

关于《民法典》担保制度相关问题的专题研究(上)

□王璐 孙兴辉 周峻弘 朱亦炬

序言

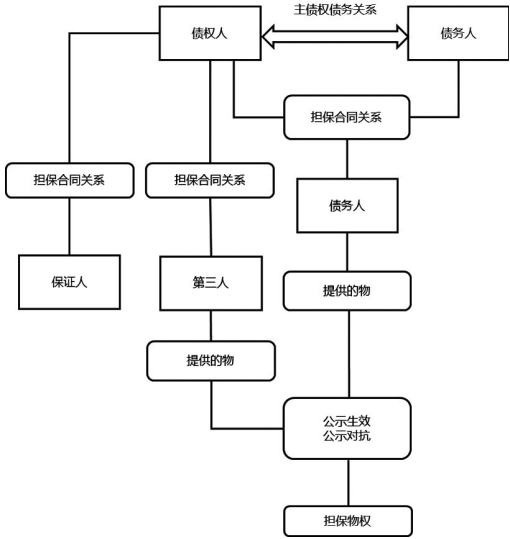
2021年1月1日《中华人民共和国民法典》正式生效,《担保法》《物权法》等8部法律以及相关司法解释同时废止,同时《民法典》配套司法解释中《最高人民法院关于使用<中华人民共和国民法典>有关担保制度的解释(一)》(以下简称“《担保制度解释》”)也同时生效。

随着市场经济的发展和商业实践生态的复杂化,原有的担保法律制度体系已经不能适应新时代民事主体的现实需求。对此,《民法典》担保物权编与《担保制度解释》结合多年来的司法实践经验和最高院的指导意见,进行了一系列颇具亮点的修订和创新,并结合业态发展对许多原有的制度进行了细化和明确。为推动企业加强依法合规管理,加快提升风险控制水平,保障企业持续健康发展,本次就《民法典》担保制度编及《担保制度解释》进行主题研究,以襄使用。

重要基础理论概述

(一) 担保的基本概念

担保,是指法律规定的或者当事人约定的以保证合同履行、保障债权人利益实现的法律措施。担保的法律关系如下图所示:



(二) 担保的设立及效力

实践中,较常见的担保合同无效/失效的情况如下:

1. 主合同无效

根据《民法典》第388条规定,担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。常见合同无效的情况包括:(1)欺诈、胁迫、恶意串通形成的民事法律关系无效;(2)行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效;(3)违背公序良俗及违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。

2. 担保主体不当

在担保主体不具有相应的担保资质时,会直接导致担保合同无效,具体表现为:

- (1)担保主体为无民事行为能力人、限制民事行为能力人(经法定代理人追后方可有效);
- (2)担保主体为法律禁止担保的机关法人或单位(国家机关、居民委员会、村民委员会等);
- (3)以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的(为其他公益设施以外不动产、动产或者财产权利设立的担保物

权除外)。

3. 越权、未经授权、披露等不合规程序作出的担保

- (1)公司的法定代表人违反公司对外担保决议程序的规定,超越权限代表公司与相对人订立保证合同,担保合同无效,但相对人善意的除外;
- (2)公司的分支机构、员工等未经授权所提供的对外担保一般无效,但相对人善意的除外;
- (3)相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息,与上市公司订立的担保合同无效。

4. 在法律规定禁止流通物上设定抵押

根据《民法典》第399条规定,“以下财产不得抵押:

- (一)土地所有权;
- (二)宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权,但是法律规定可以抵押的除外;
- (三)学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施;
- (四)所有权、使用权不明或者有争议的财产;
- (五)依法被查封、扣押、监管的财产;
- (六)法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。”

5. 超过约定或法定的保证期限,债权人未能及时行权,保证人免责

若法律或合同约定的担保期间届满,而债权人未通过法律规定的形式行使担保权利的,则债权人要求担保人承担担保责任的实体权利归于消灭,担保人无需继续承担担保责任。

需要注意的是,在保证期间的认定上,《民法典》较过往的法律作出变更,《民法典》第692条将约定不明的保证期间由2年调整为6个月,与未约定保证期间的情形保持一致。

同时,《担保制度解释》第32条规定:“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明。”

因此,建议在实务操作中,尽可能约定明确的保证期间(建议约定6个月以上);在未约定保证期间或者约定不明的情形下,应当及时依法行使权利。

(三) 担保方式的分类

1. 物的担保

(1)抵押:是指抵押人和债权人以书面形式订立约定,不转移抵押财产的占有,将该财产作为债权的担保。当债务人不履行债务时,债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

(2)质押:是指债务人或第三人向债权人转移某项财产的占有,并由后者控制该项财产,以作为前者履行某种支付金钱或履约责任的担保。该等责任履行完毕时,质押的财产必须予以归还。债务人不履行责任时,债权人有权依法将质物折价或者拍卖,并就所得价款优先受偿。

(3)留置,是指债务人未履行到期债务时,债权人留置其已经合法占有的债务人的动产,并在一定条件下就该动产拥有优先受偿的权利,即留置权。

2. 人的担保

保证:是指保证人与债权人约定,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。

3. 金钱担保

定金:定金是指当事人双方为了保证债务的履行,约定由当事人一方先行支付给另一方一定数额的货币作为担保,定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的20%。定金合同要采用书面形式,并在合同中约定交付定金的期限,定金合同从实际交付定金之日生效。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定义务的,应当双倍返还定金。

4. 各类担保主要素对比

担保形式	客体	设立方式	是否要式	是否登记	是否需要转移标的物
物的担保	抵押	不动产+特殊动产及用益物权	意定	书面	需要
	质押	动产	意定	书面	需要
	留置	动产	法定	/	需要
人的担保	保证	人的信用	意定	书面	/
金钱担保	定金	金钱	意定	书面	/

(四) 担保的清偿顺序

1. 物的担保

对于物的担保而言,就同一财产向两个以上债权人抵押/质押的,拍卖、变卖抵押/质押财产得到的价款依照下列规定的方式清偿:

适用范围	担保方式	清偿顺序
不动产	同一财产向两个以上债权人抵押的	(一)抵押权已登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序; (二)抵押权已登记的先于未登记的清偿; (三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。 (《民法典》第414条)
	以动产或权利方式设立动产质押(《民法典》第415条)或以权利方式设立权利质押(《民法典》第440条)	/
动产	【留置权】同一动产上已经设立抵押权或者质权,该动产又被留置的。	同一动产上已经设立抵押权或者质权,该动产又被留置的,留置权人优先受偿。 (《民法典》第456条)
	既设立抵押权又设立质权的	拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。 (《民法典》第415条)

根据《民法典》第四百四十条规定,债务人或者第三人可就其所享有的权利,对债权人进行出质,设立权利质权。法律规定,可设立权利质权的权利包括如下:

2. 权利质权

- (1)汇票、本票、支票;
- (2)债券、存款单;
- (3)仓单、提单;
- (4)可以转让的基金份额、股权;
- (5)可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权;
- (6)现有的以及将有的应收账款;
- (7)法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

权利质权的设立以登记为一般的成立要件,如办理股权质押需到工商行政管理机关办理登记;著作权、商标权等知识产权则需要到国家版权局、商标局等办理登记。权利质权一般以登记的时间先后顺序进行清偿,法律法规另有规定的从其规定。

3. 人的担保

保证可分为一般保证与连带责任保证,其在不

同担保方式下应按如下规定的顺序清偿:

区别	一般保证	连带责任保证
成立条件	在保证合同中的约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任	在双方的约定中不具有债务人应当先承担责任的约定表示
先后顺序	债务人在先,保证人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	保证人在其全部的担保范围内承担保证责任
先诉抗辩权	在保证合同纠纷中,债务人不能履行债务时,债权人应先就债务人财产依法强制执行,仍不能履行债务的,方可就保证人财产依法强制执行	无

工程索赔常见认识误区及化解建议

□姚宗国

工程建设过程中,索赔一般是双向的,我们常将承包单位的索赔称为“索赔”,建设单位的索赔称为“反索赔”。2021年1月1日施行的住房和城乡建设部、市场监管总局联合印发的《建设工程项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)中未对承包单位“索赔”与建设单位“反索赔”未再进行区分,而是统一规定根据合同约定,任何一方认为有权得到追加/减少付款、延长缺陷责任期和(或)延长工期的,均可以向对方索赔,索赔的主体统称为“索赔方”。实践中,我们发现无论是承包单位还是建设单位,对工程索赔常会存在一些认识误区,该认识误区源于对工程索赔范围、索赔期限认识不准确。为此,我们结合相关司法案例进行专门分析,并提出了相应化解建议,以供各位参考。

常见认识误区

误区一——任何事项都可以索赔

参考案例1:东北制药集团股份有限公司、沈阳市政集团有限公司建设工程施工合同纠纷案【辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终8678号】

【裁判观点】本院认为,关于上诉人提出被上诉人主张质保金已经超过合同约定的索赔期限,应视为放弃索赔权利的问题。因质保金不属于合同索赔项目,故上诉人的此项主张没有相应依据,本院予以支持。

【裁判规则总结】非约定索赔项目不适用索赔期限约定。

误区二——超过索赔期限即丧失实体权利

参考案例2:山东民生建设有限公司与林芝华庭房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案

二审:西藏自治区高级人民法院(2018)藏民终67号

再审:最高人民法院(2019)最高法民申2708号

【二审法院裁判观点】

四、关于约定的违约索赔期限已过,是否适用诉讼时效的问题。

民生公司在二审中提出根据《建设工程施工合同》通用合同条款19(3)约定“发包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内通过监理人向承包人提出索赔意向通知书,发包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的,丧失要求赔付和(或)延长缺陷责任期的权利。”华庭公司提起的违约索赔诉讼,早已超过合同约定的期限,其诉讼请求应予驳回。对此,本院认为,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十九条规定:“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间,除法律另有规定外,自权利人知道或者应当知

道权利产生之日起计算,不适用诉讼时效中止、中断和延长的规定。”本院认为,根据该规定,适用除斥期间的权利为撤销权、解除权等形成权。本案中索赔权属于损害赔偿请求权,不属于除斥期间。因此,本案中,华庭公司请求人民法院保护其民事权利属于诉讼时效期间。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十七条第二款规定:“当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。”《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条规定“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,人民法院不予支持。”民生公司在一审中并未提出诉讼时效抗辩,对于民生公司的该项上诉请求本院不予支持。

【再审法院裁判观点】

三、关于华庭公司是否丧失索赔权利问题。

二审判决依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十七条第二款、第一百九十九条、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条的规定,以诉讼时效利益的预先放弃无效,民生公司在一审期间并未提出诉讼时效的抗辩为由驳回民生公司诉讼时效的抗辩具有事实和法律依据。民生公司关于华庭公司未在28日内发出索赔意向通知书,丧失索赔权利的再审申请理由亦不能成立。

【裁判规则总结】索赔权属于损害赔偿请求权,索赔期间不属于除斥期间,超过索赔期间,索赔方有权在诉讼时效内向对方主张索赔权利。

误区三——只要向对方提出索赔要求即可,无需遵守合同约定的索赔程序

参考案例3:中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设工程施工合同纠纷案

最高人民法院(2018)最高法民终380号

【裁判观点】(一)关于十三冶金公司提出黄延公司应赔偿其窝工损失5457130.7元的诉讼请求是否应予支持的问题。十三冶金公司请求的窝工损失赔偿,主要是基于原设计的利用土方不能作为路基填料及甲供材料前期不能按计划供应问题。鉴定机构作出的鉴定意见虽然认为该项损失金额为5457130.7元,其中原设计的利用土方不能作为路基填料造成的窝工损失经鉴定应补偿的金额为5178650.37元,甲供材料前期不能按计划供

应造成损失的金额为278480.33元。但是,黄延公司与十三冶金公司签订的《合同协议书》约定,合同通用条款为《公路工程国内招标文件范本》1999年版。合同53.1规定,如果承包人根据本合同条款中任何条款提出任何附加支付的索赔时,应在该索赔时间首次发生的21天之内将其索赔意向书提交监理工程师,并抄送业主;53.2规定,第53.1款所指事件发生时,承包入应保存当时记录,作为申请索赔款的凭证;53.4规定,如果承包人提出的索赔要求未能遵守本条中的各项规定,则承包入无权得到索赔或只限于索赔由监理工程师按当时记录予以核实的那部分款额。本案中,合同中对索赔的程序有明确规定,对承包入未能按合同约定的程序所产生的后果亦有明确约定,即承包入无权得到索赔或只限于索赔由监理工程师按当时记录予以核实的那部分款额。对于因甲供材供应不及时导致窝工损失278480.33元,十三冶金公司项目部于2003年、2004年就该损失向黄延公司项目部、监理办提出要求赔偿的请求,并提供了监理工程师签字认可的部分损失明细汇总表。鉴定单位依照监理工程师当时记录核实的部分以及考虑程序惯例,计算出因甲供材供应不及时造成的机械、人工停滞损失为278480.33元。因此,一审判决对十三冶金公司按照约定的必要条件和材料索赔的278480.33元予以支持。但对于其他窝工损失赔偿请求,十三冶金公司未能按照合同约定在索赔事件发生后及时将索赔意向书提交监理工程师,也未能提供监理工程师对该损失进行核实的记录材料。故一审判决根据双方合同通用条款对于索赔事项的规定,对十三冶金公司未按照约定的必要条件和材料要求赔偿的窝工损失部分不予支持,是正确的。

【裁判规则总结】未按约定的必要条件和材料要求索赔,对索赔请求不予支持。

误区四——索赔期限起算时间为工程竣工后

参考案例4:东泰华美建筑装饰有限公司与安徽财产保险股份有限公司装饰装修合同纠纷案【重庆市第一中级人民法院(2020)渝01民终4800号】

【裁判观点】

第二从双方合同约定看。根据双方所签工程合同第一部分合同协议书第1条、招标文件第二

4. 混合担保的特殊规定

混合担保是指为担保一个主债权的实现,同时设立两个以上既包括人的保证,也包括物的担保的一种特殊的担保方式。按照承担担保责任的形式不同,又可分为按份共同担保与连带共同担保。

根据《民法典》第三百九十二条的规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”

即,原则上依照当事人的约定的顺序实现债权;对于无约定或约定不明的,如债务人提供的自物担保与第三人提供的担保并存,债权人应当先就债务人的自物担保实现债权。如为第三人向同一债权既提供物保也提供人保时,债权人可按任意顺序选择向第三人追偿。

根据上述所介绍的混合担保的清偿顺序规则,在实际业务开展过程中,若我方为债权人,应详细分析项目的具体情况和各类担保的清偿难度,从对我方最有利的角度出发,约定不同担保方式之间的清偿顺序,以最大程度保护公司权益。

《民法典》担保制度相关问题研究

(一) 关于保证方式的推定规则

《民法典》第六百八十六条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明的,按照一般保证承担保证责任。”

《担保制度解释》第二十五条 当事人在保证合同中约定了保证人在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等类似内容,具有债务人应当先承担保证责任的意思表示的,人民法院应当将其认定为一般保证。

当事人在保证合同中约定了保证人在债务人未履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容,不具有债务人应当先承担保证责任的意思表示的,人民法院应当将其认定为连带责任保证。

解析:

根据原《中华人民共和国担保法》(现已废止)所述,对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。新《民法典》的一个重要制度变化是將此类情况认定为一般保证。保证方式的推定规则转而向保护保证人利益倾斜。王利明教授认为,《民法典》的这种改变是对民法传统的回归,可以有效保护某些“不懂法律的保证人”。但是于债权人而言,风险无疑比《担保法》时期明显加大。比较法上,民事担保多规定为一般保证,商事担保则多规定为连带责任保证。与民事担保中保证人多为情谊无偿担保不同,商事担保中的保证人愿意充当保证人,通常是由于能够获得某种对价或利益,保证人并非提供无偿担保且通常能够预见相应风险。然而,我国实行民商合一制度,《民法典》更多地选择了照顾民事主体的利益,《担保法》的相应废除也使得商事担保中债权人的利益相应被忽略。因此,债权人必须注意风险的增加,做好防

范与应对。

同时,在《担保制度解释》第25条中规定,保证人在债务人不履行债务或未偿还债务时即承担保证责任、保证人无条件承担保证责任等类似约定,体现债务人不应先承担责任的的意思表示的,认定为连带责任保证;保证人在债务人不能履行债务或无力偿还债务时才承担保证责任等类似约定,体现债务人应当先承担责任的的意思表示的,却是认定为一般保证。可见担保合同的约定虽仅一字之差,但对于债权人利益的保护确是天壤之别。

建议:

从对外提供保证担保的角度出发,争取约定承担一般保证责任,或在债权人未明确要求约定担保方式的情况下,尽可能避免协议中出现可能被推定需承担连带保证责任的约定。同时,对债务人的履约能力及履约意愿进行事前充分评估,并据此在提供担保的对价、反担保的设置等方面合理约定。

从接受保证担保的角度出发,由于《民法典》第686条规定的新的保证方式推定规则对债权人不利,因此,必须从源头上防止保证方式推定规则的适用,具体操作建议如下:

第一,以明确的文字表述直接约定连带责任保证。在债权人较为强势的市场环境中,以保证人对债务采用“连带责任保证方式”此类明确的文字表述来进行约定,同时,不仅应在保证合同中如是约定,还应在提供增信措施的其他相关文件中,均明确约定连带责任保证方式,避免使用任何可能被解读为采用一般保证方式的措辞而引发争议。

第二,以尽可能明确的措辞体现约定连带责任保证的意思表示。在对债权人较为不利的市场环境中,建议使用如“不偿还债务或不履约责任时,即由保证人承担保证责任”“保证人无条件承担保证责任”等可以明确体现约定连带责任保证之意思表示的措辞,同时相应避免使用或被认为是一般保证的表述,如,“无力偿还债务或不能履行责任时承担保证责任”等。

(二) 关于担保合同的独立性

《民法典》第三百八十八条 设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后,债务人、担保人、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。

解析:

原《担保法》第五条(现已废止)规定:担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定;而根据新《民法典》的规定,担保合同的相对方不再具有自行约定担保合同独立性的权利。

建议:

在业务实践中,金融机构通常存在设置直接否认担保合同从属性约定的情况,显然违反了《民法典》现有的规定,因此,建议提示金融机构关于此条法律变更的情况,原则上不应再将担保合同视为独立合同(法律另有规定的除外)。

作者单位:上海建工集团有限公司

失(工期和费用等)赔偿责任,属于请求权的一种。对于请求权,根据法律规定,应当适用诉讼时效期间,且应自权利人知道或应当知道权利受到侵害之日起算期间,因此,从此方面研究,索赔权应当适用诉讼时效的规定。

那么合同约定的“索赔期限”是否违反《民法典》关于诉讼时效的规定?对此,目前司法实务界存在截然相反的两项意见。一种如参考案例2中裁判法院的观点持肯定意见,另一种持否定意见。例如在重庆市高级人民法院审理的重庆中达正建筑工程有限公司与重庆市美盈森环保包装工程有限公司建设工程合同纠纷案【(2018)渝民终335号】中,该院对一审法院重庆市第一中级人民法院认定的“根据现有证据,中达正建筑公司确实存在工期违约的情形,应予支付工期违约的违约金。审理中,中达正建筑公司抗辩,根据《建设工程施工合同》第二部分通用条款36.2条、36.3条的约定,认为美盈森包装公司的该项索赔请求已经超过索赔期限。从工程交付时间2011年12月8日开始,美盈森包装公司就已经知道或者应当知道中达正建筑公司存在工期违约的情形,但美盈森包装公司向中达正建筑公司要求过工程违约的罚款,截止至其提起反诉之前已经超过合同约定的索赔期限,结合本案可能存在工程增量变更的事实,对美盈森包装公司要求的工期违约的违约金不予支持。”由此可见,司法实践中,部分法院存在适用合同约定的“索赔期限”进行裁判的情形。

目前实践中的困境是,如果应按肯定观点执行,为何关于索赔期限的约定在建设工合同中大量存在?为何2020年11月25日,住房和城乡建设部、市场监管总局联合印发的《建设工程项目工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)仍然保留索赔期限的条款,而不进行清理?若应按否定观点执行,为何司法实践又不全然支持对方关于索赔期限超过的抗辩?

化解建议:在目前司法实践中裁判不统一的情形下,建议如一方索赔超期,可尝试通过与对方协商达成赔偿协议的方式进行索赔。在施工过程中采取这种折中的方式往往可以达到双赢,即使无法达成赔偿协议,仍应在诉讼或仲裁时提出损害赔偿的请求,防止权利落空。

作者单位:北京大成(成都)律师事务所