

TAHOTA
LAW FIRM

[刑事合规] 法律信息简刊

非法放贷专刊
第 008 期

2019 年 10 月 30 日



主办：泰和泰|刑事合规法律中心

主编：潘燕|编辑：张瑾怡 吴英 鲁珺江

一、新法速递

1. 《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（以下简称《意见》）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（以下简称《意见》），该《意见》自2019年10月21日起施行。该《意见》的出台引起了法律界及社会面的广泛关注，核心的内容在于明确将通常所讲的“职业放贷人放高利贷”的行为作为“非法经营罪”定罪处罚，旨在依法惩治非法放贷犯罪活动，从而切实维护国家金融市场秩序与社会和谐稳定。

简评：可以说该《意见》的出台正是为了回应当下整治乱象丛生的民间借贷领域的诉求。大量超过法定最高年利率放贷的职业放贷人、无资质的小额贷款公司违法经营贷款业务，不仅冲击了我国的金融管理秩序，而且衍生出诸多暴力讨债的行为，非法拘禁、故意伤害、寻衅滋事的行为屡见不鲜。

二、深度剖析

《意见》全文共 8 个条文，第 1 条以“违法性”、“营利性”、“公众性”、“情节严重”等特征，对“非法放贷型”的非法经营罪进行定型化，之后第 2-5 条对何为“情节严重”的标准进行具体的解释，而第 6、7、8 条则分别就牵连犯、涉黑恶势力的处置及溯及力等。

（一）对非法放贷行为的理解

首先，“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。对“不特定”对象可以从两个方面理解：（1）借款人与出借人是没有联系、没有关系的人或者单位；（2）借款人可能随时增加。因此，向亲朋好友出借资金，母子公司之间出借资金不属于向不特定对象出借资金。但是具有下列情形之一的，会被认定为向不特定对象出借资金：（1）通过亲友、单位内部人员等特定对象向不特定对象发放贷款的；（2）以发放贷款为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其发放贷款的；（3）向社会公开宣传，同时向不特定多人和亲友、单位内部人员等特定对象发放贷款的。

但是与非法吸收公众存款罪不同，构成非法放贷罪，要求实际已经向“多人”出借资金。对于“多人”，一般是指 3 人以上（包括 3 人）。因此，如果仅是向单一的个人或单位出借资金 10 次以上，不够犯罪。对于发放贷款的次数，笔者认为应以实际签订的借款合同数量为准。如果是签订了一个金额较大的借款合同，然后分批次实际放款的，也应认为是 1 次放贷。并且贷款到期后延长还款期限的，并不增加贷款次数，还是属于 1 次放贷。

（二）对“情节严重”的理解

构成“情节严重”，要求以超过年 36% 的利率放贷，且达到一定的放贷数额、所得数额或放贷对象人数众多。具体而言，即以超过 36% 的实际年利率非法放贷，且有下列情况之一的：（1）个人非法放贷数额累计在 200 万元以上的，单位非法放贷数额累计在 1000 万元以上的；（2）个人违法所得数额累计在 80 万元以上的，

单位违法所得数额累计在 400 万元以上的；(3) 个人非法放贷对象累计在 50 人以上的，单位非法放贷对象累计在 150 人以上的；(4) 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。

对放贷的数额认定，应以实际出借给借款人的本金金额为准。对于砍头息如何认定本金和利息，可能会存在争议。从民间借贷的民事审判角度，存在砍头息的，以扣除砍头息之后的金额为实际借款本金，并且按照这个本金数额计算利息。对应到刑事案件中，扣除砍头息之后计算为本金，是有利有弊的。利的一面是减少了放贷金额，不利的一面是根据已经实际收取的利息计算利率时，会提高利率水平。根据《意见》第 5 条的表述，“非法放贷数额应当以实际出借给借款人的本金金额认定”，但是“以从本金中预先扣除等方式收取”的“砍头息”也作为利息计算，这样可能就不太合理了。笔者认为，应当将实际出借给借款人的资金认定为本金，并据此计算放贷额数和实际利率，同时“砍头息”不再作为实际收取的利息计算在内。

违法所得的计算，以非法放贷行为人实际收取的除本金之外的全部财物为准，也即所有的实际利息属于违法所得。应当注意，如果是在本金之外收取的实物，应当评估其价值，折算后计入实际利率。非法放贷行为未经处理的，非法放贷次数和数额、违法所得数额、非法放贷对象数量等应当累计计算。即行为人以往的非法放贷行为，没有经过行政处罚或刑事处罚的，均应在本次案件办理时计入。

应当注意，放贷利率不超过 36% 的，无论放贷金额多少，放贷对象人数多少，都不构成犯罪。“非法放贷”本质上是制裁高利贷行为，也可以形象的称为“高利贷罪”。利率适当的民间借贷行为，属于金融借款有益的补充，不可能也不会一棍子打死。

（三）对“情节特别严重”的理解

“情节特别严重”是在“情节严重”的基础上，放贷数额、所得数额或放贷对象人数增多。具体而言，以超过 36% 的实际年利率非法放贷，有下列情况之一的构成“情节特别严重”：（1）个人非法放贷数额累计在 1000 万元以上的，单位非法放贷数额累计在 5000 万元以上的；（2）个人违法所得数额累计在 400 万元以上的，单位违法所得数额累计在 2000 万元以上的；（3）个人非法放贷对象累计在 250 人以上的，单位非法放贷对象累计在 750 人以上的；（4）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。

（四）情节加重、金额减少的亦可构成犯罪

根据《意见》第 3 条的规定，存在下面两种情况之一，非法放贷数额、违法所得数额、非法放贷对象数量“接近”本意见第二条规定的“情节严重”、“情节特别严重”的数额、数量起点标准的，就可以认定为犯罪，并在相应量刑区间量刑。两种情况为：（1）2 年内因实施非法放贷行为受过行政处罚 2 次以上的；（2）以超过 72% 的实际年利率实施非法放贷行为 10 次以上的。所谓的“接近”，一般应当掌握在相应数额、数量标准的 80% 以上。

（五）牵连行为罪数与量刑

《意见》第 6 条第 1 款规定，为从事非法放贷活动，实施擅自设立金融机构、套取金融机构资金高利转贷、骗取贷款、非法吸收公众存款等行为，构成犯罪的，应当择一重罪处罚。由于上述几种犯罪都属于破坏金融管理秩序罪，并且是为非法放贷服务的，与非法放贷罪属于牵连犯，因此只需要择一重罪处罚即可。

《意见》第 6 条第 2 款规定，为强行索要因非法放贷而产生的债务，实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等行为，构成犯罪的，应当数罪并罚。设立非法放贷罪保护的法益是金融管理秩序，为了索要借款，实施故意杀人等行为的，就会侵害到受害人的生命、财产等法益，这些法益不可能被金融管理秩序这个法益所吸收，因此，对于索要借款过程中的这些犯罪行为，要进行单独的定罪处罚，与非法放贷罪实行数罪并罚。

《意见》第6条第3款规定，纠集、指使、雇佣他人采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段强行索要债务，尚不单独构成犯罪，但实施非法放贷行为已构成非法经营罪的，应当按照非法经营罪的规定酌情从重处罚。也即是说，如果索要借款过程中的滋扰、吵闹等行为，尚不单独构成非法拘禁、寻衅滋事、非法侵入住宅等犯罪的，那么就无法按照第2款单独定罪，此时这些情节就作为量刑情节，存在这些情况的，要酌情从重处罚。

（六）黑恶势力非法放贷的特别规定

目前社会上存在大量的通过纠集、指使、雇佣他人采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段强行索要债务的行为，也存在一些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情况，因此《意见》的出台是有针对性。高利贷行为的另一个特点，就是和黑恶势力相结合，黑恶势力经常是高利贷的放贷人。针对这一现实情况，《意见》第7条对黑恶势力放高利贷做出了特别的规定。

《意见》第7条第1款规定：有组织地非法放贷，同时又有其他违法犯罪活动，符合黑社会性质组织或者恶势力、恶势力犯罪集团认定标准的，应当分别按照黑社会性质组织或者恶势力、恶势力犯罪集团侦查、起诉、审判。也就是说，非法放贷罪和黑社会犯罪是要分别定罪处罚的，不会相互吸收。

《意见》第7条第2款规定，黑恶势力非法放贷的，相应的“情节严重”和“情节特别严重”的认定标准要降低。即：黑恶势力非法放贷的，据以认定“情节严重”“情节特别严重”的非法放贷数额、违法所得数额、非法放贷对象数量起点标准，可以分别按照本意见第二条规定中相应数额、数量标准的50%确定；同时具有本意见第三条第一款规定情形的，可以分别按照相应数额、数量标准的40%确定。由此可见，黑恶势力放贷的，除了要数罪并罚以外，构成非法放贷罪的认定标准也降低了，这样对规制黑恶势力放贷有更大的威慑作用。

（七）时间效力问题

2019年11月28日最高院出台了《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》的理解与适用，在该《意见》出台前，根据最高人民法院《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，

拟适用刑法第二百二十五条第(四)项对非法放贷行为以非法经营罪论处的案件,均应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示。根据该规定,最高人民法院曾于2012年12月26日对广东省高级人民法院请示的被告人何伟光、张勇泉等非法经营案作出批复,明确对何伟光、张勇泉等人的高利放贷行为不宜以非法经营罪定罪处罚。该批复虽然是最高人民法院对个案的批复,但是长期以来在司法实践中已然起到了重要的指导作用,为类似案件的处理提供了规范和指引。为此,《意见》第八条明确,对于《意见》施行前发生的非法放贷行为,仍依照最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》的规定办理。对于《意见》第八条规定,在司法实践中需着重把握以下方面:一是为贯彻罪刑法定原则,办案机关应当准确理解和把握《意见》的时间效力问题,对于《意见》施行前发生的非法放贷行为,在实体处理上要注意与最高人民法院《关于被告人何伟光、张勇泉等非法经营案的批复》精神保持一致。二是行为人非法发放贷款在《意见》施行前,收回本息在《意见》施行后的,应当认定为“本意见施行前发生的非法放贷行为”。三是行为人在《意见》施行之前、之后均有非法放贷行为的,只能对施行后的行为适用《意见》相关规定定罪处罚。

三、相关罪名比较

（一）高利转贷罪

是指以转贷为目的套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人，违法所得数额较大的行为。违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑，数额巨大的，最高可处七年有期徒刑，均并处罚金。违法所得 10 万元以上，或两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上，又高利转贷的符合立案标准。

简评：目前高利贷盛行，而实际生活中少有以自有资金从事高利贷行业，很多高利贷的主要资金来源便是银行贷款，因此高利转贷行为的存在具有一定的普遍性，只是它往往披着合法借贷的外衣，暗地里用于发放高利贷，不易被发现，这种行为严重地破坏了金融秩序，有很大的危害性，是不折不扣的犯罪行为。高利转贷罪是最直接打击非法高利贷行为的罪名，司法实践中应加大此罪的查处力度。

（二）非法吸收公众存款罪

是指违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。轻者处三年以下有期徒刑，数额巨大或者有其他严重情节的，最高可处十年有期徒刑，均并处罚金。个人吸收 20 万，单位吸收 100 万符合立案标准。

简评：非法吸收公众存款属于非法集资，是高利贷从业者又一重要的资金来源，也是不折不扣的犯罪行为，依法严厉打击可以掐断非法高利贷资金来源，净化民间借贷市场。

（三）集资诈骗罪

是指以非法占有为目的，违反有关金融法律、法规的规定，使用诈骗方法进行非法集资，扰乱国家正常金融秩序，侵犯公私财产所有权，且数额较大的行为。数额较大的，处五年以下有期徒刑；数额巨大或者有其他严重情节的，最高可处十年有期徒刑，数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑

或者无期徒刑，均并处罚金。个人集资诈骗 10 万元，单位集资诈骗 50 万元符合立案标准。

简评：与吸收公众存款同属非法集资的集资诈骗也是高利贷资金来源的一种，与吸收公众存款行为不同的是，犯此罪的高利贷在集资时隐瞒真实用途，未将集资款按约定用途使用，而是擅自挥霍、滥用，有时因放高利贷血本无归无法返还而潜逃，因高利贷也往往与违法犯罪联系在一起，往往集资时都允诺支付超高额回报，这些都符合集资诈骗罪的犯罪特征。

（四）擅自设立金融机构罪

是指未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的行为。轻者处三年以下有期徒刑；情节严重的，最高可处十年有期徒刑，均并处罚金。

简评：现实中有的高利贷为拓展业务试图正规化经营，殊不知这可能涉嫌擅自设立金融机构罪，不同于吸收公众存款罪与从事资金支付结算业务的非法经营罪，该罪金融业务范围更广、组织机构形式更正规，且没有犯罪数额要求。按照《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第三条的规定，如果机构未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动，会被认定为非法金融机构。

（五）黑社会性质组织罪

是指组织、领导或者参加以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质组织的行为。对组织、领导者处三年以上十年以下有期徒刑，并对所有成员的犯罪行为负责，造成他人伤亡构成其他犯罪的，数罪并罚最高可处死刑；其他参加的，处三年以下有期徒刑。

简评：高利贷犯罪并不必然与组织、领导、参加黑社会性质组织罪联系在一起，但有的高利贷为了保障非法利益往往就具有了黑社会性质组织的特质，一旦形成较为严密的组织结构，通过暴力、胁迫、滋扰等手段，有组织地多次通过违

法犯罪活动、为非作恶、欺压群众，进行逼债，获取非法经济利益，严重破坏经济、社会生活秩序，并具有一定经济实力，以支持该组织活动，贿赂收买国家工作人员为其提供非法保护，就可认定为黑社会性质组织。

（六）高利贷逼债各类罪

是指由于高利贷高出国家规定部分的利息不受法律保护，因此，高利贷必然和花样繁多的逼债行为紧密结合，滋生各类犯罪。比如借贷时设置隐形歧义条款，设置合同陷阱隐瞒高额利息，事后在合理债权范围外，通过暴力、威胁、欺骗等手段获取非法部分的利益，还可能涉嫌敲诈勒索、抢劫、绑架、诈骗等罪。

简评：如强迫借款人低价以房抵债、以物抵债的强迫交易罪；故意伤害借款人及其亲属的故意伤害罪；非法限制借款人人身自由的非法拘禁罪；故意打砸借款人所有物品的故意毁财罪；破坏设备、捣毁农作物等破坏生产经营罪；硬闯或拒绝离开影响借款人正常生活的强制侵入住宅罪。

四、典型案例

案例一：担保公司无放贷资格，违规发放贷款案

铜川市中小型企业融资担保有限公司与陕西丰伟实业有限公司、富平县丰伟矿业有限公司、高峰借款合同纠纷案

基本案情：

2011年12月9日，铜川市中小型企业融资担保有限公司分别与丰伟公司、丰伟矿业公司签订《融资暨担保协议书》，约定丰伟公司向铜川市中小型企业融资担保公司融资借款200万元，融资期限为12个月，自2011年12月9日至2012年12月8日前归还原告全部融资本金200万元，丰伟公司以其在交通大厦拥有的28.6%的股权向原告提供抵押担保，丰伟矿业公司以其位于富平县白庙乡柴峪村的矿山开采权向原告提供抵押。若丰伟公司未按期归还融资本金，根据逾期金额按日万分之五向原告缴纳罚息。融资期限届满后，丰伟公司未能按期偿还融资本金，并先后六次签订《展期协议书》，在展期内仍然未规划欠款。铜川市中小型企业融资担保有限公司向铜川市耀州区人民法院起诉，要求丰伟公司、丰伟矿业公司及连带保证人高峰偿还借款本金及、融资费、利息、逾期罚息及违约金等费用。铜川市耀州区人民法院认定铜川市中小型企业融资担保有限公司违规发放贷款的行为违反强制性规定，《融资暨担保协议书》、《展期协议书》为无效合同，因主合同无效，与此相关的担保合同和担保条款无效，且担保人并无过错，不承担责任。

评析意见：

铜川市中小型企业融资担保有限公司与当地多家公司签订《融资暨担保协议书》，约定融资费，实际是发放贷款并收取利息行为。根据2010年3月8日中华人民共和国国务院公布实施的《融资性担保公司暂行管理办法》第二十一条第一款第二项的规定，融资性担保公司不得从事发放贷款活动。《中华人民共和国银行业监督管理法》第十九条规定，“未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”融资担保公司未经批准发放贷款，违反了上述强制性法律规定，此类借款合同被

认定无效。

案例二：非法催债引发其它犯罪

陈淼、蒋武寻衅滋事案

基本案情：

2017年10月至12月，陈淼与徐丞毅、蒋星煜（均在逃）先后在成都市武侯区人民南路27号商鼎国际大厦出资成立苏豪、盈禾、中汇、用信、微米、大富、永利、金莎商务信息咨询有限公司（均未经工商登记），在未取得发放金融贷款资质的情况下，向他人发放小额贷款，并收取高额手续费及利息。后陈淼雇佣被告人蒋武从事催收还款业务，当客户出现逾期还款时，由陈淼授意风控人员将逾期客户资料交由蒋武等人，蒋武按照安排对借款人李某、王某雪等人采用电话恐吓、多人上门催要、堵锁眼、油漆喷涂“还钱”、“死全家”、“老赖”等方式迫使借款人还款，严重影响借款人及其家人的正常工作、生活。成都市武侯区人民法院以陈淼犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑一年二个月；蒋武犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑十个月。

评析意见：

该案为典型的非法放贷引发的暴力催债案件，陈淼等人以在未取得发放贷款资质的情况下，以“零用贷”方式，通过微信朋友圈和中介公司进行宣传推广，客户只需要提供身份证、家庭住址、家庭成员、联系方式即可申请小额短期贷款，利息是每日千分之五，即周息千分之三十五，对无法按期归还的以借款本金的二至三倍利息进行催收，催收方式严重影响他人正常生活，扰乱社会秩序，以寻衅滋事罪惩处该类行为。

案例三：以非法放贷为主要内容形成的黑社会组织

尚金龙等人组织、领导、参加黑社会性质组织、非法拘禁案

基本案情：

自2015年以来，程雷（已判刑）开设了未经注册的“黑龙江省互信乾庄小额贷款有限公司”、注册经营范围为房屋和车辆信息咨询的“七台河市宜信普惠信息服务有限公司”，提供原始经营资金。假借互信乾庄、宜信普惠公司的名义

发放高利贷，聚敛钱财。同时，程某纠集一批社会闲散人员跟随其从事高利贷业务等违法犯罪活动，依靠牟取非法利益而发展壮大。在程某的组织领导下，逐步形成了以程某为组织领导者，李某、王某 1、王某 2（均已判刑）为骨干成员，被告人尚金龙等人为其他参加者，总数达十余人的黑社会性质组织。为了攫取经济利益，该组织大肆进行高利息放贷，月利率达 20%至 30%。该组织购买了电警棍、镐把、辣椒水等作案工具，对不能及时还款的借款人，通过骚扰亲属、邻居、到家喷涂墙壁、砸门窗等方式进行威胁，甚至采取非法拘禁、暴力殴打折磨、敲诈勒索等违法犯罪手段，达到讨债及获取非法利益目的。七台河市茄子河区人民法院以尚金龙等人犯黑社会性质组织罪、非法拘禁罪判处有期徒刑。

评析意见：

该案是以发放高利贷以主要内容形成的较为严密的组织结构，通过暴力、胁迫、滋扰等手段，有组织地多次通过违法犯罪活动、为非作恶、欺压群众，进行逼债，获取非法经济利益，严重破坏经济、社会生活秩序，是正在进行的扫黑除恶专项斗争重点打击对象。