

网络借贷 法律规制研究

Research on the Legal Regulation
of Peer to Peer Lending

秦康美/著



非
外
借

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

网络借贷 法律规制研究

Research on the Legal Regulation
of Peer to Peer Lending

秦康美/著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

网络借贷法律规制研究 / 秦康美著. -- 北京: 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6954 - 8

I. ①网… II. ①秦… III. ①互联网络—应用—借贷—法律—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 300875 号

网络借贷法律规制研究
WANGLUO JIEDAI FALÜ
GUIZHI YANJIU

秦康美 著

策划编辑 邢艳萍
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京建宏印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用出版分社
开本 A5
印张 12.25
字数 320 千
版本 2019 年 12 月第 1 版
印次 2019 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jwbq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6954 - 8

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

“互联网+”思维的出现,带来了经济形态的演变,产生了许多新兴产业,互联网金融业的出现极大地改变了人们的生活方式,增加了社会投资渠道,惠及了社会大众尤其是处于弱势地位的个体及融资难的小微企业。2005年发源于英国的网络借贷平台带来了网络借贷业的发展,短短的十四年间,网络借贷业在全球得到了快速发展,已经成为大众一种流行的投资方式,也成为小微企业及被正规金融排除在外的个体的主要融资渠道,也产生了大批服务于网络借贷业的网络借贷中介机构,同时,网络借贷业的快速发展也得到了各国的立法支持。与国外的网络借贷相比,网络借贷虽然不是起源于中国,但中国的网络借贷业发展非常迅速,业务规模、平台数量、科技创新能力都居于全球前列,成为引领世界的风向标,然而,新生事物发展,一定会经历无序的野蛮发展时期,也会爆发出一系列的问题,中国的网络借贷业同样暴露出来许多问题,问题的存在会影响新兴行业的发展。

本书以网络借贷业的主体建构、主体间的交易基础利率确立和确保交易规范的监管制度构建进行框架建构,基本包括了网络借贷业主要框架结构。

第一,界定网络借贷业中相关的概念。网络借贷属于民间借贷,民间借贷属于民间金融范畴,民间金融在国外又称为非正式金融,但

国内有学者认为非正式金融还包括不法金融和灰色金融部分,民间金融与正式金融共同构成了一国的金融体系。民间金融包括线下民间金融与线上互联网金融,互联网金融包括网络借贷、网络众筹等方式。网络借贷是通过网络借贷平台撮合达成的交易,其产生的体制性根源在于金融抑制所带来的“长尾现象”,金融不能覆盖的长尾部分借款人在网络借贷平台撮合下能够实现资源的重新配置,众多的放贷人由于分担信息成本降低了风险和提高了收益,再加上社会对于创新的推动,这些都促进了网络借贷的萌芽及发展。网络借贷相对于传统民间借贷,主体和资金更广泛,融资成本更低,风险更分散,交易更具便捷性、无区域性和多层次法律关系。网络借贷能够合法存在相应的理论支撑,主要包括经济学上的信息不对称理论、金融抑制理论、经济的二元理论和长尾理论,同时包括社会学上的人际关系“嵌入性”理论和法律上的国家干预理论。在此理论基础上,各国对于网络借贷纷纷予以立法确认,尤其以英、美国家为代表。

第二,探讨网络借贷放贷人的法律规制。网络借贷、放贷人规制法来源有两个:一个是传统的民间借贷、放贷人规制;另一个是专门的网络借贷法规制。对于放贷人主体类型,各国都规定为自然人、法人和其他组织,但对于是否区分专职放贷人与非专职放贷人,各国规定不一,多数国家对于专职放贷人实行准入制度,要求具有相应资质的投资人及相应的管理人员。对于放贷人资金来源,各国一般都规定不能吸收公众存款进行放贷,但对于是否能从正规金融进行融资放贷规制不同,英美两国规定可以,我国目前关于放贷资金来源不合法借款合同无效的规定不能有效保护投资人,司法应该重新审视投资人保护原则,以善意保护制度为原则重新裁判合同有效。各国对于网络借贷、放贷人一般都有特别规定,以此保护放贷人权益,首先,体现在放贷人的合格性(主要从总资产及单笔投资金额来规制)及适当性(放贷

人应该有相应的知识,平台负有投资者审查义务及信息披露义务)制度。其次,对借款人进行规制,主要从借款人的信用方面及借款金额来进行规制。再次,保护投资人还从担保权利方面进行规制。目前对于抵押物权设置还存在不能登记到众多债权人名下的问题,学者建议应该建立网络担保债权公示委托制度,由网络借贷机构来代理投资人进行担保债权登记及收付。最后,对于投资人保护还体现在诉权的实现,众多小额投资人很难去通过诉讼实现权利,学者建议建立网络借贷业诉权转让制度,由网络中介机构来受让债权,以保护投资人债权的实现。

第三,探讨网络借贷中介机构的法律规制。网络借贷交易需要网络借贷中介机构进行撮合,网络借贷中介机构有信息中介、增信中介和信用中介,各国对于信用中介都予以禁止,但对于增信中介一般都予以承认,诸如第三方担保、引入保险及提供风险保证金等方式,我国目前对增信中介和信用中介都予以禁止,这样规定不利于投资人保护,立法应该允许第三方为网络借贷中介提供增信。网络借贷中介机构的实力影响借贷交易及利率,各国对于其一般都规定准入条件,包括牌照管理、注册资本金法定限额、管理人员的专业化等,我国也应该顺应潮流,采取准入制度提高中介机构进入门槛。同时,网络借贷中介的有序退出也很重要,各国对于平台的退出都有相应的制度安排,诸如退出方案的事先安排,退出时的平台业务法定转让原则,我国也应该建立退出制度。有关网络借贷中介机构自营权利方面,多数国家予以承认,从提高中介机构的营利机会及营利权利享有来说,我国应该放开自营禁令,增加营利机会,更好地服务借贷双方。中介机构的义务主要包括信息披露义务、资金托管义务、投资者教育义务等,立法应该明确义务类型,由行业协会来实施具体标准。

第四,探讨网络借贷利率的法律规制。网络借贷利率是借贷交易

的核心,网络借贷利率受借款人、交易平台、期限、用途影响而有不同,网络借贷利率范围是否包括居间费,美国已司法确认应该包括,国外网络借贷业实践做法也是包括在内,我国目前立法对此还未规定,司法对此也不统一,为防止平台通过提高居间费用来变相提高借贷利率,学者们建议统一利率标准,确认居间费用属于利率一部分,统一适用利率法定标准。网络借贷利率是否区分生产性与消费性利率,学者们还存在争论,由于消费利率受政策影响较小,同时不以营利为目的,各国对此予以规制是惯例,我国也应该对此进行区别,设置不同类别的利率标准。网络借贷利率的上限规定,目前不能适应网络借贷业的市场化需求,统一上限设定会让投资人承担信用低的借款人的违约风险,学者们建议应该对消费性借贷设置客观标准的上限,对于生产性借贷设置主客观相结合的利率上限标准。网络借贷的高利贷是否入刑也存在争论,尽管有些国家规定高利贷入刑,但很多学者认为刑法不能干扰民事交易的有效性,尤其是网络借贷业具有涉众性,损害众多投资人利益,因此,网络借贷业不应适用高利贷入刑制度。

第五,建立健全网络借贷的法律监管机制。网络借贷的监管是网络借贷业健康发展的保障,对于网络借贷增加监管已是各国通行做法,但究竟采取单一监管还是多头监管还存在争论,学者们争论的焦点主要是监管成本太高是否会影响新兴行业的发展。目前我国对于网络借贷由无监管到严格监管,监管机构是否适当存在争议,监管机构职责还没有确定,从网络借贷的民间金融属性来看,学者建议监管机构应该由银行业监督管理委员会转由地方政府监管,建立监管机构原则监管和高标准行业自律并行的监管体系,实行强制入会制度。监管的严格已经受到国内外学者们的一致批评,他们提出应该借鉴英国的宽松监管理念,并且不断修正监管措施的做法。监管的内容主要是对平台的内部管理和风险管理监管,同时,对借款人信用风险进行监

管,保障市场的信息透明、市场公正、客户资金安全,由此需要配套制度来保障监管的有效性:首先,需要建立借款人信用风险体系,有人提议建立网络借贷业统一信用平台,国家承担平台建设,行业提供相关数据;其次,需要配套信息披露制度,应该由行业协议制定高标准的信息披露标准;再次,需要配套客户资金托管制度,强制平台托管客户资金到第三方机构,保障资金安全;最后,需要配套网络借贷业纠纷解决机构,建立网络平台的争议代理机制。

目 录 | Contents

绪 论	001
一、问题的提出	001
二、研究意义	003
三、国内外研究现状	004
四、所需解决的问题	022
五、主要研究方法	024
六、创新之处	025
第一章 网络借贷概述	028
第一节 相关概念内涵界定	028
一、相关概念辨析	028
二、网络借贷的起源	040
三、网络借贷特点	041
第二节 网络借贷的生成原因	045
一、体制性根源:金融抑制与长尾现象	045
二、根本性原因:信息成本的分担	047
三、环境原因:社会对创新的需求	048
第三节 网络借贷的相关理论	049
一、经济学中的理论依据	049

二、社会学“嵌入性”(embeddedness)理论	056
三、法律上的国家干预理论	058
第四节 网络借贷立法规制	060
一、立法规制必要性	060
二、各国立法规制现状	061
三、立法规制内容	064
第二章 网络借贷放贷主体法律规制	066
第一节 概说	066
一、网络借贷放贷主体概述	066
二、网络借贷放贷主体分类	068
三、网络借贷放贷主体法律规制的必要性	073
第二节 域外法的经验借鉴	075
一、美国的做法	075
二、英国的做法	086
三、法国的做法	098
四、德国的做法	100
第三节 我国法的立场及存在的问题	103
一、我国现行法的立场	103
二、现行法存在的问题	107
第四节 网络借贷放贷主体立法论	119
一、学者的立法论	119
二、笔者的立法论主张	121

第三章 网络借贷中介主体法律规制	139
第一节 概说	139
一、网络借贷中介主体概述	139
二、网络借贷平台经营模式及性质	143
三、网络借贷中介功能	147
四、网络借贷中介主体规制的必要性	151
第二节 域外法的经验借鉴	157
一、美国的做法	157
二、英国的做法	170
三、法国的做法	182
四、德国的做法	188
第三节 我国法的立场及存在的问题	192
一、我国现行法的立场	192
二、现行法存在的问题	198
第四节 网络借贷中介机构立法论	210
一、学者的立法论	210
二、笔者的立法论主张	214
第四章 网络借贷利率法律规制	239
第一节 概说	239
一、网络借贷利率概要	239
二、网络借贷利率规制必要性	242

第二节 域外法的经验借鉴	246
一、美国的做法	246
二、英国的做法	251
三、法国的做法	254
四、德国的做法	255
第三节 我国法的立场及存在的问题	259
一、我国现行法的立场	259
二、现行法存在的问题	260
第四节 网络借贷利率立法论	276
一、学者的立法论	276
二、笔者的立法论主张	278
第五章 网络借贷监管法律规制	289
第一节 概说	289
一、网络借贷监管由来	289
二、监管必要性	290
三、金融监管演变	295
第二节 域外法的经验借鉴	296
一、美国的做法	296
二、英国的做法	308
三、法国的做法	321
四、德国的做法	325
第三节 我国法的立场及存在的问题	327
一、我国现行法的立场	327

二、现行法存在的问题	331
第四节 网络借贷监管立法论	338
一、学者的立法论	338
二、笔者的立法论主张	342
参考文献	362
一、著作类	362
二、论文类	364
中文期刊	364
外文资料	370
后 记	377

绪 论

一、问题的提出

自 2005 年英国一家叫 Zopa (Zone of Possible Agreement) 的网站在网络上推出“人人贷”(peer to peer lending)网络借贷服务平台后,这种方式在世界范围内被很快复制,中国第一家网络借贷服务平台是 2007 年成立的“拍拍贷”。经过十年的发展,此行业已渐成规模,2016 年全国 P2P 网贷参与人数日均 45.86 万人,同比上升 98.83%。其中,2016 年 12 月全国 P2P 网贷参与人数日均 55.55 万人,环比(较上月 55.93 万人)下降 0.69%,同比(较去年 2015 年 12 月 30.74 万人)增长 80.71%。较中国 P2P 网贷指数基期,增长 30.93 倍。与前年同期(较 2014 年 12 月 13.61 万人)比较,增长 3.08 倍。^①

网络借贷在高速增长的同时,也出现了很多问题。首先,是问题平台的产生。问题平台随着平台数量增加而快速增加,比例也在快速上升,到 2017 年 3 月,有 30% 左右的平台产生问题,^②问题平台的频繁出现,极大地影响了网络借贷业的信心指数。其次,网络借贷业定价机制还不规范。江苏省高级人民法院民二庭对于网络借贷进行了调

① 第一网贷:《2016 年全国 P2P 网贷行业大数据报告》,载搜狐网:http://www.sohu.com/a/123282443_351022,最后访问日期:2017 年 5 月 30 日。

② 网贷之家:《网贷数据》,载网贷之家:<http://shuju.wdzj.com/problem-1.html>,最后访问日期:2017 年 3 月 20 日。

研,发现网络借贷平台中的借款人需要支付的费用包括:充值费用,借款人在线充值的,将收取0.1%的手续费;提现费用,借款人提现,每月前5笔手续费由平台承担,超过5笔部分由平台代收每笔1元的提现手续费;信贷审核费,按实际发生的成本支付;借款管理费,按有无担保、借款缓急等划分不同的收费标准,最高可达每日2‰。^①网络借贷业居间费用没有法律规范,导致居间费用过高,直接提高了借款人的融资成本,削弱了网络借贷业低成本融资特点。同时,2016年8月由中国银行业监督管理委员会(已撤销,以下简称银监会)、中华人民共和国工业和信息化部、中华人民共和国公安部、国家互联网信息办公室四部门联合制定的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《网络中介机构暂行办法》)出台,之后网络借贷业监管进入严格监管状态,但短短一年时间,面对“史上最严网贷监管”,已有40%的网贷平台被淘汰。^②严格监管是否需要,监管该何去何从,同时在行业自律还没有完全建立的情况下,行业自律如何建设,这些都是关系网络借贷业健康发展的基础。

当前来说网络借贷业存在以下一些典型问题:

(一)有关网络借贷放贷人方面问题

首先,由于当前没有区分专职放贷人与非专职放贷人,故对于专职放贷人从事金融业务也没有按金融机构来进行要求,这会带来风险。其次,放贷人的资金来源没有规定,这样会带来非法吸收公众存款不法行为,放大金融杠杆,带来金融风险。最后,网络放贷人特别保

^① 江苏省高级人民法院民二庭课题组:《互联网金融纠纷民商事审判实务问题研究》,载《法律适用》2016年第1期。

^② 王雅乐:《“最严监管”出台一年 超4成网贷平台消亡》,载金证券网:<http://www.jinzhq.net/html/jintoutiao/2018/0126/14551.html>,最后访问日期:2017年3月20日。

护制度没有形成,放贷人的债权及担保物权不能得到有效保护,放贷人诉权不能有效实现,合格投资者制度还未完全建立,这些都会使放贷人权利不能被有效保护,影响行业的信心指数。

(二) 网络借贷中介机构制度存在问题

首先,将网络借贷中介机构定性为纯信息中介存在的问题,不利于对投资者的保护。其次,中介机构的设立制度存在问题,使劣质平台低成本进入市场,带来市场风险。最后,中介机构的自营权利是否应该放开,中介机构信息披露义务的主要内容如何明确,风险保障金如何定性,中介机构退出制度如何建立,这些问题多是当前探讨但还未深入之处,需要对之进行深入探讨。

(三) 网络借贷利率问题

首先,网络借贷利率范围不明确,出现了通过提高居间费用来变相提高利率的现象。其次,利率不按用途来区分及严格设置上限的做法会影响借款人的融资,不利于市场的发展。最后,网络借贷高利率的合同效力规定存在问题。

(四) 网络借贷监管问题

首先,当前监管机构还存在争议,需要重新审视。其次,监管机构的职责还未有明确规定,监管内容也没有清晰化。再次,行业自律才开始建立,行业自律的原则,行业自律与监管的内容分配都没有明确。最后,监管的对象没有加以区分,会增加监管成本。网络借贷监管存在的这些问题严重影响了网络借贷业的持续稳定发展。

二、研究意义

(一) 理论意义

新兴行业发展需要有创新的思维,法律的规范与变革也是对于新兴

行业不断发展的评估与改变。网络借贷是借贷者之间的资金融通,网络借贷中介机构能够把众多的放贷人资金集中起来提供给借款人,具有聚集社会资金的功能,因此网络借贷具有典型的金融性质,对于新兴金融业务需要明确参与主体如何进入、行业规则如何建立、监管制度如何安排。然而,目前有关网络借贷业立法层次还较低,很多内容还没有明确,仍值得商榷。当前对这些问题进行法律体系化和系统化研究的还很少,多数都是从经济学角度来进行研究,法律研究还处于碎片化研究阶段。本书将对网络借贷业的相关理论进行重新梳理,提供适合网络借贷业发展的理论,为新兴行业发展提供理论支持。

(二) 实践意义

当前,我国网络借贷业交易规则还未完全建立,通过对规则的梳理及平衡,研究适合当前的交易规则和适当的交易秩序,能够起到鼓励交易,促进经济发展的作用。本书将探索监管制度的建立和修正,增加消费权益保护的监管目标,建立透明、公正的市场,为新兴行业防范风险,保障有序的市场交易秩序。这些研究在有助于新兴行业发展的同时,还能为社会增加资金,解决弱势群体融资难和融资贵的问题,为经济发展提供资金支持。金融是经济的润滑剂,法律是经济的保障,也是金融发展的方向标,这些研究的意义主要在于能为新兴行业提供法律支持的建议,推动新兴行业发展,保护社会大众投资权益及金融资源享受权。

三、国内外研究现状

(一) 国内研究现状

1. 网络借贷的特征和风险

(1) 网络借贷特征

马运全认为,与传统借贷相比,P2P网络借贷平台上的借贷参与