

民商事纠纷裁判依据新释新解丛书

全国首批审判业务专家 何志 © 总主编

金融纠纷 裁判依据新释新解

JINRONG JIUFEN CAIPAN YIJU XINSHI XINJIE

滕 威 © 主编

全面梳理主要裁判依据 * 专业分析指导性案例及典型案例
权威阐释热点难点问题 * 切实提供审判实务参考指导意见

人 民 法 院 出 版 社

民商事纠纷裁判依据新释新解丛书

《民商事纠纷裁判依据新释新解》丛书共涉及合同、物权、侵权、担保、公司、房地产、金融、劳动等领域，内容比较全面，均是民商法领域中常用的热点。丛书在广泛吸收民商法研究领域的最新成果同时，对最高人民法院司法解释、请示与答复、院庭长讲话、庭推精要、有关业务庭意见、指导性案例以及其他重要观点，做“贯通”和“梳理”性的论述，使民商法理论与审判实践紧密结合起来，突出了权威性、实用性、可读性和指导性。

合同纠纷裁判依据新释新解·····	定价:60.00元
物权纠纷裁判依据新释新解·····	定价:59.00元
侵权责任纠纷裁判依据新释新解·····	定价:60.00元
担保纠纷裁判依据新释新解·····	定价:59.00元
公司纠纷裁判依据新释新解·····	定价:59.00元
房地产纠纷裁判依据新释新解·····	定价:62.00元
★ 金融纠纷裁判依据新释新解·····	定价:65.00元
劳动纠纷裁判依据新释新解·····	定价:49.00元



民商事纠纷裁判依据新释新解丛书

全国首批审判业务专家 何志 © 总主编

金融纠纷 裁判依据新释新解

JINRONG JIUFEN CAIPAN YIJU XINSHI XINJIE

滕 威 © 主编

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

金融纠纷裁判依据新释新解/滕威主编. —北京:
人民法院出版社, 2014. 9

(民商事纠纷裁判依据新释新解丛书)

ISBN 978-7-5109-1019-7

I. ①金… II. ①滕… III. ①金融—经济纠纷—审判—法律解释—中国 IV. ①D925.118.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 179154 号

金融纠纷裁判依据新释新解

滕 威 主编

责任编辑 王 婷

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550617 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 568 千字

印 张 29

版 次 2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1019-7

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

民商事纠纷裁判依据新释新解

丛书编辑委员会

编委会主任：何志

编辑委员会成员：

王松	王玉国	王西平	王海燕	王晓艳
叶永忠	刘琪	刘保玉	刘晓蕾	刘慕瑾
孙超	孙春雨	孙瑞玺	邬砚	何志
何育凯	何晓航	邹宇	杨光明	杜豫苏
李媛	李晓钰	陈希国	张薇	张燕
张建文	时贝儿	旷愚念	祝来新	庞景玉
周江涛	侯国跃	赵珂	赵翎	赵青东
贺秀凤	姚建军	高俊岗	徐强胜	钱凯
袁辉根	黄学忠	葛文	谭松平	滕威

《金融纠纷裁判依据新释新解》

编写人员

主 编 滕 威

撰稿人 (按姓氏笔画):

王 松 江苏省徐州市中级人民法院民事审判第一庭法官，
法律硕士，第一章

张 薇 淮阴师范学院法学院副教授，法学博士，第六章

邹 宇 江苏省高级人民法院民事审判第二庭法官，法学
硕士，第五章

袁辉根 陕西省高级人民法院法官，法律硕士，第二、四章

葛 文 江苏省徐州市中级人民法院研究室副主任，法律
硕士，第三章

谭松平 江苏省南通市中级人民法院法官，法律硕士，第
七章

滕 威 江苏省首批全省审判业务专家、淮安市淮阴区人
民法院法官，每章前语

总 序

法律的生命在于实施。在社会主义法律体系形成之后，摆在我们面前的有两大任务：一是如何使“纸上的法律”（law in paper）变为“行动中的法律”（law in action）；二是如何最大限度地发挥现有法律的实际效果。这既需要社会大众具有熟知法律知识的能力，也需要法律人养成法律思维的能力，更需要裁判者具有精湛解决争议的能力。只有具备这三种能力，才能“使一个法律人能够依法律实现正义”。^① 由何志法官担任总主编的《民商事纠纷裁判依据新释新解》丛书对民商事主体遵守法律规则、发挥法律的实际效果、实现司法的公平正义，必将起到积极的指导作用。

《民商事纠纷裁判依据新释新解》丛书共涉及合同、物权、侵权、担保、公司、房地产、金融、劳动等领域，可以说内容比较全面，均是民商法审判实务中的常用热点。该丛书有如下显著特点：

第一，论理翔实。这套丛书的重中之重是民商法理论与实务案例的紧密结合，当然也是这套丛书的一大“亮点”。作者在对法律正确理解与适用的基础上，广泛吸收民商法研究领域的最新成果，尤其是对最高人民法院所有规范性文件，包括司法解释、司法政策、请示与答复、院长讲话、庭推精要、有关业务庭意见、指导性案例、最高人民法院公报案例以及其他重要的参考观点（如最高人民法院法官的著述和主流观点），做“贯通”和“梳理”性的论述，使民商法理论与审判实践紧密结合起来，以期突出权威性、实用性、可读性和指导性。

第二，案例权威。这套丛书案例的选取，原则上选用具有典型性、代表性、真实性的案例。案例均来自最高人民法院所公布的指导性案例、《最高人民法院公报》《最高人民法院公布裁判文书》、最高人民法院网以及最高人民法院审结并发布在最高人民法院有关审判与指导丛书

^① 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第1页。

中的案例。书中所引用的具体个案，均注明来源，取其精华部分，避免了案例资料的大量堆砌。案例的权威性，为社会大众的遵法和人民法院的司法提供了很好的参考和参照价值。

第三，体例统一。每部书原则上以某部法律为主线，对审判实践中所反映的热点、难点问题，从指导审判实务角度出发，具体阐述法律的适用及适用法律解决问题的依据。每部书的第一章均对该法律适用中的原则、最高人民法院的司法解释、规范性文件、指导性案例等作集中梳理，以后各章详细解读第一章总括性内容，遵循多则多写，少则少写，避免了“无病呻吟”。体例的统一，凸显了丛书的整体优势。

美国大法官霍姆斯说过：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”该丛书的作者大多是具有法学博士、硕士学位的知名学者、法官和律师，他们不仅具有较高的理论水平，在各自研究领域有所成就，有不少研究成果发表，而且具有丰富的司法实践经验。尤其是该丛书的主编何志法官，二十年如一日，笔耕不辍，著述颇丰，多项成果获奖，并被评为全国首批审判业务专家，这也保证了该套丛书的质量。该套丛书既具有很高的理论水平，又有很高的实用价值；既能为法学理论研究提供重要参考，又能为司法实践提供参照依据。

是为序。



二〇一四年七月

凡 例

1. 本书中法律法规名称均使用简称，例如：《中华人民共和国民法通则》，简称为《民法通则》。2. 本书中下列司法解释及相关文件使用简称参见下表：

法律文件名称	发文字号	简称
最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》的通知	法〔办〕发〔1988〕6号	民法通则意见
最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见	法〔民〕〔1991〕21号	借贷案件意见
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〕3号	公民与企业之间借贷批复
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）	法释〔1999〕19号	合同法解释（一）
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（二）	法释〔2009〕5号	合同法解释（二）
最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定	法释〔1997〕8号	存单规定
最高人民法院关于审理票据纠纷案件的若干问题的规定	法释〔2000〕32号	票据规定
最高人民法院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	法〔2011〕336号	借贷通知
最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知	法〔2011〕42号	民事案由规定
最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见	法〔民〕发〔1991〕21号	借贷案件意见
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	法〔经〕发〔1990〕27号	联营纠纷解答

法律文件名称	发文字号	简称
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	法释〔2001〕33号	民事诉讼证据规定
最高人民法院关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理的问题的批复	法释〔2008〕17号	公证债权文书受理批复
最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）	法释〔1998〕15号	执行规定
最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定	法释〔2008〕11号	诉讼时效规定
最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释	法释〔2000〕44号	担保法解释
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见	法发〔1992〕22号	民事诉讼法意见
最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定	法释〔2003〕2号	虚假陈述规定
最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释	法释〔2012〕6号	内幕交易解释
最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（一）	法释〔2009〕12号	保险法解释（一）
最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二）	法释〔2013〕14号	保险法解释（二）
最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定	法释〔2003〕10号	期货规定（一）
最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定（二）	法释〔2011〕1号	期货规定（二）
最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定	法释〔2005〕13号	信用证规定
最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有不良贷款形成的资产案件适用法律问题的规定	法释〔2001〕12号	金融资产规定
最高人民法院关于金融资产管理收购、处置银行不良资产有关问题的补充通知	法发〔2005〕62号	金融资产补充通知
最高人民法院关于审理国有商业银行剥离其对自办公司的债权债务案件有关问题的通知	法〔2008〕130号	银行剥离自办公司通知

法律文件名称	发文字号	简称
最高人民法院关于判决生效后当事人将判决确认的债权转让债权人对该判决不服提出再审申请人民法院是否受理问题的批复	法释〔2011〕2号	债权转让受理批复

目 录

第一章 金融类纠纷裁判依据概述

第一节 金融类纠纷裁判依据的发展	(1)
第二节 金融类纠纷存在的问题	(4)
第三节 金融类纠纷的裁判依据	(8)
一、法律	(8)
二、最高人民法院司法解释	(9)
三、最高人民法院领导讲话、会议纪要等司法政策	(10)
四、最高人民法院裁判案例	(13)

第二章 民间借贷纠纷案件裁判依据

第一节 处理民间借贷纠纷的法律依据	(14)
一、法律、法规	(14)
二、最高人民法院司法解释	(16)
三、最高人民法院司法政策	(17)
四、最高人民法院裁判案例及司法观点	(18)
第二节 民间借贷案件的基本要素	(19)
一、民间借贷纠纷案件的范围确定	(19)
二、审理民间借贷纠纷案件的特别程序性问题	(23)
第三节 认定民间借贷效力的裁判依据	(27)
一、无效民间借贷关系的认定依据	(28)
二、自然人与非金融企业之间借贷合同的效力认定依据	(31)
三、非金融企业之间借贷合同的效力认定依据	(32)
四、可撤销借贷合同的认定依据	(40)

五、借款合同生效的认定依据·····	(40)
六、特殊借贷关系效力的认定依据·····	(42)
第四节 民间借贷纠纷部分实体内容的裁判依据·····	(48)
一、关于利率的裁判依据·····	(48)
二、对民间借贷是否成立及实际履行的认定依据·····	(53)
三、隔离作证规则的运用·····	(64)
第五节 民间借贷民事责任的裁判依据·····	(65)
一、关于借款人逾期还款责任的裁判依据·····	(65)
二、关于借贷关系中保证责任的裁判依据·····	(67)
三、关于民间借贷纠纷案件中的诉讼时效·····	(68)
四、借贷纠纷案件诉讼调解协议的合法性依据·····	(70)
五、债务人死亡的责任承担·····	(71)

第三章 储蓄存款合同与集资纠纷裁判依据

第一节 储蓄类合同纠纷民事责任的裁判依据·····	(72)
一、审理储蓄合同纠纷案件应遵循的裁判原则·····	(72)
二、储蓄合同纠纷案件的具体裁判规则·····	(75)
第二节 集资纠纷的处理·····	(84)
一、集资纠纷应否作为民事案件受理·····	(85)
二、关于借贷纠纷涉嫌刑事犯罪的处理·····	(88)

第四章 票据纠纷裁判依据

第一节 票据与票据行为的裁判依据·····	(91)
一、票据行为的分类与效力要件的判定·····	(91)
二、关于票据行为文义性、无因性、独立性的理解与适用·····	(96)
三、空白票据的授权补记和举证责任·····	(101)
第二节 票据权利转移的裁判依据·····	(102)
一、票据背书的款式及其法律效果·····	(102)
二、票据背书效力认定依据·····	(111)
三、票据保证纠纷的裁判依据·····	(112)
四、非票据法规定方式转让票据的效力认定·····	(114)
第三节 正当持票人的司法确定·····	(115)

一、未支付对价取得票据权利的裁判依据	(115)
二、非法取得票据的裁判依据	(117)
三、票据善意取得的司法认定	(120)
四、票据外观主义的司法运用	(121)
第四节 伪造、变造、更改和涂销票据的裁判依据	(121)
一、票据伪造的责任认定依据	(121)
二、票据更改与票据变造的效力认定依据	(122)
三、票据涂销的裁判依据	(123)
第五节 票据权利行使的裁判依据	(124)
一、承兑人付款责任及权利人的提示票据认定依据	(124)
二、付款人和代理付款人“重大过失”的认定及责任承担依据	(126)
三、付款人与出票人之间资金关系纠纷裁判依据	(130)
四、票据追索权的行使	(131)
第六节 票据责任免除与票据抗辩认定的裁判依据	(132)
一、关于票据责任的免除方式	(132)
二、关于对票据抗辩事由的理解	(133)
第七节 失票救济程序的适用依据	(137)
一、挂失止付的裁判依据	(137)
二、冻结止付的法律适用	(141)
三、适用公示催告程序的法律依据	(143)
四、撤除除权判决诉讼的法律适用	(147)
五、另行诉讼的失票救济程序	(149)

第五章 证券纠纷裁判依据

第一节 证券发行纠纷裁判依据	(151)
一、证券发行纠纷的裁判依据	(151)
二、证券发行中几种主体的责任认定依据	(153)
第二节 证券承销纠纷裁判依据	(155)
一、承销协议纠纷的裁判依据	(155)
二、债券承销代理与产品买卖代销的区别标准	(157)
三、证券承销合同纠纷与其他合同纠纷的区分标准	(159)
四、共同承销契约纠纷裁判标准	(160)
第三节 证券交易纠纷裁判依据	(161)

一、证券交易纠纷中若干合同要素的认定·····	(162)
二、证券交易纠纷案件中法律关系认定依据·····	(163)
第四节 证券交易代理纠纷裁判依据·····	(165)
一、关于证券交易中的开户、清算与交割、过户·····	(166)
二、证券公司法律责任认定依据·····	(167)
三、违反证券代理禁止性规范的责任认定依据·····	(168)
第五节 融资融券、委托理财纠纷案件裁判依据·····	(169)
一、融资融券关系的认定·····	(169)
二、证券金融机构与投资入之间的关系认定·····	(171)
三、委托理财法律关系的认定·····	(172)
四、委托理财合同基本类型及其效力认定依据·····	(177)
第六节 证券回购纠纷案件裁判依据·····	(179)
一、关于证券回购纠纷案件的管辖·····	(180)
二、关于证券回购合同的主体资格认定·····	(180)
三、证券回购合同内容合法性认定依据·····	(181)
四、关于证券回购合同民事责任的认定依据·····	(182)
五、关于在证券回购纠纷中发现经济犯罪的处理·····	(183)
第七节 证券内幕交易纠纷裁判依据·····	(183)
一、禁止证券内幕交易的行为主体·····	(184)
二、关于证券内幕交易行为的认定依据·····	(185)
三、内幕交易民事责任的认定依据·····	(189)
四、诉讼方式方法·····	(192)
第八节 关于虚假陈述案件的裁判依据·····	(193)
一、虚假陈述案件纠纷的难点与困惑·····	(193)
二、证券交易中虚假陈述的认定依据·····	(194)
三、关于虚假陈述的归责原则·····	(198)
四、虚假陈述中共同侵权行为的认定依据·····	(200)
五、虚假陈述民事赔偿诉讼程序中的若干问题·····	(202)
六、虚假陈述赔偿数额的确定·····	(205)

第六章 保险纠纷案件裁判依据

第一节 司法裁判应尊重保险法基本原则·····	(210)
第二节 保险合同成立及生效处理依据·····	(217)

一、关于保险合同成立纠纷的裁判依据·····	(217)
二、关于投保人如实告知义务的裁判依据·····	(222)
三、有关保险人说明义务的裁判依据·····	(229)
四、关于保险合同生效纠纷的裁判依据·····	(239)
第三节 关于保险合同解释、变更、转让、解除与无效的裁判依据·····	(242)
一、合同解释方法在保险法领域的司法运用·····	(242)
二、关于保险合同协议变更的裁判依据·····	(249)
三、关于保险合同转让的裁判依据·····	(250)
四、关于保险合同解除的裁判依据·····	(252)
第四节 人身保险合同纠纷裁判依据·····	(256)
一、人身保险合同纠纷中有关限制适用原则·····	(257)
二、关于死亡保险合同中的限制与效力·····	(260)
三、关于人身保险合同复效的裁判依据·····	(263)
四、保险人免除保险责任的两种法定情形·····	(265)
五、被保险人自杀的保险责任裁判依据·····	(267)
六、关于受益人与受益权的认定标准·····	(268)
七、关于保险金继承纠纷的裁判依据·····	(272)
第五节 财产保险合同纠纷的裁判依据·····	(273)
一、准确认定保证保险合同的法律性质·····	(273)
二、关于保险金额与保险价值的确定·····	(275)
三、关于重复保险的裁判依据·····	(276)
四、关于代位求偿权的司法适用·····	(279)

第七章 期货纠纷案件裁判依据

第一节 审理期货案件的原则·····	(286)
一、坚持正确适用法律的原则·····	(287)
二、风险和利益相一致的原则·····	(289)
三、过错和责任相一致的原则·····	(290)
第二节 期货交易法律主体资格认定依据·····	(291)
一、期货经纪人的资格认定依据·····	(291)
二、期货投资人的资格认定依据·····	(294)
第三节 期货纠纷案件的管辖及其举证责任分配·····	(295)
一、期货纠纷案件的级别管辖·····	(295)

二、期货纠纷案件的地域管辖·····	(295)
三、期货纠纷案件的指定管辖·····	(298)
四、期货纠纷案件的举证责任分配·····	(299)
第四节 无效期货经纪合同的认定及处理依据 ·····	(307)
一、关于无效期货经纪合同的认定·····	(307)
二、无效合同处理的归责及其损失赔偿范围依据·····	(311)
第五节 各类期货交易纠纷的裁判依据 ·····	(313)
一、透支交易性质及民事责任裁判依据·····	(313)
二、强行平仓民事责任的认定依据·····	(318)
三、保证合约履行民事责任的认定依据·····	(324)
四、实物交割民事责任的认定依据·····	(326)
五、私下对冲民事责任的认定依据·····	(331)
六、涉及委托理财期货案件的裁判依据·····	(332)
第六节 期货纠纷案件的保全与执行依据 ·····	(335)
一、若干问题的裁判依据·····	(336)
二、《期货规定（二）》对保全与执行的进一步明确·····	(338)

第八章 信用证纠纷案件裁判依据

第一节 信用证关系主体及其权利义务 ·····	(342)
一、信用证法律关系主体的确定·····	(343)
二、信用证关系当事人相互间的权利与义务·····	(344)
第二节 信用证纠纷案件法律规范适用 ·····	(346)
一、信用证纠纷可适用之法律规范·····	(346)
二、信用证纠纷和其他与信用证有关纠纷的法律适用·····	(347)
三、国内信用证纠纷和国际信用证纠纷的法律适用·····	(350)
四、关于国际信用证纠纷的司法管辖·····	(352)
五、关于备用信用证的法律适用问题·····	(353)
六、理清信用证纠纷案件和基础合同纠纷案件·····	(354)
第三节 信用证开立纠纷的裁判依据 ·····	(357)
一、开证申请人与受益人之间因开立信用证而产生纠纷的裁判依据·····	(357)
二、委托人和受托人之间委托开立信用证纠纷的裁判依据·····	(360)
三、开证申请人与开证行之间开立信用证纠纷的裁判依据·····	(361)
第四节 信用证欺诈纠纷的裁判依据 ·····	(364)

一、信用证欺诈纠纷类型·····	(365)
二、信用证欺诈行为的司法认定依据·····	(368)
三、信用证欺诈的司法救济·····	(377)
第五节 信用证议付纠纷的裁判依据 ·····	(379)
一、关于议付行的认定依据·····	(379)
二、关于议付行的审单标准——“单单相符，单证相符”·····	(381)
三、对于对议付行善意的认定——“信用证欺诈例外的例外”·····	(384)
第六节 信用证结算与融资纠纷的裁判依据 ·····	(386)
一、信用证结算与融资纠纷·····	(386)
二、开证行是否正确履行义务的裁判依据·····	(387)
三、开证申请人是否履行义务的裁判依据·····	(393)
第七节 信用证担保纠纷的裁判依据 ·····	(394)
一、单证不符时的保证人责任·····	(395)
二、信用证修改后的保证人责任·····	(396)
三、保证人有过错时的责任·····	(398)
四、关于开证保证金的裁判依据·····	(400)

第九章 资产管理与不良债权转让纠纷案件裁判依据

第一节 金融不良债权转让的法律性质及其裁判原则 ·····	(403)
一、案件裁判的基础——金融不良债权转让的法律性质·····	(403)
二、金融不良债权转让案件的裁判原则·····	(404)
第二节 金融不良债权转让案件受理与管辖之法律适用 ·····	(405)
一、关于诉权问题·····	(405)
二、关于金融债权不良转让案件的受理·····	(407)
三、关于案件的管辖·····	(415)
第三节 关于诉讼主体变更、追加以及执行主体变更 ·····	(417)
一、关于诉讼主体变更及其追加·····	(417)
二、关于执行主体变更的裁判依据·····	(419)
第四节 金融债权不良转让案件裁判依据 ·····	(421)
一、关于债权转让生效条件裁判依据·····	(421)
二、关于债权转让合同无效·····	(423)
三、不良债权转让无效合同的处理依据·····	(426)
四、不良债权转让合同的解除及处理依据·····	(426)

第五节 保证、抵押责任承担及举证责任分配 ·····	(430)
一、“以贷还贷”情形下保证责任的承担·····	(430)
二、物、人担保同一债权及保证债权消灭后的担保责任·····	(431)
三、不动产设定抵押之若干问题裁判依据·····	(432)
四、最高额抵押担保情形下不良债权受让人的请求权·····	(435)
五、担保人请求确认其不承担担保责任情形下的举证责任分配·····	(436)
第六节 审理涉金融债权案件若干实务问题裁判依据 ·····	(438)
一、对非金融机构以受让金融债权为由主张全额债权的处理·····	(438)
二、债务人主张行使优先购买权的处理·····	(439)
三、关于向“三资”企业和境外机构转让不良债权的效力问题·····	(439)
四、对外担保合同效力的认定·····	(440)
五、关于利息收取的裁判依据·····	(441)
第七节 金融不良债权案件申请再审问题的处理 ·····	(443)
一、关于当事人申请再审问题·····	(443)
二、关于案外人申请再审问题·····	(443)

第一章

金融类纠纷裁判依据概述

中国社会已经进入到了一个金融资本大调整的时代，资本市场也已进入了跨越式发展的历史时期，其在经济中的作用显得越来越重要。而投资者是资本市场的主要参与者，特别是在金融服务业领域，客户作为投资者的主体，更是金融服务业的主要对象，所以，无论是立法还是司法，都要着眼于保护投资者的合法权益。要通过允许各种不同的经济成分进行生产与交易，允许各种类型的经济成分的兼并、重组、并购等市场行为，这样才能搞活市场，才能实现市场的多元化。而所有的市场行为都离不开金融，正常的金融秩序需要法律和规则进行维护。作为调整市场交易关系的法律与司法裁判，必然要在维护金融秩序，保障金融发展的过程中有所作为。

第一节 金融类纠纷裁判依据的发展

在以工商业为代表的实体经济文明时期，金融业只是起到辅助作用，在法律上金融产业也是作为普通产业来对待的，金融法律关系从总体上说并不具有独立性，这些法律关系通常都被规定在商法中，基本上没有专门的法律体系。而在世界经济进入后工业文明之后，以金融业为代表的虚拟经济文明取得了迅速发展，金融业取得了社会经济的主导地位，金融经济成为了一个与实体经济相对应的对实体经济起主导性作用的新的经济领域。目前，金融经济的规模甚至已远远超过了实体经济，成为当代社会占统治地位的经济形式，金融法律关系也必然成为当代社会主要的社会关系。世界各主要国家，如美国、日本、英国、法国、德国等，自20世纪80年代以来都进行了一系列的金融改革，甚至制定了一系列新的金融法律。如美国的《存款机构放松管制和货币管制法》、《金融服务现代化法》《金融机构改革、复兴与实施法》《联邦信贷与改革法》

《金融监管改革法案（多德—法兰克法案）》，日本的《金融制度改革法》《金融机构经营健全性确保法》《金融机构变更手续特例法》《银行控股公司创设特例法》，英国的《金融服务法》《金融服务与市场法》，法国的《信贷机构管理法》《金融安全法》，德国的《统一金融服务监管法》《联邦金融监管局法》等。金融法规的大量出现，说明当代社会的金融问题包括纠纷越来越复杂，金融法学在法学中的地位也越来越重要，有关金融纠纷的解决也依据越来越精细。

我国在改革开放之前，实行的是一个完全国家垄断的计划金融制度：实行单一的国有银行制度，在金融运行机制上实行银行信贷和货币发行合一，没有中央银行与商业银行之分，中国人民银行是全国的信贷中心、结算中心、货币发行中心，同时实行贷款资金供给制，银行不讲经济效益。1979年，我国的金融体制改革启动，一是金融机构出现多元化，出现了以产业分工为主要特征的专业银行机构；二是中国人民银行向中央银行转变，实行了银行信贷与货币发行分开，中央银行不再直接经营商业银行业务，单独行使信贷管理和货币发行权。在改革不断推进的同时，国务院起草了《中国人民银行法（草案）》和《商业银行法（草案）》，并于1994年6月和8月分别提请八届全国人大常委会第八次、第九次会议审议。在经过常委会多次审议后，《中国人民银行法》和《商业银行法》于1995年颁布实施。《中国人民银行法》第一次以法律的形式确立了中国人民银行作为我国中央银行的法律地位及其主要职能，为中国人民银行制定和执行货币政策，实施有效的金融宏观调控提供了法律保障。《商业银行法》则确立了商业银行实行“自主经营、自担风险、自负盈亏、自我约束”的经营原则和以其全部法人财产独立承担民事责任的法人地位。中央银行制度和商业银行体制的确定，极大地推动了金融改革和制度创新，金融组织机构多元化不断深入，非银行金融机构、保险公司、证券公司快速发展，金融监管不断完善，金融宏观调控向间接调控过渡，证券交易所、同业拆借市场、票据市场全面启动。全国人大财经委后来又提出制定《证券投资基金法》。该法的出台促进了证券投资基金业的健康发展，证券投资基金已经成为我国资本市场最重要的机构投资者之一。我国加入世界贸易组织后，根据我国有关承诺和金融市场进一步开放后增强竞争能力的需要，对一些金融法律也及时作了修改。如2002年，全国人大常委会根据国务院提出的议案，对《保险法》涉及保险资金运用限制、保险业务兼营、保险条款和费率的审批、个人保险代理人代理数量的限制等条款作了修改，同时进一步完善了保险监管制度。此外，作出修改的还有《中国人民银行法》《商业银行法》《证券法》以及《银行业监督管理法》的出台和修改。可以说，金融立法工作推动了金融的改革和发展。不过，我们也应当看到，目前我国的金融法律体系仍然不太完善，许多方面仍然存在空白，一些法律法规还不能完全适应现实情况的需要，甚至法规与法规之间还存在相互矛盾之处。尽管如此，由于金融法律关系涉及多个层面的具体的

法律法规，而且在实际生活当中，国家立法机关制定和实施金融法时，往往并不按照民商法的理论逻辑对金融法体系进行划分，而是在金融法理论指导下根据金融实践的需要指定金融机构及金融工具的有关规范，以调整不同领域的金融关系。

回顾我国改革开放三十多年的历程可以发现，在经济体制层面上体现为从计划经济向市场经济的转型过程；在市场竞争层面上，体现为从没有竞争向培育和鼓励市场竞争的演变过程；在国家干预层面上，体现为从国家全面干预向国家适时适度干预的演变过程；在法律层面上，体现为市场经济法律规则从无到有，逐步建立和健全的过程；在司法层面上，体现为从经济审判到包括金融审判在内的商事审判，不断推进市场经济法律规则的建立健全与裁判理念与时俱进、适当适用法律规则的过程。所以说，在我国改革开放三十多年来的发展过程中，商事审判对于经济体制改革和经济发展所采取的一种积极推动和大力保障的立场，充分发挥了经济基础和上层建筑之间的良性互动功能，这已经为改革开放以来的商事审判历程所见证。^①在我国，作为调整市场交易关系的法律与司法裁判，也经历了从主动干预型向市场调节型转变的一个过程。从上个世纪的80年代到90年代，我国的法律与司法裁判，均是以国家管理者身份出现的，其主动干预市场经济雏形时期发生的纠纷与矛盾，充分利用国家赋予的强制力，也确实解决了一大批包括金融纠纷在内的商事纠纷，有力地推动了计划经济向市场经济的过渡。随着市场经济体制的建立，以中国加入WTO为标志，我国经济步入了减少国家政策干预、市场主体进行自由竞争和自主发展的新阶段。^②正因为金融业的如此发展及地位的如此重要，自20世纪90年代以来，我国先后制定出台了許多金融法律规范，如《中国人民银行法》《商业银行法》《票据法》《反洗钱法》《银行业监督管理法》《证券法》《证券投资基金法》《保险法》《信托法》等9部法律，同时还制定了近200个金融法规规章，初步建立起了具有我国特色的金融法律体系。

当然，我国改革开放三十年来的经济运行也出现了很多需要高度重视的新情况、新问题。就目前情况看，我国经济下行压力加大，市场环境趋紧，出口明显下滑，企业经营困难，部分行业产能过剩问题凸显，职工下岗和农民工返乡增多，高校毕业生就业压力增大，金融潜在风险增大。从长期来看，我国粗放型的发展方式和结构性矛盾问题仍然突出，自主创新能力仍然不强，农业基础仍然薄弱，社会保障仍然滞后，影响社会和谐稳定的因素仍然较多。当前，我国正处于经济发展的转型期，虽然改革开放三十年来出现的上述新情况、新

^① 奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2009年第2辑（总第18辑），人民法院出版社2009年版，第3页。

^② 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009~2010卷）》，中国法制出版社2009年版，第241页。

问题不容忽视，但建国近六十年来形成的经济基本面是良好的，发展趋势是向好的，新情况和新问题只是发展中的问题，完全可以在发展中得到解决。从长期来看，美国经济因过分透支和债务繁重，正在形成一种由强变弱的发展趋势，中国经济因刚刚起步和基本面良好，正在形成一种由弱转强的发展趋势。风险与机遇并存，中国经济在面临全球性金融危机所带来风险的同时，也面临着重大的发展机遇。只要我们以中国六十年发展形成的良好坚实的经济基本面为基础，在人口众多和资源比较丰富的优势下，加速产业结构和经济发展模式优化调整，妥当解决转型时期的社会矛盾，积极培育新的经济增长点并创造良好的投资环境，我国经济完全有可能在这场全球性的金融危机中较快较先复苏，并以崭新的姿态，进入一个又好又快全面协调可持续发展的新的经济增长周期。从一定程度上说，金融法的发展历史，就是我们对金融危机以及若干金融纠纷进行反省的历史。事实上，当经济交往的规范性制度建立起来以后，人的因素就是如何确保其按照市场的规范方式正常运行，而不是人为的控制它从而改变其运行方式与节奏。金融市场的发展对司法的要求已经不再是强制性干预，而是顺势而为的调整和调节与保障。目前，我国的经济与金融改革已经进入关键阶段，正确认识法律因素对经济与金融的影响，对于我国深化经济与金融改革具有重要的现实意义。同时，我们也应注意到，中国的具体国情与西方国家存在很大的差异。因此，我们应立足于中国的国情，批判地借鉴国外的理论成果，大胆探索，积极推进我国的金融法制建设，促进我国经济与金融的健康发展。作为人民法院，要正确运用法律规定的精神，准确理解与掌握市场运行的规律，发挥司法的主观能动性，从服务大局出发，从服务于市场主体与良好的愿望出发，履行市场经济条件下国家和法律赋予的司法职责。

第二节 金融类纠纷存在的问题

要了解金融类纠纷案件存在的问题，首先就应该认识到金融法律制度的特点，其作为法律制度体系中的一个组成部分，与其他法律部门既有一定的共性，也有一定的个性。其个性主要表现在以下几个方面：一是规范金融部门业务行为的法律体系，是调整金融业务活动中各主体之间的金融关系的法律体系。在这个意义上，它有别于规范工商行政部门业务行为的法律体系，也区别于规范市民生活的法律体系，它并不调整工商企业的业务活动中不涉及金融关系的各主体之间的关系，也不调整市民生活中不涉及金融关系的各主体之间的关系。二是从财产的角度看，金融法是以货币财产为基础建立起来的财产关系。货币是当代社会一个独立的财产体系，在此基础上建立起来的信用财产体系，既区别于以物权为基础建立起来的有形的财产关系，也区别于以知识产权

为基础建立起来的无形财产体系。三是金融法在调整金融法律关系的过程中，具有区别于其他法律关系的指导原则。金融法以社会的整体金融效果、金融秩序和金融安全为最高指导原则，在此原则下还必须尊重金融部门合理的业务特征，以满足金融业更好地从事金融业务活动的需要。^①而司法裁判的过程是一个以取得最佳社会综合效果为目标、以法的功利价值、道义价值和实证价值为变量，寻找这三种法学价值最佳边际均衡点的过程。因此，不同法律体系中对司法裁判影响要素的不同衡量，会直接影响到案件的裁判结果。金融法的特性决定了在金融纠纷的司法裁判过程中，法官所追求的社会综合效果是由金融法的指导思想所决定的，最终会导致法官对金融纠纷的处理，不可能按照其他法律体系的标准与依据进行裁判。

尽管改革开放三十多年来的成绩斐然，但不容忽视的是，由于传统观念的影响，我们仍有相当多的理念还保留着计划经济和干预的成分，会自觉不自觉地运用国家赋予的权力干预市场经济因素，以司法为中心去调整经济关系，这样的结果很可能改变了经济主体所运行的轨迹和追求的经营目标。与此同时，在我国的司法系统和司法实践中，对金融法的特殊性的认识也不够深入，对许多金融纠纷案件的审理，不是按照金融法的指导思想，而是按照民商法的指导思想进行的。因此，我们迫切需要改善我国的金融司法裁判工作，要用金融法的专业视角和指导思想来解决各类金融纠纷。

当然，我们不仅要通过对金融纠纷的司法理念上寻找存在的问题，也要通过对司法实践中金融纠纷的类型进行总结以发现存在的问题。当前，国际、国内宏观经济环境变化所引发的矛盾和纠纷在司法领域已经出现明显反映。因为在金融立法和执法的权力平衡中，金融监管机构的身影显然出现得机会较多，导致司法权在处理金融纠纷时，往往无法体现司法权威，有的时候对金融纠纷的裁判只好依赖于金融监管机构的专业判断。但是，伴随着金融市场业务的蓬勃发展，金融消费者成为金融市场和金融法律关系的主要角色，金融提供者与金融消费者的利益失衡状态成为了一个社会问题。最高人民法院副院长奚晓明在人民法院应对金融危机商事审判工作座谈会上的讲话指出：当前，人民法院受理的金融纠纷案件数量在不断上升，并出现了一些新的特点，具体体现在：借款合同案件数量激增、买卖合同主动违约比例增大、虚假按揭贷款案件开始暴露、涉重点工程项目纠纷不断增多、劳动争议案件增幅较大、外商撤资外逃以及弃企逃债现象开始蔓延、企业改制遗留问题逐步暴露、中小企业被诉现象比较突出、民营企业破产比例明显增多。^②此外，近年来：虽然金融监管部门加

^① 刘少军、张宇锋：《〈金融法纠纷审判裁断标准〉之序（三）》，法律出版社2010年版。

^② 奚晓明：《积极应对，共克时艰，为维护国家金融安全 and 经济平稳较快发展提供有力司法保障》（2009年4月17日），载最高人民法院民事审判第二庭编、奚晓明主编：《民商事审判指导》2009年第2辑（总第18辑），人民法院出版社2009年版，第2页。

强了对金融业的监管、严格控制金融风险，并推进对高风险券商进行处置及完善配套管理制度，在一定程度上降低了金融类纠纷案件的发生，但相关制度仍不完善，对于业务操作的不规范行为缺少整治力度。以金融机构为一方当事人的金融类纠纷案件中，纠纷引发多由于金融机构在办理业务时、履行合同义务中存在不规范行为所致。比如，银行以扩充业务量为首要目的，因此在借款人资格审查、资信程度、工作收入、还贷稳定性等方面就存在着审查不严的现象，导致贷款到期无法收回而引发纠纷；又如，保险代理人开展业务时通常只强调对投保人有利的内容和解释，未履行明确说明义务，不能让客户正确认识和知晓合同内容，从而无法做出正确判断，保险事故发生后则以投保人未如实告知而拒赔，由此引发大量保险合同纠纷；再比如，不适当地履行合同义务，金融机构发放贷款以后，对其贷款用途和使用情况监督不力，增加贷款收回难度。以银行为代表的金融机构内控机制和相关制度不健全，一定程度上引发了金融纠纷。长期以来，金融机构尤其是国有商业银行受计划经济影响较大，往往偏重于人员管理，一定程度上削弱了内控制度的建设，造成制度建设相对滞后，内控制度不健全。从金融机构败诉的案件的原因来看，基本都是违规放权放贷或是贷款审查不严，或是担保未落实所致。由于我国目前没有一套完整的信用法律法规，社会没有一个较为完整的征信体系，无法对企业或个人进行信用考核，而且社会信用意识和信用观念还未有效建立，因而不同程度地加剧了金融风险程度。^① 地方法院的调研结果显示：部分地方融资平台投资过热，导致不良贷款比例上升，引发大量金融纠纷案件并可能引发区域性金融安全问题。随着国家经济刺激政策和积极地货币政策逐步退出，中小企业融资渠道收窄，可能导致非法集资和高利贷等非法金融活动抬头，导致民间借贷纠纷上升并可能引发部分地方社会稳定问题。另外，受通货膨胀预期以及汇率浮动影响，大宗商品价格波动加大，也可能导致合同违约纠纷上升。

一些金融纠纷发生后，在具体适用法律方面也存在一定的问题。虽然目前金融类纠纷案件的主要类型从数量上看还是金融借款纠纷，但由于实践中金融衍生产品的不断出现以及金融创新、新类型案件也层出不穷，如委托理财纠纷、证券虚假陈述侵权赔偿纠纷、保证保险合同纠纷等新类型金融纠纷案件，这些案件虽然总量不大，但是已经呈现出不断增多的趋势，而且对这些案件的审理，全国各地法院的认识并不统一，处理结果往往也大相径庭。例如，在机动车保险合同条款中通常规定，发生保险事故时被保险机动车无公安机关交通管理部门核发的行驶证和号牌，或未按照规定检验或检验不合格，或者驾驶员未依法获得驾驶证、驾驶证审验不合格、依法应当体检的未按期体检或体检不

^① 北京市第二中级人民法院课题组：《金融类纠纷案件审理中存在的问题及其对策》，载《法律适用》2010年第10期。

合格、驾驶与驾驶证载明的准驾车型不符的机动车的，属于责任免除范围。但在审判实践中，却并非一律判令保险人不承担责任。而且对于保险合同免责条款的范围、保险人说明义务和投保人如实告知义务的履行标准，也缺乏统一理解和适用。在审判实践中，法院也通常将免责条款限定于保险人特别提示并作出特别说明的条款范围内。但保险实务中，保险人可以通过许多其他方式来实现限制或免除自己保险责任的目的，也就是说，除外责任条款并不是保险人限制自己保险责任的唯一手段。事实上，保险人还可能通过对核心概念的外延限定、责任分摊与责任竞合的操作规则、被保险人的通知义务的履行期限与方式等诸多手段来实现限制自己给付保险金责任的目的。此类问题还有很多，对此，最高人民法院民事审判第二庭的有关领导指出：“我国保险立法相对起步较晚，一些法律条款过于原则，需要审判机关通过案件的审理予以具体化。为解决保险法适用中的问题，最高人民法院对一些典型性案件也做了一些批复和政策指引，对保险案件审理中的疑难问题进行规范。各地法院也先后出台了一些规范性意见，^①以统一本地区保险案件审理的裁判标准。”^②比如，在票据纠纷中，以票据追索权纠纷为主要类型，其中出票人在绝大多数情况下都提出这样的抗辩，即持票人为非合法持票人，双方之间无债权债务关系或持票人履行义务不充分。由此，便很容易出现票据纠纷案件主要涉及的票据的善意取得、原因关系的认定、票据债权与原因债权的竞合、票据的对价以及相关举证责任的分配等问题。^③另外，在金融纠纷案件中，虽然一些案件因遵循商法上的交易便捷特征的要求，纠纷形成的时间较短，但是对于绝大多数金融纠纷案件，由于我国经济发展特定状况所决定，时间跨度大，特别是金融借款纠纷案件，其中相当一部分是商业银行剥离不良金融债权给金融资产管理公司，以及金融资产管理公司将受让的不良金融债权再次打包转让后由受让人提起的借款合同之诉，这些合同纠纷所涉及的关系时间跨度较长，而且被诉的借款债务人也可能已经经过多次改制，给案件审理带来诸多的困难。^④

同金融业的经济地位和金融类法律规范的发展状况相对应的，就是当下各

^① 例如：上海市高级人民法院民事审判第五庭2011年9月19日印发的《关于审理保险代位求偿权纠纷案件若干问题的解答（一）》；同年9月30日印发的解答（二）；同年12月17日又印发了《关于审理保险合同纠纷案件若干问题的解答（一）》；江苏省高级人民法院2011年1月12日印发了《关于审理保险合同纠纷案件若干问题的讨论纪要》；山东省高级人民法院2011年3月17日印发了《关于审理保险合同纠纷案件若干问题的意见（试行）》；重庆市高级人民法院2009年10月27日印发的《重庆市法院保险纠纷案件审判实务研讨会会议纪要》；福建省高级人民法院2010年7月12日印发的《关于审理保险合同纠纷案件的规范指引》等。

^② 宋晓明：《在中国保险法制建设30年高峰论坛上的演讲》（2011年3月27日），载奚晓明主编最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2011年第1辑（总第25辑），人民法院出版社2011年版，第2页。

^③ 北京市第二中级人民法院课题组：《金融类纠纷案件审理中存在的问题及其对策》，载《法律适用》2010年第10期。

^④ 山东省高级人民法院民二庭：《当前金融纠纷案件存在的问题及对策》，载《中国民商审判》总第8集，法律出版社2005年版，第231页。

类金融纠纷的不断增加。据不完全统计,我国目前城市法院受理的金融财产类纠纷案件,基本上在10%左右,个别年份达到20%,有的法院竟达到30%。在刑事案件方面,银行、证券、保险、信托等金融领域的犯罪数量也在逐年上升,犯罪所涉金额也是越来越大,社会危害性越来越严重。有的地方还专门设立了“金融法庭”,专司金融纠纷案件。“在新的社会经济形势下,我们必须保持清醒的认识,统一思想,明确定位,积极应对,采取有效措施,在依法维护国家金融安全、配合国家经济结构调整、维护公平诚信的交易秩序、保障公平法治的投资环境以及维护社会和谐稳定等方面,有所作为,为开创新时期商事审判工作的新局面,奠定坚实的基础。”^①

第三节 金融类纠纷的裁判依据

一、法律

人民法院在审理金融纠纷案件时所适用的法律依据,应当包括民事基本法律尤其是《民法通则》《合同法》等基本民事法律规范、金融法律、金融行政法规、金融地方性法规、金融规章、金融国际条约、金融国际惯例以及金融司法解释等。其中的金融法律就包括《银行法》《证券法》《票据法》《信托法》《保险法》等。金融法律都是由全国人大或其常委会制定的规范性法律文件,在金融法律体系中,具有最高的法律效力。金融行政法规是国务院为了实施金融法律的需要而依法制定的有关金融活动的规范性文件,其在适用时不能与金融法律相抵触。地方性金融法规、部门金融规章通常也是地方立法机关、国家最高行政机关职能部门的金融主管部门,根据《立法法》的规定,在自己的法定权限内制定和发布的规范性文件。这些部门通常包括中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会等。由于我国对金融事业实行全国统一管理,在实践中主要是依据金融法律、行政法规和部门规章,地方性法规和地方性规章作为金融管理依据的较为少见。对于我国缔结或参加的与金融有关的金融国际条约,除了我国政府声明保留的条款外,也属于我国金融法的渊源,在审理涉外金融纠纷案件时,若我国缔结或参加的国际条约与我国的法律有不同的规定,则应当依据国际条约进行

^① 奚晓明:《积极应对,共克时艰,为维护国家金融安全 and 经济平稳较快发展提供有力司法保障》(2009年4月17日),载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编:《民商事审判指导》,人民法院出版社2009年版,第2页。

裁判。^① 还有国际惯例,有时也会成为审理金融纠纷案件需要适用的主要依据。经济全球化,使得金融交易关系的国际化成为当代国际经济关系发展的基本潮流,中国已经加入世界贸易组织,该组织的相关规则也应当成为金融纠纷案件审理时所应当适用的规则。同时,各国金融法表现出了一定的国际趋同性,具有许多共性的金融法准则。在对金融纠纷进行裁判时,若遇到法无明文规定的情况,那么,外国立法例或者国际惯例就会成为我们裁判案件的重要参考依据。需要指出的是,在审理金融纠纷案件中,如果商事单行法对相关主体或行为有特别规定的,应当适用商事特别法的规范处理;只有在商事特别法规范对某一问题没有规定或者规定不明确时,才可以直接适用《民法通则》《合同法》等法律规定。在审理有关金融纠纷案件中,之所以要优先适用金融特别法规范,主要还是由金融活动或金融行为的特点所决定的,其价值要求与普通民商事案件的价值要求不一样,在某些情况下甚至存在较大的差别。如《票据法》中关于票据的无因性、文义性等保障票据流通的规定即与一般商事法律规范的要求不同。^②

二、最高人民法院司法解释

我国有关处理金融类纠纷的司法解释,都是由最高人民法院制定并发布的规范性文件。《人民法院组织法》第32条规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释。”司法解释是对法律的释明,具有普遍约束力。根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》,司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”“决定”。此外,最高人民法院还根据审判工作需要制定了若干司法政策,其形式分为“指导意见”“复函”“通知”“纪要”等。而只有司法解释是一种具有法律效力的解释,人民法院在审理金融纠纷案件时,对于司法解释有明确规定的,应当按照司法解释的规定进行裁判。^③ 长期以来,作为金融法的重要渊源的最高人民法院于金融法律的司法解释,发挥着越来越重要的作用。另外,在金融纠纷案件中,金融市场主体与监管机构,也是基于自身的价值判断预测裁判结果,前者用以规避合规风险,后者力图使监管行为受司法审查的检验。所以,我们一定要重视司法解释的重要作用,深刻领会司法解释作为裁判依据的内在价值。最高人民法院发布的一些答复、复函、纪要、通知等,也是处理金融纠纷应当予以参照的裁判依据。

^① 吴庆宝、孟祥刚:《金融纠纷裁判标准规范》,人民法院出版社2009年版,第10页。

^② 吴庆宝:《商事裁判标准规范》,人民法院出版社2006年版,第8页。

^③ 张进先:《建筑工程承包合同被认定无效后,银行为开办企业出具不实的验资证明应否承担民事赔偿责任——中国新兴建设开发总公司与中国农业银行股份有限公司上海川沙支行等建筑工程承包合同中途停建纠纷再审案》,载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2010年第4集(总第44集),法律出版社2011年版,第219页。

多年来,最高人民法院一直通过上述文件形式对下级法院的审判工作进行指导,解决了大量类似纠纷。有的批复、复函或通知历经多年,仍然承担着非常重要的指导作用。例如:最高人民法院于1988年10月18日作出的《关于信用社违反规定手续退汇给他人造成损失应当承担民事责任的批复》、1990年2月23日作出的《关于银行扣款侵权问题的复函》、1990年9月11日作出的《关于银行工作人员未按规定办理储户挂失造成储户损失银行是否承担民事责任的批复》、1991年9月27日作出的《关于出借银行账户的当事人是否承担民事责任问题的批复》、1991年10月23日作出的《关于金融机构不履行其义务是否应承担民事责任的复函》、1994年3月9日作出的《关于银行、信用社扣划预付货款收贷应否退还问题的批复》、1996年11月29日作出的《关于信用卡透支利息可否计算复利问题的批复》、2000年1月10日发出的《关于执行〈封闭贷款管理暂行办法〉和〈外经贸企业封闭贷款管理暂行办法〉中应注意的几个问题的通知》、2005年5月30日发出的《关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的补充通知》、2005年3月16日发出的《关于民事审判和执行工作中依法保护金融债权防止国有资产流失问题的通知》以及2011年3月28日发出的《关于审理涉及中国农业银行股份有限公司处置股改剥离不良资产案件适用相关司法解释和司法政策的通知》等。

三、最高人民法院领导讲话、会议纪要等司法政策

近几年来,为了应对国际金融危机所带来的影响,最高人民法院通过发布有关主管领导、业务庭领导的讲话、会议纪要等形式,从宏观上对全国法院的金融审判工作进行指导,并且还出台了一些具有针对性的司法政策指导全国的审判工作,以统一司法裁判尺度。这些讲话、会议纪要、指导意见,高瞻远瞩,高屋建瓴地把握时代脉搏,为我国金融事业的发展、安全以及维护金融秩序起到了非常重要的作用。2008年12月3日,最高人民法院出台了《关于为维护国家金融安全和经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》,在维护国家金融安全、保障企业发展、依法规范经济秩序、促进政府依法行政以及加强知识产权保护等诸多方面提出了指导意见,要求各级人民法院为国家金融安全和促进经济全面协调可持续发展提供有力的司法保障和优质服务。

2009年4月17日,最高人民法院副院长奚晓明在人民法院应对金融危机商事审判工作座谈会上所作的《积极应对,共克时艰,为维护国家金融安全 and 经济平稳较快发展提供有力司法保障》的讲话中指出,中国社会发展的特定阶段,决定了商事审判工作必须采取主动服务、积极保障的司法立场。我国人民代表大会制度决定人民法院的商事审判工作必须坚持为人民司法,为大局服务

的司法理念。司法虽有其被动性特质，但司法的被动性绝不意味着商事审判工作面对国家经济社会发展的严峻形势无动于衷和消极懈怠，更意味着商事审判工作可以将自身置于我国经济社会发展大局之外。很多针对性措施已经取得显著成效，诸如：对于商事合同违约行为，一些地方法院慎用情势变更原则实现案件公平解决；在审理与企业相关的纠纷中，区别对待不同企业，并充分利用破产重整，帮助有希望的企业走出困境；对于涉及国家重大工程、重大项目的案件，加快审理并慎用执行，确保国家经济振兴目标实现；对以同一企业为债务人的纠纷实行集中管辖；在各类纠纷审理中加强调解，并充分利用多元化纠纷解决机制等。奚副院长要求，要高度重视金融安全，积极防范全球金融危机对我国金融和经济安全可能造成的损害；要配合产业调整，保障经济振兴；规范市场秩序，保障投资环境。搞好金融类商事纠纷案件的审判工作，最大限度地保护国有金融债权，防止国有资产流失；要搞好金融机构、金融资产管理公司处置金融不良债权案件的审判，注意在法律和司法解释范围内，在合同效力、诉讼时效等重要方面，最大限度地保护国有金融债权，防止追偿诉讼成为少数违法者牟取暴利的工具，为金融债权清收工作提供司法保障；要搞好各类借款合同纠纷案件的审判，依法制裁逃废银行债务行为，有效维护信贷秩序；要搞好各类证券纠纷案件的审判，保障证券市场的稳定运行；要搞好房贷案件等相关房地产案件的审判，依法制裁开发商以虚假按揭贷款合同套取银行资金等违法行为，依法优先保护建筑市场劳动者权益，制裁恶意拖欠劳务工资现象，制裁开发商恶意拖欠工程款等违约行为，保障房地产市场的健康发展。^①

2012年2月10日，最高人民法院出台了《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》（2012年2月10日，法发〔2012〕3号），该指导意见作为司法政策性文件，也应当是各级人民法院审理金融纠纷案件的裁判依据。最高人民法院在该意见中提出：制裁金融违法犯罪，积极防范化解金融风险、依法规范金融秩序，推动金融市场协调发展、依法保障金融债权，努力维护国家金融安全、依法保障金融改革，积极推进金融自主创新、深化能动司法理念，全面提升金融审判水平。

该意见要求，人民法院要依法审理贷款、票据、信用证、信用卡、有价证券、保险合同、非法集资方面的金融诈骗案件，操纵市场、欺诈上市、内幕交易、虚假披露、洗钱、伪造货币、贩运伪造的货币，逃汇套汇、伪造变造金融凭证等刑事案件以及插手民间借贷金融活动的黑社会性质的组织犯罪及其他暴力性犯罪，切实维护金融秩序和人民群众的财产安全，努力挽回国家经济损失。在金融民商事案件审理中，要关注高利贷、非法集资、非法借贷拆借、非

^① 奚晓明：《积极应对，共克时艰，为维护国家金融安全和经济平稳较快发展提供有力司法保障》（2009年4月17日），载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2009年第2辑（总第18辑），人民法院出版社2009年版。

法外汇买卖、非法典当、非法发行证券等金融违法行为，维护金融秩序，防范金融风险；发现犯罪线索的，依法及时移送有关侦查机关。要根据国务院国发（2011）38号《关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》精神，积极支持政府部门推进清理整顿交易场所和规范金融市场秩序的工作。妥善受理和审理相关纠纷案件，防范系统性和区域性金融风险，维护社会稳定。妥善审理因民间借贷、企业资金链断裂、中小企业倒闭、证券市场操纵和虚假披露等引发的纠纷案件；加强对融资性担保公司、典当行、小额贷款公司、理财咨询公司等市场主体融资交易的调研和妥善审理相关纠纷案件，切实防范融资担保风险向金融风险的转化。依法审理地方政府举债融资活动中出现的违规担保纠纷，避免财政金融风险传递波及。加强与金融监管部门的协调配合，在确有必要时将建立相应的金融风险防范协同联动机制。继续按照《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的案件适用法律若干问题的规定》和《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》等司法解释和司法政策的规定和精神审理相关案件，保障国家金融债权顺利清收，依法维护国有资产安全。要依法制止那些企图通过诉讼逃债、消债等规避法律的行为。对一些企业改制、破产活动中所存在的“假改制，真逃债”、“假破产、真逃债”的现象，将在党委的领导下，密切配合各级政府部门，采取一系列积极有效的措施，协同构筑“金融安全区”，最大限度地保障国有金融债权。在最高人民法院的指导和部署下，继续通过集中时间、集中力量、统一调度、强化力度等多种方式，有计划地开展金融案件专项执行活动。在必要时，要在各级党委领导下，各级政府支持下，通过执行联动机制，加大金融案件的执行力度，确保金融案件的顺利执行。同时，最高人民法院还提出要促发展，促创新，即：保障信贷市场规范健康发展、保障证券期货市场稳定发展、保障保险市场健康发展、促进金融中介机构规范发展以及完善金融企业市场退出机制；妥善审理金融创新涉诉案件，推动金融产品创新、妥善审理金融知识产权案件，保障金融自主创新、依法妥善运用各种司法措施，保护金融信息安全。

需要特别强调的是，法官在选择裁判依据时，对司法解释与司法政策关系应当如何把握。因为司法解释是法律授权最高人民法院作出的具有普遍约束力的规范，虽然在被解释法律施行后制定，但应被视为被解释法律的一部分。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，司法解释可以在裁判文书中作为法律依据直接引用，其效力优于司法政策。当两者有不同规定时，应以司法解释作为裁判依据。理由有三：一是司法政策虽对审判工作具有重要指导和规范作用，但不是办案中强制适用的规范，在裁判文书中不得引用；二是司法政策的效力层次低于司法解释，它所依据的司法解释本身没有溯及力，处于从属地位的司法政策自然不能与司法解释相抵触；三是用司法政策改变以前依据司法解释作出的判决，将会造成大批已经终审的案件重新再审改判，影响生效司

法裁判的既判力和稳定性。^①

四、最高人民法院裁判案例

由于最高人民法院独特的审判地位，最高人民法院发布的指导性案例、公报案例以及最高人民法院公布的裁判文书，对各级人民法院的审判工作也具有重要的指导意义，同时还可以为制定法律和修改法律提供参考，也是法学研究的宝贵素材，具有很高的综合性价值。指导性案例，是具有中国特色的法律术语，它与西方的“判例”有本质上的区别。西方的“判例”具有法源的地位，法官在审理案件中可以直接适用。而在现阶段的中国，“指导性案例”，分别由最高人民法院、最高人民检察院发布。根据最高人民法院2010年11月26日发布的《关于案例指导工作的规定》的规定，最高人民法院发布的“指导性案例”，具有“应当参照”的效力。“指导性案例”对减少“同案不同判”现象具有实际意义。实践证明，最高人民法院发布的指导性案例、公报案例以及通过精选出来的最高人民法院裁判的典型案件，承载着具体的裁判经验、裁判思路和裁判标准以及认定事实、适用法律的方法，将其中最为精髓的最高人民法院认可或所处理案件的司法观点呈现了出来，供各级人民法院法官在审理类似案件时进行参考，是规范自由裁量权、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正的重要途径。

除了2010年11月以来陆续分批发出的指导性案例，长时间以来，最高人民法院就通过在《最高人民法院公报》上刊登案例和发布由其终审的裁判文书的方式，对各级人民法院的审判工作作出指导。《最高人民法院公报》除登载最高人民法院终审裁判文书外，所选登的案例都是由最高人民法院正式选编并作为指导性案例对外公布的，虽然其中的大部分案例不是由最高人民法院直接审理的，但这些案例所涉及的法律适用问题，都得到了最高人民法院的认可，直接反映了最高人民法院对有关法律适用问题的具体意见。最高人民法院终审裁判，是指由最高人民法院审判所确立一项新的裁判规则的案例，或者虽然未确立新的裁判规则，但对法律、司法解释不够具体的规则进行了界定、解释或者例证的案例。为了能够全面反映最高人民法院对具体实务问题的观点与立场，对于这些具有参照性的案例我们也尽量予以收录。

^① 张进先：《建筑工程承包合同被认定无效后，银行为开办企业出具不实的验资证明应承担民事赔偿责任——中国新兴建设开发总公司与中国农业银行股份有限公司上海川沙支行等建筑工程承包合同中途停建纠纷再审案》，载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2010年第4集（总第44集），法律出版社2011年版，第221页。

第二章

民间借贷纠纷案件裁判依据

民间借贷的存在有其积极意义，在一定程度上解决了部分社会融资需求，客观上拓宽了中小企业的融资渠道，缓解了一些中小企业的融资难，增强了经济运行的自我调整和适应能力，促进了多层次信贷市场的形成和发展。这就是说，民间借贷作为一种产权，在商品经济高度发达的现代社会，仍然大量存在，发挥着维系民事主体信用、补充银行体系功能、满足市场资本需求、促进金融市场改革等诸多作用。但同时民间借贷也存在着自发性、不规范性、交易隐蔽、风险不易监控等特点，也可能产生负面作用，容易引发高利贷、中小企业资金链断裂甚至破产等问题，滋生集资诈骗、非法吸收公众存款等犯罪，对金融秩序乃至经济发展、社会稳定造成不利影响。再加上我国金融体系相对不健全，法律漏洞和一些长期积累的问题的叠加显现，民间借贷纠纷日益突出，引起了社会的广泛关注。因此，人民法院对民间借贷纠纷采取的基本态度应该是规范和引导，妥善化解矛盾，促进民间借贷规范化和阳光化，以维护社会稳定。

第一节 处理民间借贷纠纷的法律依据

一、法律、法规

从我国现行立法来看，目前涉及民间借贷的法律规范主要有：《民法通则》《合同法》《物权法》《担保法》。《民法通则》是我国现行的一部基本法律，对民事行为作了全面的规范。借贷行为属于民事行为，借贷关系属于民事关系，其主体、行为、代理、责任等，都应当符合《民法通则》的规定。当然，《民

法通则》中直接规范借贷行为的，只有第 90 条和第 108 条的规定，较为宏观，还需要有更为具体的法律。

借贷作为一种合同行为，也受《合同法》的调整。《合同法》的总则部分适用于所有合同，而民间借贷是借款合同的一种类型。该法第 196 条规定：“借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。”因此，《合同法》所规范的借款合同可以分为两大类：一是金融机构与自然人、法人和其他组织之间的借款合同；二是自然人之间的借款合同。从审判实践来看，借款纠纷案件的类型相对集中，主要集中在两种类型：一是金融机构与个体工商户、自然人、法人或其他经济组织之间的借贷合同纠纷，二是自然人之间的借贷关系纠纷。这两类纠纷约占借贷纠纷案件的 90%，其他类型借款纠纷案件则相对较少。^①尽管第十二章“借款合同”主要是规范银行借款合同，但部分法律规范也适用于民间借贷。其中，对银行贷款的规范是比较严格的，而对民间借贷的规范是比较宽松的，且两者之间一般不能混淆使用。

在具体案件的审理中，应注意法律适用上的有所侧重。首先，《民法通则》对民间借贷合同的规定比较原则，只规定了合法的借贷关系受法律保护。而《合同法》对民间借贷的规定比《民法通则》具体、明确，由于《合同法》是合同关系的专门法，故《合同法》中的有关规定，是审理民间借贷合同纠纷主要的和直接的法律依据。其次，当《民法通则》与《合同法》在民间借贷问题上都有规定，或者规定不一致时，由于《民法通则》侧重于基本民事权利义务的规定，而《合同法》侧重于合同权利义务的规定，因此，在处理民间借贷关系中出现的基本民事权利义务问题时，如民事法律行为、代理、诉讼时效，应当适用《民法通则》的相关规定；在把民间借贷作为合同处理时，由于《合同法》是特别法、新法，故应当适用《合同法》的规定。最后，《合同法》的效力高于司法解释。因而，当《合同法》有明确规定时，应当适用《合同法》的规定。如《民通意见》中有关民间借贷的规定大部分已被《合同法》所吸收，因此当两者都有相应规定时，应当适用《合同法》。如《合同法》没有规定，而以前的司法解释有规定，只要以前的司法解释不违背《合同法》的立法精神，就可以适用。^②对于借贷纠纷涉及担保的，还要注意适用《担保法》与《物权法》的有关规定。此外，全国人大常委会、国务院、中国人民银行等部门出台的诸如《商业银行法》《储蓄管理条例》《支付结算办法》《银行卡业务管理办法》等，也对处理民间借贷纠纷案件具有一定的效力依据。

^① 奚晓明主编：《借贷·担保合同纠纷》，法律出版社 2007 年版，第 5 页。

^② 沈志先主编：《法律适用精要》，法律出版社 2010 年版，第 278 页。

二、最高人民法院司法解释

在实践中，如何规范民间借贷的具体行为，特别是发生纠纷诉至人民法院后如何处理，仅凭《民法通则》《合同法》等法律规范还是不够的，因此，最高人民法院顺应司法实践的需要，作出了一系列具有针对性的司法解释与司法政策，其中就包括：（1）最高人民法院于1988年4月2日发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（法〔办〕发〔1988〕6号，以下简称《民法通则意见》），其中第121条至125条的规定，是专门解释民间借贷问题的，但其中之大部分内容已为《合同法》所吸收，故已被吸收的就不再适用该司法解释。但也有少量内容未为《合同法》所规定，也不违背《合同法》的立法精神，故仍可为裁判民间借贷纠纷时所适用。（2）最高人民法院于1991年8月13日发布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（法〔民〕〔1991〕21号，以下简称《借贷案件意见》）。该意见与《合同法》相比，其实施早了8年，但该意见主要解决的是人民法院审理民间借贷的程序问题，而《合同法》主要是规定实体问题，因此，该意见在《合同法》实施后仍然是人民法院审理民间借贷纠纷案件的主要依据。（3）1999年1月26日，最高人民法院审判委员会讨论通过了《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》（1999年2月9日，法释〔1999〕3号，以下简称《公民与企业之间借贷批复》），该司法解释主要是规范公民与非金融企业之间民间借贷的效力问题，为法院审理此类案件提供了较为明确的裁判依据。（4）最高人民法院审判委员会于1999年12月1日通过的《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19日，法释〔1999〕19号，以下简称《合同法解释（一）》），以及最高人民法院审判委员会于2009年2月9日通过的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（2009年4月24日，法释〔2009〕5号，以下简称《合同法解释（二）》），对民间借贷纠纷的处理也提供了较为详尽的裁判依据，前者主要是提高了对无效合同认定的标准，而后者解决了合同成立条件、格式合同、合同履行、违约责任等方面的问题，更加具体，可操作性强。此外，最高人民法院1997年12月11日公布的《关于审理存单纠纷案件的若干规定》（法释〔1997〕8号，以下简称《存单规定》）以及2000年11月14日公布的《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2000〕32号，以下简称《票据规定》），也往往会成为审理借贷纠纷的依据。最高人民法院还就审判实践中的一些具体问题，作解答或批复，比如：1996年3月25日《最高人民法院关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》、1996年9月23日《最高人民法院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的

批复》等，这些解答或者批复，也应该成为借贷纠纷案件的裁判依据。

三、最高人民法院司法政策

司法实践中，借贷纠纷案件一直在人民法院受理的民事案件中占有相当大的比例。借贷关系需要依赖诚信，社会一旦缺失诚信，信用风险爆发，后果将不堪设想。因此，长期以来，我国民事司法实践一直都较为重视对这类案件的规范与审理，并且随着社会经济的发展，国家的立法和司法也越来越加大对借贷关系的合法性、真实性的审查力度，逐渐对借贷纠纷案件加大了司法干预的力度，有关司法政策也顺应形势的需要，积极地作出回应。2011年12月5日，最高人民法院发布《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》（法〔2011〕336号，以下简称《借贷通知》），要求各级法院妥善化解民间借贷纠纷，促进经济发展，维护社会稳定。《借贷通知》具体包括十个方面的内容，即：高度重视民间借贷纠纷案件的审判执行工作、做好民间借贷纠纷案件的立案受理工作、依法惩治与民间借贷相关的刑事犯罪、依法妥善审理民间借贷纠纷案件、加大对民间借贷纠纷案件的调解力度、依法保护合法的借贷利息、注意防范制裁虚假诉讼、妥善适用有关司法措施、积极促进建立健全民间借贷纠纷防范和解决机制以及加强对民间借贷纠纷案件新情况新问题的调查研究等。这些内容基本涵盖了人民法院审理民间借贷纠纷工作的各个方面、各个环节，是指导人民法院依法妥善审理民间借贷纠纷案件的比较全面的规范性文件。^①

2012年2月10日，最高人民法院出台了《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》（法发〔2012〕3号），要求各级人民法院应根据最高人民法院《借贷通知》的精神，妥善审理民间借贷等金融案件，保障民间借贷对正规金融关系的积极补充作用。要依法认定民间借贷合同的效力，保护合法的民间借贷法律关系，提高资金使用效率，推动中小微企业“融资难、融资贵”问题的解决。要依法保护合法的借贷利息，遏制民间融资中的高利贷化和投机化倾向，规范和引导民间融资健康发展。要高度重视和妥善审理涉及地下钱庄纠纷案件，严厉制裁地下钱庄违法行为，遏制资金游离于金融监管之外，维护安全稳定的信贷市场秩序。同时，还要求各级人民法院，要妥善审理因民间借贷、企业资金链断裂、中小企业倒闭等引发的纠纷案件，发现有引发全局性、系统性风险可能的，及时向公安、检察、金融监管、工商等部门通报情况。要正确适用司法强制措施，与政府相关部门一道统

^① 张先明：《认真践行能动司法理念妥善化解民间借贷纠纷——最高人民法院有关负责人就〈通知〉有关情况答记者问》，载《人民法院报》2011年12月7日。

筹协调相关案件的处理，防止金融风险扩散蔓延。要加强对融资性担保公司、典当行、小额贷款公司、理财咨询公司等市场主体融资交易的调研和妥善审理相关纠纷案件，规范融资担保和典当等融资行为，切实防范融资担保风险向金融风险的转化。要依法审理地方政府举债融资活动中出现的违规担保纠纷，依法规范借贷和担保各方行为，避免财政金融风险传递波及。

2012年2月12日，最高人民法院在《关于当前形势下加强民事审判，切实保障民生若干问题的通知》中，也要求妥善审理民间借贷案件，维护合法有序的民间借贷关系。要从维护国家金融安全、保障经济健康发展的高度，统一审判理念和裁判思路，全面、准确、及时了解和掌握国家经济、金融政策精神；要依法准确认定民间借贷行为效力，正确划分合法的民间借贷与集资诈骗、非法吸收公众存款等犯罪行为的界限；要正确分析当事人诉讼请求的实质，判断当事人有关约定的效力，保护合法的民间借贷行为以及当事人的合法权益，促进实体经济发展。要加强对借据真实性的审查，进一步明确举证责任的分配，加大对各种形式高利贷的排除力度和对虚假债务的审查力度。

在处理借贷纠纷案件的具体操作中，还特别要注意规范司法权的行使。应当严格按照2012年2月《最高人民法院关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使，保障法律统一适用的指导意见》（2012年2月28日，法发〔2012〕7号）的要求，规范行使自由裁量权，这实质上也是司法政策上的一个要求。人民法院在审理案件过程中，若遇到下列情形可依法行使自由裁量权：（1）法律规定由人民法院根据案件具体情况进行裁量的；（2）法律规定由人民法院从几种法定情形中选择其一进行裁量，或者在法定的范围、幅度内进行裁量的；（3）根据案件具体情况需要对法律精神、规则或者条文进行阐释的；（4）根据案件具体情况需要对证据规则进行阐释或者对案件涉及的争议事实进行裁量认定的；（5）根据案件具体情况需要行使自由裁量权的其他情形。自由裁量权的行使应当本着合法、合理、公正、审慎的原则，正确运用证据规则、法律适用方法、法律解释方法、利益衡量方法等，审理好每一件借贷纠纷案件。

四、最高人民法院裁判案例及司法观点

多年来，最高人民法院审理了一大批具有典型意义和指导意义的借贷纠纷案例，这对下级人民法院审理借贷纠纷案件起到了一定的示范作用。有学者指出：“法律条文是苍白的，而法律之树常青。现在建立案例指导制度，这将克

服以往单纯成文法的缺陷，必将在我国司法制度史上大书一笔。”^①指导性案例应当在全国范围内都具有确定无疑的效力或约束力，这是统一法律适用的重要“基准”之一，因而不应当允许地方法院各行其是地发布所谓的指导性案例。最高人民法院要通过加大业务指导，发布典型案例等形式，确定裁判规则，及时统一裁判标准、统一法律适用。

最高人民法院除了在《最高人民法院公报》中刊登具有指导作用的典型案例外，最高人民法院的各部门也相继推出了一些指导性丛书，包括各庭室的审判指导丛书，如民事审判第一庭编辑的《民事审判指导与参考》、民事审判第二庭编辑的《商事审判指导》、审判监督庭编辑的《审判监督指导》、中国应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》、国家法官学院与中国人民大学法学院编辑的年刊《中国审判案例要览》《人民司法》杂志社的《人民司法·案例》等。我们认为，具有指导意义的典型案例应当是具有一定权威性的，除了最高人民法院发布的指导性案例以及《最高人民法院公报》发布的案例外，还应当包括经最高人民法院裁判的终审案例，这都可以作为地方各级人民法院裁判借贷纠纷的重要参照依据。

此外，最高人民法院专家法官的司法观点或者权威性论述，以及针对司法实务中的重点、难点和热点问题所作出的权威性解答和阐释，对统一民商事案件裁判标准，指导民商事审判工作，也有着积极的参考和指导作用。在审理借贷纠纷案件中，若案件在审理中，无法适用现有的法律、法规及其司法解释甚至司法政策，那么，最高人民法院专家法官的权威性司法观点，也可以作为司法裁判的参考内容。

第二节 民间借贷案件的基本要素

一、民间借贷纠纷案件的范围确定

（一）民间借贷法律关系的界定

民间借贷是借款合同的一种类型。我国《合同法》第196条规定：“借款合同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》规定的借款合同可以分为两大类：一是金融机构与自然人、法人和其他组织之间

^① 肖源：《案例指导制度：法律的另一种存在》，载《人民法院报》2010年8月23日；《人民法院报》编辑部：《人民法院司法改革稳健前行》，载《人民法院报》2011年3月12日。

的借款合同；二是自然人之间的借款合同。从审判实践来看，借款纠纷案件的类型相对集中，主要集中在两种类型：一是金融机构与个体工商户、自然人、法人或其他经济组织之间的借贷合同纠纷，二是自然人之间的借贷关系纠纷。这两类纠纷约占借贷纠纷案件的90%，其他类型借款纠纷案件则相对较少。^①

根据2011年2月18日发布的最高人民法院《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法〔2011〕42号，以下简称《民事案由规定》）的规定，借款合同纠纷案件包括七种类型：金融借款合同纠纷、同业拆借纠纷、企业借贷纠纷、民间借贷纠纷、小额借款合同纠纷、金融不良债权转让合同纠纷和金融不良债权追偿纠纷。其中，金融借款合同是指借款人向金融机构借款，到期返还借款并支付利息的合同，其特殊性在于贷款人为金融机构；同业拆借是指具有市场准入资格的金融机构之间，为了调剂头寸和临时性资金余缺，进行短期资金融通的活动；企业借贷是指非金融企业之间相互借款的行为，企业借贷行为不符合金融业务特许经营的规定，为保护金融市场的有序运行，我国法律一般不允许非金融企业之间相互借款；民间借贷是指公民之间，公民与非金融企业之间的借款行为；小额借款合同是指借款人向金融机构或小额贷款公司借小额款项，到期返还借款并支付利息的合同，小额借款多用于扶助农民进行农业生产、下岗职工再就业以及大学生创业等；金融不良债权转让合同是指当事人就金融不良债权（包括逾期贷款、呆滞贷款和呆账贷款）转让签订的合同；金融不良债权追偿是指金融不良债权受让人在受让债权后，向原金融借款合同的债务人、担保人主张权利，以实现债权的行为。^② 需注意的是，按照《借贷案件意见》第1条的规定：“公民之间的借贷纠纷，公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷，应作为借贷案件受理。”因此，《借贷案件意见》规定的民间借贷既包括自然人之间的借款关系，也包括非金融企业与自然人之间的借款关系，即包括了《民事案由规定》规定的企业借贷纠纷和民间借贷纠纷，本书将这两类借贷纠纷统称为民间借贷纠纷。

民间借贷的形式与种类，不同的标准有不同的划分。按照是否支付利息，可分为有息借贷和无息借贷；按照借贷形式，可分为直接借贷、投资入股式的借贷、“标会”式借贷、“赞助”式借贷和委托式借贷；按照利率的高低，可分为互助式借贷和“高利借贷”。

（二）民间借贷关系的主要法律特征

近几年来，民间借贷案件持续上升。仅以2011年为例，案件数量已高达

^① 奚晓明主编：《借贷·担保合同纠纷》，法律出版社2007年版，第5页。

^② 奚晓明主编、最高人民法院民事案件案由规定课题组：《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》（2011年修订版），人民法院出版社2011年版，第155页。最高人民法院《民事案件案由规定》的起草者特别指出，如果相关行为涉及非法集资，则不能依民事案件受理，不能确定借款合同相关案由。

608477 件, 占到了全部民事案件的 10% 左右, 涉案金额高达 1143 亿元, 比 2010 年上升 38.27%, 估计今后案件数量和涉案金额还会上升。^① 从实践中看, 民间借贷主要具有以下四个特征: (1) 民间借贷关系的主体广泛, 可以发生于自然人、法人及自然人之间。(2) 民间借贷之债的标的物是资金与货币, 属可消耗物、种类物。(3) 民间借贷关系需转移物的所有权, 所借贷标的物的所有权在当事人之间有一个往返的过程。(4) 民间借贷与国家金融活动联系密切, 对民间借贷中货币的管控程度及其效果, 直接影响着国家金融运行安全。^② 民间借贷与金融机构为出借人的借款合同相比, 具有两个特点: 一是民间借贷合同多属于实践性合同, 只有在贷款方将款项实际交付给借款方, 合同才生效。我国《合同法》第 210 条即规定: “自然人之间的借款合同, 自贷款人提供借款时生效。” 二是民间借贷合同可以是有偿合同也可以是无偿合同, 而金融机构为出借人的借款合同均为有偿合同。近年来, 民间借贷出现了汹涌喷发的猛烈态势, 并呈现以下情况: (1) 借贷规模空前, 参与主体多元; (2) 职业经营明显, 资金流向集中。民间借贷形式已发展到包括典当行、寄信公司、投资公司、咨询、担保公司等各种名目的机构, 有的经过审批, 有的则无证经营, 并且以生产经营性借贷为主流; (3) 约定利率畸高, 借贷方法隐蔽; (4) 融资期限较短, 手续灵活简便; (5) 虚假诉讼蔓延, 黑恶势力滋生。^③ 由此可见, 借贷问题成为了一个前所未有的复杂的社会问题, 必须从各个层面包括立法、制度与司法层面加以规制。当然, 在我国《合同法》第十二章中, 既规定了出借人为金融机构的一般意义上的借款合同, 也规定了出借人为公民等其他民事主体之间的民间借贷合同, 并统一将其称为借款合同。但二者存在不同的特点, 适用的法律政策也不尽相同, 因此, 审判实践中, 区分银行借贷与民间借贷的界限仍是非常必要的。

(三) 民间借贷纠纷的类型

从审判实践来看, 民间借贷纠纷的类型主要包括: (1) 自然人之间的借贷关系纠纷。主要是指最高人民法院《借贷案件意见》第 1 条所规定的情形。(2) 企业与企业之间的借贷关系 (包括经依法批准开展经营金融业务的非金融企业与其他非金融企业之间以及与其他经济组织之间的借贷关系)、企业与自然人之间的借贷关系纠纷。依据的也是最高人民法院《借贷案件意见》第 1 条所规定的情形。(3) 名为联营实际为借贷的纠纷。主要依据是最高人民法院在

^① 参见奚晓明:《把握总基调, 找准结合点, 最大限度发挥民事审判在促进经济稳中求进和社会和谐稳定中的积极作用》(2012 年 2 月 17 日)。

^② 曹启东:《论我国民间借贷法律制度的完善》, 载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2008 年第 3 集 (总第 35 集), 法律出版社 2009 年版, 第 88 页。

^③ 杜万华、韩延斌、张颖新、王林清:《建立和完善我国民间借贷法律法规制的报告》, 载《人民司法·应用》2012 年第 9 期。

1990年11月12日颁布实施的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(法〔经〕发〔1990〕27号,以下简称《联营纠纷解答》)中所规定的“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效”。此外,实践中还出现了名为投资实为借贷、名为融资租赁实为借贷、名为委托理财实为借贷等新形式的纠纷类型。^①

实践中,以合法借贷形式掩盖非法目的非法集资纠纷不应作为民间借贷案件处理。从1998年开始,国家为进一步整顿金融秩序,化解金融风险,加大了金融监管和整顿金融秩序的力度,对乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务等“金融三乱”问题,开始进行坚决地清理和整顿。以合法借贷形式掩盖非法目的的非法集资纠纷就是指治理“金融三乱”过程中的乱集资问题。同时还应注意以下两点:(1)依法设立的典当企业依据我国《典当管理办法》签订的以房地产、财产权利、动产为其向债务人出借款项设定质押、抵押担保的典当合同,应当认定为借贷合同性质。但除因抵押登记机构未及时办理登记、城市建设规划调整等非因当事人过错原因导致典当企业未依法取得抵押权、质押权的情形外,典当企业出借款项未依法设定抵押或者质押的,其性质属于违反《典当管理办法》关于典当企业“不得从事信用贷款”规定的非法金融活动,借贷合同应当认定无效,借款人应当返还借款本金和孳息,孳息按银行同期同类贷款基准利率计算。借款人仅向典当企业提供保证担保的,借贷合同和保证合同均应当认定无效。(2)经依法批准开展借贷业务的小额贷款公司、农民资金互助组织等具有一定金融性质的非金融企业在批准的范围内签订的借贷合同应认定有效。由此产生的纠纷根据相关法律法规处理,没有相应规定的,应当参照民间借贷纠纷案件的有关法律、司法解释规定处理。

(四) 民间借贷纠纷案件的审理原则

从实践看,除合法性问题外,目前存在的突出问题是:证据认定问题、举证责任分配问题、利息计算及保护范围问题等。此外,法律关系性质的确定问题也要引起足够重视。要正确理解当事人诉讼请求的实质,在表示行为与隐藏行为不一致的情况下,要严格依据合同法有关规定,准确认定合同性质和效力。要特别注意辨别是否存在变相高利贷行为,防止通过法院判决将非法利益合法化。^②基于此,最高人民法院有关审判政策明确指出:我们在审理民间借贷纠纷案件中,应当着重把握以下审理原则:(1)保护合法借贷行为,畅通融

^① 参见朱海年:《企业之间相互借贷法律问题探讨》,载《人民司法》2003年第4期。

^② 参见奚晓明:《把握总基调,找准结合点,最大限度发挥民事审判在促进经济稳中求进和社会和谐稳定中的积极作用》(2012年2月17日)。

资渠道。人民法院在审理借贷合同纠纷案件过程中，应当充分发挥审判职能作用，保护合理合法的民间借贷和企业融资行为，依法支持金融创新，维护债权人合法权益，拓宽中小企业融资渠道。(2) 制裁非法借贷行为，维护金融安全和社会稳定。人民法院在审理借贷合同纠纷案件过程中，应当积极履行维护金融安全和社会稳定的司法职责，注意甄别以各种合法形式掩盖的非法金融活动，防止少数企业或个人利用当前中小企业急需资金的机会规避金融监管、牟取非法利益，切实维护社会稳定。2011年11月，最高人民法院发出《关于充分发挥审判职能作用加强和创新社会管理的若干意见》，进一步明确要求各级法院依法妥善审理好涉及中小企业的民间借贷纠纷案件，积极引导民间借贷规范发展，依法惩处非法集资等违法犯罪行为，妥善处理企业之间互相担保、企业资金链断裂引发的各类矛盾纠纷，有效维护正常的金融秩序，切实保障人民群众的合法权益。^①

二、审理民间借贷纠纷案件的特别程序性问题

(一) 关于借贷纠纷案件的管辖

《借贷案件意见》第5条规定：债权人起诉时，债务人下落不明的，由债务人住所地或其财产所在地法院管辖。此与《民事诉讼法》的规定有所不同，但是对于不属于债务人下落不明的借贷纠纷案件的管辖，还是应当适用《民事诉讼法》的规定确定管辖，即应当由被告住所地或者借贷合同的履行地人民法院管辖。

(二) 关于借贷纠纷案件的受理

《借贷案件意见》第4条的规定与《民事诉讼法》第119条的规定内容有所不同，比《民事诉讼法》第119条内容更进一步规定原告起诉时还需要提供书面借据，无书面借据的，应提供必要的事实根据，对于不具备上述条件的起诉，裁定不予受理。此条规定，在实践中有其不合理之处，也突破了《民事诉讼法》的规定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2001年12月21日，法释〔2001〕33号，以下简称《民事诉讼证据规定》）第8条规定：诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。后者的规定更为合理一些，应当适用后者的规定处理。

关于法院应否受理企业与其内部人员之间的借款纠纷案件问题。实践中，

^① 张先明：《最高人民法院发出通知要求充分发挥审判工作职能作用积极推动社会管理体系建设》，载《人民法院报》2011年11月6日。

在企业内部，企业与其内部营销人员之间发生的借款纠纷较为普遍。营销人员因私、因公长期拖欠企业借款，企业为追缴欠款提起诉讼的，法院应否作为民事案件受理存在两种不同意见：一种意见认为，企业与其营销人员的关系具有不平等性，法院不宜受理此类纠纷案件；另一种意见认为，此类纠纷系平等主体间的纠纷，人民法院应予受理。对此，最高人民法院的主流观点认为：对企业内部人员拖欠企业借款的纠纷应区分不同情形处理，如果确系企业内部人员为本企业工作需要而向企业借款并拖欠不还的，属企业内部管理的问题，该类纠纷不属于人民法院的受案范围；如果企业内部人员系因其自身的利益，如生活或经营等，而向企业借款并拖欠不还的，则属于平等主体之间的债权债务关系，依据《民事诉讼法》第3条的规定，人民法院应当受理该类纠纷案件。^①

（三）当事人对具有强制执行效力的公证债权文书能否提起诉讼问题

具有强制执行效力的公证债权文书的范围如何确定，以及能否再据此提起诉讼，涉及公证程序和诉讼程序的衔接。《民事诉讼法》第238条规定具有强制执行效力的公证债权文书为申请强制执行的依据。最高人民法院法释〔2008〕17号《关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理的问题的批复》（2008年12月22日，以下简称《公证债权文书受理批复》）也对相关问题进行了规定：“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第214条和《中华人民共和国公证法》第37条的规定，经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书依法具有强制执行效力。债权人或者债务人对该债权文书的内容有争议直接向人民法院提起民事诉讼的，人民法院不予受理。但公证债权文书确有错误，人民法院裁定不予执行的，当事人、公证事项的利害关系人可以就争议内容向人民法院提起民事诉讼。”

对此，最高人民法院民事审判第二庭认为^②：

1. 在认定具有强制执行效力的公证债权文书时应严格把握认定标准，不能做扩大解释，以防不当限制当事人的诉权。首先，该债权文书必须以给付为内容。其次，必须载明债务人愿意接受强制执行的承诺。对没有给付内容或没有载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，不得适用《公证债权文书受理批复》。对是否为载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，应注意结合当事人的公证申请书、进行公证时的谈话笔录等进行综合认定。对不具有强制执行效力的公证债权文书，当事人因对其发生争议提起诉讼的，法院应当受理。

^① 载《人民司法》2001年第7期，“司法信箱”栏目。

^② 宋晓明：《关于商事审判若干疑难问题的思考》，载《人民法院报》2010年9月1日。

2. 在当事人能否提起诉讼的问题上, 司法实践中还存有争议, 需要进一步研究解决。(1)《公证债权文书受理批复》中规定的公证债权文书“确有错误”需要明确, 尤其是如何协调当事人对该公证债权文书内容有争议和该公证债权文书确有错误的关系。而且, 公证债权文书确有错误时, 是否必须全部经法院的执行机构裁定不予执行后才可以向法院起诉。

(2) 申请执行期限经过后, 债权人起诉时法院应否受理的问题, 目前存有两种观点。一种观点认为, 应严格依据《公证债权文书受理批复》的规定, 只有公证债权文书确有错误, 法院裁定不予执行时法院才应受理。另一种观点认为, 《公证债权文书受理批复》制定的初衷是为了简化程序而非否定当事人的实体权利, 从有利于债权人的角度看, 即使其未在申请执行期间内申请执行, 也不应认定当事人放弃了诉讼权利。因此, 该期间经过后债权人提起诉讼的, 人民法院应予受理。否则, 债权人本为保护自己的债权申请办理了具有强制执行效力的公证, 最终却因此丧失诉讼权利, 这是不合理的。

最高人民法院民事审判第二庭多数意见认为, 规定具有强制执行效力的公证债权文书的立法目的是为了摆脱繁琐的诉讼程序, 增加一个便利权利人快捷解决纠纷, 实现自己权利的途径, 同时也减轻法院的工作压力, 减少诉讼成本, 而非否定权利人的实体权利和民事诉权。申请进行具有强制执行效力的公证本是当事人的自愿行为, 债权人作此公证本为更好地实现自己的权利, 但却因此丧失了诉权, 对权利人不公。《公证债权文书受理批复》是关于程序问题的规定, 不是实体规定, 不应用程序上的规定剥夺实体权利。《公证债权文书受理批复》存在不完善、不周延之处。申请强制执行期限经过后, 尤其是在申请强制执行期限虽已经过, 但诉讼时效期间尚未经过的情形下, 应当规定对权利人的救济途径, 允许债权人放弃其原选择的公证程序进行诉讼。这样规定, 可以有效地防止债务人赖账。从有利于社会的角度分析, 依据诚实信用原则, 债务人应当履行债务, 在诉讼时效制度的适用上我们强调要从宽掌握, 在这种程序问题上我们也应从严掌握。如果让每个公民对该《公证债权文书受理批复》的内容及效力都把握得很清楚比较苛刻。在这种情形下, 从宽把握, 做有利于债权人的理解比较符合我国现实。^①

(3) 申请强制执行期间经过后, 当事人对公证债权文书中的给付内容重新达成协议的, 一方依据该协议向法院提起诉讼法院应否受理的问题也存在两种观点。一种观点认为, 应认定该公证债权文书重新恢复了强制执行效力, 当事

^① 少数意见认为, 应严格依照《公证债权文书受理批复》的规定, 如果当事人确实申请了具有强制执行效力的公证, 则其就同一债权债务关系向人民法院提起诉讼的, 人民法院不应受理, 除非符合《公证债权文书受理批复》但书规定的情形。详见张雪樑:《当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼, 人民法院应否受理》, 载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编:《商事审判指导》2010年第3辑(总第23辑), 人民法院出版社2011年版, 第68页。

人可以向法院申请强制执行但不能向法院提起诉讼。另一种观点认为,应参照最高人民法院民立他字〔2001〕第34号《关于当事人对人民法院生效法律文书所确定的给付事项超过申请执行期限后又重新就其中的部分给付内容达成新的协议的应否立案的批复》规定的精神,视为当事人之间形成了新的民事法律关系,只要符合起诉条件,人民法院就应当受理。这些意见如何取舍,需要进一步研究。最高人民法院民事审判第一庭的意见认为,经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书依法具有强制执行效力。债权人可依法申请人民法院对该债权文书强制执行。除非人民法院已因该债权文书确有错误,作出不予执行的裁定。否则,人民法院不受理债权人或债务人对该债权文书的内容有争议的直接起诉。^①

(四) 关于缺席判决与中止诉讼问题

《借贷案件意见》第5条规定:债权人起诉时或者审理过程中,债务人下落不明的,如果借贷关系明确的,可以缺席判决;事实难以查清的,裁定中止诉讼。对于缺席判决的适用,是符合我国《民事诉讼法》规定的;但是对于中止诉讼的适用,则与我国《民事诉讼法》第150条规定的精神不符。而且,根据最高人民法院《民事诉讼证据规定》第2条的规定,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明;没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利的后果。所以在借贷事实不明确的情况下,应当根据《民事诉讼证据规定》的精神,以证据不足为由驳回原告的诉讼请求,而不应采取中止诉讼的方式。

(五) 关于在借贷关系中督促程序的运用

根据《借贷案件意见》第3条的规定:对于借贷关系明确,债权人申请支付令的,人民法院应按照《民事诉讼法》关于督促程序的有关规定审查受理。

(六) 关于借贷纠纷案件审理及执行中的财产保全

《借贷案件意见》第18条、第22条对审理借贷纠纷案件中的财产保全以及执行中的保全与执行措施等问题做了规定,也是与我国《民事诉讼法》的规定精神相一致的。目前,对此类案件中当事人申请财产保全的,还应当适用《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(1998年7月8日,法释〔1998〕15号,以下简称《执行规定》),以及最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》。

^① 最高人民法院民事审判第一庭:《人民法院能否受理针对具有强制执行效力的公证债权文书的起诉》,肖峰执笔,载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2009年第1集(总第37集),法律出版社2009年版,第143页。

（七）关于分期偿付的问题

借贷纠纷案件也是民事案件的一种，所以允许当事人以调解解决纠纷，当事人可以达成调解协议，在调解协议中自然也应当允许当事人协议分期偿付欠款，这是当事人意思自治的体现。由于借贷案件多数发生在公民与公民之间，特别是朋友之间、乡邻之间，所以《借贷案件意见》第19条还规定：人民法院在审理借贷纠纷案件时，对债务人一次偿付有困难的，还可以判决分期偿付，根据当事人的给付能力确定每次给付的数额。但是根据其后颁布的一些实体法的规定精神，人民法院判决确定由债务人承担清偿债务责任时，一般情况下应当判令其一次清偿。

（八）关于执行措施

《借贷案件意见》第20条、第21条、第22条对借贷纠纷案件的判决与调解书的执行措施作出了规定，其中有些措施的采取，最高人民法院也在其后通过了有关司法解释予以明确，如《执行规定》第38条规定：被执行人无金钱给付能力的，人民法院有权裁定对被执行人的其他财产采取查封、扣押措施。第51条规定：对被执行人在其他股份有限公司中持有的股份凭证（股票），人民法院可以扣押，并强制被执行人按照公司法的有关规定转让，也可以直接采取拍卖、变卖的方式进行处分，或直接将股票抵偿给债权人，用于清偿被执行人的债务。执行中可以按《执行规定》执行。另外，《借贷案件意见》在我国《民事诉讼法》以及最高人民法院目前的司法解释以外，还规定了借贷合同纠纷案件的一种执行方式，即双方当事人协议可以以债务人提供劳务的方式或者其他方式清偿债务，只要这种约定不违反法律规定，不损害社会利益和他人利益，人民法院也应当予以准许。这一规定，实际上是吸收了国外关于债务履行或者清偿的一些做法，此规定目前仍未被法律或者司法解释规定作废，故仍然可以适用。

第三节 认定民间借贷效力的裁判依据

由于民间借贷的资金大多数属于民间个人自有的闲散资金，这一资金的性质决定了民间借贷具有自由性、广泛性的特征。也正因为如此，法律法规对于民间借贷的规定并不严格，而是让当事人拥有较多的自主权利。我国《民法通则》第90条规定：“合法的借贷关系受法律保护。”该条规定，确定了只要出借人与借款人在实施订立、变更和终止借贷行为的形式和内容符合法律规定，法律便对因此而发生冲突的当事人的权利给予保护。对自然人之间的借贷合

同, 相关法律规定所作限制的也较少, 只要自然人之间的意思表示真实, 即可认定其借贷合同合法有效。我国《合同法》第 211 条第 1 款关于自然人之间借款利息约定不明或没有约定的处理规定, 实际也印证了自然人之间的借贷应当按有效处理。《借贷案件意见》允许民间借贷的有偿性, 借贷利率可以高于国家银行利率, 突破了以往民间有息借贷的禁区。而且, 《最高人民法院公民与企业之间借贷批复》也是明确“只要双方当事人意思表示真实, 即可认定有效”, 同时规定了四种无效情形。

民间借贷合同认定为有效还是无效, 直接影响案件的实体处理, 这在我国《合同法》中已经规定得比较明确。判断民间借贷无效的条件应从严掌握, 最高人民法院《合同法解释(一)》规定, 判决合同无效, 需以法律和行政法规为依据。2009 年 4 月 24 日最高人民法院《合同法解释(二)》第 14 条进一步明确, 《合同法》第 52 条第(5)项规定的“强制性规定”, 是指效力性强制性规定。因此, 判决民间借贷合同无效, 需以法律和行政法规的效力性强制性规定为依据, 尤其是对于无息的互助式借贷, 除非违反法律和行政法规的强制性规定, 不得判令无效。否则不仅不利于保护债权人的合法权益, 还可能损害借用人的合法权益。

一、无效民间借贷关系的认定依据

(一) 违反法律和行政法规的效力性强制性规定

依据最高人民法院《合同法解释(二)》第 14 条的规定, 违反法律、行政法规的效力性强制性规定的合同无效。对于如何识别“效力性强制性规定”, 可以采取正反两个标准。其一, 在肯定性识别上, 首先判断该强制性规定是否明确规定了违反的后果是合同无效, 如果规定违反的后果是合同无效, 则属效力性强制性规定; 其次, 虽然没有规定违反将导致合同无效, 但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的, 也属效力性强制性规定。在否定性识别上, 法律、行政法规的强制性规定仅是为了行政管理或纪律管理需要的, 一般不属于效力性强制性规定。首先, 如果强制性规定的立法目的是为了实现管理的需要而设置, 并非针对行为内容本身, 可认为不属于效力性强制性规定; 其次, 从调整对象上来说, 效力性强制性规定针对的是行为内容, 管理性强制性规定多是单纯限制主体的行为资格。^① 因此, 在审判实务中区分效力性强制规范和管理性强制规范, 应综合法律法规的意旨, 权衡相互冲突的

^① 沈德咏、奚晓明编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》, 人民法院出版社 2009 年版, 第 112 页。

权益（诸如法益的种类、交易安全、其所禁止者究竟是针对双方当事人或仅一方当事人等）加以认定。例如，法律法规禁止在某时间、地点营业者，仅涉及缔结法律行为的外部情况，而非禁止特定行为的内容，故应认定该规范为管理性强制规范，不影响法律行为的效力。在把握不准时，应当征求相关部门的意见或请示上级人民法院。^①

借款合同违反法律和行政法规的强制性规定，主要表现为出借一方或者借款方当事人变相经营金融业务，从而违反有关金融法律、法规的强制性规定而无效，如以“标会”等形式向不特定多数人非法筹集资金的行为，或者以向他人出借资金牟利为业的“地下钱庄”等从事的借贷行为等。根据《最高人民法院公民与企业之间借贷批复》规定，具有下列情形之一的借款合同无效：（1）企业以借贷名义向职工非法集资。该行为扰乱了金融秩序，损害了职工的合法权益，应确认无效。（2）企业以借贷名义向社会非法集资。该行为实际是变相地吸收公众存款，违反了中国人民银行的有关规定，应确认无效。（3）企业以借贷名义向社会公众发放贷款。向社会发放贷款是经中国人民银行批准的金融机构的业务范围，未经中国人民银行批准任何企业不得以借贷名义向社会公众发放贷款。对于违反法律规定，企业向社会公众发放贷款的行为应确认无效。（4）其他违反法律、行政法规的借款合同也应确认无效。

（二）损害社会公共利益

民间借贷合同因违反社会公共利益而无效的主要情形是指违反社会公共道德，如因偿还赌债、吸毒贩毒等非法行为签订的借贷合同，因非法同居、不正当两性关系等行为产生“青春损失费”“分手费”等有损社会公序良俗的情感债务转化的借贷，具有抚养、赡养义务关系的父母子女等直系亲属之间发生的，有违家庭伦理道德和社会公序良俗的借贷，即使以“借条”等形式出现，此类“借贷关系”也不予保护，应当认定为无效合同，从而驳回原告的诉讼请求。

对于债权人提供借款给债务人后，债务人从事赌博、吸毒贩毒等非法行为的，法院对该借贷关系是否保护，关键是看债权人对债务人从事非法行为是否明知。如果债务人不能证明债权人明知自己从事非法活动，则该借贷关系仍受法律保护。

（三）一方以欺诈、胁迫的手段订立借贷合同，损害国家利益的

我国《合同法》对因欺诈、胁迫而订立的合同的效力作了不同于《民法通则》的规定，即对于因欺诈、胁迫而订立的合同，损害国家利益的，才认定为

^① 王闯：《当前人民法院审理商事合同案件适用法律若干问题》，载《法律适用》2009年第9期。