

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

黄 忠^{*}

摘 要 学说上将《物权法》第 176 条理解为混合共同担保人无相互追偿权的认识似占上风,但司法实践却并未摒弃《担保法解释》第 38 条的立场。自解释论而言,仅依《物权法》第 176 条并不能得出立法已经废弃《担保法解释》第 38 条的结论。《物权法》第 176 条既然在混合共同担保的外部关系上采连带说,则基于内外一致之理,自当在内部关系上亦采连带说。并且,肯定混合共同担保人的相互追偿权不仅对担保人有利,契合共同担保分散风险之目的,而且也有利于其他利害关系人。反之,若否定相互追偿权,不仅会成立不当得利,而且还会诱发道德风险。因物上保证人与保证人性质有别,故应采价值比例分配说,依担保物价值与保证人所负之责任比例确定追偿份额。

关 键 词 混合共同担保 连带之债 不当得利 《物权法》第 176 条

一、疑问:《物权法》废弃了《担保法解释》第 38 条第 1 款?

债权天然就有风险,故为债权之实现而努力奋斗就成为民法、尤其是担保法的一项重要使命。由此,为担保债权之实现而设定多项担保,或者说在同一债权之上成立共同担保就成为当然。因共同担保,尤其是混合共同担保所涉当事人众多,跨越物权法(物上保证)与债权法(保

^{*} 中国人民大学法学院博士后研究人员。本文系国家法治与法学理论研究中青年项目(13SFB3032)的一项成果。

证)两大领域,故而其法律关系甚为复杂,以至于如何妥当处理成为难题。在我国,围绕共同担保,尤其是混合共同担保之外部与内部关系的处理一直存在争议。^{〔1〕}在《物权法》颁布以前,因《担保法解释》第38条明文规定了混合共同担保时的内部追偿规则,因此司法实践当然就会根据《担保法解释》第38条第1款的规定直接肯定各担保人之间的追偿权。^{〔2〕}但在《物权法》实施后,由于《物权法》第176条对混合共同担保人之间相互追偿权的沉默态度直接导致了学说上否定解释论立场的登台:全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国物权法释义》就指出,“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”。^{〔3〕}受此影响,也有一些学者开始应声附和,认为《物权法》第176条的立法原意是否定在担保人之间互设追偿,^{〔4〕}甚至提出《担保法》第12条和《担保法解释》第75条也因与《物权法》第176条冲突而自然失效。^{〔5〕}

然而,值得关注的是,《物权法》实施后,司法实践却并未完全摒弃《担保法解释》第38条的立场,而转采上述否定论的见解。我们观察到,有相当一部分的判决仍然沿袭《担保法解释》第38条的立场,肯定了混合共同担保情形下各担保人之间的追偿权,^{〔6〕}并且此类判决也并未因

〔1〕《物权法》第176条对混合共同担保的外部关系采取了约定优先,并规定在无约定时,债务人的物的担保责任优先以及保证人与物上保证人承担连带责任的做法,从而不仅明晰了混合共同担保时的外部关系,同时也与处理共同保证与共同物上担保之外部关系的既有规则保持了一致。因此基于解释论立场本文不对混合共同担保的外部关系进行分析。

〔2〕参见上海市第二中级人民法院(2002)沪二中民三(商)初字第157号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2002)沪二中民三(商)初字第352号民事判决书;上海市高级人民法院(2002)沪高民二(商)终字第162号民事裁定书。

〔3〕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,页381—382。

〔4〕参见杨明刚:《新物权法——担保物权适用解说与典型案例评析》,法律出版社2007年版,页41;韩松等编著:《物权法》,法律出版社2008年版,页366;代晨:“论物保与人保并存之法律适用”,《昆明大学学报》2008年第1期;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;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,页426;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;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;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。

〔5〕参见江海、石冠彬:“论混合共同担保——兼评《物权法》第176条”,《海南大学学报》2012年第3期;石冠彬:“论共同担保的法律规则——《物权法》第176条释义及其展开”,浙江师范大学硕士学位论文2013年版,页26—34。

〔6〕参见瑞安市人民法院(2009)温瑞商初字第1321号民事判决书;杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第2685号民事判决书;宁波市海曙区人民法院(2010)甬海商初字第1002号民事判决书;杭州市江干区人民法院(2010)杭江商初字第391号民事判决书;杭州市萧山区人民法院(2011)杭萧商初字第3203号民事判决书;杭州市萧山区人民法院(2011)杭萧商初字第3205号民事判决书;嘉善县人民法院(2011)嘉善商初字第109号民事判决书;象山县人民法院(2011)甬象商初字第1140号民事判决书;金华市婺城区人民法院(2012)金婺商初字第250号民事判决书;嵊州市人民法院(2013)绍嵊商初字第902号民事判决书。另见衡永金:“混合担保中保证人之间能否行使追偿权”,载《江苏经济报》2014年8月13日,第B02版。

涉嫌对《物权法》第 176 条的“违反”而被改判,^[7]甚至也未见有当事人以一审判决结论“违反”《物权法》第 176 条而提出上诉。判决是会说话的法律。如果说《物权法》第 176 条确实是在否定混合共同担保人之间的内部追偿权,那为什么在《物权法》实施后,依然有相当一部分的法院会冒着“违反”《物权法》第 176 条的风险而继续坚持《担保法解释》第 38 条的见解呢?并且涉案的当事人又为何不以《物权法》第 176 条为据提起上诉或进行申诉呢?

实际上,仅仅基于《物权法》第 176 条的文义就直接推导出《物权法》业已废弃《担保法解释》第 38 条这一结论的解释方法并不科学。自解释论立场而言,新颁布的法律对既有规则的“沉默”并不必然意味着是对原有规则的否定。一个典型的例子就是 2009 年的《侵权责任法》在人身损害的赔偿项目中并未对被抚养人生活费予以明示,但这却并不意味着《侵权责任法》已经放弃了对被抚养人抚养费的支持。^[8]换言之,旧的规则在新颁布法律上的“缺位”既可以被解释为是对旧规则的否定,也可以被理解为是对旧规则的默许——究竟最终应当作何种解释,则非经实质的考量与分析而不能轻易下断。同理,就《物权法》第 176 条而言,其对《担保法解释》第 38 条肯认混合共同担保人间相互追偿权规范的“沉默”态度究竟应当解释为是对《担保法解释》第 38 条之立场的摒弃抑或是默许,显然也不能简单地从文义的解释便武断得出结论。相反,要阐释清楚混合共同担保人之间的内部追偿问题,需要我们围绕混合共同担保之内部追偿的法律基础和利益关系进行细致考量。唯有如此,我们才能对《物权法》第 176 条的真实含义做出一个科学、妥当的解释。

二、证立:混合共同担保之内部追偿权何以必要?

在追偿权否定论者看来,除非当事人之间另有约定,否则保证人与物上保证人之间根本就不存在任何法律关系,所以要求混合共同担保中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。这既违背担保人的初衷,又不合法理。^[9]因此,要证立混合共同担保人之间的内部追偿权,首先要辨识混合共同担保人之间的法律关系——是否存在法律关系以及存在何种类型的法律关系?

(一)混合共同担保人之间法律关系的存否辨

就混合共同担保的外部关系而言,《物权法》第 176 条在当事人没有相反约定的情况下基

[7] 参见金华市中级人民法院(2011)浙金商终字第 1524 号民事判决书;金华市中级人民法院(2011)浙金商终字第 1525 号民事判决书;金华市中级人民法院(2011)浙金商终字第 1526 号民事判决书;宁波市中级人民法院(2011)浙甬商终字第 531 号民事判决书;绍兴市中级人民法院(2014)浙绍商终字第 533 号民事判决书。

[8] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》(法发[2010]23 号)第 4 条;最高人民法院侵权责任法研究小组编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2010 年版,页 140。当然,自立法论而言,被抚养人生活费的存废主要是由残疾或死亡赔偿金的计算基准决定的。

[9] 参见王胜明主编:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社 2007 年版,页 374;胡康生主编,见前注[3],页 381;江海等,见前注[4];江海等,见前注[5];崔建远,见前注[4],页 426。

本上采取了“物的担保责任与人的担保责任平等说”的立场。^{〔10〕}申言之,被担保的债权既有第三人提供的物的担保又有人的担保时,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,债权人既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。另一方面,无论是物上保证人抑或是保证人,只要其中之一向债权人承担了担保责任,那么其他的担保人就在该部分额度内相应免责。可见,虽然物上保证人、保证人与债权人的担保责任可能是基于不同的担保合同发生的,各担保人之间并不存在事前的意思联络,但就实际的法律效果而言,物上保证人或保证人向债权人承担了担保责任后却可以对其他的担保人发生绝对效力。《担保法》第28条及《担保法解释》第38条第3款还明确规定,在债权人放弃担保物权时,保证人得相应免责。就此结果而言,若仍认为物上保证人与保证人之间没有任何法律关系,那么上述绝对效力的发生显然就失去了根据。因此《物权法》第176条在明确了“物的担保责任与人的担保责任平等说”的同时,其实也就隐含了物上保证人与保证人之间存在多数人之债的假设,否则如果物上保证人与保证人之间并无多数人之债的关联,而只是数个毫无联系的单一之债的简单并存,那么某一担保人向债权人承担了担保责任后就不能对其他担保人发生绝对的效力。^{〔11〕}实际上,学说在阐释共同保证时,都认为成立共同保证并不要求保证人之间有共同保证的意思联络,并且也都认同此时共同保证人间的相互追偿权。^{〔12〕}共同保证与混合共同担保在发生机理上并无实质的不同,均是由担保人以自己的财产向债权人作保,因而在其内部追偿的问题上也不能作相异的结论。其实,在现行法上,《侵权责任法》第14条就连带责任内部追偿的规定也并未限定其适用范围,当然可以适用于《侵权责任法》第11条关于无意思联络数人侵权责任的情形。而基于《侵权责任法》第11条的连带责任人显然是没有事前意思联络的。同理,在混合共同担保中,亦不能仅仅因为缺乏事前的意思联络就武断否定追偿权的存在。

而且,由于《物权法》第176条业已明确承认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,所以一旦否定了混合共同担保人之相互追偿权,那么各担保人之担保责任的最终承担与否就完全系于债权人的选择。由于这种选择权并非是由担保人所控制的,因此就混合共同担保而言,之所以出现某些物上保证人或保证人终局地承担百分之百的担保责任抑或是完全不承担任何担保责任,则完全成了“运气”的结果。虽然有论者认为,对于那些终局地承担了全部担保责任的混合共同担保人而言,可以将这一“倒霉”结果理解为是其

〔10〕 唯一的例外是债务人提供担保物的情形。由于债务人提供物保时并不存在向其他担保人追偿的问题,因此本文所指混合共同担保中的物保均是由债务人以外的第三人提供的。

〔11〕 由此可见债权人放弃第三人提供的物上担保时,保证人的免责额并不是债权人可就该担保物优先受偿的数额,而应当是共同担保人之间得相互追偿的份额。因此《担保法》第28条关于“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”的规定,在免责数额的确定上其实是错误的,也与《物权法》第176条所强调的“物的担保责任与人的担保责任平等说”相违背。

〔12〕 参见郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书局1981年版,页891;李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,页113;崔建远、韩世远:《债权保障法律制度研究》,清华大学出版社2004年版,页122—124。

当初自愿设定担保时所应当预料到的风险,^[13]但必须要指出的是,通常而言,担保人在设定担保时,其并不必然会预料到将来要承担担保责任。从趋利避害的常识来看,如果在设定担保的时候担保人已经完全预见到将来必然要承担担保责任,且无法向债务人求偿的风险,那么理性的民事主体就应当选择不设保。应当看到,相对于债权人、债务人而言,担保人是三方当事人中的弱者,通常并不能从担保活动中直接获益。因而,提供担保的混合共同担保人在终局地承担百分之百的责任(或不承担责任)与仅终局地承担部分责任两者之间,应当作何选择其实是不言自明的。反对论者以个案中未对外承担担保责任的担保人就追偿权的抗辩来否定作为整体而言的担保人对追偿权的肯定意愿,实有以偏概全之嫌。须知,基于自利的心理,当事人在个案中的利益考量与立法作为社会之整体的利益考量是有出入的,正如我们不能仅仅以个案中某个侵权行为人对责任的抗辩为由来证立该行为不应承担侵权责任。质言之,法乃公器,我们切不可冒然将个案之利害当事人的判断作为立法上的整体价值选择。

从目的上讲,共同担保不仅具有累积多个担保人的资信以确保债权获得清偿的功能,同时对于担保人而言,也具有有效分散单个担保人所承担的担保责任风险的功能。^[14]而要实现担保人分散担保责任的目的就需要肯定担保人之间的相互追偿权。换言之,就整体而论,肯定相互追偿权的存在对任何一个担保人皆是有利的,因为通过相互追偿权的设置可以使每个共同担保人所承担的风险变小;而一概否定相互追偿权,则无异于陷部分担保人于绝对不利之境地——即在向债务人不能求偿的情况下终局地承担责任。虽然担保人为避免向债务人求偿不能的风险可以设立反担保,但值得注意的是,反担保人为避免同样的风险亦需再设反担保。由于反担保的设立和实现同样费时费力,并不见得较混合共同担保中的追偿更为简便,但其结果却要比混合共同担保中的追偿更加严苛。因为如此循环往复的反担保犹如击鼓传花,最终的结果就是将向债务人求偿不能的风险完全归于一人。可见,就担保责任的分担而言,让全部担保人来分担与仅让某一(或部分)担保人承担全部责任之间,何者更为公平其实是一目了然的。因此,立法让本可以在混合共同担保人之间分配的担保责任份额完全加诸于某一(或部分)担保人身上显然是有悖公平原则的。^[15]

实际上,如果按照追偿权否定论者所言,任何一个担保人在向债权人提供担保后就应当预料到将来是要承担担保责任的,^[16]那么若是一概否定相互间的追偿权,则反而会出现与混合共同担保人意愿相左的问题。因为一旦否定了相互追偿权,那无异于免除了某一(或部分)混合共同担保人的担保责任,出现一部分担保人“遍体鳞伤”,而其他担保人“毫发无损”的结果。而肯定混合共同担保中的相互追偿权,正好可以视为是要求全体

[13] 参见江海等,见前注[4];江海等,见前注[5];尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,页509。

[14] 参见曹士兵:“中国担保法律环境评论”,《法律适用》2004年第6期;周江涛:“混合共同担保研究”,山东大学硕士学位论文2010年版,页7。

[15] 参见高圣平:《物权法担保物权编》,中国人民大学出版社2007年版,页68;刘保玉:《物权法学》,中国法制出版社2007年版,页343;高圣平:《物权法与担保法:对比分析与适用》,人民法院出版社2010年版,页81。

[16] 参见江海等,见前注[4];江海等,见前注[5];李红建等,见前注[4]。

担保人承担担保责任的体现,从而与反对论者所谓的担保人在提供担保时应当预料到要担保的目的相契合。可见,某一(或部分)混合共同担保人仅仅是因为其他混合共同担保人向债权人承担了担保责任,就相应地免除了担保责任,不仅构成了与其所谓的“预料到将来要承担担保责任”之意思的违背,而且还在法律上构成了一种利益的意外获取。而这种利益的获取并没有法律的明确规定或当事人的约定作为依据,同时某一(或部分)混合共同担保人之担保责任的免除与其他混合共同担保人承担担保责任之间具有直接的因果关系,自然可以构成不当得利,进而引发追偿权的发生。必须看到,担保人在提供担保时,的确应该意识到在承担担保责任后可能因债务人没有偿债能力而无法获得清偿的风险,但债务人没有偿债能力的风险理应由全体担保人共同面对和分担的。如果仅因为债权人的选择就使某一(或部分)混合共同担保人不用承担担保责任,那不仅会在混合共同担保人之间造成不公,而且还会诱使某一(或部分)混合共同担保人为了规避向债务人无法求偿的风险,而主动与债权人串通,进而去损害其他担保人的利益,造成市场经济秩序混乱,^{〔17〕}使共同担保演化成为一项完全由债权人控制的博彩活动。^{〔18〕}也就是说,若承担了担保责任的担保人对其他担保人不享有追偿权,那么债权人便成了操盘手,既可以让任何一个担保人承担全部责任,也可以让任何一个担保人承担零责任。这种局面可能导致不想承担担保责任的担保人与债权人串通,债权人滥用选择权,恶意选择另一方担保人而免除该方担保人的责任。而允许担保人之间享有追偿权,则可以有效地制约这种权利滥用,分摊损失,实现权益平衡。^{〔19〕}可见,肯定共同担保人之间的相互追偿实乃基于“负担与利益相平衡”这项衡平法原则的考量结果,^{〔20〕}实属正当。相反,如果出现了让先行承担担保责任的人承担全部的担保风险,而其他担保人的担保义务却因此而免除的不公平结果,则不能不说是一个很大的失误。^{〔21〕}

其实,就文义解释而言,《物权法》第176条关于物上保证人、保证人与债权人之间法律关系的描述也完全符合多数人之债的特征。不难发现,《物权法》第176条在规定债权人与物上保证人及保证人的关系时也采取了与《侵权责任法》第43条、第59条、第68条、第83条等相同的表述。而自理论而言,此种“可以……也可以……”的表述常被解释为是成立连带责任或不真正连带责任的语词。^{〔22〕}可见,就外部关系而言,物上保证人、保证人和债权人之间成立了连带的关系。否则,债权人就不可以任意选择就物的担保实现债权,或是要求保证人承担保证责任,并且当某一担保人向债权人承担保证责任后,也就不能对其他的担保人发生绝对效

〔17〕 参见王东红:“人保与物保并存时的追偿问题研究”,《新东方》2009年第4期。

〔18〕 参见叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,页15。

〔19〕 参见刘贵祥:“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”,<http://old.civil-law.com.cn/Article/default.asp?id=37482>,最后访问日期:2015年3月3日。

〔20〕 参见董安生:《新编英国商法》,复旦大学出版社2009年版,页352。

〔21〕 参见刘智慧主编:《中国物权法解释与应用》,人民法院出版社2007年版,页511。

〔22〕 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,页406;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,页327。

力。按照多数人之债的基本逻辑,此种外部的连带关系在理论上存在不真正连带之债^[23]或连带之债^[24]两种解释可能。而无论是何种解释,按照各自的逻辑推论,物上保证人与保证人在对外承担了担保责任后均存在单向或相互的追偿权。^[25]

事实上,早在《担保法》颁布之前,就有学者提出混合共同担保中的各担保人在没有特别约定的情况下应当享有相互追偿的权利。^[26]《担保法解释》第38条施行以来,这一见解不仅获得了主流学说的支持,^[27]同时我国的司法实践也已据此做了大量判决,形成了司法上的惯例。在《物权法》草案征求意见的过程中,也有部门建议,《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”。^[28]即使是在《物权法》颁布之后,最高人民法院民二庭庭长宋晓明在《物权法担保物权编实施中的几个重要问题》的讲话中仍指出:

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关系,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?^[29]

最高人民法院刘贵祥法官更是明确指出:

不管人保还是物保,其中一个人承担全部责任后,也意味着其他担保人的担保责任相应消灭,相当于一个担保人承担了其他担保人应当承担的份额,其他担保人等同于得到了利益,既然得到了利益就应当相互补偿。^[30]

[23] 参见张艳、焦阳:“保证与物的担保并存的责任承担”,《滨州学院学报》2007年第4期;代晨,见前注[4],页23。

[24] 参见王利明主编:《中国民法案例与学理研究:债权编》,法律出版社2003年版,页173;程啸:《保证合同研究》,法律出版社2006年版,页608;孔祥俊:《担保法及其司法解释的理解与适用》,法律出版社2001年版,页174;苏号朋主编:《担保法及其司法解释的应用与例解》,中国民主法制出版社2001年版,页113;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;徐磊:“同一债权上保证与物的担保并存之法律分析——兼评《担保法》第28条与《担保法解释》第38条及《物权法》第176条”,《法学杂志》2008年第3期。

[25] 一般认为不真正连带中只有单向的追偿权,但也有学说认为,不真正连带之债的债务人之间也有相互之间的求偿权。参见曾隆兴:《详解损害赔偿法》,中国政法大学出版社2004年版,页63。

[26] 参见王福祥:“贷款合同中抵押和保证连用的几个问题”,《吉林大学社会科学学报》1994年第1期,页47—48。

[27] 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;高圣平,见前注[24];王利明:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,页141;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·物权篇》,法律出版社2004年版,页348—350。

[28] 参见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,页173。

[29] 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,页6。

[30] 刘贵祥,见前注[19]。

此外,《物权法》第二次审议稿第223条也曾规定:“提供物的担保的第三人或者保证人承担担保责任后,有权向债务人追偿,也可以向未履行担保义务的一方追偿。法律另有规定或当事人另有约定的除外。”因此,我们基本可以断言,虽然理论上有个别反对声音,但《担保法解释》第38条已然在民商事活动中确立起了混合共同担保人之间得相互追偿的惯例,而不是相反。所以,就混合共同担保的运作实践而言,承认相互追偿权要比否定相互追偿权更为符合我国的司法实践。法律既是历史的存在,也是实践的总结,我们在解释《物权法》第176条时绝不能割断历史,违背商业惯例,随意更改既有的司法认识。若是如此,那无异于会给民商事主体的担保活动增加不确定性,进而影响担保行为的正常开展。

更值得注意的是,在考察混合共同担保的内部追偿问题时,我们还须高度关注抵押物上的后秩序担保物权人、混合共同担保人的其他债权人等利害关系人以及整体社会经济利益的问题。申言之,肯定混合共同担保之追偿权的法理基础绝不仅仅如否定论者所言的只在于强调共同担保人之间的公平,^[31]同时也事关其他利害关系人的利益。因为一旦否定了混合共同担保的内部追偿规则,其后果将不单单是让部分的混合共同担保人终局地承担全部担保责任,出现担保人之间的严重不公,而且还会波及向债权人承担了担保责任的混合共同担保人的其他债权人以及后秩序担保物权人的利益,危及交易秩序和安全。相反,肯认相互追偿,就可以给混合共同担保人的其他债权人以及后秩序担保物权人等利害关系人提供获得清偿的机会,从而较好地平衡债权人与混合共同担保人的利害关系人之间的利益。

正是由于肯定共同担保人之间的相互追偿更有助于实现公正之目的,所以在比较法上,肯定担保人之间的追偿关系也是域外的通行立法模式。^[32]特别是在我国台湾地区,2007年修改“民法”时还专门对此做了规定。否定论者一方面承认比较法上的这一趋势,另一方面却固持己见,置世界之立法潮流于不顾,^[33]尤难理解。此外,就我国法而言,如果将《物权法》第176条解释为是对内部追偿规则的否定,那还会在担保法的内部发生抵触。毕竟我国的现行法在共同保证^[34]和共同抵押^[35]中已明确规定承担了担保责任的保证人或抵押人可以向债务人或其他担保人追偿其应当承担的份额。很明显,若将《物权法》第176条做否定论的解释,就必然会引发混合共同担保与共同保证或共同抵押规则上的矛盾,导致司法上“类似案件的不同处理”,破坏法律的统一性。

(二)混合共同担保人之间法律关系的类型辨

证成混合共同担保人之间存在法律关系的命题后,还需进一步言明其法律关系的类

[31] 参见江海等,见前注[4]。

[32] 参见任华哲、鲁杨:“共同抵押若干问题之探讨”,《法学评论》2003年第6期;费安玲:《比较担保法——以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象》,中国政法大学出版社2004年版,页143;蔡永民:《比较担保法》,北京大学出版社2004年版,页138。

[33] 参见江海等,见前注[4]。

[34] 参见《担保法》第12条。

[35] 参见《担保法解释》第75条。

型。一如前述,就此问题学说上存在不真正连带之债和连带之债两种解释,因此要理清混合共同担保人之间的法律关系之类型,就需要对不真正连带之债和连带之债的各自特征进行辨析。由于我国民法上关于多数人之债的规定比较粗糙,故下文首先参考德国的学说进行分析。^{〔36〕}自德国学者阿依舍雷第一次提出不真正连带债务以来,德国学界曾出现“债的发生原因同一说”、“目的共同说”和“同一层次性理论”等区别不真正连带债务与连带债务的学说。^{〔37〕}

现在德国学界主流观点是以塞尔普(Selb)和拉伦茨(Larenz)教授为代表的“同一层次性理论”。拉伦茨教授认为,连带债务的成立不需要债务原因同一,也不需要各债务人存在共同目的;在给付同一的前提下,只需要义务具有同一层次性即可成立连带债务。在典型的连带债务中,义务的同层次性在如下意义上存在,即没有一个债务人一开始就处于第一债务人的地位,而是所有的债务人都应当最终承担一定份额的给付。^{〔38〕}依“同一层次性理论”,连带债务的各债务人处于同一层次,对债权人在同一层次上有清偿债务的义务,各债务人均须终局地承担债务,相互之间具有追偿权。而在不真正连带债务中,从债权人的角度来看,各债务人均是义务主体,但因为各债务人不属于同一层次,并非每个债务人均是终局的债务承担者,因此在债务人之间,只有非终局责任人有权向终局责任人追偿,而终局责任人则无此权利。

同一层次性理论为区分连带债务与不真正连带债务提供了一个可行的标准。我国的民法理论虽未受到德国同一层次学说的影响,^{〔39〕}但审判实践的经验却与该学说具有高度的契合性。^{〔40〕}就混合共同担保而言,由于各混合共同担保人与债务人对债权人的责任并不处于同一层次,故二者之间成立不真正连带责任,^{〔41〕}进而惟有承担了担保责任的担保人得向债务人求偿;而各混合共同担保人对债权人的债务则处于同一层次,各混合共同担保人地位平等,得成立连带债务,在债务人不履行到期债务或出现当事人约定的实现担保权的情形时,债权人可选择保证人或物上保证人之一或要求二者一并承担担保责任。从民法原理上讲,连带责任之发生通常要以当事人明示之意思或有法律之规定为前提。^{〔42〕}就混合共同担保而言,虽然现行法律并未设有明文,但就实质而论,混合共同

〔36〕 参见张玉敏:“论我国多数人之债制度的完善”,《现代法学》1999年第4期;阳雪雅:《连带责任研究》,人民出版社2011年版,页215;齐云:《不可分之债研究》,法律出版社2013年版。

〔37〕 参见张定军:“论不真正连带债务”,《中外法学》2010年第4期。

〔38〕 同上注。

〔39〕 我国民法理论关于不真正连带债务与连带债务的分析更多地是受到“共同目的说”的影响。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页672—673;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,页425;孙森众:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,页743;邱聪智:《新订民法债编通则》(下册),中国人民大学出版社2004年版,页405;孔祥俊:“论不真正连带债务”,《中外法学》1994年第3期;张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,页155。

〔40〕 参见李中原:“不真正连带债务理论的反思与更新”,《法学研究》2011年第5期。

〔41〕 参见程啸,见前注〔24〕。

〔42〕 参见《法国民法典》第1202条、《瑞士债务法》第143条。

担保权人之自由选择权及其产生之承受关系却与连带责任颇为相似,故我国台湾地区的“民法”理论亦将其称为连带之债。^[43]因此,若要坚持连带之债发生原因的法定性,那就可以在担保物权的司法解释中对此予以确认。

然而,自解释论而言,以连带责任发生的法定性为由否定混合共同担保人之间的连带关系其实是一种误解。因为民法上之所以反对连带责任的推定,坚持连带责任发生以存在法律的规定或当事人的约定为前提主要是基于对债务人的保护。^[44]而在混合共同担保中,承认各担保人之间的连带说,不仅不会损害担保人的利益,反而会有利于各担保人。而且,在比较法上,连带责任还有被扩大适用的例证。比如《法国民法典》第1202条虽然规定连带不得推定,应依明示约定之,但法国的判例学说却并没有严守连带不得推定的原则,而是承认了若干例外。^[45]《德国民法典》在关于连带责任能否被推定的问题上也保持了沉默,从而给连带责任的扩大适用提供了空间。^[46]比如,在1989年的一个判决中,德国联邦最高法院就认为,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。^[47]在日本,法院还在判例中承认了默示连带之债的合意。也就是说,在当事人没有约定、法律也没有规定的情况下,如果适用按份责任有可能会产生对债权人很不公平的结果,此时可以根据意思表示解释理论,认定上述的债务人之间存在默示的、要承担连带责任的意思。^[48]此外,在我国台湾地区的“司法”上也有经由不真正连带的推定来扩大连带责任之适用的情形。^[49]可见,将混合共同担保人之间的法律关系解释为连带之债并不违反连带之债的基理。

就我国法而言,由于《民法通则》第87条只是规定,“依照法律的规定或者当事人的约定”可以成立连带债务,而未强调必须有法律明文规定或当事人明确约定为要件,故可以认为,在我国法上连带责任的发生是一个开放的系统,并不以法律的规定为限。^[50]既

[43] 参见陈荣传:“共同抵押权”,载苏永钦主编:《民法物权实例问题分析》,清华大学出版社2004年版;陈重见:《共同抵押权论》,新学林出版股份有限公司2007年版,页139—140。

[44] 需要指出的是,主张必须有法律的明确规定或当事人的明确约定才能成立连带债务的做法其实并非是比较法上的通例。德国法上就允许推定连带债务的成立。参见郑玉波,见前注[39],页391。

[45] 参见陈聪富:“连带债务研究”,台湾大学硕士学位论文1989年版,页165。

[46] 参见阳雪雅,见前注[36],页215;郑玉波,见前注[39],页391。

[47] Erman/Ehmann, BGB, 12. Aufl., § 421, Rz. 61. 转引自程啸:“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。

[48] 参见赵廉慧:《债法总论要义》,中国法制出版社2009年版,页79。我妻荣先生认为,因民法中无此种规定,不仅可以认为允许默示,在当事人对全体债务人的资产能力进行了综合考虑的特别事由存在时,当然应推定为连带。参见(日)我妻荣:《新订债法总论》,王纘译,中国法制出版社2008年版,页345—346,页358—359。

[49] 对连带债务采严格限制主义立法模式的后果在我国台湾地区表现得非常明显,其导致大量案型被纳入不真正连带债务,而不真正连带债务与连带债务的法律后果又不存在本质区别。参见邱聪智,见前注[39],页405。

[50] 参见冯静:“论混合共同担保中的追偿问题”,华东政法大学硕士学位论文2011年版,页11。

然可以证立混合共同担保人之间对于债权人而言存在连带之债,因而参照《侵权责任法》第14条第2款的规定,允许混合共同担保之间进行内部追偿就实属当然。在此,担保人之间的“连带”关系既是债权实现的担保,也是担保人之间追偿权实现的依据。申言之,正是由于担保人之间的“连带”在对外关系上将数个担保人作为一个整体,使其对债权人共同担责;而在担保人内部,这种“连带”也“绑定”了担保人,给承担了担保责任的担保人以向其他担保人追偿“超额”的权利。^[51]

三、展开:混合共同担保之内部追偿规范的具体化

明晰了混合共同担保人之间的法律关系,就可以在理论上证成承认追偿权的法理依据,但要在实践上肯认追偿权,还需要进一步明确追偿权的具体运作规范。在一定程度上,如果我们找不到一个妥当的内部追偿规则,那么就很可能因为追偿权在司法上的难以运作而使得业已被理论证立的追偿权又被废弃,正如追偿权否定论者所言,“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。保证和担保物权并存的情况下,确定份额是很难的。”^[52]

的确,在如何确定混合共同担保中的内部追偿规范以明晰各担保人应当承担的份额的问题上学说存在重大分歧:^[53]有学者认为,应当按照人数要求各担保人平均分摊。^[54]也有学者认为,在混合共同担保中的物上保证人仅就担保物之价值负其责任,其内部之分担额,不应按人数平均分配,而应以各担保物所限定负担金额之比例,或其价值之比例,定其内部分担额。^[55]实际上,不仅在理论上对此存在分歧,而且在司法实践中法院计算追偿份额时的具体做法也有差异:比如有判决就认为在当事人无约定的情况下应由担保人平均分摊,^[56]但也有判决却按照比例原则在担保人之间确定各自应承担的份额。^[57]

(一)混合共同担保人内部份额的确定基准

确定各担保人应当承担的内部份额是设计混合共同担保中的内部追偿规则的关键。一如前述,就此问题,存在准用《担保法解释》第20条依担保人的数额来平均确定各担保人的应有

[51] 参见刘宏渭:“连带债务法律制度研究”,山东大学博士学位论文2012年版,页33。

[52] 胡康生,见前注[3],页382。

[53] 参见朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,页556;程啸,见前注[47]。

[54] 参见郑玉波,见前注[39],页844—857;王泰升:“人保与物保的责任优先与代位取偿问题”,《司法周刊》1987年第324期;林诚二:《民法债编各论》,瑞兴图书股份有限公司2002年版,页315。

[55] 参见孟强:“《物权法》中物保与人保并存时的法律问题”,《南都学坛》2008年第6期;高圣平,见前注[15],页81—82。

[56] 参见杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第2685号民事判决书;浙江省嘉善县人民法院(2011)嘉善商初字第109号民事判决书。

[57] 参见杭州市萧山区人民法院(2011)杭萧商初字第3205号民事判决书。

份额,或依据一定的比例来计算各担保人的应有份额的分歧。〔58〕

我们认为,在共同保证中,依保证人的人数来平均确定各保证人的应有份额是合理的,但在混合共同担保中,由于物上保证人与保证人在性质上存在差异,因此若继续沿用共同保证的分担规则,就会出现加重物上保证人负担的问题。比如被担保的债务为50万元,而担保物的价值仅为20万元。此时若采共同保证中的依人数平均分配说,则保证人和物上保证人均需承担25万元。很明显,在对外关系上,债权人只能向物上保证人主张20万元,而在内部追偿时却被增加到25万元,这显然损害了物上保证人的利益,也不符合其当初设定担保的真实意思。

事实上,依担保之范围,担保有所谓的有限(限额)担保和无限(全额)担保之分。在人保中,保证的具体范围要由当事人进行约定。按照《担保法》第21条的规定,如果当事人对保证担保的范围没有约定或约定不明确的,就视为是无限担保。与人保不同,虽然物上保证同样也可以由当事人具体约定担保的范围,但受物保自身性质所限,即使当事人没有就担保的具体范围进行约定,物上保证人所承担的担保责任也必然是要受到担保物价值限制的,即债权人最多只能在担保物本身的价值限度内实现其债权。就此而言,我们可以将物上保证视为是一种特殊的“有限担保”。正如有我国台湾学者所言:物上保证人系就特定物负其有限责任,而保证人系以其全部财产负无限责任,两者的责任形态本不相同。因此虽然担保物的价值(即物上保证人本来应负责任之范围)可能高于平均分担额,但也可能远低于平均分担额,在后者之情形,所谓平均分配的做法明显过于机械,且未必达到公平之目的。〔59〕可见,就实质而论,虽然同为担保,但物保与人保两者本质并不相同,物上保证人仅就担保物之价值负担物之有限责任,而保证人通常系以全部财产负担无限责任,因此若不加区分,仅按其人数,不问本质之差异,予以

〔58〕《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条也规定了两种方案。方案一规定于第15条第3项和第4项:“在认定本条第1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1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。”方案二规定于第15条第3项:“人民法院在认定本条第1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。”在我国台湾地区的司法实践中,还存在“群团分担计算方式”与“个别当事人分担计算方式”的争议。所谓“群团分担计算方式”,即就人保与物保区分,“全体共同保证人”仅负一个履行责任;而“全体物上保证人”则以抵押物价值合并计算,如价值超过担保债权额时,以债权额为准。所谓“个别当事人分担计算方式”,即以每一保证人及物上保证人提供之担保责任单独计算。日前的通说采个别当事人分担计算方式。参见杨盘江:“物保应优先于人保负责吗?”(下),《植根杂志》1985年第8期;蔡明诚:“物上担保与保证之责任优先问题——‘最高法院’八十八年度台上字第一三七六号民事判决及相关判决评释”,《台湾本土法学杂志》2000年第16期;林诚二:“多数保证人与物上保证人间之责任分担计算方式”,《台湾法学杂志》2012年第214期。

〔59〕参见黄麟伦:《代位清偿制度之研究》,台湾地区“司法院”印行1998年版,页118。

平均分配,处理结果就显失公允。^{〔60〕}当然,如果担保物的价值超过了所担保的债权,或者与所担保之债权价值相当,那么混合共同担保人之间就可以采取依人数平均确定应有份额的规则。因为此时的均分结果将会被限定在担保物本身的价值范围内,从而不会出现加重物上保证人责任的问题。

其实,在法国,学说上,除了少数人主张不论担保物之价值及保证债务额得完全依人数平均分配以外,多数说也是认为应采价值比例分配说,即依担保物价值与保证人所负之责任比例分配。^{〔61〕}2007年我国台湾地区“民法”修改时也采纳了这一见解。修正后的我国台湾地区“民法”物权编第879条第2、3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。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。第875条第2款还规定:为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权者,各抵押物对债权分担之金额,依下列规定计算之:一、未限定各个不动产所负担之金额时,依各抵押物价值之比例。二、已限定各个不动产所负担之金额时,依各抵押物所限定负担金额之比例。三、仅限定部分不动产所负担之金额时,依各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额之各抵押物价值之比例。计算前项第2款、第3款分担金额时,各抵押物所限定负担金额较抵押物价值为高者,以抵押物之价值为准。上述规定在价值上符合“物的担保责任与人的担保责任平等说”,而且还区分不动产所担保债权额全部未限定、一部限定及全部限定等三种情形分别罗列各抵押物对担保债权之内部分担数额,其规范内容值得肯定。只是由于混合共同担保并不限于抵押,因此可以将此规范的适用对象从保证与抵押的混合扩展为担保物权与保证的混合。^{〔62〕}王利明教授主编的《中国民法典草案建议稿及说明》第1014条就曾规定:物上保证人与保证人应当分摊的债务份额按照各自担保的范围占总的担保的比例加以确定;如果抵押物变价后的价金小于抵押权担保的范围,则物上保证人与保证人应当分摊的债务份额按照其担保的范围在该担保范围与抵押物变价价金总和中所占的比例确定。《中国民法典草案建议稿及说明》还指出此款规定得适用于质权。这一立法建议颇值采纳。^{〔63〕}不过需要指出的是,如果混合共同担保中的保证人承担的是一般保证责任,则因该保证人享有先诉抗辩权,故物上保证人当然应当先向债务人求偿,只有在债务人不能偿还时,始得向保证人追偿。即使混合共同

〔60〕 参见陈重见,见前注〔43〕,页143。

〔61〕 参见(日)岛内竜起:《共同抵当論》,1969年版,页429—430,转引自陈重见,见前注〔43〕,页141。

〔62〕 其实,我国台湾地区“民法”并未有共同质权之明文规定,乃因考虑共同质权在实务运用上较少,无须特别再为规定,然此并不排除以数质物提供担保之情形,此时关于共同质权所生之法律关系,自应类推适用关于共同抵押之规定。参见郑冠宇:“动产质权之发展”,《月旦法学杂志》2003年第95期。

〔63〕 与此不同,梁慧星教授负责起草的《中国民法典草案建议稿》第1489条规定:“同一债权既有保证又有第三人财产设立的担保物权的,保证人代债务人承担民事责任后,既可以向债务人追偿,也可以在担保物权所担保的范围内向第三人追偿。债权人选择行使担保物权的,该第三人可以向债务人追偿,但不能向保证人追偿。”参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,页293。可见,这一方案采取了优待保证人的做法,其背后的立论基础是所谓的“物的担保责任优先说”。由于我国《物权法》第176条已经明确了“物的担保责任与人的担保责任平等说”,因此唯独优待保证人的做法既不合逻辑,也有失公正。

担保中的保证人承担的是连带保证责任,为避免循环求偿,减少诉累,我们认为也应当将共同担保人的追偿数额限定在向债务人不能求偿的部分,即参考《担保法解释》第20条的规定,将先向债务人求偿作为混合共同担保人相互追偿的前提。

(二)混合共同担保中担保物价值的确定

当债权人向全体混合共同担保人为请求,并申请执行时,由于诸担保物均已被拍卖,其价值自然可以依拍定价格计算。但在债权人仅向部分混合共同担保人为请求时,就可能会出现部分、甚至全部的担保物因尚未拍卖,故在确定各担保人应当承担的内部份额时便会涉及如何确定担保物价值的问题。由于担保物的估价旨在确定各担保人应当承担的内部份额,属于私人利益的平衡,而与公共利益无涉,因此自当允许混合共同担保人经由自由协商予以确定。但若协商不成,那就需要法律提供裁判规范。

自理论而言,估价问题主要涉及两方面的考虑:一是评估的基准选择;二是评估的时点选择。评估基准选择主要是一个技术问题,可不纳入法律的讨论范围。特别是在担保物的交易需要课税时,则通常可以以课税的评估基准作为估价的基准。比如,奥地利1896年的《强制执行法》第222条就曾规定,以统一课税标准额作为各不动产之价值。

在裁判上,估价问题更应当讨论的是评估的时点选择。由于市场不断变化,因此评估的时点选择将会影响各担保人应当承担的内部份额之确定。比较法上对此并无具体规范。2007年我国台湾地区修正“民法”物权编时,曾有学者就此提出建议,认为应当将“民法”第875条之2第1项第1款中“依各个抵押物价值之比例”修正为“依各个抵押物实行时价值之比例”。但此所谓的“依各个抵押物实行时”的含义仍不明确,因此立法最后还是决定将该问题留待学说去进一步发展。^[64]

我们认为,在混合共同担保人就担保物的评估问题协商不成时,可以考虑以债权人向任一混合共同担保人主张担保责任的时点作为确定担保物价值的基准时点。虽然说以此时间来确定担保物的价值,进而确定各担保人应当承担的内部份额将可能会因为嗣后担保物价格发生剧烈波动而出现不公的问题,但就混合共同担保的基理而言,各混合共同担保人的责任应当是以债权人主张担保责任时为准的,所以以此为时点确定担保物的价值,大体上还是符合混合共同担保人预期的。另一方面,如果要求以担保物的实际拍卖时间作为评估价格,那将会使法律关系变得异常复杂,^[65]增加司法成本,不利于尽快确定各担保人应当承担的内部份额。

(三)保证人兼为物上保证人时的份额确定

保证人兼具物上保证人双重身份时,^[66]究竟应以实际人数(人头)计算,抑或以资格数计

[64] 参见《民法物权编研究修正实录——抵押权章》(上册),台湾地区“法务部”编印2006年版,页276。

[65] 参见(日)我妻荣:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,页466—467。

[66] 债权人要求担保物权提供者同时提供保证的做法可能会因为涉嫌过度担保而无效。比如我国台湾地区“银行法”第12条之1第2款规定:银行办理自用住宅放款及消费性放款,已取得前条所定之足额担保时,不得要求借款人提供保证人。不过由于我国法对过度担保的效力缺乏明确否定性的规定,因此下文的讨论仍具意义。

算?若以实际人数计算,则此时又应视其为保证人抑或物上保证人?对此学说上众说纷纭,出现了一人说与二人说的争议。

所谓的一人说观点认为,在一般情形,很难讲担负双重责任是合乎当事人意思的,因此只因双重担保,即令负担较其他为统一目的而为保证之人更重之分摊额,其实并不符合公平理念,故为求简明及公平性,应以一人计算。^{〔67〕}但此说并未指明所谓一人究竟是指物上保证人抑或保证人?因此理论上尚有进一步展开的必要。

我国台湾地区的司法实务曾有将双重资格者视为物上保证人的见解。^{〔68〕}学说认为,由于物之担保应优先负责,而双重资格者系于负担物上担保责任外,再负一保证债务,故其责任较物上保证人更重,举轻以明重,责任较轻之物上保证人既已不得向保证人为承受,责任较重之双重资格者,自亦不得为之,故应以一个物上保证人处理。^{〔69〕}但是,在“物的担保责任与人的担保责任平等说”的前提下,以物上保证人优先负担说为出发点来论证双重资格者应采一物上保证人的结论显然不能成立。而且,在担保物价值小于保证责任时,此说还会产生不公平的结果。例如,若双重资格者系先为保证,则对受担保之债权人而言,其原得就保证之额度予以受偿,为何后来双重资格者再提供抵押物予以担保后,反而缩限其得求偿之额度?若是一定如此,那此举无异于鼓励先为保证人再提供担保物以减轻其责任,明显不当。并且,对于其他的混合共同担保人而言,由于该双重资格责任的减轻,就会最终导致其负担的加重,明显不公。^{〔70〕}

在日本,通说则采保证人说。^{〔71〕}我国台湾地区“最高法院”99年台上字第1204号判决指出:至抵押人兼为连带保证人者,因连带保证人系以其全部财产对债权人负人的无限责任,已包含为同一债务设定抵押权之抵押物,故仅须负单一之分担责任。可见,这一判决采取的也是保证人说。但将具双重资格者视为一保证人,当双重资格者所供担保物价值超过其保证之责任时,就会出现不公平的问题,^{〔72〕}尤其是会对他抵押物上之后次序抵押权人造成非预期性之权利剥夺。^{〔73〕}此外,在该保证为一般保证时,若双重资格者先为物上保证,则其本不得主张先诉抗辩权,但其事后提供保证进而形成双重资格后,所负责任较先前单纯之物上保证为重,若反得以主张先诉抗辩权,就颇为可疑。^{〔74〕}

为求平衡,理论上还出现了基于一人说的资格选择说和责任竞合说。资格选择说认为,双

〔67〕 参见陈洗岳:“双重保证与共同抵押”,《月旦法学杂志》2000年第60期。

〔68〕 参见我国台湾地区“最高法院”80年台上字第2508号判决。

〔69〕 参见黄麟伦,见前注〔59〕,页123-124;李彦文:“关于保证人、物上保证人及担保物第三取得人清偿代位之研究”,《台湾本土法学杂志》2002年第30期。

〔70〕 参见陈重见,见前注〔43〕,页152。

〔71〕 参见(日)石田喜久夫:《注釈民法(12)債権(3)》,有斐阁1978年版,页351,转引自陈重见,见前注〔43〕,页149。

〔72〕 参见陈重见,见前注〔43〕,页149。

〔73〕 参见张剑男:“保证人与物上保证人之内部分担——兼评最高法院99年度台上字第1204号民事判决”,《法令月刊》2011年第9期。

〔74〕 参见陈重见,见前注〔43〕,页152。

重资格者之责任较重,故虽视其为一人,但双重资格者得就保证人及物上保证人责任中任选其一负责。采此说对双重资格者相对有利,但却因有过度保护双重资格者之嫌,而有害及法的安定性之弊。^{〔75〕}所谓的责任竞合说认为应就保证人之应分担额与物上保证人应分担额个别计算,何者之应负担额较重,就据此来确定究竟视其为保证人抑或物上保证人。责任竞合说就具体个案为决定,兼顾各种情况,颇能符合个案之需求,但其最终仍必须在物上保证与保证之身份中选择其一,因此一旦选定之后,前述两者之个别不适情形仍将出现,^{〔76〕}故亦不值采。^{〔77〕}

二人说认为双重资格者既然是一人身兼物上保证人与保证人二职,那就应该比纯粹的保证人或物上保证人承担更重的责任,进而自应忍受较重之财产牺牲,而且其他共同担保者亦对其有应忍受较重负担之预期,故应视其为二人,分别计算应分担额后,再予合计,即为双重资格者之总应分担额。^{〔78〕}前述台湾地区“最高法院”99年台上字第1204号判决的原审判决就采取了二人说,并且即使在前述“最高法院”的判决作出之后,理论上仍有坚持二人说的见解。^{〔79〕}

有关双重资格者之认定,比较法上鲜有明文,亟待学说的补充。首先需要指出的是,一般而言,保证人兼为物上保证人时,确实并未增加责任财产的数量,而只是在保证人的责任财产中划出特定部分给予该债权人,在此担保物价值范围内以较其他普通债权人优先受偿的权利,因此,不能说双重资格者有较其他担保人负担更重责任的意思。而且,即使认为双重资格者应当比纯粹的保证人或物上保证人承担更重的责任,但此等较重责任是否应当在数量上达到双倍的程度却不无疑问。更为重要的是,二人说之见解还会对双重资格者所供抵押物上之后次序抵押权人之利益造成超乎其预期的伤害,因为该后次序抵押权人于设定时,因抵押物所有人所为之保证并未经登记,一般人无法知悉该抵押物必须负担如此重之责任。因此将双重资格者视为二人之说并非正确。^{〔80〕}考虑到双重资格者所提供之担保物通常是其全部责任财产的一部,而并未在其责任财产之外另行增加担保财产,因此就双重资格者对债权人承担责任的数额而言,似乎可以用保证人身份涵盖物上保证人。但必须指出的是,前述假设是以保证责任

〔75〕 参见(日)佐久间弘道:《共同抵当の理論と実務》,金融财政事情研究会1995年版,页579。

〔76〕 参见同上注,页579。

〔77〕 此外,理论上还出现了保证一人说与责任竞合说之折衷说。此说认为应视保证人是否就全部债务为担保而异其处理,若担保全部债务,因保证人责任已涵括物之保证责任,应以保证人一人之资格计算应分担额;若仅担保一部者,则视其应负担担保责任与担保物价值孰重,从其重者,以一人计算分担额。参见李彦文,见前注〔69〕。

〔78〕 参见我妻荣,见前注〔65〕,页261;史尚宽:“论清偿代位”,载郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(中),五南图书出版公司1984年版;我国台湾地区“高等法院”98年上字第331号判决。

〔79〕 参见林廷机:《民法系列——保证》,三民书局2010年版,页59;曾品杰:“我国担保法之实务发展”,民法研究基金会2011年研讨会,页17;张剑男,见前注〔73〕;刘橙:“真是有义气的好保证——论一人同时具物上保证人与连带保证人之担保责任”,《司法新趋势》2012年第51期。

〔80〕 日本民法学说上,还有所谓的原则上二人例外一人之折衷说。此说主张原则上应以二人说可采,惟若在成为保证人后,虽另有抵押权之设定,但其设定系为确保保证债务之履行而为之者,则将之视为一人。但以当事人内部之约定排除法安定性之要求,并不值采。参见石田喜久夫,见前注〔71〕,页352。

的范围涵盖了物上保证的数额为前提的。相反,当双重资格者所供担保物价值超过其保证责任,即该双重资格者与债权人约定了有限的保证范围时,如果仍然采取保证人说,那就会对他抵押物上之后次序抵押权人造成非预期性之权利剥夺。可见,一人说和二人说都有顾此失彼之不足,因此基于中庸的考虑,暂时可以采纳的思路是将所提供担保物之价值与保证人应负之责任两者综合之平均值视为双重资格者应负担额。^{〔81〕}

(四)混合共同担保人之追偿权与债权人之请求权的顺位

由于在混合共同担保中会出现一部清偿的情形,此时如果依据价值比例计算出一部清偿的担保人得向其他担保人追偿,那就会出现未受完全清偿的债权人对其他担保人或债务人的请求权与已为一部清偿的担保人对债务人或其他担保人的追偿请求权的并列,进而引发此时两种请求权何者优先的问题。

就此问题,立法例上有“债权人优先主义”与“平等主义”两种类型。罗马法谚有谓“任何人不得反于被承受者而行使权利(Nemo contra se subrogasse cesture)”。《法国民法典》第1252条贯彻了这一精神规定:“……在债权人仅受到部分清偿时,承受权之形式,不得损害债权人之权利。在此情形,债权人仍未清偿之债务部分,得优先于为部分清偿者,行使其权利。”《德国民法典》第268条第三项亦规定:“以第三人向债权人清偿为限,债权移转于此第三人。主张移转者不得损害债权人之利益。”我国台湾地区也多采纳债权人优先主义的立场。^{〔82〕}但与此不同,意大利民法却采取了平等主义的立场。《意大利民法典》第1205条规定:于部分给付时,承受之第三人和债权人依其应得之比例自债务人处获得清偿,但另有约定者,不在此限。

在日本,民法学说则存在由“平等主义”向“债权人优先主义”的转变过程。《日本民法典》第502条第1款规定:就债权一部有清偿承受时,承受人按其清偿价额,与债权人共同行使权利。据此规定,日本初期判例与学说参考立法理由及起草委员富井政章、梅谦次郎等的见解,主张债权人与承受权人两者系立于平等地位(平等主义)。但此后,我妻荣教授认为此所谓“共同行使权利”应以债权人之行使为前提,并且若采平等主义那不免会与抵押物之不可分性理论相违背,故明确提出应当改采“债权人优先主义”,即共同抵押权人应优先于承受权人受偿。目前,“债权人优先主义”已成日本民法学界的通说。^{〔83〕}其实,无论自担保物权之不可分性或债权人之自由选择权保障而言,债权人之利益均应优先获得保护。否则,就会造成因担保物拍卖次序的先后而出现债权人受偿额之巨大差异,如此之结果显然与混合共同担保之目的相悖,因此我们认为债权人的请求权要优先于已为一部清偿的担保人对其他担保人的追偿权。这一结论在处理担保人向债务人的求偿权与债权人向债务人的请求权关系时亦得适用。

〔81〕 比如,债权人对债务人有20万债权,为担保该债权,与抵押人甲之不动产(价值20万)及双重资格者乙之不动产(价值40万)上设立共同抵押权,其中,乙为全额保证人,且亦未限定其担保之价值,则乙之价额为 $(40+20)/2=30$ 万,故其应分担额为 $20 \times 30 / (20+30) = 12$ 万。

〔82〕 参见邱聪智,见前注〔39〕,页323。

〔83〕 参见佐久間弘道,见前注〔75〕,页347—348。

四、结论:应依《担保法解释》第38条解释《物权法》第176条

当一项法律制度涉及多数人时,其间利益之平衡总是颇为复杂的。混合共同担保不仅涉及多数当事人,而且还跨越了物权法和债权法,因而其间法律关系就更不易理清。面对此类复杂的民事法律关系,立法和学说理当迎难而上,而非退避三舍,采取“鸵鸟政策”,寻找种种理由予以回避。

从我国商事司法实践而言,由于对于混合共同担保一直有承认相互追偿的传统,因此部分学者在明知肯定担保人之间的追偿关系为各国通行立法模式的背景下,仍为求“标新立异”,而将《物权法》第176条做与《担保法解释》第38条相左的解释,此种见解实难理解,亦难苟同。须知,否定混合共同担保人之间的追偿权所期望达到的“简化”法律关系与息诉之目的是以严重损害混合共同担保人之利益为代价的。很明显,在以私权神圣为价值追求的民法视野中,这一代价的付出是极不合理,也不妥当的。其实,是否需要“简化”法律关系与降低诉讼成本本不涉及任何公益,而主要是一个私人的利益考量问题,因此法律又有何种理由越俎代庖,强行剥夺混合共同担保人原本可以获得的追偿利益呢?基于《物权法》第176条已经存在的被广泛误读的现实和风险,我们强烈建议最高人民法院应当在担保物权的司法解释中,秉承《担保法解释》第38条的立场,对《物权法》第176条的含义做出澄清,以明确混合共同担保人之间的追偿权和具体的追偿规范,避免学说和司法的纷争。

Abstract: Although the opinion about the Article 176 of Property Law that mixed joint guarantee has not the right of recourse between guarantees seems to be prevailing, judicial practice indeed did not completely abandon the right of recourse between guarantees. In light of the interpretation theory, the Article 176 of Property Law does not draw the conclusion of the abandon of the right of recourse. The Article 176 of Property Law takes the mixed joint guarantees as the joint and several obligations in the external relations, the joint and several obligations in internal relations have also been upheld for the same reason. As a whole, the right of recourse between guarantees is not only benefit for mixed joint guarantee, but also benefit for the latter security holder, creditors and other parties. Conversely, the objection about the right of recourse between guarantees will lead to unjust enrichment and cause moral risk. Based on the difference between property guaranty and personal security, the allocation of recourse between guarantees will be shared in accordance with the proportion of the value of property and the amount of security liability.

Key Words: Mixed Joint Guaranty; Joint and Several Obligations; Unjust Enrichment; Article 176 of Property Law

(责任编辑:许德风)