

P2P网贷平台异化经营的法律规制

丁国峰

(昆明理工大学 法学院, 云南 昆明 650500)

摘要: P2P网贷是互联网金融的典型代表。当今“互联网+”已成为大众创业、万众创新的重要媒介, P2P网贷在繁荣民间金融市场、促进金融民主、发展普惠金融、鼓励金融创新等方面具有重要意义。但我国P2P网贷平台存在普遍异化经营的现象, 严重偏离“信息中介”的法律性质。其原因主要是法律监管主体及其职责不明确, 市场准入与退出法律制度不完善, 信息披露与保护法律制度不健全, 缺乏资金安全性标准, 行业自律监管不足。因此应明确P2P网贷平台作为信息服务中介的定位, 将银监会和地方金融监管部门共同作为其监管部门, 完善P2P网贷平台的市场准入备案和破产清算管理制度, 建立资金第三方存管制度, 并要构建以政府监管和行业协会自律监管相结合的混合模式, 完善P2P网贷平台“异化”经营的法律规制内容。

关键词: P2P网贷; 监管; 民间借贷; 风险

中图分类号: DF438.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2017)04-0105-13

一、引言

P2P网络信贷是由小额信贷和网络技术融合发展而来,^①是近十年来国外基于互联网技术的新型贷款模式, 其最初的模式是借款人和放款人通过网络借贷平台进行无抵押、无担保的小额信用贷款, 网贷平台在此过程中扮演着“信息中介”的角色。^②P2P网贷是在中小企业资金流动需求旺、银行贷款门槛高, 同时在小微企业信用增长的情况下诞生的, 其在互联网媒介及平台的支持之下比传统贷款方式更方便、快捷。债务人和债权人通过P2P网贷平台构建起信用联系。我国P2P网贷平台出现较晚, 国内第一家小额借贷网站成立于2007年, 此后多家P2P网贷平台相继出现, 在其发展壮大、影响范围不断拓展的情形下, 亦逐渐形成三种不同的模式, 而这三种模式的主要代表为拍拍贷、宜信、红岭创投。^③

我国P2P网贷平台经过近十年的发展, 具体呈现出三种运营模式: 纯平台模式、债券转让模式和综合服务平台模式。^④P2P网贷快速发展的同时, 对其属性界定和法律规制亦产生了不同的观点。一种观点认为, P2P网贷属于小额的金融创新尝试, 弥补了我国金融创新能力不足的缺陷, 为民间资本投融资创造了良好的市场环境; 另一种观点则认为, P2P本质上仍属于民间金

收稿日期: 2017-03-18

作者简介: 丁国峰(1980—), 男, 湖北英山人, 昆明理工大学法学院副教授, 法学博士。

^①Sergio Herrero-Lopez. Social interactions in P2P lending, Proceedings of the 3rd Workshop on Social Network Mining and Analysis, Paris, France: ACM, 2009, 54(33), p.3.

^②陈小辉、卢孔标、洪涛:《P2P网贷平台全面风险管理体系建设实践》, 重庆出版社2015年版, 第1页。

^③钱金叶、杨飞:《中国P2P网络借贷的发展现状及前景》,《金融论坛》2012年第1期。

^④李鹏飞:《浅析国内P2P网贷平台现状》,《新经济》2015年第2期。

融,存在着诸多风险问题。^①

P2P网贷的出现必然会产生诸多方面的影响,就金融方面而言,P2P网贷的积极影响主要是极大降低金融企业交易成本、提高资金配置效率和金融服务质量,推动资金借贷双方市场回归正常化、促进直接融资和推动影子银行的发展、助推征信调控金融风险等;而其对金融领域的消极影响则是加大了金融风险和金融的监管难度。^②为了综合评估P2P网贷平台的影响,有学者基于网贷平台和网贷参与者这两个主要维度,构建起一套综合评价体系,并进而阐明网贷平台的盈利能力和安全性是影响P2P网贷平台的重要因素。^③但不可否认,P2P网贷平台为中小微型企业和个人提供了新的融资渠道,其手续简单、方式灵活,开启了“大众金融”的时代。^④

P2P网贷也给借贷者、平台经营者和政策制定者带来了不同程度的机遇和挑战。但是如何规范互联网金融运行、引导并促进其发展与创新的问题值得深入思考和研究。^⑤P2P网贷平台在我国发展过程中呈现出更大的问题是异化经营,P2P网贷平台不仅是贷款中介的身份,而且或多或少地参与到P2P的交易之中,其性质更像一个特殊的金融机构。^⑥存在着相应的风险,就意味着有产生经济公害的可能,这也正是经济法所应调制的对象。^⑦亦有学者认为,对于融资市场不应采取强化机构监管措施,而应该创新监管制度,通过立法转变监管模式,实现对融资市场的良好管理态势。^⑧

目前,我国学术界关于P2P网贷平台异化经营的研究成果主要集中在以下三个方面:其一,关于P2P网贷以及P2P网贷平台的理论基础研究及其评析,即P2P网贷的具体内涵、运营模式以及所产生的背景、发展历程和现状。其二,P2P网贷平台的风险以及其所带来的影响,国内学者主要是从金融方面进行研究。P2P网贷平台的风险主要包括违约风险、信用风险、流动性风险、技术安全风险以及声誉风险,而其对金融的影响既包括积极影响如推动直接融资发展、影子银行发展等,又具有消极影响如加大金融风险和金融监管难度。其三,关于P2P网贷平台异化经营现象的初步介绍。上述这三方面的研究,介绍了我国P2P网贷平台的发展背景、发展现状以及发展模式等基本问题,为P2P网贷及网贷平台的研究奠定了理论基础。但是,随着P2P网贷在我国的不断深入发展,其异化经营的现象越来越多,由此而产生的风险不容忽视,而当前更多的是关注P2P网贷平台发展及其对金融秩序或金融环境的影响,缺乏较为具体、实效的有关P2P网贷平台异化经营的成因分析及应对措施的研究。现行的相关研究缺乏针对性和实际性,因而上述研究成果对我国P2P网贷平台产生异化经营的风险难以实现有效规避和合理防范。

笔者认为,我国P2P网贷平台异化经营的表现,主要体现在垫付机制和经营业务两个方面。无论垫付行为还是其开展的信用贷款、抵押贷款等经营业务,其本质都脱离了信息中介的角色。此种异化经营情形涉嫌非法经营罪、高利转贷罪,存在严重的法律风险和金融风险,会对我国金融秩序产生不良影响。基于对我国P2P网贷平台的实证考察,P2P网贷平台异化经营的成因主要为:P2P网贷平台的监管主体存在不明确的情况,监管内容有所缺失,监管模式尚不完

①姚海放:《网络平台借贷的金融法规制路径》,《法学家》2013年第5期。

②贺椰珍、王景利:《P2P网贷对金融发展的影响分析》,《金融理论与教学》2015年第6期。

③郭海风、陈霄:《P2P网贷平台综合竞争力评价研究》,《金融论坛》2015年第2期。

④[美]Peter Renton:《Lending Club简史: P2P借贷如何改变金融,你我如何从中受益?》,第一财经新金融研究中心译,中国经济出版社2013年版,第1-10页。

⑤刘澜飏、沈鑫、郭步超:《互联网金融发展及其对传统金融模式的影响探讨》,《经济学动态》2013年第8期。

⑥冯果、蒋莎莎:《论我国P2P网络贷款平台的异化及其监管》,《法商研究》2013年第5期。

⑦刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,《政治与法律》2014年第8期。

⑧岳彩申:《融资租赁监管模式的转型》,《法学》2012年第7期。

备。完善P2P网贷平台法律监管的路径应当是明确P2P网贷平台作为信息服务中介的定位,将银监会和地方金融监管部门共同作为其监管部门,加强P2P网贷平台的市场准入备案和破产清算管理制度,建立资金第三方存管制度,并构建以政府监管和行业协会自律监管相协调的混合模式,最终确保P2P网贷平台良性运行,维护我国金融秩序良性发展。本文针对现今P2P网贷迅速发展及P2P网贷平台不断涌现的趋势,立足于实证分析,对我国P2P网贷平台经营异化的成因进行论述,进而提出完善我国网贷平台良性经营以及P2P网贷安全的具体途径。

二、我国P2P网贷平台异化经营的表征

(一)我国P2P网贷平台异化经营的表现

P2P网贷最早产生于英国,P2P网贷平台(企业)仅在资金融通中扮演着居间角色。P2P网贷经营模式传入中国后,我国P2P网贷企业的业务模式远远超出了信息中介的角色范畴,呈现出异化经营趋势,各种交易模式层出不穷。当前P2P网贷的交易模式主要可以分为以下三类:第一,纯中介模式。即P2P网贷平台仅为投融资双方之间的借贷提供信息搜集与发布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务,平台公司不提供信用担保,也不接触借贷资金。第二,类资产证券化模式。类资产证券化模式的融资项目来源于企业或个人的已有资产,如小额债权、融资租赁债权、担保债权等,这些资产多由资产管理公司拥有,其与P2P网贷平台合作对资产进行包装设计,成为P2P网贷平台上的理财项目产品。P2P网贷平台将小额贷款公司的债权包装之后,开发成债权转让项目出售给投资者。^①第三,类货币基金模式。货币基金是聚集社会闲散资金,由基金管理人运作,基金托管人保管资金的一种开放式基金。货币基金资产主要投资于短期货币工具(期限一般在一年以内,120天期限较为普遍),如国债、票据、银行定期存款、政府或企业短期债券等短期性的有价证券。部分P2P网贷平台也模仿货币基金模式开展经营,如有利网无忧宝根据投资人的委托,对合作机构推荐的产品(包括但不限于借款项目、货币基金等)进行分散筛选,协助投资人将加入资金出借给借款客户、自动转让(或赎回货币基金)。投资人的资金及其收益,可以按照协议的约定任意提取。可以明显看出,在上述三种交易模式中,只有第一种模式中P2P网贷平台扮演的是信息中介的角色,而在第二种、第三种模式中P2P网贷平台已超越了信息中介这一角色,或多或少地介入到借款方和贷款方的交易之中,这种行为就使得P2P网贷平台的性质由信息中介改变成为一方交易者,此时P2P网贷平台就发生了异化经营。

P2P网贷平台异化经营的表现主要有:其一,P2P网贷平台的垫付机制。P2P网贷平台为了吸引投资者,进而选择用垫付的模式进行平台运行。如拍拍贷的本金保障计划,建立起“风险备用金”,用于保障投资人本金安全,但其不是针对具体的标的实行保障,而是针对标的整体。具体的垫付条件是:首先,投标50个列表;其次,投标的列表应满足每笔成功借出金额小于5000元,并且应小于列表借入金额的1/3;最后,当列表坏账总金额大于收益金总金额时,3个工作日内赔付差额。^②随着P2P网贷平台的发展,垫付机制也发展创新出了多种类型。担保模式、风险准备金模式相继出现。担保模式主要是指P2P网贷平台自身进行担保的情形,而不是指第三方担保机构进行担保,因为第三方担保P2P网贷平台的性质并没有发生改变。风险准备金模式是指P2P网贷平台公司建立一个资金账户,当借贷出现逾期或违约时,P2P网贷平台动用资金账户里的额度来归还投资人的资金,以此来保障投资人的资金安全。风险准备金模式如果没有第三方托管或者单独建立账户,其实质仍旧是P2P网贷平台的自行垫付,网贷平台的性质依然是超出

^①贾希凌、马秋萍:《P2P网贷平台的主要风险及防范策略》,《上海商学院学报》2014年第2期。

^②新闻稿:《拍拍贷本金保障规制》,http://www.ppdai.com/help/principalprotection,2016年11月27日浏览。

了信息中介的角色。其二, P2P网贷平台的业务形式。除了最传统的和普遍的贷款业务之外, P2P网贷平台还推出了各种新型的业务。这些新型的业务具体包括个人信用贷款、房产抵押贷款、车辆抵押贷款、票据贴现、配资、融资租赁、保理、供应链金融、银行过桥业务等。在个人信用贷款、房产抵押贷款、车辆抵押贷款中, P2P网贷平台更多的是承担一个信用中介的角色, 而非信息中介。在这三种业务中, P2P网贷平台的工作人员不仅要对贷款人身份信息、房产、车辆等进行验证, 还要进行相关的现场勘验和评估、客户的等级评估, 甚至要办理抵押登记、公证等程序或事项, 这些行为都远超出信息中介的角色行为。票据贴现业务是新出现的P2P网贷业务, 其出现的原因主要是我国票据市场逐渐形成较大规模, 而银行能处理的规模和人力成本有限, 同时银行处理小额票据的积极性不高。而这部分票据通常又多为中小企业所开具, 加大了企业在融资方面的贴现难度, 使得民间票据贴现逐步显现巨大的市场潜力。以金银猫平台为例, 在该平台的业务流程中, 借款人将银行承兑汇票质押给平台, 票据一般由第三方支付公司或银行托管, 随后平台发布借款标的, 投资人进行投标, 借款期限一般与票据到期时间一致, 借款人不再赎回票据, 借款标的到期后, 由平台或第三方直接到开票行承兑汇票, 用承兑金额对投资人还款。该项业务中网贷平台也超出了信息中介的角色。其他的业务如配资、融资租赁、保理等, P2P网贷平台在其中发挥的作用也与其原本的角色相差甚远, P2P网贷平台异化经营显而易见。

(二) 网贷平台经营异化涉嫌的法律风险

我国严重变异的P2P网贷经营模式涉嫌违法、犯罪。^①第一, P2P网贷可能涉嫌擅自设立金融机构。《商业银行法》第八十一条规定: “未经国务院银行业监督管理机构批准, 擅自设立商业银行, 或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任; 并由国务院银行业监督管理机构予以取缔。”许多P2P网贷企业变相吸收公众存款, 涉嫌擅自设立金融机构, 违反《商业银行法》及《刑法》。第二, P2P网贷可能涉嫌非法经营。国务院《无照经营查处取缔办法》规定, 超出核准登记的经营范围内擅自从事应当取得许可证或者其他批准文件方可从事的经营活动的违法经营行为的, 由工商行政管理部门依法查处。我国《刑法》第225条规定了“非法经营罪”。P2P网贷平台属于信息服务公司, 无权提供融资性担保、基金销售等业务, 但部分P2P网贷平台为融资行为提供担保, 直销货币基金, 其行为涉嫌非法经营的行政与刑事风险。第三, P2P网贷可能涉嫌高利转贷。《贷款通则》规定, 借款人不得套取贷款用于借贷牟取非法收入。《刑法》第175条规定了“高利转贷罪”。我国P2P网贷行业中存在出借人将银行贷款用于出借以赚取利息差, 也存在网络平台违法介入资金运作, 利用银行贷款填补亏损。第四, P2P网贷可能涉嫌非法吸收公众存款。《刑法》第176条规定了“非法吸收公众存款罪”。部分P2P网贷平台利用资金池模式吸收资金, 利用“庞氏骗局”吸引资金等涉嫌非法吸收公众存款行为。第五, P2P网贷可能涉嫌集资诈骗。《刑法》第192条规定了“集资诈骗罪”。部分P2P网贷平台的借款人虚拟项目和用途、编造虚假身份信息, 利用网络借贷平台向不特定的公众骗取款项。一些不法之徒肆意成立P2P网贷企业, 向不特定的社会群体融资, 在骗取资金之后迅速卷款潜逃。除此之外, P2P网贷平台还可能涉嫌虚假广告、诈骗、合同诈骗、洗钱等违法犯罪行为。^②部分P2P网贷平台行走于违法犯罪的边沿, 不加强法律的监管, 易致使投资人遭受重大损失, 影响社会稳定。

^①俞小海:《P2P网络借贷平台的刑事责任问题研究》,《汕头大学学报(人文社会科学版)》2015年第5期。

^②李晓明:《P2P网络借贷的刑法控制》,《法学》2015年第6期。

三、我国P2P网贷平台异化经营的法律分析

目前我国对P2P网贷平台虽存在着一定的管束,但P2P网贷平台普遍异化经营且问题频发。这意味着有关对P2P网贷平台监管的法律规定存在着缺陷或是处于空白地带。通过对目前相关法律、法规和政策的分析,不难看出,其主要存在以下三个方面的不足。

(一)监管主体多头、权责不清

监管的首要问题是要解决谁监管,其监管权责是什么。就我国目前对P2P网贷平台监管的有关法律、法规而言,存在着多头监管、权责不明的缺陷。

从既有的法律法规来看,银监局、工商部门、工信部门、税务部门、公安部门等均有权对P2P网贷市场进行监管,但因这些制度供给出现不同的部门,规则制定中缺乏协调机制,加之部门主义倾向,致使法律监管的效果不佳。

具体分析而言,根据《银行业监督管理法》的规定,银监会监管的对象主要是金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构。据此,银监会于2011年9月发布的《中国银监会办公厅关于人人贷有关风险提示的通知》,针对我国P2P机构的运作现状和我国金融行业的整体状况提出了七大风险及其应对措施。

工商行政管理部门据其职责,当前负有对P2P网贷企业设立监管的职责,但工商部门对P2P网贷企业并未设定特殊的准入条件和门槛。企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营活动,如果P2P企业违反规定,违法从事经营范围以外的经营项目,如违法开展吸收存款和放贷业务,工商行政管理部门将依据《无照经营查处取缔办法》对其予以查处。

工信部门对P2P网贷企业的监管主要是对“ICP许可证”的监管。申请成立网络借贷公司要申领工商行政管理机关颁发的营业执照,方可向工信部门申请颁发《电信与信息服务业务经营许可证》(即“ICP许可证”)。在取得“ICP许可证”后再向工商行政管理机关申请增加“互联网信息服务”的经营范围,然后在当地工商行政管理部门办理经营性网站备案后,方可进行网络经营。

另外,在设立P2P网贷公司时,企业需要申请领取税务登记证方可营业。P2P网贷企业在经营过程中的偷税、漏税等违法行为将受到税务机关的处罚。

公安机关主管金融类犯罪的刑事侦查工作,P2P网贷企业非法集资、诈骗、非法吸收公众存款、非法经营等犯罪问题均由公安部门侦查,其主要打击金融犯罪行为。

综上所述,工商、工信、税务、公安等部门等均有权对P2P网贷平台企业进行监管,但此类监管主要表现为企业设立时其基本职责的履行以及“问题”爆发后的善后处理工作及追责活动,基本未涉及对P2P网贷行业风险的事前、事中和事后监管,此类监管对于P2P网贷风险的预防及其问题的法律治理基本无效。

(二)监管的制度内容不完善

一个好的监管制度必须回答监管什么这一问题,监管什么主要由被监管行业的特性而定。就P2P网贷平台来说,监管的内容主要包括以下三种制度。

1. 市场准入、退出法律制度

目前我国P2P网贷企业的市场准入与退出法律制度不完善。根据当前的规范性法律文件,P2P网贷平台的注册程序与其他有限责任公司或股份有限公司的注册程序别无二致。按照《公司法》、《公司登记管理条例》的规定进行登记,同时按照《互联网信息服务管理办法》、《互联网

站管理工作细则》的规定取得“ICP许可证”并完成备案即可设立。2013年《公司法》修改后,改资本实缴制为认缴制,许可设立原则改为登记设立原则,P2P网贷公司的设立程序更为简洁。随着P2P网贷市场的发展繁荣,P2P网贷公司如雨后春笋般涌现,截止2016年2月底,全国累计有P2P网贷平台3 944家,其中问题平台有1 512家,占平台总数的38.3%。^①随着网贷经营模式的日益变异,对其实行监管愈来愈困难。大量的问题P2P网贷平台充斥着市场,这极易对民间金融市场的稳定构成巨大威胁,特别如e租宝等大型网贷平台的跑路现象,制造了极大的社会不稳定因素。监管困难的原因与市场准入制度存在着一定的关联度,当前P2P网贷企业的经营范围、企业名称等登记事项不明确,致使对其辨别并施加监管存有诸多困难,因此需要完善市场准入的法律制度,为P2P网贷企业的事中监管创造条件。

P2P网贷企业依托互联网技术为投融资双方提供资金融通服务,大量拓宽了民间借贷的群体范围和地域范围,活跃了民间金融市场。因投融资主体较为广泛,其停业、破产、注销等行为对相关利益主体的影响较大。如e租宝因涉嫌违法犯罪被公安机关立案侦查,其待还资金750亿元,涉及投资人百余万。但目前,P2P网贷行业并无特别的市场退出制度,仅依据《破产法》的破产清算程序及《公司法》规定的解散、清算规则,投资人、融资人的利益保护仍存有重大漏洞,民间金融市场的安全与稳定无法有效维持。因此,需要完善P2P网贷企业的市场准入和退出法律制度。

2. 信息披露与保护法律制度

通过浏览各P2P网贷平台公司的网站可以发现,各企业披露的信息非常有限。其一,项目信息较为简单。一些平台上的项目仅有融资期限、金额、利率等条件信息,缺乏项目情况介绍,缺少还款能力分析等信息。其二,平台的经营状况缺乏信息披露。网贷平台的逾期率、坏账率、风险保证金、财务信息等鲜见披露。在目前数千家P2P网贷平台企业中,仅有拍拍贷、人人贷等几个平台发布了年报披露财务信息,多数P2P网贷企业的运营状况较为隐秘。在信息封闭的情况下,企业为了吸引投资者,片面夸大投资收益率及安全性。其三,风险提示信息缺乏。多数企业更多宣传企业的累计投资人数、投资额及为客户赚取的收益,鲜有对投资人进行风险提示的,存在明显报喜不报忧的信息披露倾向。其四,风控保障措施披露较少。风控体系是保证投资资金安全的重要保障,关系到投资的成败,网贷企业应该充分披露风控信息,全面接受投资人的质证,但当前鲜有企业在网站上披露风控措施。除此之外,P2P网贷行业协会、监管部门也未充分披露信息,如行业协会可以将融资人的违约信息收集起来,建立黑名单制度,在行业内披露信息,实现信息共享,但目前行业协会未践行此项职能。P2P网贷平台的信息披露不充分,易造成信息不对称现象,增加投资人的投资风险。

P2P网贷企业不仅缺乏信息披露制度,对投融资人的信息保护制度也不完善。从表面看,信息的保护与披露存在着矛盾,信息披露就会致使信息暴露,缺乏安全性,但这两者在对立之中仍存有统一性。信息的披露是为了使得P2P网贷企业更加透明,扭转投融资人、平台之间信息不对称的局面,维护投资人的利益,促进行业繁荣发展,其关涉P2P网贷平台整体利益的平衡;对投融资方的信息保护则其目的更为直接,即防范投融资人隐私不被侵犯,直接保护投融资方的利益。在维护P2P参与者的利益,促进行业进步、繁荣等方面,这二者的目的是一致的。但遗憾的是,目前我国P2P网贷企业在经营过程中,对投融资人信息保护不到位,投资人身份信息、联系方式等常被泄密或被任意买卖,融资方证件资料等信息被泄露等现象时有发生,需要加强对投融资人信息保护的力度。

^①网贷之家:《网贷数据》,http://shuju.wdzc.com/problem-1.html,2016年3月30日浏览。

3. 资金安全性标准

当前,多数P2P平台企业均采用各种隐蔽手段建立资金池,其原因主要是P2P平台“变异经营”,突破信息中介服务的角色,直接参与民间借贷。P2P网贷平台建立资金池,使得民间借贷的风险进一步上升。其一,易引发非法经营、非法吸收公众存款、非法集资、诈骗、洗钱等行政、刑事法律风险。其二,易因平台的经营不善而挪用投资人的资金,甚至是卷款跑路,损害投资人利益。其三,因资金混同,无法有效监督资金用途,难以保证专款专用,潜存诈骗风险。其四,因资金存管不独立,难以保证信息披露的真实有效性,难以保障监管措施的贯彻执行。P2P网贷企业建立的资金池对投资人的资金构成了重大威胁,需要建立资金隔离管理制度,保证投资人的资金安全。其五,P2P网贷平台依托的是计算机网络,网络系统自身的缺陷也会带来技术安全风险。自2013年以来,P2P网贷平台受黑客攻击的不在少数,其中最常见的是DDOS流量攻击,易引发网站瘫痪,致使投资者恐慌,造成不利影响。

上述这些风险的产生,主要是因为相关法律、法规并没有对P2P网贷平台企业资金安全性标准予以规定,导致资金安全性标准的缺失。因此,需要建立P2P平台企业资金安全性标准的法律制度。

(三) 监管模式方面存在的问题

我国现行监管模式主要单纯依靠政府相关部门来进行对P2P网贷平台的监管。虽然初步决定由银监会监管,但现在还没有进入正式的实施阶段。当前P2P网贷平台及P2P行业的监管职权涉及多个部门:银监会基于控制金融风险的目的对P2P行业进行监管;工商行政管理部门主要管理P2P公司的设立,但是工商行政管理部门并没有对投资咨询类的P2P公司设定特殊的准入条件和门槛,而是仅仅按照一般的投资咨询类的有限公司进行设立登记。如果P2P公司违反经营范围,那么工商行政管理部门有权对其进行查处;工信部对于小额信贷网络平台的监管主要是准入条件的要求,因为P2P网贷平台涉及互联网相关的注册、登记和管理,需要固定的域名和专业的运作网站,这些都属于工信部的监管内容,但工信部对网站的监管偏重于对非法内容的屏蔽,几乎不涉及对P2P网贷平台经营业务的审查。此外,中国人民银行与P2P公司的联系是征信系统的对接服务以及第三方支付,其并不对P2P公司直接进行监管。我国监管模式单纯靠政府相关部门实施,缺乏具体实施的操作细则,同时多个部门虽有涉及P2P网贷平台的监管,但是仍缺乏针对性和专业性。

除了政府相关部门监管的模式之外,在政府关注并欲对P2P网贷企业加强监管前,部分P2P网贷平台自发组织起来,期望发挥行业自律监管作用。2011年,部分P2P网贷平台在北京成立小额信贷服务中介机构联盟;2013年,其发布了《个人对个人小额信贷信息咨询服务机构行业自律公约》,设立P2P小额信贷信息咨询服务机构行业委员会,其作为执行机构负责公约的实施工作,对P2P企业遵守公约的情况进行督促、指导和检查,向P2P企业传递行业管理的法规、规章、政策文件及行业自律信息,维护P2P网贷企业的合法权益。同年,上海市网络信贷服务业企业联盟成立并发布《网络信贷行业准入标准》,详细规范联盟企业的市场准入、日常运营、年度审计、信息披露等事项,^①但遗憾的是加入上述行业协会的企业并不多。2016年3月25日,中国互联网金融协会在上海成立,首批会员有400多家,84家银行机构,44家期货公司,17家保险公司,292家互联网金融新兴企业及研究、服务机构,有16家网贷企业入围候选理事,如合拍在线、陆金所、拍拍贷、宜信、人人贷、开鑫贷等。^②从目前来看,P2P平台企业加入上述行

^①马翠莲:《P2P行业准入标准在沪首发——网络借贷行业有了“游戏规则”》,《上海金融报》2013年12月20日第A05版。

^②网贷之家:《网贷新闻》,http://www.wdzj.com/zhuanti/hjxh/,2016年4月1日浏览。

业协会的数量相对较少,除了入会门槛限制之外,协会对行业内各企业平台的规范、指导、促进作用不明显是其发展缓慢的重要原因。行业协会发展缓慢,致使行业自律监管作用难以充分发挥。

总体来说,我国P2P网贷平台监管模式存在的问题是,政府监管模式还没有正式实施,具体的监管方式和实施细则尚未确立。同时行业自律模式已经有所发展,但是行业自律的作用尚非常有限,难以促进P2P网贷平台监管体系的构建。

四、完善我国P2P网贷平台监管的法律路径

P2P网贷是新型的网络借贷模式,它在为投融资人带来收益与效益的同时,也露出一系列问题,尤其是e租宝等问题平台的崩盘,引起政府和社会的高度关注。加强对P2P网络借贷平台及其运行的监管,有效抑制其危害性,积极发挥其社会正向效用,是完善我国P2P网贷平台监管法律制度必须考虑的问题。针对上述制度的不足拟提出以下建议。

(一)明确监管主体及其权责

1. 合理界定P2P网贷平台的法律性质

P2P网贷法律性质的认定,是判断其经营行为是否违法犯罪的重要前提,对于P2P网贷的监管意义重大。在相关规范性文件出台前,关于P2P网贷平台的法律性质众说纷纭,主要有:“新型金融模式说”,如P2P网贷是指随着网络的普及和民间借贷的兴起通过网络完成资金借贷流程的新型金融模式;^①“信息中介说”,如P2P网贷是指平台公司作为第三方中介,出借人与借款人通过网络平台提供的信息进行借贷的行为。^②依据中国人民银行等十部门发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(以下简称“指导意见”)和《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)》(以下简称“暂行办法”)的相关规定,P2P网贷平台企业的法律性质为信息中介服务。当前有学者对此种定性表示质疑,并认为将网贷平台定性为信息中介,这与国际惯例不符。从国际惯例来看,P2P网贷平台提供信用担保、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服务。取缔P2P网贷的增信服务、交易平台等功能,仅允许提供信息中介服务,使得P2P网贷平台的基本功能不能充分发挥。^③

P2P网贷信用中介、交易平台等功能的产生有一定的经济、社会环境。首先,我国的征信制度不完备,社会信用体系不健全,融资人的违约成本较低,民间借贷违约现象较多。其次,投资人多为中老年客户,其风险识别与项目评估能力较差,对平台的依赖性强。最后,民间资本市场的发展需求。随着互联网金融、大数据金融等的迅速发展,民间资本市场不再满足于网络借贷,民间金融产品的丰富性、多元性也正在发生巨变。由于特殊的环境,P2P网贷平台从发展之初就将自己定位为“信用中介”而非“信息中介”,在经济、社会环境未发生根本性改变的情况下,强行将P2P网贷平台扭转为“信息中介”是难以实现的,只能导致P2P网贷平台一直从事“地下活动”,在制度上永远不合法。对于P2P网贷平台的法律性质,不能以简单粗暴或采用“一刀切”的方式单纯将其认定为“信息中介”,而应结合P2P网络借贷平台的不同运营模式进行分类认定、差别对待。^④当然,粗暴简单地将P2P网贷的法律性质定位为信息中介,会在一定程度上

①刘权:《P2P网络借贷犯罪及其刑事法治理研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

②刘志伟:《论P2P网络借贷平台业务发展的合法模式选择——从〈关于促进互联网金融健康发展的指导意见〉谈起》,《中南大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

③王斐民、周之琦:《P2P网络借贷的规矩失灵与法治回应》,《中国矿业大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

④刘志伟:《论P2P网络借贷平台业务发展的合法模式选择——从〈关于促进互联网金融健康发展的指导意见〉谈起》,《中南大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

抑制当前蓬勃发展的互联网金融,不利于金融创新。笔者认为,关于P2P网贷平台的定位,只能采取较为折中的方法,将P2P网贷定性为信息服务中介,同时给予现有的P2P网贷平台一定的整改期限,逐渐向信息服务中介靠拢,并促使广大投融资者参与经济立法活动,实现其信息服务中介法律性质的民主性和科学性。^①应对P2P网贷企业实行非审慎性监管,加强对其实施事中、事后的监督管理。

2. 明确监管主体及其职责

随着交叉性金融工具的涌现,银行、保险、证券等传统行业之间的明确界限正在被销蚀,分业监管模式下的部门监管原则正在失效,尤其是互联网金融日益繁荣的今天,监管的不足及其缺陷更加凸显,不仅造成了众多的空白监管领域,还难以应对系统性风险,极易引发金融危机。P2P网贷企业属于网络信息服务中介,严格地将其划定为某个部门监管是不太科学的,因为试图将监管界限划分得越清晰,越容易造成监管的真空状态,导致顾此失彼,应该秉持混业监管的理念,以行为监管为原则,形成银监部门、工商部门、工信部门、税务部门、公安部门、网络监管部门相互配合监管的模式。在明确行为监管原则的同时需要完善立法,增强更加详细的监管法律制度供给。当前对P2P网贷企业监管效果不佳的重要原因是制度供给的落后和不足,现行法律制度和政策措施无法为监管主体干涉P2P网贷企业的市场行为提供更充分的依据,以致无法有效遏制P2P网贷行业的高风险行为。需要及时立法以明确P2P网贷企业信息披露的程度、资金的存管制度、市场退出的程序等内容,为监管主体提供明确的法律依据。《指导意见》将银监会确定为P2P网贷的监管部门,但其组织机构相对较为薄弱,其又通过《暂行办法》(征求意见稿)将监管职责指定、授予地方金融监管部门,造成监管主体及其职责不明确。银监部门拥有职权,但其机构弱小,无力完成对P2P网贷平台的监管工作;而地方金融监管部门在组织机构设置方面相对而言较为强大,且熟悉地方金融工作环境,但其职权相对不足。在制度设计中,可以考虑促使二者相互配合。银监部门是政府的组成部门,拥有行政权力(主要体现为行政处罚权力),由其履行主要的监管职责,同时借助地方金融监管部门熟悉地方金融情况、其组织机构强大的优势实施监管。即地方金融监管部门具体负责P2P网贷平台市场的监督、检查工作,其发现违规行为将通告银监部门等执法主体,由银监部门等实施行政处罚等权力规范行使等行为。当然,地方国家权力机关可以在职权范围内立法,制定P2P网贷监管规则的具体实施办法,赋予地方金融监管部门权力,由其代表地方政府履行监管职责。

(二)完善监管内容

1. 健全市场准入、退出法律制度

P2P网贷市场的健康发展离不开政府的有效监管,而明确P2P网贷的市场准入、退出制度尤为重要,是有效监管P2P网贷市场的基础。

P2P网贷与传统的民间借贷在操作模式上存在重大差异,金融服务的目标群体和范围较为广泛,但其仅仅是信息服务中介公司,与银行类金融机构相比,P2P网贷企业规模较小,尚不需要实行审慎监管,按照普通类公司实行登记制,坚持资本认缴原则。在简政放权,增强市场活力的时代背景下,对于P2P网贷企业的监管不宜在市场准入阶段设置较高的门槛,应该加强事中、事后的行为监管。但为了事中、事后监管的便捷化和规范化,在市场准入阶段应该采取有效的措施,为其监管创造条件和方便。如拟设立网络借贷信息中介服务的网贷信息中介机构,不包含创设其分支机构,应当在领取其营业执照之后,携带有关材料向工商登记注册地的地方

^①丁国峰、陈明辰:《我国公众参与地方经济立法的困境与出路》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2017年第1期。

金融监管部门备案登记。开展网络借贷信息中介业务活动的机构,其机构名称中应当包含“网络借贷信息中介”字样,法律、行政法规和规章等另有规定的除外。

P2P网贷企业市场退出制度是监管体系的重要组成部分,其有利于规范金融市场秩序,保障相关主体方的合法权益,健全监管体制,促进P2P网贷行业稳步向前发展。建立起科学、合理的法定退出机制,是实现P2P网络借贷平台优胜劣汰、保障民间借贷市场健康发展的重要保障。由于P2P平台的特殊性,市场退出机制是否科学合理,关系到借贷双方的利益能否得以确实维护,甚至影响到金融市场的秩序稳定。可以借鉴我国《商业银行法》对商业银行退出机制的规范要求,如P2P网络借贷平台已经无能力经营,严重影响贷款人、借款人的利益时,地方监管机构或者行业协会可以对该平台实行接管,在追查其违法、犯罪行为的同时,尽力追回待还资金,减少投资人损失。还应该遵循《破产法》的相关规定,对其符合破产清算程序的,应当及时履行破产清算程序,根据监管过程中监测到的不同风险采取不同的行政处置和司法审查措施,规范和完善P2P网贷平台市场的最终退出程序环节。P2P网贷企业暂停、终止业务时应当提前一定时间通过官方网站等向投融资双方公告信息或者直接通知投融资人,同时帮助投融资人确定借款关系及相关担保关系,不得因为网站关闭致使投融资人的电子合同消失,不得因为P2P网贷企业暂停、终止致使担保物灭失。P2P网贷企业也可在行业协会或监管部门的见证下,根据其自身的业务特点制定妥善处理的具体方案。如2011年哈哈贷宣布关闭,在退出过程中,其通知投资人提取账户资金,部分项目未到期或不能清偿的,由哈哈贷提前垫付资金,实现了有序退出,保护了投资人利益。^①此外,建立破除隔离制度,P2P网络借贷信息中介机构清算时,出借人与借款人的资金分别属于出借人与借款人,不列入清算财产。

2. 完善信息披露与保护法律制度

国外P2P网贷平台的信息披露较为健全,披露的信息较为丰富,如美国的Prosper网站,不仅有借贷操作流程,还有公司历年年报、经营业绩、逾期率等信息。从公司的长远发展来看,全面、客观、真实的信息披露不仅不会促使投资人流失,反而还会吸引、培育优质合格的投资人。监管部门应该出台规范性制度,明确信息披露的内容及其程序。披露的内容包括融资项目信息,包括但不限于借款金额、期限、利率、用途、还款保障及来源、信用状况等信息;平台经营状况,包括但不限于累计投资额、投资人数、赚取的收益、逾期率、坏账率、投诉情况、待还借款数额、平台公司的基本情况等信息;风控系统,包括风险评估情况、风险预防措施、担保情况、风险发生后的处理措施;等等。信息披露的程序方面,要求相关信息披露主体在官网的显著位置及时披露P2P网贷企业的相关重要信息,公司董事、监事、高管、投融资人、社会公众监督信息的客观性、真实性等情况。同时,要求P2P企业向监管主体或行业协会提交年报,便于对信息披露真实性的监督。建议设立信用分层披露制度,即针对普通网民、投资者、监管机构等在不同类型的对象中,应该实施有层次、有差异的披露信息制度,从限制级信息披露到全方位信息披露,形成一个信用分层披露的制度体系。

加强投融资双方的信息保护工作与完善信息披露同样重要,增强信息保护力度是促进行业长远发展的重要举措。过度的信息披露会使得融资方的信息完全暴露于公众面前,易造成隐私或商业秘密的泄露。美国SEC将P2P网贷企业纳入监管范围,要求P2P网贷企业履行详尽的信息披露义务,此举受到学者的批评,也受到P2P网贷企业的抵制。为此,P2P网贷企业应积极加入隐私保护组织的认证系统,提升相关人隐私的安全保障能力。如要保障投融资者的信息,

^①王怡:《论网络信贷的风险类别及其监管策略》,《常州大学学报》(社会科学版)2013年第4期。

P2P网贷企业和相关监管部门应积极采取措施做到以下几点:首先,在披露投融资人信息时应采取一定的技术手段隐去相关人的核心身份信息,避免泄露;其次,提升P2P网贷企业的隐私保护能力,可以仿照国外进行隐私保护能力认证;最后,公安机关加强督促P2P网贷企业履行保护投融资人信息的法定职责。

3. 制定资金第三方存管方式

P2P平台是在P2P网贷过程中负责制定交易规则和提供交易环境的平台,平台本身并不应该接触资金。因此,应该实行投资人资金与平台资金隔离的模式,建立P2P网贷资金第三方存管模式。《指导意见》第(十四)项规定:客户资金应当选择符合条件的银行业金融机构作为资金存管机构,对客户资金进行管理和监督,实现客户资金与网贷信息服务中介机构自身资金分账管理。资金的第三方存管制度在一定程度上可以保证资金安全,维护投资人利益,但该规定有利于传统的银行业金融机构,并不利于P2P网贷企业的发展。银行与P2P平台是天生的死对头,银行存款利率较低,P2P平台高额的利息回报致使银行客户大量流失,因此银行对P2P平台设置较高的合作门槛。据报道,银行对P2P网贷企业的存续期、注册资本、运营状况、坏账率等方面都提出了较高的要求,比如:“有银行要求P2P平台的注册本金不低于5 000万元(实缴);控股股东为国有企业、上市公司、大型金融机构、知名互联网企业等;高层管理人员则需要有具备5年以上金融、金融风险管理或者互联网技术领域的相关工作经验;平台近几年未发生风险事件等条件;部分银行要求平台存入一定金额的风险准备金,如民生银行要求2 000万元等。”^①《指导意见》对于资金存管的规定,涉嫌维护传统银行业的利益,打压第三方支付机构,增加P2P网贷平台的运营成本,未能体现支持、鼓励互联网金融健康发展的精神,涉嫌监管歧视。在资金托管中,法律应该平等对待传统商业银行和第三方支付机构,明确银行及第三方支付机构均有权托管P2P网贷企业的资金。银行有遏制P2P网贷企业发展之欲望或倾向,且其资金安全性优势并不明显,故将资金托管权利全部赋予银行有失妥当。P2P网贷平台资金应该平等地由银行、第三方支付机构等主体进行托管。P2P平台应在第三方资金托管机构中为投资人和融资人建立独立的账户,平台仅能对资金金额的流动数据充分了解和掌握,而对资金没有实际的操作权。第三方资金托管制度会使得P2P平台资金流动过程清晰透明,既有利于监管部门对P2P业务资金流的统计和把握,也有利于控制P2P平台的资金风险。

(三)构建合理的监管模式

我国对于P2P网贷平台的监管模式应当构建以政府监管和行业协会自律监管相结合的混合模式。政府监管以中国银监会作为主要的监管部门,其他涉及网贷平台的相关部门如工商部门、工信部门、税务部门、公安部门、网络监管部门相互配合监管的模式。银监会首先在其现有监管职权的框架内,要从建立防火墙、管理金融从业人员和维护声誉风险三方面,对P2P网贷平台进行监管。具体是指:建立防火墙,防止P2P机构帮助放款人从银行获取资金后用以民间借贷;管理银行从业人员,防止银行从业人员涉及此类信贷服务,防范其从中牟取不当利益;加强与工商部门等主体之间的交流,切实维护银行等金融企业的声誉信用。不断完善和明确对P2P网贷平台的政府监管模式的具体内容,同时还要切实发挥行业协会自律监管的作用。

行业协会自律监管,能在政府监管与P2P网贷企业自由发展中发挥较好的缓和与调节作用。如英国监管当局出台的《监管办法》大部分借鉴了P2P网贷协会制定的《协会原则》,自律组织的自我规范促进了相关监管政策的出台,同时对监管法规做了良好补充。^②此外,维护行业

^①李冰:《银行存管难上加难 中小P2P平台面临生死劫》,http://news.p2peye.com/article-473105-1.html,2016年3月21日浏览。

^②孙艳军:《以英美监管为镜鉴构建我国P2P普惠金融监管体系》,《上海金融》2016年第3期。

利益是行业协会的重要使命,因此,行业协会可以协调行业内各企业的经营行为,调整行业内产品供给与需求的失衡,行业协会通常有权规范企业的经营行为,维护自由公正的市场竞争秩序。目前,虽然我国P2P网贷企业的监管尚不能完全通过行业协会予以有效规范,但行业协会在政府与P2P网贷平台之间的协调与沟通中发挥纽带作用,市场自治约束权力膨胀,P2P网贷企业协会在经济改革深化中能对经济管理服务的缺陷及不足具有一定弥补的作用。行业协会自律是监管明确前的有益缓冲,能减少政府直接监管带来的寻租风险。我国民间已陆续自发成立了一些P2P借贷企业的自律监管组织。但是,这些自律组织数量少、范围小,尚未形成有效规模,对该行业起到的影响毕竟非常有限。

完善行业自律监管模式的具体措施如下:其一,应提高P2P网贷公司的自律监管意识,使其意识到加入统一的自律监管机构的益处及其重要性,从而转变为主动加入行业自律组织,促进行业有序发展。其二,构建行业内部信息共享机制。P2P网贷平台众多,但缺乏内部信息共享机制,行业协会应该搭建平台,建立多元化的信息共享渠道,尤其是个人征信信息的分享,降低企业的经营成本,减少投资人的损失。其三,统一行业信用评级。行业信用评级不同会使得不同的投融资主体对同一P2P平台做出的评级不同,而评级参差不齐,影响行业评级的权威性。此外,因借款人选择对自己评级高的平台,参差不齐的评级会使P2P网贷平台的评级越来越虚高,缺乏科学性,不利于行业进步及风险防范。其四,建立行业黑名单制度。近几年由于经济不景气,民间借贷的违约现象较为普遍,而违约之后进行电话催收、上门讨要,甚至是诉讼之后申请强制执行,其事后救济的方式显得那么的苍白无力。对于此类缺乏信用的违约客户,事后救济是无济于事的,只能事前预防,建立行业黑名单共享机制,将其排除于P2P网贷行业的服务范围之外。其五,完善风险预警措施,要求P2P企业向协会提交年度审计报告及平台的风险指标数据,方便行业协会对P2P行业整体风险做出相应的预警与防范措施。其六,加强与政府监管部门的沟通交流,使得政府监管与行业自律互相补充,共同促进。

五、结 语

P2P网贷平台在我国的发展时间并不长。原本应该在网贷行为中作为信息服务中介的网贷平台,却在发展过程中呈现出超越了其定位的情形,其从事的业务模式也超出了信息中介这一角色所应包括的内容,前述这样的现象就称之为P2P网贷平台的异化经营。严重的P2P网贷平台经营变异存在着许多法律风险,网贷平台操作不当极易涉嫌一些如高利转贷罪、贷款诈骗罪等经济犯罪,也容易波及我国金融秩序使其产生不良影响。我国P2P网贷企业普遍存在的异化经营现象与法律监管不足是密切相关的。当前我国对P2P网贷企业的市场监管并非完全处于真空或空白状态,P2P网贷公司在设立时都有着相应的法律法规进行调整,如网贷公司的设立需要完成公司登记及网站备案程序。尽管当涉及P2P网贷平台某个环节有工商部门、税务部门、公安部门等监管,但是P2P网贷平台的具体监管主体是不明确的。除了监管主体方面存在的问题外,对于P2P网贷平台的市场准入以及市场退出的相关制度也不尽完善。P2P网贷平台缺乏资金安全以及其行业自律不足,同样也是造成P2P网贷平台异化经营的原因之一。

既然明确了P2P网贷平台异化经营产生的原因,那么有针对性地完善相应的法律制度显得十分必要。将P2P网贷平台界定为信息中介这一角色是符合P2P网贷行为及我国金融的现实环境的,在此基础上对其监管部门进行细化和予以明确,应该秉持混业监管的理念,以行为监管为原则,银监部门、工商部门、工信部门、税务部门、公安部门、网络监管部门相互配合监管的模式。对P2P网贷平台的监管还应当树立起非审慎性监管、公平监管、行为监管三大原则。而对

于P2P网贷企业的监管不宜在市场准入阶段设置较高的门槛,应该加强事中、事后的行为监管,同时还应便利于事中、事后监管。P2P网贷平台已经无能力经营,严重影响出借人、借款人利益时,地方监管机构或行业协会应对该平台进行接管,在追查其法律责任的同时,尽力追回待还资金,减少投资人损失。完善信息披露与信息保护制度对P2P企业也非常重要。另外,制定资金第三方存管模式和充分发挥行业自律管理也能有效防止P2P网贷平台的异化经营。当然,关于P2P网贷平台的监管主体具体职责的明确设定,P2P网贷平台在实践监管之中的市场进入和退出的相关内容,以及资金第三方存管监管模式的具体操作实施办法,则是笔者未来将深化研究的方向。

Legal Regulation of Alienation Operation of P2P Net Loan Platforms

Ding Guofeng

(School of Law, Kunming University of Science and Technology, Yunnan Kunming 650500, China)

Abstract: P2P net loan is a typical representative of Internet finance, and can help to boom private financial markets, promote financial democracy, develop inclusive finance, and encourage financial innovation in today's world when "Internet Plus" has become an important medium in public innovation and entrepreneurship. However, alienated businesses exist universally in China's P2P net loan platforms, which seriously deviate from the legal nature of information intermediary. The reasons for the problem mainly lie in unclear regulatory bodies and responsibilities in the legal supervision system, incompleteness of the market entry and exit legal system, unsoundness of the legal system of information disclosure and protection, a lack of funds safety standards and insufficient industry self-regulation. Therefore, it proposes legal regulation of the alienated management of P2P net loan platform, including clear positioning of P2P net loan platforms as information service agencies with CBRC and local financial supervision departments as its regulatory authorities, strengthening the system of market access record and bankruptcy liquidation management and establishing the third party custody system for funds. Besides these, it also suggests constructing a mixed model with government regulation and self-regulation of industry associations, and perfecting legal regulation content of alienation operation of P2P net loan platforms.

Key words: P2P net loan; regulation; private lending; risk

(责任编辑:海林)