

文章编号: 1674 - 5205(2021)03-0165-(015)

# 债务加入法律适用的体系化思考

夏昊晗

(中南财经政法大学法学院 湖北 武汉 430073)

〔摘要〕 债务加入介于保证和独立保证之间,系人保之一种。债务加入人负担的债务与原债务构成连带债务,二者于加入之时具有同一性,其后即各自独立发展,仅于连带债务涉他效力的范围内互生影响。在不与其担保功能相抵牾的限度内,连带债务规定自可直接适用于债务加入。债务加入与免责的债务承担不存在任何共性,并无可得适用的共通规则。基于利益状况的高度类似性,在不与债务加入的本质特征相抵触的限度内,保证规定原则上应当类推适用于债务加入。体现人保一般性规则的保证规定尤其是保证人资格禁止规定和保证要式规定应予类推适用,以从属性和补充性为前提的保证规定原则上不得类推适用,与连带债务规定存在类似性的保证规定自无类推适用的必要。公司对外担保规定应类推适用于债务加入,以免滋生法律规避行为。

〔关键词〕 债务加入;连带债务;免责的债务承担;保证;公司对外担保

**Abstract:** Addition of debtor lies between the surety and the independent guarantee, and can be characterized as a kind of personal security. Because it legally caused solidary liability, the relevant provisions on solidary liability can be directly applied to the extent that they do not offset its guarantee functions. There is no commonality between addition of debtor and substitution of debtor, and thus there are no common rules which are applicable to both of them. Based on the high similarity of the guarantee function and the status of interests, the provisions ruling the surety should apply by analogy to addition of debtor in order to protect the added debtor and avoid the circumvention of laws. At the same time, in order to maintain the independence of the system of addition of debtor, not all rules should be applied by analogy. It should be distinguished. To the extent not inconsistent with the essential characteristics of addition of debtor, the provisions on surety should in principle be applicable analogously to addition of debtor. The general provisions on guarantees, especially the rule about the qualifications of guarantor and the requirement of written form, should be applied by analogy, but the provisions based on attributes and complementarity should not be applicable by analogy in principle. It's not necessary to apply the provisions on surety that are similar to those ruling solidary liability. The provisions ruling company's external guarantee should apply to addition of debtor in order to avoid the circumvention of laws.

**Key Words:** addition of debtor; solidary liability; substitution of debtor; surety; external guarantee of the company

中图分类号: D923.3 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2021.03.002

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,与原债务人对债权人并负同一之债务。作为一种增信担保措施,债务加入在实践中被广泛采用,学说和实务亦一体承认之。在个案中将第三人提供担保之意思表示定性为债务加入之后,<sup>(1)</sup>因法无明文,<sup>(2)</sup>司法实务遂不得不面临如下问题:关于保证之规定,尤其是其中的书面形式、保证人资格、保证期间、抗辩、追偿等规定,应否类推适用于债务加入?关于免责的债务承

收稿日期: 2020 - 02 - 15

作者简介: 夏昊晗,中南财经政法大学法学院副教授,法学博士。

(1) 关于在个案中如何识别债务加入与保证,可参见夏昊晗《债务加入与保证之识别》,《法学家》2019年第6期,第102-113页。

(2) 就原《合同法》第84条是否规定了债务加入的问题,学者意见不一。参见韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第626页;王利明《债法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第323页。

担的规定尤其是其中的抗辩规定、关于公司对外担保的规定得否类推适用于债务加入,亦非无疑问。遗憾的是,司法实务就这些问题并未形成统一的裁判见解,学界对此亦缺乏足够的关注。《民法典》第552条规定“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的,债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。”债务加入虽然终于因此而得以法定化,债务加入的方式和连带债务法律效果亦由此得以明确,在一定程度上有利于法律适用,但是显然不足以解决全部问题,甚至有引发新问题之虞。一方面,债务加入的法律效果是引起连带债务,是否即意味着连带债务的全部规定可以不加任何限制地直接适用于债务加入?立法者将原《合同法》中适用于免责的债务承担的规定(第85条和第86条)直接提升为债务移转的一般规则(《民法典》第553条前半句和第554条),一体适用于免责的债务承担与债务加入,是否妥当?另一方面,在债务加入法定规范供给不足的情况下,司法实务依然存在类推适用其他相关规定尤其是保证规定解决问题的冲动,有时甚至是必要的。可以预料的是,债务加入法定化之前已经出现的法律适用问题必将在很大程度上继续困扰司法实务。

为此,本文拟对债务加入的法律适用问题进行体系化的思考,<sup>(3)</sup>探究《民法典》关于连带债务、债务移转、保证的规定以及《公司法》第16条关于公司对外担保的规定适用或类推适用于债务加入的可能和界限,<sup>(4)</sup>并在此基础上对债务加入进行合理定位,明确其构成要件与法律效果,以增益债务加入的司法适用。

### 一、债务加入作为人保的本质特征

在讨论债务加入的法律适用问题之前,首先需要明确债务加入的制度功能和本质特征,因为制度功能的定位和本质特征的确定将对法律适用问题产生直接影响。

#### (一) 债务加入的担保功能

依据《民法典》第522条的规定,第三人加入债务之后,原债务人并不退出债的关系,而是由第三人与原债务人对债权人负担连带债务。因相当于在原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作用,故而通说将债务加入的制度功能定位于担保。<sup>(5)</sup>史尚宽先生在关于债务加入的经典定义中即明揭此旨“以他人之债务有效的成立为前提,第三人以担保为目的,对于同一债权人新负担与该债务于其承担时有同一内容之债务之契约,谓之并存的债务承担或重叠的债务承担,亦称债务加入或共同的债务承担。”<sup>(6)</sup>有论者甚至直接将债务加入视为人保之一种。<sup>(7)</sup>虽偶有学者否定债务加入系《担保法》意义上的担保措施,<sup>(8)</sup>但亦不得不承认“承担债务的目的无非是担保原债务”。<sup>(9)</sup>

当然,从理论上也不排除第三人系基于终局地替原债务人履行债务之目的加入债务。<sup>(10)</sup>此种所谓的“债

(3) 除了意定的债务加入,尚存在法定的债务加入。例如,《合伙企业法》第44条第3句规定“新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。”因两种类型债务加入的功能迥然不同,意定的债务加入在法律适用方面遇到的问题有其特殊性,因此本文讨论的对象仅限于意定的债务加入。

(4) 受篇幅所限,同时考虑到原《担保法》及其司法解释的部分规定已经被纳入《民法典》中,且根据《民法典》第1260条的规定,原《担保法》将被废止,其司法解释至少从形式上亦将随之失效,故本文未将原《担保法》及其司法解释的相关规定能否类推适用于债务加入的问题纳入讨论范围。

(5) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第751页;孙森焱《民法债篇总论》(下册),法律出版社2006年版,第814页;陈自强《契约之内容与消灭》,元照出版公司2018年版,第236页。

(6) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第750-751页。

(7) 陈自强《违约责任与契约解消》,元照出版公司2018年版,第339页以下;[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2004年版,第620页以下;Harke, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010, Rn. 485f.; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Auflage, München 2019, § 50, Rn. 7.

(8) 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。

(9) 崔建远《合同法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第272页。

(10) 在德国学说上,此种类型的债务加入被称之为承担型债务加入(Übernahmeschuldbeitritt),而将以担保为目的的债务加入称之为担保型债务加入(Sicherungsschuldbeitritt)。Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, § 421, Rn. 35.

务加入”虽然在客观上也具有担保的效果,但是实际上无异于赋予债权人对第三人直接履行请求权的履行承担,与第三人以提供担保为目的加入债务判然有别。因此,具有独立制度意义的债务加入应以担保为目的。以笔者目前所见,债务加入在我国实践中均被作为担保措施采用。也正是因为如此,如何在个案中识别债务加入与保证尤其是连带责任保证成为困扰司法实务的一个棘手问题(在司法实务中有裁判认为债务加入在法律性质上可以被视为一种保证<sup>[11]</sup>),有鉴于此,本文仅讨论以担保为目的的债务加入。

## (二) 债务加入的本质特征

《民法典》第552条将债务加入法定化,并非比较法上的孤例,《日本民法典》于2017年修订时即新增第470-471条规定债务加入。<sup>[12]</sup>那么,债务加入有何本质特征,令其能够成为一个独立制度呢?对此可以从债务加入与免责的债务承担以及保证的比较中进行观察。

其一,债务加入在结果上未产生债务之移转,并没有引起债务人的变更。<sup>[13]</sup>因为,债务加入的结果是第三人对债权人负担了一项新债务,该债务在内容上虽然与原债务于加入之时具有同一性,但是原债务人并未退出债务关系,依然需要对债权人负责,并未发生债务在原债务人与第三人之间移转的情况。<sup>[14]</sup>而在免责的债务承担情形下,原债务人退出债务关系,第三人取代原债务人的地位成为新的债务人,债务在新债务人与原债务人之间发生了移转,债务人发生了变更。就此而言,债务加入在性质上系负担行为,而免责的债务承担在性质上当系处分行为。<sup>[15]</sup>

其二,虽然债务加入以原债务有效存在为前提,债务加入的结果是债务加入人与原债务人负担同一内容的债务,但是此之所谓“同一内容”却以原债务在债务加入之时的内容为限。自债务加入之时起,债务加入人负担的债务即与原债务各自独立发展。<sup>[16]</sup>如果原债务在债务加入之后发生变更,对债务加入人之债务原则上并无影响。<sup>[17]</sup>也就是说,债务加入具有相当程度的独立性,仅在成立上具有从属性,而在存续和发展上并无从属性。<sup>[18]</sup>而保证债务相对于主债务始终具有从属性,这种从属性体现于成立、移转、内容、消灭等各个方面。<sup>[19]</sup>这种从属性程度上的差异构成债务加入和保证的本质区别之一。

其三,债务加入的法律效果是产生连带债务,即债务加入人所负担的债务与原债务人的债务构成连带债务。据此,债权人可以根据其意愿自由选择要求债务加入人或原债务人履行债务。就此而言,债务加入与具有补充性的一般保证自然不同,因为一般保证人享有先诉抗辩权。虽然连带责任保证并无补充性,但是连带责任保证债务与主债务并不构成连带债务关系。<sup>[20]</sup>

[11] 参见山东省高级人民法院(2013)鲁商终字第117号民事判决书;江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡商辖初字第0011号民事裁定书;上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初67531号民事判决书。

[12] 近年来,债务加入进入法典似成趋势。除了日本,《土耳其债法典》于2012年修订时新增第201条规定债务加入。《欧洲民法典草案》(DCFR)亦于第III-5:208条规定债务加入。此前,《奥地利民法典》第1347条、《国际商事合同通则》(PICC)第9.2.5条第3款规定了债务加入。

[13] (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2004年版,第539页。

[14] 韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第634页;史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第751页;[日]我妻荣《新订债权总论》,王燚译,中国法制出版社2008年版,第506页。

[15] 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第751页;韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第633页;BeckOK BGB/Rohe, § 414, Rn. 30. 不过,亦有学者认为二者均为准物权契约。参见邱聪智《新订民法债篇通则》(下册),中国人民大学出版社2003年版,第688页;林诚二《民法债编总论:体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,第505页。

[16] 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第752页;黄立《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第626页。

[17] 黄立《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第637页。

[18] 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第752页;程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,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。

[19] 高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第86页;程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第212-223页。

[20] 程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第50-54页;MüKoBGB/Heinemeyer, § 421, Rn. 33.

综上,可将债务加入界定为介于保证和独立保证之间的一种人保方式。<sup>[21]</sup>

## 二、连带债务规定之适用

根据《民法典》第552条的规定,债务加入一旦成立,债务加入人与原债务人即对债权人承担“连带债务”。<sup>[22]</sup>既然如此,《民法典》第518-520条有关连带债务之规定原则上自可适用于债务加入。<sup>[23]</sup>惟需考虑的是,债务加入的担保功能是否要求对这种适用进行必要的调整。就此问题,可以从以下三个方面观察:

其一,债权人自由选择债务人权利规定的适用。《民法典》第518条第1款后半句规定“债务人为二人以上,债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的,为连带债务。”据此,债权人享有自由选择债务人的权利,可以请求原债务人或债务加入人履行全部债务。

其二,债务人追偿权规定的适用。《民法典》第519条第2款规定“实际承担债务超过自己份额的连带债务人,有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿,并相应地享有债权人的权利,但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩,可以向该债务人主张。”据此,债务加入人向债权人履行债务后,可以向原债务人追偿,<sup>[24]</sup>并取得法定代位权,而原债务人可以向债务加入人主张自己对债权人的抗辩。需要注意的是,虽然该款规定仅有权就“超出部分”追偿,但是并不排除原债务人在内部关系中承担百分之百的责任。

其三,连带债务涉他效力规定的调整适用。《民法典》第520条规定了连带债务的涉他效力,即履行、抵销或者提存以及债务免除、混同和债权人受领迟延属于绝对效力事项。虽然该条没有明确规定比较法上通行的连带债务相对效力原则,<sup>[25]</sup>但是根据列举其一即排除其他的原则可以得出同样的结论。<sup>[26]</sup>据此,第三人加入债务后所承担的债务与原债务原则上互相独立,仅于《民法典》第520条列明的事项互生影响。需要特别指出的是,在债权人免除债务加入人债务的情形,因债务加入以担保为目的,此时不宜认为原债务人的债务也被免除。换言之,债务免除于债务加入的情形仅具有单向的绝对效力。适用连带债务规定的结果不能与债务加入的担保功能相抵牾。

## 三、债务移转共通规则的名不副实

在债务加入法定化之前,学说和实务均有观点主张将适用于免责的债务承担的抗辩规定即原《合同法》第85

[21] 《欧洲民法典草案》(DCFR)第IV. G. - 1:102条第1款将具有担保作用的债务加入规定为从属性人保和独立人保之外的第三种人保类型。

[22] 我国实务和学说通说均主张债务加入的法律效果是引起连带债务。参见王利明《债法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第327页;张广兴《债法总论》,法律出版社1997年版,第249页;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504页;王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第471页;最高人民法院(2018)民申1511号民事裁定书;最高人民法院(2017)民申243号民事裁定书;最高人民法院(2016)民终621号民事判决书。不过,亦有学者借鉴我国台湾地区或日本学说,主张不真正连带债务说。参见崔建远《合同法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第272页;韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第636页。

[23] 从法律适用的明确性角度考虑,《奥地利民法典》第1347条的立法技术可资借鉴。该条后半句明确规定,债务加入适用关于连带债权债务的规定。

[24] 在债务加入法定化之前,就债务加入人是否享有追偿权的问题,学说和实务存在争议。肯定观点可参见韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第636页;最高人民法院(2017)最高法民申4463号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2015)苏审三民申字第00034号民事裁定书;山东省高级人民法院(2013)鲁商终字第117号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2016)渝01民终7725号民事判决书;否定观点可参见程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第373页;最高人民法院(2016)民再322号民事判决书;最高人民法院民事审判第二庭编《民商事审判指导》2006年第2辑(总第10辑),人民法院出版社2007年版,第270页。

[25] 例如《德国民法典》第425条。

[26] 我国学者普遍认可连带债务的相对效力原则。参见周江洪《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》,《法商研究》2019年第3期,第36页。

条类推适用于债务加入,<sup>[27]</sup>但亦有反对意见。<sup>[28]</sup>在债务加入法定化之后,此问题并未被消解,而是以另外一种形式呈现出来。从体例位置来看,规定债务加入的《民法典》第552条位于第六章“合同的变更和转让”部分,位于其之前的系《民法典》第551条关于免责的债务承担之规定,位于其之后的《民法典》第553条和第554条分别系债务转移情形下的抗辩、抵销和从债务随同转移的规定。此种体例安排表明,立法者认为债务加入与免责的债务承担同属债务移转,<sup>[29]</sup>在抗辩、抵销和从债务的问题上适用相同的规则。<sup>[30]</sup>在此种体系定位之下,有疑问的自然不再是免责的债务承担之规定能否类推适用于债务加入,而是《民法典》第553条和第554条究竟是否属于可得适用于免责的债务承担和债务加入的共通规则。

### (一) 债务加入与免责的债务承担的异质性

欲回答此问题,首先必须探究的是债务加入与免责的债务承担是否具有共性。无论从哪个角度观察,债务加入与免责的债务承担均没有任何共性:首先,二者的制度功能判然有别。通常认为,免责的债务承担可以用于简化清算关系,<sup>[31]</sup>债务加入的制度功能在于提供担保。其次,债务加入在结果上并未产生债务之移转,并没有引起债务人的变更,而在免责的债务承担情形,债务在新债务人与原债务人之间发生了移转,债务人发生了变更。正因为如此,日本学者我妻荣先生认为债务加入并非真正意义上的债务承担,只是在广义上属于其中一种。<sup>[32]</sup>正是基于对债务加入与免责的债务承担并不存在任何共性的认识,部分学者开始放弃将债务加入置于债务移转部分、与免责的债务承担一并进行论述的理论传统,或着眼于其担保功能,将其与保证并论,或着眼于其法律效果,将其置于连带债务之后进行论述。<sup>[33]</sup>

既然债务加入与免责的债务承担并不具有共性,自然并无共通规则可言。就此而言,立法者将原《合同法》中适用于免责的债务承担的规定(第85条和第86条)不加调整地直接提升为债务移转的一般规则(《民法典》第553条和第554条),一体适用于免责的债务承担与债务加入,似有不妥。<sup>[34]</sup>

### (二) 债务移转规定可适用性的具体判断

以上关于免责的债务承担与债务加入并无可得适用的共通规则的判断,仅系理论上的抽象判断。欲准确适用债务转移规定,尚需对《民法典》相关制度进行具体分析。

#### 1. 抗辩规定

《民法典》第553条前半句规定“债务人转移债务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。”此规定

[27] 参见崔建远《合同法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第272页;最高人民法院(2013)民申字第72号民事裁定书;浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙06民终3474号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民一(民)终字第1576号民事判决书。

[28] 参见吉林省高级人民法院(2017)吉民终287号民事判决书。

[29] 此种认识与我国的学说和实务认知是完全一致的。此点从学术论著普遍将债务加入称之为并存的债务承担、与免责的债务承担一并论述即可见一斑。典型者如韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第633页以下。最高人民法院在判决中曾明确指出“债务加入属于债务承担范畴,在类型上属于并存的债务承担。”参见最高人民法院(2016)民申83号民事裁定书;最高人民法院(2013)民一终字第26号民事判决书。

[30] 在《合同编(草案)》(二审稿)中,关于抗辩和从债务随之移转的两条规定(第342条和第343条)尚位于免责的债务承担规定(第341条)之后,债务加入规定(第344条)之前。在关于合同编(草案)》(二审稿)的评述中,有学者提出应将该两条规定置于债务加入之后,理由是这两条规定属于免责的债务承担与债务加入的共通规则。参见李宇《民法典分则草案修改建议》,《法治研究》2019年第4期,第27页。

[31] 参见韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第626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175页。

[32] 参见(日)我妻荣《新订债权总论》,王毅译,中国法制出版社2008年版,第505页。同旨,参见韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第626页。

[33] 参见陈自强《违约责任与契约解消》,元照出版公司2018年版,第339页以下;〔德〕迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社2004年版,第620页以下;Hirsch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Baden - Baden 2017, S. 502ff.《奥地利民法典》着眼于债务加入的担保功能,于第1344条以下各条将债务加入与保证作为强化权利的方式一并规定。

[34] 反对意见参见李宇《民法典分则草案修改建议》,《法治研究》2019年第4期,第27页。

显然以债务移转不改变债之同一性为理论基础。就免责的债务承担而言,因新债务人取代了原债务人的地位,新债务人自可主张原债务人对债权人的一切抗辩;但就债务加入而言,情况却大不相同。债务加入人与原债务人虽然负担同一内容的债务,此之所谓“同一内容”却以原债务在债务加入之时的内容为限;自债务加入之时起,债务加入人之债务即可独立于原债务发展。因此,若无特别约定,债务加入人仅得主张原债务人于加入之时所享有的对债权人的抗辩。<sup>(35)</sup>至于原债务人于债务加入之后获得的抗辩,债务加入人无权主张,除非该抗辩事由属于《民法典》第520条规定的绝对效力事项。不无疑问的是,允许债务加入人主张原债务人嗣后获得的抗辩,是否与债务加入的担保目的更契合?且不说从属性并非担保的本质属性,<sup>(36)</sup>允许债务加入人主张原债务人嗣后获得的抗辩,恰恰削弱了债务加入较之于从属性人保所具有的担保作用,使得债务加入这一介于从属性人保和独立性人保之间的担保丧失其制度优势。因此,《民法典》第553条前半句并不宜不加限制地适用于债务加入。

## 2. 抵销规定

《民法典》第553条后半句规定“原债务人对债权人享有债权的,新债务人不得向债权人主张抵销。”在免责的债务承担中,此规定系理所当然,因为原债务人退出了债务关系。而在债务加入中,却不一定必然如此。关于连带债务人能否行使其他债务人对债权人的抵销权,比较法上存在三种立法例:可以抵销,例如我国台湾地区所谓“民法”第277条;不得抵销,例如《德国民法典》第422条第2款;不得抵销,但是在可得抵销的债权范围内有权拒绝履行,例如《日本民法典》第439条第2款。自法理言之,允许连带债务人行使其他债务人对债权人的抵销权,无异于允许处分他人的权利,并不恰当。<sup>(37)</sup>我国台湾地区所谓“民法”之所以如此规定,仅仅出于实际上的便利考虑,<sup>(38)</sup>笔者难以苟同。因此,《民法典》第553条后半句可以直接适用于债务加入。

## 3. 从债务规定

《民法典》第554条规定“债务人转移债务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务,但是该从债务专属于原债务人自身的除外。”在免责的债务承担中,债务发生了移转,债务人发生了变更,所以被转移之债务的从债务应一并转移。然而在债务加入中,债务并未发生移转,因此债务加入人是否一并承担从债务,应当取决于当事人约定。如果没有特别约定,债务加入人并不当然承担从债务。<sup>(39)</sup>

综上可知,除《民法典》第553条后半句外,《民法典》第553条前半句和第554条仅适用于免责的债务承担,而不宜适用于债务加入。就此而言,《民法典》改变《合同编(草案)》一审稿和二审稿的做法,将这两条作为免责的债务承担与债务加入的共通规则加以规定,似有不妥。虽然立法者的此种价值判断应当得到尊重,但是在解释论上并无办法消除此种立法瑕疵。有论者或认为,可以通过目的性限缩的方式,将债务加入人可得主张的原债务人的抗辩限于加入之时即存在的抗辩,如此《民法典》第553条前半句即可适用于债务加入。然而,此种解释论思路并不符合法学方法论的要求,因为没有理由对立法者设想的共通规则根据适用对象为免责的债务承担抑或债务加入而进行不同的解释。

## 四、保证规定之类推适用

债务加入之功能在于担保,可以被视为一种人保。正因为如此,在债务加入法定化之前,司法实务倾向于将作为典型人保的保证之规定类推适用于债务加入,以济其穷。<sup>(40)</sup>其中,最高人民法院在“青岛新华友建工集团股份有限公司、青岛新华友建工集团股份有限公司新泰分公司民间借贷纠纷再审案”(以下简称“新华友案”)中

(35) 韩世远《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第636页;王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第471页。此亦系德国通说。〔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2004年版,第623页。

(36) 陈自强《违约责任与契约解消》,元照出版公司2018年版,第307页。

(37) 蔡睿《民法典中连带债务人之一人事项所生效力的制度设计》,《河北法学》2018年第12期,第180页。

(38) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第651页。

(39) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第753页。

(40) 参见最高人民法院(2016)民再322号民事判决书;最高人民法院(2016)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;江苏省高级人民法院(2015)苏商终字第00595号民事判决书。

表述的裁判见解最具说明价值。在该案的判决书中,最高人民法院主张对债务加入类推适用原《担保法》第29条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第17条关于“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的,保证合同无效”的规定,其理由为“我国法律就债务加入未作明确规定,与债务加入在法律性质上最为接近并且有明确法律规定的应为连带责任保证法律关系,可参照适用担保法的相关规定……连带保证责任保证人依法享有追偿权等权利,其保证责任相较于债务加入的责任较轻。企业法人分支机构对外提供责任较轻的保证尚须企业法人授权,否则无效。根据举轻以明重的逻辑,则其对外加入债务更须得到企业法人授权,否则更应认定为无效。”<sup>(41)</sup>在面临类似问题时,各级人民法院大多遵循最高人民法院的此种裁判见解。<sup>(42)</sup>不过,亦有判决意见持相反立场。前述“新华友案”的二审判决即以债务加入并非担保为由不支持以原《担保法》相关规定及司法解释认定债务加入无效。<sup>(43)</sup>如前所述,债务加入虽已法定化,但规范供给依然不足。在此情况下,司法实务依然极有可能类推适用保证规定解决债务加入的法律适用问题。因此,极有必要探究保证规定类推适用于债务加入的可能与限度。

### (一) 区分判断的合理性及其基准

就原《担保法》中的保证规定是否可类推适用于债务加入的问题,我国学者缺乏足够关注。偶有论及者,几乎均以债务加入与保证二者在担保功能与利益状况上的相似性为由抽象地主张保证规定应类推适用于债务加入。<sup>(44)</sup>亦偶有学者明确指出,债务加入虽然具有担保作用,但并不满足担保的从属性和补充性,并非担保措施,不得适用法律关于担保的规定。<sup>(45)</sup>如此不加区分地一概赞成或反对保证规定于债务加入的类推适用,殊非允当。

一方面,将保证规定不加限制地类推适用于债务加入,将导致债务加入丧失独立存在的价值,与债务加入法定化的初衷背离。债务加入在没有法定化之前即在实践中自然生发出来,并被作为担保措施广为采用,这说明保证规则在有些情况下无法满足交易需求,或者说债务加入具有保证所不具备的某种优势,《民法典》第552条承认债务加入并将之法定化即是对其独立价值的肯认。土耳其和日本在修正法典之时增加规定债务加入亦可资说明《土耳其债法典》第201条、《日本民法典》第470-471条)。既然承认债务加入具有独立的制度价值,保证规定自不宜一概类推适用于债务加入。此外,如果当事人在法律明确规定的两种担保方式即保证和债务加入之中选择债务加入,而非提供保证,说明其内心并不希望接受保证规范之调整。如果一概类推适用保证之规定,未必符合当事人本意,有违私法自治。

另一方面,债务加入毕竟与保证尤其是连带责任保证在利益状况上颇为相似,如果保证规定一概不得类推适用于债务加入,有可能违反类似事物同等对待的原则。况且,债务加入和保证在担保功能上具有高度的类似性甚至替代性,如果保证规定一概不能类推适用于债务加入,势必导致出现法律规避行为。

因此,在保证规定是否应予类推适用于债务加入的问题上,不应搞一刀切,而应区别对待。在判断某一具体的保证规定是否可得类推适用于债务加入之时,除了考察类推适用的一般前提条件是否具备之外,还须考虑类推

(41) 最高人民法院(2016)最高法民再322号民事判决书。

(42) 参见河南省高级人民法院(2018)豫民申8081号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2015)苏商终字第00595号民事判决书;重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民终4881号民事判决书;江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终1503号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民终4693号民事判决书;山东省济阳县人民法院(2018)鲁0125民初185号民事判决书;江苏省徐州市泉山区人民法院(2018)苏0311民初3803号民事判决书;黑龙江省哈尔滨市松北区人民法院(2018)黑0109民初3251号民事判决书。

(43) 参见山东省高级人民法院(2015)鲁民一终字第529号民事判决书。同旨,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。

(44) 王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第470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57页;岳业鹏《中国法语境下的并存债务承担制度》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2011年第1期,第63页。

(45) 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118页。

适用是否与债务加入的本质特征相抵牾。在不与债务加入的本质特征相抵牾的限度内,保证规定原则上应可类推适用于债务加入。尽管债务加入已经法定化,但债务加入合同并不属于《民法典》规定的典型合同。因此,在将保证的有关规定类推适用于债务加入之时,应当援引《民法典》第467条的规定,即“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”

## (二) 关于人保的一般性规则应予类推适用

既然债务加入的目的在于提供担保、可被视为人保之一种,关于人保的一般性规则自应类推适用于其上。《民法典》保证合同章虽然只规定了保证,而没有规定其他人保,但部分保证规则实际上可以被视为人保的一般性规则。

1. 关涉公共利益的规定。如《民法典》第683条关于保证人资格的禁止性规定。按该条规定,机关法人不得为保证人,但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外;以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。立法禁止国家机关担任保证人主要是考虑到国家机关的主要职责是依法行使职权进行公务活动,一旦承担保证责任势必影响其履行职责。<sup>(46)</sup>禁止以公益为目的的非营利法人、非法人组织担任保证人,是因为提供保证与其设立的公益目的相违背,一旦承担保证责任将影响其公益目的的实现。<sup>(47)</sup>既然债务加入的功能在于提供担保,而且债务加入比保证的责任重,上述立法考量自然也完全适用于债务加入。为了避免《民法典》第683条的禁止性规定被轻易规避,自有必要将其类推适用于债务加入。

2. 关于保证合同订立方式的规定。《民法典》第552条仅规定了债务加入的两种方式:第三人与债务人达成合意、第三人单方面向债权人表示愿意加入债务。而在实践中,债务加入经常以第三人与债权人达成合意的方式进行。对此,法律自无禁止之理,不妨类推适用《民法典》第681条关于保证人和债权人达成合意订立保证合同的规定。《民法典》第685条第1款规定“保证合同可以是单独订立的书面合同,也可以是主债权债务合同中的保证条款。”将此规定类推适用于债务加入亦自无不可,即债务加入既可以是单独订立的合同,也可以是主债权债务合同中的债务加入条款。

3. 关涉保证人保护的规定。鉴于保证人系单方面为自己设定义务,《民法典》规定了一些旨在保护保证人的规定。因债务加入人亦系单方面为自己设定义务,旨在保护保证人的规定原则上应类推适用于债务加入,但是以从属性和补充性为前提的规定除外。需要说明的是,体现从属性的保证规定也旨在保护保证人,<sup>(48)</sup>但因其属于体现保证本质特征的特殊规定,容后再述。

(1) 保证要式规定。在债务加入法定化之前,关于债务加入是否应采用书面形式,我国学说和实务存在不同见解。<sup>(49)</sup>《民法典》第685条明文规定保证合同应采用书面形式,但是第522条对债务加入并未施加要式强制。那么,是否可以或者应当将保证要式规定类推适用于债务加入呢?

首先需要回答的一个问题是,于此是否存在违反法律计划的漏洞。立法者明文规定了保证以及与之功能相似的债务加入,对前者施加要式强制,而对后者却采不要式,是否说明立法者系有意而为之,因此类推适用的前提即违反法律计划的法律漏洞并不存在呢?从整个立法过程来看,将债务加入纳入法典并未经过充分讨论,此前学界关于债务加入的研究也甚少,并未形成广泛的理论共识。因此,与其说对两者在要式问题上异其规定是立法者有意为之,毋宁说是立法者的疏漏所致。

问题是,这个立法漏洞是否可以通过类推适用《民法典》第685条的保证要式规定予以填补呢?这首先涉及

(46) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,第11页以下。

(47) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,第13页以下。

(48) Vgl. MüKoBGB/Habersack, § 765, Rn. 61.

(49) 主张不要式观点,参见王利明《债法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第325页;王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第471页;北京市第二中级人民法院(2016)京02民终9191号民事判决书。主张要式观点,参见广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终8718号民事判决书。

该条规定是否具有可类推性的问题。有论者认为,《民法典》第685条的要式规定系例外规定,根本不适于类推。<sup>(50)</sup> 因为债法领域奉行形式自由主义,《民法典》第685条的要式规定无疑应系例外规定。然而,依目前的主流方法论,在不与立法意旨相抵触的限度内,例外规定也是可以类推适用的。<sup>(51)</sup> 因此,问题的关键在于《民法典》第685条规定保证要式的立法意旨是否也适用于债务加入,而这取决于债务加入与保证的利益状况是否存在相似性。通常认为,保证要式的规定在于保护保证人,而保证人之所以需要此种特别保护,在于保证是无偿的单务行为,且保证人有可能忽略保证带来的风险,因此有必要避免保证人在未经深思熟虑的情况下即仓促行事。<sup>(52)</sup> 第三人加入债务亦系单方面为自己设定义务,此点与第三人提供保证并无不同。何况,较之于保证,债务加入的风险较大。<sup>(53)</sup> 在立法对保证施加要式强制的情况下,自然没有理由对债务加入奉行形式自由。此外,因债务加入与保证尤其是连带责任保证在担保功能上高度类似甚至具有替代性,如果保证要求要式,而债务加入并不要求要式,不仅存在价值判断冲突,而且也会导致法律规避行为,法律欲通过要式保护保证人的规范目的也将落空。尤其需要指出的是,即便债务加入非要式,公司企业加入债务通常也会采取要式,因此法律不要求债务加入要式,受影响的往往是自然人或者说消费者,而这些人往往是需要法律提供特别保护的。<sup>(54)</sup> 此外,需要附带提及的是,作为担保措施的抵押(《民法典》第400条第1款)和质押(《民法典》第427条第1款)均要求书面形式,定金合同虽然不要求书面形式,却采取具有类似功能的要物主义(《民法典》第586条第1款第2句)。<sup>(55)</sup> 由此可见,将保证的要式规定类推适用于债务加入,不仅不违反债务加入的本质特征,甚至系其担保功能的必然要求。

在比较法上,与我国立法状况类似的是奥地利。《奥地利民法典》第1347条规定债务加入,但是并未要求采取书面形式,而第1346条第2款却规定了保证要式。正是基于债务加入人与保证人同样需要保护、在要式问题上实行差别对待存在价值判断矛盾的考虑,自2010年的一则判决开始,<sup>(56)</sup> 曾长期坚持债务加入非要式的奥地利最高法院改弦易辙,主张对债务加入类推适用保证的要式规定。<sup>(57)</sup> 德国实务和学说通说至今依然主张债务加入原则上非要式。<sup>(58)</sup> 其核心理由为:第三人加入债务往往系追求自身的经济利益,而第三人提供保证则是利他的,因此不必通过要式之强制要求以避免第三人草率作出债务加入之决定。<sup>(59)</sup> 然而,生活经验表明,债务加入人并不必然意在追求自身的经济利益,而保证人也有可能是为了自身的经济利益才提供保证。何况,第三人为了自身的利益更有可能仓促行事,法律没有理由因为其追求自身利益而拒绝提供保护。正因为如此,德国有学说主张将保证的要式规定类推适用于债务加入。<sup>(60)</sup> 需要提及的是,在德国,如果加入贷款债务的系消费者,学说和实务一致认为应类推适用《德国民法典》第492第1款为消费者贷款合同规定的要式。<sup>(61)</sup> 就此而言,债务加入非要式可能引发的对自然人或消费者保护不足的问题在德国便被局部消解了。综上,宜将《民法典》第685条关于保证

(50) 例外规定不得类推适用曾长期被奉为金科玉律。Vgl. Langhein, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode, Berlin 1992, S. 111.

(51) 对例外规定不得类推适用的批评意见, Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983, S. 181.

(52) 程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第77页。

(53) 陈自强《违约责任与契约解消》,元照出版公司2018年版,第339页;黄立《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第638页;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53页;最高人民法院(2016)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。

(54) 关于自然人保证人的保护问题,参见薛夷风《我国金融借贷法律关系中的自然人保证制度——以自然人保证的书面要式规范为视角》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第147-156页。

(55) 关于要物主义的警告功能,参见王泽鉴《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第150页。

(56) Vgl. OGH 4 Ob 205/09i.

(57) Vgl. Dullinger, Bürgerliches Recht, Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Wien 2010, § 5, Rz. 5/84.

(58) Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, Vor § 414, Rn. 15; BeckOK BGB/Rohe, § 414, Rn. 41.

(59) [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;Staudinger/Horn, Vor § § 765-778, Rn. 399.

(60) Vgl. Staudinger/Horn, Vor § § 765-778, Rn. 365.

(61) [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413页。

要式的规定类推适用于债务加入,以保护债务加入人。<sup>(62)</sup>

(2) 保证期间规定。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。不无疑问的是,具有保护保证人作用的保证期间规定是否应当类推适用于债务加入呢?有论者认为,“保证有保证期间的限制,而并存的债务承担则不存在此限制,仅受到诉讼时效的约束”。<sup>(63)</sup>笔者认为,基于私法自治,当事人在债务加入之时自然可以约定类似于保证期间的债务加入期间,以限定债务加入人的责任。如果当事人约定有债务加入期间,此时自可类推适用(连带责任保证)约定保证期间的规定,即《民法典》第692条第1款和第2款前半句以及第3款、第693条第2款、第694条第2款。不过,以笔者目前所见,在实践中似并无约定债务加入期间的情形。<sup>(64)</sup>问题的关键可能仅在于,关于法定保证期间的规定(《民法典》第692条第2款后半句)能否类推适用于债务加入。学界质疑法定保证期间正当性的声音始终不绝于耳。<sup>(65)</sup>将此正当性存疑的规定类推适用于债务加入似非所宜。即便抛开法定保证期间的正当性不谈,至少可以确定的一点是,法定保证期间并非担保功能之所必需。此外,如果将法定保证期间的规定类推适用于债务加入,将在极大程度上导致债务加入丧失相较于保证的制度优势。在实践中,债权人选择债务加入而非保证这种增信担保措施,其中一个很大的动机即在于避免法定保证期间的适用。准此,《民法典》第692条第2款后半句关于法定保证期间的规定不得类推适用于债务加入。<sup>(66)</sup>

(3) 主债务变更规定。《民法典》第695条第1款规定“债权人和债务人未经保证人书面同意,协商变更主债权债务合同内容,减轻债务的,保证人仍对变更后的债务承担保证责任;加重债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。”基于债务加入的相对独立性,也可以得出债务加入人对加入之后发生的原债务加重部分不承担责任的结论,并无必要将该款规定后半句类推适用于债务加入。基于债务加入的担保目的,在原债务减轻的情形下,债务加入人承担的债务也应相应缩减,<sup>(67)</sup>否则有可能损害债务加入人的利益。然而,根据《民法典》第520条连带债务涉他效力的规定即可得出此种结论,并无类推适用该款前半句的必要。

### (三) 保证的特殊性规则不得类推适用

#### 1. 体现从属性的规则

前已述及,从属性程度的差异是保证和债务加入的本质区别之一。因此,体现从属性的保证规定原则上不得类推适用于债务加入。

(1) 保证合同系从合同的规定。《民法典》第682条第1款第1句规定“保证合同是主债权债务合同的从合同。”该规定体现的是保证自始至终的从属性,与债务加入人承担的债务自加入之时起即独立发展不相契合,自然不可类推适用于债务加入。《民法典》第682条第1款第2句规定“主债权债务合同无效,保证合同无效,但是法律另有规定的除外。”该条第2款规定“保证合同被确认无效后,债务人、保证人、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。”该两处规定体现的是保证在成立上的从属性。债务加入虽然具有相对独立性,但是在成立上依然具有从属性,因此该规定可以类推适用于债务加入。据此,如果原债务无效或嗣后被撤销,债务加入也将溯及无效。

(2) 债务范围规定。按照《民法典》第691条的规定,在没有特别约定的情况下,保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。该条规定显系以保证在内容上的从属性为理论基础。债务加入虽

<sup>(62)</sup> 2012年修订后的《土耳其债法典》第201条虽未规定债务加入的要式,但是第603条明确规定,保证的要式规定适用于出于提供人保目的签订的其他合同。然而,2017年修订后的《日本民法典》第470条未要求债务加入采用书面形式。

<sup>(63)</sup> 程啸《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第370-371页。

<sup>(64)</sup> 一旦当事人约定有此种期间,在司法实务中极有可能被认定为保证而非债务加入。

<sup>(65)</sup> 张谷《论约定保证期间——以〈担保法〉第52条和第26条为中心》,《中国法学》2006年第4期,第120-123页。

<sup>(66)</sup> 全国人大常委会法工委编写的释义书认为,连带责任保证受保证期间和诉讼时效的限制,而债务加入仅受诉讼时效的限制。黄薇主编《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第203页。

<sup>(67)</sup> 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52页(基于清偿上的连带性或债权人就原债务仅能受领一次原给付)。

然不改变债的同一性,但是由债务加入的相对独立性所决定,若无特别约定,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。因此,在债务加入之后原债务产生的利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用原则上均不得要求债务加入人负担。<sup>(68)</sup>就此而言,主张参照适用《担保法》第21条关于保证担保范围的规定确定债务加入人负担的债务范围的司法实务见解即有不妥。<sup>(69)</sup>当然,在《民法典》第520条规定的连带债务产生绝对效力事项的范围内,原债务的变化对债务加入人所负担之债务产生影响。<sup>(70)</sup>于此有必要指出的是,因债务加入旨在担保债权之实现,故而第三人加入债务,应以加入时的债务为限度,不得超过原债务。<sup>(71)</sup>如果第三人承诺超过原债务加入债务,则仅在原债务的限度内成立债务加入。<sup>(72)</sup>

毫无疑问的是,如果原债权债务合同并未约定逾期利息或违约责任,债务加入合同能否约定逾期利息或违约责任?在原债权债务合同约定逾期利息或违约责任的情况下,债务加入合同能否约定债务加入人承担更高标准的逾期利息或更重的违约责任?就此问题,司法实务存在不同见解。肯定观点认为,债务加入人承诺承担的逾期利息并非对原债务的加入,而是债务加入人与债权人关于逾期利息的约定,与原债务的承担系不同法律关系。<sup>(73)</sup>否定观点则认为,债务加入已经能够增强债权实现的可能,债务加入人的债务不应当超过原债务,进而主张将债务加入人承诺的逾期利息计算标准缩减到原债权债务合同约定的逾期利息计算标准。<sup>(74)</sup>笔者认为肯定观点可资赞同。史尚宽先生曾有精辟论断:“因并存的债务承担,承担人所负之义务,除另有合意外,与承担时之原债务同其范围、体态,不当然包含承担后附从于原债务之利息、违约金及损害赔偿等债务,然不妨惟就承担人之债务,约定违约金或损害赔偿额,或附以物的或人的担保。”<sup>(75)</sup>关于保证人违约责任条款效力问题,司法实务亦存在不同见解,主流观点以保证的从属性为由认定此种条款无效。<sup>(76)</sup>《全国法院民商事审判工作会议纪要》第55条对此予以明确:“担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务,是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的,如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满,等等,均应当认定大于主债务部分的约定无效,从而使担保责任缩减至主债务的范围。”在此基础上,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称“《民法典担保解释》”)第3条第1款明确规定:“当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任,或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围,担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的,人民法院应予支持。”需要注意的是,虽然债务加入合同中的逾期利息约定或违约金条款有效,但是债务加入人就此种逾期利息或违约金无权向原债务人追偿,除非当事人另有约定。

(3) 抗辩规定。除了一般保证人享有的先诉抗辩权外,抗辩规定体现了保证债务在可执行性上的从属性。由于《民法典》就债务加入人对债权人的抗辩问题未作规定,<sup>(77)</sup>自然产生一个问题:能否将保证的抗辩规定类推适用于债务加入?

(68) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第753页。相反意见,参见孙森焱《民法债篇总论》(下册),法律出版社2006年版,第816页。

(69) 参见黑龙江省哈尔滨市松北区人民法院(2018)黑0109民初3251号民事判决书。

(70) Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, Vor § 414, Rn. 19.

(71) 崔建远《合同法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第271页。

(72) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第753页;孙森焱《民法债篇总论》(下册),法律出版社2006年版,第816页。

(73) 参见江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06民终1251号民事判决书。主审法官关于此判决意旨的阐释,参见谷昔伟、陈燮峰《并存债务承担的责任范围》,《人民司法·案例》2018年第5期,第60页。

(74) 参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初67531号民事判决书。

(75) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第753页。

(76) 关于该问题的详细论述,参见曹明哲《保证合同中保证人违约责任条款的效力研究》,载陈宝妮主编《中财法律评论》(第11卷),中国法制出版社2019年版,第237-251页。

(77) 《合同编(草案)》(征求意见稿)第61条规定:“连带债务人可以主张其他债务人对债权人的抗辩,但抵销权和专属于其他债务人的抗辩除外。”其后的一审稿和二审稿删除了该规定。

其一,保证人的一般抗辩。《民法典》第701条规定“保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的,保证人仍有权向债权人主张抗辩。”前已述及,债务加入人仅可主张原债务人在加入之时即存在的对债权人的抗辩,此点在解释论上只能勉强通过对《民法典》第553条前半句规定的目的性限缩实现。既然如此,不妨对《民法典》第701条第1句进行目的性限缩然后类推适用于债务加入。基于连带债务的相对效力原则,除《民法典》第520条规定的连带债务中产生绝对效力的事项外,原债务人放弃债务加入之时即存在的抗辩的,对债务加入人自然不生效力,债务加入人依然可以向债权人主张该抗辩。虽然可以得出同样的结论,但是不妨先将《民法典》第701条第2句的“抗辩”限缩为“债务加入之时即存在的抗辩”,然后再类推适用于债务加入。

不无疑问的是,债务加入人能否以其可得对抗债务人之事由对抗债权人?在司法实务中,有判决持肯定态度。<sup>(78)</sup> 由于我国台湾地区所谓“民法”第303条第2款明文规定,在免责的债务承担的情形,承担人因其承担债务之法律关系所得对抗债务人之事由,不得以之对抗债权人,台湾地区学者遂主张此规定类推适用于债务加入,进而认为债务加入人不得以其可得对抗债务人之事由对抗债权人。<sup>(79)</sup> 《德国民法典》第417条第2款虽有同样内容的规定,然而德国通说根据债务加入合意的方式不同进行区分处理:如果系与债务人达成债务加入合意,债务加入人可以其可得对抗债务人之事由对抗债权人;如果系与债权人达成债务加入合意,则不得主张此种抗辩。<sup>(80)</sup> 《欧洲民法典草案》(DCFR)第III-5:209条即采此种见解。不过,德国法上亦有观点认为,对于前一种情形,从债务人或债务加入人将债务加入通知债权人之时起,债务加入人亦不得以其可得对抗债务人之事由对抗债权人,因为此时债权人享有值得保护的信赖利益。<sup>(81)</sup> 我国学者亦有持此观点者。<sup>(82)</sup> 笔者认为,于第三人与债权人达成债务加入合意之情形,基于债的相对性,加入人自然不得以其可得对抗债务人之事由对抗债权人;于第三人与债务人达成债务加入合意之情形,则宜采德国通说。因为,此时的债务加入合同系一个真正的利益第三人合同,根据《民法典》第522条第2款后半句的规定,利益第三人合同之债务人可以向第三人主张其对债权人的抗辩,从体系一致的角度考虑,自应允许债务加入人向债权人主张其对债务人的抗辩。何况,原债务人并未脱离债务关系,此与免责的债务承担判然有别,允许债务加入人主张此种抗辩,并不会使债权人的地位恶化。即便在通知之后,债权人亦无值得保护的信赖。因为,任何一个理性第三人均应当清楚,其对债务加入人的权利应受债务加入合同关系的影响。准此,债务加入人可以债务加入合同之效力瑕疵对抗债权人。

其二,可撤销抗辩。《民法典》第702条规定,债务人对债权人享有撤销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。如果因为原债务人对债权人享有撤销权即赋予债务加入人拒绝权,将导致债权人只能请求原债务人履行债务,而这将与《民法典》第518条第1款后半句赋予债权人自由选择任一连带债务人履行债务的规定相冲突。然而,基于保护债务加入人的考虑,有必要突破此规定。因为,一旦原债务人在债务加入人履行债务后撤销债务,基于加入债务在成立之时与原债务具有同一性,债务加入将因此而溯及无效。此时,履行了债务的债务加入人只能通过要求债权人返还不当得利的方式寻求救济,而这就意味着债权人支付不能的风险将由债务加入人负担,这对其极其不利,并且这种不利本不应由其负担。因此,应当允许债务加入人在相应范围内拒绝履行债务。故而《民法典》第702条关于撤销权的抗辩规定可以类推适用于债务加入。

其三,可抵销抗辩。《民法典》第702条规定,债务人对债权人享有抵销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。与债务人享有撤销权的情形不同,不允许债务加入人基于原债务人享有抵销权拒绝履行债务,不会对债务加入人产生不利。因为,一旦债务加入人履行了债务,债权人的债权即因清偿而消灭。此时,债务加入

(78) 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙06民终3474号民事判决书。

(79) 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第753页;孙森焱《民法债篇总论》(下册),法律出版社2006年版,第817页。

(80) (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413页。类似见解,参见崔建远《合同法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第273页。

(81) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, S. 611.

(82) 王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第471页。

人自可根据《民法典》第519条第2款的规定向原债务人进行追偿。虽然此时债务加入人将负担原债务人支付不能的风险,但是此种风险属于第三人加入债务时通常需要负担的风险,并未对债务加入人产生新的风险。有论者或认为,《民法典》第568条第2款第1句奉行通知抵销主义,这意味着债权人可以非常方便地通过向原债务人通知抵销即可实现自己的债权,此时并无必要允许债权人要求债务加入人履行债务,因此债务加入人可以拒绝履行。<sup>(83)</sup>此种观点有一定道理,但并不能构成突破《民法典》第518条第1款后半句赋予债权人自由选择任一连带债务人履行债务规定的坚实理由。因为如前所述,不赋予债务加入人拒绝权并不会对其造成不利,债权人选择要求债务加入人履行债务而不通过抵销实现自己的债权,自然也就不构成权利滥用。既然如此,就必须尊重立法者在《民法典》第518条第1款后半句中所作出的价值判断:允许债权人自由选择债务人。

(4) 债权让与与债务承担规定。《民法典》第696条规定,债权让与通知保证人后,原则上保证人对受让人承担相应的保证责任,除非存在特别约定。《民法典》第697条规定,债权人未经保证人书面同意允许债务人移转债务的,保证人原则上不再承担保证责任,除非存在特别约定。该两条规定均可类推适用于债务加入,因为债务加入人与保证人所处的利益状况完全一致。

## 2. 体现补充性的规则

既然债务加入产生连带债务,债权人可以自由选择原债务人或债务加入人履行债务,债务加入人所负担之债务相对于原债务而言即不具有补充性,因此体现补充性的保证规定不得类推适用于债务加入。据此,《民法典》第687条第2款关于一般保证人先诉抗辩权的规定即不能类推适用。当然,这并不排除当事人约定附条件的债务加入,即债务加入人履行债务以债务人届期未履行为前提,此时债务加入亦具有补充性。

《民法典》第698条规定“一般保证的保证人在主债务履行期限届满后,向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况,债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的,保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。”该条显然也是基于补充性的规定,自然亦不得类推适用于债务加入。

## (四) 其他保证规则

《民法典》第684条关于保证合同内容的规定、第689条的反担保规定、第690条的最高额保证规定,自可类推适用。以下问题仍有特别讨论的必要:

### 1. 诉讼时效规定

《民法典》第694条第2款规定“连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的,从债权人请求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。”如果约定有债务加入期间,加入债务的诉讼时效自可类推适用该规定。如果未约定债务加入期间,则该规定无从类推适用,此时应从债务加入人承诺的债务履行期限届满之日起开始计算加入债务的诉讼时效,如果未约定债务履行期限,则自债权人请求债务加入人履行债务之日起开始计算。

不无疑问的是,债务加入之后,债权人对原债务人的诉讼时效中断,其效力是否及于债务加入人?在“杭州迪佛房地产开发有限公司与浙江同方建设有限公司借款纠纷上诉案”中,最高人民法院持肯定态度,其理由系债务加入人与债务人系连带债务人。<sup>(84)</sup>2008年《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第17条第2款规定“对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。”在2020年最新修正的司法解释文本中,最高人民法院照搬该款规定内容(条文序号改为第15条第2款)。在《民法典》第520条未将诉讼时效中断列为连带债务绝对效力事由的情况下,最高人民法院如此处理,是否妥当,不无疑问。毕竟,连带债务的绝对效力事由应以法律明确规定者为限,司法解释不

(83) 在德国即有学者持此种见解。Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Auflage, München 2019, § 50, Rn. 43.

(84) 参见最高人民法院(2006)民二终字第199号民事判决书(使用的表述是“共同债务人”)。

应突破《民法典》第 520 条的规定 随意增设连带债务的绝对效力事由。<sup>(85)</sup>

## 2. 共同保证规定

《民法典》第 699 条规定 “同一债务有两个以上保证人的 , 保证人应当按照保证合同约定的保证份额 , 承担保证责任; 没有约定保证份额的 , 债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。”该规定无从类推适用 , 因为债务加入产生连带债务 , 两个以上债务加入人之间自然成立连带债务 , 并无成立按份债务的可能。

## 3. 追偿规定

《民法典》第 700 条规定 “保证人承担保证责任后 , 除当事人另有约定外 , 有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿 , 享有债权人对债务人的权利 , 但是不得损害债权人的利益。”在债务加入法定化之前 , 有观点基于债务加入与保证的相似性 , 主张类推适用《担保法》第 31 条关于保证人向债务人追偿的规定。<sup>(86)</sup> 因为债务加入人的追偿问题可适用《民法典》第 519 条第 2 款的规定 , 自然不应类推适用保证追偿规定。

## 五、公司对外担保规定之类推适用

对于公司的对外担保行为 , 《公司法》第 16 条规定了严格的程序限制。该条规定是否应当类推适用于债务加入 , 司法实务中存在不同理解。基于 “公司加入股东的债务与公司为股东债务提供担保对公司偿债能力的影响相当” , 有观点主张债务加入参照适用该条规定。<sup>(87)</sup> 亦有观点主张是否经过股东会决议对公司债务加入的效力不生影响 , 理由是 “现有法律没有规定公司加入公司股东的债务需经股东会决议”。<sup>(88)</sup> 后一观点的论证显然过于表面化。在债务加入法定化之前 , 法律自无从规定公司债务加入是否应遵守《公司法》第 16 条的程序限制 , 即便在债务加入法定化之后 , 法律未对此加以明确规定亦并不必然说明法律并无此种要求。立法者是否将该条中所谓的 “担保” 限于《民法典》(原《担保法》) 中明文规定的担保方式 , 不得而知。衡诸该条规定的立法目的系保护公司、公司股东和债权人的利益 , 对该条中的 “担保” 应进行广义理解 , 至少以担保为目的之增信措施应包括在内 , 否则将导致该条规定轻易被规避。<sup>(89)</sup> 尤其是 , 债务加入人在通常情形下比保证人承担的责任更重 , 债务加入可能将公司置于更为不利的地位。举轻以明重 , 自然更应对公司的债务加入行为进行严格限制。准此 , 该条规定即应直接适用于债务加入。同理 , 即便该条规定的 “担保” 仅包括《民法典》(原《担保法》) 中规定的法定担保方式 , 该条亦应类推适用于债务加入。最高人民法院 2019 年《全国民商事审判会议纪要》第 23 条明确指出 “法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务 , 该约定的效力问题 , 参照本纪要。”在 “黑龙江昆丰农业发展集团有限公司、瓮福集团农资有限责任公司企业借贷纠纷案” 中 , 最高人民法院在判决中进一步明确了如此规定的内在逻辑 “《会议纪要》系昆丰集团公司时任法定代表人刘宏彦以昆丰集团公司名义向瓮福农资公司表示承担兴隆公司的债务 , 该行为在性质上属于债务加入。该债务加入相比为他人提供担保 , 可能会对昆丰集团公司及其股东的权益造成更为不利的影响 , 故该债务加入的意思表示同样需要参照《中华人民共和国公司法》第 16 条第 1 款规定的精神 , 按照该公司的章程的规定 , 由股东会或者董事会决议。刘宏彦以昆丰集团公司法定代表人名义作出上述债务加入的意思表示 , 属于越权代表; 基于上述法律规定 , 瓮福农资公司知道或应当知道刘宏彦在《会议纪要》上签字确认加入债务系超越代表权限 , 故该《会议纪要》亦应认定为无效。”<sup>(90)</sup> 此一裁判见解可堪赞同。《民法典担保解释》第 12 条重申最高人民法院的立场 “法定代表人依照民法典第 552 条的规定以公司名义加入债务的 , 人民法院在认定该行为的效力时 , 可以参照本解释关于

(85) 学者多将诉讼时效中断作为相对效力事由。参见周江洪 《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》, 《法商研究》2019 年第 3 期 , 第 38 页; 蔡睿 《民法典中连带债务人之一人事项所生效力的制度设计》, 《河北法学》2018 年第 12 期 , 第 185 页。

(86) 向珩 《债务加入法律实务问题研究——最高人民法院裁判规则总结》, 《人民司法·案例》2015 年第 18 期 , 第 47 页; 四川省华蓥市人民法院 (2018) 川 1681 民初 820 号民事判决书。

(87) 参见江苏省高级人民法院 (2015) 苏商终字第 00220 号民事判决书。

(88) 参见无锡市中级人民法院 (2012) 锡商终字第 0581 号民事判决书。

(89) 潘亚伟、吴玉凤 《公司债务加入行为的效力》, 《人民司法·案例》2013 年第 8 期 , 第 96 页。

(90) 最高人民法院 (2019) 最高法民终 1451 号民事判决书。

公司为他人提供担保的有关规则处理。”

有论者或认为,如果对债务加入类推适用该条规定,可能影响交易安全,因为债权人无法预料到该条规则会类推适用于债务加入。然而,在第三人公司以债务加入方式提供担保的情形,债权人对债务加入的担保功能、规避《公司法》第16条的目的难谓不明了,实难认为类推适用有妨害交易安全之虞。

## 六、结论

债务加入介于保证和独立保证之间,可定性为人保之一种。债务加入人负担的债务与原债务构成连带债务,二者仅于加入之时具有同一性,其后即各自独立发展,仅于连带债务涉他效力的范围内互生影响。在不与债务加入的担保功能相抵牾的限度内,连带债务的相关规定自可直接适用。债务加入与免责的债务承担不存在任何共性,并无可得适用的共通规则。基于担保功能和利益状况的高度类似性,保证规定有必要类推适用于债务加入,以便保护债务加入人,避免法律规避行为,同时又不宜一概类推适用,否则无以维持债务加入的制度独立性,故宜区分判断。在不与债务加入的本质特征相抵触的限度内,保证规定原则上应可类推适用于债务加入。体现人保一般性规则的保证规定尤其是保证人资格禁止规定和保证要式规定应予类推适用,以从属性和补充性为前提的保证规定原则上则不得类推适用,与连带债务规定存在类似性的保证规定自无类推适用的必要。公司对外担保规定应类推适用于债务加入,以避免法律规避行为。

通过对债务加入法律适用的上述体系化思考,可以将债务加入的体系定位、构成要件和法律效果择其要者归纳如下:

1. 体系定位。作为担保债权实现的方式之一,债务加入在结果上并未产生债务之移转,而是产生连带债务,因而在理论体系上不宜将之作为债务承担之一种而与免责的债务承担并列,而应位于人保或连带债务部分。

2. 构成要件。债务加入应以书面形式为之,其成立以债务有效存在为前提。既可以由第三人与债权人或债务人就债务加入达成双方或三方协议,也可以由第三人向债权人单方允诺加入债务。债务加入合意既可以以独立的债务加入合同的方式出现,也可以体现在原债权债务合同中的债务加入条款。

3. 法律效果。加入债务与原债务构成连带债务,二者仅于加入之时具有同一性,自加入之时起,两个债务即各自独立发展,仅于连带债务涉他效力规定的范围内互生影响。若无特别约定,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,并不包括在债务加入之后原债务产生的利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。债务加入人可以主张原债务人于债务加入之时即享有的对债权人抗辩。于第三人与债权人达成债务加入合意之情形,债务加入人不得以其可得对抗债务人之事由对抗债权人;于第三人与债务人达成债务加入合意之情形,债务加入人可以其可得对抗债务人之事由对抗债权人。债务加入人履行债务后,可以向原债务人追偿。

(本文责任编辑 焦和平)