

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 1021

## 试论《合同法》对我国传统保证制度的影响

杨 奇

民法学研究的保证涉及三方的利益: 债权人、债务人与保证人, 保证制度的调整范围不仅包括债权人与保证人之间的法律关系, 还包括保证人与债务人之间的法律关系, 因此, 寻求保证在民法体系中的准确定位并非易事。法、德、瑞士等国的民法典均将保证作为一个有名合同在合同分论中加以规定, 这产生一个后果, 即保证制度应当遵守合同法的原则。而无论是从地缘政治还是从立法年代看均离我们最近的日本却在其民法典中以“保证债务”的名义规定在债权总论中, 国内不少学者的民法学著述也是在债权总论中以“债的担保”论述保证制度, [1] 《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》) 亦未将保证合同收入编中, 这产生保证是否受《合同法》调整的争议, 这种争议在司法实践中产生现实的冲突。笔者认为, 保证制度首先考虑的是债权人与保证人之间的保证合同关系, 保证合同已成为现代社会中一种典型的有名合同, 保证合同的相对独立性也愈来愈得到彰显, 保证合同的成立、效力、变更、解除必须依靠合同法原理进行调整, 仅仅在债权总论中规定保证的精义是不够的, 提请本届全国人大审议的《民法典草案》将保证合同纳入合同分论中是一个正确的举措, 这产生一个有益的结果: 保证合同的效力受制于合同法的基本原则, 将促使保证的成立与履行走上更加规范有序的道路。保证合同纳入《合同法》调整范围的另一个后果是, 保证的相对独立性更加突出, 债权人与保证人可以在法律不禁止的范围内设定不同于主合同的权利义务关系, 保证人只对保证合同承担合同责任, 而不直接对主合同承担合同责任。

《合同法》作为我国未来民法典中债法编的主体, 是我国近年最重要的立法成果之一, 其先进的立法思想对传统观念造成了极大的冲击, 对我国传统保证制度也必然产生积极而重大的影响。然而由于《合同法》是在《担保法》之后颁行的, 相比《合同法》对我国传统民法的发展与突破, 我国的保证制度显得滞后, 这种滞后产生一些现实的矛盾。例如《担保法》第三十条规定债权人欺诈、胁迫保证人违背真实意思提供的保证无效, 但依照《合同法》规定, 受欺诈、胁迫的当事人不在法定期限内行使撤销权导致合同有效成

立。有同志认为,《担保法》是《合同法》的特别法,特别法优于一般法,前例应当适用《担保法》第三十条的规定。[2]笔者认为,我们这时应当分析立法的目的,在制订《担保法》前,《民法通则》已将一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为确认为无效,故《担保法》第三十条的规定并非是立法者为保证人提供的特别保护;而之后颁行的《合同法》将因欺诈、胁迫而订立的合同确定为可撤销合同,并规定了撤销权的除斥期间,这是新法对旧法的突破,旧法应当服从新法,保证人如果未在法定期限内行使撤销权即应当依其保证承担保证责任。由此可见,将《合同法》的先进立法思想融入保证制度,推动保证制度的发展是摆在我们面前的紧迫的现实任务,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》(下称《解释》)已对解决这一问题采取了一些重要举措,可撤销合同范围的扩张、缔约过失责任、合同解除制度等一系列新原则、新规定在保证制度中的适用,使我国的保证制度更趋合理完善。然而司法实践中,仍有一些未能有效解决的问题需要进一步作出规定,笔者从保证的从属性出发,依合同法原理就主合同的无效、撤销、变更、解除对保证的不同影响尝试逐一分析。

### (一)、主合同无效对保证的影响

在不考虑独立保证的情形下,主合同无效,作为从合同的保证合同必然无效。依我国《担保法》的规定,保证人并不自然免责,而是应当根据其过错承担相应的民事责任,这种民事责任的性质是缔约过失责任。最高人民法院在《解释》第八条规定,“担保人有过错的,担保人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。”司法实践中对这一规定的适用存在极大的困扰,在因主合同无效导致保证合同无效的情形中,保证人会因什么样的过错承担民事责任呢?有人认为,“只有在保证人的过错成为主合同订立的原因之一时,保证人才应承担民事责任。”[3]但是保证合同是一个相对独立的合同,保证人并非主合同的当事人,合同无效的缔约过失责任只及于合同本身的当事人,并不存在保证人为主合同的无效承担缔约过失责任的任何法律依据,无论保证人的行为对主合同的无效起多大作用,该行为的后果亦只能由主合同的当事人负担。我们需要考虑的是保证人对保证合同无效的过错,而在保证合同系因主合同无效而无效的情形下,保证人对保证合同的无效只可能有一个过错,即明知保证合同无效而订立保证合同。保证人的这一过错主要侵犯的是债权人在订立保证合同时对获得有效保证的信赖利益,这产生另一个后果,如果债权人同样明知保证的无效事由,则不存在合法的可期待利益,保证人即无需承担缔约过失责任。

债权人与保证人是否可以约定当主债务无效时,保证人对恢复原状、损害赔偿的义务承担保证责任呢?依法国的保证制度,无效债务的保证不产生任何效力,但是债权人可以与保证人约定,保证人对合同无效产生的恢复原状、损害赔偿义务承担保证责任。笔者认为,此时保证人是对不同于主债务的另一项新债务提供保证,与约定即使主债务消灭仍要继续承担保证责任的独立保证是截然不同的。双方必须对所保证的无效合同产生的债务范围进行确定,因为基于保证的从属性,所保证的主债务必须在订立保证时已经确定或可以确定,否则此项保证约定无效,笔者认为,约定“对合同无效产生的一切责任承担保证

责任”是不合法的，约定“对合同无效产生的责任在XX元范围内承担保证责任”是合法的。

## (二)、主合同被撤销对保证的影响

主合同被撤销则主合同溯及地自始无效，保证合同亦无效，这与主债务无效引起保证无效的情形没有实质区别，因此，对被撤销债务的保证的处理与无效债务的保证处理结果应当相同。

最高人民法院的《解释》第四十一条规定“债务人与保证人共同欺骗债权人订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销，因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连带赔偿责任。”笔者认为，这一解决方法有待商榷。合同被撤销后，当事人承担的亦是缔约过失责任，该责任的发生是基于当事人之间因互相接触与信赖而产生的一种法律上的特殊结合关系，与侵权责任完全不同，[4]故保证人与债务人共同实施欺骗的行为显然不能作为共同侵权而要求保证人与债务人共同赔偿。无论保证人在主合同的订立中起到多大的作用，保证合同的从属性不会发生任何改变，承担缔约过失责任的民事主体只能是合同的当事人，保证人并非主合同的当事人，即使保证人与债务人共同欺诈债权人，保证人亦不应对主合同被撤销承担缔约过失责任，保证人只对保证合同的撤销承担缔约过失责任，这与债务人承担的责任不具有同一性，如何能互负连带责任呢？

有人主张，当保证人与债务人共同欺骗债权人订立主合同与保证合同时，债权人同时取得对主合同和保证合同的撤销权，相比完全因主合同撤销而导致保证合同无效的情形，保证人具有更大的过错，即应承担更重的责任。笔者认为，我国的保证制度从来没有对主合同与保证合同各有各的无效原因而均无效的情形作出专门规定，这绝不是疏忽，立法者的考虑是将其吸收入主合同无效导致保证合同无效的情形中，则因保证人同时具有其他可能直接导致保证合同无效的过错而主张加重保证人责任的观点是没有任何法律依据的。保证人于此情形下承担的过错责任与明知主合同无效而订立保证合同的过错责任是一致的，《解释》第四十一条的规定与《解释》第八条的规定相矛盾。

## (三)、主合同的变更对保证的影响

主合同的变更有二种类型，一是当事人协议变更，二是依法定事由的变更，我国现有的保证制度仅对当事人协议变更主合同的情况作了规定。《担保法》第二十四条规定债权人与债务人未经保证人同意自行协议变更主合同时，保证责任免除。这一规定在司法实践中产生极大的争议，最大的诟病是它极大地削弱了对债权人利益的保护，例如，债权人在情势发生变更时，为了维护自己合法利益而要采取合法的措施对合同进行变更时就必然要面临失去保证人的保证的危险。

考查国外的保证制度可以发现主要有两种做法：美国和加拿大的做法是“债权人和债务人对主合同的任何重大变更如果不利于保证人，并且未经保证人同意，保证人的保证责任即可免除。”[5]法国的做法是，当主债务的变更足以产生债务更新的后果时，例如合

同标的的变更，则旧的债务已经消灭，产生新的债务，因为所保证的债务已经消灭，保证当然消灭。[6]我国最高人民法院对《担保法》第二十四条作了缩小解释，即使是合同必要条款中的数量、价款、币种、利率等的变更也不导致保证的消灭，保证人仍在保证范围内按原债务或变更后减少的债务承担保证责任，履行期限的变更则对保证人不发生效力。

（《解释》第三十条）笔者认为作出这一解释的深层考虑是，只有当合同的重大变更已产生导致债务更新的后果，保证人才得免除保证责任，这里主要指二种情形，主合同标的和标的用途的变更；[7]债权人与债务人对合同的一般性补充与修改不能导致保证人免除保证责任。此时因保证人未同意主合同的变更，则保证人只依据保证的从属性自然享有债务减免的利益，而不承担债务增加的后果。

现行的保证制度未涉及主合同依法定事由变更时对保证的效力影响。主合同当事人依法定事由主张变更主合同，即意味着放弃或丧失了对主合同的撤销权，但并不意味着保证人同样放弃或丧失对保证合同的撤销权，除非保证人在订立保证合同时明知可撤销或变更的法定事由的存在，保证人在得知债权人或债务人依法定事由变更主合同时，亦得以重大误解为由依法行使撤销权，要求撤销保证合同。当保证人放弃或丧失撤销权时，债权人与债务人变更主合同只要不是对合同标的或标的用途的变更，保证人只在原保证责任范围或变更后减轻责任的范围内承担保证责任。在保证合同中对法定撤销权承诺预先放弃的约定应当视为没有作出。

#### （四）、主合同被解除对保证的影响

主合同被解除产生两项义务：恢复原状与损害赔偿。关于主合同被解除的恢复原状义务，有学者认为“恢复原状义务，与合同上的债务无同一性，又不是主债务的从债务，不包含在保证债务范围之内。”[8]笔者赞同这种观点，解除合同的恢复原状义务与合同无效的恢复原状义务同样都是否定了合同之履行行为的效力，基于合同有效履行的保证责任即失去了存在的基础，故保证人对因主合同解除而产生的恢复原状义务不承担保证责任，但债权人与保证人亦可约定对恢复原状责任进行保证。对于因主合同解除而产生的损害赔偿，是否作为保证债务，各国的保证制度有不同的规定。依《瑞士债法典》第四百九十九条的规定，除当事人有明示的约定外，因合同解除成立的损害，保证人不负其责；台湾民法学家史尚宽则认为在台湾民法中，因解除的损害赔偿为基于债务不履行的损害赔偿，除当事人另有约定外，应属于保证范围内。我国《担保法》对此虽未作明确规定，但因为规定了保证责任的范围包括损害赔偿，则合同解除的损害赔偿当然属于保证责任的范围。如果保证范围是明确的，不属于保证范围的损害赔偿债务，保证人不负代为清偿之责，主要有两种情形，一是约定保证范围仅是主合同履行后产生的债权与利息，而主合同在履行之前即被解除；一是合同解除后，债务人自愿对债权人承担的补偿责任。[9]

最高人民法院规定“主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担保证责任。”（《解释》第十条）但是对保证人承担保证责任的范围与条件未作进一步解释，笔者认为，对债务人的恢复原状义务保证人不当再承担保证责任，对于损害赔偿则需区分具体情况分别对待。当解除是双方当事人自行协商或基于事先约定解除权而达成

时，可以参照主合同变更的规定，因为不会涉及对合同标的或标的用途的变更，并且往往是减少合同的债务内容，则保证人应在保证范围或变更后减轻的债务范围内承担保证责任。当解除是基于法定原因时，又要区别对待。因不可抗力而解除主合同，这种风险正是保证人应当承担的，故保证人应继续承担保证责任。因违约而解除合同时，债务人违约则保证人自然在原保证范围的幅度内承担保证责任；债权人违约时，保证人的风险因债权人的行为而增加，保证人无任何过错，保证人应当免责。

通联：江苏省盐城市盐都区人民法院 杨 奇

邮编：224005 电话：0515—8425063

---

[1]参见刘心稳：《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社1996年版；彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社2002年修订第三版，

[2]何志：《担保法审判实务研究》，人民法院出版社2002年版，第74页。

[3]刘言浩：《担保法典型判例研究》，人民法院出版社2002年版，第43页

[4] 马强，《债权法新问题与判解研究》，人民法院出版社2002年版，第66页。

[5]梁书文，单长宗：《中外合同法担保法问题研究》，人民法院出版社1999年版，第214页。

[6] 沈达明：《法国/德国担保法》，中国法制出版社2000年版，第45页。

[7] 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年版，第131-132页。

[8] 徐康平、熊英：《担保法》，人民法院出版社2000年版，第49页。

[9] 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年版，第61页。

---

### 相关文章：

[保证人之追偿权略析](#)

[关于《民法通则》第一百三十三条的几点思考](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)