

论“存疑推定为保证”

——以债务加入与保证的区分为中心

王利明*

目次

- 一、问题的提出
- 二、“存疑推定为保证”是破解界分难题的重要标准
- 三、“存疑推定为保证”规则的正当性
- 四、“存疑推定为保证”的适用:意思表示解释先于推定
- 五、结语:“存疑推定为保证”的适用

摘要 我国《民法典》第552条第一次在法律上规定了债务加入制度,弥补了合同立法的不足,但由于该制度与保证具有相似性且在实践中第三人做出的意思表示经常模糊不清,从而给法律适用带来了极大的困难。因此,在第三人意思表示不明时,应当首先依据《民法典》第142条进行意思表示的解释,仍不能确定真实含义时,方可适用“存疑推定为保证”的规则。该规则弥补了意思表示解释规则的不足,有效平衡了各方当事人的利益,符合私法自治的基本精神,并将为《民法典》相关规则的贯彻实施发挥重要作用。

关键词 债务加入 保证 存疑推定 意思表示解释

一、问题的提出

“债务加入与保证历来不易区分。”^{〔1〕}甚至有人认为,二者的区分是民法上的一大难题。所谓债务加入,也称并存的债务承担,是指第三人与债务人约定加入债务,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,作为新债务人和原债务人一起向债权人负有连带债务。《民法典》第552条第一次在法律上

* 王利明,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,中国人民大学法学院教授,法学博士。本文系2018年度国家社科基金重大项目“人格权保护立法研究”(项目号18ZDA143)的阶段性研究成果。

〔1〕 Staudinger/Stürner(2020), Vorbem. zu §§ 765, Rn. 406.

规定了债务加入制度,^[2]弥补了合同法规定的不足。然而,该条规定在适用中遇到的最大难题就是如何使债务加入与保证相区分。这不仅是因为二者具有天然的相似性,而且在交易实践中,第三人愿意为债务人承担义务的各种意思表示常常难以被准确地地区分为债务加入或保证,该问题也成为司法实践中涉及第三人债务关系的难点。

在《民法典》未确认债务加入制度之前,司法实践曾经认为,在第三人对于债务究竟为保证还是债务加入存有疑义时,应当推定为债务加入,例如,“信达公司石家庄办事处与中阿公司等借款担保合同纠纷案”最早确立了“存疑时推定为债务加入”的规则,最高人民法院认为:“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。”^[3]由于该案件刊载于《最高人民法院公报》,故该规则纷纷被一些法院效法,甚至一度成为一般性的裁判规则。^[4]然而,实践证明,此种观点确实加重了第三人的负担,不利于平衡各方利益,也不符合当事人的真实意思。有鉴于此,最高人民法院颁发的《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《有关担保的司法解释》)第36条第3款规定,“前两款中第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入的,人民法院应当将其认定为保证”。这就明确了“存疑推定为保证”的规则。

“存疑推定为保证”,即在第三人加入债务的意思表示不明确,且难以做出判断时,应当推定第三人的意思为保证。该规则的确立确实是配合《民法典》实施的重要规则。但对于该规则设立的合理性及其适用的要件仍存在着不同的看法,尤其是何谓存疑,在何种情况下可直接推定为保证都有待进一步讨论。鉴于区分债务加入与保证对于准确适用《民法典》的规定具有重要意义,而且有利于相关纠纷的依法公正解决,因此,本文拟对“存疑推定为保证”规则进行初步探讨。

二、“存疑推定为保证”是破解界分难题的重要标准

从比较法上看,大陆法系的一些国家采取了“存疑推定为保证”的规则。例如,《德国民法典》没有明文规定债务加入(Schuldbeitritt)或并存的债务承担(kumulative Schuldübernahme/Schuldmitübernahme),基于私法自治或者《德国民法典》第311条第1款的合同自由原则,司法实践和学说也承认债务加入。^[5]然而,当债务加入与保证发生冲突时,德国司法实践一般认为,只有在很少的场合将第三人的意思解释为债务加入,这一方面是因为债务加入意味着第三人承担了过高的责任风险,^[6]也即,将第三人的意思解释为债务加入、要求第三人承担过高的责任风险,需要正当的理由。如果难以查明第三人对债务的履行是否具有经济上的利益,为了保护第三人、避免第三人承担过重的风险,一般应当将其认定为保证。^[7]另一方面是由于责任是否具有次位性不同。德国学者埃塞尔

[2] 该条规定:“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。”

[3] 最高人民法院(2005)民二终字第200号民事判决书。

[4] 有关裁判的梳理,参见夏昊晗:《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》,载《法学家》2019年第6期。

[5] Looschelders, Schuldrecht, AT, 18. Aufl., 2020, § 53, Rn. 21.

[6] Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1342.

[7] Müko/Heinemeyer, Vorbemerkung (Vor § 414), 2019, Rn. 22.

(Esser)指出,债务加入人在加入后是该债务的主债务人之一,而债务保证人,即便在连带保证的情形,亦仅是该债务的从债务人。^[8]新加入的债务人与原债务人在债务承担的顺序上是相同的;而保证人的责任在性质上是一种补充责任,在责任承担顺序上具有次位性,其承担责任以债务人不履行债务为条件。因此,在当事人希望采取何种担保形式存有疑问时,保证的解释规则具有优先性。^[9]

在美国法上,有的判例也采纳了此种观点。例如,在“Bashir v. Moayedi案”中,^[10]法院认为,债务人不能通过向他人委托履行债务的方式来逃脱责任,即使受托人已经承担了该债务(even where the delegate assumes)。因此,债务承担的结果是:受托人和委托人现在都对债权人负有相同给付的义务。但是,债权人仅有权受领一个给付。这种关系因此是一种保证关系(one of suretyship),其中受托人原则上是主债务人,而委托人是保证人。因此,可适用关于保证关系的所有法律后果的规制。^[11]

在我国,第三人加入债务和保证在制度设计层面上天然地具有相似性和不可分离性。自《民法典》规定债务加入后,二者的相似性就为二者的区分提出了难题。而之所以存在着破解的难题,主要具有三个方面的原因。

(一)制度层面界分的难题

第一,从主体来看,不论是债务加入还是保证,都是债的关系之外的第三人作出了意思表示,而且此种意思表示大多是向债权人作出的。

第二,不论是债务加入还是保证,都具有担保债权实现的功能。从法律上看,保证本身是一种债的担保方式,具有保障债权实现的功能。而就债务加入而言,债之关系以外的第三人进入债之关系,与原债务人一起对债权人负责,^[12]原债务人的责任财产不受影响,在此基础上,又增添了债务加入人的责任财产,因此,债务加入本身也具有担保功能(Sicherungsfunktion)。^[13]

第三,债务加入和保证都不会导致债的内容发生变化。债务加入的结果,是第三人作为债务加入人与原债务人对债权人承担连带债务,即基于当事人的意思而产生连带债务;^[14]当然,连带债务的范围则取决于第三人意愿承担的范围。^[15]但债务加入本身并不会导致债之关系的内容发生变动。^[16]就保证而言,其也是保证人就债务人履行债务的行为提供担保,保证的成立也不会改变债的内容。

第四,债务加入与连带责任保证具有相似性,债务加入将使得债务人与债务加入人对债务人共同承担连带责任;而在连带责任保证中,在债务人不履行到期债务时,保证人也需要与债务人共同对债权人负担连带责任。

第五,债务加入人与保证人在可以主张的抗辩方面具有相似性。对债务加入而言,由于债务人和加入人对债权人负担连带债务,因此,加入人可以援引债务人在债务加入时对债权人已经享有的抗

[8] Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 94 2.

[9] Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Heidelberg, 2000, § 37 II, S. 322.

[10] Bashir v. Moayedi, 627 A. 2d 997 (D. C. 1993)

[11] E. Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed., Aspen Publishers, New York, 2004, pp.723-724.

[12] Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1338.

[13] 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第634页。

[14] Müko/Heinemeyer, Vorbemerkung (Vor § 414), 2019, Rn. 10.

[15] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第1057页; Looschelders, Schuldrecht, AT, 18. Aufl., 2020, § 53, Rn. 24.

[16] Müko/Heinemeyer, Vorbemerkung (Vor § 414), 2019, Rn. 10.

辩。^[17]例如,如果债务人对债权人本不负担债务,那么,加入人对债权人也不负担债务。^[18]债务人在债务加入后所享有的抗辩,加入人能否援引,则应根据连带债务一般规则确定。^[19]当然,加入人能否对债权人主张其对债务人所享有的抗辩,则应当区分债务加入的方式而分别予以认定。一般而言,如果债务加入的方式是债务人与加入人订立合同,那么,加入人可以对债权人主张自己对债务人所享有的抗辩;如果债务加入的方式是债权人与加入人订立合同,那么,加入人不得对债权人主张自己对债务人的抗辩。^[20]对保证而言,基于保证的从属性特点,保证人也可以主张债务人对债权人所可以主张的抗辩。^[21]

第六,为了防止有些公司规避有关监管政策,按照《九民纪要》和《有关担保的司法解释》的规定,公司作出愿意为他人履行义务的决定时,即便是债务加入,也应当适用公司提供保证的规则,这也反映出二者在制度层面的共性。

(二) 意思表示不清晰的难题

债务加入与保证天然具有相似性,这种相似性尤其表现在意思表示层面,如第三人往往在合同和相关允诺中表示愿意为债务人履行义务,此时,究竟应当将其认定为提供保证还是债务加入,极易发生争议。债务加入与保证的区分之所以成为实践中的热点,主要有两个原因。一方面,交易实践中出现了大量的增信措施,如差额补足、流动性支持等,这些措施都是当事人结合交易实践的需要而采取一些灵活处理的方式,有一些甚至是当事人为了规避法律上关于提供担保的一些程序性安排,但其中第三人的意思表示究竟是债务加入还是保证,往往含混不清,实践中的相关纠纷也日益增多,如何解释当事人的意思表示,在裁判实践中争议很大。另一方面,在某些经营者制定的相关格式化合同文本中,如果涉及第三人承担债务,有一些表述并不清晰。例如,有格式合同中就写道,“本合同项下的额度由甲方及其下属全资或控股公司(即子公司)使用,可使用综合授信额度的子公司名单见附件一”,但是甲方或者某个其下属全资或控股公司(即子公司)使用该笔款项后,其与借款人之间究竟属于债务加入还是保证关系,并不清晰。此外,大量的借款合同特别是民间借贷中,当事人可能并没有采取严格的书面文本形式,而只是通过借条、收据等方式达成合意,其中第三人仅表示愿意帮助债务人还款,但其自身并没有实际收到款项,此时究竟应当构成债务加入还是保证,争议较大。例如,第三人在借据中表示,其保证债权人不蒙受经济损失,则该保函究竟构成共同还款关系还是保证,甚至仅仅只是安慰函,在解释上就存在意见分歧。

(三) 二者并存的可能性增大了区分难度

《民法典》第697条第2款规定:“第三人加入债务的,保证人的保证责任不受影响。”这就是说,在同一债的关系中,保证与债务加入是可以并存的。这就意味着针对同一债务,例如针对因借贷关系而产生的债务,可以同时存在债务加入和保证,二者并不相互排斥。

在《民法典》颁布之前,针对前述“存疑推定为债务加入”的规则,在实务中也一直存在不同观点,例如,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,二审法院南京市中级人民法院即认为,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,

[17] Looschelders, Schuldrecht, AT, 18. Aufl., 2020, § 53, Rn. 24.

[18] Staudinger/Stürner (2020), Vorbem. zu §§ 765, Rn. 396.

[19] Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1343.

[20] Looschelders, Schuldrecht, AT, 18. Aufl., 2020, § 53, Rn. 24.

[21] 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期。

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。〔22〕至2017年,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,最高人民法院转变了相关立场,认为:“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。”〔23〕这实际上放弃了前述存疑时推定为债务加入的规则,确立了债务加入的意思不得进行推定的立场。〔24〕

可见,存疑推定为债务加入还是保证,司法裁判中采取的标准并不完全统一,由此也带来了同案不同判,同法不同解的问题。实践中的一些案例对存疑推定为债务加入是否真正符合第三人的意愿,是否平衡了当事人之间的利益,并没有过多说理,缺乏从整体上平衡当事人利益的角度进行综合的考量。因此,《有关担保的司法解释》第36条第3款的规定统一了裁判规则,总结了司法裁判的利弊,弥补了仅仅保护债权人这一单一思路的不足,为实践中破解二者界分的难题提供了定分止争的依据。

应当看到,“存疑推定为保证”的规则与我国《民法典》的基本价值理念是一致的。《民法典》关于保证的规定采取推定保证的方式,一改约定不明情况下推定为债务加入的规则,《民法典》第686条第2款规定:“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任。”这就表明,在发生约定不明时,立法者倾向于采取减轻意思表示作出者责任和负担的立法目的。这体现了《民法典》的基本精神,即减轻第三人负担,平衡各方当事人利益。“存疑推定为保证”的机理与背后的立法价值考量与这一精神都是基本一致的。从比较法上来看,有的国家法律规定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”。应当明确的是,此处虽然以禁止推定保证为名,其实质仍然在于保护意思表示不明时意思表示作出者的利益。因此,意思表示者在作出保证和债务加入的表示不清晰时,遵循这一原则的结果就不应当是禁止推定保证,而是禁止推定债务加入,其实质上就是“两害相权取其轻”。

三、“存疑推定为保证”规则的正当性

(一)“存疑推定为保证”充分尊重了当事人的意思自治

从比较法上看,一些国家的司法实践通过解释当事人的意思表示来认定是否构成债务加入,因此,当事人的意思表示成为区分债务加入与保证的关键。德国学者迪尔克·罗歇尔德斯(Dirk Looschelders)认为,保证与债务加入的区分首先应以当事人的意思(Parteiwillen)为依据。在存有疑问时,应通过解释予以确定。由于法律关于保护保证人的规定不能被破坏,因此,对债务加入的认定必须通过特别的案件事实来说明。债务加入的重要表征是第三人自己对于履行债务存在直接的经济利

〔22〕 参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民终8269号民事判决书。然而遗憾的是,再审法院纠正了二审法院的裁判观点,再次肯认“存疑时推定为债务加入”规则,其认为,“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”。参见江苏省高级人民法院(2017)苏民再350号民事判决书。

〔23〕 最高人民法院(2017)最高法民终655号民事判决书。

〔24〕 参见夏昊晗:《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》,载《法学家》2019年第6期。

益(eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses)。^[25]在我国,针对具体的合同关系,第三人所作出的意思表示究竟是债务加入还是提供保证是意思表示解释的问题,需要适用《民法典》第142条关于意思表示的解释规则。^[26]

“存疑推定为保证”符合私法自治,符合当事人的真实意愿,主要有以下三个方面的原因。

第一,债务加入中债务人的责任相较于保证人的责任而言更为严苛。其中最为重要的原因在于,债务加入中债务人直接成为债权债务关系中的当事人,其不再享有先诉抗辩权,而在一般保证中,保证人则可以依据先诉抗辩权,在债权人未向债务人主张债务无效果时,免于承担保证责任。同时,保证责任有保证期间的限制,但债务人加入没有保证期间的限制;保证责任同时受到从属性的限制,而债务加入不受从属性的限制;保证人享有追偿权,债务加入人是否有追偿权取决于其与债务人之间的约定。^[27]如无特别约定,则不享有追偿权。既然在第三人的意思模糊不清的情况下,法律所解释的乃是第三人的意思,那么该意思表示就应当解释为其承担较轻而非较重的责任。

第二,按照意思表示的解释规则,在意思表示不清晰的情况下,按照私法自治的原则,负担越重的表示应当越明确,如果意思表示不明确,也应当按从轻解释的规则,推定本人愿意承担较轻的责任。换言之,在当事人约定不明的情形,考虑到债务加入的责任要重于保证责任,从意思自治的立场出发,要认定构成债务加入,就需要当事人更为明确的意思表示,因此,将其推定为保证更为合理。^[28]

第三,从意思表示解释的方式来看,客观主义的意思表示解释要求考虑到意思表示相对人的合理信赖,上述在表意人的意思表示内容不清晰的情况下,推定为承担责任较轻的保证,事实上并不会不当地减损相对人的信赖,因为既然表意人的意思表示已经被认定为不清,那么相对人就不应当享有对于表意人承担更重责任的信赖。

(二)有效平衡了各方当事人的利益

毫无疑问,“存疑推定为保证”有利于保护第三人利益。在比较法上,许多学者认为,在债务加入的情形下,债务加入应当对第三人具有实际利益,否则难以认定为债务加入。因为对第三人而言,其加入债的关系一般需要有一定的利益关系,否则其不会加入债的关系。^[29]正如德国民法学通说与判例所认为的,债务加入应当以加入人具有自己的、直接的经济利益为要件。也就是说,第三人自身具有经济上的实际利益时,才可以认定为债务加入。^[30]判断第三人的行为究竟构成债务加入还是保证,关键在于确定第三人对主债务或原债务的履行是否具有法律上或者经济上的利益。^[31]也就是说,保证人对他人债务负责,实际上维护的是他人利益;债务加入人是基于自己的经济利益对债务负责。^[32]笔者认为,判断两者的区别时要考虑当事人所获得的利益是必要的,但单纯以第三人是否具有实际利

[25] Looschelders/Dirk, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 2019, S. 459.

[26] 参见王利明主编:《中国民法典释评合同编·通则》,中国人民大学出版社2020年版,第420-421页。

[27] 参见王利明主编:《中国民法典释评合同编·通则》,中国人民大学出版社2020年版,第421页。

[28] 参见夏昊晗:《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》,载《法学家》2019年第6期。

[29] 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第626页。

[30] 参见《云南叠鑫商贸有限公司与云南省曲靖泰安建筑工程有限公司等买卖合同纠纷上诉案——第三人基于委托付款作出债务清偿承诺不构成债务加入》,载《人民司法·案例》2015年第18期。“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。”参见最高人民法院(2018)最高法民终第867号民事判决书。

[31] Müko/Heinemeyer, Vorbemerkung (Vor § 414), 2019, Rn. 15, 21; Joussen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1342.

[32] Staudinger/Stürner (2020), Vorbem. zu §§ 765, Rn. 406.

益为标准进行区分并不完全准确。保证人在提供保证时,其往往也具有一定的利益,且多是基于和债务人之间的特殊关系而提供保证。此外,在债务加入的情形下,债务加入人并不当然对债务具有实际经济利益,也就是说,即使第三人对主合同债务的履行没有独立的经济利益,第三人仍然可能明确表示自己加入债务,因此,不可将该判断要素绝对化。^[33]换言之,债务加入人是否具有相应的利益,只是综合判断因素之一,而非必要因素,不能完全按照该标准区分债务加入与保证。^[34]

笔者认为,在第三人的意思表示不明时,将其解释为提供保证是合理的,主要理由在于以下六个方面。

第一,从体系解释来看,我国《民法典》的基本思路是兼顾债权人、债务人与保证人三者之间的关系,尤其是从鼓励担保的角度看,更倾向于减轻保证人责任。《民法典》第686条第2款即为明证,其规定“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任”。这实际上也改变了《担保法》过多强调对债权人保护的立场,而改为平衡各方当事人利益关系,因此,在推定第三人的意思时,应当从《民法典》的整体精神来进行综合判断。^[35]

第二,从从属性的角度看,在主债务人无力清偿时保证人负责清偿债务,因此,保证债务从属于主债务。而在债务加入中,加入人加入他人的债务,从而产生并应负担自己的债务,^[36]因此,加入人对债权人的债务与债务人对债权人的债务之间并无从属性(Akzessorietät)。^[37]保证人的责任原则上具有次位性,即保证人原则上只有在主债务人无法清偿时负责。而债务加入人的责任并没有从属性,加入人是对自己的债务负责,在原债务人未履行债务时,债权人无须先就债务人的财产受偿即可要求加入人清偿。^[38]由于保证具有从属性,债务人从债权人处获得了给付,因此,债权人原则上应当首先请求债务人履行债务,即便保证人提供的是连带责任保证,保证人承担保证责任也需要债权人向其提出请求,同时,保证人承担的也只是替代性的保证责任。所以保证人的责任相对要轻一些。

第三,从对债务人追偿的角度看,保证人的地位更为有利。在债务加入中,加入人与原债务人对债权人的债务并无区别;由于新加入的债务人对债权人履行债务本质上是为履行自己的债务,而不是代原债务人履行债务,因此,除当事人另有约定外,新加入的债务人在对债权人履行债务后,其原则上不能向原债务人追偿。而在保证中,保证债务是原债务的从债,保证人履行的是主债务人的债务,而非其自身的债务。^[39]依据《民法典》第700条,保证人在承担保证责任后,其有权向债务人追偿。但我国《民法典》并没有承认债务加入人可以向其他债务人追偿。^[40]在当事人之间没有特别约定的情况下,第三人承担债务后无权向债务人追偿,因为既然其加入债务,则履行债务是其应尽的责任,不能在履行后再向债务人追偿。由此可见,债务加入中新加入债务人的责任要重于保证人的责任。

第四,从责任的限制层面而言,在债务加入关系中,债权人对新加入的债务人的权利行使受诉讼时效的限制。如果该债务的诉讼时效期间届满后,新加入的债务人有权主张诉讼时效抗辩,拒绝履行

[33] 参见王利明主编:《中国民法典释评合同编·通则》,中国人民大学出版社2020年版,第421页。

[34] 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期。

[35] 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期。

[36] Staudinger/Stürner (2020), Vorbem. zu §§ 765, Rn. 406.

[37] Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1341.

[38] Looschelders, Schuldrecht, AT, 18. Aufl., 2020, § 53, Rn. 25.

[39] 参见施建辉:《债务加入研究》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2010年第6期。

[40] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第287页。

其债务。但债务加入不同于保证,债权人对新加入的债务人的权利并不受保证期间的限制。就保证而言,无论是一般保证还是连带责任保证,债权人对保证人的保证债权都既受诉讼时效也受保证期间的限制。^{〔41〕}另外,在债务加入中,原债务人与债务加入人对债权人承担连带责任,因此,原债务人债务的变动,会对债务加入人的债务产生影响;而在保证中,对未经保证人同意的债务变更,并不当然对保证人的责任产生影响。^{〔42〕}例如,债权人与债务人约定加重债务的,依据《民法典》第 695 条规定,保证人对加重的部分不承担保证责任。

第五,从抗辩主张的角度看,在债务加入中,新加入的债务人处于债务人的地位,其不仅对债权人负担债务,而且只能享有债务人的抗辩权。而保证人并不属于债务人,其不仅可以主张债务人对债权人的抗辩权,而且可以主张其基于保证合同而对债权人享有的抗辩权。依据《民法典》的规定,在保证关系中,保证人所享有的抗辩要多于债务加入人的抗辩,因为保证人不仅享有债务人对债权人的抗辩,而且保证人可以主张其基于保证合同对债权人所享有的抗辩。而在债务加入中,债务加入人享有哪些抗辩,我国《民法典》并未规定。一般而言,在债务加入的情形,第三人只能基于债权债务关系的抗辩来对抗债权人。

第六,从法律后果层面而言,保证人不必然承担连带责任。但债务加入将在债务人与债务加入人之间成立连带责任,而保证并不当然在债务人与保证人之间成立连带责任,只有在连带责任保证中,保证人与债务人才对债权人承担连带责任,而在一般保证中,保证人的责任具有次位性,并不与债务人承担连带责任。

在考虑是否有效平衡了当事人之间的利益时,需要考虑兼顾各方的利益。在司法实践中采用存疑为债务推定时,强调的就是对债权人的保护,而如果改变这一规则是否会损害债权人的利益呢?无论是保证抑或债务加入,站在债权人的角度,都是增加债务人责任财产的一种增益措施,对债权人而言都是有利而无弊之事,只不过是对债权人利益保护的程度不同。然而,保护债权人的利益的前提是,债权人对于获得该利益具有合理的信赖。在意思表示不清晰的情况下,不能认为债权人可以合理信赖意思表示的发出者会承担更重的责任,此时对于债权人的利益保护而言,由于其并不具有意思表示作出者会进行债务承担的合理信赖,因此推定为保证并不会显著减损其权利。因而,即便从债权人利益出发,推定为保证亦未必对其完全不利。^{〔43〕}既然债权人已经在原有债权之外增加了一个保障,而此时更需要考虑第三人的真实意思,尤其是通过尽量减轻第三人的责任,从而鼓励担保,促进交易。

四、“存疑推定为保证”的适用:意思表示解释先于推定

“存疑推定为保证”规则的适用具有一定前提条件的限制,即只有在上述意思表示解释的规则无法适用时,才能适用。因为在第三人的意思表示含糊不清的情形下,法院推定为保证虽然简便,但可能造成不利的后果。例如,在借款关系中,第三人虽然向贷款人作出意思表示是含糊不清的,但贷款人已经向第三人与债务人共同指定的账户汇款,第三人无论是否实际使用该借款,事实上也已经从中获利。如果在诉讼过程中,第三人又主张其提供的是一般保证,在此情形下,法院如果直接贸然认定

〔41〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社 2020 年版,第 203-204 页。

〔42〕 参见施建辉:《债务加入研究》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2010 年第 6 期。

〔43〕 参见夏昊晗:《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》,载《法学家》2019 年第 6 期。

因意思表示不清推定为保证,则会产生如下不利后果。首先,可能加重债务人的负担,而减轻了第三人的责任。其次,这也会增加债权人的诉讼成本。因为如果将此种关系推定为一般保证,则债权人在请求第三人履行债务时,还需要查明债务人的财产状况,这显然会增加其诉讼成本。第三,其与根据证据所表明的当事人的真实意图不符,也不符合私法自治和责任自负原则。这就是说,该规则适用的前提是“存疑”。也就是说,意思表示的解释要优先于意思表示的推定。

然而,何谓存疑?所谓存疑,必须是适用《民法典》第142条第1款也难以准确解释当事人的意思,依据该条规定:“有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义。”适用这一规则解释后,仍然无法确定第三人的真实意思。一是第三人究竟是承担保证责任还是计入债务的意思难以确定。二是从相关的合同条款,行为的性质和目的等难以确定当事人的意思。三是要求穷尽所有的意思表示解释方法,也就是说运用文义的、体系的、目的的方法均无法得出当事人的真实意思。例如,在当事人之间具有交易习惯,不能因为某一次的约定不清,就认为构成存疑。

因此,推定原则只有在无法适用意思表示解释的规则时才能适用,从这一意义上说,其属于补充意思表示解释规则不足的规则。第三人在表示愿意为债务人承担义务时,在此种意思表示中,究竟是保证还是债务加入,首先还是应当按照意思表示解释的规则,从当事人意思表示出发,按照私法自治原则,无论第三人究竟是债务加入还是提供保证,都应当尊重第三人的意愿,即便债务加入的责任更重,但如果第三人愿意加入债务,法律上也没有干预的必要。探究第三人的真实意思表示是区分债务加入与保证的基本出发点。在我国司法实践中,法院认定或为保证或为债务加入,关键在于确定第三人是否具有明确意思表示。在解释当事人的意思表示时,应以文义解释为基础,并综合运用体系解释、目的解释、习惯解释和诚信原则等方法,探究第三人是否具有与债务人共同承担债务的意思,以确定第三人真正的缔约目的,进而最终确定其是否承担违约等相关民事责任。^[44]

所谓存疑,就是说第三人虽然表示愿意代债务人履行义务,但其意思表示究竟是提供保证,还是债务加入,往往模糊不清。法院在作出推定前,首先要进行意思表示解释,而在具体如何解释第三人的意思表示时,则应当注意如下七点。

第一,第三人是否具有为债务人还债的意思。判断债务加入与保证的关键在于,第三人是否具有为债务人共同还债的意思表示。债务加入意思表示的核心是是否愿意为债务人清偿债务,如果第三人没有为债务人还债的意思,则可能只是成立保证。在司法实践中,如果第三人的意思表示中出现了连带清偿或者共同偿还等表述,我国司法实践一般将其认定为债务加入。^[45]即使承诺文件中没有直接出现“债务加入”这一术语,也至少应当包含“共同承担责任”“承担连带责任”等措辞。《有关担保的司法解释》第36条第2款明确认为:“第三人向债权人提供的承诺文件,具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的,人民法院应当认定为民法典第五百五十二条规定的债务加入。”例如,在甲乙双方订立的借款合同中,明确规定:“甲方或本合同附件一所列明的子公司与乙方依据本合同就每一项具体授信业务所签订的具体业务合同均为本合同的组成部分,并构成合同整体。”因此,甲方的子公司依据该协议的授信所签订的具体借款合同,构成甲乙双方订立的借款合同的组成部分,甲便成为其子公司借款的共同债务人而不是保证人。再如,在“青岛新华友建工集团股份有限公司与青

[44] 参见最高人民法院(2019)最高法民再108号民事判决书。

[45] 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期。

岛新华友建工集团股份有限公司新泰分公司等民间借贷纠纷再审案”中,第三人向债权人声明对原债权承担“连带偿还责任”,对此,最高人民法院认为该声明性质应属于债务加入。^[46]所以,如果第三人承担债务的意思表示中有较为明显的保证含义,则可以将其认定为保证;如果没有该含义,则应当从保护债权人利益的立法目的出发,将其认定为债务加入。

当然,第三人是否具有为债务人还债的意思,应当探求当事人的真意,而不能简单地拘泥于文字而作出解释。例如,在“赖东望与于都县福丰置业有限责任公司、深圳市宝鹰实业集团有限公司股权转让合同纠纷案”中,法院认为,“应以文义解释为基础,结合体系解释、目的解释、习惯解释和诚信原则等综合分析,探究第三人缔约是否具有与债务人共同承担债务的意思表示,以确定第三人真正缔约目的”,^[47]此种做法是妥当的。但是,如果当事人在有关文件中使用了诸如“代负责任”“次要责任”等概念的,则一概不得推定为债务加入。如果无法确定具有保证的意图,也不能认定为保证。例如,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再审案”中,一审法院认为:“本案中,备忘录的约定从形式上看并不符合法律规定的担保的要件,从内容上看南京航道工程局亦没有作出提供保证的意思表示,故上述约定应属债务加入。该备忘录的约定,不违反法律、法规的强制性规定,应为合法有效。”此外,如果第三人仅仅只是表示协调、督促债务人还债的表述,类似的表述还不足以表明其愿意承担债务。实践中还有观点认为,出具还款计划不构成债务加入。^[48]但挂靠经营者向劳务分包单位承诺支付工程款构成债务加入。^[49]

第二,债务的履行对第三人是否具有实际经济利益关系。也就是说,在解释第三人的意思表示究竟是债务加入还是保证时,应当考虑第三人对债务的履行是否具有自己的利益。^[50]如前所述,一些国家在意思表示解释上注重采纳经济利益说,此种理论主要是看第三人与债务履行之间是否具有特殊的经济利益,因此,在个案中究竟构成保证还是债务加入,必须考虑不同的利益状况(Interessenlage),并通过解释推断出来。同时,按照此种区分标准,在解释当事人的意思表示时,并不取决于当事人使用的表述,具有决定性的是注重整体情况(gesamten Umstände)及当事人约定的目的(der Zweck der Vereinbarung)。一般而言,要解释为债务加入,要求债务人必须是基于自身经济上或法律上的利益,是因为这些自身利益促使加入者愿意加入债的关系。^[51]如果第三人不具有上述经济上的利益,则可能将其解释为保证。

在复杂交易中,认定究竟是债务加入还是保证,要考虑其在整体交易中的具体情形。例如,某公司表示愿意为子公司履行义务,由于其对子公司具有特殊的利益关系,因此,在当事人意思表示不清晰时,将其解释为债务加入更为合理。再如,父亲为女儿的借款向银行致函,表示愿意代女儿履行债务,此种情形下,由于当事人之间具有特殊的利益关系,这也决定了其不仅是纯粹地提供担保,而应当是债务加入。之所以作出上述解释,主要是在债务加入中,债务加入人对债务的履行通常具有经济上的利益关系,而保证则一般是一种利他行为,保证人对债务人债务的履行通常不具有经济上的利益。

第三,第三人是否实际受领了债权人的履行。保证通常具有无偿性,在大量的借款关系中,第三

[46] 参见最高人民法院(2016)最高法民再322号民事判决书。

[47] 最高人民法院(2019)最高法民再108号民事判决书。

[48] 参见任容庆:《第三人基于委托付款作出债务清偿承诺不构成债务加入》,载《人民司法·案例》2015年第18期。

[49] 参见方剑磊:《挂靠经营者向劳务分包单位承诺支付工程款构成债务加入》,载《人民司法·案例》2018年第11期。

[50] 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期。

[51] Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 36.Aufl., 2012, § 35, Rn. 22.

人作出的自愿履行的意思表示不清晰,但当债权人借款之后,该笔款项部分流入第三人的账户,或者被第三人控制,甚至被第三人实际使用。例如,在某个案件中,债权人是根据债务人与第三人共同指定的账户而汇入相关款项,而第三人主张其只是提供保证。由于第三人实际受领或者控制债权人提供的相关款项时,第三人已经从债权人的履行中获利,因此应当认定为债务加入。而在保证中,保证人通常无法从债权人处获利,因此,在上述情形下,应当将第三人认定为债务加入人而非保证人。

第四,当事人之间是否有共同实际履行的行为。通常,如果第三人没有实际参与相关交易活动,则可能应将其认定为保证,但如果第三人深度参与到交易过程中,则可能应认定为债务加入。第三人虽然没有明确表达其究竟是提供保证还是债务加入,但如果第三人和债务人共同实际清偿了债务,或第三人虽然只是清偿了一部分债务,即在债权人尚未向其提出请求时,其就已经清偿了部分债务,此时应当认定为债务加入。例如,在“云南远腾投资(集团)有限公司与内江远成置业有限公司等合同纠纷再审案”中,最高人民法院认为:“远腾集团既未在协议中明确表达作为保证人对案涉债务承担一般保证责任的意思,又与远成公司共同实际履行,其主张对案涉债务为一般保证人的理由不能成立。”〔52〕

第五,第三人与债务人的义务是否具有履行顺序。在司法实践中,有关案例区分了补充性承诺与独立性承诺,所谓补充性承诺,是指第三人向债权人表示,只有在债务人无法履行债务时,其才承担履行义务;所谓独立性承诺,是指第三人向债权人表示,如果债务履行期限届满,其可以为债务人履行债务。由此可见,独立性的承诺意味着无论债务人能否清偿债务,其都要向债权人作出履行,因此债务的履行没有顺位性,此种承诺更接近于债务加入。而在补充性承诺中,第三人履行义务具有一定的顺序限制,因此,一般而言,应当将其解释为保证。〔53〕例如,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再审案”中,二审法院认为承诺债务具有或然性、顺序性、补充性因而属于保证债务。〔54〕笔者认为此种观点具有一定的道理。因为在一般保证中,保证人保证责任的承担具有一定的顺序,即通常仅在债务人无法履行债务时,债权人才能请求保证人承担保证责任。而在债务加入中,债务加入人的责任并不具有此种顺序,加入人应当与债务人共同向债权人承担连带责任,而不存在先后顺序。因此将独立性承诺解释为债务加入是合理的。

第六,第三人的责任承担是否具有不确定性。在司法实践中,一些案例区分了或然性承诺和确定性承诺。或然性承诺是指第三人向债权人表示是否履行的债务具有不确定性(如第三人表示只有在债务人不能清偿时将予以资金支持),此种承诺一般属于保证。而在确定性承诺中,第三人明确地、肯定地表示要为债务人履行债务,此种确定性承诺更可能被认定为债务加入。〔55〕例如,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再审案”中,法院认为,“长隆深圳分公司要求南京航道工程局付清欠款必须提供润达公司的最新欠款确认单,这是对润达公司不能履行、业主补偿款不能清偿的最后剩余部分进行清偿,带有补充性;而且最终的剩余金额应根据两年内实际履行情况而定,备忘录签署之时并不确定”。〔56〕因此,第三人的意思表示属于提供保证,而非债务加入。此种观点有一定的道理。因为在一般保证中,债务人无法履行到期债务时才承担保证责任,因此

〔52〕 最高人民法院(2020)最高法民申1021号民事裁定书。类似案件参见“广发银行股份有限公司与山东胜凯石化有限公司合同纠纷案”,天津市第二中级人民法院(2019)津02民初815号民事判决书。

〔53〕 参见高圣平:《民法典担保制度及配套司法解释理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第112页。

〔54〕 参见江苏省高级人民法院(2017)苏民再350号民事判决书。

〔55〕 参见高圣平:《民法典担保制度及配套司法解释理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第113页。

〔56〕 江苏省高级人民法院(2017)苏民再350号民事判决书。

是或然性的。但是债务加入人则要承担连带责任,只要债务到期,债务加入人就应当承担责任,即在履行期间届满时,债权人可以直接请求债务加入人履行债务。综上,如果第三人的责任具有不确定性,则应当将其解释为保证。

第七,考虑意思表示的受领人。保证是保证人与债权人就保证达成合意,或者单方向债权人作出愿意提供保证的意思表示,保证关系不能在债务人与保证人之间产生。而在债务加入中,第三人既可以向债权人作出债务加入的意思表示,也可以向债务人作出该意思表示。也就是说,债务加入的方式要么是加入人与债权人订立合同,要么是加入人与债务人订立合同。^[57]而在后一种情形,债务人与加入人订立的合同实际上是利益第三人合同。^[58]可见,债务加入与保证中,意思表示的受领人存在一定的区别,如果第三人仅向债务人作出愿意代其履行义务的意思表示,则其只能依法成立债务加入,而无法成立保证。

五、结语:“存疑推定为保证”的适用

区分债务加入与保证确实既是比较法上普遍遇到的疑难问题,也是《民法典》适用中的一大难题,然而《民法典》本身并没有提供解决问题的明确规则,《有关担保的司法解释》第36条确立了“存疑推定为保证”等规则,为准确适用《民法典》提供了依据。但在适用时,应当明确适用的前提,不能认为只要意思表示不明确,裁判者就可以直接推定构成保证。这就是说,存疑推定保证的规则适用应当以意思表示解释规则无法适用为前提,简单直接适用推定规则,可能会产生对债权人保护不利且不利于维护交易安全和秩序的后果。

但是,意思表示的解释要优先于推定,并不意味着要否定推定规则,相反,将解决债务加入与保证区分的难题,完全通过法官对意思表示进行解释的方式是不妥当的。这是因为在许多情况下,保证与债务加入在意思表示的解释方面往往难以区分,实践中当事人意思表示的内容纷繁复杂,其究竟具有何种意义经常难以确定,甚至在许多情况下,当事人对于自己的意思表示可能也并不清楚。此时要求法官对其进行解释十分困难。在当事人意思不清晰时,完全通过法院解释当事人的意思表示,由此解释出的意思表示可能并不符合当事人的真实意愿;且可能赋予法院过大的自由裁量权;此外,完全通过意思表示解释当事人的意思表示,也可能不利于保护债权人的利益,甚至会鼓励第三人作出内容模糊的意思表示,损害交易秩序。因此,在法律上应当确定意思表示推定规则,明确在意思表示不清晰而又不能根据前述意思表示解释的方法作出解释时,应当推定其究竟构成债务加入还是保证。所以,上述推定规则对于司法实践而言十分必要。

从推定规则与意思表示解释的关系来看,存疑推定为保证的规则弥补了当事人意思表示的不足,在依据《民法典》第142条规定的解释方法适用后,仍然无法做出解释时,推定规则确定了一种拟制的意思表示。这种拟制在根本上平衡了当事人各方的利益,符合民法典所秉持的保护不明意思表示做出者的精神,这对于贯彻实施好《民法典》关于债务加入和保证制度将发挥重要作用。

(责任编辑:马长山)

[57] Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1339.

[58] Müko/Heinemeyer, Vorbemerkung (Vor § 414), 2019, Rn. 12.