

民商事疑难案件若干问题

解 答 汇 编

（第二辑）

宁波市律师协会第八届民商专业委员会

主编：胡志明

二〇一八年十二月

目 录

一、北仑法院民间借贷典型案例.....	1
二、浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅、浙江省司法厅、国家税务总局浙江省税务局、浙江省地方金融监督管理局印发《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》的通知(浙高法〔2018〕192号)	18
三、浙江省高级人民法院民二庭《关于公司法适用若干疑难问题的理解》	28
四、上海市高级人民法院关于恋爱期间购房处理等婚姻家庭案件若干争议问题指导意见.....	41
五、山东高院民一庭：夫妻债务纠纷案件审判观点综述.....	44
六、江苏省高级人民法院审判委员会会议纪要 ——关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答 (2018)3号.....	54
七、北京市高级人民法院审判委员会(2018)第9次会议通过 北京高院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答	65

八、最高院、北京高院明确民法总则与民法通则诉讼时效衔接适用规则.....	74
九、最高院对十二届全国人大五次会议第 1385 号建议的答复：关于审理彩礼纠纷案件中能否将对方的父母列为共同被告的答复.....	81
十、最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知法〔2018〕215 号.....	83
十一、最高法民一庭“民事审判信箱”栏目里各地方法院提出的民事审判疑难问题进行了解答.....	86
十二、最高院杜万华：当前民商事审判中的热点难点问题(2018).....	95
十三、以物抵债裁判依据汇总.....	121

北仑法院民间借贷典型案例

1、综合审查证据，运用经验法则，否定借条效力 ——杨某诉林某民间借贷纠纷案

【基本案情】

原告杨某持 4 万元借条和现金交付照片向法院起诉，要求借款人被告林某归还借款。林某抗辩并未向其借款，借条系在杨某等人胁迫下出具，并提供收条、证人证言、报警记录、照片、微信记录等证据予以证实。

法院查明，2017 年 5 月 7 日下午，林某因欠案外人王某（杨某朋友）1 万元未还，被王某和杨某强行带到某店面房内，其间林某向其妹妹短信求助，其妹妹报警后，大碶派出所民警出警处置，找到事发地了解情况后告知双方自行协商。当日下午，王某从林某家人处取得 1 万元还款，并出具“四万元借条已还清”的收条。

此外，林某承认本案 4 万元借条上的字确为其本人书写并经签名捺印，当时借款人信息、支付方式等主要内容亦作了记载，但出借人处空白，落款时间为 2017 年 1 月 10 日。

【法院裁判】

法院审理后认为，综合双方证据和庭审陈述，原告主张的事实可能与事实不符：首先，借条时间为 2017 年 1 月 10 日，与原告本人提供照片中被告仅穿着衬衫的实际情况不符。其次，

原告主张借款过程为路边写借条、交付现金，又返回店内拍照，行事习惯与常理不合。再次，原告庭审中就出借资金来源几次改口。最后，另案中，林某家人仅代其归还 1 万元，而案外人王某却出具了 4 万元的收条，明显不符常理。结合已经查明的 2017 年 5 月 7 日事发经过、王某关于其与杨某关系的陈述、杨某也参与 5 月 7 日当日事件、本案借条中“杨×”名字是杨某书写等事实，认定原告提供的证据不足以证明其主张的事实。据此，判决驳回原告杨某的全部诉讼请求。

宣判后，当事人双方均未提出上诉，判决已生效。

【法院提示】

司法实务中，对于借条和交付凭证完备的案件，判决驳回诉讼请求的非常少见，但本案被告的积极举证，起到了至关重要的作用。本案中，被告不仅提供了旨在反驳原告主张的书面证据，同时，还申请法院调取了出警记录和视频并申请若干证人出庭作证。经当事人充分发表质证意见、法庭关于借款细节的庭审调查，最终认定原告提供的证据不足以证明其主张的事实，故判决驳回其诉请。当前，民间借贷市场活跃，且在一定的范围内已经形成专门从事职业放贷的群体，该群体中部分人员通过设套诱骗、暴力胁迫等方式从事高利放贷或虚构债务等行为，严重损害当事人合法权益，且造成不良的社会影响。但在部分涉嫌此类情节的民间借贷案件中，被告消极回避诉讼或即使应诉也提不出有价值的证据，最终导致法院无法查明案件相关事实，因而承担败诉的不利后果。所以，在借款时，要时时留心、处处留意，特别要注意保存借了多少钱、还了多少钱

等关系民间借贷事实认定的关键证据，如遇到暴力胁迫时候，还应选择第一时间报警。

2、互联网平台垫付交易不实，垫付主张不成立

——“垫 X 宝”诉某公司民间借贷纠纷案

【基本案情】

原告某投资有限公司开设了“垫 X 宝”网站，其宣称用户在网站注册会员后，被授予一定信用额度，会员间进行商品或服务交易时，垫 X 宝将与交易等额的垫 X 宝额度划拨到卖方账户，对买方即构成垫付消费款，买方需在每月还款日前归还，在一个账单周期内，原告替用户垫付消费款不计利息，不收取任何费用，但若用户还款逾期，需依照合同约定承担违约责任。卖家收到额度后，可用额度在该平台消费或提现。要使用该网站交易，需要注册会员并绑定银行卡。2016 年 4 月 25 日，被告某通讯公司与原告签订《垫 X 宝（垫 X 卡）领用合约》，并授权被告某通讯公司的法定代表人查某办理该合约项下的各项交易、还款及提现等。

原告以被告曾在该平台商户某物流公司处消费，原告替其垫付消费款 8 万元至今未归还为由起诉，要求：1. 被告偿还垫付款 79997.59 元；2. 被告付违约金 88077.06 元（欠款额 10% 的当月违约金，及自 2017 年 5 月 16 日起至实际付清之日止按欠款额日 1% 计算的迟延履行违约金）。原告提供了领用合约及其平台交易后台记录多份。至起诉时，被告公司已停业，未应诉答辩。

【法院裁判】

法院审理后认为，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。原告以其替被告向案外人某物流公司垫付消费款 8 万元为基础事实依据，要求被告偿还其垫付款，但其提供的交易记录为其自身的网络平台数据，案外人某物流公司对该笔交易予以否认，故原告未能提供证据证明其已替被告实际垫付 8 万元。原告未曾履行垫付义务，则不能向被告公司要求偿还款项。据此，判决驳回原告的诉讼请求。

宣判后，原告不服提起上诉，二审判决驳回上诉，维持原判。

【法院提示】

近几年，各类互联网金融、电子商务平台层出不穷，一些平台打着电子商务旗号从事网络贷款，以消费垫付、透支消费等为名，躲避金融监管。实际上，甚至有些平台虚构交易开展现金贷款，除了收取交易手续费或服务费外，还有高额利息或违约金，背后甚至伴有其他违法行为，如变相融资、非法追债、账户冒领冒用等。同时，与 P2P 平台类似，此类平台的真实商户也可能面临不能提现的危险。本案中，该平台规定，其除每笔交易收取 2%或 2.4%服务费外，还设定了 10%当月违约金和日 1%迟延履行违约金，远高于民间借贷合法利率。据涉及原告的其他案件中多个当事人（被告）反映，公司老板以发工资等名义让其注册会员，其对账户使用情况完全不知情，老板用多个账号倒转借钱。总之，在此类平台注册、消费、借贷、投资等，务必谨慎，预判风险。

3、套用银行信贷资金转借他人

——顾某诉陆某、徐某民间借贷纠纷

【基本案情】

原告顾某向法院提交借条，宁波银行股份有限公司大榭支行账户交易明细查询单及客户回单，宁波银行股份有限公司大榭支行贷记卡历史流水查询单，农村信用合作联社信用卡交易明细查询单及还款记录，农村信用社转账记录、跨行转账业务凭条及客户回单联，要求判决被告陆某、徐某（系夫妻）归还原告借款 60 万元，并支付自 2016 年 2 月 25 日起至实际支付之日止按银行贷款利率计算的利息。

被告陆某、徐某未答辩，未提交证据。

法院查明，2015 年 3 月 1 日，陆某向顾某出具借条一份，载明“兹借顾某人民币陆拾万元（白领通 30 万，信用社贷款 20 万，2 张透支额度 5 万元信用卡）”。具体资金交付：1. 2013 年 1 月 18 日起，顾某将自己的白领通贷款及对应银行账户交给陆某使用，陆某通过该账户申请贷款、还本付息等，截至 2016 年 1 月 20 日，顾某支用款项金额未归还部分超过 30 万元。2. 2014 年 12 月，顾某将其名下丰收贷记卡及宁波银行信用卡（透支额度均为 5 万元）交给陆某使用，信用卡透支额度由陆某调配使用，由此产生的银行利息及费用由陆某承担，顾某于 2016 年 2 月为陆某归还信用卡本金及支付利息合计 100880.84 元。3. 2014 年 3 月 19 日，顾某根据陆某指示将其名下信用社贷款账户贷款 20 万元汇至案外人林某账户，2015 年 3 月 18 日，

陆某还清前述贷款；同日，顾某从该账户重新贷款 20 万元并转汇至徐某账户，该笔贷款陆某、徐某未归还。

【法院裁判】

法院查明后认为，原、被告之间虽无借款合同，但是被告实际支用原告名下的信贷资金未清偿且对借款情况进行了书面确认，原告出借款项并无牟利行为，故双方借贷关系成立。法院依法判决：被告陆某、徐某应在本判决生效之日起七日内归还原告顾某借款 60 万元，并支付该款自 2016 年 2 月 25 日起至实际履行之日止按照中国人民银行公布的同期同档次贷款基准利率计算的逾期利息。

宣判后，原、被告均未上诉，判决已生效。

【法院提示】

民事主体之间借用信用卡、信用贷款额度等，与相对直观的传统借贷方式不同，这种借款方式具有资金交付是通过不知情的第三人（银行）进行、借款金额不确定（只能确定本金最高额度）、资金循环频繁复杂等特点，通常发生在具有高度信任关系的主体之间。这种借款方式，一方面破坏了出借人的个人信誉，另一方面破坏了银行的金融活动稳定性、可控性（实际信贷资金使用人难以控制）。本案所涉借款出借人并无牟利行为，如果系套用银行信贷资金谋取高额利息，可能导致借款合同无效，并要承担其他法律责任。

4、借条虽未共同签字，但存在借款合意且借款用于家庭生活需要的应认定为夫妻共同债

——孙某诉张某、柴某民间借贷纠纷案

【基本案情】

出借人孙某依据抵押借款合同、华夏银行电子回单、公证书、不动产登记证明向法院起诉，要求被告张某、柴某立即归还借款。柴某抗辩借款时未签过字，该笔借款应由被告张某归还，柴某不应承担还款责任。

法院查明，原告孙某与被告张某通过宁波市金瑞通企业管理咨询有限公司的网络中介相识，并达成建立民间借贷关系的合意。2017年4月7日，原告孙某委托案外人张某与被告张某签订《抵押借款合同》一份，约定：被告张某向原告孙某借款20万元；借款期限为三个月，实际借款起始日期以借款实际交付日为准；借款月利率为1%，按月付息，到期一次性归还本金；被告张某自愿将其名下位于宁波市北仑区新碶街道明州路117弄51号某室的房屋作为抵押物为上述借款提供担保。2017年4月13日，原告孙某通过银行转账向被告张某交付借款20万元。此后，被告张某按照月利率1%向原告支付了8个月的利息，合计1.6万元。

此外，被告张某和被告柴某于2013年2月21日登记结婚，于2017年10月1日协议离婚。被告柴某参与了原告孙某与被告张某之间的民间借贷过程。被告张某收到上述借款后，将其中的18万元作为女儿的抚养费支付给了被告柴某。

【法院裁判】

法院审理后认为，原告孙某与被告张某自愿签订的《抵押借款合同》，系双方真实意思表示，原告孙某与被告张某之间的民间借贷关系成立，且合法有效，当事人应履约全面履行己方义务。原告孙某于2017年4月13日向被告张某交付借款20万元，被告张某理应履约支付利息，并在约定的期限内归还借款。本案中，借款发生于两被告婚姻关系存续期间，被告柴某一同参与了相关的借款过程，且其中18万元已用作女儿的抚养费教育费，属于家庭日常生活需要所负的债务，理应由两被告共同偿还。据此，判决两被告共同向原告孙某归还借款本金及相应利息、律师费。

宣判后，当事人双方均未提出上诉，判决已生效。

【法院提示】

目前，民间借贷案件当中的夫妻共同债务认定问题，是实务中较为关注的热点问题，也是一个难点问题。按照《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的规定，共同签字或事后追认是认定夫妻共同债务的主要依据，在未签字亦不追认的情况下，夫或妻一方以个人名义所负债务能否认定为夫妻共同债务，需要审查所借款项是否用于家庭日常生活。本案中，两被告原系夫妻关系，被告张某向原告孙某借款20万元，并签订了《抵押借款合同》。借款虽发生在两被告婚姻关系存续期间，但被告柴某抗辩认为不应由其承担还款责任。法院经审查发现，被告柴某虽未在《抵押借款合同》中签字，但实际参与了借款过程，知晓借款一事，说明存

在共同借款的合意，且被告张某在收到借款后，已将其中 18 万元用作女儿的抚养教育费用，说明借款确实用于日常生活需要，故判决两被告共同向原告偿还借款本息。

5、无共同借款意思表示又非用于家庭日常生活的债务，应由债权人承担构成夫妻共债的举证责任

——胡某诉李某、贺某民间借贷纠纷案

【基本案情】

出借人胡某持借条、转账凭证、结婚登记申请书、情况说明向法院起诉，要求被告李某、贺某立即归还借款。被告贺某抗辩既没有向原告借款，也从来没有向原告举债的意思表示，借条于两被告离婚后出具，故无需共同承担该笔债务的还款责任。

法院查明，被告李某与贺某于 2003 年 1 月 23 日登记结婚，于 2013 年 10 月 21 日协议离婚。2012 年 4 月 22 日，因被告李某向原告胡某借款，原告胡某通过其母亲的银行账户向被告李某汇款 20 万元。两被告离婚后，李某又多次向胡某借款，并陆续向胡某支付了利息，归还了部分本金。2017 年 7 月 1 日，原告胡某与被告李某经核算，被告李某应向原告归还借款本息 24.2 万元，被告李某遂向原告胡某出具借条一份对尚欠本息予以确认，借条载明：今借胡某人民币贰拾肆万贰仟元整。

【法院裁判】

法院审理后认为，借据是出借人据以证明其与借款人之间借贷关系成立及交付借款的直接证据，故原告与被告李某之间

的民间借贷关系依法成立并有效。本案中，部分借款事实发生在两被告婚姻关系存续期间，部分借款事实发生在两被告离婚之后，但借款资金来往均出自被告李某的个人账户，借款本息结算行为发生在两被告离婚之后，在原告胡某提供的证据不能证明两被告存在共同的借款合意，也不能证明借款用于夫妻共同经营的水产业务的情况下，不应认定夫妻共同债务。据此，判决驳回了胡某要求贺某共同归还借款的诉讼请求。

宣判后，当事人双方均未提出上诉，判决已生效。

【法院提示】

本案中，虽有部分借款事实发生在两被告夫妻关系存续期间，但法院没有认定为夫妻共同债务，主要是原告胡某提供的证据不能证明两被告存在共同的借款合意，也不能证明借款用于夫妻日常生活需要。在以夫妻一方名义对外出具借条的情况下，需由债权人承担证明借款用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的举证责任，如举证不能，则可能承担不利的法律后果。因此，为避免承担将来诉讼过程中的举证义务，防范交易风险，对于较大数额的借款，务必要求夫妻双方共同签字。

6、严格审查证据，坚决遏制高利放贷

——放贷人杨某系列民间借贷案

【系列案基本案情】

自2016年4月起至2018年8月，杨某在北仑法院以民间借贷纠纷原告身份提起诉讼累计51件，其中已审结50件。起

诉的借款金额从 2.3 万元到 62 万元不等，总的起诉总金额为 387 万余元，结案总金额为 219 万余元，结案金额为立案金额的 56.7%。

【系列案共性特征】

借条形式：格式借条。

款项交付方式：转账为主，现金为辅。小额标的案件一般转账金额和借条金额能一一对应，大额标的案件转账金额与借条载明金额多不完全相符，出借人一般主张差额为现金交付。

利息约定：借条上利息一般按照法律和司法解释可支持的利息顶格约定，即月息 2%（已经支付的，按月息 3%）。部分案件被告陈述实际支付利息超过月息 5%、10%甚至更高，借条上利率为事后原告自行添加，但原告方一般对高利收息和事后添加利率均予以否认。

还款方式：被告多主张多种方式还款，包括但不限于借款人本人向出借人或向出借人指定的案外人以现金或转账方式还款，或由被告亲属朋友代为还款。除了被告本人通过银行转账至原告名下银行账户的款项外，原告对其他方式的还款一般均不予认可。

出庭方面：原告方均委托诉讼代理人出庭诉讼，本人出庭率极低，被告方则多消极应诉，收到法院的涉诉通知材料后，未在举证期积极举证，有的开庭缺席，甚至一跑了之。

【法院裁判】

法院在审理过程中，鉴于其职业放贷的嫌疑，严格审查款项交付的事实，从严认定借款金额，对于交付证明不充分的案

件和可能有高利贷嫌疑的案件，对证据证明程度要求从严把握，并主动释明败诉风险，促使当事人在大量案件主动申请撤诉，撤诉率为 34%。对于证据链条较为完整，被告未有实质抗辩的案件，法院依法核查利息，将超出利息扣抵本金后作出判决，占判决案件的 83.9%，另有 2 件案件调解结案。

【法院提示】

近年来，在高利率的诱惑下，民间借贷已从乡土熟人之间的短期资金周转演变成重要民间融资手段，并滋生大量以合法外衣包装的非法行为，常见的如高利贷、套路贷、校园贷等等。目前，大量借贷案件呈现出职业放贷痕迹，有组织有分工的团伙型借贷案件数量不断攀升。高利放贷团伙充分研究审判中的审查要点，往往能将实际未发生的行为，通过欺骗、利诱借款人等方式，形成一整套完整封闭的证据链条，给法院审判带来困扰。

法官提醒借款人不要轻易向陌生人借款，因为该群体极有可能就是职业放贷人。如果已经借款，务必据实填写借条，不曾收到的款项，不要确认已现金收到，并务必填写好出借人名称。在还款时，尽可能通过转账方式向借条中载明的出借人还款，并在转账备注中做好必要说明。同时注意留存每次还款的记录，微信、短信聊天记录、通话录音以证明自身还款或者款项性质的事实。此外，面对职业放贷人起诉的案件，切不可消极应诉甚至跑路，应主动与主审法官沟通，积极收集证据，依法申请法院调取证据，以帮助最大程度查明事实，减少自身损失。

7、利用线上 P2P 平台和线下投资公司非法集资

——被告人贺某、钱某、江某非法吸收公众存款、 集资诈骗一案

【基本案情】

2014 年 11 月，被告人贺某在无相应金融经营资质的情况下，成立某线上 P2P 财富网络平台，虚构借款人及抵押物，在网上发布虚假借款标书，以高额收益及奖励为诱饵，向社会公众吸收存款共计人民币 625 万余元。

2015 年初至 2016 年 6 月，被告人贺某除网络平台揽储外，另以投资实业需要为由，通过线下发放宣传单等方式对外宣传，并以其成立的某投资公司名义与社会公众签订借款咨询与服务协议，以年化收益率 8%至 16 %的收益及奖励为诱饵，公开向 112 名不特定人员吸收存款共计人民币约 1300 万元。

2015 年 11 月，因金融监管问题，贺某将网络平台关闭并用线下渠道的非法集资款归还了网络平台的所有本息。

其间，被告人钱某受被告人贺某聘用，自 2015 年 7 月起，全面负责投资公司的日常运营管理。被告人江某自 2014 年 11 月至 2015 年 5 月供职于该投资公司，历任公司网络平台客服、运营及副总，主要负责网络平台的运营，并负责招揽业务员及前期培训。

因无法兑现还款付息承诺，大量储户向公安机关报案。被告人贺某、钱某、江某经电话传唤分别向宁波市公安局北仑分局投案自首，如实供述犯罪事实。

到案后，被告人贺某陈述，非法集资所得的资金均由其一人支配，店面租金、装潢、员工工资加上运作的利息大概有 600 万元，对外借款 100 多万，自己挥霍 100 多万。其跟业务员、客户说集资的钱都拿去投资工程了，其实并没有拿钱去做任何投资。截至案发，剔除已返还投资人本金及利息，投资公司尚有约 840 万元未归还。

【法院裁判】

法院经审理认为，被告人贺某以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额特别巨大，其行为已构成集资诈骗罪；被告人钱某、江某非法吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为均已构成非法吸收公众存款罪，且系共同犯罪，依法应予惩处。因三被告人自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，依法均予以减轻处罚。被告人钱某涉案款项案发前部分已归还，被告人江某涉案款项案发前已全部归还，均酌情从轻处罚。根据被告人江某的犯罪情节及悔罪表现，对其适用缓刑。违法所得，责令退赔。最终依照《中华人民共和国刑法》相应规定，判决被告人贺某犯集资诈骗罪，判处有期徒刑八年，并处罚金人民币二十五万元；被告人钱某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币八万元；被告人江某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币四万元；扣押在案的资产、财物，依法扣除相关费用后，折抵并返还被害人。不足部分，责令被告人贺某、钱某共同退赔（两被告人的退赔金额为各自参与的共同犯罪所造成的损失金额）。

宣判后，部分被告人不服提起上诉，二审判决驳回上诉，维持原判。

【法院提示】

近几年，各类线上 P2P 网络平台层出不穷，问题平台占了绝大多数。其中一些平台虚构借款人及抵押物，在网上发布虚假借款标书，以高额收益及奖励为诱饵，向社会公众吸收存款。同时部分线下投资公司也以收益及奖励为诱饵，向不特定人员吸收存款。该类网络平台、投资公司的控制人往往不具备相应金融经营资质，亦不具备投资盈利和抵御风险的能力，在导致大额亏损时，只能用“以新还旧”“拆东墙补西墙”的方式支撑，最后“庞氏骗局”暴露，跑路有之，获刑有之，大量民众的存款血本无归。法院提醒，民众投资应秉持理性心态，提前做好风险调查，选择稳健的投资渠道，不能偏信盲从，避免在高利诱惑中迷失方向。

此外，从业人员应当审慎择业，不能在高薪的诱惑下铤而走险，成为犯罪行为的帮凶，否则最终亦将受到法律的严惩。

8、被执行人北仑某机械公司及法定代表人朱某民间借贷纠纷系列执行案件

【基本案情】

2017 年以来，陆续有汪某等 7 名当事人以北仑某机械有限公司、朱某（该机械公司法定代表人）未归还借款为由诉至法院，法院判令北仑某机械有限公司、朱某归还到期本金 83 万元并支付相应利息。

【执行过程】

判决生效后，被告未依法履行还款义务，故原告向法院申请强制执行。法院受理后，当即发出执行通知书和财产申报令，并同时通过执行指挥中心进行“点对点”和“总对总”查询，展开对该机械公司及法定代表人朱某名下财产的调查。另一方面，传统调查也在同步进行。执行干警前往该机械公司实地调查公司目前的经营现状，并前往被执行人朱某的户籍地及暂住地对朱某的可能财产进行调查。

经查，该公司负债累累且声名狼藉，仅在北仑辖区涉及的执行案件就有 41 件，涉及执行标的 663.63 万元，且大部分为劳动争议仲裁的执行。公司名下财产仅有一批机器，现已被法院查封，在拍卖查封财产后，该笔款项优先支付工人劳动报酬，后该公司无其他可供执行的财产。

法定代表人朱某名下无可供执行的财产且不知所踪，因被执行人拒不履行生效法律文书，法院将该机械公司及其法定代表人均列入失信被执行人名单，并限制高消费，还对朱某采取司法拘留 15 日的处罚，但因被执行人确无财产可供执行，该系列案件仍无法执行到位，遂终结本次执行程序。

【法院提示】

当前，因民间借贷案件被执行人无财产可供执行，导致出借资金无法追回的案件并不在少数。因此，为避免市场交易风险，出借人要特别注意借款人的资信情况和还款能力，可以通过上网查询被执行人是否列入失信、限制高消费名单，是否还存在未了结的执行案件，询问共同好友经济状况等手段，了解

借款人的资信现状，防止后期出现借款人一走了之，法院无财产可执行的局面。该系列案中该机械公司生产全面停止，负责人早已不知所踪，且债权人众多，虽然后期通过拍卖查封的机器所得一笔款项，但该笔款项全部优先支付工人工资，除此之外，再无其他可供执行的财产。本案陷入“执行不能”的局面，各申请执行人的胜诉权益无法实现。

为降低风险，出借之初就最好要求借款人提供担保。可以提供财产担保，最好是房屋等不动产（需到不动产登记部门办理抵押登记），也可以提供人保，即找一个有偿债能力的单位或个人承担连带保证责任。另外，需要特别注意的是，一定要严防高利诱惑，切忌贪小失大。

浙 江 省 高 级 人 民 法 院
浙 江 省 人 民 检 察 院
浙 江 省 公 安 厅
浙 江 省 司 法 厅
国 家 税 务 总 局 浙 江 省 税 务 局
浙 江 省 地 方 金 融 监 督 管 理 局

浙高法〔2018〕192号

印发《关于依法严厉打击与民间借贷相关的
刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》
的通知

各市、县、区人民法院、人民检察院、公安局（分局）、司法局、
税务局、地方金融监督管理局：

为严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪，加强对非法民间
借贷的协同治理，有效遏制民间借贷纠纷上升势头，切实保障

人民群众合法权益，省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅、省司法厅、省税务局、省地方金融监督管理局对民间借贷协同治理工作进行了专题研究，形成了纪要，现予印发，请遵照执行。执行中遇有问题请及时报告主管机关。

《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》

为严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪，实现标本兼治、协同治理，有效遏制民间借贷纠纷上升势头，切实保障人民群众合法权益，促进社会公平正义，根据有关法律及司法解释，省法院、省检察院、省公安厅、省司法厅、省税务局、省地方金融监督管理局等单位对民间借贷协同治理工作进行了专题研究，并达成共识，纪要如下：

一、切实提高认识，高度重视民间借贷协同治理工作

民间借贷在一定程度上满足了社会多元化融资需求，促进了多层次信贷市场的形成和完善。但由于民间借贷存在交易不公开、不规范等特点，容易引发非法集资、高利转贷、虚假诉讼、“套路贷”、暴力催收等违法犯罪行为，严重危害金融秩序和社会稳定，增加妥善化解民间借贷纠纷的难度，也加剧了执行难。各有关单位要从深化依法治国实践的高度，充分认识依法严厉打击与民间借贷相关的违法犯罪行为、强化协同治理的必要性和紧迫性，紧紧围绕党和国家工作大局，依靠党委领导

和政府支持，根据依法治理、分类处理、综合施策的原则，积极构建跨部门协同治理机制，共同遏制民间借贷案件高发势头。

二、建立“职业放贷人名录”制度，从严规制职业放贷人的诉讼行为

针对当前职业放贷高发等实际情况，人民法院要根据同一原告或关联原告在一段时间内所涉的民间借贷案件数量、利率、合同格式化程度等特征，结合各地实际，建立“职业放贷人名录”，进行重点管理，并每季度向公安、检察机关等协同治理单位通报情况。职业放贷人名录中有公职人员的，应当抄送当地纪检监察部门和当事人所在单位。

纳入“职业放贷人名录”，一般应当符合以下条件：

1. 以连续三年收结案数为标准，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及 20 件以上民间借贷案件（含诉前调解，以下各项同），或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及 30 件以上民间借贷案件的；

2. 在同一年度内，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及 10 件以上民间借贷案件，或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及 15 件以上民间借贷案件的；

3. 在同一年度内，同一或关联原告在同一中级法院及辖区各基层法院涉及民间借贷案件 5 件以上且累计金额达 100 万元以上，或者涉及民间借贷案件 3 件以上且累计金额达 1000 万元以上的；

4. 符合下列条件两项以上，案件数达到第 1、2 项规定一半以上的，也可认定为职业放贷人：

- (1) 借条为统一格式的；
- (2) 被告抗辩原告并非实际出借人或者原告要求将本金、利息支付给第三人的；
- (3) 借款本金诉称以现金方式交付又无其他证据佐证的；
- (4) 交付本金时预扣借款利息或者被告实际支付的利息明显高于约定的利息的；
- (5) 原告本人无正当理由拒不到庭应诉或到庭应诉时对案件事实进行虚假陈述的。

自职业放贷人名录公布之日起连续三个年度内，该名录上人员涉及民间借贷纠纷的案件量少于前款第 1、2、4 项认定职业放贷人标准案件量二分之一的，可以将其从职业放贷人名录上撤出。

涉职业放贷人案件审理过程中应加强对证据和事实的审查，对涉及职业放贷人名录人员为申请执行人的执行案件，人民法院对被执行人应慎用拘留、罚款、布控、追究拒不执行判决、裁定刑事责任等措施；对于本金与利息已经执行到位的，人民法院执行部门应当向税务部门通报，由税务部门依法征税。

对涉及职业放贷人的案件应当先行调解，并尽量促使双方当事人见面，查清债权债务真实情况，尽早发现违法犯罪事实，精准有效打击犯罪行为。对于出借人将债权转让给他人后，债权受让人提起诉讼的，要加强审查，防止通过债权转让规避监管。

三、加强对借贷事实和证据的审查力度，严格区分民间借

贷与“套路贷”诈骗、非法集资等犯罪行为的界限

针对“套路贷”诈骗、非法集资等犯罪组织者借助民事诉讼程序实现非法目的等实际情况，全省各级公安机关、人民检察院、人民法院在处理涉民间借贷案件过程中，要切实提高警惕，结合款项来源、交易习惯、经济能力、财产变化情况、当事人关系以及当事人陈述等情况综合判断借贷的真实性，加大对借贷事实和证据的审查力度，加强对民间借贷与诈骗等犯罪行为的甄别，切实防止违法犯罪分子将非法行为合法化、利用民事裁判侵占被害人财产。

对利用非法吸收的公众存款、变相吸收的公众存款等资金发放贷款，并以故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等非法手段强索债务的，应当按照行为涉嫌的具体犯罪侦查、起诉、审判，不构成犯罪的，依法由公安机关治安处罚。

人民法院在审理民事案件过程中发现存在“虚增债务”“伪造证据”“恶意制造违约”“非法吸收公众存款”及“集资诈骗”等犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌犯罪的线索、材料移送公安机关或检察机关。人民法院对已按普通民间借贷纠纷作出的生效裁判，应当依法及时通过审判监督程序予以纠正。

四、加大对虚假诉讼、高利转贷的惩治力度，有效遏制两类案件的高发多发势头

根据刑法和司法解释规定，虚假诉讼罪是指行为人以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为。虚假诉讼行为的实施方式既可以表现为“单方欺诈

型”，也可以表现为“恶意串通型”。对于实施虚假诉讼行为，非法占有他人财物或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。司法工作人员利用职权，与他人共同实施虚假诉讼行为的，从重处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

对于以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金再以高于银行贷款的利率转贷他人，且违法所得数额在 10 万元以上，或者虽未达到上述数额标准，但两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上，又高利转贷的，应当依法以高利转贷罪追究刑事责任。全省各级公安机关、人民检察院、人民法院发现公司、企业涉嫌高利转贷的，应当及时通过向相关主管部门提出司法建议等方式，阻断其贷款通道，引导其回归实体经济。

人民法院在审理民间借贷案件过程中，要依法全面、客观地审核双方当事人提交的全部证据。发现有虚假诉讼、高利转贷犯罪嫌疑的，要按照防范和打击虚假诉讼的有关规定及时依职权或者移送有关部门调查取证，查清事实真相。依法从严查处冒充他人提起诉讼、篡改伪造证据、签署保证书后虚假陈述、指使证人作伪证等妨害民事诉讼的行为。经查证确属虚假诉讼、高利转贷的，驳回其诉讼请求，并依照民事诉讼法的有关规定，对妨害民事诉讼的行为依法予以罚款、拘留；涉嫌犯罪的，应当及时将案件材料移送公安机关处理。

人民检察院对当事人及其委托诉讼代理人、案外人等提交的有关虚假诉讼、高利转贷的举报或控告材料、线索，应及时进行审查，发现有违法犯罪嫌疑的，应当将案件材料移送公安

机关处理。

有管辖权的公安机关对发现或者移送的涉嫌虚假诉讼、高利转贷案件，一般应当在三十日内作出立案或者不立案决定，并反馈移送部门。不予立案的，应当在作出不立案决定之日起七日内，以书面形式向移送部门说明不立案理由。

五、坚持宽严相济刑事政策，依法严厉打击与民间借贷相关的重点领域犯罪

全省各级公安机关、人民检察院、人民法院在办理与民间借贷相关的刑事犯罪案件时，要坚持宽严相济的刑事政策，依法制止、制裁和惩处各类与民间借贷相关犯罪行为，严厉打击非法放贷讨债违法犯罪活动，切实维护金融秩序和社会和谐稳定。要严格贯彻落实《中共中央、国务院关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》和两高两部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》要求，依法打击民间借贷案件中的黑恶势力及其“保护伞”。根据法律规定，结合实际，具有下列情形之一的，应当按照具体违法犯罪重点打击：

（1）利用非法吸收公众存款、变相吸收公众存款等取得的资金发放贷款的；

（2）以故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等非法手段强索债务的；

（3）以欺骗手段取得金融机构信贷资金，再高利转贷他人的；

（4）面向在校学生非法发放贷款，发放无指定用途贷款，或以提供服务、销售商品为名，实际收取高额利息或费用变相

发放贷款的；

(5) 银行业金融机构从业人员作为主要成员或实际控制人，开展有组织的民间借贷的。

六、建立相互协作的办案机制，切实形成工作合力

各有关部门在防范和化解民间借贷各类风险中，要加强联动效应，探索建立人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关、税务机关、地方金融监督管理部门等单位协同治理和规范民间借贷行为的工作机制。各协同单位要建立健全联席会议制度，定期就规范民间借贷行为情况进行沟通交流，加强预警和研判，完善防范对策。确有工作需要的，可以邀请纪检监察机关参与相关具体工作或案件的研究、磋商。

人民法院立案后，依法向公安机关移送案件时，应同时将移送函抄送人民检察院。公安机关对涉嫌犯罪的民间借贷案件应当立案而不予立案的，人民检察院应当依法通知公安机关立案，并将监督情况反馈移送部门。

民间借贷案件的基本事实必须以刑事案件审理结果为依据，而该刑事案件尚未审结的，人民法院应当裁定中止审理。公安机关在办理刑事案件过程中，发现相关联的民间借贷案件已经作出生效民事裁判或执行完毕的，要及时将刑事案件办理情况告知相关人民法院，人民法院应依法及时予以处理。

人民检察院经审查认为民间借贷案件存在涉嫌犯罪行为，可能导致原审裁判、调解或者执行错误的，应当依法提请上级人民检察院抗诉或者向同级人民法院提出检察建议。人民法院对人民检察院提出抗诉的民间借贷案件，应当依法及时进行审

理；对人民检察院提出检察建议的案件，依照民事诉讼法司法解释第四百一十九条的规定办理。

全省各级公安机关、人民检察院、人民法院在办理涉嫌刑事犯罪的民间借贷案件中，发现律师、法律工作者、鉴定人员、公证人员等违规参与的，应当依法向司法行政机关提出处理建议；构成犯罪的，依法追究刑事责任。司法行政机关应当在收到建议之日起三个月内作出处理决定，并书面回复建议发送部门。司法行政机关应当加强对律师事务所、法律服务所、司法鉴定机构、公证机关及相关从业人员的教育和管理，发现上述单位或人员有参与“套路贷”、虚假诉讼等行为的，应当依照有关规定追究相应的法律责任。

七、建立信息共享平台，提升办案的信息化、智能化水平

公安机关、人民检察院、人民法院要依托政法一体化办案系统，探索建立全省民间借贷案件信息共享平台，实现网上信息共享。深度应用信息技术，通过案件数据比对碰撞等手段，加强民间借贷案件风险预测，有效防范风险。积极探索社会信用体系建设与司法工作的深度融合，推动建立健全与市场主体相关的司法大数据收集共享和使用机制，促进社会诚信建设，实现长效治理。

八、建立金融监管联动机制，促进民间借贷健康有序发展

全省各级公安机关、人民检察院、人民法院要深化与金融监管部门、金融机构等单位的对接，构建信息共享和金融风险会商机制。依据现有的金融管理法律规定，依法深入剖析民间金融行为实质，准确判断各类金融活动、金融业态的法律性质，

准确划定金融创新和金融违法犯罪的边界。

办案机关应当及时将非法发放民间贷款活动的相关材料移送银行业监督管理机构。对金融监管部门工作人员、银行业金融机构从业人员参与非法金融活动的，应当予以纪律处分或行政处罚；构成犯罪的，依法从严追究刑事责任。

各协同单位要采取有效方式向广大人民群众宣传国家金融法律法规，及时向社会公布典型案例，提高风险防范意识，自觉抵制非法民间借贷活动。

本纪要自下发之日起执行。本纪要内容如与法律、司法解释及上级有关规定不一致的，以法律、司法解释及上级有关规定为准。如有新的规定，按照新的规定执行。

浙江省高级人民法院民二庭

《关于公司法适用若干疑难问题的理解》

1、设立中公司的法律性质、所从事的民事行为的效力及其民事责任如何承担？

设立中公司不具有独立的人格，但设立公司应当根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第十四条第一款的规定，申请名称预先核准，说明设立中的公司是法律允许成立的组织；设立中的公司应当具有为设立所需的财产或经费，虽然其对该财产或经费不享有独立的所有权；设立中公司可以以公司的“名称”从事与设立有关的活动。可见，设立中的公司与非法人组织具有一些共同的特点。

根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第十六条的规定，设立中的公司不得以预先核准的名称从事经营活动。因此，在公司设立失败后，因发起人之间的法律关系准用于合伙关系，设立中公司所从事的经营行为，其后果应由各发起人：负连带责任。在公司设立成功后，设立中公司所从事的有关民事行为，则其后果由依法成立后的公司继受。

2、公司设立协议与公司章程何者优先适用？

公司章程通常是在设立协议的基础上根据法律的规定制成，在没有争议和符合《公司法》的前提下，设立协议的基本

内容通常都为公司章程所吸收，甚至设立协议的条文为公司章程原封不动地搬用，一般不会发生二者间的矛盾和冲突。但是，如果对于相同的事项，设立协议与公司章程有不同的规定，甚至产生冲突。出现此情形时，设立协议应让位于公司章程。如果设立协议中有公司章程未涉及但又属公司存续或解散之后可能会遇到的事项，相应的条款可继续有效，但效力只应限于签约的发起人或原始股东。

3、对公司或第三人的债权作为公司注册资本投入，其效力如何？

《公司法》第二十四条和第八十条对股东的出资方式作了列举性的规定，即股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。债权出资不在此列。债权为请求权，而任何请求权的行使都有风险性。鉴于普通债权并不都具有始存性、普遍性和可变现性，如果容许其作为注册资本投入，将与我国公司资本确定原则和资本充实原则不符。因此，债权不宜作为公司的注册资本投入，但法律、行政法规和司法解释有特别规定的除外。

4、集体土地使用权能否出资？

以土地使用权出资，实质上就是土地使用权从出资者向公司的让渡，而依据现行法律的规定，能够作为财产权进行转让的只是国有土地的使用权。因此，如果集体组织欲以集体所有的土地对外投资，则必须首先将集体土地通过国家征用的途径变为国有土地，再从国家手里通过土地出让的方式获得国有土地的使用权，才能进行有效的出资。

5、未完全履行土地使用权出资义务应如何救济？

土地使用权的出资不仅需要交付，而且还需采取法定的权利移转形式即过户登记。实践中，只实际交付土地而未办产权登记或只办理了产权登记而未实际交付土地的情况相当普遍，它们都属于出资义务的部分履行或未完全履行。

(1) 已办理土地过户手续但未交付土地

由于土地的交付是土地使用权出资的重要要求，只是完成了土地的过户登记而未实际交付土地，将构成对公司利益和股东权益事实上的侵犯。出资者将对公司的出资承担违约责任，公司或其他股东亦有权要求该出资者履行土地交付义务和赔偿由此给公司造成的财产损失。同时，因出资的土地使用权由公司享有，公司债权人亦有权诉请对此项土地使用权予以强制执行。

(2) 已交付土地但未办理土地过户登记手续

此种情况下，公司虽获得了土地占有和利用的实际财产利益，但这种占有和利用却未得到法律的肯定和保护，是极不稳定和极不安全的。这种出资只是事实上的出资而非法律上的出资，构成出资义务的不履行行为。因此，公司或其他股东应有权要求该出资人履行土地的登记过户义务，若出资人拒绝登记、甚至以未办登记过户为由而要求收回土地的行为部属违约行为，当事人同样可通过诉讼程序诉请司法救济，请求强制登记过户。

(3) 既未交付土地，亦未办理土地过户手续

此属完全不履行土地出资义务的行为，构成公司法上的违

法行为，并产生相应的法律责任，包括该股东继续出资的责任、其他股东或公司的发起人连带认缴的责任以及由此给公司造成的损害赔偿責任。

6、在出资证明、股东名册、公司登记文件等对股权的记载有冲突时，何者证明力更强？

一般情况下上述文件对股东身份的记载是相同的，不会发生矛盾和冲突。但由于各种原因，也会经常出现相互间的不一致。例如，股权转让后，股东名册中已作记载但尚未办理股东变更登记，或已办理股东的变更登记但在股东名册个未作相应记载。究竟应以出资证明书、股东名册的记载还是以股东的变更登记作为股权权属变更的标志？我们认为，股权的变更登记具有更强的证明力，理由是：(1)在法律上，以登记获得的权利通常都以登记形式转移；(2)出资证明书和股东名册只是公司出具和控制的股权证明形式，易出现不规范和随意行为，不具有登记所具有的公示力和公信力；(3)股权代表着十分重要的财产利益，为防止和减少可能的纷争，有必要规定与不动产转让类似的登记生效或登记对抗要件。

7、违反出资义务股东的法律地位如何？

股东资格取决于公司章程和股东名册的记载，更重要的是工商行政管理部门注册登记的确证，这些文件不能作为直接证据证明该股东已履行出资义务，但却是证明其股东资格的直接证据。若否认违反出资义务股东的股东资格，也就否定了其与公司之间的法律联系，对其出资责任的追究也就失去了根据。因此，违反出资义务的股东仍然享有作为股东的权利，只是其

只能就其出资的部分主张权利，对未出资的部分，即使补足了出资，也只能对此后的公司管理和公司盈余主张权利。

8、追究股东出资义务应如何确立当事人的诉讼地位？

对股东出资责任的追究是最为常见的诉讼请求，对于未履行或未完全履行出资义务的行为，公司法第二十八条规定了未出资股东的出资填补责任和实物出资的其他发起人的连带认缴责任。这种责任属于未足额出资股东对公司的侵权责任和对足额出资股东的违约责任。因此，相应的诉讼当事人应以公司或足额出资的股东为原告，以未足额出资的股东为被告。

9、股权转让合同效力如何认定？

股权转让合同是公司股东依法将自己的股东权益转让给他人，使他人取得该股权的民事法律行为。除股权转让合同当事人外，公司和公司的其他股东、债权人以及股权转让方的债权人都有权以利害关系人的身份主张合同无效；股权作为公司法规定的一种具有独立内涵的包括财产权等多种权利在内的综合性新型权利形态，股权转让行为还受到多种法律制度的规制。

(1) 未出资或出资不足或抽逃出资的公司股东与他人签订的股权转让合同的效力

拥有公司股权的前提是具备公司的股东身份。股东身份的认定，应当以公司登记文件的记载为依据。公司登记文件具有公示的效力，社会公众有理由按公司登记文件的记载认定股东。

《公司法》第二百零八条关于未支付出资的股东应承担法律责任的规定，对出资不到位的股东，应责令改正，即责令其补足出资，并承担因注册资本未到位而产生的其他民事责任，而不

是否定其股东资格。因此，出资未到位的股东仍享有公司的股东身份，其享有的股权不丧失可转让性，但这种转让只是股东资格的转让。在这种情况下，股权转让合同是否有效，取决于出让人是否对受让人构成欺诈。出让人未告知受让人注册资本未到位的真实情况，受让人对此也不明知或应知，受让人可以以欺诈为由主张合同无效或撤销合同。

(2) 股权转让后股东人数不符合公司设立时对股东人数规定的股权转让合同的效力

《公司法》第二十条第一款对有限责任公司的股东人数作了规定仅对经过股权转让后，公司的股东人数足否也应符合其规定未作明确，有限责任公司经过股权转让后，公司股东仅剩一人或超过五十人，该股权转让合同的效力问题，司法实践中有不同看法。我们认为，《公司法》第二十条第一款是对设立时公司股东的规定，而不是对存续公司股东人数的规定，且公司在营运过程中因股权转让而导致股东人数变化后，可以变更公司类型，如股东人数仅剩一人时可变更为独资企业，股东人数超过五十人时可变更为股份有限公司。世界上原先不承认一人公司的主要国家如德国、日本和法国在修改公司法时承认一人公司，欧共体公司法 1989 年第 12 号‘指令亦承认一人公司。因此，从公司立法的发展趋势看，对股权转让合同不宜因股权转让后股东人数不符合公司法规定的公司设立时对股东人数的规定而确认无效。

(3) 公司股东违反公司法的禁止性规定或限制性规定而与他人签订的股权转让合同的效力

根据《公司法》第三十五条、第一百四十三条、第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条的规定，股权转让以自由为原则，以禁止或限制转让为例外。公司章程是股东根据《公司法》的规定制定，并以法定形式予以公布的，不仅对制定章程的当事人有拘束力，对于以后参加公司的人也有拘束力。股权转让自由作为一项原则，是各国公司法的通行做法，但公司章程作为股东意志的体现，并不妨碍其对股权转让所作的限制。因此，公司章程在不与公司法抵触的情况下，若其限制或禁止股权转让，应视为股东对股权转让生效要件作了特别约定，股权转让合同应遵循章程的规定，否则其效力不应被确认。

(4) 未办现有有关股东变更登记手续的股权转让合同的效力
办理股东变更登记手续是股权转让实际履行的标志，而不是股权转让合同成立或生效的法定要件。股权转让合同不是我国《合同法》第44条第2款所说的法律、行政法规规定的应当办理登记手续后生效的合同。因此，股权转让合同不应以未办理有关股东变更登记手续为由而否认其效力。

10、受让人已支付股权受让款，但未办理股权转让手续，能否认定该股权转让已经生效？

股款的支付是履行股权转让协议重要的行为，但却只是受让方单方的履行行为，并不当然意味着转让方也履行了相应的交付行为。反之，如果转让方已通过过户登记形式将股权交付给受让方，即使受让方未支付股款，也不会改变股权已经转让的事实。因此，已经支付股权转让款但未办理股权转让手续的，

股权转让行为只在转让人与受让人之间发生法律效力，而不产生对抗第三人的效力。

11、受让方未办理或正在办理股权变更手续，但已参与公司管理或行使股东权利的，是否构成股权的实际转让？

只有股东才享有股权，才可能参与公司管理事务和行使股权。然而，实践中，公司在根本未办理或正在办理股权变更手续的情况下，受让方就已实际参与公司管理和行使股东权利，包括在股东决议上签字或分配公司盈利，有的甚至担任了公司的董事长或总经理。此种情况显然属于股权转让协议的实际履行和股权交付中的权能移转，但却不是实际履行行为和交付行为的全部。而股权转让更重要的是权属的变更，因此，参与管理和行使股权并不构成股权的实际转让。

12、职工持股会成员在离开公司后，其所持公司股份或出资应由公司还是职工持股会购回？

职工持股会是国有企业改制过程中建立起来的专门从事企业内部职工持股资金管理、认购公司股份、维护出资职工合法权益的组织。根据国家工商行政管理局《关于国有企业改革中登记管理若干问题的实施意见》、《公司登记管理若干问题的规定》及《浙江省国有企业内部职工持股试行办法》等文件的规定，职工持股会已经办理社团法人登记的，可以代表全体或部分职工作为公司的投资主体行使股东或发起人的职能。在工商登记文件中，作为公司股东登记的是职工持股会，而不是职工，参加了职工持股会的职工，不作为公司股东登记，而是职工持股会的成员。因此，职工持股会成员离开公司后，其所持公司

股份或出资应根据持股会章程办理。

13、未按公司法的有关规定通知股东参加股东(大)会，而股东(大)会按公司法规定的资本多数决或人数多数决原则通过的决议，其效力如何？

股东(大)会的决议是根据“资本多数决”或“人数多数决”原则作出的，是少数股份服从多数股份的制度，因此决议内容和程序必须合法、公正。如果决议内容和程序有瑕疵，其效力就会受影响。股东(大)会由非召集权人召集，未通知部分股东，或通知时间、通知方法不合法，或通知内容不齐全，属召集程序的瑕疵，也称形式上的瑕疵或程序上的瑕疵。根据国外的立法例，程序违法之诉属于撤销之。《公司法》第四十二条、第四十三条、第一百零五条对股东(大)会的召集程序作了具体的规定，召集人应在《公司法》第四十四条、第一百零五条规定的时间内通知股东出席股东(大)会。如未履行通知义务，则股东(大)会通过的决议在程序上违反公司法的规定，侵犯了股东的合法权益。股东可向人民法院提起要求撤销股东(大)会决议之诉。

14、董事会、股东(大)会决议授权董事、经理以公司资产为本公司股东担保的效力如何认定？

《公司法》及相关法律、行政法规对董事会对外提供担保的问题上无授权性的规定，但对公司董事以公司资产为本公司股东债务提供担保作了禁止性规定。因此，在公司章程或股东(大)会无授权时，董事会也必然因法律对各个董事的禁止性规定而无权作出以公司财产为股东提供担保的决定。对于股东(大)

会,《公司法》第六十条第三款未有涉及,因此,如果担保经过了股东(大)会的同意,则不属于法律禁止的担保,担保合同应为有效,但股东(大)会表决时,被担保的股东应当回避,不得投票。

15、公司拒绝或者怠于通过诉讼程序追究公司管理层成员或第三人对公司所负的义务或者责任时,股东能否依据法定程序为了公司利益以自己的名义提起诉讼?

《公司法》第六十三条规定,董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损害的,应当承担赔偿责任。在这里,赔偿请求权的主体是公司,而公司的控制权由董事、监事、经理们把持,其不可能以公司的名义对自己提起诉讼。在这种情况下,公司股东是否有权为公司的利益以自己的名义提起诉讼,这就是所谓的“股东代表诉讼”,或称“派生诉讼”、“衍生诉讼”、“传来诉讼”和“代位诉讼”。在股东代表诉讼中,作为原告的股东应举证证明公司怠于通过诉讼保护公司的合法权益,才可以自己的名义提起诉讼。由于我国的股东代表诉讼刚起步,对提起代表诉讼股东的资格限制不宜过分严格,一般认为持有公司普通股的股东均有权提起诉讼。公司应参加诉讼,因为作为原告的股东胜诉后,其所得利益归公司所有,因此,公司宜以第三人的身份参加诉讼。

16、公司陷入僵局时,其司法救济手段是什么?

公司在营运过程中,因股东间或公司管理人员之间的利益冲突和矛盾时,经常会出现公司运行的障碍,严重者甚至使公

司的运行机制完全失灵，股东(大)会、董事会包括监事会等权力机构和管理机构无法对公司的任何事项作出任何决议，公司的一切事务处于瘫痪，公司的运行陷于僵局。一旦公司陷入僵局时，无论对公司的利益还是对股东的利益都构成了损害，故有救济的必要。但是，在审理股东提起的解散公司之诉时，因公司解散将会涉及公司清算、职工再就业等社会问题，故裁判解散公司必须慎重，必须对公司的设立目的能否实现、公司运行障碍能否消除及公司的社会责任能否承担等因素综合考虑后方能决定裁判解散公司与否。

17、吊销公司营业执照是吊销公司的营业资格还是吊销公司的法人人格？

吊销营业执照是公司登记管理中十分重要的行政处罚措施，吊销公司营业执照的法律后果如何，其取消的究竟是企业的营业资格，还是连同其法人人格一并取消？就立法、执法和司法的本意而言，吊销营业执照的目的在于停止企业的营业，不允许其继续新的经营活动，而不是禁止：企业进行清算活动，而要进行清算，企业的法人人格就是必要的主体条件。因此，吊销营业执照的后果应是取消企业的营业资格，而不应同时将其法人人格一并取消，法人人格的取消应以公司清算完结并办理注销登记为条件。

18、对于未经清算而已经被注销的公司，其债务应如何处理？

公司终止并不意味着公司清算义务和责任的完全解除。债权人可以公司股东为被告提起诉讼，而提起诉讼的根据则在于

公司股东所应承担的清算义务。在审判实践中，对未经清算而被注销的公司的债务承担，既要考虑股东的有限责任和公司的法人人格独立，又要考虑因股东未履行清算责任使公司财产流失而对债权人所负的过错赔偿责任。

19、在哪些情况下可以否认公司的法人人格？

公司的独立人格是公司从事民事活动的基本前提，而公司的法人人格否认实际上是对已经丧失独立人格特征的法人状态的揭示和确认。当公司独立人格的存在与公司人格赋予的初衷相抵触时，法的正义价值的最终目标必然要求将实际已经丧失独立存在价值的公司的法人人格予以否认。迄今为止，公司的法人人格否认已经成为大陆法系和英美法系许多国家所共同认可的一项法律原则。我国最高法院在法复【1994】4号《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》第一条第（3）项中亦承认法人人格否定原则，即企业开办的其他企业虽然领取了企业法人营业执照，但实际没有投入自有资金，或者投入的自有资金达不到法定数额，或者不具备企业法人其他条件的，应当认定其不具备法人资格，其民事责任由开办该企业的企业法人承担。鉴于公司的法人人格否认原则在具有防止滥用法人人格独立的行为时（如出资不足、空壳经营、滥设法人、抽逃资金、实际控制、业务混同），若滥用法人人格否定制度，将动摇公司的法人人格独立和有限责任的根基。故在审判实践中，不宜轻易否认公司的法人人格，其应限制在以下情形：

（1）公司资本显著不足的场合。如公司资本未达到《公司

法》第二十三条、第七十八条的规定，则可否认公司的法人人格。

(2) 财产混同、业务混同造成人格混同的场合。如公司财产被用于个人支出而未作适当记录，导致公司的财产被股东侵占；又如，公司业务以股东名义进行，交易对方难以分清与公司还是与股东进行交易。

(3) 利用公司规避法律义务的场合。如利用新设公司或现有公司的法人人格，人为地改变强制性法律规范的适用前提，使法律规范目的落空。

上海市高级人民法院

关于恋爱期间购房处理等婚姻家庭案件 若干争议问题指导意见

一、恋爱期间购房的处理

恋爱期间以结婚为目的购房，一方支付全部首付款，房屋产权登记在另一方名下，并以另一方名义办理贷款。后双方未结婚即分手，如何分割该房屋？

倾向意见认为，根据案件查明事实，可以确认尽管产权登记在一方名下，但恋爱双方有以结婚为目的共同购房的意思表示的，宜认定为共同财产，并根据双方的贡献大小对房产进行分割。

二、夫妻共同财产分割

夫妻共同财产涉及有限责任公司股权，一方要求分割股权或相应的股权折价款，另一方既不同意分割股权，也不同意就股权价值进行协商。若由于该公司经营不规范，法院委托的相关机构无法对公司价值进行评估，如何处理？

倾向意见认为，根据《公司法》及《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》的相关规定，有限责任公司股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股

东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

因此，对离婚纠纷中涉及分割以一方名义拥有的有限责任公司股权，另一方不是该公司股东的，若双方同意以股权折价款进行分割，并可以通过协商或评估确认股权价值的，法院可据此判决非股东一方取得相应股权折价款；若双方不能就股权价值达成一致，也不能通过评估审计确定的，人民法院应首先就非股东一方经股权分割后能取得的份额情况征求公司其他股东意见，对股东的不同意见按照《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条规定处理；若经书面通知，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，亦视为同意转让，法院可就股权份额进行分割处理。

三、离婚后，一方变卖尚未分割的夫妻共同财产，并用所得款项购房，另一方能否要求分割该房屋？其权利如何保护？

倾向意见认为，应当就原有夫妻共同财产价值进行主张，但不能要求分割该房屋。对于原有财产的价值，可根据不知情一方的主张，以财产出卖时、提起诉讼时等时间点予以确定。

四、婚后购房涉父母出资钱款的性质认定及处理原则

父母出资协助子女婚后购房，有较明确的资金来往记录，在子女离婚后，父母起诉主张子女及其离异配偶共同归还款项。父母持有的借条上只有自己子女一人签名。父母主张为子女购房提供的出资是借款，子女的离异配偶则主张该款项是父母的赠与，借条系事后单方补写。对此，应认定为借贷关系，还是

赠与关系？由于借条上只有子女一方的签名，应认定为夫妻共同债务，还是个人债务？

倾向意见认为，是借贷关系还是赠与关系，应根据双方提供的证据及查明的案件事实来确定。在处理结果上，若确系父母赠与出资购房，离婚纠纷中分割房屋时可考虑一方父母出资事实，在份额上可适当多分；若认定为借贷关系，且是夫妻共同债务的，则在房屋份额分割时应考虑夫妻均等享有产权份额。

五、婚姻效力认定问题

《婚姻法》第十条第（一）项规定：“重婚的”，婚姻关系无效。如果重婚的情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，是否还要宣告婚姻无效？

一种观点认为，重婚是一种严重的违法行为，该行为应当自始不具有法律效力，因此，在结婚时存在重婚情形的，该婚姻即为无效婚姻；另一种观点认为，当事人重婚的情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，其宣告无效的基础已经不复存在，故应不予宣告婚姻无效。

倾向意见认为，最高院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条规定，当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失，人民法院不予支持，该条规定并未排除重婚情形，故如果重婚情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，法院对该申请不予支持。

山东高院民一庭关于 夫妻债务纠纷案件审判观点综述

为积极贯彻《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，进一步完善夫妻共同债务认定标准，合理分配举证证明责任，平衡保护各方当事人合法权益，妥善化解夫妻债务矛盾纠纷，防止因适用法律错误造成负面影响。山东高院民一庭召开由部分中院民事审判业务骨干参加的民事审判疑难问题座谈会，就贯彻实施《婚姻法》及其相关司法解释规定，明确夫妻债务认定的审理原则和裁判思路进行了研讨。现将会议形成的主要观点综述如下：

1. 夫妻债务认定的主要原则

观点：根据《婚姻法》第 41 条及相关司法解释规定，认定夫妻债务应以是否“为夫妻共同生活”所负作为判断的基本标准，具体情形如下：（1）夫妻有无共同举债的合意。如果夫妻有共同举债合意，则不必举证证明举债的实际用途是否为夫妻共同生活，该债务应认定为共同债务；（2）是否属于为“家庭日常生活”所负。如认定属于家事代理权范围内所负债务，可直接认定为夫妻共同债务；（3）夫妻是否分享了债务所带来的利益。尽管夫妻事先或事后均没有共同举债的合意，但该债务的发生，系用于共同生活或者共同生产经营，夫妻双方共同分

享了该债务所带来的利益，应认定为夫妻共同债务。

2. 夫妻债务认定应注意内外关系

观点：夫妻债务案件主要分为离婚诉讼中的夫妻债务认定和债权人起诉夫妻双方或一方夫妻债务认定的纠纷，对于两种类型的纠纷，应坚持内外有别和内外结合的原则。（1）内外有别。一是对于夫妻双方离婚案件中共同债务的认定，根据谁主张谁举证的原则，由主张债务的举债方承担所负债务系“为夫妻共同生活”的举证责任。二是对于债权人与夫妻之间的诉讼，由债权人举证证明该债务属于“为夫妻共同生活”所负。同时夫妻或其中一方亦可举证证明所负债务并非“为夫妻共同生活”所负。（2）内外结合。对于夫妻共同债务的认定，应根据《婚姻法》第41条及相关司法解释规定，进行综合认定。对在债权人起诉的案件中认定为夫妻一方债务但在离婚案件中认定为共同债务的，以及夫妻离婚案件中认定为个人债务而债权人举证证明属于夫妻共同债务的，应分析举证责任并阐明认定理由，妥善处理夫妻债务认定的“二元化”问题。

3. 家庭日常生活的范围

观点：《婚姻法解释（一）》第17条规定：“因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。”在日常家事范围内，夫妻双方基于特殊的身份关系对外形成相互代理权，无论夫妻任何一方以个人或双方名义处分共同财产，另一方不得以该处分行为未经其同意为由而主张无效。对于家庭日常生活的范围应结合当地生活水平、当事人家庭收入支出状况等情况，根据借款金额大小、是否必要、用途性质等因素进行认

定。明显有违共同生活意图的行为，如有违善良风俗、擅自资助与其没有法定抚养义务的人所负担的债务、赌博吸毒等非法债务，不能认定属于家庭日常生活范围。

4. 夫妻单方举债行为属于举债合意的认定

观点：债权人理由相信举债方存在为共同财产投资或为夫妻共同生活举债的表象，并且举证证明举债方传递的信息足以推定为夫妻共同意思表示的，应认定一方举债的意思表示归属于夫妻双方。

5. 用于共同生产经营的认定

观点：对于超出家事日常生活需要所负债务，债权人能够证明该债务直接用于夫妻共同生产经营的，应认定为夫妻共同债务。但要注意区分举债用于生产经营、经营性借贷所负债务、生产经营中产生的其他债务等债务的形成及用途的区别，合理设定当事人的举证证明义务，强化涉及家事审判案件事实的职权探知，防止出现当事人之间严重利益失衡的情形。

对于债权人能够举证证明夫妻一方在生产经营中的收益用于夫妻共同生活，基于该生产经营所负债务，可以认定为夫妻共同债务。但以下情形除外，（1）夫妻一方系有限责任公司股东，将所借债务系用于公司经营，在夫妻财产与该公司并不混同的情形下，借款及所得收益不能认定为夫妻共同财产的，该债务不应认定为夫妻共同债务；（2）夫妻一方为第三人提供保证形成的担保之债，如果配偶对该担保行为并未同意，该担保债务及盈利，亦非用于夫妻共同生活或共同生产经营的；（3）夫妻一方管理或委托他人管理其个人财产产生的债务；（4）其

他不属于共同生产经营的情形。

6. 未举债一方在执行程序中的救济

观点：夫妻共同债务一般通过诉讼程序认定，债权人起诉时未将未举债夫妻一方列为被告主张共同债务的，执行程序中将该笔债务作为夫妻共同债务执行的，未举债一方提起执行异议之诉的，人民法院根据查明事实，依法认定未举债一方是否享有阻却强制执行的民事权益。

相关法律规定

一、《中华人民共和国婚姻法》

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方财产：

（一）一方的婚前财产；

（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；

（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻乙方的财产；

（四）一方专用的生活用品；

（五）其他应当归一方的财产。

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分归各自所有、部分共同所有。约定应当采取书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

二、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。

（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

第十八条 婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”，

夫妻一方对此负有举证责任。

三、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》

第二十三条 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

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

四、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》

夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

五、《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》

第一条 夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。

第二条 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。

第三条 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家

庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

六、《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（法发[1993]32号）

第 17 条 夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。

下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：

（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。

（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。

（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。

（4）其他应由个人承担的债务。

七、最高人民法院民一庭相关复函

1. 《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务如何认定的答复》（〔2014〕民一他字第 10 号）

在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉

的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法司法解释(二)》第二十四条规定认定，如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

2. 给福建高院《关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》((2015)民一他字第9号)

夫妻一方对外担保之债不应适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。

八、《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》(法〔2017〕48号)

1. 坚持法治和德治相结合原则。在处理夫妻债务案件时，除应当依照婚姻法等法律和司法解释的规定，保护夫妻双方和债权人的合法权益，还应当结合社会主义核心价值观，增强法律和司法解释适用的社会效果，以达到真正化解矛盾纠纷、维护婚姻家庭稳定、促进交易安全、推动经济社会和谐健康发展的目的。

2. 保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利。在审理以夫妻一方名义举债的案件中，原则上应当传唤夫妻双方本人和案件其他当事人本人到庭；需要证人出庭作证的，除法定事由外，应当通知证人出庭作证。在庭审中，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》的规定，要求有关当事人和证人签署保证书，以保证当事人陈述和证人证言的真实性。未具名举债一方不能提供证据，但能够提供证据线索的，人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证；对伪造、

隐藏、毁灭证据的要依法予以惩处。未经审判程序，不得要求未举债的夫妻一方承担民事责任。

3. 审查夫妻债务是否真实发生。债权人主张夫妻一方所负债务为夫妻共同债务的，应当结合案件的具体情况，按照《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》第十六条第二款、第十九条规定，结合当事人之间关系及其到庭情况、借贷金额、债权凭证、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，综合判断债务是否发生。防止违反法律和司法解释规定，仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

在当事人举证基础上，要注意依职权查明举债一方作出有悖常理的自认的真实性。对夫妻一方主动申请人民法院出具民事调解书的，应当结合案件基础事实重点审查调解协议是否损害夫妻另一方的合法权益。对人民调解协议司法确认案件，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》要求，注重审查基础法律关系的真实性。

4. 区分合法债务和非法债务，对非法债务不予保护。在案件审理中，对夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负的债务，不予法律保护；对债权人知道或者应当知道夫妻一方举债用于赌博、吸毒等违法犯罪活动而向其出借款项，不予法律保护；对夫妻一方以个人名义举债后用于个人违法犯罪活动，举债人就该债务主张按夫妻共同债务处理的，不予支持。

5. 把握不同阶段夫妻债务的认定标准。依照婚姻法第十七

条、第十八条、第十九条和第四十一条有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则以及有关婚姻法司法解释的规定，正确处理夫妻一方以个人名义对外所负债务问题。

6. 保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响。要树立生存权益高于债权的理念。对夫妻共同债务的执行涉及到夫妻双方的工资、住房等财产权益，甚至可能损害其基本生存权益的，应当保留夫妻双方及其所扶养家属的生活必需费用。执行夫妻名下住房时，应保障生活所必需的居住房屋，一般不得拍卖、变卖或抵债被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋。

7. 制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼。对实施虚假诉讼的当事人、委托诉讼代理人 and 证人等，要加强罚款、拘留等对妨碍民事诉讼的强制措施的适用。对实施虚假诉讼的委托诉讼代理人，除依法制裁外，还应向司法行政部门、律师协会或者行业协会发出司法建议。对涉嫌虚假诉讼等犯罪的，应依法将犯罪的线索、材料移送侦查机关。

**江苏省高级人民法院
审判委员会会议纪要
(2018) 3 号
江苏省高级人民法院
关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题
的解答**

2018年6月12日，江苏省高级人民法院召开第6次审判委员会，对建设工程施工合同纠纷案件审理中的若干问题进行了专题讨论。近年来，随着建筑业改革不断推进，新型建设工程合同纠纷不断涌现，建设工程施工合同纠纷案件审理中遇到许多疑难复杂问题。为公正、规范地审理建设工程施工合同纠纷案件，依法维护健康有序的建筑市场环境，根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《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若干问题的解释》（简称《建设工程司法解释》）等相关法律、行政法规、司法解释规定，结合我省实际情况，制定本解答：

一、建设工程合同案件的管辖

1、建设工程合同案件专属管辖如何理解？

《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 28 条规定建设工程施工合同纠纷按照不动产专属管辖确定受诉法院，即建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。“建设工程施工合同纠纷”还包括建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

尚未开工建设的建设工程施工合同纠纷，以及达成结算协议的建设工程施工合同纠纷，均适用专属管辖。

工程款债权转让的，债务人与受让人因债务履行发生纠纷的，由于该债权源于建设工程施工合同，按建设工程施工合同纠纷适用专属管辖。

二、建设工程施工合同效力

2、商品房未经招投标程序签订的建设工程施工合同效力如何认定？

当事人以商品房未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《招标投标法》第 3 条规定的必须招标的项目外，不予支持。

（备注：《招标投标法》第 3 条：在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。

国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 1 日施行的《必须招标的工程项目规定》第二条：全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：（一）使用预算资金 200 万元人民币以上，并且该资金占投资额 10% 以上的项目；（二）使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。第三条：使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：（一）使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；（二）使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。第四条：不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订，报国务院批准。

国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 6 日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》第二条：不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目，必须招标的具体范围包括：（一）煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目；（二）铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和 A1 级通用机场等交通运输基础设施项目；（三）电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目；（四）防洪、灌溉、排涝、引（供）水等水利基础设施项目；（五）城市轨道交通等

城建项目。)

3、未取得建设工程规划许可证、施工许可证所签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经规划部门认可的，可以认定有效。

发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

三、工程价款结算

4、建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，发包人或承包人请求参照合同约定支付工程价款的，如何处理？

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，发包人和承包人均可以请求参照合同约定支付工程价款。

(备注：最高人民法院 2011 年 6 月 29 日给我院的关于常州长兴集团房地产开发有限公司与南通新华建筑集团公司建设工程施工合同纠纷请示一案的答复指出：《建设工程司法解释》第 2 条确立了建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格时的折价补偿原则，即参照合同约定支付工程价款。该条的本意并不是赋予承包人选择参照合同约定或工程定额标准进行结算的权利。根据该条规定精神，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，发包人也可以请求参照合同约定支付工程价款。)

5、建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，

合同约定的哪些条款可以参照适用？

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，当事人主张工程价款或确定合同无效的损失时请求将合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。

6、出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，如何处理？

出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，根据《建设工程司法解释》第4条的规定，不予支持。

7、《建设工程司法解释》第21条黑白合同的规则，审判实践中如何适用？

强制招投标的建设工程，经过招投标的，当事人在招投标之后另行签订的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，备案的中标合同有效，另行签订的合同无效，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。

强制招投标的建设工程，当事人在招投标之前进行了实质性协商签订了建设工程施工合同，后经过招投标另行签订了一份实质性内容不一致的建设工程施工合同并进行备案的，前后合同均无效，参照双方当事人实际履行的合同结算工程价款。

非强制招投标的建设工程，经过招投标或备案的，当事人在招投标或备案之外另行签订的建设工程施工合同与经过备案的合同实质性内容不一致的，以双方当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

合同履行完毕后当事人达成的结算协议具有独立性，施工

合同是否有效不影响结算协议的效力。

8、固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，发包人同意并主张参照合同约定支付的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下计算出已完工程部分的价款占整个合同约定工程的总价款的比例，确定发包人应付的工程款。但建设工程仅完成一小部分，如果合同不能履行的原因归责于发包人，因不平衡报价导致按照当事人合同约定的固定价结算将对承包人利益明显失衡的，可以参照定额标准和市场报价情况据实结算。

9、《建设工程司法解释》第20条规定的按照竣工结算文件结算工程价款，审判实践中如何适用？

建设工程施工合同专用条款中明确约定发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，应予支持。建设工程施工合同专用条款中未明确约定，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，不予支持。

建设工程施工合同专用条款有此明确约定，发包人有证据证明在合同约定的期限内提出异议的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，不予支持。

建设工程施工合同无效的，不影响该条款约定的效力。

10、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依

据的如何处理？

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按照约定处理。但行政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或者无正当理由长期未出具审计结论，当事人申请进行司法鉴定的，可以准许。

11、欠付工程款利息标准如何确定？

当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但不得超过年利率 24%。

没有约定的，参照《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 24 条第 4 款的规定，可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

12、发包人与承包人在工程款已届清偿期，约定以房屋折抵工程价款的，对该抵债协议的效力如何认定？

发包人与承包人在工程款已届清偿期，约定以房屋折抵工程价款的，一方要求确认以房抵债协议无效或者变更、撤销，经审查抵债协议系当事人真实意思表示，且不存在《合同法》第 52 条、第 54 条规定情形的，对其主张不予支持。

13、发包人能否以承包人未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由？

发包人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，不予支持，当事人另有明确约定的除外。

四、建设工程价款优先受偿权

14、建设工程价款优先受偿权起算如何确定？

建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，具体起算按照以下方式确定：

(1) 工程已竣工且工程结算款已届期的，自建设工程竣工之日或者建设工程施工合同约定的竣工之日起算；

(2) 建设工程施工合同解除、终止履行的，自合同实际解除、终止之日起算；

(3) 工程已竣工验收合格，但合同约定除质保金以外的工程款付款期限尚未届满的，自合同约定的工程款付款期限届满之日起算。

15、建设工程施工合同无效，承包人是否享有建设工程价款优先受偿权？

建设工程价款优先受偿权不受建设工程施工合同效力的影响。建设工程施工合同无效，承包人仍然享有建设工程价款优先受偿权。

16、实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

实际施工人在总承包人或者转包人不主张或者怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张优先受偿权。

17、工程款利息是否属于建设工程价款优先受偿权的范围？

承包人主张将工程款利息纳入建设工程价款优先受偿权范围的，不予支持。

18、承包人行使建设工程价款优先受偿权的方式如何认定？

承包人通过提起诉讼或申请仲裁的方式，主张建设工程价款优先受偿权的，属于行使建设工程价款优先受偿权的有效方式。

承包人通过发函形式主张建设工程价款优先受偿权的，不认可其行使的效力。

19、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力如何认定？

法律并未禁止承包人放弃建设工程价款优先受偿权。承包人自愿放弃建设工程价款优先受偿权的，只涉及承包人自身利益的，该放弃行为有效。但该放弃行为损害实际施工人等第三人利益的，对该第三人不产生效力。

20、工程款债权转让的，建设工程价款优先受偿权是否一并转让？

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。受让人是否实际享有建设工程价款优先受偿权，仍应进行实体审查。

五、民事责任承担

21、发包人主张挂靠人与被挂靠人对工程质量承担连带责任的如何处理？

挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，发包人要求挂靠人与被挂靠人就工程质量承担连带责任的，应予支持。

22、实际施工人起诉发包人主张工程款的，发包人的责任如何认定？

实际施工人依据《建设工程司法解释》第 26 第 2 款的规定起诉发包人主张工程款的，发包人应举证证明已向总承包人支付的工程款数额。发包人未能举证已付工程款数额的，应当与承包人对工程欠款承担连带责任。

23、层层转包中，实际施工人要求所有转包人、违法分包人均承担责任的，如何处理？

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人要求转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，应予支持。前手转包人、违法分包人举证证明其已付清工程款的，可以相应免除其给付义务。发包人在欠付的工程款范围内承担连带责任。

24、合作开发房地产合同各方对承包人的责任如何承担？

合作开发房地产合同中的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，应根据合作开发协议等证据查明事实，依法作出裁判。

25、建设工程领域，项目部或项目经理以施工企业名义对外借款，出借人要求施工企业承担责任的如何处理？

建设工程领域，项目部或者项目经理不具有对外借款的职权，其以施工企业名义对外借款的，出借人要求施工企业承担还款责任的，原则上不予支持。出借人举证证明项目经理系获得施工企业授权，或具有款项进入施工企业账户、实际用于工程等形式，导致其有理由相信项目部或项目经理有代理权的，出借人要求施工企业承担还款责任的，可予支持。

六、其他

26、本解答自印发之日起施行。

本解答施行后受理的一审案件适用本解答的规定。

本院以前有关规定与本解答相抵触的，不再适用。

北京市高级人民法院审判委员会 〔2018〕第9次会议通过北京高院关于审理继 承纠纷案件若干疑难问题的解答

近年来，北京市法院受理的继承纠纷案件中出现了一些新情况、新问题。为妥善处理好此类纠纷，经北京市高级人民法院深入调研，并广泛征求意见，就相关疑难问题北京三级法院达成基本共识或主流意见。在此基础上，2018年6月11日，北京市高级人民法院审判委员会〔2018〕第9次会议通过《北京市高级人民法院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》。

一、继承主体

1. 以法定继承或遗嘱继承等单一继承类案由提起诉讼，审理中当事人提出包括法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议等在内的多个继承类请求，如何处理？

继承案件审理中，当事人分别提出法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议等分属不同案由的继承类请求，原则上人民法院应一并予以审理，案由列为继承纠纷。确因涉及当事人众多且不同种类继承请求一并审理不便于诉讼的，可释明当事人分别提起诉讼。

2. 遗产尚未从共有财产中析出如何处理？遗产中有案外人

权益时如何处理？

继承案件所涉遗产未从共有财产中析出，如共有财产的共有人均作为继承案件当事人参加诉讼，人民法院应释明当事人提出分家析产诉讼请求，在继承案件中一并审理，列为分家析产、继承并列案由。经释明后当事人不提出分家析产诉讼请求的，仍对全部共有财产提出继承请求的，人民法院应判决驳回诉讼请求。

确有证据表明继承案件所涉遗产与案外人存在权属争议的，应释明当事人另案先行处理该权属争议。

3. 有证据表明可能存在未参加诉讼的其他继承人存在，如何处理？是否应由法院依职权查明？

在继承案件中有初步证据表明可能有其他未参加诉讼的继承人存在，人民法院在实体审判中应依职权进行调查核实。依已有证据及依职权调查核实的证据均无法确证该自然人的存在及继承人身份的，人民法院不予追加。

二、遗产范围与分割

4. 死亡赔偿金、丧葬补助费、死亡抚恤金能否在继承案件中一并处理？

继承案件中，如有权获得死亡赔偿金、丧葬补助费、死亡抚恤金等财产的近亲属均作为当事人参加案件审理，并提出死亡赔偿金、丧葬补助费、死亡抚恤金等财产的分割请求，人民法院可以在继承案件中一并处理上述财产的分割。

5. 公房承租权能否作为遗产继承？

当事人请求继承被继承人生前的公房承租权，人民法院应

告知当事人向公房所有权所在的行政机关或单位申请办理公房承租人变更手续，当事人坚持继承请求的，人民法院裁定驳回起诉。

6. 被继承人购买公房时根据工龄政策福利，使用已死亡配偶工龄折抵房款的，所获工龄政策福利能否折算后作为遗产分割？

按成本价或标准价购买公房时，依国家有关政策折算已死亡配偶一方工龄而获得政策性福利的，该政策性福利所对应财产价值的个人部分应作为已死亡配偶的遗产予以继承。

该政策性福利所对应的财产价值计算参考公式：（已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分÷购买公房时房屋市值）×房屋现值。

7. 农村宅基地上房屋能否适用遗赠？

遗赠人生前将宅基地上房屋遗赠本集体经济组织以外的人，受遗赠人在遗赠人死后主张因遗赠取得宅基地上房屋所有权的，人民法院不予支持。

8. 农户家庭中父母与部分子女共为一户，该子女未另行分家并新分宅基地。父母死亡时，已另行分家的子女能否主张对相应宅基地上房屋进行继承？

农户家庭中部分子女与父母分家另过；部分子女与父母共为一户且未新分宅基地。父母死亡时，已分家另过的子女主张对相应宅基地上房屋进行继承的，人民法院不予支持。人民法院应释明当事人可对相应宅基地上房屋折算价值主张继承。

上述分家另过子女仍为农村集体经济组织成员身份且未取

得宅基地的，主张相应宅基地上房屋权利的，应予支持。

9. 被继承人死亡后所遗宅基地房屋被翻扩建，如何处理？

被继承人死亡后，未经继承人同意，擅自对被继承人生前所有的宅基地上房屋进行翻扩建的，不影响已确定的该宅基地上房屋遗产份额划分。

继承人有权要求上述擅自改扩建人承担回复原状、赔偿损失等责任，但实际居住管理房屋的继承人出于居住使用、维护管理目的对房屋进行翻扩建的除外。

10. 在被继承人生前对宅基地房屋翻扩建存在贡献的人，主张宅基地房屋权利的，如何处理？

对被继承人生前宅基地上房屋翻扩建确存在贡献的人，据此主张享有宅基地上房屋共有权或增加相应继承份额的，人民法院不予支持。对于其据此主张的相应补偿请求，人民法院应根据相应证据，尊重风俗习惯，从公平角度出发，在判断法律关系性质属于赠予、亲属间无偿帮扶亦或债务的基础上，确定是否支持。

11. 作为遗产的城市住宅平房未经审批翻建、改建、扩建，没有取得新的产权证或者经明确无法办理新产权证，继承人要求继承该房屋，如何处理？

作为遗产的城市住宅平房未经审批翻建、改建、扩建，没有取得新的产权证或者经明确无法办理新产权证的，继承人要求继承该房屋及分割使用的，人民法院应予支持。但人民法院应在判决中明确，该判决不作为拆迁补偿依据；并明确对于该房屋是否属于违章建筑、能否取得房产证、应由相关行政主管

部门依相关规定确定。

12. 被继承人死亡时尚未实现的股票期权等期待性权利，能否作为遗产请求继承？

被继承人死亡时行使权利条件未成就的股票期权等期待性权利，应待条件成就时主张遗产分割；该期待性权利的实现附有相应义务的，被继承人在继承权利时应一并承担相应义务。

13. 离婚时尚未处理的一方遗产，另一方能否主张权利？

离婚时一方在婚姻关系存续期间取得但尚未实际处理的遗产，配偶方请求确认并分割该遗产中的权利，人民法院不予支持，配偶方可待遗产实际处理后另行主张。

配偶方以侵害夫妻共同财产权利为由请求确认另一方放弃遗产继承的行为无效、或请求损害赔偿的，人民法院不予支持。

14. 继承纠纷中请求对城市成套住宅、住宅平房进行所有权分割的，如何处理？

继承纠纷中数个继承人请求将登记为成套住宅的遗产分割为数个不动产物权进行继承的，人民法院不予支持。

继承纠纷请求将登记为住宅平房的遗产分割为数个不动产物权进行继承的，应先征询相关行政主管部门意见，对是否具备物理分割、单独办理不动产权证的条件进行明确。避免出现与相关政策冲突难以执行情况。

上述不能分割为数个不动产物权进行继承的，人民法院应释明当事人变更诉讼请求为对不动产物权继承份额进行确定，并可请求进行实际使用分割。

三、法定继承、遗嘱继承与遗赠

15. 如何认定继父母子女间具备法定继承人身份？

继父母子女间是否具有法定继承人资格，以是否存在扶养关系为判断标准。人民法院在判断是否存在扶养关系时，应依扶养时间的长期性、经济与精神扶养的客观存在、家庭身份的融合性等因素综合进行判断，必要时应依职权进行调查。

16. 继承开始前放弃继承期待权的承诺是否有效？

继承纠纷中，当事人以继承人在继承开始前已明确表示放弃继承期待权为由，请求确认继承权丧失的，人民法院不予支持；但该放弃表示系在分家析产等合意行为中作出，涉及继承权之外其他权利义务安排，继续享有继承权有违相关习俗并导致显失公平的，人民法院对作出放弃表示方请求继承遗产的请求不予支持。

17. 遗嘱的形式要件认定规则？

未严格按照法律规定的形式要件作出的遗嘱，人民法院应认定无效。

签署日期不全的自书遗嘱应为无效。以遗书形式处分遗产的，如该遗书具备法律规定的自书遗嘱形式要件的，应认定有效。

18. 打印遗嘱的性质与效力？

继承案件中当事人以打印遗嘱系被继承人自己制作为由请求确认打印遗嘱为有效自书遗嘱的，人民法院不予支持。但确有达到排除合理怀疑程度的证据表明打印遗嘱由被继承人全程制作完成，并具备自书遗嘱形式要件的，可认定为有效自书遗

嘱。

打印遗嘱由被继承人以外的人制作的，应符合法律规定的代书遗嘱形式要件。

19. 共同遗嘱能否认定有效？在世一方能否单方撤销、变更共同遗嘱？

以夫妻双方名义共同订立的处理夫妻共同财产的遗嘱，符合遗嘱形式要件的应为有效。当事人仅以遗嘱内容为一方书写，不符合代书遗嘱相关形式要件为由请求认定遗嘱无效的，人民法院不予支持。

夫妻一方先死亡的，在世一方有权撤销、变更遗嘱中涉及其财产部分的内容；但该共同遗嘱中存在不可分割的共同意思表示，上述撤销、变更遗嘱行为违背该共同意思表示的除外。

20. 遗嘱所涉特定财产在继承开始前非因被继承人原因发生形态变化的，所涉部分之遗嘱能否被认为撤销？

遗嘱中所涉特定财产在继承开始前非因被继承人原因发生形态变化的，如损害赔偿等，被继承人未对形态变化后的财产安排再次作出遗嘱意思表示的，视为原遗嘱已撤销；但有证据表明被继承人客观上无法再次作出遗嘱意思表示的除外。

21. 公证被撤销的公证遗嘱效力如何认定？

公证遗嘱因公证程序本身存在瑕疵等原因导致公证被撤销的，公证遗嘱丧失法律效力。但对于公证处在制作公证遗嘱过程中留存保管的当事人自行制作的自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱等，应结合《继承法》及司法解释的相关规定对遗嘱效力作出认定。

22. 最后一份遗嘱被撤销时在先遗嘱效力？

被继承人立有数份内容抵触的有效遗嘱，最后一份遗嘱被撤销的，在先的前一份遗嘱发生效力，但当事人对是否恢复在先遗嘱效力以及恢复哪一份遗嘱效力另有表示的除外。

被继承人立有数份内容抵触的有效遗嘱，最后一份遗嘱被认定无效时，在先的前一份遗嘱发生效力。

23. 遗嘱真实性举证证明责任承担的原则，鉴定不能情况下举证证明责任如何分配？

继承纠纷中，原则上应由持有遗嘱并主张遗嘱真实一方承担遗嘱真实性举证证明责任。

在因无法提供足够的鉴定对比样本而导致遗嘱笔迹鉴定不能情况下，如有证据证明一方当事人持有鉴定对比样本而拒不提供的，人民法院可根据案情确定由该方承担不利后果。

24. 继承人具有继承法第七条外严重损害被继承人、其他被继承人权益情形时，如何承担责任？

继承人以争夺遗产为目的严重损害被继承人、其他继承人权益，未构成《继承法》第七条规定情形的，人民法院可酌情减少其应继承的遗产。

四、被继承人债务履行及其他

25. 继承人均明确表示放弃继承权，债权人能否起诉继承人要求履行被继承人生前所负债务？

继承人均明确表示放弃继承权，但存在继承人实际占有、使用、收益、处分遗产情形的。债权人起诉实际占有、使用、收益、处分遗产的继承人，请求配合履行被继承人生前债务的，

法院可根据案件情况予以支持。

26. 是否所有继承人都应当参加被继承人债务履行案件诉讼程序？主文如何表述？

被继承人债务履行案件中，债权人仅起诉部分继承人的，人民法院应释明债权人追加其他继承人作为被告参加诉讼；经释明债权人不追加其他继承人的，人民法院应在告知其可能丧失相应债权请求权后，依职权通知其他继承人以第三人身份参加诉讼，以便一并查明继承遗产情况。

被继承人债务履行案件中，如人民法院判决继承人承担履行债务责任，判决主文应表述为“法定继承人 x x、x x x 在遗产继承范围内连带清偿……；不足部分由遗嘱继承人（受遗赠人）某某承担 x 分之 x、遗嘱继承人（受遗赠人）某某某承担 x 分之 x ……”。

27. 受赠人能否要求继承人继续履行被继承人生前签订的赠与合同？继承人是否享有撤销赠与的权利？

被继承人生前签订赠与合同约定将财产赠与受赠人，死亡时尚未履行的，受赠人有权请求继承人履行赠与合同；继承人有权按照《中华人民共和国合同法》第一百八十六条撤销该赠与合同。

28. 特定财产继承权归属判决主文如何表述？

继承纠纷中，人民法院在判决中对特定财产继承权归属应表述为：x（财产）由 x x x 继承；不应表述为：x（财产）为 x x x 所有。

最高院、北京高院明确民法总则与民法通则诉讼时效衔接适用规则

最高法民一庭：民法总则与民法通则有关诉讼时效的规定适用规则解答（来源：《民事审判指导与参考》2017年第4辑（总第72辑））

问：民法总则实施前，已逾民法通则规定的2年诉讼时效期间但未满3年，权利人起诉应否予以保护？

答：民法总则在民法通则和最高人民法院司法解释基础上，对诉讼时效制度作出重大调整与重构，其中最重要的变化是将民法通则第一百三十五条规定的“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年”调整为“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年”。有观点认为，民事主体权利受到损害事实发生在民法总则实施前，虽权利人提起诉讼已超过民法通则规定的2年诉讼时效期间，但由于2017年10月1日未满3年，根据民法总则规定，应受3年诉讼时效期间调整，权利人起诉应予保护。

我们认为，首先，诉讼时效是指权利人在一定期间不行使权利，在该期间届满后，发生义务人可以拒绝履行其给付义务效果的法律制度，其目的在于促使权利人行使权利、稳定法律秩序和维护交易安全。其次，民法总则与民法通则分别规定3

年与 2 年的普通诉讼时效期间，属于相同事项上作出的不同规定，效力等级上处于同一位阶，根据新法优于旧法原则，在民法总则施行后普通诉讼时效期间应为 3 年。再次，权利人的权利受到损害的事实，发生在民法总则实施之前，按照民法通则的规定诉讼时效期间在 2017 年 9 月 30 日前已经届满的，义务人已经确定取得了不履行义务的诉讼时效抗辩权，该抗辩权不因民法总则施行而消灭。另外，按照民法通则规定诉讼时效期间在 2017 年 10 月 1 日前尚未届满的，义务人的诉讼时效抗辩权系在民法总则施行后产生，基于新法施行及新法关于诉讼时效规定有利于保护权利人等因素考虑，此时民法总则关于诉讼时效规定产生溯及力，不再适用民法通则相关规定。

北京高院关于《民法总则》施行后适用诉讼时效制度的参考意见

《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）已于 2017 年 10 月 1 日起施行，《民法总则》在《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）和相关司法解释的基础上对诉讼时效制度作了重大调整。鉴于立法机关和最高人民法院尚未出台法律和司法解释就新旧诉讼时效的法律适用问题予以明确，为确保新旧诉讼时效期间的平稳过渡和有效衔接，保证全市法院民事审判部门适用法律的统一，现就《民法总则》施行后诉讼时效制度的具体适用提出如下意见，供全市法院民事审判部门参考。

一、《民法总则》、《民法通则》以及其他民事单行法中有关诉讼时效期间规定的冲突适用原则

《民法总则》施行后，《民法总则》、《民法通则》以及其他民事单行法中有关诉讼时效的规定同时并存，在一定范围内存在法律适用上的冲突，主要包括：

（一）《民法总则》规定的诉讼时效期间与《民法通则》普通诉讼时效期间的冲突适用原则

《民法通则》规定的二年普通诉讼时效期间与《民法总则》规定的三年普通诉讼时效期间属于在相同事项上作出的不同规定，鉴于《民法通则》与《民法总则》均属于基本法，在效力等级上处于同一位阶，故根据新法优于旧法的原则在《民法总则》施行后普通诉讼时效期间应为三年。

（二）《民法总则》规定的诉讼时效期间与《民法通则》短期诉讼时效期间的冲突适用原则

《民法通则》暂不废止的原因是其中规定的合同、所有权及其他财产权、民事责任等具体内容还需要在编撰民法典各分编时作进一步统筹，系统整合，而诉讼时效制度在《民法通则》、《民法总则》中均系专章予以规定，《民法总则》关于诉讼时效的规定应视为全面取代了《民法通则》的相应规定，《民法通则》第一百三十六条规定的一年短期诉讼时效属于诉讼时效一章下的一个条款，对此《民法总则》在诉讼时效一章中并未予以规定，可以认为《民法总则》取消了一年短期诉讼时效期间。因此，在《民法总则》施行后不再适用《民法通则》第一百三十六条规定的一年诉讼时效期间。

（三）《民法总则》规定的诉讼时效期间与民事单行法中有

关诉讼时效期间的冲突适用原则

《民法总则》第一百八十八条规定：法律对于诉讼时效期间另有规定的，依照其规定。《民法总则》有关诉讼时效期间的规定与民事单行法中有关诉讼时效期间的规定属于一般法与特别法的关系，按照特别法优于一般法的原则，在《民法总则》施行后仍应优先适用民事单行法中有关诉讼时效期间的规定。但2017年9月30日之前（本意见中“之前”、“之后”均包括本日）施行的民事单行法中规定的诉讼时效为二年的，其性质与《民法通则》规定的二年普通诉讼时效无异，故根据新法优于旧法的原则，在《民法总则》施行后应适用三年的诉讼时效期间。

二、《民法总则》第一百八十八条有关诉讼时效起算点规定的溯及力问题

《民法总则》第一百八十八条较之《民法通则》第一百三十七条在诉讼时效起算点上增加了“知道或者应当知道义务人”的表述，似乎二者在诉讼时效起算点上存在差别。我们认为，尽管《民法通则》第一百三十七条并无“知道或者应当知道义务人”的表述，但从理论界到实务界均认为权利人知道或者应当知道权利被侵害，不仅包括权利人知道或者应当知道侵害事实的发生，而且也包括权利人知道或者应当知道义务人是谁，否则要求权利人在不知道权利被谁侵害时承担诉讼时效期间届满的法律后果，对权利人显然有失公允。此外，最高人民法院在《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第八条、第九条中也明确肯定了这一观点，因此，权利人知道或

者应当知道义务人应为《民法通则》第一百三十七条有关诉讼时效起算点规定的应有之义。基于此，我们认为，《民法总则》第一百八十八条系对《民法通则》第一百三十七条规定之细化和完善，二者在诉讼时效起算点的确定上并无差别，因而不存在诉讼时效起算点的溯及力问题。

三、《民法总则》有关诉讼时效期间的溯及力问题

（一）基本原则和思路

我们认为，应在坚持鼓励诚信、更好地维护权利人合法权益的基础上，准确界定义务人诉讼时效抗辩权的形成时间，参照《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（一）》有关诉讼时效条款的相关精神，按照“从旧兼从长”的原则确定《民法总则》有关诉讼时效期间的溯及力问题。即：权利人之权利受到损害的事实发生在民法总则施行之前，按照《民法通则》的规定诉讼时效期间在 2017 年 9 月 30 日之前已经届满的，义务人已经确定取得了不履行义务的诉讼时效抗辩权，该抗辩权不因《民法总则》的施行而消灭。但按照《民法通则》的规定诉讼时效期间在 2017 年 10 月 1 日尚未届满的，义务人的诉讼时效抗辩权系在《民法总则》施行后产生，基于新法施行及新法关于诉讼时效的规定有利于保护权利人等因素考虑，此时《民法总则》关于诉讼时效的规定应产生溯及力，不再适用《民法通则》的相关规定。

（二）普通诉讼时效的溯及力问题

权利人之权利受到损害的事实发生在 2017 年 9 月 30 日之前，自权利人知道或者应当知道其权利受到损害以及义务人之

日（以下简称诉讼时效起算之日）起至 2017 年 10 月 1 日超过二年的，诉讼时效期间已届满，不因《民法总则》的施行而变更；尚未超过二年的，其向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。

（三）短期诉讼时效的溯及力问题

《民法通则》第一百三十六条规定的权利人之权利受到损害的事实发生在 2017 年 9 月 30 日之前，自诉讼时效起算之日起至 2017 年 10 月 1 日超过一年的，诉讼时效期间已届满，不因《民法总则》的施行而变更；尚未超过一年的，其向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。

（四）继续性债权诉讼时效的溯及力问题

对于约定为按日计付的违约金等继续性债权，以按日形成的每个个别债权分别单独适用诉讼时效。如权利人主张已发生债权，在 2017 年 9 月 30 日之前起诉的，该权利保护范围为自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年；在 2017 年 10 月 1 日至 2018 年 9 月 30 日期间起诉的，该权利保护范围为 2015 年 10 月 1 日至权利人起诉之日；在 2018 年 10 月 1 日之后起诉的，该权利保护范围为自权利人向人民法院起诉之日起向前推算三年。

（五）存在诉讼时效中止时的溯及力问题

中止时效的原因消除后继续计算的诉讼时效期间在 2017 年 9 月 30 日之前届满的，不因《民法总则》的施行而变更。

中止时效的原因在 2017 年 9 月 30 日之前消除，按照《民法通则》第一百三十九条规定中止时效的原因消除后继续计算

的诉讼时效期间延续至 2017 年 10 月 1 日尚未届满的，或者中止时效的原因在 2017 年 10 月 1 日之后消除的，自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满；但自诉讼时效起算之日起向后推算三年，期满日晚于上述六个月届满日的，诉讼时效期间计算至该期满日。

（六）存在诉讼时效中断时的溯及力问题

存在诉讼时效中断情形的，中断、有关程序终结的情形发生在 2017 年 9 月 30 日之前，诉讼时效期间按二年重新计算，但重新计算之日起至 2017 年 10 月 1 日尚未超过二年的，诉讼时效期间延长为三年；中断、有关程序终结的情形发生在 2017 年 10 月 1 日之后，诉讼时效期间按三年重新计算。

上述意见系我庭在法律和司法解释就相关问题尚未予以明确的情况下初步提出的参考性意见，若本意见与新颁布的法律和司法解释不一致的，以新颁布的法律和司法解释的规定为准。

二〇一七年十二月二十日

来源：最高院民一庭、北京高院民一庭

最高院对十二届全国人大五次会议第 1385 号建议的答复：关于审理彩礼纠纷案件中能否将对 方当事人的父母列为共同被告的答复

对十二届全国人大五次会议第 1385 号建议的答复：

您提出的关于提请最高人民法院对涉婚赠与行为法律效力及时出台合乎法理的司法解释的建议收悉，现答复如下：

您认为涉婚赠与行为是附条件的赠与，在没有与对方缔结婚姻或最终离婚的情况下，赠与行为所附条件不复存在，我们同意您的观点。

对于婚前给付财物的性质问题，有学者称为附条件赠与行为，即以结婚为目的的一方给予对方财物，一般数额较大。附条件赠与行为，如果条件不成或条件消失，给付方可请求返还。在农村特别是经济相对不发达地区来说，结婚给付财物（俗称彩礼）的现象比较普遍，通常是因旧俗所累，并非自愿。当两人因种种原因不能成婚时，一方要求另一方予以返还，法院一般应予支持，这也符合公平的法律理念和民间的风俗习惯。

针对审判实践中越来越多的彩礼纠纷，为了统一裁判标准，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条明确规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件”。上述司法解释中“双方未办理结婚登记手续”，并非针对双方已共同生活的情形，如果双方确已共同生活但最终未能办理结婚登记手续，给付彩礼方请求返还彩礼的，人民法院可以根据双方共同生活的时间、是否生育子女、彩礼数额并结合当地风俗习惯等因素，确定是否返还以及具体返还的数额。

人民法院审理彩礼纠纷案件的案由是“婚约财产纠纷”，据有关统计，全国法院 2014 年一审受理的“婚约财产纠纷”为 23092 件，2015 年为 26088 件，2016 年为 24545 件。在实际生活中，彩礼的给付人和接受人并非仅限于男女双方，还可能包括男女双方的父母和亲属，这些人均可成为返还彩礼诉讼的当事人。在中国的传统习俗中，儿女的婚姻被认为是终生大事，一般由父母一手操办，送彩礼也大都由父母代送，且多为家庭共有财产。而在诉讼中大多数也是由当事人本人或父母起诉，因此应诉方以起诉人不适格作为抗辩时，法院不予采信，以最大限度地保护公民的财产权利。对于被告的确定问题也是如此，诉讼方通常把对方当事人的父母列为共同被告，要求他们承担连带责任，一般习俗是父母送彩礼，也是父母代收彩礼，故将当事人父母列为共同被告是适当的。

感谢您对人民法院工作的关心和支持。

2017 年 8 月 26 日

最高人民法院
关于依法妥善审理民间借贷案件的通知
法〔2018〕215号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

民间借贷在一定程度上满足了社会多元化融资需求，促进了多层次信贷市场的形成和完善。与此同时，民间借贷纠纷案件也呈现爆炸式增长，给人民法院的审判工作带来新的挑战。近年来，社会上不断出现披着民间借贷外衣，通过“虚增债务”“伪造证据”“恶意制造违约”“收取高额费用”等方式非法侵占财物的“套路贷”诈骗等新型犯罪，严重侵害了人民群众的合法权益，扰乱了金融市场秩序，影响社会和谐稳定。为充分发挥民商事审判工作的评价、教育、指引功能，妥善审理民间借贷纠纷案件，防范化解各类风险，现将有关事项通知如下：

一、加大对借贷事实和证据的审查力度。“套路贷”诈骗等犯罪设局者具备知识型犯罪特征，善于通过虚增债权债务、制造银行流水痕迹、故意失联制造违约等方式，形成证据链条闭环，并借助民事诉讼程序实现非法目的。因此，人民法院在审理民间借贷纠纷案件中，除根据《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》第十五条、第十六条规定，

对借据、收据、欠条等债权凭证及银行流水等款项交付凭证进行审查外，还应结合款项来源、交易习惯、经济能力、财产变化情况、当事人关系以及当事人陈述等因素综合判断借贷的真实情况。有违法犯罪等合理怀疑，代理人对案件事实无法说明的，应当传唤当事人本人到庭，就有关案件事实接受询问。要适当加大调查取证力度，查明事实真相。

二、严格区分民间借贷行为与诈骗等犯罪行为。人民法院在审理民间借贷纠纷案件中，要切实提高对“套路贷”诈骗等犯罪行为的警觉，加强对民间借贷行为与诈骗等犯罪行为的甄别，发现涉嫌违法犯罪线索、材料的，要及时按照《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》和《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》依法处理。民间借贷行为本身涉及违法犯罪的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌犯罪的线索、材料移送公安机关或检察机关，切实防范犯罪分子将非法行为合法化，利用民事判决堂而皇之侵占被害人财产。刑事判决认定出借人构成“套路贷”诈骗等犯罪的，人民法院对已按普通民间借贷纠纷作出的生效判决，应当及时通过审判监督程序予以纠正。

三、依法严守法定利率红线。《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》依法确立了法定利率的司法红线，应当从严把握。人民法院在民间借贷纠纷案件审理过程中，对于各种以“利息”“违约金”“服务费”“中介费”“保证金”“延期费”等突破或变相突破法定利率红线的，应当依法不予支持。对于“出借人主张系以现金方式支付大额贷款本金”

“借款人抗辩所谓现金支付本金系出借人预先扣除的高额利息”的，要加强对出借人主张的现金支付款项来源、交付情况等证据的审查，依法认定借贷本金数额和高额利息扣收事实。发现交易平台、交易对手、交易模式等以“创新”为名行高利贷之实的，应当及时采取发送司法建议函等有效方式，坚决予以遏制。

四、建立民间借贷纠纷防范和解决机制。人民法院在防范和化解民间借贷各类风险中，要紧密结合党和国家工作大局，紧紧依靠党委领导和政府支持，探索审判机制创新，加强联动效应，探索建立跨部门综合治理机制。要加大法制宣传力度，引导社会良好风气，认真总结审判经验，加强调查研究。

各级人民法院在审理民间借贷纠纷案件中发现新情况、新问题，请及时层报最高人民法院。

最高人民法院
2018年8月1日

最高法民一庭“民事审判信箱”栏目里各地方法院提出的民事审判疑难问题进行了解答。

在最新出版的《民事审判指导与参考》中最高法民一庭就“民事审判信箱”栏目里各地方法院提出的民事审判疑难问题进行了解答。

1. 承发包双方签订的建设工程施工合同因违反招投标法规定而无效，合同履行过程中双方达成的结算工程价款补充协议是否必然无效

甲乙双方未经法定招投标程序签订《建设工程施工合同》，约定乙公司承建涉案工程，甲公司未按约支付进度款，合同履行过程中，双方签订《补充协议》，载明乙公司完成工程量价款2000万元，甲公司应于三个月内支付价款并以同期银行贷款利率四倍支付利息至实际支付之日。后甲公司未支付款项导致本案诉讼。甲公司抗辩因主合同无效，补充协议也应无效。

一种观点认为，因为承发包双方签订的《建设工程施工合同》因违反招标投标法律的强制性规定而无效，当事人在施工合同履行过程中作为主合同的补充协议当然无效。

我们认为，应该综合分析协议内容所反映出来的当事人之间权利义务关系性质及与施工合同之间法律关系，并不应以是否冠以“补充协议”称谓而简单认定二者主从关系，如果协议

内容属于承发包双方对于既存债权债务关系清理，具有独立性，根据合同法第九十八条规定，合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力，本案不因《建设工程施工合同》无效而《补充协议》必然无效，且从诚实信用原则出发，不当扩大合同无效后果边界亦易导致当事人利益失衡。

2. 出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人，承租人能否以侵害其优先购买权为由主张出租人与第三人签订房屋买卖合同无效

合同法第二百三十条规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利，即法律所规定的承租人的优先购买权。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 118 条规定，出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。

我们认为，基于合同相对性原则，出租人与第三人签订的合同效力应当依照合同法有关合同效力规定判断，根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二十一条规定，对于承租人请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，不予支持；对于出租人出卖租赁房屋于第三人，并未在合理期限内通知承租人，侵害承租人优先购买权的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。

3. 同一方当事人多人共同上诉的，二审案件受理费如何收取

《诉讼费用交纳办法》第二十二条第二款规定，上诉案件的案件受理费由上诉人向人民法院提交上诉状时预交。双方当事人都提起上诉的，分别预交。该条并未规定同一方当事人多人提出上诉的，是交纳一份上诉费还是按当事人人数分别预交上诉费。

《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》第二百零二条规定，原告、被告、第三人分别上诉的，按照上诉请求分别预交二审案件受理费。同一方多人上诉的，只预交一份二审案件受理费；分别上诉的，按照上诉请求分别预交二审案件受理费。即对于一审原告、被告、第三人，因其诉讼地位、诉讼请求、诉讼利益不同，应当分别预交二审案件受理费。但对于同一方多人共同上诉，应当区别情况对待，以当事人的诉讼请求为标准，同一方当事人基于共同的诉讼请求，因其诉讼利益相同，可以只预交一份案件受理费；如果同一方当事人多人分别上诉，诉讼请求不同，即诉讼利益不同，应当分别预交二审案件受理费。

4. 仲裁机构、案外人能否申请撤销仲裁裁决

仲裁法第五十八条规定：当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (一)没有仲裁协议的；
- (二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无

权仲裁的；

(三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违法法定程序的；

(四) 裁决所根据的证据是伪造的；

(五) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

(六) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

从上述规定看，仲裁委员会申请撤销仲裁裁决无法律依据，况且其作为仲裁裁决的主体，不能再作为撤销其裁决的申请人。

由于仲裁法第五十八条仅将申请撤销仲裁裁决的权利赋予给当事人而未授予案外人，故依照现行法律其也不能成为申请撤销仲裁裁决的主体。

5. 因仲裁当事人恶意串通、骗取仲裁裁决损害案外人利益时对案外人如何救济

因仲裁当事人恶意串通、骗取仲裁裁决损害案外人利益时对案外人可以通过就执行标的提出异议的方式来解决。

根据民事诉讼法第二百二十七条的规定，在执行过程中，案外人可以对执行标的提出书面异议，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法

院提起诉讼。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(法释〔2008〕13号)第十五条又明确规定：“案外人对执行标的主张所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利的，可以依照民事诉讼法第二百零四条的规定，向执行法院提出异议。”据此，案外人可以在仲裁裁决确定的权利人申请执行过程中，通过提出执行异议的方式予以救济。

6. 若抵押权人和抵押人在抵押合同中约定“主合同展期需要取得抵押人的同意，否则抵押人不再承担担保责任”，这种约定是否有效

抵押合同作为主债权合同的从合同，其条款受主债权合同内容的影响。根据物权法第一百八十五条第二款规定“抵押合同一般包括下列条款：……(二)债务人履行债务的期限；……”，“债务人履行债务的期限”是抵押合同的重要条款之一。债务人履行债务的期限延展，说明债务人履行债务的能力和实际情形有变化，可能导致诉讼时效、利息计算、违约责任等事项的变化，这种变化会影响到抵押人作为担保人的利益，因此抵押人在抵押合同中要求主借款合同展期需要经过其同意，是维护自己合法权益的一项举措。

抵押权人和抵押人所做的“主合同展期需要取得抵押人的同意，否则抵押人不再承担担保责任”的约定实际上是对抵押权行使条件的约定，即如果主借款合同展期，抵押权人没有征得抵押人同意的，则在这种情形下，抵押权人自愿放弃抵押权。

放弃抵押权，体现了抵押权人对自己权利的处分，法律予以允许，物权法第一百九十四条第一款对此有明确规定。

同时根据物权法第一百七十七条规定，债权人放弃担保物权的，担保物权消灭。所以抵押权人是否放弃抵押权、在哪些情形下放弃抵押权是抵押权人对自己合法权益的处分。抵押合同中有关这方面的约定属于双方当事人的意思自治，不违反法律、行政法规强制性规定，在不具备其他无效因素的情形下，应为有效。

7. 买受人从开发商处购买房屋，尚未办理产权登记，又将该房屋转卖给第三人，第三人能否直接请求开发商协助办理权属证书

对此实践中存在两种观点：

第一种观点认为，基于合同相对性原则，第三人只能要求买受人协助办理房屋产权变更登记，不能直接向开发商主张。

第二种观点认为，前后合同处于连续状态，第三人代替了买受人的位置，为交易便捷，可以判决中间省略登记，最终买受人可直接要求开发商协助办理产权变更登记。

我们同意第一种观点，理由是：

(1)符合合同相对性的法理。合同法第八条规定：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。合同在相对人之间发生效力，除法律明确规定外，一般不能约束合同以外的第三人。对于连环买卖，虽然针对同一标的物，且交易彼此连续，但仍属于不同的主体和不同的法律关系，故第三人不能突破合同相对性直接向出卖人主张权利，除非符合合同法第七十三条关于

代位权的规定。

(2)防止国家税收流失。根据我国房地产税收有关法律规定，二手房交易需要缴纳营业税、个人所得税、契税等税种，如果允许第三人直接向出卖人主张过户，将使中间环节的税收被规避，导致国有资产流失，同时有民事审判阻碍国家征税行政权之嫌。

(3)合理平衡债权人利益。如果允许第三人直接向出卖人请求过户，买受人的债权人利益可能会受损。特别在买受人恶意逃债时，其与第三人虚构房屋买卖合同，由第三人通过法院裁判获得房屋所有权，使买受人的债权人的利益落空。

8.当事人在合同中约定满足某种条件时合同自动解除，当该条件成就时，能否认定此合同不经通知对方即已解除

合同解除是合同权利义务终止的重要方式之一，是对合同效力状态的根本性改变，在法律规定的合同解除方式中，包括当事人协商一致解除合同，解除权人行使解除权解除合同，合同的解除须由当事人为相应的意思表示，意图即在于使各方当事人对合同效力状态是否发生根本性变化能够有明确的认识。是否行使合同解除权，以及依据何种事实和理由行使合同解除权，取决于当事人的意思自治。

根据合同法第九十六条规定，当事人一方依照合同法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。即解除合同应当向对方发出通知，作出明确意思表示。当事人尽管在合同中约

定满足条件时合同自动解除，但并不意味该条件成就时，合同可以不经对方通知即已解除。

9. 当事人约定租赁合同租赁期限 20 年，到期后自动续租 20 年，该自动续期约定是否有效

租赁期间即租赁合同的存续期间。合同法第二百一十四条规定，租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。即法律有特别规定之外，定期租赁合同的最长期间不得超过 20 年。

对于实践中当事人签订租赁合同约定租赁期限 20 年，到期后自动续租 20 年，对于“到期后自动续租 20 年”的约定应认定无效。其理由是：

首先，租赁合同中出租人向承租人所移转者，仅为债权性质的使用收益权，在租赁关系消灭时，承租人应向出租人返还租赁物，如允许租赁合同存续期限过长，一般的租赁物均会损耗殆尽，势将影响租赁物的返还，与租赁交易的初衷相悖。

其次，租赁合同当事人的权利和义务有赖于当事人之间的约定，但当事人的预见能力终究有限，而合同严守原则又使租赁合同的变更异常艰难，限制定期租赁合同的最长存续期间，有助于租赁合同的当事人适时调整交易的条件。

再次，当事人租赁合同约定租赁期限 20 年，意图使租赁合同继续存续的，可于定期租赁合同期限届满之前或之时，续订租赁合同，但新的定期租赁仍需受 20 年的最长期限限制。如果当事人在订立租赁合同时，在合同中约定到期后自动续期二

十年，这样的约定为意图规避合同法对于租赁合同最长租赁期间限制而无效。

（以上内容摘自《民事审判指导与参考》2017年第2辑、第3辑，人民法院出版社2017年版）

最高院杜万华：

当前民商事审判中的热点难点问题（2018）

杜万华 中国法官协会副会长、最高人民法院民法典编纂工作研究小组副组长、最高人民法院咨询委员会副主任

【注】本文系杜万华大法官在四川法院系统授课内容整理

同志们，大家上午好！

今天非常高兴来到四川就民事商事审判工作的一些热点难点问题，与大家一起交换意见。在刘楠副院长的邀请下，这次我回川的主要任务是主持召开民法典分则——合同编编纂工作调研会。同时就民事商事审判工作的热点难点问题与大家作一些交流。我很高兴能够利用这个机会把我的一些想法向大家汇报一下。

何为热点和难点？我认为热点就是大家关注的焦点，难点就是大家在审判中感到很难处理的问题，是众说纷纭、莫衷一是且大家希望能够统一认识的问题。其实热点和难点并非相互排斥，有时热点就是难点，难点也是热点，二者不好区分。如何认识热点和难点，哪些是人民法院值得关注的问题？我个人认为，首先要从党和国家工作大局的角度来关注热点和难点。具体而言，可以从宏观和微观两个层面来考虑。可能各级法院

的法官在办案过程中关注更多的是微观层面的问题，但是我认为宏观和微观两个层面的问题都得关注，而且我认为首先应当关注的是宏观上的热点和难点。只有关注宏观上的热点和难点，微观中的热点和难点往往才更容易解决。反之，如果我们只关注微观问题，而忽视了宏观问题，那么很可能在处理案件时跑偏。

一、当前民事商事审判中应当关注的十大热点和难点问题

正是基于这样的考量，我梳理了当前民事商事审判中应当关注的十个热点和难点问题。这十个问题我觉得既和党和国家的工作大局相关联，也和审判实践相关联。我想把这十个问题交给大家，大家在实践中可以花时间和精力去探索、思考，寻找解决这些问题的方法和措施。一是在供给侧结构性改革背景下的破产审判工作问题。我认为这是我国当前最重大的问题，希望大家予以关注。尽管很多法院目前还没有开展破产审判工作，但是我觉得这个工作迟早会在全国法院成为热点和重点。二是社会转型时期的中国家事审判方式和工作机制的改革问题。我认为这是当前的社会热点，也是民事审判工作的重点、难点和热点。三是基层治理背景下人民法庭审判工作的开展问题。我历来认为人民法庭工作在民事审判工作中居于非常重要的地位，同时在我国的社会治理中发挥着非常重要的作用。中国自古以来有个说法叫“皇权不下乡”，那么基层如何管理、治理呢？这是我们必须面对的问题。因为国家稳定和发展最重要的条件就是基层稳固。因此，人民法庭在基层治理中如何开展审判工作，是值得深入思考的热点问题。四是中国社会主义市

场经济背景下的金融审判工作问题。我认为这也是当下的重要问题。长久以来，金融审判工作作为商事审判工作的一个重要方面，在开展工作的时候，怎样把金融审判与其他工作结合起来，尤其是实践中如何把金融和实体经济的关系理顺、如何让金融回归服务实体经济的本位是需要从宏观上考虑的问题。近期中央深改组通过设立了上海金融审判法院。这是基于金融在国民经济发展过程中处于非常重要的地位的考量。有很长一段时间，金融脱离实体经济的发展成为老大难问题。因此这一问题值得思考。五是中国特色社会主义市场经济背景下的劳动审判工作问题。这是关系到人民群众的合法权益，同时也关系到我国社会主义市场经济和国民经济发展的重大问题。如何把资本和劳动力的关系处理好，需要从宏观上考虑。六是社会综合治理中的多元化纠纷解决机制与民事商事审判工作的相互衔接问题。这是技术性较强的问题。民事商事审判与多元化纠纷解决机制如何做好衔接，包括调解、仲裁等与审判的关系如何处理等问题。这涉及到人民法院审判工作机制的问题。七是在改善当前营商环境背景下的物权和知识产权的保护问题。在当前环境下这也是个重大问题。今天早上，我在四川日报上看到一则消息，是中央关于社会主义核心价值观入法的规定。我早前已看过内部文件，现在已正式向社会公布。可见法律是推广社会主义核心价值观的重要工具。同时社会主义核心价值观是法律的内核、是法律最重要的价值理念。这些规定中专门提到营商环境问题，其中涉及如何开展产权保护，包括物权、知识产权等各类权利的保护问题。这些问题对中国特色社会主义市场经济发

展的推动非常重要，因此值得关注。八是在改善当前营商环境背景下市场交易秩序的维护问题。九是在乡村振兴战略背景下的农村土地纠纷、房产纠纷的审理问题。这也是当下很重要的问题。城市的发展不能脱离农村，否则将引发重大社会问题，因此乡村不能够完全萎缩。涉及这方面问题的司法审判工作值得深入思考。十是涉及法院的纯程序性问题，即在民事诉讼中不同程序和不同审级的同质化问题。我认为就目前而言，这十大问题是法官在民事商事审判工作中应当密切关注的重大问题。如果从宏观层面把握好了这十大问题，那么司法为党和国家工作大局服务的质量和效率都将得到提高。

我在各地调研的时候，常讲两句话。第一句话是基层法院和中级法院的法官和同志，要注意从具体案件中跳出来，不要被具体案件所淹没，否则难以从宏观上把握住大局。之所以提出这十个问题，就是让大家在这个大背景下来思考微观问题。基层法院和中级法院的同志要善于跳出个案审判工作，若不能从宏观、大处着眼，那么案件的质量就不会高。第二句话是最高法院的同志和高级法院的同志，要注意深入基层和案件，不能够仅仅停留在宏观上，而是深入到具体案件中。要把这两者之间的关系处理好。开展民事商事审判工作，既要注意宏观，也要注意微观，将宏观和微观有机结合起来。当然不同审级的法院在二者结合上的重点不一样。基层和中级法院要善于从个案中跳出来，不跳出来就看不到全局，导致“不识庐山真面目，只缘身在此山中”；而高级法院和最高法院要扎下根去。这样我们的工作才能开展好。从宏观上看，我认为这十大热点、难点

问题值得关注。而且这十大问题都不简单，每个问题内容都很多。今天我只是把这十大问题先抛给大家。这算是我今天要说的第一个大问题，其中就包含我国民事商事审判工作应当关注的十大问题。

二、关于供给侧结构性改革背景下破产审判工作中的几个问题

下一个问题我着重讲破产。这也是近几年我在最高法院所抓的重点工作之一。根据中央关于供给侧结构性改革的要求，在在最高人民法院党组的领导下，下大力气抓好破产审判工作。这将是人民法院审判工作中的一个热点、难点和重点。我简要讲两个方面的重点问题。第一个问题是供给侧结构性改革及其破产审判工作开展的意义。中央确定的供给侧结构性改革方针，是在经济发展中，要在供给一侧，向社会、向市场提供合格的产品。因为中国经济进入新常态，生产领域所提供的产品出现大量过剩的现象，因此中央提出“三去一降一补”，决定从供给侧进行改革。供给侧结构性改革的核心就是要在生产领域向社会提供市场所需求的产品，而产品由企业来做，因此企业改革是供给侧结构性改革的重点。在党的十九大报告中，也把供给侧结构性改革放在了较高位置。在此背景下，破产审判工作就成为了供给侧结构性改革的一项重要内容。我们也将这两年开展的这项工作向中央做了汇报，中央财经委员会对此非常赞同。大家应该还记得，今年周强院长在最高法院工作报告中总结五年工作的时候，就把破产审判作为供给侧结构性改革的一项重点来阐述。那么从目前来看，我们开展破产审判工作

在供给侧结构性改革中具有什么样的意义呢？我认为主要有下面四点：

第一，开展好破产审判工作是补齐社会主义市场经济主体救治和退出机制短板的重要手段。中国的社会主义市场经济体制是从 1979 年开始的，改革开放几十年来，我国已初步建成中国的社会主义市场经济体制，但却仍缺一个短板，那就是市场主体的救治和退出机制，而这个机制就要通过我们的破产审判工作来建立。也正因为我们存在这个短板，不少国家对中国的市场经济主体地位不予认可。中国加入 WTO 已有十几年了，但因为破产审判这一块我们一直是短板，欧美有很多国家就没有承认中国的市场经济主体地位。随着近两年我们狠抓破产审判工作，按照世界银行统计的我们的排位已从 82 位上升至了 53 位，这也从一个侧面反映了世界对破产审判制度还是很看重的。因此我们开展此项工作意义重大。也可以这么说，之前我们人生病需要到医院看病拿药。那企业生病了怎么办呢？以前我们就说那你自生自灭吧，但通过开展破产审判工作，就可以救治企业。当然也有些企业救不了，那就让它通过破产清算退出市场。

第二，破产审判工作对我国当前产业结构的调整具有重要意义。在我国改革开放之前，由于帝国主义的封锁，我们对二战以后的科技革命成果并未转化为生产力，导致了和世界先进国家拉开了差距。但改革开放之后我们抓到了机遇，经过 40 年的发展，我国经济总量从世界第十一位上升到第二位。现在我国的工业门类、产业门类已比较齐全，但高速增长后我们的经

济已经进入了新常态，大量产业处于产能过剩的状态，很多企业也濒临淘汰。另一方面，目前人工智能、生物制药、信息产业等新的科技革命已经出现，大量新兴科技成果如何转化为生产力，是摆在整个世界面前的一个重要任务。从08年国际金融危机以来，世界各国纷纷开始产业结构的调整。这次特朗普贸易战的主要目的也是想把资本回收到美国，在新一轮的科技革命中拔得头筹。总书记在很多讲话报告中都说到，如果我们不能及时把这一轮科技革命成果转化为生产力，实现2025年的工业化计划，更新换代传统产业，那我们就会落后。那么如何进行产业结构调整呢？我认为有以下几种方式：第一种方式就是新设立型国家投资，通过买地、建厂房然后开始生产；第二种方式是现有企业产业进行调整，比如在国资委主导下的兼并重组；第三种是在市场化导向下不同所有制企业按照市场化要求进行兼并重组；第四种是传统产业符合破产条件时通过破产重整来进行产业结构调整。这几种方式里，最好的就是破产重整。为什么这么说呢？以国家主导的兼并重组为例，兼并和被兼并企业之间对彼此的债权债务情况往往并不一定完全了解，兼并完后如果冒出了新债务谁来承担？当然是兼并后的企业。这是一种情况。还有一种情况是被兼并企业的问题并没有充分暴露，兼并完后问题一个一个冒出来导致企业无法继续经营。破产重整的好处就是对债权债务有一个申报期限，过后就要切断，所以战略投资人对债务是清楚的，他的判断是在充分了解信息的前提下作出的。第二个好处就是战略投资人对破产企业的经营情况、产品情况和管理情况是一清二楚的，重整后问题

就会很少。第三个好处就是破产重整是建立在府院联动机制基础之上的，大量的问题政府都要帮着解决。因此我说破产重整对产业结构调整有着重要作用，可以这么讲，在现有经济结构新常态下，如果我们产业结构调整好了，就为国家的下一轮经济腾飞做好了准备。

第三，破产审判工作的开展，对建立和完善现代企业制度具有重要意义。建立现代企业制度是目前经济新常态下一项重要任务。我们的企业现在可以分为两大类，一类是国有企业，一类是非公有制企业。就现状来看，我们的国有企业离现代企业制度还有距离，原因就是现在很多国有企业行政化、官僚化的特征还很明显，难以适应市场竞争的需求。而民营企业则是存在管理混乱，大量是家族企业的情况，老板就是企业，企业就是老板，他不知道老板把钱投进了企业后，这个钱就成为了企业的法人财产。所以常常是企业的钱老板随使用，我常常讲的一个深圳的典型破产案例，企业经营很好，为中兴和华为手机配件供货，市场和技术都没问题，但财务管理一塌糊涂，家族里谁都可以去企业里拿钱，最后陷入破产。我去这个企业调研时就讲，要想把这个企业救活必须要引入现代化企业财务制度。目前我们的法律已经为建立现代企业制度提供了依据，除了公司法外，民法总则专门规定的法人制度里面，特别是盈利性法人要去建立三套机制，分别是决策机制，相当于股东会，执行机制，包括股东会和高级管理人员，还有就是监督机制。很多人说这些就是公司法的内容啊，为什么要规定在民法总则里？但你要知道民法总则位阶很高，不仅有限责任公司和股份

有限公司要这么干，其他企业事业单位都要这么做。所以我说破产审判对于我们建立和完善现代企业制度具有重要作用。

第四个，破产审判工作是完善当前人民法院司法审判机制、从制度上解决执行难的重要措施保障。执行难是困扰法院的一项重要工作，但始终没有很好解决。我认为破产重整是从制度上解决执行难最好的一个手段，但我们在 90 年代进行改革的时候，实行立审分离、审监分离、审执分离，所以我们建立的现行人民法院审判工作机制就是立案、审判、执行。我们认为根据这个机制人民法院的案子就可以解决了，但后来发现不行。很多案子到了执行环节由于被执行人没有执行能力，案结事不了，大量案子在人民法院积压。虽然在制度上我们搞了一个终结本次执行，但属于内部管理规定，没有从根上解决问题，这就需要执行转破产。如果破产制度建立起来，执行转到了破产领域，如果企业可以被救活，那债权人的利益就可以实现了，国家的税收也可以继续拿。如果不能救活就进入破产清算，也可以把执行的问题解决掉。所以破产是解决执行难的一个重要保障，但目前很多地方还没有意识到这个问题，只注重判决裁定后要通过执行来实现。其实这个实现有两种方式，一是整体上实现，一是对个别债权人实现。相较而言，整体实现带来的社会效果会更好。例如，一个企业有十个债权人，但企业财产只够清偿两个债权人。如果完全走执行程序，那有八个债权人利益无法保护。企业清偿这两个债权人后，职工问题也无法解决。如果把企业引入到破产制度并重整成功，债权人、职工和国家的利益都得到了保护。因此，破产审判工作是从制度上解

决执行难问题的重要保障。那么我们如何开展这项工作呢？我这里想讲六句话。

第一句是要开展好破产审判工作应当抓好破产审判机构和破产审判队伍建设，这是一个关键。对此我们是有历史教训的。以前在我们行政化破产的时候，朱镕基搞国有企业改革抓破产，那时候破产审判工作搞得还是不错的，但这项工作我们把它放在了经济庭，就是后来的民二庭，没有建立专门的破产审判庭，也就没有专业的破产审判队伍。这也导致 2007 年制定破产法时，我们的破产审判工作就搞不起来。最后我们去调研时，很多人就说破产不好搞，政府不配合，还有就是不知怎么来进行绩效考核。所以一直以来我们的破产案件数量很少，全国一年下来也就千把件。近两年我们抓了这方面的工作，机构建设和队伍建设有了长足进步，刚开始全国只有五个破产审判庭，现在应该有一百多个，不过这个数量仍然不够。

第二句是要抓好破产审判工作必须要解决破产管理人制度对破产审判工作的制约，不突破这个瓶颈，我们的工作很难开展。因为在破产审判工作中，破产管理人居于核心地位，债权人、债务人、战略投资人和股东都要围着破产管理人来转，他的工作质量好，我们的破产审判工作质量就好。目前我们的破产管理人实行的是摇号制度，这些破产管理人对破产审判工作不熟悉，需要法官慢慢教，但到了下一个案子，摇来的破产管理人又是新的，这明显是不合适的。因此要建立一支专业化的破产管理人队伍，要规范化。

第三句话是抓好破产审判工作要以破产重整为中心。我们

知道对破产审判来说有三个制度，分别是破产和解、破产重整和破产清算，从破产制度的发展来看，最先出现的是破产清算制度，因为破产制度本身就是一个救济性制度，是公平清偿债务的制度，是对债务人进行豁免的制度。但随着社会的发展我们发现有些企业他本来是有市场的，无非就是流动性差一点，如果债权人和债务人能够达成一致或者另外给他贷一笔款，他就好了，于是就出现了破产和解制度。以后的发展还发现这个企业虽然产品已经不能适应市场，但如果有投资人进来，对他的产品结构、管理制度进行整顿，企业还可以活下去，这就出现了破产重整。就现代企业破产制度来讲，破产重整是重心。以前我们读小说经常看到很多企业家在企业破产后不是上吊就是跳楼，现在西方国家基本看不到这种现象，原因就是很多情况下他都是通过破产重整来解决了。所以我们在抓破产审判工作时一定要以市场化为导向抓好破产重整工作。近几年来我们四川的破产重整工作也取得了很大成就，就四川来讲，成功破产重整的企业也有很多，比如德阳二重破产重整案。另外我昨天去泸天化进行调研，目前他们的破产重整进行的很顺利，如果可以成功，对泸州市当地经济影响还是很大的，如果进入了破产清算，则对当地是一个沉重打击。再比如目前成效显著的重庆钢铁股份有限公司破产重整案。这家企业是当年洋务运动时期张之洞的汉阳铁厂，是百年老店，历史悠久，但这十几年来年年亏损，共计有近 400 个亿。在我们两次重整谈判后破产重整成功了，大概三四个月的时间就盈利 3 个亿，ST 的帽子也摘下来了。但破产重整作为重心也要有一个正确的态度，很

多地方搞破产重整纯粹是账面重整，只是把负债减下来，让净资产大于负债，我当时就说这是不行的，破产重整要成功要抓住几点，第一要找清破产企业的病因，不然搞假重整，新投入的钱还会陷入到困境中，问题就更大了；第二要根据病因有针对性地制定破产重整计划，特别是盈利计划，让债权人看到曙光，这样成功率才会高。我们经常讲，你让债权人让步，就要让人家觉得利益有保护。这次重钢也好，泸天化也好，我们都是这么做的，一定要有盈利的亮点。

第四句话是要抓好破产审判工作，破产审判工作机制是要害，要建立四个基本工作机制。一是以市场化为导向建立破产企业识别机制。要识别出哪些是破产和解的，哪些是破产重整的，具体我就不细讲了。二是法院与政府沟通协调联动机制。部分法院在这方面做了大量有益探索，但还要从个案协调中不断总结经验，建立常态化、制度化的协调机制。三是上下协调各方联动的信息沟通机制。最高人民法院开通了“一网两平台”，即全国企业破产重整案件信息网及其相应的法官工作平台、破产管理人工作平台。下一步，我们要不断完善、推广应用“一网两平台”，提高破产审判工作效率，帮助破产企业充分实现破产资产价值。四是各方当事人之间的利益协调平衡机制。破产审判中，要做好债权人、债权人股东、战略投资人、职工等各方当事人利益的协调平衡，保护各方当事人和法权益。

第五句话是抓好破产审判工作，执转破是动力。目前看来，我们破产案件的审理首先要解决的是案源的问题，所以我们只有通过执转破来推动整个破产审判工作的运转。这样，既部分

解决了执行难问题，又解决了破产案件案源不足的问题，可谓“一箭双雕”。

第六句话是抓好破产审判工作，信息化建设是保障。这个信息化主要解决的是破产企业与战略投资人之间的信息不对称问题，如果想破产重整成功，必须让战略投资人了解你的企业，他才敢投资。去年抓破产的时候我们最高法院就建立了一个全国破产企业重整网，这是个一网两平台，我们就是要把破产企业的一些信息放在互联网上公布，来吸引战略投资人。两个平台其中一个法官办案平台，破产案件的办理也要用公开促公正。这个平台涵盖范围很广，从破产法院的受理到案件的处理，从基层法院到最高法院。但这是内部网，不在互联网上公开。另外一个平台就是破产管理人平台，这个平台对外公开的。目的是充分实现破产财产的价值，更好地保护企业的利益。

所以概括来说，抓好破产审判工作就是六句话：抓好破产审判工作，破产审判机构和破产审判队伍建设是关键；抓好破产审判工作，就要突破破产管理人制度的瓶颈；抓好破产审判工作，破产重整是重心；抓好破产审判工作，破产审判机制的建立是要害；抓好破产审判工作，执行转破产是动力；抓好破产审判工作，信息化建设是保障。

三、关于家事审判方式和工作机制改革的问题

昨天我在泸州开了个座谈会，对这个问题进行了调研，从了解的情况看，应该说该项工作在四川已经推开，也取得了一些成果。虽然有些地方成果大一些，有些地方小一些，但都有了较好的开端。当然也会有一些问题，但这些问题都是改革推进

中的问题，以后我们会逐渐解决。关于该项工作的意义我就不多说了，只把其中主要的东西重申一下。

第一是改革的目的，最高法院党组在研究中明确了我们开展家事审判方式和工作机制改革的目的是要维护婚姻家庭的稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人的合法权益，弘扬社会主义核心价值观，促进社会和谐建设。首先，为什么要维护婚姻家庭的稳定？通过我们调研发现，从当前全国来讲，婚姻家庭的稳定性已经受到了威胁，甚至有些地方离婚数量要高于结婚的数量，离婚率已经非常高。当然这里会有人说公民有婚姻自由，离婚率高是社会发展的必然趋势，但我不这样看。从整个社会宏观上看，如果一旦出现离婚数量大于结婚数量，婚姻家庭处在一种不稳定的状态，那么社会的细胞就出了问题，进而导致社会运转出现一系列的问题。我们现在离婚率高产生的原因就是家庭成员的价值理念和行为规范是模糊的，很多人不知道父亲、母亲、丈夫、妻子、子女应该扮演一种什么样的社会角色。例如，婚姻自由权公民均应拥有，但你在行使这个权利时不能损害其他家庭成员的合法权益。你为了婚姻自由不能不管孩子，有些离婚的时候把孩子弄到法庭，男方女方均不管，交人给法庭。我曾跟很多地方说过，遇到这种情况是不能判离婚的，你连孩子、老人的问题都没有处理好，又怎么来行使你的婚姻自由权？这也是为什么我们把家事审判方式和工作机制改革的目标首先确定为维护婚姻家庭稳定，但这也并不是说不能离婚，如果婚姻死亡了，当然应该离。但如果仅仅是一种危机，我们就要拯救，至少从目前来讲，大量的离婚中有相当大

的比例是不理性离婚。其次，改革的目的是要依法维护未成年人、妇女和老年人的合法权益。这其中要把未成年人的合法权益放在首位，未成年人是国家的未来。最后还有一个改革目的是要弘扬社会主义核心价值观。目前来看我们各级法院在这一点上做的还是不错的。

第二是要明确家事审判改革的方式，我们家事审判的职能要通过改革予以明确。以前的我们的家事审判中，注重的是司法裁判，这个是对的。但同时我们还要明确另外一个人民法院的职能，那就是挽救危机婚姻。以前说这个不是法院的工作，但我认为恰恰相反，人民法院在这一方面应该勇于担当，把挽救婚姻作为人民法院的一项审判职能，并通过改革予以明确。

第三是家事审判方式和工作机制改革的内容。这个改革要改三个方面，其一是要建立完善的多元纠纷解决机制，通过这一机制的建立完善来挽救婚姻、挽救家庭，当然这就要求动员全社会各界的力量，最高法院也在去年7月份跟15个国家部委签署了协议来推动这项工作；其二是对家事特别诉讼程序进行探索，要改变目前用审理财产类案件的方式和方法来审理婚姻家庭案件，要探索家事案件审理的方式，这个我们最高法院拿了一个指导意见供大家参考；其三是要建立以法官为核心的家事审判机构和家事审判队伍。

除了这三项内容，还有个问题我需要强调一下。对于家事审判方式和工作机制改革今后是继续推进还是停止，我这里需要明确一下。为什么要讲这个，我们在2016年5月11日最高法院召开视频会议，沈德咏常务副院长作了讲话说这项改革为

期两年，今天是5月9日了，还差两天就满两年了。摆在我们面前的问题是家事审判改革已满两年是要收关了，那收关后是继续推进还是不搞了，这个地方必须要明确。目前来看，十九大以后，我们的家事审判改革不是到此为止，刀枪入库，马放南山，而是要人不下鞍，继续奋斗。

那么继续搞改革是要往哪个方向呢？我认为还是那么三个方面，第一个方面，就是要进一步完善多元化纠纷解决机制。昨天我了解情况的时候有的同志也谈到，法院一家要带领社会那么多人很难做。根据目前我掌握的情况，要推动多元化纠纷解决机制，必须要加强党的领导，例如，山东武城县法院，就是县委成立家事审判改革领导小组，组长是县委副书记来兼任的，各个部门加入作为办公室成员。有些地方则是政法委牵头，家事审判方式改革是社会治理的一个重要方面，党委会非常重视，关键是我们法院要在这里面做好促进作用。第二个方面就是特别诉讼程序的探索，目前来讲我认为还需加大力度。好多试点单位说法律依据不足，但试点就是因为法律没有明确规定才叫做试点，如果都成熟了就不能称之为试点。审判机构和审判队伍职业化问题也是这样，都需要进一步加强。同时要把社会主义核心价值观的弘扬放在一个重要位置，我们的调解、我们的审判都要吸收社会主义核心价值观。那么这个社会主义核心价值观的来源，实际上有这么几个，一是中国传统文化，二是世界各国优秀法律文化，三是现代社会需求所产生的马克思主义的理论成果。

四、关于民事诉讼程序中不同程序、不同审级的审判同质

化问题

根据民事诉讼法的规定，我们的审级是两审终审，然后有一个审判监督程序。另外，我们还有几个特别程序，例如公示催告程序等。目前在全国法院的民事审判里程度不同地出现了同质化现象。比如从不同程序来看，本来有些事实可以适用特别程序，也就没有一审、二审之分，审完就完了，也不用去适用再审制度。但是在我们的实践中，比如适用监护制度，对于有监护权还是无监护权，应适用特别程序。认定当事人有无民事行为能力，也是适用特别程序。结果我看到有些给我的报告中很多都是用诉讼程序来解决的。我认为还是应严格按照民事诉讼法规定，是什么程序就用什么程序，特别程序中即便有一些判决错误了，那么你还是用特别程序给他改过来。例如，宣告死亡的，如果这个人活着回来了，另外再判决给他改过来，他还是用特别程序。再例如，破产，曾经有一个诉讼中的企业，当年申请人要求其破产，但法院裁定不同意其进入破产程序。后来当事人一直要求通过审监程序把这个裁定废除，我们也反复研究过，我认为这个裁定是不能废的。这是个破产程序，就算当年裁定错了导致企业该破产没有破产，但若干年后企业经营改善了，生意很红火，难道还要重新让它进入破产程序吗？这是不可能的。如果这个企业依然经营不善符合破产条件，那你重新申请破产就可以，何必非要适用审监程序。

法院在审判实践中还存在一种同质化现象。目前法律对人民法院一审、二审和再审的职能规定得很清楚了。一审的职能是什么？就是查清案件事实，正确适用法律，这是我们民法

的规定。二审的职能是什么？是解决争议焦点，实现两审终审。结果我们很多二审法官没有按照这个要求，拿到案子就开始全面审查，这没有必要。二审就是要解决争议，都没有争议，二审的时候人家连个上诉请求都没有，我们法官就说一审哪里判错了直接去改，这明显就是没有明白二审的职能。民事诉讼和刑事诉讼是不一样。民事诉讼中，当事人可以自由处分其实体权利和诉讼权利。这里也要避免两种诉讼的同质化。另外，审判监督程序的职能是什么？是依法纠错，维护生效裁判权威。但我们在实践中发现，在再审申请和再审程序中间出现了同质化现象，既然是依法纠错，那就要在原审的实体裁判和法律适用存在严重错误你才可以去纠。例如，遗漏了案件当事人、基本事实没有查清、法律适用严重错误等。但在目前的审判监督程序中，法官往往完全按照自己的理解去判断原审，我觉得这是不可以的。如果原审程序适用正确，审判结果言之有理，也在自由裁量权范围内，尽管你觉得不完全对，也不能改变它。所以我在很多地方都说过，再审阶段法官只有依法纠错权，没有自由裁量权，不能用自己对法律的理解来取代别人。总之我认为现在这种同质化现象还是很严重的。

五、关于民法总则基本原则的理解和适用问题

民法总则一共规定了十个基本原则，这和原来的民法通则有些不同。第一是自愿公平诚信原则。民法总则所规定的这几个原则原来在民法通则中是一条，但现在分成了三条，同时把等价有偿原则取消了。不知道大家是否注意到这一点。当时民法通则讲等价有偿是对的，那时我们刚开始搞社会主义市场经

济，还有计划经济。经过这么多年来市场经济的发展，等价有偿原则已经深入人心了。之所以这次民法总则把它拿掉，因为不是所有的民事活动都是等价有偿的，例如志愿者活动大量是不等价的。不过，虽然我们没有写进民法总则，但商事活动中等价有偿原则还是要坚持的。其他原则我就不讲了，重点讲一下第十条，这是我们民法总则中最重要的一条。它规定了处理民事纠纷要依照法律，法律没有规定的可以适用习惯，但不能违背公序良俗。在理解这一条时我觉得要强调几点：

第一个要注意的是这里说的法律指的是什么？我认为应当指国家法律，是全国人大及其常委会的立法。民法总则讨论稿最早写的是依照法律和法规，但我们没同意，因为法规包含了国务院行政法规、地方性法规等，如果都拿来作处理民事纠纷的依据，就会出现全国法制的统一。后来有人提出是不是可以依照国务院法规，我们讨论说还是依照法律更妥当，国务院的行政法规在民法总则里有专门规定的就按专门规定处理。你就可以看到在民法总则中有明确说依照行政法规的，那就按照行政法规来处理。

第二个需要注意的是关于将习惯作为处理民事纠纷的依据，我认为这具有革命性意义。在这之前，我们处理民事、商事纠纷也有把习惯作为依据的，比如合同法中有法律从法律，无法律从交易习惯，但上升为民事案件处理中的一般性规则，是新中国成立后的第一次。如果这个规定运用的好，会在基层大量化解民事纠纷，大大提升社会稳定。我们的习惯可以分为几类，第一类是地域习惯，在特定地域适用，这在我国国内有

很多，可能适用于一个县、一个乡或一个地区。如果地域习惯被确认，虽然没有法律规定，也可以运用当地的习惯把纠纷解决了。以前我们统统都是法律，但法律不可能规定得很细，适用各个地方。这是我们在立法过程中一直坚持的原因。第二类是民族习惯，我们有五十六个民族，很多民族有自己不同的习惯，这些习惯在本民族内是适用的，可以作为处理本民族内纠纷的依据。第三类是行业习惯，我们行业很多，但超出了行业范围则不能发生效力。在适用习惯的过程中有几个原则要注意，第一，必须是法律没有规定的，如果国家法律有规定则按照规定处理；第二，所适用的习惯和国家法律的基本原则不能矛盾和冲突；第三，所适用的习惯不能侵犯公民的基本权利，例如公民有婚姻自主权，但有些民族说汉族和某民族不能结婚，以这个民族习惯为由来阻止公民的婚姻自主权，这肯定不行，侵犯了公民的基本人权；第四，所适用的习惯应该与当地的公序良俗不冲突；第五，在适用习惯时要坚持政教分离的原则，严防宗教干预司法，不能把民族习惯和宗教教义划等号。

在正确适用第十条时，我认为还有三点需要注意，第一，基层和中级人民法院应当严格按照法律、党的政策和公序良俗原则来鉴定习惯，这个责任主要在基层和中级法院，最高院和高院要做的是一些原则性指导。第二，凡是符合相关规定的习惯，可以作为人民法院处理民事纠纷的依据，也就是说人民法院不能以法律法规没有规定而不予处理。上级法院也不能因为没有法律规定把原判决撤销。第三，对不符合相关规定的习惯，人民法院可以依法予以改判，也可以通过审判监督程序予以撤

销。总之我认为这个习惯的适用要引起注意，用好了会将大量的纠纷解决在基层，最重要的是如何来鉴别习惯。

六、关于民法总则关于民事主体规定的理解与适用问题

对这一问题我不系统阐释了，只谈几个重要问题。民法总则规定了三种民事主体，自然人、法人和非法人组织。在自然人这一章里，权利能力和行为能力部分我就不说了。我先说一下监护问题。民法总则规定的监护和原来有些不同，用的是监护而不是监护权，这个要注意。对这一问题，需要把握好以下几点。

第一，我国监护制度应该把握的总体原则。对无民事行为能力人和限制民事行为能力的监护，李建国副委员长在民法总则草案的说明中专门谈到了这个原则，最高法院也十分坚持，就是监护应当坚持以家庭监护为基础、社会监护为补充、国家监护为兜底的原则。在制定民法总则的过程中，曾有很多人都热衷于国家监护，认为子女不赡养父母、父母不抚养子女都应该剥夺监护权，然后交由国家行使，这样国家管得过来吗？所以我们提出还是要以家庭监护为基础、社会监护为补充，国家只能作为兜底。李建国副委员长说我们第二节监护制度就是以这个原则来构建的。

第二，监护到底是权利还是义务。在案件审理中我们要剥夺父母或者子女的监护权，但在实践中是有异议的。我认为要注意几点，首先从其属性来讲，监护是一种义务和职责，是利他而不是利己，是为了被监护人的人身权利、财产权利被保护。例如，子女对父母的赡养，都是一种义务。但从某种意义上讲，

一旦取得了监护资格，就可以处分被监护人的财产，因此也具有权利的属性。在现在审判实践中，我就在安徽发现了一个案例，父母对孩子不管，孩子成为了诈骗的工具，法院就剥夺了父母的监护权，但我认为剥夺父母教育管理的资格是可以的，但不能通过来剥夺监护权让父母不再担负小孩成长过程中的各项费用。从这个意义来看，有些父母对孩子只管生不管养，剥夺监护权反而更纵容了当事人的行为。因此剥夺监护权不等于取消其作为亲属的义务，比如对费用的承担。

在自然人这一章中还一个需要注意的问题，即个体工商户和农村承包经营户的问题。虽然相关规定只有两三条，但在民事活动中是很重要的。从性质上来讲，个体工商户和农村承包经营户是自然人属性，作为民事主体，我们统计过现在在全国个体工商户大约达到了 6000 多万户，而农村承包经营户达到了 2.3 亿户，量很大。在二者的民事责任承担上，大家要注意第五十六条的规定，即个体工商户的债务，是个人经营的，由个人财产承担，家庭经营的，由家庭财产承担，无法区分的以家庭财产承担。假如说一对夫妻，以共同财产投资，由夫妻中的一方经营，另一方不经营，这个应该就算家庭经营，收益也是共同财产。如果无法区分，那就家庭财产承担，这个家庭财产既包括经营性财产，也包括消费类财产，是自然人的无限连带责任。农村承包经营户的债务以从事承包经营的农户承担，由农户部分成员经营的由部分成员财产承担。那么部分成员进行经营怎么来理解呢？我们的农村承包经营户分为两类，一类是家庭承包，一类是个人承包。家庭承包以家庭财产承担责任，

个人承包是对四荒地的承包，要以个人财产承担责任。

至于法人组织，我们目前分为营利法人、非营利法人和特别法人。我主要讲法人组织的民事责任。这个在民事审判实践中争议较大。第一个需要明确的是在这次民法总则中对民事责任规定了几条。一是明确了法人以其全部财产承担民事责任，按照我们第六十条的规定处理；二是明确了法定代表人或代理人执行职务开展民事活动，民事责任由法人承担。这都是基本的原则和制度安排，只要是执行职务，无论他是正确理解还是不正确理解，责任都由法人来承担，至于法人内部对他的限制，那是不能对抗善意相对人的，这个是要明确的；三是明确了法人组织合并和分立的民事责任；四是明确了法人分支机构的民事责任，法人分支机构的民事责任最终还是要由法人来承担。第二个需要明确的是法人组织内部的法律责任，比如法定代表人的责任、法人董事理事等执行机构或决策机构的责任等，这里我讲一下第七十条，里面规定了法人的董事理事等执行机构，或者决策机构的成员为清算义务人，法律、行政法规另有规定的依照其规定，这是第二款，第三款规定清算义务人未及时履行清算义务造成损害的，应当承担民事责任。主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。这是专门针对本次供给侧结构性改革所设定的条款，特别针对僵尸企业这一块。首先他明确了清算义务人，如果你是个法人组织，不再经营了，那么你的清算义务人就要履行清算义务，不履行或者未及时履行就要承担民事责任，包括损害赔偿责任，那就不是说直接追及到清算义务人的个人财产，这个责

任是很重的，制定这一条就是为了清算义务人及时清算，避免出现僵尸企业。到时如果提起诉讼可能就不是破产审判，而是损害赔偿了。

民法总则规定，对内部的董事、高级管理人员之间违背法律进行经营造成损害的，要承担民事责任。下面我重点要说，这次民法总则明确了如何处理法人内部和法人外部之间的关系，这在我们商事审判中还有很大争议，也是一大亮点。首先，民法总则明确了法人章程或法人权力机构对法定代表人的限制不得对抗善意相对人。你内部规定只能签订 500 万的合同，但法定代表人签订了 1000 万的合同，当然也是有效的。内部人员可以处理法定代表人，但不能否定合同效力。其次，明确了法定代表人执行职务造成他人损害应由法人承担责任。包括法人组织的工作人员履行职务对他人造成损害，法人组织也要承担责任。第三个需要明确的是营利法人的出资人有权请求人民法院撤销违法违规的决议，但不能请求撤销依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系，这是第八十五条的规定。第九十四条的非营利法人里面，也有类似规定，这是现在争议比较大的地方，我要强调一下，明确违反法律、行政法规的强制性规定的民事行为无效，但该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外，这个是第一百五十三条的规定。好多人都没有太读懂，这个除外不知道什么意思。这就跟公司法第十六条第二款的规定有些类似，公司法规定公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议，从公司法来看没有问题，如果没有这个决议，法定代表人和相对人签订合同，能不

能导致这个合同无效呢？我认为不能必然导致合同无效，应该还是有效的。至于法定代表人违背这条法律规定，内部人要起诉他要求赔偿是可以的。这里面就有一个内部关系和外部关系怎么处理的问题。这里我阐述一下自己的观点，在处理内部关系和外部关系时，还是应该外部关系要优先。这里面有一个基本理论问题要考虑，特别是在商事审判中要注意，我们的社会财富的增长是通过生产后的交易来实现的，如果交易不能成立，产品的价值就不能实现。因此作为法律在规定的時候，就要考虑到保护交易安全，要提高交易效率，要降低交易成本。如果把内部关系的保护夸大到较高的程度，就会降低交易效率、提高交易成本，导致交易不安全。因此，从社会财富增值的角度看，要保护交易安全等三个方面是十分重要的。当然也有例外，如果双方恶意串通也会导致交易无效，但举证责任应该由内部的人来举证，不能由善意相对人来举证。

非法人组织是指合伙企业、个人独资企业。非法人组织与个体工商户和农村承包经营户是不同的。非法人组织是一个组织形态，也通常要进行登记，限定它的一些经营范围。同时，非法人组织在债务承担上是无限责任，而自然人之间的家庭承包等，是连带责任。例如，合伙人共同出资设立合伙企业，合伙企业的欠债要先用企业的钱来进行清偿，如果经过清算不够偿还才能要求合伙人用自己家庭的财产来偿还债务。如果企业的财产没有清算，就不能要求其用家庭财产承担，这是无限责任，不是连带责任。具体我就不展开了。

民事审判的热点和难点问题确实比较多，今天我就宏观问

题讲的比较多，微观问题讲得比较少。当然，我们在实际审判过程中还会不断发现新的问题，我今天讲的也未必完全正确，仅供大家参考，不对的地方请大家批评指正。

谢谢大家！

以物抵债裁判依据汇总

1 《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》

第六条 当事人达成以物抵债执行和解协议的，人民法院不得依据该协议作出以物抵债裁定。

2 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

第四百九十三条

拍卖成交或者依法定程序裁定以物抵债的，标的物所有权自拍卖成交裁定或者抵债裁定送达买受人或者接受抵债物的债权人时转移。

3 最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题（最高人民法院民事审判第二庭庭长杨临萍 2015 年 12 月 24 日）

九、关于以物抵债合同纠纷案件的审理问题

债权人与债务人之间存在金钱债务，有时双方约定以特定物替代原金钱债务的清偿。实务上将该种替代履行债务的方式称为以物抵债。一般情形下，当事人设定以物抵债的目的是为了及时还清债务。但有的以物抵债则是为了达到其他非法目的，恶意逃避债务，损害第三人的合法权益。我们认为，在以物抵债案件审理中，既要注重以物抵债在了结债务、化解矛盾纠纷、节约交易成本等方面的积极作用，不能对以物抵债约定轻易否定；同时，也要严格审查当事人缔结以物抵债的真实目的，对

借以物抵债损害相对人、第三人利益的行为应予以否定。对这些问题我们将在《物权法》担保物权编司法解释中进一步研究。

第一，关于债务履行期届满前约定的以物抵债。

债权人与债务人在债务履行期届满前就作出以物抵债的约定，由于债权尚未到期，债权数额与抵债物的价值可能存在较大差距。如果此时直接认定该约定有效，可能会导致双方利益显失公平。所以在处理上一般认为应参照《物权法》关于禁止流押、流质的相关规定，不确认该种情形下签订的以物抵债协议的效力。在后果处理上：

1、如果此时抵债物尚未交付给债权人，而债权人请求确认享有抵债物所有权并要求债务人交付的，不予支持。今年最高人民法院颁布的民间借贷司法解释第二十四条规定：当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，应当按照民间借贷法律关系审理。债务人不履行生效判决确定的金钱债务，债权人可以申请拍卖买卖合同标的物以偿还债务。上述处理思路与该司法解释规定是一致的。

2. 如果此时抵债物已交付给债权人，参照《物权法》中质押的有关规定，债务人请求债权人履行清算义务或主张回赎的，法院应予支持。

第二，关于债务履行期届满后约定的以物抵债。

债务履行期届满后，债权的数额就得以确定，在此基础上达成的以物抵债协议，一般不会存在显失公平的问题。在以物抵债行为不存在违反法律、行政法规禁止性规定的情形下，应当尊重当事人的意思自治。在后果的处理上：

1. 如果此时抵债物尚未交付给债权人，债务人反悔但未能提供证据证明有能力继续履行原债务，债权人请求债务人履行以物抵债约定的，应予支持。

此时，对法院是否还应就该物履行清算程序的问题，一种意见认为应当履行，债权人不能就超过债权部分受偿。另一种意见则认为，此时因以物抵债约定系事后达成，所以不会对债务人造成不公平，故无需履行上述程序，债权人可以就抵债物直接受偿。当然，如果该抵债行为损害第三人利益，第三人可以参照《物权法》第一百九十五条第一款的规定主张撤销。这两种意见中，我们倾向于后一种意见。

2. 如果抵债物已交付给债权人，债务人反悔的，不予支持。但为防止一方当事人利用以物抵债协议损害对方的合法权益，当存在《合同法》第五十四条规定的情形时，债权人、债务人均可请求变更或撤销以物抵债行为。对当事人利用以物抵债恶意逃债，第三人既可依据《合同法》第五十二条的规定主张抵债行为无效，也可依据《合同法》第七十四条的规定行使撤销权。

4 最高人民法院关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释（一）

第七条

人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债

裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

5 最高人民法院印发《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》的通知

17. 执行法院收到受移送法院受理裁定时，已通过拍卖程序处置且成交裁定已送达买受人的拍卖财产，通过以物抵债偿还债务且抵债裁定已送达债权人的抵债财产，已完成转账、汇款、现金交付的执行款，因财产所有权已经发生变动，不属于被执行人的财产，不再移交。

6 江苏省高级人民法院审判委员会会议纪要

2014年3月31日，江苏省高级人民法院召开第6次审判委员会，对债权债务案件审理中的以物抵债问题进行了专题讨论。会议认为，近年来，在人民法院审理的各类债权债务纠纷中，当事人利用以物抵债行为转移责任财产、规避国家政策、进行虚假诉讼的情况较为突出，不仅损害了其他债权人的合法利益，而且严重扰乱了诉讼秩序，极大地损害司法权威。为此，根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国物权法》等法律法规及最高人民法院相关文件精神，对实践中审查认定各类以物抵债问题依法进行规范。现将讨论意见纪要如下：

一、关于以物抵债行为的界定

会议认为，“以物抵债”是指债务人与债权人约定以债务人或经第三人同意的第三人所有的财产折价归债权人所有，用以清偿债务的行为。

人民法院应当根据当事人设定以物抵债的不同时间、约定的具体内容、履行的具体情况等情形来判断以物抵债不同的法律性质，进而正确认定其效力。

二、关于债务未届清偿期之前以物抵债行为的性质及效力认定会议认为，对当事人在债务未届清偿期之前达成的以物抵债协议，应区分不同情形进行认定与处理：

(一)当事人在债务未届清偿期之前达成的以物抵债协议，该协议具有担保债权实现的目的，如债权人以债务人违反以物抵债的约定而要求继续履行以物抵债协议或对所抵之物主张所有权的，人民法院应驳回其诉讼请求。但经人民法院释明，当事人变更诉请要求继续履行原债权债务合同的，人民法院应当继续审理。

(二)当事人在债务未届清偿期之前达成以物抵债的协议，同时明确约定在债务清偿期届满时应进行清算，该以物抵债协议在当事人之间具有法律效力，但该约定不具有对抗其他债权人的效力。

(三)当事人在债务未届清偿期之前约定以房屋或土地等不动产进行抵债，并明确在债务清偿后可以回赎，债务人或第三人根据约定已办理了物权转移手续的，该行为符合让与担保的特征，因违反物权法定原则，不产生物权转移效力。债权人如根据抵债协议及物权转移凭证要求原物权人迁让的，人民法院应不予支持。

三、关于债务清偿期届满之后以物抵债行为的性质及效力认定

会议认为，对当事人在债务清偿期届满后的以物抵债协议，应区分两种情况进行认定与处理：

（一）债务清偿期届满后当事人达成以物抵债协议，在尚未办理物权转移手续前，债务人反悔不履行抵债协议，债权人要求继续履行抵债协议或要求确认所抵之物的所有权归自己的，人民法院应驳回其诉讼请求。但经释明，当事人要求继续履行原债权债务合同的，人民法院应当继续审理。

（二）当事人在债务清偿期届满后达成以物抵债协议并已经办理了物权转移手续后，一方反悔，要求认定以物抵债协议无效的，人民法院不予支持。但如当事人一方认为抵债行为具有《中华人民共和国合同法》第五十四条规定的可变更、可撤销情形的，可以依法请求人民法院或仲裁机构变更或撤销。

债权人在债务清偿期届满后通过以物抵债协议取得了所抵之物的所有权，后要求债务人承担标的物瑕疵担保责任的，人民法院可参照《中华人民共和国合同法》关于买卖合同的相关规定进行处理。

四、关于诉讼中当事人自愿以物抵债的处理

会议认为，在债权债务案件诉讼过程中，当事人自愿达成以物抵债协议，并要求法院制作调解书的，人民法院应建议当事人申请撤诉。当事人不申请撤诉而要求法院制作调解书的，人民法院应不予支持，对当事人之间债权债务法律关系继续审理。

当事人双方持人民调解组织主持达成的以物抵债调解协议，向人民法院申请司法确认的，经审查，当事人尚未完成物权转移手续的，人民法院应裁定驳回申请。

五、关于对当事人利用以物抵债进行虚假诉讼的防范和制裁会议认为，对当事人进行虚假诉讼，利用以物抵债损害其他债权人利益的，人民法院应从以下方面严格审查并加大制裁力度：

(一)加强对债权债务关系真实性的审查力度，严防虚假诉讼。

(二)对当事人在以物抵债协议中约定的管辖法院与所抵不动产的所在地非同一地的，应按民事诉讼法专属管辖的规定认定协议管辖的效力。

(三)发现当事人通过以物抵债的方式恶意转移责任财产、损害其他债权人利益或者规避国家房产限购政策、转移限制转让的车牌号码等恶意诉讼或虚假诉讼行为的，应根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十二条的规定驳回诉讼请求，同时可根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

7 最高人民法院关于阳江波士发时装厂对广州市中级人民法院执行异议案的复函

广东省高级人民法院：

你院[1996]粤高法执监字第 66—2 号《关于阳江波士发时装厂来信反映广州中院违反执行程序低价处理其股权权益问题的审查情况报告》收悉，经研究，答复如下：

阳光波士发时装厂（以下简称波士发）与中国农村发展信托投资公司广东办事处证券交易营业部（以下简称中农信）证券承销兑付纠纷一案，广东省高级人民法院经二审于 1996 年 8 月 29 日作出判决，由债务人波士发在判决生效后 10 日内向中农

信交付债券本金 1000 万元及利息。波士发逾期未履行义务，中农信申请执行。

在执行过程中，广州市中级人民法院将被执行人波士发在其与第三人广东省信托房地产开发公司广州开发区公司（以下简称广信托）合作开发广州芳村花地湾项目中投入的 1200 万元定金按照投资权益裁定作价 1392 万元以物抵债给中农信。波士发对此裁定不服，以如下理由向本院提出申诉：（一）涉案财产未经拍卖就裁定以物抵债，违反法定程序，应予纠正；（二）执行法院委托的评估是在未通知被执行人，没有得到被执行人地产资料的情况下所作的评估，该评估与其他评估机构的评估价相差 10 倍左右，显失公平；（三）涉案房地产为被执行人与第三人共有，在未经审判确定双方权益的情况下，执行法院在执行中裁定确定被执行人与第三人的具体权益，于法不符。

本院经审查认为：在被执行人波士发没有财产可供执行时，执行法院可以执行其投资权益。但是，波士发与广信托之间就涉案房地产的开发合作仅有合作开发协议，没有成立开发该项目的公司或者其他形式的合作开发房地产的企业，尚无投资权益依附的民事主体，且波士发在履约之初交付定金后，双方是否继续履行合作协议，是否形成投资权益，该定金应如何处理，以及该合作协议的效力如何，出现的民事责任是违约责任还是过错责任等问题，应当通过诉讼等途径解决。广州市中级人民法院在执行程序中认定波士发支付的 1200 万元定金为投资权益，并裁定予以抵债 1392 万元，不符合法律规定，应予纠正。

请你院督促执行法院纠正执行错误，撤销（1996）穗中法经执字第 367 号裁定。

此复

8 最高人民法院关于湖南省高级人民法院与北京市高级人民法院执行中国机电总公司协调案的复函

湖南省高级人民法院、北京市高级人民法院：

湖南省高级人民法院[2000]湘执请字第 10 号《关于请求最高人民法院协调处理湖南省长沙市中级人民法院强制执行中国机电设备总公司相关财产是否应列为破产财产的请示》和[2001]湘高法执请字第 1 号有关该案的《紧急报告》及北京市高级人民法院京高法[2001]74 号报告均收悉。

经研究，我们认为，鉴于中国机电设备总公司（以下简称机电总公司）对长沙市中级人民法院依法查封的位于北京市宣武区马连道北路 1 号的机电大厦院内的房产不同意拍卖，而对长沙市中级人民法院提出的将该房产按评估价以物抵债的意见并未反对，故应视为同意以物抵债；由于北京市政府有关部门规定在京房地产不能直接过户给外地单位，因此，本案债权人长沙市商业银行商由长沙市政府驻京联络处接收该案标的物即机电大厦院内的部分房产，应予准许；长沙市中级人民法院据此于 2000 年 7 月 12 日裁定将上述房产过户给长沙市政府驻京联络处，其实质是依法将该标的物变卖给长沙市政府驻京联络处，并无不当，该案至此已执行完毕。而北京市第一中级人民法院 2000 年 8 月 2 日受理破产案件时将上述房产列入破产财产错误，应予纠正。

关于北京市高级人民法院在报告中反映机电总公司将上述房产抵押给中国银行总行的问题，因其未依法到有关房地产管理部门办理抵押登记，故不得对抗人民法院的执行。至于中国汽车贸易总公司对上述房产主张产权的问题，因该房产的产权证在机电总公司名下，根据国务院《企业国有资产产权登记管理办法》有关国有资产管理部门审定的企业国有资产产权登记表、登记证是确认企业产权归属的法律凭证的规定，上述房产只能认定归机电总公司所有。如果中国汽车贸易总公司坚持主张产权，应另行通过诉讼解决。对机电总公司不服原判的问题，应告其可按照审判监督程序提出申诉，但其申诉不影响本案的执行。

9 最高人民法院关于山西省太原市中级人民法院执行深圳市罗湖对外经济发展公司房产问题的复函

山西省高级人民法院、广东省高级人民法院：

山西省高级人民法院晋高法执字（1994）第65号和广东省高级人民法院粤高法经一行字（1995）第66号报告均已收悉。经研究，答复如下：

1994年4月20日山西省太原市中级人民法院对山西省物资贸易中心诉深圳市罗湖对外经济发展公司购销合同纠纷案做出判决，双方当事人均未上诉。同年7月21日太原市中级人民法院开始执行。10月7日，该院裁定将深圳市罗湖对外经济发展公司座落在深圳市莲塘第一工业小区135栋总建筑面积为6326平方米的六层厂房以物抵债给山西省物资贸易中心。11月4日双方当事人在太原市、深圳市中级人民法院的

监督下，对该厂房进行了交接。因该厂房所在地莲塘工业区属深圳市土地未清理区域，所以深圳市规划国土局暂不办理房地产证。同年12月8日深圳市人民政府给山西省物资贸易中心发了产权代用证。本院认为，虽然深圳市中级人民法院于1994年11月3日受理了罗湖对外经济发展公司申请破产案，但是考虑到上述实际情况，应认定山西省太原市中级人民法院已执行完毕，以物抵债的厂房所有权已经转移。深圳市中级人民法院不应再将该厂房作为破产财产处理。如果该房产的价值超过山西省物资贸易中心所享有的债权，超过部分可作为破产财产。

10福建省高级人民法院关于印发《关于网络司法拍卖流程的规定（试行）》的通知

第二十七条

【以物抵债】拍卖时无人竞买或者竞买人的最高应价低于保留价，申请执行人或者其他执行债权人申请或者同意以该次拍卖所定的保留价接受拍卖财产的，应当将该财产交其抵债。

有两个以上执行债权人申请以拍卖财产抵债的，由法定受偿顺序在先的债权人优先承受；受偿顺序相同的，以抽签方式决定承受人。承受人应受清偿的债权额低于抵债财产的价额的，人民法院应当责令其在指定的期间内补交差额。

11北京市法院执行案件办理流程与执行公开指南

第三十七条

【财产流拍后的处理】

财产经第一次拍卖未成交的，申请执行人和其他执行债权人可以申请以该保留价接受抵债。无人愿意接受抵债的，应当在六十日内再行拍卖。

财产经第二次拍卖仍未成交的，应征询申请执行人或其他执行债权人是否愿意以第二次拍卖的保留价接受抵债。表示接受的，裁定以物抵债；拒绝接受抵债或者依法不能交付抵债的，区分财产类型处理：对动产，应当解除查封、扣押，并将该动产退还被执行人，但可以采取其他执行措施的除外；对不动产或其他财产权，应当在六十日内进行第三次拍卖。

不动产或其他财产权经第三次拍卖未成交的，应征询申请执行人和其他执行债权人是否接受抵债，接受抵债的，裁定以物抵债；拒绝接受或者依法不能交付抵债的，予以变卖。

12 最高人民法院执行工作办公室关于河北省安平县法院与江苏省张家港市法院执行争议案的处理意见

（2002年11月11日〔2002〕执协字第3号）

河北省高级人民法院、江苏省高级人民法院：

河北省高级人民法院〔2001〕冀高法执字第10号《关于安平县法院与江苏张家港市法院执行同一房产发生争议的情况报告》和江苏省高级人民法院〔2001〕苏执他字第132号《关于江苏省张家港市法院执行一房产与河北省安平县法院发生争议的情况报告》均收悉。经过研究，答复如下：

一、河北省安平县法院在审理安平县供销合作社联合社（以下简称安平县供销社）与海南省黄金岛联合实业开发公司、第

三人张家港黄金岛公司返回投资款纠纷案件时，于 1999 年 12 月 16 日以（1999）安经初字第 53 号民事调解书，将张家港保税区黄金岛经济开发公司（以下简称张家港黄金岛公司）投资开发的、位于张家港保税区的锦帆国际贸易大厦（以下简称锦帆大厦）的第 4、5、6 层房屋，确权给予安平县供销社。而张家港市法院在执行张家港市东莱建筑工程有限责任公司（以下简称东莱公司）诉张家港黄金岛公司工程纠纷一案的生效判决时，于 2001 年 4 月 5 日以 [2000] 张民执字第 1190 号民事裁定书，将锦帆大厦按整体评估价以 4474745 元抵偿给申请执行人东莱公司抵偿全部债款。本院在协调中查明，张家港市法院在明知锦帆大厦 4、5、6 层房屋已确权给安平县供销社的情况下，依然裁定将整幢锦帆大厦以物抵债给东莱公司，侵犯了安平县供销社的合法权益，依法应予纠正。

二、据被执行人张家港黄金岛公司向我院反映，该公司对锦帆大厦投资 1958 万元，而张家港市法院执行案件的标的只有 400 余万元，却在审理阶段即将锦帆大厦整体保全查封，严重超标的；执行中又未经拍卖、变卖程序将锦帆大厦以 447 万元抵债，既未将评估价格通知被执行人，也未征求被执行人的意见，直接裁定以物抵债。经查，此反映的情况属实。张家港市法院的上述执行行为违反了我院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 301 条和《关于人民法院执行工作若干问题的规定试行》第 39 条、第 46 条的规定，依法应予纠正。

三、请江苏高院接此函后立即指令苏州市中级人民法院裁定撤销张家港市法院〔2000〕张民执字第 1190 号民事裁定书，由苏州市中级人民法院重新委托法定评估机构对锦帆大厦（扣除安平县法院已确权的第 4、5、6 层）进行评估并依法予以拍卖。鉴于张家港市法院以物抵债裁定生效后，锦帆大厦被东莱公司委托东莱镇政府以 200 万元的价格转让给了张家港华润玻璃有限公司，华润玻璃有限公司又对锦帆大厦进行了整体装修，故对华润玻璃有限公司受让后添附的部分费用，苏州市中级人民法院在处理拍卖款时可以从中给予华润玻璃有限公司适当补偿。

请江苏高院指导、监督苏州市中级人民法院尽快落实我院的意见，并将结果及时报告我院。

13 最高人民法院关于认真做好网络司法拍卖与网络司法变卖衔接工作的通知

二、关于发布网络司法变卖公告期限的问题。网拍二拍流拍后，人民法院应当于 10 日内询问申请执行人或其他执行债权人是否接受以物抵债。不接受以物抵债的，人民法院应当于网拍二拍流拍之日起 15 日内发布网络司法变卖公告。