

## 安慰函还是担保函

作者: 秦悦民 / 蒋丽

在佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案<sup>1</sup>及交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉案<sup>2</sup>中, 均涉及地方政府向境外债权人出具的《承诺函》<sup>3</sup>是否被认定为 1995 年《中华人民共和国担保法》(下称“《担保法》”)下的保证的问题。本文对该两起案件进行比较分析, 以对该类案件中《承诺函》性质的认定问题予以讨论。

### 案件比较分析

	佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案	交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉案
案件焦点问题之一	佛山市人民政府出具的《承诺函》是否构成法律意义上的担保?	云浮市人民政府出具的《承诺函》是否构成法律意义上的担保?
案件事实依据(相似之处)	<p>(1) 交通银行香港分行(“香港交行”)向中亚企业有限公司(“中亚公司”)和景山有限公司(“景山公司”) (两公司均系佛山市人民政府驻港机构)分别提供授信, 佛山市人民政府为此向香港交行分别出具了两份《承诺函》, 两函均称: “本政府愿意督促该驻港公司切实履行还款责任, 按时归还贵行贷款本息。如该公司出现逾期或拖欠贵行的贷款本息的情况, 本政府将负责解决, 不使贵行在经济上蒙受损失。”</p> <p>(2) 在香港交行向中亚公司、景山公司出具的授信函中, 在“抵押品及法律文件”项下, 除了佛山市人民政府的《承诺函》外, 还有不动产的抵押、保证及存单的质押等, 且《承诺函》均在这些授信函中被列入区别于“保证”的“其他”文件项下。</p>	<p>(1) 交通银行香港分行(“香港交行”)向云浮市人民政府驻港机构港云基业有限公司(“港云公司”)提供授信, 为此云浮市人民政府向香港交行出具《承诺函》, 称“我市政府愿意督促该驻港公司切实履行还款责任, 按时归还贵行贷款本息。如该公司出现逾期或拖欠贵行的贷款本息情况, 我市政府将负责解决, 不使贵行在经济上蒙受损失。”</p> <p>(2) 在香港交行与港云公司签订的信贷契约中, 《承诺函》被列入“现已提供予银行下列所有之抵押品及/或法律文件仍然有效”的“其他”文件项下。</p>

-----  
If you would like an English version of this publication, please contact:

**Lily Han:** (86 21) 6881 8100 - 6609  
[Publication@linksllaw.com](mailto:Publication@linksllaw.com)

-----  
如您需要了解我们的出版物, 请与下列人员联系:

韩东红: (86 21) 6881 8100 - 6609  
[Publication@linksllaw.com](mailto:Publication@linksllaw.com)

通力律师事务所  
[www.linksllaw.com](http://www.linksllaw.com)

## 安慰函还是担保函

案件事实依据 (不同之处)	(3) 在中亚公司和景山公司未能按时偿还香港交行债务后, 佛山市人民政府和香港交行开了三次座谈会并形成会议纪要。从三份纪要的记载来看, 香港交行从未要求佛山市人民政府承担保证责任或代中亚公司和景山公司还款, 而双方谈到的解决途径均是政府在适当时机对借款人进行资产重组, 以解决原有债务。	(3) 在港云公司未能按时偿还香港交行债务后, 香港交行委托律师事务所分别致函港云公司及云浮市人民政府等要求其履行义务。
一审	一审法院广东省高级人民法院(“广东高院”)认为: 佛山市人民政府为中亚公司、景山公司向香港交行的借款提供了保证担保, 但为无效担保。佛山市人民政府应对中亚公司、景山公司不能清偿部分承担二分之一的赔偿责任。	一审法院广州市中级人民法院认为: 香港交行与云浮市人民政府之间保证合同成立, 但云浮市人民政府出具的《承诺函》无效。鉴于对担保无效双方均有过错, 云浮市人民政府应对港云公司不能偿还的债务部分承担二分之一的赔偿责任。
终审	二审法院最高人民法院(“最高法院”)审理后认为: 佛山市人民政府关于《承诺函》不构成保证、其不应承担法律责任的上诉请求应予支持, 佛山市人民政府不应应对香港交行承担任何法律上的责任。	二审法院广东高院认为: 云浮市人民政府与香港交行之间保证合同成立, 但云浮市人民政府出具的《承诺函》为无效担保。鉴于香港交行和云浮市人民政府对担保无效均有过错, 云浮市人民政府应对港云公司不能偿还的债务部分承担三分之一的赔偿责任。 <sup>4</sup>

需要注意的是, 关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉案, 广东高院曾于 2006 年 5 月 10 日向最高法院递交《关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉一案<承诺函>是否构成担保问题的请示报告》,<sup>5</sup>2006 年 10 月 11 日最高法院复函广东高院, 称“对于云浮市人民政府出具的《承诺函》是否构成我国《担保法》意义上的保证, 应由你院根据云浮市人民政府出具《承诺函》的背景情况、《承诺函》的内容以及查明的其他事实情况作出认定。”<sup>6</sup>另一方面, 2005 年 1 月 4 日, 最高法院就佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案作出终审判决, 认为该案中《承诺函》并不构成我国担保法意义上的保证。可以看出, 在目前的司法实践中, 中国法院对政府出具的《承诺函》是否构成担保的问题尚未形成一致看法。

### 关于安慰函性质认定的实践

在上述两个案件中, 广东高院和最高法院对《承诺函》性质及效力的认定持两种不同的意见:

#### ➤ 《承诺函》不构成法律意义上的担保

在佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案中, 最高法院认为, 首先, 从名称来看, 《承诺函》并非担保函, 对于其是否能构成担保应根据其内容来认定。其次, 从《承诺函》的内容来看, “负责解决”、“不使贵行在经济上蒙受损失”并无明确的承担保证责任或代为还款的意思表示, 其中“负责解决”用语笼统、模糊, 可以理解为督促借款人还款的道义责任。再次, 香港交行从未要求佛山市人民政府承担保证责任,<sup>7</sup>即香港交行没有向佛山市人民政府主张担保权利的行为。借鉴《法国民法典》有关“保证不能推定”原则, 不能认定《承诺函》具有保证性质。

## 安慰函还是担保函

### ➤ 《承诺函》构成法律意义上的担保

在交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉案中，广东高院认为，首先，从《承诺函》的内容来看，“负责解决”、“不使贵行在经济上蒙受损失”，应包含“政府负责解决”和“如果解决不了，政府承担责任”这两层意思。在其他解决手段不能奏效的情况下，代为清偿是最终、最直接的手段。这种承诺具有为借款人的借款提供保证担保的意思表示，符合《担保法》第六条规定的精神，构成法律意义上的保证。其次，《承诺函》一直被列为担保法律文件，作为保证函对待，且香港交行有向云浮市人民政府主张权利的行为，<sup>8</sup>表明香港交行对《承诺函》具有与保证合同相同的担保预期。因此，《承诺函》具有提供保证担保的意思表示，构成法律意义上的担保。

## 关于安慰函性质认定的基本要素

安慰函, Console Letter; 又称为赞助信、安慰信, 指发函人给债权人的一种书面陈述, 表明当事人对债务人清偿债务承担道义上的义务, 或督促债务人清偿债务等。<sup>9</sup>所谓保证, 是指第三人与债权人约定, 当债务人不履行其义务时, 该第三人依约定履行债务或者承担责任的意思表示, 其核心是保证人具有代为清偿债务的意思表示。

根据上述对安慰函性质及效力的司法实践分析, 我们认为, 以下四个基本方面对安慰函的性质认定具有重要影响:

### ➤ 背景

首先, 从安慰函的产生背景来看, 因《担保法》第八条的规定, 政府不能为企业的债务提供担保, 但为了本地企业的融资需要, 政府往往以出具安慰函的形式, 为债务人清偿债务提供道义上的支持。通常认为, 安慰函的产生并不是为了保证, 而恰恰是为了避免承担因保证带来的法律责任, 才有了安慰函。实践中, 有的安慰函的措词极近似于保证, 因此也不排除在特殊情况下构成保证。而正因为安慰函措词模糊, 我们有必要结合其产生的背景对其性质进行判定。

### ➤ 文件名称

其次, 对于以担保书形式设定的保证, 其文件名称一般为“担保函”、“保证函”等, 从文件名称上可以判定出具人具有向债权人承担保证责任的意思表示, 若债权人接受且未提出异议的, 保证合同成立。但是, 对于以“承诺函”、“安慰函”、“确认函”等形式出具的文件, 仅从文件名称上来看, 难以判定出具人是否有向债权人承担保证责任的意思表示, 须进一步结合文件内容等进行判定。本文所述两案件则属于后者所述情形。

### ➤ 文件内容

## 安慰函还是担保函

再次，从安慰函的内容进行判断，是判定安慰函性质的最根本的方法。安慰函一般使用承诺函、确认函等名称，对其定性不能仅凭文件名称，而应根据其措词和交易习惯，即当事人对安慰函的预期来判断安慰函的内容是道义上的还是法律上的。如果安慰函的内容有代债务人清偿或承担担保义务、保证债务人还款等内容的，则该安慰函应当认定具有保证性质，出具人应承担担保责任。如果安慰函的内容措词明确发函人仅承担纯粹道义上的督促、支持责任，则不能认定为法律意义上的保证，法院不能强制执行。如果安慰函的内容措词含糊不清，难以判断为法律上的保证抑或为道义上的责任，则须结合其他方法进行综合判定。

### ➤ 当事人的行为

最后，可以从当事人的行为进行判断。1999年《中华人民共和国合同法》第一百二十五条对合同的解释只有一些很原则的规定。借鉴国际统一私法协会《国际商事合同通则》(2004年)第4.3条的规定，合同可以依据“合同订立后当事人的行为”予以解释。在本文所述两起案件中，佛山市人民政府和云浮市人民政府出具的《承诺函》内容基本一致，且该《承诺函》均被列入授信函中的“其他”文件项下，两起案件事实依据的最大区别则在于香港交行(债权人)于政府出具《承诺函》后的行为，即有无于《承诺函》出具后向出具人主张担保权利，此亦为最高人民法院和广东高院在案件审理中认定承诺函性质的重要依据之一。

债权人于《承诺函》出具后未向出具人主张担保权利的，法院认为债权人对《承诺函》并没有像对待保证合同那样的担保预期，当事人双方不具有订立保证合同的意思表示，《承诺函》不构成保证；债权人于《承诺函》出具后积极向出具人主张担保权利的，法院认为债权人对《承诺函》具有与保证合同相同的担保预期，当事人双方具有订立保证合同的意思表示，《承诺函》构成保证。鉴于上述审判实践，笔者建议债权人在类似案件中应于《承诺函》出具后积极向出具人主张担保权利。

以上是关于安慰函性质及效力认定问题的一些拙见。此外，在政府出具的《承诺函》被认定为无效保证的情况下关于无效保证人承担赔偿责任的诉讼时效起算时间，法律尚无明确的规定。前述佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案涉及到了无效保证的诉讼时效问题，但由于最高法院认为佛山市人民政府在该案不用承担民事责任，诉讼时效的审查已成为不必要，故终审判决对该问题没有述及。就无效保证人承担赔偿责任的诉讼时效起算时间的问题，目前司法实践基本形成两种主要的观点：其一是主合同约定的履行债务期限届满之日，其二是担保合同被确认为无效之日。一般认为，无效保证人承担的责任是基于无效保证而产生的赔偿责任，因此不能依据有效保证的保证期间和诉讼时效来计算该项赔偿请求权的诉讼时效期间。<sup>10</sup>目前审判实践中一般以主合同约定的债务履行期届满之日作为无效保证人承担赔偿责任的诉讼时效起算时间。

## 安慰函还是担保函

如需进一步信息, 请联系:

**秦悦民 律师**

电话: (86 21) 6881 8100 - 6612 (86 10) 6655 5020

Charles.Qin@llinkslaw.com

**梅亚君 律师**

电话: (86 21) 6881 8100 - 6639

Michael.Mei@llinkslaw.com

© 通力律师事务所 2008

- 1 最高人民法院办公厅: 《中华人民共和国最高人民法院公报》2005 年第 11 期第 17 页, 人民法院出版社 2006 年 2 月版。
- 2 万鄂湘主编: 《涉外商事海事审判指导》2006 年第 2 辑第 132 页, 人民法院出版社 2007 年 1 月第 1 版。
- 3 本文所称《承诺函》亦被称为安慰函。
- 4 审理结果源自本所 2008 年 1 月 18 日与该案审理法官的电话沟通。
- 5 同注 2。
- 6 同注 2。
- 7 这里所指的“从未要求”是指香港交行从佛山市人民政府出具《承诺函》后至向一审法院提起诉讼前从未要求佛山市人民政府承担保证责任。法院在认定《承诺函》是否构成《担保法》下的保证时, 认为债权人仅向债务人主张债权而未向佛山市人民政府主张权利, 债权人因此不具有订立保证合同的意思表示。根据《担保法》的规定, 保证分为连带责任保证和一般保证。一般保证的保证人仅于债务人不能清偿债务时承担保证责任, 债权人一般先向债务人主张债权, 在债务人不能清偿债务时再要求一般保证的保证人承担保证责任。因此, 我们认为, 法院的该种认定值得商榷。
- 8 这里所指的“主张权利”是指香港交行曾于云浮市人民政府出具《承诺函》后至向一审法院提起诉讼前要求云浮市人民政府承担保证责任。
- 9 曹士兵著: 《担保法律制度总论(三)》, 李国光主编: 《经济审判指导与参考》第 4 卷第 21 页, 法律出版社 2001 年 11 月第 1 版。
- 10 同注 1。