

# 主债权债务合同无效时保证人的责任

◆吴文成

(江西师范大学政法学院, 江西 南昌 330000)

**【摘要】**保证在法律制度中占据重要地位。保证合同基于自身原因无效的情况,不属于本篇论文的探讨范围,本文所讨论的情形是保证合同因为主债权债务合同的无效而无效。基于保证的从属性及司法实践中的处理,当主债权债务合同无效,保证合同当然随之无效,《民法典担保制度司法解释》第17条对此种情况下保证人承担责任的问题上作出了规定,其内容与精神基本继承了原《担保法司法解释》。理论界与实务界对这一问题也虽有讨论,但诸多问题尚未完全解决。本文首先讨论了主债权债务合同无效时对保证合同的影响,随后定性保证人承担责任之性质,进而讨论保证人承担责任的要件,以及阐述保证人承担责任后对债务人和反担保人的追偿问题。

**【关键词】**保证合同;保证责任;《民法典》

## 一、《民法典》语境下主合同无效对保证合同的影响

主合同无效后,由于担保具有从属性,保证合同自始确定、当然无效,保证责任随之消灭。但保证责任的消灭不必然意味着保证人无需承担任何民事责任,这点从《民法典》第628条第2款便可以看出。另外,该条款将原来由《担保法》中规定的合同另有约定改为“法律另有规定”。这里的例外规定一般是指《民法典》中有关最高额抵押合同、最高额担保合同的相对独立性的规定。在最高额保证的法律关系中,最高额保证和持续的债权并不是一一对应的,如果一项债权被认为是无效的,并不会使得整个最高额担保合同失效。但如果最高限额担保的综合授信协议被确认为无效,则该担保合同也将失效。

学界对仅法律规定才可排除担保从属性的处理虽有批评,但在现行规范体系下,依据《民法典担保制度司法解释》第2条、《九民纪要》第54条规定的精神与担保的法理,除“法律另有规定”以及银行或者非银行的金融机构开具独立保函的情形外,担保合同无条件得从属于主合同。此外,最高人民法院认为,在现行的规范体系下,独立保函本身亦不是《民法典》所调整的保证合同,其属非典型担保,与保证存在本质区别。

## 二、保证人承担责任的性质

保证责任存在与否取决于保证合同的有效性。因此,如果关于主债务的合同是无效的,保证人自然不承担保证责任。如果保证合同有效,保证人应承担担保责任;如果保证合同无效,保证人应进行法定赔偿。前者允许各方就保证的性质和范围达成协议,而后者不要求达成协议,即使各方已经达成协议,也不认定为确定责任提供的依据。后者这种情况下,保证人责任的性质,主要存在两种观点:即缔约过失责任与侵权责任。主合同无效后,保证人的责任性

质在学界一般被认为是一种特殊形式的缔约过失责任,即担保人不是主合同的当事人,不对主合同的无效负责,但作为保证合同的当事人,对保证合同的过失负有合同责任。亦有学者认为,《民法典》第388条第2款、第682条第2款规定的“相应的民事责任”即为缔约过失责任。

然而,侵权责任说认为,上述观点略有牵强。若是保证人故意以担保为诱饵,诱使债权人向无信用的债务人授信,随后利用主合同的无效性逃避自己的责任,使债权人的财产受到损害,这种情况下,担保人就应承担侵权责任。这种观点也有助于区分保证合同本身无效时的保证人需要承担的合同过失责任。易言之,保证人只有在保证合同由于自身过错而无效时,才承担特殊的缔约过失责任。如果保证合同是因主合同的无效而变得无效,债权人遭受的损失主要来源于主合同的无效,此时,保证合同的无效只是一个微不足道的后果,保证合同的无效与债权人自身的损失之间没有直接的因果关系。

反对侵权责任的观点认为,侵权责任一般要求侵害绝对权,而诱使他人订立无效合同,并未侵害绝对权。即便是第三人侵害债权,其构成要件之一为被第三人侵害的债权须是已经存在且合法有效的,理论上亦有观点认为侵害合同缔结可被直接纳入侵害债权的范畴。还有反对的观点认为,保证合同虽无效,但保证人与债权人签订了该合同,且多为担保具有交易关系的主合同而设定,与无任何背景的侵权责任明显不同。

在本文语境下,债权人遭受损失,乃是主债权债务合同无效导致的结果。此时的责任性质更应该为保证人对主合同无效的缔约过失责任,并非缔结保证合同的过程中因保证人自身的过错导致的保证合同无效应承担的责任。

保证人的行为就其性质而言,实际上背离主合同方对合

同有效性的期望，在一定程度上与缔约过失责任具有相通性。虽然缔约过失的责任通常只在缔结合同的双方之间产生，但在两个合同同时存在的情况下，缔结担保合同可能对主要债权人和债务人的决定产生重大影响。换句话说，债权人签订合同时，考虑到的不仅仅是主合同的有效性，同样包括保证合同的有效性。保证人提供的保证正是对这一种双重的信赖利益的保护。所以从解释上，不妨将该责任界定为一种特殊的缔约过失责任。

### 三、保证人承担责任的要件

#### (一) 保证人违反先合同义务

违反义务是指订立合同的诚意欠缺，即在订立合同时存在过失行为。然而，在确定是否存在违反诚信原则的情况时，应考虑过失的一方是否应该和能够行使应有的注意义务，因此，没有必要区分过失和义务的违反。在一般事务中，做到具有普通的谨慎及没有损害另一方的权利和利益就足够了。然而，在签订合同时，各方往往会有利益冲突，这些冲突受法律义务和责任的制约。此时，在利益冲突的双方建立了比未接触方更强大的信任关系，这种信赖利益受到诚信原则的保护，因此，先合同义务就发生了。

保证人所负的先合同义务系保证合同先合同义务对主合同的延伸。基于诚实信用原则的要求，在一些特殊情况下，尽管保证并非主合同的一方，但担保合同的签订和履行对债权人的决定起着重要作用。保证人作为第三人对主合同当事人负有的先合同义务，系保证人作为第三人在特定情形对主合同当事人负有的，后者系保证人作为保证合同当事人自然负有的。举例来说，担保人在知道了主合同无效、并参加了主债权债务合同的签订过程中，作为对主合同产生重要影响的第三者，其行为导致了主债权债务合同的签订，违背了主合同的规定，这就是本文所要论述的先合同义务。在同一场景下，保证合同在主债权债务合同签订后订立，债权人为订立保证合同付了磋商成本，此时保证人违反的才是作为保证合同当事人负有的先合同义务。

有学者认为，对主合同当事人之外的保证人不应苛以这一义务。笔者以为，通过定性及构成要件的分析，解释这一义务，在结果上并未加重保证人的责任，仅仅为分析的一种路径。此外，基于缔约过失责任中过失与义务违反一致，后文将以“过失”指代义务违反。对保证人的过失，应从担保的时间、担保内容、担保人在担保合同中的作用等几个方面进行综合的判定。实践中，司法解释的起草者也指出，在分析当事人的过错时，应重点对当事人存在过错的原因、内容、程度等具体问题进行分析。具体来说，担保人的过错包括：明知主合同无效而提供担保，促成主合同的订立；明知主合同无效而提供居间。换句话说，在讨论保证人的过失时，重点应放在保证人如何“促成”主合同的签

订。如果保证合同的签订不能对主合同的签订起到促进作用，那么，在明知主合同无效的情况下，也不能认定保证人存在过失。

#### (二) 债权利益受到损害

从损害的角度来看，若无损害，即便存在过失，也不产生赔偿责任。因主合同无效造成债权人利益的损害，是主合同当事人因履行无效合同而带来的损害，主要是受领他方给付的一方无法返还其受领之财产所造成的损害。

通常来说，主债权债务合同一旦无效，有必要区分“违反主合同的损害赔偿”和“违反保证合同的损害赔偿”。例如，如果主合同的无效性使担保合同无效，那么由于主合同的无效性所造成的损失（例如，由于贷款合同的本金没有得到支付所造成的损失）已经发生，同时保证合同的当事人已经承担了缔结担保合同的合同成本。一种是“由于主合同无效造成的损失”，另一种是“由于担保合同本身无效造成的损失”，这两种由于合同无效造成的损失是不同的。另外，损害的产生需要考量因果关系，即无效合同的签订是造成损害的原因。如果合同无效完全是债权人与债务人双方的责任，即使保证人知道主合同无效，也可能不需要承担责任，因为他没有介入无效合同的订立，也没有影响主合同的订立，对主合同造成的损失没有因果关系。只有当保证人介入了主合同的签订并促成了无效合同的签订时，才能假定其与损害之间存在因果关系。

#### (三) 发生“不能清偿”的情形

在本文语境下，除“债权人利益受损”之外，还要求产生所谓“不能清偿”的状态。原《担保法司法解释》第131条曾对此作出过定义。如债务人有方便执行的财产没有被执行该状态需要由执行就不属于“不能清偿”，也就不能执行无效保证人的财产。在执行完毕且债务仍未得到清偿时，才属“不能清偿”，而执行完毕的前提自然为取得了执行依据。但问题在于，主债权债务的债权人能否在某些情形下未取得执行依据，而直接向保证人主张无效保证责任？笔者认为，对于该问题应做肯定回答。司法解释对“不能清偿”的理解仅局限无效保证的场合。原因在于，原《担保法司法解释》中，除第131条对“不能清偿”作出解释外，仅有第7条、第8条处出现了两次。且原《担保法》以及现行《民法典》中亦未出现“不能清偿”这一表述，对这一概念的理解仅限于保证合同无效的场合。

#### (四) 保证期间尚未届满

《担保制度司法解释》第33条规定：“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。”笔者认为，这一规定也具有合理之处。因为保证合同虽无效，但在承担责任的指向上，与合同有效时的保证责任相似。在

合同订立时，债权人不会认为合同是无效的，债权人需要保证人承担保证责任的话，需按照法定的程序，若是在法定期间没有请求保证人承担保证责任，一般可以认为债权人不再主张保证人的保证责任。此外，从避免评估不一致的角度来看，如果保证合同有效，债务人未依法定程序请求保证人承担保证责任，此时保证人无须承担责任。而无效的担保协议则相反，导致出现违背公平评估原则的情况，即债权人在无效的担保协议中比在有效的担保协议中处于有利的地位。就保证合同有效的情形，依据《担保制度司法解释》，法院应依职权查明保证期间是否届满。

#### 四、保证人承担责任后的追偿问题

##### (一)对债务人的追偿

现行司法解释未根据担保合同的无效原因作出不同规定，但承认担保人能够对债务人进行追偿。确定追偿权的原因是，担保责任的最终责任人是债务人，保证人承担的责任具有代偿性质。虽然在原《担保法司法解释》的制定过程中，曾有观点认为，不应肯定追偿权，担保人因自身过错承担责任，该责任应由其本人承担，不能由他人代为受过。但现行的《担保制度司法解释》最终肯定了保证人的追偿权。但对于追偿权的证成还有另外一个角度，担保人的追偿权是基于其所负的义务，并相应地消除了债务人的债务，从而有利于债务人。因此，担保人可追偿的范围与债务人的获益程度相当。虽然保证人存在的过失是其应受追责的基础，但只能作为确定某种代偿义务的基础，并不能否认担保责任的代偿性。当然，就权利和义务而言，担保人也经常会出现无偿担保的情况，如果在这个时候否认追偿权，似乎有违公平原则。

##### (二)对反担保人的追偿

有观点认为，反担保合同也随着担保合同的失效而失效，这一观点认为，反担保合同具有从属性。但是，在实践中，反担保是担保保证人向主债务人索取债权的权利，并不是从合同。虽然担保合同已经失效，但由于保证人享有向主债务人的追偿权，他们双方存在的是独立的法律关系，所以不能解除反担保合同，此时应当按照反担保合同规定履行。当然若反担保合同自身具有法律规定的无效事由时，应当依据《民法典担保制度司法解释》第17条第1款的相

关规定处理。

反担保合同中双方之间的基础关系是委托代理或无因管理。如果基础关系是一种非合意的无因管理关系，则不存在基础合同“无效”的问题，只可能适用《担保制度司法解释》第17条第1款；如果基础关系是一种代理关系，则可能同时适用《担保制度司法解释》第17条第1款和第2款中所述的情况。在这种情况下，如果有的话，反担保人承担责任的范围仅为担保人不能从主债务人那里追回的部分，除非有特殊情况，否则至少必须先对主债务人执行完毕。

#### 五、结束语

本文以现行的《担保制度司法解释》第17条为主线，运用法学理论对主合同无效时，保证人承担的民事责任的性质、成立要件、法律适用等问题进行了简要论述。第一，在主债权债务合同无效时，保证人应负的民事义务的性质，并不属于独立的任何实质上的侵权责任的范畴，而是一类以第三人的身份，对其促成订立的主合同负有特殊的缔约过失。第二，仅仅在保证人违反先合同义务，造成债权人利益受到损害、并且发生不能清偿情况下，才需要承担这一特殊的责任。同时，保证期间需尚未届满。第三，仅凭保证人对主合同无效的明知不能认定其存在过失。对过失的认定应从保证的时间、内容、保证人在主合同中的角色等几个方面进行全面的评判。最后讨论了保证人承担过错后的追偿问题。

#### 参考文献：

- [1]张群力.无效保证合同中的相应民事责任分析[J].律师世界,2000(06):16-18.
- [2]孙英.主合同履行期限变更时保证人保证责任的认定[J].山东审判,1997(07):30-31.
- [3]刘骏.主合同无效后担保权存续论[J].比较法研究,2021(02):68-84.
- [4]劳文苑.论主合同无效情形下的保证人责任[J].对外经贸,2022(05):50-53.

#### 作者简介：

吴文成(1996—),女,汉族,江西九江人,硕士,研究方向:民商法学。