

MINJIAN JIEKUAN SUSONG

民间 借款诉讼

金永熙
著

MINJIAN JIEKUAN SUSONG



人民法院出版社

PUBLISHING HOUSE OF PEOPLE'S COURT

民间借贷诉讼

金永熙 著



A0943719

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民间借贷诉讼/金永熙著. —北京: 人民法院出版社,
2000. 10

ISBN 7-80161-071-7

I. 民… II. 金… III. ①贷款-民事诉讼-研究-中国
②贷款-合同-研究-中国 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 70456 号

民间借贷诉讼

金永熙 著

人民法院出版社

北京东交民巷 27 号 100745

(电话 65136849 65299981 65134290)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 15.5 印张 377 千字

2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-071 7/D·071

定价: 27.00 元

前 言

民间借款既是一种融资方式，又是一种民事行为。在社会主义社会里，民间借款是人们在生活上互相帮助和在生产经营上促进市场经济发展的资金流通形式。这种融资方式是以民事行为表现出来的，当其作为民事行为时，又为民事合同法律所规范和调整。本书以融资方式和民事行为为上线，研究当前民间借款合同和民间借款诉讼一系列法律问题。

过去，我国经济发展不快，人民群众生活水平低下，绝大多数民间借款因解决贫困、维持生计而发生的。近二十年来，我国实行改革开放政策，走社会主义市场经济道路，经济发展很快，人民生活水平明显提高。在这种社会经济背景中，一方面，富裕起来的人们有钱出借，为民间借款发展提供了资金条件；另一方面，越来越多的人涌入市场经济大潮，需要借钱为资本发展经济，因而生产经营型的民间借款越来越多，至今大量出现，且面广额大，同时，仍有不少群众生活贫困，但我国人民有着互帮互助的传统美德，先富起来的人愿意出借金钱予以解困，因而生活型民间借款虽额小但面仍广，于是，当前民间借款活动空前活跃。

民间借款因在民间普遍存在而具有广泛性，又因法律规范相

对宽松又具有自由性。由于存在这两个特点，民间借款往往处于无序状态。无序状态下的活跃，使民间借款出现两个负面效应：一是纠纷大量发生，影响民间资金正常流转和社会安定团结；二是少数个人和单位以民间借款为名，非法变相从事存贷业务，破坏了金融秩序。民间借款的作用和存在的问题已引起了党和国家的高度重视，中共中央、国务院《关于做好二〇〇〇年农业和农村工作的意见》（2000年1月16日发出）指出：**加强对民间信贷的引导和管理，化解农村金融风险。**

《民法通则》对民间借款行为的规定过于原则，最高人民法院虽有几个司法解释，但大多适用于诉讼程序，至于行政管理更无法可依。《合同法》实施后，民间借款法律规范趋于完善，该法第十二章是民间借贷合同的法律依据，总则中的有关规定也适用民间借贷。但是，民间借贷行为及其合同在现实生活中的表现是复杂多样的，法律不可能作出具体详细的规定，实践中遇到的许多问题要依靠立法精神、法学原则和实践经验去判断和解决。

为了规范民间借贷行为，解决实践中遇到的一些问题，笔者根据《合同法》和《民法通则》的有关规定及最高人民法院的有关司法解释，结合法理要求和实践经验，撰写此书，仅供参考。本书如有不足之处，敬请读者指正。

金永熙

二〇〇〇年九月于温州永嘉

第一章 民间借款绪论

第一节 内涵和特征

一、民间借款的内涵

在法律意义上，民间借款是指自然人之间、自然人与企业（包括其他组织）之间，一方将一定数量的金钱转移给另一方，到期返还借款并按约支付利息的民事法律行为。这个定义包含三个方面的内涵：在主体上只能是自然人和企业；在内容上只能是借用金钱；在性质上是一种法律行为。为了进一步理解这个定义的内涵，下面说明三个问题：

民间问题。所谓的“民间”是相对“官方”而言的，是指民众之间，即非官方之间。在借款法律关系中，民间与官方的区别，主要是从主体上界定的。银行借款、财政借款以及其他金融机构借款中的银行、财政和其他金融机构是经国家政府和人民银行批准设立的机关和企业，传统的说法称之为“官方”。民间借款中的“民间”，是指自然人和非金融企业，在主体关系的范围上仅限于

自然之间和自然人与企业及其他组织之间。

企业问题。根据《人民银行法》、《商业银行法》以及有关法律的规定，除人民银行外，其他银行和金融机构，绝大多数是自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束，并以全部财产独立承担民事责任的企业。民间借款主体中的企业，因“民间”的限制，不包括银行和其他金融机构这些经营存贷款业务的企业，我们称之为“非金融企业”。

借款问题。借款一词有两个含义：一个是向人借钱或者把钱借给他人，这个含义表明，借款是一种行为；另一个是借用的钱，即所借的金钱，这个含义表明“借款”是一个名词。当借款作为一种行为被民事法律规范所调整时，便是一种民事法律行为；当借款作为一个名词时，在民间借款法律关系中便为标的。

二、民间借款的法律特征

（一）法律特征

民间借款与银行借款以及其他民事法律行为比较，它有几个主要的法律特征：

1. 融资民间性

无论是银行借款还是民间借款，都是流通资金的活动。通过这种活动，贷款人虽然付出金钱，但收回本金并收取利息，能够实现自己的目的；借款人虽然付出利息，但取得借款，也满足了自己生活或生产的需要。但是，银行借款具有官方意志，必须由依法批准设立的金融机构放贷，利息和放贷活动必须依照法律、法规、规章和有关制度进行，所借出的金钱是储户存入的款项；民间借款不仅在主体上限于自然人和非金融企业，而且出借款项属于民间自由活动的流动资金，它是民间的融资活动。这是民间借款的本质特征。

2. 主体局限性

民间借贷主体的局限性主要表现为三种情况：一是其主体仅限于自然人和非金融企业；二是因为非金融企业之间一般不得拆借资金，所以非金融企业之间各自都不得成为民间借贷的主体；三是非金融企业即使可以与自然人发生借款关系。但也受到一定限制，如不得以借款名义非法向职工或社会集资等。如果当事人超越这个主体范围的限制而实施借款行为，要么不属民间借贷，要么其借款合同无效。

3. 标的物特定性

民间借贷中的款，指的就是金钱。因而，民间借贷的标的物是特定的——金钱。但是，对金钱不能狭窄地理解为人民币现金。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（以下简称《审理借贷意见》）第二条规定：“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。”从这条规定中可以看出，民间借贷的标的物范围包括：人民币、外币、台币、港币和有价证券。为了表述方便，对所借用的各种货币和有价证券，本书统一称之为“金钱”。

4. 行为自由性

民间借贷因由其融资性质、社会需求所决定，法律和政策没有很多很严的规定予以制约，因而，民间借贷活动相对比较自由。说其“相对”，一是与银行借款比较而言，二是法律虽无严格要求但仍有限制性规定。银行和其他金融机构发放贷款，有法律、法规、规章的严格要求，申请、调查、审批、订立格式合同等有制度约束，数额、期限、利息也有严格要求，民间借贷却无此严格约束，一般由当事人自由意志决定。

法律和司法解释对民间借贷只是在大体上规定几条杠子予以限制：一是在主体上，企业之间不得拆借；二是在利息上，最高

不得超过银行同类贷款利率的 4 倍；三是在用途上，不得用于违法活动；四是不得损害国家、集体和第三人的利益。

（二）自由性的表现

上述四条限制，实际上是很宽的，所以，民间借款在行为上是相当自由的。其自由性主要表现为以下几个方面：

1. 用途自由

民间借款用途由借款人和贷款人约定，也可以不约定而由借款人自由使用，只要双方自愿且借款不用于违法活动，政府不予干涉，法院亦认定合法。民间借款用途自由是对双方当事人合意而言的，也就是说借款人和贷款人可以自由协商用途问题，或不协商用途问题。但双方当事人已约定用途的，借款人应当按约定的用途使用，否则构成违约。

2. 期限自由

没有法律、法规和政策限制民间借款的期限，民间借款的期限长短完全由双方当事人约定，可以一天二天，也可以十年二十年，不约定期限也不违法。

3. 数额自由

国家不限制民间借款的数额，完全由双方当事人根据自己经济能力和需要而协商确定。虽然民间借款在量上的特点是小额，但大额借款并不违法。

4. 利率相对自由

银行借款的利率有人民银行的規定为标准，而民间借款的利率只要双方当事人约定不超过银行同类贷款利率的 4 倍就受法律保护，在这 4 倍以下，由双方当事人自由约定、不论约定多少均为合法有效。贷款人和借款人约定无息借款，也予准许。

5. 还款方式自由

民间借款合同中的还款方式由双方当事人约定，可以约定一

次性还款，也可以约定分期分次还款，还可以约定到期如无金钱还债可用实物抵偿，等等。

三、将“借贷”改为“借款”的理由

对自然人之间、自然人与企业之间借用金钱的行为，传统民法上称为“民间借贷”，但是，笔者认为称“民间借款”更为确切。

借贷，通常是指一方当事人将金钱或者物品转移于他方，他方在约定期限内将同等种类、数量、品质的物返还的行为。在借贷法律关系中，标的物有两种，即金钱和物品。因此，借贷包括借款和货物（借用）两种情况。

借用，是指一方当事人将物品转移他方使用，到期返还原物的行为。借用法律关系中的标的物是特定的物品，借入的目的是为了使用该特定物，到期返还该特定物。

借款，是指一方当事人将一定数量的金钱（货币）转移给他方使用，到期返还本金、支付利息的行为。在借款法律关系中，标的物是金钱，或称货币。因为货币是种类物，到期不能返还原物，只能返还同币种、同数量的货币。

传统观念认为，借款合同可分为以金钱为标的借款合同和以实物为标的借用合同。笔者不敢苟同，借款就是借款，借物就是借物，两者在标的上不能混同而谈。这个问题，《合同法》规定得很清楚。该法第十二章就取名为“借款合同”，该章共有十六条规定，都规范借款问题，不涉及借物问题。同时，第十二章明确规定为“借款合同”，不提“借贷合同”，其意在于将借款从借贷中分离出来，使之区别于借用（物）合同。

本书研究民间借贷中以金钱为标的的民间借款问题，而不是以实物为标的的民间借用问题。

第二节 与银行借款的比较

一、我国借款的分类

在我国，以金钱为标的的货币借用，大体可分为银行借款和民间借款两大类。由最高人民法院副院长刘家琛主编的《中华人民共和国合同法实务全书》一书也认为：“银行等金融机构为出借人的借款合同与其他人之间的借款合同在性质上有共同之处，与借用合同有显著区别，同称为借款合同并无不可。但金融机构为出借人的借款与民间的借款确有许多不同的特点，二者在适用范围上也有所不同。所以，我们主张借款合同应当区分银行借款与民间借款”。从我国借款现状和《合同法》第十二章规定精神来看，笔者赞同这个观点。

笔者这里所称的“银行”，不限于人民银行、专业银行和商业银行，而是泛指在中国境内依法设立的经营贷款业务的中资机构。也就是说，经中国人民银行批准，持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》，并经工商行政部门核准的，在中国境内设立的，从事经营贷款业务的所有金融机构。为了方便表述，我们这里将这些金融机构通称“银行”，将其发放的贷款统称为“银行借款。”

民间借款是自然人与自然人、自然人与企业之间的借款。在出借主体上，介于“银行”与自然人之间、自然人与其他组织及企业之间的借款是否存在呢？当然存在。如企业之间的借款就是一种情况，但企业之间的借款通常为法律所禁止，被认为是非法借款，故不能独立作为一种类型的借款予以认定。又如政府有关部门在政策上为支持、鼓励某些产业发展或改善群众生活而为出

借人向自然人、企业出借资金（如政府扶贫机构将扶贫资金借给贫困户，帮助其发展生产，摆脱贫困），在类似这些借款中，出借人虽为“官方”，但不是金融机构，故既不能纳入“银行”，也不能认为是“民间”，但类似这些借款，不如银行借款和民间借款那么面广量大，难以形成一种类型的借款，只能作为其他借款处理。

我们认为，除政府及其职能部门作为出借人这种特殊情况外，区别某笔借款是银行借款还是民间借款的标准是：视出借主体是否取得《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》而有无从事经营贷款业务资格而定。如果出借主体持有上述两证，且有从事经营贷款业务资格，对其借款就应为“银行借款”。如果不需要上述两证，不需要取得从事经营贷款业务资格的自然人或企业所发生的借款，一般应为民间借款。所要注意的是，有些企业经当地基层政府批准成立，且领取工商部门颁发的《营业执照》，但无上述两证而实际上从事经营存贷业务，这是一种违反《商业银行法》和其他相关金融法律的行为，应认定其借款行为无效，而不能作为合法的民间借款予以认定。

二、民间借款与银行借款的共性

民间借款和银行借款有许多共同之处，在性质和内容上都是一方与另一方发生借用金钱的借款，故《合同法》第十二章将两者同称为借款合同。两者的共同之处主要体现在以下几个方面：

1. 都以金钱为标的物

这是民间借款与银行借款最为本质的共同点，如果无此共同点，无论是民间还是银行都谈不上借款问题，例如民间借用合同，其标的物为特定的物品，就不可能在本质上与银行借款构成一致。因为，借用关系中的标的物是特定物，大多仅供使用而不毁损或消耗掉，而作为民间借款和银行借款共同指向的标的物——金钱，

既是种类物又是消费物，可被借款人使用而消耗掉，事后，不同借用标的物能够返还原物，只能用同类、同量的替代物来清偿。民间借款和银行借款在标的物上的一致并不排除标的物的来源不同，即民间借款所出借的资金主要来源于民间闲散资金和个人自有资金，而银行和其他金融机构是负债经营的，贷款的资金来源于存户的储蓄存款。

2. 都是转让标的物的处分权

借用合同所转移的是标的物的使用权，买卖合同所转移的是标的物的所有权，那么，借款合同所转移的是什么呢？有的认为是所有权，也有的认为是使用权，而我们认为是处分权。从表面上，当贷款人将作为标的物的金钱交付给借款人后，借款人对该笔款项拥有占有、处分、使用、收益等权利，但是，借款人最终因需返还而不能取得所有权，贷款人出借后因能得以返还也不丧失所有权。可见，借款人仅在形式上取得所有权，而实质上因返还而使贷款人仍享有所有权。因此，借款合同所转移的标的物仅仅是处分权，借款人处分使用后到期仍需返还贷款人。因民间借款和银行借款在标的物上的一致和本质上的相同，故两者所转移的标的都是处分权的转移。

3. 贷款人都要付出借款，借款人都要返还借款

无论是民间借款还是银行借款，贷款人的义务是向借款人支付借款，否则，借款法律关系无法真正成立；借款人取得借款后，无一例外地都要到期返还本金，这是借款人应尽的义务。

三、民间借款与银行借款的区别

民间借款和银行借款虽然都是借款，但两者毕竟是两种类型的借款，在许多方面有不同之处，主要表现在：

1. 借款主体不同

首先，贷款人不同。民间借款的贷款人是自然人和非金融企业，而银行借款的贷款人是经依法批准设立的经营存贷业务的金融机构，包括银行和其他金融机构。其次，借款人所有不同，自然人、法人和其他组织均可以成为银行借款的借款人，而在民间借款中，贷款人是企业的话，另一企业一般不能作为借款人。

2. 合同种类不同

有偿与无偿问题。银行和其他金融机构主要依靠收取借款利息来求生存和发展，所以，除法律另有规定外，所发放的贷款都必须按规定收取利息。利息也是借款人取得和使用银行借款的代价。因此，银行借款不是无偿的，而是有偿的。民间借款是否收取利息，由贷款人与借款人约定。贷款人自愿放弃利息的，其合同为无偿合同，即无息合同；如果约定收取利息的，其合同就为有偿合同，即有息合同。两者的区别在于：银行借款是有偿的，民间借款可有偿也可无偿。

诺成与实践问题。根据合同的成立是否以交付标的物为要件，合同可分为诺成合同和实践合同。诺成合同是指当事人意思表示一致即可成立的合同。在我国由于银行和其他金融机构信用程度高，人们不担心借款合同签订后银行不给钱，因此，国务院的《借款合同条例》和中国人民银行的《贷款通则》都规定：借款人提出申请，贷款人审查批准后即可签订借款合同，借款合同依法签订后即具有法律约束力，双方当事人都必须严格按合同约定履行义务。由此可见，银行借款不必把钱交给借款人作为合同成立的要件。

民间借款合同一般为实践合同，但也有诺成合同。民间借款当事人之间的借款，通常基于特殊地域关系（如同乡、同村、街坊邻居等）、血缘关系（如父子、母女、兄弟姐妹等）和友情关系（如朋友、同学、战友等）而发生的，由于这些关系的存在，他们

之间往往直接利用口头形式借款。但是，口头形式合同往往不可靠。如果贷款人信用不好，口头答应出借而实际不提供借款，就会使借款人的预期利益不能实现，甚至造成损失；如果借款人要求借入，届时拒收借款、则可能对贷款人不利。在这些情况下，民间借款合同以口头形式成立即生效，则会破坏合同的履行，又因违约而加重借款当事人的责任。《合同法》第二百一十条规定，民间借款合同以贷款人实际提供借款为生效要件，强调民间借款合同为实践合同，对促成合同履行，避免承担违约责任，都有一定意义。

但是，当事人如果订有书面的有偿借款合同就有可能是诺成合同。《合同法》第十条规定，除法律、行政法规规定应当采用书面形式的外，由当事人约定。民间借款的双方当事人约定采用书面形式订立合同的应当允许，且值得提倡。但是，当事人约定采用书面形式订立借款合同的（不包括出具一般借据），就不一定以贷款人提供借款为合同生效的要件。因此，书面形式的民间借款合同就有可能是诺成合同。当然，贷款人提供借款后再订立合同，包括出具借条，则应另当别论。

要式与不要式问题。根据合同成立是否需要采用特定的方式，合同可分为要式合同与不要式合同。凡需采用某种特定方式才能成立的合同为要式合同，凡不需采用某种特定方式就能成立的合同为不要式合同。根据《合同法》、《贷款通则》等法律和规章的规定，银行借款必须采用书面形式订立合同，未采用书面形式订立的银行借款合同为无效合同，因而，银行借款合同为要式合同。民间借款合同一般为不要式合同，双方当事人既可以采用书面形式，也可以采用口头形式，还可以采用其他形式，完全由双方当事人自己约定。

3. 借款要求不同

根据《商业银行法》、《借款合同条例》和《贷款通则》等法律、法规和规章的规定，自然人、法人或者其他组织向银行或者其他金融机构要求借款，应当提出申请，填写《借款申请书》，并提供有关资料。银行或者其他金融机构受理申请后，应当对借款人的信用等级和借款的合法性、安全性、盈利性等情况进行调查。信贷员对调查情况进行核实、评定，提出意见，并按规定权限报批。借款申请经批准后，还要与借款人、担保人签订合同。贷款发放后，还要进行贷后检查。由此可见，银行借款有着严格的程序要求。民间借贷无此严格要求，贷款人一般只是询问借款用途、数额、还款能力等基本情况就决定是否给予借款。

4. 适用法律不同

银行借款有比较完整的法律规范，无论放贷还是收贷都必须依法办事。银行借款不仅适用《民法通则》、《合同法》这些与民间借贷共同适用的法律，而且还要适用《借款合同条例》、《贷款通则》等金融法规和规章。民间借贷比较自由，对其规范的法律规定不多，通常只适用《民法通则》和《合同法》中的有关规定，与银行借款有关的金融法律、法规和规章对民间借贷一般不适用。

5. 利息不同

《商业银行法》第三十八条规定：“商业银行应当按照中国人民银行规定的借款利率的上下限，确定贷款利率。”银行借款的利率具有规定性、统一性和相对稳定性，即在人民银行规定下，有相对统一的利率标准，在一定时期内利率相对稳定，即使上下限有所浮动，差距不大。民间借贷的利率由当事人的意志决定，可以不收利息，也可以低于银行利率收取，还可以高于银行利率收取，只要双方当事人自愿约定即可。最高人民法院《审理借贷意见》对利率只规定一个上限，即不超过银行同类贷款的四倍。这个规定也仅在诉讼程序中发挥作用，如果民间借贷的借款人愿意

支付超过银行同类贷款四倍以上的利息，当事人之间无纠纷，也无诉讼，政府和法院也无法定措施予以干涉。但如果银行借款利率违反规定，人民银行就可以依管理职权予以处理。

6. 实体处分权不同

银行和其他金融机构出借的资金属于国家、集体和存款人的财产，除法律有特别规定外，任何人都无权免收全部或部分本金；同时，信贷人员不得擅自对借款人免息、减息。即使借款人完全丧失履行能力或无履行能力，借款案件经诉讼后，也只能由人民法院依照法律规定裁定终结执行。信贷人员和金融部门的负责人在无法律依据或未经批准的情况下，擅自放弃本金和利息是对国家或集体权益的损害，都是无效行为。民间借款的情况不一样，当事人对自己的财产享有处分权，贷款人根据自己的意志，可以放弃全部或部分本金，也可以放弃全部或部分利息。

7. 担保情况不同

《贷款通则》第十条规定：“除委托贷款以外，贷款人发放贷款，借款人应当提供担保。贷款人应对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。经审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，可以不提供担保。”从这条规定来看，银行或其他金融机构为确保贷款安全收回，除委托贷款和借款人资信良好确能偿还的以外，应当提供担保。从银行贷款的实践来看，信用贷款很少，绝大多数是担保贷款。民间借款是否提供担保，完全由当事人自己决定，没有哪个法律或规章规定民间借款应当提供担保或不需提供担保。

对银行借款与民间借款进行比较后，我们不难发现，因为银行和其他金融机构聚集着大量的社会资金而负债经营，对融通资金和调节社会经济关系有着巨大的作用，所以，国家通过立法途径对银行借款予以严格规范。民间借款的资金都是个人或企业自