

民法典背景下

商业银行担保实务问题 100 问

法律评析·实务指南

胡龙 刘晔 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

民法典背景下

商业银行担保实务问题 100 问

法律评析·实务指南

胡龙 刘晔 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言

授信业务是商业银行的主营业务。商业银行在开展授信业务过程中，为确保信贷资金安全，通常接受借款人或第三人提供的担保作为风险控制措施。担保权利是否有效设立、如何便于实现，是商业银行需要重点关注的问题。而债权是否脱保，往往是商业银行主诉案件中当之无愧的争议焦点之一。

随着金融业务的不断创新，越来越复杂、新颖的担保措施逐渐从授信业务扩大到资管及其他银行业务领域，担保实务越发重要。而随着《中华人民共和国民法典》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》的颁布与施行，《中华人民共和国担保法》施行以来实行了20余年的担保制度亦发生了不小的变迁，担保实务更为疑难。在此背景下，重点梳理商业银行常见的担保实务问题，结合新的立法司法观点及商业银行业务实践，阐明法律观点、提示法律风险、提出风控建议，具有极强的现实意义。

本书以商业银行为视角，基于多年为商业银行提供法律服务的经验，从中总结、整理了具有一定的代表性、普遍性、易产生风险的100个实务问题。针对这些问题，本书通过【问题】【法律解析】【审查要点】【裁判观点】【法律延伸】五个部分的内容，试图作出尽可能务实、完善的解答。

【问题】就商业银行在业务开展过程中常见的具体问题，以清晰、简要、重点突出的方式进行概括式描述，帮助读者尤其是商业银行业务人员按图索骥，精准找到对应的问题。

【法律解析】基于现行法律法规、司法解释，针对问题进行简要的法律分析，或提示可能存在的多种理解，帮助银行识别相应的法律风险。

【审查要点】主要结合商业银行业务实际操作需要，就商业银行可能面临的法律风险，提出具有较强实操性的风险防范建议，帮助商业银行事前控制风险。

【裁判观点】针对每一问题的法律争议，挑选出具有代表性的最高人民法院或高级人民法院裁判案例，摘录裁判要旨，帮助商业银行了解司法实践中的裁判观点，并通过法院观点进一步准确理解法律规定。

【法律延伸】就问题涉及的重要法律规范进行法律条文摘录，方便读者检索。

第一章

一般规定

1.独立担保条款能否在国内交易中使用？

问题

担保人在对商业银行提供担保时，在担保函或担保合同中约定不因主合同无效而免除担保责任，或约定担保函的效力独立于主合同，该种约定是否有效？

法律解析

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第三百八十八条第一款规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”第六百八十二条第一款规定：“保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度司法解释》）第二条、第三条进一步强调了担保合同的从属性，第二条第一款规定：“当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同，或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任，该有关担保独立性的约定无效。主合同有效的，有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力；主合同无效的，人民法院应当认定担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”第三条规定：“当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持。担保人承担的责任超出债务人应当承担的责任范围，担保人向债务人追偿，债务人主张仅在其应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持；担保人请求债权人返还超出部分的，人民法院依法予以支持。”据此，在法律另有

规定情形之外，担保合同均属于主债权债务合同的从合同。主合同无效的，担保合同无效。

最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版。

目前，我国法律、行政法规并未作出除外规定，仅最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》认可独立保函的效力独立于主合同。尽管该司法解释不属于《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）意义上的“法律”，但根据《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》^①一书中的观点，在当前“独立保函”并无专门立法的情况下，不妨将该司法解释理解为《民法典》规定的广义的“法律”。

最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第二十三条规定：“当事人约定在国内交易中适用独立保函，一方当事人以独立保函不具有涉外因素为由，主张保函独立性的约定无效的，人民法院不予支持。”根据这一规定，在国内交易中同样可以适用独立保函。也就是说，只要独立保函符合下述条件之一，保函独立性的约定即有效，并不因是涉外交易还是国内交易，而有所区别：（1）保函载明见索即付；（2）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；（3）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

需要注意的是，最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》对独立保函作出明确的定义。该规定第一条第一款规定：“本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。”在国内交易中，符合该规定的独立保函具有独立性，除此之外的担保文件则应严格遵守担保合同从属性的规定。

审查要点

商业银行在办理国内交易业务时首先应重点审核主合同、担保合同或担保函的效力，以及担保合同或担保函中对于担保人担保责任的约定内容。同时，应当特别关注针对担保责任的约定内容，是否已经履行

登记、备案程序，而非强制性要求设定独立担保条款，导致关注焦点的偏移。

《中华人民共和国民法典》自2021年1月1日起施行。《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国民法总则》等同时废止。本书裁判观点部分收录的部分案例裁判于《中华人民共和国民法典》生效之前，为了更好呈现和分析相关裁判规则的内在逻辑和规范依据，本书保留了案件审理当时有效的法律法规、司法解释和规范性文件的内容。本书收录的案例所适用的法律规定，与现行有效的法律规定不存在冲突，具有较高的参考价值。本书收录的案例均来源于中国裁判文书网，对当事人等信息进行了隐名处理，仅供法律分析参考。下文将不再对此进行提示。

裁判观点^②

案例：北京某物资贸易有限公司与天津市某盐业集团有限公司确认合同无效纠纷案[最高人民法院（2018）最高法民申6281号]

裁判摘要：原审判决关于《担保合同》的效力认定是否存在认定事实不清、适用法律错误问题。《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第一百七十二条第一款规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”该条规定，在法律对独立物保有特别规定的情形下，才能认定独立物保有效，否则，独立物保无效。该条排除了当事人约定独立物保的有效性。由于该条是对担保人提供独立物保的规定，而本案规定的是提供独立保证的情形，物保与人保并不相同，故本案不能直接援引《物权法》的该条规定进行裁判。《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第五条第一款规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”根据该条规定，当事人对独立担保有约定的，可以从约定。但基于法理，对该条规定应做限缩解释，即，考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及使用该制度可能产生欺诈和滥用权利的弊端，尤其是为了避免严重影响或动摇我国担保法律制度体系的基础，在司法实践中独立担保只能在国际商事交易中使用，不能在国内市场交易中运用。基于上述分析，原审判决认定案涉《担保合同》中当事人关于独立担保的约定

无效，并无不当。原审判决关于《担保合同》的效力认定并不存在认定事实不清、适用法律错误问题。

法律延伸

《中华人民共和国民法典》

第三百八十八条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

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。

第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、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。

最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2020〕18号）

第一条 本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。

前款所称的单据，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。

独立保函可以依保函申请人的申请而开立，也可以依另一金融机构的指示而开立。开立人依指示开立独立保函的，可以要求指示人向其开立用以保障追偿权的独立保函。

第三条 保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：

（一）保函载明见索即付；

（二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；

（三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。

当事人主张独立保函适用民法典关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。

第二十三条 当事人约定在国内交易中适用独立保函，一方当事人以独立保函不具有涉外因素为由，主张保函独立性的约定无效的，人民法院不予支持。

2.担保合同无效时，债权人及担保人的责任如何承担？

问题

在商业银行与第三人签订的担保合同被认定无效时，商业银行及担保人是否应当承担责任？承担何种责任？如何确定承担责任的比例？

法律解析

根据《民法典》第三百八十八条、第六百八十二条规定，担保人承担的责任不仅限于担保有效之时，在担保无效时，担保人在一定条件下也应承担民事责任。《民法典》第三百八十八条第二款规定：“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。”《民法典担保制度司法解释》第十七条区分了担保合同无效情形下的各种情况，并对责任承担范围作出了规定。具体而言：

1.主合同有效而担保合同无效

缔约过失责任的承担以当事人有过错为前提，因此在债权人与债务人之间主合同有效，而债权人与第三人订立的担保合同无效时，以债权人、担保人有无过错而有所分别。

参见曹士兵著：《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99页。

（1）债权人、担保人均有过错。在债权人、担保人均有过错的情形下，债权人也应对担保合同的无效承担责任。因此，担保人仅承担部分赔偿责任。担保人承担的赔偿责任不超过债务人不能清偿部分的1/2。需要注意的是，是债务人不能清偿部分的1/2，而不是债权人全部损失的1/2。所谓“不能清偿部分”，是指债务人在债务到期后清偿债务的剩余部分，与债务人是否还有清偿能力有关。债务人仍有能力清偿的，仍应先执行债务人的财产。^①

（2）债权人无过错而担保人有过错。《民法典》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后……有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失……”《民法典担保制度司法解释》明确了担保人的赔偿责任范围，即担保人仅对债务人不能清偿的部分向债权人承担责任。

（3）债权人有过错而担保人无过错。在此情形下，担保人因对担保合同无效没有过错而不承担赔偿责任。

2.主合同无效导致担保合同无效

（1）担保人无过错。主合同的缔约主体为债权人、债务人，担保合同的缔约主体为债权人、担保人。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缔约主体，且担保人无过错，则担保人无需承担责任。

（2）担保人有过错。在因主合同无效导致担保合同无效的情形下，虽担保人有过错，但担保合同无效系因主合同无效所致，其责任承担不应超过债权人及/或债务人。因此，《民法典担保制度司法解释》规定此种情形下担保人承担的责任不超过债务人不能清偿部分的1/3。

审查要点

商业银行在接受担保时，应尽到审慎核查义务，确保主合同、担保合同的合法、有效，其在订立主合同、担保合同过程中，不存在过错。如审核担保主体资格是否符合法律规定时，如法律禁止国家机关（但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外）作为保证人，商业银行仍接受国家机关主体提供担保的，其属于明知或应知担保无效而设定担保，商业银行具有过错，应承担相应民事责任。

裁判观点

类似案例还有最高人民法院（2016）最高法民再335号。

案例：天津开发区某进出口贸易有限公司、深圳前海某供应链平台服务有限公司金融借款合同纠纷案[最高人民法院（2020）最高法民终189号]^②

裁判摘要：对于宁夏某能源公司是否承担保证责任的问题。某银行兰州分行作为金融机构，应当知晓《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）关于公司对外担保的相关规定；且某银行兰州分行要求其他三公司提供了股东会决议，其在注意到公司对外担保应当提供相关会议决议的同时，未提供宁夏某能源公司对外担保的相关决议，也无证据证明其要求宁夏某能源公司提供相关决议，某银行兰州分行对其与宁夏某能源公司之间的担保需经股东会或董事会决议未尽到审查义务。因此，某银行兰州分行不是善意相对人。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十条的规定，某银行兰州分行与宁夏某能源公司签订的《最高额保证合同》无效。原判决认定《最高额保证合同》合法有效，适用法律错误，本院予以纠正。宁夏某能源公司未按法律规定在未经股东大会决议的情况下，擅自为案涉债务提供担保，宁夏某能源公司对《最高额保证合同》的无效存在过错，应承担相应责任。如前所述，某银行兰州分行作为金融机构对宁夏某能源公司对案涉债务进行担保需经股东会或董事会决议未尽到审查义务，亦对《最高额保证合同》的无效存在过错。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》）第七条的规定，宁夏某能源公司与某银行兰

州分行的上述过错程度相当，故宁夏某能源公司对于债务人甘肃某公司不能清偿部分，应承担50%的赔偿责任。

法律延伸

《中华人民共和国民法典》

第三百八十八条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

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。

第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、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。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）

第十七条 主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：

（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

3.公益性质的组织能否以其财产及土地提供担保？

问题

某民办学校拟申请商用房按揭贷款并以按揭贷款所购房屋抵押给某商业银行，该抵押是否能有效设立？

法律解析

根据《民法典》第三百九十九条规定，学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施不得抵押。民办学校、私立医院既可能是非营利法人，也可能是营利法人。

1.民办学校、私立医院为非营利法人

根据《民法典》的规定，以公益为目的的非营利学校、医疗机构不具有担保资格，因而其提供的担保原则上无效。《民法典担保制度司法解释》第六条第一款进一步规定：“以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是有下列情形之一的除外：……（二）以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权……”根据该司法解释规定，笔者认为，如果民办学校、私立医院是非营利法人，且其以按揭贷款所购买的房屋不属于公益设施的，则该抵押有效。

2.民办学校、私立医院为营利法人

根据《民法典担保制度司法解释》第六条第二款“登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持”之规定，笔者认为，属于营利法人的民办学校、私立医院提供担保，相应担保原则上可有效设立。但考虑到民办学校、私立医院等机构从事的事业属于公益事业，在执行过程中，法院可能会维持以往司法实践中较为流行的做法，即从公益、维稳角度出发，优先保障学校、医疗机构的正常活动经费，或认为相应设施系学校、医院开展正常业务活动所必要的条件，从而不予处置。在《民法典》业已发布尚未生效时，最高人民法院在（2020）最高法民申5054号民事裁定书中认为，抵押人虽然系有

限责任公司，但其名下土地使用权实际上免费提供给医院使用，医院为非营利性的医疗卫生机构，地上建筑物均为医疗设施，案涉土地使用权应认定为医疗卫生设施，不得设定抵押，相应抵押合同无效。

审查要点

商业银行在拟接受民办学校、医疗机构、养老机构等提供的担保时，应谨慎核实以下内容：

- 1.核实登记部门。如系在民政部门或事业单位登记机关办理的登记，则为非营利性法人，原则上担保无效，除非符合《民法典担保制度司法解释》的例外情形。如系在市场监管部门登记，则为营利性法人，原则上担保有效。
- 2.核实担保财产类型。如提供担保的财产系公益设施，且担保财产属于非营利法人的，相应担保无效。如提供担保的财产系公益设施以外的设施，则无论是营利法人还是非营利法人，相应担保均有效。

裁判观点

类似案例还有最高人民法院（2016）最高法民再3385号。

案例：某银行股份有限公司某分行、某市某人民医院有限公司金融借款合同纠纷案[最高人民法院（2020）最高法民申5054号]^②

裁判摘要：本院认为，首先，某医院公司系贵州某资产管理公司和某市医院出资设立的有限责任公司，某医院公司独资设立的某医院系经民政部门批准的民办非企业单位，经营性质为非营利性的医疗卫生机构。某医院公司系为开办和经营某医院而设立，根据《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第八十七条第一款的规定，其经营所得收益除规定的合理支出外，只能用于医疗机构的继续发展，不得向出资人或设立人分配利润。因此，虽然根据《民法总则》第七十六条的规定，某医院公司在法人分类上属于营利法人，但某银行某分行未提供证据证明某医院公司除某医院外还存在营利性经营活动，故某银行某分行关于某医院公司并非以公益为目的、不具备《物权法》第一百八十四条第三款规定的主体资格的主张不能成立。

其次，据原审查明，某医院公司名下用以设定抵押的案涉土地使用权，系通过拍卖方式受让取得，某市国土资源局国有土地使用权挂牌出让公告载明，案涉土地用途为医疗卫生用地；某市城乡规划局颁发的《建设用地规划许可证》载明案涉土地的用地性质为医疗卫生用地；某市国土资源局颁发的《土地他项权利证明书》亦载明土地（用途）为医疗慈善用地。案涉借款也是用于某医院基础设施建设和医疗卫生设施。此外，某医院于2014年12月开始建设，某银行某分行与某医院公司2015年11月5日签订案涉《最高额抵押合同》时，某医院主体建筑已基本建成，某银行某分行应当知道案涉土地实际用于医疗卫生目的，且某医院体检中心、部分门诊及住院部已投入使用。据此，案涉土地使用权虽登记在某医院公司名下，但该土地使用权是该公司为建设某医院项目而取得，且某医院在民政部门申请登记时提交某医院公司出具的证明载明，案涉土地由医院免费使用。根据《民办非企业单位登记暂行办法》第五条第三款和第六条第四款的规定，案涉土地使用权是某医院开展业务活动的必要条件。根据《物权法》第一百八十二条规定的房地一体原则，案涉土地使用权应认定为《物权法》第一百八十四条第三项和《担保法》第三十七条第三项规定的医疗卫生设施，属于依法不得设定抵押的财产。二审判决据此确认案涉《最高额抵押合同》因违反法律、行政法规强制性规定无效，某银行某分行就案涉土地使用权不享有优先受偿权，并无不当。某银行某分行关于医院尚未投入使用、抵押合同及抵押权的实现不违反相关立法本意的主张，没有事实和法律根据，不予支持。

法律延伸

《中华人民共和国民法典》

第三百九十九条 下列财产不得抵押：

- （一）土地所有权；
- （二）宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但是法律规定可以抵押的除外；
- （三）学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；
- （四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）

第六条 以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是有下列情形之一的除外：

（一）在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权；

（二）以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。

登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持。

4.以诉讼方式实现担保物权的，如何确定管辖问题？

问题

在借款人无法偿还借款，商业银行拟通过启动诉讼程序要求借款人偿还借款、担保人承担担保责任，而主合同与担保文件的争议解决条款约定不一致时，应如何确定管辖？

法律解析

《民法典担保制度司法解释》第二十一条规定：“主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院。”据此，在当事人约定案件管辖时，根据主合同确定管辖是基本原则，只有在债权人有权单独起诉担保人且