

债务加入与保证之识别

——基于裁判分歧的分析和展开

夏昊晗

摘要 在个案中判断第三人承诺履行债务的意思表示构成保证抑或债务加入，原则上应依“保证”或“债务加入”的明确措辞进行相应的定性，除非存在承诺内容与措辞矛盾、措辞具有多义或歧义性等足以支持偏离文义进行解释的特别情事。在文义解释无果之情形，履行顺位之约定可以排除债务加入，不以债务人届期未履行作为第三人履行债务的条件可以排除保证，第三人自身对债务履行是否具有直接和实际的经济利益、第三人履行债务是否具有确定性均不足以完全区分保证和债务加入，此时宜就个案全部情事进行综合判断。为增强法律适用的便利性和裁判结果的可预见性，同时避免具有保护保证人作用的保证法律规范被规避，加强对单方承诺负担义务之第三人的保护，于存疑之际宜推定为保证，最高人民法院确立的债务加入推定规则缺乏正当性。

关键词 债务加入 保证 利益标准 履行顺位 推定保证

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.06.008

作者夏昊晗，法学博士，中南财经政法大学法学院讲师。

债务加入，亦称并存的债务承担，系指第三人加入既存的债务关系中，与债务人就其债务对债权人负连带之责。因相当于在债务人之外为债权人增加了一个新债务人，债务加入和保证一样具有担保债权实现的功能。^① 第三人加入债务与保证人提供保证的方式亦极为相似，通常采取单方面向债权人出具承诺函或与债权人签订协议的方式。这就导致在个案中殊难识别第三人承诺履行债务究竟意在提供保证抑或加入债务，尽管二者在学理上泾渭分明，即保证人系为他人债务负责，保证债务系从债务，而债务加入人系为自己的债务负责，其负担的债务与债务人的债务并无主从之分。^② 然而，在个案中将第三人承诺履行债务的意思表示解释为债务加入抑或保证^③ 往往直接决定着第三人责任的有无以及大小，因为二者在法律效果上存在重大差异。^④ 例如，由于《担保法》关于保

^① 参见史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第751页；崔建远“‘担保’辨——基于担保泛化弊端严重的思考”，《政治与法律》2015年第12期，第115页；陈自强《契约之内容与消灭》，台湾元照出版公司2018年版，第236、275页；肖俊“《合同法》第84条（债务承担规则）评注”，《法学家》2018年第2期，第177页。

^② 参见注^①，史尚宽书，第751页。关于债务加入与保证在学理上的其他区别，参见程啸《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第370-371页。

^③ 需要说明的是，第三人承诺履行债务亦有可能构成履行承担或者免责的债务承担，本文仅在区分债务加入与保证的范围内讨论问题。

^④ 关于债务加入与保证在法律效果上的区别，参见朱奕奕“并存的债务承担之认定——以其与保证之区分为讨论核心”，《东方法学》2016年第3期，第48-53页；王吉中“债务加入与保证之辨析——从差异比较、意思表示解释与法律适用出发”，《研究生法学》2015年第6期，第53-54页。

证期间的规定仅适用于保证而并不适用于债务加入^⑤，在司法实务中第三人往往主张自己系保证人，然后再以保证期间已过为由进行抗辩，而债权人则主张构成债务加入。因债务加入在现行法中并无对应规范^⑥，在学术研究中亦属于边缘问题^⑦，如何在个案中识别债务加入与保证遂成为长期困扰司法实务的疑难问题^⑧，同案不同判的情况层出不穷^⑨。有鉴于此，本文拟透过对司法裁判的审视，结合学理并参酌比较法，尝试确立在个案中识别债务加入和保证的准则，以期裨益于司法实践。

一、形式标准

（一）词句文义优先

“意思表示必借助语言表述，文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口。”^⑩因此，在个案中判断第三人承诺履行债务之意思表示究系保证抑或债务加入，首先应从第三人出具的承诺函或当事人签订的协议所使用的文字词句出发。如果承诺函或协议明确使用“保证”或“债务加入”的措辞，原则上应依其表述进行相应的定性，除非存在足以支持偏离文义进行解释的特别情事，即词句文义优先。^⑪因为，明确的措辞通常反映表意人的内心真意；在意思表示解释的诸方法中，亦唯有文义解释较具客观性。在当事人为法律专业人士或者协议、承诺函系法律专业人士起草的场合，尤其应坚持文义优先，因为法律专业人士通常清楚所采用措辞或概念的法律意义。需要注意的是，因现行法并未规定债务加入，普通民众一般并不了解该概念，在实践中明确采用“债务加入”这一表述的情况较为罕见。一旦当事人明确使用该表述，原则上应认为其确切理解债务加入的法律意义。准此，江苏省高级人民法院在“中国信达资产管理股份有限公司江苏省分公司与宜兴市新建镇人民政府、江苏三鑫化纤有限公司等金融借款合同纠纷案”中的裁判见解即值得商榷。在该案中，案涉承诺书的内容为：“……本承诺人作为债务加入方自愿履行上述债务人的债务，同时本承诺并不免除债务人或担保人履行主从债务的责任”。江苏省高级人民法院认为“虽然新建镇财政所出具的承诺书的内容中表明是‘债务加入方’，但结合江苏银行开发支行要求多方当事人出具承诺书的时间、目的可以看出，该承诺书具有保证性质。”^⑫法院的裁判理由非无疑问，因为银行要求出具承诺书的目的显然在于担保其债权，然而如前所述，债务加入亦具有此种功能。

^⑤ 参见注②，程啸书，第370-371页。

^⑥ 需要提及的是，《民法典各分编（草案）》一审稿和二审稿于第344条明确规定了债务加入。若无意外，该条应会成为《民法典》的正式规定。然而，区区一个条文显然无助于解决债务加入与保证的识别问题。

^⑦ 目前所见，学界仅三篇论文对债务加入与保证的识别问题有所着墨。参见注①，肖俊文，第177-178页；注④，朱奕奕文，第53-57页；注④，王吉中文，第54-55页。

^⑧ 此从诸多法官撰文讨论如何在个案中识别债务加入与保证即可管窥。参见曹万里、殷湘洋、许友刚“审视与探索：债务加入之法眼透视”，载贺荣主编《司法体制改革与民商事法律适用问题研究——全国法院第26届学术讨论会获奖论文集》（下册），人民法院出版社2015年版，第988页；刘丽“并存的债务承担与保证之司法区分——应志伟诉杨定炳、王崇兴买卖合同纠纷”，《法律适用》2012年第7期，第116-117页；葛治华“一般保证抑或并存的债务承担及夫妻共同债务——一张借条引发的思考”，《人民司法·应用》2009年第21期，第106-108页。

^⑨ 参见最高人民法院（2016）最高法民终621号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京03民终8206号民事判决书；江苏省高级人民法院（2017）苏民再350号民事判决书；湖北省高级人民法院（2015）鄂民申字第01408号民事裁定书。

^⑩ 朱庆育《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第227页。

^⑪ Vgl. Norbert Horn, Vorbemerkungen zu §§ 765-778, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, Berlin: Sellier-de Gruyter, 2012, Rn. 406.

^⑫ 江苏省高级人民法院（2018）苏民申942号民事裁定书。

（二）文义解释的限度

在协议或承诺函的措辞明确但具有多种理解可能性、其他内容与措辞相互矛盾或者措辞并不明确、语义含混之时，上述文义优先规则自然并无用武之地。此时，自不可拘泥于所使用之词句。

首先，在当事人缺乏必要法律知识的场合，即便措辞明确，亦可能并未准确表达出其内心真意。因此，在协议或承诺函的其他内容、实际履行情况等与保证之特性不甚契合的情形，即便明确采用“保证”的表述，亦不得认定为保证。^⑬ 例如，在“厦门市展航货运代理有限公司与厦门市金英实业开发有限公司、厦门市佳昱进出口有限公司海上货运代理合同纠纷案”中，第三人向债权人具函“保证”债务人还清欠款，如债务人在约定的履行期内无力偿还欠款，则自己代替还款。依据《担保法》第17条关于“债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证”之规定，第三人之意思表示本应被理解为一般保证。然而，在债务人的履行期届至之前，第三人即替债务人实际履行了部分债务，这与一般保证之补充性显然不相吻合。由此似可推断，第三人的内心真意并非在于提供保证，而系加入债务。^⑭

其次，在当事人明确采用“保证”这一表述的场合，因该词在汉语中具有多义性，亦不宜径直认定为保证。在“赵晓燕与莱芜市云海工贸有限公司买卖合同纠纷案”中，案涉《还款计划书》载明“……1. 贝隆经贸法定代表人赵晓燕保证在2011年12月31日前还清欠云海工贸货款4618457.95元。2. 赵晓燕自愿用自己在北京的房产一套作为抵押……”。二审法院以存在明确的“保证”字样、落款处注明“保证人”为由认定赵晓燕系保证人。^⑮ 然而，第1项所采用的“保证”表述存在以下两种解释可能性：第一种解释是，赵晓燕保证贝隆经贸在2011年12月31日前还清欠款；第二种解释是，赵晓燕保证自己在前述日期前还清欠款。如果采第一种解释，此处“保证”既可以理解为《担保法》意义上的保证，亦可理解为赵晓燕承诺为债务之履行提供担保，担保之方式则系第2项规定的房产抵押。相较而言，后一种理解似乎更符合常理。如果采第二种解释，自应将“保证”理解为债务加入，因为赵晓燕承诺还清欠款，并不以债务人贝隆经贸届期不偿还为前提，而依据《担保法》第6条的规定，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為。第2项房产抵押约定的存在并不影响进行此种理解，因为债务加入与抵押完全可以并存。因此，并无理由拘泥于“保证”之措辞而认定为保证。

最后，在措辞并不明确，而是存在多种理解可能性的情形，自然更不应拘泥于所使用之词句。在“中国信达资产管理公司石家庄办事处与中国一阿拉伯化肥有限公司、河北省冀州中意玻璃钢厂借款担保合同纠纷案”（以下简称“河北中意担保案”）中，案涉《承诺书》的核心内容为“我对归还该笔贷款本息承担连带还款责任，并放弃一切抗辩权。”最高人民法院将其定性为保证，理由是“根据承诺书的具体内容以及向河北中意的催收通知中的担保人身份的注明，对河北中意的保证人身份有较为明确的表示与认可。”^⑯ 最高人民法院的裁判理由中虽然出现了“承诺书的具体内容”，但是“放弃一切抗辩权”的表述更多体现的是债务加入的特性，因而其实质理由应当是债权人发出的催收通知中将第三人的身份注明为担保人。因债务加入亦具有担保功能，此种裁判见解实非无疑问。^⑰ 在第三人承诺承担连带偿还责任的情形，因通说认为债务加入的法律效果亦为产

^⑬ 参见四川省成都市中级人民法院（2016）川01民终5158号民事判决书。

^⑭ 参见厦门海事法院（2015）厦海法商初字第963号民事判决书。同旨参见湖北省枣阳市人民法院（2015）鄂枣阳民三初字第00116号民事判决书；浙江省青田县人民法院（2017）浙1121民初2917号民事判决书。

^⑮ 参见山东省高级人民法院（2013）鲁商终字第117号民事判决书。

^⑯ 最高人民法院（2005）民二终字第200号民事判决书。

^⑰ 然而，仅凭承诺函或协议中存在“担保”字样即认定第三人意在提供保证的裁判，在司法实务中并不鲜见。参见江苏省常州市中级人民法院（2017）苏04民终2881号民事判决书。

生连带之债，因此亦不可简单认定为连带保证。

二、实质标准

在个案中，如果通过文义解释无法识别债务加入与保证，则应根据二者的本质区别，综合个案全部情事探求当事人之真意。通常认为，保证具有从属性，保证债务相对于主债务的这种从属性体现于成立、移转、内容、消灭等各个方面。^⑮而债务加入仅于产生上具有从属性，自加入债务之时起，债务加入人负担的债务即与原债务各自独立发展，因而债务加入具有相当程度的独立性。^⑯是否具有从属性因而构成债务加入和保证的本质区别，二者在法律效果上的重大差异亦多源于此。例如，根据《担保法》第21条第1款的规定，在没有特别约定的情况下，保证范围及于违约金、损害赔偿金和实现债权的费用，而在债务加入中，债务加入人负担债务之范围以加入之时原债务的内容为限。因此，在个案中判断第三人的行为究系债务加入抑或保证，起决定性作用的是第三人内心意欲承担的是独立的还是从属的债务。^⑰为判断第三人的内心意图，学说和实务提出了一系列判断标准。

（一）利益标准

我国司法实务经常采用利益标准区分债务加入与保证，即：第三人自身如果对债务之履行具有直接和实际的经济利益，则成立债务加入，否则仅构成保证。我国学说对此亦多持赞成态度。^⑱

1. 利益标准之司法确立

早期，司法实务仅间接采纳利益标准。例如，在2002年的“杭州利星凯越大酒店有限公司、上海中鼎世华建设开发有限公司与浙江中成建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”中，最高人民法院指出“杭州公司虽然不是……合同的缔约人，但在合同履行中，多次参与会议纪要的签署，参加了土建工程的中间结构验收，并分4次直接向中成公司支付工程款……且于1998年10月3日给中成公司出具书面函承诺，工程款支付事宜，凡杭州公司未能及时到位，上海公司又不能按合同支付工程进度款的，由杭州公司负责给付。由此说明杭州公司已加入到中成公司与上海公司的合同关系之中……杭州公司应按其对中成公司承诺的内容，承担连带清偿责任。”^⑲虽然判决中未明确使用“债务加入”的表述，且未明确将第三人杭州公司与合同履行存在利益关系作为理由，但是主审法官于评析该案时明确指出，认定构成债务加入的一个重要理由在于“杭州公司是工程的业主，是合同履行的最终受益者”。^⑳在2013年的“浙江圣华建设集团有限公司与安徽环球房地产股份有限公司、浙江环球房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”中，最高人民法院指出：

^⑮ 参见高圣平《担保法论》，法律出版社2009年版，第86页；注②，程啸书，第212-223页。

^⑯ 参见注①，史尚宽书，第752页；注②，程啸书，第370页；黄立《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第626页；Susanne Heinemeyer, Vorbemerkung zum § 414, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München: C. H. Beck, 2019, Rn. 21; OGH 1 Ob 109/00m.

^⑰ 参见注⑱，黄立书，第626页。此亦系德国和奥地利通说观点。Vgl. Christian Grüneberg, Überlegungen vor § 414, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 76. Aufl., München: C. H. Beck, 2017, Rn. 4; OGH 1 Ob 525/94; 注⑩, Rn. 407.

^⑱ 参见朱广新《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第503页；王洪亮《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第465页；施建辉“债务加入研究”，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2010年第6期，第146页；注①，肖俊文，第178页。

^⑲ 最高人民法院（2002）民一终字第53号民事判决书。

^⑳ 贾劲松“杭州利星凯越大酒店有限公司、上海中鼎世华建设开发有限公司与浙江中成建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案——兼论并存的债务承担或债务加入”，载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》2003年第2卷（总第14卷），法律出版社2003年版，第398页。

“环球集团公司作为环球房产公司的母公司，实质性地参与了圣华建设公司与环球房产公司工程款支付事项的协商和承诺，并以自己的行为表明了其有共同偿还工程款的意思表示，属于债务加入。”^{②④} 由判决理由强调第三人系债务人的母公司等内容可知，“利益标准”已经呼之欲出了。在2014年的“云南旺立达矿业有限公司与李俊生、昌吉市益安煤矿企业借贷纠纷案”中，“利益标准”终于正式确立。在该案中，最高人民法院首次明确指出“在双方约定不明的情况下，应结合合同目的、承担人与合同利益的关联程度综合考虑上述约定的性质。本案中，益安煤矿向中翔集团借款2000万元系用于煤矿改造事宜，李俊生作为益安煤矿的实际出资人和控制人，与益安煤矿的经营行为和实际收益存在利害关系，其亦直接参与了本案所涉益安煤矿股权转让和借款过程，并直接向中翔集团支付了200万元款项，故其在《借款合同》中承诺的对益安煤矿借款承担连带还款责任，不仅仅是为了益安煤矿的利益而承担责任，其对此亦有直接和实际的利益。因此，李俊生在《借款合同》中作出的还款承诺更符合债务加入的特征。”^{②⑤} 在2018年的“中国城市建设控股集团有限公司、安信信托股份有限公司营业信托纠纷案”（以下简称“中城建信托案”）中，最高人民法院进一步明确指出“在当事人意思表示不明时，应斟酌具体情事综合判断，如主要为原债务人的利益而为承担行为的，可以认定为保证，承担人有直接和实际的利益时，可以认定为债务加入。”^{②⑥} 此种裁判意旨几乎系史尚宽先生下述文字的抄录“在实际上果为保证契约，抑为并存的债务承担，应斟酌具体的情事，尤其契约之目的定之。当事人之意思不明时，其偏为原债务人的利益而为承担行为时，可认为保证。承担人有直接及实际的利益而为之者，可认为并存的债务承担。”^{②⑦} 在最高人民法院前述裁判意旨的影响之下，明确采用“利益标准”的地方法院判决渐次增加。^{②⑧}

2. 利益标准之修正

利益标准的合理性在于：保证系立法者认可的典型人保方式，诸多保证规范旨在保护保证人，其中尤以保证要式之规定为要。为避免此种保护性规定的规范目的落空，在个案中认定债务加入必须以存在特别情事为必要；^{②⑨} 第三人自身对债务履行具有直接的经济上或法律上的利益，显然足以成为此种特别情事，因为此时第三人通常更愿意承担与利益相应的风险，自然也就毋庸对其进行特别保护，尤其是没有必要通过形式强制去避免其仓促行事。^{③⑩} 简言之，债务加入较之于保证给第三人带来的风险更大，一个理性的第三人唯有在自身对债务履行具有直接和实际的经济利益之时，方有可能愿意加入债务。^{③⑪} 正因为如此，在当事人的意思表示不明之时，利益标准在德国法和奥地利法上曾一度被作为区分债务加入和保证的决定性因素，构成债务加入的充分、必要条件。

然而，利益标准亦有其不合理的一面。生活经验表明，债务加入人并不必然意在追求自身的经

^{②④} 最高人民法院（2013）民一终字第117号民事判决书。在“刘子银、连晓艳与福建海富房地产有限公司、福建省老区房地产开发有限公司等合资、合作开发房地产合同纠纷案”中，最高人民法院认定为债务加入的理由之一是债务人系第三人的法定代表人，参见最高人民法院（2016）最高法民终621号民事判决书。

^{②⑤} 最高人民法院（2014）民二终字第138号民事判决书。地方法院早于该案明确采用利益标准，参见浙江省宁波市中级人民法院（2012）浙甬商终字第891号民事判决书。

^{②⑥} 最高人民法院（2018）最高法民终867号民事判决书。

^{②⑦} 同注①，史尚宽书，第751页。

^{②⑧} 参见湖北省襄阳市中级人民法院（2018）鄂06民终3454号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01民终10000号民事判决书；湖北省黄冈市中级人民法院（2017）鄂11民终1425号民事判决书；黑龙江省大庆市中级人民法院（2017）黑06民终2574号民事判决书。

^{②⑨} 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第414页。

^{③⑩} 参见注②⑨，第414页。[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2003年版，第622页。

^{③⑪} 有论者主张，因为保证人享有追偿权，而债务加入人并不享有追偿权，所以认定债务加入以第三人对于债务“具有自己的、直接的经济利益为要件。”实质上即为此意。参见注②⑥，程啸书，第375页。

济利益，而保证人也有可能是为了自身的经济利益才提供保证。^⑳ 基于私法自治原则，法律并无任何正当理由阻止第三人在对债务履行没有自身经济利益的情况下加入债务。如果认为此时有必要保护第三人，以免其在未经深思熟虑的情况下即为自己单方面设定如此沉重的义务，自可考虑有无必要如同保证一般对债务加入进行形式强制，而没有必要因噎废食，完全不承认债务加入成立的可能性。此外，“直接的经济利益”之内涵界定不一，亦极易导致法官恣意。一般认为，此种利益必须指向债权人与债务人之间合同的履行，即针对对待给付。^㉑ 其适例为，工程发包方承诺替承包方支付其欠材料供应商的货款。如果第三人是在与债务人的关系上存在经济利益，例如第三人之目的旨在获得债务人给付的担保费，则认为不存在直接的经济利益。^㉒ 不过，德国联邦最高法院（BGH）认为，利益并不一定必须指向债权人的对待给付。例如，在有限责任公司丧失支付能力的情形，为避免公司进入破产程序影响自己的商业信誉，该公司执行董事向公司的债权人承诺代为履行付款义务，执行董事即存在直接的经济利益。^㉓ 职是之故，利益标准在德国和奥地利法上逐渐失去了往昔的地位。时至今日，德国和奥地利通说认为，第三人自身对债务履行具有直接的经济利益系认定构成债务加入的重要表征，然而其存在对于在个案中认定债务加入既非必要条件，亦非充分条件。^㉔ 一方面，如果当事人的意思表示明确，那么该意思表示就是决定性的，此时毋庸再考虑是否存在此种经济利益；^㉕ 另一方面，即便在个案中确定存在此种利益，但如果依然存在疑问，则认定为保证。^㉖ 就此而言，有论者于第三人对于债务之履行具有“对价给付利益”的情形一概认定为债务加入，^㉗ 似有不妥。例如，如果第三人承诺为债务人的借款承担连带保证责任，包括但不限于本金、利息、罚息、违约金和实现债权的费用，尽管第三人系债务人的法定代表人和实际控制人，也应当认定为保证，因为第三人承诺对罚息、违约金和实现债权的费用负责充分表明了保证的从属性特征。

（二）履行顺位标准

通说认为，一般保证具有补充性，即只有在主债务人不能履行债务之时，保证人方需履行债务或者承担责任，^㉘ 而债务加入并不具有补充性，债权人可以直接要求原债务人或债务加入人履行债务，^㉙ 此点与连带保证相同。^㉚ 因此，履行顺位之约定可以将一般保证与债务加入区分开来，但不足以区分连带保证与债务加入。^㉛ 在实践中，如果承诺函或协议将第三人履行债务的前提界定为债务人届期“不能”“无法”“无财产”履行债务，此时存在明显的履行顺位，与《担保法》第17条规定的一般保证契合，自应认定为一般保证，此亦为司法实务通常做法。^㉜ 不过，亦偶有法院无视

^⑳ 参见注①⑨，Heinemeyer文，Rn. 21.

^㉑ 参见注①⑨，Heinemeyer文，Rn. 21. 通常认为，第三人单纯基于亲情或友情承诺代为履行债务，仅构成保证。Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2017, § 61 II, Rn. 754.

^㉒ Vgl. Hartmut Oetker/Felix Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 2007, § 13, Rn. 14.

^㉓ Vgl. BGH NJW 1986, 580, 581.

^㉔ 参见注①⑨，Rn. 406；注②⑩，Grüneberg文，Rn. 4；OGH 1 Ob 525/94.

^㉕ 参见注②⑩，Grüneberg文，Rn. 4；注①⑨，Heinemeyer文，Rn. 21.

^㉖ 参见注②⑨，第414页；注②⑩，Grüneberg文，Rn. 4；注①⑨，Heinemeyer文，Rn. 22.

^㉗ 参见注④，朱奕奕文，第55页。

^㉘ 参见注⑩⑪，高圣平书，第88页。

^㉙ 参见注②，程啸书，第370页。

^㉚ 连带保证并不具有补充性，参见注⑩⑪，高圣平书，第88页；陈自强《契约责任与契约解消》，台湾元照出版公司2016年版，第357页。

^㉛ 就此而言，概言以履行顺位作为区分债务加入与保证的标准，失之精确。参见注①，肖俊文，第178页。

^㉜ 参见最高人民法院（2016）最高法民终623号民事判决书；最高人民法院（2009）民提字第7号民事判决书；广东省高级人民法院（2018）粤民再1号民事判决书；江苏省高级人民法院（2016）苏民终1001号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2016）粤03民终9279号民事判决书。值得一提的是，一些法院混淆了一般保证与连带责任保证的区分，于此时错误地认定为连带责任保证。参见广东省东莞市中级人民法院（2016）粤19民终5430号民事判决书；江苏省高级人民法院（2017）苏民申3856号民事裁定书；广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民二终字第384号民事判决书。

履行顺位的约定，错误地将第三人之承诺定性为债务加入。例如，在“陈灵康、浙江省广业钢铁实业有限公司民间借贷纠纷案”中，最高人民法院改变其此前的一贯立场，将“甲方不能支付乙方相关款项，由丙丁方负责支付”的约定定性为债务加入。^⑤ 最高人民法院之所以如此处理，唯一的理由可能在于第三人系债务人-实际控制人。然而，在第三人提供一般保证的意思表示明确的情形下，以第三人对于债务履行具有直接的经济利益为由认定其为债务加入，显非妥当。

（三）债务人届期未履行作为条件

如果第三人履行债务并不以债务人届期未履行为前提，而是直接表明第三人代替债务人履行，则应认定为债务加入，因为依据《担保法》第6条的规定，保证人履行债务或者承担责任以债务人不履行债务为前提，这是由保证的补充性所决定的。例如，如果第三人直接向债权人出具借条，表明自己欠款若干，或者第三人向债权人出具还款计划，而对债务人-债务未置一词，则应认定为债务加入，因为此时并未体现出主从关系。^⑥ 如果第三人承诺“无条件”支付款项或履行债务，则应定性为债务加入。在“峨眉山诚实贸易有限公司与峨眉山市新林贸易有限公司、峨眉山君亿能源有限公司买卖合同纠纷案”中，案涉《承诺书》载明“我公司（即诚实公司）承诺无条件支付君亿公司欠峨眉山市新林贸易有限公司煤款……元”。一审法院认为，“无条件支付”应当理解为诚实公司给付新林公司煤款不以君亿公司不能履行债务为前提，进而依据《担保法》第19条认定该《承诺书》属于连带保证的意思表示。^⑦ 此种裁判见解显然是在保证的框架内思考问题，而并没有意识到债务加入的可能性及其与连带保证的区别。

如果将第三人履行债务的前提界定为债务人届期未履行，第三人的意思表示应如何定性？就此问题，司法实务争议极大，最高人民法院的立场亦摇摆不定。部分判决在否定存在履行顺位或先诉抗辩权的约定即排除一般保证后，立即认定为连带责任保证^⑧ 或含糊认定为保证。^⑨ 此种裁判见解显然只是在保证的框架内考虑问题，而没有意识到债务加入的可能性，自非妥当。此外，如果坚持此种裁判见解，则债务加入在实务中几无存在的可能性了，因为债务加入和连带保证一样，均以担保债权实现为目的，第三人同意履行债务一般也当然以原债务人届期不履行债务为前提。当然，此时的债务加入系附条件的债务加入，即将“债务人届期未履行”作为债务加入人履行债务的条件。^⑩ 不过，亦有法院正确地认识到了这一点，没有在排除一般保证之后直接认定为连带保证，而是综合其他标准再次对连带保证和债务加入进行区分。在前述“中城建信托案”中，最高人民法院首先认定“如河南中城建公司不回购安信公司的股权收益权，则由中城建公司回购”并非履行顺位的约定，从而排除一般保证，进而根据其他理由定性为债务加入。^⑪ 部分判决则在排除一般保证后

^⑤ 参见最高人民法院（2017）最高法民终940号民事判决书。类似裁判见解，参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2012）桂市民二终字第201号民事判决书；内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院（2017）内01民终4442号民事判决书。

^⑥ 参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民终8206号民事判决书；浙江省丽水市中级人民法院（2018）浙11民终84号民事判决书。

^⑦ 参见四川省高级人民法院（2016）川民申2769号民事裁定书（二审和再审法院认定构成债务加入）。

^⑧ 参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民终2703号民事判决书。亦有法院此时错误地认定为一般保证。参见福建省高级人民法院（2014）闽民终字第1004号民事判决书。

^⑨ 参见最高人民法院（2017）最高法民终353号民事判决书（未明确保证性质，因保证人不合格而认定保证无效）。

^⑩ 参见最高人民法院（2016）最高法民申1832号民事裁定书。

^⑪ 参见注②。在“刘子银、连晓艳与福建海富房地产有限公司、福建省老区房地产开发有限公司等合资、合作开发房地产合同纠纷案”中，案涉承诺内容为“若陈亚平未按约定的实际进度还款，刘子银、连晓艳可以要求海富公司、老区公司代为清偿前述债务”。最高人民法院在综合考虑债务人系第三人的法定代表人、前后协议之间的差异、第三人以何种身份签字等因素认定为债务加入。参见最高人民法院（2016）最高法民终621号民事判决书。

即认为构成债务加入。^{⑤②} 在“连云港港加新型建材有限公司与连云港深喜嘉瑞宝投资经营管理有限公司、江苏天腾建设集团有限公司买卖合同纠纷案中”，项目投资方向承包方的材料供应商提供“担保”：如承包方于一定期限内未支付完材料款，投资方“保证”从工程款中扣除所欠材料款余款，并直接付给供应商，最高人民法院将此种“担保”解释为债务加入，然而并未说明为何不构成连带责任保证。^{⑤③} 基于同样的理由，此种裁判见解亦不足取。

（四）履行债务的确定性

有观点认为，保证人是否需要履行保证债务具有或然性或不确定性，而债务加入人履行债务具有必然性或确定性，并主张以此区分保证和债务加入。^{⑤④} 此种见解有以偏概全之嫌。若第三人履行债务并不以债务人届期未履行为前提，债务加入人履行债务的确具有确定性，然而若第三人履行债务以债务人届期未履行为前提，债务加入人是否履行债务和保证一样具有不确定性。

在实务中，与此问题密切相关的是：对到期债务承担偿还责任的承诺构成保证抑或债务加入？就此问题，最高人民法院的立场摇摆不定。在“中国华融资产管理公司北京办事处诉北京地鑫房地产开发有限责任公司、中国机床总公司、中国轻工集团公司、北京正一机电技术公司债权转让合同纠纷案”中，最高人民法院认为，对到期债务承担连带保证责任的承诺，并非一般意义上的提供担保，第三人与债权人之间形成了新的债权债务关系，即第三人代债务人向债权人偿还债务。^{⑤⑤} 最高人民法院虽未明确指出此种新的债权债务关系即系债务加入，但实质上应系此意。此种裁判见解在司法实务中影响极大，诸多地方法院均依此裁判。^{⑤⑥} 在“福建省惠建发建设工程有限公司漳州分公司、陈德发合同纠纷案”中，最高人民法院进一步明确“并存的债务承担中，欠付债务的事实已经存在，新加入债务的第三人是就欠付的债务承担清偿责任，而连带责任保证中，是否欠付债务并不确定，保证人是就将来可能发生的债务人不能履行债务时的或有债务承担清偿责任。本案中……《协议》签订时借款期限已届满，林添隆与林文星之间的债权债务关系及相关法律事实均已确定，仅需等待另案判决具体欠款金额。此种情况下，陈德发、惠建发漳州分公司在《协议》中明确表示自愿为林添隆欠付林文星的债务承担连带还款责任，并就还款方式进行具体约定，符合债务加入的法律特征……”^{⑤⑦} 但是，在“婺源县万寿山陵园有限公司、徐江炎民间借贷纠纷案”中，最高人民法院改变了其立场，认为：“……因案涉担保提供之时，万寿山公司的股东为梁利华及其女梁晶，故可认定万寿山公司为梁利华债务提供担保的意思表示明确……原审关于主债务到期后，保证人作出的保证承诺是对到期债务偿还责任的承诺，而非一般意义上的提供担保……的裁判理由，与当事人的约定不符，且缺乏法律依据，本院予以纠正。”^{⑤⑧} 在“重庆朝天门国际商贸城股份有限公司与重庆商投石化有限公司、北京苏伯格林贸易有限公司、青岛佳施化工有限公司借款合同纠纷案”

^{⑤②} 参见四川省雅安市中级人民法院（2017）川18民终490号民事判决书；黑龙江省绥化市中级人民法院（2018）黑12民终1273号民事判决书。亦有判决直接否定构成债务加入，参见江苏省高级人民法院（2015）苏审三商申字第00310号民事裁定书。

^{⑤③} 参见注⑤①。

^{⑤④} 参见江苏省高级人民法院（2017）苏民再350号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京03民终2703号民事判决书。

^{⑤⑤} 参见最高人民法院（2003）民二终字第14号民事判决书。

^{⑤⑥} 参见重庆市高级人民法院（2017）渝民终476号民事判决书；江西省高级人民法院（2016）赣民终143号民事判决书；宁夏回族自治区高级人民法院（2013）宁民终字第32号民事判决书；浙江省绍兴市中级人民法院（2016）浙06民终3444号民事判决书；江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第2210号民事判决书；福建省宁德市中级人民法院（2014）宁民终字第853号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2013）佛中法民二初字第30号民事判决书。偶有法院持反对观点，参见河南省郑州市中级人民法院（2015）郑民三终字第925号民事判决书；江苏省镇江市中级人民法院（2014）镇民终字第610号民事判决书。

^{⑤⑦} 最高人民法院（2018）最高法民申4130号民事裁定书。

^{⑤⑧} 最高人民法院（2017）最高法民申2839号民事裁定书。同旨，参见江西省景德镇市中级人民法院（2018）赣02民终395号民事判决书；四川省高级人民法院（2018）川民终849号民事判决书。

中，最高人民法院再次重申此立场。⁵⁹ 笔者认为，仅以债务已经到期不能提供保证担保为由认定为债务加入并不妥当。⁶⁰ 首先，在私法领域，法无禁止即自由，既然现行法律并无禁止性规定，非有正当理由自不得限制第三人为他人的到期债务承担保证责任。⁶¹ 其次，如果第三人提供保证的意思表示明确，仅以主债务已经到期即剥夺其本欲享有的保证期间保护，有违意思自治。⁶²

三、存疑推定为保证

（一）存疑推定为债务加入规则之司法确立

如果依据上述标准仍存有疑义时，应认定为保证抑或债务加入？就此问题，最高人民法院指出“判断一个行为究竟是保证，还是并存的债务承担，应根据具体情况确定。如承担人承担债务的意思表示中有较为明显的保证含义，可以认定为保证；如果没有，则应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定为并存的债务承担。”⁶³ 存疑推定为债务加入规则由此在司法实务中得以确立。由于该案判决系最高人民法院作出且被载入《最高人民法院公报》，⁶⁴ 该规则对司法实务产生了广泛而深远的影响，几乎获致各级法院的一致遵循。⁶⁵ 在“茂名市长隆石油化工有限公司深圳分公司与长江南京航道工程局合同纠纷案”中，一审法院径直依据该规则认定为债务加入，二审法院极其罕见地质疑该规则的正当性“一般情况下，债务加入与连带保证在处理结果上并无实质的差别，但当两者出现效力之争时，例如保证人可能不具有保证担保的主体资格，不同的定性将可能产生不同的法律后果，此时，如果简单地以保护债权为由选择定性，则不免有规避法律之嫌。”然而，再审法院却为该规则的正当性辩护“在当事人对一个行为究竟是保证担保还是债务加入有分歧时，如果保证担保的意思不明显，从保护债权人利益的角度出发认定为债务加入，该价值取向无可厚非。”⁶⁶ 在前述“中城建信托案”中，最高人民法院虽未采用同样的措辞，但实质上再次重申了这一立场“鉴于中城建公司基于何种目的负担回购义务、是否具有实际利益，其是否向河南中城建公司享有求偿权及求偿范围如何，均不甚清晰，难以径直认定成立连带责任保证。综上，综合判断《承诺函》的出具过程及约定内容，认定中城建公司构成债务加入更为适宜。”⁶⁷

（二）存疑推定为债务加入规则之质疑

1. 有利于债权人解释之偏颇

在前述“河北中意担保案”中，最高人民法院明确表示，系从保护债权人利益的立法目的出发确立存疑推定为债务加入规则。此种偏向于保护债权人利益的价值取向在我国立法和司法中可谓一以贯之。久为诟病的《担保法》第19条即其适例。依该条规定，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。存疑推定为连带责任保证显然对债权人较为有

⁵⁹ 参见最高人民法院（2018）最高法民终816号民事判决书。

⁶⁰ 参见注②，程啸书，第375页。

⁶¹ 参见江苏省镇江市中级人民法院（2014）镇民终字第610号民事判决书。

⁶² 需要注意的是，有判决认为可以为到期债务提供保证，但主张不得适用保证期间，而应适用诉讼时效。参见四川省高级人民法院（2018）川民终849号民事判决书。

⁶³ 同注①⑥。

⁶⁴ 参见最高人民法院办公厅编《中华人民共和国最高人民法院公报》（2006年卷），人民法院出版社2007年版，第177-184页。

⁶⁵ 参见彭华“第三人承诺自愿承担债务的认定”，载《人民法院报》2016年4月14日第7版。

⁶⁶ 江苏省高级人民法院（2017）苏民再350号民事判决书。

⁶⁷ 同注②⑥。

利。然而，法律应立足于均衡保护，不应偏向于保护任何一方，除非存在特殊的正当化事由。此种正当化事在保证情形并不存在，因为保证人系单方承担义务，对债权人有利而无一害。因而，在价值取向上理应倾向于保护保证人。《奥地利民法典》第 915 条即明文规定“契约中仅一方当事人负有义务者，在有疑义时，应认为义务人仅同意负较轻的义务，而非较重的义务。”^⑧ 考诸比较法，连带责任保证之推定仅适用于商事领域，而民事领域依然坚持一般保证推定^⑨，实非无缘由。正是因为如此，我国学者普遍对连带责任保证推定持批评态度。^⑩ 令人欣慰的是，《民法典分编（草案）》已经改弦易辙，于第 476 条第 2 款规定了一般保证推定。前述反对连带责任保证推定的理由亦适用于债务加入推定，基于保护第三人利益的考虑，存疑之时应推定为保证。^⑪

此种观点在一定程度上隐含着这样一种认识：较之于债务加入，保证的风险较小。此种认识在学说和实务中非常普遍。^⑫ 不过，亦有少数学者认为，债务加入的风险并非在任何方面均大于保证的风险。^⑬ 例如，由保证的从属性所决定，保证担保的范围原则上及于违约金、损害赔偿金和实现债权的费用等，而由债务加入的相对独立性所决定，债务加入人负担债务之范围以加入之时原债务的内容为限。基于同样的理由，保证人享有债务人的所有抗辩权，但是债务加入人仅能享有加入之时便存在的债务人抗辩权。然而，总的来说，保证责任轻于债务加入责任这一判断依然可以成立。这是因为，保证人享有保证期间的保护，一般保证人更是享有先诉抗辩权。这从司法实务中第三人均主张构成保证、债权人却主张构成债务加入亦可管窥。

2. 为规避法律打开方便之门

虽然我国《担保法》偏向于保护债权人利益，但依然存在一些保护保证人的规定。例如，《担保法》第 13 条关于书面形式的规定，第 25 条和第 26 条关于保证期间的规定等。此外，亦存在一些旨在维护社会公共利益的规定。例如，第 8 条和第 9 条关于保证人资格限制的规定。这些规定部分无法适用于债务加入。在此种情况下，存疑推定为债务加入将为规避这些规定打开方便之门。

3. 保证不得推定之迷思

在前述“河北中意担保案”中，在一般性地提出存疑推定为债务加入规则之后，最高人民法院进一步指出“本案中，根据承诺书的具体内容以及向河北中意的催收通知中的担保人身份的注明，对河北中意的保证人身份有较为明确的表示与认可。”^⑭ 由此发端，司法实务长期以来形成了一种较为普遍的认识：保证的意思应明示，不得推定；而债务加入并不必然要求当事人有明确的意思表示，可以推定。^⑮ 甚至有法院将保证之明示理解为必须使用“保证”字样。在“李胜涛等诉长兴诺力小额贷款有限责任公司借款合同纠纷案”中，案涉《还款责任约定书》载明李胜涛对借款“承

^⑧ 崔建远先生即主张，存疑之际应作不利于债权人而有利于债务人的解释。参见崔建远“合同解释规则及其中国化”，《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 94 页。

^⑨ 参见曾大鹏“商事担保立法理念的重塑”，《法学》2013 年第 3 期，第 12 页。

^⑩ 参见注⑧，第 94-95 页；注⑬，高圣平书，91-92 页。

^⑪ 此系德国和奥地利学说和实务通说。参见注⑫，Rn. 4; Mathias Rohe, Kommentar zum § 414, in: BeckOK-BGB, Stand: 50. Edition, 01. 05. 2019, Rn. 47; OGH 6 Ob 114/09x. 我国亦偶有学者主张存疑推定为保证，但并未明示其理由。参见注⑫，朱广新书，第 503 页。

^⑫ 参见最高人民法院（2016）最高法民再 322 号判决书；江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏 02 民终 1503 号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第 2168 号民事判决书；注⑬，陈自强书，第 385 页；注⑭，黄立书，第 638 页；注⑮，朱奕奕文，第 53 页。

^⑬ 参见注⑮，梅迪库斯书，第 621 页；注⑯，王吉中文，第 53-54 页。

^⑭ 同注⑯。

^⑮ 参见浙江省高级人民法院（2016）浙民申 3697 号民事裁定书；湖北省高级人民法院（2015）鄂民申字第 01408 号民事裁定书；林晨、林恩伟“第三人承诺为债务人承担债务的法律后果”，《人民司法·案例》2015 年第 18 期，第 34 页；注⑯。不过，亦有一些判决认为债务加入同样需要当事人具有明确的意思表示。参见云南省高级人民法院（2017）云民终 136 号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第 2168 号民事判决书。

担连带归还本息责任，在借款人未履行支付借款本息时，本人愿意承担连带还款责任，包括借款本金、利息、逾期利息”等内容。从约定内容来看，当事人对借款提供连带责任保证的意思十分明确，然而再审法院认为“区分‘保证’与‘并存的债务加入’主要在于当事人的意思表示，如果第三人明确表示提供的是‘保证’，可以认定为‘保证’；如果第三人没有明确表示提供的是‘保证’，则为‘并存的债务加入’。即正如二审法院所言，保证要求第三人有明确的意思表示，不得推定。本案中，虽然李胜涛有借款人未履行支付借款本息时其承担连带还款责任的意思表示，但李胜涛并未有保证的明确表示，不能推定李胜涛出具还款责任约定书的行为构成保证……可以认定本案系‘并存的债务加入’法律关系……”。^{⑦⑥}

保证的意思表示应明示而不得推定，在比较法上的确有其依据。例如，《意大利民法典》第1937条规定，“提供保证的意思表示应当是明示的”；《法国民法典》第2015条规定，“保证不得推定，应当明示之”。然而，这并非意味着债务加入的意思表示就无需明示。保证之所以应当明示而不得推定，是基于保护保证人的考虑，因为如前所述，保证系单务行为。既然如此，则债务加入更需要当事人有明确的意思表示。一方面，和保证一样，债务加入亦是单务行为；另一方面，前已述及，债务加入通常来说比保证的责任更重一些。此外，保证系立法者作为典型加以规定之人保，而债务加入却并无明文，可见保证和债务加入虽同属担保措施，但保证更具有一般意义。^{⑦⑦}既然如此，原则上即应推定为保证，除非第三人将其债务加入的意思明确地表示出来。令人欣慰的是，在“安徽华冶建设工程有限公司、合肥美联恒置业有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”中，最高人民法院终于放弃了前述裁判立场，转而强调“债务加入作为债务移转的一种形式，需要债务加入人作出明确的意思表示。”^{⑦⑧}不过，此种立场转变将对司法实务产生何种影响，尚有待观察。另外，需要特别指出的是，上述关于保证不得推定的比较法规定，是在不涉及债务加入、仅涉及是否成立保证的情况下确立的一条合理规则。在个案中需要对构成债务加入抑或保证进行抉择之时，因二者均系单务行为，保证不得推定的正当事由此时并不存在。

（三）存疑推定为保证规则之证立

于存疑之际推定为保证亦有如下好处：其一，立法明文规定了诸多保证规范，保证之构成要件和法律效果均有明确的法律依据，较之于法无明文规定的债务加入，于存疑之际推定为保证，法律适用显然更为便利，裁判结果亦更具有可预见性。此点亦不因未来的《民法典》明文规定债务加入而稍有改变，因为目前的《民法典分编（草案）》仅以第344条一条规范债务加入。其二，绝大部分保证规范系在保证人与债权人之间进行合理风险分配的结果，较之于法律尚无明文的债务加入，存疑之际推定为保证显然可以更好地平衡保护双方当事人的利益。其三，前已述及，债务加入并不总是比保证的风险大。因而，即便从债权人利益出发，推定为保证亦未必对其不利。

需要说明的是，因《担保法》第19条规定了连带责任保证推定，存疑推定为保证将导致在结果上认定构成连带责任保证。待《民法典分编（草案）》第476条第2款确立的一般保证推定成为正式规定之后，在结果上则将认定构成一般保证。当然，如果在个案中足以排除一般保证，存疑推定为保证的结果依然将是认定构成连带责任保证。

^{⑦⑥} 浙江省高级人民法院（2016）浙民申3697号民事裁定书。类似见解：湖北省高级人民法院（2015）鄂民申字第01408号民事裁定书。

^{⑦⑦} 然而，有实务意见从最高人民法院存疑推定为债务加入的裁判意旨出发，主张“并存的债务承担比保证更具一般意义，保证是特殊的并存的债务承担”。参见注⑧，刘丽文，第117页；葛治华文，第108页。

^{⑦⑧} 最高人民法院（2017）最高法民终655号民事判决书。

（四）区分民事和商事？

有疑问的是，有无必要区分民事和商事，在民事领域实行保证推定，在商事领域实行债务加入推定？应当说，对民事和商事进行区别对待有其相当的合理性，这与比较法上商事领域推定连带责任保证、民事领域推定一般保证具有异曲同工之妙。^⑨然而，在我国坚持奉行民商合一立法模式的背景之下，如此区分处理是否可行，尚需仔细斟酌。本文姑且存而不论。

结 论

综上，在个案中判断第三人承诺履行债务的意思表示构成保证抑或债务加入，原则上应依“保证”或“债务加入”的明确措辞进行相应的定性，除非存在承诺内容与措辞矛盾、措辞具有多义或歧义性等足以支持偏离文义进行解释的特别情事。在文义解释无果之情形，履行顺位之约定可以排除债务加入，不以债务人届期未履行作为第三人履行债务的条件可以排除保证，第三人自身对债务履行是否具有直接和实际的经济利益、第三人履行债务是否具有确定性均不足以完全区分保证和债务加入，此时宜就个案全部情事进行综合判断。为增强法律适用的便利性和裁判结果的可预见性，同时避免具有保护保证人作用的保证法律规范被规避，加强对单方承诺负担义务之第三人的保护，于存疑之际应推定为保证，最高人民法院确立的债务加入推定规则缺乏正当性。

需注意的是，因债务加入与保证均具有担保债权实现的功能，不少司法裁判主张将《担保法》的保证法律规范类推适用于债务加入。^⑩果若如此，在个案中区分债务加入与保证的实益自然相应减少。^⑪不过，如果肯认《民法典分编（草案）》第344条将债务加入作为一个有别于保证的独立制度加以规定有其正当性，则在个案中区分二者依然有其必要性。何况，部分保证法律规范，如保证期间，并不能类推适用于债务加入。囿于篇幅，该问题留待日后专文探讨。

【主要参考文献】

1. 史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版。
2. [德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，法律出版社2003年版。
3. [德]迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版。
4. 肖俊“《合同法》第84条（债务承担规则）评注’，《法学家》2018年第2期。
5. Norbert Horn, Vorbemerkungen zu §§ 765–778, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, Berlin: Sellier-de Gruyter, 2012.
6. Susanne Heinemeyer, Vorbemerkung zum § 414, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München: C. H. Beck, 2019.

（责任编辑：高圣平）

^⑨ 强调商事担保的特殊性，主张在担保领域实行民商区别对待的呼声甚高。参见注⑨，第10–17页；范健“商事担保的构成与责任特殊性”，《法学》2013年第3期，第17–21页。

^⑩ 参见最高人民法院（2016）最高法民再322号民事判决书；最高人民法院（2016）最高法民申1832号民事裁定书；江苏省高级人民法院（2018）苏民申942号民事裁定书。

^⑪ 参见注④，王吉中文，第57页。

must meet the requirements of market diversification. The independent formation of the guarantee system can not only maintain the openness of the guarantee system ,but also facilitate the unification of the guarantee system as well as the practice of the legislative concept of the unity of civil and commercial. The independence of the guarantee system in the Civil Code can be an innovative choice in the context of the new era.

Key Words Guarantee System; Independent Editing; Guarantee Function; Property Rights; Combination of Civil and Commercial

Zhang Suhua ,Ph. D. in Law ,Professor of Wuhan University Law School.

Identification of Cumulative Assumption of Debt and Surety:

Based on the Analysis and Development of the Inconsistent Judgments

XIA Haohan • 102 •

In the case of judging ,whether the third party's commitment to perform the debt constitutes cumulative assumption of debt or surety ,in principle it should be characterized according to the explicit wording of "cumulative assumption of debt" or "surety" unless there are special circumstances ,such as contradiction between the promised content and the wording ,ambiguity of the wording ,which are sufficient to support the interpretation deviating from the meaning of the text. In the case where a proper conclusion is unable to draw , the promise of performance order can exclude the cumulative assumption of debt ,and the surety can be excluded if a third party should perform even without the debtor's failure to perform. Whether the third party has direct and actual economic interests and whether the third party's performance of the debt is certain are not enough to completely distinguish between the two. Thereafter it is advisable to make a comprehensive judgment on all the circumstances of the case. In order to enhance the convenience of the application of the law and the predictability of the judgment results ,to avoid the circumvention of the surety laws protecting the surety ,and to strengthen the protection of the third party who is obligated to unilaterally undertake the obligation ,it should be presumed to be a surety when doubts arise. The presumption of cumulative assumption of debt established by the Supreme People's Court lacks legitimacy.

Key Words Cumulative Assumption of Debt; Surety; Criterion of Interests; Performance Order; Presumption of Surety

Xia Haohan ,Ph. D. in Law ,Lecturer of Law School of Zhongnan University of Economics and Law.

Reconstruction of the Rules on the Internet Service

Providers' Copyright Indirect Infringement

ZHU Kaixin • 114 •

As the situation of online copyright infringement is increasingly severe ,the copyright indirect infringement rules of the Internet Service Provider came into being for breaking the predicament of accountability produced by the principle of copyright legality. In order to maintain the scientificity and integrity of our Internet Service Provider copyright indirect infringement rules system ,we should: on one hand ,adhere to the unified system design path of the imputation principle and abandon the application of the exemption principle such as the "safe harbor rules"; and on the other hand ,clarify the difference between copyright contributory infringement and inducement infringement ,and clarify the independent value of copyright vicarious liability on the basis of the rule of "obligation of safety guarantee" in tort law.

Key Words Copyright Indirect Infringement; Internet Service Provider; Safe Harbor Rules; Joint-torts