

共同担保中的推定规则与意思自治空间

汪 洋

内容提要: 共同保证、共同抵押以及混合共同担保三种担保类型具有同质性,可以构建统一的共同担保规则。我国现行法针对共同担保中债权人、债务人与担保人的三方关系,如担保人承担责任的顺位与份额、人保与物保的关系、共同担保人对债务人的外部追偿和代位、共同担保人之间的内部追偿等问题有一系列推定规则。在推定规则之外,共同担保中存在广阔的当事人意思自治空间:债权人可以与各担保人就责任承担的顺位与份额、就人保与物保的责任顺序和分担范围进行特别约定;债权人有权放弃部分担保以及与共同担保人约定放弃担保的效力;共同担保人之间可以约定内部追偿的责任比例份额。当事人通过意思自治丰富、延展和变异了三方关系,影响了共同担保的责任承担与追偿规则。

关键词: 共同担保 混合共同担保 共同保证 责任承担 责任追偿 意思自治

汪洋 清华大学法学院副教授。

一 共同担保统一规则的构建

担保实践中,为了增强债权实现之可能性,债权人倾向于为同一债权设立多项担保,以共同担保方式增加清偿债务的责任财产数量,降低债权实现的风险。共同担保有多种类型,其一为债法领域的共同保证,即人保与人保并存;其二为物权法领域的共同抵押与共同质押,即物保与物保并存;其三为跨越物债两大领域的混合共同担保,即人保与物保并存,以保证与抵押、质押并行为典型。⁽¹⁾

我国现行法律及司法解释,如《物权法》《担保法》以及《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》)对共同保证、共同抵

(1) 参见曹士兵著《中国担保制度与担保方法》(第三版),中国法制出版社2015年版,第53页。

押以及混合共同担保分别予以规定,⁽²⁾ 具体规则之间存在颇多矛盾和冲突,司法裁判中广泛存在同时援引上述规则的情形,使得裁判结果迥异,亟需构建一套共同担保的统一规则。

构建共同担保统一规则的基础,在于共同保证、共同抵押以及混合共同担保具有同质性:人保与物保就担保债权实现而言是等效的,⁽³⁾ 保证人与物上保证人均是以自己的责任财产提供担保,人保是以保证人的个人全部财产为限(或者保证额度内的责任财产为限)提供一般担保,而物保则是对物上保证人的责任财产进行了“资产分割”,独立出一块特别财产作为担保财产,⁽⁴⁾ 以担保财产(如抵押物)的价值为限(或者物的担保债权额为限)提供特别担保。保证人实际用以满足债权人自己的财产及其变价款。所谓“人的担保”实无人的因素,仍是以保证人的责任财产担保的履行。⁽⁵⁾ 更何况信贷实践中多以担保财产足额清偿债务为前提,保证人与物上保证人的担保范围并无区别。⁽⁶⁾

三种担保类型中担保人的法律地位也是趋同的,需要处理债权人、债务人与共同担保人的三方关系:共同担保人向债权人承担担保责任,涉及各担保人承担责任的顺位与份额等问题;债务的承担者归根究底是债务人,任何类型的担保人在承担担保责任之后,对债务人都享有单向追偿权和代位权;共同担保人之间还涉及内部追偿问题。因此,三种类型的共同担保具有适用统一规则的理论基础,具体规则之间需具有协调性与互通能力。⁽⁷⁾ 《欧洲示范民法典草案》便对三种担保类型一体处理,值得借鉴。⁽⁸⁾

共同担保中还存在广阔的当事人意思自治空间。债权人可以与各担保人就责任承担的顺位与份额,进行不同于传统类型的特别约定;混合共同担保情形下,债权人可以与全体或部分担保人,就人的担保与物的担保之间的责任顺序和责任分担范围进行约定;债权人有权自主决定放弃部分担保,还可以与共同担保人约定放弃部分担保的效力;共同担保人之间可以约定内部追偿的责任比例份额。

目前,我国民法典物权编正在进行编纂工作,本文致力于总结现行规范、学说以及实践经验,构建一套适用于民法典中共同担保制度的统一规则。在我国现行法与比较法上

(2) 涉及共同保证的实证法规范有《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)》第 110 条,《担保法》第 12 条、第 17 条、第 19 条,最高人民法院《担保法解释》第 19-21 条;涉及共同物保的实证法规范有《物权法》第 194 条、第 218 条,《担保法解释》第 75 条、第 123 条;涉及混合共同担保的实证法规范有《物权法》第 176 条,《担保法》第 28 条,《担保法解释》第 38 条。

(3) 学者总结为“担保等效规则”。参见薛军《论“提供担保”义务的履行规则》,《法学》2006 年第 4 期,第 140 页。当然,由于一般责任财产具有浮动性、不稳定性,而在物的担保中,债权人可以独占性地支配特定财产或权利,交换价值并优先受偿,所以,物的担保不受个人财产变动的影响。从形式上看,物保比人保更可靠。参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 1109 页。

(4) 参见张永健《资产分割理论下的法人与非法人组织》,《中外法学》2018 年第 1 期,第 60-63 页。

(5) 参见胡吕银《担保权属性与各种担保方式的重新界定》,《法学》2013 年第 6 期,第 115 页。

(6) 参见高圣平《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,《中国法学》2016 年第 1 期,第 244 页。

(7) 参见江海、石冠彬《论共同担保人内部追偿规则的构建》,《法学评论》2013 年第 6 期,第 115 页。

(8) 《欧洲示范民法典草案》第 IV. G-1:105 条(多数保证人:对债权人的连带责任)第 2 款明确规定,保证人与物上保证人并存时准用多数保证人时的规则。就多数担保人之间的内外部关系也做了一体处理,规定保证人之间、保证人与物上保证人之间求偿关系的第 IV. G-1:106 条、规定物上保证人之间求偿关系的第 IX-7:109 条,与规定连带债务人之间求偿关系的第 III-4:107 条作到了体系上的一致。

共同担保推定规则基础上,着重探讨基于意思自治的约定内容对三方关系的丰富、延展与变异,以及在何种范畴和程度上影响共同担保的责任承担与责任追偿规则。

二 责任承担顺位与份额认定

(一) 责任承担顺位与约定的顺位层级

依《担保法》第17条与第18条规定,一般保证系“当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的”保证方式。一般保证责任是一种补充责任,保证人享有先诉抗辩权,“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任”。共同担保中,一般担保人排在债务人和连带责任担保人之后承担担保责任。连带责任保证系“当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任”的保证方式。连带责任保证与一般保证的根本差异在于保证人没有先诉抗辩权,债权人有权自由选择债务人或担保人之一清偿债务。

连带责任保证早于一般保证,在罗马法初期是唯一的保证责任类型,债权人有权自由选择任一保证人履行债务。⁽⁹⁾ 罗马人逐渐从责任顺位角度健全对担保人利益的保障,限制债权人恣意选择的权利。公元前173年颁布的《西塞雷亚法》(lex Cicerelia)要求债权人在缔结担保契约之前,公示全部担保人名单以及每位担保人担保所涉的债务与份额,否则担保人可免除担保责任。⁽¹⁰⁾ 公元535年优士丁尼的《新律》中正式引入担保人的先诉抗辩权即“先诉照顾”(beneficium excussionis seu ordinis),又称为“检索照顾”据此,债权人首先应当要求债务人履行,只有债务人未履行全部债务时,方可请求保证人履行。从此以往,保证被赋予了附从性和补充性特征,责任承担顺位的推定规则从连带责任保证转变为一般保证。⁽¹¹⁾

理论上,由于保证责任自身的补充性、无偿性和单务性,特殊情形下才把保证人置于债务人的同等地位,因此一般保证作为推定规则更符合逻辑。在利益衡量层面,一般保证对保证人更有利,先诉抗辩权的存在能延后保证责任的承担顺位;连带责任保证则对债权

(9) 在罗马法中,人的担保类型有“誓约”(sponsio)、“承保”(fidepromissio)、“保证”(fideiussio)等,誓约为市民法规则,承保与保证则为万民法创设的规制。这三种担保契约并存于整个罗马法古典时期,形式不断接近,保证的重要性相对于前两者日益上升,到了公元三世纪末,前两种更古老的担保形式已不为人们所用,唯一保留于《民法大全》中的人保类型就是保证。保证又称为偿还担保,产生于共和国后期,是以“履行相同给付”为内容订立的要式口约,特点是可以为所有形式的契约提供担保。Cfr. Mario Talamana, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 477 - 484; Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1989, pp. 262 - 269; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, pp. 378 - 388. 基于论述需要,本文不对三种人保类型进行严格区分,统称为保证。

(10) G. 3, 123. Cfr. Mario Talamana, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 574; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, p. 556.

(11) 参见[意]Riccardo Cardilli《论人的担保与债》,翟远见译,载费安玲主编《学说汇纂》(第六卷)(我国台湾地区)元照出版有限公司2015年版,第26页。

人与债务人更有利,债权人可任意选择债务人或担保人之一实现债权,⁽¹²⁾债务人可因债权人选择了担保人而推延对债务的清偿。推定规则的立场属于立法决断,而非逻辑推演的结果。

责任顺位的推定规则还应区分民事担保与商事担保分别处理。比较法上,民事担保多规定为一般保证,⁽¹³⁾商事担保则多为连带责任保证。⁽¹⁴⁾以意大利为代表的民商合一国家把推定规则设定为连带责任保证。⁽¹⁵⁾《欧洲示范民法典草案》同样做了区分,第 IV. G-2:105 条一般规范确立了连带责任担保,第 IV. G-4:105 条消费者保证人承担一般保证下的补充责任。⁽¹⁶⁾区分的实质缘由在于民商事交往的逻辑不同:商事领域连带责任担保是商业关系的必然逻辑。第三人之所以愿意充任保证人,是因为能够据此获得某种对价或利益,以提供保证作为营业内容的商行为并非无偿,保证人能够预见到相应风险,因此立法更倾向于赋予债权人选择权保护其利益。而在民事活动中,保证多为基于情谊的无偿行为,仅使得保证人负担一般保证的补充责任更加符合社会的普遍认知。⁽¹⁷⁾

《担保法》第 19 条确立的推定规则是以连带责任保证为原则,一般保证为例外。该条也反映了《担保法》的商法化倾向。不可不察的立法背景是,在《合同法》颁布之前,保证的适用范围仅限于《经济合同法》第 8 条确立的九种商业性质的经济合同。目前,除浮动抵押、商事留置权等进行了区分规制之外,大多数担保规范对民商事担保一体规制,也未对担保主体资格进行区分,⁽¹⁸⁾因此民商事担保统一推定为连带责任担保。在立法论上,对于主体一方或双方为自然人且排除以担保为业的商人、无偿且基础行为不具有商行为性质的民事担保,应推定为一般保证。

除了一般担保与连带责任担保,当事人意思自治的约定空间还可生成与容纳更多层级的责任承担顺位,如“后顺位担保”与“剩余担保”。“后顺位担保”系担保人与债权人约定,于前顺位的担保人承担担保责任之后,就未得清偿的债权承担担保责任。所谓前顺位担保人,一般包括债务人、连带责任担保人和一般担保人,还包括顺位更靠前的其他后顺位担保人。“剩余担保”系担保人与债权人约定,于同一债权的其他所有共同担保人负

(12) 一些银行甚至仅接受第三人提供的连带责任保证,而不接受一般保证。例如 1995 年《中国人民建设银行贷款担保办法》第 6 条第 2 款规定:“建设银行只接受保证人提供的连带责任保证,不接受保证人提供的一般保证。”参见高圣平著《保证合同重点难点问题判解研究》,人民法院出版社 2005 年版,第 412-413 页。

(13) 《法国民法典》第 2288 条、《德国民法典》第 771-773 条、《瑞士债务法》第 496 条、《荷兰民法典》第 7:855 条。

(14) 《德国商法典》第 349 条、《日本商法典》第 511 条。

(15) 参见《意大利民法典》第 1944 条,但是旧意大利民法典的推定规则为补充责任。1865 年《意大利王国民法典》第 1907 条规定:“若有主债务人,则保证人不必向债权人履行债务。主债务人应当先被起诉,除非保证人放弃先诉照顾或愿与主债务人一起承担连带责任;于此情形,保证人的债务受关于连带债务的规则之调整。”Cfr. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 5, *la responsabilità*, Milano, 1994, p. 469.

(16) 欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社 2014 年版,第 1200 页。

(17) 参见曾大鹏《商事担保立法理念的重塑》,《华东政法大学学报》2013 年第 3 期,第 12 页。

(18) 商事担保的构成性要素包括:主体上,商事担保人包括以担保为业的营业商人和非以担保为业的一般商人,前者包括金融机构与担保公司,后者为非金融机构或未获得担保业务许可的一般商人;行为属性上,商事担保包括以营利为目的的有偿担保、基础合同具有商行为性质的担保等。参见周林彬、王爽《商事担保概念初探》,《法学》2013 年第 3 期,第 4-5 页;范健《商事担保的构成与责任特殊性》,《法学》2013 年第 3 期,第 18-20 页;刘斌:《民法典编纂中商事担保的立法定位》,《华东政法大学学报》2018 年第 4 期,第 114 页。

担保责任后,承担兜底性质的补充责任。剩余担保人的责任承担顺位始终排在最后。试以[例1]说明。

[例1]对于一笔1000万元的债务,甲为连带责任保证人;乙和丙为一般保证人;丁与债权人约定,在甲乙丙之后承担保证责任;随后戊与债权人约定,在甲乙丙丁之后承担保证责任;最后,己又与债权人约定,若同一债权的其他所有共同担保人负担担保责任后,仍有部分债权未能得到清偿,则己对剩余债权承担保证责任。本例中存在五个层级的责任承担顺位,第一顺位人为债务人与甲,第二顺位人为乙与丙,第三顺位人为丁,第四顺位人为戊,第五顺位人为己。第三顺位人丁与第四顺位人戊皆属于后顺位担保人,戊的顺位又排在丁之后,第五顺位人己属于兜底的剩余担保人。

考虑到当事人之间复杂约定的可能性,共同担保的责任承担顺位规则为:其一,各顺位之间,按照债务人与连带责任担保人、一般担保人、后顺位担保人、剩余担保人的顺序依次承担担保责任,前一顺位未清偿的债权份额,由后一顺位担保人继续承担担保责任。其二,后一顺位担保人针对所有前顺位担保人享有先诉抗辩权;后一顺位担保人未主张先诉抗辩权而自愿清偿的,视为放弃顺位利益,责任承担顺位前移。比如,[例1]中第三顺位人丁在清偿前未向一般保证人乙和丙主张先诉抗辩权,则丁前移至第二顺位计算相应份额。假设丁自愿清偿前也未向债务人和连带责任担保人甲主张先诉抗辩权,则丁前移至第一顺位。其三,当事人对担保方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任担保承担保证责任。

(二) 责任承担份额的认定与约定的效力

共同担保常见于共同保证和共同抵押。共同保证指两个以上的保证人为债权人的同一债权提供的保证担保。各保证人之间是否有意思联络或者共同行为,不影响共同保证的客观构成,既可以由各保证人与债权人一同签订一份保证合同,也可以由各保证人分别与债权人签订数份保证合同。各保证人依约定比例或保证数额对债务承担保证责任。⁽¹⁹⁾共同抵押系为担保同一债权于数抵押物上设定抵押权,成立要件包括“担保同一债权”与“复数抵押物”。担保债权之一部分仍可成立共同抵押,共同质押亦可准用共同抵押之规定。⁽²⁰⁾以担保物的归属为标准,可区分为担保物同属于一人,以及担保物分属于多人的共同抵押与共同质押。⁽²¹⁾本文仅限于担保物分属于多人情形下的共同担保。

依《担保法》第12条规定,按份共同保证指“同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任”,按份共同保证人在保证份额内承担保证责任后,只能向债务人追偿,各保证人之间没有求偿关系;连带共同保证指各保证人约定均对全部债务承担连带保证,或“推定的连带”,即保证人与债权人之间“没有约定保

(19) 参见李明发著《保证责任研究》,法律出版社2006年版,第244页。

(20) 《德国民法典》第1132条、《日本民法典》第392条、《瑞士民法典》第798条、我国台湾地区“民法”第875条。参见陈重见著《共同抵押权论》(我国台湾地区)新学林出版股份有限公司2007年版,第24-29页。

(21) 参见[日]近江幸治著《担保物权法》,法律出版社2001年版,第187页;史尚宽著《物权法论》,中国政法大学出版社2001年版,第320页。

证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”按份共同抵押与连带共同抵押的区别为,设立抵押时各抵押人是否与抵押权人就抵押物的担保份额进行约定。约定了抵押物担保数额的,为按份共同抵押,各抵押人仅对特定数额负责;若未约定担保数额,则每个抵押物均担保全部债权。

罗马法一直致力于从责任承担份额角度维护保证人利益。公元前 196 年颁布的《关于应保人的富里亚法》(*lex Furia de sponsu*)规定担保人在两年后可解除担保责任,并划分担保份额。如果债权人只针对保证人之一提起诉讼,该保证人只需担保相应份额,由连带责任转变为按份责任,逐渐形成担保可分的社会观念。⁽²²⁾公元前 54 - 27 年又颁布了《科尔内利法》(*lex Cornelia*),对担保数额施加限制,同一年度针对同一债务人,同一债权人担保额度不得超过两万赛斯特兹(*Gaio. 3. 124 - 125*)。⁽²³⁾哈德良皇帝于公元一世纪颁布了一项敕令,规定债权人只能要求各担保人按份额清偿,如果部分担保人没有清偿能力,担保责任转到具有清偿能力的担保人身上。⁽²⁴⁾这就确立了共同担保领域“诉权划分照顾”(beneficium divisionis)的基本原则,责任承担份额的推定规则由连带共同保证转变为按份共同保证。现代意大利法承继了罗马法共同保证的诸多规则,但在责任承担份额上采取的却是连带共同责任。⁽²⁵⁾

应当注意区分连带责任保证与连带共同保证两种不同的连带关系。连带责任保证强调保证人与债务人之间,对债权人承担责任的连带;而连带共同保证强调数个保证人之间的连带,民法理论又称为保证连带。因此,连带责任保证方式下的连带共同保证是一种“双重连带关系”;⁽²⁶⁾同时也存在一般保证方式下的连带共同保证,共同保证人对债权人不承担连带责任。我国《担保法解释》第 19 条第 1 款与《民通意见》第 110 条确立的推定规则为连带共同保证,⁽²⁷⁾《担保法解释》第 75 条第 2 款也确立了连带共同抵押的推定规则。

以上立法与学说仅仅把各当事人皆未约定担保数额,或皆约定了担保全部债权额这两种情形界定为连带共同担保,并未考虑到当事人意思自治约定空间内的各种复杂情形。如果部分担保人与债权人约定了担保数额,部分担保人未约定,应如何认定共同担保的

(22) G. 3 121. 参见[意]Riccardo Cardilli《论人的担保与债》,翟远见译,载费安玲主编《学说汇纂》(第六卷)(我国台湾地区)元照出版有限公司 2015 年版,第 22 页。

(23) G. 3 124. Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 572 s.; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, p. 556.

(24) G. 3 121. 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇《债的人保》,贾婉婷译,载[意]阿尔多·贝特鲁奇著《罗马法与拉丁法族》,徐国栋编,中国政法大学出版社 2014 年版,第 212 - 213 页。

(25) Cfr. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 5, *la responsabilità*, Milano, 1994, p. 503. 参见《意大利民法典》第 1946 - 1947 条。

(26) 参见曹士兵著《中国担保制度与担保方法》(第三版),中国法制出版社 2015 年版,第 55 页。

(27) 紧接着《担保法解释》第 20 条第 1 款规定,“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。”该规定将连带共同保证限定在连带责任保证方式之下,忽略了一般保证方式下的连带共同保证的存在,其实是将连带共同保证与连带责任保证混为一谈。

性质?

共同保证的成立要件包括“保证人的复数性”与“所担保债权的同一性”。就如何理解“同一债权”,一种观点认为,共同保证人对同一债权的全部或部分、相同部分或不同部分提供保证,均不影响共同保证的成立;⁽²⁸⁾另一种观点认为,各保证人的保证数额可不相同,于相同数额部分成立连带责任,但是若各保证人依约定分别就债权的特定部分承担担保责任,各担保部分之间没有重叠,每个担保完全独立,此种所谓的按份共同保证只是多个独立债权和独立保证责任的累积,未满足“同一性”标准,不属于真正的共同担保。⁽²⁹⁾

笔者认为,考虑到部分当事人约定、部分当事人未约定,以及约定的担保份额各不相同等复杂情形,对于按份共同保证与连带共同保证,有实质意义的区分标准是,若部分保证人与债权人约定了保证数额或份额,部分保证人未约定,则同一顺位下的所有保证人在各自担保债权的重合部分构成连带共同保证,非重合部分构成按份共同保证。⁽³⁰⁾未约定的保证人皆视为就全部债权承担连带共同保证。试以[例2]具体说明。

[例2]对于一笔300万元的债务,甲担保150万元,乙担保50万元,则甲乙承担的连带共同担保额度为50万元。如果债务人已偿还了200万元,则债权人可要求甲清偿剩余100万元,或要求甲乙各清偿50万元,或以其他比例要求甲乙清偿,但乙的清偿额度不能超过50万元。若对于一笔300万元的债务,甲担保300万元,乙和债权人约定对任何超出200万元的部分提供担保,则甲和乙对任何超出200万元的部分承担连带共同担保,甲独自对未超出200万元的部分承担按份共同担保。

《欧洲示范民法典草案》第IV.G-1:105条也把连带共同保证界定为每个保证人在其对债权人所承担的保证范围内与其他保证人对债权人负连带责任,并且准用于混合共同担保。第IX-7:108条又将上述规则适用于多个物上保证人的连带共同担保。⁽³¹⁾

实践中,根据各担保人约定的担保数额相加是否超过实际债权总额,可分为足额、非足额与超额共同担保三种情况,足额与非足额的共同担保适用上文所述规则。两种情形会构成超额共同担保,其一为各担保设立完成时总额超过债权数额,其二为债务人清偿部分债权后致使各担保总额超过所剩债权数额。有学者认为,按份共同抵押中,如果数个当事人约定要担保的债权总额超过了实际债权总额,应按照比例确定各个抵押财产所担保的债权数额。⁽³²⁾笔者认为,从简化规则的角度,先削减担保总额至足额共同担保,然后适用相应规则即可。试以[例3]具体说明。

(28) 参见刘保玉《共同保证的结构形态与保证责任的承担》,《中国法学》2003年第2期。

(29) 参见史尚宽著《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第941页;程啸著《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第558页。

(30) 参见程啸著《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第559、568页。

(31) 欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第九卷),徐强胜等译,法律出版社2014年版,第209页;欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1143页。

(32) 参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1248页。

[例 3]对于一笔 1000 万元的债务,连带责任担保人甲与乙分别担保 500 万与 300 万元,一般担保人丙与丁分别担保 400 万与 200 万元。清偿期届满前,债务人清偿了 500 万元,实际债权总额减至 500 万元。此时第一顺位共同担保人甲与乙的担保数额总和为 800 万 = 500 万 + 300 万,构成超额共同担保,需要先削减为足额 500 万元,甲担保 500 万,乙担保 300 万,甲与乙在 300 万部分构成连带共同担保,甲在剩余 200 万部分构成按份担保。假设甲与乙共清偿 200 万,则还剩余债权总额为 300 万 = 500 万 - 200 万。第二顺位共同担保人丙与丁的担保数额总和为 600 万 = 400 万 + 200 万,也构成超额共同担保,需要先削减为足额 300 万元,丙担保 300 万,丁担保 200 万,丙与丁在 200 万部分构成连带共同担保,丙在剩余 100 万部分构成按份担保。

综上所述,在共同担保的责任承担份额方面,有实质意义的考量因素是担保人与债权人是否约定了担保份额。担保份额的作用在于,首先,债权人不能超出该份额请求担保人承担担保责任,其他担保人也不能超出该份额向担保人主张内部追偿权;其次,担保份额是计算共同担保中每个担保人承担比例数额的基准;最后,在同一责任顺位下,各担保人在担保份额重叠部分构成连带共同担保(担保连带),非重叠部分构成按份共同担保。例如,同一顺位下部分担保人约定了担保份额,部分担保人未约定担保份额或约定对全部债权担保,则前者在约定额度内承担连带共同担保责任,后者对该责任顺位下的全部债权额承担连带共同担保责任。

三 人保与物保的顺位

针对混合共同担保中债权人是否有权选择同一顺位下的人保或物保优先受偿,现行法不同规范之间并不一致。《担保法》第 28 条第 1 款确立了“物保绝对优先说”,并未考虑债权人意思自治的空间。《担保法解释》第 38 条第 1 款与《物权法》第 176 条在第三人提供物保情形下赋予了债权人选择权,即有限度的“人保物保平等说”。民法典“物权编”室内稿与征求意见稿延续了这一立场。

比较法近年来多采纳人保物保平等对待的做法。《欧洲示范民法典草案》第 IV. G - 1: 107 条从代位权角度明确了人保与物保的平等地位;第 IV. G - 1: 106 条还从肯定保证人与物上保证人相互追偿的角度,间接承认了债权人的自由选择权。《意大利民法典》规定保证人不仅可以代位行使被担保债权,还可以代位行使相关的担保权利。⁽³³⁾这就从代位权角度确认了债权人可自由选择人保或物保实现债权。我国台湾地区在实务上倾向物保优先说,学说则倾向人保物保平等说,认为不宜依形式而区分其优劣顺位,应由权利人自由选择。⁽³⁴⁾台湾地区“民法”物权编修正后,第 879 条明确采取了人保物保平等说。

(33) 参见《意大利民法典》第 1955 条及第 1204 条。

(34) 参见蔡明诚《物上担保与保证之责任优先问题》,载蔡明诚等著《保证专题研究》(我国台湾地区),元照出版有限公司 2016 年版,第 24 页。

《担保法》认为物保优先的前提,一是物保更有利于实现债权,二是保证以个人全部财产承担责任因而更具风险,将保证限定于补充责任有利于保护保证人的利益。事实上,人保与物保的影响范围是动态的,物保可能涵盖担保人几乎所有财产,低额保证则只会涉及保证人少量的责任财产。实践中,物的价值在市场中变动不居,实现担保物权时变价款低于主债权的情况时有发生。若保证人资力雄厚,对于债权的实现而言,物的担保未必优于人的担保。在实现程序上,现行立法禁止流质和流押,担保物权的实现需要通过折价、拍卖或变卖方式进行,往往需要花费较高费用与较长时间;而保证责任的承担无需支付物的变价费用,⁽³⁵⁾扣划银行保证人的账上资金远比拍卖资产要便捷省时。因此赋予债权人选择权,在各种复杂的现实境况中,由债权人权衡比较后选择自身利益最优的方案,更符合共同担保的规范目的。

《物权法》第176条对由第三人提供或是债务人自己提供的物保进行了区分处理,若物的担保由债务人自己提供,则债权人没有选择权,应当先就该物的担保实现债权,理由是债务人才是债务的终局承担者,债务人居于责任承担顺位之首,会避免后续因担保人向债务人追偿而产生不必要的交易成本。⁽³⁶⁾笔者却认为,在债务人提供物保时,债权人仍可自由选择债务人或同一顺位担保人履行债务。除了担保物权实现程序的繁杂和高昂成本,还在于当债务人提供的物保无法完全实现债权时,仍需保证人或物上保证人承担剩余的担保责任,徒增债权实现的成本,毋宁让债权人自行选择最有利于实现债权的人保或物保一次性解决问题。设立共同担保的目的,便在于确保债权能更便捷、经济、有效且低风险地实现,赋予债权人完全选择权是这一规范目的的应有之义,减少追偿成本的任务与债权人并不相干。

若物的担保由第三人提供,则《物权法》第176条第1句肯定了混合共同担保中债权人应当按照约定实现债权,给意思自治保留了充分空间。该“约定”旨在确定或限制人的担保与物的担保并存时债权人的选择权,其内容仅限于人的担保与物的担保之间的责任顺序和责任分担范围,而不是指担保合同中就某一担保范围与担保权行使条件的具体约定。⁽³⁷⁾有学者认为,该“约定”原则上是债权人与全部担保人之间的约定,如果仅是债权人与个别担保人之间的约定,原则上不能拘束其他担保人。⁽³⁸⁾另有学者认为,并非债权人与个别担保人之间的约定均为无效。例如债权人与保证人约定,债权人有权首先要求该保证人承担保证责任,这种约定对其他担保人并未产生任何不利,应认定为有效。⁽³⁹⁾

我国各大商业银行作为债权人,普遍通过保证合同中的格式条款,将担保设计为无先

(35) 参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1111页。

(36) 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》(第二版),北京大学出版社2017年版,第356页;王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1112页。

(37) 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》(第二版),北京大学出版社2017年版,第356页;高圣平《混合共同担保的法律规则:裁判分歧与制度完善》,《清华法学》2017年第5期,第141页。

(38) 参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1112页。

(39) 参见崔建远著《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第751页;尹田著《物权法》,北京大学出版社2013年版,第507页。

诉抗辩权的连带责任担保,并且确保银行作为债权人的绝对选择权,可自由选择物保或人保优先受偿。例如中国银行拟订的保证合同中约定“合同所担保的债权,同时存在物的担保(含债务人或第三人提供)和保证担保的,债权人可以就担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任,债权人已经选择某一担保来实现债权的,也可同时主张通过其他担保来实现全部或部分债权。主债务在本合同之外同时存在其他物的担保或保证的,不影响债权人本合同项下的任何权利及其行使,债权人有权决定各担保权利的行使顺序,保证人应按照本合同的约定承担保证责任,不得以存在其他担保及行使顺序等抗辩债权人。”⁽⁴⁰⁾

笔者认为,债权人与担保人的“个别约定”不论对其他担保人是否有利,均为有效约定。例如抵押合同中约定,“无论是否存在其他担保,债权人均可首先行使抵押权”;抑或保证合同中约定,“仅在债权人就抵押权实现担保责任之后才承担保证责任”,这些个别约定均有效地限制或赋予了债权人选择权。⁽⁴¹⁾从代位权角度观察,担保人承担担保责任后针对其他共同担保人的内部追偿是一种代位追偿,源自于债权人针对各担保人的权利,因此代位追偿的内容与范围不能超出债权人享有的权利,其边界恰恰由债权人与担保人的“个别约定”所确定。个别担保人根据约定可针对债权人主张的抗辩,同样可针对追偿权人主张。

四 债务人与担保人的关系:追偿权与代位权

担保人承担担保责任后,从债务人处获得补偿的法理基础有二:其一为追偿权,基于保证人与债务人之间的关系;其二为代位权,保证人代位债权人的法律地位获得追偿权利。在罗马法早期,保证人的追偿权源自同债务人内部的经济—社会依赖关系,债务人通常因清偿能力不可靠,需要求助于一些富有的朋友担保,或是门客求助于家父担保。公元前4—3世纪颁布的《布布里利亚法》(*lex Publilia*)第一次明确了追偿权,规定如果债务人在应保人(sponsor)代其清偿之后六个月未还款,应保人可向债务人提起“拘禁之诉”。⁽⁴²⁾公元前2—1世纪初程式诉讼时期,担保人与债务人的内部关系被明确为委任,约定追偿权通过“委任之诉”来实现。《布布里利亚法》中还规定了一种法定追偿权,“…如果他们代替主债务人进行了清偿,……应保人还享有一项特殊的要求双倍款额的诉权,被称为保证人已清偿之诉”。⁽⁴³⁾约定追偿权被日益广泛运用,委任关系逐渐被推定存在于担保人

(40) 参见(2014)民二终字第305号;(2016)最高法民终473号。类似约定可参见中国民生银行,(2015)民二终字第329号;中国农业银行,(2014)民二终字第125号;中国建设银行,(2016)最高法民终581号;平安银行,(2016)最高法民终126号。以及国家开发银行、光大银行、交通银行、兴业银行等使用的格式保证合同中相关条款。感谢张双根老师整理提供的各银行合同样本资料。

(41) 参见高圣平《混合共同担保的法律规则:裁判分歧与制度完善》,《清华法学》2017年第5期,第143页。

(42) G. 4 22. Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 574–576; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, pp. 554–555.

(43) G. 3 127. Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 576; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, pp. 554–555.

与债务人之间。⁽⁴⁴⁾ 罗马法学家们也例举了一些不适用追偿权的情形,如担保契约的缔结违背债务人意志(可适用无因管理)、为了担保人自身利益(不存在担保功能)、出于赠与目的(赠与排除了追偿权)、债务人明确反对担保人的介入或不知情以及不在场(可适用无因管理)等。⁽⁴⁵⁾

优士丁尼时期,追偿权的法理基础发生了变化,不再基于担保人与债务人之间的委任关系,而是担保人与债权人之间的代位关系。担保人清偿债务后,债权人把自己的诉权转让给担保人,即“诉权转让照顾”(beneficium cedendarum actionum),担保人取代债权人地位。诉权转让照顾就是代位权,实现同委任之诉相同的效果。诉权转让照顾可根据担保人与债权人之间的合意产生,也可通过法定移转产生,《优士丁尼法典》相关片段记载,债权人若愿意通过物保方式实现债权,则有义务向物保人如出质人转让相关诉权。⁽⁴⁶⁾

比较法上,大陆法系各国(地区)基本认可了追偿权和代位权。法国、意大利与日本等国对保证人追偿权有明文规定,⁽⁴⁷⁾德国、瑞士以及我国台湾地区也有保证人代位权的相关条款。⁽⁴⁸⁾《欧洲示范民法典草案》第IV.G-2:113条允许了保证人追偿权与代位权的累加,以使保证人获得充分追偿。第IX-6:106条与第IX-7:109条规定,物上保证人准用保证人追偿权的条文。第IV.G-1:107条处理的是保证人承担内部追偿责任之后,对债务人的次级追偿权。⁽⁴⁹⁾我国现行法规定了担保人针对债务人的追偿权,但对代位权并无明确规定。《物权法》第176条后段承认了混合共同担保中担保人针对债务人的追偿权,《担保法》第57条、第72条分别规定了抵押权人和质权人的追偿权。《担保法》第31条则是对共同保证中保证人追偿权的规定。⁽⁵⁰⁾《担保法解释》第21条更细化到按份共同保证中保证人针对债务人的追偿权。

追偿权与代位权的权利来源基础不同。担保合同的原因关系包括委托合同、无因管理或赠与三种。鉴于追偿权源自担保人与债务人的关系,如果为赠与关系,担保人对债务人不享有任何权利;如果为委托合同或无因管理,担保人享有追偿权。代位权源自保证人与债权人的关系,严格来说是基于“代位清偿”或“第三人清偿”而发生的法定债权移转,即保证人代位行使债权人针对债务人的一系列权利,包括债权、担保权和其他从权利,如

(44) *D. 17. 1. 53; D. 17. 1. 6. 2.* 参见[古罗马]优士丁尼著《学说汇纂第十七卷:委任与合伙》,李飞译,[意]腊兰校,中国政法大学出版社2014年版,第11、83页。

(45) *D. 17. 1. 6. 2; D. 17. 1. 20. 1.* 参见[古罗马]优士丁尼著《学说汇纂第十七卷:委任与合伙》,李飞译,[意]腊兰校,中国政法大学出版社2014年版,第11、41页。

(46) *D. 46. 1. 36.; C. 8. 40 (41). 2 pr.* Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 577, 605; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, p. 549.

(47) 《法国民法典》第2305条、《意大利民法典》第1950条、《荷兰民法典》第7:866条、《日本民法典》第459、462条。

(48) 《德国民法典》第774条、《法国民法典》第2306条、《意大利民法典》第1949条、《瑞士债务法》第507条、我国台湾地区“民法”第749条。

(49) 欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1159、1249页;欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第九卷),徐强胜等译,法律出版社2014年版,第195、210页。

(50) 对于《担保法》第31条规定,有理解为担保人追偿权。参见叶金强著《担保法原理》,科学出版社2002年版,第72页以下。《担保法》官方释义书采取“代位权说”,认为第31条是关于保证人承担担保责任后,代位债权人享有对债务人债权的规定。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,第42页。《担保法》第12条后段与第31条规定相同。

违约金、债权人代位权与撤销权等。代位权优越于追偿权之处在于 担保人不仅在求偿权范围内取得债权人的债权 而且该债权的担保权 无论人保或物保 均一并移转给担保人, 因此立法在代位权基础上规定了债权人负有保存担保权的义务。当债权人任意抛弃部分担保权时 其他担保人可以在债权人放弃权利的相应范围内免除担保责任。⁽⁵¹⁾

五 债权人放弃部分担保与共同担保人的内部追偿权

(一) 债权人放弃部分担保的情形与效力

在共同担保中 债权人有权依意思自治而决定放弃部分担保。具体包括放弃债务人提供的物保、放弃物上保证人提供的物保、放弃保证人的保证三种情况。对“放弃物保”需作广义理解。担保物权在设立、维持及利用等环节 均可因债权人的过错导致担保物权无效用 或未达预期担保效果。放弃物保有四种典型情形 包括疏于注意致使物保合同无效、怠于行使登记(交付)请求权致使物保未设立、狭义的放弃物保行为、担保物自身价值贬损灭失或担保物权减值。⁽⁵²⁾ 债权人的归责事由性质上系与有过错 造成用于担保的整体责任财产范围减少 不仅会对后续签订保证合同的保证人产生了误导 还会增加每个担保人承担的责任比例份额 进一步影响到担保人行使追偿权与代位权的范围 最终造成其他担保人顺位利益或信赖利益受损 因此放弃担保的法律效果为相应扣减债权人的担保给付请求权。

《欧洲示范民法典草案》第 IV. G - 2: 110 条也是从可否归责于债权人的角度规定的, “如果因为债权人的行为 保证人不能代位行使债权人对债务人、保证人、物保人的权利, 或者不能向债务人或其他担保人为充分追偿的, 债权人对保证人的权利将受到限制以免保证人因为债权人的行为而蒙受损失。如果保证人已经履行了其担保债务, 有权要求债权人赔偿前述损失。该规定仅当债权人的行为未尽到合理谨慎之人处理自己事务所应有的注意义务时方得适用。”⁽⁵³⁾ 德国、法国、日本和我国台湾地区的学说判例持类似立场,⁽⁵⁴⁾ 如若保证人的追偿权与代位权由于债权人的放弃行为丧失或贬损, 则免除相应的保证责任 或者赋予保证人损害赔偿请求权。⁽⁵⁵⁾ 债权人的不当行为还包括明知债务人财务状况正在恶化情况下 迟延收取债务人已到期债务。

放弃物保的情形之一是物保合同无效或被撤销。《担保法解释》第 38 条第 2 款规定此时保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。有观点认为物保合同无效或被撤销的 担保物权视为自始未设立, 谈不上债权人放弃物的担保, 保证人不能免除

(51) 参见程啸著《保证合同研究》, 法律出版社 2006 年版, 第 258 - 259、313 - 314 页。

(52) 参见史尚宽著《债法各论》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 935 页。

(53) 欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(第四卷), 于庆生等译, 法律出版社 2014 年版, 第 1231 页。

(54) 参见叶名怡《混合担保中债权人过错对保证责任之影响》, 《法商研究》2016 年第 4 期, 第 131 - 141 页。

(55) 参见《德国民法典》第 776 条、《意大利民法典》第 1955 条、《法国民法典》第 2314 条、《奥地利民法典》第 1364 条、《荷兰民法典》第 7: 850 条。

保证责任。⁽⁵⁶⁾ 可这一观点忽略了当事人的主观状态,如果债权人与物保人对于物保合同无效或被撤销具有可归责事由,以及对后续签订保证合同的保证人产生了误导,理应视为债权人抛弃物的担保,并根据误导程度及可归责程度,相应减少其他保证人的保证责任。⁽⁵⁷⁾ 情形之二是担保物自身价值贬损或灭失。《担保法解释》第38条第2、3款根据债权人是否具有可归责性而区分法律效果,如担保物因不可抗力灭失而没有代位物的,保证人仍应承担保证责任;如因债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权,致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的,视为债权人放弃部分或者全部物的担保。《物权法》第194条第2款还规定担保物权之减值也可视为部分抛弃,例如抵押权次序之抛弃或后移。情形之三是债权人因未办理担保物权登记导致担保物权未设立。我国判例对此能否视为放弃物保多持否定态度,笔者认为,此时仍应考虑债权人对于物保未设立的后果是否具有可归责事由进行区分处理。⁽⁵⁸⁾

放弃的物保由债务人提供还是物上保证人提供,会影响同一顺位其他担保人免除担保责任的范围。原因在于,若债务人以自己提供的物保清偿债务,无权向共同担保人追偿;而物上保证人承担担保责任后享有内部追偿权,追偿范围为该物上保证人所承担的超出自己责任比例份额的部分。《担保法》第28条第2款(债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任)是建立在“物的担保责任绝对优先说”的立场上的当然结论,未区分由债务人提供物保与物上保证人提供的物保。

若放弃的物保由债务人提供,《物权法》第194条第2款规定,“债务人以自己的财产设定抵押,抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的,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,但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”⁽⁵⁹⁾ 此处的“其他担保人”包括保证人与物上保证人;“优先受偿权益的范围”便是债权人放弃的担保数额,即债务人抵押的财产所担保的债权数额。⁽⁶⁰⁾

若放弃的物保由物上保证人提供,此时给其他共同担保人增加的负担,便是该物上担保人本应分担的责任比例份额。同一顺位下其他担保人在“该担保人本应分担的责任比例份额”内免责,而不是在“债权人放弃的担保数额”内免责。《担保法解释》第38条第1款虽然改采“物保与人保平等说”,却仍在第3款规定“债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权,致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的,视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。”采纳了“非比例责任”而不是“比例责任”,回到了“物的担保责任绝对优先说”的立场,使得同一条文内出现了无法化解的矛盾。试以[例4]具体说明两者的区别。

(56) 参见曹士兵著《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第157页。

(57) 参见程啸《保证与担保物权并存之研究》,《法学家》2005年第6期;程啸著《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第625页。

(58) 债权人虽有使主债务人设定质权或抵押权之权利,而怠于使其设定者,亦应包括在内。参见史尚宽著《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第935页;程啸著《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第624页。

(59) 《担保法解释》第75条第1款与第123条有类似规定。

(60) 参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1251页。

[例 4]对于一笔 1000 万元的债务,物保人甲担保 300 万元,物保人乙担保 200 万元,连带责任保证人丙和丁对全部债务承担连带共同保证。债务人嗣后清偿了 200 万元,债权总额减至 800 万元。债权人放弃了甲提供的物保,乙、丙、丁并非在甲担保的 300 万元范围内免责,而是在甲应分担的比例份额内免责。甲应分担的比例份额为 $114.3 = 800 \times [300 \div (300 + 200 + 800 + 800)]$ 万元,⁽⁶¹⁾ 因此乙、丙、丁承担的担保责任总额减为 685.7 万元 = 800 万 - 114.3 万。

基于混合共同担保中物保与人保的平等性,现行法认可了债权人放弃物保时同一顺位下的保证人可免责或减责,同理,当债权人放弃部分保证时,同一顺位下的其他物保人与保证人也应当在被免责保证人本应分担的责任比例份额内免除担保责任。由于后顺位的担保人在承担担保责任前,可以向前顺位担保人主张先诉抗辩权,并且前顺位担保人承担担保责任后,不能向后顺位担保人内部追偿,因此,如果债权人放弃了责任顺位在先的担保,使得后顺位的担保人无从向被免责的前顺位担保人主张先诉抗辩权,结果便是后顺位的担保人在“债权人放弃的担保权利数额”内免责。⁽⁶²⁾

需要注意,债权人意思自治的空间,除了自由决定是否放弃部分担保之外,还可以与共同担保人自由约定放弃部分担保的效力。实践中,我国各大商业银行作为债权人,通常皆以格式合同或约定的形式,确保银行放弃或变更相关担保权利时,并不会减免其他共同担保人的担保责任。例如,平安银行拟订的保证合同中写明,“如平安银行放弃行使对担保物(包括债务人提供的担保物)或其他保证人的担保权,保证人仍应按照保证合同约定承担全部担保责任。”⁽⁶³⁾ 交通银行拟订的保证合同条款中也明确了,“债权人放弃或变更对其他担保人的担保权利、债权人放弃或变更担保物权的权利顺位的,保证人按本合同承担保证责任,而不免除任何责任。”

(二) 共同担保人的内部追偿权以及个别约定的内外效力

共同担保人之间的内部求偿权,指担保人之一承担担保责任后,除了可以向债务人追偿,还可以就超出责任比例份额部分向同一顺位其他共同担保人内部追偿。罗马人早在公元前 200 年左右颁布的《阿普勒伊法》(*lex Appuleia*)中,就规定已经清偿债务的担保人可就超出其应承担份额部分向其他担保人提起追夺之诉,打破了各担保人之间的严格连带,承认了共同担保人的内部追偿权。⁽⁶⁴⁾ 担保人针对债务人的“诉权转让照顾”也适用于共同担保人的内部关系。若担保人之一承担了全部债务或超过了自己应承担的比例份额,通过诉权转让照顾,可向其他担保人内部追偿。罗马法中共同担保诸规则及其演进,参见表 1。

(61) 共同担保中比例份额的计算方式为:同一顺位担保人的代偿总额 = 实际债权总额 - 前一顺位担保人已清偿债权额;物上保证人分担额 = 代偿总额 × [物的担保债权额 ÷ (全部保证债权额 + 全部物的担保债权额)];保证人分担额 = 代偿总额 × [保证债权额 ÷ (全部保证债权额 + 全部物的担保债权额)]

(62) 高圣平《混合共同担保的法律规则:裁判分歧与制度完善》,《清华法学》2017 年第 5 期,第 159 页。

(63) 相关裁判文书参见(2016)最高法民终 126 号。

(64) *G. 3 122; D. 27. 3. 1. 11 e 13.* Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 574; Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, 1985, p. 554.

表1 罗马法中共同担保诸规则及其演进

	债权人与保证人: 债务清偿	债务人与保证人: 追偿权	保证人之间: 追偿权
早期	消极连带, 债权人可自由选择保证人	<i>lex Publilia</i> : 法定追偿权 基于委任的约定追偿权	严格连带, 无追偿权
中期	<i>lex Furia</i> : 保证人按份责任 <i>lex Cicereia</i> : 公示每位保证人 <i>lex Cornelia</i> : 限制每位保证人担保数额	基于委任追偿权推定存在 赠与等情形无追偿权	<i>lex Appuleia</i> : 内部追偿权
优士丁尼法	哈德良: 诉权划分照顾——保证连带转化为份额保证 优士丁尼法: 先诉照顾——连带保证转化为一一般保证	诉权转让照顾——从债务人与保证人间的追偿权变为保证人与债权人间的代位权	追偿权基础变为诉权转让照顾(代位权)

欧陆各国民法典中,大都规定有共同保证人的内部追偿权。⁽⁶⁵⁾《欧洲示范民法典草案》第IV.G-1:106条赋予了担保人针对其他共同担保人的内部追偿权和代位权。⁽⁶⁶⁾我国现行法对此争议很大,涉及混合共同担保的《担保法解释》第38条第1款、涉及共同保证的《担保法》第12条、《担保法解释》第20条第2款以及涉及共同抵押的《担保法解释》第75条第3款均明确认可了内部追偿权,而《物权法》176条只规定“提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”,并未明确涉及共同担保人内部追偿问题。立法机关主编的释义书否定了内部追偿权;⁽⁶⁷⁾各地人民法院相当部分判决沿袭《担保法》及《担保法解释》的肯定立场;⁽⁶⁸⁾部分高级人民法院在司法文件中坚持了肯定态度;⁽⁶⁹⁾最高人民法院未作正式回应,但相关司法解释草案同样持肯定立场。⁽⁷⁰⁾在共同担保人内部追偿与担保人针对债务人的外部追偿关系上,《担保法》第12条后段赋予保证人选择权。但是《担保法解释》第20条第2款强行把外部追偿作为内部追偿的前提条件,限制了担保人的自由选择权,未必妥当。遗憾的是,在民法典“物权编”室内稿与征求意见稿中,依旧未能明确规定内部追偿问题。

(65) 《德国民法典》第774条、《意大利民法典》第1954条、《法国民法典》第2310条、《荷兰民法典》第7:869条等。

(66) 欧洲民法典研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(第三卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第856页。

(67) 参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第381-382页。

(68) 相关裁判文书参见(2009)温瑞商初字第1321号、(2009)杭西商初字第2685号、(2010)甬海商初字第1002号、(2010)杭江商初字第391号、(2011)杭萧商初字第3203号、(2011)杭萧商初字第3205号、(2011)嘉善商初字第109号、(2011)甬象商初字第1140号、(2012)金婺商初字第250号、(2013)绍嵊商初字第902号。转引自黄忠《混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开》,《中外法学》2015年第4期,第1012页。

(69) 湖北省高级人民法院民二庭《当前商事审判疑难问题裁判指引》(2016年11月)之22“担保人承担担保责任后行使追偿权的对象和范围”中指出“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。”转引自高圣平《混合共同担保的法律规则: 裁判分歧与制度完善》,《清华法学》2017年第5期,第159页。

(70) 参见《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。

学界对于是否应当承认内部追偿权争议极大,⁽⁷¹⁾ 鉴于该问题并非本文论述重点, 仅对各方观点简单概括。否定内部追偿权的主张, 或是从法学方法论层面强调担保法与物权法规定不一致的适用物权法, 将立法机关释义书中的否定性结论视为“立法者解释”; 或是担心内部追偿造成法律关系过于繁杂增加社会成本; 或是质疑缺乏约定时的内部追偿违背了意思自治原则而不具正当性基础; 或是认为担保人负担的责任只要不超出担保合同中约定的范围, 便属于担保人本应承担的风险。⁽⁷²⁾

肯定内部追偿权的论证理由更为周全充分, 法学方法论层面上《物权法》176 条文义上的“沉默”不意味着对《担保法解释》第 38 条的否定或摒弃; 在体系解释上, 若不类推适用共同保证的相关规定, 会造成体系违和。内部追偿的正当性基础在于代位权, 超额承担担保责任的担保人在超额范围内代位原债权人成为新债权人, 各担保人以内部追偿的方式向新债权人清偿, 实质上是履行基于担保合同的担保责任, 并不违反意思自治原则。⁽⁷³⁾ 在价值判断层面, 肯定内部追偿更契合损失或风险分担意义上的公平及诚信原则的要求, 可有效分散单个担保人承担的责任风险;⁽⁷⁴⁾ 而且从效率角度更有利于避免在不允许相互追偿情况下担保人“贿赂”债权人的投机行为, 降低担保人之间另行约定而支出的交易成本。⁽⁷⁵⁾

内部追偿权仅仅限制在同一顺位共同担保人之间, 由于前一顺位未清偿的债权份额才由后一顺位担保人继续承担担保责任, 所以前一顺位担保人无权向后一顺位担保人追偿; 同理, 由于先诉抗辩权的威力已经覆盖甚至超出了内部追偿权的功能, 后责任顺位担保人在行使先诉抗辩权之后再承担担保责任的, 并无向前顺位担保人追偿的意义, 只能向同顺位其他共同担保人内部追偿, 追偿数额限制为共同担保人各自的责任比例份额, 否则将会导致先履行全部给付的担保人将风险转嫁给其他担保人, 以及担保人之间相互追偿、循环往复。

在实践中, 经常出现共同担保人之间私下约定担保份额的情形, 这种约定发生在全部或部分担保人之间, 债权人并未参与其中。共同担保人之间的约定内容甚至可能与各担保人与债权人的约定内容相抵触。基于意思自治原则与信赖保护原则的协调, 需要区分参与约定的共同担保人之间的内部关系以及他们同债权人以及未参与约定的共同担保人的外部关系。在内部关系中, 共同担保人之间依约定内容相互追偿, 不受推定规则中责任

(71) 支持内部追偿权的代表文献参见叶金强著《担保法原理》, 科学出版社 2002 年版, 第 15 页; 高圣平《混合共同担保之研究》, 《法律科学》2008 年第 2 期; 程啸《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权》, 《政治与法律》2014 年第 6 期; 黄忠《混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开》, 《中外法学》2015 年第 4 期; 贺剑《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区》, 《法学》2017 年第 3 期; 张尧《混合共同担保中担保人内部求偿的解释论》, 《法学家》2017 年第 3 期。否定内部追偿权的代表文献参见黄喆《保证与物的担保并存时法律规则之探讨》, 《南京大学学报》2010 年第 3 期; 江海、石冠彬《论共同担保人内部追偿规则的构建》, 《法学评论》2013 年第 6 期; 李红建、雷新勇《人保与第三人物保的相互追偿及担保物权未设立的责任问题探讨》, 《法律适用》2014 年第 8 期。

(72) 参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》, 法律出版社 2007 年版, 第 381 - 382 页。

(73) 参见王昌颖《人保与物保并存时担保人之间追偿权初探》, 《人民法院报》2013 年 4 月 3 日第 07 版。

(74) 参见曹士兵著《中国担保制度与担保方法》(第三版), 中国法制出版社 2015 年版, 第 65 页; 高圣平《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》, 《中国法学》2016 年第 1 期, 第 243 页。

(75) 参见贺剑《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区》, 《法学》2017 年第 3 期, 第 83 - 84 页。

比例份额的限制; 在外部关系中, 部分担保人之间的约定不得对抗债权人以及未参与约定的担保人。债权人仍可依法定的推定规则, 或者债权人与担保人之间的个别约定内容, 要求各共同担保人依据相关责任顺位与份额承担担保责任。未参与约定的共同担保人仍然只在责任比例份额内承担内部追偿责任。试以[例5]具体说明。

[例5]对于一笔300万元的债务, 甲担保40万元, 乙担保80万元, 丙担保70万元, 丁担保110万元。则在外部关系中, 甲乙丙丁承担的连带共同担保额度为40万元, 乙丙丁承担的连带共同担保额度为70万元, 乙丁承担的连带共同担保额度为80万元, 丁对110万元以下的超过80万元的部分承担按份共同担保。如果甲与乙私下约定各负担60万元的担保责任, 该约定仅在甲乙之间有效, 不能对抗债权人与丙丁。若最终四个担保人只有甲承担了120万元的担保责任, 则在外部关系中, 甲乙丙丁的责任比例份额分别为16万、32万、28万、44万(计算公式参见本文注释61), 而在甲乙的内部关系中, 甲乙的责任比例份额皆为24万。甲有权依内部约定向乙追偿24万元, 甲有权依推定规则向丙追偿28万元, 向丁追偿44万元。

《担保法解释》第19条肯定了这一立场。在共同保证中, 如果仅是保证人之间约定了保证份额, 而保证人与债权人之间无此种约定, 仍按连带共同保证对待。在共同抵押中, 抵押财产负担数额的约定必须在抵押登记中明确作出表示, 才能约束抵押权人, 如果只是抵押人之间的约定, 显然不能对抵押权人产生约束力。⁽⁷⁶⁾

另外, 在内部追偿实践中经常发生部分共同担保人在责任比例份额内无力承担担保责任的情况。如果部分共同担保人无力承担担保责任不可归责于行使追偿权的担保人时, 这一不利后果由追偿权人自行承担, 还是由追偿权人与其他连带共同担保人按比例分担? 从肯定内部追偿权的各理论观点来看, 更支持由有资力之其他共同担保人按比例分担风险的解决方案,⁽⁷⁷⁾ 被称为“追偿权的扩大”。比较法上也多采取第二种处理方法。⁽⁷⁸⁾

六 结论: 未来民法典中共同担保的统一规则

共同保证、共同抵押以及混合共同担保三种担保类型具有同质性, 可以构建统一的共同担保规则。我国现行法针对共同担保中债权人、债务人与担保人的三方关系, 如各担保人承担责任的顺位与份额、人保与物保的关系、共同担保人对债务人的外部追偿和代位; 共同担保人之间的内部追偿等问题有一系列推定规则, 但相关规范之间存在大量模糊与冲突问题需要进一步澄清。在推定规则之外, 共同担保仍存在广阔的意思自治空间, 各方当事人之间的约定会进一步加剧共同担保中责任承担与追偿规则的复杂性: 债权人可以与各担保人就责任承担的顺位与份额、就人保与物保的责任顺序和分担范围进行特别约

(76) 参见王利明著《物权法研究》(下卷)(第四版), 中国人民大学出版社2016年版, 第1250页。

(77) 参见史尚宽著《债法各论》, 中国政法大学出版社2000年版, 第943页。

(78) 《德国民法典》第426条、《日本民法典》第444条、我国台湾地区“民法”第282条。

定; 债权人有权放弃部分担保以及与共同担保人约定放弃担保的效力; 共同担保人之间可以约定内部追偿的责任比例份额等。当事人的意思自治对于共同担保推定规则的影响, 参见表 2。

表 2 当事人意思自治对于推定规则的影响

	推定规则	意思自治空间
责任顺位	连带责任担保为原则, 一般担保为例外	可约定后顺位担保与剩余担保等更多层级的责任顺位。后顺位担保人可放弃顺位利益
责任份额	未约定或约定不明的视为连带共同担保	约定的各担保份额的重合部分构成连带共同担保, 非重合部分构成按份共同担保
债权人与担保人	第三人提供的物保与人保平等, 赋予债权人选择权。物保由债务人提供时, 物保优先	债权人的选择权受约定限制, 所有个别约定均有效, 无论对其他担保人是否有利。债权人有权放弃部分担保, 造成其他担保人利益受损的, 相应扣减担保责任。债权人可与担保人约定放弃部分担保的效力
债务人与担保人	担保人针对债务人享有外部追偿权	通过作为追偿权原因关系的担保合同如委托、赠与, 对追偿权的存在及效力进行约定
共同担保人之间	现行法对是否承认内部追偿权有争议。若肯定, 仅就超出责任比例份额部分向同顺位其他担保人追偿	共同担保人之间依内部约定相互追偿, 不受推定规则中责任比例份额的限制。但内部约定不得对抗债权人及其他共同担保人

结合前述, 笔者将共同担保中的责任承担与追偿关系草拟为六个条文, 供编纂起草民法典物权编参考:

第 X 条(责任承担顺位): 共同担保人依约定顺位对主债务承担担保责任; 前一顺位担保人未清偿的债务额度, 由后一顺位担保人继续承担担保责任。后一顺位担保人针对所有前顺位担保人享有先诉抗辩权。未主张先诉抗辩权而自愿承担担保责任的, 视为放弃顺位利益, 责任承担顺位相应前移。当事人对担保顺位没有约定或者约定不明确的, 按照连带责任担保承担保证责任。

第 X + 1 条(责任承担份额): 同一责任顺位下, 每个担保人在其对债权人所承担的担保范围内, 与其他担保人对债权人负连带共同担保责任。担保人与债权人对担保份额没有约定或者约定不明确的, 就该责任顺位下的全部债权负连带共同担保责任。

第 X + 2 条(混合共同担保中人保与物保的关系): 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的, 债权人应当按照约定实现债权。债权人可以与全体担保人共同约定, 也可以与部分担保人个别约定。没有约定或者约定不明确的, 无论物的担保是由债务人还是第三人提供, 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。

第 X + 3 条(债权人放弃部分担保): 债权人因故意或过失放弃部分担保的, 同一顺位下的连带共同担保人在该担保人应当分担的责任比例份额内免除担保责任; 后顺位的共同担保人在债权人放弃的担保数额内免除担保责任。如果债权人放弃的物的担保由债务人提供, 所有担保人在债权人放弃的担保数额内免除担保责任。债权人也可以与共同担保人约定放弃部分担保的效力。

第 X + 4 条(外部追偿权): 担保人向债权人承担全部或部分担保责任后, 可以向债务人追偿。向债务人追偿并非共同担保人之间内部追偿的前置程序。内部追偿程序中承担了相应责任的共同担保人, 可以向债务人追偿。

第 X + 5 条(内部追偿权): 共同担保人按各自责任比例份额承担担保责任。担保人超出责任比例份额承担担保责任的, 就超出部分只能向同一顺位其他共同担保人内部追偿, 追偿数额限制在共同担保人各自责任比例份额范围。若部分共同担保人无力承担担保责任, 由有资力的共同担保人分担相应的责任比例份额。部分共同担保人之间约定担保份额的, 部分共同担保人内部依此约定相互追偿, 但不得对抗债权人与其他共同担保人。

[本文为国家社会科学基金青年项目(16CFX033)与清华大学自主科研计划(2015THZ0)的研究成果。]

[**Abstract**] As co-suretyship, joint mortgage and mixed joint guarantee are homogeneous, they can together form a unitive rule of joint guarantee. The current Chinese laws contain a series of presumption rules regulating various relations among the creditor, the debtor and the guarantor, such as the sequence or the share among the guarantor, the relationship between the guarantee of property and the guarantee of person, the external recovery or the subrogation of the joint guarantor to the debtor and the internal recovery of the joint guarantor. Apart from the presumption rules, the parties have broad room to achieve their autonomy of will. The creditor and every guarantor may agree on the sequence or the share of guarantee liability as well as on special rules on the sequence and scope of property and guarantee; the creditor may waive part of the guarantee and reach an agreement with the guarantor on the effect of such waiver; and joint guarantors may jointly determine the proportion of the guarantee liability. The amount of internal recovery should be calculated on the basis of the proportions of the guarantee liability contracted, without the need to consider the amount of the obligation and the value of the guaranteed property.

(责任编辑: 姚 佳)