



新编

避罪与反避罪

法律操作及案例评析全书



新华出版社

新编避罪与反避罪法律 操作及案例评析全书

莫 伟 主 编

(卷 四)

新 华 出 版 社

(五) 案例评析

【案例】

未经担保人同意， 借款合同变更无效

1993年3月4日，某百货公司与某市城市信用社签订了一份借款合同。合同规定：由信任社贷给百货公司人民币50万元，期限3个月，于1993年6月5日还贷，利率为7.6‰。该借款合同由本市某科技开发公司担保，如到期百货公司不能偿还贷款本息，由开发公司代为履行。合同签订后，信用社于3月5日付给百货公司50万元。百货公司收款后将该款汇至某工贸公司购买电视机。后因百货公司与工贸公司发生纠纷，百货公司不能如期完全偿还信用社的贷款。同年6月3日，百货公司仅向信用社偿还贷款5万元及利息11400元，尚欠本金45万元。百货公司在此情况下，向信用社要求在同年7年5日归还所欠贷款并计利息。信用社对此表示同意，双方签订了延期归还贷款的协议。此事的全过程中，原借款合同的保证人某科技开发公司并未参与，也不知晓。至7月5日，百货公司仍无力偿还，于是，再次请求延期还款。信用社对此表示拒绝。之后，信用社多次催讨未果，遂于10月20日向人民法院起诉，要求百货公司归还本金45万元，利息及逾期罚息18000元，并要求保证人某科技开发公司承担连带清偿责任。

人民法院受理了本案，经审理认为：百货公司与信用社签订的借款合同与延期还款协议均合法有效。百货公司逾期不归还贷款本息应承担违约责任。

人民法院依法于1993年12月10日作出如下判决：

1. 百货公司应归还信用社贷款45万元及利息、罚息28000元，共计478000元，于判决生效后10日内付清。

2. 驳回信用社要求开发公司承担连带责任的诉讼请求。

3. 诉讼费用5000元，由百货公司承担。

一审判决后，信用社不服，依法上诉至二审人民法院。二审人民法院审理后判决：驳回上诉，维持原判。

【评论】

本案主要涉及借款合同以方未经保证人同意而变更合同，保证人应否继续承担担保的责任问题。经济合同中的保证，是依据该经济合同一方当事人的要求，经另一方当事人的同意并找到保证单位，由该保证单位向对方表示同意担保而成立的保证合同关系，它从属于该经济合同保证单位的保证责任以该经济合同规定的由其担保的当事人应承担的义务为限，即保证人只对在保证期限和范围内的被保证人所承担的义务承担保证责任。如果经济和同当事人双方未经保证人同意，变更了被保证人所承担的义务，保证人就不再承担保证责任。因为这一变更，意味着经济合同同双方当事人之间成立了新的权利义务关系、解除了原来的保证合同。对这种变更了的权利义务关系，在未经保证人重新担保的情况下，保证人当然不再承担保证责任。借贷合同为经济合中的一种，所以，也适用上述规则。对于这一问题，曾有司法解释作出明确规定。1988年1月9日最高人民法院在《关于借款合同双方当事人未经保证人同意达成延期还款协议后保证人是否继续承担连带责任的批复》中明确规定：

“在保证合同中，保证人只应对经他同意、签字（盖章）的保证内容承担担保责任。”本案中，百货公司与信用社未经开发公司同意，签订了延期还款协议，这是对开发公司担保的借款合同的变更，是在百货公司与信用社之间成立的新的法律关系。对此，开发公司不应再承担保证责任。信用社要求开发公司承担连带清偿责任的诉讼请求是不能成立的。人民法院对此作出的判断是正确的。

（六）专家视点

【视点】

担保合同欺诈及其防范对策

担保合同欺诈形式漫谈

在司法实践中，担保合同引发的纠纷非常多，其中很大一部分都是因担保合同的欺诈而产生。以下是常见的担保合同的欺诈形式：

1. 伪造保证人主体资格。在保证合同中，为达到骗取主合同债权人资金的目的，主债务人常与保证人勾结，伪造、变造、盗取营业执照、公章及法人代表资格证明，诱使主合同对方当事人签订合同，在骗取财物后潜逃。

2. 利用“熟”关系欺骗担保人签订担保合同。这主要是债务人利用朋友、亲戚或工作上的往来关系，诱使担保人答应为其提供担保。如某私营企业经理张某的公司濒临破产边缘时，与某服装公司签订购买服装公司西装 5000 套的买卖合同。在服装公司要求提供担保的合同下找到老同学李某。李某碍于多年的朋友、同学关系

答应为其担保。服装公司见李某是有名的个体户，资金非常雄厚即与之签订保证合同，并随即发货给张某。张某在将西装处理后潜逃。服装公司要求李某履行合同义务，由此产生纠纷。

3. 主合同债权人与债务人相互勾结，欺骗保证人。为达到骗取保证人财务之目的，主合同债权人与债务人签订根本无意履行的合同，在合同履行期限届满前，债务人即转移其财产，造成无能力履行合同责任的假象，由债权人即向保证人请求承担保证责任，由保证人代债务人履行，如某公司经理王某与个体工商户张某签订一电器产品购销合同，王某与张某相互勾结，欺骗某五金公司为张某作保证人。王某和张某根本无履行合同之意，在债务期限届满时，王某以张某无力履行货款交付义务为由（实际上王某并未向张某履行交付货物的义务），请求五金公司代为履行。而在此以前，张某已将全部财产转移，制造无力履行的假象。这样，五金公司在代为履行后亦无法向张某追偿。

这种情况也存于抵押合同、质押合同中。对抵押合同、质押合同而言，债权人与债务人相互勾结诈骗担保人的财物更为便利。因为在抵押中，如债务人不能履行合同时，债权人即可直接依法强制执行抵押的标的物；对质押而言，债权人本身就占有质押物或财产权利的载体如股票、商标专用权证书等，更易于达到目的。

4. 利用假合同进行欺诈。这有两种情况。一是债务人向担保人出示伪造的合同，使担保人相信他有雄厚的资财足以偿还主合同债务，从而答应为之担保。债务人从债权人处获得财物后，即潜逃或将财物转移造成无法履行的假象，将履行义务转嫁于担保人。如某私营企业经理栾某与某饮料生产厂签订一标的为 10 万的合同，饮料厂要求栾某提供合同担保。栾某于是找到

某公司的法定代表人、老同学王某，向其出示自己伪造的买卖合同，声称自己是该标的为20万的买卖合同的债权人，骗取对方信任。王某即以公司名义与饮料厂签订了抵押合同。饮料厂于是将货物发送至栾某的商店。栾某在将货物处理后携款逃走。二是债务人与担保人相互勾结、串通，出示假合同；使主债权人相信保证人的履行能力而与之签订保证合同。在债权人履行合同义务时，债务人、保证人已潜逃。

5. 利用有价证券进行欺诈。债务人、担保人利用证券进行欺诈的主要方式是伪造、变造、涂改下列证券：(1) 股票、股份证明书；(2) 收款凭证，银行存单等银行结算凭证；(3) 支票、汇票、本票；(4) 信用证及附随的单据、文件；(4) 信用卡。债务人假的上述有价证券，使担保人相信其履行能力而答应为之担保。担保人利用假的上述有价证券，使主债权人相信其资信能力，而答应与之签订保证合同。另外，在权利质押中，担保人亦可能将伪造、变造或涂改的上述有价证券交至债权人占有。

6. 以非自己所有之物作质押。质押物系动产，其权利的外观形态仅能从是否占有来区分。因此，质押人完全可以用他人之物交由债权人占有，用作抵押物。这种欺诈方式以质押人和第三人相互勾结串通为常见。当然也存在质押人用自己借用、租赁、资取或拾得的物用作质押的情况。

7. 利用对方不懂法律进行欺诈。这种情况非常复杂。大致有如下几类：一是债务人利用主债权人不懂法律进行欺诈。在抵押合同中，债务人仅与主债权人签订抵押合同，并不到登记部门登记。根据《担保法》规定，对以无地上定着物的土地使用权、城市房地产或者乡（镇）、村企业厂房等建筑物、林木、航空器、船舶、车辆、企业设备及其他动产作抵押的，应到登记部门登记。抵押合同自登记之日起生效。

债务人若利用上述规定欺骗债权人不到登记部门登记则抵押人合同不能生效，以此来规避债务的履行。在权利质押中，债务人亦可利用登记生效规定来欺骗主债权人。依担保法规定，以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应到证券登记机构办理登记。以有限责任公司的股份出质的，应依公司法规定的股份转让方式办理。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。以依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应到管理部门办理登记后方可生效。如出质人、质权人没有办理登记的，质押合同则不生效。二是担保人利用主债权人不懂法律进行欺诈。上述债务人利用“登记生效”规定对主债权人进行欺诈的情况也存于保证人与债权人的关系之中。三是主债务人利用保证人不懂法律进行欺诈。这主要体现在担保责任上。保证责任有两种：一是一般保证责任。二是连带保证责任。债务人利用保证人对保证责任缺乏理解的弱势，诱使保证人承担连带保证责任，以加重保证人的责任，减轻自己的压力。也可利用对方对法律一知半解进行欺诈。如某农具厂厂长郭某与某加工厂厂长王某、某商场经理齐某在电大学习法律，郭某以农具厂名义向王某的加工厂借款20万元。王某认为农具厂底子薄、借款风险大，但碍于情面，便提出找一担保人。郭某于是找到商行经理齐某，请求齐某担保，齐某开始很犹豫。郭某说：“我们都是学法律的，都知道国家禁止企业私相借贷。我和王某的借款合同实际上是无效合同，借款合同是主合同，担保合同是从合同。主合同无效，从合同必然无效。既然无效，你就没有担保责任。你帮了我的忙，又不承担风险。”齐某一听有理，就与王某签订了保证合同。结果借款合同到期，郭某不能还款。王某以齐、郭二单位为共同被告起

诉。受诉法院认为郭某所在单位暂无还款能力，遂判决齐某的单位还款，然后由齐某的单位向郭某的单位追偿。四是债权人利用保证人的法律知识欠缺进行欺诈，如对担保责任的变更。

8. 利用定金合同骗取定金。合同一方当事人常以优惠的价格、高额的酬金为诱饵，欺骗对方与之签约。并以担保合同履行为由要求对方支付一定数额的定金，从而骗取合同的定金。另外，合同一方可能以利用对方急于想签合同的心理，与之订立对方不可能履行的合同从而骗取定金。

9. 利用合同条文进行欺诈。在各类担保合同中都存在这种欺诈。如故意误写，以模糊的、不具体的有歧义的文字表述合同的重要条款，借此以达到通过争讼获利的目的。如对担保范围、担保的质量等内容语焉不详。

10. 通过转让财产、转移财产的方式进行欺诈。债务人为达到由保证人或其他担保人承担合同义务履行的目的，常在合同履行期限届至前大量转移财产。造成无力偿还债务的假象。担保人对未经登记的抵押物在未经债权人同意的情况下让与第三人，获得价金后移作他用。

11. 同一物重复抵押。对抵押物抵押人依法享有处分权。如抵押物的价值超过债权的，对超过债权的部分抵押物才可重新设立抵押。如抵押未经登记的，完全可能发生抵押人就同一物反复抵押的情况。如在后的抵押经过登记，对在前的未经登记的抵押权的影响是根本性的。如个体工商户王某以自有汽车作抵押向刘某借款10万，但未到交通运输管理部门办理抵押登记。王某又以此车为抵押向李某借款20万，并办理了汽车抵押合同登记。后王某经营不善，无力偿还刘某、李某的借款时，依担保法规定，李某的债务由汽车的价值中优先受偿，而在先的刘某的债权则无法

得到法律上的保障。

12. 依法不能作保证人的主体谎称有保证人资格，欺骗债权人与之签订保证合同。实践中常发生医院、学校等单位负责人或法定代表人，为他人作保证人的情况。其心态是碍于情面为他人担保，意图以保证人主体不合格从而导致保证合同无效，不承担保证责任。这样既帮了忙，又不承担保证责任。也有一些上述单位的法定代表人、主要负责人与债务人串通，冒用本单位名义与债权人签订保证合同的。

由上述欺诈方式可见，因担保合同和主合同关系密切，涉及到主债权人、主债务人、担保人三方，在担保合同出现的欺诈方式非常复杂且不断地变化。欺诈人常采取一种或数种欺诈方式，单独或与他方勾结，欺诈对方。在实践中尤其是债务人利用种种手段骗取担保，最终骗取债权人资金的情况最为常见。

担保合同欺诈的法律责任

1. 担保合同欺诈的民事责任

(1) 债务人与债权人通谋欺诈担保人的，依《担保法》第30条规定，主合同双方当事人串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担民事责任。这一规定的精神也可适用于抵押合同、质押合同。因主合同双方当事人欺诈使担保人遭受损失的，主合同双方当事人应当承担赔偿责任。

(2) 债权人欺诈担保人签订担保合同的，担保人亦不承担民事责任。因此给担保人造成损害的，债权人应当承担赔偿责任。

(3) 对债务人欺诈担保人使之与债权人签订担保合同的，担保人仍应对债权人承担民事责任。其理由是：第一，保证人不是债务人与保证人之间的委托合同的当事人。在担保合同中，有三方关系。担保

人与债务人之间的委托关系,担保人与债权人之间的担保合同关系,债权与债务人之间的主合同关系。可见,债务人欺诈保证人为之担保的,仅构成委托合同无效。在担保合同中债权人并未对担保人进行欺诈,两者之间的担保合同仍然是有效的。第二,在这种情况下,担保人一般都有过错。如轻信老同学、老朋友、亲属关系或业务往来关系,碍于情面而签订。担保人对被担保人的资产状况,签约情况以及实际履行能力等有关情况应了如指掌,只有这样才能避免盲目担保,如轻率担保,自应承担民事责任。

此时,担保人应按担保合同约定的责任范围承担民事责任。如系保证合同,依约应承担代为履行赔偿责任的,保证人在债务人无力偿还时,承担代为履行责任。依约应承担连带履行责任的,保证人则不论债务人是否有能力履行,应债权人的请求均应履行主合同义务。

在担保人代债务人履行后,主债权人与主债务人之间的主债消灭。债务人与担保人之间成立债的关系。担保人有权向债务人追偿。

(4) 以他人所有之物出质的,出质人应当更换质物,以自己所有之物出质。我国担保法没有规定动产质权善意取得。即债权人在善意无过失的情况下接受以他人之物出质的,亦取得动产质权。除更换质物外,保证人还应当承担违约责任。

(5) 以对方不懂法律进行欺诈的,欺诈人的民事责任较轻。因为依照法律规定,当事人不能以“不懂法律”为抗辩理由。如欺诈人与债权人订立抵押合同时,欺骗债权人。声称抵押合同用不着登记的,在纠纷发生时,抵押合同并不因当事人一方利用法律知识进行欺诈而生效。但如债权人或债务人欺骗保证人,声称代为履行责任和连带履行责任是一回事,保证人因此

同意承担连带履行责任的,如能查明保证人的真实意思是承担代为履行责任,则保证人仍承担代为履行责任而不依保证合同成立连带履行责任。

(6) 对抵押物擅自转让的,抵押人与第三人之间转让行为的效力应视不同情况予以认定。如果抵押人与债权人签订的抵押合同依担保法规定登记方生效的,抵押人与债权人未将其登记,此时抵押合同并不生效。抵押人的抵押物上并没有生效的抵押负担,抵押人得自由处分。对依担保法规定不需进行抵押合同登记的,如债权人与抵押人未将抵押合同登记,依担保法规定,抵押合同未经登记的,不得对抗第三人,因此,债务人与第三人之间的转让行为仍然是有效的,债权人无权追回抵押物。但可请求债务人以转让抵押物的价金履行债务。另一方面,如果当事人已将抵押合同进行了登记,抵押人未经债权人同意擅自转让抵押物的,其转让行为无效。抵押权人可直接追回该物。

(7) 对冒充有保证资格的主体欺诈对方成立保证合同的,保证合同无效。但保证人在一定条件下亦应承担民事责任。但无效保证合同的保证人承担的民事责任范围仅限于赔偿责任而不承担代为履行责任或连带履行责任。因为代为履行、连带履行责任的产生是保证合同生效才发生的保证责任。

(8) 对借签订定金合同骗取定金的,欺诈人应承担返还定金及其利息、赔偿受害人相应损失的民事责任。

2. 担保合同欺诈的行政责任

(1) 对国家机关主要负责人以单位名义为人保证,给国家机关造成损失的,视其情节应对其予以一定的行政处分。

(2) 对法人分支机构、法人职能部门的主要负责人擅自以法人、法人分支机构、法人职能部门名义为人保证,造成损失的,

应当视其情节对其予以一定的行政处分。

(3) 对国家机关、企业法人、法人分支机构、法人职能部门的主要负责人擅自以法人、法人分支机构、法人职能部门名义为他人债务提供抵押、质押担保，给上述单位造成损害的，应责令其承担一定的行政责任。

(4) 对事业单位的主要负责人擅自以本单位名义为他人的债务提供保证、抵押、质押担保的，视其情节可对其给予一定的行政处分。

担保合同欺诈的防范对策

针对不同的担保合同欺诈形式，应采取不同的防范对策。以下几类防范对策是当事人在签订、变更、履行担保合同中必须具备的。

1. 仔细审查保证人的主体资格及履约能力。审查保证人的主体资格需要注意两个问题：一是保证人是否具备法律上的资格。依担保法规定，下列主体不得为保证人：1. 国家机关；但经国务院批准为使用政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外；2. 学校、幼儿园、医院等公益目的的事业单位、社会团体；3. 企业法人的分支机构、职能部门。企业法人分支机构有法人书面授权的，可在授权范围内提供保证。二是仔细审查对方身份证明。首先要辨明对方出示的法人营业执照、授权委托书、法定代表人身份证明书等资料的真伪。其次，仔细审查授权委托书所授予对方当事人的权限、授权期限。对法人分支机构以法人名义签订保证合同的，一定要看对方有无法人的授权委托书。为避免保证合同无效，不能与法人分支机构、法人内部职能部门如生产科、供销科签订保证合同。

关于保证人的实际履行能力，如保证人系公民个人的，签约前一定要谨慎地了

解其财产状况，如是否有不动产；不动产的价值，有无设定抵押权；有无存款及其数额；流动资金的数额；拥有动产的价值；是否同时还是他人债务的保证人；信用度等。如保证人系企业法人、非法人的，应充分了解其注册资金、经营状况、对其他企业的债权债务关系；以前的履约状况等。

2. 对以老朋友、同学、商业合作关系请求为其债务担保的公民个人或单位，应避免碍于情面，草率答应，而应对主合同的真实性与合法性，债务人的履行能力作全面地审查，在确信债务的履行能力及主合同的合法性后，才决定签订担保合同。

3. 双方在签约时，对合同的主要条款必须进行全面、仔细地协商，以清晰、明确的语言表述。一般而言，保证合同的主要条款是：(1) 被保证主债权的种类、数额；(2) 债务人履行债务的期限；(3) 保证的方式；(4) 保证担保的范围；(5) 保证的期间。尤其应当注意对保证范围条款的签订。一般而言，保证责任的范围包括：主债务本身；利息；违约金；损害赔偿及其他从属于主债务的附随债务如登记费用、诉讼费用等。当事人就上述范围可自由协商选择。抵押合同的主要条款包括：(1) 被担保的主债权的种类、数额；(2) 债务人履行债务的期限；(3) 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或使用权权属；(4) 抵押担保的范围。质押合同的主要条款包括：(1) 被担保主债权种类、数额；(2) 债权人履行债务的期限；(3) 质押担保的范围；(4) 质物移交的时间。定金合同的主要条款是：(1) 定金的数额；(2) 定金交付的期限。

4. 对抵押合同而言，债权人就担保法规定的需经登记才能生效的抵押，必须进行登记。对以无地上定着物的土地使用权作抵押的，登记机关是核发土地使用权证书的土地管理部门；以城市房地产或乡

(镇)、村企业的厂房等建筑物为抵押的,登记机关为县级以上人民政府规定的部门;以林木抵押的,为县级以上林木主管部门;以航空器、船舶、车辆抵押的,登记机关为运输工具的登记部门;以企业的设备和其他动产抵押的,登记部门为财产所在地的工商行政管理部门。另外,对担保法未规定必须经抵押才能生效的,债权人最好和抵押人一起到公证部门登记,以取得对抗第三人的效力,使抵押人的转让受到限制。

二、借款担保中的避罪与反避罪法律操作及案例评析

(一) 相关法律

中华人民共和国担保法第十四条:“保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同,也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。”

中华人民共和国担保法第二十一条:“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的,按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。”

(二) 司法解释

经济生活中,常常发生担保的事情。一些企业领导人或主管人员急于求成,或贪图虚名,或因受贿,对不该担保的提供担保,对不能担保的提供担保,结果造成担保合同无效或丧失经济意义,并自食其果。专家认为,这是值得吸取的一个教训。

(三) 避罪途径

在订立借贷合同中常遇到的一些问题,在实际经济生活中,应注意防范。除不为

注册资本担保外,具体说,还有以下几点:

1. 借款合同应采用书面形式,但不一定是单一的书面文件。借款申请书、借款凭证、协议书等有关材料,也是借款合同的组成部分。只要存在足够的书面借贷证据,当事人仅以不存在单一的书面借款合同为而拒绝履行义务是不能成立的。

2. 一般来说,借款合同经当事人对合同内容进行充分协商,达成一致意见,并由其法定代表人或者凭法定代表人授权证明的经办人签章,同时加盖单位公章,合同即生效。但是,如果虽不具备上述形式,但当事人双方均已切实履行了合同,合同也不宜认定为无效,而应认定为有效。

3. 借款方应具有中国人民银行规定的一定比例的自有资金,并有适销适用的物资和财产作为贷款的保证。借款方无力偿还贷款时,贷款方有权要求依照法律程序处理借款方作为贷款担保的物资或财产。

(四) 反避罪措施

借款方不完全具备一定比例的资金或财产,但又有特殊情况需要借款时,应提出符合法定条件的保证人担保。保证人必须具有足够代偿借款的财产。在借款方不能履行合同时,由保证人连带承担偿还本息的责任。如果借款方既没有一定比例的资金或财产又没有保证人的,金融机构不得与之订立借贷合同。

·中外合资经营企业的任何一方均不得为对方作为出资的贷款提供担保。

·签订借贷合同时,任何一方如有代理人,相对方应认真审查其代理资格,防止发生无权代理和滥用代理权的情况。

·借贷合同的合同条款应全面、规范,文字表达正确,防止遗漏主要条款。具体来讲,借款合同应当具备这样一些条款:①贷款数额;②借款用途;③借款期限;④借款利率;⑤结算办法;⑥保证条款;

⑦违约责任。其中，借款合同中的利率应按国家制定的统一利率签订。

（五）案例评析

【案例】

不当担保，损失六百万元

1990年，华北地区A公司与香港B公司达成合资兴建某某饭店的意向书。双方进行了大量的前期准备工作，同年年底双方正式签订了合资经营某某饭店的合同。合同约定该合资经营饭店的注册资本为1200万元人民币，双方的出资比例和盈余分配比例相同，各为50%。在合同约定的出资期限届满时，中方的出资已到位，而港方资金却一直未到。经A公司几次催促，港方B公司才回答说，B公司目前资金周转困难，一时无法拿出600万元人民币现汇，唯一的办法是向其开户银行香港C银行借款，而C银行向外发行贷款时，一定要有借款担保，否则，不予借款。因此，B公司要求A公司为这笔贷款提供担保，并称合资饭店成功与否取决于A公司能否提供担保。中方A公司急于促成合资，于是答应提供担保。一周之后，A公司为B公司提供了限额600万元人民币的不可撤销的担保函，并签发了空白提款单。港方B公司收到后，随即凭担保函和提款单从香港C银行提出600万元人民币。在此之后，B公司主要负责人携款外逃；不知去向，其他工作人员也纷纷躲藏起来。到借款期限届满时，因借款人B公司已不存在，难以查找，香港C银行于是向借款担保人中方A公司要求偿还贷款利息。A公司对此加以拒绝。C银行于是以A公司为被告向A公司所在地中级人民法院起

诉。

中级人民法院受理本案后，认为事实清楚，证据确凿，于是在1991年9月依法作出判决：A公司偿还香港C银行600万元人民币贷款，支付利息9万元，并承担本案的诉讼费5万元。

【评论】

本案是一起具有涉外因素的借款合同担保纠纷案。虽然如此，本案中的一些问题在一般的国内借款合同担保中也应注意。本案中，A公司为香港B公司提供担保，有以下几个失误，以致最后自食苦果：

1. 在未充分了解和掌握港方B公司的资信情况下，盲目自信以致于遭受重大损失。本案中的中方合营者A公司没有充分了解和掌握港商的资信情况，盲目为对方提供担保，给对方以可乘之机。在香港，公司设立极为容易，没有对公司注册资本最低限额的强制性规定，并且，公司的注册资本和公司的资信也没有必然联系。因此，在与香港商人作生意时，应认真考察其资信的情况，以免吃亏上当。未充分了解港方B公司的资信情况，为将来埋下了隐患。

2. A公司不应为港方B公司在合资企业认缴的出资额提供担保。A公司这样做，实际是承担了B公司本应承担的投资风险，从而承担了合资企业的全部风险。这违背了合资企业中，中外合营者利益共享、风险共担的原则。1987年2月中国人民银行公布的《国内机构提供外汇担保的暂行管理办法》第5条明确规定：“不得对企业注册资本提供担保”。1988年1月国家外经贸部、国家工商行政管理局共同颁布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规

定》第3条规定：“合营企业任何一方不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保”。因此，中方合营者不应对方用作出资的贷款提供担保。本案中，A公司违法为B公司的出资额提供担保，应确认担保无效。但是，担保一经作出，担保合同无效时，并不意味着不承担赔偿责任。在被保证人应承担担保责任而无力或无法承担时，仍应由保证人承担连带赔偿责任。

3.A公司不应为B公司作为投资的贷款提供全额担保。我国之所以要举办中外合资经营企业，就是要吸引外资。如果外商投入的资金都是贷款，同时又由中方合营者提供全额担保，那实际上就成了中方间接地自己投资，根本上没有达到利用外资的目的。

4.A公司提供担保后，没有对港商提款和使用贷款进行必要的控制。这是本案中A公司最大的失误，也是直接导致港方B公司提款潜逃的原因。在A公司向香港C银行提出担任后，B公司就可提出贷款。在提款之后到将此项贷款汇入国内时，有一段时间差。这个时间差造成了B公司所提贷款的流向处于不定状态，即B公司有可能将此贷款全部投入国内，也可能部分投入国内、部分私吞，也可能全部私吞。对此，A公司应预见到，并对B公司提款和使用贷款进行必要的控制，但，A公司恰恰忽略了这一点，以致B公司提款后逃匿，给A公司造成了巨大的经济损失。对于上述失误，A公司本身是有重大过错的，因此，应承担由此引发的严重后果，赔偿香港C银行的损失。

本案的处理结果是正确的。

附录

中华人民共和国担保法

目 录

第一章 总则

第二章 保证

第一节 保证和保证人

第二节 保证合同和保证方式

第三节 保证责任

第三章 抵押

第一节 抵押和抵押物

第二节 抵押合同和抵押物登记

第三节 抵押的效力

第四节 抵押权的实现

第五节 最高额抵押

第四章 质押

第一节 动产质押

第二节 权利质押

第五章 留置

第六章 定金

第七章 附则

第一章 总 则

第一条 为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。

第二条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第三条 担保活动应当遵循平等、自

愿、公平、诚实信用的原则。

第四条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第二章 保 证

第一节 保证和保证人

第六条 本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的的行为。

第七条 具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。

第八条 国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

第九条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

第十一条 任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证；银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为，有权拒绝。

第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以

要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

第二节 保证合同和保证方式

第十三条 保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

第十四条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

第十五条 保证合同应当包括以下内容：

- (一) 被保证的主债权种类、数额；
- (二) 债务人履行债务的期限；
- (三) 保证的方式；
- (四) 保证担保的范围；
- (五) 保证的期间；
- (六) 双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第十六条 保证的方式有：

- (一) 一般保证；
- (二) 连带责任保证。

第十七条 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。

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，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利。

- (一) 债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；
- (二) 人民法院受理债务人破产案件，

中止执行程序的；

(三) 保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

第十八条 当事人在保证合同中约定保证人与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在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

第二十条 一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。

第三节 保证责任

第二十一条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

第二十三条 保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

第二十四条 债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担

保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

第二十五条 一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在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。

第二十七条 保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第二十九条 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。

第三十条 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;

第三十一条 保证人承担保证责任后,有权向债务人追偿。

第三十二条 人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,保证人可以参加破产财产分配,预先行使追偿权。

第三章 抵 押

第一节 抵押和抵押物

第三十三条 本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为抵押物。

第三十四条 下列财产可以抵押:

(一)抵押人所有的房屋和其他地上定着物;

(二)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产;

(三)抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物;

(四)抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产;

(五)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权;

(六)依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后,该财产的价值大于所担保债权的余额部分,可以再次抵押,但不

得超出其余额部分。

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的,该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条 下列财产不得抵押:

(一)土地所有权;

(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但本法第三十四条要第(五)项、第三十六条第三款规定的除外;

(三)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;

(四)所有权、使用权不明或者有争议的财产;

(五)依法被查封、扣押、监管的财产;

(六)依法不得抵押的其他财产。

第二节 抵押合同和抵押物登记

第三十八条 抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条 抵押合同应当包括以下内容:

(一)被担保的主债权种类、数额;

(二)债务人履行债务的期限;

(三)抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属;

(四)抵押担保的范围;

(五)当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的,

可以补正。

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：

(一) 以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

(二) 以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

(三) 以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

(四) 以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

(五) 以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：

(一) 主合同和抵押合同；

(二) 抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 抵押担保的包括主债权以及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵

押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

第四十七条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。

第四十九条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十条 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。

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减的部分，仍作为债权的担保。

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第四节 抵押权的实现

第五十三条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物拍价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿；

(一) 抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

(二) 抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第(一)项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押以后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。

第五十七条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向

债务人追偿。

第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

第六十一条 最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

第四章 质 押

第一节 动产质押

第六十三条 本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前条规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第六十五条 质押合同应当包括以下内容：

(一) 被担保的主债权种类、数额；

- (二) 债务人履行债务的期限;
- (三) 质物的名称、数量、质量、状况;
- (四) 质押担保的范围;
- (五) 质物移交的时间;
- (六) 当事人认为需要约定的其它事项;

质押合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时,质物的所有权转移为质权人所有。

第六十七条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的,按照约定。

第六十八条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的,按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的,质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的,出质人可以要求质权人将质物提存,或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害质权人权利的,质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的,质权人可以拍卖或者变卖质物,并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的,或者出质人提前清偿所担保的债权的,质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的,可以与出质人协议以质物折价,也可以依

法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。

第七十二条 为债务人质押担保的第三人,在质权人实现质权后,有权向债务人追偿。

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为出质财产。

第七十四条 质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。

第二节 权利质押

第七十五条 下列权利可以质押:

- (一) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单;
- (二) 依法可以转让的股份、股票;
- (三) 依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权;
- (四) 依法可以质押的其他权利。

第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的,应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

第七十七条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的,汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的,质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货,并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的,出质人与质权人应当订立书面合同,并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后,不得转让,但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转