

混合共同担保人相互间无追偿权论

崔建远^{*}

内容提要：同一个债权被数个担保措施保障，应当区分情况而定担保人相互间是否享有追偿权：在共同保证、共同抵押的场合可存在追偿权，在混合共同担保关系中，物上担保人之间、物上担保人与保证人相互间不应享有追偿权，除非当事人之间另有约定或法律另有规定。反对此说者，在解释论层面不合中国现行法及法理，在立法论层面不宜被采纳，因其未能证成担保人相互间存在着各项义务间具有内在联系的共同关系，利益衡量时未能全面而平等地照顾到担保人的全体，不当地限制了意思自治原则作用的发挥，未把债的相对性和自己责任等原则及规则纳入权衡因素，将目光局限于单一的交易关系，忽视了系列交易、一组交易中各个子交易之间环环相扣、处处衔接的特殊安排。其所谓公平理念及标准以及当事人预期，明显带有解释者的主观偏好，似不中立。至于将降低交易成本作为混合共同担保人相互间享有追偿权的根据，更是偏离了路径。

关键词：混合共同担保 追偿权 当事人预期 公平原则

民商法的制度设计根植于社会关系的本质需要，受制于立法者的立场、理念及方法。民商法的学说阐释深受解释法律之人所信奉的哲学流派、所运用的方法、所把握的学科理论的影响。如果法律解释的路径及方法有所偏离，则所作解释及所得结论难免失当，甚至误导立法、司法和学说发展。由此可见法律人所负任务之艰巨，所担责任之重大。

混合共同担保人相互间应否享有追偿权的问题，素有争论。这乍看微观的制度及理论，实则关系着意思自治及公平、平等、效率、道德、风险等重要范畴或核心价值及其落实，反映出解释者的民法路径、方法是否适当以及对民商法各项制度及规则的整体把握是否到位；这既事关民法典物权编的走向和定型，亦关涉中国民法学说的建构。有鉴于此，笔者深入思考、潜心研究，兹将思考和研究的结果公开出来，就教于大家。

^{*} 清华大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”（19AFX013）的阶段性成果。

一、混合共同担保人相互间有无追偿权的“论争四说”

在同一个债权被数个担保措施保障,特别是并存着物的担保和人的担保即所谓混合共同担保的情况下,各个担保人相互间是否存在追偿权或曰求偿权?担保法仅就共同保证的场合,于第12条后段规定:“……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。”《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》(法释〔2000〕44号,以下简称“担保法解释”)不但就共同抵押的场合于第75条第3款规定“抵押人承担担保责任后,可以向债务人追偿,也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额”;而且将该思想普遍化,于第38条第1款后段规定:“当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的,承担了担保责任的担保人,可以向债务人追偿,也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”这显然是确立了各个担保人相互间的按份责任,以及实际承担了担保责任的担保人对于尚未实际承担担保责任的担保人享有追偿权或曰求偿权。此处所谓担保人,不限于共同保证人、共同抵押人;担保人之间的关系亦不限于共同保证人之间的关系、共同抵押物及其显现的抵押物所有权人之间的关系。这是认为混合共同担保人相互间享有追偿权的“肯定说”。不少学者赞同该说。^{〔1〕}即使物权法第176条后段明确规定“提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”,而并没有“承担了担保责任的担保人……也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额”的字样,仍有许多学者坚持肯定说。^{〔2〕}《中华人民共和国民法典物权编(草案)(民法室室内稿)》就采纳了该说(第181条)。

物权法制定时,立法者明知“担保法解释”第38条第1款后段的规定却没有吸纳之(第176条等),对担保法第12条后段以及“担保法解释”第75条第3款关于担保人享有追偿权的规定也未正面表态。这不是立法者的疏忽大意,而是其有意为之,即未泛泛地承认混合共同担保人相互间的追偿权。法律人对物权法第176条后段的规定应当如此解释。^{〔3〕}

〔1〕 参见叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,第26页;程啸:《物权法·担保物权》,中国法制出版社2005年版,第77页以下。

〔2〕 参见高圣平:《物权法:原理·规则·案例》,清华大学出版社2007年版,第160页以下;高圣平:《物权法担保物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第68页;郭明瑞主编:《中华人民共和国物权法释义》,中国法制出版社2007年版,第315页;刘保玉:《物权法学》,中国法制出版社2007年版,第343页;梅夏英、高圣平:《物权法原理》,中国人民大学出版社2007年版,第347页;宋晓明:《物权法担保物权编实施中的几个重要问题——在“物权法担保物权国际研讨会”上的讲话(2008年4月29日)》,载最高人民法院民事审判第二庭编:《民商事审判指导》(2008年第2辑),人民法院出版社2008年版,第5页;郭明瑞:《担保法》,法律出版社2010年版,第55页;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,第81页;王利明:《物权法研究》下卷,中国人民大学出版社2013年版,第1122页;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;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;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;中国法学会民法典编纂项目领导小组物权编课题组:《中华人民共和国民法典·物权编修订条文及立法理由》,2017年1月18日。

〔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,第381页以下。

这就是所谓“否定说”，赞同此说者同样不少。^{〔4〕}《中华人民共和国民法典（草案）》（第十三届全国人大常委会第十五次会议文件，2019年12月22日）已经采纳否定说（第392条），《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）亦然（第56条）。

介于肯定说和否定说之间的是态度暧昧的立场：一方面继续引述“担保法解释”第38条第1款后段的规定，只是说物权法第176条对担保人相互间有无追偿权没有表态，并不评论其适当与否；另一方面也指出保证人与物的担保人共同分担责任在确定份额和具体操作上的复杂和困难。^{〔5〕}笔者权且称之为“暧昧说”。

相对棘手的问题是，按照物权法第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，尤其是按照物权法的立法计划及立法目的，担保法及与其相应的司法解释并未全部失效，与物权法的规定不冲突的担保规则继续有效。那么，物权法第176条欠缺数个担保人担保同一个债权时相互间有无追偿权的内容，这是否属于担保法第12条后段以及“担保法解释”第38条第1款后段、第75条第3款的规定与物权法的规定不一致？若是，则在中国现行法上完全不存在担保人相互间的追偿权；若否，则担保法第12条后段以及“担保法解释”第38条第1款后段、第75条第3款的规定继续有效，就在中国现行法上依然存在着担保人相互间的追偿权。

梳理和观察立法例及判例和学说，笔者似乎看到了这样的规律及规则：在一般关系或曰普通关系（如人格权关系、所有权关系）中，义务人一侧相互间不存在追偿权；在某些特殊关系（如债的关系、共有人之间的关系）中，义务人一侧相互间基于约定或法定而存在追偿权。但此处所谓法定，不得是立法者的肆意妄为，而必须是充分尊重各项法律制度及规则乃至判例和学说，立足于各项法律制度及规则之间的相互衔接、配合，尽可能地自治，基于公平正义，衡平各个主体之间的利益关系，才承认和设计追偿权规则。具体到混合共同担保制度，在当事人之间没有约定的情况下，在现有制度及规则的框架下，物上担保人之间的关系、物上担保人与保证人之间的关系，属于一般关系而非特殊关系，担保人相互间所负注意义务不多、不高，解释物权法第176条时不认为物上担保人之间、物上担保人与保证人之间存在着追偿权，与现行法区分物权关系中的义务与债的关系的义务并设置不同的规则、意思自治原则、债的相对性、自己责任原则相吻合，与参与物权法立法的工作人员的回顾和解释^{〔6〕}相一致，法律人无须特别论证即可得出这样的结论。当然，为了增

〔4〕 参见前引〔3〕，胡康生主编书，第381页以下；王利明等：《中国物权法教程》，人民法院出版社2007年版，第437页；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，第41页；韩松等：《物权法》，法律出版社2008年版，第366页；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检讨——以〈物权法〉第176条的规定为中心》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2010年第3期；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2014年版，第435页以下；崔建远：《物权：规范与学说》下册，清华大学出版社2011年版，第763页以下；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日第7版；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〕 参见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第521页以下。

〔6〕 前引〔3〕，胡康生主编书，第381页以下；全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法及其相关规定对照手册》，法律出版社2007年版，第259页以下。

强说服力,下文将从当事人预期、公平尺度、风险分配、利益衡量等方面予以分析、阐释。与此相反,若肯认物上担保人之间、物上担保人与保证人之间存在追偿权,因其与现行法上的诸多制度及规则和学说存在着摩擦,就需要特别论证,详细而深入地阐释理由。所以,从物权法第176条乃至整部法律的立法计划和立法目的来说,对混合共同担保关系,物权法未设物上担保人之间、物上担保人与保证人之间享有追偿权的规则,不存在违反立法计划的不圆满状态,^{〔7〕}不构成法律漏洞。

但是,如果对于共同保证、共同抵押的关系也这样解释并得出相同的结论,则是机械的、僵硬的,并且不合法理,忽略了它们与混合共同担保关系之间存在的重大差异。这是因为,在共同保证关系中,各个保证人之间的内部关系不是一般关系而是特殊关系,并且是具有内在联系的共同关系,因各个保证人负有履行外部关系中对债权人所负债务的义务,客观上使得该内部关系规则必须衡平各个保证人之间的利益,故保证人相互间享有追偿权,是必须的、合理的。^{〔8〕}共同抵押关系的情形和道理与之大体相同,但抵押物的牵连毕竟有别于保证人及其责任财产的关联,故共同抵押人之间是否享有追偿权,并不像共同保证关系中那样势所必然,而是取决于若干因素,如当事人的约定,法律及判例到底采取分割主义、分配主义、价额比例分担主义、优先负担主义、调整主义、非调整主义中的哪一种,只是“担保法解释”第75条第3款简单化地承认追偿权罢了。但不管怎样说,共同保证人相互间享有追偿权、共同抵押的场合抵押物的所有权人之间可以享有追偿权,有着深层的原则理念、制度机理、利益衡量的支撑,确属合理且必要,加之担保法第12条后段、“担保法解释”第75条第3款设有追偿权的规定,这决定了:承认物权法第176条的规定存在着法律漏洞——在共同保证、共同抵押的场合担保人相互间享有追偿权,但物权法却没有规定,存在着违反立法计划的不圆满状态——是符合担保制度内部各项规则相互衔接、配合的内在要求的,是符合解释论的规则及方法的。^{〔9〕}笔者的这种观点虽在总体上属于否定说,但注意到了不同情形,有类型化的意味,不妨称作“折中说”。

以上论争“四说”不全是分歧,也有共识:当事人约定或法律规定担保人相互间有追偿权的,依其约定、规定。此外,担保人单方允诺其他担保人于其实际承担了全部担保责任之后可以向自己追偿的,因该单独行为只是作为允诺人的担保人为自己设立义务,而未为其他担保人设立义务,故应属有效。

二、担保人相互间的追偿权与各义务间的内在共同关系

原则上,只有当事人之间存在的数项义务具有内在联系的共同关系时,才有可能确立追偿权制度。^{〔10〕}所谓数项义务具有内在联系,至少包括如下情形:(1)法律关系的天然属

〔7〕关于违反立法计划的不圆满状态,参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第281页以下;黄建辉:《法律漏洞·类推适用》,台湾蔚理法律出版社1988年版,第21页以下;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第251页。

〔8〕共同保证人无相互间连带负责的约定时,相互间有无追偿权,非三言两语所能说清,为了简化问题,便于叙述,本文对此暂不讨论。只要未作特别说明,本文所谓共同保证限于共同保证人相互约定了连带负责的类型。

〔9〕前引〔4〕,崔建远《物权法》,第435页以下;前引〔4〕,崔建远《物权:规范与学说》,第763页以下。

〔10〕参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第609页。

性决定了数项义务具有内在联系，如共有关系中的内部关系、同一个买卖合同关系中两项对待给付义务之间的牵连关系。此类法律关系的数项义务具有内在联系，是先天的客观存在，由关系的本质属性决定，当事人如此约定也好，法律这样规定也罢，只不过是客观存在的重复、确认。善法对此予以确认、规定。（2）当事人的约定使得数项义务之间具有内在联系。例如，共同保证合同约定各个保证人对债权人承担连带责任，他们相互间享有追偿权。在推崇意思自治原则的理念和法治中，此类约定也天然地具有正当性，除非其违背公序良俗、违反法律、法规的强制性规定。（3）除此之外的关系，出于利益衡量或特殊领域的特别要求，立法政策决定制定法“硬性”地“拟制”数项义务具有内在联系。

同一个买卖合同关系中两项对待给付义务之间的牵连关系，天然地要求配置同时履行抗辩、先履行抗辩和不安抗辩权，善法对此予以反映，形成履行抗辩权制度，具有正当性。只是它不属于本论题的范围，本文不拟讨论。在合伙关系中，合伙人甲向合伙债权人清偿、代物清偿、提存、抵销或混同而债务消灭的，其他合伙人同时免负其责；该合伙人有权按其内部分担部分向其他合伙人请求偿还。^{〔11〕}其原理在于，按份共有关系属于共同关系，共同关系就是其法定债的关系产生的原因。^{〔12〕}可以这样理解，共有人之间的关系包含两类，一类为共有人对共有财产享有所有权的物权关系；另一类是共有人之间的法定债的关系，于此关系中，数项义务具有内在联系，因此使追偿权的确立具有正当性。物权法就接受了这样的机理，于第102条后段规定：“在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。”公司设立过程中发起人之间的关系，属于合伙关系，设立公司行为所产生的费用、债务和责任，由发起人连带负责，部分发起人向债权人承担责任后，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2011〕3号）的规定，有权向其他发起人追偿（第4条、第5条）。

对数项义务本无内在联系，当事人亦未通过意思表示将之密切连接起来、形成牵连关系的，制定法“硬性”地“拟制”数项义务具有内在联系，人为地形成“共同关系”，显然面临着巨大障碍，债的相对性首当其冲。

债的相对性如同物权的对世效力一样，为物债二分体制的根本性原则。一个债的关系约束其中的主体，对第三人原则上没有法律拘束力，这是债权区别于物权的重要属性及表现。肯定说赋权保证人追偿物上担保人，就使得保证合同具有了对第三人的法律效力，使得债权具有了对第三人的直接效力，突破了债的相对性原则。笔者对此诘问：这里存在不得不如此设计的理由吗？其实，包括合同法在内的中国现行法是遵循债的相对性原则的。例如，合同法第65条规定的由第三人履行的合同，表面上似乎突破了债的相对性，但因第三人拒不依约向债权人为给付时，债权人只得请求债务人履行，这在实质上还是固守债的相对性。再如，合同法第73条规定的债权人代位权、第74条和第75条规定的债权人撤销

〔11〕 参见我国台湾民法第274条、第281条、第282条、第677条；刘春堂：《民法债编各论》下册，台湾三民书局有限公司2008年版，第79页。

〔12〕 参见德国《联邦最高法院民事判例集》第62卷，第243页，第246页；《慕尼黑民法典注释——K.施密特》，第741条，边码3。转引自〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第399页。

权,确实在一定程度上突破了债的相对性,但同时设置了十分严格的成立条件和苛刻的行使程序,使得债权人援用它们获得成功的几率低下。这说明债的相对性在立法者理念中的根深蒂固。换个角度说,债的相对性不是完全不许突破,只是突破它需要具备充分的理由,必须受严格的限制。此外,物权关系中的义务人基本上是容忍,少有积极作为的空间,而债的关系中债务人还有积极作为的主动性。如果说允许保证人追偿物上担保人不那么理直气壮的话,准许物上担保人追偿保证人就更缺乏正当性。

再看自己责任原则,该原则根植于人的理性、社会伦理、人类尊严和社会价值的深厚土壤,正当性不言自明。^{〔13〕}可是,在混合共同担保关系中,担保人承担了担保责任后有权向其他担保人追偿,这就改变了自己责任原则,树立了共同责任原则。其正当性充分吗?在有关立法例及学说上,多数人之债,只要债务是可分的,如无另外的意思表示,在外部关系方面则以均等的比例享有权利或承担债务,在内部关系方面,在债权人之间或在债务人之间原则上不发生分配或求偿的关系。^{〔14〕}多数人承担债务的场合尚且如此,何况物保并非债法上的债务呢?物上担保人与保证人之间求偿的机理何在?

面对种种障碍,法律仍然“硬性”地“拟制”数项义务具有内在联系,人为地形成“共同关系”,需要具备充分且必要的理由。最为系统阐释和立论肯定说的黄忠认可担保人之间存有一定的法律关系,进而将之定性和定位于多数人之债的关系乃至连带债务。^{〔15〕}对此,笔者难以赞同,兹分析和反驳如下:

1. 成立连带债务、不真正连带债务的起码前提是,各个义务人对债权人承担的义务属于债法上的债务,具体到混合共同担保制度,就是各个混合共同担保人对债权人承担着债法上的债务,并且这些债务在横向上具有联系性。物上担保人对债权人所负义务属于债法上的债务吗?答案是否定的。理由在于:(1)债权人也是担保权人,其享有担保权人拥有的担保物权的次序权、担保物权的供保权、担保物权的处分权、担保物价值减少的防止请求权、回复担保物的价值的请求权、增加担保的请求权、物权请求权等等,^{〔16〕}物上担保人负有保全担保物权的义务、就特定的担保物容忍和协助担保物权人行使担保物权的义务,^{〔17〕}包括提供有关证件、材料的义务,注销登记义务等等。这些权利义务全部归属于担保物权关系,而非债的关系。在这方面,力倡肯定说的高圣平也承认:“债权人对于物上担保人所享有的是就担保物优先受偿的物上请求权,并不是债务履行请求权。由此,物上担保人对于债权人也就并不负有债务,自不会与保证人负同一债务,从而并无成立连带债务的可能。”^{〔18〕}(2)断言物上担保人与债权人之间的关系不是债的关系,最为重要、核心和关键的根据是,构成债的关系,必须存在着主给付义务和与之相对应的债权,否则,债的关系不会存在,债的类型也难以确定,至于从给付义务和附随义务的有无及多寡则要视债的类型而定,并且它们不是债的关系成立和存续所必备的因素。^{〔19〕}从物上担保人所负义务的性质

〔13〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第2册,北京大学出版社2009年版,第106页。

〔14〕 [日] 於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,台湾五南图书出版有限公司1998年版,第200页以下。

〔15〕 参见前引〔2〕,黄忠文,第1016页以下,第1020页以下。

〔16〕 参见谢在全:《民法物权论》中册,台湾新学林出版股份有限公司2010年版,第409页以下。

〔17〕 同上书,第431页以下。

〔18〕 前引〔2〕,高圣平文,第241页以下。

〔19〕 参见王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》总第1册,台湾三民书局1993年版,第26页以下。

质和作用观察,这些义务均非主给付义务,债权人对物上担保人享有的权利亦无与之相对应的主给付义务。换个角度表述,物上担保人所负义务是担保物权关系中的义务,尚未独立于担保物权关系而成为另外一个法律关系中的义务。既然如此,物上担保人与债权人之间的关系就不是债的关系。尽管债法的某些规定可被类推适用到物权关系之中,^[20] 物权法中也有体现债法类型的法律关系,如物权请求权关系,只要没有特别规定或因物权关系的特性而受排斥,债法规定就可以适用,^[21] 但是,类推适用只是由于二者之间具有类似性,而非二者就“是”相同的法律关系,此其一。这只涉及物权关系或债的关系的局部,而非整个物权关系全部适用债法规则、整个债的关系全部适用物权规则,此其二。这并未改变物权关系、债的关系的本质属性和基本定位,此其三。(3) 物上担保人的义务履行期及其确定基本上不适用债法规则,如其不适用合同法第 62 条等规定。它受制于主从关系,随着主债的履行期的届满而视具体情形相应地确定。当事人虽然可以约定物上担保人的义务履行期,但此类约定不得违背主从关系,如果约定的履行期早于主债的履行期,则该约定不发生法律效力。(4) 物权法第 202 条关于“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护”的规定表明,物上担保人的义务不适用诉讼时效的规定,而诉讼时效制度主要是针对债权请求权的。(5) 债法上的许多抗辩在物上担保人与债权人之间的关系中派不上用场。

既然物上担保人之间的义务不是债法上的义务,物上担保人与保证人之间的义务不同质,一侧是物权关系中的义务,一侧是债法上的义务,那么,这些法律关系就不是债的关系,更非多数人之债;这些义务就不具有内在联系,因而就缺乏确立物上担保人之间、物上担保人与保证人之间相互享有追偿权的前提和基础。

2. 按照担保法第 5 条和物权法第 172 条的规定,物上担保人的义务与主债务人所负债务具有从属性,而非同一顺序或曰同级别^[22] 的或曰同位阶^[23] 的债务,加上这两种义务不同质,按照多数说,不符合构成不真正连带债务的要件。^[24] 依据担保法第 17 条第 1 款和第 2 款的规定,一般保证人的义务与主债务人所负债务之间也存在先后顺序,并且,一般保证人行使先诉抗辩权阻却违约,也就谈不上承担违约责任,根据多数说,这也不符合构成不真正连带债务的要件。^[25] 根据同位阶标准,如果其中一个债务人仅承担补充性的责任,例如保证人,只需对他人的支付能力负责,就不存在连带债务。^[26] 连带债务不分主从,不同于

[20] 参见王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》总第 1 册,台湾三民书局 2003 年版,第 8 页。

[21] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》上册,张双根译,法律出版社 2004 年版,第 84 页。

[22] 参见前引[10],梅迪库斯书,第 609 页。

[23] 参见[德]迪特尔·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 420 页。

[24] 参见前引[14],於保不二雄书,第 234 页以下;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 477 页;前引[10],梅迪库斯书,第 609 页;郑玉波:《民法债编总论》,陈荣隆修订,中国政法大学出版社 2004 年版,第 389 页以下,第 425 页以下;孙森焱:《民法债编总论》下册,法律出版社 2006 年版,第 742 页;前引[23],罗歇尔德斯书,第 421 页。

[25] 参见前引[14],於保不二雄书,第 234 页以下;前引[24],林诚二书,第 477 页;前引[10],梅迪库斯书,第 609 页;前引[24],郑玉波书,第 389 页以下,第 425 页以下;前引[24],孙森焱书,第 742 页;前引[23],罗歇尔德斯书,第 421 页。

[26] 参见上引罗歇尔德斯书,第 421 页。

对于主债务进行保证的保证债务。^[27] 由于不真正连带债务与真正连带债务在外部关系方面并无差别,^[28] 罗歇尔德斯和於保不二雄的阐释也适合于不真正连带债务的场合。

笔者注意到,黄忠在这里使用的是“不真正连带责任”一词,而非“不真正连带债务”。如果此处所谓责任就是笔者上文所说的债务,则笔者的上述结论不受影响。如果此处所谓责任指的是真正意义上的民事责任,则需要进一步辨析:除非当事人特别约定,担保物权行使的条件大多是主债务人违约,债权人请求一般保证人承担保证责任的条件也有主债务人违约(还有强制执行主债务人的财产没有效果),此时主债务人一方负担的确是民事责任。不过,物上担保人承受的担保物被拍卖这种负担(后果),就不是真正意义上的民事责任,而是物上债务(负担);一般保证人向债权人承担的也不是真正意义上的民事责任,依然是债务。在这个阶段,笔者的前述结论仍旧不变。如果物上担保人、一般保证人承担的是真正意义上的民事责任,如物上担保人故意毁损担保物、一般保证人迟延承担保证责任长达一年,那么,物上担保人、一般保证人应就其故意不履行债务产生的费用、给债权人造成的损失承担自己的责任,不得向主债务人追偿。

3. 从“物的担保责任与人的担保责任平等说”不能得出“物上担保人与保证人之间存在多数人之债”的结论。责任平等,数个民事主体所负责任处于同一层次,没有先后之分、高下之别,仅仅是这些民事主体之间可以成立多数人之债的前提,但并非必然成立多数人之债。例如,甲出卖A楼与乙,后又出卖与丙,乙和丙系互不相干的买受人。于此场合,甲对乙和丙所负担的责任是平等的,无先后之分、高下之别,但这里不存在多数人之债。其实,即使是多数人之债,数个债务人之间也并不总是享有追偿权。例如,不真正连带债务的场合,虽有观点认为债务人之间享有追偿权,^[29] 但也有学说主张连带债务人间的求偿关系于不真正连带债务人并不发生。^[30] 折中说则谓,不真正连带债务人并不当然发生求偿关系,但因其各自所负债务性质的差异,如可以认为某一债务人应负终局的责任者,则其他债务人于清偿后,自亦得向之求偿。例如,保险公司为赔偿后,得代位被保险人向放火人请求赔偿,但相反言之,放火人如先行赔偿的,则不得向保险公司求偿,盖放火人乃终局的负责人也。^[31] 甲和乙到丙餐馆用餐,各方约定清楚是AA制,甲和乙对丙所负责任是平等的,无先后之分、高下之别,当丙请求甲付清全部餐费时,甲有权抗辩,不会产生追偿的结果。即便是甲应丙的请求付清了自己和乙的全部餐费,也适用无因管理或不当得利的规定,请求乙返还相应的餐费,大可不必不顾诸多制度及规则方面的障碍,硬性地套用连带债务及内部关系中的追偿权。

4. 物权法第176条的文义

黄忠认为,“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词语”,^[32] 物权法第176条也使用了“可以……也可以”的行文,故物上担保人与

[27] 参见前引[14],於保不二雄书,第211页。

[28] 参见前引[24],林诚二书,第477页。

[29] 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第485页。

[30] 参见前引[24],孙森焱书,第744页;前引[24],林诚二书,第478页。

[31] 前引[14],於保不二雄书,第235页;前引[24],郑玉波书,第427页以下;邱聪智:《新订民法债编通则》下,中国人民大学出版社2004年版,第405页。

[32] 前引[2],黄忠文,第1016页。

保证人之间成立连带债务或不真正连带责任。那么究竟如何确定文义？是看连词还是看实词？是拘泥于行文还是重在立法计划、立法目的、法律体系及法理？对此不得颠倒轻重。

首先，“可以……也可以”的表述形式，不都是确立连带责任的句法结构。例如，（1）甲税务局可以直接请求教师 A 纳税，也可以请求教师 A 所在的学校乙代扣教师 A 的税款。在这里，虽然采用了“可以……也可以”的表述，但教师 A 和学校乙不会就缴纳税款承担连带责任。（2）法院可以令专家证人 A 出庭作证，也可以要求专家证人 B 出庭作证。于此场合，虽然采用了“可以……也可以”的句法结构，但专家证人 A 和专家证人 B 不承担连带责任。

其次，侵权责任法第 43 条采用了“可以……也可以”的表述，由生产者和销售者承担连带责任，并规定产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿，因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿；第 59 条采用了“可以……也可以”的句法结构，体现出医疗机构与生产者或者血液提供机构连带负责的意思，并明确规定医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。在这里，不是因为采取了“可以……也可以”的表述形式才有连带责任及追偿权，而是由利益平衡决定并符合法理基础才实行那样的立法政策，形成了那些连带责任的法律规则，只不过“可以……也可以”的表述形式是适合于表达此类法律规则的行文手段。“可以……也可以”的表述，是表达形式，由要表达的内容决定，而不是相反，否则，把采取“可以……也可以”表述的法律规则都理解为连带责任，很可能就是错的。

物权法第 176 条的文义及其确定，绝非因其采用了“可以……也可以”的表达方式，就承认了物上担保人与保证人之间成立连带债务，形成了多数人之债。该条只是明示了债权人的选择权，即“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”，至于物上担保人与保证人之间的法律关系如何定性和定位，则超出了该条的职责范围。

三、公平原则在追偿权制度设计中的作用

否定说不赞同担保人相互间享有追偿权的理由之一是：“履行了担保责任的担保人不能向其他担保人追偿恰恰是公平原则的体现。除非当事人之间另有规定，每个担保人在设定担保时，都明白自己面临的风险：即在承担担保责任后，只能向债务人追偿。如果债务人没有能力偿还，自己就会受到损失。这种风险就是担保人设定担保时最为正常的且可以预见到的风险，必须由自己承担。担保人希望避免这种风险，就应当在设定担保时进行特别约定。”^{〔33〕}饶有趣味的是，肯定说主张担保人之间普遍存在追偿权，其理由之一也是公平原则。《欧洲示范民法典草案》的起草者认为：“‘一切’责任均由最先履行的保证人承担，而其他保证人并不负担任何责任，是专断的、不公正的。”“既然我国物权法允许债权人任意选择向保证人或物上担保人主张权利，又不规定担保人之间可透过求偿权分担风险，是规则上的不协调。基于保证人与物上担保人的平等地位，由二者合理分担风险才符合公平原则。”^{〔34〕}黄忠于其论文中也透露出这样的观点：承认混合共同担保人相互间享有追偿权，

〔33〕 前引〔3〕，胡康生主编书，第 381 页以下。

〔34〕 中国法学会民法典编纂项目领导小组物权编课题组：《中华人民共和国民法典·物权编修订条文及立法理由》（高圣平执笔）。

才是公平的、公正的。^{〔35〕}意见不一,如何评论和取舍?

否定说将担保人的预期、意思与公平原则相联系,认为法律尽可能地尊重、满足担保人有无追偿权的预期、意思,就是公平的。这符合理性主义、意思主义和自己责任原则,有其道理。在交易中,当事人的预期系客观存在,且事关若干民法制度或规则,法律不得忽视之。在混合共同担保中同样如此。关于当事人的预期、意思与公平之间的关系,本文将在第四部分专门讨论,此处暂不展开。

肯定说的着眼点和出发点完全不同于否定说,它从规则之间的协调性等三个角度论证混合共同担保人相互间享有追偿权乃公平原则的要求。首先,肯定说所谓规则间的不协调,于此处是债权人可向任何担保人行使担保权的规则与混合共同担保人相互间无求偿权的规则二者之间不协调。在笔者看来,债权人和混合共同担保人相互间的关系,与混合共同担保人相互间的关系,在产生的基础和原因、所追求和实现的基本价值、存在的内在机理等方面不尽相同,不存在这面法律关系如何、那面法律关系就得如此之类的天然牵连性、互动性。既然如此,此处规则之间的不协调,难谓不公平。

其次,从保证人与物上担保人的平等地位这点能否论证出混合共同担保人相互间享有求偿权才符合公平原则这个结论呢?答曰:困难极大,因为民法就是调整平等主体间的财产关系和人身关系,凡是民事法律关系的主体都处于平等地位,可其相互间不享有追偿权的制度及规则比比皆是。于此领域不存在只要法律地位平等就相互间享有追偿权的规律及规则。有些立法例及学说承认混合共同担保人相互间享有求偿权,并非简单化地归结为混合共同担保人之间法律地位平等,而是着眼于各项义务具有内在联系的共同关系。

最后,由保证人与物上担保人合理分担风险才符合公平原则,这一观点能否成立?这取决于论者的价值观、观察问题的角度等因素。如果站在众人分担实际承担担保责任的风险“不伤筋动骨”、“不伤元气”、不易“压垮”某特定担保人的立场,得出由保证人与物上担保人合理分担风险符合公平原则的结论,可成一家之说。但若将担保人有无追偿权的预期、意思等因素考虑进来,特别是在担保人明示不同意其他担保人向自己追偿以及预设只有自己负责担保的情况下,规定混合共同担保人相互间享有追偿权,就不好说符合公平原则。既然如此,在当事人未约定、法律不规定混合共同担保人相互间享有追偿权的背景下,认为只要有公平原则就应当承认混合共同担保人相互间享有追偿权,是欠缺说服力的。

视野延伸,更加宏观地审视混合共同担保人之间有无追偿权与公平原则之间的关系,运用解释论抑或从事立法论的工作可能导致观点及结论的不同。站在立法论的立场,假如聚焦于混合共同担保人分担实际承担担保责任的风险而忽视担保人明示不同意其他担保人向自己追偿以及预设只有自己负责担保这些因素,法律硬性地规定混合共同担保人之间相互享有追偿权,虽勉强,但至少不宜认为其错误。但是,在解释论层面,必须首先从混合共同担保制度及规则本身入手,看其有无混合共同担保人相互间享有追偿权的规则;即使欠缺,也仍然审视混合共同担保制度及规则本身以及与相关制度及规则之间的关系,能否内在含有或补充混合共同担保人相互间享有追偿权的规则。这些手段用尽依旧难下结论时,才可引入公平原则。不得一上来便将公平原则作为证立混合共同担保人相互间享有追

〔35〕 前引〔2〕,黄忠文,第1018页。

偿权的根据。因为公平乃价值及其判断的范畴，而不同的立法者、解释者所持的公平理念未必相同，这会导致不同的立法者就同一法律现象设计的法律制度或规则存在差异；不同的法律人对同一法律规定所作解释各异，出现不确定性、摇摆性，损害法律的权威。解释物权法第176条应当遵循这些原理及解释论的有关方法。在该条未规定混合共同担保人相互间享有追偿权的背景下，解释它时不应忽略担保人有无追偿权的预期、意思。在担保人明示不同意其他担保人向自己追偿以及预设只有自己负责担保的情况下，不宜解释出物权法第176条承认了混合共同担保人相互间享有追偿权。

对公平的审视和判断，不可一味地拘泥于单个法律关系，有时需要甚至必须超越单个法律关系，站在系列交易、整体安排的高度来看待公平。例如，债权人乙拥有的B债权上存有混合共同担保：抵押人甲提供的A楼抵押权、出质人丙提供的C股权质押和保证人丁，未约定各个担保人相互间享有追偿权。其中，抵押人甲与债权人乙存在密切联系，依整体安排，债权人乙对A楼抵押权并不拟真正实行，否则，抵押人甲会反制债权人乙，两败俱伤。也可能是抵押人甲与债务人戊之间存在系列交易，两方的权益相互制约，依整体安排，于此法律关系中甲为债务人戊的债务提供抵押，而在另外的法律关系中债务人戊给抵押人甲一定的利益。在债务人不履行债务后，债权人乙实行了C股权质押。按照肯定说，出质人丙有权向抵押人甲、保证人丁追偿。这显然同时损害了抵押人甲和债权人乙的利益，也导致抵押人甲对债务人戊不满，破坏了他们之间的合作关系。这对该三方当事人不公，同时表明肯定说不利于系列交易、整体安排的展开。

当然，肯定说可能这样反驳：在上述系列交易、整体安排的背景下采取折中说或否定说，有利于抵押人甲、债权人乙和债务人戊，但是对其他担保人则保护不周，也难谓公平。

上述分析和辩驳反映出，所谓公平，不是抽象的，各个人心目中的公平观及其尺度极有可能不同，即使是对同一个事物的处理，公平与否的结论也可能相差甚远。就此说来，单纯地依赖公平原则立论，说服力存疑。公平与否的判断，必须具体到特定的法律关系、特定的当事人。每一方有自己的公平观及其结论，肯定说与折中说及否定说聚焦的当事人一方是不同的，在这个意义上各说似乎分不出上下，但肯定说分析的案型不包括系列交易、整体安排，在这个层面上，折中说所作分析、所得结论较肯定说更具说服力。

毋庸讳言，引入系列交易、整体安排来论证否定说在公平观方面的合理性，是有前提的。该前提就是，肯认智慧的价值，法律对之加强保护；不认为智慧之人通过设计系列交易、整体安排来达到利益最大化，将经营风险降到最低，为不道德、缺乏正当性。

四、当事人的意思、预期在追偿权制度设计中的作用

（一）当事人的意思

除去留置权、法定抵押权等少数情形，混合共同担保领域主要是法律行为引发有关法律关系，如借款、买卖、抵押、质押、保证等。法律行为天然地要求贯彻意思自治原则，法律应尽可能地依当事人的意思赋予法律效果。这决定了设计、解释混合共同担保制度时须将当事人的意思置于十分重要的位置，甚至依纯粹的意思主义将当事人的意思置于首位。

诚然，意思自治原则并非神圣不可“侵犯”。在解释论层面，当事人的意思表示违背公序良俗、法律或行政法规的强制性规定时被认定为无效，违反公平原则、诚信原则时裁判

机构可调整该意思表示所生权利义务；在立法论的层面，忽略甚至抛弃意思自治原则而设置某制度或规则，须有正当的理由，如未成年人保护原则、交易安全原则、善意取得制度（采基于法律规定而发生的物权变动说）等原则或制度的本质要求。但是，承认混合共同担保人相互间享有追偿权的规则，则不属于上述范围，而是基于公平原则的利益衡量。相较而言，置意思自治原则于不顾，基于公平原则的利益衡量，其正当性较弱，需要充分而坚强有力的论证来补强。肯定说在这方面的工作如何呢？笔者对此不太满意，尚不折服：

1. 在每位担保人均不知尚有其他担保人存在的情况下，其意思表示即为使自己的抵押物承担全部担保责任，或自己承担全部的保证责任，本无连带负责及向其他担保人追偿的意思，但肯定说却硬性地令每位担保人连带负责，实际承担担保责任后再向其他担保人追偿，这不符合意思自治原则。

2. 在各个担保人未作意思表示的前提下，假如法律规定混合共同担保人相互之间享有追偿权，就是承认了各个共同担保人之间成立法定之债，尽管保证合同关系、抵押合同关系、质押合同关系均为意定之债。这在债法上是反常的，因为常态的债法在法定之债中“硬性”地规定法律后果，而置当事人的意思于不顾；而在意定之债中则是尽可能地按照当事人的意思赋予法律效果，原则上不“硬性”地规定法律后果，除非债务不履行责任及有关抗辩。肯定说打破了这种常规。

3. 公司甲和银行乙签订8000万元人民币的借款合同。受公司甲的委托，保证人丙和银行乙签订连带责任保证合同，明确约定只有丙自己作为担保人，银行乙不得再觅其他担保人，即便乙违反此项约定另觅，丙也不接受其他担保人的追偿权。事实是银行乙背信，又与抵押人丁签订A楼的抵押合同且办理了抵押登记，同出质人戊签订10000万元汇票的质押合同并予以背书。其后，借款人甲于还款期满时无力还本付息，银行乙行使对于抵押人丁的抵押权，拍卖了抵押物A楼。依肯定说，丁有权向保证人丙追偿，因合同相对性的缘故，丙无力依保证合同的约定对抗丁的追偿。这显然违背了意思自治原则。如果说，法律确立混合共同担保场合担保人相互间享有追偿权的理由十分坚强有力，唯有如此，才能妥当地处理问题，那么，不惜牺牲掉意思自治原则也是可以接受的，甚至是必要的、应该的，但如同上文辨析的那样，肯定说不如折中说及否定说的理由更充分，故仍应坚持意思自治原则，尊重当事人的意思，排除担保人的追偿权。

肯定说铿锵有力地诘问：在各自独立提供担保的情形之下，每个担保人根据各自的约定分别承担全部的担保责任，但在担保人得知还有其他担保人时，其真实意思又是什么？难道还是自己完全独自承担担保责任、其他担保人不承担担保责任吗？难道不是“因为还存在其他担保人，我肯定不会承担全部的担保责任”？^{〔36〕}对此，笔者回应如下：

肯定说不区分每个担保人不知和知晓处于混合共同担保之中而一律坚持各个担保人相互享有追偿权，此处却单独讨论“担保人得知还有其他担保人”来证立其观点，是片面的，因其结论所借助的理由不包括“担保人不知存在其他担保人”这种情况下的利益衡量。此其一。即使在“担保人得知还有其他担保人”的情况下，该诘问也缺少了这样的一面：难道不是“只有其他担保人实际承担担保责任，我不实际承担担保责任，其他担保人也无权向我追偿吗”？如同上文分析的系列交易、整体安排的某些案型，某特定担保人即便知晓被

〔36〕 前引〔2〕，高圣平文，第242页以下。

担保债权上还存在其他担保方式,也不赞同存在追偿权,因为该担保人、债权人或债务人的交易设计中含有债权人不请求该担保人实际承担担保责任的安排。于此场合,承认追偿权对该担保人不利。此其二。担保人得知还有其他担保人为同一债权提供了担保、有意享有追偿权,是否已经表达出来、成为了担保合同的内容?若否,则法律难以评价,贸然地据此设置追偿权,不符合意思表示及法律行为制度及学说,除非其符合交易基础理论。此其三。即使担保人把这种享有追偿权的意思表达出来、成为担保合同的条款,但根据合同相对性,也无法约束其他担保人。此其四。

(二) 当事人的预期

当事人的预期,影响其决策是否进行某项交易,是期待利益赔偿中的重要考量因素,法律人在设计追偿权规则时不应轻视之。

担保人的预期,从参与担保的人数方面看:在实务中,一个债权只有一个担保措施的情形为常态,共同担保的情形则为少数,特别是在无意思联络、意思表示的情况下形成混合共同担保,就更属特例。这种背景下,担保人甲于其全然不知同一债权有其他担保人作保的情况下同意担保该债权,作为一个理性人,其预期应当是自己独立承担担保责任,并且除了向主债务人追偿外,再无他处求偿。

担保人的预期,从实际承担担保责任的几率方面看:相比较而言,承担保证责任时不存在拍卖、变卖担保物所需要的费用,实行成本相对低些。这样,在混合共同担保下承认追偿权,首先承担担保责任的抵押人、出质人向保证人行使追偿权,会增加保证人提供担保的成本,其正当性值得怀疑,除非保证人愿意负担此项成本。

论争尚未終了,肯定说继续辩白:承认担保人之间的求偿关系,让他们共同分担风险,并没有超出各担保人提供担保时的预期,因为每个担保人所承担的担保责任均小于其在提供担保时所意欲承担的担保责任。^[37]但这种辩白带有片面性,实务中存在着根据系列交易安排,某担保人提供担保只是空卖个人情,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。

肯定说接着诘问:那是不是说只有其他担保人一点责任没有,把自己是否承担责任完全取决于债权人的选择,才符合所有当事人的意愿?在笔者看来,这同样是片面的:究竟向谁主张担保责任完全取决于债权人的选择,肯定不符合所有当事人的意愿,但难免符合某个或某些担保人的意愿。对此意愿为什么不予重视呢?在担保人甲明确表示拒绝其他担保人的追偿权的情况下,更应注重意思自治。在这里,存在着意思自治与风险分散之间的权衡,肯定说和否定说各有优长,难分高下。

五、道德风险说之于混合共同担保人间相互享有追偿权

在混合共同担保人之间可否相互追偿的论争中,道德风险为其焦点之一,不容回避。笔者认为,肯定说在这方面亦未胜出,兹辨析和阐释如下:

(一) 担保人受让债权:是道德风险还是高智慧的经营

肯定说中有一种观点认为:如果规定混合共同担保人之间相互享有追偿权,就会使某

[37] 前引〔2〕,高圣平文,第243页。

混合共同担保人觉得无必要借助于受让债权并基于债权人的身份请求混合共同担保人实际承担担保责任,实际承担了担保责任者径直向债务人或其他混合共同担保人追偿即可。但若混合共同担保人之间不享有追偿权,则会出现某担保人受让债权人的债权并基于债权人的身份请求其他混合共同担保人实际承担担保责任的情况,这既可使其不实际承担担保责任,又可避免其实际承担担保责任后难以有效追偿的风险。^[38]对此,笔者辨析如下:

为便于叙述,分别命名债权人为甲,债务人为乙,保证人为丙,抵押人为丁,出质人为戊。此类受让债权除去动机因素,在外观上完全符合法律关于债权让与的要求。在笔者看来,理念不同,视野有异,结论可能不一样。混合共同担保人丙借助于受让甲的债权,进而可以据此请求丁、戊实际承担担保责任,而自己则不予承担,以补现行法未设混合共同担保人相互间享有追偿权制度于己不利之“拙”,这是担保人在现行法框架下极富智慧的法律运用,使其利益最大化,并未直接害及他人。如果硬说丁或戊或其他担保人因此受到损害,也至多属于反射效果。这在道德方面本无可指责之处。这就是道德风险否定说,笔者赞同此说。

近些年来,随着市场经济的发达,交易方式复杂多样,人们在理念上发生了不小的甚至是“翻天覆地”的变化,在此试举几例加以说明:(1)在很长的历史时期内,人们习惯于“名为买卖,实为借款”“名为合作建房,实为借款”等思维模式,把不少合同作无效处理。如今则大多不再认定此类合同无效,理由是应当肯认市场主体利用现行法的设计追求最佳效益,除非其规避法律在实质上违背了公序良俗。毋庸讳言,“名为买卖,实为借款”“名为合作建房,实为借款”的确是在规避当时法律的禁止性规定,不过此类规避情有可原,后来的司法解释及有关判决都予以宽容。混合共同担保人丙受让甲的债权,根本不涉及规避现行法的禁止性规定,就更应受到宽容对待了。(2)裁判机构起初将对赌协议认定为无效,后来,最高人民法院不再把股东与股东之间的对赌作为无效的原因,^[39]众多的专家学者则更进一步,连目标公司与股东之间的对赌协议也倾向于不予关注,理由是法律应当鼓励商人富有智慧地利用资金并获利最大化。混合共同担保人之一丙受让甲的债权,不应比对于对赌协议的道德评价更低。(3)合理避税恐怕是人所共知的法律容忍做法,美国一些法学院的考题之一就是如何在个案中合理避税。混合共同担保人之一丙借助于受让甲的债权使自己利益最大化,在道德方面较合理避税更无可指责。

(二) 关于受让债权的道德风险论之剖析

为了更有理有据地说清事物、解决问题,笔者退一步,在道德风险的假定前提下进一步辨析。站在解释论的立场,即使肯认存在道德风险,一是其成立的场合极为有限,二是肯定说与否定说在这方面各有利弊:(1)双务之债的场合,债权债务一并转让须得债务人同意;债务人不同意时共同担保人丙受让不了甲的债权。(2)双务之债的场合,甲只让与债权而继续向债务人承担债务,丧失了履行抗辩权以及有关权利,法律地位明显弱化,此情鲜见。(3)丙受让甲的债权目的不法时,构成以合法形式掩盖非法目的,依现行法的规定,债权让与合同无效。(4)甲和丙恶意串通,损害其他担保人的权益的,依现行法的规

[38] 此类道德风险说系暨南大学法学院/知识产权学院汤文平所提供,建议笔者予以评论。特此致谢。

[39] 参见苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷案,最高人民法院(2012)民提字第11号。

定，债权让与合同无效。(5) 丙受让甲的债权，而丁与甲之间的抵押合同约定仅为甲的债权设保时、戊与甲之间的质押合同约定仅为甲的债权设保时，丙借助于受让甲的债权而要求丁、戊实际承担物上保证责任的目的落空。于此场合，所谓道德风险说不成立。(6) 在债务人为法人且无力清偿进入破产程序时，甲的债权为破产债权，须依破产程序处理，不得按照普通的民事方式转让。如此，担保人难以通过受让债权的方式达到目的。(7) 在未承认物权与债权混同的情况下，抵押人丁和出质人戊的物上担保义务不消灭，绕开自己的物上担保义务而径直请求其他担保人实际承担担保责任，违反诚信原则，其他担保人有抗辩权，拒绝关于实际承担担保责任的请求。即便承认物权与债权混同，抵押人丁和出质人戊受让甲的债权，借助于混同制度消灭抵押权、质权，除去抵押人和出质人的身份，也同样违反了诚信原则，其他担保人有抗辩权。故在这些领域，所谓道德风险也不存在。(8) 实际承担了担保责任的担保人取代了债权人的地位，享有代位权，对债务人可以行使债权人的有关权利。在其他担保人对债务人负有债务的情况下，他可以基于合同法第 73 条的规定，请求其他担保人承担原本对债务人所负债务。于此场合，混合共同担保人相互之间不享有追偿权，也没有关系。(9) 抵押人丁或出质人戊受让甲的债权，拟借助混同除去其物上担保债务，这实际上欠缺现行法依据，因为合同法第 106 条规定了债权和债务同归于一人时发生混同，未规定物上担保人和债权人同归于一人时发生混同。物权法也未规定此类混同。此其一。丁或戊以债权人的身份不行使抵押权或质权，而是请求丙承担保证责任，这有违“担保法解释”第 38 条第 3 款关于“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”的规定的精神，丙有权援用该条款予以抗辩，拒绝承担保证责任。此其二。(10) 保证人丙受让甲的债权，以便除去其保证责任，能否达到目的？取宽容态度者不予干预，笔者倾向于这种态度；采苛刻道德标准者则可能有两路径：一是抵押人丁和出质人戊援用民法总则第 132 条的规定，抗辩丙滥用权利；二是认为丙损人利己，构成不法目的，援用合同法第 52 条第 3 项的规定，主张债权让与合同无效。

(三) 关于“压榨”“贿赂”的道德风险论之剖析

甲对乙有 10 万元债权，丙、丁、戊对此共同担保。在无追偿权的前提下，甲可以任意要求丙、丁、戊中的一个人承担全部责任。甲若为一个不诚信的人，即可威胁丙、丁、戊，如说“你给我 2 万元，我就不请求你承担担保责任”，以受“贿赂”之利。甲拿了“贿赂”款后，再要求戊承担全部担保责任。这样一来，甲本来只有 10 万元债权，却可以收获 14 万元（丙和丁的“贿赂”款不在担保范围内，所以谈不上符合担保责任的构成要件）。〔40〕对此，笔者评论如下：

首先，所举之例均为若干款项在债权人、担保人之间流动，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。

其次，如果依法处理，则债权人的目的会落空，因其欠缺保有所获利益的法律根据。

(1) 债权人甲向担保人丙“索贿”，丙从自己利益出发而“屈服”，这已经构成恶意串通损

〔40〕 这种类型的道德风险说改编自前引〔2〕，贺剑文，第 84 页。

害其他共同担保人的利益,依据合同法第52条第2项、民法总则第154条的规定,该“贿赂”行为归于无效,按照合同法第58条、民法总则第157条前段的规定,甲没有根据保有“索贿”所得。(2)假如债权人甲向担保人丙“索贿”构成犯罪,则同时也损害公序良俗。根据合同法第52条第4项、民法总则第153条第2款,该“贿赂”行为归于无效,按照合同法第59条、民法总则第157条后段的规定,甲无功而返。

再次,从“行贿”的担保人丙一侧看,在依合同法第58条、民法总则第157条前段处理时,可以收回其“贿赂”款,故其有积极性主张该“贿赂”行为无效;在依合同法第59条、民法总则第157条后段处理时,“贿赂”款被没收,不存在不当得利返还,于此场合,丙虽不见得有积极性主张“贿赂”行为无效,但阻挡不住其他混合共同担保人“揭发”。

最后,从其他混合共同担保人一侧观察,其知债权人甲和担保人丙“贿赂”,将实际请求承担担保责任的权利引向自己时,可以援用诚信原则,主张债权人甲不得主张大于其权利的权益,以减轻自己所负担担保责任的数额,同时使甲的目的落空。即便其不知存在上述“贿赂”,若实际承担了担保责任,则构成非债清偿,应依不当得利制度予以返还。

(四) 关于道德风险论之道德风险

如果说,混合共同担保人受让债权以补法律未设追偿权之“拙”,依新理念这算不上道德风险,那么,肯定说带来的“货真价实”的道德风险还不算小:(1)本来,债权人甲与保证人丙互负债务,予以抵销。因有追偿权制度,丙又向抵押人丁甚至还向出质人戊追偿,“双重获利”。(2)债务人乙和保证人丙为关联企业,丙实际承担保证责任后,以乙丧失清偿能力为由向丁或戊或其他担保人追偿,使其非法获利。(3)甲和丙存在系列交易,依其内部相互制约关系,丙宜不实际承担担保责任,但因追偿权制度的存在,丙被承担了担保责任的丁或戊追偿时却实际承担了责任。

(五) 关于道德风险之交易成本

肯定说中有一种观点独树一帜,一反其阵营中的通说,发现并承认公平、预期等因素均非决定混合共同担保人相互间享有追偿权的根据,并将视线伸向了效率:“假定不允许追偿,结果如何?一种可能是,各担保人都有动力‘买通’债权人,即向债权人支付一笔数额低于担保责任的‘贿赂’,以换取其放弃要求自己承担担保责任。相应地,债权人也有动力主动压榨担保人,以牟取高于主债务数额的不当收益。另一种可能是,各担保人都有动力自行购买或者安排第三人代为购买债权人的债权,继而以债权人之名向其他担保人主张权利,除可以使自己免于承担担保责任外,甚至还可能压榨其他担保人。而且,以上两种情形还可能并存。不管是哪一种情形,哪一类投机行为,都会导致交易成本的增加。相反,若允许追偿,上述投机行为及相应的交易成本均不可能存在。”^[41]对此,笔者难以赞同。

正如贺剑文中所述,“追偿权之存废是一个任意性规范的设计问题”,为了社会成本最小化应该尽量符合当事人的意思,避免当事人另行订约从而增加社会成本。但是为何文中认为关键在于“哪一种方案契合最大多数担保人的心意”?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。如果只考虑降低交易成本,那么

[41] 前引〔2〕,贺剑文,第84页。

应该让法律写得尽量符合交易中强势方的需求,这样可以减少另行缔约的可能性。贺剑认为只要考虑“担保人的心意”就可以了,似乎是认为在大多数担保交易中,担保人都处于强势地位,但这显然与事实相悖。^[42]

六、简要的结论

在当事人之间没有约定的情况下,认为物权法第176条未承认物上担保人之间、物上担保人与保证人之间存在着追偿权,与现行法区分物权关系中的义务与债的关系的义务并设置不同的规则、意思自治原则、债的相对性、自己责任原则相吻合,与参与物权法立法的工作人员的回顾和解释相一致。与此相反,关于现行法已经承认物上担保人之间、物上担保人与保证人之间存在着追偿权的观点,则与现行法上的诸多制度及规则和学说存在着摩擦,违背了物权法的立法目的。至于将视野延伸至公平、效率、风险分配和道德风险以及当事人预期等方面,肯定说并不占上风。在意思自治、整体交易安排及利益衡量等方面,否定说明显地处于优势地位,而意思自治原则恰恰是民商法的基本原则。有鉴于此,不宜承认混合共同担保人相互间享有追偿权。

Abstract: When the same creditor's right is guaranteed by several security measures, the question of whether the guarantors have the right of recourse against each other should be determined according to the circumstances in each case. In the case of joint guarantee and joint mortgage, there may be a right of recourse; in the mixed joint guarantee relationship, there should be no right of recourse between the guarantors on real right, or between guarantors on real right and obligational guarantors, unless otherwise agreed upon between the parties or provided by law. The opposite view should not be adopted, because it does not conform to the current laws and legal principles of China at the level of interpretation, and fails to prove that there is a common relationship among the obligations of guarantors at the level of legislation. It also fails to take into full and equal consideration all the guarantors in the process of interest measurement, improperly limits the function of the principle of autonomy of will, does not bring the principles and rules of debt relativity and self-responsibility into the trade-off, focuses only on a single transaction relationship, and ignores the fact that various sub-transactions in a series or a group of transactions are closely linked to each other and specially and coherently arranged. Its so-called concept and standard of fairness and the expectations of the parties obviously have the subjective preference of the interpreter and do not seem to be neutral. As for the practice of taking efficiency as the basis of the right of recourse, it deviates obviously from the correct path.

Key Words: mixed joint security, the right of recourse, expectancy of parties, principles of fairness

[42] 这段分析和阐释系清华大学法学院龙俊所为。特此感谢。