

王利明:保证责任的若干问题 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E7\\_8E\\_8B\\_E5\\_88\\_A9\\_E6\\_98\\_8E\\_\\_c122\\_485238.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485238.htm) 作者简介 姓名：王利明 性别：男 单位：中国人民大学法学院 职称：教授、博士生导师 学历：博士 主要社会兼职：中国人民大学法学院副院长 第九届全国人民代表大会代表 全国人大财经委委员 最高人民法院特邀咨询员 最高人民检察院专家咨询委员会委员 公安部特邀监督员 教育部高等学校法学教学指导委员会委员 北京市政府专家顾问团成员 全国高等教育自学考试指导委员会委员 建设部顾问 新华社顾问 主要学术观点：1、就民法而言，自然生长论的观点从历史与现实的角度来说更是行不通。一方面，中国根本没有民法的传统，就连“民法”这个词都是舶来品。至于人格独立、人格平等、意思自治等精神，在我们民族的精神中更是无立锥之地！甚至对私权中财产权的保护，历来也是不充分的。黄仁宇先生在讨论中国为什么没能进入资本主义社会时，曾认为中国几千年来未对私有财产权提供充分的保障是其中的主要原因。中国历史上尽管颁布很多法典但并没有形成较为完整的所有权、债权等制度。所以从中国的传统习惯中是不可能建立一套适应社会主义市场经济需要的民法制度的。另一方面，在我们实行市场经济、建立法治社会的今天，我们必须依据现实的需要大量借鉴国外民法的经验与文明成果。尽管这种借鉴必须结合本国国情，但毕竟凡是人类都有基本的共同的需要，如生命的保障、财产的保障、自由平等、亲情爱情、自我实现等等。任何能够满足这些需要的制度设计、科学技术都是人类可以共享的

文明成果。2、中国民法典应借鉴德意志式，设立总则编，可以在总则编中将民法具体制度的共性抽象出来，从而实现各项民事法律制度的指导。就其他的编章而言，则可以根据我国的实际情况加以分析，不必过分拘泥于德意志式。3、在现代法治社会，人格权制度应该而且必须作为一个独立的制度在民法典中加以规定。以人格权为主的人身权是民法中两类最基本的权利之一，是民法的两根支柱之一。正如我们无法否认财产权中债权、物权的独立价值，我们同样也无法否认人格权的独立价值。主体的人格与人格权是两个不同的概念，单纯的主体制度是无法涵盖人格权的。最后，我们必须看到的是，人格权制度同样也无法为侵权行为制度所概括，尽管侵权行为法能为人格权提供保障，但在产生了新的人格利益后，侵权行为法无法确认它。4、侵权行为法应该从债法中分离出来，成为民法体系中独立的一支。通过对两大法系（大陆法系与英美法系）侵权行为法模式形成历史的考察可以发现，其实，各个法系中侵权行为法体系的形成，都是特定历史条件的以及相关文化传统、立法模式乃至审判方式交互作用的结果。侵权行为法是归于债法中还是分离出来，并非基于任何天经地义的理念或价值定律，而是最终受制于并服务于侵权行为法调整侵权责任关系并对受害人提供最佳补救的目的。从这一角度出发，我们会发现，英美法系将侵权行为法独立出来的模式较之大陆法系侵权行为法归于债法的模式具有更大的合理性。5、《民法通则》中将民事责任制度单列，但我不赞成在民法典中将民事责任单列的。简单的说，这样做的危害后果将会导致：造成责任与义务的割裂与分离；在立法技术上缺乏的逻辑性；因一味追求民

事责任的共性，而抹杀各个责任制度更强烈的个性；不利于法官与当事人了解并合理的运用责任制度。6、在制定民法典时我们应采用民商合一的体例。当然可以在制定民法典时另定商事法律法规，但却不能也不必单独订立商法典或商法总则。因为，尽管商事活动有其特殊性，但仍无法回避对民法一般规则的适用，而且另外制定商法典或商法总则，即便不出现与民法典内容重复的现象，也无法避免两者间的矛盾冲突。

个人小传：1981年12月，湖北财经学院法律系本科毕业，获法学学士学位 1984年12月，中国人民大学法律系硕士研究生毕业，获法学硕士学位 1990年6月，中国人民大学法律系博士研究生毕业，获法学博士学位 1989年2月至1990年2月，美国密执安大学进修 1994年7月至1994年8月，日本早稻田大学法学院讲学 1996年11月至1996年12月，法国艾克斯马赛大学讲学 1998年8月至1999年6月，美国哈佛大学法学院进修 1992年获中国人民大学第二届吴玉章奖学金优秀教学奖 1995年获中国法学会“杰出青年法学家”称号 1995年获北京市先进工作者称号 1996年获第一届中韩青年学术奖 1987年《全民所有制企业国家所有权问题的探讨》获北京市哲学社会科学和政策研究优秀成果二等奖 1992年专著《民法新论（上、下）》获北京市高等学校第二届哲学社会科学中青年优秀成果奖、高等学校出版社优秀学术专著优秀奖 1992年主编教材《民法教程》获司法部部级优秀教材奖 1995年主编教材《民法侵权行为法》获北京市第三届哲学社会科学优秀成果二等奖、第三届普通高校优秀教材奖 1995年主编《人格权法新论》获第九届中国图书奖 1995年《侵权行为归责原则研究》获全国高等学校人文社会科学研究优秀成果二等奖 1996年论文《

关于我国物权法制定中的若干疑难问题的探讨》获“中国法治之路”青年法律论文二等奖

保证责任的若干问题 编者注：本文原载于《中国律师》1988第11期。在民法上，财产担保包括人的担保（保证）和物的担保（抵押、留置等）。人的担保有别于物的担保的一个重要方面，在于担保人的责任不是以提供担保的财产为基础，而是由法律的规定或当事人的约定予以确定的。人的担保（保证）的核心是明确和落实保人的责任，鉴于保证责任直接涉及当事人的权利、义务和责任，特别是关系到保证制度在商品交换中的重要作用的发挥，弄清这个问题不仅对于理论研究有重要意义，而且对于司法实践特别是对于律师的代理业务，具有不小的作用。

一、保证责任的范围 保证责任的范围，实际上是保证人履行债务的范围。从法律上看，保证本身就是保证人在债务人不履行债务是，承担代履行和赔偿损失的责任。保证人履行这种责任，不仅履行了自己因保证合同所产生的保证债务，而且代替主债务人履行了债务，由此可见，保证责任是一种债务，即因保证主债务而产生的债务。保证责任不能脱离主债务独立存在，而是以主债务的实际存在和将来可能存在为前提，并因为主债务的消灭而消灭。债权人减免主债务人的责任，保证人的保证责任也随之减免。保证责任的附随性决定了保证责任的范围只能等于或小于被保证债务即主债务的范围，否则即使有保证合同中规定了保证债务超过主债务的范围的，超出部分在法律上也无效。保证责任，除法定保证者外，由保证合同确立。通常，主债务人要根据主合同的需要，与保证人之间订立委托保证合同，然后再由债权人与保证人之间订立保证合同，在主债务的范围内约定保证责任，保证合

同一旦成立。就成为确定保证责任的法律依据。如保证合同对主债务的范围未作约定，他应如何确立保证人的责任？即保证人是应担保主债务，还是应担保附属于主债务的其他债务（如不履行债务所产生的违约金、损害赔偿债务和利息债务等）：是担保整个债务（包括主债务和其他债务），还是仅担保部分债务？对此国外民法理论观点不一。我国立法上虽有规定，但并不一致，也不明确。《经济合同法》第15条规定：“……被保证的当事人不履行合同的时候，由保证单位连带承担赔偿损失的债务。”可见，保证人的责任仅限于不履行债务所产生的损害赔偿赔偿责任。而《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，债务人不履行债务时，按照约定由保证人履行或者承担连带责任。”其中的“由保证人履行”，在理论上有不同的理解。有的认为，指代债务人实际履行，即履行主债务。有的认为指全部履行或履行债务人无力履行的部分。显然，保证人的责任范围仍然没有解决，笔者认为，一方面，保证人若仅负有支付损害赔偿费用的责任，并不符合保证制度的宗旨，一个浅显的道理，保证的目的不仅是保证债务人在不履行债务时就履行违约责任，更重要的是保证“债务人履行债务”。因此保证人如果只有代为承担损害赔偿赔偿责任，而主债务并没有履行，那么，保证目的显然就没有达到。另一方面，保证人仅担保主债务而不担保附随于主债务的其他债务，也不能使保证达到担保整个债务履行的目的。事实上，主债务和其他债务是密切相连的。保证人一同意作保，如无特别约定，就意味着对全部债务负责。债务人的债务不能发行或不能完全履行时，都要由保证人代为履行。应当说明，保证合同成立后

，如果未经保证人的同意，债务人扩大其债务范围（如原来未附利息的借贷债务变为附利息的债务）保证人的保证责任范围不能因此而扩大，这是因为保证责任虽附随于主债务，但又具有相对独立性。即使推定保证人就全部债务作保，也只能推定保证人仅就保证合同订立时的全部债务作保。但是，如果根据主债务人与债权人的协议，债权人免除了主债务人的部分债务，致使主债务减少时，保证责任也将随之减少。主债务如因不可抗力或意外事故造成不能履行而减少时，保证责任也要随之减少。

二、保证责任的约定在民法上，依保证合同产生的保证责任，称为约定保证责任，即保证人对主债务担保多大的范围，承担何种保证责任，依保人与债权人的约定。我国《涉外经济合同法》第15条规定：“当事人可以在合同中约定担保，担保人在约定的担保范围内承担责任”。《民法通则》第89条第1款也规定保证“按照约定由保证人履行或者承担连带责任”。在保证合同中就责任问题作出何种约定，取决于当事人对自身利益的考虑，约定不同的责任，将对保证人，债权人，主债务人的利益产生不同的影响。

1．对责任范围的约定 保证人可以要求就全部债务负保证责任，也可以要求仅对部分债务负责。如果保证人与主债权人之间就保证责任未作约定，推定保证人对整个债负责。保证人仅对部分债务作保，称为限额保证，有如下几种：

一、约定对部分主债务作保。二、只对主债务作保，对附随于主债务的利息债务、违约金和损害赔偿债务不负保证责任。三、仅就保证合同成立时的债务作保，而不保证将来的债务。四、约定保证责任的最高限额。

2．对责任形式的约定 责任形式分补充责任和连带责任两种。补充责任具有从属性和

补充性，它不仅从属于主债务，而且只有在主债务人不履行债务时，才代其承担履行债务和赔偿损失的责任。债权人必须先就主债务人的财产强制执行无效果以后，才可以向保证人请求，否则，保证人可以拒绝履行。连带责任是指保证人与主债务人连带负债务履行责任，则债权人可以首先请示保证人负全部清偿主债务的责任，而不考虑债务人能否清偿债务和清偿债务的先后顺序。可见，连带责任重于补充责任。保证人承担何种责任形式，应明确约定。

3．对负保证责任的期限和条件的约定 保证人可以与债权人约定仅于一定期限内承担保证责任，在此期限内，债权人不向保证人提起诉讼，则保证人可免负保证责任，这种保证称为定期保证。保证期限的约定实际上是对保证责任的限定，和部分保证具有同样性质，它对保障债务的及时发行不无意义。保证人也可以与债权人就保证人所负保证责任规定一定的条件，如规定在保证合同设立以后，在未履行保证债务之前，主债务人财产善明显变化，或已经减少到确定的最低数额，直接影响到保证人对主债务人的求偿权的实现时，保证人可以不负保证责任，或者减轻其保证责任，对负责条件的约定实际上也是对保证责任的限定方式，对于减轻保证人的风险是可行的。

4．共同保证责任的约定 共同保证是指两个以上的保证人为同一债务作保。根据各国民法的规定，共同保证人除另有约定者外，对债权人应负连带责任，共同保证人之间可以特别约定各自依一定的份额承担保证的责任，也可以约定对同一债务的各个不同的行为承担保证责任，但是，这种约定只能决定共同保证人之间以及与主债务人之间的关系，而共同保证人之间对债权人的连带关系不受共同保证人的内部约定

的份额的影响。共同保证中的一人超过自己承担的部分作出的清偿，对主债务人和其他共同保证人有求偿权。三、保证责任的形式如前所述，保证人应承担何种责任形式，可由合同约定。但如未经约定，保证人的责任形式应如何确定，法律的规定和理论的认识都不一致。《经济合同法》第15条规定，保证人的责任是“连带承担赔偿责任的责任”有人据此认为，保证人应负的责任形式是连带责任。然而，根据民法通则第89条，保证是“按照约定由保证人履行或承担连带责任，”这又规定了另一种责任形式，即“由保证人履行”的责任，实际上是补充责任。由于补充责任明显的轻于连带责任，如果保证合同没有就责任形式特别约定，保证人是否应负连带责任，难免发行歧义。从保证制度的发展来看，罗马法对保证人的责任主要限于连带责任。以后逐渐承认保证人可享有“顺序利益”（又称检索利益）。根据保证人的顺序利益，债权人需首先就主债务人的财产执行，不能满足时，才能请示保证人履行，从而确定了保证人负补充责任的原则。近代以来的各国立法（除奥地利以外）都承认保证人享有“顺序利益”，但“对顺序利益”的理解各不相同。因此，保证人的补充责任成为各国立法所普遍承认的责任形式。当代许多国家的立法，对保证人的责任有不断减轻的趋势。这对我国有借鉴的意义。从我国的实际情况看，把保证人的责任规定为连带责任，不符合保证的主旨，不利于发挥保证的作用，首先，这种规定不符合民法的平等和公平原则。保证人为主债务人作保，仅负有义务而不享有相应的权利，而主债务人虽负有义务，但却享有相应的权利，如果主债务人有足够的财产而不履行债务，却要由保证人在非自愿的情况下

代其履行，这虽然有失公平。其次，由于连带责任重于补充责任。因此，不经保证人的同意而由他负连带责任，将加重保证人的责任和风险。这样一来，大量的债权债务关系，特别是一些数额较大的债权债务关系，将很难请保证人担保。这对克服客观存在的严惩拖欠债务现象，防止利用合同进行诈骗的不法行为的产生；以及对于在合同关系中推行保证措施，发挥保证的作用，保护当事人的合法权益，稳定债权债务关系，都将产生不利的影响。因此笔者认为，如果保证合同中对责任形式未作特别约定，保证人只应负补充责任而不应负连带责任。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](http://www.100test.com)