

借款合同判例与实务

何志◎著



人民法院出版社

借款合同判例与实务

何志●著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

借款合同判例与实务/何志著. - 北京: 人民法院出版社, 2005.6

ISBN 7-80217-022-2

I. 借… II. 何… III. 借贷-合同-案例-分析-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 050835 号

借款合同判例与实务

何 志 著

责任编辑 陈燕华 滕德京

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250583 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定华鑫印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 493 千字

印 张 19.25

版 次 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-022-2

定 价 40.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

中国应当确立判例制度（代序）

众所周知，当今世界上有两大著名的法系，即大陆法系和英美法系。大陆法系以成文法和法典编纂为特征，英美法系则以判例法为特征，这种在法律渊源上的差异，导致不同法系的国家和地区在法律适用技术、立法、审判制度等方面的区别。长期以来，不少学者曾对两大法系谁优谁劣进行了大量论证，但实践证明，单纯的判例法和单纯的成文法都有自身难以克服的缺陷，历史的轨迹延续到今日时，雄辩地证实了两大法系的界限已变得模糊，两者之间的冲突已趋向融合。英美法系的国家和地区以判例法为主要法律渊源，法官一般根据“遵循先例”的原则来判案，但同时也遵循颁布的一些成文法。大陆法系国家和地区以成文法为主，而又辅之以判例制度，法院所创制的判例，定期汇编成集公开发行，上级法院的判例对下级法院有一定的约束力或施加重要影响。

在我国，历来具有以成文法为主导，以判例法为补充的传统。判例法对成文法的注释和说明，在立法上具有扬长避短的优势，两者的有机结合，形成了中国古代、近代饶有特色的立法技术特点，但始终遵循了判例一般不得于成文法相违背。纵观我国近年来的立法发展，清晰可见诸多新类型案例对我国法律创制、解释及弥补法律漏洞上所发挥的重要作用。尽管我国不是判例法国家，我们只有案例而没有作为法律渊源的判例，

也不能在判决中直接引用，但我们并不能因此忽视案例在司法实践中的重要价值。自1985年《最高人民法院公报》开始刊登典型案例以来，每期的公报都有典型案例。随后，最高人民法院编写了《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》。从2000年以来，最高人民法院每年都选择典型案例，汇集成册，由人民法院出版社公开出版发行《最高人民法院公布裁判文书》。上述举措，它向世人宣告：用判例来弥补成文法之不足是一个有效的方法。因此，典型案例被称之为“看得见的法典，摸得着的规则”。当然，所公布的典型案例，虽未成为判例，但仍不失为最高人民法院对特定问题的所持之见，其影响力自不多言。从中引申出的重要法律原则和新的判案规则，弥补了立法或司法解释的不少空白或漏洞，对全国各级法院同类案件裁判提供了有力的指导。如《最高人民法院公报》1985年第二号公布的孙明亮故意伤害案，一审法院判处被告人有期徒刑15年，同级检察院以量刑失轻抗诉，省检察院以量刑失重撤回抗诉，省法院撤销一审判决，改判有期徒刑2年，缓刑3年。该案例的公布，对司法人员如何分清故意杀人罪和故意伤害罪（防卫过当）提供了具体性的标准。再如，根据《担保法》第五条第一款之规定“……担保合同另有约定的，按照约定”的立法精神看，担保合同可不因主合同的无效而无效。但最高人民法院屡次以判决的形式，否定了独立担保在国内运用的有效性。如湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同案中，最高人民法院认为，担保函中虽然有“不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任”的约定，但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式，因此该约定无效。

笔者从事民商事审判工作十几年，深深感到典型案例的影响力，也深切呼唤早日确立判例制度。笔者所撰写的拙著，均是民商法理论与司法实践紧密结合的产物。笔者深深感到拙著对广大读者的影响，有许多读者持拙著打赢“官司”，而纷纷

来电来函来人致谢。笔者深深感到读者对法律知识的渴求，企盼案例能“对号入座”。近年来，天南海北的读者来电来函来人请教咨询的，络绎不绝。印象尤为深刻的是，江苏的一位读者，代表100多债权人，千里迢迢来到南阳咨询，在两个多小时的交流中，他得到了“救星”，取到了“真经”，回去后整理成座谈笔录，交于案件受理的法院，赢得了诉讼。因此，应广大读者的要求，为了更突出适用性和指导性，笔者撰写了《借款合同判例与实务》一书。该书从借款合同的司法实践中选取具有典型性和代表性的案例近70件，并结合实务问题进行研究，着力体现判例的指导作用。

多年来，我对金融法的研究，尤其是对借款担保的研究，颇为专注，可谓“情有独钟”。先后出版发行了《担保法判解研究与适用》、《担保法审判实务研究》、《农村信用社法律实务指南》、《借款担保案件判定解说》。这不，集多年的心血，结合最新的法律、行政法规和司法解释，博采众长，数易其稿的《借款合同判例与实务》，又与广大读者见面了。

《借款合同判例与实务》一书，笔者以《合同法》和《担保法》及其司法解释、《民法通则》及其司法解释、《商业银行法》等法律法规为依据，以具体的案例为依托，采用判解研究的方法，对借款合同的订立、效力、履行、担保、变更与转让、终止、违约责任等方面进行了全方位的研究。该书的案例主要源于最高人民法院公布的裁判文书、自地方各级法院的生效裁判文书和作者所审理的案件，突出了案例的真实性。作者对每个专题的研究，均分为三部分：基本案情——判案依据——实务问题研究。在基本案情中，选取典型性、代表性的案例，能简则简，该繁当繁。在判案依据中，简要阐述裁判的认定和法律依据。在实务问题研究中，仅仅围绕案例探讨有关问题，并结合金融实务和司法实践做了些适当拓宽的研究。可以说，该书所研究的问题，都是金融实务和司法实践中热点、重点、难点问题，做到了以案释法，以法释案，从而使该书具有

较强的理论性、适用性、指导性，实现了笔者为金融实务和司法实践服务的写作宗旨。

由于借款合同实务中的复杂性和多样性，本书不会包罗万象。同时，笔者水平有限，书中仍存在一些值得商榷和探讨的地方，恳请广大读者给予批评指正，笔者表示深深的谢意。

本书在出版过程中，得到了人民法院出版社有关领导和三编部主任陈燕华同志的大力帮助和支持。笔者在此向他们一并表示最真挚的感谢！

何 志

2005年2月22日于南阳

目 录

中国应当确立判例制度（代序）	（ 1 ）
----------------------	-------

第一章 借款合同的订立	（ 1 ）
-------------------	-------

一、借款人的主体资格

——没有领取营业执照的企业法人分支机构

能否签订借款合同	（ 1 ）
----------------	-------

二、借款人义务主体的确定

——借款人“张冠李戴”，谁应成为还款人

（ 11 ）

三、格式借款合同的解释

——格式借款合同条款发生争议时，应当如

何解释	（ 19 ）
-----------	--------

第二章 借款合同的效力	（ 28 ）
-------------------	--------

一、借款人的权利行使

——因贷款人的违约行为给借款人造成损失，

借款人是否有权要求赔偿	（ 28 ）
-------------------	--------

二、贷款人的权利行使

——借款未到期，银行是否享有诉权

（ 32 ）

三、效力待定的借款合同

——无权代理人签订借款合同的效力

（ 37 ）

四、借款合同中的表见代理

- 张明的行为是否构成表见代理？对某农业银行有何影响 (41)

五、借款合同的无效

- 同业拆借款合同因违法而无效 (48)

六、借款合同的撤销

- 受胁迫出具的借据行为可否申请撤销 (57)

七、名为存款，实为借贷

- 以存单为表现形式的借贷纠纷的认定与处理 (64)

八、复利应当予以保护

- 借款合同中约定借款人不按期支付利息，
贷款人将利息计入借款本金的效力如何 (76)

九、民间借贷合同利息的认定

- 民间借贷合同利息的认定应当是“以无息为原则，以有息为例外” (82)

十、委托贷款

- 委托贷款和信托贷款的认定和处理 (88)

第三章 借款合同的履行 (96)

一、贷款人不安抗辩权的行使

- 借款人隐瞒资产状况，贷款人是否有权中止借款合同的履行 (96)

二、贷款人代位权的行使

- 某建设银行贷款给乙公司，丙公司拖欠乙公司货款，该建设银行能否请求丙公司替乙公司偿还贷款 (106)

三、贷款人撤销权的行使

- 借款人乙公司拖欠某农业银行贷款，而又积极处分其财产，贷款人某农业银行能否行使撤销权 (121)

第四章 借款合同的担保——担保总论…………… (134)**一、担保与担保法**

——对人的行为担保，是否为《担保法》所
调整 …………… (134)

二、担保的基本原则

——抵押人采用欺诈手段获得土地使用证进
行抵押，有违诚实信用原则 …………… (146)

三、担保合同效力的确认

——土地使用权抵押，没有登记，该抵押是
生效？未生效？无效？抵押人如何承担
责任 …………… (151)

四、公司资产的担保

——对《担保法解释》第四条、《公司法》
第六十条的理解与适用 …………… (161)

五、担保合同的无效

——国家机关和公益单位设置的担保无效 …………… (173)

六、担保物权期间

——当事人约定或登记机关设置的担保物权
期间的效力如何 …………… (176)

第五章 借款合同的担保——保证…………… (182)**一、保证合同的形式**

——没有签订保证合同，仅以保证人身份签
字，保证合同是否成立 …………… (182)

二、保证人的资格

——企业法人的分支机构提供保证的效力认
定及民事责任承担 …………… (186)

三、保证人的意思表示瑕疵

——保证人的意思表示瑕疵，是无效抑或可
撤销？其民事责任如何承担 …………… (193)

四、以贷还贷对保证人的影响	
——对《担保法解释》第三十九条的理解与适用	(198)
五、共同保证	
——共同保证中保证人之间没有对债权人约定保证份额，债权人可否向任何保证人主张权利	(205)
六、保证方式	
——一般保证人行使先诉抗辩权的限制及保证方式约定不明的处理	(215)
七、保证期间	
——超过保证期间，保证人在催款通知书上签字，保证人是否承担保证责任	(223)
八、保证期间与诉讼时效	
——主债务超过诉讼时效，但没有超过保证期间，保证人是否承担保证责任	(239)
九、主债务人破产与保证责任	
——对《担保法解释》第四十四条的理解与适用	(243)
十、物保与人保同存，保证人的保证责任	
——债权人转让债权时放弃物保，保证人的保证责任应当如何确定	(250)
十一、主合同变更与保证责任	
——借款合同内容的变更对保证人保证责任的影响	(255)
十二、注册资金担保	
——对《担保法解释》第二十七条及有关执行司法解释的理解与适用	(257)
第六章 借款合同的担保——抵押	(267)
一、抵押与抵押权	

——抵押物约定不明，抵押权不能成立	(267)
二、抵押权的设定	
——抵押权的取得必须符合法律规定	(279)
三、抵押担保的无效	
——贷款人和借款人恶意串通骗取抵押人提 供抵押，其抵押无效，抵押人不承担民 事责任	(286)
四、以贷还贷对抵押人的影响	
——借款人以贷还贷，抵押人没有在还贷合 同上签字，是否继续承担抵押担保责任	(291)
五、共有财产抵押的效力认定	
——夫妻共同共有的财产，丈夫未经妻子同 意而设置抵押的效力如何认定	(295)
六、绝押合同效力的认定	
——抵押合同中约定有绝押条款，其抵押合 同是全部无效抑或该条款无效	(299)
七、房屋产权和土地使用权分别抵押的 效力认定	
——对《担保法》第三十六条的质疑和完善 建议	(302)
八、抵押权的善意取得	
——抵押登记的公示、公信功能	(316)
九、抵押登记的效力	
——“一物二押”，先押未登记，则不生效； 后押经过法定登记机关登记，则有效	(323)
十、抵押权与租赁权的关系	
——抵押人将租赁物抵押，抵押权人在实现 抵押权时，承租人的权益如何保护	(331)
十一、抵押权的追及效力	
——抵押人擅自转让抵押物，抵押权人享 有依法向占有人追索的权利	(338)

十二、抵押权与其他物权竞合的处理

- 抵押权与建设工程承包人优先受偿权的对抗效力如何 (344)

十三、抵押权的行使

- 抵押权行使方式如何规定？有哪些途径？抵押权之间的顺序如何确定 (350)

十四、最高额抵押

- 本案最高额抵押所担保的主债权的确定及效力 (359)

第七章 借款合同的担保——质押 (365)

一、质押合同的生效

- 以存单设定质押而未将存单原件交付于质权人，质押合同是否生效 (365)

二、动产质权的善意取得

- 马某擅自将他人的彩电质押于信用社，而信用社并不知情，能否取得质权 (375)

三、动产质权的转质权

- 质权人在质权存续期间将质物又出质于第三人，该转质的效力如何 (382)

四、动产质权对质权人的效力

- 出质人承担质押担保责任后，质权人义务将质物返还于出质人 (386)

五、动产质权对出质人的效力

- 质押期间，质权人将质物损害，出质人是否有权要求质权人予以赔偿 (390)

六、存单的核押

- 存单经过核押后，又被擅自支取，存款行是否承担责任 (392)

七、存单的质押

- 存单质押没有核押，后又挂失，存款人

将存款支取，存款行是否承担责任	(402)
八、股权质押	
——股权质押实现质权时，股权的风险由谁 承担	(414)
第八章 借款合同的变更与转让	(421)
一、借款合同的变更	
——本案借款合同的内容是否变更？对担保 人有何影响	(421)
二、借款合同的权利转让	
——贷款人转让贷款债权，仅需要通知借款 人，而不需要征得借款人同意	(430)
三、借款合同的债务转让	
——本案债务承担的约定是否有效	(434)
四、企业改制与金融债权的保全	
——借款人企业改制后，贷款人的债权如何 保全	(445)
第九章 借款合同的终止	(460)
一、借款合同的解除	
——本案借款合同虽然解除，但给借款人造 成损失，贷款人应当予以赔偿	(460)
二、贷款债权的抵销	
——本案信用社的扣款行为是否是正当行使 抵销权	(475)
三、提存	
——债权人下落不明，借款人为还贷而提存， 双方的债权债务关系消灭	(482)
第十章 借款合同的违约责任	(492)

一、贷款人承担违约责任的形式——

继续履行合同

——贷款人没有按期发放贷款，借款人请求

继续履行合同，应予以支持 (492)

二、贷款人承担违约责任的形式——

赔偿损失

——贷款人没有按借款合同约定发放贷款，

给借款人造成损失的，应当予以赔偿 (499)

三、借款人的违约行为

——借款人应当按照借款合同约定的借款用

途使用借款，否则构成违约，贷款人有

权提前收回贷款 (509)

四、借款合同履行期限的确定

——借款合同中履行期限没有约定或约定不

明时，应当如何处理 (513)

五、借款合同的诉讼时效

——借款合同诉讼时效的计算、中断、中止，

超过诉讼时效期间的补救措施 (518)

附录 (531)

中华人民共和国合同法（节录）

1999年3月15日 (531)

中华人民共和国担保法

1995年6月30日 (549)

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）

1999年12月19日 法释〔1999〕19号 ... (564)

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	
2000年12月8日 法释〔2000〕44号……	(570)
最高人民法院	
关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议	
是否应当受法律保护问题的批复	
1997年4月16日 法复〔1997〕4号……	(590)
最高人民法院	
关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上	
签字或者盖章的法律效力问题的批复	
1999年2月11日 法释〔1999〕7号……	(591)
最高人民法院	
关于处理担保法生效前发生保证行为的保证期	
间问题的通知	
2002年8月1日 法〔2002〕144号……	(592)
最高人民法院	
关于房地产管理机关能否撤销错误的注销抵押	
登记行为问题的批复	
2003年11月17日 法释〔2003〕17号…	(593)
最高人民法院	
关于国有工业企业以机器设备等财产为抵押物	
与债权人签订的抵押合同的效力问题的批复	
2002年6月18日 法释〔2002〕14号……	(594)
最高人民法院	
关于能否将国有土地使用权折价抵偿给抵押权	
人问题的批复	
1998年9月3日 法释〔1998〕25号……	(595)
最高人民法院	
关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间	
届满后又在催款通知书上签字问题的批复	
2004年4月14日 法释〔2004〕4号……	(596)

最高人民法院

关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保证责任方式认定问题的批复

2002年11月23日 法释〔2002〕38号 … (597)

最高人民法院

关于已承担保证责任的保证人向其他保证人行使追偿权问题的批复

2002年11月23日 法释〔2002〕37号 … (598)