

主合同无效时保证人“缔约过失”担保论

刘 骏

摘 要：主合同无效并不当然引起保证合同也无效，保证人原则上应继续担保债务人返还之债，当事人约定保证合同不因主合同无效而无效的，亦属有效且不当构成独立担保。保证人明知或应知主合同存在效力瑕疵仍提供担保的，不应排除其可负担担保责任，除非保证合同本身效力存在瑕疵或债权人主张担保权存续违反诚信原则。在保证人通过提供担保协助或指使债务人骗取信贷等时，债权人可选择主张担保责任或侵权损害赔偿。相比保证人负保证合同无效后的缔约过失责任，担保责任路径避免了追偿权、代位权和保证期间适用悖论。

关键词：主合同无效；赔偿责任；从属性；保证期间；追偿权

[中图分类号] D923.2 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2025) 06-0089-17

引言

依据《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》（法释〔2020〕28号，下称《民法典担保制度解释》）第17条第2款之规定，主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。^{〔1〕}主流学说认为，过错保证人承担的赔偿责任性质上属保证合同无效产生的缔约过失责任，盖保证合同因主合同无效而无效。^{〔2〕}就保证人过错之判断，主流观点认为保证人知道或应当知道主合同无效而提供担保或明知主合同无效仍促使主合同订立的，即有过错。^{〔3〕}

【作者简介】刘骏，法学博士，华东政法大学法律学院副教授。

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“关联性担保统合研究”（项目批准号：24CFX040）。

〔1〕该规定源自《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》（法释〔2000〕44号，已废止）第8条。考虑主合同因违法或悖俗无效的典型性，本文讨论聚焦该类型，相关讨论亦可类推适用主合同被撤销之情形。

〔2〕李国光等：《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〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第72-73页；王闯：《对〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉的理解》，载《法律适用（国家法官学院学报）》2001年第1期，第6页；王蒙：《论主合同无效时过错保证人的责任》，载《比较法研究》2021年第6期，第88页；曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第5版），中国法制出版社2022年版，第118-119页。

〔3〕李国光等：《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〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第73页；曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第5版），中国法制出版社2022年版，第118-119页；最高人民法院民事判决书（2005）民四终字第21号，载《最高人民法院公报》2006年第3期。

自2000年《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》（下称《担保法解释》）颁布以来，保证人缔约过失责任已多被诟病。

首先，主合同无效时，过错保证人承担缔约过失责任，无过错的不承担责任。该论断是以“主合同无效导致担保合同无效”为前提的，担保权从属性不宜认定为担保合同从属于主合同，而是担保权从属于主债权^{〔4〕}；考虑到判例^{〔5〕}和有力说^{〔6〕}已揭示主合同无效并不当然导致担保合同也无效，这动摇了担保人缔约过失责任的基础。这一论断还忽略了保证人即使对主合同无效无过错亦不妨碍其承担担保责任。

其次，保证人明知或应知主合同存在效力瑕疵而提供担保即构成保证合同无效的缔约过失，这一“过错的延伸”理论上很难成立。^{〔7〕}考虑到主流观点对担保人过错的判断以及上述司法解释明显受最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（法发〔1994〕8号，已废止，下称《保证规定》）第20条之影响，而《保证规定》又受《法国民法典》第2293条第2款等之启发（参见下文），既有研究尚未对此进行比较法溯源。此外，担保人缔约过失责任规范上面临双重苛责：一方面，径采法定责任构造逃避了保证合同本身之约定，违反当事人预期；另一方面，其责任份额过于机械^{〔8〕}，担保人缔约过失可构成故意侵权行为，典型如担保人配合债务人骗贷之场合，其只承担不超过主债务份额三分之一的责任，体系上难以自洽。

最后，体系上担保人缔约过失责任在保证期间、追偿权和代位权等问题上难以自圆其说^{〔9〕}，诸如，保证人就自身过错承担赔偿责任，为何应适用保证期间以及可向债务人追偿或要求反担保人承担担保责任？

为此，笔者首先拟探讨主合同无效并不当然导致保证合同也无效，这构成讨论的前提。在溯源《保证规定》第20条之后，尝试证成：当保证人明知或应知主合同无效而提供保证的，原则上应负担担保责任。另外，缔约过失责任路径难以解释保证期间、追偿权等适用，而采担保责任路径则可避免该适用困境。考虑保证在此议题上的典型性，本文聚焦于保证合同，第三人提供的物保亦可相应类推适用之。

〔4〕李运杨：《担保合同的从属性抑或担保物权的从属性？——以区分原则为视角》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第19卷，北京大学出版社2020年版，第143页。依据《民法典担保制度解释》第19条第2款第2句之规定，当事人不得以担保合同无效为由主张反担保合同也无效，反担保从属于担保人对债务人的追偿权，而非反担保合同从属于本担保合同或反担保合同从属于产生追偿权的委托合同等。另依《民法典》第393条第1项规定，主债权消灭引起担保物权消灭。

〔5〕最高人民法院民事判决书，（2020）最高法民终537号。

〔6〕高圣平：《民法典担保物权法编纂：问题与展望》，载《清华法学》2018年第2期，第87页；李运杨：《担保合同的从属性抑或担保物权的从属性？——以区分原则为视角》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第19卷，北京大学出版社2020年版，第143页。

〔7〕程啸：《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》，载《法学论坛》2005年第6期，第99页。

〔8〕程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第114页。

〔9〕依《民法典担保制度解释》第33条之规定，债权人向担保人主张赔偿责任应适用保证期间。又依《民法典担保制度解释》第18条之规定，承担赔偿责任的担保人有权向债务人追偿，且可主张原债权人对债务人享有的担保物权。

一、主合同无效并不导致保证合同亦无效

当前，主合同无效即导致保证合同无效，这误解了从属性法理，主合同无效后仍有保证人承担担保责任的空间，当事人约定保证合同效力“独立于”主合同效力的亦属有效，并不当然构成独立担保。

（一）担保责任存续

依据《民法典担保制度解释》第17条第2款之规定，主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错不承担赔偿责任。担保人无过错是指担保人对于主合同无效不知或不应知，或未促成主合同订立。^{〔10〕}这忽略了保证人仍可就返还之债承担保证责任。拟讨论的问题是，在当事人未约定担保合同效力独立于主合同时，当主合同无效且担保合同本身有效时，对主合同无效无过错的担保人是否应承担责任？或者说，即使担保人不知道主合同无效，让其担保债务人所负返还之债违反其预期或从属性原则吗？

其一，从立法史上看，“主合同无效导致担保合同无效”源自《保证规定》第20条第1句^{〔11〕}，后被1995年颁布的《中华人民共和国担保法》（已废止，下称《担保法》）第5条第1款所继承。此前最高人民法院并非持这一立场，而是认为主合同无效后，保证人仍可担保债务人所负的赔偿损失和返还之债。依据《最高人民法院关于专业银行、信用社担保的经济合同被确认无效后保证人是否应当承担连带责任问题的批复》（法〔经〕复〔1987〕5号，已废止）第2条规定，被担保的经济合同被确认无效后，若被保证人应当返还财产而不能返还或者应当赔偿损失而不能赔偿时，除有特殊约定外，保证人应当承担连带责任。该批复后来成为《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（法（办）发〔1988〕6号，已废止）第111条。因此，主合同无效后担保人仍应负担担保责任在我国由来已久。

其二，保证人担保主合同无效之后债务人所负返还之债符合担保权设立的功能。担保权之设立源于债权人对债务人的授信以及为防范债务人清偿不能的风险，无论这一风险产生于合同履行过程中还是处于合同无效后的返还清算阶段。主合同无效后，债权人仍面临因其授信而产生的债务人清偿不能风险，保证人为该风险负责符合担保权设立之功能。

其三，从意思表示解释角度观之，让保证人承担主合同无效后的返还之债既不违背其预期、加重其负担，也符合债权人缔约时的意思。一般认为，因主合同无效，保证合同因无担保标的自然也无效或不生效力。^{〔12〕}确实，主合同无效后债务人不再负合同债务，依从属性，保证债务的标

〔10〕 最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第210页。

〔11〕 早在1991年即有观点指出“主债无效、保证合同也不生效力”，参见王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上），中国政法大学出版社1988年版，第308页。

〔12〕 邹海林、常敏：《债权担保的理论与实务》，社会科学文献出版社2005年版，第54页。

的也不再是该合同债务。不过,此时并不意味着债权人与债务人之间不存在债务,债务人仍负返还之债,仍可构成保证债务标的。返还之债和原被担保之债务皆源于债权人对债务人的授信,经济功能实质上皆具有同一性。返还之债的范围通常也不会大于原合同之债。保证人亦并不因主合同无效而被剥夺其本享有的期限利益。实践中,保证人常主张“主合同无效导致担保合同无效”以逃避责任,这有违禁反言法理。^[13]

从债权人角度,担保权之设立常见于债权人对债务人授信或先履行之场合,即担保权之设立和该授信成立对价关系,授信之发生以担保权之设立为前提。在主合同无效之后,就授信之返还和担保责任之释放也应成立同时履行抗辩关系,这并不违反当事人合理期待。^[14]

其四,依据《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)第566条第3款之规定,主合同解除后担保人对债务人返还之债负担担保责任。主合同无效后债务人原则上仍负返还义务,而就此返还义务否定担保权存续,违背“同等事物、同等对待”的法理。比较法上,法国法^[15]、德国法^[16]等也认可保证人继续就主合同无效后的返还之债负担担保责任。

当然,这一方案的前提是保证合同自身并无效力瑕疵。若主合同无效后债务人不负返还之债,比如债权人之给付构成不法原因给付的,保证合同并非无效,而是因无标的或目的不达而当然解除。^[17]因保证合同订立时并无效力瑕疵,只是不再有标的,可解释为因目的不达而当然解除。如主合同生效后未发放信贷,随后被撤销的,保证合同因目的不达亦失去效力。此外,若主合同无效的原因可归责于债权人,则其主张担保责任有违诚信,如主合同无效源于债权人欺诈。有判例指出,涉案主债权系债权人的代理人和债务人串通以欺诈手段骗取而形成的,债权人对此存在重大管理过错的,不得主张不知情的担保人负担担保责任。^[18]不过,主合同仅违法并不当然证成无效事由可归责于债权人。

保证人保证责任范围取决于主债务。就返还范围而言,债务人应返还借款本金以及本金占用期间所取得的使用利益,即利息。有判例以债权人具有过错而相应调整债务人的返还范围^[19],这并不妥当,债务人返还已受领给付属严格责任,不应掺杂过错因素裁剪其返还范围。就资金占用费之具体认定,宜认定为按全国银行间同业拆借中心发布的一年期贷款市场报价利率来计算债务人须返还的资金占用费。^[20]

综上,主合同无效后,在保证合同效力无瑕疵以及主合同无效不可归责于债权人时,即使保

[13] 最高人民法院民事判决书,(2005)民二终字第150号,《最高人民法院公报》2006年第9期;最高人民法院民事判决书,(2020)最高法民终537号。

[14] 许德风:《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》,载《清华法学》2016年第2期,第91-92页。

[15] 《法国民法典》第1352-9条。

[16] 杨淑文:《保证契约与担保给付精选判决评析》,元照出版公司2018年版,第38页。

[17] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil-les sûretés, la publicité foncière*, 8^e éd., Dalloz, 2023, n° 110, p. 108.

[18] 浙江省温州市中级人民法院民事判决书,(2020)浙03民终4539号。

[19] 甘肃省庆阳市中级人民法院民事判决书,(2014)庆中民终字第692号。

[20] 王蒙:《论主合同无效时过错保证人的责任》,载《比较法研究》2021年第6期,第93页。

证人不知或不应知主合同效力瑕疵的，宜承认其继续担保主合同无效后债务人的返还之债。

（二）保证合同“独立性”之约定应有效

当前实践中，意识到“主合同无效导致担保合同无效”的后果，为避免主合同无效后担保权消失，当事人常约定担保合同并不因主合同无效而无效，担保人仍承担担保责任，该约定效力如何呢？

有代表性观点认为，若当事人约定担保合同不因主合同无效而无效的，属于排除从属性之约定，在当事人不具资质时构成无效的独立担保，仅金融机构才能开具独立保函。^{〔21〕}在这一路径下，有判例以交易环境（例如国内贸易）^{〔22〕}、当事人资质等原因，认定独立担保无效；此时若主合同有效，则无效的独立担保可转换为连带保证^{〔23〕}；若主合同无效，则担保合同亦无效，担保人责任依据《民法典担保制度解释》第17条第2款而定。^{〔24〕}相反，《担保法》第5条第1款允许当事人另行约定担保合同不因主合同无效而无效。类似地，依《民法典》第559条之规定，主债权消灭，作为从权利的担保权亦消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。也有判例直接认定此类约定有效，主合同无效时担保人仍负担担保责任。^{〔25〕}

就此争议，首先宜承认，这一约定仅关乎债权人和担保人之私益，并不违反强制性法规和违背公序良俗，不宜一概认定为无效，至于其性质界定则是另一问题。当事人约定“保证合同不因主合同无效而无效，保证人仍承担担保责任”是否违反从属性原理？该约定构成从属性保证抑或独立保函？回答此问题，宜先明确此两种担保之区别。

保证和独立保函主要区别如下：其一，不同于保证债务之从属性，独立保函独立于申请人和受益人间之基础交易，担保人不得主张与基础交易有关之抗辩^{〔26〕}，独立保函既不从属于主债权亦不从属于主合同。保证债务单方依附于主债务，而独立保函中开立人债务具有独立性，表现为特定的金钱数额。其二，保证具有补充性，即债务人不能清偿时保证人才负责任，在主合同解除或无效时，保证人仍得担保债务人所负返还之债，原则上也不剥夺其享有的期限利益；而独立保函具有单据性、见索即付特征。其三，开具独立保函的担保人须具备特定资质。其四，二者交易构造和场景不同，保证属债权人、债务人和保证人三方架构，而独立保函分为三方架构的直接保函和四方架构的间接保函；担保人为受益人开具独立保函时，一般会要求申请人或其银行提供反担保函，而约定担保并不因主合同无效而无效，债务人亦不当然提供反担保。区分二者之关键在于当事人是否意图切断担保人（或开立人）援引债务人（或申请人）、债权人（或受益人）基础交易

〔21〕 吴光荣：《担保法精讲》，中国民主法制出版社2023年版，第70-71页；刘贵祥：《担保制度一般规则的新发展及其适用——以民法典担保制度解释为中心》，载《比较法研究》2021年第5期，第52页；《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第四节第一小节第54点。

〔22〕 浙江省高级人民法院民事判决书，（2019）浙民再109号；最高人民法院民事裁定书，（2018）最高法民申6281号。

〔23〕 最高人民法院民事判决书，（2007）民二终字第117号。

〔24〕 最高人民法院民事判决书，（2019）最高法民终193号；北京市高级人民法院民事判决书，（2019）京民终1436号。

〔25〕 福建省厦门市中级人民法院民事判决书，（2022）闽02民终1152号；吉林省高级人民法院民事裁定书，（2018）吉民申4365号；新疆维吾尔自治区高级人民法院民事判决书，（2017）新民初40号。

〔26〕 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2020〕18号），第6条。

有关之抗辩，这一判断宜结合合同文本、当事人之间关系和交易环境等综合考量。

当事人约定担保合同不因主合同无效而无效，该约定常涉及保证，此时易产生保证与独立担保之混淆，因二者皆属人保。在当事人约定抵押合同或抵押权不因主合同无效而无效的，亦有判例将其界定为独立担保^{〔27〕}，这明显与当事人意思以及产生独立担保的交易环境不符，当事人意图为主合同产生的债权提供物保，并非切断与主债务的关系、见索即付。^{〔28〕}

通常当事人约定“担保合同不因主合同无效而无效，担保人仍承担担保责任”并不等于《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四节第一小节第54点所称的“排除担保从属性”，亦不能解释为担保人放弃援引与主债务有关的一切抗辩，仍有可解释为债权人向债务人授信产生的债权提供担保之空间，即主合同无效后产生的返还之债。若主合同无效后，债务人不负债务或债务人已返还的，则担保人并无责任，这和约定见索即付、独立于基础交易的独立担保不同，盖独立担保责任承担并不取决于主债务届期不履行。在案涉担保为保证时，宜将该约定界定为保证而非独立保函，担保权仍从属于债务人返还之债^{〔29〕}，未约定保证形式时其仍有先诉抗辩权；在案涉担保为抵押时，宜解释为抵押权存续。这也解释了前述判例中承认该条款的效力。以《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四节第一小节第54点为代表性的观点本身自相矛盾：一方面，将排除从属性约定界定为独立担保；另一方面，又使该约定的效力取决于主合同，然而独立担保效力恰恰并不依附于主合同或主债权。此外，就法律行为效力判断，应先解释当事人意思表示，随后讨论其定性问题，不宜径行界定其性质。^{〔30〕}上述将此类约定认定为独立担保说存在径行定性而忽略当事人意思之嫌，当事人约定担保合同不因主合同无效而无效，亦有解释为主合同所生返还之债提供担保之空间，并不当然构成独立担保。

反对观点担忧在我国金融领域强监管的背景下，承认此类约定之效力，会导致债权人将主合同的效力风险转嫁给担保人，进而使强化金融监管的政策目标落空。^{〔31〕}此类约定效力不当然涉及金融监管，如自然人甲、乙间发生临时、个别性的借款，保证合同约定可担保主合同无效之返还，嗣后债权人以重大误解撤销主合同。金融监管政策时强时弱，以不具有可持续性的政策决定合同效力难谓正当。^{〔32〕}此担忧还可从主合同无效后债权人主张担保权存续是否违反诚信以及保证合同

〔27〕 最高人民法院民事裁定书，（2013）民申字第235号。

〔28〕 龙俊：《民法典时代担保从属性规则的强化》，载《江西社会科学》2024年第12期，第115页。该文明确指出存在两种不同的独立担保，一种是约定为主合同无效的后果提供担保，另一种是独立保函，前者仍属传统担保制度。一般多将保证合同独立性约定归为后一种。

〔29〕 刘骏：《主合同无效后担保权存续论》，载《比较法研究》2021年第2期，第80页。

〔30〕 孙维飞：《定义、定性与法律适用——买卖型担保案型的法律适用问题研究》，载《华东政法大学学报》2021年第6期，第177-178页。

〔31〕 龙俊：《民法典时代担保从属性规则的强化》，载《江西社会科学》2024年第12期，第113-114页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年版，第458条。

〔32〕 关于金融监管政策、市场秩序和当事人自治间的辩证关系，参见王乐兵：《资产收益权视角下资管交易的穿透式规范》，载《政法论坛》2022年第5期，第169页。

本身效力判断（参见下文）进行双重控制。

综上，在当事人明确约定主合同无效时担保合同仍有效的，这一约定有效，原则上仍属于从属性担保，担保人继续担保债务人所负返还之债。

二、主合同无效后保证人缔约过失的源流和质疑

（一）《保证规定》第20条之溯源

对保证人缔约过失之相关规定进行溯源有助于规范法律适用。依据《民法典担保制度解释》第17条第2款之规定，主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，过错担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。该规定继承了《担保法解释》第8条和《担保法》第5条之规定。主流观点认为，担保人有过错是指担保人明知主合同无效仍为之提供担保或担保人明知主合同无效仍促成主合同成立或为主合同的签订作中介等。^{〔33〕}这一理解基本沿袭自《保证规定》第20条第2句。^{〔34〕}在此，我们可追问后者之来源。

虽然并无正式立法说明书，但从措辞上的类似性以及最高人民法院相关释义书来看，《保证规定》第20条明显受《法国民法典》第2293条第2款（原第2012条第2款）、《日本民法典》第449条和我国台湾地区“民法”第743条等之启发。^{〔35〕}最高人民法院释义书在解释《保证规定》第20条时，通过参考《法国民法典》《日本民法典》相关规定，以证成主合同无效后保证人仍承担责任这一例外。^{〔36〕}既然《担保法解释》《民法典担保制度解释》就此问题皆受《保证规定》之影响，而《保证规定》又取自比较法，首先有必要回顾比较法上该规定最初出台的背景及其适用情况。

《法国民法典》第2293条规定：“只能为有效的债务提供保证。明知道自然人无缔约能力仍提供保证的，仍受债务拘束。”^{〔37〕}该条第2款是特定历史环境的产物。1804年《法国民法典》颁布时，自然人的法定成年年龄是21周岁，而那时人均寿命只有35岁左右^{〔38〕}，也就是说，自然人一生大部分时间都处于未成年状态。《法国民法典》第2293条第2款的功能在于允许接近成年的未

〔33〕 李国光等：《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〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第72-73页；王闯：《对〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉的理解》，载《法律适用》2001年第1期，第6页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第210页。

〔34〕 程啸：《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》，载《法学论坛》2005年第6期，第100页。

〔35〕 程啸：《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》，载《法学论坛》2005年第6期，第100页；高鸿宾：《无效保证的民事责任》，载《法律适用（国家法官学院学报）》2002年第1期，第65页。

〔36〕 最高人民法院经济审判庭：《保证合同纠纷案件审判实用》，人民法院出版社1994年版，第38页。

〔37〕 2006年修改前的《法国民法典》第2012条规定：“只能为有效的债务提供保证。但当事人可担保一债务，尽管该债务可因属于债务人个人的抗辩而被撤销，比如债务人属未成年人。”

〔38〕 G. Piette, « Cautionnement », *Répertoire de droit civil*, février 2022, n° 95; A. Schneider, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier. Pour un retour aux sources », *JCP* 2002, n° 12, doctrine 121. 直到1974年，民事主体的成年年龄才修改为18岁。

成年人通过亲友等提供保证的方式弥补其行为能力之缺陷。⁽³⁹⁾ 如今,法国学说一般认为保证人明知而为限制行为能力人提供保证的具有双重性质⁽⁴⁰⁾:一方面,保证人的债务视为作保(*porte-fort*),即承诺限制行为能力人的行为将在其成年后或行为能力恢复正常后会被追认,若随后未得到追认的,保证人对债权人负损害赔偿之债。⁽⁴¹⁾ 这是独立的主债务,不具有从属性,“保证人”清偿后也不当然享有对债务人的追偿权。⁽⁴²⁾ 另一方面,若限制行为能力人于成年后或行为能力恢复正常后有效追认的,保证人的债务是担保被追认的债务之履行,构成真正的保证。由于当代行为能力不完全事由的减少,《法国民法典》第 2293 条第 2 款的适用范围也逐渐被限缩,属法制史上的遗迹。

《保证规定》第 20 条第 1 句规定:“主合同无效,保证合同也无效,保证人不承担保证责任。”该表达和《法国民法典》第 2293 条第 1 款“只能为有效的债务提供保证”有类似之处。但二者在规范内涵上相去甚远,前者以合同路径表达从属性,而后者只是言明保证债务从属于有效的主债务,并不能当然理解成“主债无效、保证也无效”,具体可分为两种情形:第一,保证合同订立时,保证人明知而为自然债务或限制行为能力人缔结的债务提供担保的仍有效,只是不构成严格意义的保证。第二,保证合同订立后主合同无效的,自 20 世纪 80 年代以来,判例逐渐承认主合同无效产生的返还之债继续被保证所担保。所以,法国法并不当然认为“被担保的主债务无效,保证也无效”。

依据《保证规定》第 20 条第 2 句之规定,保证人明知主合同无效的,其和债务人承担连带赔偿责任。该规定忽略了保证人为限制行为能力人提供担保的并不当然构成保证,亦可是独立的主债务,而且效果上使保证人、债务人负连带责任,亦与比较法不同。随后《担保法解释》第 8 条则进一步扩大了无意识的继受偏差,其虽仍对保证人过错之认定采取明知或应知主合同无效这一标准,但将保证人责任定性为保证合同无效后的赔偿责任,并将责任范围限缩为不超过债务人不能清偿部分的三分之一,即对保证人责任舍弃合同路径而径采法定责任。

其实,我国法亦存在为不存在的债务提供“保证”,如保证人明知为自然债务而为其提供保证。就此行为效力,依从属性原理,因主债务不具有强制执行效力,则保证债务也是如此。⁽⁴³⁾ 该方案有违禁反言法理。相反观点则认为,保证人明知主债务已过诉讼时效仍提供担保的,其债务应为独立的主债务而非保证。⁽⁴⁴⁾ 《民法典担保制度解释》第 35 条亦肯定此行为的效力。在规范解释上,此种情形宜类推适用前述为限制行为能力人提供保证的情形,认为当主债务人未承认或履行其债

(39) G. Piette, « Cautionnement », op. cit., n° 95.

(40) Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil-les sûretés, la publicité foncière*, op. cit., n° 113, p. 114; L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 15^e éd., LGDJ, 2021, n° 57, p. 66; G. Piette, « Cautionnement », op. cit., n° 95.

(41) 也有将之称为担保契约或损害担保契约。

(42) 类似观点,参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 894 页。

(43) Ph. Simler, *Fasc. 25 : Cautionnement. – conditions de validité. – conditions propres au cautionnement*, avril 2022, n° 9.

(44) M. Grégoire (sous la direction de), *Les sûretés et privilèges, volume 1 les garanties tangentiels*, Larcier, 2020, n° 28, p. 113.

务,“保证人”债务为独立主债务。^[45]

可见,《保证规定》第20条受比较法上保证人明知而为限制行为能力人作保的影响,但忽略了此种情形下并不当然构成保证;《担保法解释》及随后的《民法典担保制度解释》虽就保证人过错依旧采明知或应知主合同无效这一标准,但在责任性质上转向了法定责任,并对责任范围予以三分之一的限制。这导致我们继续反思保证人缔约过失责任之正当性。

(二) 缔约过失路径之质疑

1. 明知或应知主合同效力瑕疵的保证人负保证责任

有观点认为,保证人并非主合同的当事人,保证人仅知情主合同存在无效的原因尚不足以认定其负主合同无效的缔约过失责任,其承担的是保证合同无效的缔约过失责任。^[46]在规范阐释上,司法解释起草者采取了“过错延伸说”,因保证人对主合同无效有过错,而保证合同又从属主合同,故保证人对主合同无效的过错就被延伸到保证合同无效中,其责任属保证合同无效的缔约过失。^[47]类似观点则认为,因保证合同的缔结,保证人、债权人之间存在特别结合关系,提供保证这种增信行为会影响债权人订立、履行主合同的意思决定,进而实质影响债权人利益,保证人对债权人负有特定的注意义务,若保证人明知或应知主合同无效而不告知即违反诚信,其过错表现在促成或维系了保证合同的无效,应承担保证合同无效后缔约过失责任。^[48]

另有不同观点似认为,保证人承担主合同无效的缔约过失,即第三人缔约过失责任。^[49]质疑观点则认为,作为主合同的第三人,保证人明知或应知主合同无效既不违反诚信,也不足以作为认定其对主债务承担民事责任的理由,因为主合同无效主要因主合同当事人过错而造成的,按照过错与责任相对应原则,主合同中有过错的当事人才应承担主合同无效后的损失。^[50]争议焦点在于保证人明知或应知主合同无效是否证成其负保证合同或主合同无效后缔约过失责任。

首先,以上诸说的前提皆是主合同无效当然导致保证合同无效,如前所述,以合同路径表达从属性原理并不是正确的观点,主合同无效后债务人原则上仍负返还之债,仍可构成保证债务标的。“过错延伸说”无法回答的是,既然保证合同并不因主合同无效而无效,为何保证人承担保证合同无效后的缔约过失责任呢?以民间借贷无效为例,或有观点认为主合同因违反有关金融秩序的强制性规定而无效,知情且参与该交易的保证人为此提供保证的,保证合同因违法亦无效。依据维护金融秩序之规范目的,非法借贷中原则上保护债权人本金,而合同所约定的利息等条款无

[45] 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第333页。

[46] 高圣平:《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》(上),中国法制出版社2020年版,第34页。

[47] 曹士兵:《中国担保制度与担保方法》(第5版),中国法制出版社2022年版,第118-119页;程啸:《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》,载《法学论坛》2005年第6期,第99页。

[48] 王蒙:《论主合同无效时过错保证人的责任》,载《比较法研究》2021年第6期,第88页。

[49] 高圣平:《〈民法典〉第388条第2款(担保合同无效的民事责任)评注》,载《当代法学》2025年第3期,第42页。

[50] 程啸:《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》,载《法学论坛》2005年第6期,第101-102页;孔祥俊:《担保法及其司法解释的理解与适用》,法律出版社2001年版,第61页;郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》(第5版),中国人民大学出版社2017年版,第15页。

效。无论是依从属性原理还是依法律行为效力之判断,将保证债务也限缩至债权本金范围之内即可,令保证合同彻底无效则有违比例性法理。

其次,在保证人愿意就主合同无效后债务人所负债务承担责任时,指责其对主合同无效有过错或对主合同未尽必要审查或提示义务,进而构成缔约过失,不仅欠缺因果关系,还忽略了当事人意思。一方面,当主合同因违法或悖俗而无效时,当事人通常对无效事由皆属知情,毕竟一般人都应知悉法律,在因果关系层面,保证人未尽提示义务并不当然导致债权人遭受进入不利授信合同的损失。比如,实践中的重要案型是因出借人不具合法资质导致借款合同无效,此时要求保证人提示或告知债权人并无必要。另一方面,当保证人提供担保就是为了担保主合同无效之后果时,要求保证人提示债权人或认定其有缔约过失亦很牵强。

最后,即便认可明知主合同效力瑕疵仍提供保证的保证人未尽必要告知义务与债权人损失之间有因果关系,进而构成缔约过失,此时仍不排除保证人担保责任。典型情形如,明知主合同存在效力瑕疵的保证人对不知情的债权人声称主合同无任何效力瑕疵,并愿意提供保证,而债权人若知道主合同存在效力瑕疵则不会放贷。随后主合同被确认无效,债权人亦未收回信贷。考虑到保证人虚假承诺促使了信贷发生,即该违反诚信缔约的行为与债权人进入不利合同的损失有因果关系,保证人应负缔约过失责任,但该法定责任不应排斥保证人合同责任。其一,此时很难否定保证合同效力,除非债权人以受欺诈为由撤销保证合同。亦有判例肯定保证人提供保证时明知借款合同无效的,应承担保证责任。⁽⁵¹⁾其二,当主合同无效时,仅让保证人负保证合同无效后的缔约过失责任不仅剥夺了债权人主张保证合同有效的权利,还逃避了当事人间保证合同的约定。保证责任属严格责任,不要求保证人有过错,而缔约过失以过错为归责原则。当事人之间有约定时,应允许债权人适用约定责任,而不能仅适用法定责任,如此才符合当事人预期之尊重和诚信之维护,保证合同所附带的保证期间等亦可得到尊重。类似地,在当事人缔约过失同时构成合同义务违反时,如出卖人违反诚信未告知标的物瑕疵亦构成违约时,此时合同责任原则上排斥缔约过失责任,以便尊重违约责任特有的规范以及当事人预期。⁽⁵²⁾其三,只让保证人负缔约过失责任效果上还有不公正地劣待债权人、优待保证人之嫌,盖依据《民法典担保制度解释》第17条第2款之规定,保证人责任范围原则上不超过主债务不能清偿的三分之一。⁽⁵³⁾

关于保证人在主合同无效后所负担担保责任的范围,有学者认为保证人明知或应知主合同无效而提供担保,意味着其愿意承担主合同无效后债务人所负返还之债的担保。⁽⁵⁴⁾但也有学者认为,若保证人明知主合同无效而仍然提供担保,意味着其自愿为主合同无效时债务人所应承担的返还

(51) 最高人民法院民事判决书,(2020)最高法民终537号。

(52) 黄茂荣:《债务不履行与损害赔偿》,厦门大学出版社2014年版,第169页;解亘、冯洁语、尚连杰:《板书体债法总论》,北京大学出版社2024年版,第40-41页。

(53) 在第三人提供物保的场合,还应加上不超过担保财产价值的限制,参见麻锦亮编著:《民法典担保注释书》,中国民主法制出版社2023年版,第374页。

(54) 杨淑文:《论连带保证与连带债务》,载《台湾本土法学杂志》第25期(2001年),第20页。

和损害赔偿责任提供保证。^{〔55〕} 争议在于保证人就债务人所负缔约过失损害赔偿是否承担责任。在当事人无明确约定时,从保证合同订立角度观之,债权人、保证人达成的典型意思表示是后者为债权人向债务人所作的授信风险负责,应解为保证人就债务人所负返还之债负责。

可见,保证人明知或应知主合同效力瑕疵时,不足以证成其仅负保证合同或主合同无效的缔约过失责任,仍有担保责任适用空间。那么,此时如何规范保证责任和缔约过失责任之竞合?

2. 保证责任和侵权责任之竞合

当保证人明知或应知主合同无效仍订立保证合同,促使信贷发生的,债权人可主张保证人合同责任。当保证人缔约过失同时构成对债权人故意侵权时,应允许法定责任和约定责任之竞合。鉴于此时行为人的过错严重性,只适用约定责任以减轻其责任以及尊重其预期的规则即无适用之必要。而在保证人构成一般性缔约过失时,应优先适用保证合同约定。实践中的重要案型表明了这一路径的可能性,即保证人通过提供担保等方式指使或协助债务人骗取贷款,造成债权人损失。为骗取贷款,出卖人甲、买受人乙先订立虚假房屋买卖合同,随后乙和丙签订借款合同,约定用于购置前述买卖合同中的房屋,甲为此向丙提供保证。甲的行为在另案中被法院认定构成合同诈骗罪。法院认为借款合同系以欺诈手段订立且损害国家利益故无效,保证合同也无效,保证人不需要承担保证责任。^{〔56〕} 这明显过于优待恶意的保证人,对债权人不公。

在债权人主张过错保证人承担责任时,《民法典担保制度解释》第17条第2款直接认定保证责任不超过债务人不能清偿部分的三分之一,这忽略了保证人行为可成立侵权损害赔偿,效果上对债权人不公平。保证人和债务人虚构事实、通过订立合同的方式骗取贷款的,该行为本身属以故意或悖俗的方法侵害债权人权益,应对债权人所受损失负连带损害赔偿。^{〔57〕} 保证人作为主合同的第三人,虽不负合同义务,但不妨碍其负侵权法上的一般注意义务。类似地,我们赞同,保证人单独欺诈或胁迫债权人,使债权人违背意愿作出授信,且保证人过错和债权人就授信产生的损失有因果关系的,保证人也应对债权人承担侵权损害赔偿。^{〔58〕} 自主合同角度观之,债权人可不主张主合同无效或行使撤销权,即使主合同无效,保证合同并不因此无效,保证人明知主合同效力瑕疵仍提供担保的,应担保债务人所负返还义务。基于保证合同的请求权和因侵权损害赔偿产生的请求权构成竞合,债权人择一主张即可。

不过这两种路径仍有差别:第一,构成要件上,担保责任属严格责任,而保证人侵权损害赔偿属过错责任,且债权人损害和保证人过错之间应具有因果关系。在侵权损害赔偿路径下,因债权人所受损害多为纯粹经济损失,故对保证人过错程度要求较高。第二,责任范围上,担保责任

〔55〕 朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注·合同编·典型合同与准合同(1)》,中国法制出版社2020年版,第19页(夏昊晗)。

〔56〕 广东省中山市中级人民法院民事判决书,(2014)中中法民二终字第223号。

〔57〕 程啸:《主合同无效时保证人的责任问题——兼评最高人民法院〈担保法解释〉第8、9条》,载《法学论坛》2005年第6期,第102页;上海市第二中级人民法院民事判决书(2012)沪二中民六(商)终字第138号,《最高人民法院公报》2014年第9期。

〔58〕 程啸:《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第176页。

原则上以主债务为限；而保证人的侵权损害赔偿范围还可包括债权人因此所受的其他损失，并得适用与有过失。第三，保证责任应适用保证期间，保证人清偿之后还可向债务人追偿或代位行使原债权人对债务人的权利。在侵权损害赔偿路径下，保证人為自己过错而负责，而非代偿责任，自然不能代位行使债务人或其他担保人提供的担保，债权人请求权适用诉讼时效。至于保证人与债务人的内部关系，其各自份额可依过错程度以及对损害发生的原因力等确定，难以确定的，二者责任等分。

综上，当保证人明知或应知主合同存在效力瑕疵而提供担保的，主张其只承担保证合同无效后的缔约过失责任，这一路径本身就规避了保证合同约定，对债权人失之偏颇。保证人明知主合同无效而提供担保的，原则上应负保证责任，除非保证人行为同时构成故意侵权，仅依据《民法典担保制度解释》第17条第2款认定过错保证人责任并不妥当。

三、主合同无效后保证人担保责任的体系效应

（一）保证期间适用之厘清

主合同无效后，过错保证人赔偿责任适用保证期间存在争议。依据《民法典担保制度解释》第33条之规定，保证合同无效后，债权人向过错保证人请求损害赔偿，应适用保证期间。《民法典担保制度解释》第33条亦适用于主合同无效引起保证合同无效的情形。^{〔59〕}肯定说的主要论据有：第一，保证合同有效时，债权人未在保证期间内主张权利的，保证人不承担保证责任，依公平原则，债权人在保证合同无效时取得的利益不能大于保证合同有效时取得的利益，债权人损害赔偿请求权也应有时间限制。^{〔60〕}保证合同有效时当事人间的权利义务状况不能等同于保证合同无效时的。另该论断是以“主合同无效导致担保合同无效”为前提，如前所述这一判断并不适当。

第二，当事人订立保证合同时一般不能预见保证合同无效，约定或法定的保证期间是双方对各自权利义务行使期限的唯一合理预期，按该期间确定双方利益关系符合双方缔约本意，为平衡当事人利益和避免无效保证合同的保证人无限期承担责任，保证合同无效时当事人仍应按约定或法定的保证期间主张权利。^{〔61〕}该论断本身自相矛盾，依据主流判例和学说，过错保证人承担赔偿责任的前提是其明知主合同无效仍提供保证，依据“主合同无效导致担保合同无效”这一法规，则其也可预见到保证合同无效。

第三，将保证期间解释为保证合同无效后清算条款，即保证合同无效不影响其清算条款和争议解决条款的效力。^{〔62〕}这亦很牵强，保证期间以保证合同典型义务违反后的保证责任为规范对象，

〔59〕 杨永清：《〈新担保司法解释〉中有关保证合同的几个问题》，载《法律适用》2021年第2期，第86页；浙江省奉化市人民法院民事判决书，（2011）甬奉商初字第698号。

〔60〕 最高人民法院民事判决书，（2011）民四终字第40号。

〔61〕 上海市第一中级人民法院民事判决书，（2014）沪一中民四（商）终字第S786号。本案主合同有效，保证合同因未依法审批而无效，当事人应知道其保证合同无效。

〔62〕 高圣平：《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》（上），中国法制出版社2021年版，第171页。

很难将其界定为清算或争议解决条款。

第四，有判例认为，为了平衡当事人之间的利益，避免无效保证合同的保证人因合同效力不确定而无期限地承担责任，应对无效保证适用保证期间。⁽⁶³⁾因此，对此适用诉讼时效可避免无期限问题。⁽⁶⁴⁾

相反，否定说认为，过错保证人责任在性质上为法定责任，而保证期间适用前提是保证合同有效以及保证人承担保证责任。⁽⁶⁵⁾

尽管学界就保证期间本身的合法性存在争议，但通说一般肯认其适用是以保证人负担担保责任为前提，否定说整体值得赞同。不过透过现象，主合同无效后过错保证人的赔偿责任名义属缔约过失，实质则属变相担保责任。其一，主流学说认为，担保人有过错是指担保人明知主合同无效仍为之提供担保或担保人明知主合同无效仍促成主合同成立或为主合同的签订作中介等，这属宽泛地理解保证人的过错，是考虑到主合同因违法或悖俗无效时保证人多数均属知情以及保证合同常会促成主合同的订立。甚至有判例对保证人过错采更宽松的认定标准，只要担保行为客观上促进了债权人授信，保证人即有过错⁽⁶⁶⁾，依此保证人几乎不能免责。整体看，判例认定主合同无效后保证人承担赔偿责任是主流、不承担责任是例外⁽⁶⁷⁾，保证人在保证效果上很难免责，过错责任有蜕变为严格责任的嫌疑。其二，保证人缔约过失在因果关系层面很难证成。主流观点认为，明知或应知主合同无效仍提供保证的保证人具有过错⁽⁶⁸⁾，其负有提示债权人的义务，但债权人对主合同因违法或悖俗无效亦属明知，其所受损害和保证人所谓的过错并不当然具有因果关系。例如，不具资质的债权人向债务人授信时，其对主合同之无效属积极追求，要求保证人提示并无必要。其三，保证人缔约过失责任具有补充性：一方面，保证人承担责任以债务人不能清偿为前提，这与保证的一般补充性相同。另一方面，就加强的补充性，为认定债权人所受损害，应比较保证人义务违反前后债权人财产状态的变化，为此只有先在债权人、债务人之间完成清算，才能得出保证人义务违反后债权人的财产状态，因此保证人得要求债权人在强制执行债务人财产后不能获得清偿的范围内承担责任⁽⁶⁹⁾，这和保证人先诉抗辩权相同。其四，主合同无效后保证人所负赔偿之债仍指向债务人不能清偿主债务的部分，这与保证债务标的有重合。这些理解皆导致保证人损害赔偿

(63) 上海市高级人民法院民事判决书，(2004)沪高民二(商)终字第5号。

(64) 最高人民法院民事判决书，(2019)最高法民终267号。

(65) 贺小荣主编：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》，人民法院出版社2018年版，第235页；程啸：《论我国〈民法典〉及其司法解释中的保证期间》，载《财经法学》2021年第3期，第74页。

(66) 最高人民法院民事判决书，(2000)经终字第187号。

(67) 刘言浩：《担保法典型判例研究》，人民法院出版社2002年版，第42页；梁远高、宋丽萍：《担保合同无效时担保人责任规则释论》，载刘云生主编：《中国不动产法研究》2024年第2期，第147页。

(68) 最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第210页。

(69) 刘言浩：《担保法典型判例研究》，人民法院出版社2002年版，第44页；张晓君：《无效保证合同的认定及责任问题》，载《现代法学》2000年第1期，第78页，该文仅强调保证人赔偿责任的补充性。

偿责任蜕变为担保责任⁽⁷⁰⁾，只是有难以理解的份额限制。循此路径，肯定说就该缔约过失责任适用保证期间就不难理解了。

可见，过错保证人损害赔偿之债适用保证期间有舍本逐末之嫌，该债务实乃变相担保责任，如此可避免过错责任适用保证期间之悖论。

考虑保证人赔偿责任实乃变相担保责任，主合同无效保证合同亦无效之适用会造成同时提供担保的第三人、债务人责任轻重失衡。例如，保证人、债务人就主合同产生的债权提供担保，二者对无效事由皆属明知。随后主合同无效，保证人仍要向债权人承担赔偿责任，该责任属变相担保责任；相反，债务人提供的担保因主合同无效而无效，债务人不需要承担担保责任。明知主合同违法或悖俗的债务人就自己债务提供的担保消灭，而第三人提供的担保仍变相留存，这明显轻重失衡。若坚持主合同无效并不导致保证合同无效，债务人、保证人仍可负担担保责任，则该悖论迎刃而解。与保证人缔约过失责任适用保证期间类似，保证人承担缔约过失责任后予以追偿或代位也面临解释困难。

（二）追偿权、代位权之证成

依据《民法典担保制度解释》第18条之规定，承担赔偿责任的担保人也可是向债务人追偿（第1款）⁽⁷¹⁾，还可代位行使债权人对债务人享有的担保物权（第2款）。同样，依据《民法典担保制度解释》第19条第1款之规定，担保合同无效后承担了赔偿责任的担保人可依反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任。这些规定之具体适用存在悖论。

就保证人向债务人追偿问题，司法解释起草者认为，无效担保的担保人所承担的责任在性质上属缔约过失责任，担保人承担的责任仍是原属于债务人的责任，债务人是最终责任人；担保人因其允诺而承担责任，责任和权利通常不成正比，即便在担保无效时，无效担保人的责任也很可观，而不允许担保人向债务人追偿不公平。⁽⁷²⁾一方面承认担保人责任在性质上属个人、过错责任，另一方面又认为债务人是最终责任人，有自相矛盾之嫌。对此，反对观点不无道理地指出，在承认过错保证责任属缔约过失责任而非代偿责任的前提下，承认保证人的追偿权违反过错责任的基本法理⁽⁷³⁾，因而保证人承担代偿责任后予以追偿在法理上才通顺。保证人就此赔偿责任得主张反担保亦面临同样困境，保证人承担代偿责任后才可主张反担保，若将该过错赔偿责任解释为担保责任，则法理上更顺畅。

就保证人清偿后享有的代位权问题，《民法典担保制度解释》第18条第2款承认承担了赔偿责任的保证人可享有代位权，从体系上观察其存在悖论，考虑到该条并未强调其适用限于主合同

（70）故有称之为“缔约过失责任性质的担保责任”，参见崔建远：《担保制度司法解释的制度创新与难点释疑》，载《财经法学》2021年第4期，第53页。

（71）源于《担保法解释》第9条和《最高人民法院经济审判庭关于国家机关作为借款合同保证人应承担经济损失问题的电话答复（1989年7月17日）》。

（72）李国光等：《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〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第77页。

（73）王启江：《保证合同无效后保证人的民事责任问题探讨》，载《法学》1998年第2期，第34页。

有效情形。⁽⁷⁴⁾其一，因主合同无效，承担了赔偿责任的第三担保人得代位行使原债权人对债务人享有的担保物权，然依据《民法典担保制度解释》第2条第1款之规定，主合同无效、债务人或第三人订立的担保合同作为从合同皆无效，债权人不能主张对债务人享有的担保权。其二，在主合同无效后保证人负缔约过失责任的路径下，就债权人所受损失之认定，依据认定损害的差额说，只有先在债权人、债务人之间清算，才能得到保证人义务违反后债权人财产的终局状态，进而与保证人义务违反前债权人财产的初始状态相比较，得出债权人所遭受的损失。⁽⁷⁵⁾换言之，在债权人主张债务人提供的担保权后，才会计算出保证人应负赔偿责任的份额。例如，甲向乙提供借款，乙提供动产质押，丙提供保证；当借款合同无效，甲得就质押物返还、乙所负借款返还主张同时履行抗辩，丙得主张先在甲、乙之间完成清算后再向甲承担责任。此时，保证人恰恰无法代位行使债权人对债务人享有的担保权。

可见，保证人承担缔约过失赔偿责任后，向债务人或反担保人追偿以及代位债权人对债务人享有的权利及其从权利，会面临不少悖论。若依笔者主张，认为主合同无效后保证合同并不当然无效，保证人仍可担保债务人所负的返还之债，即保证人承担所谓的“缔约过失责任”实乃担保责任，则以上问题会迎刃而解。保证人清偿债权人后，仍可代位行使后者对债务人享有的权利，也可向债务人追偿或要求反担保人承担责任，避免《民法典担保制度解释》第17条第2款、第18条第2款以及第19条第1款的适用悖论。

综上，当前主合同无效引起保证合同无效，债权人对过错保证人主张缔约过失损害赔偿适用保证期间，此外还允许过错保证人清偿后向债务人追偿、向反担保人主张担保责任以及代位行使原债权人权利。这一路径存在不少法理障碍，宜认为主合同无效并不当然引起保证合同也无效，无论保证人是否知情主合同无效，保证人仍承担债务人返还之债的担保责任，对该责任适用保证期间以及认可保证人的追偿权、代位权在法理上更为通顺。

（三）宜注重保证合同本身效力之判断

主合同无效后，保证人原则上负返还之债的担保责任。这一方案的前提是主合同无效且保证合同并未因自身原因而无效。因目前主流判例以主合同无效当然认定保证合同亦无效，这一判断不仅在前提上很难成立，还经常遮蔽了对保证合同本身效力的判断。主合同和保证合同分属两个法律关系，不排除主合同因违法而无效，保证合同本身因保证人能力欠缺、意思表示瑕疵等也无效；亦不排除主合同因违法或悖俗而无效，参与该信贷交易的保证合同也同样违法或悖俗，或者主合同虽无效，但保证合同并无效力瑕疵。既然主合同无效并不当然导致保证合同也无效，就宜注重对保证合同本身效力的判断。

⁽⁷⁴⁾ 最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第212页；程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第117-118页。

⁽⁷⁵⁾ 王雷：《无效保证合同中民事责任之研究》，载《政法论坛》1998年第5期，第57页；王蒙：《论主合同无效时过错保证人的责任》，载《比较法研究》2021年第6期，第95页。

典型情形如，尚不符合法定退休条件的甲委托乙办理“退休”事宜，为此甲支付乙若干费用，还约定若不能办理成功，乙应退还甲支付的费用，中间人丙为此费用的返还提供保证。一审认为，当事人之间的请托违反了社会公共秩序，委托合同应认定为无效，丙仍承担保证责任。⁽⁷⁶⁾ 二审认可了一审对委托合同的效力判断，同时认为保证合同作为从合同也无效，认定保证人承担主债务人不能清偿部分的三分之一。⁽⁷⁷⁾ 自缔约动机角度观之，丙为此事项提供的保证也属违背公序良俗，该保证合同难谓有效，当事人动机是为了促成非法请托，而当事人缔约动机违背公序良俗时法律行为应属无效。⁽⁷⁸⁾ 法律行为既可因标的或内容违反强制性规定和悖俗而无效，亦可因其目的或动机违法或悖俗而无效。⁽⁷⁹⁾ 法律行为的目的和内容（或标的）并不完全重合。例如，当事人以市价租赁一套房屋，该行为本身是中性的，但若其目的是用于经营赌博，则该合同应无效。特别是在金融信贷领域，当事人授信或提供担保本身是中性的，但其背后的目的违法或悖俗。⁽⁸⁰⁾ 若保证人明知主合同交易属金融诈骗、非法集资等仍提供担保的，则保证合同可因保证人缔约目的违反金融监管政策或违背公序良俗而无效。相反，若无合法资质的债权人向债务人放贷，明知此情形的保证人提供担保，嗣后主合同经宣告无效，既然法律仍保护债权人的本金，将保证债务范围限于债务人本金返还即可，以金融监管政策为由认定保证合同亦无效不符合比例性法理。上述情形中，相比“主合同无效导致担保合同无效”一律遮蔽保证合同的效力判断，具体判断保证合同效力之优势在于其权衡保证人主观目的、所违反的法秩序等进行个案综合判断，兼顾当事人意思尊重和法秩序之维护。

质言之，主合同无效后应结合从属性原理和法律行为效力规则判断保证合同效力。

四、结语

主合同无效并不当然引起保证合同也无效，保证债务标的是债务人所负主债务，主合同无效后债务人所负返还之债在经济上、功能上与主债务具有同一性，仍可成为保证债务的标的，这并不违背保证人缔约时的期待。当事人约定保证合同效力独立于主合同效力的亦属有效，并不当然构成独立担保。保证人明知或应知主合同存在效力瑕疵仍提供担保的，可构成保证人为债务人所负返还之债提供担保，除非保证合同本身存在效力瑕疵或债权人主张担保责任有违诚信。在保证人配合或协助主债务人向债权人骗取贷款时，该行为可构成侵权行为，债权人可选择主张保证责任或侵权损害赔偿。体系上，主流学说认为主合同无效后保证人负保证合同无效的缔约过失责任，

(76) 辽宁省沈阳市铁西区人民法院民事判决书，(2022)辽0106民初1547号。

(77) 辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书，(2022)辽01民终14259号。当然，保证人能否构成主合同缔约过失仍可讨论。

(78) 戴孟勇：《法律行为与公序良俗》，载《法学家》2020年第1期，第30页。

(79) 杨代雄：《法律行为论》，法律出版社2021年版，第411页；F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 522, p. 619.

(80) 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕17号）第13条第4项即注重对当事人缔约目的的审查；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）第17条第2款。

并对此适用保证期间以及认可保证人的追偿权和代位权；相比之下，认为主合同无效后保证人原则上负返还之债的保证责任，进而适用保证期间、追偿权以及代位权在法理上更为通顺。司法裁判中，当务之急是承认保证合同“独立性”之约定，除非保证合同本身因违法或悖俗而无效。

主合同无效后认为过错保证人负缔约过失责任，在过错的认定和责任范围上，该路径源于《担保法解释》第8条以及更早的《保证规定》第20条。《保证规定》第20条粗糙地模仿比较法，彼时法制初创、法教义学尚不昌明。虽然《担保法解释》第8条及后续的《民法典担保制度解释》第17条第2款客观上有助于“裁判统一”，但在相关问题的解释上并不融洽且法理粗糙，后民法典时代不应满足于此种模糊司法，司法解释不能仅满足于提供一种问题解决方案。

The Responsibility Pre-contractual of Guarantor Should Be Contractual When the Principal Contract Is Invalided

LIU Jun

Abstract: The invalidity of principal contract doesn't automatically render the guarantee contract invalid. In principle the guarantor should still guarantee the debtor's obligation of restitution. Where the parties have agreed that the guarantee contract shall remain valid despite the invalidity of principal contract, such an agreement is effective and does not necessarily constitute an independent guarantee. If the guarantor knew or should have known of the defect affecting the validity of the principal contract and nevertheless provided a guarantee, the guarantor should not be exempt from guarantee liability unless the guarantee contract itself is invalid, or the creditor's claim to the continuation of the guarantee violates the principle of good faith. Where the guarantor, by providing the guarantee, assists or induces the debtor in fraudulent conduct (such as fraudulently obtaining credit), the creditor may choose to claim either the guarantor's liability under the guarantee or tort damages. Compared with holding the guarantor liable for pre-contractual fault after the invalidity of the guarantee contract, the approach of maintaining guarantee liability is preferable because it avoids inconsistencies concerning the guarantor's right of recourse, the term of guarantee and subrogation.

Keywords: Invalidity of Principal Contract; Liability; Subordination; Term of Guarantee; Right of Recourse

（责任编辑：王乐兵 汪友年）