

# 主合同变更对担保责任的影响

王韶华<sup>\*</sup>

我国担保法第24条:债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

根据我国担保法的这一规定,主合同变更对担保责任的影响似乎是显而易见的,即:1 主合同变更应经保证人同意;2 未经保证人同意而且是书面同意,保证责任将被免除;3 允许当事人在保证合同中作另行约定。从该条款的文义来看,对主合同变更并未区分具体情况,可以而且也应当理解为主合同的任何变更,包括对主债务范围缩小的变更,非经保证人书面同意,都将导致保证责任的免除。那么担保法这一规定是否恰当,是否存在不合理性,审判实践中究竟应如何掌握,理论界和司法界都存在不同认识。持肯定意见者主要有两方面的理由:一是从当事人意思自治角度考虑,认为保证合同系保证人与债权人所为的一致的意思表示,债权人与债务人未经保证人同意变更主合同并进而影响保证合同,违背了保证人的真实意思表示。因此,保证人不再承担保证责任。二是从法律关系的变更与消灭考虑,认为“主合同内容的变更,引起主债务人和债权人的权利和义务的变化,在主合同内容变更的范围内,原债权债务关系消灭,新债权债务关系产生。因保证合同具有附随性,保证合同随原债权债务关系的消灭而消灭”。<sup>①</sup>此外还有人基于操作实务考虑,认为“债权人与债务人协议变更主合同是缩小还是扩大了主债务的范围,不好界定。因为单纯标的额的缩小并不一定实质上缩小了主债务,保证责任也不一定就能缩小。因此,干脆采取主合同变更一律要经保证人书面同意的规定”。<sup>②</sup>

更多的人对此提出了质疑,认为担保法不分主合同变更的具体情况,一概而论,既显得过于笼统和机械,也明显地存在不合理性。笔者赞同这一看法,其理由有四:1 主合同变更,特别是主合同内容的变更,并不导致原债权债务消灭,新债权债务关系产生,合同变更也不能等同于合同的消灭。因此,从法律关系角度解释第24条的规定过于勉强。那种认为主合同变更情况复杂,不易掌握,于是就采取回避策略,作“一刀切”的硬性规定,显然也不足取。2 担保法第24条规定与担保法立法目的似乎也是相悖的。担保法的立法目的是要均衡地保护债权人和保证人的合法权益,而该条规定本来主要在于维护保证人的利益,防止因债权人与债务人随意变更

\* 河南省高级人民法院法官。

① 孔祥俊主编:《担保法例解与适用》,人民法院出版社1996年版第17页。

② 高言、张占良主编:《担保法理解适用与案例评析》,人民法院出版社1996年版,第6页。

主合同,加重保证人的保证责任。可是由于采取一刀切的做法,使得对保证人的保证责任毫无影响,甚至可能对保证人有利的主合同的变更,也将导致保证人免除保证责任。如此规定,对债权人显然不利。3 担保法第 2 条规定,与该法其它条款的规定亦有不一致之处。如担保法第 22 条规定:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任”。第 23 条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任”。由于我国合同法理论及法律对合同更新即合同主体变更与合同变更未做区分,因此合同主体变更还应当包括在合同变更的范畴之内,但是担保法在对合同主体变更与合同变更对保证责任的影响上作了不同规定。第 22 条和第 23 条之所以规定主合同债权转让无须经保证人同意,而主债务转让须经保证人同意,似乎是从主合同变更是否影响保证人的保证责任考虑的。由于主合同债权转让,一般说来对保证人的保证责任无甚影响,故作了保证人仍承担保证责任的规定。主合同债务转让一般会加重或加重保证人保证责任,故作出了非经保证人同意即免责的规定。4 担保法第 24 条的规定,强调了对保证人利益的保护,却极大地限制了主合同当事人协商变更主合同的自由,不适应快捷高效、瞬息万变的市场经济条件下商品交易的客观需要。因此,笔者认为,我们应当重新思考担保法对主合同变更与保证责任承担的立法规定,确立正确的立法价值取向与立法目标,区分主合同变更的不同情形,合理确立债权人与保证人各自的权利与义务,并要通过立法或司法解释,对担保法第 24 条加以修正与完善,明确划定保证人保证责任承担与免除的条件。

下面让我们具体分析一下主合同变更及其对担保责任影响的几种情况。从社会生活实际来看,债权人与债务人协商变更主合同是比较常见的,而变更的具体情形更是多种多样,大体可分为:1 合同主体的变更,如主合同债权人或债务人的更换;2 合同法律关系属性的变更,即合同关系的基本特征及法律关系种类的改变,如租赁关系变为赠与关系;3 合同内容的变更,也是合同变更中最普遍的一种,即合同当事人具体权利义务的改变,如借款数额,还款期限,贷款利率的变化;4 合同附属条款的变更,如关于纠纷协议管辖、仲裁条款的改变。从主合同变更与保证人保证责任的结果考察,其一是对保证人的保证责任有所减轻,属有利于保证人的变更,如贷款利率的降低。其二是对保证责任有所加重,属不利于保证人的变更,如在保证人对买方付款进行担保情况下,货物价格提高的变更或者付款期限的提前。其三、是对保证人的责任既无所谓加重,也未有减轻,属对保证人利益无甚影响的变更,如合同仲裁条款取消。根据变更结果对保证人责任的影响,对以上四种主合同变更情况作进一步区分,又可以分二类:一是属于主合同实质性变更,如合同主体、合同主要内容的变更。该变更将引起主合同当事人权利义务关系的变化,且一般会对保证人的保证责任产生影响。二是属于主合同非实质性的变更,即不引起主合同当事人权利义务改变的变更,如合同附属条款的变更。主合同非实质性的变更,一般不会影响保证人的保证责任。而主合同实质性的变更其实又有两种情况,一是引起原合同法律关系消灭,新合同法律关系产生的变更。如合同主体的变更和合同法律关系性质的变更。二是不引起原合同法律关系消灭,只是对原合同法律关系的具体权利义务有所改变,如合同内容的变更。合同主体的变更和合同法律关系性质的变更,有的国家的立法和法学理论称之为合同更新,并明确规定在发生债务更新时,保证人的保证责任消灭。如《法国民法典》第 1271 条规定:“债的更新以下列三种方式发生:1 债务人与债权人订立新的债务以代替旧债务而旧债务消灭时;2 债权人解除旧债务人的债务而由新债务人代替时;3 因新契约的效力,新债权人代替旧债权人,而债务人免除对旧债权人的债务时。该法第 1281 条第二款规定:“对债务人发生债

务更新时,保证人的义务随之消灭”。合同主体的变更,即新的债权人或债务人取代原债权人或债务人履行合同,实际等于原合同当事人协商解除了原合同关系,债权人或债务人与他人另行建立了新的合同法律关系。合同法律性质的变更,如买卖合同变更为租赁合同,实际上等于合同当事人协商解除了原合同关系,在双方之间又重新建立了另一种性质的新的合同关系。合同主体的变更和合同法律关系性质的变更,显然都动摇和改变了原合同法律关系的基础和特征,使原债权债务关系发生了重大的质的改变,同时毫无疑问地也改变了担保合同所赖以存在的基础,极大地影响和改变了担保人的责任和义务。因此,此种引起原法律关系消灭和新法律关系产生的变更,也应当同时引起原担保合同的消灭,原担保责任应随之取消。

我国法律及法学理论,虽未区分合同的变更与合同更新这两个概念,但担保法实际上已将合同主体变更从其它变更中划分出来,在该法第 2 条、第 3 条分别对主合同债权转让与债务转让专门作了规定。从该规定看,担保法对合同主体的变更,也并未因其属于合同更新,原合同关系消灭,新合同关系产生而一概认定保证合同也消灭,保证人的保证责任统统免除,而是根据合同主体变更对保证人保证责任是否有影响,是否可能加重保证人的保证责任,而对债权人更换与债务人更换区别对待,作了不同的规定。担保法对主合同主体变更根据不同情况,所作规定是合理的,也为理论及司法实务所普遍认同。但在对主合同内容的变更,这一最为常见情况的把握与处理上由于变更的情况比较复杂,对保证人的责任与利益的影响又各有不同,我国担保法第 24 条的规定确实显得过于简单。如果说这一规定的立法目的在于保护保证人的利益,防止债权人与债务人通过变更主合同加重保证人的保证责任,那么至少对于减轻保证人责任或对保证人的利益及保证责任并无影响的主合同的变更,保证责任不应当免除。即使从尊重保证人的意思自治,从维护保证人承诺保证时主合同赖以建立的基础与条件考虑,属于主合同非实质性变更,因这些变更并未使得保证人承诺担保的基础与条件发生变化,应当不影响保证人的保证责任。合同变更引起合同法律关系消失,保证合同也随之消灭的理论,在把合同主体的变更以及合同法律关系性质变更,实际是合同更新的两种情况排除之后,也变得苍白无力,难以自圆。那么究竟应如何解决这一问题呢?

从国外立法例看,对主合同变更与担保责任的承担的规定各国立法也不一致,有些国家立法对此未作规定。但从法国、德国、日本等国有关立法规定来看,大陆法系国家似乎有一个大致相同的原则。《法国民法典》第 201 条规定:“保证不得超过债务人负责的范围,亦不得约定较重的条件。超过债务的保证,或约定较重条件的保证,并非无效,此项保证仅应减除至主债务的限度”。该法第 128 条规定,对主债务人发生债务更新时,即主合同变更合同性质或债权人、债务人发生更换时,保证人的义务随之消失。《德国民法典》第 76 条就保证责任的范围明确规定:“(1)保证人的义务以主债务的现状为标准。(2)特别在主债务因主债务人的过失或迟延而变更时,亦适用之。(3)保证人的义务不因主债务人在其承担保证后所为的法律行为而扩大”。也就是说,主债权人与主债务人协议变更主合同,扩张主债务人的债务范围时,保证责任范围并不因此扩张。《日本民法》第 51 条规定,更改当事人,其质权或抵押权为第三人提供时,应经该第三人承诺,并于旧债务人的限度内可以将原担保移转于新债务。此外,国际商会 1978 年 325 号出版物《合同担保统一规则》第 7 条第 1 款规定,“履行担保或偿还款项担保得规定如对合同作了任何修改则担保无效,或者规定应将此种修改通知担保人以取得他的同意。如无这样的规定,则担保对于合同及其任何修改所明示规定的本人的各项债务都有效。但担保对于超过担保文书所规定的金额或对于超过担保文书或本规则所规定的到期日都

无效。除非担保人以书面、电报或电传通知受益人：金额已增加到规定的数额或到期日已予延展”。该规定将主合同变更是否对担保人有效，赋予当事人在担保合同中予以约定的权利。如当事人对此未作出约定，则主合同变更修改时担保仍有效。但该规定排除两种变更、修改，即增加所担保的金额和延长担保期，因为此两种修改都是对担保人责任的明显加大。

从上述一些立法例可以看出：1 多数国家并未采取一刀切的做法，作出主合同的任何变更、修改，都将导致担保人免责的规定；2 合同更新及主合同内容变更、修改，导致担保人责任加大、加重者，未经担保人同意，对其无效；3 无效仅限于对担保人加大、加重责任部分，担保人仍在原担保范围内承担担保责任。

借鉴国外立法例，结合我国审判实务，笔者认为我国担保法对主合同变更保证人的保证责任承担，应从以下几个层面加以规定和完善：

1 首先应当确立一个明确的立法的价值取向和基本原则。就我国担保法的立法目的，该法第1条规定为，促进资金融通和商品流通，保障债权实现。从担保法的一些条款中可以看出，我国担保法比较注重保护债权人的利益。如担保法第2条规定：“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人对保证担保的范围没有约定或约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任”。第19条关于保证方式又规定：“当事人对保证方式没有约定的，或者约定不明确的，按照连带责任承担保证责任”。而国外许多国家规定，此种情况下保证人只承担一般保证即补充性保证责任，而非连带责任。可以说，国外立法例在处理债权人与担保人权利义务关系时，比较注重保护担保人的利益。由于目前我国债权实现难度较大，实现率较低，担保法从解决现实问题出发，有所偏重，立法意图可以理解，但笔者认为在对待债权人与保证人的关系上我们不应囿于目前存在的问题上，而应当采取一种平衡原则，既要保护债权人，也要考虑保证人的权益，要保持二者之间权利义务的基本平衡。任何一种偏颇都有可能给担保制度本身带来损害。处理保证人保证责任的基本原则，既要维护主合同当事人协商变更主合同的自由与权利，也要防止违背保证人意思表示让其承担承诺以外的义务的情况。

2 要具体规定保证责任承担或免除的条件。应从主合同变更对保证人有无影响，是否扩大或加重其保证责任角度考虑，区分不同情况作出不同规定。

3 应区分合同变更与合同更新，对合同更新，即合同主体及合同性质的改变另行作出规定。对于合同主体更新可维持现行担保法第2条、第22条的规定，对于改变合同性质的，应规定未经保证人书面同意，其保证责任免除。

4 主合同变更，未经保证人书面同意的，属于扩大或加重主债务时，保证人仍在原保证责任范围内承担责任，对扩大或加重部分不承担保证责任。但如此种变更导致无法区分原保证责任与加重责任的，则应免除保证人保证责任。如保证人对产品质量进行担保，提高质量标准，显然对保证人责任有所加重，且无法区分原质量责任和现质量责任，这时保证人的保证责任应予免除。

5 主合同变更不影响保证人的保证责任范围，或对保证责任有所缩小或减轻的，不须经保证人同意，且保证责任亦相应缩小或减轻。

6 保证合同另有约定的，依当事人的约定处理。

这里需要明确的是何谓保证责任的扩大与加重，何谓保证责任的缩小与减轻。保证责任的扩大与加重应当从两个方面进行考查，一是从保证责任的范围上看，保证交付的货物、款项数量的增多，保证事项的增加等均属扩大与加重。二是从承担保证责任的可能性及承担保证责任

的后果看,如主合同的变更将加大主债务人履行债务的困难,从而也将增加保证人承担保证责任的可能性,或者主合同的变更将使主债务人财产状况恶化,并将影响保证人对主债务人的追偿权。至于保证责任的缩小与减轻则应当作相对应考查。三是对“独立加重”和“不可分加重”作出明确区分,即主合同变更所加重部分与原责任可以区分开的,为“独立加重”,否则为“不可分加重”。

审判实践中,变更主合同履行期限,如借款合同缩短或延长还款期,属于对保证责任的加重还是减轻,争议很大。在我国担保法颁布实施前,最高人民法院对此问题所作司法解释也前后不一,更加大了认识上的分歧。1988年1月9日,最高人民法院在对河南省高级人民法院《关于借款合同双方当事人未经保证人同意达成延期还款协议后,保证人是否继续承担责任的批复》中指出,借贷双方在合同履行中未征得保证人同意,达成延期还款协议,这一变更应视为成立了新的法律关系,解除了原来的担保合同,故原担保人不再承担担保责任。该批复将主合同期限的变更,视为成立了新的法律关系,原担保合同解除,完全把合同变更与合同解除相混淆,其理由显然不足。

1994年4月15日最高法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》(以下简称《规定》)第12条规定:“债权人与被保证人未经保证人同意,变更主合同履行期限的,如保证合同中约定有保证期限,保证人仍在原保证责任期限内承担责任;如保证合同中未约定保证期限,保证人仍在被保证人原承担责任期限内承担保证责任”。由于《规定》中“原保证责任期限内”和“被保证人原承担责任期限的”的保证责任究竟是什么责任,多大责任,含义不清,难以确定。实际操作中理解也不一致,出现了许多问题。主合同履行期限延长对保证期限的影响不外乎有三种情况,一是主合同履行期限的延长已超出了原来约定的保证期限,如原主合同履行期限为1998年5月3日,保证期限为6月1日—9月1日,后主合同履行期限延至1998年10月1日。二是主合同履行期限变更后仍在原保证期限内,如上例中主合同期限延至1998年6月30日。三是变更后的主合同履行期限,正好与原保证期限重合。主合同履行期限的缩短,即意味着保证人承担保证责任的可能性提前,对保证人来说影响也是很大的。以上几种主合同期限变更的情况,保证人是否还要承担保证责任呢?按《规定》保证人仍在“原保证期限内承担责任”,除了主合同履行期间变更后仍在保证期限内这种情况外,其它几种情况下保证人实际上已经免责。而对保证合同中未约定保证期限按《规定》保证人仍在被保证人原承担责任期限内承担,又是将保证期限和保证时效混同起来。对于主合同期限变更,国外也有不同的规定。《法国民法典》第2039条规定:“债权人对债务人同意单纯延期清偿时,并不免除保证人的责任,在此情况下,保证人得对债务人提出诉讼强制其清偿债务”。而我国台湾地区民法典第755条则规定“(主债务擅允延期之免责,就是有期限之债务为保证者,如债权人允许主债务人延期清偿时,保证人除对于其延期已为同意者外,不负保证责任”。由于主合同履行期限的变更,对保证人保证责任的影响具有一定的或然性,单纯就主债务履行期限的缩短与延长评价对保证人保证责任的影响与利弊确实十分困难,例如在借款担保中,贷款人与借款人协商延长借款期,借款人也许由于延长借款期限经营状况得到显著改善,清偿能力大大提高,从而减少保证人承担责任的可能性;相反也许借款人的经营状况由于市场原因在延长期限后更加恶化,如此一来对保证人显然是不利的。

解决这一问题,可以考虑从尊重保证人意思表示出发,鉴于主合同履行期限的变更,将改变保证人保证期限(约定有保证期限的,系对该约定的改变,未约定保证期限的系对法定保证

期限的改变), 而这一变更未经保证人同意, 违背了其真实意思表示。此外, 债权人对设有保证的债务擅允债务人延期清偿债务, 实际也是债权人对保证人的保证责任的一种放弃。债权人既已置担保于不顾而与债务人达成延期还款之协议, 应无权再要求保证人对该延期还款协议承担保证责任。故法律可明确规定, 变更主合同履行期限者, 无论缩短与延长, 未经保证人同意, 保证人不再承担保证责任。

另外, 我国担保法有关主合同变更对担保责任的影响的规定还存在一个漏洞, 即未对主合同变更, 对因该合同所设抵押、质押是否受其影响作出任何规定, 而审判实践中已提出这一问题。那么债权人与债务人协商变更主合同, 是否要经抵押人、质押人同意, 未经其同意, 其责任是否也可免除呢? 笔者认为, 从抵押、质押与保证的法律属性及其与主合同的关系看, 三者作为担保方式的基本特征应当没有实质性差别。因此, 关于主合同变更对保证责任的有关规定, 也应当适用于抵押与质押。此外从《法国民法典》第 1279 条、《日本民法》第 518 条的规定看, 也都基本与保证责任有关规定相同。需说明的是, 此处所说抵押、质押均属债务人以外第三人提供的担保, 如系债务人自己为担保其债务而设置的抵押、质押, 主合同变更时, 自不存在“经其同意”的问题。如债务人与债权人协商变更主合同, 债务人自己所设置抵押、质押当然继续有效。