



2005年第1辑 (总第1辑) · 民事卷

China

中国 案例指导

最高人民法院 最高人民检察院
《中国案例指导》编辑委员会



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



2005年第1辑 (总第1辑) · 民事卷

China

中国 案例 指导

最高人民法院 最高人民检察院
《中国案例指导》编辑委员会

图书馆
章



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国案例指导(2005年第1辑·民事卷)/最高人民法院,
最高人民检察院《中国案例指导》编辑委员会编. —北京:
法律出版社, 2005. 7

ISBN 7-5036-5732-4

I. 中… II. ①最…②最… III. 案例—汇编—中
国 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 074616 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯恒

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/12.75 字数/290千

版本/2005年8月第1版

印次/2005年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5732-4/D·5449

本卷定价:30.00元(全套两卷,共60.00元)

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

世界上两大法系——大陆法系和英美法系——相互借鉴、取长补短是发展的趋势,大陆法系逐渐重视判例制度,英美法系逐渐重视成文法制度。中国如何发挥案例的作用?学者们在研究这个问题,司法实践部门也在考虑这个问题。《中国案例指导》这套丛书的出版,将是案例指导制度改革过程的一个重要的尝试环节,是司法实践部门思考这一问题的一项重要成果。

最高人民法院和最高人民检察院联合编辑出版《中国案例指导》丛书,是最高人民法院、最高人民检察院指导全国各级人民法院、各级人民检察院办案工作的一项具体举措。

这套丛书呈现以下特征:

其一,权威性。由最高人民法院和最高人民检察院有关领导组成编辑委员会,由著名学者撰写研究性文章,具有很高的权威性。虽然这些案例不能作为裁判的直接法律依据,但是法官、检察官和律师可以作为裁判理由或者法庭辩论理由引用。为了引用方便,这套丛书的案例有着便于引用的案例编号。

其二,新颖性。所选择的案例是高级人民法院和最高人民法院终审的案件,这些案例有的是新类型的,有的是疑难的,有的是现有法律没有规定的或者在理解上有分歧的。公布和研究这些案例,可以引导类似案件的同案同裁判。

其三,应用性。为了使应用者对案例的精髓有所了解,这套丛书每一个案例都由著名学者撰写了研究性文章,阐述裁判的理

论原理和总结裁判精髓,抽象出案例指导原则,对法律实际工作者和法学理论工作者具有重要参考作用。

其四,客观性。将所选案例的起诉书、第一审判决书、上诉状、第二审判决书等有关文书原文刊登公布,以使读者更加全面地了解案情,使读者可以作出自己的客观判断。

人们始终在探求案例所应该具有的法律效力——案例的应然法律效力,但是我们应该另辟蹊径,更加重视通过实际参考作用发挥其作用力——案例的实然法律效力。如果大家认可了,引用多了,其实际效力就大了。希望《中国案例指导》的出版,有助于更好地发挥案例的实然法律效力。

最高人民法院 最高人民检察院

《中国案例指导》编辑委员会

2005年5月

目录

【民事卷】

民事[2005]001 号案例

	交通银行香港分行诉勤昌发展有限公司、佛山市禅城区人民政府、梁炽荣、黄志、郭志华借款合同纠纷案
2	案例指导原则
3	评析:承诺函·最高额保证·无效保证责任 / 杨立新
24	起诉状
27	(2001)佛中法经初字第 474 号民事判决书
42	上诉状(佛山市城区人民政府)
49	(2002)粤高法民四终字第 55 号民事判决书

民事[2005]002 号案例

	蔡思叶(王运奎)等诉顺泰县隧道工程公司、陈益校等劳动场所人身损害赔偿案
72	案例指导原则
73	评析:共同侵权责任研究 / 张新宝 宋志红
101	起诉状
105	诉讼代表人推选书
106	关于增补诉讼代表的报告
107	答辩状(共 7 份)
121	追加共同被告申请书
122	追加被告申请书
124	(2001)温民初字第 10 号民事判决书
139	上诉状(共 6 份)
173	上诉答辩状(共 4 份)
187	(2001)浙法民终字第 245 号民事判决书

民事[2005]003 号案例

	意大利飞奥公司诉武进市对外贸易公司、中国农业银行 武进市支行、武进对外贸易经济合作局、第三人中国广 澳开发集团公司买卖合同纠纷案
210	案例指导原则
211	评析:国际托收中代收行的法律责任研究 / 王利明 熊诤龙
235	起诉状
237	关于追加第三人的申请
238	追加被告申请
239	答辩状
241	(2000)常经初字第 86 号民事判决书
260	上诉状(意大利飞奥公司)
263	上诉状(武进市对外贸易经济合作局)
267	(2002)苏民三终字第 019 号民事判决书

民事[2005]004 号案例

	黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂、中央电视台、北京北辰购物中心侵犯著作权纠纷案
286	案例指导原则
287	评析:乌苏里船歌与民间文学保护 / 郑成思
295	起诉状(黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府)
298	答辩书(郭颂)
300	答辩状(中央电视台)
302	(2001)二中知初字第 223 号民事判决书
315	上诉状(郭颂)
318	上诉状(中央电视台)
320	(2003)高民终字第 246 号民事判决书

民事[2005]005 号案例

	哈尔滨得莫利实业有限公司诉王庆章商标侵权纠纷案
332	案例指导原则
333	评析:合理确定商标权的保护范围 / 李顺德
359	起诉状
361	变更诉讼请求状
362	撤回诉讼请求申请
363	变更诉讼请求状
364	答辩状
367	(2001)哈知初字第 59 号民事判决书
376	上诉状(哈尔滨得莫利实业有限公司)
384	关于对上诉状更正的说明
385	答辩状
388	(2003)黑知终字第 12 号民事判决书

民事[2005]001 号案例

**交通银行香港分行诉勤昌发展
有限公司、佛山市禅城区人民
政府、梁炽荣、黄志、郭志华
借款合同纠纷案**

案例指导原则

确认当事人出具的承诺函究竟是安慰函还是保证函，其根本区别在于当事人出具的承诺函是否存在保证意思表示。如果能够确认在承诺函中具有保证意思表示的，应当认定该承诺函就是保证函，出具承诺函的当事人就应当对其所作的保证意思表示承担保证的责任。保证函构成保证合同的，出具承诺函的当事人应当承担保证责任；承诺函有保证意思表示，但不构成保证合同的，为无效保证，出具承诺函的当事人应当承担无效保证的民事责任。

承诺函·最高额保证·无效保证责任

杨立新*

广东省高级人民法院于2003年5月22日就佛山市禅城区人民政府(简称城区政府)因与交通银行香港分行(简称香港分行)、勤昌发展有限公司(简称勤昌公司)等借款担保合同纠纷一案,作出(2002)粤高法民四终字第55号民事判决,认定城区政府对勤昌公司向香港分行借款提供保证担保,保证无效,判决城区政府承担无效保证的赔偿责任,在认定事实和适用法律上都有独到的见解,是一份较好的判决,但其中也有若干程序上的问题值得商榷。

一、一二审判决认定城区政府出具承诺函的性质为保证意思表示,成立保证担保合同,有充分的事实依据和法律依据

本案争执的焦点之一,就是城区政府向香港分行出具的承诺函的性质问题。对此,香港分行认为,城区政府向其出具的承诺函的性质就是保证承诺,依据该承诺函,双方成立保证合同,即城区政府对勤昌公司的借款债务提供保证,承诺为该债务的债权人香港分行承担保证责任。而城区政府认为,承诺函的性质就是一

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。



种惯例做法,属于“安慰函”的性质,不产生任何法律上的责任,只是一种道义上的责任,督促还款的责任也不是保证责任,负责解决也不是代为偿还,因此,根据承诺函的内容,不能认定具有保证承诺的意义,不发生保证责任的后果。

对此,终审法院判决确认,“城区政府在承诺函中明确表示:如果勤昌公司出现逾期或拖欠贷款本息的情况,城区政府负责解决,不使香港分行在经济上蒙受损失。城区政府这一承诺具有为勤昌公司的借款提供保证担保的意思,符合《中华人民共和国担保法》第6条规定的精神,应当认定城区政府为勤昌公司向香港分行的借款提供了保证担保”。

(一)保证承诺与安慰函的区别

安慰函又称为赞助信、安慰信或者承诺函,是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,或者督促债务人清偿债务等。^[1]通说认为,安慰函不是保证合同,但与保证合同有相似的地方,特殊的安慰函也是保证合同的一种形式。^[2]一般认为,仅仅承担道义义务、或者确认债务人现状的安慰函,属于一般的安慰函,而承诺承担补充清偿责任或者连带责任的安慰函,属于保证合同,有法律约束力。^[3]因此,安慰函也不能一律认定为仅仅为安慰的性质,如果具有实质保证内容的安慰函,则构成保证;如果仅仅具有承担道义义务和督促义务内容的安慰函,则应当认定为安慰性质,不能认定为保证合同。

(二)认定承诺函的性质为保证意思表示的依据

《担保法》第6条规定内容是:“本法所称保证,是指保证人和

[1] 李国光主编:《经济审判指导与参考》,法律出版社2001年版,第31页。

[2] 参见易新华等:“政府为公司涉外融资出具安慰函的性质及其责任研究”,载《判解研究》2004年第3期,人民法院出版社2004年版,第184页。

[3] 李国光主编:《经济审判指导与参考》,法律出版社2001年版,第31页。



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行為。”

按照《担保法》该条的规定,似乎并没有说城区政府出具的承诺函就是保证的意思表示。但是,以该条法律规定为依据,按照保证合同成立的内容和形式的要求观察,认定本案承诺函具有保证意思表示的性质,是有根据的。因此,我认为,一二审法院判决认定城区政府出具承诺函的行为具有保证意思表示的性质,是正确的。其理由是:

第一,确立独立保证的效力,应当区分国际和国内的不同情况。所谓独立保证,就是保证人出具保证书、担保函之类的“保函”成立保证责任,独立于主债关系,不因主债的不成立、无效、被撤销等原因而归于消灭的保证形式。^{〔4〕}我国司法机关承认国际贸易中的独立保证,认为独立保证在对外担保和外国银行、机构对国内机构担保上的效力,在国际间是当事人自治的领域。而在国内,我国司法机关对其采取否定态度,不承认当事人对独立保证的法律效力。^{〔5〕}香港特别行政区属于我国领域,但是在法律适用上,分属于不同的法域。对于我国机构向香港的银行机构出具的保函,应当承认其独立保证的效力。但是,由于本案上诉人和被上诉人对于本争议均同意适用中国内地法律审理该案,因此,确认本案的承诺函的性质,不应当承认独立保证的效力,应当按照国内的保证合同的要求审理、认定。

第二,出具保证书的形式,是成立保证合同的一种形式。按照《担保法》第13条规定,保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。这一规定的核心在于“书面形式”,即保证合同是要式

〔4〕 参见曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2001年版,第22—23页。

〔5〕 参见崔建远:《合同法》(第3版),法律出版社2003年版,第132页。



合同。在实践中,成立保证合同的书面形式有三种情形:一是保证人与债权人直接订立保证合同;二是保证人与债权人、债务人共同订立保证合同;三是保证人出具保证书。其中第三种方式即以出具保证书的形式成立保证合同的,法律是予以确认的。最高人民法院《关于适用担保法若干问题的解释》第22条规定:“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”因此,如果保证人向债权人出具的书面承诺包含有保证的意思表示的,应当认定为成立保证合同的书面形式之一,符合《担保法》第13条规定的要求。

第三,保证人出具的保证书中应当具备成立保证合同的实质要件。所谓的保证书或者称为担保书,在实践上通常为保函,即由保证人直接向债权人出具保函,承诺向其承担保证责任。这种出具保函的行为,因为不具备独立保证的效力,因此是保证人要求与债权人签订保证合同的要约行为,必须具备成立保证合同的实质要件。按照《担保法》第6条的规定,保证合同的实质要件是,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。具备这样的实质要件的保证书,就是成立保证合同的要约。在本案中,城区政府在承诺函中明确承诺:同意勤昌公司向香港分行申请使用港币3300万元的授信额度,城区政府愿意督促该驻港公司切实履行还款责任,按时归还香港分行贷款本息,如勤昌公司出现逾期或拖欠贷款本息情况,城区政府负责解决,不使香港分行在经济上蒙受损失。该承诺的实质内容包括三项:一是使用授信额度3300万元港币;二是监督债务人还款;三是逾期归还贷款或者拖欠贷款,城区政府负责解决,不使债权人受损失。其中第一项内容“使用3300万元港币授信额度”与第三项内容“不使香港分行在经济上蒙受损失”的表述,不能理解为仅仅是对3300万元港币借款承担道义上的责任,而是经济上的责任。



这种经济上的责任,除了代为清偿之外,不能作出其他的解释。既然如此,当然可以确认,城区政府向债权人出具的承诺函,就是保证书,或者叫担保书,或者就叫作保函,具有保证意思表示的性质。而不是仅仅承担一般的道义责任的安慰函。至于保证书的意思表示究竟属于要约还是承诺,要看订立合同的实际情况,按照《合同法》的规定确定。在一般情况下,保证人提出保证书,应当认为是订立保证合同的要约。

第四,出具保证书是否成立保证合同,尚须债权人作出接受的承诺。就一般情况而言,保证人出具保证书,仅仅是保证人愿意为债权人承担保证责任的单方意思表示。仅仅依靠保证人是否出具保证书来判断是否成立保证合同,尚不是全部依据,还须考察债权人对该保证的要约是否作出承诺。只有债权人作出有效的承诺,才能够成立保证合同。首先,如债权人明确表示接受或不接受保证书提出的保证要约的,那么,即可以依债权人明确的意思表示来确认保证合同成立或不成立;对于保证人以出具保证书的形式提供担保,债权人明确表示接受的,当然成立保证合同;如果债权人对保证书明确表示不接受,当然就不能成立保证合同。其次,对于债权人没有作出明确表示的,应当根据实际情况作出判断:如果债权人收到保证人的保证书后,即与债务人签订借贷合同的,应当依其行为推定其对出具的保证书作出了承诺,因为该行为已经明确表明债权人接受了保证书的保证要约;如债权人在收到保证书后未作接受或者不接受的表示,但是没有明确表示拒绝,则构成默示承诺,因为保证合同是单务合同,保证人一方负有义务,债权人一方享受权利,认定默示保证承诺的效力,有利于保护债权人的利益。不过,如果仅仅成立保证合同而没有订立借贷合同,即只有从合同而没有主合同,则这样的保证合同不具有实质的保证意义。本案的客观事实是,香港分行在接到城区政府的承诺函之后,即向勤昌公司发放了