

# 混合共同担保中担保人的追偿权与代位权

## ——对《物权法》第176条的理解

程 啸

(清华大学法学院,北京 100084)

**摘要** 在混合共同担保中,物上保证人、保证人与债权人未就担保范围做出约定时,各担保人应连带地负担担保责任。承担了担保责任的担保人,不仅可以向债务人追偿,也有权向其他担保人追偿,要求清偿其应当分担的份额。担保份额应按照担保人之人数的平均分担。担保人不仅享有追偿权,还享有代位权,即承担了担保责任的担保人可以在追偿权的范围内依法承受债权人的债权及从属的权利。追偿权与代位权既有区别也有联系,二者互相依存,缺一不可。

**关键词** 混合共同担保;人保;物保;追偿权;代位权

中图分类号:DF521 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2014)06-0087-11

### 一、问题的提出

混合共同担保即人保与物保的并存,指的是同一债权既有物的担保(主要为约定的担保物权,如抵押、质押等)又有人的担保(如保证)的情形。在混合共同担保中,担保人为二人以上,因此当债务人不履行到期债务时,债权人究竟如何实现其担保权;当事人能否就担保权的实现做出约定;在没有约定或约定不明时,债权人应先实现何种担保;承担了担保责任的担保人可否要求其他担保人承担相应的担保份额等等一系列问题,都非常重要。

我国法律对于混合共同担保中担保权实现问题的规定经历了一个逐步完善的演变过程,即先是《担保法》确立的“物的担保强制优先实现”(也称“保证人绝对优待主义”),然后是《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》(以下简称《担保法解释》)规定的“债务人的物的担保强制优先实现+物上保证人与保证人平等主义”,最后则是《物权法》确立了“意思自治优先”与“债务人的物的担保强制优先实现+物上保证人与保证人平等主义”并存的模式。申言之,最初,《担保法》第28条第1款规定,如果人保与物保并存,则无论何种情形下,保证人都只对物的担保以外

---

作者简介 程啸,清华大学法学院副教授,法学博士。

的债权承担保证责任。这就意味着《担保法》强制债权人必须先实现担保物权,才能实现保证担保。该规定既不合理,也不公平,备受学界批评。<sup>①</sup>故《担保法解释》将《担保法》第 28 条第 1 款的适用范围限制于债务人提供的物的担保与保证并存的情形。<sup>②</sup>物的担保是第三人提供的时候,依据《担保法解释》第 38 条第 1 款,物上保证人与保证人处于平等的地位,何者先实现、何者后实现,由债权人自行决定。但仅有这样的规定还不够,因为无论《担保法》还是《担保法解释》,都没有一般性地承认当事人可以就担保权如何实现进行约定,未能充分尊重当事人的意思自治。有鉴于此,《物权法》第 176 条规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”显然,就混合共同担保中担保权的实现,《物权法》更尊重民事主体的意思自治,允许当事人对于担保权的实现进行约定(包括约定先实现何种债权或约定各种担保的担保份额等),<sup>③</sup>只有在当事人没有约定或约定不明时,债权人才应先实现债务人提供的物的担保。此外,当物的担保系第三人提供之时,《物权法》延续了《担保法解释》的合理做法,继续采取物上保证人与保证人平等主义的立场,<sup>④</sup>由债权人自行选择先实现何种担保。<sup>⑤</sup>

然而,《物权法》第 176 条对于混合共同担保的规定并不十分完善,至少以下几个重要问题它没有规定或是加以回避。其一,该条没有规定物上保证人或保证人承担了担保责任后,可否向其他担保人进行追偿,要求他们清偿应当分担的份额。其二,在允许追偿的前提下,该条也没有提供用于确定混合共同担保中的各担保人应分担的担保份额的标准。<sup>⑥</sup>其三,该条没有规定承担了担保责任的保证人除享有针对债务人或其他担保人的追偿权外,是否还可以代位取得债权人针对物上保证人的担保

① 参见程啸:《保证合同研究》,法律出版社 2006 年版,第 613-614 页。

② 先实现债务人提供的物的担保之理由在于:首先,当同一债权既有债务人提供的担保物权,又有保证人提供的一般保证担保之时,债权人于债务履行期限届满而未受偿之时,因担保物属于债务人的财产,倘若债权人不先实行该担保物权,一般保证人完全可以行使先诉抗辩权而拒绝债权人提出的履行保证债务的请求(《担保法》第 17 条第 2 款);其次,即便保证人提供的是连带责任保证,由于债务人是债务的终局承担者,保证人属于第二层次上的债务人而非债务的终局承担者,债权人先行使债务人提供的担保物权,能够有效地简化法律关系,节约司法资源,维护保证人的利益。

③ 所谓当事人的约定,包括当事人可以约定无论在何种情形下,债权人均可自由选择实现任何一种担保,当事人也可以约定即便物的担保是债务人提供的,债权人也必须先实现保证。前一种类型的案例,如“北京龙霸润滑油有限公司与北京资和信担保有限公司担保追偿权纠纷上诉案”,北京市第一中级人民法院(2009)一中民终字第 6985 号民事判决书;后一种类型的案例,如“中国农业银行股份有限公司北京丰台支行诉北京北雄科技实业有限公司等金融借款合同纠纷案”,北京市第二中级人民法院(2010)二中民初字第 2221 号民事判决书。

④ 也有学者对《物权法》第 176 条强制债权人先实现债务人提供的物的担保的规定提出了批评,认为这种规定“限制债权人的选择权,强行介入本不涉及公益的事项,其制度设计值得检讨”。参见高圣平:《混合共同担保之研究——以我国〈物权法〉第 176 条为分析对象》,《法律科学》2008 年第 2 期。

⑤ 相关案例参见“黄山长江徽杭高速公路有限责任公司、上海新华网投资有限公司与招商银行股份有限公司合肥马鞍山路支行借款担保合同纠纷案”,中华人民共和国最高人民法院(2011)民二终字第 113 号民事判决书。

⑥ 最高人民法院早已注意到该问题,并准备通过制定关于担保物权的司法解释解决。在 2008 年 4 月 29 日举行的“《物权法》担保物权国际研讨会”上,最高人民法院民二庭庭长宋晓明就提到:“担保法司法解释既承认担保人对债务人的追偿权,也认可担保人之间的相互追偿权,而物权法仅规定担保人对债务人的追偿权,却未明确规定担保人的相互追偿权。因此,是否允许担保人之间相互形成追偿权,就成为了担保物权编司法解释应当明确的一个问题。如果允许相互追偿,那么如何确定各担保人所应承担的相应份额?”宋晓明:《物权法担保物权编实施中的几个重要问题》,载最高人民法院民事审判第二庭编:《民事审判指导》(2008 年第 2 辑),人民法院出版社 2008 年版,第 6 页。

物权。也就是说,在承认了追偿权的情形下,究竟有无必要承认代位权的问题,该条未做规定。

上述关于混合共同担保中担保人的追偿权与代位权的问题对于债权人、债务人以及担保人利益的保护与平衡,是非常重要的。如果法律或者司法解释对这些问题不作出明确规定,那么司法实践中法院的做法必然存在差异。这既不利于统一法律适用,也有碍司法公正。本文将对这些问题作一粗浅的分析,以供理论界与实务界参考。

## 二、担保人之间有无追偿权

### (一)从《担保法解释》到《物权法》的演变

《担保法解释》第38条第1款明确承认了担保人的追偿权,该款规定:“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的,承担了担保责任的担保人,可以向债务人追偿,也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”该司法解释的起草者认为,虽然《担保法》没有对担保人的追偿权做出规定,但“为了平衡保证人和物上保证人之间的关系”,本条仍承认了担保人的追偿权,这是“符合民法的公平原则和诚信原则的要求”的。此外,我国法上对保证人与物上保证人追偿权的规定,可以视为我国担保制度的特点。<sup>⑦</sup>

然而,《物权法》对规范混合共同担保的第176条却未对担保人之间的追偿权做出规定,而是仅规定了担保人对债务人的追偿权。以《物权法》的起草过程来看,从2004年8月3日的《物权法草案(法工委修改稿)》到2005年7月8日全国人大常委会办公厅公布的《中华人民共和国物权法(草案)》,再到2006年12月24日提交给全国人民代表大会进行第七次审议的《物权法(草案)》,直至2007年10月1日正式施行的《中华人民共和国物权法》,都仅规定了提供担保的第三人承担担保责任后有权向债务人追偿,而只字未提该第三人是否有权要求其他担保人承担应当分担的份额。<sup>⑧</sup>显然,立法机关对该问题采取了回避的态度。从现有的立法资料来看,这样做的理由就是因为在该问题上的争论很大。<sup>⑨</sup>虽然《物权法》既没有明确肯定也没有明确否定追偿权,但从该法第194条第2款的规定来看,实际上还是持一种否认的态度。因为《物权法》第194条第2款只是规定了抵押权人放弃债务人提供的抵押担保时,其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任。该款乃至整个《物权法》都没有规定抵押权人放弃物上保证人或保证人的担保时,其他担保人在被放弃的担保范围内可以免除担保责任。这样的规定正是以不能追偿为前提的。

### (二)学说上的争议

《物权法》颁行后,理论界与实务界对是否应当承认担保人的追偿权,存在以下两种观点。

否定说认为,在当事人没有明确约定承担连带担保责任的情况下,规定各担保人之间相互追偿是不妥的,主要理由包括以下几点。第一,这样做违背了意思自治的原则。在人保和物保并存的情形下,除非担保人有特别的约定或保证人与物上保证人共同为债权人设定担保关系外,各个担保人之

<sup>⑦</sup> 曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第85页。

<sup>⑧</sup> 在《物权法》草案征求意见的过程中,曾有部门建议,《物权法》应规定“提供担保的第三人承担担保责任后,可以向其他担保人追偿”。但该建议最终未被采纳。参见《地方人大、中央有关部门、单位和专家对〈中华人民共和国物权法(草案)〉(社会公开征求意见稿)的意见》,载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第173页。

<sup>⑨</sup> 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第381页。

间并无共同担保的意思表示。<sup>⑩</sup>“在每位担保人均不知道尚有其他担保人存在的情况下,其意思表示即为自己的抵押物承担全部担保责任,或自己承担全部的保证责任,本无连带负责及向其他担保人追偿的意思,却硬性地令每位担保人连带负责,实际承担担保责任后再向其他担保人追偿,不符合意思自治的原则”。<sup>⑪</sup>第二,法理上解释不通。除非当事人之间另有约定,各担保人之间没有任何法律关系的存在,要求各担保人之间相互追偿,实质是法律强行在各担保人之间设定相互担保。然而,各个担保人负有担保责任的法律行为不同,并不是出于同一原因,此时令其承担连带责任,既违背担保人的初衷,也不合法理。<sup>⑫</sup>第三,从程序上讲,费时费力、不经济。在存在多个担保人时,债务人是最终责任人,担保人在承担担保责任后,应当直接向债务人追偿。如果他还可以向其他担保人追偿,就意味着其他担保人承担责任后,仍需要向最终的责任人即债务人追偿。从程序上讲,这是不经济的。<sup>⑬</sup>第四,从理论上说,担保人在提供担保时就明知其对债务人的追偿权实现所存在的风险。故在担保人之间没有特别约定的情况下,责令全体担保人共同分担这种风险并无根据。<sup>⑭</sup>换言之,除非当事人之间另有规定,每个担保人在设定担保时都明白自己面临的风险:在承担担保责任后,只能向债务人追偿。如果债务人没有能力偿还,自己就会受到损失。这种风险就是担保人设定担保时最为正常的且可以预见到的风险,必须由自己承担。担保人希望避免这种风险,就应当在设定担保时进行特别约定。<sup>⑮</sup>第五,向其他担保人追偿,可操作性很差。向其他担保人追偿,首先面临的一个问题就是如何确定追偿的份额。在保证与担保物权并存的情况下确定份额是很难的。<sup>⑯</sup>

肯定说认为,虽然从字面上看,《物权法》第 176 条只是规定了承担责任的物上保证人或保证人可以向债务人追偿,但该法并没有否认其可以向其他保证人或物上保证人追偿。其具体理由有如下几点。第一,既然《物权法》已经贯彻了平等对待物上保证人与保证人的原理,这就意味着所有的担保人都应当承担一定的责任,如果否认担保人的追偿权,就明显违背了保证人与物上保证人平等的精神。<sup>⑰</sup>第二,在同一债权同时存在物的担保和人的担保且遵循平等主义的前提下,物的担保与保证逻辑上存在比例关系,即物上保证人与保证人对债务履行的担保责任存在比例关系。如果某一担保人承担的担保责任超出了自己的份额,只能向主债务人追偿,即便主债务人没有履行能力,也无法向其他担保人求偿,这显然是不公平的。<sup>⑱</sup>第三,担保人在提供担保的时候就应当意识到其有义务承担担保责任,即便是其他担保人向其追偿也是其本应承担的担保责任的体现,况且,承担了担保责任的担保人只是按份地追偿,因此对这些被追偿的担保人并无不公平的问题。<sup>⑲</sup>第四,《物权法》没有明确否认担保人的追偿权,而《担保法解释》第 38 条并未与《物权法》相抵触,故其依然有效,承认担保人的追偿权也并未违反《物权法》。<sup>⑳</sup>第五,如果否定担保人的追偿权,会产生一些不良后果。例如,债权人

<sup>⑩</sup> 王昌颖:《人保与物保并存时担保人之间追偿权初探——对物权法第一百七十六条的比较分析》,《人民法院报》2013 年 4 月 3 日第 7 版。

<sup>⑪</sup> 崔建远:《物权法(第二版)》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 426 页。

<sup>⑫</sup> 同前注<sup>⑩</sup>,胡康生书,第 381 页;同前注<sup>⑪</sup>,崔建远书,第 426 页;孟强:《〈物权法〉中物保与人保并存的法律问题》,《南都学坛(人文社会科学学报)》2008 年第 11 期。

<sup>⑬</sup> 同前注<sup>⑩</sup>,胡康生书,第 381 页。

<sup>⑭</sup> 尹田:《物权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 509 页。

<sup>⑮</sup> 同前注<sup>⑩</sup>,胡康生书,第 381 页。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑩</sup>,胡康生书,第 381 页;同前注<sup>⑪</sup>,崔建远书,第 426 页。

<sup>⑰</sup> 王利明:《物权法研究(第三版)》(下卷),中国人民大学出版社 2013 年版,第 1122 页。

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>④</sup>,高圣平文,高圣平:《担保法论》,法律出版社 2009 年版,第 73 页。

<sup>⑲</sup> 梅夏英、高圣平:《物权法教程》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 347 页。

<sup>⑳</sup> 杨文杰:《混合共同担保人内部追偿问题研究》,《河北法学》2009 年第 10 期。

在保证人和物上保证人都有清偿能力的情况下,厚此薄彼,先行使物的担保或保证;再如,债权人与某一担保人恶意串通,损害其他的担保人的合法权益等。<sup>①</sup>

### (三) 笔者的观点

笔者赞同肯定说,即人保和物保并存时,只要各担保人之间并未就担保的份额做出约定,则承担了担保责任的物上保证人或保证人就有权向其他物上保证人或保证人追偿,要求他们承担应当分担的份额。具体理由除上述肯定说的学者已阐明的外,尚有以下很重要的两点需要详加说明。

其一,在混合共同担保中,如果物上保证人和保证人没有就各自的担保份额做出约定,则物上保证人与保证人之间的关系是符合连带债务的成立要件的,完全可以将他们作为连带债务人而使之连带地负担担保责任。连带债务是一种非常重要的多数人之债。在我国,只有《民法通则》对其做了非常简略的规定——仅有一个条文(第87条),且该条并未对连带债务的成立要件做出详细的规定。<sup>②</sup>在大陆法系国家和地区的有关规定中,连带债务的成立要件基本上是大同小异。例如,《德国民法典》第421条规定:“数人以每个人均有义务实行全部给付的方式,负担一项给付,但债权人仅有权请求一次给付的(连带债务人),债权人可以任意向债务人中的任何一人,请求全部或一部给付。直至全部给付得到实行时止,全体债务人仍然负有义务。”我国台湾地区“民法”第272条规定:“数人负同一债务,明示对于各债务人各负全部给付之责任者,为连带债务。无前项之明示时,连带债务之成立,以法律有规定者为限。”由此可知,连带债务的成立要件主要有:<sup>③</sup>(1)多债务人向同一债权人负担债务,且这些债务人向债权人负担的是“同一给付”(eine Leistung);(2)每个债务人都负有义务实现全部的给付,而债权人只能有权获得一次给付;<sup>④</sup>(3)各个债务人的债务具有“同一层次性”(Gleichstufigkeit)或“同一位阶性”(Gleichrangigkeit),<sup>⑤</sup>也就是说,各个债务人所负担的债务必须是同一层次的。<sup>⑥</sup>这意味着如果某一债务人负担的是从属性债务,则其与主债务人的债务无法形成连带债务,如保证人与主债务人之间就不是连带债务关系,而应由主债务人为债务最终负责。但是,数个保证人之间,因他们负担的保证债务是同一层次的,故可以形成连带债务。

依据上述连带债务的成立要件,可以发现物上保证人与保证人之间的关系符合连带债务的成立要件,因此,即便当事人没有约定,法律或司法解释也完全可以将他们作为连带债务人,而承认各担保人之间的追偿权。首先,物上保证人与保证人都属于债务人,物上保证人为物的债务人,其债务仅以物的价值为限,而保证人是人的债务人。其次,物上保证人与保证人都不是债务的终局承担者,他

<sup>①</sup> 刘贵祥:《物权法关于担保物权的创新以及司法实务面临的几个问题》,中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=37482>, 2013年11月29日访问。

<sup>②</sup> 《侵权责任法》第13条、第14条对因侵权行为而产生的连带责任的内部分摊与追偿做出了规定。

<sup>③</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, S. 423. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 634-636. Dirk Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, Rn. 1198-1199. 中文资料可参见陈聪富:《连带债务》,台湾大学1989年度硕士论文;张定军:《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》,中国社会科学出版社2010年版;王千维:《论可分债务、连带债务与不真正连带债务(上)》,《“国立”中正大学法学丛刊》第7期,第186页以下;孙森焱:《民法债编总论》(下册),台北作者印行,2010年修订版,第862页以下;黄立:《民法债编总论》,台北元照出版公司2006年修订第三版,第598页以下。

<sup>④</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Schuldrecht, S. 423.

<sup>⑤</sup> Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil, S. 634-636. Dirk Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 1198-1199.

<sup>⑥</sup> 现有的研究连带债务的论著没有注意到这一要件,而只是提到了“数个债的给付应具有目的的同一性”。所谓目的是指连带债务对债权的确保和满足,如果没有同一目的,即使数个债务人的给付内容同一,也不构成连带之债。参见张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第148页;江平主编:《民法学(第二版)》,中国政法大学出版社2011年版,第396页;杨立新:《债与合同法》,法律出版社2012年版,第56页。

们在承担担保责任后都有权向主债务人进行追偿,因此物上保证人与保证人所负担的担保责任(或担保债务)是同一层次的或处于同一位阶的债务。这一点很重要。如果物的担保是债务人提供的,则债务人的担保责任与保证人的担保责任就不是同一层次的,他们之间不会发生连带债务关系。再次,在混合共同担保中,如果物上保证人和保证人并未就各自的担保责任做出相应的约定,依据《物权法》第 176 条,债权人有权选择实现任何一种担保以满足债权。这就意味着,实际上无论是物上保证人,还是保证人,至少都必须就债权人的全部债权负担担保责任。最后,不管债权人实现的是物的担保还是保证,其都只能获得一次给付,不得重复受偿。

有学者提出,之所以混合共同担保中各担保人不等于连带债务人,是因为各个担保人负有担保责任的法律行为不同(或者说非基于同一原因),却使其承担连带责任,除非法律设有明文,否则,在法理上并无当然结论。<sup>②7</sup>笔者认为,该观点值得商榷。事实上,在连带债务中,各个债务人的债务究竟是基于何种原因发生的,对于是否成立连带债务不发生影响。例如,我国《侵权责任法》第 11 条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。”显然在这种情形下,各个债务人是基于各自实施的侵权行为而承担损害赔偿之债的。再如,《德国民法典》第 769 条规定:“数人保证担保同一债务的,即便他们并非共同承担担保担保的,仍然作为连带债务人而负责。”我国台湾地区“民法”第 748 条规定:“数人保证同一债务者,除契约另有订定外,应连带负保证责任。”<sup>②8</sup>显然,在这种连带的共同保证的情形中,各个保证人的保证债务是基于他们分别与债权人成立的保证合同而产生的,并非同一法律原因,但法律上仍然可以将他们作为连带债务人处理。<sup>②9</sup>

其二,从比较法上来看,凡是在混合共同担保中采取物上保证人与保证人平等主义立场的立法例,为公平地对待保证人和物上保证人,都必须承认他们的追偿权。例如,在德国,对于同一类型的担保人向债权人负连带债务,法律有明文定之。《德国民法典》第 769 条规定:“数人保证担保同一债务的,即便他们并非共同承担担保担保的,仍然作为连带债务人而负责。”该规定的目的就在于保护债权人的利益,因此无论各个保证人是否知道除了自己外还有其他的保证人,他们都是连带债务人。这是因为各个保证人之间的保证债务属于同一层次的债务,符合连带债务的全部构成要件。<sup>③0</sup>然而,《德国民法典》没有对不同类型的担保并存的情况下各个担保人之间是否属于连带债务人做出规定。德国学者认为,既然对于物上保证人与保证人采取平等主义的立场,那么无论担保的种类是否相同,在追偿时各个提供担保的人的权利应当是平等的。故对于得到保证和担保物权担保的债权,保证人和担保物的所有人可以适用连带债务的规则,他们可以互相追偿。<sup>③1</sup>在 1989 年的一个判决中,德国联邦最高法院首次对该问题作出了明确而肯定的回答。该法院的判决认为,当多个担保人的担保义务处于同一层次时,即便他们之间没有一个特别的约定,连带债务中关于债务人追偿权的规定也适用之。<sup>③2</sup>

<sup>②7</sup> 同前注①,崔建远书,第 426 页。

<sup>②8</sup> 该条“立法”理由称:“本条为巩固保证之效力起见,保证人有数人时,均使其为连带债务人而任其责,排除分别利益之抗辩,只保护债权人之利益。”陈忠五主编:《民法》,台北新学林出版股份有限公司 2011 年版,第 B-834 页。

<sup>②9</sup> 正是由于连带债务的形成并不局限于同一法律原因,故其抗辩的产生、债的消灭也不相同,各个债务人之间仍然具有一定程度上的独立性。Mertens/Wolf, Soergel Kommentar BGB, Rz.6 zu § 421.

<sup>③0</sup> Jauernig/Stadler, § 769, Rn.1-3.

<sup>③1</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl., 2012, Rn.1022; Buelow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl., 2007, Rn.42.

<sup>③2</sup> Erman/Ehmann, BGB, 12. Aufl., § 421, Rz.61.

在我国台湾地区,关于物保和人保并存时,何者先行实现的问题,原来的“司法”实务认为,除非当事人有特别约定,否则债权人应当先就担保物拍卖受偿。<sup>③</sup>然而,同为担保,为什么一定要先实现物的担保呢?显然这样的做法没有什么道理。因为“债务人如有保证人时,物上保证人与保证人实质上均系以自己之财产担保他人之债务,晚近各立法例对普通保证自由主义色彩之干涉渐增,此亦包括保证人范围之干预及管制,使物上保证人与普通保证不应有不同的责任范围。因之,物上保证人于代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,自得就超过其应分担额之范围内对保证人具有求偿权与承受权,即采取物上保证人与保证人平等说”。<sup>④</sup>故我国台湾地区于2007年修订“民法”时,在第879条增加了第2项和第3项的规定:“债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值或限定之金额比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物价值者,应以该债权额为准。”“前项情形,抵押人就超过其分担额之范围,得请求保证人偿还其应分担部分。”此外,我国台湾地区“民法”第879条之一还规定:“第三人为债务人设立抵押权时,如债权人免除保证人之保证责任者,于前条第二项保证人应分担部分之限度内,该部分抵押权消灭。”

我国《物权法》和《德国民法典》、我国台湾地区“民法”一样,也明确规定了物上保证人与保证人在混合共同担保中处于平等的法律地位,那么,法律上就应当进一步明确担保人的追偿权,从而更好地维护二者之间的平等关系,避免因债权人的恣意或恶意而使某个担保人处于实质不平等的地位。

### 三、担保份额的确定标准

既然混合共同担保中未就担保份额作出约定的各担保人之间成立连带债务关系,依据《民法通则》第87条第2句,履行了义务的债务人就“有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。”《担保法解释》第39条第1款第2句也规定:“当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的,承担了担保责任的担保人,可以向债务人追偿,也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”就如何确定混合共同担保中各担保人应分担的担保份额,有以下三种不同的做法。

第一种做法是,当保证人之外另有物上保证人时,其中一人为清偿后,除非当事人另有约定,否则在求偿权的范围内应按照人数进行平均分摊。<sup>⑤</sup>德国理论界与实务界采取的是这种做法。德国著名民法学家梅迪库斯教授认为,当保证人与物上保证人的求偿范围存在疑问时,应当按照数量分配确定,即在两项担保发生竞合时各分一半。但是,在风险承担时可以考虑其不同和区别。此外,德国联邦最高法院认为,在数个最高限额保证的情形,最高限额的比例应当是关键因素。<sup>⑥</sup>

第二种做法是,在保证人与物上保证人并存时,原则应按照人数来分担担保责任。但是,如果物上保证人有数人时,则就保证人负担的担保责任之外的其他担保责任,应当按照各个物上保证人提供的担保财产来代位债权人。日本采取的是这种做法。《日本民法典》第501条第5项规定:“在保证人与物上保证人之间,按其数量代位债权人。但物上保证人为数人时,对于保证人负担部分之外的余额,按各财产的价格代位债权人。”例如,对于12万元的债务,甲、乙为保证人,而丙以8万元的不动产、丁以4万元的动产分别又提供物的担保。其中一人即甲代位清偿了全部债务,此时应当按照保证

<sup>③</sup> 郑冠宇:《民法物权》(2011年9月2版),台北新学林股份有限公司2011年版,第522页。

<sup>④</sup> 这是我国台湾地区2007年修订“民法”,改采物上保证人与保证人平等主义的理由。同前注<sup>③</sup>,陈忠五书,第C-229页。

<sup>⑤</sup> 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第811页;郑玉波:《民法债编各论》(下册),台北作者印行1981年版,第857页;林诚二:《民法债编各论》(下),台北瑞兴图书股份有限公司2002年版,第315页。

<sup>⑥</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl., 2012, Rn. 1022.

人与物上保证人的人数平均,即各为 3 万元,因此就甲、乙两个保证人而言,各自分担的为 3 万元。扣除保证人甲、乙共负担的 6 万元后的余额为 6 万元,此时,在物上保证人丙、丁之间应当按照各自担保物的价值比例即 8:4 进行分摊,则丙分摊 4 万元、丁分摊 2 万元的代位。<sup>③⑦</sup>

第三种做法是,债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值或限定之金额比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物价值者,则应以该债权额为准。我国台湾地区“民法”第 879 条第 2 款采取的是这种做法。该款规定:“债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值或限定之金额比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者,应以该债权额为准。”该款的“立法”理由书对此举例为:“甲对乙负有 60 万元之债务,由丙为全额清偿之保证人,丁则提供其所有价值 30 万元之土地一笔设立抵押权予乙。嗣甲逾期未能清偿,乙遂声请拍卖丁之土地而受偿 30 万。依本条规定,乙对甲之原有债权中之 30 万元部分,由丁承受,保证人丙就全部债务之应分担部分为 40 万元(=60×[60÷(30+60)])。丁就全部债务之应分担部分为 20 万元(=60×[30÷(30+60)])。丁已清偿 30 万元,故仅得就超过自己分担部分对丙求偿 10 万元。反之,如丁以其所有价值 70 万元之土地设定抵押予乙,嗣乙声请拍卖该土地而起 60 万元债权全额受清偿时,保证人丙之分担额则为 30 万元(=60×[60÷(60+60)]) ,丁得向丙求偿 30 万元。”<sup>③⑧</sup>

应当说,上述三种方法各有利弊。第一种、第二种方法较为简单明了,尤其是第一种方法更简单。第三种方法当然比较公平合理,符合担保物权与保证担保的性质,但是却比较复杂,此外,由于该方法中涉及抵押物的价值,实践中当事人发生争议时往往需要进行评估,容易增加交易成本。当前,最高人民法院正在起草关于担保物权的司法解释,从现有的司法解释征求意见稿来看,起草者也正在究竟选择第一种方法还是第三种方法之间犹豫。<sup>③⑨</sup>笔者认为,从方便高效的角度来看,采取第一种方法似乎更符合我国的实际情况。况且,在保证人和物上保证人为多人,且保证人同时还是物上保证人的情况下,第三种分担方法也是比较难以适用的,此时适用第一种方法更为简单明了。

#### 四、担保人应否享有代位权

##### (一)担保人代位权的性质及其与追偿权的关系

<sup>③⑦</sup> 参见[日]我妻荣:《新订债法总论》,王焱译,中国法制出版社 2008 年版,第 232-233 页;[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,台北五南图书出版公司 1998 年版,第 369 页。

<sup>③⑧</sup> 同前注<sup>③⑦</sup>,陈忠五书,第 C-229 页。

<sup>③⑨</sup> 该司法解释起草者将两种方法都列举出来。《最高人民法院关于审理担保物权纠纷案件适用法律若干问题的解释(2013 年 4 月讨论稿)》第 15 条中规定了两种方案。方案一采取了第三种计算方法,而方案二采取了第一种方法。方案一的规定于第 15 条第 3 项和第 4 项:“在认定本条第一款中其他保证人‘应当分担的份额’时,人民法院应当依照保证人应当承担的保证责任与其保证责任和担保物的市场价格以及其他保证人的保证责任之和的比例确定。担保物权所担保的债权额低于担保物的市场价格的,人民法院应当依照保证人应当承担的保证责任与其保证责任和担保物权所担保的债权额以及其他保证人的保证责任之和的比例确定。”“在认定本条第一款中其他担保物权人‘应当分担的份额’时,人民法院应当依照担保物权人应当承担的担保责任与其担保责任和其他保证人的保证责任以及各担保物的市场价格之和的比例确定。担保物权所担保的债权额低于其所提供的担保物的市场价格的,人民法院应当依照该担保物权人应当承担的担保责任与其担保责任和其他保证人的保证责任以及该担保物权所担保的债权额之和的比例确定。”方案二的规定于第 15 条第 3 项:“人民法院在认定本条第一款‘应当分担的份额’时,应当以担保人已经承担的担保责任为基数,判令其他各担保人平均承担担保份额。”

<sup>④⑩</sup> 需要注意的是,保证人履行保证债务不同于物上保证人的代位清偿,物上保证人的代位清偿乃是其权利而非义务,但是在保证中,当债务人不履行债务的时候,只要符合法律规定的条件,无论连带责任保证的保证人还是一般保证的保证人都有义务为债务人清偿债务。因为其与债权人之间存在保证合同,依据该合同,保证人有义务代替债务人履行债务。



担保人的代位权,也称“承受权”,是指担保人在代为清偿债务或债权人实现担保权后,<sup>④</sup>在债权人债权受偿的限度内依法取得债权人对债务人的债权及从属的权利(如担保物权等)。担保人的代位权包括保证人的代位权与物上保证人的代位权。大陆法系国家和地区的有关规定对于担保人的代位权皆有明确的规定。<sup>⑤</sup>例如,《德国民法典》第 774 条第 1 款规定:“保证人向债权人清偿的,债权人对主债务人的债权即转移给保证人。主张移转不得损害债权人的利益。主债务人基于自己与保证人之间存在之法律关系的抗辩,不因此而受影响。”该款就是对保证人代位权的规定。就物上保证人的代位权,《德国民法典》第 1143 条第 1 款规定:“所有权人非为债务人的,以其向债权人清偿为限,债权移转于所有权人。相应地适用第 774 条第 1 款关于保证人的规定。”该法典第 1225 条规定:“出质人非为债务人的,以其向质权人清偿为限,债权向其移转。相应地适用第 774 条关于保证人的规定。”再如,我国台湾地区“民法”第 749 条规定:“保证人向债权人为清偿后,于其清偿之限度内,承受债权人对于主债务人之债权。但不得有害于债权人利益。”其第 879 条第 1 款规定:“为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,该第三人于其清偿之限度内,承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人利益。”

我国法律规定了担保人的追偿权(《担保法》第 31 条、第 57 条、第 72 条),却未对代位权做出规定。这种状况对于担保人是非常不利的。因为担保人的追偿权与代位权存在密切的联系,之所以要在追偿权外另行承认代位权,主要目的就是要确保追偿权的实现。代位权与追偿权既有密切的联系,也有显著的区别。二者的联系体现在:一方面,没有追偿权也就没有代位权,担保人只能在行使追偿权的限度之内代位行使债权人的权利,因此代位权的行使以追偿权的存在为前提;另一方面,缺乏代位权的追偿权,其效力是大打折扣的,因为担保人不通过代位权即无法取得原债权人的从属性权利,如担保物权、损害赔偿请求权、债权人的撤销权等。

担保人追偿权与代位权的区别表现在以下几个方面。

首先,二者产生的基础法律关系不同。担保人追偿权产生的基础在于担保人与债务人的法律关系,可能是委托合同关系、无因管理关系甚或赠与关系等。例如,保证人因受主债务人的委托而与主债权人订立保证合同,保证人与主债务人之间为委托合同关系。当保证人代主债务人向债权人履行债务或者从事其他消灭债务的行为之后,保证人作为主债务人的受托人有权依据委托合同关系要求委托人偿还其因此而支出的各种费用(《合同法》第 398 条第 2 句、第 407 条)。而担保人之所以享有代位权是因为,担保人并非主债务人与债权人之间的债权债务关系的当事人,其代主债务人向债权人履行债务或者因债权人实现债权而致失去自己的担保物的所有权的行为,属于债务人之外的人为债务人进行清偿,这在民法上被称为“代位清偿”或“第三人清偿”。尽管此种清偿是第三人所为的清偿,但担保人既属于与债务履行有利害关系的第三人,且担保人与债权人之间存在担保合同(如保证合同、抵押合同等),因此在担保人向债务人享有追偿权后,其在该追偿权的范围内承受原债权人的债权及相关权利,即代位行使债权人针对主债务人的债权及有关的权利。

其次,二者的法律性质不同。担保人的追偿权是担保人在债权人实现担保权后享有的请求主债务人予以偿还的权利,是一种新产生的权利。故追偿权的诉讼时效应当重新起算,即从求偿权能够行使之日起算(《担保法解释》第 42 条第 2 款)。至于适用的是民法上的一般诉讼时效期间还是特殊诉讼时效期间(《民法通则》第 135 条、第 136 条,《合同法》第 129 条)则依主合同关系定之。然而,担

<sup>④</sup> 日本民法对于连带债务人、担保人的代位权均未规定,但日本民法学界认为应当规定,因为“承认该权利不仅是符合发展趋势的,而且也符合连带债务人的求偿权性质”。参见前注<sup>③</sup>,我妻荣书,第 392 页。

保人的代位权虽名为权利,实质上却不是一种权利,只是一种以确保追偿权的实现为目的的债权的法定移转,即担保人在追偿权的范围内承受了债权人的地位而享有债权人原已享有的权利。<sup>④②</sup>因此,担保人的代位权本身不存在什么诉讼时效,而只是担保人承受的债权人的原债权及其从权利要适用诉讼时效。债权人的原债权及其从权利早已存在,所以诉讼时效无须也不能重新起算。

再次,二者的功能不同。担保人的追偿权是一种依法产生的新的权利,因此仅凭追偿权,担保人不得过问原债权的担保。也就是说,无论原债权人享有的是人的担保还是物的担保,享有追偿权的担保人都无从主张。如果债务人不清偿时,则担保人的追偿权毫无保障。<sup>④③</sup>然而,代位权正是用来弥补这一缺陷的。因为代位权人在求偿范围内承受债权人的权利属于债权的法定移转,其效力与债权让与相同,所以,不仅本债权,且从属于该债权的人保、物保及其他的从属性权利,都一并移转给代位权人。<sup>④④</sup>易言之,担保人在承担担保责任之后,于其追偿权的范围内发生了法定债权,担保人可以代位行使债权人所有的债权效力及从属性权利。

最后,二者的抗辩事由不同。担保人承担了担保责任后,其承受的是债权人对于主债务人的债权,因此主债务人对于债权人享有的抗辩事由均可以对抗保证人,如债务履行期限尚未届满的抗辩、时效届满的抗辩等。<sup>④⑤</sup>但是,担保人的追偿权则属于依法律规定而产生的新权利,故上述主债务人用以对抗债权人的抗辩权不得用来对抗作为追偿权人的担保人。

## (二) 担保人代位权的范围

担保人代位权的范围,是指担保人享有追偿权后,其于追偿权的范围内能够承受的债权人的权利范围,具体来说包括以下权利。首先,原债权人针对主债务人的原本债权应当在追偿权的范围内法定地移转给担保人。其次,从属于该原债权的担保权也在追偿权的范围内法定的移转给担保人,这些担保权既包括抵押权、质权、留置权、保证等典型的担保权,也包括保留所有权买卖中的所有权(《合同法》第 134 条)、融资租赁合同中出租人的取回权(《合同法》第 242 条)等。由于此种担保权的转移是法定的移转,担保人取得债权人之担保物权,无须办理变更登记即生效力。<sup>④⑥</sup>再次,原本债权的其他从权利及效力,包括违约金债权、作为债的保全方式的债权人的代位权与撤销权等。

由于代位权的设置旨在保护担保人以及其他代位清偿人的追偿权得以实现,以下权利不能纳入担保人的代位权范围。其一,债权人并非针对主债务人享有的权利。由于已经承担担保责任的担保人仅就债权人针对主债务人所享有的权利取得代位权,债权人针对其他人的权利不属于代位权的范围。例如,为融资租赁中的承租人的债务提供保证担保的人,在承担保证责任之后,对出租人取得代位权,但是该代位权不包括出租人要求出卖人取回租赁物的权利。因为出卖人承担的在融资租赁合

<sup>④②</sup> 对于这一点,我国台湾地区的“判例”曾有如下说明:“保证人向债权人清偿后,债权人对于主债务人之债权,于其清偿之限度内,移转于保证人,民法第 749 条定有明文,从而保证人如已向债权人为清偿,并对主债务人有求偿权,不论保证人就债务为全部清偿或一部清偿,于其清偿之限度内,债权人对于主债务人之债权及担保物权,当然移转于保证人。换言之,此之移转属于法定移转,无须当事人之合意。”我国台湾地区“最高法院”1985 年“台上字第 1774 号判例”。

<sup>④③</sup> 同前注<sup>④②</sup>,郑玉波书,第 854 页。

<sup>④④</sup> 孙森焱:《新版民法债编总论》(下),台北作者印行 2000 年版,第 896 页。

<sup>④⑤</sup> 例如,法国最高法院第一民事庭的一则判例就曾指出:“受到追偿的债务人可以对取得代位权的债权人主张其本可以对原来的债权人(被代位人)运用的抗辩与防御方法。”转引自罗结珍译:《法国民法典》(下册),法律出版社 2005 年版,第 965 页。

<sup>④⑥</sup> 对此,我国台湾地区“最高法院”2000 年“台上字第 2931 号判决”曾有明确之阐述:“保证人代位清偿后,除得向主债务人行使求偿权外,依民法第二百九十五条及第七百四十九条规定,于其清偿之限度内,尚代位取得债权人对主债务人之债权、担保物权,及其他从属之权利。且此项权利之移转,系本于法律之规定,而非由法律行为,故关于担保物权之取得,不受民法第七百五十八条所定须登记始生效力所限。”

同解除的情况下取回租赁物的义务仅仅是向出租人负的义务,而为承租人清偿债务的保证人所取得的代位权仅对承租人产生效力。<sup>④7</sup>其二,担保人的代位权不得改变合同双方当事人的法律地位,因此合同的解除权、撤销权等专属于合同当事人的权利并不能成为代位的标的。其三,担保人行使代位权也不得损害原债权人的利益,例如,保证人部分清偿债务之后,债权人仍然保有部分主债务的相对债权时,主债务上的担保物权基于其不可分性依然全部优先为债权未受清偿部分的债权的担保。对此,《德国民法典》第 774 条第 1 款、第 1143 条第 1 款、第 1225 条第 2 款以及我国台湾地区“民法”第 749 条、第 879 条均有明文规定。

### (三) 未来我国司法解释应当规定担保人的代位权

综上所述,在混合共同担保中,立法者不仅应承认担保人的追偿权,还应承认担保人的代位权与追偿权的区分并规定之。这样做有助于实现担保人的追偿权,体现了法律的公平精神。目前,我国法律上虽然没有对担保人的代位权做出规定,但司法实践中曾有最高人民法院的判决明确承认了担保人的代位权。在“中国农业银行黑龙江省分行宏博支行与北方国际租赁有限公司担保合同纠纷案”中,最高人民法院明确指出:“在主合同和担保合同有效的情形下,担保人的担保责任在本质上属于代位清偿的责任,即代替债务人向债权人清偿债务。因此,担保人在承担代为清偿责任之后,在其可得求偿的范围内,债权人所享有的权利当然转移于担保人,即担保人因代为履行而取得代位权;同时,担保人也因代位清偿而自然产生对债务人的求偿权。此时,担保人因为代位履行而产生的代位权和求偿权情形,属于请求权竞合。在其中一权利的行使而得到满足时,其他权利即归消灭。本案中的租赁物因系北方公司取回权的客体而被排除在化工厂破产财产范围之外,化工厂的破产致使宏博支行无法行使基于代位履行而享有的求偿权,因此,宏博支行可以行使代位权而在其可得求偿的范围内取得北方公司对化工厂所享有的权利,其中当然包括对租赁物的所有权。北方公司应当在宏博支行承担保证责任之后,将租赁物的所有权转移给宏博支行。一审判决判令宏博支行承担代位为化工厂偿还全部租金及逾期利息责任的同时,亦应判令宏博支行享有代为接收租赁物所有权的权利。故而,一审法院认定租赁合同和担保协议有效正确,但未对租赁合同项下的租赁物所有权的转让问题予以处理不妥,故宏博支行关于北方公司依法不能享有租赁物所有权和取得全部租金的双重权利的主张有理,本院予以支持。”<sup>④8</sup>当前,最高人民法院正在抓紧制订关于担保物权的司法解释,笔者衷心希望该司法解释能够对担保人的代位权做出规定,从而更好地维护担保人的合法权益。

## 五、结 语

我国《物权法》第 176 条尊重民事主体的意思自治,在混合共同担保中采取了平等对待物上保证人与保证人的立场,这些做法无疑是科学、合理的。然而,要真正实现意思自治,贯彻平等的理念,实现法律的公平,法律或司法解释必须进一步承认担保人对其他保证人或物上保证人的追偿权,使各个非主债务人的担保人能公平合理地分担担保责任。同时,法律或司法解释还应当对担保人的代位权做出明确的规定,以确保担保人追偿权的实现。惟其如此,方能在混合共同担保的场合下,使担保人不会因为债权人的随意甚至恶意而处于不利的境地、受到不公平的对待。

(责任编辑:陈历幸)

<sup>④7</sup> 法国最高法院商事庭 1983 年 4 月 25 日判决,转引自罗结珍译:《法国民法典》(下册),第 1476 页。

<sup>④8</sup> 中华人民共和国最高人民法院(2000)经终字第 267 号民事判决书。