

植德观点

银行与金融-2

Banking and Finance



目录

简评最高人民法院、司法部、中国银监会《关于充分发挥公证书的强制执行效力服务银行金融债权风险防控的通知》	1
公证执业“五不准”动了谁的奶酪	5
应收账款质押登记办法修订的解读及应收账款质押应注意的问题	11
P2P 行业“爆雷”平台的处置方案研究	18
网贷平台业务模式及法律关系	33



简评最高人民法院、司法部、中国银监会《关于充分发挥公证书的强制执行效力服务银行金融债权风险防控的通知》

作者：赵一平 张文良

2017年7月13日，题述三部委印发了《关于充分发挥公证书的强制执行效力服务银行金融债权风险防控的通知》（以下简称《通知》），笔者认为这一通知的出台对于公证债权文书执行的司法实践有重大的现实意义，但仍略有缺憾。

此前，笔者的客户在融资交易中采用公证债权文书（业界简称“强执公证”）时我总是心怀忐忑，强执公证的好处不必多说，但强执公证存在的问题确实也不容忽视：

- ① 大量的创新型融资交易文件是否可以办理强执公证，执行法院是否认可公证机关对上述债权文件出具的执行证书，均存在不确定性；
- ② 有经验的债务人利用程序性的规定可将执行工作拖入持久战；
- ③ 债权人对公证程序的不了解以及公证机关业务水平的参差不齐导致公证程序的瑕疵和执行证书的不规范，法院可能不予执行。

通知的出台大大降低了上述风险，简单概括起来就是**三个明确**：

第一综合考虑金融创新实践，明确公证执行的债权文书的范围

2000年9月实施的《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》中对于债权文书的范围进行了列举式界定，主要包括：借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同、赊欠货物的债权文书、各种借据、欠单、还款（物）协议、以给付赡养费、扶养费、抚育费、学费、赔（补）偿金为内容的协议，以及符合赋予强制执行效力条件的其他债权文书。但随着司法实践的不断发展和金融创新脚步的加快，上述文件所列举的类型已远远不能适应现实的需要，且对于规定中所称的“符合赋予强制执行效力条件的其他债权文书”的范围又无明确界定，导致操作中不易把握。

本次通知将列举的可执行债权文书范围进一步扩大并明确，尤其是关于债务重组合同、融资租赁合同、保理合同及开立信用证合同及信用卡融资合同的规定，对银行、资产管理公司等金融机构拓展债权保全方法并降低债权实现成本有着积极的现实意义。

第二明确申请人和公证机关的职责

在以往的实践当中很多公证机构程序审核不严格，甚至主要通过复制粘贴申请人提交的申请而出具执行书，而申请人本着能多要不少要的心理盲目增加请求，导致最终出具的执行证书程序和内容上都可能留有瑕疵，从而为债务人阻挠执行提供了可乘之机。

一共 11 条的《通知》用了 4 条进一步明确了办理强执公证的相关程序，以及申请人和公证处各自的职责，要求申请人承诺债权金额和相关计算公式准确无误，同时还明确给予债权人补正的机会，从而减少因失误或者疏忽而导致公证债权文书不能执行的情况。

第三明确公证债权文书可以部分执行

在人民法院的公证债权文书执行司法实践中，关于部分内容不可执行但与其他可执行部分可以区分的情况，部分法院从降低执行办案风险角度考虑，对于可执行部分往往踟躇不前，事实上影响了债权人利益的实现。虽然最高人民法院在（2015）执申字第 12 号《执行裁定书》中认为：“如果因公证文书部分内容具有不予执行情形而整体不予执行，对债权人而言显失公平，也不利于维护公证文书效力的稳定性。因此，在公证文书所涉给付内容能够区分执行的情况下，如部分内容具有不予执行情形，则应当仅对该部分不予执行，而对其余部分准许执行。”但我国并非判例法国家，这一判例的适用和推广在执行实践中有一定的难度。

本次通知明确“个别执行标的不明确，但不影响其他事项执行的，人民法院应对其他事项予以执行”，降低了个别债权人以此为由恶意申请不予执行的风险，也为执行法院的执行工作提供了明确依据。

《通知》在取得上述成绩的同时也留下了些许遗憾：

1. 这是一个非普适性的文件

《通知》的适用主体为银监会批准或者备案的持牌机构，包括银行、非银金融机构和地方资产管理公司。显然是银监会为了为其体系内的机构谋福利的结果，银监会只扫自家门前雪无可厚非，而最高人民法院和司法部将

本应普适的一些规则仅仅颁布给了银监系则有些不妥，其实最高人民法院和司法部完全可以在综合征求意见的基础上，联合发文制定普适性规范。

2. 对被执行人主张利息、违约金（或以其他名目出现的实质上为利息或违约金的费用）过高的情况，未明确相应的处理原则

司法实践中，非银行金融机构经常会约定较高的违约金，对于约定的利息和违约金合计超过 24%/年的情况，被执行人往往会以债权文书中所约定的违约金过高为由主张不予执行，虽然最高人民法院在其所作出的（2011）执监字第 180 号《执行裁定书》中认为“违约金数额是否过高不能构成不予执行公证债权文书的理由”，但在实践中的认识尚不统一，具体的处理方法也不明确，且上述意见的载体也仅属于判例层级，不具备规范效力。笔者认为，应在司法实践中进一步明确，对于本金和符合法律规定的利息及违约金等部分，人民法院可直接执行。

3. 公证债权的保全问题尚未得到解决

债权人一旦选择公证债权文书执行程序，因一事不再理原则，其随即便丧失了以起诉方式实现债权的可能，同时也丧失了进行财产保全的可能。而公证机关在做成有强制执行力的债权文书之前，又必须进行对债务人的核实程序，这就导致一方面无法对债务人的财产采取有效的保全措施，而另一方面又必须通知债务人，增加其恶意转移财产的风险，往往使债权人处于左右为难的尴尬境地，因此，建立公证债权的保全机制成为部分债权人，尤其是金融机构积极呼吁解决的实际问题。而本通知未在这方面有所突破，不能不说是一个缺憾。

特此申明：以上分析，仅系我们根据现行法律法规、监管政策及相关案例所做的分析和探讨，并不作为我们对相关事项的法律结论意见。

作者简介



赵一平 合伙人

业务领域：民商诉讼、仲裁、涉企业经济犯罪

电 话：010-5650977

邮 箱：Yiping.zhao@meritsandtree.com



张文良 合伙人

业务领域：银行与金融、投融资并购、投资基金

电 话：010-5650985

邮 箱：Wenlaing.zhang@meritsandtree.com



公证执业“五不准”动了谁的奶酪

作者：张文良 刘尊思 袁海波

2017年8月14日，司法部印发了《关于公证执业“五不准”的通知》（本文简称“五不准”通知），通知的出台目的是“严肃公证执业纪律，规范公证执业行为，加强公证工作管理，确保公证质量”。“五不准”通知一石激起千层浪，在业内形成大讨论，笔者特撰此文，抛砖引玉，以供参考。

一 “五不准”通知内容

“五不准”通知的具体内容如下：

1. 不准为未查核真实身份的公证申请人办理公证；
2. 不准办理非金融机构融资合同公证；
3. 不准办理涉及不动产处分的全项委托公证；
4. 不准办理具有担保性质的委托公证；
5. 不准未经实质审查出具公证书。

二、“五不准”通知出台背景

“五不准”通知的出台，导火索是7月份爆出的“以房养老”骗局。

2017年7月26日，人民日报以《谁“偷”了老人的房子？》为题进行报道，报道称在“以房养老”骗局中，经过公证的授权委托书是导致房屋被卖的关键文件。

2017年8月1日，环球时报的微信公众号以《这个中国人最信任的机构，如今却卷入了一场惊天骗局中！》为题发文，直指公证机构未尽审查义务。

上述报道经各媒体转发，引起舆论关注。北京市司法局和市公证协会在7月底组成了调查小组，对相关公证处和公证员进行调查。可以说，在上述新闻事件发生后，司法部以极快的速度出台了“五不准”通知，体现了司法部门的效率，更表明司法管理部门对类似情况的零容忍。

“以房养老”骗局因其新闻效应成为“五不准”通知出台的直接原因，但公证行业长期较为混乱的局面，部分公证从业者专业能力不足、工作失职甚至是故意，成为一些骗局和不规范的高利贷的工具，则是“五不准”通知出台的深层次原因。

三 “五不准” 通知的意义

积极意义

1. “五不准”通知要求公证机关严格查核公证申请人的真实身份，不准未经实质审查出具公证书，从而能够提高公证的合法性和真实性。

实践中，存在申请人冒用别人的身份证件办理公证的情形，公证员在办理公证时核实了身份证件的真实性，但由于证件与申请人并不一致，致使公证的基础错误，严重影响了公证的公信力，还可能侵害真实权利人的合法权利，成为诈骗的帮凶。更为甚者，申请人利用伪造的身份证件办理公证，但公证员在办理公证时未进行实质审查，致使公证书出现错误。

同时公证处在办理公证时往往只进行程序性审查，对公证的事项的真实性和合法性不进行实质性审查。比如对各种合同的公证，公证员在办理公证时仅仅审核签字人的身份，并见证现场签字，很少主动审查合同的合法性，询问合同当事人真实的意思表示。这也导致一些当事人确实签署了文件，但并不清楚所签署文件的具体内容，不了解文件的法律后果。在报道中，被诈骗的老人多数都存在类似的情况。

“五不准”通知的执行，加强了公证处对申请人身份的审核和公证事项的实质审核，有助于避免虚假的公证申请人和不真实、不合法的公证事项的发生，能有效规范公证执业行为，提高公证的公信力。

2. “五不准”通知不准办理非金融机构融资合同公证，斩断了“高利贷”的一大利器，能有效减少“高利贷”的发生。

在现有融资体系内，民营小微企业及个人向银行等金融结构融资比较困难，而资金需求又一直存在，所以“高利贷”也一直长盛不衰。而为了保证资金安全，“高利贷”人往往对《借款合同》、《房屋抵押合同》等办理强制执行公证和房屋全委托公证。一旦借款人无法按时偿还借款，“高利贷”人员就利用经公证的授权委托将抵押的房产予以出售，所得钱款用于偿还借款。由于利息高，最后借款人往往陷入即无钱可用又无家可归的境地。

而“五不准”通知不准为该种类型的融资合同办理公证，斩断了高利贷的保障手段，能切实有效的减少高利贷的发生。

需要特别说明的是，“五不准”通知并未限制融资租赁公司、小额贷款公司、保理公司等与资金融通业务密切相关机构签署的融资合同办理公证。

根据“五不准”通知关于“经人民银行、银监会、证监会、保监会，商务主管部门、地方人民政府金融管理部门批准设立的从事资金融通业务的机构及其分支机构除外”的规定，

我们理解这次规制的范围不包括融资租赁公司、保理公司、小额贷款公司等机构。

因为上述机构分别是由商务主管部门、地方政府金融管理部门批准设立的从事资金融通业务的机构，并不是一般的组织机构。而诸如信托公司等拥有金融牌照的机构，就更不属于被限制的机构。

3. 从规制层面，“五不准”通知不准办理涉及不动产处分的全项委托公证，不准办理具有担保性质的委托公证，减少了类似“以房养老”诈骗案件的发生。

不动产的全项委托公证被不法分子利用之后，产生了与我国《物权法》明文禁止的“流质条款”的效果。“五不准”通知不准办理涉及不动产处分的全项委托公证，要求重大事项一次一委托，且不得在公证书中设定委托不可撤销，受托人代为收取售房款等内容，增加了交易环节，给予被骗者多次选择机会，客观上减少了“以房养老”骗局的发生和“高利贷”组织利用全项委托直接处分当事人房产事件的发生

消极意义

如上所述，“五不准”通知出台的目的在于防止老人受骗，规范公证执业行为，加强公证管理，提高公证质量，但由于该通知的出台十分仓促，并未进行充分的调研、论证，搞一刀切，有因噎废食之嫌。

1. “五不准”通知关于不准办理非金融机构融资合同公证的规定，缩减了公证的执业范围，增加了交易成本，将部分合法合理的诉求排斥在公证范围之外，且不符合公证法相关规定。

公证业能够蓬勃发展，与其本身优点是分不开的，也符合了当前经济社会的需求。在商事交易中，公证可以起到一定的增信作用，增加交易机会、减小交易成本。在一些交易场景中，公证可以提高经济运行效率。比如，赋予强制执行效力的公证债权文书，在一方不履行金钱给付义务时，另一方可以不必走诉讼程序直接申请法院予以强制执行，减少当事人时间、精力、金钱等成本，也有利于融资的发生，促进资金流通，促进中小企业经济发展。

根据“五不准”通知的规定，在有关管理办法出台之前，公证机构不得办理自然人、法人、其他组织之间及其相互之间（经人民银行、银监会、证监会、保监会，商务主管部门、地方人民政府金融管理部门批准设立的从事资金融通业务的机构及其分支机构除外）的融资合同公证及赋予强制执行效力公证。该规定将对合法的民间的资金融通行为造成一些负面影响。

《公证法》第十一条规定，根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：（一）合同；...；（三）委托、声明、赠与、遗嘱。根据上述规定，为自然人、法人或者其他组织办理合同的公证，当然也包括融资合同。而“五不准”通知的出台将该类型的公证予以禁止，涉嫌违反《公证法》。

最高人民法院、司法部《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》第二条规定，公证机关赋予强制执行效力的债权文书的范围就包括了借款合同，且该联合通知中，对于办理强制执行公证的借款合同，并未排除自然人、法人、其他组织之间及相互之间的借款合同。该联合通知的发文主体是最高人民法院与司法部，如果司法部出台与上述规定相矛盾的规范性文件，应当征求最高人民法院的意见，否则，从程序上来讲，也似有不妥之处。

我们认为，“五不准”通知本次针对的资金融通行为，主要是民间借贷行为。民间借贷的合法性问题在历史上有过不同的定性，但目前合法性已经被最高院司法解释认可。对于一种合法的行为，基于何种原因可以被限制其公证，需要有关部门后续予以解释。

2. “五不准”通知关于不准办理涉及不动产处分的全项委托公证的规定，增加了公证环节，将本可一次办理的公证分为多次办理，增加了当事人的交易成本。

我们认为，法律之所以允许办理涉及不动产的委托公证，就在于方便当事人。在实践中，存在大量的当事人出国、在外地或因健康原因无法亲自办理房产相关事宜，而全项委托公证，极大地方便了当事人办理相关业务，减少了交易成本。而“五不准”通知一刀切，禁止全项委托，对该类正当交易不适当地增加了交易成本。此外，《公证法》并未限制全项委托公证，而“五不准”通知以规范性文件的方式限制了委托事项和委托权限，涉嫌违反《公证法》。

四、“五不准”通知后续措施的展望

我们认为，公证本身是一种工具，是中性的。不能因为公证中出现的一些不规范行为，而对某些公证事项搞一刀切予以禁止。对某些违规、违法行为还应当进行精准打击。

也许正是考虑到该通知的出台的仓促性，“五不准”通知还属于一个比较原则性的规定，给后续具体如何实施“五不准”通知也留下了调整空间，即“在有关管理办法出台之前”先按照“五不准”通知执行。我们推测，此后，有关部门可能会根据实际执行效果予以调整，适当放宽限制。

特此申明：以上分析，仅系我们根据现行法律法规、监管政策及相关案例所做的分析和探讨，并不作为我们对相关事项的法律结论意见。

作者简介



张文良 合伙人

业务领域： 银行与金融、投融资并购、投资基金
电 话： 010-56500985
邮 箱： Wenliang.zhang@meritsandtree.com



刘尊思 合伙人

业务领域： 争议解决、房地产及建筑工程、融资租赁
电 话： 010-56500976
邮 箱： Zunsi.liu@meritsandtree.com



应收账款质押登记办法修订的解读及应收账款质押应注意的问题

作者：赵佳佳 刘尊思

2017 年 10 月 25 日，中国人民银行颁布了修订后的《应收账款质押登记办法》（以下简称“新登记办法”）。本文旨在简单解读主要修订内容，并借此机会梳理应收账款质押由于先天不足而在实践中应当注意的问题。

一、应收账款质押登记办法的修订背景

我国《物权法》第 228 条规定：以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。《物权法》于 2007 年开始施行，为配合《物权法》的适用，中国人民银行于 2007 年出台《应收账款质押登记办法》（以下简称为“登记办法”），办法规定了应收账款的定义、质押登记方式等内容，规范应收账款质押登记活动，建立了应收账款质押登记公示系统。原登记办法为投融资活动中涉及到的应收账款质押担保活动提供了相应支持，从无到有设立了一套较为完整的质押登记办理办法，应当给予肯定。但随着经济活动的发展，原登记办法已经不能适应新形势、不能满足新业务的需要，因此，中国人民银行在 2015 年即发布了修订登记办法的征求意见稿。

至 2017 年 10 月 25 日，中国人民银行正式出台了新修订的登记办法，新登记办法于 2017 年 12 月 1 日施行。到今年登记办法已经施行了十年时间，正如央行在修订说明中所指出的：

“随着我国应收账款融资业务的快速发展，《登记办法》在实施过程中面临一些新问题，亟需补充和完善。例如，应收账款的现有定义不能涵盖实践中已开展业务的应收账款种类、应收账款转让登记有实践无指引、登记期限的设定与实践中业务开展期限不吻合等情况。”

新登记办法相较于原先的版本，有了很多突破，对于目前市场上各类型的融资活动中利用应收账款质押作为担保方式会起到较大的帮助。

二、新登记办法的主要变化

新登记办法的主要变化包括：完善并扩展了应收账款的定义，扩大了可办理质押登记的应收账款的范围，包括明确规定某些类型的项目收益权属于应收账款的范围，可以办理质押登记；首次规定应收账款的转让可以参照质押登记办理登记手续；大大增加了登记的期限，从原先的一至五年变更为半年至三十年。

2.1 应收账款的定义及范围

原登记办法关于应收账款的定义为：应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利，包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。新登记办法则在此基础上增加了“依法享有的其他付款请求权”，对应收账款的内涵进行了扩展，新登记办法关于应收账款的定义为：应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的和未来的金钱债权，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。

如此定义大大丰富了应收账款的内涵，可满足市场上各种不同的“付款请求权”作为应收账款办理质押担保手段。结合定义的完善，新登记办法在列举不同类型的应收账款方面，也有了较大的突破。其中最重要的变化就是将原有的“公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权”修订为“能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权”，不仅原有的公路等不动产被交通运输等基础设施所覆盖，而且增加了能源、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目。其中，最引人注目的就是将收费权修订为收益权。收益权的内涵不仅涵盖收费权，还包括其他基于基础设施和公用事业项目而产生的获取收益的各项权益。收益权在法律层面上并没有一个法定的含义，但市场上利用收益权进行投融资的活动非常多，之前在做相关业务时往往采取对收款账户进行监管的方式办理，但有时难以避免多开账户、同一应收账款重复融资的现象。新登记办法施行以后，可以把项目收益权进行整体办理质押登记，将为相关投融资活动提供较大的帮助，增强担保作用。

2.2 应收账款转让登记

包括不动产的转让有相关的登记制度，商标或专利或著作权的转让也有转让登记方面的规定，不过我国法律并未对应收账款的转让登记进行相应的规定。转让不能进行公示，所谓“一物二卖”现象就可能会多发，不利于保护受让人的权益。新登记办法规定：权利人在登记公示系统办理以融资为目的的应收账款转让登记，参照本办法的规定。这就在现有法律制度下，为受让人申请办理应收账款转让登记开了一条路。应收账款转让可以办理登记公示后，也将对之后法院审理应收账款转让纠纷的思路产生影响。

2.3 应收账款质押登记期限

原登记办法规定的质押登记期限为一至五年，新登记办法的质押登记期限拓展为半年至三十年。目前，市场上比较多的 PPP 项目以及其他基础设施或公用事业项目，其项目周期往往比较长，一般都在十年以上。新登记办法回应市场需求，扩展登记期限，为申请人提供了较大的便利。

除上述几处重要修订之外，新登记办法对公示登记事项、异议登记通知时限、出质人身份信息数据项、注销登记责任、登记费用等条款进行了进一步的完善与调整。其中，原登记办法规定：“质权人办理登记时所填写的出质人法定注册名称或有效身份证件号码变更的，质权人应当在变更之日起 4 个月内办理变更登记。未办理变更登记的，质押登记失效”。此处的规定是存在较大问题的，出质人名称的变更与主体变更系不同性质的变更，名称的变更并不影响质押登记的效力。因此，新登记办法已经删除名称变更未办理变更登记质押登记失效的相关规定。

三、以应收账款质押作为担保方式时应注意的问题

应收账款质押登记解决的是质押登记的设立、公示问题，我们不应期望新的登记办法可以解决实践中应收账款质押面临的其他挑战。

由于应收账款的债的属性，其不具备对世性，因此应收账款质押跟其他物的担保相比先天不足。应收账款质押主要涉及质权人（债权人）、出质人（债务人、应收账款债权人）、次债务人（应收账款债务人），除了应当严格按照登记办法办理质押登记以外，在实践当中还应注意以下几个问题：

3.1 质押的应收账款必须是真实、合法、特定和可处置的

真实性包括形成应收账款的基础法律关系的真实性，基础交易文件的真实性，应收账款余额的真实性等。

合法性主要看形成应收账款的基础法律关系和交易文件是否有因为违反法律、行政法规的禁止性规定，而被认定为无效的可能，或者存在可撤销的情形；同时需关注诉讼时效等影响应收账款实现的问题。

特定性，指的是应收账款可以特定化，有特定的次债务人，特定的基础法律关系和基础法律文件，确定的履行期限等。这一点在办理质押登记是应当特别注意，实践中有法院因质押的应收账款无法特定化而判决质押无效的判例。在办理质押登记时应严格按照登记办法的要求进行操作，详细、具体录入应收账款的有关信息，不可

仅大概描述应收账款，应达到在发生争议后可根据登记信息——对应到具体的次债务人、基础交易文件、应收账款等。

可处置性，指的是应收账款本身具有可转让性和可质押性，即满足登记办法对可质押的应收账款的范围限定，同时基础交易文件中不存在限制转让、限制出质的内容；不存在登记在先的质押权（接受顺位质押的除外）等。

3.2 实践中建议通知次债务人，并争取取得次债务人的确认

根据物权法的规定，“以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。”我国应收账款的质权以办理合法的登记为生效要件，质权的设立和生效并不需要通知次债务人。

但是，实践中，从质权设立前的尽职调查和债务人违约后质权的行使，将质押事宜通知次债务人，并由次债务人对相关事实进行确认，将大大降低应收账款质押的审慎性和程序性风险。大部分应收账款的形成是基于基础合同和合同当事人的履行，在签订质押合同时，其具体履行情况如何，是否存在提前清偿、中止、解除等情况，剩余债权的具体金额，只有通过次债务人的确认才能充分了解。也只有由其进行确认，才能说质权人尽到了谨慎审查的义务。

另外，次债务人向出质人清偿债权的，应收账款即消灭。因此，

在实践中，建议与次债务人一同签订质押协议，通知次债务人质押事宜，由次债务人对债权余额进行确认，放弃抗辩权；同时可以约定次债务人的还款作为质押的应收账款的替代物支付至指定的账户提存或者提前偿还出质人的债权。

3.3 应收账款质押的先天不足

次债务人对质权人并不直接承担担保责任，因此一旦应收账款的基础法律关系及交易文件受到挑战，则质权则可能落空。

3.3.1 基础交易文件效力瑕疵导致质押合同无法履行

基础法律关系和交易文件的效力独立于质押合同，如果基础交易文件履行过程中出现合同法规定的无效情形，不可抗力、重大情势变更，被认定为重大误解、欺诈，或合同解除权被激活等，导致基础合同被变更、撤销、认定为无效或解除的，应收账款也即无所依托，应收账款质押亦失去效力。基础合同出现上述效力瑕疵的，通常导致质押合同因无法履行而解除。

3.3.2 次债务人的抗辩权

参照合同法债权转让相关规定确定的原则，应收账款的质押登记并不能排除次债务人对出质人享有的抗辩权。对于抗辩权，双务合同的履行过程中会出现很多情况，导致当事人一方得以对抗另一方的履行请求权，其中我国合同法明确规定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权等抗辩权种类。由于合同的相对性原则，当此类抗辩情况发生时，质权人一般情况下无法直接参与到相关争议的裁判当中，只能被动的接受相关抗辩的裁判结果。

3.3.3 次债务人的抵销权和自行清偿

抵销是债的消灭原因之一。抵销有两种：一种是法定抵销，一种是约定抵销。法定抵销是指，当事人互负到期债务，债务种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，依照法律规定或合同性质不得抵销的除外，当事人主张抵销的，应当通知对方，通知到达对方时生效；约定抵销是指，双方互负债务，标的物种类、品质不相同的，双方协商一致抵销的情况。

而根据债的相对性原则，出质人和次债务人之间的互负债务是一种直接的债权债务关系，抵销产生于双方之间，应收账款质押并不当然对该行为产生约束。法定抵销权只需通知到达对方即生效，约定抵销只需要双方合意即可实现。一旦抵销，应收账款也随之消失。

有理论认为，抵销权的行使是否合法，应当以质押通知次债务人时抵销权是否成立为判断标准。理由在于：通知到达前，次债务人并不知晓质押的存在，质押对应收账款的限制并未及于次债务人。此时，次债务人对应收账款的清偿和抵销，都属于善意履行合同义务或行使权利的表现，应属有效。反之，在通知到达后行使抵销权，则应认定为无效。笔者对此种理论有不同意见，

应收账款的质押是出质人和质权人之间的合同关系，不应加重次债务人的负担，如果在通知后不允许次债务人行使抵销权，无疑加重了次债务人负担，一方面次债务人对出质人的债权可能无法回收，另一方面，其需要另行向出质人清偿质押债权，这显然对次债务人是公平的。

因此，通知次债务人的同时得到次债务人的确认，排除其抵销权，在因抵销权而产生争议时至少可以追究其违约责任。

同样，次债务人自行清偿已设定质权的应收账款的，应收账款即消灭，此时如果没有通过协议限制次债务人的自行清偿行为的话，质权落空的同时也无法追究次债务人的责任。

3.3.4 次债务人破产情况下，质权人对破产财产不具有优先受偿权

出质人破产的，质权人有权对质押的应收账款行使优先受偿权。对于次债务人破产的，由于其并非质押合同的当事人，故质权人不能向其主张优先受偿权。次债务人破产的，出质人可以以债权人的身份参与破产程序，质权人对出质人由此获得清偿的款项，享有优先受偿权。对于破产清算后未获得清偿的应收账款，质权人对出质人仅享有一般债权，而无优先权。

3.3.5 应收账款的实现依赖于次债务人的还款能力和出质人的勤勉尽责

应收账款的担保效果，一方面取决于次债务人的还款能力和还款意愿，另一方面也取决于出质人的配合程度，如果出质人怠于行使其作为债权人的权利，不能积极应对次债务人的抗辩，放弃债权或者丢失诉讼时效等，导致应收账款无法实现的，应收账款质押也就起不到其应有的担保作用。

以上是对新登记办法的简单解读，以及对应收账款质押存在的问题的一些探讨，后续我们还将对应收账款质押相关的争议进行总结和分析并及时分享给大家，以供参考。

特此申明：以上分析，仅系我们根据现行法律法规、监管政策及相关案例所做的分析和探讨，并不作为我们对相关事项的法律结论意见。

作者简介



赵佳佳 合伙人

业务领域： 银行与金融、争议解决、跨境交易

电 话： 010-5650997

邮 箱： Jiajia.zhao@meritsandtree.com



刘尊思 合伙人

业务领域： 争议解决、房地产及建筑工程、融资租赁

电 话： 010-56500976

邮 箱： Zunsu.liu@meritsandtree.com



P2P 行业“爆雷”平台的处置方案研究

作者：张文良 李盛根 袁海波

由于存量规模巨大，同时涉及大量的非“合格投资人”，P2P 行业兑付危机的集中爆发，形成了严重的社会不稳定因素。结合我们近期的项目经验，本文探讨一下 P2P 危机处置的建设性方案，以抛砖引玉。

一、P2P 行业发展概况

1. P2P 定义

P2P 是英文 person-to-person（或 peer-to-peer）的缩写，意即个人对个人（伙伴对伙伴）。根据 2016 年 8 月银监会等四部委发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》的规定，P2P 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，属于民间借贷范畴，受合同法、民法通则等法律法规以及最高人民法院有关司法解释规范。P2P 平台（网络借贷信息中介机构）是指依法设立，专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。该类机构以互联网为主要渠道，为借款人与出借人（即投资人）实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务。

2. P2P 的起源及英美发展概况

P2P 是由孟加拉穆罕默德·尤努斯教授首创。1979 年，他在国有商业银行体系内建立格莱珉银行，为贫困的孟加拉妇女提供小额贷款，被公认为 P2P 的雏形。

基于互联网技术的快速发展和应用，2005 年，第一家 P2P 平台 Zopa 在英国伦敦上线运营。依靠英国个人信用评分制度和风险控制措施，Zopa 的违约率较低，已成为英国最大的 P2P 平台。随后，美国先后成立了 Prosper、LendingClub 等 P2P 巨头。

英美等发达国家成熟 P2P 平台坚持信息中介定位，坚持服务于高端个贷市场，坚持严苛的风险控制措施，保持着较为规范、持续、快速的发展。

3. P2P 在我国的发展历程

2007 年，P2P 进入中国，拍拍贷是在上海注册成立的第一家 P2P 平台。此后，我国 P2P 行业已经走过十余年的发展历程，大致可以分为以下三个阶段：

(1) 2007~2011 年，起步期。这一时期，P2P 行业的发展相当缓慢。据零壹数据[1]的不完全统计，截至 2011 年末，我国网贷平台数量大约在 60 家左右，活跃的平台只有不到 20 家，平均月成交金额为 5 亿，有效投资人约为 1 万人左右。

(2) 2012~2015 年，扩张期。这一时期，P2P 行业进入快速增长阶段，社会的关注不断升温，监管环境整体宽松，行业的平台数量以及成交规模不断增大，也有大量投资机构开始看好这一网络型行业。从 2013 年下半年开始，风险资本开始加速进入 P2P 行业。但大量风险也随之暴露，2013 年下半年起，问题平台数量不断增加，部分 P2P 企业出现资金链断裂或关闭事件，P2P 行业风险成为舆论焦点。

(3) 2016 年至今，规范调整期。2015 年 7 月，人民银行等十部门联合出台《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》），明确互联网金融主要业态的业务边界，落实监管分工及职责。根据《指导意见》的指导原则，2016 年 8 月银监会出台《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》），在《指导意见》的框架内形成网贷行业监管细则，随后关于存管、备案、信息披露三大主要配套政策陆续落地，网贷行业“1+3”制度框架基本搭建完成。

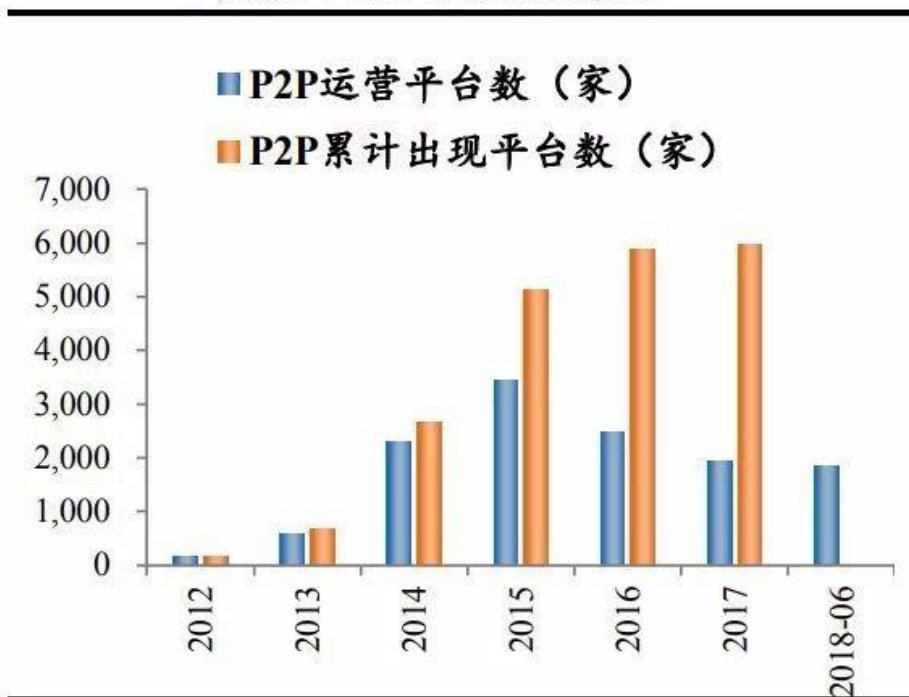
2017 年 12 月，P2P 网贷风险专项整治工作领导小组下发《关于做好 P2P 网络借贷风险专项整治整改验收工作的通知》，P2P 行业开启“备案元年”，然而备案过程中各地监管松紧不一，备案进程拖延。2018 年 8 月领导小组再度下发《关于开展 P2P 网络借贷机构合规检查工作的通知》，同时列出 108 条合规检查清单，要求在 12 月底前完成合规检查，后续须经过一段时间的运行检验后，方可按要求申请备案。**P2P 进入深度清理期。**

4. P2P 现状

2017 年起，我国 P2P 借款人数快速增长，逐步超过投资人数，截止 2018 年 7 月末，借贷总人数达 709.5 万人。[2]

截止 2017 年底，我国累计出现平台数为 5970 家，且新增平台数不断增加，但正常运营的仅 1931 家（见图表 1）。

图表1：P2P平台数量统计



资料来源：恒大研究院

二、P2P 行业监管文件汇总

序号	文件名称	发布部门	实施日期	摘要
1	关于促进互联网金融健康发展的指导意见（银发〔2015〕221号）	中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、工商总局、法制办、银监会、证监会、保监会、国家互联网信息办公室（简称“十部委”）	2015.07.18	明确个体网络借贷即P2P网络借贷，由银监会监管。
2	互联网金融风险专项整治工作实施方案（国办发〔2016〕21号）	国务院办公厅	2016.04.12	银监会贯彻落实《指导意见》，进行行业摸底排查、

				分类处置、并设置整顿时间进度。
3	P2P 网络借贷风险专项整治工作实施方案 (银监发〔2016〕11号)	银监会	2016.04.13	专项整治工作分为部署培训阶段、行业摸底排查阶段、分类处置阶段和总结督导四个阶段,按照安排应于2017年1月底前完成。
4	网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法 (银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室令2016年第1号)	银监会,工业和信息化部,公安部,国家互联网信息办公室	2016.08.17	在《指导意见》框架下,银监会落实具体监管细则,制定针对网贷行业的专门管理办法,采取负面清单管理,提出十三项禁止性行为,重视事中事后监管。
5	网络借贷信息中介机构备案登记管理指引 (银监办发〔2016〕160号)	银监会,工业和信息化部,国家工商行政管理总局	2016.10.28	建立网络借贷信息中介机构备案登记管理制度。
6	网络借贷资金存管业务指引 (银监办发〔2017〕21号)	银监会	2017.02.22	规范网络借贷资金存管业务活动
7	网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引 (银监办发〔2017〕113号)	银监会	2017.08.23	规范网络借贷信息中介机构业务活动信息披露行为。
8	互联网金融风险专项整治工作领导小组办公室、P2P网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室关于规范整顿“现金贷”业务	互联网金融风险专项整治工作领导小组办公室, P2P网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室	2017.12.01	针对“现金贷”的专项整治

	的通知（整治办函[2017]141号）			
9	P2P 网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室关于做好 P2P 网络借贷风险专项整治整改验收工作的通知（网贷整治办函[2017]57号）	P2P 网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室	2017.12.08	对下一步的整改验收阶段做出了具体、详细的部署。
10	关于开展 P2P 网络借贷机构合规检查工作的通知、P2P 合规检查问题清单	P2P 网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室	2018.08.17	在前期十三项禁止性行为的基础上,列出 108 条合规检查清单。

目前，北上广深等 20 个省市地区也出台了备案登记管理办法、整改验收工作表等备案相关细则，进一步细化了相关工作方案及流程。

三、目前 P2P “爆雷” 后的处置措施

1.P2P “爆雷” 的情况

P2P “爆雷” 指网贷平台因借款资金难以收回，网贷平台投资人出现兑付困难。根据网贷天眼公开的数据统计，2014 年 12 月 31 日至 2018 年 9 月 4 日，出现问题的 P2P 平台共计 4304 家，主要分布在沿海经济发达省市，其中以北京、长三角区域、珠三角区域居多。爆雷平台中部分平台的情况为：暂停运营的平台 379 家，警方介入的平台 97 家，跑路平台 41 家，清盘平台 37 家，失联平台 2801 家，诈骗平台 102 家。

在 2018 年出现问题的平台上千家，其中不乏知名度较高的大平台，波及的个人投资者数量众多，比如唐小僧、牛板金、银豆网、合力贷、永利宝、旺财猫、投之家等，目前 48 家平台已经有警方介入。

P2P 平台出现爆雷的原因很多，比如投资失败难以回收、融资方现金流出现困难无法偿付、平台现金流出现困难无法维持、投资人集体挤兑、平台集资诈骗、平台负责人跑路、平台被经侦立案等。

2.P2P 爆雷后的处置措施

目前，P2P 爆雷后的处置措施后主要的处置措施有两种，第一种是公安经侦力量介入后，经过刑事犯罪的办案程序，过程中会进行投资人及其借款材料登记，最后统一按比例返还。第二种是平台自行发公告分期兑付或清盘，兑付方案一般为分期兑付本金或本息，周期一般 2-3 年。这些分期兑付的平台都还没清盘结束，所以投资者的最终受偿比例也不确定。许多近期爆雷后公安经侦介入的平台，投资人还需要等待比较长时间才可能受偿，目前也没有清偿的数据。

(1) 经司法介入处置的网贷平台情况如下：

东方创投

处置方式	法院执行后分配
处置过程	2014 年 10 月 22 日，深圳市罗湖区人民法院发布了《邓亮、线李泽明非法吸收公众存款罪一案执行公告》(即 P2P 平台“东方创投”非法集资案)以及涉案款项的分配方案。分配方案显示，扣划在案的金额为 25217034.7 元，实际未归还投资人本金 51771835.73 元;返还比例为 48.7%(计算方式：扣划在案的金额/实际未归还投资参与人本金 $\times 100\% = 25217034.7 \text{ 元} / 51771835.73 \text{ 元} \times 100\% = 48.708\%$)[3]。
耗费时间	9 个月

网赢天下

处 置 方 式	法院执行后分配
处 置 过 程	2018 年 2 月，广东省深圳市人民法院对网赢天下案发布判决公告。3 名被告人伍水军、钟杰、龙兴国犯非法吸收公众存款罪，被分别处以有期徒刑五年、四年六个月、两年，并处罚金 22-3 万元不等。判决书显示，本案的被害人共计 1009 名，被骗金额达 1.67 亿元，法院通过追缴、拍卖所得的涉案款项 4772.8 万元将按比例返还给被害人。经过测算后，每位被害人的获赔比例均按照 28.66216%确定。
耗 费 时 间	50 多个月

中宝投资

处 置 方 式	非法集资案件领导小组办公室分配
处 置 过 程	2014 年 8 月 11 日, “中宝投资” 非法集资案件领导小组办公室发布《 “中宝投资” 非法集资案件处置公告》, 集资参与人待收本金获赔比例超过 45%[4]。
耗 费 时 间	6 个多月 (起诉前就启动返还)

铜都贷

处 置 方 式	法院启动退赔程序
处 置 过 程	2015 年 12 月 22 日, 铜官山区法院就 P2P “铜都贷” 非法吸收公众存款一案启动退赔程序。根据已经查明的事实, 该平台在崩盘前尚欠 1682 名受害人 9900 余万元的经济损失。该法院明确认为, 铜陵苏信投资管理有限公司、陈玉根、吴晓军等涉案人员应对该损失进行退赔。法院在对该平台进行清算后, 发现尚余可执行退赔总金额约为 1200 万元左右。并最终确定了退赔方案为, 所有受害人均按约 12.3%的比例退赔。2016 年 8 月进入退赔阶段[5]。
耗 费 时 间	33 个月

e 租宝

处 置 方 式	一审法院进行涉案财产的善后处置, 组织开展信息核实、资产变现、资金清退等工作
处 置 过 程	2018 年 2 月 7 日, 北京市第一中级人民法院发布 “e 租宝” 案立案执行公告, 宣布已对被告单位安徽钰诚控股集团、钰诚国际控股集团有限公司、被告人丁宁、丁甸、张敏等 26 人犯集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪、走私贵重金属罪、偷越国境罪、非法持有枪支罪一案立案执行[6]。 投资人按照约 20%比例受偿。

耗 费 时 间	33 个月
---------	-------

小结

从上述案例来看，司法介入后网贷平台处置耗费时间偏长，从公安立案、刑侦、检察院起诉、法院一审、法院二审，最后执行完后才退赔，这个过程有很多绕不开的法律程序，要求比较严格。特别是作为刑事案件审理，要求事实清楚，证据确凿。最大的麻烦在于，对于现金、动产、不动产等资产，放置一两年仍然可以处置，障碍不大。但对于网贷平台形成的投资性资产，比如基于合同形成的债权、股权等权益，如果搁置两年，权益的有效性、价值可能大打折扣。公安、法院作为公权力机关人力有限，也不适合介入商业运作。若希望处置这些权益获得最大价值，这需要专业团队在一段时间内专门进行商业运作。目前，2018 年以来爆雷平台数量很多，对于公安来说，也无暇过多介入网贷平台的处置。若不能有效处置网贷平台投资形成的资产，那么投资者长期无法受偿，可能会继续“上访”或采取其它过激行动，影响社会治安秩序，也不利于社会稳定。

(2) 经公开网络渠道检索，主动清盘或分期兑付的部分网贷平台情况如下：

有融网	
处置方式	现金、商品、房产、债转股等方式兑付
担保措施	无
处置方案	一、现金兑付 1、所有到期、展期、未到期的项目，自 2018 年 9 月 19 日起视作到期。 2、利息计算：所有项目利息自 2018 年 9 月 19 日起计算，按照一年期同期银行贷款利息计算，2018 年 9 月 19 日之前的利息计算按照原项目利率计算截止至 2018 年 9 月 19 日。 3、兑付方式：先兑付本金，本金兑付完毕后兑付利息。 4、大中小户兑付原则：按照资金状况先兑付部分小额投资人，剩余资金同比例兑付所有投资人。 5、兑付周期：最晚 18 个月内完成全部的现金兑付。

计划处置 周期	二、商品兑付 1、商品范围：汽车、3C 数码、油卡、日常消耗品等。 2、商品定价：市场公允价格。 3、商品兑换原则：单件商品 1 万以内的债权等值兑换，1 万以上按照 1 的债权加 0.4 的现金兑换。 三、房产兑付 1、房屋范围：现有可以过户的房屋。 2、房屋定价：市场公允价格。 3、房屋兑换原则：按照 1 的债权加 0.4 的现金兑换。 4、房源安排：根据公告为准。 5、房源预定：先到先得。 6、税费问题：“有融网”承担。 四、债转股兑付 债转股按照前期公告的方案不变。 五、投资人接待 1、有融网 9 月 19 日后会安排场地接受投资人关于各种兑付方案的接待解释工作，分现金兑付组、商品兑付组、房屋兑付组、债转股兑付组，目前正在安排布置场地，落实工作人员。 2、有融网高管、实控人定期见面机制，每 10 天与投资人通过现场或者直播的方式与投资人见面，汇报工作进展和下一步工作方向。
	18 个月

宜聚网

处置方式	良性退出兑付
担保措施	1、珠海玄德资产管理有限公司和深圳宜聚互联网金融服务有限公司担保兜底垫付 2、宜聚网法定代表人吴飞为兑付方案承担无限连带担保责任

处置方案	展期兑付、债权折价转让、车贷资产债权转让、按月兑付、债转房、债转股、第三方资产或平台催收还款、出借本金小于 5 万元 18 个月内完成兑付。
计划处置周期	无

企商理财

处 置 方 式	分期兑付
担 保 措 施	无
处 置 方 案	金额在 5 万以上的，第 1-3 个月每月兑付 2%，4-9 个月每月兑付 3%，10-23 个月每月兑付 5%，第 24 个月兑付 6%；5 万以下的，第 1-10 个月每月兑付 1500 元，11-24 个月每月兑付 2500 元。
计 划 处 置周期	24 个月

聚宝匯

处置方式	延期兑付
担保措施	海航集团为旗下聚宝匯发布承诺书，承诺书中表明有关海航集团有限公司的成员企业的相关借款，海航集团将提供兑付承诺；对于非海航集团的关联企业和实际控制企业融资项目，海航集团并不提供承诺。
处置方案	平台电话告知 18 个月内兑付方案
计划处置周期	18 个月

多盈财富

处置方式	良性退出 分期兑付
担保措施	无

处置方案	其中在投金额不超过 20000 元的，所有订单本息将于公告日后 10 个工作日自动赎回，赎回的资金将分 3 个月陆续兑付。而在投金额总计 20000 元及以上的，每笔订单将于最近一期赎回日自动赎回，赎回后资金将分 12 个月兑付。
计划处置周期	18 个月

钱多多

处置方式	成立出借人代表大会
担保措施	无
处置方案	1、提前向整治办及协会等相关上级监管部门提交业务暂停及整改兑付方案。 2、平台组建存量业务兑付工作小组，由公司实际控制人及核心人员组成，同时引入第三方律所及审计进行资料查验、资产核实及合规整改工作。 3、公告之日起，以出借本金作为后期兑付基数，不包含所有利息及复利收益，兑付期间不计利息，不区分投资的产品类型及期限： （1）待收本金≤20000 元，自公告发布之日起启动出借人代表选举大会相关流程（预计 10 月 10 日之前完成），出借人代表大会成立之日起开启兑付流程并于 7 个工作日内完成 100%本金兑付。 （2）待收本金 > 20000 元，待出借人代表大会成立后，平台与出借人代表进行磋商，议定具体兑付方案，供出借人选择。 成立出借人代表大会事宜： 1、自公告发布之日起提示全体出借人（仅指有待收余额的出借人）登录钱多多平台，根据平台提示信息完成线上推选出借人代表的相关流程，并授权出借人推选的代表就平台暂停运营清理存量业务的相关工作与平台进行磋商，维护全体出借人利益。 2、出借人代表大会的全体代表，能够代表三分之二以上的出借人人数及出借总金额三分之二以上。
计划处置周期	无

钱保姆

处置方式	成立钱保姆出借人委员会
担保措施	无
处置方案	兑付方案： 每月 10 日至 15 日偿还累计到期金额的 2%、每月 25 日至 30 日偿还累计到期金额的 3%，共兑付 47 期（两年），最后两期偿还剩余待还金额，首次兑付时间为 2018 年 8 月 25 日至 2018 年 8 月 30 日，首次兑付比例为累计到期金额的 5%。 1、2018 年 8 月 3 日，钱保姆已经按照互联网金融平台良性退出指导意见发布公告，没有跑路，没有失联，符合指导意见要求，对于钱保姆兑付方案和执行不满意的出借人，可后续进行协商； 2、经济侦查大队表示若钱保姆未按兑付方案兑付，经济侦查大队将按照程序立案； 3、钱保姆出借人代表与平台商议决定，将组建出借人委员会，方便对接和监督后期钱保姆退出方案，由钱保姆平台承担引进专业律师团队、会计师事务所等第三方专业机构的费用；
计划处置周期	24 个月

小结

主动清盘或分期兑付网贷平台数量更多，主要采取的处置方式为延期后分期兑付本金，根据投资人的金额大小还存在先后顺序，有些平台会让小额投资人优先兑付，一般兑付方案的周期约为 2 年。除兑付本金外，有些平台可能兑付实物商品、房产、债转股，有些平台关联方或法定代表人愿意为兑付方案承担担保责任，还有关联方甚至以商品、酒店、消费卡等方式兑付。在处置过程中，网贷平台一般会与当地公安经侦保持沟通，向投资人承诺“不跑路”、“不失联”。有些平台会成立出借人委员会，有些平台会引入律所、会计师事务所等第三方机构。若平台主动采取有效的兑付方案，处置资产耗时更短，对于投资人来说，可能更为有利。但这建立在情况没有恶化的基础之上，比如公安没有立案、没有对平台高管采取限制人身自由的措施、平台不涉及诈骗、平台还有可供处置的资产、投资人对平台及高管还存在信心等条件下。一旦情况恶化，由于涉及的投资人数量

众多，难免有些投资人可能做出过激的行为，对当地政府及网贷平台施加压力，可能反而不利于快速推进网贷平台处置资产的工作。

因此，在 P2P 平台爆雷后，如能引入专业的第三方机构参与处置工作，将爆雷的 P2P 平台在一定条件下交予第三方机构托管，一来可以利用第三方机构的专业经验和行业资源，有效提高资产处置质量和处置效率，切实保护投资人利益；二来可以减轻公安办案压力，缩短办案过程，有效维护社会稳定，这对于各方来说都是一个值得尝试、推动的共赢方案。

四、“爆雷” P2P 平台托管方案浅析

“爆雷” P2P 平台后期处置程序一般分为两种情形，一是存在涉嫌非法集资行为，如涉嫌非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等，在 P2P 平台爆雷后，当地公安机关会对平台高管、实际控制人等进行立案侦查，平台处置进入刑事诉讼程序；二是虽然存在无法兑付等情形，但尚未被公安机关立案，平台及高管、实际控制人积极作为，平台处置市场化进行。

对于上述第二种情形，上文也已提及，P2P 平台的处置方式按照市场化进行操作，有的平台积极引进律师事务所、接盘机构（如资产管理公司）等专业第三方协助处理，按照专业、合法、透明的原则处理，以期安抚投资人情绪、避免因违法被刑事立案等。

对于上述第一种情形，按照一般的刑事诉讼程序，高管及实际控制人被采取强制措施、P2P 平台账户被冻结，相关资产被查封、扣押。公安机关侦查完结后，移送检察院提起公诉，法院经审理后予以判决，判决生效后按照判决的认定进行执行。如对相关赃物拍卖，所得款项返还受害人。

但上述刑事诉讼程序处置存在如下问题：首先，“爆雷” P2P 平台往往具有投资人（受害人）人数众多的特点，动辄数万甚至数十万人，地方政府维稳压力较大。而刑事诉讼程序完结的时间较长，从立案到执行回款，可能历时数年之久，投资人可能难以接受；其次，“爆雷” P2P 平台汇集投资人资金后，资金的投向非常复杂，而且其中不乏较为优质的资产，诸如上市公司股票或公司股权、合伙企业（基金）份额、资产证券化产品等等。该类资产的处置不同于不动产等实物资产，不同资产的交易需遵循不同的相关规定，而且交易还具有期限性等特点。对于该类资产，司法机关难以简单通过拍卖等程序处置，更谈不上通过市场化操作方式对资产实现保值

增值。最后，熟悉“爆雷”P2P平台资金投向、交易相对方的高管被羁押，他人由于不了解情况，也难以快速高效处置。综上，进入刑事程序后，“爆雷”P2P平台难以及时对投资人进行兑付，也无法实现资产价值的最大化。

因此在P2P“爆雷”后，平台自行处置专业能力不足时，或者刑事立案之后，为了提高处置效率，最大限度的实现债权回收，都需要引入专业的第三方机构协助平台进行处置工作或者对平台进行全面托管。

第三方协助处置或者托管都首先要解决其法律地位问题，也就是其进行处置工作的权利来源。而P2P平台的业务模式不同，其权利来源也不同。在规范化的P2P业务中，平台只是信息中介而非债权人，如果平台在交易文件中已经获得出借人对于到期债权处置的授权，授权文件中是否允许转委托决定了平台和第三方机构的法律关系；而如果平台在交易之初并未获得出借人的授权，则在风险爆发后，由于出借人的数量巨大，获得出借人的统一授权难度很大。对于存在违规操作的平台，无论是自融还是归集资金对外投资，真实的法律关系一般都是出借人是平台的债权人，而平台是对外投资的主体，平台在法律上具有直接对外追偿权利，此种情况下，平台可以直接委托第三方进行处置，而平台的股东也可以将平台托管给第三方。

但是，在刑事程序中，由于平台一般是单位犯罪的犯罪嫌疑人，平台对外投资形成的资产一般均处于公安机关的查封和冻结中，平台没有权利单方处置资产，此种情况下，第三方的托管行为应当取得公安机关及当地政府的同意及认可，获得合法的授权。

目前我们参与的P2P平台风险化解项目中，政府和公安机关对第三方机构的托管持开放和支持的态度，在授权程序、平台高管的价值发挥、处置程序和方式、监督程序等方面基本可以达成一致意见。

综上，我们认为P2P爆雷后在必要的情况下根据主要资产的性质引进匹配的第三方托管平台，可以实现对投资人利益的最大维护。而相关托管和处置方案，则需要汇集各方智慧，共同走出一条既能最大限度的保护投资人的利益又合法合规的路径。

特此申明：以上分析，仅系我们根据现行法律法规、监管政策及相关案例所做的分析和探讨，并不作为我们对相关事项的法律结论意见。

作者简介



张文良 合伙人

业务领域： 银行与金融、投融资并购、投资基金

电 话： 010-5650985

邮 箱： wenliang.zhang@meritsandtree.com



网贷平台业务模式及法律关系

作者：张文良 李盛根

为了保证网贷平台兑付危机发生后的处置工作合法、有序、高效，必须厘清网贷平台的真实业务模式，以及各种业务模式下的相关主体之间的法律关系。本文抽丝剥茧，从眼花缭乱的网贷平台业务中归纳总结主要的 11 种业务模式，并简要分析，在各种业务模式下涉及到的不同的主体，以及每种业务模式下存在的各种法律关系。需要注意的是，大部分平台并非单纯的只从事一种业务，而往往是多种业务的集合。

一、网贷平台的业务模式及其法律关系总结

- 1.平台仅作为金融信息中介，仅提供信息中介服务（平台与出借人、借款人构成居间法律关系，借款人与贷款人构成民间借贷法律关系）
- 2.自融平台——平台为自身或变相为自身融资（借款人与平台或平台的关联方构成民间借贷法律关系，平台涉嫌非法吸收公众存款罪[1]，若平台以非法占有为目的，如挥霍投资款，涉嫌集资诈骗罪[2]）
- 3.资金池业务——平台在没有具体项目的情况下先行归集出借人资金（借款人与平台或平台的关联方构成民间借贷法律关系，平台涉嫌非法吸收公众存款罪）
- 4.平台为借款人提供担保（平台与出借人、借款人构成居间法律关系，同时构成保证合同法律关系）
- 5.平台发放贷款（平台作为贷款人，平台用户是借款人，双方构成民间借贷法律关系，同时可能因为不具备资质从事房贷业务而被认定为合同无效）
- 6.平台自行发售理财等金融产品（平台与投资人构成委托理财的法律关系）

7.平台代销各类理财产品（金融机构与平台构成委托法律关系）

8.债权转让平台，分为四种类型：

- 1) 若投资人资金存放在平台，可能为平台自融或资金池业务；
- 2) 出借人将债权自由转让投资人，出借人与投资人构成债权转让的法律关系，投资人与借款人形成新的民间借贷法律关系；
- 3) 平台作为超级出借人，取得借款人的债权后，最后将债权转让给投资人，平台与投资人构成债权转让的法律关系；投资人与借款人形成新的民间借贷法律关系；
- 4) 平台受让债权，出借人与平台构成债权转让法律关系，平台与借款人形成新的民间借贷法律关系。

9.商品、其他金融产品、服务与平台撮合的借贷产品捆绑销售（平台与出借人、借款人构成居间法律关系，平台与出借人还构成买卖合同法律关系）

10. “资产证券化”（因出借人的债权分散，出借人先将债权转让给平台，由平台作为原始权益人，将资产收益权出售给投资人，平台与投资人可能构成资产买卖法律关系，因需要提供担保，双方还构成担保合同法律关系。若平台对外转让债权，则由新的债权人进行资产证券化）

11.众筹（众筹的发起人与投资人，如果是股权众筹，涉及增资的，构成增资法律关系。如果是商品众筹，可能构成买卖法律关系。如果是无偿的，可能构成赠与法律关系。平台与众筹的发起人、投资人构成居间法律关系。）

二、小结

网贷平台的业务模式很多，从合规的角度来看，根据全国网贷整治办下发的《网络借贷信息中介机构合规检查问题清单》来看，明确违规的业务情形有 108 种，但有些情形下各主体之间的法律关系重合。此外，有效的民事法律行为要求不违反法律、行政法规的强制性规定。而网贷平台的诸多业务模式，可能存在违法、违规，有的甚至涉嫌犯罪，可能会被司法判决否定民事行为的有效性。

特此申明：以上分析，仅系我们根据现行法律法规、监管政策及相关案例所做的分析和探讨，并不作为我们对相关事项的法律结论意见。

作者简介



张文良 合伙人

业务领域： 银行与金融、投融资并购、投资基金

电 话： 010-5650985

邮 箱： wenliang.zhang@meritsandtree.com