



最高人民法院  
指导性案例裁判规则  
理解与适用  
担保卷

---


第二版·上册

江必新 何东宁 程似锦 著

The Understanding and Application of Judging Rules in  
Guidance Cases of the Supreme People's Court  
Volume of The Guarantee Law

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 本丛书对指导性案例的研究更深入化、细致化和体系化!

- 【指导性案例】 本丛书所选案例以最高人民法院指导性案例、公报案例为主，同时，精选了部分最高人民法院直接裁判的具有指导性的案例。
- 【裁判规则】 通过对案件争议焦点所涉及的法律问题进行评析后形成的并为裁判结论所确立的规则，是案例的核心内容、灵魂所在，对法官在同类案件中认定事实、适用法律具有启发、引导、规范和参考作用。
- 【规则理解】 作为本丛书核心内容，突出对所提炼裁判规则解读的指导意义，以超越个案审判的视野，研究案例所体现的法律规则、法律原理、法律精神以及裁判方法、裁判理念等核心价值，达到将裁判规则适用于类案的效果。
- 【拓展适用】 对与裁判规则相关联理论问题进行系统梳理和深入探讨，以期能够较为全面地阐释裁判规则的精髓，推动对法律的理解、阐释与适用，从而拓宽法官、检察官、律师等法律工作者发现问题、解决问题的渠道。
- 



最高人民法院  
指导性案例裁判规则  
理解与适用

担保卷

第二版·上册

江必新 何东宁 程似锦 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 作者介绍

**江必新**，男，湖北枝江人。西南政法大学法学学士、法学硕士，北京大学法学博士。现任最高人民法院党组副书记、副院长、审判委员会委员，二级大法官。兼任中国法学会副会长、中国行为法学会会长、中南大学教授。1999年被评为“全国十大杰出中青年法学家”、2009年被评为“当代中国法学名家”，2015年获中国行政法学“杰出贡献奖”、2016年获第二届“金平法学成就奖”。

与民事审判相关的著作主要有：《民事诉讼的制度逻辑与理性构建——〈民事诉讼法〉再修改之思辨》《新民事诉讼法讲义——再审的理念、制度与机制》《新民事诉讼法讲义——执行的理念、制度与机制》《新民事诉讼法再审程序疑难问题解答与裁判指导》《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》（担保卷）、（公司卷一至二）、（合同卷一至四）、（婚姻家庭卷）、（劳动争议卷）、（房地产卷）、（侵权赔偿卷一至二）、（民事诉讼卷）（上下册）等著作二十余部。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》《法学》《人民司法》《法律适用》等刊物上发表论文两百余篇。

**何东宁**，男，湖南慈利人，法律硕士，全国审判业务专家，中国政法大学兼职教授。现任最高人民法院审判员、审判长、执行局督导室主任。

1984年至2008年在湖南省慈利县人民法院、张家界市中级人民法院和湖南省高级人民法院工作，历任书记员、助理审判员、审判员、副庭长；2008年7月至至今在最高人民法院审判监督庭、执行局工作，历任助理审判员、审判员、审判长、室主任。

合著有：《民商审判疑难问题解析与典型案例指导》《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》（担保卷）、（公司卷一至二）、（合同卷一至四）、（婚姻家庭卷）、（劳动争议卷）、（房地产卷）、（侵权赔偿卷一至二）、（民事诉讼卷）（上下册）、（物权卷），《新民事诉讼法配套规则适用指引》《存单纠纷审判实务及判例研究》《民事再审程序新问题裁判标准》《新民事诉讼法再审程序疑难问题解答与裁判指导》《新民事诉讼法再审程序问题裁判标准》等三十部著作。在《人民司法》《法律适用》《判解研究》等刊物上发表论文二十多篇。

**程似锦**，女，湖南宁乡人，法学研究生，现为湖南省高级人民法院民事审判第二庭法官。曾先后在湖南省高级人民法院研究室、审判管理办公室和湖南省浏阳市人民法院工作。

与人合著有：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用（担保卷）》《新民事诉讼法配套规则适用指引》《民商审判疑难问题解析与典型案例指导》等书，在《审判监督指导》等刊物上发表多篇文章。

## 第二版说明

随着《不动产登记暂行条例》、《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》、《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）》以及《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》等司法解释的颁布，对司法实践中涉及到的一些担保的实体问题和程序问题进行了明确，例如，以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，属于何种性质的担保，其效力如何等问题；又如出借人仅起诉借款人或者出借人仅起诉保证人的，人民法院应当如何追加共同被告等问题。

笔者根据行政法规、司法解释的规定对全书所有涉及的相关内容进行了修订，主要增加了“借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记，应认定为非典型的担保方式”“金钱特定化和移交债权人占有是金钱质押生效的条件”“特许经营权的收益权可以质押，并可作为应收账款进行出质登记”等相关内容和相关案例。同时，根据内容的相关性、相近性等特点，对全书结构进行了调整，将第一版全书六章调整为六编，对全书中十九个规则的有关内容进行了补充和完善，重点更加明确，体系化更加突出，以便于读者理解和把握。

作者

二〇一七年一月

# 序

随着中国特色社会主义法律体系的形成，人民群众对司法的要求和期待也越来越高，对人民法院的关注也空前强烈，这必然要求人民法院更加注重依法办案，正确履行宪法和法律赋予的审判职责，真正做到有法必依，执法必严，并积极完善司法工作机制，全面发挥司法功能，确保中国特色社会主义法律体系得到贯彻落实。

“徒善不足以为政，徒法不足以自行。”法律的生命在于实施，而法律实施的核心在于法律的统一适用，同等情况同等对待不仅是我国法制统一的题中之意，也是法治的重要原则。案例指导制度在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作等方面具有重要的作用，然而应当充分认识到我国案例指导制度与西方国家判例法存在着本质的区别。在英美法系国家，“判例”以法源的地位而存在，被称之为判例法，具有创制、借鉴以及遵循判例等一整套法律制度或者法律体系，其根本原则是“遵循先例”。绝大多数大陆法系国家，“判例”不是正式的法律渊源，只是被推定具有约束力或具有事实上的约束力。遵循先例或受先例拘束与指导，不是西方国家所特有的法律现象，而是实现法制统一的一般要求和基本路径。我国的“案例指导制度”在两大法系中均不存在，是我国司法实践特定历史阶段的产物。我国案例指导制度的构建，不仅符合我国的基本政治制度，而且适合我国的司法现状。案例指导制度无论在称谓（案例而非判例）、制度定位、法律依据，还是效力设定、机制构建等方面都与我国的政治语境相适应。指导性案例作为“动态法典”，既将抽象的、一般的静态法典的条文规范通过具体案件的法律适用演变成“活法”；又通过总结提炼法官审判经验、思维方法和价值追求，形成蕴涵着丰富的法律精神和法学理念的“裁判规则”，从而发挥规范类似案件裁判的作用，进而实现法律调整机制的静态与动态的相洽、刚性与柔性的协调、法律体系与社会变迁的相互融合。这是我国司法机关在既有的制度框架下和现行的司法体制基础上所进行的一项体现中国特色并顺应世界两大法系相互融合发展大趋势的法律适用上的机制创新。

当下，随着社会主义法治实践不断深入，社会主义法治理念牢固树立，人们

对司法公正越来越关心和渴望。心理学关于公平理论早已证实，公正是社会比较的结果，人们关注的不是其所得结果的绝对值，而是与他人对比的相对值。“同案同判”的要求是缘于“同样的事情同样对待，相似的事情相似对待”的自然法思想，它是人们最直观、最朴素的正义观在司法领域的直接反映。相反，如果同案不同判，当事人往往就会觉得自己受到了不公正的待遇，就会怀疑、动摇对司法和法律的信任和信仰。指导性案例既可以为相同或类似案件提供统一的司法标准，约束和规范法官自由裁量权的行使，又可基于案例的公开性、可预测性和可比性，阻断“暗箱操作”“违法断案”。因此，案例指导制度具有实现公平正义的特殊功能。

第一，具有对法律规范内涵明确化的宣示功能。成文法典抽象性法言法语容易产生多种理解和解释，指导性案例是人民法院将抽象的法律适用于具体案件的产物，是将具体案件融于法律条款的智慧结晶。实行指导性案例制度，有利于人们通过案件理解法律，通过法律评价案件，从而架起法律与案件之间的桥梁，使法律规范更加明确化、具体化，为实现法律条文的可操作性提供范例。

第二，具有对制定法漏洞的补充功能。社会发展已经证明，包罗万象、有求必应、尽善尽美的法律只能是人们纯真而完美的梦想。成文法不可能详尽无遗地囊括社会生活的全部现象，其条文式的表述不可避免地在实现法律的普遍性、稳定性和确定性的同时，又在很大程度上牺牲必要的特殊性、适应性和灵活性，存在模糊性、僵化性、时滞性等缺陷，甚至不少领域存在空白或法律漏洞，难以适应实践中出现的新情况、新问题。指导性案例结合具体案例演绎法律条文，在法律许可的范围内，充分发挥司法的能动性、灵活性而有针对性地及时弥补成文法的漏洞，从而确保法网疏而不漏。

第三，具有对法官自由裁量权运用的约束功能。实行指导性案例制度，引导法官认同并借鉴案例中归纳出的法律原则或裁判规则，为法官办案提供明确、具体的指引，有效克服法官的主观臆断和任意擅断，规范法官的自由裁量权，能使相同或相似案件得到基本相同的裁判，更好地维护司法的公平公正，增强司法裁判的权威性。

第四，具有提升案件裁判质量和效率的促进功能。实行指导性案例制度，有利于充分挖掘法官群体的司法智慧和裁判经验，为法官办案提供裁判理念、思维方式、办案思路、解决问题的法律方法和价值衡量等方面的指引。既可以减少法官不必要的重复劳动，节省时间和精力，缩短审判周期，又可以建立起解决同类或相似问题的正确思维模式，保证裁判的精准度，统一司法适用，提高司法效率。



第五，具有排除不当干扰的防御功能。由于影响司法公正信赖和司法裁判权威的因素很多，实行指导性案例制度，遵循先例进行裁判，以机会公正、待遇公正、尊严公正、结果公正等体现出法律可预期性的要求，以及“同样情况同样对待”的公平原则，在一定程度上可以弥补法律公正正在逼近自然公正中遭遇的困窘和无奈；在一定程度上可以杜绝、避免和减少除法官能力、学识和认识等原因之外的徇私枉法现象，从而限制一些企图通过枉法裁判牟取私利法官的“玩法空间”；在一定程度上可以发挥上级人民法院对下级人民法院的审判监督作用，抵制和排除法院外部的干扰和法院内部的不规范行为，遏制司法腐败，实现司法公正。

第六，具有对社会主体的教育功能。指导性案例的公布，使得司法裁判效力的影响得以延伸，一个个生动的指导性案例无疑是一个个鲜明的标准，既可以让当事人直观、生动、具体地了解指导性案例的裁判思路，更好地预测诉讼风险，采取更加理性的诉讼行为，从而减少司法资源的浪费，也可以增强社会公众近距离接触法律的机会，通过每个鲜活的案例，感受司法的公正与客观，有效地引导社会主体的行为。

第七，具有促进法学研究和推动立法完善的辅助功能。理论必须源于实践，法学作为一门应用学科更应如此。社会变化的必然性是以特殊性、偶然性为基础的，只注重对抽象的法律规范的研究，就难以把握法律运行的多样性和复杂性。研究法律离不开指导性案例，它既是定性研究的重要对象，又为量化分析提供了丰富的素材。作为联结实践与理论、问题与规则的桥梁，指导性案例本身所蕴含的法治信息，所提出的前沿命题，往往成为法学研究创新和理论发展的重要源泉。同时，司法审判活动作为法律发展的重要原动力之一，法律出台的实证基础往往来源于具体的案件，指导性案例涵盖了社会现实中存在的主要热点和难点问题，案例的积累为立法建议和司法解释的制定提供了有针对性和代表性的素材，增强了说服力和可信度，促使法律发展更能契合社会现实需要。

虽然指导性案例具有宣示、补充、约束、促进、防御、教育、辅助等多种功能，但要充分发挥好这些功能，在适用指导性案例时要采取“类比”“类推”的方法，“有条件地适用”“经过审查后适用”，充分运用归纳推理，使法官依据法律的精神和固有价值进行合理的取舍，使归纳结论符合法律的正义要求并具有可接受性。具体适用指导性案例应当注意以下一些问题：

第一，指导性案例不应具有普遍性的约束力。在我国立法体制下，建立案例指导制度的目的，不是要创制新的法律规则，而是要建立一个有利于准确适用法

律的司法工作机制，为案件的审理提供具体、规范的参照。按照《关于案例指导工作的规定》明确要求，最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院在审判类似案件时应当参照。以规范性文件的形式赋予了指导性案例一定的效力，这种参照的效力是一种“事实上的拘束力”，这种拘束力表现为指导性案例不具有正式的法律效力，不属于正式的法律渊源，而主要体现为指导性、说服力、参考性，应当参照指导性案例所运用的裁判方法、裁判规则和法律思维。

第二，建立和完善适用指导性案例的识别和引用规则以及保障机制。识别规则就是做好指导性案例裁判规则的总结工作，进一步明确类似案件的判断标准，方便法官尽快寻找到最佳合适的指导性案例。引用规则与指导性案例的效力有着密切的联系。指导性案例不具有普遍性的约束力，不能被裁判文书直接援引，但并不能排除裁判文书的合理引证。保障机制就是要建立起指导性案例遵循的审级监督和社会监督制度、责任追究制度、培训考核机制以及适用的服务体系。

第三，准确把握指导性案例的适用条件。一是现行法律没有明文规定、规定不明确或存在漏洞，司法实践中主要包括拟裁判的民商事、行政案件没有明确的法律依据或法律存在漏洞，以及法律虽然有规定，但比较原则，易产生歧义等情形；二是存在可以比照的指导性案例规则；三是存在相似的案件事实。

第四，正确运用指导性案例的适用程序。一是案情对比，重点是案件的事实，选择事实组合最相类似的指导性案例；二是情势权衡，主要包括政策权衡、价值权衡、利益权衡和功能权衡，保障案件裁判的形式公正与实质公正、程序公正与实体公正、个案公正与社会公正的统一；三是案例遴选，以“主要问题”为中心展开，分析案件事实，明确争议焦点，列出问题要点，搜索最佳指导性案例；四是规则适用，重点是在法庭审判和法院判决中的适用，既可以作为律师或检察官在法庭辩论时的理由，也可以作为法官阐释裁判的理由，还可以吸收到司法裁判的推理中，以增强裁判的说理性和权威性；五是案例排除适用原则，当指导性案例与拟裁判案件之间存在案件事实差别，以及指导性案例所确定的裁判规则存在与法律原则相冲突，或含混、模糊、宽泛等缺陷时，可以排除指导性案例规则的适用。

指导性案例是法律与实践结合的产物，是司法经验和智慧的结晶。它既包含着对立法精神的理解和阐发，又包含着司法智慧的创造与探索；既包含了实体性规则，又包含了程序性规范；既包括字面上的法律，又包括案例中当事人及司法人员心目中所理解的法律；既包括法官所适用的法条，又包括法律适用活动本身对法律的生动解释。理论界和实务界对指导性案例应当具有“指导效力”已形

成共识。为了更好地提高案例的指导性，增强指导性案例的适用价值，充分发挥其功能，让“纸上的法律”真正变成社会中“活的法律”，虽然有赖于诸多因素，但其中行之有效的方法之一就是从事法学方法论的立场去阐释蕴涵于个案的裁判规则。这正是我们组织编写出版这套《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》丛书的目的和出发点所在。丛书所选案例是以最高人民法院指导性案例、公报案例为主，同时，还精选了部分最高人民法院直接裁判的具有指导性的案例。《最高人民法院公报》是国家最高审判机关公开介绍我国审判工作和司法制度的重要官方文献，是最高人民法院对外公布司法解释、司法文件、裁判文书、典型案例及其他有关司法信息资料的法定刊物。《最高人民法院公报》案例的最大的特点就是以《公报》为载体，公开、客观地记录和反映具体案件正确适用具体法律的裁判过程，是唯一以最高人民法院官方名义发布的案例，无论案例是哪一级法院审结的案件，但所涉及的法律适用和理解、司法价值取向等都得到了最高人民法院的正式确认，直接体现最高人民法院的司法观点，具有极强的权威性、指导性和典型性。本丛书分民商事、行政、刑事和综合（年卷）四大类，每大类中按不同案件类型编排成卷，如民商事类可分为担保卷、公司卷、合同卷、婚姻家庭卷、房地产卷等。通过对指导性案例、公报案例等进行梳理，然后编定成卷每年定期出版，奉献给大家。

本丛书突破了传统法律案例类图书的“要点提示、案情、法院审判、裁判要旨、评析”等写作模式；在编写体例上，采取了【裁判规则】、【规则理解】、【拓展适用】、【典型案例】的体例。以裁判规则为主线，在内容和体例上都具有一定的独创性，突出强调不仅要关注公报案例等指导性案例本身，而且要关注指导性案例所形成规则的理解与适用，侧重于弥补法律漏洞以及阐释实务中如何正确理解与适用法律，致力于为读者迅速查找指导性案例和把握裁判规则提供最为便捷有效的途径。

所有的【裁判规则】都是通过对案件争议焦点所涉及的法律问题进行评析后形成的并为裁判结论所确立的法律性质规则，属于法律规则或者原则范畴，是案例的核心内容、灵魂所在。指导性案例裁判规则一般是非特定的、非个体的，对法官在同类案件中认定事实、适用法律具有启发、引导、规范和参考作用。从一定意义上讲，指导性案例的指导作用更多地体现为，从案件事实认定和法律适用中提炼出来的裁判规则或者裁判要旨的指导。针对部分公报案例裁判摘要中存在法条构成要件重述、内容不明确等问题，我们对该部分案例的裁判规则进行了重新归纳和提炼。其目的正如美国大法官卡多佐在《司法过程的性质》中所言，

在判决案件时，“所做的第一件事就是将他眼前的案件同一些先例加以比较，无论这些先例是贮藏在他心中还是贮藏在书本中……先例的背后是一些基本的司法审判概念，他们是司法推理的一些先决条件；而其后面的是生活习惯、社会制度，那些概念正是在它们之中才得以生成。通过一个互动过程，这些概念反过来修改着这些习惯与制度……如果先例清楚明了并且契合案件，那么法官就无需做更多的事了。”揭示了指导性案例裁判规则的意义所在。

裁判规则不是书面写就的，而是解读而成的。正如德国法学家拉伦茨在《法学方法论》中所言，“制作司法先例的法官首先考虑的是他所裁判的事件，这些要旨不过是裁判理由中蒸馏出来的结晶，与案件事实密切相关，在很大程度上本身也需要解释。”如何将写在纸上的裁判规则，适用于此后千变万化的类案，诠释规则所蕴含的公平与正义精神，是我们法官的重要任务。然而，由于各级法院、各地法院的法官们，在年龄、知识结构、社会阅历、审判经验等方面存在差异，对于裁判规则的理解、运用等都会有不同的结果。因此，我们认为有必要也坚持将指导性案例中所提炼裁判规则的【规则理解】作为本丛书核心内容，突出对所提炼裁判规则解读的指导意义，以超越个案审判的视野，对法律适用进行理性思考，研究案例所体现的法律规则、法律原理、法律精神以及裁判方法、裁判理念等核心价值。虽然指导性案例裁判规则源于个案，但不仅仅局限于个案，而是通过对规则的理解以及适用规则中应当注意问题的把握，达到将裁判规则适用于类案的效果，从而使所提炼的裁判规则中蕴涵的内在价值能够在更广的范围内、更深的层次上得以被发现、被接受、被适用。虽然目前还没有明确规定指导性案例的裁判规则可以在类案的裁判文书中直接援引，但不容置疑的是它的基本精神完全可以渗透于裁判文书的说理部分，可以作为法官裁判的理由、检察官或律师法庭辩论的理由。对于全国各级法院法官及其他法律工作者来说，准确理解和掌握指导性案例裁判规则，有助于统一司法理念、统一法律适用和统一裁判尺度，促进人们对法律的尊重与信仰。

为了防止因裁判规则的抽象性以及所固有的僵化、不周延等成文规范的弊端而导致理解不准，削弱指导性案例的价值和作用，我们对指导性案例的裁判规则进行了【拓展适用】，目的是对与裁判规则相关联的理论问题进行系统梳理和深入探讨，以期能够较为全面地阐释裁判规则的精髓，从而推动相关法学研究向纵深发展，拓宽人民法院、法官发现问题、解决问题的渠道，又能够为立法和司法解释提供新的思路和视角，从而形成实践丰富理论、理论指导实践、实践发展与理论发展互为条件、司法实践与理论研究良性互动的局面，提升司法应对现实的

能力。

通过对《最高人民法院公报》【典型案例】等指导性案例进行分类梳理，一方面是对指导性案例进行连续性和系统性的汇编，方便各地各级法院的法官以及检察官、律师和其他法律界人士检索和援引。另一方面是更全面、更客观、更系统、更立体地展现了指导性案例所依附的案件事实、证据以及裁判说理等的真实风貌，更直观、更清晰、更准确地理解裁判规则的涵义，指导同类案件的法律适用，特别是裁判论证和说理过程，使抽象的审判指导概念更具明确性、更具形象化、更具可操作性。

对指导性案例裁判规则进行全面、系统的解读和阐释，是作者的一次尝试。我们深知，本套丛书所涉及的法学理论博大精深，各种研究文献浩如烟海，有许多未知的领域仍需作深入细致的研究。我们深知法学理论对审判实践有着巨大的指导作用，特别是在法律规定不明确的情况下，具有扎实深厚的理论功底，及时掌握理论界研究的最新成果就显得更为重要。正基于此，我们不敢懈怠，时刻关注理论发展的最新动态，时刻关注理论研究的最新成果，时刻关注审判实践中的典型案例和实践经验，结合我们的实际工作，深入思考，产生自己的一些想法和结论，但其中不乏对一些法律或司法解释已有明确规定，或审判实践中已形成了一定处理规则的问题，从研究的角度提出了一些不同的看法和意见，只能算是个人的学术见解，并不代表任何组织和机构，甚至与我们个人的身份都无关联。当然，这些观点和意见的正确与否，不仅要接受理论界的评判，而且要接受实践的检验。希望借此丛书的出版，使我们能够与理论界的学者、实务界的同仁进行深入交流探讨，以期共同推动我国案例指导制度的完善和案例研究的深化、细化和体系化。

此聊以为序。

江必新  
二〇一六年十月十一日

# 凡 例

为使行文方便，本书对相关法律、法规和司法解释等规范性法律文件的名称做了缩略。

《公司法》：《中华人民共和国公司法》

《公司法司法解释（一）》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》

《公司法司法解释（二）》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》

《公司法司法解释（三）》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

《民法通则》：《中华人民共和国民法通则》

《民法通则意见》：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

《合同法》：《中华人民共和国合同法》

《合同法司法解释（一）》：《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）》

《合同法司法解释（二）》：《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）》

《担保法》：《中华人民共和国担保法》

《担保法司法解释》：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《物权法》：《中华人民共和国物权法》

《民事诉讼法》：《中华人民共和国民事诉讼法》

《民事诉讼法意见》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》

《民事诉讼法解释》：《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》

《证券法》：《中华人民共和国证券法》

《土地管理法》：《中华人民共和国土地管理法》

《证据规定》：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

《案由规定》：《民事案件案由规定》

《民事调解规定》：《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

《审判监督程序解释》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》

《执行规定》：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》

《仲裁法》：《中华人民共和国仲裁法》

《仲裁法司法解释》：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》

《涉外民事关系法律适用法》：《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

《商标法》：《中华人民共和国商标法》

# 总 目 录

## 上 册

### 第一编 总 则

#### 第一章 担保责任的类型

- 规则 1 担保人未按照合同约定承担保证责任,反以不正当理由主张合同无效的,有违诚实信用原则,依法不应支持 / 1

#### 第二章 对外担保

- 规则 2 对外担保合同未按规定在行政管理机关办理批准登记手续的,依法应认定无效 / 13

#### 第三章 独立担保

- 规则 3 独立担保仅适用于国际经济活动,此种担保仍为普通担保,该担保合同因主合同无效而无效 / 64

#### 第四章 公司担保

- 规则 4 公司为他人提供保证担保,后以担保行为作出前董事会决议违反公司章程应当无效为由,主张公司对外担保无效的,违反民事诉讼中的禁止反言规则,不予支持 / 77
- 规则 5 公司违反《公司法》第 16 条的规定与他人订立担保合同的,不能简单认定担保合同无效 / 94

#### 第五章 无效担保的认定

- 规则 6 在主合同无效导致担保合同无效的情形下,担保人并非主合同的当事人,主合同无效不应当要求非合同当事人的担保人承担无效结果 / 134



**规则 7** 主合同并无真实的贸易背景,却以进口货物为名,向银行申请开立信用证,导致银行大笔资金外流,损害国家利益,应认定主合同与担保合同均无效 / 149

## 第六章 主合同解除与保证人的法律责任

**规则 8** 贷款人提前收回尚未到期的贷款,保证人相应承担提前收回贷款的保证责任 / 160

## 第七章 担保人的追偿权

**规则 9** 抵押人只能在实际代偿债务的范围内行使追偿权,抵押人要求以登记抵押时房屋评估价作为其行使保证责任的追偿数额,没有法律依据,人民法院不应支持 / 167

# 第二编 保 证

## 第八章 保证人的资格

**规则 10** 保证人所作保证是否受合同以外第三人影响的问题,不涉及合同当事人之间权利义务关系的,不影响保证合同的效力 / 191

## 第九章 保证合同的形式

**规则 11** 第三人出具的承诺函,未明确表示承担保证责任或代为还款的,不能推定承诺函具有保证效力 / 201

## 第十章 保证方式

**规则 12** 一般保证与连带责任保证相区别的重要标志在于,前者享有先诉抗辩权,后者则无 / 219

## 第十一章 非典型保证

**规则 13** 借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记,应认定为非典型的担保方式 / 235

## 第十二章 抗辩权

**规则 14** 债务人在催收通知书上盖章,放弃原债权诉讼时效届满的抗辩权行为,对担保人不发生法律效力 / 269

## 第十三章 保证期间与保证责任

**规则 15** 金融资产管理公司发布有催收内容的债权转让公告或通知构成诉讼时效中断,不涉及保证合同与保证期间的问题,不能依此认定债权人向保证人主张过权利 / 288

## 第十四章 保证关系中的欺诈

- 规则 16 借新贷还旧贷,客观上只是以新贷形式延长了旧贷的还款期限,旧贷未得到清偿时,担保人仍应依其承诺承担民事责任 / 320
- 规则 17 以贷还贷中担保人连续盖章同意担保,应推定其知道以贷还贷,担保人的责任承担应适用以贷还贷的规定 / 337

## 第十五章 债务承担与保证责任

- 规则 18 债权人和保证人之间没有形成消灭保证责任的合意,即使债务人或第三人为债权人另外提供了相应的担保,债权人亦表示接受,也不能因此免除保证人的保证责任 / 349

## 第十六章 最高额保证

- 规则 19 信用卡被透支,保证人只在约定保证的范围内承担责任 / 368
- 规则 20 在最高额保证的情形下,即使主债务无效,基于主债务无效而确定的债务额也要作为最高额保证计算债务余额的基数 / 373

## 第十七章 企业破产与保证责任

- 规则 21 破产程序终结后,债权人对其在破产程序中未受清偿的部分债权继续向保证人主张权利的,保证人应承担法律责任 / 389

## 第十八章 企业改制与保证责任

- 规则 22 担保企业通过职工全额出资购买净资产的方式改制成的公司,属于法人出资主体性质和名称等的变更,不影响其对改制前担保责任的承担 / 403

# 下 册

## 第三编 抵 押

### 第十九章 抵押期间

- 规则 23 抵押权人在主债权诉讼时效期间未行使抵押权,抵押权消灭。抵押权业已消灭,人民法院可以判决解除抵押登记 / 419

## 第二十章 划拨土地上的房产抵押

- 规则 24 当事人以附着于划拨方式取得的国有土地使用权之上的建筑物设定抵押并办理房屋抵押登记,该抵押合同并不当然无效 / 429

## 第二十一章 在建工程抵押

- 规则 25 当事人办理在建工程抵押应当提交的《国有土地使用权证》《建设用地规划许可证》《建设工程规划许可证》等文件,是登记机关对当事人申请抵押登记进行的行政性审核,不是认定抵押合同效力的法律依据 / 441

## 第二十二章 预售商品房抵押

- 规则 26 购房人已支付购房款并依据开发商交付的房屋占有使用后,银行办理了抵押房屋的他项权利证,该登记行为事实上发生了抵押设立公示的法律结果,当事人约定购房人用购买房屋作为贷款抵押的真实意思表示及银行在合同履行中并无过错,可以认定银行对购房人购买的商品房已设立抵押权,银行对约定抵押的房产在不涉及第三方利益情形下享有优先受偿权 / 455

## 第二十三章 土地抵押登记

- 规则 27 虽然抵押登记只针对土地使用权,但应视为当事人约定土地使用权与地面建筑物所有权一并抵押 / 473

## 第二十四章 事后抵押

- 规则 28 事后抵押应认定为无效,抵押权人对于行使抵押权获得的价款没有优先受偿权,已经取得该价款的,应当依法予以返还 / 489

## 第二十五章 典 当

- 规则 29 行为人以他人取得土地的合法手续作为抵押向典当行借款,即使该土地抵押未向有关部门办理抵押登记,仅不发生对抗第三人的法律效力,并不影响行为人与典当行之间典当协议的合法有效 / 501

- 规则 30 绝当后,消灭当户基于典当合同对当物的回赎权,不能再单方面要求赎当 / 517

## 第二十六章 抵押无效的责任

- 规则 31 抵押合同被确认无效后,当事人之间责任的承担应当根据其过错程度确认 / 527

## 第二十七章 抵押权的实现

- 规则 32 抵押权人可以请求拍卖、变卖抵押财产优先受偿,抵押权人不得请求抵押人直接承担债务人的债务 / 539

# 第四编 质 押

## 第二十八章 金钱质押

- 规则 33 金钱特定化和移交债权人占有是金钱质押生效的条件 / 555

## 第二十九章 出口退税账户质押

- 规则 34 以出口退税账户托管的方式贷款,构成出口退税权利质押;贷款人有权在借款人的出口退税款中优先受偿 / 571

## 第三十章 股权质押

- 规则 35 办理股票出质登记是法律赋予出质人的法定义务,该义务并不因担保法关于质押合同自登记之日起生效的规定造成合同未生效的法律后果而免除 / 581

## 第三十一章 特许经营权质押

- 规则 36 特许经营权的收益权可以质押,并可作为应收账款进行出质登记 / 600

## 第三十二章 票据质押

- 规则 37 当事人以银行汇票为质押凭证,以书面形式另行设定了该汇票的质权,且得到出票银行确认的,应认定汇票的质押有效 / 621

# 第五编 定 金

## 第三十三章 立约定金

- 规则 38 购房者与开发商签订订购协议并向其交付了定金,约定双方于某日订立商品房预售合同,后发生不可归责于当事人双方的事由,开发商应当将收取的定金返还给购房者 / 644

# 第六编 担保纠纷案件诉讼程序与管辖

## 第三十四章 仲裁协议之外担保人的诉讼

- 规则 39 仲裁裁决不能涉及仲裁协议之外的当事人;债权人有权以保证人为被告,单独就保证合同关系向人民法院提起诉讼 / 657

### 第三十五章 担保案件合并审理类型

- 规则 40 当事人据以提起诉讼的多份借款合同的借款人虽为同一主体,但担保人系多人,且所担保的对象、金额、方式不相同时,合并审理需要当事人同意并经人民法院许可 / 664
- 规则 41 债权人就两笔到期担保债务一并提起诉讼,人民法院合并审理并作出一份判决并不违反法律规定 / 673

### 第三十六章 债权转让所涉担保的管辖

- 规则 42 当事人在原借款、保证合同中均明确约定了管辖法院,债权转让后,新债权人未与主债务人和保证人约定新的管辖法院,也未排除原约定的,原协议管辖约定不违反法律规定,应认定继续有效 / 686

### 第三十七章 执行和解协议中的担保

- 规则 43 在法院没有介入的情况下,债权人、债务人与第三人之间达成的和解协议,不具有执行担保的性质,属于有效的民事合同;债权人可以依据约定另行起诉第三人的保证责任 / 694

# 目 录

## 上 册

### 第一编 总 则

#### 第一章 担保责任的类型

**规则 1** 担保人未按照合同约定承担保证责任,反以不正当理由主张合同无效的,有违诚实信用原则,依法不应支持 / 1

#### 【规则理解】

##### 一、保证责任 / 1

(一) 保证的内涵 / 1

(二) 保证责任的内涵 / 1

(三) 一般保证责任与连带保证责任 / 2

##### 二、诚实信用原则的内涵 / 2

##### 三、违约责任 / 3

(一) 违约责任的内涵 / 3

(二) 违约责任的构成要件 / 3

##### 四、保证责任的免除 / 4

(一) 因保证合同无效而免责 / 4

(二) 因主债变更而免责 / 5

(三) 因超过保证期限而免责 / 5

(四) 因债权人放弃物的担保而免责 / 6

#### 【拓展适用】

##### 一、保证责任方式的推定 / 6

##### 二、先诉抗辩权 / 7

(一) 先诉抗辩权的法律含义 / 7

(二)先诉抗辩权的行使条件 / 7

(三)先诉抗辩权的限制 / 7

三、保证责任的消灭 / 8

(一)主债务消灭 / 8

(二)债权人放弃物的担保 / 8

(三)保证期间届满而债权人没有行使权利 / 8

(四)未经保证人同意转让债务 / 8

(五)保证人承担了保证责任 / 9

(六)保证合同中保证人意思不真实 / 9

(七)保证合同解除和终止 / 9

【典型案例】西安市商业银行与健桥证券股份有限公司、西部信用担保有限公司借款担保合同纠纷案 / 9

## 第二章 对外担保

规则 2 对外担保合同未按规定在行政管理机关办理批准登记手续的,依法应认定无效 / 13

### 【规则理解】

一、行政审批的性质及其对合同效力的影响 / 14

(一)行政审批的性质 / 14

(二)行政审批对合同效力的影响 / 16

二、对外担保的内涵及法律特征 / 17

(一)对外担保是具有涉外因素的民事法律关系 / 17

(二)对外担保主要采用“人保”的担保方式 / 18

(三)对外担保具有严格的规定性 / 18

三、确定对外担保效力的依据 / 19

四、适用外国法和国际惯例的问题 / 21

### 【拓展适用】

一、未经行政审批与违反“强制性规定” / 21

二、对外担保适用的范围 / 26

三、对外担保批准与登记的不同内涵 / 26

【典型案例一】汕头宏业(集团)股份有限公司与中国银行(香港)有限公司、汕头经济特区新业发展有限公司担保合同纠纷案 / 27

【典型案例二】香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司、万轩置业有限公司金融借款合同纠纷案 / 43

### 第三章 独立担保

规则 3 独立担保仅适用于国际经济活动,此种担保仍为普通担保,该担保合同因主合同无效而无效 / 64

#### 【规则理解】

一、国内独立担保的内涵及法律特征 / 64

(一)担保权的从属性 / 64

(二)独立担保的内涵 / 65

(三)独立担保的法律特征 / 65

二、国内经济活动中是否适用独立担保法律制度 / 66

(一)关于国内经济活动中是否适用独立担保法律制度的不同观点 / 66

(二)国内经济活动中不适用独立担保法律制度 / 68

三、独立担保无效后的法律责任承担 / 68

#### 【拓展适用】

一、《担保法》与《物权法》对独立担保的态度 / 69

(一)《担保法》对独立担保的态度 / 69

(二)《物权法》对独立担保的态度 / 69

二、独立担保人承担责任的性质 / 70

(一)主债权债务合同无效的情形下,独立担保人承担的责任是缔约过失责任 / 70

(二)主债权债务合同有效的情况下,独立担保人承担的责任是可基于合同效力转换后有效从属性约定责任 / 71

【典型案例】东方电气集团财务有限公司与四川省投资集团有限责任公司、四川嘉陵政扬地基工程有限公司借款合同纠纷案 / 74

### 第四章 公司担保

规则 4 公司为他人提供保证担保,后以担保行为作出前董事会决议违反公司章程应当无效为由,主张公司对外担保无效的,违反民事诉讼中的禁止反言规则,不予支持 / 77



**【规则理解】**

- 一、我国公司法有关公司对外担保的法律规定历史沿革与解读 / 78
  - (一) 1993年《公司法》第60条第3款规定的解读 / 78
  - (二) 现行《公司法》关于公司对外担保相关规定的解读 / 79
- 二、公司对外担保的内部决议瑕疵与对外担保效力问题的利益衡量 / 80
- 三、对禁止反言原则的理解 / 82
  - (一) 禁止反言概念的内涵 / 82
  - (二) 禁止反言与诚实信用原则 / 83

**【拓展适用】**

- 一、公司合并分立程序中对债权人利益的保护 / 84
- 二、公司减少注册资本时对债权人的保护 / 85
  - (一) 2014年《公司法》对减少注册资本规定的变化 / 85
  - (二) 认缴登记制对公司减少注册资本的理解及对债权人保护的影响 / 85
- 三、公司破产、解散清算程序对于债权人利益的保护 / 87

**【典型案例】**中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷案 / 89

**规则5** 公司违反《公司法》第16条的规定与他人订立担保合同的,不能简单认定担保合同无效 / 94

**【规则理解】**

- 一、公司担保的内涵及性质 / 95
  - (一) 公司担保的内涵 / 95
  - (二) 公司担保的性质 / 96
- 二、我国公司担保制度的规范属性 / 97
  - (一) 对我国《公司法》第16条规定的公司担保制度的不同理解 / 97
  - (二) 我国《公司法》第16条的规范属性 / 99
- 三、法定代表人越权担保的法律效力认定 / 105

**【拓展适用】**

- 一、关于公司章程的性质 / 106
- 二、关于章程就对外担保“沉默”时公司担保能力的判断 / 108
- 三、关于公司章程对对外担保效力的影响 / 109

四、关于公司“违规”担保合同效力认定 / 113

(一)公司“违规”担保的情形及实质 / 113

(二)公司“违规”担保合同效力认定的把握 / 114

【典型案例一】招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案 / 115

【典型案例二】中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案 / 125

## 第五章 无效担保的认定

**规则 6** 在主合同无效导致担保合同无效的情形下,担保人并非主合同的当事人,主合同无效不应当要求非合同当事人的担保人承担无效结果 / 134

### 【规则理解】

一、因主合同无效而担保合同无效 / 134

二、担保人有过错的界定 / 135

(一)担保人有过错的内涵 / 135

(二)保证人的过错情形 / 135

三、保证人责任性质 / 136

### 【拓展适用】

一、不符合法律规定主体资质的担保人所订立担保合同无效 / 138

二、以法律禁止或限制流通的财产担保而无效 / 139

三、因当事人意思表示瑕疵而无效 / 139

四、借款人涉嫌犯罪或者被认定有罪,担保人的责任承担 / 140

【典型案例】中国银行重庆江北支行与中国农业银行襄樊市樊东支行、重庆市渝北区对外贸易公司信用证垫款纠纷案 / 142

**规则 7** 主合同并无真实的贸易背景,却以进口货物为名,向银行申请开立信用证,导致银行大笔资金外流,损害国家利益,应认定主合同与担保合同均无效 / 149

### 【规则理解】

一、意思表示一致是合同成立的要件 / 150

二、损害国家利益的情形 / 151

### 【拓展适用】

一、主合同无效导致担保合同无效的责任承担 / 152

(一) 担保人无过错的, 不承担民事责任 / 152

(二) 担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的三分之一 / 152

二、主合同因损害国家利益无效保证人的责任承担 / 153

【典型案例】中国银行北京市分行与北京利达海洋生物馆有限公司、北京国际信托投资有限公司信用证垫付款及担保纠纷案 / 154

## 第六章 主合同解除与保证人的法律责任

规则 8 贷款人提前收回尚未到期的贷款, 保证人相应承担提前收回贷款的保证责任 / 160

### 【规则理解】

一、主合同依法解除的保证人承担责任 / 160

二、保证人承担责任的要件 / 161

三、保证人的责任范围 / 162

### 【拓展适用】

一、合同解除权的法律属性 / 163

二、合同解除权行使的方式 / 163

【典型案例】河南远大鑫鸳鸯服装有限责任公司与临颖县农村信用合作联社最高额保证担保借款合同纠纷案 / 164

## 第七章 担保人的追偿权

规则 9 抵押人只能在实际代偿债务的范围内行使追偿权, 抵押人要求以登记抵押时房屋评估价作为其行使保证责任的追偿数额, 没有法律依据, 人民法院不应支持 / 167

### 【规则理解】

一、担保人追偿权的内涵及法律特征 / 168

(一) 担保人追偿权的内涵 / 168

(二) 担保人追偿权的法律特征 / 170

二、担保人追偿权的成立要件及行使 / 170

(一) 担保人已经向债权人履行了担保之责 / 170

- (二)担保人在承担担保责任之前,负有对主债务人履行通知的义务 / 171
- (三)担保人应在主债务履行期满之后的诉讼时效内行使追偿权 / 172
- (四)担保人承担担保责任时主观上无过失 / 172
- 三、担保人追偿权的范围 / 173
  - (一)担保人追偿权的范围界定 / 173
  - (二)担保人与债务人之间不同关系对担保人追偿权范围的影响 / 173
  - (三)应当注意的问题 / 174
- 【拓展适用】**
  - 一、共同担保中当事人有特别约定的求偿权行使 / 174
  - 二、共同保证中不同保证方式保证人的求偿权行使 / 175
    - (一)“一般保证方式”的连带共同保证人的求偿权 / 175
    - (二)“连带保证方式”的连带共同保证人的求偿权 / 176
    - (三)“混合保证方式”的连带共同保证人的求偿权 / 178
  - 三、共同抵押人之间的求偿权 / 178
  - 四、人保与物保并存担保中的求偿权 / 179
    - (一)我国法律对人保与物保并存担保中的求偿权的规定及不同见解 / 179
    - (二)对《物权法》第 176 条求偿规则之检讨 / 181
    - (三)人保与物保并存担保中债权人放弃某项担保权利的,其他担保人的责任承担 / 183
  - 五、担保合同被确认无效时,共同担保人的求偿权 / 185
  - 六、借款行为本身涉嫌非法集资犯罪,保证人承担保证责任后的追偿权 / 187
- 【典型案例】**新大陆发展(上海)有限公司与湛江经济技术开发区中达公司、海南中达公司电子总公司、连军担保追偿纠纷案 / 187

## 第二编 保 证

### 第八章 保证人的资格

**规则 10** 保证人所作保证是否受合同以外第三人影响的问题,不涉及合同当事人之间权利义务关系的,不影响保证合同的效力 / 191

#### **【规则理解】**

一、事业单位与企业法人的关系 / 191

(一)事业单位与企业法人的区别 / 191

(二)从事经营活动事业单位的判断标准 / 192

二、事业单位、国家机关的保证效力 / 192

(一)事业单位、国家机关的保证效力总体把握 / 192

(二)实践中应当注意的问题 / 193

三、因不当影响缔结的保证合同效力 / 194

四、保证人受欺诈的举证责任 / 196

### 【拓展适用】

一、我国合同相对性的内涵 / 197

二、合同相对性规则所含主要内容 / 197

(一)主体的相对性 / 197

(二)内容的相对性 / 198

(三)责任的相对性 / 198

【典型案例】长乐市自来水公司与中国工商银行福州市五四支行、和顺(中国)实业集团有限公司借款担保纠纷案 / 198

## 第九章 保证合同的形式

规则 11 第三人出具的承诺函,未明确表示承担保证责任或代为还款的,不能推定承诺函具有保证效力 / 201

### 【规则理解】

一、保证合同的表现形式 / 202

二、安慰函的基本特征 / 202

(一)安慰函的内涵 / 202

(二)安慰函的法律特征 / 203

三、对安慰函性质判定应当注意的问题 / 203

(一)充分了解安慰函产生的社会背景与用途 / 203

(二)重点把握好函件的具体内容 / 204

(三)注意把握债权人内部批示和催收债权情况,确定债权人对待安慰函是否具有与保证合同相同的担保预期 / 204

### 【拓展适用】

一、反担保人的诉讼地位 / 205

二、债务承担与履行承担 / 205

(一)债务承担与履行承担的内涵 / 205

(二) 债务承担与履行承担的区别 / 206

【典型案例】佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案 / 206

## 第十章 保证方式

规则 12 一般保证与连带责任保证相区别的重要标志在于,前者享有先诉抗辩权,后者则无 / 219

### 【规则理解】

一、保证方式的概述 / 219

二、一般保证合同的认定 / 220

三、先诉抗辩权的性质 / 221

四、先诉抗辩权行使的法律效果 / 221

五、对先诉抗辩权行使的法律限制 / 223

(一) 主债务人住所、主要营业地或居所发生变更,致使债权人要求其履行债务发生重大困难的 / 223

(二) 人民法院受理主债务人破产案件,中止执行程序的 / 223

(三) 保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的 / 223

### 【拓展适用】

一、先诉抗辩权能否在二审或执行程序中行使 / 223

二、债权人能否以主债务人与保证人为共同被告提起诉讼 / 224

三、债权人仅起诉主债务人或保证人 / 225

四、主债务人就主合同纠纷对债权人提起诉讼,而债权人反诉时,保证人能否作为第三人参加诉讼 / 225

【典型案例】中国信达资产管理公司贵阳办事处与贵阳开磷有限责任公司借款合同纠纷案 / 226

## 第十一章 非典型保证

规则 13 借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记,应认定为非典型的担保方式 / 235

### 【规则理解】

一、导致产生担保型买卖合同的原因 / 236

(一) 为规避法律关于流质的禁止性规定 / 236

(二) 为取得优先受偿的权利 / 237

(三) 为了融资的便捷 / 237

- 二、担保型买卖合同效力的不同认识 / 238
  - (一) 认定有效与无效并存的阶段 / 238
  - (二) 明确认定合同有效的阶段 / 239
  - (三) 实际否定了买卖合同效力的阶段 / 239
- 三、担保型买卖合同的性质认定 / 239
- 四、让与担保制度概述 / 241
  - (一) 让与担保的内涵 / 241
  - (二) 让与担保的法律特征 / 242
  - (三) 让与担保性质之不同学说 / 244
- 五、让与担保虚伪意思表示的排除 / 246

#### 【拓展适用】

- 一、让与担保与后让与担保 / 248
- 二、让与担保与流质契约 / 250
- 三、让与担保与代物清偿 / 251
- 四、以物抵债与债的更改 / 253
- 五、二审认定属于让与担保的民间借贷案件的处理 / 255

【典型案例】广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷再审案 / 258

## 第十二章 抗辩权

规则 14 债务人在催收通知书上盖章,放弃原债权诉讼时效届满的抗辩权行为,对担保人不发生法律效力 / 269

#### 【规则理解】

- 一、保证人抗辩权的法律特性 / 269
  - (一) 保证人抗辩权的内涵 / 269
  - (二) 保证人抗辩权的特点 / 270
- 二、保证人的时效抗辩权 / 271
  - (一) 主债务诉讼时效期间届满对保证债务诉讼时效的影响 / 272
  - (二) 保证人不主张债务人的诉讼时效抗辩权的后果 / 273
- 三、司法实践中应当注意的几个问题 / 273
  - (一) 保证人为诉讼时效期间届满的债务提供保证,保证人行使时效抗辩权,人民法院是否予以支持 / 274

- (二)主债务超过诉讼时效期间,保证人在债权人发出的催收逾期贷款通知书的保证人一栏内签字或盖章,保证人主张诉讼时效抗辩权的,人民法院应否支持 / 274

### 【拓展适用】

- 一、诉讼时效效力的相关学说及立法模式 / 275

(一)时效制度 / 275

(二)诉讼时效效力学说和立法模式 / 276

- 二、诉讼时效抗辩权发生主义的优势 / 278

- 三、我国司法界对诉讼时效效力制度的基本态度 / 282

【典型案例】中国东方资产管理公司大连办事处与辽宁华曦集团公司、辽宁时代集团有限责任公司、辽宁省畜产进出口公司等借款担保纠纷案 / 282

## 第十三章 保证期间与保证责任

- 规则 15** 金融资产管理公司发布有催收内容的债权转让公告或通知构成诉讼时效中断,不涉及保证合同与保证期间的问题,不能依此认定债权人向保证人主张过权利 / 288

### 【规则理解】

- 一、连带责任保证的保证期间与诉讼时效的关系 / 289

(一)保证期间与诉讼时效的内涵 / 289

(二)连带责任保证诉讼时效的情形 / 290

(三)保证期间与保证合同诉讼时效之间转换应当注意的问题 / 290

- 二、连带保证的保证期间能否“中断” / 291

- 三、最高人民法院法函[2002]3号能否适用于保证期间 / 292

### 【拓展适用】

- 一、保证期间法律属性的不同认识 / 293

- 二、保证期间与诉讼时效期间的区别 / 295

(一)两者的规范目的不同 / 295

(二)两者的规范性质不同 / 295

(三)两者的适用对象不同 / 296

(四)两者的起算点不同 / 296

(五)两者期间届满后的法律后果不同 / 297

(六)两者适用中断、中止或延长等方面不同 / 297



三、保证期间与除斥期间区别 / 298

四、保证期间起算点确定的基本原则 / 300

五、为分期履行债务提供担保的保证期间起算 / 301

六、主债务履行期变动情况下的保证期间起算 / 302

(一)主债务形成后,债权人与债务人协议变更主债务履行期的,保证期间的起算 / 302

(二)主债务履行期非因当事人约定而变更情形下保证期间的起算 / 303

七、人民法院可否依职权审查保证期间 / 304

八、约定保证期间的法律效力 / 304

(一)约定早于或者等于主债务履行期的保证期间的效力 / 305

(二)约定短于主债务履行期届满后6个月的保证期间的效力 / 305

(三)约定长于主债务履行期届满后2年的保证期间的效力 / 306

九、特殊保证期间的适用 / 308

(一)6个月特殊期间的适用条件 / 308

(二)债权人在特殊期间主张权利的方式 / 309

(三)适用特殊期间所产生的法律效果 / 309

【典型案例】河南省安阳灵锐热电有限责任公司与中国信达资产管理公司郑州办事处、安阳市建设委员会、安阳市热电厂和河南省第七建筑工程公司借款担保合同纠纷案 / 310

## 第十四章 保证关系中的欺诈

规则 16 借新贷还旧贷,客观上只是以新贷形式延长了旧贷的还款期限,旧贷未得到清偿时,担保人仍应依其承诺承担民事责任 / 320

### 【规则理解】

一、以贷还贷行为的认定 / 320

(一)以贷还贷行为的内涵 / 320

(二)以贷还贷的构成要件 / 320

二、以贷还贷的效力 / 321

三、以贷还贷对保证人的影响 / 322

(一)新旧贷为同一保证人的责任承担 / 323

(二)事后知道新旧贷为非同一保证人的责任承担 / 323

(三)事后知道以贷还贷并承诺保证的责任承担 / 324

**【拓展适用】**

- 一、欺诈的内涵 / 324
- 二、欺诈的认定 / 325
  - (一) 欺诈方欺诈的主观意图 / 325
  - (二) 欺诈的行为 / 326
  - (三) 欺诈的行为与相对人错误意思表示之间的因果关系 / 327
  - (四) 欺诈行为具有的违法性 / 328
- 三、欺诈与重大误解 / 328
  - (一) 法律效果不完全相同 / 329
  - (二) 意思表示瑕疵的原因不同 / 329
  - (三) 主观心态不同 / 329
  - (四) 错误认识的程度不同 / 330

**【典型案例】**中国工商银行股份有限公司三门峡车站支行与三门峡天元铝业股份有限公司、三门峡天元铝业集团有限公司、原三门峡天成电化有限公司借款担保合同纠纷案 / 330

**规则 17** 以贷还贷中担保人连续盖章同意担保,应推定其知道以贷还贷,担保人的责任承担应适用以贷还贷的规定 / 337

**【规则理解】**

- 一、认定以贷还贷应当注意的问题 / 338
  - (一) 主体必须同一 / 338
  - (二) 新旧贷资金必须相关联 / 338
  - (三) 主体间必须具有共同的意思联络 / 339
- 二、认定保证人知道或应当知道以贷还贷的情形应当注意的问题 / 339
  - (一) 要明确举证责任的分配 / 339
  - (二) 要审查合同中是否载明了贷款的用途是以贷还贷 / 339
  - (三) 要审查保证人与债务人之间是否具有特殊关系 / 340
  - (四) 要审查保证人是否允许主合同当事人变更主合同 / 340
- 三、数次以新贷还旧贷,保证人责任的确定 / 340

**【拓展适用】**

- 一、欺诈与重大误解的区别 / 342
  - (一) 法律效果不完全相同 / 342

(二)意思表示瑕疵的原因不同 / 342

(三)主观心态不同 / 342

(四)错误认识的程度不同 / 343

二、欺诈与虚假表示的区别 / 343

【典型案例】上海国际信托投资有限公司与上海市综合信息交易所、上海三和房地产公司委托贷款合同纠纷案 / 344

## 第十五章 债务承担与保证责任

**规则 18** 债权人和保证人之间没有形成消灭保证责任的合意,即使债务人或第三人为债权人另外提供了相应的担保,债权人亦表示接受,也不能因此免除保证人的保证责任 / 349

【规则理解】

一、债务承担 / 350

(一)债务承担的内涵 / 350

(二)免责的债务承担与并存的债务承担的内涵 / 350

(三)免责的债务承担与并存的债务承担的区别 / 351

二、保证合同与债务承担的区别 / 352

(一)两者的性质不同 / 352

(二)两者在是否受原因行为影响上不同 / 353

(三)主体地位不同 / 353

(四)所受保护的期间不同 / 353

(五)承担责任的范围不同 / 353

(六)协商的主体不同 / 353

(七)享有追偿权不同 / 353

三、债务加入的认定标准 / 353

【拓展适用】

一、共同保证的基本涵义及法律特征 / 354

(一)共同保证的基本涵义 / 354

(二)共同保证的法律特征 / 355

二、共同保证的基本类型 / 355

(一)以共同保证人有无分别利益为标准,可以将共同保证分为按份共同保证与连带共同保证 / 355

- (二)以共同保证人是否共同缔结保证合同为标准,可以将共同保证划分为共同缔约的共同保证与分别缔约的共同保证 / 356
  - (三)以共同保证人有无成立共同保证意思为标准,可以将共同保证划分为意定共同保证与法定共同保证 / 356
  - (四)以共同保证人的保证份额为标准,可以将共同保证划分为限额共同保证与全额共同保证 / 357
  - (五)以各个保证人承担保证的方式或与债务人之间清偿债务的顺序关系为标准,可以将共同保证划分为一般保证方式的共同保证、连带责任保证方式的共同保证和混合保证方式的共同保证 / 357
- 三、按份共同保证与连带共同保证中保证责任的承担 / 357
- (一)按份共同保证中保证责任的承担 / 357
  - (二)连带共同保证中保证责任的承担 / 359
- 【典型案例】中国信达资产管理公司石家庄办事处与中国一阿拉伯化肥有限公司及河北省冀州市中意玻璃钢厂借款担保合同纠纷案 / 361

## 第十六章 最高额保证

规则 19 信用卡被透支,保证人只在约定保证的范围内承担责任 / 368

### 【规则理解】

- 一、信用卡保证的涵义及所涉及的法律关系 / 368
- 二、信用卡保证合同的性质 / 369
- 三、确定信用卡保证人最高额保证应注意的问题 / 369
  - (一)债权额的确定应当以决算期为准 / 369
  - (二)债权额为决算期后的债权余额 / 370
  - (三)保证人仅应当在其承诺的范围内承担责任 / 371

### 【拓展适用】

- 一、最高额保证合同约定的保证责任期间早于或者等于决算期的问题 / 372
- 二、最高额保证合同中对保证责任期间约定不明确的问题 / 372

【典型案例】中国建设银行临海支行与徐维明、周先富信用卡保证纠纷案 / 372

规则 20 在最高额保证的情形下,即使主债务无效,基于主债务无效而确定的债务额也要作为最高额保证计算债务余额的基数 / 373

**【规则理解】**

- 一、最高额保证特殊从属性 / 374
- 二、确定最高额保证人的责任时点 / 375
  - (一) 保证人仅在该最高限额内承担保证责任 / 375
  - (二) 债权额为决算后的债权余额 / 375

**【拓展适用】**

- 一、最高额保证合同中对保证责任期间的约定超过2年的效力确定 / 376
- 二、最高额保证合同中对保证责任期间没有约定或约定不明的确定 / 377

**【典型案例】**风神轮胎股份有限公司与中信银行股份有限公司天津分行、河北宝硕股份有限公司借款担保合同纠纷案 / 377

## 第十七章 企业破产与保证责任

**规则 21** 破产程序终结后,债权人对其在破产程序中未受清偿的部分债权继续向保证人主张权利的,保证人应承担法律责任 / 389

**【规则理解】**

- 一、债权人对于实现债权方式的选择权 / 390
  - (一) 债权人通过破产程序分配的财产数额问题 / 390
  - (二) 破产程序进行过程中债权人对保证人的保证债权的诉讼时效问题 / 391
- 二、对《担保法司法解释》第44条规定的“6个月”期限性质的理解 / 392

**【拓展适用】**

- 一、债权人破产与保证责任 / 394
- 二、债务人破产与保证责任 / 394
  - (一) 债务人破产时一般保证的保证人与连带责任的保证人的区别 / 394
  - (二) 债务人破产时保证人对无效保证责任的承担 / 395
  - (三) 保证人在破产程序中的预先追偿权 / 396
- 三、保证人破产与保证责任 / 397
  - (一) 保证人破产并不能免除保证人的保证责任 / 397
  - (二) 债权人对保证人所享有的保证债权均可申报 / 397
  - (三) 不管保证债权是否到期,均可作为债权申报 / 398
  - (四) 一般保证人的先诉抗辩权丧失 / 398
- 四、保证人破产对债权确认和破产财产分配应当把握的原则 / 398

【典型案例】中国农业发展银行青海省分行营业部与青海省农牧生产资料总公司担保合同纠纷案 / 398

## 第十八章 企业改制与保证责任

规则 22 担保企业通过职工全额出资购买净资产的方式改制成的公司,属于法人出资主体性质和名称等的变更,不影响其对改制前担保责任的承担 / 403

### 【规则理解】

一、担保债务未包括在资产评估的企业总债务中的原因 / 404

二、企业股份合作制改造与担保责任的承担 / 404

### 【拓展适用】

一、保证人被出售时的保证责任承担 / 406

二、保证人合并、分立时的保证责任承担 / 407

(一) 保证企业合并的债务承担 / 407

(二) 保证企业分立的债务承担 / 407

三、保证人进行公司制改造的保证责任承担 / 407

四、保证人债权转股权时的保证责任承担 / 408

【典型案例】中国东方资产管理公司南宁办事处与贵州舞阳神植物油有限责任公司、贵州青酒集团有限责任公司、镇远县建材化工公司以及兴达冶炼厂、镇远县东峡电厂、黔东南州地方电力公司借款担保合同纠纷案 / 408

# 下 册

## 第三编 抵 押

### 第十九章 抵押期间

规则 23 抵押权人在主债权诉讼时效期间未行使抵押权,抵押权消灭。抵押权业已消灭,人民法院可以判决解除抵押登记 / 419

### 【规则理解】

一、对担保物权期间的不同认识 / 419

二、司法实践中对担保物权期间把握应当注意的问题 / 421

(一) 把握好《物权法》第 202 条规定与《担保法司法解释》第 12 条规

定不一致之处 / 421

(二) 注意把握好行使抵押权的方式和期间 / 422

(三) 注意把握好该司法保护期对法院非诉讼执行程序的限制 / 422

### 【拓展适用】

一、抵押登记的效力 / 423

(一) 抵押登记的内涵 / 423

(二) 登记生效主义 / 424

(三) 登记对抗主义 / 424

二、已办理登记的抵押物的转让 / 424

【典型案例】瑞华投资控股公司(Rui Hua Investment Holding Limited)与西南技术进出口公司抵押权纠纷案 / 426

## 第二十章 划拨土地上的房产抵押

**规则 24** 当事人以附着于划拨方式取得的国有土地使用权之上的建筑物设定抵押并办理房屋抵押登记,该抵押合同并不当然无效 / 429

### 【规则理解】

一、我国房地产抵押的一般原则 / 430

二、适用法释[2003]6号《批复》应当注意的问题 / 430

(一) 适用的主体范围必须是破产企业 / 430

(二) 土地使用权的取得形式必须是划拨取得 / 431

(三) 办理审批手续必须是建筑物与土地使用权一并抵押的情形 / 431

(四) 以国有划拨土地使用权为抵押物的抵押合同生效必须办理抵押登记手续 / 431

### 【拓展适用】

一、建设用地使用权设立抵押的条件 / 432

(一) 法律和法规对国有划拨土地使用权进行抵押的规定 / 432

(二) 划拨建设用地使用权是否属于权利人“有权处分”的财产 / 433

二、国有划拨土地使用权抵押的特别要求 / 434

三、房地产抵押登记中划拨土地使用权和房屋仅就一项进行登记的法律效力问题 / 435

四、划拨土地使用权抵押行为发生在《担保法》施行之前,没有办理抵押登记的效力问题 / 436

【典型案例】中国长城资产管理公司济南办事处与山东省济南医药采购供应站、山东省医药集团有限公司、山东省医药公司借款担保合同纠纷案 / 436

## 第二十一章 在建工程抵押

规则 25 当事人办理在建工程抵押应当提交的《国有土地使用权证》《建设用地规划许可证》《建设工程规划许可证》等文件,是登记机关对当事人申请抵押登记进行的行政性审核文件,不是认定抵押合同效力的法律依据 / 441

### 【规则理解】

- 一、在建工程抵押概述 / 442
- 二、在建工程抵押的条件 / 443
- 三、在建工程抵押的登记及效力 / 444

### 【拓展适用】

- 一、在建工程抵押标的物所涉及的范围 / 446
- 二、在建工程抵押的特殊性问题 / 447
  - (一)标的物具有可变性 / 447
  - (二)在建工程抵押合同内容上的特殊性 / 447
  - (三)抵押期间的阶段性 / 447
  - (四)抵押权实现的风险性 / 448
- 三、在建工程抵押权与建设工程价款优先受偿权 / 448
- 四、在建工程抵押登记与商品房买卖预告登记的关系 / 449

【典型案例】彭先明与贵阳市商业银行、贵州龙里大地房地产开发有限公司借款担保合同纠纷案 / 449

## 第二十二章 预售商品房抵押

规则 26 购房人已支付购房款并依据开发商交付的房屋占有使用后,银行办理了抵押房屋的他项权利证,该登记行为事实上发生了抵押设立公示的法律结果,当事人约定购房人用购买房屋作为贷款抵押的真实意思表示及银行在合同履行中并无过错,可以认定银行对购房人购买的商品房已设立抵押权,银行对约定抵押的房产在不涉及第三方利益情形下享有优先受偿权 / 455

### 【规则理解】

- 一、预售商品房是否可以作为抵押标的 / 456
- 二、购房人已支付购买款并占有该房屋能否抵押 / 457



三、银行办理抵押房屋的他项权利证的效力 / 458

**【拓展适用】**

一、“预售商品房担保贷款”的概念及所涉及的法律关系 / 459

二、商品房按揭法律性质的不同学术观点概述 / 460

三、“预售商品房按揭”法律性质分析 / 463

(一)英美法中的按揭与我国内地预售商品房按揭的比较 / 463

(二)预售商品房按揭和权利质押的区别 / 464

(三)预售商品房按揭与房地产抵押权的区别 / 464

**【典型案例】**隋大伟与中国银行股份有限公司吉林省分行、长春市新宇集团房地产开发有限公司商品房预售合同、商品房担保贷款合同纠纷案 / 466

## 第二十三章 土地抵押登记

**规则 27** 虽然抵押登记只针对土地使用权,但应视为当事人约定土地使用权与地面建筑物所有权一并抵押 / 473

**【规则理解】**

一、土地使用权与建筑物所有权的关系 / 473

二、房屋所有权和土地使用权一体化性质 / 474

(一)房屋尚未建设,只就土地使用权单独进行抵押的情形 / 476

(二)集合财产抵押的情形 / 476

(三)分别抵押的情形 / 476

三、适用“一体化”原则应当注意的问题 / 477

(一)划拨土地上房地产的抵押问题 / 478

(二)新增地上物处置的问题 / 478

(三)集体建设用地使用权能否单独抵押的问题 / 478

(四)对“其占用范围内的土地使用权同时抵押”的理解问题 / 478

**【拓展适用】**

一、不动产登记簿的性质 / 478

(一)不动产登记簿的内涵 / 478

(二)不动产登记簿的特征 / 480

二、不动产登记簿和不动产权属证书的关系 / 480

**【典型案例】**中国信达资产管理公司西安办事处与陕西省粮油食品进出口公司西安中转冷库,陕西省粮油食品进出口公司借款担保合同纠纷案 / 481

## 第二十四章 事后抵押

规则 28 事后抵押应认定为无效,抵押权人对于行使抵押权获得的价款没有优先受偿权,已经取得该价款的,应当依法予以返还 / 489

### 【规则理解】

- 一、事后抵押的构成要件 / 489
- 二、适用事后抵押应当注意的问题 / 490
  - (一) 恶意串通的认定 / 490
  - (二) 相关司法解释的适用 / 491
  - (三) 几种不得认定为事后抵押的情形 / 491

### 【拓展适用】

突破限制条件转让抵押物之效力研究 / 491

【典型案例】中国光大银行为与内蒙古包头华达合资卧具装饰厂、中国农业银行包头市青山区支行、包头市青山区人民政府自由路办事处侵权纠纷案 / 495

## 第二十五章 典 当

规则 29 行为人以他人取得土地的合法手续作为抵押向典当行借款,即使该土地抵押未向有关部门办理抵押登记,仅不发生对抗第三人的法律效力,并不影响行为人与典当行之间典当协议的合法有效 / 501

### 【规则理解】

- 一、典当行办理抵押贷款的效力 / 502
- 二、房屋典当的法律特征 / 504
- 三、房地产典当与房地产抵押之比较 / 504
  - (一) 法律对两者的主体要求不同 / 505
  - (二) 两者设立的目的不同 / 505
  - (三) 两者是否转移标的物的占有不同 / 505
  - (四) 两者的权利行使不同 / 505
  - (五) 法律后果不同 / 506
  - (六) 法律对房屋处置期限的要求不同 / 506

### 【拓展适用】

- 一、签订典当合同可否用他人房地产的问题 / 506
- 二、签订房地产抵押典当合同未办理抵押登记的效力 / 507

【典型案例】陆丰市陆丰典当行与陈卫平、陈淑铭、陆丰市康乐奶品有限公司清算小组、张其心土地抵债合同纠纷案 / 508

规则 30 绝当后,消灭当户基于典当合同对当物的回赎权,不能再单方面要求赎当 / 517

【规则理解】

一、回赎权及回赎期间的法律属性 / 517

(一)回赎权的内涵 / 517

(二)回赎权的法律属性 / 518

二、绝当的内涵及法律后果 / 519

三、对绝当物品处理的程序 / 519

(一)对当物估价在3万元以上的处理 / 520

(二)对当物估价在3万元以下的处理 / 520

【拓展适用】

一、物权请求权与诉讼时效 / 521

二、取得时效与占有 / 523

【典型案例】李金华与上海立融典当有限责任公司典当纠纷案 / 523

## 第二十六章 抵押无效的责任

规则 31 抵押合同被确认无效后,当事人之间责任的承担应当根据其过错程度确认 / 527

【规则理解】

一、抵押合同无效后承担责任的原则 / 527

二、抵押人过错的认定 / 528

三、抵押合同无效后的责任处理 / 529

(一)主债权债务合同无效导致抵押合同无效 / 529

(二)主债权债务合同有效但担保合同无效的责任处理 / 529

【拓展适用】

一、以不动产、动产、权利为抵押标的之抵押合同的生效 / 530

二、抵押合同不成立时抵押人是否应当承担责任 / 532

三、独立抵押合同的效力 / 532

【典型案例】农银财务有限公司与广东三星企业(集团)公司车桥股份有限公司担保合同纠纷案 / 533

## 第二十七章 抵押权的实现

**规则 32** 抵押权人可以请求拍卖、变卖抵押财产优先受偿,抵押权人不得请求抵押人直接承担债务人的债务 / 539

### 【规则理解】

一、抵押权的属性及主要特征 / 539

(一)抵押权是担保物权 / 540

(二)抵押权是在债务人或第三人的特定财产上设定的担保物权 / 540

(三)抵押权是不转移标的物占有的物权,且属约定担保物权而非法定担保物权 / 540

(四)抵押权的内容是变价处分权和优先受偿权 / 541

二、抵押权实现的条件 / 541

(一)抵押权必须有效存在 / 541

(二)必须是主债务人履行期限届满 / 541

(三)债权人未受到清偿 / 542

(四)债务未受清偿不是因债权人的原因所致 / 542

### 【拓展适用】

权利质押与权利抵押之比较 / 542

(一)标的性质的比较 / 543

(二)权利设定形式的比较 / 544

(三)担保效力的比较 / 544

(四)权利实现方式上的比较 / 544

**【典型案例】**中国长城资产管理公司济南办事处与中国重汽集团济南卡车股份有限公司、山东小鸭集团有限责任公司借款抵押合同纠纷案 / 545

## 第四编 质 押

### 第二十八章 金钱质押

**规则 33** 金钱特定化和移交债权人占有是金钱质押生效的条件 / 555

### 【规则理解】

一、金钱质押的条件 / 555

(一)金钱质押的内涵 / 555

(二) 金钱设质成立条件不同学说 / 556

二、保证金账户特定化的认定 / 557

(一) 特定化账户应当与一般结算账户、基本账户相区分 / 557

(二) 资金特定化应当是主债权明确并与之对应相关联 / 558

三、保证金被特定化后占有转移的认定 / 560

### 【拓展适用】

一、金钱出质与债权质权的区别 / 561

二、保证金质押与定金的区别 / 562

三、账户质押与金钱质押的区别 / 563

四、账户质押与收费权质押的关系 / 563

(一) 账户质押与收费权质押的共同之处 / 563

(二) 账户质押与收费权质押的区别之处 / 564

五、质量保证金与定金的关系 / 564

(一) 质量保证金与定金的相同点 / 565

(二) 质量保证金与定金不同点 / 565

【典型案例】中国农业发展银行安徽省分行与张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案 / 565

## 第二十九章 出口退税账户质押

**规则 34** 以出口退税账户托管的方式贷款,构成出口退税权利质押;贷款人有权在借款人的出口退税款中优先受偿 / 571

### 【规则理解】

一、出口退税账户质押的性质 / 571

二、出口退税账户质押的公示 / 572

### 【拓展适用】

一、出口退税账户质押适用法律应当注意的问题 / 573

(一) 已设质的出口退税账户内的款项能否采取保全措施 / 573

(二) 人民法院对退税款采取保全措施的情形 / 573

(三) 出口退税权利能否设立多个质押权 / 573

(四) 质权人可否因延迟退税时就债务人的其他款项优先受偿 / 573

二、确定保证金质押效力的相关规定 / 574

【典型案例】中国工商银行常州市新区支行与常州市康美服装有限公司、常

州市康盛服装有限公司借款担保合同纠纷案 / 577

### 第三十章 股权质押

**规则 35** 办理股票出质登记是法律赋予出质人的法定义务,该义务并不因担保法关于质押合同自登记之日起生效的规定造成合同未生效的法律后果而免除 / 581

#### 【规则理解】

一、股权质押的内涵及条件 / 581

(一) 股权及股权质押的定义 / 581

(二) 股权质押的条件 / 582

二、股权质押的设定 / 582

(一) 设定股权质押的程序 / 582

(二) 股权质押合同的生效时间 / 583

(三) 股权出质设立时间 / 584

三、未生效的股权质押合同的法律后果 / 585

#### 【拓展适用】

一、发起人、董事、监事、高级管理人员等所持股权出质 / 586

(一) 发起人股权出质 / 586

(二) 董事、监事、高级管理人员等所持股权出质 / 586

(三) 公司以本公司股权设质 / 587

(四) 国有股权出质 / 587

二、有限责任公司股权出质 / 588

(一) 有限责任公司股权出质是否存在前置条件 / 588

(二) 有限责任公司的瑕疵股权可否出质 / 589

三、合伙企业合伙人出资是否可以出质 / 591

四、外商投资企业股权质押设立 / 591

**【典型案例】**北京北辰实业集团公司与广西国力投资担保有限公司质押合同纠纷案 / 593

### 第三十一章 特许经营权质押

**规则 36** 特许经营权的收益权可以质押,并可作为应收账款进行出质登记 / 600

#### 【规则理解】

一、特许经营权的内涵 / 600

(一) 特许经营权的界定 / 600

(二)我国特许经营权的形式 / 601

二、经营权上的权利质押 / 603

(一)经营权的内涵 / 603

(二)经营权上的权利质押的特点 / 603

三、特许经营权的收益权质押的法律特征 / 605

(一)取得的法定性 / 605

(二)权利实现的预期性和不确定性 / 605

(三)权利标的的特殊性 / 605

(四)质权实现方式的独特性 / 605

四、特许经营权的收益权质押的公示 / 605

五、特许经营权的收益权的质权实现方式 / 608

**【拓展适用】**

一、特许权与政府特许 / 610

二、应收账款质押 / 612

(一)应收账款的法律意义 / 612

(二)应收账款的分类 / 614

(三)应收账款质押与特许经营收费权质押 / 614

**【典型案例】**福建海峡银行股份有限公司福州五一支行与长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案 / 618

## 第三十二章 票据质押

**规则 37** 当事人以银行汇票为质押凭证,以书面形式另行设定了该汇票的质权,且得到出票银行确认的,应认定汇票的质押有效 / 621

**【规则理解】**

一、票据“质押”背书对于票据质押效力影响的法律、司法解释规定概述 / 621

(一)《票据法》及其司法解释的规定 / 622

(二)《担保法》及其司法解释的规定 / 622

(三)《物权法》的规定 / 622

二、票据质押行为的性质认定 / 623

(一)对票据质押行为性质的不同认识 / 623

(二)对票据质押行为性质的合理界定 / 624

三、票据质押效力的认定 / 627

(一) 票据质押构成要件的认定 / 627

(二) 票据质押的法律效力 / 629

### 【拓展适用】

一、票据质押背书效力的认定 / 631

二、记载“不得转让”字样票据设定质押的效力认定 / 633

(一) 记载“不得转让”字样票据的效力 / 633

(二) 对记载“不得转让”字样票据设定质押的不同认识 / 634

(三) 记载“不得转让”字样票据设定质押的效力认定 / 635

【典型案例】滕州市城郊信用社与中国建设银行枣庄市薛城区支行票据质押纠纷案 / 639

## 第五编 定 金

### 第三十三章 立约定金

规则 38 购房者与开发商签订订购协议并向其交付了定金,约定双方于某日订立商品房预售合同,后发生不可归责于当事人双方的事由,开发商应当将收取的定金返还给购房者 / 644

### 【规则理解】

一、定金及立约定金的法律特征 / 644

(一) 定金是以货币为标的且不能超过法定限额的一种金钱担保方式 / 645

(二) 定金是通过定金合同和给付行为设定的 / 645

(三) 定金必须以明确的意思表示约定 / 645

二、立约定金罚则的适用条件 / 646

三、商品房买卖中适用立约定金处罚应当注意的问题 / 646

### 【拓展适用】

一、定金的种类 / 647

(一) 成约定金 / 648

(二) 解约定金 / 648

(三) 违约定金 / 648

二、违约定金罚则的适用条件 / 648

(一) 必须有违约行为的存在 / 648



(二)必须有合同目的落空的事实 / 649

(三)违约行为与合同目的落空之间有因果关系 / 649

(四)对《担保法司法解释》第120条规定“但书”的理解 / 649

三、定金的识别 / 650

(一)定金不同于预付款 / 650

(二)定金不同于押金 / 650

(三)定金不同于保证金 / 651

【典型案例】戴雪飞与江苏省苏州工业园区华新国际城市发展有限公司商品房订购协议定金纠纷案 / 651

## 第六编 担保纠纷案件诉讼程序与管辖

### 第三十四章 仲裁协议之外担保人的诉讼

规则 39 仲裁裁决不能涉及仲裁协议之外的当事人;债权人有权以保证人为被告,单独就保证合同关系向人民法院提起诉讼 / 657

【规则理解】

一、保证合同所涉及的法律关系 / 657

二、诉讼程序中保证人的诉讼地位 / 658

(一)一般保证人的诉讼地位 / 658

(二)连带保证人的诉讼地位 / 658

三、仲裁程序中当事人的地位 / 659

【拓展适用】

一、人保与物保并存时申请实现担保物权的法院受理 / 659

二、同一财产设有多个担保物权,后顺位的担保物权人申请实现担保物权的法院受理 / 660

【典型案例】东方国际集团上海市对外贸易有限公司与兰州金城旅游服务(集团)有限责任公司保证合同关系确认纠纷案 / 661

### 第三十五章 担保案件合并审理类型

规则 40 当事人据以提起诉讼的多份借款合同的借款人虽为同一主体,但担保人系多人,且所担保的对象、金额、方式不相同时,合并审理需要当事人同意并经人民法院许可 / 664

**【规则理解】**

## 一、共同诉讼的类型及区别 / 665

(一) 必要共同诉讼的构成 / 665

(二) 普通共同诉讼的构成 / 665

(三) 必要共同诉讼与普通共同诉讼的主要区别 / 666

## 二、法律、司法解释对构成必要共同诉讼情形的特别规定 / 666

**【拓展适用】**

## 一、诉的合并内涵及种类 / 667

(一) 诉的合并内涵 / 667

(二) 诉的合并之种类 / 668

## 二、担保中涉及有关共同诉讼应当注意的问题 / 668

(一) 不得随意追加一般保证人为共同诉讼参与人 / 668

(二) 连带责任保证人参与的是可分之诉 / 668

(三) 企业分支机构为提供保证应当区分不同情况 / 668

(四) 第三人提供抵押被起诉时, 一般应追加债务人参加诉讼 / 669

(五) 注意司法解释规定的“可以”情形 / 669

(六) 多份借款合同的借款人为同一主体, 但担保人系不同主体时, 担保人参加诉讼不是必要共同诉讼 / 669

**【典型案例】**瑞华投资控股公司与山东鲁祥铜业集团有限公司、山东省嘉祥景韦铜业有限公司、山东黄岗(集团)总公司、济宁龙瑰铜工艺品有限公司等借款及担保合同纠纷案 / 670

**规则 41** 债权人就两笔到期担保债务一并提起诉讼, 人民法院合并审理并作出一份判决并不违反法律规定 / 673

**【规则理解】**

## 一、普通共同诉讼的概念及特征 / 673

## 二、普通共同诉讼的构成要件 / 673

(一) 普通共同诉讼属于诉讼客体的合并 / 673

(二) 由同一法院管辖, 适用同一诉讼程序 / 674

(三) 符合合并审理的目的 / 674

(四) 法院认为可以合并审理, 当事人也同意合并审理 / 674

## 三、普通共同诉讼人之间的关系 / 675

**【拓展适用】**

一、合并之诉的案件管辖 / 676

(一)合并之诉管辖存在的问题 / 676

(二)合并之诉管辖的原则 / 676

二、连带责任之诉属于特殊形态的共同诉讼 / 677

**【典型案例】**西藏吉庆实业开发有限公司与中国农业银行西藏自治区分行营业部、重庆市华鼎现代农业景观园开发有限责任公司抵押借款合同纠纷案 / 681

### 第三十六章 债权转让所涉担保的管辖

**规则 42** 当事人在原借款、保证合同中均明确约定了管辖法院,债权转让后,新债权人未与主债务人和保证人约定新的管辖法院,也未排除原约定的,原协议管辖约定不违反法律规定,应认定继续有效 / 686

**【规则理解】**

一、协议管辖的内涵及其目的 / 686

二、协议管辖适用的条件 / 687

(一)在审理级别上,协议管辖仅适用于第一审民事案件 / 687

(二)在管辖类型上,协议管辖限于非专属管辖的诉讼 / 687

(三)在表现形式上,协议管辖为要式行为,必须采用书面形式 / 687

(四)在案件类型上,协议管辖只限于因一般合同纠纷提起的诉讼,对合同以外的其他民事案件和特殊合同纠纷不适用协议管辖 / 688

(五)在内容确定性上,协议管辖必须是确定的、单一的选择 / 688

三、债权转让协议对协议管辖的影响及应当注意的问题 / 688

**【拓展适用】**

一、担保纠纷案件管辖确定的原则 / 689

二、债权人单独起诉担保人作为被告案件的管辖 / 690

三、债务人与担保人必须作为共同被告案件的管辖 / 690

四、担保合同与反担保合同协议管辖选择法院不同,担保人起诉时管辖法院的确定 / 690

五、主合同协议仲裁管辖的效力能否及于从合同中的保证人 / 691

**【典型案例】**中国昊华化工(集团)总公司与中企国际投资有限公司借款保证合同纠纷案 / 692

## 第三十七章 执行和解协议中的担保

**规则 43** 在法院没有介入的情况下,债权人、债务人与第三人之间达成的和解协议,不具有执行担保的性质,属于有效的民事合同;债权人可以依据约定另行起诉第三人的保证责任 / 694

### 【规则理解】

一、民事执行和解的涵义 / 695

二、民事执行和解的特性 / 696

三、执行和解协议的效力 / 698

(一) 执行和解协议是否具有执行力 / 699

(二) 能否对合法有效和解协议直接赋予强制执行效力 / 700

(三) 能否由法律直接赋予和解协议以执行力 / 701

(四) 执行和解协议中担保人能否被追加为被执行人 / 701

### 【拓展适用】

一、执行担保的性质 / 702

二、执行担保与债的担保之区别 / 705

(一) 人民法院是否参与其中不同 / 706

(二) 设立担保是否符合程序法要求不同 / 706

(三) 是否具有执行效力不同 / 706

(四) 追偿权的确立程序不同 / 706

**【典型案例】**湖北美尔雅股份有限公司等与交通银行海南分行等担保协议纠纷案 / 707

# 第一编 总 则

## 第一章 担保责任的类型

规则 1: 担保人未按照合同约定承担保证责任, 反以不正当理由主张合同无效的, 有违诚实信用原则, 依法不应支持

——西安市商业银行与健桥证券股份有限公司、西部信用担保有限公司借款担保合同纠纷案<sup>①</sup>

### 【裁判规则】

债务人无正当理由未在合同约定的期限内还款, 担保人未按照合同约定承担保证责任, 均构成合同履行中的违约, 应当承担违约责任。债务人、担保人以不正当理由主张合同无效的, 有违诚实信用原则, 依法不应支持。

### 【规则理解】

#### 一、保证责任

##### (一) 保证的内涵

所谓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承担责任的行为。《德国民法典》第 765 条规定: “因保证契约, 保证人约定对第三人的债权人负有履行第三人的债务的义务。”我国台湾地区“民法典”第 739 条规定: “称保证者, 谓当事人约定, 一方于他方之债务人不履行债务时, 由其代负履行责任之契约。”

##### (二) 保证责任的内涵

所谓保证责任, 就是保证人应当承担的法律责任。关于保证人所承担的保证责任, 我国有关立法及司法解释的规定不尽相同。依《民法通则》第 89 条第 1 项之规

<sup>①</sup> 《最高人民法院公报》2006 年第 9 期, 最高人民法院(2005)民二终字第 150 号民事判决书。

定,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任。从条文上理解保证人所承担的责任皆为“连带责任”。1994年《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》在第6条中指出:“保证合同明确约定保证人承担连带责任的,当被保证人到期不履行合同时,债权人既可以向被保证人求偿,也可以直接向保证人求偿。”第7条规定:“保证合同没有约定保证人承担何种保证责任,或者约定不明确的,视为保证人承担赔偿责任。当被保证人不履行合同时,债权人应当首先请求被保证人清偿债务。强制执行被保证人的财产仍不足以清偿其债务的,由保证人承担赔偿责任。”最高人民法院的这一司法解释明确划分了保证责任有连带保证责任与一般保证责任两种方式;连带保证责任方式以当事人在合同中有明确约定为前提,而一般保证责任则可依合同中的明确约定或推定(合同中未约定或约定不明确时)来确定。《担保法》第16条明确规定了保证责任的方式有一般保证责任与连带保证责任之分,并在第17条、第18条、第19条中具体规定了两种保证责任方式的认定及适用。

### (三)一般保证责任与连带保证责任

一般保证责任是指保证人与债务人没有连带关系的责任,保证人在一般保证中承担的责任具有补充性。在一般保证责任中,保证人享有先诉抗辩权,即一般保证的保证人在主合同未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。由此,保证人享有先诉抗辩权所带来的后序利益。先诉抗辩权为一般保证人所专有。连带保证责任,是指保证人与债务人对主债务的履行承担连带责任。连带保证中,保证人不享有先诉抗辩权。因此,保证人与债务人处于相同的履行顺序。显然,这对债权人较为有利,而对保证人较为苛刻。

## 二、诚实信用原则的内涵

诚实信用原则起源于罗马法上的善意(bona fides),这种善意是被用来为未受法律调整的交易行为产生的诉讼说明理由。《德国民法典》将诚实信用原则规定为解释合同的基本原则,后来被德国判例和学说上升为民法的一般原则。<sup>①</sup> 诚实信用原则主要针对民事法律关系中弄虚作假、欺骗、损人利己的行为,既要尊重民事主体的主观要求,亦要客观衡量当事人之间的利益。诚实信用原则主要包括下几方面的内容:一是设立和变更民事法律关系时,不仅要求当事人诚实、不隐瞒真相、不作假、不欺诈,还应当给对方提供必需的信息。二是民事法律关系建立后,当事人应当恪守诺言,履行义务,谨慎维护对方的利益,满足对方的正当期待,应当根据合同的性质、目

<sup>①</sup> 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第26页。

的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。三是民事法律关系终止后,当事人应当为维护对方的利益,实施一定行为或者不实施一定行为。<sup>①</sup>

### 三、违约责任

合同是理性人的自由选择,在特定的法律主体之间产生一定的民事权利义务,是当事人自由意志的结果。根据《合同法》第60条的规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”可见,合同生效后,合同的双方当事人都应该遵照诚实信用的原则积极履行合同义务,这是对合同当事人的基本要求。

#### (一)违约责任的内涵

所谓违约责任,则是指合同当事人因违反合同约定的义务而应承担的法律后果。包含两方面的含义:一是违约责任的产生以合同义务的存在为前提,有义务就存在责任的可能性,没有义务,根本就不可能有责任;二是违约责任以合同当事人不履行义务为条件,有效合同约定的义务与法律规定的义务具有同等的约束力,合同当事人必须履行,否则就会产生违约责任。

#### (二)违约责任的构成要件

违约责任的构成要件包含以下几个方面:第一,违约责任以有效合同的存在为前提。没有合法有效的合同,既谈不上违约,更谈不上违约责任;第二,当事人必须存在违反合同义务的情形。违约责任的发生是由于合同当事人违反合同义务,即不履行或不能完全履行合同约定的义务或者履行合同义务不符合约定,合同义务和违约责任并不完全等同;第三,合同相对方当事人受到一定损害,即因违约方的违约造成另一方财产遭受损失,既有实际的损失,也有期待利益的损失。第四,违约方的违约行为与相对方的损害之间存在因果关系,即受到损害一方的损失正是由于违约方所造成。<sup>②</sup>

保证设立的目的是确保债务人履行债务,以便债权人实现债权,其法理基础是“承诺必须履行”的诚信原则。保证合同的签订,就意味着保证人有代债务人履行主合同义务的可能,当债务人不履行债务时,保证人将按照保证合同的约定履行债务或者承担相应的民事责任。根据《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”在主合同和担保合同期限届满后,无论主合同的债务人,还是担保合同的

<sup>①</sup> 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第27页。

<sup>②</sup> 刘党军、宋瑾怡:“合同履行过程中违约责任和侵权责任的法律问题”,载 <http://www.mengyuanlaw.com/ReadNews.asp?NewsID=1875>,最后访问时间:2016年9月2日。

担保人,不顾合同约定,拒不履行主合同或担保合同的约定,已经构成实际违约。债务人无正当理由未在合同约定的期限内还款,担保人未按照合同约定承担保证责任,均构成合同履行中的违约。在债务人、担保人已经实际违约的情况下,债权人有权要求其承担违约责任,在多次催促债务人和担保人,要求其履行合同义务,而债务人和担保人仍拒不履行的情况下,完全可以提起诉讼,通过国家的强制力来保护自己的权利。合同生效后,无论债权人是否督促履行,是否通过提起诉讼的手段促使履行,债务人和担保人都应该全面履行合同。债权人是否起诉并不影响债务人和担保人按时履行合同,这是合同法确定的在合同履行过程中应该遵循诚实信用原则的基本要求。债务人、担保人反以不正当理由主张合同无效的,有违诚实信用原则,人民法院依法不应支持。否则,就是鼓励违约,保护恶意违约一方,不能实现规范交易秩序、保障交易安全的目的。

#### 四、保证责任的免除

根据《担保法》第6条的规定,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。我们可以发现,保证关系是基于三种不同的法律关系而形成的。一是在债权人与债务人之间的主债权债务关系;二是在债权人和保证人之间的保证合同关系;三是债务人与保证人之间的委托关系或者无因管理关系。而在三种法律关系中,主债权债务关系是基础关系,保证关系是从属关系,保证仅仅在保证人和债权人之间发生作用。当合同签订后并不总是完全根据合同的约定顺利履行,常常受很多因素的影响而使合同关系发生变化,双方当事人的权利义务也发生相应变化。保证责任是基于保证合同而产生,在保证设立过程中,或在保证成立后,如果出现并非以确保债务履行或是违反保证人的信任的情形,就可免除保证人的保证责任。如果没有出现相应的情形,保证人就不能以不正当的理由予以抗辩,不得拒不履行保证义务。因此,所谓保证责任的免除,是指被保证的主债务依然存在,保证人应当承担保证责任,但由于出现了某种法定事由,保证人不再承担保证责任。根据我国《担保法》的规定,保证责任免除的情形,主要有因保证合同无效而免责、因主债变更而免责、因超过保证期限而免责和因物的担保优先而免责。

##### (一) 因保证合同无效而免责

主要包括两种情形:第一,主合同当事人恶意串通,骗取保证人保证,因违反保证合同设立的目的,保证合同无效。实践中应当注意:①必须是主合同双方当事人的故意,如果仅是债务人一方存在故意,或者保证人碍于情面或受主管部门的命令而提供保证的,均不能免除责任。②必须是已实施恶意串通行为,足以使保证人上当受骗。如果当事人目的不一,并未串通,保证人因过失而提供保证的,不能免责。③必须是



被骗后签订保证合同的事实已发生,且保证人无过错。第二,主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,迫使保证人订立保证合同,因当事人意思表示不真实而提供保证的,保证人不承担民事责任。实践中应注意:①实施欺诈、胁迫的主体只能是主合同的债权人,而非债务人,因为保证合同是债权人与保证人之间签订的,债务人不是保证合同的当事人。如果保证人受债务人欺诈、胁迫提供保证而免责,将严重损害债权人利益。②保证人提供保证完全是违背真实意志。③除债权人的上级主管部门之外,第三人的原因,不能免除责任。

## (二) 因主债变更而免责

主债变更包括债权转让、债务转移、债权债务内容变更等三种情形。第一,因债权转让而免责的情形,应当注意:如果在保证合同中明确约定的,按约定免责;否则,不能免责。第二,因债务转移而免责的情形,因保证人信任基础变化,必须经保证人书面同意,否则保证人免责。根据《担保法》第23条规定,<sup>①</sup>实践中应注意:一是债务转移必须合法有效,如债务转移无效,保证人不免责;二是债务转移部分,未经保证人同意,已转移部分免责,未转移部分不免责;三是保证人同意必须采取书面形式。第三,主债权债务内容变更而免责的情形,保证设立的基础发生变化,必须经保证人书面同意,否则保证人免责。根据《担保法》第24条规定,<sup>②</sup>实践中应注意:一是双方当事人对原主合同内容变更,实质是新缔约,未经保证人书面同意,保证人免责;二是同意必须是书面形式,否则保证人免责;三是保证合同有约定,保证人授权或放弃监督权的,不能免责。

## (三) 因超过保证期限而免责

在保证期限(保证责任的存续期间)内债权人未行使诉讼权或请求权的,保证人免责。由于一般保证与连带责任保证存在较大的区别,法律规定债权人主张权利的方式也不尽相同。在实践中应当注意:第一,对于一般保证,在保证期限内债权人必须向债务人提起诉讼或仲裁而非主张权利,保证人才承担责任,否则保证人免责。第二,对于一般保证,在保证期间内债权人直接向保证人主张权利,保证期限并不中断,保证人享有先诉抗辩权,若超过保证期限,保证人免责。第三,对连带责任保证,债权人必须是直接向保证人主张权利,仅向债务人主张权利而未向保证人主张权利的,超过期限保证人免责。

<sup>①</sup> 《担保法》第23条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。”

<sup>②</sup> 《担保法》第24条规定:“债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。”

#### (四) 因债权人放弃物的担保而免责

债权人放弃物的担保是指在同一债权中,有物的担保和保证同时存在,当主债务履行期限届满而主债权未受清偿时,根据物权优先原则,债权人应先行使物权。物权担保优先于债权担保而实现。根据《担保法》第28条第2款规定,<sup>①</sup>实践中应当注意:一是物权担保与保证必须是针对同一债权。如果当事人约定担保的是不同的债权,或同一债权不同部分的,不能适用。如物权担保是主债,而保证担保的是孳息或违约金,就不能适用此规定。二是债权人放弃物的担保必须有书面证据。三是保证人只就债权人放弃物的担保范围内免除责任,对主债的其余部分仍应承担责任的。<sup>②</sup>

### 【拓展适用】

#### 一、保证责任方式的推定

对于保证责任方式的规定,1994年的《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第6条规定连带保证责任的承担以当事人在合同中有明确约定为前提。第7条规定,如果无约定或者约定不明确时则推定为承担一般保证责任。而《担保法》第19条规定:“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。”这一规定,有助于加强保证人的责任意识,使保证人明确对保证责任方式不约定或者约定不明确时的法律后果,从而对保证方式作出适当的选择。法律作如此规定,目的在于保障债权的实现,这是符合《担保法》的立法宗旨的。但是,这样的规定是否符合法理,是否充分平衡了保证当事人的多方权益,显然值得研究。

第一,从法理上看,保证责任具有补充性。只有在主债务人不能履行主债务时,才能由保证人替代履行。保证人一般是作为第二顺序的债务人的,只有在特殊情况下,才把保证人置于与债务人同等的地位。由此可见,一般保证责任为一般规定,连带保证责任才是特殊规定。在当事人对保证方式没有约定或者约定不明确时,推定保证责任的方式为一般保证责任才符合逻辑。

第二,从内心意思上考察,债权人的主观意思是选择连带责任保证方式,这样对自己债权的实现更为有利;主债务人也意在连带责任保证,这样可以推延债务的清偿;保证人的主观意愿则多为一般保证,因为保证的无偿性和单方性决定了保证人处于极为不利的地位。保证人在为他人提供担保时,应尽量降低自己的风险,这是符合

<sup>①</sup> 《担保法》第28条第2款规定:“债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围免除保证责任。”

<sup>②</sup> 邢义属:“保证人保证责任的免除情形”,载 <http://www.hebjch.cn/wz/shownews.asp?lmdm=7&id=31>,最后访问时间:2016年9月3日。

任何一个理性的人的内心意思的。

第三,从社会效果上看,如果一味地推定保证方式为连带责任保证,则很可能造成保证人不愿意再提供担保,从而造成经济生活中的觅保难现象。

## 二、先诉抗辩权

### (一)先诉抗辩权的法律含义

先诉抗辩权又称为检索抗辩权,是指一般保证人在债权人未就债务人的财产强制执行而无效果前,对于债权人得拒绝清偿的权利。它是一种延缓性抗辩权。先诉抗辩权属于罗马法的一项制度,在大陆法系各国立法中都有规定。其法律意义主要是保障一般保证人成为第二顺序债务人,所承担的责任仅仅是债务人不能承担责任的部分。

### (二)先诉抗辩权的行使条件

行使先诉抗辩权必须具备如下条件:1. 只有保证合同中明确约定保证人的保证责任是一般保证,保证人才能享有先诉抗辩权。这一点非常重要。因为,我国《担保法》是以推定连带责任保证为原则,以一般保证为例外的,这是与大陆法系多数国家的规定完全相反的。2. 主合同纠纷未经审判或者仲裁。这是债权人要求保证人承担保证责任的前提,否则,保证人有权拒绝请求。3. 债权人就债务人的财产强制执行而无效果前。从时间上看,根据《担保法》第17条的规定,在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务的任何时候均可以行使。可见,保证人在诉讼或者仲裁前,或者在诉讼或者仲裁程序中以及强制执行程序中的任何时候都可以拒绝债权人的履行请求。

先诉抗辩权可以在诉讼外行使,即当债权人向保证人请求履行债务时,由保证人直接对债权人行使,即暂时拒绝履行保证责任,从而延缓履行;亦可以在诉讼中行使,即当债权人起诉保证人,要求法院强制保证人履行债务时,由保证人实施实体上的诉权行为,可要求法院判令由主债务人首先履行债务;同时,也可以在执行程序中行使,即在未对债务人财产强制执行而无效果前,对债权人可以拒绝承担保证责任。

### (三)先诉抗辩权的限制

我国《担保法》第17条第3款和《担保法司法解释》第25条对保证人的先诉抗辩权进行了限制性规定,其表现为:1. 基于保证人的意思表示,先诉抗辩权消灭,即保证人明确放弃先诉抗辩权的,其不得再行使先诉抗辩权,这符合民法中的处分原则。2. 基于法律的直接规定,先诉抗辩权效力被阻却。具体又分为两种:第一,债权人对主债务人行使权利后因主债务人的住所、营业场所发生变更受到妨碍时,保证人的先诉抗辩权的效力被阻却;第二,债务人进入破产程序。因为债务人的破产是其丧失清

偿能力的标志,此时保证人先诉抗辩权效力被阻却。

### 三、保证责任的消灭

保证责任的消灭,是指由于法定事由的出现,保证人与债务人之间的债权债务关系不复存在,保证人无需再承担责任。保证责任在以下几种情况下消灭:

#### (一)主债务消灭

保证债务对主债务具有从属性,主债务因履行、抵销、免除、混同等原因而全部或部分消灭时,债权人债权实现,保证人不再重复承担保证责任,保证责任在相应责任范围内全部或部分消灭。

#### (二)债权人放弃物的担保

根据《担保法》第28条之规定,同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

#### (三)保证期间届满而债权人没有行使权利

为了督促主债权人及时行使权利,避免保证人无限期的承担保证责任,《担保法》规定了保证期间制度。保证人只在保证期间内承担保证责任,保证期间届满,债权人则无权请求保证人承担保证责任。保证期间的规定有利于维护保证人的利益。这是因为,债权人如不及时行使权利,一旦债务人丧失了履行能力,债权人再要求保证人履行保证责任,保证人在履行了保证责任后,无法实现对债务人的求偿权。在一般保证的情况下,保证期间届满,债权人未对债务人提起诉讼或申请仲裁,保证人免除保证责任;在连带责任保证的情况下,保证期间届满,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。

#### (四)未经保证人同意转让债务

保证期间内,债权人许可债务人转让债务,但未经保证人同意的,保证人不再承担保证责任。保证人为债务人作担保,往往基于两者之间的特殊关系,或对债务人的资产、信誉有所了解,对其产生信任,而债权人许可债务人转让债务的,不论是部分还是全部转让,未经保证人同意的,保证人对新债务人并不了解,影响到保证人追偿权的实现。如果保证人同意或自愿承担保证责任的,当然不在此限。“如果债务人不是转让债务于第三人,只是第三人加入债务承担而与债务人承担连带责任的,此种情形对保证人没有任何的不利,相反对保证人是有益的。因此,在这种情况下,保证人仍应在原保证范围内继续承担保证责任。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 刘保玉、吕文江:《债权担保制度研究》,中国民主法制出版社2000年版,第136页。

#### (五) 保证人承担了保证责任

保证人承担责任的方式有代债务人履行或承担赔偿责任,保证人依照保证合同承担保证责任的行为,使债权人的债权得以实现,保证责任自然消灭。

#### (六) 保证合同中保证人意思不真实

根据《担保法》第30条之规定,在以下两种情形,保证人不承担民事责任:一是主合同双方当事人恶意串通,骗取保证人提供保证的;二是主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背其真实意思的情况下提供担保的。在这两种情况下保证合同被确认为无效,保证人不承担责任。

#### (七) 保证合同解除和终止

保证合同与其他合同一样,也可以因解除而消灭。保证合同消灭,保证合同自始不发生效力,保证人即不再承担保证责任。

### 【典型案例】

#### 西安市商业银行与健桥证券股份有限公司、西部信用担保有限公司借款担保合同纠纷案

上诉人(原审原告):西安市商业银行。

法定代表人:黄连溪,该行董事长。

被上诉人(原审被告):健桥证券股份有限公司。

法定代表人:李晓援,该公司董事长。

被上诉人(原审被告):西部信用担保有限公司。

法定代表人:刘文彪,该公司董事长。

#### 〔基本案情〕

陕西省高级人民法院原审查明:2004年6月7日,西安市商业银行(以下简称西安商行)与健桥证券股份有限公司(以下简称健桥证券)签订资金拆借合同一份,约定:拆出单位为西安商行即甲方,拆入单位为健桥证券即乙方,拆借金额为3603万元,拆借期限7天,即自2004年6月10日至2004年6月17日;拆借利率为6.6%,拆借用途为弥补头寸。合同还约定:甲方拆出资金,乙方归还资金,均要按下列规定划款:同城划款在起(止)息日下午4:00前划至对方账户,跨地区划款通过人民银行在起(止)息日上午9:30前采用电子联行或加急电汇汇至对方账户,以保证汇款单当天到账,如不按上述要求执行,影响资金按时到账而造成的损失,由违约方承担;乙方必须按时足额归还拆借本息,如发生逾期,就逾期金额除按规定利率计收利息外,从逾期之日起每日按万分之五加收罚息,由乙方主动划付甲方;拆借资金利随本清等。同日,西部信用担保有限公司(以下简称担保公司)向西安商行出具担保函,愿为上述资金拆借合同项下全部本金及利息的偿还承担连带保证责任。上述合同签订后,西安商行在同月10日以电汇方式,向健桥证券划付资金3603万元。合同到期后,健桥证券未按合同约定还款,担

保公司亦未向西安商行偿还拆借资金。

2004年11月11日,西安商行催收无果,遂向陕西省高级人民法院提起诉讼,请求判令健桥证券、担保公司依约归还西安商行拆借资金本金3603万元及截止给付之日的利息及罚息,并判令其承担本案全部诉讼费用。

### 〔一审裁判理由与结果〕

陕西省高级人民法院经审理认为:本案争议的焦点是该资金拆借合同是否有效。有关法律规定,同业拆借是银行、非银行金融机构之间相互融通短期资金的行为。西安商行及健桥证券的资金拆借属银行与非银行金融机构之间的同业拆借。《中华人民共和国商业银行法》第四十六条规定:“同业拆借应当遵守中国人民银行的相关规定。”中国人民银行于1997年6月6日发出的《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》第三条第二、三项规定:“各证券公司的拆入资金期限不得超过1天,拆入资金总额不得超过该机构实收资本金的80%,拆入资金只能用于头寸调剂,不得用于证券交易。”“任何商业银行与非银行金融机构、非银行金融机构之间的拆借行为必须通过全国同业拆借市场(包括各地融资中心)进行,禁止一切场外拆借行为。”由此可见,作为证券公司为了弥补头寸,在与银行间进行的同业拆借业务中仅有1天的资金拆入期限,且拆借行为必须通过全国同业拆借市场(包括各地融资中心)进行。西安商行与健桥证券约定的拆借期限为7天,且未通过全国同业拆借市场进行,而是西安商行直接将拆借资金汇入健桥证券的账上。故该资金拆借合同不仅违反了中国人民银行上述规定,而且也违反了国务院颁布的《金融违法行为处罚办法》第十七条第一款的有关规定,因此,西安商行与健桥证券签订的资金合同,因内容违反国家金融法律法规强制性规定,应认定为无效。合同无效双方均有过错,依法应承担相应的过错责任。健桥证券应将拆入的本金3603万元予以返还,并按中国人民银行同期贷款利率向西安商行计付该资金占用期间的费用。西安商行要求判令健桥证券依约支付利息及罚息的诉讼请求依法应予驳回。健桥证券因合同无效不支付合同约定利息的抗辩理由虽然成立,但应支付占用该资金期间的费用。因主合同无效,担保合同亦无效。担保公司虽不承担连带保证责任,但作为专业的担保公司,应当知道健桥证券不具有全国银行间同业市场成员资格,不能进行为期7天的同业拆借业务,其仍出具担保函,愿意对健桥证券的拆借行为承担连带保证责任,因此,对保证合同的无效负有过错,依法应承担相应的民事责任,即对健桥证券的上述债务不能清偿部分承担三分之一的连带赔偿责任。担保公司因合同无效不承担保证责任的抗辩理由成立,但其赔偿责任依法不能免除;担保公司认为《担保函》仅为担保意向,没有签订正式的《担保合同》,也无董事会决议,所以担保行为应为无效的抗辩理由属对担保合同的理解有误,不能成立;担保公司认为西安商行未能在法定的保证期间内向保证人主张权利及2004年11月11日立案,2004年11月23日交费,西安商行无缓交申请,应视为自动撤诉的抗辩理由,因与客观事实不符而不能成立。该院依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第(五)

项,《中华人民共和国担保法》第五条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条、第九条的规定,判决:一、西安商行与健桥证券签订的资金拆借合同及担保公司向西安商行出具的担保函无效;二、健桥证券在该判决生效后十日内向西安商行归还本金3603万元,并应按中国人民银行同期贷款利率计付资金占用费(自2004年6月10日起至该判决生效之日止),逾期履行,按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定执行;三、担保公司对健桥证券上述债务不能清偿部分承担三分之一的连带赔偿责任;四、担保公司向西安商行承担赔偿责任后,在承担赔偿责任的范围内可向健桥证券追偿;五、驳回西安商行的其他诉讼请求。一审案件受理费190160元,由健桥证券负担。

### 〔当事人上诉及答辩意见〕

西安商行不服原审法院上述民事判决,向本院提起上诉称:原审判决适用法律明显错误,判处不当。(一)《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》已失效。2004年12月17日,中国人民银行、中国银行监督管理委员会发布《第一批共计110件规章和规范性文件清理结果》(2004第20号公告),该公告已明确将该通知废止。原审判决在该文件废止5个月后,仍将此作为认定本案合同无效的依据,显属适用法律错误。(二)西安商行与健桥证券签订的资金拆借合同,并未违反《金融违法行为处罚办法》,本案资金拆借合同及担保合同合法有效。法律及行政法规均未对同业拆借的具体条件作出明确规定。国务院《金融违法行为处罚办法》亦未对同业拆借条件、资格、期限作出具体规定,其只是针对违反中国人民银行规定的金融违法行为进行处罚。中国人民银行《证券公司进入银行间同业市场管理规定》第九条规定:“凡经批准的成为全国银行间同业市场成员的证券公司,必须通过全国银行间同业拆借中心提供的交易系统进行同业拆借、债券交易业务。”第十三条规定:“未成为全国银行间同业市场成员的证券公司,仍按原规定,由其总部进行一天的同业拆借业务。”西安商行依据该规定,将资金拆借给具有同业拆借资格的健桥证券,应当是一种合法行为,双方签订的合同合法有效,至于资金拆借超过规定的期限,并不会导致资金拆借合同无效,更不能对该合同所约定的逾期还款的利息及罚息不予保护。(三)原审判决判处不当。本案的资金拆借合同在实践中普遍存在,也是市场通行的做法。如果将此类资金拆借合同认定为无效,正常的金融业务将难以开展,银行的合法权益将置于无法保护的境地。更为重要的是,法律、法规对此类型的资金拆借业务并未作出任何禁止性规定。原审判决不考虑本案合同当事人的真实意愿,更不考虑合同已经实际履行的具体状况,认定资金拆借合同及担保合同无效,确属判处不当。请求撤销原审判决,并判决健桥证券按合同约定偿还拆借资金及其利息、罚息,担保公司对此债务承担连带保证责任。

被上诉人健桥证券答辩称:(一)2004年12月17日中国人民银行与中国银行业监督管理委员会(以下简称银监会)公告第一批规章和规范性文件的清理结果,并没有明确废止《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》,而是明确该规范性文件由中国

人民银行和银监会按照各自的法定职责对规章和规范性文件中的有关事项负责监督实施、解释,中国人民银行和银监会共同修改、废止。故该通知并未失效。假使该通知现已失效,但本案所涉拆借行为的发生时间是2004年6月7日,在这个时间该规范性文件持续处于有效状态,一审法院适用当时具有法律效力的规定下判,并无不当。

(二)西安商行对《金融违法行为处罚办法》的理解存在错误。根据《证券公司进入银行间同业市场管理规定》和《金融违法行为处罚办法》的规定,本案所涉资金拆借合同超过了规定期限,且未通过全国同业拆借市场进行,违反了国家金融法规的强制性规定,属于无效合同,一审法院适用法律正确。

(三)西安商行认为本案所涉资金拆借合同是普遍存在的市场通行做法的观点缺乏事实依据,其该项主张没有在有效的举证期限内合法举证,同时也是明显违反法律规定的行为,该项上诉理由不能成立。请求驳回上诉,维持原判。

被上诉人担保公司答辩称:(一)一审判决所依据的《关于禁止资金违规流入股票市场的通知》并未失效,只是重新明确了其监督实施权、解释权、修改废止权的行使主体。即使西安商行对中国人民银行公告理解没有错误,按照我国法律无溯及力的原则,一审适用该规章也是正确的。(二)国务院《金融违法行为处罚办法》是针对违反国家金融法律法规行为制定的,它处罚的前提是金融机构违反了包括中国人民银行等部门的有关规定,那么违反中国人民银行关于最长拆借期限的行为当然也包括在内,更何况该办法在第17条明令禁止违反最长拆借期限的行为。故超过中国人民银行规定的最长拆借期限进行拆借的行为也违反了该处罚办法的强制性规定,依据该处罚办法判决本案主合同无效正确。请求驳回上诉,维持原判。

### 〔最高人民法院查明的事实〕

最高人民法院经二审审理,对原审法院查明的事实予以确认。

### 〔最高人民法院裁判理由与结果〕

最高人民法院认为,本案二审西安商行与健桥证券、担保公司之间争议的焦点问题仍然是资金拆借合同及担保合同的效力问题。原审法院认定资金拆借合同无效的主要理由,一是西安商行与健桥证券签订的资金拆借合同的期限超过了中国人民银行的的规定,二是该拆借行为未通过全国同业拆借市场进行。原审法院上述理由的依据是中国人民银行《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》和国务院《金融违法行为处罚办法》的规定。中国人民银行《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》在规范性文件位阶上属于部门规章,根据本院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第四条:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据”的规定,该通知作为行政规章不能作为确认合同无效的依据。国务院《金融违法行为处罚办法》,是关于金融机构违反国家有关金融管理的规定应当如何进行行政处罚的规定,该办法第十七条规定金融机构从事拆借活动,如果具有资金拆借超过最



长期间、在全国统一同业拆借网络之外从事同业拆借业务的行为,应当受到暂停或者停止该项业务,没收违法所得等处罚。可以看出,该条规定与合同效力没有关系。故不能依据该处罚办法的规定确认资金拆借合同无效。原审法院认定西安商行与健桥证券签订的资金拆借合同,内容违反国家金融法律法规的强制性规定,属无效合同错误,应予纠正。

西安商行与健桥证券签订资金拆借合同后,健桥证券将拆借所得资金用于合同所约定的弥补头寸,并不存在利用银行资金进行证券交易的行为,故西安商行与健桥证券之间的拆借行为是双方当事人的真实意思表示,未违反法律、行政法规的强制性规定,也未损害国家利益和社会公共利益,双方之间的资金拆借合同应当认定为有效。担保公司出具担保函,明确表示对上述资金拆借合同承担连带保证责任,在主合同有效,担保合同亦不存在其他无效情形的情况下,担保公司的保证责任不应免除。健桥证券在合同已经实际履行,即得到急需的款项后,作为还款义务人无正当理由未在约定的期限内还款,担保公司未按照约定承担连带保证责任,均构成合同履行中的违约,本应承担违约责任,但健桥证券和担保公司反以资金拆借超过法定期限等理由主张合同无效于法无据,并有违诚实信用原则,不应得到支持。

综合分析,西安商行的上诉理由成立,最高人民法院予以支持。原审判决认定事实清楚,但适用法律错误,应予纠正。最高人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项<sup>①</sup>的规定,判决如下:一、撤销陕西省高级人民法院(2005)陕民二初字第2号民事判决;二、健桥证券股份有限公司于本判决生效之日起十日内偿还西安市商业银行本金3603万元及利息,逾期罚息按照中国人民银行规定的同期逾期罚息计算标准分段计付;三、西部信用担保公司对健桥证券股份有限公司上述债务承担连带清偿责任;四、西部信用担保公司向西安市商业银行承担担保责任后有权向健桥证券股份有限公司追偿。一、二审案件受理费各190160元,由健桥证券股份有限公司承担。

## 第二章 对外担保

**规则 2: 对外担保合同未按规定在行政管理机关办理批准登记手续的,依法应认定无效**

——香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司、万轩置业有限公司金融借款合同纠纷案<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 对应2012年《民事诉讼法》第170条第1款第(2)项。

<sup>②</sup> 《最高人民法院公报》2014年第6期,最高人民法院(2010)民四终字第12号民事判决书。

### 【裁判规则】

1. 《担保法司法解释》第6条第1款明确规定,未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的,对外担保合同无效。根据《境内机构对外担保管理办法》的有关规定,外商独资企业提供的对外担保虽然不需要逐笔审批,但仍然需要进行登记,故在审理涉及外商独资企业作为担保人提供的对外担保合同纠纷时,仍应对其提供的对外担保是否在外汇管理机关登记进行审查,未登记的应认定无效。<sup>①</sup>

2. 对外担保合同未按规定在行政管理机关办理批准登记手续的,依法应认定无效。对于造成合同无效,主债权人及担保人均有过错的,应各自承担相应的责任。<sup>②</sup>

### 【规则理解】

#### 一、行政审批的性质及其对合同效力的影响

行政审批和合同效力的关系一直是困扰理论界和实务界的疑难问题,尤其是关于应经而未经行政审批的合同效力,由于法律规定不够清晰,导致人们认识不一,从而影响到裁判的统一性。实践中,有的法院认为,因《合同法》第44条第2款明确将行政审批作为合同的生效要件,故未经审批的合同不发生法律效力,任何一方当事人无权主张合同所约定的权利;也有的法院认为,由于《合同法》第44条未将行政审批作为认定合同是否“依法成立”的依据,而根据《合同法》第8条的规定,依法成立的合同具有法律约束力并受法律保护,故当事人在合同依法成立后,自应有权主张合同所约定的权利。<sup>③</sup> 因此,有必要弄清行政审批的性质及其对合同效力的影响。

##### (一) 行政审批的性质

从性质上看,行政审批为公法上的行政行为,而非私法上的民事行为,对此自无疑问。然而,行政审批的公法属性并不意味着行政审批对私法关系的形成毫无影响。在谈到公法行为对私法关系的影响时,日本学者美浓部达吉指出,私法关系的变动,有些是由公法行为直接引起的,如国家征收行为引起的财产权利的变动。此外,还有大量私法关系的变动,则须由国家行为的参与,即虽然私法关系是由当事人的法律行为自行形成的,但须加上国家之公的意思表示,私法上的关系才能发生效果,此类事

<sup>①</sup> 该裁判规则源自“香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司、万轩置业有限公司金融借款合同纠纷案”。

<sup>②</sup> 该裁判规则源自“汕头宏业(集团)股份有限公司与中国银行(香港)有限公司、汕头经济特区新业发展有限公司担保合同纠纷案”。

<sup>③</sup> 参见蒋文军:“论行政审批对特定财产权利转让合同效力的影响——基于负担行为和处分行为的视角”,载《民商事审判中的若干典型争议判例评析》,法律出版社2012年版,第90页。

项颇多,大致可以分为受理、认可、公法上的代理、公证以及确认。<sup>①</sup>可见,公法上的行政行为与私法关系的形成具有极其重要的联系。问题是,行政审批究竟是何种性质的具体行政行为呢?它对于私法关系的形成究竟会产生何种影响呢?从行政法理论的角度看,与行政审批最为相近的概念是行政许可。但二者是否同一,众说纷纭,争论不止。《行政许可法》最终采取的是“同一说”,即认为行政审批就是行政许可,应受《行政许可法》的约束。<sup>②</sup>至于行政许可与私法上法律行为之间的关系,美浓部达吉亦有如下论述:“所谓认可,是指当事人的法律行为非经国家同意不能有效成立时,国家对之予以同意而完成其效力的公的意思表示而言……这种对于私法上的法律行为之认可,法律用语往往称之为‘许可’”。<sup>③</sup>行政审批在性质上为行政许可,则关于行政审批对合同效力的影响,就可以从行政许可本身的特点来进行归纳,将行政审批界定为行政许可,具有如下两方面的意义:第一,行政审批是行政机关依申请而为的行政行为。在依申请而为的行政行为中,尽管行政机关也享有是否同意的行政裁量权,但就其同意与否所指向的内容而言,则由申请人决定。当审批的内容与申请的内容不一致时,应以申请的内容为准;而申请的内容又应根据当事人间真实的意思表示来确定。此外,正是因为行政审批是行政机关依申请而为的行政行为,未经当事人申请,行政机关不得启动审批程序。因此,在当事人从事须经审批的交易时,通常会产生产生当事人的报批义务,而这一义务不仅是公法上的义务,也是私法上的义务。第二,行政审批在性质上是行政许可,这意味着行政审批不是行政确认。行政确认是指行政机关对当事人实施的民事法律行为在效力上进行确认。由于行政许可“不外是国家之补充的意思表示”,<sup>④</sup>也就是说,行政审批虽然是合同生效的必要条件,但它不是合同生效的充分条件。因此,在合同存在无效或者可撤销的情形时,显然不能因经过审批而成为有效。即使审批机关对无效或者可撤销的法律行为予以批准,当事人也不得以审批机关为被告提起行政诉讼,而只能以对方当事人为被告提起民事诉讼。人民法院在审理案件时,如果发现经批准的法律行为存在无效或者可撤销的情形时,亦无须当事人提起行政诉讼,可以依职权予以确认。

① 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,中国政法大学出版社2003年版,第176页。

② 杨景宇2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上所作的《关于中华人民共和国行政许可法(草案)的说明》:“行政许可(也就是通常所说的‘行政审批’),是行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段,是不可缺少的,多年来实际上也起了重要的作用。”

③ 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,中国政法大学出版社2003年版,第183~184页。

④ 付荣、麻锦亮:“论外资审批的效力”,载《法律适用》2010年第1期。

## (二) 行政审批对合同效力的影响

合同的效力评价属于价值判断,体现着合同法承载的公共选择,合同的效力状态体现出国家对于合同当事人一致意思表示的立场,是合同法规当事人与国家间的关系以及在当事人间分配利益与负担的核心技术机制。就我国的合同效力制度,《民法通则》和《合同法》将其确定为有效、无效、可撤销、效力待定并存的模式。但是,受合同效力二分法模式的影响,且《民法通则》与《合同法》所确立的合同可撤销与合同效力待定均被类型化,都不包括未办理批准手续的合同。因此,实践中仍有不少法官在审理涉及行政审批的合同案件时,将未经审批的合同认定为无效。这一做法甚至可以从现行法上找到依据。《中外合资经营企业法实施条例》(根据2001年7月22日《国务院关于修改〈中外合资经营企业法实施条例〉的决定》修订)第20条即对中外合资经营企业的股权转让程序作出如下规定:“合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的,须经合营他方同意,并报审批机构批准,向登记管理机构办理变更登记手续。……违反上述规定的,其转让无效。”此外,《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第3条也规定:“企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规,并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效。”正是根据上述规定,一些法院在处理未经审批的合同时,认定双方订立的合同无效。这种处理问题的思路无疑深受早期合同效力二分法的影响,其合理性值得怀疑。因为一旦合同被认定无效,则合同自订立时起就没有法律约束力,当事人自然没有报批的义务,而只要当事人不去报批,合同就永远不能生效。如此一来,负有报批义务的当事人就完全可以待价而沽,视行情而作出是否报批的决定。就其结果而言,这种处理模式使得不诚信的当事人因其不诚信行为而获得了利益,既不符合法律精神,也不符合建立诚信社会的要求。问题出在哪里呢?笔者看来,实践中之所以仍然存在将未办理批准的手续的合同认定为无效,是因为没有正确认识行政审批对于合同效力的影响,以致没有将合同未生效与合同无效进行实质性区分。<sup>①</sup>

对于未经审批机关批准或未提交审批手续的合同的效力问题需要解决。如何在审理案件中,既不僭越行政权又尊重当事人意思自治,既有效抑制违约当事人利用行政审批逃避民事责任又能够与外资行政管理合理衔接,成为审判一大难题。司法实践中有一种做法是认定此类合同无效。我们认为,此种认定不妥。根据我国《合同法》第44条第2款的规定,法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续生效的,依照其规定。关于此条款,最高人民法院于1999年颁布实施的《合同法司法解释一》作了

<sup>①</sup> 刘贵祥:“论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索”,载《中国法学》2011年第2期。

进一步的规定:依照《合同法》第44条第2款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。《合同法》第77条第2款、第87条、第96条第2款所列合同变更、转让、解除等情形,依照前款规定处理。2005年12月26日最高人民法院印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第88条规定:“外商投资企业的股权转让合同,应当报经审查批准机关审查批准,在一审法庭辩论终结前当事人未能办理批准手续的,人民法院应当认定该合同未生效。”此种规定的法律意义体现在两个方面:第一,表现国家对某些合同的特别关注,体现了国家干预原则;第二,属延缓合同生效的消极要件,合同一般自依法成立时生效,但某些合同则须具备一定条件才生效,这些条件就是合同生效的消极要件,上述规定中法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续才生效就是合同生效的消极要件。<sup>①</sup> 最高人民法院于2009年颁布实施的《合同法司法解释二》第8条规定,有义务对合同办理行政审批手续的一方当事人不按照法律规定或合同约定报批的,人民法院可以根据相对人的请求判决相对人自己办理有关手续。该规定实际上赋予了此类合同中约定的报批义务的可履行性,同时亦明确了合同无效与合同未生效的区别点。

## 二、对外担保的内涵及法律特征

所谓对外担保,一般又称为涉外担保,是指中国境内的机构(境内外资金融机构除外)作为担保人,以保函、备用信用证、本票、汇票等形式出具对外保证,向中国境外机构或者境内的外资金金融机构(外资银行、中外合资银行或外资、中外合资非银行金融机构)承诺担保,当债务人未按合同约定履行债务时,由担保人履行债务的一种法律制度。一般而言,对外担保具有以下特征:

### (一) 对外担保是具有涉外因素的民事法律关系

提供担保的一方当事人是境内机构,实践中可以作为对外担保的担保人包括:1. 经批准有权经营对外担保业务的金融机构(不含外资经营机构);2. 具有代为清偿能力的非金融企业法人,包括内资企业和外商投资企业;3. 经国务院批准为使用外国政府或国际经济组织的贷款进行转贷时,国家机关和事业单位可以作为担保人。对外担保的债权人为中国境外机构或者境内的外资金金融机构,一般包括:境外债权人或

<sup>①</sup> 冀怀敏、孙水全:“对合同法解释(一)第9条之理解”,载《人民司法》2000年第9期。

境内的外资银行、中外合资银行或外资、中外合资非银行金融机构。

### (二) 对外担保主要采用“人保”的担保方式

对外担保的方式,虽然是对债务人按照合同履行偿还债务的担保,但与国内担保是不同的。担保人以自己的资信向债权人保证对债务人履行债务并承担全部责任,它的形式有备用信用证、担保(保证书)、见索即付、见单即付和安慰信等。对外担保中担保合同的从属性减少,而独立性有所增强,独立的担保合同应运而生。多数情况下对外担保是属于独立担保的范畴。只要债务人未履行合同或未完全履行合同义务,债权人即有权依据担保合同的规定,要求担保人无条件地履行偿付义务。担保人不能主张先诉抗辩权,其担保义务亦不受基础合同无效或不能强制执行或主权豁免的影响。

根据《境内机构对外担保管理办法》<sup>①</sup>的规定,对外担保人可以保函、备用信用证、本票、汇票等形式出具对外保证,也可以设定对外抵押和质押担保,但担保人不得以留置或者定金形式出具对外担保。也就是说,对外担保的方式可以是保证、抵押和质押,但不能是留置和定金担保。

### (三) 对外担保具有严格的规定性

对外担保作为一种债务,有相当大的风险,为了降低风险,引进国外资金和实物,我国相关政策法规对此作了较为严格的规定。

第一,管理机关是国家外汇管理局及其分局、支局,管理对象是境内机构向境外债权人或境内的外资、中外合资银行或外资、中外合资非银行金融机构出具的外汇担保和反担保。

第二,严格限定对外担保的金额,主要包括下列三项内容:①金融机构的对外担保余额、境内外汇担保余额及外汇债务余额之和不得超过其自有外汇资金的20倍。②非金融企业法人对外提供的对外担保余额不得超过其净资产的50%,并不得超过其上年外汇收入。③内资企业只能为其直属子公司或者其参股企业中中方投资比例部分对外债务提供对外担保。贸易型内资企业在提供对外担保时,其净资产与总资产的比例原则上不得低于15%。非贸易型内资企业提供对外担保时,其净资产与总资产的比例原则上不得低于30%。

第三,政府部门和事业单位不得对外提供外汇担保。

第四,实行反担保制度。担保人为债务人向债权人提供担保时,应要求债务人提供反担保。反担保措施在对外担保中被采用由来已久,对于反担保方式,属于国内担保,大多采取抵押和质押的方式。

<sup>①</sup> 1996年9月25日,中国人民银行令3号发布,于2014年被废止。

### 三、确定对外担保效力的依据

民事行为欲生效,符合法律、法规的规定是前提。审理涉外担保合同纠纷,首先要解决的就是合同的效力问题,如果合同有效就按当事人的约定处理合同纠纷,如果合同无效,就要按法律关于合同无效的处理原则处理。

对于对外担保合同是否经过审批,其效力如何,实践中存在两种观点,<sup>①</sup>第一种观点认为,是否经过审批并不影响对外担保合同的法律约束力。首先,外汇管理局批准的是一种授予担保人对外担保的资格。担保人取得该资格,在不违背外汇管理局“批复”中规定条件的前提下,可与债权人在协商一致的基础上签订担保合同,担保合同对双方均具有约束力。其次,《合同法》规定法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。但《境内机构对外担保管理办法》是部门规章,其效力低于法律和行政法规,因此“担保人未经批准擅自出具对外担保,其对外出具担保合同无效”的规定,因与《合同法》的规定相冲突而无效。再次,国家外汇管理局在1998年、2000年关于制止违规对外提供担保的通知中,只强调了未经批准的,要补办批准手续;未登记的,补办登记手续,并未规定未经批准或登记的对外担保无效。再次,《担保法司法解释》规定,未经国家主管部门批准或登记的对外担保无效。从理论上讲,《担保法》相对《合同法》来讲是特别法,应优先适用。但对最高人民法院有关对外担保的规定,因司法解释是对法律的解释,《担保法》未区分国内担保与对外担保,因此,该“解释”中有关对外担保的规定没有法律依据,不具有法律效力。第二种观点认为,未经批准的对外担保合同不具有法律上的约束力。第一,《境内机构对外担保管理办法》的立法意图和目的非常明确,即控制和防止金融、外汇风险,保障经济建设的健康发展。外汇管理局对对外担保这种或有的、潜在的外债的审批和登记是防范风险的手段之一。第二,国家外管局在转发《担保法司法解释》的通知中指出,违规对外担保合同为无效合同,而违规包括实质性违规(指未经批准)和程序性违规(指未办理登记手续)。我们认为,对于判断对外担保合同效力的法律适用,存在不同的认识,有必要理顺《境内机构对外担保管理办法》、《境内机构对外担保管理办法实施细则》及《担保法司法解释》的关系。

就合同无效问题,《合同法》第52条规定了五种情形,即“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共

<sup>①</sup> 宋晓:“对一起新加坡银行融资担保案件的要点分析”,载 <http://www.deheng.com.cn/dehenglawyer/contents.asp?id=197>,最后访问时间:2016年9月1日。

和国合同法》若干问题的解释(一)》第4条规定:“合同法施行以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”这里的“法律”“法规”仅指狭义上的。第3条规定:“人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的,则适用合同法。”合同的适法性欠缺,主要是指违反法律、法规的强制性规定。因此,确认合同的效力必须以国家法律和行政法规为依据。

《境内机构对外担保管理办法》及《境内机构对外担保管理办法实施细则》<sup>①</sup>就对外担保的效力认定作了明确的规定:“经外汇局批准后,担保人方能提供对外担保。”“担保人未经批准擅自出具对外担保,其对外出具担保合同无效。”由于《境内机构对外担保管理办法》和《境内机构对外担保管理办法实施细则》都属于部门规章,无权对合同效力作出规定,人民法院在审判中不能以此作为认定对外担保合同效力的依据。而最高人民法院采用吸收的方式,对国家法律和行政法规没有规定,而将上述部门规章中规定的关于对外担保无效的内容吸收到司法解释中,作为人民法院裁判对外担保无效的依据。即《担保法司法解释》第6条规定:“有下列情形之一的,对外担保合同无效:(一)未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的;(二)未经国家有关主管部门批准或者登记,为境外机构向境内债权人提供担保的;(三)为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的;(四)无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的;(五)主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让,未经担保人同意和国家有关主管部门批准的,担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。”除上述规定外,如无特别规定或当事人的特别约定,《担保法》中关于一般担保合同效力的规定,也可以作为判断涉外担保合同效力的依据。同时,我们也可以对《合同法》第52条规定的“损害社会公共利益”的适用范围作广义上的理解,法律作为一种反映社会经济生活的社会上层建筑,其价值标准当然不能脱离民间社会中形成的价值标准。所谓社会公共利益,是指全体社会成员的共同利益。<sup>②</sup>我国社会生活的政治基础、社会秩序、道德准则和风俗习惯等均包括在内。<sup>③</sup>我国民事法律所规定的“社会公共利益”,也即是大陆法系国家所称为“公序良俗”者。法律、行政法规对于合同内容和形式的强制性规定之意义在于维护社会公共利益,因而对当事人的私法自由作出一定的限制。以“损害社会公共利益”作为判断合同无效的标准,其目的

① 1997年12月11日,国家外汇管理局汇政发字1997第10号发布。

② 王利明、郭明瑞、方流芳:《民法总论》,中国政法大学出版社1988年版,第69页。

③ 王利明:《民法》,中国人民大学出版社2001年版,第107页。



也正在于作为兜底条款来弥补有限的强制性规定对侵害社会公共利益合同规范的漏洞。

我国长期以来对外汇和外债实行管制,中国人民银行和国家外汇管理局关于对外担保的管理性规定不仅公开且长期稳定,已构成我国经济秩序的一部分,部门规章所体现和维护的利益也已构成社会公共利益的一部分。司法解释采用吸收部门规章的规定,也可以认为是从维护社会公共利益尤其是经济秩序的健康发展的角度作出的,以此作为认定合同效力的依据,也符合《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”故民事活动应遵循公序良俗原则,维护社会公共利益和社会经济秩序。

#### 四、适用外国法和国际惯例的问题

由于对外担保具有涉外因素,所以,根据当事人意思自治的原则,当事人在合同中可以约定适用外国法和选择外国法院管辖。我国关于对外担保合同的批准和登记制度,在性质上属于国家经济管理秩序的组成部分,涉及社会公共利益。因此,根据《民法通则》第150条“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”和《民法通则意见》第194条“当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法律的效力”的规定,当事人选择适用外国法律时不能排除我国关于对外担保的强制性规定。人民法院在审理对外担保纠纷案件时,需要特别注意的是,在准予当事人选择适用外国法的同时,要兼顾关于对外担保的批准、登记的强制要求,不能因当事人选择适用外国法而排斥国家在对外担保管理上的强制性规定,未经批准的对外担保合同,即使选择适用外国法仍然属于无效合同。<sup>①</sup>因此,涉外合同的当事人选择解决合同争议所适用的法律,规避了我国的强制性或者禁止性法律规范的,其约定不发生法律效力。对外担保合同未按规定在行政管理机关办理批准登记手续的,依法应认定无效。对于造成合同无效,主债权人及担保人均有过错的,应各自承担相应的责任。

#### 【拓展适用】

##### 一、未经行政审批与违反“强制性规定”<sup>②</sup>

有些情况下,根据法律、行政法规的规定,当事人之间就某项民事行为达成的合意,还必须加入国家意志,才能得到履行,国家意志的实现通过审批程序来完成,此

<sup>①</sup> 曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第65页。

<sup>②</sup> 参见吴光荣:“行政审批对合同效力的影响”,载《法学家》2013年第1期。

时,合同本身成为批准直接调整的对象,审批程序直接调整法律行为或当事人之间的具体权利义务本身。司法实践中,这类合同主要包括针对市场准入资格的批准和针对市场交易行为的批准,前者如中外合资、合作经营合同,后者如上市公司国有股转让合同、国有企业转让国有资产的合同、矿产资源转让合同等。

在法律、行政法规规定当事人应当就所订合同办理审批手续时,若当事人在订立合同后未办理行政审批手续,合同是否因违反法律、行政法规的强制性规定而无效?也就是说,若当事人不是基于《合同法》第44条第2款主张未经行政审批的合同未生效,而是基于《合同法》第52条第(5)项主张合同无效,如何看待当事人所提出的主张呢?我们认为,尽管法律、行政法规关于行政审批的规定在规范性上确属法律、行政法规的强制性规定,但由于《合同法》已就行政审批对合同效力的影响作出特别规定,因此,在当事人虽未办理审批手续但合同不存在无效情形时,自应根据《合同法》第44条第2款认定合同未生效,而不能依《合同法》第52条第(5)项认定合同无效。正因为如此,《最高人民法院关于外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第1条规定:“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同,依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的,自批准之日起生效;未经批准的,人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的,人民法院不予支持。”

问题是,为什么要将法律、行政法规关于合同须经批准的规定排除在《合同法》第52条第(5)项所称“法律、行政法规的强制性规定”之外呢?这就涉及《合同法》第44条第2款和第52条第(5)项的联系与区别。对此,一种观点认为,法律、行政法规规定合同须经审批才能生效虽然属于法律、行政法规的强制性规定,但在当事人未办理批准手续的情况下,之所以不能依据《合同法》第52条第(5)项认定合同无效,乃是因为法律、行政法规关于合同须经批准的规定属于要求当事人必须采取特定行为模式的强制性规定,而非指禁止当事人采用特定模式的强制性规定,而《合同法》第52条第(5)项主要针对的是后者,故违反此类强制性规定,尽管会影响合同行为效力的发生,但并不会导致合同行为绝对无效。<sup>①</sup>我们认为,法律、行政法规关于合同须经审批的规定属于要求当事人为特定行为的强制性规定,且《合同法》第52条第(5)项所称“强制性规定”,应理解为不仅包括禁止当事人为一定行为的规定,也包括要求当事人为特定行为的规定,故上述将当事人未办理批准手续的情形排除在《合同法》第52条第(5)项适用范围之外的理由不够充分。经分析可见,之所以不能依据《合同

<sup>①</sup> 参见王轶:“合同效力认定的若干问题”,载《国家检察官学院学报》2010年第5期;王轶:“论合同行为的一般生效条件”,载《法律适用》2012年第7期。

法》第52条第(5)项认定未办理批准手续的合同无效,乃是因为《合同法》第44条第2款对此已有特别规定,且《合同法》第44条第2款与《合同法》第52条第(5)项在规范功能上各有不同,因而各有其不同的适用范围,法律后果也有异。

从比较法的角度看,将违反法律的强制性规定作为认定合同无效的理由,非我国民法独有,例如《德国民法典》第134条规定:“除基于法律发生其他效果外,违反法律禁止规定的法律行为无效”(摘自陈卫佐译注:《德国民法典》第2版,法律出版社2006年版),我国台湾地区“民法”第71条亦规定:“法律行为,违反强制或禁止之规定者无效。但其规定并不以之无效者,不在此限”。德国学者施瓦布指出,《德国民法典》第134条系衔接公法与私法的法律规范之一,旨在赋予众多公法规范以私法效力。<sup>①</sup>我国台湾地区学者苏永钦教授认为,与《德国民法典》第134条的规范功能相同,我国台湾地区“民法”第71条是民法典保留的公法进入私法的管道,他将之称为“转介条款”,通过这一条款,即使立法者仅从垂直的公法关系进行考量而未就法律行为违反公法规范在私法上的效果进行评价,法官亦可据此对违反公法规范的法律行为之效力进行判断,从而达到调和国家管制与私法自治的目的。<sup>②</sup>显然,我国《合同法》第52条第(5)项在功能上亦属衔接公法与私法的“转介条款”。

我们认为,从公法与私法的关系来看,《合同法》第44条第2款似亦有异曲同工之妙,这是因为法律、行政法规关于合同须经行政审批的规定大多存在于公法,而《合同法》第44条第2款亦旨在实现这些公法规范对合同效力的影响,故同样可以看做是衔接公法与私法的“转介条款”。不过,虽然《合同法》第52条第(5)项和《合同法》第44条第2款都旨在实现公法规范对合同效力的影响,二者却存在以下区别:《合同法》第52条第(5)项表达的是立法者对私法自治设置的界限,即任何合同均不得违反“法律、行政法规的强制性规定”,否则即导致合同无效;而《合同法》第44条第2款表达的是立法者授权行政机关对个别合同的效力进行的控制,并非普遍性地禁止当事人订立某种类型的合同。<sup>③</sup>也就是说,《合同法》第52条第(5)项与《合同法》第44条第2款虽然都旨在实现公法规范对合同效力的影响,但二者在规范功能上仍然有所不同:前者旨在实现立法者意志对合同效力的普遍控制,而后者系立法者赋予行政机关就合同效力进行个别控制。也正是因为如此,理论上常常将不得违反法律、行政

<sup>①</sup> 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第68页。

<sup>②</sup> 参见苏永钦:“从动态法规范体系的角度看公私法的调和”,载《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第74页。

<sup>③</sup> 参见刘贵祥:“论行政审批与合同效力—以外商投资企业股权转让为线索”,载《中国法学》2011年第2期。

法规的强制性规定作为合同的一般生效要件,即合同的有效要件,而将依据法律、行政法规的规定办理批准手续作为合同的特殊生效要件。<sup>①</sup>

根据上述逻辑关系,在判断合同效力时,即使法律、行政法规规定合同须经审批或者当事人对合同的生效定有条件或者期限,也应先考察合同是否具备一般生效要件,再考察合同是否具备特殊生效要件:若不满足一般生效要件,则合同无效;若满足一般生效要件,但不满足特殊生效要件,则合同为未生效;只有在合同既满足一般生效要件,也满足特殊生效要件时,合同才有效且生效。就此而言,在法律适用上,应当区分《合同法》第52条第(5)项和《合同法》第44条第2款的适用顺序,先判断法律、行政法规是否存在强制性规定且合同是否存在违反该强制性规范的情形,再判断法律、行政法规是否存在合同须经批准的规定以及合同是否已经行政机关审批,而不能张冠李戴,误将法律、行政法规关于合同须经批准的规定视为法律、行政法规的强制性规定而将其作为合同的一般生效要件。否则,必将导致混淆合同无效和合同未生效的后果。<sup>②</sup> 第一,涉及的是合同是否因未经行政审批而未生效的问题,并非是否因违反强制性规定而无效的问题,即使当事人同时主张合同因未经审批而未生效或无效,法院也仅须审查合同是否因未经审批而未生效,无需再讨论该合同是否因违反强制性规定而无效;第二,判断当事人订立的合同是否须经审批才能生效,虽然也应以法律、行政法规的规定而不能以行政规章的规定为依据,但应以“依法行政”的法治原则,而不是《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)》第4条的规定,因为行政审批在性质上属行政许可,而根据《行政许可法》第14条的规定,只有法律、行政法规才能设定行政许可。

值得注意的是,法律关于未经行政审批之合同效力的规定(《合同法》第44条第2款)与关于违反强制性规定之合同效力的规定(《合同法》第52条第(5)项)虽然各有其不同的适用范围,但二者之间亦存在一定的联系,这主要表现在法律、行政法规所规定的批准并非针对当事人从事的具体法律行为,而是针对当事人从事某类型交易而必须获得的资质,即所谓营业许可。在德国法上,此类情形被称为须经“前置”审批性(Vorgelagerte Genehmigungspflichtigkeit),因为营业许可相对于当事人后续实施的法律行为,就是“前置的”(Vorgelagerte)。依德国民法通说,在存在“前置”审批的

---

<sup>①</sup> 参见崔建远:“关于合同有效要件与生效要件的区分及其相互之间的联系”,《合同法总论》上卷,中国人民大学出版社2008年版,第246页;崔建远、吴光荣:“中国法语境下的合同效力:理论与实践”,载《法律适用》2012年第7期。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院民事审判第四庭:《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一):条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第19页。

情形下,如果当事人欠缺批准而从事后续交易行为(Folgevertraege),所订合同是否有效,应依《德国民法典》第134条进行判断,其结论是可能无效,也可能有效。<sup>①</sup>不过,就司法实践来看,即使对情形类似的案件,德国法院的判决也并非始终如一。例如德国联邦最高法院曾在一起案件中判决一个不动产中介虽然不具备《营业条例》第34c条规定必须具备的营业许可证,但仍然有权依据合同要求对方为其居间行为支付佣金,而在此之前,联邦最高法院在类似的非法从事职业活动的案件中,如非法提供法律咨询和非法提供劳动中介服务,则认定合同无效。<sup>②</sup>可见,在上述情形下,行政审批对合同效力的影响与强制性规定对合同效力的影响发生了竞合,而德国的学说和判例采取的则是依合同违反强制性规定的思路来解决合同未经行政审批的问题,足见未经行政审批与违反强制性规定之间也还存在较为密切的联系。也许正因为如此,德国有名的《施陶丁格民法典评注》即是在《德国民法典》第134条项下讨论“须经批准的法律行为”。<sup>③</sup>

在我国,不仅法律、行政法规存在大量关于“前置”审批的规定,<sup>④</sup>而且司法实践同样是将当事人未取得“前置”审批而实施的法律行为作为违反法律、行政法规之强制性规定予以处理,例如《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1条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据《合同法》第五十二条第五项的规定,认定无效:(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;……”可见,未经行政审批取得相应资质是法院根据《合同法》第52条第(5)项判断无效的依据。不过,值得注意的是,《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14条的规定:“合同法第五十二条第五项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”据此,在审批系针对营业许可的情况下,即使当事人未依法取得“前置”审批而实施具体的法律行为,其所订合同也并非一律无效,而应先考察法律、行政法规关于“前置”审批的规定究竟是效力性强制性规定还是管理性强制性规定,再具体分析未经审批取得营业许可所订合同的效力。但是,如果审批系针对具体法律行为,则应适用《合同法》第44条第2款的规定,只要法律和行政法

① 参见汤文平:“德国法上的批准生效合同研究”,载《清华法学》2010年第6期。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第489页。

③ 参见汤文平:“德国法上的批准生效合同研究”,载《清华法学》2010年第6期,第156页。

④ 参见汤文平:“批准(登记)生效合同、‘申请义务’与‘缔约过失’:《合同法解释(二)》第8条评注”,载《中外法学》2011年第2期。

规有关于合同须经批准的规定,即应将批准作为合同的生效要件,无需区分该强制性规定为效力性强制性规定还是管理性强制性规定来明确其是否为合同的生效要件。也就是说,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分系针对《合同法》第52条第(5)项而言,而不适用于《合同法》第44条第2款。<sup>①</sup>

## 二、对外担保适用的范围

根据《境内机构对外担保管理办法》第2条和《境内机构对外担保管理办法实施细则》第5条的规定,对外担保主要包括的类型,也是对外担保适用的范围。

(一)融资担保。这是对外担保中最常见的一种担保形式。所谓融资担保是指担保人为被担保人向受益人融资提供的本息偿还担保。融资方式包括:借款、发行有价证券(不包括股票)、透支、延期付款及银行给予的授信额度等。

(二)融资租赁担保。作为境内企业进行融资的一种方式,所谓融资租赁担保是指在用融资租赁方式进口设备时,担保人向出租人担保,当承租人未按照租赁合同规定支付租金时由担保人代为支付。

(三)补偿贸易项下的担保。它包括现汇履约担保和非现汇履约担保,其中现汇履约担保是指担保人向供给设备的一方担保,如进口方在收到与合同相符的设备后未按照合同规定将产品交付供给设备的一方或者由其指定的第三方,又不能以现汇偿付设备款及其附加的利息,则担保人按照担保金额加利息及相关费用赔偿供给设备的一方。非现汇履约担保不以现汇方式对外支付,不属本细则管理范畴。

(四)境外工程承包中的担保。它主要是指在境外工程承包中,担保人向招标人担保,当投标人中标或者签约后,如不签约或者不在规定的时间内履行合同,则担保人在担保的范围内向招标人支付合同规定的金额。包括投标担保、履约担保、预付款担保等。

(五)其他具有对外债务性质的担保。除了上述四类担保以外的,所有可能构成对外债务的担保。

## 三、对外担保批准与登记的不同内涵

我国有关担保的法律主要是《民法通则》、《担保法》和《物权法》,但是对对外担保的审批要件均未做出明确的规定。对外担保的规定主要体现在部门规章之中,即《境内机构对外担保管理办法》和《境内机构对外担保管理办法实施细则》。

---

<sup>①</sup> 在实践中,有一种观点认为,根据我国《合同法》第44条第2款的规定,在法律和行政法规虽有须经批准的强制性规定,但并未明确该批准行为是否为合同的生效要件时,还应区分该强制性规定为效力性强制性规定还是管理性强制性来明确其是否为合同的生效要件。我们认为,这一观点混淆了合同未经行政审批与违反强制性规定之间的界限,有所不当。

根据《境内机构对外担保管理办法》第12条规定：“经外汇局批准后，担保人方能提供对外担保。”第14条第1款规定：“担保人提供对外担保后，应当到所在地的外汇局办理担保登记手续。”第17条规定：“担保人未经批准擅自出具的对外担保，其对外出具的担保合同无效。担保人未经批准擅自出具对外担保或者担保人出具对外担保后未办理担保登记的，由外汇局根据情节，给予警告、通报批评、暂停或者撤销担保人对外担保业务。”《境内机构对外担保管理办法实施细则》第43条第2款规定：“担保人未经外汇局同意更改经批准的担保合同主要条款，其变更条款无效。”第48条规定：“按照本细则规定应当由外汇局审批的对外担保，如担保人未经批准擅自出具对外担保，其对外出具的担保合同无效。”从上述规定内容，我们可以看出，对于对外担保的审批权限和登记管理均在国家各级外汇管理部门。但两种行为的性质是有差别的，且所产生的法律后果也不相同。就审批而言，属于国家行政机关依法行使行政许可权，审批与否直接关系对外担保合同的效力，经批准的对外担保合同就是有效合同，而没有批准的就是无效合同。就登记而言，属于行政管理性质，不具有许可的内容，登记与否并不影响对外担保合同的效力，即使没有登记也不能以此确定对外担保合同无效。由于《担保法司法解释》第6条对批准与登记在对外担保合同效力上的不同影响未作区分，因此在司法实务中，对于经批准的对外担保合同的效力确定，人民法院或仲裁机关应当根据《担保法司法解释》第6条和《境内机构对外担保管理办法》第17条的规定，裁判该对外担保合同无效。而对于经批准但未办理登记的对外担保合同的效力确定，应当参照《境内机构对外担保管理办法》第12条和第17条的规定，裁判该对外担保合同有效。至于是否追究担保人其他责任，则可以通过司法建议的方式，由外汇管理机关处理。

### 【典型案例一】

#### 汕头宏业(集团)股份有限公司与中国银行(香港)有限公司、汕头经济特区新业发展有限公司担保合同纠纷案

上诉人(原审被告):汕头宏业(集团)股份有限公司。

法定代表人:桂真亮,该公司董事长。

被上诉人(原审原告):中国银行(香港)有限公司。

法定代表人:和广北,该公司总裁。

被上诉人(原审被告):汕头经济特区新业发展有限公司。

法定代表人:林肇旭,该公司董事长。

#### 〔基本案情〕

广东省高级人民法院查明:1997年11月28日汕头经济特区新业发展有限公司(以下简称新业公司)致国华银行《不可撤销担保契约》:因贵行对达利丰集团有限公司

(下称借款人)已作出或同意作出贷款、给予透支或其他银行授信,本公司/单位(下称担保人)现出具以贵行为受益人的无条件的及不可撤销担保契约,担保责任如下:1. 保人保证借款人遵照有关贷款协议或其他协议包括任何有关内容之更改(下称协议)规定,按时还清借款本金、利息、费用及其他应付款项(下称欠款)。2. 若借款人违反协议之任何条文,或在清还欠款上有所延误,担保人在收到贵行之有关书面通知七天内立即依协议规定之货币清还借款人所有欠款,并将该款电汇至贵行所指定的账户。担保人接受贵行书面证明借款人依据协议所欠贵行之数目为准确,不持异议。3. 此担保契约乃担保借款人依协议清还贵行其于任何时间欠贵行之任何有关贷款、给予透支或其他银行授信款项及其最终所欠之款项,及有延续性效力,直至借款人欠贵行之一切欠款完全清还为止。惟担保人于此担保契约之责任将不超越港币31300万元整,及其利息和贵行因追收欠款引致之法律费用和其他费用。4. 担保人保证在本担保契约项下的一切应付款项,将会全数清付,不会有任何抵销、扣减或预扣税款或任何性质之款项。若因法律规定或其他原因,担保人不得不在其应付款项预扣或扣减任何税项或其他款项时,担保人保证另付额外金额,以确保贵行实收金额与预扣或扣减前的应收金额相同。5. 贵行可将此担保契约内收到之任何款项存于任何账户内或暂记账目内。6. 不论协议或其他任何部分是否有效或能否实施,此担保契约是延续有效、不可撤销及不附带任何条件的,直至借款人完全清还所有欠款为止。7. 此担保契约组成担保人对贵行的直接责任,不会因:(一)借款人或担保人或贵行人事变动、重组、合并、改组、改名、破产、清盘;(二)借款人超越借款权力;(三)借款与担保人或其他担保人之间之任何纠纷、争议或合约;(四)借款人或担保人与债权人重整债务;(五)借款人在协议下之责任不论其于任何理由而无效或不可履行或执行;(六)协议内容及/贷款、给予透支或其他银行授信内容之更改而受影响或导致其失效。贵行可将担保人作为主债务人,向其追付欠款。8. 此担保契约责任不受贵行允准借款人对偿还欠款时间限制上的任何宽限及延期或其他任何之宽限、安排或妥协或贵行延缓行使在协议所拥有的权利而受影响。9. 此担保契约与贵行现在或将来持有由借款人或任何人士交与贵行作为担保借款人所欠款项之抵押品或担保品无关,其效力不影响,亦不受任何其他担保契约或抵押品或担保品影响。10. 贵行不需事先对借款人或任何其他担保人或任何抵押品或担保品采取任何行动,亦可追究担保人对贵行于此担保契约之责任。11. 在所有的欠款全数清还或未得贵行书面同意前,担保人同意不会行使其从借款人处取得的代位权、抵销或反索偿的权力,亦不会行使担保人对借款人资产可行使的任何权力。12. 关于担保人对贵行于此担保契约内责任,贵行于担保人在贵行任何户口之存款及存于贵行之任何证券、股票或其他物品抵押物可施行抵销权和留置权,不用事前通知。13. 担保人确认,本担保契约的签署及履行是一项商业行为,担保人不具有基于担保人是国家或政府的成员机构或部门为理由的司法管辖、法律诉讼抵销、或对担保人财产的执行或其他法律索赔的豁免权,而担保人不会基于主权理由或其他理由,请求豁免或声



称有权豁免任何法律行动或诉讼、或豁免任何法律管辖区对担保人资产的查封或关于担保人担保契约规定下的债务责任判决的执行,担保人并在此不可撤销地放弃这种豁免权。14. 一切由贵行致担保人之通知书,若邮寄与下述之地址或担保人另行通知贵行之地址,将于五天后作为担保人收到,无论该通知书是否事后退回贵行。若以电传方式通知,则于发送之时,作为担保人收到。15. 担保人特此保证及声明,担保人确有法律上的能力来签署本担保契约及履行其责任,并已获适当之授权及已办妥一切手续并已获得有关提供本担保契约所需之一切政府或其他部门/单位之批准及同意。16. 担保人特此保证担保人在任何时候同意采取一切所需之行动或签署一切所需之文件以确保本担保契约在法律上之效力及约束力。17. 若此担保契约超过一个担保人签署,担保人之责任将是共同与个别之责任,贵行可释放或不追究任何一个担保人之责任而不影响贵行于此担保契约内对其他担保人之任何权利。18. 担保人之法定代表人、继承人、代理人及接管人均受本担保契约条文约束并需履行本担保契约责任。19. 借款人之欠款清还后,贵行有权保留此担保契约六个月才取消或归还担保人,期间如借款人有破产/清盘行为,则贵行可继续保留此担保契约及有关之抵押直到贵行另行通知。20. 香港法律为本担保契约之适用法律,同时,香港法庭对本担保契约项下一切争议拥有非专属管辖权。该函落款处签有见证人:林景乾(汕头中国银行职员),并盖有新业公司的印章、签有时任新业公司副总经理林肇旭的姓名。

1998年4月17日,汕头宏业(集团)股份有限公司(以下简称宏业公司)致国华银行《不可撤销担保契约》:因贵行对达利丰集团(下称借款人)已作出或同意作出贷款、给予透支或其他银行授信,本公司/单位(下称担保人)现出具以贵行为受益人的无条件的及不可撤销担保契约,担保责任如下:1. 担保人保证借款人遵照有关贷款协议或其他协议包括任何有关内容之更改(下称协议)规定,按时还清借款本金、利息、费用及其他应付款项(下称欠款)。2. 若借款人违反协议之任何条文,或在清还欠款上有所延误,担保人在收到贵行之有关书面通知七天内立即依协议规定之货币清还借款人所欠之所有欠款,并将该款电汇至贵行所指定的账户。担保人接受贵行书面证明借款人依据协议所欠贵行之数目为准确,不持异议。3. 此担保契约乃担保借款人依协议清还贵行其于任何时间欠贵行之任何有关贷款、给予透支或其他银行授信款项及其最终所欠之款项,及有延续性效力,直至借款人欠贵行之一切欠款完全清还为止。惟担保人于此担保契约之责任将不超越港币31300万元整,及其利息和贵行因追收欠款引致之法律费用和其他费用。4. 担保人保证在本担保契约项下的一切应付款项,将会全数清付,不会有任何抵销、扣减或预扣税款或任何性质之款项。若因法律规定或其他原因,担保人不得不在其应付款项预扣或扣减任何税项或其他款项时,担保人保证另付额外金额,以确保贵行实收金额与预扣或扣减前的应收金额相同。5. 贵行可将此担保契约内收到之任何款项存于任何账户内或暂记账目内。6. 不论协议或其他任何部分是否有效或能否实施,此担保契约是延续有效、不可撤销及不附带任何条件的,直至借款人

完全清还所有欠款为止。7. 此担保契约组成担保人对贵行的直接责任,不会因:(一)借款人或担保人或贵行人事变动、重组、合并、改组、改名、破产、清盘;(二)借款人超越借款权力;(三)借款与担保人或其他担保人之间之任何纠纷、争议或合约;(四)借款人或担保人与债权人重整债务;(五)借款人在协议下之责任不论其于任何理由而无效或不可履行或执行;(六)协议内容及/贷款、给予透支或其他银行授信内容之更改而受影响或导致其失效。贵行可将担保人作为主债务人,向其追付欠款。8. 此担保契约责任不受贵行允准借款人对偿还欠款时间限制上的任何宽限及延期或其他任何之宽限、安排或妥协或贵行延缓行使在协议所拥有的权利而受影响。9. 此担保契约与贵行现在或将来持有由借款人或任何人士交与贵行作为担保借款人所欠款项之抵押品或担保品无关,其效力不影响,亦不受任何其他担保契约或抵押品或担保品影响。10. 贵行不需事先对借款人或任何其他担保人或任何抵押品或担保品采取任何行动,亦可追究担保人对贵行于此担保契约之责任。11. 在所有的欠款全数清还或未得贵行书面同意前,担保人同意不会行使其从借款人处取得的代位权、抵销或反索偿的权力,亦不会行使担保人对借款人资产可行使的任何权力。12. 关于担保人对贵行于此担保契约内责任,贵行于担保人在贵行任何户口之存款及存于贵行之任何证券、股票或其他物品抵押物可施行抵销权和留置权,不用事前通知。13. 担保人确认,本担保契约的签署及履行是一项商业行为,担保人不具有基于担保人是国家或政府的成员机构或部门为理由的司法管辖、法律诉讼抵销、或对担保人财产的执行或其他法律索赔的豁免权,而担保不会基于主权理由或其他理由,请求豁免或声称有权豁免任何法律行动或诉讼、或豁免任何法律管辖区对担保人资产的查封或关于担保人担保契约规定下的债务责任判决的执行,担保人并在此不可撤销地放弃这种豁免权。14. 一切由贵行致担保人之通知书,若邮寄与下述之地址或担保人另行通知贵行之地址,将于五天后作为担保人收到,无论该通知书是否事后退回贵行。若以电传方式通知,则于发送之时,作为担保人收到。15. 担保人持此保证及声明,担保人确有法律上的能力来签署本担保契约及履行其责任,并已获适当之授权及已办妥一切手续并已获得有关提供本担保契约所需之一切政府或其他部门/单位之批准及同意。16. 担保人特此保证担保人在任何时候同意采取一切所需之行动或签署一切所需之文件以确保本担保契约在法律上之效力及约束力。17. 若此担保契约超过一个担保人签署,担保人之责任将是共同与个别之责任,贵行可释放或不追究任何一个担保人之责任而不影响贵行于此担保契约内对其他担保人之任何权利。18. 担保人之法定代表人、继承人、代理人及接管人均受本担保契约条文约束并需履行本担保契约责任。19. 借款人之欠款清还后,贵行有权保留此担保契约六个月才取消或归还担保人,期间如借款人有破产/清盘行为,则贵行可继续保留此担保契约及有关之抵押直到贵行另行通知。20. 香港法律为本担保契约之适用法律,同时,香港法庭对本担保契约项下一切争议拥有非专属管辖权。该函落款处签有见证人姓名林景乾,其上盖有宏业公司的印章及其当时法定代表人蔡承通的私章。

1998年9月2日,国华银行向达利丰集团发出档号P/113/98HKL《一般授信函》,内容如下:

### 1. 授信的分配。

1.1 授信经由以下方法提供:(1)透支额度不超过港币200万元。透支年息率为本行不时所订定的港元最优惠利率[最优惠利率]订定的香港银行同业拆息隔夜利率加1%,以较高者为准(不论在判决前或后),现时此透支额度的年息率为11%,但此息率可不时浮动;(2)透支额度为不超过港币2600万元。透支年息率为本行不时所订定的港元最优惠利率[最优惠利率]或本行订定的香港银行同业拆息隔夜利率加2%,以较高者为准(不论在判决前或后),现时此透支额度的年息率为12%,但此息率可不时浮动;(3)开出信用证和进口押汇额度,不超过港币1.6亿元(其中包括天数为120天的信托提货,存于我行不少于港币7200万元的出口信用证获得不超过港币1.35亿元的信托提货);(4)出口信用证项下担保议付额度不超过港币1.2亿元;(5)打包放款额度不超过港币4000万元和/寄存在我行的出口信用证价值的70%,两者选较少者和不超过90天或信用证到期日,以较早者为佳;(6)主信用证背对背开出信用证和进口押汇额度,不超过港币4000万元,该项贷款额度只适用于“直接装运”的情况;(7)按揭贷款港币3095万元,条件参阅我行发出日期为1997年1月7日档案号0039/C/97HKL的信函;(8)按揭贷款港币357万元,条件参阅我行发出日期为1996年10月11日档案号2114/C/96HKL的信函。

1.2 本行保留绝对酌情权决定接受或拒绝阁下使用上述任何授信的申请。

1.3 当本行就有关的授信付款或招致责任时,上述的授信将自动地被视为由阁下提取及或由本行贷出。

1.4 在不影响下文所述条款3的情况下,本行保留在任何时候按本行的独有及绝对酌情权重新分配各种银行授信的权利。

### 2. 利率及计算方法。

2.1 就授信项下所贷出/提取所有款额,本行将收取利息、佣金及/其他本函指定之收费,或按任何本行不时公布之任何费率表中指定之标准收费率(无论于裁决之前或之后)收费。

2.2 利息将以实际天数计算,港元贷款以全年365天计算,美元贷款以全年360天计算,其他货币则根据市场习惯计算。

2.3 所有累算利息须按本行根据市场习惯所指定之日期支付,如未能按此规定支付,则该利息将转化为本金并衍生利息。

2.4 本行有权就任何超逾约定额度或逾期未付之款项收取超额/逾期利息。除本行与阁下不时或在任何时候另有协议外,该等款项支付利息,年息率为本行不时所订定的最优惠资金成本加10%,以较高者为准(不论在判决前或后),利息从欠缴之日起计算,直至欠款实际全数清缴为止,惟本行可于事前通知阁下的情况下更改逾期利息

的计算基准。

3. 授信的届满期。本行将定期对阁下之授信进行检讨。当本行向阁下发出授信终止通知函时,所有授信将立即终止。本行现时向阁下提供授信直至发出该授信终止通知函为止。尽管本函另有其他规定,本行保留独有绝对的酌情权于任何时候增加、减少及取消授信或其他任何部分,而此改变将在本行通知阁下当日即时生效。

#### 4. 还款。

4.1 本行有要求阁下立即清还所有授信及其累算利息之凌驾性权利。

4.2 阁下支付予本行之所有款项须以授信下由本行支付或招致的款项或债务之原货币作依据,并须以即时可供动用之资金偿还,并不存在抵销或反索偿及不会因为任何及所有现时或未来的税项、关税或其他收费而被扣减或予扣。

4.3 如有任何款项并非以正确的货币支付,本行可享有绝对酌情权决定将该等款项以本行不可推翻地订定的即期汇率把该货币兑换成正确的货币,以偿还阁下以该货币为单位所欠之债务及责任。

4.4 在阁下付款时或其后任何时间,为解除阁下对本行之任何部分之债务(该等部分由本行认为适当而定),本行有独有及绝对权利划拨阁下支付予本行或令本行拥有或控制之任何款项。任何该等划拨将凌驾于任何阁下宣称之划拨。

5. 手续费:阁下须于接纳本函时支付港币 5000 元之手续费(该手续费于任何情况将不会退回)及此后每年在授信续期时,支付 3000 元或本行与阁下同意之其他金额。

6. 抵押品及文件:当本行收到下列文件,及其他本行不时要求的文件,并确定这些文件的格式和内容均符合后便会向阁下提供授信:(1)由陈少英、方润平和林肇旭妥为签立之担保契据,该担保契据乃关于偿还不少于港币 39652 万元之本金及当中累算之利息及逾期利息以及在该担保契据所述的其他费用及开支;(2)一份由宏业公司和新业公司妥为签立之担保契据,该契据乃关于偿还不少于港币 31300 万元之本金及当中累算之利息及逾期利息以及在该担保契据所述的其他费用开支,连同有关董事会决议案。(3)一份妥为签立以本行为受益人之抵销及存款抵押契据、赔偿保证、存款抵押及抵销契据及存款转让契据,并以不少于港币 4900 万元的存款作为第一固定抵押,连同有关董事会决议案(如适用);(4)下列物业之法定押记/衡平法上的按揭,物业的业权已由本行委托的律师查证:A. 香港港湾道 1 号会议展览中心写字楼 18 楼 3 室;B. 九龙黄埔花园 12 期第 3 座 6 楼 D 室。I. 物业须在一家本行接纳的保险公司购买火险,投保的金额为授信金额或其他本行认为适当的金额;II. 有关保单须过户本行,并连同保费收据交本行收执;及 III. 本行有权(但非其责任)代阁下购买上述保险,所有保险费、估价费(如有的话)及开支须由阁下承担,而本行有权在无须向阁下提述的情况下从阁下的账户扣除该等费用。

7. 不可推翻的账目:任何与授信有关的账目报表,倘由本行任何一位职员签署证明为正确的,均为阁下对本行的负债之终局证明,并对阁下具有约束力(有明显的错误

除外)。

8. 进一步的约定:所有有关本函之签订及履行,所必需的公司决议案已由阁下股东、董事和授权职员根据香港法律、阁下注册地之法律、阁下组织章程大纲及组织细则正式通过。本函对阁下构成合法,有效且具有约束力的责任。

9. 放弃及累加权利:本行延缓行使或不行使本函之任何权利、权力、特权或补救方法,亦不会损害或被视为放弃该等权利、权力、特权或补救方法。单一或部分行使任何该等权利、权力、特权或补救方法不会妨碍本行任何进一步行使该等权利、权力、特权或补救方法。本函所赋予之权利、权力、特权或补救方法乃累加的,并不排除法律所规定之任何权利、权力、特权或补救方法。

10. 扣账之授权:本行有权于任何时间及不时(在无须通知阁下的情况下)从阁下之任何账户扣除所有或任何利息、费用、收费、佣金、支出、开支及其他阁下于此授信到期应付之款项。该等款项将被视为由阁下从账户中妥为提取或透支。

11. 费用:所有费用将由阁下以全额赔偿基准承担。

12. 适用法律:香港特别行政区的法律。

由陈建深在会议主席栏签名、刘权辉在董事栏签名,并附新业公司董事陈建深、刘权辉、陈少娜、陈建宏、陈树波、邱雪婉、陈玉花签名并加盖新业公司公章的新业公司《董事会会议决议》记载:新业公司董事会于1997年11月28日在汕头市衡山路锦龙大厦20楼召开。本公司所有董事接获召开会议的通知,会议通知的发出符合本公司章程的规定;会议的召开已符合通知的要求。根据本公司章程的规定,全体董事出席了会议。会议由董事长主持,下列为该次会议记录:(一)会议听取了关于达利丰集团(借款人)已向国华银行(贷款人)取用不少于39583万港元的银行授信(该授信)一事;(二)应借款人要求,作为保证借款人会偿还该授信条件之一,本公司须签署一份“不可撤销担保契约”,向贷款人担保借款人不时欠贷款人的所有款项,唯其于“不可撤销担保契约”项下的最高责任为31300万港元及其利息和有关费用。(三)本公司的公司章程均准许本公司进行上述交易;(四)若任何董事/股东与上述交易有直接或间接的利益关系的,有关董事/股东均已就此向董事会作出声明及表白其利益关系的详细情况及性质。所有本公司董事/股东于有关交易中有直接或间接利益关系,董事会已充分了解并确认。(五)董事会为此认真研究了上述事宜及有关文件。经过认真讨论,全体出席董事一致同意通过以下决议:

1. 本公司同意向国华银行提供叁亿壹仟叁佰万港元及其利息和有关费用的担保,保证达利丰集团履行其与国华银行之任何贷款协议;

2. 本公司已审阅、同意及接受“不可撤销担保契约”全部内容;

3. 本公司授权林肇旭全权代表本公司签署及盖上公章于“不可撤销担保契约”及代表本公司作出与该契约有关的一切行动。

4. 本公司完全明白贷款人是在本公司出具担保的前提下,才会向借款人提供或继

续提供上述授信,同时也明白本公司出具担保须符合中国法律规定,本公司将会负责办理有关手续,并承担全部责任。

会议主席签字:陈建深,董事签字:刘权辉、陈少娜、陈建宏、陈树波、邱雪婉、陈玉花。

宏业公司董事会于1998年4月17日在广东省汕头市天山路宏业大楼召开,会议决议记载:本公司所有董事接获召开会议的通知,会议通知的发出符合本公司章程的规定;会议的召开已符合通知的要求。根据本公司章程的规定,全体董事出席了会议。下列为该次会议记录:(一)会议听取了关于达利丰集团(下称借款人)已向国华银行(贷款人)取用39587万港元的银行授信(该授信)一事。(二)应借款人要求,作为保证借款人会偿还该授信条件之一,本公司须向贷款人提供31300万港元及其利息和有关费用的担保。(三)本公司的公司章程均准许本公司进行上述交易。(四)若任何董事/股东与上述交易有直接或间接的利益关系的,有关董事/股东均已就此向董事会作出声明及表白其利益关系的详细情况及性质。所有本公司董事/股东与有关交易中有直接或间接利益关系,董事会已充分了解并确认。(五)董事会为此认真研究了上述事宜及有关文件,经过认真讨论,全体出席董事一致同意通过以下决议:

1. 本公司同意向国华银行提供31300万港元和有关费用的担保,保证达利丰集团有限公司履行其与国华银行之任何贷款协议;

2. 本公司已审阅、同意及接受“不可撤销担保契约”全部内容;

3. 本公司授权蔡承通全权代表本公司签署及盖上公章于“不可撤销担保契约”。

4. 本公司完全明白贷款人是在本公司出具担保的前提下,才会向借款人提供或继续提供上述授信,同时也明白本公司出具担保必须按照中国法律规定办理审批、登记或备案手续(包括但不限于上市和外汇管理方面),本公司将会负责办理该等手续。如果因为没有办理中国法律规定的手续而导致担保合同无效,本公司将承担全部责任,赔偿贷款人现在或将来继续提供上述授信而遭受的一切损失。

2000年1月3日,香港特别行政区高等法院以1999第883号公司清盘案确认国华银行对达利丰集团有限公司的债权合计港币44082157.07元,美元25771093.15元及其利息港币1443383.13元、美元708517.61元。同年5月22日,达利丰集团有限公司的清盘人香港安永会计师事务所律师廖耀强以档案号NC/PY/DC/sl/0005-LI0953函,确认国华银行对达利丰集团有限公司的索偿为本金港币44082157.07元,美元25771093.15元,利息港币1443383.13元、美元708517.61元;宏业公司、新业公司均为上列贷款之国内担保人,各担保人于其个别担保契约之责任均不超越港币31300万元。

另查,1999年11月17日,香港顾恺仁律师事务所分别向宏业公司、新业公司发出《关于达利丰集团(借款人)尚欠国华银行债务事宜》函称:我所受国华银行委托,就借款人清偿债务一事致函贵司。根据一份日期为1997年11月28日的不可撤销担保契约(担保书),贵司作为担保人向我所客户保证偿还借款人欠我所客户的债务。根据我

所客户提供的资料,借款人未能如期偿还其欠我所客户的债务,截至1999年11月11日为止,借款人尚欠我所客户之债务总额为港币37353037.48元及26122045.32美元,有关债务的详细资料,请参阅本函之附表。我所现按我所客户的指示,特函要求贵司立即偿还上述借款人的全部债务并连同有关利息及我所就发出本函所需收取的律师费用(港币2000元)。如我所在我所客户要求的情况下就上述事宜开展进一步的工作,我所的律师费用亦将相应增加。请在安排支付有关债务时再与我所客户确定有关利息的数额。如在本函发出日期的七天内,我所客户或我所仍未收到贵司偿还上述债务的款项,我所将按照我所客户的指示,在不另行通知贵司的情况下,采取相应的法律行动,以追索上述债务、所有累计利息及因此而产生的一切费用。

1999年11月29日,汕头市对外经济律师事务所向香港顾恺仁律师事务所复函:本律师受宏业公司委托,就贵所于1999年11月17日发出律师信所述事项,作出回应如下:1.《不可撤销担保契约》是一无效声明,对宏业公司没有任何法律上的约束力。因为根据《中华人民共和国外汇管理条例》第二十四条的规定“提供对外担保,只能由符合国家规定条件的金融机构和企业办理,并须经外汇管理机关批准”。而《不可撤销担保契约》正是未经批准。2.本律师建议,由达利丰集团与国华银行自行协商解决其争议。

2000年11月10日,广东中大律师事务所律师温武拥去函国华银行:关于宏业公司没有为达利丰集团向国华银行借款提供担保的事宜。本律师受宏业公司的委托,就题述借款担保一事致函贵行。经查阅宏业公司股东大会和董事会记录,1998年4月17日宏业公司没有召开股东大会和董事会,更没有作出为达利丰集团有限公司向国华银行借款31300万港元提供担保的决议。根据宏业公司章程第九十四条:“董事会行使下列职权,(八)金额在占当时公司净资产20%范围内决定公司的资产抵押及其他担保事项”。就是说,宏业公司董事会对担保的批准权限在占公司净资产20%范围内。1998年4月宏业公司的净资产25220.42万元,宏业公司董事会无权对超过公司净资产的担保作出决定,超过公司净资产担保应由股东大会决定。据调查宏业公司的法定代表人蔡承通董事长,其证实从未召开股东大会和召开董事会讨论决定为达利丰集团有限公司向国华银行借款提供担保。国华银行也从未派人会晤宏业公司董事长蔡承通商谈为达利丰集团有限公司向其借款提供担保的事宜。宏业公司从来没有出具《不可撤销担保契约》和《汕头宏业(集团)股份有限公司董事会会议决议》给国华银行。而从广东省高级人民法院转来贵行向法院提交的宏业公司《不可撤销担保契约》和《董事会会议决议》,经宏业公司董事长蔡承通及董事辨认均表示从未见过上述担保契约和董事会决议。且上述《不可撤销担保契约》和《董事会会议决议》,均没有宏业公司董事长和董事签名。因此,上述担保契约和董事会会议决议在法律上是无效的。综上,本律师认为,贵行据上述无效的《不可撤销担保契约》和《董事会会议决议》起诉宏业公司依法不能成立。同时贵行的诉讼行为将对作为上市公司的宏业公司造成商誉的侵

害,宏业公司必将用法律武器保护自身的权益。

2000年12月4日—6日,宏业公司当时董事蔡承通、郑志雄、许俊钊、周应齐、芮奕平、黄楚文分别出具经公证的《声明书》,主要内容大同小异:本人自1996年5月至现在为宏业公司董事。1998年4月17日本人没有召集股东大会或董事会讨论决定为达利丰集团有限公司向国华银行借款31300万元港元及有关费用提供担保。也从未签署过为达利丰集团有限公司向国华银行借款31300万港元及有关费用提供担保的《董事会会议决议》和《不可撤销担保契约》。国华银行也从未派代表同本人商谈为达利丰集团有限公司向其借款提供担保的有关事宜;宏业公司从来没有出具《不可撤销担保契约》和《董事会会议决议》给国华银行,为达利丰集团有限公司向其借款提供担保。另外,根据宏业公司章程第九十四条的规定,董事会无权作出为借款31300万港元提供担保的决定。特此声明。其后附有宏业公司2001年2月12日出具的其1998年4月任职董事名单有蔡承通、黄楚文、王邦林、芮奕平、周应齐、李壮科、许俊钊、郑汉钦、陈一风、曹岱、郑志雄共11名。

宏业公司在诉讼中向法院提供的两份证据(1)1997年10月17日为汕头高新区宏业金刚工业公司向汕头城市合作银行的200万元贷款作《不可撤销贷款担保书》;(2)1998年5月27日为汕头高新区宏业金刚工业公司向汕头城市合作银行的138万元贷款《借款合同书》作连带担保。宏业公司在该两份证据上加盖的印章与其在本案向国华银行出具的《不可撤销担保契约》上加盖的印章是一致的。

原审法院在2001年3月20日向汕头市公安局调查宏业公司1998年使用印章的印模,但该局口头答复已销毁。

由于国华银行与宏业公司、新业公司就偿还款项问题发生纠纷,经协商未果,国华银行遂以宏业公司、新业公司为被告,

向原审法院提起诉讼,要求两原审被告对达利丰集团有限公司拖欠其授信额度项下的贷款港币44082157.07元,美元25771093.15元及其利息港币1443383.13元、美元708517.61元承担连带赔偿责任,并承担本案全部的诉讼费用。

### 〔一审裁判理由与结果〕

广东省高级人民法院审理认为:新业公司、宏业公司分别在1997年11月28日、1998年4月17日就上述款项向国华银行作担保。新业公司未作出答辩和抗辩。该担保属其真实意思表示,依法成立。宏业公司主张担保书上加盖的公章非其公司印章,且国华银行提供的宏业公司的《董事会会议决议》和《不可撤销担保契约》是伪造的。但宏业公司未能提供其1998年经公安部门审核的公司印章印模,且宏业公司向本院提供的证据中有当时宏业公司使用的公章和法定代表人蔡承通的私章,与本案的担保书上的印章是一致的。且1998年9月2日国华银行档号P/113/98HKL《一般授信函》订明“当本行收到下列文件,及其他本行不时要求的文件,并确定这些文件的格式和内容均符合后便会向阁下提供授信:……一份由宏业公司和新业公司妥为签立之担保契