

担保纠纷疑难问题 及胜诉实战指南

——典型案件办案思路和实务要点解析

李 舒 唐青林 李元元 / 编著

GUARANTEE LAW
CASES AND
RULES

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序 言

担保法是关于担保制度的法律规范的总称，是民商事法律的重要组成部分，也是融通社会资本，促进经济发展的重要制度保障。正如《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第一条所言，“为促进资金融通和商品流通，保障债权实现，发展社会主义市场经济，制定本法”。担保法的重要性在市场经济条件下体现得尤为明显。

在市场经济条件下，“一手交钱一手交货”的交易模式已经是远去的童话，更多的交易行为，是通过授予信用的方式完成的，市场经济是信用经济。现代社会，几乎所有的市场交易行为都是通过签订合同，即建立债权债务关系的形式来完成，合同发挥着组织社会经济的功能，而合同签订履行的过程其实就是信用授予的过程。此处所谓的信用，即债权人以取得债权的方式给予债务人一定的资金、货物、服务等作为融通，而债务人则以负担债务的方式提前取得债权人提供的资金、货物、服务用于生产经营。

在此过程中，债权人实际获得履行利益的时间点与债务人负担债务时间点之间的差，就是信用。但正是因为这一时间差的存在，导致债权人可能面临债务人违约的风险，而担保法的制度设计初衷就是为了保障债权的实现，促使债务人积极履行债务。因此，从某种意义上讲，合同法必须与担保法配合，才能真正发挥组织经济的功能。没有担保法的合同法，如同开车不握方向盘一样危险。

在众多的信用授予方式中，市场主体为筹集资金向金融机构等借款融资是最主要、最重要的方式。而金融机构等为确保债权能够得以实现，最佳手段就是要求市场主体以自身固有资产向金融机构设立担保，包括但不限于担保物权。当然，资金的融通并不仅仅限于借贷，但可以毫不夸张地说，所有的资金融通方式（金融）的创新，从本质上讲都是担保模式的创新。担保与金融相伴而生，对于活络资本、诱导债权发生、促进经济繁荣具有重要意义。

另外，现代社会是消费型社会，物质财富的极大丰富反过来也刺激了人们的消费需求。对于一些高价值的消费品，如商业住宅，许多人因为财力不支望而却步，此时采取担保物权的手段可以有效地解决这一问题。因此，担保法还具有刺激消费、高效地满足人们日益增长的消费需求的作用。

担保法律关系，相较于一般的民事法律关系而言更为复杂。其原因在于，一般

的民事法律关系往往为双方当事人之间的权利义务关系，而担保法律关系则涉及债权人、债务人、担保人三方法律关系。因此，在法律理解与适用上，担保法专业技术性更强，往往并非一般交易主体通过自学或简单咨询所能掌握。法律人作为“手艺人”的称谓，在担保法这一领域被表现得淋漓尽致。

从近些年担保法的司法实践上看，担保纠纷所涉及的问题较为复杂，各级法院对于担保类案件的处理也存在一定程度的不统一。本书所评析的98个案例，基本上都是最高人民法院和地方高级人民法院作出的判决，具有相当的代表性，在某种意义上可以全面反映目前国内关于担保的司法实践现状。这不仅为研究担保法的学者提供了丰富的实践素材，更为众多的企业家、司法实务工作者提供了最全面、最权威的指引。

本书突破了体系严谨的传统的教科书式编写方式，也打破了《担保法》的规范体系，着眼于具体问题，在内容、方法及体例上形成了自己的特色：

一、力求简明扼要地介绍我国担保法的相关理论与实践。本书不是一般意义上的教科书，因此，对于担保法上的基本原理与概念内涵的介绍较少。一方面是为了缩小本书篇幅，另一方面是为了突出司法实践中的基本问题及与之相关的裁判观点。本书案例的选取、论述的角度及行文的方式都并非着眼于学术意义上的担保法基本制度的探讨，而是更侧重于从实务的角度以案说法，剖析、介绍担保法的相关理论。对于与实践脱节，尤其是在司法实践中并未表现出来的“死了的法律规范”，本书不予介绍。

二、以问题为导向，突出实践研究。本书所引用的案例多为最高人民法院和地方高级人民法院的经典案例，具有权威性。针对每一个案例，以问题为导向，明确所要解决的实际问题。一方面是为了更为有效地启发读者的思考，揭示实际的法律问题，探讨案例本身所要解决的实际难题；另一方面也是对裁判规则的梳理与总结，了解法官如何裁判现行法无明文规定的案件和疑难案件，从裁判实务的角度看现行法存在的问题，从民法理论和裁判方法的角度看现今裁判实务存在的不足。同时，给出权威法院的裁判依据，为实践中遇到的类似案例提供参考。以问题带动案例，以案例剖析法理，以法理指导实践，不仅能够激发读者的问题意识，也能提高读者的阅读体验。

三、从败诉的角度分析问题。本书最大的特色，是所有的案例评析均从败诉的角度进行了分析，并结合败诉原因提出了对应的避免败诉的方案建议。之所以选取这一角度，是因为败诉对于当事人的警醒作用远大于胜诉。同时，对于败诉原因的分析，能够真正起到防微杜渐的作用，也更能凸显担保法所涉法律问题的复杂性和

多变性。正是基于这一点，本书作者认为，当事人在遇到与担保相关的法律问题时，应交给对担保纠纷处理有丰富经验的律师团队处理，这是避免败诉的关键一招。律师能够提供的不仅仅是专业的技术分析，更重要的是全面的诉讼策划及商业决策指导。

本书完成期间，我们注意到中国当前民法典的编纂对众多的担保法律制度进行了若干有益的修改，但由于目前民法典并未最终颁布实施，相关规则尚有进一步变动的可能，故本书并非反映民法典关于担保法部分的最新立法动态。但我们对于担保法司法实务的关注并不会因为本书的完成而终止，我们将在民法典正式颁布实施后对本书所涉的所有法律问题、案例重新进行全面的审视，以期与时俱进。

本书的完成，一方面受益于丰富、权威司法实践判例及各位前辈先贤丰富的理论研究成果，另一方面也是作者司法实务工作的客观需求。由于作者水平有限，难免存在疏漏，所涉及的问题也难免挂一漏万，请各位读者予以批评指正！我们也非常欢迎学者、律师界前辈同侪、法官及其他司法实务工作者就本书涉及的相关问题、观点同我们进行探讨。

李 舒 唐青林 李元元

2019年2月22日

目 录

Contents

第一章 担保法总论

- 第一节 担保合同的成立与生效 1
 - 001 [公报案例] 债权人能否以“不知法”为由主张对担保合同无效没有过错? / 1
 - 002 [公报案例] 如何认定担保人对主合同无效存在过错? / 8
 - 003 [公报案例] 按照政府指令提供担保, 能否主张担保意思不真实? / 13
- 第二节 担保的范围 17
 - 004 [最高法院] 律师费是否属于担保物权担保的范围? / 17
 - 005 [吉林高院] 债权人能否要求担保人在担保范围之外承担违约责任? / 22
 - 006 [最高法院] 公司同意对外提供担保的决议被确认为无效, 是否影响担保合同效力? / 27
 - 007 [最高法院] 主合同被解除, 担保人能否免责? / 31
- 第三节 共同担保 37
 - 008 [最高法院] 第三人提供的物保与人保并存时, 债权人如何行使担保权利? / 37
 - 009 [湖北高院] 共同担保人承担担保责任后, 对其他担保人是否享有追偿权? / 44
 - 010 [最高法院] 在人保和债务人提供的物保并存时, 债权人通过“骑墙条款”实现担保有何风险? / 51

- 第四节 管辖 65
- 011 [最高法院] 主合同仲裁条款对担保合同是否具有约束力? / 65

第二章 保证担保

- 第一节 保证合同效力 71
- 012 [最高法院] 企业法人的分支机构能否作为保证人? / 71
- 013 [最高法院] “框架协议”等能否成为被保证担保的对象? / 78
- 014 [最高法院] 债权人“知情不报”的, 保证人可主张免责 / 84
- 015 [最高法院] 父母代表未成年子女签订的抵押合同、保证合同效力如何? / 88
- 016 [最高法院] 当事人对债权人作出“保证负责收回贷款”承诺, 是否构成保证? / 96
- 017 [最高法院] 巨坑: 签发催款函, 可成立保证合同? / 100
- 第二节 保证方式 103
- 018 [最高法院] 承担保证责任的条件——债务人“不能偿还债务”与“不能按期偿还债务”之间的区别到底有多大? / 103
- 019 [咸宁中院] 承诺“个人资产作抵押”, 到底是怎样的一种担保形式? / 107
- 第三节 保证期间与诉讼时效 112
- 020 [最高法院] 连带保证的诉讼时效何时起算, 如何中断? / 112
- 021 [最高法院] 在保证期间内债权人仅向部分连带共同保证人主张权利, 其他连带共同保证人能否主张免责? / 117
- 022 [最高法院] 对结算协议提供保证但最终未按期完成结算的, 保证期间从何时开始起算? / 123
- 023 [最高法院] 连带责任保证中保证债务的诉讼时效从何时开始起算? / 128
- 024 [最高法院] 反担保的保证期间从何时开始起算? / 132
- 025 [福建高院] 当事人未提保证期间免责抗辩, 是不是就不能免除保证责任? / 137
- 026 [最高法院] 债务人承诺还款期间, 保证期间计算是否亦就此改变? / 143

- 027 [最高法院] 主债务人对诉讼时效届满的债权重新确认, 保证人是否应当继续承担担保责任? / 148
- 028 [最高法院] 保证期间经过后保证人在“还款承诺函”上签字与在“催款通知书”签字有何区别? / 153
- 029 [最高法院] 保证人在保证期间届满后发函要求债权人向债务人催收, 是否表示继续承担担保责任? / 158
- 030 [最高法院] 保证合同无效后保证期间仍发挥作用 / 162
- 031 [最高法院] 债权人在保证期间内的催收公证被撤销, 是否影响催收效果? / 168
- 032 [最高法院] 分期履行的债务, 保证期间从何时开始计算? / 173
- 第四节 债务人借新还旧时的担保责任 179
- 033 [公报案例] “借新还旧”时保证人是否当然免除保证责任? / 179
- 034 [最高法院] 偿还旧贷后立刻再借新贷, 是否可认定为借新还旧? / 184
- 035 [公报案例] 为已经借新还旧的贷款提供担保, 保证人可否免责? / 188
- 036 [最高法院] 部分借款用于借新还旧, 担保人能否主张全部免责? / 191
- 第五节 变更借款用途与保证责任 195
- 037 [最高法院] 债权人明知借款用途变更而仍放款的, 风险有多大? / 195
- 038 [公报案例] 保证人关于变更贷款用途后仍承担连带责任的承诺是否可包含借新还旧? / 202
- 第六节 债权债务变更与保证责任 205
- 039 [公报案例] 无偿接受保证人全部资产, 受让人是否应当承担担保责任? / 205
- 040 [最高法院] 因企业改制发生债务人主体变更, 保证人是否可主张免责? / 209
- 041 [最高法院] 保证合同约定禁止债权变更而债权人转让债权, 保证人可否免责? / 213
- 042 [最高法院] 债务人向保证人承诺以抵押置换保证, 保证人能否主张免责? / 217

- 第七节 保证关系中的当事人地位 221
 - 043 [最高法院] 是不是债务人认账, 保证人就必须承担担保责任? / 221
 - 044 [最高法院] 债权人放弃对部分保证人主张权利, 其他保证人能否主张免责? / 226
 - 045 [公报案例] 第三人出具还款保证承诺, 保证人能否主张免责? / 230
- 第八节 其他问题 235
 - 046 [最高法院] 银行未尽贷款资金封闭运行管理义务, 保证人是否可主张免责? / 235
 - 047 [江苏高院] 贷款展期不符合《贷款通则》规定, 保证人的担保范围如何确定? / 239
 - 048 [公报案例] 最高额保证的主合同无效, 保证人是否不承担担保责任? / 243

第三章 抵押担保

- 第一节 抵押合同的效力 248
 - 049 [最高法院] 如何认定恶意抵押? 其效力如何? / 248
 - 050 [最高法院] 在空白抵押合同上签字盖章, 抵押人能否主张免责? / 253
 - 051 [广东高院] 夫妻一方未经另一方同意抵押共有房屋, 抵押合同是否有效? / 259
 - 052 [公报案例] 未经审批抵押划拨土地上的自有房屋, 是否有效? / 264
 - 053 [最高法院] 私立医院抵押医院土地使用权是否有效? / 269
 - 054 [公报案例] 抵押的土地使用权上存在他人房屋, 抵押效力如何? / 274
 - 055 [福建高院] 银行是否负有审查抵押物能否被抵押的义务? / 278
- 第二节 抵押权登记 283
 - 056 [最高法院] 未办理抵押登记的抵押合同是不是“废纸一张”? / 283

- 057 [公报案例] 抵押权预告登记人能否直接主张对抵押物行使优先受偿权? / 288
- 058 [最高法院] 权利证书上记载的抵押权设定时间能否作为抵押登记时间? / 295
- 059 [最高法院] 登记记载的抵押权利价值是否为抵押人承担担保责任的最高限额? / 301
- 060 [最高法院] 如何认定因登记机关原因而未办理抵押权登记? / 306
- 061 [最高法院] 抵押物地址登记错误, 抵押人能否主张免责? / 312
- 第三节 抵押权的效力 315
- 062 [最高法院] 在建工程抵押权在工程竣工后是否能继续存续? / 315
- 063 [最高法院] 抵押土地但未抵押地上房屋, 此后承租地上房屋的人能否对抗抵押权人? / 322
- 064 [最高法院] 抵押权与建设工程价款优先受偿权是什么关系? / 329
- 065 [最高法院] 抵押权人能否通过案外人执行异议排除对抵押物的强制执行? / 335
- 066 [最高法院] 抵押物被拆迁时, 抵押权人应如何主张权利? / 339
- 第四节 抵押物转让 344
- 067 [最高法院] 银行同意抵押物转让到底有多危险? / 344
- 068 [公报案例] 未经抵押权人同意转让抵押物的合同是否有效? / 351
- 069 [最高法院] 抵押物因调解书而发生所有权变动, 新的所有权人能否对抗法院强制执行? / 358
- 070 [最高法院] 起死回生: 抵押土地的使用权证因置换被注销, 债权人仍享有抵押权 / 362
- 071 [北京高院] 法院拍卖抵押物未通知顺位在后的抵押权人, 拍卖行为应否被撤销? / 368
- 072 [辽宁高院] 抵押财产已被另案强制执行, 抵押权人是否丧失抵押权? / 373
- 第五节 抵押权与房地一致原则 376
- 073 [最高法院] 仅办理土地使用权抵押登记, 对于地上房屋是否也享有优先受偿权? / 376

- 074 [海南高院] 将房地先后分别抵押给同一债权人, 可能会是多大一个坑? / 381
- 第六节 抵押权的担保范围 386
- 075 [最高法院] 抵押物被查封后主债权产生的利息、罚息是否属于最高额抵押担保的范围? / 386
- 076 [上海高院] 债权人仅履行部分借款义务时, 其享有的抵押权是否应该被“打折”? / 391
- 077 [最高法院] 银行拖延行使抵押权, 有何风险? / 395
- 078 [最高法院] 受让部分主债权时, 债权受让人能否对全部抵押物行使抵押权? / 399
- 第七节 抵押担保的债权债务转让 405
- 079 [最高法院] 有不动产抵押权担保的债权转让后, 抵押权未作变更登记的, 债权受让人是否享有抵押权? / 405
- 080 [最高法院] 未经抵押人同意, 债务人因重组发生债务转移, 抵押人能否主张免责? / 411
- 第八节 最高额抵押 415
- 081 [最高法院] 最高额抵押权是否绝对不随主债权一并转让? / 415
- 082 [湖北高院] 最高额抵押是不是只能担保未发生的债权? / 423
- 083 [浙江高院] 最高额抵押权抵押物被查封后, 新增债权如何排除在最高额抵押担保的范围外? / 428
- 第九节 抵押权消灭 432
- 084 [最高法院] 银行将有抵押权的债权并入新的借款合同, 到底有多大风险? / 432
- 085 [最高法院] 主债权丧失强制执行效力, 抵押人能否要求解除抵押? / 437
- 086 [江苏高院] 债务人与他人虚构债务并设定抵押的, 其他债权人应当怎么办? / 442
- 087 [公报案例] 主债权超过诉讼时效, 抵押权是什么状态? / 448
- 第十节 其他问题 453
- 088 [最高法院] 抵押权能否善意取得, 如何善意取得? / 453
- 089 [最高法院] 债权人协议交换抵押物是否构成单独转让抵押权? / 459

- 090 [公报案例] 抵押人用假房产证抵押诈骗贷款, 房管局要“背锅” / 462
- 091 [最高法院] 房产抵押后的新装电梯, 是否属于抵押财产? / 468
- 092 [重庆高院] 登记的担保期间对担保物权的存续是否具有约束力? / 473

第四章 其他担保形式

- 第一节 质押 479
- 093 [最高法院] 对租金的应受账款质权与抵押权的权利顺位如何确定? / 479
- 094 [江西高院] 同一动产上质押和已登记的抵押并存时, 权利顺位如何确定? / 486
- 095 [宁夏高院] 机动车合格证能否质押贷款? / 492
- 096 [最高法院] 因出质人的原因导致股权质押未有效设立, 出质人能否免责? / 497
- 097 [最高法院] 质押人瞒天过海, 银行是否应该担责? / 500
- 第二节 定金 506
- 098 [四川高院] 履约保证金能不能在对方违约时不退? / 506

第一章 担保法总论

第一节 担保合同的成立与生效

001 [公报案例] 债权人能否以“不知法”为由主张对担保合同无效没有过错？

因违反法律法规的强制性规定导致担保合同无效的，应认定双方当事人均有过错

裁判要旨

根据《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》（以下简称《担保法司法解释》）的规定，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。对于因违反我国法律、行政法规而认定无效的抵押合同，因我国法律、行政法规均对外公开，各方当事人都应当了解我国法律、行政法规的相关规定，故应认定各方当事人对于抵押合同的无效均存在一定的过错。

案情简介

一、农银公司（香港注册的企业）与俊兴公司从1995年至1996年在香港签订了两份《抵押贷款协议》和两份《信用证融资抵押协议》。对前述各《抵押贷款协议》和《信用证融资抵押协议》所规定的融资，三星车桥公司作为担保人提供了担保。担保方式包括连带责任保证和提供土地使用权抵押。在上述各协议签订后，农银公司根据协议约定发放了贷款，以上贷款期满后，俊兴公司未按期全额还本

付息。

二、1998年7月18日，农银公司向广东高院起诉，请求判令三星车桥公司对俊兴公司拖欠的债务承担连带保证责任并以三星车桥公司用作抵押的土地使用权优先受偿。

三、广东高院一审判决以上担保合同无效，对俊兴公司在本案所涉两份《抵押贷款协议》和两份《信用证融资抵押协议》项下欠款本金及利息不能清偿的部分，三星车桥公司向农银公司承担二分之一的赔偿责任。

四、农银公司不服，上诉至最高人民法院，最高人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

败诉原因

本案中农银公司的败诉原因在于：农银公司为香港法人，三星车桥公司与其签订的担保合同属于对外提供担保但未经外汇主管部门批准，因而无效。农银公司主张对于担保合同无效没有过错，三星车桥公司应对主债务未获清偿的部分承担连带责任，未获法院支持。法院不予支持的一个重要理由即在于：由于我国实行的是外汇管制制度，关于外汇担保的管理办法也是向社会公开的，因此各方当事人都应当知道我国的法律规定。上诉人以批准手续应当由被上诉人办理为由，认为自己没有过错的主张是不成立的。农银公司因此败诉。

败诉教训、经验总结

前事不忘，后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1. 担保合同无效后，各方当事人应根据过错程度承担相应的责任。根据《担保法司法解释》第七条的规定，担保合同无效并非表示担保人 can 就此免责，也并不代表债权人可以当然要求保证人对主债务未获清偿的部分承担连带责任，而是应当结合双方当事人的过错程度，确定不同的责任分担方式。具体而言，主合同有效而担保合同无效的：（1）在债权人对于担保合同无效没有过错时，债权人可主张担保人对未获清偿的债务承担连带责任；（2）在债权人、担保人均有过错时，债权人仅得要求担保人承担不超过主债务未获清偿部分二分之一的按份责任。

2. 担保合同因违反法律法规的强制性规定而无效，应认定债权人、担保人均有过错。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十二条第五项之规定，违反法律法规的强制性规定的合同无效。《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）》（以下简称《合同法司法解释二》）第十四条规定，此处规定的“强制性规定”是指“效力性强制性规定”。我国是成文法国家，所有的正在有效实施的法律法规均已经对社会公布，在我国范围内从事民事活动的一切组织和个人均有知晓并遵守法律的义务。因此，当事人不得以不知晓法律为由，主张对合同无效不存在过错。本案中的数份担保合同因违反《境内机构对外提供外汇担保管理办法》^①的规定，未经审批而无效，属于因违反法律法规的效力性强制性规定导致合同无效的情形，应认定双方当事人对担保合同无效均存在过错。故最高法院最终认定三星车桥公司仅需承担不超过主债务未获清偿部分二分之一的责任。

相关法条

《合同法》

第五十二条 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。

《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）

第一百四十六条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

第一百五十四条 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

《担保法》

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

^① 已失效。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《担保法司法解释》

第六条 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。

第七条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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二分之一。

以下为最高法院在判决书“本院认为”部分就此问题发表的意见：

根据《担保法司法解释》的规定，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来确认。由于我国实行的是外汇管制制度，关于外汇担保的管理办法也是向社会公开的，因此各方当事人都应当知道我国的法律规定。上诉人以批准手续应当由被上诉人办理为由，认为自己没有过错的主张是不成立的。如果仅以批准手续的办理来确定担保合同无效后的责任，则境外债权人就可以不顾我国的外汇管制政策和规定，可以因没有过错而不承担责任，最终将导致虽然抵押担保无效，但是实体处理与有效合同一致的后果。原审法院认为三星车桥公司和农银公司未经内地外汇管理部门批准提供和接受担保，对担保合同的无效均具有过错是正确的。根据《担保法司法解释》第七条的规定，“在主合同有效而担保合同无效的情形下，债权人和担保人都有过错的，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二分之一”，据此，原审法院判决担保人三星车桥公司应对债务人俊兴公司不能清偿部分的二分之一向债权人农银公司承担赔偿责任并无不当。

案件来源

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二审民事判决书 [最高人民法院（2004）民四终字第 23 号，《中华人民共和国最高人民法院公报》2007 年第 2 期（总第 124 期）]

延伸阅读

因违反法律法规的强制性规定导致担保合同无效，认定担保合同双方当事人均有过错的案例：

案例一：温州信托公司清算组诉幸福实业公司等债权债务转让合同纠纷二审民事判决书 [最高人民法院（2002）民二终字第 67 号、《中华人民共和国最高人民法院公报》2004 年第 2 期（总第 88 期）]，最高法院认为：“依照《中华人民共和国公司法》第六十条关于‘董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保’以及本院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四条关于‘董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任’的规定，集团公司作为当时实业公司的第一大股东，实业公司为其提供的担保应认定为无效。因转让协议中明确规定集团公司到期不能清偿温州国投该笔债务的，由其持有的实业公司的法人股股票折抵债务，故债权人温州国投对实业公司为其股东集团公司提供担保应是明知的，鉴于温州国投和实业公司违反法律禁止性规定签订保证合同，对该担保无效均具有过错，故依照本院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条关于‘主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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二分之一’的规定，对担保无效所造成的损失，即债务人集团公司不能清偿债务部分，实业公司应在 50% 范围内承担赔偿责任，其余损失温州国投应自行承担。”

案例二：佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷二审民事判决书 [最高人民法院（2004）民四终字第 5 号、《中华人民共和国最高人民法院公报》2005 年第 11 期（总第 109 期）]，最高法院认为：“佛山市政府基于其 1994 年 5 月 8 日、1996 年 10 月 30 日出具的佛府函（1994）030 号《承诺函》和佛府函（1996）144

号《承诺函》、佛府函（1996）146号《承诺函》确立的最高额保证属于对外担保。佛山市政府系国家政府机关，其对外提供担保违背了《中华人民共和国担保法》第八条国家机关不得作为保证人的禁止性规定。同时，根据1991年国家外汇管理局公布的《境内机构对外提供外汇担保管理办法》^①第六条第二款‘为中国驻外企业提供外汇担保，由国家外汇管理局审批’的规定，对外担保需经过审批方可生效，由于本案未办理对外担保审批手续，违反了《中华人民共和国民事诉讼法通则》第五十八条关于‘下列行为无效：……（五）违反法律或社会公共利益的；……’的规定和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六条关于“有下列情形之一的，对外担保无效：（一）未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的”的规定，上述《承诺函》所构成的保证行为均不具有有效担保的法律约束力。造成本案担保无效的责任在于香港交行和佛山市政府。根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第六十一条第一款关于‘民事行为被确认无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此而受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任’和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条关于‘主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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二分之一’的规定，佛山市政府应承担债务人不能清偿部分的二分之一的赔偿责任。”

案例三：郭淑凤、河北汇源炼焦制气集团有限公司与鹤岗市东山区人民政府、鸡西龙嘉投资集团有限公司合同纠纷二审民事判决书 [最高人民法院（2016）最高法民终623号]，最高法院认为：“东山区政府作为该款的保证人，因其违反《中华人民共和国担保法》第八条关于‘国家机关不得为保证人’的规定，应认定《项目转让委托协议》中有关东山区政府承担保证责任的约定无效。同时根据《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》第七条关于‘主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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二分之一’的规定，东山区政府应对鸡西龙嘉公司不能清偿5100万元及相应利息部分，承担二分之一的清偿责任。”

案例四：中国工商银行福建省分行营业部与福建省中福实业股份有限公司、中

^① 已失效。

国福建国际经济技术合作公司、福建省中福劳务公司、福建省中福出国人员物资供应公司、中福技术服务（澳门）有限公司借款合同纠纷二审民事判决书 [最高人民法院（2001）民二终字第 109 号]，最高法院认为：“本案中福实业的担保行为发生在《中华人民共和国担保法》生效之后，对该担保合同的效力认定及处理应适用《中华人民共和国担保法》及《担保法司法解释》的相关规定。中福实业以该公司财产为其股东中福公司 1500 万港元的借款提供担保，违反了法律关于禁止此类关联交易的强制性规定，该担保合同为无效合同。中福实业系一家上市公司，依其公开披露的信息，国际业务部对中福公司作为中福实业之最大股东的控股地位，应当明知。故国际业务部与中福实业对造成上述担保合同无效均有过错，应当承担相应责任。本案事实清楚，双方当事人对此无异议。上诉人工行营业部关于中福实业应对中福公司 1500 万港元借款的本金及利息承担连带清偿责任的上诉理由，没有法律依据，本院不予支持。”

案例五：关志祥与福建莆田农村商业银行股份有限公司抵押合同纠纷二审民事判决书 [福建省高级人民法院（2013）闽民终字第 126 号]，该院认为：“上诉人关志祥以集体所有土地上的房地产设定抵押导致担保合同无效，其明显有过错，本案双方对此亦无异议。本案的关键是莆田农商行对担保合同无效是否有过错。本院认为，莆田农商行作为银行金融机构对外开展贷款业务，在对贷款的发放及抵押物的审查上有专业的判断，其在接受关志祥的抵押时，也应充分地认识到集体土地上的房地产作为抵押物违反法律、行政法规的强制性规定所带来的抵押无效的法律后果，对此风险莆田农商行应是明知的，换言之，莆田农商行对本案抵押无效亦负有一定的过错。因此，本案属于主合同有效而担保合同无效，债权人、担保人均有过错的情形，根据《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》第七条‘债权人、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二分之一’之规定，莆田农商行以关志祥保证办妥抵押手续的《承诺书》作为支持其在接受抵押时并无过错的依据，本院认为，关志祥的承诺不足以排除莆田农商行对抵押物审查不严的客观过错，故对莆田农商行的抗辩理由，本院不予采纳。综上，原审关于上诉人关志祥所承担的连带责任性质及份额的认定有误，本院予以纠正，关志祥应承担达祥电子公司不能清偿部分债务二分之一的连带赔偿责任。”

002 [公报案例] 如何认定担保人对主合同无效存在过错？

担保人的过错不是指担保人在主合同无效上的过错

裁判要旨

因主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，不承担民事责任；担保人有过错的，应当依法承担民事责任。所谓担保人的过错，是指担保人明知主合同无效仍为之提供担保，或者明知主合同无效仍促使主合同成立或为主合同的签订作中介等情形。

案情简介

一、1997年3月20日，外贸公司与科瑞德公司签订了五份《代理进口协议》，双方约定：外贸公司受科瑞德公司委托，代理其进口镍板和铝锭。同日，樊东农行向江北中行出具了相应《不可撤销担保书》，对以上债务承担连带责任保证。

二、1997年3月至4月间，外贸公司以履行铝锭买卖合同为由，向江北中行申请开立了四份不可撤销信用证，其受益人为 MARCO INTERNATIONAL (HK) LTD.。江北中行为上述四单信用证累计垫款金额为 16037646.34 美元。外贸公司于 1998年6月25日、26日，两次共偿还 1991000 美元，故外贸公司尚欠江北中行垫款 14046646.34 美元。

三、1999年9月6日，江北中行向重庆高院提起诉讼，请求外贸公司偿付信用证垫款 14046646.34 美元及利息、罚息和主张债权的费用；樊东农行承担连带责任。重庆高院以担保合同不生效力为由一审判决：外贸公司还本付息，驳回江北中行的其他诉讼请求。

四、江北中行不服，上诉至最高法院。最高法院以樊东农行不存在过错为由二审判决：外贸公司还本付息，驳回江北中行的其他诉讼请求。

败诉原因

本案中江北中行要求樊东农行承担保证责任的诉请未获法院支持，理由在于樊东农行对于本案主合同的无效不存在过错。根据《担保法司法解释》第八条的规

定，主合同无效而导致担保合同无效的，担保人不存在过错的，不承担责任。本案的主合同签订在《合同法》实施之前，最高法院根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）第五十八条关于“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效”的规定认定案涉开立信用证的行为即主合同无效。樊东农行不是本案中主合同的当事人，不可能在开立信用证时知晓外贸公司存在欺诈的行为，故最高法院最终认定樊东农行对于主合同无效不存在过错，不必承担责任。江北中行要求樊东农行承担连带保证责任的诉请未获法院支持，因此败诉。

败诉教训、经验总结

前事不忘，后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1. 担保合同与主合同之间具有效力上的从属性。具体而言，是指除法律明确规定外（独立担保、最高额担保），主合同无效担保合同亦无效。但主合同无效导致担保合同无效并不代表担保人必然不必承担担保责任。根据《担保法》第五条、《担保法司法解释》第八条的规定，担保人对主合同无效存在过错的，应承担不超过主债务不能清偿部分三分之一的损害赔偿责任。因此，对于担保合同效力的审查，不仅要审查担保合同本身是否存在无效的情形，还要审查主合同是否存在无效的情形。

2. 担保人对于主合同无效是否存在过错，并非是指担保人在主合同无效这一本身的问题上是否存在过错。鉴于主合同是债权人与债务人之间签订的合同，具有相对性，担保人并非主合同的当事人之一，因此担保人一般并不能左右主合同的效力，主合同是否在某种意义上与担保人的意志无关。因此，最高法院认为，担保人对主合同无效存在过错，“不应是指担保人在主合同无效上的过错”，而应指“担保人明知主合同无效仍为之提供担保，或者明知主合同无效仍促使主合同成立或为主合同的签订作中介等情形”。简而言之，即明知主合同无效而仍提供担保或促成主合同签订。因此，在主合同无效而导致担保合同无效的场合，债权人要求担保人承担责任的，不应着眼于担保人对于主合同效力的影响，而应着眼于担保人是否知晓主合同存在无效的情形。

相关法条

《担保法》

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《担保法司法解释》

第八条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；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。

以下为最高法院在判决书“本院认为”部分就此问题发表的意见：

关于本案担保法律关系

根据《中华人民共和国担保法》第五条即“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效”的规定，由于本案开证法律关系无效，故本案担保法律关系亦应认定无效。根据本院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条，即“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；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”的规定，本案担保人即樊东农行是否应承担民事责任，应考察樊东农行是否有过错。对担保合同所附条件是否成就进行认定，其前提应该是肯定担保合同的效力。原审判决以担保合同所附条件未成就认定本案担保行为不生效力从而认定樊东农行不承担担保责任属适用法律错误。

关于樊东农行是否存在过错的问题。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。因此，担保人的过错不应是指担保人在主合同无效上的过错。担保人的过错应当包括：担保人明知主合同无效仍为之提供担保、担保人明知主合同无效仍促使主合同成立或为主合同的签订作中介等。就本案而言，开证法律关系无效是由于外贸公司欺诈开证行开立没有贸易背景的信用证造成的，担保人樊东农行从申请开证环节上无法获知合同的违法性。因此，应认定樊东农行无过错。根据前述规定，樊东农行不承担民事责任。

案件来源

江北中行与樊东农行等信用证垫款纠纷二审民事判决书 [最高人民法院 (2005) 民四终字第 21 号, 《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 3 期 (总第 113 期)]

延伸阅读

一、担保人负有对主合同效力进行审查的义务

案例一：泰安市商业银行股份有限公司与沂南县农村信用合作社联合社返还票据垫付款纠纷二审民事判决书 [最高人民法院 (2005) 民二终字第 171 号], 最高法院认为：“沂南信用联社违反《农村信用联社章程》和授权管理制度规定, 在未对中花公司与泰安信用社签订银行承兑协议的真实目的以及中花公司的资信情况进行审查的情况下, 违规为中花公司提供担保, 上述行为使泰安信用社对中花公司与其签订银行承兑协议的真实目的和中花公司的资信情况作出了错误的判断。泰安信用社在为中花公司办理银行承兑汇票业务的过程中, 对中花公司与其签订银行承兑协议的真实目的、中花公司的资信情况等未尽到认真审慎的审查义务, 对主合同无效负有过错, 也应承担相应责任。根据本院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条关于‘主合同无效而导致担保合同无效, 担保人无过错的, 担保人不承担民事责任; 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’的规定, 沂南信用联社应对泰安信用社尚未收回的款项及利息 (自最后一次还款之次日起至款项付清之日止) 承担 1/3 的赔偿责任。”

案例二：无锡汇源投资担保有限公司与陆梅芳、崔阳、陆三平、中国银行股份有限公司无锡惠山支行、无锡富民置业有限公司借款合同纠纷审判监督民事判决书 [最高人民法院 (2014) 民抗字第 67 号], 最高法院认为：“汇源公司作为担保人对其担保的事项包括借款人、主债权种类等的真实性负有审查义务……原审判决认定汇源公司在签订《保证合同》以及出具《个人住房贷款担保通知书》时未对借款人主体资格等进行审查, 存在过错, 且其授权惠山中行签发《个人住房贷款担保通知书》, 无条件同意惠山中行对借款人主体资格的审查意见, 并收取了担保费用, 系放任担保后果的发生亦存在过错, 并无不当。《中华人民共和国担保法》第五条规定, ‘担保合同是主合同的从合同, 主合同无效, 担保合同无效。担保合同另有

约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任’，该规定明确规定担保合同无效后，担保人有过错的，应承担民事责任。汇源公司以其不是主合同的当事人，不对主合同无效承担责任，只对保证合同因保证人的过错导致保证合同无效承担责任的主张，不符合上述法律规定。在汇源公司对本案借款的发生存在过错的情形下，原审判决参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定，判决汇源公司对本案债务不能清偿部分承担三分之一的赔偿责任，并无不当。”

二、担保人促成无效主合同签订的，应认定为担保人存在过错

案例三：新疆五元实业发展中心、新疆昆仑股份有限公司与中国工商银行新疆分行及新疆鹏博高科技开发有限公司借款担保纠纷二审民事判决书 [最高人民法院(2000)经终字第187号]，最高法院认为：“借款合同无效，鹏博公司应当返还其基于无效合同所占用的新疆分行的贷款，并承担由此造成的占用贷款期间的利息损失。五元中心、昆仑公司与新疆分行之间的保证合同是鹏博公司与新疆分行之间的借款合同的从合同，借款合同无效，保证合同也无效。五元中心和昆仑公司提供保证虽有新疆分行工作人员的介绍，但在不了解鹏博公司真实情况的情形下为鹏博公司出具保证，五元中心和昆仑公司对无效借款合同的签订和履行起到了促成的作用，因此五元中心和昆仑公司均有过错，应当承担相应的民事责任。”

三、担保人明知主合同无效仍提供担保的，应认定为担保人存在过错

案例四：沈阳东方钢铁有限公司、沈阳金属材料总厂等买卖合同纠纷申请再审民事裁定书 [最高人民法院(2015)民申字第2581号]，最高法院认为：“关于担保人所应承担的责任问题。根据《中华人民共和国担保法》第五条以及《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》第八条的规定，主合同无效而导致担保合同无效，担保人有过错的，应承担相应的民事责任。根据二审查明的事实，金属总厂、延吉东方、鸡东北方、宇晨创新作为担保人对案涉商品销售实为融资贷款的事实是明知的，二审判决据此认定上述担保人存在过错，并根据过错程度判令上述担保人对沈阳东方不能返还部分的三分之一承担连带清偿责任，并无不当。沈阳东方等再审申请人认为担保合同无效则其不应承担担保责任，该申请理由于法无据，不应予以支持。”

四、不知主合同存在无效事由的，应认定担保人不存在过错

案例五：中国电力投资有限公司诉福州生融仓储有限公司、中国商业对外贸易总公司委托代开信用证、保证合同纠纷二审民事判决书 [最高人民法院(2003)

民四终字第 12 号], 最高法院认为:“根据《中华人民共和国担保法》第五条即‘担保合同是主合同的从合同, 主合同无效, 担保合同无效’的规定, 本案三方当事人之间签订的《债务担保合同》应认定无效。中商外贸对于委托协议的违法性并不当然清楚, 目前亦无证据证明中商外贸知晓生融公司与中电公司之间的融资行为, 应认定中商外贸无过错。因此, 根据《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条即‘主合同无效导致担保合同无效, 担保人无过错的, 担保人不承担民事责任’的规定, 中商外贸不承担民事责任。”

003 [公报案例] 按照政府指令提供担保, 能否主张担保意思不真实?

担保人根据第三人指令所作担保意思表示, 不影响担保合同的效力

裁判要旨

保证人作为具有完全民事行为能力的法人, 应依法对其所从事民事法律行为独立承担民事责任, 其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的权利义务关系, 亦不影响保证合同的效力。

案情简介

一、2003 年 8 月 29 日, 和顺公司向工行五四支行借款, 双方签订 2003 (五四) 工银 (短) 总字第 13 号《流动资金借款合同》, 金额为人民币 2800 万元整。同日, 自来水公司与工行五四支行签订《最高额保证合同》, 自来水公司为和顺公司本案 2800 万元贷款提供连带保证担保。该担保合同是基于长乐市政府的指令而签订。

二、2003 年 9 月 5 日, 工行五四支行向和顺公司发放 2800 万元贷款。和顺公司自 2003 年 9 月 20 日起就开始欠息, 至今未支付分文利息。

三、2004 年 7 月 28 日, 工行五四支行向福建高院提起诉讼, 请求依法判令: 1. 和顺公司还本付息; 2. 自来水公司对和顺公司的上述欠款承担连带还款责任。福建高院一审判决还本付息, 自来水公司承担连带还款责任。

四、自来水公司不服，上诉至最高法院，最高法院二审判决驳回上诉，维持原判。

败诉原因

本案中自来水公司的败诉原因在于，其不得主张基于政府指令所作的担保意思并非自己真实的意思表示。自来水公司作为具有完全民事行为能力的法人，应当独立对外承担民事责任，对于其所签订的相关协议、文件的法律后果应当有独立的判断能力。虽然在本案中，自来水公司与工行五四支行签订的担保合同是基于长乐市政府的指令而签订，但作为第三人的长乐市政府对于自来水公司所施加的影响，并不能就此成为自来水公司否认其意思表示真实性的理由。因此，最高法院最终认为：“自来水公司是否受合同以外第三人影响的问题并不涉及合同当事人之间的权利义务关系。由于合同一方当事人没有义务了解合同相对人签约行为以外的其他因素，自来水公司一方面承认其在本案保证合同上盖章的事实，另一方面否认该签约行为是其真实意思表示，这对被保证人工行五四支行是不公平的。保证合同不应仅因保证人的保证系因地方政府指令而确认无效。”自来水公司因此败诉。

败诉教训、经验总结

前事不忘，后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1. 基于第三人的指令对外签订的担保合同如不存在其他效力瑕疵事由，即为有效。因此在对外签订担保合同时，担保人应当结合自身实际情况对是否对外作出担保作出独立的判断。切莫因为第三人的怂恿、哥们义气、履行所谓的行政指令或上级命令等即对外作出担保的意思表示。因为这些表面上出于“意气用事”或“身不由己”签订的合同，很难被法院最终认定为无效或者意思表示不真实。

2. 虽然在通常情形下，第三人对担保人是否作出担保意思表示的影响不会影响到担保合同的效力，但也并非没有例外。根据《民法总则》第一百四十九条的规定，表意人基于第三人的欺诈对外作出意思表示而相对人对此知情或应当知情的，表意人可主张撤销该意思表示；根据《民法总则》第一百五十条规定，表意人基于第三人的胁迫对外作出意思表示，不论相对人是否知情，表意人均可主张撤销该意思表示。因此，如果担保人基于第三人的胁迫而签订担保合同，则可主张撤销该担保合同。但如果是因第三人的欺诈而签订担保合同，则只有在债权人知晓或者应当知晓欺诈事实存在时，方可主张撤销担保合同。

3. 在处理法律纠纷时, 应坚持“内外有别, 彼此区分”的原则。具体而言, 当事人与第三人的法律关系, 原则上不能对抗相对人; 当事人之间的纠纷应基于不同的法律关系进行分割并分别处理, 切忌“胡子眉毛一把抓”。从本案来看, 自来水公司主张其是基于长乐市政府的指令才签订担保合同的, 并意图以此否认担保意思表示的真实性。但非常遗憾的是, 所谓的“行政指令”仅是自来水公司与长乐市政府之间的法律关系, 除非存在法定事由, 否则不能以之对抗工行五四支行, 更不得以此为由否认担保合同效力。如果自来水公司能够在第三人欺诈或第三人胁迫上多做文章, 而不是咬着所谓的“行政指令”不放, 说不定本案还有一丝转机。

相关法条

《民法总则》

第一百四十九条 第三人实施欺诈行为, 使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 对方知道或者应当知道该欺诈行为的, 受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第一百五十条 一方或者第三人以胁迫手段, 使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《最高人民法院关于正确确认企业借款合同纠纷案件中有关保证合同效力问题的通知》

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

近来发现一些地方人民法院在审理企业破产案件或者与破产企业相关的银行借贷合同纠纷案件中, 对所涉及的债权保证问题, 未能准确地理解和适用有关法律规范, 致使在确认保证合同的效力问题上出现偏差, 为此特作如下通知:

各级人民法院在处理上述有关保证问题时, 应当准确理解法律, 严格依法确认保证合同(包括主合同中的保证条款)的效力。除确系因违反担保法及有关司法解释的规定等应当依法确认为无效的情况外, 不应仅以保证人的保证系因地方政府指令而违背了保证人的意志, 或该保证人已无财产承担保证责任等原因, 而确认保证合同无效, 并以此免除保证责任。

以下为最高法院在本案二审期间就此问题发表的意见:

本院认为, 本案工行五四支行与和顺公司签订的借款合同系双方当事人真实意思表示, 且不违反法律、行政法规的禁止性规定, 应为有效。借款人和顺公司在合同到期后未能全部履行合同义务, 应当依法承担向工行五四支行偿还借款本金的民

事责任。自来水公司与工行五四支行签订书面保证合同，明确承诺为和顺公司上述借款提供连带保证义务。现和顺公司到期未能偿还债务，保证人自来水公司应就上述债务向工行五四支行承担连带清偿责任。自来水公司作为具有完全民事行为能力的法人，应依法对其所作民事法律行为独立承担民事责任。自来水公司关于其在地方政府的行政指令下所作担保，应免除其向工行五四支行承担保证责任的上诉理由不能成立。因为，本案保证合同系自来水公司与工行五四支行之间签订，自来水公司没有证据证明工行五四支行在与之签订保证合同时采取了欺诈、胁迫等手段。自来水公司是否受合同以外第三人影响的问题并不涉及合同当事人之间的权利义务关系。由于合同一方当事人没有义务了解合同相对人签约行为以外的其他因素，自来水公司一方面承认其在本案保证合同上盖章的事实，另一方面否认该签约行为是其真实意思表示，这对被保证人工行五四支行是不公平的。保证合同不应仅因保证人的保证系因地方政府指令而确认无效。自来水公司领取的是企业法人执照，属于以营利为目的的企业法人，其经营活动虽具有一定的公共服务性质，但不属于以公益为目的的事业单位。自来水公司关于其不符合保证主体资格的上诉主张没有事实依据，本院不予支持。原审判决关于本案保证合同应为有效，自来水公司应当承担连带责任的判决并无不当，本院予以维持。自来水公司关于本案可能涉及经济犯罪应当中止审理的上诉主张，没有事实和法律依据，本院依法不予支持。借款人和顺公司的股东是否缴足注册资本的问题与本案借款担保纠纷并无直接的法律关系，自来水公司关于应当追加和顺公司股东参加本案诉讼的上诉理由没有法律依据，本院依法不予支持。

案件来源

长乐自来水公司与工行五四支行借款担保纠纷二审民事判决书 [最高人民法院 (2004) 民二终字第 262 号,《中华人民共和国最高人民法院公报》2005 年第 9 期 (总第 107 期)]

延伸阅读

地方政府干预所签订的担保合同效力的判例:

案例: 正阳县电业公司与中国长城资产管理公司郑州办事处保证合同纠纷申请再审民事裁定书 [最高人民法院 (2013) 民申字第 215 号], 最高法院认为: “本案《借款合同》以及《保证合同》均是双方当事人的真实意思表示, 不违反法律

和行政法规的效力性强制性规定，应当认定为有效合同。虽然中国工商银行正阳县支行违反《同业拆借管理试行办法》^①和《中华人民共和国商业银行法》的有关规定，从驻马店信用联社越权拆借资金违规贷给正阳县化工总厂，违背了上述法律、行政法规的规定，但其违反的是管理性强制性规定，并不影响《借款合同》的效力。《保证合同》的签订，虽然有地方政府的干预，但正阳县电业公司并未表示反对。根据《最高人民法院关于正确确认企业借款合同纠纷案件中有关保证合同效力问题的通知》的规定，除确系因违反担保法及有关司法解释的规定等应当依法确认为无效的情况外，不应仅以保证人的保证系因地方政府指令而违背了保证人的意志，而确认保证合同无效，并以此免除保证责任。因此，《保证合同》亦为有效合同。二审判决依据合同签订时施行的法律、行政法规认定《借款合同》以及《保证合同》合法有效，适用法律并无不当。”

第二节 担保的范围

004 [最高法院] 律师费是否属于担保物权担保的范围？

律师费为实现担保物权的费用，属于担保物权的担保范围

裁判要旨

律师费为实现担保物权的费用，因此如无相反约定，合理的律师费属于担保物权所担保的范围。

案情简介

一、2011年12月23日，云南铜业公司与江磁电工公司分别签订《电工用铜线坯买卖合同》和《阴极铜买卖合同》。2012年8月24日，云南铜业公司与江磁电工公司签订《货款结算确认书》，双方确认：江磁电工公司尚欠云南铜业公司货款66619535.28元。2013年1月11日，江磁电工公司给云南铜业公司出具《债权确

^① 已失效。

认书》，确认：截至2013年1月11日，江磁电工公司尚欠云南铜业公司贷款本金83240245.55元。

二、为担保以上债权，2012年7月25日、2012年7月30日，云南铜业公司与江磁电工公司签订三份动产的《抵押担保协议》，并办理了动产抵押登记。2013年1月18日，云南铜业公司与江磁电工公司签订《股份质押合同》，并办理了股权质押登记。《股份质押合同》约定：“本合同所担保的债权为：乙方（江磁电工公司）基于《阴极铜买卖合同》《电工用铜线坯买卖合同》和《债权确认书》而对甲方（云南铜业公司）的全部欠款本金、利息、违约金、损害赔偿金及实现债权、质权的费用”。

三、2013年1月23日，因江磁电工公司一直未偿还所欠货款，云南铜业公司向云南高院起诉，诉请判令：（1）江磁电工公司支付所欠货款本金83240245.55元及利息，并支付违约金；（2）云南铜业公司对抵押动产和股权享有优先受偿权，范围包括本金、利息、违约金、诉讼费及律师代理费等。

四、云南高院一审判决支持了原告的部分诉请，判决云南铜业公司支付的63万元律师费属于担保物权所担保的范围。

五、江磁电工公司不服，上诉至最高法院，要求不承担律师费，律师费不属于《股份质押合同》担保的范围。最高法院判决驳回上诉，维持原判。

败诉原因

本案中江磁电工公司败诉的原因在于虽然《股份质押合同》没有明确约定律师费属于担保的范围，但律师费属于“为实现债权、质权”所支付的费用，应属于担保物权所担保的范围。因此，最高法院认为，江磁电工公司应承担律师费，且律师费属于股权质押担保的范围。根据《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第一百七十三条有关“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”的规定，云南铜业公司诉请江磁电工公司承担本案律师代理费63万元且律师费属于担保物权所担保的范围有法律依据。江磁电工公司因此败诉。

败诉教训、经验总结

前事不忘，后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1. 《物权法》第一百七十三条关于担保物权所担保的债权范围的规定，属于任

意性规定，当事人可就担保物权的担保范围作出相关约定，明确排除或者确认相关费用是否属于担保物权的担保范围。如当事人可通过担保合同约定“利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”等不属于担保物权所担保的范围。因此，签订担保合同时，应明确约定所担保的债权的范围，防止未来因所担保的债权的范围发生争议。如果没有就此问题作出约定，则担保物权所担保的债权范围包括“主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”。

2. 根据最高法院的观点，律师费属于实现债权或者担保物权的费用。因此如无特别约定，根据《物权法》第一百七十三条的规定，律师费属于担保物权所担保的范围，也即律师费可从担保物的变价所得中优先受偿。但担保物权所担保的律师费的范围，并非毫无边际，只有“合理的”律师费，才是担保物权所担保的范围。关于律师费合理性的判断，应以当地物价部门制定的律师费收费标准作为参考标准。

3. 作为担保人，在签订担保物权合同时，应充分认识到所担保的范围不仅仅是主债权本身，还可能包括诸如律师费、拍卖费、评估费在内的一系列为实现担保物权的费用。为了防止所担保的范围因为债务的迟延履行而被不断扩大，在符合担保物权的实现条件时，担保人应及时督促债权人实现担保物权或者主动要求实现担保物权，切勿抱有“能躲一时是一时”的心态。

4. 律师费属于实现债权或者担保物权的费用，因此，只要债权人的诉讼请求获得支持，哪怕是部分支持，也都可以全额主张要求对方承担合理的律师费。

相关法条

《物权法》

第一百七十三条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

《担保法》

第二十一条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

以下为最高法院在判决书“本院认为”部分就此问题发表的裁判观点：

云南铜业公司与江磁电工公司2013年1月18日签订的《股份质押合同》是双

方当事人的真实意思表示，亦不违反法律行政法规的强制性规定，是合法有效的合同。根据该合同第一条有关“本合同所担保的债权为：乙方（江磁电工公司）基于《阴极铜买卖合同》和《电工用铜线坯买卖合同》和《债权确认书》而对甲方（云南铜业公司）的全部欠款本金、利息、违约金、损害赔偿金及实现债权、质权的费用”的约定，江磁电工公司逾期仍未付款，云南铜业公司通过诉讼途径向江磁电工公司主张权益，其委托律师代理诉讼所支付的费用系为实现该债权而支付的合理费用。云南铜业公司为本案支付的律师代理费 63 万元亦未超过《云南省律师服务收费暂行标准》所规定的收费限额，故云南铜业公司以案涉《股份质押合同》为据，诉请江磁电工公司承担本案律师代理费 63 万元有事实依据。根据《中华人民共和国物权法》第一百七十三条有关“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”的规定，云南铜业公司诉请江磁电工公司承担本案律师代理费 63 万元有法律依据。

案件来源

云南铜业股份有限公司与江门市江磁电工企业有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书 [最高人民法院 (2015) 民二终字第 74 号]

延伸阅读

以下几则是关于律师费是否为担保物权所担保的范围的案例，供读者参考。我们发现，对于此问题各地裁判观点并不统一。有公报案例认为，律师费属于实现担保物权的费用，应属于担保物权所担保的范围。但也有法院认为，如果主合同未就律师费的负担作出约定，则担保合同中关于律师费属于担保范围的约定无效。

案例一：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二审民事判决书 [最高人民法院 (2010) 民四终字第 12 号、《中华人民共和国最高人民法院公报》2014 年第 6 期（总第 212 期）]，最高法院认为：“本案抵押担保合同不存在依法应认定无效的情形，上海高院关于案涉抵押担保合同合法有效的结论是正确的。同时，上海高院关于‘景轩公司在贷款代偿催收函回函上的确认应视为对抵押担保责任范围的确认。故景轩公司在本案中应承担的抵押担保范围包括主债权及利息、违约金（即违约利息）和实现抵押权的费用，即万轩置业所欠的贷款本金港币 118354000 元及相应利息和上述律师费损失’的意见亦是正确的，根据担保法的相关规定，景轩公司应当对万轩置业

所欠主债务承担抵押担保责任。景轩公司关于本案对外担保无效的上诉理由不能成立。”

案例二：盐城经济开发区祥欣农村小额贷款有限公司与盐城金隆化纤机械有限公司、盐城市盐州实业总公司等借款合同纠纷二审民事判决书 [江苏省高级人民法院（2015）苏商终字第 00148 号]，该院认为：“根据《中华人民共和国担保法》第十五条的规定，保证合同应当包括被保证的主债权种类及数额、债务人履行债务的期限、保证的方式、保证担保的范围、保证的期间、双方认为需要约定的其他事项。第二十一条规定，保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。根据上述法条可见，‘主债权的种类及数额’与‘保证担保的范围’系不同的概念，无论主债权种类中有无列明实现债权的费用，除非合同特别约定将该部分费用从保证担保范围内剔除，实现债权的费用均属于保证担保的范围。本案中，保证合同并无除外的特别约定，相反，还再次列明了包括律师费在内的实现债权的费用属于保证担保范围。故盐州公司应对祥欣公司实际支付的律师费承担保证责任。盐州公司以《保证合同》载明的主债权种类中未列明律师费为由，要求仅对本金及利息承担保证责任，与法律规定不符，本院不予支持。”

案例三：安徽肥东农村合作银行与合肥康宝衣帽有限公司借款合同纠纷二审民事判决书 [安徽省高级人民法院（2014）皖民二终字第 00655 号]，该院认为：“本案《承兑协议》并未对律师代理费的承担作出明确约定。虽然《最高额抵押合同》中担保范围包括律师代理费，但鉴于《最高额抵押合同》是依附于主合同《承兑协议》的从合同，是为主合同债务提供担保，而主合同的债务并不包括律师代理费，故原审判决未支持肥东农合行律师代理费的请求并无不当，肥东农合行此节上诉理由不能成立，本院不予支持。”

案例四：江苏融众投资担保有限公司与赵欣元、潘林生等追偿权纠纷二审民事判决书 [江苏省高级人民法院（2015）苏商外终字第 00023 号]，该院认为：“赵欣元、潘林生、薛亚敏上诉称，《房地产抵押协议》并未约定抵押的担保范围，因此不应就利息、律师费用等承担担保责任。对此本院认为，根据《中华人民共和国物权法》第一百七十三条的规定：‘担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。’本案中，《房地产抵押协议》并未约定抵押的担保范围，依据上述规定，涉案抵押的担保范围应包括融众公司已经代德马公司向浦发银行偿还的代偿款本金

及其利息、融众公司支付的律师费。赵欣元等人的上述主张没有法律依据，本院不予支持。”

案例五：江苏银行股份有限公司南京城东支行与南京福地房地产开发有限公司、南京阅江商贸有限公司、张从春、徐瑾金融借款合同纠纷一审民事判决书 [南京市中级人民法院 (2013) 宁商初字第 137 号]，该院认为：“关于江苏银行城东支行主张的律师费。本院认为，担保合同是主债权债务合同的从合同，担保范围应以主债务为限。本案中，《南京市六合区房地产抵押合同》《保证担保合同》及《个人连带责任保证书》虽约定担保范围包括实现债权的费用，但主合同《法人委托贷款借款合同》对律师费未作约定，故江苏银行城东支行主张福地公司支付律师费无合同及法律依据，应不予支持，进而该支行要求阅江公司、张某对律师费承担连带清偿责任亦不应予以支持。”

005 [吉林高院] 债权人能否要求担保人在担保范围之外承担违约责任？

债权人不能要求担保人在担保范围之外承担违约责任

裁判要旨

在债权人与担保人既约定了担保责任又约定了违约责任场合，约定担保人违约责任的目的是督促担保人维护和保持其良好的偿还能力，进而保证主债权的实现。此类担保人违约责任的意义在于主债权尚未到期、担保责任尚未产生时，可先行追究担保人违约责任的方式既制约担保人又保证债权的安全性。而在主债务履行期间届满、担保责任产生后，担保人最终承担的责任仍应以约定的担保责任范围为限，如担保人已先行承担违约责任，则在确定其担保责任时，应将已承担的违约责任予以扣减。

案情简介

一、2014年1月15日，农行白城分行与东佳谷物公司签订第一份《流动资金借款合同》，约定：东佳谷物公司向农行白城分行借款4000万元。农行白城分行发

放了贷款，该笔借款于2015年1月到期。

二、2014年1月15日，农行白城分行与陈坤兵签订了《最高额保证合同》，约定：陈坤兵（东佳谷物公司总经理）为农行白城分行的债权提供担保，担保债权最高余额14000万元。担保合同还约定，保证人存在违反约定或者影响债权人实现债权的行为，应按本合同所担保债权最高余额的10%向债权人支付违约金。同日，农行白城分行与东佳矿业有限公司签订了《最高额保证合同》，约定：东佳矿业有限公司为农行白城分行的债权提供担保，担保债权最高余额14000万元；农行白城分行与东佳谷物公司签订了《最高额抵押合同》，约定：东佳谷物公司以综合楼、办公楼、仓库、土地使用权作为抵押，担保以上债权，并办理了他项权利抵押登记。

三、2014年5月8日，农行白城分行与东佳谷物公司签订了第二份《流动资金借款合同》，东佳谷物公司向农行白城分行借款2000万元。农行白城分行发放了贷款，该笔借款于2015年5月到期。

四、东佳谷物公司逾期未还款，农行白城分行向白城中院起诉，要求：（1）东佳谷物公司还本付息；（2）农行白城分行对抵押物土地及房产等享有优先受偿权；（3）东佳矿业公司、陈坤兵承担连带保证责任；（4）陈坤兵承担债权余额10%的违约金。一审法院主持调解，农行白城分行与东佳谷物公司、东佳矿业公司、陈坤兵对农行白城分行诉讼请求中的（1）至（3）达成一致调解意见，法院制作了调解书予以确认，但对于第（4）项未达成调解意见。一审法院判决驳回农行白城分行该诉请。

五、农行白城分行不服白城中院判决，上诉至吉林高院，吉林高院二审判决驳回上诉，维持原判。

败诉原因

本案中农行白城分行的败诉原因在于其要求陈坤兵承担违约责任的诉请超过了保证合同所担保的债权的范围。根据一审调解书，陈坤兵已经根据保证合同承担了保证责任。虽然根据保证合同的约定，保证人陈坤兵作为东佳谷物公司的总经理，未积极督促债务人履行债务，存在违约行为，理应根据保证合同约定承担违约责任。但两审法院均认为，农行白城分行与陈坤兵另行负担违约金的约定与保证合同的目的、本质不相符合，超出了保证合同的保证范围。因此，对于农行白城分行要求陈坤兵承担违约责任的诉请不予支持。本案二审的吉林高院更是从担保合同约定违约责任的目的出发，否定了农行白城分行的诉请。该院认为：“担保人违约责任

的意义在于主债权尚未到期、担保责任尚未产生时，可先行追究担保人违约责任的方式既制约担保人又保证债权的安全性。而在主债务履行期间届满、担保责任产生后，担保人最终承担的责任仍应以约定的担保责任范围为限，如担保人已先行承担违约责任，则在确定其担保责任时，应将已承担的违约责任予以扣减。”农行白城分行因此败诉。

败诉教训、经验总结

前事不忘，后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1. 担保合同具有从属性，担保人承担担保责任的范围以主债权为限。

担保合同具有从属性，主要体现在担保成立、效力、存续、转让、消灭五个方面。其中，效力上的从属性，不仅指主合同无效，担保合同无效，而且还体现在担保合同所担保的债权范围不得超过主债权的范围。《担保法》第二十一条规定：“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。”保证合同对保证责任范围的约定，虽实行意思自治，但因保证合同是主合同的从合同，保证责任是主债务的从债务，基于从属性原则，保证责任的范围及强度不能超过主债务的范围及强度。本案中，农行白城分行的债务已经通过债务人履行、担保人承担担保责任的方式实现。如果支持农行白城分行要求陈坤兵承担10%的违约责任的请求，即代表农行白城分行通过担保合同取得了超出主债权范围之外的利益，有违担保合同的从属性。

2. 违约责任的承担，应遵循“填平原则”，不得超过合同的履行利益。

本案中，两审法院均认为如果支持农行白城分行要求陈坤兵承担10%的违约责任的请求，有失公允。但在论证的说理上，两审法院却有所不同：一审法院认为支持该诉请加重了保证人、债权人的义务；但二审法院则认为支持该诉请后，保证人承担责任后无法向债务人追偿。我们认为，两审法院对于此问题的说理，均有一定道理，但未把握住问题的关键——违约责任承担的“填平原则”。

“填平原则”具体而言是指：除法律另有规定外，守约方要求违约方承担违约责任，一般应当按照“有损失才有赔偿，损失多少，补偿多少”的原则来确定损害赔偿的数额。守约方通过要求违约方承担违约责任而取得的利益不得超过合同被正常履行时可获得的利益，也即违约责任的承担范围以履行利益为限。对此，《合同法》第一百一十三条第一款有明确规定。

具体到本案中，农行白城分行对于陈坤兵有两项诉请：一为要求承担保证责任