的“目的性”

特征相吻合,即在基本目标和基本原则确定的前提下,根据金融机构运行的行为结果进行判断,如果行为结果导致了资源配置的非合理、非效率的情形,则重新配置权利义务关系,并重塑行为规则。具体而言,针对网贷平台,应建立非常宽松的准入门槛,并借鉴英国的做法,同时设计变动性的资产数额要求,使其资本能力和运行规模相匹配。在运营规则上,主要对业务范围、第三方资金托管以及信息披露等方面进行细致规定。在权利保护上,突出以“网贷平台行为规范和法律责任明晰、投资者(消费者)知情权和隐私权以及适格性”为中心的规则体系,在具体执行中赋予监管机构和消费者比较大的自主权,在保障安全性和金融投资者(消费者)权益的同时,最大限度地减少平台负担。

最后,发挥行业自律组织的补充监管作用。2014 年 11 月 5 日,中国小额信贷联盟发布《小额信贷信息中介机构(P2P)行业自律公约(修订版)》,这是小贷联盟自 2012 年 12 月首次发布 P2P 网贷行业自律公约后的第一次修订。该公约核心内容主要包括:实名登记;明确网贷平台为信息中介;业务公开透明;实施第三方资金托管;把借款人信息接入征信系统;从业人员具备一定资质;承担客户保护责任等等^[7]。其中,“实名登记”制度引起热议。所谓实名登记,是指 P2P 信息中介机构对于所有出借人都要实名登记,而且对于所有借款人都要实名登记,并定期将各自平台的借款人数据报送征信系统。笔者认为,双实名的制度安排,突破了网贷匿名的国际惯例,但是对于我国目前社会整体信用状况不佳的情况仍具有现实需求。在我国网贷发展中,行业自律组织发挥了重要作用,以章程和公约的方式确立了网贷行业的基本规范,成为网贷的一线监管者。但是,我国行业协会的自律规则受监管政策影响较大,基本成了“监管部门的影子”。此外,由于自律组织的规则只能约束自愿签署或加入的平台,因此适用范围有限。因此,发挥自律组织的作用,不仅其应保持一定的独立性,而且应通过其运营和服务,树立权威,以吸纳更多网贷平台加入协会。

(六) 网贷刑事法律风险的防范

依据 P2P 网贷行业的常见罪名及其犯罪形

式,监管部门、协会以及平台可以制定一些行为规范,以避免平台以及借款人的刑事法律风险。譬如,通过把银行信用体系与网贷平台联网,以有效提高网贷平台信息审核的效率与真实度,避免庞氏骗局式的犯罪。

随着监管政策和行业自律规范中均明确要求通过网贷平台运作的借贷资金必须从平台隔离,委托银行托管。网贷平台与商业银行之间资金托管业务随之得到发展,越来越多的商业银行与网贷平台签订了“资金托管协议”。目前,中国银行、招商银行、交通银行、徽商银行、平安银行等分别与开鑫贷、人人贷、投哪网、有利网、红岭创投等网贷平台签署了合作协议^[8]。这种托管可以有效地避免平台形成资金池,避免挪用资金和非法吸收公众存款等刑事法律风险。

参考文献:

- [1] Paul Slattery. SQUARE PEGS IN A ROUND HOLE: SEC REGULATION OF ONLINE PEER-TO-PEER LENDING AND THE CFPB ALTERNATIVE; Yale Journal on Regulation, 30 Yale J. on Reg. 233, 2013
- [2] 杜晓宇. 英国 P2P 网络借贷和众筹监管新规则实施情况对我国的借鉴意义[EB/OL]. (2014-05-22) [2014-06-01]. <http://www. weiyangx. com/33500. html>
- [3] 刘媛. 金融领域的原则性监管方式[J]. 法学家, 2010 (3).
- [4] 吴景丽. 互联网金融基本模式及其法律风险[N]. 人民法院报, 2014-03-26(07).
- [5] 李爱君. 民间借贷网络平台的风险防范法律制度研究[J]. 中国政法大学学报, 2012(5).
- [6] 张雪梅. P2P 网络借贷相关法律问题研究[J]. 法律适用, 2014(8).
- [7] 李静瑕, 李潇雄. P2P 行业自律公约 2.0 版发布 贷款额度限 50 万以下[EB/OL] (2014-11-06) [2014-12-15] http://finance. ifeng. com/a/20141106/13252781_0. shtml.
- [8] 洪偌馨. P2P“逆袭”银行“示好”资金托[EB/OL] (2014-04-29) [2014-06-01]. <http://www. yicai. com/news/2014/04/3757294. html>.