

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

刘志伟

(西南政法大学经济法学院, 重庆, 401120)

摘要: 2015年7月中国人民银行等十部门联合印发《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》, 肯定了P2P网络借贷的合法地位, 并正本清源地将其P2P网络借贷平台定性为“信息中介”。然而, 需要进一步阐明的是其他运营模式的P2P网络借贷平台是否一定不具合法地位。将部分P2P网络借贷平台性质认定为“信息中介”不可置否, 但对于不改变债权性质的直接债权转让, P2P网络借贷平台除可扮演“居间人”外, 还可扮演“行纪人”和“代理人”的角色。同时, 对于改变债权本质属性的债权证券化金融产品的转让, P2P网络借贷平台则只能扮演“居间人”的法律角色。

关键词: P2P网络借贷平台; 信息平台; 信用平台; 债权转让; 资产证券化

中图分类号: D922.28

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)06-0027-07

2015年1月6日, 上海盈灿商务咨询有限公司与清华大学中国金融研究中心、网贷之家联合发布了《2014年中国网络借贷行业年报》, 并指出2014年中国网络借贷行业新闻事件TOP10。2014年中国网络借贷行业整体表现出三大征象: 一是P2P网络借贷蓬勃发展, 各方资本积极涉足P2P网络借贷; 二是P2P网络借贷领域问题丛生, 涉及到平台自身担保、资金池建立、第三方托管不规范以及非法集资等问题; 三是对P2P网络借贷平台的合规性要求不断提升, 监管态度逐渐明朗, 行业自律组织成立, 并且司法机关通过对P2P网络借贷第一案的判决已经表明其态度。事实上, 自2007年P2P网络借贷平台模式引入以来, 我国P2P网络借贷平台大约经历了四个发展时期, 从以无担保信用借款为主的初步萌发期到以地域性或区域性借款为主的膨胀发展期, 再到以自我融资外加高息回报为主的风险爆发期, 最后到以规范发展与监管强化并举的政策调整期。

从2014年我国网络借贷行业的发展现状与特点来看, 目前国内P2P网络借贷行业正处于规范与发展并举的关键时期, 亟需将其纳入法制化的发展轨道。因此, 为进一步促进P2P网络借贷健康发展、明确监

管责任以及规范市场秩序, 2015年7月经党中央、国务院同意, 中国人民银行等十部门联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发〔2015〕221号, 以下简称《意见》), 《意见》界定了P2P网络借贷的概念, 确定了P2P网络借贷所属范畴与法律性质, 以及明确了P2P网络借贷业务的监管部门。从整体上讲, 《意见》最重要的贡献, 即是肯定了P2P网络借贷地位的合法性, 并将P2P网络借贷平台定性为单纯的“信息中介”。此举是对P2P网络借贷平台创设之本质的正本清源, 并且有助于P2P网络借贷业务的合法开展和监管部门对P2P网络借贷平台有效监管。然而, 其他类型运营模式的P2P网络借贷平台是否一定不具有合法地位, 此即需要进一步分析和辨明的核心问题。对P2P网络借贷平台不同模式的合法性进行分析, 发现将部分P2P网络借贷平台性质认定为“信息中介”不可置否, 但是对于那些不改变债权性质的直接性债权转让, P2P网络借贷平台除可扮演“居间人”角色, 即纯信息服务型平台外, 还可扮演“行纪人”和“代理人”的角色。同时, 对于改变债权本身属性的证券化金融产品之债权转让, P2P网络借贷平台则只能扮演“居间人”的法律角色。

收稿日期: 2015-09-14; 修回日期: 2015-10-25

基金项目: 国家社科基金重大项目“创建与完善我国民间金融监管协调机制研究”(142DA045); 重庆市教委研究生科研创新项目“中央和地方金融监管权责分配与协调”(CYB15079)

作者简介: 刘志伟(1986-), 男, 山东滨州人, 西南政法大学经济法学院博士研究生, 主要研究方向: 金融法

一、《意见》中有关P2P网络借贷的主要规定及其评析

“2014年我国P2P网络行业整体双向发展,一方面,规模继续扩大,平台数量超过1800家,成交额突破3000亿元。另一方面,问题平台屡创新高,涉及资金超过100亿。”^[1]鉴于我国P2P网络借贷在监管规范、监管主体等方面存在诸多漏洞与缺失,《意见》试图通过对P2P网络借贷的概念、所属范畴、平台性质以及监管部门的确立,来明确P2P网络借贷的监管规范,以强化对P2P网络借贷行为的监管,继而推进P2P网络借贷行业的规范发展。《意见》第二(八)网络借贷部分系有关P2P网络借贷的规定,其主要涵括四个方面的内容:一是P2P网络借贷的概念;二是P2P网络借贷所属范畴与法律适用;三是P2P网络借贷平台之功能定位和法律性质;四是将P2P网络借贷业务的监管权划归银监会。

(一)《意见》中有关P2P网络借贷的主要规定

1. P2P网络借贷的概念界定

尽管“网络借贷”一词已被广泛使用,但《意见》发布之前,官方任何文件均未对其概念进行有效界定,亦未对其范围进行合理限定。新颁布《意见》之起草者、发布者认为,个体网络借贷是网络借贷的下位概念,并且个体网络借贷即是所谓的P2P网络借贷,P2P网络借贷与个体网络借贷的内涵与外延完全相同。同时,《意见》指出,“个体网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。”因此,P2P网络借贷的概念主要涉及三个方面的内容,即借贷是个体之间的借贷、是通过互联网平台以及是点对点的直接借贷而非间接借贷。

2. P2P网络借贷所属范畴与法律适用

《意见》规定,P2P网络借贷属于民间借贷的范畴而非传统正规金融的范畴,是点对点的直接借贷行为并且主要受合同法、民法通则等法律法规以及最高人民法院司法解释规范。易言之,由于P2P网络借贷属于民间借贷而非传统的正规金融领域,并且属于直接借贷范畴而非间接金融范畴,所以P2P网络借贷业务并不受《银行法》《证券法》等金融法律法规以及“一行三会”有关监管传统正规金融之规章和规范性文件规范的规范与制约。

3. P2P网络借贷平台的功能定位与法律性质

依照《意见》的有关规定,P2P网络借贷要坚持平台功能,只能为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务,同时,P2P网络借贷机构

要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务,不得非法集资。P2P网络借贷平台“信息中介”地位的法律定性决定了其只能为网络借贷双方提供信息服务而不能提供信用服务,亦即其仅能扮演网络借贷“居间人”而非“行纪人”或“代理人”角色,此举之根本旨趣主要是为了禁止平台自身对出借人的资金提供安全保障,满足了P2P网络借贷自身去“担保化”和不得建立“资金池”的目的。

4. P2P网络借贷业务的监管主体

《意见》规定,P2P网络借贷业务由银监会负责监管,此举改变了P2P网络借贷业务监管主体存在缺失的局面。《意见》既然将P2P网络借贷机构定性为纯信息中介,自然银监会不会并且也没有权力对P2P网络借贷机构的市场准入设置前置性行政许可,而只能对其业务行为进行监管。鉴于P2P网络借贷机构的功能主要是为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务,所以其业务范围只能限于信息服务、资信评估等中介性服务,而不能开展具有金融属性的业务。是故,银监会对P2P网络借贷机构的监管是非审慎监管,其监管单纯是为了防止P2P网络借贷机构非法从事金融业务。

(二)对《意见》关于P2P网络借贷平台性质认定的点评

《意见》对P2P网络借贷的概念、所属范畴与法律适用、平台性质与功能定位以及监管主体确立予以明确,充分肯定了P2P网络借贷的合法地位,同时,为P2P网络借贷行业的规范发展与有效监管提供了制度上的支撑。其中,《意见》最重要的贡献在于肯定了P2P网络借贷的合法地位,并将P2P网络借贷平台性质认定为“信息中介”,此举是对P2P网络借贷平台创设之本质的正本清源。P2P网络借贷平台设计的初衷即是为了实现金融脱媒,让资金供给方与资金需求方形成有效的直接对接,其根本宗旨是为了减少借贷中间环节、提高资金配置效率以及降低投融资成本。最为原始的P2P网络借贷平台是纯粹作为网络借贷信息平台使用,平台自身不会介入点对点网络借贷交易及其风险控制,并对借贷双方的网络借贷行为提供担保服务。然而,作为纯信息中介的P2P网络借贷平台很难有效鉴别资金需求方的风险承受与债务偿还能力,因此,P2P网络借贷中的信息不对称问题严重降低了资金供给方的资金出借意愿,影响了P2P网络借贷行业的发展以及资金的合理有效配置。尽管纯信息中介型平台的出现与发展具有一定的合理性,但P2P网络借贷的规模将难以有效扩大,正是此原因导致

P2P 网络借贷没有在现代金融服务与互联网业高度发达的欧美国家蓬勃发展起来。

从风险防控角度而言,确实应该将 P2P 网络借贷平台定性为纯信息中介,其只能为借贷双方提供信息发布、交易撮合、资信评估等服务,而不得参与 P2P 网络借贷交易之中。但目前我国“绝大部分 P2P 不再是一个相对独立的中介平台,这使得出资人不是根据借款人本身选择投放,而是依赖平台信用或其所谓的风控手段可信度进行投资”^[2]。因此,在现实条件下,从制度上强制将实践中 P2P 网络借贷平台的“信用中介”属性向“信息中介”属性转变,不会像从“信息中介”向“信用中介”自然演进那么容易,并且是非常困难甚至是根本难以实现的,除非彻底否定 P2P 网络借贷的合法存在性。P2P 网络借贷平台从“信息中介”向“信用中介”属性的转变,或者从 P2P 网络借贷发展之初平台本身直接就默认自己为“信用中介”而非“信息中介”,此局之出现系我国征信制度不完善、民间资本市场发展需求等因素交互作用的结果。P2P 网络借贷平台中国化问题的出现,主要是源于我国信用制度建设不健全,当然,大部分投资者缺乏项目评估、风险识别能力等也是重要的原因之一。P2P 网络借贷平台只有通过创新性的手段来完善我国征信工作和征信制度建设,并开发出多样化的风险对冲新手段,才能顺利实现从“信用中介”向“信息中介”的转变,否则,将只是一种美好的愿景。是故,在征信体系不完善、市场发展诉求难以有效满足以及投资者风险认知能力低下的情况下,单纯将 P2P 网络借贷平台定性为“信息中介”缺乏制度和现实上的支撑,此举只能导致 P2P 网络借贷平台制度上的不合规或违法犯罪,继而进入民间金融规制的法律怪圈。除非从法律上否认 P2P 网络借贷平台的客观或合法存在,否则,对于“信息中介”和“信用中介”两个角色,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。

“P2P 网络贷款平台应该为借款人和贷款人之间的交易提供信息咨询服务的交易平台,扮演居间人的角色。但是,我国现在很多网络贷款平台已经开始直接介入借款人和贷款人之间的交易,超出了 P2P 网络贷款平台的服务范围,使平台的性质发生根本性变化,”^[3]因此,应结合 P2P 网络借贷平台运营模式的本质来认定其合法性与否,而不是只承认传统的作为纯信息平台的 P2P 网络借贷平台之合法性。目前我国 P2P 网络贷款平台主要存在纯信息平台、债权转让平台以及附加担保的信息与债权转让平台等类型,并且

P2P 网络借贷出现了“行业细分与模式创新并行,保理、融资租赁、票据、配资、资产证券化、股权质押、收藏品质押、知识产权质押由传统金融加以创新的业务模式不断涌现,行业进入市场细分阶段,开始将不同需求的投资者进行聚合,市场开始步入成熟”^[4]。总之, P2P 网络贷款平台合法性的科学认定应结合实践中 P2P 网络借贷平台不同运营模式的本质属性进行差异化的分析与认定,继而进行类型化的监管。鉴于纯信息中介与附加担保的信息中介模式分析上具有重合性,并且纯信息中介已经为法律所认可,因此,本文将主要分别对附自身担保信息中介型平台和债权转让及其担保中介型平台的合法性与否进行分析。

二、附自身担保信息中介型平台的合法性与否分析

由于附自身担保信息中介型平台的法律性质之讨论,其核心即在于 P2P 网络借贷平台的增信功能。《意见》规定,“P2P 网络借贷平台要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务。”值得注意的是, P2P 网络借贷增信方式诸多,譬如担保、保险、备付金、资金托管,尤其是银行托管等等,但《意见》发布之宗旨即是为了禁止 P2P 网络借贷平台自身对资金供给者的资金提供安全保障,此即所谓的 P2P 网络借贷平台自身“去担保”问题。

(一) 从《意见》与《规定》比较考察“自身担保”的法律效力

“对于担保的最大批评在于它把‘分散’的风险重新集聚起来,似乎脱离了 P2P 借贷点对点交易、风险分散的创新‘本意’,不符合 P2P 借贷平台作为‘信息中介’的定义,重新沦为信用中介和风险经营者。”^[5] P2P 网络借贷平台自身“去担保”的讨论,随着《意见》的发布基本上“尘埃落定”,但 2015 年 8 月《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》(以下简称《规定》)的出台又将其推向“风口浪尖”。《意见》有关不得提供增信服务而只能为借贷双方提供信息服务之规定,其宗旨主要是为了禁止平台自身对出借人的资金提供安全保障或者进行“刚性兑付”。然而,《规定》第 22 条则指出“网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保,出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的,人民法院应予支持”。该《规定》关于 P2P 网络借贷平台自身须遵循其承诺来履行“担保”义务或责任的规定,是否

即是说,允许P2P网络借贷平台自身对出借人的资金安全提供保障义务,此举在理论探讨与司法适用的理解上导致了较大的歧义。《意见》与《规定》之间是否存在矛盾或背离,P2P网络借贷平台自身究竟能否为资金借贷双方的交易行为提供担保?P2P网络借贷平台应定性为何种性质的中介机构,单纯的信息中介,抑或信用中介?是否允许P2P网络借贷平台提供增新服务,并履行先行补偿义务?

上述问题的解决需从以下两个层面展开分析:一是从立法宗旨来看,《意见》与《规定》各自均有自己的立法宗旨,前者主要从事前监管的角度将P2P网络借贷平台定性为单纯的信息中介,平台在P2P网络借贷法律关系中扮演“居间人”的角色;后者充分肯定了P2P网络借贷平台的单纯信息中介性质,其不仅可扮演“居间人”的角色,同时,又从事后法律救济的角度指明P2P网络借贷平台必须对自己作出的承诺履行“契约义务”,即对资金出借人承担“担保责任”,此时其扮演的是“担保人”角色。易言之,P2P网络借贷平台“居间人”性质主要是从事前风险防范的角度进行规定,而“担保人”性质则主要从事后追责与救济的角度予以考量。二是从强制性规定的性质来看,《意见》之规定究竟属于管理性强制性规定,还是效力性强制性规定?如果结合《规定》要求P2P网络借贷平台对资金出借人承担“担保责任”进行分析,可以认为《意见》关于P2P网络借贷平台自身不得提供增信的规定为管理性强制性规定而非效力性强制性规定。从中国人民银行十部委印发《意见》的宗旨来看,关于禁止P2P网络借贷平台自身提供增信的规定究竟是管理性强制性规定还是效力性强制性规定?鉴于《合同法》第52条第(五)项的规定,“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,而十部委制定《意见》关于禁止P2P网络借贷平台自身提供增信的规定仅为部门规章的强制性规定,因此,违反《意见》对P2P网络借贷行为并非归于无效。事实上,这也进一步证明了《规定》做法的合理性与科学性,亦即P2P网络借贷平台自身担保的非法性属于违反管理性强制性规定。另外,《意见》关于“P2P网络借贷平台要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务”的规定虽然不是法律或行政法规,但是该规定也是强制性规定。因此,P2P网络借贷平台“自身担保”行为是有效而非无效。

(二) 从担保机构的设立要求考察“自身担保”的合法性与否

P2P网络借贷平台自身担保主要是指,P2P网络借贷平台承诺“贷款到期时,如果出借人无法收回本

金和利息的,可以将债权转让给平台,平台会先行垫付本金给出借人,然后将此笔坏账划入平台自己名下,再由平台对贷款人进行追偿”。P2P网络借贷平台向资金供给者先行补偿是其主动创设义务而非法定义务,且该先行补偿义务具有一定的担保属性或刚性兑付的功能。P2P网络借贷平台“信息中介”的法律定性决定其只能为借贷双方提供信息服务,即仅能扮演“居间人”的法律角色,而不能为借贷双方提供信用服务。然而,P2P网络借贷平台先行补偿义务的自我创设,虽然未改变P2P网络借贷平台的“居间”法律定位,但同时又辅之以担保功能,即平台自身主动加入到P2P网络借贷法律关系之中,变身为网络借贷行为的“担保人”,对出借人的本金安全承担“刚性兑付”的兜底责任。“只要P2P借贷平台承诺提供本金保障,不明确风险储备池中的资金作为全部偿付来源(非有限),并且以自身平台为风险承担主体时,平台已经实质参与到了借贷经济利益链条之中,不独立在交易之外,具有融资性担保公司的实质。”^[6]然而,值得注意的是,在不建立“资金池”和进行资金银行托管的情形下,P2P网络借贷平台“自身担保”行为并不会带来风险的集聚与扩散。既然如此,为什么不允许P2P网络借贷平台自身对资金供给者提供本息先行补偿的承诺呢?

一般而言,担保机构存在融资性担保机构和非融资性担保机构之分。前者设立应当经监管部门(各省市自治区商务厅)审查批准,后者设立应取得担保行业指导机构(各省市非融资性担保协会)颁发的资质证书,并通过行业协会的年检。非融资担保机构应将获得的资质证书、年检证明材料等向工商登记部门备案,因此,任何担保机构的设立必须获得前置性行政许可或资质认定。如果P2P网络借贷平台既扮演“居间人”的法律角色,又对P2P网络借贷行为提供“担保”服务,并且“担保人”角色的扮演是其常态化的业务,即以提供P2P网络借贷“担保”服务为业,此举便涉及到P2P网络借贷平台超越经营范围问题的探讨。包括P2P网络借贷平台在内的任何主体,如欲以“担保”为业开展经营活动,必须成立相应的担保机构,同时,必须经监管部门(各省市自治区商务厅)审查批准或者取得担保行业指导机构(各省市非融资性担保协会)颁发的资质证书,并通过行业协会的年检。然而,目前我国P2P网络借贷平台的设立仅需根据《公司登记管理条例》到工商管理部门进行注册,并按照《互联网信息服务管理办法》《互联网站管理工作细则》的管理性规定在工信管理部门进行备案登记。显见,P2P网络借贷平台并未取得融资性担保机构和非融资性担保

机构的设立资格或资质，不能将“担保”作为其常态化的业务，并持续性地开展经营活动。总之，在附自身担保的信息中介平台模式中，如果 P2P 网络借贷平台先行对资金供给者的本金进行偿付并接受资金供给者对资金需求者债权的转让，实质上是一种担保或者“刚性兑付”的兜底责任。尽管对资金供给者的先行偿付承诺是 P2P 网络借贷平台自我附加的契约义务与内心意思的真实表示，但是其行为本质上是开展以“担保”为业的经营行为，此举违反了我国融资性担保机构和非融资性担保机构监管的相关规定。是故，附自身担保的信息中介平台，在未取得融资性担保机构和非融资性担保机构资质的情形下，其便不具有提供担保业务的合法地位。

三、债权转让及其自身担保中介型平台的合法性与否认定

“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。”^[7]其中，P2P 网络借贷平台可能扮演不同的角色，或者是单纯的“居间”性质，或者参与其中扮演了“行纪”的角色，甚至还成为“放贷人”，或者其他类型的角色。资金的供给方与需求方不直接签订债权债务合同，而是由第三方主体，包括自然人、法人或其他组织，先将资金借给资金需求方，第三方主体再将其所拥有的对资金需求者的债权转让给资金供给者。在这一过程中，如果 P2P 网络借贷平台仅为第三方主体的债权转让行为进行信息发布、撮合和资信评估的功能，最后由第三方主体与资金供给者签订合同，此时 P2P 网络借贷平台即属于纯信息平台，扮演的是“居间人”的角色；如果第三方主体先将债权整体转让给 P2P 网络借贷平台，而后 P2P 网络借贷平台再将债权转让给资金供给者，此时 P2P 网络借贷平台扮演了“行纪人”的角色；如果第三方主体委托 P2P 网络借贷平台以第三方主体的名义代为转让第三方主体对其债务人所享有的债权，并且最终债权转让行为之法律后果全部归于第三方主体，此时 P2P 网络借贷平台扮演了“代理人”的角色。

如上所述，在 P2P 网络借贷平台上进行债券转让，此时 P2P 网络借贷平台可能会扮演不同的角色，譬如行纪人、居间人或代理人等角色。在不改变债权本质属性的债权转让中，无论担任何种角色都不违背我国《民法通则》《合同法》等法律法规和最高人民法院司

法解释的规定。然而，目前我国在 P2P 网络借贷平台上发生的债权转让行为出现了资产证券化的发展趋势，即是说，P2P 网络借贷平台并非将第三方债权原封不动地直接转让给资金供给者，而是向资金供给者销售以第三方债权为基础经过“打包”的有价证券或理财产品。此时，P2P 网络借贷平台将只能扮演“居间人”角色，而不得担任“行纪人”或“代理人”的法律角色，否则，即为违法。另外，值得注意的是，与附自身担保的信息中介平台相类似，在债权转让模式中，P2P 网络借贷平台如果对所转让的债权，无论是未改变性质的债权直接转让，还是发生性质转变的证券化形式的债权转让，P2P 网络借贷平台自身都不得对资金供给者的本金予以担保或先行补偿的“刚性兑付”，原因在于 P2P 网络借贷平台开展以“担保”为业的经营行为，违反了我国融资性担保机构和非融资性担保机构业务监管的相关规定。然而，如果 P2P 网络借贷平台对资金安全做出先行偿付或保本的承诺，其则要对其承诺承担自我创设的契约责任，至于违反法律规定以“担保”为业提供服务的，则要承担行政法律责任。是故，本部分将主要对债权转让中介型平台的合法性与否进行分析，而不再单独就其自身担保的问题进行分析。

（一）不改变债权本质的债权转让中平台的角色

不改变债权本质的债权转让指的是只对债权进行简单拆分而不是通过建立“资产池”对不同期限、不同类型的债权拆分重组后再进行转让的行为。依据我国《合同法》第 79 条的规定，债权人可以将自身拥有的债权整体或部分转让，并且未对债权转让的具体金额、期限、次数做出明确规定。但是第三方主体的债权转让行为是否属于除外的情形？实质上，第三方主体的债权转让行为本身并没有不可转让的性质，并且没有违反既有法律的规定。但是，第三方主体债权转让的方式尚有可探讨的空间。具体而言，第一种情形是依据《合同法》第 424 条规定，如果 P2P 网络借贷平台向第三方主体报告债权转让的机会或者提供信息撮合服务，并且第三方主体向 P2P 网络借贷平台支付报酬的行为，没有违反法律的规定，这也是《意见》所认定的纯信息平台的角色。第二种情形是依据《合同法》第 414 条规定，P2P 网络借贷平台以自有资金并以自己名义为第三方主体提供债权转让服务的行为或活动，并且第三方主体向 P2P 网络借贷平台支付报酬的行为，符合合同法的规定。第三种情形是《民法通则》第 63 条的规定，P2P 网络借贷平台以第三方主体名义参与到债权转让的行为中来，并且第三方主体为 P2P 网络借贷平台提供债权转让服务的行为符合

《民法通则》第63条的规定。因此,对于传统的对债权性质不做任何改变的债权直接转让行为,不管是P2P网络借贷平台担任的是纯信息平台角色的“居间人”,还是扮演“行纪”和“代理”的角色,均符合我国《民法通则》《合同法》等法律法规和最高人民法院司法解释的规定。究其根本,上述所有债权转让行为均未改变债权直接转让的性质,亦即是说所转让债权的本质并没有发生变异或异化为其他性质的产品,即使P2P网络借贷平台参与到债权转让中来,也不会导致风险的集聚或蔓延。

(二) P2P网络借贷资产证券化中平台扮演的角色

P2P网络借贷资产证券化式的债权转让指的是通过互联网形式对各类债权中的风险与收益要素进行分离与重组,形成与原有债权性质不同的金融产品后进行发售的行为。正如银监会政策研究局副局长龚明华所言,“P2P作为信息中介,应是为出资方和融资方提供信息撮合的平台。但现在一些P2P偏离了这个方向,变信息中介为信用中介,并采用了担保、债权分拆、资金池等多种方式”,从单纯的债权转让转变为通过复杂的交易设计对既有的债权进行输出、购买、增信以及打包,继而形成复杂化的金融产品并进行销售。因此,目前我国在P2P网络借贷平台上发生的债权转让行为出现了资产证券化的发展趋势,亦即是说P2P网络借贷平台并非将第三方债权原封不动地直接转让给资金供给者,而是向资金供给者销售以第三方债权为基础而衍生出的各式各样的复杂化的理财产品。易言之,在该种模式中,债权的既有本质已经改变为债券或其他具有证券属性的理财产品。依据我国《证券法》第28条规定,除法律、行政法规规定应当由证券公司承销之外的证券销售,可以采用直接销售的方式。在采用直接销售的方式时,P2P网络借贷平台担任的必须是单纯信息平台角色的“居间人”。然而,上述P2P网络借贷平台“行纪”或“代理”角色实际上是间接销售的方式,既然采用间接销售的方式公开发售证券,此时则只能遵循证券法律的有关规定由证券公司承销,并且“行纪”类同于“包销”而“代理”相当于“代销”,当然并不是完全一一对应。鉴于P2P网络借贷平台未取得证券公司的承销业务资格,因此,其只能担任纯信息平台的“居间人”角色。

“我国对信贷资产证券化的监管一直很审慎,开展此项业务要有相关部门审批,网贷平台尚不具备进行资产证券化的资格,属于非法发行资产证券化产品。”^[8]依据中国人民银行、银监会于2005年4月所发布《信贷资产证券化试点管理办法》和银监会于2005年11月所发布的《金融机构信贷资产证券化试

点监督管理办法》来看,在中华人民共和国境内依法设立的商业银行、政策性银行、信托投资公司、财务公司、城市信用社、农村信用社以及银监会依法监督管理的其他金融机构才有资格进行资产证券化,而自然人、小贷公司以及其他非银监会监管的准金融机构或金融业态不具有资产证券化的主体资格。对于作为特定目的机构的受托机构而言,2015年4月3日中国人民银行发布公告称,已经取得监管部门相关业务资格、发行过信贷资产支持证券且能够按规定披露信息的受托机构和发起机构可以向央行申请注册,并在注册有效期内自主分期发行信贷资产支持证券。因此,作为特定目的机构的受托机构必须向中国人民银行进行注册,否则,不能成为网络贷款资产证券化的委托机构。除此之外,如果P2P网络借贷平台将自己定位为特定目的机构,则会违反P2P网络借贷平台项目必须一一对应和不得建立“资金池”等的规定。因此,即使自然人、小贷公司以及其他非银监会监管的准金融机构或金融业态具有资产证券化的主体资格,P2P网络借贷平台在借贷资产证券化的过程中也只能扮演纯信息平台的“居间人”角色,而不能成为具有“行纪”或“代理”功能的特定目的机构或其他销售主体,否则,将违反我国证券法律法规有关证券发行与承销以及资产证券化受托机构必须到中国人民银行注册备案的相关规定。

四、结语:未来P2P网络借贷平台业务发展可供选择的合法模式

通过对目前我国P2P网络借贷平台不同业务模式进行合法性分析,可发现P2P网络借贷坚持平台功能,为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务处于合法性的边界之内,而那些对P2P网络借贷进行担保之平台合法性则应进行差异化的分析与认定。一是附自身担保的信息中介平台先行对资金供给者的本金进行偿付并接受资金供给者对资金需求者债权的转让,此举本质上是开展以“担保”为业的经营,违反了我国融资性担保机构和非融资性担保机构监管的相关法律规定,因此,附自身担保的P2P网络借贷平台不具有合法性。但是,如果P2P网络借贷平台对资金安全做出先行偿付或保本的承诺,则要对其承诺承担自我创设的契约责任,至于违反法律规定以“担保”为业提供服务的,则要承担行政法律责任。二是对于那些以第三方融资担保机构对P2P网络借贷进行担保的行为,只要第三方机构具有融资担保的资格即具有合法性。就债权转让模式而言,对于那

些对债权性质不做任何改变的债权直接转让行为,不管是 P2P 网络借贷平台担任的是纯信息平台角色的“居间人”,还是扮演“行纪人”或“代理人”等其他法律角色,均符合我国《民法通则》《合同法》等法律法规和最高人民法院司法解释的规定;对于那些通过互联网形式对各类债权中的风险与收益要素进行分离与重组,形成与原有债权性质不同的金融产品后进行发售的行为,P2P 网络借贷平台只能扮演纯信息平台的“居间人”角色,而不能成为具有“行纪”或“代理”功能的特定目的机构或其他销售主体。总之,无论是直接性的 P2P 网络借贷,还是具有证券化属性的债权转让,未来 P2P 网络借贷平台只能为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务,即扮演纯信息平台的角色。另外,对于那些对债权性质不做任何改变的债权直接转让行为,P2P 网络借贷平台不仅可扮演纯信息平台角色的“居间人”,而且可以扮演“行纪人”和“代理人”的法律角色。

参考文献:

- [1] 2014 年 P2P 网贷大数据[EB/OL]. <http://www.askci.com/news/finance/2015/01/04/17161506gb.shtml>,2015-01-04/2015-08-06.
- [2] 嵇少峰. 为什么说 99% 的 P2P 金融平台即将死亡[EB/OL]. <http://finance.sina.com.cn/zl/bank/20141113/155620809430.shtml>,2014-11-13/2015-08-10.
- [3] 冯果,蒋莎莎. 论我国 P2P 网络贷款平台的异化及其监管[J]. 法商研究,2013(5): 29-37.
- [4] 蜂窝金融-2014 年 P2P 网络借贷数据报告[EB/OL]. <http://guba.hexun.com/d/19873326.guba.html>, 2015-02-11/2015-08-15.
- [5] 李耀东. P2P 借贷与去担保化[J]. 金融博览,2014(9): 50-51.
- [6] 李钧. P2P 借贷: 性质、风险与监管[J]. 金融发展评论,2013(3): 35-50.
- [7] 刘然. 我国 P2P 网络借贷平台的法律性质[J]. 法学杂志,2015(4): 133-140.
- [8] 李建军,赵冰洁. 互联网借贷债权转让的合法性、风险与监管对策[J]. 宏观经济研究,2014(8): 3-9.

The choices of legal business development model on P2P network lending platform: Talking from the “*Guiding Opinions of Promoting the Healthy Development of Internet banking*”

LIU Zhiwei

(Economic Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: In July 2015, People's Bank of China and other 10 departments jointly issued the *Guiding Opinions of Promoting the Healthy Development of Internet Banking*, which affirms the legal status of P2P network lending, and gets to the root of its P2P network lending platform characterized as “information intermediaries.” However, what needs further identifying is whether other operating models on P2P network lending platform do not have legal status. It cannot be denied that part of the P2P network lending platform can be recognized as the “information intermediaries,” but as for direct credit transfer which does not change the nature of the creditor, P2P network lending platform can also function as a “broker” and “agent” besides that of a “mediator.” Meanwhile, as for the transfer of the property to change the nature of the creditor which claims securitized financial products, P2P network lending platform can only play the legal role of a “mediator.”

Key Words: P2P network lending platform; information platform; credit platform; credit transfer; asset securitization

[编辑: 苏慧]