

P2P 网络借贷与非法集资：关系、根源及规制

宋 琳,房兆琦

(山东财经大学 金融学院,山东 济南 250014)

摘 要:P2P 网贷平台近年来在我国的迅速发展,使其成为互联网金融的重要组成部分。其运营模式也从单纯的信息中介,逐渐演化成债权转让、抵押和信贷资产证券化等运营模式。虽然 P2P 网贷平台由于金融创新和政策套利的运营模式,使其能更好地满足小贷市场,但是近期出现的“e 租宝”、“大大集团”和“中晋系”等案件,也暴露了异化后的 P2P 网贷平台与非法集资之间的潜在关系。依据我国《刑法》及其他法规对非法集资的规定,异化后的债权转让、信贷资产证券化模式都从不同程度上触犯了非法集资罪。建议按照 P2P 网贷平台的性质将债权转让和信贷资产证券化模式划入证券监管体系,并修改当前的相关法规引导这两种模式融入证券体系;将抵押模式划入银行业监管体系,并予以监管。而对于单纯的信息中介模式,划入银行业监管体系。同时,在监管的前提下也鼓励其继续创新。

关键词:P2P 网络借贷;非法集资;监管

中图分类号:F830.5 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-929X(2016)05-0001-12

0 引 言

P2P(Peer-to-Peer)网络借贷,本意是指个体资金供给者和个体资金需求者通过互联网上专门提供众多个体资金借贷者信息的平台(P2P 网络借贷平台),进行点对点资金借贷的行为。即由 P2P 网络借贷平台提供网络交易场所,不同的资金供给者和资金需求者在平台上发布各自的借贷信息并且根据资金借贷者自己的意愿进行匹配,然后再由 P2P 网络借贷平台进行确认并收取相应手续费的一种借贷方式。P2P 网络借贷在一定程度上满足了经营消费个贷需求和大众理财需求,具有普惠金融的意义,其形成的市场化机制、信用机制、技术机制也对金融改革有着实验和借鉴意义。而且 P2P 网络借贷具有交易额度小、交易方式简单覆盖面广和风险分散等优点,所以其覆盖的对象一般是中低收入阶层。因此,P2P 网络借贷被看作实现普惠金融的重要途径并得到重点发展与支持,同时也获得了学者、百姓及政府的重视。林毅夫和孙希芳^[1]构建了包括异质中小企业贷款者和异质的借贷者的金融市场模型,证明非正规金融的存在能够改进整个信贷市场的资金配置效率。P2P 网络借贷行业通过互联网平台将金融服务的门槛降低,由于成本降低,使得众多小微企业、个体经营户和中低收入工薪族可以平等地获得金融服务和帮助他们实现发展目标,这为社会稳定、增加就业机会和

修回日期:2016-06-16

基金项目:山东省“金融产业优化与区域发展管理协同创新中心”资助第二批立项重点项目“山东省普惠金融风险评佔与防范研究”(14xtzd03)。

作者简介:宋琳,男,山东济南人,经济学博士,山东财经大学金融学院教授,研究方向:投资学与公司财务、公司治理;房兆琦,男,山东济南人,山东财经大学金融学院硕士生。

创造经济价值做出了贡献。据网贷之家统计,自从 2015 年 9 月至今,P2P 网络借贷行业月成交量均保持在 1000 亿以上,这反映出了我国在小额借贷领域的巨大市场以及中低收入阶层对于金融服务的巨大需求。

但是,繁荣背后隐藏着导致危机的因素。据网贷之家统计,截止到 2016 年 2 月我国的 P2P 网络借贷平台累计数量到达 3 944 家,其中问题平台数量为 1425,问题平台占平台总量的 36.13% 以上。究其原因,也是多种多样,并且随着 P2P 网络借贷模式的不断异化,其问题的隐蔽性也越来越强。其中“e 租宝”事件算是近期影响范围最大,波及面最广的问题事件。2015 年 12 月,e 租宝被公安机关侦查,涉嫌非法集资。其中待还金额高达 750 亿元,成为新中国成立以来涉案金额最多,波及人数最多的非法集资案件^[2]。在十二届全国人大四次会议中“e 租宝”事件连续被两次提及,这将“e 租宝”所代表的 P2P 网络借贷平台推到了舆论的风口浪尖上。

“e 租宝”事件发生后,P2P 网络借贷涉嫌非法集资的问题从众多问题中凸显出来,成为制约我国 P2P 网络借贷行业发展的主要矛盾。无独有偶,2016 年 4 月 6 日,上海市公安局通过其官方微博发布消息称,上海公安查处涉嫌非法吸收公众存款和非法集资诈骗犯罪的“中晋系”相关联的公司,其中包括国太控股(集团)有限公司、中晋股权投资基金管理(上海)有限公司,上海中晋一期股权投资基金有限公司等。作为一个新兴的行业,法律方面真空导致了 P2P 网络借贷行业成为一个问题多发的行业,甚至涉嫌非法集资。从监管部门近期打击涉嫌非法集资的 P2P 网络借贷平台的力度可以看出国家对于这方面问题的重视。P2P 网络借贷行业亟待整顿,一方面,需要监管部门对涉嫌非法集资的 P2P 网络借贷平台进行严厉打击;另一方面,则需要规范 P2P 网络借贷行业的发展方向,从源头上避免其成为非法集资的工具,欺诈公众的财产。

我们认为,由于 P2P 网络借贷“天然”的一些性质和特点加之 P2P 网络借贷在我国独特的发展方式,导致了它与非法集资之间有着非常微妙的关系,如果不对二者进行深入的探讨和分析,会对我国的 P2P 网络借贷,甚至是普惠金融的发展带来不利影响。而且正确认识 P2P 网络借贷、非法集资,以及二者之间的关系,也有助于我们解释目前 P2P 网络借贷平台异化后出现的弊端。从我国金融行业发展的长远角度来看,厘清 P2P 网络借贷行业与非法集资的关系有利于我国的 P2P 网络借贷行业向着更加正规、合法的方向发展;有助于监管部门依法取缔那些涉及非法集资的 P2P 网络借贷平台,避免让部分涉嫌非法集资的 P2P 网络借贷平台危害人民的财产安全,使得 P2P 网贷行业真正地朝着“普惠金融”的方向发展。

1 文献综述

1.1 P2P 网络借贷平台的属性

虽然国内外 P2P 网络借贷平台成立的时间间隔不长,但是国内外学者对 P2P 网络借贷平台的属性界定却略有不同。Bellucci 等^[3]研究了 P2P 网络借贷的借款人特征,指出其与微型金融(microfinance)所覆盖的人群几乎一致,所以可以认为 P2P 网络借贷是传统微型金融的互联网化,而且 P2P 网络借贷的主要竞争对象也应为微型金融。根据世界银行的定义,所谓微型金融是指对低收入家庭提供贷款、储蓄、保险及货币支付等一系列的金融服务,其核心是微型信贷,即对没有收入来源的借款者提供无抵押贷款。所以,可以初步认为国外的 P2P 网络借贷是在传统的微型金融基础上运用互联网技术而形成的新型金融模式,因此英美等西方国家将其视为金融体系的一部分并对其进行监管。但是国内学者对于 P2P 网络借贷平台的属性界定仍存在分歧,不同学者从不同角度进行了分析。谢平和邹传伟^[4]认为互联网金融是一种既不同于以商业银行为核心的间接融资模式,也不同于以资本市场为核心的直接融资模式的第三种融资模式。吴晓光^[5]认为 P2P 网络借贷是一种依托于网络而形成的新型金融服务模式,本质上属于民间借贷,其初期的发展往往基于地缘、血缘等关系。网络平台的引入使贷款手续更加简便和灵活,被越来越多的用户所接受,具有正规金融不可比拟的

竞争优势。王晓帆^[5]也认为网络借贷是民事借贷合同在互联网形式下的发展,并且应该以建立民间借贷登记的方式尝试进行风险管理。虽然把网络借贷的监管权划归民间这种方式有失偏颇,但是站在我国 P2P 网络借贷起源的角度来看,可以确定我国的 P2P 网络借贷确实起源于民间借贷,所以我国的 P2P 网络借贷必然带有民间借贷的特点。刘绘和沈庆劫^[7]站在我国金融约束政策的角度认为我国 P2P 网络借贷的兴起更多地源于监管套利动因。在金融约束政策下,普通企业无法从事金融业务,金融约束政策也保证我国的金融部门获得了较其他行业更高的利润率。在这种情况下,不具有金融牌照的企业,也都希望从事类似于金融的业务,从而获得高额利润,即监管套利动机普遍存在。姚海放等^[8]认为将网络借贷纳入金融监管体系,对网络借贷行业及中国整体金融秩序而言,利大于弊。

1.2 P2P 网络借贷平台的运作模式及其异化

冯果和蒋莎莎^[9]分析了网络借贷平台异化的主要表现,并认为存在非法集资等法律风险,但并未对平台涉及非法集资的理由做出说明。P2P 网络借贷平台的运作模式是考察其是否涉嫌非法集资的基础,所以我们需要了解 P2P 网络借贷平台运作模式的分类:辛宪^[10]认为,国外的 P2P 网络借贷平台分为:非盈利公益型(例如美国的 Kiva)、单纯中介型(例如美国的 Prosper)和复合中介型(例如英国的 Zopa、美国的 Lending Club)三类。杨新求^[11]则根据以上标准将我国的 P2P 网络借贷平台划分为拍拍贷模式(单纯中介型),宜信模式(复合中介型)和齐放模式(复合兼非营利公益型)。但是,随着 P2P 网络借贷平台在我国的发展,民间借贷“基因”和我国在 P2P 网络借贷法律监管方面的真空情况使其监管套利的动机愈发凸显,因此我国 P2P 网络借贷平台的运作模式发生了异化。许多学者对异化后的 P2P 网络借贷运作模式进行了具体分类,其中,叶湘榕^[12]将我国 P2P 网络借贷的模式分为四类:纯平台模式,典型代表为拍拍贷;保证本金(利息)模式,典型代表为红岭创投和人人贷;信贷资产证券化模式,典型代表为陆金所和有利网;债权转让模式,典型代表为宜信。陈文^[2]则认为,P2P 网络借贷早已突破了个人对个人贷款的限制,越发成为企业融资的渠道,尤其在中小企业融资中发挥了一定作用。越来越多的 P2P 平台开始与小额贷款公司、担保公司、保理公司、融资租赁公司合作,开展企业端的授信服务。无独有偶,方也媛^[13]也认为,很多 P2P 网络借贷平台已经不满足于仅进行传统的居间中间业务,还开展担保,理财等多样化的业务。黄薇^[14]根据 P2P 网贷平台触犯非法集资方式的不同,将其分为直接触犯非法集资的“资金运作模式”和可能被定性为非法集资共犯的“信用中介”模式。

1.3 P2P 网络借贷与非法集资的关系

部分学者对于 P2P 网贷的合法性持比较乐观的态度,左坚卫^[8]就认为正常的网贷行为并不属于非法吸收公众存款,也不可能构成非法吸收公众存款罪,但是异化后的网贷有可能触犯非法集资的红线。可是据我们了解,在目前我国 P2P 网贷行业高度异化的前提下,我国发生的所有网贷交易中,“正常”网贷行为下发生的交易所占的比例已经微乎其微。刘然^[15]则保守地认为 P2P 网络借贷容易触犯非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪,二者都属于非法集资行为。彭冰^[16]则认为非法集资的界定中最为关键的两个因素:集资性质和面向社会公众,在一般的 P2P 网贷中都完全得到满足,所以从理论上来说,P2P 网络贷款天然具有非法集资的性质。以上三位学者对于非法集资概念基本一致,只是对于目前我国 P2P 网络借贷平台具体情况的认识有所不同导致了结论的差异。在此之后,杨振能^[17]分类讨论了 P2P 网络借贷与非法集资的关系。

1.4 我国 P2P 网络借贷的规制选择

用什么样的方式监管我国的 P2P 网贷行业才能使 P2P 网贷平台不涉及非法集资的条件下继续蓬勃发展,为中小微企业和个人提供金融服务是我们面临的一大难题。宋鹏程等^[18]认为有效率的 P2P 借贷监管应当兼顾投融资效率和投资者保护,在维护投资者利益的同时尽量给平台足够的发展空间。在处理集资监管的问题上,彭冰^[19]认为,对于直接融资,法律应通过调整《证券法》予以解决;对于间接融资,法律则应设置与证券法完全不同的监管思路。姚海放^[8]认为,我国网贷行业金融监管的现实选择是将其置于银行业监管部门

之下,比照非银行金融机构的要求建立相应的金融风险防控机制。并且他还认为在中国现行的环境下,证券监管部门或者金融消费者保护部门均不适合成为网络借贷行业的监管主体。彭岳^[8]认为,投资性众筹(以 P2P 为主)如果其实质变成直接融资,就应该划入证券业监管部门之下,通过扩大证券定义的方式逐步使《证券法》成为规制直接融资的主导性法律,并建立相应的豁免权。在借鉴了美、英、日等国对于网贷的规制选择后,吕祚成^[20]认为借鉴国际经验促成我国行业立法十分必要。刘然^[15]认为,对于平台销售理财产品行为更好的监管方式是增加《证券法》强制发行注册的“证券”范围,将平台的销售纳入证券公开发行的范畴。

综上所述,目前各学者对于我国 P2P 网络借贷行业的研究已经非常全面。但是,在近期凸显的 P2P 网络借贷平台是否涉嫌非法集资的问题上,学者们还只停留在笼统地讨论整个 P2P 网贷行业是否涉嫌非法集资,在网贷平台的各种模式与非法集资的关系上缺乏具体的分析。所以,本文着重对不同模式的 P2P 网络借贷平台是否涉嫌非法集资以及涉嫌非法集资的哪些罪名进行详细的讨论。

2 P2P 网络借贷与非法集资关系的探索

2.1 P2P 网络借贷平台的运营模式

P2P 网络借贷是借助于互联网平台,实现资金需求者和资金供给者点对点借贷的直接融资行为。由于 P2P 网络借贷投资门槛低、投资期限灵活和产品多样化等特点,非常适合中低收入人群。因此其迅速发展成了一种面向草根阶层的新型贷款模式。最初的 P2P 网络借贷是借助于互联网进行点对点的直接借贷,如美国的 Prosper。P2P 网络借贷刚进入我国的时候也是点对点的单纯信息中介模式,如早期的拍拍贷。然而,由于我国 P2P 网络借贷一部分是由民间借贷基于互联网技术发展而来的,加之中国金融压抑的现状,所以我国 P2P 网贷平台监管套利的动机愈发凸显,这使得我国的 P2P 网络借贷在随后的发展中出现了异化。我们将其总结为以下三点:(1)交易对象不再限定在个人,中小微企业也参与其中;(2)点对点的交易模式被打破,发展出多对多,多对一的交易模式;(3)部分平台从信息中介变成了金融中介。

因此,P2P 网贷平台存在多种运营模式,如单纯信息中介模式、债权转让模式、抵押模式和信贷资产证券化模式等(见表 1)。

表 1 P2P 网络借贷平台的运营模式

P2P 网络借贷平台的运营模式	解释
单纯信息中介模式	在这种模式下,平台只进行传统的信息中介业务,资金借贷者进行点对点的直接借贷。
抵押模式	该模式下 P2P 网贷平台直接要求借款人提供一定的资产进行抵押。
债权转让模式	在这种模式下,借贷双方不直接签订债权债务合同,而是第三方个人先行放款给资金需求者,再由该第三方个人将债权转让给投资者。在实践中,第三方个人一般是该 P2P 网贷平台的法人代表或者与平台有密切关系的个人。
信贷资产证券化模式	该模式下,中小微企业为了吸收贷款将其资产打包抵押给小额借贷公司,小额贷款公司将其收到的各种资产出售给资产管理公司,资管公司按照不同的标准打包,并交给第三方金融服务平台进行相关交易所的登记托管,再由担保机构、保理公司等摘牌,资管公司回购该资产后以低折扣转让给 P2P 平台,P2P 平台发布标的进行融资,到期后由小贷公司再向 P2P 网贷平台回购。

因为本文讨论的是不同模式的 P2P 网贷平台与非法集资的关系,所以本文选择从法律性质的角度对

P2P 网贷平台进行分类。对于文章中没有涉及到的模式,我们认为可以根据该模式的具体情况,将其划分到以上四种模式当中,然后再去判定是否涉嫌非法集资。

2.2 非法集资的定义

非法集资,顾名思义是指未经国家批准向社会募集资金的行为。参照《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,在我国非法集资所涉嫌的罪名主要有三个:非法吸收公众存款罪,集资诈骗罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,分别在《中华人民共和国刑法》(下文简称《刑法》)的第 176 条、第 192 条和 179 条中有具体规定。

2.2.1 非法吸收公众存款罪

《刑法》第 176 条规定,非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的,构成非法吸收公众存款罪。由于刑法对于“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”的行为没有具体解释,因此最高人民法院在 2010 年 12 月 31 日颁布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(下文简称为《非法集资解释 2010》)第 1 条第 1 款对此进行了明确的解释:违反国家金融法规规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件,除《刑法》另有规定的以外,应当认定为《刑法》第 176 条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”罪:

- (1) 未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金;
- (2) 通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;
- (3) 承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报;
- (4) 向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

这四个条件在理论界被概括为“四性”,即非法性、公开性、利诱性和社会性。

2.2.2 集资诈骗罪

《刑法》第 192 条规定,以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,构成集资诈骗罪。具体什么是“以非法占有为目的”《非法集资解释 2010》第四条给出了解释,使用诈骗方法非法集资,具有下列情形之一的,可以认定为“以非法占有为目的”:

- (1) 集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能返还的;
- (2) 肆意挥霍集资款,致使集资款不能返还的;
- (3) 携带集资款逃匿的;
- (4) 将集资款用于违法犯罪活动的;
- (5) 抽逃、转移资金、隐匿财产,逃避返还资金的;
- (6) 隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金的;
- (7) 拒不交代资金去向,逃避返还资金的;
- (8) 其他可以认定非法占有目的的情形。

2.2.3 擅自发行股票、公司、企业债券罪

《刑法》第 179 条规定,未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票或者公司、企业债券构成擅自发行股票、公司、企业债券罪。根据《非法集资解释 2010》第六条,未经国家有关主管部门批准,向社会不特定对象发行,以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债券,或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过 200 人的,应当认定为刑法第 179 条规定的“擅自发行股票、公司、企业债券”。

2.3 四种运营模式的 P2P 网络借贷平台涉嫌非法集资的可能性

P2P 从美国传入我国以后,相当一部分民间借贷机构转变为 P2P 网络借贷平台。在民间借贷盛行的时

候,其涉嫌非法集资的案件数量就非常多。当时判定其是否涉嫌非法集资所关注的重点是民间借贷是否存在“向社会非特定对象吸收资金”和“向社会公开宣传”这两种行为。在吴英案和孙大午案中“非特定对象”的界定甚至成为整个案件的焦点。随着互联网金融的普及,无论是民间借贷转化而来的 P2P 网络借贷平台,还是依托于互联网初创的 P2P 网络借贷平台,由于其在互联网上直接面向社会公众的特点,导致了它在很大程度上满足“通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”和“向社会公众即社会不特定对象吸收资金”这两个条件。因此我们在下文讨论各 P2P 网贷运营模式触犯吸收公众存款罪的时候只对《非法集资解释 2010》中第一、三条要件予以考察。即 P2P 网络借贷平台是否满足“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”和“承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报”这两个条件。如果 P2P 网贷平台满足以上两个条件,就可以认定其涉嫌非法集资。

2.3.1 单纯信息中介模式中可能涉及的非法集资因素

单纯信息中介模式是指 P2P 网贷平台只充当信息中介,促使个体资金需求者和个体资金借贷者进行点对点交易的一种借贷模式,这也是 P2P 网络借贷诞生之时的模式。在这种模式下,P2P 网贷平台仅仅是一个信息中介机构,当促成交易后,对借贷双方或者是一方收取一定比例的服务费和中介费,其主要工作就是向借贷双方提供交易信息和进行信息整合。

首先,我们来讨论一下单纯信息中介模式与非法吸收公众存款罪的关系。在交易过程中,P2P 网贷平台的性质是居间平台,不用承担兑付义务,资金借贷双方直接发生借贷关系,签订借贷合同。这个借贷行为的本质是资金需求方承诺在一定期限内对资金供给者还本付息或者给付回报。由于向资金供给者做出还本付息承诺的不是平台,因此平台就不会违反“承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报”这个要件。

至于该种运营模式会不会违反“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”这个要件,我们分两部分来考察。首先,我国目前并没有相关部门和法律批准 P2P 网络借贷平台吸收资金,也就是说任何借助于 P2P 网络借贷平台进行吸收资金的行为都违反了该要件,并且可能涉及非法集资。其次,从表面上看单纯的信息中介模式,并没有吸收资金的行为,吸收资金的是资金的需求者,资金的供求双方是一种民事的借贷关系。但是,如果深入研究会发现,资金由供给者流向需求者的过程中,P2P 网络借贷平台资金划付方式的不同也会导致其法律性质发生变化。在实践中,资金借贷双方的资金在大多数情况下并不匹配,所以一般来说单纯信息中介模式的 P2P 网贷平台进行的都是“多对一”的撮合交易。借贷过程大体为:资金供求双方在 P2P 网络借贷平台建立账户,并绑定银行账户,资金需求者在平台发布借款信息,然后再由该平台上的一位(少数情况)或者多位资金供给者投标,投标完成后,资金再由资金供给者的账户划入资金需求者的账户;待资金需求者在到期还款后,本金和利息再逆向划拨给各资金供给者。在这个过程中我们发现,资金需求者在 P2P 网贷平台发布筹资信息后,需要几天甚至是十几天的时间才能筹集到所贷资金;而资金的供给者在投标后,资金就会立即划出账户。也就是说,在整个筹资过程中,资金既没在资金供给者手中,也没有在资金需求者手中。在这种情况下,平台内大量的交易在撮合过程中就形成了资金池。如果这个资金池由该 P2P 网贷平台管理,则该平台就会涉嫌非法集资。此时资金池由谁管理就成为这个问题的焦点。从实践来看,管理这个资金池的单位有两种。一种是 P2P 网络借贷平台本身(如图 1),另一种是 P2P 网贷平台委托的第三方支付平台(如图 2)。我们认为,如果资金池是由 P2P 网贷平台进行管理则其吸收资金的行为就会成立,“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”这个要件也自然而然地成立了,其非法集资的可能性也就随之增加。如果 P2P 网贷平台委托有吸收存款资格的第三方支付平台进行资金的管理,则吸收存款的主体就变成了第三方支付平台,P2P 网贷平台就不会触犯“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”这个要件,其涉及非法集资的可能性就会降低。

由图 1 和图 2 两张单纯的信息中介模式工作原理图我们不难发现,不论该种模式是否委托第三方支付平

台进行资金管理,其平台很难出现集资诈骗的情况。单纯中介模式 P2P 网贷平台的居间性质也不会涉及擅自发行股票、公司、企业债券罪。所以该种模式的 P2P 网贷平台基本不会因为这两项罪名而触犯非法集资。

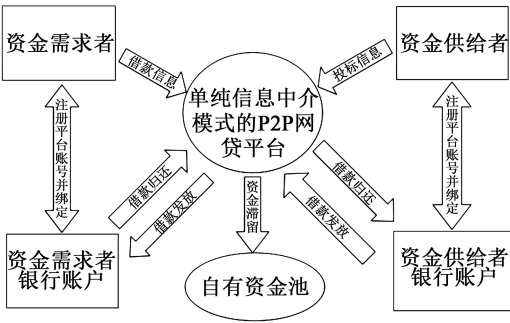


图 1 P2P 网贷平台自身进行资金管理的单纯信息中介模式的工作原理示意图

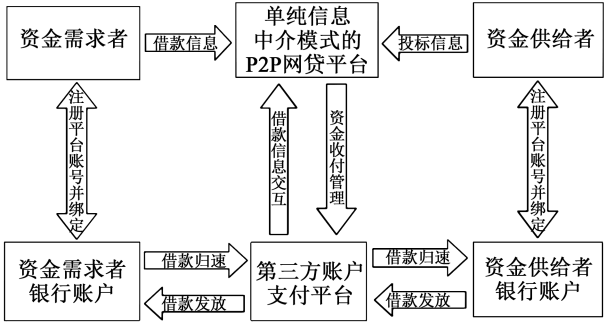


图 2 委托第三方账户支付平台进行资金管理的单纯信息中介模式的工作原理示意图

委托第三方账户支付平台进行资金管理的单纯信息中介模式 P2P 网贷平台进行非法集资的可能性较小。但是,这也不意味着这种模式与非法集资之间没有关系。2014 年最高人民法院,最高人民检察院和公安部联合发布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》中指出:为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任。如果平台对于借款人信息审查不当,或者故意帮助存在问题的借款人进行融资,则平台会被定性为非法集资的共犯予以处理。

通过上述分析,我们可以发现:单纯信息中介模式的 P2P 网贷平台涉及非法集资的概率较小,而且可能导致其非法集资的因素也比较容易纠正。所以我们认为,这种模式的 P2P 网贷平台应该予以保留和发展,这样有利于“普惠金融”的发展和我国金融体系的完善。

2.3.2 抵押模式中可能涉及的非法集资因素

这种模式是国内民间借贷机构在互联网上嫁接而形成的,即民间借贷公司作为一个平台,利用信息优势,将资金供给者和资金需求者撮合到一起,借款人以其房产或者其他资产作为抵押,获得融资,双方签订民间借贷合同。这种模式一般都是线上线下同时经营,所以符合《非法集资解释 2010》中“公开性”和“社会性”两个要件。如果 P2P 网贷平台只是借助于网络吸收资金,为线下的客户提供贷款,并且在这个过程中形成了资金池。则该平台实际上已经成为一家影子银行,其的性质就变成了金融中介,“利诱性”和“非法性”两个条件均会满足,监管部门应该严厉打击。我们在下文所讨论的抵押模式的 P2P 网贷平台不包括这种类型。

目前大部分抵押模式的 P2P 网贷平台从事的还是信息中介业务,如果 P2P 网贷平台在该模式下只是从事居间业务且委托有资格的第三方支付平台来管理借贷资金的流动,借贷双方签订民事借贷合同,则该模式下借贷平台并没有吸收资金,也不会做出收益承诺,因此不满足“非法性”、“利诱性”,即不满足《刑法》规定的“非法吸收公众存款罪”。从这方面来看,抵押模式与单纯的信息中介模式比较相似。而且在抵押模式下,如果资金需求者出现信用问题时,资金供给者可以根据《民事诉讼法》的相关规定,申请实现担保物权,所以抵押模式下的 P2P 网贷平台涉嫌非法集资共犯的可能性也不大。从安全性的角度来看,抵押模式的 P2P 网贷平台比单纯中介模式的 P2P 网贷平台更安全。这种模式满足不了没有抵押物的资金需求者的融资需求,其适用范围可能会大幅缩小,但这与非法集资问题关系不大。

在实践中,微贷网就属于典型的抵押模式的 P2P 网络借贷,该平台主要经营的是以房屋、汽车为抵押标的的信息中介业务。在借贷过程中,资金需求者在微贷网发布借款信息,并且提供抵押标的的详细信息;平台

对资金需求者提供的信用进行审核,并根据其抵押物对借款金额进行调整;最后,资金供给者在该平台上选择投资的项目,并直接与资金需求者直接签订借贷合同。我们可以看出,由于资金需求者直接和资金供给者签订借贷合同,微贷网在借贷过程中从事的是居间业务,并没有对资金供给者做出还款承诺。所以微贷网不符合“利诱性”这个要件。在资金管理方面,微贷网与银行达成存管合作协议。在借贷的整个过程中,资金只在资金借贷者、银行、资金需求者这三方直接流动,微贷网从始至终没有接触到资金。所以其不满足“非法性”这个要件。至此我们可以基本可以判定,微贷网不会因为非法吸收公众存款罪而触及非法集资。第三方银行存管的信息平台性质加上以房产、汽车为抵押的借款规则,使得微贷网的风险大幅降低,其触犯集资诈骗罪的可能性几乎不存在。所以我们认为,微贷网这种模式,也就是抵押模式的 P2P 网络借贷平台,涉及非法集资的可能性非常低,可以继续发展这种 P2P 网贷模式。

2.3.3 债权转让模式所涉及的非法集资因素

在这种模式下,借贷双方不直接签订债权债务合同,而是由第三方个人先行放款给资金需求者,再由该第三方个人将债权转让给投资者。在实践中,第三方个人一般是该 P2P 网贷平台的法人代表或者与平台有密切关系的个人。以国内的典型债权转让模式宜信为例,公司高管唐宁作为第三方出借人,将个人自有资金借给资金需求方,建立债权债务关系,并且获取了大量债权。唐宁再将这些债权出售给宜信,宜信对债权进行拆分,打包成类固定收益的组合产品,以组合产品的形式销售给投资者,实质上是债权转让的过程。

这种模式巧妙地把一个吸收存款用来放贷的金融机构拆分成了两个部分:一部分是放贷的第三方个人;另一部分是单纯信息中介模式的 P2P 网贷平台。借贷过程也因此被分割成了两部分,一部分是第三方个人用自有资金向资金需求者放贷,并建立民事借贷关系。单就这一部分看,第三方个人并没有违法的行为,也没有集资行为,更不用说是非法集资的问题。另一部分则是第三方个人通过 P2P 网贷平台吸收众多资金供给者的资金,此时第三方个人成为资金需求者,P2P 网贷平台帮助其向众多资金供给者筹集资金。表面上看,第三方个人与资金供给者发生债权债务关系,P2P 网贷平台在这个过程中扮演信息中介的角色,并没有非法集资行为。但是,在实践中第三方个人与 P2P 网贷平台的密切关系是我们不能忽略的一个细节。如果将第三方个人和 P2P 网贷平台合并成一个主体来分析,我们就会发现在整个借贷过程中,这个合并主体向资金供给者吸收资金并且向资金需求者提供贷款,经营的是类似于商业银行的存贷款业务。其非法吸收存款的性质暴露无遗。

所以,此种模式下,不论是资金的供给方还是资金的需求方,本质上都是与 P2P 网贷平台发生债权债务关系。第三方出借人只不过是 P2P 网贷平台为了逃避法规监管而使用的障眼法,平台的性质不再是信息中介,而转变成了金融中介。众多资金供给者的资金在汇入 P2P 网贷平台后,形成了资金池,满足《非法集资解释 2010》中规定的“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”这个要件。而且资金供给者购买债权转让模式 P2P 网贷平台的理财产品其目的一定是获得收益,所以该种 P2P 网贷平台会对资金供给者承诺收益,此时“承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报”这个要件也就满足了。加之其在互联网上销售的形式所具备的“公开性”“社会性”条件(在 2.3 已经说明),所以我们认为 P2P 网贷平台的债权转让模式符合《刑法》第 176 条规定的非法吸收公众存款罪,可以定性为非法集资。

在债权转让模式下,P2P 网贷平台不只是涉嫌非法吸收公众存款罪。如果平台经营不善,或者融资方出现信用风险导致平台无法正常经营时,第三方个人或者 P2P 网贷平台管理者在资金池模式和信息不对称的“优势”情况下,可以以欺诈手段继续吸收资金以维持平台的经营。若经营规模扩大,则平台可能恢复正常的经营;倘若经营规模扩大也无法使平台正常经营,则管理者卷钱跑路的“庞氏骗局”就会发生。也就是说,这种运营模式在一定程度上给予了平台管理者“赌博”的机会。但是只要平台无法正常经营但还以欺骗投资者的手段进行经营的,就满足了“用诈骗的方法”这一要件。至于是否满足“以非法占有为目的”,《非法集资解释 2010》给出解释是:“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致

使集资款不能返还的”可以被认定为“以非法占有为目的”。平台无法正常经营时就可以认为其筹集资金规模与经营活动明显不成比例,因此“以非法占有为目的”的条件也满足。根据《刑法》第 192 条“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,构成集资诈骗罪”两个条件均已满足,所以不论其能否通过扩大经营规模恢复“正常”经营,其行为都已经构成了集资诈骗罪和涉嫌非法集资。因此,我们认为,债权转让模式涉及集资诈骗罪的可能性大于前面两种模式。

2.3.4 信贷资产证券化模式所涉及的非法集资因素

这种模式是 P2P 网贷平台中比较复杂的一种模式。其具体原理就是中小微企业为了吸收贷款将其资产打包抵押给小额借贷公司,小额贷款公司将其收到的各种资产出售给资产管理公司,资产管理公司按照不同的标准打包,并交给第三方金融服务平台进行相关交易所的登记托管,再由担保机构、保理公司等摘牌,资管公司回购该资产后以低折扣转让给 P2P 平台,P2P 平台发布标的进行融资,到期后由小贷公司再向 P2P 网贷平台回购。

图 3 是我国的 P2P 信贷资产证券化的流程图,从图中可以看出资金从资金供给者(投资人)到真正的资金需求者(小贷客户)需要经历了复杂的过程。由于我们讨论的是资产信贷化模式的 P2P 网贷平台与非法集资的关系,所以我们假设资管母公司从小贷公司买断资产,并将其登记、回购的资产证券化的过程是合法的。这样,P2P 网贷平台向资金供给者提供的就是合格的证券产品。整个借贷过程可以简化为合格的证券产品、P2P 网贷平台、资金供给者三者之间的关系。

如图 3 所示,在整个借贷过程中 P2P 网贷平台起到的作用似乎只是将资金供给者和证券产品联系起来的信息中介。但是我们认为,P2P 网贷平台通过网络向社会上的资金供给者出售证券产品的行为说明,此种模式下的 P2P 网贷平台已经成为一家公开发行证券的机构。这是因为,根据《非法集资解释 2010》第六条规定:未经国家有关主管部门批准,向社会不特定对象发行、以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债券,或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过 200 人的,应当认定为刑法第一百七十九条规定的“擅自发行股票、公司、企业债券”。具体分析如下:

(1)我国的监管部门并没有批准过 P2P 网络借贷从事证券发行业务,所以其满足“未经国家批准这个条件”。(2)P2P 网贷平台依托于互联网,其经营对象是使用互联网的大众,满足“社会不特定对象”这个条件毋庸置疑。(3)在判断其是否存在“以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债权”的行为时。我们认为,这种运营模式下的 P2P 网贷平台其行为实际上已经在变相发行公司、企业债券。(4)在实践中,P2P 网络借贷平台接纳的投资者一般不会低于 200 人,所以人数条件也已经满足。

综合以上四点,我们认为信贷资产证券化模式的 P2P 网络借贷平台因为“擅自发行股票、公司、企业债券”,涉嫌非法集资罪。

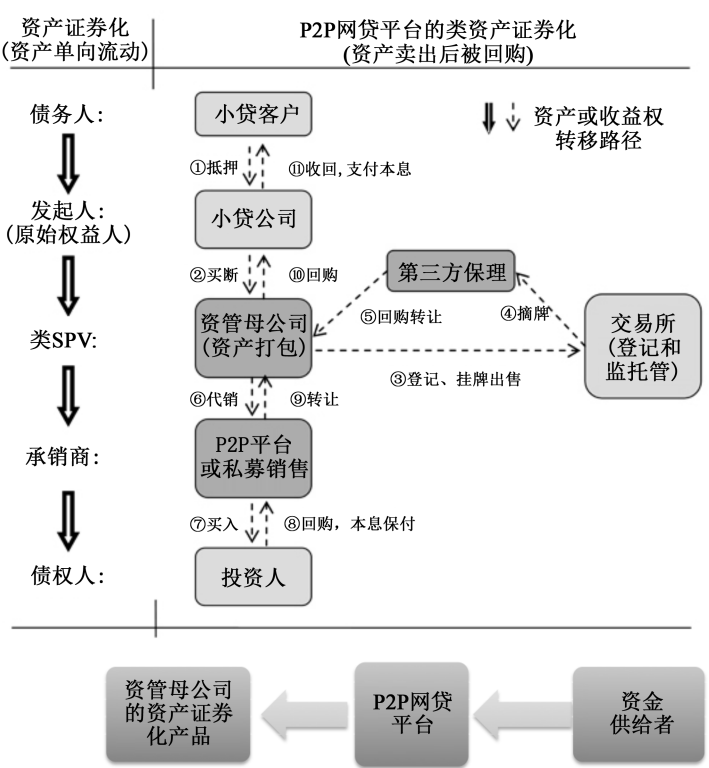


图 3 P2P 网贷平台的类资产证券化流程图 (资产转移)

资料来源:网贷之家,盈灿咨询。

该模式下还有一部分 P2P 网贷平台在理财产品的销售过程中,将供给者购买证券产品的资金自行管理,形成资金池。所以,这部分 P2P 网贷平台满足“未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金”这个要件;而且资金管理的方式改变了 P2P 网贷平台的性质:证券产品的销售主体变成了 P2P 网贷平台,还本付息的承诺也从公司、企业债券本身,转移到了 P2P 网贷平台上。也就是说,此时资金的需求者变成了 P2P 网贷平台本身,做出收益承诺的也必然是 P2P 网贷平台本身,因此“利诱性”这个要件也已经满足。加上所有 P2P 网贷平台都具有的“公开性”和“社会性”两个要件。我们基本可以认定,这部分信贷资产证券化模式的 P2P 网贷平台涉嫌非法吸收公众存款罪。

最后,此种模式下的 P2P 网贷平台还容易涉及集资诈骗罪。集资诈骗罪只有在平台经营者主观上以非法占有为目的时才会成立。这种模式在债权转让模式的基础上进一步异化了 P2P 平台与融资者的关系,复杂的借贷模式阻碍了信息传递,信息不对称问题更加严重,这使得平台经营者更容易凭借信息不对称的优势欺骗投资者,进行集资诈骗。在实践中,这些贷款的中小微企业经营质量参差不齐,有些企业甚至是相关利益集团为了诈骗而设立的皮包公司。这些以诈骗为目的的利益集团一般是 P2P 网贷平台和皮包公司的实际控制人,他们借用信贷资产证券化模式的 P2P 网络借贷平台进行以非法占有为目的的集资诈骗行为毋庸置疑。所以,我们认为这种模式是最容易产生集资诈骗的模式,其风险比债权转让模式还要高。而且,在整个资金流动过程中,不论是中小微企业,小额借贷公司,P2P 网贷平台无论哪个环节出现问题,都会导致资金链的断裂。

所以,我们认为信贷资产证券化模式的 P2P 网贷平台已经触犯了擅自发行股票、公司、企业债券罪。而且存在触犯非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的风险,应该毫不犹豫地予以取缔。

3 P2P 网贷平台涉嫌非法集资的根源探讨

通过上述分析,可得出结论:在我国单纯的信用中介模式和债权抵押模式涉嫌非法集资的可能性较小,债权转让模式和信贷资产证券化模式的 P2P 网贷平台都在不同程度上涉及非法集资。严格地说,目前我国相当一部分 P2P 网络借贷平台都已经涉嫌非法集资。但是此前监管部门对此却保持模棱两可的态度,即:如果 P2P 网贷平台不出现问题,则通常不会干预其经营;一旦 P2P 网贷平台出现无法兑现引发社会问题,监管部门就会以涉嫌非法集资的名义对其进行整顿。监管部门此前持此态度有以下两点原因:

(1)由于我国企业从证券市场上直接融资的门槛极高,加上注册制替代审核制还需要一段时间,所以许多中小微企业被挡在了我国资本市场的大门之外;从商业银行获得贷款又会受到各种限制,复杂的程序和严格的标准又会切断中小微企业从银行获得间接融资的道路。所以中小微企业从我国“正规”的融资渠道获得融资的难度很大。虽然社会各界一直在呼吁“正规”融资渠道向中小微企业打开,但是作用微乎其微。在万般无奈之下,监管部门才默许 P2P 网络借贷这种借贷形式在我国发展,并且在其异化后往往保持模棱两可的态度。

(2)地方政府此前在对待 P2P 网络借贷时持肯定态度,是因为其可以动员起本地甚至是吸收外地的闲散资金给本地企业提供融资,发展本地的经济。但是一旦出现严重问题,地方政府就会祭起非法集资的利剑对本地区 P2P 网络借贷平台进行整顿。

换言之,监管部门此前一方面希望尽可能地减少 P2P 网络借贷不合规带来的风险;另一方面又希望 P2P 网络借贷能在“大众创业,万众创新”、解决小微企业融资难的问题上发挥重要作用。这两者之间微妙的关系,使监管部门此前对于打击 P2P 网贷平台非法集资行为分寸难以拿捏到位。为了充分发挥 P2P 网贷有利于实体经济的作用,监管机构此前也就不得不适当放宽了整顿的标准。

4 对我国 P2P 网络借贷规制的建议

虽然面临诸多问题,但 P2P 网络借贷行业正成为中国金融业内一股不可忽视的力量,其市场需求不容忽视,其展现出的市场发展潜力甚至令国际市场刮目相看。因此,我们应该为 P2P 网贷行业寻找一个合法的发展方向,引导其阳光化运作,实现“普惠金融”的目标。

我国学者对于 P2P 网贷今后的发展方向存在的分歧较大,有人认为 P2P 网络借贷属于民间借贷的范畴,不应该受到金融机构的监管;但是大部分学者认为 P2P 网贷平台实质上已经成为金融体系的组成部分,从风险的角度考虑必须将其纳入金融监管的范围内。在 P2P 网络借贷行业应该属于直接融资还是间接融资范围的问题上理论界也存在分歧:有的学者认为应该将 P2P 网络借贷划归银行的监管范围,这也是当前我国的发展趋势;也有学者认为应该借鉴美国对于 P2P 网络借贷的解决措施,将 P2P 网络借贷纳入证券法的监管范围内,把“小额豁免权”和“安全港规则”引入我国的证券法,并以此扩大证券法的管辖范围。

我们认为,P2P 网络借贷无论从其交易量还是交易人数上,都能够对我国的金融体系产生一定的影响,所以将其列入金融监管部门的管辖范围之内是必要的。但是,由于我国 P2P 网络借贷异化程度过高,因此应该将不同类型的 P2P 网络借贷平台进行更细致的分类,按其性质不同,分别归入银行和证券的监管体系之下。然后修改其所属领域的法规,引导合格的 P2P 网贷平台按照其所归属体系进行发展。

我们可以将债权转让模式和信贷资产证券化模式下的 P2P 网贷平台划到证券体系的管辖范围。因为这两种网贷的运营模式类似于公募基金,并且其功能也主要是为中小微企业提供资金,将其归入证券范畴有利于对其进行监管。但是目前我国的《证券法》对于公募和私募基金的要求极为严格,大部分在 P2P 网贷进行借贷的企业不能满足法律规定的条件。对此,我们可以借鉴美国处理 P2P 网贷的做法,对于公募性质的网络借贷平台设定一个小额豁免权,在每位集资者的资金小于一定额度和每个项目的总额度小于一定额度的条件下,允许其公募程序简化,并在信息披露和许可条件方面给予适当放松以减少 P2P 网贷的筹资成本。对于私募性质的网贷平台设立要求可以参照美国的 JOBS 法案和《D 条例》,对发行人,网贷平台和投资者进行适当限制。例如在对于筛选投资者的条件方面,可以引入“合格投资人”的概念,要求参与私募性质网贷平台的投资者必须符合“合格投资人”的条件。美国对于“合格投资者”现行的定义是个人年收入超过 20 万美元,或与配偶共同年收入 30 万美元以上,或净资产达到 100 万美元的自然人。我国对于“合格投资人”标准的设定可以在符合我国国情的基础上借鉴美国的思路。

对于抵押模式和单纯信息中介模式的 P2P 网贷平台,我们认为可以将其划归银行体系的管辖范围。这两种模式相对于其他两种运营模式的 P2P 网络借贷平台来说较为安全,对于现有运营模式进行适当的改正就能够符合相关法规和银监会对于我国 P2P 网贷平台的要求。对于单纯信息中介模式的 P2P 网络借贷平台,更应该在鼓励其进行金融创新的基础上,制定指导性文件大力引导其发展。

总之,监管部门应该制定引导性法规,指引 P2P 网贷行业阳光化运作。这样才能够能够在风险控制的基础上给予 P2P 网贷行业足够的创新空间,真正促进 P2P 网贷行业的健康发展。

参考文献:

- [1]林毅夫,孙希芳.信息、非正规金融与中小企业融资[J].经济研究,2005(7):35-44.
- [2]陈文.“e 租宝”事件,折射 P2P 现实及未来[J].金融博览:财富,2016(1):81-83.
- [3]BELLUCCI A,BORISOW A,ZAZZARO A.Do Banks Price Discriminate Spatially? Evidence from Small Business Lending in Local Credit Markets[J]. Journal of Banking & Finance,2013(11):4183-4197.
- [4]谢平,邹传伟.互联网金融模式研究[J].金融研究,2012(12):11-22.

[5] 吴晓光.论 P2P 网络借贷平台的客户权益保护[J].金融理论与实践,2012(2):54-57.

[6] 王晓帆,耿越.网络上的民间金融[J].新经济,2012(9):56-57.

[7] 刘绘,沈庆劼.P2P 网络借贷监管的国际经验及对我国的借鉴[J].河北经贸大学学报,2015(2):56-61.

[8] 姚海放,彭岳,肖建国,等.网络平台借贷的法律规制研究[J].法学家,2013(5):94-110.

[9] 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.

[10] 辛宪.P2P 运营模式探微[J].商场现代化,2009(21):19-22.

[11] 杨新求.我国 P2P 网络借贷运营模式简析[J].知识经济,2012(5):130.

[12] 叶湘榕.P2P 借贷的模式风险与监管研究[J].金融监管研究,2014(3):71-82.

[13] 方媛媛. P2P 网络借贷可能涉嫌的犯罪及其防治[J]. 税务与经济,2015(1):46-50.

[14] 黄薇.P2P 网贷平台营运模式及其非法集资风险探讨[J].重庆科技学院学报:社会科学版,2015(8):30-32.

[15] 刘然.我国 P2P 网络借贷与非法集资解析[J].管理观察,2014(23):68-70.

[16] 彭冰.P2P 网贷与非法集资[J].金融监管研究,2014(6):13-25.

[17] 杨振能.P2P 网络借贷平台经营行为的法律分析与监管研究[J].金融监管研究,2014(11):25-41.

[18] 宋鹏程,吴志国,赵京.投融资效率与投资者保护的平衡:P2P 借贷平台监管模式研究[J].金融理论与实践,2014(1):33-38.

[19] 彭冰.非法集资活动规制研究[J].中国法学,2008(4):43-55.

[20] 吕祚成.P2P 行业监管立法的国际经验[J].金融监管研究,2013(9):94-106.

An Analysis of P2P Network Loan and Illegal Fund-raising

SONG Lin, FANG Zhaoqi

(School of Finance, Shandong University of Finance and Economics, Jinan 250014, China)

Abstract: Developing rapidly in China in recent years, P2P network loan platform has become an important component part of Internet finance, and its operation modes have evolved gradually from pure information intermediary to creditor's right transfer, mortgage, credit asset securitization and so on. Although the P2P alienated operation modes based on financial innovation and policy arbitrage satisfy the needs of small loan markets, the recent "E rent treasure" and "Dada Group" cases expose the potential relationship between the alienated P2P network loan platform and illegal fund-raising. According to China "Criminal Law" and other laws and regulations concerning illegal fund-raising, the alienated creditor's right transfer and credit asset securitization modes violate the crime of illegal fund-raising to a varying degree. Therefore, it is suggested that the creditor's right transfer and credit asset securitization modes be included in the securities supervision system according to the nature of P2P platforms; the relevant laws be modified to guide these two models into the securities system; the mortgage mode be included into banking supervision system; and that the pure information intermediary modes be included into banking supervision system for being supervised and encouraged to make further innovation.

Keywords: P2P network loan; illegal fund-raising; supervision

(责任编辑 刘小平)