

§ 民法典编纂研究 §

# 共同担保人的相互追偿权

## ——兼论我国民法典分则相关规范的设计

杨代雄

**摘要:** 从解释论看,《物权法》第176条对于混合共同担保人是否享有相互追偿权既未作肯定规定,也未作否定规定。实践中,应当依据《担保法司法解释》第38条第1款承认混合共同担保人的相互追偿权。从立法论看,我国《民法典》分则应当在相应章节规定各种情形共同担保的担保人都享有相互追偿权。在内部关系中,各担保人应均担责任,但物上担保人分担的责任不应超过担保物的价值。部分追偿义务人丧失偿债能力或者担保物灭失且无赔偿金、补偿金请求权等代位物的,未能向其追偿的数额由追偿权利人和其他追偿义务人均担。

**关键词:** 保证; 担保; 共同担保; 连带债务; 追偿

**中图分类号:** D913.2    **文献标志码:** A    **文章编号:** 1006-0766 (2019) 03-0053-10

实践中,同一债务存在数个担保是比较常见的现象。某一担保人履行了担保责任之后,对其他担保人是否享有追偿权,是一个备受争议的问题。我国《担保法》第12条规定连带共同保证人享有相互追偿权,但《担保法》和《物权法》均未规定数个物上担保人是否享有相互追偿权以及物上担保人与保证人是否享有相互追偿权。《担保法司法解释》第38条第1款规定物上担保人与保证人享有相互追偿权,但由于《物权法》第176条在规范物保与人保的关系时未明确提及此种相互追偿权,所以在司法实践中造成了法律适用上的分歧。《担保法司法解释》第75条第3款规定在共同抵押情形中,抵押人承担担保责任后有权请求其他抵押人清偿其应当承担的份额。此项规定可否适用于共同抵押与共同保证之外的其他类型的共同担保,其他担保人“应当承担的份额”如何确定,也不疑问。目前我国正在编纂民法典,应当在民法典分则相应章节对共同担保人的相互追偿权问题予以明确规定,以消除解释论层面上的不必要纷争。

### 一、共同担保人相互追偿权的解释论

自我国《物权法》实施以来,关于共同担保人相互追偿权的争议主要集中在混合共同担保人(人保与物保并存)是否享有相互追偿权之问题上。对此,解释论上存在肯定说与否定说。<sup>①</sup>否定说的主要理由是:虽然《担保法司法解释》第38条规定了担保人之间的内部求偿关系,且《物权法》实施之后,最高人民法院并未明确废止《担保法司法解释》,但《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”的规定,使得《担保法》第28条因与《物权法》第176条相冲突

作者简介: 杨代雄,华东政法大学法律学院教授(上海 201620)

基金项目: 国家社会科学基金项目“意思表示解释的原理与方法研究”(17BFX192)

<sup>①</sup> 已有学者对各种学说予以详细梳理,此处不再赘述。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151-154页;程啸 《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》,《政治与法律》2014年第6期,第89-90页;贺剑 《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区——〈物权法〉第176条的解释论》,《法学》2017年第3期,第78-81页。

而失去效力,《担保法司法解释》第 38 条系对《担保法》第 28 条所作解释,自应失效。<sup>①</sup>显然,此项理由主要着眼于《物权法》第 176 条、第 178 条以及《担保法司法解释》第 38 条之间的关系。从方法论上看,其基本方向是正确的。不过,沿着这个方向未必能得出这样的解释结论。否定说在解释论上的逻辑前提是《物权法》第 176 条第 2 句否定了混合共同担保人的相互追偿权。此项前提是否成立,不无疑问,需要通过法律解释予以确定。法律解释结论的正确性与妥当性需要借助于一套方法予以保证。任何一门学问要想具备科学性,必须有自己的方法。法教义学也不例外。尽管法教义学不像数学、物理、经济学那样具有高度精确性,但绝不能说法律思维毫无确定性可言。法律解释是法教义学的核心任务,因此,法律解释方法是法教义学的根基所在。法律解释方法主要包括文义解释、体系解释、历史解释、反面解释、当然解释、客观目的论解释。这些方法的排列基本上体现了其适用的顺位关系,但客观目的论解释对其他解释方法适用结果的妥当性具有检验功能。对于《物权法》第 176 条第 2 句的解释应逐个尝试上述方法。

《物权法》第 176 条第 2 句明文规定担保人对主债务人的追偿权,未规定担保人对其他担保人的追偿权。无法通过对该句规定进行文义解释确定担保人是否享有相互追偿权,因为文义解释需要对法条中相关词语的含义进行阐释,而该句文字表述根本没提到担保人是否有权相互追偿,欠缺文义载体。同样,也无法通过对《物权法》第 176 条第 2 句进行体系解释获得答案。体系解释主要包括两种具体方法。一是规范关联法,即把待解释的法条与其他条款相联系,利用法律规范的脉络关联确定法条的意义。《物权法》中没有其他条款涉及担保人的追偿权,所以对《物权法》第 176 条第 2 句不能适用规范关联法。二是体系定位法,即通过考察待解释法条在法律体系中所处的位置,确定其规范功能和意义。实践中有司法裁判认为,担保人之间的追偿权源于担保人对债权人地位的继受,本质上是债法问题,《物权法》未作明文规定应属受其立法目的和法律功能的限制,并非对《担保法》及其司法解释关于混合担保人互有追偿权条款的否定。<sup>②</sup>此项裁判理由未必契合我国现行民法的体系安排。尽管民法上区分了物权法与债权法,但二者并非泾渭分明。物权法中也有个别条款涉及债权关系,比如《物权法》第 172 条规定担保合同与主债权合同的关系以及担保合同无效后的损害赔偿责任,这些显然都属于债法问题。第 176 条第 2 句本身规定的担保人对债务人的追偿权其实也是债法问题,担保人的相互追偿权同样也是债法问题,既然《物权法》可以规定前者,那么规定后者也未尝不可。从这个意义上说,不能仅因为担保人的相互追偿权是债法问题,就认为《物权法》对其未作明文规定是理所当然的,进而得出立法者并未否定担保人相互追偿权的解释结论。《物权法》的立法者究竟是否否定担保人的相互追偿权,需要通过其他途径予以探究,仅凭《物权法》第 176 条第 2 句在民法体系中的位置难以断定立法者的意图。

可否通过对《物权法》第 176 条第 2 句予以历史解释得出结论?历史解释可以使用的具体方法包括立法史料考察法与新旧法律比较法。《物权法》立法史料对于共同担保人相互追偿权问题并无相关记载,所以立法史料考察法无从适用。新旧法律比较法即通过对新法与旧法进行比较,探究立法者的基本倾向。《物权法》制定之前,由全国人大或其常委会制定的涉及担保人追偿权的法律规定主要包括《担保法》第 12 条规定连带共同保证人享有相互追偿权,《担保法》第 31 条规定保证人对主债务人享有追偿权,《担保法》第 57 条规定抵押人对主债务人享有追偿权,《担保法》第 72 条规定出质人对主债务人享有追偿权。这些条款并未涉及物上担保人与保证人之间的相互追偿权,《担保法》第 28 条在规规定物的担保与保证之关系时,也并未规定物上担保人与保证人的相互追偿权。既然旧法也未规定物上担保人与保证人的相互追偿权,那么作为新法的《物权法》第 176 条第 2 句未规定此种相互追偿权,不能表明立法者对此种相互追偿权经历了从肯定到否定的立场转变过程。至于立法者为何在该句规定担保人对主债务人享有追偿权,则可以得到合理解释:与《担保法》不同,《物权

① 黄喆《保证与物的担保并存时法律规则之探讨——以〈物权法〉第 176 条的规定为中心》,《南京大学学报》2010 年第 3 期,第 144 页。

② 参见湖北省高级人民法院对“顾正康、十堰荣华东风汽车专营有限公司、钱云富与湖北汇城置业有限公司、十堰华泰龙投资发展有限公司追偿权纠纷案”作出的“(2014)鄂民二终字第 00078 号”民事判决。

法》并未在抵押权与质权的相应章节分别规定抵押人与出质人对主债务人的追偿权，而是在第176条利用规范物保与人保之关系的机会，就这些物上担保人以及保证人对主债务人的追偿权予以统一规定。应当注意的是，尽管《担保法解释》第38条第1款规定了物上担保人与保证人享有相互追偿权，但这毕竟不是全国人大或其常委会的立法规定，与《物权法》第176条并非出于同一作者，所以不能作为历史解释的依据。

可否通过对《物权法》第176条第2句予以反面解释得出结论？反面解释即依据法律规定的法律事实，推论其反面之结果。<sup>①</sup>《物权法》第176条第2句规定的法律事实是“提供担保的第三人承担担保责任”，法律效果是“有权向债务人追偿”。与之相反的法律事实是“提供担保的第三人未承担担保责任”，法律效果是“无权向债务人追偿”。所以，反面解释的结论是“提供担保的第三人未承担担保责任的，无权向债务人追偿”，根本不涉及担保人是否有权向其他担保人追偿之问题。

可否通过当然解释（“举轻以明重”或“举重以明轻”）得出结论？《物权法》第176条第2句规定担保人对主债务人享有追偿权，未规定担保人相互享有追偿权，从法价值上看，不能说相比于担保人对主债务人的追偿权，担保人更应该享有对其他担保人的追偿权。所以，不能通过“举轻以明重”的方法得出担保人应该享有相互追偿权的结论。可否通过客观目的论解释获得答案？客观目的论解释适用的前提是关于某个问题存在一项法律规定，此项规定文义模糊，在可能的文义范围内，通过目的论考量，确定一项符合法的基本价值和原则的文义。<sup>②</sup>关于担保人是否享有相互追偿权，《物权法》第176条根本未作任何规定，没有文义载体，所以不具备客观目的论解释的前提。

综上，关于《物权法》第176条是否承认共同担保人相互追偿权，穷尽各种法律解释方法，都不能得出解释结论，无论是肯定性结论还是否定性结论。唯一可以确定的是，《物权法》第176条对于担保人的相互追偿权未作任何规定。

《物权法》第178条规定“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”依据一般语言用法，所谓“不一致”是指两个事物存在区别，“担保法与本法（物权法）的规定不一致”应该解释为《担保法》关于某一事项的规定与《物权法》关于同一事项的规定存在区别，这两个规定就是两个事物。比如，依据《担保法》第53条之规定，实现抵押权时，协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼，而依据《物权法》第195条第2款之规定，协议不成的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。仅当关于同一事项《担保法》与《物权法》都有规定时，才能说二者是否一致，从而依据《物权法》第178条决定适用哪一项规定。如果关于某一事项《担保法》没有规定，《物权法》有规定，则并非“担保法与本法的规定不一致”，此时当然适用《物权法》规定，比如《担保法》没有规定动产浮动抵押，《物权法》规定了。反之，如果关于某一事项《担保法》有规定，《物权法》没有规定，则亦非“担保法与本法的规定不一致”，此时应适用《担保法》规定。关于混合共同担保人相互追偿权，《物权法》没有规定，《担保法》本身虽然也没有规定，但《担保法司法解释》第38条第1款规定物上担保人与保证人享有相互追偿权，所以，实践中应当适用司法解释该款规定。<sup>③</sup>

## 二、共同担保人相互追偿权的理论基础

尽管在解释论层面上可以借助《物权法》第178条与《担保法司法解释》第38条第1款的配合

① 杨仁寿《法学方法论》，北京：中国政法大学出版社，1999年，第114-122页。

② 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第221页。

③ 实践中多数判例采用此种立场，承认混合共同担保人的相互追偿权。参见最高人民法院对“顾正康、十堰荣华东风汽车专营店有限公司、钱云富与湖北汇城置业有限公司、十堰华泰龙投资发展有限公司追偿权纠纷案”作出的（2017）最高法民再137号民事判决；江苏省高级人民法院对“南京能发科技集团有限公司等与上海宽频科技股份有限公司担保追偿权纠纷案”作出的（2011）苏商终字第0161号民事判决。也有个别判例不承认混合共同担保人的相互追偿权，比如云南省高级人民法院对“毛美琼、刘勇、刘晓燕、刘朝凯、李永禄、余华追偿权纠纷案”作出的（2017）云民终188号民事判决以及云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院对该案作出的（2016）云25民初26号民事判决。

得出混合共同担保人享有相互追偿权的结论,但此项结论是否具有充分的理论基础则颇有疑问。在立法论层面上,应否在未来民法典分则中规定混合共同担保人的相互追偿权或者对各种情形共同担保人的相互追偿权设置一般规定?唯有回归民法基本原理,才可能对此类问题做出令人满意的回答。

为了论证共同担保人相互追偿权的正当性,学者们经常求助于连带债务、<sup>①</sup>不当得利、<sup>②</sup>公平原则<sup>③</sup>等原理。<sup>④</sup>将共同担保理解为类似于连带债务那样的法律关系,进而得出共同担保人也应享有相互追偿权的结论,似乎是一条比较稳妥的分析路径。如果数个担保人在同一份合同(如多方协议)中作出担保表示,而且未明确约定各担保人仅承担按份责任,则使其承担连带担保责任顺理成章,一如数人相互配合共同实施侵权行为。即便数个担保人并未签署同一份合同,而是以其他方式书面或口头约定共同为某一项债务提供担保,也应作相同处理。有疑问的是,数人先后提供担保,相互间并未沟通,甚至根本不知道对方已经或将要提供担保,应否承担连带担保责任。细加推敲,不难发现,承认此种情形发生连带担保责任并非毫无根据。就侵权行为而论,数人分别实施侵权行为加害同一项权益,仍有可能承担连带责任。我国《侵权责任法》第 11 条规定的基于累积因果关系(kumulative Kausalität)的数人侵权即为如此。数人分别担保与此存在类似之处。尽管数人分别与债权人订立担保合同,相互间并无联络,但各项担保之目的重叠,指向同一项债权,各项担保与债权之间的关联也具有“累积”性:每项担保都以其责任财产担保债权的全部。因此,使各项担保对债权承担连带责任,具有充分的理由。

不过,即便承认共同担保人(物)承担连带责任,可否从中推导出各担保人享有相互追偿权,并非毫无疑问。在法律史上,连带债务人是否享有相互追偿权,一直是一个备受争议的问题。罗马法并未一般性地承认连带债务人的相互追偿权。古罗马法学家倾向于连带债务的抽象化,认为连带债务本身仅涉及债务人与债权人的外部关系,不涉及各债务人之间的内部关系。追偿权以内部关系为基础,尤其是各债务人之间的合同,比如合伙合同、委托合同等。<sup>⑤</sup>如果连带债务人之间并无特殊的内部关系,则仅在个别情形中法律才赋予实施清偿的债务人一项特别追偿权,尤其是数个监护人为其财产管理上的过错承担连带责任。对此,乌尔比安有一段重要论述,要点如下:首先,被诉请清偿全部债务的监护人有权请求债权人向其让与对其他监护人的诉权。其次,如果债权人不让与,则其可以主张 *utilis actio* (扩用之诉),诉请强制债权人让与诉权,<sup>⑥</sup>罗马皇帝皮乌斯(Pius)通过一项敕令确认了这一点。<sup>⑦</sup>这种扩用之诉的适用范围后来逐渐扩展于因共同继承而发生的连带债务、<sup>⑧</sup>数人共同购买或承租一个物而发生的连带债务等。<sup>⑨</sup>在优士丁尼时代的法律中,这种强制让与变为拟制让与并且形成一般规则:一旦某个连带债务人清偿了债务,债权人的权利立即拟制让与给他,无须诉请让与权利,这样,他就可以向其他债务人追偿。<sup>⑩</sup>

此外,优士丁尼《新律》第 99 条规定连带债务人享有分割抗辩(*beneficium divisionis*, *Teilungseinrede*)。<sup>⑪</sup>据此,债权人只能先诉请各连带债务人清偿其应负担的债务份额,如果部分债务

① 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 228-246 页。

② 黄忠《混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开——〈物权法〉第 176 条的解释论》,《中外法学》2015 年第 4 期,第 1011-1028 页。

③ 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 228-246 页。

④ 当然,也有学者基于公平原则主张不应承认共同担保人的相互追偿权。江海、石冠彬《论共同担保人内部追偿规则的构建——兼评〈物权法〉第 176 条》,《法学评论》2013 年第 6 期,第 116 页。

⑤ Sonja Meier, *Gesamtschulden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 263.

⑥ D. 27. 3. 1. 13.

⑦ Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1851, S. 253.

⑧ D. 21. 2. 65.

⑨ D. 19. 2. 47; C. 4. 65. 13.

⑩ Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1851, S. 243-259.

⑪ 分割抗辩并非优士丁尼首创,自哈德良皇帝以来,共同保证人就有权要求债权人按比例请求各保证人分别清偿主债务,前提是保证人在场且具备偿债能力。Vgl. Helmolt, *Die Correal-Obligationen*, Gießen, Ferber'sche Universitätsbuchhandlung, 1857, S. 111; D. 46. 1. 10 pr.

人不在场或者无偿债能力，则债权未能受偿的部分应由其他在场且有偿债能力的债务人清偿。分割抗辩使得连带债务人仅对自己应负的债务份额承担第一位责任，对其他连带债务人应负的债务份额承担第二位责任。至于该条规定究竟仅适用于数个保证人共同担保一项债权抑或数个连带债务人相互提供担保，或者普遍适用于各种意定连带债务，则存在重大争议。<sup>①</sup>自注释法学派以来，第三种解释逐渐成为通说，于是便导致如下结果：分割抗辩表明，连带债务总是伴随着内部关系中的分割，这种分割并非基于特别的内部关系，而是因为存在连带债务。既然债务在各债务人之间应当分割，那么债务人清偿了本应属于其他债务人的债务份额就类似于无因管理，如果不对清偿行为人予以补偿，则其他债务人获得此项财产利益就是不公平的。一直到19世纪的欧洲普通法，很多法学家都试图从这一观念中得出连带债务人具有一般追偿权的结论。多玛、波蒂埃、格老秀斯等人皆如此。受波蒂埃理论的影响，《法国民法典》第1213条和1214条规定，在内部关系中，各连带债务人应分担债务，所以，清偿全部债务的连带债务人有权向其他连带债务人相应追偿。《巴伐利亚民法典》《普鲁士普通邦法》《奥地利民法典》也有类似规定。<sup>②</sup>不过，欧洲普通法文献中也有一种观点认为连带债务人原则上没有相互追偿权，除非存在特殊的内部关系。<sup>③</sup>19世纪中前期，这种观点在德国成为通说，被很多判例采纳。彼时，历史法学派的很多法学家摒弃了臆想中的公平观念，重返罗马法，他们认为罗马法不承认基于连带债务的追偿权。<sup>④</sup>当然，仍有一些法学家认为连带债务人享有相互追偿权，比如萨维尼。在他看来，自然的关系是：每个债务人仅为自己的合同利益向债权人负担按份债务。连带债务仅仅是为了债权人的利益才改变自然的按份债务关系。债权人有权任意选择请求一个债务人清偿全部债务，导致连带债务变成各债务人的赌博。连带债务人之间的追偿权可以防止这种赌博，以不损害债权人安全、简便地实现债权之利益为前提，在结果上恢复自然的按份债务关系。此项追偿权尽管并非从连带债务本身推导出来，但却是值得追求的并且应当通过其他法律原则发展出来，包括合伙、委托等内部关系，也包括债权拟制让与。<sup>⑤</sup>与萨维尼持类似观点的有辛藤尼斯（Sintenis）、耶林、科勒等人。尽管这种观点在19世纪大部分时间里并未成为德国的主流学说，但最终却被《德国民法典》的起草者采纳，构成《德国民法典》第426条的理论基础。<sup>⑥</sup>值得注意的是，《德国民法典第一草案》第338条曾经规定数个故意侵权行为人不享有相互追偿权，但《德国民法典第二草案》删除了这条例外规定，理由是：这种规定与现代法理念不符合，因为，使一个通过支付损害赔偿金积极地消除违法行为后果的侵权人相对于其他什么也不做的侵权人处于更为不利的境地，是不公平的。<sup>⑦</sup>

追偿权的发展史表明，与其说连带债务人的相互追偿权并非是从连带债务本身理所当然推导出来的结论，毋宁说，学理上主要基于公平考量并经常借助于不当得利、无因管理等规则或原理而承认连带债务人的相互追偿权。因此，就共同担保的相互追偿权问题而论，不应止步于对共同担保与连带债务进行类比，而应探究承认担保人相互追偿权是否符合公平原则等民法价值原则。<sup>⑧</sup>相互追偿权的逻辑前提是各担保人在其相互关系中应当按照一定比例分担担保责任，只有认定每个担保人本来只应承

① Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1851, S. 280 – 285.

② Sonja Meier, *Gesamtschulden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 268 – 270.

③ Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Bd. 4, Erlangen, 1797, S. 528; Karl August Dominik Unterholzner, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, Bd. 1, Leipzig, 1840, S. 186.

④ Karl Adolph von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 3, 7. Aufl., Marburg, 1869, S. 70; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl. Bd. 2, Frankfurt a. M., 1887, S. 146 – 147.

⑤ Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1851, S. 215 – 245.

⑥ Sonja Meier, *Gesamtschulden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 279.

⑦ *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. 1, J. Guttentag, 1897, S. 440.

⑧ 有学者认为，共同担保人相互追偿权的价值基础并非公平，而是效率。参见贺剑《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区——〈物权法〉第176条的解释论》，《法学》2017年第3期，第78 – 81页。

担部分担保责任,才能在其超额履行担保责任的情况下赋予其追偿权。在数人未加沟通地对同一项债务分别提供担保的情况下,每个担保人在设立担保时都具备担保全部债务的意愿,因此,如果债权人仅就其中一项担保受偿全部债权,并不违背担保人的意愿。不过,从另一方面看,如果其他担保人都因此终局性地免于责任,则未必符合担保人设立担保时的本意,毕竟其他担保人当初也都作出了担保允诺。既然已经为同一债务设立了数项担保,则各担保人理应共同承担责任。每个担保人都没有理由以牺牲其他担保人的利益为代价逃脱责任。债权人任选某个担保人对全部债务履行担保责任并不能成为其他担保人免责的理由,否则担保的实现过程就会沦为一种赌博,哪个担保人可以免责纯凭运气,而法律问题的处理绝不能仅以运气为准。

共担责任这一法律效果并非取决于各担保人之间的沟通或默契,毋宁植根于一债数保关系的本质构造。只要不能依据约定或者法律规定确定责任顺位,以同一债务为担保对象的数项担保就必然要站在同一条线上共同承受负担。每一项担保设立之后,必然要发挥效用,否则,与无效的担保无异。一如数人共抬一重物,无论是否相约而为,也无论自始为之还是中途参与,一旦加入队伍,每个人都必然以某种方式分担压力。无论是否愿意,各担保人自担保设立后都处于一个“风险共同体”(Gefahrgemeinschaft)之中。<sup>①</sup>在担保人与债权人的外部关系上,为了确保债权实现的便利性,允许债权人仅就部分担保实现全部债权,但在担保人之间的内部关系上,各担保人应当公平地分担责任。所谓内部关系不限于通过各担保人之间的法律行为形成的特别结合关系,毋宁泛指基于共同担保本身而形成的各担保人相互关系。每个担保人在这种关系中都只对债务负担部分担保责任,因此,如果某个担保人超出其内部责任份额向债权人履行了担保责任,则有权请求其他担保人给予相应补偿。就内部关系而论,可以说其他担保人从该担保人的超额履行中获得了利益,而且欠缺正当原因,因为绝不能以其运气好为由认定其应当取得并保有此项利益。另一方面,超额履行担保责任的担保人蒙受了利益减损。因此,其对其他担保人的追偿权可以在不当得利法上获得正当基础。尽管有学说认为被债权人主张履行全部担保责任的担保人本来就是在履行自己负担的责任,所以并未遭受损失,<sup>②</sup>但只要区分内外关系,认定该担保人在内部关系中只须承担一定份额的担保责任,则其超出该份额履行担保责任即构成利益减损。

从本质上看,连带债务可以理解为按份债务加上相互担保。数个债务人本应按照各自的份额向债权人履行债务,但为了确保债权人可以安全、便捷地实现债权,各债务人相互提供担保。这样,每个债务人的债务份额都受其他债务人的担保,债权人请求某个债务人履行全部债务时,该债务人一方面履行自己的债务份额,另一方面为其他债务人的债务份额履行担保责任。当然,这种相互担保并非意定的,它不是各债务人通过特别约定设立的保证,否则就要适用民法上关于保证的规则,比如保证期间、保证合同的书面形式。然而,数个连带债务人的相互担保是法定的,在内部关系上应该按份额分担债务的情况下,法律规定债权人有权请求任一债务人履行全部债务,就已经意味着使各债务人相互担保。共同担保人之间的关系也是一种连带关系,依据同样的原理,也可以将各担保人的关系理解为按份担保责任加上相互担保。特殊之处在于,这里相互担保的对象是其他担保人的担保责任份额,出现“担保的担保”现象。不过,这种特殊性对当事人之间的法律关系并无实质影响。既然每个担保人在其责任份额之外只不过是为其其他担保人的责任份额承担担保责任,则其履行这种额外担保责任之后,自然有权向其他担保人追偿,一如保证人、抵押人履行担保责任后有权向主债务人追偿。这是共同担保人相互追偿权的另一个理论依据。

当然,无论不当得利法原理上的依据还是担保法原理上的依据,都不是担保人相互追偿权的终极理由。二者都建立在一个基本前提之上,即各担保人在内部关系上应当按照份额分担责任,而确立这一前提则主要基于公平考量。应当注意的是,如果债务人自己也提供担保,则债务人履行担保责任后,无权向其他担保人追偿,因为债务人本来就是最终责任承担者,在内部关系上自然无权将履行担

<sup>①</sup> Horst Ehmann, Die Gesamtschuld, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S. 355.

<sup>②</sup> 扬·费利克斯·霍夫曼 《区分性连带债务理论体系中的共同担保》,孙新宽译,载王洪亮等编《中德私法研究》第16卷,北京:北京大学出版社,2017年,第120页。

保责任之不利后果转嫁给他人。

### 三、共同担保人相互追偿权的具体问题

承认共同担保人享有相互追偿权之后，尚需要解决如下具体问题：追偿范围如何确定？向部分担保人追偿不能时，其他被追偿的担保人应否分担其追偿份额？

#### （一）追偿范围

担保人有权向其他担保人追偿的范围取决于各担保人在内部关系上的责任份额。依据责任份额可以判断其他担保人在多大程度上获得了外部免责利益，进而确定履行担保责任的担保人可以向其追偿多少。在德国法上，通说认为，除非另有约定，共同担保人在内部关系上应当按照同等份额分担责任，此即所谓“按人头分配”（Verteilung nach Köpfen）。<sup>①</sup>少数学说则认为，应当按照担保物的价值比例在共同担保人内部分配担保责任，<sup>②</sup>这种观点在德国普通法时代就已经出现。<sup>③</sup>还有个别学者认为，在确定担保人内部责任分配时，原则上不需要考虑担保物的价值，仅当担保物价值低于债权数额时，价值才有意义，追偿数额不能高于担保物价值。<sup>④</sup>日本民法采用如下内部责任分配模式：在人保与物保并存的情形中，新近修订的《日本民法典》第501条第3款第4项（旧民法典第501条第5项）规定，按担保人的数量分配担保责任，但物上担保人有数个时，就保证人责任份额之外的担保责任，在物上担保人内部按照担保物的价值比例分担责任；在物保与物保并存的情形中，则一律按照担保物的价值比例分担责任。<sup>⑤</sup>我国台湾地区“民法”第879条第2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。”据此，如果债务数额为900万元，保证人就全部债务提供保证，抵押物价值450万元，保证人“应负之履行责任”为900万元，在内部应分担之责任比例为1:2，抵押人应分担300万元的担保责任，保证人应分担600万元的担保责任。如果抵押物的价值大于或等于900万元，则保证人与抵押人均担责任。在共同抵押情形中，依据第875条之四的规定，债权人就某一抵押物卖得价金受偿之债权额超过该抵押物应分担数额时，该抵押物所有人就超额部分对其他抵押物所有人享有追偿权。至于各抵押物在内部关系中的担保责任分担额，依据第875条之二的规定，原则上以抵押物价值比例为准。<sup>⑥</sup>归结起来，德国通说在内部分配担保责任时完全不考虑担保物的价值，可以称之为均担模式；我国台湾地区民法以担保物价值为决定性因素，可以称之为比例模式；日本民法则采用折衷模式，综合考虑人头和价值因素。

相较之下，均担模式更为简便，也更为合理。<sup>⑦</sup>比例模式貌似公平，实则不然。在共同保证情形中，比较法上无一例外地采用均担模式，无论各保证人的责任财产多寡。物上担保以特定担保物为责任财产，与主债务人自己的责任财产共同担保债务。如果存在多个担保物，与共同保证类似，各担保物的价值高低也不应影响各担保人的责任分担份额。1000万元的主债务由两个抵押物担保，一个价值600万元，一个价值800万元，没有什么理由让第一个抵押物少分担责任。价值较低的抵押物既然

<sup>①</sup> Palandt/Bassenge, § 1143, Rn. 3; Erman/Wenzel, § 1143, Rn. 8.

<sup>②</sup> 相关文献的梳理参见彼得·施勒希特里姆《数个他债担保人的内部求偿》，陈欢译，载王洪亮等编《中德私法研究》第16卷，第87页；Staudinger/Wiegand, § 1225, Rn. 20.

<sup>③</sup> Heinrich Dernberg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig, Bd. 2, 1864, S. 336.

<sup>④</sup> Staudinger/Wiegand, § 1225, Rn. 22 - 23.

<sup>⑤</sup> 王融擎编译《日本民法：条文与判例》，北京：中国法制出版社，2018年，第421页。

<sup>⑥</sup> 谢在全《民法物权论》，北京：中国政法大学出版社，2011年，第1380-1386页。

<sup>⑦</sup> 我国司法实践中采用均担模式的代表性判例有最高人民法院对“顾正康、十堰荣华东风汽车专营有限公司、钱云富与湖北汇城置业有限公司、十堰华泰龙投资发展有限公司追偿权纠纷案”作出的（2017）最高法民再137号民事判决；江苏省高级人民法院对“南京能发科技集团有限公司等与上海宽频科技股份有限公司担保追偿权纠纷案”作出的（2011）苏商终字第0161号民事判决；上海市第二中级人民法院对“刘青秀与被上诉人夏立铭、刘青秀追偿权纠纷案”作出的（2017）沪02民终502号民事判决，该案涉及共同抵押人的内部责任分担。



被抵押人设定担保, 只要没有超出抵押物的价值使抵押人承担责任, 也没有别的抵押人占了他的便宜, 在结果上就是公平的。一如两辆汽车共同肇事导致某行人受伤, 只要在因果关系与可归责性方面两个车主是同等的, 即便一辆是豪车, 一辆是价格便宜的普通车, 也应该让两个车主均担赔偿责任, 不必考虑肇事车辆的价值高低。如果是混合共同担保, 也不需要考虑担保物价值, 无论担保物价值高低, 物上担保人应当与保证人均担责任。只有一种例外, 如果某个担保物的价值低于主债务数额除以担保人人数的商(均担之份额), 则应当对均担主义修正如下: 该担保物仅以其价值为限分担责任, 剩余的债务数额再由其他担保人按人头平均分担。理由是, 即便在外部关系上该担保物承担的责任也不超过其价值, 在内部关系上其分担的责任当然也不应超过其价值, 否则将导致内部责任与外部责任“倒挂”的不合理结果。

依均担模式, 某一担保人超出其应均担的份额履行担保责任后, 就超额部分有权向其他担保人追偿。追偿的范围以每个其他担保人应均担的责任份额为限。如果某个担保物的价值低于主债务数额除以担保人人数的商, 则向该担保物所有权人追偿的数额以该担保物的价值为限, 对其他担保人的追偿数额则以该担保物价值之外的债务数额的均担份额为限。例如, 甲的债权数额为 900 万元, 乙提供保证, 丙以价值 500 万元的房屋抵押担保, 丁以价值 200 万元的房屋抵押担保。乙向甲清偿 900 万元债务之后, 有权向丁追偿 200 万元, 向丙追偿 350 万元, 即 900 万元债务扣除 200 万元之后的一半数额。

## (二) 部分追偿不能时的再分担

某个担保人超额履行担保责任后, 有权向其他担保人追偿。如果其他担保人(追偿义务人)中的一个丧失偿债能力, 其本应分担的数额是否应当由具备偿债能力的其他担保人再分担, 不无疑问。比较法上, 《德国民法典》在承认各担保人享有相互追偿权的前提下, 通过准用《德国民法典》第 426 条第 1 款第 2 句, 使无法向某个(些)丧失偿债能力的担保人追偿的数额由包括追偿权利人在内的其他担保人平均分担。<sup>①</sup>《日本民法典》第 465 条对于共同保证人相互追偿权, 规定准用第 444 条, 后者规定连带债务人内部追偿时, 部分被追偿人丧失偿债能力的, 不能追偿之数额由追偿人和其他有偿债能力的被追偿人再分担。<sup>②</sup>

从结果上看, 在某个追偿义务人丧失偿债能力的情况下, 如果其他追偿义务人无需再分担差额, 由追偿权利人独自承受此项损失, 无异于承认“谁超额履行担保责任谁倒霉”, 在法价值上难以正当化。出于公平考虑, 理应由追偿权利人与具备偿债能力的其他担保人再平均分担此项差额。这个结论也可以从前述连带债务相互担保论中获得理论支撑: D 对 E 享有 900 万元债权, 由 A、B 提供抵押担保, 由 C 提供保证, 若 A、B 的抵押物价值均超过 300 万元, 则三个担保人对 900 万元债权负担各 300 万元担保责任加上相互担保, 在 C 丧失偿债能力的情况下, D 无法实现对 C 的担保权利, 本应由 A、B 对 C 的 300 万元担保责任份额共同履行担保责任, 但事实上 A 独自履行了全部担保责任, 因此, 依据前述共同担保人的相互追偿权原理, A 就超额履行的担保责任部分(300 万元的一半)有权向另一共同担保人 B 追偿。

所谓“丧失偿债能力”仅适用于追偿义务人是保证人之情形。如果追偿义务人是物上担保人, 从本质上看, 追偿义务也是物上责任。物在责任在, 物不在责任也不在。在上例中, C 如果独自向 D 清偿了 900 万元债务, 则有权向 A、B 各追偿 300 万元, A、B 应以抵押物价值向 C 履行追偿义务。假设 A 的抵押物灭失且无赔偿金、补偿金请求权等代位物, 则 C 无法向 A 追偿。此时, 也属于追偿不能, A 的抵押物本应分担的责任份额也应由 B、C 均担。

## 四、我国民法典分则相关规范的设计

关于共同担保人的相互追偿权, 我国民法典分则草案只有个别条文予以零星规定。《民法典合同

<sup>①</sup> Palandt/Sprau, § 774, Rn. 13.

<sup>②</sup> 王融擎编译《日本民法: 条文与判例》, 第 358-374 页。



编草案（2018年12月二次审议稿）》第490条规定“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定以外，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。”该条对于保证人向其他担保人的追偿权采用债权法定移转的方式，即保证人在履行保证责任后，债权人对债务人的权利依法当然移转于保证人，从权利当然也随同主权利一并移转给保证人。从权利包括债权人对其他保证人（第489条规定共同保证）的权利，也包括债权人对物上担保人的权利。此种规范模式固然也能使履行担保责任的保证人取得对其他共同担保人的追偿权，但在法律适用上将会遇到如下难题：债权数额为500万元，保证人乙向债权人甲清偿了500万元，法定取得债权人甲对债务人的500万元债权以及对抵押人丙之抵押物的抵押权，乙据此是否有权通过实现该抵押权受偿500万元债权之全部？抑或只能受偿部分债权？对此，该草案第490条并未予以明文。此外，该条仅解决保证人对其他担保人的追偿问题，未解决物上担保人对保证人的追偿问题。《民法典物权编草案（2019年4月二次审议稿）》第183条在规人保与物保的关系时也未涉及物上担保人对保证人的追偿问题，也无专门条文规定物保与物保并存时的相互追偿问题。

显然，民法典分则草案对于共同担保人的相互追偿权问题之规定很不完善，需要予以改进。共同担保包括共同保证、混合共同担保、担保物权并存。担保物权并存又包括同类担保物权并存（如共同抵押）以及异类担保物权并存（如抵押权与质权并存）。如果我国民法典不设置独立的“担保编”，则无法在同一位置对各种情形的共同担保作统一规定，只能分别予以规定。但是，无论如何规范内容应基本保持一致。

具体而言，在民法典“合同编”的“保证合同”部分，应当设置如下规定“数人对同一债务提供保证的，除非另有约定，各保证人在内部关系中应均担责任。保证人超出其应分担的份额履行保证责任后，有权向其他保证人追偿；某个追偿义务人丧失偿债能力的，未能向其追偿的数额由追偿权利人和其他追偿义务人均担。”在民法典“物权编”的“担保物权一般规定”部分，应当设置一个条文规定共同担保。其中第1款规定数个担保的责任顺位，包括人保与物保的责任顺位，也包括物保与物保的责任顺位。债务人自己提供的物保应当处于第一责任顺位，数个第三人提供的担保（无论物保还是人保）应当处于第二责任顺位，<sup>①</sup>除非另有约定。第2款规定担保人的相互追偿权“数个第三人提供担保的，各担保人在内部关系中应均担责任；某个担保物的价值低于责任均担数额的，差额亦由其他担保人均担。担保人超出其应分担的份额履行担保责任后，有权向其他担保人追偿；向物上担保人追偿的方式为对担保物予以变价并就所得价款受偿，受偿顺位等同于债权人对该担保物享有的担保物权之顺位；某个追偿义务人丧失偿债能力或者担保物灭失且无赔偿金、补偿金请求权等代位物的，未能向其追偿的数额由追偿权利人和其他追偿义务人均担。”

上述追偿规则采用法定直接追偿权模式，可以克服债权法定移转主义下追偿范围之难题。另一方

<sup>①</sup> 《物权法》第176条第1句第2分句规定“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；”从逻辑上看，该项规定既适用于债务人提供的物保与第三人提供的人保并存之情形，也适用于债务人提供的物保、第三人提供的物保以及第三人提供的人保并存之情形。这意味着与第三人提供的物保相比，债务人提供的物保也处于第一责任顺位。依主观目的论解释，从立法者的本意看，该项规定似乎仅针对第一种情形。依客观目的论解释，从法价值看，债务人提供的物保与第三人提供的物保并存的，前者理应处于第一责任顺位，毕竟债务人本身是最终责任承担者，先实现其自己提供的担保，可以避免繁琐的追偿，降低程序成本。况且，该句的第3分句已经规定第三人提供的物保与人保处于同一责任顺位，这表明立法者对于第三人提供的物保与人保采取平等对待的立场。既如此，则债务人提供的物保、第三人提供的物保以及第三人提供的人保并存时，第三人提供的物保与人保也应平等地被置于第二责任顺位，债务人提供的物保处于第一责任顺位。否则，第2分句与第3分句就存在评价上的矛盾。尽管从《物权法》第194条第2款之规定尚不能当然推导出债务人自己提供的抵押在责任顺位上先于第三人提供的物保之解释结论，因为债权人不得随意放弃前者仅意味着前者必须与后者共同承担责任，不得逃脱责任，并不意味着前者必须在第一顺位上单独承担责任，但即便没有该款规定之呼应，对于《物权法》第176条第1句第2分句规定也应采用前述客观目的论解释。实践中，已经有判例对此采用客观目的论解释，比如最高人民法院对“海口明光大酒店有限公司、海口农村商业银行股份有限公司龙昆支行金融借款合同纠纷案”作出的（2017）最高法民终230号”民事判决；最高人民法院对“延边新合作连锁超市有限公司、吉林龙井农村商业银行股份有限公司抵押合同纠纷案”作出的（2017）最高法民终964号”民事判决。从立法论层面看，在《民法典》分则中，对此应当通过立法予以明确。

面，赋予追偿权人对其他担保人的担保物一项变价与受偿权，使其优先于其他担保人的无担保债权人或后顺位担保物权人受偿，体现了追偿义务的物上责任属性。如果在立法上坚持债权法定移转主义，则必须对其予以必要修正，将债权法定移转主义与内部均担原则相结合。具体言之，共同担保人内部应分担担保责任，某个担保人超额履行担保责任使主债权实现的，主债权法定移转于该担保人，主债权人对其他担保人的担保权利也随同移转于该担保人，但该担保人只能依据内部责任分担比例向其他担保人行使担保权利。

## The Mutual Recourse Right of Joint Guarantors

—With a Discussion on the Design of Relevant Regulations in China's Civil Code

Yang Daixiong

**Abstract:** From the perspective of interpretation, article 176 of the Property Law neither affirms nor negates the mutual recourse right of mixed joint guarantors. In practice, the mutual recourse right of mixed joint guarantors should be recognized according to article 38, paragraph 1 of the Judicial Interpretation of the Guarantee Law. From the perspective of legislation, China's Civil Code should stipulate in the relevant chapters that every guarantor in all types of joint guarantee may enjoy the mutual recourse right. In the internal relations, each guarantor should share equal responsibility, but the portion of the responsibility should not exceed the value of the collateral. If some obligors of recourse lose the ability to pay the debts or the collateral is devastated without subrogation such as the right to claim compensation, the amount which should have been recovered shall be borne equally by the obligees of recourse and other obligors of recourse.

**Key words:** pledge, guarantee, joint guarantee, joint obligation, recourse

(责任编辑: 魏 萍)