

《非法放贷意见》实务评析

10月21日，两高两部印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（以下简称“《非法放贷意见》”），明确了对非法放贷行为定罪处罚依据、定罪量刑标准。根据上述意见，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，实际年利率超过36%，且符合特定情形的，可能构成刑法第225条第4项的非法经营罪。该意见第5条特别明确，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。

介绍费、咨询费等费用计入实际年利率计算，在此前的司法解释文件中早有规定。如《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》（以下简称“《审理民间借贷案件通知》”）第3条规定，人民法院在民间借贷纠纷案件审理过程中，对于各种以“利息”“违约金”“服务费”“中介费”“保证金”“延期费”等突破或变相突破法定利率红线的，应当依法不予支持。另外，2019年《关于修改〈最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉中关于借款利息规定的建议的回复》中，最高院再次强调，对于各种以“利息”“违约金”“服务费”“中介费”“保证金”“延期费”等突破或变相突破法定利率红线的，应当依法不予支持。

根据上述各项规定，出借人以中介费、服务费、介绍费、咨询费等名目收取的费用，在计算实际年利率时视为利息。但是，对于出借人和借款人以外的第三方收取的居间费用，相关规定并未明确。本文将从此类费用的合法性基础、与变相收取高息之间的辨别以及民间借贷合同效力对其的影响三方面出发，对该问题进行探讨。

一、第三方“融资服务费”的合法性基础

总的来说，《合同法》第23章对居间合同进行了规定。其中，第426条规定，居间人促成合同成立后，委托人应当按照约定支付报酬。从本质看来，居间是一种典型

契约，它以信息媒介服务为内容，以塑造缔约机会为目的，以实现居间人报酬请求权为效果。

网络借贷方面，《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》规定，网络借贷信息中介机构为借款人与出借人（即贷款人）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；借款人支付的本金和利息应当归出借人所有；网络借贷信息中介机构应当与出借人、借款人另行约定费用标准和支付方式。

除此以外，我国《中小企业促进法》第46条规定，国家鼓励各类服务机构为中小企业提供创业培训与辅导、知识产权保护、管理咨询、信息咨询、信用服务、市场营销、项目开发、投资融资、财会税务、产权交易、技术支持、人才引进、对外合作、展览展销、法律咨询等服务。

并且，不同于民间借贷利率、违约金等，居间报酬目前并没有法定上限。实践中最常见的居间合同是房屋中介合同。此前为规范房地产经纪机构合理收费、正当竞争，北京、上海等多地均设置了房屋中介费用上限，但近年来各地已逐渐取消相关规定。在第三人因提供借贷撮合服务主张居间费用的案例中，如南京天达投资咨询有限公司、北京浩搏基业房地产开发有限公司居间合同纠纷案（（2017）最高法民申361号）、遵义金旭房地产开发有限责任公司与重庆永盟股权投资基金管理有限公司等居间合同纠纷案（（2018）最高法民申525号）、陕西金源投资控股集团有限公司居间合同纠纷案（（2018）最高法民申1929号）等，相关案涉居间合同约定的服务费率（以撮合成就的借款/投资合同标的为基数）约为10%~15%，案例中的相关约定均获得法院支持。

但不同于民间借贷领域，金融机构方面，《关于规范整顿“现金贷”业务的通知》要求，“助贷”业务应当回归本源，银行业金融机构不得接受无担保资质的第三方机构提供增信服务以及兜底承诺等变相增信服务，应要求并保证第三方合作机构不得向借款人收取息费。根据北京市互联网金融行业协会界定，助贷业务是指助贷机构通过自有系统或渠道筛选目标客群，在完成自有风控流程后，将较为优质的客户输送给持牌金融机构、类金融机构，经持牌金融机构、类金融机构风控终审后，完成发放贷款的一种业务。上述规定主要意在打击助贷机构提供虚假贷款资料、无担保资质承诺兜底以及违规大量收集个人信息等违法违规行为。

二、以居间服务费名目变相收取高息的认定

根据新出台的《非法放贷意见》规定，出借人以居间服务费名目变相收取高息，将作为计算实际年利率的依据，但并未涉及对第三方收取居间服务费的规定。在目前的民事案件中，对于出借人是否以第三方名义、以居间服务费为名目变相收取高息的认定，主要涉及以下方面：

(1) 出借人关联方收取居间服务费：人格混同情况下可能构成变相收取高息

在遵义金旭房地产开发有限责任公司与重庆永盟股权投资基金管理有限公司等居间合同纠纷案（（2016）渝民终17号）中，委托人金旭公司与居间人永盟公司签署《融资咨询服务协议》，约定永盟公司为金旭公司提供融资咨询服务，包括制定融资计划，确定融资策略、方式，介绍、引荐出资方，协助融资谈判、合同签订等。后来，恒盟公司、稳盟公司作为出借人，在永盟公司引荐、协调、介绍、担保的情况下，通过银行委托贷款的方式为金旭公司发放贷款共计6000万元。

在审理中，委托人/借款人金旭公司提出，永盟公司、恒盟公司、稳盟公司构成公司人格混同，出借人一方面采取合法形式规避企业之间实施资金拆借的禁止性规定，另一方面达到收取高额利息的目的。

二审法院重庆高院认为，首先，永盟公司与恒盟公司、稳盟公司分别是独立法人，具有独立人格。金旭公司虽辩称永盟公司约定融资服务费系借款出借人以此名义收取高额利息，且永盟公司与恒盟公司、稳盟公司系关联公司，但其举证尚不能证明该诸公司之间存在公司人格混同情形。其次，居间服务费与借款利息产生的合同依据不同。收取借款利息的主体是出借人恒盟公司、稳盟公司，合同依据是二者分别与借款人金旭公司签订的《委托贷款合同》及《债权转让协议》。永盟公司收取居间服务费的合同依据则是其与金旭公司等签订的《投资意向书》及《融资咨询服务协议》。因此，居间服务费与借款利息应属不同性质的款项和合同义务，二者不应叠加计算金旭公司因借款而产生的资金利息。

最高院认为，金旭公司举示的工商注册登记资料等证据仅能证明永盟公司、恒盟公司、稳盟公司在股东、高层管理人员方面存在一定的交叉，但不足以证明金旭公司应向永盟公司支付的融资服务费实为永盟公司代恒盟公司、稳盟公司收取的高额利息。

由此可见，对于居间人及/或出借人为法人的情况，民事案件中，仅凭居间人与出借人之间的关联关系主张出借人变相收取高息，可能难以获得法院支持，还需要进一步证明居间人与出借人之间存在混同问题。

(2) 居间服务费支付方式：按期支付且无法提供合理解释可能被视为变相高息

虽然《合同法》允许居间人按约定收取报酬，但从商业管理看来，居间合同双方通常约定一次性付款，或按促成事项的关键节点付款。约定长期按特定比例收取，从外观上更偏向利息，在不能提供合理解释的情况下，有可能被认定为变相收取高息。

在海南中度旅游产业开发有限公司、徐晓英民间借贷纠纷案（（2017）最高法民终865号）中，2011年12月30日，徐泽宪、张烨冬作为借款人向徐晓英（出借人）出具《借条》一张，载明：今借到徐晓英人民币计一亿元整，本借款在2014年12月30日前还清，具体双方权利义务见双方签订的借款协议。同日，徐泽宪、张烨冬（委托人）与案外人倪某琴（居间人）就本案借款签订《专项财务服务聘用协议》一份，主要内容为因徐泽宪生产经营需要融资，寻求融资或合作对象，聘请倪某琴提供融资、居间介绍等服务，倪某琴的主要义务为全程负责为徐泽宪融资，促成订立融资合同。融资金额为一亿元，倪某琴服务期为三年，在一亿元融入资金到位后，倪某琴按照每年1800万元向借款人按月收取费用。中度旅游公司为上述借款承担连带保证责任。

审理中，保证人中度旅游公司主张，倪某琴收取的财务服务费实际为规避法律规定的利率上限而以财务服务费的名义收取的利息。

一审法院江苏高院认为，根据双方当事人的诉辩意见和现有证据，应当认定中度旅游公司关于倪某琴以财务服务费名义变相收取借款利息的主张成立。第一，根据《专项财务服务聘用协议》约定，对于本案借款本金1亿元、借期三年的借款，倪某琴按每年1800万元向借款人按月收取费用，该费用的收取方式和数额与常见的居间

费不同，更符合年息18%、按月支付的计取利息特征，而对于为何如此收取居间服务费，徐晓英与倪某琴均没有做出令人信服的解释。第二，2014年6月18日，徐泽宪、中度实业公司等向徐晓英、陈某英出具的结算材料显示双方在结算欠付款项时不但计算了截至2014年12月20日的欠付借款本息数额，还计算了倪某琴的财务服务费数额，并且倪某琴的所谓财务服务费实质又作为借款利息进行了计算。虽然陈某英、徐晓英、徐泽宪、中度实业公司对此解释称因借贷双方未另行计算高额违约金故于2014年12月21日结账时参照了6月18日的结算数额确定了利息、违约金，只是数字相同其实并不包含倪某琴的财务服务费，但该解释缺乏说服力，不足采信。第三，徐泽宪、中度实业公司于2015年4月22日向徐晓英、陈某英出具的《财务结算说明》仍将上述款项全部作为欠款本金及利息予以确认。最高院在二审中维持了上述意见。

需要注意的是，本案中居间服务费的收取方式从外观上与借款利息极其相似，且借贷双方在结算过程中将“财务服务费”计入利息范畴，都是法院将“财务服务费”认定为借款利息的重要原因。但还要注意的，本案中，《专项财务服务聘用协议》与《借条》同日签署，且《专项财务服务聘用协议》可能签署在后（公开信息中并未明确），且未明确委托人与居间人是否在签署《借条》前已就撮合服务达成一致意向。综合各方面情况，法院认定本案出借人以“财务顾问费”名目变相收取高额利息。

三、民间借贷合同效力对第三方主张居间服务费用的影响

(1) 关于民间借贷合同效力的主要规则演变

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《民间借贷司法解释》”）出台以前，有很长一段时间，企业间借贷无效作为制度性规定在司法界被长期遵守；依据包括《贷款通则》中关于“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”的规定和最高人民法院于1996年在《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款应如何处理问题的批复》中明确“企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同”。

但是，从计划经济时代延续下来的制度上严令禁止没有消除企业间借贷行为的发生，企业间借贷出现愈演愈烈的势头。2015年，立法机关对企业间借贷社会现状进行了反思，重新探讨企业间借贷合同的效力，出台了《民间借贷司法解释》，明确法

人和其他组织间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除《合同法》第52条和该司法解释第14条规定的无效情形以外，对合同效力予以承认。

此后，民间借贷发展迅速，但以暴力催收为主要表现特征的非法活动愈加频繁、恶化，严重扰乱了经济金融秩序和社会秩序。2018年，中国银行保险监督管理委员会、公安部、国家市场监督管理总局、中国人民银行出台《关于规范民间借贷行为维护经济金融秩序有关事项的通知》，明确：未经有权机关依法批准，任何单位和个人不得设立从事或者主要从事发放贷款业务的机构或以发放贷款为日常业务活动。

与此同时，各地纷纷出台建立职业放贷人名录制度、管理职业放贷人诉讼活动的规定，部分规定甚至明确职业放贷人相关业务活动中涉及的借贷合同无效。例如《江苏省高级人民法院关于建立疑似职业放贷人名录制度的意见（试行）》第3条规定，经审查，原告确系职业放贷人或其实际控制的关联关系人且放贷行为属于《银行业监督管理法》第19条规定的“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”情形的，相应的借贷合同认定无效，借款人应返还借款本金，并按照中国人民银行同期同类贷款基准利率给付资金占用使用费用。

最新出台的《非法放贷意见》，从立法层面对上述监管逻辑进行了明确。需要注意的是，《民间借贷司法解释》第13条已经明确，借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。

根据上述规定，在部分当事人涉非法吸收公众存款犯罪的关联民事案件中，为保护债权人利益、确保债权人可通过行使担保权利充分获偿，法院判决民间借贷合同有效。易地而处，在当事人涉嫌非法放贷的关联民事案件中，借款人作为获得资金援助的既得利益方，是否仍要作为重点保护对象，认定借贷合同无效，使此类条件可能不足以申请银行贷款的借款主体实质上可以银行同期贷款利率获得资金？因此，判断具体借贷合同是否有效，仍应结合个案情况，依据《合同法》的相关标准进行评判。

（2）近期关于民间借贷合同效力的司法认定

大连高金投资有限公司、中国工商银行股份有限公司大连星海支行企业借贷纠纷、金融借款合同纠纷案（（2017）最高法民终647号）可以视为司法领域对上述监管逻辑的落实。在该案中，最高院认为，出借人高金公司多次从事向外借款业务，而且多数情况下约定有借款期内的高额利息的情形，借款人存在多个不同的借款主体，即其出借的对象亦不特定，因此，高金公司具有从事经常性放贷业务以收取高额利息的事实。本案所涉的两笔《借款合同》是其经营放贷业务中的一部分，本质上属于从事放贷业务。而且，虽然本案中的两笔《借款合同》未约定借期内的利息，但借款期限仅为三个月，而违约金却超出银行同期借款利率的四倍，存在以收取高额违约金或高额逾期利息的方式实现营利目的的情形。高金公司系投资公司，经营范围中没有向外放贷的业务，其从事放贷业务亦未取得金融监管部门的批准，该种行为扰乱我国金融市场和金融秩序，违反了银行业监督管理法和商业银行法等法律的有关规定，亦损害了社会公共利益，因此，根据《合同法》第52条第4、5项规定，本案的两笔《借款合同》无效。

值得注意的是，在（2017）最高法民终647号案件之后，有大量案件当事人以该案判决为由主张借贷合同无效，但法院往往因无法证明出借人“多次从事向外借款业务”“出借对象不特定”等事实而不予支持，仍然认定借贷合同有效。例如：

在王华、王国臣民间借贷纠纷案（（2019）最高法民申1500号）中，借款人王华用以主张出借人王国臣为“职业放贷人”的证据为王国臣的银行来往流水数额巨大，以及其与案外人白某、赵某、崔某、王某、梁某资金来往以及人民法院相关判决。最高院认为，首先，王华主张的具体案外人与王国臣资金往来数额相对于王国臣银行流水数额较小，案外人数量不能达到“社会不特定对象”要求。其次，王国臣对银行流水笔数较多、数额较大作出了银行理财类转账142笔、柜台存现取现191笔、王国臣与其配偶戚某某转款25笔、王国臣本人名下银行卡互相转款18笔、银行卡消费6笔等合理解释。最后，王华主张王国臣“交易对象多达71人”并无证据予以证明，其亦未能提交相关有权机关对王国臣“职业放贷人”身份认定的证据。综合以上三点，对于王国臣银行流水笔数较多、数额较大的情况，不能排除其合法资金往来可能性，亦不能在本案中作出王国臣行为属于“职业放贷人”的必然认定，王华对于其该项主张不能提供有效证据证明，其该项再审申请理由不能成立。

在内蒙古盛业房地产开发有限责任公司、南通市天润投资管理有限责任公司企业借贷纠纷案（（2019）最高法民申1538号）中，最高院在二审中认为，案涉借款虽为企业间借贷，出借方天润公司虽无贷款资质，但并没有证据表明天润公司以发放贷款为主要利润来源，且案涉借款系解决作为房地产开发商的盛业公司拖欠建筑商

工程款问题，该借款行为属双方在经营活动中的临时性资金拆借行为，其形成的债权债务关系反映了双方的真实意思表示，应依法予以保护。盛业公司不服上述判决，以该案判决与（2017）最高法民终647号民事判决相悖、“同案不同判”等理由申请再审。最高院经再审审理，明确：盛业公司提供的（2017）最高法民终647号民事判决所涉案件与本案无论从当事人还是案件事实均无关联关系，且两案法律事实不同，不存在同案不同判的情形。

（3）民间借贷合同无效对第三方主张居间服务费的影响

《合同法》第426条规定，居间人促成合同成立后，委托人应当按照约定支付报酬。从上述规定看来，居间人请求支付报酬的前提是促成合同“成立”。

但《合同法释义》进一步明确，所谓促成合同成立，是指合同合法、有效的成立，如果所促成的合同属无效或可撤销的合同，不能视为促成合同成立，居间人仍不能请求支付报酬。

根据上述理解，假设借贷合同被认定无效，可能导致居间人请求支付报酬的前提无法成就，在此情况下，居间人主张委托人支付报酬，存在法院不予支持的风险。一方面，从切实维护国家金融市场秩序与社会和谐稳定的角度，上述裁判效果无疑将发挥依法惩治非法放贷犯罪活动的作用。但另一方面，借款人在协商一致订立居间合同和借款合同后，以合同无效为由逃避偿还约定利息和支付居间费用的责任，也是对诚实信用原则的违背和对正常市场秩序的伤害。

因此，即使《非法放贷意见》出台，审判实践中仍应谨慎认定民间借贷合同的效力，综合考虑各案情况和当事人过错程度，避免一刀切地处理不同个案。

来源：北大法宝律所实务

作者：李凌雯

合作机构：上海市协力律师事务所

本文章仅代表作者个人观点，不代表本账号的观点与看法。

转载请注明出处，须联系作者并取得授权！

免责声明：文字仅供学习、交流使用，不具有任何商业用途，版权归原作者所有，如有问题请及时联系我们以作处理。本声明未涉及的问题参见国家有关法律法规，当本声明与国家法律法规冲突时，以国家法律法规为准。

更多法律资讯和优质课程的获取，欢迎关注法宝学堂公众号（ID：PKUFBXT）！