

福鼎法律評論

创刊号

总策划：董宇 黄卉
主 编：黄卉
副主编：胡立峰

- 周学峰 民间借贷的司法规制
- 孙维飞 居间人的“违约金”请求权——最高人民法院公布的1号指导案例评析
- 葛云松 问题丛生的判决——雷永忠与中国工商银行珠海金湾支行财产损害赔偿纠纷案评析
- 彭 冰 契约自由与僵化的裁判思维——“对赌协议”第一案分析
- 王贵松 一对一证据的审查与认定——廖宗荣诉重庆市交警二支队行政处罚决定案评析

法律出版社

2012年（总第1期）

福鼎法律评论

创刊号

总策划：董宇 黄卉

主编：黄卉

副主编：胡立峰

主办：

福建省福鼎市人民法院

北京航空航天大学法学实践教学基地

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

福鼎法律评论:创刊号 / 黄卉主编. —北京:法律出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4249 - 7

I. ①福… II. ①黄… III. ①法律—文集

IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 270231 号

© 法律出版社·中国

福鼎法律评论(创刊号)

黄卉主编

责任编辑 王旭坤

王曦

装帧设计 乔智炜

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2012 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 19.25 字数 276 千

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4249 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任 龙卫球

副主任 董 宇 付翠英

委 员 (按姓氏音序排列)

陈 巍	董 宇	付翠英	胡立峰
黄 卉	李阿文	李显清	刘保玉
龙卫球	缪怀亮	明 辉	郑显文
周友泉			

编辑部

主 编 黄 卉

副主编 胡立峰

责任编辑 (按姓氏音序排列)

葛 磊	贺 剑	胡立峰	李 菡
刘航麟	刘小亮	马强伟	沈娅芸
孙新宽	涂 哺	夏 晋	辛 亚

发 刊 词

《福鼎法律评论》的侧重点,系以司法实践为导向、追求在法学层面解决法律问题,力争成为国内法律工作者感到有道理而爱看的法学刊物。我们三个自我期许:一是为法官和未来法官(法科学生)服务,整理法律思维,研究法律解释和法律适用技术;二是支持法学研究风气转向到法学研究者关注司法实践,特别是以个案或系列同案研究的方式,为法律适用者提供解决实际法律问题的方法和方案,期待“丰富的法律理论严重脱离丰富的法律实践”现象能够得到改善;三是成为法学研究者和以法官为主的法律适用者良性互动的讨论空间,为法律界对大大小小的家国天下以至个体公民权益问题进行法律摸索提供能够保持连续性的园地。

故本刊欢迎:一,解决中国问题的中国视角,但不牺牲世界性的比较的眼光;二,限于法律专业范围和当代司法实践问题,不涉及泛法律化议论;三,在法学方法下的实证研究,以中国问题甚或中国案例牵引法律比较;四,语言简明,充分考虑法官尤其是基层法官的时间之宝贵,避免不必要的唯知识辩论。

我们的组稿重点是:第一,就某个或某类典型的法律问题(如民间借贷的法律适用、民行交叉审理等)进行综合性论述,使读者对所议问题的法律适用,在理论和实践上都有一个框架性、方向性的认识。第二,个案研究是我们的重中之重。原则上需是中国案件,包括已经终审的疑难案例;最高人民法院、最高人民检察院指导案例;《最高人民法院公报》案例;各级法院典型案例。在个别情况下,也可以分析没有生效、“不了了之”或“立不了案”的案件。在更加例外的情况下,可以是外国案例评析(但要有中国问题的关联)。总之,案例选

择和评析均需有助于我国法官提高审判能力。第三,“案例教学课堂”和“走进法院”两个专栏是为未来法官即现在的法科学生而设立的,目的是训练案例分析技能和鼓励司法田野调查。中国法治的核心在于司法,尤其是基层司法。我国 80% 的案件在基层法院审理,基层法院工作做好了,中国司法就好了。我们反对故意描黑法院和法官,他们的处境和困难,也正是大家的处境和困难,不宜置身度外,盼望学者和学生去发现和反映真实的问题。第四,书评及其他稿件,无论您对讨论对象作出什么评价,都请给出尖锐而准确的理由。

在我们看来,法之成秩,必先践履纷纭;解决分歧还得靠具体的解决者,不仅率尔聚讼而已;所谓法治,无非制行而人不恐怕,盖无法棍专门吆喝以吓人也。为此调校方位,是是而非非,都是为了有一天法律能够不再嚷嚷,而是隐退到不干扰大家生活的地位去做帮助性的工作。

贺 词

为强化法学理论与司法实务的对接,提炼基层法院司法实践经验,提升法院干警法律思维和司法能力,助推福鼎法院文化建设发展繁荣,福鼎法院与北京航空航天大学法学院合作创办了法律刊物《福鼎法律评论》。

《福鼎法律评论》是近年来我市基层法院与高等院校开展双向合作的有益尝试。该刊围绕基层法院审判工作难点问题及与基层法院有关的社会热点问题展开理论研讨,彰显理论与实践结合之旨趣,具有鲜明的办刊宗旨、主题特色和较为广泛的读者群体。相信她的诞生,将有助于推动福鼎法院乃至闽东法院文化建设取得更大的进展。

法院文化是中国特色社会主义文化的重要组成部分,法院文化建设是人民法院工作的重要组成部分。党的十八届六中全会对加强社会主义文化建设作了全面部署,明确提出建设社会主义文化强国的目标,法院文化建设迎来了宝贵机遇和广阔空间。刚刚结束的党的十八大提出建设社会主义文化强国的宏伟目标,实现这一目标,必须走中国特色社会主义文化发展道路,关键在于增强全民族文化创造活力。希望福鼎法院认真贯彻、落实党关于社会主义文化建设的路线、方针、政策,以《福鼎法律评论》的创办为契机,正确理解把握法院文化的内涵和特征,认真遵循法院文化建设的基本要求,坚持面向干警、面向群众、面向社会,融合我市区域特色、地域特色、民俗特色、历史特色,进一步开阔视野、探索创新,百花齐放、百家争鸣,努力将该刊办成干警人人能够参与的文化阵地,扎实推动法院文化建设不断取得新的进展。通过不懈努力,把法院文化建设的成效体现在全体法官的共同价值追求、高尚职业道德、良好行为习惯和奋发进取的

精神面貌上,体现在法院更加先进的管理理念、日益完备的工作制度机制和不断改善的司法环境与条件上。

衷心祝愿福鼎法院以《福鼎法律评论》的创办为新的起点,以创建“闽浙边界创新型法院”为文化建设的目标,解放思想、二次创业,不断开创闽东法院文化建设新局面,为宁德科学发展跨越发展提供更加有力的司法服务保障!

罗雄

二〇一二年十一月二十五日

目 录

发刊词·····	黄 卉(1)
贺 词·····	罗 雄(1)

第一部分 论 文

民间借贷的司法规制·····	周学峰(1)
父母购房出资与房产权属认定	
——以婚姻法《解释三》第7条的适用范围为中心	
·····	贺 剑(35)
破解送达困局	
——构建“诉前地址确认制度”的思考 ·····	兰子君(47)
如何实现法律效果与社会效果的统一	
——司法解释、业务指导方式的案例化改造	
是必然选择·····	江 勇 马良骥(57)
媒体名誉权案件同案比对方法与“同案不同判”的	
价值判断成因分析·····	马 军(70)

第二部分 案例评析

居间人的“违约金”请求权	
——最高人民法院公布的1号指导案例评析·····	孙维飞(83)

问题丛生的判决

- 雷永忠与中国工商银行珠海金湾支行财产损失
赔偿纠纷案评析……………葛云松(94)

农民自建房的可转让性及其他

- 马海涛诉李玉兰案评析……………吴香香(113)

契约自由与僵化的裁判思维

- “对赌协议”第一案分析……………彭冰(122)

错位的环境公益诉讼

- 评昆明市环保局诉三农、羊甫公司环境污染
侵权纠纷一案……………周翠(136)

试论侵权法上的安全保障义务

- 范茂生等诉淮安电信分公司淮阴区电信局、淮安市
淮阴区公路管理站人身损害赔偿纠纷案之评析
……………陈宵(147)

一对一证据的审查与认定

- 廖宗荣诉重庆市交警二支队行政处罚决定案
评析……………王贵松(156)

咨询会可以视为听证会吗?

- 乔占祥诉中华人民共和国铁道部案评析……………章剑生(169)

行政裁量基准制度的实效性与裁量基准的效力

- “甘井子区社保局不按裁量基准处罚被诉案”
评析……………王天华(176)

《刑法》第306条的法律适用分析

- 以李庄案为例……………孙新宽(184)

第三部分 案例教学课堂

- 动物致害侵权责任……………张双根(195)

第四部分 走进法院

基层法官的苦恼·····	高文阳(209)
结案率考核下的立案难困境·····	李 晴(219)
民事卷宗整理小谈:关于文书之“补”·····	宋利凯(228)
关于行政诉讼案件数量少的一些思考·····	邓 辉(235)
基层审判工作之中的普通程序简化审·····	高 敏(244)
从庭审中观察到的问题与思考	
——关于当事人的权利保护与庭审效率·····	许臻文(251)
民事送达制度之“送达难”研究·····	崔 晗(258)
浅析委托执行中的烦与难·····	何艺君(265)
被执行财产信息的获取·····	肖圣岚(273)
以绩效考核窥基层法院之司法效率·····	叶林朋(281)

第五部分 书 评

《日本行政程序法逐条注释》之介绍·····	凌维慈(288)
《德国宪法案例选释:基本权利总论》评介·····	黄 卉(292)

民间借贷的司法规制^{*}

周学峰^{**}

近年来,民间借贷案件的数量激增,由民间借贷所引发的社会矛盾日益突出,最高人民法院于2011年年底和2012年年初接连发出多份文件,其内容都涉及到了民间借贷,凸显了最高人民法院对这一问题的关注。^[1] 由于民间借贷案件所涉问题甚多,本文限于篇幅,将重点探讨以下问题:企业间借贷合同的效力问题、合法民间借贷与非法集资的区分、民间借贷的利率问题,以及民间借贷法律关系与其他法律关系的区别。尽管民间借贷问题在很大程度上与我国当前的金融体制有着密切关系,但本文所关注的问题是:当前民间借贷的司法裁判中存在哪些问题,并探讨这些问题的根源;在对民间借贷的规制中司法机关能够发挥什么作用,以及应该通过何种路径来实现其目的。

* 本文系福建省福鼎市人民法院资助的民间借贷研究课题的阶段成果。本文在写作过程中得到了福鼎市人民法院胡立峰副院长、辛亚同学的帮助,在此深表感谢,文责由作者自负。

** 周学峰,北京航空航天大学法学院副教授、法学博士。

[1] 例如,最高人民法院2011年12月发布的《关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件促进经济发展维护社会稳定的通知》;2012年2月发布的《关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》。

一、主体身份对借贷合同效力认定的影响

(一)当前的司法态度

民间借贷属于借贷合同的一种,我国司法机关在对待借贷合同时,其采取的基本思路为将借贷合同区分为三类:第一类是以金融机构或具备一定的贷款业务许可权的准金融机构为当事人的借贷合同;^[2]第二类是既非金融机构、亦非准金融机构的普通企业之间的借贷合同;第三类是自然人之间、自然人与普通企业之间的借贷合同。^[3]

将第一类借贷合同与后两类借贷合同相区分的意义在于,前者的合同主体(金融机构、准金融机构)享有金融业务特许权,同时必须接受严格的金融监管,其借贷行为不仅要符合《合同法》上关于借款合同的一般要求,还要服从相关金融监管法规的要求;对于后者而言,其合同主体通常不具备从事金融业务的特许权,同时亦可豁免接受有关金融监管。然而,令人费解的是,法院对后两种借贷类型的区分,即将自然人之间的借贷与自然人和普通企业之间的借贷等同对待,而将普通企业之间的借贷单独对待,且认定前者为有效合同,后者为无效合同。^[4]问题在于,这种做法的依据何在?

[2] 例如,典当企业,具有一定的贷款营业许可权,在我国现行金融监管体制下,可被看作是金融机构以外的“准金融机构”。

[3] 参见江苏省高级人民法院《借贷合同纠纷案件审理指南》(2010):“一、借贷合同纠纷案件的基本情况”和“三、借贷合同的效力认定”。

[4] 最典型的案例莫过于北京市第一中级人民法院最近审结的两起案件:两家企业之间存在借款合同纠纷,其中,一份借款合同是以企业的名义签订的,而另一份借款合同是以企业的总经理的名义签订的,而借款合同的债务人都是同一家企业。以企业作为债权人起诉的借款合同案件被法院认定为借款合同无效,而以该企业的总经理作为债权人起诉的借款合同案件则被法院认定为借款合同有效。参见:中国中铁航空港建设集团有限公司与北京恒远鼎业科技有限公司借款合同纠纷案(北京市第一中级人民法院(2012)一中民终字第6856号民事判决书)和中国中铁航空港建设集团有限公司与路某某民间借贷纠纷案(北京市第一中级人民法院(2012)一中民终字第6857号民事判决书),判决书来源:北京法院网,<http://bj-gy.chinacourt.org>,最后访问时间:2012年7月28日。

借贷是一种合同,依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条的规定:“合同法实施以后,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。”那么,认定企业法人之间的借贷无效是依据哪一部法律、行政法规呢?在笔者所查阅的认定企业法人之间借贷无效的众多法院判决书中,几乎均众口一词地声称企业之间借贷违反了“国家有关金融法规”而无效,而对于到底是哪一部金融法规的哪一条款,却鲜有法院判决提及。^[5] 法院在作出判决时不明示法律依据,这在倡导司法公开的今天,几乎是一件匪夷所思的事情。

在我国现行金融法规中与借贷关系最为密切的当属《商业银行法》,但是,该法并未有任何条款明确禁止企业间借贷,只在第11条规定“未经国务院银行业监督管理机构批准,任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务”。这里的问题是:首先,虽然吸收公众存款属于借贷的一种,但不能将所有的借贷均等同于吸收公众存款;其次,该项禁止是针对任何人的,不仅包括普通企业也包括自然人,因此,司法机关的上述区分对待显然不是以此条款为依据的。由于《商业银行法》仅将吸收公众存款列为银行业的特许业务,而贷

[5] 例如,在中国中铁航空港建设集团有限公司与北京恒远鼎业科技有限公司借款合同纠纷案中,法院判决书声称:“本院认为:装饰装修分公司向恒远鼎业公司出具借款条,属企业借款合同,违反了国家有关金融法规的强制性规定,应属无效。”参见北京市第一中级人民法院(2012)一中民终字第6856号民事判决书。

在笔者所查阅的法院判决书中,确实也发现了极个别的法院提及了法律依据。例如,北京市第二中级人民法院(2011)二中民初字第13376号民事判决书“北京盛巨国际贸易有限公司诉杭州恒盛置业有限公司企业借贷纠纷案”中宣称:“本院认为:根据《中华人民共和国银行管理暂行条例》第四条的规定,禁止非金融机构经营金融业务。盛巨公司不是国家金融机构,其不能从事贷款等金融业务,故盛巨公司与恒盛公司之间的资金拆借业务,违反了国家有关金融法规,应认定无效。”值得注意的是,首先,《银行管理暂行条例》早在2001年就被废止(《国务院关于废止2000年底以前发布的部分行政法规的决定》);其次,该判决在认定企业间资金拆借无效时,仍宣称其“违反了国家有关金融法规”,但依旧未指明系哪一部金融法规。

款业务并未被包含在内,商业银行以外的金融机构,如信托投资公司、贷款公司等亦可从事贷款业务,所以,若主张禁止企业间借贷还需查找其他金融法规。

国务院于1998年7月制定的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》亦是值得考虑的重要的金融法规。仔细阅读后可发现,该办法虽然非常宽泛地规定了未经许可不得从事金融业务,但亦不足以作为禁止企业间借贷的依据。因为,将所有的借贷,包括企业之间偶尔为一次的资金拆借,一概认定为需要获得营业许可的金融业务,显属不当,况且,该规定亦未区分当事人是企业法人还是自然人。如果将企业法人与企业法人之间的所有借贷均看作需要获得营业许可的金融业务,而认为企业法人与自然人的借贷却不属于需要获得营业许可的金融业务,明显存在逻辑谬误。

如果我们顺着时间向前追溯,或许可以发现一些线索。1998年3月,中国人民银行在给最高人民法院经济审判庭的一份答复中声称:“根据《中华人民共和国银行管理暂行条例》第4条的规定,禁止非金融机构经营金融业务。借贷属于金融业务,因此,非金融机构的企业之间不得相互借贷。”〔6〕这份答复主张的逻辑是:企业之间的借贷属于金融业务,而金融业务属于需要获得营业许可的业务,因此,非金融机构的企业之间的借贷一概无效。值得一提的是,《银行管理暂行条例》已在2001年被国务院明令禁止了。〔7〕

其实,早在最高人民法院经济审判庭向中国人民银行提出询问之前,中国的各级法院就早已开始认定企业之间的借贷无效了。最高人民法院在1996年9月23日《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》中就明确指出:“企业借款合同违反有关金融法规,属无效合同。”问题是,最高人民法院并未指出该“有关金融法规”到底是哪一部法规。其实,该批复的意见只是重

〔6〕《中国人民银行关于对企业借贷问题的答复》(银条法[1998]13号)。

〔7〕《国务院关于废止2000年底以前发布的部分行政法规的决定》(中华人民共和国国务院令 第319号),2001年11月6日。

复了最高人民法院在1990年11月12日《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的意见,在该“解答”中,最高人民法院提出,企业法人之间的联营,若明为联营,实为借贷,则“违反了有关金融法规,应当确认合同无效”。该解答依然未明示“有关金融法规”到底是哪一部法规。

另一个在民间流传但尚未得到法院明确认可的说法是,禁止普通企业之间借贷的法律依据为中国人民银行在1996年6月制定的《贷款通则》第61条,“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”。值得注意的是,从《贷款通则》的文字表述上看,并未直接禁止企业间借贷,而是规定企业之间不得“违反国家规定”办理借贷,而至于所谓的“国家规定”究竟是指哪部法律、行政法规的哪条规定,并未提及。另外,就《贷款通则》的法律地位而言,因其制定者为中国人民银行,依照我国《立法法》的规定,其只能构成部门规章,而不属于行政法规之列,因此,在最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》后,法院将不得依据《贷款通则》来认定企业间借贷无效。退一步讲,如果《贷款通则》真的可以作为认定企业间借贷合同无效的法律依据,那么,为什么最高人民法院的司法解释或各级法院的司法判决都不对此明示呢?

顺着时间继续追索,可以发现中国人民银行于1981年4月28日发布的《关于加强工商信贷管理的若干规定》,其明确规定:“企业之间不得相互借贷。”而中国人民银行发布此项规定是为了贯彻1981年1月29日国务院发布的《关于切实加强信贷管理严格控制货币发行的决定》。该决定是为了“重申信用集中于银行的原则。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,不许自行贷款作基本建设。”如果说在20世纪80年代,基于当时的经济体制和法律背景,尚可将其作为认定企业间借贷合同无效的依据,那么,在今天若仍以此为依据,则显属不当。

(二)对问题的分析

从前述对法律依据的检索中可以看出,宣告普通企业间借贷合同无效的法理缺陷在于,司法机构无法指明其依据的具体的法律或

行政法规。其实,法院认定企业间借贷无效的真正依据是最高人民法院在1990年11月所发布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》。该解答所确立的规则是对我国在计划经济时期所确立的资金流通体制进行维护的产物。

禁止企业之间的借贷,原本是计划经济体制的一部分。在计划经济体制下,几乎所有的经济资源均被国家所控制,依照国家计划来进行分配和使用,这其中就包括“信用”资源,所谓“信用集中于银行”,在当时的条件下实质上是将信用集中于国有银行,而国有银行须严格依照国家的指令和计划进行资金调度和安排。为了实现对信用资源的统一安排和管理,政府还对企业实施了最严格的现金和银行账户管理,使得企业之间相互借贷极其困难。

随着我国经济体制由计划经济转向市场经济,企业主体已不限于国有企业,企业的生产、流通等环节都逐步脱离了国家的垄断与控制而由市场自发调节,在这种条件下,禁止企业之间相互借贷已欠缺合理性。然而,制度惯性却支撑着这一规则继续发挥作用,我国的金融监管机构和司法机构也在不断地寻求新的依据,于是便出现了前文所提及的将企业间借贷全部视为金融业务的论断。必须承认,在市场经济条件下,将银行业务等金融业务作为一项特许业务来对待,在法律上并无不妥,但是,将所有的借贷行为均视作需要获得特许的金融业务,则难以具有说服力。其实,将企业间借贷说成金融业务,仅是一种说辞,其根源在于固有的计划经济思维与制度惯性。1993年中共中央作出《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,时至1998年,中国人民银行仍然坚持认为:“企业间的借贷活动,不仅不能繁荣我国的市场经济,相反会扰乱正常的金融秩序,干扰国家信贷政策、计划的贯彻执行,削弱国家对投资规模的监控,造成经济秩序的紊乱。因此,企业间订立的所谓借贷合同(或借款合同)是违反国家法律和政策的,应认定无效。”^{〔8〕}由此可以看出,1998年时在我国金融领域,计划经济的痕迹依然十分明显。时至今日,

〔8〕《中国人民银行关于对企业借贷问题的答复》(银条法〔1998〕13号)。