

融资交易增信措施之梳理和比较

作者：蔡莉敏 | 陈韵 | 王彦婷

在融资交易中，为确保债权的实现，债权人一般会要求债务人提供担保或其他增信措施。实务中常见的增信措施除了典型的保证方式之外，还包括债务加入、流动性支持、差额补足、独立保函、备用信用证等。相比保证合同这类传统的有名合同，债务加入、流动性支持、差额补足等增信措施往往通过各类函件、承诺书、协议等载体实现，实践中容易造成性质认定上的争议与混淆。另一方面，法律法规对于部分增信措施的法律适用与效果归属的规定并不完善。近几年陆续出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)(以下简称“《九民纪要》”)、《中华人民共和国民法典》(中华人民共和国主席令第四十五号)(以下简称“《民法典》”)及《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》(法释[2020]28号)(以下简称“《民法典担保制度司法解释》”)对于担保领域的各项制度进行了大刀阔斧的改革，它们又会如何影响这些增信措施的法律认定呢?本文将就目前实务中存在的几种常见的增信措施进行简要梳理和比较，以期厘定其法律属性。

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

一. 增信措施简述

名称		概述	特点/备注
保证 ¹	一般保证	当事人在保证合同中约定，债务人 不能履行 债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。	<ol style="list-style-type: none"> 1、具有从属性。 2、当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。 [注:《民法典》生效后, 保证方式的推定规则发生了根本性变化。] 3、保证人享有在主债权债务关系下债务人对债权人的抗辩。 4、保证人享有先诉抗辩权(《民法典》第六百八十七条第二款规定的例外情形²除外)。 5、保证人承担劣后偿还责任。 6、不能履行的重点在主债务人缺乏履行债务的能力。
	连带责任保证	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。	<ol style="list-style-type: none"> 1、具有从属性。 2、保证人承担连带责任。 3、保证人享有在主债权债务关系下债务人对债权人的抗辩。 4、不履行则更侧重于债务人未履行的事实。
债务加入	即并存的债务承担，指第三人加入到债务中，作为新债务人和原债务人一起对债	1、区别于第三人代为履行、保证担保等形式，其效果为第三人(债务加入人)为自己创设一项独立的债务，且原债务人并不退出与债权人之间原有的法律关系。	债务加入

¹ “保证，指当事人约定，一方(保证人)于他方(债权人)之债务人(主债务人)不履行债务时，由其代负履行责任之契约”。参见王泽鉴：《民法概要》(第二版)，北京大学出版社 2011 年版，第 370 页以下。

² 《民法典》第六百八十七条第二款规定，“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：(一)债务人下落不明，且无财产可供执行；(二)人民法院已经受理债务人破产案件；(三)债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；(四)保证人书面表示放弃前款规定的权利”。

	<p>权人负有连带债务³。</p>	<p>2、类型: (1) 第三人与债务人之间的债务承担: 即第三人与债务人约定加入债务, 并通知债权人; (2) 第三人单方的债务承担: 即第三人向债权人表示愿意加入债务; 且债权人未在合理期限内明确拒绝的(即债权人的明示同意非必要)。</p> <p>3、公司提供债务加入所需的决议准用公司对外担保有关规则。⁴</p> <p>4、法律效果: 对原债务人的债务承担连带责任。</p>	
独立担保	独立保函	<p>是指银行或非银行金融机构作为开立人, 以书面形式向受益人出具的, 同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时, 向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。</p> <p>形式有履约保函、预付款保函等。</p>	<p>1、根据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(2020 修正)》第一条的定义⁵, 开立人为银行或非银行金融机构。</p> <p>2、具有独立性。担保人(保函开立人)与申请人的关系属于独立担保的基础关系, 担保人与受益人的关系则属于独立担保关系的本体, 独立并抽象于基础交易⁶。</p> <p>3、具有单据性。</p> <p>4、多适用国际商会《见索即付保函统一规则(URDG758)》。</p> <p>5、阻断基础交易项下债务人的抗辩。</p>
	备用信用证	<p>一般是以银行为开立人, 以数据电文的方式向受益人出具的, 同意在受益人请求付款并提交符合备用信用证要</p>	<p>1、具有独立性及单据性。</p> <p>2、多适用国际商会《国际备用证惯例(ISP98)》或《跟单信用证统一惯例(UCP600)》。</p>

³ 参见黄薇主编: 《中华人民共和国民法典合同编释义》, 法律出版社 2020 年版, 第 202 页。

⁴ (2019)最高法民终 1438 号。

⁵ 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(2020 修正)》第一条规定, “本规定所称的独立保函, 是指银行或非银行金融机构作为开立人, 以书面形式向受益人出具的, 同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时, 向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺”。

⁶ 参见刘斌《独立担保: 一个概念的界定》, 载《清华法学》2016 年第 1 期, 第 128 页。

		求的单据时,向其支付特定款项或在备用信用证最高金额内付款的承诺。	3、 阻断基础交易项下债务人的抗辩。
	流动性支持	流动性支持,作为企业增信措施常见于各类融资业务中。一般指第三方承诺向借款人注入流动性资金以协助其履行还款义务等。	流动性支持并非我国法律法规明文规定的担保类型,因此需要根据相关文书的行文内容区别定性,一般而言按照出具人的意思表示可能被认定为保证、债务加入或一般承诺。具体见后文分析。
	差额补足	又称差额补偿、差额支付等,是指为了保障主权利义务关系中权利人一方利益的实现,当义务人未能依约定履行义务或未能达到某种营利性业绩目标时,由补足义务人依照约定就差额部分履行补足义务的行为。 ⁷	差额补足增信方式同上述流通性支持,均在《民法典担保制度司法解释》第三十六条中明确,将按照提供承诺的文件的意思表示进行认定,存在被认定为保证、债务加入或一般承诺三种情况,具体详见后文分析。

二. 债务加入

1. 相关规定

《九民纪要》规定,公司提供债务加入的效力问题,准用公司对外担保的相关规则。《民法典》及《民法典担保制度司法解释》在沿袭《九民纪要》观点的基础上新增了部分专门适用于债务加入的规则。另外《民法典担保制度司法解释》第三十六条也首次在司法解释层面对如何区分保证和债务加入等增信措施作出了原则性的规定,具体内容参见下表中的分析:

序号	文件名称	内容摘要	备注
1.	《九民纪要》	“二、关于公司纠纷案件的审理 (六)关于公司为他人提供担保”的部分对公司提供债务加入的适用规则做出了规定:“23.【债务加入准用担保规则】法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务,该约定的效力问题,参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。”	公司提供债务加入的效力问题,准用公司对外担保的相关规则。
2.	《民法典》	第五百五十二条 第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿	《民法典》新增规定了债务加入的类型及

⁷ 参见刘保玉、梁远高:《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》,载《法学论坛》2021年第2期。

		<p>意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。</p>	<p>法律效果。</p>
		<p>第六百九十七条 债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。</p> <p>第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。</p>	<p>第三人加入债务不影响原保证人的保证责任。</p>
<p>3.</p>	<p>《民法典担保制度司法解释》</p>	<p>第十二条 法定代表人依照民法典第五百五十二条的规定以公司名义加入债务的，人民法院在认定该行为的效力时，可以参照本解释关于公司为他人提供担保的有关规则处理。</p>	<p>该条规定沿袭《九民纪要》的精神，公司提供债务加入的问题准用公司对外担保的相关规则。</p>
		<p>第三十六条 第三人向债权人提供<u>差额补足、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，具有提供担保的意思表示</u>，债权人请求第三人承担保证责任的，人民法院应当依照<u>保证</u>的有关规定处理。</p> <p>第三人向债权人提供的承诺文件，具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的，人民法院应当认定为民法典第五百五十二条规定的债务加入。</p> <p>前两款中第三人提供的承诺文件<u>难以确定是保证还是债务加入的，人民法院应当将其认定为保证</u>。</p> <p>第三人向债权人提供的承诺文件不符合前三款规定的情形，债权人请求第三人承担保证责任或者连带责任的，人民法院不予支持，但是不影响其依据承诺文件请求第三人履行约定的义务或者承担相应的民事责任。</p>	<p>关于差额补足、流动性支持等增信措施法律性质的认定规则。</p>

其中值得注意的是，《民法典》出台前，法院对于难以认定的意思表示，由于保证属典型的担保方式，其设立、生效、保证期间、履行方式等都有较为严格的规定，或从保护债权人利益等角度出发，更倾向于不轻易认定其为保证。但在《民法典》及配套司法解释出台后，明确规定了在难以确定是保证还是债务加入时，人民法院应当将其认定为保证。

2. 债务加入与保证担保的对比

对比项	保证担保	债务加入
与主(原)债务的关系	从属于主债务	同一债务 (在第三人愿意承担的债务范围内)
先诉抗辩权	一般保证人享有	不享有, 在责任承担上不具有顺位性
承担责任后对原债务人的追偿权	享有	有观点认为可适用《民法典》第五百一十九条 ⁸ 关于连带债务的规定, 即债务加入人承担债务后, 就超出自己应承担的债务份额对原债务人享有追偿权。 ⁹
对其他保证人的内部追偿权	享有	不享有
保证期间	按照约定, 但是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, 视为没有约定; 没有约定或者约定不明确的, 为主债务履行期限届满之日起六个月	不适用
承担债务负担轻重程度	相对较轻	相对较重
内部授权程序	公司内部决议/上市公司对外提供担保等相关规定, 债务加入准用公司对外担保规则	
责任	承担连带责任 (适用于连带保证与债务加入, 一般保证仅承担劣后偿还责任)	
当事人约定不明时的认定因素 ¹⁰	易被认定为保证担保的情形: (1)利益标准: 主要为原债务人的利益而为承担行为; ¹¹ (2)履行顺位: 一般保证具有补充性, 应要求主债务人先“不能履行”后一般保证人方需履行债务; ¹²	易被认定为债务加入的情形: (1)利益标准: 第三人对债务履行具有直接和实际的经济利益; (2)履行顺位: 不具有补充性, 债权人可直接要求原债务人或债务加入人履行债务; (3)是否以债务人届期未履行作

⁸ 《民法典》第五百一十九条: 连带债务人之间的份额难以确定的, 视为份额相同。

实际承担债务超过自己份额的连带债务人, 有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿, 并相应地享有债权人的权利, 但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩, 可以向该债务人主张。

被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的, 其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。

⁹ 参见夏昊晗: 《债务加入法律适用的体系化思考》, 载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第3期。

¹⁰ 参见夏昊晗: 《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》, 载《法学家》2019年第6期。

¹¹ 参见最高人民法院(2018)最高法民终867号。

¹² 参见最高人民法院(2020)最高法民申1021号。

	<p>(3)是否以债务人届期未履行作为条件: 是;</p> <p>(4)履行债务是否具有确定性: 否, 具有或然性或不确定性;</p> <p>(5)其他因素: 不能仅以协议中出现“对借款承担第一责任¹³”的表述、而推定第三人有债务加入意思表示的结论, 因为连带责任保证的保证人同样承担的是不分履行顺位、不分履行金额的责任;</p> <p>(6)另外如前文分析, 《民法典》及《民法典担保制度司法解释》出台后, 法院在难以确定当事人是债务加入还是保证的意思表示时, 会倾向于认定为保证。</p>	<p>为条件: 否;</p> <p>(4)履行债务是否具有确定性: 是, 具有必然性或确定性;</p> <p>(5)其他因素: 协议中出现“借款人的一切债权债务由本人承担, 同时承诺如涉及经济及法律责任, 均由本人负责承担¹⁴”, “只要出现逾期或拖欠贷款本息的情况, 就承担差额补足责任¹⁵”等表述; “《借款合同》约定了担保方式和具体的担保合同名称, 但并未将第三人承诺差额补足责任的函件列入”。</p>
--	---	--

三. 流动性支持

1. 概述

流动性支持作为企业增信措施常见于各类融资业务中, 其一般指第三方承诺向借款人注入流动性资金以协助其履行还款义务等。由于流动性支持并非我国法律法规明文规定的担保类型, 因此需要根据增信措施的具体内容区别定性。

《九民纪要》第九十一条对如何判断信托纠纷中流动性支持等增信措施的性质作出了指导, “信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施, 其内容符合法律关于保证的规定的, 人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的, 依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系, 并根据案件事实情况确定相应的民事责任”。根据该规定, 流动性支持文件若符合保证的规定, 则适用保证的相关规定; 若不符合保证的规定, 则视为一般合同义务。

除此之外, 《民法典担保制度司法解释》第三十六条也规定, 若提供流动性支持的增信措施中具有提供担保的意思表示, 或者无法确认是否有提供担保或加入债务/与债务人共同承担债务的意思表示的, 应当按照保证的有关规定处理。

¹³ 参见最高人民法院(2020)最高法民申 763 号。

¹⁴ 参见广东省潮州市中级人民法院(2020)粤 51 民终 52 号。

¹⁵ 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1438 号。

2. 性质认定及案例

性质认定	案例摘要	备注
保证担保	“为目标公司按时、足额支付全部委托贷款本金、利息、罚息、滞纳金、违约金及委贷合同项下其它应付款提供 流动性支持 ，即我司将为目标公司筹集资金 以保证 目标公司按时足额支付前述款项。我司违反本承诺函第一条任何内容的，贵行有权要求我司纠正其违反行为、 并有权直接向我司进行追偿、要求我司代为偿还目标公司在本承诺函第一条约定中的应付未付款¹⁶。 ”	法院根据流动性支持文件《承诺函》中的具体描述，如“以保证”及“要求代为偿还目标公司在本承诺函第一条约定中的应付未付款”等内容，认定第三人 有提供保证的意思表示 。
债务加入	“对于被告晟果公司，虽在《银企宝债权转让协议》中仅是产品管理人， 但其也是涉案款项的收款方 ，并且向原告出具《流动性支持公开函》言明 若债权人发生资金流动性不足的情况，其承诺提供资金支持，用于向债权人支付本金和收益。该承诺应当视为债的加入 ，故晟果公司应当承担共同还款责任。” ¹⁷	尽管本案中的流动性支持公开函未使用“债务加入”的词句，但法院会根据文件的约定以及款项的实际流动方式(如其为涉案款项的收款方)来认定当事人之间的法律关系。
一般合同义务	“《中铁九局集团有限公司关于向子公司提供的流动性支持的说明》中约定，为保障项目信托贷款的到期安全性，本公司为本次信托贷款提供 流动性支持，即到期回购剩余债权余额 。 ¹⁸ ”	本案的流动性支持文件中明确约定了提供流动性支持的含义为到期回购债权余额，因此法院认定该流动性支持说明中第三方仅承担一般合同义务，即回购义务。

四. 差额补足

1. 概述

差额补足一般通过双方(差额补足受益人和履行人)或三方(差额补足受益人、履行人和基础合同义务人)签订差额补足协议，亦或履行人向受益人单方出具承诺函等形式在实践中开展具体运用。其在实践中的应用场景主要有：管理人或相关第三方为资管产品、信托计划和基金份额等金融

¹⁶ 参见北京市高级人民法院(2018)京民初字第 58 号。

¹⁷ 参见上海市崇明区人民法院(2017)沪 0151 民初 5572 号。

¹⁸ 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1487 号。

产品的投资人提供差额补足；管理人或融资人(劣后级投资人)为结构化金融产品的优先级投资人提供差额补足；相关第三方为基础合同投资人提供差额补足等。¹⁹

分析差额补足在实践中颇受青睐的原因，或许为从债权人角度，不论第三人对债务提供典型担保亦或是提供有财产责任的增信措施，所产生的法律效果并无太大实质差异。但对担保人或增信措施提供者而言，相较于公司对外担保须履行的严格法定程序，公司对外提供增信措施却程序要求宽松，简易迅捷²⁰，某种程度上可掩饰担保外观，规避公司对外提供担保须履行的内部审批程序，在内部决策层面及披露事项角度存在不小优势。

2. 性质认定及案例

但需注意的是，如前文中所提到的，《民法典担保制度司法解释》第三十六条及《九民纪要》第九十一条就差额补足的性质认定问题已作出了进一步的明确，第三人向债权人提供的差额补足的承诺文件可依据承诺文件的意思表示，被法院认定为保证、债务加入或一般承诺，实践中的具体认定如下：

(1) 认定为保证担保

在华融国际信托有限责任公司、凯迪生态环境科技股份有限公司金融借款合同纠纷案²¹(以下简称“**华融凯迪案**”)中，华融国际信托有限责任公司(以下简称“**华融公司**”)与凯迪生态环境科技股份有限公司(以下简称“**凯迪生态公司**”)签订了《差额补足合同》，约定：差额补足义务人为凯迪生态公司，债权人为华融公司，主债务人为凯迪能源公司和凯迪电力公司。差额补足义务人为主债务人履行《信托贷款合同》约定的全部义务承担差额补足责任。差额补足责任是指，如主债务人无法按照《信托贷款合同》的约定履行支付贷款本金、利息、复利、罚息、违约金、赔偿金及其他任何应付款项的义务，则债权人有权不经任何前置程序要求差额补足义务人立即向债权人支付主债务人的应付未付债务。主债务人未能按期足额偿还主合同债务、未支付主合同项下的任何款项，或者发生主合同项下的任何违约事件，华融公司有权直接要求差额补足义务人履行差额补足义务。

就案涉《差额补足合同》的性质认定问题，一审法院认为《差额补足合同》约定中关于差额补足责任的定义与担保法对于保证的定义相符，因此其性质应认定为保证。

二审中最高人民法院认为，由于双方约定的“差额补足合同”名称并非我国法律规定的有名合同，故判断《差额补足合同》的性质，应根据合同主要内容，尤其是对差额补足责任的界定予以综合分析认定。从双方对差额补足的含意界定来看，符合《中华人民共和国担保法》第六条对保证的定义，同时《差额补足合同》约定主合同为《信托贷款合同》，主债务

¹⁹ 参见夏文浩：《差额补足信息披露的探讨》，载《当代会计》2019年第6期。

²⁰ 参见刘保玉、梁远高：《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期。

²¹ 参见最高人民法院(2019)最高法民终560号。

人为凯迪能源公司、凯迪电力公司，差额补足责任范围为主合同项下的全部债务等约定，均符合保证合同从属性的法律特征。因此无论是从《差额补足合同》的核心条款进行文义解释来看，还是从合同体系解释来看，涉案合同的性质均符合保证合同的法律特征。

(2) 认定为债务加入

在中信银行股份有限公司北京分行、乐视网信息技术(北京)股份有限公司金融借款合同纠纷案²²中，就乐视网出具的承诺承担差额补足责任的函件的性质认定问题，一审法院认为，首先《并购借款合同》第十一条约定了担保方式和具体的担保合同名称，但并未将乐视网承诺差额补足责任的函件列入，说明当事人各方在签订《并购借款合同》及一系列担保合同时并未将乐视网的承诺认定为担保。其次，保证系从合同，保证人是从债务人，是为他人债务负责；并存的债务承担系独立的合同，承担人是主债务人之一，是为自己的债务负责。在乐视网的函件中，乐视网承诺只要出现逾期或拖欠贷款本息的情况，就承担差额补足责任，上述承诺没有保证的意思表示，相反更具有主动加入债务的意思表示。二审中最高人民法院维持了一审判决关于乐视网出具的承诺承担差额补足责任函件的性质构成债务加入的认定。

(3) 认定为一般合同义务

在江苏省国际信托有限责任公司、中国农业银行股份有限公司昆明分行合同纠纷案²³中，江苏省国际信托有限责任公司(以下简称“江苏信托公司”)与中国农业银行股份有限公司昆明分行(以下简称“农行昆明分行”)签订了《转让协议》，《转让协议》第二条约定，除不可抗力外，农行昆明分行应于《转让合同》及《回购合同》项下的特定资产收益权回购到期前两日内，受让江苏信托公司拥有的特定资产收益权；农行昆明分行应支付的转让价款为，截至回购到期日绿园置业公司应付未付的转让价款本金，以及截至农行昆明分行实际支付转让价款之日绿园置业公司应付未付的溢价款、违约金、江苏信托公司实现特定资产收益权的费用等。

最高人民法院在二审中认为，《转让协议》对于农行昆明分行受让相关权利的对价及其支付方式、解除条件和违约责任的约定，显然具有一种分担风险，强化信托财产投资安全的增信作用。也就是说，在特定资产收益权回购到期前两日内，农行昆明分行即应向江苏信托公司支付绿园置业公司应付未付的相关款项，江苏信托公司的此项付款请求权对应构成的农行昆明分行的差额补充义务，在功能上具有担保江苏信托公司债权实现的作用。

最高人民法院指出，《转让协议》约定由农行昆明分行承担的是特定资产收益权回购到期日之前的差额补充义务，属于农行昆明分行作出的支付承诺，相对于被补充之债权具有独立性，农行昆明分行届期即应如数支付相应款项。因此与通常具有从属性、补充性的保证担保不同，并不是在绿园置业公司不履行其回购义务时才由农行昆明分行向江苏信托公司依约履行债务或者承担责任。故其虽然具有增信担保的作用，但并非担保法意义上的保证担保行为。因此最高人

²² 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1438 号。

²³ 参见最高人民法院(2017)最高法民终 478 号。

民法院认为农行昆明分行上诉理由中主张的《转让协议》“名为转让实为担保”的理据不足，不予支持。

类似的，在北京市第三中级人民法院审理的上海懒财资产管理有限公司与深圳市中恒汇志投资有限公司等合同纠纷案²⁴中，就案涉《差额补足协议》的性质，法院认为其应属于独立合同，系深圳市中恒汇志投资有限公司(以下简称“中恒汇志公司”)在特定情况下对上海懒财资产管理有限公司(以下简称“上海懒财公司”)作出直接补偿的承诺。法院提及保证合同作为一个从合同，其成立的前提是有一个明确具体的主合同，通过主合同设立一个明确具体的债权，当主合同债权得不到保障时，由保证合同确保主债权的实现。而在该案中，并未有一个明确的主合同、主债权，因此不符合担保法关于保证的规定，不属于保证合同，仅系中恒汇志公司在特定情况下对上海懒财公司做出直接补偿的承诺，应为独立合同。

3. 效力认定及案例

实践中，法院在审查差额补足承诺提供方是否需要履行差额补足义务时，一般会从差额补足承诺的性质以及效力两个层面进行审查。当法院认定了差额补足承诺的性质之后，通常就会接着展开对于该差额补足承诺效力的判断，笔者将可能影响差额补足承诺效力的因素大致总结如下：

(1) 因未履行内部决议程序导致差额补足承诺无效

就公司提供保证需要履行的内部程序来说，《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)第十六条规定了“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”；就公司提供债务加入需要履行的内部程序，如前述，《九民纪要》及《民法典担保制度司法解释》的相关规定已明确“参照关于公司为他人提供担保的有关规则处理”。

因此，若提供的差额补足承诺未经履行公司对外担保的法定程序又被法院认定为保证或债务加入，根据《民法典担保制度司法解释》第七条的规定²⁵，属于公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定而超越权限代表公司与相对人订立担保合同的情

²⁴ 参见北京市第三中级人民法院(2017)京03民初243号。

²⁵ 《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》第七条：公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理：

(一)相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

(二)相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定。

法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第一款所称善意，是指相对人在订立担保合同时不知道且不当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。

形，将区分相对人是否善意，若相对人非善意，此类差额补足承诺效力就会受到影响，对差额补足承诺提供方不产生约束力。

如在华融凯迪案²⁶中，一审法院在认定案涉《差额补足合同》性质为保证的情况下，认为凯迪生态公司为其股东凯迪能源公司提供保证，未经股东大会审议通过，仅通过董事会作出决议，违反了《公司法》的相关规定，亦有悖于凯迪生态公司的公司章程。凯迪生态公司法定代表人李林芝以及董事会违反《公司法》第十六条以及凯迪生态公司章程的规定作出的保证的意思表示，均已超越其各自的权限，应属越权担保。法院认为该越权担保对凯迪生态公司是否生效，取决于华融公司对于该行为是否知晓。同时法院强调华融公司作为专业的金融机构，应当严格依据《公司法》、《担保法》等法律法规以及相关行业监管部门的规定，加强对作为上市公司的凯迪生态公司提供担保的合法合规性的审查，尤其凯迪生态公司作为上市公司，其公司章程是对外公开的，凯迪生态公司对股东提供担保须经股东大会审议通过又是公司章程明文规定的，华融公司应当知道《差额补足合同》未经凯迪生态公司股东会决议属于越权担保。因此一审法院认为华融公司存在过错，不能被认定为善意相对人，《差额补足合同》对凯迪生态公司不产生约束力。

最高人民法院支持了一审法院的观点，认为华融公司未尽审慎注意义务，主观上存在过错，并非善意第三人，在凯迪生态公司不予追认的情况下，《差额补足合同》无效。

(2) 因违反“禁止保本保收益”的相关规定影响差额补足承诺效力

实践中，差额补足义务人多试图通过主张差额补足承诺违反了信托法和证券法“禁止保本保收益”的强制性规定，属于刚兑或托底合同，应属无效²⁷来抗辩，从而意图规避自己的差额补足义务。

但相关判例中体现的法院态度是，对于差额补足义务人提出的此种抗辩，法院持非常审慎的态度，并不会轻易认定差额补足承诺违反了“禁止保本保收益”的强制性规定，通常法院会认为差额补足承诺系各方当事人真实意思表示，且内容不违反我国法律、行政法规的强制性规定，应当认定有效。²⁸

《九民纪要》第三十一条同样体现了此种态度，该条规定“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”

²⁶ 参见最高人民法院(2019)最高法民终 560 号。

²⁷ 参见深圳前海合作区人民法院(2017)粤 0391 民初 1547 号；北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民初 243 号；北京市东城区人民法院(2018)京 0101 民初 14621 号；北京市高级人民法院(2019)京民终 360 号；四川省高级人民法院(2017)川民初 64 号。

²⁸ 前注 27 的案例中，法院均未支持差额补足义务人的抗辩，而是认为差额补足承诺有效。

结语

金融从业人士在面对种类繁多的增信措施时需格外谨慎，不可简单地从增信措施文件的标题来推定增信措施的法律性质，而是需要仔细研读其中的条款，从义务是否具有主从性、义务的内容等层层分析并作出具体判断。考虑到增信措施的边界的模糊性和趋同性，在实践中也应当格外注意合同语言的描述，如是否将增信措施纳入到“担保文件”的定义中、是否将增信提供方纳入到“保证人”的定义中、是否明确约定了文件是否具有法律约束力、是否明确约定了原债务人不履行债务时增信提供方的义务和债权人可以采取的措施等。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



蔡莉敏
+86 21 3135 8733
raymond.cai@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2021