



弼兴每月速递 | 8月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

目录

● 新规速递	3
禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定	3
生成式人工智能服务管理暂行办法	13
《（征求意见稿）》公开征求意见	21
● 典型案例摘要.....	23
技术合作开发中违约方不应享有专利权	23
创新成果权利归属有约定的按照约定确定	26
为说明产品功能而正当使用描述性标识的行为不构成侵权	28
● 实务研究	33
《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 104 期 金融借款合同纠纷类案办案要件指南之原告诉请的审查	33
《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 105 期 金融借款合同纠纷类案办案要件指南之被告抗辩的审查	44
《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 106 期 金融借款合同纠纷案件的要件事实审查和裁判规则（节选）	61



新规速递

禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定



国家市场监督管理总局

State Administration for Market Regulation

禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为

(2023 年 6 月 25 日国家市场监督管理总局令第 79 号公布 自 2023 年 8 月 1 日起施行)

第一条 为了预防和制止滥用知识产权排除、限制竞争行为，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称反垄断法），制定本规定。

第二条 反垄断与保护知识产权具有共同的目标，即促进竞争和创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。

经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权，但不得滥用知识产权，排除、限制竞争。

第三条 本规定所称滥用知识产权排除、限制竞争行为，是指经营者违反反垄断法的规定行使知识产权，达成垄断协议，滥用市场支配地位，实施具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中等垄断行为。

第四条 国家市场监督管理总局（以下简称市场监管总局）根据反垄断法第十三条第一款规定，负责滥用知识产权排除、限制竞争行为的反垄断统一执法工作。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



市场监管总局根据反垄断法第十三条第二款规定，授权各省、自治区、直辖市市场监督管理部门（以下称省级市场监管部门）负责本行政区域内垄断协议、滥用市场支配地位等滥用知识产权排除、限制竞争行为的反垄断执法工作。

本规定所称反垄断执法机构包括市场监管总局和省级市场监管部门。

第五条 本规定所称相关市场，包括相关商品市场和地域市场，根据反垄断法和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》进行界定，并考虑知识产权、创新等因素的影响。在涉及知识产权许可等反垄断执法工作中，相关商品市场可以是技术市场，也可以是含有特定知识产权的产品市场。相关技术市场是指由行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争所构成的市场。

第六条 经营者之间不得利用行使知识产权的方式，达成反垄断法第十七条、第十八条第一款所禁止的垄断协议。

经营者不得利用行使知识产权的方式，组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。

经营者能够证明所达成的协议属于反垄断法第二十条规定情形的，不适用第一款和第二款的规定。

第七条 经营者利用行使知识产权的方式，与交易相对人达成反垄断法第十八条第一款第一项、第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。

经营者利用行使知识产权的方式，与交易相对人达成协议，经营者能够证明参与协议的经营者在相关市场的市场份额低于市场监管总局规定的标准，并符合市场监管总局规定的其他条件的，不予禁止。具体标准可以参照《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》相关规定。



第八条 具有市场支配地位的经营者不得在行使知识产权的过程中滥用市场支配地位，排除、限制竞争。

市场支配地位根据反垄断法和《禁止滥用市场支配地位行为规定》的规定进行认定和推定。经营者拥有知识产权可以构成认定其具有市场支配地位的因素之一，但不能仅根据经营者拥有知识产权推定其在相关市场具有市场支配地位。

认定拥有知识产权的经营者在相关市场是否具有支配地位，还可以考虑在相关市场交易相对人转向具有替代关系的技术或者产品的可能性及转移成本、下游市场对利用知识产权所提供商品的依赖程度、交易相对人对经营者的制衡能力等因素。

第九条 具有市场支配地位的经营者不得在行使知识产权的过程中，以不公平的高价许可知识产权或者销售包含知识产权的产品，排除、限制竞争。

认定前款行为可以考虑以下因素：

- (一) 该项知识产权的研发成本和回收周期；
- (二) 该项知识产权的许可费计算方法和许可条件；
- (三) 该项知识产权可以比照的历史许可费或者许可费标准；
- (四) 经营者就该项知识产权许可所作的承诺；
- (五) 需要考虑的其他相关因素。

第十条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，排除、限制竞争。

认定前款行为应当同时考虑以下因素：

- (一) 该项知识产权在相关市场不能被合理替代，为其他经营者参与相关市场的竞争所必需；
- (二) 拒绝许可该知识产权将会导致相关市场的竞争或者创新受到不利影响，损害消费者利益或者社会公共利益；
- (三) 许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害。



第十一条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，从事下列限定交易行为，排除、限制竞争：

- （一）限定交易相对人只能与其进行交易；
- （二）限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；
- （三）限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

第十二条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，违背所在行业或者领域交易惯例、消费习惯或者无视商品的功能，从事下列搭售行为，排除、限制竞争：

- （一）在许可知识产权时强制或者变相强制被许可人购买其他不必要的产品；
- （二）在许可知识产权时强制或者变相强制被许可人接受一揽子许可。

第十三条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，附加下列不合理的交易条件，排除、限制竞争：

- （一）要求交易相对人将其改进的技术进行排他性或者独占性回授，或者在不提供合理对价时要求交易相对人进行相同技术领域的交叉许可；
- （二）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；
- （三）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的技术或者产品；
- （四）对交易相对人附加其他不合理的交易条件。

第十四条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，对条件相同的交易相对人实行差别待遇，排除、限制竞争。

第十五条 涉及知识产权的经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向市场监管总局申报，未申报或者申报后获得批准前不得实施集中。



第十六条 涉及知识产权的经营者集中审查应当考虑反垄断法第三十三条规定的因素和知识产权的特点。

根据涉及知识产权的经营者集中交易具体情况，附加的限制性条件可以包括以下情形：

- （一）剥离知识产权或者知识产权所涉业务；
- （二）保持知识产权相关业务的独立运营；
- （三）以合理条件许可知识产权；
- （四）其他限制性条件。

第十七条 经营者不得在行使知识产权的过程中，利用专利联营从事排除、限制竞争的行为。

专利联营的成员不得交换价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息，达成反垄断法第十七条、第十八条第一款所禁止的垄断协议。但是，经营者能够证明所达成的协议符合反垄断法第十八条第二款、第三款和第二十条规定的除外。

具有市场支配地位的专利联营实体或者专利联营的成员不得利用专利联营从事下列滥用市场支配地位的行为：

- （一）以不公平的高价许可联营专利；
- （二）没有正当理由，限制联营成员或者被许可人的专利使用范围；
- （三）没有正当理由，限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；
- （四）没有正当理由，限制联营成员或者被许可人独立或者与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术；
- （五）没有正当理由，强制要求被许可人将其改进或者研发的技术排他性或者独占性地回授给专利联营实体或者专利联营的成员；
- （六）没有正当理由，禁止被许可人质疑联营专利的有效性；
- （七）没有正当理由，将竞争性专利强制组合许可，或者将非必要专利、已终止的专利与其他专利强制组合许可；



(八) 没有正当理由, 对条件相同的联营成员或者同一相关市场的被许可人在交易条件上实行差别待遇;

(九) 市场监管总局认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本规定所称专利联营, 是指两个或者两个以上经营者将各自的专利共同许可给联营成员或者第三方。专利联营各方通常委托联营成员或者独立第三方对联营进行管理。联营具体方式包括达成协议、设立公司或者其他实体等。

第十八条 经营者没有正当理由, 不得在行使知识产权的过程中, 利用标准的制定和实施达成下列垄断协议:

(一) 与具有竞争关系的经营者联合排斥特定经营者参与标准制定, 或者排斥特定经营者的相关标准技术方案;

(二) 与具有竞争关系的经营者联合排斥其他特定经营者实施相关标准;

(三) 与具有竞争关系的经营者约定不实施其他竞争性标准;

(四) 市场监管总局认定的其他垄断协议。

第十九条 具有市场支配地位的经营者不得在标准的制定和实施过程中从事下列行为, 排除、限制竞争:

(一) 在参与标准制定过程中, 未按照标准制定组织规定及时充分披露其权利信息, 或者明确放弃其权利, 但是在标准涉及该专利后却向标准实施者主张该专利权;

(二) 在其专利成为标准必要专利后, 违反公平、合理、无歧视原则, 以不公平的高价许可, 没有正当理由拒绝许可、搭售商品或者附加其他不合理的交易条件、实行差别待遇等;

(三) 在标准必要专利许可过程中, 违反公平、合理、无歧视原则, 未经善意谈判, 请求法院或者其他相关部门作出禁止使用相关知识产权的判决、裁定或者决定等, 迫使被许可方接受不公平的高价或者其他不合理的交易条件;

(四) 市场监管总局认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本规定所称标准必要专利, 是指实施该项标准所必不可少的专利。



第二十条 认定本规定第十条至第十四条、第十七条至第十九条所称的“正当理由”，可以考虑以下因素：

- （一）有利于鼓励创新和促进市场公平竞争；
- （二）为行使或者保护知识产权所必需；
- （三）为满足产品安全、技术效果、产品性能等所必需；
- （四）为交易相对人实际需求且符合正当的行业惯例和交易习惯；
- （五）其他能够证明行为具有正当性的因素。

第二十一条 经营者在行使著作权以及与著作权有关的权利时，不得从事反垄断法和本规定禁止的垄断行为。

第二十二条 分析认定经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为，可以采取以下步骤：

- （一）确定经营者行使知识产权行为的性质和表现形式；
- （二）确定行使知识产权的经营者之间相互关系的性质；
- （三）界定行使知识产权所涉及的相关市场；
- （四）认定行使知识产权的经营者的市场地位；
- （五）分析经营者行使知识产权的行为对相关市场竞争的影响。

确定经营者之间相互关系的性质需要考虑行使知识产权行为本身的特点。在涉及知识产权许可的情况下，原本具有竞争关系的经营者之间在许可协议中是交易关系，而在许可人和被许可人都利用该知识产权生产产品的市场上则又是竞争关系。但是，如果经营者之间在订立许可协议时不存在竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。



第二十三条 分析认定经营者行使知识产权的行为对相关市场竞争的影响，应当考虑下列因素：

- （一）经营者与交易相对人的市场地位；
- （二）相关市场的市场集中度；
- （三）进入相关市场的难易程度；
- （四）产业惯例与产业的发展阶段；
- （五）在产量、区域、消费者等方面进行限制的时间和效力范围；
- （六）对促进创新和技术推广的影响；
- （七）经营者的创新能力和技术变化的速度；
- （八）与认定行使知识产权的行为对相关市场竞争影响有关的其他因素。

第二十四条 反垄断执法机构对滥用知识产权排除、限制竞争行为进行调查、处罚时，依照反垄断法和《禁止垄断协议规定》《禁止滥用市场支配地位行为规定》《经营者集中审查规定》规定的程序执行。

第二十五条 经营者违反反垄断法和本规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。

经营者组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，适用前款规定。

第二十六条 经营者违反反垄断法和本规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。



第二十七条 经营者违法实施涉及知识产权的集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由市场监管总局责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。

第二十八条 对本规定第二十五条、第二十六条、第二十七条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。

第二十九条 违反反垄断法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，市场监管总局可以在反垄断法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

第三十条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密、个人隐私和个人信息的，依照有关规定处理。

第三十一条 反垄断执法机构在调查期间发现的公职人员涉嫌职务违法、职务犯罪问题线索，应当及时移交纪检监察机关。

第三十二条 本规定对滥用知识产权排除、限制竞争行为未作规定的，依照反垄断法和《禁止垄断协议规定》《禁止滥用市场支配地位行为规定》《经营者集中审查规定》处理。

第三十三条 本规定自 2023 年 8 月 1 日起施行。2015 年 4 月 7 日原国家工商行政管理总局令第 74 号公布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》同时废止。





第 12 页 / 共 75 页

来源：国家市场监督管理总局官网

链接：https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgknr/fgs/art/2023/art_e155397fbe5c4c05ad3c1838c1322ad2.html



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshinglaw.com
网址：www.beshinglaw.com





生成式人工智能服务管理暂行办法



中华人民共和国国家互联网信息办公室
Cyberspace Administration of China

生成式人工智能服务管理暂行办法

国家互联网信息办公室
中华人民共和国国家发展和改革委员会
中华人民共和国教育部
中华人民共和国科学技术部
中华人民共和国工业和信息化部
中华人民共和国公安部
国家广播电视总局

令

第 15 号

《生成式人工智能服务管理暂行办法》已经 2023 年 5 月 23 日国家互联网信息办公室 2023 年第 12 次室务会会议审议通过，并经国家发展和改革委员会、教育部、科学技术部、工业和信息化部、公安部、国家广播电视总局同意，现予公布，自 2023 年 8 月 15 日起施行。

国家互联网信息办公室主任 庄荣文

国家发展和改革委员会主任 郑栅洁

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com





教育部部长 怀进鹏

科学技术部部长 王志刚

工业和信息化部部长 金壮龙

公安部部长 王小洪

国家广播电视总局局长 曹淑敏

2023 年 7 月 10 日

生成式人工智能服务管理暂行办法

第一章 总 则

第一条 为了促进生成式人工智能健康发展和规范应用，维护国家安全和公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，根据《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》、《中华人民共和国科学技术进步法》等法律、行政法规，制定本办法。

第二条 利用生成式人工智能技术向中华人民共和国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等服务（以下称生成式人工智能服务），适用本办法。

国家对利用生成式人工智能服务从事新闻出版、影视制作、文艺创作等活动另有规定的，从其规定。

行业组织、企业、教育和科研机构、公共文化机构、有关专业机构等研发、应用生成式人工智能技术，未向境内公众提供生成式人工智能服务的，不适用本办法的规定。



第三条 国家坚持发展和安全并重、促进创新和依法治理相结合的原则，采取有效措施鼓励生成式人工智能创新发展，对生成式人工智能服务实行包容审慎和分类分级监管。

第四条 提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，遵守以下规定：

（一）坚持社会主义核心价值观，不得生成煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，危害国家安全和利益、损害国家形象，煽动分裂国家、破坏国家统一和社会稳定，宣扬恐怖主义、极端主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，暴力、淫秽色情，以及虚假有害信息等法律、行政法规禁止的内容；

（二）在算法设计、训练数据选择、模型生成和优化、提供服务等过程中，采取有效措施防止产生民族、信仰、国别、地域、性别、年龄、职业、健康等歧视；

（三）尊重知识产权、商业道德，保守商业秘密，不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争行为；

（四）尊重他人合法权益，不得危害他人身心健康，不得侵害他人肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和个人信息权益；

（五）基于服务类型特点，采取有效措施，提升生成式人工智能服务的透明度，提高生成内容的准确性和可靠性。

第二章 技术发展治理

第五条 鼓励生成式人工智能技术在各行业、各领域的创新应用，生成积极健康、向上向善的优质内容，探索优化应用场景，构建应用生态体系。

支持行业组织、企业、教育和科研机构、公共文化机构、有关专业机构等在生成式人工智能技术创新、数据资源建设、转化应用、风险防范等方面开展协作。



第六条 鼓励生成式人工智能算法、框架、芯片及配套软件平台等基础技术的自主创新，平等互利开展国际交流与合作，参与生成式人工智能相关国际规则制定。

推动生成式人工智能基础设施和公共训练数据资源平台建设。促进算力资源协同共享，提升算力资源利用效能。推动公共数据分类分级有序开放，扩展高质量的公共训练数据资源。鼓励采用安全可信的芯片、软件、工具、算力和数据资源。

第七条 生成式人工智能服务提供者(以下称提供者)应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，遵守以下规定：

- (一) 使用具有合法来源的数据和基础模型；
- (二) 涉及知识产权的，不得侵害他人依法享有的知识产权；
- (三) 涉及个人信息的，应当取得个人同意或者符合法律、行政法规规定的其他情形；
- (四) 采取有效措施提高训练数据质量，增强训练数据的真实性、准确性、客观性、多样性；
- (五) 《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律、行政法规的其他有关规定和有关主管部门的相关监管要求。

第八条 在生成式人工智能技术研发过程中进行数据标注的，提供者应当制定符合本办法要求的清晰、具体、可操作的标注规则；开展数据标注质量评估，抽样核验标注内容的准确性；对标注人员进行必要培训，提升尊法守法意识，监督指导标注人员规范开展标注工作。



第三章 服务规范

第九条 提供者应当依法承担网络信息内容生产者责任，履行网络信息安全义务。涉及个人信息的，依法承担个人信息处理者责任，履行个人信息保护义务。

提供者应当与注册其服务的生成式人工智能服务使用者（以下称使用者）签订服务协议，明确双方权利义务。

第十条 提供者应当明确并公开其服务的适用人群、场合、用途，指导使用者科学理性认识和依法使用生成式人工智能技术，采取有效措施防范未成年人用户过度依赖或者沉迷生成式人工智能服务。

第十一条 提供者对使用者的输入信息和使用记录应当依法履行保护义务，不得收集非必要个人信息，不得非法留存能够识别使用者身份的输入信息和使用记录，不得非法向他人提供使用者的输入信息和使用记录。

提供者应当依法及时受理和处理个人关于查阅、复制、更正、补充、删除其个人信息等的请求。

第十二条 提供者应当按照《互联网信息服务深度合成管理规定》对图片、视频等生成内容进行标识。

第十三条 提供者应当在其服务过程中，提供安全、稳定、持续的服务，保障用户正常使用。

第十四条 提供者发现违法内容的，应当及时采取停止生成、停止传输、消除等处置措施，采取模型优化训练等措施进行整改，并向有关主管部门报告。

提供者发现使用者利用生成式人工智能服务从事违法活动的，应当依法依约采取警示、限制功能、暂停或者终止向其提供服务等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。



第十五条 提供者应当建立健全投诉、举报机制，设置便捷的投诉、举报入口，公布处理流程和反馈时限，及时受理、处理公众投诉举报并反馈处理结果。

第四章 监督检查和法律责任

第十六条 网信、发展改革、教育、科技、工业和信息化、公安、广播电视、新闻出版等部门，依据各自职责依法加强对生成式人工智能服务的管理。

国家有关主管部门针对生成式人工智能技术特点及其在有关行业和领域的服务应用，完善与创新发展的科学监管方式，制定相应的分类分级监管规则或者指引。

第十七条 提供具有舆论属性或者社会动员能力的生成式人工智能服务的，应当按照国家有关规定开展安全评估，并按照《互联网信息服务算法推荐管理规定》履行算法备案和变更、注销备案手续。

第十八条 使用者发现生成式人工智能服务不符合法律、行政法规和本办法规定的，有权向有关主管部门投诉、举报。

第十九条 有关主管部门依据职责对生成式人工智能服务开展监督检查，提供者应当依法予以配合，按要求对训练数据来源、规模、类型、标注规则、算法机制机理等予以说明，并提供必要的技术、数据等支持和协助。

参与生成式人工智能服务安全评估和监督检查的相关机构和人员对在履行职责中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。



第二十条 对来源于中华人民共和国境外向境内提供生成式人工智能服务不符合法律、行政法规和本办法规定的，国家网信部门应当通知有关机构采取技术措施和其他必要措施予以处置。

第二十一条 提供者违反本办法规定的，由有关主管部门依照《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》、《中华人民共和国科学技术进步法》等法律、行政法规的规定予以处罚；法律、行政法规没有规定的，由有关主管部门依据职责予以警告、通报批评，责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，责令暂停提供相关服务。

构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五章 附 则

第二十二条 本办法下列用语的含义是：

（一）生成式人工智能技术，是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。

（二）生成式人工智能服务提供者，是指利用生成式人工智能技术提供生成式人工智能服务（包括通过提供可编程接口等方式提供生成式人工智能服务）的组织、个人。

（三）生成式人工智能服务使用者，是指使用生成式人工智能服务生成内容的组织、个人。

第二十三条 法律、行政法规规定提供生成式人工智能服务应当取得相关行政许可的，提供者应当依法取得许可。

外商投资生成式人工智能服务，应当符合外商投资相关法律、行政法规的规定。





第二十四条 本办法自 2023 年 8 月 15 日起施行。

来源：国家互联网信息办公室官网

链接：http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com





《（征求意见稿）》公开征求意见

上海市市场监督管理局

《（征求意见稿）》公开征求意见

为加强互联网平台企业竞争合规管理，提升互联网平台企业反垄断合规常态化监管水平，统筹规范监管与促进发展，推动互联网平台企业持续健康发展，上海市市场监管局制定了《（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见。欢迎有关单位和个人提出修改意见，并于 2023 年 7 月 31 日前反馈上海市市场监管局。公众可以通过下列途径和方式提出意见。

一、通过电子邮件将意见发送至 shfldb@126.com，邮件主题请注明“《（征求意见稿）》公开征求意见”。

二、将意见邮寄至：上海市肇嘉浜路 301 号，上海市市场监管局反垄断办，邮编 200032。请在信封注明“《（征求意见稿）》公开征求意见”字样。

上海市市场监督管理局

2023 年 6 月 30 日

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com





附件下载:

[附件 1: 互联网平台企业竞争合规评价指引.docx](#)

来源: 上海市市场监督管理局官网

链接: <http://scjgj.sh.gov.cn/056/20230630/2c984a72890a9da901890aa177ad0011>.

[html](#)

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)
电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱: law@beshininglaw.com
网址: www.beshininglaw.com



典型案例摘要

技术合作开发中违约方不应享有专利权

技术合作开发中违约方不应享有专利权

——原告虞某与被告 U 公司、第三人刘某专利权权属纠纷案

基本案情

2013 年 12 月 31 日

虞某(乙方)与 U 公司(甲方)就“4D 装饰保温组合板科技成果转化及推广应用”项目签订《合作协议书》，约定，在合作项目的第一阶段甲乙双方共同成立一项目部，甲方出资金、人力、物质条件和相关资源等，确保第一阶段（中试）在一年左右时间内完成，乙方出技术和科技成果；项目取得的成果和与项目产品和技术相关的所有知识产权为甲乙双方共同所有，专利申请的发明人均均为乙方；如因一方违约，导致合作项目无法进展或者进展不顺利，非违约方可终止合作，违约方应赔偿损失，项目全部知识产权归非违约方所有。U 公司基于该项目收到上海某区科学技术委员会拨付的专项发展资金 355 余万元。



△图片来源：上海知产法院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
 邮箱：law@beshininglaw.com
 网址：www.beshininglaw.com



2015 年 7 月

U 公司购买了总金额为 33 万元的“DID 装配板成型机”。

2016 年 10 月 12 日

名称为“小型装配式保温预制板在钻孔钻到钢筋情况时的安装连接方法”发明专利（以下简称涉案专利）获得授权，该专利申请日为 2014 年 1 月 17 日，发明人为虞某和刘某，专利权人为 U 公司。

2016 年 12 月

虞某以 U 公司长期无法到位项目开发资金为由提出解除合作协议，并主张涉案专利权归其所有。刘某出具书面声明，确认涉案专利相关权利均归虞某。

裁判结果

上海知识产权法院经审理认为，当事人双方对于项目未完成原因各执一词，虞某主张合同无法继续履行是因 U 公司未履行出资和提供物质条件等义务，而 U 公司提交的证据不足以证明其已履行义务，在 U 公司未能举证证明项目未按期完成系因虞某技术及相关材料原因所致的情况下，应当认定虞某有关 U 公司违约致使合作目的不能实现的主张成立。依据《合作协议书》违约条款的约定，虞某要求确认与合作项目相关之涉案专利权归其所有的诉讼请求，具有事实依据；刘某作为发明人之一，确认涉案专利权归虞某所有，系其对自己权利的处分，可予准许。因此，判决涉案发明专利权归虞某所有。双方当事人均未上诉。

典型意义

本案涉及技术开发协议履行过程中出现违约时项目成果的权利归属认定。在拥有技术一方主张合同相对方未按约提供资金和物质条件时，需结合在案证据综合判断双方合同义务履行情况，特别是当被诉方主张已履行义务的情况下，应判断其所提供的资金或者物质条件是否与涉案项目有关，项目已使用资金占项目预估自筹资金和已获专项发展资金的占比等，从而进一步认定项目未按期顺利推进最终导致合同目的不能实现的责任方。





涉案协议违约条款约定因项目产生的知识产权全部归非违约方所有，该约定既符合《中华人民共和国民法典》第八百四十四条“订立技术合同，应当有利于知识产权的保护和科学技术的进步”的规定，也有利于维护技术合作开发中守约主体的权益。本案对于技术合作项目履行过程中守约方的技术成果保护具有一定的示范意义。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/k2iV4fxRXYWbwAg_YJDAQ

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



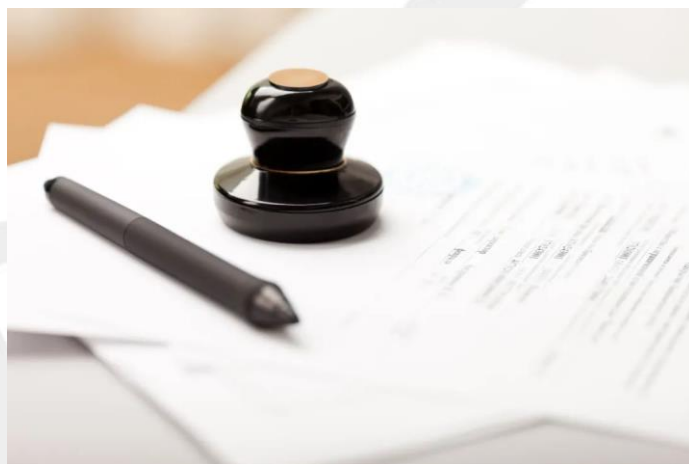
创新成果权利归属有约定的按照约定确定

创新成果权利归属有约定的按照约定确定

——原告陆某与被告 H 研究所等专利权权属纠纷案

基本案情

2010 年 10 月，陆某（乙方）与 H 研究所（甲方）签订《技术开发（合作）合同》，该合同载明：“因履行本合同所产生、并由合作各方分别独立完成的阶段性、最终技术成果及其相关知识产权权利归属的处理方式为：甲方享有申请专利的权利；专利权取得后，甲方享有使用权、转让权，乙方按《中华人民共和国专利法》相关规定享受利益。”



△图片来源：上海知产法院微信公众号

同日，陆某（乙方）与 H 研究所（甲方）还签订了一份《技术顾问聘用合同》，其中约定：“乙方在甲方任职期间，因履行职务或者主要是利用甲方的物质技术条件、业务信息等产生的发明创造、作品、计算机软件、技术秘密或其他商业秘密信息，有关的知识产权均属于甲方所有……”



2011 年 12 月，陆某与 H 研究所又签订《技术顾问聘用协议书》，其中技术成果及归属条款与前述《技术顾问聘用合同》一致。2010 年 11 月 17 日，H 研究所向国家知识产权局申请了涉案实用新型专利，并于 2011 年 6 月 15 日获得授权。陆某认为，上述合同因未经备案而违法且并非其真实意思表示，故主张涉案专利权归其所有。

裁判结果

上海知识产权法院经审理认为，《技术开发（合作）合同》《技术顾问聘用合同》《技术顾问聘用协议书》经双方当事人签字、盖章，依法成立，对双方当事人具有法律约束力。陆某认为上述合同未经备案而违法，但由于法律并未规定上述合同须经备案才生效，故上述合同是否备案并不影响其效力。根据《技术顾问聘用合同》的约定，陆某任职期间因履行职务或者主要利用 H 研究所的物质技术条件、业务信息等产生的发明创造、技术秘密等有关的知识产权均属于 H 研究所，上述有关陆某在任职期间工作成果权利归属的约定，与《技术开发（合作）合同》中有关所涉技术成果由 H 研究所享有专利申请权的约定相一致，故按照合同约定涉案专利权应归属于 H 研究所，遂判决驳回了原告的诉讼请求。二审维持原判。

典型意义

本案涉及有合同约定时，创新成果权利归属的认定。创新成果权利的归属在事先无约定的情况下，极易引发合作者之间或者单位与员工之间的纠纷。因此，就创新成果权利归属在技术开发合同或者劳动合同中明确约定，能从源头上防止权属纠纷的发生，而一旦进入诉讼，法院会根据合同约定确定创新成果的权利归属。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/haYTN8xUMAVirPN-QNDcKg>



为说明产品功能而正当使用描述性标识的行为不构成侵权

为说明产品功能而正当使用描述性标识的行为不构成侵权

裁判要旨

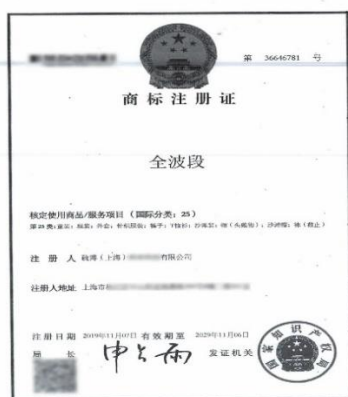
被诉侵权人为描述或者说明其产品或者服务的特点而善意合理地使用具备描述性含义的标识的，可以依法认定为正当使用而不构成侵权。该规则既保护商标权人的注册商标专用权，又保障其他经营者描述产品的权利，同时也尊重相关公众对描述性标识的一般认知，从而平衡商标权人、其他经营者及社会公众之间的利益。

基本案情

上诉人（原审原告）：素湃公司

被上诉人（原审被告）：减字公司

案外人疏博（上海）公司在第 25 类服装等商品上注册了“全波段”商标，并于 2019 年许可素湃公司使用。



△“全波段”商标注册证

△图片来源：上海知产法院微信公众号



减字公司在其经营的防晒衣包装上使用了“全波段防晒”字样。素湃公司认为减字公司的上述行为侵害了其享有使用权的“全波段”商标，故起诉请求判令减字公司赔偿经济损失及合理开支 100 万元。



△被诉侵权产品图

△图片来源：上海知产法院微信公众号

减字公司辩称，被诉行为系为了介绍商品功能，属于叙述性使用，且减字公司在使用时同时标注了自有的“蕉下”“BENEUNDER”商标及制造者信息，不会造成混淆，故不构成商标侵权。



△减字公司自有商标

△图片来源：上海知产法院微信公众号

一审法院认为

“全波段”并非素湃公司臆造的词汇。减字公司将“全波段”与“防晒”结合使用并标注“紫外线 红外光 可见光>99%”，意在表达产品的防晒效果，系客观描述其商品特征，且减字公司突出使用了自己的商标。因此，被诉行为不构成对“全波段”商标权的侵害，判决驳回素湃公司的诉讼请求。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



一审判决后，素湃公司不服，提起上诉。

上海知识产权法院二审认为

在涉案“全波段”商标注册申请日之前，“全波段防晒”已被广泛用于描述防晒产品的功能，且素湃公司亦将“全波段防晒”作为描述防晒衣功能的词汇使用，“全波段防晒”具备描述防晒功能的含义。减字公司使用的是“全波段防晒”而非突出使用“全波段”，其在“全波段防晒”文字下方对该防晒功能作了进一步解释和说明，亦同时使用了自己的注册商标。综合考虑减字公司上述完整使用行为，该使用方式足以使相关公众将减字公司使用的“全波段防晒”理解为被诉侵权产品的防晒功能，而非据此识别商品之来源，且该使用方式未超出描述、说明商品功能的必要限度，也并不会导致相关公众的混淆、误认，亦非为了攀附素湃公司“全波段”商标的商誉，属于对商品功能的描述性正当使用。减字公司的被诉行为未侵害素湃公司对涉案“全波段”注册商标享有的许可使用权。据此，判决驳回上诉，维持原判。

案例评析

商标法第五十九条第一款规定，注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。上述法律规定系商标法对注册商标专用权的限制，其立法基础在于合理平衡商标权人、其他经营者及社会公众之间的利益。

当注册商标中含有本商品的通用名称或者直接表示商品质量、主要原料、功能等具有描述性含义的标识时，该描述性含义或称“第一含义”应属于公共资源，任何人均有权使用。当商标权人赋予该标识“第二含义”从而使其能够起到区别商品或者服务来源的作用时，社会公众让渡一部分利益给商标权人，商标权人得以取得商标专用权。但利益的让渡并非没有限度，商标权人仅有权禁止其他人在“第二含义”上使用该标志，而无权禁止他人在“第一含义”层面进行正当使用。商标侵权诉讼中，被诉侵权人提出描述性正当使用抗辩的，



应从客观方面（被诉侵权标识是否具有描述性含义、被诉行为是否使用该描述性含义、该使用行为是否超出合理必要限度、是否会造成相关公众混淆）以及主观方面（被诉侵权人的使用是否出于善意）综合判断被诉侵权人使用涉案标识的行为是商标侵权行为，还是属于正当使用行为，以合理界定注册商标专用权的保护范围，实现商标专用权和公共利益之间的平衡。

结合本案，评析如下：

一、“全波段防晒”具有描述性含义

一般而言，当某一词汇被辞典、工具书等收录为固定词汇，或被相关公众在某一含义上普遍使用时，可认定该词汇具备描述性含义。根据本案证据，自1999年起至涉案“全波段”商标注册申请日之前，诸多防晒产品的经营者、消费者及相关营销人员、研究人员等已广泛使用“全波段防晒”作为描述防晒产品的功能，且素湃公司自身亦将“全波段防晒”作为描述防晒衣功能的词汇使用，故“全波段防晒”具备描述防晒功能的含义，素湃公司无权禁止他人正当使用该词汇的描述性含义。

二、减字公司的被诉行为属于对“全波段防晒”的描述性使用

素湃公司以减字公司使用的“全波段防晒”位置居中且字号较大为由认为该使用方式构成商标性使用。虽然被诉标识的使用位置、大小系判断是否为商标性使用的因素之一，但并非充分条件，亦非必要条件，关键仍在于被诉标识是否被相关公众用于识别商品或者服务来源。减字公司在其使用的“全波段防晒”文字下方以较小的字号注明“紫外线 红外光 可见光>99%”“高针高密织造，无惧光线穿透，超强防晒效果，抵抗肌肤光老，全面保护肌肤”等内容，系对防晒功能的进一步解释和说明，结合减字公司同时在产品包装上明确标注了其自有商标的事实，该使用方式足以使相关公众将减字公司使用的“全波段防晒”理解为被诉侵权产品的防晒功能，而非据此识别商品来源。



三、减字公司对“全波段防晒”的使用未超出合理必要限度，不会造成混淆

对描述性标识的使用是否合理、适当，取决于该使用方式是否为描述商品特点的一般方式、是否容易造成相关公众的混淆误认。减字公司使用的是具备描述防晒产品功能含义的“全波段防晒”，并未突出“全波段”三字，且在下方注明了对该功能的说明性文字，还同时使用了其自有商标，故该使用方式未超出描述、说明商品功能的必要限度，也并不会导致相关公众的混淆、误认。

四、减字公司使用“全波段防晒”的行为属于善意使用

被诉侵权人使用描述性标识应系出于说明或者客观描述商品特点的目的，而不能出于攀附他人商标知名度的目的。一般而言，若系善意使用描述性标识的“第一含义”，一般不会导致相关公众发生混淆。反之，若恶意利用商标标识的描述属性，刻意模糊其“第一含义”与“第二含义”间的界限，则会有导致相关公众发生混淆的可能性。在缺乏直接证据证明被诉侵权人的主观状态时，可根据被诉使用行为的具体方式、是否具备混淆可能性等客观因素来对其主观状态进行评判。本案中，综合考虑减字公司的完整使用行为，可以认定减字公司使用“全波段防晒”在主观上是为了表明产品的防晒功能，而非为了攀附素湃公司“全波段”商标的商誉。

综上所述，减字公司使用“全波段防晒”系对商品功能的描述性正当使用，未侵害素湃公司对涉案“全波段”注册商标享有的许可使用权。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/VK5KupkgfAlaqqrxXwwxNA>



实务研究

《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 104 期 | 金融借款合同纠纷类案办案要件指南之原告诉请的审查

金融借款合同纠纷类案办案要件指南之原告诉请的审查

一、借款本金的审查

【审查要点】

1. 放款凭证记载的金额；
2. 是否存在预先在本金中扣除利息的情形，若有应当在借款本金中予以扣除；
3. 审查借款人的还款流水，结合债务人还借款情况等，确认尚欠金额是否与原告主张金额一致。

【注意事项】

金融借款案件中，缺席审判的案件数量较多，在缺少借款人抗辩的情况下，法院应当强化对欠款金额等相关证据的审查，确保出借人将所借款项支付至借款人指定的银行账户，对出借人预先扣除的不合理费用以及借款人偿还的款项应当进行扣减。

【典型案例】

中国华融资产管理股份有限公司、上海农村商业银行股份有限公司宝山支行与上海智富茂城置业有限公司等金融借款合同纠纷案，最高人民法院公报案例 2021 年 9 期 [裁判法院：最高人民法院；案号：(2019)最高法民终 78 号]

裁判要旨：商业银行收取中间费用应当遵循依法合规、平等自愿、息费分离、质价相符的原则。商业银行利用其优势地位捆绑贷款强制客户订立中间业务合同而未提供实质性服务的，属变相收取利息，背离了民法平等、自愿、公



平原则，增加了企业融资成本，属于《商业银行收费行为执法指南》规定的“只收费不服务”情形。

二、借款利息、逾期利息、违约金诉请的审查

(一) 对借款利息、逾期利息、违约金无约定或约定不明的审查

【审查要点】

1. 金融借款合同中是否对利息有明确约定；
2. 没有约定的，视为没有利息。约定不明且无法达成补充协议的，综合当事人的交易方式、市场利率等因素等确定利息；
3. 若合同中约定了期内的利息但是未约定逾期利息，出借人可以主张借款人自逾期还款之日按照期内的利息支付资金占用期间的损失；若合同中未约定期内利率，原告主张自逾期之日起以银行间同业拆借中心公布的一年期市场贷款利率的一倍主张资金占用损失的可予以支持；
4. 借款合同中是否对违约金有明确约定，没有约定或约定不明的不予支持。

【注意事项】

1. 实践中，有的金融借款合同中约定贷款基本利率，并且约定具体执行利率以还款计划表为准，但是还款计划表只有应还款项的金额及还款期间等，且应还金额的实际利息比合同约定的基本利率高的情形。我们认为贷款人应当向借款人明确披露实际利率，并以借款合同中实际披露的利率计收利息。
2. 逾期利息的计算时间。逾期利息的起算时间应当自借款人逾期还款的次日开始计算，加速到期的以加速到期日的次日开始计算；截止时间一般为判决生效日或款项实际清偿日，具体以债权人的诉请为准。
3. 外币问题。（1）利率标准。我国实行开放式外币利率体制，各种外币贷款利率及计息方式由金融机构根据国际金融市场利率的变动及资金成本、风险差异自行确定。但是贷款利率及逾期利率不能超过司法保护上限。（2）实践中对金融机构单方面调整贷款利率存在较大争议。本指南认为若金融借款合同中约定，贷款利率由出借人根据国际市场的状况在自行制定基准利率的基础上自



行调整的。人民法院在认定出借人自行调整外币贷款利率时应当结合格式条款的裁判规则、调整标准是否超过法律保护上限、调整后是否及时履行通知义务等综合认定。

【典型案例】

中原信托有限公司诉田刚、周静金融借款合同纠纷案 [裁判法院：上海金融法院；案号：（2020）沪 74 民终 1034 号]

裁判要旨：出借人应当向借款人明确披露借款合同的实际利率。《还款计划表》仅载明了每期还款本息额和剩余本金额，未载明实际利率或能够反映实际利率的利息计算方式，甚至未载明利息总额或其计算公式。一般人若不具备会计或金融专业知识，难以通过短时阅看而自行发现实际利率与合同首部载明利率存在差别，亦难以自行验算实际利率。因此，系争《还款计划表》不足以揭示借款合同的实际利率，出借人未尽到明确披露实际利率的义务，其主张按照《还款计划表》收取利息缺乏法律依据。借款人主张以 11.88% 为年利率，以剩余本金为基数计算利息，符合一般理性人对利息、利率的通常理解，也符合交易习惯和诚信原则，应予支持。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第六百七十六条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

第六百八十条 禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

（二）对利息、逾期利息及违约金计收标准的审查

【审查要点】

1. 对利息、逾期利息及违约金的收取方式和金额是否与金融借款合同的约定一致；
2. 出借人主张的利息、逾期利息、违约金是否超过司法保护的上限。



【注意事项】

1. 《关于人民币贷款利率有关问题的通知》第三条“逾期贷款的罚息利率在借款额合同中载明的贷款利率水平上加收 30%-50%”的规定，属于人民银行对银行业内部制定的管理性文件，不能作为确认金融机构与其他民事主体之间签订的贷款合同是否有效的法律依据。

2. 实践中存在金融借款合同中约定以期内逾期利息为基数计收逾期利息的情况，我们认为逾期利息的计收标准高于期内利息，具有对借款人逾期还款的惩罚性，故期内产生的逾期利息不得再计收逾期利息。

3. 对于金融借款合同约定的利息利率或者逾期利率超过法律保护的上限，且借款人已经实际清偿的部分，人民法院应当按照合同约定的还款顺序予以扣除，合同没有约定的按照其他费用、利息、本金的顺序予以扣减。

【规范指引】

《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》

二、以服务实体经济作为出发点和落脚点，引导和规范金融交易

2. 严格依法规制高利贷，有效降低实体经济的融资成本。金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率 24% 的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。规范和引导民间融资秩序，依法否定民间借贷纠纷案件中预扣本金或者利息、变相高息等规避民间借贷利率司法保护上限的合同条款效力。

三、对承担担保责任的审查

（一）对仅起诉保证人的审查

【审查要点】

1. 合同中约定保证人承担保证责任的方式；
2. 出借人在仅起诉保证人时，为便于查明事实，必要时可追加借款人为共同被告或者第三人。



【注意事项】

若是连带责任保证，债权人可以直接起诉保证人；若是一般保证需满足出借人申请法院强制执行后依然没有实现债权，才得以直接单独向一般保证人主张权利。

【规范指引】

《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》

第二十六条 一般保证中，债权人以债务人为被告提起诉讼的，人民法院应予受理。债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁，仅起诉一般保证人的，人民法院应当驳回起诉。

一般保证中，债权人一并起诉债务人和保证人的，人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有民法典第六百八十七条第二款但书规定的情形外，应当在判决书主文中明确，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。

债权人未对债务人的财产申请保全，或者保全的债务人的财产足以清偿债务，债权人申请对一般保证人的财产进行保全的，人民法院不予准许。

（二）对保证人的配偶主张担保责任的审查

【审查要点】

1. 保证人的配偶是否有共同承担保证责任的意思表示；
2. 若保证人的配偶仅仅是知悉担保事宜，或者配偶仅在知情、同意书上签名的不构成共同担保。

【注意事项】

实践中，夫妻一方提供担保的情形较为复杂。如保证人配偶一方虽不是《保证合同》中约定的保证人，但是为确认担保行为也在合同的担保人处签字，鉴于其应当能够预见到在“保证人”一栏签字的法律后果，金融机构可向其主张承担连带保证责任；再如保证人配偶一方签署类似《关于同意执行共同财产的承诺函》等函件或在《保证合同》后附的共有人声明条款处签字，仅表明其知悉配偶作为保证人提供担保的事实。除非该承诺函明确保证人配偶一方同意以夫妻双方共同



财产承担连带保证责任或者同意以夫妻共同财产予以共同清偿，否则金融机构不可要求保证人配偶承担连带清偿责任。

【典型案例】

1. 阜新银行股份有限公司大连分行与赵某金融借款合同纠纷。[裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民申 2216 号]

裁判要旨：当事人依约在借款合同“担保人”处签字成为约定保证人，虽然该合同中未记载该保证人的配偶也系担保人，但其配偶亦在合同“担保人”处签字，且认可该签字行为是作为配偶对约定保证人提供担保行为的确认。因此即使保证人的配偶并非该借款合同的保证人，但因约定保证人的担保行为所负债务应认定为夫妻共同债务，即应由约定保证人及其配偶共同对债权人所欠债务承担连带保证责任。

（三）公司承担担保责任的审查

【审查要点】

1. 公司签订担保合同时是否进行了必要的形式审查。为公司股东或者实际控制人提供关联担保的，债权人应当对股东（大）会决议进行审查，非关联担保的，债权人对董事会决议或股东（大）会决议进行形式审查；

2. 是否属于越权代理。构成越权代理的按照越权代理的规则进行处理；

3. 对上市公司提供担保的不仅要审查符合形式要件的董事会或者股东大会决议，还要审查对外担保的信息的披露情况。上市公司对外披露的子公司以及股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司提供对外担保时亦是如此。

【注意事项】

1. 越权代表签订担保合同的，应当区分订立合同时债权人是否是善意。实践中对“善意”的认定存在一定争议。本指南认为应当结合债权人是否尽到了形式上的审查注意义务，其审查标准不宜过于严苛，一般包括：一是审查股东或者董事的身份是否属实；二是在关联担保中，应当回避的股东是否参与了表决。至于公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、



担保金额超过法定限额等抗辩债权人为非善意的不予支持，除非有证据证明债权人明知决议系伪造或者变造；

2. 人民法院在审理中发现存在担保合同无效的情形时，应当主动向权利人进行释明告知其法律后果，若权利人要求担保人根据过错承担赔偿责任的，人民法院应当予以准许；若权利人坚持要求担保人承担担保责任的，人民法院在依法查清案件事实并厘清各方过错责任的基础上可径行依法判决担保人根据过错大小承担相应的赔偿责任。

四、夫妻共同债务的审查

【审查要点】

1. 夫妻关系是否在存续期间；
2. 金融借款合同有无夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认的共同意思表示；
3. 是否属于夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，或者夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，是否能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营。

【注意事项】

人民法院在处理夫妻共同债务纠纷时不能单一、机械地加以认定，应当充分考虑地区的经济发展状况、家庭成员构成、夫妻共同生活的状态（如借款的名义、工作收入情况等），结合一般社会生活习惯做出认定和裁判。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第一千零六十四条 夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。



五、主张合同提前到期的审查

【审查要点】

1. 金融借款合同对合同提前到期是否有明确约定，且发生合同约定的违约情形；
2. 债权人有无通过合理、有效的方式对债务人进行债务提前到期的通知。

【注意事项】

1. 主张合同提前到期的法律后果与解除合同相似甚至对债务人影响更大，人民法院应审慎认定金融机构提前收贷权利行使的条件，应当结合债务人逾期还款的期数、金额、债务人逾期的原因、还款能力等，依照《民法典》《贷款通则》等法律法规的相关精神进行谨慎判定；

2. 实践中，债权人主张合同提前到期的方式较多。本指南认为，金融借款合同有约定的从约定，未做约定或约定不明的，债权人以邮寄提前到期通知书的方式主张债务提前到期的，应当提供债务人有效签收提前到期通知书的邮寄凭证，并以债务人签收之日为提前到期日；以诉讼方式的，自起诉状副本送达债务人时作为提前到期日。若当事人下落不明，以公告送达起诉状等诉讼材料的，自公告期满视为合同提前到期。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第四百六十五条 依法成立的合同，受法律保护。依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。

第六百七十三条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

六、支付律师费、保全担保费、保全保险费等费用的审查

【审查要点】

金融机构主张债务人承担律师费、财产保全担保费等费用的，应当符合必要性原则、合理性原则并实际支付。



【注意事项】

1. 合同对律师费、保全担保费、保全保险费等费用有明确约定，且已实际支付的，对合理部分可予支持。无合同依据一般不予支持，该笔费用不受借款利率司法保护上限的限制；

2. 实践中，存在很多风险代理或者分阶段付款的情形，在案件审理中，人民法院应当审查相关费用的实际发生情况，对于已经实际发生的部分委托代理费用可予以支持，未实际发生的不予支持；

3. 债权人主张律师费、保全担保费、保全保险费等费用产生的利息损失，人民法院一般不予支持。

【典型案例】

1. 上海静安协和房地产有限公司、陆家嘴国际信托有限公司金融借款合同纠纷案[裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民终 1503 号]

裁判要旨：讼争合同虽约定律师费由败诉方承担，但并未约定律师费的具体计算方式、金额上限、聘请律师人数等信息，约定并不明确，故应由法院依据实际支付的律师费、案件难易程度、胜诉结果等综合衡量后加以确定。首先，原告现仅实际支付了部分律师费，其他费用尚未实际支付。其次，根据委托合同，原告支付大部分费用需满足获得生效法律文书、启动执行、执行终结等条件。现上述约定情形并未出现，原告是否需实际支付尚属不确定，其部分损失尚未实际发生。

2. 上海同丰房地产开发有限公司、渤海国际信托股份有限公司金融借款合同纠纷案[裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民终 9 号]

裁判要旨：涉案《借款合同》《抵押合同》《保证合同》对实现债权的费用均有明确约定，原告在申请财产保全时按照相关规定缴纳了保险费，并向一审法院提交了付款凭证，现要求被告予以支付，有合同和事实依据，应当予以支持。



七、以被告提前还款为由，主张违约责任的诉请审查

【审查要点】

1. 合同中对于违约责任有明确约定；
2. 借款人存在合同约定的违约行为；
3. 出借人因提前还款受有损失；
3. 出借人主张的违约责任与损失相当且不超过法律保护的上限。

【注意事项】

1. 实践中，对金融借款合同中约定借款人提前归还借款的，出借人有权收取一定比例的提前还款违约金的认定存在争议。第一种观点认为：《民法典》第五百三十条虽赋予债务人在不损害债权人利益的前提下，享有提前履行债务的权利，但具体到借款合同而言，民法典第六百七十七条的规定表明，双方可对提前返还借款时的利率进行事先约定。由此可见，在明确约定还款期限的情况下，借款人提前还款即使未损害出借人的利益，对合同约定的违约金亦可合理视为双方对融资利率的一种变更约定，该约定属于当事人之间的意思自治，且不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效。如若约定的违约金过高的，可根据当事人的申请予以适当调整。第二种观点认为根据《民法典》的相关规定，提前还款不损害出借人权益的，出借人不得拒绝借款人提前履行债务，出借人只能要求借款人承担因提前履行债务而给其实际增加的费用。在未区分提前还款是否损害出借人权益或增加其实际费用的情况下，合同均约定借款人需支付一定的违约金，该约定不当限制了借款人的提前还款权利，加重了借款人的义务，且属于格式条款，出借人未能举证证明其对格式条款尽到提示说明义务且提前还款造成其实际损失的，对出借人违约金的诉讼主张应不予支持。

本指南认为第一种观点更为合理，但是应进行必要的法律规制。首先，借款人的提前还款打乱了出借人的资金安排，将导致出借人无法取得合同约定的全部利息，损害了债权人的期限利益。其行为性质属于违约，出借人应就此承担违约责任。其次，从法律对提前还款行为的规制来看，《民法典》第六百七十七条对提前还款情形下当事人调整利息计算期间的约定明确予以认可，《民法典》第五百三十条也规定债务人应负担提前履行债务给债权人增加的费用，



而合同明确约定的提前还款违约金，可视为当事人提前约定了债权人损失的计算方式。且提前还款应承担违约责任亦符合国际惯例。

从防止金融机构利用强势地位约定高额违约金损害借款人利益的角度看，法院可通过审查出借人是否履行格式条款的提示说明义务、违约金是否过分高于实际损失等具体事实，综合认定违约金条款的效力及具体赔偿金额。

2. 对提前还款的利息支付，当事人有约定的依约定，若无约定，借款人仅需按实际借期计算利息。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第五百三十条 债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

第六百七十五条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

第六百七十七条 借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/-MZtdBMnRTnzWeOFvgEYbQ>



《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 105 期 | 金融借款合同纠纷类案办案要件指南之被告抗辩的审查

金融借款合同纠纷类案办案要件指南之被告抗辩的审查

一、对借款人抗辩的审查

(一) 对无力还款的抗辩审查

【审查要点】

1. 借款人无力还款原因是否仅为经营不善、收入减少等；
2. 借款人无力还款原因是否构成不可抗力；
3. 当事人争议能否调解。

【注意事项】

无力还款是金融借款纠纷中最常见的借款人抗辩理由。受新冠疫情的影响，部分企业、个人停工停产、收入减少，影响金融借款合同的正常履行。对于借款人能否以受疫情影响主张不可抗力免责的问题，实践中存在争议。本指南认为，不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。鉴于新冠肺炎疫情的整体情况，对于非金钱之债的履行可能构成民法上的不可抗力，但借款人履行金融借款合同的债属于金钱债务，在疫情期间，虽然各级政府采取了封城、隔离等一系列防控措施，可能会导致部分地区的银行网点暂停营业，但并不影响借款人通过网银、ATM 转账等方式还款，这些困难一般不属于不能克服的履约障碍。而借款人因疫情产生的经济困难会导致履行迟延，但不是履行不能，故借款人一般不能援引疫情作为不可抗力免除责任。最后，值得注意的是，若借款人因受疫情影响收入减少或失去收入来源的，法院应根据案件的实际努力促成案件调解，鼓励金融机构根据金融政策，适当减免违约金、调整还款期限，给予借款人还款的缓冲期，争取借款合同继续履行。



【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百八十条 因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

（二）对被告非实际借款人的审查

【审查要点】

1. 出借人和名义借款人签订借款合同，实际交由第三人使用的，如果出借人对于借名贷款的事实不知情，根据合同相对性原则，名义借款人为借款合同的相对人，应由名义借款人承担偿还责任；
2. 名义借款人将用户名、密码、手机号等身份验证信息交给实际借款人，由实际借款人在线办理借款手续的，在出借人与名义借款人之间成立借款合同，由名义借款人承担偿还责任；
3. 如名义借款人向出借人披露了实际用款人，各方的真实意思表示仅为实际用款人借名义借款人的名义借款，名义借款人并不实际参与借款关系的履行活动，也不享受借款活动的利益，应认定实际用款人为借款人并承担偿还责任；
4. 在名义借款人不知情且无过错的情况下，被冒用身份订立借款合同的，名义借款人无需承担还款责任。

【注意事项】

1. 实践中，有些案件的实际借款人的确定较为复杂，人民法院确定实际借款人应当注意以下几点：
 - （1）与出借人签订借款合同的相对方是否是借款人本人；
 - （2）出借人在发放贷款时的支付对象是名义借款人，还是实际用款人；
 - （3）名义借款人收到借款后是否交由实际用款人使用；
 - （4）还款主体是名义借款人还是实际用款人；
 - （5）名义借款人与实际用款人是否就借名贷款达成过协议；
 - （6）名义借款人与实际用款人之间的关系；



(7) 银行等金融机构是否知道或应当知道第三人是实际借款人。

2. 存在借名贷款的，担保人求偿权的行使对象，也不应仅机械地根据合同的相对性确定为合同的相对方，而应当在对借款、担保合同订立的背景、原因行为等进行审理的基础上，根据当事人缔约真意、权利义务相一致原理、委托代理理论等，适度突破合同相对性来确定追偿对象。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第一百三十六条 民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

第九百二十五条 受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

(三) 对债权债务已经消灭的抗辩

1. 债务已获清偿或部分清偿

【审查要点】

- (1) 借款人向出借人归还款项的流水凭证；
- (2) 还款计划表中借款人应还款项的金额；
- (3) 如有其他人代偿的，要有代为付款的凭证；
- (4) 借贷双方之间有无就应还款项协商进行一定减免。

【注意事项】

(1) 实践中，存在借款人向第三方平台履行还款义务的情形，人民法院应当审查第三人平台与出借人之前有无委托收款的约定、出借人与借款人约定的还款方式等，若出借人与第三方平台无委托收款的约定且借款人未按出借人的指示进行还款的，借款人支付款项的行为不视为履行合同项下的义务。



(2) 关于当事人对还款的清偿顺序未做约定，借款到期后，在借款人欠付本金、利息、实现债权的费用外，还应支付违约金的情形下，其抵充顺序如何认定。本指南倾向认为应按实现债权的费用→利息→违约金→主债务确定清偿抵充顺序。利息与违约金均系资金占用损失或使用利益，实践中普遍存在违约金、逾期利息、罚息等名词混用的情形，违约金和逾期利息也往往存在重合。因此，金融借款合同中，宜将违约金与利息作同一类概念考虑。从《民法典》第 561 条的规定来看，应倾向于保护守约方。由于借款人违约在先，应作有利于债权人的解释，先抵扣违约金再冲抵本金。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第五百六十一条 债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：

- (一) 实现债权的有关费用；
- (二) 利息；
- (三) 主债务。

2. 债务已由实物抵偿

【审查要点】

- (1) 双方有无达成以物抵债的合意；
- (2) 物权是否实际发生转移；
- (3) 当事人协议以物抵债是否损害其他债权人的利益。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第五百六十九条 当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。

3. 债权已被转让

【审查要点】

- (1) 是否有债权转让合同；



- (2) 债权转让的通知是否已经到达债务人；
- (3) 是否存在不得进行债权转让的情形；
- (4) 是否存在与债权相关的从权利，且该从权利是否专属于债权人本人。

【注意事项】

(1) 实践中，存在出借人将不良债权进行转让后又以诉讼的方式向债务人主张债权的情形，该种情形若非债务人提出抗辩特别是缺席审理的情况下极易导致错判。人民法院在审理中可以依职权追加债权受让方作为案件的第三人，以查明案件事实。

(2) 实践中存在大量金融债权的出让人和受让人以登报公告的方式通知债务人。一般债权人不能仅以已登报公告为由主张已通知债务人。只有明确无其他有效通知方式的情况下，才能以公告的方式进行通知。

4. 债务已由第三人承担

【审查要点】

- (1) 原始债务是否具有可转移性；
- (2) 第三人与债权人之间是否就债务的转移达成一致的意思表示；
- (3) 涉案债务是否存在法律、行政法规规定的应当办理批准、登记等条件的情形，若有，其条件是否成就；
- (4) 原债务人是否因债务的转移而完全脱离原债权债务关系。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第五百五十一条 债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。

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。



（四）对合同效力的抗辩审查

1. 被告借款时系无民事行为能力或限制民事行为能力人

【审查要点】

- （1）借款人借款时的年龄及精神状况；
- （2）被告有无借款时为无民事行为能力人或限制行为能力人的相关证明，如鉴定报告、已生效民事判决书、残疾人证等。

【注意事项】

（1）实践中，存在借款人或者担保人以委托代理的方式，委托他人代为借款或为他人的借款提供担保，并出具公证书。金融机构据此办理贷款或担保。后发生纠纷，借款人或担保人抗辩其为无民事行为能力人或限制行为能力人，主张合同无效。对此，有观点认为公证书具有一定的公信力，金融机构根据合法有效的公证书办理贷款业务具有一定的合理性，属于善意的相对人，其权益应当受到法律的保护；亦有观点认为作为金融机构具有较高的注意义务，仅有公证书文件并不能说明尽到了相应的审慎义务，不能认定为善意的相对人，应当承担不利后果。

本指南认为应结合公证书的具体内容进行判定，如果公证书仅公证了授权办理借款业务或者办理担保业务，只能够证明授权委托的事实，金融机构还应对借款人或者担保人的具体情况进行必要审查，否则属于未尽到合理注意义务。

（2）关于无民事行为能力人或限制行为能力人的监护人将无民事行为能力人或限制行为能力人的财产设立担保的认定。本指南认为我国法律确立了“最有利于被监护人”的监护原则。在处理该问题时应当充分考量是否为被监护人的利益而以被监护人的名义处分其财产。判断监护人的处分行为是否为了被监护人的利益，不应仅仅以被监护人财产的得失作为判断标准，而应当考虑家庭生活的综合因素，以一个处于与监护人同等情境下的理性人的判断为标准。

2. 被告抗辩金融借款合同未生效

【审查要点】

- （1）金融借款合同有无附生效期限或生效条件，及所附条件是否合法有效；



- (2) 生效期限是否届满、生效条件是否成就；
- (3) 主张未生效的具体情形是否属于生效要件。

【注意事项】

(1) 实践中，部分金融借款合同中约定了借款人申请金融机构发放贷款的条件，如借款人需提供借款用途证明、基础交易合同等。此类要求是否构成借款合同生效要件，实践中存在一定争议。对此我们认为，此类要求仅为金融机构审核借款申请的内容之一，并不构成借款合同生效要件。只要双方就借款本身已达成合意，即便借款人未能提供相应材料，金融机构也可以放款，相关借款合同生效。

(2) 金融机构对借款人偿还能力欠缺必要审查是否影响合同效力问题。金融机构在签订借款合同时，应对借款人、担保人的偿还能力、信用级别、借款用途、还款方式等进行审查。我国法律并未规定违反贷款审查义务的民事责任，商业银行发放贷款的审查义务属于内部管理性规范，并不会当然导致金融借款合同无效，具体还要审查是否存在法律、行政法规规定的合同无效的情形。人民法院在审理案件过程中发现金融机构怠于履行审查义务的，可以通过发送司法建议等方式督促金融机构进行整改或者将相关信息告知相关监管部门进行监督管理。

（五）借款人对格式条款抗辩的审查

1. 格式条款的识别

【审查要点】

- (1) 条款是否为金融机构预先拟定并反复使用且未与借款人协商；
- (2) 不合理免除或减轻己方责任、加重对方责任、限制对方主要权利的格式条款无效，即便尽到了提示说明的义务，也不能构成无效的豁免；
- (3) 免责条款不仅应从形式上进行认定，还应当从条款内容的实质进行判断。格式条款是否属于“合理”可以根据公平原则与诚信原则，结合当事人的类型、合同的性质、商业习惯等确定条款的约定是否导致双方当事人权利义务的失衡。



【注意事项】

格式条款是否存在无效情形，人民法院应当依职权进行审查；格式条款不属于合同的内容，需要当事人提出抗辩，人民法院不宜主动审查。

2. 未尽提示义务

【审查要点】

(1) 格式提供方对格式条款采取了合理的方式进行提示，并举证证明尽到合理的说明义务；

(2) 提示说明义务应当满足实质性标准；

(3) 提供格式条款方未履行提示说明义务，致使对方没有注意到或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方主张该条款不属于合同内容的，人民法院应予支持。

【注意事项】

(1) 若仅在合同中约定当事人在合同中签字即视为对合同内容全部知悉，并不能说明尽到了合理的提示义务。若合同提供方未履行提示说明义务，但有证据证明相对人注意到合同的此类条款并理解条款的含义的，无权主张该条款不属于合同的内容；

(2) 实践中，合同提供方多以加黑字体的方式履行提示义务，字体加黑方式能够引起消费者合理注意的前提是该条款与其他条款字体明显不同，合同文本如果每一页均有多条黑体标示条款，黑体标示条款明显多于非黑体字条款，那么经过字体加黑的格式条款与其他条款并无明显区别，就不能起到提请消费者合理注意的作用。

3. 未尽明确说明义务

【审查要点】

(1) 合同提供方应当提示说明的范围包括免责条款的概念、内容以及法律后果；

(2) 应当采取符合借款人认知能力的方式，以书面或口头形式向借款人做出一般理性人能够理解的解释说明。



【注意事项】

提示和说明义务应当在借款合同订立之前或者订立合同时履行，事后履行已经对当事人缔约选择没有影响，应当认定未履行该项义务。合同成立后再履行提示与说明义务，即使对方同意并接受，也只是相当于双方就此达成了补充协议，应按补充协议对待。

（六）对超过诉讼时效的抗辩

【审查要点】

1. 人民法院应当根据借款人的抗辩审查诉讼时效是否超过三年；
2. 诉讼时效届满后，借款人同意还款或者已经还款的不得再以诉讼时效进行抗辩；
3. 是否发生诉讼时效中断的情形，即出借人向借款人提出履行请求、借款人同意履行义务、出借人提起诉讼或者申请仲裁、与提起诉讼与仲裁具有同等效力的其他情形等；
4. 是否超过二十年的最长诉讼时效。

【注意事项】

1. 实践中，债权人请求债务人履行债务的方式较多，本指南认为有效的债务履行请求如下：以邮政专递的方式进行催收的，需要按照合同中约定的送达地址或者其他借款人能够签收的地址寄送催收函，并保存邮寄的催收函件内容及寄送的回执；以电话、信息等方式进行催收的，应当保存通信记录，将电话录音或信息截屏作为视听资料进行举证；以上门催收的方式进行催收的，应当要求借款人签字确认，借款人拒绝配合的可由两名无利害关系的见证人签字证明，也可以通过录音录像的方式进行证据固定；以公告方式进行催收的，债务人下落不明，债权人可以在国家级或债务人所在地的省级有影响力的媒体予以公告催收。

2. 对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住具有完全行为能力的近亲属或者被授权的主体。



3. 债权人以邮件进行催收，且在封面上有明确记载“催款函”的，至于内容是否与记载相一致，举证责任不在债权人，如果债务人不能举出相反证据证明邮寄内容不是催款函，催收行为有效。

4. 作为金融机构，按照法律规定或者合同约定从对方当事人账户扣收欠款的，发生诉讼时效中断的法律效果。

5. 当事人在一审期间未提出诉讼时效的抗辩，在二审期间提出的，人民法院不支持，但是基于新的证据能够证明出借人的请求权已经过了诉讼时效的除外。

（七）对借款本金抗辩的审查

1. 未足额交付款项的抗辩审查

【审查要点】

- （1）金融借款合同关于借款本金、利息、还款期限的约定；
- （2）出借人有无交付款项的证明，如转账凭证、借款借据等；
- （3）出借人预扣保证金、服务费、手续费、提前收取利息的金额是否与约定的一致。

【注意事项】

实践中，存在助贷机构利用借款人的身份信息办理并支配银行卡，助贷机构将出借方交付的款项在扣除一定的费用后交付至借款人。发生纠纷时，借款人多以未实际收到足额的款项进行抗辩。对此人民法院应当着重审查出借人与助贷机构之间有无关联、借款人与助贷机构之间有无对相关服务费进行约定来进行判定。

2. 对预先扣除利息、保证金、服务等抗辩审查

【审查要点】

- （1）审查合同中约定的借款本金、利息、保证金、服务等费用及支付期限等；
- （2）放款凭证中所载实际发放的款项是否与金融借款合同约定的金额相一致；



(3) 借款人主张的预先扣除利息、保证金的金额是否与双方约定的利息、保证金金额相一致，以及预先扣除利息、保证金的金额、形式是否合理；

(4) 合同中对服务费、咨询费、顾问费、管理费等相关费用是否有明确的约定，金融机构是否举证证明实际提供了相关的服务内容以及服务内容的价值与收费相当。

3. 对前期借款本息结算后计入后期借款本金的抗辩审查

【审查要点】

- (1) 前期借款的债权凭证；
- (2) 结算后有无重新出具债权凭证；
- (3) 前期借款有无约定利息以及约定的利率有无超过法律保护的上限；
- (4) 借款人依据新的借款凭证在借款期限届满后应支付的利息之和是否超过借款本金以最初本金为基数、以法定利率上限计算的整个借款期间的利息之和。

(八) 对利息、逾期利息、违约金金额的抗辩审查

【审查要点】

1. 金融借款合同中有无就利息、逾期利息、违约金等相关费用作出明确约定；
2. 合同中关于相关息费的计算标准是否超过法律的保护上线；
3. 合同中有关逾期利息的计算基数是否包括前期已产生的逾期利息（即计收逾期利息的复利）；
4. 出借人有无向借款人收取除了本金、利息、逾期利息、违约金之外的其他费用，如有，应计入借款人的综合借款成本。

【注意事项】

1. 对被告有关利息、逾期利息、违约金金额抗辩的审查，往往涉及到大量、复杂的金额计算。金融机构作为出借人，对借款人的还款情况及逾期支付情况充分了解，并具有较高的金额计算能力。为此，金融机构应在诉讼中完整、清晰、准确地提供金额计算方式及计算结果，以供借款人核对及法院审查；



2. 为防止“高利贷”，法律规定借款人的综合借款成本应不超过年利率 24%，超出部分法院不予支持。在金融借款纠纷中，通常合同约定的期内利率及逾期利率不超过此上限，但需要注意是否存在其他借款成本，如违约金、服务费、手续费等，此类费用应在利率上限中予以综合计算；

3. 根据监管规定，银行有权收取利息的复利。但在金融借款纠纷中需特别注意，部分金融机构将借款人前一期欠付的本金、利息、逾期利息作为下一期逾期利息的计算基数。对此我们认为，逾期利率一般高于期内利率，逾期利息本身就是作为借款人逾期还款的违约结果，如以欠付的逾期利息作为后期逾期利息的计算基数，则存在对违约行为重复评价的障碍，也不符合公平原则。为此，金融机构不得将已产生的逾期利息再作为计算逾期利息或违约金的基数。

（九）对律师费、保全费、保全保险费等费用抗辩的审查

【审查要点】

1. 金融借款合同中有无约定律师费、保全费、保全保险费等费用承担主体；
2. 相关费用是否实际支付，原告应当提供如合同、发票、支付凭证等证据；
3. 原告主张的律师费、保全费、保全保险费等费用是否符合收取标准。

【注意事项】

1. 关于原告主张律师费等费用时是否需要提供支付凭证，对此我们认为，部分金融机构与律师服务机构签订的合同约定，律师费实际应根据案件处理进度及结果支付。在原告未实际支付律师费的情况下，后续实际发生的律师费金额可能发生变化。为维护借款人合法权益，原则上原告主张律师费时，应提供支付凭证等实际发生的证据；

2. 关于合理律师费的标准，一方面应根据“律师服务收费标准”确定相应上限，另一方面法院应结合案件实际复杂程度、律师服务内容等情况，酌情判断原告主张的律师费是否过高；

3. 金融借款合同纠纷中原告主张律师费、保全费、保全保险费不受金融借款年利率 24% 的限制。



（十）对夫妻共同债务的抗辩审查

1. 对主张属于夫妻共同债务的抗辩审查

【审查要点】

（1）基于共同意思表示所负债务。如是否属于“夫妻共同签字”或者“事后追认”的情形；若夫妻双方共同偿还借款或者所借款项支付至非举债方账户的可以推定夫妻有共同举债的合意；

（2）是否为夫妻日常生活需要所负的债务。判断所负债务是否为满足日常生活所需应当根据金额的大小，结合负债家庭的经济水平、夫妻双方的职业、收入等因素综合认定，并在判决书中载明判断和推理的过程；

（3）是否用于夫妻共同生产、经营所负的债务。如所负债务用于夫妻双方共同从事的商业活动；或者虽然是单方从事的商业活动，但所获收益由夫妻共享。

2. 被告主张不属于夫妻共同债务的抗辩的审查

【审查要点】

（1）是否为债务人单方面举债且所负债务与夫妻之间的共同生活、共同生产经营无关；

（2）债务发生时夫妻关系是否已经破裂或者离异；

（3）所负债务是否系夫妻一方用于赌博、吸毒等违法犯罪活动；

（4）夫妻之间是否存在财产相互独立且债权人明知的；

（5）合同中是否明确约定，夫妻一方所负债务为个人债务；

（6）夫妻一方是否存在与第三人恶意串通、虚构债务的情形；

（7）是否存在伪造结婚证件、冒名签署合同或者假冒签名的情形。



二、对担保人抗辩的审查

(一) 对担保合同效力的审查

1. 担保主体不适格的抗辩审查

【审查要点】

- (1) 担保人是否系完全民事行为能力人；
- (2) 是否属于法律禁止提供担保的主体。

2. 债权人未履行审慎监管义务的抗辩审查

【审判要点】

金融机构在办理贷款业务应履行审慎监管义务，系国务院规范性文件及行业的规定，违反此项义务并不会必然导致金融借款合同、担保合同无效，还需审查是否存在法律规定的其他合同无效的情形。

3. 金融借款合同无效导致担保合同无效的抗辩审查

【审查要点】

金融借款合同是否存在法律规定的合同无效的情形。

【注意事项】

借款人采取欺诈手段，骗取贷款的，并不当然导致金融借款合同无效，若无法律规定合同无效的事由，出借人可以请求人民法院撤销合同或者请求借款人继续履行合同。借款人或担保人以此主张合同无效的，人民法院不予支持。

4. 担保范围超过主债务导致超出部分无效的抗辩审查

【审查要点】

- (1) 担保的范围是否与主债务相一致；
- (2) 有无另行约定担保的违约条款；
- (3) 人民法院在受理债务人破产案件后，担保人所担保的债务也应当自人民法院受理破产申请之日起停止计息。



（二）对保证责任方式的抗辩审查

【审查要点】

1. 担保合同中有无明确约定保证的方式；
2. 若没有直接约定保证责任的方式需要对当事人的意思表示进行解释；
3. 若担保合同中对担保的方式没有约定或者约定不明的，应当认定为一般保证。

【注意事项】

若保证合同约定，在主债务人“到期不能履行”或“到期无法偿还”等在主债务到期后，主债务人客观上不能履行债务时，保证人才承担保证责任的，保证人承担的责任应解释为一般保证；在主债务人“不履行到期债务时”承担保证责任的，表明保证人不享有先诉抗辩权，保证人承担的责任应解释为连带保证。

（三）对被告抗辩非担保人的审查

1. 被告抗辩担保合同并非本人签订的应当承担举证责任；
2. 担保人在空白合同上签字的，在确定签字的真实性的情况下，担保人原则上应在借款范围内承担担保责任。

（四）对保证期间已过的抗辩审查

【审查要点】

1. 保证合同中有无约定保证期间，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；
2. 没有约定或者约定不明的，保证期间为主债务履行期限届满之日六个月内；
3. 保证期间届满后担保人不再承担保证责任；
4. 法院应主动审查保证期间是否已经过。



（五）对擅自加重保证责任抗辩的审查

【审查要点】

1. 债权人与债务人确定的保证范围、保证期间等与保证合同中约定的是否一致；
2. 保证人是否对变更后的保证内容进行书面确认；
3. 未经保证人书面同意，减轻债务的，保证人对减轻后的债务承担保证责任，对加重部分不承担保证责任。

【注意事项】

1. 债权人和债务人变更主债权合同的履行期限，不影响保证期间；
2. 主债务变更的，保证人保证责任项下的债务总额不得增加，同时各单项支付义务也不得增加。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》

第六百九十五条 债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。

（六）对借新还旧抗辩的审查

【审查要点】

1. 有无约定借款的实际用途；
2. 前后借款的时间、金额等情况表明确属借新还旧；
3. 担保人免责的借新还旧要求新旧贷款的债权人为同一人。

【注意事项】

借新还旧的，在旧贷消灭时，抵押权应当归于消灭，但在双方并没有注销登记并缴销他项权利证书的情况下，抵押权在其所担保的主债权消灭后并不必然发



生随之消灭的法律后果，抵押登记仍然发生法律效力。只要担保人同意继续为新贷款提供担保，不要求重新办理登记的，旧的担保物权可自动担保新贷的债权，且信贷担保的优先顺位不变。

（七）对担保物权未有效设立的抗辩审查

【审查要点】

1. 不动产抵押的是否办理抵押登记；
2. 以动产质押的是否完成交付，以权利质押的，具有权利凭证的是否完成交付，没有权利凭证的是否完成质押登记；
3. 以金钱设立质押的是否符合质物特定化的要求。

【注意事项】

1. 除最常见的房地产抵押需要登记以外，下列抵押物抵押权也自登记时设立，未办理抵押登记的，债权人不享有抵押权：建设用地使用权，以招标、拍卖、公开协商等方式取得荒地等土地承包经营权，正在建造的建筑物。其余抵押物自抵押合同生效时设立，是否登记不影响抵押权的设立；

2. 设立质押的交付，必须满足质权人完成对质押物的占有，若仅交付质押清单、靠远程监控质物或监控人系出质人委托的不视为交付。出质人未交付质押物的质权不成立，但不影响质押合同的效力；

3. 关于保证金账户是否构成金钱质押，实践中争议较大。我们认为，保证金账户需要满足以下条件才能构成金钱质押，债权人享有优先受偿权：第一，保证金已完成特定化，即保证金账户与一般经营性账户相区分；第二，保证金账户户名、账户性质等具有与担保有关的明显特征，具有一定的对外公示效力；第三，出质人对保证金账户内资金不享有自由使用的控制力。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/-qGVjaqw9HxuvIKQZ7Wx7A>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 106 期 | 金融借款合同纠纷案件的要件事实审查和裁判规则（节选）

金融借款合同纠纷案件的要件事实审查和裁判规则（节选）

一、金融借款关系的认定及裁判规则

（一）借款合同成立与生效的认定

【审查要点】

1. 双方当事人是否就合同的主要条款达成合意；
2. 有无当事人另行约定或法律另有规定的除外。

【注意事项】

《中华人民共和国民法典》第四百七十条规定合同的内容系指导性条款，当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。就金融借款合同而言，当事人将借贷双方的身份及借款的金额等主要条款达成一致，合同即成立并生效。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百零二条

二、金融借款金额的认定及裁判规则

（一）预扣利息

【审查要点】

1. 合同中约定的借款金额与放款金额是否一致；
2. 是否存在预先扣除利息的情形；



3. 对其他类似的规避法律关于“预先扣除利息”规定的行为，应给予否定性评价。

【注意事项】

1. “砍头息”的形式多样，除法律明确规定的放款本金中预先扣除相应的利息情形外，还有诸如以服务费等名目预先扣除或要求借款人另行支付服务费用但是却不能举证证明实际提供服务；金融机构在放款时预扣保证金，但却未采用专户、封金等形式将保证金进行特定化等。法院在审理中应当灵活把握，保护借款人的合法权益。

2. 实践中对于出借人放款后短期内要求借款人预付利息（有的约定当日、次日，有的是 5 日内、15 日内），该笔利息应否认定为砍头息存在较大的争议。

第一种观点认为：应遵循“实际支配+使用”的判断标准，从实质性角度认定是否构成“砍头息”。由于借款合同双方往往交易地位实质不平等，立法和司法对于借款合同的意思自治在利率和本金确定方面进行了干预，此种干预不得以当事人意思排除。如果合同约定实质性影响了借款人实际支配本金的范围，导致借款人利用本金创造经济效益的资金条件受到限制，其行为性质与“预扣利息后交付本金”在本质上并无二致。根据法律目的解释，亦应认为该种行为属于《民法典》第六百七十条的规制情形，超额收取的利息部分应作为“砍头息”在本金中扣除。如果仅以放款金额与合同约定金额是否一致作为“砍头息”的认定标准，而不从实质性角度判断，可能会被借款人利用来恶意规避法律。

第二种观点认为，如果借款人并未按照约定方式、时间支付利息，而在第一个利息结算日之前支付其他利息，均应认定为“砍头息”。此外，出借人和借款人签订合同时，双方实际地位并非平等，对其中违规行为应当进行司法审查。实践中，在贷款发放的初始阶段，出借人往往要求借款人支付手续费、服务费等各种名目的费用，对此应当根据合同约定以及是否有对价，从严认定是否属于“砍头息”。若有证据证明第三方和出借人存在关联关系，亦应考虑是否存在“砍头息”的情形。

第三种观点认为，规制“砍头息”的法律手段有两种，第一种是从本金中将预先支付的利息扣除，第二种是由出借人向借款人补偿其所丧失的期限利益。由于《民法典》选择了第一种较为严厉的规制手段，以严格限制“砍头息”，为贯



彻《民法典》的立法目的，应将短期内支付利息的行为认定为“砍头息”。此外，在认定短期内预先支付利息的行为是否属于“砍头息”时，也应当考虑借款人收到借款至支付利息这一期间的长短。

倾向性意见认为，应综合考量合同约定、提前支付利息的时间、金额和金融借款的利率监管政策等因素予以认定。首先，应充分尊重当事人的意思自治。借款发放后短期内提前支付利息的约定通常系出借人变相提高借贷利率的一种手法，但若双方对此达成合意，且已实际履行，则应视为借款人自愿承担相应的实际借贷利率。其次，对于出借人可能规避法律、行政法规禁止性规定的行为，可以通过要求金融借款合同的出借人披露实际利率及对超过法律允许的利率标准予以调整的方式加以规制。人民法院可对借款人的实际用资成本进行必要核算，若借款人因此而最终承担的融资成本明显过高的，则应依法予以适当调整。

【法律规范】

《中华人民共和国民法典》第六百七十条

（二）借款本金的认定

【审查要点】

1. 一般情况下，债权凭证载明的金额即为借款本金；
2. 若约定预先在本金中扣除利息的，借款本金为实际放款的金额；
3. 对于咨询费、服务费等，应审查出借人是否实际为借款人提供了相应的服务以及提供相关服务的价值，若没实质提供或提供的服务价值不相当，则有关预扣的咨询费、服务费等均应全部或部分在借款本金中扣除。

（三）利息、逾期利息及违约金等的认定

【审查要点】

1. 有无关于利息、逾期利息及违约金的合同约定；
2. 若对利息约定不明且无法达成补充协议的，人民法院应当结合借贷合同的内容，当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；
3. 利息、逾期利息及违约金均不得超过法律保护的上限。



【注意事项】

1. 实践中存在合同中既约定违约金又约定逾期利息，关于二者能否一并主张存在一定的争议。本指南认为在有合同明确约定的情况下，可以同时主张，但是不得超过法律保护的利率上限。

2. 对违约金约定过高抗辩在实务中较为常见。人民法院在认定违约金是否过高还应当结合合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚信原则予以衡量。具体而言：首先法院应查明实际损失，确定基本标准；其次应考虑合同的履行情况。接近履行完毕的合同和尚未履行的合同，违约所造成的结果存在较大区别。如合同已经接近履行完毕，此时主张合同约定的全部违约金，显属不公平合理；最后应考虑当事人的过错程度。法院应当综合考虑被告属于故意或者重大过失，如借款人经营状况良好，具有较好的还款能力，经催告后依然拒绝履行合同项下的还款义务，还是属于一般的过失，如借款人由于市场经济波动，出现还款能力较弱的情况。

3. 关于违约金的举证责任问题，应当按照“谁主张，谁举证”原则，由违约方承担证明违约金过高的举证责任。但是囿于违约方举证能力有限，且守约方因更了解违约造成损失的事实和相关证据而具有较强的举证能力，因此，守约方也要提供相应的证据。

4. 合同约定逾期利率在执行利率的基础上上浮 50% 以上，法院是否可以主动调整，实务中存有争议。第一种观点认为：金融机构应当严格按照人民银行的相关规定从事借贷业务，且《关于人民币贷款利率有关问题的通知》从效力层级上看系部门规章，违反该通知虽不会直接影响合同效力，但是人民法院认为利率过高的，可予以适当调整，以积极有效的司法干涉规范金融市场的借贷业务秩序，保护消费者的合法权益；第二种观点认为，《关于人民币贷款利率有关问题的通知》系中国人民银行对银行业内部制定的管理性文件，若无其他影响合同效力及违背合同当事人真实意思表示的情形，人民法院应当尊重意思自治。本指南倾向认为第一种观点较为合理。

5. 关于逾期利息是否能作为计收逾期利息的基数，一种观点认为，如果合同中约定的逾期利息计算基数包括先前的逾期利息，基于并未有明确的禁止性规定，应予准许。另一种观点认为，逾期利息本具有一定的惩罚性质，若在逾期利息基



础上再行计收逾期利息，意味对借款人的违约行为进行了双重惩罚，不尽合理，法院应予以主动调整。本指南倾向于后一种观点。

【典型案例】

中国华融资产管理股份有限公司湖北省分公司与湖北德立房地产开发有限公司、鄂州市天华物宝矿业有限责任公司等债权转让合同纠纷案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2016）最高法民终 493 号）

裁判要旨：《关于人民币贷款利率有关问题的通知》系中国人民银行对银行业内部制定的管理性文件，不能作为确认银行与其他民事主体之间签订的信贷合同是否有效的法律依据。借款人主张银行针对逾期还款案逾期利率加收超过 50% 罚息利率计收利息的，违反了该通知属于无效，没有法律依据。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百八十五条、第六百七十四条、第六百七十六条、第六百七十七条、第六百八十条

三、金融借款中担保的认定和裁判规则

（一）对于保证期间的认定

【审查要点】

1. 合同中有无保证期间的约定，没有约定或约定不明的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月；
2. 主张保证责任是否发生在合同约定的保证期间；
3. 主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期限届满之日起计算。

【注意事项】

1. 法院保证期间是否届满，应当主动进行审查；
2. 在连带共同保证中，债权人在保证期间内对部分承担连带责任共同保证人请求承担保证责任，其法律效果不能及于全部保证人，其他保证人可以保证期间



届满债权人未行使权利拒绝承担保证责任。在一般共同保证中，只要债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，则所有保证人不得以保证期间届满为由拒绝承担保证责任；

3. 实践中对保证期间届满后保证人在催款通知上签字的法律后果的认定存有争议，本指南认为除非能够认定成立新的保证合同，按照新的保证合同承担责任。只有当保证人以书面形式明确表示为债权人提供担保，才能认定债权人与保证人之间产生了新的保证合同关系，否则即便保证人在债权人发出承担保证责任书、催收逾期债务通知书上签字、盖章或按指印，或者与债权人重新签订还款协议或者以口头方式答应以及承担担保等，也不能认定为保证人重新提供了担保。

【法律指引】

《中华人民共和国民法典》第六百九十二条、第六百九十三条、第六百九十四条、第六百九十五条

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第二十九条、第三十条、第三十一条、第三十二条、第三十三条、第三十四条

（二）对于担保范围的认定

【审查要点】

1. 合同中对担保范围有无明确约定；
2. 合同约定的担保责任范围是否大于主债务；
3. 若无合同约定，则担保范围包括：主债权、利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。

【注意事项】

1. 实践中担保责任范围大于主债务的情形较为多样，不仅指金额高于主债务，诸如对保证责任约定专门的违约责任、担保责任的履行期先于主债务履行届满等亦属于担保责任范围大于主债务；

2. 实践中合同约定的担保范围与登记范围不一致的情形较为常见，法院可根据最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条的规定，适用相应的法律、司法解释的规定进行判决。民法典施行后的抵押合同



引发的纠纷，若抵押合同约定与不动产登记簿不一致的，应以不动产登记簿记载的内容为准。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第三百八十九条、第六百九十一条

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第三条、第四十七条

(三) 对担保主体的认定

【审查要点】

1. 一般情况下，具备完全民事行为能力的民事主体均可作为担保主体提供担保；
2. 是否有法律特别规定的主体，如机关法人、居民委员会、村民委员会、以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第六百八十三条

《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》第五条、第六条

(四) 对于担保方式的认定

1. 对于保证方式的认定

【审查要点】

- (1) 合同中对保证方式有无明确约定；
- (2) 约定不明或者没有约定的按照一般保证承担保证责任；
- (3) 若保证合同虽未明确约定保证方式，但具有债务人应当先承担责任或债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任的为一般责任保证。



【注意事项】

实践中对于担保合同约定担保人以个人资产作抵押为债权提供担保的责任认定存有争议，本指南认为个人资产作为集合概念，通常处于变化之中，不具有特定性，不满足担保物的特定要求，在无事后就抵押物进行特定化的情况下，不能起到抵押担保的作用。但是该种担保符合保证的规定，当事人应当承担相应的保证责任。

【规范指引】

《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》第三十六条

2. 对于抵押担保的认定

【审查要点】

- (1) 具有符合书面形式要件的抵押担保合同；
- (2) 提供抵押担保主体及抵押物适格；
- (3) 不动产完成抵押登记。

【注意事项】

1. 实务中，金融机构在办理担保业务时通常会签订纸质书面合同，但是存在担保合同保存不善或合同约定不明确的情形，法院不宜轻易认定担保无效，对于书面合同应当采取扩张解释，不仅包括合同书、信件等传统意义上的书面形式，还包括电报、电传、传真，以及以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形的表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文等形式；

2. 以法律规定不得设立抵押的财产办理抵押的，抵押合同并非当然无效，还应当结合法律规定合同无效的情形综合认定合同的效力。如当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产进行抵押的，应当按照无权处分的规定进行处理；抵押设立时财产被依法查封或者扣押的并不影响合同的效力；以违法建筑抵押的，抵押合同无效，但是在一审法庭辩论结束前已经办理合法手续的除外；当事人以建设用地使用权依法设立抵押的，抵押人以土地存在违法的建筑物主张抵押合同无效的，人民法院不予支持；



3. 在最高额抵押担保中，主债权确定后至实际清偿期间产生的逾期利息、罚息均系基于主债权产生，应仍属于抵押担保财产范围。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第三百九十五条、第三百九十六条、第三百九十七条、第三百九十九条、第四百条、第四百零一条、第四百零二条、第四百一十一条、第四百一十七条、第三百九十五条、第四百零一条、第四百零二条、第四百零三条、第四百一十一条

【典型案例】

中国工商银行股份有限公司宣城龙首支行诉宣城柏冠贸易有限公司、江苏凯盛置业有限公司等金融借款合同纠纷，最高法院指导性案例 95 号（裁判法院：安徽省高级人民法院；案号：（2014）皖民二终字第 00395 号）

裁判要旨：当事人另行达成协议将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入该最高额抵押担保的债权范围，只要转入的债权数额仍在该最高额抵押担保的最高债权额限度内，即使未对该最高额抵押权办理变更登记手续，该最高额抵押权的效力仍然及于被转入的债权，但不得对第三人产生不利影响。

3. 对质押担保合同的认定

【审查要点】

- (1) 具有书面形式要件的质押担保合同；
- (2) 提供质押担保主体及质押物适格；
- (3) 动产质押的需要完成交付，权利质押的，有权利凭证的需要交付权利凭证，没有权利凭证的需要完成登记程序；
- (4) 保证金质押有效设立应当具备要式合同、质押财产特定化、转移占有。

【注意事项】

1. 实务中，关于保证金质押的账户的特定化以及资金的特定化存有较大争议。首先，就质押的保证金账户是否必须是《人民币银行结算账户管理办法》中的专用存款账户，还是出质人的既有的一般账户在满足不做日常结算之用时也可以满足特定化；其次，保证金账户的名称是否必须有“保证金”“特户”等特定的前缀，以区分一般的银行账户。本指南认为，保证金账户的特定化是指设立专门的



保证金账户且与质押人的其他财产相区分，同时保证金账户内的资金能够专款专用，款项的存入和扣划均系用于担保债权的偿还或者在担保债权被偿还之后退还给出质人。根据《人民币银行结算账户管理办法》第十三条对专用存款账户的规定，保证金账户需要采取保证金账户这一专用账户形式，使得其具有外部上的识别性，能够与一般结算账户、基本账户相区分。资金的特定化是指保证金仅能用担保，不能用于普通的结算业务，且与质押人的其他财产相区分。若保证金账户以利息的增加或者进行担保业务结算导致账户浮动，该种浮动均与保证业务相对应，不属于非保证业务的结算，不影响保证金账户特定化的要求。

2. 实践中，存在保证金质押未有效设立的情形，其法律后果存在较大的争议。第一种观点认为，保证金质押未有效设立的，应当将扣除保证金后的放款金额作为实际借款金额，并以此作为计算利息以及逾期利息的基数；第二种观点认为，保证金功能价值在于担保债权的实现，在其未有效设立的情况下，若债务尚未清偿完毕，应当将保证金按照约定或者法定的清偿顺序进行债务清偿，但是不具有受偿的优先顺位。若债务已经清偿完毕的，应当将相应的款项返还至债务人。第三种观点认为应当根据个案进行具体分析，若未以特定化的方式设立保证金质押，而是出借人直接在放款本金中将该金额予以扣除的，可以认定为“砍头息”，并将该款项直接在放款本金中予以扣除；若仅仅是设立保证金质押的形式要件存在瑕疵，不应轻易认定为“砍头息”。本指南倾向于第三种观点。

4. 增信措施的认定

【审查要点】

- (1) 具有提供担保意思表示的，依照保证的有关规定处理；
- (2) 具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的，依照债务加入的有关规则处理；
- (3) 若根据合同约定难以确定是保证还是债务加入的，应当将其认定为保证；
- (4) 既不符合保证也不符合债务加入的构成要件的，债权人可以依据承诺性文件要求第三人履行约定的义务或者承担相应的民事责任。



【注意事项】

实务中，增信措施的约定纷繁复杂，认定其法律性质存在一定的困难。本指南认为认定增信措施的首要应从协议所使用的文字词句出发。如果承诺函或协议明确使用“保证”或“债务加入”的措辞，应依其表述进行定性；如果通过文义解释无法识别债务加入与保证，则应根据二者的本质区别，综合个案全部情事探求当事人之真意。保证的从属性贯穿于其发展的各个方面，而债务加入仅在产生上具有从属性，在其他方面则具有相当程度的独立性。如果第三人履行债务并不以债务人届期未履行为前提，而是直接表明第三人代替债务人履行，则可以直接认定为债务加入。

5. 非典型担保

【审查要点】

- (1) 具有提供担保的意思表示；
- (2) 是否采用相应的方式进行担保公示。

(五) 对实现担保物权的审查

【审查要点】

1. 担保合同有效成立；
- 2 完成必要的法定程序；
3. 合同届期未履行或发生当事人约定的实现担保物权的情形。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第四百一十条、第四百三十六条

【典型案例】

中信银行股份有限公司东莞分行诉陈志华等金融借款合同纠纷案，最高人民法院指导案例 168 号（裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民再 155 号）

裁判要旨：以不动产提供抵押担保，抵押人未依抵押合同约定办理抵押登记的，不影响抵押合同的效力。债权人依据抵押合同主张抵押人在抵押物的价值范



围内承担违约赔偿责任的，人民法院应予支持。并明确了抵押权人对未能办理抵押登记有过错的，相应减轻抵押人的赔偿责任。

（六）应收账款质押的认定及裁判规则

1. 应收账款质押的生效

【审查要点】

- （1）债权人要提供符合形式要件的质押合同；
- （2）是否办理质押登记；
- （3）有无应收账款的基础合同等相关要素，证明应收账款的真实存在；
- （4）应收账款的债务人是否明确表示确认应收账款的存在；
- （5）应收账款设立质权有无通知应收账款债务人。

【注意事项】

应收账款质押具有天然的金钱给付属性，债务人不履行到期债务的，应收账款质权人可直接就应收账款进行优先受偿。

2. 提供质押的应收账款的范围

【审查要点】

- （1）应收账款是否满足法律规定的形式要件；
- （2）以将有的应收账款进行质押的，质权人应当举证证明将有的应收账款在办理质押登记时具有合理的期待利益，且债权范围可合理识别。

【注意事项】

《民法典》第四百四十条及七百六十一条规定的应收账款债权人可以就现有的或将有的应收账款作为质押合同的标的，但是并未进一步列举可以进行质押担保的应收账款的范围，亦未正面列举不能作为质押的应收账款的类型。实践中，当事人以约定的应收账款超越金融监管部门发布的监管规定范围为由主张应收账款质押合同无效的，人民法院应当参考中国人民银行发布的《动产和权利担保统一登记办法》，结合《民法典》第一百五十三条第二款的规定认定合同的效力。



3. 应收账款质权的实现

【审查要点】

(1) 应收账款项下的债务是否已经到期。主债权早于应收账款到期的，待应收账款到期后，质权人可以就应收账款行使质权；主债权晚于应收账款到期的，质权可以将应收账款进行提存或设置监管账户，或在代位物上实现担保物权；

(2) 应收账款质押合同中约定的应收账款范围大于登记载明范围的，债权人有权在登记载明的范围内行使质权；登记载明范围大于合同约定的，债权人有权在合同约定的范围内行使质权；

(3) 应收账款债务人主张抵消的应当审查应收账款债务人接到质权人通知的时间、对应收账款债权及主债权到期时间、以及应收账款债务人的债权与质押应收账款是否基于同一合同产生。

(七) 公司对外担保的效力认定及裁判规则

1. 担保效力的认定

【审查要点】

(1) 担保合同符合法律规定的形式要件；

(2) 订立担保合同时对公司权利机关的决议进行了必要的形式审查；

(3) 一人公司（包括自然人设定的公司及母公司的全资子公司）对外担保的，采用一般合同成立的认定方式；

(3) 上市公司对外担保的，还应当审查上市公司公开披露的关于担保事项已经有权机关决议通过的信息。

【注意事项】

(1) 我国法律对于“实际控制人”没有明确的规定，实务中存在一定的争议。本指南认为“实际控制人”通常指通过投资关系、协议或者其他安排实际直接支配公司的行为。“投资关系”指通过直接或间接投资控制公司；“协议”是指通过契约取得公司控制权，如托管协议、控制协议等；“其他安排”是一个兜底性的说法，涵盖了除以上两种方式之外的隐蔽控制方式，实务中通常指因没有



履行或没有适当履行法定任职程序而产生的事实上控制公司（通常出现在封闭性的小公司）、通过亲属等关系以及公司特殊状态下临时指定的管理人等；

（2）债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，只要尽到必要的注意义务即可，标准不宜太过严苛。公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不真实、担保金额超过法定的限额等事由抗辩债权人非善意的，不予支持；

（3）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的，其债权人的审查义务依照公司对外担保规则处理。

【典型案例】

广东南粤银行股份有限公司重庆沙坪坝支行与雷士照明（中国）有限公司、重庆恩纬西实业发展有限公司等金融借款合同纠纷案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2018）最高法民申 206 号）

裁判要旨：债权人对担保人提供的股东会决议上所加盖股东印章的真实性没有进一步审查的义务，担保人的股东会决议以及法定代表人的行为是否超越权限均为其公司内部行为，不能因此而否定其对外所提供担保之效力。

2. 担保合同无效的裁判规则

【审查要点】

（1）是否存在法律规定的担保合同无效的情形；

（2）担保合同存在无效情形的应当向权利人释明诉请的法律后果，若权利人变更诉请为请求担保人承担损失赔偿责任，人民法院可依法判决；若当事人拒绝变更诉请，人民法院在依法查明案件事实及各方过错责任的基础上，可依法判决担保人承担过错范围内的损失赔偿责任；

（3）债权人主张担保人承担损害赔偿责任的，按照《民法典担保制度司法解释》第十七条的规定处理；

（4）法院在判决中应当体现担保人承担相应的赔偿责任后有权向债务人进行追偿。



【注意事项】

法院在审理担保合同无效案件认定担保人过错时，应当结合担保合同的订立时间、内容、担保人在主合同商谈过程中所扮演的角色等多方面加以综合考虑。首先，担保合同无效的，担保人过错的认定和其他合同无效的情形一致，如合同违反效力性强制性规定、无权处分担保标的物等；其次，主合同无效，担保合同无效的，因担保人不是主合同的当事人，对主合同的效力没有审查的义务。因此只有当担保人的过错与主合同的订立有关时，担保人才承担责任。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/s--C8je7odeqooVZHezGeQ>

◆ 特别声明：

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

