

# 担保人内部追偿权之向死而生

## 一个法律和经济分析

贺 剑\*

**摘 要** 担保人内部追偿权之有无,是私法上一道经典价值判断难题,长久以来聚讼纷纭。在合同约定阙如时,法律为何应当肯定或否定担保人之内部追偿权?该问题并非混合担保独有,而见于所有担保,实为任意性规定之设计问题。基于对最大多数担保人意愿之分析,以肯定说为任意性规定,不仅契合意思自治即自由价值,亦符合效率,且无关乎公平。在解释论上,以上价值判断可融入对《民法典》第700条之历史或目的解释,与其他解释一道证成保证人之内部追偿权,并类推适用于混合担保等其他场合。

**关键词** 混合共同担保 意思自治 任意性规定 投机行为 代位权

### 一、引言:延续至民法典时代的一道经典价值判断难题

同一债务上数个担保人(也称共同担保人)之间有无内部追偿权的争论,是近年来物权法上的一场学术盛宴。其持续时间之长,参与学者之广,<sup>[1]</sup>堪比当年的物权行为理论之争。鉴于其涉及制度细节而非宏大理论,以及学者的研究兴趣日益分殊,此种长久热议实属罕见。

目前的焦点为混合担保人之内部追偿权。2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共

\* 北京大学法学院助理教授。

[1] 代表性论述,参见叶金强:《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,第145-147页;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,第142-145页;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(见下注[1])

和国担保法)若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第38条第1款明确承认该追偿权。但是,2007年《物权法》第176条针对混合担保,却仅规定担保人“有权向债务人追偿”,未提及混合担保人之间可否追偿。此种立法“沉默”,是对《担保法解释》第38条第1款之“默许”,抑或“默拒”?基于文义,默拒说未免牵强,但作为其背书,一般认为,人大法工委的立法释义亦旗帜鲜明否定混合担保人之内部追偿权。<sup>[2]</sup>解释论之分歧,包括司法实践之争议,<sup>[3]</sup>部分即源于此。为表述方便,下文称肯定担保人(或混合担保人)内部追偿权之学说、规则为“肯定说”,相反学说、规则为“否定说”。

《民法典》第392条沿袭了《物权法》第176条。不过,围绕《物权法》第176条、聚焦于混合担保之争论,却无法原样适用于民法典时代。问题看似变简单,其实却更复杂了。

一方面,混合担保人之内部追偿权问题看似变简单了。《民法典》施行后,《担保法》即行废止(《民法典》第1260条),《担保法解释》第38条第1款逻辑上亦应失效,肯定说不再有清晰依据。在此背景下,《民法典》第392条关于混合担保人内部追偿权之沉默,更可能是默拒而非默许。此外,2019年11月8日由最高人民法院审判委员会民事行政专业委员会颁行的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第56条,亦明确否认混合担保人之内部追偿权。其虽非司法解释,影响却不容小觑;虽为对《物权法》第176条之解释,对《民法典》第392条之解释亦或有重要意义。

[1] 接上注[1] 律适用》2014年第8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——《物权法》第176条的解释论”,《中外法学》2015年第4期,第1011—1028页;凌捷:“混合共同担保若干争议问题研究”,《政治与法律》2016年第6期,第155—159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77—92页;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,第146—156页;代荣臣:“共同担保人之间追偿权否定之证立”,《人民司法》2017年第4期,第94—100页;沈森宏:“混合共同担保的偿债顺序”,《华东政法大学学报》2017年第4期,第95—97页;何颖来:“混合共同担保内部求偿算定规则体系的构建”,《交大法学》2017年第4期,第97—109页;耿林:“比较法视野下的混合共同担保”,《江汉论坛》2017年第6期,第124—125页;刘平:“民法典编纂中混合共同担保之再认识——兼评《物权法》第176条”,《西南政法大学学报》2017年第6期,第74—81页;汪洋:“共同担保中的推定规则与意思自治空间”,《环球法律评论》2018年第5期,第80—85页;杨代雄:“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”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第53—62页;谢鸿飞:“共同担保一般规则的建构及其限度”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第119—124页;王利明:“民法典物权编应规定混合共同担保追偿权”,《东方法学》2019年第5期,第40—47页;温世扬、梅维佳:“混合共同担保之内部追偿权研究”,《学习与实践》2019年第6期,第56—66页;崔建远:“混合共同担保人相互间无追偿权论”,《法学研究》2020年第1期,第83—99页。

[2] 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。

[3] 肯定说,参见最高人民法院民事判决书(2017)最高法民再137号;天津市高级人民法院民事判决书(2017)津民初121号。否定说,参见广东省东莞市中级人民法院民事判决书(2016)粤19民终4678号;湖北省武汉市东西湖区人民法院民事判决书(2018)鄂0112民初4927号(明确以前述立法释义为据)。

另一方面,问题其实更复杂了。原本集中于混合担保之“战火”,很可能蔓延至所有类型的(由第三人提供的)担保。《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。”与《物权法》第176条、《民法典》第392条类似,该第700条亦仅规定,保证人“有权向债务人追偿”,而未提及其可否向其他保证人追偿。这迥然有别于《担保法》第12条、《担保法解释》第20条第2款明确承认保证人内部追偿权之表述。鉴于《担保法》《担保法解释》在民法典时代很可能不复适用,以往较少争议的保证人之内部追偿权,以及类似的抵押人之内部追偿权(《担保法解释》第75条第3款)等,都有被否定之虞。但是,也有相反见解指出,前述第700条在解释上仍然包含保证人之内部追偿权。<sup>[4]</sup>若该解释成立,经由类推适用,担保人内部追偿权仍可能见于所有类型的担保。

2020年11月9日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《担保解释征求意见稿》)第13条第3款规定:“担保人之间未对承担担保责任后的责任分担问题作出约定,且不构成连带共同担保,承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的损失的,人民法院不予支持。”这看似一律否定了担保人之内部追偿权。但在解释论上,如下文所述,未尝没有回旋空间。

现有研究汗牛充栋,但以前述新规则、新背景为语境的解释论尚付阙如。《民法典》第700条、第392条应作何理解,《九民纪要》第56条、《担保解释征求意见稿》第13条等应何去何从?就此为文,已是繁重的法教义学工作,具有重要的实务价值。

此外,前述以民法典为背景的解释论,还有更重要的、超越议题本身的理论和典范价值。这无关乎法教义学,而涉及价值判断。担保人内部追偿权之争在解释论上经久不衰,不仅源于其牵涉连带债务、不当得利、代位权等诸多法教义学概念或理论,<sup>[5]</sup>更源于其是一道私法上经典的价值判断难题,关乎自由、公平、效率等民法基本价值之诠释与权衡。<sup>[6]</sup>在法律世界中,任何教义或理论都是建构的产物,有待实践的检验和事后的调整。只要价值判断难题未得解决,且不无解释空间,就总会涌现不同的法律解释结论和配套的法教义学理论;在此解释空间内,法教义学更像是价值判断的外衣。这是许多“疑难案件”的常态,担保人内部追偿权问题亦不例外。物权法时代的争论已生动说明此点,民法典时代很可能依旧如是。

本文关于民法典中的担保人内部追偿权之解释论,以价值判断为主,以法教义学为辅。<sup>[7]</sup>在价值判断层面,除了指出该问题无关乎公平价值,本文将重点论证:其一,与通行见解不同,担保人内部追偿权契合而非违背自由价值(意思自治原则);其二,担保人内部追偿权亦契合效率价值,现有研究的结论仅部分值得赞同,且其成本收益分析有诸多错漏。在法教义

[4] 参见王利明,见前注[1],第41页;杨代雄,见前注[1],第61页;谢鸿飞,见前注[1],第123页。

[5] 相关评述,参见崔建远,见前注[1],第86—91页;贺剑,见前注[1],第80—82页。

[6] 类似见解,参见崔建远,见前注[1],第83页。

[7] 一般论述,参见许德风:“论法教义学与价值判断:以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期,第165—190页;相关尝试,参见贺剑,见前注[1]。

学层面,本文将以《民法典》第700条为依据,构造担保人对债务人和其他担保人之“双重追偿权”,并澄清其与《民法典》第392条等之关系。

## 二、规则定性:合同约定阙如时补充适用之任意性规定

作为出发点,本部分论证,担保人内部追偿权问题见于所有担保,而不限于混合担保。其属于合同约定阙如时任意性规定之设计问题,要义在于模拟最大多数担保人的意愿。

### (一)关键在于有无合同约定,而非是否为混合担保

尽管《物权法》第176条针对混合担保,但如少数研究指出,内部追偿权问题并不限于混合担保,而见于所有担保。<sup>〔8〕</sup>因为不论担保类型为何,所面临的价值难题大抵相同:在合同约定阙如时,法律为何应当肯定或否定担保人之内追偿权?不论肯定说还是否定说,相应价值判断均适用于所有场合,并体现为《物权法》第176条之适用或类推适用。

有研究虽不以混合担保为限,但仍坚持区别对待:混合担保人之内部追偿权应予否定;抵押人之内部追偿权、“相互约定了连带负责”的保证人之内部追偿权应予肯定;至于并未相互约定连带负责的保证人之内部追偿权,则过于复杂而“暂不讨论”。<sup>〔9〕</sup>该区分或可探讨。因为其否定混合担保人内部追偿权之价值判断,包括公平原则、意思自治、道德风险,以及部分法教义学理由,如债的相对性、自己责任原则,<sup>〔10〕</sup>其实都适用于所有类型的担保。

混合担保的唯一特殊之处,见于依照法律规定,混合担保人承担不同顺位之担保责任时。于此,混合担保人相互无追偿权。以绝对的“物保优先于人保”为例,作为第三人的物保人应当承担在先顺位的担保责任,而保证人应当承担在后顺位的、前述物保责任之外的担保责任。该责任顺位之规定,实则隐含了不同顺位的混合担保人相互无追偿权之内容——若允许追偿,该顺位规定就会被架空。例如,若物保人承担物保责任后可向保证人部分追偿,保证人无异于分担了在先顺位的、原本无须承担的物保责任。这在全部债务可经由物保责任而清偿,保证人实际无须承担任何保证责任时尤为明显。同理,若保证人担责后可向物保人追偿,物保人也将分担原本无须承担的后位保证责任。据此有两点推论:其一,基于合同约定承担不同顺位担保责任的担保人之间亦无内部追偿权。其二,我国法仅承认相对的“物保优先于人保”,混合担保人原则上承担相同顺位的担保责任,故无法以责任顺位为由,否定其内部追偿权。

担保人内部追偿权之争的语境是合同约定阙如。若各担保人有肯定或否定之约定,自应予尊重。其中,默示约定还涉及合同解释问题。笔者认为,数个保证人与债权人共同签订一份保证合同,约定连带承担保证责任;或者数个担保人与债权人共同签订一份担保合同,约定不

〔8〕 具体结论不尽相同。否定说,参见江海、石冠彬,见前注〔1〕,第115页;江海、石冠彬:“论混合共同担保”,《海南大学学报(人文社会科学版)》2012年第3期,第80页。肯定说,参见叶金强,见前注〔1〕,第15页;贺剑,见前注〔1〕,第78页;高圣平:“论担保物权‘一般规定’的修改”,《现代法学》2017年第6期,第31页;汪洋,见前注〔1〕,第85页;王利明,见前注〔1〕,第42页。

〔9〕 参见崔建远,见前注〔1〕,第86页。

〔10〕 参见崔建远,见前注〔1〕,第87—99页。

分先后、承担相同顺位的担保责任(担保类型、数额或有不同),都应解释为各担保人达成了内部追偿的默示约定。因为,只要各担保人在同一担保合同中承诺承担相同顺位的担保责任,不论其在合同中是共同作为一方当事人或分别作为多方当事人,<sup>[11]</sup>各担保人的担保义务都存在如下对价或牵连关系:一个担保人愿意承担担保责任,是因为其他担保人也愿意承担担保责任!基于该牵连关系,内部责任的分担更契合各担保人的意思。退一步,即使前述默示约定是对内部追偿权之否定,依然是对合同约定之解释;其迥异于合同约定阙如时,担保人内部追偿权规则作为任意性规定之补充适用。简言之,本文讨论的担保人内部追偿权规则,并不适用于数个担保人共同与债权人签订同一担保合同的场景,而仅适用于数个担保人分别与债权人签订不同担保合同的场景。<sup>[12]</sup>

## (二)担保人内部追偿权之有无性质上为任意性规定

担保人内部追偿权规则属于任意性规定,肯定说和否定说对此均无疑义。<sup>[13]</sup>作为任意性规定,其“当事人”为担保人,而不包括债权人。有研究认为,内部追偿权之存废不应仅考虑“最大多数担保人的心意”,还应考虑债权人的心意。“担保合同的订立是债权人和担保人双方的问题,契合担保人的心意不一定契合债权人的心意。如果债权人更加强势,即使法律规定可以追偿,债权人也完全可能要求缔约改变之。”<sup>[14]</sup>在法律层面,这似乎混淆了担保人之关系与债权人和担保人之关系。基于合同相对性,债权人和特定担保人之间的担保合同,无从适用担保人内部追偿权之任意性规定,更无法就该内部追偿权作任何规定。在事实层面,其也忽略了,若不考虑潜在的不当获益,内部追偿权之有无仅关乎担保人利益而无关乎债权人利益,故不论强势与否,债权人均无干预动力。

任意性规定之要义,在于契合最大多数当事人的意愿,模拟其最有可能达成的约定。<sup>[15]</sup>该最大多数无需为绝对多数,而可以是相对多数。<sup>[16]</sup>担保人内部追偿权之规则设计的关键,亦在于厘清最大多数担保人的意愿:其更愿意法律肯定还是否定内部追偿权?这首先是事实判断;之后,自由、公平、效率等不同价值判断才有用武之地。下文逐一予以分析。

[11] 此等区分,参见代荣臣,见前注[1],第125页。

[12] 以《担保法解释》第19—21条为代表,我国法将同一债务的数个担保统称为共同担保,如共同保证、共同抵押、混合共同担保等;学者亦多从之。共同担保沦为数个担保的同义词。这既不合乎(共同)法律行为意义上的“共同”之本义,亦无法彰显共同和分别订立的担保在内外关系之区别,有失精准。笔者认为,同一债务的数个担保或应区分:①真正的共同担保,基于数个担保人的共同法律行为而生;②分别担保,基于数个分别担保行为而生。一般讨论,参见谢鸿飞,见前注[1],第114页。

[13] 分别参见贺剑,见前注[1],第84页;崔建远,见前注[1],第98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163页。

[14] 参见崔建远,见前注[1],第98—99页。

[15] 一般论述,参见 Ian Ayres & Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *The Yale Law Journal*, Vol.99, No.1, 1989, pp.89—93;苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第19页。

[16] 如某一任意性规定有A、B、C三种方案,其在相关人群中的支持率分别为45%、30%、25%。方案A作为“相对多数”人所青睐者,仍应胜出。

### 三、最大多数担保人的意愿：肯定担保人之内部追偿权

本文假设担保人、债权人、债务人等相关主体均为经济理性人，推演其潜在行为及最大多数担保人之意愿。<sup>〔17〕</sup>因任意性规定只需符合最大多数而非全部担保人之意愿，故只要前述理性人假设大体成立，即不难推知最大多数担保人之意愿。

#### （一）理性的担保人主要因否定说之投机行为而青睐肯定说

基于理性人假设及推演，可有如下三段论。大前提：如果最大多数担保人是经济理性人，而肯定说、否定说意味着不同的经济代价，其将青睐经济代价较低之规则。小前提：相较于否定说，肯定说对担保人意味着较低的经济代价。结论：最大多数担保人青睐肯定说。

以上三段论的关键为小前提。现有研究初步以示例说明，肯定说比否定说更符合（理性）担保人的整体利益与个体利益。例如，甲、乙分别为10万元债务承担连带保证责任，若不考虑利息、违约金等，在肯定说之下，两者至多向债权人支付10万元；在否定说之下，假设甲向债权人“行贿”3万元而免于承担保证责任，乙单独承担10万元保证责任，两者总共向债权人支付13万元。担保人的整体责任因前述投机行为而提高。每一位担保人的期待责任亦如此。如在前例中，依肯定说，甲、乙两人的期待责任均为5万元（10万元×50%）；而依否定说，甲、乙的期待责任可能为8万元——其不仅须分别承担5万元保证责任，还可能须分别向债权人“行贿”3万元，“因为相比于独自承担10万元的保证责任，这仍不失为理性的选择”。<sup>〔18〕</sup>

该研究结论可资赞同，但论理不无修正与深化余地。其首先忽略了，各担保人的期待责任不仅取决于担保人承担担保责任之大小与概率，还取决于向债务人追偿不能之风险。在上文示例中，只有当向债务人追偿无望时，甲、乙的期待责任才分别为5万元；若总能向债务人完全追偿，两人的期待责任均分别为0元。其次，其也未曾一般性说明，相较于肯定说，为何担保人在否定说之下会普遍承担更高的经济代价。以下试予补充完善。

在否定说之下，债权人选择谁承担担保责任，该担保人就终局承担相应的向债务人追偿不能之风险。这是一个巨大的制度性的负面激励：只要可以“双赢”，即债权人可以牟取多于法定权利的超额收益，而各担保人承担低于法定责任（担保合同中的最大担保责任与预期可以向债务人追偿数额之差值）的经济代价，经济理性的债权人和担保人就有可能达成旨在影响前述债权人选择行为或曰选择权的交易，即投机行为。其经济结果为，债权人获得高于法定权利的超额收益；而作为该超额收益的支出者，担保人之整体将承担高于法定责任的经济代价。平均而言，每一位担保人在事前（债权人选择谁承担担保责任之前）也将承担更高的期待责任。

形象言之，否定说是以法律的方式，凭空创造了一个以债权人选择权为交易对象、以担

〔17〕 另一种方法是实证研究。目前唯一的此类研究持否定说，但其调查对象不明、信度和效度亦均存疑。参见代荣臣，见前注〔1〕，第98页。

〔18〕 参见贺剑，见前注〔1〕，第84页。

保人和债权人为买卖双方的交易“市场”。前述债权人选择权因此具备了额外的、独立于债权本身的经济价值。相反,在肯定说之下,债权人选择权除了保障债权人利益,在担保人眼中几乎一文不值——各担保人无论是否实际承担担保责任,经由内部追偿,最终都须分担相同数额的责任。<sup>[19]</sup> 相应交易市场和投机行为也就无以产生。

现有研究仅提及两类投机行为:一是各担保人主动或被动向债权人支付一笔数额低于担保责任的“贿赂”即对价,以换取债权人不选择其承担担保责任;二是各担保人自行购买或安排第三人代为购买债权人的债权,以取得或控制债权人选择权。<sup>[20]</sup> 基于上文分析,投机行为的类型远不止此。交易对象除了债权人选择权和债权,还可能为债权人的股权等其他可间接影响债权人选择权的权利;交易主体可能是债权人与担保人,也可能是债权人与(担保人安排的)第三人;交易对价可以是金钱或非金钱利益,交易形式可以是书面或口头,交易任何一方都有可能主动促成交易……以上因素之组合,将造就千变万化的投机行为。

当然,在否定说之下,倘若担保人另行达成肯定内部追偿权之约定,则前述投机行为无从产生。但是,担保人因此须额外承担另行约定之成本。而肯定说之下通常无此成本(详见下文)。故相较于否定说,肯定说对担保人仍然意味着较低的经济代价。前述三段论依旧成立。

## (二)其他法律制度的介入无法有效抑制否定说之投机行为

否定说之投机行为可否因其他配套法律制度的介入而被有效抑制?一种可能选项是合同无效制度。有研究基于“贿赂”之表述提出:无论债权人“索贿”还是担保人“行贿”,都构成“恶意串通损害其他共同担保人的利益”,故“贿赂”交易无效;债权人“索贿”还涉及犯罪,并因违背公序良俗而无效。一旦“贿赂”交易无效,债权人无权保有超额收益,“行贿”的担保人也可主张无效之返还。<sup>[21]</sup>

上述见解或有误会。“贿赂”交易、投机行为等均为修辞,旨在描述以债权人选择权为对象的各种有偿交易。首先,这不涉及恶意串通无效。因为其一,“贿赂”交易通常对应于经济上之“双赢”,交易双方只需有利己之私心,未必有损人之恶意。其二,其他担保人的利益并未因该有偿交易而受损。在“否定说+债权人有选择权”的背景下,任何担保人原本就可能须单独承担担保责任,从而终局承担向债务人追偿不能之风险。不能认为债权人选择担保人A而非B承担担保责任,且债权人与B之间无任何交易,或者仅有无偿交易,A的利益就未受损;而其他条件不变,若债权人与B存在有偿交易,A的利益就会受损!不论债权人因何选择谁承担

[19] 基于博弈论也可推出类似但更精确的结果,限于学力,遗憾未能论及。另在肯定说之下,实际担责的担保人仍须额外承担内部追偿时的时间、精力等非金钱成本。但该成本在不同担保人眼中的主观价值不尽相同,债权人亦难以查知。故债权人从中超额获益,即要求担保人支付低于前述主观价值之代价以免于承担担保责任的可能性较低。

[20] 参见贺剑,见前注[1],第84页。类似例证,参见刘保玉:“担保物权制度:理解适用与规则完善”,《山东审判》2017年第3期,第12页;王利明,见前注[1],第45页。更早的研究仅提及债权人任意选择之不公,未考虑其超额获益之可能。参见叶金强,见前注[1],第15页;黄忠,见前注[1],第1016页。

[21] 参见崔建远,见前注[1],第97—98页。未提及无效,但有担保人与债权人串通、恶意、损害其他担保人利益等类似表述者,参见黄忠,见前注[1],第1016页;王利明,见前注[1],第45页。

担保责任,都是债权人选择权的应有之义,也是前述背景下担保责任的当然之理。其次,鉴于债权人之身份和选择权,该有偿交易亦与受贿、行贿等刑事犯罪无涉,不会因此而背俗或违法无效。

另一潜在选项是诚信原则。据此或可禁止债权人获得“大于其权利的利益”。具体而言,其他担保人若知悉在先“贿赂”交易,其可主张将该“贿赂”金额折算计入债权人的担保权利,“以减轻自己所负担担保责任的数额”;其即使不知“贿赂”交易而实际承担担保责任,(事后知情时)亦可基于不当得利,请求债权人返还。<sup>[22]</sup>

这同样有斟酌余地。禁止债权人牟取高于法定权利之超额收益,固与诚信原则一致。但是,否定“行贿”的担保人请求返还“贿赂”之权利,并使其他担保人有权以他人之“贿赂”折抵自己之担保责任,此等“奖惩”机制却非诚信原则所能独自胜任。其至少还须结合“贿赂”交易无效、不法得利禁止返还两项制度。唯有如此,“行贿”的担保人才无权请求返还;其他未曾“行贿”的担保人才可能基于诚信原则,以债权人保有的他人之不法“贿赂”,折抵自己的担保责任。但问题是,其一,上文已述,“贿赂”交易未必无效;其二,我国法并未确立不法得利禁止返还之规则,<sup>[23]</sup>相反,合同违法无效的后果原则上为不当得利之返还(甚或没收)。<sup>[24]</sup>因此,债权人原则上无权保有“贿赂”,其他担保人更无从以此折抵担保责任。退一步,前述“奖惩”机制即使成立,也以其他担保人知悉“贿赂”为限。鉴于从事“贿赂”交易的债权人以及担保人都有动力掩盖此事,这注定是例外而非常态。

虽然现行法无能为力,但在立法论上,作为否定说之配套,立法者未尝不能明确否定前述“贿赂”交易等投机行为之效力,以阻止债权人超额获益。甚至在解释论上,若强行认为“贿赂”交易背俗无效,债权人亦无权保有超额获益。不过,纵然如此,否定说之投机行为依旧无法被有效抑制。

其一,投机行为可以合法化。纵然以债权人选择权为交易对象的有偿交易会因违法或背俗而无效,但是,经济上与之等价的、以债权人之债权、股权等间接权利为交易对象的替代交易原则上仍有效。<sup>[25]</sup>只要控制交易价格,债权人依然可以超额获益。倘若替代交易并非在债权人与担保人之间,而是在债权人与第三人之间,更是如此。

其二,即使法律规定,前述替代交易以及类似投机行为一律无效,此类交易仍无法被有效禁绝。因为纵然交易无效,债权人不过是返还超额收益,而不会遭受额外不利,“稳赚不赔”。故债权人仍有动力和手段避免无效之返还,如加大交易举证难度、控制“贿赂”数额以降低担保人诉讼意愿等。

《担保解释征求意见稿》第14条第1款、第3款分别规定:“同一债务有两个以上担保,担保人受让债权后,请求其他担保人承担担保责任,其他担保人依照民法典第七百条之规定,以

[22] 参见崔建远,见前注[1],第98页。

[23] 参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还”,《清华法学》2016年第2期,第74—93页。

[24] 参见崔建远,见前注[1],第98页。

[25] 持否定说者还称此类债权让与为“高智慧的经营”,参见崔建远,见前注[1],第95页。

该行为性质上属于承担担保责任为由,主张在担保人受让债权的范围内免除担保责任的,人民法院应予支持。”“担保人的控股股东、实际控制人及其直接或者间接控制的公司受让债权或者担保人的近亲属受让债权后,请求担保人或者债务人承担责任的,参照适用前两款的相关规定。”基于上文的“沙盘推演”,该第14条的漏洞显而易见:其仅规制担保人(及相关第三人)与债权人之间的“债权交易”式投机行为,而未涉及股权交易或其他替代交易,更未涉及直接针对债权人之选择权的各类投机行为。更重要的是,在正当性层面,为何担保人或相关第三人与债权人之间的债权交易,以及类似交易,应当被解释为“性质上属于承担担保责任”,而不是当事人原本约定的债权让与或其他交易?此等歪曲当事人意思之合同解释,于法无据,有饮鸩止渴之嫌:为了堵住正当性存疑的否定说之所谓漏洞,居然制造更多、更大、也更堵不住的漏洞!

上述局面的根源在于,在否定说之下,法律凭空创造了关于债权人之选择权的经济价值,以及对应供给与需求;而以合同无效为代表的其他法律制度之介入,至多只能有限抑制而无法根除相应供给与需求。这注定治标不治本。或促成合法的替代交易,或催生违法之灰色交易。相反,肯定说让债权人之选择权的经济价值归零,根除供给与需求,高下立判。

#### 四、最大多数担保人的意愿与自由、公平等价值之关系

在明确最大多数担保人之意愿后,以肯定说为任意性规定的结论呼之欲出。不过,这仍须经受价值判断的检验。本部分先从自由与公平入手,并澄清若干似是而非的价值论证。

##### (一) 尊重最大多数担保人的意愿契合意思自治原则

###### 1. 肯定说契合意思自治原则

现有研究大都认为,因担保人之间缺乏相互追偿的意思,故肯定说有悖于意思自治原则(自由价值)。<sup>[26]</sup> 这契合意思自治原则的通常含义:法律应当尊重合同或其他法律行为中当事人之意思表示。《民法典》第5条规定“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”,可资印证。相反,少数研究在合同约定阙如时,以担保人的非意思表示之预期、“意思”等为由支持肯定说,<sup>[27]</sup>至少不能诉诸意思自治原则的前述通常含义。当然,在该通常含义下,肯定说有悖于意思自治,不代表基于意思自治即可排斥肯定说。后者同样不成立。因为合同约定阙如,内部追偿权仍可基于法律规定而生。<sup>[28]</sup>且合同约定阙如,亦表明并无否定内部追偿权之意思表示。

除了前述通常的、法律应当被动尊重当事人意思表示之消极内涵,意思自治原则还有一层积极内涵:在合同约定阙如或不明时,法律应当主动契合即“模拟”最大多数当事人之(潜在)意

[26] 例如叶金强,见前注[1],第15页;胡康生,见前注[2],第381页;贺剑,见前注[1],第81页;崔建远,见前注[1],第94页。隐含承认肯定说与意思自治原则之张力者,黄忠,见前注[1],第1014页。

[27] 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243页;程啸:《担保物权研究》,中国人民大学出版社2019年版,第204页。

[28] 参见贺剑,见前注[1],第81页。

愿,规定其最有可能达成之约定,即任意性规定。从反面言之,若意思自治无该积极内涵,多数任意性规定都将有悖于意思自治。

任意性规定常见于当事人之间已有合同关系,但就特定条款没有约定或者约定不明的场景。合同法上的任意性规定多属此类。于此,任意性规定旨在模拟当事人意思表示之内容。其正当性在于,该模拟不但契合最大多数当事人就此类特定条款之意愿,亦可避免合同之整体仅因特定条款阙如或不明而无法执行。

但是,任意性规定也见于当事人之间并无合同关系的场景。合同法之外的任意性规定多属此类,如物权法上的添附规则、<sup>[29]</sup>婚姻法上的法定财产制<sup>[30]</sup>等,担保人之内部追偿权规则亦应在其中。于此,任意性规定不仅模拟意思表示之内容,还模拟意思表示之有无。虽然模拟对象不同,但均旨在契合最大多数当事人之意愿。

以上两类任意性规定,除了免当事人另行约定之累,还可以济当事人理性之穷、解交易成本过高之困。后两项功能旨在化解交易成本过高等造成的“意思自治失灵”难题。无论当事人有无合同关系,该难题都可能存在。例如,因内部追偿权计算公式之分歧,各担保人可能根本无法订立追偿合同;或虽订立追偿合同,但无法就计算公式达成一致。关于担保人内部追偿权之有无和计算的任意性规定(详见下文),正旨在分别化解前述难题。

综上,与通行见解不同,只要认同意思自治原则不仅指消极尊重当事人之意思表示,还包括在合同约定阙如或不明时,积极设置契合最大多数当事人意愿之规定,肯定说作为最大多数担保人之所愿,就契合而非违背意思自治原则。

## 2. 担保人另行约定之可能性

任意性规定在契合最大多数当事人的意愿之余,通常并不妨碍其他少数当事人另行约定实现不同意愿。不过,若交易成本过高阻碍缔约,任意性规定之设计就成为“两害相权取其轻”,少数当事人的意愿或难以实现。担保人之内部追偿权问题更接近于通常情形。

在经济理性人的假设下,担保人通常不会弃肯定说之法律规定而约定改采否定说。虽然在个案之事后层面,若恰好未曾实际承担担保责任,担保人都愿意法律采否定说,以免于被迫偿;但这并不妨碍担保人在事前和一般层面青睐肯定说。

退一步,假设少数(理性或不理性的)担保人在事前即有不同意愿,甘愿放弃内部追偿权,该意愿仍有实现可能。主要步骤有二:①知悉彼此。为了知悉彼此从而缔约,少数担保人可以与债权人或债务人约定相应告知义务。即使约定阙如,也可基于诚信原则,在合同解释层面确立债务人甚至债权人的类似告知义务。②另行约定。在知悉彼此后,少数担保人即可另行约定,规避肯定说之适用。一种方式是担保人相互缔约。如果所有担保人一致另行约定,肯定说自无从适用。但若仅部分担保人另行约定,该约定只能在其内部有效;在该部分担保人与其他

[29] 参见张永健:《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社2019年版,第263—273页。

[30] 参见贺剑:“夫妻财产法的精神”,《法学》2020年第7期,第22页。

担保人之间,肯定说仍然适用,两者之间仍有内部追偿权。<sup>[31]</sup>另一种方式是在担保合同中约定与其他担保人不同的责任顺位。上文已述,这亦可间接否定不同顺位担保人之间的内部追偿权。<sup>[32]</sup>此类约定未必有利于债权人,但若有相应让步或交换,仍不难达成。

在否定说之下,(最大多数)担保人的不同意愿之保障大体相似。稍有区别的是,在否定说之下,担保人通常只能相互订立追偿约定;且其直接磋商缔约或面临障碍,包括无法就内部追偿权计算公式达成一致、意图超额获益的债权人“从中作梗”(尤其是事后订立追偿约定时<sup>[33]</sup>)等。作为替代,担保人缔约时或可要求债务人介入。鉴于所有担保人均是为债务人利益而提供担保,且都可基于内部约定向债务人转嫁责任,债务人通常有能力、亦有动力促成此事。<sup>[34]</sup>

## (二)尊重最大多数担保人的意愿无关乎公平价值

在法学论证中,诉诸公平的论证往往苍白无力。若有共识,根本无需论证;若无共识,不过“各说各话”,不仅公平的定义往往有别,基于相同定义的个案结论亦可能不同。<sup>[35]</sup>公平与否的判断,更适合交由权威(如投票)而非理性完成。

不过,理性或学术也并非毫无作为。其虽不能达致公平,却可以梳理通往公平的不同道路,求同存异,并澄清夹杂于公平论证中的其他价值或非价值判断。现有研究中,不少即名为公平,实则关乎意思自治或权利滥用;或所依据的事实判断有误。<sup>[36]</sup>新近有研究坦陈,“单纯地依赖公平原则立论,说服力存疑”;但其又认为,若考虑“系列交易、整体安排”,(混合)担保人内部追偿权之否定说“更具说服力”。<sup>[37]</sup>该研究颇具代表性,以下评述之。

其一,定义误区。公平的定义固可见仁见智,但并非没有边界。前述研究认为,内部追偿权不同学说之“公平观”,即“聚焦的当事人一方是不同的”,“似乎分不出上下”。此种“不同公平观=对不同当事人之保护”“公平=对特定当事人之保护”的定义,至多适用于弱者保护的语境,不适用于通常的民商事交易。其亦无关乎利益衡量。后者关注不同人的各种利益之比较;谁的利益更值得保护,是利益衡量的结果,而无法预先设定。

[31] 有研究认为,担保人(在担保合同中)“单方允诺”,赋予其他担保人潜在的内部追偿权,“未为其他担保人设立义务,故应属有效”。参见崔建远,见前注[1],第86页。这似有违合同相对性原则,也忽略了单方允诺或单方行为之债须“法定”,而不能“意定”。

[32] 类似约定还可以是:该担保人为其他担保人而非为主债务人提供担保,从而仅有单向追偿。

[33] 若担保人在订立担保合同时即订立追偿约定,债权人更关心债权之安危,而非超额获益。

[34] 在否定说之下,担保人理论上也可经由担保合同的特别约定间接实现相互追偿。即所有分别订立的担保合同都约定,债权人有权确保担保人有义务向其他担保人追偿,而该担保人亦有义务被其他担保人追偿。这实质是使债权人担保所有内部追偿权之实现,现实中难以期待。

[35] 基于福利(广义的效率)批评公平之经典研究,参见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, *Harvard Law Review*, Vol.114, No.4, 2001, pp.961-1389;中译本及简述,参见(美)卡普洛、(美)沙维尔:《公平与福利》,冯玉军、涂永前译,法律出版社2007年版;熊丙万、周院生:“国家立法中的道德观念与社会福利”,载《法制日报》2014年1月1日,第3版。

[36] 相关评述,参见贺剑,见前注[1],第82-83页。

[37] 参见崔建远,见前注[1],第93页。

其二,夹杂于公平论证中的其他非价值判断,尤其是逻辑推演与事实判断之误区。以前述“系列交易、整体安排”的分析为例,其要旨为:特定担保人 A 与债权人或债务人之间存在各种交易、安排,具有“反制”后两者的能力。若采肯定说,A 一旦被其他担保人追偿,将迁怒于债权人或债务人,甚至“对该三方当事人不公”。例如,“依整体安排”,债权人对 A 的担保权利“并不拟真正实行”。在肯定说之下,A 被其他担保人追偿后,会反制债权人,“两败俱伤”,不利于“整体安排的展开”;相反,否定说则无此问题。<sup>[38]</sup>

在定义方面,“系列交易、整体安排”并非独立价值,而是特定担保人 A 与债权人或债务人的利益总和之载体,对应于特定“公平观”。抛开定义不论,即使该公平观成立,鉴于以下非价值判断的误区,否定说也未必比肯定说更“公平”或更能保障相关主体之利益。

在特定担保人 A 与债务人的关系中,所谓两者存在系列交易(或其他合同关系),因而 A 被追偿后能反制债务人,应指 A 可经由合同关系将相应代价转嫁于债务人。于此,前述研究忽略了:其一,只要债务人有清偿能力,A 未必会被其他担保人追偿,即使被追偿亦可再向债务人追偿;其二,在肯定说之下,A 固然总须分担向债务人追偿不能之风险,但在否定说之下,A 却可能须单独承担该风险。事前来看,由 A 直接承担,并经由转嫁而由 A 与债务人共同承担的风险,在肯定说和否定说之下大致相等;而一旦考虑投机行为,否定说之下的前述风险更高,否定说其实更不利于 A,或者 A 与债务人之整体的利益。

在特定担保人 A 与债权人的关系中,所谓债权人对 A 的担保权利“并不拟真正实行”之“整体安排”,以及类似的“不但债权人许诺实际上不会主张该担保责任,而且整个交易安排制约着债权人得遵守诺言”<sup>[39]</sup>之现象,均有名为担保、实非担保的通谋虚伪表示之嫌。此等约定是否见于交易实践,颇可存疑。若债权人自始不拟实行对 A 的担保权利,理性选择应为直接不与 A 订立担保合同。这不仅省事,在肯定说之下,债权人还可避免基于与 A 的内部约定,事后在经济上被“反制”,间接代 A 承受被追偿之成本。退一步,即使前述“整体安排”因特别考虑而现实存在,如旨在诱骗他人提供担保,<sup>[40]</sup>或旨在规避债权人银行的内部规程而由 A 提供虚假担保等。于此,暂不考虑利益保护之正当性,否定说亦无法更好保障债权人以及 A 的利益。因为不论肯定说还是否定说,债权人与 A 的利益格局大体相近:两者之担保合同将因通谋虚伪或恶意串通而无效,债权人与被骗担保人之担保合同将因欺诈而可撤销,债权人与 A 还将面临缔约过失责任甚或侵权责任。

### (三) 现有研究中其他似是而非的价值论证之澄清

#### 1. 担保人的预期或期待

除了与意思表示之混淆,担保人的非意思表示之预期或期待还可能被解读为信赖保护意义上的信赖,以支持肯定说或否定说。但这并不成立。首先,担保人的信赖即使是单纯的事实问题,也受法律影响。当法律规则给定时,担保人无从作相反信赖,亦无需作相同信赖(不论信

[38] 参见崔建远,见前注[1],第 93 页。

[39] 崔建远,见前注[1],第 95 页。

[40] 提及此种可能性者,参见江海、石冠彬,见前注[8],第 80 页。

赖与否,法律规则都将适用);当法律规则模糊时,担保人更无从信赖。<sup>[41]</sup>因此,只要内部追偿权之法律规则既已存在,不论肯定说还是否定说,均不涉及担保人之信赖。其次,在少数场合,因债权人及特定担保人之欺骗或过错,其他担保人纵然形成事实层面的内部追偿权有无之信赖,但这仍不涉及内部追偿权之有无,而至多关乎缔约过失或侵权责任。<sup>[42]</sup>

## 2. 道德风险

其目前主要涉及否定说之下的两类投机行为,即债权人与特定担保人“串通”而放弃向其主张担保责任、双方以债权让与的方式间接实现类似效果。<sup>[43]</sup>

以上投机行为与道德风险(moral hazard)的本义无关。作为一个经济学术语,道德风险有特定含义与适用场景。其指一个人的行为风险之成本完全由他人承担时,行为人更可能倾向于冒险行为,常见于信息不对称和(经济学上的)委托代理问题(principal-agent problem);当“保险增加了冒险行为,进而人为地改变了原本的损失概率时,便会发生道德风险问题。”<sup>[44]</sup>否定说之下的各种投机行为,无关乎冒险,而是赤裸裸的、基于法定权利而毫无风险的“敲竹杠”或“寻租”,与道德风险的本义相去甚远。

在现有文献中,否定说之道德风险大体有两种用法:其一,道德风险是权利滥用的同义词。<sup>[45]</sup>于此,道德风险针对不诚信行为,关乎诚信原则。其二,道德风险本身被视为负面的价值评价。<sup>[46]</sup>于此,道德风险针对宽泛的不道德行为,或涉及法律中的“道德”即公序良俗原则(甚至诚信原则)。鉴于现有研究从未在诚信或公序良俗原则的层面争论内部追偿权之存废,本文仅简单指出:即使考虑两项原则,亦有利于肯定说。因为上文已述,在否定说之下,两项原则即使介入,依然会有背俗或背信之投机行为;而在肯定说之下,投机行为不复存在,两项原则自无被违反之虞。

此外,道德风险还见于为否定说辩护之场景,并有两种额外用法:其一,等同于宽泛的负面后果,如债权人“双重获利”、债务人“非法获利”、根据“系列交易”仅名义上提供担保而实际上无需承担担保责任的特定担保人事后被追偿等。其二,等同于交易成本。<sup>[47]</sup>前一用法所指不明,牵涉诚信、公平、自由等,无单独讨论必要;后一用法涉及效率,以下详论。

[41] 对后一场景的分析,参见贺剑,见前注[1],第87页。

[42] 若过错行为人的行为与其他担保人的信赖符合要约、承诺之要件,则在双方之间成立(口头)追偿约定。此等“信赖”实为意思表示,并非此处讨论的非意思表示之预期或信赖。

[43] 参见黄忠,见前注[1],第1011页、第1016页;高圣平,见前注[8],第31页;刘保玉:“民法典物权编(草案)担保物权部分的修改建议”,《法学杂志》2019年第3期,第18页;王利明,见前注[1],第45页。提及该概念而无阐释者,参见李昊、邓辉:“论保证合同入典及其立法完善”,《法治研究》2017年第6期,第67页。

[44] 参见Moral hazard,载Wikipedia,[https://en.wikipedia.org/wiki/Moral\\_hazard](https://en.wikipedia.org/wiki/Moral_hazard),最后访问日期:2019年3月16日;(美)保罗·萨缪尔森、(美)威廉·诺德豪斯:《经济学》,肖琛主译,商务印书馆2018年版,第201页。

[45] 参见黄忠,见前注[1],第1016页。

[46] 参见高圣平,见前注[8],第31页;王利明,见前注[1],第45页;刘保玉,见前注[43],第18页;温世扬、梅维佳,见前注[1],第70页(“道德危机”)。

[47] 参见崔建远,见前注[1],第98页。

## 五、最大多数担保人的意愿与效率：一个成本收益分析

上文以最大多数担保人的意愿为中心，主要从意思自治即自由的视角论证了肯定说之正当性。本部分从效率视角予以补强，除了证成肯定说，还将配套提出最有效率的内部追偿权之计算方案。诚然，倘若这个世界仅关注担保人的利益，自由视角的分析与效率视角的分析几近重合：在经济理性人假设下，最大多数担保人之所愿，正是对每一位担保人经济代价最小之选择；自由与效率，都统一于担保人之意愿。但现实世界更为复杂。除了担保人的利益，还有其他主体的利益（包括成本和收益）。就此而言，相较于上文的自由分析，本部分的效率分析将更细致周全。

### （一）内部追偿权有无之成本收益分析

现有研究仅关注成本而忽视收益，且关于成本的分析亦不乏错漏。以下区分追偿成本、非追偿成本和收益，比较肯定说和否定说之效率。注意，所有成本、收益均不限于特定个案，而及于所有个案组成之整体或全局；借用常见的不甚严谨的表达，成本收益分析通常采事前（*ex ante*）观点，而非事后（*ex post*）观点。<sup>〔48〕</sup>

#### 1. 追偿成本

追偿成本指担保人内部追偿程序直接或间接导致的交易成本。以人大法工委的释义为代表，否定说认为，肯定说“从程序上讲费时费力、不经济”，会额外引发未实际承担担保责任的担保人嗣后向债务人追偿之成本。<sup>〔49〕</sup>当然，除了担保人向债务人追偿之成本，追偿成本还包括担保人内部追偿之成本。不过，在否定说之下，担保人也会向债务人追偿，故肯定说所有、否定说所无之追偿成本，应仅指担保人内部追偿之成本，以及未实际承担担保责任的担保人在内部追偿后向债务人追偿之成本。其在性质上可分为两类：①当事人的交易成本，包括担保人、债务人在不同追偿程序中的诉讼费、律师费等。②司法机关的管理成本（administration costs），即司法机关在审判、执行等追偿程序中所投入的人力、物力等成本。司法机关的管理成本与诉讼费等当事人的交易成本不无重合，但仍应单独分析。因为司法机关无法经由诉讼费实现“收支平衡”，即诉讼行为的交易成本并未完全由当事人承担，而是部分由司法机关承担。

否定说所诟病的肯定说之“不经济”，主要指额外的追偿诉讼所导致的司法机关管理成本之增加。现有研究对此已有初步批驳，<sup>〔50〕</sup>以下稍作修正和细化。

否定说的最大误区在于，其忽略了，一旦考虑当事人（最大多数担保人）在否定说之下另行约定内部追偿权的意愿与可能性，否定说亦会造成与肯定说大体相当之追偿成本。而且，在肯

〔48〕 一般论述及反思，参见张永健，见前注〔29〕，第23页；贺剑：“物权法经济分析的方法论之路——评张永健教授《物权法之经济分析：所有权》及相关论文”，《中研院法学期刊》第27期（2020年），第257页。

〔49〕 参见胡康生，见前注〔2〕，第381页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年版，第469页（“费时费力、繁琐”）；代荣臣，见前注〔1〕，第100页。

〔50〕 参见贺剑，见前注〔1〕，第84页（脚注中简略提及相关论据）。

定说之下,诸多配套规则都可以限制额外追偿诉讼的数量,从而削减追偿成本。如担保人必须在同一诉讼中向债务人和其他担保人追偿、将向债务人追偿作为担保人内部追偿的前置程序等。<sup>[51]</sup>当然,如下文所述,以担保人在否定说之下另行约定肯定说为限,否定说之投机行为等非追偿成本亦不复存在。

其次,纵然肯定说之追偿成本高于否定说,甚至仅肯定说才有追偿成本,该成本也不应予以考虑。其中,当事人的交易成本为任何权利实现之共通成本,与肯定说、否定说无必然关系,反与法律规则的清晰程度有关。司法机关的管理成本虽为独立的交易成本概念,但除非极端例外,通常亦无需考虑。一方面,肯定说虽会引发额外追偿诉讼,但是否会增加管理成本?这是一个事实判断。若额外追偿诉讼仍处于现有司法资源的承受范围,则不仅未增加管理成本,反而促进了资源的有效利用;只有当额外追偿诉讼超出现有司法资源的容量,导致“诉讼爆炸”,管理成本才有讨论必要。初步来看,前一情形更接近现实。另一方面,即使额外追偿诉讼超出现有司法资源的容量,或极大增加司法机关的负担,因而有改革必要,原则上也不应当改变实体规则以迁就程序考量,而应当如前所述,改良程序以免误伤实体规则。

## 2. 非追偿成本

非追偿成本指与担保人内部追偿程序无关的其他交易成本。现有研究指出,肯定说可以避免否定说之下投机行为的交易成本和担保人另行约定的交易成本。<sup>[52]</sup>以下予以补充、修正。

其一,投机行为的交易成本。此为否定说所有、肯定说所无之成本。否定说之下的所有投机行为,无论交易主体、对象、形态为何,相应缔约和履约成本均属此列。在否定说之下,合同无效等其他法律制度虽有介入余地,但只有当其能够在事前减少投机行为时,才能相应降低投机行为的交易成本;若如上文所述,其通常无法有效抑制投机行为,而仅能提供事后救济,则前述成本仍无可避免。在事后救济场合,反倒还会产生额外诉讼及交易成本。

其二,担保人另行约定的交易成本。现有研究忽略了,除了否定说,肯定说也涉及此类成本。但两者的概率及数量不同。鉴于最大多数担保人青睐肯定说,担保人另行约定的成本在肯定说之下应远低于否定说。

在否定说之下,前述两类交易成本有时互斥、有时共存。有时互斥,指担保人若另行约定改采肯定说,则仅有另行约定之成本,而无投机行为及其成本;若未另行约定,则仅有投机行为之成本。当担保人尝试另行约定但并未成功时,两类成本还可能共存。

其三,担保人与债务人、债务人与债权人之间转嫁责任的交易成本。在担保人和债务人的内部关系中,尤其是在有偿提供担保的场合,担保人通常会将否定说之下的各种交易成本,以事前“加价”等方式转嫁于债务人。<sup>[53]</sup>在债务人和债权人的合同关系中,也可能发生类似转

[51] 分别参见高圣平,见前注〔1〕,第146页;贺剑,见前注〔1〕,第91页。另参见王利明,见前注〔1〕,第47页。

[52] 参见贺剑,见前注〔1〕,第84—88页。

[53] 事后的转嫁方式,如约定各担保人额外承担的交易成本一律由债务人事后补偿,则较少实益。因为一旦债务人欠缺履约能力,担保人对债务人之法定追偿权都无法实现,遑论前述额外约定责任。

嫁,以抑制债权人从事投机行为之冲动。当然,鉴于债权人在担保交易中的强势地位,此类转嫁的概率较低。以上两类转嫁成本均为否定说独有之成本。不过,前述转嫁仅影响合同的价格条款,原本就属于当事人缔约磋商范畴,并未造成额外的独立交易。故其虽可能加剧定价机制的复杂性,却未必显著提高交易成本。

### 3. 收益

在收益面向,否定说之投机行为主要是在债权人和担保人之间重新分配财富,虽不创造财富,亦未致其减损。现有研究只谈成本、不谈收益,<sup>[54]</sup>初看并非无据。但其实未必。以下先反思现有研究提及的两项潜在激励,再正面予以说明。

第一项潜在激励有利于否定说:担保人的期待责任在否定说之下更高,故更有动力监督债务人行为,确保其具有偿债能力。该激励除了事实上难以成立,<sup>[55]</sup>更未必是一项收益。因为债务人有偿债能力,甚至免于破产,好坏并非一望可知。尤其是鉴于存在担保,债权人利益通常无受损之虞,故不涉及债权人保护甚或公共利益。

第二项潜在激励有利于肯定说:担保人的期待责任愈高,向债务人提供担保的意愿愈低,“债务人要么为此支付更高的对价,要么就失去部分原本可以获得的担保”;为促进担保之供给,应采肯定说以降低担保人的期待责任。对此,既有质疑为:“为何担保一定要多多益善或者愈便宜愈好?”担保人在否定说之期待责任更高,“提供担保时也相应愈审慎,这样难道不也有利于甄选出资信更好、更诚实守信的债务人,有利于价格机制发挥作用?”<sup>[56]</sup>该质难以成立。一方面,担保之供给随价格升高而减少,未必可经担保人之手,甄选更有偿债能力的债务人,而仅能留下愿意支付更高价格的债务人。另一方面,担保之供给随价格降低而增加,将促进有关自愿交易。自愿交易往往增进交易双方收益,故肯定说之收益高于而非等于否定说。

具体而言,有更多人愿意提供担保,进而有更多担保合同,未必增进相应合同双方,即担保人与债务人、担保人与债权人收益。这是担保合同的从属性决定的,其并不直接涉及财富流转,难以促进财富流向更能利用者之手。但是,更多的担保供给通常有利于债务人与债权人主合同的订立,从而增进主合同意义上的自愿交易之收益。这才是否定说所短而肯定说所长之收益。

综上,倘若否定说之下最大多数担保人均另行约定肯定说,则否定说和肯定说的成本收益几无不同,只是前者徒增另行约定之成本,担保人被无端“折腾”。相反,假设否定说之下全无前述另行约定,则在成本面向,相较于否定说,肯定说虽有额外追偿成本,但不应予考虑,且可经由配套制度予以削减;非追偿成本中,仅有的投机行为成本和责任转嫁成本均为否定说所有、肯定说所无;而在收益面向,肯定说之收益高于否定说。这是两种极端情形,现实情形大体介于两者之间。但不论是何情形,基于简单的定性分析即可确信,肯定说较否定说有更高的成

[54] 参见贺剑,见前注[1],第84页。或有误解的类似观点,参见崔建远,见前注[1],第97页。其认为,“贿赂”交易导致“社会财富毫无增加,交易成本却升高了,这不符合效率原则,与贺剑所持观点南辕北辙”。

[55] 参见贺剑,见前注[1],第83页。

[56] 参见贺剑,见前注[1],第84页(脚注46)。

本收益总和,肯定说更有效率!

## (二)内部追偿权计算之成本收益分析

在肯定说之下,无论担保人内部追偿权之计算公式如何,均可免于否定说之投机行为,以及对应的非追偿成本与收益损失。据此有两点推论:其一,比较法上普遍肯定担保人内部追偿权,名义上虽主要诉诸公平,背后却很可能有效率<sup>[57]</sup>和自由作为坚实支撑;其二,内部追偿权计算之成本收益分析,不同于内部追偿权有无之成本收益分析。前者无须考虑否定说之投机行为及相关成本收益,而仅需考虑不同计算公式之成本差异。内部追偿权之计算与有无,实为两个独立的任意性规定。<sup>[58]</sup>

在理想型的意义上,内部追偿权之计算主要有按人数平分、按比例分担两种方案。现有研究又将按比例分担区分为事前方案、事后方案,并认为后者更有效率。以下先检讨按事后比例分担方案之缺陷,再比较按人数平分与按事前比例分担之优劣。

### 1. 按事后比例分担缺陷重重,难以成立

按事后比例分担,是指以债务人违约时,各担保人分别所应承担的最大担保责任(担保合同中的最大担保责任减去债务人已履行数额)为基准,确定各人的内部责任分担比例。该方案契合最大多数担保人之意愿,因为担保责任是或有责任,只有在债务人违约、债权人有权请求担保人承担担保责任时,担保人才有较强动力“贿赂”债权人;其愿意支付的“贿赂”上限,也由此刻其应承担的最大担保责任决定。<sup>[59]</sup>

该方案有诸多缺陷:其一,担保人内部责任分担的基准时未必是债务人违约时。若债务人在违约前已陷入经济困境,“贿赂”交易的时点就可能提前。其二,内部责任分担的基准,即担保人愿意支付的“贿赂”上限,并非担保人在债务人违约时所应承担的最大担保责任。上文已述,该上限不仅取决于担保人所应承担的最大担保责任,还取决于担保人向债务人追偿的可能性。其三,在计算各担保人的内部责任分担基准时,扣除债务人已履行之数额,将诱使部分担保人以各种方式影响债务人之履行数额,操纵内部责任分担比例。

该方案的错误根源在于,将内部追偿权之有无与计算的成本收益分析混为一谈,忽略了一旦采肯定说,就再无“贿赂”交易等投机行为。换言之,在模拟各担保人关于内部追偿权计算规则的意愿时,与“贿赂”相关的时点、数额等因素均不应予考虑。以下思想实验也可资印证:假设在否定说之下,各担保人总能达成协议,先由一位担保人出面承担所有担保责任,再协商确定内部责任分担比例。于此,内部责任分担不可能以债务人违约时各担保人所应承担的最大担保责任为基准,而只可能单纯按人数平分,或者以担保合同中约定的最大担保责任为基准(按事前比例分担)。

### 2. 按人数平分、按事前比例分担之优劣

两种方案都避免了时间、数额等方面的不确定性,且无事后操控风险。但按事前比例分担

[57] 参见贺剑,见前注[1],第88页。普遍观察,参见熊丙万、周院生,见前注[35]。

[58] 未从效率着眼,但仍将两者看作不同任意性规定者,参见高圣平,见前注[13],第163页。

[59] 参见贺剑,见前注[1],第86—88页。

更胜一筹。其契合最大多数担保人之意愿,最大限度免去了担保人另行约定的交易成本。按人数平分则不然。当各担保人的最大担保责任数额相同,或应予相同对待时(如有限足额担保之于无限担保),两种方案的结果诚无不同;但是在其他情形下,两者就意味着不同结果,若按人数平分,个别担保人在内部追偿时所应分担的责任甚至会超过对债权人所应承担的担保责任。<sup>[60]</sup>于此,面临潜在不利的担保人就有动力要求债务人介入,促使各担保人另行达成按事前比例分担之约定。

但按事前比例分担有时也有额外成本。一旦涉及物保,为确定担保人之内部责任分担比例,必须评估担保物价值,产生估值成本。作为内部追偿权行使的必要费用,该估值成本将由所有担保人分担,非其所愿。表面上,按人数平分可以避免该估值成本,其实不然。因为但凡涉及物保,各担保人的最大担保责任数额通常不尽相同,因而即使法律规定按人数平分,在部分担保人和债务人的介入下,各担保人仍会达成按事前比例分担之方案,从而亦产生估值成本。可见,担保物的估值成本是两种方案均无法避免之成本。

作为理想型,按人数平分与按事前比例分担之间还有诸多折中或变形。例如,按人数平分不妨设置例外,避免少数担保人的对内分担责任高于对外担保责任。又如,保证人之间可按比例分担,物保人之间则按人数平分。不过,各中间方案通常都相应承继前述两种理想型之长短,故仍逊色于单纯的按事前比例分担。后者因而是最有效率的内部追偿权计算方案。

## 六、民法典中的担保人内部追偿权:一个法教义学方案

### (一)保证人内部追偿权之法律依据:《民法典》第700条

《民法典》第700条规定,保证人“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”。该条主要有两种解释方案:

第一,该条并未规定保证人之内部追偿权。保证人在其承担保证责任的范围“享有债权人对债务人的权利”,仅指主债权,不包括作为从权利的担保权利。此与该条的保证人有权“向债务人追偿”一致,即保证人以向债务人追偿为限,享有债权人之主债权。

第二,该条规定了保证人之内部追偿权。前述保证人“享有债权人对债务人的权利”,不仅指主债权,还包括担保权利。<sup>[61]</sup>此与保证人有权“向债务人追偿”并无冲突:作为债权人权利之承继者,保证人向债务人追偿,不仅可以主张主债权,还可以主张担保权利。<sup>[62]</sup>换言之,保证人有权向债务人“追偿”,不等于保证人仅享有对债务人之“追偿权”;相反,其蕴含“双重追偿权”,即保证人对债务人之追偿权和保证人对其他保证人之追偿权。

第一种方案在文义上更顺畅,但第二种方案亦在文义射程内。关于前述“债权人对债务人

[60] 参见高圣平,见前注[1],第146页;黄忠,见前注[1],第1022页;贺剑,见前注[1],第87页。

[61] 对相应草案条文的类似解释,参见杨代雄,见前注[1],第61页;谢鸿飞,见前注[1],第123页。

[62] 另一种消弭冲突的解释是,该条“有权向债务人追偿”之“债务人”,不仅指主债务人,也可以“扩大解释”为包括保证(债务)人。参见王利明,见前注[1],第41页。但这在文义和体系上较为牵强。在其他涉及担保的场合,《民法典》中的债务人均为主债务人,不包括担保人,不宜轻易扩张。

的权利”，人大法工委的释义指出，“无争议的内容主要包括对债务人财产的抵押权等担保物权”，并未提及债权人对第三人的担保权利。<sup>〔63〕</sup> 这或表明，立法者有意保留了解释空间。笔者认为，基于目的解释，应采第二种方案并进一步予以限缩。

①在目的解释时，应主要基于自由和效率价值，肯定保证人之内部追偿权。根据下文对《民法典》第392条以及《物权法》第176条相关释义的分析，自由和效率，正是立法者在担保人内部追偿权问题上明确追求的价值。退一步，即使立法者并未予以明示，以自由和效率为目的解释之依据，也具有充分正当性。两者并非解释者主观引入的“法外价值”，而是有明确依据的“法内价值”。其中，自由价值对应于意思自治原则（自愿原则），效率价值栖身于绿色原则（或类似的物尽其用原则以及相应制度）。<sup>〔64〕</sup> 此外，上文已述，肯定说有益于自由、效率，且无关乎公平，并不涉及艰难的价值冲突，易于达成价值共识。

以上目的解释亦不违背《民法典》第700条从反面划定的规范目的，即“不得损害债权人的利益”。该利益应指正当的清偿利益，不包括基于投机行为的超额获益。

②基于自由与效率，《民法典》第700条之保证人内部追偿权还应（目的性）限缩解释为以各保证人的内部责任份额为限之按份责任。<sup>〔65〕</sup> 即内部追偿权之计算公式应采按事前比例分担的方案，以契合最大多数担保人之意愿。

从反面言之，其他非按份责任的方案明显非理性担保人之所愿。例如，如果承担保证责任的保证人取得债权人之担保权利后，其保证债务仍未消灭，则其向其他保证人主张权利后，其他保证人亦复取得对其之权利。保证人之间的权利主张将循环往复、无穷无尽。又如，如果承担保证责任的保证人取得债权人之担保权利后，其保证债务（因混同等原因）完全消灭，这虽不会导致循环往复之追偿，却会造成保证人之间“击鼓传花”。即实际承担保证责任的保证人，有权向其他任何保证人追偿；而后续被追偿的保证人，仅有权向较小范围的保证人追偿，以此类推，直至最后一位被追偿的保证人无法向任何保证人追偿。

总之，基于文义与目的解释，《民法典》第700条的保证人在承担保证责任范围内享有的“债权人对债务人的权利”，包括主债权和担保权利。该条的保证人“有权向债务人追偿”，相应包含双重追偿权：其一，保证人对债务人追偿权，源自债权人主债权，数额以保证人所承担的保证责任为限；其二，保证人对其他保证人追偿权，源自债权人担保权利，数额应限缩解释为各担保人相应的内部责任份额。至于以上双重追偿权的性质是代位权还是债权的法定移转，<sup>〔66〕</sup>限于主题，暂不详论。比较法上不乏基于代位权的逻辑而在司法或立法层面承认担保

〔63〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第515页。另一个版本的释义对此则全然不提，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第781—782页。

〔64〕 参见贺剑：“绿色原则与法经济学”，《中国法学》2019年第2期，第110—127页；熊丙万：“中国民法学的效率意识”，《中国法学》2018年第5期，第82—101页。

〔65〕 立法论上的类似主张，参见耿林，见前注〔1〕，第125页。在解释论上，也有研究提及相应草案条文的全额追偿之不合理，但并未提出解决方案。参见谢鸿飞，见前注〔1〕，第123页。

〔66〕 代位权说，参见谢鸿飞，见前注〔1〕，第123页。债权法定移转说，参见杨代雄，见前注〔1〕，第61页；耿林，见前注〔1〕，第125页。

人内部追偿权之先例，<sup>〔67〕</sup>亦可参考。

## （二）《民法典》第 700 条之类推适用：以混合担保为重点

以上关于《民法典》第 700 条的双重追偿权尤其是保证人内部追偿权之解释，不难类推适用于其他担保。混合担保亦不例外。《民法典》第 392 条的混合担保人在承担担保责任后“有权向债务人追偿”，基于体系解释，以及与上文类似的文义和目的解释，亦应包含混合担保人之内部追偿权。以下扫清若干潜在障碍。

### 1.《物权法》第 176 条、《民法典》第 392 条的重新解读

第一项潜在障碍为，《民法典》第 392 条完全沿袭《物权法》第 176 条，而人大法工委关于两者的释义均明确持否定说。在方法论上，立法起草机关以半官方出版物而非正式立法理由书的形式所发布的法律释义，是否为历史解释意义上的立法史资料，诚然可以探讨。<sup>〔68〕</sup> 不过，本文尚不涉及该“灵魂之问”。因为与通常认知不同，人大法工委其实从未认为，《物权法》第 176 条或《民法典》第 392 条的立法原意是支持否定说。鉴于两者实质相同，以下分析主要针对《物权法》第 176 条的释义。其原文如下：<sup>〔69〕</sup>

“与本条相关的还有一个问题：即在多个担保人的情况下，其中一个担保人承担担保责任后，该担保人除了可以向债务人追偿外，是否可以向其他担保人追偿？对于这个问题争论很大……本法对此没有明确规定，但我们研究认为，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，主要理由是……”

由上可知，人大法工委虽持否定说，并有相应理由，但只是“我们研究认为”，是其作为“研究”者的一家之言。而作为法律起草者或立法机关代言人，人大法工委的态度恰恰是，“本法对此没有明确规定”！可见，鉴于各界“对于这个问题争论很大”，人大法工委作为立法起草机关，有高超的立法智慧和极好的分寸感：一方面，尊重各方意见，在缺乏共识时搁置争议，将问题留待今后实务与学说之发展；另一方面，借撰写释义之机，阐释研究成果，表明自身并非毫无思考，立法的沉默实为深思熟虑之结果。

一旦明确《物权法》第 176 条并未否定，而是未曾规定（混合）担保人之内部追偿权，其就不复为肯定说之障碍。人大法工委关于《民法典》第 392 条的释义，基本延续了前述《物权法》第 176 条之释义。除了文字调整和细节补充，唯一实质的增补为：“为此，本条没有规定担保人之间可以互相追偿，只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”；此与“本法对此没有明确作出规定，但我们研究认为”之表述遥相呼应。<sup>〔70〕</sup> 这再次表明，《民法典》第 392 条及其前身《物权法》第 176 条均未否定混合担保人之内部追偿权，而是有意留白，为将来法律发展预留解释空间。

〔67〕 See *Phelps v. Scott*, 325 Mo. 711, 724 (1930); WA Rev Code § 19.72.080 (2018). 罗马法上的类似构造，参见汪洋，见前注〔1〕，第 80—81 页。

〔68〕 参见刘怡达：“隐性立法解释：‘法律释义’的功能及其正当性难题”，《政治与法律》2017 年第 8 期，第 65—76 页。

〔69〕 参见胡康生，见前注〔2〕，第 381 页（强调为笔者加）。

〔70〕 黄薇，见前注〔49〕，第 469 页。

再退一步,纵然人大法工委的前述释义明示,立法者的真意为以沉默方式否定混合担保人之内部追偿权,在解释论上,担保人内部追偿权依然成立。

立法释义批评肯定说,理由有四:其一,不合法理,主要指担保人之间缺乏追偿约定,肯定内部追偿权有悖于其意思。其二,程序上不经济,导致额外追偿成本。其三,不能向其他担保人追偿是公平原则的体现,因为在没有其他特别约定时,足额承担担保责任是担保合同的应有之义。“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。”其四,内部追偿的可操作性很差,“是一个复杂的计算题”。〔71〕

以上理由中,理由四无关紧要,计算公式复杂与否,都不足以肯定或否定内部追偿权。理由一关于担保人缺乏追偿约定的论述、理由三关于公平的分析,均涉及意思自治即自由;理由二则关乎效率。以上两项价值,加上实为意思自治之误的公平,大体可视为历史解释意义上立法者所明确追求的价值或(主观)目的。不过,问题的棘手之处在于,立法者所采取的规则或手段,与其所欲追求的价值或目的背道而驰——上文已述,担保人内部追偿权无关乎公平;而基于自由和效率,其实应肯定而非否定该内部追偿权!

立法者因事实判断、逻辑分析等的错漏,导致所制定规则与所追求目的不符,在解释论上应如何处理,是方法论之大哉问。不过,上述假想场景相对简单:错误规则并未见于法条,而见于法条之(半官方)释义等立法资料。于此,应基于立法者所追求的目的或价值,矫正错误规则。这并非目的解释优先于历史解释,而是历史解释的应有之义——为免南辕北辙,对立法者原意之探求,应基于立法者在立法资料中明确追求的价值,而非其以该价值为据所得之错误推论。

## 2.《九民纪要》第56条何去何从?

第二项潜在障碍为《九民纪要》第56条。其规定,虽然《担保法解释》第38条肯定混合担保人之内部追偿权,“但《物权法》第176条并未作出类似规定,根据《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,承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的,人民法院不予支持,但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。”

该规定将《物权法》第176条之沉默视为否定,有失草率。不过,结合起草说明〔72〕及其“征求意见稿”第56条,背后主要依据仍为人大法工委的前述释义。而上文已述,不论基于历史解释还是目的解释,前述释义都未曾否定,亦无从否定担保人之内部追偿权。《九民纪要》第56条同样有所追求价值与所制定规则南辕北辙之嫌。以下提出三种应对方案。

其一,《九民纪要》第56条仅适用于混合担保;此外均适用或类推适用《民法典》第700条,肯定担保人内部追偿权。该方案维系了各规定的形式和谐,却难免实质冲突——同样欠缺追偿约定,为何其他担保人可以互相追偿,唯独混合担保人须特别对待?此为下策。

其二,坦言《九民纪要》第56条为错误规定,其所依凭的《物权法》第176条之立法释义,并

〔71〕 参见黄薇,见前注〔49〕,第469页。相同内容,参见黄薇主编:《中华人民共和国物权编解读》,中国法制出版社2020年版,第624—625页;类似内容,参见胡康生,见前注〔2〕,第381—382页。

〔72〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第353页。

未否定担保人之内部分追偿权；即使否定，亦应基于其手段与目的之不符，经由历史解释予以矫正。换言之，《九民纪要》第56条与《物权法》第176条存在冲突，在物权法时代即不应适用，在民法典时代更应如此。此为上策。

其三，《九民纪要》第56条是对《物权法》第176条之解释，而非对《民法典》第392条之解释，在民法典时代不复适用。上文已述，后两者虽条文相同，体系背景和含义却有变化。此为前述上策之变通；不提《九民纪要》第56条与《物权法》第176条之冲突，只谈两者与《民法典》第392条之不同，从而至少排除《九民纪要》第56条在民法典施行后的适用空间。这不无妥协与代价，但具有可操作性，是为中策。

### 3. 《担保解释征求意见稿》第13条、第14条的因应方案

倘若《担保解释征求意见稿》第13条、第14条最终被删除或转变为肯定说，上文在价值判断和法教义学层面的分析大体可原封不动，适用于民法典时代。倘若以上两条被实质保留，法教义学的战场和肯定说的希望则系于前述第13条之“连带共同担保”。

在文义解释层面，只要连带共同担保不仅包括基于担保人共同合意之担保（如第13条第2款的“数个担保人在同一合同书上签字、盖章或者按指印”），还包括按份担保之外的、由担保人分别提供的对同一债务的数个担保（与《担保法解释》第19条第1款类似），肯定说就仍有可能借道目的解释和历史解释，基于立法释义中提及的自由、效率等价值，成为解释论之现实。而且，在连带共同担保的教义学构造下，担保人内部追偿权源于“连带共同担保”关系本身；不论其可否额外诉诸《民法典》第700条之担保人代位权或类似权利，该内部追偿权都不受影响。

## 七、结 论

“如果宪法代表一个国家的良心，则民法反映的应该是一个国家的智慧。”<sup>〔73〕</sup>担保人内部追偿权问题作为一道聚讼纷纭的价值判断难题，涉及自由、公平、效率等民法基本价值之诠释与权衡，考验一国法律人的智慧。本文认为，在价值判断层面，解决内部追偿权问题的关键在于洞悉否定说之下的投机行为，以及相关交易成本与收益损失；只要洞悉此点，内部追偿权之肯定说契合自由与效率，就是水到渠成之事。至于诉诸苍白无力甚至包含舛误的公平论证，则为常见的价值判断误区，可资警醒。在法教义学层面，民法典时代的担保人内部追偿权虽欠缺清晰规则，却依然能普遍成立、“向死而生”。本文具体结论如下。

担保人内部追偿权之争的实质为，在担保人缺乏明示或默示追偿或不追偿之合同约定时，法律在价值层面为何应当肯定或否定担保人之内部分追偿权。该问题并非混合担保独有，而见于所有担保，实为任意性规定之设计问题，要义在于模拟最大多数担保人之（潜在）意愿。

基于经济理性人假设，最大多数担保人之意愿是以担保人内部追偿权之肯定说作为任意性规定。肯定说可避免否定说之投机行为，对担保人意味着较低的经济代价。在否定说之下，合同无效、诚信原则等事后介入方案均无法有效抑制、遑论根除投机行为。

〔73〕 苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，自序，第3页。

尊重最大多数担保人之意愿而以肯定说为任意性规定,契合意思自治原则即自由价值。在肯定说和否定说之下,担保人均可另行约定,实现意思自治。担保人内部追偿权之争无关乎公平,亦无关乎信赖、道德风险等似是而非的价值论证。

以肯定说为任意性规定,还契合效率价值。效率层面的成本收益分析,不仅考察担保人之意愿或利益,还探究债务人、债权人、司法机关等相关主体的成本收益,与自由层面的分析虽有重合,但更周全细致。在肯定说之下,担保人内部追偿权之有无与计算,对应于不同的成本收益分析,实为两个独立的任意性规定。按事前比例分担,即以担保合同约定的最大担保责任作为内部责任分担之基准,是最有效率的内部追偿权计算方案。

在民法典时代,保证人内部追偿权之法律依据为《民法典》第700条。后者的“债权人对债务人的权利”,包括主债权和担保权利。保证人“有权向债务人追偿”,相应包含双重追偿权,即保证人对债务人追偿权和保证人之内部追偿权;经由目的性限缩解释,后者在数额上以各担保人应分担的内部责任份额为限。《民法典》第700条可以类推适用于其他所有担保,混合担保亦不例外。《民法典》第392条之担保人“有权向债务人追偿”,亦包含双重追偿权之构造。《物权法》第176条、《民法典》第392条及两者的立法释义、《九民纪要》第56条(以及《担保解释征求意见稿》第13—14条),均非前述解释之障碍。

---

**Abstract:** It is a classic problem of value judgment in private law and has been long debated, whether there should be a right of contribution between providers of security. The underlying key question is why the law should recognize or deny the contribution right between security providers in the absence of any agreement. Different from the existing literature, this paper argues, primarily based on an analysis of the potential intention of most security providers, that it is in accordance with the value of freedom (private autonomy) and efficiency, and irrelevant to the value of fairness, to set up the contribution right as the default rule. These value judgements can be integrated into a historical or teleological interpretation of Article 700 of the Civil Code, which supports the contribution right between co-sureties *de lege lata* together with other methods of interpretation of Article 700. Similar contribution right between other types of security providers can also be established per analogy.

**Key Words:** Mixed Securities; Default Rules; Private Autonomy; Speculation; Subrogation Right

---

(责任编辑:高薇)