

详解非法放贷司法解释

□国浩律师(上海)事务所 刘鑫 吴悦

2019年10月21日,最高院、最高检、公安部、司法部联合发布了《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》(下称“非法放贷司法解释”)。近年来,民间融资领域各类乱象频出,一直是金融监管的重点,此次非法放贷入罪,结束了此前关于此类行为是否构成犯罪的争议,也体现了国家进一步整顿民间融资领域的决心。本文结合刑法规定及司法实践情况,对如何理解司法解释中的几个疑难问题予以解读。

涉罪的四个构成要件

非法放贷行为是否构成犯罪,此前一直存在争议,多数观点,认为根据当时的法律,按犯罪处理没有法律依据。

此次司法解释第一条第一款明确规定,非法放贷行为,在符合一定条件下,可以构成非法经营罪。根据司法解释一至五条的规定,非法放贷要构成非法经营罪,需同时具有以下四个构成要件:

(一)非法性:非法放贷须违反国家规定,未经监管部门批准,或者超越经营范围。

非法放贷之所以被认定为非法经营罪,其行为的非法性是首要前提。

在司法解释第1条中,关于非法性的表述是:“违反国家规定,未经监管部门批准,或者超越经营范围”。

“违反国家规定”,在刑法第96条中被定义为“违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”

那么,非法放贷究竟违反了何种国家规定?实际上,早在1998年,国务院就曾发布《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》,明令禁止任何单位和个人未经中国人民银行批准擅自从事非法发放贷款业务,因此不具有从事发放贷款经营资质的公司、企业、个人,如果从事放贷业务,无论其放贷利率如何,都属于“违反国家规定,未经监管部门批准”的行为。

此外,司法解释第1条中,除了“未经监管部门批准”之外还有“超越经营范围”。之所以把“超越经营范围”也认定为违反国家规定,是因为国务院1999年颁布的《金融违法行为处罚办法》第9条明确规定,禁止金融机构超出中国人民银行批准的业务范围从事金融业务活动。因此,即便是拥有合法牌照的金融机构,如果超越营业执照确定的经营范围,也会触及“违反国家规定,超越经营范围”的刑事红线。例如,典当行在没有当物的情况下与融资人签订借款合同,同样属于超越经营范围的非法放贷行为。

(二)营利性:以营利为目的,2年内向不特定多人出借资金10次以上。

营利性要件在司法解释第1条中表现为“以营利为目的,经常性向社会不特定对象发放贷款”。

在刑法中,以营利为目的,是指行为人出于获取非法利润的心理状态积极主动、反复地实施某种犯罪行为。

因此,司法解释在第1条第2款中作了进一步解释:前款规定中的“经常性地向社会不特定对象发放贷款”,是指2年内向不特定多

人(包括单位和个人)以借款或其他名义出借资金10次以上。这就将实践中企业间偶发的资金拆借行为,与非法放贷区别开来。

需注意的是,这里的“2年10次”标准是构成犯罪的必要条件,与司法解释第2条规定的数额、数量标准并不矛盾。即,只要企业间偶发的资金拆借不超过“2年10次”的标准,即使企业以超出36%的年利率对外借款超过1000万或者获利超过400万(放贷金额、获利金额形式上达到司法解释第3条规定的入罪数额标准),也不能认定为构成非法经营罪。

(三)社会性:向社会不特定对象发放贷款,仅向亲友、单位内部人员等特定对象出借资金的除外。

除了非法性、营利性要件外,司法解释第1条还要求非法放贷是向社会不特定对象发放贷款的行为。

此次司法解释对于“社会不特定对象”的认定,与我们熟悉的非法集资犯罪中的“社会不特定对象”完全一致,同样将仅针对亲友、单位内部人员的放贷行为排除在刑法打击范围之外。但需注意的是,与非法集资一样,如果是利用亲友、单位内部人员向社会放贷,或是以放贷为目的,将社会人员吸收为单位内部人员,又或是同时向亲友和社会人员发放贷款的,在定罪量刑时,向亲友、单位内部人员放贷的部分(原本不构成犯罪)就要与向外部人放贷的部分,同步作为犯罪事实一并处理。

(四)非法放贷的年利率在36%以上且达到“情节严重”标准。

此次司法解释一出,就有人心生疑惑:虽然是非法放贷行为,但如果将年利率调低至36%以下,还构成犯罪吗?笔者认为不构成。

非法放贷在刑法中是以第225条非法经营罪定罪处罚,司法解释不能逾越刑法条文本身的规定。根据225条之规定,只有“情节严重”的非法经营行为才能作为犯罪处理。

而非法放贷型非法经营罪的“情节严重”,在司法解释第2条中也有明确定义:以超过36%的实际年利率实施符合本意见第一条规定的非法放贷行为,具有意见第2条规定的4种情形之一的,属于“情节严重”。可见,年利率超过36%,是“情节严重”的首要前提。

但需注意的是,此处的36%是指“实际年利率”,即司法解释第5条规定的“非法放贷行为人以介绍费、咨询费、管理费、逾期利息、违约金等名义和以从本金中预先扣除等方式收取利息的,相关数额在计算实际年利率时均应计入”。

实践中,大量的现金贷、网贷平台通过“信息认证费”“风控服务费”等名目收取费用,导致借款人一笔7天期的1000元借款,虽然

本罪的“情节严重”共有三类不同标准,“情节特别严重”的数额、数量标准均按“情节严重”的五倍掌握。

第一类:第2条规定了“情节严重”“情节特别严重”的四种基本情形,见下图:

基本情形				
放贷数额		违法所得	放贷对象	其他严重后果
情节严重：法定刑五年以下				
个人	200 万元	80 万元	50 人	造成借款人或者其近亲属自杀、死亡或者精神失常等严重后果的
单位	1000 万元	400 万元	150 人	
情节特别严重：法定刑五年以上				
个人	1000 万元	400 万元	250 人	造成多名借款人或者其近亲属自杀、死亡或者精神失常等特别严重后果的
单位	5000 万元	2000 万元	750 人	

第二类:第3条规定了两种特别情况下“情节严重”“情节特别严重”标准,即符合特别情形的,按基本情形数额、数量标准的80%掌握,见下图:

特别情形				
2 年内因实施非法放贷行为受过行政处罚 2 次以上的，或以超过 72%的实际年利率实施非法放贷行为 10 次以上的，上述数额、数量标准按 80%掌握。				
放贷数额		违法所得	放贷对象	其他严重后果
情节严重：法定刑五年以下				
个人	160 万元	64 万元	40 人	同“基本情形”
单位	800 万元	320 万元	120 人	
情节特别严重：法定刑五年以上				
个人	800 万元	320 万元	200 人	同“基本情形”
单位	4000 万元	1600 万元	600 人	

第三类:司法解释第7条还规定了黑恶势力非法放贷的特别标准,黑恶势力非法放贷的“情节严重”“情节特别严重”,按基本情形各项标准的50%掌握;同时具有司法解释第3条第1款规定的特别情形的,则按基本情形各项数额、数量标准的40%确定。

利息只要1.05元,但其他费用高达96.95元,实际年利率高达505%。

此次司法解释规定了实际年利率,就使放贷平台无法再通过巧立名目变相突破利率限制的做法来规避法律。

是否溯及既往

此次司法解释最后一条规定,对于本意见施行前发生的非法放贷行为,依照最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》(法发〔2011〕155号)的规定。对此条文应如何理解?此次司法解释发布前的非法放贷行为到底应当如何处理?

由于条文并未明确指明,因此很多人对此也产生了疑惑。

笔者认为,结合最高法院以往发布的司法解释及司法实践,可以得出结论:此次司法解释施行前的非法放贷不构成非法经营罪。理由如下:

司法解释最后一条所指的法发〔2011〕155号通知,正是最高法院于2011年为了统一非法经营罪的法律适用而印发的。其中第3条规定,各级人民法院在审理非法经营案件时,要依法严格把握兜底条款的适用,对于被告人的行为能否按照兜底条款(其他严重扰乱市场秩序

序的行为)定性,“有关司法解释未作明确规定的,应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示”。即未经请示,不得直接定罪处罚。

而从司法实践情况看,当时最高院对此类行为报请定罪的态度是明确的,即不能定罪。根据最高法院2012年2月26日发布的《关于被告人何伟光、张勇泉等非法经营案的批复》,最高院对于当时广东高院的请示明确表态:由于相关立法解释和司法解释尚无明确规定,发放高利贷行为为不宜以非法经营罪定罪处罚。

这里需要说明的是,该批复并非仅对个案有效,而是普遍适用于同类行为。最高院2007年《关于司法解释工作的规定》第6条规定,司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。上述2012年发布的批复,仍现行有效。

综上,对于2019年10月21日前的非法放贷行为,由于行为时尚未有司法解释明文规定非法放贷构成非法经营罪,故不构成犯罪。

解释的意义

通过此次非法放贷司法解释,结合最高院、国务院分别发布的《关于审理民间借贷案件适用法律

若干问题的规定》《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等规定,关于民间借贷的多层次法律评价体系已然形成。具体如下:

(一)由民法调整的放贷行为。个人与个人,单位与单位,个人与单位之间非营利性、偶发的资金拆借,实际年利率不超过24%的,受法律保护;实际年利率超过24%但不超过36%,双方可自愿履行的,但通过诉讼途径解决的,法院只支持24%以内的利息。

(二)构成行政违法的放贷行为。

个人、单位经常向社会不特定对象非法放贷,但实际年利率不超过36%的,不作为非法经营罪处理;但根据国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》,显然属于行政违法,要受到行政处罚。

(三)构成犯罪的放贷行为。

个人、单位经常向社会不特定对象非法发放实际年利率超36%的贷款,符合司法解释规定“情节严重”标准,以非法经营罪定罪处罚。

(四)受到刑法打击的放贷行为。

个人、单位在2年内2次以上因非法放贷被行政处罚,或者以72%的高利放贷10次以上的,入罪的数额、数量标准按基本情形的80%掌握;黑恶势力非法放贷的,其入罪的数额、数量标准按基本情形的50%、特别情形的40%掌握。

苏秦琴遗失教练员证,证号:3100003020207028748,声明作废
梁瑾遗遗失教练员证,证号:3100003020208028753,声明作废
上海沫雄文化传播中心遗失营业执照正副本,声明作废。
上海芷宙五金建筑材料有限公司遗失公章壹枚,声明作废。
上海恬润酒店遗失公章、财务专用章、法人章各壹枚,声明作废
上海凡灵科技有限公司遗失公章、财务专用章各壹枚,声明作废
上海复美俊悦大药房遗失医疗器械经营许可证正副本,声明作废
上海鼎胜保洁有限公司遗失公章,声明作废。
上海瑞祥电力电器有限公司遗失营业执照正、副本,证照编号:29000001200603180007(008),声明作废
上海子嘉仪器设备有限公司遗失营业执照副本,证照编号:29000000201606220998,声明作废
上海华龙通用航空有限公司遗失营业执照正副本,注册号:3100001004687,声明作废
上海辉霖服饰有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:2800000201601110724(25),声明作废
上海市金山区阿海理发店遗失营业执照正副本,证照编号:280003201410290011(12),声明作废
上海迈勒投资管理有限公司遗失营业执照正副本,注册号:310120002564471,声明作废
上海伟雷物资贸易有限公司遗失营业执照正副本,注册号:3101132008515,声明作废
上海安渥国际贸易有限公司遗失营业执照副本,统一社会信用代码91310114MA1GUH433U,声明作废
上海市松江区方松街道优元餐饮店遗失食品经营许可证正副本,许可证编号:JY23101170108091,声明作废
上海新斌餐饮管理有限公司遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101170015766,声明作废
上海稼林贸易有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:29000000201511180039(40),声明作废
上海蓝昕广告有限公司遗失税务登记证书,税号:3110109787834155,声明作废。
上海卫红商贸有限公司遗失营业执照正副本,正本证照编号:27000000201807120158;副本证照编号:27000000201807120159,声明作废
上海市宝山区禹梁饮品店遗失食品经营许可证正本,许可证编号:JY23101130066224,声明作废
上海市松江区娴优面包房遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:92310117MAILNRJ08D,声明作废
上海市松江区娴优面包房遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101170012755,声明作废
上海市嘉定区马陆镇锦缘美容院遗失营业执照副本,统一社会信用代码:92310114MAIL4U394W,声明作废
上海市崇明区辣风饭店遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23102300014134,声明作废
上海军仙实业有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:12000003200604191259(60);公章,声明作废
上海纵骋贸易有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:29000003200606120223(24),声明作废
上海轩远贸易中心遗失营业执照正副本,证照编号:29000000201609050351(52),声明作废
上海泰浦贸易中心遗失营业执照正副本,证照编号:29000000201611100037(38),声明作废
上海廷歆贸易有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:29000000201702240210(11),声明作废
上海丝涤服装有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:28000000201509090179(80);税务登记证书副本税号:310228350829644,声明作废
上海市泰资区施庭餐饮店遗失食品经营许可证正副本,许可证编号:JY23101200028691,声明作废
沈阳北方交通工程上海有限公司遗失营业执照副本,证照编号:290000000201512300081,声明作废
上海百望餐饮配送有限公司遗失营业执照副本,证照编号:290000000201904290265,声明作废
上海美旭商务咨询事务所遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:91310120MA1HMOF69Y;银行开户许可证,核准号:J2900236903801,声明作废

分立公告:经上海亿力电器有限公司(统一社会信用代码:913101126313533392)股东会决议:本公司派生分立为上海亿力电器有限公司、上海黄嘉电器有限公司,分立前上海亿力电器有限公司注册资本2100万元,分立后上海亿力电器有限公司注册资本1800万元,上海黄嘉电器有限公司注册资本300万元。分立前公司的债务由分立后的公司承担连带责任,请债权人自公告之日起45日内向本公司提出清偿债务或提供相应的担保请求,特此公告。联系地址:上海市嘉定区曹安路1855号701室,联系人:蔡秀涛,手机:13916118257

减资公告
能客电子商务(上海)有限公司经股东会决定注册资本由原人民币367.3469万元减至人民币100万元,特此公告
能客咨询管理(上海)有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币100万元,特此公告
能客营销管理(上海)有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币100万元,特此公告
能客商业管理(上海)有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币100万元,特此公告
上海宝粉材料科技有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币185万元,特此公告
上海耀奕实业有限公司经股东会决议,拟向公司登记机关申请减少注册资本由原人民币200万元减至人民币100万元,请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司提出清偿债务或提供相应的担保请求,特此公告。联系地址:上海市嘉定区曹安路1855号701室,联系人:蔡秀涛,手机:13916118257

陆宽 遗失注销减资登报传媒 021-59741361 13764257378(微信同号)

