

从法律规定及司法解释的演变看主合同无效后担保人的责任
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_BB_8E_E6_B3_95_E5_BE_8B_E8_c122_483433.htm 一、法律规定及司法解释的演变 主合同和担保合同均被法院确认为无效后，从属于主合同的担保合同中的担保人应当承担什么样的法律责任？我国的法律规定和司法解释经历了值得引起法学理论工作者及司法实践工作者关注的演变过程。1986年颁布的《民法通则》涉及到主合同无效和担保人的责任主要有两个条款，《民法通则》第61条第1款的规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。该条款仅涉及合同无效后取得财产一方的返还责任和合同双方的过错责任承担问题。《民法通则》第89条第1款规定：“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”。该条规定的是保证人在债务人不履行（而不是主合同无效）主合同情况下的履行或连带责任。保证人承担责任的前提应当是主合同有效且担保合同也有效。上述条款分别论述了合同无效后的责任承担原则和保证人对债务人不履行债务的履行责任或者连带责任，但是对主合同无效后担保人应当承担什么责任则没有明确规定。1986年，河南省高级人民法院就被担保的经济合同被确认无效后，保证人是否应当承担连带责任问题，向最高人民法院请示。最高人民法院于1987年2月5日作出（经）复（1987）5号批复，指出：“经济合同被依法确认无效后，当

事人依据该合同所取得的财产应当返还给对方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失；如果双方都有过错，应当各自承担相应的责任。因此，在担保的经济合同被确认无效后，若被保证人应当返还财产而不能返还或者应当赔偿损失而不能赔偿时，除有特殊约定外，保证人应当承担连带责任”。最高法院这一批复除了重申《民法通则》第61条第1款的规定外，还作了扩大解释，即主合同被确认无效后，主合同债务人应当承担返还财产或赔偿损失责任的，保证人应当承担连带责任（有特殊约定的除外）。因此，该司法解释确立了保证人无条件承担连带责任的原则。在此后的1988年最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见（试行）》第111条中重申了这个规定，即“被担保的经济合同确认无效后，如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，除有特殊约定外，保证人仍应承担连带责任”。最高人民法院上述两项司法解释对于保护债权人的利益、防止利用经济合同进行诈骗活动、加强担保人的责任等方面具有积极作用。但是，不论何种原因造成的主合同无效，也不论担保人有无过错，一概规定要担保人承担连带责任，显然是不公平的。因为这样的司法解释容易出现损害保证人利益的情况。为弥补《民法通则》和《经济合同法》在立法方面的不足，解决司法实践中担保人对无效合同承担责任过重的情况，最高人民法院于1994年4月15日作了《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》的司法解释，其中的第20条规定：“主合同无效，保证合同也无效，保证人不承担保证责任。但保证人知道或者应当知道主合同无效而仍然为之提供保证的，主合同被确认无效后，保证人与被保

证人承担连带赔偿责任。”该司法解释确立了保证人有条件承担连带责任的原则，即在主合同和担保合同都无效的情况下，保证人是否承担连带责任与其主观过错挂钩，保证人只有在明知或应当知道被担保的主合同无效，仍为之提供担保时才承担连带赔偿责任。这一司法解释在如何把握担保人的责任问题上进了一步，即根据担保人是否明知或应当知道，来区别情况，作出不同的责任认定。但是，这一司法解释还未最终解决三方的责任的认定和相对三方来讲都能体现司法公正的问题。1995年6月30日，《中华人民共和国担保法》颁布，该法第5条对主合同无效后担保人的责任问题作了如下规定，“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任”。此规定使主合同无效后担保人的责任问题从法律上终于有了明确规定，避免了立法不完善所造成的司法混乱。《担保法》第5条的规定有两层含义：一是充分尊重当事人的约定，如果担保合同约定主合同无效不影响担保合同（条款）的有效性，则可按照担保合同（条款）承担一般担保责任或连带担保责任；二是如果当事人没有约定，则主合同无效后担保合同也无效，债务人、担保人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任。《担保法》第5条的规定，确立了各自承担责任的原则，从保证人的角度看，实际上是确立了保证人不承担连带责任的原则，因此，有利于保护保证人的正当权益，促进保证这一方便、高效的担保形式在社会经济生活中发挥其应有的作用。同时，也有利于有效地打击非法借贷。在名为合资，实为借贷的非

法活动中，以往的法律要求保证人在主合同无效时承担连带赔偿责任，在客观上助长了有过错的出借人的侥幸心理。担保法的规定，将使非法借贷之风大为收敛。

二、法律规定及司法解释演变的意义

综上所述，有关主合同和担保合同（条款）无效后担保人的责任，法律规定和司法解释经历了如下三个阶段的演变过程：

第一阶段：由于法律规定（《民法通则》、《经济合同法》等）不明确，最高人民法院于1987年和1988年先后作出内容一致的批复和司法解释，确立了担保人无条件承担连带责任的原则；

第二阶段：1994年，最高法院再次作出司法解释，确立了担保人有条件承担连带责任的原则，从而推翻了原先担保人无条件承担连带责任的原则；

第三阶段：1995年颁布的《担保法》，首次从法律规定而非司法解释的角度，确立了各自承担相应民事责任的原则（从担保人的角度来看，即担保人不承担连带责任的原则）。上述演变过程，也同时反映了司法公正理念上的演变过程。

第一阶段的司法解释主要以保障债权人利益为核心，其原意是想通过一般预防的手段遏制经济合同诈骗活动、遏制滥用担保的现象。但是不论担保人有无过错，一概规定要担保人承担全部连带责任，显然是不公平的，也无法对债权人的违约行为起到应有的警示作用。

第二阶段的司法解释试图以担保人是否有主观过错，来决定其是否承担连带责任，显然是考虑到不分青红皂白让担保人承担所有责任有失公允。但是，仅以担保人主观上是否有过错来决定担保人是否承担责任，而不顾债权人本身有无缔约上的过错，就显得债权人和担保人之间权、责、利的配置不合理。

第三阶段的法律规定在表述上较为完整，根据各自的过错承担责任，较好地体现了公

平正义的法律理念。主合同双方是一项商业交易的主要当事人，是该项商业交易成就时利益的享有者和失败时主要风险的承担者。而作为担保人，是基于债权人对其的信赖关系来协助债务人履行主合同。所以，在订立主合同时，债权人、债务人应当尽足够的审慎义务，以避免双方签订的是一份无效合同。而担保人的审慎义务则是下一个层次的，与主合同相比，担保合同（条款）具有从属性。在主合同无效、担保合同也无效、三方均有过错的情况下，主合同双方应承担由此带来的主要过错责任，担保人应承担缔约过失和信赖招致的赔偿责任，但不应该是连带赔偿责任。因为连带赔偿责任是基于共同侵权而产生的，共同侵权必须要有共同侵权的意思连动，在三方均有过错的情况下，三方都是违法行为，而不是侵权行为。所以，三方根据各自过错的大小承担相应的责任，是对第一阶段严格连带责任和第二阶段过错连带责任的否定，是法律公平正义的体现。

三、《担保法》颁布前的司法解释与《担保法》相抵触的处理原则

为了准确地适用《担保法》，最高人民法院于1995年8月30日以法发（1995）19号文的形式，发布了《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》，其中第4条明确规定：《担保法》施行后，最高人民法院在《担保法》颁布前作出的有关担保问题的司法解释，凡与《担保法》抵触的，不再适用。在《担保法》颁布前，有关主合同无效后担保人的责任问题，最高人民法院有三个司法解释，其中最高人民法院（经）复（1987）5号批复和1988年最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见（试行）》第111条司法解释的内容均为“保证人应承担连带责任”，显然与《

担保法》第5条的“过错责任”相抵触，不应再予以适用。最高人民法院第三个司法解释是1994年《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第20条的司法解释，该解释与《担保法》第5条的抵触之处表现在：1、该解释认为主合同无效时，担保合同一律无效，而《担保法》第5条允许担保合同另有约定；2、该解释规定保证人知道或者应当知道主合同无效仍保证时，保证人负连带责任，而《担保法》第5条则规定按过错程度分担责任，即“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应民事责任”。这里的“各自承担相应的民事责任”已经排斥了担保方式中的一般保证责任和连带保证责任，而且，也明显地排斥了“连带赔偿责任”。所以，上述三个司法解释均与《担保法》第5条的规定相抵触，不得再继续适用。

四、担保人过错责任大小的认定及分担原则

《担保法》第5条确立了主合同无效、担保合同无效后的过错责任原则，即：债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。但应当清楚，担保人此时的责任是缔约上的责任，即因缔约担保合同时主观上有过错而招致民事责任，而非担保人的担保责任。根据《民法通则》第61条的规定，主合同被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。所以，主合同无效后，首先应由财产的取得者承担返还责任，针对不能返还或损失的部分，才应由合同双方当事人和担保人根据过错承担民事责任进行分担。担保人过错责任的有无和大小应如何认定？主要应根据担保人对主合同及担保合同（条款）缔约过程中有无主观过错及主观过错的程度，并结合具体的案情

加以分别判定。1、如果债权人与债务人恶意串通，损害担保人的利益，使担保人在完全不知情的情况下，签署担保合同或附有担保条款的主合同，则担保人主观上没有过错。因为担保人的缔约行为是在受骗和违背其真实意思的情况下实施的，对债权人与债务人的恶意串通行为既不明知也不属应当知道，所以，不应承担民事责任。2、如果债权人与债务人对主合同的违法性和无效性具有明知的过错，而担保人对担保合同或附有担保条款的主合同的违法性和无效性属于应当知道但由于疏忽大意而不知道的过错，则担保人的过错责任显然要轻于债权人和债务人的过错责任，担保人承担民事责任的部分，应小于主合同债务人不能清偿部分的三分之一。3、如果担保人对主合同的违法性和无效性具有同债权人与债务人相同程度的主观过错，如均为明知的过错或应当知道而没能知道，则担保人承担民事责任的部分，不应超过主合同债务人不能清偿部分的三分之一。4、如果担保人明知债务人以欺诈手段与债权人签订合同而仍然担当保证人，且债权人亦有过错的，则担保人承担民事责任的部分，不应超过主合同债务人不能清偿部分的二分之一。5、如果担保人与债务人恶意串通导致主合同无效并造成主合同债权人经济损失的，则担保人应当与债务人承担连带赔偿责任。因为在这种情况下，债务人和担保人具有共同损害债权人利益的合意，又有共同实施恶意串通的客观行为，所以，担保人应当对债务人不能清偿的部分承担连带赔偿责任。史建三律师已加入中国律师网“千元上网工程”，史建三律师千元网页中国律师网“千元上网工程”主题站点

，<http://1000.chineselawyer.com.cn> 100Test 下载频道开通，各类

考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com