

紧密结合民间借贷热点问题 提供最权威民间借贷实务指导

根据2015年最高人民法院最新民间借贷司法解释撰写

doanriver.com
淘家本本店



民间借贷 纠纷解决之道

*The Solution of Disputes of
Private Lending*

郝正◎著

169个实务
疑难问题解答



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

民间借贷



纠纷解决之道

郝正◎著

*The Solution of Disputes of
Private Lending*

169个实务
疑难问题解答



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民间借贷纠纷解决之道:169个实务疑难问题解答/
郝正著. —北京:法律出版社, 2015.9
ISBN 978-7-5118-8374-2

I. ①民… II. ①郝… III. ①民间借贷—经济纠纷—
处理—中国—问题解答 IV. ①D925.1-44

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第189301号

民间借贷纠纷解决之道
——169个实务疑难问题解答
郝正著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 薛晗
责任编辑 薛晗 慕雪丹
装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 27.75
字数 423千
版本 2015年8月第1版
印次 2015年8月第1次印刷

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 978-7-5118-8374-2

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



目 录

| | |
|--|----|
| 第一章 民间借贷的认定 | 1 |
| 1. 民间借贷关系如何认定? | 1 |
| 2. 民间借贷有哪些特点? | 2 |
| 3. 民间借贷与房屋买卖合同如何区别认定? | 3 |
| 4. 名为房屋买卖,实为借贷担保合同的,怎样探究虚实? | 6 |
| 5. 民间借贷与委托理财关系如何区别认定? | 8 |
| 6. 如何认定建设工程项目经理对外借款的效力? | 16 |
| 7. 民间借贷与合伙如何区别认定? | 32 |
| 8. 合伙组织发生的民间借贷债务如何清偿? 合伙人个人的民间借贷债务如何用合伙权益清偿? | 41 |
| 9. 民间借贷与股权转让如何区别认定? | 44 |
| 10. 民间借贷与不当得利如何区别认定? | 46 |
| 11. 民间借贷是否属于民间投资? | 50 |
| 12. 民间借贷如何保证资金安全? | 53 |
| 第二章 民间借贷的主体 | 54 |
| 1. 自然人之间借贷的主体资格如何认定? | 54 |
| 2. 企业向职工借款效力如何认定? | 58 |

3. 企业向社会借款效力如何认定? 61
4. 企业向社会公众出借资金效力如何认定? 64
5. 民间借贷的介绍人、居间人、见证人各自应当承担什么法律责任? 65
6. 替人借款将承担怎样的法律责任? 68
7. 企业之间借贷被认定为无效后如何处理? 68
8. 企业之间借贷可作有效处理的主要有哪些情形? 69

第三章 民间借贷的形式与内容 74

1. 民间借贷合同的形式有哪些? 订立口头合同应注意哪些问题? 74
2. 民间借贷只签订借款合同是否就可以了? 76
3. 如何书写一份规范的“欠条”、“借条”、“收据”之类的凭证? 77
4. 仅凭借据能代表钱款已经借出了吗? 78
5. 公证在民间借贷中有何作用? 79
6. 强制执行公证书在民间借贷中有何作用? 83
7. 民间借贷合同的主要内容有哪些? 84
8. 民间借贷是否需要约定借款用途? 85
9. 民间借贷的借款用途应注意哪些问题? 85
10. 民间借贷的借款利息应注意哪些问题? 86
11. 民间借贷的还款方式应注意哪些问题? 86
12. 民间借贷的借款期限应注意哪些问题? 86
13. 没有还款期限和期限约定不明的借贷如何催告? 88
14. 出借人无正当理由拒绝接受借款人归还的借款的如何处理? 88
15. 如果借款人明确表示或者以自己的行为表明将不会如期归还借款时, 如何处理? 89
16. 处理民间借贷纠纷如何把握“身份”和“公章”? 91

第四章 民间借贷的效力 94

1. 民间借贷是否合法如何认定? 94

| | |
|---|-----|
| 2. 民间借贷合同属于诺成性还是实践性合同? | 95 |
| 3. 民间借贷合同的成立主要有哪些情况? | 97 |
| 4. 民间借贷合同何时生效? | 98 |
| 5. 无效民间借贷合同主要有哪些特点? | 101 |
| 6. 民间借贷无效情形主要有哪些? | 104 |
| 7. 民间借贷纠纷中“一方以欺诈、胁迫手段”订立合同如何认定? | 104 |
| 8. 民间借贷纠纷中“恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益”订立合同如何认定? | 107 |
| 9. 民间借贷纠纷中“以合法形式掩盖非法目的”订立合同如何认定? | 107 |
| 10. 民间借贷案非法目的的审查应注意哪些问题? | 108 |
| 11. 民间借贷纠纷中“损害社会公共利益”订立合同如何认定? | 110 |
| 12. 民间借贷纠纷中“违反法律、行政法规的强制性规定”订立合同如何认定? | 111 |
| 13. 民间借贷合同被确认无效后有何法律后果? | 111 |
| 14. 民间借贷合同部分无效如何处理? | 112 |
| 15. 民间借贷中劳务可以抵债吗? | 112 |
| 16. 民间借贷违背公序良俗行为的效力如何认定? | 113 |
| 17. 名为典当, 实为借贷, 其效力界限如何确定? | 116 |
| 18. 民间借贷如何合法地还钱? | 120 |
| 19. 委托贷款合同纠纷如何界定? | 124 |
| 20. 委托贷款合同的效力如何认定? | 125 |
| 21. 委托贷款合同中担保权如何行使? | 126 |
| 22. 委托人能否按《合同法》中委托合同的相关规定直接向借款人主张债权? | 127 |
| 23. 委托贷款合同纠纷是否适用调解结案? | 127 |
| | |
| 第五章 民间借贷的利息 | 129 |
| | |
| 1. 民间借贷是否需要明确利率(利息)? 未明确约定利率(利息)的民 | |

| | |
|---|-----|
| 间借贷是否应当支付利息? | 129 |
| 2. 民间借贷中可以提前还款吗? | 133 |
| 3. 民间借贷中借款人提前还款或逾期还款时,利息应如何计算? | 134 |
| 4. 民间借贷的最高利率限度是多少? | 137 |
| 5. 什么是高利贷? 如何处理民间借贷中的高利贷问题? | 137 |
| 6. 什么是复利? 民间借贷中出现复利应当如何处理? | 138 |
| 7. 民间借贷可以约定在交付借款时预先扣除利息吗? | 141 |
| 8. 民间借贷可以约定违约金吗? 利息和违约金有什么关系? | 142 |
| 9. 民间借贷中可以约定滞纳金吗? | 143 |
| 10. 因借款人未及时行使自己的债权,影响到出借人利益时,出借人 怎么办? | 143 |
| 11. 因借款人恶意处分财产的行为而导致出借人的债权受到损害时, 出借人怎么办? | 144 |
| 12. 什么是民间借贷的违约责任和责任承担方式? | 145 |
| 13. 出借人口头答应借钱,但事后反悔,是否要承担责任? | 145 |
| | |
| 第六章 民间借贷的证据 | 150 |
| | |
| 1. 民间借贷案件证据的认定难度突出表现在哪些方面? | 150 |
| 2. 民间借贷案件审理中应当着重审查哪些事实? | 154 |
| 3. 民间借贷案件审理中“高度盖然性”的证明标准如何把握? | 154 |
| 4. 民间借贷诉讼中的证据有哪些? | 158 |
| 5. 民间借贷诉讼中证人证言的证据效力如何? | 162 |
| 6. 民间借贷当事人的陈述可以作为证据吗? | 163 |
| 7. 录音可以作为证据吗? | 164 |
| 8. 借条在民间借贷案件中的证据效力如何把握? | 166 |
| 9. 借款协议、借条、欠条、收条在民间借贷中证明力一样吗? | 169 |
| 10. 借款协议、借条、欠条、收条的不同含义如何界定? | 173 |
| 11. 借款协议、借条、欠条、收条的各自证明力如何认定? | 176 |

| | |
|--|-----|
| 12. 借款协议、借条、欠条和收条的相互关系及运用如何把握? | 178 |
| 13. 民间借贷举证责任如何分配? | 178 |
| 14. 民间借贷孤证排除规则如何适用? | 183 |
| 15. 间接证据在民间借贷纠纷案中如何运用? 通过间接证据能否定有限借据的证明力吗? | 185 |
| 16. 测谎技术在审理借贷纠纷中如何运用? | 190 |
| 17. 民间借贷纠纷中如何排除非法证据? | 196 |
| 18. 如何在特殊身份关系当事人之间的借贷纠纷中运用优势证明标准? | 198 |
| 19. 在审理具有特殊关系当事人的民间借贷纠纷案件中,如何运用经验法则确立自由心证? | 199 |
| 20. 借贷事实的司法审查原则如何把握? | 202 |
| 21. 借据单证的实质审查原则如何把握? | 204 |
| 22. 民间借贷中笔迹鉴定的举证责任如何分配? | 208 |
| 23. 民间借贷纠纷中特殊情形的举证责任如何分配? | 209 |
| | |
| 第七章 民间借贷的担保 | 211 |
| | |
| 1. 民间借贷的担保形式有哪些? | 211 |
| 2. 对于民间借贷中房屋抵押流质条款如何认定? | 219 |
| 3. 借款人向出借人出具授权,其处理担保房屋委托书的效力如何认定? | 225 |
| 4. 涉及保证的民间借贷合同中,保证人参加诉讼的方式是什么? | 228 |
| 5. 民间借贷担保合同被认定无效后如何处理? | 241 |
| 6. 因会计师事务所出具虚假验资报告,当事人将会计师事务所作为借款合同当事人主张承担赔偿责任的如何处理? | 245 |
| 7. 农房抵押贷款存在哪些问题? | 252 |
| 8. 农房抵押贷款纠纷如何处理? | 254 |
| | |
| 第八章 民间借贷的转让 | 258 |
| | |
| 1. 债权转让的法律性质如何界定? | 258 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| 2. 不能转让的债权主要有哪些? | 259 |
| 3. 债权转让的内外效力如何认定? | 260 |
| 4. 债务承担的性质如何认定? | 261 |
| 5. 债务承担的构成要件如何界定? | 264 |
| 6. 民间借贷中发生转借时合同效力如何认定? | 266 |
| 7. 出借人向第三人转让债权的,是否需要经过借款人的同意? | 269 |
| 8. 借款人向第三人转移债务时,是否需要征得出借人的同意? | 271 |
| 9. 民间借贷中债权债务如何继承? | 276 |

第九章 民间借贷与夫妻债务 279

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. 夫妻共同债务如何认定? | 279 |
| 2. 夫妻共同债务如何推定? | 290 |
| 3. 在婚姻关系存续期间,夫或妻一方产生的民间借贷债务是夫妻共同债务吗? | 295 |
| 4. 夫妻共同债务借贷主体如何认定? | 302 |

第十章 民间借贷的虚假诉讼 306

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. 虚假诉讼如何界定? | 306 |
| 2. 人民法院在审理中发现有哪些情形的,应当严格审查判断是否属于虚假诉讼? | 310 |
| 3. 民间借贷虚假诉讼如何防范? | 311 |
| 4. 民间借贷虚假诉讼如何制裁? | 313 |
| 5. 怎样解决虚构房屋买卖合同,套贷用于归还借款而引发的纠纷? | 318 |
| 6. 虚假按揭贷款如何界定? | 321 |
| 7. 虚假按揭贷款案件如何处理? | 326 |

第十一章 民间借贷的刑民交叉 329

| | |
|---------------------|-----|
| 1. 刑民交叉案件概念及类型如何界定? | 329 |
|---------------------|-----|

2. 刑民交叉案件有哪些处理方式? 330
3. 民间借贷纠纷中涉及刑民交叉时总的审理思路如何把握? 332
4. 民间借贷纠纷中涉及刑民交叉如何处理? 333
5. 民间借贷与非法吸收公众存款如何区分? 335
6. 民事借贷中的欺诈行为是否隐藏诈骗犯罪? 337
7. 合同诈骗罪中被告人主观非法占有之故意应如何认定? 340
8. 集资诈骗犯罪中“非法占有为目的”如何认定? 343
9. 如何区分民间借贷和诈骗? 345
10. 民间借贷刑民交叉案件中刑事判决或执行作出后,当事人又提起民事诉讼的如何处理? 346
11. 以自有资金发放高利贷行为的性质如何界定? 349

第十二章 企业借贷 351

1. 企业借贷纠纷案件主要集中在哪些方面? 352
2. 民间借贷纠纷中,借条的内容系个人借款,但在出具人除个人签名外同时加盖公司公章,原告仅主张公司借款的情形下,如何处理? 353
3. 私人企业法定代表人以个人名义出具借据为公司借款,应如何认定借款关系? 357
4. 公司与内部员工之间的债务纠纷中,怎样区分公务借款和私人借款? 359
5. 借款与投资款的区别是什么? 361
6. 公司经理以个人账户转资金如何认定? 364
7. 企业可以进行民间借贷吗? 368
8. 股权融资、债券融资与民间借贷如何区分? 369
9. 企业内部集资的效力如何认定? 371

第十三章 民间借贷的程序处理 373

1. 哪些民间借贷案件可以受案? 373
2. 如何确定民间借贷案件的管辖? 374

| | |
|------------------------------|-----|
| 3. 何人具有民间借贷纠纷案件的原告主体资格? | 380 |
| 4. 如何确定被告的主体资格? | 384 |
| 5. 出借人署名与身份证名称不符时借款人如何确定? | 386 |
| 6. 民间借贷案件采用什么方式送达? | 392 |
| 7. 如何用“东方经验”解决民间借贷问题? | 393 |
| 8. 民间借贷的诉讼时效是如何规定的? | 394 |
| 9. 没有还款期限的借贷如何计算诉讼时效? | 396 |
| 10. 关于诉讼时效中止有哪些法律规定? | 398 |
| 11. 关于诉讼时效的中断有哪些法律规定? | 399 |
| 12. 民间借贷案件中诉讼时效规定的适用应注意哪些问题? | 400 |
| 13. 民间借贷合同的诉讼时效中断事由如何认定? | 401 |
| 14. 民间借贷诉讼财产保全如何适用? | 403 |
| 15. 民间借贷诉前财产保全如何适用? | 405 |
| 16. 民间借贷财产保全的范围如何界定? | 408 |
| 17. 民间借贷申请财产保全错误的赔偿责任如何认定? | 408 |
| 18. 民间借贷出借人行使代位权的条件如何界定? | 409 |
| 19. 民间借贷纠纷多个债主体的代位权如何处理? | 413 |
| 20. 民间借贷代位权后诉如何处理? | 414 |
| 21. 借款人在代位权诉讼中的地位如何确定? | 415 |
| 22. 民间借贷代位权诉讼的效力如何认定? | 416 |
| 23. 民间借贷出借人撤销权如何界定? | 418 |
| 24. 民间借贷撤销权诉讼之可撤销事由如何认定? | 419 |
| 25. 民间借贷纠纷申请支付令如何适用法律? | 422 |
| 26. 民间借贷纠纷总的审理思路如何把握? | 425 |

INDEXES

典型案例 索引

- 【典型案例 1.1】** 以农村集体所有土地使用权抵债是否有效? 5
- 【典型案例 1.2】** 向他人借款进行合作炒股,是民间借贷关系还是委托理财关系? 10
- 【典型案例 1.3】** 一方提供资金和账户给对方炒股,是民间借贷关系还是委托理财关系? 12
- 【典型案例 1.4】** 当事人未就双方之间存在委托理财关系提交相应证据的情况下,仍以委托理财合同为由进行诉讼如何处理? 14
- 【典型案例 1.5】** 建筑企业的项目部签订的借贷合同效力如何认定? 21
- 【典型案例 1.6】** 建设工程转承包双方就工程款结算后签订借款协议发生争议如何处理? 23
- 【典型案例 1.7】** 挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程合同中产生的民间借贷纠纷,被挂靠人是否承担还款责任? 25
- 【典型案例 1.8】** 合伙人之间的借贷所引发的纠纷,是民间借贷纠纷还是合伙纠纷? 33
- 【典型案例 1.9】** 朋友之间的借贷所引发的纠纷,是民间借贷纠纷还是合伙纠纷? 35
- 【典型案例 1.10】** 如何认定是借款还是合伙投资款? 37

| | | |
|-------------|---|-----|
| 【典型案例 1.11】 | 因退伙产生的欠款纠纷属于民间借贷纠纷还是合伙纠纷? | 39 |
| 【典型案例 1.12】 | 合伙企业负责人向第三人借款,应当由谁来承担偿还责任? | 42 |
| 【典型案例 1.13】 | 股权转让后对转让款结算而出具借条属于民间借贷关系还是股权转让关系? | 44 |
| 【典型案例 1.14】 | 汇款人先以借贷关系主张返还借款,后变更为要求收款人返还不当得利的,应如何处理? | 49 |
| 【典型案例 1.15】 | 在投资入股未兑现的情况下,投资人是否可以以投资款转变为借款为由要求返还? | 50 |
| 【典型案例 2.1】 | 未成年人借款的民事行为是否有效? | 57 |
| 【典型案例 2.2】 | 企业能否以扣发养老金的形式抵偿职工的借款? | 59 |
| 【典型案例 2.3】 | 未进行清算就向有关部门申请注销企业法人,对被注销的企业法人的借贷债务,应由谁承担? | 61 |
| 【典型案例 2.4】 | 企业将资金出借给自然人是否一律作无效处理? | 64 |
| 【典型案例 2.5】 | 在借据上签名是提供保证担保还是属于对借贷见证? | 66 |
| 【典型案例 2.6】 | 企业之间借贷是否有效? | 71 |
| 【典型案例 3.1】 | 口头民间借贷纠纷如何处理? | 75 |
| 【典型案例 3.2】 | 未实际履行的借条效力如何认定? | 80 |
| 【典型案例 4.1】 | 民间借贷附条件与附期限如何区别? | 97 |
| 【典型案例 4.2】 | 民间借贷何时生效? | 99 |
| 【典型案例 4.3】 | 借款的用途对借贷关系效力有无影响? | 102 |
| 【典型案例 4.4】 | 受胁迫签订的民间借贷合同效力如何认定? | 105 |
| 【典型案例 4.5】 | 违反社会公德和婚姻伦理秩序的民间借贷行为的效力如何认定? | 115 |
| 【典型案例 4.6】 | 典当合同与借款合同有何区别? | 116 |

- 【典型案例 4.7】 借款人向公证机关提存后,贷款人是否还有权要求借款人还款? 121
- 【典型案例 5.1】 借款利率约定不明确的,借款人是否还需要支付利息? 130
- 【典型案例 5.2】 无息借款中,债权人能否主张逾期利息? 135
- 【典型案例 5.3】 民间借贷中计算复利合法吗? 139
- 【典型案例 5.4】 承认借款约定利息后能否反悔? 146
- 【典型案例 6.1】 借贷双方均缺乏确凿证据的,如何处理? 151
- 【典型案例 6.2】 “高度盖然性”证明标准如何适用? 157
- 【典型案例 6.3】 借款人能否以手机短信来证明自己已经还款的事实? 160
- 【典型案例 6.4】 私自录音形成的录音带能否作为借款事实的证据? 164
- 【典型案例 6.5】 债权人仅提供借据复印件的能得到法院支持吗? 168
- 【典型案例 6.6】 借款人不承认他人代签借条的,如何处理? 170
- 【典型案例 6.7】 欠条未明确年份的,应当如何处理? 171
- 【典型案例 6.8】 代签欠条的,还款责任应当由谁来承担? 175
- 【典型案例 6.9】 借款合同中如何进行举证责任的分配? 179
- 【典型案例 6.10】 质疑还款凭据的真实性,应否承担举证责任? 181
- 【典型案例 6.11】 孤证规则在数额较小的借贷中如何适用? 185
- 【典型案例 6.12】 民间借贷纠纷中间接证据如何适用? 187
- 【典型案例 7.1】 口头质押合同能否有效? 212
- 【典型案例 7.2】 到期未能还款,质物能否直接归出借人所有? 213
- 【典型案例 7.3】 担保人应承担的担保债务是否及其配偶? 214
- 【典型案例 7.4】 第三人同意借款人对出借人作出的优先支付承诺的性质如何认定? 216
- 【典型案例 7.5】 房产作为民间借贷合同的抵押物应注意什么? 221
- 【典型案例 7.6】 借款人把房产证交给出借人作为抵押,未办理抵押登记手续,之后又擅自把房屋出卖该如何处理? 222

- 【典型案例 7.7】** 抵押物能否直接归属债权人? 223
- 【典型案例 7.8】** 在借据左侧空白处签名,是否应当认定为共同借款人或保证人? 226
- 【典型案例 7.9】** 民间借贷中如何确定保证人的保证方式? 229
- 【典型案例 7.10】** 保证期间过后,保证人是否还需再承担保证责任? 231
- 【典型案例 7.11】** 在主合同履行期限变更的情况下担保人是否承担保证责任? 233
- 【典型案例 7.12】** 在无意思联络的连带共同保证中,债权人向部分保证人主张权利的,其效力是否及于未被主张权利的其他保证人? 236
- 【典型案例 7.13】** 担保案件中的一般保证与连带保证如何区分认定? 237
- 【典型案例 7.14】** 担保合同无效,担保人应否承担责任? 243
- 【典型案例 7.15】** 民间借贷中会计师事务所出具虚假验资报告如何承担责任? 246
- 【典型案例 7.16】** 因公司未出资导致借款难还,会计师事务所虚假验资应当承担责任吗? 251
- 【典型案例 8.1】** 集体企业改制为有限责任公司后的原有债务如何承担? 262
- 【典型案例 8.2】** 夫妻离婚协议中对债务承担的约定能否对抗债权人? 265
- 【典型案例 8.3】** 擅自变更借条,债权人是否构成向第三人履行债务或债权转让? 267
- 【典型案例 8.4】** 借款合同的债权人将自己的债权转让给第三人能否得到支持? 269
- 【典型案例 8.5】** 第三人代为履行与债务转移如何区分认定? 272
- 【典型案例 8.6】** 借贷关系中的第三人应承担什么责任? 274
- 【典型案例 8.7】** 借款人死亡,由谁承担还款责任? 277

- 【典型案例 9.1】 夫妻共同债务和个人债务如何认定? 280
- 【典型案例 9.2】 夫妻间有财产约定时共同债务如何认定? 285
- 【典型案例 9.3】 公民生前以个人名义出具的欠条,死后其配偶和儿子是否有义务偿还? 286
- 【典型案例 9.4】 推定夫妻共同债务如何认定? 291
- 【典型案例 9.5】 “闪婚闪离”中夫妻一方对外举债的性质如何判定? 293
- 【典型案例 9.6】 夫妻间“借款打欠条”是否成立借贷关系? 296
- 【典型案例 9.7】 丈夫因工作关系向所在单位借款,借款应当由谁来偿还? 297
- 【典型案例 9.8】 夫妻一方的婚内借款,是否都是夫妻共同债务? 299
- 【典型案例 9.9】 债权人就夫妻一方以个人名义所负债务向夫妻双方主张权利应如何处理? 303
- 【典型案例 10.1】 民间借贷虚假诉讼如何处理? 315
- 【典型案例 10.2】 当事人自认的虚假诉讼中证据规则如何适用? 315
- 【典型案例 13.1】 民间借贷案件协议管辖如何适用? 379
- 【典型案例 13.2】 不是借据上写明的出借人是否必然不具备原告主体资格? 382
- 【典型案例 13.3】 民间借贷被告主体资格如何确定? 386
- 【典型案例 13.4】 因书写借款凭证不规范的民间借贷纠纷如何处理? 387
- 【典型案例 13.5】 借款合同未约定还款期限,借款的诉讼时效如何计算? 397
- 【典型案例 13.6】 借款人怠于行使到期债权,贷款人能否代位取得? 411
- 【典型案例 13.7】 民间借贷代位权诉讼如何行使? 417

第一章

民间借贷的认定

要点提示

随着市场经济的不断发展,民间借贷活动日益活跃,其纠纷形成的原因也日趋复杂,民间借贷纠纷往往与买卖合同、合伙关系等其他民事纠纷交织在一起,使当事人之间法律关系的性质难以准确判断。如何认定此类纠纷的性质,是审理案件适用法律的首要步骤。

1. 民间借贷关系如何认定?

原《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》规定:公民之间的借贷、公民与法人之间的借贷、公民与其他组织之间的借贷,称为民间借贷。2015年刚公布的《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》)第1条明确规定,本规定所称的民间借贷,是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的银行业金融机构及其分支机构,因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷,不适用本规定。

可见,民间借贷有以下特点:

(1) 借贷主体的局限性。根据以前法律规定,民间借贷的主体仅限三种情况:第一,自然人与自然人之间;第二,自然人与法人之间,但不包括金融机构;第三,自然人与其他组织之间。可见,民间借贷是以自然人为中心。企业之间不得进行民间借贷,也不得收取利息。但根据《民间借贷司法解释》的规定,自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为都属于民间借贷。

(2) 借贷标的的特定性。民间借贷的标的只能是金钱,不包括土地、房屋、汽车、物品等不动产和动产,也不包括专利、商标、著作权等知识产权。

(3) 借贷内容的自由性。数额自由:国家法律法规不限定民间借贷的具体数额,由当事人根据自己的经济能力和实际需要自行协商确定,可大可小,无须任何部门批准。期限自由:偿还期限的长短由当事人自行约定,短则几天、长则几年,也可以不约定期限,借款人随时偿还,或者出借人索要时再还。用途自由:只要不用于违法犯罪活动,出借人与借款人可以限定借款用途,也可以不约定具体用途,由借款人自由使用。利率相对自由:只要不超过银行同期同类贷款利率的4倍,出借人与借款人可以自由约定借款利率的高低,也可以无息借款。还款方式自由:借款到期后,可以偿还金钱,也可以经出借人同意后,以有价证券、实物、知识产权甚至劳务抵偿。

2. 民间借贷有哪些特点?

(1) 民间借贷双方之间形成的是一种合同关系,双方之间的借贷行为也是一种民事法律行为。借贷双方根据达成的口头协议或者签订的书面协议,在双方之间建立起特定的债权债务关系,并由此产生相应的权利义务。这种债权债务关系是我国民事法律关系的一个重要组成部分,因此这种关系一旦形成便会受到法律的保护。

(2) 民间借贷是贷款人和借款人之间因借贷关系而形成的一种合约行为。借贷双方之间的口头协议或者签订的书面协议决定了双方之间借贷关系是否能够形成以及借贷数额的多少、借贷期限的长短以及借贷标的确定等。法不禁止即允许。只要该协议的内容合法就都是法律允许的,受到法律的保护。

(3) 贷款人能否将借贷的标的支付给借款人,决定了民间借贷关系能否成立。借贷双方之间除了对借款标的、借款数额、借款的偿还期限等内容均

达成一致意见以外,贷款人还要将借款的标的即货币或者其他的有价证券交付给借款人,此时双方的借贷关系才算真正的成立。

(4) 贷款人交付给借款人的标的物,必须是贷款人个人拥有所有权或者支配权的财产。贷款人若将其没有所有权或者支配权的财产交付给借款人,此时形成的借贷关系是无效的,不会受到法律的保护。

(5) 借款人既可以支付利息也可以不支付利息给贷款人,是否支付利息由借贷双方自由约定。

民间借贷因其主要发生在自然人之间,一般是不需要支付利息的。若借贷双方在口头协议或者书面协议之中约定了支付利息,那么借款人就要及时地将利息交付给贷款人。但此利息不得高于国家法律中对利息的相关规定。根据原《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条的规定,“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”现在《民间借贷司法解释》第26条明确规定,借贷双方约定的利率未超过年利率24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的,人民法院应予支持。

3. 民间借贷与房屋买卖合同如何区别认定?

近年来,由于社会信用危机的普遍存在,社会诚信体系尚未构建,在一些民间借贷关系中,出借人为了保证自身的利益不受损失,或者规避民间借贷利息最高额的限制以及其他法律风险,往往在签订民间借贷合同的同时签订房屋买卖合同,在借款人无法还款的情况下,以获取房屋所有权的方式保证自身的利益不受损害,甚至获得更高额的利润。这类纠纷由于没有法律依据可循,在审判实践中极易引发争议,同时,由于不同法官价值判断也存在差异等因素,客观上造成了类似纠纷的处理结果不相同的混乱局面。

(1) 对民间借贷与房屋买卖混合案件的性质的界定

在此类案件中,借款人为借款而与出借人签订房屋买卖合同,在某种意

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



义上讲,这与债的担保有相通之处但又绝非同一概念。债的担保是指法律为确保特定的债权人实现债权,以债务人或第三人的信用或者特定财产来督促债务人履行债务的制度。即借款人以与出借人签订房屋买卖合同的形式,在借款人不能按期还款时,保证出借人可实现其在房屋买卖合同中所享有的权利。亦可理解为,借款人以出借人所享有的附条件(即借款人到期不还款)的房屋买卖合同的债权,来“担保”出借人在借款合同中债权的实现,简言之,债务人以债权人所享有的另一附条件债权来“担保”主债权的实现。但此处的“担保”与债的“担保”含义是不同的。以抵押这一担保形式为例,债务人以抵押物担保债权人债权的实现,若债务人到期不能履行债务,债权人享有优先受偿的权利。这种权利是通过拍卖、变卖抵押物后从所得财产中优先受偿来实现的。而在民间借贷与房屋买卖混合的情形下,民间借贷关系与房屋买卖关系原本是毫不相关的两种民事法律关系,虽然双方在借款时签订过房屋买卖协议,若借款人到期未能偿还借款,并不意味着借款人直接以转移房屋所有权抵顶其未履行的还款义务,该买卖协议仅仅使出借人享有了债权而已,借款人仍应承担违约责任以弥补出借人的损失。故此“担保”非彼“担保”,对此种情形应冠以何种法律术语,应属学术界探讨范畴。

(2) 民间借贷合同与房屋买卖合同合并审理的法理依据

民间借贷合同和房屋买卖合同虽然是两个不同的法律关系,但在该条款中彼此之间是有牵连的。将两个不同的诉讼标的的诉合并到同一诉讼程序中审理,属于诉的合并,是有法理依据的。所谓诉的合并,是指法院将两个或两个以上有某种联系的诉合并在一个诉讼程序进行审理和裁判的诉讼制度。其目的在于便于查清事实,避免做出相互矛盾的裁判,并且节约诉讼成本,方便当事人诉讼和法院审理和裁判。当然具体操作中,实现合并审理,需要法官的释明及当事人的诉求。

(3) 确认房屋买卖合同的效力,体现诚实信用原则

在民间借贷与房屋买卖混合的情形下,借款人是在追求自身利益即出于借款的目的而与出借人达成房屋买卖协议,借款人在签订此协议时应当意识到,若其不能按期还款,出借人将有权按协议约定购买其房屋。因此,若借款人到期未能还款,其应当承担上述后果,履行其与出借人的承诺。借款人不应当在自己未能按期还款的情况下,以当初与出借人签订房屋买卖协议系出于无奈为借口,否认房屋买卖合同的效力,拒绝履行合同义务。法

律若将天平倾斜于借款人,则违背了诚实信用原则的要求。因此,该项规定确认了双方签订的房屋买卖合同的效力是正确且有必要的,能够维护出借人正当利益,遵循了诚实信用原则。

(4) 购房款价格的规定,体现公平原则

虽然民间借贷关系与房屋买卖合同关系实则两种法律关系,但该类案件中的房屋买卖合同关系的建立是以民间借贷关系的存在为前提的,所以只有合并审理才能探究双方当事人签订房屋买卖合同的真实意思表示,才能对双方在约定购房款价格时的心理状态作出一个合理的判断。实践中借款人常因“一时之难”而以低价甚至超低价转让房屋这一涉及民生的不动产,而出借人则以优势获取超高的利润,利益的取得与付出的对价不相当,造成二者利益的严重失衡。

总之,借款人为向出借人借款而与出借人签订了房屋买卖合同,借款到期后,借款人不能还款,出借人要求履行房屋买卖合同的,人民法院应当将民间借贷合同和房屋买卖合同合并审理,并按以下原则处理:第一,房屋买卖合同约定的购房款价格低于合同签订时市场价格的,以市场价格作为履行合同的基数。第二,房屋买卖合同约定的购房款价格高于合同签订时市场价格的,以约定的购房款作为履行合同的基数。

以上是《民间借贷司法解释》出台前实践中的做法,但根据该司法解释第24条的规定,当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的,人民法院裁定驳回其起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。今后司法实践当以此为裁判依据。

【典型案例 1.1】^① 以农村集体所有土地使用权抵债是否有效?

【案情】 2005年1月至2007年8月,被告李新某先后5次向原告刘春

^① 湖南省益阳市资阳区人民法院(2009)资民一初字第12号。

某、张继某(二人系夫妻关系)借款共计14万元。李新某为保证归还借款,于同年7月6日,与张继某签订《集资购房协议》,把坐落于益阳军分区广场边新建住房南单元第三楼转让给张继某,协议上注明“房款已付清”,交房日期为2008年8月30日。李新某借款后,已偿还17000元,尚欠123000元。刘春某、张继某于2008年12月29日向法院提起诉讼。请求法院依法确认张继某与李新某签订的《集资购房协议》合法有效并将该住房判归张继某所有;判令李新某立即归还刘春某、张继某借款14万元并支付相应利息。

【诉讼指南】 双方签订的《集资购房协议》因涉及农村集体所有土地使用权问题,违反法律规定,应确认协议无效。故湖南省益阳市资阳区人民法院判决:(1)由被告李新某在判决生效后10日内付清原告刘春某、张继某借款本金123000元及其中5万元借款逾期利息5892.66元(逾期利息从2007年12月16日起计算至判决时止),共计128892.66元;(2)驳回原告刘春某、张继某的其他诉讼请求。

4. 名为房屋买卖,实为借贷担保合同的,怎样探究虚实?

民间借贷案件中,职业高利贷放贷者常常会要求借款人就作为担保的房产与其另行签订一份房屋买卖协议。该房屋买卖协议在借款人按期归还本息的情况下,职业高利贷放贷者不会要求借款人履行,但当借款人无力偿还高利贷本息时,职业高利贷放贷者就会要求借款人将作为担保的房产过户给其,房款则用借款本息予以冲抵。

职业高利贷放贷者之所以采用这种方式,一是因为签订房屋买卖合同协议,就可以不用办理房屋抵押手续,简便且节省费用;二是因为房屋近期一直处于升值状态,如借款人到期不归还高利贷本息,职业高利贷放贷者根据房屋买卖协议约定的房价取得房屋后,往往能从房屋升值差价中取得更高的收益;三是因为职业高利贷放贷者采用这种方式时,都是将借款协议与房屋买卖协议分别独立进行签订,从两份协议内容及文字表述是无法看出两者的关联性,从而防止在需要通过法院诉讼取得房屋时,被法院认定无效导致无法实现房屋作为高利贷担保的目的。

在审判实践中,因上述情况引发的诉讼主要表现为:

(1)借款到期后,借款人既不归还借款本息,也不愿意将作为担保的房产过户给职业高利贷放贷人,职业高利贷放贷人一般会依据房屋买卖协议,

诉讼到法院要求借贷人履行过户手续的。

(2) 借款到期后, 借款人既无力归还借款本息, 也不愿意将作为担保的房产过户给职业高利贷放贷人, 主动诉讼到法院, 主张房屋买卖合同并非双方真实意思表示, 请求法院确认合同无效。

(3) 借款到期后, 借款人无力归还借款本息, 将房屋过户给职业高利贷放贷人后, 其配偶诉讼到法院, 主张房产属于夫妻共同财产, 配偶另一方未经其同意出卖房屋属于无权处分, 请求法院确认房屋买卖合同无效。

上述纠纷, 在审判实践中的难点主要表现在以下两个方面:

(1) 事实认定问题。如前所述, 职业高利贷放贷者采用这种方式, 其目的之一就是为了规避相关法律规定, 职业高利贷放贷者通过精心设计, 将借款协议与房屋买卖协议分别独立进行签订, 且两份协议内容及文字表述是无法看出两者的关联性的, 因此从表面证据上, 是很难区分双方之间到底是借贷关系还是房屋买卖关系。但在此种情形下, 一般会存在以下现象: ①因双方签订房屋买卖合同的根本目的是将房屋作为借款的担保, 因此房屋买卖合同签订的时间一般与借款出借相近或同时, 而房屋买卖合同约定的履行时间通常是在借款到期日之后。②因借款到期不能归还时, 借款直接充抵房款, 故在房屋买卖合同中一般会明确约定全部或部分房款已支付完毕。但在诉讼中, 职业高利贷放贷人一般除借条外, 无法举证其支付过房款。③房屋买卖合同中约定的房价, 常常会与借款数额一致或相近。

当然, 我们在审判中不能仅根据上述现象就作出认定, 但当当事人主张房屋买卖合同不是其真实意思表示, 且存在上述现象时, 我们就不会仅仅就合同审合同, 而需要进一步结合其他证据进行审判判断。

(2) 合同效力认定问题。对于此类房屋买卖合同的效力, 审判实务中存在以下几种观点。第一种观点认为, 双方在借贷合同之外, 经自愿协议后签订房屋买卖合同, 不违反法律规定, 合法有效。第二种观点认为, 双方签订房屋买卖合同的真实目的是将房屋作为借款的担保, 因此房屋买卖合同不成立。第三种观点也认为, 双方签订房屋买卖合同的真实目的是将房屋作为借款的担保, 并认为此种约定违反法律禁止流质契约的规定, 属于无效合同。

笔者同意第三种意见。在作出相应事实认定的前提下, 双方签订房屋买卖合同的真实目的是将房屋作为借款的担保是显而易见, 因此房屋买卖

合同的履行只是具体实现担保债权的方式,该合同虽然已成立,但双方之间约定,是借款人与职业高利贷放贷者在债务履行期届满前,就变相约定作为担保的房产财产归出借人所有,违反《物权法》第 186 条、《担保法》第 40 条的规定,属于无效合同。

对此,《民间借贷司法解释》第 24 条亦明确规定,当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的,人民法院裁定驳回其起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。

5. 民间借贷与委托理财关系如何区别认定?

委托理财最早出现在金融投资理财的实践过程中,并不是纯粹的法律概念。

委托理财案件是指委托人与受托人签订委托理财合同约定受托人进行投资理财,收益分配等问题,在投资理财过程中因委托资金遭受损失而在委托人与受托人之间产生的合同纠纷。理财效果不好导致合同约定的利润难以实现及本金不保直接引发了委托理财纠纷,其深层次原因是保底条款的盛行。委托人作为投资者希望实现资产的保值增值,受托人希望通过自己对委托资产的管理、投资获取佣金和额外的盈利。然而,受托人的理财失败使双方的美好愿望落空,从而引发纠纷。理财的失败可能由于证券市场的系统性风险引起,也可能由受托人的策略失误所致。有时,由于受托人不能正确把握市场行情的变化,未及时采取合理的止损措施来避免被套,也会引发纠纷。亏损发生后,受托人不能将委托本金返还给委托人是纠纷产生乃至案件发生的直接诱因。

根据《最高人民法院关于审理委托理财合同纠纷案件的若干规定》,委托理财合同,是指委托方将其资金交付给受托方并由后者将该资金投资于金融市进行投资,所获利润由双方按照约定进行分配的合同。因委托理财合同引发的法律关系即为委托理财法律关系,根据笔者所掌握的基本的法律原理,将主要从主体、客体、内容三个方面展开分析:

(1) 委托理财关系的主体

委托人和受托人是委托理财关系的必备主体,在大多数委托理财合同中还包括监管人或托管人。委托人以中小企事业法人、自然人为主,也不排除大型企业为谋取利润,在证券市场处于牛市时,采取委托理财的方式将资金投入证券市场。此外,无自营证券投资资格的一些经纪类证券公司也采取委托理财方式进行变通,从而达到自营证券投资的目的。受托人一般为证券公司和证券中介服务机构等法人,也有专业的投资个人。这些金融市场主体通常具备证券投资的专业背景和从业经历,易于取得委托人的信任。

监管人是对经融资产投资进行监管的机构,通常情况下,由证券公司充当,其存在的价值在于对资金账户进行监管以确保委托理财资金的安全和盈利。在委托人将资金委托给证券公司时,委托人为防止证券公司将其委托资金挪作他用,加强对资金的监管从而确保资金安全通常会要求证券公司将资金交给银行托管。银行作为托管人目的在于吸收存款,收取托管手续费。其监管职责是,为托管资金设立专门账户、保管委托理财资金、根据管理人指令划拨资金。

(2) 委托理财关系的客体

实践中,商业银行理财、非金融性资产投资、保险公司理财以及证券投资基金理财等金融性资产投资引发的纠纷不被视为委托理财纠纷,本书也仅在金融理财意义上研究委托理财问题。委托理财的投资领域是证券、国债、期货等金融性资产市场,相应地,其投资财产多为货币资金、证券等金融性资产。

(3) 委托理财关系的内容

正如笔者所言,保底条款是委托理财合同的核心条款。其通常约定,合同到期时,不论受托人盈利或者亏损,受托人均需向委托人返本付息。然而,证券市场风云变幻,各种风险隐患随时可能发生,因而保底条款的约定背离了证券市场客观规律,受托人的保底承诺往往难以兑现。一旦本金不能返还,委托人不仅无法获取利润,投资目的全部落空,还折了血本,便会依照合同的约定向受托人索赔。而对于受托人来说,保本增值的承诺是基于对自己的充分自信,希望通过这种承诺获取理财资金。如果其是在尽职尽责、精心理财的情况下,由于市场系统性风险而非本身的失职导致委托资金

不盈反亏,受托人往往不会甘愿承担风险。因此,在委托资金亏损、委托人要求返还本金及支付约定回报的情况下,受托人大多不会践行承诺,要么打拖延战术,要求延长受托期限,以争取扳本;要么是搪塞拖延,甚至置之不理。因此,保底条款根本无法取得真正的保证收益的效果,在现实纠纷中形同虚设。

除保底条款之外,委托人往往要求受托人用保证金或者证券进行质押担保以控制投资理财风险。合同约定,须得到委托人的授权方可对质押物处置,这显然与“账户的所有人应当具有完全意义上的处置权”的证券交易规则相矛盾。因此,一旦受托人不遵守约定,这种资金或者质押担保便形同虚设,没有任何约束力根本无法防范风险,防止纠纷的产生。合同通常约定,当账户资金和证券市值总额低于约定的数额时,委托人授权监管人对账户内的证券余额强制平仓。但事实上,许多负有监管责任的证券公司对于这种软约束条款根本就视而不见,即使约定了证券公司监管也无济于事。

综上,委托理财与民间借贷属于不同的法律关系,实践中应加以区别认定。

【典型案例 1.2】 向他人借款进行合作炒股,是民间借贷关系还是委托理财关系?

【案情】 原告(被上诉人):刘继某;被告(上诉人):胡卫某、林和某

2008年2月8日,刘继某与胡卫某、林和某签订《炒股协议》一份,约定:(1)林和某为盈亏担保人(如果炒股亏损由胡卫某负责返还投资人刘继某本金)。(2)以借款人的名义借刘继某拾万元,月息贰分。(3)炒股盈利部分为叁柒开,胡柒刘叁,如回报率好,胡再给刘壹万元(主要是通过炒股挽回刘石油投资损失)。(4)本炒股协议期限为壹年,来年情况另议。(5)本投资为无风险投资,如投资亏损,投资人不负责任,本金全由胡卫某返还投资人。(6)三方是在充分协商友好的前提下达成本协议的,希望三方都执行本协议。(7)收益要公开(小范围)。刘继某作为投资人,胡卫某作为炒股操作人,林和某作为担保人在《炒股协议》上签名。2009年2月8日,三方又签订《借款协议》一份,协议内容如下:宁波市镇海区贵驷镇胡卫某借镇海炼化公司退休职工刘继某拾万元整人民币进行炒股,月利息贰分另加分红(3/7开)借期

壹年,到期还本付息(拾贰万元整)加3、7分红,特订协议如下:(1)炒股赢(盈利)的部分三七分红,胡七刘三。(2)如果炒股亏本由胡卫某本人负责,不影响还本付息。(3)如果行情不好,炒股亏本没有赚钱,利息按壹分计算(到期还息壹万贰仟元)。(4)如本年度刘急需用钱可商议调用从本金中抽回部分。(5)借款协议只限本年度必须担保或物品抵押。刘继某作为被借款人,胡卫某作为炒股操作人,林和某作为担保人在《借款协议》上签名。2010年3月,刘继某在向胡卫某、林和某追讨债权的过程中,重新起草了一份《借款协议》,胡卫某曾看过该协议,但并未签名。胡卫某提出其向刘继某借款金额为90000元,刘继某亦予以认可。

刘继某于2010年8月11日以胡卫某未按时归还借款为由向原审法院起诉,请求判令:胡卫某归还借款90000元,并支付自2008年2月至实际履行日止按月利率2%计算的利息;林和某对上述胡卫某的债务承担连带保证责任。

一审法院审理认为,从各方当事人签订的两份协议内容来看,虽然约定胡卫某用借款进行炒股,但实质是对借款用途的约定,双方的约定符合民间借贷纠纷的特征,双方的借款合同意思表示真实,合法有效,对刘继某返还借款的要求应予支持。因协议为约定林和某的保证方式,应当按照连带责任保证承担保证责任。故一审判决胡卫某归还刘继某借款90000元,并支付自2008年2月8日至判决确定的履行之日止按月利率2%计算的利息,林和某对上述义务承担连带责任。

浙江省宁波市中级人民法院认为:根据各方当事人的诉辩主张,本案的争议焦点在于:(1)胡卫某是否应向刘继某支付按照月利率2%按本金90000元自2008年2月8日计算至判决确定的履行日止的利息;(2)林和某是否应对胡卫某的债务承担连带保证责任。

关于争议焦点一,法院认为,各方当事人于2008年2月8日、2009年2月8日签订的《炒股协议》、《借款协议》均系各方当事人的真实意思表示,各方当事人均应按约履行各自的义务。《炒股协议》、《借款协议》中虽然有合作炒股分红等内容,但是又约定胡卫某收取借款后,需还本付息,且胡卫某在庭审中对于收取刘继某借款90000元没有异议,故胡卫某与刘继某之间实为借贷关系。胡卫某收取刘继某借款后,理应按约归还借款90000元。虽然胡卫某与刘继某之间的《借款协议》于2009年2月8日签订,但是胡卫某收

取借款 90000 元的时间是 2008 年 2 月 8 日,双方亦在 2008 年 2 月 8 日签订的《炒股协议》中约定了借款利息为贰分,且胡卫某收取借款后并未支付利息。故原审法院认定支付利息的起始时间为 2008 年 2 月 8 日并无不当。另外,由于胡卫某向刘继某借款的时间是 2008 年 2 月,故参照当时的中国人民银行同期贷款基准利率,双方约定的借款利息即月息贰分并未超出法律规定的范围,而胡卫某称其炒股亏损,但未能提供充分证据予以证实,本院难以采信。故原审法院认定月利息为 2% 并无不妥。胡卫某应向刘继某支付按照月利率 2% 按本金 90000 元自 2008 年 2 月 8 日计算至判决确定的履行日止的利息。

关于争议焦点二,法院认为,刘继某称本案所涉的借款到期后至起诉前多次到胡卫某及林和某处进行催要,胡卫某在一审庭审中承认刘继某曾到林和某处催讨借款,虽然现胡卫某否认该事实,但未能提供充足的反驳证据推翻上述事实,故本院对刘继某所称予以采信。出借人刘继某在借款到期后的六个月内要求保证人林和某承担保证责任,保证人林和某应该承担相应的保证责任。综上,原审法院事实认定清楚,适用法律正确,审判程序合法,判决得当。依照《民事诉讼法》第 153 条^①第 1 款第 1 项之规定,判决如下:驳回上诉,维持原判。上诉人胡卫某上诉部分的案件受理费 880 元,由上诉人胡卫某负担;上诉人林和某上诉部分的案件受理费 2050 元,由上诉人林和某负担。

【诉讼指南】 根据上述判决,我们不难得出以下结论:当事人双方签订协议约定由一方出借另一方款项进行合作炒股并享受分红,但出借人实际不参与炒股,也不承担炒股风险,并约定无论盈亏均按期收回本息,这样的协议符合民间借贷纠纷的特征,应认定为借贷关系。

【典型案例 1.3】 一方提供资金和账户给对方炒股,是民间借贷关系还是委托理财关系?

【案情】 原告:胡根某;被告:胡方某

胡根某与胡方某于 2000 年 3 月 28 日签订协议书约定:(1)胡根某借给

^① 2012 年《民事诉讼法》修正后为第 170 条。编者注:本书典型案例案情中引用的法律均为判决时生效的法律。

胡方某资金 150 万元,存入胡根某账户中,进行沪深两市证券买卖,时间从 2000 年 3 月 28 日至 2001 年 3 月 27 日止。(2)为了确保胡根某资金安全,胡方某将保证金 45 万元存入上述账户中,与胡根某借款一起进行沪深两市的证券买卖。(3)协议期间,胡方某拥有独立操作权,胡根某有权过问股票市值。(4)上述账户证券市值下限 158 万元,低于下限部分,胡方某追加保证金补足 195 万元,否则胡根某有权抛出该证券账户中的股票,收回借款。(5)双方可在每月的 28 日清算一次,胡根某可支取每月利息 2.25 万元。胡方某可支取除本金、保证金以外部分资金。取款凭双方有效证件,缺一不可。合同期满后,胡根某和胡方某又于 2002 年 3 月 28 日又续签了合同,续签的协议书除借款期限约定为 2001 年 3 月 28 日至 2002 年 3 月 27 日止和胡根某可支取每季利息 6.75 万元外,其余条款与前一份协议相同。胡根某向金华市信托投资股份有限公司永康证券交易营业部(以下简称金华信托永康营业部)提出申请,要求金华信托永康营业部行使监督职责和通知义务。金华信托永康营业部客户经理胡某签字认可。在协议有效期内,胡根某只收回 13.52 万元利息。然而,胡方某和金华信托永康营业部违反事先约定和诚信原则,导致胡根某未能及时发现自己账户证券市值和资金合计低于 158 万元。到 2002 年 3 月 27 日股票收盘时,胡根某账户中的股票市值和资金合计仅为 725445.95 元。借款到期后,胡根某除收回账户中的 725445.95 元之外,胡方某尚欠 774554.05 元本金及 13.5 万元利息未还。

原审法院认为,双方当事人之间的借贷关系事实清楚,胡根某提供的双方签字确认的协议书是当事人真实意思表示,不违反法律禁止性规定,合法有效。胡根某已按约将借款借给胡方某,由于胡方某在股票操作当中违反了协议的约定,导致不能偿还胡根某的借款,依法应承担违约责任。胡方某经本院合法传唤,无正当理由拒不到庭参加诉讼,是对自身权利的放弃,判决胡方某归还胡根某借款本金计人民币 774554.05 元及利息 13.5 万元,并以 774554.05 元为本金,按银行同期贷款利率计算其余利息(自 2002 年 3 月 28 日起至判决确定还款之日止)。

浙江省金华市中级人民法院再审认为,从胡根某、胡方某签订的两份合同及第一份合同的履行看,名为胡根某借给胡方某的 150 万元,虽由胡方某操作进行证券买卖,但该款存于胡根某自行开设的证券账户中,该证券账户的取款密码由胡根某保管,且胡根某有权过问该账户的股票,在约定情况下

有权抛出股票、收回借款,并享有固定收益。双方之间是委托代理关系,而非借贷关系。胡根某以借贷关系请求胡方某归还借款本金及利息,于法无据,不予支持。原审判决确有不当,依法应予纠正。胡根某再审中变更诉讼请求,不属再审范围;且根据胡根某变更诉讼请求后的争议标的额,不属本院管辖,故当事人可另行起诉。根据《民事诉讼法》第186条^①第1款、第153条^②第1款第3项、第111条^③第4项,《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》(以下简称《民诉意见》,现已废止)第139条第1款,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第33条第1款之规定,裁定如下:(1)撤销本院(2004)金中民一初字第55号民事判决;(2)驳回胡根某的起诉。

【诉讼指南】 根据上述判决,我们不难得出以下结论:根据《最高人民法院关于审理委托理财合同纠纷案件的若干规定》,委托理财合同,是指委托方将其资金交付给受托方并由后者将该资金投资于金融市进行投资,所获利润由双方按照约定进行分配的合同。本案中,一方提供资金及自己的证券账户给对方炒股,虽然双方约定出资方享有固定收益,但出资方实际上可按约出售股票并控制账户密码,双方之间应认定为委托理财关系。

此外,当事人超出原审范围变更诉讼请求的,不属于再审审理范围,如因此导致争议标的额变更的,当事人应另行向有管辖权的法院起诉。

【典型案例 1.4】 当事人未就双方之间存在委托理财关系提交相应证据的情况下,仍以委托理财合同为由进行诉讼如何处理?

【案情】 上诉人(原审原告):王某某;被上诉人(原审被告):赵某

2010年8月24日,王某某向赵某出具借据载明:“今借赵某现金壹拾贰万肆仟元整(124000元),用于北京世纪博爱国际医药科技发展有限公司专用款。借款期限六个月,自2010年8月24日至2011年3月10日止”。诉讼中,王某某称其主张的委托理财合同及款项即上述借据载明的内容及款

① 2012年《民事诉讼法》修正后为第207条。

② 2012年《民事诉讼法》修正后为第170条。

③ 2012年《民事诉讼法》修正后为第124条。

项;赵某对此不予认可,称双方系借贷关系;王某某就其与赵某之间的委托理财合同关系未向该院提交相应证据。经该院释明后,王某某坚持以委托理财合同为由进行诉讼并坚持相关诉讼请求。诉讼中,经该院询问,王某某称其向赵某多付的款项系其误打给赵某。

一审法院裁定认定:当事人对自己的主张有责任提供证据。本案中,王某某称其于2010年8月24日向赵某出具的借据载明了双方的委托理财关系,赵某对此不予认可,该借据内容亦未有关于委托理财的意思表示,在王某某未就双方之间存在委托理财关系向该院提交相应证据的情况下,其以委托理财合同为由进行诉讼缺乏事实和法律依据;同时,王某某主张其诉讼请求中要求赵某返还的相关款项系其误打给赵某,其现以委托理财合同为由要求赵某返还亦属不当;经该院释明后,王某某仍坚持以委托理财合同为由进行诉讼并坚持相关诉讼请求,其起诉属于事实理由不明确,依法应予驳回。需要说明的是,双方当事人的其他诉辩主张,并不影响该院依据前述分析对本案作出裁判,故该院对此不再赘述。综上所述,该院依照《民事诉讼法》第154条第1款第3项之规定,裁定:驳回王某某的起诉。

王某某不服一审法院上述民事裁定,提起上诉。

二审法院认为:王某某主张在按2010年8月24日借据上载明的款项为委托理财款时,并以此为事实依据,以委托理财合同纠纷为由提起本案诉讼。赵某对王某某该主张不予认可,认为双方基于该借据所形成的是借款关系。经审查,该借据中所反映的有关借款的内容清楚、明确,未反映有关委托理财的内容,虽然其中载有“用于北京世纪博爱国际医药科技发展有限公司专用款”之内容,但按通常理解,此应属对借款用途的明确,仅此不足以认定双方之间基于该借据所形成的法律关系的性质为委托理财。在经一审法院释明,王某某仍坚持以委托理财合同纠纷为由进行本案诉讼的情况下,一审法院以其起诉属于事实理由不明确为由,裁定驳回其起诉,于法有据,并无不当。王某某关于其不懂借条的法律含义,在借条上盲目签字,借条应属无效的上诉主张,缺乏事实依据和法律依据,本院不予采信支持。至于王某某上诉提出的赵某未提交答辩状,其本人没有到庭,一审裁定中如何出现其“辩称”之质疑,本院认为,一审庭审中赵某本人虽然没有到庭,但其委托代理人冯京某到庭,受托人冯京某在委托授权范围内所进行的诉讼行为的结果依法应归属于委托人赵某,故代理人冯京某在一审庭审中诉发表的答

辩意见即应视为赵某的答辩意见。

综上,王某某的上诉理由不能成立。一审法院裁定认定事实清楚,适用法律正确,本院予以维持。依据《民事诉讼法》第170条第1款第1项之规定,裁定如下:驳回上诉,维持原裁定。

【诉讼指南】 根据上述判决,我们不难看出以下结论:借据载明了双方的委托理财关系,但被告对此不予认可,该借据内容亦未有关于委托理财的意思表示,在原告未就双方之间存在委托理财关系向该院提交相应证据的情况下,其以委托理财合同为由进行诉讼缺乏事实和法律依据,以委托理财合同为由要求被告返还亦属不当;经法院释明后,原告仍坚持以委托理财合同为由进行诉讼并坚持相关诉讼请求,其起诉属于事实理由不明确,依法应予驳回。

6. 如何认定建设工程项目经理对外借款的效力?

近年来,随着城市现代化建设进程不断推进,我国建筑业和房地产开发行业飞速发展,建筑市场持续升温。面对巨大的商业市场及丰厚的经济利润,许多低资质、无资质的建筑企业甚至个人建筑公司为了从中获取一部分市场份额和经济利益,纷纷采取非法转包、违法分包、挂靠、垫资承包、降低工程质量标准、拖欠工程款等违规违法手段谋取高额利润,导致建筑领域内的不规范操作行为、违法违规行行为大量存在。由于建设工程施工实行项目负责制,项目经理直接承担施工建设任务,对内负责组织施工项目的实施,对外有权代表公司处理与业主、专业分包商、材料供货商等因项目施工发生的重大事项,因此,项目经理以项目部名义对外签订、实际履行合同或发生其他法律关系的情形十分普遍。借款就是其中一种。项目经理对外借款的行为究竟是职务行为还是个人行为,能否构成表见代理,这是在司法实践中令人困惑的问题。

(1) 关于项目经理的定义和职责

项目经理是指受建筑施工企业的法定代表人委托,对某一特定工程项目进行全面负责、管理的人。根据《建筑施工企业项目经理资质管理办法》(建建字[1995]1号)第2条规定,项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者,是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。项目经理作为施工企业内部的重要岗位,在工程项