

我国 P2P 网络借贷平台的法律性质

刘 然

(中国政法大学民商经济法学院 北京 100088)

内容提要: P2P 网络借贷是从英美传入我国的一种新型借贷形态,属于“互联网金融”模式之一。由于尚无准入门槛、行业标准及监管机构,国内 P2P 网络借贷近年接连爆发问题,损害消费者权益,扰乱金融秩序,亟待政策法规出台以整顿行业乱象。P2P 网络借贷平台的基本性质是“居间”,同时,由于其业务具有金融属性,应将其纳入金融机构范畴。鉴于我国既有金融机构类型均不符合 P2P 网贷平台的特征,建议增加“金融服务机构”一类以定位 P2P 网络借贷平台,并规定准入、风险、监管等方面的特殊要求。

关键词: P2P 网络借贷 法律性质 金融服务机构 居间

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2015.04.017

随着网络技术和民间融资需求的增长,一种新型借贷形态——P2P 网络借贷(以下简称 P2P 网贷)——在互联网金融热潮下发展得如火如荼,甚至有与银行贷款并驾齐驱之势。但是,由于国内监管体制的欠缺,2011 年以来 P2P 网贷行业资金链断裂、挪用客户资金、平台跑路等恶性事件频发。2014 年 8 月,深圳市罗湖区人民法院作出首例国内 P2P 网贷非法集资判决,认定深圳市誉东方投资管理公司两位主要负责人“非法吸收公众存款”罪名成立。关于 P2P 网贷行业的监管问题再次引发市场热议。

对于 P2P 网贷,国内外官方尚无准确界定,简言之,可以认为是个体之间以互联网为平台的一种直接借贷方式,英文称为 Person-to-Person Lending 或 Peer-to-Peer Lending,中文

译为“个人对个人借贷”或者“人人贷”。^① P2P 网贷的基本参与者包括有融资需求的借款人、有闲置资金的投资人和 P2P 网络借贷平台(以下简称平台)。大体流程是借款人首先在平台上发布融资信息,投资人浏览网站挑选出借项目,最终借款人和投资人在网上完成签约、放款、还款。平台负责制定交易规则,发布信息、审核信用、评估风险、追偿贷款等,并收取管理费或手续费。之所以称其为一种新型借贷形态,原因在于经典的 P2P 网贷模式有两大不同于银行贷款的显著特点:一是全部交易流程通过网络进行,二是借款人和投资人直接对接,不依赖金融媒介。

P2P 网贷借助互联网实现了闲置资金与融资需求的直接匹配,克服了银行贷款时空受限、人力成本高、审贷严苛复杂、交易方式僵化等弊

作者简介: 刘 然(1987—),女,汉族,北京市人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

^① 《中国银监会办公厅关于人人贷有关风险提示的通知》,银监办发[2011]254号。

端。更重要的是,互联网的开放、便捷包容了更大众化的参与者,为有资金需求但被银行等正规金融拒之门外企业和个人提供了另一片融资天地,是实现“普惠金融”的一剂良方。^②不过,目前国内平台的运营主体主要以投资咨询公司或电子商务公司注册,根据现行法律,设立这两类公司无需任何审批。另外,随着2014年3月1日《公司法》修改取消了最低注册资本、首次出资和货币出资比例的要求,P2P网贷公司的成立在法律上几乎没有任何限制,运营完全游离于政府监管之外。由于无准入门槛、无行业标准、无监管机构,国内P2P网贷最近问题不断,其合法性引发了大量争议,亟待出台相关政策法规,而我们首先要做的就是明确平台的法律性质。

一、P2P网络借贷之中介模式和债权转让模式

根据平台和借贷双方的关系,P2P网贷可以分为“中介模式”和“债权转让模式”。两种模式下平台的法律地位有所不同。

中介模式是指平台不参与借贷关系,只提供资格审核、信息发布、信用评级、资金划拨、还款催收等辅助性服务,并收取管理费和(或)手续费。借贷合同由投资人和融资人签订,借贷关系发生在投资人和融资人之间。中介模式是P2P网贷的原貌,全球首家P2P网贷公司Zopa即采这种模式:Zopa不是贷款人和借款人签订的任何借贷合同的当事人,其职责仅在于运营借贷平台。^③我国早期的平台大都也采用中介模式,如拍拍贷、有利网。

债权转让模式是指平台不仅为借贷提供辅

助性服务,而且介入借贷关系。具体操作是平台(或与平台有密切关系的其他方,简称“关联方”)先出借资金,取得对借款人的债权,再通过不同方式将贷款或贷款收益转让给投资人。根据平台的转让方式不同,债权转让模式又可分为“直接转让”和“间接转让”。

所谓直接转让指平台对取得的贷款性质不做任何改变即转让给投资人。美国最大的网贷平台Lending Club成立之初就采取这种模式。2007年5月至2008年4月,如果借款申请被认购,Lending Club先向借款人发放贷款,借款人签发以Lending Club为收款人的本票。然后,Lending Club将贷款和本票转让给认购该借款的投资人。由于Lending Club首先充当了出借人,根据美国相关法规,其必须取得各州借款执照。为避免此种障碍,2008年后Lending Club与WebBank^④合作调整了贷款模式。借款被认购的,先由WebBank发放贷款,同时借款人向WebBank签发本票。之后,WebBank以贷款价格将本票和贷款转让给Lending Club,再由Lending Club转让给投资人。由于调整后会计记录上的贷款人改为WebBank,Lending Club得以规避申请贷款执照的法律要求。宜信是我国首家采用债权转让模式的平台。宜信的创始人(或宜信其他高级管理人员)先以自有资金贷款给借款人;然后,宜信将贷款债权拆分成多笔小额、短期的债权(简称“拆标”),包装成收益率、偿还期不同的理财产品(宜信宝、月息通、月满盈等)销售给投资人;最终,投资人的资金根据宜信的匹配可能被投放在不同借款项目上。

^② 普惠金融也称包容性金融(inclusive financial sectors),是2005国际小额信贷年期间联合国提出的一个概念。其基本含义是有效、全方位地为社会所有阶层和群体,尤其是容易被传统金融忽视的农村地区、城乡贫困群体、微小企业提供金融服务。其中,小额信贷和小额保险等微型金融是普惠金融体系的重点发展内容。2006年,联合国出版了《建设普惠金融体系》(Building Inclusive Financial Sectors for Development)一书,将普惠金融的目标定位为在健全的政策、法律和监管框架下,每一个发展中国家都应有一整套的金融机构体系,共同为所有层面的人口提供合适的金融产品和服务。在普惠金融的框架下,客户有权以合理的价格获取金融产品和服务,金融机构也有义务在遵循市场规则的情况下开发和提供更多可供选择的金融产品和服务。

^③ 参见Zopa Principle, Introduction 1: ... Zopa Limited is not a party to any Loan Contracts between Lenders and Borrowers. Our function is to operate the Lending Platform. <https://secure2.zopa.com/principles>, 访问日期:2015年1月20日。

^④ WebBank为一家在美国犹他州登记、由美国联邦存款保险公司(FDIC)承保的银行。

需要说明的是,宜信对贷款债权“拆标”只是一种销售策略,并未改变债权直接转让的本质,因为参与网贷的多是个人投资者,资金量小且倾向周期短、风险低的贷款,将大额长期借款“拆标”成小额短期贷款更适应网贷投资者需求。虽然形式上平台销售的是理财产品,但这些理财产品的实质内容就是贷款债权,投资人购买后与借款人建立借贷关系,享有贷款人的法定权利,因此仍然属于不改变贷款性质的“直接转让”。

所谓间接转让,即平台并非将贷款原封不动地直接转让给投资人,而是向投资人销售以贷款债权为基础的有价证券,也可称为“证券模式”。间接转让模式下,投资人和借款人不发生借贷关系,但仍然可以获得相当于贷款的投资回报。美国首家P2P网贷平台Prosper和Lending Club目前均采用此模式,我国尚未见采用。以Lending Club为例,2008年3月美国证券交易委员会(SEC)认定Lending Club发行的票据具有证券性质,要求注册;同年10月Lending Club完成注册,再次调整借贷模式:投资者不能从平台上认购贷款,而需要购买平台发行的Member Payment Dependent Notes(以下简称“Notes”)实现贷款投资。具体说来,一旦借款被认购,Lending Club将向所有表示认购的投资人发售Notes,对价相当于投资人的借款本金。^⑤随后,Lending Club将全部认购款转给WebBank,由WebBank从中扣除手续费后作为贷款发放给借款人,同时借款人开具以WebBank为收款人的本票。WebBank随后会将贷款和本票转售给Lending Club。贷款期限届满,借款人向Lending Club偿还贷款本息,Lending Club向

投资人支付Notes本息:本金即Notes的认购价,利息按投资人认购借款的利率计算。不过,只有借款人偿还了Lending Club贷款本息,Lending Club才有义务支付投资者Notes本息;否则Lending Club不会向投资人支付任何款项。^⑥

Notes类似国内所称的“收益凭证”,是一种本金和收益的偿付与特定标的相关联的结构性证券,特定标的包括但不限于货币利率、基础商品、证券的价格或者指数。^⑦结构性证券是金融创新的产物,在海外市场已发展多年,也受到各国的多方监管。所谓结构性是说这类证券由债券和各类金融衍生品组合而成,债券决定认购人和发行人之间的基础法律关系是债权债务关系,与特定金融衍生品的组合决定该债券的收益与所关联的衍生品挂钩。根据衍生品种类不同,结构性证券包括股权挂钩产品、利率挂钩产品、汇率挂钩产品、商品或其指数挂钩产品以及信用挂钩产品等。其中,信用挂钩产品本息的支付取决于特定事件的发生。比如,北京银行发行的信用挂钩型产品,如果理财期内没有相关信用主体破产、迟延还本付息等违约情形发生,投资人即可在到期日收回本金和预期利息;相反,如果信用主体违约,投资人只能收回本金。^⑧Notes就是一种信用挂钩型产品:Notes本身是一种有息债券,投资人认购Notes成为Lending Club的债权人,同时Notes与Lending Club发放的贷款关联,投资Notes本息的收回取决于贷款的偿还。

间接转让模式下,WebBank是贷款最初的债权人和本票的持票人。通过债权转让和背书,Lending Club成为贷款的新债权人和本票的持票人,有权要求作为债务人和出票人的借

⑤ “成功认购”意味着该笔借款申请符合以下三种情形之一:(1) 投资人的认购总额达到申请借款总额;(2) 14天认购期届满之日,投资人的认购总额达到申请借款总额的60%或以上;或者(3) 投资人的认购总额少于申请借款总额的60%,但借款人同意接受截至认购期届满之日所收到的贷款认购。Prospectus p67.

⑥ 参见GAO(U.S. Government Accountability Office) Report: Person-to-Person Lending: New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows, July 2011. Available on the GAO Web site at <http://www.gao.gov>.

⑦ 中国证券监督管理委员会《证券公司债务融资工具管理暂行规定(征求意见稿)》第2条规定收益凭证是指证券公司依照本办法发行,约定本金和收益的偿付与特定标的相关联的有价证券。特定标的包括但不限于货币利率、基础商品、证券的价格或者指数。

⑧ <http://www.bankofbeijing.com.cn/contents/406/5643.html>. 访问日期:2014年12月3日。

款人偿还贷款。需注意的是,一般来讲,票据的转让背书具有背书人对被背书人和其后手担保承兑和付款的法律效力:如果出票人不承兑或付款,持票人有权向背书人追索,要求背书人偿付票据金额和追索费用。^⑨不过,WebBank向Lending Club转让的本票是免除担保责任的,借款人不还款时,Lending Club无权要求Web-Bank付款。投资人通过认购Notes成为平台的债权人,有权凭Notes要求平台偿付投资回报。但是,投资人与借款人之间并无任何法律关系,也不享有贷款人的法定权利,这与直接转让下投资人受让贷款而成为借款人的债权人有所不同。

区分P2P网贷模式的意义在于明确平台和借款人、投资人之间的法律关系和各自的法律地位。总结上文可知:(1)中介模式下,平台始终不是借贷当事人,投资人和借款人直接发生借贷关系;(2)债权直接转让模式下,平台先作为贷款人和借款人建立借贷关系,平台将贷款转让投资人后,投资人以贷款人身份与借款人发生借贷关系;(3)债权间接转让模式下,平台先和借款人建立借贷关系,此后平台并不转让贷款,而是向投资人单独发售证券。投资人认购证券成为平台的债权人,与平台发生投资关系,但与借款人没有直接的借贷关系,借款人的债权人仍是平台。

二、P2P网络借贷平台的法律性质

关于平台的性质,有“准金融机构”和“信贷服务机构”之争。下文根据平台在借贷中的作用,从金融学和法学角度审视网贷平台及其业务的性质。

(一) P2P网络借贷平台属于金融机构

金融学上,从事各种金融活动的组织统称为金融机构、金融中介或金融中介机构。界定金融机构必然要从金融的概念入手。什么是“金融”?金融涵盖哪些社会活动?我国最早记载“金融”条目的工具书《辞源》(1937年普及本第11版)认为,“金钱之融通状态曰金融,

旧称银根。各种银行、票号、钱庄,曰金融机构。”资金融通即在资金赤字者和盈余者之间进行调剂。据此,传统上“中介”一词在金融领域仅指信用关系中借者与贷者之间的中介:从贷者借出,再向借者贷入,有时就仅指银行。^⑩这是对金融和金融中介的狭义理解。随着金融市场、金融技术、金融工具不断更新换代,各国对金融的理解早已突破单纯的借贷,扩张到涉及货币流通、信用授予、投资、银行等任何与资本市场以及其他金融资产有关的运作,甚至包括宏观层面的政府货币收支。根据国内教材,“金融”即“涉及货币供给,银行与非银行信用,以证券交易为特征的投资、商业保险、信托、租赁以及以类似形式运作的的所有交易行为的集合。”^⑪根据金融的发展现状和对金融的上述界定,“金融机构”可广义理解为“充当信用中介以及经营货币或货币资本的组织”,既包括与资金余缺双方交易的银行,也包括提供策划、咨询、承销、经纪服务的投资银行、证券公司、证券交易所,以及从事保险、信托、金融租赁、土地和房地产活动的机构。所有金融机构构成一个多元且随着金融创新外延不断拓展的庞大体系。

这一广义理解既符合国际组织和各国当今的立法、理论和实践,也具有金融学上的理论依据。银行和投资公司、证券经纪、交易商、保险公司、信托机构等之所以可以统一归为“金融机构”,在于这些机构在金融功能上具有共性。金融功能主要体现在服务、信息、资源、风险四方面:(1)服务于金融产品交易,提供不同的清算、结算手段。不论作为金融产品的直接销售者、购买者,还是作为金融产品买卖方的中介,都具有便利交易的基本功能。(2)为金融交易提供信息,包括信息制造、评价和监控,从而指导交易、投资决策。(3)改善资源配置,价格信息反映市场资源的分布和稀缺程度,揭示盈利机会,通过引导投资调节资源。(4)集合、分

^⑨ 刘心稳《票据法》,中国政法大学出版社2010年第2版,第157页。

^⑩ “信用”经济范畴的本质即“借贷行为”,以收回为条件的付出,或以归还为义务的取得;贷者有权取得利息,而借者负担支付利息的义务,因此此处的“信用关系”即“借贷关系”。

^⑪ 黄达编《金融学》(第三版),中国人民大学出版社2012年版,第116页。

散、转移或管理金融风险。比如,股票把投资风险分散给众多股东,保险、担保更是直接的风险转移工具。^⑫

P2P网贷平台为资金供需双方提供资金流转的场所,同时负责信息发布、信用审核、还款催收等。首先,平台对融资信息的发布以及对借款人的信用评估可以扩大借贷范围和规模,降低借贷成本和风险。这些服务便利并加速了贷款这一金融产品的市场交易,促进了资金融通。其次,在获取、分析和监控信息方面,互联网天然的信息整合功能和“开放、平等、分享”的网络精神解决了经济活动的信息不对称,大数据和云计算有助于提高对风险的识别。再次,贷款利率和期限的公开可以引导贷款投向需求最迫切、回报最高的项目,从而优化资金使用权的配置。最后,在贷款附有担保的模式下,第三方机构或平台本身为投资者承担风险,实现了风险转移。“拆标”则产生分散风险的效果。可见,平台对贷款的经营执行了金融在服务、信息、资源和风险四方面的功能,而且借助网络和信息技术,进一步提高、深化了金融功能的影响和效果,性质上属于广义的金融机构。

(二) P2P网络借贷平台属于非银行金融机构

根据上述理解,金融机构分为“银行”和“非银行金融机构”。“银行”是狭义的金融机构,与银行以外其他从事金融活动的“非银行金融机构”一起构成广义的金融机构。银行分为中央银行和存款货币银行(deposit money bank)。中央银行对国家的金融活动乃至整个国民经济进行宏观调控;存款货币银行也称存款银行(depository bank),根据国际货币基金组织的界定,是指接受存款并且可以创造存款货币的金融机构。存款银行的职能主要包括:(1)信用中介,即作为货币贷出者和借入者的中间人,集中社会闲置资金并提供给有需求的群体;(2)支付中介,即货币结算与收付的中间

人;(3)创造存款货币,这是存款银行与非银行金融机构的本质区别。所谓创造存款货币,是指银行以吸收的存款(原始存款)发放贷款、从事投资,通过银行间转账使货币回归银行体系内,从而创造新存款(派生存款)。比如,甲在A银行存入10000元,A银行按10%向央行缴纳1000元准备金后,将余下的9000元贷款给乙。乙获得贷款后通常并不要求取现,A银行即可将贷款转账至乙开户的B银行。B银行同样按10%缴纳900元准备金,之后将余下的8100元贷给丙,并转账到丙开户的C银行。C银行获得8100元存款,缴纳810元准备金后可以继续放贷。B银行获得的9000元存款、C银行获得的8100元存款都派生于最初A银行吸收的10000元存款。如此循环,在整个银行体系内,一笔原始存款可以衍生数倍的派生存款,这就是存款创造功能。创造存款以吸收存款和银行间通过转账转移货币为前提。^⑬至于“非银行金融机构”,一来其不吸收存款,而是通过发行商业票据、股票、债券等筹集资金,例如投资银行、金融公司,有的则靠政府拨款或发行政策性债券,例如政策性银行,或者来源于营业收入,例如保险公司;二来其不同机构之间没有转账,因而不能创造存款。由于存款货币的创造会扩大信贷规模、增加货币供应量,从而影响国家金融和经济稳定,联合国、国际货币基金组织以及各国均以能否创造存款货币作为“银行”和“非银行金融机构”的划分标准,并据此分别制定监管政策。

我国现行金融机构体系以中国人民银行为中心,银行和非银行金融机构并存。2009年中国人民银行发布《金融机构编码规范》(以下简称《编码规范》),首次明确了我国金融机构的范围,统一了金融机构的分类标准。除货币当局和监管当局外,《编码规范》将金融机构分为银行业存款类金融机构、银行业非存款类金融机构、证券业金融机构、保险业金融机构、交易

^⑫ 黄达编《金融学》(第三版),中国人民大学出版社2012年版,第275页。

^⑬ 潘永《略论商业银行存款货币创造的条件——基于资金流动视角的分析》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2009年第S1期。

及结算类金融机构、金融控股公司和其他共七类。笔者认为,《编码规范》中尚无任何机构类别能够准确对应P2P网贷平台的法律性质。

首先,“银行业存款类金融机构”的本质在于吸收公众存款,并能创造存款货币;而平台并无此功能。中介模式下,平台不介入借贷关系,信息发布、信用审核、还款催收、系统维护等显然不是存贷款业务,因而不属于“银行业存款类金融机构”。债权直接转让模式下,平台先放贷再转让贷款债权,虽然与银行放贷吸存的资金流向类似,但二者性质有根本差别:其一,从借贷的经济本质看,借贷是以收回为条件的付出,或以归还为义务的取得,利息是贷者贷出的条件和据此取得的报酬,也是借者借入的前提和为此付出的成本。银行发放贷款要收取贷款利息,吸收存款要支付存款利息,其大部分收入即贷款利息和存款利息之差。网贷平台先放贷再转贷时,根据债权转让原理,除非法律另有规定或者当事人另有约定,主债权转让时从权利一并移转。因此,平台转让贷款时,附随贷款债权的利息债权也转移给投资人。换言之,贷款利息由投资人收取,平台放贷但不赚取利息,其利润源于提供服务而收取的管理费、手续费,这与银行赚取存贷利差有本质差别。其二,风险负担上,银行要承担借款人不如约偿贷的违约风险。而根据债权转让原理,债权转让后让与人脱离债务关系,即使债务人不履行,受让人无权要求让与人履行。据此,平台转让贷款后,借款人的违约风险由投资人承受,平台不予负担。只是考虑到我国消费者对风险的抵触,多数国内平台推出本金(息)保障计划,借款人违约时由平台的合作第三方或平台先行偿付投资人。这样,如果平台以自有资金担保,违约风险则转嫁给平台;如果是第三方或平台以借款人支付的风险准备金担保,平台仍不承担违约风险。其三,功能上,银行体系能够创造存款货币,而各自独立经营的平台彼此没有账款往来,显然不具有该功能。类似地,债权间接转让模式

下,平台赚取的也是服务费、手续费,而非存贷利差;不承担投资风险,亦不能创造存款。因此,P2P网贷平台不属于“银行业存款类金融机构”。

其次,《编码规范》下的“银行业非存款类金融机构”包括信托公司、金融资产管理公司、金融租赁公司、汽车金融公司、贷款公司、货币经纪公司。这六类公司以及“证券业金融机构”和“保险业金融机构”与平台的业务无关。至于“交易及结算类金融机构”,根据《编码规范》应不以营利为目的,而平台要赚取手续费、管理费。《编码规范》对“金融控股公司”的股权结构要求亦非平台所具有。

最后,平台不同于“小额贷款公司”(以下简称“小贷公司”)。《编码规范》定义的“小贷公司”是由自然人、企业法人或其他社会组织依法设立,不吸收公众存款,经营小额贷款业务的有限责任公司或股份有限公司。据此,小贷公司是以自有资金发放贷款并收取利息的。与之相比,中介模式的平台不介入借贷关系,更谈不上放贷。债权转让模式的平台虽然借出,但出借资金实际源于认购贷款的投资人,而非自有资金。其次,直接转让模式下平台不赚取贷款利息,而小贷公司以收取利息为目的;间接转让模式下平台收取贷款本息,但平台利用所发行证券的结构特征无需承担违约风险,而小贷公司要承担违约风险。另外,根据银监会、央行指导意见,承认小贷公司的初衷是引导民间资本支持“三农”和中小企业发展,小贷公司选择贷款对象时应坚持为农民、农业和农村经济发展服务的原则,鼓励面向农户和微型企业提供信贷。^⑭而P2P网贷的借款人更加多元,任何有资金需求的企业或个人均可。

三、我国P2P网络借贷平台的定性建议

如上所述,P2P网贷平台特征与《编码规范》所列金融机构均不契合。从构建多元化金融体系、发展新型金融机构的角度出发,笔者建议在《编码规范》中增加“金融服务机构”一类,并在其下专设“P2P网络借贷公司”。

^⑭ 《中国银行业监督管理委员会、中国人民银行关于小额贷款公司试点的指导意见》(银监发[2008]23号);《中国银监会办公厅关于做好小额贷款公司试点工作有关事项的通知》(银监办发[2009]282号)。

关于“金融服务机构”,近年官方文件已数次提及,如国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》^⑤,温州市委、市政府《关于进一步加快温州地方金融业创新发展的意见》^⑥。在国际组织对金融机构的分类中,“金融服务机构”也是一类独立机构,如联合国经社理事会颁布的《国际标准产业分类》(International Standard Industrial Classification of All Economic Activities Revision 4.0)将经济活动分为21门类,其中门类“K 金融和保险”分为:64 金融服务(保险和养老金除外)、65 保险、再保险和养老金(强制性社会保障除外)、66 金融服务及保险服务的辅助活动。联合国的《国民经济核算体系》(System of National Accounts)将所有经济实体分为非金融、金融、政府、家庭、非营利组织五大部门。其中,“S12 金融企业”部门下分为:S121 中央银行、S122 其他存款企业、S123 保险和养老基金以外的其他金融中介、S124 金融辅助机构、S125 保险公司和养老基金。根据相关定义,两文件中的金融“辅助机构”即本文所称的“金融服务机构”。^⑦

P2P 网贷公司为借贷交易提供网络平台、信息数据、风险评估、技术支持、交易管理,实际就是金融消费者的服务中介,具有民法上“居间人”的性质。居间人是接受委托,报告订约机会或提供交易媒介的中间人,通过促成交易双方订立合同而获得报酬。^⑧居间人对所托事

务只起介绍、协助作用,不能作为当事人参与委托人和第三人订立的合同,对交易能否达成以及交易的具体内容、方式无权干预。

从目的和作用上看,网贷平台就是一种媒介居间。平台提供的借贷信息向投融资双方报告交易机会;信用审核、风险评估、项目匹配、合同起草等管理都对促成借贷交易起到协助作用。债权直接转让模式下,平台一定程度上介入借贷交易,但并非借贷、借贷资金、利率和计息方式都取决于投融资双方,投资人是最终的贷款人,交易结果(利息)要归属投资人,平台实质上只起协助作用,只是利用债权转让更充分地实现资金配对。债权间接转让模式的平台不仅参与借贷而且就是最终的贷款人,不符合居间的性质(但仍然属于金融服务机构)。不过,国内网贷平台还限于中介模式或直接转让模式,因而基本可以定位于居间人。这里需要注意两点:(1)居间的性质要求平台不得作为最终借贷合同的当事人;(2)中国人民银行发布的《贷款通则》规定,未取得金融牌照并获批经营存款业务的机构不具有贷款资格。^⑨网贷平台未取得贷款资格而出借资金的,有违非金融企业禁止放贷的规定。即使由平台关联人放款也有“变相”经营借贷融资业务之嫌,同样违反上述规定。因此,如果采用债权直接转让模式,平台应先取得央行批准的贷款资格。

^⑤ 国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发[2010]13号)(十八)允许民间资本兴办金融机构。……鼓励民间资本发起设立金融中介服务机构。”

^⑥ 中共温州市委、温州人民政府《关于进一步加快温州地方金融业创新发展的意见》(温委[2011]10号)“二、主要任务:(九)……争取在条件成熟的县(市、区)先行开展民间借贷登记服务中心试点,为民间借贷双方提供供求信息汇集发布、借贷合约公证和登记、交易款项结算、资产评估登记和法律咨询等综合服务。制定加强各类融资性中介机构管理意见,指导、协调各类融资性中介服务公司的风险控制和处置。”

^⑦ System of National Accounts 1993, p709. 参见: <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/1993sna.pdf>, <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/glossresults.asp?gID=109>, <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/glossresults.asp?gID=183>, <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/glossresults.asp?gID=178>, 访问日期:2015年3月27日。

^⑧ 《中华人民共和国合同法》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。

^⑨ 《贷款通则》第21条规定,贷款人必须经中国人民银行批准经营贷款业务,持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》并经工商行政管理部门核准登记。第61条规定,各级行政管理部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。

综上笔者认为,居间的法律规范可适用于我国 P2P 网贷平台。不过,由于平台专门服务于借贷交易,需要进一步将之划入金融机构范畴,从而规定准入、风险、监管等金融行业所需的特殊要求。建议《编码规范》增设“金融服务机构”将“P2P 网络借贷公司”作为其下一类金融机构,这样才能准确体现 P2P 网贷平台的法律特征,完善我国的金融机构体系。

中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师管晓峰点评:

本文对 P2P 制度作了比较深入的分析,对该制度运行的基础问题也作了研究,作者具有较好的理论联系实际的能力。

P2P 制度是在传统的金融服务已经不能满足社会的需要,特别是不能满足小微企业的创业和创新的需要而产生的一种新型的融资活动。在传统的金融服务中,小微企业要想向银行借款必须提供可靠的抵押物担保,但是其创业主体大多数都是年轻人,他们个人的财富积累还很少,要拿出很多的不动产去抵押实际上是办不到的。这些年轻人有技术,有创业的热

情,却没有启动资金,因此 P2P 方法应运而生,给小微企业注入资金。这些资金是商业银行的传统金融服务不愿意提供的,所以将 P2P 喻为创业的及时雨是很恰当的。

该文对 P2P 制度的基本内容做了简要介绍,对 P2P 运行过程中可能涉及到的法律问题做了分析。P2P 是个新问题、新方法,必然要有新的争议,解决这些争议也要有新的方法。P2P 制度在我国的实施上处在自发阶段,相应的法律法规对此的规定以及操作性还比较粗糙,原有的法律资源对如何解决 P2P 争议有较大的困难,需要我们法学理论界人士和 P2P 实务界人士共同努力,将已经产生的争议和即将产生的争议在法律关系上理清楚。法律上解决争议也称之为救济,对 P2P 争议的救济就是要找出问题争议的焦点,然后再找出解决争议的法律,也就是通常所说的路径选择和法律适用。这篇文章正是对解决 P2P 争议的路径选择做了深入的分析,对解决争议的法律适用也做了比较深入的研究,有较好的适用价值,可为 P2P 的当事人和相关的实务部门如何解决争议提供一定的理论参考。

On Legal Character of Domestic Person – to – Person Lending Platform

Liu Ran

Abstract: Person – to – person lending , a branch of the so called internet finance , is a new type of lending , introduced to China from Britain and America. Due to lack of admission criterion , industry standards or regulator , in recent years serious problems of person – to – person lending arise continuously in domestic market , impairing the rights and interest of financial consumers , even disturbing the order of economy. Relevant policies and laws are urgently needed to regulate the industry. Person – to – person lending platform basically is a broker , and should be treated as a financial institution. Since none of existing financial institutions in China fit the characteristics of person – to – person lending platform , author suggests adding a type of “financial services institution” to define person – to – person lending platform , and prescribe special requirements relating admission , risk , etc.

Keywords: person – to – person lending; legal character; financial services institution; broker

(责任编辑:李 辉)