

法律资讯汇编

(2020 第 11 期)

上海王岩律师事务所
2020年11月

目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人就《关于优化保险机构投资管理能力监管有关事项的通知》答记者问	3
新法速递——关于优化保险机构投资管理能力监管有关事项的通知	9
案例解析——共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点	14
业务研究——公司董事对股东出资的催缴义务及责任承担	31
——混合担保中债权人放弃抵押对其他担保人的影响	44

中国银保监会有关部门负责人就《关于优化保险机构投资管理能力和监管有关事项的通知》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2020年10月10日

为进一步落实简政放权要求，深化保险资金运用市场化改革，持续推进投资管理能力和事中事后监管，银保监会于近日印发了《关于优化保险机构投资管理能力和监管有关事项的通知》（以下简称《通知》）。银保监会有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《通知》出台的背景是什么？

2009年，原保监会印发《关于加强资产管理能力建设的通知》首次明确保险机构信用风险管理能力（无担保债券投资能力）和股票投资管理能力和标准。此后，原保监会先后于2010年、2013年在《保险资金运用管理暂行办法》《关于加强和改进保险机构投资管理能力和监管有关事项的通知》等文件中进一步明确保险机构投资管理能力的构成和相关标准。

十余年来，投资管理能力和标准已成为提升保险机构资产管理水平，增强保险资金运用效率和监管效能的有力工具。通过加强投资管理能力和标准建设、培育风险管理文化，保险资金运用体系建设取得了长足发展。保险业形成了以保险公司承担资产负债管理职能、保险资产管理公司开展专业化投资为主要模式，以保险公司自行投资和委托业外机构运

作为补充的资产管理格局，基本建立起投资有规范、风险有防控、合规有检视的投资决策和管理体系，实现了投资能力监管的初衷和目的。

但原有的保险机构投资管理能力和监管还存在部分投资管理能力和设置不合理等问题。为进一步深化“放管服”改革，推动优化营商环境，深入推进保险资金运用市场化改革，持续加强投资管理能力和事中事后监管，在充分听取行业机构意见建议基础上，银保监会基于原有的投资管理能力和监管制度框架制定了《通知》。

二、《通知》的主要内容是什么？

《通知》由正文和七项附件构成，正文主要规定了保险机构投资管理能力和自评估、管理和信息披露的基本要求；附件对各项投资管理能力和的具体建设标准进行了细化要求。

一方面，优化整合保险机构投资管理能力和，细化能力建设标准要求。调整后，保险机构投资管理能力和共有信用风险管理能力和、股票投资管理能力和、股权投资管理能力和、不动产投资管理能力和、衍生品运用管理能力和、债权投资计划产品管理能力和、股权投资计划产品管理能力和等7类。另一方面，进一步深化“放管服”改革，取消投资管理能力和备案管理，将保险机构投资管理能力和管理方式调整为公司自评估、信息披露和持续监管相结合，对信息披露的内容、形式、方式、频次等进行了明确，并规定了违规情形和责任，全面压实保险机构主体责任。

三、保险机构投资管理能力和自评估和信息披露主要关注哪些方面？

《通知》在附件中列明了各项投资管理能力和的具体标准。各类投

资管理能力标准是保险机构开展相关投资业务的基础和最低要求，也是保险机构开展投资管理能力自评估和信息披露工作的主要依据。从具体内容看，能力标准主要在保险机构的组织结构设计、专业团队构成、制度体系建设、投资运作机制、风险控制体系、信息系统建设等方面做了详细的规定，并针对不同投资管理能力提出了差异化要求。

《通知》要求保险机构公开披露的投资管理能力建设及自评估内容，应涵盖相关能力标准的各项要素。涉及人员资质的，应逐列明专业人员的具体资质、从业经历等；涉及制度建设的，应逐条列出相应制度名称、发文字号；涉及流程机制的，应清晰列明总体框架及各环节分工、管理规则名称及责任人信息；涉及信息系统建设的，应列明系统名称、主要功能等信息。在风险责任人方面，保险机构应当按照保险资金运用信息披露相关准则的格式和内容要求，做好各项投资管理能力风险责任人的信息披露。与投资管理能力相关的风险责任人信息披露的频次、方式等按《通知》规定执行。

四、《通知》发布后，保险机构如何开展投资管理能力信息披露工作？

保险机构投资管理能力信息披露分为首次披露、半年度披露和重大事项披露三类。

对于未具备相关投资管理能力的保险机构，其应当在首次开展相关投资业务前对照《通知》标准和要求，充分开展投资管理能力自评估工作，并应当至少在开展相关投资业务前10日履行信息披露程序。

对于已具备相关投资管理能力的保险机构，应当持续加强投资管

理能力建设，至少每半年开展一次投资管理能力自评估工作，确保持续满足监管要求，并应于每年1月31日和7月31日前公开披露自评估相关情况。

保险机构出现投资团队主要人员变动、主要制度流程变更、系统重大故障异常等重大突发事件或投资管理能力不符合能力标准情形的，应当于相关事项发生变动后的10日内将相关情况报告银保监会，并进行公开披露。重大事项未解决、投资管理能力暂不能符合能力标准的，不得新增相关投资业务。

五、《通知》印发后，已取得备案的保险机构应当如何开展信息披露工作？

为全面做好保险机构投资管理能力监管工作衔接，推动相关保险机构投资管理能力信息披露实现平稳、平滑过渡，《通知》明确已经取得能力备案的保险机构，可以继续开展相应的投资管理业务，同时要求其按《通知》规定持续加强投资管理能力建设，开展投资管理能力自评估工作。已备案的投资管理能力自评估情况应当在最近一次（即2021年1月）的半年度披露中予以披露。逾期未披露，不得新增相关投资活动。

此外，由于《通知》将原有的基础设施投资计划产品创新能力和不动产投资计划产品创新能力整合为债权投资计划产品管理能力，对于此前已获得基础设施或不动产投资计划产品创新能力的保险资产管理机构，在完成债权投资计划产品管理能力首次披露或最近一次半年度披露前可以继续发行债权投资计划产品，但产品投向仅限于原有

备案能力允许的范围。《通知》发布前已发行股权投资计划产品的，在完成股权投资计划产品管理能力首次披露或最近一次半年度披露前可以继续开展相关业务。

六、《通知》印发后，银保监会如何加强事中事后监管？

《通知》是银保监会深化“放管服”改革，进一步推动优化营商环境的重要举措，对于进一步推进保险资金运用市场化改革、提高保险机构自主投资决策效率意义重大。《通知》印发后，银保监会将通过压实机构责任、加强监管检查、发挥监督合力等方式着力加强事中事后监管。

一是压实保险机构主体责任。投资管理能力是保险机构开展各类投资管理业务的前提和基础，保险机构开展投资管理活动必须具备相关投资管理能力。《通知》强调保险机构应当持续加强投资管理能力建设，明确要求保险机构董事会履行审计职责的专业委员会应当至少每年就保险机构投资管理能力建设情况进行审核，严禁未履行信息披露和报告程序开展相关投资业务，严禁不具备投资管理能力而开展相应投资业务，严禁在投资管理能力未持续符合要求的情况下新增相关投资。

二是充分发挥行业自律组织力量。银保监会指导中国保险行业协会、中国保险资产管理业协会建立了保险机构投资管理能力信息披露系统，制定了各类投资管理能力的信息披露及自评估报告模板，推进实现保险机构投资管理能力涉及的组织结构、风险责任人、人员团队信息、制度及系统建设等披露要点的标准化，推动保险机构及时、真

实、准确、完整地开展信息披露工作。同时，中国保险行业协会、中国保险资产管理业协会也将投资管理能力建设纳入行业自律管理，一方面通过定期开展培训、发布通报等方式指导和督促相关机构做好信息披露工作，另一方面及时听取市场机构意见建议，不断优化完善信息披露系统建设。

三是全面加强监督检查和违规处罚。银保监会将按照从严检查、从严处理、处罚公开的原则，加大非现场监测和现场调查、检查力度，对保险机构投资管理能力和自评估情况进行持续跟踪监管，对于违规机构和主要责任人员依法依规从严处罚。

四是充分发挥社会监督的作用。《通知》要求保险机构应当在公司官方网站和相应行业协会网站详尽披露投资管理能力和自评估情况，通过信息披露引导保险机构接受新闻媒体、社会公众等对其投资管理能力的监督。银保监会将指导中国保险行业协会、中国保险资产管理业协会持续做好保险机构投资管理能力和信息披露及相关工作机制建设，为发挥社会监督、舆论监督、公司内部监督等各方监督合力提供便利。

关于优化保险机构投资管理能力和监管有关事项的通知

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

文号：银保监发[2020]45号

日期：2020年10月10日

各保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司：

为持续推进简政放权，进一步深化保险资金运用市场化改革，根据《保险资金运用管理办法》（中国保险监督管理委员会令2018年第1号）及相关规定，现就优化保险集团（控股）公司、保险公司和保险资产管理公司（以下统称保险机构）投资管理能力和监管有关事项通知如下：

一、投资管理能力和监管是保险机构开展债券、股票、股权、不动产等投资管理业务的前提和基础。保险机构自行或受托开展各类投资管理业务，应具备相应的投资管理能力和监管。

二、保险机构投资管理能力和监管包括以下七类：（1）信用风险管理能力；（2）股票投资管理能力和监管；（3）股权投资管理能力和监管；（4）不动产投资管理能力和监管；（5）衍生品运用管理能力和监管；（6）债权投资计划产品管理能力和监管；（7）股权投资计划产品管理能力和监管。

其中，（1）至（5）项适用于保险集团（控股）公司和保险公司，（1）、（2）、（5）、（6）、（7）项适用于保险资产管理机构。

保险资产管理机构具备债权投资计划产品管理能力的，可以提供

不动产投资咨询服务和技术支持；具备股权投资计划产品管理能力的，可以提供股权投资咨询服务和技术支持。

保险机构购置自用性不动产、投资保险类企业股权、设立从事转向资产管理业务的子公司，应当按照有关监管规定履行相应程序，不做投资管理能力要求。

三、保险机构投资管理能力的管理监督，以公司自评估、信息披露和持续监管相结合的方式实施。

四、保险机构开展相关投资管理业务前，应当对照本通知规定的投资管理能力标准，做好调研论证、自评估和信息披露工作，确保人员资质、制度建设、系统建设等符合能力标准。

五、保险机构董事会履行审计职责的专业委员会应至少每年就保险机构投资管理能力建设情况进行审核，并向董事会提出意见和改进建议。保险机构的合规管理部门具体负责投资管理能力的合规评估工作。

六、保险机构应当持续加强投资管理能力建设，东太平鼓各项投资管理能力达标及合规情况，严禁在不符合投资管理能力的情况下新增相关投资管理业务。

对于投资管理能力不能持续满足监管要求等情形，保险机构应当制定投资管理能力重大事项变动应对预案。

七、对于每一项投资管理能力，保险机构均应当明确至少2名风险责任人，其中包括1名行政责任人和1名专业责任人。风险责任人的资质条件、管理要求等按照有关监管规定执行。

八、保险集团（控股）公司、保险公司应当在公司及中国保险行业协会官方网站上主动、及时披露投资管理能力建设及自评估情况。

保险资产管理机构应当在公司及中国保险行业协会官方网站上主动、及时披露投资管理能力建设及自评估情况。

九、保险机构公开披露的投资管理能力建设及自评估内容，应涵盖相关能力标准的各项要素。涉及人员资质的，应逐列明专业人员的具体资质、从业经历等；涉及制度建设的，应逐条列出相应制度名称、发文字号；涉及流程机制的，应清晰列明总体框架及各环节分工、管理规则名称及责任人信息；涉及信息系统建设的，应列明系统名称、主要功能等信息。

保险机构应当按照保险资金运用信息披露相关准则的格式和内容要求，做好各项投资管理能力和风险责任人的信息披露，披露频次、方式等按照投资管理能力和信息披露要求执行。

十、保险机构投资管理能力和信息披露包括首次披露、半年度披露和重大事项披露。

十一、保险机构首次开展相关投资管理业务的，应当至少提前10日公开披露相应投资管理能力和建设及自评估情况。首次开展相关衍生品交易的，还应当至少提前15日将自评估情况报告银保监会。

十二、保险机构应当至少每半年对各项投资管理能力和建设合规情况进行自评估，并分别于每年1月31日和7月31日前公开披露投资管理能力和建设及自评估情况。

十三、保险机构出现投资团队主要人员变动、主要制度流程变

更、系统重大故障异常、其他突发事件或不可抗力情形，导致投资管理能力不符合能力标准的，应当于发生变动后 10 日内将相关情况报告银保监会，并进行公开披露。

十四、保险机构聘请独立第三方审计机构开展外部审计工作时，应当将投资管理能力建设、自评估及信息披露等情况纳入审计，并将审计情况作为保险资金运用内部控制年度专项审计报告的部分内容，按规定报告银保监会。

十五、银保监会通过非现场监测和现场调查、检查等方式，对保险机构投资管理能力建设和自评估情况进行持续跟踪监管。

十六、中国保险行业协会、中国保险资产管理业协会应当在银保监会指导下，加强保险机构投资管理能力信息披露自律管理，发现保险机构信息披露不及时、内容不完整等问题的，应及时上报银保监会。

十七、保险机构出现信息披露不及时、不真实、不准确、不完整等情形的，银保监会将采取监管谈话、下发风险提示函等监管措施责令限期改正。保险机构逾期未改正，或存在编造提供虚假信息、不具备投资管理能力而开展相应投资业务、未履行信息披露和报告程序开展相关投资业务、在投资管理能力未持续符合要求的情况下新增相关投资等情形的，银保监会将依法依规予以行政处罚。

十八、保险机构相关风险责任人应当积极履行管理职责，落实岗位责任制度，加强投资风险管理。对履职不到位且违反有关监管规定的风险责任人，银保监会将依法追究其责任。

十九、保险机构开展相关投资管理业务，除满足本通知规定的能

力标准外，还应当遵守银保监会的其他监管规定。

二十、本通知发布前已取得相关投资管理能力备案的保险机构，可以继续开展相应投资业务，免于履行相关投资管理能力首次披露程序。相关保险机构应当按照本通知规定持续加强投资管理能力建设，开展投资管理能力自评估、半年度披露和重大事项披露等工作。

二十一、本通知所称的“日”是指自然日，“半年”“年度”均指自然年度。

二十二、关于加强资产管理能力建设的通知》（保监发〔2009〕40号）、《关于加强和改进保险机构投资管理能力建设有关事项的通知》（保监发〔2013〕10号）以及《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》（保监发〔2012〕59号）中“明确事项”第1条第二款，自本通知自发布之日起废止。

保险机构投资股权和不动产有关规定与本通知内容不一致的，以本通知为准。

共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

来源：上海一中法院公众号

日期：2020年10月12日

为全面提升法官的司法能力和案件的裁判品质，进一步促进类案价值取向和适法统一，实现司法公正，上海一中院探索类案裁判方法总结工作机制，通过对各类案件中普遍性、趋势性的问题进行总结，将法官的优秀审判经验和裁判方法进行提炼，形成类案裁判的标准和方法。

本期刊发《共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 23 分钟。

共有房屋买卖合同纠纷，是指部分共有人以全体共有人名义或以自己名义与买受人就共有房屋签订买卖合同后，合同当事人或其他共有人对合同效力及履行提出异议而引发的纠纷。共有房屋买卖既涉及共有人之间的内部关系，又涉及外部买卖双方的合同关系。该类纠纷的处理应当注意平衡保护静态的物权归属与动态的交易安全，维护诚实信用原则，避免违约方因违约行为而获益。现结合典型案例，对共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

一、典型案例

案例一：涉及是否追加当事人的审查

石某为房屋 A 的登记产权人，与薛某签订房屋买卖合同，约定将

房屋 A 售予薛某。后石某反悔拒不履约。薛某起诉请求判令继续履行合同。一审法院判决支持薛某的诉讼请求。石某不服提起上诉，诉称房屋 A 系其与案外人刘某的夫妻共同财产，一审未追加刘某为当事人参加诉讼属于严重违反法定程序。

案例二：涉及房屋买卖合同是否有效的审查

张某为房屋 B 的登记产权人，与孙某系夫妻关系。张某因无力归还胡某借款而将房屋 B 售予胡某。房屋买卖合同除约定房屋坐落、转让价款、过户时间外，其余主要条款均未约定。后房屋 B 变更登记至胡某名下，但胡某未实际支付购房款。张某向胡某出具署名为孙某的承诺书对张某出售房屋 B 的行为予以追认。后孙某起诉胡某、张某，以二人签订房屋买卖合同构成通谋虚伪意思表示，且承诺书上孙某签名系伪造、张某构成无权处分为由，请求确认房屋买卖合同无效。

案例三：涉及房屋买卖合同是否继续履行的审查

李甲为房屋 C 的登记产权人，与丁某系夫妻关系。李乙系二人之子。在李乙参与磋商的情况下，李甲与周某签订房屋买卖合同，约定将房屋 C 售予周某。在约定过户日前李甲死亡，丁某、李乙与周某就房屋 C 的转让价格重新磋商但未能达成一致。周某遂起诉丁某、李乙，要求二人继续履行房屋买卖合同。丁某则主张房屋 C 系夫妻共同财产，李甲构成无权处分，房屋买卖合同应予解除。

案例四：涉及其他共有人是否承担合同责任的审查

郭某为房屋 D 的登记产权人，与林某系夫妻关系。郭某与徐某签订房屋买卖合同，约定将房屋 D 售予徐某。后因房价上涨，郭某拒绝

履行合同。徐某遂起诉郭某、林某，请求判令二人继续履行合同，办理过户及交房手续，并支付违约金。

二、共有房屋买卖合同纠纷案件的审理难点

（一）共有人的诉讼地位认定难

审判实践中，部分共有人出售房屋产生的纠纷，其他共有人存在不参加诉讼、作为被告参加诉讼和作为第三人参加诉讼三种情形。其他共有人参加诉讼的形式又存在原告起诉时已将其列为当事人、诉讼中法院依当事人申请或依职权追加其参加诉讼等情形。实践中，其他共有人的诉讼地位认定规则亟待明确。

（二）房屋买卖合同效力认定难

有效的民事法律行为要求意思表示真实，且无其他法定无效情形。当其他共有人以部分共有人构成无权代理或无权处分、与买受人通谋虚伪意思表示、与买受人恶意串通损害其权利为由，主张房屋买卖合同无效时，如何准确认定合同效力较难把握。

（三）部分共有人是否构成有权处分认定难

部分共有人以自己名义与买受人签订房屋买卖合同的，法院需审查该共有人的处分行为是否获得其他共有人的授权。由于处分行为的授权发生在共有人内部，买受人往往难以提供证据证明部分共有人构成有权处分。因此，法院通过审查哪些事实形成心证，从而推定部分共有人构成有权处分，是审理此类案件的难点。

（四）责任承担主体认定难

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同的，相关过户及交房义

务、违约责任的承担主体如何认定？其他共有人应承担何种责任？如部分共有人以全体共有人名义签订房屋买卖合同，上述各项责任的承担主体又如何认定？审判实践中责任承担主体的认定存在较大争议。

三、共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

在共有房屋买卖合同纠纷案件中，法院需结合证据并运用逻辑推理和经验法则，探究当事人在合同订立时及合同履行中的真实意思，从而在保护共有人对共有房屋享有物权权利的同时，维护交易秩序，保障交易安全。

审理此类案件时，法院首先需明确案件当事人的诉讼地位，其次需对合同效力作出认定。合同无效的，一般应对双方返还因合同履行而取得的财产、损失赔偿等无效后果一并予以处理；合同有效的，基于物债区分原则，还应审查是否存在无权处分等履行障碍；合同解除的，应正确认定守约方的实际损失，合理调整违约金，并注意对其他解除后果一并予以处理。

（一）程序性事项的审查

共有房屋买卖合同纠纷案件可能涉及共有人的内部代理和共有物处分，法院需根据个案中的不同情形准确认定当事人的诉讼地位。

1、共有人均系合同当事人

共有人均系合同当事人的情形包括：

一是全体共有人作为出卖人在房屋买卖合同中签字；

二是部分共有人作为出卖人暨其他共有人的代理人在房屋买卖合同中签字。上述两种情形中，全体共有人均系合同当事人，应当作

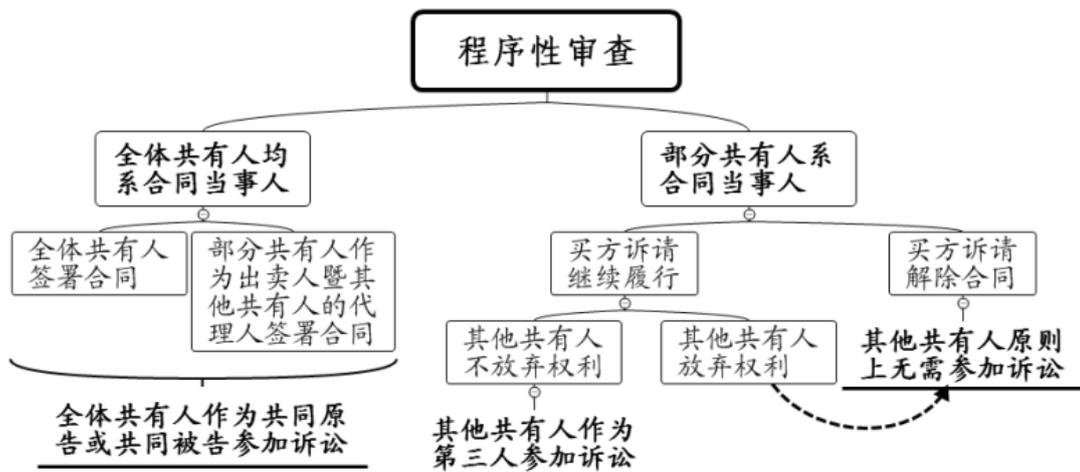
为共同原告或共同被告参加诉讼。

审判实践中，部分共有人构成代理的情形主要包括：一是合同明确载明部分共有人代理全体共有人签订合同；二是部分共有人签订合同的同时出具承诺函，承诺其他共有人授权其代为签字；三是合同首部载明出卖人为全体共有人，但落款处仅部分共有人签字。

2、部分共有系合同当事人

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同，买受人诉请解除合同的，案件处理结果一般与其他共有人无关，故其他共有人原则上无需参加诉讼。买受人诉请继续履行合同的，涉及房屋的物权变动，案件处理结果与其他共有人直接相关，故其他共有人应当作为第三人参加诉讼。

需要注意的是，房屋登记在夫妻一方名下但可能为夫妻共同财产的，法院应当听取配偶方的意见。如配偶方确认房屋为登记产权人的个人财产，或明确表示放弃对该房屋所享有权利的，则其无需作为第三人参加诉讼。



如案例一中，薛某诉请继续履行合同，虽然房屋 A 的登记产权人为石某一人，但法院应当主动审查房屋 A 是否为夫妻共同财产。二审法院查明房屋 A 确系石某与刘某婚姻关系存续期间购买并登记于石某名下，遂以一审判决遗漏诉讼当事人为由，裁定撤销一审判决，发回重审。

（二）当事人主张合同无效的审理思路和裁判要点

1、合同效力的审查

共有房屋买卖合同纠纷案件中，当事人常以出卖人无权代理、无权处分、合同双方通谋虚伪意思表示或存在恶意串通损害其他共有人权利等为由，要求确认房屋买卖合同无效。

（1）对当事人主张无权代理的审查

部分共有人以全体共有人名义签订房屋买卖合同的，法院应当审查部分共有人是否构成有权代理或表见代理。需要注意的是，《民法典》第 1060 条第 1 款规定，夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

一般情况下，房屋作为家庭重大财产，处分房屋不属于因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，因此不适用家事代理。

部分共有人无权代理且不构成表见代理的，如其他共有人对代理行为予以追认则合同有效，全体共有人承担合同项下权利义务。

如其他共有人对代理行为不予追认，因欠缺效果归属要件，代理效果不归属于其他共有人；又因部分共有人作出代理行为时未产生效

果归属于自己的意思，代理效果亦不归属于该部分共有人。

需要注意的是，根据《民法典》第171条规定，部分共有人无权代理签订房屋买卖合同的，合同对其他共有人不发生效力；实施无权代理行为的部分共有人承担履行债务或赔偿损失的责任。鉴于房屋为特定物，且其他共有人不同意追认部分共有人的代理行为，通常也不会同意处分共有房屋。如买受人要求部分共有人履行债务，因存在履行不能的情况，法院需向其释明是否变更诉请为要求部分共有人赔偿损失。如买受人明知或应当知道部分共有人为无权代理，则双方按照各自过错承担责任。

对于部分共有人是否构成有权代理，在买受人无法提供授权委托书等直接证据的情况下，**法院可综合以下几个方面进行审查：**

一是共有人之间是否存在特殊身份关系；

二是其他共有人是否参与房屋出售过程，包括挂牌、与中介及买受人接洽谈判等；

三是房屋是否由共有人共同居住，其他共有人与买受人在看房时有无接触；

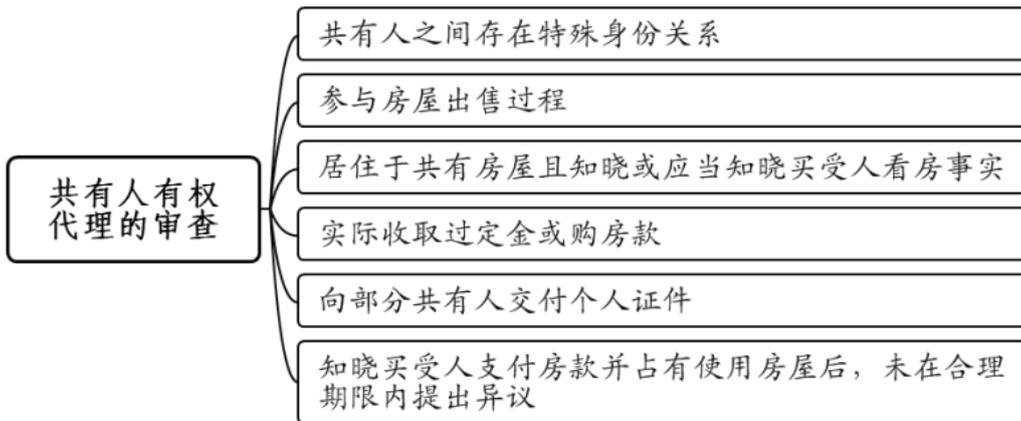
四是其他共有人是否收取过定金或房款；

五是部分共有人签订合同时，是否持有其他共有人的个人证件；

六是其他共有人是否作出过追认合同的意思表示，或者在明知合同已经签订、买受人支付部分房款并实际占有使用房屋的情况下，是否在合理期限内提出异议等。

结合上述事实，如可认定其他共有人事先授权或事后追认部分共

有人代签房屋买卖合同，则部分共有人构成有权代理。



对于部分共有人是否构成表见代理，法院需严格把握。如部分共有人持其他共有人出具的授权委托书，与买受人签订房屋买卖合同。后公证机构查明该授权委托书并非其他共有人的真实意思表示，或授权委托书存在其他应予撤销的情形，而对授权委托书予以撤销的，因买受人基于对授权委托书的合理信赖而签订合同，故可认定部分共有人构成表见代理。其他共有人以订立合同的部分共有人构成无权代理为由请求确认房屋买卖合同无效的，法院一般不予支持。

(2) 对当事人主张无权处分的审查

当事人订立房屋买卖合同的行为属于典型的债权行为。依据《民法典》第 597 条第 1 款规定，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。

由此可见，债权行为有效不以负担义务者享有处分权为必要。根据《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 3 条第 1 款规定，部分共有人以自己名义与买受人就共有房屋签订

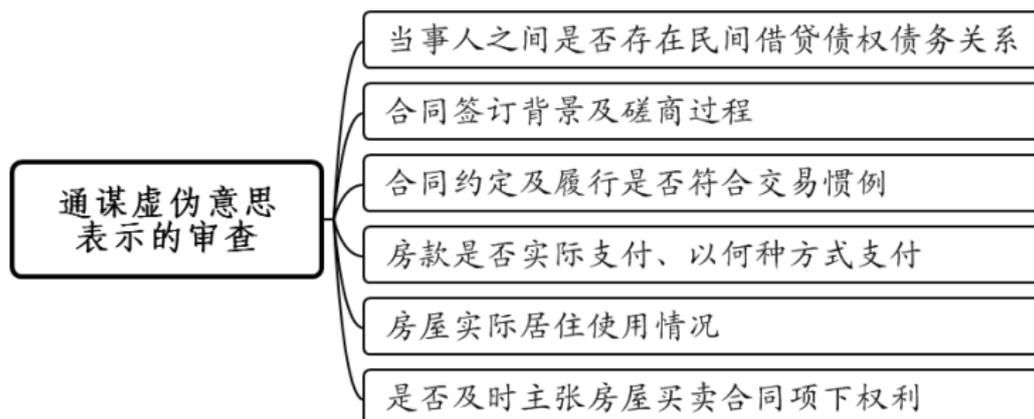
房屋买卖合同，其他共有人以该共有人无权处分为由，主张房屋买卖合同无效的，法院不予支持。《民法典》实施后，法院可直接适用第597条第1款规定进行裁判。

(3) 对当事人主张合同双方通谋虚伪意思表示的审查

当事人主张合同双方通谋虚伪意思表示往往存在于部分共有人与买受人为担保买受人债权而签订房屋买卖合同的情形。《民法典》第146条第1款规定，行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效。买卖双方为担保债权而签订房屋买卖合同，其真实意思均为以债务人名下房屋为债权实现提供担保，而非债权人购买债务人名下房屋。因此，为担保债权而签订的房屋买卖合同因构成通谋虚伪意思表示而无效。

对于合同双方是否构成通谋虚伪意思表示，法院一般可从以下几个方面进行审查：

- 一是当事人之间是否存在民间借贷等债权债务关系；
- 二是合同签订的背景及磋商过程；
- 三是合同约定及履行是否符合交易惯例。对与交易惯例不符的情况，当事人能否作出合理解释；
- 四是房款是否实际支付、以何种方式支付；
- 五是房屋实际居住使用情况；
- 六是当事人是否及时主张房屋买卖合同项下权利



如案例二中，张某与胡某之间存在民间借贷关系，且房屋买卖合同的约定及双方履行行为等均不符合交易惯例，如房屋转让价格明显过低，胡某未实际支付房款，以及胡某拒绝提供承诺函原件以便对孙某签名的真伪进行鉴定等。结合上述事实，法院可认定张某与胡某签订房屋买卖合同实为胡某债权提供担保，该合同因构成通谋虚伪意思表示而无效。

（4）对当事人主张合同双方恶意串通的审查

《民法典》第154条规定，行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事行为无效。

部分共有人以房屋买卖合同双方恶意串通、损害其合法权益为由主张合同无效的，法院可从以下几个方面进行审查：

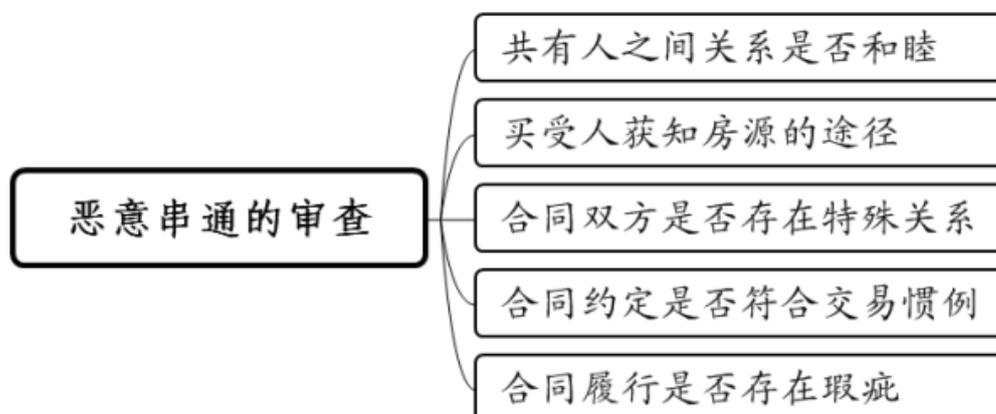
一是共有人之间关系是否和睦，如是否存在夫妻感情不睦、已长期分居、一方已提起离婚诉讼等情形；

二是买受人是否通过中介居间而获知房源；

三是合同双方是否存在特殊关系；

四是合同约定是否符合交易惯例，如房价是否明显低于市场价值等；

五是合同履行是否存在瑕疵，如房款是否实际支付等。



2、合同无效后果的处理

房屋买卖合同无效的，法院应避免机械适用“不告不理”原则，仅就当事人的诉请进行审理，而是应当向双方释明合同无效的相关后果，尽可能一次性解决纠纷。此外，需要注意以下三种特殊情形：

(1) 买受人取得产权后在房屋上设立抵押权

此种情形下，法院可通知抵押权人作为本案第三人参加诉讼。抵押权人善意取得抵押权的，原则上可判令债务人向债权人清偿债务后涤除抵押，将房屋恢复登记至出卖人名下。

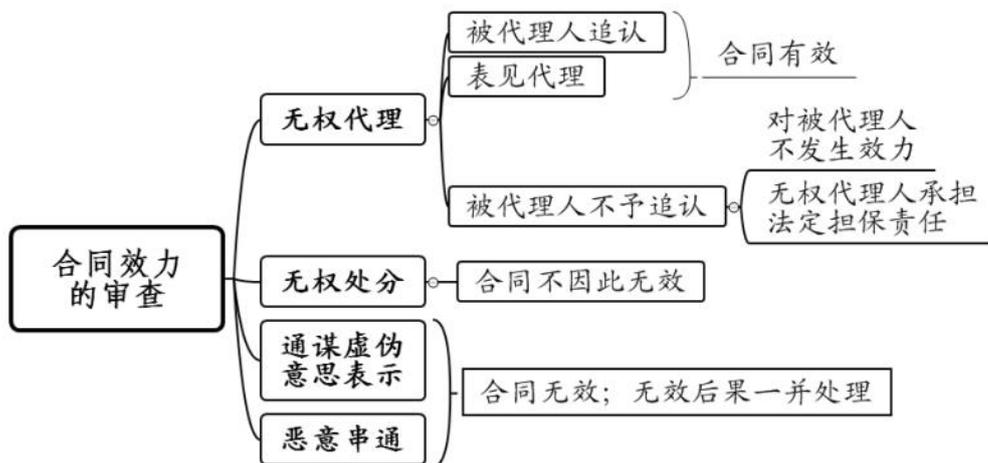
如债务人无清偿能力，根据《民法典》第524条规定，债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行。因此，法院可向共有人释明，共有人愿意代为清偿债务以涤除抵押的，法院可判令共有人代债务人向债权人清偿债务；涤除抵押后将房屋恢复登记至出卖人名下，同时判令债务人向共有人支付代其清偿的债务金额。

(2) 买受人取得产权后房屋被司法查封

房屋在司法查封状态下不能恢复登记至出卖人名下。如作出该司法查封裁定的案件类型仅为金钱类债权债务纠纷，法院可向共有人释明是否愿意向买受人的债权人清偿债务或提供担保，以解除查封便于恢复产权登记。法院仅需根据司法查封是否解除的具体情况，作出确认合同无效或是一并处理房屋恢复登记等合同无效后果的判决。

(3) 买受人未向出卖人实际支付房款

如买受人并未实际支付房款，或已支付房款但出卖人随即通过取现、转账等方式将房款全部返还或支付给买受人指定的案外人处，则案件一般不存在房款返还的问题。如买受人向出卖人的代理人或指定的案外人支付房款，则视为出卖人实际收取房款，待合同认定无效后，出卖人负有返还义务。如出卖人与买受人之间存在其他债权债务关系，法院应另行处理。



(三) 对当事人主张继续履行合同的审查

对于合同有效买受人主张继续履行的，法院应当审查合同是否存在履行障碍。共有房屋买卖合同纠纷案件中，关于合同能否继续履行

的争议焦点，主要集中在出卖人是有权处分还是无权处分。当然，共有房屋买卖合同还可能存在其他履行障碍，如在出卖人“一房数卖”情形下本案买受人合同履行顺位在后；买受人属于限购对象；系争房屋上存在另案司法查封等。鉴于本文着重分析与房屋共有性质的相关问题，故对其他履行障碍的情况不予详述。

1、出卖人是否构成无权处分

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同的，合同不因此而无效，但合同能否继续履行即共有房屋的所有权能否转移，需考察其他共有人的意思表示。如其他共有人未事先授权亦未事后追认部分共有人出售房屋，则部分共有人构成无权处分，合同无法继续履行。如其他共有人事先授权或事后追认部分共有人出售房屋，则部分共有人构成有权处分，合同可以继续履行。

需要注意的是，实践中部分出卖人因房价上涨而反悔，遂以自己构成无权处分为由拒绝履行合同。对此，法院应查明其他共有人是否知晓并同意出售房屋。因该节事实与部分共有人是否构成有权代理，实际均需审查其他共有人就房屋出售事宜的真实意思，故该节事实的审查可参照是否构成有权代理的审查要点。出卖人或其他共有人主张出卖人构成无权处分的，应当具体陈述或解释出卖人擅自处分共有房屋的理由。

如共有人之间关系恶化、出卖人恶意转移财产等，并提供相应证据予以佐证。法院应当运用逻辑推理和经验法则，对当事人陈述及其他证据有无证明力及证明力大小进行判断，从而最终形成心证。

如案例三中，丁某与李甲并无夫妻不睦情形，李甲过世后丁某、李乙与周某曾就提高房屋转让价款进行磋商，结合二人之子李乙始终参与磋商的事实，丁某主张对李甲与周某签订房屋买卖合同事宜完全不知情有违常理。再结合丁某并未提交任何证据证明其在诉讼前曾向周某主张李甲构成无权处分。因此，法院可认定丁某授权李甲处分房屋 C，房屋买卖合同可以继续履行。

2、责任承担主体的认定

当部分共有人构成有权处分、合同应继续履行时，基于物债区分原则，买受人的诉请实则涉及不同性质的法律行为——买卖双方基于合同的负担行为，以及部分共有人的处分行为与其他共有人的授权处分行为。

首先，基于合同相对性，买受人有权要求出卖人承担合同责任，除要求出卖人继续履行合同外，还可要求出卖人承担支付违约金或赔偿损失等其他违约责任。

其次，买受人有权要求其他共有人协助转移买卖房屋所有权。

需要注意的是，其他共有人并非房屋买卖合同的当事人，除非其他共有人的意思表示构成债务加入，否则不承担房屋买卖合同项下的责任。

如案例四中，如经审理查明郭某构成有权处分，法院可作如下判决：

- (1) 房屋买卖合同继续履行；
- (2) 郭某将房屋 D 过户至徐某名下（明确税费负担），并向徐某交付房屋 D；

- (3) 徐某向郭某支付剩余购房款；
- (4) 郭某向徐某支付逾期过户及逾期交房违约金；
- (5) 林某协助办理房屋 D 的过户手续。

(四) 合同解除责任的认定与解除后果的处理

1、合同解除责任的审理思路

出卖人无权处分致使房屋买卖合同无法继续履行的，买受人可以行使合同解除权，并基于合同相对性要求出卖人承担违约责任。需要注意的是，买受人是否清楚房屋的权属状况与出卖人因构成无权处分而应承担的违约责任无关。买受人疏于审查的，仅负担合同不能继续履行、无法转移房屋产权的风险。

2、合同解除后的恢复原状

房屋买卖合同属于即时性合同，合同解除具有溯及力。合同解除后出卖人自始不享有收取房款的权利，买受人自始不享有占有使用房屋的权利。因此，出卖人应当向买受人返还房款及占有房款获得的利益，买受人应当向出卖人返还房屋及占有房屋获得的利益。依据《九民会纪要》第 34 条规定，可将该两笔占有费用相互抵销，即出卖人仅需返还房款本金，买受人仅需返还房屋。当然，如房屋尚未实际交付，则出卖人应当向买受人返还房款及相关占有利益。

3、房屋差价损失的认定

房屋差价损失属于买受人的可得利益损失。原则上应以合同解除时间或买受人知道或应当知道房屋买卖合同无法继续履行的时间作为房屋差价的计算节点。对于房屋差价的确定方式，双方当事人可以

协商确定；无法达成一致的，可以通过司法鉴定的方式予以确定；双方争议不大或明确同意的，亦可通过询价方式确定。

对于房屋差价损失，法院应综合运用可预见规则、损益相抵规则、减损规则、过失相抵规则予以确定。

具体应注意以下几点：

(1) 损失的可预见性应理解为订立合同时对损失类型的预见，而非损失大小的预见。

(2) 适用损益相抵规则的同时应考虑不能使出卖人因违约行为而得益。

(3) 合同履行程度通常仅与买受人的积极损失认定有关，而与买受人可得利益损失认定无关。

4、违约金调整的审理思路和裁判要点

出卖人主张违约金过高的，应当承担证明责任，且应当在一审法庭辩论终结前提出；二审期间提出的，法院原则上不予支持。出卖人提供初步证据后，买受人坚持认为违约金合理的，应当对其实际损失作出说明并提供相应证据。

具体而言，出卖人主张违约金过分高于实际损失的，应根据具体违约行为证明相应损失的大致金额；主张损益相抵的，应证明买受人因出卖人的违约行为而获益；主张过错相抵的，应证明买受人存在过错。如出卖人没有陈述具体理由并提供相应证据材料的，法院可不予调整。

出卖人陈述具体理由并提供证据材料后，买受人同意调低违约金

的，应陈述调整幅度的理由和依据，如其主张大致合理不构成明显利益失衡，则法院不再继续调整。

买受人不同意调低的，需针对出卖人的调整幅度、理由及证据材料进行答辩；买受人能够举证证明出卖人的理由全部或部分不成立的，对违约金不予调整或对出卖人主张的幅度予以扣减。因出卖人恶意违约而买受人不同意调整违约金的，法院在认定违约金时应注意违约金的失信惩戒功能。

四、其他需要说明的问题

本文主要对共有房屋买卖合同纠纷中的相关问题进行梳理，其中也涉及部分房屋买卖合同纠纷中的共性问题。对于房屋买卖合同纠纷中涉及的“借名买房”“以房抵债”等问题不在本文讨论范围之内。

公司董事对股东出资的催缴义务及责任承担

来源：法务部

日期：2020 年 10 月 19 日

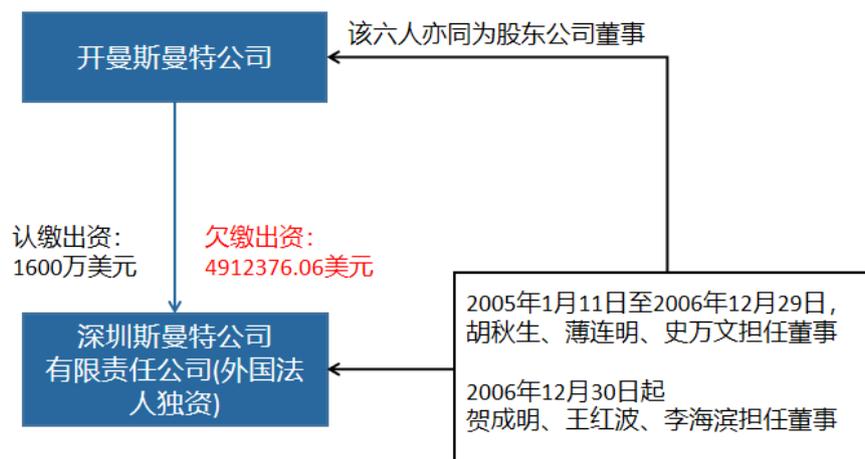
《公司法》规定了董事的忠实勤勉义务，但并没有进一步列举勤勉义务的内涵和具体情形。我国 2014 年起实施注册资本制度改革，大大放松了公司注册资本的行政管制，我们通过《公司法司法解释三》构建了较为严密的股东责任体系，强化了股东出资责任，但却未对董事的监管责任给予足够的关注。

关于公司董事对股东是否具有出资催缴义务，以及未及时催缴情形下的责任承担问题，司法实践中一直存有争议。对于相关问题的分析，让我们从最高院审理的（2018）最高法民再 366 号案件说起。

【案情简介】

深圳 SMT 公司系外国法人独资的有限责任公司，股东为开曼 SMT 公司，认缴注册资本额为 1600 万美元。

2005 年 1 月 11 日至 2006 年 12 月 29 日，胡秋生、薄连明、史万文担任深圳斯曼特公司中方董事；2006 年 12 月 30 日起，贺成明、王红波、李海滨担任深圳斯曼特公司中方董事，本案胡秋生等六名董事在股东开曼斯曼特公司认缴出资期限届满即 2006 年 3 月 16 日之后均担任过深圳斯曼特公司董事。



本案争议焦点是胡秋生等六名董事是否应对深圳斯曼特公司股东所欠出资承担赔偿责任，延申出来的两个问题是：1) 董事对股东是否具有出资催缴义务；2) 董事未追缴股东出资与债权人损害后果之间是否具有因果关系。

对此，本案各级法院的主要裁判观点如下：

1、董事是否有追缴出资义务

关于追缴股东出资是否属于董事勤勉义务范围的问题。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事勤勉义务，一方面要求董事按照法律、行政法规和公司章程规定，积极履行职责，另一方面要求董事尽其所能为公司利益服务，也即充分发挥自己的聪明才智，勤勉尽责，实现公司利益的最大化。董事会的职责范围，就是董事的勤勉义务范围。本案追缴股东欠缴出资事项属于深圳斯曼特公司事务，胡秋生等六名董事作为深圳斯曼特公司的董事，应当积极通过董事会会议，就该事项作出决策。

2、董事未追缴股东出资与债权人损害后果之间是否具有因果关系

[一审认为]

在股东欠缴出资的情况下，董事会有权作出追缴出资的决定。但董事会未作出追缴股东欠缴出资的决定，与股东欠缴出资并无必然联系，也即股东是否履行全面出资义务，并不取决于董事会的决定。本案无证据显示胡秋生等六名董事通过深圳斯曼特公司董事会作出了追缴股东欠缴出资的决定，也无证据显示胡秋生等六名董事通过董事会作出了有碍于股东缴纳出资的决定。胡秋生等六名董事消极未履行追缴股东应缴出资的勤勉义务，并不是股东欠缴出资的原因。

胡秋生等六名董事消极未履行追缴股东欠缴出资的勤勉义务，与股东欠缴出资之间并不存在必然联系。深圳斯曼特公司未收到全部出资，系因深圳斯曼特公司股东未全面履行出资义务所致，并非胡秋生等六名董事作为深圳斯曼特公司董事消极不履行勤勉义务或者积极阻止股东履行出资义务所致。本案胡秋生等六名董事作为深圳斯曼特公司董事，虽未通过董事会作出追缴股东欠缴出资的决定，但并不影响深圳斯曼特公司、其他利益相关方请求欠缴出资的股东承担相应责任。

[二审认为]

出资义务是股东的基本义务，但非公司董事的法定义务。在股东未全面履行出资义务时，董事或因协助股东抽逃出资、或因负有监督职责而未履行、或因对增资未尽忠实勤勉义务等情形而承担相应责任，但不应将股东未全面履行出资义务的责任一概归因于公司董事。

如果董事仅仅只是怠于向未全面履行出资义务的股东催缴出资，以消极不作为的方式未尽忠实勤勉义务，而该不作为与公司所受损失之间没有直接因果关系，那么要求董事对股东未履行全面出资义务承担责任，则缺乏事实和法律依据。

[再审认为]

《公司法》并没有列举董事勤勉义务的具体情形，但是董事负有向未履行或未全面履行出资义务的股东催缴出资的义务；这是由董事的职能定位和公司资本的重要作用决定的。根据董事会的职能定位，董事会负责公司业务经营和事务管理，董事会由董事组成，董事是公司的业务执行者和事务管理者。股东全面履行出资是公司正常经营的基础，董事监督股东履行出资是保障公司正常经营的需要。胡秋生等六名董事未能提交证据证明其在股东出资期限届满即2006年3月16日之后向股东履行催缴出资的义务，以消极不作为的方式构成了对董事勤勉义务的违反。

股东开曼SMT公司未缴清出资的行为实际损害了深圳SMT公司的利益，胡秋生等六名董事消极不作为放任了实际损害的持续。股东开曼SMT公司欠缴的出资即为深圳SMT公司遭受的损失，开曼SMT公司欠缴出资的行为与胡秋生等六名董事消极不作为共同造成损害的发生、持续，胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与深圳SMT公司所受损失之间存在法律上的因果关系。胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资的勤勉义务，违反了《中华人民共和国公司法》

第一百四十七条第一款规定，对深圳 SMT 公司遭受的股东出资未到位的损失，应承担相应的赔偿责任，最终判决胡秋生等六名董事对股东欠缴出资所造成深圳 SMT 公司的损失承担连带赔偿责任。

【案件解析】

本案是损害公司利益纠纷案件。从各级法院的审理过程来看，本案的争议焦点一是董事是否负有追缴股东出资的义务；二是若前述前提成立，则董事违反该义务与债权人未获清偿的损害后果之间是否存在因果关系。本文也将从这两方面进行分析。

一、董事是否有追缴股东出资的义务？

《公司法》第 147 规定了董事对公司负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务要求董事的利益不能置于公司之上、不能利用职权为自己谋利，与本案无太大关联；而勤勉义务则是要求董事对公司的事务尽心尽力，为公司争取更多的利益。尽管立法规定得较为模糊，但董事的义务属于公司治理的范畴，而公司治理千变万化，立法很难作出具体规定。故解释的任务就由法院承担，以求在个案平衡中细化董事的义务范围。

本案各级法院的裁判说理即是对董事勤勉义务是否包括追缴股东出资的解释。一审法院和最高院均持明确肯定意见，二审法院则倾向于持反对意见。在我们检索到的(2020)辽 01 民初 4 号民事判决书和(2015)浦民二(商)初字第 553 号中，辽宁省沈阳市中级人民法院和上海市浦东新区人民法院也持反对意见。可见，司法实践中对于董事是否负有追缴股东出资的义务存在较大争议，尚未形成普遍统一观

点。

不过，既然最高院在本案中对该问题进行了表态，我们认为这对今后的司法实践会有一定的指导作用。

总的来说，支持董事负有追缴股东出资义务的理由如下：

（一）股东出资义务的债权人是公司，董事有义务为公司争取利益

勤勉义务要求董事尽职尽责，发挥自己的聪明才智，为公司谋取利益，不让公司的资产无故流失。在资本认缴制的背景下，股东往往没有缴付全部的认缴出资，公司因而成为了股东的“债权人”，有权请求股东履行出资义务。公司的该债权与一般的债权无异，一个合格的董事应当尽自己最大的努力使公司的债权获得清偿。因此，董事当然负有作出董事会决议、向未履行出资义务的股东追缴出资的义务。

（二）董事会的职能定位决定了董事负有追缴股东出资义务

最高院在本案中认为，董事的职能定位和公司资本的重要作用决定了董事负有追缴股东出资的义务。因为董事会负责公司业务经营和事务管理，董事会由董事组成，董事是公司的业务执行者和事务管理者。而股东全面履行出资是公司正常经营的基础，因此董事监督股东履行出资是保障公司正常经营的需要。我们认同该观点。正所谓“在其位，谋其政”，勤勉义务的内涵之一就是董事要尽可能维持公司的正常经营，而公司资本是否足够是公司正常经营的前提条件之一。当公司现金流或资产状况良好时，股东是否履行出资义务对公司正常经营的影响不大，但若公司可能出现资不抵债的情况时，股东的实缴出

资就成了公司的重要资产，甚至直接影响了公司是否进入破产程序。因此，董事有义务追缴股东出资。

（三）董事对股东增资的监管、督促义务规定可以类推适用于董事的追缴出资义务

根据《公司法解释（三）》第13条第4款的规定，董事的勤勉义务包括监管、督促增资股东的出资，否则应当承担相应责任，而增资阶段股东的出资义务与设立阶段股东的出资义务在利益状态上和对公司治理、运营的影响上并无太大差别。因此如果法律认可了董事在增资阶段负有督促增资股东出资的义务，则认定董事负有追缴股东在设立阶段的出资也是符合立法的精神的。

基于上述三点理由，法院认定本案被告负有追缴股东出资的义务具有一定的合理性。但我们认为勤勉义务毕竟只是一种管理人义务，即要求董事是一个“善良管理人”而非风险的最终承担人，故需要强调两点：一是该义务通常并非担保债务，而是行为债务，换言之，董事仅需有向未出资股东有追缴行为即可，包括以公司名义发出追缴通知、起诉，或其他以符合商业惯例的形式追缴，但在一般情况下，无需对股东未出资的后果承担全部的赔偿责任；二是在股东人数较多的公司内，董事追缴股东出资的义务亦应当适当放宽，不能过分苛求董事决定对每一名未出资的股东起诉，这不仅涉及到起诉成本的问题，也考虑到在商业交往中，公司起诉股东将会对公司的社会印象造成不利影响，可能得不偿失。

二、董事未追缴股东出资与债权人损害后果之间是否具有因果

关系？

董事勤勉义务的责任基础是侵权责任，需要满足因果关系要件，因此本案的另一个争议焦点是，在被告未履行追缴出资义务的情况下，该不作为行为是否与公司债权人未获清偿的损害后果具有因果关系。

各级法院对此的观点不一。

一二审法院认为，原告的损害完全是由于股东未出资造成的，即便被告履行了追缴义务，也无法挽回该损失，故被告无须承担责任。

最高院作了与一二审法院不同的认定，认为被告的行为放任了实际损害的持续，故判决被告需在股东未出资的范围承担连带赔偿责任。

我们认为，侵权责任中的因果关系认定并非完全是客观事实认定，更多的是包含了立法者、裁判者的价值判断在内。从本案的判决中，很难归纳出董事未追缴股东出资即需承担责任的结论，因为本案的特殊之处在于被告同时也是未出资股东的董事，对未出资股东的资产状况理应十分了解，并且也有能力使未出资股东在资产流失前履行出资义务。

但可以肯定的是，最高院倾向于认为，当个案中的董事具有追缴股东出资的便利条件而不作追缴时，该不作为行为与公司或债权人的实际损害之间具有因果关系，应当承担相应的赔偿责任，甚至是在未缴付范围内承担连带赔偿责任。该观点具有一定的合理性，因为董事的勤勉义务应当根据具体案件中董事的能力范围而定，如果董事具有更强大的治理、管理能力却未尽责，将有违公司聘用该董事进行公司治理的目的，也不符合董事会制度存在的意义。具体到本案中，各被

告均有能力使股东履行出资义务，但被告对此不作为，令其对损害后果承担全部的赔偿责任并非不公。

另外，基于董事并非公司经营风险的最终承担人原则，本案的最终责任仍然应当归属于未出资股东，故董事在对外承担连带清偿责任后，有权向该股东追偿。

【总结】

董事勤勉义务的范围在法律上仅有模糊的规定，董事该做什么、怎么做，完全依赖于司法实践的发展，以求在个案公平中提炼出一套完整的规则。在本案中，最高法认定了董事具有追缴股东出资的义务，否则需要对此承担连带赔偿责任。我们认为最高法的观点具有可取之处，让董事负有追缴义务是勤勉义务的应有之理。

但更为关键的是因果关系的认定，这也关系到董事的责任范围。最高院认定本案被告的不作为与损害后果具有因果关系，但我们认为，在一般的案件中，如果董事对股东无实质上的影响力，或根本无条件使股东履行出资义务，则董事的追缴行为仅仅是一种权利的主张，与催告无异，此时董事的不作为行为很难证明与全部损害后果具有因果关系，仅需在过错范围内承担相应的补充责任。

【董事义务】

基础义务——忠实勤勉

《公司法》第一百四十七条 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。

董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

负面清单——禁止行为

《公司法》第一百四十八条 董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

《公司法》第二十一条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

增资催缴义务

《公司法司法解释三》第十三条 股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十八条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予支持；董事、

高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

协助抽逃出资的连带责任

《公司法司法解释三》第十四条 股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

未及时办理变更登记的过错责任

《公司法司法解释三》第二十七条 原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

失职阻碍股东知情权的损害赔偿责任

《公司法司法解释四》第十二条 公司董事、高级管理人员等未依法履行职责，导致公司未依法制作或者保存公司法第三十三条、第九十七条规定的公司文件材料，给股东造成损失，股东依法请求负有相应责任的公司董事、高级管理人员承担民事赔偿责任的，人民法院应当予以支持。

兜底——损害赔偿責任

《公司法》第一百四十九条 董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

【股份公司董事特定义务】

第一百一十二条 董事会决议責任

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

第一百一十五条 公司向高管人员借款禁止

公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。

第一百二十四条 会议决议的关联关系董事不得表决

上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足三人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。

第一百四十一条 特定持有人的股份转让

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有

本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

《公司法司法解释二》股份公司董事的清算义务

第十八条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第十九条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十条 公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

混合担保中债权人放弃抵押对其他担保人的影响

来源：人民司法

作者：刘哲、司伟

单位：最高人民法院

日期：2020年10月15日

【裁判要旨】

根据体系解释，在混合担保情形下，物权法第一百九十四条第二款、第二百一十八条的适用应当以物权法第一百七十六条为基础。在当事人明确约定保证责任优先的情况下，保证人以债权人放弃债务人提供的物的担保为由，主张在债权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任的，人民法院不予支持。

【案号】

一审：（2017）川民初85号

二审：（2019）最高法民终1631号

【案情】

原告：成都农村商业银行股份有限公司簇桥支行（以下简称成都农商行簇桥支行）。

被告：陈飞平、彭聪能、周东海、何方、四川省眉山市旗胜建材有限公司（以下简称旗胜公司）。

2013年9月29日，借款人成都上风港房地产开发有限公司（以

下简称上风港公司)与贷款方农商行簇桥支行签订项目融资借款合同,约定上风港公司向农商行簇桥支行借款人民币1.5亿元。合同还对借款期限、双方的权利义务、违约责任等内容进行了约定。

同日,农商行簇桥支行与保证人陈飞平、彭聪能、王玉安、周东海、何方、旗胜公司签订保证合同,约定:为保证农商行簇桥支行与上风港公司签订的项目融资借款合同的履行,保证人愿意为债务人与债权人依主合同所形成的债务提供连带责任保证。该合同第一条保证方式约定:“保证人提供连带责任保证。保证人确认,当债务人未按主合同约定履行其债务时,无论债权人对主合同项下的债权是否拥有其他担保(包括但不限于保证、抵押、质押、保函、备用信用证等担保方式),不论上述其他担保何时成立、是否有效、债权人是否向其他保证人提出权利主张,也不论是否有第三方同意承担主合同项下的全部或部分债务,也不论其他担保是否由债务人自己所提供,保证人在本合同项下的保证责任均不因此减免,债权人可直接要求保证人依照本合同约定在其保证范围内承担保证责任,保证人将不提出任何异议。”订立保证合同时,彭聪能、陈飞平、周东海、何方均为上风港公司股东。

2013年10月17日,成都农商行簇桥支行向上风港公司发放贷款1.1亿元;2014年1月26日发放贷款1000万元;2014年2月20日发放贷款2000万元;2014年3月10日发放贷款500万元;2014年5月28日发放贷款500万元。成都农商行簇桥支行共计向上风港公司发放贷款1.5亿元,并将所有款项转入上风港公司指定的银行账户。

2014年1月8日,上风港公司与成都农商行簇桥支行签订抵押合同,

约定：“当债务人未按主合同约定履行其债务或发生本合同第九条约定的实现抵押权的情形时，无论抵押权人对主合同项下的债权是否拥有其他担保（包括但不限于保证、抵押、质押、保函、备用信用证等担保方式），不论上述其他担保何时成立、是否有效、抵押权人是否向其他担保人提出权利主张，也不论是否有第三方同意承担主合同项下的全部或部分债务，也不论其他担保是否由债务人自己所提供，抵押人在本合同项下的保证责任均不因此减免，抵押权人均可直接要求抵押人依照本合同约定在其担保范围内承担担保责任，抵押人将不提出任何异议。”

因上风港公司未按期归还借款本息，农商行簇桥支行将陈飞平、彭聪能、周东海、何方、旗胜公司诉至法院，请求其对上风港公司所欠债务承担连带保证责任。

周东海、何方辩称，保证合同第一条系格式条款，加重了保证人责任，应属无效；上风港公司以自己财产提供抵押担保，根据物权法第一百七十六条的规定，农商行簇桥支行应当先就该抵押担保实现债权；农商行簇桥支行没有提供证据证明其已经实现了担保物权，无权要求周东海、何方承担保证责任；周东海、何方在农商行簇桥支行放弃的抵押权范围内免除保证责任。

【审判】

四川省高级人民法院经审理认为：项目融资借款合同、保证合同是各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，应属合法有效。保证合同第一条虽为格式条款，但连带责任保证是担保法规定可由当事人选择的保证方式，周东海及何方对该条款

约定承担连带保证责任的内容是清楚的，选择此种保证方式并未不当加重其责任或排除其主要权利，故不属于合同法第四十条规定的格式条款无效的情形。根据物权法第一百七十六条的规定，仅在当事人未约定物的担保和保证的实现顺序或者约定不明时，债权人才应当先就债务人提供的物的担保实现债权。根据保证合同的约定，债务人提供担保并不减免保证人的保证责任，因此上风港公司提供的抵押物是否减少并不影响周东海、何方连带保证责任的承担范围。遂判决：保证人陈飞平、周东海、彭聪能、何方、旗胜公司在判决生效之日起15日内，对上风港公司所欠成都农商行簇桥支行的借款本金97028089元及相应利息、罚息、复利承担连带清偿责任；陈飞平、周东海、彭聪能、何方、旗胜公司承担保证责任后，有权向上风港公司追偿。

彭聪能不服一审判决，向最高人民法院提起上诉。二审审理期间，成都农商行簇桥支行认可解除抵押的房产销售款没有全部用于归还借款。

最高人民法院经审理认为：物权法第一百七十六条是关于物的担保和保证的关系的规定，体现了当事人意思自治与债务人提供的物的担保责任优先相结合的原则。该条规定的应当按照约定实现债权，旨在确定或者限制混合担保中债权人行使担保权的顺序；此处的“约定”，系指当事人关于实现担保权的顺序的约定，而非当事人关于如何实现担保物权的约定；所谓约定的“明确”，系指该约定表述清晰，足以达到让当事人对约定的内容在认识上没有分歧的程度。本案中，保证合同约定表明，债权人可以优先主张保证人承担保证责任；抵押合同约定亦表明，

债权人可以优先主张抵押人承担担保责任。由此呈现出的当事人的真实意思是明确的，内容是清晰的，即债权人可以任意选择保证或者物的担保以确保债权实现。经由债权人选择，担保人承担担保责任的顺序得以确定，这种约定方式与债权人直接向保证人主张承担保证责任并不排斥，也不因抵押合同存在类似约定而产生理解上的冲突或歧义，因此，成都农商行簇桥支行有权直接要求彭聪能承担保证责任。虽然物权法第一百九十四条第二款仅将抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权作为第三人免除担保责任的条件，但由物权法第一百七十六条与第一百九十四条第二款的体系解释可知，在混合担保情形下，仅在保证人对债务人提供的抵押担保享有顺序利益时，债权人放弃债务人提供的抵押担保，保证人才享有在抵押权人丧失优先受偿权益范围内免除担保责任的权利，在保证人没有顺序利益或者放弃顺序利益的情况下，并无该条款的适用空间。本案中，当事人对于担保责任实现顺序的约定是明确的，彭聪能对上风港公司提供的抵押担保并不具有顺序利益。彭聪能、陈飞平、周东海、何方在订立保证合同时均系上风港公司股东，对该公司的经营状况、偿债能力有合理、充分的认知，并且保证合同签订时间在前，抵押合同签订时间在后，因此债权人主张由保证人承担保证责任，没有超出彭聪能在签订保证合同时对保证责任的合理预期，也没有加重其保证责任，彭聪能主张在成都农商行簇桥支行丧失抵押权益范围内免除责任，于法无据。最高法院遂判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

在混合担保情况下，债权人放弃债务人提供的物的担保，其他担

保人是否可以免除相应的担保责任，在司法实践中存在不同认识。一种观点认为，其他担保人在债权人放弃的债务人提供的物的担保范围内免除担保责任。理由是：根据文义解释，物权法第一百九十四条第二款、第二百一十八条并未设置适用前提；从法理上讲，债务人是本位上的债务承担者，在债务人以自己财产提供抵押的情况下，债权人首先向债务人主张抵押权，既可以避免其他担保人在承担担保责任后再行使追偿权，也符合公平原则。另一种观点认为，其他担保人免除担保责任应当以享有顺序利益为前提。理由是：根据体系解释，在混合担保情形下，物权法第一百九十四条第二款、第二百一十八条的适用应当以物权法第一百七十六条为基础。按照物权法第一百七十六条的规定，仅在当事人未就物的担保与保证的责任顺序进行约定或约定不明，以及明确约定债务人物保责任优先的情况下，其他担保人相对于债务人才享有担保责任实现上的顺序利益，其顺序利益才因债权人放弃债务人物保责任而受到影响，并可依据物权法第一百九十四条第二款或者第二百一十八条主张相应免责；在当事人明确约定保证责任优先的情况下，并无物权法第一百九十四条第二款、第二百一十八条的适用空间。前述两种观点的本质差异，在于对物权法第一百九十四条第二款、第二百一十八条法理基础的不同理解，即其他担保人担保责任的免除，是基于债务人的债务最终承担者地位，还是基于对其他担保人顺序利益的保护。前者的实质就是担保法及担保法司法解释所确立的债务人物保责任绝对优先规则，这与物权法第一百七十六条确立的尊重当事人意思自治基础上的债务人物保责任相对优先规则相

冲突，并将导致理念上的混乱；后者既符合“利益受损者获得相应补偿”的公平原则，又与物权法第一百七十六条相融洽，应当予以肯定。物权法作为一个整体，各条文之间应当相互关联和支撑，不应作孤立或冲突的解读。

一、适用物权法第一百九十四条第二款所应考虑隐含条件

物权法第一百九十四条第二款针对的是同一债权既有债务人提供的抵押担保又有第三人提供的担保的情况。如果第三人提供的担保中有保证担保，就构成了混合担保，从而亦有物权法第一百七十六条之适用。债权人放弃债务人提供的抵押担保，是对其民事权益的处分，在不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗的情况下，其处分行为的效力应予肯定，问题的关键在于其他担保人的利益是否因该处分行为受到影响。根据“利益受损者获得相应补偿”的公平原则，如果其他担保人的法律上的利益因债权人放弃债务人抵押而受到损害，则其可因此主张减免担保责任；如果其他担保人相对于债务人不享有法律上的利益，或者该利益未受到损害，则其没有理由主张减免担保责任。从法理层面分析，其他担保人相对债务人可能享有的法律上的利益主要是代位利益、追偿利益和顺序利益。

（一）关于代位利益。大陆法系国家和地区的法律多规定担保人代位权。所谓担保人代位权，是指担保人在代为清偿债务或者债权人实现担保权后，在债权人债权受偿的限度内依法取得债权人对债务人的债权及从属性权利（如担保物权等）。^{〔①〕}在法律赋予担保人代位权

〔①〕程啸：“混合担保中担保人的追偿权与代位权——对《物权法》第176条的理解”，载《政治与法律》2014年第6期。

的情况下，第三人因承担了担保责任而取得债权人地位，享有原债权人对债务人的抵押权。如果债权人放弃了债务人的抵押担保，必然导致第三人无法取得该抵押权，其代位利益受到损害，有理由因此主张减免担保责任。但由于现行法并未规定担保人代位权，^{〔2〕}第三人的代位利益无从谈起，自然不存在因债权人放弃债务人提供的物的担保导致其他担保人代位利益受损的问题。

（二）关于追偿利益。在债务人提供抵押担保的情况下，债务人兼具抵押人身份，因此应从担保人之间的追偿和担保人向债务人的追偿两个维度考察。物权法第一百七十六条规定了提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿，但并未规定保证人和物上保证人可以相互追偿。根据全国人大常委会法工委的解释，物权法第一百七十六条对保证人和物上保证人之间的追偿持否定态度，^{〔3〕}而物上保证人之间能否相互追偿，尚存争议。^{〔4〕}无论各担保人之间能否相互追偿，在债务人提供的抵押担保被放弃的情况下，债务人并未退出主债权债务关系，承担了担保责任的其他担保人仍然可以向债务人追偿。有观点认为，债权人放弃债务人抵押后，债务人有可能对抵押物进行处分并导致责任财产减少，从而对承担了担保责任的第三人向债务人追偿造成不利影响。此种观点难以成立。因为债务人抵押责任免除后是否处分抵押物，以及处分抵押物是否会导致责任财产减少，受到众多因素的影响，具有很大的不确定性，即债权人放弃债务人抵押与承担了

〔2〕 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 353 页。

〔3〕 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 381 页～第 382 页。

〔4〕 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 351 页～第 353 页。

担保责任的第三人无法实现追偿权之间没有必然的因果关系。因此，债权人放弃债务人抵押并不影响其他担保人追偿权的实现，其他担保人不能以追偿利益受损为由主张减免担保责任。

（三）关于顺序利益。混合担保情形下的顺序利益，是指责任承担在后的担保人相对于责任承担在前的担保人所享有的担保责任实现顺序上的利益。如果各担保人的责任顺序基于法律规定或者当事人约定而确定，则债权人只能先向担保责任顺序在前者主张担保权利；如果在前的担保责任实现后主债权得到清偿，主债权债务关系即归于消灭，作为从法律关系的其他担保关系也因此消灭，责任顺序在后的担保人不再承担担保责任；如果主债权没有得到完全清偿，则责任顺序在后的担保人只就未能清偿部分承担担保责任；如果债权人越过担保责任在先者向责任顺序在后者主张担保权利，责任顺序在后者可基于顺序利益进行抗辩；如果债权人放弃责任顺序在先者的担保责任，顺序在后者的顺序利益自然受到损害，其担保责任被放大，故其可基于物权法第一百九十四条第二款主张减免担保责任。由于责任顺序在前者相对于责任顺序在后者并无顺序利益，债权人放弃在后的担保责任对顺序在先的担保责任不产生影响，责任顺序在前者不能因此主张减免担保责任；同理，由于责任顺序相同或并列的担保人之间并无顺序利益，债权人放弃其中一项担保权利，对其他担保责任不产生影响，故其他担保人不能因此主张减免担保责任；在这两种情形下，并无物权法第一百九十四条第二款的适用空间。

综上所述，在混合担保情形下，债权人放弃债务人提供的抵押担

保，仅可能对其他担保人的顺序利益造成影响。由此可以得出，物权法第一百九十四条第二款之适用，以其他担保人相对于债务人享有担保责任实现上的顺序利益为前提。

二、担保责任顺序的确定

（一）担保责任顺序确定的法律依据

关于混合担保情形下担保责任顺序的确定规则，立法和司法经历了由担保法“物保责任绝对优先”到担保法司法解释“债务人物保责任绝对优先+第三人担保责任平等”，再到物权法“当事人意思自治+债务人物保责任相对优先+第三人担保责任平等”的演变。根据物权法第一百七十六条的规定，混合担保的责任顺序，首先由当事人合意确定，即有约定依约定；在没有约定或者约定不明确时，基于债务人作为债务的终局承担者，为避免其他担保人承担责任后再向债务人追偿的烦琐，应当先以债务人提供的物的担保实现债权；在第三人提供的物的担保与保证并存的情况下，无论是就物的担保还是保证实现债权，物上保证人和保证人都存在向债务人追偿的问题，为保障债权人的债权得以充分实现，法律赋予债权人选择权。^{〔5〕}上述演变反映了立法理念上的重大变化：一是担保责任顺序以当事人意思自治为原则，以法定顺序为补充；二是明确了第三人提供的物的担保与保证在担保地位上的平等性。根据物权法第一百七十八条的规定，担保法、担保法司法解释中与物权法第一百七十六条冲突的规定不再适用，故混合担保责任顺序的确定以物权法第一百七十六条为依据。

〔5〕 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第380页～第381页。

（二）物权法第一百七十六条中“约定”的含义

物权法第一百七十六条出现了三处“约定”，分别是“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形”“债权人应当按照约定实现债权”“没有约定或者约定不明确”。根据文义解释，第一处约定是当事人之间关于实现担保物权的约定；第二处约定是关于实现债权的约定，具体而言是关于物的担保和人的担保的关系的约定；^{〔6〕}第三处约定指向不明，需要分析。一种观点认为，第三处约定与第一处约定的含义相同，即关于实现担保物权的约定。基本逻辑是：物权法第一百七十六条虽然对担保法采取的物保责任绝对优先规则进行了修正，但仍然规定了物保责任相对优先规则。既然是物保责任相对优先，就应当首先审查当事人对物保责任的实现有无明确约定：如果有明确约定，则物保责任优先与尊重当事人意思自治是一致的，应当按照约定实现担保物权；如果没有约定或者约定不明确，应当先就债务人自己提供的物的担保实现债权；只有在既无当事人实现担保物权的明确约定，债务人又没有提供物的担保的情形下，才赋予债权人以选择权。^{〔7〕}此种观点的主要问题是：从立法目的看，物权法第一百七十六条所要解决的主要是物的担保和保证担保并存时的责任顺序问题，仅将当事人的约定限定在如何实现物的担保，不符合立法本义；根据文义解释，“或者”是择一的意思，表示选择关系，如果把“发生当事人约定的实现担保物权的情形”这个选项去掉，第

〔6〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》（第二版），北京大学出版社2017年版，第356页。

〔7〕 参见（2016）最高法民终40号民事判决书、（2016）最高法民申2612号民事裁定书。

第一百七十六条前半句的表述就成为“债务人不履行到期债务，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的……”，无法得出“约定”与“实现担保物权”之间的必然关联；从法理分析，如果将当事人“没有约定或者约定不明确”中的约定内容限定于担保物权的实现，而保证合同中又不可能约定担保物权的实现，就会导致完全依据物保合同来适用物权法第一百七十六条，这与该条文所体现的尊重当事人意思自治、各担保责任原则上平等的精神明显违背。^{〔8〕}无论是基于立法目的、法理基础还是文义解释分析，物权法第一百七十六条所规定的“债权人应当按照约定实现债权”“没有约定或者约定不明确”中的“约定”，是指当事人关于物的担保和保证担保之间责任关系的约定，主要是关于责任顺序的约定，也包括责任范围的约定。

（三）约定明确的认定标准和有无顺序利益的判断

在混合担保情形下，债权人与各担保人共同就各项担保的责任顺序作出约定是理想状态，实践中通常是债权人与各担保人分别订立担保合同，某一担保人在订立担保合同时对同一债权是否存在其他担保可能并不知情。如果为担保同一个债权的实现，分别成立了保证合同和物保合同，两个担保合同均就责任顺序作出了一定约定，约定内容基本可分为以下4种情形：

1. 约定一致，如保证合同和物保合同均约定保证责任优先。此种情况当然属于约定明确，物上保证人相对保证人享有担保责任实现上

〔8〕 高圣平：“混合担保的法律规则：裁判分歧与制度完善”，载《清华法学》2017年第5期；刘平：“民法典编纂中混合担保之再认识”，载《西南政法大学学报》2017年第6期。

的顺序利益。如果债权人先向物上保证人主张权利，物上保证人可以基于顺序利益进行抗辩。

2. 约定相对，即保证合同约定保证责任优先，物保合同约定物保责任优先。两个约定之间并不冲突，实质上是赋予债权人选择权。基于选择权，债权人可以向保证人或者物上保证人主张担保权利，也可以同时向保证人和物上保证人主张担保权利，经由债权人选择，担保责任顺序即得以确定，从而实质上达到约定明确的程度。^{〔9〕}那种必须黑纸白字写明各担保人的责任顺序的理解过于机械，不当限缩了物权法第一百七十六条确定的尊重当事人意思自治原则，不符合立法本意。在赋予债权人选择权的情况下，各担保人相互之间不享有顺序利益，债权人放弃债务人提供的物的担保并不影响其他担保人的担保责任，其他担保人不能依据物权法第一百九十四条第二款或者第二百一十八条主张免责。

3. 约定相悖，即保证合同约定物保责任优先，物保合同约定保证责任优先。根据合同相对性，以及未经第三人同意不得为其设定义务的公平原则，这两个担保合同中为第三人设定义务的约定均为无效，相当于当事人间对担保责任顺序未作约定。根据物权法第一百七十六条的规定，如果该物的担保是由债务人提供的，债权人应当先向债务人主张担保权利，保证人对于债务人享有顺序利益；如果该物的担保是由第三人提供的，则物保责任和保证责任平等，物上保证人与保证人相互间并不存在顺序利益，债权人享有实现担保权利上的选择权。

〔9〕 高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第四卷）——最新担保法司法政策精神阐释》，人民法院出版社2019年版，第68页～第74页。

4. 约定类似，如本案中保证合同、抵押合同即规定了类似的担保条款。根据约定，保证人彭聪能等和提供抵押担保的债务人上风港公司均明确放弃了基于顺序利益的抗辩权，相互之间不享有顺序利益，故债权人放弃抵押担保并不影响保证责任的承担，彭聪能不能依据物权法第一百九十四条第二款主张减免保证责任；债权人享有实现担保权利的选择权，经由债权人选择，担保责任顺序即得以确定，从而实质上达到了约定明确的程度，故彭聪能也不能以本案属于物权法第一百七十六条规定的约定不明情形主张债务人提供的物保责任优先。

（四）格式条款效力排除规则适用之辩

类似本案中的担保条款在金融机构的借款担保合同中较为常见。金融机构为了节约交易成本、提高交易效率，通常提供事先拟定的可以反复使用的担保合同文本，由此引发可否适用格式条款的法律规制认定担保合同无效的争议。本案中，保证人即主张保证合同关于保证方式及债权实现顺序的约定系格式条款，加重了其保证责任，应属无效。对格式条款的法律规制主要涉及合同法第三十九条、第四十条和第四十一条。根据合同法第三十九条第二款的规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。实践中，担保人容易证明担保合同条款系金融机构预先拟定，但较难证明金融机构在订立合同时未与其协商。即便认定构成格式条款，该条款也未必无效。根据合同法第四十条的规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。而担保合同属于典型的单务合同，债权人仅享有权利不承担义务，担保人

只承担义务不享有权利，因此不存在通过格式条款免除债权人责任、加重担保人责任、排除担保人主要权利的问题。至于混合担保中担保人的顺序利益，并不构成担保人在担保合同中的主要权利，且物权法第一百七十六条明确允许约定排除。合同法第四十一条是关于格式合同解释的规定，如果金融机构提供的担保合同条款约定明确，不存在两种以上的解释，自无合同法第四十一条之适用。

三、关于放弃抵押权的认定

放弃抵押权属于处分财产权，系单独民事法律行为，以意思表示为要素，原则上应以明示方式作出。基于抵押物之不同，存在不动产抵押和动产抵押两种形式。如果是不动产抵押，根据物权法第九条第一款的规定，放弃不动产抵押权不仅需要债权人明示为之，且须以办理抵押权注销登记为准。如果是动产抵押，根据物权法第一百八十八条、第一百八十九条的规定，动产抵押权自债权人向抵押人明示放弃时产生放弃效力；对于已经登记的动产抵押权，未注销登记不得对抗善意第三人。

由于放弃抵押权对债权人、债务人和其他担保人权利义务影响甚大，原则上不应承认以默示方式放弃的效力。在司法实践中，不能仅因债权人不行使抵押权或者怠于行使抵押权而推定为放弃；亦不能仅基于债权人不起诉、不追加抵押人而认定构成对抵押权的放弃。但是从法理上讲，如果默示方式达到了与明示方式相同的程度，自不应否定其放弃效力，否则不利于对享有顺序利益的其他担保人的保护。至于是否达到同样程度，最高人民法院《关于适用担保法若干问题的解释

释》（以下简称《担保法解释》）第38条第3款可资参照。^{〔10〕}参照《担保法解释》第38条第3款，将默示行为认定为放弃抵押权需要同时满足4个构成要件：1. 债权人有怠于行使抵押权的行为；2. 有抵押物价值减少或者毁损、灭失的后果；3. 行为与后果之间具有直接因果关系；4. 债权人具有主观过错。需要说明的是，在认定默示行为的放弃效果时，《担保法解释》第38条第3款不能直接适用。《担保法解释》第38条是对担保法第二十八条的解释与适用，而担保法第二十八条因与物权法第一百七十六条冲突不再适用，因此《担保法解释》第38条第3款亦不再适用。但是《担保法解释》第38条第3款确实提供了一个很有价值的技术层面的判断标准，可以加以借鉴。

四、关于其他担保人的免责范围

关于物权法第一百九十四条第二款规定的其他担保人的免责范围，有观点认为应当是被放弃的抵押担保在整个混合担保责任中所占的份额。理由是：无论各担保人之间是否承担连带责任，在担保人内部各担保人承担的是按份责任，债权人实际上放弃的只是债务人作为抵押人所应承担的担保责任份额，这一份额以抵押物的价值为限，但可能小于抵押物的价值。这种观点以担保人之间享有追偿权为前提。由于物权法并未规定担保人之间的追偿权，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第56条亦对此予以明确，^{〔11〕}故上述观点在司法实践中不能适用。因此，其他担保人的免责范围就是被放弃的抵押物价值，

^{〔10〕} 贺小荣主编：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》，人民法院出版社2019年版，第96页。

^{〔11〕} 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第351页～第353页。

其他担保人承诺仍然提供担保的除外。当然，在担保合同约定了各担保人责任份额的情况下，债权人对抵押权的放弃实质上是对该抵押权所承担的责任份额的放弃，其他担保人在被放弃的抵押担保的责任份额内免除担保责任。

物权法第一百九十四条第二款规定了放弃债务人抵押担保对其他担保人担保责任的影响，第二百一十八条规定了放弃债务人质押担保对其他担保人担保责任的影响。基于抵押权、质权、留置权性质上的同一性，以及物权法第一百七十六条将所有担保物权同等对待的立法态度，上述关于物权法第一百九十四条第二款的分析同样适用于物权法第二百一十八条，亦可类推适用于债权人对债务人提供的留置权的放弃。由此可以得出统一的裁判规则：1. 在混合担保情况下，债权人放弃债务人提供的物的担保，其他担保人可否相应免除担保责任，应当依担保合同的相关约定而定。2. 如果担保合同无相关约定，则以其他担保人相对于债务人是否享有顺序利益而定：如果享有顺序利益，其他担保人可以在债权人放弃担保的范围内相应减免担保责任；如果不享有顺序利益，其他担保人的担保责任不受影响，不应对其减免担保责任。3. 其他担保人是否享有顺序利益，应当依据物权法第一百七十六条确定，即当事人对责任顺序有明确约定的依约定；在对责任顺序无约定或者约定不明的情况下，债务人提供的物保责任优先，第三人提供的担保责任平等，债权人对第三人的担保责任有选择主张的权利。

（案例刊登于《人民司法》2020年第26期）