



西南政法大学 民商法学院

论道西南

THE VISIONS OF SWUPL

【第二卷】

学术讲演录



西南政法大学
民商法学院

论道西南

THE VISIONS OF SWUPL

【第二卷】

学术讲演录



《论道西南·学术讲演录》

编辑委员会

主 任	蒋小兰 赵万一
编委会成员	蒋小兰 赵万一 徐 麟 张 耕 刘云生 周 月

主 编	王思鹏
执行主编	李 燚
责任编辑	尹龄颖 谢欣纯

编 辑	罗晓玉 施佳倩 余梦溪
校 对	陈 伟 陈小嫚 邓 怡 胡 强 黄紫祥 洪 达 梁岳伟 厉 鹏 李向阳 卢慧琦 潘 峰 唐 玲 田康男 王 冉 王 伟 薛仁杰 杨 乘 张古月 周吉红

录 音 整 理	民商法学院学生会
文 字 统 筹	论道西南编辑部

序 言

让我们在学术论争中放飞思想

大学是人才培养的重要基地，同时也是民族文化遗产的主要载体。大学之所以具有这种文化遗产功能，一方面在于大学所独有的人才密集优势，另一方面则依赖于大学所秉持的自由之意志、独立之精神。正是基于这种独特的人文精神特点，使得大学负有为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平的历史重任。如果说一个没有文化传统的国家是一个思想浅薄的国家的话，那么一所没有文化遗产的大学则无特色和品牌可言，更不可能成为引领时代发展的中流砥柱。

西南政法大学作为地处西南边陲的一所学校，之所以能在强手如林的中国法学教育中占据较重要位置，主要得益于这种良好的文化遗产，凭借的是良好的学术氛围和独具特色的辩论文化。如果说学术是支撑学科和学校发展的脊梁的话，那么通过恰当的方式和平台进行多層级的观点交流和思想碰撞无疑是助推学术进步的一个最具活力的引擎。

“论道西南”作为西南政法大学民商法学院社团活动的一个品牌论坛，就是西政众多学术论坛中一块昆山片玉。“论道西南”虽无高贵的出身和正统的地位，但其超凡脱俗的气质和灵活多变的表达方式，使其从开坛伊始就广受同学的赞誉。这里以倡导学术自由为活动宗旨，始终把为学者提供说理明辨的机会作为开坛的唯一功用。这里倡导的是对真理的不懈追求，强调的是对法治理念和法学本源的思索。它通常是以一个主讲人讲述为主，兼有嘉宾点评评议，主持穿插引导，学生提问设疑，主讲答疑解惑等各个环节。自

成立至今的四年多时间里，论坛曾邀请了众多法学泰斗在这里开坛设讲，碰撞思维的火花；也有许多著名学者借助于该论坛谈古论今，展现交流的魅力；更有法坛新秀在论坛上明理析义，展示时代的气息。这里不但有法学界大师带你领略法学真谛，更有青年才俊和你一起分享探险法学之路的历程，同时也有法府学子引你探寻思想之源。这里有文明思潮的涌动，有对传统精神的传承，有思想资源的浇灌，更有前沿学术的启迪。

论道是位思想的引导者，它最想带来的是思维的碰撞、学术的沟通与交流。诚如“论道西南”在为庆祝西南政法大学建校六十周年所做的特刊中所说的那样，论道“像风，给老师一方天地弹奏时代的歌；像云，给一个个学子带来思考的雨露；像日，带走懵懂的黑暗与阴霾；像月，带来漫天思想的星辉。”

我希望今后的“论道西南”不仅是为法府学子提供解惑释疑的机会，更应该成为传播法治文明、造就独立人格的神圣殿堂。祝愿“论道西南”越办越好。

赵万一

2011年5月15日

编校说明

《论道西南·学术讲演录》第二卷主要是集中收录2011年以来校内外学者参加“论道西南”系列讲座的录音整理稿，本卷共计6篇，近15万字。

所有讲稿均根据录音整理。其中，大部分讲稿经过演讲人自己校阅、修订。为保持讲座的真实性，文字统筹以保留演讲人观点为宗旨，仅对其口语化表达繁杂、冗长部分予以修正、删节。

如本讲演录所出观点与演讲人后续研究成果结论有异，自当以演讲人后出观点为准。

鉴于时间、精力所限与信息沟通不便，演讲录错谬疏漏之处，敬请各位主讲人及读者批评指正。

论道西南编辑组

2012年5月15日



校內篇

目 录

序 言 / I



校内篇

黄 忠：企业间相互借贷的法律调控——兼谈合同效力的判定 / 1

主讲人：黄 忠 西南政法大学副教授

时 间：2011年9月18日晚7:00 /

地 点：西南政法大学渝北校区4教4308教室

李 俊：你不可不知的《婚姻法司法解释（三）》 / 34

主讲人：李 俊 西南政法大学副教授 硕士生导师

时 间：2011年11月3日晚7:00

地 点：西南政法大学渝北校区3教3301教室

施鹏鹏：转型国家的刑事诉讼改革——以中国为例 / 62

主讲人：施鹏鹏 西南政法大学教授 博士生导师

时 间：2011年11月8日晚7:00

地 点：西南政法大学学术报告厅

侯国跃：侵权责任法之医疗产品责任的解释论 / 88

主讲人：侯国跃 西南政法大学副教授 硕士生导师

时 间：2011年11月21日晚7:00

地 点：西南政法大学渝北校区3教3208教室

孙 鹏：民法如何善待人的生命——以消极利益赔偿为中心 / 130

主讲人：孙 鹏 西南政法大学教授 博士生导师

时 间：2011年12月13日晚7:00

地 点：西南政法大学学术报告厅



校外篇

王利明：人格权法理论前沿问题漫谈 / 156

主讲人：王利明 中国人民大学教授 博士生导师

时 间：2011年11月11日晚7:30

地 点：西南政法大学学术报告厅

后 记 / 185

企业间相互借贷的法律调控

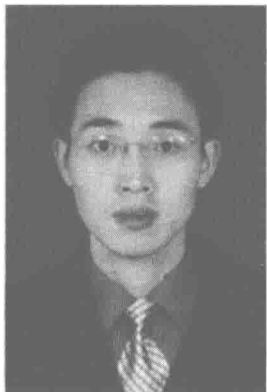
——兼谈合同效力的判定

黄忠

HUANG ZHONG

法学博士，现为西南政法大学民商法学院副教授，市场交易法律制度研究基地秘书、研究人员，主要从事民法、土地法以及法学基础理论的教学与研究。

出版个人专著《违法合同效力论》1部，在《法商研究》、《法律科学》、《法学家》、《法制与社会发展》、《环球法律评论》、《财产法研究》（韩国）、《经济与法律》（香港）等国内外学术报刊发表学术论文40余篇，有成果还被《中国社会科学文摘》、《中国社会科学报》、《改革内参》、人大复印资料《民商法学》等转载。主持国家社科基金、重庆哲学社会科学基金、重庆市教委人文社科研究项目3项，参与完成司法部、教育部项目2项，独立承担西南政法大学校级青年科研及教改项目4项，洪范法律与经济研究所资助项目1项。



【前言】此文是 THE ARTICLE TALKS 论道西南 系列讲座第二十四场。经黄忠老师允许特将此讲座内容整理如下：

主持人 侯国跃副教授：

女士们先生们，各位同学、各位老师，晚上好。今天是2011年9月18日，这里是西南政法大学第四教学楼4308教室，这里即将举办一场学术讲座。讲座嘞，一来论天下事，道万物理；二来，炼思想之精粹，展学术之风采。今天晚上的主讲嘉宾是回兴片区著名的十大杰出青年之一，西南政法大学民商法学院副教授、法学博士、青年才俊——黄忠先生。欢迎他！他比我年轻，但是他的人气竟然也如此火爆，让我有些羡慕妒忌恨。所以我本来不想来的，来了看着难受。但是我人品比较好，还是来了，来了以后我觉得还是很

高兴。因为他的题目，企业间相互借贷的法律调控——兼谈合同效力的判定为中心，这个问题刚好是我比较感兴趣的而以前也没怎么搞懂的。所以现在我准备要好好的学习一下，当然这里面可能有些问题值得探讨，所以我希望我的同学们待会儿在提问的时候尽管大胆地向黄忠博士开火，他是很坚强的。

黄忠博士，我们就不再更多的介绍了，下面我介绍一下今天晚上的点评嘉宾，他们是西南政法大学民商法学院副教授涂咏松博士，西南政法大学民商法学院团委书记吴运来老师，西南政法大学民商法学院2010级博士生徐银波，2011级民商法学院博士生赵吟。今天晚上点评嘉宾的阵容比较强大，有四位，三位男士，一位女士，加起来的话，回兴片区十大杰出青年差不多到齐了。我想下面就有请黄忠博士上台，让讲座正式开始吧！

第一部分 讲座内容

主讲人 黄忠副教授：

侯老师总是喜欢夸奖别人，这就是卓越人士的优秀品质。今天，我很荣幸能够跟各位老师和诸位同学一起讨论问题。刚才下午涂老师问我说，你怎么又开始讲无效这个问题了？其实这跟我这几年做的一个项目的研究有关。这几年我主要是在做法律行为效力的判定问题研究，而理论研究做到深处就必须能解决实践中的问题，那就是要看那一种合同的效力判定是怎样的。这当中，在司法实践碰到的较多就是企业之间的借贷合同的效力判断问题。侯老师他是做律师的，他刚才说比较关心，我在做项目的时候也跟他聊起过这个事情，我们都发现企业之间的借贷在现实中是相当普遍的。

但这里的矛盾是，一方面法院对这个事情毫不留情，基本上都判做无效，但另一方面企业间的借贷行为仍是屡禁不止。那法院的态度是不是过分绝对了呢？这个问题值得我们思考。实际上，我们看一些上市企业都把这个企业间的借贷写到年报当中去的。这表明企业间的拆借在实践当中还是比较多的。今天来听讲座的同学和老师，有很多以前不是学民法的而是学经济法的。其实今天开始我本来想邀请一位学金融的老师，因为很多法律行为效力判定问题所涉及的知识面并不会局限于我们纯民法领域的。我今天还邀请了赵吟博士，她是商法的博士，因为这个问题可能还要涉及到商法的问题。我

们要谈企业间的法律借贷，其实企业这个概念我们就很难搞得清楚，你们去查阅现行法，没有哪个法给企业这两个字做过界定。包括我们中国还有在经常用的单位，什么叫单位啊，你是说不清楚的，但是你必须要说清楚啊，因为你要别人弄死啊，你要把人家的合同搞无效啊，你就必须要把它说清楚，否则怎么把别人弄死呢，所以这是一个很严肃的问题。另外，这个课题的研究呢，是得到洪范的资助的，也是孙鹏老师负责的一个最高法院项目的一部分。徐银波博士也参与了这个项目的研究。以上呢，主要是将这个背景的先介绍下。

刚才引出了一个问题，就是企业间的借贷行为禁而不止，但法院却一定要把它判为无效。那我们就要问，法院凭什么把它判为无效呢，今天这个地方很多同学是研究生，我告诉大家这其实是一种法学研究的方法，我自己觉得是一种转变。因为我们以前的研究都是规范层次的研究，那现在我这个项目的研究主要是针对案例的研究，针对案例的研究，就有必要观察法院的法官究竟是以什么理由去判这个企业之间借贷合同是无效的。在这个项目的研究期间，我们查找了很多的判决，包括北京的，东北的，浙江的，还有重庆四川的，还有湖南的。总体来看，基本上法院将企业之间的借贷行为判为无效的理由大概有这么几种。

一种理由是违法。它的表现形式就是合同法的第52条第5项，也就是违反法律、行政法规的强制性规定。还有我们的合同法的52条的第3项，以这个理由去判无效。去年我也做过次讲座，这个讲座是关于违法合同效力判定的路径的问题，当时我讲过一点，合同法的52条的第3项和第5项实际上是可以合并到一起的，都是一个违法问题，因为52条第3项的核心是非法目的而不是合法形式。这个管你是什么形式是不重要的，只要你的目的是违法的，你的这个合同就是有问题的了，就要遭受质疑了。至于你的形式怎么样，它的衣服穿得怎么样，它好不好看是没有用的，所以这个地方的52条第3项实际上应该可以把它合并到52条第5项中去的，所以总结起来看，这个理由就是违法。但这里的问题是，我们说它违法，那我们接下来的疑问就是，违反什么法律？这个问题很奇怪，法院多半不言明，法院就说你违法，但却不和你说违反了什么法？这是极其不正确的做法，就像刑庭判别人有罪，却不告诉别人犯了哪条罪，在法制国家中，你必须告诉被告人，他究竟是违反了哪条法，这个是必须要言明的。在我看来，判合同无效和有罪判决在性质上是具有相似性

的，都是对私人自由的极大限制，所以你必须言明它违反了什么法律。

第二个理由是损害社会公共利益。比如有些法院采取的是合同法52条的第4项或者我们民法通则的第58条的第1款的第5项，或者是我们现在说的合同法的第52条的第2项。第52条第2项说恶意串通损害国家、集体利益，实际上还是公共利益的一种体现，民法通则58条的第1款第5项所谓的违法或损害社会的公共利益，实际上强调的也是一个公共利益的问题。那接下来又有疑问了，你损害了什么公共利益啊，你不能随便说这是公共利益，你必须告诉当事人我损害了什么公共利益。第二个，即便是当事人违反了或损害了社会公共利益，是不是必然导致无效呢？显然不是的。因为刑法当中，你想想看，不是我损害了国家利益就被判死刑了，还有可能有轻一点的罪名，甚至是缓刑的，凭什么说损害了公共利益就必然无效呢？这在去年我讲违法合同判定效力的时候也谈过，应当要考虑比例原则的。

总的来说，不管是违法还是损害公共利益，都需要做进一步的追问。让我分别来讲。

第一，企业借贷是否违反现行法？

首先我们来看看，企业间的借贷合同是否违反现行法。如果说它违法，就必须找出现行法上是否有限制、禁止企业之间借贷的法律规范存在。最高法院其实有几个这方面的司法解释。我们现在讲的民法总则的时候，老师跟你们讲“名为联营，实为借贷”，这是无效的。那这个其实就是最高法院的一个司法解释，说“名为联营，实为借贷，违反了金融法规”。后来1991年也有一个司法解释，再次强调企业借贷合同违反了金融法规。到1996年的时候，又一个司法解释还是说它违反了金融法规。但最高法院却没有说明企业借贷究竟违反了什么样的金融法规？面对这样的质疑，最高法院曾专门“求教”于中国人民银行。央行认为，企业间的借贷合同违反了《银行管理暂行条例》第4条规定“禁止非金融机构经营金融业务”，因此是无效的。这能不能作为我们现在判定合同无效的理由呢？不能。因为这个条例已经被废除了。在2001年的时候，国务院废除了2000年底以前发布的很多行政法规。这当中，《银行管理暂行条例》已经被《人民银行法》、《商业银行法》以及《非法金融机构和非法金融活动取缔办法》这三个条文所取代。我们看看新的规定是怎么回事：《人民银行法》是一个管制银行的规章，它没有谈到企业借贷问题；《商业银行法》当中第11条，虽然谈到说任何单位和个人不得

从事吸收公众存款等商业银行业务，但仍然没有提到禁止企业间的借贷。而且对于自然人与自然人、自然人与法人或自然人与企业之间借贷，我们的法院一直把它认定为有效。从这个角度看，也应当认为企业间的借贷不应属于《商业银行法》第11条的管制范围。实际上，我们通过检索发现，现在可能对企业间的借贷构成约束或禁止的法律规范只有两个。

一个是《贷款通则》。《贷款通则》第61条就明确说“企业之间不得违反国家规定，办理借代和变相借贷等融资业务。”这个规范的态度的确是明确禁止企业间的借贷，但问题是法院能不能以《贷款通则》为由去判定这个企业之间借贷合同的无效呢？显然不可以，因为《合同法解释（一）》第四条，说我们合同法53条第5项说的“法律，行政法规”必须限缩解释。这个行政法规不可以随便扩张，必须是由国务院制定的，而且表现形式必须是以法律或者办法这种形式。那《贷款通则》是谁制定的？央行制定的。这显然构不成行政法规这个级别，显然不能够以此为理由去判定合同无效。另外据说目前央行正在进行《贷款通则》的修订，其中就有意见认为应当删除上面的规定。

第二个限制来自我们现在的《银行业监督管理法》。《银行业监督管理法》第19条说“没有经国务院有关机构批准，任何单位和个人不得设立银行业经营机构或者从事银行业经营机构的业务活动。”显然，企业之间的借贷不是设立经营机构，能够与它靠得上边最多是从事银行业经营机构的业务活动。那企业借贷究竟是不是在从事银行业金融机构的活动呢？一般来说，要想认定一个行为是从事金融机构的业务活动，必须满足两点：第一，他是个金融业务，第二，他是一个经营性的行为。

那企业间的借贷是不是满足这两个条件呢？首先，企业间借贷是不是属于金融业务？对这个问题，央行给最高人民法院的回答是肯定的。那这种说法认识正不正确呢？如果说企业之间借贷是一种金融业务活动，那我们必须搞清楚它究竟是一种什么样的金融业务活动。从《商业银行法》和《非法经营机构和非法经营业务活动取缔办法》罗列的各种金融业务活动来看，它最多可能能够构成其中的“非法发放贷款”。我们知道，根据《贷款通则》，“贷款人”必须事先经过有关部门批准，取得行政许可否才能从事贷款活动。这个时候，如果把企业间的借贷当做是“贷款”来认识，而显然它没有经过事先的许可，似乎可以判定它具有违法性，所以也就是无效的。

但问题是，为什么《贷款通则》要求这么一个行政许可，要求从事贷款业务必须要经过事先的批准和许可呢？这实际上源于银行的一种特殊性质或一种特殊的资产债务的比例。但这跟自然人与自然人、自然人与企业之间以及企业间的借款情况完全不一样。实际上在现实中自然人之间的借款，以及自然人与企业间的借款都是有效的。那么为什么我们要单单认定企业之间的借贷是无效呢？可能道理上也说不过去。应当说，《贷款通则》以及《取缔办法》中所谓的“贷款”只能限缩解释为“银行的贷款业务”。那为什么银行搞贷款需要批准呢？这是银行的特殊性质所决定的。

银行的特殊在于他是借鸡生蛋的。银行的自有资产是比较少的。银行的资产主要是靠负债组成，而银行的债务主要是活期存款组成。这就意味着我们随时随地可以去银行取回存款。但银行自有资本很少，同时它的资产又是由有期限的贷款组成的，因此银行不一定能马上还钱。实际上，银行享有的现金流量是很少的，如果活期存款人，全部都同一时间涌进银行取钱的话，那这个银行就要因为被挤兑而破产了。所以，正是因为银行要吸收公众存款，有这种特殊的资产与负债的比例，法律才强行要求它必须获得事先许可，不能随随便便办银行吸收公众存款，然后把公众存款转化为自己债务，接着又把这个债务转换成一笔债权。这种转换对于一般人是不可这样去做的，否则就会危及公众财产安全。所以对银行要求有行政许可，这是可以理解的。对此，我们还可以进行比较法观察。美国联邦最高法院指出，商业银行的独特性就在于它吸收公共存款。英国2000年的《金融服务和市场法案》也没有强调贷款，而是说银行的核心是吸收存款业务。

所以，我们不能对商业银行通过吸收公众存款来发放贷款的情况与企业利用自有资金进行借贷的行为同等视之。前者事关广大存款人的利益，因此需要事前严格审核，而后者并不存在这样的问题。因此，《贷款通则》和《取缔办法》中的贷款应当限缩解释为银行的贷款。对于一般的人，一般的自然人或一般的企业之间的贷款，不应当把它理解为是一种需要行政许可的贷款，行政许可的行为。

这样看来，要通过违法而认定企业间借贷合同无效，唯一还有解释空间的，可能在《商业银行法》的第11条条文当中。该条文规定，“未经国务院银行业监管机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行活动。”那“贷款”可以列入这个“等”里面去吗？我们结合《商业银行法》

第3条来看，第3条罗列了很多商业银行的业务，但为什么在第十一条只是提到“吸收公众存款等商业银行活动”，它为什么不把“等”罗列出来呢？可能有一个考虑是，我们现在金融法的学者一般都认为商业银行的核心是吸收公众存款。所以说《商业银行法》第十一条那个“等”字是不能做扩张解释的。不仅不能做扩张，还要做缩限，我们待会儿会谈到。这个存款只能限制于活期存款。所以说以《商业银行法》第十一条来限制企业之间的借贷，理由是不正当的。

再一个问题就是，即便把“贷款”罗列所谓“等”的范围，承认贷款是所谓“商业银行业务”，但企业间的偶尔一次借贷能够被认为是“经营行为”吗？显然是不能的。如果随随便便将企业间的偶尔的一次借贷，归纳为一种对它取缔的范围，这个可能也过分了。为什么这么说，因为我们所谓的这种经营行为，应当要求是营利的。但是实际上，这种企业之间的借贷，尤其是母子公司的借贷，很有可能是不需要付利息的。那么不需要付利息的行为，难道你可以说它是营利的吗？这个显然有质疑。所以说，对于很多不需要收利息的借贷行为，你还要以此为由去判定别人无效，显然不够合理。另外一个，即便是收了利息，是不是说这种偶尔的一次借贷也可以落到我们今天所讲的经营行为？当然也不可以，因为经营行为的典型特征是职业性和连续性。举个例子，比如说今天我搭侯老师的车，付了他10元，他是否是非法经营？你不能说他是非法经营吧，偶尔的有偿的搭乘，不能等同于跑黑车那种行为。这两者在本质上是有区别的。同样的道理，我们也不能说企业之间偶尔发生一次借贷，那就把它判为一次经营行为，从而判定它无效。

另外我们要提出，现实中确实存在有些以“借贷”为日常经营行为的企业，比如投资公司或者说现在小额贷款公司，它们是把贷款当做一种经营行为。但问题是要求一般的企业满足投资公司或者说小额贷款公司的条件，才去做借贷行为，显然是不符合实际的。小额贷款公司虽然中国现在有很多，但他不能吸收公众存款，因而自由资本比较少，而且小额贷款公司还有一个不少于“500万的资本额”的限制。假如一个企业只是想出借100万，它显然没有必要先要花500万去设立公司。另外还有就是关于我们的投资公司，实际上中国投资公司的设立是有限制的。比如说我们的财务公司，财务公司不是随随便便就可以搞的。据我了解，中国只有70家左右的财务公司，而且这些财务公司主要分布或集中在央企下面的一些企业当中，民营企业一般是没办

法设立财务公司的。也就是说要求企业通过财务公司或投资公司这种方式去参与借贷，显然是很难的。

所以对于企业之间的借贷行为，第一个认识就是，现行法中不存在对它限制或禁止的规范。因此，以违法为由判定它无效是不恰当。那接下来，我们继续分析判定企业间借贷行为无效的第二个理由是否成立，也就是看它是否损害公共利益。

总的来说，企业间借贷可能损害公共利益的情形大概有三种。一是认为，企业间的借贷容易形成高利贷。有人担心，如果开放企业借贷可能会导致高利贷盛行。第二种理由认为，它影响我们的金融市场秩序，甚至影响我们国家的整个经济发展的秩序。因为资金是经济的血脉，钱流到哪里，必然会带动相应的实体投入。比如说如果大家都把这个钱投到房地产，房地产就会变得很火爆。那这个时候国家在控制房地产，如果开放企业借贷就可能会导致国家宏观调控失效。这也是一种担心。另外还有一种理由认为它必然导致转贷的问题，就是说有些企业可能把从银行贷款过来的钱转贷给别人，从中牟取利差。对于这种行为以前有个罪名叫做“高利转贷罪”。那有人就担心允许企业间借贷有可能会产生高利转贷罪频发的问题。

当然，还有就是说它容易导致三角债。其实，在我自己看来，三角债与企业之间的借贷根本没有必然的关联。其实只要发生债权债务关系，又不及时结清的就必然会出现三角债。这跟企业之间的借贷是没有必然关联的。三角债的化解也不以禁止企业间的借贷为必要。所以这个理由，我们是不需要考虑的。我们主要考虑的是它有没有对国家的金融秩序，国家的宏观调控政策产生不良影响，有没有跟国家限制高利贷的政策相违背，以及会不会导致高利转贷这样的问题。那接下来我们就谈这三个问题，看看企业间的借贷是不是会因此损害了社会的公共利益？

第一，企业间的借贷与金融市场的秩序和国家产业政策的关系。首先我们来分析企业之间的借贷与金融市场的秩序和国家产业的政策问题。我们看《商业银行法》第34条提到“商业银行根据国家的需要在国家产业政策的指导下开展贷款业务。”这表明银行的借款不能是很随意的，必须要符合国家产业政策。我们比较《公司法》，或者《合伙企业法》就发现，这两部法律里面并没有如此强烈地表达出他们的经营业务一定要符合国家财政政策。那为什么商业银行会有这么个限制呢？实际上这也是和银行的特殊性有关的。