

保证合同研究

程啸
著



The Contract of
Guarantee

BY CHENG XIAO

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

保证合同研究

程啸
著



The Contract of
Guarantee

BY CHENG XIAO

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

保证合同研究 / 程啸著. —北京:法律出版社, 2006. 9

ISBN 7-5036-6581-5

I. 保… II. 程… III. 担保—经济合同—研究—中国

IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 095599 号

© 法律出版社·中国

保证合同研究

程 啸 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.625 字数 522 千

印次 2006 年 10 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6581-5/D·6298

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

缩 略 语

一、法律、行政法规

- 1.《民法通则》 《中华人民共和国民法通则》
- 2.《合同法》 《中华人民共和国合同法》
- 3.《担保法》 《中华人民共和国担保法》
- 4.《民事诉讼法》 《中华人民共和国民事诉讼法》
- 5.新《公司法》 《中华人民共和国公司法》(2005 年修订)
- 6.旧《公司法》 《中华人民共和国公司法》(1999 年修订)
- 7.《企业破产法试行》 《中华人民共和国企业破产法(试行)》(于 2007 年 6 月 1 日废止)
- 8.《企业破产法》 《中华人民共和国企业破产法》(于 2007 年 6 月 1 日起施行)

二、司法解释

- 1.《担保法解释》 《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》
- 2.《民事诉讼法意见》 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》
- 3.《合同法解释(一)》 《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》
- 4.《保证规定》 《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》
- 5.《破产法意见》 《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的解释》
- 6.《破产法规定》 《关于审理企业破产案件若干问题的规定》
- 7.《民法通则意见》 《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》

目 录

第一章 保证制度概述

第一节 保证的概念、类型与意义/1

一、保证的概念与类型/1

二、保证担保的对象/4

三、保证在债权担保体系中的地位/9

四、保证与其他法律制度的联系与区别/17

第二节 保证担保中的法律关系/21

一、主债务关系/21

二、保证合同关系/33

三、保证人与主债务人之间的法律关系/39

第二章 保证的方式

第一节 一般保证与连带责任保证/42

一、一般保证与连带责任保证的区分/42

二、一般保证与连带责任保证何为基本类型/43

第二节 连带责任保证的问题/47

一、连带责任保证的概念与特征/47

2 保证合同研究

二、连带责任保证与连带债务/50

三、连带责任保证的认定问题/54

第三章 保证合同的成立与生效

第一节 保证合同的订立与成立/59

一、保证合同的订立/59

二、保证合同成立的一般要件/61

三、保证合同成立中的意思表示问题/69

第二节 保证合同的形式/75

一、关于保证合同形式的立法例/75

二、我国法上的保证合同为要式合同/77

三、保证合同的具体形式/79

四、违反法定形式的保证合同的效力/86

第三节 保证合同的生效/87

一、保证合同的一般生效要件/88

二、附条件的保证合同/93

第四章 保证人

第一节 保证人的资格/95

一、保证人的代为清偿债务能力/95

二、未来我国民法典中应如何规定保证人的资格/101

第二节 自然人担任保证人的问题/102

一、自然人必须是完全民事行为能力人/102

二、夫妻关系与保证合同/103

第三节 法人担任保证人的问题/105

一、我国法上法人的概念与类型/105

二、机关法人原则上不得担任保证人/107

三、企业法人担任保证人/113

四、以公益为目的的事业单位法人与社会团体法人不得担任保证人/114

第四节 其他组织担任保证人的问题/120

一、其他组织的界定/120

二、其他组织充任保证人的前提条件/122

第五节 企业法人的分支机构、职能部门担任保证人的问题/123

一、企业法人的分支机构与职能部门的界定/123

二、《担保法》第10条的立法目的/126

三、《担保法》第29条与《担保法解释》第17条的理解适用/130

四、《担保法解释》第18条的理解适用/134

第六节 公司对外提供保证担保的问题/135

一、引子：“中福实业公司担保案”/136

二、如何理解旧《公司法》第60条第3款/140

三、旧《公司法》第60条第3款的立法理由/146

四、对旧《公司法》第60条第3款合理性的讨论/148

五、新《公司法》关于公司对外担保的规定/154

六、《担保法解释》第4条的适用问题/158

第五章 保证合同的无效与可撤销

第一节 主合同的无效而使保证合同无效/161

一、主合同无效的原因与法律后果/161

二、主合同无效导致保证合同无效时保证人承担责任的条件/162

三、主合同无效导致保证合同无效时保证人过错责任的性质/164

四、如何认定保证人对于保证合同无效的过错/170

五、主合同无效导致保证合同无效时保证人的赔偿范围及最高限额/176

六、主合同无效导致保证合同无效时保证人的追偿权及行使程序/180

七、主合同部分无效对保证人的保证责任的影响/182

第二节 主合同被撤销而使保证合同无效/183

一、可撤销合同概述/183

二、主合同被撤销对保证人保证责任的影响/184

三、如何理解《担保法解释》第41条/185

4 保证合同研究

第三节 保证合同因自身原因而无效/186

一、一方以欺诈、胁迫的手段订立保证合同而损害国家利益/187

二、损害社会公共利益的保证合同/189

三、违反法律、行政法规的强制性规定的保证合同/190

四、保证合同无效的法律后果/193

第四节 可撤销的保证合同/201

一、因欺诈而订立的保证合同/202

二、因胁迫而订立的保证合同/207

第六章 保证人的义务

第一节 保证债务的属性/211

一、保证债务的从属性/212

二、保证债务的补充性/222

三、保证债务的从属性之例外/223

第二节 保证债务的形态与范围/226

一、保证债务的形态/226

二、保证债务的范围/227

第七章 保证人的权利

第一节 保证人针对债权人的权利/237

一、保证人能够主张的主债务人的权利/238

二、保证人基于保证债务的补充性而享有的权利/248

三、保证人作为普通债务人而自身固有的权利/251

四、保证人权利的强制性原则/251

第二节 保证人针对主债务人的权利/252

一、保证人的追偿权与代位权/253

二、保证责任除去请求权与预先追偿权/259

第三节 保证人的先诉抗辩权/262

一、先诉抗辩权之概述/262

二、先诉抗辩权的性质与行使要件/266

三、先诉抗辩权的行使方式与法律效果/269

四、先诉抗辩权的约定消灭事由/273

五、先诉抗辩权的法定消灭事由/275

六、《担保法解释》第24条的理解与评析/283

第四节 保证人的追偿权/285

一、追偿权的概念、性质与诉讼时效/285

二、追偿权的成立条件/287

三、追偿权的范围/290

四、追偿权的行使/294

五、保证人的追偿权与反担保/297

六、相关问题/304

第五节 保证人的代位权/307

一、保证人代位权的性质与范围/307

二、代位权的效力/310

三、保证人追偿权与代位权的区别及意义/312

第八章 主合同的解除、变更与保证责任

第一节 主合同的解除与保证责任/326

一、合同解除概述/326

二、主合同的法定解除对保证责任的影响/327

三、主合同的约定解除对保证责任的影响/334

第二节 主合同变更与保证责任/334

一、合同变更概述/334

二、关于主合同变更对保证责任发生何种影响的法律规则的演变/337

三、主合同当事人对数量、价款、币种、利率等内容的变更/340

四、主合同当事人对主合同履行期限的变更/344

五、《担保法解释》第30条第3款的理解与适用/350

第九章 债的移转与保证责任

第一节 债权转让与保证责任/352

一、债权转让概述/352

二、债权转让对保证责任的影响/356

三、部分债权转让对保证责任的影响/357

四、债权转让是否需要通知保证人/358

第二节 债务承担与保证责任/359

一、债务承担概述/359

二、债务承担对保证责任的影响/361

三、部分债务转让对保证责任的影响/365

四、是否存在保证人对免责债务承担的追认/366

五、不真正第三人利益合同与保证责任/366

六、并存的债务承担与保证合同的区别/370

第三节 债权债务的概括移转与保证责任/376

一、概述/376

二、意定的债权债务概括移转对保证责任的影响/379

三、法定的债权债务的概括移转对保证责任的影响/380

第四节 企业改制与保证责任/387

一、国有企业改制概述/387

二、企业整体改建为公司时的债务承担及保证责任问题/388

三、企业部分改建为公司时的债务承担及保证责任问题/340

四、企业股份合作制改造与保证责任/413

五、企业兼并与保证责任/416

六、企业出售与保证责任/418

七、主债务人的资产被无偿划拨给他人时对保证责任的影响/422

第十章 破产与保证责任

第一节 主债务人破产与保证责任/424

- 一、保证人有权以追偿权作为破产债权加以申报/424
- 二、保证人预先追偿权的概念与特征/427
- 三、保证人预先追偿权的成立条件/428
- 四、保证人预先追偿权的行使时间与范围/432
- 五、债权人破产债权中未受清偿部分的利息是否纳入保证担保的范围/435
- 六、债务人破产时债权人对保证人的通知义务/436
- 七、债权人能否既申报债权又要求保证人履行保证责任/440
- 八、《担保法解释》第44条第2款的适用问题/442
- 第二节 保证人破产与保证责任/444
 - 一、保证人破产不免除其保证责任/444
 - 二、一般保证人破产时是否丧失先诉抗辩权/445
 - 三、主债务履行期限届满前保证人破产的债权人能否申报破产债权/448
 - 四、保证人破产时债权人申报破产债权的有关问题/451
 - 五、债务人与保证人同时或先后破产时债权的申报问题/458
- 第三节 债权人破产与保证责任/460
 - 一、债权人破产与一般保证的保证期间、诉讼时效/461
 - 二、债权人破产与连带责任保证的保证期间、诉讼时效/462

第十一章 以贷还贷与保证责任

- 第一节 以贷还贷对保证责任的影响/464
 - 一、以贷还贷的概念、性质及效力/464
 - 二、以贷还贷对保证责任的影响/468
- 第二节 司法实践中的若干问题/474
 - 一、如何认定主合同当事人从事以贷还贷的行为/474
 - 二、如何认定保证人知道或者应当知道以贷还贷情形的存在/484
 - 三、如何认定新贷与旧贷均为同一保证人/492

第十二章 保证期间与保证合同的诉讼时效

第一节 保证期间/496

一、保证期间的概念与性质/496

二、约定的保证期间/502

三、法定的保证期间/516

四、保证期间的起算点/519

五、保证期间能否中断的问题/526

六、保证期间内债权人如何主张权利及法院的审查问题/531

七、保证期间届满的法律效果/538

八、保证人放弃保证期间利益的问题/540

九、保证合同无效的民事责任是否适用保证期间/545

十、《担保法》颁布之前保证合同案件中的保证期间问题/546

第二节 保证合同的诉讼时效/551

一、保证合同诉讼时效与保证期间的关系/551

二、保证合同诉讼时效的中止、中断/552

三、保证人能否预先抛弃时效利益的问题/556

第十三章 共同保证

第一节 按份共同保证/557

一、共同保证的概念与类型/557

二、按份共同保证的特征与成立/559

第二节 连带共同保证/560

一、连带共同保证的成立/560

二、债权人针对连带共同保证人提起的诉讼的类型/569

三、连带共同保证中保证人的追偿权/571

四、连带共同保证中保证人追偿权的范围/575

五、连带共同保证人追偿权的扩大/577

六、连带共同保证中是否可以约定不同的保证期间/581

第十四章 最高额保证

第一节 最高额保证的基本理论/584

- 一、最高额保证的概念与特征/584
- 二、最高额保证的类型/588
- 三、最高额保证合同的形式与内容/590

第二节 最高额保证的若干疑难问题/591

- 一、最高额保证的保证期间/591
- 二、最高额保证担保的债权的确定/601

第十五章 保证与担保物权的并存

第一节 保证与担保物权并存时的实行问题/606

- 一、保证与担保物权的共同担保/606
- 二、保证与担保物权并存时何者优先实行/608
- 三、当事人能否约定排除《担保法》第28条第1款的适用/617

第二节 债权人抛弃担保物权对保证责任的影响/618

- 一、债权人放弃的“物的担保”是否限于债务人提供的/619
- 二、如何认定债权人放弃了物的担保/621
- 三、物的担保合同无效或被撤销时是否属于债权人放弃物的担保/624
- 四、债权人放弃保证时物的担保人能否免责或减责/626

第三节 保证人、物上保证人的追偿与代位关系/628

- 一、共同保证人之间的追偿与代位关系/628
- 二、物上保证人之间的追偿与代位关系/629
- 三、保证人与物上保证人之间的追偿与代位关系/630
- 四、主债务部分清偿的保证人与物保人之间的分摊问题/633

主要参考文献/637

后记/642

第一章 保证制度概述

第一节 保证的概念、类型与意义

一、保证的概念与类型

(一) 保证的概念与定位

早在古罗马时代,作为一项非常重要的担保方式,保证就得到了法律确认。现今许多国家或地区的民法或判例对保证的概念都有明确的界定。例如,德国民法典第 765 条第 1 款规定:“因保证契约,保证人对于第三人的债权人,就第三人债务的履行,负其责任。”法国民法典第 2011 条规定:“为某项债务作保证的人,在债务人本人不履行债务时,对债权人负履行该债务之责任。”我国民法对于保证的概念也有明确的规定。《民法通则》第 89 条第 1 项规定:“保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。”《担保法》第 6 条规定:“本法所称保证,

是指保证人和债权人约定,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为。”从比较法上看,保证在民法中的地位有所不同,主要的模式有三种。

第一种模式将保证作为一种有名合同规定在民法典债编的分则部分。例如德国民法典将保证规定在第二编“债务关系法”的第7章“各种债务关系”的第20节。瑞士债务法将保证规定在第二编“各种合同”的第20章。我国台湾地区“民法典”也将保证规定在第二编“债”第2章“各种之债”的第24节。

第二种模式侧重的是保证具有担保债权实现的功能,因此将保证与其他的债权担保方式一并规定在民法典债编总则的债权担保部分。例如,俄罗斯民法典将保证与违约金、定金、抵押权、留置权等债权担保方式一并规定在第三编“债法总则”的第23章“债务履行的担保”当中。再如,我国澳门特别行政区民法典也是将保证与抵押权、质权、优先受偿权以及留置权共同规定在债法第一编“债之通则”的第6章“债之特别担保”当中。

第三种立法模式强调保证中存在的多数当事人关系,因此将保证规定在民法典债编总则的多数人之债部分。例如,日本民法典在第三编“债权”的第1章“总则”的第3节“多数当事人的债权”中规定了保证债务(第4目)。对于为何作此规定,日本学者的解释是:“保证债务是为了担保主债务的履行,以与主债务同样的给付为内容,无论履行主债务还是履行保证债务都能消灭债务。因此保证债务与连带债务均为多数当事人债务关系。”〔1〕

由于很长一段时间内受到苏联民法的影响,因此我国法也采取了将保证与其他债权担保方式一并加以规定的模式。《民法通则》在第5章

〔1〕〔日〕於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,台湾五南图书出版公司1998年版,第238页。

“民事权利”的第2节“债权”中采用一个条文(第89条)规定了保证、抵押(含质押)、定金以及留置四种担保债务履行的方式,而《担保法》则详细地规定了五种担保方式——保证、抵押、质押、留置以及定金。这种模式可以说有利有弊。一方面,这种体例看到了各种性质不同的制度的共性即保障债权的安全实现,因此统一加以规定能够使得担保制度在内容与形式方面实现统一,便于司法实践中的适用。^{〔1〕}另一方面,这种体例的缺陷也非常明显,因为保证与抵押、质押、留置等担保方式的性质存在很大的差异。前者属于人的担保,后者属于物的担保。申言之,保证是以一项合同债权担保另一项合同债权,本质上仍是债权,而抵押、质押、留置担保是以物权担保债权,本质上属于物权法中的担保物权。虽然担保物权与保证都具有保障债权安全实现的功能,但是两者属于不同性质的两类权利,前者为物权而后者属于债权。

正因为保证与抵押权等担保物权存在上述差别,所以在我国民法典的制定过程中,许多学者都认为,担保法并非民法典中的独立部分,担保法只是从功能的相似性上将人的担保与物的担保加以结合,不是一种科学的分类方法与立法体系。^{〔2〕}物权法采取物权法定主义,不允许当事人任意创设法律没有规定的物权类型或物权内容,而合同法采取合同自由主义,当事人可以在不违反法律强制性规定以及公序良俗的情形下,自行创设各种新型合同,将作为一种具体合同的保证与抵押权等担保物权规定在同一部法律中,将导致法律解释与适用上的困难。^{〔3〕}所以,在未来我国的民法典中应当将担保物权规定在物权法当中,而将保证与定金规定在债法或合同法中,如此方能确保整个民事权利体系的和谐以及

〔1〕 周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第237页(该部分由崔建远教授撰写)。

〔2〕 王利明:“物权法立法的若干问题探讨”,载王利明:《民商法研究》(第5辑),法律出版社2001年版,第143页以下。

〔3〕 崔建远:“我国担保法的解释与适用初探”,载《吉林大学社会科学学报》1996年第2期。

民法典结构的科学与合理。

(二) 保证的类型

按照不同的标准可以对保证进行不同的分类。例如,按照保证人的
人数不同,可以分为单独保证与共同保证;按照保证方式的不同可以分
为连带责任保证与一般保证;按照保证的形态不同可以分为普通保证与
特殊保证,特殊保证又包括共同保证、人事保证、求偿保证、信用委托等
不同的类型;按照保证合同从属性的有无还可以将之分为传统保证与独
立保证。

对我国现行法上的保证可作以下几种分类:其一,按照保证方式的
不同,分为一般保证与连带责任保证(《担保法》第16条);其二,按照保
证的形态不同,可以分为普通保证与特殊保证,后者包括:共同保证(《担
保法》第12条)、最高额保证(《担保法》第14条)以及求偿保证(《担保
法》第4条)。

二、保证担保的对象

关于保证担保的对象究竟是什么,比较法上亦有差别。第一种模式将
保证担保的对象界定为主债务不履行的责任。从德国、瑞士、俄罗斯民法关
于保证概念的规定来看,保证债务是主债务不履行时的责任,因此保证债务
与主债务不必具有同一内容,因主债务不履行而产生的损害赔偿之债属于
保证担保的对象。“保证作为履行债的担保方法,表现在债务人不履行债
时,债权人可以向保证人就他所保证的范围提出请求,也就是说,如果保证
合同没有其他规定,保证人和债务人在同样的范围内承担责任,即偿还主
债,支付利息,赔偿损失,支付违约金。”〔1〕在我国台湾地区,学者对于“民
法典”第739条中“代负履行责任”一词存在不同的理解。一种观点认
为,所谓“代负履行责任”就是指“代为履行”,即保证人代替主债务人履

〔1〕 [苏]格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编:《苏联民法》(上),中国社会科学法学
研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第483页以下。