

总主编/肖 扬

中国审判指导丛书

2004年·第2辑(总第6辑)

CHINA TRIAL GUIDE

GUIDE ON CIVIL AND COMMERCIAL TRIAL

民商事审判指导

最高人民法院民事审判第二庭 编

奚晓明/主编

本辑要目

【民商审判政策与精神】

最高人民法院关于金融资产管理公司收购、
处置银行不良资产有关问题的补充通知

【专论】

关于合同法中债权人代位权制度若干重要问
题

企业改制案件审理中的疑难问题解析

【请示与答复】

本案侵权之诉和合同之诉具有关联性，应予合
并审理

——闽发证券有限责任公司、中国证券登记结
算有限责任公司上海分公司、中国证券登记结
算有限责任公司与无锡庆丰股份有限公司国债
托管合同纠纷管辖权异议案

【案例评析】

运用新证据、间接证据认定主债权发生和判令
担保人承担担保责任问题

人民法院出版社

总主编/肖 扬

中国审判指导丛书

2004年·第2辑（总第6辑）

CHINA TRIAL GUIDE
GUIDE ON CIVIL AND COMMERCIAL TRIAL

民商事审判指导

最高人民法院民事审判第二庭 编

奚晓明/主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商事审判指导. 2004 年. 第 2 辑: 总第 6 辑/最高人民法院民事审判第二庭编. —北京: 人民法院出版社, 2005. 7

(中国审判指导丛书)

ISBN 7-80217-049-4

I. 民… II. 最… III. 民事诉讼-审判-中国-参考资料
IV. D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 066768 号

民商事审判指导 2004 年第 2 辑 (总第 6 辑)

最高人民法院民事审判第二庭 编

主编 奚晓明

责任编辑 林志农 张彦春

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250563 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 464 千字

印 张 24.5

版 次 2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-049-4

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

《民商事审判指导》编辑委员会

编委会顾问 李国光

编委会主任 宋晓明

编委会副主任 刘贵祥

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

叶小青 付金联 吴庆宝

张勇健 周帆 姜伟

徐瑞柏 曹士兵

执行编委 王宪森 贾伟 王闯

目 录

民商审判政策与精神

- 最高人民法院关于金融资产管理公司收购、
处置银行不良资产有关问题的补充通知
法〔2005〕62号 (1)
- 关于“金融资产管理公司收购、处置银行
不良资产有关问题的通知”的说明
..... 金剑锋 (3)

专论

- 关于合同法中债权人代位权制度若干重要
问题 奚晓明 王 闯 (8)
- 企业改制案件审理中的疑难问题解析
——解读《最高人民法院关于审理与企业
改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》
..... 刘 敏 (32)
- 保险纠纷案件中欠缴保费涉及的几个法律问题
..... 宫邦友 (46)

请示与管辖

- 借款到期后债务人在多份空白催收通知单上
加盖公章如何计算诉讼时效
..... 沙 玲 (59)
- 本案股东增资行为的履行地就是公司住所地
——关于宁夏君信创业投资有限公司与上海
绿谷伟业生态工程有限公司出资纠纷案

..... 孔 玲 (65)

本案侵权之诉和合同之诉具有关联性, 应予
合并审理

——闽发证券有限责任公司、中国证券登记
结算有限责任公司上海分公司、中国证券登
记结算有限责任公司与无锡庆丰股份有限公
司国债托管合同纠纷管辖权异议案

..... 张雪梅 (72)

法官学术交流

论我国公司法律体系中股东派生诉讼制度

的构建..... 孙 辉 李汝银 (81)

股东表决权的行使与制约论..... 宫晓艳 (92)

诉讼时效若干争议问题研究 张雪梅 (104)

现货市场、准期货市场与期货市场的区别与

规范 宫邦友 (113)

破产清算的中介化机制 张兴军 (121)

附随义务论 潘勇锋 (136)

案例评析

未经开办单位同意, 擅自改变企业性质的行为
无效

——大同市金鑫贸易中心诉大同市供销社侵
权纠纷上诉案

..... 于松波 (146)

当事人合法的补偿权益, 应予保护

第三人获取的不当得利, 应予返还

北海市人民政府与北海银海房地产开发有限公
司、北海金虹房地产开发有限公司补偿合同纠
纷上诉案

..... 殷 媛 (156)

企业改制司法解释第六、七条的适用及改制企业转
让股权是否影响新设公司承担责任

——中国建设银行山东省分行与山东禹城中农润

田化工有限公司、山东兴禹化工集团公司等借款合同纠纷上诉案	王宪森 (171)
借款合同纠纷能否依资金流向追加诉讼当事人	
——中国建设银行太原市并州支行与山西南都建设发展有限公司等借款合同纠纷上诉一案	
(2004)民二终字第23号	李京平 (185)
财产与债务相抵的约定不能对抗其他债权人	
——山东信诚化工股份有限公司与中国工商银行山东省分行、滕州市化肥厂、山东鲁南化学工业集团公司、滕州市国有资产经营有限公司借款合同纠纷上诉案	
	刘 敏 (201)
信托公司与证券公司分业经营前的债务应如何划分	
——中国工商银行兰州市金城支行诉兰州华龙证券有限责任公司、兰州市信托投资公司等借款担保合同纠纷案所涉信托公司与证券公司分业经营前无约定债务 分业后应如何划分的研究	
	沙 玲 (212)
浅说委托代理关系中代理人的诚信义务	
——最高人民法院(2004)民二终字第163号	
济南东风制药厂与吉林九鑫药业集团有限公司代理销售合同纠纷案评析	
	张勇健 (227)
证券款项损失, 券商不构成侵权, 不承担民事责任	吴庆宝 (236)
东西湖国债部应否为其交易员黄汉东的行为负责	
——上诉人武汉赛迪尔经济发展有限责任公司与被上诉人武汉市东西湖区国债服务部、武汉市国债服务部侵权纠纷案件	
	叶小青 (261)
山西省交通厅在本案中的责任应当如何认定	

——上诉人中国建设银行大同市新建路支行与
被上诉人山西省公路局大同分局、山西省交通
厅、原审第三人山西省公路局借款担保合同纠
纷案件

..... 叶小青 (270)

运用新证据、间接证据认定主债权发生
和判令担保人承担担保责任问题

..... 徐瑞柏 (279)

判决书

兰州市商业银行与万通实业集团有限公司
等借款合同纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 209 号 (293)

华林证券有限责任公司诉营口证券公司
资金拆借合同纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 16 号 (303)

宁夏君信创业投资有限公司诉上海绿谷伟业
生态工程有限公司等出资合同纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 260 号 (331)

中国长城资产管理公司武汉办事处与中国农业
银行襄樊市樊西支行等借款合同纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 123 号 (338)

中国中化集团公司与北京三元金安大酒店等
代位权纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 53 号 (344)

中国平安保险(集团)股份有限公司与中国建设
银行营业部等借款及保证保险合同纠纷上诉案

——中华人民共和国最高人民法院民事判决书

(2004)民二终字第 38 号 (357)

重庆市水产集团公司与重庆市江北区农村信用 合作社联合社等借款抵押合同纠纷上诉案 ——中华人民共和国最高人民法院民事判决书 (2004)民二终字第 52 号·····	(366)
---	-------

民商审判政策与精神

最高人民法院关于金融资产管理 公司收购、处置银行不良资产 有关问题的补充通知

法〔2005〕62号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为了深化金融改革，规范金融秩序，本院先后下发了《关于审理金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》、《关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函的答复》和《关于国有金融资产管理公司处置国有商业银行不良资产案件交纳诉讼费用的通知》。最近，根据国务院关于国有独资商业银行股份制改革的总体部署，中国信达资产管理公司收购了中国银行、中国建设银行和交通银行剥离的不良资产。为了维护金融资产安全，降低不良资产处置成本，现将审理金融资产管理公司在收购、处置不良资产发生的纠纷案件的有关问题补充通知如下：

一、国有商业银行（包括国有控股银行）向金融资产管理公司转让不良贷款，或者金融资产管理公司受让不良贷款后，通过债权转让方式处置不良资产的，可以适用本院发布的上述规定。

二、国有商业银行（包括国有控股银行）向金融资产管理公司转让不良贷款，或者金融资产管理公司收购、处置不良贷款的，担保债权同时转让，无须征得担保人的同意，担保人仍应在原担保范围内对受让人继续承担担保责任。担保合同中关于合同变更需经担保人同意的约定，对债权人转让债权没有约束力。

三、金融资产管理公司转让、处置已经涉及诉讼、执行或者破产等程序的不良债权时，人民法院应当根据债权转让协议和转让人或者受让人的申请，裁定变更诉讼或者执行主体。

2005年5月30日

关于“金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的通知”的说明

根据国务院关于国有独资商业银行股份制改革的总体部署，中国信达资产管理公司（以下简称信达公司）通过招投标方式收购了中国银行和中国建设银行剥离的不良资产 2787 亿元，并以协议收购方式接收了交通银行的部分不良资产。根据财政部财金函（2004）102 号函反映的情况，信达公司在收购、管理、处置银行剥离的不良资产过程中遇到的一些法律问题需要研究解决。我庭通过向四家金融资产管理公司和部分法院调查研究，并通过专家学者的研究论证，起草了《关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的通知》，现将有关情况说明如下。

一、财政部的意见

财政部财金函（2004）102 号函的内容主要是转送信达公司“关于转请研究解决金融资产管理公司收购管理和处置银行不良贷款适用法律有关问题的函”，财政部认为，信达公司反映的问题确实存在。妥善解决这些问题，对维护国有资产安全和社会信用秩序、提高不良资产处置效率，降低处置损失和处置成本，化解金融风险都具有重要意义。

财政部财金便函（2005）11 号函提供了交通银行的基本情况、改革工作、股权结构和管理方式等有关情况。根据国务院 2004 年 6 月 14 日批准的交通银行深化股份制改革整体方案，交通银行进行深化股份制改革，实现整体上市。交通银行实施深化股份制改革以后，根据截至 2004 年 8 月 20 日股东名册，交通银行目前的股权结构为国家股，持股比例 41.6874%；国有法人股，34.2068%；境内法人股，4.1452%；境外法人股，19.9606%。由于交通银行的国有股份比例高，财政部一直将其与四大国有独资商业银行一起实施财务管理，交通银行也严格执行各项国有金融企业制度和政策。

二、金融资产管理公司的意见

(一) 关于不良资产处置司法解释的适用问题

金融资产管理公司在收购、处置交通银行的不良贷款时，最高人民法院的上述司法解释能否继续适用。金融资产管理公司认为，这次可疑类贷款的剥离虽然采取了局部有别于以往政策性剥离的形式，但资产管理公司的收购、处置仍带有化解金融风险、支持国有银行股改上市的政策性特点，因此，金融资产管理公司在收购、处置上述可疑类贷款的过程中，应当适用上述司法解释的规定。

(二) 担保贷款转让中的担保责任问题

这次可疑类贷款项下的担保合同为中国建设银行在《担保法》颁布前后统一制发的格式文本，对合同变更，担保合同的条款分别规定为：(1)“在本合同有效期内，甲、乙、丙任何一方不得擅自变更或解除本合同，需要变更本合同条款时，应经三方协商同意，并达成书面协议。”(2)“保证期间，借款合同的当事人双方协议变更借款合同除贷款利率以外的其他内容，应当事先取得本合同甲方的同意。”建设银行将上述贷款转让给信达公司，信达公司转让批发给其他资产管理公司，均未征得担保人同意的情况下，建设银行在格式担保合同中的上述约定能否成为担保人免责抗辩的理由。为了防范担保人借债权转让之机逃脱担保责任，最高人民法院对此问题予以明确规定。

(三) 涉诉的贷款债权转让后诉讼或者执行主体变更问题

《十二条司法解释》对金融资产管理公司受让国有商业银行涉诉的不良债权的诉讼主体变更问题做了规定，但对金融资产管理公司通过债权转让方式处置债权的诉讼或者执行主体如何变更，司法解释未作具体规定。因此，从减少当事人诉讼成本和节约司法资源的角度出发，应当对此问题予以明确。

三、通知稿的主要意见

(一) 关于国有控股银行不良资产处置的司法解释适用问题

2001年以来，本院为支持金融改革，化解金融风险，陆续发布

了《关于审理金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》、《关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函的答复》和《关于国有金融资产管理公司处置国有商业银行不良资产案件交纳诉讼费用的通知》等规定。上述规定对现在正在接收和处置的中国银行、建设银行和交通银行剥离的不良资产是否仍然适用，主要是能否适用于交通银行剥离的不良资产。最高人民法院的司法解释第12条规定“仅适用于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的有关案件”，而交通银行是股份制银行，但是交通银行是国有控股的股份制商业银行，财政部是交通银行的控股股东，交通银行的不良资产剥离，完全是按照国家的统一部署进行的，因此，金融资产管理公司在收购、管理、处置国有银行（包括国有控股银行）不良贷款中，可以适用最高人民法院的上述司法解释。

（二）债权转让的通知义务履行方式问题

金融资产管理公司按照国家的统一部署，以不良资产处置批发商的身份，接收了中国银行和中国建设银行本金总额2787亿元的可疑类贷款。这部分资产涉及数以万计的借款合同、保证合同以及债务人和保证人，逐户逐笔通知难以做到。根据我国《合同法》的有关规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。关于债权人履行通知义务的方式问题，《最高人民法院十二条司法解释》第6条规定：“金融资产管理公司受让国有银行债权后，原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或者通知的，人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。”上述规定对于金融资产管理公司受让银行债权后通过债权转让方式处置资产时以何种方式履行通知义务未作规定。因此，金融资产管理公司采取债权转让方式处置不良资产时，可以通过在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或者履行债权转让通知义务。

（三）关于保证债权单独转让是否影响保证责任的问题

金融资产管理公司收购、管理、处置银行剥离的不良资产过程中，涉及保证债权单独转让是否影响保证责任的问题。关于债权转让，担保法并未规定应当通知保证人。但是，原则上主债权转让后，从权利一并转让。因为，债权转让并未增加债务人的负担和加重担保

人的责任。根据《合同法》第 81 条和《关于适用〈中华人民共和国合同法担保法〉若干问题的解释》第 28 条的规定，债权转让，保证债权同时转让，保证人在原保证范围内对受让人承担保证责任，除非保证人与债权人事先约定仅对特定债权人承担保证责任或者禁止债权转让。根据上述规定，国有商业银行（包括国有控股银行）向金融资产管理公司转让不良贷款，以及金融资产管理公司通过债权转让方式处置不良贷款，可以不必逐一征得保证人的同意，担保人仍应在原担保范围内对受让人继续承担担保责任。担保合同中关于合同变更需经担保人同意的约定，对债权人转让债权没有约束力。

（四）金融资产管理公司通过债权转让方式处置不良资产过程中，转让负担抵押担保的债权时，涉及到抵押变更登记的问题。

本院“十二条”司法解释第 9 条规定：“金融资产管理公司受让抵押担保的债权后，可以依法取得对债权的抵押权，原抵押权登记继续有效。”但是对于金融资产管理公司受让银行债权后通过债权转让方式处置有抵押担保的债权，受让人是否重新签订抵押合同和办理抵押变更登记，本院“十二条”司法解释并未明确。根据我国《合同法》第 81 条规定：“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利。”第 87 条规定：“法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”根据上述规定，负担抵押权的债权转让时，抵押权等从权利随同债权转让，受让人取得债权的同时，相应地取得了抵押权等从权利，原则上应当办理抵押变更登记。办理抵押变更登记为债权受让人享有并行使抵押权的条件。但是，资产管理公司反映，债权转让实践中很难操作：一是办理抵押变更登记需要征得抵押人同意后才能进行变更登记。由于债权批量转让项下的抵押人众多，且一些抵押人下落不明，逐户征得抵押人同意不但成本很高，而且抵押人可能以不同意为由逃避原有贷款抵押担保责任，从而无法重新办理抵押变更登记手续；二是因我国登记制度还不健全，登记部门不统一，变更登记成本很高；三是重新办理抵押登记手续工作量大，任务重，办理抵押登记将消耗大量的人力物力，将严重影响不良资产的处置效率。因此，可以规定金融资产管理公司因受让债权而取得抵押权的，无须办理抵押变更登记即应享有抵押权。

(五) 债权转让后诉讼或者执行主体的变更问题

最高人民法院的司法解释对金融资产管理公司受让国有银行已涉诉的不良债权后诉讼主体变更问题做出了明确规定，但对金融资产管理公司通过债权转让方式处置该等债权时诉讼或者执行主体如何变更未作规定。金融资产管理公司通过债权转让完成处置的，其中部分债权已经进入诉讼或者执行或者破产程序，如不变更诉讼或者执行主体，受让债权人的权利无法行使。因此，金融资产管理公司通过债权转让方式处置已经涉及诉讼、执行或者破产等程序的不良债权时，人民法院应当根据债权转让协议和转让人或者受让人的申请，裁定变更诉讼或者执行主体。

(最高人民法院民二庭：金剑锋)

专论

关于合同法中债权人代位权制度若干重要问题

为弥补我国民法关于债权保全制度方面的立法漏洞,我国《合同法》第73条对作为合同债权保全制度之一的债权人代位权制度作出规定,旨在防止因债务人怠于行使债权而影响债权人权利的实现。鉴于《合同法》第73条关于债权人代位权的规定过于概括,容易引起理解差异和适用困难,最高人民法院于1999年12月29日公布施行《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)(以下简称《合同法解释(一)》),对包括债权人代位权在内的若干合同法适用问题做出规定,以期更好地指导审判实践。然而在实践中,无论是理论界还是实务界,对于《合同法》第73条的理解和《合同法解释(一)》中关于代位权规定的适用,仍然存在诸多争论和模糊认识,导致审判实践在代位权诉讼中做法不一,在一定程度上影响了司法的严肃性和统一性。鉴于不同见解所引致的法律效果大相径庭,因此有必要对代位权制度法律适用中的若干问题详加探究。

一、关于代位权行使要件方面的重要问题

《合同法》第73条规定:“债权人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代为行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担”。《合同法解释(一)》第11条规定:“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼,应当符合下列条件:(一)债权人对债务人的债权合法;(二)债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害;(三)债务人的债权已经到期;(四)债务人的债权不是专属于