

从实务案例出发谈债务加入的认定方式与追偿问题

王晓韬

(中国人民公安大学 法学院, 北京 100038)

[摘要]关于债务加入虽然我国法律上并无明文规定,但自“苏高发审委[2005]16号纪要”首先提出来之后,无论是法学理论上还是法律实务上均成为讨论和应用的热点。笔者以审判实践中遇到的一种特殊情况为出发点,旨在通过争议焦点分析的方式对债权人做出的替保证人还款这一情况应认定为债务加入,并以案例分析的方式系统的展示债务加入的认定方式,并在最后分析了债务加入人履行了债务之后应如何追偿的问题,希望能够作为在实务中分析认定债务加入的有效借鉴。

[关键词]债务加入;认定方式;追偿

doi: 10.3969/j.issn.1673-9477.2017.03.015

[中图分类号] D923

[文献标识码] A

[文章编号] 1673-9477(2017)03-051-04

一、简要案情

李某通过介绍人齐某向齐某的邻居刘某借款20万,年息12%,约定还款期限为一年,担保人为翟某,并在借款合同上以担保人的身份签字。翟某为李某的女朋友且是齐某的亲戚。届期,李某未能如约还款,翟某也未承担相应的担保责任,刘某便向介绍人齐某主张权利。齐某称翟某并非不还钱,而是现在没钱,一两年之后有钱了一定还上,如果没有就由齐某来还,并刘某对这段话进行了录音。后刘某将齐某告上法庭。庭审中刘某自认齐某给过其2个月的利息。

庭审中刘某请求判令李某、翟某、齐某连带向刘某返还本金20万元并按年利息12%支付利息。

二、分歧意见

李某作为借款人,还款责任自不必说,理应偿还本金20万元并按年利息12%支付利息;而翟某以担保人的身份在借款合同上签字,但由于其并未明确约定保证方式,根据《担保法》第十九条,其应当按照连带责任保证承担责任。故刘某要求翟某承担连带返还本金并支付利息的诉讼请求应予以支持。本案的主要分歧就在于对于齐某的还款责任应如何认定的问题,应构成履行承担、保证、还是债务加入?

第一种意见认为,齐某的行为应构成保证,其应承担相应的保证责任。保证债务为当主债务人不履行债务时,由他人代为负起履行责任的从债务,且该原债务人仍为主债务人。根据我国《担保法》第六条的规定,保证人与债权人约定,当债务人不履行约定的义务时,由保证人按照保证人向债权人做出保证时的约定,履行相应的债务或承担相应的责任。齐某虽非借款合同的当事人,但其向当事人刘某表示,翟某并非不还钱,而是现在没钱,一两

年之后有钱了一定还上,如果没有就由齐某来还。齐某的上述陈述应当理解为齐某承诺保证人翟某不能履行债务时,由齐某承担保证责任,该意思表示符合我国《担保法》的第六条中关于保证的法律概念的界定,故齐某应承担保证责任。因为齐某明确表示其在翟某不能履行债务之时,就由齐某承担保证责任,故其保证方式应为一般保证,享有先诉抗辩权,齐某就翟某的财产依法强制执行仍不能履行债务前,对刘某可以拒绝承担保证责任。故刘某要求齐某连带返还本金并支付利息的诉讼请求,不应予以支持,齐某进程但对翟某的一般保证责任。齐某承担责任后,有权向翟某追偿。

第二种意见认为,齐某的行为应构成履行承担。根据我国现行《合同法》第六十五条规定^①,齐某在本案中应仅为债务的辅助履行人,其对刘某的意思表示仅在于辅助翟某完成保证责任,而不是要成为一方债务的主体。在合同双方当事人和担保人未发生变动的情况下,应仍由李某完成合同中约定的还款义务,并由翟某完成担保义务,刘某不能追究齐某的还款责任。

第三种意见认为,齐某的行为应构成债务加入。债务加入,也称并存的债务承担。其定义虽在我国的现行法规中并无明确规定,但在司法实践中却常常遇见债务加入的情况。最先明确使用“债务加入”这一概念的是在江苏省高级人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》的第十七条,其规定:债务加入是指第三人与债权人、债务人做出三方协议或第三人与债务人做出的双方协议或第三人与债权人达成的由第三人单方做出履行债务人债务的承诺,并同时不免除原有债务人的还款义务的债务承担方式(如果免除债务人义务则为免责的债务承担,也称债务转移)。齐某做出的“翟某并非不还钱,而是现在没钱,一

[投稿日期]2017-08-06

[作者简介]王晓韬(1993-),男,河北邯郸人,硕士生,研究方向:民商法学。

两年之后有钱了一定还上,如果没有就由齐某来还”的承诺应理解为将自己带入了刘某、李某和翟某的债权债务关系之中。但同时齐某做出上述意思表示的同时并没有免除债务的还款义务,仅是表示“如果没有就由齐某来还”,故翟某并未退出原债务关系。齐某的意思表示为债权人刘某所接受,且并未给债务人李某,担保人翟某带来任何损失或负担,考虑到《合同法》保护债权人的合法权益的立意,应将齐某行为视为债务加入,与李某共同承担还款责任。

三、法院判决

法院经审理认为刘某向齐某主张权利时,齐某称翟某并非不还钱,而是现在没钱,一两年之后有钱了一定还上,如果没有就由齐某来还。齐某以上陈述应理解为,如果翟某不能履行债务,齐某愿意承担还款责任,故齐某的陈述应当认定为债务加入。齐某应当与李某承担共同还款责任。

四、法理分析

法院的判决是正确的。本案的主要争议在于齐某做出的意思表示的性质的认定,是构成保证、履行承担还是债务加入。这也直接关系到齐某应承担何种义务,履行何种责任,也是决定是否满足刘某的诉讼请求的关键。

笔者基于比较的方法对债务加入、保证和第三人代为履行先进行区分。

首先从保证和债务加入的角度分析保证是在他人债务的基础上为原债务人提供担保,而恰恰相反债务加入则是在债权人债务人原有的债务基础上为自身创设债务,故保证和债务加入的学理上的差别还是比较明显的。从性质上来看的话,债务加入独立与原有的债权债务关系,是个独立的合同;而保证则是从属于原债权债务合同,具有从属性。从第三人的地位上来看的话,保证人的保证责任受到保证期间的限制,督促债权人在保证期间内及时行使权力,不做“权利上的沉睡者”,而债务加入中第三人的地位与原债权债务关系中的债务人地位相当,时效等同于原债务人的诉讼时效,且保证责任的承担为当债务人不履行债务后,经债权人主张,才由保证人承担一个补充性的保证责任。最后,从责任承担范围的角度而言保证按照保证合同约定的不同而分为有限保证和无限保证,未约定的默认为无限保证而债务加入中第三人的责任承担范围则以协议成立时债务加入人的意思表示为准。但在法律实务中,债务加入和保证的界限往往不像学理上那么明显,对于属债务加入还是保证的认定是实践审判中的难题。如史尚宽先生在《债法总论》中对于债务

加入和保证的认定的观点为“实际上果为保证契约抑为并存的债务承担,应斟酌具体的情势尤其契约之目的定之。具偏为原债务人利益而为承担行为者,可认为保证,承担人有直接及实际之利益而为之者,可认为并存的债务承担”^②。最高法民二庭在2006年发布的一篇《民商事审判若干疑难问题》中关于债务加入的认定问题曾指出:认定一个意思表示属于债务加入还是属于保证应根据实务中案件情况的不同而进行认定。如果第三人在做出意思表示时表现出较为明显的保证的意思,则可以认定为保证;而相反,如果从该意思表示中未能体现出较为明显的保证的意思表示,则可以从保护债权人的角度将其认定为债务加入。

而对近些年最高法院债务加入司法案例中的相关裁判规则进行一个总结也可以发现,第三人做出“代替”债权债务关系中的债务人承担履行义务的承诺,至少可能包含着三个含义:债务加入、债务转移和第三人代为履行。而到底应如何认定第三人的意思表示的真实含义应当具体到具体个案,结合债权人的意思表示、债权人债务人和第三人的关系以及第三人实际对债务的履行情况进行一个综合分析,辅以保护债权人的立法目的得出相应的结论。根据最高法发布的最高人民法院(2008)民二终字第81号判决书,对于当事人做出共同对债务人债务负责的承诺的,应构成债务加入,由齐某与原债务人李某向债权人共同承担还款责任。

关于第三人代为履行的观点。第三人代为履行,又称第三人履行承担,是指第三人自愿代替原债权债务关系中的债务人承担义务即履行债务的行为。第三人代为履行和债务加入由于都存在第三人履行债务的情况,故其与债务加入容易在结果上产生混同,混淆两者之间的概念。但第三人代为履行和债务加入的区别还是比较明显的:首先是第三人地位方面,第三人代为履行中第三人并未加入原有债权债务关系中成为一方当事人;其次是履行承担契约成立仅在原债务人与第三人之间形成,而债务加入根据江苏省高院的意见,则是可以由原债权人与第三人之间、原债务人与第三人之间或原债权人债务人与第三人通过三方协议成立;最后一点是基于第一点第三人的地位不同而引起的,第三人代为履行中第三人不履行债务或履行债务不符合要求的,债权人只能向原债权债务关系中的债务人主张权利,根据我国《合同法》第六十五条,诉讼中第三人是作为无独立请求权的第三人加入诉讼中,而债务加入中第三人由于是直接成为合同当事人,故当合同未能履行或是履行不符合合同要求时应承担与原债权债务关系中的债务人一样的履行义务,且债务加入

中的第三人在民事诉讼中是被直接列为共同被告的。故第三人代为履行和债务加入还是存在较大不同的。

笔者认为，具体到本案中，齐某对债权人刘某做出“翟某并非不还钱，而是现在没钱，一两年之后有钱了一定还上，如果没有就由齐某来还”的意思表示，首先其是对于债权人做出的意思表示，其次齐某是对债权人做出针对保证人不还钱后的意思表示，并未体现出较为明显的保证的意思。且保证应是针对债务人不履行债务后的做出的从属性、补偿性的意思表示，齐某表示的“如果没有就由齐某来还”是对于原债权债务关系中的保证人翟某没有履行保证义务时做出的意思表示，不应被认定为保证，保证合同应是保证人和债权人做出的当债务人不履行合同义务时代债务人还款的约定，齐某作为案件中的“第四人”对债权人刘某做出的代本案的第三人翟某还款的意思表示，指向的是债务的实质利益，而不是原债务人的利益而代为承担，不应理解为保证。这也符合史尚宽先生对于债务加入与保证之间区分的观点。并且齐某已经向刘某偿还了两个月的利息，应视为其已经认可与刘某之间的债务关系，从保护债权人这一立法目的的角度来看的话，也应将其认定为债务加入而不是保证。

至于第三人代为履行则是因为本案中齐某表示的“翟某并非不还钱，而是现在没钱，一两年之后有钱了一定还上，如果没有就由齐某来还”是对债权人单方面做出的履行债务的意思表示，不符合第三人代为履行的成立要件。并且齐某做出的“如果没有就由齐某来还”的意思表示明显不能理解为其没有加入到原有债权债务关系中的意愿，故不应认定为第三人代为履行，而是债务加入。

故综上所述，齐某做出的意思表示应认定为债务加入，与原债务人李某共同承担还款责任。那么就涉及到一个本案裁判之外的问题，齐某在履行了还款责任之后有没有追偿权？如果有追偿权，有应向谁追偿？如何追偿？

学术界对此问题争议颇大，主流观点分为获得债权人的地位而拥有追偿权以及类推适用《担保法》第三十一条而拥有追偿权。对于第一个观点，第三人在清偿原债务人债务、替债务人履行了义务之后，有权向原债务人追偿。盖因第三人替原债务人清偿债务的行为，相当于是其单方面为自己设立了一个义务，同时原债务人并未对此提出异议的情况下，第三人应当当然获得原债权人的地位，从而获得其对原债务人的追偿权。而第二个观点则是根据《中华人民共和国担保法》（以下简称“担保法”）第三十一条的规定^③：“保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。”虽然债务加入人从地位上来说不是担

保人，直接适用《担保法》有所不适。但从某种角度上来说，债务加入也可以视为一种特殊的担保，其法律效力都体现为在某种程度上增加了债权人实现其债权的保障。而根据我们的老师，日本民法的通说也认为债务加入与保证类似，可以类推适用保证的相关规定。故债务加入人在清偿了债务之后，可以类推适用《担保法》第三十一条向原债权债务关系中的债权人追偿。以上两种观点不论如何不同，都认为债权人理应享有追偿权。还有一种观点认为，在特殊的情况下债务加入人也可能不享有追偿权，即当债务加入人是属于单方面做出加入债务的承诺或是由债权人和第三人双方达成协议加入原有债权债务关系中成为债务加入人，这两种情况下时，由于债务人在这两种情况下都未做出任何意思表示，债务加入人加入债务或是履行债务应视为一种与原债权债务关系中的债务人无关的自愿行为，根据英美法中“未经他人明示或默示的同意，任何人不得自居于该他人的地位”^④的裁判原则，以及罗马法中的“任何人不得为他人缔约”的原则，债务加入人并不当然获得原债权债务关系中债权人的地位，故也就不能获得对原债务人的追偿权。

而笔者认为，债务加入人能否取得对原债务人的追偿权，不应一概而论。应按照债务加入协议达成时是否明确约定了追偿权而论。若约定了债务加入人享有追偿权，那么无论基于何种观点，遵循合同优先的意思自治原则，债务加入人都应当获得追偿权，在履行了债务之后可以向原债权债务关系中的债务人进行追偿；若债务加入合同订立时以明示的方式免除了原债务人的义务，则当然不取得对原债务人的追偿权。当债务加入协议中没有约定债务加入人是否享有追偿权时，无论是否是债务加入合同的订立方，即无论该合同是以何种方式订立的，其都因他人履行了原属于原债务人的债务而免除了自身债务，其获得了利益且没有法律依据，应属不当得利，债务加入人可以通过适用不当得利的相关规定另行起诉，向原债务人进行追偿。

具体到本案中，齐某在做出债务加入意思表示时，并没有明确约定是否免去原债务人李某的义务，则其应属于没有约定追偿权的情况，齐某可以通过适用不当得利的相关规定向李某进行追偿。但本案还有一个不同的情况，即原债权债务关系中是否存在一个担保人，那么就存在一个当担保人翟某履行了债务之后，能不能向齐某进行追偿呢？笔者认为，首先，本案中翟某的担保存在于齐某加入到债务之前，故翟某在设立担保时并未对齐某进行担保，则其在履行债务之后也就不能向齐某进行追偿；其次，债的担保本身具有从属性，该从属性还体现为一定的人身性，本案中翟某属于担保中的人保，具有一定

的人身性,是对特定的债务人李某进行的担保,故不能向齐某进行追偿;最后从诉讼程序的角度来考虑,如果允许翟某履行了债务之后向齐某进行追偿,那么就会出现齐某向翟某清偿,然后再向行使权力,就会导致诉讼程序的繁琐,浪费司法资源。所以,翟某在履行了保证义务之后,不能向齐某进行追偿,而只能向原债务人李某进行追偿。

综上所述,本案中齐某的意思表示应认定为债务加入,与李某共同承担还款责任,其履行了债务之后可以向李某进行追偿。保证人翟某在履行其保证责任后,不得向齐某进行追偿,仅可以根据《担保法》第三十一条向原债务人李某进行追偿。

注释:

- ①《合同法》第六十五条:“当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人未履行债务或者履行债务不符合约定,应当由债务人向债权人承担违约责任。”
- ②史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第886页。
- ③《中华人民共和国担保法》第三十一条:“保证人承担保证责任后,有权向债务人追偿。”
- ④[美]阿瑟·库恩:《英美法原理》,陈朝璧译,北京:法律出版社,2002:219。

出版社,2002:219。

参考文献:

- [1]阿瑟·库恩,库恩,陈朝璧. 英美法原理[M]. 法律出版社, 2002. 219.
- [2]史尚宽. 债法总论[M]. 中国政法大学出版社, 2000. 886.
- [3]韩世远著. 合同法总论[M]. 法律出版社, 2011. 580-581.
- [4]崔建远. 合同法. 第2版[M]. 北京大学出版社, 2013. 233-235.
- [5]最高人民法院民事审判第二庭. 民商事审判指导[M]. 人民法院出版社, 2004. 159.
- [6]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[J]. 人民司法, 2015(18):40-43.
- [7]杜康. 论债务加入[J]. 湖北经济学院学报(人文社会科学版), 2009(6):88-89.
- [8]向珂. 债务加入法律实务问题研究——最高人民法院裁判规则总结[J]. 人民司法, 2015(18):44-48.
- [9]黄立. 民法债编总论[M]. 中国政法大学出版社, 2002. 626.
- [10]唐风华. 债务加入与保证[J]. 法制与社会, 2009(26):360-361.

[责任编辑 陶爱新]

The identification and claim compensation from of debt to join from practice case

WANG Xiao-tao

(College of Law, People's Public Security University of Chian, Beijing 100038, Chian)

Abstract: Although there is no clear stipulation of debt to join in our country, but since first rises from “a discuss from Jiangsu High People's Court No.16[2005]”, this became a great hot issue to both theory and practice. Based on trial practice in a special case as a starting point, we're willing to argue that controversial focus analysis way to creditors for the guarantor to join, it shall be deemed to be debt payments and system in the form of case study show debt in that way, and in the final analysis of the debt to join people to perform the debt should be how to recover the problem, hope to be able to as analysis concluded that debt to join in the practice of effective reference.

Key words: debt to join; identification; claim compensation

(上接第50页)

A Study on legal liability mechanism in illegal administrative procedure

ZHAO Dong-xu

(Department of Economics Management, Lvliang University, Lvliang 033001, China)

Abstract: Administrative procedure legislation is a weak link in China, but there are administrative actions violating administrative procedure legislation at times. So it needs to improve the legal liability mechanism in illegal administrative procedure. This paper defines the subject and scope of illegal administrative procedure, and analyzes the present administrative procedure legislation rules and liability judgement. Then it suggests that there is deficiency of liability stipulation, nonstandard stipulation of liability, and imperfection of liability forms. In order to perfect the legal liability mechanism in illegal administrative procedure, it needs to complete the legal liability forms, such as invalid, revoked, and revised, in illegal administrative procedure; and also needs to improve the liability investigation mechanism in illegal administrative procedure, guaranteeing rationality and legitimacy of enforcing administrative rights.

Key words: administrative procedure; liability mechanism; illegality