



大成 DENTONS

DENTONS
CHINA

「大成 30 周年所庆文集」

《工程建设领域担保 法律实务》

研究报告

大成律师事务所

课题
主持人



江荣卿

高级合伙人

地点：大成北京

专业领域：争议解决，银行与金融，
能源、自然资源与环境。

CONTENTS

引言	001
一、工程担保的概念和性质	003
(一) 工程担保的范围	005
(二) 工程担保的概念和性质	006
二、工程担保的内容	015
(三) 工程担保的主体	017
(四) 工程担保的设立	019
(五) 工程担保的担保范围	022
(六) 工程担保的期间	024
(七) 工程担保的变更	028
(八) 工程担保的处分	029
(九) 工程担保的终止	031
三、工程担保的权益实现	033
(十) 担保权人以非诉讼方式实现担保权益	035
(十一) 担保权人以诉讼或仲裁方式实现担保权益	037
(十二) 担保权人实现担保权益与破产程序衔接	039
(十三) 担保权人实现共同担保权益的顺序和责任范围	041
(十四) 担保人的抗辩	042
(十五) 担保人的追偿	043
(十六) 债务人的救济	045
(十七) 担保权人的反救济	047

引言

建筑业是我国国民经济的支柱产业，包括房屋建筑业、土木工程建筑业、建筑安装业以及建筑装饰、装修和其他建筑业，土木工程建筑业具体包括铁路、道路、隧道和桥梁工程建筑、水利和水运工程建筑、海洋工程建筑、工矿工程建筑、架线和管道工程建筑、节能环保工程施工、电力工程施工以及游乐设施工程施工等其他土木工程建筑。但我国建筑市场存在着工程风险防范能力不强，履约纠纷频发，工程欠款、欠薪屡禁不止等问题。而工程建设领域的担保（以下简称“工程担保”）是民事主体在参加建设工程招投标和签订、履行相关合同时，转移、分担、防范和化解工程风险的重要措施，是市场信用体系的主要支撑，是保障债权实现，保障工程质量安全的有效手段。

毋庸置疑，担保制度是民商事法律中最为复杂的制度之一。《担保法》担保制度在理论和实践上都存在不少含混不清，甚至自相矛盾的问题；受限于

调整对象，《物权法》仅修订或修正了涉及担保物权的部分；《民法典》虽然全面梳理了《担保法》《物权法》担保制度，系统规范了我国担保制度，厘清了《担保法》《物权法》担保制度中错误或模棱两可的认识，但将人的担保和物的担保分别置于《民法典》的合同编和物权编，不利于整体理解、把握我国担保制度，且在独立担保、质权登记生效等问题上仍有待观察实践应用后进一步做出取舍。为此，本文参照《担保法》和《民法典担保制度解释》之体例，将人的担保和物的担保整合到一起，系统归纳、整理工程担保从设立到权益实现的完整法律实务过程，指出《民法典》担保制度对

《担保法》《物权法》担保制度的修订，以助于相关法律工作者构建工程担保法律体系和理解工程担保法律要点和难点。具体而言，将工程担保的内容归纳为工程担保的概念和性质、工程担保的内容以及工程担保的权益实现三部分，依次介绍工程担保的范围、概念和性质，工程担保的主体、设立、担保范围、期间、变更、处分和终止，担保权人实现工程担保权益的方式、顺序、范围、与破产程序的衔接，担保人的抗辩和追偿，债务人的救济和担保权人的反救济，一共 17 方面的 45 个问题。

第一章

工程担保的概念和性质

工程担保的概念和性质

工程担保，在内容上包括投标、预付款、履约、工程款支付、农民工工资支付和工程质量保证担保，在形式上包括保函、保证保险和保证金。

（一）工程担保的范围

《辞海》定义“担保”为“债务人以财物或信用保证债务履行的一种手段”，因此，只要客观上具有保障债务履行或债权实现功能的手段，都是担保。保函、保证保险和保证金三类工程担保，都具有保障债权实现的担保功能，都属于担保。

1. 工程担保主要包括投标、预付款、履约、工程款支付、农民工工资支付和工程质量保证担保

《工程担保制度指导意见》¹要求加快推行投标担保、履约担保、工程质量保证担保和农民工工资支付担保。而且，为进一步深化落实工程款支付担保制度，从源头上根治拖欠农民工工资行为，保护承包人合法权益，《关于完善质量保障体系提升建筑工程品质的指导意见》²强调“招标人要求中标人提供履约担保的，招标人应当同时向中标人提供工程款支付担保。”

部分省市亦相继出台文件要求建立工程款支付担保。例如，江西省《关于加快推进房屋建筑和市政基础设施工程实行工程担保制度的实施意见》³规定，对房建和市政基础设施项目，建设单位凡要求承包企业提供履约担保的，应对等提供工程款支付担保，否则视为建设资金未落实。此外，预付款担保也是常见的工程担保。

2. 自 2017 年始，仅保留了投标、履约、工程质量和农民工工资四种工程保证金 >>>>>

《关于清理规范工程建设领域保证金的通知》⁴规定，对建筑业企业在工程建设中需缴纳的保证金，除依法依规设立的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金外，其

他保证金一律取消。未经国务院批准，各地区、各部门一律不得以任何形式在工程建设领域新设保证金项目。对取消的保证金，各地要抓紧制定具体可行的办法，于 2016 年底前退还相关企

业。《保障中小企业款项支付条例》¹第十二条第一款也规定：“除依法设立的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金外，工程建设中不得收取其他保证金。”因此，自 2017 年开始，我国工程建设领域的保证

金制度，仅保留了《招标投标法》²《招标投标法实施条例》³《建设工程质量保证金管理办法》⁴和《工程建设农民工工资保证金规定》⁵规定的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金。

3. 自 2019 年始，推行以保函和保证保险替代保证金担保 >>>>>

《工程担保制度指导意见》要求支持银行业金融机构、工程担保公司、保险机构作为工程担保保证人开展工程担保业务。推行工程保函替代保证金，加快推行银行保函制度，在有条件的地区推行工程担保公司保函和工程保证保险。《工程施工招标投标管理办法》⁶第二十六条规定“投标担保可以采用投标保函或者投标保证金

的方式。”《建设工程质量保证金管理办法》第五条规定“承包人可以用银行保函替代预留保证金。”《工程建设农民工工资保证金规定》第二条第二款规定“工资保证金可以用银行类金融机构出具的银行保函替代，有条件的地区还可探索引入工程担保公司保函或工程保证保险。”因此，工程保函包括银行保函和担保公司保函。

（二）工程担保的概念和性质

依据《民法典》⁷和《民法典担保制度解释》⁸规定，我国担保制度分为以民事主体的信用（信誉）作为债权实现担保的“人的担保”和以物的交换价值作为债权实现担保的“物的担保”。保函和保证保险属于人的担保，保证金属于物的担保。就同一债务，还可以由保函、保证保险、保证金分别组合成共同担保，包括共同人保、共同物保和混合担保。

¹ 《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》，国办发〔2016〕49 号，2016 年 6 月 23 日实施。

² 《保障中小企业款项支付条例》，国务院令 728 号，2020 年 9 月 1 日起施行。

³ 《中华人民共和国招标投标法》，1999 年 8 月 30 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过，2017 年 12 月 27 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会修正，2000 年 1 月 1 日起施行。

⁴ 《中华人民共和国招标投标法实施条例》，2011 年 12 月 20 日中华人民共和国国务院令 613 号公布，2017 年 3 月 1 日第一次修订，2018 年 3 月 19 日第二次修订，2019 年 3 月 2 日第三次修订，自 2012 年 2 月 1 日起施行。

⁵ 《建设工程质量保证金管理办法》，建质〔2017〕138 号，2017 年 7 月 1 日起施行。

⁶ 《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》，2001 年 6 月 1 日起实施，2018 年 9 月 28 日第一次修正，2019 年 3 月 13 日第二次修正。

⁷ 《中华人民共和国民法典》，2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。]

⁸ 《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》，法释〔2020〕28 号，2020 年 12 月 25 日由最高人民法院审判委员会第 1824 次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。

¹ 《关于加快推进房屋建筑和市政基础设施工程实行工程担保制度的指导意见》，建市〔2019〕68 号，2019 年 6 月 20 日实施。

² 《关于完善质量保障体系提升建筑工程品质的指导意见》，国办函〔2019〕92 号，2019 年 9 月 15 日实施。

³ 《关于加快推进房屋建筑和市政基础设施工程实行工程担保制度的实施意见》，赣建字〔2019〕6 号，2019 年 12 月 31 日实施。

⁴ 《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》，国办发〔2016〕49 号，2016 年 6 月 23 日实施。

4. 非独立保函是《民法典》第六百八十一条规定的保证合同 >>>>>>

《工程担保制度指导意见》要求“加快推行银行保函制度，在有条件的地区推行工程担保公司保函”的同时，还要求“农民工工资支付保函全部采用具有见索即付性质的独立保函”。因此保函还分为独立保函和非独立保函。2021年3月1日，住建部公布并执行的《工程保函示范文本》，包括了投标、预付款、支付和履约独立保函和非独立保函《工程保函示范文本》。（以下统一称为“《工程保函示范文本》”）

《民法典》第六百八十一条规定，保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。非独立保函《工程保函示范文本》明确载明其为“保证担保”，担保方式为“连带责任保证”。因此，非独立保函是《民法典》第六百八十一条规定的保证合同。

保证包括一般保证和连带责任保证。二者的核心区别在于，一般保证的保证人享有先诉抗辩权，即债务人承担第一顺位责任，保证人承担第二顺位责任，享有第二履行顺位利益，在债务人不能履行债务时，才承担担保责任，是对债务人履约能力的担保，而连带责任保证是对债务人不履行债务的担保，保证人不享有第二履行顺位利益，债权人可直接要求保证人承担保证责任。依据《民法典担保制度解释》第二十五条规定，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

保证人在债务人不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。而且，保证方式为合同任意事项，当事人可以协商确定保函的担保方式是一般保证还是连带责任保证。若没有约定或约定不明时，应根据《民法典》第六百八十六条第二款规定推定为一般保证。

根据是否存有反担保，保函分为直开保函和转开保函。

如图 1 所示，直开保函包括债权人、债务人和担保人三个当事人，包括保函主合同、申请开立保函合同和保函三个法律关系。



(图 1)

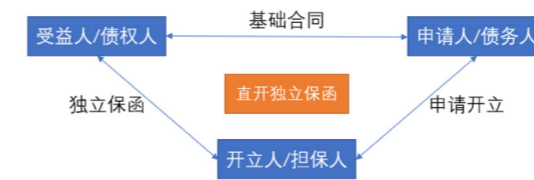
相较于直开保函，如图 2 所示，转开保函多了反担保人和反担保保函。



(图 2)

5. 独立保函是《独立保函司法解释》第一条第一款规定的付款承诺 >>>>>>

依据《独立保函司法解释》¹第一条第一款规定，独立保函是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。与非独立保函不同，在独立保函法律关系中，如图 3 所示，保函的主合同称为基础合同关系，保函债务人称为申请人，保函债权人称受益人，保函担保人称为开立人。



(图 3)

独立保函是“一经开立，即与其所提及的基础交易以及申请合同关系相分离，成为完全独立的交易，其效力和履行依照文本内容自治确定。”²国际商会《见索即付保函统一规则 (URDG758)》概述指出：“见索即付保函是一项独立性承诺，这确保了担保人的承诺受制于保函自身条款。”正文第五条第一款规定：“保函就其性质而言，独立于基础关系和申请，担保人完全不受这些关系的影响或约束。保函中为了指明所对应的基础关系而予以引述，并不改

变保函的独立性。担保人在保函项下的付款义务，不受任何关系项下产生的请求或抗辩的影响，但担保人与受益人之间的关系除外。”因此，《独立保函司法解释》第三条第二、三款规定，当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。当事人主张独立保函适用民法典关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。第六条第二款规定，“开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有《独立保函司法解释》第十二条情形的除外。”这就是“独立保函独立性”原则，是独立保函基本属性之一。

独立性是独立保函“先付款后争议”商业安排的基础支撑，开立人在《工程保函示范文本》中承诺“在收到受益人发来的书面付款通知后的...日内无条件支付”，但其在保护受益人利益的同时，将申请人、开立人暴露在巨大的赔付风险中。因此，除《工程担保制度指导意见》要求“农民工工资支付保函全部采用具有见索即付性质的独立保函”和涉外担保中外方当事人通常要求采用独立保函外，我国法律法规要求使用独立保函的场景极为有限，主要包括：一是“金融监管部门批准设立的金融机构以独立保函形式为财产保全提供担保”³，二是“被保全人或被执行人通过银行、保险公司、证券公司等提供独立

¹ 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》，自 2016 年 12 月 1 日起施行，2016 年 7 月 11 日最高人民法院审判委员会第 1688 次会议通过，2020 年 12 月 23 日修正。

² 参见张勇健、沈红雨：《关于〈审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，《人民司法（应用）》，2017 年第 01 期。

³ 最高人民法院《关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第八条，2016 年 10 月 17 日最高人民法院审判委员会第 1696 次会议通过，2020 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1823 次会议修正，2016 年 12 月 1 日起施行。

保函、信用担保等，提出的置换或解除被查封、扣押、冻结财产申请”¹，三是《湖南省房屋建筑和市政基础设施工程招标投标担保和经评审最低投标价中标履约担保管理办法》² 要求“投标保函和履约保函应当是银行业金融机构、专业担保公司开立的无条件的、不可撤销的独立保函，以及保险公司开具的无免责条款的保证保险。”

依据《独立保函司法解释》第三条第一款规定，除保函未载明据以付款的单据和最高金额外，保函具有“(一) 保函载明见索即付；(二) 保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；(三) 根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任”三种情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持。问题是，如果保函载明其为“保证担保”的同时，又具有《独立保函司法解释》第三条第一款规定情形的，如何认定其性质？《九民纪要》³ 发布前，司法实践普遍认为，区分一份保函的性质是独立保函还是担保法规定的保证，关键在于考察保函文本是否为开立人设定了相符交单情形下的独立付款义

务。保函开立人作为专业金融机构，其理应具备清晰地表明保函的性质，故因保函条款理解而产生争议时，应作有利于受益人的解释，推定含有从属性保证内容的独立保函为独立保证。⁴ 但《九民纪要》认为，“从属性是担保的基本属性，要慎重认定独立担保行为的效力，将其严格限定在法律或者司法解释明确规定的情形。”“鉴于独立保函是相对于从属性保证来说的，在二者的关系问题上，应坚持以‘从属性保证为原则，独立保函为例外’的适用原则。如约定不明或约定有矛盾的，应认定为从属性保证。”⁵ 而且，与《担保法》相比，《民法典》在立法倾向上发生了根本性变化，已由注重对债权人的保护向平衡债权人和担保人的利益转变。在无法做出有说服力的合同解释的情况下，应向责任较轻的方向进行推定。⁶ 基于独立保函的独立性，保函开立人不享有一般保证的先诉抗辩权和债务人在主合同中的抗辩权，其承担的付款责任远高于保证人的保证责任。因此，如果保函载明其为“保证担保”的同时，又具有《独立保函司法解释》第三条第一款规定情形的，其性质应从轻推定为从属性保证。

值得探讨的是，独立保函排除了担保的全部从属性？其实并不尽然。首先，担保的从属性主要体现在担保的成立、效力、范围、变更和强度、处分、抗辩和消灭等方面。虽然《九民纪要》第五十四条认为“从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外”，似乎完全排除了独立保函的从属性。但《九民纪要》还明确“从属性是担保的基本属性，要慎重认定独立担保行为的效力，将其严格限定在法律或者司法解释明确规定的情形。”《民法典担保制度解释》第二条规定，当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同，或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任，该有关担保独立性的约定无效。主合同有效的，有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力；主合同无效的，人民法院应当认定担保合同无效，但是法律另有规定的除外。因金融机构开立的独立保函发生的纠纷，适用《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》，仅排除了担保合同效力的从属性。即便如此，最高人民法院法官刘贵祥仍认为“《独立保函司法解释》作为司法解释排除担保

从属性，其正当性存疑。”¹ 因为，依据《民法典》第三百八十八条第一款、六百八十二条第一款规定，担保合同、保证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，只有法律可以规定排除担保合同效力上的从属性，而司法解释不属于法律。其次，虽然独立保函具有独立性，但作为担保，独立保函未排除担保从属性的“主债权债务特定性”。例如，工程款支付《工程保函示范文本》约定，担保范围为申请人未履行基础合同约定的工程款支付义务，应当向承包方承担的违约责任和赔偿因此造成的损失、利息、律师费、诉讼费用等实现债权的费用，特定了独立保函所担保的主债权债务。为此，《独立保函司法解释》的独立性原则保留了“但有《独立保函司法解释》第十二条情形的除外”的但书，通过审查《独立保函司法解释》第十二条情形判定受益人是否享有基础交易关系付款请求权的形式保留“主债权债务特定性”。最后，《民法典担保制度解释》第三条规定担保责任范围不得超过所担保债权的范围，而法律和司法解释都没有排除独立保函在担保责任范围方面的从属性。

¹ 江苏省高级人民法院关于印发《关于进一步规范查封、扣押、冻结财产工作指引》的通知第十九条，苏高法〔2022〕21号，2022年1月18日经省法院审判委员会第3次全体委员会讨论通过，2022年2月15日起实施。

² 《湖南省房屋建筑和市政基础设施工程招标投标担保和经评审最低投标价中标履约担保管理办法》，湘建监督〔2022〕6号，2022年4月1日实施。

³ 最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知，法〔2019〕254号，2019年11月8日生效。

⁴ 张勇健、沈红雨：《关于〈审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，《人民司法（应用）》，2017年第01期。

⁵ 最高人民法院民事审判第二庭：《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用，人民法院出版社，2019年12月第1版，第346页。

⁶ 刘贵祥：《民法典关于担保的几个重要问题》，《法律适用》，2021年第1期。

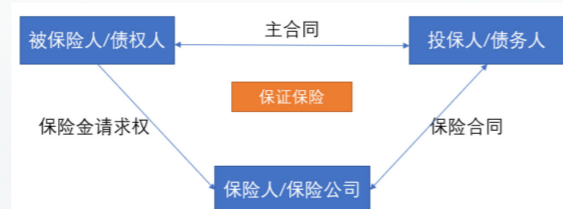
¹ 刘贵祥：《担保制度一般规则的新发展及其适用——以民法典担保制度解释为中心》，《比较法研究》2021年第5期。]

6. 保证保险是以履约信用风险为保险标的的保险 >>>>>>

依据《保险法》¹ 第二条、十二条第四款、九十五条和《信用保险和保证保险业务监管办法》² 第一条规定，保险是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。其中，财产保险是以财产及其有关利益为保险标的的保险。保险公司的财产保险业务，包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务。保证保险是指以履约信用风险为保险标的的保险。具体而言，〔1999〕经监字第 266 号复函³ 指出，保证保险是由保险人为投保人向被保险人（即债权人）提供担保的保险，当投保人不能履行与被保险人签订合同所规定的义务，给被保险人造成经济损失时，由保险人按照其对投保人的承诺向被保险人承担代为补偿的责任。

如图 4 所示，保证保险包括投保人、保险人和被保险人三方当事人，包括履约义务人和权利人之间产生履约信用风险的基础交易合同关系和投保人与保险人之间的保险合同关系。投保人为基础交易合同的履约义务人即债务人，是

与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司。被保险人为基础交易合同的权利人即债权人，享有保险金请求权。



(图 4)

投保人与保险人之间的保险合同一般由保险条款、投保单、保险单、保险凭证以及批单组成。保险条款是规定保险人与投保人权利和义务的具体条文，投保单是投保人向保险人申请订立保险合同的书面要约，保险单、保险凭证由保险人单方向投保人签发载明当双方约定的合同内容，批单是保险人同意更改保险合同的书面证明。2019 年 9 月，中国保险行业协会公开发布了建设工程施工合同投标、履约、预付款和质量《保证保险示范条款》（以下统一称为“《保证保险示范条款》”）。依据《保险法司法解释（二）》⁴ 第十四条和第十七条规定，保险合同中记载的内

容不一致的，按照下列规则认定：（一）投保单与保险单或者其他保险凭证不一致的，以投保单为准。但不一致的情形系经保险人说明并经投保人同意的，以投保人签收的保险单或者其他保险凭证载明的内容为准；（二）非格式条款与格式条款不一致的，以非格式条款为准；（三）保险凭证记载的时间不同的，以形成时间在后的为准；（四）保险凭证存在手写和打印两种方式的，以双方签字、盖章的手写部分的内容为准。保险人在其提供的保险合同格式条款中对非保险术语所作的解释符合专业意义，或者虽不符合专业意义，但有利于投保人、被保险人或者受益人的，人民法院应予认可。

关于保证保险的法律性质，存在两种司法观点。一种认为保证保险是从属于主合同的保证。例如，〔1999〕经监字第 266 号复函指出，保证保险虽是保险人开办的一个险种，其实质是保险人对债权人的一种担保行为。在企业借款保证保险合同中，因企业破产或倒闭，银行向保险公司主张权利，应按借款合同纠纷处理，适用有关担保的法律。北京市高级人民法院《审理保险纠纷案件指导意见（试行）》¹ 认为，基础合同无效导致保证保险合同无效（当事人另有约定的除外），保险人可以因被保险人或受益人履行基础合同中的瑕疵在保证保险合同纠纷中提

出抗辩。另一种观点认为“保险合同受益人请求法院判令保险人承担民事责任的，法院应适用《保险法》的规定确定保险人责任。保险人在签订保险合同时，又向债权人出具有保证买受人履行债务内容的保证书，债权人要求保险人承担保证责任的，法院可以适用保证的法律、法规确定保险人的民事责任。”² “应依据当事人意思自治原则确定合同的性质。在相关协议、合同中，保险人没有作出任何担保承诺的意思表示。因此，此案所涉保险单虽名为保证保险单，但性质上应属于保险合同。”³ 而且，最高人民法院《民法典担保部分解释（征求意见稿）》⁴ 第三十五条规定，当事人因保证保险发生的纠纷，适用保险法的规定。笔者赞成第二种观点，即原则上应认定保证保险的性质为《保险法》规定的保险，并依据《独立保函司法解释》第一条、第三条第一款和《民法典担保制度解释》第三十六条规定，若保证保险合同应认定为独立保函的，适用《独立保函司法解释》处理；若保证保险合同具有提供担保的意思表示，债权人请求保险人承担保证责任的，人民法院应当依照保证的有关规定处理；若保证保险合同不具有提供担保的意思表示，债权人请求保险人承担保证责任或者连带责任的，人民法院不予支持，但是不影响其依据保险合同请求保险人履行约定的义务或者承担相应的民事责任。

¹ 《中华人民共和国保险法》，1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，2015 年 4 月 24 日第三次修正，2009 年 10 月 1 日起施行。]

² 中国银保监会办公厅关于印发《信用保险和保证保险业务监管办法》的通知，中国银行保险监督管理委员会令 2021 年第 7 号修订，2021 年 6 月 21 日实施。

³ 最高人民法院对湖南省高级人民法院关于《中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告》的复函〔（1999）经监字第 266 号〕

⁴ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二），2013 年 5 月 6 日最高人民法院审判委员会第 1577 次会议通过，2020 年 12 月 23 日修正。

¹ 《北京市高级人民法院关于审理保险纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》，2004 年 12 月 20 日市高级人民法院审判委员会第 138 次会议通过，已失效。

² 广东省高级人民法院《关于民商事审判适用〈中华人民共和国担保法〉及其司法解释若干问题的指导意见》第一条，2003 年 9 月 25 日实施，已失效。]

³ 《最高人民法院关于保证保险合同纠纷案件适用法律问题的答复》，（2006）民二他字第 43 号。]

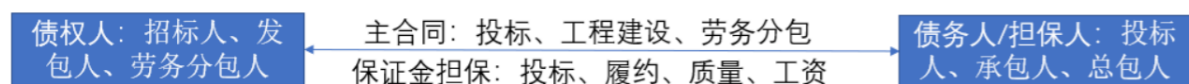
⁴ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》担保部分的解释（征求意见稿），2020 年 11 月 9 日发布。]

7. 工程保证金是以保证金为担保财产的动产质押 >>>>>>

依据《民法典》第四百二十五条和《担保法解释》¹第八十五条规定，质押是指为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，或在自己的财产权利上设定权利质押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。因此，工程保证金是以保证金为担保财产的动产质押。具体而言，《建设工程质量保证金管理办法》第二条第一款规定，建设工程质量保证金，是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。《工程建设农民工工资保证金规定》第二条第一款规定，工资保证金，是指工程建设领域施工总承包单位（包括直接承包建设单位发包工程的专业承包企业）在银行

设立账户并按照工程施工合同额的一定比例存储，专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠工资的专项资金。需要指出的是，“合同约定当事人一方向另一方交付履约保证金、担保金、押金等，并约定收款一方有权在对方违约时没收该笔费用，但未约定付款方在对方违约时有权要求双倍返还该笔费用的，应认定前述费用不具有定金性质，当事人就该费用主张定金权利的，不予支持。”²

如图 5 所示，工程保证金担保包括债权人、债务人和担保人三方当事人，包括产生担保债权的主合同和保证金担保法律关系。其中，产生担保债权的主合同包括招标投标法律关系、建设工程承包合同法律关系、建设工程劳务分包合同法律关系。债权人包括招标人、发包人、劳务分包人，而投标人、承包人或总包人是既是债务人也是担保人。



(图 5)



¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，已于 2000 年 9 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，自 2000 年 12 月 13 日起施行，2021 年 1 月 1 日废止。]

² 《深圳市中级人民法院关于审理房地产纠纷案件的裁判指引》第十九条，2011 年 6 月 9 日深圳市中级人民法院审判委员会全体委员会第 2 次会议通过，2014 年 8 月 28 日修订，2014 年 8 月 28 日实施。]

第二章

工程担保的内容

工程担保的内容

工程担保的内容，除所担保的债权债务内容外，一般包括担保主体、设立、范围、期间、变更、处分和终止等条款。其中，担保主体、所担保的债权债务、担保财产内容是担保合同的要素，其他则为常素或偶素。

（三）工程担保的主体

《民法典》民事主体指自然人、法人和非法人组织。其中，自然人分为无民事行为能力人、限制民事行为能力人和完全民事行为能力人；法人分为营利法人、非营利法人和特别法人；非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。担保的主体是指提供担保的主体。依据《民法典担保制度解释》第五条和第六条规定，除例外情形外，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、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效。

8. 非独立保函一般由银行或工程担保公司开具 >>>>>>

《工程担保制度指导意见》推行工程保函替代保证金，加快推行银行保函制度，在有条件的地区推行工程担保公司保函和工程保证保险。因此，一般而言，非独立保函由银行或工程担保公司开立。需要注意的是，依据《民法典担保制度解释》第七、八、九、十一条规定，公司的法定代表人违反公司法关于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担保合同，相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限，担保合同对公司发生效力，否则，担保合同对公司不发生效力，相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用《民法典担保制度解释》第十七条的有关规定。相对人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，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。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，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。但金融机构开立保函、担保公司提供担保，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，金融机构或者其分支机构以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。金融机构的分支机构未经金融机构授权提供保函之外的担保，金融机构或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经金融机构授权的除外。担保

公司的分支机构未经担保公司授权对外提供担保，担保公司或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不

知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经担保公司授权的除外。

9. 独立保函由银行或非银行金融机构开具，但不包括地方金融监管部门监管的地方金融组织

依据《独立保函司法解释》第一条第一款规定，独立保函的开立人是指银行或非银行金融机构。《九民纪要》第五十四条规定，银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函，应当认定无效。但是，根据“无效法律行为的转换”原理，在否定其独立担保效力的同时，应当将其认定为从属性担保。此时，如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

依据《金融机构编码规范》¹分类和《中国银保监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》²第二条规定，非银行金融机构包括证券业金融机构、保险业金融机构、交易及结算类金融机构和金融控股公司，包括经银保监会批准设立的金融资产管理公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司、境外非银行金融机构驻华代表处等机构，但不包括由地方金融监管部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织。

10. 保证保险由经银保监会批准设立、经营范围包含保证保险的财产保险公司承保 >>>>>>

依据《保险法》第六条、第七条规定，保险业务由依照保险法设立的保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织经营，其他单位和个人不得经营保险业务。在中华人民共和国境内的法人和其他组织需要办理境内保险的，应当向中华人民共和国境内的保险公司投保。因而，保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同

约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司。《信用保险和保证保险业务监管办法》第一条第一款规定，保证保险的保险人包括经银保监会批准设立的财产保险公司和经银保监会批复的直保业务经营范围仅限信用保险、保证保险的专营性财产保险公司。

11. 工程保证金由投标人或承包人缴纳 >>>>>>

依据《招标投标法实施条例》第二十六条第二款、第四十条第二款以及《工程施工招标投标管理办法》第二十六条第二款规定，投标人应当按照招标文件要求的方式和金额，将投标保证金随投标文件提交招标人。依法必须进行招标的项目的境内投标单位，以现金或者支票形式提

交的投标保证金应当从其基本账户转出。不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出的，视为投标人相互串通投标。因此，投标保证金的缴纳主体是投标人。

依据《招标投标法》第四十六条第二款和《招标

¹ 中国人民银行关于印发《金融机构编码规范》的通知，银发〔2009〕363号，2009年11月30日实施。

² 《中国银保监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》，2019年12月6日经中国银保监会2019年第12次委务会议通过，2020年3月23日起实施。

《招标投标法实施条例》第五十八条规定，招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。因此，履约保证金的缴纳主体是中标的建设工程承包人。

《建设工程质量保证金管理办法》第二条第一款规定，建设工程质量保证金是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。因此，建设工程质量保证金的缴纳主体是建设工程承包人。

《工程建设农民工工资保证金规定》第二条第一款规定，工资保证金是指工程建设领域施工总承包单位（包括直接承包建设单位发包工程的专业承包企业）在银行设立账户并按照工程施工合同额的一定比例存储，专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠工资的专项资金。因此，农民工工资保证金的缴纳主体是施工总承包单位（包括直接承包建设单位发包工程的专业承包企业）。

（四）工程担保的设立

担保可分为法定担保和约定担保。法定担保是指基于法律的规定而直接成立并发生效力的担保方式，包括《民法典》第三百九十七条规定的“房地一体抵押”和第四百四十七条规定的留置权。约定担保是指当事人通过约定而产生的担保，产生于当事人的担保合同。依据《民法典》第三百八十八、六百八十一条规定，无论是设立担保物权还是保证，都应订立担保合同。人的担保自合同依法成立生效时设立，而根据物权公示原则，担保物权需要经登记或交付才发生法律效力，具体包括登记生效主义、交付生效主义和登记对抗三种设立方式。

12. 保函和保证保险自合同依法成立生效时设立 >>>>>>

依据《民法典》第四百六十五条、第五百零二条第一款规定，除法律另有规定或者当事人另有约定外，依法成立的合同，自成立时生效，依法成立的合同，受法律保护。

关于担保合同的订立形式。《民法典》第四百六十九条规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。作为合同订立形式自由“不要式原则”的例外，依据《民法典》第四百零六条、第四百二十七条、第六百八十五条第一款、第七百三十六条第二款、第七百六十二条第二款以及《独立保函司法解释》第一条第一款、《保险法》第十三条规定，担保合同应当采用书面形式。《民法典》第四百六十九条第二、三款规定，书面形式是合同书、信件、电报、电

传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

关于担保合同的订立方式。由当事人签单独立的担保合同是常见的担保合同订立方式。包括《担保法》第九十三条规定的“单独订立的书面合同”、“主合同中的担保条款”，还包括《担保法解释》第二十二条第二款规定的“主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。”但无论何种情形，担保合同都须指明担保人身份，或担保人在合同上注明的担保人处签字或盖章，否则，很可能无法确定担保人身份，而将

担保人视为合同见证人。此外，依据《担保法解释》第二十二条第一款和《民法典》第六百八十五条第二款规定，第三人单方以书面形式向债权人做出担保，债权人接受且未提出异议的，担保合同成立。

关于担保合同的成立时间。《民法典》第四百九十条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。例如，《独立保函司法解释》第四条第一、二款规定，独立保函的开立时间为开立人发出独立保函的时间。独立保函一经开立即生效，但独立保函载明生效日期或事件的除外。《保险法》第十四条规定，保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费，保险人按照约定的时间开始承担保险责任。就此，《九民纪要》第九十七条认为，当事人在财产保险合同中约定以投保人支付保险费作为合同生效条件，但对该生

效条件是否为全额支付保险费约定不明，已经支付了部分保险费的投保人主张保险合同已经生效的，人民法院依法予以支持。而在公报案例陆永芳诉中国人寿保险股份有限公司太仓支公司保险合同纠纷案¹中，最高人民法院认为，保险合同未约定具体的保费缴纳方式，投保人与保险人之间长期以来形成了较为固定的保费缴纳方式的，应视为双方成就了特定的交易习惯。保险公司单方改变交易习惯，违反最大诚信原则，致使投保人未能及时缴纳保费的，不应据此认定保单失效，保险公司无权中止合同效力并解除保险合同。需要注意的是，合同的成立还存在“合同的欠缺因履行而治愈”，即在签名、盖章或者按指印之前，或者法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

13. 保证金质押在将保证金交由债权人实际控制并特定化时设立 >>>>>>

《民法典担保制度解释》第七十条第一款规定，债务人或者第三人为担保债务的履行，设立专门的保证金账户并由债权人实际控制，或者将其资金存入债权人设立的保证金账户，债权人主张就账户内的款项优先受偿的，人民法院应予支持。当事人以保证金账户内的款项浮动为由，主张实际控制该账户的债权人对账户内的款项不享有优先受偿权的，人民法院不予支持。因此，保证金可通过两种方式在交由债权人实际控制时设立。一是通过设立专门的保证金账户并由债权人实际控制，这通常需要与银行签订账户监管协议，约定由债权人实际控制专用账户。二是将其资金存入债权人设立的保证金账户。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》第六、八、九、十条以及《做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻结或者划拨有关工作的通知》²第一、六条规定，

农民工工资专用账户资金和工资保证金，是指有关单位在银行业金融机构开设的农民工工资专用账户和工资保证金账户中存储的专项用于支付为本项目提供劳动的农民工工资的资金。施工总承包单位应当在工程所在地的银行存储工资保证金，应当自工程取得施工许可证（开工报告批复）之日起 20 个工作日内（依法不需要办理施工许可证或批准开工报告的工程自签订施工合同之日起 20 个工作日内），持营业执照副本、与建设单位签订的施工合同在经办银行开立工资保证金专门账户存储工资保证金。存储工资保证金的施工总承包单位应与经办银行签订《农民工工资保证金存款协议书》，并将协议书副本送属地人力资源社会保障行政部门备案。经办银行应当规范工资保证金账户开户工作，为存储工资保证金提供必要的便利，与开户单位核实账户性质，

¹ 陆永芳诉中国人寿保险股份有限公司太仓支公司保险合同纠纷案，《最高人民法院公报》2013 年第 11 期（总第 205 期）。]

² 《最高人民法院、人力资源社会保障部、中国银保监会关于做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻结或者划拨有关工作的通知》，人社部发〔2020〕93 号，2020 年 12 月 25 日实施。]

在业务系统中对两类账户进行特殊标识，并在相关网络查控平台、电子化专线信息传输系统等作出整体限制查封、冻结或划拨设置，防止被不当查封、冻结或划拨，妥善处理查封、冻结或者划拨等事项，保障资金安全。《建设工程质量保证金管理办法》第四、六条规定，缺陷责任期内，实行国库集中支付的政府投资项目，保证金的管理应按国库集中支付的有关规定执行。其他政府投资项目，保证金可以预留财政部门或发包方。缺陷责任期内，如发包方被撤销，保证金随交付使用资产一并移交使用单位管理，由使用单位代行发包人职责。社会投资项目采用预留保证金方式的，发、承包双方可以约定将保证金交由第三方金融机构托管。但在工程项目竣工前，已经缴纳履约保证金的，发包人不得同时预留工程质量保证金。采用工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式的，发包人不得再预留保证金。

需要注意的是，根据担保物权担保财产特定化的要求，以上账户须为专用账户，而非一般结算账户、基本账户，账户内的资金须专款专用，款项的存入和扣划均应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。但特定化不等同于固定化，因为专用账户在实现担保功能时，必然引起账户余额浮动。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》第十四、二十四条和《做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻结或者划拨有关工作的通知》第二、三、四条规定，工资保证金实行专款专用，除用于清偿或先行清偿施工总承包单位所承包工程拖欠农民工工资外，不得用于其他用途。工资保证金账户内本金和利息归开立账户的施工总承包单位所有。在工资保证金账户被监管期间，企业可自由提取和使用工资保证金的利息及其他合法收益。除法律规定外，其他任何单位和个人不得动用工资保证金账户内本金。人民法院在查封、冻结或者划拨

相关单位银行账户资金时，应当严格审查账户类型，除法律另有专门规定外，不得因支付为本项目提供劳动的农民工工资之外的原因查封、冻结或者划拨两类账户资金。对农民工工资专用账户中明显超出工程施工合同约定并且明显超出足额支付该项目农民工工资所需全部人工费的资金，对工资保证金账户中超出工资保证金主管部门公布的资金存储规定部分的资金，人民法院经认定可依法采取冻结或者划拨措施。当事人及有关单位、个人利用两类账户规避、逃避执行的，应当依法承担责任。人民法院可以依法对两类账户采取预冻结措施，在工程完工且未拖欠农民工工资，监管部门按规定解除对两类账户监管后，预冻结措施自动转为冻结措施，并可依法划拨剩余资金。《关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定》¹规定，人民法院在审理或执行案件时，依法可以对信用证开证保证金采取冻结措施，但不得扣划。如果当事人认为人民法院冻结和扣划的某项资金属于信用证开证保证金的，应当提供有关证据予以证明。人民法院审查后，可按以下原则处理：对于确系信用证开证保证金的，不得采取扣划措施；如果开证银行履行了对外支付义务，根据该银行的申请，人民法院应当立即解除对信用证开证保证金相应部分的冻结措施；如果申请开证人提供的开证保证金是外汇，当事人又举证证明信用证的受益人提供的单据与信用证条款相符时，人民法院应当立即解除冻结措施。如果银行因信用证无效、过期，或者因单证不符而拒付信用证款项并且免除了对外支付义务，以及在正常付出了信用证款项并从信用证开证保证金中扣除相应款额后尚有剩余，即在信用证开证保证金账户存款已丧失保证金功能的情况下，人民法院可以依法采取扣划措施。

（五）工程担保的担保范围

担保范围是担保人所担保的债权债务范围，是担保人承担担保责任的范围。

14. 工程担保设立时特定了所担保的债权债务和担保限额，但担保金额尚未特定 >>>>>>

无论是《担保法》第六条规定“当债务人不履行债务时”、《民法典》第六百八十一条规定“保证合同是为保障债权的实现”、“债务人不履行到期债务”，还是《民法典》第三百八十六条（对应《物权法》¹第一百七十条）规定“债务人不履行到期债务”，《民法典》第三百八十七条（对应《物权法》第一百七十一条）规定“为保障实现其债权”，都表明所担保的债权债务是担保存在的前提，否则逻辑上说不通。换言之，若不存在被保障的债权债务，也就不存在保障债权实现的担保，这是担保从属性的“主债权债务特定性”原则。

工程担保设立时所担保的债权债务是特定的，未排除主债权债务的特定性。例如，履约《工程保函示范文本》约定，担保范围为承包人未按照基础合同的约定履行义务，应当向贵方承担的违约责任和赔偿因此造成的损失、利息、律师费、诉讼费用等实现债权的费用。履约《保证保险示范条款》约定，在保险期间内，若投保人违反《建设工程施工合同》约定的义务，给被保险人造成直接损失的，保险人依据本保险合同的约定，以保险单所载的保险金额为限，对被保险人的上述损失承担赔偿责任。因此，履约担保所担保的债权债务特定为“承包人在《建设工程施工合同》项下的义务”。在（2021）最高法民申 1627 号案中，最高人民法院认为：“担保合同是从属于主合同的从合同，但担保合同的当事人可以约定对将来债务提供担保，

并没有规定其担保的主债务必须在担保合同成立时就已经存在。”虽然独立保函具有独立性，但作为担保，仍受“主债权债务特定性”原则的限制。例如，投标《工程保函示范文本》约定“在投标人发生以下情形时，开立人承担担保责任：（1）投标人在开标后和投标有效期满之前撤销投标的；（2）投标人在收到中标通知书后，不能或拒绝在中标通知书规定的时间内与贵方签订合同；（3）投标人在与贵方签订合同后，未在规定的时间内提交符合招标文件要求的履约担保；（4）投标人违反招标文件规定的其他情形。”就特定了投标保函所担保的主债权债务。

就“主债权债务特定性”原则而言，工程担保（及最高额担保）与其他担保最主要的区别在于：一是其他担保的债权债务产生在担保设立前，而工程担保的债权债务产生在担保设立后，是未来的债权债务。二是其他担保的债权债务是特定的既存债权债务，设立担保时，债权债务的具体金额已经特定，而工程担保的债权债务是或有债权债务，设立担保时，债权债务的具体金额不特定。因此，虽然工程担保设立时特定了所担保的债权债务，但所担保债权债务的金额尚未特定。为弥补工程担保“主债权债务特定性”原则中担保金额不特定的“不足”，以控制担保人的风险，法律规定了工程担保的责任上限，《工程保函示范文本》和《保证保险示范条款》也都明确了担保的最高

¹ [《最高人民法院关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定》，1996年6月20日最高人民法院审判委员会第822次会议通过，2020年12月23日修正，2021年1月1日实施。]

¹ 《中华人民共和国物权法》，2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过，2007年10月1日起施行，2021年1月1日废止。

限额。例如,《招标投标法实施条例》第二十六条第一款、第五十八条规定,投标保证金不得超过招标项目估算价的 2%,履约保证金不得超过中标合同金额的 10%。《工程施工招标投标管理办法》第二十六条第一款规定,投标保证金一般不得超过投标总价的 2%,最高不得超过 50 万元。《江苏省关于推进房屋建筑和市政基础设施工程实行担保制度的指导意见》¹规定,支付担保的金额最高不超过合同总价的 10%。《工程建设农民工工资保证金规定》第十一、十二、十五、二十条规定,工资保证金按工程施工合同额(或年度合同额)的一定比例存储,原则上不低于 1%,不超过 3%,单个工程合同额较高的,可设定存储上限。施工总承包单位在同一工资保证金管理地区有多个在建工程,存储比例可适当上浮但不得低于施工合同额(或年度合同额)的 0.5%。施工合同额低于 300 万元的工程,且该工程的施工总承包单位在签订施工合同前一年内承建的工程未发生工资拖欠的,各地区可结合行业保障农民工工资支付实际,免除该工程存储工资保证金。施工合同额可适当调整,调整范围由省级人力资源社会保障行政部门会同行业工程建设主管部门确定,并报人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、铁路局、民航局备案。施工总承包单位选择以

15. 担保范围不得超过所担保债权及其附随债权的范围 >>>>>

担保范围分为约定的担保范围和法定的担保范围。《民法典》第三百八十九、六百九十一条和《民法典担保制度解释》第十五条第一款规定,担保的法定担保范围是指包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等在内的全部债权,当事人对担保范围另有约定的,按照其约定。基于意思自治原则,担保范围属

银行保函替代现金存储工资保证金的,保函担保金额不得低于按规定比例计算应存储的工资保证金数额。施工总承包单位存储工资保证金或提交银行保函后,在工资保证金管理地区承建工程连续 2 年未发生工资拖欠的,其新增工程应降低存储比例,降幅不低于 50%;连续 3 年未发生工资拖欠且按要求落实用工实名制管理和农民工工资专用账户制度的,其新增工程可免于存储工资保证金。施工总承包单位存储工资保证金或提交银行保函前 2 年内在工资保证金管理地区承建工程发生工资拖欠的,工资保证金存储比例应适当提高,增幅不低于 50%;因拖欠农民工工资被纳入“严重失信主体名单”的,增幅不低于 100%。工资保证金使用后,施工总承包单位应当自使用之日起 10 个工作日内将工资保证金补足,采用银行保函替代工资保证金的,施工总承包单位应在 10 个工作日内提供与原保函相同担保范围和担保金额的新保函,施工总承包单位开立新保函后,原保函即行失效。《建设工程质量保证金管理办法》第七条规定,建设工程质量保证金总预留比例不得高于工程价款结算总额的 3%,合同约定由承包人以银行保函替代预留保证金的,保函金额不得高于工程价款结算总额的 3%。

于当事人可以自行约定的任意性规范,应当优先尊重当事人的选择,当事人未明确约定担保范围时,适用法定的担保范围,法定的担保范围包括主债权及其附随债权,主债权的“利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等”为附随债权。例如,预付款《工程保函示范文本》约定,担保范围为申请人未按照合同约定正确和合理

地为合同目的使用预付款,应当向发包方承担的违约责任和赔偿因此造成的损失、利息、律师费、诉讼费用等实现债权的费用。预付款《保证保险示范条款》则约定,鉴于被保险人依据《建设工程施工合同》的规定向投保人支付工程项目的预付款,用于工程项目的营运和购买材料,投保人承诺按约定返还该预付款全额或以该预付款冲抵被保险人应支付给投保人的工程款后的余额。若投保人违反前述约定,保险人依据本保险合同的约定,以保险单所载的保险金额为限,对被保险人遭受的直接损失承担赔偿责任。需要指出的是,预付款通常理解为发包人给承包人的一笔无息借款,但预付款保函和预付款保证保险所担保的债权债务不同,预付款保函担保的债权债务是“承包人未按合同约定正确和合理地为合同目的使用预付款所应承担的违约责任和造成的损失”,预付款保证保险担保的债权债务是“承包人未按

约定返还该预付款全额或以该预付款冲抵被保险人应支付给投保人的工程款后的余额所造成的直接损失”。

基于担保的从属性,担保责任属于替代责任,是在主债务人不履行主债务或当事人约定的情形发生时,担保人替主债务人履行主债务或承担责任的责任限度。《民法典担保制度解释》第三条规定,当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任,或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围,担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的,人民法院应予支持。担保人承担的责任超出债务人应当承担的责任范围,担保人向债务人追偿,债务人主张仅在其应当承担的责任范围内承担责任的,人民法院应予支持;担保人请求债权人返还超出部分的,人民法院依法予以支持。

(六) 工程担保的期间

影响担保各方权利义务期间,一是担保责任的存续期间,二是诉讼时效期间。

16. 非独立保函开立人受保证期间、主债权诉讼时效期间和保证责任诉讼时效期间的三重保护

保证期间,又称保证责任的存续期间,是确定保证人承担保证责任的期间,是债权人依法行使权利的期间。保证期间是或有期间,债权人只有在保证期间内依法向保证人主张了权利,保证人才承担担保责任。否则,保证人的实体责任消灭,不再承担担保责任。不同于诉讼时效期间和除斥期间,保证期间可由当事人约定,且不发生中止、中断和延长,保证期间消灭的是债权人请求保证人承担保证责任的实体

权利。诉讼时效不允许当事人约定,可以中止、中断和延长,且诉讼时效期间经过,债务人享有诉讼时效抗辩权,虽然实体债务依然存在,但债权人不能获得胜诉权。除斥期间不允许当事人约定,除斥期间届满后消灭的是形成权。因此,《民法典担保制度解释》第三十三、三十四条规定,人民法院在审理保证纠纷案件时,应当将保证期间是否届满、债权人是否在保证期间内依法行使权利等事实作为案件基本事

¹ 《江苏省关于推进房屋建筑和市政基础设施工程实行担保制度的指导意见》,建市〔2019〕68号,2019年6月20日实施。

实予以查明。债权人在保证期间内未依法行使权利的，保证责任消灭。保证合同无效，债权人未在约定或者法定的保证期间内依法行使权利，保证人主张不承担赔偿责任的，人民法院应予支持。保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任，保证人在通知书上签字、盖章或者按指印，债权人请求保证人继续承担保证责任的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明成立了新的保证合同的除外。非独立保函《工程保函示范文本》约定“保证期间届满贵方未向我方书面主张保证责任的，自保证期间届满次日起，我方解除保证责任”的同时，明确约定了保函的保证期限。例如，投标非独立保函《工程保函示范文本》约定，保函有效期自开立之日起至投标有效期届满之日后的...日。投标有效期延长的，本保函有效期相应顺延，最迟不超过...年...月...日。

需要注意的是，第一、保证方式不同，债权人行使权利的要求也不同。《民法典》第六百九十三条和《民法典担保制度解释》第二十九条规定，一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任；连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担责任保证的，保证人不再承担保证责任；同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任

17. 独立保函开立人受付款责任存续期间和付款责任诉讼时效期间的两重保护 >>>>>>

《独立保函司法解释》第三条第三款规定，当事人主张独立保函适用民法典关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。因此，保证期间不适用于独立保函。但《独立保函司法

解释》第十一条规定，独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据，当事人主张独立保函权利义务终止的，人民法院应予支持，受益人以其持有独立丧失追偿权，其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持。第二、保证期间分为约定保证期间和法定保证期间。《民法典》第六百九十二条第二款、《民法典担保制度解释》第三十条规定，债权人与保证人可以约定保证期间，没有约定或者约定不明确的，适用法定保证期间，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月；最高额保证被担保债权的履行期限均已届满的，保证期间自债权确定之日起开始计算，被担保债权的履行期限尚未届满的，保证期间自最后到期债权的履行期限届满之日起开始计算；反担保的法定保证期间为担保人实际承担了担保责任后向主债务人追偿且宽限期届满之日起开始 6 个月。第三、非独立保函开立人还受主债权诉讼时效期间和保证债务诉讼时效期间的保护。《民法典》第六百九十四条和《民法典担保制度解释》第三十五条规定，保证人知道或者应当知道主债权诉讼时效期间届满仍然提供保证或者承担保证责任，又以诉讼时效期间届满为由拒绝承担保证责任或者请求返还财产的，人民法院不予支持；保证人承担保证责任后向债务人追偿的，人民法院不予支持，但是债务人放弃诉讼时效抗辩的除外。一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

解释》第十一条规定，独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据，当事人主张独立保函权利义务终止的，人民法院应予支持，受益人以其持有独

立保函文本为由主张享有付款请求权的，人民法院不予支持。因此，独立保函开立人的付款责任仍有责任存续期限，独立保函《工程保函示范文本》都约定了有效期。例如，履约独立保函《工程保函示范文本》约定，本保函有效期自开立之日起至基础合同约定的缺陷责任期后...日止，最迟不超过...年...月...日。需要指出的是，工程竣工后，受益人通常不退还履约保函，而是经申请人申请、由开立人将履约保函金额减少至工程质量保证金的额度，继续担保申请人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的义务。因此，履约保函的有效期至基础合同约定的缺陷责任期期满。而且独立保函《工程保函示范文本》都约定，受益人应在本保函到期后的七日内将本保函正本退回我方注销，但是不论受益人是否按此要求将本保函正本退回我方，我方在本保函项下的义务和责任均在保函有效期到期后自动消灭。此外，针对独立保函付款责任存续期限早于基础交易合同主债务履行期限届满的情形，基础交易

18. 保证保险保险人受保险期间和保险责任诉讼时效期间的两重保护 >>>>>>

投标、履约和质量《保证保险示范条款》约定“在保险期间内”出现投保人在基础交易合同中的履约信用风险时，保险人依据保险合同约定承担赔偿责任，预付款《保证保险示范条款》约定保险合同因保险期限届满而终止。因此，保险期间是保险责任生效到失效的期间，是保险人保险责任的期间，是生成被保险人保险金请求权的期间。保险期间是《保证保险示范条款》的必备条款。例如，投标《保证保险示范条款》约定，保险期间自投保人向被保险人投标之日起或保险单载明的保险起期之日起（二者以后发生者为准），至《建设工程施工合同》签约之日止，最长不超过一年。预付款《保证保险示范条款》约定，本保险合同保险期间自发包人将预付款支付给承包人之日起或保险单载明的保险起期之日起（二者以后发生者为准），

合同一般约定债务人负有延期保函的义务。在债务人不延期保函的情况下，债权人有权索兑保函。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》规定，施工总承包单位应在其工程施工期内提供有效的保函，保函有效期至少为 1 年并不得短于合同期。工程未完工保函到期的，属地人力资源社会保障行政部门应在保函到期前一个月提醒施工总承包单位更换新的保函或延长保函有效期。

《独立保函司法解释》第六条第二款规定，开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有《独立保函司法解释》第十二条情形的除外。因此，独立保函不受基础交易合同主债权诉讼时效期间保护，但受益人未在保函开立人付款责任诉讼时效期间对开立人提起诉讼或仲裁的，开立人享有诉讼时效抗辩权而不再承担付款责任。

至预付款全部返还发包人或抵扣工程进度款之日止或保险单载明的保险终期之日止（二者以先到者为准），具体以保险单载明的起讫日期为准，最长不超过五年。履约《保证保险示范条款》约定，本保险合同保险期间自《建设工程施工合同》生效之日起或保险单载明的保险起期之日起（二者以后发生者为准），至《建设工程施工合同》约定的工程实际竣工合格之日或保险单载明的保险终期之日止（二者以先到者为准），最长不超过五年。质量《保证保险示范条款》约定，本保险合同保险期间与《建设工程施工合同》中约定的缺陷责任期一致，以保险单载明的起讫日期为准，最长不超过两年。而且，《保证保险示范条款》还约定，本保险合同保险期间届满或提前终止，被保险人应立即将本保险合同原件退还保险人，被保险人未履行

此义务,本保险合同仍在保险期间届满或提前终止之日失效。此外,被保险人未在保险人赔偿诉讼时效期间对保险人提起诉讼或仲

裁的,保险人享有诉讼时效抗辩权而不再承担赔偿责任。

19. 保证金担保不存在担保责任存续期间,但因质权人怠于行使质权造成出质人损害的,由质权人承担赔偿责任 >>>>>>

保证金担保在将保证金交由债权人实际控制并特定化时设立,只要债权人一直占有保证金,就视为债权人一直在主张对保证金的质权。在(2021)沪民终300号案中,法院认为,实现质权是质权人的权利,其可合理地自行选择行权时间,法律并未规定一旦具备质权实现条件,质权人就必须立即行权。因此,保证金担保不存在担保责任的存续期间。

问题是,如果质权人既不及时行使质权,也不退还质押财产,将使得担保物权“物尽其用”的目的落空。《民法典》第四百三十七条和《民法典担保制度解释》第四十四条第二、三款规定,主债权诉讼时效期间届满后,出质人可以请求质权人及时行使质权,质权人怠于行使权利造成出质人损害的,由质权人承担赔偿责任;动产质权的债务人、出质人请求债权人返还质押财产的,人民法院不予支持,债务人、出质人请求拍卖、变卖质押财产并以所得价款清偿债务的,人民法院应予支持。《招标投标法实施条例》第五十七条第二款规定,招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。《工程建设农民工工资保证金规定》第二十二条规定,工资保证金对应的工程完工,施工总承包单位作出书面承诺该工程不存在未解决的拖欠农民工工资问题,并在施工现场维权信息告示牌及属地人力资源社会保障行政部门门户网站公示30日后,可以申请返还工资保证金。属地人力资源社会保障行政部门自施

工总承包单位提交书面申请5个工作日内审核完毕,并在审核完毕3个工作日内向经办银行和施工总承包单位出具工资保证金返还(销户)确认书。经办银行收到确认书后,工资保证金账户解除监管,相应款项不再属于工资保证金,施工总承包单位可自由支配账户资金或办理账户销户。属地人力资源社会保障行政部门在审核过程中发现工资保证金对应工程存在未解决的拖欠农民工工资问题,应在审核完毕3个工作日内书面告知施工总承包单位,施工总承包单位依法履行清偿(先行清偿)责任后,可再次提交返还工资保证金的书面申请。属地人力资源社会保障行政部门应建立工资保证金定期(至少每半年一次)清查机制,对经核实工程完工且不存在拖欠农民工工资问题,施工总承包单位在一定期限内未提交返还申请的,应主动启动返还程序。《建设工程质量保证金管理办法》第二条第三款以及第八、十四条规定,缺陷责任期一般为1年,最长不超过2年,由发、承包双方在合同中约定。缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的,缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的,在承包人提交竣工验收报告90天后,工程自动进入缺陷责任期。发包人在接到承包人返还保证金申请后,应于14天内会同承包人按照合同约定的内容进行核实。如无异议,发包人应当按照约定将保证

金返还给承包人。对返还期限没有约定或者约定不明确的,发包人应当在核实后14天内将保证金返还承包人,逾期未返还的,依法承担违约责任。发包人在接到承包人返还保证金申请后14天内不予答复,经催告后14天内仍不予答复,视同认可承包人的返还保证金申请。《建设工程施工合同纠纷解释(一)》[《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》,法释〔2020〕25号,2020年12月25日由最高人民法院审判委员会第1825次会议通过,自2021年1月1日起施行。]第十七条还规定:“有下列情形之一的,承包人请求发包人返还工程质量保证金

的,人民法院应予支持:(一)当事人约定的工程质量保证金返还期限届满;(二)当事人未约定工程质量保证金返还期限的,自建设工程通过竣工验收之日起满二年;(三)因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的,自承包人提交工程竣工验收报告九十日后当事人约定的工程质量保证金返还期限届满;当事人未约定工程质量保证金返还期限的,自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。发包人返还工程质量保证金后,不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”

(七) 工程担保的变更

依据《民法典》第五百四十三条、第五百四十四条规定,工程担保合同的当事人协商一致,可以变更合同,对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

20. 未经担保人书面同意变更主合同权利义务,减轻债务的,担保人仍对变更后的债务承担担保责任;加重债务的,担保人对加重的部分不承担担保责任;但保证保险和独立保函除外

《民法典》第六百九十五条和《民法典担保制度解释》第二十条规定,债权人和债务人未经担保人书面同意,协商变更主债权债务合同内容,减轻债务的,担保人仍对变更后的债务承担担保责任;加重债务的,担保人对加重的部分不承担担保责任。不同的是,一有投标《保证保险示范条款》约定,未经保险人书面同意,被保险人变更《建设工程招标文件》,保险人不承担赔偿保险金的责任;预付款《保证保险示范条款》约定,投保人与被保险人变更工程合同预付款返还主体,未经保险人书面同意的,保险人不承担赔偿保险金的责任;履约和质量

《保证保险示范条款》约定,未经保险人书面同意,投保人与被保险人变更《建设工程施工合同》的。二有《独立保函司法解释》第三条第三款、第六条第二款规定,当事人主张独立保函适用民法典关于一般保证或连带保证规定的,人民法院不予支持。开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的,人民法院不予支持,但有《独立保函司法解释》第十二条情形的除外。因此,除非当事人另行约定,否则基础交易关系变更不影响开立在独立保函中的付款责任。

21. 担保权人可基于不安抗辩权要求变更担保合同 >>>>>>

依据《民法典》第五百二十七、五百二十八条规定的不安抗辩权制度，在债务人或担保人出现“（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”时，债权人有权要求债务人或担保人在合理期限内恢复履行能力或提供适当担保。此

外，《民法典》第四百三十三条还规定，因不可归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权请求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

（八）工程担保的处分

工程担保的处分包括转让和转担保。转让包括主债权转让、主债务转让以及担保债权或担保财产的处分。

22. 债权人转让债权应通知债务人和担保人，否则对债务人或担保人不发生效力 >>>>>>

《民法典》第五百四十五条第一款、五百四十六条第二款规定，除根据债权性质不得转让、当事人约定不得转让和依照法律规定不得转让外，债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人。债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。因此，发包人将主债权转让给第三人的，应当通知作为债务人的承包人，否则该转让对承包人不发生效力。同时，作为担保权人的发包人，对担保人享有担保债权。发包人将担保债权转让给第三人的，应当通知承担担保债务的担保人，否则该转让对担保人不发生效力。

《民法典》第五百四十七条第一款、六百九十六条第一款和《民法典担保制度解释》第二十条、第三十九条第一款规定，除该从权利专属于债权人自身的外，债权人转让全部或者部分债权，受让人取得与债权有关的从权利，但未通知担保人的，该转让对担保人不发生效力。除法律另有规定或者当事人另有约定外，主债权

被分割或者部分转让，各债权人主张就其享有的债权份额行使担保物权的，人民法院应予支持。因此，如发包人将主债权转让给第三人但未通知担保人的，该转让对担保人不发生效力；如发包人将担保债权转让给第三人但未通知反担保人的，该转让对反担保人不发生效力。

需要注意的是，《民法典》第五百四十五条第二款“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人”规定相冲突，但《民法典》第六百九十六条第二款规定，保证人与债权人约定禁止保证债权转让，债权人未经保证人书面同意转让保证债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。因此，《工程保函示范文本》约定，本保函项下的权利不得转让。未经保函开立人书面同意转让本保函项下任何权利，对保函开立人不发生法律效力。《保证保险示范条款》亦约定，未经保险人书面同意，投保

或被保险人不得将本保险合同项下的权利转让。发生保险责任范围内的损失，被保险人取得保险赔偿金的同时，应将其对投保人的权益

以及根据相关《建设工程招标文件》和《建设工程施工合同》拥有的权益转让给保险人。

23. 转担保须经当事人达成一致，但质权人未经出质人同意处分保证金，造成损害的，应赔偿责任 >>>>>>

转担保是指在担保存续期间，担保权人为担保其他债权的实现，以担保债权或担保财产为该债权人设定新担保的行为。《工程保函示范文本》约定“本保函项下的权利不得设定担保。”《保证保险示范条款》亦约定“未经保险人书面同意，投保人或被保险人不得将本保险合同项下的权利设定担保。”但实行交付生效主义的质权，在质权存续期间，质押财产交由质权人实际占有，就其权利外观而言，质权人有权处分质押财产。因此，《民法典》第四百三十一条规定，质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，造成出质人损害的，应当承担赔偿责任。也就是说质权人可以未经出质人同意处分质押财产。

处分质押财产通常包括转让和转质。转质，是指在质押存续期间，质权人为担保其他债权的实现，将质押财产交付给该债权人设定新质权的行为。质权人以质押权益转质的权利，为转质权。因转质而取得质权的人，为转质权人。

转质包括承诺转质和责任转质。《担保法司法解释》¹第九十四条规定，质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所持有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。这是承诺转质，强调转质

须经出质人同意否则无效。法律法规规定了工程保证金的用途，一般不允许质权人转质。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》第二十四条规定，工资保证金实行专款专用，除用于清偿或先行清偿施工总承包单位所承包工程拖欠农民工工资外，不得用于其他用途。《民法典》不再采用承诺转质的概念，第四百三十四条规定，质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。这是责任转质，强调出质人同意不再是转质生效的前提，但未经出质人同意的转质，质权人应对质押财产的毁损、灭失承担赔偿责任。

需要注意的是，转质权与原质权是相互独立的，转质权人的质权优先于原质权人的质权。因此，转质权所担保的债权范围，应当在原质权所担保的债权范围之内。转质权人在原质权所担保的债权额范围内，于自己债权受清偿前，对质押财产享有留置、占有权，而质权人则丧失该权利。转质权人对于转质人的债权如果已届清偿期，无论转质人的债权是否已届清偿期，均可以直接实现其质权。在实现质权时，应以质押财产的变价价款优先清偿转质权人的债权，然后再以其余额清偿转质人的债权。出质人向转质人清偿债务后，原质权消灭，但转质权并不因此而消灭。转质人不能清偿转质权人的到期债务时，质押财产所有人可以第三人的身份向转质权人清偿转质人的债务，以取回质押财产，从而也可以抵销原债务人对质权人的债务。²

¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，于2000年9月29日由最高人民法院审判委员会第1133次会议通过，自2000年12月13日起施行，2021年1月1日废止。

² 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国〈民法典〉物权编理解与使用〔下〕》，人民法院出版社，2020年7月第1版，第1209页。

24. 第三人提供担保的,担保人对未经其同意的免责的债务承担不再承担担保责任;第三人加入债务的,担保人的担保责任不受影响 >>>>>>

债务转移又称债务承担,分为免责的债务承担和并存的债务承担。免责的债务承担,是指原债务人向第三人转让全部债务,第三人代替原债务人成为新债务人承担全部债务,而原债务人免除其全部债务。并存的债务承担,即第三人加入债务,成为债务的连带责任人,与原债务人共同承担债务。

就免责的债务承担而言,《民法典》第三百九十一条、第六百九十七条第一款和《民法典担保制度解释》第三十九条第二款规定,除债权人和保证人另有约定外,债权人未经保证人书面同意,允许债务人转移全部或者部分债务,保

证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任;第三人提供物的担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,第三人主张对未经其书面同意转移的债务不再承担担保责任的,人民法院应予支持;债务人自己提供物的担保,债务人和担保人合二为一,不存在债务人转移全部或者部分债务还需要债务人自身同意的情形,因此债权人请求以该担保财产担保全部债务履行的,人民法院应予支持。但就并存的债务承担而言,《民法典》第六百九十七条第二款和《民法典担保制度解释》第二十条规定,第三人加入债务的,担保人的担保责任不受影响。

(九) 工程担保的终止

工程担保债权债务可因主债权债务的终止而消灭、因担保合同的债权债务终止而消灭、因债权人放弃或怠于行使权利而消灭,还可因法律规定而消灭。

25. 因主债权债务终止而消灭 >>>>>>

《民法典》第五百五十九条规定,除法律另有规定或者当事人另有约定外,债权债务终止时,债权的从权利同时消灭。因而,从属于主债权的工程担保债权因主债权消灭而消灭。例如,《工程保函示范文本》约定,依照法律规定或贵

方与投标人的另行约定,免除投标人部分或全部义务的,我方亦免除其相应的保证担保责任。需要指出的是,根据《民法典》第五百五十七条第二款规定,合同解除的,该合同的权利义务关系终止。但这并不意味着合同的债权债

务关系终止。《民法典》第五百六十六条规定,合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施,并有权

请求赔偿损失。合同因违约解除的,解除权人可以请求违约方承担违约责任,但是当事人另有约定的除外。因此,合同解除的,担保人仍须对未了债权债务承担担保责任。

26. 因担保合同债权债务终止而消灭 >>>>>>

《民法典》第五百五十七条第一款规定,有下列情形之一的,担保合同的债权债务终止:(一)债务已经履行;(二)债务相互抵销;(三)债务人依法将标的物提存;(四)债权人免除债务;(五)债权债务同归于一人;(六)法律规定或者当事人约定终止的其他情形。即担保债权可以因清偿、抵销、提存、免除、混同以及法律规定或当事人约定而终止。例如,《工程保函示范文本》约定,我方按照本保证担保向贵方履行了保证担保责任后,自我方向贵方支付的金额达到最高保证担保金额之日起,保证担保

责任解除。预付款《保证保险示范条款》约定,全部预付款已按《建设工程施工合同》的约定全部返还或冲抵被保险人应向投保人支付的工程款,或者保险赔偿总金额已经达到保险单所载明的保险金额时,保险合同终止。《独立保函司法解释》第十一条第(二)、(三)、(四)项规定,独立保函项下的应付款项已经全部支付、独立保函的金额已减额至零、开立人收到受益人出具的免除独立保函项下付款义务的文件时,当事人主张独立保函权利义务终止的,人民法院应予支持。

27. 因发包人放弃或怠于行使权利而消灭 >>>>>>

“工程担保的期间”这部分已经交代了:除保证金担保外,发包人都需要按照法律规定或约定,在工程担保期间内行使权利,否则其所享有的担保权利消灭。此外,《民法典》第三百九十三条规定,债权人放弃担保物权的,担保物权消灭。第四百三十五条规定,质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质,质权人放弃该质权的,其他担保人在质权人丧失优先受

权益的范围内免除担保责任,但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外。第六百九十八条还规定,一般保证的保证人在主债务履行期限届满后,向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况,债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的,保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

第三章

工程担保的权益实现

工程担保的权益实现

担保权益的实现，是指当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，担保权人通过行使担保权利，实现债权得到清偿的目的。

（十）担保权人以非诉讼方式实现担保权益

工程担保权益的非诉讼实现担保权益方式，包括基于债务人的默示违约、当事人约定和通过实现担保物权案件实现担保物权。

28. 基于债务人、担保人的默示违约实现担保权益 >>>>>>

依据《民法典》第五百二十七、第五百二十八条规定的不安抗辩权制度，债务人或担保人出现第五百二十七条第一款规定的不安情形时，债权人有权要求债务人或担保人在合理期限内恢复履行能力或提供适当担保。若债务人或担保人在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，构成债务人或担保人的默示违约。债权人可以解除主合同，请求债务人承担合同解除前已经产生的债务和违约责任，请求担保人承

担担保责任。需要注意的是，如果仅仅是担保人默示违约，即便债权人解除担保合同，要求担保人承担担保责任，但由于主债务尚未发生，担保人承担担保责任无从谈起，由于担保人承担的担保责任范围不应超出主债务范围，债权人要求担保人承担默示违约的违约责任亦无从谈起。为避免此情形，主合同通常约定“债务人提供债权人认可的足额担保”是债务人的主要义务之一，从而得以将担保人的默示违约归属于债务人的默示违约。

29. 基于当事人约定实现担保权益 >>>>>>

非独立保函《工程保函示范文本》约定，“贵方要求我方承担保证责任的，应向我方发出书面索赔通知及承包人未履行主合同约定义务的证明材料。索赔通知应写明要求索赔的金额，支付款项应到达的账号，并附有说明承包人违反主合同造成贵方损失情况的证明材料。我方收到贵方的书面索赔通知及相应证明材料后，在...个工作日内进行核定后按照本保函的承诺

承担保证责任。”但《独立保函司法解释》第六条第一款规定，受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。这是独立保函的单据性原则，即开证人付款义务“取决于受益人提交的单据是否符合保函文本的要求”¹，是独立保函独立性原则的必然体现。独立保函《工程保函

示范文本》约定：“我方承诺，在收到受益人发来的书面付款通知后的...日内无条件支付。”为防止受益人滥用独立保函权利，受益人索兑独立保函通常会受到一些前置程序的限制。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》规定，施工总承包单位所承包工程发生拖欠农民工工资，经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定，到期拒不清偿时，由经办银行依照保函承担担保责任。

工程《保证保险示范条款》约定，除合同另有约定外，被保险人向保险人提出索赔申请前，应按《建设工程施工合同》的约定向投保人或其担保人(如有)启动诉讼或仲裁索赔程序，保险人根据司法机关或仲裁机关认定的被保险人损失金额在保险单列明的总保险金额和分项保险金额内负责赔偿。保险人收到被保险人的赔偿保险金的请求后，应当及时作出是否属于保险责任的核定；情形复杂的，应当在三十日内作出核定。保险人应当将核定结果通知被保险人，对属于保险责任的，在与被保险人达成赔偿保险金的协议后十日内，履行赔偿保险金义务。本保险合同对赔偿保险金的期限有约定的，保险人应当按照约定履行赔偿保险金的义务。保险人依照前款约定作出核定后，对不属于保险责任的，应当自作出核定之日起三日内向被保险人发出拒绝赔偿保险金通知书，并说明理由。保险人自收到赔偿保险金的请求和有

30. 以“实现担保物权案件”实现担保物权的担保权益 >>>>>>

若质权人和出质人无法通过折价方式实现保证金担保权益的，在以诉讼或仲裁方式实现担保权益前，质权人可以依据《民事诉讼法》第二百零三、第二百零四条规定，向人民法院提起“实现担保物权案件”实现保证金担保权益。具体而言，由质权人依照《民法典》等法律，向保证金开户行所在地基层人民法院提出，人民法院

关证明、资料之日起六十日内，对其赔偿保险金的数额不能确定的，应当根据已有证明和资料可以确定的数额先予支付；保险人最终确定赔偿的数额后，应当支付相应的差额。

《民法典》第四百三十六条第二款规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以出质人协议以质押财产折价。例如，《工程建设农民工工资保证金规定》规定，施工总承包单位所承包工程发生拖欠农民工工资的，经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定，施工总承包单位到期拒不履行的，属地人力资源社会保障行政部门可以向经办银行出具《农民工工资保证金支付通知书》，书面通知有关施工总承包单位和经办银行。经办银行应在收到《支付通知书》5个工作日内，从工资保证金账户中将相应数额的款项以银行转账方式支付给属地人力资源社会保障行政部门指定的被拖欠工资农民工本人。需要注意的是，依据《民法典》第四百二十八条和《民法典担保制度解释》第六十八条第二款关于流质的规定，设立保证金担保，承包人不履行到期债务，发包人请求对保证金享有所有权的，人民法院不予支持；发包人请求参照民法典关于担保物权的规定对财产折价的，人民法院应予支持。

受理申请后，经审查，质权人和出质人对实现担保物权无实质性争议且实现担保物权条件成就的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。

¹ 殷敏、张晖：《“一带一路”实践下独立保函若干法律问题阐释》，《上海大学学报(社会科学版)》，2019年5月第36卷第3期。

（十一）担保权人以诉讼或仲裁方式实现担保权益

除通过非诉方式实现工程担保权益,担保权人还可以诉讼或者仲裁方式实现担保权益。

31. 非独立保函为连带责任保证的,债务人和保证人可以分别或一并作为被告;非独立保函为一般保证的,在债务人为被告前提下可以将保证人列为被告;保证金担保诉讼中,债务人和担保人应当作为共同被告,同一债权既有保证又有物的担保的,债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告 >>>>>>

依据《民事诉讼法司法解释》¹第六十六条、《担保法司法解释》第一百二十六、一百二十七、一百二十八条以及《民法典担保制度解释》第二十六条规定,因保证合同纠纷提起的诉讼,债权人向保证人和债务人一并主张权利的,人民法院应当将保证人和债务人列为共同被告。债务人对债权人提起诉讼,债权人提起反诉的,保证人可以作为第三人参加诉讼。连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼,也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。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。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。债权人向人民法院请求行使担保物权时,债务人和担保人应当作为共同被告参加诉讼。但同一债权既有保证又有物的担保的,当事人发生纠纷提起诉讼的,债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加诉讼。法律并未强制要求债务人必须将债务人、保证人、抵押人、出质人列为共同被告一并起诉,而是将选择权交给债权人,人民法院应尊重当事人的约定和选择,不能主动追加债务人没有起诉的其他担保人参加诉讼。

此外,《民法典担保制度解释》第二十一条规定,主合同或者担保合同约定了仲裁条款的,人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。债权人一并起诉债务人和担保人的,应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的,应当根据担保合同确定管辖法院。

32. 独立保函和保证保险的诉讼根据有利于当事人诉讼和有利于法院审理原则决定当事人诉讼主体地位 >>>>>>

《独立保函司法解释》第十九条规定,保函申请人在独立保函欺诈诉讼中仅起诉受益人的,独立保函的开立人、指示人可以作为第三人申请参加,或由人民法院通知其参加。但未就保函法律关系、基础合同关系和申请开立保函关系的诉讼主体问题做出规定,就此可与工程保证保险一道,参考广东省高级人民法院《保证保险纠纷案件指导意见》¹执行:不属于保证法律关系的保证保险法律关系与银行和借款人之间设立的借款关系为两个相互独立的民事法律关系。银行同时向法院起诉借款人和保险公司,要求借款人和保险公司承担还款责任的,受理法院可以根据有利于当事人诉讼和有利于法院审理原则决定分开审理或合并审理。银行仅起诉保险公司的,可将投保人追加为第三人参加诉讼,查清借款事实和投保事实后,正确认定保险公司的民事责任。银行仅起诉借款人的,法院不必追加为借款提供保证保险的保险公司参加诉讼。保证保险合同或保

险公司与银行签订的合作协议性质为保证合同的,依照《担保法》有关规定处理。

《独立保函司法解释》第二十一条和《民事诉讼法》²第二十五条规定,除独立保函载明由其他法院管辖或提交仲裁外,受益人和开立人之间因独立保函而产生的纠纷案件,由开立人住所地或被告住所地人民法院管辖,当事人主张根据基础交易合同争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的,人民法院不予支持。除当事人书面协议由其他法院管辖或提交仲裁外,独立保函欺诈纠纷案件由被请求止付的独立保函的开立人住所地或被告住所地人民法院管辖,当事人主张根据基础交易合同或独立保函的争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的,人民法院不予支持。因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,2014年12月18日最高人民法院审判委员会第1636次会议通过;根据2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定〉等十九件民事诉讼类司法解释的决定》第一次修正;根据2022年3月22日最高人民法院审判委员会第1866次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释〉的决定》第二次修正,该修正自2022年4月10日起施行。]

¹ 《广东省高级人民法院关于审理汽车消费贷款保证保险纠纷案件若干问题的指导意见》,粤高法发〔2006〕19号,2006年06月27日实施,2021年1月1日废止。

² 《中华人民共和国民事诉讼法》,1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过,2007年10月28日第一次修正,2012年8月31日第二次修正,2017年6月27日第三次修正;2021年12月24日第四次修正。

(十二) 担保权人实现担保权益与破产程序衔接

当债务人或担保人进入破产程序时,实现担保权益需要注意以下程序衔接问题。

33. 债务人破产,债权人既可申报债权也可主张担保权利 >>>>>>

《民法典担保制度解释》第二十三条第一款规定,人民法院受理债务人破产案件,债权人在破产程序中申报债权后又向人民法院提起诉讼,请求担保人承担担保责任的,人民法院依法予以支持。

依据《民法典》第六百八十七条第二款、《企业破产法》第七十五条第一款、九十六条第二款、一百零九条、一百三十二条以及《关于审理企业破产案件若干问题的规定》²第七十一条规定,人民法院已经受理债务人破产案件时,一般保证人的先诉抗辩权消灭。对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。担保物及其代位物不属于破产财

产,但债权人放弃优先受偿权的或者优先偿付被担保债权剩余的部分除外;《企业破产法》公布之日前的职工债权优先于担保物权;在重整期间,对担保物享有的担保权暂停行使,但担保物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害债权人权利的,债权人可以向人民法院请求恢复行使担保权;对担保物享有担保权的债权人,自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。

依据《民法典担保制度解释》第二十二条、第二十三条第二、三款、二十四条规定,人民法院受理债务人破产案件后,债权人请求担保人承担担保责任,担保人主张担保债务自人民法院受

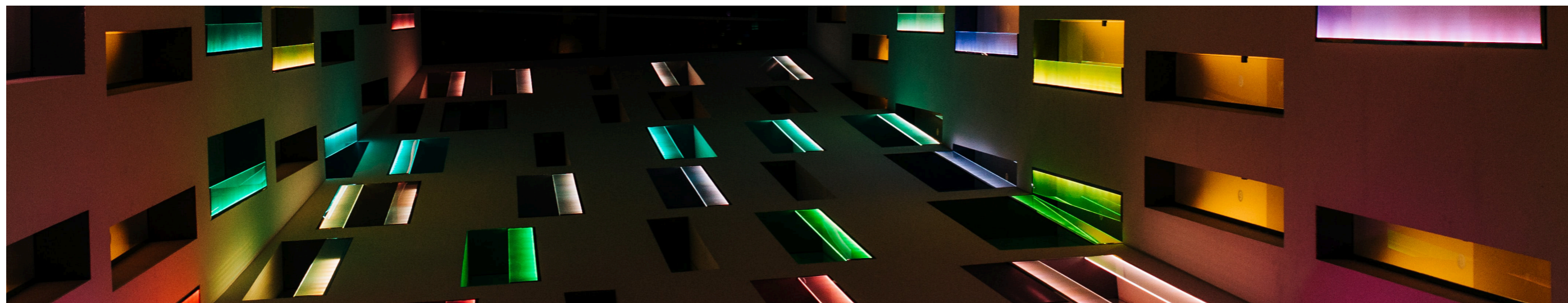
理破产申请之日起停止计息的,人民法院对担保人的主张应予支持。担保人清偿债权人的全部债权后,可以代替债权人在破产程序中受偿;在债权人的债权未获全部清偿前,担保人不得代替债权人在破产程序中受偿,但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分,在其承担担保责任的范围内请求债权人返还。债权人在债务人破产程序中未获全部清偿,请求担保人继续承担担保责任的,人民法院应予支持;担保人承担担保责任后,向和解协议或者重整计划执行完毕后的债务人追偿的,人民法院不予

支持。债权人知道或者应当知道债务人破产,既未申报债权也未通知担保人,致使担保人不能预先行使追偿权的,担保人就该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除担保责任,但是担保人因自身过错未行使追偿权的除外。此外,《企业破产法解释(三)》第五条规定,债务人、保证人均被裁定进入破产程序的,债权人有权向债务人、保证人分别申报债权。债权人向债务人、保证人均申报全部债权的,从一方破产程序中获得清偿后,其对另一方的债权额不作调整,但债权人的受偿额不得超出其债权总额,保证人履行保证责任后不再享有求偿权。

34. 保证人破产,债权人有权申报保证债权,保证债权在保证人破产申请受理时视为到期

《企业破产法解释(三)》第四条规定,保证人被裁定进入破产程序的,债权人有权申报其对保证人的保证债权。主债务未到期的,保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的,人民法院不予支持,但债权人在一般保证人破产程序

中的分配额应予提存,待一般保证人应承担的保证责任确定后再按照破产清偿比例予以分配。保证人被确定应当承担保证责任的,保证人的管理人可以就保证人实际承担的清偿额向主债务人或其他债务人行使求偿权。



¹ 《中华人民共和国企业破产法》, 2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过, 2007年6月1日起施行。

² 《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》, 法释〔2002〕23号, 2002年7月18日最高人民法院审判委员会第1232次会议通过, 2002年9月1日起施行。

¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》, 2019年2月25日最高人民法院审判委员会第1762次会议通过, 根据2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复〉等二十九件商事类司法解释的决定》修正。

(十三) 担保权人实现共同担保权益的顺序和责任范围

同一债权存在两个以上担保的,为共同担保。包括同一债权有两个以上保证人的共同保证、同一债权有两个以上担保物权人的共同物保,以及同一债权既有保证又有物的担保的混合担保。

35. 共同保证人或共同物保人应按约定的担保份额承担担保责任,未约定的,债权人可请求任一担保人在其担保范围内承担保证责任 >>>>>>

《担保法》¹第十二条和《担保法司法解释》第七十五条第二款规定,同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。同一债权有两个以上抵押人的,当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的,抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。但《民法典》第六百九十九条和《民法典担保制度解释》第二十条规定,共同保证或共同物保的担保人应当按照担保合同约定的担保份额,承担担保责任;

没有约定担保份额的,债权人可以请求任何一个担保人在其担保范围内承担担保责任。强调共同保证人或共同物保人仅“在其担保范围内承担担保责任”,而不能突破合同相对原则,要求共同保证人或共同物保人超出其担保范围承担全部担保责任。作为担保的独立保函和保证保险也应参照以上规定执行。例如,北京市高级人民法院《审理保险纠纷案件指导意见(试行)》²和济南市中级人民法院《保证保险合同纠纷解析》³都指出,同一合同债务既投保保证保险,又设定连带责任保证的,保险人不享有先诉抗辩权,当事人另有约定的除外。

36. 混合担保无约定或者约定不明的,债务人自己提供物的担保的,债权人应先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可就物的担保实现债权,也可请求保证人承担保证责任 >>>>>>

《担保法》第二十八条第一款规定,混合担保的债权人应首先实现担保物权,然后才能就未能清偿的债权向保证人主张权利。但《民法典》第三百九十二条规定,混合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,债权人可就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。

¹ 《中华人民共和国担保法》,1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过,1995年10月1日起施行,2021年1月1日废止。]

² 济南市中级人民法院,《关于保险合同纠纷案件94个法律适用疑难问题解析》,2018年7月27日起实施。]

(十四) 担保人的抗辩

担保人的抗辩权,是指债权人实现工程担保权益时,担保人根据法定或约定事由,对抗债权人行使请求权的权利。主要包括合同未生效、合同无效、合同已终止、债权已过诉讼时效、抵销权、撤销权、同时履行抗辩、不安抗辩、先履行抗辩、预期违约。

37. 除可基于担保合同主张抗辩外,担保人还可以主张债务人对债权人的抗辩 >>>>>>

根据《民法典》第七百零一、七百零二条以及《民法典担保制度解释》第二十条规定,担保人可主张债务人对债权人的抗辩。债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的,担保人可以在相应范围内拒绝承担担保责任。例如,履约《保证保险示范条款》约定,“出现下列任一情形时,保险人不承担赔偿保险金的责任:(一)非因投保人原因,投保人与被保险人订立的《建设工程施工合同》或交易基础不成立、不生效、无效、被撤销或在保险事故发生前被解除的;(二)被保险人知道或应当知道投保人违反《建设工程施工合同》约定或法律法规的规定进行转包或违法分包的;(三)投保人或其雇员与被保险人或其雇员采用欺诈、恶意串通、贿赂或变相贿赂等手段订立

《建设工程施工合同》;(四)投保人或其雇员与被保险人或其雇员恶意串通违反《建设工程施工合同》的约定,损害保险人利益的;(五)被保险人未履行《建设工程施工合同》中约定义务的;(六)未经保险人书面同意,投保人与被保险人变更《建设工程施工合同》的;(七)不可归责于投保人的情形。”债务人放弃抗辩的,担保人仍有权向债权人主张抗辩。担保人放弃债务人抗辩权的,如果是经债务人同意后放弃,担保人承担保证责任清偿债务后,仍对债务人享有追偿权;如果是未经债务人同意擅自放弃,若债务人抗辩权在法律上是成立的,担保人承担保证责任清偿债务后,在其过错范围内对债务人不再享有追偿权。

38. 除存有欺诈情形外,独立保函开立人仅能基于保函主张抗辩 >>>>>>

受益人索兑独立保函时,开立人当然可基于保函关系主张抗辩。例如,《依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件指导意见(三)》¹第九条规定,“在审理独立保函纠纷案件时,人民法院应当遵循保函独立性原则与严格相符原则。独立保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》(URDG758)的,人民法院要正确适用该规则第二十六条因不可抗力导致独立保函或者反担保函项下的交单或者付款无

法履行的规定以及相应的展期制度的规定。当事人主张因疫情或者疫情防控措施导致相关营业中断的,人民法院应当依法对是否构成该条规定的不可抗力作出认定,当事人关于不可抗力及其责任另有约定的除外。”但是,基于独立保函的独立性,除《独立保函司法解释》第十二条的欺诈情形外,开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的,人民法院不予支持。

¹ [最高人民法院印发《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(三)》的通知,法发〔2020〕20号,2020年6月8日实施。]

《独立保函司法解释》第十二条规定,具有下列情形之一的,人民法院应当认定构成独立保函欺诈:(一)受益人与保函申请人或其他人串通,虚构基础交易的;(二)受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的;(三)法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的;(四)受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的;(五)受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。(2017)最高法民再 134 号案¹进一步明确,认定构成独立保函欺诈需对基础交易进行审查时,应坚持有限及必要原则,审查范围应限于受益人是否明知基础合同的相对人并不存在基础合同项下的违约事实,以及是否存在受益人明知自己没有付款请求权的事实;受益人在基础合同项下的违约情形,并不影响

其按照独立保函的规定提交单据并进行索款的权利;认定独立反担保函项下是否存在欺诈时,即使独立保函存在欺诈情形,独立保函项下已经善意付款的,人民法院亦不得裁定止付独立反担保函项下款项。也就是说,虽然“债务人、担保人和受益人是独立保函法律关系的三方当事人,三方间的法律关系应视为不可割裂的一个整体”²,但对独立保函欺诈的认定应当限定在担保的“主债权债务特定性”范围内,“应当谨慎审理独立保函欺诈止付案件,严格把握止付条件。”³问题是,法律和司法解释都没有排除独立保函在担保责任方面的从属性,如果受益人索兑金额明显超出了其在基础合同中享有付款请求权,这是否有违诚信和公平原则?开立人兑付独立保函金额后,就超出申请人应当承担的责任范围,开立人向债务人追偿,是否得到人民法院支持?

险人代位求偿权的形式确定保险人对投保人的追偿权,例如,《保证保险示范条款》约定,“发生保险责任范围内的损失,被保险人取得保险赔偿金的同时,应将其对投保人的权益以及根据相关《建设工程招标文件》和《建设工程施工合同》拥有的权益转让给保险人。”而且追偿权是对于担保人承担责任的补偿,即便担保人和债务人未约定,追偿权范围亦应该包括承担责任支付的成本、承担责任之日起的利息以及承担责任而支付的其他必要费用。¹例如,最高人民法院《民法典》担保部分解释(征求意见稿)第三十五条规定,保险人按照保证保险合同的约定向被保险人赔偿保险金后,在赔偿金

额范围内向债务人追偿的,人民法院应予支持。保险人同时请求债务人按保险金支出时一年期贷款市场报价利率计算的保险金占用损失的,人民法院应予支持。保险人请求债务人按照约定支付违约金以及其他费用的,人民法院不予支持。需要注意的是,依据《担保法司法解释》第四十二条规定,人民法院判决担保人承担担保责任或者赔偿责任的,应当在判决书主文中明确担保人享有对债务人的追偿权。判决书中未予明确追偿权的,担保人只能按照承担责任的事实,另行提起诉讼。担保人对债务人行使追偿权的诉讼时效,自担保人向债权人承担责任之日起开始计算。

(十五) 担保人的追偿

工程担保人的追偿,是指担保人承担担保责任或赔偿责任后,依照法律规定或者当事人约定,向债务人、共同担保人或反担保人追偿。

39. 担保人承担责任后,有权在其承担责任的范围内向债务人追偿 >>>>>>

《民法典》第七百条和《民法典担保制度解释》第十八、二十条规定,担保人承担担保责任或者赔偿责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担担保责任或者赔偿责任的范围内向债务人追偿,享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益。同一债权既有债务人自己提供的物的担保,又有第三人提供的

担保,承担了担保责任或者赔偿责任的第三人,主张行使债权人对债务人享有的担保物权的,人民法院应予支持。《独立保函司法解释》第九条规定,开立人依据独立保函付款后向保函申请人追偿的,人民法院应予支持,但受益人提交的单据存在不符点的除外。保证保险通过《保险法》第六十条第一款规定的保

40. 除约定或连带共同担保外,共同担保人之间不享有相互追偿权 >>>>>>

《担保法》第十二条和《担保法司法解释》第二十条第二款、第二十一条、第三十八条第一款及第七十五条规定,除按份共同保证的保证人之间不享有相互追偿权外,连带共同保证、混合担保、共同物保的担保人之间皆享有相互追偿权。但《民法典》第三百九十二条(《物权法》第一百七十六条)、七百条都不再保留共同担保人相互追偿权的规定,而是由《民法典担保制度解释》第十三、十四条规定,共同担保人之间只在以下三种情况下享有相互追偿权:一是同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人之间约定相互追偿及分担份额,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的,人民法院应予支持。二是担保人之间约定承担连带共同担保,或者约定相互追偿但是未约定分担份额的,各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。三是

一债务有两个以上第三人提供担保,担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保,但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的,人民法院应予支持。需要强调的是,共同担保人相互追偿权的范围仅是“承担了担保责任的担保人向债务人不能追偿部分”,这意味着承担了担保责任的担保人应当首先向债务人行使追偿权。此外,同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人受让债权的,人民法院应当认定该行为系承担担保责任,而非真实的债权转让。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的,人民法院不予支持;该担保人请求其他担保人分担相应份额的,依照法律规定或者约定行使相互追偿权。

¹ 东方置业房地产有限公司、安徽省外经建设(集团)有限公司信用证欺诈纠纷案,载《最高人民法院公报》2018年第3期(总第257期)。

² 宁波市中级人民法院关于涉外商事审判若干疑难问题的解答(二),2015年5月19日实施。

³ 《上海法院服务保障进一步扩大金融业对外开放若干意见》,上海市高级人民法院2020年11月23日发布实施。

¹ 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院〈民法典担保制度司法解释〉理解与适用》,人民法院出版社,2021年5月第1版,第214页。

41. 担保人承担责任后,可依据反担保合同约定要求反担保人承担反担保责任 >>>>>>

担保人提供担保的,可以要求债务人或第三人提供反担保。依据《担保法司法解释》第二条规定,反担保人可以是债务人,也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押,也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押,留置一般不能作为反担保方式。

《担保法司法解释》第九条第一款规定,担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后,可以在承担赔偿责任的范围内,要求有过错的反担保人承担赔偿责任。主张反担保合同是担保合同的从合同,担保合同无效,反担保合同亦无效,反担保人不再承担反担保合同的合同责任,而是承担缔约过失责任。但《民法典担保制

度解释》第十九条规定,担保合同无效,承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定,在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的,人民法院应予支持。反担保合同无效的,依照《民法典担保制度解释》第十七条第一款关于“主合同有效而第三人提供的担保合同无效下担保人的赔偿责任”处理。主张反担保的功能在于保障担保人承担担保责任后对债务人追偿权的实现,因此,反担保的主合同是债务人和担保人之间的委托关系或者无因管理关系,而不是债权人和担保人之间的担保合同关系。担保人承担责任后,可依据反担保合同约定要求反担保人承担反担保责任。

(十六) 债务人的救济

工程担保债务人的救济,是指为阻止担保权人实现担保权益,债务人除依据其与担保权人成立的主合同享有的抗辩外,依照法律规定,有权突破合同相对性原则,对担保权人实现担保权益采取的法律救济措施。

42. 债务人可以滥用民事权利为由申请保全 >>>>>>

《民法典》第一百三十二条和《民法典总则编司法解释》第三条第三款规定,民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。构成滥用民事权利的,人民法院应当认定该滥用行为不发生相应的法律效力。滥用民事权利造成损害的,依照民法典侵权责任等有关规定处理。因此,如果担保权人滥用工程担保权利实现担保权益,可能造成债务人损害的,债务人可以根据《民事诉讼法》第一百零三条和《民事诉讼法司法解释》第二百五十二条第三款规定,申请人民法院裁定对担

保权人的财产进行保全、责令担保权人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。案由为“申请诉中财产保全”或“申请诉中行为保全”。人民法院裁定保全应当根据案件的具体情况,决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额。申请人不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,对情况紧急的,必须在四十八小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。如果情况紧急,不立即申请保全将会使债务人合法权益受到难以弥补的损害的,债务人可以根据《民事诉讼法》第一百零

四条和《民事诉讼法司法解释》第二百五十二条第二款规定,在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。案由包括“申请诉前财产保全”、“申请诉前行为保全”或“申请中止支付保函项下款项”。申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。申请诉前财产保全的,应当提供相当于请求保全数额的担保;情况特殊的,人民法院可以酌情处理。申请诉前行为保全的,担保的数额由人民法院根据案件的具体情况决定。人民法院接受申请后,必须在四十八小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的,人民法院应当解除保全。

需要注意的是,《民事诉讼法司法解释》第一百五十七条规定,人民法院对工程保证金可以采

取财产保全措施,但不影响质权人的优先受偿权。因此,《工程建设农民工工资保证金规定》第三十三和《做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻结或者划拨有关工作的通知》¹第四条规定,除法律另有规定外,工资保证金不得因支付为本工程提供劳动的农民工工资之外的原因被查封、冻结或者划拨。人民法院可以依法采取预冻结措施,在工程完工且未拖欠农民工工资,监管部门按规定解除对两类账户监管后,预冻结措施自动转为冻结措施,并可依法划拨剩余资金。《独立保函司法解释》第二十四条第一款规定,对于按照特户管理并移交开立人占有的独立保函开立保证金,人民法院可以采取冻结措施,但不得扣划。保证金账户内的款项丧失开立保证金的功能时,人民法院可以依法采取扣划措施。

43. 申请人可以欺诈为由申请中止支付独立保函项下款项 >>>>>>

《独立保函司法解释》第十三条、第十四条第一款、第十六条规定,独立保函的申请人、开立人或指示人发现有《独立保函司法解释》第十二条规定的欺诈情形的,可以在提起诉讼或申请仲裁前,向开立人住所地或其他对独立保函欺诈纠纷案件具有管辖权的人民法院申请中止支付独立保函项下的款项,也可以在诉讼或仲裁过程中提出申请。案由为“申请中止支付保函项下款项”。人民法院裁定中止支付独立保函项下的款项,必须同时具备下列条件:(一)止付申请人提交的证据材料证明《独立保函司法解释》第十二条情形的存在具有高度可能性;(二)情况紧急,不立即采取止付措施,将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害;(三)止付申请人提供了足以

弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。人民法院受理止付申请后,应当在四十八小时内作出书面裁定。裁定应当列明申请人、被申请人和第三人,并包括初步查明的事实和是否准许止付申请的理由。裁定中止支付的,应当立即执行。止付申请人在止付裁定作出后三十日内未依法提起独立保函欺诈诉讼或申请仲裁的,人民法院应当解除止付裁定。但是,《独立保函司法解释》第十四条第二、三款规定,止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的,人民法院不予支持。开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的,对保障该开立人追偿权的独立保函,人民法院不得裁定止付。

¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》,法释〔2022〕6号,于2021年12月30日由最高人民法院审判委员会第1861次会议通过,自2022年3月1日起施行。]

¹ 《最高人民法院、人力资源社会保障部、中国银保监会关于做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻结或者划拨有关工作的通知》,人社部发〔2020〕93号,2020年12月25日实施。]

(十七) 担保权人的反救济

工程担保的担保权人的反救济，是指当债务人依照法律规定采取法律救济措施时，担保权人依照法律规定享有的抗辩或追究债务人损害责任的权利。

44. 担保人可以依法就债务人救济裁定提出复议或异议 >>>>>

《民事诉讼法》第一百一十一条和《民事诉讼法司法解释》第一百七十一条规定，当事人对保全的裁定不服的，可以自收到裁定书之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。人民法院应当在收到复议申请后十日内审查。裁定正确的，驳回当事人的申请；裁定不当的，变更或者撤销原裁定。《独立保函司法解释》第十七条亦规定，当事人对人民法院就止付申请作出的裁定有异议的，可以在裁定书送达之日起十日内向作出裁定的人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。人民法院应当在收到复议申请后十日内审查，并询问当事人。而《做好防止农民工工资专用账户资金和工资保证金被查封、冻

结或者划拨有关工作的通知》第五、七条规定，当事人、利害关系人(包含账户监管部门)认为人民法院查封、冻结或者划拨行为违法的，银行业金融机构认为人民法院要求其协助执行行为违法的，均可依法向人民法院提出异议，人民法院应当依法处理。银行业金融机构接到人民法院等有权机关对账户资金查封、冻结或者划拨指令时，应当通过人工或系统等方式，向人民法院等有权机关提示该账户性质和《保障农民工工资支付条例》第三十三条规定，并同时相关情况告知账户监管部门，账户监管部门有权提出异议。账户监管部门提出异议的，异议审查期间不得查封、冻结或者划拨两类账户资金。

45. 担保人可以追究债务人的侵权损害赔偿责任 >>>>>

《民法典》第一千一百六十五条、《民事诉讼法》第一百零八条、《独立保函司法解释》第十五条以及《关于因申请诉中财产保全损害责任纠纷管辖问题的批复》¹规定，行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。申请人申请有错误的，被申请人请求保全申请人赔偿的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。案由为侵权责任纠纷下的“因申请财产保全损害责任纠纷”或“因申请行为保全损害责任纠纷”，由做出保全裁定的人民法院管辖。认定申请人申请保全错误的侵权责任，适用过错责任原则，根据一般侵权行为的构成要件进行认定：一是保全申请人是否存在客观和主观过错，二是被申请人是否存在实

际损失，三是错误保全行为与被申请人损失是否存在因果关系。

关于保全申请人是否存在客观和主观过错，(2017)最高法民终 118 号案²认为，申请财产保全错误地赔偿在性质上属于侵权责任。判断申请财产保全是否错误，不仅要看申请保全人的诉讼请求最终是否得到支持，还要看其是否存在故意或重大过失。判断申请保全人是否存在故意或重大过失，要根据其诉讼请求及所依据的事实和理由考察其提起的诉讼是否合理，或者结合申请保全的标的额、对象及方式等考察其申请财产保全是否适当。



[《最高人民法院关于因申请诉中财产保全损害责任纠纷管辖问题的批复》，法释〔2017〕14号，于2017年7月17日由最高人民法院审判委员会第1722次会议通过，自2017年8月10日起施行。]

[青岛中金实业股份有限公司、滨州市中金豪运置业有限责任公司侵权责任纠纷案，载《最高人民法院公报》2018年第10期(总第264期)。]



大成 DENTONS

DENTONS
CHINA

大成律师事务所



微信扫描二维码
关注公众号

地址: 北京市朝阳区朝阳门南大街10号
兆泰国际中心B座 16-21 层

邮编: 100020
总机: +86 10 5813 7799
传真: +86 10 5813 7788
网站: www.dentons.com
邮箱: beijing@dentons.cn