中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终1167号

上诉人（一审被告）：浙江现代商贸物流发展有限公司。住所地：浙江省杭州市余杭区良渚街道博园路1号1幢3层301、302室。

法定代表人：章鹏飞。

委托诉讼代理人：浦映超。

委托诉讼代理人：刘扬，北京市众明律师事务所律师。

被上诉人（一审原告）：杨飞兰。

委托诉讼代理人：陆兆文，北京市通商律师事务所律师。

委托诉讼代理人：齐乐，北京市通商律师事务所律师。

一审被告：陈建炳。

上诉人浙江现代商贸物流发展有限公司（以下简称现代公司）因与被上诉人杨飞兰、一审被告陈建炳借款合同纠纷一案，不服江西省高级人民法院（2017）赣民初49号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成由审判员周伦军担任审判长、审判员贾清林、审判员马东旭参加合议的合议庭公开开庭审理了本案。法官助理李洁协助办理本案，书记员钱莹担任法庭记录。上诉人现代公司的委托诉讼代理人浦映超、刘扬，被上诉人杨飞兰的委托诉讼代理人陆兆文、齐乐到庭参加诉讼。一审被告陈建炳经本院合法传唤未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

现代公司上诉请求：1.撤销（2017）赣民初49号民事判决第二项，依法改判驳回杨飞兰对现代公司的诉讼请求；2.二审诉讼费由杨飞兰承担。事实与理由：一、本案《借款合同》不是当事人真实意思表示，属于虚假合同，其真实目的是骗取现代公司担保，转嫁万某华无法收回借款的风险。本案《借款合同》应为无效合同，现代公司不应承担担保责任。1.万某华、陈建炳在刑事案件侦查阶段的供述可以证明，本案《借款合同》的真实目的是骗取现代公司担保，转嫁万某华无法收回借款的风险。2.杨飞兰在本案庭审中的自认及其他相关证据可以证明，本案借款实际是循环转账，制造借款合同已实际履行的假象。3.本案《借款合同》系无效合同，现代公司不应承担担保责任。本案《借款合同》不是合同当事人的真实意思表示，实际是杨飞兰、万某华、陈建炳等人恶意串通，通过虚假的借款合同实现骗取现代公司担保资产的非法目的。根据《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第二项、第三项的规定，本案《借款合同》无效，《抵押合同》也相应无效，现代公司不应承担担保责任。二、本案《借款合同》项下9000万元借款并未真实发生，一审判决认定本案借款真实发生依据不足。1.从资金流转过程看，杨飞兰的自认和万某华等人的陈述证明本案借款实际是循环转账，最终都流回杨飞兰控制的账户，因此本案借款并未真实发生。2.从真实流转的资金角度看，本案借款过程流转的资金只有2650万元，杨飞兰称另有6350万元来源于万某勇提供给杨飞兰的借款，不足采信。3.一审判决仅凭深圳市人民检察院《不起诉理由说明书》，认定“陈建炳用其向杨飞兰所借9000万元中的8500万元归还了其所欠万某华借款”及“案涉9000万元借款本金已真实发生”，证据不足。该份说明书不是法院调取的证据，且未经办案机关盖章确认，对其真实性、合法性无法认可。且检察机关认定的内容主要是基于被害人及其他相关方的陈述，陈建炳归还万某华款项的事实也仅仅是从账目上反映。检察院审查的目的是陈建炳是否构成对万某华的诈骗，而本案争议的焦点是万某华、杨飞兰、陈建炳是否恶意串通骗取现代公司的担保财产，以及杨飞兰与陈建炳的借款关系是否真实发生。两个案件审查的目的不同，审查的证据范围不同。万某华撤回对陈建炳的控告并自认陈建炳已归还借款，并不当然适用于本案。4.关于资金来源、具体金额和资金去向以及参与资金循环转账人之间的债权债务关系等事实，应由杨飞兰承担举证责任。且杨飞兰具备举证能力，其未提供相关证据，应当承担对其不利的法律后果。三、即便本案《借款合同》有效，现代公司亦不应当承担担保责任。1.由于本案合同项下借款最终流转回杨飞兰控制的账户，因此本案借款并未真实发生，现代公司不应承担担保责任。2.即使法院认定确有借款发生，其真实流转的资金也仅有2650万元，陈建炳也未按照《借款合同》约定的借款用途使用资金，显然属于主合同主要条款发生变更，且未经现代公司书面同意，现代公司也不应当承担担保责任。3.即使法院认定确有借款发生，由于在签订《抵押合同》时，陈建炳和杨飞兰并未告知现代公司关于所借款项用于偿还旧贷的事实，这势必影响现代公司在提供抵押时对担保风险的预期判断，加重其担保责任，因此现代公司应当免于承担担保责任。四、一审法院未准许现代公司调取陈建炳等人银行转账记录的申请，违反法定程序。五、本案涉嫌刑事犯罪，且公安机关已经立案侦查，本案应中止审理或依法移送公安机关。综上，杨飞兰与陈建炳之间并不存在真实的借款目的，也不存在真实的借款关系，请求支持现代公司的上诉请求。

杨飞兰答辩称，一、《借款合同》项下9000万元借款是真实发生的，且不存在杨飞兰与陈建炳、万某华恶意串通骗取现代公司担保的行为，《借款合同》及《抵押合同》均合法有效。（一）现有证据充分表明杨飞兰已经实际履行《借款合同》项下支付9000万元借款的义务。杨飞兰于2013年1月9日分别通过刘某广、龚某某、龚某的账户分三笔，每笔3000万元向陈建炳支付了9000万元，履行了《借款合同》项下支付借款的义务。陈建炳在深圳市公安局经济犯罪侦查局接受询问时，对杨飞兰已经实际向其支付9000万元借款的事实始终予以认可。案涉《借款合同》《抵押合同》签订前，陈建炳尚欠万某华1.02亿元未归还。根据万某华、赵某国在陈建炳就前述1.02亿元涉嫌合同诈骗罪的侦查阶段笔录，万某华、赵某国均认可陈建炳已经实际偿还了欠付万某华8500万元的款项，而且检察机关就陈建炳涉嫌合同诈骗罪作出的不起诉决定也明确认定陈建炳已向万某华全额还款。可见，万某华真实收到了陈建炳所支付的8500万元。鉴于陈建炳支付万某华8500万元的资金来源即为杨飞兰向其提供的9000万元，故杨飞兰向陈建炳提供的9000万元显然也是真实发生的。（二）本案借款不存在现代公司所称的循环转账。1.杨飞兰已提交充分证据证明本案的资金流转是基于其他债权债务关系真实发生的，并非循环转账。仅从案涉资金走向来看，万某华自陈建炳处收到的第一笔3000万元及第二笔3000万元又回到了杨飞兰控制的账户，但事实上，杨飞兰提交的证据表明上述资金流转的过程仅仅是账面所反映的一个表象，并非是杨飞兰出借陈建炳款项的直接转回。具体而言，刘某平与万某勇之间存在债权债务关系，刘某平与杨飞兰是一起做资金业务的合伙人，《借款合同》项下的9000万元借款是由刘某平帮助杨飞兰筹集的，2650万元为刘某平的自有资金，剩余6350万元为刘某平向万某勇的借款。在刘某平向万某勇借款时，万某勇对赵某国享有4000万元的债权，此外，万某勇还另向赵某国借了4500万元。故赵某国需要向万某勇支付8500万元的款项，遂万某勇直接指示赵某国将8500万元中的6350万元支付至刘某平提供的账户（即案涉刘某广、龚某某、龚某的账户），而由于万某华系跟着赵某国一起做资金业务，上述陈建炳向万某华支付的8500万元资金均由赵某国进行支配，故万某华在收到陈建炳支付的8500万元后，就按照赵某国的指示将款项支付给了万某勇指定的账户。关于陈建炳收到的杨飞兰支付的第三笔3000万元款项的去向，上述款项并未回到杨飞兰控制的账户，其中500万元作为借款的利息支付给了杨飞兰，剩余2500万元支付给了万某华。万某华在收到2500万元款项后，将其中的2150万元按照赵某国的指示支付给了万某勇指定的赵某忠的账户。该笔2150万元与上述赵某国按照万某勇的指示支付的6350万元构成8500万元，即完成了赵某国向万某勇提供8500万元款项的资金支付。上述刘某平向万某勇所借6350万元，以及万某勇向赵某国所借4500万元最终均全部得以清偿，进一步证明案涉9000万元是真实发生的，并非循环转账。2.现代公司主张杨飞兰和万某华的陈述证明本案是循环转账是对相关内容的歪曲解读。杨飞兰在本案一审及二审案件中始终明确9000万元的资金来源为自有资金2650万元以及向万某勇的借款6350万元，不存在前后陈述不一致的情形。杨飞兰对于“流转资金是2650万元”的陈述，仅仅是从交易记录所反映的账面情况进行的回应，该陈述不能视为对资金来源实质为循环转账的认可。万某华在侦查阶段关于“钱全部又转回杨飞兰，案涉9000万元借款实际只有2000万元”的陈述，也仅仅是万某华基于其所了解到的资金流转表象所作的陈述。赵某国、万某华、万某勇等人在侦查阶段的笔录以及杨飞兰于一审期间提交的上述人员的证人证言均可证明，万某华是跟着赵某国一起做资金业务的，陈建炳向万某华账户支付的8500万元由赵某国进行支配，万某华并不清楚资金流转表象之下相关主体之间债权债务的真实履行情况。（三）杨飞兰与万某华、陈建炳不存在恶意串通骗取现代公司提供担保的行为，《借款合同》《抵押合同》合法有效。1.现有证据充分证明《借款合同》《抵押合同》是各方当事人的真实意思表示，合法有效。本案《借款合同》及《抵押合同》均系公证机关公证的具有强制执行效力的债权文书，公证书中明确记载“为了保证债务的履行，抵押人作出了自愿接受强制执行的意思表示，甲乙双方签订《抵押合同》的意思表示真实”。《抵押合同》签署后，现代公司就其提供的案涉抵押物办理了抵押登记，现代公司曾用同样的抵押物担保陈建炳向案外人张某雁的借款以用于偿还万某华的借款。2.现代公司未提供证据证明杨飞兰与陈建炳、万某华恶意串通欺诈其提供担保，应当确认由公证机关公证的《借款合同》及《抵押合同》合法有效。公安机关向陈建炳询问现代公司为其提供担保是否为自愿时，陈建炳明确回答是自愿的。至于陈建炳向现代公司作出了何种承诺，是陈建炳与现代公司之间的法律关系，与杨飞兰无关。且本案没有证据表明杨飞兰曾介入陈建炳与现代公司商谈担保的过程。二、本案并不存在陈建炳变更借款用途的情形，现代公司以此为由主张免于承担担保责任不具有事实依据。《借款合同》第一条第2款关于“借款用途”的约定为：“本借款由甲方（指陈建炳）支配使用，但不得使用借款进行违法活动”。显然，《借款合同》并未对借款用途作出具体限定，陈建炳将借款用于偿还其向万某华的借款不属于《借款合同》所约定的违法活动。三、本案没有调取陈建炳等人银行转账记录的必要，一审判决未违反法定程序。杨飞兰在一审期间提交的证据可以充分证明案涉资金的具体流转过程，包括资金数额、转账时间、转账所涉及的相关当事人等等，不存在现代公司所称的杨飞兰等人拒绝提供相关证据的情形，鉴于杨飞兰的证据足以查清案涉资金具体流转情况，本案不存在调取陈建炳等人银行转账记录的必要性。一审法院未准许现代公司调取证据的申请是正确的，未违反法定程序。四、现代公司关于本案涉及刑事犯罪应中止审理或移送公安机关的主张不能成立。杭州市公安局对陈建炳等涉嫌合同诈骗罪立案侦查的案件时至今日长达近四年没有任何进展，公安机关也从未函告法院杨飞兰涉嫌合同欺诈并附有关证据材料，故本案不存在移送公安机关的条件，而且人民法院对已立案审理的经济纠纷案件是否有经济犯罪嫌疑有审查权和最终决定权。综上，《借款合同》项下的9000万元借款是真实发生的，不存在杨飞兰与陈建炳、万某华恶意串通骗取现代公司担保的行为。《借款合同》《抵押合同》均合法有效，陈建炳应当依约承担还款责任，现代公司应依约承担抵押担保责任，请求驳回上诉，维持一审判决。

陈建炳未到庭应诉亦未提交书面答辩意见。

杨飞兰向一审法院起诉请求：1.陈建炳、现代公司偿还杨飞兰借款本金9000万元及计算至实际给付之日的利息（计算至2017年7月9日的利息9720万元）；2.杨飞兰对现代公司位于浙江省杭州市××××层（整层）的房产享有优先受偿权；3.由陈建炳、现代公司承担本案诉讼费。

一审法院认定事实：2012年12月12日，陈建炳向万某华借款1.02亿元用于过账，借款期限2天，月息是九分。到期后，陈建炳未归还该1.02亿元给万某华。万某华以陈建炳涉嫌合同诈骗为由于2012年12月19日向深圳市公安局经济犯罪侦查支队报案。2013年1月5日，万某华与陈建炳签订还款协议，约定陈建炳最迟于2013年1月10日前归还所欠万某华款项。同日，陈建炳、浙江金石控股有限公司、浙江仁合投资有限公司向现代公司出具一份承诺函。该承诺函载明：至（致）浙江现代商贸物流发展有限公司：陈建炳向杨飞兰借款人民币9000万元，以贵司位于杭州市××××层浙江食品市场一层（产权证号：余房权证良更字第××号）、面积为15176.62㎡的物业为上述借款提供第三方抵押担保。在贵司办理完第三方抵押担保手续后的5个工作日内，杨飞兰将借款9000万元汇入陈建炳账户后，陈建炳需将其中7000万元转入贵司账户。鉴于贵司尚有浙江金石控股有限公司（金额3000万元，下称浙江金石）、浙江仁合投资有限公司（金额1800万元，下称浙江仁合）的债务，对于上述债务的清偿，由陈建炳出具个人本票给贵方，经贵方背书后交付浙江金石和浙江仁合（或出具付款委托书）。本承诺书之浙江金石和浙江仁合由章小丰代位承诺，并对所承诺事项及金额提供全额担保。陈建炳、章小丰在该承诺函上签名。2013年1月7日，陈建炳（甲方、借款人）与杨飞兰（乙方、出借人）签订一份《借款合同》，约定：甲方因生产、建设、经营等需要，向乙方申请借款作为流动资金，双方经协商一致，同意甲方以第三方（现代公司）指定的商业房产（以下简称甲方抵押物）作为借款抵押物抵押给乙方，由乙方提供双方商定的借款额给甲方；借款总金额为9000万元，借款期限为1年（2013年1月8日至2014年1月9日），借款利率24%；抵押物产权人为现代公司，抵押物坐落杭州市××××层浙江食品市场一层，抵押期限为1年（2013年1月8日至2014年1月9日）；甲方如不按期付息还本或有其他违约行为，违约责任按银行同期贷款利率的四倍计算；本合同系杭州市禹航公证处公证并依法赋予强制执行效力的债权文书，甲、乙双方如任何一方不履行，对方当事人可根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十八条规定，直接向有管辖权的人民法院申请执行。同日，杨飞兰（甲方）与现代公司（乙方）签订一份《抵押合同》，约定：借款人陈建炳因经营需要向甲方借款9000万元，现乙方愿提供房产作为抵押物为陈建炳的本次借款提供抵押担保；乙方提供抵押所担保的主债务为甲方与陈建炳签订的《借款合同》中陈建炳对甲方所负有的所有债务；抵押物为乙方拥有的位于杭州市××××层（整层）的房产合计15176.62㎡及相应的分割土地面积（房产证号为余房权证良更字第××号，土地证号为杭余出国用××号），该抵押物的所有人为乙方，双方约定上述房产价值1.1亿元（该约定价值不作为乙方到期不偿还或不完全偿还欠款，执行房屋时房产真实价值，具体以执行时房产市场价值为准）；若债务人陈建炳不能按时偿还借款本金或利息，甲方可按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十八条的规定，向杭州市禹航公证处申办强制执行证书并向有管辖权的人民法院申请强制执行；抵押担保范围为主合同项下的借款本金、利息、违约金、罚金和甲方实现该借款债权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、保全费等）。同日，杨飞兰、陈建炳、现代公司在浙江省杭州市禹航公证处为上述《借款合同》《抵押合同》办理了公证，各方在公证处公证下确认上述两份合同具有强制执行效力，该公证处出具了（2013）浙杭禹证经字第47-48号《公证书》。2013年1月8日，现代公司在杭州市住房保障和房产管理局将上述抵押物为杨飞兰办理了余房他证字第××号《房屋他项权证》。

2013年1月9日，杨飞兰委托刘某广、龚某某、龚某分别向陈建炳转账，刘某广分四笔（900万元、850万元、800万元、450万元）共转款3000万元，龚某某分四笔（900万元、950万元、700万元、450万元）共转款3000万元，龚某分四笔（700万元、600万元、900万元、800万元）共转款3000万元，共计9000万元。同日，陈建炳向杨飞兰出具一份《收条》，载明：今收到杨飞兰抵押借款9000万元。

陈建炳涉嫌合同诈骗经深圳市公安局立案侦查终结后，移送深圳市人民检察院审查起诉。深圳市人民检察院于2015年6月17日作出深检刑不诉[2015]27号《不起诉决定书》。该院认为深圳市公安局认定陈建炳实施了合同诈骗行为事实不清、证据不足。同时附了一份《不起诉理由说明书》。该《不起诉理由说明书》称“陈建炳已向被害人（即万某华）还款。陈建炳一直辩称于2013年1月9日对被害人万某华全额还款。后期还款资金来源系被害方介绍的杨某兰（即杨飞兰）对其的借款，其向杨某兰提供了抵押物。经查，1）已提取到经公证的杨某兰与陈建炳的借款合同及抵押登记；2）依银行转账记录，陈建炳的账号于2013年1月9日在收到杨某兰的资金后将8500万元转给了万某华，从账目上反映陈建炳已全部归还了万某华所借款项。3）对上述2013年1月9日的回款性质，被害人万某华的陈述虽有反复，曾称该回款只是形式，回款的来源为自己的资金，但其在检察机关问话时明确上述回款就是陈对自己的实际还款。4）1月9日给陈建炳借款的杨某兰、刘某平均证实其借款给陈建炳是真实借款，其与万某华的资金往来系其与万某华之间的拆借，与陈建炳无关。综上，应认定陈建炳已向被害人全额还款”。

陈建炳只支付了《借款合同》约定的第一个季度利息500万元，其余本、息均未按约支付，杨飞兰故诉至一审法院，请求判如所请。

另查明，现代公司于2014年2月8日向杭州市公安局报案，称陈建炳、杨飞兰、万某华等虚构借款事实骗取现代公司房产，涉嫌合同诈骗。杭州市公安局经济犯罪侦查支队于2014年3月26日决定对该案立案侦查，直至今日，杭州市公安局仍未侦查终结。

一审法院认为，根据当事人双方诉辩意见，本案争议焦点为：1.案涉9000万元借款是否真实发生？陈建炳是否应向杨飞兰偿还该9000万元借款及利息？2.现代公司在本案中是否应承担抵押担保责任？3.本案是否应移交公安部门侦查？对此，该院综合分析评述如下：

关于案涉9000万元借款是否真实发生、陈建炳是否应向杨飞兰偿还该9000万元借款及利息的问题。案涉《借款合同》《抵押合同》签订前，陈建炳尚欠万某华1.02亿元未归还。《借款合同》《抵押合同》签订后，杨飞兰于2013年1月9日分别委托刘某广、龚某某、龚某转款9000万元至陈建炳账户。陈建炳先后将其中8500万元转至万某华或者万某华控制的其他人账户上。根据深圳市人民检察院深检刑不诉〔2015〕27号《不起诉决定书》及《不起诉理由说明书》的认定，转至万某华或者万某华控制的其他人账户上的8500万元用于归还了陈建炳所欠万某华的借款。也就是说，陈建炳用其向杨飞兰所借9000万元中的8500万元归还了其所欠万某华的借款。因此，可以认定案涉9000万元借款已真实发生。陈建炳应按《借款合同》的约定归还杨飞兰9000万元借款本金及利息（自2013年1月9日起至实际付清之日止按年利率24%计算，已付500万元利息从中冲减）。

关于现代公司在本案中是否应承担抵押担保责任的问题。《抵押合同》明确约定现代公司自愿提供房产作为抵押物为陈建炳向杨飞兰借款9000万元提供抵押担保；抵押所担保的主债务为杨飞兰与陈建炳签订的《借款合同》中陈建炳对杨飞兰所负有的所有债务；抵押物为现代公司拥有的位于杭州市××××层（整层）的房产合计15176.62㎡及相应的分割土地面积（房产证号为余房权证良更字第××号，土地证号为杭余出国用××号），抵押担保范围为主合同项下的借款本金、利息、违约金、罚金和甲方实现该借款债权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、保全费等）。该《抵押合同》是各方当事人真实意思表示，未违反法律、行政法规的强制性规定，应认定有效。且合同约定的抵押物已办理了抵押登记。如上所述，抵押担保的借款也已真实发生。故现代公司在本案中应承担抵押担保责任。杨飞兰对现代公司提供的位于杭州市××××层（整层）的房产合计15176.62㎡及相应的分割土地面积（房产证号为余房权证良更字第××号，土地证号为杭余出国用××号）享有优先受偿权。现代公司提出其提供抵押担保系因杨飞兰与陈建炳恶意串通，但未提供相应证据。同时认为陈建炳未按承诺书的约定将向杨飞兰所借9000万元中7000万元转入现代公司账户构成欺诈，其不应承担担保责任。对此，一审法院认为，该承诺只是陈建炳对现代公司单方面作出，只能约束陈建炳和现代公司，对杨飞兰不产生约束力。即使陈建炳构成对现代公司的欺诈，也不影响现代公司所应承担的抵押担保责任。故现代公司辩称其在本案中不应承担抵押担保责任，理由不能成立，该院不予支持。

关于本案是否应移送公安机关的问题。现代公司以杨飞兰、陈建炳等人虚构借款事实骗取现代公司房产为由，要求将本案移送公安机关。一审法院认为，对于现代公司所称杨飞兰、陈建炳等涉嫌犯罪案，公安机关虽已立案，但至今未有进展，且涉嫌犯罪并不当然影响民事案件的审理和民事责任的承担。故对现代公司要求将本案移送公安机关处理，该院亦不予支持。

综上，杨飞兰的起诉理由成立，对其诉讼请求予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第二百一十条、第二百一十一条，《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》第二十六条，《中华人民共和国担保法》第三十三条、第五十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十四条之规定，该院于2017年12月5日作出（2017）赣民初49号民事判决：一、陈建炳于判决生效后十日内偿还杨飞兰借款本金9000万元及利息（自2013年1月9日起至实际付清之日止按年利率24%计算。已付500万元利息从中冲减）；二、陈建炳不偿还上述第一项借款本息时，杨飞兰有权以现代公司所有、位于浙江省杭州市××××层（整层）15176.62㎡（房产证号为余房权证良更字第××号）及相应面积的分割土地（土地证号为杭余出国用××号）折价，或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。现代公司承担抵押担保责任后，有权向陈建炳追偿。如未按判决指定的期间履行金钱给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费707800元，由陈建炳承担。

二审中，经本院责成，杨飞兰提交了刘某广平安银行10×××02账户2013年1月9日的个人账户汇总信息清单，该清单显示刘某广账户当日的银行资金流转情况如下（按时间先后顺序）：万某兰汇给刘某广2650万元，刘某广汇给陈建炳900万元、850万元、800万元，万某华汇给刘某广350万元，刘某广汇给陈建炳450万元，万某华汇给刘某广2550万元，刘某广汇给龚某某2550万元。对于上述万某兰2650万元的汇款，杨飞兰称万某兰系另一批从事民间借贷业务的团体成员，与刘某平、万某勇、赵某国等人无关，并非同一群体；万某兰向刘某广支付资金系其与刘某平之间的业务往来。现代公司对此质证认为，该证据证明真实流转的初始资金只有2650万元，并印证了现代公司提交的陈建炳账户流水的真实性。杨飞兰一直主张最初的2650万元是刘某平的自有资金，现在又提供证据主张初始资金来自于万某兰团体，其主张前后矛盾。杨飞兰主张万某兰支付的资金是业务往来款，但未明确说明是刘某平的借款还是万某兰的还款，如系借款，其应当进一步提供刘某平相应的还款记录，如系还款，其应当进一步提供刘某平向万某兰出借资金的转账记录。本院认为，因双方当事人均不否认该份证据的真实性和合法性，本院对此予以确认，关于该证据与本案的关联性，将于本院事实查明和裁判理由部分予以分析认定。

本院经审理查明，案涉资金流转过程如下：2013年1月9日，万某兰、万某华分别向刘某广账户汇入2650万元、350万元，共计3000万元，刘某广收到3000万元后分四次全部汇入陈建炳账户，金额分别为900万元、850万元、800万元、450万元。陈建炳收到该3000万元后将其中的2900万元分六次汇入万某华账户，金额分别为500万元、400万元、500万元、500万元、500万元、500万元，账户结余100万元。万某华收到前述2900万元后，将其中的2550万元转给刘某广，账户结余350万元，刘某广将2550万元转给龚某某，龚某某将2550万元分三次汇入陈建炳账户，金额分别为900万元、950万元、700万元，陈建炳将其中500万元汇给杨飞兰，剩余2050万元及结余的100万元共计2150万元分五次汇入万某华账户，金额分别为四笔500万元，一笔150万元。万某华将账户中前次转账结余的350万元以及账户中的100万元共计450万元汇入龚某某账户，龚某某将450万元汇入陈建炳账户，陈建炳将450万元汇给万某华，至此万某华账户结余2600万元。万某华将账户中结余的2600万元，汇给龚某1700万元，龚某将1700万元分两笔全部汇给陈建炳，金额分别为900万元、800万元，陈建炳分四笔将1700万元全部汇给万某华，金额分别为500万元、500万元、500万元、200万元，至此万某华账户中结余2600万元，万某华再汇给龚某1300万元，龚某将1300万元分两笔汇给陈建炳，金额分别为700万元、600万元，陈建炳将1300万元分三笔全部汇给万某华，金额分别为500万元、500万元、300万元，至此万某华账户尚余2600万元，杨飞兰账户结余500万元。万某华将其中的2150万元分三笔汇入赵某忠账户，金额分别为600万元、650万元、900万元，账户结余450万元，杨飞兰将账户中结余的500万元汇入赵某忠账户，赵某忠账户总计结余2650万元，杨飞兰账户无结余。

万某华在深圳市公安局经济犯罪侦查局的询问笔录中称，其提供给陈建炳的1.02亿元是向亲戚朋友筹集的，其中姐姐万某妹出借55万元、弟弟万某勇出借14万元、妹妹万某兰出借15万元、妹妹万红妹及其丈夫赵某华出借245万元、赵某华的哥哥赵某国出借985万元等。陈建炳在2012年12月13日转走其1.02亿元借款的当天，其女儿万某发现被骗后自己转回210.3万元人民币，万某和其亲属在临安找到陈建炳后，陈建炳从杭州晨雪贸易有限公司退回的400万元人民币，转入万某兰在平安银行深圳五洲支行的账户。赵某国在深圳市公安局经济犯罪侦查局的询问笔录中称，这笔业务虽然是万某华做的，但1.02亿元是其筹集的，其本人出了1400万元。赵某国在接受深圳市人民检察院询问时陈述，其和万某勇最初放给陈建炳的1亿多元，有4000万元是万某勇的，所以其收到陈建炳的还款后，就按照万某勇的指示让万某华把钱还给了他指定的账户，另外的4500万元是万某勇向其借的，其和万某华是伙伴关系，资金由其来决定支配。一审庭审中，杨飞兰代理人陈述刘某平与杨飞兰是共同从事资金生意的，刘某平是老板。刘某平本人也曾经向深圳市公安局经济犯罪侦查局出具《情况说明》，说明向陈建炳出借9000万元的经过，称杨飞兰是其业务员，1月9日刘某平让会计将9000万元打入杨飞兰提供的陈建炳在杭州市招商银行的个人账户，其中通过刘某广、龚某某、龚某三张个人卡分别转出3000万元。一审中刘某广、龚某、龚某某出具《证明》，称其相关银行账户归刘某平支配，账户中所有往来资金归刘某平所有。

再查明，杨飞兰一审中提供身份证、户口簿等证据证明万某华的弟弟万某勇与本案中提供大额出借资金的万某勇并非同一人，并称万某华跟着赵某国做资金生意，万某勇控制赵某忠的银行账户，两方关系独立。一审中万某勇向法院提交《证明》，就刘某平向其借款6350万元及其与赵某国之间的借款事实予以说明，称：2013年1月刘某平联系我要短期拆借6350万元。当时赵某国欠我本人4000万元，我另外又向赵某国借了4500万元（赵某国共向我支付8500万元）。于是我就将赵某国付给我的8500万元中的6350万元付给了刘某平。具体支付情况为赵某国通过万某华账户支付350万元、2550万元至刘某广账户，支付450万至龚某某账户，支付3000万元至龚某账户。除上述6350万元外剩余的2150万元赵某国通过万某华账户支付至我指定的赵某忠账户。刘某平所借的6350万元已于2013年5月22日全部还清，具体为：2013年1月9日通过杨飞兰账户支付500万元至赵某忠账户，2013年5月22日通过刘某广账户支付1150万元至赵某忠账户，通过张国凤账户支付4700万元至赵某忠账户。深圳市人民检察院在询问万某勇时曾经问及能否提供其和赵某国拆借资金的单据，万某勇称提供不了，因为双方之间是通过电话沟通。本案二审过程中杨飞兰表示其向万某勇借款需要按月息一分二支付利息，但是该笔6350万元的利息支付凭证因时间过于久远无法提供。一审中赵某国提交《证明》，就其向陈建炳追讨欠款及其与万某勇之间的借款事实予以说明，并称万某华跟着他一起做资金业务，万某华的账户资金由他掌管。赵某忠也提供《证明》称其相关账户归万某勇支配，账户中所有资金归万某勇所有。

除上述事实外，原审查明的事实属实，本院予以确认。

二审中，各方当事人争议的焦点问题为：1.杨飞兰与陈建炳之间的借款合同是否依法成立并生效；2.现代公司是否应当承担担保责任，其责任范围应当如何确定；3.原审审理程序是否适当。就当事人争议的焦点问题，分述如下：

一、关于杨飞兰与陈建炳之间的借款合同是否依法成立并生效的问题

《中华人民共和国合同法》第二百一十条规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效”。据此，本案中陈建炳与杨飞兰签订的《借款合同》虽经双方签字确认并在公证处办理公证，但仅能证明双方之间达成了9000万元的借贷合意，杨飞兰向陈建炳实际提供9000万元借款是案涉借款合同的生效要件。根据本案已经查明的事实，应当认定案涉9000万元借款并未实际发生。

首先，9000万元借款系通过循环转账的方式形成。杨飞兰主张9000万元系其委托亲属刘某广、龚某某、龚某分别向陈建炳转账3000万元而形成，但根据本院二审查明的事实，杨飞兰的出借款项经刘某平指示通过刘某广、龚某某、龚某的银行账户支付至陈建炳账户，具体的流转过程为万某兰、万某华分别汇入2650万元、350万元至刘某广账户形成3000万元初始的启动资金，刘某广将该3000万元支付至陈建炳账户，形成杨飞兰所称第一笔3000万元的出借款项。陈建炳收到该3000万元后将2900万元汇给万某华，形成杨飞兰所称陈建炳对万某华的2900万元还款，万某华再将其中的2550万元经由刘某广汇给龚某某，龚某某将2550万元汇给陈建炳，形成杨飞兰所称对陈建炳的2550万元的出借款项。陈建炳将其中500万元汇给杨飞兰，形成杨飞兰所称向其支付500万元利息，将2150万元汇给万某华，形成杨飞兰所称陈建炳对万某华的2150万元还款。万某华将其中的450万元汇给龚某某，龚某某再将其汇入陈建炳账户，形成杨飞兰所称对陈建炳的450万元出借款项，并与前述2550万元形成对陈建炳的第二笔3000万元借款，陈建炳再将该450万元汇给万某华，形成杨飞兰所称对万某华的450万元还款。万某华将其中的1700万元汇给龚某，再由龚某汇给陈建炳，形成杨飞兰所称对陈建炳的1700万元出借款项。陈建炳将该1700万元全部汇给万某华，形成杨飞兰所称对万某华的1700万元还款，万某华再汇给龚某1300万元，由龚某汇给陈建炳1300万元，形成杨飞兰所称向陈建炳出借的1300万元借款，与前述1700万元共同形成杨飞兰所称对陈建炳的第三笔3000万元借款。陈建炳将该1300万元全部汇给万某华，形成杨飞兰所称对万某华1300万元的还款。最终万某华将2150万元、杨飞兰将500万元合计2650万元汇给赵某忠。根据上述款项流转情况可知，虽然单从刘某广、龚某某、龚某和陈建炳的账户资金往来来看，确实存在三笔3000万元资金转入陈建炳账户的事实，但该三笔3000万元之间并非相互独立，在陈建炳的银行账户中也未形成9000万元的资金沉淀，而是用一笔3000万元反复循环倒账形成的账目数字。用于循环的资金最初来源于万某华和万某兰，最终回到万某华和万某勇控制的赵某忠的账户，中间在杨飞兰所控制的刘某广、龚某某、龚某的账户、债务人陈建炳及原债权人万某华的账户之间反复多次循环往来。在借款流向明显违反常理的情况下，应由出借人对违反常理之处作出合理解释。虽然杨飞兰主张每次款项流转均根据各方当事人之间真实的法律关系而发生，并非没有法律意义的资金循环，但该主张的依据仅为万某华、万某勇、赵某国、杨飞兰等人的陈述，并未有其他任何证据予以佐证，不足采信。

其次，杨飞兰所述的9000万元借款资金的来源依据不足，且并无相关证据能够证明在杨飞兰与万某勇之间形成了真实的债权债务关系。杨飞兰自述其向陈建炳出借的9000万元中的2650万元为自有资金，另外6350万元是向万某勇所借并已清偿完毕，但杨飞兰主张其与万某勇之间存在6350万元资金借贷关系的证据本身就是上述资金循环过程中形成的账目往来凭证，杨飞兰所控制的账户中并未实际收到6350万元。且杨飞兰提交的6350万元的还款凭证显示该笔款项于2013年1月9日出借后直至2013年5月22日方归还完毕，但杨飞兰并不能提供其向万某勇支付过该款项4个多月利息的证据，因此杨飞兰关于其就6350万元借款与万某勇之间存在借贷关系的诉讼理由，不足采信。同时，案涉2650万元的初始启动资金亦非杨飞兰所称的自有资金，杨飞兰二审中提供的刘某广银行账户的信息显示，该2650万元来源于万某华的妹妹万某兰。虽然杨飞兰辩称该笔汇款是万某兰与刘某平之间的业务往来，但该陈述未有任何证据予以证明，本院不予采信。

第三，本案中用于循环转账的资金来源于万某华一方，并最终回到万某华一方的账户。除在案银行流水单等证据足以证明这一结论之外，相关行为人对此也存在着明确的认知。根据万某华、赵某国在深圳市公安机关和检察机关的陈述，万某华、万某兰、赵某国、万某勇均是万某华对陈建炳最初1.02亿元借款的资金提供者。万某华是向陈建炳出借1.02亿元款项的出借人，赵某国是该资金募集者，万某（万某华的女儿）负责监督出借资金的安全，万某向陈建炳追回的400万元款项汇入万某兰在平安银行深圳五洲支行的账户中，从上述资金来源、分工合作、账户控制等事实可以推断出万某华、万某兰、赵某国、万某勇实际是从事资金拆借业务的同一团体的成员。而用于循环转账的资金中2650万元来源于万某兰的账户，450万元来源于万某华自己的账户，2650万元最终归入万某勇控制的赵某忠的账户，万某华账户在转账结束后仍然结余450万元，资金数额未发生变化。因此，用于循环转账的资金来源、走向、去处均受以万某华为代表的陈建炳原1.02亿元借款的实际出借人的控制，进一步印证本案循环转账的事实。

综上，本院认定，杨飞兰并未实际出借9000万元款项，陈建炳也未实际占有、使用9000万元款项，万某华一方的资金也并未因陈建炳的还款行为而增加，该事实与万某华在深圳市公安局所作的“实际上陈建炳没有真正退还最后这8500万元人民币，因为陈建炳无法还款……此外，杨飞兰借给陈建炳的9000万元实际上只有2000万元，只是在操作上资金多转几个圈子，完成还款的形式而已”的陈述相互印证。由于杨飞兰并未实际提供9000万元借款，只是出借刘某广等人的账户供万某华一方循环转账使用，故杨飞兰与陈建炳之间的借款合同并未生效，杨飞兰无权据此向陈建炳主张还款。原审法院仅依据刘某广、龚某某、龚某与陈建炳之间的资金往来以及深圳市人民检察院的《不起诉决定书》《不起诉理由说明书》认定杨飞兰9000万元借款真实发生并判令陈建炳偿还借款本息，认定事实有误，本院依法纠正。现代公司关于案涉9000万元借款并未实际发生的上诉理由成立，本院予以支持。虽然陈建炳在原审判决其向杨飞兰偿还9000万元后并未提起上诉，但是合同效力问题是法院应当依职权审查的范围，且借款合同的效力直接影响到担保人现代公司的责任承担，不能仅依据当事人的陈述加以判断，因此在本院认定杨飞兰并未实际向陈建炳出借款项的情况下，陈建炳也不负有向杨飞兰清偿款项的义务。

二、关于现代公司是否应当承担担保责任，其责任范围应当如何确定的问题

《中华人民共和国物权法》第一百七十二条规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同”。鉴于杨飞兰与陈建炳之间的借款合同并未生效，杨飞兰与现代公司签订的抵押合同作为从合同当然也未发生法律效力，且现代公司对于担保合同的未生效并无过错，因此现代公司无须向杨飞兰承担责任。原审判决现代公司承担抵押担保责任，认定事实和法律均有错误，本院予以纠正。现代公司关于其不应当承担担保责任的上诉理由成立，本院予以支持。

三、关于原审程序是否合法的问题。

关于原审法院是否应当调取陈建炳等人银行转账记录的问题，由于根据现有证据已经足以认定本案事实，因此原审未予准许现代公司的该项调查取证申请，并未违反法定程序。关于本案是否移送公安机关的问题。现代公司所称杨飞兰、陈建炳涉嫌犯罪一案，公安机关虽已立案，但至今未有进展，且涉嫌犯罪并不当然影响民事案件的审理和民事责任的认定，故一审法院对于现代公司要求将本案移送公安机关处理的主张不予支持并无不当。

综上，现代公司的上诉理由成立，本院予以支持。一审判决认定事实不清，适用法律错误，导致案件处理结果不当，本院依法予以纠正。依照《中华人民共和国合同法》第二百一十条、《中华人民共和国物权法》第一百七十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百七十四条、第一百四十四条、第一百七十条第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销江西省高级人民法院（2017）赣民初49号民事判决；

二、驳回杨飞兰的全部诉讼请求。

一审案件受理费707800元，二审案件受理费433629.8元，均由杨飞兰负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　周伦军

审 判 员　贾清林

审 判 员　马东旭

二〇一八年十二月二十八日

法官助理　李　洁

书 记 员　钱　莹