

金融 法苑

2006 总第七十二辑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

- 企业借贷禁止的司法适用现状分析
- 资产信用下的公司资本形成制度——以我国《公司法》修改为视角
- 论香港存款保险制度的建立及《存款保障计划条例》
- 英国类别股份制度研究（上）

 中国金融出版社

总第七十二辑 2006

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

 中国金融出版社

责任编辑：李柏梅

责任校对：李俊英

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法苑. 2006 年. 总第七十二辑/北京大学金融法
研究中心编. —北京：中国金融出版社，2006. 7

ISBN 7-5049-4084-4

I. 金… II. 北… III. 金融法—研究—丛刊
IV. D912.280.4-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 068026 号

出版 **中国金融出版社**
发行

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010)63272190, 66070804 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010) 63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 三河市瑞丰印刷有限公司

尺寸 148 毫米×210 毫米

印张 4

字数 108 千

版次 2006 年 7 月第 1 版

印次 2006 年 7 月第 1 次印刷

定价 9.00 元

如出现印装错误本社负责调换

目录

Contents

专论

- 1 企业借贷禁止的司法适用现状分析 戴新燕

公司法前沿

- 27 资产信用下的公司资本形成制度
——以我国《公司法》修改为视角 孙婷婷
- 44 国外公司资本形成制度比较研究
——以美、英、德、日之立法为例 周 宇

资本市场与法律

- 63 证券投资基金当事人的法律关系 王 颖
- 77 券商谢幕，谁来埋单
——对我国证券投资者保护基金法律制度的
研究 龚海峰

海外金融法

- 88 论香港存款保险制度的建立及《存款保障计划
条例》 王楠
- 105 英国类别股份制度研究（上） 蒋雪雁

专论

企业借贷禁止的司法 适用现状分析

戴新燕*

资金是市场经济运动的“血液”，是社会再生产运动的发端性环节，生产的物的要素和人的要素的流动均首先要以资金的投入和流动为前提。因此，英国法在 1891 年的“一般地产和货币公司诉史密斯案件”中就确认了这样一个法律规则：“每一个贸易公司都有默示的借债权”^①。我国虽无法律显性的支持，但我们同样认为，对营利性企业而言，借款权是不言而喻的。

但是现实生活中，我国法律为企业借款权的实现构建的融资渠道体系十分狭窄。国家一度声称，“一切信贷活动都应集中于国家银

* 作者单位：北京大学法学院。

① 【英】丹尼斯·吉南：《公司法》，371 页，法律出版社，2005。

行”^①。随着经济的开放,公民与公民、公民与企业间的借贷活动逐渐合法化,企业也可以申请发行公司债……,融资政策越来越灵活。然而有些融资领域仍是禁区,企业之间的借贷被禁止即是其一。对广大普通企业来说,银行的信贷特权仍牢如磐石。

融资领域的僵化态度引起了很多人的不满,在世界融资结构发生深刻变迁,即“呈现出从间接融资为主导逐渐转向直接融资主导的趋势”面前^②,是否有必要继续坚持旧有的银行信贷垄断,政策上的这种因陈固守对现实经济发展利弊孰大,是一些学者和专家争论不休的话题。

一、我国现行法对企业借贷的态度

以《合同法》的出台为界,我们可以分成两个阶段来看法律对于企业间借贷态度的变迁。

(一) 合同法颁布以前

1996年9月23日,最高人民法院在函复四川省高级人民法院《关于企业拆借款合同期限届满后借款方不归还本金是否计算逾期利息及如何判决的请示》中明确指出:“企业借贷合同违反有关金融法规,属无效合同。”

但该有关金融法规是哪个法规,最高人民法院未有确指。而大部分下级法院在判决企业之间借贷合同因违法而无效时,也形成惯

① 《关于切实加强信贷管理 严格控制货币发行的决定》第5条:“……一切信贷活动必须由银行统一办理,任何地方和单位不许自办金融机构,不许办理存款贷款业务,不许自行贷款搞基本建设……”

② 劳平:《融资结构的变迁研究》,11页,中山大学出版社,2004。

例，几乎从不说明具体违反的是什么法律规定，翻阅大量相关判决可以看出，他们都只是笼统地追随最高人民法院的说法，说：“企业之间借贷违反有关金融法规”。

法院不加以详述，而我们就陷入找法的困惑中。从目前仍在生效的法律条文中，一般认为，依颁行时间的先后顺序，最高人民法院的解释似是对中国人民银行1996年8月1日施行的《贷款通则》的说明^①。《贷款通则》在第六十一条规定：“各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。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。”该条第二款明确规定企业间的借贷行为违法^②。

其实，引述《贷款通则》来做法院判决企业借贷无效的依据在当时即有障碍。因为，旧《经济合同法》第七条第一款第一项规定，“违反法律和行政法规的合同无效。”这里只规定两种情况下合同无效，即违反法律或违反了行政法规。但事实上当时对合同无效的认定是相对宽泛的，国家对市场主体的能动性持怀疑的态度，赋予司法机关较大的干预权，动辄宣布合同无效。因此，国家对合同效力的监督是很强的，甚至吹毛求疵。人民法院出版社1996年9月版的《合同法理解适用与案例评析》上解释所谓合同行为的合法性为“合同不得违反法律，不仅包括民法，而且包括其他部门法律、法规。由于我国法

① 参见江平：《企业在合同订立和效力中应特别注意的几个问题》，载《无锡仲裁》，2001（3）；王尧：《企业间借贷已成融资“暗流”为什么屡禁不止》，载《经济日报》，2003年11月26日；夏斌：《应允许企业间相互借贷》，载《证券时报》，2005年3月28日。

② 目前中国人民银行下发的《贷款通则》征求意见稿删除了非金融企业之间借贷限制性规定，但该稿仍在征询意见当中，旧《贷款通则》仍在生效，因此，我们正好借这个时机讨论一下该“非金融企业之间借贷限制性规定”的意义。

制不健全，许多领域无法可依，而是靠国家政策来调整。在这些领域，合同也不能违反国家政策。”同时指出“凡违法的合同均为无效合同”^①。《民法通则》也要求“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”。

因此，虽然当时的《经济合同法》规定的是“违反法律和行政法规的合同无效”，而实际上要严苛得多，学界和实务界对该条做了广于其字面含义的解释，认为只要合同内容有违反法规或规章的地方亦可以作为违法，为宣布合同无效的理由。

所以在当时情况下，根据《贷款通则》和最高人民法院的《关于企业拆借合同期限届满后借款方不归还本金是否计算逾期利息及如何判决的请示的批复》，判决企业借贷合同无效在形式合法性上似无可厚非。

（二）合同法颁布以后

但是，随着新合同法出台，这个问题变得复杂起来。新《合同法》继承了《经济合同法》第五十二条第五项的规定，“违反法律或者国务院的行政法规”的合同无效。所不同的是，最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（1999年12月29日起施行）中对此《合同法》第五十二条第五项作了新的不同于以往的解释。该解释第四条规定：合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。解释尺度比过去收紧，遽然排除了地方性法规、行政规章对合

^① 高言、赵广成：《合同法理解适用与案例评析》，58~71页，人民法院出版社，1996。

同效力的限制。

这样，由于在效力等级上，人民银行制定的《贷款通则》仅处于规章层次，依照《合同法》第五十二条第五项和最高人民法院关于《合同法》的解释，《合同法》颁行之后，它就不再具备宣布合同无效的法律效力。由于不能引用《贷款通则》，前述《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》（1996年9月23日）就成了无源之水，无本之木，当然也应该丧失效力。

因此，从理论角度，自合同法解释出台后，法院在审视企业之间借贷合同效力时，《贷款通则》和前述《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》不能再被引用。因此，继续维持“企业借贷禁止”，就需重新寻找法律支持。

那么，在新《合同法》分则中的“借款合同”一章有否规定借贷行为的主体专属性呢？首先，在定义上，可以看到此间的借款合同指“是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同”（《合同法》第一百九十六条），未载明所规范的借贷主体是谁。其次，通过第一百九十七条、第二百零一条、第二百零二条，合同法直接列出自然人之间的借款合同作一些特别调整（主要是减少国家监督）。其他条款，除第二百零四条外，在法律语言表达上，均用了“借款人”以及“贷款人”这样的字眼，看起来强调贷款人的身份特殊性。最值得犹疑的是第二百零四条，“办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定”。能不能根据这一条说，合同法调整的借贷关系除了自然人之间的借贷外，就只是调整了金融机构作为贷款人时与自然人、法人和其他组织的借款关系？然而综观这一章，字里行间似乎不能当然

地说其对于非金融机构之间以及非金融机构和自然人之间的借款关系不作调整。因为如果秉承过去的一贯禁止企业借贷的做法,那么完全可以在《合同法》第一百九十六条借款合同的定义中强调贷款人身份的特殊性,而不是整个《借款合同》一章都使用贷款人这个模糊的字眼。这是不是立法者对企业借贷之禁止的实质正当性产生了某种怀疑呢,我们不知道。由此虽然不能明确地说企业借贷已被放开,然而合同法在专门规范借贷关系的章节里并未明文禁止企业借贷,这是显而易见的。

另外,作为规制公司行为的专门法律,《公司法》也并未将该条对普通公司权利能力有重大影响的“企业借贷禁止”的法律规范明白加载。旧《公司法》第六十条只是说“董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人。”限制了董事、经理的对外借贷权力,而不是明白地说“公司不得将公司资金借给他人”^①。

于是,在法律和行政法规这个层次上,我们都找不到最坚实的条文可供引用来禁止企业间的借贷,按照民法“法无禁止即允许”的法理,企业借贷是不是已经合乎法律的默许了呢?

并非如此。就在《合同法》出台前没几天,在最高人民法院《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》(法释[1999]第3号)中,最高人民法院明确澄清,“公民与非金融企业(以下简称企业)之间的借贷属于民间借贷。只要双方当事人意思表示

① 新《公司法》第一百四十九条:“董事、高级管理人员不得……违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保。”更明白地表示了实际上在经股东会、股东大会或者董事会同意的情况下,可以将公司资金借贷给他人。

示真实即可认定有效”^①。

最高人民法院对早前企业借贷的禁止肯定是心知肚明的，而且谁也不会假设最高人民法院有不知道即将出台的《合同法》相关内容的可能，但最高人民法院赶在《合同法》前夕新出台的司法解释却只放开了公民与非金融企业之间的借贷，而对于企业之间的借贷不置一言，言外之意其实很明显，就是企业间借贷的禁止还应该继续。

在2001年召开的民事审判工作会议上，最高人民法院就此问题作了具体的说明。一是合同法通过以后，《合同法》第五十二条有关无效的规定必须严格掌握。二是在我国一些部门的规章还没有来得及变成国务院法规、法律之前，在外贸、海关、税收、金融领域里面的原来的一些规定应当予以尊重^②。

最高人民法院对《贷款通则》之类的部门规章可谓“前倨而后恭”。这实在是不得已。我国是成文法体系的国家，法院的权威有限。“普鲁士法典（普鲁士国家法）——打算回答可能出现的每一个问题并且以此来否定那种以解释法律的途径来进行法官立法的一切可能性”^③；“试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的、实

① 但究竟这里允许的公民与法人或其他组织间的借贷，是仅指公民贷款给法人或其他组织，还是也包括法人或其他组织借贷给公民，从字面看并不十分明确。本文作者以为两者都是允许的。因为，该批复同时作了“企业以借贷名义向职工非法集资、企业以借贷名义非法向社会集资、企业以借贷名义向社会公众发放贷款的借贷行为是无效的”的特别提示，这个特别提示的逻辑前提当然应建立在企业可以向职工中或社会中若干人借款（只是达到非法集资的高度就为非法了）和借钱给私人（只是规模过大——面对社会公众就非法了）的基础上。企业与公民之间的互相借贷都是允许的，但有度的限制（这个度其实是民间个体间借贷的规模不要上升到向公众借贷的高度上）。

② 江平：《企业在合同订立和效力中应特别注意的几个问题》，载《无锡仲裁》，2001（3）。

③ J. A. 约洛维奇：《普通法和大陆法的发展》，载《法学译从》，1983（1）。

际的解决办法，它的最终目的，是想有效地为法官提供一个完整的办案依据，以便使法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典，同时又禁止法官对法律作任何解释”^①。大陆法系一贯认为：司法解释不能作为法的渊源。因为司法机关本身即是判断并具体适用法律的机关，若由一个具体适用法律的机关同时享有立法的权力，等于就是集权，即立法权和司法权统归于一个机关享有，其必然的结果是腐败和专制。

因此，要单独援用司法解释来判断企业借贷合同无效，无论如何是说不通的。所以最高人民法院只好出尔反尔，重新尊重这些部门规章的权威。

虽然成文法上企业借贷处于这样一个不明不白的地位，实践中法院认定企业借贷合同无效的工作仍然进行得有条不紊。企业之间的借贷，不论是明确的借贷形式，还是其他的诸如以合资、合作开发房地产、开具没有真实交易背景的商业承兑汇票、合伙等形式进行实质上的借贷，都是无效的。

合同无效包含着民法上价值判断问题，宣布合同无效意味着国家公权力的干预，在某一领域，否认当事人的意思自治。在民法以人为本的理念指导下，我们反对动辄宣布合同无效的行为。同时，应把这种权力交由立法机关行使。

但是，为什么在一个成文法体系的国家，这样一个事涉企业重要权利（尤其是中小企业，找融资渠道始终是其头等大事之一）的事项上，立法机关如此含糊、暧昧，在法律表达上如此吝啬，以至于司法机关找法艰难，在判决时含糊其辞，“违反了国家金融法规”。

^① 【美】约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，39页，法律出版社，2004。

相对于我国大量的白纸黑字却束之高阁的法律而言，这的确是一条实在法。

综上所述，在后《合同法》时代，无正当的法律形式渊源，企业借贷之禁止单凭法律权威广为质疑的最高人民法院的司法解释和人民银行《贷款通则》，单凭法院的连续判决使其成为业界必须遵守的法律规范，实在是挑战立法机关权威之嫌。但考虑到我国司法体系的脆弱地位和可怜的权威，离开其他强大利益集团的支持，敢于创制和坚持这样一条影响力度极强、波及范围甚广（几乎所有的非金融企业）、关涉众多企业重要权利（限制它们资金的来源和去向）的法律规范几乎是不可能的。这条实在法的存在，虽在形式上不合法，而在实质上，它的的确确反映了这个社会特定时期建立于经济基础之上的统治阶级的意志。

二、最高人民法院的处理思路

关于企业借贷无效后如何处理，最高人民法院有明确的司法解释^①：

1. 最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》（1990年11月12日）第四条第二项规定：“企业法人、事业法人……名为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息

^① 根据现行《商业银行法》（2004年2月1日起施行）第三十八条“商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率”，贷款利率不再是固定利率，但人民币贷款基准利率由人民银行制定。从2004年10月29日起，中国人民银行决定放宽人民币贷款利率浮动区间，金融机构（不含城乡信用社）的贷款利率原则上不再设定上限。那么，现在，最高人民法院司法解释中所谓银行同期贷款利率如何确定呢，本文作者暂将银行同期贷款利率按央行人民币贷款基准利率来确定。

应予收缴,对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。”(以下称司法解释1)

2. 最高人民法院《关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得的约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》(1996年3月25日)规定:“对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息,人民法院应当依法向借款方收缴。”(以下称司法解释2)

3. 最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》(1996年9月23日)规定:“企业借贷合同……对于合同期限届满后,借款方逾期不归还本金,当事人起诉到人民法院的,人民法院除应按照最高人民法院法(经)发[1990]27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外,对自双方当事人约定的还款期满之日起,至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息,应当收缴,该利息按借贷双方原约定的利率计算,如果双方当事人对借款利息未约定,按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定加倍支付迟延履行期间的利息。”(以下称司法解释3)

这三个司法解释相互结合,构成对企业借贷主合同无效后的处理模式^①。试举例说明:

① 司法解释1虽然只是处理了“名为联营、实为借贷”的合同,但实际上可以应用到直接的企业借贷或各种“名为‘其他’、实为借贷”的合同。最高人民法院在随后的两个司法解释中表明了这一观点,后两个司法解释是对《解答》的再解释,它们不再是专门针对“联营”合同作出。

1. 企业借贷利率高于银行利率的有偿合同（这个分析包括明确约定的企业借贷利率高于银行利率的合同，还包括上述司法解释3所指的“对借款利息未约定”的默示认可的企业借贷利率高于银行利率的合同）。从企业都是经济人的角度看，这是企业借贷的正常形态，也是最为广泛的企业借贷的存在形式。我们来举例重点分析。

以企业借贷利率有明确约定且高于银行利率的借贷合同为例。甲公司向乙公司出借100万元，约定年利率12%（银行同期贷款利率为6%），借期2年。到2年届满时，乙公司已支付1年利息12万元，未还本金。甲公司起诉，至法院终审判决之日又费时一年。这样，在判决中，法院应当判定合同无效，向甲公司收缴已经取得的利息12万元（依司法解释1），向乙公司收缴按约定利率应付而未付的1年利息12万元（依司法解释1、2），再收缴逾期期间按约定利率12%计算的利息12万元（依司法解释3），另外按银行同期利息向乙公司罚款（两年间的银行利息额） $100\text{万元} \times 6\% \times 2\text{年} = 12\text{万元}$ （依司法解释1、3）。也就是，总的来说，甲公司收回本金100万元，双方约定的利息（原已支付的利息12万元、尚未支付的约定利息12万元、逾期期间的按约定利率计算的利息12万元）被法院直接收缴（其中12万元向甲公司收缴，24万元向乙公司收缴），相当于银行同期贷款利息的12万元是乙公司的罚款，双方共被罚收48万元（甲公司12万元，乙公司36万元）。

相对于合法借贷的途径，企业借贷双方究竟违法的风险成本多

大呢^①？

对于甲公司，由于本来可以通过信托贷款、委托贷款等正常途径合法将这部分闲置资金贷给乙公司而获得利息，那么它的违法行为的成本就是这部分利息。这部分利息是多少呢？以委托贷款的形式来比较^②，按中国人民银行对民生银行在2005年1月24日所提交的开办个人委托贷款业务的报告的批复：委托贷款的利率在商业银行贷款基准利率的基础上最高可上浮30%，最低可下浮10%。以 $6\% \times (1 + 30\%) = 7.8\%$ 的利率来计算，甲公司的违法成本为 $7.8\% \times 3 = 23.4$ 万元。

对于乙公司，乙公司毕竟使用了这笔贷款，如果它也是按照前述委托贷款的形式合法得到贷款的话，以7.8%的利率计算，乙公司必须支出的借贷成本是23.4万元。而现在乙公司在本例中实际只被收缴了36万元，那么乙公司的违法成本是12.6万元。

上述计算还未考虑逾期的利率实际要高于合同利率，如果加进来，那么乙公司必须支付的借款成本将会上升，相应的乙公司的违法成本进一步下降，同时甲公司违法成本会更高。

“对借款利息表面上虽未予以约定，而实际上按双方本来的默契

① 本节违法成本的计算尚未包括因合同无效而导致的担保合同无效的成本，还有因违法而导致的行政制裁以及可能存在的刑事追究。按：（1）《担保法》第五条，“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效”；（2）《贷款通则》第七十三条，“行政部门、企事业单位、股份合作经济组织、供销合作社、农村合作基金会和其他基金会擅自发放贷款的；企业之间擅自办理借贷或者变相借贷的，由中国人民银行对出借方按违规收入处以1倍以上5倍以下罚款，并由中国人民银行予以取缔”；（3）《刑法》第一百七十五条，“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的”构成高利转贷罪……等规定，合同贷方的违法成本可谓大矣。

② 这里忽略计算银行的手续费。