

第一篇 借款诉讼 法律原理

第一章 借款诉讼一般法律问题

第一节 借款合同的认定

一、借款合同与借贷合同的关系

借款（贷款）诉讼，顾名思义，是为解决借贷过程中发生的争议引发的诉讼。何为借贷？其与借款是何关系呢？在起草《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）时我国有学者提出，借贷为当事人约定一方将金钱或其他替代物移转于他方，他方在约定的期限内就同等种类、数量、品质的物返还的合同。^①世界大多数国家的民法都规定了借贷合同，借贷合同的内涵也是随着法律的演进而不断地变化的。罗马法时期即有关于借贷合同的规定，即“利息的债，即以给付利息为标的的债。利息是指给付债务人因借用债权人的原本（为替代物）而付给债权人的报酬。”^②法国将借贷分为使用借贷和消费借贷两种。《法国民法典》第 1874 条规定，借贷分为使用借贷和消费借贷。前者是可以使用但不得毁坏借贷物的物的借贷。后者是因使用而消费的物的借贷。《德国民法典》则在第二编第八章第三节、第六节、第

学者起草的合同法建议草案第 271 条。

② 龙斯荣：《罗马法要论》，吉林大学出版社 1991 年版，第 266 页。

七节分别对金钱消费信贷合同（译者加）、使用借贷、物的消费信贷合同进行了规定。该法典第 488 规定，根据金钱消费信贷合同，贷与人有义务将约定数目的金额提供给借用人处分。借用人有义务支付所欠的利息，并在清偿期到来时，偿还供其处分的金钱消费借贷金额；第 598 条规定，根据使用借贷合同，物的贷与人有义务无偿地许可借用人使用该物；第 607 条规定，根据物的消费信贷合同，贷与人有义务将约定的替代物交给借用人。借用人有义务支付消费借贷的报酬，并在清偿期到来时以种类、品质和数量相同的物予以偿还。^① 所谓替代物，是指在交易中通常按数量、大小或者重量来确定的动产；^② 该法典的译者在对第 607 条进行注释时指出，德国《债法现代化法》自 2002 年 1 月 1 日起施行后，德国民法典将消费信贷如果不加以修饰语，就是指金钱消费信贷。《日本民法典》分别在第三编第二章第五节、第六节对消费信贷和使用信贷进行了规定。该法典第 587 条、593 条分别规定：消费信贷，因当事人一方约定以种类、质量及数量相同之物返还，并从相对人处受领金钱或其他物，而发生效力；使用借贷，因当事人一方约定于无偿使用及收益后返还，并自相对人处受领某物，而发生效力。我国台湾地区“民法典”第二编第六节借贷部分将借贷分为使用借贷和消费借贷，其规定的使用借贷与消费借贷在性质上是不同的，没有共同的适用规则。由此可见，在上述国家和地区，信贷分为消费信贷和使用信贷两种，而消费信贷又分为金钱消费信贷和物的消费信贷两种。我国《合同法》并没有规定借贷合同，只是在第十二章对借款合同进行了专门规定。事实上，我国将使用借贷合同称为借用合同，将金钱消费借贷合同称为借款合同。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 196 条规定，借款合同是指借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。由此可见，我国规定的借款合

陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社 2004 年版。
《德国民法典》第 91 条。

同的标的物是货币。但信贷合同的标的物不仅包括货币还包括其他替代物。因此，借贷合同与借款合同是不同的，借款合同只是借贷合同的一个种类，借贷合同的内涵和外延均广于借款合同。本书所研究的借贷合同除包括我国《合同法》和相关司法解释规定的借款合同外，还研究消费信贷中的贷款借贷合同（详见第二章第六节）。在我国的相关法律、行政法规和司法解释以及司法实务中，存在着借贷合同的表述，如金融借贷合同、民间借贷等，应当说，将借款合同称为借贷合同也不为错，因其确为借贷合同的一个种类。为遵循习惯，本书行文中既有借款合同的表述，也有借贷合同的表述，这里特指出。

我国《合同法》第十二章规定了两种借款合同，即借贷双方皆非金融机构的民间借贷合同和贷款方为金融机构的借款合同。对于前一种借款合同，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，所谓民间借贷，是指贷款方非金融机构的借款合同。主要包括公民与企业、其他社会组织之间的借贷和公民之间的借贷。该规定同时明确，因借贷外币、台币和国库券等有价证券发生纠纷诉讼到法院的，应按借贷案件受理。关于后一种借款合同，有的观点将其称为银行借款合同，认为，银行借款合同是银行等金融机构作为出借人的合同，这种合同又称为贷款合同、借贷合同。^① 我们认为，既然银行借款合同的贷款方不仅仅为银行，还包括其他非银行金融机构，那么，以银行借款合同来概括包括银行在内的所有以金融机构为贷款方的借款合同显然外延不周延。因此，我们认为，这种借款合同称为金融机构借款合同较为适宜。具体来看，金融机构借贷合同分为：金融借贷合同（金融机构为贷款方，借款方为非金融机构）、同业拆借合同（金融机构相互之间融通资金的合同）委托贷款合同（金融机构受托发放贷款，实际的出资人非金融机构，金融机构与委托人

崔建远主编：《新合同法原理与案例评释》（下），吉林大学出版社，第 1034 页。

之间是委托法律关系)、信托贷款合同(金融机构受托发放贷款,实际的出资人非金融机构,金融机构与委托人之间是信托法律关系)、封闭贷款。民间借贷合同分为:自然人间的借款合同、自然人与法人或其他经济组织之间的借款合同。上述民间借贷属于合法借贷。企业之间的借款合同属于非法借贷合同,因该种借贷在实务中存在较多,因此,本文也对其进行研究。

二、借款合同与其他合同的区别

(一) 借款合同的特征

1. 借款合同的标的物是货币,借款合同是转移标的物所有权的合同

货币是充当一般等价物的一种特殊商品,为种类物和可消费物。其不同于一般物的特性是其具有高度的替代物,其所有权和占用不可分立,即其所有权随着占有的转移而转移。申言之,在借款法律关系中,贷款人将货币交给借款人,货币的所有权就转移给借款人,贷款人只享有返还贷款的债权请求权,而不能基于其对货币的所有权而主张返还原物请求权。这是大多数学者主张的观点,也是传统民法理论所持有的观点。^①《法国民法典》第1893条即规定,由于借贷的结果,借用人成为借用物的所有人。也有观点认为,消费借贷合同的订立到履行,有一个借用人的所有权在出借人于借款人之间往返的过程。由于消费借贷合同的客体为消费物,故借用人借到该物后对该物的使用,就是事实上的处分,借款人对借用物的使用行为,就是行使所有权的行。②我国现行立法采用的是第一种观点,基于货币的这一特征,如果借款方的交易相对方将预付款打入借款方账户,那么借款方即享有该预付款的所有权,如果借款合同的借款人到期不归还贷款本息,作为贷款人的金融机构可以直接在借款人的账户中

刘心稳等:《中国民法学研究综述》,中国政法大学出版社1996年版,第576页。

② 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第665页。

扣划该预付款还贷。该款项被金融机构扣划还贷后，预付款人无权向金融机构请求返还。但金融机构对预付款人承诺专款专用而又扣划该款项还贷的，预付款人也可直接要求银行、信用社或者其他金融机构返还被其扣划的预付货款。

2. 金融机构借款合同一般为诺成合同，自然人之间的借款合同为实践合同

依据我国《合同法》第 196 条和 211 条的规定，金融机构借款合同为诺成合同，即借贷合同当事人就借贷合同的主要条款达成一致意见，签字盖章之后借贷合同即成立。自然人之间的借款合同为实践性合同，即贷款方提供了贷款后借款合同才生效。关于借款合同应为诺成合同还是实践合同，我国民法学界是存在争议的。有观点认为，对于无偿消费借贷合同，应该认为是实践合同；对有偿消费借贷合同，则应该认为是诺成合同，以加重获取收益的出借人的义务，稳定社会经济生活。^①也有观点认为，银行借贷合同为诺成性合同，而民间借贷合同一般为实践性合同。^②在罗马法中，借贷合同为实践性合同。德国、日本及我国台湾地区的立法也作出如此规定。但瑞士债务法则将消费信贷规定为诺成合同。我们认为，我国法律之所以规定金融机构借款合同为诺成合同，是因为该类借款合同为有偿合同，也就是要求说，借款方要取得贷款，必须支付相应的对价。若该类合同为实践合同，则金融机构交付货币成为合同成立的要件，在合同成立之后，贷款方不再承担发放贷款的义务，但借款方却需履行按期还贷的义务。这样，合同成为单务合同，借款方不按约还贷要承担违约责任，但贷款方不按约放贷不需承担违约责任，而应承担缔约过失责任，这对借款方是不公平的。我国立法一直规定金融机构借款合同为诺成合同，如 1985 年颁布的《借款合同条例》（现已失效）规定，借款合同须借款方提出申请，由贷款方审查

王家福主编：《中国民法学 民法债权》法律出版社，2001 年版，第 444 页。

② 郭明瑞等编：《合同法新论 分则》第 105~201 页。

同意的，合同即为成立。因此，若在金融机构借款合同纠纷中，某金融机构主张其未发放贷款因此合同不成立，其不承担违约责任则是不正确的。但在自然人借款合同中，因该类借款合同的当事人大多具有亲戚、朋友等特殊关系，而且该类合同很多为无偿合同，故我国《合同法》第 211 条才作出自然人之间的借款合同在贷款方提供了借款合同才生效的规定。这里应予以注意的是，“提供”的法定涵义是“交付”，即按约交付给借款人或其代理人，借款人实际控制、支配货币。

3. 金融机构借款合同为双务合同，自然人之间的借款合同为单务合同

金融机构借款合同的双方当事人互享权利、互负义务。贷款人享有要求借款人按期偿还本息的权利，但负有及时发放贷款的义务。借款人享有要求贷款人按时发放贷款的权利，但负有依约定使用贷款并按期归还贷款本息的义务。借款合同当事人之间的权利和义务是相互关联的。在双务合同中，贷款人可行使不安抗辩权、同时履行抗辩权等权利以对自己的合法权利进行保护。自然人之间的借款合同是实践合同，故其贷款人无需承担发放贷款的义务，而借款人单方负有还款义务。

4. 金融机构借款合同为要式合同，民间借贷合同为不要式合同

我国《合同法》第 197 条规定，借款合同采用书面形式，但自然人间借款另有约定的除外。《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）第 37 条规定，商业银行贷款，应当与借款人订立书面合同。《贷款通则》规定，借贷双方应当签订借款合同。也就是说，行政规章和法律的规定略有不同，行政规章将借款合同的形式具体化为书面合同。那么，是否因为未以书面合同形式订立借贷合同就认定借贷法律关系不存在呢？我们认为不能。因为，《商业银行法》关于应当采用书面合同形式订立借款合同规定的目的是加强商业银行贷款的管理，而非表明不符合该形式借款合同法律关系就绝对不存在。根据我国《合同法》

的相关规定，订立合同采用的书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。如果当事人间有信件、数据电文或其他书面形式载明合同关系的存在，且上述书面证据的内容形成证据链，可以据此认定贷款关系的存在。若合同的当事人虽未签订书面合同，但合同的一方当事人已履行了合同的主要义务，而且另一方已接受，该合同仍然成立。或者，合同双方当事人对合同主要条款无异议的，也应认定合同成立。下以哈尔滨市先锋路城市信用社诉沈阳泰邦经济信息发展中心、哈尔滨华堂经贸有限责任公司借款合同纠纷一案作以详细说明。该案中，尽管并没有沈阳泰邦经济信息发展中心与哈尔滨市先锋路城市信用社签订的书面借款合同，但通过沈阳泰邦经济信息发展中心给哈尔滨华堂经贸有限责任公司出具的借据、哈尔滨市先锋路城市信用社向沈阳泰邦经济信息发展中心出具承诺书、哈尔滨市先锋路城市信用社给沈阳泰邦经济信息发展中心出具函件所载明的内容，可以证明沈阳泰邦经济信息发展中心通过哈尔滨华堂经贸有限责任公司向哈尔滨市先锋路城市信用社借款这一法律事实的存在，上述函件、承诺书、借据皆为表明当事人之间存在借款关系的书面形式，法院据此认定借款法律关系的存在是正确的。民间借贷合同因主要发生在相互认识的主体之间，当事人双方因相互信任或碍于情面等原因，大多不签订书面合同，因此，这类合同为不要式合同，不以存在书面合同为合同成立的要件。

（二）借款合同与其他合同的区别（举例分析）

1. 借款合同与联营合同的区别

案情：1992年6月23日，某农场（甲方）与某公司（乙方）签订《某农场联合经营协议书》，约定：双方合作期3年。乙方投资1000万元。双方投资或筹资应设立专项账户，实行专款专用。双方均有权进行财务监督。双方利益分配：甲方对乙方按投资总额以每年15%~20%收益率每年分两次支付投资回报。

15%是最低收益率。甲方不能保证乙方收益，则保证向乙方按年15%利率按延期日数计算资金利息。甲方为保证乙方投入资金安全回收，提供土地使用权抵押。1993年，双方又签订《联合经营某农场协议书》，约定：联营投资开发所提供利润保证乙方分红。合作期自1993年5月1日至1994年2月1日。因某农场到期未给付投资本金及收益，某公司遂诉至法院，要求某农场返还借款本金。

我们认为，根据《民法通则》和最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的相关规定，联营的典型特征是：其主体双方为企业或事业单位；其形式有法人型、合伙型和合同型三种形式；其责任形式是联营各方共同经营、共负盈亏、共担风险等。在上述案例中，乙方只提供资金，无论投资项目盈利与否甲方均应给付其利息回报，且若甲方不能保证乙方收益，则保证向乙方按年15%利率按延期日数给付逾期利息。这些约定表明，该合同明为联营，实为借贷，固定的利息回报就是借贷利息，延期给付的资金利息就是逾期利息。

2. 借款合同与融资租赁合同的区别

案情：A公司与B租赁公司签订租赁合同，约定：由B租赁公司出资购买由A公司指定的C公司生产的X型号客车三辆，租给A公司使用。租期一年半，租金按银行同期利率计算，分三次付清。租赁物到期归承租人所有，A公司返还B租赁公司租赁物残值的等额价款评估款。B租赁公司直接将购货款交付A公司，由A公司与C公司签订了购买三辆X型号客车的购货合同。合同签订后，B租赁公司将款项打入A公司账户。其后，A公司并未与C公司签订购货合同，也未购买客车。后由于A公司未按期支付租金，发生争议，B租赁公司向法院提起诉讼。

从表面上看，该合同的内容是租赁合同，是融资租赁物，但其又不完全符合融资租赁合同的特征，主要分析如下：（1）融资租赁合同的基本特征是三方当事人、两个合同，而上述案例中虽提到C公司，但C公司并不是该案法律关系的当事人，其真正的

当事人只有两方，即 A 公司与 B 租赁公司。双方所签订的合同也只有一个，即名为租赁合同，双方并未签订购买合同。

(2) 融资租赁的特点是融资兼融物，故其标的物不仅包括租赁物，还包括货币，而在本案中，合同双方第三人虽约定租赁物是客车，但其并未购买客车，其标的物实质为货币。(3) 融资租赁合同的租金的构成是复杂的，主要包括设备价款、融资利息、银行费用等总成本的回收及手续费、保险费等出租人的经营费用以及可得利润部分，其具体计算也有附加率法、年金法等几种，一般高于同期银行贷款本息；而本案中，A 公司与 B 租赁公司约定的租金是银行的同期利率。(4) 融资租赁合同的解除是有条件限制的，因为租赁物是依承租人的要求而购买，故一般情形下融资租赁合同不能解除，但若租赁人延期交付租金，则出租人可以解除合同等。

从上述分析可以看出，尽管本案合同的名称为租赁合同，但其并不符合融资租赁合同的特征。该合同的标的物为货币，且只有双方当事人，只有一个合同，约定一方支付款项，另一方到期支付按照银行同期利率计算的利息，符合借贷合同的特征，因此，应为借贷合同。

3. 借款合同与回租合同的区别

案情：某租赁公司与某厂签订某回租合同及附件，约定：某租赁公司根据某厂的要求经审查同意支付人民币 600 万元用于购买某厂的进口设备并出租给某厂；租期为 1 年。租金利率为月息 12%；手续费为租赁总成本的 18%，计 108 万元；如某厂未按规定时间支付租金，某厂除继续支付利息外并按逾期日数每日按税金的万分之三向某租赁公司支付滞纳金；某租赁公司同意某投资公司为担保人。当日，某厂分别出具了回租设备产权转移证明，同意将进口设备产权转移给某租赁公司作为租赁物件。某科技公司与某厂签订委托代理协议，约定某厂委托某科技公司办理进口设备回租业务，某厂在收到某科技公司 600 万元回租租金时，自愿按实际收到款额的 3% 付给某科技公司进口设备出租代

办费。某厂出具了代出租方投保证明及中国人民保险公司对某厂所有固定资产等财产保险的企业财产保险单。合同签订后，某租赁公司将 600 万元给付某厂。某厂分别支付某租赁公司手续费 18 万元、利息 30 万元、本金 420 万元。某厂逾期未付，遂诉诸法院。

回租合同是指当事人约定承租人将自有物件出卖给出租人，该物件以融资租赁的形式从出租人处租回的合同，其为融资租赁合同的一个特殊种类，其出卖人和出租人为同一人，也就是说，回租合同的当事人实质为两方。回租合同表面看为一个合同，但实质包括两个合同关系，此两合同关系有先后顺序，当事人相同，其典型特征是购物融资，也就是说，回租合同中，不仅包括资金融通行为，还包括物的买卖和所有权的转移行为。但本案中，某租赁公司尽管与某厂签订的合同名字为回租合同，但其实质并无物的买卖和所有权的转移，因此，其实质为借款合同。

4. 借款合同与补偿贸易合同的区别

案情：某公司与某厂签订一份补偿贸易合同，约定：双方以补偿贸易方式由某公司向某厂提供资金，用于某建设项目，某厂向某公司提供某货物。(1) 某公司提供给某厂 250 万元资金，于 1993 年 7 月 10 日前到位；(2) 某公司每提供 100 万元，某厂无偿提供其 60 吨某货物，直到某公司全部资金收回；(3) 某厂从 1993 年 10 月起，每月有偿供应某公司某货物 150 吨，每吨价格比照其他客户的最低价下浮 5 元，期限 5 年；(4) 某厂从 1993 年 10 月起，每月归还某公司本金 4 万元，年累计 50 万元，从每月有偿提供的货款中扣回，直到还清全部本金为止。合同对违约处理的办法约定是：(1) 某厂未能按期偿还某公司资金，某公司有权拒付货款；(2) 某公司未能按规定时间拨付款项时，应按违约数额和延期天数按每日万分之五向某厂支付违约金；(3) 某厂未能按期提供货物，某公司未能按期收货时，双方均有权按对方不能按期交、收货部分的货款总值的 20% 向违约方收取违约金。合同签订后，某公司将资金汇入某厂账户。后双方达成补充协

议。约定：原合同约定的某厂每月按每百万元 60 吨的比例无偿提供的货物，不再提供实物，改按当月货物价格折成货币给付；每月按优惠价有偿提供货物 1500 吨的条款取消后，改按每吨补偿 10 元，每月补偿回 5 万元付给某公司；某厂每月应付的补偿款 1.5 万元和应归还的本金 4 万元，合计每月 5.5 万元，作为某公司对某厂的投资。因某厂未按期还款，某公司遂诉至法院。

我们认为，根据国务院 1979 年 9 月 3 日颁布的《开展对外加工装配和中小型补偿贸易办法》第 1 条第 2 款规定，补偿贸易，主要是指“由外商提供技术、设备和必要的材料，我方进行生产，后用生产的产品偿还。”由此可见，补偿贸易是一种特殊贸易形式，其特征不在于以商品易商品，换言之，是以物易物，而不体现为资金的给付。这里的商品分别指商品原料和成品。补偿贸易适用于购买方缺少货币而又需购买诸如设备、材料等生产资料和技术等特殊商品的情形。

本案中，某公司和某厂最后签订的补充协议改变了原合同关于提供实物的约定，实质是某厂和某公司以货币的形式支付利息。因此，本案应当界定为借款合同纠纷。

5. 借款合同与证券回购合同的区别

案情：1995 年 3 月间，广西乡镇企业贸易开发公司（以下简称开发公司）和广西南宁特种玻璃厂（以下简称特玻厂）为解决资金困难，与深圳蔚深投资有限公司（以下简称蔚深公司）协商借款事宜，蔚深公司表示愿以证券回购方式通过南宁市金融市场证券交易中心（以下简称证交中心）交 3000 万元给开发公司和特玻厂使用（其中 2000 万元另案审理）。同年 4 月 6 日 蔚深公司与证交中心签订一份债券买卖协议书，约定：蔚深公司向证交中心购买〔1993〕三期国库券，券面值 1000 万元，成交价格为 10.98% 合计人民币 1109.8 万元，资金于 1995 年 4 月 7 日划入证交中心指定的账户，成交债券交割地点为南宁市，日期为 1996 年 4 月 7 日，交割方式为自提。同日，证交中心与特玻厂签订一份拆借资金合同，约定证交中心拆借 1000 万元给特玻厂

使用，拆借期限自 1995 年 4 月 6 日至 1996 年 4 月 6 日 拆借利率（月息）为 9.15%，计息方式为利随本清。1995 年 4 月 6 日，开发公司向证交中心出具借款委托书，载明：我单位委托证交中心于 1995 年 4 月 7 日向蔚深公司接受借款 1000 万元整，作为我单位启动防城港市企沙大道项目之用。同日，证交中心向蔚深公司出具委托书称：因业务需要，请将贵公司向我公司购买债券款 1000 万元于 1995 年 4 月 7 日前付往中国农业银行广西防城港市分行国际业务部开发公司账户，所产生的一切后果由我公司负责。证交中心依约将 1000 万元汇入农行广西防城港市分行国际业务部开发公司账户。同年 4 月 10 日，开发公司以支付国债款名义支转 166.2 万元给蔚深公司（在一审庭审中，蔚深公司则称其为蔚深公司给付证交中心的顾问费）。同年 5 月 19 日，开发公司出具书面证明称，我公司于 1995 年 4 月 10 日代证交中心收到蔚深公司人民币 1000 万整，特此证明。1998 年 3 月，蔚深公司向原审法院提起诉讼，请求判令解除其与证交中心签订的债券买卖协议，由证交中心、金融市场、中国人民银行广西壮族自治区南宁分行连带承担偿还债券款及利息责任。一、二审法院均查明：蔚深公司并无国债实物券。

我们认为，所谓证券回购，是指证券持有方（回购方）在卖出一笔证券的同时，与买方（返售方）签订协议约定一定期限和价格，买回同一笔证券的融资活动。其特点是：（1）合同主体只能是具有法人资格的金融机构，非金融机构、个人以及不具有法人资格的金融机构一律不得直接参与证券回购业务。（2）回购的标的只能是国库券和中国人民银行批准发行的金融债券，禁止以其他券种从事证券回购业务。1993 年 12 月，上海证交所推出证券回购业务时，采用的是针对某一国债现券品种对应设立不同期限回购品种的做法。1994 年 9 月 6 日后，上海证券交易所发布《关于调整国债回购业务的通知》，设定了不分券种、统一按面值计算持券量的标准化国债回购交易品种，改对应券种的回购为标准券回购。但标准券必须与持券人拥有的国债现券相对应。在国

债回购交易中，融资方必须拥有国债现券。(3) 中国证券登记结算有限责任公司提供中央担保交收。实行一次交易，两次结算制。(4) 实行证券回购登记制。在本案中，当事人虽然约定签订证券回购合同，但从一开始就没有通过国债进行融资的真实意图，而且，蔚深公司并无国债现券，双方也无国债的回购交易行为，因此双方当事人间并不存在国债回购的法律关系，本案真正的法律关系为蔚深公司与开发公司和特玻厂的借款合同关系。

6. 借款合同与委托理财合同的区别

案情：A 企业与 B 证券公司签订《委托投资国债协议书》，约定：A 企业同意将其资金人民币 3000 万元委托 B 证券公司投资国债业务，A 公司享有委托投资国债的投资收益。委托期限为 1 年，自 2003 年 9 月 28 日至 2004 年 9 月 28 日止。A 公司委托资金全部划入 A 公司开设的国债专用账户后，B 证券公司向 A 公司提供真实、有效的资金到账确认凭证；购买国债后，向甲方提供购买交割单。B 证券公司应在 A 公司开设的国债投资专用机构证券账户上依法进行专户管理，单独运作，不得与其自营、经纪账户混合使用。B 证券公司应以勤勉、谨慎、尽责为原则，以 A 公司委托投资国债的资金安全为目标，承担 A 公司委托资金的保值、增值的责任，运用专业知识和技能代理 A 公司投资操作。保证到期返还 A 公司本金和给付年收益率 5%。因国债投资亏损，B 证券公司不能返还本金和约定的利息，A 公司遂提起诉讼。

我们认为，关于委托理财类合同案件的性质主要有两种观点，一种是将委托理财类合同类型化为各类案件的观点，该观点将委托理财类合同分别规定为借款合同、合伙合同、委托合同和信托合同进行分析。另一种观点认为，委托理财类案件为一类案件，应具有作为一类特殊案件的特质，也就是说，无论是约定固定本息回报、未约定固定本息回报还是约定保底的委托理财合同，都应定性为委托理财类合同，应共同适用委托理财类合同关于归责原则、确责标准的统一规定，而不应将其分为各类合同适

用不同的确责标准。本案中，B证券公司承诺到期归还A公司本金和资金的固定回报，依观点一，该固定回报应认定为A公司借款给B证券公司的利息，该合同应认定为A公司与B证券公司之间为借款法律关系。我们同意第二种观点。

第二节 借款合同的效力认定

依据《民法通则》第55条的规定，民事法律行为应具备三个要件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律和社会公共利益。我国《合同法》第三章对合同的效力进行了规定。上述规定表明，借款合同的成立并不意味着借款合同一定生效。借款合同成立后如果不符合上述规定，则其效力存在瑕疵。现对实务中争议的几个问题进行分析。

一、金融机构与未经工商年检的借款人签订的借款合同的效力问题

该问题实质涉及借款人的主体资格问题。借款合同的主体应为具有相应的民事行为能力的适格主体。具体而言，法人、其他组织应具有民事主体资格，作为贷款人的金融机构应有特殊资质。自然人则应是具有我国国籍的完全民事行为能力人。该问题中的借款人显然是法人主体。根据《贷款通则》的规定，借款人应当是经工商行政管理机关（或主管机关）核准登记的企（事）业法人、其他经济组织、个体工商户或具有中华人民共和国国籍的具有完全民事行为能力的自然人。如果企业的分支机构欲作为借款人申请贷款，必须有法人的授权，否则，其签订的借款合同无效。并非所有符合上述条件的主体都可以成为借款人，借款人申请贷款，还需具备一定的条件，即：其基本条件是产品有市场、生产经营有效益、不挤占挪用信贷资金、恪守信用。而且，借款人还应符合以下要求：有按期还本付息的能力，原应付贷款

利息和到期贷款已清偿；没有清偿的，已经做了贷款人认可的偿还计划；除自然人和不需要经工商部门核准登记的事业法人外，应当经过工商部门办理年检手续；已开立基本账户或一般存款账户；除国务院规定外，有限责任公司和股份有限公司对外股本权益性投资累计额未超过其净资产总额的 50%；借款人的资产负债率符合贷款人的要求；申请中期、长期贷款的，新建项目的企业法人所有者权益与项目所需总投资的比例不低于国家规定的投资项目的资本金比例。不得在一个贷款人同一辖区内的两个或两个以上同级分支机构取得贷款。

显然，上述规定明确，借款人应经过工商年检。那么，是否据此认定未经工商年检的借款人签订的借款合同无效呢？我们认为，《贷款通则》是行政规章，其效力层次低于法律和行政法规。在审判实务中，对行政规章只是参照适用。而且，我国《合同法》明确规定，合同违反法律、行政法规的强制性规定无效，而未规定违反行政规章的强制性规定而无效。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》[以下简称《合同法司法解释一》]第 4 条规定，《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，本案不宜因某银行与未经工商年检的借款人签订的借款合同违反了行政规章的强制性规定而无效。此外，根据国家工商局发布的《企业年度检验办法》第 3 条、第 19 条的规定，企业年度检验，是指工商行政管理机关依法按年度对企业进行检查，确认企业继续经营资格的法定制度。企业未参加年检不得继续从事经营活动。登记主管机关对年检截止日期前未参加年检的企业法人进行公告。自公告发布之日起，30 日内仍未申报年检的，吊销营业执照。由上述规定可以看出，企业不进行年检的法律后果是不得继续从事经营活动、严重的被吊销营业执照，年检关系到企业的经营能力和经营资格问题，并不影响其民事主体资格。《贷款通则》禁止对未经过工商年检的企业贷款是出于保证