

安慰函的性质界定与司法裁判路径探析

李龙怡

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年8月22日; 录用日期: 2024年9月3日; 发布日期: 2024年10月11日

摘要

伴随商事交易的发展不断追求便捷与高效, 多种商事担保制度便应运而生。安慰函作为类保证的增信措施, 是在双方利益平衡与双向选择中应运而生的新型担保方式, 模糊性是其突出特点, 通常被政府或者母公司应用为一种增信用书。因其打破了传统担保的形式, 缺乏严格的要式性, 在效力上产生模糊之处, 由此便需要将安慰函的性质与单方允诺之债、保证合同等情形进行区分。安慰函的适用尚处于性质不明、责任无法划分的困境中, 需将发函主体特性、函件内容表征、经济政策影响等因素纳入效力评判标准, 才能为安慰函的性质与效力界定厘清裁判路径。

关键词

安慰函, 保证合同, 合同效力

Exploring the Nature Definition and the Path of Judicial Judgment of the Comfort Letter

Longyi Li

School of Law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Aug. 22nd, 2024; accepted: Sep. 3rd, 2024; published: Oct. 11th, 2024

Abstract

With the development of commercial transactions pursuing convenience and efficiency, various commercial guarantee systems have emerged. The comfort letter, as a form of credit enhancement akin to a guarantee, has arisen as a new type of guarantee method that balances the interests of both parties and allows for mutual selection. Its ambiguity is a prominent characteristic, and it is typically utilized by governments or parent companies as a form of credit enhancement letter. Given that it breaks away from traditional guarantee forms and lacks strict formal requirements, there

are ambiguities regarding its validity. Therefore, it is necessary to distinguish the nature of comfort letters from unilateral promises, guarantee contracts, and other scenarios. The application of comfort letters currently faces the dilemma of unclear nature and indefinable responsibilities. To clarify the judicial pathways for defining the nature and validity of comfort letters, factors such as the characteristics of the issuing party, the content representation of the letters, and the impact of economic policies must be incorporated into the criteria for assessing validity.

Keywords

Comfort Letter, Guaranty Contract, Validity of Contract

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

安慰函作为一种新兴的商事担保方式，兴盛于经济发达的东南沿海省份。其凭借“措辞模糊、程序便捷却具有公信力”的优势，在商事交易中广为适用。但也因其措辞模糊、缺乏明确法律规范调整的特点，在许多大额商事纠纷中引起司法纠纷。学界对于安慰函的讨论并不广泛，多是从安慰函的基本理论、域外法比对、商事法律结构、发展的路径及趋势作出分析，较少文献是从案例类型化研究的角度出发，将影响安慰函性质与效力的标准进行总结。目前司法实践中，倾向于否定安慰函等同于保证合同，并认定其无效。债权人希望安慰函呈现与保证合同一样的担保效果，而出函人则认为自己的模糊表述并未为自己设定法律义务，只在道义义务上具有督促债务人还款的义务。当函件内容所表露的增信预期无法实现时，便会引起众多的司法纠纷。法院通常将安慰函的性质与保证合同进行比较，若其符合保证合同的要件，则其有效。显然，用已经显名的担保形式来衡量未显名的担保形式，并以此作为生效与否的要件，不符合法律吸收商事习惯的路径。

2. 安慰函的性质与效力

本文以出函主体为标准将安慰函分为两种，母公司作为出函人以及行政机关作为出函人。通过向债权人安慰函，又称赞助信、安慰信或承诺函，指出函人给债权人的一种书面陈述，表明出函人对“债务人清偿债务”承担道义上的义务，或督促债务人清偿债务等^[1]。其通常是母公司或是行政机关签发的，为保证子公司、当地企业、下属机构的借款、融资等债务而向债权人表示愿意帮助、由彼负责的态度。

安慰函在国际商事实践中兴起于英美，在法国的适用犹显昌盛。2006年3月23日有关担保法改革的《法令》决定在《法国民法典》中加入名为“安慰函”的一章，该章仅设有一个与“安慰函”定义有关的条文(第2322条)，但却足够为其正名，将“安慰函”确立为法国民法上的“有名”“人的担保”。¹2006年3月23日，法国部长会议讨论并通过了《第2006-346号关于担保的法令》(本文简称《法令》)，2006年3月25日该法令生效，2007年2月20日议会颁布法律赋予该法令立法层面的效力。而《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)并未将其纳入典型担保的范畴，但是《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下文简称《九民纪要》)第91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(下文简称《担保制度司法解释》)第36条已经注意到“增信文件、增信措施”的法律适用问题，

¹2006年3月23日，法国部长会议讨论并通过了《第2006-346号关于担保的法令》(本文简称《法令》)，2006年3月25日该法令生效，2007年2月20日议会颁布法律赋予该法令立法层面的效力。

实务中也是将其作为非典型担保对待，在个案中进行具体的判断。

2.1. 安慰函的基本性质

2.1.1. 法律行为的构成

安慰函于司法纠纷中所面临的争议点为其所属性质与效力当如何判断。众多出函人在纠纷发生之后，认为自己出函所表露的仅为承担道义义务的意愿，并未明确表示承担法律责任。由此，需首先明确安慰函的行为性质，也即探讨法律行为与道义行为的界限，为安慰函后续的法律适用提供基础。

江必新教授认为：民事法律行为的核心是意思表示，判断其效力需要考虑以下几个要素：表意主体是否有资格或者权限，意思表示是否真实、是否合法、是否具有侵益性、是否违背公序良俗、是否合理与正当^[2]。虽然安慰函的签发者通常是实力雄厚的母公司或是具有公信力的行政机关，但《民法典》第683条对“机关法人不得作为保证人”作出了明确规定。该条所提及的“保证人”应指狭义的保证合同中的保证人，本文所讨论的安慰函属于类增信措施。类增信措施与保证分属不同，或可言保证是类增信措施的发展前景。以“泰安市岱岳区财政局、山东发展投资控股集团有限公司等金融不良债权追偿纠纷案”为例²，案涉争议即为泰安市岱岳区财政局所出具的担保函，行政机关在函件上载明“自愿为泰安康平纳羊绒制品有限公司的上述借款提供不可撤销的连带责任担保，保证期间为自本担保函盖章之日起生效，至主合同(如有展期、即展期后的主合同)项下最后一笔贷款到期之日后两年。”显然，本案中机关法人提供的担保函不同于本文所讨论的安慰函，该担保函已经符合了保证合同的构成要件，对于担保的责任要件有着详细的规定，而安慰函在债务数额、责任承担方式上则具有更强的模糊性。并且，若作扩大解释，则易限制行政机关在招商引资过程中的作用。因此《民法典》第683条中对“保证人”的理解，应当进行限缩解释，仅指保证合同中的保证人，不能扩张为类保证或者具有担保性质的行为中的保证人。

是否产生法律效果、是否以追求特定效果的发生为目的，是区分两种行为的直接方式。出函人的出函行为具有担保或支持的意思表示，它虽未类似于保证合同对具体担保的债务数额、债务承担方式、保证期限等内容作出详尽的规定，但其以出函人的支付能力以及信誉为担保标的，通过展示自己与债务人的特殊联系或对债务人的大力支持，使得债权人相信债权实现可以得到保证。

若对安慰函的判断采取道义说，则会对商业交易中的商事习惯与固有的信用秩序形成冲击，并且会使得出函人通过出函获得担保利益，但却在责任承担时以道义义务之由进行躲避。但必须承认的是，安慰函中包含有道义义务，但若将道义义务扩张至安慰函的全部要义，则完全忽略了债权人获得担保而为债权增信的初衷。由此，《民法典》第683条便无法对机关法人签发安慰函的资格进行限制。同样，安慰函的签发在意思表示、合法性、侵益性上、正当与合理皆不存在不当之处。

2.1.2. 效力的区分

以最高院发布的公报案例为例，出函人通常在函件中载明“在贷款合同约定期限内，如××公司每年归还本息不足××万元，差额部分由政府安排归还”，或是“本政府愿意督促该驻港公司切实履行还款责任，按时归还贵行贷款本息。如该公司出现逾期或拖欠贵行的贷款本息情况，本政府将负责解决，不让贵行在经济上蒙受损失”。诸如此类，“安排、解决、督促偿还、负责、不使其蒙受损失”等词语使得安慰函仿佛具有了“保证”的外观，但其在文义与格式表达上却又不符合保证合同的特点，由此便引发了司法中的认定难题。

效力认定的困境并不只困扰着地方法院，在2006年《最高人民法院关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民政府等借款担保合同纠纷上诉一案³〈承诺函〉是否构成担保问题的请示的复函中

²(2022)鲁01民终3196号判决书。

³(2004)粤高法民四终字第153号。

提到：对于云浮市人民政府出具的《承诺函》是否构成我国《担保法》意义上的保证，应由你院根据云浮市人民政府出具《承诺函》的背景情况、《承诺函》的内容以及查明的其他事实情况作出认定。由此得出，《承诺函》并未因其模糊的形式外观而直接无效，关于安慰函的效力审查缺乏统一的路径与方法，法院需要在审查函件的背景、内容、以及相关事实，平衡各方利益、考虑多方因素之后，作出效力存在与否的判断。

现阶段法院对于类保证等增信措施的态度，通过《九民纪要》第91条⁴与《民法典有关担保制度的司法解释》第36条⁵进行传递。上述法条核心要旨如下：对于起到增信措施作用的承诺文件，法院在效力判断时，首先不能直接判定无效，需要将其意思表示与保证进行比对，若符合保证的规定，便认定双方当事人之间存在保证合同关系；若不符合上述情形，债权人有权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。

2.2. 安慰函的法律性质

安慰函在结构上，与单方允诺之债、保证等类型有着诸多相似之处，拟达到梳理安慰函法律适用原则的目的，可以通过类推适用的办法总结出安慰函在适用法律中的可能。本文则将安慰函与单方允诺之债、保证两种行为进行比对。

2.2.1. 单方允诺之债的特性

单方允诺是通过单方的意思表示而成立双方的债之关系[3]。单方允诺行为普遍存在于客观现实中。单方允诺行为可以在契约之外的范围发挥作用，其适用范围扩充至个体对群体的领域，能够弥补特定的个体与个体之间关系的不足[4]。

学界通常认为单方允诺之债是以“悬赏广告、商家做出的假一罚十的承诺”等形式出现，允诺内容面向不特定公众，发布方式采用网络、报刊等公众媒体，适用的主体范围具有不确定性。在主体上，安慰函作为出函人一方发出的函件，体现的是出函人单方的承诺，其仅为自己设定义务，并未在函件中体现双方磋商与洽谈的过程，债权人的接受与否对安慰函的效力并不产生影响，而这个特点与单方允诺之债有着相似之处。并且，二者在内容上皆带有承诺的意思表示。

但有所不同的是，安慰函通常在收函人处表明具体的收函对象，其允诺所针对的主体是确定的，在针对主体上则更偏向保证，且其发布方式也较悬赏广告等行为更为私密，传播范围较窄。在法律调整上，二者也有所不同。安慰函的调整目前处于法律缺位的状态，而悬赏广告等单方允诺行为，更多是对权利的自限以及义务的承担。法律对其标准较低，采取的是“法无禁止即可为”的精神，鼓励商家或是民事主体通过增加义务负担或舍弃部分权利以达到增信目的或悬赏结果。而安慰函的法律适用精神则可以参考单方允诺行为的调整规则，安慰函作为商业贸易中的新兴方式，同样运载了当事人之间出于“便捷高效”的商事逻辑、维稳交易的愿景。因此，同样可采“法无禁止即可为”的精神，对尚未违反禁止情形的

⁴《全国法院民商事审判工作会议纪要》第91条：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。

⁵《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36条：

第三人向债权人提供差额补足、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，债权人请求第三人承担保证责任，人民法院应当依照保证的有关规定处理。

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。

前两款中第三人提供的承诺文件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。

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。

安慰函效力予以肯定。并且，若将安慰函的法律适用置于商事法律制度域下观察，则应在制度设计中适当舍弃“家父主权”的色彩，将商人作为“有充分理智的行为人”进行看待，给予其弱于普通民事关系中的保护，这样才能在商事法律制度的构造中，实现效率与平等保护的平衡目标。

2.2.2. 保证合同的特性

保证合同作为常用的担保方式，在安慰函的效力裁判中也最为法院所青睐。法院也常将安慰函与保证合同进行比较，若安慰函在实质上构成了保证，则按照保证判断其效力。

诚然，二者具有一定的相似之处。保证合同具有严格的附属性，体现在成立、范围、强度、移转、变更、消灭上，其被认为是主债权债务合同的从合同，保证合同的效力严格附属于主合同的效力。保证合同的内容也具有强要式性，依据《民法典》第 684 条，保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额、债务人履行债务的期限、保证的方式、范围和期间等条款。保证所具有的补充性与连带性也是安慰函所无法比拟的。而安慰函则不可依此方式进行责任的划分，因为安慰函本就为一项“模糊”的增信措施，若债权的实现产生瑕疵，则安慰函将作为债权人据理力争保护债权的工具，针对函件内容、债权内容再次展开磋商。所以安慰函不同于保证合同的最大特点即为，保证合同是既定且明确的，保证人也因保证合同中的要式规定而负担保证义务，若主合同债权得到实现，则保证义务因条件未成就而消灭；而安慰函是未定且模糊的，因出函人避开了繁琐的程序要件，所以并未产生明确的保证责任，仅在主合同债权无法实现嗣后，债权人根据安慰函有向出函人主张责任的权利，且责任内容与方式需根据函件内容具体确定。

安慰函的形式则更显随意与模糊，独立性更加突出。安慰函的责任范围与基础交易相分离，安慰函项下的责任不以主债务范围为限，而是以函件允诺义务为准，出函人的负担往往轻于保证人^[5]。以佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案⁶为例，安慰函内容如下：本政府愿意督促该驻港公司切实履行还款责任，按时归还贵行贷款本息。如该公司出现逾期或拖欠贵行的贷款本息情况，本政府将负责解决，不让贵行在经济上蒙受损失。在案件二⁷中，“高管局在该函中明确表示当宜连公司不能按时履行贷款合同项下还款义务时，高管局承诺回购宜连高速公路经营权并以所支付的款项优先归还建行湖南分行贷款本息。”在案件三⁸中，函件的文义表明北京佳程公司“将严格按照该合同约定的付款期限以及付款比例支付各期工程款项，如有违约，我司将承担由此产生的一切经济与法律责任”。以上三封安慰函均承诺对承担责任、负责解决，与主债务的关系紧密程度弱于保证合同，并且对责任范围、承担方式等详细内容未予谈及，模糊性更强。

若将安慰函完全按照保证合同进行处理，则是用“已经显名与典型化”的担保方式来衡量“未显名与非典型化”的安慰函，依照该路径进行审判，不仅导致安慰函的规则适用不符合其自身特性，直接扼杀安慰函作为类增信措施的适用空间，忽略其诞生于商事交易中追求效率与信任的特点，而且也有违司法审判中“尊重经济社会发展实际、先适用法律规则再适用法律原则”的精神，同样也阻碍了商事贸易中新型担保方式的产生与适用。

3. 司法裁判现状

3.1. 案例梳理

笔者于 2024 年 3 月 19 日在裁判文书网，以“安慰函、效力”作为关键词进行检索，选取高级法院、最高法院所管辖的案件作为样本进行分析。通过梳理发现，可以概括为以下三种裁判思路，详见表 1。

⁶(2004)民四终字第 5 号。

⁷(2019)最高法民终 1006 号。

⁸(2021)最高法民终 717 号。

在不认定为保证合同的两个案件中，法院分别以“内容约定不明确，且上诉人直至诉讼时，未主张过保证债权”与“高管局作为湖南基础设施高速公路的建设、管理事业单位，不得作为保证人；《承诺函》违反了法律强制性规定，应为无效”的理由否定了函件的效力。可以看出，目前的裁判思路是首先将安慰函适用保证的法律规则，以主体不适格、不符程序等要件否定安慰函的效力。

Figure 1. Case study diagram
表 1. 案例分析表

认定思路	案号	函件内容
认定为债务加入的案件	(2021)最高法民终 717 号	将严格按照该合同约定的付款期限以及付款比例支付各期工程款项，如有违约，我司将承担由此产生的一切经济与法律责任
认定为保证担保的案件	(2019)最高法民终 1006 号	高管局在该函中明确表示当宜连公司不能按时履行贷款合同项下还款义务时，高管局承诺回购宜连高速公路经营权并以所支付的款项优先归还建行湖南分行贷款本息
不认定为保证合同关系的案件	(2017)最高法民终 182 号	我公司愿意为下属各家子公司在与贵行的业务中提供无条件担保，并愿意积极配合贵行完成各项业务
不认定为保证合同关系的案件	(2018)湘民初 33 号	若该公司(宜连公司)没有按时履行其到期债务等违反借款合同约定的行为，或者存在危及银行贷款本息偿付的情形，出于保护投资商利益，保障贵行信贷资金安全的目的，我局承诺按《特许经营》第 15.6 条之规定全额回购宜连高速公路经营权，以确保化解银行贷款风险，我局所支付款项均先归还贵行贷款本息

3.2. 裁判焦点

涉及安慰函效力的合同纠纷，于 2021 年案件数量呈现激增达到峰值，多达 102 件。此时的裁判思路受《九民纪要》《担保制度司法解释》的影响发生转变，由完全否认转为灵活适用、个案判断的态度。案件数量的激增，也反映出安慰函的适用比例不断提高，司法实践中同样注意到安慰函性质与效力认定的争议点。

但从案例检索结果来看，涉及安慰函的司法纠纷与单纯的理论讨论存有出入：在部分情况下，安慰函所提出的担保并非针对特定的单个债务，其含射范围涉及债权人与债务人在一定期限内达成的数项合同，承担担保责任的方式混合有差额补足、流动性支持。这意味着，安慰函的模糊性，不仅体现在文义的措辞上，在担保的合同范围上同样是不确定的。而当数项合同项下的一个合同履行发生争议时，出函人的担保责任如何确定与分配，具有了更大的模糊性。

目前唯“保证合同”作为参照标准的额裁判思路仍然存在，该思路无异于忽视了安慰函作为新型担保方式的特性。若在商事贸易日渐繁荣的大背景下，对于新兴的商事纠纷都采取已显名合同的构成要件，则会对法律的融合与创新造成一定阻碍。

4. 裁判路径建议

对“安慰函”全盘否定的态度，——或者将其划定为“保证”，或者将其划定为毫无法律上之意义，——并非是对实务中当事人真实意思的尊崇；对诚信体系的建构并无实意，进而可能导致堵塞在经济实践中各主体之间相互支撑的一种路径；它也掩埋了“安慰函”内有的运作机制，失去了一种积极找寻有益制度的机会[6]。

最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第 7 条规定：“民事案件没有明确的法律规定作为裁判直接依据的，法官应当首先寻找最相类似的法律规定作出裁判……”。目前并无明

确的法律规范对安慰函的效力做出规定，所以在判断时应当秉持谨慎、谦抑、尊重商事习惯、维持交易稳定的态度。《民法典》容许类推适用制度的正当性，首先在于它契合“法律适用的正义”，即“同案同判，类案类判”[7]。

在法律规则的适用上，需要区别“直接适用、类推适用、参照适用”三者的不同，参照适用作为法定的类推适用，较于类推适用而言，更具应然性。而类推适用的选择，则需要比对客体之间的不同，分辨二者的核心差异，以判断类推适用的方法适宜与否。

同样，司法实践中需要调整以“保证合同及其要件”作为唯一衡量标准的审判思路，以《九民纪要》91条、《担保制度司法解释》36条所传达的精神作为裁判要领，即使未认定为保证，也应当合理判断当事人之间的过错与责任。

因此，在界定安慰函的效力时，应先判寻无效因素，进行否定性评价。第一步，结合《民法典》第143条进行初步的效力判断，是否具备民事法律行为成立的基础要件。第二步，以安慰函的函件内容为出发要点，判断出函人的意思表示、担保意愿、责任的承担范围、责任的承担方式、主合同的履行情况、双方当事人之间其他合同的履行状况。第三步，根据其特性与保证合同、债务加入等情形进行比对。若无法构成上述情形，则将其按照新型的担保方式进行处理，在规则适用上，则依其特性性质上更相近的规则。虽在司法实践中，安慰函的适用规则较多地参照了保证合同，但二者的性质不可等同，也不可机械地将安慰函划属于保证项下。安慰函成为典型担保的过程仍需要长久的时间与较大的司法需求，但在其发展应用的时期内，仅能通过辨析函件内容、参照适用典型担保的规则判断效力有无。

4.1. 明晰效力因素

4.1.1. 函件内容

内容是传达当事人意思表示的直接方式，也是表明出函人是否愿意承担担保责任的有力证据。安慰函本身作为责任模糊的增新文件，若一边倒地肯定担保责任或否定担保责任，对当事人的保护则会造成偏颇与不公，同时不利于新型担保方式的发展与适用。因此，在涉安慰函效力的纠纷发生时，应当注重函件的内容本身，重新考究出函人的意思表示，通过磋商的方式进行责任的分配。

基于前文的文书检索结果进行类型化提取，当函件内容涉及“必定不会让你方遭受损失、由我承担、由我方负责”，应当赋予出函人以保证责任，因其具有承担担保责任的意思表示，可根据语义程度不同而作出一般责任或连带责任的区分；而当函件内容仅涉及“履行督促义务”等词语时，出函人承担保证责任的意思明显减弱，此时其只需承担一定的道义义务予督促债务人及时还款。

4.1.2. 发函主体

安慰函有别于普通保证合同的一大特点便在于出函人不同，其发函主体并非是普通的商事主体，通常是资本雄厚、支付能力较强的母公司或者是具有公信力的行政机关。这两类主体天然具有较强的公信力与经济实力，因此相较于商事交易中提供担保的公司或是提供保证的自然人来说，即使缺乏严格的要式性或是受到《民法典》第683条以及公司法对外提供担保需要经董事会或股东会决议的限制，债权人依旧有理由相信出函人有意愿为债务人增信或者提供担保。

在此需要特别强调的是，行政机关的发函行为的效力需谨慎判断。目前司法实践中倾向于通过“类推适用保证合同，机关法人不得作为保证人”的裁判理由否定行政机关发函的行为效力。而这样的审判思路会对我国的招商引资环境和政府公信力的维护产生一定的负面影响。

我国优化营商环境、转变政府职能的政策导向仍发挥着巨大作用，行政机关对于当地经济发展、外资经济的引入，起到了带头与鼓励作用。完全抹灭行政机关在外来经济引入中的作用，是不客观的。行政机关做出的合法行政行为，具有公信力与既定力，如若一刀切的否定其效力，会导致公众情感的难以

接受以及行政机关威信形象的破坏、外资进入遭受阻碍与瓶颈、当地招商引资的优惠政策实施受阻等一系列负面影响。

因此，在考虑行政机关签发安慰函的效力时，必须考虑行政机关的权力状态、债权人的善意程度、当地的经济政策与经济基础。在完成其行为的合法审查、不破坏行政机关威信、保护行政机关公信力的前提下，竭力保护债权人的担保权，促进地方经济的长足发展。

4.1.3. 经济环境

国务院于 2017 年 8 月 8 日颁布的《国务院关于促进外资增长若干措施的通知》⁹与商务部办公厅于 2020 年 2 月 7 日颁布的《商务部办公厅关于积极应对新冠肺炎疫情加强外资企业服务和招商引资工作的通知》¹⁰。两份文件均传达了“创新和优化招商引资方式、加强外资大项目服务保障、制定财税支持政策、持续优化营商环境”的精神，在后疫情时代、全球经济形势降温的大环境下，加之推进“一带一路”纵深高质量发展的征程中，始终优化行政服务、树立良好的政府形象，长期贯彻在经济发展任务中。

法谚有云：“法律的生命在于经验而不在于逻辑”。法律之完善与经济之发展间联系十分密切，二者相伴相生，其配套与否会关系到社会的稳步前进。在进行法律解释时，需要充分考虑到当前经济发展遇冷、下行压力增大的现实状况，对于地方政府或相应行政机关发布安慰函，以吸引外资进入、带动当地经济的行为，应进行宽容的解释，在严格执行《民法典》683 条中“保证人仅为狭义的保证合同中的当事人”后，对于行政机关督促债务人、安抚债权人、承担一定的担保责任的行为予以宽容评价。

4.2. 有效安慰函的责任承担

安慰函在司法模式逐渐成熟的过程中，必将面临安慰函效力存在与否的判断，但否定其效力后并非意味案件走向终局。并非所有安慰函都具有法律约束力，具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函将导向不同的法律效果^[8]。因此需要根据安慰函的效力有无，分析后续的责任承担。

4.2.1. 责任承担的依据

经过上述诸多要件的判断，安慰函效力的界定则变的清晰。安慰函被判定有效后，责任内容可进行两分处理。安慰函通常由母公司或是当地行政机关发出，二者对于债务人皆具有管控或者影响力。在判定出函人需要承担担保义务后，道义义务并未消灭。安慰函所承担的道义义务，不应局限于事后债权受到侵害时发挥作用，督促、安抚的作用应当贯穿在整个债权债务存续期间。

出函人所要承担的担保责任，需要具体结合其在函件中的意思表示。若其明确表示承担责任的份额，则应按照明示份额承担责任；若出函人对概括性的债务或同一债务人项下的所有债务发出安慰函，既不能全盘将责任赋予出函人，也不能认定出函人无需担责，而是需要在结合涉诉债务的具体情况、债务之间的关联程度、债权人主张担保责任的情形等多方因素加以判断。在“上海国金租赁有限公司、黑龙江农垦北大荒商贸集团有限责任公司保证合同纠纷二审民事判决书”¹¹中法院的裁判理由载到：“《担保函》并未载明所担保的主债权为该《融资租赁合同》项下高峰糖业公司应承担的债务，且直至提起本案诉讼的 2016 年 8 月 8 日，没有证据证明国金公司向北大荒商贸公司主张过保证债权。”本院在判决中，通过考察债权人主张保证债权的实际情况，反推责任范围。

4.2.2. 责任承担的方式

出函人承担担保责任的方式，具体仍需结合函件中的措辞加以判断。若确切载明有“一同、共同、

⁹国发〔2017〕39 号

¹⁰商办资函〔2020〕46 号

¹¹最高法民终 182 号判决书。

连带”等词时,表明出函人承担连带责任的意愿,则按照连带责任处理;如若当事人在函件中明确表示承担补充责任,则按照一般责任处理。

保证合同中,若无明确规定,则保证人按照一般责任担责,赋予保证人稍弱的保证责任。在该特点上,安慰函可以参考保证合同的归责特点,因为发出安慰函的行为本就是加重自身财产负担的行为,在函件规定模糊、要式性不比保证合同的前提下,应当赋予出函人较低的担保责任,也即一般责任。

4.3. 无效安慰函的责任承担

4.3.1. 对主合同的影响

安慰函区别于保证的一大特点便是独立性,如果将安慰函作为独立的保证合同看待,其效力的存续只能受到主合同效力的单向影响,可当安慰函的增信效果直接影响到主合同的签订时,需要考虑的因素便增多,还需考虑安慰函对主合同效力的影响。不同于普通的保证合同与主合同之间的效力牵连关系,安慰函的签发可能对主合同的签订有着反向的推动作用。例如,债权人因为出函人发出的安慰函而对其信誉、不特定财产、企业盈利状况等隐形财富能力抱有信心,由此与债务人签订合同,安慰函的作用即被放大,成为合同签订过程中的重要因素。

4.3.2. 安慰函的效力

安慰函的效力之所以模糊,一方面是因为其希望给予受函人一定的保障,但是另一方面又不希望这种保障过于清晰以至于使自己受到法律的限制^[9]。但当模糊性成为发函阶段获取利益、担责阶段含糊其辞的遮蔽时,其负面影响将会由双方当事人扩散至整个营商环境,掀起利用立法空缺实行诈欺的不良风气。因此,即使安慰函被认定无效,也需承担相应责任。

在保证中,保证合同被确认无效后,债务人、保证人、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。安慰函无效后在责任承担上同样可以类推适用保证合同无效的后果。司法实践中对于过错的判断,通常是用“未完成特定的法律义务、未符合某些法律行为的生效要件、勤勉谨慎的注意义务是否尽到”等要素进行衡量。但若有“支付能力明显欠缺、明知存在程序性无效事由、欠缺真实担保意思、恣意利用行政机关公信力”而签发安慰函的情形,属于利用不典型的担保方式骗取利益,应赋予债权人主张赔偿的权利。

5. 结语

安慰函作为商事交易中为满足当事人快捷、高效、安全而产生的新型增信措施,承载了特定的商事习惯,由此便产生了法律与新型商事习惯之间的调整与冲突问题。商事立法与民事立法不同,商人被推定为“有能力清醒做出有利于己方之利益判断”的理智人,因此,无须在立法中过多地体现“家父主权色彩”。法院应当在维护经济秩序、贯彻尚法氛围的前提下,给予商事主体足够的自由并尊重其自由意志,允许其追逐效率与商业利益,并为新型的商事习惯提供得当的调整规则与适当的发展空间。

对新型商事习惯做出宽容评价,是在严格坚持效力性强制性规定的基础上,把握当事人在函件中意思表示,结合出函人的身份要素,为迎合、尊重当前“优化营商环境”的主题、商事主体意思自治与商事习惯的稳定适用,而作出的适当让步。但针对假借行政机关名义,规避《民法典》第 683 条的强制性规定、以公谋私、损害人民公共利益以及逃避法律中对外提供担保之程序限制的行为,法院在审判时应当严厉打击,在法律权威与商业发展之间作出利益衡量。

参考文献

- [1] 李国元. 经济审判指导与参考[M]. 北京: 法律出版社, 2001.

- [2] 江必新. 法律行为效力: 公法与私法之异同[J]. 法律适用, 2019(3): 3-16.
- [3] 陈华彬. 债法总论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 94.
- [4] 杨海静. 单方允诺视角下的证券市场公开承诺[J]. 南方金融, 2018(7): 92-102.
- [5] 李世刚. 法国担保法改革[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 57.
- [6] 李世刚. 安慰函制度的法国经验及其启示[J]. 法学杂志, 2012(9): 165-169.
- [7] 杨立新. 类保证: 增信措施的性质与适用法律规则[J]. 甘肃社会科学, 2023(2): 152-162.
- [8] 刘斌, 王洁宇. 安慰函的法律构造与规范进路[J]. 财经法学, 2023(2): 144-160.
- [9] 吴一波, 陈庭鹭. 公司担保行为的模糊边界——“安慰函”效力之探析[J]. 金融法苑, 2011(2): 22-37.