

订立保证合同须防“脱保”风险

□上海瀛东律师事务所 陶树年 孔晓青

在经济往来中,保证担保对促进商业主体融资、保证交易安全发挥着非常重要的作用。

保证担保虽然在各类业务中被频繁使用,但仍有很多商业主体不清楚保证担保在适用过程中,仍然存在各类“脱保”的法律风险。

有“保证”也不保险

有实力雄厚的公司提供担保,是否债权就保险了呢?现实中未必如此。

让我们看这样一则案例:B公司向A公司借款500万元,借期两年,同时由实力雄厚的C公司为该笔债务提供担保,并出具了保证函。

借款期间届满,B公司请求A公司延长还款期间6个月,A公司同意。

6个月后,B公司陷入资不抵债。A公司于是向法院提起诉讼,同时将C公司作为共同被告,要求C公司承担保证责任。

然而法院最终认定,C公司不承担保证责任。

为什么签署了保证函的C不承担保证责任呢?

原来C公司签署的保证函中未约定保证期间。

《担保法》第二十六条规定,未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。六个月内,债权人未要求保证人承担责任的,保证人免除保证责任。

《担保法解释》第三十条规定,债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

结合该案来看,A公司在接受C公司的保证函时,未与C公司约定保证期间,因此,C公司的保证期间为还款期限届满之日起六个月。

虽然A公司与B公司就还款期限做了变更,但是因未经C公司的书面同意,对C公司不发生效力。

A公司在原还款期限届满后六个月内,未向C公司主张过权利,C公司的保证责任已经免除。

由于B公司已资不抵债,A公司500万元能要回来的可能性微乎其微了,因为一时的疏忽,A公司付出了巨大的代价。

“一般”还是“连带”

保证的方式分为一般保证和连带责任保证两种。

债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。

一般保证人享有先诉抗辩权,也就是说,一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,有权拒绝向债权人承担保证责任。

当事人约定保证人和债务人对债务承担连带责任的,为连带责任

保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

那么,如果对保证方式没有约定或者约定不明确,应该如何确定其性质?

对此《担保法》规定,当事人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。

然而《民法典》对此却作出了相反的规定,明年《民法典》施行后,保证方式没有约定或者约定不明确的,将按照一般保证进行认定。

这就要求公司在接受保证时,务必更加注意保证方式的明确,否则,按照一般保证认定将会增加公司债权的风险。

关于保证方式的影响,在(2019)青2802民初420号案件中,孙君向原告张莉莉借款40万元,借条载明担保人为马永强。

法院认定由于未对保证方式作出明确的约定,应视为连带责任保证,判决马永强承担连带责任。

然而《民法典》施行后,这样的情况将会认定为一般保证。

保证期间

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间,不发生中止、中断和延长。

关于保证期间,实践中存在以下四种情形:

情形1:没有约定保证期间。

根据相关规定,当事人之间没有约定保证期间的,保证期间为主债务履行期限届满之日起的六个月。

情形2:有约定且约定有效。

债权人与保证人约定了保证期间,不存在无效事由的,保证期间按照约定。比如,约定保证期间为主债务履行期限届满之日起三年。

情形3:约定早于或等于主债务履行期限届满之日。

约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的,视为没有约定,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

情形4:约定不明。

原《担保法解释》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,保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

但《民法典》对此作出了重大调整,《民法典》规定,约定不明确的,保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

在实践中必须注意,保证期间是有权向保证人主张权利的期间,



资料图片

对债权人来讲非常重要,公司在签订保证合同时,应当对保证期间的约定格外关注。

比如在(2019)冀02民终8403号案件中,法院认为原被告对保证期间约定不明,认定保证人的保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

保证人合法“脱保”

法律明确规定,在一定情形下保证人不再承担保证责任。

在一般保证的情形下,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。

在连带责任保证的情形下,债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的,保证人不再承担保证责任。

因此,在公司经营过程中,一旦主债务的履行期限届满,务必及时主张保证权利。

如果是一般保证的,应在保证期间内向债务人起诉,如果是连带责任保证的,则直接向保证人主张权利即可。

债务的变更

保证人是对特定债务的履行提供担保,因此法律规定了当债务发生变更时,相关权利义务也会发生变化。

在变更主债权债务合同的情形下,债权人和债务人未经保证人书面同意,协商变更主债权债务合同内容,减轻债务的,保证人仍对变更后的债务承担保证责任;加重债务的,保证人对加重的

部分不承担保证责任。

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

债权人转让全部或者部分债权,未通知保证人的,该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定禁止债权转让,债权人未经保证人书面同意转让债权的,保证人对受让人不再承担保证责任。

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,但是债权人和保证人另有约定的除外。

公司在经营过程中,与债务人协商变更相应债务内容的,应当注意征得保证人的书面同意,否则,将可能让保证人“脱保”。

比如在(2020)川3434民初769号案件中,保证人只为被告向原告借款50000元作了保证,原告与被告间另一笔30000元的借款,保证人并不知情,也没有事后进行追认,因此保证人对原告与被告间的这笔30000元借款不承担保证责任。

保证的无效

为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失,损害中小股东利益,《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。

根据该条规定,担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东(大)会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。

法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的,构成越权代表,人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定,区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力:债权人善意的,合同有效;反之,合同无效。

因此,在接受公司作为保证人的保证时,应当对该公司的董事会决议或者股东(大)会决议进行审查,同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定。

比如在(2014)穗中法金民终字第1317号案件中,法院认为:

李华清出借大额款项,理应严格审查担保人提供担保的合法性,应当要求贤成矿业公司在提供担保的同时提交相应的《股东会决议》,且贤成矿业公司作为上市公司,其年度报告及相关经营性文件均为公开性文件,李华清完全可查阅了解。

因此,贤成矿业公司与李华清就涉案借款签订的《保证合同》归于无效,李华清具有审核不严的过错。

最后,让我们总结一下公司在订立和履行保证合同过程中,应当关注哪些点?

简单来说,在订立保证合同时应当关注:

- 1.被保证的主债权的种类、数额;
- 2.债务人履行债务的期限;
- 3.保证的方式、范围和期间;
- 4.公司保证中,对决议内容进行审查,并形成书面证明。

后续履行中应当关注:

- 1.及时在保证期间内主张权利;
- 2.变更主债权债务合同的,及时征得保证人的书面同意;
- 3.转让债权的,及时通知保证人。

公 告

截至2020年6月30日,我支队民警查获实施醉酒驾驶机动车违法行为逾期仍未来接受处理的违法人员共计52人。根据《道路交通安全法》规定,现拟将违法人员和车辆公告在上海法治报(中缝)上刊登相关信息。违法行为人应在15日内接受处理,并缴纳罚款。逾期未缴纳的,将每日按罚款数额的3%加处罚款。处暂扣或吊销机动车驾驶证处罚的,无正当理由逾期未接受处理的,吊销机动车驾驶证。现依法予以公告:自本公告之日起15日内,携带好本人有效身份证件到金钟路251号接受处理,逾期仍未处理的,将承担相应法律后果。

上海市公安局
长宁分局交警支队
2020年9月14日

序号	当事人	车牌
1	崔博宇	京 QY5U99
2	张弛	沪 K58189
3	柴杰	沪 GS8987
4	张乐夫	苏 UJF102
5	王雪光	浙 AP018N
6	赵国峰	无
7	孙家齐	无
8	米庆	沪 CGG116
9	李郁	沪 ABV566
10	杨淳邕	无
11	陈晔	沪 AUT508
12	彭正全	沪 CWE361
13	顾庆生	无
14	刘骏	沪 DP6171
15	相思	沪 CEZ807
16	韩麟	沪 A8H023
17	魏兵	沪 LG6535
18	罗小欣	沪 K99351
19	卢斌	苏 K5A929
20	华天奇	无
21	王立文	沪 B78E82
22	乔明顺	沪 FM3821
23	徐幸	鲁 BB35F2
24	仇宗原	沪 DKP060
25	刘越	无
26	戴超东	沪 B2P010
27	张福弟	沪 CGN831
28	李斌	沪 DBK786
29	平雷红	沪 B39A88
30	苏伟刚	无
31	王福荣	沪 B79M51
32	施洪琰	无
33	李云飞	浙 B185UG
34	孙宝健	沪 JL6095
35	张雷	沪 AAF232
36	张国斌	沪 N66617
37	王海	浙 CEQ819
38	张燮	苏 JNC697
39	王德仓	沪 L98151
40	孙坤	皖 KYC113
41	方临发	沪 A0G329
42	李明文	无
43	李尚泉	鲁 D7115Z
44	蒋太保	京 FW9650
45	付玉平	湘 ED5190
46	马天雷	沪 FY8809
47	黄康	沪 FM1811
48	夏浪	苏 E20L6E
49	向志富	沪 A4L004
50	钟兴才	苏 E326FD
51	陈锐	渝 F2D982
52	李四平	无

遗 失 声 明

上海麒颐企业管理咨询有限公司,遗失营业执照正、副本,统一社会信用代码:91310230MA1JYAAF5L,声明作废,特此公告。

广告热线:

64177374

34160933-315