

法律资讯汇编

（2021 第 6 期）

上海王岩律师事务所
2021 年 6 月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构许可证管理办法》答记者问	3
新法速递—— 银行保险机构许可证管理办法	5
案例解析——企业承包经营合同纠纷案件的审理思路和裁判要点	13
业务研究——国有股无偿划转中其他股东可否行使优先购买权	30
—— 委托担保及反担保合同中违约金条款的效力	36

中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构许可证管理办法》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5月7日

近日，中国银保监会制定发布《银行保险机构许可证管理办法》（以下简称《办法》），有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《办法》出台的主要背景是什么？

答：目前我会向银行保险机构颁发的许可证种类较多，各类许可证记载事项、管理要求等存在差异，难以适应机构改革后银行保险机构许可证统一管理需要。此外，检查中发现银行保险机构在许可证使用管理工作中存在一些问题，需强化相关管理要求。针对上述问题，为规范统一许可证管理规定，督促银行保险机构进一步加强许可证管理，依法合规开展经营活动，银保监会制定出台了《办法》。

二、《办法》对银行保险机构许可证管理作出了哪些新规定？

答：一是将银行保险机构持有的许可证整合为金融许可证、保险许可证和保险中介许可证3类。二是统一许可证记载内容。许可证载明下列内容：机构名称、业务范围、批准日期、机构住所、颁发许可证日期、发证机关。三是在新领、换领、遗失许可证相关公告要求中不再指定公告媒介。四是对银行保险机构违反《办法》规定、存在相关情形的，明确依照《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》有关规定进行处罚。

三、根据《办法》规定，银行保险机构许可证使用和管理中有哪

些公示、公告要求？

答：公示方面，一是要求银行保险机构在营业场所的显著位置公示许可证原件。对于不持有许可证的保险中介机构分支机构，要求其在营业场所的显著位置公示加盖法人机构公章的许可证复印件。二是为进一步保护金融消费者知情权，要求银行保险机构依据行政许可决定文件和上级管理单位授权文件，在营业场所的显著位置以适当方式公示其业务范围、经营区域、主要负责人。对于通过网络平台开展业务的，银行保险机构应当在相关网络页面及功能模块以清晰、醒目的方式展示上述内容。

公告方面，一是明确需要进行公告的情形和时限要求。新领、换领许可证，银行保险机构应于 30 日内进行公告。许可证遗失，银行保险机构应于发现之日起 7 日内发布遗失声明公告。二是明确可采取的公告方式及效果要求。银行保险机构可在公开发行报刊上公告、在银行保险机构官方网站上公告，或采取其他有效便捷的公告方式。公告的知晓范围应至少与机构开展业务经营的地域范围相匹配。银行保险机构应保留相关公告材料备查。

四、《办法》向社会公开征求意见的情况如何？

答：《办法》公开征求意见期间，银行保险机构从业人员、专家学者等从条款理解、实践做法、文字表述等方面提出了很好的意见和建议，我们对这些意见和建议都进行了认真研究，对《办法》部分条款内容进行了修改。需要重点说明的是，部分机构提出有些业务办理需要携带许可证原件外出，期间无法在营业场所公示许可证原件。经研究，我们认为，银行保险机构因业务办理需要暂时无法在营业场所公示许可证原件，情况属实的，不属于《办法》规定的处罚情形。银行保险机构应当在业务办理完毕后，及时在营业场所的显著位置公示

许可证原件。

银行保险机构许可证管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021 年 3 月 26 日

中国银行保险监督管理委员会令（2021 年第 3 号）

《银行保险机构许可证管理办法》已于 2020 年 12 月 8 日经银保监会 2020 年第 15 次委务会议审议通过。现予公布，自 2021 年 7 月 1 日起施行。

主席 郭树清

2021 年 4 月 28 日

银行保险机构许可证管理办法

第一条 为了加强银行保险机构许可证管理，促进银行保险机构依法经营，根据《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》等有关法律规定，制定本办法。

第二条 本办法所称许可证是指中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）依法颁发的特许银行保险机构经营金融业务的法律文件。

许可证的颁发、换发、收缴等由银保监会及其授权的派出机构依

法行使，其他任何单位和个人不得行使上述职权。

第三条 本办法所称银行保险机构包括政策性银行、大型银行、股份制银行、城市商业银行、民营银行、外资银行、农村中小银行机构等银行机构及其分支机构，保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司、金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司、银行理财公司、金融资产投资公司以及经银保监会及其派出机构批准设立的其他非银行金融机构及其分支机构，保险代理集团（控股）公司、保险经纪集团（控股）公司、保险专业代理公司、保险经纪公司、保险兼业代理机构等保险中介机构。

上述银行保险机构开展金融业务，应当依法取得许可证和市场监督管理部门颁发的营业执照。

第四条 本办法所称许可证包括下列几种类型：

- （一）金融许可证；
- （二）保险许可证；
- （三）保险中介许可证。

金融许可证适用于政策性银行、大型银行、股份制银行、城市商业银行、民营银行、外资银行、农村中小银行机构等银行机构及其分支机构，以及金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司、银行理财公司、金融资产投资公司等非银行金融机构及其分支机构。

保险许可证适用于保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产

管理公司等保险机构及其分支机构。

保险中介许可证适用于保险代理集团（控股）公司、保险经纪集团（控股）公司、保险专业代理公司、保险经纪公司、保险兼业代理机构等保险中介机构。

第五条 银保监会对银行保险机构许可证实行分级管理。

银保监会负责其直接监管的政策性银行、大型银行、股份制银行、外资银行，保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司、保险代理集团（控股）公司、保险经纪集团（控股）公司，金融资产管理公司、银行理财公司、金融资产投资公司、保险兼业代理机构等银行保险机构许可证的颁发与管理。

银保监会派出机构根据上级管理单位授权，负责辖内银行保险机构许可证的颁发与管理。

第六条 银保监会及其派出机构根据行政许可决定或备案、报告信息向银行保险机构颁发、换发、收缴许可证。

经批准设立的银行保险机构应当自收到行政许可决定之日起 10 日内到银保监会或其派出机构领取许可证。对于采取备案或报告管理的机构设立事项，银行保险机构应当在完成报告或备案后 10 日内到银保监会或其派出机构领取许可证。

第七条 许可证载明下列内容：

- （一）机构编码；
- （二）机构名称；
- （三）业务范围；

- （四）批准日期；
- （五）机构住所；
- （六）颁发许可证日期；
- （七）发证机关。

机构编码按照银保监会有关编码规则确定。

金融许可证和保险许可证的批准日期为机构批准设立日期。保险中介许可证的批准日期为保险中介业务资格批准日期。对于采取备案或报告管理的机构设立事项，批准日期为发证机关收到完整备案或报告材料的日期。

第八条 银行保险机构领取许可证时，应当提交下列材料：

- （一）银行保险机构介绍信或委托书；
- （二）领取许可证人员的合法有效身份证明。

第九条 许可证记载事项发生变更的，银行保险机构应当向发证机关缴回原证，并领取新许可证。

前款所称事项变更须经发证机关许可的，银行保险机构应当自收到行政许可决定之日起 10 日内到发证机关领取新许可证。前款所称变更事项须向发证机关备案或报告的，银行保险机构应当在完成备案或报告后 10 日内到发证机关领取新许可证。前款所称变更事项无须许可或备案、报告的，银行保险机构应当自变更之日起 15 日内到发证机关领取新许可证。

第十条 许可证破损的，银行保险机构应当自发现之日起 7 日内向发证机关缴回原证，并领取新许可证。

第十一条 许可证遗失，银行保险机构应立即报告发证机关，并于发现之日起 7 日内发布遗失声明公告、重新领取许可证。

报告内容包括机构名称、地址、批准日期，许可证流水号、编码、颁发日期，当事人、失控的时间、地点、事发原因、过程等情况。

发布遗失声明公告的方式同新领、换领许可证。

许可证遗失的，银行保险机构向发证机关领取新许可证时，除应提交本办法第八条规定的材料外，还应当提交遗失声明公告及对该事件的处理结果报告。

第十二条 银行保险机构行政许可被撤销，被吊销许可证，或者机构解散、关闭、被撤销、被宣告破产的，应当在收到银保监会及其派出机构有关文件、法律文书或人民法院宣告破产裁定书之日起 15 日内，将许可证缴回发证机关；逾期不缴回的，由发证机关在缴回期满后 5 日内依法收缴。

第十三条 新领、换领许可证，银行保险机构应于 30 日内进行公告。银行保险机构应采取下列一种或多种方式进行公告：

- （一）在公开发行业报刊上公告；
- （二）在银行保险机构官方网站上公告；
- （三）其他有效便捷的公告方式。

公告的具体内容应当包括：事由、机构名称、机构住所、机构编码、联系电话。公告的知晓范围应至少与机构开展业务经营的地域范围相匹配。银行保险机构应保留相关公告材料备查。

第十四条 银行保险机构应当在营业场所的显著位置公示许可

证原件。保险中介机构分支机构应当在营业场所的显著位置公示加盖法人机构公章的许可证复印件。

银行保险机构应当依据行政许可决定文件和上级管理单位授权文件,在营业场所的显著位置以适当方式公示其业务范围、经营区域、主要负责人。通过网络平台开展业务的,应当在相关网络页面及功能模块以清晰、醒目的方式展示上述内容。

上述公示事项内容发生变更,银行保险机构应当自变更之日起10日内更换公示内容。

第十五条 银行保险机构应当妥善保管和依法使用许可证。

任何单位和个人不得伪造、变造、转让、出租、出借银行保险机构许可证。

第十六条 银保监会及其派出机构应当加强银行保险机构许可证的信息管理,建立完善的许可证管理信息系统,依法披露许可证的有关信息。

第十七条 银保监会及其派出机构依法对银行保险机构许可证管理、公告和公示等情况进行监督与检查。

第十八条 银行保险机构违反本办法,有下列情形之一的,依照《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》有关规定进行处罚;法律、行政法规没有规定的,由银保监会及其派出机构责令改正,予以警告,对有违法所得的处以违法所得一倍以上三倍以下罚款,但最高不超过三万元,对没有违法所得的处以一万元以下罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责

任：

- （一）转让、出租、出借、伪造、变造许可证；
- （二）未按规定新领、换领、缴回许可证；
- （三）损坏许可证；
- （四）因管理不善导致许可证遗失；
- （五）遗失许可证未按规定向发证机关报告；
- （六）未按规定公示许可证、业务范围、经营区域、主要负责人；
- （七）新领、换领许可证等未按规定进行公告；
- （八）新领、换领许可证后未按规定向市场监督管理部门办理登记，领取、换领营业执照。

第十九条 银行保险机构许可证由银保监会统一印制和管理。颁发时加盖发证机关的单位印章方可生效。

银保监会及其派出机构应按照行政审批与许可证管理适当分离的原则，对许可证进行专门管理。许可证保管、打印、颁发等职能应相互分离、相互制约，同时建立许可证颁发、收缴、销毁登记制度。

对于许可证颁发管理过程中产生的废证、收回的旧证、依法缴回和吊销的许可证，应加盖“作废”章，作为重要凭证专门收档，定期销毁。

第二十条 银保监会根据电子证照相关法律法规、国家标准和全国一体化在线政务服务平台标准，制定银行保险机构许可证电子证照标准，推进银行保险机构许可证电子化。

银行保险机构许可证电子证的签发、使用、管理等，按国家和银

保监会有关规定执行。

第二十一条 本办法规定的有关期限，均以工作日计算。

第二十二条 本办法由银保监会负责解释。本办法自 2021 年 7 月 1 日起施行，《金融许可证管理办法》（银监会令 2007 年第 8 号修订）和《保险许可证管理办法》（保监会令 2007 年第 1 号）同时废止。

企业承包经营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：2021 年 5 月 10 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《企业承包经营合同纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 25 分钟。

企业承包经营合同纠纷

是指法人之间、法人与自然人之间在不改变企业所有权权属的情况下，按照所有权与经营权相分离原则由承包方对企业进行经营管理过程中产生的合同纠纷。企业承包经营起源于国有企业改革，随着经济发展与经营需要，广泛运用于交通运输、快递物流以及酒店餐饮服务等行业。企业承包经营合同在《民法典》合同编中没有明确规定，属于无名合同。实践中，该类案件主要涉及第三产业，在合同性质及效力认定、违约事实认定和合同解除后果处理等方面存在较大争议。现以典型案例为基础，对企业承包经营合同纠纷案件的审理思路

和裁判要点进行梳理、归纳和总结。

目录

01 典型案例

02 企业承包经营合同纠纷案件的审理难点

03 企业承包经营合同纠纷的审理思路和裁判要点

04 其他需要说明的问题

01 典型案例

案例一：涉及合同性质及效力的认定

A 公司与 B 公司签订联合生产经营合同，约定 A 公司给 B 公司提供厂房，双方联合经营；B 公司使用 A 公司的危险品生产许可证、营业执照等资质进行采购、生产、经营、运输，B 公司不再另行申请；B 公司实际承包经营合作生产项目，向 A 公司支付承包经营费。A 公司取得安全生产许可证等相关证件后多次通知 B 公司安排生产，但 B 公司未予回复，故 A 公司请求解除合同。

案例二：涉及合同履行过程中违约事实及解除情形的认定

周某与 C 公司签订承包经营合同，由周某承包经营 C 公司的网吧，网吧所在经营场所系 C 公司从 D 公司处租赁。后 D 公司以物业中心名义向 C 公司发出腾房通知，并强行断水断电导致周某无法继续经营网吧。周某认为 C 公司以欺诈手段骗取其签订承包经营合同，隐瞒涉案经营场所的真实租赁情况且未能保证其正常经营，构成根本违约，故诉请解除合同、返还承包费、赔偿损失。C 公司认为周某签订合同时已明知涉案

经营场所系租赁，周某未尽到相关注意义务，C公司并未构成违约。

案例三：涉及合同解除的时间确定及后果处理

E公司与F公司签订酒店承包经营合同，约定E公司将有经营使用权的酒店承包给F公司独立经营，同时提供酒店正常经营所需的营业执照、餐饮服务许可证等。后E公司向F公司发出通知称因F公司长期拖欠支付承包费、未经许可增加经营项目等违约行为要求解除合同。F公司以E公司未按约办理消防证照致其无法正常经营为由要求解除合同。

02 企业承包经营合同纠纷案件的审理难点

（一）合同性质及效力认定难

企业承包经营的模式较为多样，发包方与承包方之间通常签订承包经营合同以明确合作方式、承包费金额及支付方式、经营场所、违约条款及赔偿责任等。实践中，企业承包经营与租赁、挂靠、联营、合伙等模式存在一定的交叉和模糊之处，法律也没有进行明确界定，因此对企业承包经营合同的性质认定存在一定难度。其中，如果承包经营涉及某些特殊行业、准入许可等情形，则企业承包经营合同可能因违反法律法规强制性规定而无效，因此对企业承包经营合同的效力认定亦存在一定难度。

（二）合同履行过程中违约事实及解除情形认定难

企业承包经营合同纠纷案件中，发包方与承包方通常就拖欠承包费、未提供经营所需证照等违约事实争议较大。法院对双方合作期间实际履约情况及违约事实的审查存在较大困难。在审理中，双方的争

议焦点主要集中在哪一方构成违约并导致承包经营合同解除。当事人的违约行为是否属于足以导致合同解除的根本违约行为，真正导致合同解除的事由如何认定，在此类案件的审理中较难把握。

（三）合同解除的时间确定及后果处理难

企业承包经营合同系继续性合同。实践中，对于当事人是否具有合同解除权、合同是否已经解除、合同解除的时间点如何确定等往往存在较大争议。承包经营合同解除后，发包方通常会诉请要求承包方支付承包费、返还经营场所、恢复原状并承担违约责任，而承包方通常抗辩合同解除系因发包方违约导致，其应承担违约责任并赔偿损失。实践中，如何确定合同解除时间并对解除后果作出恰当处理，往往成为此类案件的难点。

03 企业承包经营合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

审理此类案件时，法院应当注重处理好发包方与承包方之间的关系，平衡保护企业承包经营合同双方当事人利益，发挥承包经营在促进经营方式灵活化、多样化方面的功能。具体而言，法院应依据《民法典》合同编以及相关有名合同的规定，重点审查企业承包经营合同当事人之间的约定，厘清合同双方约定的权利与义务，确定合同的性质与效力。在查明合同实际履行情况后，认定合同双方在履行过程中是否存在违约及过错程度，并对承包经营合同是否应予解除或继续履行、何时解除，以及合同解除后承包经营场所及财产返还、相关费用结算、违约责任承担及损失赔偿等事项进行处理，实现双方当事人之间利益的平衡与救济。

（一）认定企业承包经营合同的性质与效力

1. 区分内部与外部关系

审理此类案件时，首先应注意区分内部关系与外部关系。“**内部关系**”，是指企业承包经营合同双方即发包方与承包方之间的权利义务关系。对于当事人提出追加公司法定代表人为诉讼当事人并要求其承担连带责任的，法院应审查法定代表人在企业承包经营合同实际履行中的行为是否属于职务行为。若属于职务行为，则无需追加公司法定代表人作为承包经营合同关系的主体。

所谓“**外部关系**”，是指承包经营期间，承包方以发包方名义对外签订合同产生的债权债务关系。原则上应由发包方对外承担责任，发包方承担责任后可以根据企业承包经营合同的约定向承包方追偿。需要注意的是，外部主体起诉发包方要求清偿债务的案件不属于企业承包经营合同纠纷，应当另案处理。

2. 准确认定合同性质

企业承包经营、经营性房屋租赁、挂靠经营、联营等经营模式一般均以发包方（出租方、被挂靠方、联营体）的名义对外经营，上述模式之间存在一定的交叉与模糊之处，实践中应准确认定合同性质。一般而言，合同当事人签订名为“企业承包经营合同”或其他类似合同，约定当事人将企业营业执照及经营场所交给相对方，同时将企业经营权、资产或从业人员交给相对方管理，并收取相应承包费用的，此类合同性质应认定为企业承包经营合同。

需要注意的是，在经营性房屋租赁中，当事人签订的合同一般为

租赁合同，合同的核心内容应为场地使用权的移转，因其中亦涉及营业执照等相关证照的办理，故该类合同同时包含证照使用或借用、房屋租赁两部分内容。对此，法院应根据合同当事人的陈述，审查在合同订立及履行过程中，双方的真实意思表示以及对合同性质的理解，并结合合同实际履行情况审查是否符合企业承包经营法律关系的特征。

3. 主动审查合同效力

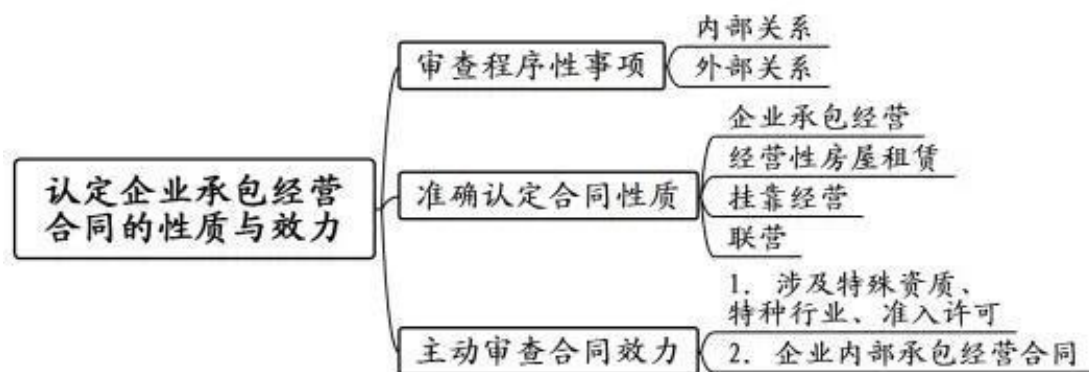
在认定涉案合同属于企业承包经营法律关系后，法院需主动审查合同效力。审查时，法院应特别注意企业承包经营合同所涉行业有无涉及国家限制经营、特许经营、特殊资质、特殊准入许可等情况。在部分实施从业准入的行业中，只有具备特殊资质的企业或个人方能开展经营业务，没有资质的主体往往采用承包经营的方式进行经营。如果法律对于特殊资质及特殊准入许可行业有相关强制性规定，则此类企业承包经营合同因违反法律强制性规定而无效。

如案例一中，A公司与B公司签订联合生产经营合同，约定B公司使用A公司的危险品生产许可证及营业执照进行生产经营，因违反《安全生产法》的强制性规定，该合同应认定为无效。

值得注意的是，在企业承包经营合同中，营业执照及其他相关证照如餐饮服务许可证的移交属于履行承包经营合同的正常行为，应与借用特殊资质的挂靠经营区分开来。一般而言，承包方以发包方名义、使用发包方证照经营且不涉及借用特殊资质的，企业承包经营合同应有效。

企业承包经营合同还包括企业内部承包经营合同，是指企业与员

工之间就企业经营目标 and 责任达成的承包协议，一般是企业所有者（总公司）将企业中的一个项目、部门或分支机构（分公司）发包给企业员工，类似于岗位责任制。实践中，此类合同订立的名称通常为“经营目标责任考核协议”，约定承包方遵守公司相关目标考核制度并负责承包项目或分支机构的经营与管理。该类合同的实质是企业内部管理合同，只要不违反劳动法及其他法律法规，一般宜认定合法有效。



（二）审查双方违约事实及是否构成合同解除情形

企业承包经营合同纠纷案件中，双方当事人往往认为对方存在违约行为导致合同解除。因此，对于违约事实及是否构成合同解除情形的审查，是查清此类案件事实的关键所在。

实践中，企业承包经营合同的必要条款主要包括：双方主体及承包经营期限、发包方及承包方的权利和义务、承包经营的方式和内容、承包所得收益的分配方式、承包经营期间对于原有人员的安排、劳动管理、违约责任、损失赔偿、相关资产设备的清点及移交程序等。法院应首先审查涉案企业承包经营合同的具体约定，再在此基础上审查

合同履行过程中双方是否遵守合同约定。

1、发包方常见违约事实审查

未能提供或未及时移交符合约定的经营场所

发包方应提供符合承包经营合同约定的经营场所并及时移交给承包人，以实现承包经营的合同目的。实践中，发包方常见违约情形包括未及时移交提供经营场所，或虽提供经营场所但质量上存在瑕疵，导致承包方实际经营存在困难。

其一，发包方未按合同约定及时移交经营场所，属于迟延履行合同义务。若无证据证明双方就迟延移交达成一致意见，则发包方构成违约。若发包方经催告后在合理期限内提供了符合合同约定的经营场所，那么对于合同的实际履行不会产生根本性影响，不足以导致合同目的不能实现。对于迟延交付造成承包方损失的，承包方可以主张发包方赔偿损失。

其二，在经营场所存在质量问题时，法院应审查是否因质量问题导致承包方实际无法经营。如果仅涉及行政罚款、整改等情形，对承包经营不构成根本影响，则属于瑕疵履行，对于合同目的实现不构成根本性影响。因此，对于承包方以此为由认为发包方构成违约并要求解除合同的，法院应不予支持。

未能保证经营场所正常使用

发包方作为经营场所的提供者，理应对其实际情况明确知晓，并应保证经营场所正常使用不受第三方干涉。实践中多发生房屋租赁合同到期、动拆迁、行政性改造项目或产业结构调整等情形，导致经营

场所无法继续使用。如果发包方提供的经营场所系从第三方租赁，合同双方对租赁期间与承包经营期间均应负有合理的注意义务，双方应了解经营场地的租赁期限能否保证经营场所在承包期内正常经营。若租赁期限早于承包期届满导致承包方未能正常经营，承包方应采取有效措施减少损失。由此造成承包经营合同未能正常履行的，双方均存在过错，不能单纯认定发包方违约。

如案例二中，承包经营合同签订时周某已了解涉案经营网吧的租赁期限早于承包期届满，且在收到业主发送的告知书要求将房屋腾空并返还时，周某应当知道无法继续经营。然而周某未采取任何措施减少损失，仍然继续经营，故周某与 C 公司均存在过错。在结算承包费时，法院应考虑双方的过错程度及实际承包情况酌情予以认定。

未能及时办理有效资质或及时移交相关证照

承包经营涉及的行业非常广泛，较为常见的包括服务业、建筑业等，在实际经营中需要相关证照，包括餐饮服务许可证、食品生产经营许可证、消防安全检查合格证、公共场所卫生许可证等。承包经营合同中已约定相关证照办理义务的，应按照约定进行审查。

如果合同已明确发包方办理、移交相关证照的具体期限，法院应审查发包方是否在约定期限前办理或移交证照。承包方举证证明因发包方怠于办理、移交相关证照对其实际经营造成严重不利影响。例如被行政执法机关作出责令罚款和停业等行政处罚的，发包方构成违约。需要注意的是，承包方明知自承包时起就没有相关证照，在经营期间亦未提出异议，在合作无法继续进行以合同目的无法实现为由

要求解除合同的，法院不应予以支持。

2、承包方常见违约事实审查

拖欠支付承包费

按约定支付承包费是承包方最基本的合同义务之一。承包费作为承包方获得承包经营权的对价，除发包方责任导致无法经营外，不论实际经营与否、实际盈利与否，承包方均应按时支付。未按约定及时支付承包费即构成违约。实践中，法院应审查承包方是否具有正当抗辩理由，包括发包方未办理相关证照、未保证经营场所正常使用等，但上述事由应由承包方举证证明。如承包方未能充分举证，则其拖欠支付承包费的行为仍构成根本违约。

违法经营及违约经营

承包方应按照企业承包经营合同约定的经营方式及法律规定开展承包经营。若承包方在经营场所进行违法犯罪活动或超出营业执照规定的经营范围，导致经营场所受到吊销营业执照或停业整顿等行政处罚的，则承包方构成根本违约，发包方有权要求解除合同。

违反合同约定改造经营场所

承包方对于经营场所的使用应符合合同约定。承包方在经营过程中，未经许可对经营场所进行装修改动、扩建等，在发包方要求的合理期限内仍不恢复原状的，发包方可要求解除合同。

违反合同约定转承包

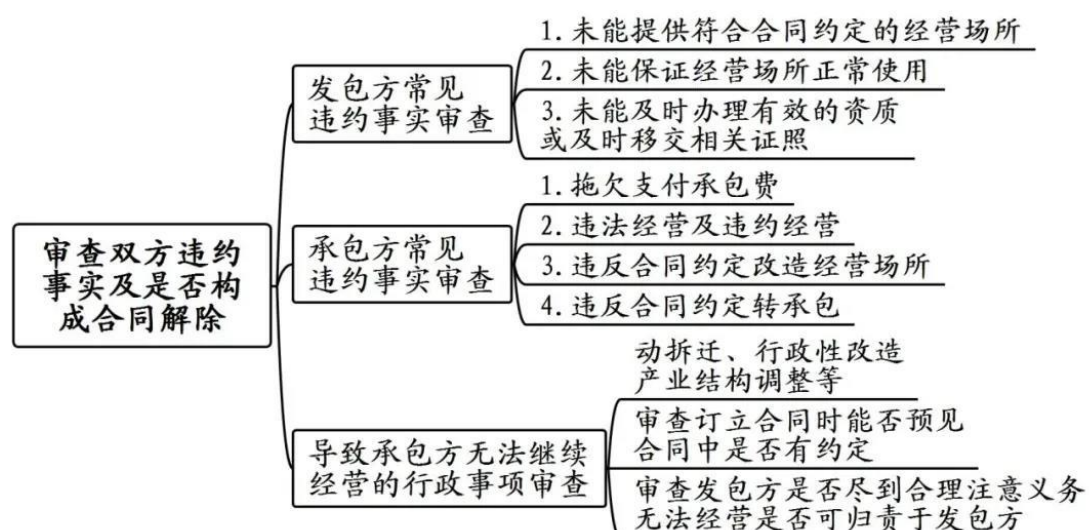
合同约定不得转承包，承包方未经发包方同意转包给案外人以赚取承包费差价的，承包方构成违约。发包方以承包方未经同意转承包

为由要求解除承包经营合同的，法院应予支持。

3、导致承包方无法继续经营的行政事项审查

实践中，导致企业承包经营合同解除的事实还包括一些常见的行政事项，例如涉案经营场所动拆迁、被列入产业结构调整或行政性改造项目、系违章建筑或临时建筑被强制性关闭等。此时，承包方正常经营涉案经营场所的合同目的已不能实现，承包经营因缺乏继续履行的基础而无法继续，合同一般面临解除。

对此，法院应审查上述行政事项是新发生的事实还是合同订立前双方就能预见到的事实。如果合同订立时，双方已能预见到此类行政事项的发生，则应审查合同中有无对此类事项发生时双方责任义务的约定：有约定的从约定，无约定的需审查发包方是否已尽到保证经营场所正常经营的义务及合理的注意义务。发包方未能提供证据证明其已经尽到合理注意义务的，构成违约。如果造成实际无法经营的原因不可归责于发包方，系因合同双方均明知无法继续经营或其他不可预见、不可避免且无法克服的情况，发包方也没有隐瞒重大事项的，则不宜认定发包方违约，合同解除的后果及风险应由双方共同承担。



（三）企业承包经营合同解除的时间确定及后果处理

企业承包经营合同解除的时间关系到承包费、代收代缴费用等费用的计算期间，以及违约金、逾期利息的起算点认定，是此类案件审理中的关键事实。承包经营合同一方行使合同解除权的，法院审查后认为行使合同解除权符合合同约定或法律规定，应确认解除通知送达之日作为合同解除日。

经审查主张解除方并无解除权的，合同应继续履行，但双方诉讼中均同意解除合同的，以双方合意解除之日作为合同解除日。**需要注意的是**，承包方实际撤离、返还经营证照的行为只是合同解除后的处理事项，属于附随义务的履行，与合同解除时间的确认并无关联，不应以此作为解除企业承包经营合同的时间节点。

根据《民法典》第566条规定，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，当事人可以请求恢复原状或采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。企业承包经营合同纠纷中，在确定合同效力、审查双方违约事实及是否构成解除情形、确

定合同解除时间后，法院应根据双方当事人诉请对合同解除的后果进行处理，同时注意平衡双方的权利义务。

1、费用结算

承包费

法院应根据确定的合同解除日及合同实际履行期限，结合双方提供的证据查明实际已经支付的承包费，并按照合同约定的计算标准计算承包方剩余未付的承包费。当事人就欠付承包费主张逾期利息或逾期付款滞纳金的，法院应审查是否具有合理性并在判决中予以认定。

发包方代收代缴的相关费用

承包经营过程中，经营场所的水电费、物业费、网费等相关费用是由发包方代收代缴的，在合同解除时应对发包方代收代缴的费用予以结算。法院应审查合同中对于水电费、物业费等相关费用是否已约定支付方式，是否包含在其他种类的费用中，避免重复计算。在计算水电费、物业费等费用时，应结合承包方实际撤离经营场所的时间而非合同解除的时间来认定。

经营过程中产生的应收账款、货款等

承包经营过程中，承包方以发包方的名义对外经营。如双方约定由承包方设立独立核算的账户收取承包经营收入，则不存在应收账款的返还问题；如承包方直接以发包方的银行账户对外经营，在承包经营期限到期后易发生应收账款的结算问题。在认定应收账款时，法院应注意将账户承包经营期限内的经营收益与其他资金进行区分，避免多算或错算。如承包方提供相关证据可以证明承包经营期限内的应收

账款属于其与外部客户之间的应收货款，法院应予以支持。

押金与保证金

合同解除后，法院应对承包方在缔约时交纳的押金与保证金一并进行处理。企业承包经营合同对押金与保证金的返还有约定的，法院应审查相关约定。因发包方违约导致合同解除的，发包方应全额退还承包方交纳的押金与保证金。承包方违约导致合同解除的，发包方在实践中通常直接没收押金或保证金。法院应审查承包方的违约行为是否符合合同约定没收押金或保证金的条件，如果符合可予以支持。

如案例三中，因承包方 F 公司欠付承包费的数额不足以构成根本违约，且发包方 E 公司明知 F 公司实际经营时私自增加项目，故不构成合同解除。然而，审理中双方对合同解除达成一致意见，故法院据此确定合同的解除时间，并对双方的实际支出进行必要清算，包括剩余承包费、保证金、垫付费用、税金、占用费等，符合公平原则。

2、撤离经营场所并返还相关证照

企业承包经营合同解除后，承包方应及时撤离经营场所，并返还发包方提供的相关证照。需要注意的是，在合同双方对合同解除达成一致意见时，法院应当召集双方对经营场所的装修现状及设备情况进行确认，并促成双方及时进行经营场所的交接，避免损失进一步扩大。

3、违约责任承担

停业损失、因未及时返还经营场地造成的损失

因发包方未能保证经营场所正常使用、未提供相关证照等违约行为导致承包方无法继续经营的，承包方另行寻找经营场所并重新开始

经营需要一定期限。因此，对承包方诉请要求发包方赔偿因其违约造成无法实际经营的损失，法院可酌情予以支持。

因承包方拖欠承包费、违约转承包等违约行为导致承包经营合同解除的，在承包方实际撤离经营场所前，承包方仍实际占有经营场所。发包方因无法使用经营场所，往往要求承包方支付合同解除至实际撤离期间的场地占用费损失、经营损失等。法院应结合发包方的举证情况，审查发包方所受损失的范围及大小。在发包方就损失进行合理举证的情况下，法院可适当参考承包费标准予以支持。然而在发包方可以采取适当措施减少损失扩大的情况下，发包方没有采取措施减少损失扩大的，对损失扩大部分应不予支持。如果涉案经营场所系从第三方租赁的，还可参照租赁合同中的租金标准计算发包方的损失。

装饰装修损失

企业承包经营合同中，对装饰装修、设施设备费用有约定的，应按照合同约定进行处理；没有约定的，法院可参考租赁合同案件中对装饰装修残值损失的分担方式进行处理：

首先，承包方经发包方同意对经营场所进行装饰装修，合同解除时，除当事人另有约定外，未形成附合装饰装修物的，可由承包方拆除。因拆除造成经营场所毁损的，承包方应恢复原状。

其次，因发包方违约导致企业承包经营合同解除，承包方请求发包方赔偿其剩余承包期内装饰装修残值损失的，法院应予支持。相反，因承包方违约导致企业承包经营合同解除，承包方的上述请求，法院不应予以支持。发包方同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补

偿。双方对装饰装修物价值有争议的，可对装饰装修进行鉴定，评估现值损失。

违约金

法院应结合合同履行过程中双方的主要违约事实进行审查，确定违约方应承担的违约责任。合同中对违约金有相关条款约定的，法院应严格审查违约情形：如果当事人的违约行为并非合同所约定支付违约金的违约情形，或该违约行为并非导致合同解除的原因，对于相对方要求支付违约金的诉请，法院应不予支持。

此外，在承包经营期限到期之前，合同双方可能因经营不善协商提前解除合同。此种情况属于合意解除，若协商解除过程中双方未对违约金作出特别约定，对于当事人要求赔偿违约金的，法院一般不予支持。

实践中，双方的履行行为可能均存在瑕疵，或存在一定程度的违约行为，因此当事人多要求对方支付违约金。法院在审查时应认定双方当事人的行为是否应适用过失相抵规则，以及是否构成与违约金金额相当的根本性违约：如果双方当事人的违约行为均未达到足以导致合同解除的根本性违约程度，且过错程度大致相当，则可以适用过失相抵规则。鉴于一般性的轻微违约行为所应承担的违约责任应当明显轻于根本性违约时的违约责任，因此法院应当结合违约行为的严重程度酌情确定违约金数额。



04 其他需要说明的问题

第一，“名为内部承包实为挂靠”的认定。对于以企业内部承包为名签订承包经营合同，成立分公司承接建设工程的，合同实质属于挂靠，相关的建设工程分包合同因借用资质而无效。“名为内部承包实为挂靠”的合同因涉及借用资质违反相关法律法规强制性规定，合同也属无效。具体处理应适用建设工程领域相关法律法规，故在本文中未予列明。

第二，企业承包经营合同被认定无效后，法院应对合同无效的后果进行处理。合同无效的后果处理以及装饰装修设备残值损失的认定等内容，因篇幅所限在本文中未予列明，可参考我院已经刊发的《无效房屋租赁合同案件的审理思路和裁判要点》。

国有股无偿划转中其他股东可否行使优先购买权

来源：法务部

日期：2021年5月11日

企业国有股权无偿划转（以下简称“国有股权无偿划转”）是指根据《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”）第二条的规定，企业国有股权在政府机构、事业单位、国有独资企业、国有独资公司之间的无偿转移。此种国有股权无偿划转不同于商业交易上的股权转让，其目的是优化产业结构和提高企业核心竞争力，着力推动混合所有制改革，防止国有资产流失，因此需要严格履行一系列的申请、审批程序。

《暂行办法》第五条规定：“有限责任公司国有股权的划转，还应当遵循《中华人民共和国公司法》的有关规定。”国有股权无偿划转的直接后果是股权发生变动，据此产生一个问题：有限责任公司国有股权无偿划转中，其他股东可否行使《公司法》上的优先购买权？

一、实证法分析

《暂行办法》第五条规定：“有限责任公司国有股权的划转，还应当遵循《中华人民共和国公司法》的有关规定。”国有股权无偿划转的直接后果是股权发生变动，据此产生一个问题：有限责任公司国有股权无偿划转中，其他股东可否行使《公司法》上的优先购买权。

（一）优先购买权制度的立法目的

《公司法》第七十一条是关于股东优先购买权制度的规定，实质上是对股权转让自由的一种限制，通过牺牲股权出让方和第三人之间一部分的交易自由，换取对其他股东“特殊利益”的保护，这种“特殊利益”来源于有限责任公司的人合性，即股东之间的信任关系和人情关系是有限责任公司成立的基础。为了维持有限责任公司相对封闭的人合性，保护股东之间的信任关系，第三方加入有限责任公司时，出让股东应当征询其他股东过半数同意，并赋予其他股东同等条件下的优先购买权。

有一种观点认为，不是所有的股权变动均可以适用股东优先购买权制度。如根据《公司法解释（四）》第十六条的规定，自然人股东因继承发生变化时，其他股东不得主张行使优先购买权。而国有股权无偿划转并不属于《公司法》第七十一条规定的股权转让，而是国有资产流转的一种方式，自然不适用《公司法》第七十一条。

我们认为，且不论《公司法解释（四）》第十六条的合理性，在现行立法未明确规定国有股权无偿划转不适用《公司法》第七十一条的情况下，国有股权无偿划转同样应当保护其他股东的优先购买权，理由在于国有股权无偿划转的直接后果是股权发生变动，这种变动同样会导致有限责任公司股权结构变化、破坏有限责任公司股东之间的信任关系，不因变动前后的股东均为国有独资企业、国有独资公司而有本质上的区别。

实际上，上海国资委已对此问题有所涉及。2021年1月1日起实施的《上海市企业国有产权无偿划转管理办法》第六条规定：“被

无偿划转企业国有产权应当权属清晰。权属关系不清晰或存在权属纠纷的企业国有产权不得进行划转。被无偿划转企业国有产权存在担保物权、法定优先权、租赁权等权利负担的，其无偿划转应当符合《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国公司法》等相关法律的规定。”

第十条第三款规定：“划转标的为公司制企业部分股权的，应按《中华人民共和国公司法》和公司章程规定征得被无偿划转企业其他股东同意。”从前述规定可以看出，上海国资委认为国有股权无偿划转存在法定优先权的保护问题，明文规定“应当征得其他股东的同意”。不过，该规定仅载明“征得其他股东同意”，并未直接涉及股东优先购买权问题，这与国有股权无偿划转的特殊性有很大关系

（二）国有股权无偿划转的特殊性

不同于商业上的股权转让，国有股权无偿划转具有特殊性，但这种特殊性足以突破股东优先购买权制度所保护的权益吗？

二、因股权激励取得的员工股权

国有股权无偿划转的特殊性涉及三个要素：“国有”、“无偿”和“划转”。

首先，“国有”要素不能突破股东优先购买权制度。在一般的国有股权转让中，同样需要保护其他股东的优先购买权，《公司法解释（四）》第二十二第二款对此已予以明确。

其次，“无偿”要素与股东优先购买权的保护并不冲突。有观点认为，国有股权无偿划转系无偿的，如果允许其他股东行使优先购买权，在“同等条件”下无偿受让国有股权，将会导致国有资产流失。

我们认为这是一种误解，为保护有限责任公司的人合性，股权无偿转让同样应受《公司法》第七十一条的规制，“无偿”要素不能否定股东的优先购买权，司法实践中有法院认为其他股东可以以“公平合理的价格”优先购买【参见(2017)皖 18 民终 492 号案件】。在国有股权无偿划转中，若其他股东得以行使优先购买权，其受让价格可以按照公允价值来确认，并不会导致国有资产流失。

问题的关键在于，实践当中往往不会触发其他股东的优先购买权，因为国有股权无偿划转的主要目的并非防止国有资产流失，而是国资结构的优化调整。出让方可以在征询其他股东是否同意无偿划转的同时，要求其他股东放弃优先购买权，如果其他股东不同意国有股权无偿划转的，出让方可以选择终止无偿划转操作。但这不能否认其他股东享有《公司法》第七十一条规定的权利，即出让方应当征得其他股东过半数同意，未履行通知程序的，属于侵害其他股东优先购买权的行为。

最后，“划转”的内涵实为国家为加强企业国有资产交易监督管理，优化国资结构而进行的内部调整。有观点认为，国有股权在无偿划转时，批准划转的主体即为划转双方的实际控制人，在实际控制人没有变化的情况下，有限责任公司的人合性没有被破坏，股东优先购买权没有行使的基础。对此我们认为，第一，《暂行办法》第十二条规定企业国有股权划转可能涉及不同的批准机构、实际控制人完全可能发生变化，前述观点的前提不成立；第二，即便批准机构相同、实际控制人没有变化，基于法人的独立性原理，实际控制人相同不改变

国有股权无偿划转系股东对外转让股权的事实，应当有股东优先购买权适用的空间。

还有观点认为，“划转”的出让方和受让方均是国有企业，被划入方的选定是为了满足调整国有经济布局这一目的，不是任意一个受让方均可“担当此任”、具备与被划入主体同等的条件。如不存在同等条件，也就谈不上优先购买权了。对此我们认为，前述观点系对“同等条件”的扩大解释，交易目的不应当属于“同等条件”的认定范围。根据《公司法解释（四）》和司法实践的观点，“同等条件”主要是对股权转让价格产生影响的条件，“资格条件”是否属于“同等条件”的范畴需要谨慎对待。企业国有股权划转确有其经济调整意义，但在立法未修改的情况下，牺牲其他股东的合法权益暂不具有正当性。

综上所述，国资相关规定系管理国资企业的规定，不应当侵犯其他主体的合法权益。在法律没有明确规定、也未构成权利滥用的情况下，不应当轻易排除《公司法》赋予其他股东的优先购买权。

三、司法实践观点

国有股权无偿划转的案例较少。

在《天津鑫茂鑫风能源科技有限公司与甘肃汇能新能源技术发展有限公司、甘肃酒泉汇能风电开发有限责任公司股权转让纠纷二审民事判决书》中【案号：(2017)最高法民终 205 号】，甘肃汇能和酒泉汇能均是国有独资公司，甘肃汇能向酒泉汇能划转甘肃鑫汇的股权，并未约定对价，其实质是基于甘肃电力集团的决定对国有资产进行划拨。但在无偿划转的过程中，甘肃汇能并未通知另一股东天津鑫

茂，使得天津鑫茂无法主张优先购买权。对此，甘肃高院和最高院的两审判决均否定了天津鑫茂的优先购买权，但理由似乎完全是因为甘肃鑫汇的章程第十四条第（三）项的特别规定：“股东不得将其股权无偿赠予他人，但根据国有资产无偿划拨规定的不在此限，且无偿划拨不适用关于股权转让的规定。”依据该规定，国有股权无偿划转将不适用股权转让的规定，自然也就不适用优先购买权的规定。除此之外，两审法院没有进行其他层面的说理。

从上述案例可以看出，最高院的态度仅仅是在国有股权无偿划转中，若章程对优先购买权有特别规定的，应当尊重其规定。若章程没有特别规定的，我们认为还是应当按照《公司法》第七十一条的规定，保护其他股东的合法权益。

四、总结

综上所述，国资相关规定是对国有产权的内部规划管理，不能突破《公司法》的规定，国有股权无偿划转应当征得其他股东过半数同意，保护其他股东的优先购买权。另一方面，国有股权无偿划转具有一定的特殊性，由其他股东受让国有股权往往无法满足划转的经济战略意义，因此其他股东的优先购买权可能只是一种名义上的权利，实践当中往往不会触发股东的优先购买权，但这不影响其他股东行使《公司法解释（四）》第二十一条第二款赋予的损害赔偿请求权。为防止争议的发生，建议相关企业应在章程中明确排除企业国有产权无偿划转中其他股东的优先购买权。

委托担保及反担保合同中违约金条款的效力

来源：人民司法

作者：葛少帅

单位：上海金融法院

日期：2021 年 5 月 6 日

【裁判要旨】

在担保合同中，基于担保的从属性，担保责任的范围不得大于主债务。在委托担保合同中，委托人与担保人之间并非担保关系，其中的违约金条款属于当事人意思自治的范围。对反担保而言，从保护担保人追偿权的角度，应当将反担保合同认定为委托担保合同的从合同，反担保合同中反担保人承担的反担保责任不应当超过委托担保合同中明确的主债务。

【案号】

一审：（2020）沪 0110 民初 9565 号

二审：（2020）沪 74 民终 944 号

【案情】

原告：上海杨浦融资担保有限公司（以下简称杨浦担保公司）。

被告：上海中卉生态科技股份有限公司（以下简称上海中卉公司）、厦门中卉生态景观有限公司（以下简称厦门中卉公司）、重庆

中卉生态科技有限公司（以下简称重庆中卉公司）、柯思征、曾淑玲。

2019 年 3 月 28 日，上海中卉公司与案外人上海浦东发展银行股份有限公司杨浦支行（以下简称浦发银行杨浦支行）签订流动资金借款合同，约定上海中卉公司为借款人，浦发银行杨浦支行为贷款人，借款金额为 350 万元，借款期限自 2019 年 3 月 28 日起至 2020 年 2 月 21 日止。

同日，上海中卉公司与杨浦担保公司签订委托担保合同，约定上海中卉公司为委托人（甲方），杨浦担保公司为受托人（乙方），甲方委托乙方为其与浦发银行杨浦支行签订的流动资金借款合同项下的 315 万元及相应利息、罚息、违约金、赔偿金、因追偿债务所发生的各项费用提供担保，乙方接受甲方委托，同意担保。甲方同意按照乙方提供担保本金数额的 3% 向乙方支付担保费。若甲方届时未按贷款合同及相关配套协议之约定按时足额清偿全部债务，导致乙方承担担保责任而代偿相应款项的，甲方需向乙方支付代偿额 20% 的违约金，同时甲方应按日向乙方支付代偿额的万分之五的违约金。乙方代偿后，甲方还需向乙方支付代偿资金的利息，自乙方向债权人支付代偿款开始，至乙方收到全部代偿款为止，利息的利率为每日万分之五。

同日，杨浦担保公司与浦发银行杨浦支行签订借款保证合同，约定杨浦担保公司为保证人，浦发银行杨浦支行为债权人，被担保主债权为债权人浦发银行杨浦支行与债务人上海中卉公司订立的流动资金借款合同项下的 315 万元融资及利息、违约金、损害赔偿金、费用等。

同日，厦门中卉公司、重庆中卉公司作为保证人，向杨浦担保公司出具了不可撤销信用反担保函，柯思征、曾淑玲向杨浦担保公司出具了个人无限连带责任保证承诺书，承诺以连带责任保证的方式向杨浦担保公司提供反担保。反担保的范围为借款人涉主合同项下的贷款本金、利息、罚息及违约金、损害赔偿金和实现债权的一切费用，以及杨浦担保公司承担签署担保责任并实施代偿后的代偿金利息等。同时约定，若借款人未按主合同约定按期足额清偿全部债务，导致杨浦担保公司代偿或损失的，保证人承诺在收到杨浦担保公司追偿通知后 15 日内无条件将上述款项一次性足额支付给杨浦担保公司。逾期未支付的，愿意承担该代偿款每日万分之五的违约金。

后因上海中卉公司不能按期归还借款，浦发银行杨浦支行宣布借款提前到期，并在 2020 年 1 月 17 日向杨浦担保公司发出担保代偿履约通知书，要求杨浦担保公司代偿。杨浦担保公司于当日履行了保证合同约定，共代偿 2655715.61 元（含本金 2646000 元，利息、逾期利息、罚息、复息、违约金等共计 9715.61 元）。

原告杨浦担保公司起诉，请求法院判令被告上海中卉公司偿还代偿本金、利息及违约金，并请求判令厦门中卉公司、重庆中卉公司、柯思征、曾淑玲承担连带清偿责任。

【审判】

上海市杨浦区人民法院经审理认为：上海中卉公司与浦发银行杨浦支行签订的流动资金借款合同，上海中卉公司与杨浦担保公司签订的委托担保合同，杨浦担保公司与浦发银行杨浦支行签订的借款保证

合同，厦门中卉公司、重庆中卉公司向杨浦担保公司出具的不可撤销信用反担保函，柯思征和曾淑玲共同向杨浦担保公司出具的个人无限连带责任保证承诺书，均系当事人的真实意思表示，合法有效，各方当事人均应恪守并按约履行各自的义务。浦发银行杨浦支行依约向上海中卉公司放款后，上海中卉公司作为借款人未按约还款，杨浦担保公司根据合同约定向浦发银行杨浦支行履行了保证责任后，上海中卉公司未按约向杨浦担保公司偿还，故杨浦担保公司有权向其追偿，要求上海中卉公司归还代偿款并支付违约金和利息，并将违约金和利息的利率合并调整为年利率 24%。由于厦门中卉公司、重庆中卉公司向杨浦担保公司出具了不可撤销信用反担保函，柯思征、曾淑玲向杨浦担保公司出具了个人无限连带责任保证承诺书，杨浦担保公司据此要求厦门中卉公司、重庆中卉公司、柯思征、曾淑玲承担连带保证责任，应予支持。至于曾淑玲抗辩其签字的时候对主合同等内容均不知情，由于其并未提供相应的证据予以证明，不予采纳。

一审宣判后，五被告均不服，上诉至上海金融法院。认为相关合同中约定的违约金为万分之五，即年利率 18%，一审判决违约金为年利率 24%，不符合合同的约定。曾淑玲无担保的真实意思，虽然在个人无限连带责任保证承诺书上签字，但对流动资金借款合同内容不知情，不应当承担保证责任。

上海金融法院经审理认为，一审裁判中的违约金为年利率 24%系包括了违约金和利息，并不超过法定利率上限，于法不悖。曾淑玲作为完全民事行为能力人，虽称对主合同等内容不知情，但未提供相应

的证据加以证明，所以应当承担相应的保证责任。上海金融法院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案涉及多份合同，当事人之间因上海中卉公司向案外人浦发银行杨浦支行借款融资，形成了多重法律关系。上海中卉公司与杨浦担保公司之间签订了委托担保合同，杨浦担保公司与浦发银行杨浦支行之间签订了借款合同，厦门中卉公司、重庆中卉公司分别向杨浦担保公司出具了不可撤销信用反担保，柯思征、曾淑玲向杨浦担保公司出具了个人无限连带责任保证承诺书，当事人之间形成了委托担保关系、担保关系、反担保关系。在这些合同中，委托担保合同、不可撤销信用反担保、个人无限连带责任保证承诺书均明确约定了违约金条款以及逾期利息条款。虽然本案当事人争议的焦点主要集中在违约金的计算方式以及曾淑玲是否承担担保责任，并未对相关合同中违约金以及逾期利息条款的效力问题产生争议，但对相关合同中违约金条款的效力却是法官在裁判案件时必须加以思考的。由于本案基本上囊括了担保过程中不同合同可能涉及的违约金条款，因此本案殊值研究。

一、担保合同中违约金条款效力判断的标准

长久以来，担保合同中违约金条款的效力一直存在争议，主要存在两种较为典型的观点。一种观点认为应当尊重当事人意思自治，在意思表示真实的情况下，应当认定违约金条款有效。另一种观点则认为，担保合同是主债务合同的从合同，担保从属于主债务，超出主债

务范围约定的担保责任应当无效。针对实践中各地裁判标准的不统一，最高人民法院基于担保的从属性，在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会纪要》）第55条明确规定，担保人承担的担保责任的范围不应大于主债务。当事人约定的担保责任范围大于主债务的，应当认定大于主债务部分的约定无效。同时，为了更具体地阐述上述规定，该条还列举了实践中担保责任范围大于主债务的典型情形，例如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行届满等表现形式。可以说，《九民会纪要》第55条为担保合同中违约金条款的效力判断提供了明确的标准。

根据该条规定，担保合同中约定违约金条款并非一律无效。如果违约金条款约定的担保责任未大于主债务，则该违约金条款应当有效。即使违约金条款约定的担保责任大于主债务，也仅为大于主债务部分的约定无效，未超过主债务部分的违约金仍然有效。该条规定不仅保护了担保人的利益，也避免了担保人承担大于主债务的担保责任后导致的担保人无法根据担保求偿权向债务人追偿的难题。值得注意的是，该条规定的适用范围为担保合同中的违约金条款。只有在担保合同关系中才存在担保责任与主债务，继而才会有从属性的问题。若当事人之间存在的合同关系虽然与担保有关，但是并非担保合同，则不应当适用该条款的规定。当然，根据我国担保法的相关规定，反担保同样属于担保，适用担保法的相关规定，因此，反担保合同中违约金条款也一并适用此条规定。

二、委托担保合同中违约金条款的效力判断

本案中，杨浦担保公司与浦发银行杨浦支行之间签订的借款保证合同是典型的担保合同关系，在此合同关系中，主债务系上海中卉公司与浦发银行杨浦支行之间的借款，担保人系杨浦担保公司。厦门中卉公司、重庆中卉公司分别向杨浦担保公司出具不可撤销信用反担保函，柯思征、曾淑玲共同向杨浦担保公司出具不可撤销信用反担保函，实际上形成了反担保的合同关系，相对于主债务合同而言，均属于从合同，都具有担保合同的从属性，可以适用《九民会纪要》第 55 条规定。

对于上海中卉公司与浦发银行杨浦支行之间签订的委托担保合同，该份合同虽然与担保有关，系当事人为了借款保证合同的签订而成立的一份合同，但该合同并非担保合同，也不从属于其他合同。该合同的内容，既约定了担保人承担担保责任后追偿的范围，也约定了提供担保服务的服务费，还约定了债务人不偿还代偿金额后的违约后果。由于该合同并非担保合同，合同双方也不存在担保关系，则对于该合同中的违约金条款，不应当适用《九民会纪要》第 55 条之规定。

针对委托担保合同中违约金条款的效力，有观点认为委托担保合同中不应当再约定违约金条款。理由有二：一是主债务人承担了主债务的违约责任后，再承担对担保人的违约责任，因同一行为而负双重责任，变相扩大了主债务人的责任范围，有违公平原则。二是担保公司作为市场中介组织，其主要风险即求偿权是否能够得以实现，该风险为担保公司应当承担的经营风险，其所收取的高额佣金即担保费及

其他费用中已包含了该风险的对价。担保公司在承担了担保责任后，即获得了追偿权，在此情况下再苛以高额违约金，与立法思想相悖。

^[①]笔者不赞成上述观点。从本案来看，首先，当事人约定的担保费用仅为 3%，在担保公司业务快速发展的现状下，担保公司所收取的 3% 的担保费用很难称得上是对其所承担的风险进行了分担。尤其在担保人代偿之后，若债务人迟迟不归还代偿款项，则担保人收取的担保费用将很难补偿担保人资金损失。担保费用是担保公司为债务人提供担保所收取的服务费，若认为该笔费用包含了求偿权无法实现风险的对价，那是否意味着担保人再要求相关当事人提供反担保的行为也有违公平原则呢？其次，本案委托担保合同中违约金条款既约定了债务人拒不归还债权人贷款导致担保人代偿的，应当向担保人支付贷款金额 20% 的违约金，又约定了在担保人代为清偿后，债务人不归还代偿金额的，债务人应当向担保人分别支付代偿金额日万分之五的利息和违约金。对于 20% 的违约金，可以认为是同一行为负双重责任，而对于日万分之五的利息和违约金，则是对于债务人不归还担保人代偿资金所苛以的责任，并非对主债务违约的重复苛责。最后，从行业发展来看，若将提供担保服务所收取的服务费视为业务风险的对价，则担保公司会相应地提高此部分的收费标准，最终会导致融资主体融资成本提高，也不利于行业的发展和债务人的融资活动。

因此，笔者认为，在判断委托担保合同中违约金条款效力时，若无其他特殊情况，应当从合同条款是否有效的一般判断标准进行分

^[①] 马庆松：“担保公司代偿债务后的追偿范围”，载《人民司法》2015 年第 10 期。

析。总体上，应当尊重当事人的意思自治。在具体判断时，需要区分两种不同类型的违约金，若违约金条款系对债务人的主债务违约行为所约定的，即对担保人承担担保责任之前的行为进行的约定，则从公平的角度，不应当支持。若违约金条款系对担保人承担担保责任后，债务人未能偿还担保人代偿款的约定，则应当视为有效。同时，若违约金条款约定责任过高，可以参考民间借贷所保护的利率限额进行调整。本案中，杨浦担保公司仅主张债务人逾期不归还代偿款的利息以及违约金，均按代偿金额日万分之五计算至实际清偿日止。因该两项责任相加超过法定限额，故参照民间借贷的相关规定，合并调整至年利率 24%。

三、反担保合同中违约金条款的效力判断

反担保，又称求偿担保，是为了担保人求偿权的实现而创设的一种担保形式，本质上仍属于担保。它包括了债务人自己提供的抵押和质押，以及第三人提供的保证、抵押和质押等形式。作为一种特殊的担保形式，反担保也具有从属性，对反担保合同中违约金条款应当适用《九民会议纪要》第 55 条的判断标准，这一点毋庸置疑。但反担保合同在适用这一判断标准时，面临的首要问题在于如何确定主债务。确定反担保责任的主债务，首先需要明确反担保合同所从属的主合同。从担保合同的从属性上分析，反担保合同从属于何种合同存在两种不同观点。主流的观点认为，反担保合同从属于担保人与债权人之间的本担保合同，它是本担保合同的从合同，而不是主合同的从合同。^{〔2〕}另外有学者认为，反担保

〔2〕 刘宝玉：“反担保初探”，载《法律科学》1997 年第 1 期。

合同并不从属于担保公司和商业银行之间的本担保合同，而是从属于借款人与担保公司之间的委托担保合同。^{〔3〕}

对反担保合同中违约金条款效力的判断，确定主合同至关重要。若反担保合同从属于担保人与债权人之间的本担保合同，则在确定反担保合同担保责任范围时，主债务的范围就应当限定在本担保合同确定的担保责任范围。由于本担保合同从属于借款合同，则反担保合同最终承担的担保责任不能超过借款合同确定的主债务。若反担保合同从属于债务人与担保人之间的委托担保合同，则根据第二部分论述，反担保最终承担的担保责任以委托担保合同中确定的主债务为限，最终承担责任范围可能超过借款人与债权人之间的主债务。

关于反担保从属于何种合同，担保法以及物权法等相关规定较为笼统，并未加以明确。最高人民法院关于反担保的论述中，也仅提到了反担保以本担保的成立为前提，^{〔4〕}并未指明反担保从属于本担保。对此，笔者较为赞同反担保合同从属于委托担保合同的观点。从反担保设定的目的分析，它是为了保障担保人债权的实现，若将反担保视为从属于本担保，则反担保最终将受限于债务人与债权人之间的主债务，反担保也将蜕化成维护债务人的一种手段，这将使得反担保关系当事人的意思自治受到较大的约束，不利于维护担保人的利益，继而影响委托担保业务的健康发展。

本案中，按照反担保人出具的承诺，若债务人未在 15 日内清偿担

〔3〕 高圣平：“融资性担保公司求偿担保若干争议问题研究”，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020 年第 11 期。

〔4〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》，人民法院出版 2020 年版，第 991 页。

保人的代偿款，则应当分别承担代偿金额日万分之五的利息和违约金。该约定不超过委托贷款合同中约定的债务人应当承担的责任，应当有效。由于将委托贷款合同中违约金和利息计算标准已经根据民间借贷的相关规定合并调整为年利率 24%，因此，反担保人应当按照此标准对违约金及利息承担连带责任。

值得注意的是，根据最高法院相关规定的精神，人民法院在审理此类型案件时，在当事人未提出相关主张时，尽管当事人有关担保责任大于主债务的约定，属于因违反法律强制性规定或者违反公序良俗而部分无效，但合同部分无效后所产生的担保人因此减少给付的法律后果，仅涉及担保人的个人利益，法院无权也不应替担保人主张，更不能在担保人未提出主张的情况下依职权将担保人的责任降低到与主债务相同的程度。^{〔6〕}

（案例刊登于《人民司法》2021 年第 11 期）

〔6〕 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判纪要〉理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 350 页。