



肖飒：助贷，何种情况涉嫌 非法经营罪？



文/新浪财经意见领袖专栏作家 肖飒



非法经营罪，在金融与科技领域是一个比较常见的罪名，但在具体案件的认定上还有些问题。就近三年来处理非法经营罪案件，提炼部分内容，为行业从业人员普及法律知识。不要再出现，铁窗里悔恨当年没有好好看飒姐公号了，每次在看守所遇到这样的圈内人，无尽感慨.....

对于民间高利借贷、高利放贷，我国社会的容忍程度在不同时期有不同的表现。鉴于2012年最高院给广东省高院的回函（向社会公开），彼时的非法高利放贷“不宜按照非法经营罪处理”。虽然从2012年到2019年

10月21日，全国各地的法院判决中偶有非法放贷被定性为非法经营罪，但基本上司法一线还是有共识那就是非法放贷不构成刑法第225条非法经营罪。

但是，最高法、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》，该意见于2019年10月21日正式生效。该意见罕见地自带“施行日期”，个人认为，实质上讲，就是将之前的行为按照层报最高院的方式进行了“无罪化”处理。也就是说，在时间轴上看，2019年10月21日为分界点，前面的非法放贷行为原则上无罪；后面的高利贷行为原则上是有罪，罪名是刑法第225条非法经营罪。因此，面对一个案件或行为，首先看时间是区分有罪无罪的关键之一。



社会不特定对象

所谓“不特定”是指“不确定性、公开性”。行政机关在判定是否构成“不特定多数人”时，往往引用《证券法》第9条“如果特定对象（依法实施员工持股计划的员工除外）超过200人，则向其发行证券同样属于公开发行。”因此，在很多内部讨论会中，司法机关的同志们也在坚持200人是特定与不特定的界桩。但是，我们注意到《证券法》第9条指向的是擅自发行股票证券的对象条件，不是非法放贷的对象条件。

将擅自发行股票证券罪的要求，类推解释到非法经营罪里，显然违反了罪行法定原则。当类推解释充斥法庭，不利于对被告人权利的保护和对社会稳定预期的维护，必须警惕。

超过36%实际年利率

年利率超过年化36%是入刑的硬杠杠，但到底按照APR计算或IRR计算，业内有争议。检察官倾向于IRR，地方金融监管部门倾向于APR。根据中国人民银行公告【2021】第3号，所有从事贷款业务的机构，在网站、App、宣传海报等渠道进行营销时，应当以明显的方式向借款人展示年化利率，并在鉴定贷款合同时载明，也可根据需要载明日、月利率但不应当比年利率更明显。其中，从事贷款业务的机构，不限于银行，也包括汽车金融、消费金融、小贷和为贷款提供广告或展示的互联网平台等。

贷款年化利率应以对借款人收取的所有贷款成本预期实际占用的贷款本金的比例计算，并折算为年化形式。其中，贷款成本应包括利息及与贷款直接相关的各类费用。但司法实践中，往往将“贷款成本”与“贷款利

息”混为一谈，在《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》第五条中载明“非法放贷数额应当以实际出借给借款人的本金金额认定。非法放贷行为人以介绍费、咨询费、管理费、预期利息、违约金等名义和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利率时均应计入。”意见容易让司法实践人员误解，利息=贷款成本，其实这种理解是错误的。利息就是利息，不能将正常信息中介的成本强加到利息中。



写在最后

预览已结束，完整报告链接和二维码如下：

https://www.yunbaogao.cn/report/index/report?reportId=1_28886

