

# 民商法审判前沿

(第一辑)

何颖来 主编  
陈南成 副主编

围绕民事类、商事类、婚姻家庭类案件中发生的较为典型  
但仍未有成熟的解释论的相关争议问题展开讨论

研究当前民商事审判实务中所遇之疑难问题和已产生裁  
判分歧的重点问题



浙江工商大学出版社  
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

## 何颖来

浙江诸暨人，外交学院国际法系讲师，外交学院争议解决研究中心研究员，中国人民大学民商法学博士，入选外交学院卓越人才青年学者，现任北京市银行法学研究会副秘书长、专家理事，北京市物权法学研究会专家理事。主攻担保法、物权法、合同法(保理合同)方向，曾在CSSCI核心刊物上发表学术论文5篇，参与撰写和翻译学术专著2部，参与编写民法典释义书2部，主持和参与多项国家级和省部级课题。

## 陈南成

浙江台州人，中共党员，中国人民大学民商法学博士研究生。曾参与撰写学术专著2部，参与编写民法典释义书1部，参与多项国家级和省部级课题。

# 民商法审判前沿

## (第一辑)

何颖来 主 编

陈南成 副主编



浙江工商大学出版社  
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

· 杭州 ·

图书在版编目(CIP)数据

民商法审判前沿(第一辑)

MINSHANGFA SHENPAN QIANYAN (DI YI JI)

何颖来 主编 陈南成 副主编

责任编辑 徐 凌

责任校对

封面设计 浙信文化

责任印制 包建辉

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路198号 邮政编码310012)

(E-mail: zjgsupress@163.com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排 版 杭州朝曦图文设计有限公司

印 刷

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张

字 数 千

版 次 2023年 月第1版 2023年 月第1次印刷

书 号 ISBN

定 价 00.00元

版权所有 侵权必究

如发现印装质量问题,影响阅读,请和营销与发行中心联系调换

联系电话 0571-88904970

## 作者简介

主编:何颖来,外交学院国际法系讲师,外交学院争议解决研究中心研究员,中国人民大学民商法学博士,2022年入选外交学院卓越人才青年学者,现任北京市银行法学研究会副秘书长、专家理事;北京市物权法学研究会专家理事。主攻担保法、物权法、合同法(保理合同)方向,曾在CSSCI核心刊物上发表学术论文5篇,参与撰写和翻译学术专著2部,参与编写民法典释义书2部,主持和参与多项国家级和省部级课题。

副主编:陈南成,中国人民大学民商法学博士研究生。主攻担保法、物权法、合同法方向,参与撰写学术专著2部,参与编写民法典释义书1部。



## 序

党的十九大报告在党的十八大报告“推进全面依法治国”的基础上,进一步提出“坚持全面依法治国”,为了尽快推进法治道路建设,建立健全我国的民商法律体系,第十三届全国人大三次会议高票通过了《中华人民共和国民法典》。但《民法典》的通过并不代表民商法治建设已达终点,编纂《民法典》只是“推进科学立法”的一个起点,正确实施《民法典》、“严格执法”“公正司法”“全民守法”,亦是依法治国中的重要任务。作为法律工作者,在研究中贯彻落实总书记的重要讲话精神,为实施《民法典》做出一份贡献,是建设社会主义法治文化的应有之义。

以《民法典》为中心、各民商事单行法为辅助的社会主义民商事法律体系已建成,在该体系下,如何解释法律,从而正确适用法律、减少裁判分歧,成为当下的主要任务。而对法律问题的认识不能站在纯粹的理论视角空谈,脱离司法实践来研究需要解释的法律条款是没有意义的。因此,本系列丛书对当前民商事审判实务中所遇之疑难情形和已产生裁判分歧的重点问题进行了研究,不仅为其他法律工作者提供了理论与实践相结合的专题知识,更为其展示了民商事案例研习与整理的方法论样本。

本书中的每一个专题都是在大量案例研究的基础上诞生的,这是一本实务与理论并重的民商法前沿问题研究著作,也是外交学院本科课程“民商事法律实务及案例研习”的参考教材。此外,本书亦是外交学院教学管理及改革青年项目“请求权基础分析法在民商法实践类课程中的应用”的研究成果。





目 录  
CONTENTS

第一编 民事类纠纷中的疑难问题

|     |                      |     |
|-----|----------------------|-----|
| 专题一 | 《民法典》颁布前后擅自转租房屋之合同效力 | 003 |
| 专题二 | 网络购物合同纠纷中对价格欺诈的认定    | 025 |
| 专题三 | 虚拟财产纠纷的实证路径探寻        | 044 |
| 专题四 | 债权转让通知制度之实证研究        | 074 |

第二编 商事类纠纷中的疑难问题

|     |                      |     |
|-----|----------------------|-----|
| 专题五 | 侵害股东优先购买权的股权转让合同效力研究 | 129 |
| 专题六 | 共同担保中的实证疑难问题研究       | 154 |
| 专题七 | “借新还旧”中的疑难问题研究       | 204 |
| 专题八 | 融资租赁法律关系的成立与生效       | 243 |



第一编

## 民事类纠纷中的疑难问题



## 专题一

# 《民法典》颁布前后擅自转租房屋之合同效力<sup>①</sup>

**摘 要:**擅自转租涉及出租人、承租人、次承租人三方利益的保护与平衡。因法律未对擅自转租合同效力做出正面评价,加之对擅自转租合同性质的评判涉及无权处分的定义,擅自转租合同的效力问题长期存在争议。本专题通过归纳民法典生效前后司法实务中认定擅自转租房屋合同效力的不同思路,在分析与评价的基础上,对各种思路的法理依据进行概括提炼,指出诸思路存在的漏洞与不足,进而呼吁《民法典》生效后,法院于司法实践中对擅自转租合同效力的认定思路应予统一。

**关键词:**擅自转租 次承租人 无权处分

在未经房屋出租人同意的情况下,承租人擅自把房屋出租给第三人,第三人与承租人成立房屋租赁关系的民事法律行为就称之为擅自转租。擅自转租涉及出租人、承租人以及次承租人三方当事人,司法实践中如何认定擅自转租合同的效力关涉各方利益,须谨慎对待。然而,司法实践中对于擅自转租合同效力的认定却标准不一、处理各异,一则表现为对擅自转租协议是否有效的认定,二则表现为对效力予以认定后的处理<sup>②</sup>。《民法典》对于擅自转租合同的效力没有做出明确的规定,司法解释亦未回应司法实践中对房屋擅自转租合同效力处理不一的情形,因此本专题将聚焦司法实践对擅自转租合同效力的认定,通过梳理司法判

① 案例共同整理人张子良、王语涵、汪靖屿、宋菁儿、刘书池、段意昊均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。

② 如在判决转租合同无效的情况下,判决解除前合同者有之,判决合同无效并赔偿相应损失者亦有之。

决、归纳审理思路,并对各种思路的法理依据进行概括提炼,最后对司法实践宜取之思路进行总结,以期有益于《民法典》在司法实践中的完善与落实。

## 一、《民法典》生效前擅自转租协议效力的认定

在取得出租人同意的前提下,承租人将房屋转租给第三人(即次承租人),转租协议当然合法有效。这是一种常见情形,于理论上或实践中皆不会产生争议。因此,诸多争议产生于出租人不同意转租的情况之中。于此情形下,如何依据当时的法律规则认定擅自转租合同之效力便成为一个棘手的问题。

有关转租协议效力的案件数量繁多。《民法典》生效前,针对大同小异的转租事实,法院援引不同的法律、依据不同的理由,在对擅自转租协议效力的认定上出现了较大的分歧。

法院作出的判决大致可分为三类——擅自转租协议无效、擅自转租协议效力待定(待追认)、擅自转租协议有效。

### (一)擅自转租协议无效

这一类判决逻辑呈现为法院基于一定理由直接确认擅自转租协议无效。需要说明的是,这一部分所讨论的协议无效,不包括法院认定协议效力待定后权利人未追认而导致协议归于无效的情形。

#### 1. 因违反《城市房屋租赁管理办法》的强制性规范而无效(2011年2月1日前)

如在“何某诉贾某房屋租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院对其判决协议无效之理由作出了如下解释:“根据《城市房屋租赁管理办法》第三十二条‘未征得出租人同意和办理备案登记的,擅自转租房屋的,其租赁行为无效’的规定,原、被告之间的租赁行为无效。”<sup>②</sup>

结合该条款的用词不难发现,《城市房屋租赁管理办法》第三十二条是一条

① 河北省邯郸市复兴区人民法院(2014)复民初字第446号民事判决书。

② 1995年6月1日,建设部根据《中华人民共和国城市房地产管理法》制定并通过的《城市房屋租赁管理办法》正式施行。2011年2月1日,该文件被废止。

强制性规范。同时,由于该条款明确将“未征得出租人同意和办理备案登记”的转租行为定性为“擅自”转租,因此将此案中的转租行为认定为本条款所界定的“擅自转租房屋”行为是无可争议的。在2011年2月1日《城市房屋租赁管理办法》被废止之前,擅自转租协议由于违反了《城市房屋租赁管理办法》的强制性规范,符合《合同法》认定合同无效的条件,应当被认定为无效。

2011年2月1日后,《城市房屋租赁管理办法》被《商品房屋租赁管理办法》取代,擅自转租协议无效之强制性规范被删除。

## 2. 因未经出租人同意而当然无效

在“杜某乙与冯某甲、冯某乙等房屋租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院判决《商铺租赁合同》(转租协议)无效。判决书原文如下:“根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十六条的规定,冯某乙一方以杜某乙未经其同意擅自转租为由请求解除系争租赁合同并确认系争转租合同无效具有法律依据。”

不难发现,法院对出租人于原租赁合同的解除权给予充分肯定,但对于转租协议无效的认定却没有指明法律依据——法院仅凭借对事实的陈述,就得出了转租协议无效的判决结果。

而在“潘某与李某、施某房屋租赁合同纠纷案”<sup>②</sup>及“姚某与李某房屋租赁合同纠纷案”<sup>③</sup>中,法院认定转租协议无效的理由则更加模糊。在“潘某与李某、施某房屋租赁合同纠纷案”中,法院认定:“本案中,因被告潘某出租系争房屋未经原告同意,故本院依法确认被告潘某与被告施某签订的名为《联营合同》而实为租赁合同无效。”在“姚某与李某房屋租赁合同纠纷案”中,法院认定:“被告李某擅自将房屋转租的行为违背了法律和与原房屋出租人(本案第三人)之间的合同约定,故原告与被告之间的转租合同系无效合同。”

前述三场判决似乎都遵循了如下逻辑,即:但凡未经出租人同意,转租行为便当然无效。或者说,此类案件的判决并不需要援引法律依据以论证或解释,法官似乎基于某种显然的理由当然地得出了协议无效之结论。

① 上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终655号民事判决书。

② 上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终5323号民事判决书。

③ 安徽省淮南市田家庵区人民法院(2015)田民一初字第00207号民事判决书。

有学者认为,此类对擅自转租协议持“无效说”的法官所依据的理由应为:“承租人擅自转租,违反了与出租人之间的租赁合同,侵害了出租人的所有权,不利于保护交易安全,故应确认该合同无效。”<sup>①</sup>这实际上是在从目的解释的角度判决协议无效的合理性。诚然,宏观地看,当时的立法确实主要是从保护出租人权益的角度出发,避免自由转租侵害到出租人财物的静态利益,法官更倾向认定无权转租的合同无效,以减少租赁物受到不测损害以及承租人从中大量获取转租利益的发生。基于前述之立法目的,在当时的社会背景下,作出更有利于保护出租人利益的判决或许能使民法之公平原则得以具体化。

然而,不在判决书中援引任何具体法律法规,而仅是基于合乎立法目的之理由确认转租协议效力,显然是不妥当的。即便判决结果与立法目的相协调,无条文依据的判决仍是过度行使自由裁量权的表现,这在一定程度上损害了法律的安定性与可预见性。

亦有学者指出,此类认定协议无效的判决源于法官对《合同法》于无权处分法律效果之规则的误解。“《合同法》第51条规定,无权处分行为未经有处分权人同意,合同无效,此乃无效说之立论基础。……该条文只讲追认后有效,并未称追认前无效。”<sup>②</sup>换言之,据《合同法》第51条之规定,在无权处分的情况下,未予追认的合同效力待定。据此其认为,直接以无权处分为由认定协议无效显然是对该条款的误解。

此外,笔者认为,做出此类认定协议无效的判决抑或系因2011年《城市房屋租赁管理办法》被《商品房屋租赁管理办法》取代后,擅自转租协议无效的规定已然被《商品房屋租赁管理办法》第11条替换:“第十一条 承租人转租房屋的,应当经出租人书面同意。承租人未经出租人书面同意转租的,出租人可以解除租赁合同,收回房屋并要求承租人赔偿损失。”

该条款回避了转租协议的效力问题,只谈及原租赁合同的解除权,加之其前身《城市房屋租赁管理办法》又明确了擅自转租协议无效的强制性规范,因此在诸如“杜某乙与冯某甲、冯某乙等房屋租赁合同纠纷案”“潘某与李某、施某房屋

<sup>①</sup> 参见刘洋、王世洋:《擅自转租合同效力案件的审理思路》,《人民司法》2018年第13期,第54页。

<sup>②</sup> 参见严罡:《论擅自转租合同之效力》,《经济师》2013年第3期,第73-74页。



租赁合同纠纷案”和“姚某与李某房屋租赁合同纠纷案”这类案例的判决书中,法官用了较大篇幅阐释解除权的成立与否,而于转租协议的效力则未给予应有的重视,仅是径而得出无确切依据的结论——转租协议无效。正如有人指出:“……令人所忧的是最高院民一庭在回答记者问题时将此类合同定性为无效合同,而在著书时又解读为效力待定合同,使其司法解释显得十分不严肃。”<sup>①</sup>这导致转租协议效力问题一度在相当数量的判决书中受到不同程度的忽视。

## (二)擅自转租协议效力待定

除认定擅自转租合同无效外,实践中亦存在大量将擅自转租合同认定为效力待定,进而依据无权处分规则确定合同效力的情形。持该观点的法官通常认为擅自转租行为属于无权处分:“承租人本人无转租权,其行为属于无权处分他人的财产,因此,该合同的效果如何取决于有权利人的认定。”<sup>②</sup>但是法院在论述适用无权处分规则时,大致出现了两类情况。

### 1. 依据《合同法》第五十一条第一款适用无权处分规则

在“刘某、汪某房屋租赁合同纠纷案”<sup>③</sup>中,一审法院认为:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无权处分的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。本案中,涉诉房屋所有权人系案外人某资产管理公司,汪某与案外人系房屋租赁合同关系,在承租房屋期间,汪某作为出租人将涉案房屋对外转租,未经某资产管理公司同意,至今,对于汪某的转租行为某资产管理公司也不予追认,某资产管理公司与汪某的租赁合同已经一审法院一审判决解除,故汪某主张与刘某存在事实房屋转租合同关系,应为无效。”

其中第一句为《合同法》第五十一条第一款,一审法院认为汪某对于涉案房屋无处分权,应当适用《合同法》第五十一条第一款有关无权处分人订立合同的

① 王积武、王玉:《论未经房屋出租人同意转租合同的效力——商榷最高人民法院〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉的第16条》,载《法治论坛》2010年第2期,第336-341页。

② 朱巍:《论房屋转租——以〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉为视角》,《河北法学》2010年第28期,第32-38页。

③ 安徽省合肥市中级人民法院(2019)皖01民终10133号民事判决书。

规则,亦即需要获得权利人某资产管理公司的追认,汪某与刘某的转租合同才有效。但是某资产管理公司并未予以追认,因此汪某与刘某的转租合同无效。

对此,二审法院也予以肯定:“汪某与某资产管理公司之间的《房屋租赁合同》并未约定汪某具有转租权,汪某在未征得某资产管理公司同意的情况下将房屋转租给刘某,属于无权处分……某资产管理公司明确表示对转租一事不知情且不予追认。因此,汪某无权处分行为因未得到权利人的追认,其与刘某的事实租赁合同关系应为无效……”

关于《合同法》第五十一条中“无权处分”的含义,法律未明确说明是否仅指处分行为,因此一直以来在理论界存在争议。使用与“刘某、汪某房屋租赁合同纠纷案”相同的逻辑,援引该条作为审理依据的法官,应当是认为“无权处分”是指广义上的法律处分,即包含负担行为与处分行为,擅自转租的行为可以适用该条法律。转租中,承租人因租赁合同取得对房屋的占有使用、收益的权利,擅自将这些权利转让给第三人的行为实为非法处分他人财产的行为,根据《合同法》的五十一条应认定为效力待定<sup>①</sup>。

虽然“刘某、汪某房屋租赁合同纠纷案”的判决书中未呈现出认定“转租合同为效力待定合同”的步骤,但其对于《合同法》第五十一条的适用已足以证明其遵从该观点。

## 2. 法律适用不明,当然地适用无权处分规则

在以“张某与李某甲、李某乙租赁合同纠纷案”<sup>②</sup>与“杜某与张某、梁某房屋租赁合同纠纷案”<sup>③</sup>为代表的案件中,出现了法官默认擅自转租是无权处分行为的现象,当然地适用了无权处分规则,却不引用法律条文作为其审理的依据。

在“张某与李某甲、李某乙租赁合同纠纷案”中,法院认为:“本案原、被告口头协商一致达成《房屋租赁合同》,被告李某甲、李某乙将涉案房屋转租给原告张某,但2019年1月10日被告李某甲与河南某职业学院签订《房屋租赁合同》约定涉案房屋不得转租,且二被告亦未提供充分证据证明河南某职业学院对原、被告

<sup>①</sup> 卢荣:《以当事人利益衡平为视角的〈民法典〉时代擅自转租合同效力认定》,《中阿科技论坛(中英文)》2021年第6期,第195-198页。

<sup>②</sup> 河南省中牟县人民法院(2019)豫0122民初4880号民事判决书。

<sup>③</sup> 上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终6476号民事判决书。

口头达成的《房屋租赁合同》予以追认,故原、被告口头达成的《房屋租赁合同》为无效合同。”

在“杜某与张某、梁某房屋租赁合同纠纷案”中,一审法院认为:“梁某未经出租人同意,擅自转租涉案店铺,事后未取得出租人追认,故《转让协议》中关于转租的约定无效。”对此,二审法院予以肯定:“协议中的涉案店铺转租内容因未经出租人同意,属于非法转租,该部分协议的内容处于效力待定状态,须由出租人进行追认后方为有效。由于出租人在事后并未进行追认,故一审法院认定该协议中的转租约定无效并无不当。”

在上述两案件的判决书中,法官没有引用与无权处分相关的法律规定,仅以“擅自转租”和“未经追认”得出转租协议无效的结论,省略了对于转租协议效力待定状态的确认。虽然“杜某与张某、梁某房屋租赁合同纠纷案”的二审法院对转租协议的效力待定状态进行了补充论述,但也同样存在法律适用不明的问题。即便可以从判决书的文义中推测出法官对于擅自转租合同协议持效力待定说的观点,但判决中对无权处分规则的模糊适用仍然值得重视。

阅读大量案件后不难发现,以转租合同效力待定为裁判思路的法院不在少数,然而其中大部分都回避使用“无权处分”“效力待定”等词语,只是在陈述承租人因何缘故没有转租的权利后,直接对出租人是否追认进行说明,然后依据无权处分规则得出转租合同是否有效的认定。

回看《合同法》时期,即便有第二百二十四条关于转租问题的规定,擅自转租合同效力的定性仍然是模糊的。最高人民法院审判委员会于2009年通过的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》中,将未经出租人同意的转租合同认为是无效的,然而,同年9月出版的由最高人民法院民事审判庭第一庭所著的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》一书中,却将未经出租人同意的转租合同认为是效力待定的,应当按照无权处分的规则处理。

笔者认为,除了上述司法解释上的矛盾,一直以来饱受学界争议的《合同法》第五十一条本身也是造成法官在审理案件时对规则适用模糊的另一个原因。“《合同法》第51条字面规定而言,该条文的立法指导思想确实将债权效力与物权效力予以了所谓的一体化把握,没有贯彻落实一直为我国理论与实务界所认同、

现已由《物权法》第15条确立的物权变动区分原则,以至于引发了理论与实务认识上的混乱。”<sup>①</sup>不同法官对于该条的理解各异,自然会对条文有不一样的适用。

对于上述问题的解决方法,已经在《民法典》中做出回应。《民法典》废除了《合同法》第五十一条,关于擅自转租合同的效力有了更加清晰和体系化的规定。

### (三)擅自转租协议有效

#### 1. 参照买卖合同之相关规定,推定擅自转租合同有效

“丁某与青某房屋租赁合同纠纷案”<sup>②</sup>之判决为认定该案中转租协议有效提供了如下理由:

《中华人民共和国合同法》第二百二十四条第二款规定:“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”故承租人未经出租人同意转租的,《中华人民共和国合同法》为出租人设定的救济途径仅是可以行使合同解除权。鉴于《中华人民共和国合同法》并未就承租人未经出租人同意向第三人转租时其转租合同的效力问题作出明确规定,依据《中华人民共和国合同法》第一百七十四条“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定”之规定,本案应参照《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条第一款“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”的规定,即虽然丁某与青某形成的房屋租赁合同关系未经出租人同意,且丁某对案涉租赁物并无权处分,但青某仍不得以此为由主张《房屋租赁协议》无效。也即是说,同是在行为人没有所有权或者处分权的情形下,转让标的物所有权的买卖合同尚且有效,更何况转让标的物使用权的转租合同效力。

<sup>①</sup> 参见石冠彬:《论无权处分与出卖他人之物——兼评〈合同法〉第51条与〈买卖合同解释〉第3条》,载《当代法学》2016年第2期,第110-118页。

<sup>②</sup> 西藏自治区高级人民法院(2020)藏民再3号民事判决书。

据此可将本案之审判逻辑概括如下:首先,《合同法》未对于承租人擅自转租之合同效力作出明确规定;其次,据《合同法》第一百七十四条参照买卖合同有关规定予之认定;再次,买卖合同的相关司法解释规定出卖人于无权处分标的物之情形下所订立之买卖合同系有效;最后,类推认定承租人于无权处分情形下所订立之转租合同系有效。

笔者认为,该案认定“《合同法》未对于擅自转租合同之效力作出明确规定”而“参照买卖合同有关规定予以认定”之逻辑无甚问题,然其于适用买卖合同之具体规定时显然先入为主地带有某“隐性逻辑”,即认定承租人擅自转租之行为系“无权处分”。于此“隐性逻辑”之引导下,该案类推适用《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条第一款之规定似乎便具有了“合理性”,而后得出“转租合同有效”之结论似亦得周全。然而,首先,关于其认定承租人行为系“无权处分”之“隐性逻辑”是否自洽,学界似有不同主张。

目前理论界之通说并未采纳“负担行为”与“处分行为”之划分,认为无权处分就是广义上的法律行为,而不仅仅指处分行为<sup>①</sup>。王利民教授认为:“无论是处分他人的财产所有权,还是非法出租和转租以及在他人财产之上擅自设定质押等,都是在没有获得授权而又没有处分权的情况下对他人财产所做的一种处置,所以都可以认为是一种法律上的处分。”<sup>②</sup>依此观点,擅自转租自当属无权处分之列。然而,于德国及我国台湾地区之“民法”中,却对处分行为与负担行为作了明确区分。处分行为系指直接引起物权变动的法律行为,包括物权行为和准物权行为;负担行为则指产生某种债权债务关系的行为,并不直接引起物权变动。依此观点,擅自转租并非直接引起物权变动之行为,当属负担行为,而不受无权处分制度之规制。

其次,退一步讲,即便认为该案于承租人擅自转租之行为系无权处分之认定无不当,其据此直接类推适用买卖合同之相关规定或亦存疑。《合同法》第五十一条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”业已前述,该条为部分学者理解为《合同法》于

① 刘洋、王世洋:《擅自转租合同效力案件的审理思路》,《人民司法(应用)》2018年第13期,第52页。

② 王利民:《论无权处分》,《中国法学》2001年第3期,第77页。



无权处分行为下所订立之合同所作效力待定之认定。该案未对《合同法》第五十一条作出相应说明,径而类推适用最高法于买卖合同相关规定之解释予以定性,无疑存有思虑不详之嫌。

对于无权处分之含义的不同理解是导致学界就擅自转租是否系无权处分所生争议的主要原因,加之彼时我国立法并未明确表示是否采纳负担行为与处分行为之划分,《合同法》第五十一条表述之“无处分权”是否仅系于“处分行为”意义下的“无权处分”<sup>①</sup>亦不甚明晰,学界于“无权处分”便有了相当的解释空间,如此便为实务中对于擅自转租行为性质之认定造成了极大的模糊性。

综上,笔者对于参照买卖合同之相关规定推定擅自转租合同有效之思路所作判决的合理性持保留态度。

## 2. 适用《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条认定转租合同有效

民法典生效前,我国司法实践中常见法院援引《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《房屋租赁合同司法解释》”)第十六条<sup>②</sup>作为认定转租合同效力的法律依据。法院援引前述第十六条认定转租合同效力时,其结果有两种情形——转租合同无效和转租合同有效。因此,《房屋租赁合同司法解释》第十六条成为司法实践中认定转租合同有效的重要依据之一。

“陕西某饭店管理(集团)股份有限公司、韩城某粤菜皇餐饮有限公司与陕西某酒店有限公司、陕西某酒店投资管理有限公司财产损害赔偿纠纷案”<sup>③</sup>即通过援引《房屋租赁合同司法解释》第十六条对涉案转租合同效力作出“合同合法有效”的认定,其判决理由如下:

① “处分”之含义包括“事实处分”与“法律处分”,后者包括“负担行为”与“处分行为”,狭义的处分仅指“处分行为”。详见王泽鉴:《民法学说与判例研究(第四册)》,北京大学出版社2009年版,第96页。

② 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条:“出租人知道或者应当知道承租人转租,但在六个月内未提出异议,其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的,人民法院不予支持。因租赁合同产生的纠纷案件,人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。”

③ 最高人民法院(2017)最高法民申699号民事裁定书。

韩城某粤菜皇餐饮有限公司对陕西某酒店投资管理有限公司承租陕西某酒店后,将酒店中的粤菜皇餐厅转租给陕西某饭店管理(集团)股份有限公司,由陕西某饭店管理(集团)股份有限公司成立的韩城某粤菜皇餐饮有限公司具体经营这一事实是明知的,而韩城某粤菜皇餐饮有限公司在陕西某酒店投资管理有限公司与陕西某饭店管理(集团)股份有限公司2010年9月10日签订《陕西银河大酒店餐厅租赁合同》后的六个月内并未提出异议,依据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十六条的规定,陕西某饭店管理(集团)股份有限公司与陕西某酒店有限公司签订的租赁合同应为合法有效。

尽管最高法未进一步解释作“合同合法有效”认定的缘由,但依上述裁定可知,在援引《房屋租赁合同司法解释》第十六条认定转租合同效力时,其对该解释做出了如下理解:“出租人知道或者应当知道承租人转租,但在六个月内未提出异议”,应当视为“出租人同意”;即使承租人擅自转租,若事后推定“出租人同意”,转租合同仍然有效。由此可知,最高法认为“出租人同意”是“转租合同有效”的原因,意即“出租人同意转租的,转租合同有效”;出租人事先同意和事后<sup>①</sup>被“推定同意”都属于“出租人同意”的情形。《中华全国律师协会律师提供房屋租赁合同非诉讼法律服务操作指引》中也对此种认定思路进行了回应:“……《房屋租赁合同司法解释》第2-5、9、16-18条等,均对房屋租赁合同无效的认定及合同无效的后果作出了规定。综合上述相关规定,可以将房屋租赁合同无效的情形归结为以下几类。第一,房屋租赁合同本身的无效……(5)承租人未经出租人同意擅自将房屋转租的,该转租合同无效;但出租人知道或者应当知道承租人转租且在6个月内未提出异议的除外……”<sup>②</sup>

由于“事前出租人同意承租人转租”不构成“承租人擅自转租”,因而此处只

① “事先”指“承租人实施转租行为前”,“事后”指“承租人实施转租行为后”。

② 《中华全国律师协会律师提供房屋租赁合同非诉讼法律服务操作指引》第一百零三条第二款。

需讨论“事后推定出租人同意”的情形。但无论出租人事前同意还是事后同意,此种逻辑的核心在于“出租人的同意”决定了转租合同的有效。然而,由《房屋租赁合同司法解释》第十六条推导出“出租人同意转租的,转租合同有效”的认定逻辑存在一定问题。

首先,《房屋租赁合同司法解释》第十六条并不能当然推定“出租人同意转租的,转租合同有效”。上述司法解释规定,在“出租人知道或者应当知道承租人转租,但在六个月内未提出异议”情形下,请求“认定转租合同无效的,人民法院不予支持”。由此可知“事后推定出租人同意”情形下,人民法院不支持出租人主张转租合同无效。然而,“人民法院不支持出租人主张转租合同无效”并不能当然推导出“人民法院认为转租合同有效”。在我国法律体系下,合同效力分为有效、无效和效力待定三种情形。因此,对于合同效力的认定,并非“不支持合同无效”就必然导致“支持合同有效”,此种认定逻辑忽视了对效力待定情形的探讨。

其次,“出租人同意转租的,转租合同有效”有违背合同相对性之嫌。在合同相对性原则下,合同当事人意思表示的效力只能约束当事人,而不可及于第三人。出租人与承租人在租赁合同下为当事人双方;承租人和次承租人在转租合同下为当事人双方。因此出租人作为转租合同法律关系下的第三人,其意思表示效力不得拘束转租合同下的承租人和次承租人。

再次,纵观《民法典》出台前的我国立法,此诸审理逻辑之依据并无足查明。《合同法》第二百二十四条亦仅是就“承租人经出租人同意,可以将租赁物转租给第三人”进行规定,而未正面回应“出租人同意”后转租合同效力的问题。

最后,笔者认为,《房屋租赁合同司法解释》第十六条仅系对于出租人“请求法院认定转租合同无效”的胜诉权丧失之规定。《中华全国律师协会律师提供房屋租赁合同非诉讼法律服务操作指引》亦有提及,“承租人未经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时,如出租人不同意将该房屋转租的,则应提示出租人自知道或者应当知道承租人转租之日起6个月内提出书面异议,否则将丧失胜诉权”<sup>①</sup>。

---

<sup>①</sup> 《中华全国律师协会律师提供房屋租赁合同非诉讼法律服务操作指引》第一百零九条第二款。



### 3. 因转租合同不符合合同无效的法定情形,认定其为有效

在该类判决中,法院均认定承租人与次承租人之间的转租协议有效。认定转租协议有效的裁判理由主要有以下三点:首先,签订转租合同的行为人具有相应的民事行为能力;其次,转租协议是签订双方的真实意思表示;最后,转租协议不违反法律、法规的强制性规定,不属于法律规定的合同应属无效的情形,不违背公序良俗。

此类案件的案件事实均表明,承租人未经出租人同意而转租房屋,且出租人明确表示不同意转租。在这种情形中,转租行为已经发生,承租人与次承租人已经签订了转租合同,同时,原出租人对于转租的否定态度是明确的,即:原承租人明确表示不同意转租。

某些案件中,原出租人与承租人在双方的房屋租赁合同中已经明确约定租赁期间承租人不得对房屋进行转租、转让,在转租行为发生、转租合同签订后也仍然保持此否定态度。如在“马某与李某确认合同无效纠纷案”<sup>①</sup>中,一审法院认定转租合同无效,二审法院则对这一认定予以纠正,最终认定转租合同有效。

其中,二审法院认为:

李某与张某在房屋租赁合同中约定,租期为1年,双方同时约定租赁期间李忠不得转租、转让,该约定对双方具有约束力,李某应严格履行。虽李某在租赁期间将涉案房屋另行转租给马某,违反了其与张某间的约定,构成违约,但因其转租给马某的期限为下余承租期限,故李某与马某间的次承租关系未违反法律效力性强制性规定,应为有效,一审以李某未经张某同意属无权处分为由认定李某与马某间的次承租关系无效,无法律依据,本院予以纠正,李某称其与马某间的转租合同有效的理由成立。

在二审法院裁判理由中,承租人违反其与原出租人的租赁合同中不得转租的约定,并不会导致其与次承租人的转租合同无效,这种行为仅仅是构成对原来

---

<sup>①</sup> 安徽省宿州市中级人民法院(2016)皖13民终346号民事判决书。

的租赁合同的违约。由此可知,法院并不认为这种擅自转租的情形属于《合同法》第五十二条第(五)项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”。因此,承租人与次承租人之间的转租合同并不存在法律规定的合同无效的事由,同时又满足合同有效的要件,法院据此作出了转租合同有效的判决。

在另一些案件中,原出租人和承租人并没有在双方的租赁合同中对转租作出明确的约定,但是原出租人发现承租人擅自转租的事实后,明确表示不同意转租。如在“陈某与郭某、刘某租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,一审法院认定转租合同无效,二审法院则对这一认定予以纠正,最终认定转租合同有效。

其中,二审法院认为:

被上诉人郭某、刘某将郭某向案外人郑某承租经营的养殖场转租给上诉人陈某,与陈某之间形成转租合同的法律关系,郭某、刘某系转租人,陈某系次承租人。虽郭某、刘某的转租行为未经过出租人郑某同意,但其系在不脱离与郑某租赁关系的情况下与陈某订立的转租合同,该合同是双方当事人的真实意思表示,且现行合同法只规定了在未经出租人同意情况下出租人享有解除与转租人之间合同的权利,并未对转租合同的效力问题作出规定。出租人解除与转租人之间的合同,仅使得转租人与次承租人之间转租合同的目的无法实现,但并不影响转租合同的效力。因此,陈某主张转租合同有效有事实和法律依据,本院予以支持。一审法院认定涉案转租合同无效属于适用法律不当,本院予以纠正。

该案中,原出租人与承租人的租赁合同中并没有约定是否允许承租人转租。承租人与次承租人签订转租合同,擅自进行转租,原出租人发现后明确表示反对。根据二审法院的裁判理由可以得出:承租人的转租行为虽然没有经过出租人同意,但并不影响转租合同的效力。《合同法》第224条第2款规定:“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”可见,对于承租人未经出租人同意

---

<sup>①</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2020)苏03民终1061号民事判决书。

转租的,《合同法》给出租人设定的救济途径是可以解除原租赁合同,而非宣告转租合同无效<sup>①</sup>。照此思路,出租人不同意转租的事实并不能否定转租合同的效力,且转租合同满足合同生效的一般要件,因此法院判决转租合同有效。

由上述分析可知,擅自转租并不影响转租合同效力已成为法院认定转租合同效力的裁判思路之一。

## 二、《民法典》生效后擅自转租协议效力的认定

《民法典》对于擅自转租协议的效力认定问题进行了规定,在一定程度上减少了分歧。因此,在《民法典》出台之后,法院援引《民法典》《房屋租赁合同司法解释》等法律法规及司法解释,得出的结论大致统一。

### (一) 案件适用《民法典》而非《合同法》

首先,在法律适用的问题上,由于纠纷发生在《民法典》生效之前,本应适用当时的法律,即《合同法》,但在“杨某与侯某、魏某房屋租赁合同纠纷案”<sup>②</sup>和“孙某、吕某等房屋租赁合同纠纷案”<sup>③</sup>中,法院均援引《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第八条:“民法典施行前成立的合同,适用当时的法律、司法解释的规定合同无效而适用民法典的规定合同有效的,适用民法典的相关规定”,以此为依据适用《民法典》。

因此,若某纠纷发生于《民法典》生效前,且据《合同法》认定协议本应无效,但据《民法典》认定为有效的,对于该纠纷之审理仍当适用《民法典》。

### (二) 法院认定有效的理由

#### 1. 法律并未规定转租行为无效,因此转租协议有效

在“杨某与侯某、魏某房屋租赁合同纠纷案”中,法院作出如下解释:“对于未

① 毛海波:《不合法转租合同效力认定及当事人的利益保护》,《上海政法学院学报》2011年第1期,第126页。

② 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2021)新01民终3438号民事判决书。

③ 福建省漳州市中级人民法院(2021)闽06民终55号民事判决书。

经出租人同意,承租人向次承租人转租的合同,修正过的司法解释中并未规定为无效合同,同时,《中华人民共和国民法典》中并未规定上述转租行为无效。杨某和侯某、魏某签订《房屋转让租赁合同》对涉案商铺进行转租,系各方真实意思表示,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第八条之规定,侯某、魏某与杨某之间的转租关系应当认定有效。”

《民法典》合同编中并无对于合同效力的具体规定。《民法典》第五百零八条规定:“本编对合同的效力没有规定的,适用本法第一编第六章的有关规定。”即适用总则编中有关民事法律行为效力的规定。

可以看出,法院认定《转租协议》是否有效的思路为该合同满足法律规定的有效要件,包括行为人的民事行为能力、意思表示真实以及不违反法律法规的强制性规定,并且无法律行为无效的法定情形,即可认定为有效。

如法院所述:“最高人民法院于2020年12月23日对《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》法释(2009)11号进行了修正,已删除了原司法解释中第十五条有关‘出租人知道或者应当知道承租人转租,在六个月内提出异议的,转租合同无效’的规定。”

《民法典》吸收了该项规定,并进行了修正。《民法典》第七百一十八条规定:“出租人知道或者应当知道承租人转租,但是在六个月内未提出异议的,视为出租人同意转租。”《民法典合同编理解与适用》中认为六个月属于除斥期间,六个月过后推定出租人同意、转租行为有效,可见六个月的除斥期间的规定是对出租人法定解除权的限制。虽然《民法典》没有明确规定转租合同的效力,但结合《民法典》第七百一十六条对出租人的权利救济途径以及第七百一十八条的规定,可认为出租人的解除权和承认擅自转租合同有效并无冲突之处<sup>①</sup>。

因此可以认为,《民法典》并没有关于擅自转租合同无效的特殊规定。在这种情况下,《转租协议》满足法律规定的有效要件,同时也没有虚假的意思表示、恶意串通等法律行为无效的法定情形,法院对该协议的认定正确,且理由充分。

---

<sup>①</sup> 卢荣:《以当事人利益衡平为视角的〈民法典〉时代擅自转租合同效力认定》,《中阿科技论坛(中英文)》2021年第6期,第197页。

## 2. 无权处分不影响转租合同的效力

“孙某、吕某等房屋租赁合同纠纷案”中,法院认为:“吕某未经王某同意将涉案店面转租给孙某,应属无权处分,该行为仅是影响转租合同能否正常履行及吕某是否需承担违约责任,并不影响转租合同的效力。故一审认定案涉转租合同无效不当,应予纠正。”

此案中,法院将吕某擅自转租的行为认定为无权处分,并且法院认为无权处分下订立的合同是有效的。

### (1)我国《民法典》合同编中关于无权处分下合同效力的规定

《民法典》第五百九十七条规定:“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”该条针对的是买卖合同中,出卖人无权处分标的物情况下的合同效力。

《民法典》第七百二十三条规定:“因第三人主张权利,致使承租人不能对租赁物使用、收益的,承租人可以请求减少租金或者不支付租金。”第七百二十四条规定:“有下列情形之一的,非因承租人原因致使租赁物无法使用的,承租人可以解除合同:(一)租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押;(二)租赁物权属有争议;(三)租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。”

这两条针对的是出租人对出租物上的权利存在瑕疵情形的规定。即便出租人对出租物不享有出租权,或因第三人原因造成承租人不能使用租赁物的,租赁合同仍然有效,但出租人应当承担违约责任。虽然这两条法律规范不属于最狭义的“无权处分”,但在法理上与第五百九十七条的规定是相通的<sup>①</sup>。

### (2)《民法典》出台后,无权处分下合同效力的规定的变化

《合同法》第五十一条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”而《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》<sup>②</sup>第三条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”即在《合同法》认为效力待定基础上,买卖合同司法解释支持了有效说。

① 董新中:《无权处分立法史、基本法理及司法适用研究》,《太原师范学院学报(社会科学版)》2021年第2期,第70页。

② 该条款已于2020年修订。



而《民法典》删除了《合同法》第五十一条关于无权处分下合同效力待定的规定,相当于支持了有效说。同时在《民法典》第五百九十七条明确了无权处分情况下,合同有效。因此,《民法典》生效后,无效说和效力待定说均无法律支撑。

有学者认为,《民法典》采取有效说有利于保护买受人。有效说可以和善意取得制度相衔接。如果认定无权处分合同为效力待定合同,而合同后来因权利人未追认而被宣告无效,则善意取得将难以构成,这将不利于保护善意买受人的利益<sup>①</sup>。同时,合同无效,买受人也无权请求出卖人承担违约责任,而只能请求出卖人承担缔约过失责任,从而仅能主张信赖利益的损失<sup>②</sup>。

但有另一些学者认为,《民法典》不应删除《合同法》第五十一条。从权利人的角度来看,当买受人根据有效的买卖合同取得所有权时,权利人的利益会受到严重损害。例如快递小哥将古画擅自卖给他人,当权利人发现时,到哪里去找那个快递小哥?即使找到了起诉到法院,盗卖的价款已经挥霍殆尽了。如何寻找买受人?买受人可能已经转卖出手。即使找到买受人,假设古画还在他手中,他依据有效买卖合同取得的所有权,法院将如何处理?它会怂恿、诱使我们社会中那些心术不正的人盗卖、骗卖他人的房屋、他人的动产、他人的股权,等等<sup>③</sup>。

笔者主张采有效说。《民法典》采有效说不仅能够保护买受人的利益,同时能够鼓励交易,提高交易效率,同时,还能平衡当事人利益。具体来说,买受人在签订合同时不会有出卖人无权处分导致合同无效,自己的权益无法得到保障的顾虑,因此在交易时无须审查出卖人是否有处分权。若认定合同无效,不利于保护买受人的利益,当事人的利益难以平衡。

### (3)评析

如前所述,当法院认定擅自转租行为属于无权处分时,根据《民法典》应当认定转租协议有效。但实际上,在《民法典》颁布之后,擅自转租行为是否属于无权处分在学理上仍然存在争议。

① 黄芬:《善意取得下转让合同效力要件之再研究——兼评〈民法典物权编〉的立法选择》,《广东社会科学》2019年第3期,第234-243页。

② 王利明:《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》,《云南社会科学》2020年第1期,第77-94页。

③ 梁慧星:《关于民法典分则草案的若干问题》,《法治研究》2019年第4期,第3-16页。

处分的含义有广义和狭义之分。第一,最广义的处分,包括事实处分及法律处分。前者是指对原物体加以物质的变形、改造或毁损行为,例如房屋重建、改平装书为精装书。法律处分,包含负担行为和处分行为,前者比如悬赏、广告、买卖、保证等,后者比如所有权之移转、抵押权之设定、所有权之抛弃(物权行为)、债权让与及债务免除(准物权行为)。第二,广义的处分,仅指法律处分,不包括事实处分。第三,狭义的处分,仅指处分行为<sup>①</sup>。

我国理论界的通说并未划分负担行为与处分行为。一般认为,无权处分指广义上的法律处分,包括负担行为和处分行为。但有学者认为,可以将无权处分制度规制的对象限缩解释为处分行为,作为负担行为的合同之效力,不同于其所导致的物权变动结果,不应受到处分权缺失的影响,擅自转租并非无权处分<sup>②</sup>。还有学者也支持这个观点,认为在擅自转租问题中,承租人基于前租赁合同依法享有占有、支配和使用房屋的权利。在未经出租人同意的情况下,承租人只是将房屋转移给第三人实际占有使用。在他人物上设定出租债权的行为与承租人的违约行为都属于负担行为,它不会导致真正所有权发生变动<sup>③</sup>。

另有学者认为,擅自转租属于无权处分。因为对于转租而言,虽然承租人擅自转让的只是占有权、使用权,不是转让他人的财产,但承租人擅自将其占有权、使用权转让他人,实际上是非法处分他人财产所有权权能的行为<sup>④</sup>。

笔者认为,无权处分涉及到物权的变动,而擅自转租的行为并未引起所有权的变动,只是使他方承担一定的行为义务,将擅自转租行为认定为无权处分不妥。

实际上,《民法典》中有擅自转租协议效力相关规定。在符合《民法典》总则编法律行为有效且无合同无效的情形时,擅自转租合同就应为有效,此时法院就无须再依托无权处分规则评价转租合同效力,只需根据有关擅自转租的法条进行认定即可。

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究(第四册)》,北京大学出版社2009年版,第96页。

② 刘洋、王世洋:《擅自转租合同效力案件的审理思路》,《人民司法》2018年第13期,第53页。

③ 卢荣:《以当事人利益衡平为视角的〈民法典〉时代擅自转租合同效力认定》,《中阿科技论坛(中英文)》2021年第6期,第197页。

④ 王利明:《论无权处分》,《中国法学》2001年第3期,第82-83页。



### (三)小结

由上述分析不难发现,《民法典》出台后,法院均认定转租合同为有效,这说明《民法典》在一定程度上解决了分歧。但问题在于,法院的裁判思路并不相同,如此便会出现结论一致但理由不妥的情形,例如前文提到将擅自转租行为认定为无权处分。

擅自转租行为的性质在学理上仍有争议,主要是因为《民法典》对于无权处分在立法上并未明确其概念及外延,学界对于无权处分的含义的争论仍在持续,学者们试图通过对法律进行解释证明自己观点的正确性。

## 三、总结

在《民法典》生效前的司法实践中,法院主要以三种思路认定擅自转租合同的效力:“无效”“效力待定”和“有效”。就“无效”而言,法院常以两种思路予以认定:一是因违反《城市房屋租赁管理办法》的强制性规范而无效,二是因未经出租人同意而当然无效。在认定其为“效力待定”时,法院亦常有两种思路:一是依《合同法》第五十一条第一款适用无权处分规则;二是因法律适用不明而当然地适用无权处分规则。在有效的认定中,法院的思路则可总结为三种:一是参照买卖合同之相关规定,推定擅自转租合同有效;二是适用房屋租赁合同纠纷司法解释第16条,因无证据证明出租人提出异议,认定转租合同有效;三是因转租合同不符合合同无效的法定情形,认定其为有效。

尽管《民法典》仍未对擅自转租合同的效力作出正面规定,但可据相关条文表述推定《民法典》认定擅自转租合同有效。然而,虽然绝大多数法院均对于认定擅自转租合同有效之思路达成共识,但在其援引《民法典》的相关规定时,又会出现不同的参照与解释。有的法院认为,应当以法律并未规定转租行为无效为依据,进而认定转租合同有效,有的法院则准以无权处分不影响转租合同的效力之规则,认定转租合同有效。

《民法典》对擅自转租合同效力的间接确认,一定程度上解决了此前该类司法实务中法律适用混乱、裁判结果各异的困境。然而,法院援引依据不一、解释

思路相异的“窘境”仍有碍于司法权威。因此,《民法典》生效后,法院于司法实践中对擅自转租合同效力的认定思路应予统一。此处所言之“统一”并非仅指判决意义上的统一(即“认定擅自转租合同有效”),亦指审理逻辑意义上的统一。此外,考虑到关于无权处分制度的学理纷争尚无定论,现阶段(即《民法典》颁行初期)法院于认定擅自转租合同效力为有效时宜应回避无权处分制度,而准以《民法典》关于“无效合同”的相关规定适用之。

## 本专题参考文献

### 一、专著类

[1]王泽鉴.民法学说与判例研究(第四册)[M].北京:北京大学出版社,2009.

### 二、期刊类

[1]刘洋,王世洋.擅自转租合同效力案件的审理思路[J].人民司法,2018(13).

[2]严罡.论擅自转租合同之效力[J].经济师,2013(3).

[3]王积武,王玉.反思与重构:论未经房屋出租人同意转租合同的效力——商榷最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》的第16条[J].法治论坛,2010(2).

[4]朱巍.论房屋转租——以《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》为视角[J].河北法学,2010(5).

[5]卢荣.以当事人利益衡平为视角的《民法典》时代擅自转租合同效力认定[J].中阿科技论坛(中英文),2021(6).

[6]石冠彬.论无权处分与出卖他人之物——兼评《合同法》第51条与《买卖合同解释》第3条[J].当代法学,2016(2).

[7]王利民.论无权处分[J].中国法学,2001(3).

[8]毛海波.不合法转租合同效力认定及当事人的利益保护[J].上海政法学院学报,2011(1).

[9]董新中.无权处分立法史、基本法理及司法适用研究[J].太原师范学院学报

(社会科学版),2021(2).

- [10]黄芬.善意取得下转让合同效力要件之再研究——兼评《民法典物权编》的立法选择[J].广东社会科学,2019(3).
- [11]王利民.民法典合同编通则中的重大疑难问题研究[J].云南社会科学,2020(1).
- [12]梁慧星.关于民法典分则草案的若干问题[J].法治研究,2019(4).

## 专题二

# 网络购物合同纠纷中对价格欺诈的认定<sup>①</sup>

### 一、专题背景

随着互联网技术的蓬勃发展与各大电商平台的运营完善,百姓足不出户即可纵览海内外万千商品,网络购物的便利性使其成为百姓日常生活消费的重要组成部分。根据中国互联网信息中心第47次中国互联网络发展状况统计报告显示,截至2020年12月我国网络购物用户规模达7.82亿,较2020年3月增长7215万。

2019年施行的《中华人民共和国电子商务法》以及此前施行的《中华人民共和国消费者权益保护法》为网络购物搭建了法律框架。在有序的法律规制下,网络购物合同纠纷案件呈现一定的特点,本专题对2018年1月至2021年5月期间的网络购物合同价格欺诈纠纷案件进行统计整理,分析此类案件基本情况、案件特点及在审判过程中出现的问题。

### 二、网络购物合同欺诈纠纷案件数据分析

#### (一)检索结论

在北大法宝上以网络购物合同为案由,以“价格欺诈”为关键词检索2018年

---

<sup>①</sup> 案例共同整理人贾子卿、王睿、陈柯宇均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京100037)。

1月1日至2022年5月31日的民事案件,共收集到案件366篇,通过对这些判决的案件事实、争议焦点、裁判理由和裁判结果进行分析统计,发现最终可以认定为价格欺诈的案件有91例,占24.9%,不认定为价格欺诈的有275例,占75.1%。

## (二)主要援引法条

法院在对网络购物合同纠纷释法说理认定是否存在欺诈事由时,主要援引的法条包括《民法总则》第6、7、148条,《合同法》第5、6、54、60条,《消费者权益保护法》第2、4、22、44、55条,《价格法》第13、14条,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第68条。此外,在法律原则适用上,法院主要从“公平原则、诚实信用原则、平等自愿原则”的角度对消费者身份、平台责任、欺诈行为等影响裁判结果的关键性要素作出认定。

## 三、网络购物合同价格欺诈纠纷案件特点

### (一)案件发生时间集中

从价格欺诈纠纷的时间看,特定促销季为价格欺诈高发期。统计的案件表明,某些网络购物平台所宣传的促销季及节日促销期,因促销周期短、强度大、交易频繁,往往更容易成为价格欺诈问题的高发期。

### (二)诉讼主体特定

与传统线下购物合同纠纷类似,网络购物合同价格欺诈纠纷中原告基本为自然人,被告则主要为电商平台内经营者、电商平台所属公司,且多为知名电商平台。通过对案件数据分析可以发现,职业索赔现象依旧突出,职业打假人仍然是网络购物合同纠纷案件中的主要维权主体。

### (三)平台责任认定少

根据《电子商务法》的规定,电子商务平台经营者知道或应当知道平台内经营者销售的商品或提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者有其他侵

害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,依法与该平台内经营者承担连带责任。实践中,有些消费者基于该法律规定,在发生价格欺诈纠纷时会将电商平台经营者列为共同被告以保障其权利救济。但从过往案件判决结果看来,法院均是仅判决平台内经营者承担责任,未判决电商平台承担连带赔偿责任。

## 四、价格欺诈的主要纠纷类型

### (一) 认定价格欺诈的纠纷

#### 1. 虚标原价

根据国家发改委《〈禁止价格欺诈行为的规定〉有关条款解释意见的通知》规定,“原价”是指经营者在本次促销活动前七日内在本交易场所成交,有交易票据的最低交易价格;如果前七日内没有交易,以本次促销活动前最后一次交易价格作为原价,如果商家直接标注一个从没有真正交易过的低价作为原价误导消费者,则是构成价格欺诈的行为。在(2019)粤0192民初1号案件中,商家在商品销售界面标注了一个虚构的“日常价”作为原价误导消费者,法院认定构成价格欺诈。即使商家没有直接虚标原价,若是在消费者向其确认原价时没有依据法律规定告知正确的降价幅度,依旧会被当作价格欺诈的行为。在(2018)京0105民初12836号案件中,商家在商品销售界面明确标注了划线价格,并且有对划线价格含义的说明,但在消费者向客服确认划线价格是否是商品原价时客服对此做出肯定答复,此行为法院认为依旧构成虚构原价的价格欺诈行为。

#### 2. 虚构促销期

随着电商市场的发展,每年大大小小的网络购物促销季层出不穷,很多商家会利用各个活动时间进行折扣促销,为了吸引消费者,商家除了会在商品销售界面明确标注降价幅度外,通常还会标明折扣期限,以此来吸引消费者尽快下单购买,而有些商家在预定的折扣期限经过后仍没有按照事先约定的那样恢复价格,而是持续以促销期间的低价售卖,此类案件在裁判上是存在争议的,部分法院认为这种行为属于违约但不是欺诈。如在(2018)鲁0305民初339号案件中,法院认定商家误导消费者降价期限属于价格欺诈;而在(2017)湘0511民初376号案



件中,法院认为商家的此种虚构降价期限的行为只需要承担违约责任。

### 3. 虚标内容物价格

“盲盒”“福袋”是近来备受消费者推崇的新奇商品,商家利用消费者的好奇心理对福袋盲盒内容物进行夸张描述从而引起其购买欲望,在这一过程中,部分不法商家采取了虚构内容物原价的方式,利用消费者对具体内容物不知情的信息差来误导消费者实付价格和内容物之间的优惠差额。如在(2019)京0491民初15720号案件中,商家给福袋内容物虚构了2399元的原价,并以999元出售福袋,但消费者实际收到的内容物商品同期在店内售价只有799元,法院认为商家的行为构成价格欺诈。

### 4. 利用交易信息不对称误导

诚然,对商品的定价是商家的自由,即使是完全相同的商品在出厂后各个经销商也可以进行不同的定价。但对于有出厂指导价或者全国统一零售价的商品,普遍认为实际售价不应高于指导价或者统一零售价,如果由于特殊情况,商家给商品设定了一个更高的零售价格,为了保护消费者的信息弱势地位,应当同时标注商品的出厂指导价或者统一零售价,并对商品实际售价更高的原因做出解释,消费者可以在了解价格差和原因的前提下选择是否以高价购入该商品。在(2018)京0491民初2622号案件中,涉案商品的实际售价高于建议售价,商家没有对高价销售的原因进行说明,也没有将两个价格信息进行对比性的显著标示,其标价形式足以使人误解,并导致消费者基于不全面的信息做出购买选择,法院认为商家的这种行为符合价格欺诈的要件。

## (二)不认定价格欺诈的纠纷

### 1. 商家没有欺诈故意

在民法上构成欺诈行为首先要具备的要件就是欺诈人的欺诈故意,在网络购物领域,商家的欺诈故意指的就是商家明知自己的陈述是虚伪的,并会导致消费者陷入错误认识,仍希望或放纵这种结果的发生。在整理各个典型判例时可以发现主要有以下几种消费者看似受到欺诈但因为商家不存在欺诈故意而不能认定价格欺诈的情形。

### (1)付款价格与预期优惠价格不符,买家未尽到合理注意义务

随着电商平台的发展,不同的商家会设置不同的优惠方式,有些促销价格是采用拍下减价的方式,有些是采取领取优惠券的方式,还有些是备注信息后等商家修改待付款价格的方式,而有些消费者只关注商家在销售界面描述的促销价格而没有注意如何实现优惠,在付款的时候也没有尽到合理注意义务,即使不是商家描述的优惠价依旧付款,在收货后又起诉商家价格欺诈,这种行为过程中很明显商家没有欺诈故意和欺诈行为,单纯是因为消费者的过失而出现了错误行为。如(2018)鲁10民终2229号案例就是这种情形。

在另一种常见案例中,越来越多的人加入到网络购物的浪潮之中,每逢大促大量的消费者为了各种限时秒杀、抢购而集中在同一时间使用各个网购平台,网络卡顿现象时有发生,难免会导致因为数据流量拥堵问题造成商家的优惠迟延成立,从而使刚好准时付款的消费者没有得到商家承诺的最优惠价格,如(2018)京0112民初20233号案例,法院认为网络购物不同于传统购物方式,消费者在付款时可以看到所购买的商品的结算价格,即使与宣传价格不一致消费者仍选择付款,属于未尽到合理注意义务,同时在消费者购买后商家同意退还差价,由此可见商家无价格欺诈的故意。

### (2)划线价、厂家指导价不等同于商品原价,买家未尽到合理注意义务

为了吸引消费者,很多商家会在销售界面标注商品的划线价和厂家指导价,再设置一个较低的售价,但通常情况下会同时注明划线价格并非商品原价,商品可能从未以划线价格销售过,仅仅是出厂指导价,但仍有部分消费者未尽到合理注意义务,误将划线价格和实时售价之间的差额当作商家优惠,如(2019)鲁0983民初1520号案例,法院认为商家已经在商品描述页面将不同价格解释明确告知消费者,不存在对消费者进行价格欺诈并诱使其作出错误购买决定的故意,不属于价格欺诈的行为。

## 2. 消费者没有陷入错误认识

欺诈行为的另一构成要件是被欺诈人因为欺诈陷入错误认识,换言之,即使一方有欺诈故意,实施了欺诈行为,但只要相对人没有因此陷入错误认识而做出错误行为,都不能认定欺诈行为的成立。在网络购物合同纠纷中,无论商家是否具有欺诈故意,只要消费者基于各种原因没有陷入错误认识,就不能要求商家承

担欺诈行为的赔偿责任。在判例整理过程中,主要有以下几种常见情形。

(1) 仅仅描述不规范、有瑕疵但不至于造成误导

网络购物不同于实体消费,买卖双方之间的沟通主要通过文字信息,特别是在快节奏的生活中,很多消费者只是匆匆浏览商家在销售界面展示出来的部分信息就直接下单了,因此商家的一些价格标注不规范的行为可能会对消费者造成误导,但考虑到消费者在支付价款时对实际支付货款金额应当是明知的,商家的某些瑕疵表述不足以使消费者陷入错误认识,如(2019)川0121民初2493号案例,法院认为在销售过程中商家尽管存在价格标注不规范的行为,但该行为并不足以构成欺诈。

(2) 消费者不处于信息弱势地位,没有产生误解

在网络购物纠纷的价格欺诈行为方式中,造成消费者陷入错误认识的主要原因就是信息的不对称,商家利用消费者的价格信息弱势地位误导消费者对商品售价或者优惠幅度产生错误认识从而做出错误意思表示。但有些消费者,特别是一些职业打假人,过往对涉案商品或者同一类型的商品有丰富的购买经验,对其价格信息掌握得十分充分,不处于价格信息弱势地位,即使商家具有欺诈故意,也不能真正误导消费者陷入错误认识。如在(2020)豫14民终2295号案件中,法院认为涉案商品属于大众消费品,买方可以通过该网络平台横向比较同类商品在不同商家的售价,即消费者不存在获取价格信息上的弱势地位,也不存在交易信息上的不对称,虽然商家存在虚标原价的行为,但消费者并没有因此陷入错误的意思表示,更没有基于错误意思表示与商家订立合同,欺诈行为不成立。又如在(2020)浙0683民初4734号判例中,法院认为该买方曾多次针对价格欺诈问题向法院提起诉讼,手法基本类似,大量购买某一存在价格欺诈嫌疑的商品然后提起诉讼要求三倍赔偿,可见该消费者对商品价格标示的认知要远远高于普通善意的消费者,类似的价格标示问题已不足以对其形成误导,也不会诱使其作出错误意思表示,因此商家的行为不能认定为构成欺诈。

3. 虚构促销期

为了吸引消费者,商家常常会在商品打折促销时设置折扣时限,以鼓励消费者及时购买,但可能会出现折扣期满后商家未将商品售价上调的情况,前文已经总结过,部分法院的裁判认为商家的行为属于欺诈,但也有部分法院认为商品的

价格受市场调节,销售者有自主定价的权利,在促销期内不存在虚构原价、谎称降价等价格欺诈行为,在促销期满后自主定价,未变更商品售价的行为不足以认定为构成价格欺诈,如在(2017)苏0582民初8228号案件中,法院认为商家在促销期满不调价的行为属于对广告语的滥用,属于虚假广告,但并不认为是虚构事实或隐瞒真相的行为,不足以误导消费者构成价格欺诈,属于违约行为,商家应当承担违约责任。

## 五、争议问题分析

通过对裁判要旨的研读,笔者发现网络购物合同纠纷案件的一大特点是争议问题突出,但裁判说理较为混乱,没有统一的裁判标准进行参照,同案不同判的情况非常普遍。经过统计,网络购物合同纠纷案件的争议问题可以分为两类:一是网络购物合同纠纷“价格欺诈”的认定标准;二是职业索赔人是否属于消费者以及能否适用惩罚性赔偿条款。接下来,笔者将围绕这两大核心争议点进一步展开论述。

### (一)司法裁判对“价格欺诈”认定标准存在差异

在网络购物合同纠纷案件中,消费者一般均以经营者存在虚标原价、虚构优惠折价,诱骗消费者购买的行为,根据《禁止价格欺诈行为规定》《国家发改委关于〈禁止价格欺诈行为的规定〉有关条款解释的通知》等规定,经营者的行为应属价格欺诈行为,因此根据《消费者权益保护法》第55条规定,主张经营者承担退一赔三责任。针对此类案例,经过查询发现各地法院对其裁判意见并不一致。

#### 1. 裁判观点展示

(1)第一种意见认定,经营者行为构成价格欺诈。

部分法院认为,若卖家的行为已被行政机关认定为构成《禁止价格欺诈行为规定》所指的价格欺诈行为,则可直接依据行政处罚记录认定卖家构成价格欺诈,支持消费者的3倍惩罚性赔偿请求。甚至有部分法院直接参照上述行政法规,认定卖家构成价格欺诈。在“方某、浙江某供应链管理有限公司网络购物合

同纠纷”<sup>①</sup>案中,法院认为:

关于天猫供应链公司是否有价格欺诈的行为。《禁止价格欺诈行为的规定》第七条规定:“经营者收购、销售商品和提供有偿服务,采取下列价格手段之一的,属于价格欺诈行为:(一)虚构原价,虚构降价原因,虚假优惠折价,谎称降价或者将要提价,诱骗他人购买的……”本案中,一方面,天猫供应链公司系通过网络电商平台——天猫平台向不特定的多数人提供商品的卖方,因此,天猫供应链公司是否实施价格欺诈的行为,并不以特定买受人即方泽派是否受到误导为判断标准。另一方面,天猫供应链公司在出售涉案商品的销售页面标注了优惠价,其作为卖方未能依照上述规定提供原价作为比对,应当承担举证不能的不利后果。因此,天猫供应链公司的涉案销售行为构成价格欺诈。

从深圳中院的裁判说理可知,对价格欺诈的认定基本参照《禁止价格欺诈行为规定》,即经营者行为在客观上只要符合其中的要件,无须考虑主观上消费者是否受到误导。

除此之外,还有法院认为行政机关的处罚决定在证据形式上属于公文书证,具有证据能力,既然经营者的销售行为行政机关认定为虚标原价,则其行为构成价格欺诈行为。在“北京某信息技术有限公司、冉某网络购物合同纠纷”<sup>②</sup>案中,二审法院认为:

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十四条规定,国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织,在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实,但有相反证据足以推翻的除外。北京市东城区发展和改革委员会作出东发改检处(2017)312号行政处罚决定书,认定京东公司构成利用虚假的或使人误

① 广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终21324-21329、21332-21334号民事判决书。

② 河北省保定市中级人民法院(2018)冀06民终3715号民事判决书。



解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易的价格违法行为。因此,京东公司存在利用虚假的或使人误解的价格手段诱骗消费者的行为。京东公司未提供证据推翻北京市东城区发展和改革委员会作出的东发改检处(2017)312号行政处罚决定书,应承担举证不能的法律后果。《侵害消费者权益行为处罚办法》第六条规定……京东公司的行为,符合《侵害消费者权益行为处罚办法》所界定的欺诈行为的范围。因此,京东公司在本案所涉网络购物合同纠纷中,存在欺诈行为。

同样是依据行政法规作出的裁判意见,但与前案不同的是,此案中二审法院直接将行政处罚决定书视为公文书证来说理,显然更加强调行政机关的行为对司法裁判的影响力。

(2)第二种意见认为,经营者行为不构成价格欺诈。

持这一裁判观点的法院认为,卖家行为虽然被行政机关认定为价格欺诈,但并不必然构成民法定义上的欺诈行为。对此类案件的裁判应当从《民通意见》第68条出发,核心在于判断消费者是否处于交易信息获取的弱势地位或者是否受到商家误导陷入错误的意思表示。如果商家行为虽然违法,但消费者的购买行为与经营者的违法行为之间并无因果关系,则认定卖家不构成价格欺诈。在“单某与北京某数码科捷技术服务有限公司网络购物合同纠纷”案中<sup>①</sup>,法院认为:

依据上述规定,结合民法原理,构成欺诈须同时满足如下三个要件:一是行为人具有故意的主观状态,二是行为人具有告知对方虚假情况或隐瞒真实情况的客观行为,三是对方作出错误的意思表示与行为人的行为之间具有因果关系。本案中,科捷公司在销售涉案商品时虽存在利用使人误解的价格手段的客观行为,以及利用使人误解的价格手段诱使对方当事人与其进行交易的故意。但根据本院查明的事实,单君存在多次购买标注“今日特价”等存在价格违法问题的商品,并就价格违法问题向行政机关举报及向人民法院提起诉讼的情形。一审法

<sup>①</sup> 北京市第一中级人民法院(2020)京01民终368号民事判决书。



院据此认定单君就价格违法问题积累了较为丰富的经验,具有高于常人的认知能力,科捷公司的行为不足以导致单君陷入错误认识并无不当,本院对此不持异议。基于此,单君的购买行为与科捷公司的行为之间不存在因果关系,本案就单君而言,科捷公司不存在欺诈行为。

在“孙某、刘某网络购物合同纠纷”案<sup>①</sup>中,法院认为:

关于刘宝琴的标价行为对孙婉是否构成欺诈的问题。欺诈是指行为人故意捏造虚假事实或者歪曲、隐瞒事实真相,诱使对方基于错误判断作出意思表示。欺诈成立与否的核心应是交易一方利用另一方获取交易信息上的弱势地位,利用双方交易信息的不对称,通过欺骗或误导方式诱骗另一方完成交易,进而损害另一方民事权益的行为。不能仅因为销售者虚标原价就认定存在价格欺诈且使消费者陷入错误认识实施购买并受到损害,应该综合考虑案件纠纷发生的经过,交易商品价格的悬殊以及交易产品是否属于大众消费品,交易双方的意思、标示价格和最低实际交易价格是否差异显著、购买者购物行为特征等情况予以判断。因此,刘宝琴虚构原价的行为是否让孙婉陷入错误的意思表示,并作出错误的判断,导致孙婉购买结果发生,该过程完毕才能认定为《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条规定的欺诈行为……孙婉的购买行为不符合普通消费者的交易习惯,并且孙婉系普通网络消费者,网络购物早已普及化的今天,孙婉应知晓网络购物标价模式,也应知晓对比价格的方式,即可以通过该网络平台横向比较同类商品在不同商家的售价,因此,孙婉并不存在获取价格信息上的弱势地位,也不存在交易信息上的不对称,虽然刘宝琴存在虚标原价的行为,但孙婉并没有因此陷入错误的意思表示,更没有基于错误意思表示与刘宝琴订立合同,孙婉订立合同是其真实意思表示,孙婉的合法权益也并未受到损害。综上,刘宝琴并不构成欺诈。因此,由于欠缺构成欺诈的要

<sup>①</sup> 河南省商丘市中级人民法院及下辖(2020)豫14民终2295号民事判决书。

素(一是商品标价标示的“原价”构成虚标原价,二是销售者标示原价的行为构成欺诈)之一即销售者标示原价的行为构成欺诈,仅依据刘宝琴存在虚假标价行为不能认定刘宝琴构成《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条规定的欺诈行为。

这两起纠纷在认定是否构成价格欺诈时,都是用民法上的“欺诈定义”进行解释,商家违反禁止性规定的行为仅作为其中一个参考标准,具体判断还需结合消费者在购物过程中有无受到误导、是否为真实意思表示,以及从公平原则的角度对消费者规定了相应的注意义务,只有综合考量后才能进行评价。

## 2. 关于价格欺诈的认定标准讨论

在讨论上述两种裁判观点后,可以发现各地法院虽然均以《消费者权益保护法》第55条作为消费者获得惩罚性赔偿的依据,但对条文中“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失”中的“欺诈行为”认定标准存在差异,而这种差异的形成原因在于法条援引不同,即网购交易中对价格欺诈的认定应遵循民法中欺诈的认定标准还是行政责任标准?

观点一:应当采用行政责任标准。其理由如下:

(1)通过对《消费者权益保护法》第55条做文义解释可看出,只要销售者存在“欺诈行为”,即应向消费者承担赔偿责任,并不要求满足民通意见第68条对欺诈四要素的构成条件。

(2)《消费者权益保护法》是特别法,有特殊的理论基础和实现机制,民法欺诈的制度构成不能移植到对《消费者权益保护法》的欺诈解释中。

(3)《侵害消费者权益行为处罚办法》第5条、第6条列举了经营者不得从事的行为,第16条则规定,经营者实施前述行为的,且不能证明自己并非欺骗、误导消费者而实施此种行为的,构成“欺诈行为”,故应参照行政部门所明确的行为标准进行欺诈认定。

观点二:欺诈认定标准应当与民法保持一致。其理由如下:

(1)尽管现行法律在某些方面对消费者予以倾斜性保护,但这不足以改变《消费者权益保护法》所调整的经营者与消费者这一平等主体之间交易关系的法律性质。《消费者权益保护法》第55条作为合同欺诈的特别法条款,在其没有对欺

诈的构成特别规定的情况下,对该条欺诈的解释,应当遵循民法中对欺诈的一般规定,即根据合同法、民法通则及相关解释进行认定。

(2)《禁止价格欺诈行为的规定》不宜直接适用于网购欺诈案件。基于其制定背景、相关条款本身存在的争议及缺乏弹性等问题,系列规定在网购欺诈案件中的参照意义有限。

### 3. 观点评析

(1)“行政责任标准说”不能成立,因为其本身的逻辑无法自洽。

首先,以《消费者权益保护法》是特别法、《消费者权益保护法》体现的是国家强制等作为理由从而将消费者保护排斥在民法之外的观点是牵强的。例证之一是德国在2001年对其“民法典”进行了修改,修改的重要内容之一是将大部分消费者保护法纳入其“民法典”之中,从而使消费者保护法成为一般私法的组成部分。此外,欧洲私法统一化进程中形成的多部私法领域的示范法亦将消费者保护纳入其中。《欧洲示范民法典草案》的起草者认为,虽然消费者权益保护法包含一些不同于私法一般规则的规则,但它仍然构筑于私法的基本原则之上,而非私法内部的独立王国。

其次,法院在裁判时将《侵害消费者权益行为处罚办法》作为支撑“欺诈行为”应当采用行政责任标准的法律依据也不合理。《侵害消费者权益行为处罚办法》认定的欺诈是对经营者侵害消费者权益行为实施行政处罚的依据,目的是规范和管理市场秩序,这一点不同于《消费者权益保护法》的立法宗旨。此外,关于欺诈行为,《侵害消费者权益行为处罚办法》与《民通意见》的法律位阶也并不相同。《民通意见》作为司法解释,是正式法源,法官在司法裁判中得直接援引;《侵害消费者权益行为处罚办法》本身属于行政规章,不是行政法规,并非直接法源,两者在效力层级上显然不可等量齐观。因此,在民事案件中,不应用《侵害消费者权益行为处罚办法》替代《民通意见》认定欺诈。

#### (2) 结论

综上所述,网购交易中“价格欺诈”的认定,应当以民法中欺诈的认定标准为根本,以《禁止价格欺诈行为的规定》及相关解释为有限参照。行政责任与民事责任分属两个不同领域,行政规章的规定不能作为民事责任认定的充要条件,因此行政机关认定的价格欺诈并不必然构成民事欺诈。

此外,行政机关认定价格欺诈目的在于规范经营者行为,维护市场秩序,但在民事裁判领域,应当注重对双方利益的平衡,消费者在享受合法权利的同时,也应当采取合理方式,承担相应注意义务,因此,网购价格欺诈,应当考虑消费者在线上线下交易中获取信息能力的差异性,结合个案交易信息的开放程度综合认定。

## (二)职业索赔行为现象之探究

近年来,随着我国消费市场的繁荣,打假索赔日益呈现出职业化发展趋向,一批职业的打假人成为了消费维权领域的主要力量。然而,由于法律定位的模糊,在司法实践中对于职业索赔行为是否予以支持出现了迥然不同的态度,甚至同一省份、同样的案情,在不同法院却是截然相反的处理结果。执法尺度的不一损害了法律的权威和司法的公信力,对社会大众的相关行为也未能起到应有的指引、评价、预测和教育作用。对职业索赔问题再认识,有助于解决当前司法实践中关于该问题的困惑与争议,更好地发挥打假行为在维护消费者权益、净化市场方面的积极作用。

通过梳理和汇总上述案件的裁判文书,可以发现职业索赔案件总体上呈以下特点:一是提起诉讼的主体具有一定的职业化倾向。同一主体就同一类问题对不同被告起诉求偿,购买数量一般超出普通人日常购买的范围,固定证据意识强,非常熟悉相关监管规定。二是案件涉及食品、药品、化妆品、保健品、普通商品等多个领域,并主要集中于食品领域。三是案件涉及的问题包括标签类、不当添加或超标类、未许可生产或进口类、超保质期类等,并主要集中于标签类问题。

通过对案件裁判结果的梳理汇总,司法实践中对职业索赔案件的争议焦点主要存在两个方面:一是职业索赔人是否属于消费者;二是职业索赔人是否适用惩罚性赔偿条款。下文将予以详细论述。

### 1. 职业索赔人消费者主体地位再认识

我国《消费者权益保护法》总则部分第2条规定:“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”时,权益“受本法保护”。从法律法规的明文规定和主流学者的学理解释看,因“生活消费”而进行购买、使用商品或接受服务是认定为消费者的至关重要之标准。

2016年底发布的《消费者权益保护法实施条例(征求意见稿)》第2条,提供了进一步的印证:“消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的,其权益受本条例保护。但是金融消费者以外的自然人、法人和其他组织以营利为目的而购买、使用商品或者接受服务的行为不适用本条例。”

通过类案检索,以及对职业索赔相关案件裁判文书的梳理汇总,在司法实践中主要有两种观点:

一是肯定职业索赔者消费者的身份。理由主要有:“是否是职业打假人不影响其消费者身份”“法律上并没有排斥职业打假人消费者的身份”“判断消费者不以购买者主观状态、身份有所差别”“除经营者外,应被视为消费者”。如“任某诉洛阳某量贩有限公司退赔纠纷案”<sup>①</sup>中,法院认为:

消费者购买或者接受某种商品或者服务时,只要不是以营利为目的的用于交易,都应被看作是一种消费,而不用考虑其购买商品是送人、保存、由谁使用或用于其他的目的。因此,《消费者权益保护法》中消费者的概念应理解为,非以营利为目的购买商品或者接受服务的人。由此可知,职业打假人的目的虽然是利用法律所赋予的权利进行索取、增加赔偿,但其并没有转变为经营者,应为《消费者权益保护法》保护对象。

二是否定职业索赔人的消费者身份。理由主要有:“不是生活消费,不受消保法保护”“购买行为不符合消费常理,不是消费者”“明知存在问题而故意购买不符合常人认知”“频繁购买并多次索赔不属于消保法保护的消费行为”。如“姚某与北京某国际贸易有限公司网络购物合同纠纷”案<sup>②</sup>中,法院认为:

《中华人民共和国消费者权益保护法》第二条规定:消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作

① 河南省洛阳市中级人民法院(2010)洛民终字第1815号民事判决书。

② 徐州市云龙区人民法院(2017)苏0303民初725号民事判决书。



规定的,受其他有关法律、法规保护。根据上述法律规定,消费者一个重要的特征就是消费具有生活性,而非营利性。对“消费者”这一法律概念应作广泛理解,不仅包括为自己的生活需要购买商品的人,也包括出于收藏、保存、赠与等目的购买商品的人,还包括为他人或代理他人购买生活用品的人。2016年8月至2017年5月,原告姚坡以网络购物合同纠纷为由在本院对不同企业提起民事诉讼要求赔偿的案件达28件,其诉讼理由均围绕价格欺诈、虚假宣传等问题,并依据消费者权益保护法中关于惩罚性赔偿的规定主张赔偿。故本院认定原告不属于《中华人民共和国消费者权益保护法》所保护的“消费者”。

职业索赔案件司法裁判结果上的巨大差异,根本症结在于对“职业索赔人是否属于消费者”存在认识分歧,而厘清消费者资格的判断标准,对我们判断“职业索赔人是否属于消费者”无疑具有重要的参考价值。就消费者而言,《消费者权益保护法》无疑是最基础、最重要的一部法律。考察《消费者权益保护法》的立法目的及立法本意,对于我们明确消费者资格的判断标准具有重要意义。

#### (1) 消费者主体资格的立法考察

从立法目的来看,加强消费者权益保护,强化经营者的义务与责任是《消费者权益保护法》立法与修法的主要目的。<sup>①</sup>除立法明确规定排除的生产消费以外,当某一行为是否可视为生产消费存在争议时,应当以是否有利于保护消费者权益、规范经营者行为、维护社会经济秩序来作为价值衡量标尺。从这个角度来看,将职业索赔人作为消费者来看待无疑是利大于弊的选择。

从立法本意来看,任何人购买、使用商品或接受服务,只要不再将其用于生产或销售,就可以将其认定为《消费者权益保护法》保护的消费者。首先,《消费者权益保护法》在立法中只将消费分为生活消费与生产消费,并没有出现其他消费形式,可以推断生活消费是相对于生产消费而言的。其次,生活消费外延宽泛,很难准确划定边界,采取排除生产消费的方法来判定生活消费能够解决法律

---

<sup>①</sup> 李适时:《关于〈中华人民共和国消费者权益保护法修正案(草案)〉的说明》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2013年版第1期,第796-797页。



界定上的难题。最后,立法具有一定的滞后性,在生活消费概念模糊的情况下,采取排除法的方式来判断,能够为解释法律留有余地,从而适应时代的发展,解决层出不穷的问题。基于上述理由,职业索赔人在购买商品后,只要不再将其用于生产环节,就符合《消费者权益保护法》规定的消费者资格。

## (2)消费者主体资格的现实探究

从社会现实角度来看,消费的目的或动机千差万别,除了自用以外,为了馈赠、收藏或者仅仅为了炫富大量购买商品都存在可能,法律上很难将这些行为排除在消费行为之外。在实践中单纯以消费的目的或动机来否定职业索赔人的消费者地位,很多时候并不能自圆其说。因此,判断是否属于消费者,不能以主观状态为标准,而通过排除生产消费的客观行为来判断其消费者资格,具有可行性和合理性。虽然职业索赔确实存在某种道德风险,也需要耗费一定的司法、行政资源,但只要职业索赔人没有将商品用于生产销售的客观行为,就应当将其视为消费者,这是利弊权衡后的合理选择,其积极作用主要体现在三个方面。

一是有利于净化市场、维护市场秩序。当前,打假呈现一定的专业化发展趋势,找问题找得比较准,大多数情况下其“打假”的商品确实存在问题,经营者确实违反了相关规定或监管要求。打假行为能够达到规范经营、保护其他消费者权益、遏制和扭转市场经济中劣币驱逐良币局面的目的。

二是能够弥补政府监管力量的不足。职业索赔人作为自发的民间监督力量,客观上对规范经营、净化市场环境能够起到一定的补位作用。

三是能够打破消费者维权难的困境。在实践中受制于各种因素影响大部分消费者往往选择放弃维权,即便采取诉讼方式维权,由于缺乏专业知识、没有事先固定证据,往往存在较大的败诉风险。承认职业索赔人的消费者地位,有利于打破普通消费者维权难的困境,保护其他潜在消费者的合法权益,实现立法的目的。

## 2. 职业索赔者适用惩罚性赔偿问题再认识

通过对职业索赔案件的司法裁判作类型化分析,可以看出此类案件能否适用惩罚性赔偿条款,同样也是当前最受争议的问题之一。目前,打假领域涉及的惩罚性赔偿条款主要是《消费者权益保护法》第55条和《食品安全法》第148条。《消费者权益保护法》是消费领域的一般法,其第55条第1款规定了“三倍赔偿”,

第55条第2款规定了损害的“二倍以下赔偿”;《食品安全法》是特殊法,其第148条第2款规定了价款的“十倍赔偿”和损失的“三倍赔偿”。一些法院对于职业索赔人应否获赔的争议将其归根于职业索赔人是否认定为消费者这一问题,认为职业索赔人应受《消保法》保护并据此获得惩罚性赔偿,一些法院对于职业索赔人获得惩罚性赔偿持否定态度。如“卢某与武夷山某食品有限公司网络购物合同纠纷”案<sup>①</sup>中,法院认为:

其次,原告要求被告给予三倍赔偿的法律依据是《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条第一款规定:经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍;增加赔偿的金额不足五百元的,为五百元。法律另有规定的,依照其规定。但适用该惩罚性赔偿条款的前提,一方面是原告系消费者,另一方面是被告存在欺诈行为。欺诈行为是指一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示。本案中,原告并非法律意义上的消费者,其以消费者身份主张权利不能获得《中华人民共和国消费者权益保护法》及相关司法解释为保护消费者而设定的权益。故原告要求被告三倍赔偿5736元的诉讼请求,无法律依据,本院不予支持。

对于职业索赔应否适用惩罚性赔偿条款以及适用的具体条件,笔者将从以下方面分述。

#### (1) 惩罚性赔偿条款的立法考察

①惩罚性赔偿条款立法目的经济分析。《消费者权益保护法》及《食品安全法》之所以设置惩罚性赔偿条款,并且在修法过程中逐步提高赔偿的倍数,其立法考虑之一就是希望通过这种激励机制来鼓励更多人打假维权。从规范经营者的角度来看,普通的补偿性赔偿对于经营者的影响微乎其微,况且在多数情况下

---

<sup>①</sup> 徐州市云龙区人民法院(2017)苏0303民初1042号民事判决书。

消费者往往会放弃维权,导致补偿性赔偿对经营者的威慑力十分有限。《消费者权益保护法》和《食品安全法》之所以设置多倍惩罚性赔偿条款,就是为了起到震慑经营者,激发其降低风险和追求安全的积极性。

②惩罚性赔偿条款立法条文分析。从立法条文本身来看,对“损失”作扩大解释同样不失为解决问题的一条路径。由于《消费者权益保护法》在第55条第1款并未对“损失”的范围进行限定,第2款的“损失”则限定为“死亡或健康严重损害”,因此可以对第1款规定的“损失”做广义理解,这种损失既包括金钱损失也包括身体损害。所以认定其存在损失是合乎情理的。同理,《食品安全法》第148条第2款规定的“损失”也是泛指,既包括买到不合格商品的损失,也包括身体受到的损害。立法上将价款的十倍与损害的三倍并列,目的就是为了保护消费者,让消费者可以在两者中选择赔偿金额更高者。因此,消费者是否存在实际损失并不是适用惩罚性条款的前提,因为广义上消费者支付对价却没有买到合格商品,本身也是一种损失。

基于上述考量,在职业打假领域适用惩罚性赔偿条款的争议基本可以消除,并且在当前普通消费者维权不足、经营者违法成本降低的情况下,引入职业打假无疑是除了公益诉讼之外的次优选择。

## (2) 职业索赔领域惩罚性赔偿的适用条件

关于惩罚性赔偿的适用条件,《消费者权益保护法》第55条第1款规定的前提是“经营者有欺诈行为”,而第55条第2款规定的前提是“经营者明知存在缺陷仍然提供,造成死亡或健康严重损害”。最高人民法院在《对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》中提出,消费者获得惩罚性赔偿的前提是经营者的欺诈行为,而“职业索赔者并不存在主观上受到欺诈的情形”。虽然上述观点用“消费者主观上是否受到欺诈”来判断“经营者是否有欺诈行为”,有混淆概念之嫌,但在最高司法机关有明确意见的前提下,普通消费产品领域,职业打假适用惩罚性赔偿条款确实存在很大障碍。而在食品药品领域,根据最高人民法院《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》的第3条<sup>①</sup>,消费者即

① 《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条规定:因食品、药品质量问题发生纠纷,购买者向生产者、销售者主张权利,生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由而进行抗辩的,人民法院不予支持。

使明知商品为假冒伪劣仍然购买,并以此诉讼索赔时,人民法院不能以其职业索赔为由不予支持。同时,《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第17条还明确了化妆品、保健品等产品参照适用食药品的有关规定。由此可以得出,目前在食品、药品、化妆品、保健品等领域,职业打假可以适用惩罚性赔偿;在其他普通消费领域,除非职业打假人因消费产品死亡或健康受到严重损害,一般情况下不适用惩罚性赔偿条款。

综上,基于立法目的考察及现实需求探究,在坚持合法合规打假的前提下,应予承认职业索赔者的消费者资格,除非其将商品再用于生产销售;在食品药品领域,应予支持职业索赔者惩罚性赔偿请求。希望在司法实践中逐步统一认识,减少职业索赔同案不同判现象,给社会公众一个合理的预期。

### 专题三

## 虚拟财产纠纷的实证路径探寻<sup>①</sup>

**摘 要:**本专题通过对虚拟财产案件(除虚拟货币这一分类外)的判决书实证研究及对相关学者论述观点比较对理论研究,初步捋清了检索类案中案涉财产类型、权利性质、财产价值计算方式,进一步指出了虚拟财产交易、继承的立法模式,即赞同绝大多数虚拟财产按照物权保护路径以“权利范式”调整我国现今网络虚拟财产法制体系,设置相关物权规则,与其他部门法相适应、协调。

**关键词:**虚拟财产 电子数据 虚拟财产法律性质 虚拟财产交易 虚拟财产继承

笔者通过“虚拟财产”“网络虚拟财产”等关键词对北大法宝、中国裁判文书网(截至2021年12月17日查找到的全部网站)所载案例,分别进行检索,得到初步样本案例156个,经过进一步筛选,剩余有效样本案例共97个。其中案涉虚拟财产种类繁多,进行归类整理,基本可分为以下两种类型:1.游戏物品和货币类,例如游戏中的武器装备、宠物、药剂、金币、魔石、勾玉等;2.账号类,包括QQ账号、微信账号、游戏账号、淘宝网店账户、直播平台账号等。

针对虚拟财产,我国受传统大陆法系影响,依旧试图用诠释对话与符号以及溯源财产变革历史的方式,将其在物、财产、财物、财产性利益等概念的范畴之下构建起一个适用于中国国情的自洽系统,使裁判具有安定性、统一性。网络虚拟财产的核心是电磁数据,依赖通信设备等载体而存在,这种信息的生成、传输和

---

<sup>①</sup> 案例共同整理人范鑫月、李博雅、刘思彤、阿茹娜均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。



储存根本上都是“0-1”的数字代码,这就使虚拟财产突破了大陆法系对于物的定义范式,传统的概念定义发生崩塌。

## 一、虚拟财产之财产属性分析

随着网络世界的飞速发展,人们对原本属于二进制世界的虚拟财产的保护要求日益提高。有关虚拟财产究竟是不是财产的讨论也随之拉开。

对于“财产”本身,我国学界的主导观点认为“民法上的物,就是财产<sup>①</sup>”。至于何为民法上的物,主要观点认为:“人体意外能满足人的需求的,具有稀缺性的,为人所能支配的对象<sup>②</sup>”就是物。总结起来,财产也就具有以下几个特征:价值性、有用性、可控制性、流通性、稀缺性。

就虚拟财产是否具有财产属性,目前学界存在否定论和肯定论两种观点。

否定论者认为虚拟财产不是财产:第一,虚拟财产是完全虚拟的,犹如比赛中的分数,本身是不存在的,因而不具有价值。第二,虚拟财产的价值不是普遍的。玩家之间、玩家与非玩家之间对同一虚拟财产的价值认定可能完全不同,有人认为价值千金,也有人认为一文不值。第三,虚拟财产的财富无法回收,一旦服务器关闭,平台不会对虚拟财产进行变现回收。第四,虚拟财产并非通过经济学角度的劳动获得,而是在休闲娱乐活动过程中产生的。第五,虚拟财产的产生不意味着社会总财富的增加,消灭也不意味着社会总财富的减少。<sup>③</sup>

而肯定论的学者则认为,虚拟财产具有所有上述属于财产的特征:其一,虚拟财产具有价值性,虚拟财产的取得需要用户划分金钱、时间、精力、情感等许多劳动性的通入,具有经济学上的使用价值和价值。其二,实用性。虚拟财产既能够满足用户放松身心的需求,也能满足平台获取利润的需要。其三,可控制性。以网络设备作为载体,通过账号密码等凭证,虚拟财产可以为人们所控制。其四,流通性。一些虚拟财产在用户之间、用户于平台之间的流通已经被市场普遍承认。其五,稀缺性。网络账号、装备等都是唯一的,看似完全相同的装备,其源

① 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1996年版,第49页。

② 江平:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第312页。

③ 杨向华:《网络游戏虚拟财产法律性质浅议》,《湖南公安高等专科学校学报》2004年第3期。



代码也是不相同的。<sup>①</sup>

国内首例虚拟财产被盗案“李××诉某公司案”<sup>②</sup>中,法院认为:

虽然虚拟装备是无形的,且存在于特殊的网络游戏环境中,但并不影响虚拟物品作为无形财产的一种获得法律上的适当评价和救济,玩家参与游戏需要支付费用,获得游戏时间和装备的游戏卡也都需要以货币的形式来购买,这些都说明虚拟装备具有价值含量。

通过检索发现,尽管存在个别法院持否定意见,目前我国司法裁判中的主要观点仍然有清晰的肯定论倾向。

## 二、“物债二分”理论下的裁判分歧

关于虚拟财产的法律属性,国内学界存在多种不同观点,其中主流观点分为“物权论”和“债权论”此二类。

债权说的观点从互联网服务提供商(以下简称“ISP”)出发,认为虚拟财产的本质是一种债权性权利。在这种合同关系中,ISP与玩家分别是服务提供者和消费者:ISP提供符合法定或约定要求的质量、数量等服务,玩家接受服务并支付对价。<sup>③</sup>所以,ISP和玩家是不存在所有权交易关系的,ISP也不是以转移游戏及其辅助功能的所有权为目的的;玩家购买游戏中的装备和物品的目的也仅是在游戏中予以运用,相关装备的控制仅标志着有权利享受运营商提供的相关服务。<sup>④</sup>在用户未接受此种服务之前,对平台中的虚拟财产ISP无可争议地享有所有权;然而一旦运营商开放其系统,便在相关虚拟财产上设定了许可使用权。<sup>⑤</sup>所谓无

① 石杰、吴双全:《论法律虚拟财产的财产属性》,《政法论丛》2005年第5期。

② 北京市朝阳区人民法院(2003)朝民初字第17848号民事判决书。

③ 石杰、吴双全:《论法律虚拟财产的财产属性》,《政法论丛》2005年第5期。

④ 邓张伟等:《网络游戏中虚拟财产的法律属性及其各方关系问题之分析》,中国民商法律网,2004年3月25日, <https://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=15061>。

⑤ 石杰、吴双全:《论法律虚拟财产的财产属性》,《政法论丛》2005年第4期。

形财产的许可使用权中的全部或者部分权能许可给他人使用的制度。<sup>①</sup>在此架构上,用户接受ISP以注册协议的形式发出的邀约,订立法意义上的合同,取得了接受服务的债权,双方便形成了一种基本的服务合同关系。在这一合同关系之下,虚拟财产的许可使用权便是服务的一部分,同时虚拟财产也是提供服务的载体之一。这种债权具有一定特殊性:其一,该债权随着用户利用虚拟财产进行升级等外延随之扩大,呈现一种扩张趋势;其二,债权呈现出一定的物权化特征,其保护和救济方式上与物权有相似之处——例如由于虚拟财产的数据可恢复性,受到侵害时可要求ISP进行恢复。

而物权说则将网络虚拟财产确认为一种特殊的物。立足于物的概念应随着社会经济和科技发展而扩张,只要具有法律上的排他支配可能性或管理的可能性,都可以认定为物,超越了传统物权理论认为的,物权客体是占有一定的空间且有形的存在,应当具有有形性和独立性的特征。<sup>②</sup>其下又分为所有权说和使用权说两种。所有权说认为,虚拟财产本质上是一种电磁记录数据,它是网络用户付出时间、金钱等对价而取得的,虚拟财产具有有用性、稀缺性、流通性,用户可以依其意愿对虚拟财产实施处分;玩家对虚拟财产的权利是排他的、绝对的;虚拟财产权保护的正是用户对虚拟财产主张的精神及经济上的价值利益,因此虚拟财产权当然可以成为物权,并且可以成为与所有权一样的最高层次的物权。使用权说则认为,虚拟财产所有权论并不足以说明虚拟财产的性质。用户对于虚拟财产并不享有完全的处分权。例如,当运营商发现用户采用外挂、非法复制、盗窃等手段获取虚拟财产时,有权无条件收回,无须征得用户的同意。因此,虚拟财产所有权属于运营商,而用户则享有使用权。<sup>③</sup>

然而,但上述学说尚未形成定论,且学说也无法作为司法裁判的依据。笔者认为,应当在认定虚拟财产具有财产价值,且认可绝大多数虚拟财产属于物权客体的基础上,区分具体形态的各类虚拟财产,设置不同种类权利。目前,我国法院在判决中对不同类型的财产进行了较为明显的差异判断。下文将以部分虚拟

① 吴汉东:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第96页。

② 杨立新、王中合:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》2004年第6期。

③ 林旭霞:《虚拟财产权研究》,法律出版社2010年版,第84-85页。

财产形态为例,结合国内外立法、司法实践及我国虚拟财产“物权说”相关理论展开论述。

## (一)网络游戏内物品的虚拟财产案件分析

### 1. 网络用户之间纠纷

游戏内物品可分为两类:一类是虚拟货币;另一类是游戏中的虚拟人物所使用或拥有的道具、装备、宠物等具有虚拟的财产属性的虚拟物。学界传统观点认为,虚拟财产是指作为游戏软件中的软件模块的影像或化身存在于虚拟世界中,被虚拟人物掌控和支配的具有虚拟的价值和使用价值的虚拟物或虚拟货币。虽然在虚拟世界中有虚拟的财产属性,但其不是由劳动创造的,不具有任何现实价值,基于此,不应该进入市场进行违背价值规律的交易,故而在现实世界中缺乏效用、稀缺和流转三种性质,不具有现实的财产属性。因此,对用户之间关于游戏币等虚拟财产进行真实财产交易的行为应予以禁止。<sup>①</sup>但随着网络科技的发展,“物”的释义范围日渐扩大,这一传统理论日渐被动摇。我国法院在实务裁判过程中会尽力避免诉诸确切的结论,但从名词的选用、合同效力认定等方面,我们仍可以窥见其对“物权说”的倾向。例如在“梅××与被告冯×返还原物纠纷案”<sup>②</sup>中,法院有如下论述:

本院认为,本案中原告出借的游戏道具为网络虚拟财产,原告依照法律规定依法享有支配、收益的权利,原被告之间形成借用合同关系,原告完成其出借义务后,被告有按期返还义务,双方在本案中未约定借用期限,原告有权随时要求被告返还,经原告催告后被告在合理期限内未予返还,现原告请求判令被告立即返还,合法有据,本院予以支持。相关游戏道具在网络交易平台上的交易并不被法律禁止,证明有其经济价值,原告主张在被告不予返还情况下赔偿损失,本院按判决作出之日对应游戏道具在网易BUFF游戏饰品交易平台上的最低出售价予以

<sup>①</sup> 侯国云、么惠君:《虚拟财产的性质与法律规制》,《中国刑事法杂志》2012年第4期。

<sup>②</sup> 江苏省常熟市人民法院(2021)苏0581民初6379号民事判决书。

支持。被告冯×经合法传唤未到庭参加诉讼,视为放弃诉讼权利,应自行承担相应法律后果。

本案中法院认定案涉“反恐精英”游戏中的武器和武器皮肤等游戏装备为虚拟财产,承认了游戏装备成为财产客体的可能性。随后,在认定案件所涉关于该装备的借用合同是否成立时,法院的表述为:“原告依法享有支配权”,而支配权为“物债二分”的框架下,物权所特有的特性;另外法院提到该类“交易”并非法律所禁止的,也可以看出,法院承认玩家对游戏装备等享有物权下的处分权。再者,法院认为原告请求判令被告“立即返还”是合法有依据的,且本案的案由正是“返还原物纠纷”,而“返还原物”的救济方式也正是物权相较于债权所特有的。综上所述我们可以看出,本案中法院所持的立场正是“物权说”。

另外在“邢××诉谷××信息网络买卖合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院认为:

依法成立的合同,对当事人具有法律约束力,当事人应当按照约定全面履行自己的义务。本案双方当事人虽未签订书面买卖合同,但根据原告举示的证据,能够认定双方当事人已经形成买卖合同关系。

当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行的,当事人可以解除合同。合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。本案中,双方当事人交易的游戏币作为网络虚拟财产,具有交换价值,属于商品范畴,可以作为买卖合同的标的物。原告已向被告支付了价款,但被告仅履行了少量交货义务,经原告催告后,仍未及时按约履行主要交货义务,被告的行为已经构成违约。现原告要求解除买卖合同的诉讼请求,符合法律规定,本院予以支持。原告诉称双方口头约定交易价格为41魔石/元,被告已交付的游戏币价值487.80元,被告未就此提供相反的证据予以证明,本院对原告的前述陈述予以采信。对原告要求被告返还货款39512.20元的诉讼请

<sup>①</sup> 重庆市大足区人民法院(2021)渝0111民初1529号民事判决书。

求,本院予以支持。

本案所涉虚拟财产为网络游戏游戏币。法院仍然认为游戏货币可以成为当事人合法财产的一部分。本案案由为双方当事人之间的买卖合同纠纷,法院认定案涉合同依法成立。而买卖合同进行履行的前提正是“卖方依法对于合同标的享有所有权”,(或者“在商业交往中卖方为所有权人的代理人”)。可见法院所持依然为“物权说”。

在案涉虚拟财产为游戏装备或货币,且争议双方为用户的情形下,大多法院更倾向于“物权说”。法院持此论有以下几点原因:1. 法院无查明义务。在一些情况下,游戏用户进行账号注册时,其与运营者之间的用户协议会明确说明,账号以及账号中附加的虚拟财产的所有权归运营者,而用户享有使用权且明确禁止用户利用作为虚拟财产的武器装备进行牟利。这时根据此类协议,玩家便不享有装备或者游戏货币的所有权。然而出于不告不理原则,该纠纷为用户间争议,用户所举证据通常不包含以上内容,且此类虚拟财产所有权是否归属于用户并不涉及到更大的公共利益。因此由于法院查明义务有限,才更倾向于适用“物权说”;2. 不告不理原则。相较于对游戏投入大量精力和财力的玩家来说,运营者对个别装备或游戏币流转所涉利益并不大,因此多数情况下,运营者不会单独起诉,或者作为第三人对案涉虚拟财产主张权利;3. 出于审判流程考虑。若法院就用户与平台间协议中是否对装备、游戏币等虚拟财产的权属予以约定进行查明,不利于庭审效率。

笔者赞同“物权说”理论及多数法院对此类案件持有的观点:无论从法益保护还是适用现存法律的合理性来看,在此种情况下适用“物权说”都是具备合理性与正当性的。

## 2. 网络用户与网络游戏运营者之间纠纷

不同于用户之间,在裁量用户和运营者之间的纠纷时,裁判者利益难以很好地平衡双方利益。一方面,双方地位悬殊,运营者单方拟定的格式条款的效力直接决定用户责任大小,一些格式条款是合理的,但另一些却是运营者逃避己方义务的庇护所,法官如何认定,属实不易;另一方面,网络游戏市场监管难度高,在认定用户是否享有虚拟财产权利、思考虚拟财产适用何种法律保护的同时,防



止、遏制玩家的恶性游戏行为也要纳入考虑,由于这些问题目前我国尚未有统一、明确的立法指引,用户与运营者的矛盾日益突出,亟待有效解决。

虽然我国现实矛盾的激化呼吁立法的进益,但能够参考借鉴的外国虚拟财产认定方式也比较稀缺。目前国外对虚拟财产的司法实例数量并不是非常可观,而在比较法上对于虚拟财产认定无法达成共识,使得用户与游戏运营者之间的纠纷处理方案非常模糊、局限。

如在 *Bragg v. Linden Research, Inc.* 案中,虽然原告认为其对第二人生(Second Life)游戏中的物品拥有所有权,但林登实验室却将原告从网络社区开除,并没收其在账户中的所有虚拟财产和货币(大约等于现实世界的2000美元)。然而,值得注意的是,本案的最终判决却主要涉及的是强制性仲裁条款的效力,并未明确虚拟财产的法律属性。

并且,在之后的 *Evans et al. v. Linden Research, Inc. et al.* 案中也涉及虚拟财产法律属性的争论。遗憾的是,此案最终却以和解的方式结案,法院未就虚拟财产的法律属性给出分析评判。这一案件的和解结局说明网络服务提供者宁愿给予用户补偿,也不愿意法院去明确虚拟财产的物权,尤其是所有权属性,以免对其产生更大的不利。从美国法院的裁判而言,可以发现,到目前为止法院都不热衷于从物权角度,而是更倾向于从合同法和知识产权法角度来进行判断。就此而言,在美国有关虚拟财产法律属性的讨论也仍然停留在理论层面,并未获得立法和司法层面的明确认可。<sup>①</sup>

将视野转向我国法院,对于虚拟财产究竟如何判断属性、捋清用户与运营者之间的法律关系,各地也未能统一。

在“完美××控股集团有限公司与完美××重庆互动科技有限公司等网络侵权责任纠纷”<sup>②</sup>一案中,完美××游戏平台提供的《老虎游戏用户协议》中载明:

完美××产品和服务中的各种虚拟物品数据,包括但不限于金元宝、银元宝、黄金、白银、游戏币、道具、装备等,是完美××所提供的服

① 李珊珊、黄忠:《〈民法典〉下虚拟财产的法律属性及其可继承性辨析》,《上海政法学院学报》2021年第1期。

② 北京市第三中级人民法院(2019)京03民终10897号二审民事判决书。



务的一部分,其所有权归属完美××。用户只能在合乎法律规定和游戏规则的情况下使用,且可通过游戏行为和充值行为获准使用部分虚拟物品。本协议所称玩家对“虚拟物品的交换/转让”均指虚拟物品使用权的交换/转让,玩家无权交换/转让虚拟物品的所有权。用户或完美××可随时根据实际情况终止网络服务,完美××不需对任何用户或第三人负责而随时终止网络服务;完美××不担保提供的服务不会被中断;本用户协议项下所有的通知均可通过重要页面公告、电子邮件或常规的信件传送等方式进行,该等通知于发送之日视为已送达收件人。

法院认定:

网络游戏中的虚拟财产,虽然以数据形式存在于特定空间,但由于其具有一定价值,满足人们的需求,具有合法性,能够为人所掌控,属于在一定条件下可以进行交易的特殊财产,故而其具有财产利益的属性。完美××公司与重庆完美××公司作为游戏开发运营者,以网络为载体提供游戏平台,张××作为玩家参与游戏并支付相应费用,张××通过设立游戏账号,以金钱获取游戏账号内的虚拟人物、装备及等级,进行游戏时对其账号及账号内的虚拟人物、装备可行使占有、使用、分配、处分等诸项权利,这些金钱的支付和劳动的付出使得网络虚拟财产具有财产性,完美××公司、重庆完美××公司对游戏进行停服,侵犯了张××合法财产权益,应赔偿张××的相应损失。

此案中,法院首先认定了虚拟游戏装备具有财产价值。其次,对于游戏公司提供的《老虎游戏用户协议》中,虚拟游戏装备等物品的所有权归属于公司本身,用户仅能以游戏或充值行为获得虚拟物品的使用权的说法不予认可,法院认为当用户设立游戏账号后,即对于账号及账号内的装备享有所有权。最后,针对游戏停服情况,也认为协议中游戏公司可随时根据实际情况终止网络服务,不需对任何用户或第三人负责而随时终止网络服务,不担保提供的服务不会被中断的

条款无效,最终判决游戏公司对游戏停服,导致用户张建福虚拟财产灭失的行为属侵权行为,应当承担赔偿责任。

这一案件中若适用“债权说”,承认约定基于双方合意确定虚拟财产归属,不存在疑问,进而全部认可运营者在《老虎游戏用户协议》中拥有的各种权利,显然难以保障处于弱势地位的用户的权益;对于因游戏停止运营导致的虚拟财产归于灭失,运营者直接声明不承担任何担保、赔偿责任,用户将无法获得相应赔偿、补偿,个人权益将受到不合理减损,因此法院出于倾向保护作为弱势消费者群体的用户,采用了物权说。

在“李××与广州某公司网络侵权责任纠纷”<sup>①</sup>一案中,网易公司提供的《服务条款》载明:

游戏道具(或称“虚拟物品”)包括但不限于游戏币、装备、武器、坐骑、宠物、召唤兽等,其所有权归某公司所有,用户只能在合乎法律规定和游戏规则的情况下使用。根据必备条款的约定,某公司有权审查用户注册所提供的身份信息是否真实、有效,并应积极地采取技术与管理等合理措施保障用户账号的安全、有效;用户有义务妥善保管其账号及密码,并正确、安全地使用其账号及密码。任何一方未尽上述义务导致账号密码遗失、账号被盗等情形而给用户和他人的民事权利造成损害的,应当承担由此产生的法律责任。如果某公司发现用户数据异常,某公司有权根据本《条款》、游戏公约、玩家守则的规定,采取相应措施:包括但不限于对游戏账号的冻结、封停、中止直至删除……对涉及使用外挂的游戏角色拥有的虚拟物品进行冻结或收回,基于上述行为而被某公司冻结、终止、删除网易邮箱账号、游戏角色、虚拟物品或采取其他限制措施的用户,无权因此要求网易公司承担任何责任。

法院对某公司在履行服务合同过程中的行为,即针对李××违规游戏操作而对其进行封号处罚是否存在过错,以及其能否善意取得道具“修炼果”的所有

<sup>①</sup> 广东省广州市(2021)中级人民法院(2021)粤01民终5644号二审民事判决书。

权的问题作出如下认定：

李××在参与××××游戏前,需要同意《某邮箱账号服务条款》等一系列协议,上述规定虽然是某公司单方拟定的格式合同,但某公司作为游戏的运营者,负有管理、维护网络游戏安全,提供公平、稳定的游戏运行环境的义务,其有权与游戏用户约定游戏的相关规则。某公司援引用于本案的相关条款并无明显免除己方责任、加重玩家责任或排除玩家主要权利的情形。当事人双方已经在《某邮箱账号服务条款》等一系列协议中约定某公司拥有数据的所有权,玩家拥有使用权,该约定并未违反法律禁止性规定,应属有效,双方应遵守相关约定。李××仅凭其对实际使用情况的认知,即认为拥有道具“修炼果”的所有权,与协议约定不符。此外,李××违反《玩家守则》取得涉案“修炼果”,主观过错明显,故李××以善意取得为由,要求判令道具“修炼果”的所有权归李××所有,亦缺乏事实和合同依据。综上,某公司在履行服务合同过程中并未存在过错,李××要求某公司停止侵占账号、返还账号财产、恢复原状,赔偿经济损失、赔偿合理维权费用和赔礼道歉,请求判令游戏道具“修炼果”的所有权归李××所有,一审法院不予支持。

对比前案,在此案中法院认定运营者单方拟定的格式合同《服务协议》等规定有助于履行其管理、维护网络安全、提供公平稳定游戏运行环境的义务,其中约定电子数据、虚拟游戏装备归某公司所有,玩家只享有其使用权,不可转让的条款未违反法律禁止性规定,且并无明显免除己方责任、加重玩家责任或排除玩家主要权利的情形,协议有效。故某公司因玩家李××游戏违约行为封停其账号并无过错,李××也不能获得游戏道具“修炼果”的所有权。

在运营者和用户的纠纷中,法院倾向于适用债权说,物权说在此处不利于平台出于维护运营或升级服务等正当目的管理用户所有的虚拟财产。但是,坚持“物权说”立场的学者对用户与游戏运营者之间的权利属性、特质之于此问题通过四个案例(“红月案”“second life案”等),说明虚拟财产“债权说”仍然存在欠缺,进一步地回答了虚拟财产定性、归属、特性、与双方合同之间的关系。其认

为,“虚拟财产权是物权。虚拟财产权利是‘直接支配性’权利而非‘请求履行性’权利……虚拟财产并非当然属于运营商或属于用户。是否享有虚拟财产权取决于权利的正当性根据。”<sup>①</sup>在一些网络游戏案件中,虚拟财产可能作为一种故意侵权的手段与途径,由于违规操作,玩家的部分道具被冻结、没收等。此时的“虚拟财产”已然不具备物权客体属性,不属于权利人支配、占有、使用、收益的合法财产一部分。此时虚拟财产之上被认定为对特定主体的“请求权”,可以防止恶意用户的行为失范,并且其裁判逻辑与“物权说”并行不悖,应在特殊的用户违规违法操作案例中根据具体情况予以肯定。

在我国司法实务中,法官谨慎行使自由裁量权,针对个案诉请,平衡运营者、用户和公共利益,灵活采用物权说与债权说,以目前网络发展现状为基础,充分保护各方权益,作出相应判决。但是,“物权说”不论在民法传统上还是在促进现实纠纷解决的意义上都有其理论依据与确凿基础,因而对于虚拟财产,除一些与公众利益关切极大,有很强的公众影响力,不适宜转让、继承给他人的各个平台的账号外,应当对虚拟财产所有人在虚拟财产之上享有的物权持赞同观念,以物权规则为基础体系构架网络游戏虚拟财产通过买卖、赠送等行为流转的一系列规则。

## (二)账号类虚拟财产的相关案件

多数情况下,各种账号已经成为了涉虚拟财产裁判中的各法院所普遍承认的具有财产属性虚拟财产。然而,在此基础上由于账号进行价值添付的使用与经营行为不仅仅涉及到平台和用户的利益,还要考虑到对市场、网络秩序等公共利益的维护问题。

### 1. 强公益性弱人身属性账号

在“王××诉广州某公司、王×网络侵权责任纠纷一案”<sup>②</sup>中法院有如下论述:

<sup>①</sup> 林旭霞:《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009年第1期。

<sup>②</sup> 广州互联网法院(2020)粤0192民初38173号一审民事判决书。

首先,在目前法律法规对虚拟财产的权属没有作出明确规定的情况下,应充分尊重民事主体的意思自治,依据当事人之间合法的约定认定相关权利的归属。涉案账号最初以王××的身份信息进行注册,在此过程中王××完成了实名认证并与某公司之间签订了《酷狗直播用户服务协议》《酷狗用户账号规则》,上述协议内容未违反法律、行政法规的强制性规定,应为合法有效。由于系列用户协议,仅对用户享有账号使用权作出约定,未涉及所有权问题,因此王××主张其享有账号的所有权缺乏合同依据,本院不予采信。根据协议内容,王××享有账号的使用权。虽然王××注册之后将账号交给了王×使用,但缺乏明确的将其在上述协议中的权利义务概括转让给王晗的意思表示,故应认定账号实名认证人为王××,账号的使用权属于王××。其次,上述系列用户协议明确约定,用户不得借用账号,或者以其他方式许可他人使用账号……

可见在此案件中,法院持“债权说”,认为王××仅基于用户服务协议对该账号享有使用权,而非所有权。这种裁判依据正是上述判决中所提到的《酷狗用户账号规则》。该“规则”根据文化部(现文化和旅游部)所出台的《网络表演(直播)行业主播“黑名单”管理制度》制定,要求用户完成实名认证,并明确限制直播账号的借用。从法益保护角度来看,这种协议不仅仅保护了用户和平台的利益,更是保护了政府对网络直播乱象整治的公共利益。法院持“债权说”正是对这种法益保护的认同。

在“杨××淘宝店铺ID案”<sup>①</sup>中法院也有类似说理:

杨××在淘宝注册并获得淘宝店铺ID:yq360987654,该淘宝店铺属于网络虚拟财产,其在注册成功前已与淘宝公司签订《淘宝平台服务协议》。《淘宝平台服务协议》明确规定,店铺转让实质为店铺经营者账户的转让,且淘宝经营者不得以任何形式转让淘宝账户(仅当有法律明

<sup>①</sup> 河南省洛阳市中级人民法院(2018)豫03民终1272号二审民事判决书。



文规定、司法裁定或经淘宝同意,并符合淘宝平台规则规定的用户转让流程的情况下可以进行账户转让)。杨××与常××签订的《股份转让协议》,将淘宝店铺(ID:yq360987654)作价、以股份形式进行转让,该协议约定“甲方转让其股权后,淘宝店铺ID:yq360987654原享有的权利和应承担的义务,随股权转让而转由乙方享有与承担”。该转让行为实质上是杨××与淘宝公司间的合同权利义务一并转让给常××。合同权利义务的概括转让须经对方当事人同意,现杨××在未征得淘宝公司同意的情况下将淘宝店铺以股份形式私自转让,该转让行为不发生法律效力。

本案中法院以《淘宝服务平台服务协议》为依据,认为对淘宝店铺的转让实际上是对合同权利义务的整体转让,是明显的“债权说”的逻辑思维。作为其裁判依据的协议在设计此类规则时,其主要考虑除了是为方便平台对用户的管理和服务,更是由于淘宝店铺本身具有一定人身依附性,依附于注册者及店主的信用,若将所有权赋予用户并对账号的流转不做任何限制,会导致账号受让者的信誉得不到保障从而影响市场秩序。

从法益保护角度和规则使用结果来看,法院认为,“债权说”在此类案件中的应用确能有效保障消除账号使用人在账号使用、经营过程中可能受到为经营者带来的不良影响,能较大程度维护且有较大保障价值的公共利益。对于公益性强而人身属性弱的账户的案例,学界之中主要存在以下两个争议点。其一,账号作为用户享有服务的身份凭证,有学者持“物权说”将其类比为有偿证券,认为其应归持有人所有<sup>①</sup>。然而,由于账号正是基于ISP算法所预设的数据,脱离平台只是一串无用的代码,若让用户享有账号所有权恐无益于平台管理。<sup>②</sup>相反在债权说的框架下,ISP与用户之间的服务协议中通常包括用户通过注册账号、接受协议后获得用户资格的内容。账户作为虚拟财产正属于服务之一,用户只享有占有权。其二,服务合同作为格式化条款常包含对用户所享有债权转让的限制,体

① 王云霞:《QQ号码等虚拟财产归属及流转问题再思考——以电子格式条款的法律规制为视角》,《云南大学学报法学版》2012年第1期。

② 张楠等:《“网络平台账号”归属问题研究》,《法制博览》2021年4月下。



现为“除非有法律规定或司法裁定,且征得平台的同意,否则,账户和密码不得以任何方式转让、赠与或继承”。有学者以该条款“排除对方主要权利”为理由,认为其无效。<sup>①</sup>

然而,随着互联网产业、综合电子交易网站与移动支付技术的发展,网店的数量逐渐增加,网络购物繁荣发展的同时网络交易平台也出现良莠不齐的现象,各个网店的商誉与用户个人的信用、经营能力紧密挂钩,如果一网店随意更换作为平台经营者的用户为其他民事主体,那么该网店未来的信誉保障将成为一个不可预知的谜团,并且不排除接替者会因为经营能力不足、个人素质低等损害现存商誉的可能,如果将此类与大众消费者沟通频繁、日常交往极密切的网店作为物权客体肯定其作为财产一部分流转、继承等,将会让网络环境安全屏障出现罅隙,让消费者权益保护面临更多不可测的风险。社会提倡创造稳定、安全、纯净的网络环境,制定 ISP 算法之展的“网店数据化”格式条款,是充分考虑国家对网络环境的管控政策,以公共利益与公共福祉为价值导向的侧面体现。“债权说”在此类案件中的应用能防止接替者因资质不足在后续经营过程中可能为网络环境造成不良影响,能较大程度维护公共利益,属于虚拟财产物权规则的一个例外。

综上,然而,虽然目前在大多数“用户服务使用协议”“平台服务协议”等约定合同中,经营者采取对账号的占有、转让、交易的各项权能保留、封闭的做法,但这其实并不完全合理。在法的理念层面,不利于对用户创造性劳动、个人支配财产下的合法权益的完全保护;在实体法律层面,也可能违反合同平等、公平等原则,可能属于“排除对方权利”的无效格式条款。

## 2. 弱公益属性强人身属性账号

而此类账号则恰好相反,由于考虑公共利益程度较低,订立服务(消费)合同时,消费者利益应为基础的合同实现目标,也应为这一类别合同的最高价值导向,此时格式合同中有关限制账号转让条款应认定为无效,对其占有、使用、转让可以参考物权相关规则。详细内容将在下文加以讨论。

---

<sup>①</sup> 王云霞:《QQ 号码等虚拟财产归属及流转问题再思考——以电子格式条款的法律规制为视角》,《云南大学学报法学版》2012 年第 1 期。

### 三、虚拟财产的取得

财产的取得必须要遵循固定的法律范式,确定有权利的基础是权利取得的法律根据的正当性。从物权变动的角度来说,“物权变动的有效性”应当来作为确定物权归属的依据。物权变动即物权的产生、变更和消失。物权的取得即物权的产生,可分为原始取得和继受取得。

#### (一)用户取得网络中的游戏账户和游戏道具等的所有权

和现实世界的实体物一样,网络中具有独立价值的虚拟物是可以通过交易、赠与等方式继受取得的。实践中,网络上大多数虚拟财产确是通过上述方式继受取得:1)游戏玩家通过签订合同的方式支付一定对价,取得他人的虚拟财产所有权;2)通过互易、游戏玩家互换虚拟财产以此取得对方的虚拟财产所有权;3)赠与取得,一方将自己的虚拟财产无偿转移给游戏中另一方;4)PK赢取,游戏玩家间通过竞争对战等方式(前提是在游戏规则允许下),由一方赢得对方的虚拟财产。在以下“施某诉江某买卖合同纠纷案”<sup>①</sup>中法院观点如下:

原被告双方在微信中达成交易,由原告长期向被告供应游戏所需的点券、点卡、装备材料,被告以银行或微信转账的方式支付货款。法院判定网络游戏中的“装备”,系网络虚拟财产。虽原被告交易的虚拟装备是无形的,且存在于特殊的网络游戏环境中,但并不影响将其认定为具有价值的无形财产。原被告虽未签订书面合同,但根据原告提交的微信聊天记录,能够确定双方身份、标的和数量,应认定双方存在事实上的买卖合同关系。

笔者认为网络用户取得网络游戏中虚拟财产通常有几种方式,第一种方式即如上述——签订买卖合同。在上述案例中,施某已经支付了一定的对价而江

<sup>①</sup> 广东省深圳市福田区人民法院(2019)粤0304民初48681号一审民事判决书。

某未按照约定履行其义务。虚拟装备法院认定是具有价值的无形财产。本案中法院认定案涉游戏中的游戏装备为虚拟财产,承认了游戏装备成为财产客体的可能性。从案例分析的角度来说,此类“交易”并非法律所禁止,根据本案以及其他类似案件得出结论,法院承认玩家对游戏装备等享有所有权项下的处分权能。

第二种方式是玩家经合法注册取得游戏账户后,通过游戏升级的方式从中赢取虚拟世界的道具、角色、货币,或者在虚拟世界中进行交易取得虚拟物。一个玩家决定售出一个虚拟的游戏角色或者譬如游戏道具时,玩家依据服务器辅助进行虚拟财产的交易,这种交易一般只需要通过修改游戏数据,将一方所拥有的游戏虚拟物清单里所交易物数据清除,再加入到购买虚拟物玩家的清单中,使得用户取得虚拟物的所有权。用户在游戏中所拥有的具体的虚拟角色和道具的种类和数量,抛弃或保留等一系列的处分行为,完全取决于用户自身的活动。所以无论是从法律实践上还是从理论上,各个用户都是享有虚拟物法律上处分权的主体。

## (二)网络店铺原始取得的权利归属

网络店铺的存在依赖于网络交易平台,网络商店是一个模拟现实的存在,它不只是技术的产物,其财产利益也绝不仅仅是对虚拟空间的使用。

以“某景公司、淘某公司商业贿赂不正当竞争纠纷”<sup>①</sup>一案为例,法院观点如下:

网络运营者对于其开发的大数据产品,应当享有自己独立的财产性权益。随着互联网科技的迅猛发展,网络大数据产品虽然表现为无形资源,但可以为运营者所实际控制和使用,网络大数据产品应用于市场能为网络运营者带来相应的经济利益。随着网络大数据产品市场价值的日益凸显,网络大数据产品自身已成为了市场交易的对象,已实质性具备了商品的交换价值。对于网络运营者而言,网络大数据产品已成为其拥有的一项重要的重要的财产权益。另一方面,网络数据产品的开发

---

<sup>①</sup> 浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号二审民事判决书。

与市场应用已成为当前互联网行业的主要商业模式,是网络运营者市场竞争优势的重要来源与核心竞争力所在。本案中,“生意参谋”数据产品中的数据内容系淘某公司付出了人力、物力、财力,经过长期经营积累而形成,具有显著的即时性、实用性,能够为商户店铺运营提供系统的大数据分析服务,帮助商户提高经营水平,进而增进广大消费者的福祉,同时也为淘某公司带来了可观的商业利益与市场竞争优势。“生意参谋”数据产品系淘某公司的劳动成果,其所带来的权益,应当归淘某公司所享有。

而在淘某公司诉某景公司不正当竞争案中,人民法院也认为淘某公司在“生意参谋”数据产品中投入了人力、物力、财力同时该产品为淘某公司带来了可观的商业利益。因此,“生意参谋”属于淘某公司的劳动成果,其应归淘某所有。可见,在司法实践中,人民法院普遍认为对虚拟财产的产生付出艰辛劳动的一方应对其享有合法财产权。

关于网络店铺的实质构成和经营,根据《中华人民共和国电子商务法》第9条规定可以看出,立法者在事实上承认了网络店铺和网络店铺经营者具有独立于网络交易平台和平台经营者的法律地位。从经营的角度来看,根据《淘某平台服务协议》,网络店铺经营的状况是由经营者提供的产品或服务的质量综合决定的,经营者凭借账号以及根据淘某条款不得向他人透漏的账号密码对于网络店铺是独立开展经营。网络店铺的财产价值主要取决于其积累的商业信誉、客户群体、销售渠道的数量与质量<sup>①</sup>,虽然这些构成因素是无形的,但在大数据时代,以上因素却可以直接量化为具体可见的各项数据,如网络店铺信誉值、好评率、网络店铺访问量、收藏量等等。这些数据是网络店铺交易市场中衡量网络店铺价值的关键指标。

而每一个网店也都有其独有的内涵,店铺名称、信用记录、交易记录、交易评价、商品分类等要素,共同构成网店整体。其中构成网店的各要素之间相互作用力极强,只有作为一个整体,这些要素才能真正体现“网店”的财产性及其价值。

<sup>①</sup> 赵自轩:《网店转让的法律解读与规制》,《河北法学》2019年第1期。

因此,上述各要素以及网店经营过程中产生的财产权益共同构成网店财产的集合。网店作为集合性财产,产生于经营活动,而并不是“平台”的初始投入。

上述集合性要素如何合理设置规则,规则如何更好体现凝聚经营者的成果与转让的合理性,未来应在物权保护的规则制度下予以考虑。交易平台在电子商务经济中提供的仅是技术性服务,充当着交流媒介、信用分析及担保等作用。对于网络交易的实质内容,交易中的如缔约、履行、售后服务,网络交易平台提供者从未也不可能主动介入,即在网络店铺价值创造方面,平台只是一个基础的提供者与机会的创造者,与网络店铺后续的发展以及网店经营者创造、积累的一系列附随的虚拟财产没有直接关联。运营者的“管理”乃至“支配”不及“网店整体”。作为集合性财产的整体,“网店”所有权由网店经营者原始取得是符合民法思维、适应社会变革趋势、有效汲取各国立法之长的未来立法的必然选择。

因此,网络店铺的产生过程极大地契合了基于劳动的财产原始取得的过程,应该由网络店铺经营者原始取得网络店铺的财产权。网络交易平台禁止网络店铺转让的条款就构成了对网络店铺经营者享有的合法财产权的限制与剥夺,未来物权立法模式下,将对协议排除可转让店铺的禁止转让条款进行规制,对协议与物权的圆合进一步明晰。

## 四、虚拟财产继承

自虚拟财产出现在人们面前,学界就对虚拟财产的性质、交易和转让问题开展了广泛而热烈的讨论。虚拟财产的继承问题继而也成为现今立法发展过程中一个值得商榷的方面。2010年,《山西晚报》文章《数字遗产不受法律保护QQ、电邮无法被继承》引起广泛反响。此篇文章中的王先生认为父亲生前记录的一些影像与文字非常有意义,因此欲整理去世父亲在QQ邮箱中保存的照片、日记,要求QQ邮箱的网络运营商提供QQ邮箱的登录密码,以便整理其父遗留的照片,但其请求被对方拒绝。该事件被广大互联网使用者所关注,该文章被许多网站引用、转载,对这一文章观点各异。这一事件实质上反映了诸多兴起于当今数字信息时代的法律问题:在民法视域下,这一事件成为虚拟财产继承相关问题讨论的肇始。现实生活是否具有“虚拟财产”的客观存在?如果肯定其存在,虚拟财产



是否属于遗产的一部分?其范围如何加以界定?如果认可其继承性,又应制定怎样的法律指引继承人继承虚拟财产?基于此,笔者对虚拟财产继承问题展开分析。

### (一)虚拟财产继承的司法实践

对于我国虚拟财产的司法实践,统合前文所述案例,案件焦点集中于虚拟财产的法律性质、具体类别的虚拟财产侵权责任的认定、虚拟财产交易问题、合同效力及其部分条款的法律地位等问题上。对于虚拟财产继承问题,就用户个人账号(如手机号、QQ号、微信号等一般为用户本人持有、使用的账号)而言,有相关运营者(腾讯QQ、微信、联通、电信等通信社交服务平台)在服务协议中约定了账号继承事宜,也有一些网络游戏运营者制定的相关服务协议中提及了虚拟财产继承。关于其他案由下的虚拟财产纠纷中服务协议体现的继承条款,笔者在利用“中国法律法规检索系统(北大法宝)”搜索引擎,对“司法案例”检索项及这之下的“全文:虚拟财产继承”并“案由:民事”为检索条件进行检索,所得民事案例判决书共23份,发现大多服务协议对继承相关权利采取直接排除的方式。

以下以“李×诉浙江淘某公司等买卖合同纠纷案”<sup>①</sup>及“程××与赵××合同纠纷案”<sup>②</sup>一审民事判决书中当事人(网络运营者)给出的继承条款为例:

①2014年1月10日修订版的《淘宝服务协议》载明:您的登录名、淘宝昵称和密码不得以任何方式买卖、转让、赠与或继承,除非有法律明确规定或司法裁定,并经淘宝同意,且需提供淘宝要求的合格的文件材料并根据淘宝制定的操作流程办理。

②《腾讯微信软件许可及服务协议》主权利义务条款7.1.2规定“微信账号的所有权归腾讯公司所有,用户完成申请注册手续后,仅获得微信账号的使用权,且该使用权权属属于初始申请注册人。同时,初始申请注册人不得赠予、借用、租用、转让或者售卖微信账号或者以其他方

① 上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民一(民)终字第4045号二审民事判决书。

② 江苏省江阴市人民法院(2020)苏0281民初7297号一审民事判决书。



式许可非初始申请注册人使用微信账号。非初始申请注册人不得通过受赠、继承、承租、受让或者其他任何方式使用微信账号”。微信用户注册账号时必须对上述协议点击知晓并同意。

通过以上两则示例,可以窥见,大多网络运营者经常回避、排斥虚拟财产的继承,这明显不是合理的做法。此类网络平台在我国使用人数很多,继承的合法保护不能不予以高度重视。

此外,虽无案由直接写明“继承纠纷”的案例,但经检索,在“彭××”<sup>①</sup>一案中,有见对网络账号的公证实例,在当事人证明“自己不是不当得利主体”时以证据形式出现。法院认为,当事人首先需是“继承权利人”。由此推之,法院对公证书的合法性与虚拟财产继承持肯定态度。判决原文如下:

根据彭××提供的四川省成都市中大公证处出具的(2018)川中证字第7546号《公证书》的内容明确显示iviky会员经实名认证为彭××,并非本案中彭××主张的支付宝账号xxdxxx@163.com。其次,该《公证书》显示xxdxxx@163.com账号对应的用户名为赵×并非彭××,因此在赵×尚存在其他继承人的情况下或赵×针对xxdxxx@163.com支付宝账号及其内财产权利在生前是否有另行处分尚不明确的情况下,彭××目前尚不是支付宝账号xxdxxx@163.com的权利人,其不是不当得利返还请求权的权利主体。

而就包含虚拟财产继承裁判案例极少的现象,笔者推测,有以下两个因素。一是调解协商解决纠纷的便利性。涉案虚拟财产价值较低,通过当事人协商解决的成本较低,成功的可能性较大,因此当事人撤诉与对方协商达成一致解决纠纷的情况较多;二是虚拟财产的新发性。如前文所述,虚拟财产仍然是一个最近几年萌生的概念,虽然我国互联网发展迅速,但是我国网民平均年龄较小,在大多数时候不足以触发继承开始的条件,继承问题在我国发生的数量较少,还不够普遍。

<sup>①</sup> 四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2018)川0191民初20015号一审民事判决书。

虽然目前对于虚拟财产继承的司法实践仍然处于初期探索阶段,但是应该看到,当今时代已经不可避免地成为一个与网络空间交互共生、密不可分的信息网络化网络时代,随着互联网、大数据、现实虚拟技术、元宇宙等网络科技概念的蓬勃发展,未来关于虚拟财产将会出现更多复杂的继承纠纷,亟需通过统一、确定的继承法律规范予以合理解决。

对于虚拟财产的继承,绝不会仅仅止步于狭窄范围内如应用软件内或网站平台上的个人账号的继承纠纷。从2010年至今,时间已跨越十余载光阴,彼时的风波渐平不意味着未来此类纠纷永远偃旗息鼓,今后针对虚拟财产,将会涌现出更纷繁复杂的法律关系。目前我国虽然整合原有《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国民法总则》等一系列民法规范,出台了《中华人民共和国民法典》(以下简称“民法典”),但很多时代新发的问题,尤其是虚拟财产继承问题,仍未得到新立法的回应,《民法典》总则编虽然加入了第一百二十七条,但仅就虚拟财产给出参引性规范指导,不属于实际决定法律效果的行为规范、终局规范。在司法环节,法律自身的能动性仍不能很好地体现,虚拟财产继承如何判定,仍然要交由法官依照既存规则自由裁量。固然,法律的能动性一部分体现在司法者自身自由裁量权的行使上,但是,如果现实生活中一个几乎关系到无数人的重要法律问题,找不到关于它的统一规则,仍然借由零散分布的准用规则让司法者自己做出决定,那么大量的“同案不同判”结果将会对社会法律秩序的稳定产生强烈冲击,严重影响到社会公平与公正,甚至为有意逃避法律约束者留下可乘之机,滋生更多相关法律问题,带来无尽的法律困惑。

## (二)虚拟财产保护应基于“物权说”展开

肯定对虚拟财产的继承利益保护,实际上首先承认了虚拟财产的“物权性”。一些学者对此认可,其中有学者提出,“虚拟财产作为一种发展迅猛的无形财产……物本身所具有的丰富内涵更可以让虚拟财产作为一种财产类型纳入其中,而虚拟财产与现有的财产体系实能契合自不待言”<sup>①</sup>。

虚拟财产只有纳入财产领域,才会成为继承法保护的主体。在赋权主义下,

<sup>①</sup> 和丽军:《虚拟财产继承问题研究》,《国家检察官学院学报》2017年第4期。

虚拟财产的物权属性应当得到认可。从网络游戏出发,虚拟财产包括的游戏账号、游戏货币、装备、武器等具备广义上“物”的人身、财产价值,体现玩家时间精力、金钱的付出。玩家在合法范围内以合法手段取得的虚拟财产是玩家个人智慧的凝结,是玩家以现实财产交换的等价物,还有可能是“限量发行”“季节限定”“身份限定”等具有人身利益的(玩家特定时间、特定条件下由本人取得的)一种“物”。其远远不只是一种单纯基于精神需求提出的,对游戏运营者提供游戏平台及交流平台、资讯推送、账号异常处理等服务的行为要求。

如果认同“债权说”,那么由于网络服务合同只是一种相对性协议,那么基于意思自治原则,基于网络游戏产生的权利义务关系的基础仅是一纸协约,玩家的相对权在很大程度上无法产生对世效力,运营者相对于玩家而言经济实力、社会地位悬殊,玩家通过协议对运营者的强有力约束无从谈起。

虽然,部分玩家只是追求游戏体验,不会看重游戏内的虚拟财产,认为游戏只是一种愉悦感、体验感、刺激感的来源,继承与否并不重要,但大多数玩家对游戏内的虚拟财产归属、继承问题还是会持关注态度的。最重要的是,法律的制定不应当以玩家或其他人的主观情感为转移,而应当从我国现实国情出发,从当今互联网虚拟财产发展现状的大背景出发,结合法的基本理念、基本原则,确定新概念如何融入既存立法。

从权利产生的角度来看,虚拟财产可以被原始取得或继受取得。基于“创造虚拟财产或付出个人劳动取得虚拟财产”这一事实行为,虚拟财产的持有人理应享有包括对自己创造的“物”支配、使用、交换、处分等权能的权利。尤其是即使玩家无法掌握游戏背后的编程、算法,无法摆脱游戏背后程序员操控程序设定和数据集成的局限性,只享有在游戏操作范围内除所有权外的其他权能,但其使用权依然可以构成一种特殊意义上的“定限物权”。对“物权说”持反对意见的学者指出,如果网络运营商中断或终止服务,网络虚拟财产的效用即无法实现。网络虚拟财产的此种依附性特征衍生出其“请求履行”的属性,而非直接支配性。大多数虚拟财产相关服务具有暂时性不言而喻,但是其数据在未发生故意毁灭、消除或由于过失不慎丢失、清理的情况下,是可以永久存在的,对于这部分保留的数据,仍然具备“物”的特性,网络运营者无权剥夺他人对这部分数据合法占有、使用等的权利。这并不等于承认虚拟财产是一种电子数据,而是在特定情况下

虚拟财产形式的转变,不影响其作为“物”的继承规则的展开。

大多情况下,网络虚拟财产权的行使必须要得到网络服务提供者的技术配合,但这并不能成为否定网络虚拟财产权作为物权的理由,这正是网络虚拟财产作为特殊的物不可否认的本质特征,应在未来立法中着重注意。不论虚拟财产的来源是否是金钱的等价交换(即是否具有财产属性),虚拟财产都应当得到保护,构建属于虚拟财产的物权规则,进而构建属于虚拟财产的继承规则。

“遗产”这一概念是继承的客体。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百二十二条,“遗产”具有以下属性:1)时间性,遗产产生于特定时间,只有当被继承人死亡时,其专属财产才会转化为遗产;2)专属性,遗产是被继承人死亡时遗留下的全部个人财产(包括财产性权益),家庭、夫妻与其他共有人的共有财产不能为继承人所继承。具体表现如土地承包经营权、宅基地使用权等以“户”为主体,不属于个人,不可继承;3)合法性,遗产必须是被继承人合法所有的,在此意义上,经司法程序扣押的财产、生前犯罪所得的赃物、金钱等不属于遗产;4)财产性,遗产是依法可以转让给他人的个人财产或财产性权益,如著作权中的署名权、创作权、发表权以及劳动合同中相关人身权利因其人身性质而不能继承。遗产首先是“财产”,而“物”及“物上的权利”包含在“财产”之内。虚拟财产与以上特性不存在冲突,理应成为继承的客体——“遗产”的一部分。

### (三)虚拟财产继承的立法范式

对于虚拟财产继承立法,应当首要考虑的是将这一特殊财产纳入怎样的法律框架。由于虚拟财产涵盖的内容广泛,将其作为一种新的特殊的“物”的种类加以保护,较之参照传统民法概念上的“物”类推适用既存法律规范的保护而言,更具有合理性。随着时代发展,“物”也早已不局限于有形体的客观实在,虚拟财产是否有形,不影响对其适用物权变动之下的继承规则。将民法作为一种解决民事法律纠纷的工具,则民法是在民事主体产生纠纷时各民事主体间“权利和义务分配”的法律。作为其构成单元的民法各条款目前呈现两种规则范式。

一是“权利范式”。即在一种未纳入法律保护的人格、财产利益之上设立一种权利,其包含对应权利本身的特定法益。这一权利是一项赋予民事主体的“不受他人干涉、阻碍、打扰地维护此利益”的权利,此种范式下的权利能够在边界内



排除其他人的部分自由行为,成为一种对其他民事主体行为的“消极强制”。多体现于物权、人身权规范。

另一种则可以概括为“关系范式”,即不直接设立权利,而直接关注民事法律关系,按照“条件一效力一后果”,或“行为一后果”的三元或二元描述结构,将行为产生的效力、后果在具体的关系领域内规定。这一范式多适用于合同行为、侵权关系的规范。

对于虚拟财产继承,未来立法应当采取权利范式,在肯定虚拟财产的概念范畴和明晰虚拟财产性质、权利界分等基本问题的基础上,设置针对虚拟财产适用的继承规范,融入我国既存的继承法体系。目前这一观点得到大多数学者支持。举例而言,有学者指出,以虚拟性、创造性、实用性、价值性为判断标准的网络虚拟财产与有体物存在本质差别,其存在于网络世界中并受到网络服务协议和网络技术的双重约束,因此网络虚拟财产是一种与有体物和知识产品都不同的新型财产,对这一新型财产我们应该采取新的法权模式对其予以保护。<sup>①</sup>不仅是理论界的学者,实务界的法律职业者也曾表示应制定虚拟财产专属的规则。2004年,何佳林律师曾联合19位业内人士向全国人大法律委员会提请建议立法保护虚拟财产。<sup>②</sup>足见法律实务界人士对该问题的重视与对虚拟财产立法的现实性。

有必要提及的是,有一些“物权说”的观点表示,应当出台《网络虚拟财产权法》或《网络虚拟财产保护条例》等单行法规范,对虚拟财产进行保护。介于当时我国还未出台《民法典》,只有《合同法》《侵权责任法》等民事单行法存在,这样的建议是符合当时的立法实际的。但是在2020年《民法典》出台、2021年生效的背景下,设置单行法已无必要,采取将虚拟财产特有规则解释融入各个分编,将与其他条款的体系关系调整得当即可。

此外,有学者主张“赋权成本过高,利用当今法律解决纠纷才会发挥民法典应有的功能”的功能论,认为虚拟财产采用“权利范式”的立法模式,会产生对客体的依赖,甄别“虚拟财产”相关概念究竟是一种物权、债权还是知识产权客体毫无意义。虚拟财产能否被继承,不论从财产还是人身层面来讲,都可以通过“关

① 赵自轩:《网络虚拟财产法律问题研究》,西南政法大学2018年博士学位论文。

② 徐百柯:《19名律师建议全国人大立法保护网络虚拟财产》,中国青年报网,2004年1月9日, [http://zqb.cyol.com/content/2004-01/09/content\\_802705.htm](http://zqb.cyol.com/content/2004-01/09/content_802705.htm)。

系范式”的合同路径解决,认为利益保护的结果才是重要的,而非明辨虚拟财产的性质。

对于权利范式产生的影响,主张功能主义“关系范式”的学者认为,过早引入赋权模式,在理论上忽视了网络虚拟财产相较于传统财物在权利内容上的多样性和复杂性,不利于法律条文的解释空间在实践中得到合理利用,也在客观上提高了网络虚拟财产的未来发展空间被法律解释所包容的难度。<sup>①</sup>

然而,从财产权角度来看,有价值的虚拟财产不能有效存在,或因合同条款的有效性而自动转让给运营商,很可能会导致重大价值财产的灭失或不当得利,无法归属于本应有权接管的继承人;另一方面,附着于人身权利的虚拟财产在用户死后其亲属的人格利益应当得到保护,合同规定用户死亡后账号注销,会与现行《民法典》保护人格利益的立场冲突,但是每一案件案情不同,没有明确规范表明哪些运营商之行为具有禁止性,势必会导致维权困难,让一些行为“漏网”,让未来更多的法律关系陷入平等主体间一方对另一方正当继承权益进行限制的困境。法律正是因为立法者为积极解决不断出现的现实纠纷才得以产生、发展,面对纠纷却以“难度过高”为由安于现状,是一种责任的逃避,只有明确虚拟财产定性,才有可能让《民法典》显现实质性创新,才会更适应瞬息万变的当代社会。

#### (四)对“债权说”下虚拟财产继承的评价

虽然虚拟财产之上的物权保护赢得了广大呼声,但仍有部分学者坚持赋予虚拟财产债权保护已足的“债权说”,否定虚拟财产作为物权存在,将虚拟财产视为一种虚无缥缈的事物,将虚拟财产从“物”中除名,认为其不能作为遗产继承。举例而言,坚持“债权说”的学者认为,司法实践中对网络虚拟财产的保护并不直接适用排除妨碍、返还原物等保护方式,而往往是本着网络虚拟财产对网络运营商技术依赖性的特点,采取由网络运营商恢复网络用户数据的责任方式。在此司法实务背景下,网络虚拟财产权法律性质之争属于概念术语归类上的解释选择问题。<sup>②</sup>但是,这恰恰反映了立法不能周延保护门类庞大、种类繁多的新兴客

<sup>①</sup> 高邈梅:《网络虚拟财产保护的解释路径》,《清华法学》2021年第3期。

<sup>②</sup> 王雷:《网络虚拟财产权债权说之坚持——兼论网络虚拟财产在我国民法典中的体系位置》,《江汉论坛》2017年第1期。



体的弊病。以司法实践之模糊解释立法空白之可取,实属本末倒置。有学者指出,司法机关只是比照传统财物来进行调整处理,以达到社会经济关系的平衡,不能形成一套系统、有效的数字遗产保护制度,甚至有的司法机关不去受理这种纠纷。造成这种司法保护尴尬局面的根本原因就是调整数字财产纠纷的立法工作的滞后,形成法律的空白。<sup>①</sup>

正是由于缺少清晰明了的规则,司法者才会万般无奈之下选择按照“电子数据”或“法益”模糊处理。这恰恰不能论证“债权说”的合理性,反而说明了“物权说”应当得到立法的提倡。如果遗产中包含的虚拟财产仅被视作一种电子数据,那么依照现行法律,运营商很可能基于各种理由排除用户对数据的所有权,继承人的正当权益无法得到保护,且这种“债权说”本质上还是将虚拟财产视为一种“物”,无法跳脱出对虚拟财产的定性问题,而且进行了边界不明的、错误的分类,十分不利于保护继承人权益。

## 本专题结语

时代发展出现很多新的“物”的种类,对无形财产调整的范围在不断扩大。虚拟财产作为一种特殊的新生无形财产,应明确将虚拟财产直接纳入财产范围,并针对其特点以物权的规定设置相应规则。对于一些性质特殊的虚拟财产,其是否适用于排他性、绝对权性质的物权规则,有待考量,但未来立法应有清晰的认知,极小一部分虚拟财产不足以挑战虚拟财产全局的物权属性。

对于虚拟财产交易,应站在物权纠纷视角处理相关问题。并且,对于继承问题,考虑到虚拟财产与物之间的同一性关联,继承法相关规定部分可以准用物权法的规定,但也必须考虑其独有特性,在一些特殊方面设置其独有的规则,包括虚拟财产可继承范围、虚拟财产遗赠制度、虚拟财产遗产管理人制度、虚拟财产公证制度等。

采用“物权说”构建虚拟财产交易、继承纠纷解决所适用的法律,对于立法而

---

<sup>①</sup> 王国强、耿伟杰:《网络环境下数字遗产的继承问题研究》,《大学图书馆学报》2012年第3期。

言,能够进益补缺,顺应历史和时代虚拟财产变化、发展,使法律结构更加清晰,体现法典应有的包容并蓄的风度与缜密严谨的格局;对于民事主体而言,民法作为与现实社会紧密交融、联结,在现实和网络空间中时刻调整人与人之间关系的重要法律,构建虚拟财产物权路径专门规则能够体现民法的人文关怀,充分、周密地保护个人正当权益,增强个人对法律的信任,助推个人与法律的融洽相处,保障合法财产流转更便捷高效,使虚拟财产合法继承不落空,能够为民事主体搭建起一方公正、和谐、安稳的精神家园。

## 本专题参考文献

### 一、专著类

- [1]彭万林.民法学[M].北京:中国政法大学出版社,1996:49.
- [2]江平.民法学[M].北京:中国政法大学出版社2000:312.
- [3]吴汉东.无形财产权制度研究[M].北京:法律出版社2001:96.
- [4]林旭霞.虚拟财产权研究[M].北京:法律出版社2010:84-85.

### 二、期刊类

- [1]杨向华.网络游戏虚拟财产法律性质浅议[J].湖南公安高等专科学校学报,2004(3).
- [2]石杰,吴双全.论法律虚拟财产的财产属性[J].政法论丛,2005年8月第5期。
- [3]杨立新,王中合.论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则[J].国家检察官学院学报,2004年12月第6期。
- [4]侯国云,么惠君.虚拟财产的性质与法律规制[J].中国刑事法杂志,2012年第4期。
- [5]李珊珊,黄忠.《民法典》下虚拟财产的法律属性及其可继承性辨识[J].上海政法学院学报,2021年第1期。
- [6]林旭霞.虚拟财产权性质论[J].中国法学,2009(1).
- [7]王云霞.QQ号码等虚拟财产归属及流转问题再思考——以电子格式条款的

- 法律规制为视角[J].云南大学学报法学版,2012(1).
- [8]张楠等.“网络平台账号”归属问题研究[J].法制博览,2021(4)下.
- [9]赵自轩.网店转让的法律解读与规制[J].河北法学,2019(1).
- [10]和丽军.虚拟财产继承问题研究[J].国家检察官学院学报,2017(4).
- [11]高邴梅.网络虚拟财产保护的解释路径[J].清华法学,2021(3).
- [12]王雷.网络虚拟财产权债权说之坚持——兼论网络虚拟财产在我国民法典中的体系位置[J].江汉论坛,2017(1).
- [13]王国强、耿伟杰.网络环境下数字遗产的继承问题研究[J].大学图书馆学报,2012(3).
- [14]林旭霞,张冬梅.论网络游戏中虚拟财产权利的法律属性[J].中国法学,2005(2).
- [15]赵占领.虚拟财产的法律保护[J].信息安全,2004(5).

### 三、学位论文类

- [1]赵自轩.网络虚拟财产法律问题研究[D].成都:西南政法大学博士学位论文,2018.

### 四、网页类

- [1]邓张伟,等.网络游戏中虚拟财产的法律属性及其各方关系问题之分析[EB/OL].中国民商法律网,2004-03-25,<https://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=15061>.
- [2]徐百柯.19名律师建议全国人大立法保护网络虚拟财产[EB/OL].中国青年报网,2004-01-09,[http://zqb.cyol.com/content/2004-01/09/content\\_802705.htm](http://zqb.cyol.com/content/2004-01/09/content_802705.htm).

### 五、案例类

- [1]江苏省常熟市人民法院(2021)苏0581民初6379号民事判决书.
- [2]重庆市大足区人民法院(2021)渝0111民初1529号民事判决书.
- [3]北京市第三中级人民法院(2019)京03民终10897号二审民事判决书.
- [4]广东省广州市(2021)中级人民法院(2021)粤01民终5644号二审民事判

决书。

[5]广州互联网法院(2020)粤0192民初38173号一审民事判决书。

[6]河南省洛阳市中级人民法院(2018)豫03民终1272号二审民事判决书。

[7]广东省深圳市福田区人民法院(2019)粤0304民初48681号一审民事判决书。

[8]浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号二审民事判决书。

[9]上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民一(民)终字第4045号。

[10]江苏省常熟市仁民法院(2020)苏0281民初7297号一审民事判决书。

[11]四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2018)川0191民初20015号一审民事判决书。

[12]北京市朝阳区人民法院(2003)朝民初字第17848号民事判决书。

## 专题四

### 债权转让通知制度之实证研究<sup>①</sup>

**摘 要:**“债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。”《民法典》关于债权转让通知的规定,在《合同法》的基础上删去了“应当通知债务人”这一表述,此处改动以及相关的解释、案例都涉及债权转让过程中通知行为的性质认定、效力程度、程序性适用等方面。在债权转让中,对于债权人、债务人和受让人三方主体之间分成不同的层面来剖析其中关系,以探讨债权转让效力瑕疵是否影响债权转让的效果为引入,对于债权转让中的通知行为进行全方位的分析,包括通知的法律性质、方式、主体、撤销及时间与诉讼时效。本专题将结合《民法典》合同变更和转让部分的法律规定,参考近年审判实践中相关案件,综合实务与学理中对债权转让通知的观点,对债权转让通知制度进行分析与研究,以增进对通知制度的理解与适用,更好地分析解决实务焦点,保护债权转让各方之利益。

**关键词:** 债权转让效力 通知 案例研究

债权不仅是债权人与债务人之间的关系,债权本身也是财产标的,故法律上允许债权人让与债权。<sup>②</sup>根据我国《民法典》相关规定,债权转让无须债务人同意,而直接对承担给付义务的债务人产生效果。这一规制有可能对债务人产生不利影响,比如履行上的不便、履行支出的增加等。因此《民法典》中构建了债权

<sup>①</sup> 本文是外交学院中央高校基金项目(外交学院中央高校基本科研业务费专项资金科研创新一般项目 3162021ZYKC04)的研究成果。案例共同整理人陈紫珊、程因、董一帆、詹益杭、王紫霏、安彤均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。

<sup>②</sup> 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 448 页。



转让制度中对债务人利益的保护机制——其中之一便是债权转让通知制度。本专题以债权转让通知作为研究重心,结合《民法典》的规定与实务中裁判分歧焦点,比较《合同法》和各国相关法律规定,探讨债权转让通知与债权转让效力的关联,以此确定债权转让通知的具体要求与效果,同时也会分析债权转让通知撤销的效果与债务人利益保护的命题,以完善《民法典》债权转让通知制度的构造。

## 一、债权转让效力的层面剖析

我国《合同法》第80条曾经规定:债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销,但经受让人同意的除外。

《民法典》一定程度上对债权转让的效力做了修改,在第546条中规定:债权人转让债权,未通知债务人,该转让对债务人不发生效力。

债权转让对于债务人和受让人的效力问题,是有争议的。这一争议导致了不同司法裁判的产生,因此分成不同的层面来剖析债权转让中主体三方之间的关系就有其必要性了。

### (一)债权转让效力瑕疵是否影响债权转让的效果

#### 1. 有影响(有因性)

我国实践中多采取有因性观点,<sup>①</sup>例如《最高人民法院印发〈关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要〉的通知》第7条规定:

会议认为,人民法院认定金融不良债权转让合同无效后,对于受让人直接从金融资产管理公司受让不良债权的,人民法院应当判决金融资产管理公司与受让人之间的债权转让合同无效;受让人通过再次转让而取得债权的,人民法院应当判决金融资产管理公司与转让人、转让

---

<sup>①</sup> 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第69页。

人与后手受让人之间的系列债权转让合同无效。

金融资产管理公司以整体资产包的形式转让不良债权中出现单笔或者数笔债权无效情形、或者单笔或数笔不良债权的债务人为非国有企业,受让人请求认定合同全部无效的,人民法院应当判令金融资产管理公司与转让人之间的资产包债权转让合同无效。

在最近最高法公布的案例“北京某公司、邯郸某肉鸡场金融不良债权转让合同纠纷”<sup>①</sup>的民事判决书<sup>①</sup>中,也采用了有因性的观点:

重点审查不良债权的可转让性、适格性以及转让程序的公正性和合法性。金融资产管理公司转让不良债权存在转让不良债权公告违反《金融资产管理公司资产处置公告管理办法(修订)》规定,对依照公开、公平、公正和竞争、择优原则处置不良资产造成实质性影响的情形的,人民法院应当认定转让合同损害国家利益或社会公共利益或者违反法律、行政法规强制性规定而无效。故二审裁定认定本案所涉《债权转让协议》依法应认定无效并无不当。

结合法院判决原文可知,由于不良债权转让性、适格性以及转让程序的公正性、合法性都有其特别的要求,需要遵守相应的金融领域特别法律法规,来维持不良资产交易的秩序和公平。本案中某河北分公司对案涉债权的处置程序不合理,某河北分公司在只有北京某公司一家公司竞价时,未进行补登公告的程序,即与北京某公司达成债权转让协议,故案涉资产处置的程序不符合《资产处置管理办法》及《处置公告管理办法》的规定。

## 2. 不影响(无因性)

我国在实践中也有采用无因性观点的,例如在最高法院公布的参考性案例“黄×、陈×诉柳州某公司等债权转让合同纠纷案”<sup>②</sup>中确定的审判规则债权人履

<sup>①</sup> 最高人民法院(2020)最高法民申3598号民事判决书。

<sup>②</sup> 广西高级人民法院(2009)桂民再字第16号民事判决书。

行附随义务瑕疵不影响债权转让合同的效力。一审和二审判决都认为,本案中开具发票的附随义务未履行而造成的债权转让的瑕疵并不会使得债权转让合同无效:

开具发票属于行政法律关系,不是民事法律关系;本案买卖关系中开具发票只是卖方顺发公司的附随义务,债权转让后,华锡集团金冶厂支付价款后同样有权要求受让债权的黄×、陈×开具符合规定的发票,黄×、陈×也表示可以到税务机关开具发票。综上,黄×、陈×与第三人顺发公司订立的《债权转让合同》是合法有效的。

结合法院判决原文可知,债权人与受让人签订债权转让合同,将其对债务人的全部债权转让给受让人。该债权系债务人尚欠债权人的货款债权,属于一般债权,根据合同性质属于可转让的债权,债权人与债务人亦未约定双方之间的该债权不得转让,法律亦未对此类债权的转让作出禁止性规定。债权转让后,债权人与受让人已履行了通知债务人的义务,因此该债权转让合法有效。债权人与债务人的购销合同中虽约定债权人负有开具发票的义务,但该义务仅为债权人的附随义务,故债权人履行开具发票的义务存在瑕疵并不影响其对债务人债权的形成,不影响债权人与受让人之间的债权转让效力。

在前述的“北京某公司与邯郸某肉鸡场案”中,案涉某河北分公司对案涉债权的处置程序不符合《资产处置管理办法》和《金融资产管理公司资产处置公告管理办法(修订)》。某河北分公司在只有北京某公司一家公司竞价时,未进行补登公告的程序,即与北京某公司达成债权转让协议,故案涉资产处置的程序不符合上述规定,这是违反了公平公正、择优选择不不良资产的原则,从民法公序良俗、诚实信用等基本原则来看,债权转让被判定无效是十分可取的。

在后来的黄×、陈×与某公司案件中,造成债权转让瑕疵的原因是一方的附随义务(未开发票)未履行,况且开具发票属于行政法律关系范畴,如果因为未履行这一附随义务就判定整个债权让与协议无效,是不利于交易安全和债权流通的。

在债权转让效力的瑕疵是否影响债权转让效果的问题上,就要区分“瑕疵”

的性质。

## (二) 受让人取得债权的时间认识上存在不同的学说分歧(纵向层面)

### 1. 受让人即时取得债权

债权转让的效果因合同的生效而发生,受让人即时取得债权。这种观点的意思是未通知债务人,仅对债务人不发生效力。此种观点为学界的通说,即如无特别约定,债权转让合同生效后,受让人即取得债权。<sup>①</sup>

这意味着未得到通知的债务人对受让人不负有履行义务,债务人有权拒绝受让人的请求,选择向让与人履行,使债权相应消灭。但是,在让与人和受让人的关系中,受让人已取得了债权,故如果债务人向让与人履行了债务,受让人有权依据不当得利请求让与人返还。

如无特别约定,债权转让合同生效后,受让人即取得债权。比较法多采取此种立法例。司法实践也多采取该观点,例如在“某甲公司、广东乙有限公司及佛山市顺德区丙有限公司债权转让合同纠纷案”民事判决书<sup>②</sup>中称:

债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知的,该转让对债务人不发生效力,债务人享有对抗受让人的抗辩权,但不影响债权转让人与受让人之间债权转让协议的效力。因此,向债务人发出债权转让通知并非债权转让协议的生效要件,甲公司没有及时向债务人和担保人发出债权转让通知并不影响其与乙有限公司签订的《债权转让协议》的效力,也不能因此认为乙有限公司未取得本案债权。故佛山市顺德区丙有限公司与乙有限公司的债权转让协议不受影响。

“马某1、马某2等债权转让合同纠纷”民事二审判决书<sup>③</sup>中,法院的判决如下:

<sup>①</sup> 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第448页。

<sup>②</sup> 最高人民法院(2004)最高法民二终字第212号民事判决书。

<sup>③</sup> 新疆维吾尔自治区塔城地区人民法院(2021)新42民终1553号民事判决书。

故应认定债权转让已通知马某1、马某2关于其未接到通知,债权转让对其不发生法律效力的上诉理由,不能成立。依法成立的合同,自成立时生效,当事人应当按照约定全面履行自己的义务。本案发生债权转让后……系双方为履行债权转让合同达成的协议,该协议系双方真实意思表示,合法有效,双方均应履行。

在马某案中,法院的判决明显把通知是否到达债务人而是否对债务人产生效力、债权转让合同成立引起的债权转让的效果这两个问题分别论述。

再次,在另一重庆中院的民事判决书<sup>①</sup>中明确认为:应收账款转让登记并不能证明转让行为已对债务人产生法律效力;《天津保理纪要(一)》第9条也仅规定了交易第三人查询登记的义务,而未规定债务人的此等义务。

最高人民法院《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第6条第2款规定:在案件审理中,债务人以原债权银行转让债权未履行通知义务为由进行抗辩的,人民法院可以将原债权银行传唤到庭调查债权转让事实,并责令原债权银行告知债务债权转让的事实。债权转让通知义务在案件审理中仍可履行,债权转让通知义务未及时履行只是使债务人享有对抗受让人的抗辩权,它并不影响债权转让人与受让人之间债权转让协议的效力。

综上所述,债权人未通知债务人的,则该转让对债务人不发生效力,并非影响该债权转让合同的效力。

这种观点属于学界通说,《民法典》的修改是把“应当通知”去掉,变成了“未通知,对债务人不发生效力”,《民法典》其实是肯定了债权转让对债务人不发生效力,这也说明通知的效力只是针对债务人,并不影响受让人和让与人之间的债权转让合同。但是学界也有少数支持第二种学说,即下文即将引入的“债权让与通知说”。

---

<sup>①</sup> 重庆市第一中级人民法院(2016)渝01民终9191号民事裁定书。



## 2. 依据转让通知转移

合同的生效不导致债权转让效果的发生,债权让与中债权应当依据转让债权让与通知而移转。<sup>①</sup>

提出这一观点的学者在逻辑上认为基于原《合同法》第80条第1款的文义而言,我国未像德国法那样,明确规定债权转移的时间点就在让与协议生效时。这些学者认为在第一种观点的逻辑前提下:债权让与合同生效后,在债权现实存在且全部让与的场合,该债权即由原债权人(让与人)移转于受让人,让与人脱离原债的关系,受让人取代让与人的法律地位而成为新的债权人。债务人因知悉债权让与而向受让人清偿,受让人即得保留此种给付。则即便没有通知,债权让与也同样对债务人发生效力,因为在这个过程中和债务人权利义务有关的相对人已经发生了变化。如果债务人知悉债权让与,即不得再向让与人为给付,就不能说对债务人没有发生效力。<sup>②</sup>

原《合同法》第80条第2款明确要求:须经受让人同意。之所以如此,也正是因为让与通知直接导致了债权的移转,而撤销该通知即意味着将已经移转给受让人的债权重新移转给让与人。<sup>③</sup>此时,让与人已经不再是债权人,不能仅凭自己的意思收回已经被其移转出去的债权。随后,在第81条规定了从权利的一并转移。从这一体例安排(《民法典》的体例安排也和原来的《合同法》中相同)来看,所谓“对债务人发生效力”,实际上是指债权实际发生移转。

在相关的司法解释中,《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第6条第2款规定:在案件审理中,债务人以原债权银行转让债权未履行通知义务为由进行抗辩的,人民法院可以将原债权银行传唤到庭调查债权转让事实,并责令原债权银行告知债务人债权转让的事实。这就意味着,第一,必须通知债务人,债务人仅在诉讼中知悉债权让与的事实,不足以构成对债务人的通知。第二,债权让与应当由让与人为之;第三,让与人可以在案件审理中履行通知义务,以实现债权的实际移转。

① 尹飞:《论债权让与中债权移转的依据》,《法学家》2015年第4期,第83—89页。

② 崔建远:《债权让与续论》,《中国法学》2008年第3期,第49页。

③ 申建平:《债权让与通知论》,《求是学刊》2005年第4期,第85页。



而且,同样是对于前述的佛山某公司一案的民事判决书,支持这一观点的学者对于最高院的主张有完全不同的见解。

原审法院指出:债权转让通知义务未及时履行只是使债务人享有对抗受让人的抗辩权,它并不影响债权转让人与受让人之间债权转让协议的效力……债权转让通知义务在案件审理中仍可履行,因此,向债务人发出债权转让通知并非债权转让协议的生效要件。学者们认为,最高人民法院认可了这一认识。从这一表述来看,通知义务实际上是让与人基于债权转让协议而发生的债务,而让与人的通知是履行行为。首先,这里强调通知并非债权转让协议的生效条件,通知与否并不影响该协议的效力;其次,在让与人未通知的情况下,债务人可以据此对受让人提出抗辩,对抗受让人履行债务的请求;最后,虽然让与人未及时通知,但依据前述司法解释,在案件审理中仍然可以进行债权转让通知,在完成该通知后,受让人即取得标的债权。

因此可以判断出,最高人民法院仍然坚守了原《合同法》第81条的文义,采纳了“债权让与通知说”,认为通知作出之前实际上受让人是没有取得债权的。

第二种观点存在有其合理之处,即有利于对债务人权益的保护。

因为在第一种观点里,债权让与协议一经有效成立,即发生债权移转的效果,受让人即取得了标的债权。此时,作为债务人即便未得到通知,如果知悉债权让与协议,就应当对受让人履行,对让与人的履行则不能构成清偿。问题在于,债权让与是“越过标的债权的债务人发生的”,债权让与协议作为一种合同,具有相对性和封闭性,合同外的当事人很难真正地了解合同是否成立、有效抑或生效,协议中对债权移转是否规定了条件或者期限,债权究竟是全部移转还是部分移转,债权移转的具体数额、范围等。债务人如果轻率地向受让人错误地履行,无法构成清偿,从而无法摆脱债务的拘束,这就无异于要求债务人在知悉债权让与协议的情况下,负有向让与人进一步确认的义务,从而加重了债务人的负担。尤其是在现代社会中,金融债权的债务人众多,要求债务人负有确认义务比要求债权人一并公告通知更为低效。而且,在债权让与协议生效之后,债务人实际上陷入了一种不确定的状态,如果其向让与人履行,或与让与人之间处于尚未审结状态的诉讼之中,就必须证明自己对债权让与协议不知情,方可使受让人承认其行为的效力。

但此种学说之所以没有被学界广泛接受,也是因为有其自身的缺陷性。

#### (1)不利于未来债权的转让

对于实践中的一些债权转让合同来说,本身这个债权转让的合同可能并没有规定未来的债务人是谁,比如证券股票一类。在这种情况下,无法通知债务人,故以转让通知作为受让人取得债权的要件,会否定未来债权的可转让性,导致收益权资产证券化、延长的所有权保留等业务无法开展。<sup>①</sup>

#### (2)不利于集合债权融资

受让人多为专业机构投资者,其无兴趣和动力通知多个债务人,以转让通知作为受让人取得债权的要件,该种商业交易模式无法充分开展。<sup>②</sup>商业保理的模式下,可能出现大规模的债权转让给保理商的情况,通常在实践中会采取公告通知的方式,因为单独的通知会给让与人带来麻烦,这样做有利于降低通知成本。

#### (3)不利于隐蔽性债权转让

由于债权转让通知债务人,可能会使得债务人得出让与人经营情况不佳的结论,而让与人(融资者)不希望客户了解该融资安排,尤其是对偏重依赖交易对手财务健全的客户,让与人希望隐瞒该事实,以免贷款人知情后中止信贷或拒绝提供新信贷。<sup>③</sup>但如果将转让通知作为债权转让效果发生的要件,则受让人在通知前根本没有取得债权,这使得受让人无法对让与人和让与人的一般债权人主张权利,受让人的风险极大增加。因此,认为受让人在通知债务人后才取得债权,这会削弱受让人的地位,降低债权的流通性,使得许多债权转让的交易实践无法展开,极大增加让与人的融资成本,最终不利于让与人。

在第二种以通知为债权移转的标志学说中,会发现它的弊大于利,这也是《民法典》摒弃这一学说的原因所在。

基于《民法典》的最新规定,笔者更赞成学界的通说观点,即如无特别约定,

---

① 朱虎:《债权转让中的受让人地位保障:〈民法典〉规则的体系整合》,《法学家》2020年第4期,第14页。

② 实践中,让与人和受让人会事先约定“权利完善”条款,即满足特定条件(如达到特定比例的人已违约)的时候,让与人应当进行通知;同时,在未通知债务人情形下,由让与人作为基础资产的服务机构收取相关款项,再转付给信托计划,让与人应当将基础资产转让给专项计划,同时作为服务机构对该资产进行后期维护。

③ 申建平:《债权让与通知论》,《求是学刊》2005年第4期,第85页。

债权转让合同生效后,受让人即取得债权。

### (三) 债权转让的效力还可以通过不同的主体之间的关系来剖析(横向层面)

笔者将其分为三个层面,来具体研究债权转让之后对受让人、让与人甚至是受让之外其他的第三人基于债权转让产生的法律关系。而且通过划分不同层面可以解决现实债权转让过后许多悬而未决的问题,弥补《民法典》中缺失的有关除债务人以外其他主体的相关规范。

#### 1. 受让人和让与人之间的内部效力(内部层面)

在这两者关系中,正如前述,受让人取得债权不以通知债务人作为条件,受让人基于债权转让的生效而享有一定来自于或对于让与人主张的权利。

首先,根据《民法典》第547条第1款的规定:债权人转让权利的,受让人取得与债权有关的从权利,但是该从权利专属于债权人自身的除外。受让人取得与债权有关的从权利是广义的,包括担保权,转让后因债务人违约产生的法定和约定损害赔偿请求权,以及债权在转让后所产生的利息、中奖奖金等孳息的请求权等,除非当事人另有约定。转让前已产生的孳息请求权和损害赔偿请求权,具有独立性,但当事人未明确约定时,推定随同债权一并转让给受让人。<sup>①</sup>在《最高人民法院公报》1995年第四期的“王春林与银川铝型材厂有奖储蓄存单纠纷再审案”中最高人民法院就认为:这些请求权理论上无论是否为从权利,都应该一并转让。

在众多从权利当中,应该被拿出来论述的且有争议的就是担保权。

有观点认为因为在债权转让关系里,根据《民法典》第546条的类推对债务人的效力规则和第696条第一款的规定:【保证范围】保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的,按照其约定。在未通知保证人的情形中,虽然受让人取得了保证债权,但保证人有权拒绝受让人请求其承担保证责任的请求。

<sup>①</sup> 王利明:《合同法研究(第二卷)》,中国人民大学出版社2015年版,第219页;崔建远:《合同法总论(中卷)》,中国人民大学出版社2016年版,第492页。

虽然这种观点看似无可厚非,但在物和权利的担保权利情形里,受让人未办理相应的担保登记或未取得质物、权利凭证的占有,是否能够取得抵押权,在司法实践上存在争议。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第62条、《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第9条和最高人民法院的判决<sup>①</sup>都强调:抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。三者对于抵押权的取得都持有肯定观点。本条系关于抵押权处分从属性的规定,抵押权作为从权利应随债权转让而转让。债权受让人取得的抵押权是基于法律的明确规定,并非基于新的抵押合同重新设定抵押权,故不因受让人未及时办理抵押权变更登记手续而消灭。最高人民法院在判决中认为在城××公司受让农发行某分行对绿兴××公司享有的债权,依据法律规定有权受让与案涉债权相关的抵押权。<sup>②</sup>

而在上海市金山区人民法院的民事判决书<sup>③</sup>中,法院对于抵押权的取得又持有否定观点:

债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外,即若无除外情形,抵押权随主债权一并转让无须合同当事人另行约定。然不动产物权的设立、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。上诉人应在受让债权后依法办理不动产抵押权转移登记,原债权人负有义务配合办理相关登记手续,现上诉人主张抵押权因主债权转让而转让的,无须办理抵押权转移登记即可直接实现抵押权,于法无据,本院不予支持。

而且,受让人还可以要求让与人提出瑕疵担保责任;《民法典》虽然未对此有

① 最高人民法院(2015)民申字第2040号民事裁定书。

② 最高人民法院(2015)民申字第2040号民事裁定书。

③ 上海市金山区人民法院(2013)金民三(民)初字第3535号民事判决书。

明确规定,但是根据第六百四十六条并结合出卖人瑕疵担保责任的规定,<sup>①</sup>可以体系解释出让与人的瑕疵担保责任。为了保障受让人的权益,当转让债权不存在、价值降低或者第三人主张权利时,让与人依据转让合同对受让人所负有的瑕疵担保责任。

该种瑕疵担保责任在商业保理中极为重要。无追索权保理人在日常的商业保理模式中,仅承担债务人的信用风险。如果是在无商业纠纷下的无法得到清偿的风险,则由保理人自己承担,不能向债权人追索融资。<sup>②</sup>

因此,债务人因无履行能力或无其他正当理由不履行义务而构成违约的,债权人不承担此种瑕疵担保责任,无追索权保理人应当承担此种风险,不得向债权人追索。但是,债务人因不可抗力而无法履行债务,或者因合法行使抗辩、抵销权或依法解除基础交易合同等原因不履行债务时,债权人对此应承担瑕疵担保责任,保理人仍能够追索债权人。保理人仅承担债务人的信用风险而不承担其他风险。

再次,受让人还对让与人享有辅助请求权,这种权利是指受让人享有请求让与人告知主张债权的必要信息和交付债权证明文件的请求权,即受让人的辅助请求权。<sup>③</sup>这种请求权基于债权转让合同而产生,不受相对关系的制约,例如在债权的二次转让中,即使二次转让人与让与人没有合同,也可请求让与人履行该项辅助义务。

## 2. 受让人和其他第三人(外部层面)

转让通知先后并非当然是债权利益的最终归属决定性条件。

受让人所取得债权利益的最终实现,还取决于就该债权价值享有利益的其他第三人不享有优先顺位。优先顺位,实质就是债权利益的最终归属顺位。就转让债权而言,所涉相关第三人包括债权的重复受让人、该债权上的其他担保权人(如质权人)、让与人的其他债权人,而让与人的其他债权人又包括让与人的一

① 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第45条:如果是无偿的债权转让合同,则应参照《民法典》第662条确定让与人的瑕疵担保责任。

② 《国际保理通则》第16条第1款、银监会《商业银行保理业务管理暂行办法》第10条第(二)项、天津市高级人民法院《关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要(一)》第11条。

③ 参见《德国民法典》第402、403条,《瑞士债法》第170条第2款,《意大利民法典》第1262条。



般债权人、扣押和执行债权人、破产管理人(其背后是让与人的其他债权人)等。实践中存在三种优先顺位的观点,分别是转让在先、通知在先和登记在先。相对应的有分别支持不同观点的判决,下文将从保护受让人的角度具体进行三种观点的优缺点比较。

### (1) 转让在先<sup>①</sup>

在这一情形下,受让人的事前调查成本很高,受让人需要防止有在先受让人。而且没有公示,如果有先受让人,此时让与人的利益和受让人相悖,且债务人未收到之前的转让通知下,也不能告知一定的信息。受让人不仅需要对债权和权利人做全面的评估,还要承担很高的让与人监督成本,比如监督防止让与人有减损债权价值的行为和重复多次转让债权的行为。

### (2) 通知在先

在这一理论中,受让人要取得优先顺位,需要通知债务人。在最高法的民事裁定书<sup>②</sup>中,认可了通知在先的做法。但在集合债权转让里,债务人众多,通知成本对于受让人来说很高;而且,在转让将来债权时,根本无法立即确定债务人的身份。

### (3) 登记在先

登记的优势之处在于所有主体包括受让人在内的监督调查成本都会降低,而且实践中,《天津保理纪要(一)》第9条规定未经登记的不能对抗善意保理商;《前海保理指引》第38条规定了登记最为优先;最高法判决的一个案件<sup>③</sup>中,法院认为:未到期债权的让与未进行公示,不能产生对于该合同当事人之外第三人的对抗效力。

但同时这一模式取决于我国债权登记制度的构建完善程度。有一个理想化的制度构建:

债权转让登记在内的动产和权利担保登记,不可能为每个动产和权利都设置登记页,故登记簿采取人的编成,为每一个担保人设立一个登记页;实行“声明登记制”,当事人仅须在电子化的登记簿中登记一份

① 潘运华:《债权二重让与中的权利归属》,《法学家》2018年第5期,第128-130页。

② 最高人民法院(2016)最高法民申7号民事裁定书。

③ 最高人民法院(2019)最高法民申2205号民事裁定书。



初始融资声明载明担保当事人和担保财产即可,对担保财产的描述只要能合理地识别描述对象即满足了指明的要求。并且,当事人自助登记,登记机构提供登记平台,其审核义务程度较低,此时登记簿仅是提醒第三人关注动产和权利上存在其他人的权利负担,具体内容需要当事人进一步沟通查明。<sup>①</sup>

而且按照登记优先的立法例,如果均未进行登记,大多直接采取合同成立时间的先后确定优先顺位。<sup>②</sup>但是,债权转让存在通知债务人的可能性,如债权转让均未登记,可以采取其他方案。考虑到通知在先虽然较之登记在先成本要高,但较之合同成立时间仍然成本较低,故此时采取通知在先的顺位确定方式,最先到达债务人的转让通知中载明的受让人顺位在先。这也可以体现在具体制度实施时,虽然转让通知不是债权利益归属的最优选择,但可以兼采灵活使用登记优先和通知优先的原则,来确定受让人与其他第三人之间的债权利益归属关系。

因此,笔者认为在这一层面中,我国立法应该建立起更完善的登记方式来进一步配合有关债权转让的制度。

## 二、债权转让通知的法律性质

### (一) 债权转让通知概念的把握

#### 1. 整体理解

##### (1) 学理角度对债权转让的认定

债权让与是指不改变债权内容下移转债权的契约<sup>③</sup>,更全面的定义可以说债

---

① 高圣平:《统一动产融资登记公示制度的构建》,《环球法律评论》2017年第6期,第78页;龙俊:《物权变动模式的理想方案与现实选择》,《法学杂志》2019年第7期,第27页;谢鸿飞:《〈民法典〉担保规则的再体系化》,《社会科学研究》2019年第6期,第51、54页。

② 《美国统一商法典》第9-322(a)条;《应收账款转让公约》附件中的“登记在先”规则第1条:在债权转让未登记的情况下,都采取合同成立在先的顺位确定方式。

③ [日]我妻荣:《新订债权总论》,王赓译,中国法制出版社2008年版,第451页。

权让与是在保持债权同一性的前提下以移转该债权为目的的让与人与受让人之间的诺成、不要式的合同,属于具有债权处分行为性质的准物权行为<sup>①</sup>。

此处债权同一性是指债权让与中债务人享有抗辩的依据之一,狭义的债权同一性是指债权受让人取得的是让与人拥有的债权。因此,在债权让与前,债权上所负担的所有反对权(抗辩、抗辩权和形成权)均延续,考虑的是被转让债权本身的同一性;广义的债权同一性是指整个债之关系的同一性,考虑与被转让债权本身有紧密联系的对待债权的影响。同一性既保障了债权的流通性,使受让人可以同时取得从属于债权的其他权利,也保护了债务人,使其可以继续向新债权人主张对原债权人的抗辩。

以移转债权为目的,是让与债权的行为得到承认的体现。原本在罗马法下,债权是连接债权人与债务人的法锁,无论哪一端改变(无论债权人还是债务人改变),都认为债权失去同一性而不承认债权让与<sup>②</sup>。但随着社会经济之发展,债权人变更的需求逐渐扩大,相应的制度也不断适用,债权也被当作一个财产来看待与处理,同时法律也在认可债权让与之外,进一步放宽了让与之自由,完善了让与关系中对各方的保护制度,债权让与通知正是其中对于债务人的程序性保护机制。

诺成、不要式则是债权让与在法律行为中合同概念下的特征,债权让与合同仅依当事人的意思表示即可以发生效力<sup>③</sup>。因而,债权让与合同一旦有效成立,债权即移转于受让人,债权让与合同的成立、履行及其法律效力同时发生。另外,由于债务人并不是债权让与合同的当事人,债务人对债权让与同意与否,并不影响债权让与合同的成立和生效,只不过债权让与如欲对债务人发生效力,尚需通知债务人。债权让与通知并不必然与债权转让的时间点及债权的归属相关联,仅是使该处分债权的行为对于债务人发生效力的法律行为。

债权让与是将债权作为一个财产而成为交易的客体,作为法律制度是较晚时形成的,但在现代的交易中发挥着重要作用,尤其是现代交易中证券化的债权发挥了重要作用,相较而言,普通的债权(指名债权)并未充分满足这一要求,是在于近代法下,所有债权财产性都有所增大,债权与物权不同,是基于各个交易

① 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第111页。

② [日]我妻荣:《新订债权总论》,王赓译,中国法制出版社2008年版,第451页。

③ 郑玉波:《民法债编总论(第15版)》,三民书局1996年版,第464页。

关系而被创造出来的,具有反映各交易关系特征的个别性;而且债权为完成作为当今复杂交易关系的中介人的使命,决不能无视这一个别性。对此,债权一般分为一般债权(指各债权)和证券化债权。对前者仍尊重其个别性,而对后者则做统一的处理,是对债权让与性的近代法的态度<sup>①</sup>,而正是由于普通债权的个别性以及现代交易中频繁的适用,就需要法律区别于证券化债权,为债权的变动及其法律后果进行重点规范,以保障这样的抽象、准物权的行为中的权利变动以及各主体的利益。

## (2) 债权转让与物权规范的类比

对于物权的移转来说,物具有客观的存在(包括动产、不动产等),容易认知,物权之移转可以以占有、交付作为其公示外观,抑或是不动产之登记程序,在日常交易过程中让与人、受让人及相对人等均能够对物所有权状态有直观的认知,相对也更容易查询。但注意到,债权与物不同,其存在状态和让与,仅从外部是较难识别的,在此种情况下,物权法中公示原则就可能难以直接类比适用,理由之一便是物权公示原则必要的理由是物权是为排他性权利性质所要求的,而债权并不具有排他性,再结合债权难以识别的外观,对于债务人来说,在债权转让过程中确认债权的归属便成为了保护债务人利益、实现交易安全很重要的一环,需要不同于物权移转规范的全程性的保护机制,参照相关学说理论,债权转让中对债务人利益的保护机制包括对债务人的事前限制性保护(即禁止转让的债权)、事中程序性保护(即债权转让通知)和事后延续性保护(即抗辩和抵销延续),程序性保护又直接与延续性保护联系在一起,甚至决定了延续性保护是否存在。因此,债权转让通知在债务人利益保护规则中处于关键位置<sup>②</sup>。

在学理上,多数观点认为若以通知作为债权让与的公示方式,将产生以下弊端:其一,通知的可行性不高;其二,通知给第三人附加了额外的义务;其三,通知的私密性比较突出,通知在本质上属于私密行为,实难减少欺诈的发生<sup>③</sup>。如果认为受让人在通知债务人后才能够取得债权,许多债权转让的交易实践无法展

① [日]我妻荣:《新订债权总论》,王赓译,中国法制出版社2008年版,第456页。

② 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第68页。

③ 何颖来:《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》,《中州学刊》2020年第6期,第62-69页。

开,这会降低债权的流通性,受让人要么不接受债权转让,要么附加更为严苛的条件,从而使得让与人的融资成本极大增加,最终不利于让与人<sup>①</sup>。

所以在债权转让过程中,需要平衡协调各方的权利义务关系,保护债权人的权利流转自由,同时维护债务人的利益,避免其因债权让与而增加负担或丧失应有的权利,把握好通知在前文所述不同层面间的程度与效力,通知是否作为决定债权转让的前提以及通知先后对最终归属的影响等方面的问题。

### (3) 法律条款的理解

法律条款方面,主要关注《合同法》向《民法典》转变中条款的变动。与《合同法》第80条第1款相比<sup>②</sup>,《民法典》第546条第1款删除了“应当通知债务人”,修改为“债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力”,将“应当通知”这样一种积极的、义务性的通知要件转变为“未通知的不发生效力”的消极的、债务人得抗辩的形式,进一步明确了债权转让通知不决定债权转让的时间,也不决定债权的最终归属,而仅仅是对债务人发生效力的条件。

从以通知作为债权让与或债权让与担保的公示方式到学界逐步认识通知解决的并非同一维度上的法律问题(其解决的只是债权让与或债权让与担保何时对债务人生效的问题),从而否认通知生效的合理性,乃是法制进步的一个缩影,但也仍然未能解决目前存在的更为复杂的权利冲突问题<sup>③</sup>。

## 2. 比较法的参考

通知,为了避免债务人误为清偿,或第三人自原债权人双重受让债权,错误履行债务、双重履行债务或加重履行债务的负担,因而蒙受损害,自然应该设有保护规定。

对于债权转让的生效条件,各国立法大致有三种模式<sup>④</sup>:自由主义,认为债权人转让其债权依债权出让人与受让人之债权转让合同即可转让,不必征得债务

① 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第69页。

② 《合同法》第80条:债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。

③ 何颖来:《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》,《中州学刊》2020年第6期,第62-69页。

④ 刘浩:《债权转让通知研究》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第103页。

人同意,也不必通知债务人。如《德国民法典》对债权自由转让的规定,不以债务人同意或通知为必要要件<sup>①</sup>;同意主义:认为债权的让与必须经债务人同意才能生效。如我国曾经的《民法通则》即是如此<sup>②</sup>;通知主义,债权人转让其债权虽不必经过债务人同意,但必须将债权转让的事实及时通知债务人,在债务人接到债权转让的通知以后,或在公证文书中对债权转让作出承诺后,合同才对债务人发生效力。《瑞士债法》规定如不以书面形式则不发生效力(第165条,但对预约不须书面形式),《德国民法典》不以书面为要件(第398条),但受让人享有请求交付官方机构认证的让与证书的权利(第403条)。此外,债务人是否得到由原债权人发出的书面让与通知,在受让人(新债权人)不提示让与证书时,可拒绝对新债权人的清偿(第410条)。

通知主义既有利于保护债务人利益、维护经济流转关系的稳定,又充分尊重债权人对债权利用和处分的权利,被大多数国家采用;当前有关债权转让的国际公约、行业惯例也采用通知主义<sup>③</sup>。具体立法例如日本采取的通知对抗主义<sup>④</sup>,即债权让与合同生效后债权业已移转,但未通知债务人的,债权让与的效力不得对抗债务人,同时对一定情形下采取以附确定日期的证书通知或以同意为对抗要件的严格主义,但对此外的情形,都为不要式,这是为吻合关于物权变动的意思主义的立法方式<sup>⑤</sup>。当然,我国《民法典》也采取了通知主义,即第546条:债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。另外,在国际公约方面,有《国际保理公约》<sup>⑥</sup>、《联合国国际贸易应收账款转让公约》<sup>⑦</sup>等通知主义的

① 《德国民法典》,第398条规定:“债权人可以通过与他人订立的合同而将债权转让给该他人(债权让与)。合同订立时,新债权人代替原债权人。”参见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2006年版,第140-141页。

② 《民法通则》第91条:合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同另一方的同意,并不得牟利。

③ 刘浩:债权转让通知研究,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第104页。

④ 《日本民法典》第四百六十七条 指名债权让与的对抗要件

(一)指名债权的让与,非经让与人通知债务人或经债务人承诺,不得以之对抗债务人及其他第三人。

(二)前款的通知或承诺,非以附确定日期的证书进行,不得以之对抗债务人以外的第三人。

⑤ [日]我妻荣:《新订债权总论》,王纛译,中国法制出版社2008年版,第467-468页。

⑥ 《国际保理公约》第1条第2款第3项:“应收账款的转让通知必须送交债务人。”

⑦ 《联合国国际贸易应收账款转让公约》第13条、第16条等。



实例。

### 3. 案例实践的理解

最高人民法院在“遵义某公司与某银行贵阳分行合同纠纷案”中,作出裁定,在该银行的诉讼主体资格即债权转让对债务人的效力问题上,法院认为:

该条规定<sup>①</sup>采债权转让的通知主义模式,通知是债权转让对债务人生效的要件。债务人应当向谁履行债务,取决于其是否收到债权转让通知。债务人在没有收到债权转让通知前,不论其是否实际知晓债权转让的情况,债权转让对债务人均不发生法律效力,债务人仍应向原债权人履行债务。

本案中,转让人某银行贵阳分行和受让人某资产公司杭州办就涉案债权达成转让协议,涉案债权由贵阳分行转移至某资产公司杭州办,但贵阳分行未向债务人遵义某公司发出债权转让通知,故该债权转让其不发生法律效力。

该民事裁定书观点明显是将让与通知作为债权让与对债务人发生效力的唯一依据,只要债权让与未通知债务人,债权让与对债务人便不发生任何效力。此时债权受让人不仅不可以直接向债务人主张债权,而且债务人也不可以主动向受让人清偿。此时,债务人在知悉债权让与情形下的法律地位与其在不知悉债权让与情形下的法律地位完全相同,只能与让与人发生有效的权利义务关系。

在另一案件“周某与刘某、徐州某房地产开发有限公司债权转让合同纠纷”<sup>②</sup>中,江苏省徐州市中级人民法院在判决书中对涉案债权转让是否对债务人刘某发生效力作出分析:

债权转让通知义务在案件审理中仍可履行,债权转让通知义务未及时履行只是使债务人享有对抗受让人的抗辩权,它并不影响债权转

<sup>①</sup> 《中华人民共和国合同法》第80条:“债权人转让权利的,应当通知债务人,未经通知,该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不可撤销,但经受让人同意的除外。”

<sup>②</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2013)民初字第0230号民事判决书。

让人与受让人之间债权转让协议的效力。因此,向债务人发出债权转让通知并非债权转让协议的生效要件,仅是对债务人是否发生效力的生效要件。

债权转让是当事人处分自己民事权利的一种表现形式,对于债权人通知的形式,可以是书面通知,也可以是口头通知或其他形式。刘华林辩称债权转让未经通知,该转让对其不发生效力。但债权转让通知不一定是书面形式,债务人以自身的行为认可债权转让事实的,应视为债权转让已通知。

法院首先结合通知的时间的情况,对未及时履行通知义务在各主体间效力进行认定,即做到了债权主体间让与协议效力与对债务人效力相分离;其次是债务人收到让与通知前事实上已知悉债权让与的情形,结合让与通知的形式,认可了债权让与对债务人并非完全没有效力,债务人此时可以选择主动向受让人承诺履行债务。

将两个案件对比来看,分歧主要集中于“未经通知转让对债务人效力”这一关键点。“未经通知,该转让对债务人不发生效力”与“未经通知,该转让不得对抗债务人”在立法论层面具有本质性区别,前者排除了对债务人生效的可能性,后者赋予了债务人主动选择债权让与对其有效的机会<sup>①</sup>。对于这种在转让通知到达债务人之前,债务人已经知道债权转让的情形,便涉及到转让通知“到达”债务人与债务人“知晓”债权转让事实的时间、效力节点的问题,后文会进行进一步分析。

## (二)通知行为的定性

### 1. 通知事实与法律效果的分离

学界通说认为,债权让与通知为观念通知<sup>②</sup>,是指对债权由甲(让与人、原债权人)让与给乙(受让人、新债权人)的事实予以通知的行为。所以,其法律性质

<sup>①</sup> 潘运华:《债权让与对债务人的法律效力——从(2016)最高法民申7号民事裁定书切入》,《法学》2018年第5期,第129-140页。

<sup>②</sup> 梁慧星:《民法总论(第3版)》,法律出版社2007年版,第63页。

为所谓观念上的通知<sup>①</sup>。

观念通知又称事实通知,是关于某种事实或者认识的通知。行为人表示的并不是某项意思,而是一种他知道的情况或一项事实,相对人的行为或不行为不能对既已发生的法律效果产生影响。换言之,在债权转让内部层面,债权人与债务人的债权让与仅依该双方的意思表示即可成立生效,在外部层面,将该处分行为之事实告知于债务人,使该债权所属债权人变更这一情况到达债务人处。

事实通知与意思通知不同。行为人所表达的,非其行为目的,而是某种事实。事实通知甚至自然目的意思尚付阙如,法效意思更是无从谈起,因而,法律效果不可能为行为人意志所确定,只能来自于法律规定<sup>②</sup>。具体到债权转让通知来看,通知这一行为是传达债权已经让与,债权人变动的信息;债权人之自然目的在于排除“未通知的不发生效力”的消极的、债务人得抗辩的情况;法律效果则是使该债权让与对债务人发生效力。以这样一种分层式的理解可以客观、清晰地展现债权让与的事实在让与人、受让人和债务人三者之间呈现的状态,使得当事人之间的法律关系更加明确。

## 2. 类推民法中“意思表示”的规定

如上文所述,债权让与通知的性质为观念通知,不需要有发生债权让与效力的法效意思,但却可以类推适用民法关于意思表示的规定,比如其效力的发生适用意思表示的“到达主义”规则,而不过问债务人对此是否真的知晓;让与人的代理人亦可以代为通知,但无权代理人的通知属于无效。另外,通知有无效或可撤销原因时,依民法关于无效或可撤销的规定处理<sup>③</sup>。

在实践中,债权人与债务人对债权转让通知的形式有约定的,按照约定的形式通知债务人;约定使用电子签名、数据电文形式,或者约定通过各类电子交易平台在线上采用电子签名、数据电文等形式发送债权转让通知的,在符合《电子签名法》相关规定的情况下,应认为已经做出了有效的转让通知<sup>④</sup>。例如“上海某

① [日]我妻荣:《新订债权总论》,王赓译,中国法制出版社2008年版,第469页。

② 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第70页。

③ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第475页。

④ 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第72页。

金融信息服务有限责任公司诉李某等借款合同纠纷”一案<sup>①</sup>,法院作出了关于附有电子签名认证的电子证据的认定,如何审核债权转让通知邮件、后台记录等P2P平台保存于自身网站的电子证据以书面打印件方式提交的证据等情况;以及“北京某金融信息服务有限公司、曲某民间借贷纠纷”<sup>②</sup>一案中法院说理部分,套用签名而形成的,不能认定经过债务人同意,在授权委托书的基础上形成的债权转让协议不能真正体现原告的意志。以上均属现时交易形式下,债权让与通知在相关纠纷中类推适用意思表示的情形,在面对新型交易主体(如P2P平台)、新型通知方式,突破传统的民间借贷纠纷请求归还欠款的诉讼结构下,不失为一种与时俱进的手段。

### (三)本部分小结

基于上述分析,对于债权转让通知这一传递债权经转让事实的行为,应当把握其不决定债权转让的时间,也不决定债权利益的最终归属,仅是对债务人发生效力的条件这一法律性质。受让人取得债权后债务人接到转让通知前,债务人有权拒绝受让人的履行请求,向让与人履行债务以消灭债权,也有权选择向受让人履行债务以消灭债权;债务人接到转让通知后,债务人应当向受让人履行而拒绝让与人的履行请求。

以上要点在案例实践中也均有体现,如法律、法规不禁止的合同项下的债权转让,债权转让无需征得债务人同意<sup>③</sup>;债权转让通知义务未及时履行只是使债务人享有对抗受让人的抗辩权,它并不影响债权转让人与受让人之间债权转让协议的效力<sup>④</sup>。在债权转让中负有通知债务人的义务人是原债权让与人即安陆支行,安陆支行未履行通知义务,具有过错,应承担由此而引起的民事责任<sup>⑤</sup>。

可见,在学理分析与案例实践中,对于债权转让通知性质的理解,往往决定了后续债务人一方履行债务的主体及提出抗辩的可能,现实交易中也有不少争

① 上海市黄浦区人民法院(2014)民五(商)初字第6199号民事判决书。

② 山东省烟台市中级人民法院(2021)民终7242号民事判决书。

③ 最高人民法院(2007)民一终字第10号民事判决书。

④ 最高人民法院(2004)民二终字第212号民事判决书。

⑤ 湖北省高级人民法院(2007)鄂民监一抗字第00028号民事裁定书。

端就是来源于是否进行了通知以及通知的形式等问题。所以,在民法典客观模式下,把握通知的法律性质有助于避免交易的不确定而降低债务人的审核成本,同时受让人也有成本较低的方式避免风险,因此对于通知义务的理解与履行是非常关键的一步。

### 三、债权转让通知的主体

《民法典》第546条:债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。规定了债权让与只有在通知债务人的情形下才对债务人发生效力,也就是说在通知了债务人的情况下受让人才可以向债务人主张债权。但是此条规定并没有明确债务转让通知的主体是谁。是让与人具有债权转让通知的主体资格,还是受让人具有债权转让通知的主体资格,抑或是两者都具备,在理论和实践中都有讨论的空间。

#### (一)让与人的债权转让通知的主体资格

我国原《合同法》第80条第1款规定:债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。从字面上理解,原债权人(让与人)当然具有债权转让通知的主体资格。《民法典》第546条第1款与原《合同法》第80条第1款相比,删除了“应当通知债务人”,未作出其他实质性修订。并且,“我国民法典的编纂,乃是在既有民事立法和法律共识的基础上承前启后,继往开来,而非另起炉灶,推倒重来”<sup>①</sup>。在对于让与人是否具有债权转让通知的主体资格上并没有因《民法典》的出台发生变化。

#### (二)受让人的债权转让通知的主体资格

理论界对于受让人是否具有债权转让通知的主体资格,有两种不同的看法。一是坚持文义解释,认为债权让与通知主体只能是让与人。如果可以由原债权人和债务人之外的第三人进行通知,受让人的自利倾向容易导致虚假通知频发。

---

<sup>①</sup> 王轶:《民法典之“变”》,《东方法学》2020年第4期,第41页。



且债务人无法判断第三人的通知的真伪,无法保障自己的利益。如果债务人再去询问原债权人,不仅造成步骤上的麻烦,也容易在多方信息传达中产生误解和疏漏,并不如只允许原债务人作为债权转让的通知主体更为清晰和简便。第二种观点采用合同目的的解释方法,认为即使坚持文义解释方法,只能得出让与人是债权让与通知的主体,但无法从条文逻辑得出受让人不是债权让与主体的结论。因为民法作为私法应该坚持“法无明文禁止即许可”的一般原则,更何况民法亦允许代理等制度的存在。<sup>①</sup>

笔者认同第二种观点。虽然,相比于受让人,债权人更为熟悉也更为信任原债权人。由让与人做出债权让与的通知,对债务人更加具有真实性。但是这并不是保护债务人合法利益的最好方式。实务中不乏债权人将基础合同债权转让给受让人,并向受让人承诺自己通知债务人,而实际上未为通知的案例。如果债务人因未获通知而向债权人为给付,基础合同债务则已经清偿。若受让人坚持要求债务人向自己为给付,则显然增加了债务人被受让人无端纠缠的负担。<sup>②</sup>这也是因为债权转让之后,转让人并不对债权享有利益,缺乏通知的动力。转让人迟迟不发出债权转让通知,受让人主张债权的成本将会明显增加,甚至可能造成无法主张债权的后果。<sup>③</sup>并且,让与通知的目的即让债务人知晓债权发生转让,清偿债务的对象发生变化,无论是原债务人的通知还是受让人的通知,都可以达到这个效果。如果以真实性为主体资格的判断标准的话,二者都无法完全确保真实,通知只作为债务人判断真实性的一种手段。从经济利益的角度出发,硬要把通知和真实性绑定,会导致程序复杂效率低下。综上完全否定受让人的债权转让通知资格并不利于债务人和受让人利益的保护。

湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院在对“李某与来凤县某汽车客运出租有限公司企业借贷纠纷”的判决中写道:

---

① 彭海波,王晓利:《受让人也是债权让与通知的适格主体》,《人民司法(案例)》2018年第35期,第129-140页。

② 吴京辉,汪颖:《普惠金融视角下保理基础债权转让通知制度的规则观省》,《学习与实践》2021年第9期,第42-51页。

③ 葛华:《债权让与通知的有效性分析》,《经济师》2020年第9期,第124-125页。

某公司将债权转让给李某的效力问题。在李某个人给某公司偿还了某汽车客运出租有限公司12万元的借款后,某公司将其对某汽车客运有限公司享有的债权转让给李某,根据《中华人民共和国合同法》第八十条的规定:“债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。”对于通知的形式,法律并未作特别的规定,故李某代表某公司将债权转让的事宜口头告知某汽车客运有限公司原法定代表人田某,田某对该事实予以认可的行为,应视为某公司履行了债权转让的通知义务,债权转让的行为合法有效,李某据此取得主张该笔债权的权利,成为该笔借款的债权人。对于田某在转让其持有的某汽车客运有限公司的股权后,与某汽车客运有限公司“股权转让前的债务归田某偿还”的约定,因该约定属于某汽车客运有限公司与田某之间的内部约定,只在某汽车客运有限公司与田某之间产生法律约束力,不能对抗善意第三人,某汽车客运有限公司不能以此为由主张免除对原债务的偿还责任。

法院在本案中承认受让人具有通知的主体资格,并且承认受让人的口头通知也是有效的,对受让人的通知形式十分宽松。

重庆第一中级人民法院在“许某与重庆市某区公路局债权转让合同纠纷”一审民事判决书<sup>①</sup>中认为:

《中华人民共和国合同法》第八十条规定,债权人转让权利的,应当通知债务人;未经通知,该转让对债务人不发生效力。该条规定的“通知”应当适用民法关于意思表示的规定,其生效应采用意思表示的到达主义规则。本案中,根据审理查明的事实,某公司做出债权转让的意思表示后,该意思表示以《债权转让通知书》为载体通过周某의 邮寄行为而到达某区公路局,根据前述法律规定,某公司的债权转让应当发生通知的法律效力。虽该邮件的寄件人为周某,但其在前述债权转让通知

<sup>①</sup> 重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民初字第00231号民事判决书。

行为中的法律地位仅为“传达人”,是债权转让通知意思表示的辅助人,并非债权转让通知意思表示的表意人。故某公司关于其未委托周某代为寄送故不成立的意见不能成立,不予采纳。

可见在实务中,法院承认了作为受让人的代理人周梅风的通知行为有效,说明法院认为受让人具有债权转让通知的主体资格,同样说明了法院对于受让人通知形式的宽松。这样宽松的规定下,债权表见让与产生的纠纷会更多。

比较各国的法律,对于债权让与通知的主体也有不同的规定。日本的法律认为债权让与的通知主体只能是让与人。《日本民法典》第467条规定债权让与通知只能由债权人实施。并且根据第一款的规定,债权让与经过债权让与人的通知或者债务人对此作出承诺这两种情形,则具有可以对抗债务人及其他第三人的效力。<sup>①</sup>我妻荣教授也认为,日本判例对此作统一的处理是正确的,因为不能让债务人负担债权实际上有无被让与的风险。在未将债权让与通知债务人的情形下,当受让人对债务人提出请求履行债务时,债务人不仅可以拒绝清偿,而且该请求不发生时效中断的效力。<sup>②</sup>这样很好地保障了债务人的利益,但是完全否定了受让人的通知主体资格。与之不同的是德国,《德国民法典》第410条承认受让人的通知债务人的主体资格,但对受让人的通知做了限制,新的债权人向债务人交付原债权人的转让证书后,债务人对受让人具有给付义务。保留了受让人的通知主体资格,但对受让人作为通知主体所采取的方式有很严格的规定。相当于并没有承认受让人是一个完全的通知主体,而是通过让与人的授权,才具有了通知主体资格。

两种不同的主义带来的立法上的不同对我国学者们产生了一些影响。有学者认为我国应该借鉴日本法的做法,严格按照字面意思解释原《合同法》第80条第1款中债权让与的通知主体,将债权人作为债权让与通知的主体,不允许受让

① 刘媛:《债权让与对债务人的效力——兼论〈民法典(草案)〉第五百四十六条第一款》,《重庆电子工程职业学院学报》2020年第29期,第33-37页。

② [日]我妻荣:《新订债权总论》,王赓译,中国法制出版社2008年版,第458页、第472页。

人通知债务人。<sup>①</sup>有些观点认为应该借鉴《德国民法典》，严格规范受让人通知的形式和要件，如出具让与人亲自向其出具的让与证书，才能对债务人生效。比如要求受让人在通知时出具公证过的债权转让确认书。我们认为在债权让与通知的主体上应借鉴德国法的规定。承认受让人具有通知主体资格，但是需对其作为通知主体时，通知生效的条件做出规定。这不仅对于债务人对让与通知的真实性的判断有了很大的帮助，也在一定程度上弥补了债权让与行为与物权行为相比，公示外观上的不足。

## 四、债权转让的方式与程度

### （一）债权转让通知的方式及法律依据

原《合同法》第81条规定从权利的转移：债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。债权转让通知的方式：口头、书面及其他形式均可，特定情况下，还可用公告形式。口头形式简便易行，实践中较为常用。但因证据不易保留，一旦发生纠纷，取证较为困难，一般应以书面形式为妥。

### （二）债权转让通知的方式分类与程度

#### 1. 通知的形式最好是书面形式

债权转让的通知应当采用何种方式，我国原《合同法》并未做出规定（《民法典》继受之），不同国家对此问题的态度也不尽相同，在法律要求上宽严不一。如美国《合同法》规定，转让合同权利的通知，既可采取书面形式也可采取口头形式，但如果法律明确规定某些合同债权的转移应当采取书面形式，则应当采用书面形式。

履行通知义务的方式在现行《民法典》及其司法解释中虽无明确限定，但笔

---

<sup>①</sup> 陈旭旭：《论债权让与中受让人通知制度——从最高人民法院（2016）民申3020号判决切入》，甘肃广播电视大学学报2019年第4期，第58页。

者认为可以以口头方式(如果债务人不予认可,则需两个以上无利害关系的证人证明)、书面方式及其他能够用证据证明已经履行了通知义务的任何方式来履行通知义务。

在邯郸市中级人民法院审理的“田某与邯郸市某物资有限公司、武某买卖合同纠纷”中<sup>①</sup>,法院认为:

邯郸市某物资有限公司、武某认为新乡市某物资有限公司转让债权应出具书面通知的主张,我国《合同法》第八十条规定,债权人转让权利的,应当通知债务人,未经通知,该转让对债务人不发生效力。该条款并未规定具体转让时通知的形式,而本案中邯郸市某物资有限公司认可新乡市某物资有限公司口头通知其转让债权,故该债权转让成立,田某有权向邯郸市某物资有限公司、武某主张权利,邯郸市某物资有限公司、武某应当按照承诺书中的承诺履行其相应义务。

为了避免纠纷的发生,法律并未具体规定债权转让通知的形式,采用书面形式通知并由债务人签字认可可是最佳形式。因此,在债权转让时,债权人最好采取书面通知形式,以减少诉讼纠纷。

若以书面形式之外的形式通知的,应保证债务人能够及时、准确地获知债权转让的事实。因此,若采用登报的方式,应选择公开广泛发行的报纸,以便在发生争议时有足够的证据证明已履行了债权转让的通知义务,从而使得债权转让对债务人发生效力。

如最高人民法院审理的“阜新某投资管理有限公司与沈阳某国际置业第一有限公司、沈阳某房屋开发有限公司金融借款合同纠纷”一案<sup>②</sup>中,法院认为:

对于债权转让通知的形式,法律未作明确规定,债权人可自主选择通知形式,但应保证能够为债务人及时、准确地获知债权转让的事实。

---

① 邯郸市中级人民法院(2015)邯市民一初字第00031号民事判决书。

② 最高人民法院(2016)最高法第48号执行复议裁定书。



本案中,某银行在《某某晚报》刊登债权转让公告,该方式并不能确保债务人及时、准确地获知债权转让的事实。但是,从结果来看,沈阳某国际置业第一有限公司已实际知悉了债权转让的事实,客观上达到了通知的效果。在此情况下,不应以债权人对通知义务不适当履行为由否定债权转让和申请执行人变更的法律效力。该第一有限公司认为债权人的不适当履行损害了其合法权益,可依法通过其他途径救济。

## 2. 通知送达的方式类型与程度

### (1) 关于邮寄送达通知方式

笔者认为,采用公告通知送达方式是具有一定风险的。因为邮寄送达,即使有回执证明,但回执仅能证明收件人曾经收到过发件人的邮件,并不能证明送达邮件中的具体内容,更有甚者,有的债务人更是恶意拒签邮件,所以很难达到送达的目的。

在威海市中级人民法院审理的“某两家贸易有限公司之间的合同纠纷”中<sup>①</sup>,法院认为:

从本案事实来看,某公司主张其将与另一公司购销合同项下的债权全部转让给第三方公司后,以特快专递方式向上诉人送达债权转让通知,上诉人虽然否认收到该债权转让通知,但《合同法》对通知的形式并未做具体规定,二被上诉人通过本案诉讼通知了上诉人债权转让的事实,该转让协议对上诉人发生法律效力。

### (2) 关于公告通知送达方式

根据《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》,该规定第6条第2款规定:“金融资产管理公司受让国有银行债权后,原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的,人民法院可以认定债权人履行了

---

<sup>①</sup> 威海市中级人民法院(2014)威商终字第376号民事判决书。

《中华人民共和国合同法》第80条第1款规定的通知义务。”有些学者认为债权转让通知不宜采用公告通知送达方式。因为上述规定是为了保护国有利益而采取的一项应急措施,正如该《司法解释》第12条所称,“本规定仅适用于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的有关案件”,因而不具有普适性。发布债权转让公告的主体是企业,而用公告的形式送达法律文书以告知相关内容是法律赋予人民法院及有关行政机关的权力,其他主体不享有该项权力。公告是一种事实上的推定,具有法律上的强制性,即推定债务人已收到了债权转让的通知。笔者认为,为保护债务人利益,对公告通知形式的适用应从严掌握,一般因债务人人数众多或债务人住所地不明的,采取口头或书面形式又无法通知的情况下,方可采用公告形式。

在宿迁市中级人民法院审理的“卜某与黄某债权转让合同纠纷”中<sup>①</sup>,法院认为:

二审中,周某、卜某、刘某、孙某于2014年5月7日在《某某晚报》上刊登债权转让公告。在公告中,周某、卜某、刘某、孙某明确称已经于2012年1月15日将对黄某的债权转让给卜某,并表示对黄某作债权转让通知。对此,本院认为,《中华人民共和国合同法》第80条规定:债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。其目的是为了避免债务人重复履行、错误履行债务,加重债务人的负担。本案中,周某、卜某、刘某、孙某对黄某的债权系民间借贷形成,债权应是确定的,卜某成为新的债权人并不损害黄某的权益。同时,法律对通知的形式并未具体规定,在债务人下落不明,无法直接通知的情况下,债权人以登报的形式通知债务人并不违反法律规定,应视为有效的通知行为,债权转让对债务人发生法律效力。周某、卜某、刘某、孙某在《某某晚报》上刊登债权公告,虽然是在二审诉讼中,但依据诉讼经济原则,本院对其通知的效力依法予以认定。卜某向黄某主张债权,本院依法予以支持。

<sup>①</sup> 宿迁市中级人民法院(2014)宿中民终字第0547号民事判决书。

### (3)关于公证送达方式

笔者认为,债权转让通知的最佳方式是公证送达。虽然书面送达并取得回执是最好的送达方式,但是如果遇到债务人拒绝签收,送达人也无法证明已经履行了通知义务。所以,可以通过公证机关送达的方式,如果债务人拒绝签收债权转让通知,公证机关可以留置并在公证书上记录送达情况,人民法院会认可该送达的效力。

### (4)关于诉讼通知方式

笔者认为,应当认定在有债权转让协议情况下诉讼通知方式的有效性。诉讼通知的方式在实践中一般是债权受让人采用的方式,原因有两种情况:第一种是债权转让人确实没有履行通知义务;第二种情况是债权转让人履行了通知义务,但是没有取得书面的证据,债务人据以进行抗辩。所以,在诉讼中债权受让人主张诉讼中的送达也是债权转让通知。原因如下:

第一,以直接起诉方式履行债权转让通知义务,法律并未禁止。

根据原《合同法》第80条(《民法典》未予实质修改)规定:债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。因此,债权转让必须具备以下条件才能有效:(1)必须有有效存在的债权;(2)债权的转让人与受让人必须就债权让与达成合意;(3)转让的债权必须具有可让与性;(4)必须有转让通知。但对于债权转让通知应以何种方式进行,法律并未明确规定。通知系单方的法律行为,通知方式并无严格限制。可以是口头通知、书面通知,也可以是登报形式,还可以通过诉讼途径。只要债权人实施了有效的通知行为,债权转让就应对债务人发生法律效力。且以直接起诉方式履行债权转让通知义务,法律并未禁止。在私权利领域,法无禁止即可行。

在珠海市中级人民法院审理的“周某与韦某土石方工程有限公司与环球建设工程集团有限公司某分公司建设工程施工合同纠纷”中<sup>①</sup>,法院认为:

根据证据认定部分的分析,周某提供的录音资料不能证明其与冯

---

<sup>①</sup> 珠海市中级人民法院(2014)珠中法民三终字第236号民事判决书。

某、杨某向韦某公司通知债权转让事宜,因此周某以此主张其在起诉前已经通知韦某公司,证据不足,本院不予采信。对于通知的形式,由于法律未作出明确的规定,本院认为,周某以债权人身份提起诉讼,韦某公司签收了周某的诉状副本及债权转让协议等证据,应视为韦某公司知悉了周某与冯某、杨某之间的债权转让事实。由于周某在法庭辩论终结前通过诉讼的形式完成了通知义务,因此该债权转让协议对韦某公司具有法律效力,周某要求韦某公司返还保证金并赔偿损失,有事实和法律依据,本院予以支持。

第二,在诉讼过程中,法院送达民事起诉状、开庭传票、举证通知书以及相关证据等材料,在客观上被告已经知晓了债权转让的事实。因此,在相关诉讼材料送达债务人时,该债权转让通知对债务人发生法律效力。

在金华市中级人民法院审理的“钟某与洪某民间借贷纠纷”中<sup>①</sup>,法院认为:

通知债务人是债权转让对债务人发生效力的必要条件,但对通知的形式法律并无作明确要求。根据法理及《合同法》的立法本意,债权转让中的通知只要达到了让债务人知晓债权转让事宜的效果,就可认定为有效。虽然案外人叶某的自述视频系在诉讼过程中向法庭提交,但通过法院依法向钟某二人送达该证据材料及二人质证的过程,钟某二人已知晓叶某与洪某之间的债权转让的事实,此时本案达到了债权转让通知的效果,故本案中案外人叶某与洪某之间的债权转让对钟某具有效力。

第三,认定诉讼可以作为债权转让的通知方式,更符合现代司法理念。如果认定原告未履行通知义务,该债权转让对债务人不发生效力,原告诉请应当予以驳回。这势必导致原告在书面通知被告后再次对其提起诉讼,一定程度上增加了当事人的诉累。相反,认定诉讼可以作为债权转让的通知方式,可以节约司法

---

<sup>①</sup> 金华市中级人民法院(2016)浙07民终字第2268号民事判决书。

资源、提高审判效率,减轻当事人诉累。

第四,债权转让时通知债务人的立法目的是要打破债权转让双方当事人与债务人之间信息不对称的僵局,避免债务重复履行、错误履行或者加重履行债务的负担。诉讼作为债权转让的通知方式,并未增加债务人的负担,并未损害债务人的合法利益,不存在误偿的情形。

## 五、债权转让的通知的撤销与债务人利益的保护

### (一)债权转让通知的撤销之立法目的

《中华人民共和国民法典》第546条规定:债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。

鉴于债权转让通知是债权转让对债务人生效的法定要件。一经通知,债权转让协议对债务人生效,债务人即应当依照债权转让协议向债权的受让人履行。如果没有通知债务人,债权转让协议对债务人不发生效力,但转让行为本身有效,受让人此时不能向债务人主张债权,只能向转让人主张违约责任。

同理,如果债权转让通知的撤销不经过受让人同意就可由债权让与人单方随意作出,债务人就有权拒绝受让人的履行请求,在债务人向让与人作出履行后,债务人的债务消灭,此时受让人仅能依据不当得利请求让与人返还,会因此而遭受讼累、承受让与人的破产风险等不利益,不利于受让人地位的保障和债权的流通。<sup>①</sup>

韩世远教授在《合同法总论》中写道,“通知,为了避免债务人误为清偿,或第三人误自原债权人双重受让债权,因而蒙受损害,自然应该设有保护规定”。山东某化工有限公司、某资产管理有限公司金融借款合同纠纷案和黎某某、李某某债权转让合同纠纷案中对于转让通知的目的描述为:“债权转让通知的目的在于

---

<sup>①</sup> 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第75页。



避免债务人错误履行债务、双重履行债务或加重履行债务的负担。”结合学理解释与司法实务中的裁定,债权转让通知主要是为了保障债务人的合法权益,避免其因为错误清偿而遭受不必要的损失。

结合上述债权转让通知的立法目的,《民法典》第546条第2款规定的主要目的是为了为了保护受让人利益,增强债的流通性,进而维护交易的稳定性。

## (二) 债权转让通知的撤销之法定要件——受让人同意

### 1. 受让人不同意之债权转让通知的撤销

《民法典》第546条第2款规定:只有经过受让人同意才可以撤销债权转让通知。因此,未经债权受让人的同意,债权人撤销债权转让的通知在法理上无效。结合前文所述债权转让的效力分析,债权转让的效果因合同的生效而发生,受让人即时取得债权。未通知债务人,仅对债务人不发生效力。此时,债权出让人对于出让的债权再无权利,债权人再撤销债权转让通知,实际上是对于被转让债权的无权处分,自然不发生效力。

司法实践中,例如“陆某、许某某等债权转让合同纠纷案”<sup>①</sup>中:

本院认为,根据《中华人民共和国民法典》第546条规定,债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。涉案债权转让协议签署后,陆建已将债权转让通知了债务人亿盛公司,该债权转让行为对亿盛公司发生法律效力。债权转让通知非经受让人许某某同意不得撤销,因此一审法院依据债权转让协议及债权转让通知判决亿盛公司付款具备事实和法律依据,应予维持。

在本案中,原债权人在债务人已经签收债权转让通知后,邮寄了撤销债权转让通知书,而受让人没有表示同意债权转让通知的撤销,法院判定债权转让通知的撤销无效,债务人应该按债权转让通知向受让人清偿,符合法律规定。

<sup>①</sup> 山东省潍坊市中级人民法院(2021)鲁07民终3890号二审民事判决书。

综上,债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。

## 2. 是否存在债权人可以单方撤销债权转让通知的例外

已知根据法律规定:债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。可是在实践中是否存在例外使得债权人可以单方撤销债权转让通知值得探究。也就是说,在债权转让合同本身并无效力瑕疵,但转让通知本身出现错误,包括指示的受让人错误(将受让人甲指示为乙)、指示的转让债权错误(将被转让债权A债权指示为B债权)等,或者转让通知本身并无错误,但债权转让合同之后无效、被撤销等,此时债权人是否可以单方撤销转让通知?

关于转让通知本身并无错误,但债权转让合同之后无效、被撤销的情形,有学者认为<sup>①</sup>:

债权转让合同在转让通知后无效、被撤销的情形中,从受让人角度,如果采取债权转让的有因性构造,则债权自动回到让与人处,受让人未取得债权,故其并非真正的受让人,债权人撤销转让通知即无需经过其同意。这可能会导致债务人审查的困难。如果债权转让合同被撤销,由于撤销权必须通过诉讼或者仲裁方式行使,让与人获得了胜诉的生效判决或者仲裁裁决时,债权转让合同才能够被有效地撤销,之后让与人撤销转让通知并提交了生效的判决或者仲裁裁决书时,债务人无需对此予以审查。但在债权转让合同无效且未取得法院或者仲裁机构确认的情形中,如果允许让与人单方撤销转让通知,则会使得债务人介入到让与人和受让人之间的争议中,出现债务人审查转让合同是否无效的困难,增加债务人的审查成本。

当然,也有学者认为<sup>②</sup>:

即使债权出让人撤回债权转让通知具有合法理由,例如债权转让

① 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第76页。

② 刘浩:《债权转让通知研究》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第107页。

合同无效或者被撤销,除撤销债权转让通知外,债权人仍有其他救济途径。因此,从促进经济流转和利益平衡的角度考虑,在债权人出让人和债权人受让人共同作出债权转让通知的情形下,应当由债权人出让人和债权人受让人共同发出撤回债权转让的通知,只有债权人出让一方发出撤回债权转让通知的,未经债权人受让人确认不发生撤回债权转让的效力。

同时,司法实践中,关于转让通知本身出现错误,例如“安徽某电子有限公司与赵某民间借贷纠纷案”<sup>①</sup>中:2014年7月1日,安徽某电子有限公司与杨某共同向赵某发出一份债权转让通知撤销及债权回转通知书,该通知书载明“赵某:安徽某电子有限公司于2013年底给你寄了一份债权转移通知书,将你欠安徽某电子有限公司的157116元的债务转让给杨某。2014年7月1日安徽某电子有限公司发现债权转移通知书中的金额与实际有差异,与受让人杨某签订了一份债权转让回购协议,将该笔债权进行回购……

综上所述,笔者认为,虽然法律没有明确规定出现上述情形的具体做法,但关于转让通知本身出现错误,这属于债权转让通知对债务人的效力瑕疵,如果债权人出让人为善意,这对债权转让本身的效力并无影响,类比上述案例债权人经受让人同意后共同出具声明即可;如果债权人出让人为恶意,结合前文关于债权转让效力的分析中的“北京某投资有限责任公司、邯郸市肉鸡场金融不良债权转让合同纠纷案”,法院裁定该债权转让无效。那么,在此情形下,笔者认同第一个学者的观点,债权让与人撤销转让通知仍需要经过受让人的同意,在受让人不同意时,让与人可起诉请求受让人同意,或者请求法院或者仲裁机构确认转让合同无效,在获得了生效的胜诉判决或者仲裁裁决后才可撤销转让通知,在此之前,让与人可请求对债权予以保全,避免债务人向受让人履行的风险。

### 3. 司法裁定中认定受让人同意的方式多样

但是,受让人同意的表现形式,在司法实践中存在不同的样态。

一般情况下,受让人同意,表现在受让人与债权人出让共同出具撤销债权转

<sup>①</sup> 安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2017)皖0191民初438号一审民事判决书。

让通知书,如“永新县某林业工业公司与江西某投资有限公司借款合同纠纷”上诉案<sup>①</sup>中:

对此,本院分别评述如下:二、关于某投资公司与永新县某林业公司是否分别为本案适格诉讼主体的问题……2009年3月17日,某投资公司将《债权转让通知》邮寄送达给永新县某林业公司。2009年9月某投资公司与鹰潭市某投资有限公司经协商达成一致,同意解除上述《债权转让合同》,并于2009年9月15日向永新县某林业公司共同出具《关于撤销〈债权转让协议〉的通知》,要求其向某投资公司履行担保义务。同日,某投资公司将该《关于撤销〈债权转让协议〉的通知》邮寄给永新县某林业公司。鉴于2009年2月26日至2009年9月15日期间,永新县某林业公司既未向鹰潭市某投资有限公司也未向某投资公司清偿债务,故在主债务人江西某化肥厂未清偿尚欠借款本息的情况下,永新县某林业公司的担保债务并未消灭。《债权转让合同》经双方协商解除后债权主体回归为某投资公司,永新县某林业公司应向某投资公司履行连带保证义务,清偿欠款本息。

在本案中,关于某投资公司与永新县某林业公司是否分别为本案适格诉讼主体的问题,也就是关于债权转让与债权转让通知的撤销是否有效的问题。在本案中,债权一共发生了四次转让,经法院认定都系真实有效,在最后一次转让中也合法撤销,受让人同意体现为债权出让人与受让人共同出具《关于撤销〈债权转让协议〉的通知》。

此外,笔者注意到,在司法裁定中,受让人同意,也可以表现在受让人与债权出让人在确认债权转让后又作出的其他法律行为,即不作出明确的同意撤销债权转让通知的意思表示,而是通过其他方式证明自己同意撤销。

如“郑某某等诉新疆某房地产开发有限公司库尔勒分公司债权转让合同纠纷

---

<sup>①</sup> 江西省高级人民法院(2017)赣民终427号借款合同纠纷二审民事判决书。

纷案”中<sup>①</sup>,法院判决如下:

本院认为,债权转让应以债权存在为前提。本案中上诉人郑某某与被上诉人某房地产公司库尔勒分公司、第三人李某某虽然口头达成债权转让合同,但事后第三人对该债权进行了部分清偿,同时被上诉人某房地产公司库尔勒分公司与第三人李某某登报申明被上诉人某房地产公司库尔勒分公司给上诉人郑某某出具的售房收据作废即撤销了三方的债权转让行为,对此上诉人郑某某系明知的,其主张第三人李某某偿还的部分欠款与本案系两笔欠款,一二审均未提供证据证实,故上诉人郑某某的上诉理由不能成立,本院不予支持。

在本案中,债权人与受让人之间存在债务关系,债权人把自己的债权(一套未完工的房子)转让给受让人以期多退少补抵消债务。受让人在受让该债权(这套未完工的房子)后,又接受了债权人与自己债务的部分清偿(另一套房子,价值低于前一套)。这一做法,经法院审查认定,视为受让人同意债权转让的撤销。

此外,在“杨某某与湖北某输变电工程有限公司买卖合同纠纷案”<sup>②</sup>中,法院判决如下:

关于某电气有限公司是否撤销了对某输变电工程有限公司的债权转让通知的问题。原判认为……杨某某受让债权后向荆门仲裁委员会申请仲裁,其在主张权利的仲裁过程中,与某电气有限公司、某输变电工程有限公司三方签订了备忘录,协议第二条约定“因湖北某电气有限公司欠第三方杨某某借款,湖北某电气有限公司将该笔货款委托支付给第三方杨某某,设备维护以及合同其他相关义务由湖北某电气有限公司王某某负责”,第四条约定“在此备忘录签字后,湖北某电气有限公司向湖北某输变电工程有限公司出具相应的发票、付款委托函及收据,

① 新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院(2017)新28民终474号债权转让合同纠纷二审民事判决书。

② 湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门中民二终字第00256号二审民事判决书。



第三人撤回在荆门仲裁委的仲裁申请。湖北某输变电工程有限公司物资分公司同意将款项按实际回款进度的比例支付给第三方”。由此约定可以看出,某电气有限公司要求某输变电工程有限公司将应支付给自己的货款委托某输变电工程有限公司直接支付给杨某某,实际债权人仍为某电气有限公司,从而可以认定某电气有限公司经受让人杨某某的同意撤销了对某输变电工程有限公司发出的债权转让通知,杨某某在备忘录上签字并向荆门仲裁委员会撤回仲裁申请,亦可证明其认可这一撤销行为。

在本案中,原告(受让人)在受让债权且主张债权后又与债权人、债务人三方签订了“备忘录”,在备忘录中明确约定债权人与受让人之间不再是债权转让而是委托支付,受让人作为完全民事行为能力人,不存在欺诈、重大误解等可撤销的民事法律行为。因此法院认定这体现了受让人同意债权转让通知的撤销。

综上所述,在司法实践中,认定受让人同意,除了受让人明确表示同意且共同出具撤销债权转让通知书,受让人作出的其他可认定为有效的民事法律行为也表示了默许,此处并未穷尽。

## 六、债权转让通知的时间与诉讼时效

基于上述分析及《民法典》第546条的规范路径,立法意见认为债权让与通知并不影响债权转让合同与债权让与的效力。因此债权让与通知的时间不对债权让与合同及债权让与这一准物权处分行为之生效时间产生影响。唯债权让与通知将使债权转让对债务人这一债权让与合同之第三人生效,否则债务人得向原债权人履行债务。转让通知之时间点由受让人与让与人约定,当事人既可以约定即期通知,亦可以附条件或附期限,待条件成就或期限届至方通知。然而《民法典》第543-556条并未明言债权转让通知之起始时点及债权转让通知的时间与诉讼时效之关联,因此债权让与通知之时间及其与诉讼时效之关系应当加以明确,以消解实务之疑虑。

## (一)通知的始终时间点

### 1. 通知起始时点

一般而言,通知将在债权转让事实发生的同时或发生之后进行,因此理论与实务界对于该两种情况的争议不算大。但是否可以在债权转让事实发生之前预先通知?又是否可以更进一步在基础债权关系尚未确定的情形下通知?这两种情况是否具有效果?立法并未明言,理论界亦存在争议。下文将着手分析。

#### (1)预先通知之效力

债权转让通知能否在债权转让事实发生之前进行,实际上与债权转让通知之法律性质关系紧密。日本民法学界认为,债权转让通知为观念通知,而非意思表示,即债权转让通知为对事实的通知,基于对债权转让通知的定性,债权转让通知应当于债权转让事实同时发生或在债权转让事实发生之后作出<sup>①</sup>。我国《民法典》第543条的规范内容实际上亦支持这种观点,若债权转让通知是债权转让发生效力的要件,则债权转让通知须在债权转让效力发生前完成。最高人民法院认为<sup>②</sup>:基于原《合同法》第80条第1款关于债权转让通知性质的定性,法律及司法解释对作出转让通知的时间节点没有也无需进行限制,法院由此拒绝再审申请人的申请,认为法律并未要求转让债权的债权人应当在转让债权之前通知债务人。尚有学者认为:现实发生债权转移效力并不是让与通知发生的前提条件,只要债权人对债务进行通知,即使债权转让尚未实际发生,其也可以对受让人进行清偿。然而正如前文所述,债权转让的法律性质为观念通知,其并不表达任何法效意思,仅是对事实状态的转达,因此只有真实进行债权转让后方可对债务人进行通知;若允许债权转让协议尚未存在即通知债务人,将使债务人面临未明确真正债权人的情况下清偿债务之危险,将债权转让不恰当的风险转移于债务人之上,不甚合理。因此,债权转让事实发生前的预先通知不具备通知的效力,且于债务承担与债权转让的不同场合之中,通知具有不同效力,法律明确要求债务承担须征得债权人之同意,却并未要求债权转让必须要通知债务人方得生效。

① [日]我妻荣:《新订债权总论》,王纛译,中国法制出版社2008年版,第470页。

② 最高人民法院(2015)民申字第2360号申请再审民事裁定书。

## (2)未来债权让与之通知效力

讨论对于基础债权债务关系尚未确定之债权转让通知的效力前,须明确何为未来债权转让。按照理论界的分类,未来债权分为:已存在基础法律关系之未来债权,譬如附生效条件或生效期限的债权、基于继续性合同所产生的未来债权等;没有基础法律关系的未来债权,譬如尚未订立合同的买卖、租赁等关系所产生的债权,即“纯粹未来债权”。<sup>①</sup>

理论界认为前者因为基础法律关系已经存在,债务人已有机会识别与注意债权人将在一定条件下行使其请求权,受让人亦须注意避免债权发生后转让通知到达债务人前,债务人向让与人清偿的风险,故设置于未来债权实际发生前,债权转让时即可向债务人发出转让通知。对于没有基础法律关系的“纯粹未来债权”而言,在债权转让时并无任何基础法律关系存在,无法给予债务人足够的机会知悉债权的内容与受让人的归属,使债务人识别和注意债务存在的成本极高,且对于受让人而言,此时尚无债务人,其不需要担心债务人向让与人清偿的风险存在。因此理论界认为应当等到让与人对债务人的债权已存在基础法律关系时方可以发出债权转让通知。实际上,这种规范理解与《民法典》第761条对于保理合同的定义一致,《民法典》第761条规定:保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人,保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。实务界也基本认同理论界的观点,认为不具有合理期待性和确定性的未来债权不属于商业保理法律关系中可转让的应收账款范畴。在上海市高级人民法院的判决<sup>②</sup>中,法院认为:

案涉将来债权,系A公司于未来商业活动中可能产生的约定金额之债,该种约定金额之债基于实际经营状况,但案涉公司经营状况为虚假记载。如果将来债权毫无确定因素的,则对于该种将来债权的期待亦难言合理,民事主体亦无法因此而产生相应期待利益,因此不具备任何基础法律关系的债权并不具备可转让性,所谓“让与人”亦自无法通

<sup>①</sup> 朱虎:《债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知》,《当代法学》2020年第6期,第68页。

<sup>②</sup> 上海市高级人民法院(2016)沪民申2374号再审民事裁定书。

知“债务人”。

实务界中法院普遍认为已存在基础法律关系之债权形成前通知债务人转让有效,转让人无需在债权转让后再次通知。实务难点在于通知内容是否具体,是否能充分证明通知的债权与实际发生的债权具有同一性。在惠州市中级人民法院的判决<sup>①</sup>中,法院否定了债权转让预先通知的效力,关键在于通知的债权与实际发生的债权无法对应。法院认为:

A公司拟向原告转让的是2013年4月1日至2014年5月15日期间与被告已经签订或将要签订的所有销售合同项下之相关权利及发票,而原告主张的本案债权是基于A与被告之间的加工承揽合同产生的,两者并不同一,并不能认为A公司已经依法履行了通知义务。

在上海市高级人民法院的判决<sup>②</sup>中,法院认可将来债权的通知行为之效力,认为:

A公司已经在债权发生前履行了债权转让的概括通知义务,债权实际发生后的个别通知并不额外构成公司新增加的一项法定义务。

总结而言,对于债权转让通知之时间起点,最早可基于将来债权已存在基础法律关系之时,且应当在债权转让效力发生之后进行。

## 2. 通知最晚时点

### (1) 两种基本观点之分歧

理论界对于通知的最晚时点存在两种观点<sup>③</sup>。一种认为债权让与通知的时间最晚应不晚于债务的履行期限,当债务已至履行期时,债务人可能已经向让与

① 惠州市中级人民法院(2015)惠中法民二终字第163号二审民事判决书。

② 上海市高级人民法院(2012)沪高民二(商)终字第43号二审民事判决书。

③ 潘运华、张中成:《债权让与通知要素》,《东北农业大学学报(社会科学版)》2018年第2期,第51页。

人履行或暂未履行,但已经为履行债务做准备,若此时通知债务人,债务人将不知如何履行,不利于保障债务人的利益。该种观点以债务履行期为界限。另一种则认为,只要债务人尚未履行但能够履行,都可以通知债务人债权转让之事实。若在通知之前债务人已经履行,则通知对于债务人而言不生效。该种观点以债务人是否已完成履行为界限。然而,以债务是否到履行期为标准作为通知之界限本身存在不合理之处。首先,当债务已先于通知到达债务人处履行完毕的情形下,债务人已被脱离于该合同关系之中,债务人对让与人的清偿有效,债权转让之通知不再对债务人生效,此效力是对债务人利益的保护,由债务人根据自身债务情况,基于合同约定选择债务履行之时间。债务人可能在通知前履行债务,可能在债务履行期后履行债务,因此其履行与否及履行时间与债权转让通知必须晚于履行期并无太大关联。再者,在已至履行期但债务人尚未履行的情形下,即使债务人已经为债务履行作准备,该准备也只是关于是否能清偿的问题,与债务人向谁履行关联不大,即使认为向谁履行会对债务人产生影响,对于债务人可能造成的损失也可以通过向其提供一定的履行宽限期而弥补,并不需要设置通知的最晚时间必须在债务履行期内。最后,根据通知的性质及目的,债权转让通知的目的在于使债务人知晓债权让与的事实,从而使债务人向受让人清偿债务。只要债务人尚未清偿,即可以通知其清偿的对象发生变化之事实。总结而言,通知的最晚时间应当以债务人是否已经履行为标准,只要尚未履行,都可以对债务人进行债权让与通知。

## (2) 诉讼中通知的问题

一般而言,受让人会在诉讼前即进行通知。然而实践中也存在少数受让人并未于诉讼前通知债务人债权转让之事实,而是直接通过诉讼行使其请求权,要求债务人偿还债务。此处问题在于以诉讼方式、在诉讼中对债务人进行债权转让通知是否具备通知的效力? 实践多认可诉讼中债权转让的效力。大致有以下理由支持诉讼中债权转让通知的效力:第一,不进行债权转让通知仅仅使得债务人获得针对受让人要求其清偿债务之抗辩权,因此债权转让通知是形成权,一旦债权转让通知送达债务人,其抗辩权即消灭,对债务人而言,原债权人脱离债之关系,受让人成为债务人的新债权人,债权受让人起诉时虽不能对抗债务人,但只要在一审辩论终结前履行通知义务,法院就应当支持其诉求。更重要的是,从



债权转让通知的目的上看,通知在于使得债务人了解债权转让之事实,受让人通过在诉讼中送达起诉状<sup>①</sup>、寄送材料<sup>②</sup>、举证质证等方式即可让债务人充分了解债权转让之事实,且债务人尚未履行,在诉讼中进行通知不会给债务人造成不必要之阻碍。第二,若要求法院否认诉讼中债权转让通知的效力,驳回受让人的诉讼请求,待受让人通知债务人债权转让之事实后再行起诉,将导致诉讼程序重复,极大浪费诉讼资源。第三,若不承认诉讼中债权转让通知之效力,将助长债务人拖延债务的侥幸心理。第四,最高法院发布的司法解释从侧面上肯定了诉讼中进行债权转让通知的效力。《最高人民法院关于最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》第6条第2款:在案件审理中,债务人以原债权银行转让债权未履行通知义务为由进行抗辩的,人民法院可以将原债权银行传唤到庭调查债权转让事实,并责令原债权银行告知债务人债权转让的事实。尽管解释并未明言诉讼中的债权转让通知具有通知的效力,但其通过表明在诉讼中人民法院可将债权转让人(原债权银行)传唤到庭调查债权转让事实,并责令转让人告知债务人债权转让的事实,即肯定了诉讼中进行通知系受让人提出履行请求前的最后通知时间。

总结而言,关于债权转让通知最晚之时点,应当以债务人是否履行为标准界限,只要债务人尚未履行,即可通知债务人债权转让之事实;在受让人起诉请求债务人履行债务的诉讼中进行债权转让之通知的效力应当予以认可。

## (二)收到债权转让通知之时点

为确定诉讼时效中断之时点,须先确定债权转让通知之生效时点。债权转让通知的性质为观念通知,即准法律行为,故可类推适用意思表示的规则。首先,债权转让通知本身基于基础法律关系,故该项通知必有受领人即债务人,应适用有相对人的意思表示有关规则。根据我国《民法典》第137条,对话形式作出的意思表示的生效采用了解主义,非对话形式作出的意思表示的生效采用到达

<sup>①</sup> 重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民终5421号二审民事判决书。

<sup>②</sup> 金华市中级人民法院(2016)浙07民终2268号民事判决书。

主义。故债权转让通知在对话形式下,使得债务人知悉债权转让的内容即可;在非对话形式下,须确保债务人有机会知悉债权转让之事实。如果无法到达债务人本人的,该通知到达债务人的控制范围之内即可,信件通知与数据电文形式通知的情形即遵循该规则。更进一步而言,通知的形式将影响通知生效的时点。在以公告形式作出债权转让通知的情形下,若认为公告一经发出即表示通知到达债务人,不甚公平。公告面对的受众为社会公众,且公告本身的受众群体有一定特点,债务人对通知内容的了解极有可能延后于公告发出之时。若债务人恶意阻碍通知到达,应视为通知已到达,债务人已知悉债权转让之事实<sup>①</sup>。

### (三)与诉讼时效之关系

#### 1. 诉讼时效与债权转让通知最晚时点

此处所指之诉讼时效为基础合同关系中债权请求权的诉讼时效。《民法典》并未直接规定债权转让之通知不得超过诉讼时效发出,亦未规定债权转让之债权应当在诉讼时效之内。然而,尚有学者认为,债权转让之债权应当尚在诉讼时效之内,否则将影响受让人之清偿。笔者认为,首先,《民法典》尚无强制性规定认为通知必须在诉讼时效之内发出,法典既无规定,得由缔约人自主选择;其次,从效果上看,通知是否在诉讼时效内发出影响受让人得否受清偿的问题,应当由受让人及让与人理性判断,一般而言受让人不至于承受一个已超过诉讼时效之债权;再次,实践中不乏案例表明,即使超过诉讼时效,受让人发出债权转让通知,债务人仍对通知签名且承诺将履行义务,以此放弃时效利益<sup>②</sup>。因此诉讼时效不必要成为制约债权转让通知最晚时点的因素。

#### 2. 诉讼时效中断、重新起算与债权转让通知

关于债权转让通知是否导致诉讼时效中断的问题,各国法律并无明文规定。

我国2001年发布的《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》规定:

债务人在债权转让协议、债权转让通知上盖章或者签收债务催收通知的,诉

<sup>①</sup> 山东省高级人民法院(2017)鲁执复232号民事执行裁定。

<sup>②</sup> 山东省青岛市中级人民法院(2001)青经初字第223号民事判决书。

诉讼时效中断。原债权银行在全国或者省级有影响力的报纸上发布的债权转让公告或通知中,有催收债务内容的,该公告或通知可以作为诉讼时效中断的证据。

2002年《最高人民法院关于〈关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释的有关问题的函〉的答复》规定:

金融资产管理公司在全国或省级有影响的报纸上发布的有催收内容的债权转让公告或通知所构成的诉讼时效中断,可以溯及至金融资产管理公司受让原债权银行债权之日;金融资产管理公司对已承接的债权,可以在上述报纸上以发布催收公告的方式取得诉讼时效中断(主张权利)的证据。

上述司法解释一定程度上承认了债权让与通知为诉讼时效中断的事由,然而规定是否合理存在疑问,亦颇受学者怀疑。结合诉讼时效的制度目的及债权让与通知为观念通知的性质,让与人或受让人将债权让与的事实告知债务人,无论通知人的主体是谁,亦无论通知主体内心的法效意思如何,都改变不了法律为债权让与通知预定的结果——债权让与对债务人生效,债务人只有向让与人履行义务才能发生债之清偿的效果。因此债权转让通知本身并无债权人请求债务人履行义务、债务人同意履行义务、债权人提起诉讼或仲裁的内容,债权转让通知本身不会引起诉讼时效中断。最高法解释中规定的后半段指明真正导致诉讼时效中断的事由:债权转让通知中含有催收债务内容,通知的内容明确表示债权人有向债务人主张债权的意思表示。因此通知本身并非必然导致债权诉讼时效中断,而是通知中所包含的催收意思成为诉讼时效中断的事由,进而导致诉讼时效中断。

同时,《北京市高级人民法院关于印发〈北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)〉的通知》第21条规定:

债权转让已通知债务人,“通知”内容包括向债务人主张权利的意思表示,或“通知”上写明要求债务人向债权受让人偿还债务内容的,或债权让与人、债权受让人同时在“通知”上签字盖章,应该认定债权转让

通知债务人的同时,债权人向债务人主张了权利,诉讼时效发生中断的法律后果。

结合我国《民法典》第九章及《民法典》有关债权转让的规范进行理解,亦是如此。根据《民法典》第195条,发生诉讼时效中断的效果需要债权人向债务人请求履行、债务人同意履行、债权人提起诉讼或申请仲裁等。根据本文前述关于通知主体的论述,通知债务人债权转让事实的人可能是转让人,也可能是受让人;且债权转让通知之内容并不一定具有催收的效果,因此对于债权转让通知是否能发生中断诉讼时效之效果不能一概而论。

因此我们应当将债权转让通知分成如下三种类型:第一,债务人签收含有债务催收的债权转让通知,可以视为债务人已收到债权人主张其债权的意思表示,诉讼时效得中断。但在债权的诉讼时效已经届满时,不发生诉讼时效中断的效果,亦不会因通知而导致债权诉讼时效重新起算。第二,债务人在不含有债务催收的债权转让通知上签字或盖章,仅能表示债务人收到债权转让的通知,并不能表示债务人知悉债权人有催收债务的意思,亦不能表示债务人承诺履行该债务,故不构成诉讼时效中断的事由。第三,若诉讼时效已经届满,债务人在含有催收意思的债权转让通知中盖章,可构成对其所有的诉讼时效抗辩权之放弃,债务人须向受让人偿还债务。

实务界的理解与学界的理解吻合。“A诉B公司等清偿债务纠纷”案<sup>①</sup>与“A公司广州办事处诉中山市B公司等借款担保合同纠纷”案<sup>②</sup>中,法院判决的论述皆为:案件中对债务人的债权转让通知含有催收的意思,因此可以中断时效。最高人民法院<sup>③</sup>有观点认为:对于转让之前已经因未依法及时主张权利而超过诉讼时效的债权,不因之后转让时发布具有催收内容的公告而产生重新起算诉讼时效的效果。受让人应获得原债权既有之权利,不应获得超过原债权所有之诉讼时效期限利益,因此含有催收意思的债权转让通知若超过诉讼时效方送达至债务人,亦不能使得诉讼时效重新起算,此观点符合法理之规定。若诉讼时效已经届

① 最高人民法院(2003)民一终字第46号民事判决书。

② 最高人民法院(2004)民二终字第207号民事判决书。

③ 最高人民法院(2021)最高法民申1557号再审审查与监督民事裁定书。

满,通知自不会发生中断诉讼时效之效果,但若债务人在含有催收意思的债权转让通知上盖章或签字,承诺偿还债务,即表明其放弃时效利益,须偿还债务<sup>①</sup>。

## 本专题结论

1. 采用无因性观点区分债权转让合同与债权转让更有利于观察后手受让人是否取得债权问题的解决。从债权转让的效力层面来看,债权转让的效果因合同的生效而发生,受让人即时取得债权。债权转让事实未通知债务人,则转让效果对债务人不发生效力。债权转让效果达成,从权利担保物权亦应随之转移,然实践中对担保物权取得问题尚有争议;债权转让合同之受让人可使得让与人承担物之瑕疵担保责任等以保护债权受让人之利益;为保护债权转让法律关系第三人利益,应当完善登记制度以行公示。

2. 债权转让通知之效力应为观念通知,受让人取得债权后债务人接到转让通知前,债务人有权拒绝受让人的履行请求,向让与人履行债务以消灭债权,也有权选择向受让人履行债务以消灭债权;债务人接到转让通知后,债务人应当向受让人履行而拒绝让与人的履行请求。

3. 根据《民法典》规定,若坚持文义解释方法,无法从条文逻辑得出受让人不是债权让与主体的结论。因民法作为私法坚持“法无明文禁止即许可”的一般原则,债权转让中受让人亦为债权转让通知的适格主体。

4. 债权转让通知最好以书面形式进行,另外邮寄、公告及诉讼的通知方式亦得肯定,公证送达的通知形式为最优解。然而实践中邮寄、公告等方式能否达到通知的要求应当以案件具体情况作分析。

5. 债权转让通知的撤销的法定要件是受让人同意。未经受让人同意,债权转让通知的撤销无效。此外,结合学者理论与司法实践,本文认为不存在债权人可以单方撤销债权转让通知的例外。而关于受让人同意,在司法实践中认定受让人同意的方式多样,主要依据案件的具体情况,判断受让人是否知悉债权转让

---

<sup>①</sup> 山东省青岛市中级人民法院(2001)青经初字第223号民事判决书、最高人民法院(2016)最高法民申3665号再审审查与审判监督民事裁定书、江苏省高级人民法院(2016)苏民终766号二审民事判决书。



通知的撤销的存在。

6. 对于债权转让通知之时间起点,最早在已存在基础法律关系的将来债权之时,且应当在债权转让效力发生之后。关于债权转让通知最晚之时点,只要债务人尚未履行,即可通知债务人债权转让之事实。债权转让通知是否得中断诉讼时效应以通知中是否具有催收之意思为准。

## 本专题参考文献

### 一、专著类

- [1]王洪亮.债法总论[M].北京:北京大学出版社,2016:448.
- [2]王利明.合同法研究(第二卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2015:219.
- [3]崔建远.合同法总论(中卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2016:492.
- [4]我妻荣.新订债权总论[M].王燊译.北京:中国法制出版社,2008:451-472.
- [5]王泽鉴.法律思维与民法实例[M].北京:中国政法大学出版社,2001:111.
- [6]郑玉波.民法债编总论[M].台北:三民书局,1996:464.
- [7]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2007:63.
- [8]朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013:70.
- [9]韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2011:475.

### 二、期刊类

- [1]朱虎.债权转让中对债务人的程序性保护:债权转让通知[J].当代法学,2020,(6):68-75.
- [2]尹飞.论债权让与中债权移转的依据[J].法学家,2015,(4):83-89.
- [3]崔建远.债权让与续论[J].中国法学,2008,(3):49.
- [4]申建平.债权让与通知论[J].求是学刊,2005,(4):85.
- [5]朱虎.债权转让中的受让人地位保障:《民法典》规则的体系整合[J].法学家,2020,(4):14.
- [6]潘运华.债权二重让与中的权利归属[J].法学家,2018,(5):128-130.

- [7]高圣平.统一动产融资登记公示制度的构建[J].环球法律评论,2017,(6):78.
- [8]龙俊.物权变动模式的理想方案与现实选择[J].法学杂志,2019,(7):27.
- [9]谢鸿飞.民法典担保规则的再体系化[J].社会科学研究,2019,(6):51-54.
- [10]何颖来.《民法典》中有追索权保理的法律构造[J].中州学刊,2020,(6):62-69.
- [11]潘运华.债权让与对债务人的法律效力——从(2016)最高法民申7号民事裁定书切入[J].法学,2018,(5):129-140.
- [12]王轶.民法典之“变”[J].东方法学,2020,(4):41.
- [13]彭海波,王晓利.受让人也是债权让与通知的适格主体[J].人民司法(案例),2018,(35):129-140.
- [14]吴京辉,汪颖.普惠金融视角下保理基础债权转让通知制度的规则观省[J].学习与实践,2021,(9):42-51.
- [15]葛华.债权让与通知的有效性分析[J].经济师,2020,(9):124-125.
- [16]刘浩.债权转让通知研究[J].暨南学报(哲学社会科学版),2014,(2):103-107.
- [17]刘媛.债权让与对债务人的效力——兼论《民法典(草案)》第五百四十六条第一款[J].重庆电子工程职业学院学报,2020,(29):33-37.
- [18]陈旭旭.论债权让与中受让人通知制度——从最高人民法院(2016)民申3020号判决切入[J].甘肃广播电视大学学报,2019,(4):58.
- [19]潘运华,张中成.债权让与通知要素[J].东北农业大学学报(社会科学版),2018,(2):51.

### 三、案例类

- [1]最高人民法院(2020)最高法民申3598号民事判决书.
- [2]广西高院(2009)桂民再字第16号民事判决书.
- [3]最高人民法院(2004)最高法民二终字第212号民事判决书.
- [4]新疆维吾尔自治区塔城地区人民法院(2021)新42民终1553号民事判决书.
- [5]重庆市第一中级人民法院(2016)渝01民终9191号民事裁定书.
- [6]最高人民法院(2015)民申字第2040号民事裁定书.

- [7]上海市金山区人民法院(2013)金民三(民)初字第3535号民事判决书。
- [8]最高人民法院(2016)最高法民申7号民事裁定书。
- [9]最高人民法院(2019)最高法民申2205号民事裁定书。
- [10]江苏省徐州市中级人民法院(2013)民初字第0230号民事判决书。
- [11]上海市黄浦区人民法院(2014)民五(商)初字第6199号民事判决书。
- [12]山东省烟台市中级人民法院(2021)民终7242号民事判决书。
- [13]最高人民法院(2007)民一终字第10号民事判决书。
- [14]最高人民法院(2004)民二终字第212号民事判决书。
- [15]湖北省高级人民法院(2007)鄂民监一抗字第00028号民事裁定书。
- [16]重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民初字第00231号民事判决书。
- [17]邯郸市中级人民法院(2015)邯市民一初字第00031号民事判决书。
- [18]最高人民法院(2016)最高法第48号执行复议裁定书。
- [19]威海市中级人民法院(2014)威商终字第376号民事判决书。
- [20]宿迁市中级人民法院(2014)宿中民终字第0547号民事判决书。
- [21]珠海市中级人民法院(2014)珠中法民三终字第236号民事判决书。
- [22]金华市中级人民法院(2016)浙07民终字第2268号民事判决书。
- [23]山东省潍坊市中级人民法院(2021)鲁07民终3890号二审民事判决书。
- [24]安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2017)皖0191民初438号一审民事判决书。
- [25]江西省高级人民法院(2017)赣民终427号借款合同纠纷上诉案。
- [26]新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院(2017)新28民终474号债权转让合同纠纷案。
- [27]湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门中民二终字第00256号二审民事判决书。
- [28]最高人民法院(2015)民申字第2360号申请再审民事裁定书。
- [29]上海市高级人民法院(2016)沪民申2374号再审民事裁定书。
- [30]惠州市中级人民法院(2015)惠中法民二终字第163号二审民事判决书。
- [31]上海市高级人民法院(2012)沪高民二(商)终字第43号二审民事判决书。
- [32]重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民终5421号二审民事判决书。

- [33]金华市中级人民法院(2016)浙07民终2268号民事判决书。
- [34]山东省高级人民法院(2017)鲁执复232号民事执行裁定。
- [35]山东省青岛市中级人民法院(2001)青经初字第223号民事判决书。
- [36]最高人民法院(2003)民一终字第46号民事判决书。
- [37]最高人民法院(2004)民二终字第207号民事判决书。
- [38]最高人民法院(2021)最高法民申1557号再审审查与监督民事裁定书。
- [39]山东省青岛市中级人民法院(2001)青经初字第223号民事判决书。
- [40]最高人民法院(2016)最高法民申3665号再审审查与审判监督民事裁定书。
- [41]江苏省高级人民法院(2016)苏民终766号二审民事判决书。





第二编

## 商事类纠纷中的疑难问题



## 专题五

# 侵害股东优先购买权的股权转让合同效力研究<sup>①</sup>

**摘 要:**在我国现行法律对于侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力没有明确规定的情况下,对此问题进行研究具有必要性。本专题结合近年来与此问题相关度极高的109个案例,研究法院的裁判思路,认为股权转让合同承担着债权合意和物权合意的双重意思表示功能,应将股权转让合同区分为合同效力和合同履行两个不同的问题。在股东转让股权出现程序瑕疵时,只要否定第三人优先于公司其他股东取得公司股份的行为即可,而无需否定股权转让合同的有效性。基于债权的平等性,损害股东优先购买权的股权转让合同与行使优先购买权缔结的股权转让合同,是可以并存且同时有效的。由于合同依法成立并已生效,即使存在履行不能的情形,也可以救济相关主体的利益损害,平衡股权转让中的各方主体利益。

**关键词:**股东优先购买权;股权转让合同;效力

### 一、问题的提出

我国《公司法》第71条确立了我国股东优先购买权制度,2017年9月开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称“公司法解释四”)细化了股东优先购买权的若干规则,一定程度上解决了司法实践中的疑难问题。但不论是法条还是司法解释,如何判断未符合该

---

<sup>①</sup> 案例共同整理人张佳玥、张哲丰、徐偲格、赖妙颖、张雪均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。

制度所确立的股权转让程序的合同之效力,还没有直接相对应的法律规定。最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿)》中曾提出确认损害股东优先购买权合同的效力判断规则,但在最终确立的公司法解释四中又将该项规定删除,导致审判实践中部分人民法院对该规定的理解存在偏差。自复星商业与SOHO中国的股权纠纷一案以来,股权转让合同效力问题引起广泛关注。<sup>①</sup>除了理论界的各种学术纷争外,我国司法实践中对于合同效力的裁判观点亦有差别,最高院对此问题的意见也出现过无效、可撤销、有效等几种观点,全国各地各级法院审理的此类案件亦数量庞大,证成过程、裁判观点多种多样。2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)第九条进一步就该类案件的审判思路阐明观点和理由,认为如无其他影响合同效力的事由,应当认定有效。其他股东行使优先购买权的,虽然股东以外的股权受让人关于继续履行股权转让合同的请求不能得到支持,但不影响其依约请求转让股东承担相应的违约责任。

现有文献关于侵害股东优先购买权的股权转让合同效力多是从理论的层面分析研究,亦或是选取有代表意义的个别案件进行理论研究,鲜有文献以司法实践中的案例研究作为文章的主题结构进行实证分析。因此,本专题通过统计近年实践中的案件与法院的判决结果,探究侵害股东优先购买权的股权转让合同效力在司法实践中的判断情况,借此总结股权转让合同效力的判断规律。在逻辑线索上,本专题第一部分主要考察当前的立法状况,思考本文问题的提出;第二部分考察当前理论研究的局限性,以引出通过大量案例进行实证分析的必要性,对近年来司法案例中出现的侵害股东优先购买权的股权转让合同认定的案件进行梳理,以期获得对此类案件的总体认识和直观评价;第三部分将统计的案件进行深入分析和研究,考察裁判机构对股权转让合同的效力在不同案件中的不同判断,着重研究导致类案之间不同结论的影响因素,总结出共通的裁判要旨,并基于相关的学术理论进行对比研究;第四部分从解释论的角度得出研究心得和文章结论。

---

<sup>①</sup> 彭冰:《股东优先购买权与间接收购的利益衡量——上海外滩地王案分析》,《清华法学》2016年第1期,第184页。

## 二、侵害股东优先购买权的股权转让合同效力认定的司法困惑

在侵害其他股东优先购买权的情况下,如何处理转让股东与第三人股权转让合同的效力问题,学界存在较大争议。公司法理论上产生了无效说、相对无效说、效力待定说、可撤销说、有效说等各种主张,司法实践中亦有此类分歧,存在大量同案不同判的情形。有学者认为,“如果对外的股权转让合同已经生效并履行,那么股权转让不会对该合同产生影响,其他股东可以主张救济,但是无法否认股权转让合同的有效性”<sup>①</sup>。有学者认为,由于损害其他股东优先购买权的手段和方式多种多样,此外还存在其他影响因素,因此此类合同的效力判断应当结合案情,具体情况具体分析。<sup>②</sup>还有学者认为,应当引进受让人的善意规则,“非善意的即无效”,“以增强此类合同效力判断的正当性基础”<sup>③</sup>。

上述理论研究成果从不同角度对侵害股东优先购买权的股权转让合同效力进行了判断,为法院如何裁判提供了理论依据,但在司法实践中,法院是否依据上述理论衡量自身或如何判决尚未可知,理论是否指导了实践或在多大程度上影响实践亦未可知,若将研究视角以实践为基础,先考察实践,再上升至理论,或许更有实践价值,因此,有必要引入大量案例,系统地进行实证分析,以便探求司法实践中对侵害股东优先购买权的股权转让合同效力的理解和把握,从而为理论研究开辟新的路径。

本专题主要通过“中国裁判文书网”网站进行案例检索,辅之以“北大法宝”与“无讼案例”进行案件的补充与细节完善。

---

① 王东光:《论股权转让的双重限制及其效力》,引自顾功耘主编:《第72条的分析法律评论》,人民出版社2010年版,第43页。

② 陈立斌主编:《股权转让纠纷(第3版)》,法律出版社2015年版,第114-116页。

③ 曹兴权:《股东优先购买权对股权转让合同效力的影响》,《国家检察官学院学报》2012年第5期,第148-153页。



### (一) 实证思路: 案件检索方法与过程

通过在“中国裁判文书网”案件搜索栏键入关键词“股东优先购买权”、“股权转让合同”与“效力”,可以得到683篇检索结果;通过在“无讼案例”案件搜索栏键入关键词“股东优先购买权”“股权转让合同”与“效力”,可以得到540篇检索结果;通过在“北大法宝”司法案例检索栏中选择“全文”范围,键入“股东优先购买权、股权转让合同、效力”,得到的搜索结果为2篇典型案例、1篇参阅案例、13篇评析案例、17篇经典案例、596篇法宝推荐与278篇普通案例。

大致确定案件范围后,考虑到由于公司法解释四的颁布,关于股东优先购买权的案件在实践中有了新的法条支撑,各地各级别的法院裁判结果都会随之发生变化。加之本文研究众多案例的目的,是通过总结不同的裁判案例,以获得法院在司法判决中对于损害股东优先购买权合同的效力的经验。因此,应进一步缩小案例检索的范围。以案件的判决时间为判断标准,将公司法解释四开始实施的2017年9月作为中点,考察公司法解释四颁布至今以及公司法解释四颁布之前对应的年份,即前后九年判决结果发生的变化,最终将案例检索的时间范围锁定到2013年至2017年9月、2017年9月至今两个部分。在此基础上,再删除一些与本文研究题目不相契合的案件,例如“常州和裕创业投资有限公司与陈野、四川柏狮光电技术有限公司股权转让纠纷案”中,案件的争议焦点为案涉《股权转让合同》的效力,但是在实际裁判中认定不存在公司内部其他股东的优先购买权问题<sup>①</sup>;再者,例如“陈梅金、宜昌光彩置业有限公司股权转让纠纷二审民事案件”中,上诉理由为侵犯其他公司股东优先购买权,但是法院认为涉案公司存在内部决议瑕疵,不属于股东优先购买权问题<sup>②</sup>。因此类似以上的案件将不作讨论。综上,将案件的检索结果确定为109个。通过严密的检索与科学的筛选,在保证案件一定数量的基础上能够保证结论的全面性,这样分析公司法解释四颁布前后发生的关于法院认定侵害股东优先购买权的股权转让合同效力如何的案件,能够清楚各地法院对相关条款的理解与应用情况,进而探求侵害股东优先购

<sup>①</sup> 常州市中级人民法院(2017)苏04民终1696号判决书。

<sup>②</sup> 湖北省高级人民法院(2018)鄂民终44号判决书。

买权的合同效力判断思路。

## (二) 实证研究:案例检索结果与统计

### 1. 样本案件汇总情况

如前述“案件检索方法与过程”,共统计出符合本专题研究条件的 109 个案例,以下用表格的方式一一列举,使研究样本更为清晰地展示。具体内容如表 2-1 所示。

表 2-1 案例检索结果与统计表

| 序号 | 案号                    | 审理法院            | 效力  |
|----|-----------------------|-----------------|-----|
| 1  | (2013)澄商初字第 1350 号    | 江苏省江阴市人民法院      | 有效  |
| 2  | (2013)川民终字第 733 号     | 四川省高级人民法院       | 可撤销 |
| 3  | (2013)呼民终字第 480 号     | 呼伦贝尔市中级人民法院     | 有效  |
| 4  | (2013)新民二终字第 32 号     | 新疆维吾尔自治区高级人民法院  | 可撤销 |
| 5  | (2014)东中法民二终字第 344 号  | 广东省东莞市中级人民法院    | 可撤销 |
| 6  | (2014)甘民二终字第 11 号     | 甘肃省高级人民法院       | 有效  |
| 7  | (2014)杭淳商初字第 457 号    | 淳安县人民法院         | 有效  |
| 8  | (2014)静民二(商)初字第 837 号 | 上海市静安区人民法院      | 有效  |
| 9  | (2014)开商初字第 00354 号   | 南通市经济技术开发区人民法院  | 有效  |
| 10 | (2014)穗越法民二初字第 377 号  | 广东省广州市越秀区人民法院   | 有效  |
| 11 | (2014)徐商终字第 0326 号    | 江苏省徐州市中级人民法院    | 无效  |
| 12 | (2014)益法民二终字第 36 号    | 湖南省益阳市中级人民法院    | 有效  |
| 13 | (2015)吉中民三终字第 137 号   | 吉林市中级人民法院       | 有效  |
| 14 | (2015)鲁商终字第 345 号     | 山东省高级人民法院       | 有效  |
| 15 | (2015)南市民二终字第 240 号   | 南宁市中级人民法院       | 有效  |
| 16 | (2015)宁商终字第 733 号     | 南京市中级人民法院       | 有效  |
| 17 | (2015)沙民二初字第 14 号     | 新疆维吾尔自治区沙湾县人民法院 | 未生效 |
| 18 | (2015)苏商再提字第 00068 号  | 江苏省高级人民法院       | 无效  |

续 表

| 序号 | 案号                      | 审理法院          | 效力  |
|----|-------------------------|---------------|-----|
| 19 | (2015)苏商再提字第 00068 号    | 江苏省高级人民法院     | 无效  |
| 20 | (2015)天民初字第 05077 号     | 长沙市天心区人民法院    | 未生效 |
| 21 | (2015)西中民四终字第 00180 号   | 西安市中级人民法院     | 可撤销 |
| 22 | (2015)湘高法民一终字第 5 号      | 湖南省高级人民法院     | 有效  |
| 23 | (2015)甬奉商初字第 593 号      | 奉化市人民法院       | 有效  |
| 24 | (2015)岳民初字第 08182 号     | 长沙市岳麓区人民法院    | 有效  |
| 25 | (2015)浙杭商终第 1247 号      | 杭州市中级人民法院     | 可撤销 |
| 26 | (2016)京 0108 民初 31450 号 | 北京市海淀区人民法院    | 有效  |
| 27 | (2016)湘 0702 民初 3084 号  | 常德市武陵区人民法院    | 有效  |
| 28 | (2016)粤 19 民终 4676 号    | 东莞市中级人民法院     | 可撤销 |
| 29 | (2016)浙 0824 民初 1275 号  | 开化县人民法院       | 无效  |
| 30 | (2016)浙民申 3249 号        | 浙江省高级人民法院     | 可撤销 |
| 31 | (2017)川 13 民终 3631 号    | 南充市中级人民法院     | 有效  |
| 32 | (2017)鄂 0111 民初 3997 号  | 湖北省武汉市洪山区人民法院 | 可撤销 |
| 33 | (2017)吉 75 民终 31 号      | 吉林省延边林业中级法院   | 有效  |
| 34 | (2017)京 03 民终 59 号      | 北京市第三中级人民法院   | 有效  |
| 35 | (2017)京民终 796 号         | 北京市高级人民法院     | 有效  |
| 36 | (2017)苏 03 民终 7830 号    | 徐州市中级人民法院     | 有效  |
| 37 | (2017)苏 0506 民初 9077 号  | 苏州市吴中区人民法院    | 有效  |
| 38 | (2017)豫 96 民终 422 号     | 济源中级人民法院      | 无效  |
| 39 | (2017)粤 12 民终 151 号     | 肇庆市中级人民法院     | 有效  |
| 40 | (2017)粤 0982 民初 2538 号  | 广东省化州市人民法院    | 有效  |
| 41 | (2018)川 01 民终 5734 号    | 成都市中级人民法院     | 有效  |
| 42 | (2018)川 01 民终 5737 号    | 成都市中级人民法院     | 有效  |
| 43 | (2018)鄂民终 44 号          | 湖北省高级人民法院     | 有效  |

续 表

| 序号 | 案号                      | 审理法院           | 效力    |
|----|-------------------------|----------------|-------|
| 44 | (2018)甘 0111 民初 1415 号  | 甘肃省兰州市红古区人民法院  | 有效    |
| 45 | (2018)吉 2401 民初 4047 号  | 吉林省延吉市人民法院     | 有效    |
| 46 | (2018)京 01 民终 792 号     | 北京市第一中级人民法院    | 有效    |
| 47 | (2018)黔民终 1025 号        | 贵州省高级人民法院      | 有效    |
| 48 | (2018)陕民终 794 号         | 陕西省高级人民法院      | 有效    |
| 49 | (2018)皖 1702 民初 2019 号  | 安徽省池州市贵池区人民法院  | 有效    |
| 50 | (2018)湘 04 民初 266 号     | 湖南省衡阳市中级人民法院   | 有效    |
| 51 | (2018)渝民终 228 号         | 重庆市高级人民法院      | 有效    |
| 52 | (2018)粤 20 民终 1608 号    | 中山市中级人民法院      | 无效    |
| 53 | (2018)粤 20 民终 1609 号    | 中山市中级人民法院      | 无效    |
| 54 | (2018)浙民初 12 号          | 浙江省高级人民法院      | 有效    |
| 55 | (2018)浙民初 12 号          | 浙江省高级人民法院      | 有效    |
| 56 | (2019)川 0105 民初 14454 号 | 四川省成都市青羊区人民法院  | 有效    |
| 57 | (2019)川 0105 民初 4200 号  | 四川省成都市青羊区人民法院  | 有效    |
| 58 | (2019)鄂 01 民终 8159 号    | 湖北省武汉市中级人民法院   | 未生效   |
| 59 | (2019)桂 0722 民初 2470 号  | 广西壮族自治区浦北县人民法院 | 有效    |
| 60 | (2019)辽 0102 民初 21104 号 | 辽宁省沈阳市和平区人民法院  | 无效    |
| 61 | (2019)鲁 06 民终 6951 号    | 山东省烟台市中级人民法院   | 有效    |
| 62 | (2019)鲁 1003 民初 6008 号  | 山东省威海市文登区人民法院  | 有效    |
| 63 | (2019)闽 0206 民初 7972 号  | 福建省厦门市湖里区人民法院  | 未进行判定 |
| 64 | (2019)闽民申 1771 号        | 福建省高级人民法院      | 有效    |
| 65 | (2019)闽民申 1771 号        | 福建省高级人民法院      | 有效    |
| 66 | (2019)苏 0826 民初 1249 号  | 江苏省涟水县人民法院     | 无效    |
| 67 | (2019)苏民再 279 号         | 江苏省高级人民法院      | 有效    |
| 68 | (2019)苏民再 279 号         | 江苏省高级人民法院      | 有效    |

续 表

| 序号 | 案号                  | 审理法院          | 效力 |
|----|---------------------|---------------|----|
| 69 | (2019)皖01民终10443号   | 安徽省合肥市中级人民法院  | 有效 |
| 70 | (2019)湘3101民初1892号  | 湖南省吉首市人民法院    | 无效 |
| 71 | (2019)粤03民终11717号   | 广东省深圳市中级人民法院  | 有效 |
| 72 | (2019)粤03民终17337号   | 广东省深圳市中级人民法院  | 有效 |
| 73 | (2019)云01民终4167号    | 云南省昆明市中级人民法院  | 有效 |
| 74 | (2019)云01民终4168号    | 云南省昆明市中级人民法院  | 有效 |
| 75 | (2019)云03民初194号     | 云南省曲靖市中级人民法院  | 有效 |
| 76 | (2019)浙0109民初17297号 | 浙江省杭州市萧山区人民法院 | 有效 |
| 77 | (2019)浙0381民初10983号 | 浙江省瑞安市人民法院    | 有效 |
| 78 | (2020)鄂01民终10435号   | 湖北省武汉市中级人民法院  | 有效 |
| 79 | (2020)鄂01民终11193号   | 湖北省武汉市中级人民法院  | 有效 |
| 80 | (2020)吉01民终4348号    | 吉林省长春市中级人民法院  | 有效 |
| 81 | (2020)冀01民终216号     | 河北省石家庄市中级人民法院 | 有效 |
| 82 | (2020)京0114民初3157号  | 北京市昌平区人民法院    | 有效 |
| 83 | (2020)辽0114民初11644号 | 辽宁省沈阳市于洪区人民法院 | 有效 |
| 84 | (2020)鲁09民终3457号    | 山东省泰安市中级人民法院  | 有效 |
| 85 | (2020)鲁10民终2122号    | 山东省威海市中级人民法院  | 有效 |
| 86 | (2020)鲁10民终2123号    | 山东省威海市中级人民法院  | 有效 |
| 87 | (2020)鲁10民终2865号    | 山东省威海市中级人民法院  | 有效 |
| 88 | (2020)鲁11民终995号     | 山东省日照市中级人民法院  | 无效 |
| 89 | (2020)宁民申99号        | 宁夏回族自治区高级人民法院 | 有效 |
| 90 | (2020)苏02民终922号     | 江苏省无锡市中级人民法院  | 有效 |
| 91 | (2020)苏08民终1179号    | 江苏省淮安市中级人民法院  | 有效 |
| 92 | (2020)苏08民终92号      | 江苏省淮安市中级人民法院  | 无效 |
| 93 | (2020)皖02民终166号     | 安徽省芜湖市中级人民法院  | 有效 |



续 表

| 序号  | 案号                     | 审理法院                | 效力  |
|-----|------------------------|---------------------|-----|
| 94  | (2020)皖民终 487 号        | 安徽省高级人民法院           | 有效  |
| 95  | (2020)湘 06 民再 58 号     | 湖南省岳阳市中级人民法院        | 可撤销 |
| 96  | (2020)湘 07 民终 707 号    | 湖南省常德市中级人民法院        | 有效  |
| 97  | (2020)湘 31 民终 82 号     | 湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院 | 有效  |
| 98  | (2020)渝 05 民终 1701 号   | 重庆市第五中级人民法院         | 有效  |
| 99  | (2020)豫 07 民终 1060 号   | 河南省新乡市中级人民法院        | 有效  |
| 100 | (2020)粤 0112 民初 5773 号 | 广东省广州市黄埔区人民法院       | 有效  |
| 101 | (2020)粤 0112 民初 5774 号 | 广东省广州市黄埔区人民法院       | 有效  |
| 102 | (2020)粤 0112 民初 5777 号 | 广东省广州市黄埔区人民法院       | 有效  |
| 103 | (2020)粤 01 民终 24121 号  | 广东省广州市中级人民法院        | 有效  |
| 104 | (2020)粤 01 民终 24122 号  | 广东省广州市中级人民法院        | 有效  |
| 105 | (2020)粤 01 民终 24123 号  | 广东省广州市中级人民法院        | 有效  |
| 106 | (2020)粤 1303 民初 4597 号 | 广东省惠州市惠阳区人民法院       | 无效  |
| 107 | (2020)云 03 民终 1562 号   | 云南省曲靖市中级人民法院        | 有效  |
| 108 | (2020)浙 03 民终 2399 号   | 浙江省温州市中级人民法院        | 有效  |
| 109 | (2021)浙 0783 民初 648 号  | 浙江省东阳市人民法院          | 有效  |

## 2. 案件年份分布情况

在符合条件的 109 个案件中,按年份统计分别为:2013 年共 4 个,2014 年共 8 个,2015 年共 13 个,2016 年共 5 个,2017 年共 10 个,2018 年共 15 个,2019 年共 22 个,2020 年共 31 个,2021 年共 1 个。案件的数量及分布趋势如图 2-1 所示。

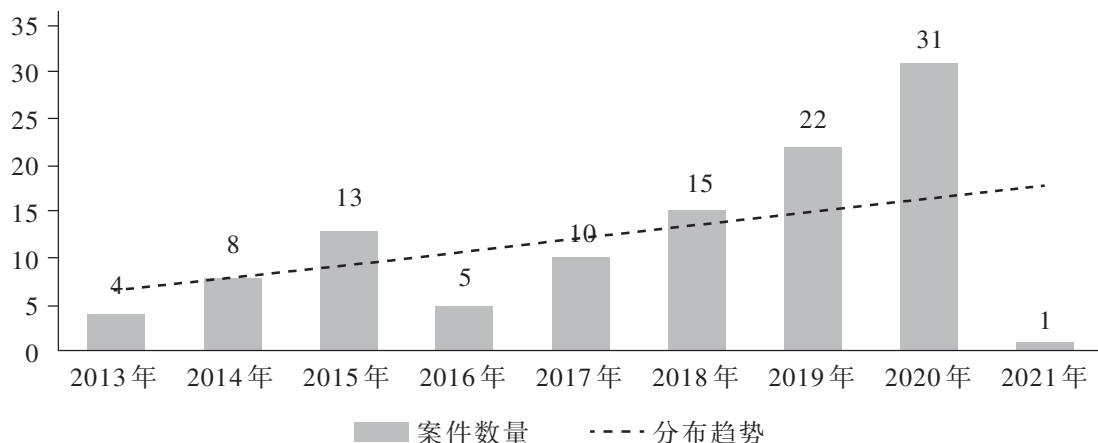


图 2-1 案件数量及分布趋势

根据柱状图和趋势线可知,该类案件数量在8年内呈逐步增长趋势,由2013年4件上升至2020年31件,可见该研究对象在司法实践中越来越常见与广泛,值得深入研究。

### 3. 判决结果分布情况

根据统计,109个案例中,法院判决侵害股东优先购买权的股权转让合同有效的有83个,占比76.1%;法院判决侵害股东优先购买权的股权转让合同无效的有13个,占比11.9%;法院判决侵害股东优先购买权的股权转让合同可撤销的有9个,占比8.2%;法院判决侵害股东优先购买权的股权转让合同未生效的有3个,占比2.7%;法院回避对合同效力认定的有1个,占0.9%,如图2-2所示。

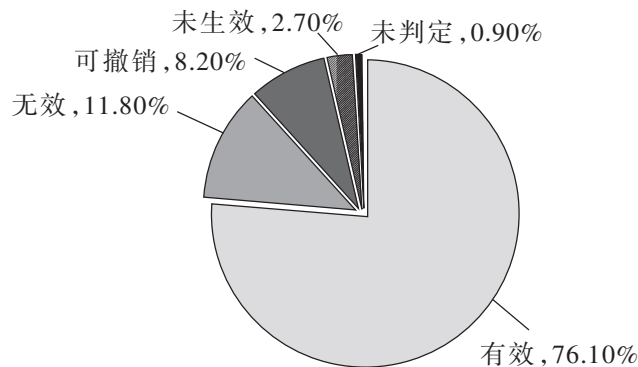


图 2-2 判定结果

根据饼状图可以清晰得知,法院判决中认为侵害股东优先购买权的股权转让合同有效的情形所占比重最大,其次为无效和可撤销的情形,认定合同未生效

的情形也有存在,但占比较小。

#### 4. 审级分布情况

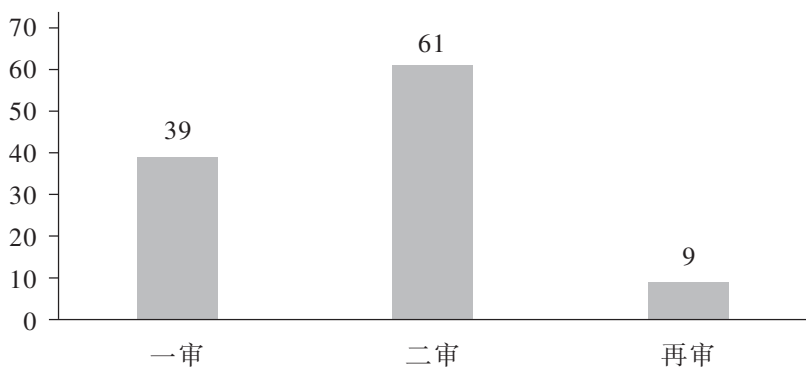


图 2-3 审级汇总

#### 5. 法院级别分布情况

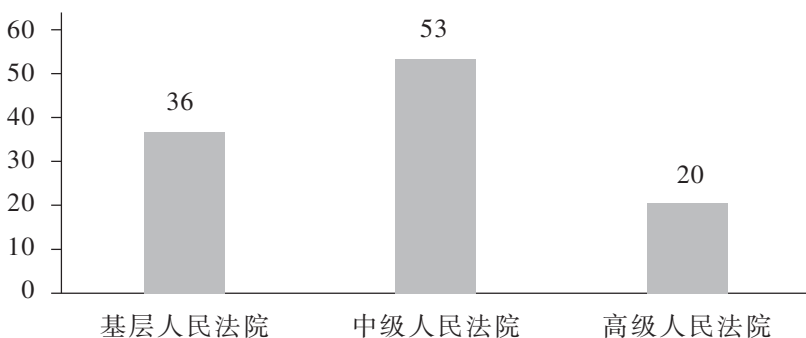


图 2-4 法院级别汇总

综上对于相关案件的整理,可以发现各地各级法院在裁判此类案件时具有一定的规律可循,同时也存在一些特殊的裁判情况,根据裁判结果也可以得出各类判决所反映的不同学说争议。研究司法困惑的目的在于总结实践经验,最终为理论研究做出梳理,得以广泛适用,以达到司法的同质化,实现判决的规范性。

### 三、侵害股东优先购买权的股权转让合同效力认定的理论纷争

专题的该部分将从不同的裁判结果入手,以此分析法院的判决思路,同时结

合理论研究中比较显著的结论,以达到研究侵害股东优先购买权合同效力的目的。

## (一)合同有效说

### 1. 裁判思路的解构与再现

#### (1)符合合同有效要件,且不具备合同无效的事由

在李飞、周卓超等与王友芳、陆斌等二审一案中,法院认为:“合同双方意思表示真实,无恶意串通情形,合同有效。是否侵犯股东优先购买权,并不影响合同的效力。”<sup>①</sup>

在顾生勤与张相兴、杜金龙等股权转让纠纷一审一案中,法院认为:“张相兴、杜金龙、丁建林与周玲于2013年2月1日签订的股权转让协议系各方真实意思表示,不违反法律法规的禁止性规定,应属合法有效。因顾生勤行使优先购买权而导致受让人周玲与股权出让人之间的股权转让合同的合同目的不能实现,受让人可向出让人主张合同违约的赔偿责任。”<sup>②</sup>

在何明龙与温岭大江投资有限公司、江夫友股权转让纠纷一审一案中,法院认为:“公司的股东向股东以外的股权受让人转让股权,无论是否已通知公司的其他股东行使优先购买,若不存在双方恶意串通,损害第三人利益或违反效力性强制性规定等合同规定的无效事由,均不影响股权转让合同的效力。”<sup>③</sup>

在朴莲花与延吉公园休闲体育有限公司及朴永岩、金泰范、俞京春、金国范、李京玉公司决议效力确认纠纷一审一案中,法院认为:“2015年11月4日朴永岩与金泰范签订的“股权转让协议书”、2016年3月24日朴永岩与俞京春签订的“股权转让协议书”、2017年5月17日俞京春与金国范签订的“股权转让协议书”、2017年8月21日金泰范与李京玉签订的“股权转让协议书”均系双方真实意思表示,未违法法律、法规强制性规定,合法有效。”<sup>④</sup>

此外,部分法院以该判决思路进行判决时,额外论证了《公司法》第71条不属

---

① (2020)苏02民终922号判决书。

② (2013)澄商初字第1350号判决书。

③ (2019)浙0381民初10983号判决书。

④ (2018)吉2401民初4047号判决书。

于原《合同法》第52条规定的“法律、法规的强制性规定”。

李梅兰和蒙长瑞、马华英确认合同效力纠纷一案民事判决书中指出:“《中华人民共和国公司法》第七十一条第二、三款对股权对外转让作了限制,在于维系有限责任公司的人合性,但并未规定如违反该程序则转让合同无效,故该法律规定属于限制性规定,并不属于法律的强制性规定。”<sup>①</sup>

陶其飞与周昭股权转让纠纷一案民事判决书中指出:“因第2款和第3款之规定可因公司章程的另行规定而排除适用,故该规定并非法律的强制性规定,而系选择适用或推定适用的任意性规定,故违反前述规定的股权转让合同不能视为违反了法律的强制性规定。”<sup>②</sup>

## (2)股权转让合同效力应与股权转让行为相区分

在潘海志、郑捷股权转让纠纷二审一案中,法院认为:“应严格区分股权转让的合同行为和股权转让实际履行两者的关系。合同的效力亦是可以与权利变动的结果相区分的。”<sup>③</sup>

在刘贵、云南吉腾汽车销售服务有限公司股东资格确认纠纷二审一案中,法院认为:“当事人订立股权转让合同只是引起股权变动的原因行为,并不当然产生股权实际变动的法律后果,股权转让合同的效力应当与股权变动的结果相区分。”<sup>④</sup>

在李海军与霍建权、姚新君、李明、王建荣、薛炜德、李玲、汤晓琴、郑鹏、钱金萍、蔡福进、吴小丽股权转让纠纷二审一案中,法院认为:“股东对公司股份的优先购买权是一种为保证有限责任公司的人合性而赋予股东的权利。优先权的规定并不是对转让股份的股东股权的限制或其自由转让股份的限制。转让股东与第三人股权转让协议的效力具有独立性,在其他股东不主张行使优先购买权时,转让股东与第三人股权转让协议便可在履行一定的法定程序以后,得以全面履行。只有当股东主张并行使优先购买权时,才涉及转让股东与第三人股权转让协议对股东行使优先购买权是否产生影响。因此股东优先购买权的行使

① (2018)甘0111民初1415号判决书。

② (2018)皖1702民初2019号判决书。

③ (2020)粤01民终24122号判决书。

④ (2020)云03民终1562号判决书。

与否不影响转让协议是否有效,而只能影响该协议能否履行。股权转让协议是否有效应当按照该协议本身的内容根据《中华人民共和国合同法》关于合同效力的规定加以认定。<sup>①</sup>

## 2. 当前裁判路径的理论基础

在大量案件都以认定侵害股东优先购买权的合同为有效的情况下,这势必形成了一种判决思路。有学者曾将区分原则引入侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力判断,认为区分缔结合同的行为与履行合同的行为更有利于判断侵权的股权转让合同的效力。<sup>②</sup>这种论证就与大多数法院的判决思路不谋而合。

理论上关于合同有效的主要论证思路有:严格依照原《合同法》第44条的规定,认为股权转让合同原则上成立时就生效;<sup>③</sup>将股权转让合同的效力和股权转让的效力从性质上区分开,认为法定的特殊转让股审批程序属于对股权转让的限制,并非针对股权转让合同。<sup>④</sup>

在所有的认定股权转让合同为有效的判决中,判决理由均可归纳为将侵害股东优先购买权与股权转让合同的效力相区分,以保护股东之外的第三方合同相对人的权益。股东的优先购买权制度旨在维护公司的内部信赖关系,故在股东转让股权出现程序瑕疵时,只要否定第三人优先于公司其他股东取得公司股份的行为即可,而无需否定转让股东与第三人之间转让合同的有效性,此举更有利于提高市场效率、保护交易公平。

## (二)合同无效说

### 1. 裁判思路的解构与再现

#### (1)股权转让合同存在法定的合同无效事由

王加平、贾宝中等与边培东、胡从明等股权转让纠纷一审民事判决书中指

---

① (2014)甘民二终字第11号判决书。

② 丁国民、连浩琼:《区分原则下损害股东优先购买权合同效力问题研究》,《北京化工大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第36-41页。

③ 王欣新、赵芬萍:《有限责任公司的股权转让》,《人民法院报》,2001年8月20日;肖龙、孙小平、王忠:《从个案谈有限责任公司股权转让的若干问题》,《法律适用》2003年第9期,第56-57页。

④ 张平:《股权转让效力层次论》,《法学》2003年第12期,第85页。



出:“本案中,被告边培东利用职务上的便利……符合法律上规定的恶意串通的法定情形,并非是善意取得,损害了原告的决议权、优先购买权。挂名股东与被告边培东、胡添奕签订的股权转让协议均为无效协议。”<sup>①</sup>

吴崴崎与吴汉民确认合同无效纠纷再审民事判决书:“吴汉民与吴崴磊之间的涉案两份股权转让协议存在合同法第五十二条第(二)项规定的恶意串通损害第三人利益的情形,属于无效协议……综上,民事活动应当遵循诚实信用的原则,民事主体依法行使权利,不得恶意规避法律,侵犯第三人利益。吴汉民与吴崴磊之间的两份股权转让协议,目的在于规避公司法关于股东优先购买权制度的规定,剥夺吴崴崎在同等条件下的优先购买权,当属无效。吴崴崎要求确认该两份股权转让协议无效,于法有据,应予支持。”<sup>②</sup>

此外,部分法院认为《公司法》第71条为法律的强制性规定,违反该条规定的股权转让行为属于法定的合同无效情形。在赵雪红与孙仁亮、吴忠厚等股权转让纠纷二审民事判决书中,法院指出:“我国公司法对于有限责任公司股东以外的第三人受让公司股权的前置条件进行了强制性规定,即规定股权对外转让需事先征求其他股东意见,其他股东同等条件下享有优先购买权等准入门槛,违反该规定,则相关股权转让行为相对于异议股东,可以依法申请消灭该股权转让合同关系。涉案永安驾校公司章程亦就上述股权转让限制条件进行了明确规定。我国公司法之所以规定有限责任公司股东享有优先购买权,其立法本意一方面在于保证有限责任公司原股东可以通过行使优先购买权增持股权份额,从而实现对公司的控制权,另一方面在于保障有限责任公司的人合性,以确保原股东有权根据自己的实际情况和需要决定是否接纳新股东加入公司或自行退出公司等。本案中,股东吴忠厚向股东以外的第三人孙仁亮转让股权的行为,事实上侵犯了赵雪红的股东优先购买权,故吴忠厚与孙仁亮之间的股权转让协议依法不发生法律效力。”<sup>③</sup>

黎流明与陈光裕、张小山股权转让纠纷一案民事一审判决书中指出:“被告人陈某与第三人张小山转让案涉股权未征得原告黎流明的同意,根据《最高人民

① (2019)苏0826民初1249号判决书。

② (2015)苏商再提字第00068号判决书。

③ (2014)徐商终字第0326号判决书。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(四)》第十七条第一款之规定,“有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,应就其股权转让事项以书面或者其他能够确认收悉的合理方式通知其他股东征求同意”,该规定为法律限制性规定,除股权已被善意取得之外,其余未经其他股东同意的股东转让行为当属无效,本案第三人张小山并非善意第三人,被告人陈某与第三人张小山签订的《股权转让合同》应认定为无效合同。”<sup>①</sup>

王威与沈阳奥吉娜化工有限公司、王英合同纠纷一审民事判决书中指出:“被告奥吉娜化工公司亦系有限责任公司,公司具有独立法人地位和法人财产,上述“平账”行为亦属股东滥用权利的行为,实质上损害奥吉娜化工公司其他股东合法权益。故案涉被告奥吉娜化工公司与被告王英签订的《股权转让协议》因违反法律强制性规定,应属无效。”<sup>②</sup>

#### (2)因不符合公司章程导致合同无效

在赵国安、李红星确认合同无效纠纷二审案中,法院认为:“赵国安在明知公司章程对股权转让有约定的情况下,违反公司章程的约定,将其股权转让给李红星,妨碍了公司其他股东行使表决权和优先购买权,因此其转让股权的行为无效。”<sup>③</sup>直接根据公司章程即确认了合同无效。

#### (3)违反诚实信用原则导致合同无效

吴嵌崎与吴汉民确认合同无效纠纷再审民事判决书中指出:“吴汉民与吴嵌磊之间的涉案两份股权转让协议存在合同法第五十二条第(二)项规定的恶意串通损害第三人利益的情形,属于无效协议。如果认可上述行为的合法性,公司法关于股东优先购买权的立法目的将会落空。综上,民事活动应当遵循诚实信用的原则,民事主体依法行使权利,不得恶意规避法律,侵犯第三人利益。吴汉民与吴嵌磊之间的两份股权转让协议,目的在于规避公司法关于股东优先购买权制度的规定,剥夺吴嵌崎在同等条件下的优先购买权,当属无效。”<sup>④</sup>

---

① (2020)粤1303民初4597号判决书。

② (2019)辽0102民初21104号判决书。

③ (2017)豫96民终422号判决书。

④ (2015)苏商再提字第00068号判决书。

## 2. 当前裁判路径的理论基础

关于合同无效的理论证成路径,学界多数观点认为应结合《合同法》和《公司法》的规定,即《公司法》中股东同意的条件属于强行性规定,违反此规定必然无效。<sup>①</sup>但从司法实践来看,法院认定合同无效还会取决于其他因素。第一类认定股权转让合同无效的判决思路不符合公司法的核心要旨。要准确裁判侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力,就必须对效力判断过程中各种不同价值之间的竞争与冲突作出认识,必须考虑股权转让合同效力判断的价值冲突与基本原则。总体上看,股权转让合同效力判断中的价值冲突主要表现为交易效率价值与交易安全价值、公司的资合性价值与人合性价值、平等性价值与优先性价值之间的冲突。<sup>②</sup>若根据第一种判决思路,将公司章程的规定置于判定股权转让合同效力的首要位置,则对于非公司股东的合同相对人存在不公,没有考虑到公司的资合性价值。在合同无效的情况下,受让方只能追究出让方的缔约过失责任,而不能追求其违约责任,因此针对股权转让合同的无效判决会造成善意的受让方较大损失。在第二类认定合同无效的判决情形中,法院主要考虑的是判决必须遵循《合同法》的基本原则。首先考虑合同是否违背了《合同法》关于合同无效的几种情形,并据此判定股权转让合同的效力。这样的判决思路本质上同判决合同有效的思路是一致的,均为从《合同法》出发,判断合同的效力。但本文研究的侵害股东优先购买权的股权转让合同,除了具有合同的性质之外,还具有公司法上的意义,如何平衡两法的冲突,也应是法院在裁判此类案件中的研究重点。单纯地依据合同法进行裁判,而不考虑公司法在此类案件中的价值,应当持反对意见。

### (三)合同可撤销说

#### 1. 裁判思路的解构与再现

(1)通过赋予股东对股权转让合同的撤销权来救济受侵害的股东优先购买权

张月勤与洪佳、何运喜股权转让纠纷一案中,法院认为:“有限责任公司的转

<sup>①</sup> 邹海林:《股东向股东以外的人转让出资行为辨析》,《人民法院报》,2003年6月20日。

<sup>②</sup> 潘福仁、邹碧华等:《股权转让协议效力司法疑难问题》,法律出版社2007年版,第12页。

让股东在未将股权转让事项通知其他股东的情况下,与股东之外的受让人签订股权转让合同,考虑转让股东毕竟是享有股权的主体,且其他股东是否有意、是否有财力行使优先购买权并不能确定,赋予其他股东撤销权足以保护其优先购买权,平衡转让股东、其他股东以及股东之外的受让人的利益,本院界定案涉《协议书》为可撤销合同。”<sup>①</sup>

(2)侵犯股东优先购买权的行为,其产生的法律效果是股权转让合同可撤销

乐碧华与李瑞祥等股权转让纠纷一案中,二审法院认为:“乐碧华、李寿黔未依公司章程和修改前的《中华人民共和国公司法》第七十二条的规定履行上述义务,侵犯了龙乐公司其他股东的优先购买权,该行为产生的直接法律后果就是《股权转让协议》依法应被撤销。”<sup>②</sup>

莫合特尔达吾提与喀什宏岳润丰棉业有限公司和硕县清水河宏岳棉花加工有限责任公司、蒋新民、呼图壁县红柳塘棉业有限公司股东资格确认纠纷一案中,法院认为:“《中华人民共和国公司法》第七十二条第二款,从内容看,该规定非强制性规定,而是任意性规定。股东不同意转让或行使优先购买权,是一种为保证有限责任公司人合性而赋予股东的权利,该权利并不是对拟转让股份的股东股权的限制,其与股东以外的受让人签订股权转让合同,只要该合同意思表示真实,不违反相关的法律、行政法规的禁止性规定就应认定为有效,侵犯股东优先购买权签订的股权转让合同的性质为可撤销合同。”<sup>③</sup>

张玲与吴占凡、张友和与公司有关的纠纷二审民事判决书中,法院指出:“本案中张友和向张玲以外的人转让股权,必须征得张玲的同意且在其未主张优先购买权的情况下,才能合法转让。张友和在转让案涉股权时,并未具备《中华人民共和国公司法(2005年修订)》以及公司章程规定的程序性要件,该份股权转让协议的效力存在瑕疵,因此张玲有权要求撤销《合股协议》。本案的撤销之诉是基于《中华人民共和国公司法(2005年修订)》关于股东优先购买权的有关规定,而非基于《中华人民共和国合同法》的直接规定,因此原审法院适用《中华人民共

① (2017)鄂0111民初3997号判决书。

② (2013)川民终字第733号判决书。

③ (2013)新民二终字第32号判决书。

和国合同法》第五十四条之规定,属于适用法律有误,本院予以纠正。”<sup>①</sup>

(3)适用《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》的特别规定

赵凌斌、王猛股权转让纠纷再审民事判决书中指出:“股东行使优先购买权的‘同等条件’的确定只能以转让股东与第三人之间的交易条件为参照,转让条件确定可以在订立合同之前,也可以是订立合同的价格,只有转让股东和第三人之间的条件确定下来,其他股东才有优先购买的依据,因此原则上其他股东可以通过依法行使优先购买权来阻却转让股东和第三人股权转让协议的效力,无须否定该协议效力。本案中,赵凌斌依法行使优先购买权,阻却了四上诉人与王金泉、何去安之间的股权转让协议的履行,但四上诉人现又不同意转让股权,阻止了赵凌斌优先购买权的行使,四上诉人与王金泉、何去安之间的股权转让协议如果继续有效,会妨碍赵凌斌的优先购买权,显然不合理。因此,参照《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第十二条:‘外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人,其他股东以该股权转让侵害其优先购买权为由请求撤销股权转让合同的,人民法院应予支持’的规定,一审判决撤销四上诉人与王金泉、何去安之间的股权转让合同并无不当。”

## 2. 当前裁判路径的理论基础

实践表明,法院在进行诸如此类的裁判时,表达模糊,既未依据《合同法》,也未结合《公司法》说明判决合同可撤销的理由,因此认定合同可撤销实际上是一种迂回的裁判手段,不值得提倡。而合同可撤销的理论依据,可从早前最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定》(征求意见稿)第26条中得以窥见:即未经其他股东过半数同意或未通报主要条件,其他股东可请求人民法院撤销该合同。

## (四)合同未生效说

### 1. 裁判思路的解构与再现

朱德智、李兴芝股权转让纠纷一案中,法院认为:“结合本案证据来看,邱东

<sup>①</sup> (2014)东中法民二终字第344号判决书。



山并没有将股权无偿转让给朱红咏的意思表示,在未约定股权转让价格等合同主要条款且公司章程对股权转让有限制性规定的情况下,《股权转让协议》并未生效。”<sup>①</sup>

时新萍、时新芝与沙湾县长兴旅客运输有限责任公司股东资格确认纠纷一案中,法院认为:“股东柴会兰与两原告时新萍、时新芝签订股权转让协议虽为双方当事人真实意思表示,但该合同要产生当事人预期的法律效果,还必须符合公司章程的规定;而本案两原告主张其继受股东资格的权利不符合被告长兴运输公司章程的规定,故本案股权转让合同的生效条件不符合,该股权转让协议未生效。”<sup>②</sup>

恩瑞集团有限公司与湖南省送变电工程公司、李景岗、湖南创高建设有限公司及第三人湖南新华盛房地产开发有限公司股权转让纠纷一案中,法院认为:“本案中,被告送变电公司向股东以外的人转让股权,其没有证据证明曾就转让事项履行了《中华人民共和国公司法》第七十二条第二款规定的法定程序,书面征求原告恩瑞集团意见,侵害了原告恩瑞集团的优先购买权。在原告恩瑞集团未明确放弃优先购买权的情况下,被告送变电公司与被告创高公司签订的《股权转让合同》中关于股权转让的约定不发生效力。第三人新华盛公司股东名册、工商登记的股东仍为原告恩瑞集团和被告送变电公司,《股权转让合同》标的即被告送变电公司持有的第三人新华盛公司的股权尚未发生变动,原告恩瑞集团诉至本院主张优先购买权,直接产生阻断股权转让的效力。同时,为防止股东优先购买权的滥用,即确权后不行权,需要确定股东优先购买权的行权期限、行权方式。比照《中华人民共和国公司法》第七十二条第二款的规定,本院认为,可以要求原告恩瑞集团在确权生效后三十日内行权,否则视为放弃优先购买权。只有在原告恩瑞集团放弃行权后,被告送变电公司与被告创高公司签订的《股权转让合同》中关于股权转让的约定才生效。关于行权方式,按照相关法律规定办理。”<sup>③</sup>

## 2. 当前裁判路径的理论基础

首先,《公司法》第71条规定的“股权转让”要求是关于有限责任公司股权转

① (2019)鄂01民终8159号判决书。

② (2015)沙民二初字第14号判决书。

③ (2015)天民初字第05077号。



让的程序规定,条文中并未明确规定对股权转让合同效力的影响结果,现行法律并未明确规定股东优先购买权是股权转让合同的生效要件。《民法典》502条规定:“依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。”仅能适用第一款合同的一般生效要件,在合同成立时生效。其次,如果认定合同未生效,当其他股东不同意转让股权导致合同未生效时,则受让人无法主张违约责任,对受让人反而是不公平的。故法院判定未生效没有法律依据。

综上所述,应更倾向于法院对于侵害股东优先购买权的股权转让合同有效的裁判。在本文研究情况中认定合同有效,能够更好地满足理论自足、更好地尊重市场客观规律、并能够为所有的现实问题提供合理的解决思路。<sup>①</sup>但是,在公司法与合同法作为同位阶法律的前提下,亦无特殊法与一般法的区分,合同法不应作为上位法或是特殊法在诸如恶意串通的情形下优先适用。此时便体现出公司法的立法缺陷,其对于特殊情况下股权转让合同的效力认定规定不够全面,实际上出现了一种立法“偏差”。<sup>②</sup>即便在公司法解释四颁布之后仍未解决此类问题。

## 四、侵害股东优先购买权的股权转让合同的裁判路径选择

### (一)解释论层面:区分原则在股权转让合同中适用的合理性

我国《民法典》物权编第215条规定了区分原则,即将物权效力与合同效力相区分的规定,在民法学中称为“物权变动与其基础关系或者原因关系的区分原则”。<sup>③</sup>在普通的买卖合同中,交付标的物 and 支付对价的行为属于物权行为,订立

---

① 曹兴权:《股东优先购买权对股权转让合同效力的影响》,《国家检察官学院学报》2012年第5期,第149页。

② 张其鉴:《我国股权转让限制模式的立法溯源与偏差校正》,《现代法学》2018年第4期,第176-193页。

③ 《中华人民共和国物权法释义:第15条》. 找法网,最后访问时间:2021年6月10日, <http://china.findlaw.cn/info/minshang/zwzq/wuquanfaquanwen/wqfjd/104342.html>.

合同的行为属于债权行为,物权行为与债权行为相互独立,即使合同被撤销,交付标的物的物权行为仍然有效。同理,在股权转让合同中,整个股权转让的行为可以同样认定为一项权利变动制度。因此,从区分原则的角度看,股权转让是一项权利变动的制度和完整的过程,存在相应的负担行为和处分行为。<sup>①</sup>而在我国民法规定的区分原则的视角下,实际上是区分了合同的生效与合同的履行。在不动产的买卖合同中,登记只会作为合同的履行要件,而不会作为生效要件。因此,对于损害股东优先购买权的股权转让合同,判定其效力的关键应在于是否存在导致合同无效的情形。损害股东优先购买权较为常见的几种表现形式包括其他股东自愿放弃优先购买权,但最终达成的转让条件低于同等条件,转股股东未履行通知义务,转股股东与第三人恶意串通后,实质性改变同等条件后转让股权等。除了满足恶意串通导致合同无效的情形,均应被认定为合同有效。

将区分原则理论应用于侵害股东优先购买权的股权转让合同中的合理性在于,具备有效的股权转让合同以及合法的处分行为,是股权转让完成的必备条件,即完成股权转让还必须办理股权转让的变更登记。股权转让的变更登记必须以公司的名义进行,因此公司有义务对股权转让合同的内容、形式等方面进行合法性审查,股权转让必须有公司的配合才得以进行。因此,对于阻碍股东行使优先购买权、违反《公司法》及章程规定的合同,即使合法有效,公司也有义务拒绝履行,以保护其他股东的优先购买权和知情权,体现其“最后一道防线”的作用。<sup>②</sup>当然,区分原则下的此类合同在进行股权变更登记时也需要满足生效要件。基于公司法中关于股权变动的规定,损害股东优先购买权的股权转让合同不能得到公司及其他股东的认可,此类合同在有效的情况下也会处于履行不能的状态。但是,基于债权的平等性,损害股东优先购买权的股权转让合同与行使优先购买权缔结的股权转让合同,是可以并存且同时有效的。由于合同依法成立并已生效,即使存在履行不能的情形,也可以适用合同法的规定,救济相关主体的利益损害,更好地保护合同交易方的利益,平衡股权转让中的各方主体利益。法律在权利变动制度上的设置已可实现通过控制股权的变动程序对其他股

① 胡田野:《公司法任意性与强行性规范研究》,法律出版社2012年版,第327页。

② 闫荣涛:《论公司章程对股权转让的规定——以对〈公司法〉第72条的分析为中心》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2011年第2期,第90-93页。

东的优先购买权加以保护的功能,该功能的实现亦无需以牺牲合同效力为基础。

在对侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力进行判定时,不仅应考虑到公司法中有关股权转让的规定,还需强调股权转让合同在公司法及合同法上的意义。在公司法中适用区分原则,将会更好地保护合同各方利益,促进市场经济的健康发展;将民法思维引入商法领域,能够使公司法与民法总则及合同法保持立法体例上的一致性。

## 本专题结论

从以上论述中不难看出,不论是在理论界还是实务界,侵害股东优先购买权的股权转让合同效力如何判断存在很大争议。公司法解释四与九民纪要将与股东优先购买权相关的问题予以补充完善,但是在股权转让合同的效力问题上仍旧没有解决。本文通过对各种学说的研究比较,并结合司法实践中案例的分析统计,对于如何认定侵害股东优先购买权的股权转让合同效力进行了初步研究,对如何完善公司法解释四进行了初步探索。股权转让合同承担着债权合意和物权合意的双重意思表示功能,应将股权转让合同区分为合同效力和合同履行两个不同的问题。在股东转让股权出现程序瑕疵时,只要否定第三人优先于公司其他股东取得公司股份的行为即可,而无需否定股权转让合同的有效性。

## 本专题参考文献

### 一、专著作

- [1]陈立斌.股权转让纠纷(第3版)[M].北京:法律出版社,2015.
- [2]潘福仁,邹碧华,等.股权转让协议效力司法疑难问题[M].北京:法律出版社,2007.
- [3]胡田野.公司法任意性与强行性规范研究[M].北京:法律出版社,2012.
- [4]王东光.论股权转让的双重限制及其效力[A]//顾功耘.公司法法律评论[M].北京:人民出版社,2010.

## 二、期刊类

- [1]钱玉林.股权转让行为的属性及其规范[J].中国法学,2021(1).
- [2]赵磊.股东优先购买权的性质与效力——兼评《公司法司法解释四》第20条[J].法学家,2021(1).
- [3]彭冰.股东优先购买权与间接收购的利益衡量——上海外滩地王案分析[J].清华法学,2016(1).
- [4]曹兴权.股东优先购买权对股权转让合同效力的影响[J].国家检察官学院学报,2012(5).
- [5]丁国民,连浩琼.区分原则下损害股东优先购买权合同效力问题研究[J].北京化工大学学报(社会科学版),2018(3).
- [6]蒋大兴.股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制[J].法学,2012(6).
- [7]张其鉴.我国股权转让限制模式的立法溯源与偏差校正[J].现代法学,2018(4).
- [8]葛伟军.股东优先购买权的新近发展与规则解析:兼议《公司法司法解释四》[J].中国政法大学学报,2018(4).
- [9]肖龙,孙小平,王忠.从个案谈有限责任公司股权转让的若干问题[J].法律适用,2003(9).
- [10]张平.股权转让效力层次论[J].法学,2003(12).
- [11]刘阅春.出资转让之成立与生效[J].法学,2004(3).
- [12]赵万一,吴民许.论有限公司出资转让的条件[J].法学论坛,2004(5).
- [13]闫荣涛.论公司章程对股权转让的规定——以对《公司法》第72条的分析为中心[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2011(2).

## 三、报刊类

- [1]王欣新,赵芬萍.有限责任公司的股权转让[N].人民法院报,2001-08-20.
- [2]邹海林.股东向股东以外的人转让出资行为辨析[N].人民法院报,2003-06-20.

#### 四、网页类

[1]中华人民共和国物权法释义:第15条[EB/OL]. 找法网, <http://china.findlaw.cn/info/minshang/zwzq/wuquanfaquanwen/wqfjd/104342.html>.

## 专题六

### 共同担保中的实证疑难问题研究<sup>①</sup>

**摘 要:**民法典颁布前后,共同保证中保证期间、一人事项的外部效力、追偿权顺位等问题未得到解决,司法裁判存在诸多分歧,梳理相关案例进行分析对于促进司法公正具有重要意义。比较不同案例的裁判分歧和说理,从其理论依据和现实考量提出符合法理和情理的路径。当主债务是分期债务、主债务人预期违约、主合同解除时,保证期间的起算点应相应变化。一般而言,应尊重当事人约定的保证期间的长短。债权人向部分保证人主张或免除责任应当适用限制绝对效力说。冒名保证的效力应当考虑表见代理、债权人过错、恶意串通。连带共同保证和混合担保中的债权人在诉讼中应当不受追偿权顺位的限制。为民法典下共同保证中统一、公正的诉讼判决提供参考。

**关键词:**共同保证;保证期间;一人事项的外部效力;追偿权顺位

《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)出台后,《中华人民共和国担保法》(以下简称“《担保法》”)及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称“《担保法解释》”)随即废止,但关于共同担保的法律规则还有许多问题在《民法典》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称“《担保制度解释》”)中未得到回应和解决,在实践中也存在着诸多的裁判分歧。例如,特殊情形下保证期间的起算点以及当事人约定的保证期间的长短的效力问题;连带共同保证中,债权人向部分保证人主张保证责任或免除部分保证人的保证责任对于其他保证人的效力问

<sup>①</sup> 案例共同整理人牟冰羽、姜蓁、刘希尧、贾昀、雍珠拉措、张雍翊均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。



题;冒名连带保证的法律效力等。而诉讼作为人民合法权益保障的最后一道防线,对于担保人合法利益的维护至关重要,因此担保人通过诉讼对债务人和其他担保人追偿有无顺位是实践中迫切需要解决的问题。

## 一、保证期间的起算点与长短

我国《民法典》在诉讼时效之外,还规定了保证期间来保护保证人利益,督促债权人及时行使权利,且保证期间为所有保证适用。<sup>①</sup>关于保证期间的起算点和时间长短见于《民法典》第692条。其总体上的思路是以主债务到期的时间点作为参考标准。其背后的逻辑建立于保证人的债务从属于主债务,所以期间计算也必须依赖于主债务的期间。具体而言,可以将该条法律的规定归纳为,首先该条规定尊重当事人的意思自治,当事人有约定的,按约定;其次,在当事人未作约定或约定不明的情况下,用法律规定加以填补,作为兜底;最后,若当事人的约定与其立法宗旨不符,则将约定视为无效,而强制适用兜底性规定。

### (一)保证期间的起算点

《民法典》第692条对保证期间的起算点仍以当事人意思自治为优先。当发生当事人没有约定或约定不明的情形时,以“主债务履行期限届满之日”作为起算点。同时,对起算点的约定加以一定限制,即保证期间的起算点必须要晚于主债务履行期限届满之日,以强化保证的补充性。<sup>②</sup>当主债务的履行期限没有约定或约定不明的,则以债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日作为起算点。看似上述关于保证期间起算点的规定已经囊括了实践中大部分可能发生的情况,但实践中仍有部分特殊情况的发生,遇到此类情形,在《民法典》以及《担保制度解释》中似乎又都找不到明确的答案。例如,主债务是分期履行的债务而当事人之间又未规定保证期间的起算点的情形。又如,债权人若符合相关条件,可能有权在主债务履行期限届满之前向保证人主张保证债权的情形。所以,对特殊

<sup>①</sup> 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读(精装珍藏版)·合同编(上)》,中国法制出版社2020年版,第716页。

<sup>②</sup> 高圣平:《民法典上保证期间的效力及计算》,《甘肃政法学院学报》2020年第5期,第89页。

情形下保证期间起算点的探讨有其必要性。

### 1. 主债务是分期债务时保证期间的起算点

当主债务是分期债务时,相关期间的计算,仅有《民法典》第189条提及了关于分期履行的债务的期间的计算,“当事人约定同一债务分期履行的,诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算”。但是其规定的毕竟是诉讼时效期间,与保证期间并不能直接等同。而在现有司法实践中,也存在着不同的做法。

#### (1) 某一期未受清偿的主债务履行期限届满之日

有少数法院认为,保证期间的起算点应该自某一期债务履行期限届满之日起即开始计算。有的法院从权利的产生与限制的角度<sup>①</sup>出发,认为“对于分期履行的债务,应当按照权利产生即权利受限的原则,既然债权人在某一分期债务未受清偿时有权要求债务的清偿,即产生请求权,则该请求权即应当受保证期间的限制”。有的法院<sup>②</sup>给出进一步的解释,其认为此种做法的理由在于,应将分期债务视为一个个独立的债务,债权人应该在每一期债务到期时请求保证人承担保证责任,保证期间也与之对应,应该拆分为一个个独立的保证,某一期债务届满,债权人就可以向保证人主张请求权,保证期间也应该从此时开始计算。这种观点将分期债务视为由一个个独立的债务而构成的集合体,从而将保证也“解构”成为一个个独立的保证,分别对应于相应数额的主债务。只要任一分期债务到期债权人未受清偿,债权人即产生向保证人的请求权,此时开始,债权人即受到保证期间的限制。这种观点之下,债权人需要在每一分期债务到期之时都向保证人请求其承担保证责任。

另外,若采用此种主张,某一分期债务的保证期限因此届满,保证人责任的免除范围是仅仅局限于该到期债务还是及于所有债务?在颜某与焦某等民间借贷纠纷案的二审<sup>③</sup>中,江苏省泰州市中级人民法院认为应该仅仅局限于到期债务的范围,而不应该扩大到所有债务,从表面上看似乎对债权人和保证人的利益做

① 河北省晋州市人民法院(2018)冀0183民初57号民事判决书;河南省禹州市人民法院(2021)豫1081民初2975号民事判决书;黑龙江省牡丹江市中级人民法院(2019)黑10民终1492号民事判决书;南京市秦淮区人民法院(2017)苏0104民初2366号民事判决书。

② 江苏省扬中市人民法院(2017)苏1182民初2253号民事判决书;天津市第二中级人民法院(2020)津02民终3813号民事判决书。

③ 江苏省泰州市中级人民法院(2016)苏12民终2719号民事判决书。

出了一定的平衡。

总结实务和理论,采取此种观点的理由可归纳为以下几点。首先,根据上述判决提到的“权利产生即权利受限”原则,既然债权人有权在每一期债务到期时向债务人主张,则该请求权应当受保证期间的限制,此时应当自该期债务到期之日起算保证期间。其次,从权利义务对等的角度看,债权人可以在每期债务到期时向保证人主张,也可以自最后一期债务到期时向保证人主张,而保证人在债权人分期主张时,却无法抗辩要求债权人到最后一期主张。如此一来债权人行使权利可以有选择性,而对保证人却没有选择的余地,<sup>①</sup>这样的格局使得权利义务并不对等。再次,根据保证合同的从属性,因债务合同是分期履行之债,在一定期限内各期之债均是独立的,在约定不明时,也应将保证视为是独立的。最后,保证期间分期计算对债权人和保证人均起到保护作用。债权人在每期债务到期后向保证人主张,可以及时提醒保证人督促债务人履行,既有利于自身债权的实现,也有利于保证人得知其保证的债务履行情况,以及时维护自身利益。

#### (2)最后一期主债务履行期限届满之日

然而,上述做法仅仅见于少数法院,而实践中更多的做法是将主债务视为一个整体,将分期债务的诉讼时效的计算类推适用到主债务为分期债务的保证期间,将保证期间的起算点视为最后一期债务履行期限届满之日。这样的观点也得到了绝大多数法院的支持。<sup>②</sup>

早在2005年的“中国某公司与某化工厂等借款担保合同纠纷上诉案”<sup>③</sup>中,最高人民法院在探讨分期债务的诉讼时效的起算点时就做出了一定的说理,“在本案所涉担保合同中,担保人承诺‘保证期限自主合同生效开始至主合同失效时止’对本案债务期限做出了概括性承诺,因此,本案分期偿还的债务的保证期间应当从合同债务最后到期日开始起算”。其认为对分期债务的期限一旦做出了

① 姚志强:《主债务分期履行时 保证期间的起算点》,《人民法院报》,2017年11月2日。

② 最高人民法院(2019)最高法民终544号民事判决书;最高人民法院(2017)最高法民申4454号民事裁定书;甘肃省庆阳市中级人民法院(原甘肃省庆阳地区中级人民法院)(2012)庆中民终字第20号民事判决书;贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2021)黔27民终3944号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终4421号民事判决书;福建省泉州市中级人民法院(2020)闽05民终3021号民事判决书。

③ 最高人民法院(2005)民二终字第185号民事判决书。

概括性的承诺,就应当以债务最后的到期日作为诉讼时效的起算点。这样的观点也可类推适用到主债务为分期债务时保证期间的起算点的确定。

2018年,在陈某、中国某公司委托合同纠纷二审案<sup>①</sup>中,最高人民法院更是明确且直接援引了《中华人民共和国民事诉讼法总则》第189条(现《民法典》189条)的分期债务的诉讼时效来确定主债务为分期履行债务时保证期间的起算。在较近的案件<sup>②</sup>中,法院则是援引了《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第5条对分期债务的诉讼时效的规定。

除此之外,需要特别注意的是,实务界普遍承认此种规则仅适用于“同一债务分期履行”的情形,若不属于“同一债务”,而是“不同债务”,则不能将最后到期的债务视为保证期间的起算点,而应按照每个债务各自的履行期限届满之日分别计算。<sup>③</sup>否则,过多地延长了保证人的责任期间,无疑将会使保证人长期陷入保证责任的负担之中,也会给债权人留下滥用保证期间的机会。

笔者认为,分期债务的保证期间应从最后一期债务履行期限届满之日起算的合理性可以概括为以下几个方面。

首先,从权利义务对等角度,债务履行期限届满债务人不履行,债权人在某种程度上本就属于“受害方”,而此时保证人正是作为债权人权利受到侵害时的“救济”而出现。保证人为债务人提供保证是出于其自愿,而且保证人只有在债务人没有履行到期债务时才需要履行义务,若再给债权人施以“及时”请求保证人承担保证责任的负担,对其向保证人的请求权加以过重的限制,无疑对债权人的利益保护而言是不公平的。两相权衡,以最后一期债务到期之日起作为计算起点,是对债权人和保证人之间利益的更好的平衡。

其次,分期履行行为是一个完整的合同关系的一部分,分期债务之间具有关联性,不能将分期履行行为理解为一个个独立的债务,保证人是对整个债务提供

① 最高人民法院(2018)最高法民终806号民事判决书。

② 四川省绵阳市中级人民法院(2021)川07民终222号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2021)川01民终10407号民事判决书;河南省新乡市中级人民法院(2019)豫07民终5909号民事判决书。

③ 最高人民法院(2018)最高法民再109号民事判决书;呼和浩特市中级人民法院(2020)内01民终2583号民事判决书。

的担保。<sup>①</sup>债权人应基于该债务的整体性,待最后一期债务履行期限届满之后再向保证人主张权利。<sup>②</sup>而且更为重要的是,这样的观点在《民法典》对分期债务的诉讼时效的立法实践中得到了证实。

再次,从节约司法资源、减少诉累、实现诉讼效率的目的的角度考虑,若从每一期届满之日即开始计算保证期间和诉讼时效,则债权人必须在每一笔债务到期时主张一次,这样无疑浪费了司法资源,增加了当事人的诉累。“主合同约定的分期承担担保责任仅是对保证人保证责任的履行方式进行约定,并不意味着债权人在每期债务到期后未要求保证人承担担保责任,保证人的担保责任即免除。”<sup>③</sup>而且,若采纳第一种主张,保证期限届满,将会面临保证人的责任免除究竟是及于该到期债务还是及于全部债务的问题,若采纳前者,还需要厘清每期分期债务所对应的保证责任的范围。这样一来,将会使得司法裁判变得更为复杂,从而降低了诉讼效率。

最后,虽然诉讼时效与保证期间并不能等同,但其在实质上具有相似性,即都具有督促权利人及时行使权利,保护义务人免受长期悬而未定的法律关系的约束的功能。所以将分期债务的诉讼时效的起算点的规定类推适用于主债务是分期债务的保证期间的起算点是合理的。

所以,笔者认为,当主债务是分期履行的债务时,保证期间应该以最后一期主债务届满之日作为起算点。

## 2. 主债务人预期违约时保证期间的起算点

《民法典》第681条新增了“发生当事人约定的情形”时,债权人可以请求保证人承担责任、履行义务,而不再仅仅局限于“债务人到期不履行债务”的情形。《民法典》第578条规定了一方当事人预期违约时,另一方当事人可在履行期限届满前请求其承担违约责任。这样的规定表明,债权人有权在主债务人预期违约时请求保证人承担责任、履行义务。但是,当保证合同的主债务人发生预期违约的

① 广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终12416号民事判决书;四川省德阳市中级人民法院(2018)川06民终247号民事判决书;重庆市第五中级人民法院(2020)渝05民再83号民事判决书。

② 张雪樵:《诉讼时效和保证期间疑问题分析》,载最高人民法院民事审判第二庭编:《商事审判指导》2016年第2辑(总第41辑),人民法院出版社2017年版,第90页。

③ 江苏省泰州市中级人民法院(2020)苏12民终190号民事判决书。



情形时,债权人究竟何时可以向保证人主张权利,保证期间的起算点是否仍是《民法典》第692条规定的“主债务履行期限届满之日”抑或可以提前,《民法典》和《担保制度解释》均未给出规定和解释。在理论和实务界中大致有以下三种观点。

#### (1) 保证期间起算点不变

第一种观点侧重于保护保证人的利益,其认为除非保证人也预期违约,否则即使主债务人预期违约,债权人也只得在保证期限届满后才能向保证人请求承担保证责任。实践中有少数判决<sup>①</sup>支持了该种观点。在杨某等与中国某银行股份有限公司某支行保证合同纠纷再审申请案<sup>②</sup>中,最高人民法院以“主合同债务履行期间的变动并不当然导致保证期间履行期限随之变动”为由支持了保证期间应该不予变动。

但是,若再仔细思考此种观点,其对保证人的利益保护可能并不能达到其所设想的效果。保证人只有在向债权人承担责任之后才有权向债权人追偿。本来此时不履行主债务的债务人很可能已经处于清偿能力低下的状态,若将保证期间的起算期间拖至主债务届满之日,待保证人向债权人承担责任后,此时债务人的清偿能力可能更加不足,保证人很可能最终陷于无法实现追偿权的困境。

#### (2) 保证期间起算点提前

第二种观点的合理性建立于保证债务的从属性,其认为主债务加速到期,那么保证债务的期限也应相应提前。此种情况下,主债务人发生预期违约的情形,债权人对债务人的合同请求权即已产生,保证人作为主债务人的连带责任人或补充责任人,从此时起也应当开始承担责任,债权人对保证人也可以行使合同请求权,所以从此时起,就应受到保证期间的限制。另外,也能有效避免采取第一种观点的弊端,避免使保证人难以从债务人处实现追偿权。所以,实践中的大多

---

① 天津市第一中级人民法院(2020)津01民终5357号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5536号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初4594号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5535号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5533号民事判决书。

② 最高人民法院(2013)民申字第1717号民事裁定书。



数判决<sup>①</sup>也支持应将保证期间的起算点相应提前。在此种观点之下,对于具体的起算之日应该如何确定,有学者指出,应从债权人要求债务人承担预期违约责任之日起计算。<sup>②</sup>但是,此种做法值得商榷。因为债权人要求债务人承担预期违约责任的时间对于保证人来说悬而未决、难以确定的,只要没有超过保证期间,究竟何时向保证人主张承担责任,债权人掌握了几乎绝对的自由。一旦债权人急于主张权利,一直拖到临近保证期间结束,上述反对届满之日起算的理由中的情况仍可能出现,实际上,应该以更为确定的时间作为起算点,例如主债务人客观发生预期违约事由之日等,具体待到后文论述。

### (3) 债权人可提前产生向保证人的请求权,但保证期间起算点不变

第三种观点认为债权人有权在主债务人预期违约的情况下提前请求保证人承担责任,但是保证期间的起算点仍旧不变。<sup>③</sup>此种主张之下,债权人在债务履行期限届满之前即产生请求权,但是此时保证期间又没有开始起算,实际上是延长了保证期间。这样的取向无疑在很大程度上增加了保证人的负担,对债权人的利益做出了过多的倾斜。在实务中一般会提及债权人可以提前向保证人请求承担保证责任,但较少提及到保证期间是否仍然以主债务履行期限届满之日为起算点,所以,此种理论也难以找到实践的支撑。

### (4) 笔者观点

笔者认为对于主债务人预期违约时保证期间的起算问题不能一概而论,而应就当事人是否在保证合同中明确约定将“主债务人预期违约”作为承担保证责任的情形分情况讨论。<sup>④</sup>

① 最高人民法院(2014)民二终字第147号民事判决书;最高人民法(2016)最高法民终124号民事判决书;四川省高级人民法院(2015)川民终字第133号民事判决书;山东省高级人民法院(2016)鲁民终970号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2015)成民初字第2277号民事判决书;河北省石家庄市桥西区人民法院(2020)冀0104民初5342号民事判决书;安徽省望江县人民法院(2017)皖0827民初240号民事判决书;云南省禄劝彝族苗族自治县人民法院(2015)禄民初字第1347号民事判决书;山东省潍坊市中级人民法院(2014)潍商初字第434号民事判决书。

② 姜启波主编:《担保纠纷新型典型案例与专题指导》,中国法制出版社2009年版,第151页。

③ 吴恩玉:《论保证期间的起算》,载最高人民法院民事审判第二庭、中国人民大学民商事法律科学研究中心等:《中国民商审判》第5辑,法律出版社2004年版,第109页。

④ 高圣平:《特殊情形之下保证期间的计算三论》,载《法学杂志》2021年第4期,第4-5页。

若将上述情形在保证合同中明确约定的,则可参考诉讼时效的有关规定,保证期间应从债权人知道或者应当知道主债务人预期违约之日开始计算。在此种情况之下,因为合同中已明确规定在主债务人预期违约之时,债权人即可向保证人主张权利,所以此时,债权人不得再以任何借口怠于行使其权利,不得享有是否在主合同履行期限届满之前主张权利的选择权,其权利应该受到更大的限制。而之所以不以主债务人发生客观的预期违约的事由之日起算,是因为不应赋予债权人过重的负担。债权人并不当然地能在该事由发生当日知晓该情况,在其未知晓或无法知晓主债务人已经预期违约之时,保证期间就开始计算,不利于其实现其应得的利益。所以此种情况下,以债权人知道或应当知道主债务人预期违约之日作为保证期间起算点,较好地平衡了债权人和保证人的利益。

若当事人未将“债务人预期违约”约定作为承担保证责任的情形,债权人有权选择是否在主合同债务履行期限届满前主张违约责任。<sup>①</sup>如债权人在主合同履行期限届满前,向债务人主张违约责任,则在一般保证的情形下,保证期间因未届满而失去其存在意义,只需自保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起,开始计算保证债务的诉讼时效即可;在连带保证的情形下,依据保证债务的从属性,保证期间应自债权人向债务人提前主张违约责任时起算。如债权人未提前向债务人主张违约责任的,则保证期间的起算点仍是按照合同约定或按法律规定的主合同履行期限届满之日。

综上,在债务人预期违约的情形下,应区分当事人是否明确约定将“债务人预期违约”作为承担保证责任的情形,从而分别计算。这样的规定也督促债权人及时向保证人主张权利,避免因期限经过使得保证债务消灭而失去权利,也赋予保证人可利用上述规则积极主张期限经过的抗辩。

### 3. 主合同解除时保证期间的起算点

《民法典》第566条第3款规定了主合同解除时,除非当事人另有约定,担保人的担保责任并不因此免除。所以即使因为债务人的违约导致主合同被解除,保证人仍应对债权人承担保证责任。但此时保证期间的起算点究竟应该仍是主合同履行期限届满之日还是可提前至发生债权人可得主张因主合同解除的民事

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2016)最高法民终40号民事判决书。

责任之日,《民法典》和《担保制度解释》均未给出回应,在理论探讨和实践中,现有以下两种观点。

#### (1)主合同履行期限届满之日起

在实践中,有少数法院在主合同解除之后,仍将保证期间的起算点视为“主合同债务履行期限届满之日”<sup>①</sup>。而且,法院做出这样的裁判并未做出过多的说理,甚至其做法是在主合同解除的情况下,将主债务履行期限届满之日作为保证期间的起算点视为理所当然,对其根本未加探讨。

#### (2)债权人可得主张因主合同解除的民事责任之日起

上述法院的做法从根本上忽视了债权人的利益。设定保证制度的宗旨,在于弥补主债务人的履约能力,以在其有不测时免使债权落空。如果继续让保证人享有保证期间的利益,主合同已经解除,而债权人仍需待履行期限届满后才能向保证人主张权利,将使债权人的债权无法及时实现,甚至有落空的危险。所以更多的法院<sup>②</sup>支持了这种做法。

因此,笔者支持保证人在主合同解除的情况下不应再受保证期间的过多保护,而应将保证期间的起算点提前到债权人可得主张因主合同解除的民事责任之日。

### (二)保证期间的长短

如前所述,《民法典》第692条的立法思路是以尊重当事人意思自治为优先,在当事人“没有约定”或“约定不明”时,规定了法定的保证期间的长短为六个月。对于“没有约定”的情形在实践中比较容易判断,即大致可以分为两种情形,一种是当事人在保证合同中根本未提及保证期间相关事项,一种即是法律明文规定的“约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满”的情

① 最高人民法院(2001)民二终字第63号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2021)京02民终9499号民事判决书;陕西省延安市中级人民法院(2021)陕06民终1582号民事判决书;江西省萍乡市中级人民法院(2020)赣03民终95号民事判决书;江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民申15号民事裁定书。

② 河北省邢台市中级人民法院(2021)冀05民终66号民事判决书;重庆市第二中级人民法院(2020)渝02民终1581号民事判决书;江苏省镇江市中级人民法院(2020)苏11民终335号民事判决书。

形。而对于“约定不明”情形的认定以及当事人约定的保证期间过长或过短时是否需要强制适用法定的保证期间,仍有探讨的空间。

### 1. 保证期间的“约定不明”

对于“约定不明”的情况,《民法典》未做出明确规定,而《担保制度解释》第32条做出了相应解释。其沿袭了此前《担保法解释》的“列举+兜底”方式,规定“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明,保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”。

相较以前的《担保法解释》而言,将约定不明的保证期间的两年改为了六个月。在“这种情况毕竟不同于当事人根本没有约定,仅仅是该约定没有确定明确的期间,如果完全按照没有约定处理,也不尽合理。因此,参照诉讼时效的规定将保证期间确定为两年比较合适”<sup>①</sup>的思想的指引下,《担保法解释》将“没有约定”和“约定不明”加以区分,将“约定不明”的保证期间规定为两年。但是“此种立法模式与《民法典》第544条的逻辑并不吻合,也建构了更为复杂的规则体系”<sup>②</sup>。所以《民法典》不再区分“没有约定”和“约定不明”的情形,抛弃了之前的“两分法”,转为将两种情形都适用法定的保证期间。这样的模式不仅在一定程度上简化了裁判规则,提高了司法效率,也避免了在实践中有的法官滥用自由裁量权,将本属于“没有约定”的情形强行解释为“约定不明”,延长保证期间,损害保证人利益,或造成“同案不同判”的乱象。

在实践中除了《担保法解释》明确规定的当事人在保证合同中明确约定“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止”属于“约定不明”的情形<sup>③</sup>之外,笔者总结出实践中还有以下几种典型的类型:1)书面未明确约定保证期间,但从

① 李国光:《当前经济审判工作应当注意的几个问题》,《最高人民法院公报》1999年第1期。

② 姜朋:《保证期间的困扰——兼论法律与司法解释的关系》,《北方法学》2017年第1期,第49页。

③ 最高人民法院(2013)民申字第1578号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终289号民事判决书;湖南省常德市中级人民法院(2021)湘07民终1814号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2021)新40民申236号民事裁定书;湖南省株洲市中级人民法院(2021)湘02民终1885号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2021)川01民终16430号民事判决书;河南省濮阳市中级人民法院(2021)豫09民终2191号民事判决书;湖南省邵阳市中级人民法院(2021)湘05民终2332号民事判决书;安徽省蚌埠市中级人民法院(2021)皖03民终2313号民事判决书。



保证合同的内容推知约定了“保证期间直至主债务本息还清时为止”;<sup>①</sup>2)以合同的格式条款规定的合同履行期限为由主张对保证期间的约定;<sup>②</sup>3)主合同延期履行,保证期间顺延;<sup>③</sup>4)语言表述不清,未对截止日期做出明确规定;<sup>④</sup>5)即使明确做出排除法律规定的强制保证期间,但其约定的保证期间仍是“至主债务本息还清时为止”。<sup>⑤</sup>厘清“约定不明”的类型对于今后适用该条款有一定的启发作用。

## 2. 约定的保证期间过长或过短

从对《民法典》的条文的表面解读上来看,当事人对保证期间的长短是可以自由约定的,法律无权加以干涉。“短期保证”即约定的保证期间短于法定保证期间六个月的保证,“长期保证”即约定的保证期间长于诉讼时效的保证。若当事人约定了“短期保证”或“长期保证”,是否属于“没有约定”或“约定不明”的情形从而使该约定无效,而必须强制适用法定的保证期间,在现行有效的立法文件中似乎找不到明确的解释,而在实践中也存在着不同的做法。

### (1) 否定当事人约定的“短期保证”或“长期保证”

#### a. “短期保证”无效

有学者指出,对于“短期保证”而言,法定保证期间已经是给予债权人保护的最短期间,若再短于该时间,则不利于对债权人利益的保护。<sup>⑥</sup>在实践中有极少数的司法裁判支持了该种观点,在李某与刘某等民间借贷纠纷案<sup>⑦</sup>中,法院认为约定的二十天的保证期间过短,应该适用六个月的保证期间。还有的法院认为,虽然原则上应该尊重当事人的“短期保证”,但是应该以不违背诚实信用、公序良

① 甘肃省庆阳市中级人民法院(原甘肃省庆阳地区中级人民法院)(2013)庆中民初字第20号民事判决书。

② 浙江省台州市中级人民法院(2010)浙台商终字第439号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终269号民事判决书。

③ 最高人民法院(2003)民二终字第83号民事判决书;重庆市璧山县人民法院(2004)璧民初字第145号民事判决书;辽宁省营口市中级人民法院(2021)辽08民终2375号民事判决书;河北省邯郸市中级人民法院(2021)冀04民终5489号民事判决书;江苏省徐州市中级人民法院(2021)苏03民终6201号民事判决书。

④ 最高人民法院(2000)经终字第38号民事裁定书;辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2021)辽14民终2242号民事判决书。

⑤ 最高人民法院(2001)民二终字第63号民事判决书。

⑥ 曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2001年版,第135页。

⑦ 山东省泗水县人民法院(2018)鲁0831民初950号民事判决书。

俗原则为限,<sup>①</sup>在翁某诉钱某等民间借贷纠纷案<sup>②</sup>中,法院特别指出“一天的保证期间过分地限制债权人行使保证债权,违背了诚实信用原则和客观常理,致使债权人主张保证债权非常困难,对其极度不公,故该约定因与当事人之间的保证合意相违,应视为没有约定”。

b. “长期保证”部分无效/全部无效

否认“长期保证”约定的有效性的观点大致有两种。一种是认为约定的保证期间不能超过主债务诉讼时效,否则超出部分无效,而未超出部分仍然有效。<sup>③</sup>部分法院<sup>④</sup>支持了该观点。法院指出,“约定保证期间超过2年(现诉讼时效已更改为3年)将导致主债务已过诉讼时效而保证期间尚未届满的情形,造成当事人以事先的约定排除法律规定诉讼时效的结果。原告诉请被告承担保证责任的时间距主债务履行期届满不到2年,并未超出有效保证期间的约定”。支持该种观点的学者认为这样处理既尊重了当事人的意思自治,又考虑到了诉讼时效的精神,且避免了完全否定当事人约定所可能造成的债权人错过主张权利的有效期间的不利后果。<sup>⑤</sup>

另一种观点是约定的“长期保证”因为有悖于诉讼时效的强制性和保证期间的初衷而无效,直接适用法定保证期间。<sup>⑥</sup>支持该种观点的理由是,首先,“长期保证”的实质是以约定排除了保证期间的适用,其认为是当事人通过约定的方式排除了法律的强制性规定。所以应该无效。其次,从保证债务与主债务之间的从属性角度出发,基于保证债务的从属性,其不可能在主债务已取得时效抗辩权

---

① 河南省范县人民法院(2012)范民初字第00309号民事判决书;内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2020)内05民再44号民事判决书;安徽省舒城县人民法院(2019)皖1523民初2949号民事判决书。

② 杭州市萧山区人民法院(2012)杭萧商初字第3138号民事判决书。

③ 李国光、奚晓明、金剑峰等:《〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第147页。

④ 江苏省泰州市中级人民法院(2014)泰中民四终字第00783号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2012)宁商初字第61号民事判决书。

⑤ 刘保玉、吕文江主编:《债权担保制度研究》,中国民主法制出版社2000年版,第142页。

⑥ 陈贵:《论保证期间》,载许章润主编《清华法学(第三辑)》,清华大学出版社2003年版;刘保玉、吕文江主编:《债权担保制度研究》,中国民主法制出版社2000年版,第141页。



可以不再履行之时仍然存在,因此认为,保证期间不能超过这个时间点。<sup>①</sup>最高法在早期<sup>②</sup>及其他地区法院<sup>③</sup>表达了此种观点,“根据担保法规定,允许当事人自行约定担保责任期限,但最长不应超过主债务到期后两年,主要是因为债权人向主债务人主张权利的诉讼时效为两年,故担保责任期限应受诉讼时效的约束”。

## (2) 尊重当事人对保证期间长短的约定

而理论界和实务的大多数观点还是支持应该尊重当事人的意思自治。在实践中,有当事人以保证期间过短或过长提出应将保证期间视为没有约定或约定不明,但此种主张在大多数判决<sup>④</sup>中均未得到支持,判决中书写的不予支持的理由大多是“没有事实和法律依据”,“应该尊重当事人的约定”。

笔者也支持该种观点。首先,法律在明文上并未对保证期间的长短做出任何限制。在私法领域,应以“法无禁止即自由”为原则,充分尊重当事人的意思自治。在当事人有明确约定的情况下,法定的保证期间对其不应该具有强制适用的效果,不应对其加以过多的干涉。其次,即使当事人约定了“长期保证”,最后也可能会出现保证期间短于或等于诉讼时效的情况。因为,保证期间不发生中断、中止和延长,而诉讼时效却可能因为某些事由触发上述事项从而导致诉讼时效大于法律规定的3年。再次,正是基于保证债务从属于主债务,若主债务已超过诉讼时效,保证债务的债务人也可以据此提出诉讼时效的抗辩。<sup>⑤</sup>而且,诉讼时效的抗辩是由当事人主动提出,法院没有查明的义务,在“长期保证”之下,保

① 吴家友:《保证期间探究》,《人民司法》1999年第1期。

② 最高人民法院(1999)经终字第385号民事判决书。

③ 安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1332号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1187号民事判决书;安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1333号民事判决书。

④ 黑龙江省七台河市中级人民法院(2021)黑09民终10号民事判决书;河南省范县人民法院(2012)范民初字第00309号民事判决书;新疆维吾尔自治区沙湾县人民法院(2017)新4223民初269号民事判决书;天津市河西区人民法院(2018)津0103民初10542号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初1045号民事判决书;海南省第一中级人民法院(2018)琼96民终802号民事判决书;河南省信阳市浉河区人民法(2018)豫1502民初1133号民事判决书。

⑤ 高圣平:《民法典上保证期间的效力及计算》,《甘肃政法大学学报》2020年第5期,第86页。

证人是否会提出诉讼时效的抗辩尚且不一定,保证人有放弃抗辩的权利,法律不必考虑过多,为保证人做出过多的保护。最后,对于“短期保证”,国外的立法中就有直接将保证期间规定得较短的,意大利和瑞士的法律中将类似的期间规定为两个月与四个星期。所以,只要保证期间不过分得短,即越过“诚实信用”“公序良俗”的边界,使得债权人向保证人主张债权非常困难甚至根本不可能,法律都应该予以尊重。

## 二、连带共同保证中一人事项的效力问题

在连带共同保证中,连带保证人之间享有追偿权。本部分将讨论因债权人原因导致部分连带保证人不再承担保证责任,对于其他连带保证人会产生什么法律效果。

在连带共同保证中,全体保证人对权利人共同承担连带责任。连带债务的效力有内外之分,对外效力是指债权人与保证人之间的权利义务关系,对内效力是连带共同保证人之间的权利义务关系。在连带债务中,就部分债务人发生效力的事项,对所有债务人都发生效力的是绝对效力事项或称涉他效力事项,对于其他债务人不发生效力的是相对效力事项或称无涉他效力事项。<sup>①</sup>连带共同担保引发的连带债务属于复数之债。<sup>②</sup>各保证合同相互独立,对一个保证人所生效力的事项,以对其他债务人不生效力为原则。<sup>③</sup>目前,诉讼时效已完成是我国法律中明确的相对效力事项。<sup>④</sup>

发生相对效力是债的相对性的必然要求,但是连带共同保证的目的就是防止单个保证人无力清偿而使债权落空,便于债权人选择最有资力的保证人实现债权。<sup>⑤</sup>并且相对效力不符合连带债务给付同一性的特点,也会导致保证人的内

---

① 王利明:《民法学(第五版)》,法律出版社2017年版,第536页。

② 李永军:《论连带责任的性质》,《中国政法大学学报》2011年第2期,第80-88页。

③ 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第649页。

④ 《民法典担保制度司法解释》第29条:同一债务有两个以上保证人,债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由,主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的,人民法院不予支持。

⑤ 李军:《民事连带责任刍议》,《法律适用》2004年第4期,第75-76页。

部求偿关系趋于复杂,对此立法和学理均提出了绝对效力事项的概念。区分相对效力事项和绝对效力事项的标准主要为满足共同目的和简化法律关系,因此绝对效力事项分为两类:一类因为满足连带债务的共同目的而发生绝对效力,例如清偿或效力相当于清偿的事项;一类虽然不满足共同目的,但为了避免保证人之间循环求偿,法律规定其发生绝对效力,例如债权人受领迟延。<sup>①</sup>

在绝对效力事项中,有一类事项以各保证人份额为限对其他保证人发生效力,称为限制绝对效力事项。我国法中的免除即属于限制绝对效力事项。其理论基础主要是相互保证说:在连带债务,各债务人就自己负担的部分处于主债务人的地位,就他人负担部分基于保证人地位,有相互保证的实质关系。因此,债务人中一人所生事项于其负担范围内发生及于他人的效力,但在负担部分以外,对他人不产生影响。<sup>②</sup>

学理上对于绝对效力事项的解释包括相互代理说、主观共同目的说、实体共同关系说。代理关系说认为,各连带债务人就彼此间共同问题相互联络,相互授予代理权,因而一人的行为对所有共同债务人产生一体的绝对效力。<sup>③</sup>推定连带共同保证人之间发生代理关系,既不符合事实,也不符合我国法律规定,这一理论自身也受到了广泛批评<sup>④</sup>。主观共同关系说认为,因为连带债务间存在紧密的主观联系,因而就其共同目的达到以外的事项承认某种程度的绝对效力,有利于简化法律关系,合乎公平。<sup>⑤</sup>实体共同关系说实质上是前两个学说的叠加。有学者指出,前述学说都没有对绝对效力的理论根基作出统一解释,不同事项的划分实际上是法律对连带债务中债权人与债务人进行利益平衡,在实践中应当根据“简化法律关系、兼顾债务人利益”的标准进行划分。<sup>⑥</sup>

民法典前,我国对于绝对效力事项与相对效力事项的规定仅散见于人身损

① 郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社,第419页。

② 周江洪:《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》,《法商研究》2019年第3期,第31-39页。

③ [日]淡路刚久:《连带债务研究》,第101-104页;转引自袁斌:《连带债务外部效力研究》,浙江大学2019年硕士论文,第204-208页。

④ [日]淡路刚久:《连带债务研究》,中国社会科学出版社2010年版,第101-104页。

⑤ [日]我妻荣:《新订债权总论》,岩波书店,昭和43年,第402页;转引自陈聪富《连带债务》,台湾大学1989年硕士论文,第208页。

⑥ 蔡睿:《民法典中连带债务人之一人事项所生效力的制度设计》,《河北法学》2018年第12期,第174-188页。

害赔偿解释、诉讼时效规定。民法典编纂过程中,各草案和建议稿的内容不尽相同,最终民法典仅在第520条对于免除、混同、债权人受领迟延做出了规定。<sup>①</sup>

### (一) 债权人未在保证期间内向部分保证人主张

无论民法典前后均规定了连带保证人承担保证责任限于保证期间范围内,债权人未在保证期间内请求连带保证人承担保证责任,保证人应不再承担保证责任。<sup>②</sup>但是,如果债权人在保证期间内向一部分连带保证人主张了保证责任,那么这一主张是否及于债权人未在保证期间内主张保证责任的其他连带保证人,也就是说被主张了的保证责任人在承担保证责任时能否向未被主张的其他连带保证人追偿。这一种情况在民法典出台前后有较大的态度转变。

#### 1. 《民法典》颁布之前

##### (1) 法律规定

《担保法》和《担保法解释》上并未就该问题作出明确规定。但是,最高人民法院在《关于已承担保证责任的保证人向其他保证人行使追偿权问题的批复》法释(2002)37号中规定,承担连带责任保证的保证人一人或数人承担保证责任后,有权要求其他保证人清偿应当承担的份额,不受债权人是否在保证期间内向未承担保证责任的保证人主张保证责任的影响。

在连带共同保证中,债权人在保证期间内向部分保证人主张保证债权,其效力及于其他尚在保证期间内的保证人,也就是说债权人向任一保证人主张保证债权都意味着向其他连带保证人主张了权利,其他保证人不得主张债权人未在保证期间内向其请求从而保证责任消灭的抗辩。因此,将债权人在保证期间内未向其他保证人主张权利认为是债权人免除了其他保证人的保证责任是错误的,这将导致其他未被要求承担责任的保证人被免除保证责任,已承担全部责任的保证人无法实现其追偿权。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 周江洪:《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》,《法商研究》2019年第3期,第31-39页。

<sup>②</sup> 《担保法》第26条第2款:合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。《民法典》第693条:连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的,保证人不再承担保证责任。

<sup>③</sup> 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第300页。

为论述更清晰,这里引入一个简单案例:甲作为债权人在2001年1月1日向连带保证人A主张了保证责任,而连带保证人B的保证期间在2001年1月2日结束,若在2001年1月3日,A履行完保证责任后向B追偿,由于甲向A主张了保证责任,且主张时B仍在保证期间,也就相当于向B主张了保证责任,B也就不享有权利消灭抗辩,A仍享有追偿权。

## (2)原因分析

在批复出台之后,我国的司法实践中一直遵循该批复的观点,并在适用中给出了相应的理由,综合来看共有以下三点理由。

首先,连带债务具有涉他性。根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2020修正)》第十五条第二款规定:“对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。”这明确了连带债务具有涉他性,类推适用对于任一连带债务人所生事项的效力应该及于其他连带债务人。这也在最高人民法院的相关判决书中得到了确认,债权人在保证期间向保证人之一主张权利的效力及于其他连带保证人。<sup>①</sup>在珠海市某能源有限公司与李某借款合同纠纷上诉案中,<sup>②</sup>法院也同样指出因为连带债务本身就有涉他性,债权人对任一连带保证人的主张及于所有人,因此承担了保证责任的保证人享有对其他保证人的追偿权。

其次,所有连带保证人作为共同整体对债权人承担保证责任。连带债务的核心是连带债务人之间的连带性,连带共同保证是为同一主债务设定的保证,债权人可要求任一保证人承担保证责任。根据最高人民法院的裁判观点,在连带共同保证中,由于保证人是作为一个整体共同对债权人承担保证责任,所以债权人向共同保证人中的任何一人主张权利,都是债权人要求保证人承担保证责任的行为,其效力自然及于所有的保证人。<sup>③</sup>如果认为其效力不及于其他保证人,那么会导致承担了保证责任的保证人无法行使其追偿权,导致其承担了过重的

① 最高人民法院(2011)民提字第266号民事判决书。

② 珠海市中级人民法院(2012)珠中法民二终字第276号。

③ 见“英某公司与天某公司保证合同追偿权纠纷上诉案”,载《最高人民法院公报》2002年第六期;最高人民法院(2015)民申字第2064号民事裁定书;最高人民法院(2020)最高法民申322号民事裁定书。参见高圣平:《特殊情形之下保证期间的计算三论》,《法学杂志》2021年第4期,第10页。



责任,有违连带保证人之间对外连带性、对内分担性的特征,对承担了保证责任的保证人显然是不公平的。

再次,这并未加重保证人的保证责任。连带保证的任一保证人在承担全部保证责任后,都有权要求其他保证人在其份额内承担保证责任。所以各连带保证人最终承担的保证份额都是确定的,无论债权人是否向全部保证人主张权利,都不会加重任何一个连带共同保证人应承担的保证责任,也不会超过任何保证人对其保证责任的预期。<sup>①</sup>因此,要求未被主张保证责任的保证人承担相应责任并不会损害其利益,具有合理性。

综上所述,在我国过去的司法实践中一直采取的是前文所提到的绝对效力说,即就部分连带保证人发生效力的事项,对所有的保证人都发生效力。但在此问题上,采取绝对效力说虽然极大地保护了债权人的利益,但是在客观上却加重了保证人的利益,具有明显的缺陷,因此,随着民法典的出台这一观点也转变了。

## 2. 《民法典》颁布之后

### (1) 法律规定

鉴于之前《担保法》和《担保法解释》的规定中存在着一一定的缺陷,在《民法典》制定的过程中对这一情形的相关规定进行了修改。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释(下称《担保制度的解释》)第29条中对这个问题做出了新的规定:

“同一债务有两个以上保证人,债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由,主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的,人民法院不予支持。同一债务有两个以上保证人,保证人之间相互有追偿权,债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利,导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权,其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的,人民法院应予支持。”

这一条第一款是指债权人向部分保证人主张行使权利不等于向其他保证人行使权利,这说明不同的保证人之间是互相独立的,直接否定了过去实践中向在保证期间内部分保证人行使权利的效力及于其他保证人的做法。第二款意在说

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2011)民提字第266号民事判决书。

明因为债权人未在保证期间向部分保证人行使权利,依据《民法典》第693条,连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的,保证人不再承担保证责任,这部分保证人不再承担保证责任,其他的保证人也不能向其追偿。为了保护承担了保证责任的保证人的利益,这些保证人享有向债权人主张免除其不能追偿的范围的保证责任的权力。简单来说,就是多个担保人互相独立,只存在与债权人的法律关系,债权人向部分保证人主张权利并不及其他保证人;对于在保证期间外的保证人其保证责任应予以免除,已经承担保证责任的保证人是无法向其追偿的。

## (2) 原因分析

首先,从担保人内部的关系来看,《民法典》对连带保证责任的担保情形进行了重新规定,在《民法典》第688条中:“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的,为连带责任保证。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。”明确表示了只有在保证合同中约定了承担连带责任的才是连带共同保证,一改之前没有约定保证份额直接认定为连带共同保证的情形,<sup>①</sup>更好地保护了保证人的权益,使保证人不承担过重的负担。

同时,连带债务虽存在涉他性,<sup>②</sup>但是笔者所讨论的问题并不属于存在涉他性的情况。在《民法典》第520条中列举了连带债务具有涉他效力的情形,如履行、抵销、提存、免除、混同、受领迟延,<sup>③</sup>然而笔者讨论的债权人向保证人主张承担保证责任并不属于被列举的几种情形之一,向一个保证人的主张没有绝对效力,不能当然及于其他保证人。

---

① 《担保法解释》第19条第1款:两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时,各保证人与债权人没有约定保证份额的,应当认定为连带共同保证。

② 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2020修正)》第15条第二款。

③ 《民法典》第520条:部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的,其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭;该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。部分连带债务人的债务被债权人免除的,在该连带债务人应当承担的份额范围内,其他债务人对债权人的债务消灭。部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的,在扣除该债务人应当承担的份额后,债权人对其他债务人的债权继续存在。债权人对部分连带债务人的给付受领迟延的,对其他连带债务人发生效力。

从利益平衡的角度来看,也可以得出同样的结论。保证人是否处于保证期间对于保证责任的承担是有决定性意义的,若债权人未在保证期间内向部分保证人行使权利,则该部分保证人应按照《民法典》第693条第二款的规定免除保证责任。<sup>①</sup>然而,承认连带债务保证责任的承担具有涉他性,认定效力及于该部分保证人,其他保证人可以向其追偿,则会导致该部分保证人在保证期间外仍承担保证责任,这在客观上是延长了保证期间,明显对保证人不公,影响其权利,使债权人得到超出其原本可得范围的权利。

在此基础上,对于已经履行保证责任的保证人来说,因其无法向未被主张的保证人行使追偿权,会导致其保证责任的加重,按照公平原则也应在一定程度上免除履行保证责任的保证人的部分保证责任,免除范围是其不能追偿的份额,这样的规定更有利于维护社会和经济秩序、弘扬社会主义核心价值观。<sup>②</sup>

所以在《民法典》变化的前后,实际上是保护的对象发生了改变,《民法典》出台之前主要保护的是债权人的利益,而《民法典》施行之后则更倾向于保护连带保证人。究其原因是因为债权人未能积极主张其权利,急于行使自己的权利,保证期间的设置就是为了平衡保证人与债权人之间的利益,督促债权人行使自己的权利。因此债权人要加强对自己的权利的行使,并注意单独向每一个保证人主张自己的权利,来保证其债权得到实现。否则不仅未被主张的保证人可以不承担保证责任,已经被主张的保证人还能在这个范围内免除自己的保证责任。

## (二)债权人免除部分连带保证人保证责任的效力

因为相关法律法规把条件限缩在债权人未在保证期间向保证人主张保证责任,这也引发了另一个争议问题,若债权人主动放弃权利,免除了一些保证人的担保责任,该免责效力是否及于其他保证人。由于我国相关法律及司法解释未对债权人放弃对部分连带责任保证人主张权利的相关问题作出明确规定,故司法实践中各法院就此问题的观点不一。

<sup>①</sup> 陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2354号民事判决书。

<sup>②</sup> 陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2351号民事判决书;陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2358号民事判决书。

### 1. 相对效力说

第一种观点采取了相对效力说,即债权人免除部分保证人的责任并不及于其他保证人。这一观点在我国的司法实践中广泛存在。

司法实践中,法院认为各担保人系连带责任保证,债权人有权选择追偿的对象,明确放弃对部分保证人的起诉,系对其诉讼权利的正当行使,而这一放弃起诉也被视为免除了相应保证人的责任。<sup>①</sup>此外,法院也同样认可了明确表示放弃未被起诉的保证人的保证责任,是对其诉讼权利的正当行使。<sup>②</sup>因为债权人享有放弃部分保证人保证责任的权利,法院对于其他保证人应当在债权人放弃权利的范围内免除保证责任这一问题并未进行过多论述,仅认为没有法律依据,所以不予支持。<sup>③</sup>

最高人民法院在“孔某与宁夏某房地产开发有限公司、李某民间借贷纠纷”一案中给出了其认为债权人放弃对部分保证人主张权利,其他连带共同保证人不能免责的理由。其认为债权人放弃对部分保证人主张权利的,是对自身权利的处分。因为连带保证人在承担连带保证的时候就预见到了其有承担全部保证责任的可能性,这在实体上并未加重其他保证人的保证责任,因此其他连带共同保证人不能主张免责。<sup>④</sup>

显然,在债权人免除部分保证人的责任,持相对效力说的理由在于各保证合同之间相互独立,保证人与债权人之间是内部关系,免责事由只能约束债权人,而不能拘束其他保证人。但是这一观点具有很大的缺陷。第一,正如在上文中所提到的,我国民法典颁布之前,法律法规以及司法实践中都强调连带债务的涉他性以及连带保证的整体性,采取绝对效力说。但在这一问题上,却采取相对效力说,将每一个保证人的保证责任独立,与一贯的司法态度相违背,这导致司法实践中盲目保护债权人利益,而不顾整体司法实践应保持的一致性和体系化。第二,尽管民法典颁布之后,我国的立法司法态度都转向了限制绝对效力说,但是这并没有否定连带债务人之间的“对内分担”,而若债权人对于部分连带保证

① 五莲县人民法院(2014)莲民一初字第957号民事判决书;河南省高级人民法院(2016)豫民终337号民事判决书。

② 南京市中级人民法院(2014)宁商终字第1059号民事判决书。

③ 五莲县人民法院(2014)莲民一初字第957号民事判决书;河南省高级人民法院(2016)豫民终337号民事判决书;南京市中级人民法院(2014)宁商终字第1059号民事判决书。

④ 最高人民法院(2014)民一终字第278号民事判决书。

人免责不及于其他保证人,相当于保证人之间仅分担义务却不分担权利,显然是不合理的。第三,因为采取了相对效力说,那么部分保证人享有因免责享有的抗辩只能对抗债权人,而不能对抗其他保证人。也就是说,当未被免责的保证人在承担了保证责任后,仍可向被免责的保证人追偿,其享有的抗辩并不及于其他保证人。被免责的保证人在承担了相应的保证责任后,向债权人再追偿其被免责的部分。这种做法,虽然在终局性上保障了保证人的利益并未受到损害,也没有在客观上承担过重的保证责任,但是还是增加了保证人的风险,而且过于麻烦,不利于实现保证在现实社会中的商业价值。

综上所述,尽管债权人免除部分保证人的责任并不及于其他保证人的观点在我国的司法实践中大量存在,但是笔者认为这一做法欠妥。同时,随着民法典的出台,根据民法典进行体系解释,采取限制绝对效力说更具有合理性。

## 2. 限制效力说

第二种观点采取了限制绝对效力说,即认为免责效力及于其他保证人,但仅限于相应的份额。其理由在于当债权人明确表示放弃部分保证人的保证责任时,是对其自己享有的相应的保证权益的放弃,因此其效力及于所有连带保证人。这个观点可以从两个方面得到支持。

首先,我们可以对上文已经分析过的《担保法解释》第29条第二款进行类推适用。这条司法解释是适用债权人未向部分保证人主张行使权利的情况,实际上是债权人对自己权利的一种消极放弃,其他保证人也在未主张行使权利的范围内相应免责。那么对于债权人明确表示放弃部分保证人的保证责任时,是对自己权益的一种积极放弃,都是对自己权利的放弃,且是明知的放弃,应认为这种情况下免责效力也及于其他保证人。

在这种情况下对第29条第二款进行类推适用,究其原因是连带共同保证人之间的追偿权是基于共同保证而成立的,需要保证人履行保证责任才能行使,<sup>①</sup>当债权人免除部分保证人的保证责任时,该部分保证人对债权人不再承担清偿责任,此时连带共同保证人之间也就不存在追偿权了。由于保证人之间是独立的,所以在债权人免除了该保证人责任时,连带保证人内部之间的关系也发生了

---

<sup>①</sup> 吉林省磐石市人民法院(2021)吉0284民初15号民事判决书。



改变。原本连带保证人应按照份额承担保证责任,但是由于债权人的原因导致丧失了共同保证的法律关系基础,所以被免除保证责任的保证人已经不属于连带保证人的整体,也就不再承担清偿债务的责任,其他保证人也丧失了对其他追偿的能力。虽然在签订连带保证合同时各保证人能意识到自己会有全部清偿债务的可能,但是保证人有着对一般情况下各连带保证人分担份额的信赖与期待,认为自己就算是一开始清偿全部债务也能通过向其他保证人追偿而得到救济,独自一人清偿全部债务风险很小。

因此,根据各保证人之间享有追偿权的原则及连带之债内部追偿规则,若债务人和部分保证人的保证法律关系因债权人的免除行为而归于终止,该部分保证人就不再属于共同保证的整体,对主债务无需分担清偿责任的份额,本应为连带保证人享有的追偿权受到侵害,追偿和被追偿的法律关系失去了存在的基础,因此债权人的免除承诺应当对其他担保人产生效力,其他担保人在对应范围内减轻或免除担保责任。<sup>①</sup>

此外,我们还可以从物上担保的相关规定的分析中得到相同的结论。我们首先需要再次明确债权人免除一部分保证人保证责任的行为是对其能力的正确行使。其次,在“梁某诉唐某民间借贷纠纷再审案”中,法院认为该案两个保证人对债权人而言虽各自都承担担保范围内的全部责任,但15万元对保证人内部而言,是其共同的风险。原审原告自动放弃杨荣的保证责任,应视为其放弃杨某应承担的一半的份额,否则对原审被告明显不利。<sup>②</sup>所以参照《担保法解释》第123条的规定,应在其他担保人在其放弃的范围内减轻或免除担保责任,债权人放弃的保证责任,应视为其放弃其最终应承担的保证份额。<sup>③</sup>在连带共同保证中,债权人有权选择任一或者部分保证人承担保证责任,不像物的担保,没有担保顺位先后的问题来影响保证人的保证责任,任何一保证人承担全部保证责任之后对其他保证人依法享有追偿的权利,但是在承担完保证责任后,该保证人无法向被免除保证责任的保证人追偿,这就是变相扩大保证人的责任范围,与放弃担保顺位在先保证人的保证责任情况相同。因此笔者虽然是连带共同保证,仍可以参

① 广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终17481号二审民事判决书。

② 江苏省兴化市人民法院(2013)泰兴民一再初字第0002号民事判决书。

③ 辽宁省大连市中级人民法院(2020)辽02民终1076号二审民事判决书。

照《物权法》第177条和《担保法解释》第123条的规定进行类推适用。

同时,在《民法典》第409条与第435条中有着“担保人在债权人放弃债务人提供的物保而丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任”的规定,蕴含着债权人放弃优先受偿的物保时,导致其他保证人责任扩大,对其他保证人利益的保护。<sup>①</sup>同时在实践中,法院也支持对保证人利益进行保护,若令其他保证人在债务人提供的担保物权未设立时继续承担保证责任,则恶意违约的债务人与怠于行使权利的债权人利益不受损,保证人的信赖利益却遭受损害,这无疑违反公平原则和诚信原则。<sup>②</sup>所以,连带共同保证人的利益也应当受到保护。

综上所述,为了平衡债权人任意行使其正当权利即任意免除部分保证人的保证责任和不过度加重其他担保人的保证责任的目的,免责效力应当及于未被免责的保证人,免除该保证人不可追偿的范围内的保证责任。

### (三)冒名连带共同保证的法律效果

#### 1. 问题之提出

随着我国经济的迅速发展,在签订合同的同时引发了许多新的法律问题,其中冒名保证行为频繁出现。对此,我国法律尚未明确作出对于冒名保证行为的法定连带共同保证的法律规定,在实践中也存在分歧,需要得到解决。

冒名行为有广义和狭义之分。狭义的冒名行为仅指冒用他人姓名从事行为,广义的冒名行为还包括以虚假的姓名从事行为。冒名行为是冒名保证行为的上位概念,笔者所称冒名连带共同保证是狭义冒名行为下的子概念,即冒用他人名义提供连带共同保证,其中名义被冒用的人称为被冒名保证人,其他以自己名义提供保证的共同保证人称为真实签章保证人。笔者选取了七个样本案例,<sup>③</sup>

① 陈泫华、王雁苗:《论混合共同担保中担保人的顺位及追偿权——兼评〈民法典〉第392条、第409条》,《中国不动产法研究》2020年第2期,第16页。

② 最高人民法院(2017)最高法民申925号民事裁定书。

③ 浙江省象山县人民法院(2011)甬象商初字第389号民事判决书;江苏省徐州市中级人民法院(2014)徐民终字第00847号民事判决书;浙江省舟山市中级人民法院(2012)浙舟商终字第204号民事判决书;湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门民提字第00001号民事判决书;福建省龙岩市中级人民法院(2016)闽08民终1006号民事判决书;山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第573号民事判决书;最高人民法院(2016)最高法民再194号民事判决书。

结合相关法条,通过体系解释等法律解释方法对冒名连带共同保证的法律效果予以分析。

## 2. 冒名连带共同保证中的被冒名保证人

在冒名保证中,虽然是由冒名行为人作出的意思表示,但却存在该意思表示在名义上的主体,亦即名义被冒用者(非真实签章保证人),因而会引发一个问题:保证的意思表示是对冒名行为人产生法律效果,还是对名义被冒用者产生法律效果?

该问题在我国法律条款中目前没有明确规定,但在司法判例中,对被冒名保证人的责任认定主要分为两大类,即由名义被冒用者(非真实签章保证人)对债权人承担保证责任或由真实签章保证人对债权人承担保证责任。

### (1) 名义被冒用者(非真实签章保证人)对债权人承担保证责任

在“福建某工程有限公司和福建某融资担保有限公司追偿一案<sup>①</sup>”中,法院认为被冒名保证人需要承担责任。

法院进行证据整理认为:该融资担保有限公司作为善意第三人有理由相信其是与该有限公司间建立保证反担保关系,因为签订的合同上有公司盖章和法定代表人的签名,故应认定是双方建立了保证反担保关系,由此产生的法律后果应由该有限公司承受;融资担保有限公司与林某(被告)订立的《保证反担保合同》系双方当事人真实意思表示,其内容不违反法律与行政法规,合法有效,应受法律保护。

该案的判决依据在于:原被告双方签订的《保证反担保合同》符合民事法律行为效力的规定,一个有效的民事法律行为应该包括:行为人具有相应的民事行为能力;意思表示真实;不违反效力性法律、行政法规的强制性规定;不违反公序良俗。民事法律行为是从合同等具体行为中抽象而来的,民事法律行为与合同是一般与个别的关系。但不可否认,合同行为在民事法律行为中占有比其他行为更为重要的地位。

在该案中,双方行为都满足其规定,并且该融资担保有限公司作为善意第三

---

<sup>①</sup> 福建省龙岩市新罗区人民法院(2014)龙新民初字第1692号民事判决书。

人<sup>①</sup>,有理由相信其是与该有限公司间建立保证反担保关系,所以产生的法律后果应由该有限公司承担。

再看“薛某与山东某有限公司、陈某等民间借贷纠纷<sup>②</sup>”一案中,法院也认为被冒名保证人需要承担相应的责任。

法院判决的立足点在于:多位公司及个人为被告陈某出具的担保函符合本身规定的生效条件,在此情况下,原告薛某完全有理由相信该担保函的真实性。故薛某主张山东某有限公司作为连带责任保证人对陈某欠薛某的本案所有债务承担连带担保责任,符合法律规定;并且由于原审法院已查明原审被告陈某使用过其私刻的“山东某有限公司”的公章,上诉人未提出异议,刘某作为时任法定代表人也未予以否认,因此,被上诉人作为债权人理由相信上诉人的担保行为是真实有效的;对于被上诉人来讲,上诉人给被上诉人出具《公司不可撤销的担保函》,同时向被上诉人提供了公司营业执照副本等公司资料以及时任法定代表人刘某的身份证复印件,且在上述资料中加盖了“山东某有限公司”的公章,其已经尽到了应尽的注意义务,并且对于山东某有限公司的公章及时任法定代表人刘某的个人名章的真伪无法从形式上辨别是否与在公安机关备案的相一致。被上诉人有理由相信上诉人出具该《公司不可撤销的担保函》是其真实意思表示;法定代表人的个人名章与其签名应具有同等的法律效力,所以该《公司不可撤销的担保函》所约定的生效条件已经成就。

笔者认为该案判决的主要依据在于:上诉人出具的担保函符合生效要件。对于薛某而言,其并无足够的能力去鉴别该公司及其法定代理人的印章是否与在公安机关备案的相一致,但从提供的资料来看,他已经尽到了作为保证合同另一方主体应尽的注意义务,他确实有充分的理由相信该公司确是《公司不可撤销的担保函》的出具人。

笔者认为,冒名行为和表见代理虽然在对第三人产生的民事效果上有一定的相似性,譬如都是违背权利人的真实意愿、可能对第三人造成一定的财产损失等。但两者还是存在明显的差异,一是,在表见代理中,双方是一种代理关系,第三人知道代理人与被代理人的存在。而冒名行为中,第三人始终认为只有一个

<sup>①</sup> 武藤:《无效、可撤销民事法律行为与善意第三人保护》,《清华法学》2018年第1期,第163页。

<sup>②</sup> 山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第573号。

交易对象;二是,在表见代理中,第三人有足够的理由充分信赖代理人具有代理权。而冒名行为中,并不存在信赖利益,而是第三人直接就认定冒名者是交易对象本人。通过上述案例,在债权人有着充足的理由相信冒名行为人确系名义被冒用者本人或者有权代理名义被冒用者为法律行为的情况下,并且该善意的债权人能够提出相应的证据加以证明,应当认定冒名保证合同在债权人与名义被冒用者之间成立,此时可以适用关于表见代理的相关规定。名义被冒用者不能单单以其签名盖章系他人假冒为由,来抗辩其对债权人的保证责任,因为在这种情形下,通常名义被冒用者往往都存在一定的过错,或将身份证、营业执照等重要资料出借给冒名行为人,或明知冒名行为人使用私刻的假章对外进行活动而不表示异议,或冒名行为人持有名义被冒用者未明确具体授权范围的授权书等等。名义被冒用者的种种行为给冒名行为人以可乘之机,间接放纵了冒名行为人的违法行为。

当然,债权人是否满足法律保护的善意,还需要判断其是否尽了合理的注意义务,必须考虑其“合理注意”的尺度。不同主体类型的注意义务标准应该是不同的,自然人相比企业的注意义务标准要宽松一些,专业机构的注意义务门槛又应当比一般企业要高。但善意相对人的利益又是得到法律保护的,在面对债权人善意的情况下,倘若直接推定保证合同在名义被冒用者与债权人之间成立生效,要求名义被冒用者承担保证责任,对于名义被冒用者而言是极为不公平的。因此,法律必须对名义被冒用者与善意债权人二者的利益进行平衡以实现公平正义,最好的方法就是要求债权人承担举证责任,由债权人提供足够的证据,若债权人举证不充分,则否决表见代理的适用。

## (2) 真实签章保证人对债权人承担保证责任

在“福建某中级人民法院判决某有限公司和某融资担保有限公司追偿一案<sup>①</sup>”的二审中,法院推翻了上述的一审判决。

二审法院认为:经司法鉴定认定“肖某”的签名均不是肖某本人所写,且“某有限公司”印章与该有限公司经营活动中所使用的公章不同,并不能认定其具有真实的意思表示,故《保证反担保合同》对该有限公司而言并未成立,某有限公司

---

<sup>①</sup> 福建省龙岩市中级人民法院(2016)闽08民终1006号。



不应对本案讼争代偿款及利息和放贷银行为实现债权支出的法律费用承担担保责任。

该判决的依据在于:法律行为效力的认定需要基于意思自治。民事法律行为的前提必须是当事人的真实意思表示,即签字或盖章应当具备真实性。二审法院经鉴定,“肖某”的签名不是本人签的,且“某有限公司”的印章也不是原公司使用的公章,所以不满足意思自治,法律效果有瑕疵。冒名行为应当适用无权代理制度来处理,故名义被冒用者具有追认权,通过被代理人行使追认权,可使无权代理行为中的代理权获得补足,从而转化为有权代理,发生与有权代理相同的法律效果。但事后被冒名者并无追认,所以还属无权代理<sup>①</sup>。

笔者认为,判断冒名行为法律效果的主要考量因素包括交易相对人的意愿以及名义被冒用者的意愿。所谓“相对人的意愿<sup>②</sup>”,是指交易相对人为法律行为是否只愿意与名义被冒用者缔结法律关系的意思表示,而“名义被冒用者的意愿”则是指名义被冒用者知悉他人冒名行为后是否愿意追认该行为的意思表示。交易相对人的意愿以及名义被冒用者的意愿作为判断冒名行为法律效果的两大因素,私法自治最重要的就是在于个人意思自主,这同样也是民法领域私法自治与契约自由的重要体现。法律行为又是贯彻私法自治的主要途径,民事主体通过不断实施法律行为,不断依照意思自主来与其他民事主体建立各种各样的法律关系,从而处理自己事务实现对自身利益最大的维护。既然民事主体自为意思表示,自主决定实施法律行为,就自己的行为理应自我负责。冒名行为当符合这一要件时,自然也就产生法律效果。对于冒名行为而言,当名义被冒用者事后追认了冒名行为,且相对人也愿意继续与其履行契约时,等同于名义被冒用者与交易相对人之间达成了意思合致,冒名行为在双方间发生法律效力。

### (3)结论

冒名保证行为既然归属于冒名行为这一法律范畴之下,也应类推适用狭义无权代理制度处理冒名保证行为。所以冒名行为同无权代理一样,被代理人享有追认权。通过行使追认权,可补足代理权,使其与有权代理产生相同的法律效

<sup>①</sup> 董永强,叶锋:《冒名行为、无权代理及权利失效的适用》,《上海政法学院学报》2014年第4期,第141页。

<sup>②</sup> 李寒:《狭义无权代理人对善意相对人的责任研究》,郑州大学2019年硕士学位论文,第27页。

果。交易相对人的意愿、名义被冒用者的意愿以及相对人主观上是否善意是判断冒名保证行为法律效果的主要考量因素。

当被冒用者拒绝追认但债权人系善意且有充分的理由相信冒名行为人系名义被冒用者本人或者冒名行为人有权替名义被冒用者为法律行为这种情况下,适用表见代理的相关规定,名义被冒用者取得了与真实签章保证人一样的连带保证人地位,根据《民法典》第699条规定,无论是名义被冒用者还是真实签章保证人在承担全部保证责任后,都可以向承担连带责任的其他保证人追偿。名义被冒用者的对外、内部保证责任承担方式与承担份额与真实签章保证人相同。保证人在承担全部保证之后可以向其他保证人按照内部份额进行追偿。

但如果名义被冒用者拒绝追认且债权人并非善意时,既不能认定冒名保证合同在债权人与名义被冒用者之间成立生效,也不能认定冒名保证合同在债权人与冒名行为人之间成立生效。双方当事人恶意串通来骗取保证人提供保证时,保证人不应承担民事责任的法律后果。这与《民法典》第154条规定的内容主旨相一致,即行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。对于恶意串通的认定并不要求双方主观上具备共同的恶意或过错,只要保证人能证明双方存在主观上的意思联络,使第三人信以为真,达到损害第三人利益的目的即可<sup>①</sup>。在这种情形下,名义被冒用者不是保证合同的当事人,不承担保证责任,真实签章保证人与债权人之间的合同真实有效,真实签章保证人仍应当对债务承担全部保证责任。

除此之外,债权人还损害了真实签章保证人认为自己可以向其他保证人追偿以弥补自己损失的合理的信赖利益,债权人未履行告知在先签署的保证合同的真实性这一交易安全保障义务,致使真实签章保证人事后追偿不能,也是债权人过错责任的一大体现。所有这些都是构成债权人过错责任承担的理论基础,债权人的重大过错在事实上为冒名保证行为提供了便利,致使真实签章保证人的内部追偿权受到损害,二者之间存在一定的因果关系,因此,真实签章保证人可以以此来请求在债权人的过错范围内适当减轻自己的清偿责任。

---

<sup>①</sup> 许晴晴:《论恶意串通规范的合理性》,南京师范大学2020年硕士学位论文,第5页。

### 3. 连带共同保证中的真实签章保证人

连带共同保证中,对于真实签章保证人的保证责任存在三种观点,即绝对效力说、相对效力说、限制绝对效力说。<sup>①</sup>绝对效力说认为,连带共同保证是一个整体,一部分的效力瑕疵及于全部保证合同。被冒名保证行为不成立或者不生效,因此其他连带共同保证人也不需要承担责任。相对效力说认为,各保证行为因其相对性而相互独立,而连带责任的特点就在于每一个保证人都可能需要清偿全部债务。虽然被冒名保证行为不生效力,但真实签章保证人仍然依原约定承担责任。限制绝对效力说认为,各保证关系相互独立,因此真实签章保证人与债权人的合同关系有效成立,真实签章保证人应当承担责任,但应当剔除真实签章保证人原本可以向被冒名保证人追偿的部分,令真实签章保证人在剔除后的范围内承担保证责任。

如前所述,我国对一人事项的外部效力的规制有限,更没有具体调整冒名连带共同保证的条文,因此司法实践中各裁判所采纳的观点和适用的法条各有不同。

#### (1) 绝对效力说

样本案例表明,绝对效力说在我国司法实践中不受支持,仅靖江市某有限公司等与凌某等民间借贷纠纷案的一审法院采纳这一观点。在法律依据上,该判决的法律依据是原担保法第30条,即主合同当事人串通骗保的,保证人不需要承担责任。<sup>②</sup>该条在民法典编纂过程中已被删除。目前,民法典中的相似条款是第154条,“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效”。如果对恶意串通做广义解释,“不要共同恶意,只要意思联络”<sup>③</sup>,可以使民法典第154条作为绝对效力说的法律依据,这也是前述判决的论证方式。但是,这一解释实际上架空了恶意串通这一构成要件,消解了第154条的独立价值,也不符合我国学界的主流观点。一般认为,恶意串通要求恶意的明示意思表示,且双方串

① 黄旭东、刘干:《部分冒名担保对法定连带共同保证责任的影响》,《人民司法》2015年第14期,第93-94页。

② 《中华人民共和国担保法》第30条有下列情形之一的,保证人不承担民事责任:

(一)主合同当事人双方串通,骗取保证人提供保证的;

(二)主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

③ 郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社2011年版,第38页。

通的目的应为骗取担保。即使债权人明知债务人骗取担保而不表示反对,也不构成恶意串通。<sup>①</sup>因此,仅存在冒名行为不能反推主合同当事人恶意串通损害保证人利益,没有第154条的适用空间。另外,在雷某、某有限公司某县支行金融借款合同纠纷案中,保证人辩称其提供保证是基于存在可追偿的连带保证人这一认识,并以重大误解为由请求撤销保证合同,<sup>②</sup>意图将冒名保证合同的效力瑕疵推及其他真实签章保证合同,其学理基础也是绝对无效说。根据民法典第147条,基于重大误解实施的民事法律行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。重大误解要求该误解在客观上实质性影响了当事人的权利义务关系,且该误解可归责于表意人。<sup>③</sup>通常而言,动机错误不对法律行为的效力产生影响,<sup>④</sup>而对于追偿权的认识不影响债权人和保证人之间的权利义务关系,无论是否享有追偿权,保证人均有义务向债权人承担保证责任。因此,民法典第147条不能作为绝对效力说的依据。民法典第148条和第149条规制受欺诈的法律行为。<sup>⑤</sup>适用该条的问题同样在于,如何认定债权人或债务人构成欺诈。欺诈需要欺诈行为和欺诈故意,欺诈行为包括告知虚假情况或者隐瞒真实情况<sup>⑥</sup>。以第149条第三人欺诈为例,大多数情况下,债务人伪造签名骗取保证以获得贷款,符合欺诈的构成要件,但债权人对此未必明知,至少债权人的认识因素不能从存在冒名行为中反推,这涉及到债权人的注意义务高低的问题,笔者将在下文中予以详述。在样本案例中,没有适用重大误解或者欺诈免除保证人责任的判决,可以看出我国司法实践持有相同观点。

综上,绝对效力说作为债的相对性的例外,在我国没有法律依据,不受司法实践支持,也缺乏有力的学理依据。在利益平衡方面,对债权人保护过疏,不符合连带共同保证的目的,笔者不支持这一观点。

① 郭明瑞:《担保法》,法律出版社2010年版,第61页。

② 湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门民提字第00001号民事判决书。

③ 王利明:《民法学(第五版)》,法律出版社2017年版,第185页。

④ 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第351页。

⑤ 《民法典》第148条:一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第149条:第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

⑥ 王利明:《民法学(第五版)》,法律出版社2017年版,第186页。



## (2) 相对效力说与限制绝对效力说

实践中争议较大的是相对效力说和限制绝对效力说,这两种观点共同之处在于认可保证人需要承担保证责任,区别在于真实签章保证人的保证范围是否包括被冒名保证人的份额。笔者支持限制绝对效力说,现论述如下。

在是否承担保证责任方面,如样本案例各法院判决所述,同一保证合同存在多个担保时,每个保证均是独立存在的担保,其中一个保证人的签名伪造只会导致该保证关系不成立,并不影响其他担保按照约定对债权人承担连带担保责任。保证人作为具有完全民事行为能力的自然人,对自己的签字行为引发的法律后果应该是明知的,故保证合同是当事人的真实意思表示。<sup>①</sup>

在限制绝对效力说中,债权人对保证人的责任究竟属于侵权责任还是违约责任,观点各有不同,还有学者提出其可能属于信赖责任。由于我国侵权法一般不承认纯粹经济损失的可侵害性,笔者认为应当在合同责任中讨论这一问题。

### a. 保证人的信赖利益

信赖利益损害,是指非因过失相信契约能够成立而受到的损害,包括积极损害和消极损害,但不包括因履行契约可以获得的利益。<sup>②</sup>主观上,信赖要求信赖者善意,对于真实法律状况无过错而不知情,否则构成盲目信赖。<sup>③</sup>保证人出于对其他保证人签章真实性的信赖而提供了保证,因冒名行为而失去追偿权,存在纯粹经济损失。该损失究竟构成不真正责任还是信赖利益损害,取决于审查义务的配置。如果对债权人克以较高的审查义务,则保证人可以合理信赖该签章的真实性;如果对保证人克以较高的审查义务,则保证人的信赖利益损害不能成立。

根据商业银行法第36条,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。因此,在商业银行贷款中,债权人负有严格的审查义务,保

① 浙江省舟山市中级人民法院(2012)浙舟商终字第204号民事判决书;湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门民提字第00001号判决书。

② 王泽鉴:《债法原理(第二版)》,北京大学出版社2022年版,第247页。

③ 叶名怡:《混合担保中债权人过错对保证责任之影响》,《法商研究》2016年第4期,第131-141页。



证人的信赖利益损失可以成立。

#### b. 债权人过错

过错分为故意和过失,过失分为一般过失和重大过失。一般认为,行为人如果欠缺同职业、社会交易团体分子一般所应具有的智慧能力,即应受到非难。<sup>①</sup>在法律对商业银行规定了较高安全保障义务的背景下,银行的操作手则往往规定了可以在通常情况下确保签章真实性的操作步骤,如靖江市某公司诉凌某民间借贷纠纷案二审、再审法院判决所述,原告“作为专门从事小额贷款的公司,其在缔约合同过程中负有保证真实、有效的义务,有机会通过面签降低伪造签名的风险,但某公司未尽充分审查义务,对起码的签名真伪都未能辨别”,主观上存在重大过失和明显过错。

债权人过错的性质属于有过错,产生令其请求权克减的效果。由于债权人过错导致保证人产生信赖利益损失,保证人不因此获得向债权人请求损害赔偿的权利,但可以以此作为抗辩。<sup>②</sup>债权人过错不引发民法典第500条缔约过失的适用。缔约过失以先合同义务为前提,以诚实信用原则为基础,是一种保护相对人的积极义务。<sup>③</sup>债权人的审查义务首先是对于自己利益的不真正义务,其次才是指向保证人的信赖利益,是一种不真正义务。<sup>④</sup>先合同义务中的告知义务也以一方当事人知悉为前提,如将告知义务解释为审查义务,有扩张解释之嫌。采纳限制绝对效力说的判决并没有提出具体的法律依据,观其论证思路,似在直接将冒名保证作为发生限制绝对效力的一人事项,而不像以绝对效力说为基础的判决以恶意串通、重大误解等为依据。笔者认为,这种论证方法是合理的,在民法典第520条没有进行详尽列举时,一人事项的效力属于法律解释的范畴。

#### c. 债权人为自然人时的司法空缺

在自然人借贷中,债权人的审查能力较商业银行较为弱,且缺乏具体法律规定,其负有的审查义务是否因此降低?在笔者的样本案例中,采纳限制绝对效力

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究(第五册)》第七版,台北自版1992年版,第284-285页。

② 叶名怡:《混合担保中债权人过错对保证责任之影响》,《法商研究》2016年第4期,第131-141页。

③ 韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第173-174页。

④ 韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第173-174页。

说的案件债权人均为专业金融机构,债权人为自然人的案件均采纳相对效力说。这似乎体现出司法实践的态度,即对自然人债权人降低注意义务的标准。在民法典颁布后,不同于以前的法定连带共同保证下各保证人当然享有追偿权,追偿权仅在当事人约定或者法律推定当事人存在意思联络的情况下发生,保证人之间的联系加强。笔者认为,这一改变可能会导致保证人审查义务的提高。在保证人素不相识,仅因法律规定而产生连带关系时,保证人缺乏审查能力和审查意愿;在保证人之间约定追偿关系时,保证人之间形成了契约关系,作为交易当事人负有谨慎注意义务。这一观点是否可以填补司法实践中自然人债权人的审查义务的空白,有待实践的检验。

### (3)小结

绝对效力说不适用于真实签章保证人的责任分配,相对效力说和限制绝对效力说各有优劣。笔者认为,限制绝对效力说更能平衡债权人和保证人的利益冲突;在民法典颁布后,相对效力说在债权人为自然人时可以发挥一定作用。

## 三、担保制度下保证人追偿权实现的争议问题

### (一)连带共同担保中通过诉讼实现追偿权有无顺位的争议

连带共同担保中,数保证人就同一债务人的同一债务向债权人承担连带保证责任,债权人有权要求保证人中的一人或数人清偿所有债务。承担保证责任后的保证人有权向债务人及其他共同保证人追偿,这是共同担保规则的应有之义。司法实践中,出于提高司法效率、节约诉讼资源的考虑,实践中履约保证人在提起追偿之诉时,可同时起诉债务人和其他保证人,不需分两次起诉;但是实现追偿权的顺位问题,即承担保证责任的保证人对其他保证人的追偿权是否以向债务人追偿为前置程序,一直没有得到解决。《民法典》生效后,《担保法》及《担保法解释》随即废止,但《民法典》及《担保制度解释》也并未对实现追偿权的顺位问题作出明确规定,故该法律漏洞的存在造成了司法实践中的较大争议。厘清追偿权顺位问题与已承担了保证责任的保证人如何通过诉讼程序高效地实现追偿权密切相关。若无顺位,则保证人可以自由选择对债务人或其他保证人提起

诉讼;若存在顺位,保证人直接对其他保证人提起诉讼的,法院将以未先向债务人追偿为由,不支持保证人诉讼请求,这无疑增加了保证人追偿的时间和金钱成本。

在司法实践中主要存在以下两种观点:

### 1. 有顺序限制说

部分法院认为向债务人追偿是向其他保证人追偿的前置程序<sup>①</sup>,即承担了担保责任的保证人应先向主债务人追偿,向主债务人追偿不能后,才能向其他保证人追偿;原告不能提交证据证实其不能向债务人追偿的事实的,法院即认为原告的诉讼请求不具事实依据、不予支持。法院将向债务人追偿作为前置程序的理由,主要有以下几种:

#### (1)《担保法解释》的明确规定

《担保法》第12条明确规定承担担保责任的保证人向债务人、其他保证人追偿的权利,但是并没有对其顺位问题作出规定。而《担保法解释》第20条规定,“连带共同保证人的保证人承担保证责任后,向债务人不能追偿的部分,由各连带保证人按其内部约定的比例分担”。该条文明确,保证人应当先向债务人追偿,债务人对保证人清偿后,保证人才可就其不能偿还的部分向其他保证人追偿。司法实践中,该观点也得到了支持。例如在“重庆某建设有限公司、重庆某建设有限公司某分公司追偿权纠纷”一案<sup>②</sup>中,法院认为:“《中华人民共和国担保法》第12条对已经履行了保证责任的保证人向债务人的追偿权和向其他保证人的追偿权之间是否是平序选择关系(即承担保证责任的保证人是否在未先向债务人追偿,而有权直接向其他保证人追偿)并不明确。”并不能据此得出结论,法院认为对该问题作出明确规定的是《担保法解释》第20条规定,据此法院认为“本案被上诉人在未先向债务人追偿情况下,而直接向其他保证人予以追偿并无法

① 浙江省杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第2685号民事判决书;浙江省宁波市象山县人民法院(2011)甬象商初字第1140号民事判决书;浙江省义乌市人民法院(2010)金义廿三里商初字第338号民事判决书;浙江省金华市婺城区初字第250号民事判决书。

② 贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2020)黔26民终3032号民事判决书。

律依据”。该观点在其他判决中也得到支持。<sup>①</sup>

## (2) 避免影响既判的稳定性或造成循环诉讼

若否定向债务人追偿是向其他保证人追偿的前置程序,法院很难根据《担保法解释》第20条确定其他保证人应当偿还的部分,在主债务尚未清偿完毕的情况下,各保证人实际可能承担的担保债务数额尚不确定,各保证人分担保证责任份额的决算条件尚不具备,容易因之后新的保证代偿事实的发生,影响既判的稳定性或造成循环诉讼、形成诉累,<sup>②</sup>即很容易造成法院判决其他保证人承担其保证责任后,债务人清偿部分债务,保证人又重新向法院提起清偿之诉的情形,不利于对民事纠纷的彻底、高效解决。

故法院认为主债务的清偿顺位明显优于追偿债权,东铁集团有限公司等诉乐清市中州电子有限公司等追偿权纠纷案<sup>③</sup>民事判决书中提到,在主债务尚未清偿完毕的情况下,其他保证人即使尚有代偿能力,亦应先用于清偿主债务。在此情况下,连带共同保证人之间追偿权的行使应在主债务清偿完毕之后,对在主债务尚未清偿完毕的追偿案件,应认为担保追偿的条件尚不具备。“尹某与王某等追偿权纠纷上诉案”<sup>④</sup>判决中也支持了该观点。

综上,支持向债务人追偿是向其他保证人追偿的先置程序,主要考虑到保证债权债务关系从属于主债权债务关系、主债务人才是债务的最终承担者,已承担保证责任的保证人先向债务人追偿是应有之义,在连带共同担保中,限制其追偿权行使的顺序不会影响其实质利益;先处理主债务债权债务关系,后处理从债务债权债务关系也能使得法律关系变得简单、减少讼累,符合诉讼经济的要求。<sup>⑤</sup>

## 2. 无顺序限制说

但近年司法实践中,多数法院持另一种观点,认为向债务人追偿并非向其他保证人追偿的前置程序,保证人可直接向其他保证人提出追偿之诉。主要理由

---

① 山东省淄博市中级人民法院(2021)鲁03民终1504号民事判决书;河南省洛阳市中级人民法院(2020)豫03民终7259号民事裁定书;广东省深圳市南山区人民法院(2018)粤0305民初21610号民事判决书。

② 浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。

③ 浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。

④ 重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民终5001号民事判决书。

⑤ 赵晓光:《论对共同担保人之间追偿权的四大制约》,《行政与法》2009年第11期,第104页。

如下:

(1)《担保法解释》第20条第2款规定的是保证人内部应承担的份额

《担保法解释》第20条旨在规定保证人承担担保责任后,既可以向债务人追偿,也可以向其他保证人追偿,若向其他保证人追偿的,承担责任的保证人可据此主张其他保证人承担多少相应的份额,仅是对保证人内部追偿规则的明确,其并未禁止保证人在向债务人追偿前向其他保证人追偿,因此向债务人、其他保证人的追偿是并列的,并无先后之分。该观点在“贺志娟与安阳市岷山有色金属有限责任公司追偿权纠纷再审案”<sup>①</sup>中得到法院支持,最高人民法院在民事裁定书中明确《担保法司法解释》第20条第2款和第131条规定的不是承担了保证责任的保证人追偿权行使顺序问题,而是保证人内部应承担的份额。其他判决也支持了此种观点。<sup>②</sup>

(2)《担保法解释》第20条第2款规定其他保证人仅承担补充清偿责任

《担保法解释》第20条应当理解为明确债务人是最终责任承担主体,而其他担保人仅对主债务人不能偿还的部分承担补充清偿责任,而非连带清偿责任。这是因为连带责任需要具备一般民事责任的三个构成要件:连带责任人主观上必须有过错;行为要有违法性且造成了损害的后果、前后须具有因果联系。很明显,担保不符合上述三个构成要件。此外,在一般情况下,连带责任中的债务人没有主次之分,直接面对债务且无条件承担后果,而担保案件中,主债务人是直接责任承担人,而保证人仅在债务人不履行债务的情形下承担保证责任;若保证人需承担连带清偿责任,则就需不分主次地承担主债权债务关系项下的债务清偿责任,徒增担保人的风险和负担、打击担保人的担保积极性,使得担保制度不能很好地发挥作用。该观点在“王某与郭某、张某等追偿权纠纷”一案<sup>③</sup>中得到法

① 最高人民法院(2018)最高法民申2646号民事裁定书。

② 辽宁省本溪市中级人民法院(2020)辽05民终903号民事判决书;广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2020)桂03民终216号民事判决书;河北省邯郸市中级人民法院(2018)冀04民终6514号民事判决书;福建省泉州市中级人民法院(2020)闽05民终378号民事判决书;山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02民终9846号民事判决书;甘肃省武威市中级人民法院(2021)甘06民终121号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2019)浙02民终4779号法院民事判决书。

③ 宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院(原宁夏回族自治区银南地区中级人民法院)(2017)宁03民终767号民事判决书。



院支持,法院认为《担保法解释》第20条第2款的规定并不是限制履约保证人向其他保证人追偿权利,仅是进一步明确履约保证人在向债务人主张追偿权后,其余保证人承担的责任形式是补充清偿责任,法院据此对被告王祥荣的辩称不予采信,该观点在周卫超与王建波追偿权纠纷上诉<sup>①</sup>一案中也得到支撑。

### (3)鼓励保证人积极履行责任

若认为承担保证责任的保证人只有在向债务人求偿不能时,才能向其他保证人追偿,将会极大增加履约保证人实现追偿权的时间和金钱成本,造成讼累,不符合公平原则。与担保制度保障债权实现、促进资金融通的内涵不符,容易造成连带共同保证人之间相互推诿、怠于履行担保义务。如在“阮某、泰格某有限公司追偿权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”<sup>②</sup>中,法院认为已经承担了责任的保证人同时享有对债务人和对其他保证人的追偿权,有利于保障已经履行责任的保证人之权益,亦有利于鼓励保证人积极履行责任,避免因违约而造成损失。李某等与王某追偿权纠纷上诉案<sup>③</sup>也印证了该观点。

通过对相关司法判决的归纳分析,笔者支持第二种观点,即向债务人追偿并非向其他保证人追偿的前置程序,这是因为:

首先,从法律明文规定上看,2021年1月1日起《民法典》施行,《担保法》及其司法解释同时废止,因此实践中应以《民法典》及《担保制度解释》为裁判依据。《民法典》中关于保证人追偿权的规定是第392条,“提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”,该条文明确担保人向债务人享有追偿权,但是并未对顺位问题作出强制性规定。由于连带共同保证人之间实质是一种连带债务关系,若将向债务人追偿视为前置程序,则等于赋予了其他保证人先诉抗辩权和顺位利益,这与担保制度的精神相悖。此外,按照民法尊重当事人意思自治的基本原则可知,法律没有作出强制性规定情况下,当事人可以以自身真实意思表示,合理选择实现自己利益的途径,使其受损利益能够最低成本、最高效率地得到保障。

其次,保证人在签订保证合同时已明确各自对主债务应承担的保证责任

① 河南省济源市中级人民法院(2017)豫96民终895号民事判决书。

② 福建省高级人民法院(2020)闽民申204号民事裁定书。

③ 浙江省绍兴市中级人民法院(2014)浙绍商终字第533号民事判决书。

范围,部分保证人承担责任后,向其余保证人追偿,后者承担的责任也限于订立担保合同时应承担的范围,且承担后亦有权向债务人追偿,故其利益也不会受到损害<sup>①</sup>;其余保证人承担责任后向债务人提起的追偿之诉,属于独立的诉讼,因此法院作出的判决并非对前判决的修改或否定,而是一个独立的全新司法判决,故不影响判决的稳定性。若肯定向债务人追偿是承担保证责任的保证人实现追偿权的前置程序,则将使得基于保证产生的债务债权关系长期处于悬而不决的状态、大大增加了保证人实现其追偿权的难度和时间维度,其将独自承担向债务人追偿的时间成本和劳力成本。<sup>②</sup>

总而言之,采取非前置程序的做法将更大程度保障所有保证人的利益、降低其维护自身利益的成本和风险。

## (二)混合担保中通过诉讼实现追偿权有无顺位的争议

混合担保是指同一债权上,既有债务人或第三人提供物的担保,又有第三人提供人的担保的共同担保,亦言之,物保与人保并存共同担保。《民法典》第392条规定,“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”。《担保制度解释》第38条也规定,“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任”。虽然法律明文规定担保人的追偿权,但是和上述连带共同担保一样,在司法适用中,混合担保追偿顺序尚未明确,应当对此问题予以厘清,以保障担保人追偿权的实现。

在司法实践中,主要有有顺序限制说和无顺序限制说两种观点。笔者支持担保人追偿权行使不应有顺序限制,承担担保责任的保证人向债务人追偿和向其他担保人追偿并无先后之分,担保人可自由选择。提出该观点的理由部分同连带共同担保中的追偿权顺序问题中所列相同,故不再赘述,下文仅提出与上文不同的理由:

首先,《担保制度解释》第38条规定采取“可以……也可以”的表述方法,说明

① 王樱:《向债务人追偿并非已履约保证人向其他保证人追偿的先置程序》,《人民司法》2014年第22期,第52页。

② 贺剑:《走出共同担保人内部追偿的“公平误区”》,《法学》2017年第3期,第91页。

前后二者的优先级应当是相同的,实际上是赋予担保人自由选择权,若对其求偿顺序进行限制,则与法律明文规定不符、将构成对担保人求偿权的损害。从条文用语层面可以得出有无顺序限制的结论,可以在“王某与李某等追偿权纠纷案”中得到支持,法院认为:《担保法》第12条规定“有权……或者……”,该条款明确履约保证人享有两项追偿权:一是向债务人追偿,二是向其他连带责任保证人追偿。且两项追偿权是并列的,无先后之分。

笔者认为“可以……也可以”同“……或者……”应当都是并列选择的逻辑关系,故前后两种求偿方式应无顺序限制。采取此种做法避免了对条文的违反。但基于混合共同担保的特殊性,如果其他保证人均为尚未丧失先诉抗辩权的一般保证人,则承担了担保责任的物上保证人应先向主债务人追偿<sup>①</sup>,此时就构成无顺序限制说的例外情况。

其次,债权人享有对债务人或保证人的所有物的抵押物权,在债权无法得到实现的情况下可就该抵押物或质押物优先受偿,《民法典》第700条规定,“保证人承担保证责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿,享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益”,承认保证人的代位权,故在混合担保中,保证人可代替债权人的位置行使本来属于债权人的权利,例如担保物权。

若采取有顺序限制说,则担保人只能先向债务人追偿,才能向其他担保人追偿。而前者属法定之债,是请求权,仅是请求债务人为一定行为的权利;后者在其他担保人提供物的担保的情况下包含债权人享有的抵押物权,属于支配权,担保人完全可以完全凭借自己的意志,任意支配抵押物以实现自己的追偿权。采取此种做法使得担保人享有的支配权排在请求权之后,严重损害了担保人的合法权益,故应采取无限制说,赋予担保人自由选择的权利。

其三,采取有顺序说可能使得法律关系更加简单。上文说到法院采取有限制说的一大理由是避免出现循环诉讼,例如“重庆某建设有限公司、重庆某建设有限公司某分公司追偿权纠纷<sup>②</sup>”一案中,法院认为“容易因之后新的保证代偿事

① 关倩:《论审理混合担保内部求偿权案件的裁判规则——以碰撞漏洞填补方法为研究视角》,《人大法律评论》2013年第1期,第121页。

② 浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。

实的发生,影响既判的稳定性或造成循环诉讼,形成诉累”,若规定追偿顺序,则在主债务人全部清偿债务后,就不存在后续的追偿阶段,法律关系就此可得到简化。但司法实践中,承担责任的担保人通常是因为债务人清偿能力明显不足<sup>①</sup>,而担保人承担责任的根本原因,是债务人不清偿到期债务,此种情况下,担保人也无必要向债务人追偿。若担保人只能先向债务人追偿,则只会大量增加追偿过程中的诉讼成本,通常得不偿失。

### (三) 总结

出于责任、风险分担的目的,笔者认为应当赋予承担责任的担保人享有对债务人或其他担保人任意追偿的权利。史尚宽先生也持此种观点,认为“无需先对主债务人求偿,而就其无资力之部分对于他共同保证人为请求。保证人自始即得自由选择其中之一行使之,虽行使其一而在未获清偿之间,不妨再行使其他请求权”<sup>②</sup>。在实践中,特别是在未约定担保份额的情形下,承担责任的担保人在债务人无法追偿的部分,可将对该债务人和其他担保人一并提起诉讼作为优先方案;先对债务人提起诉讼,后向其他担保人提起追偿之诉作为第二选择。以此最大限度地减轻担保人证明责任、降低诉讼的时间和金钱成本、维护各担保人的合法权益。

## 本专题参考文献

### 一、专著类

[1] 黄薇. 中华人民共和国民法典解读(精装珍藏版)·合同编(上)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 716.

[2] 姜启波. 担保纠纷新型典型案例与专题指导[M]. 北京: 中国法制出版社 2009: 151.

---

① 沈军炜:《混合共同担保中担保人的追偿问题研究》,华东政法大学2016年硕士学位论文第30页。

② 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社,2000年版第942页。

- [3]曹士兵.中国担保诸问题的解决与展望[M].北京:中国法制出版社,2001:135.
- [4]李国光,奚晓明,金剑峰,等.《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》理解与适用[M].吉林:吉林人民出版社,2000:147.
- [5]刘保玉,吕文江.债权担保制度研究[M].北京:中国民主法制出版社,2000年:141,142.
- [6]王利明.民法学[M].北京:法律出版社,2017:185-186,536.
- [7]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:649.
- [8]郑玉波.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2004:419.
- [9]郭明瑞,房绍坤,张平华.担保法[M].北京:中国人民大学出版社,2011:38.
- [10]郭明瑞.担保法[M].北京:法律出版社,2010:61.
- [11]王泽鉴.民法总则[M].北京:北京大学出版社,2014:351.
- [12]王泽鉴.债法原理[M].北京:北京大学出版社,2009:247.
- [13]王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].台湾:台北自版,1992:284-285.
- [14]韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2018:173-174.
- [15]史尚宽.债法各论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:942.
- [16]最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2008:300.

## 二、期刊类

- [1]高圣平.民法典上保证期间的效力及计算[J].甘肃政法学院学报,2020(5):86,89.
- [2]高圣平.特殊情形之下保证期间的计算三论[J].法学杂志,2021(4):4-5,10.
- [3]张雪梅.诉讼时效和保证期间疑问题分析[J].商事审判指导,2016(2):90.
- [4]吴恩玉.论保证期间的起算[J].中国民商审判,2004:109.
- [5]姜朋.保证期间的困扰——兼论法律与司法解释的关系[J].北方法学,2017(1):49.
- [6]陈贵.论保证期间[J].清华法学(第三辑),2003(11).
- [7]李军.民事连带责任刍议[J].法律适用,2004(4):75-76.



- [8]周江洪.连带债务涉他效力规则的源流与立法选择[J].法商研究,2019(3):31-39.
- [9]蔡睿.民法典中连带债务人之一人事项所生效力的制度设计[J].河北法学,2018(12):174-188.
- [10]周江洪.连带债务涉他效力规则的源流与立法选择[J].法商研究,2019(3):31-39.
- [11]黄旭东,刘干.部分冒名担保对法定连带共同保证责任的影响[J].人民司法,2015(14):93-94.
- [12]叶名怡.混合担保中债权人过错对保证责任之影响[J].法商研究,2016(4):131-141.
- [13]赵晓光.论对共同担保人之间追偿权的四大制约[J].行政与法,2009(11):104.
- [14]王樱.向债务人追偿并非已履约保证人向其他保证人追偿的先置程序[J].人民司法,2014(22):52.
- [15]贺剑.走出共同担保人内部追偿的“公平误区”[J].法学,2017(3):91.
- [16]关倩.论审理混合担保内部求偿权案件的裁判规则——以碰撞漏洞填补方法为研究视角[J].人大法律评论,2013(1):121.
- [17]陈玄华,王雁苗.论混合共同担保中担保人的顺位及追偿权——兼评《民法典》第392条、第409条[J].中国不动产法研究,2020(2):16.
- [18]李国光.当前经济审判工作应当注意的几个问题[J].最高人民法院公报,1999,(1).
- [19]吴家友.保证期间探究[J].人民司法,1999,(1).
- [20]李永军.论连带责任的性质[J].中国政法大学学报,2011(2):80-88.
- [21]武藤.无效、可撤销民事法律行为与善意第三人保护[J].清华法学,2018,12(1):163.
- [22]董永强,叶锋.冒名行为、无权代理及权利失效的适用[J].上海政法学院学报,2014,(4):141.
- [23]英某公司与天某公司保证合同追偿权纠纷上诉案[J].最高人民法院公报,2002,(6).

### 三、报纸类

- [1]姚志强.主债务分期履行时 保证期间的起算点[N].人民法院报,2017.11.02.

### 四、学位论文类

- [1]袁斌.连带债务外部效力研究[D].杭州:浙江大学硕士论文,2019:204-208.
- [2]陈聪富.连带债务[D].台北:台湾大学硕士论文,1989:208.
- [3]李寒.狭义无权代理人对善意相对人的责任研究[D].郑州:郑州大学硕士学位论文,2019:27.
- [4]许晴晴.论恶意串通规范的合理性[D].南京:南京师范大学硕士学位论文,2020:5.
- [5]沈军炜.混合共同担保中担保人的追偿问题研究[D].上海:华东政法大学硕士论文,2016:30.

### 五、案例类

- [1]河北省晋州市人民法院(2018)冀 0183 民初 57 号民事判决书.
- [2]河南省禹州市人民法院(2021)豫 1081 民初 2975 号民事判决书.
- [3]黑龙江省牡丹江市中级人民法院(2019)黑 10 民终 1492 号民事判决书.
- [4]南京市秦淮区人民法院(2017)苏 0104 民初 2366 号民事判决书.
- [5]江苏省扬中市人民法院(2017)苏 1182 民初 2253 号民事判决书.
- [6]天津市第二中级人民法院(2020)津 02 民终 3813 号民事判决书.
- [7]江苏省泰州市中级人民法院(2016)苏 12 民终 2719 号民事判决书.
- [8]最高人民法院(2019)最高法民终 544 号民事判决书.
- [9]最高人民法院(2017)最高法民申 4454 号民事裁定书.
- [10]甘肃省庆阳市中级人民法院(原甘肃省庆阳地区中级人民法院)(2012)庆中民终字第 20 号民事判决书.
- [11]贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2021)黔 27 民终 3944 号民事判决书.
- [12]广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 4421 号民事判决书.

- [13]福建省泉州市中级人民法院(2020)闽05民终3021号民事判决书。
- [14]最高人民法院(2005)民二终字第185号民事判决书。
- [15]最高人民法院(2018)最高法民终806号民事判决书。
- [16]四川省绵阳市中级人民法院(2021)川07民终222号民事判决书。
- [17]四川省成都市中级人民法院(2021)川01民终10407号民事判决书。
- [18]河南省新乡市中级人民法院(2019)豫07民终5909号民事判决书。
- [19]最高人民法院(2018)最高法民再109号民事判决书。
- [20]呼和浩特市中级人民法院(2020)内01民终2583号民事判决书。
- [21]广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终12416号民事判决书。
- [22]四川省德阳市中级人民法院(2018)川06民终247号民事判决书。
- [23]重庆市第五中级人民法院(2020)渝05民再83号民事判决书。
- [24]江苏省泰州市中级人民法院(2020)苏12民终190号民事判决书。
- [25]天津市第一中级人民法院(2020)津01民终5357号民事判决书。
- [26]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5536号民事判决书。
- [27]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初4594号民事判决书。
- [28]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5535号民事判决书。
- [29]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2020)皖0103民初5533号民事判决书。
- [30]最高人民法院(2013)民申字第1717号民事裁定书。
- [31]最高人民法院(2014)民二终字第147号民事判决书。
- [32]最高人民法院(2016)最高法民终124号民事判决书。
- [33]四川省高级人民法院(2015)川民终字第133号民事判决书。
- [34]山东省高级人民法院(2016)鲁民终970号民事判决书。
- [35]四川省成都市中级人民法院(2015)成民初字第2277号民事判决书。
- [36]河北省石家庄市桥西区人民法院(2020)冀0104民初5342号民事判决书。
- [37]安徽省望江县人民法院(2017)皖0827民初240号民事判决书。
- [38]云南省禄劝彝族苗族自治县人民法院(2015)禄民初字第1347号民事判决书。
- [39]山东省潍坊市中级人民法院(2014)潍商初字第434号民事判决书。
- [40]最高人民法院(2016)最高法民终40号民事判决书。
- [41]最高人民法院(2001)民二终字第63号民事判决书。

- [42]北京市第二中级人民法院(2021)京02民终9499号民事判决书。
- [43]陕西省延安市中级人民法院(2021)陕06民终1582号民事判决书。
- [44]江西省萍乡市中级人民法院(2020)赣03民终95号民事判决书。
- [45]江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民申15号民事裁定书。
- [46]河北省邢台市中级人民法院(2021)冀05民终66号民事判决书。
- [47]重庆市第二中级人民法院(2020)渝02民终1581号民事判决书。
- [48]江苏省镇江市中级人民法院(2020)苏11民终335号民事判决书。
- [49]最高人民法院(2013)民申字第1578号民事判决书。
- [50]新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终289号民事判决书。
- [51]湖南省常德市中级人民法院(2021)湘07民终1814号民事判决书。
- [52]新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2021)新40民申236号民事裁定书。
- [53]湖南省株洲市中级人民法院(2021)湘02民终1885号民事判决书。
- [54]四川省成都市中级人民法院(2021)川01民终16430号民事判决书。
- [55]河南省濮阳市中级人民法院(2021)豫09民终2191号民事判决书。
- [56]湖南省邵阳市中级人民法院(2021)湘05民终2332号民事判决书。
- [57]安徽省蚌埠市中级人民法院(2021)皖03民终2313号民事判决书。
- [58]甘肃省庆阳市中级人民法院(原甘肃省庆阳地区中级人民法院)(2013)庆中民初字第20号民事判决书。
- [59]浙江省台州市中级人民法院(2010)浙台商终字第439号民事判决书。
- [60]新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终269号民事判决书。
- [61]最高人民法院(2003)民二终字第83号民事判决书。
- [62]重庆市璧山县人民法院(2004)璧民初字第145号民事判决书。
- [63]辽宁省营口市中级人民法院(2021)辽08民终2375号民事判决书。
- [64]河北省邯郸市中级人民法院(2021)冀04民终5489号民事判决书。
- [65]江苏省徐州市中级人民法院(2021)苏03民终6201号民事判决书。
- [66]最高人民法院(2000)经终字第38号民事裁定书;辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2021)辽14民终2242号民事判决书。
- [67]最高人民法院(2001)民二终字第63号民事判决书。

- [68]山东省泗水县人民法院(2018)鲁0831民初950号民事判决书。
- [69]河南省范县人民法院(2012)范民初字第00309号民事判决书。
- [70]内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2020)内05民再44号民事判决书。
- [71]安徽省舒城县人民法院(2019)皖1523民初2949号民事判决书。
- [72]杭州市萧山区人民法院(2012)杭萧商初字第3138号民事判决书。
- [73]江苏省泰州市中级人民法院(2014)泰中民四终字第00783号民事判决书。
- [74]江苏省南京市中级人民法院(2012)宁商初字第61号民事判决书。
- [75]最高人民法院(1999)经终字第385号民事判决书。
- [76]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1332号民事判决书。
- [77]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1187号民事判决书。
- [78]安徽省合肥市庐阳区人民法院(2018)皖0103民初1333号民事判决书。
- [79]黑龙江省七台河市中级人民法院(2021)黑09民终10号民事判决书。
- [80]河南省范县人民法院(2012)范民初字第00309号民事判决书。
- [81]新疆维吾尔自治区沙湾县人民法院(2017)新4223民初269号民事判决书。
- [82]天津市河西区人民法院(2018)津0103民初10542号民事判决书。
- [83]浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初1045号民事判决书。
- [84]海南省第一中级人民法院(2018)琼96民终802号民事判决书。
- [85]河南省信阳市浉河区人民法院(2018)豫1502民初1133号民事判决书。
- [86]湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门民提字第00001号民事判决书。
- [87]浙江省舟山市中级人民法院(2012)浙舟商终字第204号民事判决书。
- [88]湖北省荆门市中级人民法院(2015)鄂荆门民提字第00001号判决书。
- [89]浙江省象山县人民法院(2011)甬象商初字第389号民事判决书。
- [90]江苏省徐州市中级人民法院(2014)徐民终字第00847号民事判决书。
- [91]福建省龙岩市中级人民法院(2016)闽08民终1006号民事判决书。
- [92]山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第573号民事判决书。
- [93]福建省龙岩市新罗区人民法院(2014)龙新民初字第1692号民事判决书。
- [94]浙江省杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第2685号民事判决书。
- [95]浙江省宁波市象山县人民法院(2011)甬象商初字第1140号民事判决书。
- [96]浙江省义乌市人民法院(2010)金义廿三里商初字第338号民事判决书。



- [97]浙江省金华市婺城区初字第250号民事判决书。
- [98]贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2020)黔26民终3032号民事判决书。
- [99]山东省淄博市中级人民法院(2021)鲁03民终1504号民事判决书。
- [100]河南省洛阳市中级人民法院(2020)豫03民终7259号民事裁定书。
- [101]广东省深圳市南山区人民法院(2018)粤0305民初21610号民事判决书。
- [102]浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。
- [103]浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。
- [104]重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民终5001号民事判决书。
- [105]最高人民法院(2018)最高法民申2646号民事裁定书。
- [106]辽宁省本溪市中级人民法院(2020)辽05民终903号民事判决书。
- [107]广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2020)桂03民终216号民事判决书。
- [108]河北省邯郸市中级人民法院(2018)冀04民终6514号民事判决书。
- [109]福建省泉州市中级人民法院(2020)闽05民终378号民事判决书。
- [110]山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02民终9846号民事判决书。
- [111]甘肃省武威市人民法院(2021)甘06民终121号民事判决书。
- [112]浙江省宁波市中级人民法院(2019)浙02民终4779号法院民事判决书。
- [113]宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院(原宁夏回族自治区银南地区中级人民法院)(2017)宁03民终767号民事判决书。
- [114]河南省济源市中级人民法院(2017)豫96民终895号民事判决书。
- [115]福建省高级人民法院(2020)闽民申204号民事裁定书。
- [116]浙江省绍兴市中级人民法院(2014)浙绍商终字第533号民事判决书。
- [117]浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4012号民事判决书。
- [118]最高人民法院(2011)民提字第266号民事判决书。
- [119]珠海市中级人民法院(2012)珠中法民二终字第276号。
- [120]最高人民法院(2015)民申字第2064号民事裁定书。
- [121]最高人民法院(2020)最高法民申322号民事裁定书。
- [122]陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2354号民事判决书。
- [123]陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2351号民事判决书。

- [124]陕西省定边县人民法院(2021)陕0825民初2358号民事判决书。
- [125]五莲县人民法院(2014)莲民一初字第957号民事判决书。
- [126]河南省高级人民法院(2016)豫民终337号民事判决书。
- [127]南京市中级人民法院(2014)宁商终字第1059号民事判决书。
- [128]最高人民法院(2014)民一终字第278号民事判决书。
- [129]吉林省磐石市人民法院(2021)吉0284民初15号民事判决书。
- [130]广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终17481号二审民事判决书。
- [131]江苏省兴化市人民法院(2013)泰兴民一再初字第0002号民事判决书。
- [132]辽宁省大连市中级人民法院(2020)辽02民终1076号二审民事判决书。
- [133]最高人民法院(2017)最高法民申925号民事裁定书。

## 专题七

### “借新还旧”中的疑难问题研究<sup>①</sup>

**摘 要:**信贷实践中的“借新还旧”或“以贷还贷”,即贷款到期后,借款人与贷款人签订新的借款合同,将新贷出的款项用于归还旧贷的情形,属于在贷款的发放和收回过程中经常采用的一种贷款重组手段。《担保法解释》第39条正式以成文法形式确立“借新还旧”的制度规制,《民法典担保制度解释》第16条承继该条款主旨,从“借新还旧”的性质认定、担保或保证责任承担及担保物权竞存时的顺位利益予以全面规制。但司法实践中仍存在广泛的性质之争、担保责任判断之争以及更加激烈的顺位利益之争,通过分析最高人民法院及部分高级人民法院的裁判案例,试图总结归纳裁判分歧并在此基础上提供统一司法裁判路径的自洽解释。

**关键词:**借新还旧;以贷还贷;性质;担保或保证责任承担;顺位利益

#### 一、问题的提出

“借新还旧”,又称“以贷还贷”,是银行等金融机构为解决到期债务无法清偿而衍生的一种商业实践。具体而言,是指在债务人旧的贷款到期无法清偿的情况下,旧贷债权人与债务人重新签订一份新的借款合同,以新的借款合同下的贷款部分或全部偿还旧贷的行为。对于“借新还旧”,法律尊重当事人的意思自治,并无禁止性规定。借款人贷款后,可能会因为长期商业项目经营不善、利润下降

---

<sup>①</sup> 案例共同整理人闫艺佳、贾宏、方媛均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京100037)。

而无法按时归还贷款,或者虽有还款能力但公司流动资金不足,还款可能会导致公司资金链断裂等情况不能偿还贷款。此时,“借新还旧”对于借款人而言可以解决旧贷逾期还款征信和高额利息的问题,并能避免影响借贷企业的正常经营。对于银行而言,“借新还旧”效果上能够实现对借款期限法律契约上的延长,但从本质上又表现为通过新合同对原借款合同中贷款期限、利率等条款的变更,在统计上分为原贷款和新贷款两笔,能够降低银行的坏账率,有利于盘活资产,避免贷款逾期的风险发生。

虽然“借新还旧”并非法律概念而是对一系列现实操作的总结,但是由于涉及到旧贷、新贷两笔实质不同的贷款且“借新还旧”一直以来缺乏完善的规则体系作为指引。因此,在司法实践中对“借新还旧”的性质、新贷担保人担保责任的承担范围以及担保物权顺位利益等问题上,法院在裁判同案情节时产生了较大的差异与争议。本文将通过全面的案例检索,归纳情节相同、裁判不同的案例,针对争议点进行分析和回应,在个案基础上提出更明确的解决思路。本专题类案研究的目的,即为在现实争议解决中提供明确的思路,促进“借新还旧”类案案件司法裁判标准的统一,增强司法裁判的可预测性。

本专题所采用的案例检索思路为全面检索,即首先在裁判文书网、北大法宝、威科先行、法信等数据库以“借新还旧”“以贷还贷”等相关关键词广泛阅读大量的判决,总结归纳出以下三个在裁判实践中具有重大意义的争议点作为讨论的重点。随后再针对各争议点进行扩大检索,广泛阅读裁判内容、理解裁判思路。在本专题所展示的案例选择上,以审级优先、典型优先、说理优先为原则进行了选择,希望能够通过较为权威的裁判观点透视司法裁判的争议点,在此基础上分析,提供更为明确的思路。

## 二、“借新还旧”的性质之争及其认定

### (一)关于“借新还旧”的性质

对于“借新还旧”的性质,司法实践存在分歧。第一种观点是“借新还旧”性质为债的展期,即由于“借新还旧”中的新旧两个合同具有相同的主体,债务关系

没变,只是主合同中某些条款或者内容发生了变化,因此属于合同期限的延长。

最高人民法院在“中国工商银行股份有限公司三门峡车站支行与三门峡天元铝业股份有限公司、三门峡天元铝业集团有限公司借款担保合同纠纷案”一案<sup>①</sup>中认为:

虽然新贷代替了旧贷,但贷款人与借款人之间的债权债务关系并未消除,客观上只是以新贷的形式延长了旧贷的还款期限,故‘借新还旧’的贷款本质上是旧贷的一种特殊形式的展期。

第二种观点则认为“借新还旧”为债的更新,“借新还旧”行为的本质是新债形成与旧债消灭两项法律事实的结合,其性质属于债务更新。贷款展期情形下贷款之债的同一性未发生变化,展期前后仍为同一个债,而“借新还旧”情形下债之同一性已发生变更。例如,在青岛利群投资有限公司等申请监督一案中,最高院即持此观点:

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。

在广发银行股份有限公司本溪分行、满孚首成(本溪)实业有限公司金融借款合同纠纷一案中,法院亦认定“借新还旧”中的旧贷合同已履行完毕:

广发银行本溪分行与满孚公司签订的编号为(2017)本银短贷字第000005号《人民币短期贷款合同》系双方当事人真实意思表示,合法有效。双方当事人均应按照合同约定,履行相应的权利和义务。广发银

<sup>①</sup> 详见最高人民法院2008民二终字第81号民事判决书。在沈阳市中级人民法院2017辽01民再84号、吉林省高级人民法院2017吉民申1265号、宜兴市人民法院2017苏0282民初10079号等案件中,法院亦有类似观点。



行本溪分行按照约定向满孚公司发放了97614055.17元贷款,满孚公司应当按照合同约定给付借款利息,并按约定期限偿还借款;满孚公司未按合同约定支付利息违反合同约定,应承担还本付息的义务。对于广发银行本溪分行主张判令满孚公司偿还借款本金97614055.17元的诉讼请求,予以支持。

根据检索结果来看,“债的更新”说为最高法所采用的主流观点,主流判决均认为“借新还旧”将导致原债权债务关系消灭,新借款合同签订后产生新的借贷关系。在案件中,法院通常具体讨论后贷,将后贷作为不具备与前贷同一性的独立债务对待。我们认为,“借新还旧”行为的本质是新债形成与旧债消灭两项法律事实的结合,其性质属于债务更新,债之同一性发生变更。因旧债已消灭,且债之同一性已发生变更,故此,从属于旧债的担保自然应随之予以消灭。

## (二)关于“借新还旧”的认定

要认定一个贷款合同是“借新还旧”,不仅要有新贷还旧贷的行为,还要求商业银行与借款人在主观上有借新还旧的真实的意思表示。

### 1. 新旧两笔贷款的主合同双方当事人应该相同

最高人民法院在贵州太阳房地产开发有限公司、李胜刚金融借款合同纠纷一案中的判决表明,新旧两笔贷款的主合同双方当事人应该相同。

本案借款合同主体为六枝信用社、华飞帝豪公司。所谓“旧贷”借款合同主体为六枝信用社、金粉饰家公司。两份借款合同的借款人并非同一主体。邹飞系金粉饰家公司法定代表人,且曾于2013年7月25日至2015年4月7日期间担任华飞帝豪公司法定代表人。本案借款合同订立时间为2015年12月25日,当时,华飞帝豪公司法定代表人为杨帆,股东为杨帆和容婧;华飞新都市公司法定代表人为谢黔华,股东为谢黔华、徐永梅和邹飞;金粉饰家公司法定代表人为邹飞,股东为唐×、谢××。即本案借款合同签订时,金粉饰家公司、华飞新时代公司、华飞帝豪公司的法定代表人之间、股东之间彼此独立,并无关联。太阳房

开公司等四主体也未举证证明华飞帝豪公司与金粉饰家公司之间或者华飞新都市公司与金粉饰家公司之间存在“控制关系”。原审判决据此认定案涉“新贷”与“旧贷”之间借款主体同一、相关公司之间存在人格混同的证据不足,并无不当。“新贷”与“旧贷”之间借款主体同一、相关公司之间存在人格混同的证据不足。不成立借新还旧。<sup>①</sup>

## 2. 当事人有借新还旧的合意

当事人可以明确约定借新还旧,法院通常予以认定。<sup>②</sup>例如:

2003年12月11日,珠海市香洲农村信用合作社(以下简称香洲农信社)与濠润公司签订了两份《抵押担保借款合同》,分别约定濠润公司向香洲农信社借款人民币628万元和422万元用于“借新还旧”,借款期限2年,自2003年12月11日起至2005年12月11日止。

再如:<sup>③</sup>

第9笔,2007年2月9日,双方签订了第21101200700000224号《借款合同》,约定借款本金人民币1500万元,借款用途“流动资金贷款还旧借新”,借款期限自2007年2月9日至2008年2月7日,同日,汇安支行向耐火公司发放了贷款,偿还了鞍山市分行营业部与耐火公司签订(鞍营)农银借字(2005)第0001号《借款合同》项下的欠款。

实践中,订立借新还旧的合同时,往往隐瞒了借款合同的真实用途。这样借新还旧的意思表示在银行和借款人没有以明显的方式表现出来的情况下很难证明,也因此不会得到法院支持。

<sup>①</sup> (2020)最高法民申6916号再审审查与监督审判民事裁定书。

<sup>②</sup> (2015)民抗字第7号审判监督民事判决书。

<sup>③</sup> (2014)民二终字第45号二审民事判决书。

关于彭戈的再审申请。主要问题是案涉《借款合同》《保证书》是否合法有效。根据原审查明的事实,2008年4月28日,凯康商贸公司与中原银行许昌分行、太子奶供销公司分别签订《借款合同》《保证合同》,约定向中原银行许昌分行借款100万元,太子奶供销公司为该笔借款提供连带责任担保。尚培玉、袁海峰亦出具《保证书》,为该笔借款提供连带责任保证。中原银行许昌分行亦提交一份彭戈签字的《保证书》。彭戈称实际只有50万元用于购太子奶,另有50万元去向不明。这是借款后借款人实际使用款项问题,不影响合同效力。彭戈称涉嫌借新还旧,但没有证据证明。上述合同内容明确,不存在法定的合同无效情形,原判决认定上述合同真实有效,并无不当。<sup>①</sup>

### 3. 存在后贷偿还前贷的行为。

虽然借新还旧实际上只发生一次借贷关系,但其表面上是由新、旧两个借款合同构成的。所以要在客观上查明银行与借款人之间是否存在将新贷款偿还旧贷款的行为。首先要看是否存在两个相互关联的借款合同。所谓“相互关联”是指后贷的资金用于归还前贷的欠款。其次是要看银行将贷款划入借款人账户后是否又立刻将此笔资金划回。

根据原审已查明的事实,中原银行农业路支行于2014年11月17日与宏阳公司签订的《流动资金借款合同》中约定的借款类型为还旧借新,后中原银行农业路支行在宏阳公司清偿了上一笔贷款后,向其发放了该笔新贷款。在本案的审查过程中查明,宏阳公司清偿上一笔贷款的资金来源于衡标值公司的转款,新贷款发放后宏阳公司又通过委托支付的方式将新贷款转给了衡标值公司。中原银行农业路支行虽在与宏阳公司签订的借款合同中约定的借款类型为还旧借新,但从上述资

---

<sup>①</sup> (2018)最高法民申3906号再审审查与审判监督民事裁定书。在(2018)最高法民申756号、(2019)最高法民终780号等裁判中,最高人民法院做出了类似裁判。

金的流向看,本案的借款实质上是以新贷款偿还旧贷。<sup>①</sup>

### (三)认定“借新还旧”的特殊情形

需要注意的是,实践中,还存在若干认定“借新还旧”的特殊情形。换言之,在特定情形下,前述认定的要件是可能被突破的。如“过桥贷”“顶名贷”模式虽涉及第三方主体,但仍可能被穿透认定为借新还旧。

本院经审查认为:鸿达公司作为债务人,先后有两笔借款,“旧贷”为2011年11月2日鸿达公司从汇通公司借款1500万元,该借款无保证人,且到期没有归还。“新贷”即本案借款,为2012年1月11日鸿达公司从新发公司借款1500万元,新运公司为该借款担保,但该借款实际由汇通公司发放,分别是2012年1月12日发放1000万元,2012年1月13日发放500万元。鸿达公司的“旧贷”是向毛爱莉等借款归还汇通公司的,在汇通公司收到此“旧贷”款项后的次日,汇通公司便实际发放了新发公司借给鸿达公司的“新贷”,鸿达公司在收到“新贷”后的次日便又归还其欠毛爱莉等的借款。因此,本案借款属变相的以贷还贷,二审判决认定准确。且由于没有证据证明新运公司知道或者应当知道本案借款是用来归还“旧贷”的,故二审法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十九条的规定,判决新运公司不承担保证责任并无不妥。<sup>②</sup>

即使当事人未明确约定借款用途为借新还旧,也可能被认定为借新还旧。在淄博金海岸电子科技有限公司与卢翠丽、齐建军民间借贷纠纷一案中,债务人签署新贷合同而放弃要求放款,反而签署收条,被认定为借新还旧。

<sup>①</sup> (2019)最高法民申2885号再审审查与审判监督民事裁定书。另可参见(2020)晋民申2752号民事裁定书。

<sup>②</sup> (2014)民申字第1124号再审民事裁定书。

本案中,卢翠丽与齐建军、苏杰之间达成的民间合同及因此而形成的借贷债权、债务关系,系双方当事人的真实意思表示,亦不违反法律的强制性规定,双方的借贷行为合法、有效。借贷双方在签订涉案借款合同后,卢翠丽虽未实际出借合同约定的借款1600万元,但苏杰在借款合同签订的当日为卢翠丽出具的收到现金1600万元收到条,以及卢翠丽提供的其本人及其案外人王洪喜、王玉岭、郭红霞、宋会杰出庭作证的证言,能够形成完整的证据链,足以证实卢翠丽与齐建军、苏杰之间签订借款合同约定的借款1600万元,系由卢翠丽前期与齐建军、苏杰合意共同投资设立企业并由卢翠丽支付给齐建军、苏杰投资款后,由于双方之间合作投资设立企业未成,经双方协商后,将卢翠丽陆续支付给齐建军、苏杰投资款累计转化而形成的借贷款项。

此外,中国农业银行股份有限公司博尔塔拉分行、新疆新诚基饮服培训商贸有限责任公司金融借款合同纠纷一案中,债务人借新贷用以解付信用证的行为亦属借新还旧。

2005年7月29日,农行阿拉山口支行与天任公司签订的两份《借款合同》,均约定借款用途为解付信用证,双方对该借款的性质属以新贷偿还旧贷无争议,由于两份《借款合同》系双方当事人真实意思表示,且合同内容不违反法律及行政法规的强制性规定,应认定为有效。合同到期后,天任公司未能按期偿还全部贷款本金及利息,依法应当承担向农行阿拉山口支行偿还剩余借款本金及利息的民事责任。在签订《借款合同》的同一日,农行阿拉山口支行与新诚基公司又签订一份《最高额保证合同》,约定:本合同项下发生各类业务的主合同、借款凭证或者相关债权凭证不再送达保证人。由于《借款合同》与《保证合同》是同时签订的,且《借款合同》明确约定借款用途为解付信用证,故新诚基公司对《借款合同》的用途是明知的,应当认定该《保证合同》是双方真实意思表示,为有效合同,新诚基公司应当按照《保证合同》的约定在最高额



800 万元内承担保证责任。<sup>①</sup>

可见,司法裁判实践在认定借新还旧时会遇到多种操作模式,虽然情形多元,但其共同点在于“主客观统一”。即不仅有客观上“以新贷还旧贷”的行为,并且存在主观上“以新贷还旧贷”的合意,二者缺一不可。

### 三、“借新还旧”情形下担保人或保证人的责任承担

关于“借新还旧”或“以贷还贷”情形下担保人或保证人的责任承担,主要涉及担保人或保证人是否以及在何种情况下需要承担担保责任,换言之,担保人或保证人在何种情况可以免于承担担保责任。在“借新还旧”情形中,存在新贷与旧贷两份借款合同,按照各借款合同是否存在担保、保证或其他具有担保功能的安排之标准,可以区分以下四种情形:1)仅针对旧贷设立担保或保证合同;2)仅针对新贷设立担保或保证合同;3)新旧贷存在不同的担保或保证人;4)新旧贷担保或保证人相同,各情形存在不同的制度规制与法理背景。其中,情形一仅针对旧贷担保人且主要讨论点集中于“借新还旧”性质,本节重点讨论后三种情形。通过考察相关规范的演变发展以及裁判实践中的分歧,本节试图为统一“借新还旧”情形下担保或保证责任承担的司法裁判路径提供理论依据。

#### (一)规范沿革历史

“借新还旧”或“以贷还贷”一词最早出现于1997年《中国人民银行关于借款合同有关法律问题的复函》(银办函1997320号)<sup>②</sup>,在明确“借新还旧”或“以贷还

<sup>①</sup> (2014)民提字第136号再审审查与审判监督民事判决书。

<sup>②</sup> 《中国人民银行关于借款合同有关法律问题的复函》(银办函1997320号):“一、‘以贷还贷(或借新还旧)’是指借款人向银行贷款以清偿先前所欠同一银行贷款的行为,新的借款合同只是对原借款合同中贷款期限等合同条款的变更,不能视为新借款合同虚构借款用途、双方意思表示不真实。该行为并未违反《中华人民共和国商业银行法》及《贷款通则》等有关金融法律、行政法规和规章的规定。因此,‘以贷还贷’的借款合同应属有效。二、借款人与贷款银行签订新的借款合同以贷还贷,原借款合同如有担保人的,应当取得原担保人的书面认可。新借款合同没有取得原担保人认可的,原担保人只在原借款合同规定的期限内承担担保责任。”

贷”定义及借款合同效力的基础上,该复函第2条表明“借款人与贷款银行签订新的借款合同以贷还贷,原借款合同如有担保人的,应当取得原担保人的书面认可。新借款合同没有取得原担保人认可的,原担保人只在原借款合同规定的期限内承担担保责任。”复函仅规定旧贷担保人的担保责任如需延续至新贷,须经其认可。该规定相对较粗疏,对于新贷担保人变化的情形未加以考虑。2000年《中国人民银行关于借新还旧贷款中保证人责任问题的复函》(银条法20002号)初步明确“借新还旧”情形下保证人承担保证责任的前提是:保证人在作出保证时应对其所保证的主合同的内容是明确知悉并且意思表示真实。

2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称“《担保法司法解释》”)第39条<sup>①</sup>正式以成文法形式确立“借新还旧”保证责任的承担规则。该条首次以新贷与旧贷是否为同一保证人为标准区分两种情形:原则上“借新还旧”情形下保证人责任的承担以知道或应当知道“借新还旧”事实为前提,例外情形为新旧贷存在同一保证人。该条对新旧贷不同保证人情形下的新贷保证人予以制度上的优待,但仅限于保证责任的情形,能否类推适用于物上担保存在争议。<sup>②</sup>对于借新还旧性质也未予以明确。2019年11月8日最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”)第57条<sup>③</sup>在《担保法司法解释》的基础上对于旧贷担保人的担保责任予以厘清,消解了实务中关于旧贷担保人责任的争议,同时在“借新还旧”法律性质上表明态度。该条明确“借新还旧”情形属于债的更新,旧贷因清偿而消灭,为旧贷设立的担保物权也随之消灭。

2020年11月9日最高人民法院民二庭《关于适用〈中华人民共和国民法典〉

---

① 《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39条:“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。”

② 高圣平:《民法典担保从属性规则的适用及其限度》,《法学》2020年第7期,第18页。

③ 最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第57条:“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。”

有关担保制度的解释》(意见稿)第16条<sup>①</sup>与2021年1月1日正式公布的《最高人民法院关于〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称“《担保制度解释》”)第16条<sup>②</sup>系统整合了前述规则,进一步细化、完善了借新还旧的担保责任,其内容已大致可对因“借新还旧”引发的各类担保纠纷进行回应。

## (二)新旧贷同一担保或保证人是否需要知道“借新还旧”事实

按照《担保法司法解释》第39条及《担保制度解释》第16条的字面理解,如果新贷与旧贷均有担保/保证人且担保/保证人为同一人,则其仍应当承担保证责任,无论是否知道或应当知道“借新还旧”事实。然而法院对于在该情形下是否无须判断同一担保或保证人知道或应当知道“借新还旧”事实即可认定其承担责任存在争议。

在“抚宁县新兴包装材料厂、抚宁公有资产经营有限公司与抚宁县农村信用合作联社、秦皇岛远东石油炼化有限公司、秦皇岛骅淀粉股份有限公司借款担保合同纠纷上诉案”<sup>③</sup>中,最高人民法院认为:

---

① 最高人民法院民二庭《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释(意见稿)》第16条:“主合同当事人协议以新贷偿还旧贷,新贷与旧贷系同一担保人提供的担保,债权人请求新贷的担保人继续承担担保责任的,人民法院依法应予支持;新贷与旧贷系不同担保人提供的担保,或者旧贷无担保新贷有担保,债权人请求新贷的担保人承担民事责任的,人民法院不予支持,但是债权人有证据证明担保人知道或者应当知道债权人与债务人协议以新贷偿还旧贷的除外。主合同当事人协议以新贷偿还旧贷,债权人以旧贷上的担保物权尚未进行注销登记为由,主张对新贷行使担保物权的,人民法院不予支持,但是当事人约定继续为新贷提供担保的除外。当事人约定物的担保人继续为新贷提供担保,但在订立新的贷款合同前又以该担保物为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持。【另一种意见】人民法院应予支持。”

② 2021年1月1日《担保制度解释》第16条:“主合同当事人协议以新贷偿还旧贷,债权人请求旧贷的担保人承担担保责任的,人民法院不予支持;债权人请求新贷的担保人承担担保责任的,按照下列情形处理:(一)新贷与旧贷的担保人相同的,人民法院应予支持;(二)新贷与旧贷的担保人不同,或者旧贷无担保、新贷有担保的,人民法院不予支持,但是债权人有证据证明新贷的担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。主合同当事人协议以新贷偿还旧贷,旧贷的物的担保人在登记尚未注销的情形下同意继续为新贷提供担保,在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设立担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持。”

③ 最高人民法院(2006)民二终字第236号民事判决书。

远东石油公司于2002年3月25日向抚宁农信联社贷款3100万元,用以偿还了2001年7月16日的旧贷款是不争的事实。虽然没有证据证明新兴材料厂知道或应当知道,远东石油公司对本案所涉3100万元借款中的2553.4625万元偿还了2001年在抚宁农信联社的旧贷款的情况,但因2001年旧贷保证人亦为新兴材料厂,保证方式同为连带责任保证,因此,根据《担保法解释》第三十九条关于的规定,不能免除新兴材料厂对该部分借款的保证责任。

在“山东银凤股份有限公司、中国信达资产管理股份有限公司山东省分公司金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,尽管最高人民法院否认了该案中800万元贷款属于借新还旧,但法院提及:

即使该笔贷款实际为借新还旧,因为银凤公司也是旧贷800万元贷款的保证人,借新还旧事实并未加重银凤公司的担保责任。

支持“无须判断同一担保/保证人主观状态”者认为,当债务人与债权人协商以新贷偿还旧贷时,由于新贷直接还了旧贷,前一份借款合同履行完毕,保证人对旧贷的保证责任因而得已免除,保证人只对后一贷款合同承担保证责任,如此时债务人不是以旧贷还新贷,而是将新贷款用于其他用途,则保证人不仅要旧贷承担保证责任,还要对新贷承担保证责任。改变贷款用途以贷还贷,对保证人的不利影响很小,因此,保证人无论是否知道债权人与债务人以贷还贷,均应对后一债务承担保证责任,这也比较符合民法公平正义的精神实质<sup>②</sup>。

上述案例符合《担保法司法解释》第39条的文义解释结果,即如新贷与旧贷为同一担保/保证人,该人不知道“当事人协议以新贷偿还旧贷的事实”时也应承担担保责任。但部分法院在审判实践中对于即便是新旧贷同一担保人的情形仍

① (2020)最高法民申4589号再审审查与审判监督民事裁定书。

② 曹士宾,《关于以贷还贷》,载最高人民法院经济审判庭编:《经济审判指导与参考(第1卷)》,法律出版社1999年版,第226-227页。

在说理部分要求举证其知悉借新还旧事实。

在“灵宝郭氏矿业有限责任公司、中国建设银行股份有限公司三门峡分行金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,保证人对借款人与贷款人在最高额保证期间签订四份《人民币流动资金借款合同》承担保证责任,其中第四份借款合同是对前三份的清偿,法院进一步认为:

本案借款用途虽为“借新还旧”,但郭氏矿业公司同时系新贷款与旧贷款的保证人。《最高额保证合同》第五条约定,“甲方同意,乙方与债务人签订主合同或对主合同进行任何变更(包括但不限于延长债务履行期限或增加债权本金金额),均无需通知甲方,甲方仍应在本合同约定的最高额以及担保范围内承担担保责任”。根据上述约定,灵宝矿业公司与建行三门峡分行签订的建三工流2016004号《人民币流动资金借款合同》无需征得郭氏矿业公司的同意。同时,《担保法解释》第三十条规定,保证期间,债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。本案中,建行三门峡分行在编号为建三工流2015004号、009号、010号的《人民币流动资金借款合同》履行期限尚未届满前,且在《最高额保证合同》约定的郭氏矿业公司承担保证责任的期限临近届满的情况下,与灵瑞矿业公司签订建三工流2016004号《人民币流动资金借款合同》用于“借新还旧”,相当于变相延长了保证期间,但《最高额保证合同》中约定的保证期间为“自单笔授信业务的主合同签订之日起至债务人在该主合同项下的债务履行期限届满日后两年止”。编号为建三工流2015004号、009号、010号的《人民币流动资金借款合同》项下灵瑞矿业公司所欠债务的履行期限届满之日最早为2016年2月12日,而本

<sup>①</sup> (2020)最高法民申6014号民事裁定书。



院一审立案时间为2017年6月15日,并未超过该三笔借款的保证期间。

客观上并未增加郭氏矿业公司的保证责任。

又如在“中国长城资产管理公司哈尔滨办事处与黑龙江华夏造纸有限公司、佳木斯金地造纸股份有限公司借款担保合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中,尽管长城公司哈尔滨办事处为新旧贷的同一担保人,并且新贷合同中明确约定借款用途为借新还旧,最高人民法院仍进一步判断该担保人是否知情:

上述六份《流动资金借款合同》约定的借款用途是借新还旧,对于借款用途的变更,华夏公司一直坚称其并不知道,也无证据证明其应当知道。因金地公司与工行佳木斯分行变更借款用途的结果实际上加重了担保人华夏公司的担保责任,根据担保法解释第三十九条的规定,华夏公司不应当承担抵押担保责任。虽然华夏公司与工行佳木斯分行在《最高额抵押合同》中约定除展期和增加贷款金额外,工行佳木斯分行与金地公司协议变更主合同,无须经华夏公司同意,华夏公司仍承担抵押担保责任。但是,上述约定不能对抗因主合同变更导致担保人法定免责的情形。

法院在承认了该案中新贷与旧贷系同一担保人的情况下,又进一步分析该担保人是否知道“借新还旧”情形。换言之,在上述两个最高额担保或保证合同纠纷中,法院在判断新旧贷同一担保人是否应当承担担保责任时,还着重考虑了“最高额担保人或保证人知道或应当知道借新还旧事实”这一因素。究其原因在于最高额担保或保证这一担保责任承担方式的特殊性。因最高额担保的债权数额一般在约定的债权确定期间届满时才得以确定,对于该未来一定期限内的“不特定债权”,除非相关主体主动告知否则担保人难以及时知晓被担保债权的发生、用途、数额等情况。

但笔者认为,即便是最高额担保或保证的情形下,也应遵循新旧贷担保人一

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2010)民二终字第72号民事判决书。

致即承担担保责任这一规则,无需通过证明最高额担保人或保证人知情以给予其制度上的优待。因为在该情形下,新旧两贷均在最高额担保或保证范围内,新贷偿还旧贷后,旧贷这一个别债权即告消灭。与最高额抵押或保证期间内两个没有关联关系的贷款合同相比,借新还旧并未加重最高额抵押人或保证人的担保责任,最高额抵押人或保证人所承担的风险并未因借新还旧而显著高于其他一般借贷关系。

### (三)新旧贷为不同担保或保证人或仅有新贷担保或保证人时知道或应当知道情形的判断

按照《担保法司法解释》第39条规定,在旧贷没有担保或旧贷与新贷的担保人非同一人的情况下,新贷的担保/保证人不知道或不应当知道主合同当事人“以贷还贷”或“借新还旧”的,担保/保证人不承担民事责任。《担保制度解释》第16条承继《担保法司法解释》第39条意旨,规定在新贷与旧贷的担保人不同或者旧贷无担保新贷有担保时,原则上不支持新贷担保人承担责任,但是债权人证据证明新贷的担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。

法院裁判实践均支持在新旧贷担保人不同或只有新贷担保人时,要求证明担保人知道或应当知道借新还旧事实。如在“十堰利华丰商贸有限公司、中国农业银行股份有限公司十堰市张湾支行与中国农业银行股份有限公司十堰市张湾支行、十堰环都工贸有限公司等金融借款合同纠纷再审案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

本案中,没有证据证明百隆公司在与农行张湾支行签订《保证合同》时,对环都公司将该笔新借贷款用于偿还其在农行张湾支行到期贷款知道或者应当知道。因此,根据上述规定,百隆公司对该笔1000万元的贷款不应承担保证责任。

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2015)民申字第3416号民事裁定书。

在“卞松祥与许峰、徐州利峰木业有限公司等民间借贷纠纷案”<sup>①</sup>中,江苏省高级人民法院认为:

关于保证人是否已通过《借款合同》对借新还旧的款项作出了保证承诺的问题。《借款合同》第十三条约定,保证人承诺在借款人和贷款人协商同意变更借贷条款,但未加重借款人的责任的情形下,无须经保证人同意,保证人仍应当继续按照约定履行担保责任。本案中,双方对该约定的具体含义存在争议,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、交易习惯以及诚实信用原则,确定当事人订立合同的真实意思,并结合合同条款的目的予以解释。《借款合同》第二条约定,借款用途用于企业经营周转,按照一般理解,经营周转应与企业的经营行为相联系,难以涵盖偿还出借人旧债的情形。此外,鉴于担保合同附属性质,借款人债务负担的大小直接影响到保证人的保证责任的范围。为此,《借款合同》特别约定“保证人同意在未加重借款人的责任的前提下继续承担保证责任”。担保责任不同于主债务责任,其以债务人到期未偿还主债务为前提,性质上属于或有责任,担保的属性意味着保证人对债务人偿债能力的高度敏感性,担保责任的大小并非仅通过借款数额反映。当债务人不能按期偿还债务的风险增加时,担保责任也相应增加,以新还旧即属于未加重债务人的责任但加重了保证人责任的情形。故本案中虽然保证人同意借款人和出借人可协商变更包括借款用途在内的具体合同条款,但该承诺首先应当理解为是保证人基于对其自身责任考量的结果。也即保证人同意继续承担保证责任的前提是未加重自身的保证责任。在以新还旧的情形下,保证人事实上在订立合同时即承担了债务不能清偿的风险,明显加重了保证人的责任,该借新还旧的情形超出《借款合同》第十三条约定的保证人可以预见并概括同意保证的范围,直接导致了保证人在对债务人偿债能力作出错误评估的基础上予以保证。故被申请人卞松祥以《借款合同》第十三条的约定主张再审申

<sup>①</sup> 《最高人民法院公报》2021年第1期,第42-48页。

请人谢守富、海天公司应当继续承担保证责任不能成立,不予支持。

其裁判理由首先在于,在借新还旧的情形中,如若贷款人与借款人未将借新还旧之情事告知新贷担保人,则其行为本质上是贷款人与借款人隐瞒借贷关系事实对新贷担保人进行欺诈以骗取担保,由此,新贷担保人作出担保的意思表示的基本信赖受到破坏。<sup>①</sup>故为保障担保人的合法权益,借新还旧的担保规则应当对于新贷担保人作出倾向性的规定,应当按照《担保法》第30条第1项关于骗保的规定免除保证人的保证责任。因为在这种情况下的以贷还贷属于债权人与债务人在未征得担保或保证人同意的情况下串通实际变更主合同贷款用途,让保证人在这种情况下承担保证责任,有违民法上的公平原则。<sup>②</sup>

其次,借新还旧情形下,新贷担保人承担了显著高于一般借贷关系情形中担保人承担的担保风险,由此,法律应给予其特殊保护。在旧贷关系及一般的借贷关系中,贷款人向借款人出借款项,借款人在贷款期限届满后向贷款人还款,贷款人与借款人间形成了真实的款项出借与归还,担保人在此情景下承担的是“借后还款”的风险。而在新贷关系中,尽管贷款人与借款人间签订了贷款合同,但贷款人并未实际向借款人出借款项,且贷款人愿意提供新贷大多因为借款人无力在约定期限内偿还贷款,故担保人在此情形下所负担的是“纯粹还款”的风险。显然,担保人在此之下所负担的担保风险大幅高于旧贷以及其他一般借贷关系的情形。

而在仅有新贷担保或新旧贷不是同一担保或保证人的情况下,如果新贷保证人知道或者应当知道主合同债权双方协议以贷还贷的,担保或保证责任不能免除。因为该情形下如保证人知道或应当知道“借新还旧”事实,表明其甘愿承担高风险,属于其真实意思表示,就没有对担保或保证人予以特别保护的必要。因此,在司法实践中,对于如何判断“担保人/保证人知道或者应当知道”,成为司法实践中的重要命题和争议问题。

<sup>①</sup> 高圣平、曹明哲、范佳慧:《中国担保法裁判综述与规范解释》,人民法院出版社2019年版,第166页。

<sup>②</sup> 刘言浩:《担保法典型判例研究》,人民法院出版社2002年版,第175页。

### 1. 在新贷合同或担保、保证合同中明确约定资金用途为借新还旧

在“山西华运能源发展集团有限公司、张雁梅金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

根据原审查明事实,案涉借款合同明确约定借款用途系借新还旧,同时约定本合同项下借款的担保方式为保证,保证人为山西华运公司、山西天运公司、张雁梅、付平平、杨庆宝、赵武庆,保证合同编号为莒南农商银行保字(2017)年第6082号。该保证合同则进一步明确了借新还旧事实,约定保证人提供连带保证责任。由此可见,山西华运公司、张雁梅系明知借新还旧事实。

在“湖北新济药业有限公司、汉口银行股份有限公司宜昌分行金融借款合同纠纷案”<sup>②</sup>中,最高人民法院指出:

汉口银行宜昌分行与主债务人双兴矿业签订的《流动资金借款合同》已明确载明借款用途为借新还旧,汉口银行宜昌分行与新济药业签订的《最高额保证合同》亦明确载明借款用途由汉口银行宜昌分行与双兴矿业在主合同中另行约定,两份合同签订时间为同一天(2014年12月30日),新济药业在签订《最高额保证合同》时完全可以通过查阅主合同《流动资金借款合同》的内容进而知晓案涉借款用途。新济药业主张其对案涉主合同的内容不知情,因为双兴矿业的3000万元大额借款提供连带保证责任属重大商事交易,新济药业却未尽基本的注意义务,与常理不符。

在“云南黄家医圈制药有限公司、兴业银行股份有限公司昆明分行金融借款合同纠纷案”<sup>③</sup>中,担保人黄家医圈公司否认知道借新还旧的事实,但法院认为:

① (2020)最高法民申5629号民事判决书。

② (2020)最高法民申6009号再审审查与审判监督民事裁定书。

③ (2020)最高法民申2219号再审审查与审判监督民事裁定书。



黄家医圈公司2016年10月作出股东会决议明确以抵押和保证的形式为东源实业公司向兴业银行昆明分行申请不超过1亿元的融资提供担保,业务品种包括“借新还旧等重组业务”。该决议除有股东签字外,还加盖了黄家医圈公司的印章。即使如黄家医圈公司主张,该决议是兴业银行昆明分行提供的格式文本,黄家医圈公司作为商事主体,也应当清楚股东会决议代表公司的决策意思,对决议内容自负审慎审查的义务。因此黄家医圈公司对兴业银行昆明分行与东源实业公司之间采取“借新还旧”贷款模式明知且同意,“借新还旧”不影响黄家医圈公司承担相应的担保责任。

上述案例表明,如借贷双方已在借款合同中明确约定借款用途为借新还旧,或已在担保或保证合同中载明借款用途为借新还旧,或即便未在借款及担保合同中记载但通过对外担保时的公司内部决议可知借款用途包括借新还旧及类似情形,法院基本形成统一实践,应当认定担保人、保证人知道或者应当知道借新还旧事实。

## 2. 特约主合同内容可以变更

如当事人在新贷合同中约定“除展期、增加主债权金额、提高贷款利率或变更币种之外的主合同变更无须担保人同意”或“担保人已知悉主合同项下贷款的借款用途”等条款,在借款人以新贷偿还旧贷时,能否认定为担保人、保证人知道或者应当知道进而影响担保或保证责任承担。对此,司法实践中存在较大争议。

第一种观点认为,“主合同的其他变更无须获得担保人或者保证人同意”中的“其他变更”包括对借款用途的变更,即如果借款用途变更为借新还旧则担保人或者保证人默示已经知情,因为担保人或者保证人已经事先放弃获得通知的权利。如在“中国银行股份有限公司高平支行与山西高平科兴赵庄煤业有限公司、山西省高平市三甲散热器有限公司借款合同纠纷再审案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2010)民提字第86号民事判决书。

根据《最高额保证合同》关于“为了确保债务人三甲公司与本合同债权人中行高平支行于2003年9月1日至2005年9月1日之间已经签订或将要签订的多个主合同项下债务人义务得到切实履行(为了确保债务人三甲公司与本合同债权人中行高平支行依据授信协议而产生的全部债权债务得到实现),保证人愿意向债权人提供保证担保”的合同目的,以及该合同第二条第三款关于“主合同双方协议变更主合同的内容,除展期及增加借款金额外,无需征得保证人同意,保证人仍在变更后的保证范围内承担保证责任”的约定,即使三甲公司将借款用于还旧,也不能以此作为免除赵庄煤业对案涉借款承担保证责任的理由,一审法院以赵庄煤业不知道三甲公司以新贷还旧贷为由,二审法院以中行高平支行未能提供充分证据证明赵庄煤业“知道”或“应当知道”借款用于以贷还贷的事实为由,认定赵庄煤业不承担保证责任,适用法律错误,应予纠正。

在“河南省煤气(集团)有限责任公司义马气化厂等与中国银行股份有限公司义马支行借款担保合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中,最高人民法院也认为:

关于义马气化厂与煤气公司认为义马热电厂与义马中行签订的借款合同实际上是以新还旧,违反了合同约定的流动资金周转的问题。本院认为:义马中行与义马气化厂签订的保证合同第二条第三款约定,“借款合同双方协议变更合同的内容,除展期或增加借款金额外,无须征得保证人同意,保证人仍在变更后的保证范围内承担保证责任”。这说明义马气化厂在签订保证合同时清楚,义马中行与义马热电厂变更主合同需经其同意的事项仅限于“展期或增加借款金额”,而变更主合同的其他内容不必经其同意。义马热电厂将义马气化厂为其担保的借款用来偿还旧贷款,并不能当然认定其为违反流动资金周转用途的约定。即使认定其变更了借款用途,但此变更并不违反保证合同的约

<sup>①</sup> 最高人民法院(2007)民二终字第233号民事判决书。

定。况且,义马热电厂变更了借款用途,没有增加义马气化厂承诺的保证金额和延长贷款期限,也未加重其担保的责任。故义马气化厂和煤气公司以此作为主张担保合同无效,不承担2000万元连带清偿责任的上诉理由,没有法律依据,本院对此不予支持。

在“西藏海特实业开发有限公司与成都市兴泰装饰工程有限公司、成都市公交瑞阳实业有限公司借款担保合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中,最高人民法院也认为:

工行高新支行与海特公司签订的《最高额保证合同》第7.5条约定,“工行高新支行与海成公司变更主合同的,除展期或增加贷款金额外,无须经海特公司同意,海特公司仍在原保证范围内承担连带保证责任”。这说明海特公司在签订《最高额保证合同》时就清楚,工行高新支行与海成公司变更主合同需经其同意的仅限于“展期或增加贷款金额”,而变更主合同的其他内容不必经其同意。海成公司将海特公司为其担保的借款中的600万元用来以“新贷还旧贷”,虽然变更了借款用途,但此变更并不违反《最高额保证合同》的约定。况且,海成公司变更了600万元的贷款用途,没有增加海特公司承诺的保证金额和延长贷款期限,也未加重其担保的责任。故海特公司以此作为不承担850万元连带清偿责任的上诉理由,没有法律依据,本院对其上诉请求不予支持。

在“中国工商银行陕西省分行营业部与中国航天工业供销西北公司借款担保合同纠纷上诉案”<sup>②</sup>中,最高人民法院指出:

保证人航空供销西北公司为航天供销西北公司的820万元借款提供了连带责任保证,其在出具给工行营业部的《借款保证书》中明确承诺:只要不增加保证人的保证金额,本保证不受借款人和银行对借款合

① 最高人民法院(2007)民二终字第180号民事判决书。

② (2001)民二终字第55号民事判决书。

同进行任何修改、补充、删除的影响。在借贷双方履行820万元借款合同时,虽然借款人航天供销西北公司未将820万元用于“购原材料”,而是归还了此前其欠工行营业部的820万元借款,但此“借款用途”的改变,并未增加保证人承诺的保证金额,且属于保证人所接受和认可的变更内容,并不违背保证人当初的真实意思表示。因而,即使借贷双方未将“820万元用于归还旧贷款”告知保证人,亦不能认定此“变更”对保证人构成了欺诈。1995年10月25日,航空供销西北公司又为原借款合同双方签订的营工字(1995)00228号借款合同提供连带责任保证,该合同项下770万元款项用于归还了上述820万元旧贷款。根据本院《担保法解释》第三十九条第二款的规定,保证人航空供销西北公司两次为同一笔贷款提供了连带责任保证,其保证责任不应免除。保证人航空供销西北公司关于借贷双方违背其意愿对其骗保的抗辩,本院不予采信。原审判决认定的事实基本清楚,但在认定“保证人航空供销西北公司不知820万元是新贷还旧贷,其不应承担保证责任”时,忽略了保证人在提供连带责任保证时已明确作出了允许借贷双方适当变更合同内容的承诺,因而得出了对本案债权人不利的判定结论,应予纠正。

在“河南红旗煤业股份有限公司、中国民生银行股份有限公司郑州分行金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院综合考虑概括性的弃权条款及资金用途条款,认为:

红旗煤业与民生银行郑州分行于2013年12月6日签订的《最高额保证合同》第11.8条约定,主合同债务人与民生银行郑州分行协议变更主合同的,除展期或增加红旗煤业所担保的主债权本金数额或许可主合同债务人转让债务的情况须征得红旗煤业的同意外,其他未加重债务人债务的情况不必取得红旗煤业同意,红旗煤业承诺依照变更后的主合同承担保证责任。第11.11条约定:“主合同项下借款可用于借新还旧,甲方(红旗煤业)自愿承担保证责任。”即使顺源公司改变借款用

<sup>①</sup> (2019)最高法民申5653号民事判决书。

途,将案涉借款用于清偿其他债务,也不违反上述约定。红旗煤业亦未提交充分有效的证据证明民生银行郑州分行与顺源公司存在恶意串通行为。综上,红旗煤业关于民生银行郑州分行和顺源公司存在恶意串通改变借款用途的事实,应当免除红旗煤业保证责任的再审申请理由不能成立。

在“中国农业发展银行西平县支行、一加一天然面粉有限公司金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,最高法院认为:

一加一公司与农发行西平支行签订的2016(保)字0004号《保证合同》第6.10条约定“债权人与债务人协议变更主合同,除展期、增加主债权金额、提高贷款利率或变更币种之外,无须经保证人同意,保证人仍在原保证担保范围内承担连带保证责任”。根据上述约定,即使在改变借款用途的情况下,一加一公司仍然愿意承担连带保证责任。在此情况下,一加一公司应当预见到丰盛公司改变借款用途带来的各种担保风险,故其应当对上述借款承担保证责任。

在“灵宝郭氏矿业有限责任公司、中国建设银行股份有限公司三门峡分行金融借款合同纠纷案”<sup>②</sup>中,保证人对借款人与贷款人在最高额保证期间签订的四份《人民币流动资金借款合同》承担保证责任,其中第四份贷款合同是对前三份的清偿,法院进一步认为:

本案借款用途为“借新还旧”,《最高额保证合同》第五条约定,“甲方同意,乙方与债务人签订主合同或对主合同进行任何变更(包括但不限于延长债务履行期限或增加债权本金金额),均无需通知甲方,甲方仍应在本合同约定的最高额以及担保范围内承担担保责任”。根据上

① (2020)最高法民申4602号再审审查与审判监督民事裁定书。

② (2020)最高法民申6014号民事裁定书。



述约定,灵宝矿业公司与建行三门峡分行签订的建三工流 2016004 号《人民币流动资金借款合同》无需征得郭氏矿业公司的同意。

但是,另一种观点认为,此时担保人或保证人不应承担保证责任。如在“中国长城资产管理公司哈尔滨办事处与黑龙江华夏造纸有限公司、佳木斯金地造纸股份有限公司借款担保合同纠纷案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

虽然华夏公司与工行佳木斯分行在《最高额抵押合同》中约定除展期和增加贷款金额外,工行佳木斯分行与金地公司协议变更主合同,无须经华夏公司同意,华夏公司仍承担抵押担保责任。但是,上述约定不能对抗因主合同变更导致担保人法定免责的情形。抵押是担保的法定方式之一。在以第三人财产设定抵押的情形下,抵押担保法律关系在主体、内容、目的、效果等方面与保证担保的特征相近似。借贷关系的双方关于借款用途的约定,亦是担保人判断其风险责任所考虑的重要因素。无论对保证担保还是抵押担保,主债务双方在以固定资产投资为借款用途而设定担保后,又以借新还旧的真实用途发放并收回贷款,同样会改变担保人在提供担保时对担保风险的预期,加重其担保责任,同样会导致对担保人不公平的结果。据此,原审法院根据《担保法解释》关于保证章的相关规定对本案进行的判决并无不当,本院予以维持。

在“中国信达资产管理公司上海办事处与上海万泰城市有限公司、上海市普陀区城市建设投资有限公司借款合同纠纷案”<sup>②</sup>中,最高法院认为:

本案中,债权人与保证人在《保证合同》中对借款合同变更对保证人责任的影响作了特别约定。但是,上述特别约定不能对抗因借款合同变更导致保证人法定免责的情形。在发生因借款合同变更导致保证

① (2010)民二终字第 72 号民事判决书。

② (2010)民提字第 30 号民事判决书。

人法定免责情形的情况下,债权人以其与保证人在《保证合同》中的特别约定为由主张保证人应承担保证责任的,人民法院不予支持。

在最高人民法院(2013)民申字第331号民事裁定书中,法院认为:

至于《保证合同》第7.5条约定的“贷款人与借款人协议变更主合同的,除展期或增加贷款金额外,无须经B集团同意,B集团仍在原保证范围内承担连带保证责任”,该约定不能对抗因主合同变更导致担保人法定免责的情形。借贷双方对于借款用途的约定,是担保人判断其风险责任的重要因素。况且,借贷双方借新还旧的真实用途,使担保人承担的可能是为巨额死账担保的风险,明显超越了担保人提供担保时的风险预期,加重了担保责任,导致不公平的后果。因此,担保人放弃变更借款用途知情权应有明确表示,仅以“展期或增加贷款金额”推定担保人放弃权利,缺乏事实和法律依据。本案C公司认为该约定视为保证人同意借贷双方任意变更借款用途,保证人仍应承担保证责任的主张不能成立。

从文义解释上看,《担保制度解释》第16条并未明确“知道或应当知道”需要以默示还是明示方式表现,但考虑该条的立法宗旨,借贷双方对于借款用途的约定,是担保人判断其风险责任的重要因素。况且,借贷双方借新还旧的真实用途,使担保人承担的可能是为巨额死账担保的风险,明显超越了担保人提供担保时的风险预期,加重了担保责任,导致不公平的后果。因此,应限缩解释“知道或应当知道”的方式,即仅限于“明示”,担保人放弃变更借款用途知情权应有明确表示,仅以‘展期或增加贷款金额’推定担保人放弃权利,缺乏事实和法律依据。

### 3. 借款人与担保人 or 保证人之间存在关联关系

一种观点认为,综合判断借款人与担保人 or 保证人之间存在关联关系后,即可推知担保人 or 保证人知道借新还旧事实。在“三九企业集团与中国工商银行

哈尔滨市北环支行、哈尔滨龙滨酒厂借款合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中,最高人民法院依据借款人与保证人之间的母子公司关系认定作为母公司的保证人知晓以贷还贷事实:

三九龙滨酒厂属三九集团的全资子公司,三九集团理应掌握其经营状况,了解其财务运作。换言之,债权人理由相信,三九集团对三九龙滨酒厂承担保证责任,对于贷款的真实用途是明知的。如果三九集团急于对其子公司实行管理,以至于不了解三九龙滨酒厂的实际财务状况,也不能以此对抗债权人的主张。故三九集团以不知借款合同为贷新还旧,其不应承担保证责任为上诉理由缺乏事实依据,本院不予采信。

在“淮北众城恒固水泥有限责任公司与徽商银行股份有限公司、淮北众城水泥有限责任公司借款担保合同纠纷上诉”<sup>②</sup>中,最高人民法院依据借款人与担保人之间的关联关系,认定保证人知道或者应当知道:

关于担保人对以贷还贷的事实是否明知,应否承担担保责任问题。对于以贷还贷,根据本院《担保法解释》第39条的规定,该条针对保证的规定也应当适用于抵押担保。本案中,该四笔贷款用于偿还的前贷的保证人不是恒固水泥公司,即前贷与后贷非同一个担保人。针对担保人是否明知的问题,上诉人认为其作为担保人,同徽商银行签订的担保合同中约定贷款用途为“生产周转资金”,但实际上两被上诉人用转账的方式归还旧贷款,因此认为对以贷还贷的事实并不知情。徽商银行在二审庭审中认为,从众城水泥公司与恒固水泥公司二者的企业名称和其营业执照记载看,二者不但名称相近,法定代表人是同一人,住所地也同在一地,二者具有关联关系。对此,本院认为,徽商银行举证证

① (2003)民二终字第56号民事判决书。

② 最高人民法院(2007)民二终字第111号民事判决书。

明恒固水泥公司企业地址与众城水泥公司同为淮北市东山路北段,法定代表人同为汪喜林;从担保人借款人的营业执照记载来看,两公司名称接近,住所地相同,法定代表人也是同一人,可见两家企业具有紧密的关联。2002年6月11日,众城水泥公司证明恒固水泥公司系众城水泥公司二期项目,办公地点设在众城水泥公司办公楼一楼;2006年5月14日,恒固水泥公司章程修订案载明,众城水泥公司为恒固水泥公司控股股东,并有汪喜林签字,可以认定恒固水泥公司系由众城水泥公司等投资兴办的企业。担保人没有充分的证据证明其对以贷还贷的事实不知情的情况下,应当推定其对借新还旧是知情的。因此依照本院《担保法解释》第39条之规定,上诉人恒固水泥公司的担保责任不能免除。

在“大竹县农村信用合作联社与西藏华西药业集团有限公司保证合同纠纷再审案”<sup>①</sup>中,最高人民法院依据保证人与借款人的关联关系及合同中对“转移贷款用途”的约定等综合认定:

《保证担保借款合同》第四条约定关于华西药业对借款方转移贷款用途等违反本合同的行为承担连带责任的意思表示并不违反法律规定。华西公司承诺对阜康公司转移贷款用途等行为仍然承担连带责任,应当预见到阜康公司转移贷款用途带来的各种担保风险。以贷还贷系转移贷款用途的一种,即使本案存在以贷还贷的情形,因华西药业承诺在先,其主张阜康公司与大竹信用联社恶意串通改变贷款用途的理由也不成立,华西公司仍应依据合同承担担保责任。阜康公司的工商登记材料与达市农行(2000)306号文件中涉及的阜康公司股东情况等内容一致,华西药业作为阜康公司的担保人在本案原一、二审中对阜康公司的工商登记材料均无异议,即对陈达彬的阜康公司股东和监事身份没有异议,构成其对这一事实的自认,可以认定陈达彬系阜康公司持有50%股份的股东及阜康公司的监事。故即使本案存在以贷还贷的

<sup>①</sup> 最高人民法院(2011)民申字第429号民事判决书。

情况,根据陈达彬系华西药业法定代表人、阜康公司监事及两名股东之一的特殊身份以及华西药业及其关联公司代阜康公司偿还贷款利息的行为,华西药业亦应当知晓贷款的实际用途,则依据《担保法解释》第三十九条的规定,华西药业仍应当承担本案担保责任。

在“福建能源发展有限公司、福建万新房地产开发有限公司等与福建能源发展有限公司、福建万新房地产开发有限公司等金融借款合同纠纷申请再审案”<sup>①</sup>中,最高人民法院依据整体的借贷事实、担保人与借款人之间的亲属关系认定担保人明知:

根据原审查明,能源公司先拆借资金偿还了万新公司和刘耀贵担保的旧贷,又由万新公司和刘耀贵提供担保借出新贷,并以新贷偿还其他旧贷,循环往复。因此应整体看待借新还旧对担保责任的影响。能源公司等没有充分证据证明存在加重有关担保人责任的情形。原审法院依照《担保法解释》第三十九条之规定并结合能源公司借贷事实、担保人的担保情况以及借款人与担保人之间的亲属关系等事实,认定担保人承担担保责任并无不当。

在“武钢集团襄阳新材料产业有限公司、湖北襄阳农村商业银行股份有限公司金融借款合同纠纷案”<sup>②</sup>中,法院依据债务人与担保人法定代表人相同为由,认定:

本案中,保证合同签订之时武钢襄阳新材料公司的法定代表人倪卫东也是主债务人彩诚公司法定代表人,武钢襄阳新材料公司应当知晓贷款实际用途。武钢襄阳新材料公司关于其对以新贷偿还旧贷的事实不知情、在违背真实意思表示情况下提供保证的再审理由不能成立。

① 最高人民法院(2015)民申字第1309号民事判决书。

② (2020)最高法民申1035号再审审查与审判监督民事裁定书。



在“中国农业发展银行西平县支行、一加一天然面粉有限公司金融借款合同纠纷案”<sup>①</sup>中,最高法院在综合考虑合同条款及担保人与债务人关联关系后认定:

同时,从本案一、二审查明事实及再审听证情况来看,一加一公司系丰盛公司的大股东,持股比例为81.95%,一加一公司的法定代表人王\*\*系丰盛公司的董事。一加一公司亦在丰盛公司关于上述借款的董事会决议、股东会决议上签字盖章。另外,一加一公司的股东包括基金公司(持股比例28.57%),而基金公司又系农发行的全资子公司,从上述股权结构来看,一加一公司与农发行西平支行之间亦存在一定的关联。结合上述事实,一加一公司对上述借款的实际用途“借新还旧”亦应知情。

但是,也有司法裁判认为,仅凭表面上借款人与保证人之间存在密切关系就认定保证人知道或者应当知道,存在不妥。如在“永靖县磊鑫矿业有限责任公司、永靖县农村信用合作联社金融借款合同纠纷案”<sup>②</sup>中,最高人民法院认为:

经查,二审判决系根据167号案判决的认定,即鑫海公司实际经营人孔祥壮与磊鑫公司法定代表人孔双平互为对方或者对方经营的公司提供“借新还旧”的贷款担保,推定磊鑫公司知道案涉贷款系“借新还旧”,本案并无直接证据证明磊鑫公司知道该事实。本院认为,本案借款发生于2014年9月13日,借款人为鑫海公司,担保人为磊鑫公司,167号案所涉借款发生于2015年4月22日,借款人为孔双平(磊鑫公司法定代表人),担保人为孔祥壮(鑫海公司实际经营人),鉴于本案所涉借款系发生于\*\*案所涉借款之前,借款人和担保人分别为公司和个人,主体不同,即使存在鑫海公司与磊鑫公司及其法定代表人互为对方或者对方公司贷款提供担保的事实,也不足以根据在后借款的担保人孔祥壮

① (2020)最高法民申4602号再审审查与审判监督民事裁定书。

② (2019)最高法民再362号再审民事判决书。

明知在后借款系用于“借新还旧”而推定在先借款的担保人磊鑫公司亦明知案涉借款为“借新还旧”的事实。二审法院认定磊鑫公司知道案涉借款系“借新还旧”并判决其承担连带清偿责任缺乏证据支持。

目前司法实践多支持在借款人与担保人/保证人存在关联关系的情况下认定担保人或保证人知道“借新还旧”事实。笔者认为应当审慎分析关联关系及亲属关系对于担保人是否知情的影响程度,根据个案具体情况判断,不得一概认定担保人或保证人应当知道“借新还旧”事实。

#### 4. 新贷合同或担保/保证合同中约定资金用途为流动资金款项或存量盘活

最高人民法院在相关案例中认为,如果借款合同并未对借款用途进行限制,并将借款定性为流动资金等非限制性的借款项目,则借款人借新还旧可以认定为保证人知道或者应当知道。如在“中国农业银行股份有限公司大连甘井子农行与大连础明集团有限公司、大连冰凌花天然食品有限公司借款合同纠纷再审案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

流动资金贷款是借款人用于日常生产经营周转的贷款,可以用来购买原材料、支付工资、清偿债务等。若如甘井子农行在2003年10月份的贷后检查报告中所称,冰凌花公司实际将其中300万元贷款用于偿还其在该行的旧贷利息,亦属于正常使用该流动资金贷款,并不构成《担保法解释》第三十九条规定的,主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷且保证人不知道或者不应当知道而不承担民事责任的情形。础明公司未提供相关证据证明案涉1000万元流动资金贷款被冰凌花公司用于法律、行政法规禁止使用的领域或变更其流动资金贷款的用途。

同样,在“中国农业银行长沙市先锋支行与湖南金帆投资管理有限公司、长沙金霞开发建设有限公司借款担保合同纠纷上诉案”<sup>②</sup>中,最高人民法院也认为:

<sup>①</sup> 最高人民法院(2013)民提字第51号民事判决书。

<sup>②</sup> 最高人民法院(2007)民二终字第33号民事判决书。

金霞公司主张免除其担保义务的主要理由是其持有的借款合同中借款用途系“流动资金”贷款,与农行先锋支行持有的借款合同上借款用途为“流动资金贷款借新还旧”不同。企业流动资金系相对固定资产而言的企业资产,包括企业用于支付工资、购买原材料、偿付债务等的现金款项。金霞公司同意为金帆公司“流动资金”借款提供担保,金帆公司将借款用于支付到期债务,并未超出金霞公司的担保范围。金霞公司、金帆公司与农行先锋支行之间在本案合同签订之前已签订过其他的借款抵押合同,金霞公司对于金帆公司在农行先锋支行是否存在尚未偿还的债务是明知或者应当知道的。如果金霞公司不愿意为金帆公司用于偿还债务的借款提供抵押,应当在合同中明确加以限制。金霞公司在本案合同中笼统地承诺为金帆公司“流动资金”借款提供担保,未对金帆公司的借款用途加以限制,现在诉讼中提出不同意借款人将借款用于偿还债务有违诚实信用原则。根据《担保法解释》第三十九条的规定,本案中金霞公司就同一抵押物先后为金帆公司的新旧贷款提供抵押担保,金帆公司以新贷偿还旧贷,并未加重金霞公司的担保责任,金霞公司要求免除其担保责任的上诉主张与上述规定不符。金霞公司关于本案利息计算有误的上诉主张,亦没有相应的事实和法律依据,本院不予支持。

而在“新疆富蕴县可克塔勒富桂铅锌矿与中国农业银行环江毛南族自治县支行、广西环江毛南族自治县福利总公司借款合同纠纷抗诉案”<sup>①</sup>中,最高人民法院则依据中国农行银行内部文件对“存量盘活”的定义,认定存量盘活本身即意味着借新还旧:

根据《中国农业银行不良贷款盘活工作意见》的界定,存量盘活是指在不注入新的资金的情况下,通过为原借款人提供财务顾问,管理咨

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2008)民抗字第39号民事判决书。

询,敦促企业采取调整措施,改善经营管理,辅之以对原贷款采取延长期限、调整利率、债务减免等措施,缓解企业财务压力,增强其还本付息能力,从而使贷款风险降低,本息收回增加。另据《中国农业银行2004年不良资产清收盘活实施意见》要求,为了避免存量盘活、转债盘活中贷款换据、转据与新发放贷款混淆,在进行新贷系统录入时,凡是对原贷款重新约期、调整利率等重新办理借款手续的贷款,在用途栏中应注明“存量盘活”字样。从农业银行的上述文件可知,在此意义上,存量盘活包含了借新还旧。具体到本案的实际情况,存量盘活是中国农业银行对不良贷款的处置方式,其中包含有对原贷款采取延长期限的内容,而借新换旧的实质也是延长原贷款期限,应当认定本案借款合同和保证合同中所谓的存量盘活就是借新还旧。环江支行根据中国农业银行总行的规定,在发放贷款时用存量盘活来表示借新还旧,并非故意回避借新还旧,与福利公司串通欺骗富桂矿提供担保,而且此笔借款当天即被用于偿还旧贷,富桂矿却并未提出任何异议,应推定富桂矿明知借款用途是借新还旧。

综上,仅将资金用途约定为流动资金或存量盘活即推知担保人知道“借新还旧”事实不妥。首先,对于担保人而言,其并未经常从事借贷或担保活动的专业化商业主体,对部分专业术语如流动资金、存量盘活等内涵及界定未必了解,在担保人并不知情该名词情形下即进而推知其知道“借新还旧”情形,进而应承担显著高于一般借贷合同中的还款风险未免过于苛刻。其次,如按照此种裁判要旨的引导,非善意的借贷双方当事人在订立金融借款合同或民间借贷合同时,只需将借款明确为“流动资金”即可使不知情的第三方担保人承担担保责任,将架空《担保制度解释》第16条为“借新还旧”担保人设置的制度优待。

#### 四、“借新还旧”担保物权竞存时的顺位利益

《民法典》第414条规定了登记的担保物权顺位规则旨在解决以登记作为公示方式的担保物权竞存时的顺位问题。借新还旧担保人提供担保物权分为只有

旧贷担保人、只有新贷担保人、存在不同的新旧贷担保人和存在不同的新旧贷担保人四种情况。在前三种情况下,因新贷或者旧贷担保人只会对新贷关系或者旧贷关系之一提供担保,那么为借新还旧设立的担保物权自登记之日起其顺位便按照登记时间确定。但当旧贷担保人同意继续为新贷提供担保,就会出现同一担保物重复担保的情况。因为借新还旧情形下的新贷、旧贷本质相同,继而在司法实践中产生了旧贷担保物在新贷情形下是否需要重新登记的争议。重新登记与否会对担保物上权利的顺位产生影响,不妨结合以下假设思考:

甲向银行借贷100万元,乙作为担保人以房屋为银行设立了抵押担保并进行了登记。随后,乙将房屋抵押给丙担保另一债权人并进行了登记。现甲的100万贷款到期无力偿还,甲与银行协商就100万元的贷款以借新还旧的方式偿还,旧担保登记尚未涂销,乙也同意继续以旧贷的房屋提供担保。问:此时银行的担保顺位应如何?

在该假设中,如果乙的新设担保不需要重新登记,以旧的担保登记为准,那么根据登记顺序,银行的抵押权顺位就优于丙。但是反之新设抵押权必须重新登记的话,那么丙的抵押权顺位就优于银行。人民法院在审理中,对于新贷担保物权是否需要重新登记形成了两种观点。

第一种观点认为,基于主债权消灭、担保物权随之消灭的从属性原则,借新还旧后,原借贷关系消灭,形成新的借贷关系,当事人之间的原担保物权也消灭,因此新的担保物权需要重新登记。在“青岛利群投资有限公司、青岛利群集团担保投资有限公司与齐商银行股份有限公司等执行异议再审案”中<sup>①</sup>,最高人民法院认为:

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

<sup>①</sup> (2013)执监字第67号裁定书。



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。此时,齐商银行对涉案房屋的抵押权,应当视为自2005年11月28日起重新成立,晚于利群担保公司租赁权的设立时间,即租赁在先,抵押在后。

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案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为担保旧贷的动产抵押权因借新还旧消灭,担保新贷的动产抵押权因重新登记而具有对抗第三人的效力:

由此,菊隆高科公司在本案中先后两次向建行赣县支行借款,其第二次借款系以借新还旧的方式清偿其因第一次借款而对建行赣县支行负担的债务。为担保新旧两份借款合同的履行,菊隆高科公司先后以数量相同但存放地点有所不同的甜叶菊干叶向建行赣县支行提供抵押担保,其与建行赣县支行先后签订两份不同的抵押合同并分别办理了抵押登记。

物权法第一百七十七条第一项规定,主债权消灭的,担保物权消灭。合同法第九十一条第一项规定,债务已经按照约定履行的,合同的权利义务终止。本案中,建行赣县支行依照《流动资金借款合同》的约定对菊隆高科公司享有的借款债权已因借款人菊隆高科公司依约清偿而消灭,由此,菊隆高科公司为担保《流动资金借款合同》项下债务的履行而在案涉存放于该公司1号仓库及洋塘工业园B、C仓库内的5559.02吨甜叶菊干叶上为建行赣县支行设立的抵押权亦消灭。在此之后,菊隆高科公司为担保《人民币流动资金借款合同》项下债务的履行而在案涉存放于该公司1号仓库内5559.02吨甜叶菊干叶上为建行赣县支行设立的抵押权,虽与前述已消灭之抵押权的抵押标的数量相同,但系菊隆高科公司为担保新借款债务的履行而为建行赣县支行重新设立的抵押

<sup>①</sup> (2017)最高法民终216号判决书。

权,该抵押权自《抵押合同》于2012年10月22日生效时设立,于同日登记时起对抗善意第三人。一审判决认定建行赣县支行发放的第二笔贷款并非是一笔新的贷款而是前一笔贷款的延续,贷款的抵押也为继续抵押,适用法律错误,本院予以纠正。

同样,在“黄银珊、邹声选抵押权纠纷再审案”<sup>①</sup>中,广东省高级人民法院也认为:

本案中,黄银珊和陈锦辉均确认涉案的2013借0614号《借款合同》是基于2012借015号《借款合同》的清算而签订,而据原审查明的事实显示,从上述两份合同的内容来看并不存在关联性,且结合双方陈述可知,后借款实际上是用于偿还前借款的新借款,即用该新借的款项清偿部分或者全部旧的借款。因此,二审法院认为在双方经清算而重新签订借款合同的情况下,应当认为原借款已经归还完毕,有事实依据,并无不当。因此,前借款合同履行完毕后,相应的抵押权也一并消灭,而后新签的借款合同所附的抵押权,应重新设立并依法办理登记手续。由于双方在签订2013借0614号《借款合同》后,既未对原抵押登记的内容进行相应的变更登记,又无证据证明双方达成合意仍以涉案房产担保2013借0614号《借款合同》的债权,故此,二审法院不予采纳黄银珊关于其对涉案房产享有抵押权的主张,符合本案的实际情况与法律规定,亦无不当。

上述三个案例虽然不同于假设的存在其他债权人的情形,但是以上判决均认为旧贷消灭后,旧贷的担保物权同时消灭。虽然新贷担保人相同,但是新贷担保物权应重新成立或登记。这一观点,与借新还旧的“债的更新”的性质相对应。因此,此时若担保物在新贷担保之前为其他债权人提供了担保,那么旧贷债权人的顺位就会发生后移的变化。

---

<sup>①</sup> (2019)粤民申4284号判决书。

第二种观点则认为,借新还旧情形下新贷担保物权不需要重新登记。与此同时,法院对此观点存在两种解释。

第一种解释,是认为借新还旧在性质上属于旧贷款的一种特殊形式的展期,即旧贷债权债务关系仍旧存在,仅仅还款期限发生了延长。上文第二部分“借新还旧的性质”中提到的“中国工商银行股份有限公司三门峡车站支行与三门峡田园铝业股份有限公司、三门峡天元铝业集团有限公司借款合同纠纷上诉案”中最高人民法院即作出了借新还旧属于债的展期的认定。因为债的展期并未产生新的债权债务关系,旧贷担保物权并未消灭。因此,法院认为在贷款展期后,没有办理新的担保物权登记不会影响其效力。这一观点,在不动产抵押权与债权展期的相关案例中有所体现,如“鲁胜国、中国光大银行股份有限公司武汉分行金融借款合同纠纷二审案”<sup>①</sup>中,武汉市中级人民法院认为:

二、关于主债务履行期限变更但未办理抵押权变更登记,是否影响光大银行武汉分行的抵押权效力的问题。鲁建国、鲁胜国、李霞作为抵押人以其所有的案涉房屋、土地向光大银行武汉分行设定不动产抵押,双方签订《抵押合同》并办理了抵押登记手续,该抵押行为合法有效,光大银行武汉分行依法享有抵押权。此后各方签订的《借款展期合同》《借款展期合同变更协议》约定:贷款总期限变更为60个月,即自2014年9月28日起至2019年9月23日止,未予变更的内容按原协议的约定执行,担保人作为借款人的担保人,同意就借款人的贷款展期事项,继续提供担保合同约定之担保,担保合同继续有效。鲁建国、鲁胜国、李霞作为抵押人对上述展期及变更协议均已知晓并签字确认,光大银行武汉分行对龙发公司享有的主债权未消灭,各方并未产生新的债权债务关系,且债务履行期限虽发生变更,但《不动产登记暂行条例实施细则》系部门规章,应属于管理性规范,违反该细则规定并不必然导致抵押行为无效。另外,虽然案涉他项权证上记载抵押担保存续期间为2014年9月28日至2015年9月27日,而《最高人民法院关于适用〈中华

<sup>①</sup> (2020)鄂01民终10584号判决书。

《最高人民法院关于担保法若干问题的解释》第十二条第一款规定“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间,对担保物权的存续不具有法律约束力”,故该登记记载内容对光大银行武汉分行已依法取得的抵押权不具有法律上的约束力,光大银行武汉分行继续就案涉抵押物享有抵押权,依法享有优先受偿的权利。

因此,当认为借新还旧属于债的展期时,由于旧贷并未消灭,担保物权不需要重新登记,原登记依然有效。

第二种解释,体现在“中信银行股份有限公司兰州分行与甘肃华宁东方贸易有限公司等金融借款合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中。最高人民法院认为抵押权所担保的主债权消灭后抵押权不一定随之消灭,可以继续延续旧的抵押权登记为新贷提供担保,法院的具体说理如下:

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……按照法律规定和办理抵押登记的一般操作流程,抵押人和抵押权人在就抵押财产再次订立抵押担保协议后,本应到登记机关先申请办理涂销原抵押权登记,然后再申请办理新的抵押权登记,对抵押物新设立抵押权。但根据张国光、乔红霞、薛明与中信银行2015年5月28日签订的《最高额抵押合同》中有关抵押物的约定及其附件为2014年4月23日办理的抵押房产他项权证的事实,可以认定,双方当事人采取了变通的方式,于订立新的最高额抵押合同之后,留用原先办理的他项权利证书,并将该他项权利证书作为合同的附件继续

<sup>①</sup> (2017)最高法民终210号判决书。

使用。该变通做法虽与常规做法有所不同,但并不违反《物权法》第十四条之规定,同时在一定程度上也简化了当事人先办理涂销登记然后又办理设立登记之繁琐的程序。因此,根据案涉抵押人与抵押权人先后签订《最高额抵押合同》和履行合同及办理抵押登记的情况,本案实际是当事人先办理了抵押登记,然后又签订了新的抵押合同,且由于签订的是最高额抵押合同,故抵押权设立在先,所担保债权发生在后,并不违反相关法律法规的禁止性规定。由此,作为抵押人的张国光、乔红霞、薛明应按照所签《最高额抵押合同》的约定,以其各自所有的抵押房产,为华宁公司的案涉8000万元债务承担抵押担保责任。

梳理该案中担保物权不需要重新登记的思路,法院认为旧贷清偿后,旧贷担保人未办理担保物权登记涂销的,若该担保人同意对新贷继续提供担保,则可以基于担保人继续提供担保的意思表示,以旧担保物权登记为凭证,直接设立新的担保物权。法院认为,这种观点并未违反不动产登记的规定,即不动产抵押权的设立,于记载于登记簿时生效,而未作先订立抵押合同后登记的强制性要求。因此,不动产抵押权设立与登记的法律规定为此做法留有空间。同样,对于其他担保物权,可以类推延续旧的登记且该做法无损于向第三人公示的目的。

第二种解释下以合意+旧担保登记形成新担保登记的方式,在理论和实践中具有以下好处。在法律方面,先登记后约定担保合同的做法并不存在禁止性规定并且此类做法遵循了担保物权随主债消灭的基本原则,仅仅就登记进行了延续。因此,在实践方面,延续登记避免了“先涂销再登记”在操作上的不便和复杂。与此同时,未涂销的旧担保登记仍能对外起到公示作用,提醒交易第三人或者其他债权人该担保物上已经既存的负担。对于原债权人,如果担保物已经设有后顺位担保物权,延续登记避免了原债权人因借新还旧重新办理登记原顺位利益;也避免了担保人约定为新贷提供担保后为逃避担保责任,故意为其他债权人设立担保物权的情况,保护了原债权人的利益。

《九民纪要》第五十七条首次明确担保物权尚未进行涂销登记,物保担保人同意就原旧贷担保物为债权人的新贷提供物保担保的,物保担保人对新贷继续承担抵押担保责任。在《九民纪要》出台之前,我国《担保法解释》第三十九条仅



对借新还旧情形下保证责任的承担进行了规定,对于担保物权是否可以准用该条存在争议。因此,《九民纪要》第五十七条在《担保法解释》的基础上对旧贷担保人的担保责任进行了明确和梳理。《九民纪要》第五十七条第一句话“旧贷因清偿而消灭”肯定了借新还旧债的更新的法律性质。因此,贷款人以旧贷担保物权为进行涂销登记为由主张对新贷行使担保物权的,因旧贷消灭,旧的担保物权随之消灭,对于直接主张用旧贷担保物权优先偿还新贷的主张不予支持。但是,存在例外情况,即旧贷担保人同意继续提供担保的,基于未涂销的旧贷担保登记,可以沿用旧登记为新贷提供担保。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释》(征求意见稿)公开征求意见说明中首次明确提到了借新还旧债权人与其他债权人就同一担保的顺位关系。第十六条第三款规定“当事人约定物的担保人继续为新贷提供担保,但在订立新的贷款合同前又以该担保物为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持。【另一种意见】人民法院应予支持”。可以注意到,在此意见稿中,人民法院对于是否支持其他债权人担保物权的顺位优于新贷债权人给出了不同的意见,本质上仍在于对于借新还旧性质认定的分歧。正式稿则规定,主合同当事人协议以新贷偿还旧贷,旧贷的物的担保人在登记尚未注销的情形下同意继续为新贷提供担保,在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设立担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持。由此可见,正式稿的观点以未涂销的旧担保登记作为新的担保登记的凭证,保护了债权人原担保物权的顺位。

综上,从目前的司法实践及法律规定来看,借新还旧的法律性质对于担保物权的顺位有重要影响。虽然债的更新说是目前对于借新还旧法律性质认定的主流观点,但该观点会影响担保物权的顺位。因此,留用旧担保物权登记作为新担保物权登记的例外规定,既能够遵循法律强制性的基本原则,又能顾及保护债权人的公平的考量。

## 专题八

# 融资租赁法律关系的成立与生效<sup>①</sup>

**摘 要:**近年来,随着融资租赁业务在我国的迅速发展,融资租赁法律关系的认定已经成为实务中的焦点问题。本专题旨在以司法实践中的裁判要点为指引,从融资租赁合同的本质的特征“融物性”和“融资性”出发,以类案分析的方法归纳出融资租赁关系认定的实践过程中常出现的争议点并得出如下结论:首先,该类合同关系中的“融物性”对租赁物的所有权要求严格,即要求特定、实际且完整的所有权;其次,在租赁物的实际价值与租金的差额过高的情形下,“低值高卖”与“高值低卖”消解“融物性”的逻辑展现并不相同;最后,结合不同判决中关于融资租赁资质与“融资性”关系的论述,为有关融资租赁资质的相关法律法规规范变动趋势寻找现实性依据。

**关键词:**融资租赁;租赁物;租赁资质

融资租赁法律关系的认定中,“融物性”兼具“融资性”是最一般的认定思路。两种性质缺少任意一种,都不能构成融资租赁关系或使得合同生效;即使其他法院没有完全依照该思路进行判决,最高院的判决中也会将该体系纳入到判决中来。<sup>②</sup>但是,“融物性”和“融资性”的标准却是颇具争议的问题。因此,笔者将从实践中关于融资租赁合同性质认定的相关案例入手,来逐一分析两项特征的构成。

<sup>①</sup> 案例共同整理人王梓欢、孙小卜、沈欣扬、王子涵、迟静、周婕妤均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员(北京 100037)。

<sup>②</sup> 最高人民法院(2020)民终字第1154号民事判决书。

## 一、融物性质的认定

司法实践中,对于融物性质的否定是认定该法律关系不构成融资租赁法律关系的原因之一。法院通常以租赁物所有权的瑕疵以及合同中金额与租赁物实际价值的差价来作为否定该关系成立并生效的原因。上述两点原因中,前者多见于三方交易的情形,后者则多见于双方交易的情形,“售后回租”则为其常见形式。因此,笔者将从以上两种常见交易形式出发,确定所有权以及租金数额的要求。

### (一)传统的三方交易中对所有权的要求

#### 1. 明确的所有权

在融资租赁关系的构成中,租赁物上不仅要承载所有权,而且要求在双方进行约定时租赁物本身是特定明确存在的状态。而“特定明确”的程度,则应当参考如下相关案例的探讨:

在“某煤焦有限责任公司、山西某能源投资有限公司融资租赁合同纠纷”<sup>①</sup>一案中,法院认为,“双方之间签订的《融资租赁合同》虽附有《租赁物所有权转移证书》及《租赁物清单》,但其仅载明租赁物所有权转移而未载明具体的租赁物名称及型号,仅列明了租赁物的供货商、租赁物名称、入账金额入账时间、已提折旧及账面净值。而入账金额、时间、折旧、账面净值系财务记账方式,供货商及设备名称尚不足以使得租赁物特定化,也不足以证明案涉《融资租赁合同》履行过程中存在租赁物的所有权转移,故判定现有证据不足以认定三方当事人之间系融资租赁合同关系”。

在此判决中,法院虽没有提出认定“特定化”所需具备的积极条件。但法院指出,“未载明具体的租赁物名称及型号”,这似乎暗示了如果租赁合同能够载明名称以及型号,或许可以直接认定标的物的特定性。

对于这一点假设,笔者以为,我们需要在其他案件中,尤其是针对租赁关系

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2016)民终286号民事判决书。

在合同的认定中具有根本性和决定性的案件进行探讨,因为在此类案件中,法院通常会采取更详尽的论述方式。如在“某医疗器械有限公司、安徽某融资租赁有限公司、盖州市某医院有限公司等融资租赁合同纠纷”<sup>①</sup>一案中,法院认为,“就案涉《融资租赁合同》在中国人民银行征信中心办理的《动产权属统一初始登记》中载明的拟租赁资产只有型号和名称,无机身号,不具有特定性和唯一性”。

从该案判决中,我们可以得知,作为经常出现于融资租赁关系中的标的物即机器,不能仅有“型号及名称”,还要载明“机身号”,有明确的“购买人”,并且要能做到登记的拟租赁资产与合同中的租赁物严格对应,才能认定特定性和唯一性。

## 2. 实际的所有权

### (1) 消耗物能否作为租赁物

在“某建筑工程有限公司、天津某融资租赁有限公司借款合同纠纷案”<sup>②</sup>的二审判决中,法院认为,“融物”应当是具备较长期使用功能的“物”,而非该案中涉及的大量作为消耗品的“钢材”。即法院认为当租赁物为“消耗物”时,不符合融资租赁关系中租赁物的要求。

然而,上述类似的判决是否意味着,当租赁物为消耗物的情况下,融物的性质一定会被否定,因此否定融资租赁关系的成立?最高法院的法官则否定了这种单一的判决模式,认为对于消耗物“融物”性质否定的关键,在于其是否“必然消耗且确定无法取回”<sup>③</sup>,要以物本身的长期客观存在为准。因此,笔者以为,实践中仍然有可能出现消耗物能够作为租赁物的情形<sup>④</sup>,此时认定融资租赁关系成立的考察,要以其他的条件为准。

### (2) 部分特殊的不动产能否成为租赁物

我国现行法律并没有明文规定不动产不可以作为租赁物,而认可不动产作为融资租赁标的物的观点在相应的判决中也有所体现。除公法上原因致使租赁物所有权本身不存在的情形,如涉案地块在合同履行期间被相关部门收回<sup>⑤</sup>;或

① 安徽省高级人民法院(2020)皖民终571号判决书。

② 天津市高级人民法院(2019)津民终124号判决书。

③ 韩耀斌:《融资租赁法律关系的认定》,《人民司法》2019年第2期,第59页。

④ 韩耀斌:《融资租赁法律关系的认定》,《人民司法》2019年第2期,第59页。

⑤ 最高人民法院(2020)民再字第359号民事判决书。

土地使用权在被抵押和被法院查封的情况下由于存在法律障碍而无法进行地上建筑物的物权变动。<sup>①</sup>在以上情形中,租赁物所有权本身不存在,当然不能具有融资租赁的任何性质。因此,只要作为融资租赁的标的物必须具有一定使用价值,并且依法可以转让<sup>②</sup>,便可以成为租赁物。也有学者用“固定资产”的观点来进行阐述,认为“只要该不动产属于会计学上的固定资产,并且权属清晰、法律法规也没有禁止或限制性规定,就可以作为融资租赁的租赁物”<sup>③</sup>。

但是,肯定不动产可以作为租赁物,并非等同于降低对于租赁物所有权的要求。比较显著的情况是以基础设施等不动产建设为租赁物的情形,即当租赁物的所有权归于国家所有,此时无法向出租人转让所有权。在这一问题上,实务人员对于一般的以城市道路等基础设施作为融资租赁标的物的可能性作出了否定评判<sup>④</sup>;即使是肯定在建工程能够作为租赁物的观点中,论证思路也是肯定非绝对的国家所有权本身,即欲论证国家所有权本身归属能够松动的正当性与可能性<sup>⑤</sup>,而非期待降低融资租赁关系对于所有权的要求。因此,我们不难发现,即使这一类不动产所有权本身并无争议,但是也并不能成为融资租赁关系的租赁物,因为一旦认定所有权移转,就与我国的所有权体系严重矛盾。

### 3. 完全的所有权

若融资租赁法律关系的客体为在建工程,其通常以尚未办理产权登记的样态出现。在“某融资租赁股份有限公司与何某等融资租赁合同纠纷”<sup>⑥</sup>一案中,二审法院认为:“租赁公司与旅游公司签订的尾号为016的《融资租赁合同》,约定旅游公司以售后回租方式向租赁公司进行融资,双方约定的租赁物为在建工程,该在建工程未办理有房屋产权证书,且该在建工程没有登记在旅游公司名下,根据

① 安徽省淮北市杜集区人民法院(2018)民初字第1893号民事判决书。

② 江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏02民初161号民事判决书。

③ 《融资租赁法律制度的创新与完善》,《法学》2012年第7期,第19页。

④ 雷继平、原爽、李志刚:《交易实践与司法回应:融资租赁合同若干法律问题——〈最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉解读》,《法律适用》2014年第4期,第36-37页。

⑤ 高圣平:《基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》,《中外法学》2014年第3期,第763-776页。

⑥ 北京市第二中级人民法院(2021)京02民终字第3144号判决书。



《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条的规定,上述《融资租赁合同》实为借款合同,本案应按借款合同关系进行处理。”而在“惠州某房地产开发有限公司、惠州某集团有限公司合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:“所有权形式上转让,但实质没有转让——作为不动产或准不动产的租赁物没有办理转让登记,作为动产的租赁物没有交付。”

对在建工程所有权进行实质与形式的完全要求,法理层面上是基于对出租人利益的保护。在融资租赁中出租人需要承担的风险包括债权风险与租赁物相关的风险。租赁物相关风险又主要包括权利风险与物的风险。<sup>②</sup>与此同时,第三人仅从外观表象也无法判断租赁物的所有权归属。通过登记的方式,可以帮助第三人规避交易风险,出租人也避免了绝大多数情况下因善意第三人存在而导致物的所有权灭失的风险,即前文所述的权力风险。相对于天然的物权公示方法——占有而言,登记具有可替代性,只是法律上拟制的公示方法。因此,当动产用益物权不能依占有而公示时,登记则成了取而代之的公示方法,但这种替代的公示方法迥异于原始的公示方法,属于例外的方法,应以法律的明确规定为前提。<sup>③</sup>

回归到现实层面,我国的动产担保登记制度以地方登记、分散登记为特点。推动建立统一动产担保登记互联网公示系统,是国家健全完善动产担保融资制度建设的大势所趋。笔者认为,在动产担保交易领域的类型化方法中,功能主义过多强调了特定交易在经济上的作用,认为只要在功能上具有担保作用的交易均应纳入动产担保交易法的规制范畴;而形式主义则认为登记价值在于当事人就交易安排的外观表象,更有利于保障交易安全。因而,即使存在部分技术障碍,仍有学者建议,所有权保留交易中,出卖人对标的物的所有权应当在统一的动产融资登记公示系统中办理登记,以便担保权人据以控制交易风险。<sup>④</sup>

综上所述,融资租赁关系对于所有权的要求必须是完整的,在实质和形式方面都进行严格要求。无论是从理论层面还是实践层面,所有权的完整性都不可

① 最高人民法院(2018)民终字第467号民事裁定书。

② 胡晓媛:《融资租赁出租人风险承担及其控制》,《法学》2011年第1期,第101页。

③ 高圣平:《论融资租赁交易的法律构造》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第1期,第164页。

④ 高圣平:《统一动产融资公示制度的建构》,《环球法学评论》2017年第6期,第72页。

忽视。

## (二) 双方交易中“售后回租型”融资租赁合同下易出现的特殊情形

传统的融资租赁法律关系中,其当事人至少包括出卖方、买受方(出租方)、承租方三方,涉及买卖合同和融资租赁合同,形成较为稳定的三方关系。

而根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2020)第二条的规定,“承租人将其自有物出卖给出租人,再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的,人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系”。可见,司法解释并没有否定售后回租型融资租赁法律关系的效力,然而在实践中,售后回租型融资租赁,由于三方关系仅存在两方当事人,常常出现导致融资租赁法律关系不成立的情形,其情形主要可分为两类(如下图):一是所有权未真正转移,二是融物实际价值与融资金额不符。鉴于第一种已在前文有所涉及,下文将主要聚焦在金额差值部分。

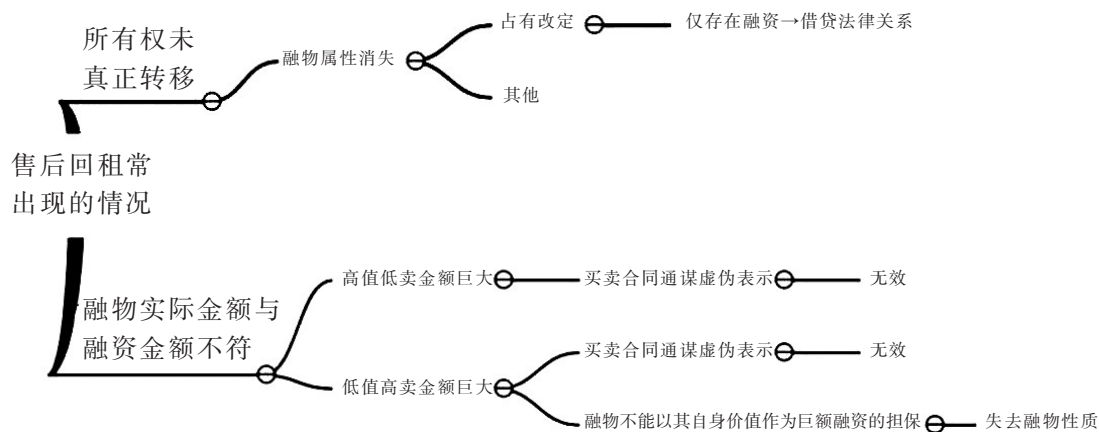


图 1.1

### 1. 融物实际金额与融资金额不符

当融物的出卖方与承租方为同一人时,原本的三方法律关系就会只存在两方当事人,此时便容易出现融资租赁合同的双方通谋虚伪表示,签订虚假的融资租赁合同的情形,且常常表现在融物售卖价和租用价偏离市价严重,具体分为明显高值低卖低租和明显低值高卖高租两种情况。

### (1) 低值高卖高租

在“某金融租赁有限公司、铜陵某投资控股有限公司融资租赁合同纠纷”<sup>①</sup>一案中,最高人民法院对于案涉金额差值作出了如下认定:

“案涉4号《融资租赁合同》中租赁物的购买价远远高于案涉租赁物的实际价值,金融租赁公司提交的发票复印件所载明的设备价款总额为17951.2567万元,华某公司与之相对应票号的发票原件所载明的设备价款总额为1068.8652万元,合同约定的买卖价款为15000万元,涉案租赁物的实际价值与约定的转让价款差异巨大。金融租赁公司作为专业融资租赁机构,其提供的证据不能证明其主张的设备价值,其以高于市场价值十几倍的价格购买租赁物,显然背离买卖合同等价交换原则,其租金亦不体现租赁物的真正价值。”

本案中,当事人采取了售后回租的形式。某公司给付金融租赁公司的租金,与金融租赁公司购买物品的差值,为2951.2567万元,是设备实际价值的2.76倍,远高于设备的实际价值。对于承租方来说,融资租赁合同中,融物是建立合同的关键。订立融资租赁合同的目的在于承租方需要租用融物以进行营利性商业活动,因此,融物对于承租方的实际作用决定了承租方基于自己的利益需求进行租赁。

融资租赁合同中,存在“你租我才买,我买你必租”的基本逻辑,正是由于承租方有使用融物并以融物赚取利润的需要,出租方基于对承租方妥善利用融物,进行商业活动并获取利润的信任,期待自己所付出的购买款会获得回报,善意的出租方才会成为融物买卖合同中的买受人。因此,融物是否真实、是否有实际效用、其价值是否与租赁款具备对等性,在售后回租型融资租赁合同的认定中具有决定性作用。

以商业中的理性人视角来看,真实有效的融资租赁合同,租赁的费用一定不会远高于商品的实际价格,因为承租方没有必要付出远高于直接购买所需的费

---

<sup>①</sup> 最高人民法院(2018)最高法民再第373号判决书。

用去进行租赁,出租方也不会认为巨大的金额差值能够确保融物起到对租赁债权的担保作用。因此,在融物的出售价格和租赁价格远高于其实际价格时,对于出租方和承租方双方,其都已经失去了融物的性质,此时的融资租赁合同也就成了通谋虚伪表示,不应当认定为融资租赁合同。

## (2)高值低卖低租

在“天津某建设开发有限责任公司、天津某宾馆有限公司融资租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为:

“案涉《回租买卖合同》项下租赁物购买价仅为350000000元,明显低于其实际价值601728000元,长某租赁公司、大某租赁公司并非以合理对价进行交易,其与某宾馆之间并不存在真实的买卖交易,而实质建立借贷法律关系。在长某租赁公司及大某租赁公司不具备金融贷款资格的情形下,其与某宾馆之间确立民间借贷法律关系。”

可以看到,本案中当事人同样采取了售后回租形式,融物的实际价值与购买价依旧具有巨大差距。然而在本案中,法院并未认定对高价值融物进行低价格买卖,会使得融物价值不能真正体现,而是基于非合理对价认定双方并不存在真实的买卖交易。

而一审法院观点为:“具体到本案中,长某租赁公司、大某租赁公司与某宾馆之间进行的融资租赁交易的租赁物所有权并未转移至出租人名下,该交易仅有融资而没有融物。”<sup>②</sup>因此,本案中直接导致融物性质消失的,是出卖人仍保有租赁物的所有权,租赁物所有权没有转移至出租人名下。

基于此,笔者认为,当事人通谋虚伪,对融物高值低卖,可能会直接导致买卖合同的不成立,但是对于融物是否还保留其应有的性质,需要另行分析。由于买卖合同与融资租赁合同的独立性,融物的实际价格与租赁价格结合起来,才能体现其作为融物的价值是否改变和其对租赁债权的担保作用是否减少。因此也必

<sup>①</sup> 最高人民法院(2020)民终第1154号判决书。

<sup>②</sup> 新疆维吾尔自治区高级人民法院(2019)新民初第13号判决书。

须将融物的实际价格、租赁价格、购买价格等三种价格进行比较后,才能得出融物性质是否发生改变的结论。例如,在“陈某与某中国融资租赁有限公司等融资租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,尽管融资额比融物实际价值高一万六千元,但由于该差值仅占融物实际价值的4.2%,法院最终认定“该差值尚属合理范围,本案无证据表明设备价值与融资额存在明显差异”。

## 2. 两种模式的相异之处

两种情况下,虽然当事人双方都是在售后回租型的融资租赁合同中进行了通谋的虚伪表示,但是两者所侵害的法益并不尽相同。低值高卖比高值低卖更多地出现在司法实践中。低值高卖的情况下,融物自身的价值不足以担保巨额买卖和租用的巨大金融利益与风险;而高值低卖的情况下,出卖人(承租人)往往不会把融物的所有权真正交给买受人(出租人),法院通常会因所有权未真正转移为由,判定双方不承认融资租赁法律关系。即虽然两种情况下融资租赁法律关系都难以成立,但是金额差值对于融物性丧失的作用路径是不尽相同的。

对于低值高卖而言,无论是在理论层面还是在实践层面,都有着较为完备的体系。实践中,在涉及售后回租业务时,《融资租赁企业监督管理办法》<sup>②</sup>、《金融租赁公司管理办法》<sup>③</sup>和《银保监会关于印发融资租赁公司监督管理暂行办法的通知》<sup>④</sup>中都规定不得低值高卖。《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷司法解释理解与适用》<sup>⑤</sup>一书中也认为,当价值明显偏低,无法起到担保租赁债权实现的情形下,仅有融资之实,而无融物之实。而在理论层面,亦有学者指出,当设备转让价款明显低于融资款项的时候(低值高卖),此时因为融资款项在超过设备转让价款、合理的利润以及收益之外,还包含了不正当的经济来源,违背了融物以及融资的法律特性,因此不属于融资租赁法律关系,本质上偏向于借贷法律关系。<sup>⑥</sup>对于《民法典》第七百三十七条规定的融资租赁中“虚构租赁物”的情况,有学者

① 四川省高级人民法院(2021)01民终第15989号判决书。

② 《融资租赁企业监督管理办法》第21条。

③ 《金融租赁公司管理办法》第36条。

④ 《银保监会关于印发融资租赁公司监督管理暂行办法的通知》第17条。

⑤ 《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷司法解释理解与适用(第2版)》,人民法院出版社2016年版,第53页。

⑥ 杨飞鸿、何万里:《联合承租法律风险防范》,《法制与社会》2019年第2期,第78页。



认为该条除了包括融资租赁物自始不存在的情况,还包含了融资租赁物低值高估的情况,认为标的物价值虚增部分缺乏真实的融资租赁物与之对应。<sup>①</sup>

总而言之,在售后回租的模式下,租赁物明显低值高估,难以起到物的担保作用,不构成融资租赁关系,目前并无争议。<sup>②</sup>

而对于高值低卖,有学者认为,高值低卖属于当事人可以自由签订合同的范畴。<sup>③</sup>法院在裁定两种情况时,往往是出于对交易安全的考虑。在最安全的交易模式中,当然是合理价格出售回租。低值高卖显然会由于融物本身价值过低,不能承担起为巨额资金作担保的重任,融物的根本属性便失去了。而高值低卖则不同,高值低卖不会导致融物属性消失,因此争议较大。针对高值低卖,法院通常的做法有三种:第一种,认为交易不成立,认定无效;第二种,认为当事人自由签订合同,认定有效;第三种也是最为特殊的一种,即由于融物自身价值远高于融资金额,出卖方出于对自身利益的考量,仍实际占有融物,仅名义上转移融物的所有权,此时由于所有权并非真正转移,因此应当认定无效。由此可见,对于高值低卖的性质,司法实践并未达成一个统一的看法。

## 二、“融资”性质的认定

在法院的判决中,关于“融资性”鲜有明确的否定。但是,通过系列案件的分析,我们发现,融资租赁资质对于法律关系成立与生效的认定具有将其与买卖、租赁关系界分的功能。从《合同法》及其相关司法解释适用时期至《民法典》出台前后,在法院的判决中,资质对于该关系认定的重要性产生了变化。因此,笔者将依照典型案例的时间顺序,试述三个阶段的变化趋势及成因。

---

① 梅夏英、王剑:《后《民法典》时代的融资租赁法律治理》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2021年第5期,第40页。

② 韩耀斌:《融资租赁法律关系的认定》,《人民司法》2019年第2期,第59页。

③ 杨飞鸿:《融资租赁法律问题研究——以我国售后回租中出租人权利保障为视角》,西安工程大学硕士学位论文,第17页。

### (一)出租人不具有融资租赁资质违反法规,并因此导致法律行为无效

在适用《合同法》及其相关司法解释来进行融资租赁合同性质与效力认定的时期,法院针对于不具有融资租赁营业资格,但超出经营范围与他人订立事实上的融资租赁关系的情况,所适用的法规思路为:首先,当其他实质要件满足时,法院不会根据不具有融资租赁资质而否定融资租赁关系本身的性质;其次,援引最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十条规定中的但书<sup>①</sup>;最后,以最高人民法院《关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的规定》第六条规定的第一款<sup>②</sup>,最终确认当事人在不具有融资租赁经营范围的情形下,所订立的合同归于无效。

如在“河南某租赁公司与海南某投资有限公司、上海某投资发展有限公司借款合同纠纷上诉案”<sup>③</sup>中,法院依据上述思路认定“未经中国人民银行批准”的租赁公司所从事的融资租赁业务项下签订的合同均为无效合同。相似的思路也见于“上海迪某汽车租赁有限公司与上海恒某汽车租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”<sup>④</sup>,该案先肯定了融资租赁合同的性质本身,但是案中的融资租赁合同“因恒某公司作为出租人不具有在我国从事融资租赁经营资格而无效”。

笔者以为,该阶段较为严格的规定看似并没有否定融资租赁关系成立,但事实上以合同违反强行性法规而直接做出无效的法律评价,这种做法已经从根本上否定无资质的主体成立融资租赁关系的可能性。

### (二)重视实质要件,尝试回避资质和合同无效的直接联系

在“深圳某节能环保技术有限公司与鹤壁某煤化科技有限公司、哈尔滨某锅

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

② 《最高人民法院〈关于审理融资租赁合同纠纷案件〉若干问题的规定》第六条规定:“……应认定融资租赁合同为无效合同:(一)出租人不具有从事融资租赁经营范围的。”

③ 河南省高级人民法院(2009)民二终字第60号民事判决书。

④ 上海市第二中级人民法院(2011)民六终字第182号民事判决书。

炉厂有限责任公司融资租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>的一审判决中,原告节能环保公司诉称所签订的合同系“以合法的形式掩盖非法的目的,节能环保公司不具有融资的资质,而以项目合作形式提供借款”为理由之一欲使法院直接确认融资租赁合同无效。但是,法院却更加着眼于《合同法》中融资租赁关系实质要件的构成,并且在肯定了交易方式本身的同时否定了原告请求确认合同无效的理由。

笔者以为,虽然法院并没有直接否定原告中关于公司资质所致使的“合法形式掩盖非法目的”的怀疑,但是法院肯定合同的成立并生效,并且至少已经默认在没有资质的情况下,当法律关系符合融资租赁关系实质时,该合同有被认定为成立并生效的可能性。

### (三)否定资质本身对于合同效力的影响

在第三阶段中,法院在认定合同性质时,当事人是否具有融资租赁的资质,似乎变得不再重要。法院此时也不再回避问题,而是直接指出,不能因为没有资质而否认合同性质的认定和效力。

例如,在“安徽某汽车服务有限公司西宁分公司与周某、安徽某汽车服务有限公司合同纠纷”<sup>②</sup>一案中,一审法院认为:“原告周某与被告安徽某汽车服务有限公司西宁分公司虽然签订了《融资租赁合同》,但并不符合融资租赁合同的性质,实为分期付款买卖合同。”

而二审法院则认为“原审法院对各签约主体签署合同的事实认定不清,对合同的性质认定也是错误的。首先,西宁分公司与周某签订的《融资租赁合同》为双方当事人真实意思表示,其内容不违反法律、行政法规的强制性规定,系合法有效的合同,且该合同经双方在庭审中质证,均予以认可,当事人充分遵守和履行”。“周某与西宁分公司的法律关系呈现既融资又融物的融资租赁法律关系的特性,应认定为融资租赁法律关系。虽然西宁分公司未取得融资租赁经营资质而超出经营资质与周某签订《融资租赁合同》,但因本案的合同交易模式符合融资租赁的交易特征,故不能以此否定融资租赁合同的性质。”<sup>③</sup>

① 河南省鹤壁市中级人民法院(2015)民初字第101号民事判决书。

② 青海省西宁市城东区人民法院(2020)民初字第2803号民事判决书。

③ 青海省西宁市中级人民法院(2020)民终字第3217号民事判决书。

二审法院否定了一审法院由于当事人无融资租赁资质而直接认定合同并非融资租赁合同的想法,并认为没有融资租赁资质并不影响融资租赁合同性质的认定。二审法院在认定合同性质时,优先考虑的还是该交易关系是否存在融物与融资的特点,融物与融资的性质是否因某些行为而有所减损甚至丧失。融资租赁合同的实质要件受到了二审法院的广泛关注,而形式要件之一——具有融资租赁资质,并不影响合同性质的认定,也不影响合同的合法性和有效性。在判断该融资租赁合同是否合法有效时,二审法院考虑了通常情况下合同合法有效的要件:当事方真实意思表示,内容不违反法律、行政法规的强制性规定,并由此认为合同合法有效。

#### (四)《民法典》明确否定资质(超越经营范围)对合同成立及效力的影响

《民法典》颁布之后,法院裁判要点非常相似,统一不再认为融资租赁资质对于合同性质的认定、成立与生效会产生影响。

例如,在“丰城某物流有限公司、周某等融资租赁合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院认为,虽然原告确实不具备开展融资租赁业务的资质,但根据《中华人民共和国民法典》第五百零五条以及第七百三十八条的规定,当事人超越经营范围或者在未取得所需行政许可的条件下订立合同,不得仅以超越经营范围或未取得行政许可而确认合同无效,并最终认定原、被告签订的融资租赁合同没有违反法律、行政法规的强制性规定的情形,该合同具备合同的法律效力。

由此可见,民法典时期,关于融资租赁资质对合同的认定和效力的限制放得更加宽松,这很大程度上归功于新出台的《中华人民共和国民法典》第五百零五条和第七百三十八条。这两项条款直接表明,出租人无融资租赁业务资质,不影响其签订融资租赁合同的能力,也不影响订立合同的效力。笔者分析,这种放开原因有以下几条:

第一,《民法典》着眼于功能主义,弱化了传统法律体系中对形式的过度追求。“为适应现代社会高频变化之特点,民法在规范构造上要摒弃用具体规范来

<sup>①</sup> 江西省丰城市中级人民法院(2021)民初字第3094号民事判决书。

类似的案例还可参见河南省郑州市中级人民法院(2021)民终字第9661号民事判决书、云南省昆明市西山区人民法院(2020)民初字第6499号民事判决书。

规整一切的法律万能主义的意图——现代民法要呈现出一定的规则弹性。”<sup>①</sup>对于形式要求的放开,也正适应了现代社会的高频变化。

第二,这种改变有助于维护当事人的意思自治,维护交易信赖利益。《民法典》对于商事合同,倾向于公平公正的保护。如果仅因融资租赁资质不成立而认定合同无效,其实是对承租方的过度保护。签订融资租赁合同,双方想要从这种交易模式中达成互利共赢的结局。对于出租方,这相当于是一种有保证的投资,而对于承租方,则是融资的大好机会。因此,在我国以充分实现社会主义市场经济的《民法典》时期,当事方基于真实意思表示以签订融资租赁合同时,不应仅因其形式上的欠缺,就否认其融资租赁的法律关系,或是否定该合同的效力。这对于当事人的信赖利益是一种保护,有利于促进良好商业模式的形成。

第三,不具有融资租赁资质而签订融资租赁合同,危害性较小。在前置买卖合同已经成立的情况下,融资租赁合同只剩下出租方和承租方之间的关系。这是一种私密性较强、范围较狭小的双方关系。因此,其对公共利益的影响较小,没有必要将融资租赁资质作为必备要件以减少对于公共利益的损害。<sup>②</sup>

## 本专题结论

综上所述,经过对大量类案的研究,笔者得出如下结论:第一,无论是三方或双方的融资租赁关系,对于“融物性”的认定都以完整、明确且实际的所有权作为必要条件;并且,租赁物实际价值与租金差额过高的情况多见于“售后回租”关系之中,在低值高卖的情形下,租赁物无法起到担保租赁债权实现的作用,仅有融资之实,而无融物之实,不构成融资租赁法律关系。而对于高值低卖的性质认定,司法实践中争议较大;最后,通过对不同阶段案例的分析,融资租赁资质(经营范围)对于合同效力的认定经历了以“否定合同的成立与生效,到回避资质本身与生效之间的关系问题,再到积极否定以资质为单一否定要件”的变化,体现了《民法典》对于融资租赁关系所作的更为开放的规定,在减少争议与开放交易

① 叶金强:《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》,《法学研究》2006年第1期。

② 许中缘:《论〈民法典〉的功能主义释意模式》,《中国法学》2021年第6期,第183-200页。



层面作用显著。

## 本专题参考文献

### 一、专著类

- [1]最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2016-8(2):53.

### 二、期刊类

- [1]韩耀斌.融资租赁法律关系的认定[J].人民司法,2019(2):59.
- [2]融资租赁法律制度的创新与完善[J].法学,2012(7):19.
- [3]雷继平,原爽,李志刚.交易实践与司法回应:融资租赁合同若干法律问题——《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》解读[J].法律适用,2014(4):36-37.
- [4]高圣平.基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角[J].中外法学,2014(3):763-776.
- [5]胡晓媛.融资租赁出租人风险承担及其控制[J].法学,2011(1):101.
- [6]高圣平.论融资租赁交易的法律构造[J].法律科学(西北政法大学学报),2013(1):164.
- [7]高圣平.统一动产融资公示制度的建构[J].环球法学评论,2017(6):72.
- [8]杨飞鸿,何万里.联合承租法律风险防范[J].法制与社会,2019(2):78.
- [9]梅夏英,王剑.后《民法典》时代的融资租赁法律治理[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2021(5):40.
- [10]叶金强.私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例[J].法学研究,2006(1):104-113.
- [11]许中缘.论《民法典》的功能主义释意模式[J].中国法学,2021(6):183-200.

### 三、学位论文类

- [1]杨飞鸿.融资租赁法律问题研究——以我国售后回租中出租人权利保障为视角[D].西安:西安工程大学硕士学位论文,2019:17.

### 四、案例类

- [1]最高人民法院(2020)民终字第1154号民事判决书.
- [2]最高人民法院(2016)民终286号民事判决书.
- [3]安徽省高级人民法院(2020)皖民终571号判决书.
- [4]最高人民法院(2020)民再字第359号民事判决书.
- [5]安徽省淮北市杜集区人民法院(2018)民初字第1893号民事判决书.
- [6]江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏02民初161号民事判决书.
- [7]北京市第二中级人民法院(2021)京02民终字第3144号判决书.
- [8]最高人民法院(2018)民终字第467号民事裁定书.
- [9]最高人民法院(2018)最高法民再第373号判决书.
- [10]最高人民法院(2020)民终第1154号判决书.
- [11]新疆维吾尔自治区高级人民法院(2019)新民初字第13号判决书.
- [12]四川省高级人民法院(2021)01民终第15989号判决书.
- [13]河南省高级人民法院(2009)民二终字第60号民事判决书.
- [14]上海市第二中级人民法院(2011)民六终字第182号民事判决书.
- [15]河南省鹤壁市中级人民法院(2015)民初字第101号民事判决书.
- [16]青海省西宁市城东区人民法院(2020)民初字第2803号民事判决书.
- [17]青海省西宁市中级人民法院(2020)民终字第3217号民事判决书.
- [18]江西省丰城市中级人民法院(2021)民初字第3094号民事判决书.
- [19]河南省郑州市中级人民法院(2021)民终字第9661号民事判决书.
- [20]云南省昆明市西山区人民法院(2020)民初字第6499号民事判决书.

本书的出版获得了“外交学院中央高校基本科研业务费出版资助项目”的支持。

上架建议 民商法·审判

ISBN 978-7-5178-5648-1



9 787517 856481 >

定价：58.00元