

【法学研究】

论保证规则的变化*

崔建远

摘要:《中华人民共和国民法典》及其司法解释对于法人的分支机构、职能部门签订的保证合同,视情况分别适用职务代理、狭义的无权代理或表见代理的规定;对于因欺诈、胁迫等手段而成立的保证合同,改无效旧制为可撤销模式;对于越权保证效力的认定,采取结合第504条与《中华人民共和国公司法》第16条第1款、第2款的规定的路径及方法;对于共同保证人相互之间的关系,规定连带负责和享有追偿权;不但承认国际贸易中的独立保证,而且有条件地认可国内贸易中的独立保函;有条件地承认当事人约定的保证期间,放弃了2年的保证期间,在保证期间与诉讼时效的衔接方面放弃了诉讼时效中断和中止的规则,只设置了起算规则;在主债合同变化与保证责任之间的关系方面,大幅度地吸纳了司法解释的规定。关于适用民法典有关担保制度的司法解释一概否认保证合同约定的违约金,失之偏颇,应予修正;在无法识别是债务加入还是保证的前提下适用关于保证的规定,有一定道理。

关键词:保证;从属性;独立性;保证期间;追偿权

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2021)01-0060-13

相较于《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)及其司法解释《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》(以下简称法释[2000]44号)关于保证的规定,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)设计的保证规则具有特色,《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》(以下简称法释[2020]28号)对《民法典》所设保证规则的细化和法律漏洞的填补更彰显了这一点。对这些变化进行梳理和评论,为法律适用和理论完善提供参考性意见,系本文的任务,同时就教于大家。

一、保证人的资格与保证合同的效力

第一,由保证的特性和立法政策决定,有些主体不得充任保证人。例如,《担保法》第8条规定:“国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”法释[2000]44号对此予以承继(第3条前段)。《民

法典》将之固定下来(第683条第1款)。既然《民法典》与此前的法律及司法解释在这方面的理念和规定相一致,本文就不再多言。

第二,《担保法》第9条规定:“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”法释[2000]44号在这方面没有反应。《民法典》对此一方面大部承继,另一方面有所变化。其第683条第2款规定:“以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。”此处的“不得”表明该条款应属禁止性规定,联系《民法典》第153条第1款正文关于“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的规定,可以得出这样的结论:以公益为目的的非营利法人、非法人组织充任保证人的保证合同无效。

法释[2020]28号追随《民法典》,但同时承认以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构等提供的担保有效的两种情形:(1)在购入或以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设

收稿日期:2020-12-26

* 基金项目:国家社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”(19AFX013)。

作者简介:崔建远,男,清华大学法学院教授,博士生导师,中国法学会民法学研究会副会长(北京 100084)。

施和其他公益设施时,出卖人、出租人为担保价款或租金实现而在该公益设施上保留所有权;(2)以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或财产权利设定担保物权(第6条第1款)。同时强调,“登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保,当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的,人民法院不予支持”(第6条第2款)。

所谓《民法典》第683条第2款相较于《担保法》第9条的规定有所变化,体现于明确了非法人组织充任保证人的保证合同无效。《担保法》实施时期,非法人组织不是独立于自然人、法人的第三种民事主体,该法不正面规定非法人组织充任保证人的保证合同无效,符合逻辑。与此有别,《民法典》已经确立非法人组织为第三种民事主体,赋予其完全的权利能力和行为能力,依逻辑得认可其为保证人,却未认可其保证人的资格,令人费解。推测立法考量,可能是顾虑非法人组织的责任财产有限,难保代偿能力。不过,依笔者所见,区分情形而有不同的结论,更为可取:在个案中,非法人组织有能力代主债务人清偿的,不否认非法人组织充任保证人的保证合同的效力;非法人组织无力代主债务人清偿的,才不认可非法人组织充任保证人的保证合同的效力。

在此,有必要指出,全国人大常委会法工委民法室释义《民法典》第683条第2款时,把非法人组织替换为法人的分支机构,进而以法人的分支机构充任保证人的保证合同无效,代换了非法人组织充任保证人的保证合同无效。^①这是误解。因为法人的分支机构不是非法人组织,主要表现为:(1)非法人组织自成一统,“顶天立地”,拥有自己的权力机关和执行机关,其上无更高的团体及其管理层;而法人的分支机构之上有法人。(2)非法人组织有自己的财产(《民法典》第104条);而法人的分支机构无自己的财产,其所辖财产归属于法人。(3)非法人组织须经登记,甚至经有关行政机关批准(《民法典》第103条);而法人的分支机构有的经过登记,有的无须登记。(4)非法人组织存在破产问题,而法人的分支机构不存在破产问题,除非法人破产。(5)非法人组织对外实施法律行为,独立进行,不适用代理规则,除非其特意委托他人代为实施;而法人的分支机构对外实施法律行为,只是以其所归属的法人

的代理人名义表示意思或接受意思表示,必须适用代理制度(《民法典》第74条第2款、第170条)。

第三,统观《担保法》第10条及法释〔2000〕44号第17条、第18条的规定,可知其基本精神为企业法人的分支机构、职能部门以自己名义充任保证人所订立的保证合同无效;但经法人书面授权,以法人的代理人的身份在授权范围内订立保证合同的,合同有效;法人的书面授权范围不明的,法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任;企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的,由企业法人承担民事责任;债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的,因此造成的损失由债权人自行承担;债权人不知道保证人为企业法人的职能部门的,因此造成的损失按照各自的过错程度承担相应的责任。

这些规定没有出现于《民法典》设置的保证合同一章,是否意味着《民法典》否定了它们?对此,不可简单化地理解。与《担保法》制定和颁行时期的理念及态度有别,近些年来,建筑公司的项目部以自己名义签订建设工程施工合同的实例比比皆是,裁判实务均不以此为由否认建设工程施工合同的法律效力,只不过使合同项下的权利义务最终由建筑公司承受。依此逻辑,法人的分支机构、职能部门以自己名义充任保证人的,保证合同也不因此无效,保证责任最终落在法人身上即可。不过,如果绝对地如此行事,就无异于把《民法典》第170条第1款规定的职务代理、第171条规定的狭义的无权代理和第172条规定的表见代理的构成、分工和法律效果弃置一旁,这欠缺正当性。此其一。建设工程施工合同为有偿、双务合同,建设工程位于发包人控制之地,施工的过程和质量均受发包人监督检查,就是说,发包人的权益有一定的保障;承包人施工符合约定的和法定的标准时,发包人依约支付工程款,承包人的权益也可以说有一定的保障。既然如此,从鼓励交易原则出发承认建筑公司的项目部以自己的名义订立的建设工程施工合同有效,问题不大,也符合建设工程承包行业的惯例。与此有别,保证合同为单务合同,保证人对债权人只有代偿债务之责,而不享有取得对价之权,如果认可法人的分支机构、职能部门擅自以其名义订立的保证合同有效,最终由法人实际承受保证责任,则对于法人过于苛刻、十分不合理。如此说来,为了保障无辜的法人的合法权益,

严格贯彻《民法典》关于职务代理、狭义的无权代理和表见代理的规定及其规范意旨,可仅仅承认拥有代理权的法人的分支机构、职能部门以法人名义订立的保证合同的效力,不承认无代理权的法人的分支机构、职能部门订立的保证合同的效力。此其二。同时,法人的分支机构、职能部门毕竟不是独立的民事主体,并非法人认可的缔约主体,在不构成职务代理的情况下,债权人仍与其订立保证合同,具有过错,由此承受一定的负面结果,符合伦理,也是公平的。

二、保证合同因欺诈、胁迫等手段而成立时的法律效力

对于采取欺诈、胁迫等手段订立的合同,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)持绝对无效的立场(第 58 条第 1 款第 3 项、第 2 款),《担保法》在字面上未言采取欺诈、胁迫等手段订立的保证合同无效,所用措辞是于此场合保证人不承担民事责任(第 30 条第 2 项),法释[2000]44 号遵从之(第 40 条)。众所周知,如果保证合同有效,保证人不承担保证责任,违背法理;只有保证合同不复存在,保证人不承担保证责任,方合逻辑。如此,可以说,《担保法》在实质上采取因欺诈、胁迫等手段而成立的保证合同无效的模式。

与上述法律及其司法解释的理念及观点不同,自《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)开始,中国法对于采取欺诈、胁迫等手段订立的合同采取可变更、可撤销的模式。这可能是由于《合同法》分则中欠缺保证合同的缘故,《合同法》没有明文规定因欺诈、胁迫等手段而成立的保证合同是无效还是有效,这给法律解释增加了不小的难度:是适用新法优先于旧法规则,还是适用特别法优先于普通法规则?对此,可能见仁见智,实务中运用的是特别法优先于普通法规则。

《民法典》在总则编规定采取欺诈、胁迫等手段订立的合同可被撤销,在合同编的保证合同一章未设保证合同因欺诈、胁迫等手段而成立发生何种法律效果的规范。在这种背景下,遵循分则有规定时优先适用、分则无规定时适用总则的法律解释和适用规则,有采取欺诈、胁迫等手段订立的保证合同可被撤销的结论。

《民法典》奉行因欺诈、胁迫等手段而成立的保

证合同可以撤销而非绝对无效的模式,优点更多:(1) 欺诈、胁迫他人违心地缔结保证合同、负担保证债务,的确违反诚信、公平等民法基本原则,但其结果影响当事人各方之间的利益分配,基本上不涉及公序良俗。在不涉及公序良俗的情况下责令合同无效,有些矫枉过正。以撤销制度解决采取欺诈、胁迫等手段订立保证合同的不公正问题,把撤销保证合同与否的权利交给保证人,更为机动、灵活和符合实际。并且,视社会危害程度的重轻梯度而依次配置合同无效、合同可撤销、合同生效履行等制度,层次清楚,是非分明。(2) 在复杂的交易安排的场合,保证人虽因受欺诈、胁迫等原因订立了保证合同,但“忍气吞声”,不使此类保证合同无效,可换来另外的法律关系带给自己更大的利益(如取得独占性的经营业务、延期偿还借款的本息、维护各方协作经营的纽带等)的保证人愿意实际履行保证合同。这种结果只有在法律采取可撤销的对策方案时才可变成现实,倘若法律奉行绝对无效的模式,则无法企及。(3) 如果采取因欺诈、胁迫等手段订立的保证合同无效的模式,有时会损害法律的严肃性和权威性。其原因在于,在不少情况下,保证合同存在欺诈、胁迫等原因,只要当事人不披露、不主张保证合同无效,外人难以知晓,在民事诉讼法奉行不告不理原则的背景下,裁判机关在欠缺原告及其诉状的情况下更难径直认定保证合同无效。法律规定无效的保证合同却被实际履行,这容易使人觉得法律规定形同儿戏。

三、越权保证的法律效果

对于越权保证,《担保法》未设规范,法释[2000]44 号第 4 条规定:“董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外,债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。”该规定被人们批评为过于绝对,有以公司内部关系影响公司与第三人之间交易的效力之嫌。

修正后的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 16 条规定,“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定

的,不得超过规定的限额”(第1款),“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议”(第2款)。

解读《公司法》第16条第1款、第2款和《民法典》第504条的规定,可有如下观点:(1)董事会决议、股东会决议、股东大会决议固然属于公司治理的内部文件,按照合同的相对性,不具有径直约束其他人的法律效力,但经由《公司法》第16条第1款、第2款的规定,交易相对人便负有审核公司设立担保是否经过董事会决议、股东会决议或股东大会决议的义务,欠缺此类决议仍设立担保的,交易相对人便有重大过失,即非善意,换言之,同意以公司财产设立担保的董事会决议、股东会决议、股东大会决议成为判断交易相对人有无重大过失的标准。(2)如果未经董事会或者股东会、股东大会决议,公司的股东、董事、实际控制人以公司财产为自己或他人提供担保,或者违反公司章程关于以公司财产提供担保限额的规定,就构成越权担保,于此场合应当适用《民法典》第504条关于“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限外,该代表行为有效,订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力”的规定。就是说,上述担保设立时,作为担保人的公司未向担保权人(债权人)出示关于同意以公司财产向债权人设立担保的董事会决议、股东会决议或股东大会决议的,担保权人(债权人)至少违反了应当知道的注意义务,构成非善意,于此场合,公司有权援用《民法典》第504条的规定,主张自己不受该担保行为约束,不承担该担保责任;在以公司财产设立担保之人向担保权人(债权人)出示上述决议之一的情况下,即使决议不真实,只要担保权人(债权人)以通常方式无法识别决议的真伪,也构成担保权人(债权人)不知道也不应当知道越权担保,那么,公司无权否认该担保行为及其责任,即担保有效的后果由公司承受。(3)这种思路及方案,通盘考量了交易安全和善意、恶意、过错等多项因素,相对合理,得到了《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称法[2019]254号)的承认(第17—19条),法释[2020]28号亦然(第6条)。^②

上述意见为多数说,在最高人民法院组织的多次研讨会上,专家学者大多力倡之,许多法官也持此立场。法[2019]254号采纳了上述意见,于第17条

规定:“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。”

值得赞扬的是,法[2019]254号在坚持以上原则的前提下,又于第19条设置例外:在下述情况下,即使欠缺董事会决议、股东会决议、股东大会决议,也不因此否定保证合同的效力:(1)保证人是以为他人提供担保为主营业务的担保公司,或是开展保函业务的金融机构;(2)保证人为其直接或间接控制的公司开展经营活动而“不得不”向债权人作保;(3)保证人与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系;(4)保证合同已由单独或共同持有公司2/3以上有表决权的股东签字同意,这相当于出示了股东会决议。

法释[2020]28号承继了法[2019]254号的立场及观点,把《公司法》第16条第1款、第2款与《民法典》第504条联系起来适用(第7条第1款),以解决越权担保的法律效力问题。同时,法释[2020]28号接受法[2019]254号第19条所设置的例外,只是在措辞上有些变化,如变法[2019]254号第19条第2项规定的“公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保”为“公司为其全资子公司开展经营活动提供担保”(第8条第1款)。此外,法释[2020]28号新增如下规则:(1)上市公司作为保证人时,只要公开披露担保事项经董事会或股东大会决议通过,相对人据此信息而与该上市公司订立保证合同,人民法院就承认该合同有效(第9条第1款)。(2)上市公司作为保证人时,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,上市公司有权主张担保合同对其不发生效力,有权拒绝承担担保责任或赔偿责任(第9条第2款)。(3)一人有限责任公司为其股东提供担保,公司以不符合《公司法》第16条第2

款的规定为由主张不承担担保责任的,人民法院不予支持(第 10 条前段)。

所有这些例外,均为实践经验的总结和升华,兼顾了多种理念、利益,确属上策,宜与《民法典》设计的保证制度合为一体。

四、共同保证的效力

关于共同保证的效力,《担保法》第 12 条前段和中段规定:“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。”有学者认为,这种连带系保证人之间的连带,而非保证人与主债务人之间的连带,故谓之“保证连带”,以与“连带责任保证”有所区别;既然这种保证中保证人不与主债务人负连带责任,那么其保证债务除具有从属性外,还具有补充性,因此,各保证人对于债权人均有先诉抗辩权。这种观点在以一般保证为典型方式的立法上有理有据,但在《担保法》及其司法解释实施时期未必完全如此。因为《担保法》把一般保证和连带责任保证均视为常态,甚至规定“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”(第 19 条)。该法第 12 条关于共同保证的规定并未排除连带责任保证的适用。法释[2000]44 号规定,在两个以上保证人对同一债务同时或分别提供保证时,各保证人与债权人没有约定保证份额的,应当认定为连带共同保证(第 19 条第 1 款);在连带责任保证的场合,若有数个保证人担保同一债权,其保证债务就无补充性,各保证人对于债权人亦无先诉抗辩权,债权人既可以向债务人主张,也可以请求任何一个保证人承担全部保证责任(第 20 条第 1 款),即债务人和各个共同保证人之间存在连带责任;连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的,人民法院不予支持(第 19 条第 2 款)。

时至今日,走向发生逆转。尽管《民法典》第 699 条设计的共同保证规则与《担保法》第 12 条设置的基本相同,但因《民法典》第 686 条第 2 款明确规定“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任”,与《担保法》第 19 条规定“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”正好相反,故上述“保证连带”与“连带责任保证”相区分的观点便与《民法典》的设计相契合,应被接受。

《担保法》第 12 条后段规定:“已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”法释[2000]44 号第 20 条第 2 款稍作修正:“连带共同保证的保证人承担保证责任后,向债务人不能追偿的部分,由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的,平均分担。”这些规定在《民法典》上不见踪迹,是否意味着它们已被《民法典》废弃?回答应是否定的,因为《民法典》第 699 条特别是其后段的行文含有共同保证人之间负有连带债务之意,既然是连带债务就应适用《民法典》第 519 条第 2 款正文关于“实际承担债务超过自己份额的连带债务人,有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿”的规定。就是说,在《民法典》上,共同保证人之间存在追偿权。

接下来的问题是,在共同保证人约定其对债权人承担连带债务的场合,他们相互之间存在追偿权,符合法理,但无此约定时仍存在追偿权,此根据何在?原来,《民法典》第 518 条第 2 款规定,连带债务的成立除了当事人的约定这种法律事实,还有法律的直接规定这种缘由,由此决定了,即使共同保证人之间未约定对债权人连带负责,也因《民法典》第 699 条后段的规定而成立连带保证债务,从而衍生出追偿权。

法释[2020]28 号把上述精神进一步放大,不但共同保证人之间的关系如上所述,而且在混合共同担保人在同一合同书上签字、盖章或按指印的场合,承担了担保责任的担保人有权就不能向债务人追偿的部分请求其他担保人分担相应的比例(第 13 条第 2 款)。就结果而论,该规定旨在赋予混合共同担保人相互之间享有追偿权;就构成要件而论,该规定遵循混合共同担保人之间存在连带债务的意思表示后才有追偿权的理念,尽管存在拟制的成分——只要混合共同担保人在同一合同书上签字、盖章或按指印,就认定其有连带负责之意。这与法释[2000]44 号第 38 条第 1 款不分混合共同担保人之间有无连带负责的意思表示,一概承认担保人相互之间存在追偿权,具有原则性的差异。

五、独立保证及其效力

《担保法》及法释[2000]44号都奉行严格的担保从属于被担保主债的原则,不承认独立保证的法律效力。不过,国际贸易中运用的诸如“不可撤销的保函”“见索即付的保函”“见单即付的保函”等,独立于主债关系,不因主债的不成立、无效、被撤销等而归于消灭,保证人不享有、无权行使债务人对债权人所拥有的抗辩权,债权人许可债务人转让债务以及债权人和债务人修改主合同不构成保证人不负保证责任的原因,因而被称为独立保证。^③在较长的时期内,最高人民法院区分国内的、国际的两种情形,承认独立保证在对外担保和外国银行、机构对国内机构担保上的效力,对于国内企业、银行之间的独立保证采取否定的态度,不承认当事人对独立保证的约定的法律效力。最高人民法院屡次以判决的形式,否定了独立保证在国内贸易中运用的有效性。^④但生活之树常青,法律终究要反映社会需求。最高人民法院放弃脱离社会关系的旧制,于2016年7月11日由最高人民法院审判委员会第1688次会议通过了《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》(以下称法释[2016]24号)。其中第3条规定:具有下列情形之一,当事人主张保函性质为独立保函的,除去保函未载明据以付款的单据和最高金额的,法律承认其效力:(1)保函载明见索即付;(2)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;(3)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。法[2019]254号于第54条宣明承继之,并且提出:“银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函,以及当事人有关排除担保从属性的约定,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。”这诚为开明、进步的司法解释,可喜可贺!

《民法典》及法释[2020]28号均未设独立保证的条文,可否解读为它们否定了独立保证?答案应是否定的。理由如下:(1)《民法典》在担保物权分编之一般规定的框架下,于第388条第1款正文确立担保的从属性原则之后,随即便有“但是法律另有规定的除外”。该但书表明《民法典》允许其他法律排除担保的从属性,确立独立的担保。例如,《民

法典》第420条规范的最高额抵押权及其合同存在不适用该条第1款后段正文的情形。最高额抵押权所担保的是一定期间内将要连续发生的债权,最高额抵押权并不是从属于其中某个债权的担保物权;从法律行为的层面看,就是最高额抵押合同并不从属于最高额内发生的每一个产生被担保债权的合同,如果某个债权因产生它的合同无效而不复存在,最高额抵押合同和最高额抵押权并不因此归于消灭。^⑤(2)独立保证的存在和运行系客观事实,尤其在中国提倡和捍卫贸易全球化、国际贸易中普遍存在独立保证的大背景下,理性的对策方案应是发挥《民法典》第388条第1款所设但书的作用,不宜限于最高额抵押权一例,而应在单行法中承认独立保证,以满足社会生活的需要。(3)较为普遍地承认独立保证的法释[2016]24号并未因《民法典》的实施而被废止。单从外形观察,司法解释的确不是典型意义上的法律,若机械地理解《民法典》第388条第1款但书所用法律之语,则法释[2016]24号不会位列其中;但从法律系反映并服务于社会生活关系的经济基础与上层建筑之间辩证关系的原理出发,在典型意义上的法律尚未规定独立保证的背景下,不如宽泛地理解《民法典》第388条第1款但书所谓法律,把法释[2016]24号划入其中。(4)综合考量上述几项因素,可取的理念及观点宜为:承认独立保证的有效性,同时严格限定其适用条件。

六、约定担保责任范围的效力

关于担保责任的范围是否限于主债务的数额之内,法释[2000]44号的立场是,“保证人自行履行保证责任时,其实际清偿额大于主债权范围的,保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权”(第43条)。法[2019]254号在承继该基本精神的基础上,更加明确、深化和彻底,“担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务,是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的,如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满,等等,均应当认定大于主债务部分的约定无效,从而使担保责任缩减至主债务的范围”(第55条)。如同接力赛,法释[2020]28号第3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”(第 1 款)、“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”(第 2 款)。

评论以上规定妥当与否时,有必要综合考量以下因素:(1)担保制度旨在保障债权人对于主债务人的债权切实实现,不具有放大该债权范围的规范意旨,无使债权人获得“不当得利”之意。在这层意思上,债权人不应因担保的设立而取得超出该债权正常实现时所获清偿的数额。(2)担保人所负债务,系为主债务人与债权人之间的事务所承受的负担,而非为自己事务所必须为之的给付。由此决定,担保人的负担范围和强度不应超出主债务人的债务范围和强度。(3)担保人实际承担担保责任之后,有权向主债务人追偿,从主债务人的角度看,是自己责任原则的一种迂回体现,同时决定了担保人追偿的范围应限于主债务人自己清偿时的负担总额。(4)担保人与债权人之间形成担保关系,在该关系之内债的相对性起着重要的作用,自己责任原则也不退出舞台,债权人对其不当行为向担保人负责,担保人对其不当行为向债权人负责。(5)债权人、主债务人和担保人虽然牵连紧密,相互之间确有影响,但仍然无法也不应该完全挣脱债的相对性的锁链,不得混淆不同的法律关系。

如果重视以上五点考虑因素,那么,法〔2019〕254 号第 55 条关于“当事人约定的担保责任的范围大于主债务的”,如针对“担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满”等,“均应当认定大于主债务部分的约定无效”的规定,符合法理,值得赞同。但是,法释〔2020〕28 号第 3 条的规定,应予反思,这是没有厘清法律关系、错用担保从属性的表现。稍微展开来说:其一,为确保担保责任的切实履行,对不履行担保责任的行为约定的违约责任条款,诸如违约金条款、违约损害赔偿的计算方法条款,它们不是直接从属于被担保债权合同的,而是从属于担保合同的。抽象地说,后一个从属性不必然与前一个从属性挂钩,究竟挂钩不挂钩,需要结合其他因素,综合考虑,然后下结论。具体到此处,担保

人不履行担保债务构成独立于主债务人违约的一个违约行为,该违约行为给债权人造成独立于主债务人违约所致损失的另外的损失,担保人对其不当行为应当独自承担不利后果。该不利后果包括支付违约金、赔偿损失等形态。就此说来,针对担保人不承担担保责任而约定违约责任,符合逻辑。其二,法释〔2020〕28 号第 3 条第 1 款对担保合同约定的超出债务人应负责任范围的担保责任,不认可其法律效力,未赋予其强制执行效力。不认可法律效力,接近于法定无效。违约责任条款作为合同条款的一种,其有效、生效、无强制执行效力、无效,宜由《民法典》等法律、行政法规来设计,司法解释可否抛开法律、行政法规而创设此类制度,需要深思。至于法定无效,即担保合同约定的担保人所负违约责任的条款无效,在法律未规定特别的无效原因的背景下,其无效应与其他合同条款无效在确定标准上同等对待。在该违约责任条款不存在《民法典》第 146 条第 1 款、第 153 条、第 154 条等条款规定的无效原因的情况下,司法解释不得径直规定《民法典》未设计的无效原因。总之,法释〔2020〕28 号第 3 条第 1 款的规定存在瑕疵。其三,正因为“其一”的法理,担保人在向债权人承担超出债务人应负责任范围的违约责任之后,就超出部分无权向主债务人追偿。这是担保人对自己的行为负责,而非对主债务人的行为承担担保责任的救济措施。一句话,法释〔2020〕28 号第 3 条第 2 款的规定具有正当性,可资赞同。^⑥

七、保证与债务加入之甄别

《民法通则》《合同法》依其文义和立法计划均未设计债务加入,《担保法》及法释〔2000〕44 号的制定和实施也无暇顾及债务加入。但在实务中人们会自觉、不自觉地约定债务加入,特别是有些约定形似债务加入或连带责任保证。由此产生了难题:对实务中的有关约定,究竟是适用连带责任保证的规定,还是按照债务加入处理?各级人民法院都在力图解决这一难题。例如,法〔2019〕254 号第 23 条规定:“法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务,该约定的效力问题,参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。”法释〔2020〕28 号第 12 条规定“法定代表人依据民法典第五百五十二条的规定以公司名义加入债务的,人民法院在认定该行为

的效力时,可以参照本解释关于公司为他人提供担保的有关规则处理”,第36条第2款规定“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”。可从三个方面认识和评价这些倾向于把债务加入的约定按照担保规则处理的司法解释。

首先,债务加入与保证虽有相同的一面,如均为增加了担保债权实现的责任财产的数量,更有不同之点:(1)债务加入没有在债权人与债务人之间的债的关系之外新增一种法律关系,仍旧是一层法律关系,只不过在债务人一侧新增了成员。与此不同,保证担保的场合必然存在被担保的主债关系和保证关系这样两层法律关系。(2)保证债务乃于债务人不履行债务时保证人代债务人履行或承担赔偿责任的债务,系从属债务。而债务加入系债务加入者负担主债务,债权人对债务加入者及原债务人直接发生债的关系,相互之间没有主从关系。^⑦(3)如果债权人与债务加入者无特别约定,则原债务人与债务加入者对债权人连带负责,债务加入者不享有先诉抗辩权。与此有别,一般保证的场合存在先诉抗辩权。(4)债务加入适用债务履行期、债的关系的存续期和诉讼时效的约定、规定,与保证期间无关。与此差异甚大,无论是一般保证还是连带责任保证,都受制于保证期间。若债权人在保证期间内未请求保证人实际承担保证责任,则保证责任消失,不会涉及诉讼时效制度;只有债权人在保证期间内请求保证人实际承担保证责任,才适用诉讼时效的规定(《民法典》第694条)。不难发现,这些区别事关各个当事人的权益,既涉及实体法又关联程序法,是实质性的,不可混淆。因此,法释[2020]28号第36条第2款明确第三人向债权人提供的承诺文件中具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的,以债务加入论,是可取的,值得赞同。

其次,辨析债务加入和保证时所关注的因素可以再扩展些。例如,约定第三人(债务加入者,下同)在履行顺序上后于原债务人的,约定第三人所负债务在特定期间届满时消失的,都作为保证对待;约定排除第三人对原债务人追偿权的,以债务加入论处。另外,原债务具有人身专属性,如某画家为债权人绘画肖像,张三加入该债的关系之中;某名师辅导某中学生数学,李四加入该债的关系内。在此类

关系中不宜按照债务加入对待,因为张三、李四难以实际履行原债务;适用保证规则更为妥当,因为可令张三、李四承担损害赔偿责任。

最后,有些实务中的约定,无论是从约定的字面意思还是观察其他情形,都的确难辨其约定的是债务加入抑或保证。对于此类约定,法释[2020]28号规定按照担保规则处理(第36条第3款),有其合理性。接下来的问题是,是参照一般保证规则还是参照连带责任保证规则?对此,见仁见智,未见共识。如果站在更优惠于债权人的立场,则结论应是参照连带责任保证规则;如果站在更优惠于第三人的立场,则答案应是参照一般保证规则,使第三人有机会行使先诉抗辩权。究竟采取何种立场,在法律及司法解释未设明确的、具体的规则的背景下,关注个案的案情后再定,比较明智。例如,第三人“糊里糊涂”或极不情愿地同意向债权人清偿,就不应加重其负担,参照一般保证规则容易达到这个目的。如果第三人同意向债权人清偿“掺杂”有自己的利益,则参照连带责任保证规则,符合利益衡量的结果。如果不是处理个案,而是设计普遍适用的法律规则,那么,笔者赞同更优惠于第三人,即参照一般保证规则。^⑧

八、以新贷还旧贷与担保(含保证)存续与否

金融机构出于自身利益考虑,时常采取以新贷还旧贷的方式平衡账目,这牵涉到既存的担保是否为新贷的担保。对此,法[2019]254号奉行的立场是:(1)事人之间有约定的,依其约定。(2)当事人之间无约定的,将新贷用于归还旧贷,旧贷因清偿而消灭,为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚未进行涂销登记为由,主张对新贷行使担保物权的,人民法院不予支持(第57条)。法释[2020]28号没有完全承继上述规定,受法释[2000]44号第39条的影响颇大,区分新贷与旧贷的担保人是否同一而有不同的规则:新贷与旧贷系同一担保人,债权人请求担保人承担担保责任的,人民法院应予支持;新贷与旧贷系不同担保人,或者旧贷无担保而新贷有担保,债权人请求新贷的担保人承担担保责任的,人民法院不予支持,但债权人有证据证明担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外(第16条第1款)。物的担保人在登记尚未注销的情形下愿意继

续为新贷提供担保,但在订立新的贷款合同之前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持(第 16 条第 2 款)。

在笔者看来,法[2019]254 号第 57 条的规定符合意思自治原则、担保权为从权利的基本属性,逻辑严谨,利益衡量妥当,值得赞同。法释[2020]28 号第 16 条的规定存在以下问题,需要澄清甚至应予反思:(1)所谓新贷与旧贷系同一担保人,应指担保人已经同意充任新贷的担保人的情形,或是担保人与债权人达成担保新贷的合意,或是担保人已经单方表示担保新贷,或是旧贷合同载有在以新贷还旧贷的场合担保人仍为新贷提供担保。否则,不得谓新贷与旧贷系同一担保人。(2)在此前提下,即担保人确实是新贷的担保人时,担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道且不应当知道为由主张不承担担保责任的,不应得到支持。如果不存在担保人仍为新贷提供担保的意思表示,则担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道且不应当知道为由主张不承担担保责任的,应当得到支持。(3)问题的关键在于,担保人仍为新贷的担保人,取决于设立担保的合同或担保人的单独行为已经有效成立(有时加上登记,有时加上交付),不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实知道还是不知道,不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实应当知道还是不应当知道。法释[2020]28 号第 16 条第 1 款引入担保人知道、应当知道的因素来认定担保人是否承担担保责任,除了增添困惑,似无积极价值。(4)旧贷附有物的担保(包括担保的意思表示加上相应的登记)移至新贷的意思表示和相应的登记已经具备,或者既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,或者就新贷虽无担保的意思表示但既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,只有在这些情况下,法释[2020]28 号第 16 条第 2 款所谓担保人“在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持”才可成立。(5)如果担保登记在外观上显示出旧贷附有担保,新贷没有担保,担保人在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,应当适用或类推适用《民法典》第 414 条第 1 项关于“抵押权

已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序”的规定,新贷的债权人无力对抗其他债权人关于担保物权顺位的主张。就是说,在这点上,法释[2020]28 号第 16 条第 2 款违反《民法典》第 414 条的规定,违反《民法典》第 214 条所示不动产物权的变动自记载于不动产登记簿时发生效力的物权法原则。(6)在担保人和贷款债权人之间,旧贷附有的担保是否移至新贷,取决于有无此种意思表示:若有,即使新贷的担保登记没有办理,新贷债权人也可以请求担保人办理;若无,即使新贷的担保登记已经办理,只要担保人不承认为新贷担保,其也有权请求注销担保登记。法释[2020]28 号第 16 条忽略了这些规则及理论,应予反思。(7)据说,法释[2000]44 号第 39 条和法释[2020]28 号第 16 条的设计出发点是:从担保登记的外观上往往识别不出被担保债权是旧贷还是新贷,无须变更登记即认定新贷附有担保(旧贷附有的担保移至此债上)可节约成本;特别是,若强求新贷的担保必须重新办理登记,就会出现担保人乘旧贷担保登记注销之际以该担保财产为其他债权人办理担保登记,使新贷债权人的担保权顺位在后,遭受损失。为避免这种局面出现,特设法释[2000]44 号第 39 条和法释[2020]28 号第 16 条。其实,新贷债权人令担保人出具不为其他债权人设立顺位在先的担保权的承诺书,并将之提供给登记机构,附在登记簿的相应簿页,或者采取其他措施,也能达到目的。这样,既维护物权法的基本制度及原理,又合理保护新贷债权人的权益,何乐而不为?就是说,法释[2000]44 号第 39 条和法释[2020]28 号第 16 条未采上策。

九、保证期间规则及其相关规则

保证期间在保证制度中处于十分重要的地位,引起法律及司法解释的关注为自然之事,只是不同时期的规则不同。下文对此予以梳理和评论。

1. 保证期间的长短

《担保法》对于保证期间的长短,不分一般保证和连带责任保证,采取的规则是:当事人有约定时,依其约定;无约定时,保证期间自主债务履行期届满之日起 6 个月(第 25 条第 1 款、第 26 条第 1 款)。《担保法》未设当事人约定不明时如何确定保证期间的规范。

法释[2000]44 号在不区分一般保证和连带责

任保证而确定保证期间、当事人对保证期间有约定时依其约定这两点上与《担保法》一致,但在其他方面设有独特的规则,其中有的是填补《担保法》的漏洞。举其要者如下:(1)区分当事人未约定和约定不明。当事人未约定保证期间的,保证期间自主债务履行期届满之日起6个月;约定的保证期间早于或等于主债务履行期的,视为没有约定,适用6个月保证期间的规则(第32条第1款)。(2)当事人对保证期间约定不明的,保证期间为主债务履行期届满之日起2年;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,适用2年保证期间的规则(第32条第2款)。这实际上修改了《担保法》。之所以增设2年的保证期间,是因为当事人不约定保证期间,表明债权人对其债权的实现与保障漠不关心,无受优惠保护的必要,故给其6个月的期间使其可以请求保证人承担保证责任,已经“宽宏大量”;而保证合同载有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,表明债权人关注其债权的实现与保障,设法使自己有足够的时间请求保证人承担保证责任,尽量避免因保证期间届满而无权请求保证人承担保证责任,法律对于如此勤勉尽责的债权人应当给予优惠保护,故给其2年的期间,使其可以请求保证人承担保证责任。(3)当事人对主债务履行期没有约定或约定不明的,保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算(第33条),为6个月。(4)最高额保证合同对保证期间没有约定或约定不明,但保证人清偿债务的期限明确的,保证期间为清偿期限届满之日起6个月;保证人清偿债务的期限不明确的,保证期间自最高额保证终止之日或债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起6个月(第37条)。

《民法典》对于上述规则有吸纳也有放弃,主要表现在四个方面:(1)允许当事人约定保证期间,但约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的,视为没有约定(第692条第2款前段但书)。(2)当事人对保证期间没有约定或约定不明确的,保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月(第692条第2款后段),一般保证、连带责任保证都是如此。(3)放弃了2年的保证期间规则。(4)债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或约定不明确的,适用《民法典》第511条第4项

关于债权人催告确定履行期的规定,主债务的履行期为宽限期届满之日。保证期间自该日即宽限期届满之日起计算(第692条第3款),为6个月(第692条第2款后段)。

法释[2020]28号没有重述《民法典》的上述规定,意味着接受、维护之。对最高额保证的保证期间于第30条规定:最高额保证合同对保证期间有约定的,依其约定;没有约定或约定不明的,应当根据债权确定时被担保债权的履行期是否已经届满来确定最高额保证的保证期间:(1)最高额担保的全部债权均已届期的,保证期间为债权确定之日起6个月;(2)最高额担保的多笔债权尚未届期的,保证期间为最后届期的一笔债权的履行期届满之日起6个月;(3)仅一笔债权尚未届期的,保证期间为该笔债权届期之日起6个月。这明显优越于法释[2000]44号第37条的规定。

2. 保证期间的法律性质

《担保法》没有言明保证期间的性质,法释[2000]44号第31条规定“保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果”,《民法典》对此予以固定(第692条第1款)。如何认识这些规定?笔者曾从保证期间允许当事人约定、消灭债权及其有关的从权利和从义务、与诉讼时效相衔接、起算点特殊四个方面论证了保证期间非属除斥期间,而为失权期间。^⑨

3. 保证期间届满的法律后果

债权人未于保证期间内请求保证人承担保证责任的,保证责任消失,保证人不再承担保证责任。几部法律及司法解释在这点上是一致的,但在债权人请求的形式方面不尽相同。在一般保证的场合,《担保法》要求债权人采取对主债务人提起诉讼或申请仲裁的方式(第25条第2款);在连带责任保证的场合,《担保法》没有强求债权人对保证人采取提起诉讼或申请仲裁的方式(第26条第2款)。《民法典》承继了这些规则(第693条)。法释[2020]28号一方面特别强调,一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁,仅对保证人提起诉讼或申请仲裁的,人民法院应当驳回起诉(第26条第1款);另一方面又变通规定,一般保证的债权人取得对债务人赋予强制执行效力的公证债权文书后,在保证期间内向人民法院申请强制执行,保证人以债权人未在保证期间内对债务人提

起诉讼或申请仲裁为由主张不承担保证责任的,人民法院不予支持(第 27 条)。

4. 保证期间与诉讼时效的衔接

关于保证期间与诉讼时效的衔接,若为一般保证,《担保法》规定“债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保证期间适用诉讼时效中断的规定”(第 25 条第 2 款后段);若为连带责任保证,《担保法》未予表态。

《担保法》第 25 条第 2 款后段的规定存在瑕疵,如诉讼时效期间尚未起算,何谈中断?法释[2000]44 号意识到了这一问题,试图修正之,设置第 34 条第 1 款予以补救:“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,从判决或者仲裁裁决生效之日起,开始计算保证合同的诉讼时效。”但是,这又引出新的缺陷,如不符合诉讼时效期间起算的规则,与法释[2000]44 号第 125 条后段的规定不一致,走到了另外的方向,与法释[2000]44 号第 36 条第 1 款前段的规定相抵触。^⑩

《民法典》为避免上述问题,改弦易辙,于第 694 条规定,“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”(第 1 款),“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”(第 2 款)。

所谓“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”,就是保证人抗辩不实际承担保证责任的事由消失之日,也就是保证人有义务实际承担保证责任之日。有义务承担意味着,只要承担期(履行期)没有届满,只要保证人没有明示拒绝承担或以其行为表明届时不实际承担,就不构成违约,即未侵害债权人的债权。依《民法典》第 188 条第 2 款前段关于“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”的规定,此时尚不应起算保证债务的诉讼时效期间。只有到了保证人有义务承担保证责任却不承担保证责任即违约之时,或曰侵害债权人的债权之时,才满足《民法典》第 188 条第 2 款前段规定的起算诉讼时效期间的要件。可见《民法典》第 694 条第 1 款关于“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”的规定,不符合《民法典》设计的诉讼时效期间起算的基本要求且无需要特殊对待的理由,存在瑕疵。

所谓“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”,意思是债权人积极行使其权利时便起算诉讼时效期间。这背离了诉讼时效制度旨在使躺在权利上睡眠者承受不利后果,反射地保护积极行使权利之人,从而促使权利人积极行使其权利的初衷。可见,《民法典》第 694 条第 2 款的规定与诉讼时效制度的本质相抵触,应予以修正。合理的设计应当是,“从保证人拒绝实际承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效”。

十、主债合同的变化与保证责任

1. 主债合同变更与保证责任

《担保法》第 24 条规定:“债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。”法释[2000]44 号感觉这过于单调,忽略细节,有的权衡不当,于是综合考量有关因素,设计出如下规则:(1)主债合同的履行期变更未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或法律规定的期间(第 30 条第 2 款)。(2)除“(1)”而外,主债合同变更未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务,保证人对加重的部分不承担保证责任(第 30 条第 1 款)。(3)债权人与债务人协议变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人仍应当承担保证责任(第 30 条第 3 款)。

《民法典》第 695 条第 1 款吸纳了法释[2000]44 号第 30 条第 1 款、第 2 款的精神,合情合理,值得赞同;但第 695 条第 2 款关于“债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限,未经保证人书面同意的,保证期间不受影响”的规定却考量不周。合理的设计宜区分情形,从不损害保证人权益的利益衡量出发,得出如下结论:(1)保证期间不受影响的情形包括,保证期间的长短,保证期间不发生中止、中断和延长的属性,保证合同已经明确约定保证期间(包括起算点)等。(2)保证期间要受影响的情形是,在保证合同未约定保证期间或约定不明确的情

况下,如果主债的履行期后延,则在主债务人的责任财产状况恶化时,保证人实际承担保证责任的可能性增大。于此场合,笔者认为,应依主债的原履行期为确定保证期间的起算点。如果主债的履行期提前,意味着保证人实际承担保证责任的起算点提前,从而牺牲了保证人的期限利益。

2. 主债权转让与保证责任

《担保法》第22条规定:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。”法释[2000]44号第28条前段重申《担保法》第22条前段的规定,将该条后段细化为“但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的,保证人不再承担保证责任”。《民法典》在这方面作出重大修改,于第696条规定,“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”(第1款),“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”(第2款)。

有必要提醒,适用《民法典》第696条的规定,不应忘记其第547条第1款关于“债权人转让债权的,受让人取得与债权有关的从权利,但是该从权利专属于债权人自身的除外”的规定。

3. 主债务转让与保证责任

《担保法》第23条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。”法释[2000]44号第29条重申该条规定,同时增设“但是,保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任”。《民法典》第697条第1款采纳该条规定,同时增设第2款“第三人加入债务的,保证人的保证责任不受影响”。

4. 主债合同解除与保证责任

主债合同解除,不应适用《民法典》第559条正文关于“债权债务终止时,债权的从权利同时消灭”的规则,免去保证人的保证责任;而应适用该条“但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的但书。所谓“法律另有规定”,即《民法典》第566条第3款关于“主合同解除后,担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任,但是担保合同另有约定的除外”的规定。

十一、保证人的追偿权

保证人的追偿权,又称保证人的求偿权,是指保证人在承担保证责任后可以向主债务人请求偿还的权利。保证人承担保证责任,对债权人与保证人之间的关系来说,形式上属于清偿自己的债务,但对主债务人和保证人之间的关系而言,实质上仍然属于清偿他人(主债务人)的债务。于是,自然有保证人承担保证责任后有权向债务人追偿(《民法典》第700条)的必要。

保证人的追偿权的成立,需要具备以下要件:(1)必须是保证人已经对债权人承担保证责任。包括保证人代债务人向债权人为主债关系中给付义务的清偿,或向债权人承担损害赔偿责任,向债权人代物清偿或以物抵债,或抵销,或提存。^①保证人的追偿,必须限于自己有所给付,致使有偿地消灭主债务人对债权人的责任。假如保证人自己毫无给付,仅因其尽力使主债务消灭,如说服债权人,使债权人免除主债务人的债务,则其不得向主债务人追偿。^②(2)必须使主债务人对债权人因保证而免责。如果主债务人的免责不是由保证人承担保证责任的行为引起的,保证人就没有追偿权。再者,在保证人的给付额高于主债务人的免责额时,如以价值超过主债务数额之物抵债或代物清偿时,保证人只能就免责额追偿;在保证人的给付额低于主债务人的免责额时,保证人只能就给付额追偿。^③(3)必须是保证人没有赠与的意思。这是保证人的追偿权的消极要件,保证人在行使追偿权时不必就此举证。

如果保证人系基于主债务人的委托而产生,那么保证人和主债务人之间的关系属于委托合同关系,应适用《民法典》第919—936条关于委托合同的规定处理。如果保证人和主债务人之间为无因管理关系,保证人承担保证责任符合法律规定、社会常理及主债务人的正确意见,那么保证人就此支付的本金、利息和必要费用可请求主债务人偿还,如有损害还可请求赔偿(《民法典》第979条第1款)。

在此有必要指出,有专家学者认为,在混合共同担保的情况下,《民法典》第700条承认了实际承担保证责任的保证人有权向其他物的担保人追偿。在笔者看来,这不符合《民法典》第700条的文义和规范意旨,忽略了被担保债权因保证责任的实际承担而归于消灭时其他担保债务也归于消灭的基本属

性,误将代位权混为追偿权,是不成立的。对此,笔者将另撰文章讨论,此处不赘述。

十二、余论

《民法典》一改当事人对保证方式没有约定或约定不明时以连带责任保证论处、按照一般保证确定(第 686 条第 2 款),与国际上通行的规则接轨;债务人放弃抗辩的,保证人仍有权向债权人主张抗辩(第 701 条后段);保证人可以在债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的相应范围内拒绝承担保证责任(第 702 条)。这些规定的积极意义是将来思考的题目,本文不再多言。

注释

①参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社,2020 年,第 487—488 页。②较为详细的分析,参见崔建远:《论外观主义运用的边界》,《清华法学》2019 年第 5 期。③④参见曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解

释》,中国法制出版社,2001 年,第 22—23、27 页。⑤参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社,2020 年,第 458 页;崔建远:《中国民法典释评·物权编》(下卷),中国人民大学出版社,2020 年,第 322 页。⑥2020 年 11 月 28 日,在“担保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保制度的解释(征求意见稿)”研讨会上,华东政法大学副教授姚明斌博士指出,规定违约金条款无效,没有法律依据,承认违约金条款的效力但不允许担保人就此项付出向主债务人追偿,更为合理。姚博士的这一观点值得赞同。⑦参见孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社,2006 年,第 814 页。⑧2020 年 11 月 28 日,在“担保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保制度的解释(征求意见稿)”研讨会上,国家法官学院教授吴光荣博士主张参照一般保证的规则,清华大学法学院副教授龙俊博士则认为应参照连带责任保证的规则,这样更为清晰。这两位博士很有见地。⑨⑩较为详细的阐释,参见崔建远:《合同法》(第 3 版),北京大学出版社,2016 年,第 218、219—223 页。⑪⑫⑬参见刘春堂:《民法债编各论》(下),三民书局,2008 年,第 365、365、365—366 页。

责任编辑:邓林

On the Amendment of Guarantee Rules

Cui Jianyuan

Abstract: According to the *Civil Code of the People's Republic of China* and its judicial interpretation, the guarantee contract signed by the branches and functional departments of a legal person shall be subject to the provisions of duty agency, unauthorized agency or apparent agency in a narrow sense, as the case may be. The guarantee contract established by means of fraud and coercion shall be changed from invalid to revocable Mode. For the determination of the effectiveness of ultra vires guarantee, the path and method of combining Article 504 with the provisions of paragraph 1 and paragraph 2 of Article 16 of the *Company Law of the People's Republic of China* should be followed. For the relationship between the co guarantors, the joint liability and the right of recourse are stipulated. Not only the independent guarantee in international trade is recognized, but also the independent guarantee in domestic trade is conditionally recognized. The guarantee period agreed by the parties are conditionally recognized, the two-year guarantee period is abandoned, in the connection between the guarantee period and the limitation of action, the rules of interruption and suspension of the limitation of action is abandoned, and only the starting rule is set. In terms of the relationship between the change of the principal debt contract and the guaranty liability, the provisions of judicial interpretation are greatly absorbed. The judicial interpretation on the application of the guarantee system in the Civil Code denies the liquidated damages stipulated in the guarantee contract, which is biased and should be amended. It is reasonable to apply the provisions on guarantee on the premise that it is impossible to identify whether it is debt or guarantee.

Key words: guarantee; subordination; independence; guarantee period; recourse