



担保法实务札记

担保纠纷裁判思路精解

坚持问题导向·立足审判实践·依托法理逻辑·指引办案思路

· 六大专题 · 135个典型问题 · 157个典型案例 ·

司伟 肖峰◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

担保法实务札记

担保纠纷裁判思路精解



本书全面梳理了近年来担保纠纷审判实务中的重点、热点和难点问题，并从审判工作的视角对司法裁判中需要重点关注之处进行了全方位的分析。全书既有纠纷背后的法理探究，又有司法实务上的精准指导，还附有最高人民法院发布的典型案例，不仅是广大民商事司法工作人员的案头必备工具书，也是广大律师、金融法务和学者及学生系统深入研究担保法的必备参考用书。



中国法制出版社
官方微信



出版物版权追溯保护

1009471224154090

验证码

电话查询：4008 315 399
登陆www.cpzs.net.cn查询
通过微信“扫一扫”查询
或下载“中国追溯”APP查询

上架建议 民商法·法律实务

ISBN 978-7-5216-0061-2



9 787521 600612 >

定价：186.00元

担保法实务札记

担保纠纷裁判思路精解

司伟 肖峰◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前 言

担保作为融资增信的有效方式以及保障债权安全的重要手段，在促进资金融通、商品生产流通、金融创新等方面均具有不可替代的地位，是现代市场经济发展中不可或缺的重要制度。担保法横跨物权法、债权法两大领域，是民商法领域最为活跃、最为变动不居的一个领域，其不仅理论博大精深，而且实践性很强。因此，坚持问题导向，以审判实践为出发点，以问题背后所蕴含的法理为依托，分析探讨担保法中的热点和难点问题的解决之道，是从司法实务视角研究担保法的最佳方式。

“徒法不足以自行。”《担保法》实施于1995年，担保法司法解释实施于2000年，物权法实施于2007年，至今均已十年有余。十年来，我国社会经济飞速发展，经济领域的新情况新问题不断涌现，担保在经济交往中的作用越发突出，基于当事人对市场交易安全的渴求，新的担保方式也如雨后春笋般肆意生长。与此同时，担保法中的一些传统疑难问题也一直没能得到很好的解决，长期困扰着司法审判实践。有鉴于此，笔者尝试着将自己在长期审判实务工作中的一些“所见、所思、所悟”进行梳理，在总结担保法理论和实践经验的基础上，针对担保纠纷中的一些重点、热点和难点问题，结合自己的体会加以分析探讨。

在写作上，本书有以下几个特点：

一是紧盯实践，与时俱进。本书并非担保法的教科书，因此并不刻意追求体系的完备和内容的面面俱到，而是紧紧围绕近年来担保纠纷审判实务中的重点、热点和难点问题，在阐明相关法理的基础上，直击司法裁判中需要重点关注之处，并从审判工作的视角，基于解释论加以分析说明，提出笔者的见解和观点。

二是全面梳理，分析到位。解决实务问题，离不开理论的支撑。但实

务中所见纠纷背后所蕴含的法理往往既博大精深又相互勾连，同时许多问题又多有观点分歧。在此情况下，全面梳理理论界和实务操作中的不同观点和做法的碰撞就尤为必要。笔者力求借此为读者展开一幅有关问题探讨各派观点的“全景画”，以使读者通过阅读可全面掌握某一问题的各种观点以及最新研究成果，在此基础上即可进行自我分析判断。

三是回应问题、精准指导。最高人民法院的观点对于全国的司法裁判的指导和影响作用是毋庸置疑的。因此，本书尽可能地在每一探讨的问题中都明确指出最高人民法院的观点或倾向性观点，此外，在大部分问题之后都精选了相应的最为典型的案例，这160个案例中的大部分都是最高人民法院发布的指导性案例，《最高人民法院公报》《人民司法》《人民法院报》《民事审判指导与参考》《商事审判指导》《人民法院案例选》等刊物上刊登的具有指导意义的典型案例，最高人民法院近年发布的较为典型的案例，或者是部分高级人民法院发布的参阅案例。这些案例的裁判思路和结果，在相当程度上反映了司法审判实践中的主流观点，因此，对理论研究的借鉴意义及对实践的指导意义重大。为了便于读者理解适用，本书对每一个案例，除了简要查明案件事实和审理情况外，还提炼了其核心裁判要旨。

总之，本书既是一本适用于法官、律师、金融法务等法律从业者处理担保法问题的实用工具书，也是一本适合于担保法研习者学习研究担保法的实用教科书。希望能够为读者正确理解和适用法律、明晰裁判理论与实务要义提供一定的帮助。

最后，本书的编辑、出版，得到了中国法制出版社的大力支持，在此一并致以诚挚的谢意。

此外，由于时间仓促及水平所限，书中错误、纰漏之处在所难免，敬请法律界同人和各位读者批评指正。docsriver.com入驻商家太我也

司伟 肖峰

2019年3月

缩略语表

1. 本书中法律、行政法规名称均使用简称，如《中华人民共和国物权法》，简称为《物权法》。

2. 本书中下列司法解释及相关文件使用简称：

名称	发文字号	简称
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	法释〔2000〕44号	担保法解释
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）	法释〔2016〕5号	物权法解释（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）	法释〔1999〕19号	合同法解释（一）
最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定	法释〔2000〕32号	票据纠纷规定
最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释	法释〔2012〕8号	买卖合同解释
最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释	法释〔2003〕7号	商品房买卖合同解释
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	法释〔2015〕18号	民间借贷规定
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释	法释〔2015〕5号	民诉法解释
最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定	法释〔2004〕15号	查封规定
最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定	法释〔2004〕16号	拍卖变卖规定

目 录

第一章 总 论	(1)
第一节 担保法的适用范围	(1)
问题 1. 人事保证是否为担保法调整	(2)
问题 2. 为解除财产保全提交担保金是否为担保法所调整	(4)
第二节 担保合同的效力认定	(7)
问题 3. 以公益为目的的事业单位、社会团体、基金会、社会 服务机构提供担保的担保合同是否有效	(8)
问题 4. 父母代表未成年子女签订的担保合同是否有效	(14)
问题 5. 当事人有关担保合同独立于主合同的约定是否有效	(22)
问题 6. 公司对外担保的效力及责任承担	(28)
问题 7. 合伙人越权提供合伙企业担保的效力认定	(48)
问题 8. 以买卖合同作为借贷担保的效力认定	(50)
第三节 主合同与担保合同的关系及责任承担	(60)
问题 9. 主合同有效而担保合同无效时的法律责任	(60)
问题 10. 主合同无效导致担保合同无效时的民事责任承担	(65)
问题 11. 主合同解除后担保责任的承担	(70)
第四节 担保物权竞存的处理	(73)
问题 12. 动产抵押权与动产质权竞合的处理	(73)
问题 13. 动产浮动抵押权与其他担保物权竞合的处理	(75)
问题 14. 动产抵押权与所有权保留竞合的处理	(77)
第五节 混合共同担保的法律适用	(79)
问题 15. 人保与物保并存时, 债权人实现债权的顺位	(79)

问题 16. 如何理解《物权法》第 176 条所称的“债权人应当按照约定实现债权”中的“约定”	(84)
问题 17. 债务人物保与第三人物保并存时, 债权人实现债权的顺位	(95)
问题 18. 人保与物保并存时担保人之间有无追偿权	(101)
问题 19. 担保物权的放弃对其他担保人担保责任的影响	(114)
第二章 保 证	(123)
第一节 保证人的资格	(123)
问题 1. 如何理解保证人的“代为清偿能力”	(123)
问题 2. 从事公共服务的企业法人提供的保证的效力	(127)
问题 3. 如何认定是否属于从事经营活动的事业单位及社会团体	(131)
问题 4. 如何认定民办学校是否符合以公益为目的	(137)
第二节 保证合同的形式	(141)
问题 5. 承诺函是否构成担保法意义上的保证	(141)
第三节 保证责任与保证期间	(148)
问题 6. 如何理解一般保证的保证期间	(148)
问题 7. 如何理解连带责任保证的保证期间	(153)
问题 8. 主合同没有约定履行期间, 保证期间如何起算	(161)
问题 9. 保证合同约定的保证期间能否早于或等于主债务的履行期限	(164)
问题 10. 为分期履行债务提供保证的保证期间起算点	(169)
问题 11. 保证期间约定不明时应如何处理	(174)
问题 12. 保证合同约定的保证期间短于 6 个月的, 应当如何认定	(178)
问题 13. 保证合同约定的保证期间长于 2 年的, 应当如何处理	(181)
问题 14. 保证期间届满的法律后果	(186)
问题 15. 保证期间与诉讼时效期间的区别	(191)
问题 16. 法院是否应主动审查保证期间	(196)

问题 17. 保证责任诉讼时效期间如何起算	(199)
问题 18. 主债务诉讼时效与保证债务诉讼时效之间的关系	(204)
问题 19. 债权人向保证人之一主张权利的, 是否及于其他 保证人	(212)
问题 20. 保证人的责任范围是否受破产程序影响而减少	(218)
问题 21. 破产人的债权人已经申报债权或已部分受偿后又向 保证人主张权利的, 应如何处理	(223)
问题 22. 分支机构经法人同意的对外保证无效后的民事责任 承担	(229)
问题 23. 债权转让对保证责任有何影响	(235)
问题 24. 主合同变更对保证人保证责任有何影响	(240)
问题 25. 主合同解除对保证责任有何影响	(245)
第四节 保证责任其他问题	(251)
问题 26. 以贷还贷对保证人有何影响	(251)
问题 27. 质权未设立对保证人责任有何影响	(263)
问题 28. 保证人死亡的保证债务如何承担	(269)
问题 29. 共同保证人保证责任承担及追偿权行使规则	(273)
问题 30. 企业法人内部职能部门签订的保证合同的效力及 责任承担	(284)
问题 31. 典当关系中同时存在第三人连带责任保证的, 在当物 “绝当”之后, 对第三人保证责任的范围的认定	(288)
第五节 最高额保证	(295)
问题 32. 最高额保证的保证范围如何认定	(295)
问题 33. 未列入借款合同中的最高额保证责任应如何认定	(302)
第三章 抵 押	(308)
第一节 抵押权的设立	(308)
问题 1. 抵押权是否可以担保将来发生的债权	(308)
问题 2. 建筑物抵押与在建建筑物 (在建工程) 抵押的关系 ..	(310)
问题 3. 债权转让时抵押权一并转让, 如债权转让后未办理 不动产抵押权转移登记, 则债权受让人能否取得	

抵押权	(320)
问题 4. 在建建筑物抵押效力是否及于将来建成的房屋	(323)
问题 5. 以预售的商品房为银行按揭设定抵押并办理了抵押 预告登记的, 是否成立抵押权	(326)
问题 6. 如何认定抵押权的善意取得	(339)
问题 7. 如何认定以集体土地使用权设定抵押的效力	(345)
问题 8. 如何认定以划拨土地使用权设定抵押的效力	(350)
问题 9. 以处于海关监管期内的特殊动产进行抵押是否有效 ...	(354)
第二节 抵押合同的效力	(359)
问题 10. 抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的, 转让 合同的效力如何认定	(359)
问题 11. 夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力如何 认定	(368)
第三节 抵押权的效力	(372)
问题 12. 抵押人经抵押权人同意转让抵押财产, 但未将转让 所得价款提前清偿债务或者提存的法律后果	(372)
问题 13. 抵押权效力是否及于抵押物扣押后的孳息	(379)
问题 14. 房、地分离抵押的效力	(383)
问题 15. 抵押权与租赁权竞合时如何处理	(390)
问题 16. 不动产抵押权与租金质权共存时, 抵押权的效力是否 及于租金	(400)
问题 17. 建设工程价款优先权与抵押权竞合时如何处理	(406)
问题 18. 《物权法》第 202 条规定的抵押权的行使期间应如何 理解	(407)
问题 19. 《物权法》第 188 条规定的未登记的动产抵押权不得 对抗的“善意第三人”的范围应如何理解	(413)
问题 20. 抵押权人根据《物权法》第 193 条行使相应权利时 是否需要具备抵押人过错要件	(415)
问题 21. 抵押财产非因抵押人过错而减值时, 增担保请求权与 抵押权的物上代位权如何行使	(417)

问题 22. 抵押权人放弃抵押权顺位的法律效果	(419)
第四节 抵押担保责任	(420)
问题 23. 不动产抵押担保的范围与抵押登记	(420)
问题 24. 抵押权人对债务人未设定抵押的财产求偿的, 对抵押 责任承担有何影响	(429)
问题 25. 不动产抵押合同生效但未办理抵押登记的责任 承担	(434)
第五节 最高额抵押	(447)
问题 26. 抵押物被查封的, 应以何时点作为抵押权人债权 确定的时点	(447)
问题 27. 最高额抵押期限届满前, 抵押权人转让债权的, 转让 出去的债权是否仍享有优先权	(454)
问题 28. 最高额抵押与基础合同之间的关系	(457)
问题 29. 将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额 抵押担保的债权范围时, 是否应当办理登记以及 未办理登记的法律后果	(460)
问题 30. 主债权转让后, 最高额抵押担保范围如何认定	(467)
第六节 其 他	(471)
问题 31. 如何理解动产浮动抵押“购买人不受追及规则”	(471)
第四章 质 押	(476)
第一节 质押合同的生效及质权的设立	(476)
问题 1. 交付是否为质押合同的生效要件	(476)
问题 2. 如何认定是否构成动产质权设立中的“交付”	(478)
问题 3. 质权的效力是否及于从物	(483)
问题 4. 质权是否随主债权转让而一并移转	(484)
第二节 动产质押	(489)
问题 5. 动产质权的善意取得如何认定	(489)
问题 6. 动产所有权保留的约定能否对抗事后的质押合同	(497)
问题 7. 质权人违反保管质押财产义务的判定与责任承担	(500)
问题 8. 动产质押监管合同的法律性质	(503)

问题 9. 动产质押监管协议下监管人的义务与责任	(508)
问题 10. 应退税款质押的效力认定	(527)
问题 11. 出口退税账户质押的法律效力	(530)
问题 12. 质权人是否有权申请实现担保物权	(535)
问题 13. 账户质押的法律性质	(537)
问题 14. 保证金账户质押的生效要件	(541)
问题 15. 保证金账户资金余额浮动是否影响质权设立	(555)
问题 16. 银行直接划转质押账户资金抵扣到期债务是否构成 流质	(558)
第三节 权利质押	(563)
问题 17. 应收账款质权设立的要件	(563)
问题 18. 应如何认识通知应收账款债务人在应收账款质押中的 法律意义	(570)
问题 19. 质权人是否有权直接向应收账款的债务人收取应 收账款	(578)
问题 20. 应收账款债务人在应收账款质权设立后是否享有其 对于出质人的抵销权	(582)
问题 21. 股权质押担保未能有效设立的责任承担	(586)
问题 22. 核押是否影响存单质押的设立	(594)
问题 23. 未背书“质押”字样的票据质押效力	(598)
问题 24. 记载“不得转让”字样的票据能否出质	(605)
问题 25. 空白支票能否质押	(610)
问题 26. 仓单持有人背书并经保管人签章对于仓单质权设立 是否有影响	(613)
问题 27. 私募基金份额质押设立要件	(614)
问题 28. 以质押财产抵债协议与流质契约的法律效力区分	(619)
问题 29. 大学生公寓经营收益权质押的生效要件	(623)
问题 30. 特许经营权是否可以设立质押	(627)
问题 31. 理财产品是否可以质押	(635)

第五章 留 置	(643)
第一节 留置权的发生	(643)
问题 1. 债权人是否可以留置并非债务人所有但系后者合法 占有的动产	(643)
问题 2. 《物权法》第 231 条规定的“同一法律关系”应如何 理解	(651)
问题 3. 承运人对第三人货物的留置权	(658)
问题 4. 基于劳动关系产生的债权能否适用留置权	(662)
问题 5. 商事留置权的适用	(666)
问题 6. 房屋出租人在承租人欠付租金时是否可对承租人放置在 租赁房屋内的物品享有留置权	(674)
问题 7. 留置权是否仅限于合同之债	(679)
第二节 留置权的效力与实现	(680)
问题 8. 抵押权、质权与留置并存时的适用规则	(680)
问题 9. 留置权实现的条件与方式	(685)
问题 10. 承揽合同中承揽人不当行使留置权应当承担的责任 认定	(688)
问题 11. 留置权人能否提起执行异议之诉以排除针对留置物的 强制执行	(692)
第三节 留置权的消灭	(696)
问题 12. 留置权消灭的特别方式	(696)
第六章 定 金	(700)
第一节 定金条款的效力	(700)
问题 1. 超过合同总价 20% 的定金条款的效力如何认定	(700)
问题 2. 主合同无效, 定金合同是否当然无效	(706)
第二节 定金条款的履行	(709)
问题 3. 未实际交付但已出具收款及托管确认书的定金处理	(709)
问题 4. 分期交付的定金效力	(713)
问题 5. 定金罚则如何适用	(715)
问题 6. 商品房买卖中定金罚则如何适用	(720)

问题 7. 定金罚则与损害赔偿责任能否并用	(729)
问题 8. 定金与违约金能否并用	(735)
问题 9. 解约定金的认定与适用	(738)

第一章 总论

第一节 担保法的适用范围

民法上的担保，是指债的担保，是以第三人的信用或者特定财产担保债务的履行，保障债权实现的法律制度。^①担保法是调整担保关系的法律规范的总和。我国的担保法律制度，主要由担保法及其司法解释、物权法担保物权编组成。

担保与债的关系密切，但担保法所调整对象却不能扩展到所有债的范围。为此，担保法采用了“经济活动”来表示担保与特定债权之间的对应关系。《担保法》第2条第1款规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。”依据该规定的文义，我国担保法系以典型担保方式为自己的调整对象，即调整当事人在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中依法设定的、保障债权实现的保证、抵押、质押、留置、定金法律关系，不调整行政活动、司法活动中的担保法律关系，也不调整保证、抵押、质押、留置、定金等法律关系以外的担保关系，如所有权保留、证券回购等，也不调整其他法律或国际惯例予以调整的担保关系，如保证保险、涉外保函等担保关系。^②但债的发生的原因并不限于合同之债，民法通则对债的定义是：债，是指按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定权利和义务关系。债主要因合同行为、侵权行为、不当得利和无因管理而产生。根据担保法的上述文义理解，对于因无

① 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第1页。

② 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社2017年版，第21页。

因管理、不当得利、侵权行为而发生的债权债务关系，似乎不适用担保法。对此，《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《担保法解释》）第1条作出了进一步的解释：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”可以说，《担保法解释》对担保法的调整对象作了扩大解释，肯定了担保法可以调整其他民事关系中对债权实现设定的担保法律关系，将担保法的调整对象从经济活动扩大到民事活动。具体分析担保法司法解释关于担保法调整对象的解释，包含以下三层意思：一是担保法调整对象扩展于民事担保关系，不仅限于经济活动，但仍然排除国家经济管理行为、行政行为、司法行为中的担保关系对担保法的适用；二是调整民事活动中产生的有债权债务内容的担保关系，但不包括因人格、身份关系产生的债权债务担保关系对担保法的适用；三是调整民事法律行为所产生的债权债务关系。因侵权行为、不当得利、无因管理产生的债权不可能通过设定担保方式加以保障，但因上述行为已经产生的债权，属于普通债权，可以用担保方式来保障偿还。对此，法律并无限制。^①

《物权法》第171条第1款对于物权法担保物权编的适用范围规定：“债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”物权法的这一规定与担保法及其司法解释的规定是一致的，即设立担保物权，应当是为了担保因民事活动而发生的债权；这一债权既包括合同债权，也包括非合同债权。

问题 1. 人事保证是否为担保法调整

由上所述，契约之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债、缔约过失之债均可以设定担保，并依据物权法、担保法及其司法解释的有关规定处理，已不存疑问。但在实践中，常常出现的一种情况是，第三人为劳动合同中的劳动者一方设定担保，那么，劳动者在提供劳务过程中违反

^① 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社2017年版，第22页。

劳动合同义务或者违反法律规定造成用人单位损害的，用人单位能否依据担保法的规定，要求担保人承担担保责任？

对此，存在不同观点。第一种观点认为，担保合同是担保人的真实意思表示，且其担保的对象亦为债权，符合担保法之规定，担保人应当按照合同的约定承担担保责任；第二种观点认为，人事保证合同的对象具有不确定性，人事担保本身是一种人格担保，人格具有极强的不确定性，难以作为担保法调整的对象，且担保的适用范围亦不包括侵权行为、无因管理、不当得利产生的债权，因此人事保证无效。

所谓人事保证，是指雇佣人与保证人签订的，约定若因被保证之受雇人于受雇佣期间因职务上的行为而对雇佣人应负损害赔偿责任时，由保证人代负其责的合同。在立法例上，我国台湾地区“民法”称之为“人事保证”，日本称之为“身元保证”或“身元引受”，瑞士则分称为“职务保证”与“雇佣保证”。人事保证是否属于民法上的保证？学界对此颇有争议。有的认为其已非单纯的保证，而是具有损害担保契约性质的一种无名契约（如史尚宽）；有的则认为它属于一种特殊保证（如郑玉波）；也有人认为它仍属保证（戴修瓚）。^①

笔者认为，人事保证大致可以分为三种基本类型：“有谓在劳动者就职工作期间，有可归责其事由导致用人单位损害，担保人对此承担连带责任；有谓对劳动者提供信息真实、能力胜任应聘岗位等方面的保证；还有要求保证人监督、教育劳动者的保证。”^②我国司法实践中常见的人事担保主要有：当事人为了亲友就业向企业提供担保，以担保亲友不损坏生产设备，或者担保其不侵占企业财产；当事人为亲属海外劳务输出提供担保，担保该亲属到海外工作于指定的厂家，不跳槽等。^③人事保证与一般保证是一对容易混淆的概念，二者区别主要在于：担保对象不同，人事保证的担保对象主要是劳动者因其执行职务对用人单位产生的损害（具有不确定性），一般保证的担保对象为债务人对债权人业已确定的债务；担保基础

① 曾隆兴：《现代非典型契约论》，三民书局股份有限公司1988年版，第141页；转引自高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第12页。

② 潘俊、张娇东：《人事保证合同之效力研究》，载《法律适用》2014年第12期。

③ 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社2017年版，第22页。

不同，人事保证中的担保人之动机主要出于与劳动者的情谊，相比于一般保证的担保人与债务人，在利害关系上更为紧密；担保人能否行使追偿权不同，人事保证中担保人通常对劳动者不具有追偿权，而一般保证中，在担保人承担责任后，对债务人享有法定的追偿权。因劳动者不履行或不完全履行劳动合同义务而产生的违约责任，用人单位因劳动者所实施的职务行为而遭受的损害承担代为赔偿的责任，与一般债务并无不同。担保人对提供担保的合同，属于当事人意思自治范畴，一般而言，只要当事人的约定不违反法律法规的强制性、禁止性规定，就应当认可其法律效力，此类担保关系按照《担保法解释》第1条的规定，可以适用担保法中的相关规定予以调整。但值得注意的是，民事关系中的担保主要是按照意思自治原则确定各方当事人的权利义务，民法、合同法关于合同的一般规定当然适用，担保法不具有优先适用的效力。原则上，当民法、合同法没有规定时，可以参照担保法予以调整。另外，因担保法主要用于调整经济活动中的担保关系，所以当适用担保法的有关规定调整民事担保关系，出现明显扭曲当事人订立担保合同的目的，违背当事人意思自治时，则不能参照担保法。^①

问题 2. 为解除财产保全提交担保金是否为担保法所调整

对此问题，应结合担保法的调整范围以及财产保全担保的性质加以分析。

财产保全担保是发生在民事诉讼活动中并经法院审查的诉讼行为，与实体法中经民事法律行为产生的民事担保有着本质的区别。首先，财产保全中的担保未经担保法所要求的要约、承诺的合同成立程序，不是基于自愿原则签订的，而是依照法律规定，申请人和被申请人履行法定的义务和生效法律文书的行为，它在很大程度上反映的是国家的意志，所以，它是法院根据法律规定所采取的财产保全措施的一部分，是一种强制措施。其次，民事担保的目的是保证债权的实现，当债务人无法履行到期债务时，

^① 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社2017年版，第22页。

由担保人代为清偿债务。财产保全担保根据发生阶段的不同目的各有所不同，在财产保全和先予执行阶段，对被申请人来说，是为了保障其利益不至于因申请人的错误申请而遭受损害，对申请人来说，法院要求被申请人提供担保以解除保全是为了防止被申请人转移财产，逃避其最终可能承担的义务，保障其合法权利的最终实现；在执行阶段，被执行人提供担保的目的是阻却和延缓执行，以免被执行人因强制执行导致重大损失，同时又不至于因延缓执行期间被执行人丧失履行能力而最终无法履行判决。因此，民事担保与财产保全担保在成立生效、目的内容、法律后果等方面各不相同，分别属于实体法和程序法的不同范畴。

根据《民事诉讼法》第104条规定的“财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全”来看，财产保全担保实质上是财产保全的一种替代措施，其功能是保障财产保全在诉讼中的功能得以实现，因此，财产保全担保的性质与财产保全的性质应当作同一解释，即财产保全的性质决定了财产保全担保的性质。笔者认为，民事诉讼是一种行之有效的公力救济方法，但是，诉讼不仅消耗经济上的成本。而且还大大消耗时间上的成本，因此，至终审判决确定之日，如果不采取任何措施而对诉讼长期置之不理的话，则权利义务关系始终无法确定，这对于一直支配现状的一方（往往是被告）来说始终是有利的。为平衡当事人之间的权利，人民法院必须在终审判决之前采取某种临时性的强制措施，以改善这样的状况，而最合适的方法就是财产保全。因为它一方面具有强制性，可以有效地抬升原告的诉讼地位，打击被告因久居有利地位而产生的优越感。另一方面又具有临时性，表现在法院的终审判决一旦作出，双方当事人之间的权利义务关系就由法院判决来确定，财产保全平衡双方诉讼地位的作用就告终止。由此可见，财产保全具有临时救济的性质，它并不能起到债务抵销作用，也不属于事先对是非作出的判断，更不是为原告的诉讼请求所设立的担保。归根结底，它只是一种对被告权益临时性的限制，限制其所有权部分权能的行使或债权的实现，它的根本目的是实现诉讼双方在诉讼中地位和处境的平衡。因此，财产保全担保作为财产保全的再平衡措施，其性质也应限于临时救济范畴，它并不创设一种实体权利，只具备程序法上的意义。

综上所述，财产保全担保是发生在民事诉讼活动中并经法院审查的临时救济行为，仅具程序法属性，并不产生实体法上的法律效果。而如前所述，担保法及其司法解释排除了国家经济管理行为、行政行为、司法行为中的担保关系对担保法的适用。因此，财产保全担保并不适用担保法的相关规定。

典型案例裁判文书



浙江省台州市中级人民法院(2013)浙台商终字第340号民事判决书

【典型案例 1】

案例索引：南通中远克莱芬船舶工程有限公司与浙江金港船业股份有限公司、浙江利群律师事务所破产债权确认纠纷案^①。一审：(2012)台温商初字第2037号；二审：(2013)浙台商终字第340号。

案情简介：2012年6月20日，原告中远公司与被告金港公司因船舶建造合同纠纷，经宁波海事法院(2011)甬海法台商初字第139号民事判决书判决，被告金港公司支付原告中远公司工程款60万元及利息等。在上述(2011)甬海法台商初第139号船舶建造合同纠纷一案诉讼中，宁波海事法院因原告的申请于2011年12月29日作出财产保全裁定：冻结债务人被告金港公司银行存款人民币85万元，并查封了债务人的银行账户，债务人被告金港公司于2012年1月17日向宁波海事法院提交人民币85万元现金作为担保金，后宁波海事法院解除了对债务人的财产保全。被告利群事务所在2012年10月26日债权人会议上所提交的金港公司第一次债权人会议表决资料中，将原告的债权列为没有担保的债权，为此原告有异议，并提起本案的诉讼，请求确认原告对被告的债权为有担保债权，担保物为宁波海事法院现存的担保金85万元。另，2012年7月13日，原审法院对金港公司破产清算一案，以(2010)台温破字第1-1号决定书指定利群事务所为金港船业公司的管理人。

法院裁判：金港公司交存于海事法院的85万元保证金系金港公司为解除财产保全措施而提供的担保，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一

^① 夏群佩、林恩伟：《为解除财产保全提交担保金不构成担保法上的担保》，载《人民司法·案例》2014年第8期。

百条第一款的规定，诉讼保全措施的目的主要是保障判决的执行，被申请保全财产一方为解除诉讼保全措施而提供的担保，其功能和目的也是保障将来判决的执行。而当事人在债权债务上设立担保，尤其是设立抵押、质押等担保，其目的在于保障相关债权人的债务清偿顺位，即保障相关债权人在债务清偿中获得优先受偿权。故两者在性质和目的上有所不同。该85万元担保金系根据相关程序法的规定产生，不符合担保法规定的动产质押生效的条件。

裁判要旨：虽然海事诉讼特别程序法与民事诉讼法中有关诉讼保全担保的规定与担保法中关于担保的规定均用“担保”一词，但对该词不能作同一解释。财产保全担保是发生在民事诉讼活动中并经法院审查的临时救济行为，仅具程序法属性，并不产生实体法上的法律效果，故财产保全中以现金方式提供的担保以及由此产生的相应法律后果，并不适用担保法的相关规定，也不产生担保物权的法律后果。

第二节 担保合同的效力认定

根据《民法总则》《民法通则》《合同法》的相关规定，担保合同效力认定的一般要件主要有：当事人是否具有相应的民事行为能力；意思表示是否真实；是否违反法律、行政法规的强制性规定，违背公序良俗。另外，根据《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）》（以下简称《合同法解释（一）》）第9条的规定，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，不影响合同效力。这在对外担保当中体现得比较明显，《担保法解释》第6条对此作出了明确的规定。本部分选取担保合同效力认定中的一些疑难问题加以重点分析。

问题 3. 以公益为目的的事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构提供担保的担保合同是否有效

《担保法解释》第 3 条规定：“国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。”这是认定事业单位、社会团体提供担保的担保合同效力的基本法律依据。而根据《民法总则》第 87 条规定：“为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”因此，以公益为目的的非营利法人的范围，不限于事业单位、社会团体，还包括基金会、社会服务机构等。从《担保法解释》第 3 条的规范目的看，其所针对的对象就是国家机关和公益法人，因此，以公益为目的的基金会、社会服务机构提供担保的担保合同效力认定，也应适用该条的规定。

对于公益法人是否可以以其财产为自己债务提供担保，应区分不同情形。

《担保法》第 9 条规定：“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”

据此，以公益为目的的事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构，如学校、幼儿园、医院等，不得充当保证人。公益法人是为公共利益而设立的，公益法人担任保证人与其设立宗旨不相符。其财产主要体现为固定资产，如学校教育大楼、办公大楼、学生宿舍等，医院医务大楼、各种医疗设施等，如允许其担任保证人，有可能变卖这些固定资产以及教育设施、医疗设施等来承担保证责任，这样势必影响教育工作、医疗工作等公益事业地进行。但如果事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构不是以公益为目的的，则可以提供保证。《担保法解释》第 16 条规定：“从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其签订的保证合同应当认定为有效。”

因此，对于事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构提供保证的效力认定，要对公益法人的范围有准确的把握。对此，实践中一直存在不

同观点。第一种观点认为，应当以是否实行企业化管理来认定该组织是否为公益组织。有些事业单位或者社会团体，虽然实行的是事业单位的编制，但是实行企业化的管理，如出版社、律师事务所等，这些事业单位或者社会团体，并非以公益为目的。也就是说，这些事业单位、社会团体并非公益法人。第二种观点认为，《担保法解释》第16条已经提供了认定“公益”与“非公益”的标准，即是否从事经营活动。考察事业单位或者社会团体是否属于公益单位，主要以其是否从事经营活动为准。从事经营活动的事业单位和社会团体，根据该条的解释可以作保证人，而不论他们的所有权性质、从事的行业。第三种观点认为，要把事业单位和社会团体以公益为目的的活动与适当的经营活动区别开来，以公益为目的的事业单位和社会团体不是不能进行任何经营活动，这些单位利用本单位拥有的技术和知识，向社会提供服务，取得一定的报酬，从事适当的经营活动以更好地实现公益目的并不违反法律的规定。不能作为保证人的以公益为目的的事业单位和社会团体不仅仅限于国有企事业单位，其他所有制形式的事业单位和社会团体，只要符合以公益为目的这个条件，就不能作为担保人，像私立学校、幼儿园、中外合资医院，也不能作为保证人。《担保法》对“公立”与“私立”未作区分，只要是公益法人，虽然其设立的动机和直接目的，绝大多数是为了营利，但其客观效果上也起到教书育人、救死扶伤或教育和照顾幼儿等作用，同样具有公益性，亦应一体适用《担保法》第9条的规定，禁止充当保证人。^① 笔者赞同第三种观点。“以公益为目的”和“从事经营活动”并非完全对立，应当以是否“以公益为目的”考察，从而确定该法人所订立的保证合同是否有效。《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对关于私立学校、幼儿园、医院的教育设施、医疗卫生设施能否抵押的请示的意见》（法工办发〔2009〕231号）称：“住房和城乡建设部办公厅：你部建法函〔2009〕264号来函收悉，经研究，交换意见如下：同意请示中的第二种意见。”由此可见，即使是营利性的事业单位，基于其社会职能、经营范围，也完全有可能被认定为“以公益为目的的事业单位”，适用《物权法》和《担保法》禁止性规定。对

^① 高圣平：《担保法论》，法律出版社2008年版，第40页。

于民办学校的保证人资格，如何认定是否属于从事经营活动的事业单位及社会团体等问题，本书还将在“保证”部分中进一步加以分析。

根据《担保法》第37条、《物权法》第184条的规定，学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施不得用于抵押，即不论公益事业单位、社会团体是为他人债务还是为自身债务提供担保，均不得以其社会公益设施提供抵押担保。但是，公益事业单位、社会团体如果以其社会公益设施以外的其他财产为其自身债务提供担保，则根据《担保法解释》第53条的规定，可以认定抵押有效。从立法目的考查，该特殊规定意在解决社会公益事业单位、社会团体的发展问题，使其可以通过设定抵押获得新贷资金的支持等。

根据《担保法》的规定，担保的方式包括保证、抵押、质押、留置和定金五种方式。至于留置公益事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构的财产问题，从《担保法》及《担保法解释》的立法宗旨看，其规范的是公益事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构“提供”担保的行为，而并不涉及留置这一法定担保方式。基于留置成立的情形，因无所谓“提供”问题，故不属于《担保法解释》第3条的适用范围。

典型案例裁判文书



重庆市第五中级人民法院
(2016)渝05民终
5168号民事判决书

【典型案例2】

案例索引：重庆市两江新区润通小额贷款有限公司与何旭、刘璐、重庆鑫百利食品有限责任公司、重庆市聚英技工学校金融借款合同纠纷案^①。一审：（2015）中区法民初字第02903号；二审：（2016）渝05民终5168号。

案情简介：2014年9月3日，润通公司与何旭、刘璐，保证人鑫百利公司、聚英技工学校签订个人借款合同，约定何旭、刘璐向润通小贷公司借款100万元用于流动资金，借款期限12个月，自2014年9月3日起至2015年9月3日止；贷款利率为固定月利率9.9‰；若何旭、刘璐未按时还款，出现逾期情况，润通公司可随时以通知的方式解除合同借款期限约

^① 郝绍彬、屈冬梅：《公益性民办学校为他人借款担保无效》，载《人民司法·案例》2018年第5期。

定，宣布贷款提前到期，要求何旭、刘璐立即偿还借款本金。该借款由鑫百利公司与聚英技工学校提供连带责任保证担保。另外，合同还对贷款费用、贷款费率、分期还款方式、逾期利息、违约金、纠纷解决方式及担保范围等作了约定。

2014年9月3日，何旭、刘璐向润通公司支付了2万元，润通公司按约向何旭、刘璐发放贷款100万元。贷款发放后，何旭、刘璐于2014年10月8日、2014年10月31日、2014年12月2日向润通公司偿还本息共计279699.99元。2015年2月26日，润通公司向何旭、刘璐发出贷款提前到期通知书，宣布该笔贷款于2015年2月26日提前到期。嗣后，何旭、刘璐未按约履行还款义务。

润通公司认为何旭、刘璐的行为已构成违约，遂向重庆市渝中区人民法院起诉，请求判令何旭、刘璐偿还借款本金769386.76元，支付到期贷款利息25838.17元，支付逾期利息及违约金；鑫百利公司、聚英技工学校对上述债务承担连带清偿责任。

法院裁判：第一，非营利性民办学校系不适格保证主体。根据《民办教育促进法》第三条、《民办学校分类登记实施细则》第三条、第七条的规定，本案中，聚英技工学校登记为民办非企业单位，故其性质应为非营利性民办学校，即具备社会公益性。《担保法》第九条规定：“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”该条规定的侧重点是不适格保证主体的公益性，且立法原意是防止担保行为损害公益事业。担保法并未将学校限定为公立学校或民办学校，故具有公益性的民办学校也应禁止作为保证人。第二，非营利性民办学校不能为他人借款提供担保。根据《担保法解释》第五十三条的规定，学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体设定抵押有效有两个前提：一是抵押物为教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的非公益性设施；二是该抵押是为学校自身的债务所设定。本案中，聚英技工学校作为非营利性的民办学校为他人债务提供担保明显不符合上述情形，故此类担保应属无效。同时，非营利性的民办学校经费虽非出自国家财政，但其作为传道授业解惑的教育机构，稳定的资产不仅有利于教育这一公益目的的实现，还能更好地保障民办学校教职工队伍及受教育者的合法权益。若非

营利性的民办学校可作为保证人为他人债务提供担保，将会严重危害民办学校、教职工和受教育者的合法权益，导致办学的社会公益目的难以实现，并会造成此类案件难执行。第三，根据《担保法解释》第三条、第七条、第九条的规定，无效担保合同当事人的缔约过失责任范围，取决于债权人因担保合同无效所造成的损失及担保人和债权人对无效合同的过错程度等因素。担保人因无效担保合同向债权人承担代偿性赔偿责任后，可向债务人追偿。本案中，因聚英技工学校不符合保证人主体资格，导致所签订的保证合同无效，故聚英技工学校不承担保证责任，但是否应承担缔约过失责任，则要看润通公司是否因此受到损失。若何旭、刘璐能清偿时，则润通公司不存在损失，此时聚英技工学校不承担任何责任。若何旭、刘璐不能清偿时，因聚英技工学校对润通公司损失系间接因素，应依法根据其过错程度承担赔偿责任。何旭、刘璐及润通公司有过错的，也应承担相应的民事责任。

裁判要旨：民办技工学校作为非企业单位具有社会公益性，所签订借款担保合同因不符合法定的保证人主体资格而无效，但对担保合同无效仍应承担缔约过失的赔偿责任。

典型案例裁判文书



最高人民法院(2015)
民一终字第240号民
事判决书

【典型案例 3】

案例索引：周润泽与内蒙古玛拉沁医院、赵晖等借款合同纠纷案。一审：(2014)内民一初字第00003号；二审：(2015)民一终字第240号。

案情简介：2011年11月21日，周润泽作为抵押权人，玛拉沁医院（私立营利性医院）作为抵押人，双方签订了2011年抵字第0102号《抵押合同》。合同约定：借款人邢科因资金周转需要，于2011年4月8日从周润泽处借款8000万元，玛拉沁医院提供抵押担保，抵押财产为玛拉沁医院所有国有土地。合同签订后双方当事人未办理抵押登记手续。2012年11月20日，周润泽向呼和浩特市公安局报案，称邢科骗取其8000万元。2013年1月5日，该局以邢科涉嫌诈骗立案侦查，同年3月30日，该局刑事拘留了邢科，同年5月6日呼和浩特市人民检察院决定逮捕邢科。周

润泽向内蒙古高院起诉，要求邢科还本付息，兴诚担保公司承担保证责任，并对玛拉沁医院提供的抵押物享有优先受偿权。

法院裁判：一审法院判决：（1）借款构成合同诈骗罪，故借款合同无效，但邢科应返还借款及利息；（2）因主合同无效，故抵押合同无效，但玛拉沁医院对于抵押合同无效存在过错，故其应承担不超过主债权三分之一的损害赔偿责任。最高法院二审认为，2011年11月21日，周润泽与玛拉沁医院签订一份《抵押合同》，玛拉沁医院为邢科的借款提供担保，将其所有的位于新城区迎新中路西侧4140.74平方米国有土地抵押给周润泽。《中华人民共和国物权法》第一百八十四条规定：“下列财产不得抵押：……（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；……”玛拉沁医院虽为私人所有的营利性医疗机构，相较于公办医疗机构，仅是投资渠道上的不同，并不能否定其公益属性，私立医院中的医疗卫生设施仍属于社会公益设施。根据上述法律规定，玛拉沁医院为邢科的借款提供担保的财产属依法不得抵押的财产。由此，周润泽与玛拉沁医院签订的《抵押合同》为无效合同。《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》第七条规定：“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。”本案中，周润泽、玛拉沁医院在签订合同时均应知悉玛拉沁医院为邢科所负债务提供担保的财产属依法不得抵押的财产，周润泽、玛拉沁医院对案涉《抵押合同》无效均存在过错，对此，周润泽、玛拉沁医院应当根据其过错各自承担相应的民事责任。一审法院对玛拉沁医院的责任认定适用《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，适用法律不当。但周润泽并未对玛拉沁医院的责任分担问题提起上诉，应视为周润泽对自己权利的处分，本院对此不予审理。综上，玛拉沁医院有关其不应承担责任的上诉主张，缺乏事实和法律依据，不能获得支持。

裁判要旨：私人所有的营利性医疗机构，相较于公办医疗机构，仅是投资渠道上的不同，并不能否定其公益属性，私立医院中的医疗卫生设施

仍属于社会公益设施。根据《物权法》第一百八十四条第三项的规定，其服务于公益目的的财产属依法不得抵押的财产。

问题 4. 父母代表未成年子女签订的担保合同是否有效

《民法通则》第 18 条第 1 款规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”《民法总则》第 35 条第 1 款亦作出了类似的规定：“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。”对于这一规定应当如何理解？是否父母代表未成年子女签订的担保合同均构成对上述法律规定的违反，是否因此而均一律无效？实践中存在一定分歧。

一种观点认为，《民法通则》第 18 条第 1 款属于禁止性规定。法定代理人制度在于保护限制民事行为能力人和无民事行为能力人的利益，法定代理人代理或同意从事民事法律行为以维护限制民事行为能力人和无民事行为能力人的利益为条件而担保合同的设定目的在于保护债权人的利益，而担保人在担保合同关系中，纯受不利益。^①因此，无论监护人是否出具声明承诺担保不损害未成年人的利益，均难以认定系为“被监护人的利益”，故系对《民法通则》第 18 条第 1 款的违反，应当认定无效。

另一种观点认为，应当区分不同的担保类型。对于抵押担保，我国现行法律对抵押人的身份并无限制，未成年人的监护人代其签订抵押合同并不违反法律禁止性规定，应当认定为有效。实践中认定抵押有效的理由主要有：其一，认为抵押合同是为了未成年人利益。^②根据监护制度的内涵，父母作为监护人，为了未成年子女的利益处置其财产，是积极履行监护职责的表现。在此条件下，即使监护人是抵押合同的签订者，但由于未成年人是利益的最终承担者，也应当承担担保责任，抵押合同合法有效。其

^① 高圣平：《担保法论》，法律出版社 2008 年版，第 16 页。

^② 见“中国银行股份有限公司无锡惠山支行与阙树旺、周国花等金融借款合同纠纷案”，无锡市惠山区人民法院（2013）惠商初字第 1185 号民事判决书。

二，以父母享有的法定代理权为依据。^① 根据《民法总则》第19条、第20条及《民法通则》的相关规定，认为父母基于法定代理权可以子女财产从事抵押行为，抵押合同有效，未成年子女以其财产价值承担担保责任。其三，认为第18条的规定为管理性规定。^② 该条款旨在通过限制监护人的代理权限进而保护被监护人利益，且第3款明确赋予未成年人的权利救济途径，即监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担赔偿责任；造成损失的，应当赔偿。该规定并未明确指出如果违反，将导致合同无效，且监护人超越代理权限签订合同并不损害国家利益和社会公共利益，故该规定不应被认定为效力性强制性规定。监护人违反该规定对外签订抵押合同，不应当被认定为无效。^③ 其四，未成年人财产来源于父母，在未成年人财产是以家庭财产出资购买的情况下，父母以此财产提供抵押担保，并不会对未成年人的利益造成损害，因此未成年人的抵押担保责任不能免除。^④ 但对于保证担保，《担保法》第7条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”如无证据证明未成年人已经具备劳动能力，并由此具备法律要求的具有代为清偿债务能力的保证人主体资格的，则应认定保证合同无效。

笔者倾向于赞同后一种观点，但对于保证合同无效的理由，笔者有不同看法。此外，对于抵押合同效力的认定，上述观点可作为一般原则，但在具体案件审理时尚需结合具体案情加以判断。

对于保证，笔者认为，《担保法》第7条系对保证人代偿能力的规定，但保证人的代偿能力并非保证人资格的必备要素之一。也就是说，不具备代偿能力的保证人所签订的保证合同，并不因此即构成主体不适格，而应认定无效。《担保法》第7条关于保证人代偿能力的规定，应理解为一种提

^① 见“中国工商银行股份有限公司无锡分行诉孙健等金融借款合同纠纷案”，无锡市南长区人民法院（2014）南商初字第0485号民事判决书。

^② 见“肖羽与中国工商银行股份有限公司上海市分行营业部、上海秋铄金属材料有限公司等金融借款合同纠纷案”，上海市第二中级人民法院（2015）沪二中民六（商）终字第526号民事判决书。

^③ 刘燕波、戎喆：《监护人以未成年人所有的财产设置抵押时的合同效力》，载《人民司法·案例》2016年第8期。

^④ 见“李莹等诉上海新联纺进出口有限公司等借款合同纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第1540号民事判决书。

示性条款，意在要求保证人本着诚实、谨慎的原则，有能力才为保证，同时也提醒债权人对保证人的代偿能力应作审查，避免接受无代偿能力人提供的保证担保。在担保法对代偿能力的内涵、外延均未作明确界定，以及我国信用征信制度并不健全的情况下，保证人有无代偿能力债权人难以判断，法院认定也比较困难，加上认定保证合同无效对债权人未必有利，因此代偿能力不宜在认定保证合同效力时适用。^①但保证系以保证人的财产、信用、技术力量、知识产权等为债务履行所作的担保。未成年人尚处幼年，不具备劳动能力，其在成年前的生活学习等仍需监护人照料，若判令未成年人承担保证责任，将会对其日后的生活学习造成严重影响，从而有损未成年人的利益。故未成年人提供保证担保，违反了《民法通则》第18条第1款、《民法总则》第35条第1款的规定，保证合同因此应当认定无效。

对于抵押、质押，我国现行法律对自然人作为抵押人、质押人的身份并无限制，因此，一般而言，未成年人的监护人代其签订抵押合同或质押合同并不违反法律禁止性规定，应当认定为有效。但在具体案件中，还应进一步结合是否为未成年人或其家庭负债，或者其监护人实际控制的企业负债提供担保，还是除此之外的第三人负债所作的担保加以区分。例如，在中国建设银行股份有限公司舟山城关支行与郭某确认合同无效纠纷一案^②中，浙江省高级人民法院即认为：“案涉《最高额抵押合同》签订时，郭某系未成年人。虽然郭庆出具了声明书，承诺抵押贷款事宜不损害郭某的利益，但是，案涉《最高额抵押合同》并非为郭某个人或其所在家庭的借款等提供担保，而是为案外人浙江升宇船舶技术有限公司提供担保，难以认定该《最高额抵押合同》的签订系为‘被监护人的利益’。一旦抵押权人行使抵押权处分抵押房产，未成年人的利益必然受损。《中华人民共和国民法通则》第十八条第一款规定，‘监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产’，该规定属于禁止性规定。郭某起诉主张《最高额抵押合同》无效，一、二审法院予以支持，有相应依据。”而在南京华能南方

^① 高圣平：《担保法论》，法律出版社2008年版，第98页。

^② 浙江省高级人民法院（2016）浙民申393号。

实业开发股份有限公司与朱国平、朱丽霞等买卖合同纠纷一案^①中，江苏省高级人民法院认为：“朱某认为案涉抵押担保合同因签订时其系限制民事行为能力人，朱国平、朱丽霞作为监护人并非为被监护人朱某利益而签订抵押担保合同，故抵押担保合同无效，该观点不能成立。理由是：首先，‘为被监护人利益’的认定应当根据案件具体情况予以认定。本案中，朱某认为案涉抵押担保合同的签订并非为其利益，但就此未提供充分证据，根据查明事实，尚无法得出案涉抵押担保合同并非为朱某利益而签订。第一，朱国平、朱丽霞作为朱某的父母，系朱某的监护人，也是其抚养义务人，朱某作为未成年人，生活来源一般而言主要来源于父母，朱国平的股权投资等各类收入，是朱某生活来源的资金保障。第二，主债务人飞达板材公司从2009年即开始结欠华能公司货款未能清偿，飞达板材公司系飞达控股集团的全资子公司，朱国平作为飞达控股集团的股东及法定代表人，其与朱丽霞共同以与朱某共有的房产为前述欠款提供抵押担保，为飞达板材公司得以持续经营提供了条件，有利于作为飞达控股集团股东的朱国平的利益。第三，案涉房屋系朱国平、朱丽霞签署合同购买，并将朱某登记为共同共有人，朱某认为购房资金来源中有一千多万元是其压岁钱，但并未就此提供证据证明。其次，在缺乏证据证明朱国平、朱丽霞并非为监护人利益而以与朱某共有房产提供抵押担保的情况下，亦难以认定华能公司知道或者应当知道案涉抵押担保合同损害朱某的利益，故案涉抵押担保合同亦不存在其他无效情形，在不动产登记机构依法登记后，华能公司已取得相应抵押权，原审判决关于案涉抵押担保合同无效、华能公司不享有相应优先受偿权的认定错误，华能公司就此提出的上诉理由成立，本院予以支持。”

【典型案例 4】

案例索引：郭超与中国建设银行股份有限公司舟山城关支行抵押合同纠纷案^②。一审：（2014）舟定商初字第00787号；二审：（2015）浙舟商

^① 江苏省高级人民法院（2015）苏商终字第00157号。

^② 刘燕波、戎喆：《监护人以未成年人所有的财产设置抵押时的合同效力》，载《人民司法·案例》2016年第8期。

终字第 58 号。

案情简介：郭庆与郭超系父子关系，郭超出生于 1994 年 11 月 4 日。2000 年 6 月 21 日，郭庆、郭超取得舟山市定海区东大街某号三楼的房屋所有权，两人系共同共有。2011 年 10 月 25 日，郭庆与建设银行城关支行签订了合同编号为 X706270925010201107708 的最高额抵押合同，约定：郭庆愿意为浙江升宇船舶技术有限公司（以下简称升宇船舶公司）与建设银行城关支行在 2011 年 10 月 25 日至 2013 年 10 月 24 日签订的人民币资金借款合同等主合同下的一系列债务提供最高额抵押担保；最高限额为 513.80 万元；抵押物为坐落于舟山市定海区东大街某号三楼的房产等内容。2011 年 12 月 26 日，郭庆与建设银行城关支行在房管部门办理了房屋抵押登记手续，房屋他项权证号为舟房他证定字第 103417 号。2014 年 6 月 30 日，郭超以建设银行城关支行与郭庆擅自签订房产抵押合同的行为严重损害了郭超的合法权益，诉至法院，请求判决确认郭庆与建行城关支行于 2011 年 10 月 25 日签订的最高额抵押合同无效。

法院裁判：根据《民法通则》第十八条规定，为保护未成年人利益，监护人除为被监护人利益外，不得处理被监护人的财产。涉案房屋产权属于郭庆、郭超共同所有，因签订合同时郭超未成年，郭庆作为郭超的法定监护人有权代郭超履行民事法律行为，但不得损害郭超的利益。现郭庆将涉案房产为他人借款设定抵押的行为增加了郭超的财产被处置的风险，损害了未成年人郭超的利益，违反法律强制性规定，其行为应属无权处分行为。根据法律规定，无处分权的人处分他人财产并不必然导致合同无效，涉案最高额抵押合同应为效力待定合同，但因郭超现在已经成年，其对郭庆的抵押行为并没有追认，且郭超的另一监护人王莺在诉讼中对郭庆的无权处分行为亦明确予以否认，故认定郭庆与建设银行城关支行签订的最高额抵押合同为无效合同。同时，建设银行城关支行还主张即使最高额抵押合同无效，但其已经向升宇船舶公司发放贷款且已完成涉案房屋抵押登记，有权基于善意取得涉案房屋抵押权。根据审理查明的事实，涉案房屋产权证上明确载明郭超为共同共有人，建设银行城关支行对郭庆的无权处分行为事实理应知晓；建设银行城关支行作为专业的金融放贷机构，在办理涉未成年人房产抵押时应履行严格的注意义务，但其并未履行相应的义务，

径行与郭庆签订合同并办理抵押登记手续，存在过失。在此情况下，建设银行城关支行不能认定为善意第三人，其关于基于善意能够取得涉案房屋抵押权的主张，应不予支持。

裁判要旨：为保护未成年人利益，监护人除为未成年人利益外，不得处理未成年人的财产，否则构成无权代理，监护人与他人签订合同的效力依照无权代理的相关规定予以认定。

【典型案例 5】

案例索引：黄某妃与华夏银行股份有限公司深圳天安支行、昶皓照明股份有限公司、上赫股份有限公司、黄恒桑、温小乔一般担保合同纠纷案。一审：（2012）深中法商初字第 39 号；二审：（2013）粤高法民二终字第 97 号；再审审查：（2014）民申字第 308 号。

典型案例裁判文书



最高人民法院(2014)
民申字第308号民事
裁定书

案情简介：2011年6月28日，华夏银行天安支行与昶皓公司签订《流动资金借款合同》。当日，华夏银行天安支行又分别与上赫公司、黄恒桑、黄某妃和温小乔签订了《最高额保证合同》，约定上赫公司、黄恒桑、黄某妃和温小乔分别为昶皓公司上述《最高额融资合同》提供连带责任保证担保。同日，华夏银行天安支行还与黄恒桑和黄某妃（未成年，系黄恒桑之女）签订了《个人最高额抵押合同》，黄某妃的签字由其母温小乔代签。该合同约定以黄恒桑和黄某妃共同拥有的相关房产，为上述借款本金提供抵押担保。2011年6月30日，华夏银行天安支行依约向昶皓公司发放了贷款8000万元，2012年6月30日上述贷款到期。经华夏银行天安支行催收，昶皓公司未能按时归还贷款本金，其他担保人亦未履行担保责任。华夏银行天安支行向深圳中院起诉，要求昶皓公司还本付息，保证人上赫公司、黄恒桑、黄某妃和温小乔承担连带责任，并主张对抵押物享有优先受偿权。

法院裁判：第一，关于黄某妃作为未成年人向华夏银行天安分行出具的《最高额保证合同》是否有效的问题。黄某妃于1999年10月出生，其在2011年6月28日向华夏银行天安分行出具《最高额保证合同》时，尚

不满十六周岁，属限制民事行为能力人。《担保法》第七条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”现有证据显示，黄某妃年纪尚幼，不具备劳动能力，尚不具备我国法律要求的具有代为清偿债务能力的保证人主体资格，故黄某妃向华夏银行天安分行出具的《最高额保证合同》应认定为无效。第二，抵押合同中涉及以黄某妃持有的“深圳市龙岗区植物园栖湖25号别墅”份额所设立的抵押担保效力应如何认定。虽然《民法通则》第十八条规定，“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”，但华夏银行天安分行二审期间提供的黄某妃父母出具的两份《声明》可证实，黄某妃的父母黄恒桑和温小乔在2011年6月28日借款融资合同、保证合同、抵押合同签订之前，已经注意到我国法律对未成年人合法权益的保护，专门于2011年6月20日分别向华夏银行天安分行出具两份《声明》，明确表示用黄某妃所有的位于深圳市龙岗区植物园栖湖25号别墅提供抵押担保的行为，是为了黄某妃本人的利益，不存在侵害黄某妃合法权益的情形。此外，黄某妃持有99%所有权的深圳市龙岗区植物园栖湖25号别墅是其父黄恒桑购买的房产，而非黄某妃通过家族继承取得的财产，且华夏银行天安分行基于对黄某妃法定监护人所做声明的信赖，完全有理由相信接受黄某妃与其父黄恒桑共有的上述别墅做抵押担保，不会损害未成年人的合法权益；华夏银行天安分行基于保证和抵押担保等担保方式，实际向昶皓公司发放了9000万元贷款，现黄某妃以抵押担保侵害其未成年人合法权益为由要求免除抵押担保责任，有违诚实信用原则。而且，《民法通则》第十八条第三款规定，监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担民事责任。因此，即便监护人温小乔代黄某妃签订抵押合同的行为损害了黄某妃的利益，法律也仅规定由监护人来承担相应责任，而非由此否定合同效力并由合同相对人承担责任。在此情况下，认定案涉抵押合同有效，并无不当。此外，黄某妃的监护人当初为获取贷款利用未成年人黄某妃名下的财产进行抵押并出具不损害其利益的声明，在获得贷款之后又以损害未成年人利益为由主张合同无效，该抗辩理由属恶意抗辩，违背诚实信用原则。

裁判要旨：未成年人本身尚处幼年根本没有劳动能力，不符合《担保

法》第七条规定的作为保证人的资格条件，故其出具的保证合同认定无效。未成年人的监护人抵押未成年人名下的房屋，但该房屋系监护人购买并登记在未成年人名下，而非未成年人通过继承方式取得的财产，故在未成年人的监护人为获取贷款利用未成年人名下的财产进行抵押并出具不损害其利益的声明的情况下，一般不宜认定损害未成年人利益；而且根据《民法通则》第十八条第三款的规定，损害未成年人利益的，应由监护人来承担相应责任，故并不能以此为由否定抵押合同效力。

【典型案例 6】

案例索引：中国工商银行股份有限公司上海市分行营业部与肖某、徐晓娟、肖仙华、徐先勤、上海昊朔贸易有限公司、蔡强、杨振玲、刘志锋、徐先云、林翔、徐其发、肖政容、上海钢垒企业发展有限公司金融借款

典型案例裁判文书



上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民六(商)终字第144号民事判决书

合同纠纷案。一审：（2013）黄浦民五（商）初字第 10317 号；二审：（2015）沪二中民六（商）终字第 144 号。

案情简介：肖仙华、徐晓娟系肖某的父母，工行营业部与徐晓娟、肖仙华、肖某签订了《个人借款最高额抵押合同》，约定徐晓娟、肖仙华、肖某为自 2012 年 8 月 30 日至 2013 年 8 月 30 日工行营业部依据与徐先勤、蔡强、杨振玲、刘志锋、徐先云、林翔、徐其发、肖政容签订的《个人借款/担保合同》而享有的对借款人的债权提供最高额抵押担保，最高限额为 7200 万元。后借款人未能履行还款义务，工行营业部诉至法院请求实现抵押权。

法院裁判：首先，限制民事行为能力人除可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动外，其他民事活动由他的法定代理人代理，或须经得其法定代理人的同意。肖某未亲自参与签订相关合同的抗辩，不能直接影响合同效力的认定。肖仙华系限制民事行为能力人肖某的父亲，是肖某的监护人和法定代理人，故肖仙华有权代理肖某对外签订合同。其次，《民法通则》第十八条第一款规定，监护人除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产，该法条第三款同时规定，由监护人承担不履行监护职责或侵

害被监护人合法权益的责任并赔偿损失。故《民法通则》第十八条已经对监护人违法处理被监护人财产的法律后果作出了明确的规定，即由监护人承担相应责任，但并不因此必然导致监护人处理被监护人财产与第三人签订的合同无效的法律后果。最后，监护人对被监护人财产的处分行为，从保障交易安全的角度考虑，该处分行为的效力认定应当审查交易相对方是否属于善意取得。工行营业部在取得系争抵押房产的抵押权过程中，已经审核了抵押房产共有人之间的直系亲属关系，鉴于肖某的未成年人身份，肖仙华、徐晓娟与肖某之间的父女、母女关系，工行营业部有理由相信肖仙华、徐晓娟作为肖某的法定代理人和监护人有权将共有房产设定抵押。且肖仙华、徐晓娟为租金收入等经济利益为他人借款提供担保，该利益及于肖某。在此情况下，工行营业部系善意第三人，工行营业部在取得抵押权时并无过错，系善意取得，依法享有抵押权。

裁判要旨：《民法通则》和《民法总则》对监护人违法处理被监护人财产的法律后果作出了明确的规定，即由监护人承担相应责任，但并不因此必然导致监护人处理被监护人财产与第三人签订的合同无效的法律后果。

问题 5. 当事人有关担保合同独立于主合同的约定是否有效

担保行为的基本特性是从属性与附随性。担保合同是主合同的从合同，担保关系是从属或附随于主合同关系的，没有主合同、主债权，担保合同、担保权利就没有了实现的可能和存在的意义。^①《担保法》第 5 条第 1 款规定，“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效”。《物权法》第 172 条第 1 款规定，“担保合同是主债权债务合同的从合同”。这两法规定的内容都充分体现了担保权的从属性。

担保的从属性、附随性，在内容上一般包括发生上的从属、消灭上的从属、抗辩权上的从属和特定性上的从属。具体是：1. 发生上的从属，指主债权发生，担保权利随之发生；主债权无效，担保权利随之无效；主债

^① 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社 2017 年版，第 38 页。

权被撤销，担保权利也溯及既往地无效。2. 消灭上的从属，指主债权消灭，担保权利消灭，无论是人保还是物保。3. 抗辩权上的从属，指债务人对债权人的抗辩权，担保人也可以享有，除非担保人自愿放弃抗辩权。一般来说，债权人无权向债务人主张清偿，也不能向担保人主张。4. 特定性上的从属，指担保权利从属于特定的债权，债权人和债务人未经担保人同意变更主合同的，担保人原则上可以拒绝承担担保责任。根据担保的特定性上的从属，债权人同意债务人转让债务，或者与债务人修改主合同的债权额、履行期限等条款，均构成担保人免责的有效理由。我国担保法规定的担保合同与主合同之间的从属关系、附随关系是法院判断担保关系当事人之间权利义务的基本点。^①

但在法律允许时，当事人可以约定排除担保对主债权的从属性，使担保合同与主合同的关系相互独立。这就是通常所谓的独立担保。所谓独立担保，是指担保人对受益人作出的保证当受益人提交符合承保书条款规定的简单索款请求或附有其他单据文件的索款请求时，即向其支付一定金额的独立承诺。它是一种担保人特别承诺而与所担保债权没有从属关系的担保，担保人不得主张依基础交易合同产生的抗辩，更不能主张检索抗辩权。独立担保的“独立性”所针对的是传统保证的从属性，主要是独立于其所担保的“基础合同”。只要担保人一经出具即应按其条款对受益人承担担保责任，而不以基础合同是否有效或履行为前提。独立担保所具有的这一特性，实质在于否定担保权的从属性，从根本上颠覆了担保的“从属性”，是对传统担保理论的一个突破。独立担保是担保方式的一种，也是当事人之间意思表示的产物。在不同的国家、不同学者的著作和不同的法律文件中表述并不一致，有见单即付的担保、见索即付的担保及无条件、不可撤销的担保等。独立担保合同的当事人对从属性通过特别意思表示进行排除，结果就形成了不同情形的独立担保。在国际惯例中，独立担保包括独立保证（又称独立保函或见索即付保函）和备用信用证两种形式。

《物权法》实施前，我国并无限制独立担保存在的法律、法规。《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同。主合同无效，担保

^① 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），中国法制出版社2017年版，第39页。