

## 安慰函的法律构造与规范进路

刘 斌 王洁宇\*

**内容提要：**安慰函作为商事实践中发展出来的新型债权性担保工具，在促进融资、促成合同、增强信用等方面具有独立价值。在我国既有规则体系下，相关立法尚付阙如，加之安慰函自身的“模糊性”特征，其在实践运行中呈现出诸多解释困境。我国司法实践对安慰函的性质及效力认定通常高度依托于保证合同，以是否构成保证为基本判断标尺。事实上，安慰函区别于传统从属性保证，具有独立的交易需求与规范逻辑，基于保证合同视阈的审视逻辑实则是对安慰函制度之误读，有悖于商事自治，亦与商业交易需求相背离。为导正安慰函的构造逻辑，应将安慰函作为不同于保证合同的担保方式纳入人的担保体系范畴，并肯定、承认适格安慰函的担保效力。在未来的《商法典》或《商法总则》等商事立法中，应当予以典型化。

**关键词：**安慰函 保证合同 人的担保 法律构造

在国际商事实践中，保证的从属性特征导致保证责任的承担受制于保证人的多种抗辩权，无法满足商业实践的效率需求，借此突破了保证从属性与抗辩权制约的新型债权担保工具应运而生。安慰函作为商业实践的产物，因其独立性特征而在商事领域广泛运用，其勃兴乃是信用市场的创新与选择，是商人之自治安排。但囿于安慰函与生俱来的模糊性，其从产生伊始便争议不断，无论是地位抑或效力皆未受到立法肯定、承认。我国《民法典》第 682 条突破了保证从属性的桎梏，规定可以通过法律规定排除担保的从属性，为安慰函制度发展预留了法律解释的空间。在优化营商环境与推进“一带一路”倡议等背景下，系统审视安慰函作为商事工具之独特性，最大程度回应商事实践需求，系重要的制度完善面向。

\* 刘斌，中国政法大学民商经济法学院副教授；王洁宇，澳门科技大学法学院博士研究生。

## 一、安慰函的交易模型与效力争议

安慰函 (letter of comfort) 又称承诺函 (letter of acceptance), 在法国也被称为意图信 (Lettre d'intention)、赞助信 (Lettre de patronage),〔1〕德语中将安慰函称为 Patronatserklärung。所谓安慰函, 系指出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的, 承担作为或不作为的担保义务的法律行为。〔2〕安慰函的交易模式通常表现为: 母公司或政府 (出函人) 以促进企业融资、增强债务人信用为目的, 向债权人单方出具的, 载明表示愿意为债务人贷款提供某种支持的书面文件, 内容大抵涵括督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人履行债务、维持对债务人的控制权等支持性承诺。

### (一) 安慰函的交易模型

交易模型的创新是商业发展的动力之源。〔3〕商事交易模型并非立法者、法官所创造, 而是商事主体在长期的商事交往中所形成的。商事交易模型充满着自发性与博弈性, 是商事主体各方基于自身的利益诉求谈判竞争的产物。这种复杂精巧的商事交易模型在产生之初往往饱受质疑, 个中缘由或许是其对传统稳固的交易模型造成冲击, 或许是既有规范难以解释并容纳, 但诸多商事法律规范正是基于交易模型自然演进的结果, 不妨以包容而开放的目光审视商人的这种创造。

安慰函作为商事实践的产物, 其产生是商事主体之间经过利益衡量所做之选择。在安慰函的交易模型中, 出函人与债权人有着各自的利益诉求, 就出函人而言, 其希望通过安慰函规避严格僵化的保证形式, 避免卷入复杂多变的基础交易中, 同时又能达到增信之目的。就债权人而言, 其希望接受一种既能够阻断保证人对基础交易项下的抗辩、免受保证期间的束缚, 又能快速达到担保目的的担保工具。银行债权人亦把接受传统担保方式以外的担保方式当作其竞争优势。〔4〕安慰函在这种利益平衡与双向选择中应运而生, 并以独立的价值活跃于融资市场。某种意义上讲, 出函人并非真正想承担保证之下的法律责任, 否则便会使用明确具体的保证形式; 债权人亦能认识到安慰函并非保证, 否则便会要求出函人提供明确的保证文书。但安慰函正是因为其独特的交易结构能够满足当事人双方的利益需求, 又能达到特定的增信目的而受到商人青睐。

在这种博弈与妥协下诞生的安慰函, 具有天然的模糊性特征, 有学者称其为“变色龙文件” (chameleonic documents)。〔5〕诚然, 模糊性贯穿于安慰函交易模型始终, 既是安慰函产生的动因, 亦是安慰函发展之归宿。谓之动因, 是因为商人创造安慰函交易模型的初衷多是为了规避从属性保证中对其不利规则之适用, 这种动机往往是隐晦且模糊的; 谓之归宿, 是因为模糊性是安慰函的“生命”, 脱离模糊性的安慰函则易被其他规范框架吸收, 从而被剔除出安慰函之列。安慰函因其模糊性特征, 从产生伊始便面临着各种质疑。在面临否定与质疑后, 商事交易实践也对

〔1〕 参见李世刚:《安慰函制度的法国经验及其启示》,载《法学杂志》2012年第9期。

〔2〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔3〕 参见王延川:《现代商法的生成:交易模型与价值结构》,法律出版社2015年版,第125页。

〔4〕 See Glibert, Comfort Letter: a Banker's View, 1982 *The Journal of Commercial Bank Lending* 48, 49 (1982).

〔5〕 See Anton Trichardt, Comfort Letters - A Quartet of Decisions Interrupt the Judicial Quiescence, 9 *Tilburg Foreign Law Review* 162, 166 (2001).

安慰函的交易模型进行不断修正,以一种更为恳切的措辞企图获得认可,并在与否定立场的博弈中获得自我革新。

在此背景下,安慰函的交易模型逐渐生成,并形成相对稳固的状态。安慰函的交易模型主要涉及三方主体:出函人、债务人以及债权人。出函人(通常是母公司或政府)以增强债务人信用为目的,应债务人请求或主动向债权人单方出具书面函件。<sup>〔6〕</sup>该函件措辞通常较为模糊,多表达愿意为债务人贷款提供某种支持,但并不承诺替代主债务人履行债务。函件承诺内容大抵包括:督促债务人及时清偿债务、协助债务人及时还款、确保债务人偿还债务、维持对债务人的控制权、确保不从公司抽走资金等,不一而足。根据函件目的及内容不同,安慰函存在不同的划分标准。英国学者将安慰函分为三类:知悉融资的声明;保持所有者权益的承诺;贷款人所要求的支持程度。<sup>〔7〕</sup>德国则将安慰函划分为“强安慰函”及“弱安慰函”。<sup>〔8〕</sup>法国学理上则将安慰函区分为“方法之债”与“结果之债”。<sup>〔9〕</sup>我国有学者将安慰函分为知悉函、支持函、允诺函三类。<sup>〔10〕</sup>由是观之,基于学者对措辞的不同侧面截取,安慰函表征形态各异。但无论采何种类型描述,仅为术语选择争议,不涉及对安慰函本质的价值判断。

## (二) 安慰函的效力争议

安慰函的交易模型是交易者基于自身利益考量的产物,当纠纷发生时交易者往往会作出对自己有利的解释。基于不同的利益诉求,债权人希望安慰函具有近乎保证的法律效力,反之,出函人则仅希望表达对债务人支持的意愿,而不承担法律责任。<sup>〔11〕</sup>安慰函作为双方意愿磋商妥协的法律产物,其措辞本身便具有模糊性特征。<sup>〔12〕</sup>我国关于安慰函的法律规范更是尚付阙如,仅有最高人民法院的复函<sup>〔13〕</sup>对安慰函的认定作出含糊回应,并不能为歧见纷生的实践乱象提供充分的规范指引。

在规范体系残缺的背景下,如何妥适地判断安慰函的效力系司法实践中的难点。为化解这一效力认定难题,法官面对安慰函这一新生事物,天然的滑向熟悉的领域寻找规范工具,并将目光落在与其相近的保证,反复比照安慰函是否构成保证,并将保证作为安慰函效力认定的基本标尺。通过检索案例<sup>〔14〕</sup>可以看出,目前司法实践在判定安慰函效力时的主流观点便是将安慰函与

〔6〕 值得注意的是,安慰函的签发在部分情况下是基于债权人的主动提出,但债权人并不直接向出函人提出,而是向其债务人申请,由债务人向出函人提出申请,以便为其提供担保。See Vasile Nemes, Bank Guarantees, 19 *Lex ET Scientia International Journal* 128, 135 (2012).

〔7〕 See Philip Wood, *The Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 1980, p. 307.

〔8〕 See Schütze, *Münchener Vertrags-Handbuch*, 2. Aufl., 1985, S. 423 - 433.

〔9〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔10〕 参见杭子晴:《浅析安慰函的法律效力——兼评最高人民法院关于佛山市人民政府与交通银行香港分行之间的保证合同纠纷案终审判决》,载《金融管理与研究》2006年第7期。

〔11〕 参见前引〔5〕,Anton Trichardt文,第166页。

〔12〕 参见焦美华:《模糊的安慰函——安慰函的法律效力》,载《国际贸易》1997年第11期。

〔13〕 《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〈承诺函〉是否构成担保问题的请示的复函》指出:“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。”

〔14〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”“承诺函”为关键词进行全文检索,检索时间为2022年4月1日,选取13件典型案例。

保证合同相比较，若安慰函构成保证则肯定其效力，<sup>〔15〕</sup> 若不构成保证则否定其效力，<sup>〔16〕</sup> 基本遵循“构成保证—有效，不构成保证—无效”的裁判逻辑。至于何种情况下构成保证，法院则倾向于依据安慰函的措辞作出判断，然而，囿于语义表达的模糊性，何种措辞下构成保证法院并未言明，又基于保证不能推定之规则，大量的安慰函因不构成保证而被否定效力。譬如在“广东国际信托投资公司破产案”<sup>〔17〕</sup> 中，法院认为安慰函中没有明确代为清偿或代为还债的意思，不构成我国法上的保证，进而否定了安慰函的效力。在后续的“佛山市人民政府案”、<sup>〔18〕</sup> “中国银行（香港）有限公司案”<sup>〔19〕</sup> 等典型案件中，法院亦持相同立场。这种效力判定立场影响至今，近年来仍有诸多判决以此为由否定安慰函的效力。反观少数安慰函被认定有效的案件，又存在罔顾当事人真意而强行嵌套进保证框架的蹩脚局面。例如，在“中国建设银行湖南省分行案”<sup>〔20〕</sup> 中，出函人并无保证之意思，且当事人双方皆认为承诺函并非保证，法院却径直将安慰函解释为保证，进而适用保证规则。

应当认识到，安慰函本不是保证，以保证为标尺全盘否定安慰函之效力，或将其强行解释为保证，皆不符合实践需求及当事人真实意思所向。在既有效力判定立场下安慰函的效力多被否定，有悖于商事实践需求与商业发展规律，具体而言：其一，在商事交易场合，否认安慰函的效力易滋生商事欺诈进而有损交易诚信体系。倘若出函人抓住无效指向，出具安慰函以引诱或促使债权人向债务人贷款，嗣后出函人又能逃脱担保责任，<sup>〔21〕</sup> 无异于诱人上房抽梯，有损债权人信赖利益，不利于交易双方作出合理的商业判断，进而破坏融资市场的规范运行。其二，简单否定安慰函的效力不利于优化我国营商环境。安慰函多应用于国际融资担保领域，我国政府或母公司为增强外资企业投资信心以安慰函的形式吸引境外企业投资，否定安慰函的效力将打消境外企业的投资动力，从而不利于境内企业融资。其三，安慰函具有独立的需求与价值，不因效力否定而减损。自早年最高人民法院明确了安慰函无效立场以降，有关安慰函案件数量明显减少，在效力否定阴霾的笼罩下，亦有银行从业者提出避免银行接受安慰函的建议。但通过近年来逐渐增加的安慰函案件观之，安慰函并未因此而消弭，反而以更强的生命力活跃于融资市场，这也代表了安慰函具有独立的实践需求与存在价值。有基于此，对待安慰函的正确态度并不是消灭其生存空间，而是应该承认并规范它，明确安慰函在何种条件下具有法律效力。

〔15〕 譬如最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号案件中，法院以“安慰函担保意思明确，具有保证担保性质”而认定有效。持有类似观点的判决有最高人民法院（2011）民申字第 1209 号民事判决书、最高人民法院（2015）民申字第 1276 号民事判决书、最高人民法院（2017）最高法民终 353 号民事判决书、最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号民事判决书、最高人民法院（2020）最高法民终 244 号民事判决书。

〔16〕 譬如最高人民法院（2014）民四终字第 37 号案件中，法院以“安慰函不符合《担保法》第六条关于保证的规定，不能构成法律意义上的保证”为由认定无效。持有类似观点的判决有广东国际信托投资公司破产案（载《最高人民法院公报》2003 年第 3 期）、最高人民法院（2004）民四终字第 5 号民事判决书、广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 231 号民事判决书、最高人民法院（2011）民申字第 1206 号民事判决书、北京市高级人民法院（2016）京民申 3103 号民事判决书、最高人民法院（2017）最高法民终 182 号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院（2017）苏 05 民终 3022 号民事判决书。

〔17〕 参见《广东国际信托投资公司破产案》，载《最高人民法院公报》2003 年第 3 期。

〔18〕 参见最高人民法院（2004）民四终字第 5 号民事判决书。

〔19〕 参见最高人民法院（2014）民四终字第 37 号民事判决书。

〔20〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终 1006 号民事判决书。

〔21〕 参见吴一波、陈庭鹭：《公司担保行为的模糊边界——“安慰函”效力之探析》，载《金融法苑》2011 年第 2 期。



然而抱憾的是，无论司法实践抑或理论研究皆未充分认识到安慰函的独立性属性，亦未厘清安慰函与保证之关系，这也导致安慰函的效力认定始终裹挟着保证标尺。在实践中，法院多以安慰函没有明确设定保证的意思为由否定其效力，甚至有判决直接将安慰函等同于道义上的承诺，由此减损甚至湮灭了具有担保意思的安慰函之效力，有悖于商人自治。在学理上，既有理论大多在保证的视阈下探讨安慰函，着眼于何种条件下构成保证，但鲜有学者关注安慰函与保证的实质区别。日前，亟须对安慰函的法律构造进行通盘检视，以廓清其与保证合同之关系，导正裁判逻辑，从而对商事担保之良好运行有所裨益。

## 二、安慰函的历史演进与规范立场

我国对安慰函效力判定逻辑之所以存在误区，其根源在于对安慰函与保证关系的理解错位。安慰函并非我国商事实践所固有，某种意义上属于“舶来品”，对安慰函进行探源并考诸域外实践有助于厘清安慰函与保证之间的关系。

### （一）安慰函的商事发展脉络

安慰函缘起于 20 世纪 60 年代英美金融界，并于 70 年代开始流行。<sup>〔22〕</sup> 关于安慰函的起源说辞不一，在英美国家，子公司为顺利获得贷款融资，往往需要母公司提供保证以增强债权人贷款信心。<sup>〔23〕</sup> 但是，根据法律规定，具有法律效力的保证应作为或有负债记载于公司的资产负债表中，<sup>〔24〕</sup> 进而影响公司之信用，故而母公司更愿意采用无需承担法律责任的安慰函的方式为债务人提供一定支持。在德国，安慰函产生之初是为了规避法律对由母公司担保的子公司借款征收 2% 的资本投资税的规定。<sup>〔25〕</sup> 准此以言，无论何种起源，安慰函被创设的起因在于出函人规避承担保证责任，而非旨在为债务人提供具有法律效力的担保。但随着安慰函在商事实践中的渗入，加之传统保证方式的弊端日益凸显，难以满足商业活动中的需求，安慰函的目的与功能发生转向。具体而言，我国港澳台地区 90 年代末经济陷入持续低迷，贷款人在穷尽保证与物权担保后仍难以保障债权的实现，转而寻求安慰函以填补损失。<sup>〔26〕</sup> 除此之外，保证制度的严格僵化也促使交易当事人将安慰函作为新的补充机制，细言之：首先，传统保证奉从属性为圭臬，侧重于保障保证人的利益，并赋予保证人诸多抗辩权。保证合同受主合同成立、效力、抗辩、范围等方面的约束，<sup>〔27〕</sup> 也在一定程度上减损了交易效率，难以适应诸多交易场合。其次，随着贸易范围的扩大，商事担保主体之间趋于陌生化，由此带来的信任机制缺失愈加呼唤安全稳定的交易环境，但从属性保证固有的不确定性，难以弥合担保主体之间信任缺失的天堑。最后，保证合同的形式要件繁琐。以公司对外提供保证为例，公司对外担保需经董事会或股东会、股东大会决议，在为

〔22〕 参见沈达明编著：《法国/德国担保法》，中国法制出版社 2000 年版，第 84 页。

〔23〕 参见王毓莹：《民法典背景下人的担保独立性之证成与适用——以独立担保为视角》，载《比较法研究》2021 年第 6 期。

〔24〕 See Michael Elland-Goldsmith, Comfort Letters in English Law and Practice, 1994 *International Business Law Journal* 527, 528 (1994).

〔25〕 参见前引〔7〕，Philip Wood 书，第 307 页。

〔26〕 参见刘子平、易新华、梁朔梅：《涉外债务安慰函的性质及其效力》，载《人民司法》2004 年第 9 期。

〔27〕 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 880-882 页。

境外机构提供担保时还应经外汇管理部门登记，形式过于繁杂，从而增加了交易成本。基于此，固守传统的保证方式难以满足担保实践发展之交易需求，安慰函基于对商事效率与安全的追求，能够补充保证无法涉足的领域，又因形式灵活、有效增信、交易成本低廉等优势而备受商人青睐，尤其在国际融资担保中得以广泛应用。

由是观之，安慰函具有独立的商事发展脉络，其产生与发展均独立于保证。安慰函与保证的关系历经了由规避向补充之转变，安慰函也逐渐演变为一项具有独立需求的有效增信措施，并作为一项旨在提供担保或担保替代品的商业工具活跃于国际金融市场。<sup>〔28〕</sup>

## （二）域外法上安慰函效力认定的基本立场

揆诸域外，反诸己身。综观域外对安慰函效力的判定立场，大抵可归为三种类型：英国和澳大利亚认为安慰函的效力取决于其措辞，但对是否拘泥于文字表达存在分歧；德国将安慰函类型化为强格式安慰函与弱格式安慰函，此间区别影响其效力判定；法国以立法形式将安慰函作为独立于保证的“人的担保”项下的种概念，并肯定其效力。兹分述之：

英国法院对安慰函的界定基本根据安慰函的措辞进行，认为安慰函是否能够产生具有法律约束力的义务，取决于当事人的意图和安慰函订立时的客观情况。<sup>〔29〕</sup>英国法院关于安慰函的判定立场以 *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad* 案<sup>〔30〕</sup>（以下简称“KB案”）为著例，法院重点关注安慰函的措辞本身，认为“这是我们的政策”的声明不等于MMC公司对未来政策的合同承诺，措辞必须表明这是而且将是我们的政策。<sup>〔31〕</sup>英国KB案作出的同年，澳大利亚新南威尔士州最高法院在 *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited* 案<sup>〔32〕</sup>（以下简称“BBL案”）中作出了截然相反的判决。罗杰斯（Rogers）法官认为，商人经过艰难磋商后所作出的声明（安慰函），在对效力没有明确约定的情况下，就断然认定所做声明仅具有道义上的责任，这对于正常的商业交易活动而言是不可取的。如今法律的主旨便是试图使商业交易具有适当的效力。<sup>〔33〕</sup>如果法院将审查商业纠纷的重点放在咬文嚼字分析字面含义，这将不利于司法在处理商业纠纷过程中的有效实施。<sup>〔34〕</sup>罗杰斯法官因此判定安慰函构成合同承诺，并承认了安慰函的法律效力，此判决也代表了澳大利亚法院认定安慰函的基本立场。

在德国，安慰函被划分为强安慰函（Harte Patronatserklärung）与弱安慰函（Weiche Patronatserklärung）。<sup>〔35〕</sup>在强安慰函中，出函人通常会在确认其对所涉及交易了解的基础上，为债务人及时履约做出明确承诺，抑或是承诺保持一定的持股比例、承诺处置股份时向债权人发出通知等，通常具有明确受义务约束的意思表示。<sup>〔36〕</sup>反观弱安慰函则更为模糊，出函人往往不

〔28〕 参见前引〔5〕，Anton Trichardt文，第166页。

〔29〕 See Poh Chu Chai, *Law of Pledges, Guarantees and Letters of Credit*, LexisNexis, 2003, p. 949.

〔30〕 See *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad*, [1989] 1 WLR 379.

〔31〕 See Simon Deane, *Letters of Comfort*, 1 *Asia Pacific Law Review* 88, 91 (1992).

〔32〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 502.

〔33〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 523.

〔34〕 See *Banque Bruxelles Lambert SA v. Australian National Industries Limited*, [1989] 21 NSWLR 524.

〔35〕 参见前引〔8〕，Schütze文，第423-433页。

〔36〕 See Peter Ellinger, *Reflections on Letters of Comfort*, 1991 *Singapore Journal of Legal Studies* 1, 3 (1991).

会就债务人履约做出明确的承诺，而是做出旨在安抚债权人的善意声明，此类安慰函仅具有道德意义，通常不具有法律约束力。<sup>〔37〕</sup> 相比之下，强安慰函则被视为具有法律约束力的承诺，以“OLG Celle”案<sup>〔38〕</sup>为例，母公司做出的“确保子公司履行其在信贷协议项下的义务”承诺被认定为具有法律约束力。<sup>〔39〕</sup> 虽然上述两种形式的安慰函存在不同的效力走向，但无论哪种安慰函，都不被作为德国法上的保证对待，而是对相关人的信赖利益加以法定保护，作为一项损害赔偿请求权的基础。<sup>〔40〕</sup>

在法国实务中，当事人希望通过安慰函的方式替代保证，以避免保证中强制性规则的适用。<sup>〔41〕</sup> 在此背景下，安慰函作为新型担保工具获得发展壮大的机遇，进而纳入2006年修改后的《法国民法典》第2322条，从而构成了与保证和独立担保相并列的担保方式。<sup>〔42〕</sup> 该条将安慰函定义为“‘以支持债务人履行其对债权人的债务为目的’的作为或不作为的义务承诺”<sup>〔43〕</sup>。作为区别于保证的概念，安慰函中出函人不会替代债务人履行主债务，其仅对债权人作出某种会帮助、支持其债务人的承诺，此种支持通过作为或不作为方式表现。<sup>〔44〕</sup> 关于安慰函的效力问题，法国早期似乎以一种更为直接的方式来处理，其创设了一种假设：理性的商主体会订立一个毫无意义且不可执行的函件吗？答案当然是否定的。<sup>〔45〕</sup> 2006年，法国以立法形式确立安慰函作为一种具有法律效力的担保方式，从而在规范层面结束了长期以来关于安慰函效力的争论。

据上观之，各国关于安慰函的效力认定莫衷一是，盖因安慰函自身的模糊性特征，加之其在国际贸易中界定的复杂性，故而各国对此问题并未形成共识。但究其共性，无论是认定安慰函构成合同性承诺、损害赔偿请求权基础抑或是人的担保类型，各国皆承认安慰函区别于保证，并独立考察其效力。反观我国，司法实践及理论学说对安慰函效力的判定立场皆以其是否构成我国担保法意义上的保证为标准，若不构成保证则否定其效力，大量安慰函因不构成保证而被否定效力。在此基础上，无论基于何种考量，全盘否定安慰函的效力似不足取，域外经验值得我国借镜自省，至于如何借鉴域外有益实践寻求本土化规范路径尚需下文进一步探讨。

### 三、安慰函的商事法律结构

安慰函这种特殊的交易模型，面临的首要问题便是如何界定其法律性质，这不仅是判断安慰函效力的起点，亦是明确安慰函规范适用的前提。在其法律性质得以明晰的基础上，可进一步明确其法律结构与外延关系。

〔37〕 参见前引〔8〕，Schütze文，第433页。

〔38〕 NJW67 1425.

〔39〕 See Wilna Faul, Letters of Comfort, 1990 *Journal of South African Law* 73, 80 (1990).

〔40〕 参见前引〔36〕，Peter Ellinger文，第3页。

〔41〕 参见刘斌：《论民法典分则中人的担保之体系重构》，载《当代法学》2018年第5期。

〔42〕 参见前引〔1〕，李世刚文。

〔43〕 罗结珍译：《法国民法典》，北京大学出版社2010年版，第506页。

〔44〕 参见张民安：《法国民法》，清华大学出版社2015年版，第515页。

〔45〕 See Larry A. DiMatteo & Rene Sacasas, Credit and Value Comfort Instruments: Crossing the Line from Assurance to Legally Significant Reliance and toward a Theory of Enforceability, 47 *Baylor Law Review* 357, 371 (1995).

### （一）安慰函系单方商事允诺

综观既有界定立场，安慰函的性质主要存在道义说、合同说、单方允诺说之分野。道义说在安慰函发展初期颇为盛行，但随着安慰函的发展，多数国家或地区纷纷抛弃道义说立场，并重新审视安慰函的性质。反观我国，道义说可谓占据着“半壁江山”，早期司法实践皆以道义说为基本立场，<sup>〔46〕</sup> 晚近以来，虽有所缓和，但仍不乏主张道义说者。<sup>〔47〕</sup> 诚然，将安慰函仅视为道义义务，是对安慰函适用范围的不当限缩，安慰函中尚存在大量具有明确履行义务的措辞，这些措辞之外观足以使相对方产生信赖利益。道义说将安慰函中部分道义承诺扩张到安慰函全部，实则是对安慰函的误读。

合同说又可进一步分为允诺说、保证合同说。英国及澳大利亚倾向于将安慰函认定为合同允诺（contractual promise），从“KB案”到“BBL案”可揆诸其立场。英国理论与实务中认为安慰函构成合同义务，进而应承担合同责任，<sup>〔48〕</sup> 在解释方法上适用合同法的相关规定。保证合同说则颇受我国理论与实务偏爱，学界谈及安慰函性质时多着眼于安慰函满足何种条件时构成保证合同，或者保证合同之要约。<sup>〔49〕</sup> 合同说看似具有一定合理性，但细究之，其并不能反映安慰函的内在逻辑，亦存在诸多解释力不足。若认为安慰函是合同，则合同的成立、履行、解释等规则皆可适用，但根据安慰函的交易模型，安慰函是出函人单方出具的承诺，该承诺具有独立负担债务之意思表示，并不存在相对方的意思表示，难以套用合同“要约—承诺”的成立规则。此外，合同法上的诸多履行抗辩权与当事人选择安慰函的初衷相悖。当事人基于商事效率与安全的追求，企图摆脱合同履行中诸多抗辩权的束缚，以一种更为便捷、稳定的方式达致目的，若将安慰函界定为合同，则扼杀了安慰函的生命力。最后，合同的体系解释方法置重于条款之间的关联性、系统性，但在不断的关联比较中也将安慰函牵涉进基础交易之漩涡，未必符合当事人真实意思。

晚近以来，单方允诺说受到更多关注。“单方允诺是通过单方的意思表示而成立双方的债之关系”<sup>〔50〕</sup>，具有意思表示单方性、债因独立性、相对人特定性的特征，不同于合同的法律结构。实际上，单方允诺因其特殊的法律结构而广泛存在于商事领域，譬如，商家作出的假一罚十、有奖销售、免费服务等各项承诺，均属此类。<sup>〔51〕</sup> 安慰函作为应用于商事领域的产物，具有鲜明的单方属性，在一定程度上引起了学界及实务界的关注。有学者认为，安慰函本属为促成他人达成协议而出具的单方允诺。<sup>〔52〕</sup> 在“招商银行深圳分行诉湖南省高速公路管理局等合同纠纷案”<sup>〔53〕</sup>

〔46〕 譬如最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书。

〔47〕 有学者认为安慰函没有法律约束力，但至少有道义上的约束力。参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2015年版，第135页。有学者将安慰函等同于仅承担道义上义务的函件。参见刘保玉、梁高远：《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期。

〔48〕 参见前引〔24〕，Michael Elland-Goldsmith文，第531页。

〔49〕 参见李昊、邓辉：《论保证合同入典及其立法完善》，载《法治研究》2017年第6期。

〔50〕 陈华彬：《债法总论》，中国法制出版社2012年版，第94页。

〔51〕 参见杨海静：《单方允诺视角下的证券市场公开承诺》，载《南方金融》2018年第7期。

〔52〕 参见伯恩斯坦、泽克尔：《法律与美国现代实践双重视野下的君子协定》，载《美国比较法杂志》1998年增刊，第99-100页。转引自张平华：《君子协定的法律分析》，载《比较法研究》2006年第6期。

〔53〕 参见湖南省高级人民法院（2016）湘民初15号民事判决书。



中,法院认为“高管局所作承诺系其单方允诺的法律行为”。然而抱憾的是,提出单方允诺说者并未给予充分的理论阐释,以致单方允诺说解释力薄弱而未被重视。

通过检视安慰函的交易结构与制度需求,将安慰函的性质界定为单方允诺更符合其内在逻辑。其一,安慰函符合单方允诺之构成。首先,安慰函意思表示具有单方性。安慰函系出函人单方出具的函件,一经发出即生效力,其设立无需债权人的意思表示,仅凭出函人的意思表示即可发生法律效力。其次,安慰函的债因具有独立性。安慰函的出函人与债权人之间并无订立契约之合意,出函人作出承诺系独立的债因,仅限于为自己创设债务,与债权人之间并不存在对价(consideration)。最后,安慰函的相对人能够特定。早期有学者将悬赏广告作为典型的单方允诺类型,并提出单方允诺的构成要件应包括向社会不特定人发出。<sup>[54]</sup>但随着单方允诺类型的扩张,将单方允诺发出对象局限于不特定人的观点日渐式微。单方允诺发出对象是否特定,并不会影响债权债务的成立。<sup>[55]</sup>在安慰函中,基于安慰函交易结构及目的之限制,出函人的相对人具有特定性,符合单方允诺之构成。

其二,单方允诺说符合安慰函的内在价值。安慰函作为商事实践的产物,从产生伊始便表现出对商事效率与安全的极大追求。单方允诺恰是对交易关系的效率、稳定和诚实信用原则的最大维护,<sup>[56]</sup>契合了安慰函的制度需求。首先,单方允诺一经发出即生效力,具有相对独立性。债权人无需承诺,仅凭生效函件即可主张权利,避免陷入“要约—承诺”的繁复程序,从而保障了交易效率。其次,单方允诺具有不可撤销性,从而维护了交易的安全与稳定。试想,若将安慰函作为合同,出函人出函即为要约,在债权人承诺前出函人均可撤销,则易导致商事欺诈泛滥,有损诚实信用原则。出函人作为成熟的商事主体,为自己创设义务的行为理应尊重,无需家父主义的保护。故而,单方允诺说极大地满足了安慰函对商事效率与安全的需求,将安慰函解释为单方允诺符合安慰函的内在理路。

在将安慰函界定为单方允诺后,尚需说明的是,安慰函与同属单方允诺的独立保函应如何区分,以避免安慰函被独立保函所吸收。首先,义务的差异是二者最典型的区别。在独立保函中,若债务人未履行债务,担保人所承担的义务是将一笔数额的金钱支付给债权人的“支付义务”。<sup>[57]</sup>而在安慰函中,出函人并不具有替代给付的义务,其义务是一种“行为义务”,出函人所需完成的是在债务人履行债务过程中提供某种帮助或支持。<sup>[58]</sup>其次,担保人(出函人)采用模糊措辞的意图不同。模糊性是安慰函的重要特征,安慰函中措辞的模糊性往往是出函人有意为之,但独立保函措辞上的模糊却未必是担保人刻意而为,可能是具有不同法律效果的措辞叠加,导致难以分辨当事人的真实意图。<sup>[59]</sup>最后,二者可能产生的法律效果不同。安慰函中纯粹道义

[54] 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由》,法律出版社2005年版,第675页;张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第58页。

[55] 参见高祥主编:《独立担保法律问题研究》,中国政法大学出版社2015年版,第53页。

[56] 参见王长发:《单方法律行为地位正常化研究》,载《法治研究》2010年第3期。

[57] 参见前引[44],张民安书,第515页。

[58] See Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition DEFRENOIS, p.163. 转引自前引[44],张民安书,第516页。

[59] 参见前引[23],王毓莹文。

性的承诺，因欠缺履行内容而无法律约束力，其法律效力或不被承认。但独立担保的效力通常被肯认，区别在于被认定为从属性保证抑或独立性担保。

在明确安慰函单方允诺法律性质的基础上，将其置于何种分析框架，殊值探讨。循功能视角观之，担保的功能即在于填补债权人因债务人不履行债务所受损害，其核心作用在于增强信用。<sup>〔60〕</sup>就实质担保观所强调的功能而言，安慰函具有增强信用的功能，其出发点是尽可能促成担保交易，最终成就基础交易。<sup>〔61〕</sup>正如有学者所言，当债务人的财产状况不足以获得银行贷款时，银行会要求母公司（出函人）出具安慰函以增强信用。<sup>〔62〕</sup>无论以何种措辞表述，出函人出具安慰函的目的都是为了增强债务人之信用，以取得贷款方信任，从而顺利获得贷款。由此可见，安慰函发挥着补足、增强债务人信用的功能，符合担保的核心特征。将安慰函置于担保的分析框架，符合安慰函之功能意涵，亦为当事人真实意思所向。由于安慰函指向的是人的信用而非物的信用，且安慰函的权利客体不确定，债权人仅具有债权性质的请求权，而不享有对标的物之变价权，故将其解释为债权担保为宜。

若进一步对安慰函的担保属性进行分析，则可将安慰函锚定在商事场域中，并将安慰函作为商事担保的类型。安慰函源于商事实践，从产生伊始便镌刻着鲜明的商事品格，具体表征为以下方面：其一，就担保主体而言，安慰函的出函人多为商事主体。商事主体因营利属性而被赋予了理性经济人的假设，其作为“强而智”的人无需过多的“父爱主义”保护。正是基于主体身份的特殊性，作为商事主体的出函人理应比普通民事主体具有更高的注意义务，乃至承担更为严格的责任。其二，就担保行为而言，出函人出具安慰函具有营利性。以母公司作出函人作为例，母公司虽不以担保为直接营利目的，但该担保行为系其为子公司争取营业便利的间接营利行为，仍属于营利目的范畴。其三，安慰函集中体现了效率、安全的商事法理。效率与安全是内生于商事活动的两条主线，并在安慰函中得以彰显。基于对效率的追求，安慰函突破了从属性担保所设定的诸多限制，以独立承诺的灵活形式迅速达致增信目的，从而避免了传统保证因形式冗杂、抗辩频繁所带来的交易成本的增加。基于对安全的考虑，安慰函遵循外观主义，以函件内容为效力依据，从而保障了交易安全与稳定。基于此，安慰函具有典型的商事特征，较好地契合了商事担保的制度需求，将其归入商事担保体系范畴更符合安慰函的内在逻辑。

由是观之，安慰函或可基于性质归于单方允诺，或可基于功能归于担保，但无论如何归类皆为解释选择之差异，并不影响安慰函价值判断之意涵。在安慰函中，鲜明的商事属性内嵌其中并贯穿始终，成为界定安慰函法律结构的核心要素。基于此，综合安慰函性质与功能进行考量，安慰函的法律结构应为：具有担保功能的单方商事允诺。

## （二）安慰函具有不同于保证的法律结构

谈及安慰函与保证的关系，便又回归到本文的核心命题。传统大陆法系将担保体系分为人的担保与物的担保，保证与安慰函同属人的担保范畴。相较于物的担保，安慰函与保证具有更为相近的血缘关系，这也导致安慰函与保证的关系多被混淆，二者之差异亟待厘清。本文认为，安慰

〔60〕 参见前引〔55〕，高祥主编书，第54页。

〔61〕 参见谢鸿飞：《〈民法典〉实质担保观的规则适用与冲突化解》，载《法学》2020年第9期。

〔62〕 参见前引〔39〕，Wilna Faul文，第74页。

函与保证的差异表现在本源、本性、本质三个方面。

首先，若要真正厘清二者关系，尚需从保证的从属性本源与安慰函的独立性本源谈起。保证制度发轫于古罗马时期，从产生伊始便受到罗马人青睐。保证集中体现了罗马社会“友谊”的价值观，在这种价值导向下保证人通常以无偿的方式承担保证责任。<sup>〔63〕</sup>也正是基于无偿性担保的假设，保证人承担风险却未获对价，理应赋予保证责任以从属性来对抗风险。在这种公平观念的影响下，罗马法以从属性作为阻隔保证人风险的工具，其围绕从属性所设计的保证制度具有保护保证人的天然偏向。然而，随着担保实务的发展，作为营利手段的商事担保得以勃兴，在商事担保中传统从属性保证所假设的保证人无偿性、单务性的人像基础不再，并无特殊矫正之必要。此外，从属性担保所附着的基础债的不稳定性，以及保证自身的严格僵化、效率低下、成本高昂等特点，亦导致商事主体寻求新的替代方式，向更为灵活高效的独立性人的担保方式逃逸。在此背景下，商事主体对担保的独立性诉求不断扩张，新型担保模型频繁涌现，安慰函即为成例。安慰函作为商事担保发展中的产物，与以从属性为核心的民事保证存在不同的生长脉络。

其次，就本性而言，安慰函在与从属性保证的博弈中表现出对独立性的极大需求，独立性是安慰函的本质特性，亦是区别于保证的关键。在从属性保证中，保证债务与主债务有着共同的命运，随着主债务的成立而成立，随着主债务的生效而生效，随着主债务的消灭而消灭。<sup>〔64〕</sup>与保证的从属性特征不同，安慰函突破了从属性界限，从而独立于基础交易关系，<sup>〔65〕</sup>安慰函的独立性主要表现为与基础交易在成立、效力、履行、范围、抗辩等方面的独立性，兹分述之：

其一，安慰函的成立具有独立性。基于上文分析，安慰函系单方商事允诺，表意人作出意思表示即产生债之关系，不依赖于主债务的成立。通常而言，安慰函的出具早于基础交易成立。其二，安慰函的效力具有独立性。安慰函是一项能够自足的文件，是否有效建立于自身条款之上，不受基础交易效力影响。其三，安慰函的履行具有独立性。安慰函中出函人的义务履行取决于函件所载内容，与基础交易无涉，债权人请求出函人履行义务时无需证明基础交易的履行情况，出函人亦不能援用基础交易中的原因拒绝履行。其四，安慰函的责任范围具有独立性。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。<sup>〔66〕</sup>其五，安慰函的抗辩具有独立性。出函人不得援用主债务人对债权人的抗辩，这也是出函人对其担保的基础法律关系所承担义务的独立性和自主性的结果。<sup>〔67〕</sup>基于上述独立性，安慰函获得了自身的独立性证成，并充分体现了独立性担保方式在节约交易成本、满足商事效率需求、体现当事人意思自治等方面之价值。

最后，就本质而言，安慰函与保证具有不同的法律性质。诚如前文所述，安慰函的性质为单

〔63〕 See Jones, Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes (1977), 52 *Tulane Law Review* 129, 129 (1977).

〔64〕 参见刘斌：《独立担保的独立性：法理内涵与制度张力——兼评最高人民法院独立保函司法解释》，载《比较法研究》2017年第5期。

〔65〕 See Reiner Stecher, „Harte“ Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, 23. Aufl., 1978, S. 69.

〔66〕 参见李世刚：《法国担保法改革》，法律出版社2011年版，第57页。

〔67〕 参见前引〔6〕，Vasile Nemes文，第135页。

方法律行为中的单方允诺，而保证的本质则上则为合同。二者在意思表示的构成、形成、解释等方面存在明显差异，能够较易区分，但在义务方面，安慰函与保证皆具有单务属性，通常容易混淆，在此需予以辨别。安慰函中的出函人义务通常表现为支持、督促等协助性或支持性义务，这种义务是自身的义务，是不以代为偿付为必要的独立于主债务的义务；而保证中保证人所负担的是“履行与被担保债务同质”的义务，<sup>〔68〕</sup>在一般保证中，这种义务具有补充性，需以主债务人不履行为前提，且具有代偿性，保证人履行的是债务人的债务并非自己的债务。除此以外，安慰函与保证在交易模型、交易需求等方面亦判然有别，由于前文已述，此不赘述。

基于不同面向之差异可以看出，安慰函具有不同于保证的法律结构，我国将安慰函解释为保证，或以保证为安慰函的评价标尺，存在诸多解释力龃龉，在此予以导正。

## 四、安慰函的规范体系构建

### （一）安慰函典型化之理由

在厘清安慰函法律构造的基础上，规范模式的选取在问题属性上实则为立法技术问题，应进行立法技术优劣之判断。诚如前文所述，关于如何规范安慰函，域外国家或地区提供了两种进路：将安慰函作为人的担保方式予以典型化，抑或游离于立法之外作为债务之一种形式。<sup>〔69〕</sup>安慰函在我国具有典型化的现实需求与必要性，应作为人的担保方式予以典型化。理由兹述如下：

其一，安慰函具有独立的担保需求。安慰函作为独立性的人的担保工具，具有不同于传统从属性担保的内在理路，其在促进融资、促成合同、增强信用等方面存在独立的担保需求。通过近年来不断攀升的安慰函纠纷数量，<sup>〔70〕</sup>即可窥见安慰函在我国的应用愈加广泛。当事人试图通过安慰函挣脱严格僵化的保证制度之束缚，也代表了当事人不能够或不愿意通过保证担保方式设定担保责任的意思追求，设立不同于保证的担保方式亦是安慰函制度存在的重要价值基础。<sup>〔71〕</sup>

其二，既有判定立场及规范路径难以妥适解释安慰函逻辑。由于我国关于安慰函的法律规范尚付阙如，解决相关纠纷时法官习惯于从与其相近的保证中寻求规范依据。在既有判定立场下，安慰函或因不构成保证而被否定效力，或被强行嵌套进保证框架，如此一来，安慰函便存在双重解释障碍。第一层是安慰函具有独立的规范逻辑，为何要依附于保证判断其效力。安慰函是商人之间经过利益平衡谈判博弈的产物，是商人根据商业判断所做的自治安排。对标保证判断安慰函效力之做法实际是以法官逻辑取代商人逻辑，是对当事人意思自治之忽视。第二层是即便认定安

〔68〕 参见前引〔66〕，李世刚书，第56页。

〔69〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

〔70〕 笔者在“中国裁判文书网”“无讼案例”“法信网”“北大法宝”等司法案例数据库以“安慰函”为关键词进行全文检索，检索日期为2022年4月17日，共有民事案件134件，剔除重复及不相关案例，尚余48件。其中，2003年1件，2004年1件，2005年3件，2007年1件，2010年2件，2011年3件，2013年3件，2016年5件，2017年7件，2018年4件，2019年5件，2020年6件，2021年7件。

〔71〕 参见前引〔41〕，刘斌文。



安慰函构成保证，安慰函能否适用保证规则。基于上文分析，安慰函与保证合同存在本质区别，安慰函的内容取决于其自身表述，保证合同中的大量规则无法适用，譬如，保证合同的内容、保证方式、保证期间、保证范围均无法适用，强行嵌套将导致规范体系上的削足适履。<sup>〔72〕</sup>在安慰函规范阙如的背景下，这种裁判乱象并不能得到真正解决。

其三，典型化相较于其他规范路径更具适切性。上述理由从正面阐述安慰函典型化之现实需求，但尚面临典型化是否为最优方案之质疑，即为何不选择将安慰函作为游离于立法之外的债务之一种形式。首先，将安慰函作为债务之一种形式过于片面地强调出函人所负担之义务，而忽视了安慰函在整个交易体系中的担保功能。这不仅与当事人使用安慰函的初衷相悖，亦剥夺了出函人行使追偿权之权利基础。此外，若仍延续将安慰函游离于立法之外、交由法官作出判断的模式，则易导致不同法院对同一安慰函作出不同的价值判断。譬如，在“佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案”<sup>〔73〕</sup>中，一审法院认为安慰函构成保证，二审法院则认定安慰函不构成保证而无效。又如，在“招商银行深圳分行与湖南省高速公路管理局合同纠纷案”<sup>〔74〕</sup>中，一审法院认定安慰函系单方允诺，二审法院则将承诺函认定为保证。故此，应考虑到安慰函措辞的模糊性特征，准确判断其效力本就不易，若没有可资参照的客观尺度，仅凭法官个案判断，所做裁判不仅不利于当事人适用安慰函的可预期性，亦不利于交易的安全稳定。

其四，域外立法具有成熟经验。从比较法角度看，《法国民法典》以立法形式确立了安慰函制度，为我国安慰函典型化提供了可资借鉴之进路。《法国民法典》第2322条将安慰函作为区别于保证的独立的“人的担保”确定下来，并在学理上引入“方法之债”与“结果之债”，作为确定出函人最终责任的标准。<sup>〔75〕</sup>在法国，安慰函的立法进程并非一蹴而就，其经历了由最初不被承认到逐渐缓和再到立法确立的过程。这一历程暗含着安慰函实践需求与传统保证方式从冲突到博弈再到共处的脉络。实际上，多数法律规范，尤其是商事规范的形成正是遵循着由实践凝结为习惯，进而上升为规范的演绎过程。

由是观之，安慰函在我国具有典型化的现实需求与可行性基础。安慰函本质上是债务人之外的第三人提供的信用担保，属于人的担保范畴，应作为人的担保方式典型化。选择典型化的方式并非不顾路径依赖惯性，而是基于安慰函发展需求所做出的应然选择。我国对安慰函的体系建构应立足于本土资源并结合域外成熟的立法例，以适应商人自治之规范逻辑需求。

## （二）安慰函之类型辨析

将安慰函典型化为人的担保后面临的第一个问题，便是明确能够构成人的担保的安慰函范畴。诚如上文对安慰函法律结构的分析，安慰函系具有担保功能的单方商事允诺，其结构主要围绕“独立的”“行为义务”展开，“担保性”“独立性”“义务性”构成了安慰函的典型要素。但这并不意味着只要具备上述要素就能当然地得出人的担保的安慰函范畴，诚然，即便是在安慰函发展较为成熟的域外，也存在着对安慰函效力的类型区分。应当认识到，并非所有安慰函都具有法

〔72〕 参见前引〔41〕，刘斌文。

〔73〕 参见最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书。

〔74〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终353号民事判决书。

〔75〕 参见前引〔1〕，李世刚文。

律约束力，安慰函中仍有部分纯粹道义性的安慰函存在，这部分安慰函不具有法律约束力，进而难以归入人的担保的安慰函范畴。故而，安慰函若要构成人的担保还需具备法律效力。在厘清安慰函价值判断的基础上，选择何种立法语言界定，此即立法技术问题。循安慰函成文化的法国法观之，《法国民法典》第 2322 条将安慰函界定为“以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或不作为的担保义务”<sup>〔76〕</sup>。此概念暗含了三层内涵，瓦西里·内梅斯（Vasile Nemes）教授作出解读：就目的而言，出函人需具有增强信用、担保债务履行之目的；就义务而言，出函人所负担的担保义务不是替代债务人履行的“支付义务”，而是给予债务人以支持的“行为义务”，此种义务包含作为与不作为义务，是不可撤销的、自主的承诺，<sup>〔77〕</sup>是“独立的”义务；就责任而言，作为与不作为义务产生的责任为损害赔偿责任，出函人只能被要求向债权人支付损害赔偿金，由于担保义务本质，出函人有权向债务人追偿。<sup>〔78〕</sup>法国法的界定揭示了安慰函的本质特征，较为准确地描绘出安慰函的核心要素，为我国定义安慰函提供了有益思路。有基于此，参酌域外成熟的立法经验，结合安慰函的性质以及法律行为本质，应将安慰函的概念界定为：“出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”<sup>〔79〕</sup>

明确能够构成人的担保的安慰函的内容后，需继而对安慰函予以类型化。<sup>〔80〕</sup>基于前文所述，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，故而，以是否具有法律约束力为类型化标准不仅具有明确法律适用的归类意义，亦有利于交易主体选择安慰函工具的可预期性。正如林加德（Lingard）所言，安慰函中“重要的是区分具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函”<sup>〔81〕</sup>。不具有法律约束力的安慰函并无继续分类之必要，具有法律约束力的安慰函仍需细化。安慰函本质上是一种债，基于给付内容的不同安慰函或可分为作为债务与不作为债务，或可分为金钱债务与非金钱债务，这取决于解释者之选择。立法上选取作为债务与不作为债务作为划分标准，能够全面地反映债之类型，对于安慰函的界定颇有实益。但就法律适用而言，尚需考虑分类之可操作性。传统担保方式以金钱债务为核心，而大量的安慰函是为特定行为的非金钱债务，采取金钱债务与非金钱债务的分类方式，有助于理解安慰函的内涵，同时也更方便法官识别安慰函工具。故此，安慰函应类型化为具有法律约束力的安慰函和不具有法律约束力的安慰函，在具有法律约束的安慰函项下进一步分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。具体而言：

其一，不具有法律约束力的安慰函。此类安慰函措辞模糊且欠缺履行内容，出函人往往给予债务人道义上的支持，不具有债法上的义务。典型的仅具有道义义务的安慰函为：“同意债务人贷款”“密切关注债务人财产状况”“督促债务人还款”等。此类措辞由于欠缺履行内容，通常不存在可执行内容，所谓皮之不存毛将焉附，违反纯粹道德义务当然不产生法律约束力。

〔76〕 前引〔1〕，李世刚文。

〔77〕 前引〔6〕，Vasile Nemes 文，第 134 页。

〔78〕 参见前引〔6〕，Vasile Nemes 文，第 135 页。

〔79〕 参见前引〔1〕，李世刚文，第 165-166 页。

〔80〕 此处所探讨的安慰函是广义上的安慰函，不构成人的担保的安慰函亦囊括于内。

〔81〕 James R. Lingard, Comfort Letters under English Law, 5 *International Financial Law Review* 36, 36 (1986).

其二,具有法律约束力的安慰函。此类安慰函的措辞可表现为“保持对借款人的持股比例”“不参与同业竞争”“提供公司财务报表”“承诺回购债务人部分或全部金额”“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”等,不一而足。在以金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系货币(金钱),承诺内容通常类似于保证,但又没有保证之明确措辞。在上述所列函件中,“确保债务人还款”“为使债务人还款尽全部努力”“负责解决拖欠债务”应属此类。此类安慰函在给付内容上与保证同为金钱债务,因此容易与保证混淆,但安慰函项下的义务不同于保证人的保证义务,出函人所承担的义务并非替代给付义务,而是自己独立的义务。若函件措辞为“承担借款人的有关责任和义务”,则具有明确的替代债务人履行债务之意思,进而归于保证,不属于安慰函范畴。在以非金钱债务为内容的安慰函中,出函人给付标的系特定行为,承诺内容通常较为明确具体。在司法实践中,这类安慰函的适用越来越广泛,出函人通常会以“保持一定持股比例”“保持对子公司的控制权”“提供公司财务报表”“承诺回购部分或全部金额”等履行特定行为的措辞作出允诺,此类安慰函与保证在内容上较易区分。

无论何种类型的安慰函,出函人之责任皆根据承诺内容产生。通常各种不同的给付义务不能履行时,均可转化为损害赔偿之债,<sup>〔82〕</sup>出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿责任。但当函件措辞模糊不清时,交易双方往往会对损害赔偿数额产生争议,此时法国法上对“方法之债”与“结果之债”的划分具有镜鉴意义。若函件措辞为“尽力而为”等主观意思则为方法之债,此时出函人承担因没有尽到勤勉义务而造成的损害赔偿责任;若出函人采“确保”“负责”等具有客观含义的结果之债的表述,则可能面临支付与主债务同等数额的损害赔偿金风险。<sup>〔83〕</sup>

至于如何识别安慰函系属何种类型,涉及对安慰函意思表示进行解释。基于安慰函单方允诺之性质,其核心即在于意思表示。意思表示的解释素有意思主义(主观说)与表示主义(客观说)之分,<sup>〔84〕</sup>前者强调当事人的真实意思,后者则强调相对人的信赖利益。在商事关系中,出于维护交易安全的需要,意思表示之探寻需以外观表征为前提,刺破外观直接探求真意会造成法官思维取代商人思维的蹩脚局面,有悖商业逻辑。“意思表示必须借助语言表达,文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口。”<sup>〔85〕</sup>解释安慰函时应从函件所使用的词句出发,这不仅是文义的客观性所致,更是商事外观主义使然。但由于安慰函措辞的模糊性,文义解释往往难以作出妥当判断,此时,还应结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素综合判断,不过,这种因素必须是客观的,出函人未表征出的主观意图不能作为判断依据。值得注意的是,由于安慰函的单方允诺属性,合同的体系解释规则不宜简单地适用于安慰函中,在解释安慰函措辞时应尽量避免受到基础交易的侵扰。

### (三) 安慰函之体系构建

在厘清安慰函的法律结构后,如何进行外在体系篇章安排,实现安慰函制度之体系化,此即

〔82〕 参见魏振瀛:《论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新》,载《中国法学》1998年第1期。

〔83〕 参见前引〔1〕,李世刚文。

〔84〕 参见朱庆育:《意思表示解释理论:精神科学视阈中的司法推理理论》,中国政法大学出版社2004年版,第252页。

〔85〕 朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第227页。

立法技术问题。《法国民法典》规定“人的担保”，将保证与安慰函、独立担保共同作为人的担保项下之子概念。然而我国立法层面并未抽象出“人的担保”的上位概念，亦未对安慰函提供制度供给。《民法典》仅将保证归入合同编调整，对安慰函尚未着墨，且未设立债法总则为安慰函留有容纳空间。在此背景下，在业已形成稳定体系的《民法典》上增设条款，于立法成本与法的安定性上似不足取。目前较为现实的做法是，利用《民法典》第388条和第682条预留的解释空间，通过出台司法解释确立安慰函的合法性地位。但问题在于，即便将司法解释扩张解释为法律范畴，司法解释体量亦有限，难以对安慰函作出妥适安排，就安慰函制度长期发展而言仍为权宜之计。考诸我国澳门地区，《澳门商法典》单独规定独立担保规则具有镜鉴意义。安慰函为商事领域中的担保工具，其单方性、独立性等特征亦迎合了商事担保的需求，在未来我国决定制定《商法通则》时，留待《商法通则》予以接纳与安排，亦可避免安慰函作为单方商事行为对既有担保体系的冲击。基于此，可在《商法通则》中设置法条规定：“安慰函是出函人以支持债务人向债权人履行义务为目的，承担作为或者不作为的担保义务的法律行为。”规范层面确立安慰函独立性地位后，具体司法适用不宜规定过细，以保有制度的弹性与张力，为安慰函措辞留有解释空间，亦为商人自治留有余地。

安慰函典型化当然是最佳选择形式，但安慰函被规范所确定，往往历经漫长的过程。就短期而言，仍应考虑到既有规范体系的惯性原理，在相关司法解释或《商法通则》出台前，寻求既有体系内之共识。司法机关审理安慰函案件时应形成一种基本共识：

首先，承认安慰函具有区别于保证的独立性。安慰函系具有担保功能的单方商事允诺，具有独立的交易需求与规范逻辑，不同于保证，不应以保证为标尺判断安慰函之效力。

其次，根据措辞的不同从义务角度将安慰函类型化为：具有法律约束力的安慰函与不具有法律约束力的安慰函。不具有法律约束力的安慰函仅具有道义义务，不产生债法上之义务，但攸关出函人的信用。具有法律约束力的安慰函，又可进一步区分为以金钱债务为内容的安慰函和以非金钱债务为内容的安慰函。出函人应就函件承诺内容根据债法上之损害承担相应损害赔偿赔偿责任，但函件措辞模糊不清时，可以引入“方法之债”与“结果之债”来甄别损害赔偿数额。

在识别安慰函系属何种类型时，应基于外观主义尊重措辞的客观表达，依据文义做出解释，当措辞模糊而难以判断时，尚需结合当事人的交易习惯、履行情况等客观因素探求出函人真实意思，但不宜外溢至基础交易等法律事实，而应限于安慰函自身的解释范畴。

## 五、结 语

安慰函具有区别于保证的独立的担保需求。既有理论及实践以保证为标尺判定安慰函之性质与效力，实则抹煞了安慰函的特殊性，亦有悖于商人自治。就价值判断而言，安慰函具有典型化的现实需求与可行性基础，典型化为安慰函体系构建之最优方案。但考虑到既有规范体系的惯性原理，安慰函被规范所吸收往往历经漫长岁月，次优方案则为在司法实践中达成一种理论共识。无论何种方案，都应明确安慰函作为一项担保工具之独立性，并在承认独立性的基础上进行类型化，通过解释明确构成人的担保的安慰函内涵，为进一步凝聚共识奠定基础。安慰函的研究虽已



沉寂已久，但其在优化营商环境与推进“一带一路”倡议的背景下攸关我国信用体系，理应引起足够关注。导正安慰函的构造逻辑并建构规范体系，也是安慰函理论的长久课题。

---

**Abstract:** Letter of comfort, as a new form of security tool developed in commercial practice, has unique value in promoting financing, facilitating contracts, and enhancing credit. In China, the current legislation is inadequate and coupled with the “ambiguity” of the letter of comfort itself, it has caused many difficulties of interpretation in practice. The nature and effect of comfort letters in China’s judicial practice is usually highly dependent on the guarantee contract, with whether it constitutes a guarantee as the basic yardstick for judgment. In fact, letters of comfort are different from traditional subordinate guarantee and have independent transaction needs and legal logics. The logic based on the guarantee contract is a misinterpretation of the letters of comfort system, which is contrary to the principle of commercial autonomy and deviates from the needs of commercial transactions. The letter of comfort should be incorporated into the personal guarantee system as a form of security different from the guarantee contract, and the effectiveness of the guarantee of a qualified comfort letter should be recognized. This should be typified in future commercial legislation such as the Commercial Code or the General Rules of Commercial Law.

**Key Words:** letter of comfort, guarantee contract, personal security, the legal structure

---

(责任编辑: 王叶刚 赵建蕊)