

保证合同中对保证人的保护

颜 铭

华东政法大学法律学院，上海

收稿日期：2023年9月25日；录用日期：2023年10月28日；发布日期：2023年11月7日

摘 要

保证合同具有典型的单务性、无偿性、风险性，保证人因保证合同将承担巨大的风险与责任。《中华人民共和国民法典》¹颁布后，进一步完善了保证制度体系。本文将结合《民法典》规定，从保证合同订立到履行的全过程来论述如何实现对保证人的保护：首先，在订立保证合同时，根据《民法典》第685条规定，保证合同必须具备书面形式，以使保证人知晓风险、避免其轻率缔约；其次，在保证合同履行过程中，保证人的抗辩权是其对抗债权人请求最直接最有力的手段。其中，《民法典》第702条新增保证人可以在债务人对债权人享有的抵销权和撤销权范围内免责的规定，宜进一步将债务人的其他形成权也纳入其中；最后，保证人履行保证债务后，保证人根据《民法典》第700条对债务人享有追偿权和代位权，承认保证人可享有债权人对债务人的从权利有利于解决信贷交易实践问题，上述前提是保证人与债务人之间存在如委托合同的基础关系。

关键词

保证，书面要式，抗辩权，追偿权，代位权

Protection of the Guarantor in the Warranty Contract

Ming Yan

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 25th, 2023; accepted: Oct. 28th, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

The guarantee contract has typical single service, free and risk, and the guarantor will bear huge risks and responsibilities due to the guarantee contract. Since The Civil Code of the People's Re-

¹下称《民法典》。

public of China has been promulgated, the guarantee system has been further improved. This article will combine the civil code provisions, from the guarantee contract to discuss how to realize the protection of the guarantor: first, in the guarantee contract, according to the civil code, article 685, the contract must have written form, to make the guarantor know the risk, avoid its rash contracting; Second, in the process of guaranteeing the performance of the contract, the right of defense of the guarantor is the most direct and powerful means to counter the request of the creditors. Among them, the new guarantor in Article 702 of the Civil Code can further include the other formation rights of the debtor from the debtor to the creditor. Finally, after the guarantor performs the guaranteed debt, the guarantor can enjoy the right of recourse and subrogation to the debtor according to Article 700 of the Civil Code, and recognizes that the guarantor can enjoy the rights of the creditor to the debtor to solve the practical problems of credit transaction, and the above premise is the basic relationship between the guarantor and the debtor such as the commission contract.

Keywords

Guarantee, Written Form, Right of Defense, Right of Recourse, Right of Subrogation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不能履行其债务时，保证按照约定履行债务或者承担责任的担保方式。^[1]

就保证的性质及特点而言，保证合同具有显著的单务性和无偿性，保证人在特定情形下对债权人负有履行债务或承担责任的义务，债权人虽也有一定的信息披露义务，但二者并不构成给付与对待给付关系；保证合同又是典型的风险合同，通过订立保证合同，保证人承担了债务人不能履行债务的风险。由此可见，保证人与债权人的利益格局并不平等。

就保证人与债务人的关系而言，二者的基础关系决定了保证人在承担保证债务后对债务人享有的权利。该基础关系大致可分为三类：委托合同、赠与合同、无因管理或不当得利关系。保证人若基于赠与的意思为债务人提供保证，其自无追偿可能；若保证人在与债务人无合同的情况下为债务人承担保证责任，有可能构成无因管理或不当得利，保证人则只能依据《民法典》上相关规定要求债务人承担相应义务，但在这种基础关系下保证人所能得到的“回报”是极为有限的；在保证人与债务人订立有偿委托合同的前提下，保证人自可依据《民法典》第 700 条对债务人享有求偿权和代位权，但在此种情况下，债务人尚无法负担对债权人的债务，又如何能清偿其对保证人的债务，因此保证人得到清偿的概率并不高。总而言之，在保证人与债务人的基础关系中，保证人也仍旧是处于劣势的一方。

因此，为平衡保证人与债权人、债务人的利益格局，需对保证人给予更大力度的保护。笔者认为可从保证合同本身出发，从合同的订立、履行以及履行完毕这三个阶段分别探讨可以对保证人施加的保护手段。

2. 我国法上的保证合同为书面要式合同

在保证合同订立的这一阶段，首先需探讨的是保证合同的书面要式性。

《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。”这一条规定似乎改变了原《担保法》第 13 条“应当以书面形式订立保证合同”的立场。此外，再考察《民法典》中对其他类似行为的规定，如抵押、质押合同，都使用了“应当采用书面形式”的表述。因此有观点认为，从文意上出发，《民法典》似乎并未对保证合同的形式作强制规定，但笔者认为这一问题有待商榷：可从书面要式强制的规范要旨以及对《民法典》第 685 条第 1 款的解释这两个层面出发，论述保证书面要式强制的适法性与合理性。

（一）保证书面要式的规范目的

某些合同之所以被要求具备书面形式，或是为了发挥证明作用，或是为了警示与保护合同当事人。^[2]此两种作用都能为法定书面要式提供正当理由，但二者的核心本旨是不同的：前者以书面方式固定权利义务内容以达到提供、保全证据的目的，后者则是通过书面形式提示或警醒当事人注意该法律行为的风险性，以免其草率缔约。由此可见，以警示保护为核心的要式强制规范大多针对关乎当事人重大利益的情形，尤其是一方法律负担较重、面临显著交易风险的情形。^[3]

就保证合同的功能而言，保证合同属于风险合同。通过订立保证合同，债权人将债务人的破产风险转移给了保证人。就保证合同的性质而言，保证合同是典型的无偿、单务合同。^[4]在保证合同中，仅保证人在特定情形下履行债务或承担责任，债权人虽也承担诸如披露信息、告知等义务，但二者并不构成给付与对待给付的关系。从法律体系融洽角度出发，观其他单务、无偿合同，如赠与合同、借款合同，《民法典》赋予了当事人任意撤销权或以实践合同的规制方式来平衡双方当事人的利益格局。保证人并不享有任意撤销权，法律也未把保证合同定性为实践合同。可见，强制要求保证合同必须具备书面形式将成为保护保证人最基础最现实的方式。

由此可见，保证合同的风险性、单务性、无偿性导致了保证合同中当事人的利益失衡，同时也是要求法律保护保证人的正当基础。^[5]也正是出于这个理由，原《担保法》第 13 条才明确要求保证合同应当以书面形式订立。因此，在《民法典》体系下也仍应坚持保证合同书面要式强制的立场：在保证人陷入保证规范规制之前，以书面形式向其清晰明确展示保证合同的内容以及将来的责任范围，防止保证人因不知巨大风险而轻率订立保证合同从而承受与其利益失衡的法律负担。

（二）对《民法典》第 685 条第 1 款的解释

事实上，对保证合同是否必须具备书面形式的争议主要来源于《民法典》第 685 条第 1 款中的“可以”一词。笔者认为，此处的“可以”并不是指保证合同是否应具备书面形式，而是针对保证合同是否需要与主合同为一体。换言之，在成立保证担保时，既“可以”由债权人和保证人单独就保证事宜订立保证合同，也“可以”是保证人在具备保证条款内容的主合同上签章，但无论是上述哪种形式，都应当采取书面形式。由此可见，就规范性质而言，《民法典》第 685 条有关保证合同订立方式的规定构成任意性规范，而对保证合同书面形式的要求属于强制性规范。^[6]

此外，从规范体系协调的角度出发，《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。”既然在后的加重保证人责任的主债权变更都应征得保证人的书面同意，那么自始使保证责任产生的保证合同就更应当采取书面形式。

3. 保证人的抗辩权体系

保证合同的单务性和无偿性决定了保证人对债权人无任何请求权，^[7]但这并不意味着保证人在面对债权人的请求时无任何防御性权利。当债权人请求保证人履行保证合同主债务时，保证人可以依照保证合同的相关约定对抗债权人的请求权，此即为保证人基于保证合同所产生的抗辩，是保证人以一般债务

人的地位对抗债权人的请求。并且，由于保证债务具有从属性，其从属于主债务，当债务人自己主张了抗辩时，该效果自然及于保证人，而在债务人未行使抗辩权时，保证人仍可根据《民法典》第 701 条规定享有债务人对债权人的抗辩权，且该抗辩权范围因《民法典》第 702 条扩张至债务人对债权人享有的抵销权和撤销权。此外，因一般保证的特殊性，《民法典》第 687 条赋予了一般保证人以先诉抗辩权。上述三类抗辩权构成了保证人的抗辩权体系，赋予了保证人在保证合同履行过程中以对抗债权人请求的一系列防御性权利。

（一）保证人自债务人处可主张的抗辩权

1) 对《民法典》第 701 的解释

《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。”此条规定是在原《担保法》第 20 条的基础上修改而成的，²将其中的“抗辩权”修改为“抗辩”。[7]

债务人基于主债权债务合同对债权人所享有的抗辩可分为三类：权利阻却型抗辩(如主债权因欠缺行为能力根本不成立)、权利消灭型抗辩(如主债权曾经存在，但嗣后因清偿而消灭)以及权利阻止型抗辩(如主债权经过诉讼时效的抗辩权)。[8]前两类抗辩将导致主债权不成立或事后消灭，原则上需法院依职权审查，合称为狭义的抗辩；第三类抗辩并不产生实体权利的效果，只是发生阻止请求权实现的效果，被称为抗辩权。与狭义的抗辩不同，抗辩权需由当事人主动提出，法院才会审查。由此可见，抗辩和抗辩权是具有不同的法律内涵，[9]也有着不同的效力，因此立法将“抗辩权”修改为“抗辩”，扩张了保证人的抗辩权来源。

所谓“债务人对债权人的抗辩”是指主债务人所得对抗债权人的事由，举凡主债务人所有，而与主债务自身之发生、消灭或履行又牵连关系的一切抗辩，均包括在内，但不包括主债务发生、变更或消灭以外独立原因事由所产生的抗辩，例如，抵销之抗辩即不在本条适用范围之内。[10]

保证人虽主张的是债务人对债权人的抗辩，但其是以自己名义而为主张而非以“代理债务人”之名，是其基于保证人的地位而为独立主张，独立于主债务人的抗辩发生效力，也因此债务人抛弃抗辩并不影响保证人主张抗辩的效力。

2) 对《民法典》第 702 条的解释

《民法典》第 702 条规定：“债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。”这是《民法典》的全新规定，其赋予了保证人一项新的抗辩权，这在原《担保法》时代并无类似表达。可见，《民法典》又进一步强化了对保证人的保护力度。

如上述，保证人基于保证的从属性，当债务人享有能够阻止债权人请求权实现的抗辩权时，保证人也可援用该抗辩权拒绝承担保证责任。然而，在有些情况下，债务人享有的不是抗辩权，而是可以直接消灭所担保债权的形成权，如撤销权、抵销权及解除权等。根据《民法典》第 559 条、393 条，若债务人行使了该类形成权，所担保债权消灭，那么根据保证的从属性原理，主债权消灭的，保证债权也消灭。当然，这是最理想的状态。在某些情况下，债务人未有效行使此类形成权，或债务人放弃行使形成权的，此时主债权仍存在，那么保证人在面对债权人时就缺少有效的防御手段，尤其是在保证人承担保证责任后，债务人行使形成权时主债权归于消灭的情况下，保证人无法向债务人主张求偿，而只能依不当得利的规定请求债权人返还，这无疑对保证人极为不利。因此，制定法上必须赋予保证人一定的防御手段，从而对抗债权人。

对此，比较法上有两种方案。第一，允许保证人行使债务人的权利。比如，在主债务人享有抵销权

²《担保法》第 20 条第 1 款：“一般保证和连带责任的保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。”

的场合,《日本民法典》第457条第2款即赋予担保人可以行使主债务人之抵销权的权利,以对抗担保人;第二,仅赋予保证人以拒绝履行的权利。比如,在主债务人享有撤销权场合,《德国民法典》第770条第1款便仅赋予保证人一个拒绝履行的权利。

笔者认为,从意思自治的角度来看,不宜采用方案一。民法以私法自治为核心,债务人是否行使形成权应取决于自己的意志,而不能由他人代为行使。若赋予保证人代为行使债务人形成权的权利,恐构成对债务人权利的侵犯。方案二采取仅赋予保证人以拒绝履行的权利,不仅能够保护债务人的意思自治,也能使保证人免于承担更重的责任。该方案下的基本原理是将债权人和债务人之间的形成权关系转变成了债权人和保证人之间的抗辩权关系,此时保证人主张该抗辩权,并不意味着债务人行使了形成权,债权人和债务人之间的法律关系仍维持原状。我国《民法典》第702条正是采用了方案二的抗辩权模式。

《民法典》第702条将保证人的抗辩权的来源范围从传统的主债务人的抗辩权扩大到主债务人的形成权,体现了保证人的保护,这是立法的进步,但该条仍然有不足之处:该条仅将债务人的撤销权和抵销权作为保证人的抗辩权来源。因此在具体适用时,应对该规定中的形成权类型作目的论扩张解释,可以将债务人的解除权也纳入其中。因为解除权和撤销权、抵销权同样都属于形成权,因此在适用上的法理是一致的。还有学者提到,还可以将债务人的减价权纳入其中,这是因为“减价”在一定程度上是对合同的“部分解除”。^[8]此外,该规定虽位于“保证合同”章下,但也应该类推适用于物保人。

根据《民法典》第702条,在抵销的场合,保证人是否能享有抗辩权仅取决于债务人是否对债权人享有抵销权,债权人对债务人是否有抵销权在所不问,也不会对保证人的抗辩权产生消极影响。

此处存在另一个问题是,若债权人单方享有抵销权,保证人能否主张拒绝承担保证责任的抗辩权?目前,《民法典》对此并没有作出相关规定。有一种观点认为,仅债权人单方享有抵销权的情形并不符合第702条的规定,因此保证人不能主张抗辩权;^[11]另一种观点则认为,只要被担保债权可抵销,无论是主合同的哪方当事人享有抵销权,保证人都应可以主张抗辩权。^[12]笔者赞同后者,因为在债权人对债务人享有抵销权时,其应当行使抵销权使债权归于消灭,而不应舍近求远地要求保证人承担保证责任。债权人首先应当行使抵销权,只有在抵销后有剩余债权未获清偿时,才能要求保证人承担责任。这是保证的补充性所决定的,即债权人在向保证人主张保证责任前应先穷尽其他清偿可能。

该权利可与一般保证中的“先诉抗辩权”相对应,称之为“先抵销抗辩权”。在债权人单方对债务人享有抵销权的场合,只有债权人向债务人行使抵销权后仍有未获清偿债权的,才能要求保证人承担保证责任。

同时,也有人生出这样的疑问:既然债权人在享有抵销权时选择向保证人主张责任,是否意味着债权人已经放弃了形成权呢?笔者认为该观点欠妥。从债权人向保证人主张权利的行为当中无法解释出债权人有放弃形成权的意思表示。既然债权人行使抵销权必须向债务人作出意思表示,那么债权人放弃抵销权也应当向债务人作出意思表示。因为只要存在抵销适状,债权人一方面未向债务人行使抵销权,一方面也没有向债务人作出放弃抵销权的意思表示,那么该债权就处于不确定的状态,保证人就完全有理由对债权人的主张行使抗辩权。

根据《民法典》第702条的规定可知,债务人对债权人享有撤销权、抵销权等形成权但不行使的,不影响保证人行使抗辩权,但问题是,若债务人不但不行使形成权,还放弃形成权时,保证人还能否在债权人要求其承担保证责任时主张抗辩权呢?对此存在两种观点。观点一认为,保证人该抗辩权的来源是债务人的形成权,若债务人放弃了形成权,形成权不复存在,自然抗辩权也不存在;观点二认为债务人放弃形成权的场合与债务人放弃抗辩权的场合一样,都会对保证人的保证责任产生影响,因此应对此作同一评价,即债务人放弃形成权的不影响保证人行使抗辩权。

在该问题上，笔者认为观点二更具合理性。因为保证人享有此类抗辩权的原因是：因为在债务人享有可以使被担保债权消灭的形成权的场合，在形成权未行使时，主债权债务法律关系处于不稳定状态，但当债务人一旦行使了形成权或者放弃了形成权，该法律关系就已经回归到了确定的状态，无需再赋予保证人以拒绝承担保证责任的权利。

（二）保证人所特有的抗辩权

1) 一般保证人的诉讼地位

一般保证是当事人在保证合同中约定只有在债务人不能履行债务时才由保证人承担保证责任的保证方式，这鲜明地体现了保证责任的“补充性”。《民法典》第 687 条第 2 款明确了一般保证人的先诉抗辩权的法律内涵，保证人仅在“债权人就主合同纠纷经过审判或仲裁，且就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务”后承担保证责任。

结合上述可知，一般保证人的先诉抗辩权实质是赋予一般保证人享有“顺序利益”或“先诉利益”，即保证人于主债务人承担责任有先后之分，债务人是第一顺序，保证人是第二顺序。在此，值得讨论的是在诉讼中，是否需要先起诉债务人，只有在债务人不能清偿时才能起诉保证人呢？对此存在两种观点：一是认为应严格遵守“先诉抗辩权”的文意，只有在起诉债务人并就其财产强制执行完毕后仍不能清偿债务的才可起诉一般保证人；一是认为可以同时起诉二者，法院应在裁判主文中注明只有在执行债务人财产未果时才可执行保证人财产。

最高人民法院最高人民法院民事审判第二庭副庭长杨永清等人就上述争议进行研究后，认为一般保证人的先诉抗辩权的意义主要体现三个方面：第一，在诉讼阶段，若债权人未就主合同纠纷提起诉讼或仲裁，直接起诉一般保证人的，法院应向债权人释明将债务人一并起诉，否则将驳回起诉。第二，在执行阶段，保证人仅对债务人不能清偿部分承担保证责任。若债权人一并起诉的，除有《民法典》第 687 条第 2 款规定的但书情形，法院应当在裁判主文中注明保证人仅对债务人财产依法强制执行后不能履行的部分承担保证责任。第三，在财产保全中，若债权人未申请保全债务人财产，或保全的债务人财产足以清偿债务，债权人申请保全一般保证人财产的，法院不予准许。^[13]

上述允许司法实务中将一般保证人和债务人列为共同被告的做法并不违反先诉抗辩权的内涵，也有利于提高诉讼效率。然而王利明教授提出：此做法虽可以提高解决诉讼纠纷的效率，但在强制执行完债务人财产之前，一般保证的保证债务诉讼时效都尚未起算，此时债权人能否主张一个诉讼时效都尚未开始起算的债权是有疑问的。为此，王利明教授提出，可以将保证人在诉讼中列为第三人，这样就不会存在上述质疑了。^[14]

笔者认为，允许债权人一并向债务人和一般保证人提起诉讼有利于提高诉讼的效率，尤其是在当今案件繁多复杂的司法实务情况下，然而该做法确实无法解决王利明教授提出的质疑，但笔者认为理论研究终究是为了解决实际问题，固守传统诉讼理论，宁愿冒着债权人丧失对一般保证人的权利的危险而驳回债权人的诉讼请求，不符合司法的社会效果原则。^[15]

2) “不能履行债务”的内涵

“债务人不能履行债务”意味着一般保证人将丧失先诉抗辩权，因此如何界定“不能履行债务”对保证人的保护尤为重要。

《民法典》第 687 条第 2 款中的“不能履行债务”就是原《担保法解释》第 131 条所界定的“不能清偿”的状态。³该规定将债务人的财产直接限定于方便执行的财产，在就这些财产执行完毕后仍无法清

³即《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 131 条：“本解释所称‘不能清偿’指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。”

偿债务的，债权人可要求保证人承担保证责任。

笔者认为，该标准不甚合理。一方面，《担保法司法解释》第 131 条中规定的“方便执行的财产”主要是指债务人的动产，因为不动产相较于动产而言变现更困难，变现时间长，其是否“方便执行”则更多交给法院判断，由法院根据不动产的实际状态结合执行实践来决定。在此规范情形下，的确能提高诉讼效率，也能使债权人以最快速度受偿，但债务人“不方便执行”的财产归根结底仍有执行的可能、也有变价的意义，为何仅因其变现难度更大、周期更长则直接否定其价值呢？债权人在借款时会考虑债务人的责任财产，也必然能认识到债务人责任财产的价值以及其变现的难易程度，因此无必要因债务人财产“不方便执行”而直接否认执行的可能性；且在此情形下，法官的权限是否过大也是存在疑问的。另一方面，判断“不能清偿”的程序前提是对债务人的强制执行，主债务是否经过审判在所不问，而是否构成债务人“不能清偿”的情形则需要由执行法官作出判断，但问题是，审理主债务案件的裁判依据是经执行后所确定的状况，而执行又以裁判为依据，二者互为条件。因此有人认为可以赋予审理法官以判断是否“不能清偿”的权利，这显然不能从根本上解决问题，因为不经强制执行，审理法官完全无法认定“不能清偿”。

因此，笔者认为应摒弃该标准，在没有对债务人的财产全部执行完毕前，不能突破一般保证的“补充性”，直接要求保证人承担保证责任。

(三) 保证人作为一般债务人享有的抗辩权

保证人虽因保证合同的单务性和无偿性对债权人不享有请求权，但保证人作为保证合同的债务人，其仍旧可以依照保证合同的约定以及法律的相关规定反驳债权人的请求，这就是保证人作为一般债务人所可对债权人主张的抗辩。此类抗辩主要涉及有关保证债务的发生、变更、履行或消灭等事项，如保证合同未成立、保证合同无效、保证债务已过诉讼时效、保证期间已经过等抗辩。

4. 保证人的追偿权及代位权

保证人向债权人承担保证责任后，保证债务因清偿而消灭，保证合同履行完毕，保证人与债权人间的债权债务关系自然也归于消灭。此时，保证人与债务人之间的关系则是保护保证人的基础。前文已提及保证人与债务人的基础关系大致可分为三类，其中委托合同关系是重点。

《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。”该条首先明确保证人在承担保证责任后对债务人享有追偿权，同时还“享有债权人对债务人的权利”，该“权利”的具体范围一直是学界热议的重点问题。

(一) 追偿权

保证人的追偿权是指保证人履行保证债务后，可要求债务人返还的权利。保证人之所以享有追偿权，是因为保证人履行保证债务的行为是为债务人履行其债务，因此保证人可向因其清偿行为而得利的债务人请求返还。追偿权的行使也应具备一定要件，具体而言有四：第一，保证人已经向债权人履行保证债务：保证人在履行保证债务前享有的追偿权是期待权，只有在其代债务人清偿债务后，该权利才转化为既得权。并且，保证人享有追偿权必须是因其给付行为致使有偿地消灭债务人对债权人的债务，若保证人自己毫无给付，则不得向债务人追偿；第二，因保证人履行保证债务而使主债务全部或部分消灭；第三，保证人履行保证债务没有过错：最为典型的情况就是债务人已向债权人主张了某项抗辩而使债务范围缩小的，保证人却放弃该抗辩仍在原范围内承担保证责任的，那么就超出范围，保证人不享有追偿权；第四，保证人没有赠与的意思。

在具备上述条件后，保证人自可行使追偿权，但追偿权的范围也仅限于“承担保证责任的范围”，

且该行使范围也仅限于保证人与债务人存在委托关系。保证人与债务人之间的基础关系存在数种，前文已述，在此不再赘述。

(二) 代位权

根据《民法典》第 700 条后半句，保证人的代位权，是指保证人承担保证责任之后，在其承担保证责任的范围内承担债权人对于债务人的债权，而对债务人行使原债权人权利的权利。

对该规定的争议在于，保证人所享有的债权人对于债务人的权利是仅包括“主债权”，抑或是还含括债权人对债务人的从权利，如担保权。对此存在两种学说：一是法定债权转移说，该说认为，在保证人履行完保证债务后，债权人对债务人的债权直接法定移转给保证人，其法效果应与约定的债权转移相同，那么根据《民法典》第 547 条第 1 款的规定，与该债权相关的从权利一并转移。因此，保证人所取得的不仅仅是债权人对债务人的主债权，还包括该债权的担保性权利。另一观点认为保证人是代债务人向债权人履行债务从而消灭债务人的责任，而不是代其他担保人履行担保债务从而消灭担保人的责任，因此，保证人在承担保证责任后，其取代的是债权人对债务人的地位，享有相应的权利，并不能取代债权人对担保人的地位。

这两种观点的差异直接造成了保证人内部追偿权以及混合共同担保追偿权的观点差异。依前说，保证人自可在承担保证责任后向其他未承担责任的第三担保人追偿，而后说则否定了保证人的此项权利。该争议涉及混合共同担保人相互追偿权的问题，不是本文探讨的重点，因此笔者仅从信贷交易实践角度出发，认为采前说更有利。例如，公司甲向商业银行乙申请贷款，并委托担保公司丙为其提供保证，甲又将其公司生产设备、原材料、产品等为丙的保证提供反担保，但在交易实践中，登记机构不接受抵押权人是非商业银行的登记申请，因此丙委托乙与甲订立抵押合同，并办理动产浮动抵押登记。此后甲无力还款，丙承担保证责任后，甲乙的债务因清偿而消灭，丙对甲有追偿权。此时，若采后说，丙就无法基于其与甲的基础关系主张动产抵押权，但若采前说，则更可使丙代乙之位行使该动产浮动抵押权。^[8]

5. 结语

保证合同作为典型的风险合同，债权人将债务人无法履行债务的风险转移至保证人，保证合同订立后保证人所要承担的风险是不确定且巨大的，因此为了向保证人警示风险，避免其草率缔约，有必要将保证合同规定为书面要式合同。保证合同又是单务无偿合同，保证人对债权人不享有请求权，但其享有三类可对抗债权人请求的抗辩权，其中最重要的是《民法典》第 702 条的新增规定，除债务人的抵销权和撤销权外，宜将债务人其他形成权，如解除权也纳入其中，它们基于相同的法理而存在。在债务人放弃行使其形成权时，此时法律关系已摆脱不稳定的状态，因此保证人不能再主张抗辩。最后，因保证人与债务人的基础关系不同，其享有的权利也是不同的，当其与债务人存在委托关系时，保证人承担保证责任后对债务人享有《民法典》第 700 条的追偿权和代位权，为促进现代交易的繁荣，有必要认可保证人的代位权包括债权人对债务人的从权利。

参考文献

- [1] 崔吉子. 债权法学[M]. 第 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 68.
- [2] 朱庆育. 民法总论[M]. 第 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 304.
- [3] 王利明, 主编. 中国民法典释评·合同编·通则[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 49.
- [4] 黄薇, 主编. 中华人民共和国民法典合同编解读(上册)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 736.
- [5] 高圣平. 保证合同重点疑点难点问题判解研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 101.
- [6] 朱广新, 谢鸿飞, 主编. 民法典评注·合同编·典型合同与准合同[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 38.

-
- [7] 王秩, 高圣平, 石佳友, 朱虎, 熊丙万, 王叶刚. 中国民法典释评·合同编·典型合同(上卷) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 338, 343.
- [8] 李运杨. 第三担保人的抗辩权体系[J]. 政治与法律, 2021(8): 30-35.
- [9] 柳经纬, 尹腊梅. 民法上的抗辩与抗辩权[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2007(2): 89-96.
- [10] 邱聪智. 新订债法各论(下) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 377.
- [11] 程啸. 论《民法典》第 702 条上的保证人抗辩权[J]. 环球法律评论, 2020(6): 42-45.
- [12] 申海恩. 论抵销适状[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020(4): 87.
- [13] 杨永清, 林文学, 麻锦亮, 吴光荣. 《关于适用民法典有关担保制度的解释》的理解与适用[J]. 人民司法, 2021(4): 30-35.
- [14] 王利明. 我国《民法典》保证合同新规则释评及适用要旨[J]. 政治与法律, 2020(12): 6.
- [15] 李国光, 奚晓明, 金剑锋, 曹士兵. 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 [M]. 长春: 吉林人民出版社, 2000: 423.