

民商事疑难案件若干问题

解答汇编

第一辑

(内部学习 请勿外传)

宁波市律师协会第八届民商专业委员会

二〇一七年十二月

目 录

一、浙江省高人民法院民商法律适用疑难案件倾向性意见.....	1
二、《浙江省高级人民法院关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中应统一适用相关人身损害赔偿标准进行裁量的通知》	33
三、最高法院民间借贷纠纷裁判意见.....	45
四、最高人民法院关于原告以借条提起诉讼,被告主张非借贷关系应承担举证责任(附 15 个判例及多地方法院指导意见)	58
五、法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件疑难问题解答.....	77
六、法院关于民事审判若干问题解答(一至五辑)	82

浙江省高级人民法院民商法律适用 疑难案件倾向性意见

一、关于商事审判中的刑民交叉问题。

如：在借款人涉嫌集资诈骗侦查阶段，债权人不向公安机关报案，而在刑事判决生效后以民事案件起诉，要求借款人还款应如何处理？民间借贷案件中，主债务人涉嫌非法集资或非法吸收公众存款被法院认定并判刑后，债权人以已被认定在非法集资或非法吸收公众存款范围内或未纳入刑事处理程序的债权再次起诉的，法院应该如何处理？等。

拟答复意见：在近年来省高院出台的几个规范性文件中，对民间借贷案件审理中的刑民交叉问题均有涉及，包括：《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（浙高法〔2009〕297号）第三十七条、《关于服务金融改革大局依法妥善审理民间借贷纠纷案件的若干意见》（浙高法〔2013〕37号）第三条和第八条、《关于当前办理集资类刑事案件适用法律若干问题的会议纪要（三）》（浙高法〔2013〕241号）第八条和第十条。以上文件所明确的裁判思路，可供审判实践参考。

对非法吸收公众存款或非法集资刑事判决已生效情形下，相关民事案件能否受理及如何处理的问题，实践中做法不一。倾向于认为：

1. 讼争借款被作为犯罪事实认定，且刑事判决已对被害人

遭受的物质损失予以追缴或责令退赔的，原则上不再作为民商事案件处理。受害人就该借款事实提起诉讼的，人民法院不予受理，已经受理的，依法裁定驳回起诉。

2.前述情形下，对债权人起诉担保人的，则可作为担保纠纷案件依法受理。实体处理上，对担保效力及担保责任的认定，可参照《关于服务金融改革大局依法妥善审理民间借贷纠纷案件的若干意见》第八条、《关于当前办理集资类刑事案件适用法律若干问题的会议纪要（三）》第十条的意见处理。

3.刑事判决未涉及追赃，或对借款事实未作为犯罪事实认定的情形下，对受害人以民间借贷等民商事纠纷为由提起的诉讼，可予受理。

4.在财产执行上，注意做好民事执行与刑事追赃的衔接，依法按比例进行平等分配，以避免被害人事先不愿报案、不配合刑事调查的导向。

二、关于民间借贷案件中夫妻共同债务的认定问题。

夫妻一方以个人名义所负的债务怎样才能认定为是夫妻共同债务？认定共同债务的举证责任在原告还是在被告？借款是否用于共同生活如何把握？借款数额大小对认定夫妻共同债务是否有影响？等。

拟答复意见：该问题争议一直很大。省高院根据相关法理和最高法院的司法政策，在2009年出台的《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第十九条、2013年出台的《关于服务金融改革大局依法妥善审理民间借贷纠纷案件的若干意见》第六条中，对夫妻共同债务的认定问题有相关阐述：

1.关于证明责任。考虑到实践中存在夫妻一方恶意对外负债或虚假负债的情形，在省高院2009年出台的《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》中，强调了出借方的审查义务和相应的证明责任，在超出日常生活需要负债情形下，把举证责任分配给了债权人，而债权人一旦举证失败将承担不利后果导致无法实现债权。但要注意的是，应避免对证明责任的分配产生机械化理解。结果责任的适用前提是事实真伪不明，如果法官在综合考察债务人家庭收入状况、夫妻关系等事实基础上，在心证上就能够认定属于或不属于日常生活需要的，就不必通过适用证明责任分配规则作出裁判。例如，当事人在夫妻安宁生活的事实外观之下无其他反常情节的，通常可以认为属于日常生活需要范围内的夫妻共同负债。

2.对借款是否用于“共同生活”、是否超出“日常生活需要”的把握。婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所借款项，用于家庭生活开支、家庭共同经营，或借款利益及于配偶的，一般应认定为夫妻共同债务。对是否超出“日常生活需要”的认定，不能仅凭借款数额的大小作狭隘判断，而应结合个案，考虑当地整体经济水平、家庭收入状况、夫妻关系、借款用途等因素进行综合认定。

夫妻共同债务认定问题争议确实很大，审判实践中要强调把握好利益平衡，既要防止夫妻通过离婚等形式恶意逃债，也要防止不适当当地认定夫妻共同债务。一些分歧大的问题，宜留待最高法院出台司法解释后，再作统一明确。

三、关于公司注销登记后遗漏的债权债务在原公司股东之

间的处理问题。

公司在既未足额清偿公司债务又遗漏公司债权(即未对全部债权债务进行清算的情况下)虚假清算而注销登记,股东应当首先提起公司清算纠纷之诉还是直接有权向法院起诉要求对公司资产在各股东之间重新进行分配?或者要求已经取得财产的股东予以返还?如果股东有权起诉,法院对公司资产的审查义务的界限在哪里?

拟答复意见:《公司法解释(二)》明确规定清算义务人不当履行清算义务应承担赔偿责任,对此,学界和实务中一般认为是侵权责任,(奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法司法解释(一)、(二)理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第347页。)即基于清算义务人的作为和不作为的侵权行为直接导致其对公司、股东以及债权人所应承担的民事责任。对于股东是否有权起诉,《公司法解释(二)》第二十三条规定,清算组成员从事清算事务时,违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失,公司或者债权人主张其承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东,依据公司法第一百五十一条第三款的规定,以清算组成员有前款所述行为为由向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。公司已经清算完毕注销,上述股东参照公司法第一百五十一条第三款的规定,直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。

另，我庭《关于审理公司强制清算案件若干问题的纪要》（浙高法民二（2013）16号）第二条（针对已经注销公司的强制清算申请审查）明确，有限责任公司注销前，履行清算义务是公司股东负有的法律责任，公司股东未经依法清算而申请注销公司登记，违反了公司法的规定。人民法院不宜受理针对此类形式上已经办理注销登记的公司的强制清算申请。公司股东等清算义务人的行为存在公司法解释二第十九条等规定的情形的，债权人可以依法提起民事诉讼。可参照。实践中，要防止为逃避债务而恶意注销企业的行为。

四、关于公司清算程序的问题。

《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》理论上的阐述较完善，但实务中基层法院操作存在困难，一是清算费用问题，二是债务人下落不明无法通知、账目不全等原因清算的问题。公司法司法解释二第18条是否为清算的前置程序？债权人是否可依据公司法司法解释二第18条规定，在有证据的情况下直接起诉，要求企业股东、董事、实际控制人等清算义务人对其债务承担代为偿还责任？

拟答复意见：关于清算费用问题，最高法院《清算纪要》规定公司强制清算案件的申请费以强制清算财产总额为基数，按照财产案件受理费标准减半计算，人民法院受理强制清算申请后从被申请人财产中优先拨付。

实践中，即使公司的主要财产灭失、账册等重要文件下落不明，但如果未经清算程序，往往很难直接认定清算义务人存在过错、清算义务人的不作为与债权人的损失之间存在因果

关系，进而很难判令清算义务人承担债务偿还责任。根据《清算纪要》第 28 条的规定，经过强制清算程序后，可以完成对清算义务人有无过错，过错与无法清算、债权人损失有无因果关系的举证证明，从程序上克服了清算义务人承担侵权民事责任构成要件的举证困难。应当注意的是，通过清算程序来判断是否造成无法清算的情况是一条重要途径，但非唯一途径。判断未经过清算与有无造成公司财产损失、是否造成公司无法清算的因果关联性，只是案件审理中举证责任分配及证据证明力认定的问题。在审理案件过程中，如有充分证据证明清算义务人因不当清算造成公司财产损失有具体范围的，或者能证明因此而造成无法清算的，则可以判令清算义务人承担赔偿责任或连带清偿责任。

五、关于一人有限责任公司的股东是否应对公司债务承担连带责任的问题。

《公司法》第 63 条规定的“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”，公司财产独立于股东自己财产的证明标准如何把握？

拟答复意见：

《公司法》总则第 20 条第 3 款和第 63 条均属于法人格否认规则。一人公司法人格否认不仅可以适用第 63 条，也可适用第 20 条第 3 款。第 63 条相对于第 20 条而言，属于法人格否认之特别条款。在债权人主张一人公司与其股东财产混同而应否认公司法人格的情形下，第 63 条的适用优先于第 20 条，由一

一人公司股东承担举证责任，如股东不能证明其财产与公司财产分离，则应承担不利的诉讼后果；在债权人主张一人公司与其股东因其他原因（人格混同、业务混同等）而应否认公司法人格时，则应适用第 20 条，由债权人承担举证责任。如债权人不能证明一人公司与其股东有滥用法人格的现象，则由债权人承担不利的法律后果，继续维持公司法人格的独立存在。因此，一人公司的法人格否认并非一律实行举证责任倒置规则，也并非仅可在股东与公司财产混同时才可提起。

《公司法》这两个条款对哪些情形属于财产独立，构成要件如何等均付阙如，司法裁判依据的可操作性尚待进一步加强。实践中，公司财产独立的证明标准可从以下几个方面把握：1. 公司资本充足或者有经营需要的最低资本。新《公司法》取消了一人公司最低资本要求，但不意味着从事特定营业活动的公司没有最低资本的经营需求。公司资本显著不足，表明公司股东利用公司人格经营事业的基本诚意欠缺，通过公司形式将投资风险外化给债权人的恶意明显。2. 股东诚实表述。如股东对公司资产、财务状况、给付能力等在经营过程中均如实陈述。3. 公司财产与股东财产实质分离。如股东不存在随意调用公司资产的行为，公司财产与股东财产严格区分，公司财产未用于个人（尤其是自然人股东）支出，有完整的公司财务记录；公司营业场所与股东的居所、营业场所分开使用等。4. 公司人格独立和业务独立。人格独立和业务独立虽然不能与财产独立画等号，但往往也是财产独立的伴生物或催生物，故而也是佐证财产独立的重要事实。

在证明标准未进一步明确的情形下，在个案适用法人格否认规则时，应把实质公平正义的法理念作为衡量判决适当与否的最终标准。

六、关于工程转包相关问题。

中标企业将工程以内部承包的形式转包给第三人（该第三人通常无资质，实际是挂靠），第三人对外签订商事合同，合同相对人要求中标企业承担合同义务，能否支持？第三人对外进行商事活动的行为是职务行为还是表见代理？如何判断？工程项目经理持项目部公章对外借款，并出具借条且借条中盖有项目部公章，项目部所在公司是否应为该借款承担还款责任等。

拟答复意见：

与建筑单位具有不同身份关系的行为人，其行为性质不同。具有行政隶属关系的项目经理或其他工作人员，在职权范围内所从事的买卖、租赁、借贷等商事行为，构成职务行为，其行为后果由建筑单位承担，如存在无权代理情形，则应根据表见代理的规定认定责任主体。第三人（也即挂靠关系中的实际施工人）以建筑单位名义对外从事的商事行为，其性质属于职务行为还是无权代理，其行为后果应由建筑单位还是第三人承担，实践中存在争议。一些法院基于建筑单位是工程施工合同主体，且第三人具有项目经理等身份，对挂靠关系下的项目经理等实际施工人对外所从事的商事行为一概认定为职务行为，确定建筑单位承担责任。但挂靠关系中，实际施工人只是通过一定形式利用建筑单位的资质，双方都约定债权债务由实际施工人负责，实际施工人项目经理等身份的取得不是基于行政隶属关系

或委托代理关系，而是一种形式上的需要，客观上形成具有代理权的表象，是构成表见代理的前提之一，不构成职务行为。

对具体案件审理中如何适用表见代理规则，《合同法》第四十九条、最高法院出台的规范性文件、最高法院公报案例、我院出台的规范性文件均有相关具体阐述，不再赘述。

七、关于破产程序中的企业税费问题。

在一部分企业破产案件的审理中发现，企业进入重整程序后应当缴纳的税费非但没有减免，反而比在企业正常经营状态下需要缴纳更多，如德清县人民法院审理的直立汽配有限公司重整案。温州市瓯海区人民法院在破产案件审理中发现，破产企业财务重新整理后如果严格按照规定补交税款基本上就无产可破。故破产企业与民间资金运作有关的税务问题较为突出，主要涉及到个人所得税企业代扣代缴、企业所得税、营业税等，与债务豁免有关的税、破产程序中财产处置相关的流转税等也是一笔不小的支出。

拟答复意见：《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发〔2014〕14号）中明确要落实和完善企业兼并重组的财税政策：完善企业所得税、土地增值税政策。修订完善兼并重组企业所得税特殊性税务处理的政策，降低收购股权（资产）占被收购企业全部股权（资产）的比例限制，扩大特殊性税务处理政策的适用范围。抓紧研究完善非货币性资产投资交易的企业所得税、企业改制重组涉及的土地增值税等相关政策。落实增值税、营业税等政策。企业通过合并、分立、出售、置换等方式，转让全部或者部分实物资产以及与其相关

联的债权、债务和劳动力的，不属于增值税和营业税征收范围，不应视同销售而征收增值税和营业税。税务部门要加强跟踪管理，企业兼并重组工作牵头部门要积极协助财税部门做好相关税收政策的落实。省政府办公厅（浙政办发〔2013〕113号）

《关于有效化解企业资金链担保链风险加快银行不良资产处置的意见》也提出要加大政策支持力度，贯彻落实国家和省有关清费减负优惠政策，巩固企业减负成果，减轻破产重整企业的税负。具体企业破产案件审理中，要在法律框架内，加强与地方党政的沟通协调。

八、企业合并破产问题。

如何认定集团公司相关企业法人人格混同及决定合并破产的法律依据、决定程序？

拟答复意见：关于认定企业法人人格混同问题，《企业破产法》无明确规定，有观点认为可以考虑的因素有：（1）关联企业的经营场所混同、账户混同、资产混同；（2）有明显证据表明关联企业内存在资产输送、资金输送行为，或者不能合理解释同一集团内某些企业资产的不明减损，而其他企业资产的不当增加；（3）债权人与关联企业交易，乃系信赖与整个企业集团进行交易，而非仅信赖其中的一个关联企业；（4）确信企业集团内各关联企业已丧失独立经营人格，实以单一形态从事经营支配利益和资产等其他情形。

关于合并破产的问题，《企业破产法》亦无明确规定，根据公司法关于人格否认制度的规定进行合并破产，依据也不充分。司法实践中，应慎重决定合并破产，通过债权人会议等相

关机制，必要时可以召开听证会的形式作进一步论证。如果各个公司的债权人均同意合并破产，从性质上讲类似于诉讼中的调解，基于此，通过债权人会议决议决定合并破产有法律上的基础，应当是可行的。

九、关于企业破产中的优先受偿问题。

《企业破产法》第 109 条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿权。”即明确破产案件的优先权为对破产人的特定财产享有担保权的权利人。但对已生效的法院判决中明确债权人在实际施工范围内的工程享有优先受偿权的，能否在破产案件中享有优先权？两者是否存在冲突？

拟答复意见：

最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16 号）第一条规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中”，应当依法认定承包人的优先受偿权，但未提及破产案件问题。法释〔2002〕16 号是对上海市高级人民法院的批复，在上海高院的请示中，包含了承包人在发包人破产案件中能否据此行使别除权问题。从批复的行文可此看出最高人民法院对此问题的态度。此意见可供参阅。

注：

关于《合同法》第 286 条是否适用于破产清算案件，在实践中有两种意见：一种意见认为，上海高院向最高人民法院报送的《关于合同法第 286 条理解与适用问题的请示》中提到：“目前，本市法院受理的有关房地产纠纷案件、执行案件和破产案

件中，涉及《合同法》第 286 条规定的工程价款优先受偿权利的理解与适用问题。”该请示中包含了破产案件，但最高院的《批复》第 1 条却规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依法认定建设工程承包人的优先受偿权。”该批复中未提及破产案件，也未做出明确表态，从行文中可以看出最高法院的态度，即《合同法》第 286 条规定不适用破产案件。

十、车辆外借或出租后发生交通事故，车辆的实际驾驶人是否可以依据车主与保险公司之间的保险合同，要求保险公司对车上人员的损失予以赔偿？

拟答复意见：

不可以，案涉保险合同的投保人与被保险人均为车主的情况下，实际驾驶人并非保险合同纠纷的当事人，不具有主体资格，不能依据保险合同要求保险公司承担赔偿责任。

十一、储蓄存款合同纠纷中相关举证责任问题。

在储蓄存款合同纠纷案件审理中，对于储蓄卡及其密码的信息泄漏，或是否使用假卡取款的举证责任应当由谁承担？如果应当由原告承担举证责任，那么，在举证不充分的情况下，案件应如何处理？

拟答复意见：法官在运用证明责任分配规则时，可遵循以下思路，即以商事法律关系为核心，理出需要证明的案件事实，并将案件事实分为三大类，即权利发生事实（即原告主张实体权利的要件）、权利消灭事实（即主张原告实体权利消灭的要件）、权利障碍事实（即妨碍原告实体权利实现的要件如诉讼时效等）。在确定举证责任分配时，可将权利发生要件分配给

原告，权利消灭要件分配给被告，权利障碍要件分配给被告。在信用卡或储蓄卡信息泄露或盗刷等案件中，法律、司法解释没有规定证明责任的分配，法官应通过对权利构成要件的分析，根据公平原则和诚实信用原则，并结合案件具体情况合理分配证明责任。

值得注意的是，一方证据不足并非一定承担败诉的后果，只有在案件事实真伪不明，承担证明责任的一方在证据不足的前提下，方可能承担败诉的后果，如果法官能形成高度盖然性的内心确信，则不一定产生败诉后果。

关于信用卡或储蓄卡信息泄露或盗刷等案件，具体案情各有不同，相应的举证责任分配以及事实判断亦需根据具体案情进行调整。最高人民法院公报 2010 年第 12 期（总第 170 期）蔡红辉诉金才来信用卡纠纷一案及 2012 年 8 月（总第 190 期）苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷一案可供法官在分配举证责任及判断案情时做参考。

十二、债务加入人与保证人并未签订保证合同，保证人承担保证责任后，能否向债务加入人进行追偿？

拟答复意见：

目前立法对债务加入没有明确的规定，实践中，债务加入有不同的情形，包括第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务。对于

保证人承担保证责任后能否向债务加入人追偿，实践中存在争议：一种意见认为不能追偿。债务加入属于自愿行为，不具有法律上的强制力。保证人在借款合同签字时，被保证人明确为主债务人。而债务加入人出具《共同还款承诺书》的行为属于债务加入，对象指明为债权人，保证人承担保证责任后，只能向主债务人追偿，不能向债务加入人追偿。另一种意见认为可以追偿。债务加入后，债务加入人与主债务人为共同债务人，保证人按约承担担保责任后，取得了债权人的法律地位，可以要求所有的债务人清偿债务，包括可以向债务加入人追偿。我们认为在个案审理中应当区分债务加入的不同情形慎重认定。

十三、在合同无效的情况下，付款方只要求合同相对方承担还款责任（实际收款人是合同相对方以外的第三人，对于将该款项支付给第三人，付款方无过错），可否支持？

一种意见认为，付款方有理由相信实际收款者系合同相对方的代理人，因代理关系而收取的款项应由被代理人承担返还责任，至于实际收款人与合同相对方的代理关系是否真正成立，对方返还款项之后，实际收款人是否向合同相对方承担赔偿或还款责任是其内部的关系，应另行解决。

另一种意见认为，合同无效后，应该将获得的财产予以返还，故合同相对方以外的第三人应向付款方返还所取得的财产。

拟答复意见：

如付款方是依据相对方的指令或双方在合同中的约定将款项支付给合同以外的第三人的，后合同归于无效，根据合同相对性原则，应由合同相对方向付款方承担款项的返还责任，而

不应由合同外的第三人向付款方承担款项的返还责任。虽《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”，但应将“因该合同取得的财产”的主体理解成合同相对方，即使合同外的第三人因该合同取得了款项，也不能将其作为款项返还的主体，因为其取得款项是基于合同外的其他法律关系，故其无义务向付款人返还款项。同意第一种意见。

十四、典当服务纠纷相关法律问题。

《典当管理办法》第 38 条规定典当综合费用包括各自服务费及管理费用，其中当期不足 5 日的，按 5 日收取相关费用，但对绝当后能否继续收取综合服务费没有明确规定。典当行主张绝当后，继续收取综合服务费能否支持？

拟答复意见：根据我院《关于审理典当纠纷案件若干问题的指导意见》第七条的规定，典当行与当户约定绝当后当户应支付违约金、逾期利息、典当综合费用的，典当行可以选择主张，也可以同时主张。但对于折算后的实际利率过高的，当户可以请求依法调整。

十五、在买卖合同案件中，双方未订立书面合同，未进行过对账或经对账，买受人出具了没有还款期限的欠条，出卖人主张逾期付款利息损失，其起算点应如何确定？

一种意见认为，应从交货或者提取标的物单证次日开始计算利息损失，理由是：按照《合同法》第 161 条，买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或约定不明确，依照《合同法》第 61 条的规定仍不能确定的，买受人应当在收

到标的物或者提取标的物单证的同时支付。故履行期限应为交货或者提取标的物单证时，逾期付款利息损失应从次日开始计算。

另一种意见认为，应从出卖人向买受人催讨时开始计算利息损失，理由是：双方既然未约定付款期限，就表明出卖人认可买受人的拖欠行为，故应从催讨开始计算利息损失。如果从交货开始计算，与此类案件诉讼时效从出卖人向买受人催讨开始计算的规定相矛盾。

拟答复意见：

根据《合同法》第六十二条第（四）项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”，故出卖人应向买受人催告付款，并给买受人必要的准备时间，待该期间届满后，买受人仍未付款，则从该期限届满次日开始计算利息损失。

十六、在合伙纠纷案件中，合伙体（未经工商登记）解散后对盈亏未经清算，一方起诉要求分配利润，返还投资款如何处理？

一种意见认为，应由合伙人自行清算，未经清算无法确定合伙体的盈亏，原告要求分配利润，返还投资款证据不足，应驳回原告诉讼请求。

第二种意见认为，如果判决驳回，由合伙人自行清算，如合伙人不配合，清算无法进行，而目前法律并未规定对合伙企业的司法强制清算程序，故当事人也无法申请法院强制清算，造成当事人无救济途径，故第一种意见不妥。在审理中，应向

原告释明，由原告申请对合伙体账务进行审计，根据审计结果作出判决，如果由于账册不全无法审计，则驳回原告诉讼请求。

拟答复意见：同意第二种意见。

十七、在破产重整案件中，涉及出资人权益调整的，出资人组未表决通过重整计划，重整计划能否裁定批准（前提是不进行强裁）？

根据《企业破产法》第 85 条第 2 款规定，重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，各组均通过重整计划的，重整计划对该事项进行表决。而引进投资人的重整方式，往往出资人权益调整为零，在重整计划表决中，如出资人组未通过，在不进行强裁的情况下能否批准通过重整计划。一种意见认为，《破产法》第 86 条规定，各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。根据该规定，出资人组未通过重整计划的，重整计划未通过，只有通过强裁才能解决。另一种意见认为，企业已资不抵债，出资人的股权已无价值，出资人是否同意均不应影响重整计划的通过，故直接裁定批准重整计划。

拟答复意见：根据《企业破产法》第六十一条、第八十五条第二款、第八十七条的规定，重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决。

实践中，也有观点认为对于进入破产重整程序的企业，出资人权益应当归零。我们认为，不能简单的得出进入重整程序的企业资不抵债、调整出资人权益为零即具有正当性基础的结论，应当慎重。一方面，根据《企业破产法》和《破产法司法

解释（一）》的规定，进入重整程序的企业并不必然资不抵债，债务人还可能存在一定的净资产，在清偿全部债务后仍有其独立利益存在。另一方面，即使是在资不抵债、股权价值为负的情况下，债务人企业仍然可能具有一定的市场价值。一些资不抵债企业由于拥有专有技术、销售渠道、地理优势等市场资源，也同样具有市场价值。

十八、关于债权利息计算的截止日期问题。

借贷关系中的利息计息截止时间一般为判决指定的履行期间届满之日。金钱债务未在生效法律文书规定的期限内履行的，要计算迟延履行利息。根据民诉法第 229 条、民诉法适用意见第 293 条、第 294 条的规定和《最高人民法院关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》，迟延履行的利率为同期中国人民银行人民币贷款基准利率的二倍。同时，“迟延履行期间的起算点在生效法律文书规定的履行期限届满的次日，最终截止日在生效法律文书确定的金钱债务履行完毕之前一日。该期间的天数称为迟延履行天数。但根据语境的不同，很多情况下迟延履行期间和天数是指到某个特定时间（如立案时、制发执行通知书时等）止”（引自《省高院关于迟延履行利息计算工具试运行的通知》）。尤其是有财产经法院拍卖的，利息计算至何时必须要予以明确规定，但目前没有统一规定，各法院在实际操作中有各自的做法，容易引发问题。故对于迟延履行的截止日应当予以统一规定。

拟答复意见：该问题属于执行中的问题。

十九、关于破产案件关联企业合并处置问题。

目前对于企业破产中关联企业合并处置问题，省高院《关于在审理企业破产案件中处理涉集资类犯罪刑民交叉若干问题的讨论纪要》中明确合并处置的实质要件是：第一，企业法人高度混同；第二，关联企业滥用关联关系可能对债权人的债权清偿造成损失。但对于合并处置的启动程序，各地法院做法不一。有的在关联企业申请破产前，由控股股东申请注销关联企业的工商登记，对关联企业的法人人格进行否定后，再将关联企业的财产债务合并到破产企业中；有的由各关联企业分别提出破产，法院裁定进行合并处置；还有的法院主动依职权将关联企业纳入合并处置。上述做法都没有明确的法律依据，需要进一步明确。

拟答复意见：关于认定企业法人人格混同问题，《企业破产法》无明确规定，有观点认为可以考虑的因素有：（1）关联企业的经营场所混同、账户混同、资产混同；（2）有明显证据表明关联企业内存在资产输送、资金输送行为，或者不能合理解释同一集团内某些企业资产的不明减损，而其他企业资产的不当增加；（3）债权人与关联企业交易，乃系信赖与整个企业集团进行交易，而非仅信赖其中的一个关联企业；（4）确信企业集团内各关联企业已丧失独立经营人格，实以单一形态从事经营支配利益和资产等其他情形。

关于合并破产的问题，《企业破产法》亦无明确规定，根据公司法关于人格否认制度的规定进行合并破产，依据也不充分。司法实践中，应慎重决定合并破产，通过债权人会议等相关机制，必要时可以召开听证会的形式作进一步论证。如果各

个公司的债权人均同意合并破产，从性质上讲类似于诉讼中的调解，基于此，通过债权人会议决议决定合并破产有法律上的基础，应当是可行的。

二十、关于公司承包经营法律适用问题。

公司内部承包经营现象始于上世纪 80 年代，主要是推进国企改革时采取的措施。目前我国的公司基本采用现代公司制度，但对一些民营企业来说，采取公司的承包经营模式也较为常见。诉讼中遇到的法律适用问题主要有：

（一）公司内部承包经营（第三人承包与股东承包）合同效力如何认定？内部承包经营往往意味着股东将部分经营权、决策权等让渡于承包者，而没有完全按照公司法确定的股东会、董事会和监事会的组织结构运作，是否违反公司法定主义原则？

（二）承包经营合同中往往约定承包者对承包期间的全部债务承担清偿责任，在股东内部承包的情况下，该约定是否违反了股东有限责任原则而无效？

（三）发包股东如果在承包合同中约定获取固定回报，该条款是否有效？是否属于名为联营，实为借贷的情形而应认定该约定无效？

（四）现实中的承包经营合同往往并不规范，很多都是约定由承包股东直接向发包股东缴纳股东回报，而不是向发包公司缴纳承包费，该约定是否有效？是否违反公司法关于股东分红条件（如提取法定公积金后分配利润）的强制性规定？

拟答复意见：（一）《公司法》对承包经营模式的效力未

作出明确规定,导致司法实践中对于现代公司的组织形式能否承包、承包合同的效力如何认定存在较大争议,主要有以下两种观点: 1.承包合同系无效合同, 公司承包经营模式实质上是以承包经营的方式代替董事会亲自经营管理公司, 违反了公司法和公司章程关于董事会职责的具体规定, 将公司发包给他人经营管理, 不亲自履行经营和管理公司的职责, 违反了公司法的规定, 违反了《公司法》预先设计的公司内部股东会、董事会、监事会和经理分权制衡的治理结构及其权限安排。2.承包合同原则上是有效的, 因为承包经营在我国曾经存在过,而且到目前为止法律没有明确禁止公司不可以承包经营。现代公司制度与承包经营合同具有兼容性,作为组织法的公司制度与作为行为法的合同之间可以取长补短。凡是不违反强制性法律规定、不违反社会公共利益、不违反公司本质的公司承包经营合同均属有效。尽管承包经营不可避免地要将原本应由股东会、董事会行使的部分权力交给承包人行使,在法律上可以视为股东会、董事会的概括授权,法律并未禁止股东会、董事会的概括性授权。承包合同仍需遵循公司治理机构设置等强制性法律规范, 如果承包合同排斥公司的机构法定原则,将属于股东会或者董事会的所有职权授予承包人行使,承包合同应当无效。

倾向于第二种观点。

(二) 股东有限责任原则是立法者在通常情况下,在公司、股东与债权人之间分配公司经营风险的一般制度安排。但股东有限责任原则也有例外: 一是法定例外。根据新《公司法》第20条第3款之规定,倘若股东滥用公司法律人格和股东有限责任

待遇,就要对公司债务承担连带责任。二是约定例外。股东有限责任待遇作为一项权利和自由,当然可以通过契约行为(如担保合同、承包经营合同)放弃。在股东承包经营公司的情况下,承包股东兼具股东与承包人双重法律角色。相应的,股东与公司之间的法律关系亦分为基于股东资格与公司之间发生的股权关系与基于承包人资格与公司发生的承包合同关系。两种法律关系在性质上大异其趣,但原则上并行不悖。基于承包人资格,股东完全可依契约自由原则,自愿承诺以其自有财产对其承包期间的全部公司债务承担清偿责任。因此,此种承诺并未颠覆传统公司法中的股东有限责任原则。承包股东的承诺既然源于私法自治精神,亦不违反强制性法律规定,法律自无禁止之必要。承包股东承诺以其自有财产对承包期间发生的全部公司债务承担清偿责任,仅意味着作为承包人的民事主体为取得承包收益而必须容忍的对价,而不能说明作为股东的民事主体的有限责任待遇的不存在。实际上,此种约定和承诺恰恰体现了承包经营模式在锁定发包公司经营风险方面的商事习惯。因此,不能一叶障目地认为,公司承包经营制度违反了股东有限责任原则,更不能据此认为公司承包经营合同无效。如果承包股东不愿蒙受承包经营失败的市场风险与法律风险,完全可以远离承包经营的游戏。

(三) 公司承包经营合同的一方当事人为发包公司而非发包公司的股东,一方当事人为承包人。承包人有义务先以公司税后利润弥补公司亏损和提取法定公积金,然后再缴纳承包费。股东的分红来源即是承包人缴纳的承包费。就股东的分红比例来说,除非有限责任公司的股东协议或者股份有限公司的章程另

有约定,股东仍按其实缴出资比例分红。至于承包人向发包公司缴纳承包费的具体方式,可由承包合同自由约定。固定金额式的承包费、比例式的承包费、保底金额加比例式的承包费均无可。故在弥补公司亏损和提取法定公积金的前提下,约定股东的固定回报应属有效。

(四)《公司法》第166条第1款、第2款和第5款规定:“公司分配当年税后利润时,应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的,可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,在依照前款规定提取法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。股东会、股东大会或者董事会违反前款规定,在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的,股东必须将违反规定分配的利润退还公司”。前述条款的规定均为有关股东分配利润条件的强制性规定,违反该规定的承包经营合同条款应为无效。故如承包经营合同约定,承包人在公司从当年税后利润中提取法定公积金之前不向公司缴纳承包费、仅向股东缴纳承包费,或者承包人先行分取承包收益均属无效。

二十一、关于公司盈余分配纠纷的法律适用问题。

公司盈余分配纠纷案件日渐增多,也是公司法有关股东权利的一类重要诉讼,对这一问题的调研指导对实际司法审判、公司内部治理和章程的规范化都有指导意义。具体问题主要有:第一,是否应将股东会决议作为公司盈余分配纠纷案件起诉的前置条件,没有股东会决议的情况下,司法处理是应当驳回起诉还是判决驳回诉讼请求。第二,这类案件的诉讼主体。未提

起诉讼的股东是作为案件的共同原告、还是第三人还是仅仅登记即可适用后续的判决结果，还是仅仅确定起诉的股东与被诉的公司作为当事人双方即可。第三，如何把握是否确实有可供分配的盈余利润，是否由公司自己经过审计才能提起诉讼。法院在什么样的条件下应当许可原告申请进行司法审计。第四，公司盈余分配纠纷与股东知情权诉讼、股东会决议瑕疵诉讼如何衔接，如何切实保障中小股东应有的利润分配权，平衡公司股东的合法权益及公司债权人的利益。第五，股东在提起公司盈余分配纠纷诉讼之前，先决问题是实际可供分配的利润问题，股东对于账目的知情权可达到何种程度，能否引进第三方会计师事务所对账目进行审计，相应操作程序应当如何设置，若仅股东查看账本是难以确切形成财务结论的。

拟答复意见：第一问，在公司没有召开股东会作出分配利润决议的情况下，股东（多数情况下是小股东）直接向法院起诉请求公司分配利润，法院是否应受理该类案件，应如何处理，目前并没有明确的法律、司法解释加以规定，理论和实践对这一问题一直存在争议。在此情况下，如法院受理该类案件，将面临三个困境：一是股东是否享有该诉权（盈余分配请求权是现实的权利还是期待权）；二是如何平衡大股东和小股东的权利，如何在尊重公司自治和保护小股东权利之间寻求平衡；三是给予原告股东的保护能否取得良好的实效。公司的管理与运营属公司自治的范畴，司法介入只是对公司自治机制的指引、补充和救济。因此，法院对于公司股东与公司之间产生的内部盈余分配纠纷，应尊重公司自治，采取慎重态度，坚持穷尽内

部救济原则。公司没有召开股东会作出分配利润决议，股东尚不享有直接向法院起诉请求公司给付利润的权利，法院一般不宜受理该类案件，由股东另寻法律途径。

第二问，如果股东会已经作出分配利润决议，公司拒绝支付股利或未按股东会批准的利润方案支付股利，则股东可请求法院强制公司分配。他人以相同理由请求参加诉讼的，应当列为共同原告；公司其他股东不同意分配利润的，可以第三人身份参加诉讼。法院对股东股利分配请求权之诉做出的判决、裁定，对未参加诉讼的股东同样发生法律效力。

第三问，公司依法有可供分配的利润是原告股东要求公司给付股利必须具备的条件。鉴于公司的生产、经营状态、财务的相关信息、公积金的提取比例等情形，均在公司的掌控之中，公司抗辩主张没有税后利润可供分配的，应当提供证据证明，公司是否经过审计并非股东提起诉讼的前置条件。如果公司不能提供证据证明其没有税后利润可供分配的，或者有初步证据表明公司存在财务会计报告造假现象，法院可以根据股东的申请收集证据并指定专业人员进行审计。

第四问，根据公司法第 33 条的规定，股东有权查阅、复制公司财务会计报告，股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。就原始会计凭证是否能够查阅、查阅的具体方式是否包括复制和摘抄、是否可以委托专业人员代理查阅或审计的问题，公司法没有作出更详细的规定。但该 33 条对知情权边界的限制

只是约束公司和股东的效力，并无约束法院司法行为以请求法院进行证据保全或收集证据。

司法实践中对于股东提出委托他人代为查阅或对公司进行审计等要求的，根据该 33 条规定仍应说明理由并征得公司同意。公司不同意股东委托的他人查阅或审计时，法院可以根据公司或者股东的申请指定专业人员查阅或审计，专业人员向股东出具相应报告。

第五问，公司盈余分配纠纷与股东知情权诉讼、股东会决议瑕疵诉讼三者相互关联，在通常情况下，股东行使知情权、提起股东会决议瑕疵之诉都只是追求利润分配或者其他权利的一种手段。在股东与公司存在盈余分配纠纷时，股东可以行使知情权，查阅公司档案材料，查明公司的利润情况，起诉要求公司分配利润，或召开股东会决议利润分配事宜，或挑战“不分配的股东会决议”的合法性，提起确认股东会决议无效或者撤销之诉。当然，股东并不必然采取知情权诉讼前置的方法，在盈余分配之诉或股东会决议瑕疵诉讼中亦可行使股东知情权。

现行《公司法》并没有确定“有盈必分”的原则，而是将盈余分配作为股东会的职权进行安排，是否必须进行分配，取决于股东会的集体判断。这种对盈余分配请求权实现程序的安排，实质是尊重股东会对公司财产流向的商业判断权（商人是其自身利益的最佳法官）。且从股权平等原则来说，小股东也不能超越其经济地位去期待法律的特别保护。目前，股东的盈余分配权仍应限制在公司法的框架内。

二十二、关于房地产居间合同问题。

诉讼主体的把握不统一。房地产居间合同案件一般涉及购（租）房人、中介机构和出卖人（房主），有的三方签订合同，有的两方签订合同。实践中对如何确定这类案件的诉讼主体把握不统一，存在漏列、错列当事人、诉讼参加人的现象：有的不列房主为当事人，有的则列为被告，有的列为第三人，有的将房主作为证人；在购（租）房人另行委托其他中介机构签订购房合同的情况下，该中介机构是否参加诉讼，也有不同意见。

居间合同部分条款（格式条款）效力认定不统一。在居间合同中，为保护中介机构的利益，往往订有排他性的格式条款，约定购（租）房人（包括其代理人、亲戚、朋友）在协议签订后一定时期内不得私下（或者通过其他中介）与房主签订以该房屋为标的的购（租）房合同，否则视为中介成功（或者视为违约），中介机构有权收取中介费和违约金。对此条款的效力，有的法院认为属当事人的真实意思表示，应认定有效；有的则认为限制了购（租）房人的权利，属“霸王条款”，应认定为无效。在居间合同中，为保护中介机构的利益，往往订有排他性的格式条款，约定购（租）房人（包括其代理人、亲戚、朋友）在协议签订后一定时期内不得私下（或者通过其他中介）与房主签订以该房屋为标的的购（租）房合同，否则视为中介成功（或者视为违约），中介机构有权收取中介费和违约金。对此条款的效力，有的法院认为属当事人真实意思表示，应认定有效；有的则认为限制了购（租）房人的权利，属“霸王条款”，应认定为无效。

对居间报酬、违约金的关系认识不统一。居间报酬分两类，

一是中介机构促成签订购（租）房合同时，购（租）房人应支付中介费，这其中包含了中介公司在居间活动中支出的必要费用；二是中介机构未促成交易的，则只能主张委托人支付从事居间活动支出的必要费用，而不能主张中介费。违约金是委托人甩开中介机构私下与房主交易而构成违约时，应当承担的违约责任。可见，居间报酬与违约金适用原因基础不同。但实践中对二者关系的把握存在差异，有的判决购（租）房人支付中介费，有的判决支付违约金，有的则一并判决支付中介费和违约金，还有的仅判决支付合理的必要费用。

诉讼费负担问题处理不统一。有的法院在处理诉讼费负担问题上未依照《诉讼费用交纳办法》的规定，有失偏颇。承办法人通过改变诉讼费负担的方式，对购房人的违约行为予以惩罚，以此来平衡当事人之间的利益，却违反了有关规定。

（以下观点来源于青岛中院关于房地产居间合同纠纷案件的调研报告）

拟答复意见：（一）关于诉讼主体问题

1.是否追加房主问题。应当追加房主作为第三人参加诉讼，因追加房主有利于查清案件事实，特别是其是否在其他中介机构登记房源信息等基本事实。

2.是否追加其他中介机构的问题。在购（租）房人另行委托其他中介机构的情况下，可追加其他中介机构作为第三人参加诉讼，以查清与案件具有重大利害关系的事实，特别是有利于查清两份居间合同签署的时间、居间合同的履行情况等重要事实。

3.在三方均签署了居间合同时，中介机构作为居间人见证了买卖双方签订购（租）房合同，如果买卖双方实际履行合同，中介机构诉请中介费时应将买卖双方都列为被告；如果存在违约且买卖双方未进入诉讼程序，中介机构应将买卖双方都列为被告，如果买卖双方先于居间合同案件诉讼，并经生效判决认定违约责任方，中介机构可直接起诉违约方。

4.购（租）房人签订居间合同但未实际购（租）房，而由他人购（租）房的情况下，如果中介机构诉请中介费，必须追加实际购（租）房人参加诉讼，以方便查明事实。

5.签订居间合同时双方并未结婚，由男方签订居间合同，由女方签订购房合同，取得房产后二人结婚，应否追加女方共同承担责任？虽然男方签订居间合同时尚未结婚，但其购买房屋是为了结婚使用，当中介机构积极促成买卖双方签订购房合同时，男方以其女朋友名义与房主签订合同，随后便登记结婚并将房屋作为婚房使用，对于居间报酬应当视为夫妻对外共同债务，应由夫妻共同支付。

（二）居间合同的效力认定问题

1.格式条款及其效力的认定。如果格式条款仅为限制购（租）房人甩开中介而私下交易，且是双方当事人真实意思表示，不违反合同法及司法解释的相关规定，应认定为有效合同条款。如果格式条款限制购（租）房人的亲属、朋友通过其他中介机构进行交易，则应认定该格式条款无效。一方面，中介机构在该格式条款中处于无论是否促成交易均可获取居间报酬的优势地位，若购（租）房人委托其他中介机构居间的情况下，

可能导致支付双倍甚至多倍佣金，明显加重了购（租）房人的责任。另一方面，中介机构利用该类格式条款，限制和排除购（租）房人及其亲朋好友通过其他中介机构完成交易或选择采用更公平、优惠方式完成交易的选择权、公平交易权等合法权利。

2.房屋中介从业人员资格对居间合同效力是否有影响。建设部《城市房地产中介服务管理规定》、国家工商行政管理局《经纪人管理办法》、《房地产经纪管理办法》等部门规章，对房地产中介市场准入机制进行了规定，要求中介机构和从业人员必须具备相应的条件和资格。但不能据此认为，作为从事居间业务的中介机构应具备相应资质，居间人应具备相应的资格，否则居间合同无效。

（三）居间报酬的确定问题

1.居间合同中明确约定居间报酬的，从约定。在促成房地产交易的同时，当前的中介机构往往还提供房屋权属调查、房产评估、按揭贷款、代缴税费、代办产权过户等延伸服务，如果这些服务内容没有签订在居间合同中，则不影响居间报酬的确定，如果明确约定在居间合同中，成为正式条款，则必然影响到居间报酬的确定。在居间活动中，如果中介机构因故未完全履行这些延伸服务，应当根据中介机构提供的劳务合理确定居间报酬。

2.合同没有约定或约定不明确的，可依据交易惯例确定居间报酬。对居间报酬没有约定或约定不明的时候，可以协议补充确定，当事人不能达成补充协议时，法院应当按照合同的有关

条款，或者商业交易习惯来确定。

3.阴阳合同情形下居间报酬如何确定。真实意思表示是民事法律行为的核心要素，如价格、付款方式等其他条款在“阴阳合同”中约定不一致时，应当以真实交易价格作为计算中介费的依据。当事人签订阴阳合同以合法形式掩盖避税的非法目的，损害了国家利益，应当为无效合同。

（四）违约责任的认定及违约金的调整问题

1.购房人甩开中介私下与房主交易，违反诚实信用原则，破坏了中介行业的生存规则，剥夺了中介机构通过居间服务获取报酬的权利，应认定构成违约。

2.购房人通过亲戚朋友直接与房主交易且是实际购房人，应认定购房人违约；但如果签订居间合同的委托人未实际购买房屋，其亲朋好友从该委托人处获得房源信息，成为实际购房人，根据合同相对性原理，不宜直接认定委托人构成违约，但因委托人未严守保密义务，违反合同法规定的附随义务，应当承担民事责任。

3.购房人通过其他中介购得房屋时，在签约中介机构未协助购房人降低房价的情况下，购房人有权选择其他中介机构；在房源信息公开的情况下，购房人由亲戚朋友通过其他中介机构进行交易，购房人也不构成违约。

4.在房源信息公开的情况下，购房人看房后先主动解除居间合同，后直接或者通过其他中介机构与房主签订购房合同，此种情况下购房人仍构成违约。因为合同的解除并不意味着合同条款全部灭失，合同中约定的违约条款不因合同的解除而解

除，仍具有法律效力。

5. 购房人“甩开中介”尽管剥夺了中介机构继续提供居间服务的机会，但居间能否成功仍不确定，而中介机构不再买卖双方进行斡旋、撮合，支出的劳务必然减少。如果完全按照居间合同约定的违约责任（违约金通常为中介费的一倍）来主张，未免有失公允。

《浙江省高级人民法院关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中应统一适用相关人身损害赔偿标准进行裁量的通知》

浙江省高级人民法院
浙高法〔2017〕92号

本省各级人民法院：

近年来，随着我省城乡一体化发展和统一户籍登记制度的改革，各地法院对机动车交通事故责任纠纷案件中如何适用相关人身损害赔偿标准，即在此类纠纷中仍然沿用城乡“二元化”的赔偿标准还是统一适用城镇标准等问题存在着不同的理解和做法，部分中基层法院出台了与现行法律和司法解释不完全相符的规定或意见，一定程度上影响了全省司法裁量标准的统一和道交纠纷“网上数据一体化处理”综合改革的推进。为统一全省法院的司法裁判尺度，并兼顾我省城乡一体化发展和统一户籍登记制度改革的要求，在遵循现行法律、司法解释规定的前提下，依法合理扩大城镇居民人身损害赔偿标准的适用范围，经我院审判委员会讨论，决定下发我院制定的《关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中适用城镇居民人身损害赔偿标准进行裁量的指导意见（试行）》。各地人民法院应按照现行法律、司法解释的规定和本通知的要求，在机动车交通事故责任

纠纷案件的审理中准确定性，合理裁量，严格依法适用城镇居民人身损害赔偿标准，切实保护各方当事人的合法权益。

浙江省高级人民法院

2017年5月16日

《浙江省高级人民法院关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中适用城镇居民人身损害赔偿标准进行裁量的指导意见（试行）》

为依法妥善审理好机动车交通事故责任纠纷案件，准确适用现行法律、司法解释的规定和精神，并兼顾我省城乡一体化发展的进程和统一户籍登记制度改革的实际，现根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》及最高人民法院民一庭《关于经常居住地在城镇的农村居民因交通事故伤亡如何计算赔偿费用的复函》等规定，结合我省推行道交纠纷“网上数据一体化处理”综合改革的要求，就机动车交通事故责任纠纷案件审理中适用城镇居民人身损害赔偿标准问题，制定本指导意见。

一、机动车交通事故责任纠纷案件中涉农村户籍的务工人员除依现行法律和司法解释明确适用城镇居民赔偿标准外，交

通事故发生前，具有下列情形之一的，其残疾赔偿金、死亡赔偿金参照城镇居民赔偿标准计算：

- 1、受害人的户籍在农村，但其所在集体的土地已被国家征收或者其承包的集体土地被国家征收，致其无法以农业为主要收入来源的；
- 2、受害人与用工单位签署劳动合同且已购买养老保险的；
- 3、受害人系在城区购买商品房且已办理房产证的所有权人或户内同住家庭成员的；
- 4、受害人系个体工商户或私营企业业主且从业时间满一年的；
- 5、其他结合受害人住所地、经常居住地、主要收入来源地、主要生活消费地等因素综合判定可以参照适用城镇居民赔偿标准的情形。

二、受害人为农村居民但按照城镇居民赔偿标准计算残疾赔偿金或死亡赔偿金的，其被扶养人生活费也应按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出标准计算。

三、本意见自 2017 年 6 月 1 日起施行。

本意见施行后新受理的一审案件和尚未审结的一、二审案件，适用本意见。施行前已生效的案件依法申请再审的，不适用本意见。

本意见施行后，法律、司法解释有新规定的，按新规定执行。

《浙江省高级人民法院关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中适用城镇居民人身损害赔偿标准进行裁量的指导意见（试行）》的理解与适用

为回应审判实践需求，统一全省道交案件赔偿标准裁量尺度，加快推进道交纠纷“网上数据一体化处理”综合改革工作，省高院民一庭经多次调研，并经院审判委员会讨论决定，形成了《关于在机动车交通事故责任纠纷案件审理中适用城镇居民人身损害赔偿标准进行裁量的指导意见（试行）》（以下简称《意见》）。为便于各地实践中准确理解和适用，现对制订该意见的相关背景、主要依据及适用问题作如下阐释。

一、相关背景

2015年12月省政府启动户籍制度改革以来，全省11个地区已全面建立城乡统一户籍登记制度。部分中院根据当地党政要求或者结合当地城乡一体化发展进程，在道交案件赔偿标准适用上出台了不同于现行法律、司法解释规定的指导意见，造成我省范围内道交案件司法裁量标准不统一，影响到了司法公信力；同时妨碍了我省道交纠纷“网上数据一体化处理”综合改革工作的顺利推进。

在《意见》施行前，我省道交案件审判实践对残疾赔偿金、死亡赔偿金及被抚养人生活费的计算可分为4种模式：一是传统的城乡二元化赔偿标准：依据受害人户籍身份，结合住所地、经常居住地等因素，区分适用城镇居民人均可支配收入、城镇居民人均消费支出（以下简称城标）或者农村居民人均可支配

收入、农村居民人均生活消费支出标准。[1]已进行户口统一登记改革的，依据受害人改革前的户籍类型、居住地类型、工作性质等因素区分适用城标或农标。二是扩大的城乡二元化赔偿标准：对农村户籍的受害人除依传统二元化标准可适用城标计算外，其在交通事故发生前具有失地、购买商品房等特定情形的，亦可参照城标计算。三是城镇一元化赔偿标准：对受害人户籍登记在市行政管辖区域内居民的，统一适用城标计算。四是平均一元化赔偿标准：对受害人户籍登记在该市行政管辖区域内居民或受害人虽为外地人员但侵权行为发生在市行政管辖区域内的，统一适用全体居民人均可支配收入、全体居民人均生活消费支出标准计算。

我们经调研认为，我省作为户籍改革的试点省份，道交案件审判工作妥善回应户籍制度改革、服务保障城乡一体化发展，是我省法院面临的新课题。随着道交纠纷“网上数据一体化”综合改革试点工作的开展，赔偿标准更是亟待在全省层面上予以统一。在赔偿标准适用上，既要保障赔偿权利人的利益，也要考虑赔偿义务人的实际赔付能力以及社会可接受度。城乡户籍制度改革与身份变化不能简单等同，城乡的发展水平、收入水平、消费水平的差异，并不因户籍统一登记而当然消除，[2]农村居民的可支配收入、生活消费支出也不会仅仅因为户籍登记统一为居民而提升或增加，且最高法院尚未有明确一元化赔偿标准意见，[3]如径行抛开现行法律、司法解释明确规定的二元化赔偿模式，尤其是统一就高适用城标，既缺少上位法依据，也易招致赔偿义务人异议，进而影响到道交纠纷的有效化解。

因此，《意见》起草时的指导思想是继续严格执行现行法律和最高院司法解释的规定，同时参考我省实践已有的扩大的二元化赔偿模式，通过列举方式适当扩大城标的适用范围，以吻合法治和裁判统一的要求，兼顾城乡一体化发展的需要，提升司法公信力。

同时，鉴于平均一元化赔偿模式具有一定的前瞻性和合理性，可以较好回应“同命不同价”质疑，也符合中央深化改革要求，省高院已于今年 6 月向最高法院专题汇报，争取由最高法院授权在我省范围内开展平均一元化赔偿标准试点。但在未得到最高法院批准或授权之前，全省法院务必按照现行法律、司法解释以及《意见》的相关规定适用赔偿标准，以确保道交案件裁量标准的统一。

二、主要依据

《意见》主要依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院民一庭关于经常居住地在城镇的农村居民因交通事故伤亡如何计算赔偿费用的复函》([2005]民他字第 25 号)（以下简称《复函》）及《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（以下简称《纪要》）。需要注意的是，《复函》采用了“主要收入来源地”的表述，而《纪要》则采用了“主要收入来源”的表述，两者并不完全等同。

同时，根据我省审判实践，2013 年 12 月省高院民一庭下发了《关于人身损害赔偿费用项目有关问题的解答》，第十四问规定对没有收入来源的农村户籍未成年人，其经常居住地和

主要生活消费地在城镇的，可按城标计算。该规定体现了“未成年人利益最大化”原则，符合审慎扩大城标适用范围的指导思想，其精神仍应适用。

综上，在受害人系农村户籍时，若要适用城标赔偿，原则上应当综合受害人住所地、经常居住地、主要收入来源地、主要生活消费地等因素判定，即《意见》第一条第5点的规定。该条规定既为兜底条款，更是基本判定规则。在该基本判定规则之外，《意见》结合我省已有实践，对农村户籍受害人的主要收入来源为非农业收入等可适用城标赔偿的特定情形在第一条第1-4点进行了列举，审慎适当地扩大了城标适用范围。

三、适用问题

（一）户籍制度改革后户籍性质区分问题

我省户籍制度改革实行后，原“农业”与“非农业”二元制户口性质划分取消，统一登记为居民户口。有意见反映，由于户籍登记统一，导致农村户籍和城镇户籍区分困难，影响到赔偿标准的适用。我们认为，根据我省已有实践，为妥善适用赔偿标准，可以采取查询受害人户籍地对应的城乡分类代码的方法，辅助判断案涉事故发生时受害人的户籍性质。具体如下：点击国家统计局官网首页上部的“统计数据”中的“数据查询”，在出现的下拉菜单中选择“统计标准”，在跳转的新页面的左侧栏选择“统计用区划和城乡划分代码”，选择事故发生对应年度，进而点击相应区域进行查询，其中城乡分类代码以1开头的代表城镇；城乡分类代码以2开头的代表农村。[4]

（二）受害人土地被征收比例问题

《意见》第一条第1点规定，受害人的户籍在农村，但其所在集体的土地已被国家征收或者其承包的集体土地被国家征收，致其无法以农业为主要收入来源的，可以适用城标赔偿。针对该土地征收是否需要被全部征收，还是达到特定比例即可，我们认为，该条规定重点在于“土地被征收后以致受害人无法以农业为主要收入来源”，因此该处的征收并不要求必须是全部土地被征收，只要大部分土地被征收致使受害人无法以农业为主要收入来源即可。至于被征收比例具体应如何划线，因各地征地政策各不相同，审判实践做法亦不一致，在全省范围设定简单划一的标准既不客观也不现实。通常而言，如受害人可提供“被征地农民养老基本生活保障缴费手册”“被征地农民基本生活保障手册”等证据，表明其已参加被征地农民生活保障统筹的，一般可适用城标赔偿；如果受害人不能提供上述材料，各地法院可结合当地实际确定土地被征收的合理比例，进而判断受害人可否适用城标赔偿。需要注意的是，实践中有的受害人仅提供村委会证明表明集体土地被征收，因实践中村委会证明的出具易受人为因素影响，随意性较大，对此应当辅以其他证据材料综合判断。

（三）受害人签署劳动合同且购买养老保险以及受害人系个体工商户或私营企业业主的城标适用问题

《意见》第一条第2点、第4点分别规定了“受害人与用人单位签署劳动合同且已购买养老保险的”“受害人系个体工商户或私营企业业主且从业时间满一年的”可适用城标。与第一条第1点“失地农民”规定相同的是，该两种情形的出发点与落脚点亦

是基于受害人的主要生活来源已非农业收入。不同的是，在该两种情形下不排除农村户籍受害人仍有土地、仍可回复至以农业为主要收入来源的状态，而失地农民由于集体土地被征收、已不具备以农业为主要收入来源的客观条件。因此对于受害人与用工单位签署劳动合同、或系个体工商户、私营企业主的，一般宜对受害人主要收入来源为非农业收入的持续时间加以考察，即审查受害人以非农业收入为主要生活来源的长期性、稳定性，避免短期、临时行为。但是考虑到需对劳动者进行倾斜保护及实践中劳动合同的履行、养老保险的缴纳都具有一定的持续性，且一般来说，在事故发生前受害人已经签订劳动合同并购买了养老保险的，其主要收入来源为非农业收入的事实基本可以确定，故《意见》第 2 点放宽了对劳动者劳动合同是否持续满一年的标准。而第 4 点所规定的个体工商户、私营企业主虽经依法登记注册，但事故发生前是否实际经营或持续经营有较大的不确定性，且如前所述，个体工商户、私营企业主的收入来源具有多重可能性，因此，有必要对该种情况下受害人持续从业时间提出要求，《意见》借鉴《复函》精神，明确受害人为个体工商户、私营企业主的，其从业时间截止事故发生时应满一年。另外，需要特别说明的是，第 2 点、第 4 点情形强调的是受害人的非农收入来源，其住所地或经常居住地即使在农村的，也可分别按上述规定适用城标赔偿。

至于在要求受害人与用工单位签署劳动合同时还要求“已购买养老保险”，主要是考虑到道交案件中司法黄牛问题较为突出，劳动合同不具有对外公示性，容易补签、倒签，如仅

审查劳动合同，极易为某些当事人、司法黄牛串通伪造证据、谋取不当利益提供可乘之机，助长诉讼不诚信行为。因此采取双重条件，一方面抑制司法黄牛生存空间，规范理赔秩序；另一方面引导劳动者积极参保，规范用工市场。此外，有意见反馈，有的农村户籍受害人虽有社保缴费记录，但实际未与缴费单位存在劳动关系，鉴于现实中代办社保现象一定程度存在，对于仅有社保缴费记录但未存在实际劳动关系的，因不符合受害人主要收入来源为非农业收入的判断标准，不属于适用城标赔偿的情形。如受害人确实与用人单位存在劳动关系，但出于种种原因由其他单位代缴社保，即实际用人单位与社保缴纳单位分离的，因其仍符合主要收入来源为非农业收入的判断标准，一般仍可适用城标赔偿。

（四）进城购房者及其同住家庭成员的城标适用问题

《意见》第一条第3点规定“受害人系在城区购买商品房且已办理房产证的所有权人或户内同住家庭成员的”可适用城标。对进城购房者适用城标主要是考虑到农村居民具备在城区购房的经济实力，通常表明其实际可支配收入水平与城镇居民相当；并且根据国务院《关于进一步推进户籍制度改革的意见》精神，购置商品房也是不少城市办理外来人员户口迁入的重要方式，因此对进城购房者相应的损害填补适用城标具有合理性，至于该购房者是否在所购的城镇房屋内实际居住则在所不问。鉴于实践中曾出现受害人与司法黄牛通谋签订购房合同以谋求适用城标，为规范诉讼秩序、严格司法审查，该条适用时要求进城购房者应当在事故发生前已办理房产证，以遏制诉讼造假

行为。至于受害人所购商品房是否属于城区房屋，可通过查询房屋所在地对应的城乡分类代码判断，具体方法与前述受害人户籍地性质查询相同，房屋所在地对应城乡分类代码以 1 开头的代表城镇。

关于户内同住家庭成员适用城标的规定，主要是基于经常居住地、主要生活消费地在城镇的判定规则演变而成。适用时应注意：一是对此处的家庭成员必须要求实际居住；二是户内同住家庭成员范围，根据城镇生活中家庭成员间的紧密程度，宜参照第一顺序法定继承人之范围，限定为房屋产权人之配偶、父母及子女；三是不要求该户内同住家庭成员在事故发生之前在该城镇房屋内居住满一年，只要有证据证明受害人在事故发生前系与所有权人等家庭成员同住的，就可以适用城标。

必须强调的是第 3 点的适用情形限定为“户内同住家庭成员”，而实践中可能会出现所有人的父母或子女单独在该城镇房屋内居住，或者所有权人与父母、子女以外的其他亲属同住等情形，相比“户内同住家庭成员”情形，此类情形中受害人是否实际居住更难查明。因此，为防止出现道德风险，宜按《复函》的精神要求，受害人应在该城镇房屋居住满一年，即符合《意见》第 5 点规定的，方可适用城标。至于居住满一年的证明，可以公安机关、居委会、社区等证明文件为主，物业公司证明、亲属间证明、收入凭证、生活消费凭证等可作为辅助依据。

（五）兜底条款的城标适用问题

《意见》第一条第5点规定“其他结合受害人住所地、经常居住地、主要收入来源地、主要生活消费地等因素综合判定可以参照适用城镇居民赔偿标准的情形”，如前所述，该条既是兜底条款，也是基本判断规则，对于受害人不符合《意见》第一条第1-4点情形，但其住所地、经常居住地、主要收入来源地、主要生活消费地等因素位于城镇的，亦可判断适用城标。

该条在适用时应注意：一是受害人有收入或应当有收入的，主要审查其经常居住地、主要收入来源地，如进城务工人员未与单位形成劳动关系、而是以提供劳务为生，但其经常居住地、主要收入来源地均在城镇且相关证据确实充分的，亦可适用城标。

二是受害人尚无收入的，应主要审查其经常居住地、主要生活消费地，如受害人为农村户籍的在读大学生，虽未有收入来源，但主要生活消费地在城镇的，考虑到其今后职业发展趋势，一般可按城标适用。又如受害人为农村户籍的未成年人，跟随父母在城镇居住生活，其经常居住地和主要生活消费地在城镇的，一般可按城标适用。

最高法院民间借贷纠纷裁判意见

最高人民法院司法案例研究院

阅读说明：下列判例检索自“中国裁判文书网”，检索日期为2016年6月21日，检索开始时间为2016年1月。这些判例均由最高人民法院作出，为尊重裁判者，在案件标题下对合议庭成员以及裁判日期进行了必要的标明。裁判要旨系由整理者根据裁判主要内容总结，读者可根据标题中的关键词或案号检索相关判例对照参考。

1.当事人之间的真实法律关系是民间借贷，房屋买卖协议只是作为让与担保的方式，法院向当事人释明案涉法律关系为借款合同关系，并询问其是否变更诉讼请求，当事人不变更诉讼请求的，裁定驳回起诉。

——王高平与海南博海投资咨询有限公司借款合同纠纷案（2016）最高法民终52号（合议庭成员：孙祥壮、黄金龙、汪治平，裁判日期：2016年1月27日）

最高法院认为：王高平主张其与博海公司之间存在商品房买卖法律关系，并据此诉请确认房屋认购协议有效及履行该协议，由其取得该协议涉及的541套房屋的所有权，而其提供的证据材料又包含了借款的事实。对此，应当甄别王高平与博海公司之间签订房屋认购协议是否具有担保的意思，即考察双方

签订房屋认购协议的真实意思是为借款行为提供担保，还是通过支付对价获得房屋的所有权。

经审理查明，王高平提供的借据、付款凭证、《房屋抵顶借款协议》以及《逸海华庭认购协议》均对借款事实予以确认。王高平作为甲方与博海公司作为乙方签订的《房屋抵顶借款协议》载明“乙方因建设开发海南逸海华庭小区，至 2014 年 3 月 23 日陆续向甲方借款人民币玖仟捌佰万元整。乙方为偿还该项借款与甲方达成以下协议”，该协议第三条约定“乙方在约定的期间内不能用现金归还借款本息时，则同意用其在海南建设开发的逸海华庭小区的房产作价偿还向甲方的借款本息”。上述证据和协议约定的内容可以证明双方当事人在发生借款关系之后，为保证借款的偿还又订立了房屋抵顶及认购协议。双方签订房屋认购协议的真实目的是为了给借款提供担保，并非为了实现房屋买卖。即双方当事人在签订房屋认购协议时并无真正转移案涉房产所有权的意思，其真实意思是设定担保。简言之，王高平与博海公司之间的真实法律关系是民间借贷，房屋认购协议只是作为让与担保的一种方式。原审法院在庭审过程中明确向当事人释明案涉法律关系为借款合同关系，并询问其是否变更诉讼请求，王高平的代理人确认其不变更诉讼请求。原裁定适用法律正确。

2. 考察当事人合同主体地位的变更应该结合当事人签订合同时的意思表示以及合同实际履行过程，综合进行判断。

——施君平与孙凯、李洪、青岛中天德投资管理有限公司民间借贷纠纷案（2015）民提字第 149 号（合议庭成员：韩延斌、王林清、于蒙，裁判日期：2016 年 2 月 12 日）

最高法院认为，涉案的第一份《抵押贷款合同》内容显示，三方当事人的真实意思就是孙凯为放贷人、李洪是借款人，施君平为抵押人，以自有房产进行抵押担保。后续的《借款借据》再次在抬头处明确借款人李洪、放贷人孙凯。尽管施君平在借款人处签字，而且在《抵押借款》最后一页备注：“以借款借据记载的内容为准”的内容，但这只是表明三方当事人对《抵押借款合同》中关于借款事项内容的具体约定，是对债权债务的具体化，即在《抵押借款合同》中关于李洪向孙凯借款的具体数额、利率、期限等内容以借款借据记载的内容为准，而非是对合同主体地位的变更。如果按照一审、二审判决依据的因《抵押借款合同》备注：“以借款借据记载的内容为准”，而就此认定施君平因自签订借款借据时起，其身份已由抵押人变为共同借款人，那三方签订的《抵押借款合同》就应当被《借款借据》替代，相关抵押的约定没有法律效力，这显然有违当事人的真实意思表示。

此外，《抵押借款合同》、《借款借据》签订后，孙凯的借款并未交付给施君平，而是直接打给了李洪的帐户；合同履行过程中，也是李洪向孙凯支付过 40 万元的借款利息；合同履行过程中，孙凯与李洪两次签订《抵押借款合同展期协议书》，李洪同意将利息提高至月息 3%，将上述借款进行展期，后李洪又向孙凯出具还款计划，承诺于 2012 年 5 月 1 日之前归还借款

1000 万元整。从这些返还利息、办理借款展期、出具还款计划的一系列行为看，都发生在李洪和孙凯二人之间，施君平并未参与。由此可见，《借款借据》中借款人的实际履行主体是李洪，并非施君平，应当承担还款责任的主体是李洪，对孙凯提起的请求施君平作为共同借款人承担还款责任的主张不予支持。

3.公司未经股东会或股东大会决议为其股东提供担保，债权人签订保证合同时，未尽相应审查义务，属于存在过失，对担保合同无效承当相应责任。担保人在公司管理和印章使用方面存在漏洞，对保证合同的无效具有相应过错，亦应承担相应责任。

——丁浩与张大清、张世彬等民间借贷纠纷案（2015）民申字第 3236 号（合议庭成员：刘敬东、杨蕾、马晓旭，裁判日期：2016 年 2 月 15 日）

最高法院认为：公司法第十六条规定公司为其股东提供担保，须经股东会或股东大会决议，法律规定具有公示作用，任何第三人均应知悉，丁浩作为债权人仅凭保证合同中“已按有关规定和程序取得本合同担保所需要的授权”的单方陈述，就签订保证合同，未尽相应审查义务，属于存在过失，二审法院认为丁浩未尽到应尽的注意义务，对担保合同无效具有过错，应承担相应责任，具有事实依据并无不当。

金凤公司为其股东张大清、张世彬的债务提供担保，始终未实际形成股东会决议，也未对该担保合同有追认的意思表示，因此张大清、张世彬在保证合同上签字盖章的行为并不能代表

金凤公司的真实意思，故保证合同无效。但金凤公司在公司管理和印章使用方面存在漏洞，对保证合同的无效具有相应过错，应承担相应责任，故二审法院根据金凤公司在担保过程中的过错程度，判令金凤公司对张大清、张世彬不能清偿部分承担二分之一的赔偿责任，具有法律依据，法律适用并无不当。

4.借款的实际用途并不能单独作为认定借款人的事实依据。保证人与债务人应为不同民事主体，认为法律并未禁止借款人为自己的借款提供保证的主张，缺乏法律依据。

——李金龙与南通五建宏业建设工程有限公司、马宏民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 193 号（合议庭成员：韩致、司伟、沈丹丹，裁判日期：2016 年 2 月 26 日）

最高法院认为，《担保函》虽以南通五建法定代表人张素华的名义出具，但其内容明确了由南通五建承担保证责任的意思表示，并加盖了南通五建的公章，二审判决认定其为南通五建的公司行为并无不当。该《担保函》的内容表明，南通五建系为马宏向李金龙的借款进行保证担保的意思表示明确，并无南通五建为借款人的意思表示。李金龙虽主张借款实际用于马宏承包的南通五建承建项目，但该事实缺乏充分证据予以证明，且借款的实际用途并不能单独作为认定借款人的事实依据。

《中华人民共和国担保法》第六条规定，“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为”。该法律规定表明，保证人与债务人应为不同民事主体。李金龙认为法律并未禁止借款人为自己的借款提供保证的主张，缺乏法律依据。李金龙所持

南通五建是本案借款人而非借款保证人的申请再审理由，不能成立。

5.公司法定代表人被羁押后，公司由他人经营，公司印章也由他人持有，出借人与该公司形成民间借贷关系后，该公司不能以对外借款法定代表人不知为由，拒绝还款。

——福州开发区东南建筑机械有限公司、陈增良与福州开发区东南建筑机械有限公司、陈增良民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 67 号（合议庭成员：陆效龙、奚向阳、杨兴业，裁判日期：2016 年 3 月 1 日）

最高法院认为：自任冰被羁押后，东南公司由任义增经营，公司印章也由其持有，而本案借款事实发生时，任义增持有公司印章并经营东南公司。任义增系任冰的父亲，在任冰被羁押后，其代表任冰经营东南公司符合常理，也系客观事实。另一方面，陈增良主张的借款本金 500 万元，其中一笔 350 万元汇入了东南公司账户，用于偿还东南公司此前的对外借款；另一笔 150 万元汇入了东南公司会计张芝松的个人账户。东南公司对该两笔汇款均向陈增良出具了《收款收据》且加盖了公司公章和财务专用章，陈增良有理由相信上述借款行为系代表东南公司所为。因此，二审判决认定陈增良与东南公司之间形成借贷法律关系有事实和法律依据。

6.借款如何使用、最终去向都不影响借贷法律关系。债务转移须经债权人的明示同意。

——山东省潍坊市昌潍公证处、薛庆芝与山东省潍坊市昌潍公证处、薛庆芝等民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 151

号（合议庭成员：张勇健、杨蕾、马晓旭，裁判日期：2016年3月3日）

最高法院认为：薛庆芝与昌潍公证处签订借款合同后，根据合同约定履行了向昌潍公证处提供借款的义务，昌潍公证处作为借款人应向薛庆芝履行偿还借款的义务。案涉借款虽转至高振涛帐户，但借款如何使用、最终去向都不影响薛庆芝与昌潍公证处的借贷法律关系。薛庆芝与昌潍公证处签订借款合同之后，又与高振涛签订了借款合同，薛庆芝与高振涛签订的借款合同中昌潍公证处不是合同当事人，并不含有昌潍公证处将其债务转移至高振涛的意思表示，两份借款合同金额不一致，即使指的是同一笔借款，由于昌潍公证处从未做出债务转移的意思表示，更无债权人的明示同意，高振涛与薛庆芝签订借款合同即使与本案诉争借款有关，亦仅构成债务加入，而非债务转移。高振涛与薛庆芝的借款合同落款日期为2011年9月15日，之后昌潍公证处法定代表人邵波代表昌潍公证处与薛庆芝签订过还款协议、承诺函，进一步证明昌潍公证处仍是借款人。二审法院关于昌潍公证处偿还借款的义务并未转移的认定并无不当。

7.民间借贷协议既约定借款期内借款利息，又约定逾期还款违约金的，如果超过中国人民银行同期同类贷款利率的四倍的，按中国人民银行同期同类贷款利率的四倍计算借款利息。

——刘思涵与运城市解州九龙潜水电机有限公司民间借贷纠纷案（2015）民一终字第382号（合议庭成员：王友祥、王毓莹、王丹，裁判日期：2016年3月16日）

最高法院认为，《抵押借款合同书》约定借款期内利息为月利率 2%，逾期还款按每日千分之二计付违约金。九龙公司并未按约定偿还借款本息，应承担相应的违约责任。因《抵押借款合同书》约定借款期内借款利息和逾期还款违约金超过中国人民银行同期同类贷款利率的四倍，故一审判决按中国人民银行同期同类贷款利率的四倍计算借款利息，并无不当。九龙公司主张借款期内利率按约定计算，超过借款期限的借款因双方没有约定借款利率，应视为没有利息，不应按中国人民银行同期同类贷款利率四倍支付利息，应按中国人民银行同期同类贷款基准利率计算利息，缺乏法律依据，不能成立。

8.对于借款人是否涉嫌犯罪的认定，不影响担保责任的认定与承担。借款人涉嫌或构成刑事犯罪时，出借人起诉担保人的，应适用“民刑分离”的原则。

——江山市江建房地产开发有限责任公司与雷伟程与江西四季青生态科技有限公司、吴自旺、俞小貂民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 425 号（合议庭成员：王友祥、王毓莹、王丹，裁判日期：2016 年 3 月 31 日）

最高法院认为，对于借款人是否涉嫌犯罪的认定，不影响担保责任的认定与承担。在由第三人提供担保的民间借贷中，就法律关系而言，存在出借人与借款人之间的借款关系以及出借人与第三方的担保关系两种法律关系，而借款人涉嫌犯罪或者被生效判决认定有罪，并不涉及担保法律关系。刑事案件的犯罪嫌疑人或犯罪人仅与民间借贷纠纷中的借款人重合，而出借人要求担保人承担担保责任的案件，其责任主体与刑事案件

的责任主体并不一致。因此，借款人涉嫌或构成刑事犯罪时，出借人起诉担保人的，应适用“民刑分离”的原则。江建公司关于本案程序违法的主张缺乏依据，本院不予支持。

9.自然人通过挂靠其他公司，并私刻该公司公章，多次使用该枚公章从事一系列经营活动，且该公章已为相关政府职能部门确认的，可推定该公司明知该自然人使用该枚公章，该公司应当对外承担相应民事责任。

——江山市江建房地产开发有限责任公司与雷伟程与江西四季青生态科技有限公司、吴自旺、俞小貂民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 425 号（合议庭成员：王友祥、王毓莹、王丹，裁判日期：2016 年 3 月 31 日）

最高法院认为，吴自旺与雷伟程达成的《还款协议》是双方真实意思表示，应为有效，《还款协议》上江建公司作为担保人加盖公章。虽然该公章已被刑事判决认定为吴自旺伪造，但吴自旺多次使用该枚公章从事一系列经营活动，且该公章已为施工单位和相关政府职能部门确认。吴自旺通过挂靠江建公司，取得了“金迪商厦”项目的开发人资格，吴自旺是该项目的实际控制人，吴自旺所借款项部分用于“金迪商厦”项目。江建公司为涉案款项提供担保的行为合法有效。吴自旺在《招标通知书》和《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻的公章。上述法律行为必须要使用公章，在此情况下，推定江建公司对于吴自旺使用该枚公章知情并无不当。且依据一审时的鉴定结论，吴自旺使用的该枚公章与其向东乡县房管局申报《承诺书》中的

公章相同。上述事实使雷伟程对于该公章形成合理信赖，雷伟程的合理信赖利益应当受到保护。

10.对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理。

——王造国与江西括苍房地产开发有限公司民间借贷纠纷案（2015）民一终字第 402 号（合议庭成员：杨立初、李盛烨、沈佳，裁判日期：2016 年 3 月 31 日）

最高法院认为：2016 年 1 月 28 日，浙江省丽水市公安局已经对江西括苍公司涉嫌非法吸收公众存款进行立案侦查，根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》关于“对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关”的规定，王造国关于撤销一审裁定、将本案交由江西省高级人民法院审理的上诉请求不能支持。

11.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，当事人提起诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。

——吴自旺与雷伟程与江西四季青生态科技有限公司、江山市江建房地产开发有限责任公司、俞小貂借款合同纠纷案（2016）最高法民申 458 号（合议庭成员：王友祥、王毓莹、王丹，裁判日期：2016 年 3 月 31 日）

最高法院认为：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，当事人提起诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。本案中民间借贷合同是双方当事人真实的意思表示，合法有效。借款人依据民间借贷合同主张民事权利，依法应当得到保护。

12. 借据作为一项证明当事人之间存在借贷关系的重要交易凭证，除非有相反证据足以推翻，否则应当认定为借贷依据。

——段中光与刘柯琛与邵阳市联都房地产开发有限公司、邓晓勤、陈彬华民间借贷纠纷案（2016）最高法民申字 385 号（合议庭成员：王友祥、王毓莹、王丹，裁判日期：2016 年 3 月 31 日）

最高法院认为，案涉《借款协议》签订后，刘柯琛向陈彬华转账支付 600 万元，现金支付 100 万元，对上述 700 万元陈彬华均出具借据，双方亦无异议；对于 100 万元现金借款的事实，陈彬华陈述自己是开车去取的，分作三包，用黑色袋子装好。本案中《借款协议》虽约定借贷双方采用转账支付方式，但双方在协议履行中以现金支付 100 万元，应视为双方对协议履行方式的变更，不违反法律规定。而且，对于 100 万元现金支付陈彬华还出具了借据，从我国民间借贷的实践来看，借据作为一项证明当事人之间存在借贷关系的重要交易凭证，除非

有相反证据足以推翻，否则应当认定为借贷依据。本案段中光并未提供证据证明陈华彬出具的借据虚假。故二审判决认定刘柯琛交付陈彬华 100 万元现金，并无不当。

13. 债务人涉嫌非法集资犯罪的，对于原告起诉债务人的，应当裁定驳回起诉，但要求保证人承担保证责任的，应当予以审理。

——赵学军与赵明伍、刘克胜民间借贷纠纷案（2016）最高法民终 138 号（合议庭成员：杨立初、李盛烨、沈佳，裁判日期：2016 年 4 月 25 日）

最高法院认为：从一审起诉的情况看，赵学军主张刘克胜承担借款还款责任，赵明伍对借款承担连带保证责任。因刘克胜涉嫌非法吸收公众存款罪，已被公安机关立案侦查，根据《最高人民法院、最高人民检察院和公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条第二款关于“人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关”的规定，赵学军对刘克胜的起诉应予驳回。

但是，刘克胜涉嫌刑事犯罪，并不能否定赵学军与赵明伍之间存在的民事关系，一审法院根据《最高人民法院、最高人民检察院和公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条第二款的规定，一并驳回赵学军对赵明伍的起诉不当。至于案件进入诉讼程序后，是否应该裁定中止审理，应由受理法院视情形决定。

14.一人有限责任公司股东负有证明公司财产独立于其个人财产的证明义务，否则，该股东将对其设立的一人公司债务承担连带责任。股东个人对外借款，债权人应当对股东与公司财产混同承担举证责任。

——赵艳霞与孙吴亿达特种电线电缆制造有限公司、徐孝男民间借贷纠纷案（2016）最高法民申 652 号（合议庭成员：高珂、李明义、张志弘，裁判日期：2016 年 5 月 24 日）

最高法院认为，《中华人民共和国公司法》第六十四条规定：一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。按照上述规定，如果负有债务的是一人有限责任公司，那么该公司的股东依法就负有证明公司财产独立于其个人财产的证明义务，否则，该股东将对其设立的一人公司债务承担连带责任。而本案的情况恰好相反，在本案中，赵艳霞借款的对象是徐孝男，涉案的借款关系是赵艳霞与徐孝男个人之间的民间借贷关系。而且从证据的关联性角度也不能得出徐孝男与亿达公司存在财产混同的结论。

【最高人民法院】

原告以借条提起诉讼,被告主张非借贷关系应承担举证责任|附 15 个判例及多地方法院指导意见

阅读提示

民间借贷案件中当事人基于各种原因,往往不愿亲自出庭,仅委托代理律师出庭。而法院认为必要时,仍会要求当事人本人到庭,就案件有关事实接受询问。此时如果当事人拒不到庭是否会影响法院对其主张的事实的认定?最高法院确立该类案件的裁判规则为:负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书,待证事实又欠缺其他证据证明的,法院对其主张的事实不予认定。因此法院要求当事人本人到庭时,当事人一定要到庭参加诉讼,接受法庭询问,否则将可能影响法院对事实的认定。

宁夏回族自治区高级人民法院

民间借贷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案件主要事实的,法院对借贷事实不予认定

裁判要旨

民间借贷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的，法院对其主张的事实不予以认定。

案情简介

一、2011年9月，张拥军与高家富、亿盛矿业公司签订《借款协议》，约定高家富向张拥军借款114.16万元，亿盛矿业公司为上述借款承担连带保证责任。同日，高家富向张拥军出具借据，载明：借款人高家富，借款金额114.16万元。张拥军与高家富、亿盛矿业公司另签订一份还款明细，载明借款期间每月应偿还的本金及利息金额，其中本金合计98万元，利息合计16.16万元。

二、张拥军向银川中院起诉，请求高家富、亿盛矿业公司偿还借款本金为114.16万元，利息354277元。案件审理中银川中院通知张拥军本人限期到庭对案件事实作出说明，并就涉案资金来源、资金走向及支付情况进行举证，张拥军未到庭，也未提交证据。最终银川中院认为张拥军提交的证据不足以证实其向高家富交付借款的事实，故判决驳回张拥军的诉讼请求。

三、张拥军不服银川中院判决，上诉至宁夏高院，请求撤销原判决并依法改判。宁夏高院开庭审理本案，张拥军仍未到庭接收法庭询问。宁夏高院认为现有证据不能认定张拥军已实际交付借款，故判决驳回上诉，维持原判。

败诉原因

本案出借人张拥军以其持有的高加富签字确认的借款协议、借款借据、还款明细三份证据主张其与高家富之间存在民间借贷法律关系，但法院未认定张拥军已经将借款支付给高加富，原因在于：

第一，关于支付凭证。张拥军主张本案借款系以现金支付，但未提交相应现金交付凭证予以证明。高加富出具的借据对高家富是否收到借款没有表述，仅反映了双方具有借贷的意思表示。

第二，关于支付能力及借贷金额。张拥军作为负有举证证明责任的原告，无正当理由拒不到庭，拒不就涉案资金的来源、资金走向及支付情况接受法庭的询问，亦未提交其他证据证实，亦未对诉讼主张金额与还款明细所记载的借贷金额不一致的情况作出合理解释及说明。根据《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》第十八条之规定，不能认定张拥军已实际支付案涉借款。

第三，关于交易习惯。张拥军主张当地、其所从事的行业、其与高加富之间存在以大额现金交易习惯的事实，但未提供证据证明。

第四，关于当事人之间的关系。按照张拥军代理人的陈述，本案所涉交易之前及之后，双方未发生过任何交易关系，仅此一笔；按照高加富的陈述，双方之间互不认识。在此背景下，114.16 万元的借款在经济不发达的西北地区当属巨额借款，张

拥军作为出借人，对该借款均以现金方式交付，未提供充分证据证实。

综上，根据张拥军提交的证据，不能认定本案借款协议约定的借款已经实际交付给高加富，根据合同法相关规定，自然人之间的借贷自出借人提供借款时生效，故该借款协议未生效。

败诉教训、经验总结

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

一、民间借贷案件当事人常对借贷事实是否真实发生存在较大争议，法院认为必要时，会要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。此时当事人无正当理由切勿拒绝到庭，否则将可能影响法院对事实的认定。而当事人到庭接受询问有利于结合其他证据形成证据链，证明所主张的事实。

二、民间借贷出借人应注意留存支付凭证，大额借贷建议采取银行汇款、转账等支付方式，以便留存支付证据。出借人要求借款人出具借条、收条等凭证时，借条、收条记载内容应具有借款人已收到借款的含义。例如，今收到 XXX（身份证号：……）出借的人民币 XX 元整。

相关法律规定

《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》

第十八条 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之规定,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。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》

第一百一十条 人民法院认为有必要的,可以要求当事人本人到庭,就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前,可以要求其签署保证书。

保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。

负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书,待证事实又欠缺其他证据证明的,人民法院对其主张的事实不予认定。

第一百七十四条第二款 人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告,经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以拘传。

《中华人民共和国合同法》

第二百一十条 自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。

以下为该案在法院审理阶段，判决书中“本院认为”就该问题的论述：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明，没有证据或证据不足以证明其主张的，应承担举证不能的不利后果。原审中张拥军以其持有的高加富签字确认的借款协议、借款借据、还款明细三份证据主张其与高家富之间存在民间借贷法律关系，上述证据仅能够证实双方对达成借贷关系形成合意，本案的关键是借款协议所约定的借款 1141600 元是否已经实际支付。张拥军主张本案借款系以现金支付，但未提交相应现金交付凭证予以证明，故本院从支付能力、交易习惯、借贷金额大小、当事人关系等原因，综合分析张拥军与高加富之间是否存在真实的借贷关系。

关于支付能力及借贷金额，依据双方所签订的借款协议，双方约定借款的数额为 1141600 元，原告张拥军的代理人及代其签订借款协议（张拥军的业务员）的陈润当庭陈述，张拥军从事玉石、古董生意有出借资金的能力及现金交付的交易习惯，但一、二审中张拥军均未出庭就涉案资金的来源、资金走向及支付情况接受法庭的询问，且在原审中，张拥军作为负有举证证明责任的原告在原审限期其本人到庭对案件事实作出说明的情况下，无正当理由拒不到庭，亦未提交其他证据证实其所从事的职业及银行资金流水等证据证实其有现金交付的能力，亦未对其诉状中所主张的借贷金额与借款协议、还款明细所记载

的借贷金额不一致的情况作出合理解释及说明。根据《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》第十八条之规定，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之规定，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。故不能认定涉案现金 1141600 元张拥军已实际交付。

关于交易习惯及当事人之间的关系，张拥军就当地、其所从事的行业或者其与高加富之间存在以大额现金交易习惯的事实，未提供证据证明。按照张拥军代理人的陈述，本案所涉交易之前及之后，双方未发生过任何交易关系，仅此一笔；按照高加富的陈述，双方之间互不认识，在此背景下，1141600 元的借款在经济不发达的西北地区当属巨额借款，张拥军作为出借人，对该借款均以现金方式交付，未提供充分证据证实。且在原审中，张拥军诉状中所主张的借款本金为 1141600 元，利息 354277 元，该主张与双方签字确认的借款协议、还款明细所记载的借款本金 98 万元、利息 161600 元的数额存在矛盾之处。根据张拥军提交的证据，不能认定本案借款协议约定的借款已经实际交付给高加富，故该借款协议未生效。根据《中华人民共和国担保法》第五条之规定，担保合同作为借款合同的从合同，在主合同未生效的情况下，亦未生效，因此，对张拥军依据借款协议主张由亿盛矿业公司承担担保责任的理由不能成立。

综上，本院认为，张拥军作为出借人，未提供充分证据证明本案借款已以现金方式实际交付给高加富，其主张的借款数额与其提交的书面借款协议、借款明细所记载的内容亦存在矛盾之处，故对其所持本案借款协议、借款明细约定的借款已经实际交付给高加富的主张，本院不予采信。故张拥军要求高加富归还借款本金并支付利息的主张，缺乏事实和法律依据，上诉人张拥军的上诉请求不能成立，应不予支持。原审据此判决驳回张拥军的诉讼请求并无不当。

案件来源

上诉人张拥军与被上诉人高家富、阿拉善盟亿盛矿业有限责任公司民间借贷纠纷一案二审民事判决书，[宁夏回族自治区高级人民法院民事判决书（2014）宁民终字第193号]。

延伸阅读

一、关于民事案件负有举证证明责任的当事人无正当理由拒不到庭，待证事实又欠缺其他证据证明，法院对当事人主张的事实不予认定的案例

案例 1：王敏与湖南三木园林建设有限公司、何琦等民间借贷纠纷二审民事判决书[湖南省高级人民法院(2016)湘民终453号]认为，“本案中，双方争议的事实是借款凭证约定的300万元借款中是否有100万元未实际支付。……在本院明确王敏作为原告应就其主张承担举证责任并通知其到庭接受询问后，

王敏拒绝到庭接受询问。根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第一百一十条第三款规定，即‘负有举证责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证明的，人民法院对其主张的事实不予认定’，本院对于王敏主张 300 万借款中有 100 万元是之前借款的结算余款的待证事实不予认定。本案借款出借方支付的本金只能认定为 200 万元，另 100 万元没有实际支付。”

案例 2：杨琴明与郑光文民间借贷纠纷申请再审民事裁定书[新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民申字第 1604 号]认为，“根据《合同法》第二百一十条规定，自然人之间的借款合同，自出借人提供借款时生效。因此，自然人之间的借款合同属于实践性合同，除了自然人之间达成借款的一致意思表示之外，还必须由出借人向借款人交付借款后，合同才生效。本案中，虽然申请人提交了由被申请人书写的借条，但被申请人认为其未实际取得该笔款项，故申请人仍应对该款项实际交付承担举证责任，在原审庭审中为查明案件事实，传唤申请人杨琴明本人到庭，但申请人杨琴明未到庭，也未提交相应的证据。根据《最高人民法院关于适用（中华人民共和国民事诉讼法）的若干规定》第一百一十条规定，负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。故申请人对 28.9 万元借款已经实际交付应当承担举证不能的不利后果。”

案例 3：朱剑锋与周林民间借贷纠纷申诉、申请民事裁定书[江苏省高级人民法院(2016)苏民申 3670 号]认为，“《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第一百一十条规定：人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。朱剑锋无正当理由拒不到庭，致相关事实无法查清，故朱剑锋所提供证据不足以证明其与周林之间存在真实的民间借贷关系，一、二审判决对朱剑锋的诉讼请求予以驳回，并无不当。”

案例 4：张青与张素娟物权保护纠纷二审民事判决书[云南省高级人民法院(2016)云民终 263 号]认为，“本案诉讼中，经一审法院通知，张素娟拒不到庭配合调查和接受询问，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十条‘人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。’的规定，张素娟拒不到庭接受询问，应承担相应的法律后果。”

案例 5：邓绍平、杨琼英因与被申请人熊杰民间借贷纠纷再审民事判决书[四川省高级人民法院(2016)川民再 101 号]认为，“邓绍平、杨琼英辩称，其先后向熊杰转款 721200 元，已全部偿清借款。熊杰辩称，双方有其他合作关系和资金往来，该 721200 元不是邓绍平、杨琼英偿还的本案借款，仅有 139700 元是清偿的本案借款利息。对于该争议事实的认定，首先，邓绍平、杨琼英在一审、二审、再审中均未亲自出庭，导致人民法院不能查明双方多次资金往来的性质和用途，邓绍平、杨琼英亦未提供相应证据证明其主张成立，且现有证据能够证明邓绍平、杨琼英与熊杰之间除了借款关系外，尚有合伙事实、代借代偿事实存在，本院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十条‘负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定’的规定，并结合已查明的事实，对邓绍平、杨琼英关于已偿清借款的主张不予支持。邓绍平、杨琼英仍欠熊杰借款本金 530000 元。”

案例 6：文春跃因与被申请人南充市惠丰房地产开发有限责任公司乾景分公司、南充乾景实业有限公司、四川省南充市惠丰房地产开发有限责任公司民间借贷纠纷再审民事判决书[四川省高级人民法院(2015)川民提字第 436 号]认为，“文春跃作为出借人、一审原告、二审上诉人、再审申请人，在一审、二审、再审审理中均未出庭，直接影响人民法院对案件事实的

调查，在本案现有证据不能证明借贷事实真实发生的情形下，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十条‘负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定’的规定，本院对文春跃主张的借款事实不予认定，符合法律规定。”

案例 7：周桂斌与蔡江、王如云股权转让纠纷二审民事判决书[海南省高级人民法院 (2015)琼民二终字第39号]认为，“根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第一百一十条的规定，人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。本案第一次开庭后，法院向原告周桂斌发出传票，要求其本人到庭参加第二次开庭，但其本人拒绝到庭。根据前述司法解释的规定，对其主张而又欠缺其他证据证明的事实应不予认定。”

案例 8：鞠宝林与赵永生、张俊君民间借贷纠纷一案二审民事判决书[海南省高级人民法院 (2015)琼民二终字第39号]认为，“鞠宝林主张的两个借贷关系中存在诸多不合常理和缺乏证据支持的情形，鞠宝林对此负有举证责任，但其在法院释明后仍拒不到庭，根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国

民诉法>的解释》第一百一十条关于‘人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书的，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定’之规定，对鞠宝林的诉讼主张及理由不予认定。”

案例 9：上诉人黄垂卫因与被上诉人陈太平民间借贷纠纷一案[海南省第二中级人民法院(2016)琼 97 民终 1551 号]认为，“《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》第十八条的规定：‘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之规定，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。’本案中，负有举证证明责任的陈太平本人无正当理由拒不到庭，导致其是否用现金 20 万元借款给黄垂卫的事实无法查清，故陈太平应承担举证不能的法律后果。一审判决认定陈太平借款 70 万元给黄垂卫错误，本院予以纠正，本院确认陈太平借给黄垂卫实际借款本金是 50 万元。黄垂卫上诉称涉案借款本金是 50 万元的理由成立，本院予以采信。”

案例 10：陆昱东与何希军、付卫东民间借贷纠纷二审民事判决书[新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院(2016)新 28 民终 1861 号]认为，“本院认为，本案中，被上诉人

基于借贷关系成立，应当对借款合意和款项交付等要件事实举证责任。《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》第十八条规定，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之规定，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、交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。被上诉人何希军经本院传票传唤、委托其代理律师通知其出庭陈述借款能力、交付方式等主要事实进行陈述，但被上诉人何希军拒不到庭陈述借款主要事实，从而导致无法查清本案基本事实，也未能提供其向上诉人陆昱东交付借款的证据，故上诉人陆昱东的上诉理由成立，本院予以支持。原审认定的事实有误，适用法律错误，应予纠正。”

案例 11：肃宁卓尔纺织制品有限公司、李江等买卖合同纠纷二审民事判决书[江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏 02 民终 344 号]认为，“一审中王某军陈某菘出庭陈崔某占王某军陈某菘系群达公司员工，而法院要求卓尔公司法定代表人及群达公司经办人李晓娟、原群达公司法定代表人李江等作为诉争交易的直接经办人员到庭接受质询，李晓娟、李江均无正当理由未到庭，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十条关于‘负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。’之规定，李江、卓尔公司应承担相应法律后果。”

案例 12: 夏际山与宋繁、宋忠伟等民间借贷纠纷二审民事判决书[江苏省淮安市中级人民法院(2017)苏 08 民终 304 号]认为,“本案中上诉人在一、二审中主张其被上诉人之间仅存在三笔借款,除本案借款外,另有被法院民事判决所确认的两笔借款各 30000 元共计 60000 元。二审中,上诉人又陈述在 2011 年 8 月 23 日承诺书出具之前,双方之间确实有一定的款项往来,前后陈述矛盾。且根据宋繁出具给被上诉人的承诺书,可以认定宋繁在 2011 年 8 月 23 日之前与被上诉人已发生借贷关系,并承诺将其车辆以三十万元的价格作为债权担保抵押给被上诉人,可以印证双方之间发生的借款多于上诉人主张的借款次数及借款金额。被上诉人为证明双方除确认的三笔借款外,还存在其他借款,一审中提供上述承诺书及 2012 年 3 月 23 日宋繁、宋忠伟出具的 6 万元借条复印件一份,而上诉人代理人在二审庭审中对于承诺书出具前的上诉人借款数额及还款情况均表示不清楚,且未能举证证明之前的还款情况,经本院通知后两上诉人也未到庭接受询问,根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第一百一十条之规定,应承担不利的法律后果。宋繁虽然于 2013 年 5 月 8 日向被上诉人还款 50000 元,但并未能提供证据证明该还款系偿还本案的借款,上诉人主张本案借款已还款 50000 元的证据不足,本院不予采信。”

案例 13: 张金平诉李瑞叶民间借贷纠纷二审民事判决书[云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院(2016)云 33 民终 149 号]

认为，“一、二审诉讼过程中，经合法传唤，负有举证证明责任的出借人张金平本人未到庭，经审查现有证据无法确认借贷行为、借贷金额、款项来源、款项交付、当事人的经济能力、当事人财产变动情况等案件主要事实。依照最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十八条：‘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之规定，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。’的规定，本院对出借人张金平主张的其与借款人李瑞叶之间存在人民币 13 万元的借贷事实不予认定。”

二、地方法院相关规定

（一）《四川省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（2016 年 7 月 27 日生效）

22.对原告无正当理由拒不到庭的认定

《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》第十八条规定的“原告无正当理由拒不到庭”是指原告未按传票指定的时间地点参加庭审活动的行为。存在以下情形之一的，应认定为正当理由：

（一）无法预见的自然灾害，如地震、水灾、严重积雪等，且足以影响到当事人按时到庭的；

（二）原告因死亡、丧失诉讼行为能力、重大疾病等生理变故而无法按时到庭的；

（三）原告在出庭途中发生重大交通事故，并导致其无法按时到庭的；

（四）原告受到司法机关或第三人拘禁，丧失人身自由的；

（五）其他有证据证实足以影响原告无法按时到庭的。

23.采用传票传唤方式通知原告到庭应注意的问题

人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告，依据《最高人民法院关于适用<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传唤原告到庭，实践中应注意：

（一）人民法院只有在审查本案的全部证据后，对借贷事实是否发生、借贷金额、支付方式等案件主要事实仍处于真伪不明状况时，方可适用《最高人民法院关于适用<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要求原告到庭；

（二）传票上应注明法律依据和不到庭的法律后果，传票应直接交给原告或其代理人，或邮寄给原告本人亲自签收。如按原告在诉讼过程中提供的地址邮寄传票后，原告未在指定的时间到庭，亦未向法庭说明理由的，视为拒绝出庭；

（三）原告到庭后，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第一百一十条的规定签署保证书，保证书应当载明据实陈述，如有虚假陈述愿意接受处罚等内容，原告应当在保证书上签名或捺印。负有举证证明责任的原告虽然到庭，但拒绝接受询问或拒绝签署保证书的，应视为拒绝出庭。

（二）《安徽省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（皖高法[2013]470号）

第十二条 当事人为自然人的民间借贷纠纷案件，自然人本人不到庭参加诉讼无法查明事实的，应依照民事诉讼法的规定传唤当事人本人到庭。无正当理由拒不到庭的，依法承担相应的法律后果。

（三）《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（浙高法[2009]297号）

第十七条第一款 对于现金交付的借贷，债权人仅凭借据起诉而未提供付款凭证，债务人对款项交付提出合理异议的，法院可以要求出借人本人、法人或者其他组织的有关经办人员到庭，陈述款项现金交付的原因、时间、地点、款项来源、用途等具体事实和经过，并接受对方当事人和法庭的询问。无正当理由拒不到庭的，应承担相应后果。

（四）《重庆市高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（2011年8月23日生效）

18、人民法院应当要求借贷双方当事人本人到庭参加诉讼，查明借款的原因、用途、金额、支付方式、高利贷等事实。

（五）《深圳市中级人民法院关于民间借贷纠纷案件的裁判指引》（2015年10月15日生效）

出借人提出的事实理由不符合一般交易习惯和生活经验，人民法院可以要求出借人本人到庭陈述现金支付的原因、时间、地点、用途等具体事实和经过，并可责令出借人提交款项来源方面的证据。无正当理由拒不到庭的，应当承担不利的法律后

果。出借人陈述的事实前后不一，提交的证据不能辅证款项已实际支付的，可以判决驳回出借人的诉讼请求。

法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件 疑难问题解答

1.根据《商品房销售管理办法》第十六条规定，商品房买卖合同应当明确十三项主要内容，实践中如何判断商品房认购书系预约还是本约？

答：商品房买卖合同成立只需具备核心要件即可，无需十三项内容全部齐备。如当事人签订的认购书、购房意向书等协议已经具备拟购房屋的基本状况、价款数额、支付方式等合同主要内容的，应视为商品房买卖合同即本约成立，但当事人另有约定的除外。

2.出卖人与买受人签订商品房认购书后，一方无正当理由拒绝签订商品房买卖合同，当事人一方可否起诉要求另一方继续履行预约合同义务即签订本约？

答：当事人一方拒绝签订商品房买卖合同，另一方请求继续履行合同签订本约的，法院不宜直接判决当事人履行签订合同的义务。但如具备合同主要条款的，应认定构成本约，双方当事人应予履行。因签订预约合同的目的系为双方将来订立本约，现双方仅就商品房买卖的部分条款达成一致意见，大部分合同条款仍需进一步协商，如法院判决另一方继续履行合同签订本约，事实上无法强制执行且效果不佳。

3.签订商品房预售合同时，出卖人未取得预售许可证证明，

或预售许可证明已过有效期或被撤销的，但在合同履行过程中，房屋已建成竣工，现买受人主张合同无效，可否支持？

答：我国法律明确规定出卖人在销售房屋时需取得预售许可证，现其事后也未取得，或已过有效期、被撤销的，该预售合同应为无效，但在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。

4.买受人能否以房屋质量存在瑕疵为由拒绝收房，并要求出卖人承担违约责任？

答：如果房屋符合合同约定和法定的交房条件，虽然房屋质量存在一定瑕疵，但不影响正常居住使用的，买受人以此为由拒绝接收房屋，导致迟延交房的，出卖人不承担逾期交房的违约责任。

5.商品房经建设工程勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署质量合格文件，已实际交付使用，并在保修期内，现买受人以房屋存在质量问题为由，请求出卖人承担修复或赔偿责任，可否支持？

答：交付的房屋虽经建设单位组织进行验收，符合当时的建筑标准和规范，但如存在明显的质量缺陷，在保修期内出卖人仍需承担修复或赔偿责任。

6.出卖人就商品房周边拟规划配套建设的学校、广场等设施发布销售广告和宣传资料，现买受人以商品房买卖合同与出卖人所作的承诺不符为由，要求解除合同，并请求出卖人承担违约责任、赔偿损失，应如何处理？

答：出卖人在商品房销售广告和宣传资料上所作的承诺，

原则上认定为要约邀请，但若符合下列四个要件的，则视为要约：1.涉及的内容在商品房开发规划范围之内；2.针对拟销售的商品房和相关设施；3.所作的说明和允诺具体确定；4.对合同的订立及房价的确定有重大影响，且出卖人存在虚假陈述的情形。对买受人请求解除合同的，视其是否符合约定或法定的解除情形而定。如出卖人未按照在要约中所作的承诺履行的，则应向买受人承担违约责任，对违约金或损失赔偿未作约定或约定不明的，可根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖合同司法解释》）第十七条规定予以赔偿。

7.非因出卖人原因导致买受人不能及时取得房屋权属证书的，出卖人应否承担违约责任？

答：出卖人能举证证明其已在合同约定或法律规定的办证期限内将有关办理房屋权属证书的资料交给政府主管部门，并已具备办证条件的，可不承担逾期办证的违约责任。如合同对何时办出证件及违约责任的承担有明确约定的，从其约定，但确因买受人自身原因造成的除外。

8.出卖人存在逾期交房、逾期办证、小区基础设施和公共配套设施不符合合同约定等多项违约行为，买受人可否要求出卖人同时承担多项违约责任或如何确定出卖人的违约责任？

答：如合同就出卖人存在的逾期交房、逾期办证等多项违约行为的违约责任承担有明确约定的，从其约定，未作明确约定的，则根据查明的违约事实，由出卖人承担相应的违约责任，但总计违约金通常不能超过所造成损失的30%。

9.商品房买卖合同被解除或确认无效后，出卖人向买受人主张房屋使用费的，可否支持？

答：应区分不同情形予以处理。如商品房买卖合同生效后，后买受人因出卖人不能办理房屋产权证等违约行为请求解除合同的，因买受人系依据合同约定占有使用该房屋，故出卖人向买受人主张房屋使用费，不予支持。如商品房买卖合同生效后，出卖人因买受人未能按期付款等违约行为请求解除合同的，出卖人向买受人主张房屋使用费，应予支持。

商品房买卖合同被确认无效的，应按无效合同的处理原则，可将房屋使用费作为一方的损失进行处理。

10. 守约方向违约方要求支付违约金，如何判定双方约定的违约金过高或过低？

答：原则上应由主张过高或过低的当事人承担举证责任。判断约定的违约金是否过分高于或者低于造成的损失，适用《商品房买卖合同司法解释》第十六条规定。

11. 买受人自愿出具承诺书放弃追究出卖人延期交房的违约责任，该承诺书是否有效？

答：视该承诺书是否构成格式合同条款而定，如系买受人自愿出具，并非出卖人为重复使用而提供的格式条款，则该承诺书应认定有效，如构成格式条款的，根据我国《合同法》第四十条之规定，应认定无效。

12.商品房买卖合同签订或履行中，出卖人存在欺诈行为的，买受人可否要求以《消费者权益保护法》主张损失赔偿？

答：考虑到商品房买卖合同通常标的额较大，如果适用《消

费者权益保护法》的三倍赔偿对开发商要求过于苛责，故一般不适用新消法的规定，可参照适用《商品房买卖合同司法解释》第八、九条的规定。

13.买受人请求出卖人承担逾期交房、逾期办证等违约金，诉讼时效期间应如何计算？

答：当事人在合同中明确约定逾期交房、逾期办证等各项违约行为应承担违约金具体数额的，为一时性债权，从合同约定或法定的交房、办证期限届满之次日起计算诉讼时效期间。当事人在合同中约定以日或月为单位累计计算违约金数额的，属于继续性债权，以每个个别的债权分别适用诉讼时效；买受人要求支付逾期交房或逾期办证违约金，出卖人在一审法庭辩论终结前提出诉讼时效抗辩的，违约金保护期间为当事人起诉之日前两年。如有诉讼时效中断或中止情形的，则依法适用相关规定。

人民法院关于民事审判若干问题解答

(第一辑)

一、道路交通事故损害赔偿纠纷类

1. 救护车费、输血费、康复费、整容费是否属于医疗费范围？后续治疗费能否与已经发生的医疗费一并予以处理？

答：医疗机构对因该起交通事故造成伤害的当事人进行治疗所收取的费用，属医疗费的范畴。

关于后续治疗费，根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条第二款规定，器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费，赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉。但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用，可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。

2. 受害人主张被扶养人生活费的条件是什么，是只要构成伤残等级就可以主张，还是要伤残等级达到一定级别才可以主张？

答：根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十八条规定，被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上年度城镇居民人均消费性支出和农村人均年生活消费支出标准结算。一

般来说，受害人的伤残等级与丧失劳动能力程度相一致，对劳动能力丧失程度需要鉴定的可以进行鉴定，不需要鉴定的，可以按照伤残等级进行认定。

3.《中华人民共和国侵权责任法》对被扶养人生活费未作规定，当事人提出该项诉请，是否应当支持？

答：最高人民法院关于适用《中华人民共和国侵权责任法》若干问题的通知[法发（2010）23号]第四条明确，人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，如受害人有被抚养人的，应当依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十八条的规定，将被抚养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。该通知第四条中“被抚养人生活费”实际与最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中的“被扶养人生活费”相同。

4.道路交通事故人身损害赔偿案件中，退休人员误工费如何确定？

答：根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十条第一款的规定，误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。受害人如系退休人员，确实有证据证实有实际误工损失的，应予保障，具体结合案件实际情况处理。

5.公交车辆上乘客受伤后，乘客能否以消费者权益保护法的相关规定向公交公司主张赔偿？

答：根据浙江省高级人民法院（2008）浙民一他字第3号批复精神，乘客享有消费者的地位，可以按照消费者权益保护

法的相关规定向公交公司主张赔偿。

6.机动车驾驶人存在酒后驾驶、无证驾驶等情形造成交通事故，保险公司在承担交通事故强制责任险后，是否可向机动车方追偿？

答：根据交强险条例规定和交强险条款约定，发生道路交通事故时驾驶人存在醉酒驾驶、无证驾驶、被保险人故意制造道路交通事故的，肇事车辆的强制保险单位不承担赔偿责任，因此保险公司在承担交通事故强制责任险后，可向机动车方追偿。被保险车辆被盗期间肇事，根据《中华人民共和国侵权责任法》第五十二条规定：盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司承担交通事故强制责任险后，有权向交通事故责任人追偿。

7.因旅游公司车辆发生交通事故，造成旅客受伤，当事人以旅游合同起诉，要求赔偿伤残赔偿金等，其伤残的鉴定标准，应该依据《人体损伤残疾程度鉴定标准（试行）》，还是《道路交通事故受伤人员伤残评定》的标准？

答：2005年1月1日最高人民法院颁布施行的《人体损伤残疾程度鉴定标准（试行）》，对其适用范围作出了明确的规定，即“本标准适用于人民法院审理刑事、民事和行政案件中涉及的人体损伤残疾程度的鉴定。属于工伤与职业病和道路交通事故所致残疾程度的鉴定，不适用本标准”，将因工伤与职业病和道路交通事故所致残疾程度的鉴定排除在适用范围之外。旅游公司车辆发生交通事故，造成旅客受伤，不管是以合同起诉还是

以侵权起诉，致伤原因都是道路交通事故，因此应适用《道路交通事故受伤人员伤残评定标准》。

二、房屋买卖、租赁、拆迁安置补偿等合同纠纷类

8.拆迁补偿协议中被拆迁人的房屋已经被拆除，但拆迁人以拆迁协议违反《宁波市征收集体所有土地房屋拆迁条例》为由拒付拆迁补偿款，被拆迁人要求支付拆迁补偿款能否得到支持？

答：拆迁人与被拆迁人达成的拆迁补偿协议效力应按合同法关于合同效力的相关规定进行审查。拆迁补偿协议有效，被拆迁人要求拆迁人支付拆迁补偿款应予支持。如无效，则按《中华人民共和国合同法》第五十八条规定处理。

9.房屋买卖合同中约定部分购房款按揭支付，现因房产新政，一方要求根据情事变更解除房屋买卖合同，如何处理？

答：房产新政系国家宏观政策调控措施，不属于不可抗力，当事人一方要求根据情势变更解除房屋买卖合同，不予支持。根据个案的特殊情况，确需依照《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（二）》的规定，适用情势变更原则处理的，应按照《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法[2009]165号）第二条的规定，逐级层报省高院审核。对受此影响的纠纷案件，审理中应坚持“调解优先，调判结合”的工作原则，着力做好调解工作，妥善化解矛盾纠纷。

10.城镇房屋买卖合同纠纷中，对于未办理房产证的房屋的买卖，该合同是否认定为有效？

答：虽然《中华人民共和国城市房地产管理法》规定，未办理权属登记的房产不得交易，但该条款属于管理性规范，而非效力性规范。根据《中华人民共和国物权法》第十五条之规定，合同自成立时生效，未办理物权登记的，不影响合同效力，房屋买卖合同应认定有效。

11.在房屋租赁合同纠纷中，承租方不支付租金，出租方采取断电、断水等行为，是否构成先履行抗辩？承租方是否应当支付断电、断水期间的租金？

答：是否构成先履行抗辩，应根据合同约定确定。断电、断水期间的租金承租方仍应支付，但出租方断电、断水行为给承租方造成损失的，也应承担相应的赔偿责任。

12.父母将未成年子女名下的房屋出卖给第三人，该房屋买卖合同是否有效？

答：合同效力根据该出卖行为是否损害未成年子女利益来确定。存在损害事实的，则合同无效；反之，则有效。

13.属于一方婚前财产的房屋，在婚后拆迁，扩户部分的财产归属如何确定？

答：应根据扩户部分房屋的性质来确定。若扩户部分财产是基于原物权确定，则应作为夫妻一方财产。

14.商品房预售合同签订之后经备案登记，买受人向银行办理了贷款抵押登记手续，由预售人提供信用担保。现预售合同约定的解除条件成就，能否判决予以解除？

答：合同的解除有约定的按约定，无约定的按法定。如解除条件已明确成就，一方主张解除，法院应予以支持。解除后的

损失可按《中华人民共和国合同法》第九十七条处理。法院应通知银行作为第三人参加诉讼。

15.对非同一集体经济组织成员之间有关农村集体土地性质的房产转让协议如何处理？

答：根据《中华人民共和国土地管理法》的规定，农村宅基地使用权系农村集体经济组织成员享有的权利，与享有者的特定身份相联系，非本集体经济组织成员无权取得或变相取得。故非同一集体经济组织成员之间农村集体土地性质的房产买卖协议无效。双方因该协议取得的财产相互返还，由此造成买受人的损失应根据公平、诚信原则，考虑双方的利益平衡，由出卖人承担相应的赔偿责任。

三、建设工程施工合同纠纷类

16.盖有技术资料专用章的工程分包、转包合同或工程款结算单，对所在公司是否具有约束力？工程负责人或项目经理有关工程结算的承诺对所在公司是否具有约束力？

答：单位印章通常有单位公章、财务专用章、技术专用章等，不同的印章有不同的使用范围和功能。除有约定外，技术专用章应限于工程技术方面使用，故仅盖有技术资料专用章，而无其他人员的有效签字的工程分包、转包合同或工程款结算单，对所在公司没有约束力。

工程负责人或项目经理有关工程结算的承诺，如对未付工程款承诺支付利息或违约金，应属其职权范围内的事项，可认定为职务行为，对其所在公司具有法律约束力。

17.设备安装合同纠纷适用承揽合同相关法律规定还是建

设工程施工合同相关法律规定？农村建房是否适用建设工程施工合同相关法律规定？

答：根据《中华人民共和国合同法》第二百六十九条规定，建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。根据《中华人民共和国建筑法》规定，建筑活动是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。如果设备安装工程在建筑活动范围之内，或与建筑活动关系紧密的，由此发生的纠纷可以确定为建设工程施工合同纠纷，适用相关法律。如与建筑工程没有关联，由此发生的纠纷可适用承揽合同的相关法律规定。

农村建房合同一般应属于建设工程施工合同，适用相关的法律规定，但法律明确规定不适用的除外。虽然根据《中华人民共和国建筑法》第八十三条规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法”，但并不排除该类合同为建设工程施工合同。

18.承包人系有资质的建筑企业，与发包人签订建设工程施工合同后，又与他人签订了内部承包合同，如何处理？

答：该种情形在建筑市场比较普遍，一般情况下，法院不主动审查该内部承包合同是否为违法挂靠合同。如当事人主张或认可为违法挂靠，法院也不应简单依据当事人的陈述就予以认定，还需结合相关证据和事实进行综合判断。

19.建设工程施工合同中约定了违约责任，但未明确违约金数额及标准的，如一方当事人有违约行为，如何计算违约损失？

答：属于约定不明，但如果有法律明确规定的，按照法律

规定处理，如法律也没有明确规定的，可以根据实际损失来确定。发包方迟延支付工程款的，承包人要求赔偿损失，法院可以依照中国人民银行公布的同期银行贷款利息标准支持；承包人工期延误的，发包人要求赔偿损失，法院可以按照同类地段的房屋租金损失予以支持。

20. 建筑企业承接工程后，将该工程内部承包给甲，甲以自己名义与乙签订分包合同，结算是在甲、乙之间进行，工程款也是由甲支付给乙，该分包合同的权利义务应由谁承担？

答：如甲的行为属于职务行为或构成表见代理，则分包合同中甲的权利义务由建筑企业承担。否则，分包合同系在甲、乙之间签订，结算也是在甲、乙之间进行，建筑企业并不是合同的相对人，该合同项下的款项也是由甲直接支付给乙，相关的权利义务应由合同当事人承担。

21. 非法转包、违法分包的实际施工人是否有优先受偿权？分项工程竣工验收，已超过 6 个月，是否有优先受偿权？烂尾楼工程中，因发包方拖延支付进度款，工程时停时做，已超过约定竣工日期 6 个月，起诉时尚未停工，是否有优先受偿权？

答：尽管非法转包、违法分包将导致所签订的建设工程合同无效，但实际施工人已将人力、财力物化在建设工程之中，故应认定其享有优先受偿权。

分项工程竣工系建设工程的其中一部分，建设工程的优先受偿权期限应根据建设工程的整体竣工时间来确定。

建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。烂尾工

程中，引起工程未能在规定时间内竣工的原因往往在于发包方，因发包方的违约行为导致工程延期竣工，施工方并没有违约行为，且工程也尚未停工，因此尽管已超过约定竣工日期 6 个月，施工方还是享有优先受偿权。

22. 最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十三条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持”，若在验收中发包人因质量问题要求施工人修复的，修复后发包人仍认为存在质量问题要求因此而扣减工程款，后发包人使用该工程。之后施工人提起诉讼要求发包人支付工程款，发包人以使用部分质量不符合约定为由主张扣减工程款的，能否支持？

答：修复后的工程经验收仍不合格，并不能因发包人之后使用该工程的行为而免除施工人的质量责任。本问题情况应适用最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十一条规定，发包人以使用部分质量不符合约定为由可以要求承包人修复，如承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予以支持。

四、其他

23.对于约定违约金过分高于造成的损失，但被告缺席或者并未提出，人民法院可否依职权予以适当减少？

答：根据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第二款的规定，约定违约金过高的，当事人可以请求人民法院适当减少。这属于当事人的请求权，不是法院的职权。约定违约金

过分高于造成的损失，并不是法院必须予以调整的依据。但法院在审理过程中可予以适当引导。

24. 当事人能否以损失定金为代价解除合同？

答：根据合同法规定，合同解除分为约定解除和法定解除。对当事人能否以承受定金损失为代价解除合同，首先看双方当事人在合同中对此有否约定，有约定的从约定，无约定看是否符合法定解除条件。如无特别约定，定金应根据《中华人民共和国合同法》第一百一十五条有关定金罚则进行处理。如无约定，又不符合法定解除条件，一方要求合同继续履行，且合同能继续履行的，应确保合同的履行，不应支持当事人解除合同的请求。

25. 物上请求权是否受诉讼时效调整？

答：物上请求权不适用诉讼时效。因为物上请求权不同于债权请求权，是以不动产物权转让为基础的物的利益请求权，该权利具有物权性质，应不受诉讼时效的限制。

26. 共有纠纷中，共有人要求分割共有物的前提是共有基础丧失或重大事项出现，重大事项出现具体应该如何把握和衡量？如夫妻双方都不主张离婚，但一方要求对共同财产进行分割，理由是另一方存在恶意行为即转移共同财产行为，在此种情况下可否分割？如一方已经转移了房产的权属，另一方共有人能否主张无效？

答：重大事项除了离婚、继承析产等因素外，还应包括足以对共有关系产生影响的事项。婚内主张共有权的分割一般不应支持。如受让方为恶意的，共有人可以主张双方恶意串通而

转让行为无效，如受让方为善意的，作为共有人的出让方其行为构成表见代理，则其他共有人的损失可向出让方主张。

27.农村相邻纠纷案件中，原告方依据其已经建造的房屋主张权利（比如通行权），但没有产权权属证明，仅有审批手续，能否进行实体处理？

答：可以在审查审批手续之后予以处理，因为农村房产没有权属证书的情况大量存在，考虑到农村实际情况，为有效处理矛盾纠纷，不能仅仅因为没有权属证书而不做实体处理。

28. 承包方将其承包的土地委托村经济合作社进行转包，村里将土地转包给种田大户耕种，种田大户在承租土地的同时需要承担缴纳农业税等法定的义务。在农村承包土地转包协议履行期间，政府取消农业税的政策行为能否认定为情势变更而赋予承包方解除转包协议的权利？

答：合同履行过程中农业税虽因政策变化而免除，对承包方利益有一定影响，但并非是重大影响，也不存在继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的情形，因此不能适用最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条有关情势变更的规定。

(第二辑)

一、借款合同纠纷中，是否应当追加出具《共同还款承诺书》的人为被告？

首先应根据《共同还款承诺书》的承诺内容，确定该承诺人所作出的民事行为的法律性质，如依内容认定为债务加入行为的，出借人可以自主选择是否追加该承诺人为被告；如依内容认定该承诺人对借款债务承担共同责任的，借款人与该承诺人为共同诉讼人，出借人仅起诉借款人的，应当依职权追加该承诺人为被告。

二、借款合同纠纷中，出借人对既在保证人栏签字，又出具《共同还款承诺书》的人提起诉讼，法院应依据何种法律关系审理？

出借人有权选择依据保证行为或共同还款承诺行为进行诉讼，在诉讼时，出借人未明确其以何种法律关系提起诉讼的，法院应向其释明，要求其明确请求权基础。

三、建筑公司的项目部经理向外借款时，在担保人栏加盖所在建筑公司项目部公章，该行为的效力如何认定？

建筑公司的项目部是建筑公司的职能部门，对此，债权人也应当明知。根据担保法第十条及相关司法解释的规定，仅以企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。故以建筑公司的项目部名义进行的保证行为无效。

四、在借款保证合同纠纷中，当事人对借款本金未约定还款日期，只约定利息的支付时间，同时也未约定保证期间，在此情形下，对利息之债是否单独确定保证期间？

根据担保法第二十六条及相关司法解释规定，连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。故对上述借款本金及利息的保证期间应当自出借人要求借款人履行还款义务的宽限期届满之日起计算。在未对利息的保证期间单独作出约定的情形下，利息的保证期间不应单独计算，应当与主债务的保证期间一致。

五、债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的未约定履行期限的数笔借贷债务时，应当如何确定履行债务的次序？

债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔未约定履行期限的借贷债务时，应当优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；担保数额相同的，按照债务发生时间的先后顺序抵充；债务发生时间相同的，按比例抵充。债务人的给付不足以清偿同一债权时，按照下列顺序抵充：（一）实现债权的有关费用；（二）利息或者违约金；（三）借款本金。但上述情形，债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。

六、借款合同纠纷中，原告请求法院判令被告支付利息的截止日为本金实际清偿日止，法院如何判决？

民事判决的结果应当明确，判决主文如有金钱给付内容的，应当明确数额、给付时间等要素。对利息等难以确定具体金额的，可以表述为包含本金、计付标准和起止日期的计算方法，但不宜出现“计算至实际清偿日”之类的表述，应表述为“计算至判决确定的履行之日止”。另外，法院判决应当在所有判项之后另起一行告知民诉法第二百五十三条的规定，即被执行人应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。

七、在涉及多车连环碰撞的机动车辆保险纠纷中，无责方已获其保险公司理赔，该无责方的保险公司可否向有责方保险公司代位求偿，诉讼时是否应追加所有无责方当事人？

无责方保险公司在承担责任后，已取得代位求偿权，可以向有责方及其保险公司主张权利。诉讼时可不追加其他无责方为当事人。

八、银行承兑汇票经除权判决后，付款人支付了票据款项，持票人要求公示催告申请人赔偿损失，案由如何确定？

银行承兑汇票经除权判决后，付款人支付了票据款项，全体汇票债务人的责任解除，票据关系消灭，持票人向公示催告申请人提起的损害赔偿并非基于票据关系，案由应定为票据损害责任纠纷。

九、在债权人依据合同法第七十四条规定提起的撤销权纠纷中，债务人对债权人的债权存在与否提出异议，对该债权的存在是否需另行提起确认之诉？

撤销权之诉适用普通诉讼程序，而非特别程序，不适用一经异议就终止诉讼的规则。债权人对债务人享有债权是其行使

撤销权的条件之一，债权人应当举证证明其债权的存在，如债务人对债权提出异议，法院应当在该案中对此事实进行审理，债务人不需另行提起确认之诉。

十、债权人已通过诉讼代位行使债务人的债权，但经执行次债务人财产，债权人的债权仅获得部分清偿，后债权人又以未清偿部分债务向债务人提起诉讼，法院是否允许？

合同法规定债权人的代位权旨在保护债权的实现，是对债务人怠于行使到期债权而有损于债权人债权实现的保全行为。如债权人通过代位权诉讼从次债务人处获得部分清偿，根据合同法司法解释相关规定，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。对次债务人未实际清偿的部分，债权人仍可以向债务人提起诉讼。

（第三辑）

一、《物权法》第一百九十九条第二款规定，“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”如抵押人将已办理抵押登记手续的生产设备等动产出售给他人，受让人又未代为清偿债务消灭抵押权的，所涉买卖合同是否有效？

答：《物权法》第一百九十九条规定：“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务或者提存。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，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”实践中，对未经抵押权人同意，抵押物转让合同是否有效的问题备受争议。我们认为，根据《物权法》的相关规定以及物权原则，抵押权设定后，抵押人并不丧失抵押物的处分权。在抵押权人同意抵押物转让的情形下，抵押权人可依抵押权的物上代位性，就抵押物的转让价金提前清偿或者提存；在抵押权人不同意抵押物转让的情形下，抵押权人可追及至抵押物而行使抵押权，抵押物受让人也可代为清偿债务而消灭抵押负担。因此，抵押权人是否同意转让的法律意义在于确定其可以主张抵押权的物上代位抑或追及效力。但无论抵押权人是否同意，均不影响抵押物转让合同的效力。故对题述的未经抵押权人同意擅自转让已登记动产的，转让合同应认定有效。但依《物权法》第一百八十九条第一款的规定，已办理抵押登记手续的动产抵押权可以对抗善意第三人，即已办

理抵押登记手续的动产抵押权人对买受人取得的抵押物仍享有优先受偿权，而买受人可以标的物存在权利瑕疵为由要求出卖人承担相应违约责任。

二、买卖双方对已受领的标的物质量问题存在争议，在准备鉴定时，双方对检材是否系出卖人交付给买受人的标的物存在争议，此举证证明责任应由哪方承担？

答：根据《合同法》第一百五十七条、第一百五十八条的规定，买受人收到标的物时，应当进行检验；买受人在检验期间或其他规定期间内未提出质量异议的，视为标的物质量符合约定。因此，在买受人已受领标的物之后，其针对出卖人的付款请求权提出标的物存在质量瑕疵抗辩的，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条关于主张权利受到妨害的基本事实应由主张方承担举证证明责任的有关规定，应由买受人对标的物存在质量瑕疵承担举证证明责任。故在买受人申请鉴定情形下，出卖人提出检材并非系其交付的标的物的，应由买受人提供证据证明检材与标的物具有同一性，其提供的证据一般达到表面初步可信即可，实践中，应根据案件的具体情况加以确定。

三、买卖合同纠纷中，出卖人以送货单或以未明确付款期限的欠条或对账单诉请买受人支付价款及赔偿逾期付款利息损失，逾期付款利息损失从何时开始计算？

答：买卖合同纠纷中，如果双方当事人在买卖合同中约定付款期限或能够以其他方式确定付款期限的，买受人事后出具未约定付款期限的欠条或对账单，一般情况下，并不影响出卖

人要求买受人按照合同约定或双方确定的期限支付价款，逾期付款利息损失从合同约定的付款期限届满后之次日起开始计算。

如果双方当事人未约定付款期限，亦不能以其他方式确定付款期限的，根据《合同法》第一百六十一条规定，买受人应在收到标的物或提取标的物单证的同时支付。故出卖人以送货单起诉的，应从实际交货日开始计算逾期利息损失；如买受人出具未明确付款期限的欠条或对账单的，一般情况下，并不影响出卖人要求买受人按照上述合同法规定支付价款，逾期付款利息损失亦从实际交货日开始计算。除非根据案情事实可以推知出卖人已放弃按实际交货日计算逾期付款利息损失的权利。

四、在买卖合同或承揽合同纠纷中，如何认定逾期交货违约金和逾期付款违约金过分高于损失？

答：《合同法》第一百一十四条规定了减少约定违约金的条件：一是要由当事人请求，二是约定的违约金过分高于造成 的实际损失。实践中应注意把握两点：1.违约金本身一般是损害赔偿额的预定，债权人在诉讼中无须证明损害事实，对于因违约所造成 的实际损失，应当由请求减少赔偿额的债务人负举证责任。在实践中，法院也可以要求债权人提供因违约而造成 的实际损失的相关证据。2.在判断约定的违约金是否过分高于造成 的实际损失，以及在决定减额的具体幅度时，要将违约金是否超过实际损失的百分之三十作为重要的考量因素。对于逾期交货违约金是否过高，应当考虑债权人寻求替代交易的难易程度，是否信赖该合同会依约履行而签订连环合同等情形。对

于逾期付款违约金，考虑到逾期付款与借款具有相似性，一般可以中国人民银行同期同档次贷款的四倍作为认定逾期付款违约金是否过高的标准，并以此作为核减过高逾期付款违约金的标准。

五、买卖合同中，买受人以支付银行承兑汇票的方式向出卖人支付货款，出卖人取得该票据时，该票据真实、合法、有效，但之后该银行承兑汇票被第三方申请挂失止付，银行以票据已挂失止付或法院通知止付为由退票、拒付，出卖人又基于买卖合同关系向买受人主张付款，是否予以支持？

答：买受人以支付银行承兑汇票的方式向出卖人支付货款，对此出卖人并未提出异议，而出卖人取得该票据时，票据真实、合法、有效，在买受人对退票、拒付行为无过错的情况下，应视为买受人已履行了付款义务，故出卖人又基于买卖合同基础法律关系向买受人主张付款，应不予支持。出卖人可另行向相关当事人行使追索权或票据损害赔偿权。

六、买受人能否以出卖人未开具增值税专用发票造成其经济损失为由，诉请出卖人赔偿损失？

答：对于依法应当开具增值税专用发票的买卖行为，无论双方当事人是否在合同中约定增值税专用发票开具内容，均为出卖人应当履行的合同义务（也是法定义务），故在出卖人已无法开具增值税专用发票或开具增值税专用发票已无实际意义的情况下，买受人以出卖人未开具增值税专用发票造成其经济损失为由诉请出卖人赔偿损失，属于民事诉讼调整范围。法院在审理时应注意审查一方未开具增值税专用发票与另一方所造成

的经济损失之间的因果关系等事实，同时应注意即使判令一方当事人承担赔偿损失，也不意味着该当事人可以免除依法应当开具增值税专用发票的义务。

七、提供应急转贷资金的企业联合会等组织向困难企业提供资金用于归还银行贷款，银行向企业联合会等组织承诺其向企业新发放的贷款须划转至指定账户，但事后银行未按承诺将新发放的贷款转入该指定账户，现企业无力偿还借款，企业联合会等组织诉请企业偿还该笔借款，并要求银行承担赔偿责任的，法院是否予以支持？

答：企业作为借款人，应按约向出借人企业联合会等组织承担返还借款本息的民事责任。银行未按承诺将新发放的贷款划转至指定账户，致使企业联合会等组织的资金不能正常收回造成损失的，企业联合会等组织有权根据《民法通则》第一百零六条的规定，要求银行承担赔偿损失的民事责任。由于借款企业是返还借款本息的主责任人，故首先应判令借款企业返还借款本息，对借款企业不能偿还部分，由银行承担补充赔偿责任。

八、金融借款合同纠纷中，贷款逾期利息或者复利能否再计收复利？

答：金融借款合同纠纷中，复利的收取必须符合中国人民银行发布的相关规定。中国人民银行《人民币利率管理规定》[银发（1999）77号]第二十条、第二十一条规定，对贷款期内不能按期支付的利息按合同利率计收复利，贷款逾期后改按罚息利率计收复利。2003年中国人民银行《中国人民银行关于人民币

贷款利率有关问题的通知》[银发（2003）251号]第三条规定，对逾期贷款，从逾期之日起，按罚息利率计收利息，直至清偿本息为止，对不能按时支付的利息，按罚息利率计收复利。根据以上规定，对贷款逾期利息或复利均不能再计收复利。

九、金融借款合同纠纷中，既有共同还款承诺人又有保证人，保证人承担保证责任后能否向非债务人配偶的共同还款承诺人行使追偿权？

答：关于共同还款承诺人的法律地位，具体应结合还款承诺书中约定的权利义务来确定，如确定其对债务承担共同还款责任的，其法律地位与债务人相同，保证人承担保证责任后有权向共同还款承诺人行使追偿权，与共同还款承诺人的身份是否为非债务人配偶没有关联；如根据承诺书中约定的权利义务确定共同还款承诺人的法律地位与保证人相同的，保证人承担保证责任后，可以向共同还款承诺人按共同保证内部追偿方式进行追偿。

十、金融借款合同纠纷中，银行与借款人、担保人在诉前约定了诉讼文书送达地址，该送达地址效力是否及于同一借款人、担保人在同一时期内与其他银行发生的金融借款合同案件？

答：根据市中院《关于金融借款案件诉讼文书送达的意见》中的规定，具有当事人送达地址确认书效力的诉讼文书送达地址，必须在金融机构与借款人、担保人签订的金融借款合同、担保合同或相关附件中约定，如无约定，则不具有当事人送达地址确认书效力。故金融机构与借款人、担保人约定的诉讼文

书送达地址效力不能及于同一借款人、担保人在同一期间内与其他金融机构的金融借款合同案件中。

十一、企业向转贷互助基金会借款，用于归还银行贷款，之后，银行重新向企业发放贷款并汇入转贷互助基金会账户，为新贷款提供担保的保证人以上述情形构成以贷还贷为由要求免责的，是否予以支持？

答：《担保法司法解释》第三十八条规定，主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。该规定中的“以新贷偿还旧贷”是指债权人与债务人在旧的贷款尚未清偿的情况下，再次签订贷款合同，以新贷出的款项清偿部分或者全部旧的贷款。之所以规定保证人不承担民事责任是基于债权人与债务人未将“以新贷偿还旧贷”情形告知保证人，构成恶意串通欺骗保证人。依该解释精神，虽然上述情形与“以新贷偿还旧贷”有差别，但实质上属于主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的情形，依据《担保法》第三十条第一款的规定，保证人不承担保证责任。但新贷与旧贷系同一保证人的，或者保证人知道或者应当知道上述情形，仍提供担保的，保证人不能因此免除担保责任。

十二、在签订了多份最高额担保合同情况下，主合同中仅列明部分最高额担保合同，未列入主合同中的最高额担保合同的担保人是否应承担担保责任？

答：债权人可通过明示或默示的方式作出自愿放弃其享有的某项已知的权利，但适用默示方式时应当持谨慎态度，只有法律明确规定的情况下才能适用，不应当在需要推定的情况下适

用。债权人如无以任何明示的方式表示放弃对担保人的担保债权，债权人与担保人在主合同中对担保债权作出进一步约定事实的行为尚不足以推定对整个最高额担保期间内其他担保权的放弃，故债权人仍可要求未列入主合同中的最高额担保合同的担保人承担担保责任。但在实践中，银行在单笔贷款合同中未列尽最高额担保的情形及原因复杂多样。对该类案件，要根据不同的个案事实，充分考虑纠纷的发生背景、主从合同的具体约定、银行的交易习惯等因素，推究银行债权人的真实意思表示，依法妥善处理个案。

十三、同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，保证人或第三人承担担保责任后，请求其他担保人分担相应份额的，是否予以支持？若部分担保人同时作为保证人又提供物的担保的，追偿的份额如何确定？

答：《担保法司法解释》第三十八条第一款的规定，同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。据此，保证人或第三人承担担保责任后，请求其他担保人分担相应份额的，应予以支持。部分担保人同时作为保证人又提供物的担保的，应分别承担相应的份额。

十四、案件事实清楚、争议不大的金融借款合同纠纷中，债务人提出银行主张的按讼争标的额计算的律师代理费过高，法院是否可予以调整？

答：商事合同中约定的律师费用如果符合相关法律规定，原则上不予调整。但如果法院查明委托代理合同约定的费用高于实际支付的律师代理费，应以实际支付费用为准。

十五、借款合同中约定的主债权范围未包括律师代理费，但《共同还款承诺书》中的共同还款范围或者保证合同、抵押合同的担保范围包含了律师代理费，出借人要求借款人以及共同还款承诺人、担保人支付律师代理费，是否予以支持？

答：按照意思自治原则，借款合同中约定的债权范围未包含律师代理费，借款人无须承担律师代理费；而共同还款承诺书或保证合同、抵押合同的担保范围中约定的还款范围包括律师代理费的，基于自愿原则，共同还款承诺人或担保人应当承担律师费。但担保人支付律师代理费后，无权就该部分费用向借款人追偿。

十六、债权人在申请实现担保物权之后，就同一债权另行起诉债务人或保证人的，法院应如何处理？

答：债权人申请实现担保物权后，以主债务关系或保证关系另行起诉债务人或保证人并得到法院支持的，法院应当在民事判决书的事实及说理部分写明债权人已申请实现担保物权以及是否已实际履行或执行等相关情况。已经通过实现担保物权后受偿的款项，应当在判决确定的给付款项中予以扣除。

十七、定期给付之债的诉讼时效何时起算？

答：分期履行之债分为同一笔债权分期履行和定期给付两类。同一笔债权分期履行是指某一债务发生后，当事人依照约定的时间履行，如借款合同约定债务人分期还款等。定期给付之债是指继续性合同在合同履行中持续定期发生的债务，如租赁合同租金的定期支付等。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第五条对同一笔债权分期履行情况的诉讼时效起算已作出明确规定，即诉讼时效期间从最后的履行期届满时开始计算，但法律并未规定定期给付之债的诉讼时效计算起始时间。我们认为，定期给付之债的各期债务的履行虽然具备一定独立性，但该独立性不足以否定期给付合同项下债务的整体性，若从每一期债务履行期限届满之日起分别计算诉讼时效，会割裂该合同的整体性；同时，定期给付之债系继续性合同，债权人没有及时追索债务人未履行的一期或多期债务，多是债权人基于维护双方业已存在的合同关系及对债务人的信任和谅解，并非怠于行使权利。故定期给付之债的诉讼时效期间应从最后一期履行期限届满之日起开始计算。

（第四辑）

一、计算人身损害赔偿数额时，如何确定上一年度的统计数据？

答：人身损害赔偿有关项目的计算，应按照政府统计部门公布的上一年度的相关统计数据确定，上一年度是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。如果一审法庭辩论终结时，上一年度的统计数据已公布，那么可适用上一年度的统计数据。

二、当事人在租赁房屋和住所地之间经常往返，租赁房屋所在地是否可视为经常居住地？

答：经常居住地是当事人离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方，当事人在租赁房屋与住所地之间经常往返，需要考虑当事人往返的具体情况，并按照通常人的理解，判断是否属于离开住所地连续居住一年以上的情形。

三、人身损害赔偿案件中，被扶养人享有最低生活保障的，计算被扶养人生活费时是否应当扣除最低生活保障费的数额？

答：被扶养人享有最低生活保障的，可根据案件具体情况对被扶养人生活费予以适当调整。

四、被扶养人生活费的计算标准按照扶养人还是被扶养人的身份确定？

答：被扶养人生活费属于扶养人收入的损入，与扶养人的身份相关联，应当按照扶养人的身份确定适用农村或城镇居民标准计算。

五、在多人参与的体育活动中导致人身伤害的责任如何确定？

答：体育活动有一定的活动规则、对抗性和人身危险性，应当综合考虑行为人的过错程度、场合、行为方式、行为后果等具体因素。如果被告有违背活动规则的行为，且明显超出合理范围，导致原告受伤，则应当承担与其过错相适应的赔偿责任，如果双方均按照活动规则进行，对损害的发生均无过错，则可根据实际情况，酌情由被告适当予以补偿，以合理分担损失。

六、接受劳务一方为单位的，提供劳动者因在工作中受伤请求单位赔偿，应适用什么法律？

答：单位与个人之间形成劳务关系的，应适用《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条的规定确定单位的责任。

七、消费者因购买过期食品而要求销售者支付十倍价款的赔偿金，是否应当支持？

答：根据《中华人民共和国食品安全法》第九十六条第一款、第二款的规定，十倍赔偿是在造成消费者人身、财产或者其他损害时才成立的惩罚性赔偿。消费者一方应当举证证明销售者存在生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品的违法行为，以及损害结果、损害结果与违法行为存在因果关系。如果消费者购买过期食品符合上述条件，那么可以支持其要求十倍赔偿的诉请。但消费者为购买不合格食品而支付的价款不能作为适用十倍赔偿的损害事实。

八、触电人身损害责任纠纷中，死亡赔偿金应适用何种标准计算？

答：应当统一适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中规定的死亡赔偿金计算标准，最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》已于2013年4月8日废止。

九、因火灾造成损失的财产损害赔偿案件中，如何确定火灾所造成的损失数额？

答：可结合双方提供的证据，并参考案件的其他情况综合予以认定，如火灾后是否进行了协商，清点财产损失时的状况，损坏的财产是否已处理，是否还可以通过司法鉴定确定损失数额等情况。在只能确定损失物品的种类，不能确定数量、型号、购买年限等信息的情况下，对原告不能苛以过高的证明标准，具体损失的确定应根据案件具体情况灵活处理。

十、不当得利之债是否能优先于其他普通债权受偿？

答：不当得利之债属于一般债权，在法律无明确规定的情况下，不当得利之债不具有优先受偿权。

十一、案外人提出执行异议被法院裁定驳回后，未在法律规定的15日内提起异议之诉，能否另行针对执行标的提起民事确权之诉？

答：最高人民法院《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》第26条规定，审判机构在审理确权诉讼中，应当查询所要确权的财产权属状况，发现已经被执行局查封、扣押、冻结的，应当中止审理；当事人诉请确权的财产被执行局处置的，

应当撤销确权案件；在执行局查封、扣押、冻结后确权的，应当撤销确权判决或者调解书。浙江省高级人民法院《关于审理案外人异议之诉和许可执行之诉案件的指导意见》第三条规定，执行过程中，案外人就执行标的另行提起确权之诉，人民法院不予受理；案件已经受理的，应当驳回起诉。

因此，案外人提出执行异议被裁定驳回后，未在 15 日内提出异议之诉，而是另行提起民事确权之诉，可中止审理，如果诉请确权的财产被执行局处置的，应当裁定驳回起诉。

十二、因申请诉前或诉中财产保全损害责任纠纷中，如何确定被申请人因财产被保全所造成的损失数额？

答：申请财产保全有错误的，申请人应当赔偿因保全所造成的损失，损失赔偿额既包括直接损失，也包括间接损失，即可得利益的损失。如果不能直接确定损失数额的，在个案中应具体分析，可结合原告提供的证据、市场因素等情况，酌情认定损失数额。

（第五辑）

一、租赁房屋未取得产权证，租赁合同是否有效？

答：除法律法规、司法解释明确规定租赁合同无效情形外，一般不应仅以租赁房屋未取得产权证而认定租赁合同无效。房屋权属证书虽系权利人依法享有房屋所有权的唯一合法凭证，但未取得产权证并不意味着“占有、使用、收益和处分”房屋的行为无效。

二、租赁期届满因承租人拒不搬迁，出租人采取断电断水等措施，出租人请求承租人支付占有使用费及赔偿其他损失的，可否支持？

答：租赁期届满承租人拒不搬迁，出租人可选择诉讼等法律途径解决纠纷。如出租人采取断电断水等措施，其请求承租人支付实际占用期间的费用可予支持，同时造成出租人其他损失的，可根据双方的过错程度判决承租人承担相应的赔偿责任。

三、承租人将所租住的公房转租，转租合同是否有效？

答：公房不同于普通的商品房，公房出租人与承租人通常存在一定的隶属关系。双方对此有约定的按约定执行，未作约定的，如出租人知道或者应当知道承租人转租，应在六个月内提出异议，未提出异议的，其以承租人未经同意转租为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，不予支持。

四、出租人未告知租赁房屋已抵押的事实，造成承租人损失的，双方当事人责任如何分担？

答：出租人将已抵押的财产出租，如出租人未将该事实告知承租人，并因此造成承租人损失的，出租人应承担相应的赔偿责任。如承租人在签订合同时应知或明知涉案房屋已被抵押仍予承租，造成相关损失的，可相应减轻出租人的责任。

五、租赁期内房屋被依法征用拆迁，承租人主张拆迁补偿费的诉请可否支持？

答：租赁合同和拆迁补偿合同对房屋拆迁补偿事项有明确约定的，从其约定。未作约定或约定不明的，根据拆迁补偿的具体情况，承租人可获得相应的赔偿。

六、房屋租赁期间，第三人对租赁房屋实施侵害行为，承租人可否向第三人主张权利？

答：承租人租赁房屋后，即对房屋享有占有、使用、收益及有限的处分权，当第三人实施的侵害行为较为严重，足以影响到承租人上述权利的行使时，承租人可要求第三人停止侵害、排除妨碍等。

七、因承租人迟延支付或不支付租金，出租人可否主张解除合同？

答：双方在租赁合同中对租金支付及合同解除条件等事项已作出约定，承租人迟延支付或不支付租金，符合约定解除条件的，出租人有权解除合同，并依法追究承租人违约责任。如未作约定的，则视其是否构成法定解除条件而定。

八、因承租人违约致租赁合同解除，合同未对违约金作出约定，如何认定出租人损失？

答：因承租人违约致合同解除，考虑到再行出租房屋尚需一定时间，出租人的损失客观存在。如合同未对违约金作出约定，出租人也无充分证据证明的，通常可参照约定租金标准考虑合理的空租期来认定出租人损失。

九、房屋租赁涉及转租的，因租赁合同解除而产生的纠纷，是否应追加次承租人为当事人？

答：因租赁合同解除而产生的纠纷，出租人未将次承租人列为当事人的，考虑到判决生效后的执行问题以及保护次承租人利益的需要，涉及租赁房屋腾退义务的，一般应追加次承租人为被告或第三人参加诉讼。

十、因租赁合同解除致次承租人不能继续承租，由此造成损失的，可向谁主张？

答：因出租人与次承租人不存在直接的租赁合同关系，根据合同相对性原则，次承租人可请求承租人承担责任，而不能向出租人主张。

十一、经出租人同意的转租合同，因转租人拖欠出租人租金，出租人要求解除合同，而次承租人要求继续履行转租合同的，如何处理？

答：租赁合同因承租人未依约给付租金致合同解除的，因租赁合同与转租合同系两个独立的合同，除非出租人与次承租人就继续履行合同达成一致意见，否则，对次承租人要求继续履行合同的主张难以支持。

十二、承租人在租赁期间擅自搬离租赁房屋，后起诉请求解除合同，可否支持？

答：承租人以擅自搬离房屋的违约行为表示其不继续履行合同，客观上致使合同目的不能实现，符合法定解除条件。出租人可提起反诉向其主张违约责任或请求赔偿损失。

十三、房屋租赁纠纷中，当事人双方均违约，一方为根本性违约，在考虑损失互相抵销的情况下，构成根本性违约的一方是否还应承担给对方造成实际损失？

答：双方当事人在合同履行中均存在违约行为，应当各自承担相应的责任。但如一方存在的违约过错明显大于另一方的，具体可考虑过错大小及违约先后等因素，且构成根本性违约的，还应承担由此给对方造成实际损失。