

全国民商事审判工作会议纪要
对银行业务的影响及应对

研究报告

RESEARCH REPORT 2020



卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE PARTNERS

全国民商事审判工作会议纪要

对银行业务的影响及应对

前言

2019年11月14日，最高人民法院（下称“最高法院”）正式发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《会议纪要》”，部分实务界和学界人士称之为“九民会议纪要”），共计12部分130条，内容涉及银行业务中的贷款及担保、供应链金融、理财、保函、票据等多个领域，对司法审判实务中长期存在争议的公司对外担保、浮动质押的效力、浮动抵押的对抗效力、非典型担保的合同效力和物权效力、让与担保的合同效力和物权效力、无基础贸易的保兑仓交易关系的认定和责任划分、金融消费者权益保护纠纷案件中适当性义务和告知义务的认定、票据转贴现交易中各方权利义务的规定等多个问题作出了规定，并将成为法院进行裁判的统一标准。北京卓纬律师事务所（下称“我们”）以银行具体业务为导向，对《会议纪要》涉及银行业务的规定进行详细分析，并为银行未来业务的开展提出风险防范建议。

主要作者简介



胡宇翔

联系电话: 13910554573

电子邮箱: yuxiang.hu@chancebridge.com

胡宇翔，本科毕业于中国人民大学法学院，目前为清华大学经济管理学院 MBA 在读，对法律和商业均有独到的洞察。

胡宇翔律师专注于金融、商事争议解决，曾代理中国建设银行、厦门国际银行、平安信托、中粮信托、华鑫信托、中信证券、中山证券、银河金汇等大型国有企业和金融机构参与在最高法院、各地高院、金融法院、仲裁委的各类重大疑难案件，涉案标的超过 60 亿元，并为中国民生银行、电建地产、南国置业、中粮地产等就其复杂风险事项处置提供专项法律服务，以出色的庭审表达能力和谈判能力获得客户的一致好评。胡宇翔律师曾荣登“2019 年度 LEGALBAND 中国律界俊杰榜 30 强”榜单。



杨飞飞

联系电话: 18813017926

电子邮箱: feifei.yang@chancebridge.com

杨飞飞, 毕业于中国人民大学法学院, 专注于金融、商事争议解决, 曾代表中国建设银行、厦门国际银行、中信证券、中山证券、平安信托、华鑫信托、银河金汇等大型金融机构参与在最高法院、各地高院、各地金融法院的重大、复杂、二审、再审和抗诉案件, 为电建地产、中粮地产等就其复杂风险事项处置提供专项法律服务, 并为中国民生银行供应链金融项目提供法律顾问服务。



高舒阳

联系电话: 15201519223

电子邮箱: shuyang.gao@chancebridge.com

高舒阳, 毕业于清华大学法学院, 专注于金融、商事争议解决, 曾参与厦门国际银行、平安信托、华鑫信托、中信证券、银河金汇等大型金融机构在最高法院、各地高院、各地金融法院的重大、复杂、二审、再审和抗诉案件。

其他参与作者: 周蔓仪、魏朦璐、王梓业、崔萌萌

目 录

一、《会议纪要》与银行业	1
(一) 银行业概览	1
(二) 银行业涉诉情况	3
(三) 《会议纪要》对银行业的整体影响	9
1、《会议纪要》体现的金融审判理念及金融审判方法.....	9
(1) 金融审判理念.....	9
1) 降低融资成本, 服务实体经济.....	9
2) 协同监管政策, 规范规避行为.....	10
3) 坚持诉讼经济, 妥善化解纠纷.....	11
4) 运用多种手段, 保护金融消费者.....	12
(2) 金融审判方法.....	12
1) 体系化.....	12
2) 类型化.....	13
3) 穿透化.....	14
4) 规范化.....	16
2、《会议纪要》的适用原则.....	16
3、《会议纪要》涉及银行业务的主要规定.....	17
二、《会议纪要》对银行具体业务的影响及应对建议.....	20
(一) 对一般信贷类业务及担保的影响及应对建议.....	20
1、业务模式.....	20
2、贷款合同的签订.....	21
(1) 贷款合同的盖章.....	21
1) 真人假章的合同效力.....	21
2) 假人真章的合同效力.....	23
3) 具备代理和代表表象的判定因素.....	24
(2) 利息.....	27
1) 贷款利率标准之变更.....	27

2) 变相利息的规制.....	31
(3) 违约金.....	37
1) 金融借款违约金能否依据 24%进行调整?	37
2) 违约金过高的举证责任.....	41
3、贷款业务中的担保.....	42
(1) 担保总论.....	42
1) 担保从属性原则的适用.....	42
2) 借新还旧的担保物权.....	53
3) 最高额担保的担保范围.....	54
4) 贷款业务中的公司对外担保.....	58
(2) 抵押.....	75
1) 不动产抵押登记与合同约定不一致时的担保范围.....	75
2) 未办理登记的不动产抵押合同效力.....	78
3) 房地分别抵押下“房随地走、地随房走”原则的适用....	81
4) 浮动抵押对抗效力之转变.....	89
(3) 质押.....	92
1) 同一物上抵押权和质权的受偿顺序.....	92
(4) 新类型担保.....	94
1) 新类型担保与物权法定原则.....	95
2) 新类型担保的效力.....	95
3) 资产收益权能否单独转让或设定担保.....	98
(5) 非典型担保.....	99
1) 非典型担保的认定及效力.....	100
2) 让与担保.....	102
(二) 对特殊信贷类业务及担保的影响及应对建议.....	108
1、供应链金融业务.....	108
(1) 业务模式.....	108
(2) 动产浮动质押的效力和设立.....	109

1) 动产浮动质押的效力.....	109
2) 动产浮动质押的设立.....	110
3) 出质人和监管人共同占有质物下质权是否设立.....	115
(3) 质物监管责任.....	117
1) 质物监管合同的定性及归责原则.....	117
2) 监管人责任.....	121
(4) 增信措施的定性及应用.....	126
2、保兑仓融资业务.....	132
(1) 业务模式.....	132
(2) 无真实交易之下的保兑仓交易定性及争议处理.....	133
(三) 对票据业务的影响及应对建议	135
1、业务模式.....	135
2、合谋虚构贴现之后果.....	136
3、票据转贴现协议纠纷之定性.....	139
4、票据清单交易、封包交易.....	141
5、恶意申请公示催告的处理.....	147
(四) 对保函业务的影响及应对建议	149
1、业务模式.....	149
2、独立保函的应用范围.....	150
3、非法定主体开具的独立保函效力.....	151
4、“银行保函”是否属于“独立保函”之判定.....	151
5、承担担保责任后能否向其他担保人追偿.....	154
(五) 对银行理财业务的影响及应对建议	157
1、业务模式.....	157
2、适当性义务之认定标准.....	159
3、举证责任划分.....	166
4、告知说明义务之判断标准.....	167
5、赔偿责任之承担.....	170

(1) 责任主体	170
(2) 责任定性	171
(3) 责任分配	171
(4) 利息损失的认定	173
(5) 免责事由	175
(6) 欺诈金融消费者是否适用消费者保护的惩罚性赔偿责任 ..	176
(六) 对民刑交叉案件的影响及应对建议	177
1、同一事实的认定	177
2、民刑交叉案件的处理	178
(1) 同一事实，不予受理或驳回起诉	178
(2) 不同事实，分别审理	179
(3) 民事案件须以刑事案件审理结果为依据的，中止审理	179

一、《会议纪要》与银行业

（一）银行业概览

截至 2019 年 6 月底，全国共有 4597 家银行业金融机构，其中，国有大型商业银行 6 家、股份制商业银行 12 家、政策性银行 2 家、城市商业银行 134 家、民营银行 17 家、外资法人银行 41 家。¹

截至 2018 年末，银行业金融机构本外币资产规模为 268 万亿元，同比增长 6.27%。²银行业金融机构各类业务发展状况如下：

存款业务：截至 2018 年末，银行业金融机构本外币对公存款总额 107.72 万亿元，同比增长 5.73%；住户存款余额为 72.44 万亿元，同比增长 11.11%。³

贷款业务：截至 2018 年末，银行业金融机构本外币各项贷款 142 万亿元，同比增长 12.85%。⁴

银行理财业务：截至 2019 年 3 月末，银行理财产品余额 21.4 万亿元，较资管新规发布前减少 2.4 万亿元，同比下降 11.2%。而到 2019 年 6 月末，银行理财非保本理财余额为 22.18 万亿元，已呈增长态势。同时，截至 2019 年 11 月底已有 33 家银行申请设立理财子公司，其中 12 家银行的理财子公司已经获批筹建，理财子公司的推进速度大幅加快，可以预见未来银行理财业务发展速度将进一步加快。⁵

新型中间业务（基金托管业务、咨询顾问业务、支付结算类业务）：2018 年新型中间业务收入 2349.43 亿元，同比减少 543.68 亿元，较 2017 年下降 18.79%。

⁶ 票据业务：截至 2018 年末，经对工商银行、中国银行、建设银行、农业银

¹ 数据来源中国银行保险监督管理委员会《银行业金融机构法人名单（截至 2019 年 6 月底）》。

² 数据来源于中国人民银行《中国金融稳定报告（2019）》。

³ 数据来源于中国银行间市场交易商协会《中国银行业发展报告（2019）》。

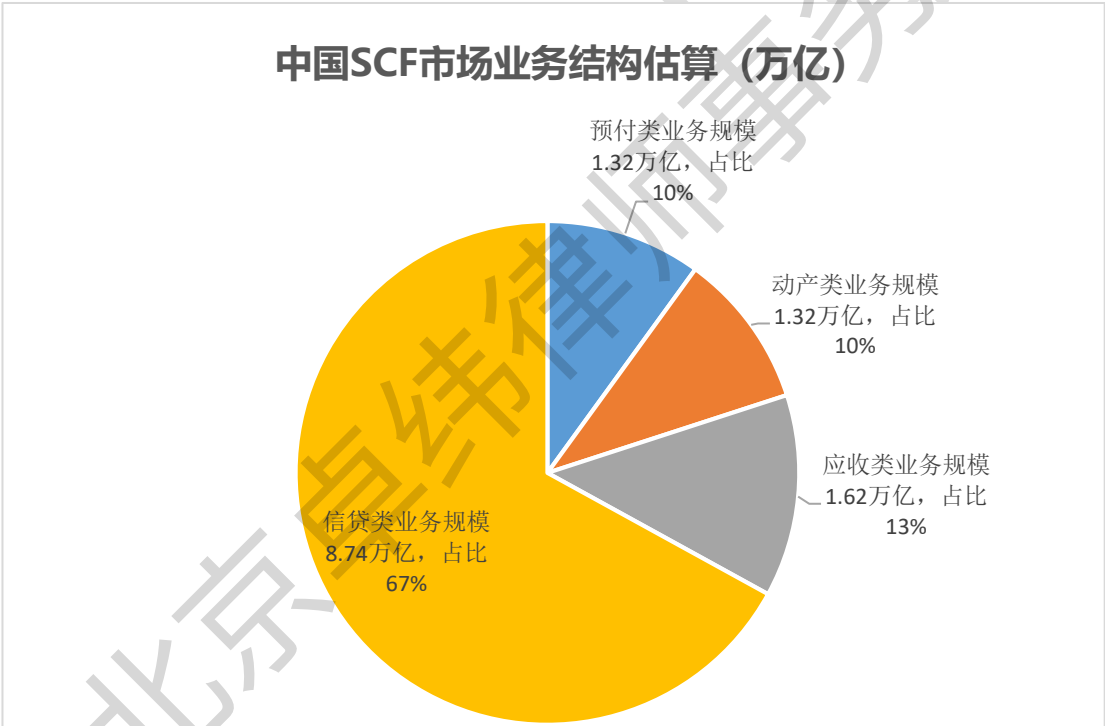
⁴ 同上。

⁵ 数据来源于银行业理财登记托管中心《2019 上半年中国银行业理财市场报告》。

⁶ 数据来源于中国银行间市场交易商协会《中国银行业发展报告（2019）》。

行、交通银行、中信银行、民生银行、招商银行、兴业银行、浦发银行、光大银行、华夏银行和平安银行、北京银行、南京银行和宁波银行等票据市场份额占比较大的 16 家银行票据业务规模进行统计，该 16 家银行 2018 年票据承兑业务的规模是 45425.74 亿元，票据贴现业务的规模是 24913.8 亿元。⁷

此外，银行作为最重要参与主体的供应链金融业务也发展迅猛（除银行外，还有供应链服务公司、物流公司、B2B 电商、金融科技公司、供应链核心企业、P2P 公司等其他主体参与），目前市场规模约 13 万亿，其中：信贷类业务规模约 8.74 万亿元，基于应收账款质押、动产质押、提货权质押的应收类、动产类、预付类业务规模合计约 4.26 万亿元，⁸具体为：



⁷ 数据来源于江西财经大学九银票据研究院鄢宇文 《2018 年 16 家上市银行的票据业务分析》。

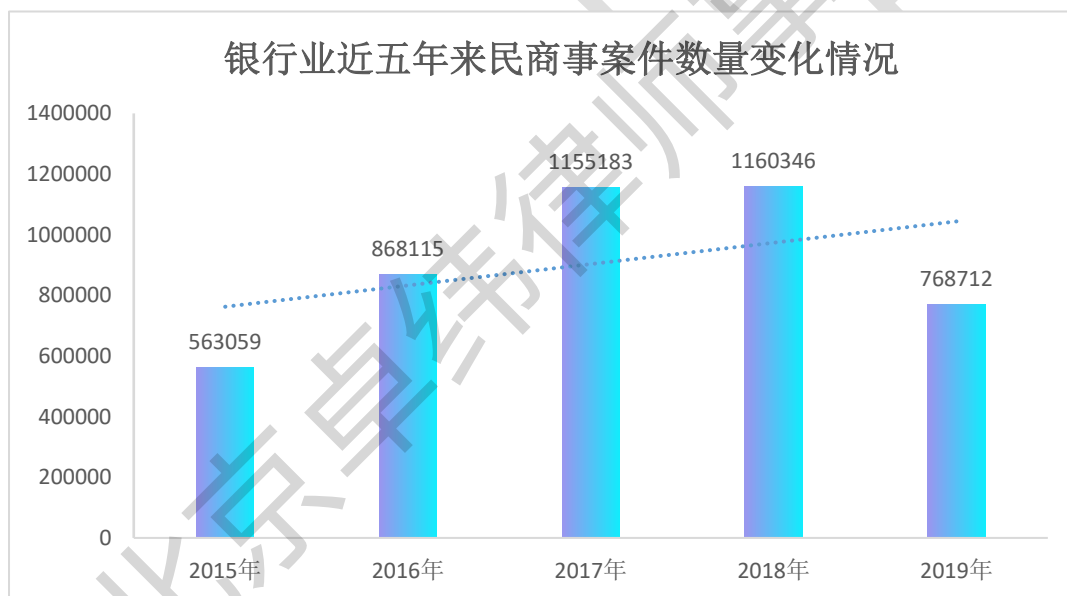
⁸ 数据来源于小米金融科技研究中心《中国供应链金融行业研究报告》。

（二）银行业涉诉情况

我们通过 Alpha、裁判文书网等数据库，以当事人名称中包含“银行”这一关键词进行检索，对银行业近五年涉诉案件进行了检索和统计。银行业近五年涉诉情况呈现以下特点：

1、银行业涉诉案件数量急剧增长

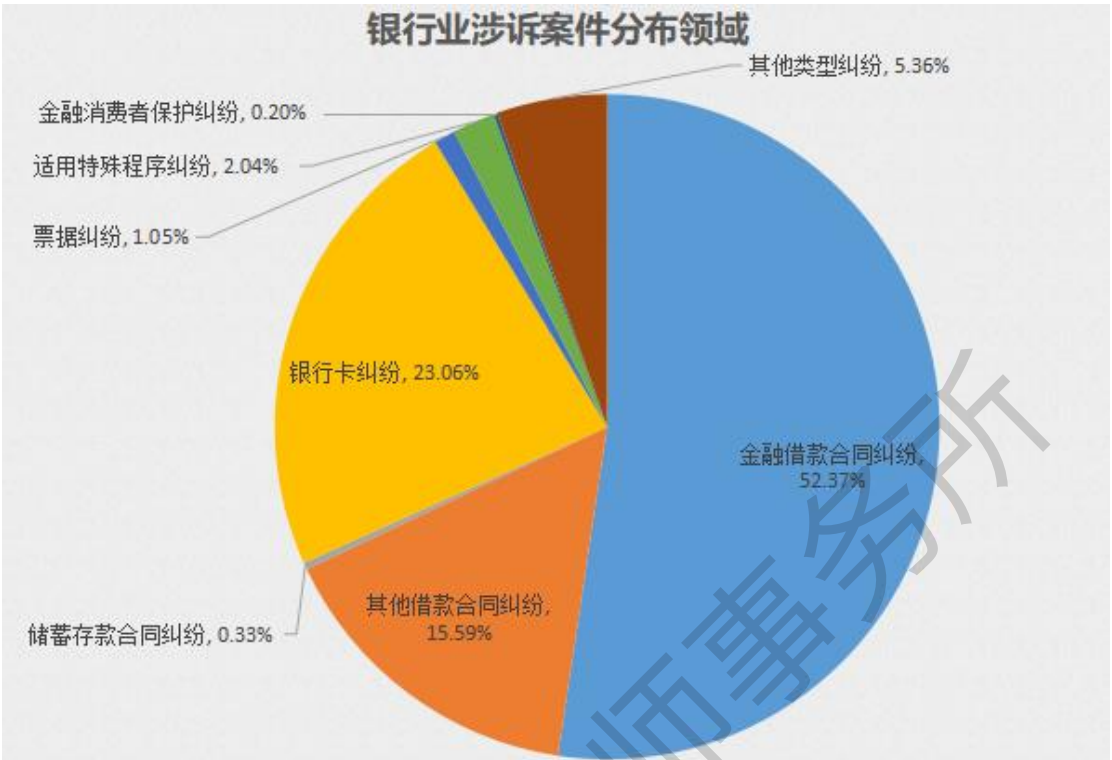
2015 年银行业涉诉案件数量约 56.3 万件，2016 年银行业涉诉案件数量约 87 万件，2017 年银行业涉诉案件数量大幅增长，案件数量约 115.5 万件，2018 年银行业涉诉案件数量约 116 万件，2019 年银行业涉诉案件数量约 76.8 万件（不完全统计），2015 年-2018 年四年保持年均 26.5% 的增长率，案件增长速度较快。



2、银行业涉诉案件主要集中在金融借款领域

据统计，银行业近五年涉诉案件中，金融借款合同纠纷案件约 225 万件，约占总案件数量的 52.37%；银行卡纠纷案件约 99 万件，占比约为 23.06%；其他借款合同纠纷案件（案由包括委托贷款纠纷、其他借款合同纠纷等）约 67 万件，占比约为 15.59%；票据类纠纷（案由包括票据纠纷、不当得利纠纷、合同纠纷等）案件约 4.5 万件，占比约为 1.05%；储蓄合同纠纷案件约 1.4 万件，占比约为 0.33%；金融消费者保护纠纷（案由包括合同纠纷、服务合同纠纷、金融委托

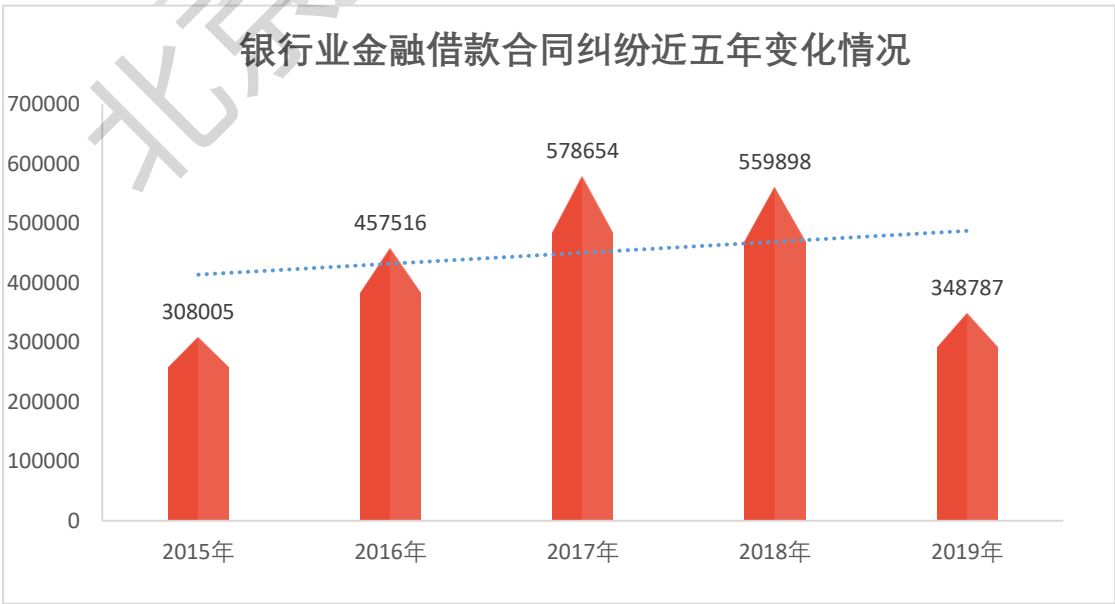
理财合同纠纷、财产损害赔偿纠纷等）案件约 0.84 万件，占比约为 0.2%。



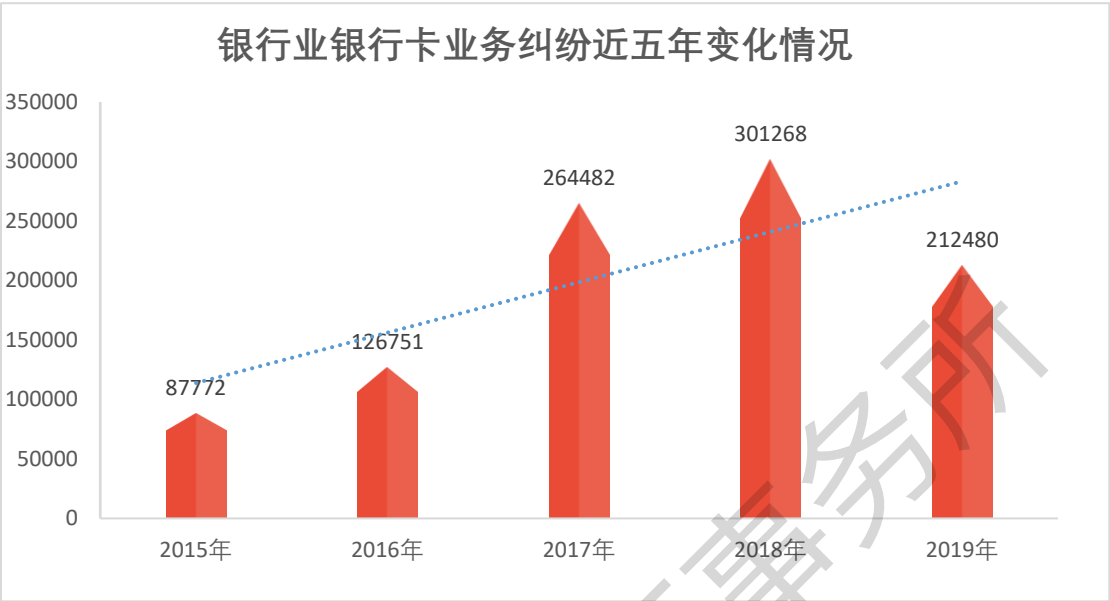
3、金融消费者纠纷案件、银行卡纠纷案件和票据类纠纷案件增长速度较快

（1）银行业各主要业务类型涉诉案件近五年变化情况

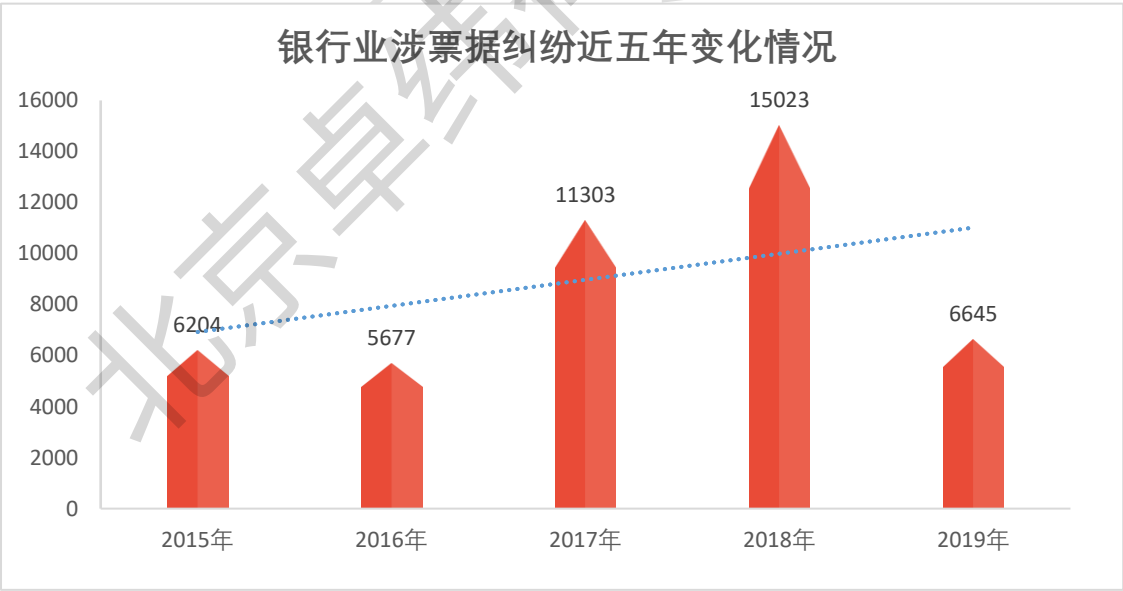
2015 年银行业涉及金融借款合同纠纷案件约 30 万件，2018 年约为 56 万件，四年增长率达 81.7%。



2015 年银行业涉及银行卡纠纷案件约 8.7 万件，2018 年约 30 万件，四年增长率高达 243%。

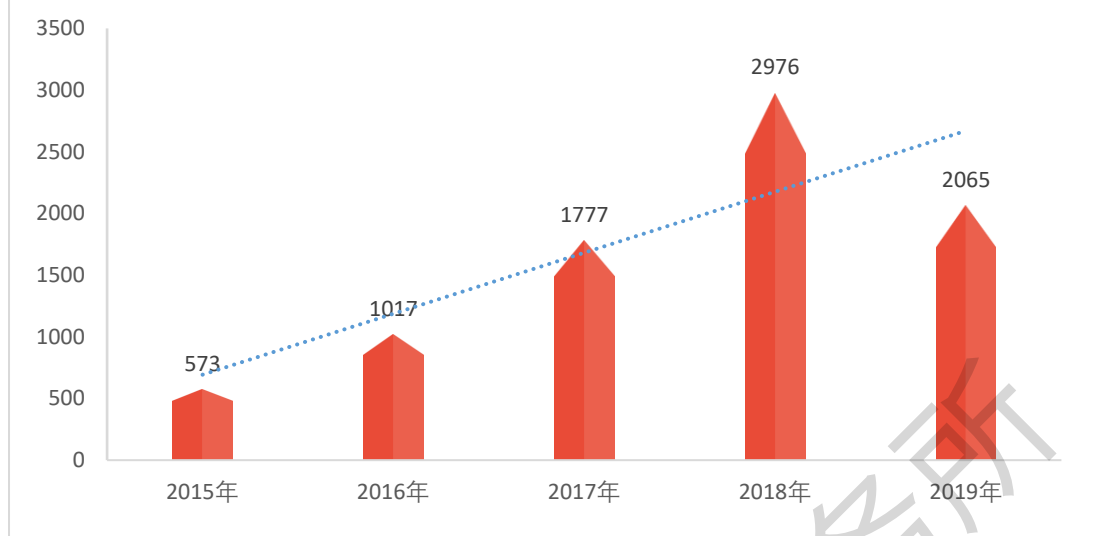


2015 年银行业涉及的票据纠纷案件为 6204 件，2018 年为 15023 件，四年增长率高达 142%。



2015 年银行业涉及金融消费者保护纠纷案件为 573 件，2018 年为 2967 件，增长率高达 419%。

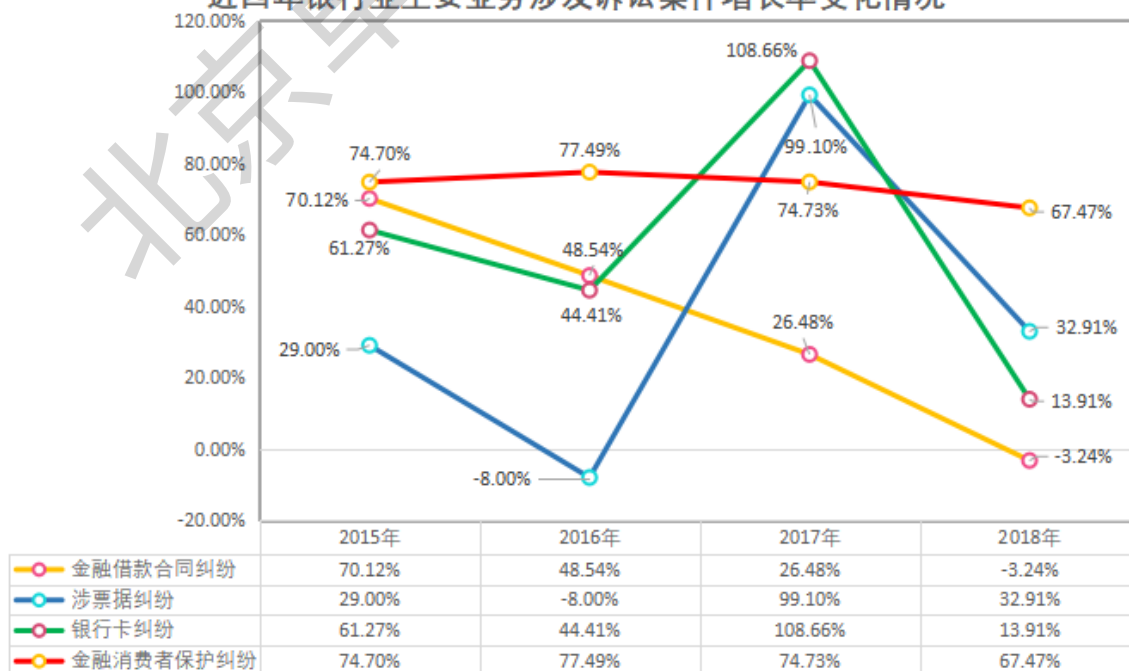
银行业金融消费者保护纠纷近五年变化情况



(2) 金融消费者保护纠纷、银行卡纠纷和票据类纠纷案件增长速度较快

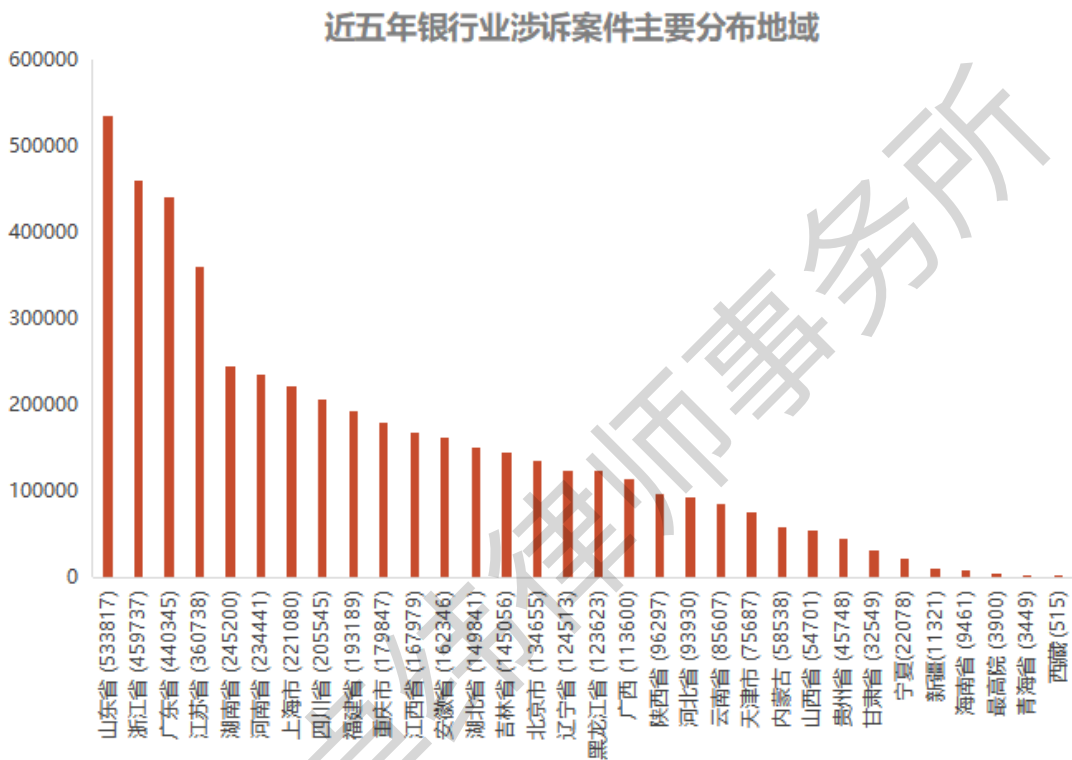
从2015年至2018年,银行业涉及金融消费者保护纠纷案件增长率高达419%,银行卡纠纷案件增长率高达243%,涉票据纠纷数量增长率约为142%,金融借款合同纠纷增长率为约81.7%。从年度增长率来看,金融借款合同年增长率呈逐年下降趋势,涉票据纠纷、银行卡纠纷案件年增长率呈整体上涨趋势,金融消费者保护纠纷案件年增长率稳定在70%左右。

近四年银行业主要业务涉及诉讼案件增长率变化情况



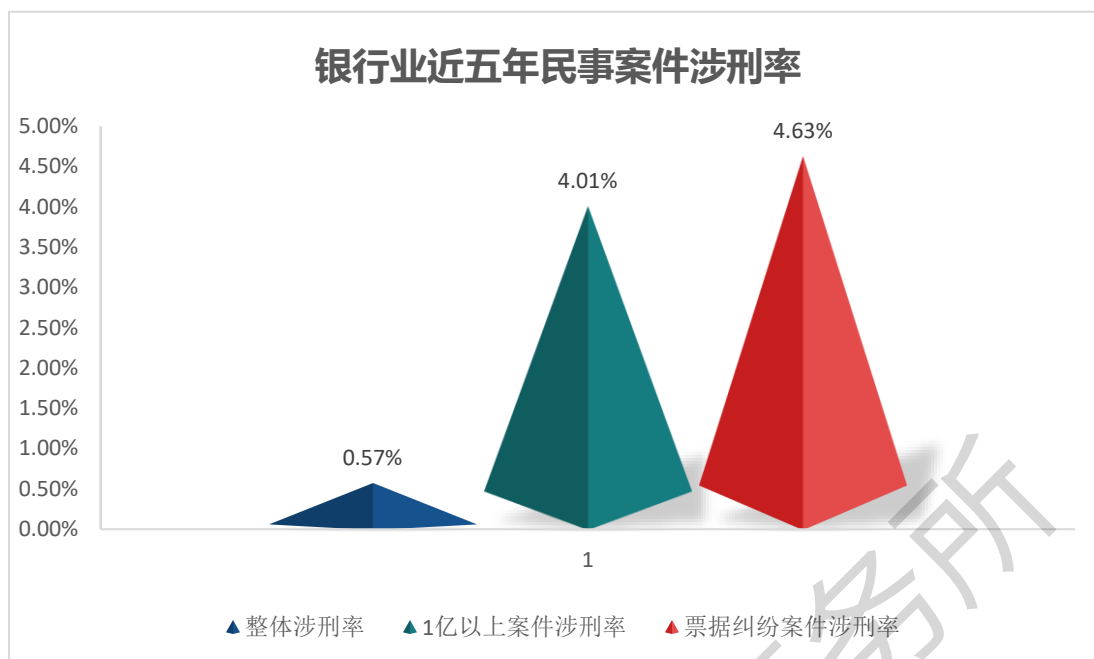
4、银行业近五年涉诉案件主要分布在山东、浙江、广东、江苏、湖南、河南、上海和四川等地

近五年，银行业涉诉案件主要分布地域为：山东约 53 万件，浙江约 46 万件，广东约 44 万件，江苏约 36 万件，湖南约 24 万件，河南约 23 万件，上海约 22 万件，四川约 20 万件。



5、银行业民事案件整体涉刑率约为 0.57%，大额标的纠纷和票据类纠纷涉刑率较高

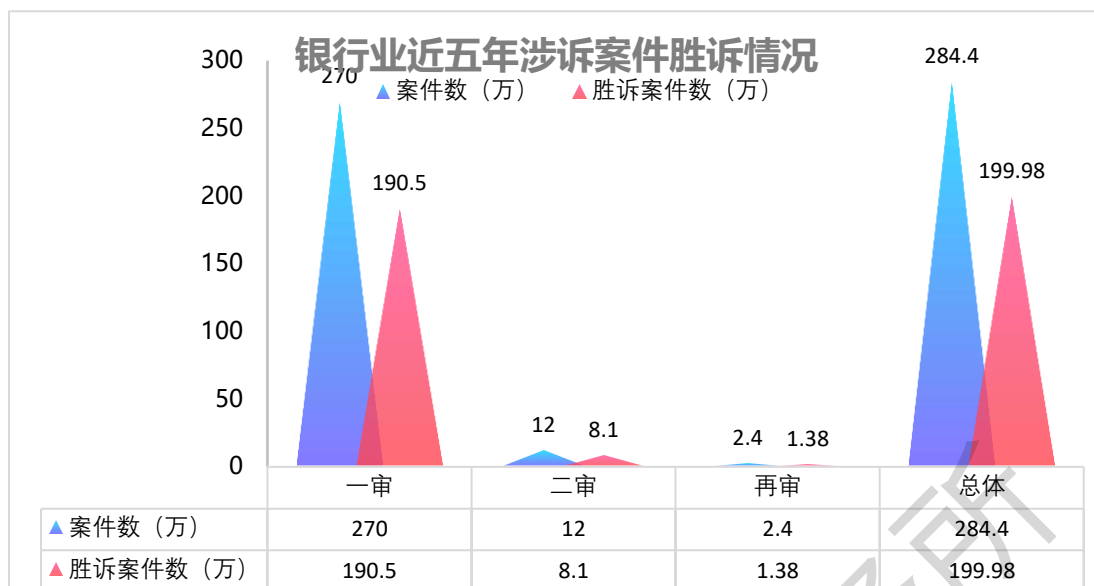
近五年，银行业民事案件涉及刑事犯罪约 2.5 万件，整体涉刑率约为 0.57%；标的额在 1 亿以上案件涉刑率约为 4%；票据类纠纷涉刑率约为 4.6%。



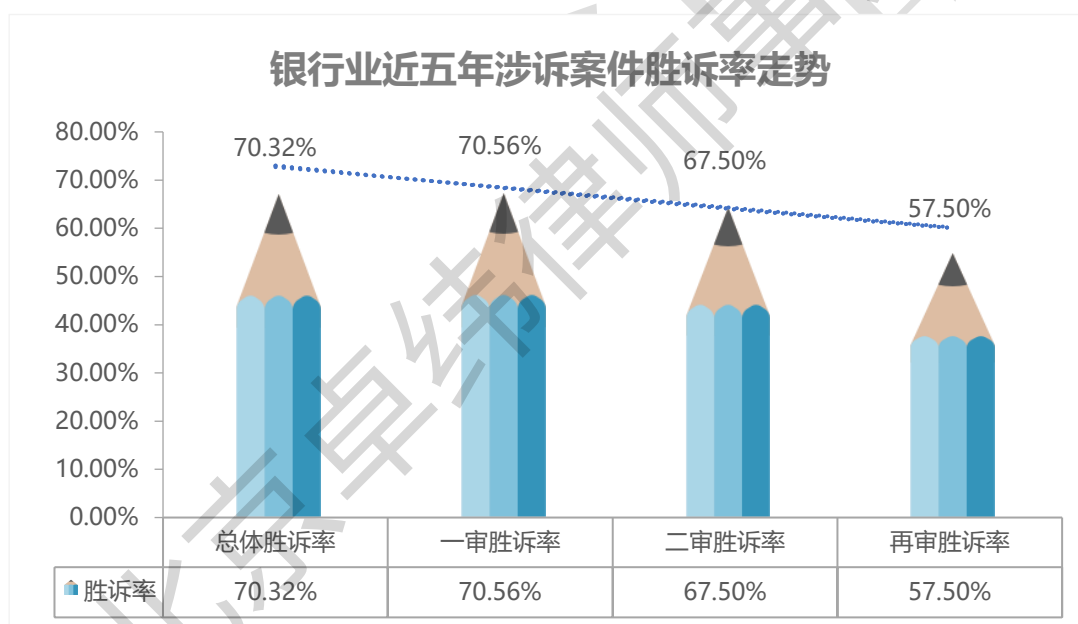
6、银行整体胜诉率约为 70.3%

银行一方当事人胜诉标准的具体计算方法是：一审中，主动起诉时诉讼请求全部或部分获得法院支持，被起诉时原告诉讼请求被全部或大部分驳回、原告主动撤诉；二审中，主动上诉时上诉请求全部或部分获得法院支持，被上诉时上诉人上诉请求全部或大部分被驳回、上诉人主动撤诉；再审中，主动申请再审时，再审请求全部或部分获得法院支持（含发回重审），被申请再审时，申请人再审请求全部或大部分被驳回、再审申请人主动撤诉。

银行涉及一审、二审、再审程序案件总量约为 284.4 万件，银行胜诉约 200 万件，胜诉率约为 70.3%。其中，一审案件数量约 270 万件，银行胜诉约 190.5 万件，胜诉率约为 70.6%；二审案件约 12 万件，银行胜诉约 8.1 万件，胜诉率约为 67.5%；再审案件约 2.4 万件，银行胜诉约 1.38 万件，胜诉率约为 57.5%。



银行涉诉案件的一审、二审、再审胜诉率依次下降，具体如下：



（三）《会议纪要》对银行业的整体影响

1、《会议纪要》体现的金融审判理念及金融审判方法

（1）金融审判理念

1) 降低融资成本，服务实体经济

金融是实体经济的血脉，为实体经济服务是金融的宗旨。金融审判工作要坚持以促进金融服务实体经济发展为出发点，积极引导金融发展同经济社会发展相

协调，降低实体经济融资成本，引导资金“脱虚向实”，把更多金融资源配置到经济社会发展的重点领域和薄弱环节，更好地满足人民群众和实体经济多样化的金融需求。

2019年7月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：在民商事审判实践中，民间借贷利率泛化适用现象较为突出，有必要坚持金融服务实体经济原则，根据切实降低实际融资利率水平的要求，区别对待金融借贷与民间借贷，适用不同的规则和利率标准。

《会议纪要》第三部分第（三）节明确规定，人民法院在审理借款合同纠纷案件过程中，要根据防范化解重大金融风险、金融服务实体经济、降低融资成本的精神进行审判。《会议纪要》关于金融借贷与民间借贷适用不同规则与利率标准、变相利息的规制、高利转贷行为无效等条款均体现了降低融资成本的金融审判理念。

2) 协同监管政策，规范规避行为

协同监管政策、规范规避行为是金融审判和《会议纪要》制定的指导理念之一。2018年10月，最高法院民二庭副庭长关丽法官在北京金融法治建设研讨会上指出：在强监管背景下，金融商事审判要注重与监管部门协同配合，这就要求人民法院在认定行为性质时，要尽可能尊重金融监管机构的专业性判断，实现金融交易的横向规范与金融市场纵向监管的有机结合。对于违反监管规定的行为，人民法院可以通过向金融监管机构发出司法建议的方式，由金融监管机构通过行政执法行为予以规范和整治，实现商事审判和金融监管的功能互补与协同配合。

2019年7月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：要充分尊重监管规定和交易规则，依法支持监管机构有效行使监管职能。要有效应对监管政策变化给民商事审判带来的挑战，加强与监管部门的协调配合，协力化解重大风险。

金融审判的专业性、金融创新的超前性以及金融立法的滞后性，是金融审判日渐与金融监管政策一致的三大原因。《会议纪要》有诸多条款体现金融审判要

协同监管政策、规范规避行为的金融审判理念，如：第 31 条，规定违反规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，可以损害社会公共利益认定合同无效，并明确法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理，这响应的是监管部门对于金融市场强监管的政策；第 51 条，变相利息的约束，响应国家关于降低企业融资成本的精神；第 52 条，违反信贷秩序的高利转贷、职业放贷行为无效，响应国家关于防范化解重要金融风险的精神；第 86 条和第 87 条，关于场外配资合同无效的规定，响应国家关于维护资本市场交易秩序和控制资本市场信用交易规模的政策；第 92 条和第 93 条，关于保底刚兑和通道业务的相关规定，与《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（下称“《资管新规》”）的精神一致，等等。

3) 坚持诉讼经济，妥善化解纠纷

诉讼经济原则是制定《会议纪要》和金融纠纷案件审判的指导理念之一，具体是指一次性解决纠纷，高效解决纠纷。金融交易中，参与主体和交易环节繁多，将同一交易中的不同法律关系涉及诉讼合并审理，或追加其他当事人参加诉讼，同时将未参与诉讼当事人应承担的相应份额作为案件当事人责任划分的考量因素，有利于正确认定案件事实、准确划分各方责任。

《会议纪要》诸多条款体现了诉讼经济原则的审判理念，如：第 36 条，明确合同纠纷中，原告请求确认合同无效但并未提出返还原物或者折价补偿、赔偿损失等请求，原告请求确认合同无效并要求被告返还原物或者赔偿损失、被告基于合同也有给付行为等情况，法院应当向当事人释明；第 70 条，明确保兑仓交易案件，法院可将不同法律案件合并审理，并追加未参加诉讼当事人参加诉讼；第 80 条，明确证券纠纷案件中，法院可将部分案件合并审理、在示范判决基础上进行委托调解，推广代表人诉讼等；第 104 条，明确票据清单交易、封包交易案件中，为实现纠纷的一次性解决，法院可支持出资银行以实际用资人和参与交易的其他金融机构为共同被告，出资银行仅以整个交易链条的部分当事人为被告提起诉讼的，人民法院应当释明其应当申请追加参与交易的其他当事人作为共同

被告，人民法院在确定其他金融机构的过错责任范围时，应当将未参加诉讼的当事人应当承担的相应份额作为考量因素，相应减轻本案当事人的责任。

4) 运用多种手段，保护金融消费者

2019年7月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：在审理发行人、销售者以及服务提供者（以下简称卖方机构）与金融消费者之间因销售各类高风险权益类金融产品和为金融消费者参与高风险投资活动提供服务而引发的民商事案件中，必须坚持“卖者尽责、买者自负”原则，将金融消费者是否充分了解相关金融产品、投资活动的性质及风险并在此基础上形成自主决定作为应当查明的案件基本事实，依法保护金融消费者的合法权益，规范卖方机构的经营行为，培育理性的金融消费文化，推动形成公开、公平、公正的市场环境和市场秩序。

《会议纪要》第五部分明确规定：在审理金融产品发行人、销售者以及金融服务提供者与金融消费者之间因销售各类高风险等级金融产品和为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务而引发的民商事案件中，必须坚持“卖者尽责、买者自负”原则，将金融消费者是否充分了解相关金融产品、投资活动的性质及风险并在此基础上作出自主决定作为应当查明的案件基本事实，依法保护金融消费者的合法权益，规范卖方机构的经营行为，推动形成公开、公平、公正的市场环境和市场秩序。《会议纪要》的起草者在对全国各级法院法官进行《会议纪要》培训时指出，第五部分“关于金融消费者权益保护纠纷案件的审理”规范意旨是金融消费者能够在自主决定的基础上，形成“意思表示”，从而实现责任自负。

《会议纪要》第72条至第78条等关于金融消费者权益保护纠纷案件部分等条款均体现了消费者保护的金融审判精神。

（2）金融审判方法

1) 体系化

体系化具体是指将民事法律和特别商事法律视为一个整体，民法与商法之间相互融合、相互作用，不能孤立看待。体系化要求商事法律和司法解释的解读必

须遵循民法原理，商法没有特别规定时，适用民法。体系化的意义在于协调司法审判和行政监管，促进金融监管由机构监管向功能监管转变，并解决金融审判中无上位法可依的困境。

体系化是《会议纪要》起草的整体思路，也是金融纠纷审判的指导理念之一。其核心思想为：对于金融交易中法律关系性质的认定、法律行为效力的认定和法律后果认定，应当在民法的基本框架下解决。《会议纪要》诸多条款体现了体系化的审判方法，如：第 17 条至第 24 条，公司对外担保的效力及责任划分回归《合同法》第五十条和《民法总则》第六十一条关于越权代表的规定；第 88 条，明确资管业务纠纷适用信托法及其他有关规定；第五部分，明确金融消费者权益保护纠纷审判回归意思自治和诚实信用的民法基本原则；第 68 条保兑仓交易案件和第 103 条票据清单交易、封包交易案件中当事人真实权利义务应回归《民法总则》关于通谋虚伪意思表示的有关规定。

2) 类型化

金融交易中，不同市场主体与监管机构就本质相同或相似的交易形态往往形成截然不同的话语体系。基于这样的业务现状，最高法院提出类型化的审判思路，引导审判实践将不同的金融交易分门别类，适用或参照适用《合同法》中有名合同的规定。其法理基础在于《合同法》第一百二十四条关于“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”之规定。

作为类型化的基础，《会议纪要》金融部分主要起草人即将金融交易归纳为五个问题，包括：钱从哪里来（资金来源）、钱是怎么弄来的（中介机构）、钱到哪里去了（实际资人）、钱是怎么去的（中介机构）、变成了什么（资产形态）。

具体而言，类型化是通过剖析法律关系的实质，把复杂的金融合同文本以及交易结构简化，在民法中找到与其对应的典型合同及其适用规则。《会议纪要》征求意见稿和正式稿诸多条款体现了类型化的审判方法，如：《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》（下称“征求意见稿”）第 90 条规定优先

级受益人与劣后级受益人之间的关系一般可以认定为借款合同关系,《会议纪要》正式稿虽去掉了上述规定,起草人在对全国各级法院法官进行《会议纪要》培训时指出,正式稿规定“劣后级受益人负有对优先级受益人从信托财产获得利益与其投资本金及约定收益之间的差额承担补足义务”,虽对借款关系不作表态,但事实上“大家也应知道为借款关系”;《会议纪要》第 91 条,将符合《担保法》规定的第三方增信措施类型化为保证;征求意见稿第 89 条,将信托“特定资产或特定资产收益权转让与回购”类型化为借款。

3) 穿透化

无论交易结构多么复杂,都要穿透至双方真实的意思表示,并依据该真实意思表示确定双方之间的法律关系,这是穿透式金融审判方法的基本逻辑,其法理基础在于《民法总则》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。。

2017 年 8 月 4 日,最高法院发布《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》,该意见指出:对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为,要以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务。

2018 年 10 月,原最高法院民二庭副庭长关丽法官在北京金融法治建设研讨会上指出:总体来看,强监管给金融商事审判带来的挑战主要包括以下几个方面:一是事实查明难。为规避监管,当事人往往会采取多层嵌套、循环交易等更加复杂的交易模式,此种交易模式涉及多方当事人,增加了法院查明事实的难度。如为规避禁止企业间借贷的政策,企业之间就通过名为买卖、实为借贷的融资性贸易形式实现资金拆借的目的。为了掩饰借贷双方之间直接以同一标的物进行逆向虚假买卖的行为,当事人往往会再引入一个关联公司或合作单位,开展三方甚至更多当事人之间的托盘交易。对因此引发的纠纷,即便所有当事人都参加诉讼,都不一定能查明相关事实。更何况受制于不告不理规则,在仅有部分当事人参加诉讼的情况下,法院查清事实的难度就更大。二是行为定性难。为逃避监管,当事人往往采取虚伪意思表示的方式,以合法形式掩盖非法目的,增加了法院准确认定行为性质的难度。还以融资性买卖为例,融资性买卖又有资金空转型和代垫

资金型之分，前者属于企业间借贷，后者则属于连环买卖。在司法实践中如何认定某一种融资性买卖究竟是真正的买卖，还是名为买卖实为借贷并非易事。再如，名股实债中当事人享有的究竟是股权还是债权，回购型融资租赁究竟是企业间借贷还是融资租赁，股权让与担保究竟是股权转让、让与担保还是股权质押，等等。前述问题都是长期困扰司法实践的问题，有必要通过出台《会议纪要》、指导性案例等方式统一裁判尺度。

2019年7月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：要树立穿透式审判思维。商事交易如融资租赁、保理、信托等本来就涉及多方当事人的多个交易，再加上当事人有时为了规避监管，采取多层嵌套、循环交易、虚伪意思表示等模式，人为增加查明事实、认定真实法律关系的难度。妥善审理此类案件，要树立穿透式审判思维，在准确揭示交易模式的基础上，探究当事人真实交易目的，根据真实的权利义务关系认定交易的性质与效力。在仅有部分当事人就其中的某一交易环节提起诉讼，如在融资性买卖中，当事人仅就形式上的买卖合同提起诉讼的情况下，为方便查明事实、准确认定责任，人民法院可以依职权追加相关当事人参加诉讼。

金融交易中，当事人为规避监管，往往设置纷繁复杂的交易模式，通过表面的合法交易来隐藏实质的违法交易，最高法院确立了此类案件的穿透性审判原则——对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为，穿透性地以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务。《会议纪要》诸多条款体现了穿透性的金融审判方法，如：第69条，无真实贸易的保兑仓交易以真实的借款关系认定各方权利义务；第100条，对于贴现行工作人员与贴现申请人合谋伪造贴现申请材料的，按照基础关系处理；第102条，对于当事人虚构转贴现事实或者当事人之间不存在真实的转贴现合同法律关系的，按照真实交易关系确定当事人责任，等等。

4) 规范化

规范化思维是指，法律仅保护合法的金融交易，对于不符合法律、行政法规和监管规定的交易，要依法确定其合同效力。

规范化思维最直接的体现是《会议纪要》第 31 条【违反规章的合同效力】。在以往的司法实践中，违反规章通常不会影响合同效力，但以福建伟杰投资有限公司、福州天策实业有限公司营业信托纠纷案【（2017）最高法民终 529 号】为标志，对于违反规章损害市场秩序的合同，最高法院倾向以相关法律行为损害社会公共利益为由，依据《合同法》第五十二条第（四）项认定合同无效。本次《会议纪要》进一步明确，如果规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，违反该规章应当认定合同无效，充分体现了强监管背景下的规范化思维。

2、《会议纪要》的适用原则

（1）一二审案件应严格适用《会议纪要》

最高法院在《关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（下称“通知”）中指出，《会议纪要》经最高人民法院审判委员会民事行政专业委员会讨论决定，对统一裁判思路，规范法官自由裁量权，增强民商事审判的公开性、透明度以及可预期性，提高司法公信力具有重要意义，各级人民法院要正确把握和理解适用《会议纪要》的精神实质和基本内容，在案件审理中正确理解适用，对于适用中存在的问题，应层报最高法院。

上述规定实际明确了各级法院要严格适用《会议纪要》确立的裁判思路，在遇到类似案例时，应当严格按照《会议纪要》的规定进行判决，坚持同案同判。

（2）《会议纪要》不能作为裁判依据，但可作为说理依据

通知指出，《会议纪要》不是司法解释，不能作为裁判依据进行援引，人民法院在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用的理由时，可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理。

(3) 《会议纪要》不能适用于再审案件

通知指出,《会议纪要》发布后,人民法院尚未审结的一审、二审案件,在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用的理由时,可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理,明确排除了再审案件的适用。

3、《会议纪要》涉及银行业务的主要规定

《会议纪要》共计 12 部分 130 条,其中,涉及银行业务的主要有 70 条,内容涵盖银行业务中的贷款及担保、供应链金融、金融消费者保护、保函、票据等领域,具体见下表:

《会议纪要》涉及银行业务的相关规定					
序号	业务类型	分类	相关问题	涉及条款	主要内容
1.	一般信贷类业务 (共计 24 条)	贷款	借款合同 的盖章	第 41 条	盖章行为的法律效力
2.			利息	第三部分第(三) 节总论	金融借款适用利率 LPR
3.				第 51 条	变相利息的认定
4.			违约金	第 50 条	违约金过高标准和举证责任
5.			担保总论	第 54、55、59 条	担保从属性原则的适用
6.				第 56 条	混合担保中担保人之间的追偿问题
7.				第 57 条	借新还旧的担保物权
8.				第 17、18、19、 20、21、22、23 条	公司对外提供担保的效力及责任划分 债务加入准用公司对外担保的相关规定

9.			抵押	第 58 条	最高额抵押担保债权的范围
10.				第 60 条	未办理登记的不动产抵押合同的效力
11.				第 61 条	房地分别抵押
12.				第 62 条	抵押权随主债权转让
13.				第 64 条	浮动抵押的效力
14.			质押	第 65 条	动产抵押权与质权竞存
15.			非典型担保	第 66 条	非典型担保关系的认定
16.				第 67 条	约定担保物权的效力
17.				第 71 条	让与担保
18.	特殊信贷类业务及担保（共计 13 条）	供应链金融业务		第 63 条	流动质押的设立与监管人的责任
19.				第 66 条	非典型担保关系的认定
20.				第 91 条	增信文件的性质
21.				第 17、18、19、20、21、22、23 条	公司对外提供担保的效力及责任划分 债务加入准用公司对外担保的相关规定
22.		保兑仓业务		第 68、69、70 条	保兑仓交易模式和无真实贸易背景的保兑仓交易及争议处理
23.	票据业务（共计 6 条）	合谋虚构贴现		第 100 条	合谋伪造贴现申请材料的后果
24.		票据转贴现		第 102 条	转贴现协议
25.		票据清单交易、封包交易		第 103、104、105 条	票据清单交易、封包交易案件中的票据权利、案件处理原则、民刑交叉问题

26.		恶意申请公示催告	第 106 条	恶意申请公示催告的救济
27.	银行理财业务（共计 7 条）	金融消费者权益保护纠纷案件的审理原则	第五部分总论	金融消费者权益保护纠纷案件的审判理念
28.		适当性义务的界定及违反适当性义务的认定标准	第 72、73 条	适当性义务及确定适当性义务内容时的法律适用规则
29.		违反适当性义务的责任承担主体和责任承担方式	第 74 条	责任主体
30.		举证责任划分	第 75 条	举证责任分配
31.		告知说明义务之主客观相结合的判断标准	第 76 条	告知说明义务
32.		赔偿责任之承担	第 77、78 条	损失赔偿数额、免责事由
33.	民刑交叉（共计 3 条）	民刑交叉	第十二部分总论，第 128、129、130 条	同一当事人因不同事实发生的民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪的分别审理原则 涉众型经济犯罪与民商事案件的程序处理 民刑交叉案件中民商事案件中止审理的条件
34.	不良资产	以物抵债	第 44、45 条	以物抵债协议
35.	处置与清收（共计	抵押权随主债权转让	第 62 条	抵押权随主债权转让
36.	26 条）	股东责任	第二部分第（四）节总论，第 10、	公司与股东人格混同 公司股东过度支配与控制

			11、12、13 条	公司 股东实际投入公司的资本 数额显著不足 公司人格否认案件当事人的 诉讼地位
37.			第二部分第（五） 节总论，第 14、 15、16 条	股东怠于履行清算义务案 件的审理
38.		涉及信托公司的 财产保全	第 95 条	信托财产的诉讼保全
39.			第 96 条	信托公司固有财产的诉讼 保全
40.		案外人执行异议	第 119 条	案外人执行异议之诉的审 理
41.		第三人撤销之诉	第 120 条	债权人能否提起第三人撤 销之诉
42.		破产	第十部分总论， 第 107、108、109、 110、111、112、 113、114、115、 116、117、118 条	关于破产案件纠纷的审理

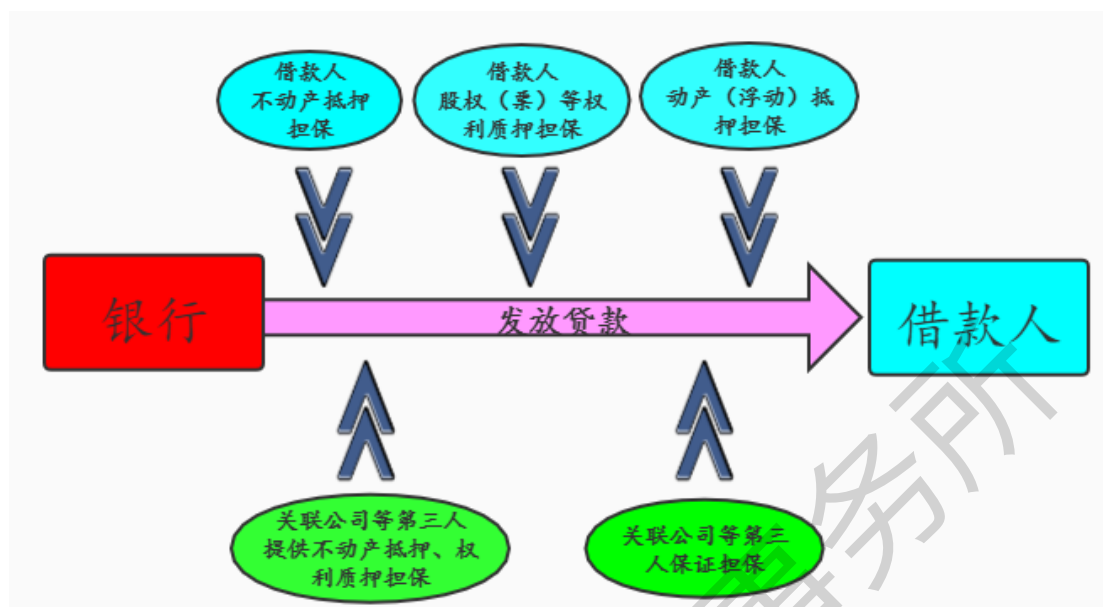
二、《会议纪要》对银行具体业务的影响及应对建议

（一）对一般信贷类业务及担保的影响及应对建议

1、业务模式

银行进行一般信贷业务，通常需要借款人提供房屋和土地使用权等不动产、动产或权利等抵押、质押担保，或由其指定的具有足够经济实力的第三人提供保证担保。一般信贷业务的基本流程是：（1）银行与贷款人、担保人签订贷款合

同、抵押合同、质押合同和保证合同；（2）办理抵/质押登记、出质人向银行移交质物；（3）银行向贷款人发放贷款。



2、贷款合同的签订

（1）贷款合同的盖章

1) 真人假章的合同效力

《会议纪要》第 41 条规定：“41. 【盖章行为的法律效力】司法实践中，有些公司有意刻制两套甚至多套公章，有的法定代表人或者代理人甚至私刻公章，订立合同时恶意加盖非备案的公章或者假公章，发生纠纷后法人以加盖的是假公章为由否定合同效力的情形并不鲜见。人民法院在审理案件时，应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。法定代表人或者其授权之人在合同上加盖法人公章的行为，表明其是以法人名义签订合同，除《公司法》第 16 条等法律对其职权有特别规定的情形外，应当由法人承担相应的法律后果。法人以法定代表人事后已无代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。代理人以被代理人名义签订合同，要取得合法授权。代理人取得合法授权后，以被代理人名义签订的合同，应当由被代理人承担责任。被代理人以代理人事后已无代理权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。”该条主要解决的是“真人假章”情形下合同效力

如何认定的问题。

实践中，银行在进行贷款业务时，部分合同相对人故意使用虚假公章、与备案不一致的公章与银行签订借款或担保合同，事后又以加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致、法定代表人事后已无代表权、代理人事后已无代理权等主张案涉合同非其签订，不应对其发生效力。近些年涉及虚假公章的纠纷高发，在2019年7月爆发的诺亚34亿踩雷事件中，广东承兴控股向第三人转让其对京东享有的2.6亿应收账款，京东为其出具的应收账款确认函上加盖的即为虚假公章，引发一时轰动。

关于加盖虚假公章的合同效力，之前司法实践中有两种观点。**第一种观点无效说认为**，加盖公章的行为意在表明合同所涉及内容系印章主体的真实意志，虚假公章不能代表公司真实的意思表示，所涉合同应属无效。如在“高曙丽、吴基琳与被上诉人彭绍琴、江西永通科技有限公司民间借贷纠纷一案的民事判决书”

【（2013）鼓商初字第729号民事判决】中，江苏南京鼓楼区法院即认为：“关于担保合同的效力问题，吴基琳加盖公司虚假公章是违背公司意志的行为，虽吴基琳以时任永通公司法定代表人的身份在担保合同上签名，因该行为非公司的真实意思表示，不具有相应的法律约束力。因此，永通公司无需为借款承担保证责任。吴基琳加盖公司虚假公章的行为是违法行为，公司无能力预见和防范该个人行为的发生，公司对此无过错。”**第二种观点有效说认为**，公司法定代表人或代理人以公司名义对外作出的民事法律行为，具有代表公司的能力和外观，无论公章是否虚假，合同均有效。如在“游斌琼与福建省万翔房地产开发有限公司、翁炎金等民间借贷纠纷申诉、申请民事裁定书”【（2016）最高法民申733号】中，最高法院即认为：“构成表见代理必须符合两个条件：一是代理人表现出了其具有代理权的外观；二是相对人相信其具有代理权且善意无过失。虽然2006年修订后的《公司法》第十三条规定公司法定代表人可以由董事长、执行董事或者经理担任，但从实践情况看，在公司设有董事长的情况下，由董事长担任公司法定代表人的情况是普遍现象。并且，董事长虽不一定同时担任公司法定代表人，但根据《公司法》的有关规定，其相较于公司其他管理人员显然享有更大的权力，故其对外实施的行为更能引起交易相对人的合理信赖。同时，翁炎金还是万翔公

司的股东，且在签订涉案担保合同时持有万翔公司的公章，尽管刑事判决已经认定该公章为翁炎金私刻，但结合翁炎金在万翔公司所任特殊职务以及股东身份等权利外观，已经足以让交易相对人游斌琼产生合理信赖，让其负有对公章真实性进行实质审查的义务，对于相对人要求过于严苛，不利于保护交易安全。”

关于上述争议，最高法院第二巡回法庭 2019 年第 12 次法官会议即明确采取有效说，《会议纪要》第 41 条对于该问题进一步予以明确，规定法院在审理案件时，应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力，代理人取得合法授权以被代理人的名义签订的合同，应当由法人承担相应的法律后果，法院不得以法定代表人事后已无代表权、代理人事后已无代理权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力。

2) 假人真章的合同效力

关于“假人真章”即当无代理权人或无代表权人加盖公司真实公章时的合同效力如何认定，之前司法实践中，同样存在两种观点：

第一种观点认为，持有真实公章并不必然构成表见代理，应着重考察盖章人有无代表权或代理权来认定合同效力。如在“四川省君源水电建设有限公司、习兴春民间借贷纠纷再审民事判决书”【(2018)川民再 462 号】中，四川高院即认为：“刘进忠虽有权使用君源公司公章，但并未得到君源公司对外借款的授权，反而被君源公司明确禁止在签约、借款、欠款等事项中使用公章，且刘进忠系分公司负责人，并非总公司法定代表人，其在对外借款中擅自使用不在使用职权范围内的总公司公章并非履职行为，而是无权代理行为。该无权代理行为是否有效，应依据《中华人民共和国合同法》第四十九条‘表见代理’的规定进行认定……虽一般情形下，合同上加盖公司印章，就具有推定该合同为公司意思表示的法律效力，但公章本身只是权利主体表达意志的工具和载体，公章的持有状态既可能代表授权，亦可能只是保管，公章的使用亦既可能系授权使用，也可能是未经授权的盗用，因此，如其他事实或证据足以否认公章的使用与公司的真实意思表示不一致，则公章的意思表示推定效力应被否定。本案中，刘进忠虽持有公章，但

应当与其他足以构成授予代理权外观的证据和事实相结合，其对君源公司的表见代理方能成立，不能在刘进忠没有被君源公司授予对外借款代理权情形下，仅以刘进忠私盖公章或在盖有公章的空白纸上添加借款内容的行为，认定该行为对君源公司构成表见代理。”

第二种观点认为，持有真实公章是判断是否构成表见代理的重要标准。如在“北辰正方建设集团有限公司、汪卫东建设工程施工合同纠纷再审民事裁定书”【（2016）最高法民再 181 号】中，最高法院即认为：“北辰公司虽没有授权任月占正式签订涉案工程施工合同并履行合同，但因北辰公司与杰辉公司签订的《建设工程施工合同》上北辰公司公章真实，且有任月占签名，汪卫东作为相对人有理由相信任月占对北辰公司有代理权，据此，其与任月占签订《项目承包协议》、《解约退款协议》等协议时，任月占的代理行为有效。”

最高法院民二庭在其主编的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》（下称“《会议纪要理解与适用》”）中明确采用第一种观点，认为盖章人若无代表权或代理权的，即便加盖的是真实公章，亦可认定合同对被代理人不发生效力。

关于先在空白合同书上加盖公章、后确定合同内容时，合同效力及责任承担的如何认定的问题。《会议纪要理解与适用》明确以空白合同持有人与公司之间是否具有代理关系或足以使交易相对人相信其有代理权来判断合同效力是否及于公司，若持有人仅持有加盖公章的空白合同，尚不足认定其有代理权，应按无权代理规则处理。

3) 具备代理和代表表象的判定因素

《会议纪要》第 41 条实际确立了“真人假章”和“假人真章”情况下“看人不看章”的裁判思路，纠正了之前司法实践中，法院过度依赖公章真假认定合同效力的裁判思路。关于代理和代表的表象如何判定，我们研究发现，之前司法实践中，除考查公章真假外，还会考虑以下因素：

I. 代理人的职务

代理人若在公司担任股东、法定代表人、董事长或其他高级管理职务，会使

交易相对人产生合理信赖。如在“游斌琼与福建省万翔房地产开发有限公司、翁炎金等民间借贷纠纷申诉、申请民事裁定书”【（2016）最高法民申 733 号】中，最高法院即认为：“虽然 2006 年修订后的《公司法》第十三条规定公司法定代表人可以由董事长、执行董事或者经理担任，但从实践情况看，在公司设有董事长的情况下，由董事长担任公司法定代表人的情况是普遍现象。并且，董事长虽不一定同时担任公司法定代表人，但根据《公司法》的有关规定，其相较于公司其他管理人员显然享有更大的权力，故其对外实施的行为更能引起交易相对人的合理信赖。同时，翁炎金还是万翔公司的股东……已经足以让交易相对人游斌琼产生合理信赖，让其负有对公章真实性进行实质审查的义务，对于相对人要求过于严苛，不利于保护交易安全。”

II. 代理行为实施地

表见代理行为若发生被代理人办公场所，即便行为人不是被代理人工作人员，也可能构成表见代理。如在“三门峡华瑞商贸有限公司、江西省丰城市华康煤炭有限公司合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【（2017）最高法民申 999 号】中，最高法院即认为：“吕某虽然并非华瑞商贸公司的法定代表人，但该合同的签订地点在华瑞商贸公司法定代表人的办公室，合同上加盖有华瑞商贸公司的公章，因此吕某在合同上签字之行为具有华瑞商贸公司授权的客观表象。”

III. 代理人或代表人以谁名义实施行为

法定代表人仅以自己名义签订合同，合同未加盖公司公章，不涉及表见代表或表见代理的问题。如在“福州绿力健康产品有限公司与蒋汉平、青海正远贸易有限公司等股权转让纠纷二审民事判决书”【（2014）民四终字第 51 号】中，最高法院即认为：“蒋汉平是以个人名义签订的《收购协议》，而不是以包括正远贸易在内的三家矿业公司股东的法定代表人或代理人身份签订的协议，因此本案不涉及表见代表或表见代理的问题。《中华人民共和国合同法》第八条规定：‘依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。’正远贸易、正远矿业均没有被列为《收购协议》的当事人，根据合同相对性原则，合同不能约束合同以外的当事人，故绿力公司仅与合同相对人蒋汉平之间存在合同债权债务关系。”

IV. 文件种类与印章种类是否匹配

一般情况下，公司除了公章之外，往往还有其他多种印章，如合同专用章、财务章、发票专用章、项目专用章等。司法实践中，加盖印章的种类与文件种类是否匹配也是法院认定是否构成有权代理或代表的考量因素之一。如在“陈晓兵与国本建设有限公司、中太建设集团股份有限公司民间借贷纠纷申请再审民事裁定书”【（2014）民申字第1号】中，最高法院即认为：“尽管诉争借款用于涉案工程，但借款合同与建设工程施工合同是两个不同的合同关系，实际施工人对外借款不是对涉案项目建设工程施工合同的履行，《借款协议》也不属于工程项目资料，故在《借款协议》上加盖中太公司项目部资料专用章超越了该公章的使用范围，在未经中太公司追认的情况下，不能认定《借款协议》是中太公司的意思表示。”

关于上述观点，《会议纪要理解与适用》提出，如果盖章之人确有代理权的，即便使用印章超出使用范围，亦不宜认定合同无效，需结合交易习惯综合认定，比如借款合同虽加盖项目公司资料专用章不符合常理，但若加盖财务章，也可构成有权代理或表见代理。

V. 授权文件

授权文件对于授权事项和授权期限是否有限定、取消授权后公司是否及时收回授权文件或通知相对人，也是法院在认定是否构成表见代理时会考虑的因素。如在“崔彭城、张子明民间借贷纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【（2017）最高法民申4925号】中，最高法院即认为：“根据以上事实，张子明不是昌盛公司员工，其受冒昌德委托签订《授权委托书》项下工程的施工合同，并对该工程的建设全面管理。首先，由于张子明并非昌盛公司员工，因而其向崔彭城借款的行为不是职务行为，而属于个人行为。其次，《授权委托书》中约定的委托事项和权限是签订施工合同以及对工程建设全面管理，对工程建设的管理与对外融资属于不同的民事行为，原审判决认定两个行为之间存在明显区分符合一般常理。张子明在本案中的借款行为不属于《授权委托书》的授权范围。”

VI. 过往交易

若过往交易中，无权代理人曾代表被代理人与相对人进行交易，代理权终止后，被代理人未履行通知义务的，相对人有理由相信代理人仍具有代理权。如在“朱雷与北城致远集团有限公司、北城致远集团有限公司三建公司等民间借贷纠纷申诉、申请民事判决书”【(2016)最高法民再 244 号】中，最高法院即认为：“周顺渝以及时任北城致远集团三建司负责人余义平，曾作为北城致远集团委托代理人在北城致远集团与太成房产公司签订的《建设工程施工合同》上签名，虽然《借条》上仅加盖了北城致远集团三建司公章，朱雷有理由相信周顺渝、余义平可以代表北城致远集团，朱雷的过错并不明显。”

应对建议：

建议银行在进行贷款业务时，除了公章以外，着重审查如下材料：

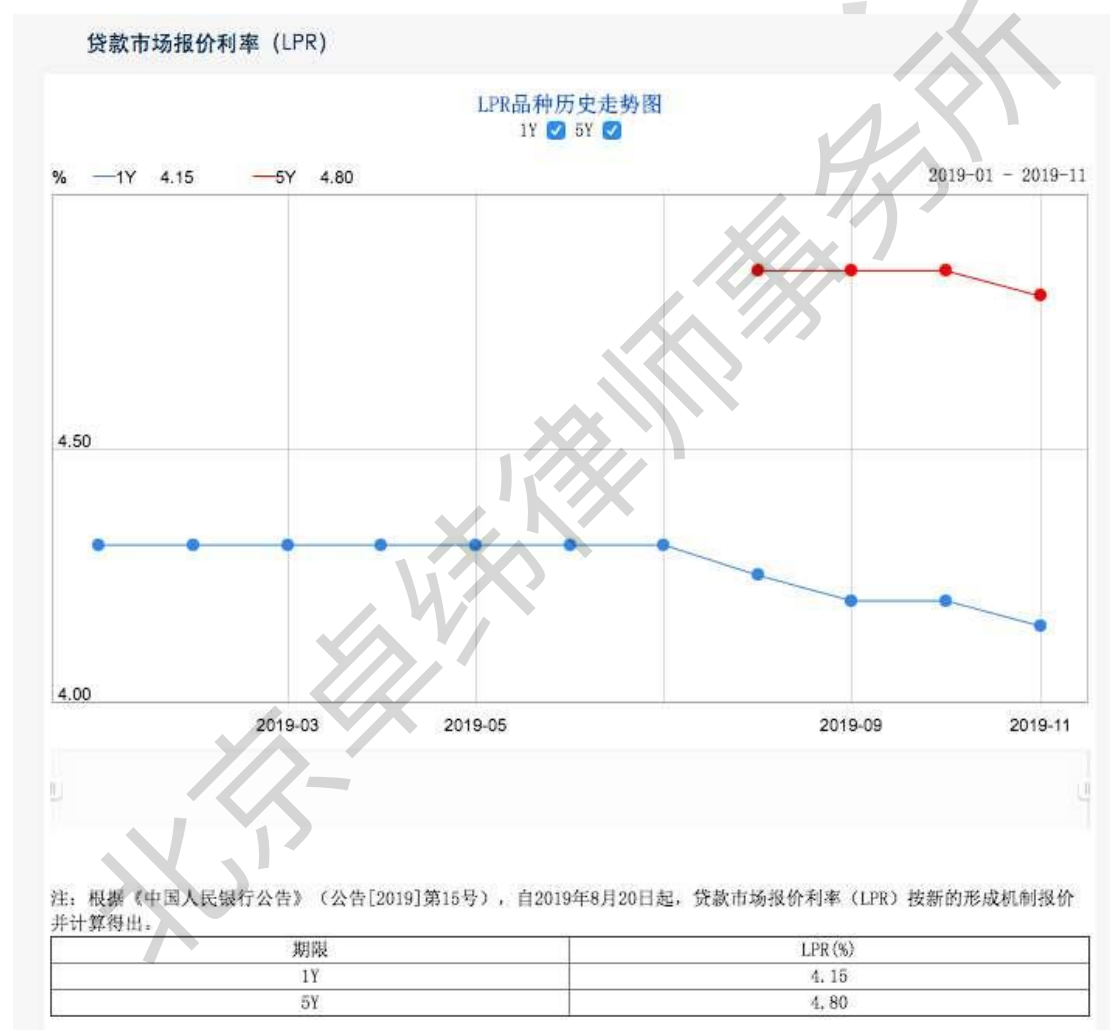
- I. 加盖公章人员是否具有公司授权委托书，委托书中的委托事项和委托权限是否准确，委托书中加盖的公章与贷款业务相关合同中使用的公章是否一致；
- II. 能够证明加盖公章人员职务的材料，如身份证件、名片、公示的职务信息等；
- III. 加盖公章人员是否携带了公司营业执照原件；
- IV. 加盖公章人员携带的印章与银行预留印鉴是否一致。

(2) 利息

1) 贷款利率标准之变更

《会议纪要》第二部分第（三）条总论部分规定，为深化利率市场化改革，推动降低实体利率水平，自 2019 年 8 月 20 日起，中国人民银行已经授权全国银行间同业拆借中心于每月 20 日（遇节假日顺延）9 时 30 分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。对于这一变化，该条也明确：“自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。应予注意的是，贷款利率标准尽管发生了变化，但存款基准利率并未发生相应变化，相关标准仍可适用。”而实际上 LPR 并非新

生事物，2019 年 8 月 20 日之前，LPR 报价银团中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国建设银行、交通银行、中信银行、招商银行、兴业银行、浦东发展银行、中国民生银行组成，中国外汇交易中心暨全国银行间同业拆借中心授权贷款基础利率的报价计算和信息发布，每个交易日根据各报价行的报价，剔除最高、最低各 1 家报价，对其余报价进行加权平均计算后，得出贷款基础利率报价平均利率，并于 11:30 对外发布。而部分银行贷款合同约定利息采用如“建行 LPR”利率的模式，并在判例中得到法院最终支持。



2019 年 8 月 20 日起，全国银行间同业拆借中心于每月 20 日（遇节假日顺延）9 时 30 分公布贷款市场报价利率（LPR）。由上图可知，1 年期 LPR 和 5 年期 LPR 并非完全稳定不变，那么实践中面对变动中的 LPR，法院如何判决？我们统计了现有案例，关于 LPR 改革后的判项表述主要分为五类：

第一类，部分法院采用“以 XXX 为基数，从起始日至全额给付之日，按全国

银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算”的表述方式，并不统一按某一时点的 LPR 计算，此种判项表述运用最为广泛。如在“北京华索科技股份有限公司与河南有色汇源铝业有限公司技术服务合同纠纷一审民事判决书”【(2019)豫 04 知民初 102 号】（判决时间：2019 年 11 月 18 日）中，河南平顶山中院判项为：“一、河南有色汇源铝业有限公司于本判决生效之日起十五日内，向北京华索科技股份有限公司支付拖欠的项目效益分享款项 2252218.76 元及该款项的利息损失（以 2252218.76 元为基数，从 2019 年 11 月 5 日至全额给付之日，按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算”。

第二类，部分法院以 2019 年 8 月 20 日为界限分别适用同期贷款利率或 LPR 进行表述。如在“原告威海圣泰渔具有限公司与被告张济玉运输合同纠纷案民事判决书”【(2019)鲁 1002 民初 6422 号】（判决时间：2019 年 11 月 29 日）中，山东威海环翠区法院判决：“被告张济玉于本判决生效后十日内支付原告欠款 11000 元，并支付原告自 2018 年 4 月 1 日起至实际履行之日的利息（以 11000 元为基数，自 2018 年 4 月 1 日起至 2019 年 8 月 20 日止按中国人民银行同期贷款基准利率计算，自 2019 年 8 月 21 起至实际履行之日止按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算）。”

第三类，部分法院判项将 LPR 延展至 2019 年 8 月 20 日之前。如在“曹本清与曾宪梅买卖合同纠纷一审民事判决书”【(2019)皖 1122 民初 4316 号】（判决时间：2019 年 11 月 29 日）中，安徽来安县法院即判决：“一、被告曾宪梅于本判决生效后十五日内偿还原告曹本清欠款 38000 元及逾期付款损失（逾期付款损失计算方式：以 38000 元为基数自 2019 年 5 月 18 日起按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算至付清之日止）”。

第四类，部分法院判项采用“按中国人民银行公布的同期同类贷款基准利率或全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算”的表述方式。如在“黄温锡与程言文、王淑敏买卖合同纠纷一审民事判决书”【(2019)苏 0303 民初 5504 号】（2019 年 11 月 28 日）中，江苏徐州龙云区法院判决：“被告程言文、王淑敏于本判决生效后七日内，向原告黄温锡连带支付货款 3000 元及逾期付款利息（应当以 3000 元为本金，按中国人民银行公布的同期同类贷款基准利率或

全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算，自 2019 年 9 月 2 日计算至实际付清之日止）。”

第五类，部分法院采用“从起算日起以起算日当天全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，按贷款金额为基数偿付利息损失至履行完毕之日止”的判项表述方法，明确按起算日 LPR 为标准进行计算。如在“金浙江永灵液压机械有限公司与广州市番禺区石基沪广液压气动元件经营部买卖合同纠纷一审民事判决书”【（2019）浙 1024 民初 4550 号】（判决时间：2019 年 11 月 21 日）中，浙江温岭法院判项为：“被告广州市番禺区石基沪广液压气动元件经营部于本判决生效之日起十日内给付原告浙江永灵液压机械有限公司货款 639473 元，并从 2019 年 11 月 1 日起以 2019 年 11 月 1 日全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，按贷款金额 639473 元为基数偿付利息损失至履行完毕之日止。”

鉴于 LPR 取代同期银行贷款利率的时间较短，司法实践中法院如何适用尚无统一标准，争议有二：第一，是以某一日的 LPR 为准，还是笼统性的判决按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算？第二，LPR 是否可溯及适用于 2019 年 8 月 20 日之前。但总体来讲，采用前述第一类和第二类表述的案例较多，可看出以 2019 年 8 月 20 日为界限分别使用同期贷款利率或按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算（不统一按某一时点的 LPR 计算）是目前法院判项表述方法所采用的主流观点。

应对建议：

基于当前司法实践中关于 LPR 的已有判决，建议银行在面对类似诉讼时，分以下两种情况确定诉讼请求：

I. 如拟起诉主张的计息期间全部在 2019 年 8 月 20 日之后，采用“以 XXX 为基数，从起始日至全额给付之日，按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算”的写法；

II. 如拟起诉主张的计息期间跨越 2019 年 8 月 20 日前后的，建议采用“以 XXX 为基数，自 2018 年 X 月 X 日起至 2019 年 8 月 20 日止按中国人民银行同期

贷款基准利率计算，自 2019 年 8 月 21 日起至实际履行之日止按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算”的写法。

2) 变相利息的规制

I. 变相利息的认定

《会议纪要》第 51 条规定：“51. **【变相利息的认定】** 金融借款合同纠纷中，借款人认为金融机构以服务费、咨询费、顾问费、管理费等为名变相收取利息，金融机构或者由其指定的人收取的相关费用不合理的，人民法院可以根据提供服务的实际情况确定借款人应否支付或者酌减相关费用。”

部分贷款业务中，借款合同除约定正常利息外，还会约定借款人向银行支付一定比例的手续费、管理费、服务费等，或者银行与借款人另行签订财务顾问服务协议、资金监管协议等，约定银行另行收取介绍费、服务费、咨询费、顾问费、管理费等，这些费用虽不直接表现为利息，但实际上属于借款人的融资成本。发生争议时，借款人往往会主张上述费用属于变相利息请求法院予以调减。

对于上述费用性质的界定，司法实践中存在一定争议。**部分法院认为**，手续费、顾问费等相关费用属于变相利息，应当予以调整，如在“金阿媚、成都金乐实业有限公司民间借贷纠纷二审民事判决书”**【（2018）川民终 72 号】**中，四川高院认为：“综合本案双方当事人之间除仅存借贷关系外无其他法律关系的事实，一审法院认定《承诺书》中约定的协调费系案涉 3000 万元借款中的变相利息，并无不当。”**也有部分法院认为**，手续费、管理费、服务费等费用并不属于利息，属于当事人之间其他法律关系，不能扣除，如在“内蒙古博源控股集团有限公司、中国建设银行股份有限公司南阳分行金融借款合同纠纷二审民事判决书”**【（2018）最高法民终 422 号】**中，最高法院即认为：“博源公司还主张，《顾问协议》《监管协议》与《银团贷款合同》约定的项目资金监管内容重复，服务期限存在部分重叠，建行南阳分行并未实质上提供协议约定的服务，但建行南阳分行原审提交的《南阳内邓高速公路建设项目建行基建贷款资金监管规划》《南阳内邓高速公路建设项目建设资金监管月度报告》《项目基本情况表》《项目调查报告》《财务顾问服务报告》《财务顾问小组服务记录》《宏观经济分析报告》

《公路行业分析报告》以及加盖宛达昕公司印章的《咨询成果交付签收单》等证据，完整记录了服务内容及过程，宛达昕公司亦签署《咨询成果交付签收单》《财务顾问服务回执》，对建行南阳分行提供的综合财务顾问服务表示认可，表明宛达昕公司确认上述协议已实际履行。因此，博源公司上诉称建行南阳分行未提供实质服务，服务费用应从本案贷款本金中扣除的理由，与本案事实不符，本院亦不予支持。”

金融机构在借款合同约定利息之外另行收取财务顾问费等额外费用，有些情况下确实提供了相应的服务，但仍有部分情况是为了规避相关监管规定，不存在其他真实的合同关系，变相加重了企业融资成本，有悖于国家降低实体经济融资成本的政策精神。关于金融机构费用的收取，银保监会、国家发改委等监管部门出台了一系列规定予以规制：

第一，没有实质服务内容的收费项目，一律予以取消。如《国务院办公厅关于多措并举缓解企业融资成本高问题的指导意见》第四条规定：“对于直接与贷款挂钩、没有实质服务内容的收费项目，一律予以取消；对于发放贷款收取利息应尽的工作职责，不得再分解设置收费项目。”《商业银行服务价格管理办法》第十八条规定：“商业银行向客户收取的服务费用，应当对应明确的服务内容。”

《商业银行收费行为执法指南》第七条规定：“各级价格主管部门要针对新情况、新问题研究新举措，及时完善监管政策，推动商业银行收费管理做到三‘实’：推动商业银行设定收费项目和标准时，充分考虑客户的实际需求和自身的业务能力，收费标准与服务内容和业务成本相匹配，做到‘项目实’。推动商业银行给客户提供实质性服务，做到‘服务实’。推动商业银行强化对分支机构收费行为的内部监管，引导分支机构合规经营，确保收费行为依法合规，做到‘管理实’。”第九条规定：“九、商业银行收费行为应当遵循依法合规、平等自愿、息费分离、质价相符的原则……息费分离，是指商业银行应当严格区分收息与收费业务，不以‘息转费’的形式虚增中间业务收入，不将利息或者投资收益转化为收费。”

第二，不得向小微企业收取财务顾问费。对于银行等金融机构向小微企业提供贷款中变相利息的规制，《中国银保监会办公厅关于2019年进一步提升小微企业金融服务质效的通知》《中国银行业监督管理委员会关于支持商业银行进一

步改进小型微型企业金融服务的补充通知》《国务院办公厅关于多措并举缓解企业融资成本高问题的指导意见》《国务院办公厅关于印发进一步支持小型微型企业健康发展重点工作部门分工方案的通知》等一系列文件规定，除银团贷款外，禁止金融机构对小型微型企业收取承诺费、资金管理费、财务顾问费、咨询费等相关费用。

第三，财务顾问费等费用的收取必须质价相符。国家发展改革委办公厅《商业银行收费行为执法指南》列举的五种质价不符的典型情形为：一是，财务顾问合同约定的服务并未实际提供。如合同约定的服务内容对项目进行审查并提出咨询意见，但实际服务档案中没有对项目审查和咨询意见的相关资料。二是，服务无针对性。如银行提供的融资顾问服务方案主要内容多为银行业务和产品介绍，只是对几种融资方式做了介绍性说明，没有结合该企业财务状况、行业特点对融资方式进行比较分析，未提出具有针对性的计划建议。三是，服务没有实质性内容。如银行提供的财务分析报告仅是对客户的财务指标进行了分析，未指出财务运行中的问题，未向企业提出改善财务状况的建议和方案，对企业没有实质性帮助。四是，财务顾问方案大幅雷同。如不同阶段提供的两份方案框架结构基本一致，除个别数据有所修改外，内容大幅雷同，财务分析报告对不同领域的企业所提供的服务内容几乎相同。五是，服务记录造假。如根据回访记录，同一客户经理同一时间为两家企业提供服务，部分财务顾问服务资料后补痕迹明显。

第四，财务顾问费等费用不得捆绑贷款强制收取。国家价格监管部门一直反对金融机构将财务顾问费等费用与贷款业务捆绑进行强制收取。为了积极回应监管部门的监管要求，形成司法和行政的合力，提高整个社会管理水平，在司法审判中，必须对金融机构的变相利息加以规范。

在此背景下，《会议纪要》第 51 条对变相利息进行了直接规制，明确“收取的相关费用不合理的”，法院可以根据“服务的实际情况”确定是否支付或酌减相关费用。关于“不合理”如何界定，《商业银行收费行为执法指南》第十五条规定：“执法机构认定只收费不服务，可以综合考虑服务时间、业务类型、服务内容、档案管理等方面，重点关注顾问与咨询类、资金监管类、资产托管类、融资安排类等业务，考虑因素具体包括但不限于：（一）服务内容是否体现出针

对性,如是否仅提供了商业银行的产品或者业务介绍、仅提供了从公开渠道获得,未经加工整理的信息等;(二)服务内容是否达到服务协议约定的服务标准;(三)所提供服务的是否已经涵盖在同一客户的其他收费项目中;(四)服务记录是否完整;(五)服务人员是否符合总行规定的资格和资质。”第十八条规定:“对于使用本行表内资金、以企业融资为目的,与信托、证券、融资租赁等非银行业金融机构或者其他商业银行开展业务合作,向同业金融机构或者客户收取费用但未提供实质性服务的,认定为只收费不服务。”

法院如何认定银行收取的相关费用“不合理”?之前司法实践中,主要考虑是否存在真实服务、服务与费用是否对等。如在“中国农业银行股份有限公司襄阳经开区支行、襄阳市高新区丰银小额贷款股份有限公司金融借款合同纠纷二审判决书”【(2017)鄂民终 3074 号】中,湖北高院即认为:“案涉《常年财务顾问服务协议》、《一般专项资金托管协议》、《普通商品交易资金托管协议》以及两份《小额贷款公司融资合同》签订后,农行经开区支行收取了丰银小额贷款公司 50 万元财务顾问费、200 万元资金托管费和 90 万元手续费。从合同签订的时间及收费金额来看,双方签订的《常年财务顾问服务协议》、《一般专项资金托管协议》、《普通商品交易资金托管协议》与案涉贷款发生时间、金额高度一致,且托管资金账户即贷款资金账户,存在挂钩关系。从合同履行情况来看,农行经开区支行未提供有针对性、个性化的实质性服务……因此,《小额贷款公司融资合同》中关于手续费的约定及《常年财务顾问协议》、《一般专项资金托管协议》、《普通商品交易资金托管协议》真实缔约目的并非开展相关金融服务,实为农行经开区支行规避银监会和中国人民银行监管,利用交易地位不对等、市场信息不对称的优势,以融资为条件,以收取服务费的形式提前收回贷款利息。”

《会议纪要理解与适用》明确法院判断财务顾问费与贷款业务是否存在关联,应审查:第一,财务顾问费的收取节奏与利息收取节奏是否一致;第二,财务顾问费的收取与贷款金额是否存在比例关系;第三,签订财务顾问协议时间、收取融资顾问费时间与贷款发放时间是否接近等。

II. 变相利息的处理

法院认定收取费用不合理后如何处理？之前司法实践主要有四种处理路径：

第一种，部分法院认定该类收费属于虚伪意思表示，借款人无须支付此类费用，并可在本息中予以扣除。如在“中国农业银行股份有限公司襄阳经开区支行、襄阳市高新区丰银小额贷款股份有限公司金融借款合同纠纷二审判决书”【(2017)鄂民终 3074 号】中，湖北高院即认为：“案涉《常年财务顾问服务协议》、《普通商品交易资金托管协议》、《一般专项资金托管协议》及《小额贷款公司融资合同》中手续费条款因欠缺意思表示真实要件而无效，农行经开区支行收取的该 340 万元实为农行经开区提前收回的案涉贷款利息。一审判令农行经开区支行向丰银小额贷款公司返还 340 万元并支付资金占用期间的利息并无不当，可在本案执行程序中与本诉本息予以抵扣。”

第二种，部分法院将相关费用认定为变相利息，在银行未提供服务的情况下，借款人无需支付。如在“中国建设银行股份有限公司邢台桥西支行、河北祥银房地产开发有限公司金融借款合同纠纷再审裁定书”【(2019)最高法民申 3112 号】中，最高法院即认为：“建行桥西支行与祥银公司签订本金为 1 亿元的借款合同，约定祥银公司应向其支付利息以及特定情况下的罚息、复利等息费的同时，又与祥银公司签订《新型财务顾问协议》，额外收取 1000 万元财务顾问费。祥银公司认为建行桥西支行是以财务顾问费为名变相收取利息，在建行桥西支行未举证证明其已实际提供财务服务的情况下，原审判决认定祥银公司无须支付该笔费用并无不当。”

第三种，部分法院将相关费用认定为变相利息，并与利息、罚息、违约金等综合考量，按照《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》等规定处理，依据是否超过 24% 来判断是否予以调减。如在“山东龙力生物科技股份有限公司诉平安国际融资租赁有限公司金融借款合同纠纷”【(2018)沪 01 民终 11161 号】中，上海一中院认为，“一审法院综合双方约定的利息、逾期利息和服务费后，确定龙力生物公司应向平安融资租赁公司支付的各项利息累计未超过年利率 24%，故对龙力生物公司要求在借款本金中扣除服务费的主张未予采信，并无不当，本院予以赞同。”

第四种，部分法院将相关费用认定为预扣利息，判决在本金中予以扣除。如

在“中国银行股份有限公司宿迁分行与王东、王东亮等金融借款合同纠纷案二审判决书”【(2018)苏 13 民终 1423 号】中，江苏宿迁中院认为：“中行宿迁分行主张其收取的手续费 8400 元系基于与宿迁市弘汽车贸易有限公司之间的合同收取，但中行宿迁分行并未提供证据证明王东已经通过刷卡取得 7 万元或等值的商品、服务。据此，本院认定中行宿迁分行主张分期 36 个月收取的手续费标准为 12%系其变相收取的借款利息，基于中行宿迁分行在发放借款时一次性收取，性质上属于预扣利息，故应从借款本金中予以扣除。”

对于上述争议，《会议纪要》第 51 条明确“收取的相关费用不合理的”，法院可以根据“服务的实际情况”确定是否支付或酌减相关费用。借款人对金融机构的变相利息认为质价不符，要求酌减或者不予支付，法院应当根据借款人提供的证据进行审查，必要时可以依职权进行调查，查清是否存在质价不符或者不应支付的情况。对于金融机构向小微企业收取财务顾问费等费用，应不予支持，对质价不符的可以适当调整。

此外，《会议纪要》第 51 条明确不以是否超过 24%作为扣减依据，而以是否合理和提供服务的实际情况作为扣减标准。

应对建议：

为避免“变相利息”的监管风险和司法风险，建议银行：

I. 向借款人收取利息以外的服务费用时，应当有独立于借贷行为本身的合同依据，并有明确的服务内容；

II. 所提供服务没有涵盖在同一客户的其他收费项目中；

III. 服务内容应体现出针对性，应达到服务协议约定的服务标准，服务人员应符合总行规定的资格和资质；

IV. 应对服务进行完整记录，并妥善存档。

(3) 违约金

1) 金融借款违约金能否依据 24% 进行调整？

《会议纪要》第二部分第（三）节总论部分规定：“区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准”，似乎在刻意区分金融借款合同和民间借贷的法律适用。司法实践中对于金融借款的利息、违约金是否可参照《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》（2015 年 8 月 6 日发布，下称“《民间借贷司法解释》”）24% 上限的规定，一直存在争议。

《民间借贷司法解释》规定了民间借贷 24% 的利率（含违约金、罚息等各项费用）上限，而《民间借贷司法解释》第一条规定：“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。”

最高法院《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》（2017 年 8 月 4 日发布）第二条第 2 款规定：“金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率 24% 的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。规范和引导民间融资秩序，依法否定民间借贷纠纷案件中预扣本金或者利息、变相高息等规避民间借贷利率司法保护上限的合同条款效力。”

关于《民间借贷司法解释》与《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》如何适用，金融借款合同违约金过高的认定标准，司法实践中主要有四种观点：

第一种观点认为，虽然金融机构发放贷款并不适用《民间借贷司法解释》，但金融借款合同约定的利息、复利、罚息、违约金和其他费用可参照适用《民间借贷司法解释》关于 24% 上限的规定。对于超过 24% 的，可以调减至 24%。如在“中国信达资产管理股份有限公司甘肃省分公司与庆阳市智霖房地产开发有限公司、庆阳智霖实业有限公司等债权债务概括转移合同纠纷二审判决书”【(2018)最高法民终 355 号】中，最高法院即认为：“一般金融借款合同约定的利息、复利、罚息、违约金和其他费用，参照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律

法律若干问题的规定》第二十六条第一款的规定，只要总计不超过年利率 24%，都应该肯定合同的效力，其法律依据是《合同法》第一百一十三条第一款的规定，因为这些合同约定的年利率不仅包括了实际损失，还包括了合同履行后可以获得的利益。”在“平安银行股份有限公司上海分行与许飞玲、何春强金融借款合同纠纷一审民事判决书”【（2016）沪 0115 民初 74378 号】中，上海市浦东新区法院即认为：“《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条、第二十九条亦对民间借贷的借款利率、逾期利率作出限定，约定年利率超出 24%的，人民法院不予支持。虽然金融机构发放贷款并不适用上述规定，然而，相较于民间借贷，金融机构的贷款利率应受到更为严格的限制。因而，本院调整贷款逾期利率为以欠款本金为基数，按年利率 24%计算。”

第二种观点认为，金融借款合同约定逾期贷款罚息和违约金等在借款合同载明的贷款利率水平上一并加收 30%~50%的，符合《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》的规定，即便超过 24%也予以支持。对于合同约定的逾期贷款罚息和违约金等超过 24%的，可酌定按贷款利率水平加收 30%-50%进行调整。如在“广西北部湾银行股份有限公司南宁市东盟支行与朱德军、潘先乐金融借款合同纠纷一审民事判决书”【（2016）桂 0122 民初 1729 号】中，广西南宁市武鸣区法院即认为：“三方共同签订一份《个人借款/担保合同》，约定借款人向贷款人借款 500000 元，借款期限为 2013 年 8 月 7 日起至 2014 年 8 月 7 日止；还款方式为借款人按‘还款计划表’约定还款即按等额本息还款法每月还款 45902.75 元；贷款期限内的年利率为 18%，且为固定利率；如借款逾期，罚息利率为合同约定的借款利率水平上加收 50%……本院认为，《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》虽然规定了民间借贷的利率不得超过年利率 24%，但该规定也明确规定了金融机构因发放贷款而引发的纠纷不适用该规定。本案系金融借款合同纠纷，不适用上述规定，故被告朱德军关于原告计算复利、罚息的利率已超过法律准许的范围的辩解意见，理由不成立，本院不予采信。原告请求判令被告朱德军、潘先乐支付利息、罚息和复利，既符合双方约定，也没有违反法律规定，本院予以支持。”（本案中法院支持了 27%的罚息）。如在“蓝盾发展控股有限公司与上海浦东发展银行股份有限公司北京分行金融借款

合同纠纷一审民事判决书”【（2015）西民（商）初字第28727号】中，北京市西城法院即认为：“因此，昌泰公司关于本案贷款利息、逾期罚息及各项损失之和不得超过年24%的主张，缺乏法律依据，本院不予采纳。就昌泰公司请求法院调整逾期罚息利率一节，本院认为，本案涉案贷款属委托贷款合同项下，而委托贷款属银行经营的贷款类金融业务范畴，其对贷款利率、逾期罚息利率的约定均应受到调整金融借款法律关系的法律、行政法规、部门规章的强制性规定的约束。根据《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》（银发〔2003〕251号）第三条之规定，“关于罚息利率的问题。逾期贷款（借款人未按合同约定日期还款的借款）罚息利率由现行按日万分之二点一计收利息，改为在借款合同载明的贷款利率水平上加收30%-50%”，即金融借款合同约定的逾期罚息利率不应超过合同载明的贷款期限内利率的50%。因此，本院将本案贷款的逾期罚息利率调整为委托贷款合同约定的贷款期限内年利率12%上浮50%，即年利率18%。”

第三种观点认为，罚息、复利可分别按贷款利率水平加收30%~50%，即实际支付罚息、复利等总计可超过原贷款利率的50%。如在“广西北部湾银行股份有限公司南宁市东盟支行与朱德军、潘先乐金融借款合同纠纷一审民事判决书”

【（2016）桂0122民初1729号】中，广西南宁市武鸣区法院即判决：“二、被告朱德军、潘先乐共同支付原告广西北部湾银行股份有限公司南宁市东盟支行利息、罚息、复利（该利息、罚息、复利的计算：1、利息的计算：（1）至2014年7月7日应付还款期限内的利息为1346.38元；（2）至2014年8月7日新增的应付还款期限内利息为700.63元；2、罚息的计算：以89758.46元为基数，从2014年8月8日起至被告实际付清之日止，按利率18%计算并加收50%计付；3、复利的计算：（1）以1346.38元为基数，从2014年7月8日起至2014年8月7日止，按年利率18%计算并加收50%计付；（2）以2047.01元为基数，从2014年8月8日起至被告实际付清之日止，按年利率18%计算并加收50%计付）。”

（本案中，法院支持的利息、罚息和复利超过了合同约定贷款利率的50%）。

第四种观点认为，银行未证明其逾期收回贷款的损失超过合同约定的逾期利息，在其要求既支付逾期利息又主张支付违约金时不予支持。如在“中国农业银行股份有限公司沈阳和平支行与沈阳假日大厦有限公司金融借款合同纠纷二

审民事判决书”【（2016）最高法民终 340 号】中，最高法院认为：“从《借款合同》约定的逾期利息的计算方法来看，逾期利息是对逾期贷款根据逾期天数按照日万分之二点一计收，已经高于《借款合同》约定的正常利率标准，由于逾期利息本质上是一种违约责任的承担方式，已经体现了对假日公司逾期还款行为的惩罚性，其若再对逾期利息计收复利，有违公平和补偿原则。”

本次《会议纪要》第 50 条规定：“50【违约金过高标准及举证责任】认定约定违约金是否过高，一般应当以《合同法》第 113 条规定的损失为基础进行判断，这里的损失包括合同履行后可以获得的利益。除借款合同外的双务合同，作为对价的价款或者报酬给付之债，并非借款合同项下的还款义务，不能以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准，而应当兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定。”本条的言外之意为借款合同能够以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准，但此处的借款合同仅指民间借贷合同，还是也包括金融借款合同，最高法院在《会议纪要》中并未明确《会议纪要》第 50 条和第二部分第（三）节总论部分“区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准”如何适用。但在《会议纪要理解与适用》中，最高法院明确“至于金融借款融资总成本（各种服务、咨询、顾问、管理费用加上利息的总和）的上限，本条没有作出规定。但因为金融借款利率比民间借贷利率低，因此，金融借款的总成本显然应该低于民间借贷利率的上限。”

同时，应当关注的是，银行涉及借款合同之外的其他合同纠纷，根据《会议纪要》，违约金过高标准将不再适用民间借贷 24% 的上限，法院会以违约造成的损失为基础，并根据合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等综合因素认定违约金是否过高。《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）》（下称《合同法司法解释二》）第二十九条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成

的损失’。”《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》第十六条规定：“当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失 30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。”从上述规定可以看出，超过实际损失的 30%是认定违约金过高的基本标准，同时法院还会结合合同履行情况，当事人过错程度，当事人缔约时对可得利益损失的预见、当事人之间的交涉能力是否平等、是否适用格式合同条款、是否存在过失相抵、减损规则以及损益相抵规则等因素综合衡量。

2) 违约金过高的举证责任

《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第八条规定：“人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。”

《会议纪要》征求意见稿第 50 条规定：“违约方应当对违约金是否过高承担初步的举证责任。”《会议纪要》正式稿第 50 条规定：“主张违约金过高的违约方应当对违约金是否过高承担举证责任。”正式稿将征求意见稿中的“承担初步的举证责任”修改为“承担举证责任”，是否完全排除了守约方的举证责任，《会议纪要》正文未予明确。

之前司法实践中，部分法院认为违约方提供初步证据后，举证责任移转至守约方，并非所有举证责任均归于违约方。如《北京市高级人民法院关于商事审判应对金融危机的若干意见》就规定：“违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。”《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》第三十条规定：“违约方请求人民法院调整违约金数额的，在提供违约金过高的初步证据后，举证责任转移至守约方。”如在“西宁凯达实业发展有限责任公司、陈险峰股权转让纠纷二审民事判决书”【(2016)最高法民终 20 号】中，最高法院即认为：“凯达公司作为违约方主张违约金约定过高，应承担举证责任，非违约方陈险峰、陈渊主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。在凯达公司未提

交证据证明违约金过高的情况下,一审法院认为逾期办理交付土地使用权证造成损失的证明责任主体为守约方陈险峰、陈渊,举证责任分配有失妥当。”

《会议纪要理解与适用》对于该问题进行了明确,提出“在违约方请求减少过高的违约金时,应当按照‘谁主张、谁举证’原则,违约方负有证明违约金过高的举证责任。但是,鉴于衡量违约金是否过高的最重要标准是违约造成的损失,守约方因更了解违约造成损失的事实和相关证据而具有较强的举证能力,因此,违约方的举证责任也不能绝对化,守约方也要提供相应的证据。根据《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第8条规定,人民法院要正确确定举证责任,违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任,非违约方主张违约金约定合理的,亦应提供相应的证据。”

应对建议:

I. 建议银行在设定合同条款时,在罚息和违约金中选择一种;

II. 鉴于《会议纪要》关于金融借款合同违约金和利率适用标准规定不太一致,关于24%上限是否适用的问题,银行需进一步关注未来司法实践中法院如何处理;

III. 由于其他合同纠纷中的违约金过高调整将不再参照适用民间借贷24%的标准,建议银行在合同中约定,该违约金系双方均认可的银行一方因对方违约会产生的资金损失,诉讼中积极向法院主张以合同约定的违约金为准,并由对方承担违约金过高的举证责任。

3、贷款业务中的担保

(1) 担保总论

1) 担保从属性原则的适用

实践中,银行开展贷款业务时,为保障债权实现,往往约定担保合同单独生效、担保合同不因主合同无效而无效、担保人不履行担保义务要承担单独的违约赔偿责任等,弱化担保的从属性。关于此类约定的效力,之前司法实践中存在两

种不同观点：一种观点认为，即便担保人承担的责任范围超过主债务人所应承担的责任范围，但只要是担保人真实意思表示，就应予以认可；另一种观点认为，担保从属性决定担保人所承担的担保责任范围以主债务为限，超过部分应予无效。

对此，《会议纪要》第 54 条规定：“54. 【独立担保】从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外……当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。”第 55 条规定：“55. 【担保责任的范围】担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务，是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。”《会议纪要》秉持从属性是担保基本属性的理念，明确规定除特别情形外，违反从属性原则的约定应属无效。

I. 独立保函之外的独立担保或排除担保从属性的约定无效

《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。”《物权法》第一百七十二条第一款规定：“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。”之前司法实践中，基于对上述条款理解不同，法院对于独立担保或排除担保从属性约定条款效力的裁判标准存在不一致。

第一种观点认为，《担保法》第五条第一款“担保合同另有约定的，按照约定”属于《物权法》第一百七十二条第一款“法律另有规定的除外”范围，应当允许当事人就担保合同的从属性作出例外安排。如在“福建省中科智担保投资有限公司、刘育红与福建省中科智担保投资有限公司、刘育红等企业借贷纠纷再审复查与审判监督民事裁定书”【（2014）闽民申字第 2067 号】中，福建高院即认为：“《中华人民共和国担保法》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。’因中科智公司已在涉讼《担保合同》中与王滕、刘育红约定‘本合同是独立的保证合同，在借款合同无效的情况下，中科智公司承诺按合同约定承担保证责任。担保

人对债务人因主合同无效而产生的责任承担担保责任’，据此可以认定该《担保合同》的效力不受《借款合同》即主合同的影响。”

第二种观点认为，《物权法》第一百七十二条第一款取代了《担保法》第五条第一款之规定，明确了独立担保仅限于法律另有规定的范围。如在“台州建筑安装工程公司与浙江万邦置业公司借款纠纷案二审判决书”【（2016）浙民终字第484号】中，浙江高院即认为：“虽然《中华人民共和国担保法》第5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’，该规定肯定了主合同无效时当事人另行约定独立担保的效力。但其后实施的《中华人民共和国物权法》第172条规定，‘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。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。’该规定排除了主合同无效时当事人自行约定担保有效的效力，故一审法院在认定本案借贷合同无效后进一步认定担保合同无效并无不当。”

第三种观点认为，当事人约定的担保责任大于主债务，尽管违反了担保从属性，但认定合同无效缺乏法律依据。

第四种观点认为，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。如在“佳龙投资集团有限公司等与北京农村商业银行股份有限公司朝阳支行借款合同纠纷二审民事判决书”【（2018）京民终89号】中，北京高院即认为：“本院认为，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，《最高额保证合同》第十六条的约定无效。”

《会议纪要》明确从属性是担保的基本属性，除由银行或者非银行金融机构按《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》（下称“《独立保函司法解释》”）第一条和第三条开立的独立保函，当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。

应对建议：

担保合同中关于违反从属性的约定存在被法院认为无效的可能性，建议银行增加约定即便法院认定违反担保从属性部分无效，担保人也应承担银行的全部损失。

II. 担保合同约定的责任大于主债务范围的部分无效

《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。”《物权法》第一百七十三条规定：“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。”

之前司法实践中，关于担保合同约定的责任大于主债务范围部分的效力，主要有三种观点：

第一种观点认为，担保合同单独约定违约责任或约定其他超越于主债务的责任，系当事人的真实意思表示，合法有效。如在“中国建设银行股份有限公司上海闸北支行、中国建设银行股份有限公司上海市分行与上海美特幕墙有限公司、上海华联天脉涂镀钢板有限公司担保追偿权纠纷案民事判决书”【(2011)沪二中民六(商)初字第5号】中，上海二中院即认为：“按照《最高额保证合同》的约定，如果保证人未在原告要求的期限内支付应付款项，应自逾期之日起至保证人向原告支付全部应付款项之日止，根据迟延履行金额按每日万分之二点一向原告支付违约金。上述约定内容虽超过主债务的范围，但属于双方合意，法律对此并不禁止，当属有效。由于原告在本案诉讼之前并未单独向被告华联天脉公司催款，因此被告华联天脉公司承担的违约金应当从原告提出诉讼主张之日起算。”

第二种观点认为，担保合同单独约定违约责任或约定其他超越于主债务的责任，违反担保从属性，背离担保设定目的，应予无效。如在“中航信托股份有限公司与凯迪生态环境科技股份有限公司、阳光凯迪新能源集团有限公司借款合同纠纷一审民事判决书”【(2018)鄂民初43号】中，湖北高院即认为：“《中华人民共和国担保法》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。根据上述规定，确定保证责任的范围应当尊重当事人的意思自治，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，保证责任不应当超过主债务的范围，否则将损害当事人之间权利义务的平衡，产生不公平的后果。”

第三种观点认为，担保合同单独约定违约责任或约定其他超越于主债务的责任有效，但可依据违约金调减规则进行调整。如在公报案例“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案”

【（2015）民提字第126号】中，最高法院即认为：“在建行荔湾支行未主张且亦未举证证明逾期付款利息损失之外存在其他损失的情况下，保证人仅以担保范围为限所承担的逾期付款违约金就已超过其实际损失的30%。在此情况下，最高额保证合同又约定保证人在担保范围之外另行承担每日万分之五的迟延履行违约金，显然属于《中华人民共和国合同法》第一百一十四条所规定的约定违约金过分高于损失的情形，根据该条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条之规定，人民法院可以基于债务人的主张对违约金进行酌减。……原二审判决在认定保证人提出了违约金过高的主张的基础上，支持建行荔湾支行关于保证人对主债务迟延履行违约金承担连带保证责任的请求，而驳回其关于由保证人另行承担每日万分之五的迟延履行违约金的请求，是对约定违约金的合理调整，亦无不当，本院予以维持。”

针对上述争议，《会议纪要》第54条和第55条明确规定，担保具有从属性，担保责任范围应以主债务责任为限，针对担保合同约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满等四种担保责任范围大于主债务的情形，应当认定大于主债务部分的约定无效，根据《会议纪要理解与适用》，上述规定的法律依据在于《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”，最高法院认为上述担保法规定属于强制性规定，当时人不能通过约定的方式排除，根据《民法总则》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”，相关约定可以被认定为无效。

应对建议：

银行原签订的担保合同中关于担保人单独违约责任、担保人承担责任大于主债务等约定，按照《会议纪要》规定，将不产生效力，建议银行注意该等风险，并在后续业务中对于此类约定予以完善。

III. 担保合同签订时间早于主合同是否违反从属性原则？

（I）融资尚未确定即签订担保合同，违反担保从属性原则，担保不成立

融资尚未确定的情况下达成的担保合同，因缺少债务人履行债务的期限、担保范围、担保期间等基本要件，明显不符合担保合同的成立要件和从属性原则，应不生效。如在“中国葛洲坝集团房地产开发有限公司与海口恒天晟实业有限公司、海南葛洲坝实业有限公司借款合同纠纷二审民事判决书”【（2016）最高法民终 240 号】中，最高法院即认为：“担保合同作为从合同，自身不能独立存在，必须以主合同的存在为前提和依据，并随着主合同产生、变更和消灭。本案二审中，葛洲坝房地产公司与恒天晟公司确认《合作开发协议》签订时间为 2010 年 7 月，早于葛洲坝实业公司于 2010 年 8 月 3 日成立的时间节点，亦早于葛洲坝房地产公司在本案所主张的主合同即《借款合同》于 2010 年 8 月 27 日签订的时间节点。《合作开发协议》签约时，主债权即项目融资尚未发生，且《合作开发协议》关于项目融资的债务人、债权人、债权数额等均未约定的情况下，所谓的对项目融资的担保无从设立……依照上述规定，保证合同是在保证人与债权人之间订立的；合同双方应就债权种类数额、担保范围等合同主要条款达成合意并予以书面确认……被担保主债权，即保证合同的标的，应当是特定化的、数额可以确定的、已经成立并合法有效的债权。《合作开发协议》有关恒天晟公司‘以其在项目公司的全部股权对项目融资承担连带担保责任’的约定，是以签约之时尚未成立、融资数额尚未确定、债权人债务人等基本要素均不特定的项目融资作为主债权，并缺少债务人履行债务的期限、保证担保的范围、保证的期间等基本要件，明显不符合保证合同的成立要件……故葛洲坝房地产公司依据上述《合作开发协议》的约定主张恒天晟公司与其之间存在担保法律关系，缺乏事实和法律依据。”

（II）融资已确定情况下，担保合同早于主合同签订，担保是否设立存在争

议

第一种观点认为，担保从属性是指效力上的从属性，不能简单理解为订立时间上的先后顺序，故融资已确定的情况下，担保合同签订时间早于主合同，担保也能成立。如在“四川省东圣酒业股份有限公司、四川省星坤建设发展有限责任公司债权转让合同纠纷、保证合同纠纷二审民事判决书”【(2018)川06民终481号】中，四川德阳中院即认为：“从《承诺书》内容来看，虽未直接注明债权人名称，但所针对的债权人范围是特定的，所指向的主债务是具体的，所包含的‘连带清偿’的担保意思也是明确的，能够构成保证合同关系中的要约……其次，关于保证合同生效。依照《中华人民共和国担保法》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。’之规定，担保合同具有从属性，此从属性是指效力上的从属性，而不能简单理解为订立时间上的先后顺序。合同成立与生效是两个不同的概念，成立在前的保证合同，是否生效取决于主合同效力。本案中，债权人与债务人签订的《债权转让协议》合法有效，虽然上诉人与债权人之间的保证合同成立在先，但自《债权转让协议》生效时即具备法律效力。上诉人以保证合同先于主合同成立而否认合同效力，于法无据。一审法院认定保证合同有效，符合法律规定，本院予以维持。”

第二种观点认为，基于担保关系的附随性，担保合同作为从合同，自身不能独立存在，必须以主合同存在为前提和依据。如在“新乡市宏基混凝土有限公司、创金天地投资有限公司民间借贷纠纷二审民事判决书”【(2018)豫07民终1730号】中，河南新乡中院即认为：“一、依照担保合同从属性的特征，担保设立的目的是为了保障当事人合同法律关系中的债权的实现，基于担保关系的附随性，《中华人民共和国担保法》第五条明确规定，担保合同是主合同的从合同。因此，担保合同作为从合同，自身不能独立存在，必须以主合同的存在为前提和依据，并随着主合同产生、变更和消灭。本案中，上诉人新乡市宏基混凝土有限公司与被上诉人创金天地投资有限公司签订《借款及担保协议》和《担保函》的时间为2016年4月22日，早于2016年11月10日签订的94000元借款的《借款及担保协议》，即上诉人新乡市宏基混凝土有限公司与被上诉人创金天地投资有限公司签订《借款及担保协议》和《担保函》时，债权数额、借款期限等均未约定，

案涉债权债务关系亦未实际发生，在此情况下，被上诉人创金天地投资有限公司要求上诉人新乡市宏基混凝土有限公司承担担保责任，缺乏事实和法律依据。”

（Ⅲ）最高额担保合同应早于主合同签订

最高额担保是指，在最高债权额限度内，以担保物或保证对未来一定期间内连续发生的债权作担保。实践中，法院多认可最高额担保合同可早于主合同订立。如在“浙江民泰商业银行股份有限公司杭州分行与杭州新前物资有限公司、陈伟红等票据纠纷一审民事判决书”【（2012）杭西商初字第1470号】中，浙江杭州市西湖区法院即认为：“陈伟红、王绍乾、翁国平在最高债权额限度内就一定期间连续发生的合同为新前公司提供保证担保，就此订立的《浙江民泰商业银行最高额（银承）保证合同》早于主合同的签订时间，不影响保证人担保责任的承担。”

最高额担保能否为担保合同签订之前发生的债权提供担保？《物权法》第二百零三条规定：“最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。”但转入是否需要进行变更登记，司法实践中存在不同的观点。

第一种观点认为，无需办理变更登记，即可发生担保效力。如在指导案例95号“中国工商银行股份有限公司宣城龙首支行诉宣城柏冠贸易有限公司、江苏凯盛置业有限公司等金融借款合同纠纷案”【（2014）皖民二终字第00395号】中，安徽高院即认为：“工行宣城龙首支行和凯盛公司达成《补充协议》，将涉案2012年4月20日借款合同项下的债权转入前述最高额抵押权所担保的主债权范围内，虽未办理最高额抵押权变更登记，但最高额抵押权的效力仍然及于被转入的涉案借款合同项下的债权。”

第二种观点认为，需要办理变更登记，否则不发生担保效力。如在“兴业银行股份有限公司泉州分行、贵州湘企（独山）置业有限公司金融借款合同纠纷二审民事判决书”【（2017）闽民终939号】中，福建高院即认为：“本案办理抵押登记之后，按照兴业银行泉州分行的主张，其与湘企公司双方同意将最高额抵押权设立前已经存在的债权，即本案主债权，转入最高额抵押担保的债权范围。故

此时债权范围已发生变更，当事人应申请最高额抵押权变更登记，才能发生法律效力。但双方事实上没有照此办理。一审法院不支持兴业银行泉州分行就讼争债权行使相应抵押权的主张，并无不当，予以维持。”

应对建议：

针对最高额担保合同以外的一般担保合同，为防范相对人以担保合同签订时间顺序抗辩担保合同违反从属性原则，建议银行签订担保合同时间应不早于主合同签订时间，并同时在担保合同中对被担保的主债权种类和数额、债务人履行债务的期限、担保的方式、担保的范围、担保的期间以及其他事项进行详细约定，以保证担保的主债权具体、明确。

对于拟将最高额担保设定前的债务纳入担保范围的，建议银行签订担保补充协议对此明确，并办理变更登记。

IV. 担保合同约定单独的争议管辖如何处理？

司法实践中，对于担保合同约定与主合同不同的争议解决方式，是否违反担保从属性以及如何确定担保合同纠纷的管辖，应区分以下两种情况进行讨论：

（I）主合同和担保合同约定的管辖法院不一致

关于主合同与担保合同中约定的管辖法院不一致时如何处理，《担保法司法解释》第一百二十九条作出了规定：“主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定案件管辖……主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的，应当根据主合同确定案件管辖。”

（II）主合同和/或担保合同约定了仲裁管辖

i. 当主合同约定了仲裁管辖，担保合同中未约定仲裁管辖，仲裁委是否能追加担保人一并处理？《最高人民法院关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会（2011）深仲裁字第 601 号仲裁裁决一案的请示的复函》

【（2013）民四他字第 9 号】规定：“案涉担保合同没有约定仲裁条款，仲裁庭关于主合同有仲裁条款，担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据。”在“中国银河证券股份有限公司保证合同纠纷二审民事裁

定书”【(2018)最高法民终 1242 号】中，最高法院亦认为：“担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据，亦与本院此前作出的有关批复相抵触。”这主要是基于仲裁的自愿性原则，仲裁协议是仲裁管辖的基本依据。

ii. 主合同和担保合同约定了法院和仲裁的不同管辖时如何处理，司法实践中存在不同观点：**第一种观点认为**，应当根据《担保法司法解释》第一百二十九条的规定，适用主合同中的争议解决条款，如在“上诉人新乡中新化工有限责任公司与被上诉人郑其军、原审被告毕殿峰、刘俊杰民间借贷纠纷一案判决书”

【(2014)豫法民一终字第 143 号】中，河南高院即认为：“郑其军依据借款合同、保证合同提起借款担保合同诉讼，其中借款合同约定发生争议由郑其军所在地人民法院管辖，保证合同约定发生争议可申请濮阳仲裁委员会仲裁，由于保证合同是借款合同的从合同，因此，当二者就管辖问题约定不一致时，应以主合同为确定管辖的依据。故原审法院受理本案并无不当，中新化工公司关于原审法院不应受理本案担保合同纠纷的上诉理由不能成立，本院不予支持。”**第二种观点认为**，

《担保法司法解释》第一百二十九条适用的前提是主合同与担保合同发生的纠纷均约定法院管辖，而主合同与担保合同分别约定了仲裁和法院管辖的情形，应依据合同约定进行处理，如在“晋城银行股份有限公司太原分行与山西宝泰药业有限责任公司、太原时宏物资有限公司等保证合同纠纷二审民事裁定书”【(2019)晋 01 民终 2296 号】中，山西太原中院即认为：“《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第一百二十九条之规定的‘主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的，应当根据主合同确定案件管辖’，，适用该条的前提是主合同与担保合同发生的纠纷均属人民法院主管，而本案主合同约定的争议解决方式是仲裁，从合同约定的争议解决方式是诉讼，故本案不适用该上述规定，应根据从合同约定的管辖条款确定管辖法院。”，第二种观点似乎更符合最高法院（2013）民四他字第 9 号复函的意见。

iii. 主合同和担保合同约定不同仲裁机构管辖时如何处理，法律无明确规定。但各仲裁机构多认为只有主合同与担保合同中的仲裁条款内容相同或相容的，方

可合并仲裁。如：《北京仲裁委员会仲裁规则（2019 年版）》第八条规定：“第八条 多份合同合并申请（一）在满足以下各项条件时，当事人可以就多份合同项下的争议在同一案件中合并申请仲裁：1. 多份合同的仲裁协议内容相同或相容；2. 多份合同存在主从合同关系；或多份合同当事人相同且仲裁标的为同一种类或有关联。（二）当事人就多份合同合并申请仲裁的，由本会根据实际情况决定是否同意。”《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015 版）》第十四条规定：“第十四条 多份合同的仲裁 申请人就多份合同项下的争议可在同一仲裁案件中合并提出仲裁申请，但应同时符合下列条件：1、多份合同系主从合同关系；或多份合同所涉当事人相同且法律关系性质相同；2、争议源于同一交易或同一系列交易；3、多份合同中的仲裁协议内容相同或相容。”如主合同与担保合同约定的仲裁机构不同、仲裁员的人数不同、仲裁地不同等情形，均属于约定的仲裁条款不相容，不应合并仲裁。

应对建议：

为便于解决纠纷，建议银行在开展贷款业务时，应注意就主合同和担保合同约定统一的有利于自身的管辖法院或仲裁机构。

V. 法院能否依职权审查担保从属性？

关于法院能否依职权主动审查认定担保责任大于主债务部分无效，《会议纪要理解与适用》明确：“尽管当事人有关担保责任大于主债务的约定，属于因违反法律强制性规定或者违背公序良俗而部分无效，但合同部分无效后所产生的担保人因此减少给付的法律后果，仅涉及担保人的个人利益，法院无权也不应替担保人主张，更不能在担保人未提出主张的情况下依职权将担保人的责任降低到与主债务相同的程度。就此而言，关于担保责任超出主债务部分无效，只能在担保人提出主张的情况下法院才能进行审查。至于此种主张是以起诉还是抗辩的方式提出，则在所不问。”

应对建议：

建议银行在面临该类诉讼时，若法院依职权主动审查担保从属性时，应积极进行抗辩。

2) 借新还旧的担保物权

《担保法司法解释》第三十九条规定：“主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。”

《担保法司法解释》对于借新还旧下的保证效力进行了规定，但未对借新还旧下抵押、质押等担保物权的效力进行规定，之前司法实践便产生了两种观点：

第一种观点认为，借新还旧后，原债权消灭，附随于原债权的担保物权也应消灭。如在“青岛利群投资有限公司等申请监督案执行裁定书”【(2013)执监字第 67 号】，最高法院即认为：“贷新还旧是在旧贷款尚未清偿的情况下，借贷双方再次签订贷款合同，以新贷出的款项清偿旧的贷款。对这种安排下的法律后果，应当认为原贷款合同已经履行完毕，即 7000 万元新贷款合同签订并履行后，其所涵盖的先期四份贷款合同已经履行完毕。根据《中华人民共和国担保法》第五十二条的规定‘抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭’。故随着原四份贷款合同的主债务履行完毕，相应的抵押权也一并消灭。”

第二种观点认为，借新还旧下，同一抵押物先后为新旧贷款提供担保的，未办理涂销登记的，可参照适用《担保法司法解释》关于保证的规定，担保物权仍旧有效。如在“中信银行股份有限公司兰州分行、甘肃华宁东方贸易有限公司金融借款合同纠纷二审民事判决书”【(2017)最高法民终 210 号】中，最高法院即认为：“虽然在 2014 年 4 月 23 日抵押权设立后，华宁公司与中信银行签订有相应的《综合授信合同》，约定由 2014 年 4 月 22 日《最高额抵押合同》项下抵押财产予以担保，且该合同项下综合授信额度内所发生的主债权已因受偿归于消灭，但因抵押人和抵押权人在主债权受偿后均没有在抵押登记机关申请涂销抵押登记并缴销他项权利证书，因此在所担保的主债权消灭后并不必然发生抵押权也随之消灭的法律后果，抵押登记仍然发生法律效力。”

针对上述争议，《会议纪要》第 57 条规定：“57. 【借新还旧的担保物权】贷款到期后，借款人与贷款人订立新的借款合同，将新贷用于归还旧贷，旧贷因清偿而消灭，为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚

未进行涂销登记为由，主张对新贷行使担保物权的，人民法院不予支持，但当事人约定继续为新贷提供担保的除外。”需要注意的是，《会议纪要理解与适用》明确新旧贷款人非同一个人的过桥贷目的是为了借新还旧，但其不同于一般的借新还旧。《会议纪要》第 57 条下的“借新还旧”，新贷和旧贷应为同一贷款人，但过桥贷能否参照适用上述规定，《会议纪要》没有明确。

实践中，借新还旧和贷款展期往往难以区分，《会议纪要理解与适用》明确，借新还旧实际所起到的作用就是贷款展期，但两者存在以下不同：借新还旧是通过消灭旧债设立新债的方式实现贷款展期，性质上属于债务更新，旧贷及其上的担保随之消灭；而贷款展期性质上属于履行期限的变更，前后两债属于同一个债。

应对建议：

I. 银行在办理借新还旧业务时，应与担保人明确约定以担保物为新债提供担保；

II. 同时注意核查原担保物权是否已办理涂销登记，以防止虽形成续保合意但因登记已涂销造成脱保的情形发生。

3) 最高额担保的担保范围

在最高额担保中，债权人主张优先受偿权时，其优先受偿范围取决于“最高债权数额”，实践中，由于部分登记机关登记规则的缺陷，无法登记担保范围，且最高债权数额只能填写固定数字，这会导致合同约定的担保范围与登记不一致的情况，此时应当以登记为准，还是以合同约定为准，司法实践中存在较大争议。

此外，部分最高额担保合同将担保范围笼统地表述为“被担保的主债权最高余额不超过【】元”或“被担保的最高主债权余额不超过【】元”，此时合同约定的最高额范围如何理解，也存在较大争议。

关于上述两个争议下，最高额担保范围如何界定，之前司法实践存在以下几种观点：

第一种观点认为，如果合同中明确约定最高限额是“本金”的最高限额，则只要实际产生的“本金”债权未超过登记的最高限额，此时应当以合同约定为准，

即使本金、利息、复利、罚息、违约金和实现抵押权的费用总计超出登记的最高限额，超出的部分也可以获得优先受偿。如在“亿仁投资集团有限公司与中国银行股份有限公司深圳市分行、深圳龙珠医院、吉里医疗投资管理有限公司、深圳龙珠医疗科技研发中心有限公司、孙启银借款合同纠纷案民事判决书”【（2011）民四终字第 24 号】中，最高法院即维持一审广东高院的观点，认为：“按照合同约定，抵押担保的范围为中国银行深圳分行自 2006 年 5 月 8 日至 2012 年 5 月 8 日期间借给龙珠医院的借款本金余额之总和不超过人民币 73692753 元的每一笔借款本金、利息、违约金及实现债权和抵押权的费用。龙珠医院所欠上述借款本息已超过《最高额抵押合同》约定的最高限额。根据《中华人民共和国担保法》第五十三条、第五十九条、第六十二条的规定，中国银行深圳分行对龙珠医院提供的抵押物享有抵押权，在龙珠医院不履行上述债务时，有权以该抵押物折价或者拍卖、变卖抵押物所得价款在本金人民币 73692753 元及该本金产生的利息的限额内优先受偿。”

第二种观点认为，应当以登记为准，根据物权法和担保法的立法本意，“最高额贷款余额”是本金、利息、复利、罚息、违约金和实现抵押权的费用总计不能超过的限额，因此无论抵押合同是否约定以及如何登记，被担保的“最高债权数额”均应指全部债权额。如在“海口明光大酒店有限公司、海口农村商业银行股份有限公司龙昆支行金融借款合同纠纷二审民事判决书”【（2017）最高法民终 230 号】中，最高法院即认为：“述两笔贷款提供最高额抵押担保并办理了最高额抵押登记[房屋他项权证号：海口市，土地他项权证号：海口市他项（2014）第 0368 号]，最高额贷款余额 19000 万元，担保范围包括主合同项下全部借款本金、利息、复利、罚息、违约金、赔偿金、实现抵押权的费用和所有其他应付的费用……本院认为，从海口农商银行在海口市国土资源局办理的最高额抵押登记及在中国人民银行征信中心办理的质押登记看，最高债权限额均为 19000 万元。《最高额抵押合同》第 4.1 条虽约定抵押担保的范围包括主合同项下全部借款本金、利息、复利、罚息、违约金、赔偿金、实现抵押权的费用和所有其他应付的费用，但该担保范围内本金、利息、复利、罚息、违约金等合计已超过了登记的最高限额 19000 万元。若依此，将使抵押权所担保的债权突破最高债权额，事实

上成为无限额。这与抵押人签订《最高额抵押合同》的合同预期不符，亦与物权法、担保法的立法本意相悖。同时，根据物权法第二百二十二条关于最高额质权的规定，最高额质权除适用该节有关规定外，参照物权法第十六章第二节最高额抵押权的规定。同理，海口农商银行所享有的最高额质权也不应超过最高债权额19000万元。”

第三种观点认为，如果合同中约定“被担保的主债权最高余额不超过【】元”，该最高余额视为包含所有债权的最高限额。如在“三门峡市海联成品油零售有限责任公司、平陆县海联房地产有限责任公司金融借款合同纠纷案二审判决书”

【（2016）最高法民终677号】中，最高法院即认为：“最高额抵押合同……第2.2条‘海联房地产公司在本合同项下担保的债权是指中信银行洛阳分行依据与海联成品油公司在2014年9月9日至2016年9月9日期间所签署的主合同而享有的一系列债权’……双方在（2014）信豫银最抵字第1424727号《最高额抵押合同》的第一条定义中明确约定海联房地产公司应在本合同约定的最高债权额限度内承担担保责任。同时，在债权最高额限度的确认方式上，双方亦明确约定以确定的金额而非以债权本金金额来确定责任范围，故应认定上述约定的债权最高额限度3600万元为包括债权本金及利息、罚息、复利以及其他实现债权的费用等全部债务在内的金额。”

关于登记与合同约定不一致下的处理，《会议纪要》采用了第一种观点，第58条规定：“58. 以登记作为公示方式的不动产担保物权的担保范围，一般应当以登记的范围为准。但是，我国目前不动产担保物权登记，不同地区的系统设置及登记规则并不一致，人民法院在审理案件时应当充分注意制度设计上的差别，作出符合实际的判断：一是多数省区市的登记系统未设置‘担保范围’栏目，仅有‘被担保主债权数额（最高债权数额）’的表述，且只能填写固定数字。而当事人在合同中又往往约定担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金等附属债权，致使合同约定的担保范围与登记不一致。显然，这种不一致是由于该地区登记系统设置及登记规则造成的该地区的普遍现象。人民法院以合同约定认定担保物权的担保范围，是符合实际的妥当选择。二是一些省区市不动产登记系统设置与登记规则比较规范，担保物权登记范围与合同约定一致在该地区是常态或

者普遍现象，人民法院在审理案件时，应当以登记的担保范围为准。”从《会议纪要理解与适用》的观点看，最高法院虽然认为“以登记簿记载作为确定前顺位抵押权人的担保范围，更符合物权的公示公信原则”，但同时认可“之所以会出现合同约定与登记簿记载不一致的情况，责任不在当事人，而在于登记簿的设置没有完全与物权法的规定相一致”，基于现实的考量，最高法院选择了尊重合同约定。

而关于合同约定“被担保的主债权最高余额不超过【】元”或“被担保的最高主债权余额不超过【】元”等最高额担保范围如何认定，《会议纪要》征求意见稿为解决该争议，原第 58 条规定：“【最高债权额的认定】最高额抵押、最高额保证中的最高债权额，是指包括主债权、利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产、实现债权费用等在内的全部债权。”但《会议纪要》正式稿删掉了该条，“被担保的主债权最高余额不超过【】元”等类似表述下的担保范围如何界定，仍将存在争议，有待于进一步关注。

应对建议：

I. 如果银行属于在后顺位债权人，在设立最高额担保时，不应仅仅看登记簿，还应当审查债务人与在先债权人之间的最高额担保合同，以确定其担保范围；

II. 虽然《会议纪要》作出了上述规定，若登记机关不能登记担保范围，我们仍建议在办理最高额担保登记时，在“最高债权数额”处登记的数额为本金、预计利息、预计罚息、预计违约金和预计实现债权的费用之和，并在附记等栏目填写担保范围；

III. 由于实践中，部分法院认为⁹，如果合同对于最高债权数额的约定并不明

⁹ 在“三门峡市海联成品油零售有限责任公司、平陆县海联房地产有限责任公司金融借款合同纠纷案二审判决书”【（2016）最高法民终 677 号】中，最高法院即认为：“最高额抵押合同……第 2.2 条‘海联房地产公司在本合同项下担保的债权是指中信银行洛阳分行依据与海联成品油公司在 2014 年 9 月 9 日至 2016 年 9 月 9 日期间所签署的主合同而享有的一系列债权’……双方在（2014）信豫银最抵字第 1424727 号《最高额抵押合同》的第一条定义中明确约定海联房地产公司应在本合同约定的最高债权额限度内承担担保责任。同时，在债权最高额限度的确认方式上，

确，应当以登记为准，建议银行要在最高额担保合同中明确约定“被担保的债权本金最高余额不超过【】元”，不要笼统地约定“被担保的主债权最高余额不超过【】元”。

4) 贷款业务中的公司对外担保

以往实践中，公司并未严格执行《公司法》第十六条的规定，公司控股股东和实际控制人操控公司或法定代表人肆意对外提供巨额担保“掏空”公司资产的案例亦屡见不鲜。2017 年被曝光的上市公司亿阳信通违规担保案，公司控股股东为达到上市公司不经决议为其提供关联担保，连续撤换多名不敢签字的董事长，最后迫使继任董事长以上市公司名义签字为其违规关联担保 44.82 亿元，最终导致公司被证券监管部门行政处罚，公司被实施退市风险警示。另外，由于之前司法实践中，部分法院采取公司盖章或法人签字担保合同即有效的司法态度，客观上对于上述违规担保起到了一定的推波助澜作用。

近些年来，公司担保案件数量与标的额迅猛增长，对于未经公司内部决议的担保合同效力，裁判不统一现象极为突出，不同地域、不同法院、不同法官之间，甚至同一地域、同一法院、同一法官针对类似情形作出了截然不同的判决结果，严重影响了司法公信力。

为此，《会议纪要》第 17 条至第 23 条对公司对外担保的处理进行了详细的规定，具体如下：

I. 效力：由“担保合同有效”到“担保合同对公司不发生效力”到“担保合同无效”

（I）以往裁判尺度严重不一

关于公司对外担保的合同效力，以前的审判实践争议很大，主要有以下四种观点：

双方亦明确约定以确定的金额而非以债权本金金额来确定责任范围，故应认定上述约定的债权最高额限度 3600 万元为包括债权本金及利息、罚息、复利以及其他实现债权的费用等全部债务在内的金额。”

第一种观点“内部关系说”认为，法定代表人签约代表权等方面的限制和分配，属于公司内部事务，不应约束第三人，即便公司对外担保未履行内部股东会或董事会审批程序，担保合同也有效，公司应承担担保责任。其主要依据是《民法总则》第六十一条的规定，法定代表人对外签订合同所代表的是公司，其法律后果由法人承受，担保合同也不例外。如：（2019）最高法民终 697 号、（2016）最高法民再 194 号、（2019）川民终 268 号、（2015）鄂民二终字第 00192 号。

第二种观点“规范性质识别说”认为，《公司法》第十六条为公司内部管理规定，非效力性强制性规定，不能引用《合同法》第五十二条第五款来认定担保合同无效。如：（2018）最高法民申 4686 号、（2014）民一终字第 109 号、（2019）辽 02 民终 8015 号。

第三种观点“越权代表公司无过错说”认为，《公司法》第十六条对于法定代表人或授权代表人在担保事项上的代表权作出了明确限制，应推定债权人知晓该限制，债权人未审查股东会或董事会决议的，不构成表见代理，未经公司追认的，对公司不发生效力；被担保人和行为人按照过错承担责任，应按照无权代理的后果认定担保合同对公司不发生效力，而不能以《担保法司法解释》第七条之规定推定公司存在管理过错和应承担赔偿责任。如：（2019）最高法民申 535 号、（2016）最高法民申 2374 号、（2016）最高法民申 2633 号、（2016）川民终 671 号。

第四种观点“越权代表公司有过错说”认为，越权担保之下，公司和债权人对于担保无效均有过错，应适用《担保法司法解释》第七条之规定，公司对于债务人不能清偿债务部分承担不超过二分之一的责任。如：（2019）最高法民申 2228 号、（2018）最高法民申 5596 号、（2017）最高法民申 4786 号、（2016）最高法民申 3160 号。

（II）最高法院观点之演变及确立过程

2017 年 12 月 2 日，最高法院民二庭举办第七次法官会议，本次会议确定：公司的法定代表人、其他人员等行为人未按《公司法》第十六条的规定以公司名义为他人提供担保，但符合《合同法》第五十条、第四十九条的规定或者公司事后予以追认的，应认定该担保行为有效；依法不构成表见代表、表见代理或者公

司不予追认的，应认定该担保合同对公司不发生效力，由行为人和债权人承担相应责任。该会议纪要于 2018 年 12 月底以《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》成书出版的形式对外公布。

2018 年 8 月 9 日，最高法院办公厅发布了《最高人民法院关于公司对外担保纠纷案件适用法律问题的解释(2018 讨论稿)》（下称“《公司对外担保司法解释（讨论稿）》”），第二条规定：“公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保，相对人仅以担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由，**主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持。**”第十一条规定：“公司依照本解释规定不承担担保责任，相对人请求行为人依过错承担相应民事责任的，人民法院应当予以支持，相对人不能举证证明与其订立合同的行为人的，人民法院应当裁定驳回起诉。”

2019 年 8 月 6 日，最高法院民二庭发布《会议纪要》征求意见稿，第 18 条规定：“法定代表人未经授权，自然构成无权代表，应适用《合同法》第五十条关于法定代表人越权代表的规定来认定担保合同的效力。”第 21 条规定：“法定代表人越权提供担保未经公司追认且不构成表见代表，债权人主张由法定代表人承担相应责任的，应当参照《民法总则》第一百七十一条的规定，确定法定代表人的责任。债权人在订立担保合同时知道或者应当知道法定代表人越权代表的，债权人和法定代表人按照各自的过错承担责任。上述情况下，公司是否承担民事责任，有两种意见。第一种意见：公司承担选任、监督法定代表人的过错责任，其承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的 1/3。但是，债权人与法定代表人恶意串通、债权人知道或者应当知道法定代表人越权、债权人与法定代表人此前签订担保合同时曾经审查过法定代表人有无代表权而本次没有审查的，公司不承担民事责任。第二种意见：参照《民法总则》第一百七十一条的规定，公司不承担民事责任。”《民法总则》第一百七十一条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，**对被代理人不发生效力。**”

2019 年 11 月 14 日，最高法院发布《会议纪要》正式稿，第 17 条规定：“法

定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第 50 条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：**债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。**”第 20 条规定：“依据前述 3 条规定，担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，**但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。**”

对于越权担保的合同效力，早期司法实践主流观点认为法定代表人签署担保合同对公司有效，而最高法院民二庭第七次法官会议、《公司对外担保司法解释（讨论稿）》、《会议纪要》征求意见稿均认为越权担保仅**对公司不发生效力**，至《会议纪要》正式稿最终确立**合同无效**，最高法院对于公司对外担保的效力和责任划分长久以来的争议最终尘埃落定。《会议纪要理解与适用》明确了该类案件的裁判思路：一是先看有无决议；二是有决议的，要看是否为适格决议；三是尽管有决议，但在决议伪造、变造的情况下，已经尽了必要形式审查义务的善意相对人，可认定构成表见代表。

II. 是否适用于分公司担保和法定代表人以外员工签订的公司担保合同？

（I）企业法人分支机构担保是否适用？

《担保法司法解释》第十七条规定：“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。”该条并未明确，企业法人分支机构在获得法人授权的同时，是否还需要公司法人的相关决议。对此，有两种观点：第一种观点认为，根据反面解释，只要取得公司的书面授权，分公司提供的对外担保就是有效的；第二种观点认为，根据举重以明轻的法律解释规则，在公司对外担保尚需决议的情况下，分公司对外提供担保更需要决议，否则公司完全可以通过让其分公司提供担保的方式将公司对外担保的规则架空。

最高法院在《会议纪要理解与适用》中即规定采用第二种观点，并明确分公司虽有法人书面授权，但没有法人相关决议的情况下，属于越权担保，应当认定合同无效。

（II）法定代表人以外的员工代表公司签署担保合同是否适用《会议纪要》？

《会议纪要》第 17 条是对“法定代表人随意代表公司为他人提供担保”的处理，但未明确法定代表人以外的人代表公司为他人提供担保是否适用。

对于该事项，《会议纪要理解与适用》区分了越权代表和无权代理，指出法定代表人的授权来源于法律规定，而代理人的授权来源于被代理人的授权，法定代表人对外从事的行为，即便是越权行为，也是公司对外从事的行为，而代理人未经被代理人授权的，其行为与被代理人无关，对代理人不发生法律效力，应由代理人自身承担责任。据此，《会议纪要》第 20 条关于公司对外担保责任的规定仅限于法定代表人越权担保，不适用于法定代表人以外的员工代表公司对外担保。根据《会议纪要理解与适用》的阐释，法定代表人以外的员工代表公司对外担保，如属于无权代理，公司不承担任何责任。

III. 善意之认定标准

《会议纪要》第 18 条规定了善意的判断标准，即债权人对公司担保经过内部决议程序是否履行了形式审查义务。具体为：

第一，区分关联担保与非关联担保，审查是否有决议及决议是否适格。对于关联担保，善意相对人应审查股东会决议；对于非关联担保，无论审查的是董事会决议还是股东会决议，均可视为善意。《会议纪要》第 18 条规定：“善意，是指债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同。《公司法》第 16 条对关联担保和非关联担保的决议机关作出了区别规定，相应地，在善意的判断标准上也应当有所区别。一种情形是，为公司股东或者实际控制人提供关联担保，《公司法》第 16 条明确规定必须由股东（大）会决议，未经股东（大）会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东（大）会决议进行了审查，决议的表决程序符合《公司法》第 16 条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。另一种情形是，公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保，根据《公司法》第 16 条的规定，此时由公司章程规定是由董事会决议还是股东（大）会决议。无论章程是否对决议机关作出规定，也无论章程规定决议机关为董事会还

是股东（大）会，根据《民法总则》第 61 条第 3 款关于‘法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人’的规定，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东（大）会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。”本条的一个潜在问题在于，其在认定善意的过程中，提出了“同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定”这一要求，换言之，本条似乎要求债权人审查公司章程，但其又引用了《民法总则》第六十一条第三款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”的规定，似乎又表明无须审查章程。《会议纪要理解与适用》中亦未提出审查章程的要求，在这种情况下，债权人是否负有审查章程的义务，存在一定的不确定性，有待于进一步关注。

第二，限于形式审查，标准不宜太严苛。《会议纪要》第 18 条明确规定了“公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由抗辩债权人非善意的，人民法院一般不予支持”，《会议纪要理解与适用》指出形式审查的基本要求包括：一是审查股东或董事的身份是否属实；二是在关联担保情况下，审查应当回避表决的股东是否参与了表决。

第三，非关联担保中，在执行董事就是法定代表人的情况下，仅有其作为法定代表人的签字，而无作为执行董事身份的签字，能否认定其行使了相当于董事会的职权？对此，存在不同观点：第一种观点认为，从尊重公司治理结构，维护公司担保制度出发，应当认为其仍然需要以执行董事身份另行签字，否则不能认为具有董事会决议。第二种观点认为，既然法定代表人具有双重身份，其签字行为本身也具有双重身份，故可以认定其行使了董事会的职权。对于该问题，《会议纪要理解与适用》明确“该观点最高人民法院民二庭没有进行过研究”，该部分起草人倾向认为，如果法定代表人在缔约时表明执行董事身份，此时不必要另行签字；如果未亮明身份，原则上需另行签字。

IV. 责任划分：从征求意见稿到正式稿，公司是否承担责任？

（I）责任承担的转变

征求意见稿对于责任划分提出两种处理思路，公司以其过错程度对债务人不能清偿部分承担不超过 1/3 责任或不承担责任。实际上，担保合同对公司不发生效力，对应的是公司不承担责任，而并不能推导出 1/3 责任，1/3 责任仅在《担保法司法解释》第八条“主合同无效而导致担保合同无效”中有所规定，因此征求意见稿在“担保合同对公司不发生效力”之下，提出 1/3 责任的处理思路没有相应的法律依据。《会议纪要》正式出台前，公司不承担任何责任的观点一直居于主流地位，但该种观点混用了无权代理和越权代表。无权代理有两个主体即代理人和被代理人，越权代表是一个主体即法定代表人（作为公司机关的法定代表人和公司合一），法定代表人作为公司机关，可以代表公司，而非需要另行授权的代理人。

《会议纪要》正式稿中，伴随着对越权担保合同效力观点的变更，最高法院对于公司责任划分也发生了相应变化，即由原征求意见稿中的两种处理意见，到适用《担保法》及有关司法解释关于担保无效的规定处理。《会议纪要理解与适用》还指出，在《会议纪要》出台之前，法院无论是判决担保合同有效下的全部责任，还是判决担保对公司不发生效力的无责任、或者担保无效后的 1/2 责任，这主要是法官的理解问题，都不应当认定为错案。

（II）不超过 1/2 责任的适用

《担保法司法解释》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。”但之前司法实践中，判决越权担保无效、公司承担担保合同无效后责任的案例，大多直接认定公司承担 1/2 责任，而不对公司过错程度进行分析和考查。

针对这一情况，《会议纪要理解与适用》明确指出，鉴于实践中的情况非常复杂，既有关联担保，又有非关联担保，债权人与担保人之间的关系各异，债权人的法律知识不同，审查能力有别等，人民法院应当根据各个案件的具体情况，

作出判决，而不应一律判决公司承担债务人不能清偿部分的二分之一责任，此时法官应掌握好自由裁量权。

（Ⅲ）正式稿下，担保合同无效后，公司是否承担责任？

《会议纪要》第 20 条规定：“【越权担保的民事责任】依据前述 3 条规定，担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。”《担保法司法解释》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。”

依据上述规定，越权担保的责任分为三个层次：一是债权人履行形式审查义务的，构成善意，担保合同有效，公司应承担担保责任；二是债权人未履行形式审查义务，担保合同无效，债权人无权要求公司承担担保责任，但可按照《担保法》及有关司法解释规定要求公司就担保合同无效承担不超过债务人不能清偿部分的二分之一过错责任；三是公司能举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，则无需承担任何责任。但是上述责任体系的构建可能存在一定问题：

《会议纪要》第 20 条对于法定代表人未经决议直接代表公司在担保合同上加盖公司公章时，公司是否存在过错，而之前司法实践中，不同法院对于该种情况下公司是否具有过错存在较大争议。《担保法司法解释》第七条规定，主合同有效而担保合同无效，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。1/2 责任适用的前提是公司有过错，而事实上，不同法院对于公司是否存在过错存在较大争议，这也是征求意见稿存在两种处理意见的原因。一种观点认为公司承担选任、监督法定代表人、公章管理不善等过错；另一种观点认为要求公司“捆住法定代表人之手”的监督成本过

高，公司不具有任何过错。两种观点各有其理，并均已被部分法院实际运用于案件判决中，但《会议纪要》对此争议并未解决，未来司法实践中，对于该问题的认定将取决于个案具体情况并依赖于个案法官的具体判定，仍将存在争议。

V. 担保意思的推定

《会议纪要》第 19 条规定了无须决议的四种例外情况，推定属于公司真实意思表示，具体为：

（I）专业担保公司、开展保函业务的银行或其他金融机构提供的担保

以担保为主营业务的专业担保公司提供的担保，开展保函业务的银行或其他金融机构提供的保函，即便没有公司决议机关的批准，其提供的营业性担保或保函也应视为真实意思表示。

需要注意的是，第一，并非所有“担保”公司或金融机构提供的担保均可视为公司真实意思，银行在接受上述公司提供的担保时，应注意审查相关主体的主营业务是否为担保；第二，上述规定并未排除《担保法司法解释》第十七条关于“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效”之规定的适用，即银行接受专业担保公司或其他企业分支机构提供的保证时，仍需注意获得法人书面授权。

（II）公司为子公司开展经营活动提供的担保

该条适用前提有二：一是被担保人为公司直接或间接控制的子公司；二是担保的主债权限于子公司开展经营活动产生的负债。实践中，对于直接或间接控制一般可较易依据出资路径进行认定，但对于“开展经营活动”如何界定则存在一定争议。

在“海口卓代实业有限公司与孙朝、杜纪贤、杜俏燕共有纠纷上诉案民事判决书”【（2012）三亚民一终字第 456 号】中，海南三亚中院认为：“经营活动是指有一定经济（资产或资金）投入，有一定经济（资金 / 服务 / 物品）交换，有一定经济目的（关键指营利，获取利润）的活动。”对于开展经营活动如何界定，可能存在不同理解，部分观点认为仅限于担保债务直接运用于生产销售活动，

也有部分观点认为可以涵盖企业的所有经营和运营活动。那么，债务人为偿还过往借款进行的举债，担保人提供担保，能否视为为开展经营活动提供的担保？《会议纪要》未予明确，未来仍将存在争议。

(III) 存在相互担保等商业合作关系

《会议纪要》第 19 条第（3）项的具体表述为“公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系”，依据该规定，相互担保可视为公司真实意思，但原文以“等”表述，意在限定于相互担保，还是也包含了相互担保之外的其他商业合作关系？《会议纪要》未予明确，值得关注。

(IV) 2/3 以上表决权股东签署的担保合同

征求意见稿关于第四种情形的原规定为“为他人（不包括股东或实际控制人）提供担保的行为，由持有公司 50%以上表决权的股东单独或共同实施”，明确排除了关联担保的适用，并将担保实施股东的人数确定为 50%表决权以上。《会议纪要》正式稿将关联担保纳入，并将实施股东的人数由表决权 50%以上调高至表决权 2/3 以上，体现了对中小股东的保护。

《会议纪要》列举四种例外情形的基本法理是，债权人只要有证据证明法定代表人以公司名义签订担保合同符合公司的真实意思表示，该担保行为就符合民事法律行为有效要件。值得关注的是，《会议纪要》仅列举了上述四种例外情形，那么现有及未来出现的其他特殊情形能否推定为公司担保意思？《会议纪要》本身没有规定，《会议纪要理解与适用》指出“除本条规定的四种公司决议例外情形，在公司为提供担保领域，不存在其他任何公司决议的例外事由，须从严把握”，但该观点毕竟不是《会议纪要》正文规定，仅为理解与适用的说理部分，未来法院如何处理，仍需进一步关注。

实际上，“担保意思的推定”在《会议纪要》出台之前已在最高法院多个案例中运用，2/3 以上表决权股东签署的担保合同推定为公司意思详见（2018）最高法民申 5504 号案，公司为子公司开展经营活动提供的担保推定为公司意思详见（2017）最高法民终 369 号案。除此之外，最高法院过往判决案例中，还有其他两种情形也被推定为公司担保意思：一是公司多数股东配合办理抵押登记的，

可视为公司真实意思，如在“宁夏恒瑞投资管理有限公司、宁夏中宁农村商业银行股份有限公司第三人撤销之诉再审审查与审判监督民事裁定书”【（2018）最高法民申 6160 号】中，最高法院即认为：“《公司法》第十六条规定……中宁农商行在再审询问中，虽自认贷款资料有瑕疵，缺乏吴忠宾馆的股东会或者董事会同意担保的相关决议等。但恒瑞公司在询问中认可，吴忠宾馆的公司章程中并没有明确规定对外担保需经股东会或者董事会决议通过。同时，马海科是恒瑞公司实际控制人，无论是马海科还是恒瑞公司，对孙国滨以吴忠宾馆房产向中宁农商行做抵押积极配合。吴忠宾馆的两位股东恒瑞公司和孙国滨均实际参与并同意吴忠宾馆以其涉案房产向中宁农商行做抵押。因此，原判决并不存在法律适用错误的问题”；二是公司为实际用款人，即便未审查股东会/董事会决议，越权担保也视为公司真实意思表示，担保合同有效，在“海南中度旅游产业开发有限公司、徐晓英民间借贷纠纷二审民事判决书”【（2017）最高法民终 865 号】中，最高法院即认为：“虽因未经中度旅游公司股东会决议而属于越权签订担保合同的行为，但根据本案事实，徐晓英有理由相信徐泽宪上述行为系中度旅游公司的真实意思表示……该公司作为用款人对本案借款提供担保亦符合其利益的事实，认定中度旅游公司应当为本案借款承担连带保证责任。”该两种情形也符合推定公司意思的基本法理，但《会议纪要理解与适用》明确规定推定公司意思仅限于四种情形，依据该规定，其他情形难以被推定为公司意思，未来其他类似情形是否会被最高法院认可，值得关注。

VI. 上市公司对外提供担保

不同于一般公司提供担保，上市公司所有为他人提供担保的事项，因涉及广大股民的利益，均须公开披露，这是《证券法》《上市公司信息披露管理办法》等法律法规及监管规则的硬性要求。因此，债权人在接受上市公司担保时应负有不同于接受一般公司担保的注意义务。

（I）上市公司公开披露担保可视为公司真实意思

《会议纪要》第 22 条明确规定，债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东会决议通过的信息订立的担保合同，应当认定有效，这

主要基于上市公司公告的公信力。

（II）债权人善意的认定

若担保已经上市公司公开披露，债权人据此订立担保合同的，应当认定债权人善意，担保合同有效。对于担保未经上市公司公开信息披露时债权人善意的认定，《会议纪要理解与适用》明确区分关联担保和非关联担保：

i. 关联担保

《会议纪要理解与适用》明确违规关联担保下，债权人均不构成善意。根据《公司法》第十六条第二款之规定，上市公司关联担保均需股东会决议，而债权人审查股东会决议渠道众多，比如：召开股东会的提前公告；召开股东会时，股东可在线参加；股东会召开后的公告等等。因此，上市公司关联担保是否经过股东会决议较易审查，债权人接受没有经过决议的关联担保，显然不能认定构成善意。

ii. 非关联担保

（i）担保事项是否履行了法定或章程规定的决议程序

至于哪些事项必须经股东会决议，《证券法》、交易所规则及公司章程均有明确规定。《会议纪要理解与适用》明确，作为上市公司的交易相对人，债权人有义务了解法律、交易所规则及公司章程，其不得以不知道这些规定为由来证明自己善意。同时，《民法总则》第六十一条第三款虽规定：“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”，但因上市公司是公众公司，债权人有义务审查公司章程，否则不属于该条的善意相对人。

（ii）若担保事项需经股东会决议，债权人不构成善意

（iii）若担保事项需经董事会决议，应考察债权人是否履行了如下审查义务：

第一，担保是否具有董事会决议；

第二，审查出席会议的董事、决议具体内容、赞成决议的董事人数、董事签名、担保金额等是否符合法律和章程规定。《会议纪要理解与适用》明确该审查

义务不是形式审查，而是实质审查，原因是债权人完全可以等看到公告后再签订担保合同，故赋予其实质审查义务，并非不公平。

（Ⅲ）上市公司违规担保的责任划分

《会议纪要》第 20 条规定：“20. 【越权担保的民事责任】依据前述 3 条规定，担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。”该条并未对上市公司担保责任划分作出特别规定，但《会议纪要理解与适用》明确上市公司签约代表违规提供担保，若该担保事项应由股东会决议的，债权人不构成善意，“上市公司不承担责任”。但《会议纪要理解与适用》此处的“不承担责任”，是仅指上市公司不承担担保责任，还是指上市公司既不承担担保责任也不承担担保合同无效后的责任？未来法院如何处理，需进一步关注。

关于须经董事会决议的上市公司担保无效后的责任划分，《会议纪要理解与适用》并未作出特殊规定，故可适用《会议纪要》第 20 条的相关规定进行划分，但需注意的，《会议纪要理解与适用》认为没有审查公告即签订担保合同的债权人负有较高的实质审查义务，未来司法实践中对于该种情形下债权人善意的认定标准会较高。

VI. 债务加入的参照适用

我国现行法律并无债务加入的有关规定，《中华人民共和国民法典草案（2019 年 12 月 16 日稿）》（下称“《民法典草案》”）第五百二十二条至五百二十四条对债务加入作出了规定，审判实践中也存在债务加入的案例。根据通常理解，债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议，或者第三人与债权人达成双方协议或者第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不排除债务人履行义务的债务承担方式。

《会议纪要》第 23 条规定：“23. 【债务加入准用担保规则】法定代表人以

公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务，该约定的效力问题，参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。”

债务加入准用担保规则背后的逻辑是：第一，我国法律就债务加入未作明确规定，连带保证法律关系与债务加入在法律性质上最为接近，法律对保证有明确规定，故应参照适用法律关于保证的相关规定；第二，债务加入的责任往往重于保证，举轻以明重，债务加入更应适用保证的相关法律规定。如在“青岛新华友建工集团股份有限公司、青岛新华友建工集团股份有限公司新泰分公司民间借贷纠纷再审民事判决书”【（2016）最高法民再 322 号】中，最高法院即认为：“《特别声明》中新泰分公司的真实意思是债务加入还是连带责任保证？王汉峰主张《特别声明》中新泰分公司的真实意思为债务加入，而新泰分公司及新华友公司均主张为连带责任保证。所谓债务加入，是指原债务人并不脱离债的关系，而由第三人加入到债的关系中来与原债务人一起承担债务，我国法律对此没有明确规定。连带责任保证是第三人为了确保债权人债权的实现而为债务人履行债务所提供人的担保。二者均具有为债权人实现债权提供保障的性质和功能，但连带责任保证债务与主债务具有主从关系，而第三人加入债务与原债务则并无主从关系。《特别声明》就新泰分公司对案涉借款债务所承担的连带清偿责任作出了明确承诺，但并未区分新泰分公司所负担债务与案涉借款债务之间的主从关系，王汉峰在一审庭审中所作表述亦对此未予明确。因此，《特别声明》的内容更符合债务加入的特征……企业法人分支机构对外提供责任较轻的保证尚须企业法人授权，否则无效，根据举轻以明重的逻辑，则其对外加入债务更须得到企业法人授权，否则更应认定为无效。”

实践中，债务加入和保证通常难以区分，我国现行法律对此没有明确规定。关于两者如何区别，请参见本报告供应链金融“增信措施的定性及应用”部分。

VII. 抵押、质押等担保物权是否适用？

关于《公司法》第十六条规定“担保”的具体含义，司法实践中存在争议。主流观点认为此处担保不仅包括保证还包括抵押、质押等物权担保，如在“甘肃瑞鑫联邦投资有限公司、甘肃瑞鑫投资集团有限公司借款合同纠纷二审民事判决

书”【（2019）最高法民终 697 号】中，最高法院即认为：“瑞鑫集团公司上诉提出，根据公司法第十五条和第十六条第一款的规定，本案股权质押担保无效。本院认为，瑞鑫集团公司签订《信托资金质押合同展期协议》，在协议上加盖公章，出质股权并办理了股权质押登记，光大公司对瑞鑫集团公司出质的股权依法享有质权，瑞鑫集团公司作为股权质押人应承担质押担保责任……公司法第十六条第一款调整的对象是公司为他人提供担保时公司内部的决议程序，对公司外部善意第三人不具有约束力。”

但司法实践中，以《公司法》十六条直接否定已办理登记的物权担保的案例相对较少。故也有个别观点认为，《公司法》十六条中的担保仅指保证，抵押、质押等物权担保是否适用值得商榷。这主要是由于，不同于保证，抵押、质押发生物权效力，除需法定代表人代表公司签署担保合同外，还需公司部门或股东配合办理登记或进行质物交付，且大部分物权担保被担保对象是公司自身，能否据此推定为公司真实意思或合同实际履行，存在争议。虽有争议，但为防范风险，银行在担保业务中，无论是接受第三人的物权担保还是保证，均应对股东会或董事会决议进行审查。

Ⅷ. 非典型担保和推定担保是否适用《会议纪要》？

《会议纪要》第 66 条规定：“66.【担保关系的认定】当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。”第 91 条规定：“91.【增信文件的性质】信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，其内容符合法律关于保证的规定的，人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的，依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系，并根据案件事实情况确定相应的民事责任。”

不同于一般担保，非典型担保和推定担保往往并不以法定担保形式呈现，如让与担保通常以买卖合同形式设定。那么，除了债务加入准用担保规则外，《公司法》十六条中的“担保”是否可作扩大解释，第 91 条“名不为担保”的“推

定担保”和第 66 条的具有担保功能的非典型担保能否适用《会议纪要》关于公司担保的相关规定，《会议纪要》和最高法院其他文件均未予明确，实务界和学界存在一定争议，值得关注。

关于上述具有担保功能的非典型担保和第三方差额补足、第三方回购、流动性支持、调剂销售等增信合同是否适用关于公司为他人提供担保的有关规则，《会议纪要》并未作出明确规定，但之前司法实践中已有适用的判例，如在“通联资本管理有限公司、成都新方向科技发展有限公司与公司有关的纠纷再审民事判决书”【（2017）最高法民再 258 号】中，最高法院即认为：“二审法院在双方当事人将《增资扩资股协议》第 6.2.1 条约定的‘连带责任’条款解释为‘连带担保责任’基础上，并适用公司法第十六条第二款的规定裁判本案。本院认为，连带担保责任属于连带责任的情形之一，但连带担保责任有主从债务之分，担保责任系从债务。双方当事人将‘连带责任’理解为‘连带担保责任’，并未加重久远公司的责任负担，且从通联公司诉请久远公司的责任后果看，是对新方向公司承担的股权回购价款本息承担连带责任，仍然属于金钱债务范畴，也与久远公司实际承担的法律后果一致，本院予以确认。因此，二审判决依据公司法第十六条第二款关于公司对控股股东、实际控制人提供担保的相关规定来裁判久远公司对新方向公司的股权回购义务承担履约连带责任的条款效力，并无不当。”

因此，建议银行在开展业务中，涉及非典型担保和增信措施时也应对公司股东会/董事会决议进行审查。

应对建议：

（I）谨慎履行审查义务

i. 应履行审查义务的担保范围——抵押、质押、保证、增信措施、非典型担保、债务加入等。

ii. 审查范围——公司章程、公司决议、上市公司公告等与担保相关的文件

《会议纪要》第 18 条将审查范围限定在公司章程、公司决议等与担保相关的文件。最高法院的判决通常也将审查范围限定在章程、股东会/董事会决议的范围内。但谨慎起见，我们建议，除了审查章程、股东会/董事会决议之外，还应对股东名册、国有资产监督管理机构同意担保的批文（如公司具有国资背景）等与担保相关的文件进行审查。

针对上市公司担保，银行应审查上市公司是否对担保事项已经过股东会/董事会决议并进行公告，并对《证券法》、交易所规则及上市公司章程等进行审查，注意担保是否符合上述法律法规和公司章程规定。

iii. 审查程度——最大限度的形式审查

《会议纪要》第 18 条将审查程度限于形式审查。我们认为，银行必须要审查的内容包括：

（i）公司章程对于单笔担保金额和担保的决议机关是否有限制，单笔对外担保的金额是否超过章程规定，同意担保决议是否由公司有权机构作出，其中公司为股东或实际控制人提供担保须经股东会决议；

（ii）股东会/董事会决议的通过比例是否符合《公司法》或公司章程规定的多数通过（根据《公司法》第十六条和第一百二十一条规定，公司为股东或实际控制人提供担保的，一般公司应经其他股东过半数通过，上市公司担保金额超过总资产 30%应经其他股东 2/3 以上表决权通过，公司章程可以规定更高比例）；

（iii）参与决议表决人员是否为公司章程/股东名册载明的股东或者董事；

（iv）公司为股东或实际控制人提供担保的，被担保股东或实际控制人支配的股东是否参与了表决。

鉴于最高法院倾向认为接受上市公司担保的债权人负有比一般担保更

高的审查义务，因此银行在接受上市公司担保时，除审查公告外，还应注意审查决议机构、担保金额、表决人员（股东或董事）、决议程序、通过比例、赞成人员签字、决议内容等是否符合《证券法》、交易所规则及上市公司章程等规定。

此外，虽然《会议纪要》指出股东会/董事会决议上的股东/董事签章、签字、公司公章的真伪不属于形式审查的范围，但为了最大限度地防范风险，我们建议银行要求公司提供股东/董事在以往股东会/董事会决议上的签章、签字以及公司在其他担保类文件上的盖章进行比对。

关于股东会/董事会的召集程序是否合法，决议是否具有可撤销、无效或不成立情形，虽然《会议纪要》也认为不属于形式审查的范围，但我们依然建议债权人要求股东会、董事会和公司书面确认股东会/董事会的召集程序合法，决议不具有可撤销、无效或不成立情形。

（II）在担保合同中加入“程序无瑕疵”和“违约赔偿”条款

建议银行在担保合同条款中加入“公司承诺对外提供担保已履行了法律或者章程规定的内部表决程序，并获得股东会或董事会同意，不存在程序瑕疵”和“若因公司内部表决程序存在瑕疵导致担保无效，给被担保人造成损失的，公司承诺赔偿损失并承担违约责任”等相关内容。

（III）协调公司股东加入签署担保合同

《会议纪要》第 19 条规定，担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意，推定为公司意思。故为防范风险，建议银行可协调 2/3 以上有表决权股东加入签署担保合同。

（2）抵押

1) 不动产抵押登记与合同约定不一致时的担保范围

实践中，由于多数省份不动产登记机构提供的登记簿上仅设有“被担保主债权数额（最高债权数额）”，且规定仅能填写数字，而未设置担保范围栏目，导

致合同约定与登记簿记载不一致的情况大量发生，而该种现象的责任不在当事人本身。

《物权法》第十六条规定：“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”第一百七十三条规定：“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。”基于对上述条文的不同理解，当合同约定的担保范围与登记簿记载不一致时，应以何者作为确定担保范围的依据，存在不同观点：

第一种观点认为，根据《物权法》第十六条，登记作为物权公示方法和成立要件，应以登记簿记载为准。如在“俊安（天津）实业有限公司、天津港交易市场有限责任公司买卖合同纠纷二审民事判决书”【（2018）最高法民终 812 号】中，最高法院即认为：“《房产抵押合同》第二条约定：‘本合同担保范围为主合同项下 9498 万元债权及实现债权的费用（包括但不限于主债权、利息、违约金、赔偿金、诉讼费用等），抵押金额为 9498 万元。’津 [2016] 河北区不动产证明第 4007831 号《不动产登记证明》载明：‘担保债权数额：人民币 94980000 元’。可见，案涉担保合同约定的担保范围与案涉抵押物的登记范围并不一致。依据《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》第六十一条规定，‘抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。’原审法院以抵押登记的范围为准，判决天津港公司在抵押登记的 94980000 元范围内对案涉房产享有优先受偿权，并无不当，本院予以维持。”

第二种观点认为，根据《物权法》第一百七十三条，对于担保范围，当事人另有约定的，按照约定。如在“中国东方资产管理股份有限公司江苏省分公司、江苏大成房地产开发有限公司合同纠纷再审民事判决书”【（2019）最高法民再 69 号】中，最高法院即认为：“本案的争议焦点是东方资产江苏分公司对案涉抵押物享有优先受偿权的范围如何确定。首先，东方资产江苏分公司与江苏大成公司签订的《抵押合同》第四条约定，江苏大成公司所担保的主债权为《债务重组协议》项下债务重组本金 12462.67 万元、利息及其他费用，具体担保范围包括《债务重组协议》项下的债务本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、财务

顾问费、实现债权的费用和其他所有应付费用。该合同系双方当事人真实意思表示，内容不违反法律和行政法规规定，应属有效合同……正常而言，双方当事人办理抵押登记时的担保范围应该与《抵押合同》约定的担保范围一致。但是，本案中，案涉他项权利证书中，仅在‘债权数额’栏目中记载了《债务重组协议》中确认的债权本金，该权利证书中并无‘担保范围’的记载……原审判决将案涉他项权利证书中记载的‘债权数额’理解为‘担保范围’的记载，并据此认定抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致，以及本案优先受偿权的范围为上述他项权利证书中记载的‘债权数额’，适用法律不当。再次，《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定：‘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’。由此，本案抵押物的担保范围依照《抵押合同》的约定进行确定，既符合双方当事人的真实意思表示，也符合法律规定……原审判决根据案涉他项权利证书上记载的债权本金数额确定优先受偿权范围不当，本院予以纠正。”

《会议纪要》第 58 条规定：“58.【担保债权的范围】以登记作为公示方式的不动产担保物权的担保范围，一般应当以登记的范围为准。但是，我国目前不动产担保物权登记，不同地区的系统设置及登记规则并不一致，人民法院在审理案件时应当充分注意制度设计上的差别，作出符合实际的判断：一是多数省区市的登记系统未设置‘担保范围’栏目，仅有‘被担保主债权数额(最高债权数额)’的表述，且只能填写固定数字。而当事人在合同中又往往约定担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金等附属债权，致使合同约定的担保范围与登记不一致。显然，这种不一致是由于该地区登记系统设置及登记规则造成的该地区的普遍现象。人民法院以合同约定认定担保物权的担保范围，是符合实际的妥当选择。二是一些省区市不动产登记系统设置与登记规则比较规范，担保物权登记范围与合同约定一致在该地区是常态或者普遍现象，人民法院在审理案件时，应当以登记的担保范围为准。”需要注意的是，第二种情形应以登记时政府的不动产登记系统具体情况来衡量是否适用。

应对建议：

I. 在办理抵押登记时，银行尽可能协调登记机关按照合同表述的担保范围进行登记；

II. 确保用于办理抵押登记备案合同约定的担保范围应与实际采用合同的担保范围一致。

2) 未办理登记的不动产抵押合同效力

《物权法》第十五条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”

《会议纪要》第 60 条规定：“60. 【未办理登记的不动产抵押合同的效力】不动产抵押合同依法成立，但未办理抵押登记手续，债权人请求抵押人办理抵押登记手续的，人民法院依法予以支持。因抵押物灭失以及抵押物转让他人等原因不能办理抵押登记，债权人请求抵押人以抵押物的价值为限承担责任的，人民法院依法予以支持，但其范围不得超过抵押权有效设立时抵押人所应当承担的责任。”该条明确了未办理登记的不动产抵押合同两种效力：第一，债权人具有办理登记请求权；第二，无法办理登记的，抵押人应以抵押物的价值为限对债权人承担责任，但责任范围不得超过抵押权有效设立时抵押人所应当承担的责任。

关于责任性质，学界主要有以下两种观点：一种观点认为，抵押权人承担的是违约责任，有权要求不能办理登记的抵押人承担损害赔偿责任；另一种观点认为，该种责任属于担保责任，是介于保证与抵押权之间以特定物进行的非典型担保，性质上属于债权，以抵押物为限承担连带清偿责任。《会议纪要理解与适用》认为上述观点均有一定道理，但倾向认为该责任性质为违约责任。

关于未办理抵押登记时，在抵押合同中未明确约定连带清偿责任时，抵押人是否承担责任及责任性质，之前司法实践中存在不同观点：

第一种观点认为，抵押权未设立，抵押人不应承担任何责任。如在“**南宁市鑫融合同担保有限公司、师丙志借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书**”

【(2018)冀民申 6739 号】中，河北高院即认为：“因案涉土地和房产均没有办理抵押登记，原审根据《中华人民共和国物权法》第一百八十七条的规定认定抵押权未设立并无不当。关于二被申请人是否应当在抵押财产范围内承担连带清偿责任问题，在抵押权未设立且案涉合同只约定了抵押担保，再审申请人并未提供证据证明被申请人具有保证担保的意思表示的情形下，其仅凭抵押合同有效，要求在抵押财产价值范围内承担连带清偿责任，并无合同和法律依据，故原审判令两被申请人不承担责任并无不当。”

第二种观点认为，抵押权未设立，抵押人承担违约责任，责任性质为补充责任，责任范围以债务不能清偿部分为限，并以抵押物价值范围为限。如在“海南中亿房地产开发有限公司、绵阳市游仙国汇小额贷款有限责任公司借款合同纠纷二审民事判决书”【(2017)川民终 102 号】中，四川高院即认为：“海南中亿公司不履行抵押登记义务抵押权未设立，使得债权人国汇小贷公司为此丧失就抵押物折价或者拍卖、变卖价款优先受偿的权利。对此，抵押人海南中亿公司应当承担赔偿责任，该种责任本质上是一种违约责任。作为违约责任，其承担责任的前提是有实际损失的存在。该案中，国汇小贷公司的借款有主债务人赵斌、樊华和担保人荃森公司履行相应责任的保障，其是否有损失及具体损失的多少均处于不确定状态。换言之，海南中亿公司承担责任的前提是主债务人赵斌、樊华和担保人荃森公司均不能履行相应债务，海南中亿公司应承担的责任性质上是补充责任，在顺位上应是在主债务人赵斌、樊华和担保人荃森公司承担相应责任之后。该种责任不属于海南中亿公司理解的侵权责任，其据此主张不承担责任的理由不能成立，本院不予支持。”抵押合同单独违约责任说存在违反担保从属性的嫌疑。补充责任说认为，《民法总则》第一百七十八条规定：“连带责任，由法律规定或者当事人约定”，除非抵押合同明确约定抵押人承担连带责任，否则抵押人仅承担补充责任。

第三种观点认为，抵押权转化为一般连带保证，抵押人应承担保证责任。如在“新疆石河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷申诉、申请民事裁定书”【(2015)民申字第 2354 号】中，最高法院即认为：“故应认定本案当事人之所以未办理抵押登记手续，是因为合作银行已经因步春华的此前贷款而成为

该房产的抵押权人，双方存在此前贷款还清后不办理注销登记，以 31××36、32××31 号房产继续为该 20 万元贷款的抵押担保的口头约定……据此，刘峻瑞与合作银行之间关于先前的贷款还清后不办理注销登记，抵押房产继续为 20 万元贷款提供担保的约定尽管是双方的真实意思表示，但不能发生双方所希望的法律后果，案涉抵押合同并不能为该 20 万元贷款依法设定抵押权……就本案而言，以此前的抵押登记继续为案涉 20 万元贷款提供担保，是刘峻瑞和合作银行缔约时的真实意思表示，且在案涉贷款的催收环节和本案诉讼的初期阶段，刘峻瑞亦未以其提供的房产担保不生效力为由进行过抗辩。由此不难得出结论，如果合作银行和刘峻瑞在案涉 20 万元借款合同和担保合同签订之时，就知道这种以在先的抵押登记担保在后发生的另一笔债权并不能产生法律效力，在不办理登记以节约抵押登记费用的情况下，双方会选择由刘峻瑞提供保证这一合法有效的担保方式，以保证贷款合同的顺利履行。相反，若仅机械适用法律认定本案房产抵押因未登记就不发生任何法律效力，则刘峻瑞不承担担保责任的结果将会明显背离一般社会大众的公平认知，亦显然有违诚实信用原则。因此，根据本案的实际情况，本院将案涉 20 万元的抵押担保合同转换为连带责任保证合同……在担保方式转换后刘峻瑞所应承担的 20 万元本息的保证责任并未超出其所提供的担保物的价值，故本院对担保方式转换后刘峻瑞的保证责任范围不再予以限定。”

第四种观点认为，抵押权因未办理登记没有设立时，抵押人承担的是类似于保证责任的非典型担保责任，按照我国《担保法》以连带保证为原则的法理，抵押人应当在抵押物价值的限度内与债务人承担连带责任。在“张鹏、罗丽君民间借贷纠纷二审民事判决书”【(2018)湘民终 740 号】中，湖南高院即认为：“根据我国《物权法》第十五条的规定，抵押未登记仅为抵押权未有效设立，但并不影响抵押合同的效力，抵押合同仍然有效。在抵押合同有效的前提下，债权人可基于抵押合同要求抵押人承担担保责任，即在抵押物价值范围内对担保的债务承担连带清偿责任。”

第五种观点认为，在当事人并未约定抵押人与债务人承担连带责任的情况下，抵押人仅在债务人不能清偿的范围内承担补充责任，若当事人约定承担连带责任，抵押人应承担连带责任。如征求意见稿规定：“债权人怠于履行协助义务的，可

以减轻甚至免除抵押人的责任。抵押合同是主合同的从合同，在当事人并未约定抵押人与债务人承担连带责任的情况下，抵押人仅在债务人不能清偿的范围内承担补充责任。债权人请求抵押人承担连带责任的，人民法院不予支持。”

《会议纪要》正式稿虽删除了关于未办理抵押登记转让时，抵押人承担责任为补充责任的规定，但《会议纪要理解与适用》明确表示采用第五种观点，即除非抵押合同明确约定抵押人承担连带责任，否则抵押人仅承担补充责任，该补充责任仅在债务人不能清偿时承担，并以抵押物价值为限。

应对建议：

- I. 如果能够补办抵押登记，建议银行首先要求抵押人配合补办抵押登记；
- II. 建议银行在抵押合同中明确约定抵押人与债务人承担连带清偿责任；
- III. 建议银行在抵押合同中明确约定抵押权因未登记而未生效时，抵押人责任转化为连带保证责任。

3) 房地分别抵押下“房随地走、地随房走”原则的适用

I. 房地一体抵押原则适用争议及解决

2015 年以前，我国的不动产登记比较混乱，房地权属的登记机构分离，房屋登记机关为建设局或房管局、房产交易中心或房产管理中心，土地使用权登记部门为国土局，导致同一房地产被分别抵押给不同主体，房地的抵押权人分离，给房地产执行带来了巨大困难，并且滋生了大量复杂的执行异议和申诉纠纷。2015 年 3 月 1 日，我国实行《不动产登记暂行条例》，对房屋和土地实行统一的登记制度，并改由国土部门统一负责。

《物权法》第一百八十二条规定：“以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”第二百条规定：“建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。

该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。”

《物权法》虽明确了房地一体抵押原则，实践中仍会出现抵押人将房和地分别抵押给不同债权人，两个抵押权发生冲突的情形。司法实践中对于如何解决这一冲突存在争议：

第一种观点认为，房地分别抵押，在后抵押违反《物权法》第一百八十二条之强制性规定，应予无效。如在“新津县国土资源局、四川瀚华融资担保有限公司和成都融通和投资担保有限公司土地行政登记二审行政判决书”【（2014）成行终字第 512 号】中，四川成都中院即认为：“本院认为，《中华人民共和国物权法》第一百八十二条‘以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押’。兴平公司在申请办理本案土地抵押登记时，未如实向国土资源行政主管部门提交有关材料和反映真实情况，隐瞒了该地上房屋早已设定了抵押登记的事实，从而导致本案房地分别抵押登记的情况出现。据此，原审法院根据《中华人民共和国物权法》、《土地登记办法》、《中华人民共和国担保法》、《城市房地产抵押管理办法》的相关规定判决撤销新津国土局于 2011 年 10 月 14 日作出的新津他项（2011）第 158 号国有土地使用权抵押设定登记正确。”

第二种观点认为，抵押合同有效，但抵押权的效力不及于未登记部分，抵押权人仅能就登记部分优先清偿。如在“江苏银行股份有限公司邳州支行与徐州森洋木业有限公司、吕士亚等金融借款合同纠纷再审复查与审判监督民事裁定书”【（2016）苏民申 818 号】中，江苏高院即认为：“合同签订后江苏银行邳州支行与森洋公司仅就土地使用权办理了抵押登记，而对涉案土地上的建筑物未依法办理抵押登记。因房地分离抵押是当事人之间基于意思自治而作出的选择，而江苏银行邳州支行在提供借款时仅以土地使用权作为抵押财产，应认定其在缔约时已有明确的法律预期，即是以涉案土地使用权的抵押登记而享有优先受偿权。故江苏银行邳州支行只能在登记的土地使用权价值范围内优先受偿。其主张对涉案房屋一并享有优先受偿权，不能成立。”

第三种观点认为，房地产价值若明显超过多个担保债权金额时，房地分别抵

押的，应视为当事人真实意思表示，在实现抵押权时分别估价、一并处分，各担保权人以登记公示金额、在登记抵押物拍卖价值内分别优先受偿。如在“江苏江都农村商业银行股份有限公司与江苏扬子江大酒店有限公司破产债权确认纠纷二审民事判决书”【（2015）泰中商终字第 00335 号】中，江苏泰州中院即认为：

“本院认为，根据我国法律规定，不动产物权变动以登记为其生效要件。本案中债权人分别在案涉房屋以及土地使用权上为相关债务设立抵押担保，且已分别办理抵押登记手续，确认各自享有的房屋及土地使用权抵押金额并领取他项权证书，此为债权人对各自享有抵押权份额的对外公示形式。同时三家银行在抵押合同中对土地抵押分配金额亦有明确约定，即合同第十三条载明‘土地抵押分配：江都农商行 100 万元、姜堰农商行 100 万元、靖江农商行 800 万元’，此应当视为抵押权人对各自享有的抵押权份额的内部分配达成一致。结合以上两方面可以认定将房屋及土地使用权分别抵押、同时确认各自在土地使用权变现款项中应当享有的金额为当事人真实意思表示。故债权人在实现抵押权，对土地使用权变现款项进行优先受偿时，应当按照所约定并经登记公示的金额受偿……本院认为，本案中房屋和土地使用权分别进行抵押登记，同时在实现抵押权时秉承分别估价、一并处分的原则，确保了房地产权同时转移和权属的最终一致性，并不违反物权法立法精神，因此不能就此否定其中某项抵押的效力。同时抵押权人在缔约时对此已有明确预期，无论是对分别抵押的形式还是对抵押权份额的确定，抵押权人在领取他项权证书时均未提出异议，故对其上诉主张本院不予采信，抵押权人应当按照所约定并经登记公示的金额优先受偿。”

第四种观点认为，房地分别抵押，适用房地一体原则，按照登记先后顺序确认优先清偿顺序。如《山东省高级人民法院关于审理以建筑物及土地使用权设定抵押如何确定合同效力问题的通知》第二条规定：“建筑物附着于以出让、转让方式取得的国有土地使用权的土地之上，仅就建筑物或仅就建筑物占用范围内的土地使用权设定抵押，或建筑物与其占用范围内的国有土地使用权分别抵押给不同债权人，按规定办理了抵押登记的，如无其他导致抵押无效的情形，抵押合同有效。抵押权的效力及于土地使用权及附着于其上的建筑物，不同抵押权人就同一抵押物的受偿顺序依《担保法》第五十四条确定。”

第五种观点认为，原则上以登记顺序确定优先清偿顺序，但在土地使用权设定抵押时尚无房屋的，后建房屋另行设定抵押，抵押有效，前后两个抵押权人分别享有土地与房屋的优先受偿权，不存在先后顺序。如《四川省高级人民法院关于担保合同纠纷案件若干法律问题指导意见》第九条认为：“抵押人将土地使用权及其地上房屋分别抵押给不同的银行，并办理了抵押登记，其抵押是否有效。根据担保法第三十六条、第三十七条关于土地与房屋同时抵押的规定，土地使用权和该土地上的建筑物、其他附着物不能单独抵押，应当一并为抵押权的标的。因此，若土地与房屋分别抵押并办理了登记的，应优先保护对土地使用权或房屋登记在前的第一顺序抵押权人，登记在后的第二顺序抵押权人后实现抵押权；若土地使用权抵押时还未建有房屋的，抵押只对土地使用权产生效力，后建的房屋经登记另行抵押的，也应认定抵押有效，前后两种抵押权人分别享有土地与房屋的优先受偿权，抵押权的享有不存在先后顺序。”

为解决上述争议，《会议纪要》第 61 条对该问题进行了明确：“61. 【房地分别抵押】根据《物权法》第 182 条之规定，仅以建筑物设定抵押的，抵押权的效力及于占用范围内的土地；仅以建设用地使用权抵押的，抵押权的效力亦及于其上的建筑物。在房地分别抵押，即建设用地使用权抵押给一个债权人，而其上的建筑物又抵押给另一个人的情况下，可能产生两个抵押权的冲突问题。基于‘房地一体’规则，此时应当将建筑物和建设用地使用权视为同一财产，从而依照《物权法》第 199 条的规定确定清偿顺序：登记在前的先清偿；同时登记的，按照债权比例清偿。同一天登记的，视为同时登记。应予以注意的是，根据《物权法》第 200 条的规定，建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。”

应对建议：

（Ⅰ）建议银行在办理不动产抵押登记前，应根据不同地区不同登记机构设置情况，分别到不动产登记中心、建设局或房管局、房产交易中心或房产管理中心、国土资源局核实拟抵押房地产是否存在在前房地单独抵押的情况；

（Ⅱ）建议银行在前往不动产登记中心办理不动产抵押时，应就房屋和土地

使用权一并办理抵押登记；

(Ⅲ) 在未启动不动产统一登记的地区办理不动产抵押时，应注意分别到建设局或房管局、房产交易中心或房产管理中心、国土资源局同时办理房产抵押登记和土地使用权抵押登记。

II. 《会议纪要》第 61 条之适用

需要注意的是，《会议纪要》第 61 条对以下问题并未明确：

(I) 以建筑物抵押，建筑物“占用范围”如何界定？

对于地及于房通常比较容易认定，但对于房及于地时“占用范围”下“地之范围”如何界定，存在一定争议：

一种观点认为。应仅限于建筑物垂直覆盖的建设用地使用权，如在“魏任凭、中国长城资产管理股份有限公司湖南省分公司财产损害赔偿纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【(2017)最高法民申 4257 号】中，最高法院即认为：“魏任凭申请再审认为，两栋抵押房屋实际占用土地使用权面积应为 424 平方米，即包括占地 270 平方米的综合楼和占地 154 平方米的宿舍楼。长城公司申请再审认为，两栋抵押房屋占用土地使用权范围应为涉案全部 1120 平方米。根据原审查明的事实，原临国用(94)字第 1050102003 号《国有土地使用证》载明该宗地‘用地面积’为 1120 平方米，其中‘建筑占地’656 平方米。魏任凭、长城公司亦均认可该宗地范围内只有两栋抵押房屋办理了产权登记手续。因此，原审法院认定两栋抵押房屋实际占用土地使用权面积为 656 平方米并无不当，魏任凭、长城公司的上述再审申请主张均不能成立，本院不予支持。”

另一种观点认为，建筑物抵押权效力应及于整宗土地之建设用地使用权。如在“温州银行股份有限公司与开化县新之路丝绸有限公司、温州市木子化工有限公司等金融借款合同纠纷二审民事判决书”【(2016)浙 03 民终 4241 号】中，浙江温州中院即认为：“物权法第一百八十二条有关‘地随房走’的规定本义就是为了防止权利冲突，有利物权行使和处置，如将‘占用范围’机械地理解为投影

占用的部分，人为分割物权，显然与法律规定相悖，故本案抵押的效力及于诉争整宗土地。新之路公司关于本案抵押的效力不及于涉案抵押房产（投影）所占用范围以外的土地使用权的上诉主张不能成立，本院不予支持。”

对于上述不同观点，甚至存在二审法院以不同观点对一审判决进行改判的案例。在“招商银行股份有限公司武汉分行、杨丛发二审民事判决书【（2018）鄂民终 364 号】中，一审法院认为：“招商银行武汉分行认为其对拍卖方伟房地产款全部享有优先受偿权无事实 and 法律依据，认定招商银行武汉分行抵押效力范围应在方伟抵押担保的房屋及该房屋实际占有土地亦即房屋垂直的投影面积价值范围内优先受偿。”二审湖北高院则认为：“而对于上述法律规定中‘该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押’中的‘占用范围’在本案中应如何理解问题，因方伟在以房屋办理抵押借款时，在原房屋所有权人方伟名下的房屋所有权证号为洪 2013009642 桂 19-E 室别墅的房屋，所对应的土地使用权证洪国用 2013 私第 4867 号土地上仅只有该房屋，而无其他建筑物或附属建筑物，本案应认定涉案房屋所占用的范围为洪国用 2013 私第 4867 号土地使用证上所载明的 2020.58 平方米土地。一审法院对该占用范围的认定，无事实 and 法律依据，导致适用法律错误，依法应予以纠正。故一审法院于 2017 年 4 月 28 日作出（2016）鄂 11 执恢 2 号执行财产分配方案，确定‘招商银行武汉分行在方伟抵押担保的房屋及相对应的土地价值范围内优先受偿，其它土地及附属部分应参与执行分配，按照比例进行受偿’的分配方案不当，依法应予撤销。”最高法院在该案再审【（2019）最高法民申 714 号】中维持了二审法院的观点。

应对建议：

建议银行将土地使用权和房屋同时设定抵押权并办理抵押登记，以防范法院适用房及于地时将抵押权范围限于建筑物垂直覆盖面积的土地使用权。

（II）仅约定以建设用地使用权或建筑物设定抵押的处理方式

关于房地单独抵押如何处理，之前司法实践中，存在不同观点：

一种观点认为，当事人约定仅以建设用地使用权或建筑物设定抵押的，属于

当事人真实意思表示，已办理登记的，抵押权均合法有效。如在“江苏江都农村商业银行股份有限公司与江苏扬子江大酒店有限公司破产债权确认纠纷二审民事判决书”【（2015）泰中商终字第 00335 号】中，江苏泰州中院即认为：“我国物权法第一百八十二条规定，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。该条关于建设用地使用权和建筑物所有权结合的规定并不是一种强制性规定，该规定的目的主要是为了避免因为分别抵押所导致的权利冲突和摩擦，因此，即便出现房地分别抵押的情形，只要在实现抵押权利转移和处置抵押物时能够保持权利归属上的一体，则可以妥当解决上述权利冲突。实践中，当事人设定两项抵押的行为是当事人自愿协商确定的，当事人已经订立了抵押合同，且已经分别办理了登记手续，不应认定抵押无效。”

另一种观点认为，房地分别抵押，在后抵押违反《物权法》第一百八十二条之强制性规定，应予无效。如在“新津县国土资源局、四川瀚华融资担保有限公司和成都融通和投资担保有限公司土地行政登记二审行政判决书”【（2014）成行终字第 512 号】中，四川成都中院即认为：“本院认为，《中华人民共和国物权法》第一百八十二条‘以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押’。兴平公司在申请办理本案土地抵押登记时，未如实向国土资源行政主管部门提交有关材料和反映真实情况，隐瞒了该地上房屋早已设定了抵押登记的事实，从而导致本案房地分别抵押登记的情况出现。据此，原审法院根据《中华人民共和国物权法》、《土地登记办法》、《中华人民共和国担保法》、《城市房地产抵押管理办法》的相关规定判决撤销新津国土局于 2011 年 10 月 14 日作出的新津他项（2011）第 158 号国有土地使用权抵押设定登记正确。”

征求意见稿原规定：“但《物权法》第一百八十二条允许当事人对担保财产作出特别约定，如抵押合同仅以建设用地使用权设定抵押，并且明确约定不包括其上建筑物的，应当认为抵押权仅及于建设用地使用权；反之亦然。”正式稿删除了相关规定，但《会议纪要理解与适用》明确允许当事人作出特别约定，并指出由于房地一体，实现抵押权时，应将房地产同时拍卖，分别计价，抵押权人仅能就约定财产优先清偿。

应对建议：

银行应当注意防范房地分别抵押下，后设抵押可能会被认定为无效的法律风险。

（Ⅲ）建设用地使用权抵押效力是否可及于无证建筑？

《会议纪要》第 61 条仅从反面规定，建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产，但未从正面明确抵押权设定时，土地上的无证建筑是否属于抵押财产？而该事项，之前司法实践中存在一定争议：

一种观点认为，尚未办理权属证书的建筑物缺乏抵押权设立基础，建设用地使用权设定抵押的，不能及于地上无证建筑。如在“招商银行股份有限公司江阴支行与江阴申颖针纺织品有限公司破产债权确认纠纷二审民事判决书”【（2018）苏 0281 民初 8871 号】中，江苏江阴市人民法院认为：“二、《中华人民共和国物权法》第一百八十二条规定，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。《中华人民共和国物权法》第九条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十九条规定，以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。根据庭审查明，案涉土地上的房屋建筑物、构筑物及其他辅助设施未取得不动产权属证书，其抵押权缺乏设立基础。”

另一种观点认为，只要无证建筑属于抵押人实际所有，建设用地使用权抵押效力便可及之。如在“中国华融资产管理股份有限公司云南省分公司、武定县华翔经贸有限公司债权转让合同纠纷二审民事判决书”【（2019）云民终 202 号】中，云南高院即认为：“在办理抵押登记时，虽然只办理了土地他项权利证，但根据《中华人民共和国物权法》第一百八十二条规定：‘以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地

上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。’因此，虽然抵押土地上的地上建筑物并未办理抵押登记，但不论是合同约定，还是法律规定，上诉人作为抵押权人，对地上建筑物可以一并享有优先受偿权。”实践中多数案例采用后一种观点。《会议纪要》并未解决此争议。

应对建议：

i. 银行接受的不动产抵押房地产上存在无证建筑的，应注意有证建筑的抵押物价值应足额；

ii. 银行应在抵押合同中明确约定就无证建筑设定抵押权；

iii. 银行应要求抵押人提供无证建筑实际属于抵押人所有的证据，如规划证、开工证、竣工证等；

iv. 在债权清收时，以地及于房原则，就建设用地使用权抵押效力及于无证建筑积极与管辖法院沟通；

v. 无证建筑获得房产证后，及时补办抵押登记。

4) 浮动抵押对抗效力之转变

《物权法》第一百八十一条规定：“经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”

以往的主流观点认为，《物权法》第一百九十六条规定：“依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：（一）债务履行期届满，债权未实现；（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；（三）当事人约定的实现抵押权的情形；（四）严重影响债权实现的其他情形”，参照该规定，浮动抵押只有在抵押财产确定事由出现时才能特定化，在此之前浮动抵押不具有优先受偿效力，在全部动产特定为抵押物之前，其他担保物权应优先于浮动抵押

权。如在“平安银行股份有限公司济南分行与山东恒宇精密薄板有限公司、山东三星新材料有限公司等金融借款合同纠纷二审民事判决书”【（2015）鲁商终字第247号】中，山东高院即认为：“《中华人民共和国物权法》第一百九十六条规定，依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：（一）债务履行期届满，债权未实现；（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；（三）当事人约定的实现抵押权的情形；（四）严重影响债权实现的其他情形。本案借款期限至2014年1月26日届满，但此时案涉债权未实现，故根据上述法律规定，案涉动产抵押物应于该日确定，即在该时间节点，案涉抵押物发生结晶，抵押物由浮动状态转化为确定状态，抵押由浮动抵押转化为固定抵押。因此，对案涉抵押物结晶时（即2014年1月26日）的恒宇公司自有之钢材，抵押权人平安银行依法享有优先受偿权。”

《会议纪要》第64条规定：“64.【浮动抵押的效力】企业将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品及产品等财产设定浮动抵押后，又将其中的生产设备等部分财产设定了动产抵押，并都办理了抵押登记的，根据《物权法》第199条的规定，登记在先的浮动抵押优先于登记在后的动产抵押”，宣告“登记说”取代“结晶说”，浮动抵押只要办理抵押登记，即具有对抗性和优先受偿的效力。《会议纪要》采取登记说的主要依据是《物权法》第一百八十九条，该条规定：“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”根据该条规定，浮动抵押采取的是和一般动产抵押权相同的登记规则，即采取登记对抗主义。

动产浮动抵押放弃结晶对抗说的主要原因有三：第一，浮动抵押设立在先并取得登记，已经完成了《物权法》第一百八十九条规定的对抗公示要件；第二，采用登记对抗主义，有助于构建统一的动产抵押登记规则；第三，有助于推动动产浮动抵押的应用和制度发展；第四，《物权法》第一百九十六条虽规定了抵押财产“确定”的情形，但其立法目的是为了保证“抵押权人需要行使抵押权时，抵押财产应当是确定的”，该条并未确立浮动抵押结晶制度，也并未将抵押财产的确定与浮动抵押的效力相连接，理解为浮动抵押的执行规则更为合适。

关于动产浮动抵押如何办理登记，国家工商行政管理总局《动产抵押登记办法》第二条规定：“企业、个体工商户、农业生产经营者以《中华人民共和国物权法》第一百八十条第一款第四项、第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的县级市场监督管理部门（以下简称登记机关）办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”

需要注意的是，《会议纪要》第 64 条仅规定了同一动产上设立的浮动抵押权和动产抵押权的优先性，而对于浮动抵押与质权的优先性并未明确，但按照《会议纪要》第 65 条“同一动产上同时设立质权和抵押权的，应当参照适用《物权法》第 199 条的规定，根据是否完成公示以及公示先后情况来确定清偿顺序”之规定，似乎可以推出已办理登记的浮动抵押可优先于在后设立的质权受偿，但最终能否适用，还需进一步关注最高法院的最新观点。此外，《会议纪要》第 64 条浮动抵押的对抗是有限度的，根据《物权法》第一百八十九条第二款“依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人”之规定，浮动抵押权不能对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。《会议纪要理解与适用》明确，动产浮动抵押登记后，抵押财产范围内某一特定动产上设立的新的动产抵押，不能参照《物权法》第一百八十九条第二款认定其优先于浮动抵押权，因为其并非正常经营活动，也非买卖行为。

应对建议：

I. 浮动抵押以登记为对抗要件，银行在办理动产浮动抵押业务时，应尽可能早地前往抵押人住所地的县级工商行政管理部门办理抵押登记；

II. 银行在办理浮动抵押业务时，应对浮动动产是否已设立质权或办理抵押登记进行核查，以确定动产浮动抵押能否保证债权回收。

（3）质押

1）同一物上抵押权和质权的受偿顺序

《物权法》第一百九十九条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。”《物权法》第一百七十八条规定：“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”

《担保法司法解释》第七十九条第一款规定：“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。”

关于同一财产抵押权与质权并存时的优先受偿顺序，之前司法实践存在不同观点：**一种观点认为**，应适用《担保法司法解释》第七十九条第一款之规定，不问设立先后、采何种公示方式，抵押权优先于质权。如在“江西赣县农村商业银行股份有限公司、中国建设银行股份有限公司赣州赣县支行第三人撤销之诉二审民事判决书”【（2017）最高法民终216号】中，最高法院即认为：“关于同一动产上已登记抵押权与质权竞存时的顺位。担保法司法解释第七十九条第一款规定，‘同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。’据此，同一动产上法定登记的抵押权优先于质权。”**另一种观点认为**，应当参照适用《物权法》第一百九十九条的规定，根据是否完成公示及公示先后来确定清偿顺序。

《会议纪要》第65条采用后一种观点，明确：“65.【动产抵押权与质权竞存】同一动产上同时设立质权和抵押权的，应当参照适用《物权法》第一百九十九条的规定，根据是否完成公示以及公示先后情况来确定清偿顺序：质权有效设立、抵押权办理了抵押登记的，按照公示先后确定清偿顺序；顺序相同的，按照债权比例清偿；质权有效设立，抵押权未办理抵押登记的，质权优先于抵押权；质权未有效设立，抵押权未办理抵押登记的，因此时抵押权已经有效设立，故抵押权优先受偿。根据《物权法》第178条规定的精神，担保法司法解释第79条第1款不再适用。”

《会议纪要》采用上述观点的主要原因有三：第一，《担保法司法解释》第七十九条第一款仅适用于法定登记的抵押权，即以登记为生效要件的抵押权与质权竞存的情况，这是源于《担保法解释》颁布之时，我国对特定动产如航空器、船舶、车辆、企业的设备和其他动产抵押权采取登记生效主义，即抵押权以登记为生效要件，而对其他一般动产抵押权采取登记对抗主义，即抵押权以合同生效为成立要件，未经登记不得对抗第三人。《担保法解释》第七十九条第一款所述的“法定登记的抵押权”源于《担保法》第四十一条和第四十二条规定的采取登记生效主义的特定动产抵押权。《物权法》已对动产抵押登记模式进行了变更，《物权法》第二十三条、第二十四条、第一百八十八条规定，特殊动产抵押以合同生效为生效要件，以办理登记为对抗要件。因此，《物权法》生效后，《担保法解释》第七十九条第一款适用的前提已不复存在。第二，该条款引发了诸多问题，出现了抵押权人明知抵押物上已设立质权但仍同意设立抵押权并作登记，导致质权人仍无法对抗在后的抵押权，严重地背离了《物权法》的立法精神。第三，质权与抵押权的公示方法也并无强弱之分，质权与抵押权系平等的担保物权，《物权法》并未对两者的优先受偿次序作出规定。因此，《会议纪要》明确了抵押权、质权以完成法定公示的时间先后顺序确定优先清偿顺序。

应对建议：

I. 银行在设立动产抵押时应及时办理抵押登记，具体登记机关为：

序号	动产类别	抵押登记机关	法律依据
1	企业生产设备、原材料、半成品、产品进行单个抵押或浮动抵押	抵押人住所地的县级市场监督管理部门	《动产抵押登记办法（2019修订）》第2条
2	民用航空器	国务院民用航空主管部门	《民用航空法》第16条
3	渔业船舶	渔港监督机关	《渔业船舶登记办法》
4	20吨以上建造中船	船舶建造地船舶	《船舶登记工作规程》第61

	船舶	登记机关	条
5	20 吨以上船舶	船籍港船舶登记机关	《中华人民共和国船舶登记条例》第 20 条
6	机动车	登记地车辆管理所	《机动车登记规定(2012 修正)》第 22 条
7	其他个人所有的家居、家用电器等生活资料	抵押人所在地公证机关	《担保法》第 43 条

II. 银行在办理企业生产设备、原材料、半成品、产品进行单个抵押或浮动抵押登记时应按照《动产抵押登记办法（2019 修订）》的规定进行，并可以通过全国市场监管动产抵押登记业务系统在线办理动产抵押登记的设立、变更、注销。

（4）新类型担保

随着金融经济不断发展，信用持续扩张，传统的不动产和动产可担保客体被大量占有，直接催生了担保制度的不断变化和担保物范围的不断扩张，各行业主管部门也发布一系列文件，在政策上引导金融担保方式的创新。在此背景下，大量新型担保方式开始涌现。

新类型担保是指作为担保的标的物为新类型权利，如商铺租赁权、出租车经营权、排污权、信托收益权、银行理财产品份额、保单、农村土地经营权以及高速公路收费权等各种收费权，这些新类型担保面临的突出问题是没有法定的登记机关，权利人无法按照法律规定完成物权设立登记。近些年来，由此引发的纠纷越来越多，各地法院对于上述新类型担保的效力争议很大。针对上述争议，《会议纪要》第 67 条规定：“67. 【约定担保物权的效力】债权人与担保人订立担保合同，约定以法律、行政法规未禁止抵押或者质押的财产设定以登记作为公示方法的担保，因无法定的登记机构而未能进行登记的，不具有物权效力。当事人请求按照担保合同的约定就该财产折价、变卖或者拍卖所得价款等方式清偿债务的，人民法院依法予以支持，但对其他权利人不具有对抗效力和优先性。”

1) 新类型担保与物权法定原则

《物权法》第五条规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”此为我国法定法中的物权法定原则，物权的内容包括物权的标的，关于可设置担保物权的标的物范围，《物权法》进行了相应的规定，如《物权法》第一百八十条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：……（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。”第二百零九条规定：“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”第二百二十三条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”根据上述规定，新类型担保存在法律依据。

但物权法定原则是否包括公示方式法定，实践中存在较大的争议。

2) 新类型担保的效力

新类型担保面临的最突出问题是缺乏统一的法定登记机关。实践中，不同当事人对于新类型担保采用不同方法进行登记，这些登记方法能够达到一定程度上的公示效果。司法实践中，法院对于是否完成登记以及物权设立标准的认定，争议较大，以信托受益权质押设立标准为例：

第一种观点认为，信托受益权以交付设定质押的书面材料为质权设立的生效要件，如在“中国信达资产管理股份有限公司上海市分公司与上海厚石股权投资管理有限公司、邵为军等金融借款合同纠纷一审民事判决书”【（2014）静民四（商）初字第1648号】中，上海静安区法院即认为：“《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》第八十八条规定，‘出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交……’。从上述法律规定可见，对于由受托人占有的信托受益权的质押，可以该质押标的物设定质押的书面材料送达受托人时设立，而出质人作为质押标的物的权利人应履行该义务；标的物设定质押的书面材料除质押合同外，还应有出质人向受托人明确标的物质押的通知。”

第二种观点认为，信托受益权以登记为质权设立的生效要件，在中国人民银

行征信中心办理登记的，具备物权效力。如在兴业银行股份有限公司绍兴分行与绍兴恒大染整有限公司、魏召良金融借款合同纠纷一审民事判决书【（2016）浙0602民初11741号】中，浙江绍兴越城区法院即认为：“证据10、中国人民银行征信中心动产权属统一登记证明书打印件一份，拟证明本案所涉信托收益权作为应收账款已经进行了质押登记的事实……被告恒大公司自愿以其所有的信托受益权为其与原告之间的债务提供质押担保，现该质押物已办理了动产权属统一登记，故对原告要求就该质押物享有优先受偿权的诉请，本院予以支持。”

第三种观点认为，信托受益权质押在管理人办理登记的，具备物权效力。

第四种观点认为，信托受益权以登记为质权设立的生效要件，在中国信托登记有限责任公司或其他区域性登记机构进行登记的，具备物权效力。

第五种观点认为，信托受益权质押并无法定的登记机关，不具有物权效力。

对于上述争议的登记机构，实践中既存在由某些部门规章规定的登记机构，如银保监会发布的《信托登记管理办法》要求中国信托登记有限责任公司对信托机构的信托产品及其受益权信息进行统一登记；也存在地方性法规或地方性规章来规定登记机构的情形，如《〈深圳经济特区出租车小汽车管理条例〉实施细则》规定出租车经营权转让或质押的登记机构均为车管所；还有部分是当事人自发到某一机关进行登记，如实践中商户租赁权质押往往到出租人处登记。而对于这些登记是否具有法定的公示效力，存在不同观点：**第一种观点认为**，《物权法》第六条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付”，因此公示方法只能由法律规定，不能由地方性法规、规章或当事人自由设定；**第二种观点认为**，只要是官方的登记机构，即便不是《物权法》《担保法》规定的登记机构，也应认定其具有物权效力；**第三种观点认为**，如严格依据法律规定的公示方法来认定是否具有物权效力，将导致很多新类型担保因缺乏法律依据而无效，因此应依据《民法总则》第十条“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗”之规定，将法律扩大至“习惯法”，对于大量采用的登记方式，认可其物权效力。

为解决上述争议，最高法院在《会议纪要》第 67 条中明确了因无法定的登记机构而未能进行登记的，不具有物权效力；当事人可请求对财产申请执行，但不享有优先受偿权。而针对在部门规章、地方性法规和规章以及当事人自行决定的登记机构办理的登记能否发生物权效力，《会议纪要理解与适用》指出，“为避免各地擅自设立各种物权从而影响交易安全和便捷，不应允许地方各级法院擅自创设新类型物权，而由最高人民法院通过司法解释、指导性案例、会议纪要等方式将各地具有普遍性的习惯上升为习惯法，从而赋予其具有物权效力是合适的。”“对于当事人自创的既缺乏地方性法规或者规章依据，又缺乏法定登记机构的权利如商铺租赁权质押，根据举重以明轻的规则，自然不应认可其具有物权效力。当然，不认可其具有物权效力，并不意味着在当事人之间不具有任何约束力。当事人请求按照担保合同的约定就该财产折价、变卖或者拍卖所得价款等方式清偿债务的，人民法院依法予以支持。”《会议纪要》本条起草人也提出，应以“是否有法定的登记机构”看新型担保“是否具有物权效力”，对于某些地方被广泛推行的、登记机构由地方法规或者规章认可的，看能否通过最高法院《会议纪要》、典型案例等方式，将一些地方的做法上升到习惯法，然后让它具有一定的法的地位，使新类型担保具有物权的效力。

采取该种观点的主要考虑是，当下债权人采取在商铺所有权人、信托管理人等处办理登记的方法，虽能起到一定的公示作用，但上述登记机关并非法定登记机关，无法达到一般担保物权的登记公示效果，此外对于同一类型权利，不同当事人采取多种登记方法，不能苛求第三人对每一种登记方法下是否存在质押登记均进行核查。

而根据《会议纪要》《会议纪要理解与适用》和起草人的意见，当事人自创的登记，如信托受益权质押在管理人、中国人民银行征信管理中心处进行登记，或以交付设定质押的书面材料等没有法律法规或规章依据设定的“质权”将面临较大的无效风险。而对于部门规章、地方性法规和规章规定的登记机构，最高法院明确，在通过司法解释、指导性案例、会议纪要等方式将各地具有普遍性的习惯上升为习惯法后，才能据以认定物权设立，但在上升至“习惯法”前，该类担保不具有物权效力。

应对建议：

I. 对于新型担保在部门规章、地方性法规和规章规定的机构办理登记是否具有物权效力，建议银行关注后续立法以及最高法院司法解释、指导性案例、会议纪要是否将上述普遍采用的登记方式上升为习惯法；

II. 鉴于最高法院对于当事人自创的既缺乏地方性法规和规章依据，又缺乏法定登记机构的权利如商铺租赁权担保的物权效力不予认可，建议银行审慎接受商铺租赁权质押等类似新型担保。

3) 资产收益权能否单独转让或设定担保？

随着金融创新的日益深入，以“资产收益权”作为交易标的进行融资的金融交易越来越多。但司法实务界和学界对于“资产收益权”如何定义，资产受益权与基础资产之间的关系，以及资产受益权能否脱离基础资产进行单独转让或者设立担保，均存在很大争议。此外，除能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权较为稳定外，很多所谓的收益权受经营因素的影响，能否获益、能获多大利益都具有很大不确定性。

对此，《会议纪要理解与适用》指出：

第一，收益权本质上属于股权、所有权、用益物权乃至债权等各种权利的权能，本身不能脱离原权利而独立存在，资产收益权原则上不能作为独立的财产进行转让或者设定担保，而只能以基础资产(或原权利)作为财产进行转让或者设立担保。

第二，某些基础资产，如学校、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，以及能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权，具有限制流通性的特点，而其本身又能产生稳定的收益，为实现物尽其用的目的，可以例外允许其以收益权的形式间接实现其财产价值。这些例外收益权，属于将来债权性质的应收账款。鉴于其基础资产具有限制流通性，一般不存在基础资产与应收账款异

其主体的情形，可以例外允许其作为应收账款转让或者设立担保。

第三，关于信贷资产收益权，《信贷资产收益权转让业务规则》第2条明确规定：“本规则中信贷资产收益权是指获取信贷资产对应的本金、利息和其他约定款项的权利。”可见，信贷资产收益权本身就是一项包括本金、利息和其他约定的权利，不存在本金债权之外还存在一个独立的信贷资产收益权的问题。事实上，在基础资产之外再构建一个所谓的资产收益权，实质上是“一鱼二吃”，不当地放大了金融风险，故有必要对其给予适度规制。

应对建议：

I. 对于如学校、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，以及能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目等应收账款类收益权，银行可以“应收账款”方式进行质押，在信贷征信机构办理出质登记；

II. 对于其他类型的资产收益权，目前大多没有法定的登记机构，在正式立法或最高法院以司法解释、指导性案例、会议纪要等方式明确认可具体登记机构前，该等收益权能否转让、其上所设担保效力如何，均存在较大不确定性，建议银行应审慎接受资产收益权转让或质押；

III. 对于信贷资产收益权，最高法院倾向不予认可其独立性，建议银行在未来业务中审慎接受信贷资产收益权转让或质押。

（5）非典型担保

非典型担保是采用保证、抵押、质押等《物权法》规定的典型担保方式以外的方式设定的担保。《会议纪要》非典型担保部分起草人认为，非典型担保可分为非典型人保和非典型物保，前者主要包括供应链金融中的差额补足责任、到期回购以及流动性支持等增信措施，后者主要包括让与担保、所有权保留、融资租赁、保理等。

1) 非典型担保的认定及效力

关于非典型担保的效力，之前司法实践中有三种观点：

第一种观点认为，非典型担保违反物权法定原则，应属无效。如在“宣建耀、濮素娟与建德雅居房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷再审案”【(2015)浙民提字第69号】中，浙江高院即认为：“借款人邓志华、陈红燕，出借人赵银刚、宣建耀，担保人雅居公司于2012年6月签订的《担保借款协议》约定，借款人以雅居公司目前开发的雅居西湖三期27套房产以定价3折（网下）、雅居西湖三期11套房产以定价7折（网上备案）的条件签订商品房买卖合同（预售）作为出借款项的条件，借款人不能偿还借款时，……由担保人雅居公司用开发的房产以已签订合同价格的条件过户给出借人或出借人指定人予以补足。……但就目前法律规定来说，我国法律尚未对让与担保作出规定。而《中华人民共和国物权法》第一百七十二条规定，设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。因此，本案宣建耀、濮素娟与雅居公司以签订商品房买卖合同形式为借款合同提供担保，违反上述物权法定原则，原审判决据此确认双方所签订的11份商品房买卖合同无效，符合法律规定。”

第二种观点认为，按照物权区分原则，应区分非典型担保的合同效力和物权效力，非典型担保并不违反物权法定原则，只要不存在其他无效情形，即应认可其合同效力，但其不属于《担保法》《物权法》规定的典型担保，不适用上述规定。如在“修水县巨通投资控股有限公司、福建省稀有稀土（集团）有限公司合同纠纷二审民事判决书”【（2018）最高法民终119号】中，最高法院即认为：“修水巨通上诉主张，《股权转让协议》名为转让实为担保，各方当事人具有通谋的虚伪意思表示，应为无效。稀土公司辩称其真实意思表示即为股权转让，《股权转让协议》合法有效。本院认为，对让与担保效力的质疑，多集中在违反物权法定原则、虚伪意思表示和回避流质契约条款之上。其中违反物权法定原则的质疑，已在物权法定原则的立法本意以及习惯法层面上得以解释，前述《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条的规定，即属对让与担保的肯定和承认；而回避流质契约条款可能发生的不当后果，亦可为让

与担保实现时清算条款的约定或强制清算义务的设定所避免。至于让与担保是否因当事人具有通谋的虚伪意思表示而无效,应在现行法律规定以及当事人意思表示这两个层面来检视。就现行法律规定而言,《中华人民共和国合同法》第五十二条规定:‘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。’该条规定并未将单纯的通谋虚伪意思表示列为合同无效的法定情形。《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条则规定,‘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。’根据该条规定,如当事人之间存在通谋的虚假意思表示,基于该虚假意思表示实施的民事法律行为应为无效。由此,让与担保是否无效的关键在于,当事人是否具有通谋的虚假意思表示。对此,实践中多有误解,认为让与担保中,债务人将标的物权利转移给债权人,仅仅属于外观形式,其真实意思是在于设定担保,故为双方通谋而为虚假的转移权利的意思表示,应为无效。但事实上,在让与担保中,债务人为担保其债务将担保物的权利转移给债权人,使债权人在不超过担保目的的范围内取得担保物的权利,是出于真正的效果意思而作出的意思表示。尽管其中存在法律手段超越经济目的的问题,但与前述禁止性规定中以虚假的意思表示隐藏其他法律行为的做法,明显不同,不应因此而无效。”

第三种观点认为,非典型担保并不违反物权法定原则,只要不存在其他无效情形,应认可其合同效力,担保物已完成财产权利变动的公示方式的,还应认可其物权效力,参照《担保法》《物权法》关于抵押或质押等规定处理。如在“上海荣腾置业有限公司、马建军金融借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”

【(2018)最高法民申 4165 号】中,最高法院即认为:“所谓让与担保,是指债务人或第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的所有权等权利转移于担保权人,而使担保权人在不超过担保之目的范围内,于债务清偿后,担保标的物应返还于债务人或第三人,债务不履行时,担保权人得就该标的物优先受偿的非典型担保。作为一种权利移转型担保,让与担保是以转让标的物权利的方式来达成

债权担保的目的，包含让与和担保两个基本要素。”

针对上述争议，《会议纪要》第 66 条规定：“当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。”该规定明确非典型担保设立的核心在于订立“具有担保功能”的合同，实践中非典型担保的最常见类型是以买卖合同设定的“让与担保”。

《会议纪要》第 66 条明确了非典型担保的合同有效，根据《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定来确定合同效力，但对于已经完成物权公示程序的非典型担保物权效力规定得较为含糊，原文表述为“其担保功能应予肯定”，这里的“担保功能”如何理解？是否包含物权效力？《民法典草案》针对所有权保留、融资租赁、保理等非典型担保，均规定“未经登记不得对抗善意第三人”，起草人指出，上述规定表明这三种非典型担保在进行登记的情况下，具有相当于动产抵押的担保功能，这意味着民法典基本建立起来了非典型担保的登记对抗主义，因民法典对于让与担保没有规定，故《会议纪要》对于让与担保作出了规定。

但对于上述四种情形之外的非典型担保是否具有物权效力、民法典出台之前所有权保留等三种非典型担保的物权效力如何认定，《会议纪要》未予明确，依据对《会议纪要》第 66 条文义解释也难以看出，未来司法实践如何处理，值得关注。

应对建议：

即便《会议纪要》对于让与担保外的非典型担保物权效力未予明确，银行在接受非典型担保时，仍应参照相近的质权、抵押权有关规定，分别履行对非典型担保进行担保物交付或登记之公示程序。

2) 让与担保

《会议纪要》第 71 条规定：“71. 【让与担保】债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产

拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。”

I. 让与担保的违法性克服

让与担保在日本、德国等国家和地区运用非常广泛，其发展经历了一个由非法到合法的历程。

(I) 让与担保不违反物权法定的基本原则

第一，让与担保与物权法定原则不冲突。物权法定主义的目的不在于僵化物权，阻止法律发展，而旨在维持物权法律关系的明确与安定，其并不排除必要时以补充立法或司法解释等方式创新和肯定新的担保方式。随着社会发展，新型物权层出不穷，物权法定原则也应有所缓和，以避免过于僵化可能限制经济社会的发展。让与担保通过赋予担保权人标的物所有权或行使买卖合同的债权来保证担保权人对担保物享有排他性的权利，避免担保人私自处置担保物，从而保证债权安全，这与物权法定的立法本意一致。第二，物权法定原则中的“法”并不仅仅指成文法，也应包括习惯法，让与担保是随着交易的发展而在交易实践中产生并逐步演变为习惯法。第三，从法律构成看，让与担保的基本构造为所有权转移加上信托行为的债之关系，利用的是所有权制度而非《物权法》现有的担保物权制度，以达到担保功能，而非创设法律所未规定之担保物权，让与担保是一种非典型担保，不违反物权法定的基本原则。

(II) 让与担保不违反禁止流质、流押的强制性规定

让与担保中，标的物虽已转让于担保权人，但担保权人尚未确定取得标的物所有权，各国法律多规定在债务人不履行债务时，担保权人仍需履行拍卖、变卖或协议估价等程序而以其作价受偿，除非达成折价或者回购协议，对于标的物价款超过被担保债权额的部分，担保权人负有返还义务。

(III) 让与担保并非虚伪意思表示

让与担保设定人是以让渡所有权的手段来达到保障债权之目的，但当事人的意思是转移真正的所有权，只不过所有权限于担保之目的，这与通谋虚伪意思明显不同。大陆法系让与担保曾一度被视为虚伪表示行为而无效，后德国学者 Rigelsberger 提出信托的让与行为和 Joseph Kohler 提出的隐藏行为，解决了让与担保的有效性问题的。

II. 处分型清算方法的选定

日本学说及实务将让与担保清算方法分为归属清算和处分清算两种类型。归属清算是指债权人在债务人届期不履行债务时可直接取得标的物，并返还超过债权金额的清算方法。处分清算是指债务人届期不履行债务时，债权人需履行强制执行程序，就拍卖、变卖价款实现受偿的方式。

关于让与担保的清偿方法，《会议纪要》征求意见稿规定：“在债务人不履行到期债务或者出现约定的事由时，债权人主张享有动产、不动产所有权或者股权的，人民法院不予支持，但其与债务人事后就动产、不动产或者股权达成折价或者回购协议的除外。债务人请求人民法院参照《民事诉讼法》‘实现担保物权案件’的相关规定，拍卖、变卖动产、不动产或者股权的，人民法院应当予以支持。”采用以处分清算为原则、归属清算为例外的路径，而正式稿则删掉了“与债务人事后就动产、不动产或者股权达成折价或者回购协议的除外”等规定，完全排除了归属清算的适用，直接确立处分清算，规定债权人需通过拍卖、变卖等强制执行程序来实现强制清算，以避免债权人利用优势地位损害债务人利益。同时，正式稿虽删除了实现担保物权程序的相关规定，但《会议纪要理解与适用》明确债务人可以通过实现担保物权程序，请求将让与担保物拍卖、变卖、折价用

于清偿债务。

III. 《会议纪要》71 条之适用

《会议纪要》第 71 条明确已经完成财产权利变动公示方式的让与担保具备物权效力，流质契约约定无效，但不影响合同其他部分效力。《会议纪要》对让与担保作出了比较完整的规定，但也遗留了一些问题：

（I）让与担保被担保债权的范围

司法实践中，让与担保多以“买卖合同”等形式呈现，而买卖合同本身并不涉及担保债权范围，那将“买卖合同”穿透认定为担保合同后，担保债权范围如何处理，《会议纪要》未予明确。《物权法》第一百七十三条规定：“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。”故让与担保所担保债权的范围可依据上述规定，确定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。

（II）让与担保与回购的界限

司法实践中，为保证收益或者债权实现，当事人在签订买卖合同时，多在合同中设定回购条款或另行签订回购合同，约定在一定期限内或一定条件下，由出卖人自己或第三人以一定价格对标的物履行回购义务，常见的如股权交易中的回购式对赌。

让与担保与回购存在共同点，如两者均以买卖合同或转让合同完成标的物的第一重转移，两者均可能完成标的物所有权由一方当事人到对方当事人再到一方当事人的闭合式流转。但两者也存在着显著不同：第一，回购中“买入”的真实目的是为获取物之所有权，有买入之真实意思表示，并发生物之转移和占有，而让与担保“买入”行为目的仅为提供担保，而非获取物之所有权，让与担保在买入合同和回购合同之外，往往还有一个主合同；第二，让与担保的担保方式主要为标的物所有权转移，或着是买卖合同债权即债权人享有标的物所有权的未来期

待权，存在物权担保或者债权担保等两种方式，而回购的担保主要依赖于回购合同，仅有债权担保；第三，让与担保可以申请拍卖标的物，履行公示程序的让与担保中，债权人对标的物还具有优先受偿效力，而回购的担保手段主要为要求对方当事人或第三人履行回购义务；第四，实践中，应根据当事人目的、对与回购物实际行使的权利义务等因素综合判断。因此，司法实践中，应注意把握两者界限，不能混淆。

（Ⅲ）让与担保与后让与担保的区分

后让与担保的概念由中国人民大学杨立新教授创设，学术界和司法实践中多以“让与担保合同”（买卖合同）签订时是否将让与担保标的物所有权转移于债权人为标志，将“让与担保”区分为让与担保和后让与担保，担保合同签订时即将标的物所有权转移给债权人并约定债务偿还后标的物应返还债务人或第三人的是让与担保，担保合同签订时未将标的物所有权转移给债权人而约定债务人逾期不能清偿债务时应将标的物转移给债权人的是后让与担保。让与担保与后让与担保的主要区别在于是否在设定之初就将担保物所有权转移于担保物权人、担保权人对于担保物所享有的权利是既得权还是期待权。从某种意义上讲，“后让与担保”仅是一种债权担保，不具备物权效力，而让与担保才是一种真正具备物权效力的非典型担保。

目前，对于后让与担保的概念尚无统一认识，在此前提下，是否有提出“后让与担保”概念之必要，如何界定其与让与担保之界限均存疑问。《会议纪要理解与适用》也提出后让与担保并非严谨的法律概念。但让与担保与后让与担保划分了广义上的“让与担保”的两个阶段，即已履行物权变动程序和未履行物权变动程序。

《会议纪要》第 71 条命名为“让与担保”，并规定：“债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。”第 71 条明确“债权人将该财产返还给债务人或第三人”，该条文目的是否在于明确第 71

条下的让与担保需以财产实际交付债权人作为前提，从而排除后让与担保之适用？

《会议纪要理解与适用》给出了答案，明确当事人仅作出将标的物转移给债权人的约定，标的物并未以交付或者登记的方式进行公示，不属于《会议纪要》第 71 条的让与担保。故后让与担保应主要按照《民间借贷司法解释》第二十四条之规定进行处理。

（IV）股权让与担保中的几个特殊问题

i. 股权让与担保权人能否行使股东权利？

股权让与担保中，股权转让仅是形式，当事人真实意思是担保，这种情况下，形式受让人的担保权人能否行使股东权利？《会议纪要理解与适用》明确按以下两种情形处理：

第一种情况：若转让人将让与担保的真实意思告知了公司及其他股东，即便受让人在公司股东名册上进行了登记，其也不享有股东权中的财产权和成员权；

第二种情况：若转让人并未告知公司及其他股东让与担保的真实意思，则法律应保护这种信赖，受让人在股东名册完成记载后，可以行使股东权中的财产权和成员权。

ii. 股权让与担保权人是否承担抽逃出资的责任？

《会议纪要理解与适用》明确，鉴于登记为名义股东的受让人本质上是债权人而非股东，且其实现债权的行为是合法行为，加之取得债权往往是支付相应对价的，故一般不存在抽逃出资的问题，不能要求其承担补充赔偿责任。

应对建议：

（i）银行设立让与担保时，应当按照物权公示原则分别进行交付或登记，以完成物权变动公示，使让与担保具备优先受偿效力；

（ii）银行在设立股东让与担保时，应注意核查“受让”股权是否存在抽逃

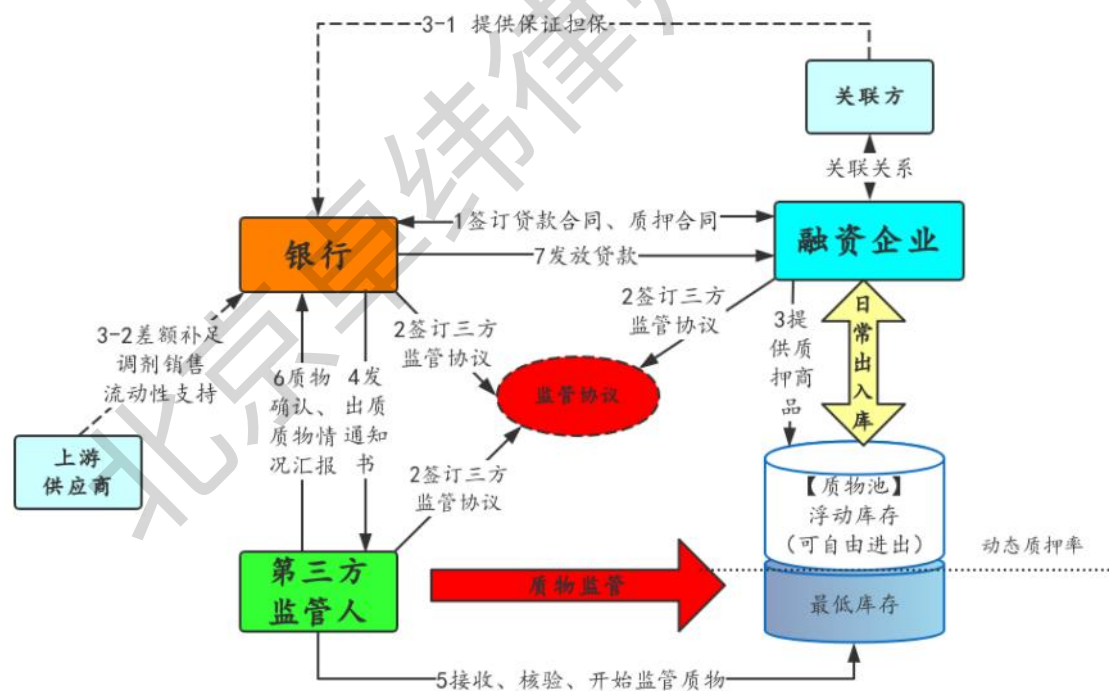
出资、未缴纳出资等情况。

(二) 对特殊信贷类业务及担保的影响及应对建议

1、供应链金融业务

(1) 业务模式

本次《会议纪要》主要涉及供应链金融业务中的“浮动质押+第三方监管”的融资模式。该种模式下，质物交付并非现实交付，而是在质物一直存放于融资人仓库中不改变位置的情况下，由监管人代替银行接收和占有质物，并且在占有期间，融资人可在银行同意的情况下对质物进行调仓换货、日常出入，但需维持在一定比例的浮动质押率之上，同时融资人的上游供应商承诺在融资人无法偿还债务时，保证对商品调剂销售、流动性支持、差额补足等，从而保证银行债务得到偿还。此外，融资企业的关联方还提供保证担保。具体模式如下：



（2）动产浮动质押的效力和设立

1) 动产浮动质押的效力

《会议纪要》第 63 条规定：“63. 【流动质押的设立与监管人的责任】在流动质押中，经常由债权人、出质人与监管人订立三方监管协议，此时应当查明监管人究竟是受债权人的委托还是受出质人的委托监管质物，确定质物是否已经交付债权人，从而判断质权是否有效设立。如果监管人系受债权人的委托监管质物，则其是债权人的直接占有人，应当认定完成了质物交付，质权有效设立。监管人违反监管协议约定，违规向出质人放货、因保管不善导致质物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。如果监管人系受出质人委托监管质物，表明质物并未交付债权人，应当认定质权未有效设立。尽管监管协议约定监管人系受债权人的委托监管质物，但有证据证明其并未履行监管职责，质物实际上仍由出质人管领控制的，也应当认定质物并未实际交付，质权未有效设立。此时，债权人可以基于质押合同的约定请求质押人承担违约责任，但其范围不得超过质权有效设立时质押人所应当承担的责任。监管人未履行监管职责的，债权人也可以请求监管人承担违约责任。”

关于浮动质押（也称“流动质押”）的效力，之前司法实践中存在一定争议，主要有两种观点：

第一种观点认为，我国对浮动质押均未有规定，质押人可以对其自由处分，浮动质押的质物不特定，质物也并未转移占有，往往进行观念交付，甚至是出质人自己占有，不符合质押的性质和特点，故浮动质押不具有物权效力，如在“交通银行股份有限公司上海宝山支行与经传票传唤金融借款合同纠纷上诉案”

【（2013）沪二中民六（商）终字第 241 号】中，上海二中院即认为：“其次，质权应当成立于特定的质押财产之上。根据本案中《质押监管协议》的约定，钢材首次出质后可以滚动出质。即本案的质押系浮动质押，质权人应在提起诉讼主张质权时确定具体质物。虽然交通银行宝山支行提供了质押物明细、库位图、库存明细报表等证据，但交通银行宝山支行亦承认库位图与现场存放的钢材有所差

异。故上述证据不足以反映质押钢材的真实状态，即质物的范围仍难以确定。第三，存放本案所涉质物的仓库中还存放有他人的钢材，原审法院在财产保全过程中，仓库方亦无法根据库存明细表确认质押钢材的数量和品名。故该仓库中不同权利人的钢材极有可能存在混同堆放、无法区分的情形……据此，交通银行宝山支行要求行使质权的诉讼请求，本院不予支持。若嗣后交通银行宝山支行发现相关证据，能够确定所主张质物的权属和范围，可另行诉讼解决。”

第二种观点认为，我国在动产质权的相关法律规定中并没有对浮动质押形式进行限制性要求，浮动质押在完成了质物交付的情况下，具备物权效力，如在“赣州银行股份有限公司与三瑞科技（江西）有限公司别除权纠纷一审民事判决书”

【（2017）赣 0302 民初 258 号】中，江西萍乡市安源区法院即认为：“根据上述规定，我国在动产质权的相关法律规定中并没有对浮动质押形式进行限制性的要求。浮动质押是指质押人与质押权人约定，在质押设定后，质押人可以随时处分所质押的部分质物，但需要用其他价值相当的质物予以补足代替，只要质物的总价值始终不低于约定的金额即可，而不苛求在质物的具体形态。对于大宗金额的借款，涉及的质物数量多，体积大，对存放地点要求较高，且须方便出质人使用、补足，在监管措施合理的情形下，尽可能利用出质人的仓库既可解决上述困惑，又有利于降低成本，方便生产。虽然现行的法律制度尚没有明确的规定，但从目前倡导的拓宽融资渠道、降低融资成本而服务于实体经济的产业政策出发，本院认为，本案被告提供的仓库质押产品必须保障其价值不低于 20,000,000 万元，低于上述价值，被告将不允许提货并需追加补足，被告对低于价值 20,000,000 元的产品并没有处分权，其所有权收到限制，应当认定为质物交付，质押关系成立并具有法律效力。”

《会议纪要》明确认可了浮动质押的物权效力。

2) 动产浮动质押的设立

《会议纪要》第 63 条对浮动质押的设立作出了具体规定。浮动质权以质押物交付为权利设立标志，而衡量是否符合交付的要求，通常以质权人能否实际占有质物为标准。《物权法》对占有作出明确定义，理论上和司法实践多将占有分

为直接占有和间接占有，间接占有是指权利人并不直接占有而指定第三人代为占有的情形，“监管占有、控制”属于间接占有的范畴，但“监管占有、控制”需达到什么程度，法律并未给予明确解释，司法实践中各地法院的认定标准也不一。最高法院发布的指导案例虽将占有定义为“对物进行控制和管理的事实状态”，但实际情况是否达到该标准，依赖于法官判断，并取决于个案的具体情况。实践中，认定质权人是否通过监管人实现占有质物，法院通常会考虑以下几个因素：

I. 监管场地归谁所有

对于监管场地实际为出质人场地的，部分法院认为不构成交付，如形式性的签订一元租赁合同。如在“龙江银行股份有限公司鹤岗宝泉岭支行、田野案外人执行异议之诉二审民事判决书”【(2018)黑民终 315 号】中，黑龙江高院即认为：

“宝泉岭支行主张仓库属海安公司租赁，但协议中未明确租赁仓库的位置、面积，海安公司也未按约定交付祥鹤木业一元租金、未实际履行《仓库租赁合同》，而宝泉岭支行提供监管木材的日志，存在部分虚假填报的情形。从上述种种情形可以看出，宝泉岭支行陈述的转移质押财产形同虚设，三方仅在形式上履行了转移质押财产的手续，且该手续还不完善，实质上质押财产仍由出质人祥鹤木业占有及处分，此种以占有改定方式交付质押财产，在质权设立中不具有物权的公示效应，非《物权法》第二百一十二条规定的有效交付，质权不生效。”当然，司法实践通常会结合多种因素予以认定，而不仅仅依据这一点。

应对建议：

（I）建议银行尽可能使用非出质人所有的场地作为监管场地。

（II）若另行寻找其他场地确有困难，建议监管商至少与出质人建立真实、合理的租赁关系，签订书面租赁合同（到期前及时续约），明确租赁房屋或场地位置、面积等详细信息，确定合理的租金（参照周边房屋租赁价格）。

（III）银行或监管商应按时缴纳租金，采取建立隔断、围栏等必要措施使监管场地与融资人场地相区别，保证监管商对监管场地进行实际控制等。

(IV) 对于租金缴纳,可设定灵活的缴纳模式,由银行或监管商先行将租金支付给出质人,再纳入融资成本由出质人予以返还。

II. 监管费由谁支付

之前司法实践中,部分法院认为无论质权人还是出质人支付监管费,均不影响质权设立。如在“武汉市商业储运有限责任公司、汉口银行股份有限公司水果湖支行合同纠纷再审民事判决书”【(2018)最高法民再 157 号】中,最高法院即认为:“2013 年 5 月 15 日,水果湖支行(甲方)作为质权人与信诚和公司(乙方)作为出质人、商业储运公司(丙方)作为监管人三方签订《动产质押监管合作协议》……三方一致同意本协议项下对质物的监管费、仓储费、运杂费等因质物仓储保管和监管产生的相关费用由乙方承担。……2013 年 9 月 23 日、2014 年 1 月 27 日,信诚和公司分两次向商业储运公司支付 2013 年 9 月 9 日至 2014 年 3 月 8 日的监管费共计 336000 元……故在质物短缺、灭失的情况下,应该先由主债务人偿还债务,不足部分由监管人承担补充赔偿责任。现引发本案纠纷的首要原因是债务人信诚和公司不能清偿债务,商业储运公司在质物移交和质物监管中存在过错,对信诚和公司及其他担保人仍不能清偿部分,应当承担相应的补充赔偿责任。”

但《会议纪要》第 63 条明确,在浮动质押中,应当查明监管人究竟是受债权人的委托还是受出质人的委托监管质物,确定质物是否已经交付债权人,从而判断质权是否有效设立。该规定之下,“委托”关系将成为法院认定质权是否设立的重要审查点。而受谁之托的一个重要标准即为监管费实际由谁支付、监管商实际代表谁之利益,故监管费由谁支付可能成为法院认定委托关系的重要考量因素。

应对建议:

建议银行与监管人建立真实的监管关系,并由银行直接向监管人支付监管费用。

III. 质物是否特定化

实践中，监管场地通常属于出质人所有，再由监管人与出质人签订形式性租赁合同，由监管人在“租赁场地”实现对质物的监管，此时质物能否与出质人占有的其他同种类物相区分，能否特定化，是法院认定质权设立的重要考量因素。如在“中信银行股份有限公司郑州分行、河南豫粮物流有限公司金融借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【(2019)最高法民申 970 号】中，最高法院即认为：“中信银行郑州分行是否善意取得案涉动产的质权，应当参照《中华人民共和国物权法》第一百零六条的规定予以判断。本案中，中信银行郑州分行与顺意公司签订的动产质押合同以双方签订的《人民币流动资金借款合同》为基础，符合善意取得的有偿性要件。根据案涉动产质押合同的约定，中信银行郑州分行采用间接占有的方式监管质物，监管人中海公司签发《质物清单》时，质物转移占有至中信银行郑州分行。《质物清单》与主合同不符的，以《质物清单》为准，并构成对主合同中相关内容的自动变更。然而，原审已查明，在质物由小麦变更为玉米之后，中海公司并未依约向中信银行郑州分行出具《质物清单》。但不宜仅根据动产质押合同的约定认定其未占有质押动产，而应当结合实际进行综合考量。因为中海公司在监管场所悬挂了标识牌并派员进行了监管，使得中信银行郑州分行实质上占有了质物并使质权具备了公示外观，故应认定中信银行郑州分行已经通过中海公司对质物进行了占有和控制，符合善意取得的交付要件。”在“陈长森、陈翠敏再审审查与审判监督民事裁定书”【(2019)最高法民申 4334 号】中，最高法院即认为：“认定质权是否有效设立的关键在于是否完成了质物的交付。质物的交付应当满足质权人对质物的有效占有和对外公示两个条件，方能设立质权。就本案而言，作为质物的机器设备并非一般意义的直接交付，而是在不改变其位置的情况下，以将机器设备存放场地的租赁人变更为陈长森、陈翠敏的方式进行交付。本院认为，这种交付方式并不满足有效占有和对外公示的条件，理由如下：第一，人民法院工作人员于 2015 年 5 月 18 日上午和下午两次赴现场，对案涉机器设备进行清点和查封时，现场没有监管人员以质权人名义提出异议或通知陈长森、陈翠敏，陈长森、陈翠敏在庭审中承认对查封并不知情，说明其对案涉机器设备没有进行有效的占有控制，而有效占有意味着即使无力阻止查

封，也会及时知晓。第二，无论是案涉机器设备本身还是所在场地，均没有任何标识对设备的权利人进行公示，也没有相关人员宣示或主张权利，说明这一交付并未产生对外公示的效果。第三，陈长森、陈翠敏主张双方已交接了案涉机器设备的钥匙、合格证、发票，并提供了新证据以证明该交接行为发生在 2015 年 2 月 16 日，早于查封时间。但是，上述材料的接收并不等于对案涉机器设备进行了有效交付和占有，也不具有公示性，无论交接行为是否早于查封时间，均不足以推翻前两点认定。因此，本案陈长森、陈翠敏虽然与德瑞祥公司变更了案涉机器设备的场地租赁人，但承租场地并不等于占有控制了案涉机器设备；而交接钥匙、合格证、发票等材料，也未达到有效占有和对外公示的效果，故无法构成有效的质物交付，原审法院据此认定陈长森、陈翠敏对案涉机器设备不享有质权并无不当。”

应对建议：

建议银行可在场地四周设置写有“该场地为贵行监管场地”的警示牌，或将货物进行区隔化，有助于实现质物特定化。

IV. 监管协议如何约定

《会议纪要理解与适用》提出，仅有三方签订的委托监管协议，并不足以证明质物由出质人交付给了质权人，实践中还应考察监管协议的具体内容，判断其是否表明占有已经从出质人转移至质权人处，一般来说，如监管协议明确约定监管人受质权人委托监管质物、质权人对质物享有占有返还请求权，则可认为质权人实际占有质物。

应对建议：

建议银行在监管协议中对于监管人受质权人委托监管质物、质权人对质物享有占有返还请求权等事宜作出详细约定。

V. 监管人实际履职情况

监管人实际履职情况，也是法院认定质权交付的考量因素之一。《会议纪要

理解与适用》指出，监管协议尽管约定监管人系受债权人的委托监管质物，但监管人未履行监管职责的，也应认定质物未实际交付。如在“大连银行股份有限公司与库伦旗佐源糖业有限公司金融借款合同纠纷一案二审民事判决书”【(2019)最高法民终 330 号】中，最高法院即认为：“案涉质物存放于出质人锦州佐源公司的仓库，大连银行通过三方签订《动产监管协议》的形式，指定中铁物流大连分公司租用锦州佐源公司的仓库进行监管，仓库租金只象征性的约定 1 元。大连银行虽主张通过该方式，特别是交付了相关的协议、清单、报告书、台账等材料即实现了指示交付，但结合出质人锦州佐源公司未转移质物、不让监管人入库乃至驱逐监管人等情形，案涉质物仍由锦州佐源公司实际控制和支配，并未实现大连银行直接或间接的有效控制。由于案涉质物交付形式不符合法律规定的质权设立形式，案涉质权未能依法设立。”

应对建议：

建议银行对监管人是否妥善履职加强监督和管理，在发现监管人不履职时及时督促更改，并可追究违约责任。

3) 出质人和监管人共同占有质物下质权是否设立？

实践中，考虑到部分质物不便于转移存放地点或转移成本过高，质权人经常将质物存放于出质人仓库中，由监管人进行驻场监管或定期查验。此时质权是否设立，存在不同观点：

第一种观点认为,此时质物仍处于出质人占有之下,占有并未实际发生转移,属于试图以占有改定方式设立动产质权,违反我国《担保法司法解释》第八十八条第一款“出质人以间接占有的财产出质的,质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后,仍接受出质人的指示处分出质财产的,该行为无效”之规定,动产质权未设立。如在“联盛纸业(龙海)有限公司与漳州金鑫辉包装有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书”【(2014)闽民终字第 1217 号】中,一审法院福建漳州中院即认为:“在漳州光大银行提供的仓储监管协议中,约定的监管人为南储公司。该仓储监管协议‘占有和监管’之部分约定,南储公司同意在其拥有使用权或所有权的仓库或场地为富亿公司进行保管。漳州光大银行以间接占有的方式占有质物,南储公司通过直接占有的方式监管质押物。南储公司有权要求富亿公司按双方之间的约定支付仓储费用,且南储公司以一元人民币的价格从富亿公司租赁仓库以存放货物。由此可见,南储公司并非受漳州光大银行的委托,而是富亿公司的货物保管人,而漳州光大银行提供的授权委托书上,被授权在质押物进仓单和库存表以及出仓表上签名的人均为金鑫辉公司或者富亿公司的职员,并非南储公司的职员。本案事实可以认定,漳州光大银行并未实际占有质物、南储公司也并未实际占有质物。”后二审法院纠正了这一错误判决。

第二种观点认为,只要质物出库时应征得监管人同意,且监管人进行了实质监管的,就应认为完成了指示交付,质权有效设立。如在“联盛纸业(龙海)有限公司与漳州金鑫辉包装有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书”【(2014)闽民终字第 1217 号】中,二审法院福建高院即认为:“南储公司以一元人民币的价格从富亿公司租赁仓库以存放货物……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》第八十八条之规定,‘出质人以间接占有的财产出质的,质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后,仍接受出质人的指示处分出质财产的,该行为无效’。本案中,依据漳州光大银行与富亿公司、南储公司签订的《仓储监管协议》……《仓储监管协议》明确约定南储公司必须按照漳州光大银行的书面指示和协议约定方可给予富亿公司提货或换货,如未履行协议项下的义务和责任给漳州光大银行造成损失的,应

依法承担赔偿责任……根据漳州光大银行提供的《抵/质押物进仓单》、南储公司证明、聘用合同等证据材料，在《抵/质押物进仓单》‘制表人’处签字的均为南储公司的员工，南储公司已按照《仓储监管协议》的约定，履行了实际监管义务。故本案质物的交付形式属于指示交付，符合上述最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十八条之规定。原审判决关于本案质物系通过占有改定方式进行交付，不符合动产质权的法定交付形式的认定有误，应予纠正。”

《会议纪要理解与适用》虽明确采用第二种观点，认可“已经进行了实质监管的，如质物出库时应征得监管人的同意，就应当认为完成了指示交付，流动质押有效设立”，但又同时指出，“监管人并未实际履行监管职责，质物仍由出质人管领控制的，则质物并未进行观念交付，此时质权未有效设立”。这种情况下，“质物出库时应征得监管人的同意”是否可视为排除了“出质人管领控制”，《会议纪要理解与适用》并未明确，具体如何适用，未来值得关注。

应对建议：

在质物存放于出质人仓库的情况下，银行应当保证监管人对质物进行现场监管，并确保质物出库时应征得监管人同意，以避免被认定为出质人实际管领控制质物导致质权未设立。

(3) 质物监管责任

动态质物监管型融资模式中，为便于融资人进行交易活动，通常采用浮动质押的动产担保方式，即一方面不断释放需出售的质押商品，另一方面不断对新入库商品新设质押，来保证商品动态质押率维持在一定水平线上，从而保障银行债权的实现。在该业务中，银行通常不自己占有质押物，而是委托第三方进行监管。近些年来，随着供应链金融业务的不断发展，质押监管纠纷层出不穷。

1) 质物监管合同的定性及归责原则

关于质物监管合同的定性与规则原则，司法实践中争议较大，主要有以下几种观点：

第一种观点委托合同说认为,约定由监管人承担质物保管义务和监管义务的质物监管协议属于委托合同,监管人承担违约责任应以过错为要件,采取过错责任原则。如在“恒丰银行股份有限公司烟台建设路支行、烟台交运集团有限责任公司合同纠纷二审民事判决书”【(2019)鲁民终 351 号】中,山东高院即认为:

“根据恒丰银行烟台建设路支行与烟台交运集团签订的《动产质押监管合作协议》,烟台交运集团的首要责任是以‘自有或租赁’的场所‘保管’质物……一、对于恒丰银行烟台建设路支行与烟台交运集团之间动产质押委托监管法律关系是否成立并生效的问题。本院认为,当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式……恒丰银行烟台建设路支行与烟台交运集团之间动产质押委托监管法律关系已成立并生效。二、对于烟台交运集团对涉案质权未能设立是否存在过错,应否承担恒丰银行烟台建设路支行相应债权损失的问题……第二,烟台交运集团按照无争议的《动产质押监管合作协议》约定履行了代恒丰银行烟台建设路支行占有和控制质物的合同义务……双方并未约定烟台交运集团对于质物权属有审查的合同义务……从以上几方面来看,案涉《最高额质押合同》的质权人并非烟台交运集团而是恒丰银行烟台建设路支行,恒丰银行烟台建设路支行负有接收质物并审核质物权属的义务,其主张烟台交运集团对案涉质权未设立存在过错而应当承担责任依据不足,不应得到支持。”

第二种观点仓储合同说认为,质物监管协议中通常都约定监管人承担质物的保管义务。如在“中国工商银行股份有限公司青岛城阳支行、青岛中远海运物流有限公司仓储合同纠纷二审民事判决书”【(2018)鲁 02 民终 9871 号】中,山东青岛中院即认为:“《商品融资质押监管协议》不属于典型的委托合同。工行城阳支行委托中远公司监管质押物,虽有一定的委托合同特征,但从监管协议内容来看,并非由中远公司简单完成委托事务,而是由中远公司动态履行监管质押货物的职责,系履行货物保管义务,更符合仓储合同性质。故中远公司不能依据委托合同关系来主张任意合同解除权。”

第三种观点保管合同说认为,监管协议中具有保管法律特征的,应定性为保管合同。如在“中国农业银行股份有限公司鱼台县支行与山东名洋资产管理有限公司济宁分公司保管合同纠纷二审民事判决书”【(2016)鲁民终 1368 号】中,

山东高院即认为：“名洋分公司占有并保管质物且收取监管费用，监管协议中各方之间的权利、义务具有保管合同的法律特征，此案应定性为保管合同纠纷……上述协议签订后，名洋分公司作为质物监管人有义务和责任保管好所监管的质物，但其在监管期间未妥善保管质物，导致质物短少，非正常减损金额达 602.2 万元，违反了《抵押财产监管协议》第 14.1.1 条的约定，根据《中华人民共和国合同法》第三百七十四条的规定，名洋分公司对质押物的减损部分应承担损害赔偿责任。”

第四种观点监管合同说认为，质物监管合同应为监管合同，适用严格责任的归责原则。如在“元利瑞德资产监管有限公司与扬州兴汇钢铁有限公司、中国工商银行股份有限公司扬州琼花支行合同纠纷再审民事判决书”【（2018）苏民再 202 号】中，江苏高院即认为：“根据监管协议，元利公司对质物负有保管义务……汇公司接受并配合元利公司对质物的监管，依约承担因质物监管产生的相关费用，兴汇公司与元利公司之间构成质物监管合同关系。因此，本案案由应为商品融资质押监管合同纠纷。”

第五种观点多种性质说认为，质物监管合同兼具委托、仓储和保管合同的特征，适用严格责任原则。如在“招商银行股份有限公司福州白马支行、厦门中远物流有限公司合同纠纷二审民事判决书”【（2017）闽民终 479 号】中，福建高院即认为：“再次，从合同第 4.3.1 条‘按照合同法和保管合同妥善、谨慎处理质物，在质物出现变质或其他损坏的情况时，及时通知甲方’、第 7 条约定了仓储费、第 4.2 条‘丙方同意在福安市下白石镇白马街 96 号的仓库或场地为甲方进行监管，丙方承诺该仓库或场地为丙方自有或承租并合法使用’等约定，符合仓储合同的特征。综上，本案监管合作协议兼具委托、仓储和保管合同的特征，招行白马支行认为讼争双方仅仅只是仓储保管合同关系，而非委托代理合同关系，有失偏颇。监管合作协议是各方的真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，应认定为合法有效。无论各方的法律关系如何定性，对其权利的行使、义务的履行和责任的承担，均应受到合同约定的条款约束。”

第六种观点无名合同说认为，质押监管合同为无名合同，其所涉及的法律关

系可以参照适用合同法中与其最相类似的规定,适用严格责任的归责原则。如在“中国外运江苏集团公司扬州公司与中国工商银行股份有限公司扬州江都支行、扬州市苏星冶金机械有限公司合同纠纷一审民事判决书”【(2016)苏 1002 民初 1917 号】中,江苏省扬州市广陵区法院即认为:“1、原告依法有权解除合同。原、被告之间的质押监管合同合法有效。质押监管合同为无名合同,其所涉及的法律关系可以参照适用合同法中与其最相类似的规定……”

委托合同说是主流观点,最高法院第二巡回法庭第 13 次法官会议即确定采用该种观点。该法官会议纪要认为,在仓储合同中,根据《合同法》第三百八十四条的规定,保管人应对物的品种、数量、质量进行检验,检验后发生不符的,保管人承担损害赔偿责任,这其中不包括对物的法律权属进行审核检验的内容。按法律规定和行业惯例,保管义务只针对物的物理属性而设,不涉及法律上的权属问题。因此,保管人在验货时无须审查存货人是否真正为货物的所有人。而质物监管协议里同时约定了监管人负有质物监管义务和保管义务时,监管人的主给付义务不以保管义务为限,还负有对浮动质押中质物的价值和数量变动情况进行监督报告、对质物进行特殊标识以及质物受侵害时在约定时间内及时通知质权人(银行)等监督、管理方面的义务。尤其要强调的是,监管人需要承担质物权属审核义务,这是仓储合同中保管人不需要承担的职责。《会议纪要》第 63 条的起草人也认为,监管人对质物的监管来自于债权人的委托,其对质物的占有属于间接占有,至于监管人对质物的保管,不过属于受托事项的范畴。因此,质物监管协议一般属于委托合同。

需要注意的是,《会议纪要理解与适用》虽总结了监管人的监管义务一般包括审查核验义务、保存保管义务和监管义务。但这仅是对以往浮动质押实践经验的概况总结,监管人具体承担义务应以监管合同约定为准。

综上,在当事人约定监管人既负有保管义务又具有监管义务的情况下,认定质物监管协议是质权人概括委托监管人处理与质物保管、监督相关的一切事务的委托合同,而非单纯的仓储合同,更为妥当,也更符合当事人的合同目的。当然,如果质物监管协议中约定监管人的合同义务仅为保管质物,无其他监督、管理方面

的内容,则该合同应属于仓储合同。

《合同法》第一百零七条规定,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,其中并无当事人存在过错的要求。《合同法》总则对于违约责任采取的是无过错责任原则。关于保管合同的归责原则,《合同法》第三百七十四条规定:“保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任,但保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任”;关于仓储合同的归责原则,《合同法》第三百九十四条规定:“储存期间,因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任”;关于委托合同的归责原则,《合同法》第四百零六条规定:“有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。”在委托合同、保管合同、仓储合同等有名合同中,违约责任均以当事人存在过错为构成要件,实行过错责任原则。

《会议纪要》第 63 条规定:“监管人违反监管协议约定,违规向出质人放货、因保管不善导致质物毁损灭失,债权人请求监管人承担违约责任的,人民法院依法予以支持。”《会议纪要》虽未对质物监管协议进行定性,但明确了监管人承担违约责任的前提是违反监管协议约定,并存在“违规向出质人放货”“保管不善”等过错,适用的是过错责任归责原则。

2) 监管人责任

I. 监管人的违约责任通常为补充赔偿责任

司法实践中,监管人的违约责任主要为违约损害赔偿责任,法院对于监管商赔偿责任的认定一般采用补充赔偿责任,而非直接赔偿责任,即监管商对债权人依据判决对债务人、其他保证人等强制执行后仍不能清偿的债权,在质物毁损价值对应金额的范围内,按照质权实现时的财产价值,承担不超过一定比例的补充赔偿责任,而非判决监管商承担 100%的直接赔偿责任。如在公报案例“大连俸

旗投资管理有限公司与中国外运辽宁储运公司等借款合同纠纷案”【（2016）最高法民终 650 号】中，最高法院（以下简称“最高法院”）的判项为：“二、变更辽宁省高级人民法院（2016）辽民初 1 号民事判决第二项为：中国外运辽宁储运公司在人民法院对债务人大连港湾谷物有限公司及其他担保人强制执行后俸旗公司债权仍不能清偿部分，承担不超过 30% 的补充赔偿责任”。即便法院认定监管商对于质物毁损存在 100% 过错，监管商也是在“质押物毁损总额的范围内”“对债务人履行不能部分”承担赔偿责任。如在“重庆银行股份有限公司西安分行、中外运空运发展股份有限公司金融借款合同纠纷再审民事判决书”【（2017）最高法民再 112 号】中，最高法院的判项即为：“三、如果尚守国对上述第一项债务履行不能，由中外运空运发展股份有限公司、中外运空运发展股份有限公司西北分公司在 775.0852 万元范围内对履行不能部分承担赔偿责任”。

II. 法院认定监管商责任通常会考虑的因素

（I）银行自身是否存在过错

《中华人民共和国商业银行法》第三十五条第一款规定：“商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。”第三十六条第一款规定：“商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。”按照上述规定，商业银行对于质物真实存在及实际交付具有法定审查义务。银行将对质物监督、管理的事务概括性地委托给监管人完成时，除非另有约定，否则依照目的解释原则，应认为委托事务中包括了对质物权属的审核义务，这也符合质押贷款的要求及银行签订监管协议的目的。从操作层面看，监管人实施核库，对质物监控、管理，也必须以对质物权属进行审核为基础，这是监管人依据诚实信用原则适当履行监管协议的必然要求。当然，赋予监管人对质物权属的审核义务，并不意味着银行的此项法定义务可因签订监管协议而完全免除。故银行和监管人无论哪一方不履行该义务，都应对由此而发生的损失承担相应的赔偿责任，责任大小应与其过错相当。

实践中，部分法院认为银行未履行审查义务也存在过错，应相应降低监管人的责任比例。如在“中国外运辽宁储运公司、中国工商银行股份有限公司沈阳沈河支行合同纠纷二审民事判决书”【（2017）辽民终 729 号】中，辽宁高院即认为：“《中华人民共和国商业银行法》第三十五条第一款规定‘商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。’第三十六条规定第一款‘商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。’按照上述规定，工行沈河支行在审核贷款过程中对质物真实存在及实际交付出质，具有法定的审查义务。工行沈河支行认为，其对质物的审查及监管义务已经通过监管协议委托给了辽宁储运公司。但是，在工行沈河支行没有对汇丰公司出质的废钢是否达到 49700.1 吨尽到审查义务，没有能够发现出质的废钢并未达到约定数量的情况下，却与汇丰公司共同向辽宁储运公司出具了记载质物 49700.1 吨的代出质通知书。在此情况下，工行沈河支行对质物未尽到最初审查义务，没有发现汇丰公司最初交付的质物数量短少，应当承担相应责任。”如在“广发银行股份有限公司哈尔滨长江路支行与中国物流有限公司、哈尔滨商德实业有限公司等金融借款合同纠纷二审民事判决书”【（2016）最高法民终 266 号】中，最高法院即认为：“对涉案质押钢材实际数量与监管下限 27143.429 吨差额部分质权不能设立给广发银行造成的损失，商德公司、广发银行、中国物流公司均存在过错，均应承担相应责任……赔偿广发银行债权不能实现部分的损失。根据商德公司、广发银行、中国物流公司的过错程度，中国物流公司应在上述范围内承担 30% 的赔偿责任为宜”。上述两个案例说明，质权人自身过失通常会降低监管商的过错赔偿责任比例。

（Ⅱ）违约行为与质物毁损之间的因果关系

在“沈阳天德利实业有限公司与中国光大银行股份有限公司沈阳分行、中储发展股份有限公司沈阳铁西分公司质押合同纠纷申请再审案”【（2014）辽审三民申字第 1108 号】中，辽宁省高院即认为：“中储铁西分公司在租赁期内，只对存储货物或质押物的品种、数量负责，如发生其它问题所造成的损失均由天得

利公司承担。因此质物自燃发生的损失，属于合同约定的应由天得利公司承担责任的情形，天得利公司主张他人承担责任，与合同约定不符，一审判决驳回其诉讼请求，认定事实及适用法律正确”。该案例说明，违约行为与质物毁损之间的因果关系会影响法院对于监管商承担责任比例的认定。

应对建议：

i. 建议银行在监管协议中对于监管人应尽的审查义务、审查方法、审查程度、监管人未尽到审查义务时应承担全部损害赔偿责任进行详细约定；

ii. 建议银行在监管协议中约定监管人负有确保质物安全、完好的保管义务。

Ⅲ. 力不能及情况下监管商是否承担赔偿责任？

对于力不能及下质物毁损，监管商是否承担赔偿责任，司法实践中存在一定争议：

部分法院认为，在力不能及的情况下，监管商对于质物毁损风险按照监管协议尽到了相应阻止和通知义务的，视为依约履行合同义务，不应承担责任。

如在“中国工商银行股份有限公司伊春西林支行、西林钢铁集团有限公司合同纠纷二审民事判决书”【（2018）最高法民终 932 号】中，最高法院即认为：

“案涉《监管协议》约定，中海北方公司在监管期间因各种原因导致质押物发生短少、损毁、变质、灭失等可能影响质权人权益的情形，应当在 24 小时内通知质权人，并采取适当的应急措施。否则应承担相应的损失赔偿责任。从上述约定看，监管单位的主要合同义务为质押物出现不良变动及时通知并采取适当的应急措施。根据原审法院查明的事实，2014 年 6 月 20 日，案涉质物大量外运后，中海北方公司已及时、持续将质物不良变动情况通知工行西林支行。同时，中海北方公司向西林钢铁出具了多份《停止出库告知函》，要求其停止出库。中海北方公司还采取了多种方式阻止质物外运并向公安机关报案。根据以上事实可以认定，中海北方公司在发现质物减少时，履行了及时通知义务及采取合理、必要应急措施，中海北方公司已依约履行了监管义务。在借款担保法

律关系中，当债务人或担保人以不宜实际转移占有的大宗货物出质，商业银行委托专业监管机构监管质物，并不意味着商业银行的注意义务完全免除。监管单位仅为民事主体，不具强制执行力。工行西林支行知悉质物不良变化之后，应该积极依法维权如寻求公权力救济而非仅仅归责于监管单位。工行西林支行关于中海北方公司应承担赔偿责任的主张，没有事实及法律依据，本院不予支持。”

也有部分法院认为，监管协议明确约定监管人负有确保质物安全、完好的保管义务，监管商应承担违约损害赔偿责任。如在“中国银行股份有限公司微山支行与山东圣德物流资产管理有限公司保管合同纠纷一审民事判决书”【（2014）济商初字第64号】中，山东省济宁中院即认为：“第5.1条约定，监管期间，丙方应按照合同法及相关法律规定妥善、谨慎处理监管的质物，因各种原因质物发生短少、损毁、灭失等可能影响甲方权益的情形，丙方应当在24小时内通知甲方，并采取适当的应急措施。5.6条约定，监管期间，国家有权机关要求丙方协助冻结、查封或处置质物或除本协议三方外任何他人就质物主张任何权利的，丙方应当及时通知甲方。5.8条约定，丙方违反上述约定造成甲方质权落空或质物价值不足质物最低价值的，承担不足部分的赔偿责任……圣德公司称其根据双方监管协议的约定谨慎监管煤炭，尽到了监管责任，对于兴锋公司的暴力抢货行为不存在过错，在暴力抢货行为发生时，圣德公司采取了适当的应急措施（报警），履行了监管义务。本院认为，本案中出现的强行出库煤炭的行为为人为行为，不属于法律规定的不能预见、不能避免、不能克服的客观情况，故不能认定为不可抗力，圣德公司虽然采取了报警措施，但并没有阻止抢货行为的发生，且亦未提供证据证明其已尽到妥善保管煤炭的义务，根据被告的质物监管情况报告表记载表明，截至2013年7月12日，煤炭库存数量为8407吨，煤炭实际发生了减损，根据《中华人民共和国合同法》第三百七十四条的规定，圣德公司对煤炭减损的损失应承担损害赔偿责任。”

实践中，出质人谎报质物数量或质量、盗取质物甚至强行取走质物的现象多发。对此，《会议纪要理解与适用》明确，监管人承担责任的基础在于委托监管协议，而委托监管协议属于委托合同，根据我国《合同法》第四百零六条的规定，

只有当监管人存在过错时才承担赔偿责任，判断监管人是否存在过错，应当判断监管人是否履行了监管义务。对监管义务的判断，应当结合监管人的监管能力、出质人与监管人过错对损失发生的原因力大小以及其他具体的交易情况予以判断，不能简单因为出质人存在过错就对监管人免责。例如，如果出质人谎报质物的质量，监管人未履行必要的核验义务，此时应当认为监管人存在过错；而在出质人强行取走质物时，如监管人已经采取必要的应急措施，如及时阻拦、报警并通知质权人时，可以认为监管人已尽到必要的监管义务，无须承担责任。

应对建议：

建议银行在监管合同中约定明确的监管期间（如 7*24 小时），对出质人强取质物时应采取的应急措施和通知义务作出尽可能详细的规定。

（4）增信措施的定性及应用

在动态质物监管融资模式下，除融资人提供商品质押担保之外，融资人的上游供应商还往往向银行承诺在融资人无法还款时，提供调剂销售、差额回购、流动性支持、差额补足等增信措施。

1）第三方差额补足、差额回购、调剂销售、流动性支持等定性

之前的司法实践中，对于增信措施如何定性争议较大，主要有三种观点：

第一种观点认为，增信措施的真实目的是为债权人提供担保，构成保证担保。如在“临沂欧亚汽车乐园有限公司为与奇瑞徽银汽车金融有限公司、原审山东华菱汽车贸易集团有限公司、原审临沂瑞鑫汽车销售服务有限公司、安徽奇瑞汽车销售有限公司借款合同纠纷上诉案民事判决书”【（2012）皖民二终字第 00106 号】中，安徽高院即认为：“关于争议焦点一。各方当事人于 2011 年 5 月 24 日签订的借款合同、《最高额保证合同》、《三方合作协议》，是确定本案法律关系及解决争议的主要依据，其中的基础法律关系为徽银公司和欧亚公司签订的借款合同。”

第二种观点认为，应当依据增信措施涉及合同的表面意思认定双方关系构成调剂销售、差额回购、流动性支持或差额补足等。如在“中国光大银行股份有限

公司长春分行与一汽通用轻型商用汽车有限公司、第三人吉林省国华汽车销售有限公司合同纠纷一审民事判决书”【（2016）吉 0191 民初 00688 号】中，吉林长春经济技术开发区法院即认为：“《从属协议》第十三条约定：‘一汽公司在收到《银行承兑汇票逾期通知书》后进行查实，自周转车银行承兑汇票到期后起 45 天内对国华汽车库存周转车进行销售调剂，协助国华汽车在调剂期内完成库存周转车的销售，因调剂销售产生的损失由国华汽车承担。调剂期满后国华汽车仍未销售且仍未足额交存相应的银行承兑汇票票款的周转车的，一汽公司按 14、15 条的规定进行回购’，从该约定内容看，当国华汽车不能向原告履行还款义务时，被告即应当进行车辆调剂，如调剂车辆亦无法售出，则被告应当回购车辆、向原告还款，上述约定系为保障原告债权给被告设定的一种义务。无论调剂还是回购皆为被告的义务，虽被告不能履行调剂义务事出有因，但其应对原告承担无法调剂车辆的违约责任，即应当直接履行合同第十四条、第十五条的回购义务，因此被告的上述抗辩本院不予支持，被告应当履行回购义务，对于原告相应的诉讼请求本院予以支持。”

第三种观点认为，差额补足构成债务加入。如在“中信银行股份有限公司总行营业部与贾跃亭等金融借款合同纠纷一审民事判决书”【（2017）京民初 86 号】中，北京高院即认为：“关于乐视网出具的承诺承担差额补足责任的函件的效力，本院认为，应当先确认该函件的性质……故，乐视网承诺承担差额补足责任的函件属于乐视网自愿作出的、对其股东乐视控股的债务作出的债务加入的意思表示。对于乐视网关于该函件属于一般保证的答辩意见，本院不予采信。”

《会议纪要》发布后，关于第三方差额补足、调剂销售、流动性支持等定性，参照《会议纪要》第 91 条关于信托合同中增信文件的性质进行界定：“91. 【增信文件的性质】信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，其内容符合法律关于保证的规定的，人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的，依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系，并根据案件事实情况确定相应的民事责任。”即对于增信措施内容符合保证相关规定的，应当认定为保证合同关系。同时，《会议纪要》在“非典型担保”部分第 66 条还

规定：“66.【担保关系的认定】当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。”即增信措施不构成保证时，但具有担保功能的，应当认定属于非典型担保。既不构成保证，也不构成债务加入的，“依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系，并根据案件事实情况确定相应的民事责任”。《会议纪要理解与适用》明确指出，对于第三方增信文件的性质认定，除了保证和债务加入两种类型之外，能否认定为在第三方与债权人之间成立独立的合同关系，还存在讨论的空间，本条规定使用了“依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系”的表述，并未断言不构成保证即构成债务加入，其目的是为保持本条规范内容的开放性，对此审判工作中应当加以注意。

实践中，债务加入和保证往往难以区分。所谓债务加入，是指原债务人并不脱离债的关系，而由第三人加入到债的关系中来与原债务人一起承担债务。连带责任保证是第三人为了确保债权实现而为债务人履行债务所提供的人保。二者均具有为债权人实现债权提供保障的性质和功能，但连带责任保证债务与主债务具有主从关系，而第三人加入债务与原债务则并无主从关系，加入人对于加入后原债务人的违约责任并不承担任何偿还义务。在公报案例“信达公司石家庄办事处与中阿公司等借款担保合同纠纷案”【（2005）民二终字第200号】中，最高人民法院指出：“二者在案件的实质处理上并无不同，只是在性质上有所不同：保证系从合同，保证人是从债务人，是为他人债务负责；并存的债务承担系独立的合同，承担人是主债务人之一，是为自己的债务负责，也是单一债务人增加为二人以上的共同债务人。判断一个行为究竟是保证，还是并存的债务承担，应根据具体情况确定。如承担人承担债务的意思表示中有较为明显的保证含义，可以认定为保证；如果没有，则应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定为并存的债务承担。”

对于增信文件构成债务加入还是保证，最高法院在《会议纪要理解与适用》中明确，判定时应坚持以下三个原则：第一，必须坚持文义优先原则，从合同字句出发；第二，判断第三人愿意承担的债务内容与原债务是否具有同一性，债务加入以加入时的债务为限，不承担债务人的违约责任，保证则承担违约金、损害

赔偿金等；第三，判断当事人关于义务履行顺位的真实意思，保证一般具有补充性，债务加入则具有直接性，增信文件若约定第三人履行债务的前提为“债务人届期不能”“无法”履行债务的，此时存在明显的履行顺位，更符合一般保证的定义，应认定为一般保证，增信文件若直接表明第三人代替债务人履行，此时可直接认定为债务加入。

2) 增信措施是否适用公司对外担保的有关规定？

动态质物监管融资模式中，提供调剂销售、差额回购、流动性支持、差额补足的上游供应商往往是公司法人，那么在未履行公司内部决策程序下，上述措施是否会因违反《公司法》十六条而无效？之前司法实践中，鉴于不同法院对于上述措施的定性和公司对外担保本身效力的不同看法，类似案例呈现出截然不同的判决结果。

但《会议纪要》第 17 条至第 23 条对公司对外担保的效力和责任认定作出明确规定，《会议纪要》第 91 条和第 66 条对调剂销售、差额回购、流动性支持、差额补足等作出明确性，明确符合法律关于保证规定的，应认定为保证，具备担保功能的，对其担保功能应予肯定。据此，上述措施是否适用《公司法》十六条关于公司对外担保之规定，应区分以下几种情况：

第一，若差额补足被认定为债务加入，参照适用保证的相关规定，应当履行公司内部决议程序。

《会议纪要》第 23 条规定：“23. 【债务加入准用担保规则】法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务，该约定的效力问题，参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。”其背后的逻辑是：我国法律就债务加入未作明确规定，与债务加入在法律性质上最为接近并且有明确法律规定的应为连带责任保证法律关系，故应参照适用法律关于保证的相关规定；债务加入的责任往往重于保证，根据举轻以明重的逻辑，更应适用保证的相关法律规定。如在“青岛新华友建工集团股份有限公司、青岛新华友建工集团股份有限公司新泰分公司民间借贷纠纷再审民事判决书”【(2016)最高法民再 322 号】中，最高法院即认为：“《特别声明》中新泰分公司的真实

意思是债务加入还是连带责任保证？王汉峰主张《特别声明》中新泰分公司的真实意思为债务加入，而新泰分公司及新华友公司均主张为连带责任保证。所谓债务加入，是指原债务人并不脱离债的关系，而由第三人加入到债的关系中来与原债务人一起承担债务，我国法律对此没有明确规定。连带责任保证是第三人为了确保债权人债权的实现而为债务人履行债务所提供人的担保。二者均具有为债权人实现债权提供保障的性质和功能，但连带责任保证债务与主债务具有主从关系，而第三人加入债务与原债务则并无主从关系。《特别声明》就新泰分公司对案涉借款债务所承担的连带清偿责任作出了明确承诺，但并未区分新泰分公司所负担债务与案涉借款债务之间的主从关系，王汉峰在一审庭审中所作表述亦对此未予明确。因此，《特别声明》的内容更符合债务加入的特征……企业法人分支机构对外提供责任较轻的保证尚须企业法人授权，否则无效，根据举轻以明重的逻辑，则其对外加入债务更须得到企业法人授权，否则更应认定为无效。”而实践中，债务加入与保证往往难以区分。

第二，若第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持、调剂销售符合保证的相关规定，按照《会议纪要》第 91 条之规定，属于保证，应当履行《公司法》第十六条规定的决议程序。

第三，若第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持、调剂销售不符合保证的相关规定，但具有担保功能，按照《会议纪要》第 66 条之规定，对其担保功能应予肯定。此时，《公司法》十六条能否适用于此类合同，是否可扩大《公司法》十六条关于“担保”的范围，实务界和学界存在一定争议，有赖于案件具体情况和个案法官的判定。

第四，若第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持、调剂销售被认定为独立的合同关系，不适用《公司法》第十六条之规定。

《会议纪要》第 91 条和第 66 条虽对调剂销售、差额回购、流动性支持、差额补足等作出了定性，但对于是否符合“法律关于保证规定”和“担保功能”的界定，对于类似增信措施，不同法院可能会有不同理解。比如对于“流动性支持”的定性，不同法院即存在不同观点：

一是独立合同说，如在“贾丽君与上海实鑫投资管理有限公司服务合同纠纷一审民事判决书”【(2019)沪 0112 民初 9024 号】中，上海闵行区法院即认为：

“原、被告签订的五份《金融服务协议合同书》为双方真实的意思表示，内容于法不悖，为有效合同，双方均应按约履行。现受让期限届满，借款人并未如约足额归还本金，根据合同书约定，被告有义务在受让期限届满之日起五个工作日内提供流动性支持，通过回购债权方式将未偿还债权本金垫付给原告。”

二是债务加入说，如在“韩啸与上海连禹工艺制品有限公司、亳州市古都酿酒有限责任公司等民间委托理财合同纠纷一审民事判决书”【(2017)沪 0151 民初 5572 号】中，上海崇明区法院认为：“对于被告晟果公司，虽在《银企宝债权转让协议》中仅是产品管理人，但其也是涉案款项的收款方，并且向原告出具《流动性支持公开函》言明若债权出让人发生资金流动性不足的情况，其承诺提供资金支持，用于向债权受让人支付本金和收益。该承诺应当视为债的加入，故晟果公司应当承担共同还款责任。”

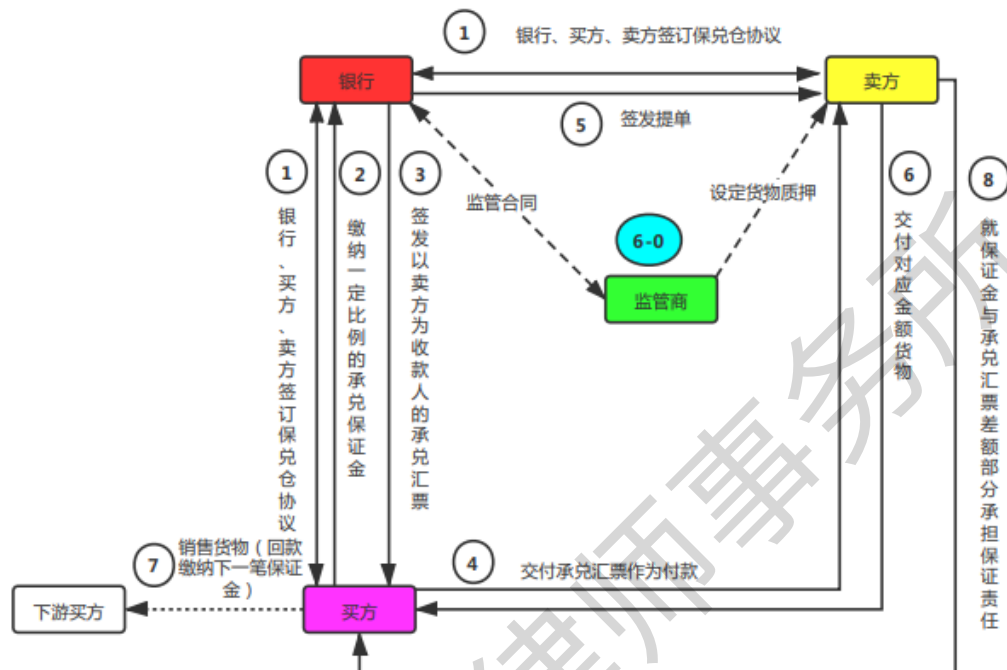
三是保证责任说，如在“上海经宏投资管理有限公司与宁波光辉嘉耀投资管理合伙企业、山东英达钢结构有限公司等借款合同纠纷一审民事判决书”【(2018)沪 0115 民初 7859 号】中，上海浦东新区法院即认为：“原告与被告光辉合伙之间的《流动性支持合同》真实有效，双方当事人应予遵守……被告英达公司作为连带责任保证人，应当在其保证范围内对被告光辉合伙的上述债务承担连带清偿责任。”但鉴于会议纪要第 91 条和第 66 条的有关规定，未来司法实践中，法院对于第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似措施适用保证的范围会扩大。

应对建议：

鉴于目前司法实践中对于增信措施如何定性争议较大，建议银行在开展供应链金融业务时，涉及公司提供的差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持、调剂销售以及其他类似措施，应注意要求公司按照《公司法》第十六条的规定履行内部决策程序，并保留相关证据，以规避该类措施被认定为债务加入、保证或担保时无效的法律风险。

2、保兑仓融资业务

(1) 业务模式



关于保兑仓交易的定义，《会议纪要》第 68 条规定：“68. 【保兑仓交易】保兑仓交易作为一种新类型融资担保方式，其基本交易模式是，以银行信用为载体、以银行承兑汇票为结算工具、由银行控制货权、卖方（或者仓储方）受托保管货物并以承兑汇票与保证金之间的差额作为担保。其基本的交易流程是：卖方、买方和银行订立三方合作协议，其中买方向银行缴存一定比例的承兑保证金，银行向买方签发以卖方为收款人的银行承兑汇票，买方将银行承兑汇票交付卖方作为货款，银行根据买方缴纳的保证金的一定比例向卖方签发提货单，卖方根据提货单向买方交付对应金额的货物，买方销售货物后，将货款再缴存为保证金。在三方协议中，一般来说，银行的主要义务是及时签发承兑汇票并按约定方式将其交给卖方，卖方的主要义务是根据银行签发的提货单发货，并在买方未及时销售或者回赎货物时，就保证金与承兑汇票之间的差额部分承担责任。银行为保障自身利益，往往还会约定卖方要将货物交给由其指定的当事人监管，并设定质押，从而涉及监管协议以及浮动质押等问题。实践中，当事人还可能在前述基本交易

模式基础上另行作出其他约定，只要不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，这些约定应当认定有效。一方当事人因保兑仓交易纠纷提起诉讼的，人民法院应当以保兑仓交易合同作为审理案件的基本依据，但买卖双方没有真实买卖关系的除外。”

保兑仓交易是一系列交易的组合，具体包括：

1) 买方和卖方之间属于买卖合同关系；

2) 买方和银行之间则同时存在以下法律关系：一是买卖合同项下的委托付款关系，此时银行是买方的履行辅助人；二是买方和银行之间的票据关系，其中买方是出票人，银行是承兑人；三是买方与银行之间的借贷关系；四是买方通过交纳保证金为其借款债务提供担保，其性质属于保证金质押；五是在卖方根据银行的指示将货物交给由银行指定的当事人监管时，针对该货物还可能涉及留置权和质权等物上担保的问题；

3) 卖方和银行之间也同时存在以下法律关系：一是卖方和银行之间的票据关系，卖方可请求银行付款；二是卖方和银行之间存在委托关系，即银行委托卖方将货物交付给由其指定的当事人监管，以确保其对买方资金债权的实现；三是卖方就敞口部分向银行承担差额补足责任或者货物回购责任，其性质属于保证。

(2) 无真实交易之下的保兑仓交易定性及争议处理

对于无真实交易之下的借款合同效力，之前司法实践有以下两种观点：

第一种借款合同无效说，认为缺乏真实交易关系的保兑仓交易实为借贷，其目的是为了不受国家对信贷规模的限制，逃避金融监管，套取现金，属于违法借贷行为，基于此产生的借款关系应当依据《合同法》第五十二条第三款“以合法形式掩盖非法目的”或第五款“违反法律、行政法规的强制性规定”之规定认定无效。

第二种观点借款合同有效或可撤销说，认为名为保兑仓交易实为借款合同，要通过审查银行是否知情来判断合同效力。若银行对并无真实买卖关系知情，则保兑仓交易、货物买卖关系均构成虚伪意思表示，应以借款的真实意思确定各方

之间法律关系，如不存在其他合同无效情形，应当认定合同有效。若银行对此不知情，一般可以认定保兑仓合同或者借款合同属于因受欺诈的可撤销合同，并视银行是否行使撤销权作不同处理。《会议纪要》征求意见稿持第二种观点。

对于上述争议，《会议纪要》正式稿第 69 条明确规定：“69. 【无真实贸易背景的保兑仓交易】保兑仓交易以买卖双方有真实买卖关系为前提。双方无真实买卖关系的，该交易属于名为保兑仓交易实为借款合同，保兑仓交易因构成虚伪意思表示而无效，被隐藏的借款合同是当事人的真实意思表示，如不存在其他合同无效情形，应当认定有效。保兑仓交易认定为借款合同关系的，不影响卖方和银行之间担保关系的效力，卖方仍应当承担担保责任。”但会议纪要正式稿删除了对无真实交易背景的保兑仓交易模式下银行享有撤销权的规定。

对于无真实交易关系的保兑仓合同被认定为借款合同后的担保效力，也有两种争议观点。**第一种担保无效说认为**，担保针对的对象是保兑仓交易，若保兑仓交易、买卖双方之间的货物买卖关系构成虚伪意思表示而被认定无效，就不存在实际的保兑仓交易关系，从属于保兑仓交易的担保也应归于无效。**第二种担保有效说认为**，保兑仓合同被认定为实为借贷后，合同依旧有效，各方权利义务应参照原合同进行确定，因此担保合同的主合同依旧有效的情形下，加之卖方对于是否存在真实交易关系和双方真实的法律关系通常也是明知的，认定实为借贷并不加重和改变担保人的担保责任，担保应认定为有效。

对于上述争议，《会议纪要》第 69 条明确规定，保兑仓交易认定为借款合同关系的，不影响卖方和银行之间担保关系的效力，卖方仍应当承担担保责任。

同时，《会议纪要》第 70 条还对保兑仓交易案件中的合并审理、追加交易当事人等程序性事项作出规定：“70. 【保兑仓交易的合并审理】当事人就保兑仓交易中的不同法律关系的相对方分别或者同时向同一人民法院起诉的，人民法院可以根据民事诉讼法司法解释第 221 条的规定，合并审理。当事人未起诉某一方当事人的，人民法院可以依职权追加未参加诉讼的当事人为第三人，以便查明相关事实，正确认定责任。”

应对建议：

1) 银行在开展保兑仓业务时，应当对买卖双方是否存在真实交易关系进行审查，审查内容包括但不限于：交易合同、公章、发票、提货申请书、交货证明等基础交易材料；

2) 银行应严格按照保兑仓协议约定履行合同义务，对于合同约定与实际履行不一致的应当及时签订补充协议，应避免诸如（2015）民提字第 16 号案中二审法院以银行承兑汇票不是根据保兑仓协议开具的，而认定差额补足人不承担责任等交易行为与协议不对应时造成义务人脱责的相关风险；

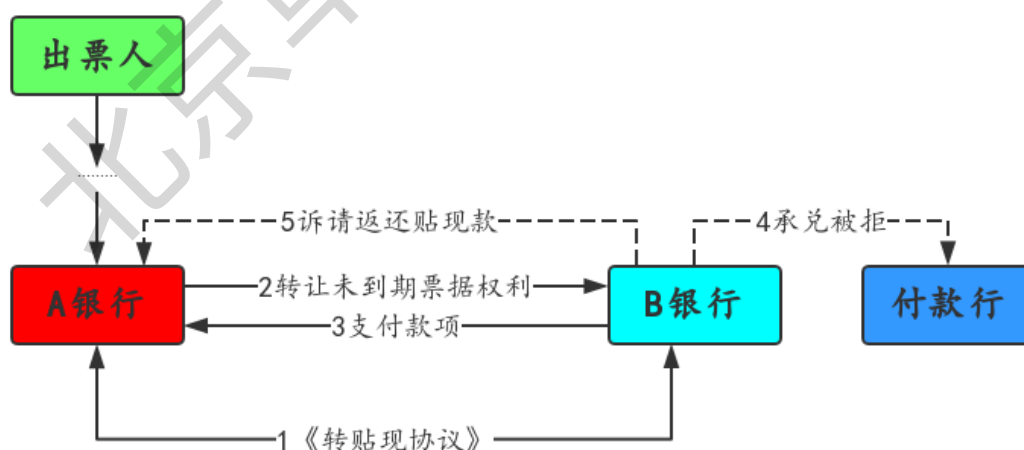
3) 严格筛选可信的监管企业，加强对货权控制，以保障债权实现。

（三）对票据业务的影响及应对建议

1、业务模式

（1）转贴现交易

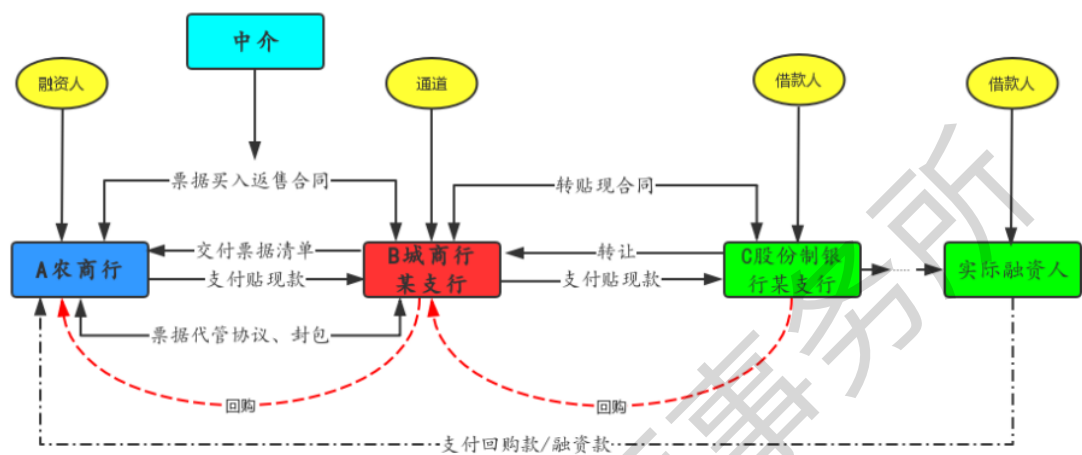
转贴现交易是通过票据贴现持有票据的商业银行为为了融通资金，在票据到期日之前将票据权利转让给其他商业银行，由转贴现行在收取一定的利息后，将转贴现款支付给持票人的票据转让行为。



（2）票据清单交易、封包交易

票据清单交易、封包交易，是指商业银行之间就案涉票据订立转贴现或者

回购协议，附以票据清单，或者将票据封包作为质押，双方约定按照票据清单中列明的基本信息进行票据转贴现或者回购，但往往并不进行票据交付和背书。实务中，双方还往往再订立一份代保管协议，约定由原票据持有人代对方继续持有票据，从而实现合法、合规的形式要求。



票据清单交易、封包交易往往具有以下特点：（1）当事人之间并不进行票据的实际交付，而仅进行清单或封包交易；（2）中介方与作为出资方的农商行关系往往比较密切；（3）中间银行仅起到通道作用，出资方的回款往往不依赖于中间银行的回购，而依赖于实际融资人或其关联人的偿还。

2、合谋虚构贴现之后果

《票据法》第十三条规定：“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。”《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（下称“《票据法司法解释》”）第十四条规定：“票据债务人以票据法第十条、第二十一条的规定为由，对业经背书转让票据的持票人进行抗辩的，人民法院不予支持。”

《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。”《票据法》第十条规定：“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。”第十二条规定：“以

欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利。”

金融交易中，为规避监管，各方当事人经常签订所谓的“抽屉协议”“名实不副合同”，以表面之名行隐藏之实，各取所需，对此各方当事人一般心照不宣。然而，一旦出现违约、发生争议，双方当事人便各持一词。之前司法实践中，法院出于尊重鼓励金融创新的政策考量，往往按照当事人的合同进行审理，不轻易认定为“通谋虚伪表示”或“合法形式掩盖非法目的”。2017年8月4日，最高法院对外发布《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》，提出“对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为，要以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务”的穿透性审判政策。目前，穿透认定原则在金融审判领域得到深入贯彻。

之前司法实践中，关于贴现申请人伪造前手基础交易材料的处理，部分法院依据《票据法》第十三条和《票据法司法解释》第十四条之规定，按表面意思进行认定，认为票据具有无因性，合法取得票据即享有票据权利，债务人不得以其与前手之间抗辩事由对抗贴现人，并进而认定应向贴现银行支付票据款项。如在“大连大显控股股份有限公司、于量与大连大显控股股份有限公司、于量票据追索权纠纷申请再审民事裁定书”【（2016）最高法民申1070号】中，最高法院即认为：“依据前述《中华人民共和国票据法》第十条、第十三条第一款‘票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外’、第二十一条‘汇票的出票人必须与付款人具有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源。不得签发无对价的汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金’及《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第十四条‘票据债务人以票据法第十条、第二十一条的规定为由，对业经背书转让票据的持票人进行抗辩的，人民法院不予支持’之规定以及票据无因性之原则，即票据的基础关系独立于票据关系，票据基础关系的效力不影响票据关系的效力。大显控股公司所主张的基础关系不能作为本案的抗辩理由，亦不影响于量在本案票据关系中所享有的票据

权利。”

2017 年 12 月，最高法院在“中国民生银行股份有限公司南昌分行、上海红鹭国际贸易有限公司票据追索权纠纷二审民事判决书”【（2017）最高法民终 41 号】中转变了裁判思路，有人称之为“最高法院金融审判‘通谋虚伪表示’第一案”，在该案中，最高法院认为：“民生银行南昌分行与有色金属公司在本案中的真实意思表示是借款；案涉票据活动是各方通谋虚伪行为，所涉相关民事行为应属无效，民生银行南昌分行依法不享有票据权利；本案应按虚假意思表示所隐藏的真实法律关系处理。”最高法院开始认为，贴现行的负责人或者有权从事该业务的工作人员与贴现申请人合谋伪造商品交易材料，申请贴现的，不享有票据权利，应按基础关系处理。

《会议纪要》第 100 条与上述案件的处理精神基本一致，具体条文为：“100. 【合谋伪造贴现申请材料的后果】贴现行的负责人或者有权从事该业务的工作人员与贴现申请人合谋，伪造贴现申请人与其前手之间具有真实的商品交易关系的合同、增值税专用发票等材料申请贴现，贴现行主张其享有票据权利的，人民法院不予支持。对贴现行因支付资金而产生的损失，按照基础关系处理。”

但相较于征求意见稿，正式稿去掉了“贴现行工作人员按照法律、行政法规、业务规章以及业务规则的要求尽到合理审核义务并支付了贴现款取得票据，当事人一方以贴现行具有重大过失为由请求确认贴现行不是合法票据权利人、不享有票据权利的，人民法院不予支持。”大概是考虑到《票据法》第十二条关于“持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利”之相关规定。但该规定虽然删除，作为最高法院的代表观点，仍对司法实践具有一定的指导意义。

关于“重大过失”，《会议纪要》征求意见稿明确判断标准为贴现行工作人员未按照法律、行政法规、业务规章以及业务规则的要求进行合理审核。以前实践同样如此处理，如在“大冶市日增鑫矿业有限公司与恒丰银行烟台银河支行、恒丰银行股份有限公司烟台分行票据损害责任纠纷申请再审民事裁定书”【（2016）最高法民申 2003 号】中，最高法院即认为：“本院经审查认为，本案再审审查

的争议焦点是恒丰银行烟台分行和恒丰银行银河支行在办理案涉汇票贴现业务中是否存在重大过失。《中华人民共和国票据法》第十二条第二款规定，持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利。考察持票人是否具有重大过失，应当主要从票据本身真实性、记载事项的完整性、背书的连续性、前手的身份证明等方面予以认定……根据已经查明的事实，案涉六张银行承兑汇票，形式完备，各项必要记载事项齐全，背书连续，持票人身份合法，故日增鑫公司主张恒丰银行银河支行和恒丰银行烟台分行在进行案涉票据贴现业务中存在重大过失，依据不足。”

应对建议：

（1）建议银行应加强内部员工管理，防范负责人或业务工作人员与贴现申请人合谋伪造交易材料；

（2）建议银行完善内部工作机制，作为贴现行时，确保工作人员按照法律、行政法规、业务规章以及业务规则的要求履行合理审核义务。

3、票据转贴现协议纠纷之定性

之前司法实践中，在转贴现银行依据转贴现协议请求未在票据上背书的转贴现申请人返还转帖现款或赔偿损失的案件中，案涉交易的法律性质定性为票据法律关系还是合同法律关系、案由为票据追索权纠纷还是合同纠纷通常是各方当事人的争议焦点，法院对此如何认定也存在较大争议。如在“中国民生银行股份有限公司三亚分行与宁波银行股份有限公司北京分行合同纠纷二审民事判决书”

【（2016）最高法民终 741 号】中，最高法院即认为：“原审法院认为：根据各方当事人诉辩主张，本案的争议焦点为：（一）本案案由是票据纠纷，还是合同纠纷……本案涉及的票据并未背书，民生银行三亚分行依据其与宁波银行北京分行签订的《商业承兑汇票转贴现合同》提起本案诉讼，请求宁波银行北京分行依据该合同的约定向其支付 4 亿元款项。因此，本案案由应为合同纠纷……（二）关于苏州银行是否应向民生银行三亚分行或者向宁波银行北京分行支付案涉 4 亿元问题。这一问题的实质在于判断案涉交易的法律性质是票据法律关系还是合同法律关系。1. 只有在票据上签章的票据行为方产生票据法律关系……2. 金融机

构间办理票据转贴现业务应当予以背书，无背书票据行为的，仅产生合同法律关系……故民生银行三亚分行与宁波银行北京分行之间并未产生票据法律关系，案涉交易法律性质应为合同法律关系，原审法院未依照票据法审理本案纠纷并非适用法律错误……4. 票据法律关系与基础原因关系相互独立，实体上不应混同……故其关于需将案外票据纠纷引入本案一并处理的主张亦无事实根据和法律依据而不能成立。”而在“中国银行股份有限公司四川省分行股份有限公司转贴现合同纠纷案民事判决书”【（2009）民提字第 113 号】中，最高法院却认为：“四川中行依据其与烟台银行签订的《商业汇票转贴现协议》提起本案诉讼，主张烟台银行应依据协议约定向其支付逾期付款利息及其他损失共计 4117022.5 元。山东省高级人民法院二审判决认定本案系转贴现协议纠纷，该协议系当事人真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的禁止性规定，合法有效正确，本院予以维持。”

而关于责任认定也存在一定争议：

第一种观点认为，当事人本意是进行转贴现，没有产生票据法律关系，成立转贴现合同法律关系的意思表示真实，应按转贴现合同认定责任。

第二种观点认为，根据《票据法》第四条和《支付结算方法》第九十三条之规定，承兑汇票的转贴现应作转让背书，并实际交付给买入方，若仅签订转贴现合同，支付价款，未进行背书，不符合票据转让的实质要件和合同约定的权利义务内容，实为资金融通行为，应认定为借款合同法律关系，按当事人确定的转贴现利率确定借款利率。《票据法》第四条规定：“票据出票人制作票据，应当按照法定条件在票据上签章，并按照所记载的事项承担票据责任。持票人行使票据权利，应当按照法定程序在票据上签章，并出示票据。其他票据债务人在票据上签章的，按照票据所记载的事项承担票据责任。本法所称票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。本法所称票据责任，是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。”《支付结算方法》第九十三条规定：“符合条件的商业汇票的持票人可持未到期的商业汇票连同贴现凭证向银行申请贴现。贴现银行可持未到期的商业汇票向其他银行转贴现，也可

向中国人民银行申请再贴现。贴现、转贴现、再贴现时，应作成转让背书，并提供贴现申请人与其直接前手之间的增值税发票和商品发运单据复印件。”

第三种观点认为，当事人之间真实意思是为转贴现行为提供资信通道和资金通道，而并非转贴现票据行为，当事人之间形成的是资金通道法律关系，转贴现申请人仅在其收益范围内或者依照其过错承担责任。

基于上述争议，最高法院在《会议纪要》第 102 条明确规定：“102. 【转贴现协议】转贴现是通过票据贴现持有票据的商业银行为为了融通资金，在票据到期日之前将票据权利转让给其他商业银行，由转贴现行在收取一定的利息后，将转贴现款支付给持票人的票据转让行为。转贴现行提示付款被拒付后，依据转贴现协议的约定，请求未在票据上背书的转贴现申请人按照合同法律关系返还转贴现款并赔偿损失的，案由应当确定为合同纠纷。转贴现合同法律关系有效成立的，对于原告的诉讼请求，人民法院依法予以支持。当事人虚构转贴现事实，或者当事人之间不存在真实的转贴现合同法律关系的，人民法院应当向当事人释明按照真实交易关系提出诉讼请求，并按照真实交易关系和当事人约定本意依法确定当事人的责任。”《会议纪要》第 102 条明确，票据转贴现协议下的法律关系究竟是转贴现合同法律关系还是其他合同法律关系，应当视当事人本意和当事人之间实质形成的权利义务关系而定，而具体责任应根据真实法律关系并依照当事人约定的本意进行认定。

应对建议：

银行在依据转贴现协议请求未在票据上背书的转贴现申请人按照合同法律关系返还转贴现款并赔偿损失的，应当以合同纠纷为案由提起诉讼，不存在真实的转贴现合同法律关系的，应按真实交易关系提出诉讼请求。

4、票据清单交易、封包交易

封包交易和清单交易作为实践中发展起来的融资业务，在参与交易的商业银行之间不进行连续的背书、不真实交付票据、逆交易顺序倒打款等情形下，对持有票据的出资银行是否享有票据权利，审判实践中存在不同的认识和做法。《会

议纪要》第 103 条对此进行了明确：“103. 【票据清单交易、封包交易案件中的票据权利】审判实践中，以票据贴现为手段的多链条融资模式引发的案件应当引起重视。这种交易俗称票据清单交易、封包交易，是指商业银行之间就案涉票据订立转贴现或者回购协议，附以票据清单，或者将票据封包作为质押，双方约定按照票据清单中列明的基本信息进行票据转贴现或者回购，但往往并不进行票据交付和背书。实务中，双方还往往再订立一份代保管协议，约定由原票据持有人代对方继续持有票据，从而实现合法、合规的形式要求。”

类似交易中，票据往往背离其作为结算工具的本质，沦为纯粹的融资性工具，缺乏真实基础交易关系，中间主体往往实为“通道”或“过桥”。《会议纪要》第 103 条至第 105 条对票据清单交易、封包交易中的相关问题作出了规定。具体为：

（1）被告能举证证明票据交易不符合正常转贴现交易的，可认定转贴现合同属于虚伪意思表示

关于清单交易、封包交易，最高法院的裁判观点历经了由“不认可票据法律关系、仅认可合同法律关系”到“既不认可票据法律关系、也不认可转贴现合同法律关系而以借款合同认定双方之间法律关系”的转变历程。

在“中国民生银行股份有限公司三亚分行与宁波银行股份有限公司北京分行合同纠纷二审民事判决书”【（2016）最高法民终 741 号】（判决时间：2016 年 12 月 27 日）中，最高法院即认可了合同法律关系而不认可票据法律关系，具体为：“关于苏州银行是否应向民生银行三亚分行或者向宁波银行北京分行支付案涉 4 亿元问题。这一问题的实质在于判断案涉交易的法律性质是票据法律关系还是合同法律关系……1. 只有在票据上签章的票据行为方产生票据法律关系……根据票据法第二十七条第四款关于‘背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为’的规定，案涉商业承兑汇票所承载的票据法律关系仅存在于上述在票据背书的各方主体之间。宁波银行北京分行并未在案涉商业承兑汇票上签章背书，无票据行为则不产生票据法律关系以及发生票据权利的变动，该行自然不是案涉商业承兑汇票所载票据法律关系当事人。2. 金融机构间办理票据转

贴现业务应当予以背书，无背书票据行为的，仅产生合同法律关系。《商业汇票承兑、贴现与再贴现管理暂行办法》第二条第三款关于‘本办法所称转贴现系指金融机构为了取得资金，将未到期的已贴现商业汇票再以贴现方式向另一金融机构转让的票据行为，是金融机构间融通资金的一种方式’的规定，金融机构为融通资金办理票据的转贴现业务必须要实施转让票据的票据行为……由此可知，在常规的转贴现业务中，金融机构为融通资金办理贴现业务应当在票据上背书、成为票据法律关系当事人后才能受让票据并享有票据权利。本案中，宁波银行北京分行为办理案涉票据转贴现业务而与民生银行三亚分行签订《商业承兑汇票转贴现合同》，但并未按照规章要求以及合同约定在案涉票据上背书，因无票据行为而未能成为案涉票据所载票据法律关系当事人，该行并不享有案涉票据权利及承担票据责任，自不能援引票据法的相关规定行使抗辩权利。《商业承兑汇票转贴现合同》中虽有关于‘托收本合同项下的商业承兑汇票时，如遇承兑人拒绝付款，甲方（民生银行三亚分行）将按《中华人民共和国票据法》和其他法律、法规及本合同第七条的规定向乙方（宁波银行北京分行）追索’的约定，民生银行三亚分行也在案涉票据上签章背书，但其前手即背书人为库车国民村镇银行有限责任公司而非宁波银行北京分行，故民生银行三亚分行与宁波银行北京分行之间并未产生票据法律关系，案涉交易法律性质应为合同法律关系。”

而在“吉林环城农村商业银行股份有限公司、恒丰银行股份有限公司青岛分行合同纠纷二审民事判决书”【（2017）最高法民终 965 号】（判决时间：2017 年 12 月 25 日）中，最高法院认为转贴现协议为通谋虚伪意思表示，双方当事人真实意思表示为借款，具体为：“1. 关于涉案《银行承兑汇票转贴现合同》的法律性质认定及责任承担问题。首先，涉案《银行承兑汇票转贴现合同》应认定为资金融通行为。本案中，恒丰银行青岛分行与环城农商行虽采用了银行业关于票据转贴现的格式合同文本签订《银行承兑汇票转贴现合同》，并约定了票款支付、票据背书等相关内容，但实际未按照合同约定进行涉案票据贴现。在交易过程中，双方仅进行了清单交易，均未见到银行承兑汇票原件，双方签订的《代保管协议》约定由恒丰银行青岛分行代为保管涉案银行承兑汇票，但恒丰银行青岛分行称其从未持有涉案银行承兑汇票，而环城农商行在未审核涉案银行承兑汇票原件，票

据权利也未经背书转让的情况下，即支付银行承兑汇票贴现款，双方的交易行为与票据转贴现的交易流程不符。由此，双方涉案交易的真实意思并非涉案《银行承兑汇票转贴现合同》所载明的银行承兑汇票转贴现，而是资金融通行为。”

对于转变后的观点，最高法院在《会议纪要》第 103 条予以确定：“103.【票据清单交易、封包交易案件中的票据权利】审判实践中，以票据贴现为手段的多链条融资模式引发的案件应当引起重视。这种交易俗称票据清单交易、封包交易，是指商业银行之间就案涉票据订立转贴现或者回购协议，附以票据清单，或者将票据封包作为质押，双方约定按照票据清单中列明的基本信息进行票据转贴现或者回购，但往往并不进行票据交付和背书。实务中，双方还往往再订立一份代保管协议，约定由原票据持有人代对方继续持有票据，从而实现合法、合规的形式要求。出资银行仅以参与交易的单个或者部分银行为被告提起诉讼行使票据追索权，被告能够举证证明票据交易存在诸如不符合正常转贴现交易顺序的倒打款、未进行背书转让、票据未实际交付等相关证据，并据此主张相关金融机构之间并无转贴现的真实意思表示，抗辩出资银行不享有票据权利的，人民法院依法予以支持。出资银行在取得商业承兑汇票后又将票据转贴现给其他商业银行，持票人向其前手主张票据权利的，人民法院依法予以支持。”当事人之间基于通谋的虚伪意思表示而取得票据的，不享有票据权利，但根据票据行为无因性原则，一旦票据背书转让，即产生了遮蔽或者切断效果，即对于不知情也不应当知道有前述瑕疵的善意持票人，当事人不得进行抗辩，故该条规定明确“出资银行在取得商业承兑汇票后又将票据转贴现给其他商业银行，持票人向其前手主张票据权利的，人民法院依法予以支持。”

（2）票据清单交易、封包交易案件处理原则

《会议纪要》第 104 条：“104.【票据清单交易、封包交易案件的处理原则】在村镇银行、农信社等作为直贴行，农信社、农商行、城商行、股份制银行等多家金融机构共同开展以商业承兑汇票为基础的票据清单交易、封包交易引发的纠纷案件中，在商业承兑汇票的出票人等实际用资人不能归还票款的情况下，为实现纠纷的一次性解决，出资银行以实际用资人和参与交易的其他金融机构为共同

被告，请求实际用资人归还本息、参与交易的其他金融机构承担与其过错相适应的赔偿责任的，人民法院依法予以支持。出资银行仅以整个交易链条的部分当事人为被告提起诉讼的，人民法院应当向其释明，其应当申请追加参与交易的其他当事人作为共同被告。出资银行拒绝追加实际用资人为被告的，人民法院应当驳回其诉讼请求；出资银行拒绝追加参与交易的其他金融机构为被告的，人民法院在确定其他金融机构的过错责任范围时，应当将未参加诉讼的当事人应当承担的相应份额作为考量因素，相应减轻本案当事人的责任。在确定参与交易的其他金融机构的过错责任范围时，可以参照其收取的‘通道费’‘过桥费’等费用的比例以及案件的其他情况综合加以确定。”

上述规定对于票据清单交易、封包交易引发的纠纷案件处理确立了以下原则：第一，出资银行可以同时将实际用资人和参与交易的其他金融机构列为被告，请求实际用资人归还本息、参与交易的其他金融机构承担与其过错相适应的赔偿责任，其中实际用资人承担直接的、第一顺位的责任，各参与银行承担间接的、补充顺位的责任；第二，出资银行仅部分交易参与人为被告时，法院应当释明可追加全部交易人为被告；第三，实际用资人为必须参加诉讼的被告，出资银行拒绝追加的，法院应驳回其诉讼请求；第四，出资银行拒绝追加参与交易的其他金融机构为被告的，法院在确定其他金融机构的过错责任范围时，应当将未参加诉讼的当事人应当承担的相应份额作为考量因素，相应减轻本案当事人的责任；第五，在确定参与交易的其他金融机构的过错责任范围时，可以参照其收取的“通道费”“过桥费”等费用的比例以及案件的其他情况综合加以确定。对于上述程序性规定，法院的基本依据是《民事诉讼法》第一百三十二条等相关规定。

（3）票据清单交易、封包交易案件中民刑交叉的处理

《会议纪要》第 105 条规定：“105. 【票据清单交易、封包交易案件中的民刑交叉问题】人民法院在案件审理过程中，如果发现公安机关已经就实际用资人、直贴行、出资银行的工作人员涉嫌骗取票据承兑罪、伪造印章罪等立案侦查，一方当事人根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 11 条的规定申请将案件移送公安机关的，因该节事实对于查明

出资银行是否为正当持票人，以及参与交易的其他金融机构的抗辩理由能否成立存在重要关联，人民法院应当将有关材料移送公安机关。民商事案件的审理必须以相关刑事案件的审理结果为依据的，应当中止诉讼，待刑事案件审结后，再恢复案件的审理。案件的基本事实无须以相关刑事案件的审理结果为依据的，人民法院应当继续案件的审理。参与交易的其他商业银行以公安机关已经对其工作人员涉嫌受贿、伪造印章等犯罪立案侦查为由请求将案件移送公安机关的，因该节事实并不影响相关当事人民事责任的承担，人民法院应当根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 10 条的规定继续审理。”

票据转贴现纠纷通常会涉及票据诈骗罪、伪造公章罪等刑事犯罪，民刑交叉问题是该类案件面临的突出问题。同时由于封包交易和清单交易的交易金额巨大，一旦出现兑付危机、发生民事诉讼，向公安机关报案并以涉及经济犯罪为由申请人民法院中止审理相关民事案件，成为审判工作中的常见现象。《会议纪要》第 105 条明确了该类案件面临民刑交叉时应根据不同情况分别处理：“若公安机关已经就实际用资人、直贴行、出资银行的工作人员涉嫌犯罪立案侦查，一方当事人申请将案件移送公安机关的，因该事实对于查明出资银行是否为正当持票人、参与交易的其他金融机构的抗辩理由能否成立存在重要关联，人民法院应当将有关材料移送公安机关，同时民商事案件是否应中止审理，以案件的基本事实是否须以相关刑事案件的审理结果为依据来决定，原则上只有实际用资人、直贴行、出资行三方当事人工作人员涉嫌犯罪的刑事案件对于民商事案件基本事实查清是有意义的；若参与交易的其他商业银行以公安机关已经对其工作人员涉嫌受贿、伪造印章等犯罪立案侦查为由请求将案件移送公安机关的，因该节事实并不影响相关当事人民事责任的承担，也无须借助公安机关即可完成，人民法院应当继续审理。”

应对建议：

1) 银行作为通道方被起诉要求履行回购义务、支付转贴现款时，应积极收集倒打款、未进行背书转让、票据未实际交付、出资方已通过实际融资人或其关

联人进行偿还等票据交易存在诸如不符合正常转贴现交易的相关证据，以主张相关金融机构之间并无转贴现的真实意思表示，以抗辩出资银行不享有票据权利；

2) 银行作为通道方被出资银行一并起诉要求承担赔偿责任的，可以收取的“通道费”“过桥费”等费用较低为由主张其不存在过错或过错程度较低，不应承担赔偿责任；

3) 银行作为出资银行追索款项时，可将实际用资人和参与交易的其他金融机构一并列为共同被告，请求实际用资人归还本息、参与交易的其他金融机构承担过错赔偿责任。

5、恶意申请公示催告的处理

《票据法》第十五条规定：“票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。失票人应当在通知挂失止付后三日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。”《民事诉讼法》第二百一十八条至第二百二十三条对申请票据公示催告程序作出了规定。公示催告程序本为对合法持票人进行失票救济所设，但实践中却沦为部分票据出卖方在未获得票款情形下，通过伪报票据丧失事实申请公示催告、阻止合法持票人行使票据权利的工具。

之前司法实践中，关于在除权判决已作出、付款人尚未付款情形下，最后合法持票人是只能采取票据权利的救济方式，还是也可以基于基础法律关系采取救济，存在争议：第一种观点认为，一般情形下，最后合法持票人应当先行使票据债权，未果时再行使原因债权，但如果明确约定原因债权随票据的交付而消灭，债权人只能行使票据债权，不能行使原因债权；第二种观点认为，只要持票人因票据被除权而被拒付，就应当认定其行使票据权利受到障碍，其就可以行使原因债权。此外，在票据被除权的情形下，票据已非有效票据，持票人无法持有效票据行使票据权利，故其可以基于基础法律关系主张权利。

对于该问题，《会议纪要》第106条作出了相应规定，明确：“106. 【恶意

申请公示催告的救济】公示催告程序本为对合法持票人进行失票救济所设，但实践中却沦为部分票据出卖方在未获得票款情形下，通过伪报票据丧失事实申请公示催告、阻止合法持票人行使票据权利的工具。对此，民事诉讼法司法解释已经作出了相应规定。适用时，应当区别付款人是否已经付款等情形，作出不同认定：

（1）在除权判决作出后，付款人尚未付款的情况下，最后合法持票人可以根据《民事诉讼法》第二百二十三条的规定，在法定期限内请求撤消除权判决，待票据恢复效力后再依法行使票据权利。最后合法持票人也可以基于基础法律关系向其直接前手退票并请求其直接前手另行给付基础法律关系项下的对价。

（2）除权判决作出后，付款人已经付款的，因恶意申请公示催告并持除权判决获得票款的行为损害了最后合法持票人的权利，最后合法持票人请求申请人承担侵权损害赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”

《会议纪要》明确了在付款人尚未付款的情况下，最后合法持票人可以选择采用票据权利救济程序和原因债权救济程序。在票据被除权情况下，虽然《民事诉讼法》规定了撤消除权判决之诉这一救济路径，但最后持票人能否在这一诉讼中胜诉，实质上处于不确定状态，而且诉讼耗时较长，其利益的实现具有一定滞后性，故最后持票人可首先选择原因债权救济程序，直接向前手退票并请求其直接前手另行给付基础法律关系项下的对价。但如果当事人双方有明确的意思表示，约定交付票据后原因债权消灭的，则持票人只能采用票据权利救济途径追偿。

关于两种程序是否可以并用的问题，《会议纪要理解与适用》指出，该款规定持票人可以自由选择两种途径进行权利救济，并不意味着两种程序可以并用，其在通过一种程序救济权利后，就不能采取另一种方式进行权利救济，以避免重复受偿。在持票人基于基础法律关系主张权利的情形下，相对人另行给付基础法律关系项下对价的，持票人应将票据退还给基础法律关系相对方。

应对建议：

（1）除权判决尚未作出的，银行作为持票人应向人民法院申报，并申请法院尽快裁定终结公示催告程序；

(2) 除权判决作出后，付款人尚未付款的，银行应根据前手和兑付人的经济情况综合衡量选择票据权利救济程序还是原因债权救济程序，但同等条件下可优先选择直接向其直接前手退票并请求其直接前手另行给付基础法律关系项下的对价，若选择票据权利救济程序，应自知道或者应当知道判决公告之日起一年内向判决法院申请撤销除权判决；

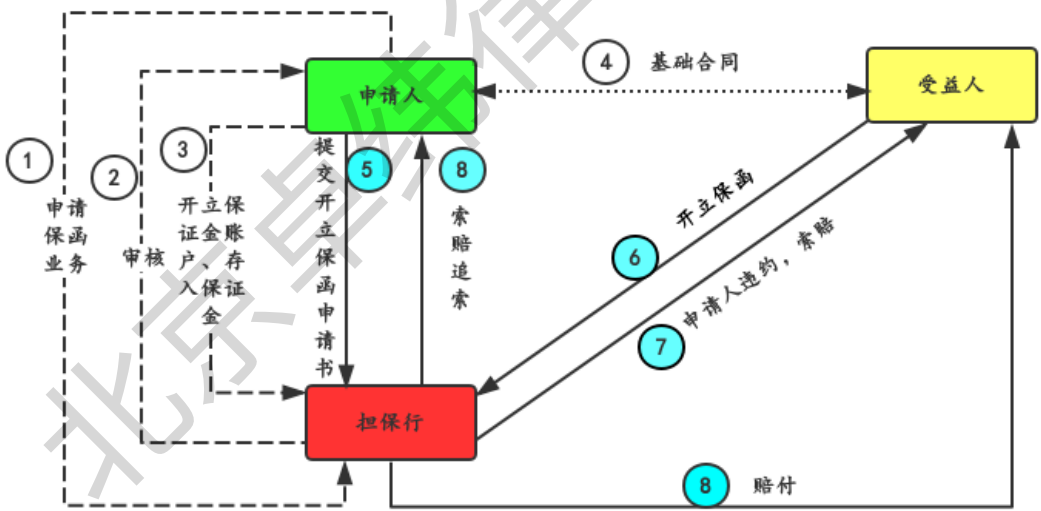
(3) 除权判决作出后，付款人已经付款的，银行请求恶意申请人承担侵权损害赔偿，管辖法院为除权判决法院和恶意申请人住所地法院。

(四) 对保函业务的影响及应对建议

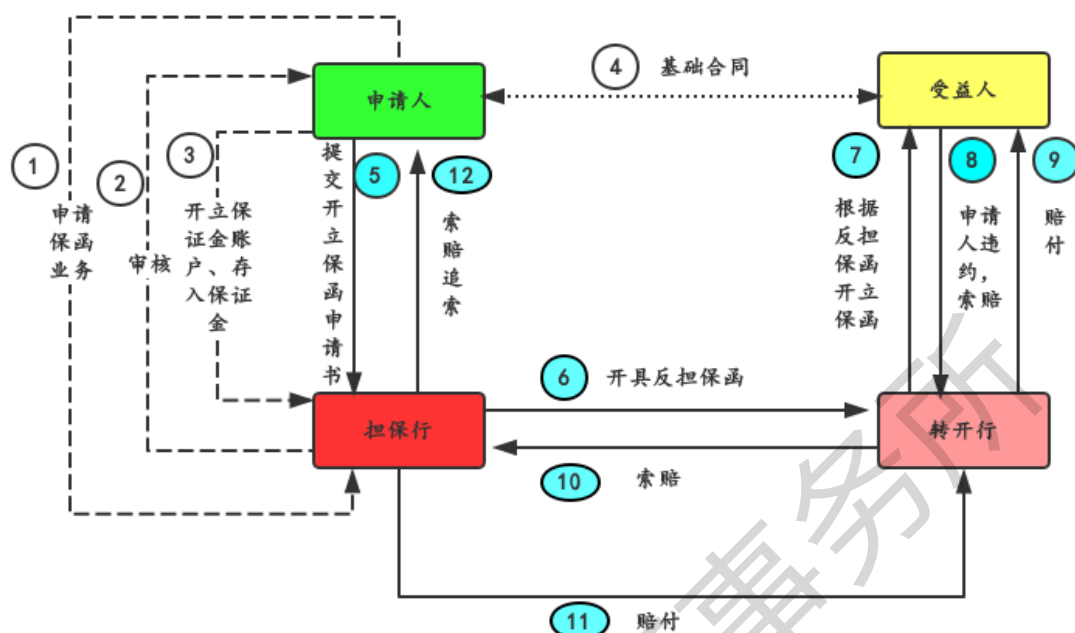
1、业务模式

保函业务分为直开、转开两种模式，具体如下图：

(1) 直开保函业务模式：



(2) 转开保函业务模式：



2、独立保函的应用范围

关于独立保函应仅限于国际商事交易，还是也可运用于国内商事交易，之前司法实践中存在较大争议，2016年11月18日最高法院发布《独立保函司法解释》，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。”但司法实践中，仍有部分法院认为独立保函等独立担保仅适用于国际商事交易，如在“佳龙投资集团有限公司等与北京农村商业银行股份有限公司朝阳支行借款合同纠纷二审民事判决书”【（2018）京民终89号】，北京高院即认为：“于佳龙公司关于《最高额保证合同》第十六条的上诉意见，本院认为，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，《最高额保证合同》第十六条的约定无效。”

对此，《会议纪要》第54条明确：第一，开展独立担保的主体仅限于法定机构，即依据《独立保函司法解释》第一条和第三条由银行或其他金融机构开具的，其他机构开具的独立担保应属无效；第二，属于前述规定的独立保函无论是用于国际商事交易还是用于国内商事交易，均不影响保函的效力，进一步明确《独

立保函司法解释》第二十三条之规定。

3、非法定主体开具的独立保函效力

实践中，很多企业或自然人开具独立担保函、不可撤销的担保函等，约定为债权人提供不可撤销的独立担保，我国立法和司法实践到目前为止都不承认非金融机构出具的国内保函具有独立性。《独立保函司法解释》明确独立保函开具机构限于银行或非银行金融机构，《会议纪要》第54条再次明确银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效，同时根据‘无效法律行为的转换’原理，在否定其独立担保效力的同时，应当将其认定为从属性担保。

《会议纪要》第54条规定：“54. 【独立担保】从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外。独立保函纠纷案件依据《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》处理。需要进一步明确的是：凡是由银行或者非银行金融机构开立的符合该司法解释第1条、第3条规定情形的保函，无论是用于国际商事交易还是用于国内商事交易，均不影响保函的效力。银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。但是，根据“无效法律行为的转换”原理，在否定其独立担保效力的同时，应当将其认定为从属性担保。”

应对建议：

银行在接受独立保函、独立反担保函、不可撤销的担保函等保函时，应当严格审查开具机构是否是银行或非银行金融机构，谨慎防范风险。

4、“银行保函”是否属于“独立保函”之判定

司法实践中，对于银行出具的“保函”是否为独立保函，通常是涉诉双方当事人的争议焦点，争议的核心是关于“见索即付”如何界定。如在“大连高金投资有限公司、中国工商银行股份有限公司大连星海支行企业借贷纠纷、金融借款合同纠纷二审民事判决书”【（2018）最高法民申5047号】中，最高法院即认为：“本院经审查认为，工行星海支行为高金公司出具的两份《银行保函》均载

明‘以上担保责任方式为连带责任担保方式’，保函项下的责任是：如顺天公司出现违约事项，工行星海支行在收到高金公司书面索偿通知后的7个法定工作日内无条件支付款项。本院二审依据《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》第三条，认定本案《银行保函》不具有‘见索即付’法律特征、不属于独立保函，不缺乏法律依据……第一，工行星海支行出具的两份《银行保函》均载明如德享公司出现违约事项，工行星海支行在收到高金公司索偿通知后的7个法定工作日内无条件支付款项。可见，工行星海支行承担责任以德享公司违约为条件，不符合‘见索即付’的法律特征。第二，独立保函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。独立保函规定明确规定，‘当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持’。案涉《银行保函》载明‘以上担保责任方式为连带责任担保方式’，而连带责任保证为担保法所规制的保证责任承担方式，其前提为担保合同作为借款合同的从合同。因此，在保函开立人的责任承担方式上，案涉《银行保函》也不具有独立保函的法律特征。第三，高金公司起诉主张工行星海支行承担的也是连带保证责任，其向工行星海支行发出的《催告函》也载明‘向我司出具了一份承担连带责任的银行保函’‘贵行出具保函，属于《担保法》规定的保证’。综上，高金公司上诉主张案涉《银行保函》为独立保函，缺乏法律依据，本院不予支持。”不同于一般担保的无条件付款责任建立在“债务人违约”的基础上，银行保函的见索即付独立于基础交易关系；独立保函一般直接约定见索即付，通常不会约定责任承担方式。

关于独立保函的界定，《会议纪要》第54条规定，凡是由银行或者非银行金融机构开立的符合该司法解释第一条、第三条规定情形的保函，无论是用于国际商事交易还是用于国内商事交易，均不影响保函的效力。明确符合《独立保函司法解释》第一条、第三条规定情形的，才属于独立保函。《独立保函司法解释》第一条规定：“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。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。”第三条规定：“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担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。”关于识别某一保函是否为独立保函，《会议纪要理解与适用》明确可从两个方面进行判断：

一是看是否有单据性。单据性是独立性的必然要求。既然独立保函独立于基础合同，则保证人在面对付款要求时，就无须审查基础合同，而仅须审查相关单据即可。独立保函要求提供的单据一般只是由受益人出具的关于申请人违约的声明，该文件往往是由受益人自己提供的，仅须“单证相符”即可。鉴于独立保函的本质属性体现为独立性以及与其密切相连的单据性，因此，在识别某一保函是否为独立保函时，也要从这两个方面着眼。一是看保函是否有表征“独立性”的语句。载有“见索即付”“无条件与/或不可撤销”“本保函独立于基础交易”等语句的保函，大多属于独立保函。

二是看是否约定了单据化的付款条件。如果保函约定只要受益人出具简单索赔请求书、违约声明，或者第三方（如鉴定人或工程师）出具的书面文件，或者仲裁庭、法院所作的裁决等单据或文件，担保人就要付款的，此种保函往往是独立保函。鉴于独立保函是相对于从属性保证来说的，在二者的关系问题上，应坚持以从属性保证为原则，独立保函为例外的适用原则。因此，如约定不明或约定有矛盾的，应认为是从属性保证。

应对建议：

建议银行在接受独立保函担保时，依据《独立保函司法解释》第一条和第三条严格审查相关保函是否符合独立保函见索即付、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和仅承担相符交单付款责任等基本特征。

5、承担担保责任后能否向其他担保人追偿？

《担保法司法解释》第三十八条第一款规定：“当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”《物权法》第一百七十六条规定：“第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

之前司法实践对于从《担保法司法解释》到《物权法》的变更，产生了两种不同理解：

第一种观点认为，《物权法》第一百七十六条替换了《担保法司法解释》第三十八条，其未再规定承担担保责任的担保人可以向其他担保人清偿其应当分担的份额，即明确了若担保人之间无其他约定，承担担保责任的担保仅能向债务人追偿。如在“陈建与南通市东大电子有限公司、刘扣军等追偿权纠纷二审民事判决书”【（2017）苏06民终3351号】中，南通中院即认为：“《中华人民共和国物权法》第一百七十六条规定：‘被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。’该条只规定了物的担保人向债务人追偿的权利，没有规定有向其他担保人追偿的权利。根据权利义务相一致的原则，相应地，保证人也不应当享有向物的担保人进行追偿的权利。《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》第三十八条虽然规定担保人之间有相互追偿的权利，但《中华人民共和国物权法》后于《中华人民共和国担保法》及其司

法解释颁布施行，根据新法优于旧法的法律适用原则，本案应当适用《中华人民共和国物权法》的规定。对陈建关于适用《中华人民共和国担保法》及其司法解释的主张本院不予采纳。”

第二种观点认为，《物权法》第一百七十六条属于法律漏洞或者是立法故意留白，并未否定《担保法司法解释》第三十八条关于向其他担保人追偿的规定。如在“上诉人顾正康与被上诉人汇城公司、原审被告荣华公司、华泰龙公司、钱云富追偿权纠纷一案民事判决书”【（2014）鄂民二终字第 00078 号】中，湖北高院即认为：“关于各担保人之间是否享有追偿权的问题。《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 38 条第一款赋予承担担保责任的担保人可以向其他担保人主张应当清偿的份额，而《中华人民共和国物权法》第一百七十六条并未明确上述权利，因而引发关于法律渊源的争议。对此，本院认为：1、从法律特征来看。法理通说认为担保人承担担保责任后，继受了债权人地位，因此对债务人的追偿以及对其他担保人的清偿请求，均源自于债权的效力，所发生的法律关系也属于债法范畴，不属于物权法调整范围；2、从法律功能来看。《中华人民共和国担保法》在于规范包括人的保证和物的担保在内的担保行为，因此，该法律及其司法解释应当对涉及混合担保的情形作出规定。而《中华人民共和国物权法》则主要规范基于物上权利所发生的物的担保的行为，人的保证不在其调整范围之内，因此《中华人民共和国担保法》对混合担保仅做衔接性规定即赋予担保人向债务人追偿权利而对担保责任消灭后各担保人之间是否具有追偿权不做进一步的明确规定，应属受其立法目的和法律功能的限制，并非对《中华人民共和国担保法》及其司法解释关于混合担保的担保人互有追偿权条款的否定；3、从公平原则来看。如果保证人和物上保证人没有就承担担保责任后如何分担进行约定，则其权利义务的事后平衡应当适用公平原则予以实现。担保人承担担保责任后，其他担保人担保责任随之免除，就其所订立担保合同面临的风险而言，获得了实际的利益，如禁止承担担保责任的担保人请求分担清偿则会显失公平；4、从恶意风险防范来看。保证人和物上担保人在实现担保权程序中均为维护同一债权人利益，两者权利之间并不产生冲突。另因并未在同一物上产生物权与债权的堆叠冲突、物权优先于债权原则排除适用，故而应当允

许债权人可以选择通过履行人的保证或物的担保来实现债权。这从《中华人民共和国担保法》第二十八条所采保证人绝对优待主义到该法司法解释第 38 条第一款所采平等主义的变迁足以看出。但如果禁止担保人之间的追偿,则会鼓励债权人与某一担保人串通、恶意选择其他担保人承担责任从而免除其应负担担保责任的滥用选择权情形发生,明显有违诚实信用原则。综上所述,法律尤其是《中华人民共和国物权法》并无关于禁止承担担保责任的担保人请求其他担保人承担清偿责任的规定,混合担保的担保人之间可互有清偿请求权的制度设置更符合公平原则和诚实信用原则等债法基本规则。故汇城公司在承担担保责任后,向包括顾正康在内的其他保证人追偿,并不违反上述法律和司法解释的相关规定和立法宗旨,本院依法予以支持。”该案的判决思路对担保人之间可以互相追偿的内在逻辑进行了比较详细的阐述。

两种观点各有道理,允许担保人之间相互追偿的观点主要认为:第一,从体系解释来看,共同保证和共同抵押均承认担保人之间的内部求偿关系,否定担保人之间的求偿权正当性不足,国外立法例如日本均有认可担保人之间可互相追偿的先例;第二,不允许担保人之间互相追偿,容易引发潜在的道德风险,加重了履行清偿义务的个别担保人责任,减轻未被请求偿还债务的担保人责任。

在全国人大法工委主编的《物权法释义》中,立法机关明确了《物权法》第一百七十六条的真正立法本意,即除非另有约定,担保人之间不能进行相关追偿,上述第二种观点明显偏离立法本意。其主要理由为:第一,担保人没有共同担保意思的情况下,相互求偿缺乏法理依据;第二,担保人相互求偿后,还可以向最终的债务人求偿,程序上费时费力;第三,担保人在设定担保时,对于承担担保责任的风险是明知且有一定预期的;第四,在没有约定的情况下,允许担保人之间相互求偿,但份额如何确定,是一个非常复杂的问题,可操作性不强。

针对上述争议,《会议纪要》明确了除担保合同另有约定外,混合担保中担保人之间不能相互追偿的裁判规则。《会议纪要》第 56 条依据《物权法》第 178 条关于“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”之规定,明确规定:“56.

【混合担保中担保人之间的追偿问题】被担保的债权既有保证又有第三人提供的

物的担保的，担保法司法解释第 38 条明确规定，承担了担保责任的担保人可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第 176 条并未作出类似规定，根据《物权法》第 178 条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。”

应对建议：

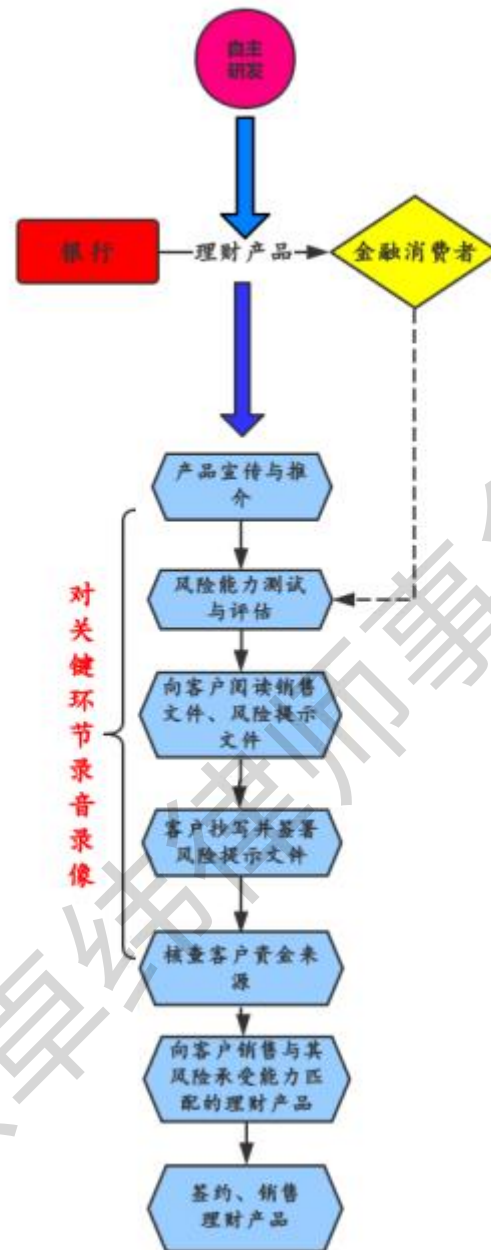
建议银行在进行对外担保业务时，应与其他担保人另行约定各自承担的份额，在清偿债权人债务后，就多承担份额银行可以向其他担保人追偿。

（五）对银行理财业务的影响及应对建议

1、业务模式

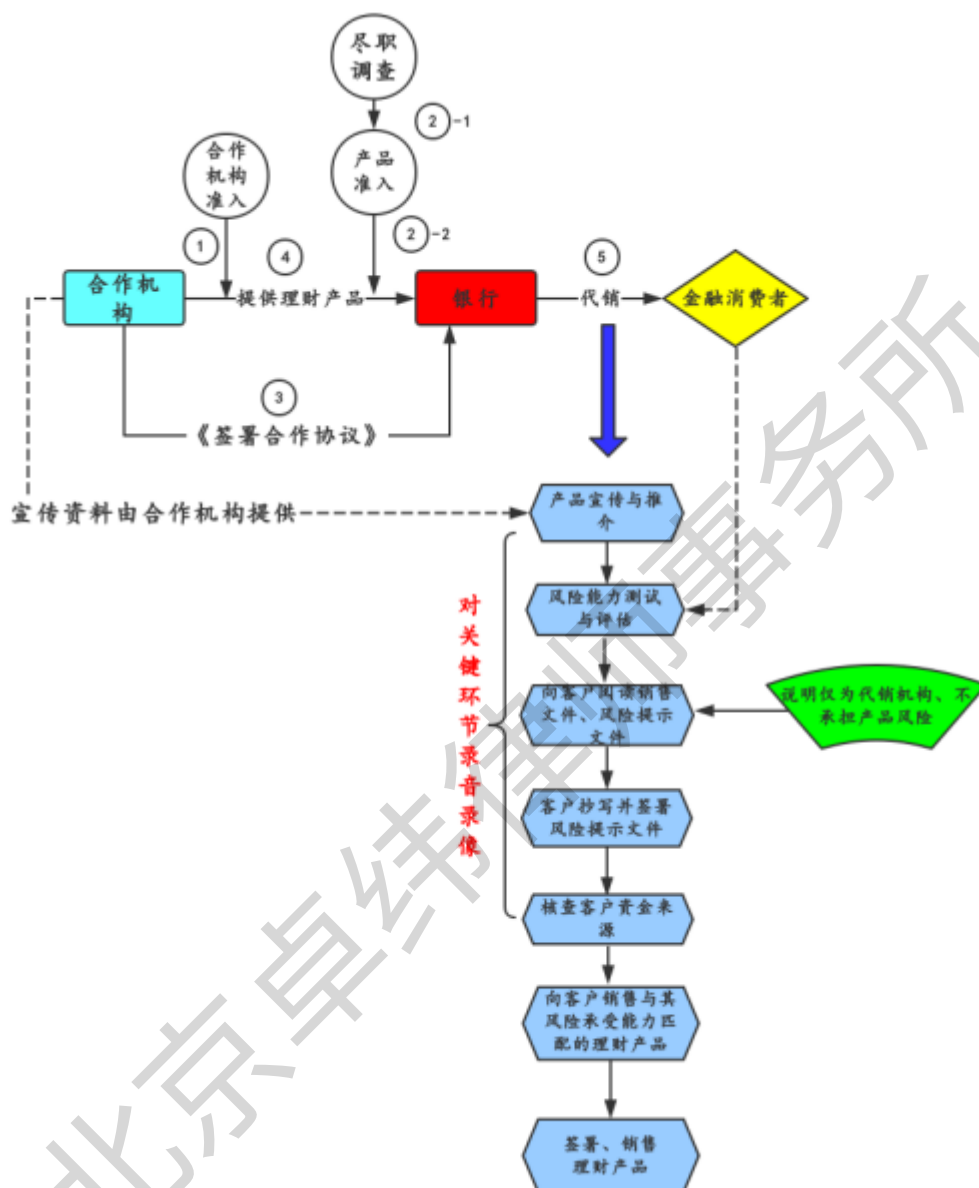
（1）自销业务模式

银行销售自行开发的理财产品业务模式如下：



（2）代销业务模式

银行代理销售理财产品业务模式如下：



2、适当性义务之认定标准

2019年7月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：“要辩证理解民商事审判的基本原则及其与行政监管的关系……二是要辩证理解平等保护原则。要全面平等保护各种所有制经济、各类市场主体的合法权益，做到平等相待、一视同仁。同时要将平等保护与倾斜保护结合起来，对中小股东、金融消费者等特殊群体的倾斜保护，是对平等保护原则的必要补充。只有加大对

特殊群体的保护,才能有效解决违法违规成本过低的问题,维护正常交易秩序。”

《会议纪要》专门用一章对于“金融消费者权益保护纠纷案件”进行规定,指出该类案件必须坚持“卖者尽责、买者自负”原则,“买者自负”的前提是银行等发行机构、销售机构尽责履行了适当性义务和告知义务。

关于适当性义务的含义,《会议纪要》第 72 条规定:“72.【适当性义务】适当性义务是指卖方机构在向金融消费者推介、销售银行理财产品、保险投资产品、信托理财产品、券商集合理财计划、杠杆基金份额、期权及其他场外衍生品等高风险等级金融产品,以及为金融消费者参与融资融券、新三板、创业板、科创板、期货等高风险等级投资活动提供服务的过程中,必须履行的了解客户、了解产品、将适当的产品(或者服务)销售(或者提供)给适合的金融消费者等义务。卖方机构承担适当性义务的目的是为了确保金融消费者能够在充分了解相关金融产品、投资活动的性质及风险的基础上作出自主决定,并承受由此产生的收益和风险。在推介、销售高风险等级金融产品和提供高风险等级金融服务领域,适当性义务的履行是‘卖者尽责’的主要内容,也是‘买者自负’的前提和基础。”之所以对销售者课以上述义务,是因为金融消费者自身金融知识及对产品了解能力有限,在交易选择上更多依赖于销售者的推介和说明。关于适当性义务的性质,《会议纪要理解与适用》明确界定为法定义务和先合同义务。

那么如何确定银行是否尽责履行了适当性义务?《会议纪要》第 73 条指出:“在确定卖方机构适当性义务的内容时,应当以合同法、证券法、证券投资基金法、信托法等法律规定的基本原则和国务院发布的规范性文件作为主要依据。相关部门在部门规章、规范性文件中对高风险等级金融产品的推介、销售,以及为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务作出的监管规定,与法律和国务院发布的规范性文件的规定不相抵触的,可以参照适用。”而实际上,商业银行、保险公司关于销售金融消费品业务的相关规定大多停留在规章和行业自律组织的自律性规范层面。

涉及银行关于金融消费产品销售适当性义务的主要规定有:《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》《商业银行理财业务监督管理办法》(银保监会

令 2018 年第 6 号)《商业银行个人理财业务管理暂行办法》《中国银监会关于规范商业银行代理销售业务的通知》(银监发〔2016〕24 号)《中国银监会办公厅关于加强银行业消费者权益保护、解决当前群众关切问题的指导意见》(银监办发〔2016〕25 号)等。其中,主要义务可以大概总结为以下几点:

第一,了解产品——对代销产品进行尽职调查,严格产品准入管理,对自销或代销产品进行风险等级评估。

《商业银行理财业务监督管理办法》第二十七条规定:“商业银行应当采用科学合理的方法,根据理财产品的投资组合、同类产品过往业绩和风险水平等因素,对拟销售的理财产品进行风险评级。理财产品风险评级结果应当以风险等级体现,由低到高至少包括一级至五级,并可以根据实际情况进一步细分。”

《中国银监会关于规范商业银行代理销售业务的通知》第四项“代销产品准入管理”部分规定:“(十九)商业银行应当对拟代销产品开展尽职调查,不得仅以合作机构的产品审批资料作为产品审批依据。(二十)商业银行应当根据代销产品的投资范围、投资资产、投资比例和风险状况等因素对代销产品进行风险评级。风险评级结果与合作机构不一致的,应当采用对应较高风险等级的评级结果。”《中国银监会办公厅关于加强银行业消费者权益保护、解决当前群众关切问题的指导意见》规定:“二、规范经营行为,不断提高服务标准和水平……(八)提升代销业务规范化管理水平。银行业金融机构应按照银监会相关规定,严格代销业务范围,完善代销业务内部管理制度,加强合作机构和产品准入管理,认真落实各项销售环节监管要求,做好风险隔离,保障消费者的财产安全权、知情权和自主选择权。”

第二,了解客户——对金融消费者风险认知能力和投资能力进行评估,完善金融消费者风险评估及分级管理制度,了解金融消费者的经济状况、投资经验、投资目的、风险偏好、风险认知能力和承受能力,同时核查理财资金来源并作为风险承受能力的判断标准之一。

《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第三十七条规定:“商业银行利用理财顾问服务向客户推介投资产品时,应了解客户的风险偏好、风险认知能力和

承受能力，评估客户的财务状况，提供合适的投资产品由客户自主选择，并应向客户解释相关投资工具的运作市场及方式，揭示相关风险。”

《商业银行理财业务监督管理办法》第二十八条规定：“商业银行应当对非机构投资者的风险承受能力进行评估，确定投资者风险承受能力等级，由低到高至少包括一级至五级，并可以根据实际情况进一步细分。商业银行不得在风险承受能力评估过程中误导投资者或者代为操作，确保风险承受能力评估结果的真实性和有效性。”

第三，将适当产品销售给适当的金融消费者并充分履行信息披露和风险告知义务——向金融消费者销售风险等级不高于其风险承受能力的产品，不向客户推介超过其风险承受能力的金融产品；以理性人能理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准全面、如实、客观地提示产品风险；不得宣传或承诺保本保收益；不得宣传理财产品预期收益率；商业银行应当在理财产品销售专区向客户销售理财产品，并在销售专区内对每只理财产品销售过程进行录音录像。

《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》第十一条规定：“金融机构应当根据金融产品和服务的特性评估其对金融消费者的适合度，合理划分金融产品和服务风险等级以及金融消费者风险承受等级，将合适的金融产品和服务提供给适当的金融消费者。金融机构不得向低风险承受等级的金融消费者推荐高风险金融产品。”第十四条规定：“金融机构应当依据金融产品和服务的特性，向金融消费者披露下列重要内容：（一）金融消费者对该金融产品和服务的权利和义务，订立、变更、中止和解除合同的方式及限制；（二）金融机构对该金融产品和服务的权利、义务及法律责任；（三）金融消费者应当负担的费用及违约金，包括金额的确定、支付时点和方式；（四）金融产品和服务是否受存款保险或者其他相关保障机制的保障；（五）因金融产品和服务发生纠纷的处理及投诉途径；（六）其他法律法规和监管规定就各类金融产品和服务所要求的应当定期或者不定期披露或者报告的事项及其他应当说明的事项。金融机构应当提示金融消费者不得利用金融产品和服务从事违法活动。”第十五条规定：“金融机构对金融产品和服务进行信息披露时，应当使用有利于金融消费者接收、理解的方式。对涉

及利率、费用、收益及风险等与金融消费者切身利益相关的重要信息，应当根据金融产品和服务的复杂程度及风险等级，对其中关键的专业术语进行解释说明，并以适当方式供金融消费者确认其已接收完整信息。”第十七条规定：“金融机构向金融消费者说明重要内容和披露风险时，应当依照相关法律法规、监管要求留存相关资料，留存时间不少于3年，法律、行政法规、规章另有规定的，从其规定。留存的资料包括但不限于：（一）金融消费者签字确认的产品和服务协议书；（二）金融消费者签字确认的风险提示书；（三）记录向金融消费者说明重要内容的录音、录像资料等。”

《商业银行理财业务监督管理办法》第二十六条规定：“商业银行销售理财产品，应当加强投资者适当性管理，向投资者充分披露信息和揭示风险，不得宣传或承诺保本保收益，不得误导投资者购买与其风险承受能力不相匹配的理财产品。商业银行理财产品宣传销售文本应当全面、如实、客观地反映理财产品的重要特性，充分披露理财产品类型、投资组合、估值方法、托管安排、风险和收费等重要信息，所使用的语言表述必须真实、准确和清晰。商业银行发行理财产品，不得宣传理财产品预期收益率，在理财产品宣传销售文本中只能登载该理财产品或者本行同类理财产品的过往平均业绩和最好、最差业绩，并以醒目文字提醒投资者‘理财产品过往业绩不代表其未来表现，不等于理财产品实际收益，投资须谨慎’”。第二十九条规定：“商业银行只能向投资者销售风险等级等于或低于其风险承受能力等级的理财产品，并在销售文件中明确提示产品适合销售的投资者范围，在销售系统中设置销售限制措施。商业银行不得通过对理财产品进行拆分等方式，向风险承受能力等级低于理财产品风险等级的投资者销售理财产品。其他资产管理产品投资于商业银行理财产品的，商业银行应当按照穿透原则，有效识别资产管理产品的最终投资者。”第三十二条规定：“商业银行通过营业场所向机构投资者销售理财产品的，应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定实施理财产品销售专区管理，并在销售专区内对每只理财产品销售过程进行录音录像。”第三十三条第一款规定：“商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定，妥善保存理财产品销售过程涉及的投资者风险承受能力评估、录音录像等相关资料。”

《中国银监会关于规范商业银行代理销售业务的通知》规定：“（二十七）商业银行应当向客户提供并提示其阅读相关销售文件，包括风险提示文件，以请客户抄写风险提示等方式充分揭示代销产品的风险，销售文件应当由客户签字逐一确认，国务院金融监督管理机构另有规定的除外。通过电子渠道销售的，应由客户通过符合法律、行政法规要求的电子方式逐一确认……（三十一）商业银行通过营业网点开展代销业务的，应当根据国务院金融监督管理机构的相关规定实施录音录像，完整客观地记录营销推介、风险和关键信息提示、客户确认和反馈等重点销售环节。（三十二）商业银行应当依法妥善保管与代销业务有关的各种文档（含录音录像文件），如实记载向客户推介、销售产品的情况。文档保存年限应当符合法律、行政法规和国务院金融监督管理机构的相关规定，并在银行内部管理制度中予以明确……”

《中国银监会办公厅关于加强银行业消费者权益保护、解决当前群众关切问题的指导意见》规定：“二、规范经营行为，不断提高服务标准和水平。（一）加强产品信息披露。银行业金融机构的产品名称不得使用带有诱惑性、误导性或易引发争议的语言。产品宣传材料应真实、全面地反映产品的主要特性，严禁夸大收益率或隐瞒重要风险信息。银行业金融机构应建立产品信息查询平台，收录全部在售及存续期内金融产品的基本信息，对存续期内金融产品的风险信息变动情况进行及时提示，并严格区分自有产品和代销产品，供消费者查询。凡未在信息查询平台上收录的产品，一律不得销售，切实保障消费者知情权和自主选择权。通过电子渠道销售的，也应遵守监管部门关于产品销售的规定和流程管理要求。

（二）落实产品销售透明原则。银行业金融机构应引导消费者充分认识金融产品及其差异，进一步完善和落实金融产品风险评估及分级管理制度。售前开展消费者风险偏好、风险认知和风险承受能力测试，确保将合适的产品和服务提供给合适的消费者。妥善留存消费者已明确知晓产品重要属性和风险信息的相关证据，保障消费者知情权和公平交易权。（三）实施产品销售专区管理。银行业金融机构应当在网点专门区域销售自有理财产品与代销产品。销售专区应有明显标识，并在显著位置以醒目字体提醒消费者通过网站、查询平台或其他媒介了解产品相关信息，并进行风险提示。专区销售人员应当具有理财和代销业务相应资格，除

本机构本行销售人员外，禁止其他任何人员在营业场所开展任何形式的营销活动。销售专区内应公示咨询举报电话，便于消费者确认产品属性及相关信息，举报违规销售、私售产品等行为。（四）实施专区产品销售‘双录’。银行业金融机构应在 2016 年底前完成销售专区内电子监控系统的安装配备工作，实现自有理财产品与代销产品销售过程全程同步录音录像。要完整客观地记录营销推介、相关风险和关键信息提示、消费者确认和反馈等重点销售环节。录像中应可明确辨别银行员工和消费者面部特征，录音应可明确辨识员工和消费者语言表述。录音录像资料至少应保留到产品到期兑付后 6 个月，发生纠纷的要保留到纠纷最终解决后。银行业金融机构应加强对录音录像录制和保存的管控，确保录音录像的录制和保存不受人为了干预或操纵。录制过程中应保护消费者隐私，注重消费者体验，严格防控录音录像信息泄露风险，并确保录音录像资料可随时精准检索和调阅，以有效维护消费者财产安全权和依法求偿权。部分确有实施困难的农村中小金融机构可根据当地实际情况分步实施。”（上述规定为重要条款摘录，具体适用时应以全文为主）

需要注意的是，银行负有的适当性义务不仅适用于销售自行开发的理财产品、代理销售其他机构发行的金融产品领域，也适用银行为金融消费者提供理财服务等金融消费服务。《会议纪要》第 74 条也明确规定，金融服务提供者未尽适当性义务，导致金融消费者在接受金融服务后参与高风险等级投资活动遭受损失的，金融消费者可以请求金融服务提供者承担赔偿责任。

部分观点认为，《会议纪要》第 74 条规定的是“在向金融消费者推介、销售银行理财产品、保险投资产品、信托理财产品、券商集合理财计划、杠杆基金份额、期权及其他场外衍生品等高风险等级金融产品，以及为金融消费者参与融资融券、新三板、创业板、科创板、期货等高风险等级投资活动”，故对低、中风险等级的金融产品和金融服务不承担不履行适当性义务的民事责任。对此，《会议纪要理解与适用》明确指出，《会议纪要》“高风险等级金融产品和金融服务”并非金融学意义的风险等级，而是特指将来发生不利益状态之可能性，故本条适用范围实际上包括除存款外的所有具有本金损失可能性的金融产品和服务，包括低风险、中风险以及高风险等产品或服务。

关于司法裁判能否参照适用行业自律规范问题,《会议纪要理解与适用》指出,在金融机构适当性管理制度构建方面,各金融行业自律管理组织结合行业实际和上位法,制定了大量自律管理规范,是金融机构履行适当性义务的具体指引和操作守则,对维护金融消费者合法权益发挥着第一线作用。《会议纪要》第73条规定的裁判参考适用范围虽表述为“相关部门的部门规章、规范性文件”但并非排除适用自律管理规范。从法理上看,卖方机构的适当性义务属先合同义务,旨在保护金融消费者购买产品或者接受服务时的信赖利益。实践中,金融机构应当就是否履行了行业自律管理规范规定的适当性义务进行举证,否则应当承担不利后果。因此,只要关于适当性义务的自律管理规范不与上位法相抵触,人民法院亦可以参照适用。

应对建议:

(1) 建议银行在从事上述金融消费品销售或提供服务等业务时,严格按照监管机关和行业自律管理组织颁布文件规定的内容和流程履行适当性义务;

(2) 完整对营销推介、相关风险和关键信息提示、消费者确认和反馈等重点销售环节进行录音录像,并妥善保管视频、文件等全过程资料。

3、举证责任划分

《会议纪要》第75条规定:“75.【举证责任分配】在案件审理过程中,金融消费者应当对购买产品(或者接受服务)、遭受的损失等事实承担举证责任。卖方机构对其是否履行了适当性义务承担举证责任。卖方机构不能提供其已经建立了金融产品(或者服务)的风险评估及相应管理制度、对金融消费者的风险认知、风险偏好和风险承受能力进行了测试、向金融消费者告知产品(或者服务)的收益和主要风险因素等相关证据的,应当承担举证不能的法律后果。”缔约过失责任的成立以过错为要件,在卖方过错认定方面,金融监管部门从对投资者倾斜保护的角度出发,实际在监管规则上对卖方机构适用的是过错推定的归责原则,进行举证责任倒置,这是《会议纪要》第75条分配举证责任的基本逻辑。

实践中,关于建立风险评估管理制度,对金融消费者的风险认知、风险偏好

和风险承受能力进行了测试，向金融消费者销售理财产品的风险等级等于或低于其风险承受能力等级等举证依赖于相关材料的保存、过程录像等。

应对建议：

- (1) 银行应建立完善的风险评估管理制度；
- (2) 妥善保管销售过程资料和录音录像资料。

4、告知说明义务之判断标准

金融机构适当性义务实质可以分为两次层次：一是告知说明义务；二是适当推荐义务。告知说明义务是适当性义务的组成部分之一。银行等销售机构负有向金融消费者全面、如实、客观地介绍产品情况和提示产品风险的义务，而对于“告知”之标准，以往实践中存在较大争议。部分法院认为，只要金融消费者签署了风险告知书等书面告知文件，或相关文件上载有加黑字体的“投资有风险”等类似表述，法院即片面认定销售者履行了告知说明义务，不应承担责任，如在“施露露与南京银行股份有限公司玄武支行、南京银行股份有限公司财产损害赔偿纠纷二审民事判决书”【（2017）苏 01 民终 1905 号】中，江苏南京中院即认为：“施露露作为一名完全民事行为能力的成年人，出于投资获利的目的购买涉案基金产品，理应具有风险认知能力和风险承受能力，特别是其对所购理财产品是基金是清楚的，而基金有风险应是一种共识，案涉基金业务交易类申请表的抬头亦有明显加黑加粗字体提示‘基金存在风险，投资须谨慎’。施露露在签名栏中签名，确认南京银行玄武支行已对案涉基金相关信息进行披露，其自愿承担投资风险，其再主张南京银行未履行风险充分告知义务，与其在该申请表上的签字确认行为，自相矛盾，故对其该项上诉主张，本院不予采信。”

为纠正上述观点，最高法院在《会议纪要》第 76 条明确规定：“76. 【告知说明义务】告知说明义务的履行是金融消费者能够真正了解各类高风险等级金融产品或者高风险等级投资活动的投资风险和收益的关键，人民法院应当根据产品、投资活动的风险和金融消费者的实际情况，综合理性人能够理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准来确定卖方机构是否已经履行了告知说明义务。卖

方机构简单地以金融消费者手写了诸如‘本人明确知悉可能存在本金损失风险’等内容主张其已经履行了告知说明义务，不能提供其他相关证据的，人民法院对其抗辩理由不予支持。”

客观标准需考虑的因素包括银行是否按照相关监管规定的流程履行了告知义务、告知的方法和内容能否为一般大众所理解和接受，但对于“综合理性人能够理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准”的界定，尚无统一标准，依赖于个案具体案件事实和法官的判断。而主观标准则要综合考虑金融消费者的年龄、教育背景、投资经历等个体因素来判定。《会议纪要理解与适用》也指出，对于理性人能够理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准，实际上就是主客观相一致标准，即采用以一般人能够理解的客观标准为主，以特定金融消费者能够理解的特别标准为辅的认定路径。金融消费者在购买金融产品时对卖方机构的信赖程度，与自身的专业能力和风险承受能成反比。专业交易者与普通客户、资深交易者与新手对金融机构的信赖程度并不相同，因此客户是否信赖金融机构不能脱离个案背景，需要结合客户的专业程度、交易历史与经验、交易产品的复杂程度等综合判断。

之前司法实践中，对于告知义务是否达到主观标准，法院较为关注以下因素：

(1) 投资人的实际年龄

部分法院认为，对于高龄人士，销售机构负有更高的告知义务，如签署高龄投资者特别风险告知书、进行特别风险提示或将投资行为告知其家属等。如在“金祖慧与平安银行股份有限公司南京双门楼支行委托理财合同纠纷二审民事裁定书”【(2017)苏01民终8972号】中，江苏南京中院即认为：“其三，平安双门楼支行作为专业的金融机构，在销售过程中未妥善尽到较高程度的注意义务。本案中，由于销售对象是高龄老人，案涉理财产品与其风险承受能力不匹配，此种情况下，平安双门楼支行应当更为谨慎地履行推荐适当产品的义务。”

(2) 投资人的既往投资经历

部分法院认为，既往投资经历可推定销售者未履行适当性义务并未影响金融

消费者作出自主决定。如在“莫建强、平安银行股份有限公司杭州湖墅支行合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【（2018）浙民申 1955 号】中，浙江高院即认为：“莫建强自认有多年炒股经验，并在多家银行多次购买过理财产品，即便如其所说‘从头至尾就看到了一个电脑的黑背面’，其应熟知理财产品的购买流程，并在对理财产品的投资风险有所知晓的前提下才会输入密码完成交易，故莫建强系自愿购买涉案基金产品，在涉案基金产品发生亏损时，其应自行对亏损承担相应后果。”

（3）投资人的学历背景和投资知识

部分法院认为，高学历金融消费者具有强于一般大众的理解能力，可在特定情况下推定销售者未履行适当性义务并未影响金融消费者作出自主决定。如在“王百静与中投天琪期货有限公司财产损害赔偿纠纷一审民事判决书”【(2016)粤 0304 民初 5503 号】中，深圳市福田区法院即认为：“庭审中，原告确认其为湖南大学电机专业毕业，其后获得北京大学工商管理硕士学位……根据被告提交的证据，被告已经充分向原告告知期货交易的相关风险，原告亦明确表示知晓被告告知的相关风险，且原告的受教育程度应足以保证其理解能力。原告主张的被告安排人代原告进行最初的十笔操作，无证据证明，且被告向原告提供的《期货交易风险说明书》、《股指期货交易特别风险提示》、《客户须知》已经详尽地告知了期货的相关风险，故原告关于被告未尽到风险提示义务的主张缺乏证据支持。”

关于风险提示的认定，《会议纪要理解与适用》指出应对以下情节予以把握：

第一，卖方机构在销售商品或提供服务时，违反诚实守信、勤勉尽责的原则，未以金融消费者能够充分了解的方式向其真实、准确、完整、及时地披露金融商品或者服务的提供者、价款、费用构成及去向、资金使用方式、履行期限、实际收益的计算方法、售后服务以及各方的权利义务与责任等影响金融消费者投资决策的信息，并就合同的主要条款作出说明的，可以认定卖方机构未履行或者未充分履行告知说明义务。

第二，卖方机构未将投资本金和收益可能发生的最大损失风险向金融消费者

作出特别说明的，可以认定卖方机构未履行告知说明义务。

应对建议：

1) 银行在按照监管部门规定的要求履行告知说明义务的同时，还应针对个体情况设置更多的告知程序，如针对老年人进行特别风险提示、对家属进行告知、签署高龄投资者特别风险告知书等；

2) 在理财销售流程中设置教育背景和投资背景调查环节，收集金融收费者具有较强的金融知识和成功投资经验的相关资料，发生诉讼时可以此主张销售者未履行适当性义务并未影响金融消费者作出自主决定；

3) 以金融消费者能够充分了解的方式向其真实、准确、完整、及时地披露金融商品或者服务的提供者、价款、费用构成及去向、资金使用方式、履行期限、实际收益的计算方法、售后服务以及各方的权利义务与责任等影响金融消费者投资决策的信息，并就合同的主要条款作出说明；

4) 将投资本金和收益可能发生的最大损失风险向金融消费者作出特别说明。

5、赔偿责任之承担

(1) 责任主体

一般意义下，适当性义务为针对金融产品销售者的规则，而以往的司法实践中，大多争议案例的被告都是销售者，并不包括发行人。《会议纪要》第 74 条将发行人也纳入到可追偿主体，指出：“74. 【责任主体】金融产品发行人、销售者未尽适当性义务，导致金融消费者在购买金融产品过程中遭受损失的，金融消费者既可以请求金融产品的发行人承担赔偿责任，也可以请求金融产品的销售者承担赔偿责任，还可以根据《民法总则》第 167 条的规定，请求金融产品的发行人、销售者共同承担连带赔偿责任。发行人、销售者请求人民法院明确各自的责任份额的，人民法院可以在判决发行人、销售者对金融消费者承担连带赔偿责任的同时，明确发行人、销售者在实际承担了赔偿责任后，有权向责任方追偿其应当承担的赔偿份额。金融服务提供者未尽适当性义务，导致金融消费者在接受金融服务后参与高风险等级投资活动遭受损失的，金融消费者可以请求金融服务

提供者承担赔偿责任。”

需要注意的是,《会议纪要理解与适用》明确指出,74条规定的承担民事责任的金融服务提供者仅指为金融消费者推介、销售银行理财产品、保险投资产品、信托理财产品、券商集合理财计划、杠杆基金份额、期权及其他场外衍生品等高风险等级金融产品,以及为金融消费者参与融资融券、新三板、创业板、科创板、期货等高风险等级投资活动提供服务的证券公司、期货公司,而不包括提供投资咨询和顾问服务的其他金融机构。

(2) 责任定性

关于销售者和投资者之间的法律关系,司法实践中不同地区法院之间的判决五花八门,有认定是个人理财服务法律关系,有认定为金融法律服务关系,有认定是投资者与消费者之间“口头”合同关系,有认定为侵权关系。据此,不同法院对于金融消费者权益保护纠纷的案由认定也不一,有合同纠纷,服务合同纠纷,金融委托理财合同纠纷,财产损害赔偿纠纷,与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷,金融衍生品交易纠纷等。

关于销售者未履行适当性义务的责任定性,实务界和学界一直存在较大争议:**第一种观点缔约过失责任说**认为,适当性义务属于先合同义务,违反适当性义务给金融消费者造成损失的,按照《合同法》第四十二条第三款之规定,因违背诚实信用原则应承担缔约过失的赔偿责任;**第二种观点侵权责任说**认为,销售者未尽适当性义务构成侵权,应当承担侵权责任。《会议纪要》征求意见稿按照第一种观点对销售者未履行适当性义务的责任进行定性,但正式稿又删去。《会议纪要理解与适用》明确销售者未履行适当性义务,是违反先合同义务,销售者应承担缔约过失责任,据此引发的纠纷案由应为合同纠纷类中的“金融委托理财合同纠纷”。

(3) 责任分配

1) 关于发行人与销售者之间责任分配

关于发行人与销售者的责任分配模式,部分法院认为销售者仅在发行人不能

清偿范围内承担一定比例的赔偿责任。如在“陈莉、兴业银行股份有限公司深圳分行与兴业银行股份有限公司财产损害赔偿纠纷二审民事判决书”【（2017）粤03民终17328-17342号】中，广东深圳中院认为：“二、变更广东省深圳市福田区人民法院（2016）粤0304民初9321-9335号民事判决第一项为：上诉人兴业银行股份有限公司深圳分行于本判决发生法律效力之日起三十日内对附表三仲裁裁决中深圳杏某投资管理有限公司、徐永斌应支付给本十五案上诉人（原审原告）王小丹等十五人未收回的投资本金及利息【利息按中国人民银行规定的一年期贷款基准利率（以不超过6%为限），自本十五案上诉人（原审原告）王小丹等十五人转入投资本金之日起计至付清之日止】承担补充清偿责任（具体未收回的本金金额及转入时间详见附表二）”。

而实际上，金融产品发行人与销售者之间构成委托代理法律关系。《民法总则》第一百六十七条规定：“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人 and 代理人应当承担连带责任。”该条是《会议纪要》第74条规定销售者与发行人承担连带责任的依据。

《会议纪要》第74条明确发行人、销售者共同承担连带赔偿责任，宣告补充责任的终结。针对发行人、销售者请求人民法院明确各自的责任份额的处理，《会议纪要》明确人民法院可以在判决发行人、销售者对金融消费者承担连带赔偿责任的同时，可以明确发行人、销售者在实际承担了赔偿责任后，有权向责任方追偿其应当承担的赔偿份额。

应对建议：

I. 建议银行代销第三方金融产品的，产品宣传应限定在发行人认可的范围，不轻易变动发行人的宣传资料；

II. 建议银行在合作协议中约定银行因发行人提供的宣传资料不合法被索赔承担责任后，银行有权向发行人追偿。

2) 关于发行人与金融消费者之间责任分配

之前司法实践中，不同法院认定的销售者责任承担比例在 20%-100%不等，具体参见：(2018)京 02 民终 7731 号、(2018)浙 0106 民初 5290 号、(2017)粤 03 民终 4424 号、(2019)京 02 民终 5844 号、(2019)皖 01 民终 8546 号、(2019)皖 01 民终 8546 号 等。这中间不乏案情类似判决却不一致的情况，而法院判决销售者承担不同比例的责任，主要是基于金融消费者自身也有过错，有一部损失是因为其未尽到注意义务导致的，故基于因果联系，应将相应责任分配给金融消费者。如在“申屠菊卿与中国农业银行股份有限公司杭州保俶支行财产损害赔偿纠纷一审民事判决书”【(2018)浙 0106 民初 5290 号】中，浙江杭州西湖区法院认为：“原告作为完全民事行为能力人，输入网银密码后未根据网络系统提示阅读风险提示，且在案涉基金购买之前也有过炒股、购买基金等投资行为，其理应知晓购买股票型基金的风险，故对案涉基金损失的发生亦具有相应过错，本院酌情确定其承担 30%的责任。”

《会议纪要》第 77 条规定：“77. 【损失赔偿数额】卖方机构未尽适当性义务导致金融消费者损失的，应当赔偿金融消费者所受的实际损失。实际损失为损失的本金和利息。”

(4) 利息损失的认定

之前司法实践中，关于金融消费者保护纠纷案件中利息损失的认定，主要有以下几种观点：

第一种，按照中国人民银行发布的同期同类存款基准利率计算。如在“李信

德与中国工商银行股份有限公司南京新街口支行财产损害赔偿纠纷二审民事裁定书”【(2017)苏 01 民终 10111 号】中，江苏省南京中院即认为：“关于李信德主张的利息损失问题，该项主张属于可得利益和间接损失，本院酌情按照中国人民银行同期活期存款利率予以支持。即以 20 万元为本金基数，按照中国人民银行同期活期存款利率计算，自 2015 年 6 月 15 日至 2017 年 10 月 11 日止；以 69199.82 元为本金基数，按照中国人民银行同期活期存款利率计算，自 2017 年 10 月 12 日至实际给付之日止。”

第二种，按照中国人民银行发布的同期同类贷款基准利率计算。如在“钟思东、兴业银行股份有限公司深圳分行与兴业银行股份有限公司财产损害赔偿纠纷二审民事判决书”【(2017)粤 03 民终 17328-17342 号】中，广东省深圳中院即认为：“兴业银行深圳分行的不当推介行为导致赔偿请求人购买涉案基金，赔偿请求人关于损失包括投资本金及按中国人民银行规定的同期同类贷款利率计算的利息的主张理由成立。”

第三种，合同文本中载明了预期收益率、业绩比较基准或者类似约定的，将其作为计算利息损失的标准。如在“平安银行股份有限公司昆明日新支行、张林常金融委托理财合同纠纷二审民事判决书”【(2017)云 01 民终 6475 号】中，云南省昆明中院即认为：“通读《销售协议书》及具有同等法律效力的《风险揭示书》、《客户权益须知》、《理财产品说明书》，仅《理财产品说明书》第一条产品概述表格中‘收益率测算：根据当期可投资资产收益，本期理财产品预期年化收益率为 0.5%-7.00%’，第三条第二项‘客户预期最高年华收益率：7.00%’……不到二十分钟时间由银行工作人员在网上银行代 70 余岁的被上诉人操作完成理财产品购买。综合以上证据情况及交易过程，一方面，理财产品售卖方对买受人利益核心条款即年化收益率未尽到充分告知说明义务，另一方面，高龄老人不可能在他人代为操作电脑购买程序中清楚明白理财产品年化收益率的百分比幅度及风险。故本案对理财产品收益率的争议应作出对接受条款一方，即被上诉人有利的解释。一审以银行《产品说明书》对最高年化收益率 7.00%采用加黑加框方式予以强化，利用其专业知识优势误导投资人，判决银行按年化收益率 7.00%给付理财收益的处理正确，二审予以维持。”

第四种，利息损失没有合同依据，不予支持。如在“李忠良、中国银行股份有限公司浏阳支行合伙协议纠纷、财产损害赔偿纠纷二审民事判决书”【(2019)湘01民终2399号】中，湖南长沙中院认为：“至于李忠良主张的利息损失，一方面购买基金的投资行为本身是存在风险的，涉案的《北京汉红信源投资管理中心（有限合伙）有限合伙人入伙协议》及《北京汉红信源投资管理中心（有限合伙）成立确认函》中约定的是‘年预期收益率’为10.8%，而非固定收益，《风险申明书》中亦明确‘您的投资既存在盈利的可能，也存在损失的风险’，李忠良主张按照约定的年收益10.8%计算利息损失本身缺乏合同依据；另一方面我国现行法律对侵犯财产的利息赔偿并无明确约定，李忠良主张利息损失亦无法律依据。”

《会议纪要》区分一般性违反适当性义务和欺诈性违反适当性义务两种情形确定利息损失。《会议纪要》第77条规定：“77.【损失赔偿数额】利息按照中国人民银行发布的同期同类存款基准利率计算……卖方机构的行为构成欺诈的，对金融消费者提出赔偿其支付金钱总额的利息损失请求，应当注意区分不同情况进行处理：（1）金融产品的合同文本中载明了预期收益率、业绩比较基准或者类似约定的，可以将其作为计算利息损失的标准；（2）合同文本以浮动区间的方式对预期收益率或者业绩比较基准等进行约定，金融消费者请求按照约定的上限作为利息损失计算标准的，人民法院依法予以支持；（3）合同文本虽然没有关于预期收益率、业绩比较基准或者类似约定，但金融消费者能够提供证据证明产品发行的广告宣传资料中载明了预期收益率、业绩比较基准或者类似表述的，应当将宣传资料作为合同文本的组成部分；（4）合同文本及广告宣传资料中未载明预期收益率、业绩比较基准或者类似表述的，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算。”

（5）免责事由

《会议纪要》第78条明确，若卖方机构能举证证明金融消费者故意提供虚假信息、拒绝听取卖方机构的建议等自身原因导致其购买产品或者接受服务不当，或者金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实，适当性义务的违反并

未影响金融消费者作出自主决定的，法院可支持免除其相应责任，免责的核心是金融消费者可自主作出决定。而实践中对于金融消费者既往投资经验等能否成为卖方免责事由存在较大争议，部分法院认为，消费者专业知识和投资经验不能成为免责事由，如在“中国建设银行股份有限公司北京恩济支行与王翔财产损害赔偿纠纷二审民事判决书”【（2018）京 01 民终 8761 号】中，一审法院即认为：“关于建行恩济支行称王翔多次购买理财产品并盈利一节，该院认为，如前所述，建行恩济支行未按金融监管的相关规定履行适当性推介义务，亦未向王翔出示和提供基金合同和招募说明书，存在重大过错。王翔虽多次购买理财产品，但其所购买的理财产品均非本案涉诉基金。其之前购买理财产品的事实，并不能导致其对本案涉诉基金的相关风险等内容有所了解，并不能据此减轻或免除建行恩济支行因前述重大过错而应承担的责任”，二审法院北京一中院维持了该观点。

《会议纪要》第 78 条规定：“卖方机构能够举证证明根据金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实，适当性义务的违反并未影响金融消费者作出自主决定的，对其关于应当由金融消费者自负投资风险的抗辩理由，人民法院依法予以支持。”

应对建议：

建议银行在销售理财产品的业务流程中专门设置相应的环节对金融消费者学历、职业资格、社会职务、投资经历等背景调查，并对此予以录像和形成书面材料，以掌握金融消费者既往投资经验、受教育程度等事实，发生争议时，可以此举证证明适当性义务的违反并未影响金融消费者作出自主决定，进而主张免责。

（6）欺诈金融消费者是否适用《消费者权益保护法》惩罚性赔偿责任

自国务院办公厅 2015 年 11 月 4 日颁布《关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》开始，投资者被纳入“消费者”范围，部分观点据此认为，金融消费也应适用《消费者权益保护法》第五十五条规定的欺诈下的“退一赔三”惩罚性赔偿责任。

《会议纪要》第 77 条规定：“金融消费者因购买高风险等级金融产品或者为

参与高风险投资活动接受服务，以卖方机构存在欺诈行为为由，主张卖方机构应当根据《消费者权益保护法》第 55 条的规定承担惩罚性赔偿责任的，人民法院不予支持。”部分观点认为该条规定仅将惩罚性赔偿责任的排除范围限定在“高风险”投资活动中，并未全部排除“退一赔三”惩罚性赔偿责任之适用。对此，最高法院在《会议纪要理解与适用》中明确，金融消费不属于《消费者权益保护法》调整的范围，不宜参照适用三倍罚则。

（六）对民刑交叉案件的影响及应对建议

近年来，在银行涉及的诉讼中，与涉嫌诈骗、合同诈骗、票据诈骗等犯罪有关的民商事案件的数量不断增加。《会议纪要》明确，在审理案件时，应当依照《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《最高人民法院最高人民检察院公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》以及《民间借贷司法解释》等规定，处理好民刑交叉案件之间的程序关系。具体为：

1、同一事实的认定

2019 年 7 月，最高法院刘贵祥专委在全国民商事审判工作会议讲话中指出：“民交叉案件的一个基本规则是：刑事案件与民事案件涉及‘同一事实’的，原则上应通过刑事诉讼方式解决。人民法院在审理民商事案件过程中，发现民商事案件涉及的事实同时涉及刑事犯罪的，应当及时将犯罪线索和有关材料移送侦查机关，侦查机关作出立案决定的，应当裁定驳回起诉；侦查机关不及时立案的，应当及时报请当地党委政法委协调处理。”进一步明确同一事实是认定民事纠纷构成刑事案件的基础。

关于“同一事实”如何认定，刘贵祥专委也给出了意见：“实践中，主要问题在于如何认定‘同一事实’。鉴于民事诉讼与刑事诉讼具有不同的职能与程序，分开审理是基本原则，因此要从行为主体、相对人以及行为本身三个方面认定是否属于‘同一事实’：一是从行为实施主体的角度判断。‘同一事实’指的是同一主体实施的行为，不同主体实施的行为不属于同一事实。要特别注意的是，法

定代表人、负责人以及其他工作人员等对外以法人名义从事的职务行为，应当由法人承担相应的民事后果。如果法定代表人、负责人以及其他工作人员构成犯罪，但法人本身不构成犯罪的，鉴于犯罪行为的主体与民事行为的主体属于不同的主体，一般不宜认定为‘同一事实’。二是从法律关系的角度进行认定。如，刑事案件的受害人同时也是民事法律关系的相对人的，一般可以认定该事实为‘同一事实’。实践中，侵权行为人涉嫌刑事犯罪，被保险人、受益人或其他赔偿权利人请求保险人支付保险金；主合同的债务人涉嫌刑事犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的，因涉及不同的法律关系，均不属于‘同一事实’。三是从要件事实的角度认定。只有民事案件争议的事实，同时也是构成刑事犯罪的要件事实的情况下，才属于‘同一事实’。如当事人因票据贴现发生民事纠纷，人民法院在审理过程中发现汇票的出票人因签发无资金保证的汇票构成票据诈骗罪，但鉴于背书转让行为并非票据诈骗犯罪的构成要件，因而民事案件与刑事案件不属于‘同一事实’。”

2、民刑交叉案件的处理

(1) 同一事实，不予受理或驳回起诉

关于民刑交叉案件，民商事案件能否受理问题，存在两种观点：第一种观点认为，在当事人同一，法律事实同一或者存在牵连的情形下，应由刑事案件吸收民事案件，人民法院不应受理民商事案件；第二种观点认为，刑事法律关系与民商事法律关系、刑事责任与民事责任是完全异质的两种法律关系和法律责任，两者不能相互替代，因此，一般而言，只要民商事案件的当事人之间存在民商事法律关系的，民刑案件就应遵循分别受理、分别审理原则；第三种观点认为，只要民商事案件和刑事案件并非同一事实，民事案件和刑事案件就应分开审理。

刑事案件与民事案件涉及“同一事实”的，原则上应通过刑事诉讼方式解决，民事诉讼应当不予受理或驳回。实践中，法院一般以刑事案件和民事案件直接指向性来判断是否是同一事实，如在“吉林省乾源矿业开发有限责任公司与通化尊正实业有限公司、通化尊正实业有限公司抚松县大方铁矿探矿权纠纷二审民事裁定书”【（2016）最高法民终 654 号】中，最高法院即认为：“本院二审中，乾

源公司亦认可本案民事诉讼所涉开采行为包含在刑事案件范围之内。据此可以认定，本案民事诉讼与刑事侦查案件指向同一法律事实，即尊正大方铁矿是否擅自进入乾源公司矿区范围内采矿。”

（2）不同事实，分别审理

《会议纪要》第128条规定：“128.【分别审理】同一当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪，民商事案件与刑事案件应当分别审理，主要有下列情形：（1）主合同的债务人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的；（2）行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的；（3）法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者其他工作人员的职务行为涉嫌刑事犯罪或者；（4）侵权行为人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，被保险人、受益人或者其他赔偿权利人请求保险人支付保险金的；（5）受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任的。审判实践中出现的问题是，在上述情形下，有的人民法院仍然以民商事案件涉嫌刑事犯罪为由不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。对此，应予纠正。”

关于该原则如何适用，《会议纪要理解与适用》指出，应注意把握两点：一是民刑交叉发生在同一当事人之间；二是因不同法律事实存在民事法律关系和刑事法律关系。如果民商事案件和刑事案件当事人并不同一，只不过法律事实有牵连，应分开审理。

（3）民事案件须以刑事案件审理结果为依据的，应中止审理

受重刑轻民传统的影响，司法审判实践中逐渐形成了以“先刑后民”为原则，以“刑民并行”“先民后刑”为例外的审判惯性。之前司法实践中，很多法院在遇到民刑交叉案件时，不考究民事审判与刑事案件是否存在依据关系，径自以“刑事案件与本案具有关联性”为由，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条第一款第六项有关“其他应当中止诉讼的情形”之规定，裁定民事案件中止审理。这种随意中止审理乱象极为严重，如在“汉沛达集团有限公司、周玉臣借

款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【（2019）最高法民申 1722 号】中，“天津高院以‘刑事案件与本案具有关联性’为由，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条第一款第六项有关‘其他应当中止诉讼的情形’之规定，裁定本案中止诉讼。”最高法院纠正了这一做法，认为：“本案并非依据民事诉讼法第一百五十一条第一款第五项有关‘本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的’之规定中止审理，汉沛达公司有关本案应遵循先刑后民原则，待相关刑事案件侦查完毕后再行审理的主张没有事实和法律依据。”

先刑后民的乱用严重阻碍民事案件的审理进程，背离银行类金融机构对于时间和效率的要求。在“中国工商银行股份有限公司太原小店支行与太原市强当寄卖有限公司储蓄存款合同纠纷案”一审【（2017）晋民终 628 号】中，太原中院以本案“涉刑”中止审理近 3 年（2012 年 4 月 5 日中止审理，2015 年 3 月 2 日恢复审理），导致一审审理期限长达 5 年之久。

对此，《会议纪要》第 130 条规定：“130. 【民刑交叉案件中民商事案件中中止审理的条件】人民法院在审理民商事案件时，如果民商事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据，而刑事案件尚未审结的，应当根据《民事诉讼法》第 150 条第 5 项的规定裁定中止诉讼。待刑事案件审结后，再恢复民商事案件的审理。如果民商事案件不是必须以相关的刑事案件的审理结果为依据，则民商事案件应当继续审理。”

关于何种情况属于“民商事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据”，我们梳理以往案例后发现，司法实践中通常会考虑以下几种因素：

第一，民事案件的基本事实是否须以刑事案件审理结果为依据。

2015 年《民间借贷司法解释》第七条规定：“民间借贷的基本案件事实必须以刑事案件审理结果为依据，而该刑事案件尚未审结的，人民法院应当裁定中止诉讼。”如在“宋少芳与许世慧民间借贷纠纷一审民事裁定书”【（2017）津 0102 民初 3582 号】中，天津河东区法院即认为：“原告宋少芳与被告许世慧民间借贷纠纷一案，本案在审理过程中发现，被告许世慧于 2016 年 4 月 22 日因涉嫌非法吸收公众存款，被天津市公安局和平分局采取取保候审措施。本案涉及借贷行

为的基本案件事实应以刑事案件审理结果为依据，而其涉嫌刑事案件尚未审结。本院经审查认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条第一款第（五）项的规定：‘有下列情形之一的，中止诉讼：（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。’《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第七条的规定‘民间借贷的基本案件事实必须以刑事案件审理结果为依据，而该刑事案件尚未审结的，人民法院应当裁定中止诉讼。’因此，本案应当中止审理。”

第二，刑事案件认定的事实是否会影响民事案件涉案合同的效力。

2016 年《江苏省高级人民法院关于民间借贷、借款、担保合同案件涉及经济犯罪若干问题的纪要》第二条第三项规定：“刑事案件尚未审理终结前，债权人单独起诉连带保证人、抵押人、出质人，刑事案件的事实认定可能对借款合同与担保合同效力、当事人过错程度等认定产生影响的，人民法院应当裁定中止诉讼，待刑事诉讼程序终结后恢复审理。”

如“赵永贵与曲阜市红海置地有限公司民间借贷纠纷申诉、申请民事裁定书”【（2016）最高法民申字 793 号】中，最高法院即认为：“本院经审查认为：本案民事纠纷和王润南涉嫌合同诈骗犯罪存在案件事实重合。为防止民事判决与刑事判决矛盾，民事纠纷案件审理中有关合同签订履行事实认定、合同效力认定、责任划分等问题应以涉嫌犯罪案件的审理结果为依据，在涉嫌犯罪案件审结前，应当中止民事纠纷案件的审理。”

第三，刑事案件是否会影响当事人过错程度和责任承担的认定。

2016 年《江苏省高级人民法院关于民间借贷、借款、担保合同案件涉及经济犯罪若干问题的纪要》第二条第三项规定：“刑事案件尚未审理终结前，债权人单独起诉连带保证人、抵押人、出质人，刑事案件的事实认定可能对借款合同与担保合同效力、当事人过错程度等认定产生影响的，人民法院应当裁定中止诉讼，待刑事诉讼程序终结后恢复审理。”

如“山东东岳高分子材料有限公司、交通银行股份有限公司青岛分行合同纠纷

纷二审民事判决书”【（2018）最高法民终 1352 号】，最高法院即认为：“《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十条规定：‘有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；……’依据该条规定，只有在本案必须以案涉刑事案件的审理结果为依据时，本案才应中止审理。本院认为，本案无需等待刑事案件审理结果。理由如下：……（二）交行青岛市北支行工作人员是否构成违法发放贷款罪和违规出具金融票证罪，并不影响一审法院关于案涉《三方合作协议》各方主体的责任认定。”

应对建议：

（1）银行在处理涉刑民事案件时，应从行为实施主体是否同一、民事关系与刑事关系是否属于同一关系、民事案件争议事实是否是构成刑事犯罪的要件事实等三个角度去判定是否属于同一事实；

（2）银行应从民事案件的基本事实是否须以刑事案件审理结果为依据、刑事案件认定的事实是否会影响民事涉案合同的效力、刑事案件是否会影响当事人过错程度和责任承担的认定等三个方面判断“民事案件是否须以刑事案件审理结果为依据”，并进而根据自身利益决定是否向法院申请中止审理。

*本研究仅供交流之用，不代表北京卓纬律师事务所或其律师的正式法律意见或建议。若需要法律意见或专业分析，请联系并咨询北京卓纬律师事务所及其律师。

致力于成为最受认可的专业律师事务所

To be the most recognized prestigious law firm!



北京卓纬律师事务所

地址：北京市东城区东长安街1号东方广场E2座21层（邮政编码：100738）

Tel 电话：+86 10 8587 0068 Fax 传真：+86 10 8587 0079