

第3章

借款合同



本章目标

- 掌握借款合同的特征、成立要件和效力，以及借款合同履行、转让和终止的情形。
- 掌握借款合同违约责任的构成要件、具体形式和免责事由。
- 掌握民间借贷合同的界定、表现形式、成立要件和生效条件，以及民间借贷合同未生效、效力待定和无效的三种具体情形。
- 了解网络借款合同的性质和类型，以及网络借贷民事纠纷的解决程序。



本章简介

借贷法律关系是金融领域最为基础和重要的法律关系，也是现代金融领域最为常见的法律关系。其中，民间借贷作为一种资源丰富、操作简捷灵便的融资手段，在一定程度上缓解了银行信贷资金不足的矛盾，但其本身的随意性和风险性也极易引发诸多社会问题。随着现代网络技术的进步和发展，网络借贷在现代金融领域中兴起。一方面，由于网络交易的虚拟性，在网络借贷中极易产生欺诈和欠款不还的违约纠纷；另一方面，由于存在监管空白，网络借贷中存在着非法集资和非法吸引公众存款的可能。因此，民间借贷和网络借贷需要逐步纳入法制化的轨道。

本章将重点讲解借款合同的基础知识和相关法律规定、民间借贷合同的效力及表现形态，以及网络借款合同相关法律问题。





@ 3.1 借贷合同的特征与成立

借贷合同，又称借款合同，是借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款的合同。展开来说，当事人约定一方将一定种类和数额的货币所有权移转给他方，他方于一定期限内返还同种类同数额货币的合同。其中，提供货币的一方称贷款人，受领货币的一方称借款人。

按合同的期限不同，可以分为定期借贷合同、不定期借贷合同、短期借贷合同、中期借贷合同、长期借贷合同。按合同的行业对象不同，可以分为工业借贷合同、商业借贷合同、农业借贷合同。

3.1.1 借贷合同的法律特征

借贷合同的法律特征主要有以下几个方面。

(1) 借贷合同的客体是特定的。借贷合同，以金钱为标的物，非货币的财物不能成为借贷合同的客体。

(2) 借贷合同是转让标的物处分权的合同。借贷合同所转移的是标的物的处分权，而不是所有权。借贷合同的借用人按约定负有“返还”的义务，约定有利息的，还须支付利息。借贷合同的标的既不是被卖出，也不是被租出，而是被贷出，到期还要收回。借用人借贷的目的，主要不在拥有所有权，而在于为了自己的需要而处分。

(3) 借贷合同通常采用书面形式。我国法律规定，一般情形下借贷合同应当采取书面形式。若借款人和贷款人未以书面形式订立合同，在双方发生争议时，推定借贷合同关系不成立。但针对民间借贷中自然人之间订立的借贷合同，法律对其合同的形式则要求较为宽松，双方当事人约定采用口头形式的，其采用口头形式订立的借贷合同依然有效。

(4) 借贷合同的成立并不以货币给付为前提。不论货币是否已经给付，借款人与贷款人之间的借贷合同自双方协商一致时成立。

(5) 借贷合同，为双务、有偿合同。借贷合同双方当事人均负有义务。贷款人所负主要义务是，按照合同约定数额、期限及时拨付款项给借款人、借款人所负主要义务是按照约定期限归还相同数额款项，并支付利息。借款人所支付的利息，是合同的对价。

3.1.2 借贷合同的成立

借贷合同的成立通常需要满足如下三个条件。

① 借贷合同是双方或多方的法律行为，因此借贷合同需要有两个或两个以上的缔约当事人；

② 缔约当事人对借贷合同的内容形成合意。即借贷合同的当事人要对借贷合同的主要条款做出真实一致的意思表示；

③ 借贷合同通常需要通过要约和承诺两个环节确定缔约当事人形成合意。

1. 借贷合同的要约

借贷合同的要约，是指借贷合同中的一方当事人向相对当事人做出的希望与其订立借贷合同的意思表示。

1) 要约的成立

要约的成立通常需要满足如下五个条件。

- ① 该要约是具有缔约能力特定人并做出的真实意思表示；
- ② 要约人必须发给要约人希望与其订立合同的受要约人；
- ③ 该要约表明了要约人想要订立借贷合同的意图；
- ④ 该要约应以明确方式发出，其内容是具体且确定的；
- ⑤ 表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

2) 要约的生效

要约到达受要约人时生效，此时要约对要约人产生约束，要约人不得任意对要约进行限制、修改和撤销。

3) 要约的撤回

要约的撤回，是指要约在发出之后，未到达(或撤回通知与要约同时到达)受要约人之前要约并未生效时，要约人有权撤回其发出的要约。倘若撤回的通知于要约到达后到达，而按其通知方式依通常情形应先于要约到达或同时到达，依诚实信用原则，在此情况下，相对人应当向要约人发出迟到的通知，相对人怠于为通知且其情形为要约人可得而知者，其要约撤回的通知视为未迟到。

4) 要约的撤销

要约的撤销是指要约到达受要约人并生效之后，要约人可以通过发出撤销要约的通知使已生效的要约失效。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

在以下三种情形下，要约不得撤销。

① 要约是有承诺期限的要约。要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。

② 要约内容中明确约定该要约是不可撤销的要约。

③ 受要约人有理由认为该要约是不可撤销的，已经为履行合同做了准备工作。

5) 要约的失效

要约一旦失效，则意味着要约对要约人和受要约人不再产生约束力。即使受要约人向要约人做出承诺，也不能使借贷合同成立。

在以下四种情形下，要约失效。

- ① 要约人依法撤销要约；
- ② 承诺期届满，受要约人未做出承诺；
- ③ 受要约人拒绝该要约的通知到达要约人；
- ④ 受要约人对要约的内容做出实质性的变更。



2. 借贷合同的承诺

借贷合同的承诺，是指受要约人做出同意接受要约人所做出的要约的意思表示。承诺生效之时，合同成立。

1) 承诺的成立

承诺的成立通常需要以下四个要件。

- ① 该承诺是由受要约人向要约人做出的；
- ② 该承诺在规定时间内到达要约人；
- ③ 该承诺的内容与要约的内容相一致^①；
- ④ 该承诺是以要约中要求的方式做出的(在我国原则上采用通知的方式)。

2) 承诺的生效

承诺生效之时，合同成立。因此，确定承诺的生效时间对确定合同的生效时间具有重要意义。主要表现在以下几个方面。

(1) 承诺生效的时间直接决定了合同成立的时间。因为合同在何时生效，当事人就于何时受合同关系的拘束，享受合同上的权利和承担合同上的义务。

(2) 承诺生效的时间常常与合同订立的地点是联系在一起的，而合同的订立地点又与法院管辖权的确定以及选择适用法律的问题密切联系在一起。所以，确定承诺生效的时间意义重大。

根据我国《合同法》的规定，承诺生效时间的确定采用到达主义，即承诺到达要约人之时发生法律效力。其中所指的到达，并不是要约人已经阅读和了解承诺内容之时，而是指承诺到达要约人的可控范围内之时。可控范围包括要约人的住所、营业场所、代收信件处、邮箱等具体范围。

双方当事人也可以根据交易习惯或要约中明确的要求，约定以受要约人做出承诺行为之时作为承诺生效的时间。

3) 承诺的延迟

承诺的延迟，是指受要约人超出约定的期限做出承诺。承诺本应在承诺期限内做出，超过有效的承诺期限，要约已经失效，对于失效的要约发出承诺，不能发生承诺的效力，应视为新要约；受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

4) 承诺的撤回

承诺的撤回，是指受要约人在承诺发出之后、承诺生效之前，做出的阻止承诺发生效力的意思表示。只有在承诺的撤回通知在承诺到达要约人或与承诺同时到达要约人的情况下，承诺才能够撤回以使其不产生效力。

^① 需要说明的是，承诺的内容可以对要约的内容做出非实质性变更，但若要约人及时表达反对意见，则承诺不能成立；承诺的内容发生实质性变更时，视为做出新要约。

3.2 借贷合同的效力、履行、变更、转让及其终止

3.2.1 借贷合同的效力

借贷合同的效力是指依法成立并生效的借贷合同所具有的法律约束力。

1. 借款人的义务

借款人作为债务人，在借贷合同中所承担的义务主要包括以下几项。

(1) 信息披露义务。借款人的信息披露是指在借款合同订立的过程中，借款人应贷款人了解其资信情况的需要而提供的与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况的活动。

(2) 借款人收取借款的义务。借款人需要按照约定的日期、数额收取借款。

(3) 借款人需要依约使用借款的义务。根据《合同法》的规定，借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

(4) 借款人还需要依照约定来支付利息。

(5) 借款人需要按期返还借款的义务。根据《合同法》的规定，借款人应当按照约定的期限返还借款，对借款期限没有约定或者约定不明确，需要按照《合同法》第六十一条来确定，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

2. 贷款人的义务

贷款人作为债权人，在借贷合同中应承担的义务主要包括以下两项。

(1) 按照合同约定的期限、数额提供给借款人借款，逾期交付借款，应承担违约责任。

(2) 通知借款人按期还款的义务，借款合同期限届满十日前，应书面通知借款人按期还款，未作书面通知的，造成借款人逾期归还借款的，借款人不承担逾期还款责任。

3.2.2 借贷合同的履行

借贷合同在履行过程中涉及的法律问题主要表现在抗辩权和对合同权利的保全两方面。

1. 借贷合同履行中的抗辩权

抗辩权是指借款合同的一方当事人在法定条件下对抗另一方当事人的请求权或否认对方权利主张、拒绝履行债务的权利。

按照抗辩权功能的不同可将抗辩权分为消灭抗辩权和延缓抗辩权。前者行使的效果是使请求权归于消灭，使请求权永久地不能行使，因此它又被称为永久抗辩权，如时效届满的抗辩权。后者行使的效果仅使请求权效力延期，使请求权在一段时间内不能行使，而不会使对方请求权归于消灭，因此又被称为一时抗辩权。延缓抗辩权是当事人在合同履行过程中行使的一项可以预先防范损失、有效保障当事人利益的权利。延缓抗辩权包括同时履



行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权，我国《合同法》第六十条、第六十七条和第六十八条对双务合同履行中的这三种抗辩权均做出了明确规定。

在资金借贷的法律关系中，由于贷款人先提供资金给借款人，借款人在占用并使用资金一段时间后才承担还款义务的，因此借贷合同属于异时履行的合同，而同时履行抗辩权则是建立在当事人没有履行时间的先后顺序的基础上，所以在借贷合同中不存在同时履行抗辩权，只存在先履行抗辩权和不安抗辩权。

1) 先履行抗辩权

先履行抗辩权是指借贷合同约定有履行先后顺序的，负有先履行义务的一方当事人未依照合同约定履行债务，后履行义务的一方当事人可以因此拒绝对方当事人履行请求权的一种抗辩权。

先履行抗辩权的构成要件：双方当事人互负债务；两个债务有先后履行顺序；先履行一方不履行或不适当履行。

适用先履行抗辩权，须符合以下条件。

(1) 当事人双方必须同时在同一借贷合同中，且双方互为给付义务。即在双方当事人之间因同一合同互负债务而形成的对价关系，其中对价关系是指一方履行与他方对价履行互为条件，具有牵连性。

(2) 当事人之间义务的履行存在先后顺序。这一履行的先后顺序可以由法律规定的，也可以是当事人之间约定的，或由交易习惯确定的。

(3) 先履行一方必须不履行合同义务或者履行合同义务不当。在异时履行合同中，先履行方应先履行其合同义务，若履行期限届满，先履行方仍未履行合同义务则构成违约，后履行方有权拒绝先履行方的履行请求。若先履行方的履行不符合合同的约定，则后履行方仅可以拒绝相应的履行请求，即与先履行方履行债务不符合约定的相应部分。

(4) 先履行方应先履行的债务必须是能够履行的。如果先履行方的债务已丧失了履行的可能性，那么后履行方通过行使先履行抗辩权的目的也就无法实现，此时可能导致该借贷合同的解除，从而不存在行使先履行抗辩权的问题。

先履行抗辩权的效力，在于阻止先履行方请求权的行使，但它并不能消灭先履行方的请求权。当先履行方完全履行了其应当履行的合同义务时，先履行抗辩权就随之消灭，后履行方必须履行自己的合同义务。后履行方因行使先履行抗辩权致使合同延迟履行，给先履行方造成的损失应由先履行方自行承担。

2) 不安抗辩权

不安抗辩权是指当事人互负债务，且履行有先后顺序的，先履行方有确切证据证明后履行方丧失履行债务能力时，有中止履行合同义务的权利。

(1) 适用不安抗辩权须符合以下条件。

① 双方当事人因同一双务合同而互负债务。有先后的履行顺序，享有不安抗辩权之人为先履行义务的当事人。对其理解与先履行抗辩权中相一致，在此不再赘述。

② 后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险。不安抗辩权制度保护先给付义务人是有条件的，只有在后给付义务人有不能为对待给付的现实危险、危及先给付义务人的债权实现时，才能行使不安抗辩权。

所谓后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，包括：其经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；谎称有履行能力的欺诈行为；其他丧失或者可能丧失履行能力的情况。

履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，须发生在合同成立以后。如果在订立合同时即已经存在，先给付义务人若明知此情形而仍然缔约，法律则无必要对其进行特别保护；若不知此情形，则可以通过合同无效等制度解决。

③ 先履行义务的一方当事人必须有确切证据证明对方当事人丧失或可能丧失履行合同义务的能力。先履行一方的债务已经届满清偿期。根据《合同法》的规定：后履行方丧失或可能丧失履行合同义务的情形包括：后履行一方经营状况严重恶化；后履行一方转移财产、抽逃资金，以逃避债务；后履行一方严重丧失商业信誉；后履行一方有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

④ 后履行一方未提供适当担保。如果后履行方在财产状况显著恶化等情况出现时，提供了担保，则其债务的履行就有所保障，先履行方的不安抗辩权便随之消灭。同时，为了保证双务合同中双方利益的公平，《合同法》要求主张不安抗辩权的当事人承担以下附随义务。

(a) 通知义务。这样做是为了避免对方因此而受到损害，同时也便于另一方在获此通知后及时提供担保，以消灭不安抗辩权；

(b) 对方提供适当担保，应当恢复履行。

(2) 不安抗辩权具有以下两种法律效力。

① 先给付义务人中止履行。按《合同法》第六十八条规定，先给付义务人有确切证据证明后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险的，有权中止履行。所谓中止履行，就是暂停履行或者延期履行，履行义务仍然存在。在后给付义务人提供适当担保时，应当恢复履行。此处所谓适当担保，既指设定担保的时间适当，更指设定的担保能保障先给付义务人的债权得以实现。至于担保的类型则不限，可以是保证，也可以是抵押、质押等。

② 先给付义务人解除合同。按《合同法》规定，先给付义务人中止履行后，后给付义务人在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，先给付义务人可以解除合同。解除的方式，由先给付义务人通知后给付义务人，通知到达时发生合同解除效力；但后给付义务人有异议时，可以请求人民法院或仲裁机构确认合同解除效力。后给付义务人的行为构成违约时，应负违约责任。

2. 借款合同权利的保全

借款合同权利的保全是指债权人为了防止债务人的财产不当减少而危害其债权，对借款合同的关系以外的第三人所采取的法律措施或手段。虽然借贷合同中的合同关系在原则上不对第三人发生效力，但为保障债权人权利的实现，在一定的情况下，借贷合同也对第三人发生法律效力。借贷合同的保全制度就是其中的典型情形。它主要包括代位权与撤销权两项。

1) 借款合同中的代位权

借款合同中的代位权，是指当债务人怠于行使自己的权利而危及债权人的债权实现时，



债权人为了保全其债权，可以以自己的名义代替债务人直接向第三人主张权利的权利。

(1) 代位权的行使须满足以下四个条件。

① 债务人对第三人享有权利。其中该权利标的必须为已有效存在的债务人对第三人享有的财产权，将来存在的权利、非财产权利、具有专属性的权利、不得让与的权利均不能作为代位权的标的。《合同法》将可代位行使的权利限定为债务人到期的债权。

② 债务人怠于行使其权利。怠于行使是指债务人可以行使或应当行使而不积极加以行使。其中应当行使是指债务人若不及时行使该权利，则可能会导致权利的消灭或减损该权利价值的情况。

③ 债务人履行债务迟延。即履行债务的期限届满时，债务人仍未履行债务。若债务人的债务履行期未到，或者虽到履行期但履行期未届满，此时债务人的债权能否被清偿还难以预料，因而债权人不能行使代位权。

④ 债权人有保全债权的必要。我国《合同法》中仅以“债务人怠于行使权利的行为对债权人造成损害”视为保全的必要。法律设立代位权制度的唯一目的是保障债权的实现。如债务人现有财产足以清偿债务，债务人直接以强制执行来实现债权即可，没有必要行使代位权。

(2) 债权人行使代位权会产生如下效力。

① 对债务人的效力。

对债权人本人的效力《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)》第二十条规定：“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院受理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。”因此，债权人可以直接从行使代位权所得利益中受偿。本解释第十九条规定：“在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。”基于此规定，债权人行使代位权作预付的诉讼费用直接由次债务人负担。而债权人因行使代位权作支付的其他费用，如差旅费等可以向债务人追偿。本解释第二十一条规定：“在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。”可见，代位权的行使以满足债权人本人的债权为限度，如果第三人对债务人所负债务额超出债权人的债权额的，对超出部分，债权人无权代债务人行使；如果第三人对债务人所负债务额不足清偿债权人的债权额的，对不足部分，债权人无权要求第三人清偿，只能另行起诉债务人。

② 对次债务人的效力。

首先，对于次债务人(第三人)的效力代位权的行使，对次债务人的法律地位不应有任何影响。次债务人的一切抗辩权均得对债权人行使。《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》第十八条第一款规定：“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的一切抗辩，可向债权人主张。”

其次，经人民法院受理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务。

再次，在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

③ 对债权人的效力。

首先，债权人可以直接从行使代位权所得利益中受偿。《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)》(下文简称为《解释(一)》)第二十条规定，债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

其次，债权人行使代位权作预付的诉讼费用直接由次债务人负担。而债权人因行使代位权作支付的其他费用，如差旅费等可以向债务人追偿。《解释(一)》第十九条规定，在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

最后，代位权的行使以满足债权人本人的债权为限度，如果第三人对债务人所负债务额超出债权人的债权额的，对超出部分，债权人无权代债务人行使；如果第三人对债务人所负债务额不足清偿债权人的债权额的，对不足部分，债权人无权要求第三人清偿，只能另行起诉债务人。《解释(一)》第二十一条规定，在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。

2) 借款合同中的撤销权

借款合同中的撤销权是指当债务人实施减少其财产的行为从而危及债权人债权的实现时，债权人可以请求人民法院依法撤销该行为以维护债务人的责任财产的权利。

(1) 债权人的撤销权的成立要件，因债务人所为的行为是有偿行为还是无偿行为而有不同。在无偿行为场合，只需具备客观要件；而在有偿行为的情况下，则必须同时具备客观要件与主观要件。

其中客观要件主要包括以下三个方面。

① 须有债务人的行为。依《合同法》第七十四条第一款规定，债权人可以撤销的债务人的行为，一是放弃到期债权的行为；二是无偿转让财产的行为；三是以明显不合理的低价转让财产的行为。另外，依《合同法解释(二)》第十八条规定，债务人放弃其未到期的债券或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期的行为，债权人可以撤销。依《合同法解释(二)》第十九条规定，对于《合同法》第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时当地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价格 70% 的，一般可视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或市场交易价 30% 的，一般可视为明显不合理的高价。债务人以明显不合理的高价收购他人财产的，人民法院可以根据债权人的申请，参照《合同法》第七十四条的规定予以撤销。

② 债务人的行为必须以财产为标的。所谓以财产为标的的行为，是指财产上受直接影响的行为。债务人的行为，非以财产为标的者不得予以撤销。例如，结婚、收养或者终止收养、继承的抛弃或者承认等，不得撤销。以不作为债务的发生为目的的民事行为，以提供劳务为目的的民事行为，财产上利益的拒绝行为，已不得扣押的财产权为标的的行为，均不得作为债权人的撤销权的标的。



③ 债务人的行为有害债权(《合同法》第七十四条第一款)。所谓有害债权,是指债务人减少其清偿资历,不能使债权人依债权本旨得到满足。债务人减少清偿资历包括两种情况:一为减少积极财产;二为增加消极财产。

(2) 在债务人的行为是有偿行为时,除了具备上述客观要件外,撤销权的行使还应满足主观要件——债务人和受益人存在恶意。对于债务人有无恶意,《合同法》以债务是否以明显不合理的低价转让为判断依据。而受益人的恶意则是以其是否知道其所为的行为有害于债权为判断依据,而不要求受益人与债务人有串通危及债权的合意。至于受益人恶意的证明,应当由债权人承担举证责任。

在具体判断是否构成侵害行为时,通常理论上所说的客观要件与主观要件仅应作为一般论,而不能机械地套用。应当对行为的主观状态、客观状态以及行为的效果等因素进行全面把握,从而形成综合且客观的判断。

案例

原告:王会、王绍顺 被告:吴忠 第三人:陈昌

2005年6月至9月间,被告吴忠先后为李进借款和担保借款共计人民币31000元,2006年9月20日原告以李进、吴忠为被告,以民间借贷纠纷为案由向法院起诉。法院依法审理后做出民事判决,该判决主文为:“一、由被告李进归还原告王绍顺借款人民币15000元,限判决生效后十日内付清,由被告吴忠承担连带清偿责任;二、由被告吴忠归还原告王会借款共计人民币16000元,限判决生效后十日内付清。”在诉讼期间,被告吴忠未履行其还款义务,反而于2006年10月12日与其朋友陈昌签订了赠与协议,约定将其名下两间店面无偿赠与陈昌,并于2006年10月23日在房产登记机构办理了变更登记。人民法院法律文书生效后,两原告向人民法院申请执行,并提供上述房产为执行财产。法院在执行过程中,第三人陈昌提出执行异议。2007年3月31日两原告诉称,被告吴忠、第三人陈昌之间赠与行为完全置法律于不顾,严重侵害了原告的合法权利,请求撤销被告吴忠与第三人陈昌2006年9月20日签订的赠与协议,以保障原告债权得以执行。被告及第三人称,转让该房地产是事实,但被告及第三人并不是为逃避债务而转让,因所转让的店面是共有财产,转让与否并不影响被告吴忠对民事判决的履行,故请求人民法院驳回两原告的诉讼请求。

【审判结果】

经审理查明认为:①本案被告吴忠系本院已生效判决中的债务人,应对原告积极履行还款义务。被告在原告起诉追偿欠款过程中,将其名下房产赠与陈昌,其主观恶意明显,逃避债务明确;②被告及第三人的赠与行为给原告造成损害,使债权难以实现;③被告及第三人的赠与行为虽办理了过户登记手续,但因被告的赠与行为主观上逃避债务规避法律,故该行为应认定为无效;④被告及第三人认为转让的房屋是共有财产,转让与否并不影响被告吴忠对民事判决的履行的抗辩,理由不成立,本院不予采纳。据此判决撤销被告吴忠将房屋赠与第三人陈昌的行为。

(3) 债权人撤销权行使的效力可及于债务人、受益人及债权人。

① 对债务人的效力。债务人的行为一经被撤销,视为自始无效,并产生无效行为的

后果。在行为已经履行的情况下债务人应当承担返还财产、赔偿损失等责任；若行为尚未履行，则不再履行。

② 对受益人的效力。债务人的行为被撤销，使得受益人受领债务人财产的行为丧失了合法根据，受益人因而负有返还不当得利的义务。通常应返还原物，若原物不能返还的，应当折价赔偿；受益人已向债务人支付对价的，可以要求债务人返还。

③ 对债权人的效力。行使撤销权的债权人可以请求受益人将所得利益返还给债务人，归入债务人的责任财产之中，且行使撤销权的债务人没有从受领的给付物中优先受偿的权利。

3.2.3 借贷合同的变更

借贷合同的变更有广义和狭义之分。广义借贷合同的变更主要是指借贷合同主体的变更与借贷合同内容的变更。其中借贷合同主体的变更是指借贷合同内容并不发生改变，仅是一方当事人将借贷合同的全部或部分权利义务转让给第三人，又称借贷合同的转让。借贷合同内容的变更则是指当事人不变，仅借贷合同的内容发生变化，这也就是狭义的借款合同变更。在此处本书所阐述的是狭义的借贷合同变更。

1. 借贷合同变更的条件

借贷合同变更应具备如下四个条件。

(1) 借贷合同内容发生变化。借贷合同内容的变化主要包括标的物的变更、价款金额的变更、履行条件的变更、所附条件和期限的变更以及其他内容的变更。

(2) 当事人应以书面形式对合同进行变更。法律明确要求对借贷合同进行变更应当采取书面形式，因此必须遵守此项要求。

(3) 原已存在有效的借贷合同关系。借贷合同的变更是指对原借贷合同关系的改变，因而借贷合同变更的前提条件是有已存在的借贷合同关系。同时这种借贷合同关系必须是有效的，因为无效的借贷合同自其成立时起就不具有法律效力，因而不存在合同变更的问题。

(4) 借贷合同的变更应以当事人的约定或法律的规定或法院、仲裁机构的裁决为依据。当事人协商一致变更借贷合同是通过形成新的合意来变更原来的借贷合同内容的，因此应当符合有关借贷合同成立和生效的规定，否则不能发生变更借贷合同的效果。而根据法律的规定而直接变更借贷合同的，其法律效果可以直接发生，并不以当事人协议或法院的裁决为必经程序。此外，借贷合同因意思表示不真实而导致变更或者因适用情形的变更而导致变更的，均须法院、仲裁机构进行裁决。

2. 借贷合同变更的效力

(1) 借贷合同的变更原则上仅对借贷合同未履行的部分发生效力。借贷合同变更原则上仅对借贷合同未履行的部分发生效力，对已履行的部分没有溯及力，已经履行的债务不因借贷合同的变更而失去效力，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

(2) 借贷合同变更对权利义务的影响。借贷合同的变更，以原借贷合同关系的存在为前提，变更部分不能超出原借贷合同关系之外。因此原借贷合同债权所有的利益与瑕疵继



续存在。但在增加债务人负担的情况下，若未经保证人书面同意，则保证不发生效力；若未经物上保证人同意，物的担保不及于扩张的债权价值额。

(3) 借贷合同的变更不影响当事人要求赔偿损失的权利。根据我国法律规定，借贷合同变更或解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

3.2.4 借贷合同的转让

借贷合同的转让，是指借贷合同的主体变更，是指在借贷合同的内容与客体保持不变的情形下，借贷合同的主体发生变更。它实际上是借贷合同权利义务的转让，借贷合同当事人一方依法将合同权利、义务全部或部分地转让给第三人，使第三人成为借贷合同的新债权人或债务人。借贷合同的转让包括债权的让与、债务的承担和债权债务的概括转移三方面内容。

1. 债权的让与

债权让与，是指不改变合同内容的合同转让，债权人通过债权转让第三人订立合同将债权的全部或部分转移于第三人，即借贷合同权利主体发生的变更债权的让与通常以合同的形式实现。债权人与第三人订立的关于债权转让的协议被称作债权让与合同。让与债权的一方为让与人，受让债权的一方为受让人。

1) 债权让与的方式

债权让与可分为全部让与和部分让与。债权的全部让与是指债权人将其借贷合同债权全部转让给受让人。自转让生效后，受让人即成为该借贷合同的债权人。而债权的部分让与是指债权人将债权的一部分转让给第三人，自转让生效后，原债权人与受让人共同成为该借贷合同的债权人。

2) 债权让与的条件

债权让与须具备以下条件才能生效。

(1) 存在有效的借贷合同债权。债权让与合同的标的是转让债权，因而必须以有效债权的存在为基本前提。转让人不享有有效债权的，其让与合同当然无效。

(2) 所让与的债权应具有可让与性。债权一般有很强的可流通性，具有可让与性，债权人可以将其债权让与他人。但是并非所有的债权都具有可让与性。根据法律规定或当事人约定，某些债权不具有可让与性，此时债权人不得转让该债权。

(3) 当事人应通知债务人。债权让与虽不以债务人的同意为生效要件，但以通知债务人作为对债务人产生法律效力的要件。因此债权人转让权利的，应当通知债务人；债务人未收到债权让与通知的，该转让对债务人不发生效力。

(4) 当事人之间就债权让与达成合意。即让与人与受让人均希望通过订立债权让与合同进行合同债权的转让或受让。

3) 债权让与的效力

债权让与的效力是指债权让与在让与人、受让人及债务人之间所发生的法律效果，可分为内部效力与对外效力两个方面。其中债权转让在让与人与受让人之间的效力，被称为债权让与的内部效力；而债权让与对债务人的效力，则被称为债权让与的外部效力。

(1) 债权让与的内部效力主要体现在以下四个方面。

① 法律地位的取代。债权让与生效后，在债权全部转让时，该债权即由原债权人(让与人)移转于受让人，让与人脱离原合同关系，受让人取代让与人成为合同关系的新债权人，但在债权部分转让时，让与人与受让人共同享有债权。

② 从权利随之转移。债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利。但该从权利专属于债权人自身的除外。随同债权转移而一并移转的从权利包括：担保物权保证债权、定金债权、优先权(例如职工工资的优先受偿权)、形成权(如选择权、催告权)、利息债权、违约金债权和损害赔偿请求权。

③ 让与人应将债权证明文件全部交付受让人，并告知受让人行使合同权利所必需的一切情况，对此《合同法》虽然未作规定，但依据诚实信用原则，该义务构成让与人的从给付义务，其中有关的债权证明文件包括债务人出示的借据、票据、合同、来往电报信等。应告知受让人主张债权的必要情况，一般指债务的履行期、履行地、履行方式、债务人的住所、债权的担保方式以及债务人可能会主张的抗辩等。此外，债权人占有的债权担保物，也应全部移交受让人占有。

④ 让与人对其让与的债权应负瑕疵担保责任。由于债权让与另一人后，又就同一债权让与其他人，由此引起的债权让与合同效力 and 债权归属问题。对此通常认为应按照以下规则处理：全部转让中的受让人优于部分转让中的受让人取得权利；已通知债务人的债权转让优先于未通知的债权转让。

(2) 债权让与的外部效力主要体现在以下四个方面。

① 债权转让对债务人的效力以债权转让通知为准，该通知不得迟于债务履行期。在债务人收到债权让与通知之前，对让与人(原债权人)所为的民事法律行为有效，即债务人仍以让与人为债权人履行义务的，同样可以免除其债务，受让人不得以债权已经转让为由，要求债务人继续履行，而只能要求让与人返还所受领的债务人的履行。但债务人在收到债权转让通知后，即应将受让人作为债权人履行债务，其对让与人的履行不能构成债的清偿，债务不能免除，仍须向受让人履行，而让与人如果仍然受领债务人的清偿，则属债清偿。债务人可以以不当得利请求返还。

② 表见让与的效力。当债权人将其债权转让给第三人的事项通知债务人后，即使让与并未发生或者让与无效，债务人基于对转让事实的信赖而向该第三人所为的履行仍然有效，此即为表见让与。

③ 债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张。债务人对受让人的抗辩权包括：合同不成立及无效的抗辩权；履行期尚未届至的抗辩权；合同已经消灭的抗辩权；合同原债权人将合同上的权利单独让与第三人，而自己保留债务时，债务人基于让与人不履行相应债务而产生的同时履行抗辩权、不安抗辩权等。对于以上抗辩事由，不论是发生在转让前，或转让后，也不论是发生在转让通知前还是转让通知后，债务人均可主张。

④ 债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，债务人仍然可以依法向受让人抵消。如果对受让也享有债权，也可以直接主张和受让抵消。



2. 债务的承担

债务的承担,是指在不改变合同的前提下,债权人、债务人通过与第三人订立转让债务的协议,将债务全部或者部分转移给第三人承担的法律现象。依当事人之间的合意而发生的债务承担是最为常见的债务承担形式。因此,一般所说的债务承担仅指依当事人之间的合意,将债务人的债务转移于承担人(即新债务人)承担。当事人间关于移转债务的合意即为债务承担合同。

1) 债务承担的类型与要件

(1) 债务承担按照承担后原债务人是否免责为标准,可以分为免责的债务承担和并存的债务承担。狭义的债务承担仅指免责的债务承担。

① 免责的债务承担:是指债务人经债权人同意,将其债务部分或全部移转给第三人负担。免责的债务承担的效力表现在,原债务人脱离债的关系,不再对所移转的债务承担责任(免责);第三人则成为新债务人,对所承受的债务负责。与主债务有关的从债务,除专属于原债务人自身的以外,也随主债务移转给新债务人承担。同时,原债务人对债权人享有的抗辩权,新债务人也可以对抗债权人。

② 并存的债务承担:是指债务人不脱离债的关系,第三人加入债的关系,与债务人共同承担债务。在并存的债务承担中,由于原债务人没有脱离债的关系,对债权人的利益不会发生影响,因而原则上无须债权人同意,只要债务人或第三人通知债权人即可发生法律效力。

(2) 债务承担应满足三个要件。

① 存在有效的债务。债务承担合同转移的应是有效的债务,若债务并不存在、无效或已消灭,则债务转移合同也不能生效。

② 存在以债务承担为目的的有效合同。如果当事人之间订立的合同不是以转移债务为目的,或合同存在无效事由的,该合同均不能发生债务承担的后果。债务承担合同可以由债权人与第三人订立,也可以由债务人与第三人订立。由债务人与第三人订立债务承担合同的,须经债权人同意才能有效。

③ 所转移的债务应具有可转移性。若借贷合同中债权人与债务人约定不得转移债务的,则该借贷合同中的债务就不具有可转移性。

2) 债务承担的效力

债务承担的效力主要表现在以下三个方面。

① 债务全部转移的,承担人取代原债务人的地位而为新债务人,原债务人脱离借贷合同关系,不再承担合同中所约定的债务。债务人的债务部分转移给第三人的,第三人加入借贷合同关系且原债务人并不脱离借贷合同关系,该第三人与原债务人共同承担债务。

② 新债务人同样享有原债务人基于借贷合同的权利义务关系所享有的抗辩权。但新债务人不得以原债务人对债权人所享有的对同一类债权的抵销权主张抵销。

③ 非专属于原债务人的从债务也一并转移,由新债务人承担。债务人转移债务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务,但该从债务专属于原债务人自身的除外。但担保债务并不能随主债务的转移而转移,担保人为原债务人提供担保的,若在债务承担时担保人未书面同意继续提供担保的,则债权人就该借贷合同所享有的担保权随债务的转移而

消灭。

3. 债权债务的概括转移

债权债务的概括转移是指把全部或某一特定的债权、债务全部转移给受让人，而不仅仅是权利或义务的转移。债权债务的概括转移可为全部债权债务的转移，也可为部分债权债务的转移。

根据《合同法》的规定，涉及合同权利转让的部分可准用债权让与的有关规定，涉及合同义务转移的部分则可准用债务承担的有关规定。因此，债权让与和债务承担产生的法律效力也同样适用于债权债务的概括转移。但债权债务的概括转移不等于债权让与和债务承担的简单相加。在债权让与和债务承担中，由于第三人并非原借贷合同的当事人，因而与原债权人或原债务人利益不可分离的权利并不随之转移于受让人或承担人。但在债权债务概括转移的情形下，由于承受人完全取代了原当事人的法律地位，借贷合同内容也全部转移于新当事人，所以依附于原当事人的一切权利和义务，如解除权和撤销权等，都转移于承受人。

3.2.5 借贷合同的终止

借贷合同的终止是指因出现法律所规定或当事人所约定的情况，使借贷合同所设定的权利义务在客观上已不再存在，进而导致当事人之间的权利义务关系的消灭。借贷合同终止的原因主要包括以下几个方面。

1. 借贷合同的解除

1) 借贷合同解除的类型

借贷合同解除是指在借贷合同有效成立以后，在法律规定或合同约定的解除条件发生时，因当事人一方或双方的意思表示，使借贷合同的效力自始或仅向将来消灭的行为。在我国现行的民事立法中，解除是导致借贷合同关系终止的原因之一。

借贷合同的解除可以分为以下几种类型。

(1) 单方解除和协议解除。单方解除是指依法享有解除权的一方当事人依单方意思表示将合同解除的行为。解除权人行使解除权将借贷合同解除的行为，即它不必经过对方当事人的同意，只要解除权人将解除合同的意思表示直接通知对方，或经过人民法院或仲裁机构向对方主张，即可发生借贷合同解除的效果。而协议解除行为并不依赖于对解除权的行使，是指当事人双方通过协商同意将合同解除的行为。即当事人在合同成立后，履行完毕前，可以通过协商一致解除合同。

(2) 法定解除和约定解除。法定解除是指在借贷合同中出现了法律中所规定的合同直接解除的条件，解除权人可直接行使解除权以解除借贷合同的行为。而约定解除则是指当事人在订立借贷合同时对借贷合同的解除进行约定，即在该借贷合同中约定为当事人中的一方或双方保留解除权。保留解除权的合意即为解除条款，解除条款可以在当事人订立合同时约定，或在之后另行订立保留解除权的合同。

2) 借贷合同法定解除的条件

《合同法》规定的法定解除条件大致有三种类型：①是由不可抗力所致使的合同目的



无法实现；②是实际违约行为；③是预期违约。

就第一种类型而言，不可抗力致使不能实现借贷合同目的，该借贷合同已无法履行，根据《合同法》的规定，允许当事人通过行使解除权的方式解除借贷合同。此时，当事人双方应当互通情况，互相配合，通过采取积极的措施，尽量避免或减轻损失。而实际违约行为与预期违约将在 3.3 节中详细介绍，在此不再赘述。

3) 借贷合同解除的效力

借贷合同解除的效力主要体现在以下三个方面。

(1) 借贷合同的解除与追溯力。通常而言，解除行为使借贷合同关系溯及以往地终止，借贷合同自始均未成立。

(2) 借贷合同解除与恢复原状。恢复原状是借贷合同的解除所具有的溯及力的直接效力，是双方当事人基于借贷合同所产生的债务全部免除的必然结果。需要注意的是，恢复原状义务只发生借贷合同部分或全部履行的情况下，若合同尚未履行则不存在恢复原状义务。

(3) 借贷合同解除与赔偿损失。《民法通则》第一百一十五条规定，合同解除并不影响当事人要求赔偿损失的权利。《合同法》中也明确规定，已履行的合同被解除后，当事人可根据合同履行的情况和合同的性质，要求对方当事人恢复原状或采取其他补救措施。当事人在借贷合同解除前已获得的损害赔偿请求权并不因借贷合同解除而丧失，因此当事人还可要求对方当事人进行损失赔偿。

2. 借贷合同终止的其他原因

1) 清偿

清偿，即合同的履行，是指债务人按合同的约定了结债务、配合债权人实现债权目的的行为。从债务人角度来看，清偿与履行的意义相同，因为清偿就是债务人按照借贷合同中的约定有效地履行自己的义务；而借贷合同履行的结果就是债务的清偿和债权的实现。但清偿与履行在侧重点上有所不同，履行是从借贷合同终止的动态过程中而言的，而清偿是从借贷合同终止的静态角度而言的。

2) 免除

免除又可称为债务免除，是指债权人抛弃债权，从而使债务全部或部分消灭的意思表示。自免除成立后，债务人不再负担已被债权人免除的债务，债权人相应的债权也不再存在，即债权债务关系消灭，此时借贷合同终止。

债权人免除债务人部分债务或全部债务的，合同中相应的权利义务部分或全部终止。从中我们可以看出，债务免除是债权人的单方行为，无须征得债务人的同意，债权人向债务人做出免除债务的意思表示就可发生免除效力。

债务免除的成立必须具备以下四个条件。

(1) 免除要有意思表示。

免除在性质上一般认为属单方法律行为。它仅依债权人表示免除债务的意思而发生效力，不以债务人的同意为必要。免除既为债权人放弃权利的意思表示，则民法关于意思表示的规定，在免除中应予适用。

(2) 免除意思要向债务人表示。

向第三人为免除的意思表示，不发生免除的法律效力，债权债务关系并不消灭。例如，债权人与第三人约定抛弃对债务人的债权，而由第三人给予适当补偿。在此情况下，仍应由债权人向债务人另做出免除的意思表示，债权债务关系才能消灭。当然，免除的意思表示可以向债务人的代理人为之。

(3) 债权人抛弃债权的意思表示不得撤回。

免除为单方法律行为，自向债务人或其代理人表示后，即产生了债务消灭的法律效力。因此，一旦债权人做出了免除的意思表示，即不得撤回。

(4) 债权人须有处分能力。

免除为债权人处分债权的行为，因而需要免除人具有处分该项权利的能力，无行为能力或限制行为能力人未取得其法定代理人的同意，不得为免除行为；无权处分时，也不发生免除效力。债权人被宣告破产时，因债权人不得任意处分其债权，故不得为免除的意思表示。债务人因纯获利益，且债务人的处分能力与免除的效力无关，所以即使债务人行为能力有欠缺，免除仍可成立。

债务免除的效力表现在债权债务关系的消灭。债权人免除债务人全部债务的，债务人的全部债务消灭，有债权证书的，债务人可以请求债权人返还债权证书；债权人免除债务人部分债务的，债务人的部分债务消灭。主债务因免除而消灭的，从债务也随之消灭。保证债务的免除不影响被担保债务的存在，而被担保债务的免除则使保证债务也消灭。

3) 抵销

抵销，是指二人互负债务时，各以其债权充当债务的清偿，而使其债务与对方的债务在对等额内相互消灭。抵销债务，也就是抵销债权。用于抵销的债权，又被称为主动债权或能动债权，是抵销权人的债权；被抵销的对方当事人的债权，又被称为被动债权或反对债权，是被抵销人的债权。

抵销可分为法定抵销与合意抵销。法定抵销是指在具备法律所规定的条件时，依当事人一方的意思表示所做出的抵销。我们通常所说的抵销就是指法定抵销。《合同法》规定：当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者期限。而合意抵销是指根据当事人双方意思表示的一致所做出的抵销，又称为契约抵销。《合同法》规定，当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。合意抵销对于标的物的种类、品质没有特别要求，对于双方所负债务的履行期限是否届满也无要求，只要不违背法律强制性规定和禁止性规定，原则上都可以进行合意抵销。

抵销会发生如下效力。

(1) 双方当事人所负债务全部或者部分消灭。双方债务数额相等的，自抵销后双方的债权债务全部消灭；双方的债务数额不等的，自抵销后数额少的一方的债务全部消灭，另一方的债务在与对方所负债务相等的数额内消灭，其余部分仍然存在，债务人对剩余部分的债务仍负有清偿责任。

(2) 因抵销使双方所负债务发生的消灭为绝对消灭。除法律另有规定外，任何人不得主张撤销抵销。若对已抵销的债务进行清偿，则将发生不当得利。



(3) 抵销具有溯及效力。尽管我国法律并没有明确规定抵销的溯及力，但通常认为抵销具有溯及力。具体而言，债务自被抵销时即消灭，不再发生利息债务；自债务被抵销时起，当事人之间不再发生迟延履行责任；自债务抵销发生后，就一方当事人所发生的损害赔偿及违约金责任，因抵销的溯及力而归于消灭。

4) 混同

混同是指债权与债务同归于一人，从而使借贷合同的法律关系发生消灭的事实。在法律层面上，广义的混同包括权利与权利的混同、义务与义务的混同和权利与义务的混同；而狭义的混同，仅指权利与义务的混同。本书在此所讲的混同为狭义的混同。

债权债务的混同，由债权或债务的承受而产生。其承受包括概括承受与特定承受两种。

概括承受是发生混同的主要原因，例如，债权人继承债务人的财产、债务人继承债权人的财产、企业合并、营业的概括承受等。在企业合并场合，合并前的两个企业之间有债权债务时，企业合并后，债权债务因同归一个企业而消灭。

特定承受，是指债务人自债权人受让债权，或者债权人承担债务人的债务时，因而发生的混同。例如，债务人从债权人处受让债权，债权债务就因同归于一人而发生混同。

债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。因此，混同的效力是导致借贷合同关系发生绝对消灭，并且主债消灭，从债也随之消灭，即利息债权、违约金债权、担保债权等从权利随主权利一同消灭。但在涉及第三人利益的情形下，为保护第三人的利益，即便发生混同，债权债务关系也不能消灭。

5) 提存

提存，是指由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时，债务人将该标的物交给提存机关而消灭债务的制度。

《合同法》第一百零一条规定，有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：①债权人无正当理由拒绝受领；②债权人下落不明；③债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；④法律规定的其他情形；⑤数人就同一债权主张权利，债权人一时无法确定，致使债务人一时难以履行债务。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

因提存涉及三方当事人及三方面的法律关系，因而提存在不同的当事人之间产生不同的效力。

(1) 就债务人与债权人之间的效力而言，债务人在将标的物提存后，无论债权人受领与否，均依法发生债消灭的效力，债务人不再负清偿责任；提存物的所有权转归于债权人，标的物毁损、灭失的风险由债权人承担；提存期间，标的物的孳息归债权人所有。

(2) 就提存人与提存机关之间的效力而言，提存机关有保管提存标的物的权利和义务。提存机关应采取适当的方法妥善保管提存标的物。提存人可以凭法院的判决、裁定或者所提存之债已经清偿的公证证明，取回提存物。提存受领人以书面形式向提存机关表示抛弃提存物的，提存人可以取回提存物，但应负担提存费用，提存人未支付提存费用前，提存机关有权留置价值相当的提存标的。

(3) 就提存机关与提存受领人之间的效力而言，债权人可随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或提供担保前，提存机关根据债务人的要

求应拒绝其领取提取物。债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。提存机关未按法定或者当事人约定条件给付提存标的物，给当事人造成损失的，提存机关应负赔偿责任。此外，标的物在提存后，其意外灭失的风险责任由债权人承担，因而在提存后因不可归责于提存机关的原因致使提存标的物毁损灭失的，提存机关不负赔偿责任，但如果由于提存机关的故意或者重大过失所致，债权人有权请求提存机关进行赔偿。

3.3 借贷合同的违约责任

3.3.1 借贷合同违约责任的法律特征和构成要件

借贷合同的违约责任又称为违反借贷合同的民事责任，是指借贷合同的当事人未履行借贷合同义务或者未按约定履行借贷合同义务时所应当承担的民事责任。

1. 法律特征

借贷合同违约责任具有以下三个法律特征。

(1) 违约责任具有任意性。违约行为的发生在借贷合同订立时具有不确定性，因此合同当事人可以在法律允许范围内，对当事人的违约责任做出事先安排，例如，可事先约定违约金的数额或幅度，事先确定损害赔偿的数额或计算方法。

(2) 违约责任是基于借贷合同当事人之间的合同关系所产生的民事责任。这是违约责任不同于其他民事责任的重要特征，即合同责任的发生是以合同有效成立为条件；而同样作为民事责任的侵权责任，其发生不以加害人与受害人之间存在合同关系为条件。

(3) 违约责任是财产责任。之所以说违约责任是财产责任，是因为违约责任具有经济内容，即当借贷合同一方当事人未履行或者未按约定履行合同义务时，将受到以经济利益为内容的违约责任的处罚。支付违约金和进行损害赔偿是常见的违约责任承担形式。

2. 构成条件

我国借贷合同采用的是严格责任。在严格责任的原则下，无论当事人主观是否故意、行为是否存在过错，一旦当事人发生违约行为，便应当承担违约责任；有免责事由的除外。因此，借贷合同违约责任的构成要件主要为违约行为和无免责事由。

违约行为是指借贷合同当事人不履行或者不完全履行借贷合同义务的客观事实。不履行借贷合同是指当事人根本没有按照合同约定的条款履行合同义务；不完全履行借贷合同是指当事人对借贷合同约定的义务只是部分履行，而没有履行所有约定的全部义务。借贷合同关系的有效存在是违约行为发生的前提。违约行为是构成违约责任最重要的条件，一旦发生违约行为即存在违约责任。

仅有违约行为这一积极要件还不足以构成违约责任，违约责任的构成还需要具备另一消极要件——不存在法定和约定的免责事由。《合同法》中规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，可以部分或全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。其中不可抗力就是最为常见的法定免责事由。除



法定的免责事由外，当事人还可以自行约定合法的、不违反社会公共利益的免责事由。

3.3.2 借贷合同违约责任的形态

根据违约行为发生的时间不同，违约责任的形态可分为预期违约和实际违约。

1. 预期违约

预期违约，也称先期违约、事先违约和预期毁约，是指在借贷合同规定的履行期到来之前，一方虽无正当理由但明确表示其在履行期到来后将不履行合同，或者其行为表明在履行期到来后将不可能履行合同。

1) 预期违约的分类

预期违约分为明示毁约和默示毁约两种，二者的构成要件各不相同。

(1) 明示毁约，是指当事人一方明确表示其将不再履行合同的主要义务。其构成要件包括如下四个方面。

① 毁约方必须是在借贷合同履行期到来以前，做出拒绝履行义务的表示。

② 违约方必须明确肯定地向对方提出违约的表示。违约方的自愿、肯定地提出将不履行合同的主要债务时，构成预期违约。有人认为，由于违约方在做出违约的表示后，另一方应向对方发出一种要求对方撤回违约表示的催告，才能证实对方的表示为最终的表示，从而确定其是否构成提前违约，这种方式有一定道理。但按新《合同法》的规定，只要违约方做出违约的表示是明确肯定的，就构成预期违约，而不必等受害人催告其是否有意撤回。

③ 毁约方表示的内容必须是不履行借贷合同的主要义务。毁约方既可以是直接拒绝履行借款合同义务，也可以是以其他借口拒绝履行借贷合同义务。

④ 明示预期违约无正当理由。在审判实践中，债务人做出预期违约的表示，常辅以各种理由和借口，这就需要准确地分析这些理由是否构成正当理由。这些正当理由主要包括：债务人享有法定的解除权；合同具有无效或不成立因素；合同债务人因显失公平或欺诈而享有撤销权；有权被免除义务因素，如因不可抗力致合同不能履行等，只有在没有正当理由的情况下明确表示不履行合同，才构成预期违约。

(2) 默示毁约，是指当事人一方有足够的证据表明对方将不履行或不能履行借贷合同的主要义务，而对方当事人又未提供必要担保。

默示毁约的构成要件主要包括三个方面。

① 当事人一方预见另一方在履行期到来时，将不履行或不能履行借贷合同的主要义务。其中，预见是指当事人一方根据另一方的行为或资产情况所做出的合理判断。根据《合同法》中的规定，判断的主要依据包括：经营状况严重恶化，为逃避债务而转移财产、抽逃资金，丧失商业信誉等。

② 当事人一方有确凿的证据对自己的预见加以证明。当事人一方的预见不足以表明对方违约，因而主张对方毁约的当事人一方必须提供确凿的证据来证明自己判断的恰当性、合理性与可靠性。

③ 被认为存在预期违约可能的当事人一方不能在合理期限内提供充分的担保。当事

人一方认为另一方将不履行其借贷合同义务的，必须通知对方并要求其提供相应担保，若对方当事人在合理期限内未提供担保，主张存在预期违约的当事人才可以要求对方承担违约责任。

2) 预期违约责任的承担

预期违约行为是违约行为的一种形式，因此债务人在发生预期违约行为时便应承担由此产生的违约责任。未违约方可以在履行期满前直接要求违约方实际履行借贷合同中的义务或承担违约责任，也可以在履行期届满后要求违约方实际履行借贷合同中的义务或承担违约责任。

2. 实际违约

在借贷合同中，实际违约是指在合同履行期限到来以后，当事人不履行或不完全履行合同义务的行为。主要包括以下几种违约行为。

1) 拒绝履行

拒绝履行，又被称为履行拒绝、给付拒绝，是指履行期届满时，债务人无正当理由表示不履行借贷合同义务的行为。

拒绝履行的构成包括以下几个要件。

- ① 以合法有效的借贷合同存在为前提。
- ② 必须有拒绝履行的意思表示。该意思表示可以采用明示或默示的形式。
- ③ 债务人在履行期到来后才做出拒绝履行的意思表示。如果债务人拒绝履行的意思表示是在履行期到来前做出，则属于预期违约的范畴。
- ④ 该拒绝履行行为必须无正当理由。

2) 迟延履行

迟延履行(也称延迟履行)是指合同当事人的履行违反了履行期限的规定。履行迟延在广义上包括给付迟延(债务人的迟延)和受领迟延(债权人的迟延)，狭义上是指债务人的给付迟延。

迟延履行的构成包括以下几个要件。

- ① 它是以合法有效的借贷合同存在为前提的。
- ② 该借贷合同义务的履行是可能的。
- ③ 债务人违反了履行期限的规定。判断合同义务的履行是否迟延主要标准是债务人履行债务是否超过了履行期限，超过履行期限的才能构成迟延履行。
- ④ 履行期届满，债务人没有履行债务。在债务人仅履行了部分借贷合同债务的情况下，则可能构成合同部分履行、部分迟延履行。
- ⑤ 该迟延履行行为必须无正当理由。

3) 不完全履行

不完全履行，又被称为不完全给付、不当履行，是指债务人虽然以履行借贷合同的意思向债权人进行给付，但其给付行为不符合借贷合同中的相关约定。不完全履行主要包括存在数量瑕疵、质量瑕疵、履行地点不当和履行方法不当等行为。

- (1) 不完全履行的构成包括以下几个要件。



① 必须有给付行为。不完全履行是部分给付，若不存在给付行为则构成拒绝履行或迟延履行。

② 该不完全履行行为不符合借贷合同的约定或法律的规定。

③ 该不完全履行行为可归因于债务人。

(2) 部分履行是指合同虽然履行，但履行不符合数量的规定，即履行在数量上存在不足。部分履行的构成包括以下几个要件。

① 须有履行行为。不完全履行的基本条件就是债务人有履行债务的行为，如果没有履行行为，则可能构成履行不能，而不会构成不完全履行。还需注意的是，债务人的履行行为，是指以履行债务为意思的行为；与履行债务无关的行为造成债权人损害的，不属于加害给付，属于一般的侵权行为。

② 须债务人的履行不完全合乎债务的内容。债务人履行债务应以满足债权人的利益为目的，同时债务人的履行行为也不能给债权人带来损害。

③ 须可归责于债务人。可归责于债务人，是指债务人对其履行债务所造成的对于债权人的损害，未尽相当的注意。

④ 须债务人无免责事由。如果债务人履行不符合债务本旨，是不可抗力所致，则债务人并不负不完全履行的责任。此外，如果当事人对不完全履行存有有效的约定的免责条款，也可以不负不完全履行的责任。

根据《合同法》第一百一十一条规定，不适当履行是指当事人交易的标的物不符合合同规定的质量要求，也就是说履行具有瑕疵。

3.3.3 借贷合同违约责任的具体形式

借贷合同违约责任的具体形式是指违约方违反借贷合同中的约定所应当承担的违约责任的各种具体形式。其主要包括实际履行、违约金、损失赔偿等形式。

1. 实际履行

实际履行，也称继续履行、强制实际履行或特定履行，实际履行是指在一方违反合同时，另一方有权要求其依据合同的规定继续履行的补救方式。

1) 实际履行的种类

实际履行包括金钱债务违约的实际履行和非金钱债务违约的实际履行。非金钱债务通常表现为提供货物、提供劳务或完成工作，与金钱债务相比其债务标的往往更具有特定性和不可替代性，所以非金钱债务的履行更加强调实际履行原则。

而借贷合同中的实际履行属于金钱债务违约的实际履行。金钱债务又叫货币债务。当事人未履行金钱债务的违约行为主要包括完全未支付价款或报酬、不完全支付价款或者报酬两种情形。由于金钱是具有可代替性的种类物，不存在无法履行的问题，因此无论当事人违约行为的形态如何，未违约方都拥有要求违约方支付相应价款或报酬的权利。

2) 实际履行与其他责任形式的关系

实际履行可以与违约金、赔偿损失、定金罚则并用，但不能与解除合同并用。因为解除合同将导致借贷合同的债权债务关系不复存在，债务人也无须履行合同义务，所以解除

合同与实际履行是完全对立的补救方法，两者不能并用。

2. 违约金

违约金是指不履行或者不完全履行借贷合同义务的违约方按照借贷合同中约定，支付给未违约方一定数量的金钱赔偿。

1) 违约金的种类

(1) 根据产生的原因不同，违约金可以分为约定违约金和法定违约金。约定违约金是指合同双方当事人在借贷合同中约定的违约金。当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付违约金的固定数额，也可以约定因违约行为所产生的损失赔偿额的计算方法。法定违约金是指由法律直接规定的违约金。

(2) 根据性质不同，违约金可分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。惩罚性违约金是根据借贷合同约定或法律规定由违约方支付一定数额的款项，作为对违约行为的惩罚。而赔偿性违约金是合同双方在订立借贷合同时预先估计的损害赔偿总额，违约方在承担违约金责任后，不再承担实际履行或损害赔偿等违约责任。

2) 对违约金责任的限制

对违约金的约定是合同自由的体现，但合同自由并不是绝对的，为了维护双方利益的平衡，法律对违约金责任做出了必要的限制。《合同法》第一百一十四条第二款的规定，约定的违约金低于所造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于所造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。在实践中多数法院所认定的“过分高于”比例界限为 30%，即当事人约定的违约金超过造成损失的 30%的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

3) 违约金与其他责任形式的关系

通常情况下，违约金与实际履行可以并用。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金，还应当履行债务。实际履行原则旨在实现当事人订立合同的目的，当事人不可以以承担违约金来拒绝实际履行。

承担违约金责任与解除合同不存在冲突，当一方已有违约行为时，即使合同被解除，也应承担违约金责任。

3. 损害赔偿

损害赔偿是指合同当事人由于不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成财产上的损失时，由违约方以其财产赔偿对方所蒙受的财产损失的一种违约责任形式。赔偿损失是世界各国一致认可的也是最重要的一种违约救济方法。它不仅适用于违约责任，也适用于侵权行为及其他一些民事违法行为所造成的损失；不仅适用于有效合同的违约行为，也适用于无效合同所造成的损害赔偿。

1) 损害赔偿的种类

损害赔偿主要有以下几种类型。

(1) 约定损害赔偿和法定损害赔偿。约定损害赔偿是指在合同当事人订立合同时预先对因一方违约造成损失的赔偿额的计算方法进行约定。法定损害赔偿是指合同当事人一方违约时，对于给未违约方所造成的损失，直接根据法律的规定来确定损害赔偿的数额。



(2) 信赖利益的赔偿与期待利益的赔偿。英美法系合同中常对赔偿作此类划分。所谓期待利益，主要是指交易的损失，即主要通过金钱赔偿使未违约方处于合同得以履行后所处的状态。信赖利益赔偿主要是涉及对实际支付费用的赔偿。即通过金钱赔偿使未违约处于合同订立前的状态，例如当事人撤销要约，它应赔偿对方当事人准备履行合同而支付的合理费用。

(3) 直接损失赔偿和间接损失赔偿。关于直接损失与间接损失的划分一般采用的标准是根据损害与违约行为之间的因果关系来区分。如果损害是由违约行为直接引起的，并没有其他因素介入，则属于直接损失；如果损害并不是因违约行为直接引起的，而是违约行为和所介入的其他因素共同作用的结果，则属于间接损失。

2) 确定赔偿的原则

确定赔偿通常需要遵循以下原则。

(1) 完全赔偿原则。它是指违约方应赔偿未违约方因自己的违约行为而遭受的全部损失。违约方赔偿的范围包括积极损失和消极损失。积极损失是指未违约方因对方的违约行为所遭受的现实财产的减少，而消极损失是指未违约方因合同履行应当得到而未得到的利益。完全赔偿原则是对受损失方的利益所提供的全面且充分的保护。

(2) 合理预见原则。合理预见原则，又称为可预见性原则，是指违约方所承担的赔偿责任范围不得超过他在订立合同时可以预见的损失范围。我国《合同法》中规定，损失赔偿不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。对违约方能否预见进行判断采用主观和客观相结合的标准，即通常以处于类似情形下合理人的预见能力为标准，并结合合同当事人的具体情况做出综合性的判断。

(3) 减轻损害原则。即采取适当措施避免损失扩大的原则，是指在一方违约行为发生并造成损害后，未违约方必须采取合理措施以防止损害的扩大；否则受害人应对扩大的损害承担责任，违约方也有权请求从损害赔偿金额中扣除本可避免的损害部分。这一原则要求未违约方负有减轻损害的义务，并以此对违约方的赔偿责任进行限制。《合同法》中规定，当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，未违约方不得就扩大的损失要求赔偿。

3) 损失赔偿与其他责任形式的关系

损失赔偿与其他责任形式的关系主要体现在以下三个方面。

(1) 损失赔偿与实际履行。实际履行与损失赔偿可以并用。实际履行是实现合同目的的有效方式，但在实际履行之前未违约方可能早已受到损失，而这一部分损失是实际履行方式所难以救济的，此时便需要采取损失赔偿方式对未违约方所遭受的损害提供补偿。

(2) 损失赔偿与解除合同。解除合同与损害赔偿可以并用。解除合同使双方之间的权利义务关系终止，但它并不影响当事人请求对方赔偿其因合同解除而受到的各种损失，即这一部分损失可以通过损失赔偿获得补偿。

(3) 损失赔偿与违约金。损失赔偿与违约金可以并用。违约金可视为约定的损害赔偿，如果违约金不足以弥补未违约方的损失，那么未违约方仍可以请求违约方赔偿其剩余的损失。但值得注意的是，违约金的适用并不以损害发生为必要条件。

3.3.4 借款合同违约责任的免责事由

借款合同违约责任的免责事由是指法律规定或者借贷合同中约定的当事人对其不履行或者不适用履行借贷合同的行为免于承担违约责任的条件。它通常包括不可抗力、债权人过错和免责条款。

1. 不可抗力

不可抗力是当事人不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况。换言之，不可抗力是当事人不可抗拒的外来力量，是不受当事人意志左右、支配的自然现象或社会现象。

1) 不可抗力的特征

不可抗力具有如下几个特征。

(1) 不可抗力是当事人不能控制的事件。对于不可抗力是否发生、何时发生和发生后的影响后果，当事人都无法进行控制，即该事件的发生不为当事人的意志所左右。

(2) 不可抗力具有客观性和外在性。虽然当事人可以约定不可抗力的范围，但不可抗力仍是独立于当事人意志和行为以外的客观事件。

(3) 不可抗力是当事人不能预见的事件。当事人订立借贷合同时不能预见不可抗力事件将会发生，因此这也是构成不可抗力的主观要件。对可预见性的判断应以合理人的注意标准来衡量，只要尽到了合理的注意义务仍不能预见，便符合不可抗力的主观要件。

2) 不可抗力事件的范围

能够构成不可抗力事件繁多，因此在法律中无法对不可抗力的范围进行明确规定。但当事人之间可以在借贷合同订立时约定不可抗力条款，进而将法律对不可抗力的规定具体化。当事人在借贷合同中没有约定不可抗力条款的，法院可以根据事实情况对是否构成不可抗力做出约定。

可以构成不可抗力事件通常包括以下几种。

(1) 自然灾害。我国法律认为自然灾害是典型的不可抗力。尽管随着科学技术的进步，人类已不断提高了对自然灾害的预见能力，但自然灾害仍频繁发生并影响人们的生产和生活，阻碍合同的履行。所以，我国法律将自然灾害作为不可抗力是合理的。因自然灾害导致合同不能履行的，应使当事人被免除责任。

(2) 政府行为。指当事人在订立合同以后，政府当局颁发新政策、法律和行政措施而导致合同不能履行。如订立合同以后，由于政府颁布禁运的法律，使某些运输合同不能履行。

(3) 社会异常事件。主要是指一些偶发事件阻碍合同的履行，如罢工、骚乱等。这些行为既不是自然事件，也不是政府行为，而是社会中人为的行为，但对于合同当事人来说，在订约时是不可预见的，因此也可以成为不可抗力的事件。

3) 不可抗力对责任承担的影响

不可抗力导致借贷合同全部不能履行的，发生违约行为的一方可以全部免责；导致借贷合同部分不能履行的，发生违约行为的一方就该部分合同义务的履行免责；导致借贷合同不能如期履行的，发生违约行为的一方就该迟延履行免责，但当事人迟延履行后发生不可抗力的，则不能免除责任。主张因不可抗力免责的一方当事人承担举证责任。



为避免对方当事人因由不可抗力所引发的违约行为遭受不必要的损失，主张因不可抗力免责的一方当事人同时负有通知义务。对方当事人在接到通知后，应积极采取措施减少或避免损害。

2. 免责条款

免责条款是指借贷合同当事人约定的排除或者限制其将来可能发生的违约责任的条款。基于意思自治原则，民事主体可以依法放弃民事权利，免除他人的民事义务和民事责任。因此，当事人在订立借贷合同时，当事人可以通过协商约定具体的免责条款。若当事人的违约行为属于免责条款约定的情形，则其无须承担违约责任。

但是，并非所有的免责条款都受法律保护。我国《合同法》中规定，合同中的免除造成对方人身伤害、因故意或者重大过失造成对方财产损失的违约责任的免责条款无效，当事人对此类损害仍应当承担赔偿责任。



3.4

民间借贷合同效力及表现形态

3.4.1 民间借贷

1. 民间借贷的界定和表现形式

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，不属于民间借贷。

换言之，民间借贷是指不以金融机构为中介的直接融资，是在社会活动中自发形成的民间信用。民间借贷通常没有金融机构介入，且多发生于相互熟识的个体之间，借贷利率也具有很大的随意性。

最新的民间借贷司法解释——《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》已于2015年6月23日由最高人民法院审判委员会第1655次会议通过，并自2015年9月1日起施行。

按照借款用途的不同，民间借贷合同可以分为互助式借贷和商业式借贷。互助式借贷的借款人进行借款是为满足生产、生活的需要；而商业式借贷则是为满足企业运转或获得更高的收益。互助式借贷以互助互利为目的，而商业式借贷强调资金收益。

随着民间借贷的不断发展，出现了互助式借贷逐渐向商业式借贷发展的趋势。出现这一趋势的主要原因在于中小企业融资渠道的有限。在无担保或担保能力弱的情况下，众多中小企业难以通过传统融资渠道进行融资，进而催生出更多的民间借贷需求。日益突出的中小企业融资难问题使得民间借贷规模日益扩大，借贷利率不断提高，民间借贷的人缘性、地缘性特征弱化，传统民间借贷的信息对称性相对减弱，进而使违约的机会成本降低。

2. 民间借贷案件的受理与管辖

(1) 民间借贷属于合同纠纷，但是当事人之间往往没有书面借款合同，因此借据、收

据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据可以作为证明借贷关系的证据。如果当事人持有的借据、收据、欠条等债权凭证没有载明债权人，仍可以提起诉讼，但被告对原告的债权人资格提出有事实依据的抗辩，人民法院经审理认为原告不具有债权人资格的，裁定驳回起诉。

(2) 在管辖问题上，如果借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明确，事后未达成补充协议，按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的，以接受货币一方所在地为合同履行地。

3.4.2 民间借贷合同

民间借贷合同，是指自然人之间、自然人与非金融机构法人、其他组织之间，为了生活或生产的需要，双方达成合意签订的，由贷款人提供货币给借款人，由借款人到期返还贷款人借款并支付一定利息(自然人之间借款未约定利息的除外)的合同。^①

民间借贷合同的主体包括自然人、非金融机构、其他组织。而依照法律规定，签订民间借贷合同的主体是否具备法律资格涉及民间借贷合同是否生效的问题。我国法律规定：

① 除涉及非法集资、集资诈骗、非法金融贷款的民间借贷合同按无效处理，自然人与非金融企业之间可以建立有效的民间借贷法律关系。

② 具有营业执照的其他组织与自然人之间可以建立有效的民间借贷法律关系。

③ 非金融企业、具有营业执照的其他组织之间可以建立有效的民间借贷法律关系。

④ 自然人之间可以建立有效的民间借贷法律关系。

1. 民间借贷合同的界定

民间借贷合同的标的是货币的给付行为，而货币给付行为中又蕴含着合同内容中的债权债务关系。在民间借贷合同中，通常包含着借贷资金的本金和利息两方面的货币给付行为，本金之债和利息之债又共同形成民间借贷合同的债权债务关系。

民间借贷合同的标的物为货币，包括人民币、外币、国债等有价证券。其中有价证券是持有人持有的能代表一定收入的权利凭证，它本身没价值，但有交换价值。股票、债券、基金份额、汇票、银行本票、支票、货单和仓单等均属于有价证券。

2. 民间借贷合同的分类

根据民间借贷合同的主体、成立要件和合同标的可以对不同类型的民间借贷合同进行划分。

根据民间借贷合同的主体不同，可将民间借贷合同划分为：企业之间的民间借贷合同、企业与自然人之间的民间借贷合同和自然人之间的民间借贷合同。

根据合同是否以当事人双方意思表示一致和物的转移为成立要件，可将民间借贷合同划分为实践性合同和诺成性合同。依照《合同法》第二百一十条中的规定，非自然人之间

^① 诸葛萼. 民间金融：基于温州的探索[M]. 北京：中国经济出版社，2007：200.



签订的合同自合同成立时生效，为诺成性合同；自然人之间签订的合同自提供借款(实际交付)时成立，为实践性合同。

根据合同相对人之间的相互依存程度的高低和是否互为给付为标准，可将民间借贷合同划分为单务合同、双务合同。我国《合同法》第一百九十六条、第二百一十一条中规定，自然人之间签订的未约定利息的借贷合同为单务合同；非自然人之间的民间借贷合同为双务合同。在民间借贷合同中，主体一方为非金融企业、其他组织的，多数以生产经营为目的，属于商业式借款，借款人向贷款人给付利息促进融资，符合市场规律；主体双方为自然人的，多数以生活互利为目的，属于互助式借款，当事人可选择约定不以给付利息为对价。

区分单务合同和双务合同的意义在于，在合同被撤销或认定合同无效的情况下，对这两种合同的处理结果不同：在不以给付利息为对价的自然人之间借贷合同中，双方当事人之间相互依存程度较低，过失方通常并不承担以信赖利益保护为基础的缔约过失责任；而在给付利息的借贷合同中，合同相对人相互依赖程度高，过失方需承担缔约过失责任。因此，在双务合同中因合同不成立或效力缺陷给过失方所带来的对信赖利益的损害赔偿程度相对较高。

3. 民间借贷合同的效力

1) 民间借贷合同的生效要件

我国 2015 年新出台的《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《规定》)中第九条规定：具有下列情形之一，可以视为具备《合同法》第二百一十条关于自然人之间借款合同的生效要件。

- ① 以现金支付的，自借款人收到借款时；
- ② 以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的，自资金到达借款人账户时；
- ③ 以票据交付的，自借款人依法取得票据权利时；
- ④ 出借人将特定资金账户支配权授权给借款人的，自借款人取得对该账户实际支配权时；
- ⑤ 出借人以与借款人约定的以其他方式提供借款并实际履行完成时。

2) 民间借贷合同的生效

《规定》中第十条明确规定，除自然人之间的借款合同外，当事人主张民间借贷合同自合同成立时生效的，人民法院应予支持，但当事人另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。

《规定》中第十一条明确规定，法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

【相关链接】《合同法》第五十二条所规定的情形包括：

- (1) 一方以欺诈、胁迫手段订立合同，损害国家利益；
- (2) 恶意串通、损害国家、集体或者第三人利益；

- (3) 以合法形式掩盖非法目的;
- (4) 损害社会公共利益;
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。本《规定》的第十四条在下文中介绍。

《规定》中第十二条明确规定,法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金,用于本单位生产、经营,且不存在《合同法》第五十二条、本规定第十四条规定的情形,当事人主张民间借贷合同有效的,人民法院应予支持。

《规定》中第十三条明确规定:

借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪,或者已经生效的判决认定构成犯罪,当事人提起民事诉讼的,民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据《合同法》第五十二条、本《规定》第十四条的规定,认定民间借贷合同的效力。

担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由,主张不承担民事责任的,人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度,依法确定担保人的民事责任。

3) 民间借贷合同的无效

《规定》中第十四条明确规定:

(1) 法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同,原则上有效,除非存在如下情形之一。

- ① 存在《合同法》第五十二条规定的无效情形(参考前文);
- ② 套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人,且借款人事先知道或者应当知道的;
- ③ 以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利,且借款人事先知道或者应当知道的;
- ④ 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的;
- ⑤ 违背社会公序良俗的;
- ⑥ 其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

(2) 法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金,用于本单位生产、经营签订的民间借贷合同,其效力与第(1)款作相同处理。

(3) 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪,或者已经生效的判决认定构成犯罪,当事人提起民事诉讼的,民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据 A 情形中的规则认定民间借贷合同的效力。担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由,主张不承担民事责任的,人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度,依法确定担保人的民事责任。

4) 当事人的举证责任

《规定》中第十五条明确规定,原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼,被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉,并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的,人民法院应当依据查明的案件事实,按照基础法律关系审理。但当事人通过调解、和解或者清算达成的债权债务协议的除外。

《规定》中第十六条明确规定:

原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩已经偿还借



款，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能做出合理说明，人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。

《规定》中第十七条明确规定，原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

《规定》中第十八条明确规定，根据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百七十四条第二款的规定，负有举证证明责任的原告无正当理由拒不到庭，经审查现有证据无法确认借贷行为、借贷金额、支付方式等案件主要事实，人民法院对其主张的事实不予认定。

5) 保证人的保证责任

《规定》中第二十一条明确规定，他人在借据、收据、欠条等债权凭证或者借款合同上签字或者盖章，但未表明其保证人身份或者承担保证责任，或者通过其他事实不能推定其为保证人，出借人请求其承担保证责任的，人民法院不予支持。

6) 互联网借贷平台的法律责任

《规定》中第二十二条明确规定，借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系，网络贷款平台的提供者仅提供媒介服务，不承担担保责任。网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保的，网络贷款平台的提供者应当承担担保责任。

7) 法定代表人在民间借贷合同中的责任

《规定》中第二十三条明确规定：

企业法定代表人(或者负责人)以企业名义与出借人签订民间借贷合同，出借人、企业或者其股东能够证明所借款项用于企业法定代表人(或者负责人)个人使用，出借人可以要求将企业法定代表人(或者负责人)列为共同被告或者第三人。

企业法定代表人(或者负责人)以个人名义与出借人签订民间借贷合同，所借款项用于企业生产经营，出借人可以请求企业与企业个人共同承担责任。

8) 民间借贷与买卖合同混合时的处理规则

《规定》中第二十四条明确规定：

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，人民法院裁定驳回起诉。

按照民间借贷法律关系审理做出的判决生效后，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。

9) 民间借贷的利息与利率

《规定》中第二十五条明确规定：

借贷双方没有约定利息，出借人不得主张支付借期内的利息。

除自然人之间借贷外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。

关于利率的约定，《规定》中第二十六条明确规定：

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。

《规定》中第二十七条明确规定，借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。

《规定》中第二十八条明确规定：

借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率 24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率 24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。

借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率 24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。

关于逾期利率，《规定》中第二十九条明确规定：

借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24%为限。

借贷双方未约定逾期利率或者约定不明的，应区分不同情况处理。

① 既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率 6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；

② 约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

关于逾期利率与其他违约责任的竞合，《规定》中第三十条明确规定：

出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24%的部分，人民法院不予支持。

10) 其他相关条款

根据《规定》中第三十一条规定，没有约定利息但借款人自愿支付，或者超过约定的利率自愿支付利息或违约金，且没有损害国家、集体和第三人利益，借款人又以不当得利为由要求出借人返还的，人民法院不予支持，但借款人要求返还超过年利率 36%部分的利息除外。

根据《规定》中第三十二条规定，借款人可以提前偿还借款，但当事人另有约定的除外。借款人提前偿还借款并主张按照实际借款期间计算利息的，人民法院应予支持。



3.4.3 民间借贷合同的成立和生效的区别

合同的成立是合同生效的前提。

自当事人意思表示一致时，合同即成立。而合同生效则是指合同具备生效要件，已成立且能够发生法律效力；合同成立强调合同当事人之间达成意思合意，而合同生效则强调国家权力能够对合同行为的干预。

民间借贷合同的成立与生效的所需进行的区分主要表现在以下三个方面。

(1) 借据是民间借贷合同成立的证据还是民间借贷合同生效证据。

在民间借贷合同中，通常以借款人向贷款人签立借据来证明当事人之间资金借贷关系。通常需要通过借据上载明的文字和借款主体以及借款标的额大小的认定来判断结局是否能够证明当事人之间民间借贷关系已经产生法律效力。

若借据上有“收到款项”，“借到款项”，“已收到款项”等语句表述，即表明该借据具有收条的性质，是在贷款人已将款项交付给借款人之后订立的，相关款项已经实际交付，此时借据能够直接证明该民间借贷合同已经生效。

在非自然人之间的民间借贷合同中，借据中载明付款时间和交付方式，即可直接作为合同生效的证据。但在自然人之间的民间借贷关系中，借据明确约定自借据出具之日起一定期限后付款并约定届时具体的交付方式，则说明相关款项尚未交付，鉴于自然人之间的民间借贷合同自款项实际交付时合同生效，因此此时借据并不能证明合同已经具有法律效力。

在具体实际的司法实践中，在自然人之间签订民间借贷合同所涉及合同标的额较大的情况下，若该合同约定贷款人将相关款项以现金方式而非转账方式交付的，法院还要求贷款人另行出具证据，来证明其自身的经济实力、交易习惯，从而对该民间借贷合同是否生效做出判定。

(2) 自然人之间签订的民间借贷合同，在相关款项尚未实际交付的情况下，合同是否已经成立。

自然人之间的民间借贷合同作为实践性合同，其生效条件包括当事人双方意思表示一致且发生物的转移或处分。所以，订立民间借贷合同(即提供借款)不是自然人之间民间借贷合同的生效要件，但应当是该民间借贷合同的成立要件。其中，借款的提供也并不一定采用要式合同中所要求的符合相关法律规定的合同形式。

将借款的提供作为合同成立要件，其最大的意义在于当自然人之间订立的民间借贷合同是不以利息为对价的单务合同时，在做出向借款人提供借款的承诺后，在实际交付相关款项前，贷款人若发生反悔，允许其撤销其订立民间借贷合同的法律行为。通常情况下，在不以给付利息为对价的自然人之间借贷合同中，由于双方当事人之间相互依存程度低，因此允许贷款人不承担以信赖利益保护为基础的缔约过失责任。

(3) 对自然人之间的民间借贷合同中款项的交付行为的确定。

在自然人之间的民间借贷合同中，以现金交付和通过网络转账的款项交付方式最为常见。在现金交付方式中，通常以实际交付相关款项的行为发生为准。而在以转账为交付方式的情况下，则需要考虑相关款项是否已经到达借款人能控制的范围内。

如在通过第三人作为介绍人(信用中介)介绍贷款人将款项借给借款人的情况下，贷款人将相关款项转账到借款人银行卡上，存在第三人使用这一款项的可能，因此也就需要结

合具体情况对款项的实际使用者做出判定,判定到底应由介绍人还是借款人来承担相应的还款责任。在通常情况下,由第三人作为介绍人介绍贷款人将款项借给借款人,视为此时借贷双方即达成借贷合意,而贷款人将相关款项转账到借款人银行卡上时,视为贷款人已经履行了相关款项的交付义务,推定贷款人已将款项交付到贷款人实际能控制的范围内,即认定此时资金借贷关系成立。借款人如果对合同效力有反对意见应承担相应的举证责任。

3.4.4 未生效的民间借贷合同

1. 未办理登记、批准的民间借贷合同

我国《合同法解释(一)》第九条规定:依照合同法第四十四条第二款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。

【相关链接】《合同法》第四十四条第二款:法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。

我国《合同法解释(二)》第八条规定:依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后,有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的,属于合同法第四十二条第(三)项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”,人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求,判决相对人自己办理有关手续;对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失,应当承担损害赔偿责任。

【相关链接】《合同法》第四十二条:当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

- (一) 假借订立合同,恶意进行磋商;
- (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

从中我们可以看出,登记和批准是不是合同生效要件,应当分情况进行区分。如果直接规定登记、批准是该合同的生效要件,则未办理登记、批准的合同未生效,应当承担相应的缔约过失责任。如果没有直接规定登记、批准是该合同的生效要件,则需要进一步判断。如果该合同应当办理批准手续但未办理,则该合同尚未生效,负有办理批准手续义务的一方应当承担相应的缔约过失责任;如果该合同应当办理登记手续但未办理,则合同效力并不受到影响,因为此时的登记手续作为物权公示方式,仅起到对抗善意第三人的作用,负有办理登记手续义务的一方应当承担违约责任。当登记和批准未被直接规定为生效要件时,对二者采用不同的处理方式是因为登记是物权公示行为,而批准体现了政府监管的职责。^①

^① 王利明. 合同法研究(一卷)[M]. 北京:人民出版社,2002:486.



以上规定同样适用于民间借贷合同。但需要注意的是，中国人民银行颁布的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》第四条中规定，境内机构借用国际商业贷款应当经外汇管理局批准。未经外汇管理局批准而擅自对外签订的国际商业贷款协议无效。外汇管理局不予办理外债登记。银行不得为其开立外债专用账户。借款本息不准擅自汇出。因此，境内机构与境外企业、个人或者其他经济组织签订民间借贷合同，以外国货币承担偿还义务的，需要经过外汇管理局的审批。

但未经批准，合同并非当然无效。《境内机构借用国际商业贷款管理办法》属于部门规章，其法律效力是低于《合同法》的。根据我国《合同法解释(一)》第四条中的规定，《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。因此未经审批的国际贷款合同并不当然无效。

2. 未采用书面形式、未办理公证的民间借贷合同

我国《合同法》第三十二条中规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。因此，在未约定合同形式的民间借贷合同中，采用书面形式订立合同，是该民间借贷合同的成立要件。

但根据《合同法》第三十六条中的规定：法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。这一条款是对前述条款的补充，增补了未采用书面形式的合同仍可以成立的特殊情况。

民间借贷合同中规定采用书面形式是对资金借贷双方的保护。因此，在一般情况下未采用书面形式订立的民间借贷合同具有允许补正的无效。前述的《合同法》第三十六条中，合同义务的履行即为对该民间借贷合同效力的补正措施，被对方当事人接受后该合同便能够产生法律效力。若合同未获得补正，则成为无效合同。根据《合同法》第四十二条和第五十八条规定，应承担缔约过失责任。

【相关链接】《合同法》第四十二条规定：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：(一)假借订立合同，恶意进行磋商；(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；(三)有其他违背诚实信用原则的行为。

【相关链接】《合同法》第五十八条规定：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

对于约定公证时生效的民间借贷合同，在未办理公证手续的情况下，如果可以进行补正并进行相应补正，为对方当事人所接受的情况下，该民间借贷合同产生法律效力。反之，若无法补正则该民间借贷合同为无效合同。

3. 约定附条件、附期限的民间借贷合同，条件所附条件、期限未成就

根据我国《合同法》第四十五条的规定，当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。因此，在约

定附条件、附期限的民间借贷合同中，条件所附条件、期限未成就时，该合同尚未生效。

鉴于所附条件或所附期限是不确定的，且该条件或期限的成就并不受合同当事人的控制，因此，当事人并不能因合同未生效主张对方承担违约赔偿责任。即便当事人中的一方对该民间借贷合同未生效有过错行为，但合同生效的成就事由并不为其控制，也不必承担缔约过失责任。

在约定附条件、附期限的民间借贷合同中，一方当事人在主观上故意采取不正当的行为促使该合同的条件成就时，视为合同不成就。而当一方当事人在主观上故意采取不正当的行为促使该合同的条件不成就时，视为合同成就。因此在这两种情况下均不存在损害赔偿的相关问题。

在约定附条件、附期限的民间借贷合同中，如果所附条件能够为一方当事人的行为所影响，则应从以下两种情况判断损害赔偿责任。若所附条件受借款人行为的影响不能成就，由于附条件的义务履行是与借款人的利益密切相关的，因此在这一情形下借款人通常只需在未尽注意的义务时承担缔约过失责任。而若所附条件是受贷款人行为的影响不能成就，贷款人由于未尽善良管理人的义务，应对借款人受侵害的信赖利益承担缔约过失责任。

在约定附条件、附期限的民间借贷合同中，在合同订立之后、所附条件、所附期限尚未成就之前，当事人一方违反该民间借贷合同中其应当承担的义务进而影响合同的正常履行，即便该合同目前尚未生效，出于对交易的保护，该当事人应当承担违约责任，以补偿对另一方当事人期待利益的直接损害。

3.4.5 效力待定的民间借贷合同

效力待定的民间借贷合同是指已成立的但因合同当事人欠缺缔约能力，其效力处于不稳定状态，须经有缔约能力的人追认才能生效的民间借贷合同。该合同的效力需要有权人进行补正，未经补正前该合同的效力处于待定状态。该合同一经补正则自始有效，未进行补正的，合同则自始无效。

效力待定的合同涉及缔约能力的欠缺，包括民事行为能力、代理权、处分权的欠缺。

1. 限制行为能力人签订的民间借贷合同

我国《合同法》中第四十七条规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

鉴于对限制行为能力人的保护，在限制行为能力人所签订的民间借贷合同中，与其订立民间借贷合同的另一方当事人不应当是企业或其他组织，应当只能为自然人。

2. 无权代理人签订的民间借贷合同

我国《合同法》中第四十八条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。

《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第十四条中规定，行为人以



借款人的名义出具借据代其借款，借款人不承认，行为人又不能证明的，由行为人承担民事责任。

因此，无权代理人签订的民间借贷合同，若获得被代理人的追认，则认定该民间借贷合同有效；若被代理人拒绝追认或在约定的期限内未进行追认，则应当认定该民间借贷合同自始无效。

值得注意的是，夫妻代理并不属于无权代理。即夫妻代理所签订的民间借贷合同直接有效，夫妻双方均应对该行为的法律后果承担连带责任，无须经过被代理人的授权或追认。

夫妻代理又被称作家事代理，是指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时可以相互代理，即夫妻在日常家事处理方面互为代理人，互有代理权。因此，只要属家事上的开支，夫妻任何一方都有家事方面的单独的处理权。

我国《婚姻法》中第十九条第三款中规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，三者均知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。除此之外，法院判决夫妻另一方应和其配偶承担共同连带还款责任。

我国《婚姻法解释(二)》中第二十四条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于《婚姻法》第十九条第三款规定情形的除外。

综上所述，夫妻代理适用的情形有以下两种。

(1) 夫妻一方与第三人签订的合同发生在夫妻关系存续期间(包括以夫妻关系的身份共同生活的情况)适用夫妻代理，除非第三人知道财产约定各自所有的。

(2) 夫妻一方与第三人签订的合同虽然发生在分居期间，以个人名义所负债务同样可以适用夫妻代理，除非第三人知道为个人债务或财产约定各自所有的。此种情况下，债务是否用于夫妻双方的家庭生活或经营，由借款人承担举证责任，否则认定为个人债务。

3. 无权代表人签订的民间借贷合同

我国《合同法》第五十条中规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

在这里，法人或者其他组织的法定代表人、负责人在超出其职责权限外的代表公司从事法律行为时，即成为无权代表人。在日常的经济活动中，法人或者其他经济组织的经济活动都是经过其法定代表人、负责人进行的，如谈判、签订合同等。我国《民法通则》第三十八条规定，法人的法定代表人是指依照法律或者法人的组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人。可见法人的法定代表人或者其他组织的负责人是代表法人或者其他组织行使职权的；且法定代表人、其他组织的负责人必须在法律规定或者章程规定的权限范围内行使职责。但在现实社会经济活动中，存在着众多法定代表人、负责人超越权限订立合同的乱象。

法定代表人或者其他组织的负责人作为法人或者其他组织的组成部分，其所做行为就是法人或者其他组织的行为。因此，他们执行职务的行为所产生的一切后果都应当由法人或者其他组织承担。在一般情形下，与其订立民间借贷合同的相对人通常对法定代表人或者其他组织负责人的权限并不知情，因此法人或者其他组织的内部规定也不应对合同的相对人构成约束力，否则，将不利于保护合同相对人的利益，进而对合同相对人造成不公平待遇。

需要特别注意的是，在订立民间借贷合同的过程中，合同的相对人知道或者应当知道

法定代理人或者其他组织的行为是超越了权限，而仍与之订立合同的，其在主观上具有恶意，因此该民间借贷合同就不具有效力。

4. 无处分权人签订的民间借贷合同

我国《合同法》中第五十一条规定，无处分权人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

但在民间借贷合同中，并不存在无处分权人签订民间借贷合同致使合同效力待定的情形。这主要是由民间借贷合同的标的物——货币资金其本身的特性所决定的。货币作为一般等价物，对其占有即获得所有权。因此，无权处分并不会对民间借贷合同的效力产生影响。

3.4.6 可撤销的民间借贷合同

可撤销的合同是指因意思表示有瑕疵存在于合同订立时，瑕疵一方当事人行使法律赋予的撤销权利，使得合同归于无效。^①

我国《合同法》第五十四条中规定，下列合同中当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(一)因重大误解订立的；(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

合同可撤销制度旨在保护因为意思表示有瑕疵的一方当事人利益，赋予其形成权(撤销权)用以否定合同效力。

1. 约定利息超过年利率 36%的民间借贷合同

关于利率的约定，我国 2015 年新出台的《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《规定》)中第二十六条明确规定：

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%部分利息的，人民法院应予支持。

即在对待涉及高利贷的民间借贷合同时，合同被撤销与合同被认定无效在否定的范围上有所区别。可撤销的民间借贷合同，仅就其可撤销部分自始无效，即对所收取的利息超过年利率 36%的部分做无效处理，其不超过年利率 36%的部分仍然有效。

2. 借款用途不实的民间借贷合同

民间借贷合同借款用途不实的问题可以是合同效力的问题，也可以是合同履行的问题。对二者进行区分的关键在于，不实的借款用途意图是在订立合同时已经存在，还是在合同履行过程中才产生的。

^① 张腊梅. 合同效力[M]. 合肥: 安徽人民出版社 2009: 111-120.



如果有证据证明不实的借款用途意图是在订立合同时已经存在,则利益遭受侵害的贷款人可以主张撤销该民间借贷合同;如果有证据证明不实的借款用途是在合同履行过程中发生的行为,则利益受侵害的贷款人可以主张对方承担违约责任。

我国《合同法》第二百零三条中规定,借款人未按照约定的借款用途使用借款的,贷款人可以停止发放借款,提前收回借款或解除合同。其中所指出的两种处理方式分别为:

- (1) 借款人选择“停止发放借款,提前收回借款”,即主张撤销之诉;
- (2) 借款人选择“停止发放借款,解除合同”,即主张违约之诉。

在撤销之诉中,其所针对的是民间借贷合同的生效要件缺失,需要进行实质性检查。而在违约之诉中,其所针对的是民间借贷合同的有效性,需要进行形式性审查。但二者都是对借款人的利益提供保护。

在一般情况下,借款人承担违约责任的赔偿范围是大于其承担合同被撤销的缔约过失责任的赔偿范围的。但考虑到继续履行合同其所承担的风险,贷款人也可能会选择提出撤销之诉。

3. 涉及虚假诉讼的民间借贷合同

涉及虚假诉讼的民间借贷合同的效力如何认定的问题目前有待定论。但民事诉讼欺诈中的两种情形为:

原被告之间的欺诈行为;

原、被告恶意串通意在非法损害第三人合法权益的欺诈行为。

在情形(一)中,鉴于诉讼欺诈的合同并不真实,因此原、被告双方并未就合同内容达成一致(与以欺诈方式订立的合同相区别),应当按照合同不成立处理(而非做撤销处理)。

在情形(二)中,原、被告对合同外第三人所进行的欺诈行为,属于恶意串通。根据我国《合同法》第五十二条的规定,该合同应直接被认定为无效。

我国 2015 年新出台的《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《规定》)中第十九条规定,人民法院审理民间借贷纠纷案件时发现有下列情形之一的,应当严格审查借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实,综合判断是否属于虚假民事诉讼。

- (1) 出借人明显不具备出借能力;
- (2) 出借人起诉所依据的事实和理由明显不符合常理;
- (3) 出借人不能提交债权凭证或者提交的债权凭证存在伪造的可能;
- (4) 当事人双方在一定期间内多次参加民间借贷诉讼;
- (5) 当事人一方或者双方无正当理由拒不到庭参加诉讼,委托代理人对借贷事实陈述不清或者陈述前后矛盾;
- (6) 当事人双方对借贷事实的发生没有任何争议或者诉辩明显不符合常理;
- (7) 借款人的配偶或合伙人、案外人的其他债权人提出有事实依据的异议;
- (8) 当事人在其他纠纷中存在低价转让财产的情形;
- (9) 当事人不正当放弃权利;
- (10) 其他可能存在虚假民间借贷诉讼的情形。

《规定》中第二十条规定:

经查明属于虚假民间借贷诉讼,原告申请撤诉的,人民法院不予准许,并应当根据

《民事诉讼法》第一百一十二条之规定，判决驳回其请求。

诉讼参与人或者其他恶意制造、参与虚假诉讼，人民法院应当依照《民事诉讼法》第一百一十一条、第一百一十二条和第一百一十三条之规定，依法予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

单位恶意制造、参与虚假诉讼的，人民法院应当对该单位进行罚款，并可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

3.4.7 无效的民间借贷合同

我国 2015 年新出台的《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《规定》)中第十四条规定，具有下列情形之一，人民法院应当认定民间借贷合同无效。

- (1) 套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (2) 以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (3) 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；
- (4) 违背社会公序良俗的；
- (5) 其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

其中，公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称。所谓公序，即社会一般利益，包括国家利益、社会经济秩序和社会公共利益。所谓良俗，即一般道德观念或良好道德风尚，包括社会公德、商业道德和社会良好风尚。

【相关链接】我国的学者通常将公序良俗分为如下十种类型：①危害国家公共秩序类型；②危害家庭关系类型；③违反性道德行为类型；④射幸(侥幸)行为类型；⑤违反人权和人格尊严类型；⑥限制经济自由的行为类型；⑦违反公平竞争行为类型；⑧违反消费者保护的行为类型；⑨违反劳动者保护的行为类型；⑩暴力行为类型。

民间借贷合同中如果有以上五种情形中一种及以上的，该民间借贷合同无效，即自始至终不产生法律效力。

@ 3.5 网络借贷合同的性质分析

3.5.1 网络借贷的现行法依据

为规范网络借贷信息中介机构业务活动，保护出借人、借款人、网络借贷信息中介机构及相关当事人的合法权益，促进网络借贷行业健康发展，更好地满足中小微企业和个人投融资需求，依据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合同法》等法律法规，中国银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室制定了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(下文简称《办法》)。经国务院批准，自 2016 年 8 月 24 日起施行。



1. 网络借贷信息中介机构的中介本质

《办法》中明确,网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。其中个体包含自然人、法人及其他组织。而网络借贷信息中介机构是指依法设立,专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。该类机构以互联网为主要渠道,为借款人与出借人(即贷款人)实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务。

《办法》中第三条规定,网络借贷信息中介机构按照依法、诚信、自愿、公平的原则为借款人和出借人提供信息服务,维护出借人与借款人合法权益,不得提供增信服务,不得直接或间接归集资金,不得非法集资,不得损害国家利益和社会公共利益。借款人与出借人遵循借贷自愿、诚实守信、责任自负、风险自担的原则承担借贷风险。网络借贷信息中介机构承担客观、真实、全面、及时进行信息披露的责任,不承担借贷违约风险。

从中可以看出,监管层明确了网络借贷信息中介机构作为信息中介的法律地位。该类机构为借款人与出借人(即贷款人)实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评价、信息交互、借贷撮合等服务,但不承担借贷风险,且不得直接或间接归集资金,不得非法集资,不得损害国家利益和社会公共利益。

2. 对网络借贷的监督管理

《办法》中第四条规定,按照《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》中“鼓励创新、防范风险、趋利避害、健康发展”的总体要求和“依法监管、适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的监管原则,落实各方管理责任。国务院银行业监督管理机构及其派出机构负责制定网络借贷信息中介机构业务活动监督管理制度,并实施行为监管。各省级人民政府负责本辖区网络借贷信息中介机构的机构监管。工业和信息化部负责对网络借贷信息中介机构业务活动涉及的电信业务进行监管。公安部牵头负责对网络借贷信息中介机构的互联网服务进行安全监管,依法查处违反网络安全监管的违法违规活动,打击网络借贷涉及的金融犯罪及相关犯罪。国家互联网信息办公室负责对金融信息服务、互联网信息内容等业务进行监管。

从中可以看出,对网络借贷采取的是多部门联合监管。银监会、各级人民政府、工业和信息化部、公安部和国家互联网信息办公室的各自职责都已得到明确。

《办法》中第五条规定,拟开展网络借贷信息中介服务的网络借贷信息中介机构及其分支机构,应当在领取营业执照后,于 10 个工作日内携带有关材料向工商登记注册地的地方金融监管部门备案登记。

地方金融监管部门负责为网络借贷信息中介机构办理备案登记。地方金融监管部门应当在网络借贷信息中介机构提交的备案登记材料齐备时予以受理,并在各省(区、市)规定的时限内完成备案登记手续。备案登记不构成对网络借贷信息中介机构经营能力、合规程度、资信状况的认可和评价。

地方金融监管部门有权根据本办法和相关监管规则对备案登记后的网络借贷信息中介机构进行评估分类,并及时将备案登记信息及分类结果在官方网站上公示。

网络借贷信息中介机构完成地方金融监管部门备案登记后,应当按照通信主管部门的

相关规定申请相应的电信业务经营许可；未按规定申请电信业务经营许可的，不得开展网络借贷信息中介业务。

从中可以看出，目前我国对网络借贷信息中介机构采取备案登记管理。

3. 网络借贷信息中介机构被禁止从事的行为

《办法》中第十条规定，网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事下列活动。

- (1) 为自身或变相为自身融资；
- (2) 直接或间接接受、归集出借人的资金；
- (3) 直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本保息；
- (4) 自行或委托、授权第三方在互联网、固定电话、移动电话等电子渠道以外的物理场所进行宣传或推介融资项目；
- (5) 发放贷款，但法律法规另有规定的除外；
- (6) 将融资项目的期限进行拆分；
- (7) 自行发售理财等金融产品募集资金，代销银行理财、券商资管、基金、保险或信托产品等金融产品；
- (8) 开展类资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式的债权转让行为；
- (9) 除法律法规和网络借贷有关监管规定允许外，与其他机构投资、代理销售、经纪等业务进行任何形式的混合、捆绑、代理；
- (10) 虚构、夸大融资项目的真实性、收益前景，隐瞒融资项目的瑕疵及风险，以歧义性语言或其他欺骗性手段等进行虚假片面宣传或促销等，捏造、散布虚假信息或不完整信息损害他人商业信誉，误导出借人或借款人；
- (11) 向借款用途为投资股票、场外配资、期货合约、结构化产品及其他衍生品等高风险的融资提供信息中介服务；
- (12) 从事股权众筹等业务；
- (13) 法律法规、网络借贷有关监管规定禁止的其他活动。

这一条款主要在于明确网络借贷中介机构的中介性质，防止其从事资产管理、金融产品代销、代客理财和投资等业务，确保民间资金有效地流向实体经济，进而促进网络借贷有效弥补小微企业融资缺口作用的实现。

4. 网络借贷的小额资金理念

《办法》中第十七条规定，网络借贷金额应当以小额为主。网络借贷信息中介机构应当根据本机构风险管理能力，控制同一借款人在同一网络借贷信息中介机构平台及不同网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限，防范信贷集中风险。

同一自然人在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额不超过人民币 20 万元；同一法人或其他组织在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额不超过人民币 100 万元；同一自然人在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币 100 万元；同一法人或其他组织在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币 500 万元。

网络借贷小额为主的理念，充分体现了网络借贷自身的特性，以及其作为传统贷款业



务有力补充的地位。

3.5.2 网络借贷中的合同类型

1. 借贷合同

借款合同，是指借贷双方在进入网贷平台后，通过自我判断确定借贷对象后在平台上签订的借款合同。在通常情况下，借款合同由三方构成，分别为借贷双方以及作为见证人的网络借贷平台，部分平台还会具有担保人的身份。

在网络借贷合同中，双方通常对以下内容进行约定。

- (1) 借款用途、本金数额、借款利率、期限、还款方式、还款日及支付方式。
- (2) 各方的权利和义务。

参与网络借贷的出借人通常具有选择借款人、在订立借款合同后按期收回借款和出现违约问题时提起申诉等权利。而参与网络借贷的借款人通常具有按约定时间获得借款和出现违约问题时提起申诉等权利。

参与网络借贷的借款人应当履行下列义务：提供真实、准确、完整的用户信息及融资信息；提供在所有网络借贷信息中介机构未偿还借款信息；保证融资项目真实、合法，并按照约定用途使用借贷资金，不得用于出借等其他目的；按照约定向出借人如实报告影响或可能影响出借人权益的重大信息；确保自身具有与借款金额相匹配的还款能力并按照合同约定还款；借贷合同及有关协议约定的其他义务。

参与网络借贷的出借人应当履行下列义务：向网络借贷信息中介机构提供真实、准确、完整的身份等信息；出借资金为来源合法的自有资金；了解融资项目信贷风险，确认具有相应的风险认知和承受能力；自行承担借贷产生的本息损失；借贷合同及有关协议约定的其他义务。

2016年8月24日起施行的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》中规定，网络借贷平台作为信息中介，承担客观、真实、全面、及时进行信息披露的责任，并不承担借贷违约风险。

当前，大多网络借贷合同约定如果因为违约进行诉讼，由网络借贷平台所在地的法院管辖。

2. 居间合同

从本质上来说，金融就是一种服务。因此作为新兴的金融领域，网络借贷中网络借贷平台所提供的最基础的服务就是居间服务。网络借贷平台提供的居间服务一般包括：收集及审核借贷双方的基本信息、考察借款人的信用、向借贷双方进行信息披露、协助催收已贷款项等内容。

根据《合同法》第四百二十四条的规定，居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

《合同法》第四百二十六条第一款规定，居间人促成合同成立的，委托人应当按约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立

的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

【相关链接】《合同法》第六十一条中规定，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

《合同法》第四百二十七条规定，居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬。

综上所述，居间人索取报酬的前提是促成合同的成立。若合同未成立，居间人则无利益保证。

因此在网络借贷法律关系中，网络借贷平台通常会收取平台管理费、服务费、咨询费等相关居间费用。同时，在网络借贷法律关系中，居间人也应履行一定的义务，居间人不履行或未按合同约定履行均应按照法律的规定或合同的约定承担一定的违约责任。对网络借贷平台而言，其最主要的居间义务是信息披露义务。资金的出借人和借款人均需要通过网络贷款平台所提供的信息来订立借款合同和履行合同义务，因此网络借贷平台应将其已经掌握到的信息及时传递给网络借贷法律关系中的当事人。此外，平台还需承担主动的信息搜集和必要的风险控制义务。网络借贷平台应对借款人提供的征信报告、个人收入证明、借款用途、家庭财产状况等相关信息进行充分的贷前调查，并做好贷中审核和贷后管理，以降低交易风险。

根据《合同法》第四百二十五条的规定，居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告，居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

即居间人承担相关法律责任的前提是居间人存在主观上的故意，而非主观故意的过失并不在承担损害赔偿责任的范围之内。2016年8月24日起施行的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》中明确规定，网络借贷平台作为信息中介并不承担借贷违约风险。

3. 委托理财合同

委托理财合同是指网络借贷平台除了为出借人和借款人提供居间借贷服务外，基于出借人的投资需求，自行组织设立投资项目，吸收出借人的资金，并保证提供一定回报利率的衍生服务。

2016年8月24日起施行的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第十条(在3.5.1节中已做详细介绍)中明确规定，网络借贷信息中介机构不得从事理财业务。因此，这一合同类型在当前网络借贷合同中已不存在。

4. 担保合同

担保合同指的是借贷双方在签订借款合同时，除了依照《合同法》规定设立担保外，为了进一步明确担保关系，由借款人和第三方担保机构(通常是网贷平台自身或者由其设立的专门担保机构)签订的担保合同。当借款人逾期未能偿还贷款时，由担保人先行向出借人垫付借款人本息，并获得出借人追索权利的合同。

2016年8月24日起施行的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第十条中明确规定，网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本保息的活动。因此，这一合同类型在当前网络借贷合同中也已不存在。



5. 保险合同

网络借贷过程中的保险合同关系在国外较为普遍，例如英国的网络借贷平台 Zopa 和美国的网络借贷平台 Prosper 在其平台上的网络借贷活动中都引入了还款保障保险，以降低借款人的违约风险和保护出借人的相关利益。在附加还款保障保险的网络借贷活动中，网络借贷平台通过出售还款保险能够从保险公司处获得一定比例的佣金。这一类型的网络借贷合同通过将风险转嫁到外部，在为出借人所面对的损失风险提供保障的同时，也提高了网络借贷平台自身的运营安全和效率。

3.5.3 网络借贷合同的性质

根据《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》中的相关规定，网络借贷合同只能具有直接融资的特征，不能具有间接融资的特征。

直接融资，是指没有金融中介机构介入的资金融通方式。在这种融资方式下，在一定时期内，资金盈余单位通过直接与资金需求单位协议，或在金融市场上购买资金需求单位所发行的有价证券，将货币资金提供给需求单位使用。在直接融资中，投融资双方都有较多的选择。

在网络借贷中，借款人根据自身的需要在网络借贷平台上发布其需要融资的项目，出借人根据自身的风险偏好对已发布的融资项目进行筛选，进而与意向项目的发布者订立网络借贷合同向其意向项目提供借款。

网络借贷合同的直接融资特征表现在如下四个方面。

- (1) 出借人直接向借款人提供资金，借款人直接获得所借款项。
- (2) 资金的出借人分散，借助互联网提供的信息获取和交流渠道实现对借款人的筛选。
- (3) 借款人的信用状况差异较大。
- (4) 借款人具有自主性，可以根据自身需求来决定其借款的规模和愿意承担的借款利率。

3.5.4 网络借贷的民事纠纷

1. 网络借贷的民事纠纷解决困局

网络借贷涉及多种民事纠纷，其中最为常见的是借款人的违约纠纷。与传统资金借贷的金融业务相比，网络借贷中的民事纠纷没有明确的法律解决途径。

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第二十九条中规定，出借人与网络借贷信息中介机构之间、出借人与借款人之间、借款人与网络借贷信息中介机构之间等纠纷，可以通过以下途径解决。

- (1) 自行和解；
- (2) 请求行业自律组织调解；
- (3) 向仲裁部门申请仲裁；
- (4) 向人民法院提起诉讼。

网络借贷中的出借人通常有较广的涉及范围，一项金额为五万元的借款项目就可能会

有几十位的出借人。一旦借款人出现违约行为,如何界定网络借贷合同中相关当事人的身份、出借人的网络借贷纠纷能否成为共同诉讼、各出借人的权利和义务是否相同、网络借贷平台能否作为出借人的诉讼代理人主张维权、在出借人的违约纠纷中网络借贷平台在何种情形下承担责任等问题,在当前的民事纠纷诉讼程序中仍存在空白,有待完善。

2. 网络借贷民事纠纷的诉讼程序

1) 无抵押无担保的诉讼程序

借款人在网络借贷平台网站上发布借款项目标的的具体信息,对借款金额、可接受的借款利率、资金筹措期限、还款期限等资金借贷的基本信息进行约定,出借人在根据自身的风险偏好选定意向项目后,用自有资金进行全额或者部分投标。在资金筹措期届满后,如果投标资金的总额达到或超过借款人的借款要求,则从投标人中选择出借款利率最低的投标人中标,进而网络借贷平台会自动为出借人和借款人生成电子借条,此时网络借贷法律关系成立。在此之后,借款人按月向出借人偿付借款的本金和利息。

通常情况下,网络借贷平台会在借款人违反网络借贷合同中的约定,逾期未履行还款义务时会对借款人进行催收和电话提醒,但是网络借贷平台对于出借人的损失不承担违约赔偿责任。在这种情形下,资金能否按约定收回完全取决于借款人的信用。也正因如此,无抵押无担保的网络借贷中出借人通常由多人构成,他们各自所出借的资金数额也相对较小。

当因借款人出现违约行为,出借人提起民事诉讼时,无抵押无担保的网络借贷民事纠纷诉讼的双方当事人只有借款人和出借人。根据法律规定,出借人可以向法院提起共同诉讼,若出借人的人数超过 10 人,出借人还可以在条件允许的情况下依法提起代表人诉讼。

由于所有的网络借贷行为均是在网络上完成的,因此在发生网络借贷民事诉讼时,作为证据的单一电子数据是否真实可靠即成为法院立案和做出判决的关键。在通常情况下,若所提供的电子数据是以系统数据的形式存在,那么该电子数据的真实性也是有所保证的。由于在网络借贷中,借贷双方通过网络借贷平台以数据电文的形式交换信息并达成协议,因此该项网络借贷交易的数据都可以在网络借贷平台中中转和存储,这也使得借贷双方进行交易的相关电子数据具有系统性。法官通过对出借人所提供的有效的账户和用户名进行核对,就可以认定出借人对借款人具有真实的债权。

而对于出借人所拥有的债权金额的确定,在实践中很难仅通过出借人的网络借贷平台的账户记录来确定。因为出借人通常不仅发生一笔网络借贷的交易,且网络借贷平台对出借人的账户统计一般较为粗略,通常仅显示利息收入总额、待收款项余额和已收款项余额等相关信息。尤其是那些已履行了一定按期还款义务的网络借贷案件,直至诉讼时借款人已偿还的借款金额,在出借人的账户中通常无法显示。在这种情况下,出借人在向法院提起诉讼时,除了提供其账户和用户名之外,还需要提交详细的账户明细。如出借人无法提供账户明细,可以请求法院依法调取相关账户数据。



2) 有担保的诉讼程序

有担保的网络借贷是当前最受推崇的网络借贷模式。按照提供保证的主体不同，有担保的网络借贷可以分为由网络借贷平台提供保证的网络借贷和由第三方提供保证的网络借贷。

2016年8月24日起施行的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》中明确规定，网络借贷平台作为信息中介不得承担借贷违约风险。因此，由网络借贷平台提供保证的网络借贷在我国是不合法的，在此不再赘述。

而在由第三方提供保证的网络借贷中，第三方通常是具有专业资质的担保公司。若第三方提供的是一般保证，则在借款人发生违约行为后，出借人应当先以借款人作为被告提起诉讼；若起诉后仍未获得清偿，出借人可以向法院主张追加作为保证人的第三方承担赔偿责任。如第三方提供的是连带保证，则在借款人发生违约行为后，出借人可以直接将作为保证人的第三方作为被告提起诉讼，请求其赔偿自身的损失。

在有担保的网络借贷民事诉讼中，出借人作为原告通常需要提交身份证明、账户明细、借贷网站的投标记录、保证协议以及已对借款人提起诉讼的证据等相关证据。

而第三方在代为清偿借款人对出借人所负债务后，可以以借款人为被告提起诉讼，请求借款人赔偿其代为承担债务的损失。此时需要提交的证据除上述必要的证据外，第三方还需提交其向出借人偿付本金和利息的证据，以证明其已经为借款人履行代偿行为。

有第三方保证人参与的网络借贷诉讼中，还需注意管辖法院的选择。最高人民法院在《关于适用担保法若干问题的解释》中第一百九十二条规定，主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定案件管辖。担保人承担连带责任的担保合同发生纠纷，债权人向担保人主张权利的，应当由担保人住所地的法院管辖。因此，在由第三方作为保证人的网络借贷法律关系中，当保证人承担的是一般保证责任时，在发生借款人违约情形后，出借人应当按照在网络借贷电子合同中的约定来确定管辖法院。根据最高人民法院《关于审理借款合同纠纷案件若干问题的规定》中第四条的规定，借款合同履行地为合同所载明借款人的住所地。因此，在保证人提供一般保证的情形下，借款人住所地人民法院和出借人住所地的人民法院都可以作为案件的管辖法院。而当保证人承担的是连带保证责任时，在发生借款人违约情形后，出借人应当选择保证人的住所地或者经常居住地的法院对保证人提起诉讼。

3) 有抵押的诉讼程序

有抵押的网络借贷是由我国的民间借贷所发展而来的，以“青岛模式”最为典型。

“青岛模式”是指民间借贷公司作为一个平台，将有投资需求的放款人和有借款需求的借款人撮合在一起，借款人以自己的房产作为抵押物，获得放款人的资金支持。在这一模式中，借款人的借款成本在年息10%~15%之间。“青岛模式”始于一家叫五色土的抵押贷款咨询公司，所以也被称作五色土模式。民间借贷中介活动通常是地下且不合法的，而五色土模式却实现了民间借贷的规范化、阳光化运作。因此国内许多地方都以五色土为模板创建了个人对个人的网络贷款平台。

在有抵押的网络借贷中，当借款人发生违约行为，网络借贷平台会通过合法且有效的途径对借款人的抵押物进行处置，以保证债权的实现。虽然网络借贷平台并不承担出借人的违约风险，但网络借贷平台要求借款人所提供的价值高于借款金额的抵押物已能够为借

款人的违约风险提供足够担保。

根据《民事诉讼法》的相关规定,担保物权人申请实现担保物权的,应由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照物权法等相关法律,向担保财产所在地或者担保物权登记地的基层人民法院提出。若出现人民法院受理担保物权人实现担保物权的申请后经审查,该担保物权不符合法律规定进而裁定驳回申请的情形时,出借人还可以再次以借款人为被告向人民法院提起民事纠纷诉讼。

在有抵押的网络借贷诉讼中,出借人除了要向法院提交电子合同、账户等电子证据外,还要向法院提交能够证明其担保物权的相关证据。由于有抵押的网络借贷与线下民间借贷有一定的联系,在取证上相对而言要容易许多。

本章小结

- 借贷合同,又称借款合同,是指借款人向贷款人借款,到期返还借款的合同。展开来说,当事人约定一方将一定种类和数额的货币所有权移转给他方,他方于一定期限内返还同种类同数额货币的合同。其中,提供货币的一方称贷款人,受领货币的一方称借款人。
- 借贷合同的成立通常需要满足如下三个条件:需要有两个以上的缔约当事人、当事人要对借贷合同的主要条款做出真实一致的意思表示、需要通过要约和承诺两个环节确定缔约当事人形成合意。
- 我国法律对借贷合同的效力、履行、变更、转让和终止均有详细且明确的规定,从而对规范的借贷法律行为提供有效的法律保护。
- 借贷合同的违约责任又称为违反借贷合同的民事责任,是指借贷合同的当事人未履行借贷合同义务或者未按约定履行借贷合同义务时所应当承担的民事责任。其主要包括实际履行、违约金、损失赔偿等形式。
- 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。最新的民间借贷司法解释——《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》已于2015年6月23日由最高人民法院审判委员会第1655次会议通过,并自2015年9月1日起施行,为民间借贷行为进行规范并提供相应的保护。
- 网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。其中个体包含自然人、法人及其他组织。中国银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室制定了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(下文简称《办法》)。经国务院批准,自2016年8月24日起施行。该《办法》有助于规范网络借贷信息中介机构业务活动,保护出借人、借款人、网络借贷信息中介机构及相关当事人的合法权益,促进网络借贷行业健康发展,更好地满足中小微企业和个人投融资需求。



本章作业

1. 简述借贷合同的特殊性。
2. 简述借贷合同中代位权和撤销权之间的关系。
3. 简述借贷合同中违约责任的具体形式和免责事由。
4. 简述民间借贷合同的成立和生效的区别。
5. 分别简述可撤销的民间借贷合同和无效的民间借贷合同的具体情形。
6. 简述网络借贷合同的性质。
7. 简述网络借贷民事纠纷的诉讼程序。

【附录 1】 《中华人民共和国担保法》(节选)

第三章 抵 押

第一节 抵押和抵押物

第三十三条 本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

第三十四条 下列财产可以抵押：

- (一) 抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
- (二) 抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
- (三) 抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；
- (四) 抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；
- (五) 抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；
- (六) 依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条 下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第(五)项、第三十六条第三款规定的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 依法不得抵押的其他财产。



第二节 抵押合同和抵押物登记

第三十八条 抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条 抵押合同应当包括以下内容：

- (一) 被担保的主债权种类、数额；
- (二) 债务人履行债务的期限；
- (三) 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；
- (四) 抵押担保的范围；
- (五) 当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：

- (一) 以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；
- (二) 以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

- (三) 以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

- (四) 以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

- (五) 以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：

- (一) 主合同和抵押合同；
- (二) 抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

第四十七条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续

有效。

第四十九条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第四节 抵押权的实现

第五十三条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：

(一) 抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

(二) 抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第(一)项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。

第五十七条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。



第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

第六十一条 最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

【附录 2】 《中华人民共和国物权法》第四编担保物权(节选)

第十七章 抵 押 权

第一节 一般抵押权

第二百零一条 为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人未履行债务时，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

第二百零二条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- (一) 建筑物和其他土地附着物；
- (二) 建设用地使用权；
- (三) 抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；
- (四) 企业、个体工商户、农村承包经营户的机器设备、原材料、产成品等动产；
- (五) 正在建造的建筑物、船舶、飞行器；
- (六) 交通工具；
- (七) 法律、行政法规规定可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第二百零三条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

第二百零四条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农村承包经营户可以将现有的以及将来拥有的动产抵押，债务人不履行债务时，债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。

第二百零五条 乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权一并抵押。

第二百零六条 下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

第二百零七条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

- (一) 被担保债权的种类和数额；
- (二) 债务人履行债务的期限；
- (三) 抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；
- (四) 担保的范围。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第二百零八条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人未履行债务时抵押财产转移为债权人所有。

第二百零九条 以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权以及依法可以用于抵押的其他不动产抵押的，应当办理抵押登记，抵押权自登记时发生法律效力。

第二百一十条 企业、个体工商户、农村承包经营户以机器设备、原材料、产成品等动产或者交通工具抵押的，抵押权自抵押合同生效时发生法律效力；未经登记，不得对抗善意第三人。

第二百一十一条 依照本法第二百零四条规定抵押的，即使办理登记，也不得对抗正常经营活动中已支付对价并取得抵押财产的买受人。

第二百一十二条 抵押合同的内容与登记簿记载的事项不一致的，以登记簿为准。

第二百一十三条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，抵押人应当将出租的事实书面告知抵押权人，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，已登记的抵押权不受该租赁关系的影响。

第二百一十四条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债权或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的行为无效。

第二百一十五条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第二百一十六条 抵押人的行为可能使抵押财产毁损或者价值明显减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产毁损或者价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与毁损、减少的价值相当的担保。



第二百一十七条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第二百一十八条 债务履行期届满，债务人未履行债务，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百一十九条 债务履行期届满，债权未受清偿的，抵押权人可以与其抵押人通过协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿；协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人达不成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

第二百二十条 依照本法第二百零四条规定设定抵押权的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

- (一) 债务履行期届满，债权未受清偿；
- (二) 抵押人被宣告破产或者被撤销；
- (三) 严重影响债权实现的其他情形。

第二百二十一条 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百二十二条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- (一) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- (二) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿；
- (三) 抵押权有的已登记，有的未登记的，已登记的先于未登记的受偿。

第二百二十三条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。需要拍卖该建设用地使用权的，可以将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并拍卖，但拍卖新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

第二百二十四条 以本法第二百零二条第一款第三项规定的土地使用权抵押的，或者以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有的性质和土地用途。

第二节 最高额抵押权

第二百二十五条 为担保债务的履行，债务人或者第三人以抵押财产对一定期间将要发生的债权提供担保的，债务人未履行债务时，抵押权人有权在最高债权额限度内就该财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

第二百二十六条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

第二百二十七条 最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更确定债权的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

第二百二十八条 有下列情形之一的，以抵押权人的债权确定：

- (一) 约定的确定债权期间届满的；
- (二) 没有约定确定债权期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年请求确定债权的；
- (三) 新的债权不可能发生的；
- (四) 抵押财产被查封、扣押的；
- (五) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销的；
- (六) 法律规定确定债权的其他情形。

第二百二十九条 最高额抵押权除适用本节规定外，参照本法有关一般抵押权的规定。

【附录3】 《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》第三部分(关于抵押部分的解释)

第四十七条 以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。

第四十八条 以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

第四十九条 以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。

当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。

第五十条 以担保法第三十四条第一款所列财产一并抵押的，抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。

第五十一条 抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第五十二条 当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

第五十三条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

第五十四条 按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。

共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

第五十五条 已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。

第五十六条 抵押合同对被担保的主债权种类、抵押财产没有约定或者约定不明，根



据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。

法律规定登记生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。

第五十七条 当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。

第五十八条 当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的，视为顺序相同。

因登记部门的原因致使抵押物进行连续登记的，抵押物第一次登记的日期，视为抵押登记的日期，并依此确定抵押权的顺序。

第五十九条 当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

第六十条 以担保法第四十二条第(二)项规定的不动产抵押的，县级以上地方人民政府对登记部门未作规定，当事人在土地管理部门或者房产管理部门办理了抵押物登记手续，人民法院可以确认其登记的效力。

第六十一条 抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。

第六十二条 抵押物因附和、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为附和物、混合物或者加工物的所有人的，抵押权的效力及于附和物、混合物或者加工物；第三人与抵押物所有人为附和物、混合物或者加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。

第六十三条 抵押权设定前为抵押物的从物的，抵押权的效力及于抵押物的从物。但是，抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押物的从物。

第六十四条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：

- (一) 收取孳息的费用；
- (二) 主债权的利息；
- (三) 主债权。

第六十五条 抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

第六十六条 抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。

抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。

第六十七条 抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

第六十八条 抵押物依法被继承或者赠与的，抵押权不受影响。

第六十九条 债务人有多个普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。

第七十条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人请求抵押人恢复原状或提供担保遭到拒绝时，抵押人可以请求债务人履行债务，也可以请求提前行使抵押权。

第七十一条 主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权。

抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权。

第七十二条 主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权。

主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

第七十三条 抵押物折价或者拍卖、变卖该抵押物的价款低于抵押权设定时约定价值的，应当按照抵押物实现的价值进行清偿。不足清偿的剩余部分，由债务人清偿。

第七十四条 抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：

- (一) 实现抵押权的费用；
- (二) 主债权的利息；
- (三) 主债权。

第七十五条 同一债权有两个以上抵押人的，债权人放弃债务人提供的抵押担保的，其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担保责任。

同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。

抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。

第七十六条 同一动产向两个以上债权人抵押的，当事人未办理抵押物登记，实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿。

第七十七条 同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在前的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。

第七十八条 同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在前的抵押担保债权的部分受偿。

顺序在前的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待



清偿顺序在后的抵押担保债权。

第七十九条 同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

第八十条 在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。

在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。

第八十一条 最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。

第八十二条 当事人对最高额抵押合同的最高限额、最高额抵押期间进行变更，以其变更对抗顺序在后的抵押权人的，人民法院不予支持。

第八十三条 最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。

抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

【附录 4】 《城市房地产抵押管理办法》

(1997 年 5 月 9 日建设部令第 56 号发布，2001 年 8 月 15 日根据《建设部关于修改〈城市房地产抵押管理办法〉的决定》修正)

第一章 总 则

第一条 为了加强房地产抵押管理，维护房地产市场秩序，保障房地产抵押当事人的合法权益，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》《中华人民共和国担保法》，制定本办法。

第二条 凡在城市规划区国有土地范围内从事房地产抵押活动的，应当遵守本办法。

地上无房屋(包括建筑物、构筑物及在建工程)的国有土地使用权设定抵押的，不适用本办法。

第三条 本办法所称房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，债权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。

本办法所称抵押人，是指将依法取得的房地产提供给抵押权人，作为本人或者第三人履行债务担保的公民、法人或者其他组织。

本办法所称抵押权人，是指接受房地产抵押作为债务人履行债务担保的公民、法人或者其他组织。

本办法所称预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。

本办法所称在建工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。

第四条 以依法取得的房屋所有权抵押的，该房屋占用范围内的土地使用权必须同时抵押。

第五条 房地产抵押，应当遵循自愿、互利、公平和诚实信用的原则。

依法设定的房地产抵押，受国家法律保护。

第六条 国家实行房地产抵押登记制度。

第七条 国务院建设行政主管部门归口管理全国城市房地产抵押管理工作。

省、自治区建设行政主管部门归口管理本行政区域内的城市房地产抵押管理工作。

直辖市、市、县人民政府房地产行政主管部门(以下简称房地产管理部门)负责管理本行政区域内的房地产抵押管理工作。

第二章 房地产抵押权的设定

第八条 下列房地产不得设定抵押：

- (一) 权属有争议的房地产；
- (二) 用于教育、医疗、市政等公共福利事业的房地产；
- (三) 列入文物保护的建筑物和有重要纪念意义的其他建筑物；
- (四) 已依法公告列入拆迁范围的房地产；
- (五) 被依法查封、扣押、监管或者以其他形式限制的房地产；
- (六) 依法不得抵押的其他房地产。

第九条 同一房地产设定两个以上抵押权的，抵押人应当将已经设定过的抵押情况告知抵押权人。

抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

房地产抵押后，该抵押房地产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出余额部分。

第十条 以两宗以上房地产设定同一抵押权的，视为同一抵押房地产。但抵押当事人另有约定的除外。

第十一条 以在建工程已完工部分抵押的，其土地使用权随之抵押。

第十二条 以享受国家优惠政策购买的房地产抵押的，其抵押额以房地产权利人可以处分和收益的份额比例为限。

第十三条 国有企业、事业单位法人以国家授予其经营管理的房地产抵押的，应当符合国有资产管理的有关规定。

第十四条 以集体所有制企业的房地产抵押的，必须经集体所有制企业职工(代表)大会通过，并报其上级主管机关备案。

第十五条 以中外合资企业、合作经营企业和外商独资企业的房地产抵押的，必须经董事会通过，但企业章程另有规定的除外。

第十六条 以有限责任公司、股份有限公司的房地产抵押的，必须经董事会或者股东



大会通过，但企业章程另有规定的除外。

第十七条 有经营期限的企业以其所有的房地产设定抵押的，所担保债务的履行期限不应当超过该企业的经营期限。

第十八条 以具有土地使用年限的房地产设定抵押的，所担保债务的履行期限不得超过土地使用权出让合同规定的使用年限减去已经使用年限后的剩余年限。

第十九条 以共有的房地产抵押的，抵押人应当事先征得其他共有人的书面同意。

第二十条 预购商品房贷款抵押的，商品房开发项目必须符合房地产转让条件并取得商品房预售许可证。

第二十一条 以已出租的房地产抵押的，抵押人应当将租赁情况告知抵押权人，并将抵押情况告知承租人。原租赁合同继续有效。

第二十二条 设定房地产抵押时，抵押房地产的价值可以由抵押当事人协商议定，也可以由房地产价格评估机构评估确定。

法律、法规另有规定的除外。

第二十三条 抵押当事人约定对抵押房地产保险的，由抵押人为抵押的房地产投保，保险费由抵押人负担。抵押房地产投保的，抵押人应当将保险单移送抵押权人保管。在抵押期间，抵押权人为保险赔偿的第一受益人。

第二十四条 企业、事业单位法人分立或者合并后，原抵押合同继续有效，其权利和义务由变更后的法人享有和承担。

抵押人死亡、依法被宣告死亡或者被宣告失踪时，其房地产合法继承人或者代管人应当继续履行原抵押合同。

第三章 房地产抵押合同的订立

第二十五条 房地产抵押，抵押当事人应当签订书面抵押合同。

第二十六条 房地产抵押合同应当载明下列主要内容：

- (一) 抵押人、抵押权人的名称或者个人姓名、住所；
- (二) 主债权的种类、数额；
- (三) 抵押房地产的处所、名称、状况、建筑面积、用地面积以及四至等；
- (四) 抵押房地产的价值；
- (五) 抵押房地产的占用管理人、占用管理方式、占用管理责任以及意外损毁、灭失的责任；
- (六) 债务人履行债务的期限；
- (七) 抵押权灭失的条件；
- (八) 违约责任；
- (九) 争议解决方式；
- (十) 抵押合同订立的时间与地点；
- (十一) 双方约定的其他事项。

第二十七条 以预购商品房贷款抵押的，须提交生效的预购房屋合同。

第二十八条 以在建工程抵押的，抵押合同还应当载明以下内容：

- (一) 《国有土地使用权证》《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》编号；
- (二) 已交纳的土地使用权出让金或需交纳的相当于土地使用权出让金的款额；
- (三) 已投入在建工程的工程款；
- (四) 施工进度及工程竣工日期；
- (五) 已完成的工作量和工程量。

第二十九条 抵押权人要求抵押房地产保险的，以及要求在房地产抵押后限制抵押人出租、转让抵押房地产或者改变抵押房地产用途的，抵押当事人应当在抵押合同中载明。

第四章 房地产抵押登记

第三十条 房地产抵押合同自签订之日起 30 日内，抵押当事人应当到房地产所在地的房地产管理部门办理房地产抵押登记。

第三十一条 房地产抵押合同自抵押登记之日起生效。

第三十二条 办理房地产抵押登记，应当向登记机关交验下列文件：

- (一) 抵押当事人的身份证明或法人资格证明；
- (二) 抵押登记申请书；
- (三) 抵押合同；
- (四) 《国有土地使用权证》《房屋所有权证》或《房地产权证》，共有的房屋还必须提交《房屋共有权证》和其他共有人同意抵押的证明；
- (五) 可以证明抵押人有权设定抵押权的文件与证明材料；
- (六) 可以证明抵押房地产价值的资料；
- (七) 登记机关认为必要的其他文件。

第三十三条 登记机关应当对申请人的申请进行审核。凡权属清楚、证明材料齐全的，应当在受理登记之日起 7 日内决定是否予以登记，对不予登记的，应当书面通知申请人。

第三十四条 以依法取得的房屋所有权证书的房地产抵押的，登记机关应当在原《房屋所有权证》上作他项权利记载后，由抵押人收执，并向抵押权人颁发《房屋他项权证》。

以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。

第三十五条 抵押合同发生变更或者抵押关系终止时，抵押当事人应当在变更或者终止之日起 15 日内，到原登记机关办理变更或者注销抵押登记。

因依法处分抵押房地产而取得土地使用权和土地建筑物、其他附着物所有权的，抵押当事人应当自处分行为生效之日起 30 日内，到县级以上地方人民政府房地产管理部门申请房屋所有权转移登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记。

第五章 抵押房地产的占用与管理

第三十六条 已作抵押的房地产，由抵押人占用与管理。

抵押人在抵押房地产占用与管理期间应当维护抵押房地产的安全与完好。抵押权人有



权按照抵押合同的规定监督、检查抵押房地产的管理情况。

第三十七条 抵押权可以随债权转让。抵押权转让时，应当签订抵押权转让合同，并办理抵押权变更登记。抵押权转让后，原抵押权人应当告知抵押人。

经抵押权人同意，抵押房地产可以转让或者出租。

抵押房地产转让或者出租所得价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第三十八条 因国家建设需要，将已设定抵押权的房地产列入拆迁范围的，抵押人应当及时书面通知抵押权人；抵押双方可以重新设定抵押房地产，也可以依法清理债权债务，解除抵押合同。

第三十九条 抵押人占用与管理的房地产发生损毁、灭失的，抵押人应当及时将情况告知抵押权人，并应当采取措施防止损失的扩大。抵押的房地产因抵押人的行为造成损失使抵押房地产价值不足以作为履行债务的担保时，抵押权人有权要求抵押人重新提供或者增加担保以弥补不足。

抵押人对抵押房地产价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿的范围内要求提供担保。抵押房地产价值未减少的部分，仍作为债务的担保。

第六章 抵押房地产的处分

第四十条 有下列情形之一的，抵押权人有权要求处分抵押的房地产：

(一) 债务履行期满，抵押权人未受清偿的，债务人又未能与抵押权人达成延期履行协议的；

(二) 抵押人死亡，或者被宣告死亡而无人代为履行到期债务的；或者抵押人的合法继承人、受赠人拒绝履行到期债务的；

(三) 抵押人被依法宣告解散或者破产的；

(四) 抵押人违反本办法的有关规定，擅自处分抵押房地产的；

(五) 抵押合同约定的其他情况。

第四十一条 有本办法第四十条规定情况之一的，经抵押当事人协商可以通过拍卖等合法方式处分抵押房地产。协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

第四十二条 抵押权人处分抵押房地产时，应当事先书面通知抵押人；抵押房地产为共有或者出租的，还应当同时书面通知共有人或承租人；在同等条件下，共有人或承租人依法享有优先购买权。

第四十三条 同一房地产设定两个以上抵押权时，以抵押登记的先后顺序受偿。

第四十四条 处分抵押房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同处分，但对处分新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

第四十五条 以划拨方式取得的土地使用权连同地上建筑物设定的房地产抵押进行处分时，应当从处分所得的价款中缴纳相当于应当缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

法律、法规另有规定的依照其规定。

第四十六条 抵押权人对抵押房地产的处分，因下列情况而中止：

- (一) 抵押权人请求中止的；
- (二) 抵押人申请愿意并证明能够及时履行债务，并经抵押权人同意的；
- (三) 发现被拍卖抵押物有权属争议的；
- (四) 诉讼或仲裁中的抵押房地产；
- (五) 其他应当中止的情况。

第四十七条 处分抵押房地产所得金额，依下列顺序分配：

- (一) 支付处分抵押房地产的费用；
- (二) 扣除抵押房地产应缴纳的税款；
- (三) 偿还抵押权人债权本息及支付违约金；
- (四) 赔偿由债务人违反合同而对抵押权人造成的损害；
- (五) 剩余金额交还抵押人。

处分抵押房地产所得金额不足以支付债务和违约金、赔偿金时，抵押权人有权向债务人追索不足部分。

第七章 法律 责任

第四十八条 抵押人隐瞒抵押的房地产存在共有、产权争议或者被查封、扣押等情况的，抵押人应当承担由此产生的法律责任。

第四十九条 抵押人擅自以出售、出租、交换、赠与或者以其他方式处分抵押房地产的，其行为无效；造成第三人损失的，由抵押人予以赔偿。

第五十条 抵押当事人因履行抵押合同或者处分抵押房地产发生争议的，可以协商解决；协商不成的，抵押当事人可以根据双方达成的仲裁协议向仲裁机构申请仲裁；没有仲裁协议的，也可以直接向人民法院提起诉讼。

第五十一条 因国家建设需要，将已设定抵押权的房地产列入拆迁范围时，抵押人违反前述第三十八条的规定，不依法清理债务，也不重新设定抵押房地产的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

第五十二条 登记机关工作人员玩忽职守、滥用职权，或者利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八章 附 则

第五十三条 在城市规划区外国有土地上进行房地产抵押活动的，参照本办法执行。

第五十四条 本办法由国务院建设行政主管部门负责解释。

第五十五条 本办法自 1997 年 6 月 1 日起施行。