

《民法典》中共同担保人分担责任之规范体系

李 宇*

摘要:关于共同担保人的内部责任分担,在《中华人民共和国民法典》中的规范基础有二:一为连带债务人、责任人之间的追偿权;二为代位。如同其他标的可分的债务一般,共同担保或为按份,或为连带,所谓不真正连带共同担保并无存在空间。即便承认不真正连带债务概念成立,共同担保亦不符其定义,况且不真正连带债务人之间也有追偿权。连带债务由法律规定,包含未用连带字样而所定内容符合连带债务定义之规定。我国法对共同担保以连带性为默认规则,符合法律对连带债务及责任的界定。共同担保人据此互有追偿权。代位与追偿权彼此独立,但相互配合。对司法解释相关规定应作与民法典协调一致的再解释。

关键词: 民法典 共同担保 追偿权 代位

一、旧问题与新争点

对于共同担保人之间可否请求分担责任的问题,10余年来我国民法学上多有争议。“肯定论”与“否定论”^①之争原先聚焦于混合共同担保,但随着《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)对共同保证不再专门规定追偿权,持“否定论”者又提出新的主张,以法无连带字样为由将共同担保归为不真正连带共同担保并据而否定追偿,同时对代位作狭窄的解释。如此一来,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)对各种共同担保皆采限缩分担的立场,更存争议。此外,《民法典》补全连带债务和代位制度,又为“肯定论”提供了新基点。同时,民法典时代又面临如下新课题:法律对于共同担保均未用连带字样,如何解释出连带性?关于代位的条文互不一致,解释方向究应存异抑或求同?代位

* 上海财经大学法学院教授

① 关于两种对立立场的文献列示,参见贺剑:《担保人内部追偿权之向死而生——一个法律和经济分析》,《中外法学》2021年第1期。

有无份额限定？本文以民法典时代的法律变化为中心，基于体系视角，^①为“肯定论”提供新论证，并回应“否定论”的新主张。

二、连带性及追偿权：“名实并行论”之证成

（一）共同担保人责任属于连带债务或连带责任

1. 共同担保人责任符合连带债务、连带责任之法律定义

《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》，已废止）明定连带共同保证人之间有权追偿，而《民法典》第699条无此表述。持“否定论”者遂认为立法有意否定追偿权。^②持不同见解者认为，从《民法典》第699条中可读出连带共同保证之意，该条对旧法并无实质修改。^③

共同担保的连带性及担保人内部追偿权在《民法典》中并未消失。（1）并无立法资料佐证立法者采“否定论”。法工委工作人员个人署名的释义书，既非组织作品，又非职务作品，不能代表立法机关意见。（2）立法未明定，不当然表明否定之意，也可能是留待继续解释。（3）《担保法》第12条第3句本属赘文，“有权向债务人追偿”与该法第31条重复，“要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额”则为连带责任当然后果，不言自明。明定连带责任的法律条文逾百，但罕有赘述追偿权者。若认为“不提及追偿即无追偿权”，则无异于要求法律在每一处连带责任中重复表达，不合立法常规。删除赘文，系立法技术之优化，而非立法意旨之改变。（4）《民法典》改动表述，自有其背景。在前法典时代，单行法各行其是，基于议题思维，求全规定，尚可理解。如今既然合为一典，自然须受体系思维主导。合同通则新设连带债务一般规则后，分则自无重复必要。（5）法条未提及连带字样，并不否定共同保证中的连带关系。对此不能唯名是从，而需结合连带债务（或责任）规则体系而解释。

关于连带债务的成立，有限定主义与非限定主义之别。前者是指连带债务的发生限于法定或约定，为法国、瑞士及我国法所采。德国法采后者，仅规定连带债务的概念或要件，不言连带债务须法定或约定。此所谓法定或约定，究指何意？理论上有两种解释：（1）须法条、合同中使用连带字样，方属连带债务。此种解释可谓“唯名论”。（2）法条、合同中使用连带字样者，固然属于连带债务（“有名即有实”）；虽未用连带字样，但规定、约定情形符合连带债务定义或具备连带债务要件，亦属之（“有实不唯名”）。“有名有实”与“无名有实”，皆属连带债务。此种解释可谓“名实并行论”。

我国法历来不采“唯名论”。关于法定连带性的例子，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》，已废止）第38条和第75条规定的混合共同担保及共同抵押，有连带之实而无连带之名。关于约定连带性，实务中曾有认定债务加入人负连带责任不以使用连带字样为必要的例子。^④有司法裁判认为，当事人表述连带责任的名

^① 参见李宇：《〈民法典〉体系下共同担保人分担责任之实质理据》，《法学》2023年第2期。

^② 参见林文学、杨永清、麻锦亮等：《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》，《人民司法》2021年第4期。

^③ 参见刘贵祥：《民法典关于担保的几个重大问题》，《法律适用》2021年第1期。

^④ 参见《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（已废止）第19条。

称或内涵,即可发生连带责任。^①《民法典》第518条第2款称法定或约定,未要求使用连带字样。即便采限定主义的立法,其解释论亦不唯名是从。例如,在法国法上,约定连带债务无须明确使用“连带”术语,有类似用语均可,法官甚至可依情事推断出此意思,前提是该情事显示出明确和肯定之意思。^②

在无名有实的情形,应如何判定连带债务之构成?《民法典》第518条第1款后半句的连带债务定义即为基准。若依该条以外其他法律规定或当事人约定,债务人有数人且债权人可请求各人履行全部债务的,法律或合同纵未使用连带字样,亦符合连带债务定义,进而满足同条第2款的要求。共同保证何时构成连带共同保证,依此基准判断。

物上担保是无债务的责任,似难径用连带债务规定。但《民法典》中另有与之相当者可用,即总则编第8章中的连带责任规则:《民法典》第178条第1款近似于第518条第1款后半句,前者采效果式规范,行文略异于后者的要件式规范,但揭示了连带责任和连带债务的相同定义。该章所称责任系多义词,不限于违反义务所生后果意义上的民事责任,^③而涵括债务不履行责任、侵权责任、无债务的责任。如此宽泛的责任概念,彰显《民法典》第177、178条作为多数人责任一般规则的体系意义。《民法典》第178条虽与第518、519条近似,但并非特别规定与一般规定之关系,仅为部分重叠:多数人连带负侵权责任和债务不履行责任,同时落入《民法典》第178、518、519条范围;多数人连带负物上担保责任,则不属于《民法典》第518、519条范围,而适用第178条。^④据此,《民法典》第178条第1款为衡量混合共同担保与共同物上担保是否构成连带共同担保的基准。

对照上述规定,法定共同担保皆有连带性。关于共同保证,当事人无特别约定时,《民法典》第699条完全符合连带债务定义:债权人可请求全部保证人承担责任。关于混合共同担保,除当事人另有约定及债务人提供物上担保外,《民法典》第392条也有连带责任的含义:债权人可就物上担保实现债权,也可请求保证人担责,自然意味着债权人可同时对二者行使权利。只是此系债务(保证人)和责任(物上担保人)的连带。关于共同物上担保,法律虽无明文规定,但对《民法典》第392条细作解释,也可得出担保人之间可追偿的结论。该条规定,当事人无约定时第三人担保平等实现。例如,在抵押人甲、乙与保证人丙为他人同一债务提供担保的情形,甲的责任层次等同于丙,乙的责任层次等同于丙,可得甲的责任层次等同于乙。此乃简单明了的等量代换题。切换成案例场景:债权人可实现甲的物上担保,也可向丙请求;债权人可实现乙的物上担保,也可向丙请求;债权人自然也可不向丙请求,而径实现甲、乙的物上担保。共同物上担保实属《民法典》第392条固有之义,该条所称第三人本已包含复数形态(数个第三人提供物上担保)。

可见,对于各种共同担保,无论是否使用连带字样,在符合连带之定义上,《担保法》与《民法典》无异,且不分一并缔约或分别缔约形态,一体以连带共同担保为默认规则。

① 参见北京市海淀区人民法院(2014)海民(商)初字第17740号判决。

② François Terré, Les obligations, 12e éd., Dalloz, 2019, n° 1389.

③ 《中华人民共和国民法典》第176条对民事责任概念未作限定,宽于《中华人民共和国民法通则》(已废止)第106条的规定。

④ 持“否定论”的学者认为,《中华人民共和国民法典》第179条第1款所定民事责任方式均属债法领域。参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,《清华法学》2021年第1期。但该款并非对民事责任的穷尽列举(民事责任的方式“主要有……”),不排除其他责任方式。

“名实并行论”在解释法定与约定连带债务上比“唯名论”更为周延、融贯。约定连带债务,或为明示连带字样,或为未明示连带字样但约定连带债务的含义或要件(例如,约定债权人可向各债务人请求履行全部债务,或各债务人对债权人负全责)。在后种情形,若以无连带字样为由否认约定了连带债务,则有悖于意思表示解释规则。法定连带债务亦然。例如,债权人分别和甲、乙约定二人负连带保证责任,和另两位保证人丙、丁无此约定(亦未约定负按份保证责任),法律效果全同,甲、乙依约,丙、丁依法各负全责,若认为前者为连带债务、后者非连带债务,则显然不合逻辑。

“名实并行论”不仅契合法典文义,而且无违规范目的。限定主义的理由在于连带债务对债务人较严厉。如依法律或合同,债务人各负全部责任,虽未冠以连带字样,但债务人责任的严厉程度与法律、合同使用连带字样的情形无异。认此为连带债务,未恶化债务人地位。较之《担保法》,《民法典》所定共同保证人责任无丝毫减轻。“名实并行论”并不否定限定主义。数人负同一债务,如果无约定或法定连带之实,则不能推定负连带债务,尤其不能因数人共同缔约而推定负连带债务。^①进言之,“名实并行论”更有利于债务人。债务人内部可追偿,因而减轻了债务人的负担。“唯名论”则会导致有实无名的连带债务被归类为不真正连带债务,而不真正连带债务理论中的某些见解认为债务人原则上无追偿权,由此导致债务人地位恶化。

2.共同担保人责任符合连带债务之学理定义

《民法典》第518条第1款的连带债务定义仅揭明连带债务的最低成立要件而非充分要件。尽管该条列出“债务人为二人以上”与“债权人可请求部分或全部债务人履行全部债务”两项要件,但连带债务尚须具备“数人负同一债务”及“债权人仅可获得一次给付”之要件(如《德国民法典》第421条第1句即明文规定了这两个要件)。在补足要件后,共同担保仍具备连带债务的全部要件。数担保人无论一并或分别缔约,皆以担保同一债务为目的,一人承担责任,余人即同免其责,债权人不可获得多重给付。因此,共同担保无须以同一法律行为为之,数人虽异时异地以个别行为为之亦可。^②

3.《民法典》未规定放弃担保的后果不足以否定分担

依《担保法》第28条第2款的规定,债权人放弃物上担保的,保证人相应免责。依《担保法解释》第38条第3款的规定,债权人怠于行使担保物权,致担保物价值减少或毁损、灭失的,视为放弃担保。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》,已废止)第194条第2款、第218条第2句仅规定,债权人放弃债务人物上担保的,其他担保人免责。遂有学者认为,此种规定是以共同担保人无追偿权为前提。^③《民法典》虽维持《物权法》规定,但因新增关联条文,解释结论已有不同。《民法典》第520条规定了连带债务涉他效力事项,具有为连带责任提供补充规则的意义。《民法典》总则编未规定连带责任涉他效力事项。连带责任有属于债务的责任和无债务的责任,前者的涉他效力事项适用《民法典》第520条,后者的涉他效力事项类推适用该条。该条第2款规定免除属于有限制涉他效力事项。债权人放弃担保,即为免除保证债务或物上担保责任,适用

^① 《德国民法典》第427条有此推定,为欧陆共同法传统及我国法之所无,此种区别比是否采用限定主义意义更重大。

^② 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第942页。

^③ 参见刘凯湘:《混合共同担保内部追偿权之否定》,《兰州大学学报》(社会科学版)2021年第2期。

或类推适用本款的结果便是其他担保人相应免责。债权人怠于行使担保物权,致担保物价值减少或毁损、灭失,可视同债权人放弃物上担保,类推适用本款规定。

(二)追偿权之依据

追偿权为连带债务的法定效果,不须特别约定。^①对于共同保证和共同物上担保人的追偿,《民法典》第519条第2款第1句、第178条第2款第2句有明文规定,^②而对于混合共同担保,《民法典》仅规定连带性,而未规定追偿权。原因在于立法技术:就数债务连带和数责任连带设此一般规定,而未明定债务和责任连带之一般规则。此项漏洞,应以类推适用方法填补。^③首先,就债务与责任关系而言,形式差异不足以遮蔽其实质共性。人的担保为整体的物之责任(以保证人全部责任财产作保),物上担保为个体的物之责任(以担保人个别责任财产作保)。二者均承担财产上担保责任,且受制于相同的担保范围(除非另有约定)。其次,就连带性而言,连带债务为人的连带,物上连带担保责任为物的连带。^④连带担保之债应包含物上责任之见解,未违反法教义学的公理。^⑤基于类似性质,就具体事项不妨类推适用。债务连带与责任连带对外同具连带性,内部同有分担份额,则债务与责任连带时,仍有分担份额,对外担责超过自己份额者,有权向其他连带主体追偿,而不论对方为债务人或责任人。例如,4人为同一债务作保,甲、乙为保证人,丙、丁为抵押人,甲与乙之间、丙与丁之间因有连带性而有追偿权,而甲、乙与丙、丁之间亦有连带性,同理可得彼此亦有追偿权。

(三)追偿份额

连带债务人约定分担份额的,从其意思。法律之任务在于提供当事人意思不备时可用的默认规则。关于共同担保人内部份额,有按人头分担和按比例分担两种基本模式,后者又有按担保财产价值比例、按担保范围比例等子类型。按人头分担贵在简明,但无法体现担保责任范围不同时各人承担的不同风险——在外部关系中承担较高风险者在内部关系中也应承担更高份额,乃公平原则之要求。^⑥况且按人头分担亦非完全无须考虑比例,尤其在个别担保人的担保范围或担保财产价值低于人均值时,其份额应以此为限。按比例分担更能兼顾各担保人责任大小。其

^① “否定论”的理由之一为共同担保人之间未约定追偿权就无连带关系。参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,《清华法学》2021年第1期。该说之误,一是在于认为追偿权取决于约定,二是在于以后果(追偿权)倒推前提(连带性)。

^② 最高人民法院认为,《中华人民共和国民法典》第519条所定追偿权的前提是实际承担债务超过自己份额,而共同保证中如未约定保证份额,每个保证人均无实际承担债务超过自己份额的情形,无法得出保证人之间有追偿权的结论。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第1394~1395页。此说未注意到连带债务人份额已为第519条第1款所明定,共同保证人的份额亦适用之。

^③ 在未就债务连带和责任连带之间关系专设规则的法秩序中,类推适用势所必然。德国法即如此。参见[德]延斯·科赫、[德]马丁·洛尼希:《德国物权法案例研习》,吴香香译,北京大学出版社2020年版,第224页。最高人民法院认为,依体系解释,《中华人民共和国民法典》第519条追偿规定适用于混合共同担保。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第187页。

^④ 故共同抵押亦称连带抵押。《德国民法典》第1132条所用概念为“Gesamthypothek”,即“连带抵押”。

^⑤ 参见[德]彼特·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、田士永、张双根主编:《中德私法研究》第16卷,北京大学出版社2018年版,第89页。

^⑥ 参见[德]延斯·科赫、[德]马丁·洛尼希:《德国物权法案例研习》,吴香香译,北京大学出版社2020年版,第226页。

中,若按担保财产价值比例,因财产价值变动不居,究以担保物权设立时、实现时或其他时点之价值为准,不易定夺,而担保范围通常于合同成立时即已确定,以之为准,便于操作。对于连带债务,《民法典》第 519 条第 1 款将平均负担作为难以确定份额时的兜底规则,故应先以其他方法定份额:首依法律行为,次依法律其他规定。对于连带责任,《民法典》第 178 条第 2 款第 1 句规定先依责任大小定份额,难定责任大小时平均分担。就共同担保而言,以责任大小定份额,正合担保责任之性质,宜作为次位基准,一体适用于各类共同担保。

在担保范围上,《民法典》以无限担保为默认规则。共同担保均为无限担保或均为有限担保但担保额相等的,等于按人头分担;均为有限担保且担保范围不等的,依比例而定,即每人份额等于其担保额除以共同担保总额。例如,对于 100 万元主债务,甲提供无限保证,乙提供担保额为 80 万元的抵押,丙提供担保额为 20 万元的质押,则分担比例为 5:4:1,数额各为 50 万元、40 万元、10 万元。至于担保财产价值,无论是平均分担还是按比例分担,皆不必考虑。因物上担保人仅以担保财产为标的承担责任,如财产价值高于担保额,债权人对超过部分无受偿权,已担责的其他担保人自亦无权向该物上担保人追偿;如财产价值低于担保额,该担保人对于担保额超出担保财产价值的部分不負責,仅“赔上”担保财产即可了事。不将担保财产价值列入计算因素,既便于算定分担额、避免操作复杂化,又不致造成有违事物性质的不公平结果。

三、不真正连带共同担保论之否弃

“否定论”有时以不真正连带债务立论,如认为当事人明确约定为连带共同保证时为真正连带共同保证,未约定保证份额而适用《民法典》第 699 条时为不真正连带共同保证(故无追偿权)。^① 但若通盘检讨不真正连带债务理论,则会发现结论并非如此。

(一)不真正连带债务理论本身欠缺必要性

不真正连带债务理论源于德国,意在解决《德国民法典》中连带债务界定过于抽象所可能产生的问题。早先某些学者认为,《德国民法典》第 421 条涵括请求权法定移转等不应属于连带债务的情形,出于下列理由,应将之归入不真正连带债务:(1)连带债务涉他效力事项规定不能适用之;(2)连带债务人内部追偿规定不能适用之,否则会产生错误追偿或不公平免责的结果。实则清偿等涉他效力事项规定对不真正连带债务也应适用,错误追偿和不公平免责的担心则属多余。^② 此亦为不真正连带债务理论在德国衰微的一大因由。

我国法对连带债务涉他效力事项的规定近似德国法的规定,对于所谓不真正连带债务情形的可适用性亦无疑义,而错误追偿和不公平免责的担心也属多余。依《民法典》第 519 条第 1 款,

^① 参见黄薇:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 513 页。最高人民法院则采按份、连带二分法,认为未约定保证份额时推定为连带共同保证。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 1379 页。最高人民法院在认同按份与连带共同保证二分体系前提下,又依保证人有无相互追偿权而将后者分为真正连带和不真正连带共同保证。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 186 页。

^② 参见张定军:《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》,中国社会科学出版社 2010 年版,第 245~254 页;章正璋:《不真正连带债务理论溯源及其在我国的理论与实践分析》,《财经法学》2018 年第 3 期。

连带债务人“视为份额相同”只是补充性规范,其适用前提为“份额难以确定”。份额如何,依法律行为或其他法律规定确定。连带债务人中如有终局责任者,其内部份额为100%,其他人份额为0,不致出现终局责任者可向他方追偿的结果,如《民法典》第1203条。^①在连带责任人之间,适用《民法典》第178条第2款第1句,责任大小覆盖从0~100%的区间,终局责任者同样不会因而免责。

我国学术上继受不真正连带债务理论,主要源于对德国早期学说的认知和对连带债务限定主义的狭义理解。对连带债务唯名是从,导致大量原本符合连带债务定义的多数人债务被放逐于连带债务体系之外,遂被冠以不真正连带债务之名,从而不真正连带债务理论的需求显得反而比德国旺盛。但学说和实务所称不真正连带债务又相当驳杂,不脱德国旧理论之藩篱。

(二) 连带和不真正连带债务在概念与要件上无法区分

迄今未有足以区分连带与不真正连带债务的成功标准。在德国民法学说史上,先后出现“债务原因同一性说”“目的共同说”“义务同一层次性说”等学说。^②诸说较量之后,学界在20世纪60年代达成共识,即在连带债务法定概念外另寻其他定义性特征是徒劳的,现今遂有给连带债务界定一个较广义概念之趋势;诸多学者对不真正连带债务理论持否定态度,实务也基本弃用此概念。^③区分的尝试在其他国家亦未成功。在法国、瑞士、意大利等国,不真正连带债务理论或被认为界定标准过于随意、缺乏实践意义,或被认为严重脱离现实且自相矛盾,或从未被学说和实践普遍接受。^④不真正连带债务理论的失败也反映在立法趋向上。晚近国际示范法亦建立统一的连带债务规范体系,以往理论上被归入不真正连带债务的情形,均被置于同一的连带债务概念之下,并通过专门条款强化此理念,如《欧洲共同参考框架草案》第3编第4:103条第3款规定,数债务人非基于同一条款或原因承担责任的,不影响其连带性。^⑤

我国认同不真正连带债务理论者皆采纳德国早期学说。但学说与实务均未能就共同目的、同一层次性等提供定义或判断标准,以区别连带与不真正连带债务。另有所谓“法规偶然竞合说”,^⑥认为不真正连带债务是法规偶然竞合所致。但此说实为“债务发生原因说”的另一种表达而已,仅描述不真正连带债务的发生原因,本身无法得出不真正连带债务有何要件。况且,既然数债务人因法规偶然竞合而各负全部责任,则与法条集中规定数债务人应负连带责任并无不同。由此,法规偶然竞合标准下的不真正连带债务,与连带债务在构成要件上全然重合。

(三) 依不真正连带债务标准共同担保仍属连带债务

退一步而言,即便连带和不真正连带债务的各种区分标准能够成立,以之衡量,共同担保仍

^① 有学者以产品责任人内部系单向追偿为由认为责任人之间的关系不属于连带债务关系。参见吴光荣:《共同担保人之间的追偿问题——以共同担保的再类型化为中心》,《法律适用》2021年第3期。此说未注意到连带债务人内部分担仅为默认规则(不排除法律另有规定),且混淆了连带债务的内外关系(从内部关系的特殊性倒推外部关系不具有连带性),不符合连带债务理论。

^② 参见张定军:《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》,中国社会科学出版社2010年版,第73~134页。

^③ 参见张定军:《论不真正连带债务》,《中外法学》2010年第4期。

^④ 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。

^⑤ See Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press, 2018, p.2659.

^⑥ 参见税兵:《不真正连带之债的实定法塑造》,《清华法学》2015年第5期。

属连带债务。“债务原因同一性说”分为“形式的债务原因同一说”与“实质的债务原因同一说”。^①前说主张，“多个债务是基于同一法律原因而发生”系连带债务的判断标准。共同保证即便是通过分别行为为之，由于在标的同一这一点上与同一原因相同，故发生连带债务。后说将同一原因理解为实质上同种类之发生原因或同一生活事实，更足以涵盖共同担保。按照“目的共同说”，数人无论一并或分别提供担保，目的共同性无异。其中，“主观目的共同说”^②认为，连带债务人之间应有主观上意思联络或牵连关系。纵然就主观目的而言，亦不应仅观察担保人一端之目的，还应考察债权人一端之目的。债权人订立担保合同之目的在于为主债务提供保障。数人分别提供担保时，担保人虽未必有主观上的共同目的，但必然相互牵连，因为各担保责任均附从于主债务，以主债务为轴心而形成牵连关系（“伞状的结合”）。此种主从关系为重复承揽等关系所无。“客观目的共同说”^③不以债务人相互知悉为必要，共同担保也与之相符。按照义务“同一层次性说”，同一层次性是指无一债务人自始即为主要债务人，故一人给付后，债务人之间有求偿关系；不同层次的债务，必有一个债务人终局负责（称为主要债务人），该人的给付使次要债务人免责，而次要债务人给付义务之目的在于担保债权人对于主要债务人债权之实现，其给付具有预付性质，不使主要债务人免责。据此，共同保证、共同物上担保责任属于同一层次。依《民法典》第392条的规定，物上担保人与保证人责任仍为同一层次。有学者以共同担保的担保方式可能有别、债权人起诉共同担保人时只能按普通共同诉讼处理为由，否认共同担保人责任处于同一层次。^④然而，“义务同一层次性说”并无此意。各债务方式、数额等要素的差异，不足以否定连带债务性质。程序法上，债权人可起诉部分或全体连带债务人，普通共同诉讼本与连带债务性质相符。^⑤另以“法规偶然竞合说”判断，共同担保人各负全责，缘于法律的一体、集中规定，而非各法规偶然竞合所致，故不属于不真正连带债务。

（四）连带与不真正连带债务在效果上难以区分

纵观不真正连带债务理论，连带与不真正连带债务的实质区别仅在于涉他效力事项之多寡与追偿权之有无。

1. 涉他效力事项

有学者认为，不真正连带债务人一人所发生的事项，除清偿等少数事项外，对其他债务人不生效力。^⑥此效果能否成立，取决于连带债务涉他效力立法模式如何。涉他效力事项越少，连带与不真正连带债务差异越小，区分二者越无实益。各种涉他效力事项，除了其中少数系强化债权外，一般使债权弱化，因此，涉他效力事项越多，越可能对债权人不利，而对债务人尤其是终局责

^① 参见张定军：《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》，中国社会科学出版社2010年版，第73～78页。

^② 参见张定军：《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》，中国社会科学出版社2010年版，第82～84页。

^③ 参见张定军：《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》，中国社会科学出版社2010年版，第87～91页。

^④ 参见刘凯湘：《混合共同担保内部追偿权之否定》，《兰州大学学报》（社会科学版）2021年第2期。

^⑤ 债权人请求连带债务人清偿之诉，并非必要共同诉讼。参见姚瑞光：《民事诉讼论》，中国政法大学出版社2011年版，第81页。

^⑥ 参见郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版，第427页。

任者有利,造成不合理结果。是故,在涉他效力事项较多的立法上,不真正连带债务的存在空间较大。《日本民法》原第434—439条规定即为适例,但2017年修正时大幅删减涉他效力事项,由此统合不真正连带债务与连带债务,不再区分二者。^①我国法上涉他效力事项甚少,大体相当于德国法,故《民法典》第520条适用于所谓不真正连带债务情形,不会产生有害于债权人、有利于终局责任者等不当结果。

2. 追偿权

不真正连带债务人中若有终局责任者,其他债务人有权向其追偿,此点并无争议,有争议的是,无终局责任者时,各债务人内部有无追偿权。对此,主要立法例中唯一对不真正连带债务设有规定的《瑞士债务法》持肯定立场(第51条)。其他国家虽然没有明文规定,但是出现了连带债务规则逐渐扩张适用于不真正连带债务情形的动向。^②进言之,终局责任者与非终局责任者之间仅有单向追偿权和“其他情况下不真正连带债务人无追偿权”的效果皆不足以证成不真正连带债务的独立性。首先,连带债务中亦可能有终局责任者。例如,未足额出资的股东系终局责任者,其他发起人在对外承担连带责任后有权向其全额追偿。可知终局责任者之有无,并非不真正连带债务之特征。其次,“原则上无追偿权”一说,不仅在不真正连带债务理论内部存在矛盾,而且与连带债务规则之间形成体系违反。数债务人的责任可分两种情形:(1)有部分债务人为终局责任者;(2)不存在终局责任者,全体债务人各负责任。在后种情形,若否定追偿权,则先实际承担责任者等同于终局责任者,极不合理。终局责任者或因其过错或因其原因理应最终负责。共同担保人依约承担责任,而非因有较重过错或较大原因而承担责任,其中本不存在终局责任者。若使终局责任的发生取决于债权人的任意选定,则根本背离了不真正连带债务理论自身。“否定论”必然导致任一担保人皆可能成为“债权人任意选定的终局责任者”。而探究连带性之目的可知,赋予债权人选择自由,只是在于加强债权保障而已,一旦债权满足,连带性目的即已实现,就不应有债权人决定债务人命运的空间。债权人的任意性服务于对外关系,若进入债务人内部关系,即已越界。此外,某一债务人若主动先清偿,在此说之下亦成终局责任者,如此既不能公平对待债务人(积极担责反不如消极避责),又无异于鼓励各债务人尽量逃匿,反而不利于债权人。此乃不真正连带债务内部之矛盾。对照连带债务中的分担原则,又可见其外部矛盾。连带债务人虽各自应负责任,但仍有追偿权。共同侵权行为即为适例。故意侵权的共同行为人之间有权追偿,依约履行的合同债务人之间却无权追偿,更是轻重失衡。在“唯名论”之下,如此区别对待,只是因为法条是否明用连带字样而已。但这纯属立法技术差异,利益状况无殊。仅因立法上是否出现连带字样便使法效果截然相反,不合法秩序内部评价一致性的要求。

将涉他效力事项与追偿问题合并观察,更可知不真正连带债务理论不妥当:前一问题上,该理论以无涉他效力为原则,对债务人已相当不利;后一问题上,又以无追偿权为原则,使债务人蒙受双重不利,可谓雪上加霜。连带债务的处理则远胜于此:在涉他效力事项上,倾向于对债权人有利的立场,与连带债务在外部关系上着重债权保障这一目的相吻合;在内部求偿关系上,转向公平对待债务人,而使内外平衡。不真正连带债务使债权人尽得连带债务之利且更有过之,却使债务人全失连带债务之利。若认为不真正连带债务理论与限定主义相关,则更可见其体系违反:

^① 参见周江洪:《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》,《法商研究》2019年第3期。

^② 参见张定军:《连带债务发生明定主义之反思》,《法学研究》2023年第2期。

限定主义意在保护债务人,而上述版本的不真正连带债务理论却使债务人陷于比连带债务更不利之境地。

四、代位及其与追偿权之关系

(一) 担保人因代位取得对其他共同担保人的权利

《民法典》新设 3 处代位(即债权法定转移)规则,从逻辑上即可推导出共同担保人之间可分担责任。

1. 保证人代位

依《民法典》第 700 条规定,保证人承担保证责任后,享有债权人对债务人的权利。学理认为,债权法定转移类推适用债权让与规定。^① 因此,同一债权有数个担保的,保证人取得债权人对债务人的权利时,从权利随之转移,保证人因而取得债权人对其他担保人的从权利(保证债权或担保物权)。保证人仅承担部分担保责任的,仅在此范围内取得部分债权,其行使从权利的顺位劣后于债权人就剩余部分债权可行使的从权利,此为该条但书“不得损害债权人的利益”的应有之义。^② 该条虽仅规定保证人享有债权人“对债务人的权利”,有别于该法第 519 条第 2 款第 1 句“享有债权人的权利”之表述,但不可误认为债权人对第三人的从权利不随同移转,否则必然发生有违规范逻辑与目的之结果。(1)从权利随主权利移转,系一般原则。此为从权利的性质所决定:从权利为主权利服务,若脱离主权利而另存他处,则失去意义。保证人承担责任后,主债权尚存,从权利亦存,如果认为从权利未随同转移,则从权利只能留于债权人处。债权人对债务人享有的担保物权与债权人对第三人享有的担保权利同样属于从权利,何以前者随主债权一并移转、后者则否,何以同一承担担保责任的行为引发两种截然不同的结果? 如此矛盾,无法调和。^③ (2)债权法定转移的效果与作为法律行为的债权让与无异,即债权及从权利一同移转。若认为对第三人的从权利不随同转移,则必然削弱保证人应受的保护,致使保证人地位反而劣于原债权人。债权人已受清偿、保证人已为清偿,然而原债权人未失其应失、保证人未得其应得,此与“债权法定转移的效果等同于债权让与”的原则背道而驰。(3)代位制度服务于代位人的利益,兼顾原债权人和其他担保人的利益。若不承认代位人取得对其他担保人的担保权,则会导致原债权人与其他担保人陷于尴尬境地。若原债权人对其他担保人的担保权并未消灭,则其他担保人无权请求原债权人返还质物或涂销担保登记,原债权人因已受偿而不再有权行使担保物权;而若代位人既不能行使担保物权又不能请求原债权人交付质物或办理变更登记,则将形成 3 方均不得

^① 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 646 页;黄薇:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 191 页。《德国民法典》第 412 条设有明文。

^② 但持“否定论”的学者将此解说为,保证人不得不经债权人同意就擅自请求其他担保人补偿自己因承担保证责任所生损失。参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,《清华法学》2021 年第 1 期。笔者认为,保证人承担部分责任后相应取得债权,就该范围内的权利行使,保证人可自主决定,无须经债权人同意,且债权人于此范围内已受清偿,无理由使保证人之权利取得与行使受债权人意思支配。

^③ 持“否定论”的学者既认为保证人承担责任后享有债权人对债务人的权利,又认为债权人对债务人的债权一经保证人承担责任即消失,从属于该债权的抵押权因从属性规则也随之消灭,故保证人无从主张。参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,《清华法学》2021 年第 1 期。该文前后观点存在矛盾。

动弹的僵局,原债权人还将受继续保管质物之累。财产既无法按原定规划供担保目的之实现,又无法另作他用,于社会经济亦无裨益。

2. 第三人清偿代位

《民法典》对于物上担保未专门规定代位,但并无立法资料显示有意厚待保证人,条文之间的不协调更可能是缘于各编缺乏照应之偶然因素。^① 基于第三人物上担保与人的担保平等原则及第三人提供担保的机理,担保人承受债权人的权利,不因担保形式而异。保证合同章若干规则实为担保法通则,只是因物债分编而未显贯通而已,其通则性格不能因形式编排而被抹杀。故《民法典》第700条应适用于物上担保。《担保制度解释》第20条正是为补充此漏洞而设。

对于物上担保人承受债权人的权利这一论断,尚有其他依据。《民法典》第524条规定的代位清偿所称第三人是指为他人债务而为给付之人。合同当事人亦可能构成第三人。例如,甲、乙、丙三方订立合作协议,约定乙有义务向甲付款,后丙代付,丙仍属代为清偿意义上的第三人。^② 保证人、连带债务人是否属于第三人,学术上有分歧。形式上,二者所清偿的是自己的债务;但从实质上看,保证人是代为履行他人的债务,连带债务人就超过分担部分所为清偿亦属代偿他人的债务,故皆可发生代位。^③ 究其源流,代位清偿制度的适用对象自罗马法以来即不限于本身未负债务的第三人,只要实际上替他人作出财产牺牲,即不影响构成代位清偿。物上担保人无属于第三人,为学理和立法例所公认。^④ 物上担保人对担保物权人不负债务,承担物上担保责任并非清偿自身债务。无论因第三人主动向担保物权人给付而清偿,抑或因担保物权的实现而清偿,均构成代位清偿。^⑤

持“否定论”的学者以《民法典》第524条所涉案型与混合共同担保案型不相类似为由,反对将该条类推适用于混合共同担保。^⑥ 然而,物上担保人本属该条所称第三人的范围,无须类推,径行适用即可。该学者所称“本条规范对象仅存在着债务人和债权人之间债的关系,不存在与之不同的第三人和债权人之间债的关系”以及将“第三人对履行该债务具有合法利益”等同于“符合

^① 《中华人民共和国民法典》物权编与合同编照应不周之处,不止于此。例如,关于主债务变动对担保人的影响,物权编仅规定债务转移,合同编补充了主债务变更、债务加入。可见,对同类事项的规范,合同编较完备。

^② 最高人民法院以第三人不是合同当事人为由,将保证人、物上担保人等排除于第三人范围之外。此种观点既是对第三人概念的误解,又未注意到保证人、物上担保人等非债务人与债权人所订合同之当事人(而是另一合同的当事人),纵然依此观点,此类主体也属于第三人。最高人民法院又认为保证人是代替债务人履行债务,保证人依清偿代位而获得债权人对债务人的权利,同其前文观点自相矛盾。其对“第三人”概念理解过窄,对“合法利益”概念理解过宽,认为只要第三人履行债务目的合法或不违反禁止规定,即可认定具有合法利益。这种观点:一是欠缺法理依据;二是无异于架空“利益”要件,致使代位清偿混淆于一般第三人清偿,有悖于《中华人民共和国民法典》第524条(该条隐含了两种第三人清偿的区分:有合法利益的第三人始有清偿权与代位,无合法利益的第三人则无);三是轻重失衡,造成评价矛盾(无利害关系的第三人,只要履行目的不违法,即享有清偿权并可代位,担保人等利害关系人,反而无清偿权、不得代位,地位反不如前者)。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第421~422页,第1380~1391页。

^③ 参见[日]我妻荣:《新订债权总论》,王毅译,中国法制出版社2008年版,第218、392、440页。

^④ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第1~3卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第642页。

^⑤ 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第656页。清偿,不以主动履行为限。债务人被强制执行,亦发生清偿效果。债权人实现担保物权,与之同理。

^⑥ 参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,《清华法学》2021年第1期。

无因管理构成要件”，是对代位清偿要件的误解；所称“第三人进入债务人与债权人之间关系，债权人可以拒不认可、不接受第三人履行”，是对代位清偿效果的误解。第三人与债权人之间另有其他债之关系或担保关系的，不妨碍构成代位清偿；第三人与债务人之间未必是无因管理关系，也可以是不当得利或其他关系；对履行债务具有合法利益的第三人，“有权”向债权人代为履行（即债权人不得拒绝）。

3. 连带债务人代位

依《民法典》第 519 条第 2 款第 1 句规定，连带债务人除追偿权外，相应地享有债权人的权利。该规定优于《民法典》第 524、700 条的规定：前者并行规定追偿与代位，后两者有代位而无追偿；前者规定“享有债权人的权利”，文义即已包含债权人对其他共同担保人的权利，无须类推适用《民法典》第 547 条。此外，《民法典》第 178 条仅规定追偿而未规定代位，基于事物本质的类似性，对于不属于连带债务的连带责任形态，亦可类推适用《民法典》第 519 条第 2 款第 1 句关于代位的规定。据此，某一担保人承担责任超过自己份额的，取得债权人的债权及从权利。

（二）代位与追偿权独立竞合

代位并非追偿权。担保人取得的对其他担保人的权利，系原已附属于主债权的从权利，其范围、相关抗辩等一如其旧；追偿权则是新发生的权利。行使追偿权时，其他担保人对追偿权人负按份责任（因为不存在法定或约定的连带性）；代位时，因其他担保人对原债权人本负连带责任，故对代位人仍连带负责。代位或追偿权在个案中各有长短，权利人可以择一或一并主张。

有学者认为，代位是为加强追偿权（或称求偿权）而设，无追偿权者无代位。^① 但此种“主从竞合说”难谓当然之理。学理上也不妨采“相互独立说”，即追偿权和代位相互独立，不以彼此为前提或要件。此说更为妥当，理由如下：

其一，就实定法而言，代位和追偿权分立，显然不是单一权利，且法律未将两者关系规定为补充或抗辩，法律亦未将追偿权规定为代位的前提或要件，将二者关联的立法例只是使代位范围受制于追偿范围而已。《民法典》第 519 条第 2 款第 1 句在追偿权与代位之间有“并相应地”一语，仅表明二者并存，尚不足以得出代位以追偿权为前提的结论，只是基于相同法理，二者应共受相同的份额限制而已。《民法典》第 700 条在追偿权与代位之间则无“并相应地”之表述。差异更大的是，《民法典》第 524 条第 2 款未规定追偿权，更彰显代位不依赖于追偿权。二者各有其发生根据和法律效果，无依存关系。

其二，就制度沿革而言，两者并非同源，代位的起源早于一般追偿权。罗马法上，在共同保证人内部可分担责任的规则确立之前，保证人为了保留日后向主债务人追偿和请求其他保证人分担的权利，在承担保证责任前有权请求债权人将其对主债务人和其他保证人的权利转让于自己（若债权人拒绝转让，保证人可以拒绝履行保证债务）。有学者将此解释为保证人的清偿行为实为向债权人购买其诉权（拟制为诉权买卖，诉权转移于担保人而非因代偿而消灭），该保证人此后向其他保证人追偿时，即应在债权总额中扣除自己分担的部分。^② 此即诉权让与利益，后发展为

^① 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 809 页。

^② 参见周相：《罗马法原论》（下），商务印书馆 1994 年版，第 886～887 页；Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Jura & Co., Ltd., 1990, p.135.

债权法定转移。^① 诉权让与利益独立于担保人和债务人或其他共同担保人之间的内部关系(当时追偿权则依赖于委托或无因管理关系的存在),在委托或无因管理关系不存在或难以证明时,诉权让与利益更具实益,因为担保人和债务人之间通常有委托或无因管理关系,而共同担保人之间通常不存在合同或准合同关系。^② 类似地,连带债务人之间若有合伙、共同继承等特别法律关系,则互有追偿权;若无特别法律关系,则通过诉权让与利益填补欠缺追偿权之不足。^③ 在法国早期的法律上,亦是先经由诉权让与利益承认共同保证人之间的分担,而后方始承认共同保证人之间当然有求偿权;德国后期普通法上,共同保证人之间虽无求偿权,但可代位。^④ 可见,代位发源于追偿权阙如的场景。

其三,就发生根据而言,两者亦有不同。追偿权是基于追偿人与被追偿人之内部关系而生(如委托或无因管理);代位的发生要件是代为清偿,故内部关系如何,不影响代位,代位人亦无须依赖内部关系。^⑤ 近代民法确立一般追偿权之后,追偿权成为连带性的当然后果,是连带性本质之所在,代位则不依赖于连带性。

其四,就正当性基础而言,追偿权与代位互有异同。二者在利益关系处理结果上有别。代位只是权利主体更迭,权利内容不变,因此仍能维持原定利益格局。追偿权是新发生的权利,各主体之间的利益格局往往因之而变。例如,甲对乙有主债权,丙提供一般保证,丁提供连带责任保证,戊提供抵押。戊承担担保责任后,若不认为债务人在内部应先承担责任,则戊有权同时向乙、丙、丁追偿,事实上剥夺丙的检索抗辩权;若认为债务人在内部应先承担责任,则戊首先应向乙追偿,仅就乙不能清偿部分始得向丙、丁追偿,如此又使丁额外获得检索抗辩权,可谓从一个极端走向另一个极端(故需另设《民法典》第519条第2款第2句之类的规则加以矫正)。但若适用代位规则,则无此结果,戊仅取得甲对乙、丙、丁的权利,故请求丙分担时,丙仍可主张原有的检索抗辩权;若请求丁分担,则丁仍无检索抗辩权。

其五,就制度功能而言,没有追偿权,代位的效果仍可独立发生,反倒可以说,代位需要追偿权协助限定分担范围(追偿权为代位服务,而非相反)。但此任务并不是非由追偿权担当不可,若不存在追偿权规则,则须诉诸法理。

采“相互独立说”,并无加重义务人的负担之虞。追偿权与代位既可竞合,其中之一获得满足时,不得再行主张其余。而二者之所以能构成竞合,则是因为二者同缘于代偿。若无代偿事实,则既无追偿,又无代位。正因如此,代位和追偿权可能受制于同样的要件或范围,此为二者的同等界限问题,但也不表明代位依赖于追偿权。例如,以赠与的意思提供担保之人,无权追偿,不可代位。《民法典》第524条第2款和第700条所称“另有约定”,可解释为包含此种情形。又如,追偿权和代位均受制于代偿范围,以此决定分担份额,超过份额的部分,不发生追偿与代位。

综上,纵然采纳“主从竞合说”,从《民法典》中可解释出共同担保人有追偿权,足以为代位提

^① 参见[德]马克斯·卡泽尔、[德]罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第594页。

^② Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Ltd., 1990, pp.134-136.

^③ 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第296~297页。

^④ 参见顾祝轩:《民法概念史·债权》,法律出版社2016年版,第110、113页。

^⑤ 参见黄立:《民法债编各论》(下),中国政法大学出版社2003年版,第873页。

供支撑。但如果持“否定论”者坚持“唯名论”且认为不真正连带债务人无追偿权,在“相互独立说”之下,仍无法否认单凭代位即可实现共同担保人的分担。

(三)代位受限于分担份额

关于代位份额或范围,在《民法典》的3处代位规则之中,只有连带债务人代位被明文规定为受限于追偿范围,此由《民法典》第519条第2款第1句所称“并相应地享有债权人的权利”可知。持“否定论”者或据此认为,《民法典》第524条和第700条无此限制(代位无限额),故该两条规定不足以支持“肯定论”,相反,在适用结果上还可能等同于“否定论”(只是方向相反而已),即先行承担责任者可对其他担保人代位行使债权人对后者的全部权利,而使之承担全部后果。

解释法律,应综合考察条文适用的情境与结果,结合规范目的,以定解释方案取舍。关于代位的规定内在地含有按份额分担之意,即代位存在限额。就法律逻辑而言,代位的基础在于代偿。清偿自己债务者如果也可代位,则会取得对自己的债权,债之关系将因混同而消灭,代位即无意义。代偿他人债务,则债务人并不绝对免责,而仅对债权人免责,债权转移至代偿人,如此既无损于债权人,又不增益债务人,唯代偿人得其应得。就债务人与担保人之间关系而言,担保人承担担保责任,实为代偿债务人之债务,故担保人可全额代位(代位无限额)。就共同担保人之间关系而言,在按份共同担保中,任一担保人清偿,皆非代偿其他担保人的债务(其他担保人不因而免责),不发生代位。在连带共同担保中,任一担保人的清偿并非纯属代偿其他担保人的债务进而发生全额代位,否则将导致其他担保人异化为主债务人,而与担保的性质不符(本来是为主债务人提供担保,而不是为其他担保人提供担保);由此可知各担保人必有内部份额,在此份额范围内承担担保责任,相对于其他担保人而言并非代偿,不发生代位,逾此范围则为代偿,发生对其他担保人的代位。

就目的而言,认为代位无限额,将造成不公平且无效率的结果。首先,若允许先行承担责任者可向其他担保人全额主张权利,则债务人无力清偿的风险由谁承担将取决于偶然因素,且债权人将成为“内部关系的主人”,能决定哪个担保人最终承担责任,各担保人遂不得不竞相讨好债权人,形成“担保人赛跑”。^①其次,若认为代位无限额,则各代位人就自己分担部分也可行使权利,辗转求偿,将无穷极,故应就其相互间规定代位比例及限度。^②例如,甲、乙、丙、丁4人为100万元债权提供担保。甲先付10万元后,在此范围内取得主债权及其从权利。如果认为代位无限额,则甲可向乙主张10万元,乙后付20万元,又可向甲主张20万元;丙丁如有所清偿,亦复如是。若代位有限额,则四人仅可就各自超过25万元清偿的部分向余人主张代位,自无此弊。

代位有限额的规则既属理所当然,所余问题仅为在适用技术上探寻操作依据。《德国民法典》亦未就数人代位设有明文规定,实务上依靠类推适用解决。例如,出质人代位后,在共同出质人相互之间类推适用《德国民法典》第774条第2款、第426条所蕴含的“按份额分担”的法律思想。^③《民法典》第524条第2款、第700条也应依第519条关于代位范围的法理而作解释。3处代位规定,虽行文互异,然法理相通,自可类推适用。反之,斤斤计较于法条文字歧异,放大其不

^① 参见[德]延斯·科赫、[德]马丁·洛尼希:《德国物权法案例研习》,吴香香译,北京大学出版社2020年版,第224页。

^② 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第810页。

^③ 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第559~560页。

足,背离其逻辑,无视其目的,绝非法律解释之正道。

五、认真对待《民法典》的优位地位

共同担保人内部责任分担问题,是连带债务人内部责任分担一般问题在担保领域的投影。经由法制史上的漫长探索,从仅承认具体法律关系中的追偿到承认一般性追偿权,从或追偿或代位的单轨制到追偿与代位并行的双轨制,民法业已确立内在价值相当周延的连带债务利益平衡机制、外在形式相当协调的连带债务法教义学体系。此种内外一致的整体性法理,不应当因某些概念差别而被破坏,诸如连带与不真正连带债务区分、担保方式差异,皆不足以成为割裂此种整体性法理的理由。至于债务与责任的概念区别,在担保人分担责任问题上亦无决定意义。立足于形式区分而试图在实质上另作对待的立场,无法建构融贯的法理。“否定论”在法教义学上欠缺理论基础,其中虽有观点借不真正连带债务立论,但将共同担保解释为不真正连带债务,既是不必要的,又是不必然的。且不论不真正连带债务理论存在根本缺陷(凡否定担保人分担者必继受其全部缺陷),以及连带债务对不真正连带债务的包容力(概念的同质性、要件的同构性、效果的兼容性),即便根据不真正连带债务理论,共同担保也不属于不真正连带债务,何况不真正连带债务人之间并非当然无追偿权。未借不真正连带债务立论的“否定论”观点,则在很大程度上脱离了多数人之债的法教义学体系,孤立看待追偿问题,沦为“为否定而否定”的自说自话,几无法理可言。

上述整体性法理亦贯彻于《民法典》之中。《物权法》第176条单兵突进,为“否定论”大开方便之门,但其后关于混合共同担保人内部追偿权的长期论争以及“肯定论”在司法实务中的顽强存活,表明其选择并不成功。该条如今虽然原样入典,但已不再是孤立的存在,而受法典整体的制约。《民法典》合同编关于连带债务和代位的规定比物权编第392条更为明确,将后者纳入前者作一体解释,显然比无视前者迁就后者更能发挥法典适用的体系效益。《民法典》的连带性及追偿权规定,连同代位规定,遵从现代民法的普遍法则,构成一个虽有重叠但总体整全的规范体系,足以覆盖各种共同担保。两组规定各有作用,为责任分担提供充分基础。

然而,《民法典》的新意与深意,却有被司法解释中个别条文架空之虞。《担保制度解释》第13条在一定程度上未唯名是从,将担保人约定相互追偿与约定连带共同担保并列,实质是将约定相互追偿但未用连带字样者视同连带共同担保(否则按份共同担保中无相互追偿问题)。同时,该条规定担保人未约定分担份额时按比例分担,与《民法典》第178条若合符节。但该条规定也有不足之处。

(一)连带债务可由债务人与债权人约定

作为连带债务发生原因的契约,可为一个或数个契约,各债务人可以先后与债权人约定连带债务。^①《民法典》未限定约定的样态。债务人(担保人)与债权人约定或债务人(担保人)之间约定连带负责,皆无不可。债务人之一与债权人约定为其他债务人的债务连带负责,对其他债务人

^① 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第646页。

并无不利(甚而有利),^①故不以其他债务人同意为要件。债务人之间约定连带负责,对债权人亦无不利,通常也无须债权人同意;但若立法对连带债务涉他效力事项规定较宽泛,则可能因之对债权人不利,而我国并非如此。《担保制度解释》第13条仅提及担保人之间可约定连带共同担保,无端缩减了《民法典》第178条第3款、第518条第2款中“当事人约定”的含义,且会导致其他不利后果:如果担保人之间的约定被确认无效或撤销,反而会导致债权人丧失连带共同担保的保障,背离其共同担保之目的。

(二)《担保制度解释》未注意的事项

《担保制度解释》第13条第2款将各担保人在同一合同书上签章与担保人之间约定连带共同担保相提并论,未注意到各担保人分别与债权人缔约亦可构成连带共同担保,有悖于同等事物同等对待的法理。至于有学者将共同担保混淆为债务加入,^②更是不妥,即便按此逻辑,债务加入本不限于在同一合同书上签章的形态,第三人另行向债权人表示承担债务亦可构成债务加入,分别提供共同担保岂非也应如此处理?故此同一合同书标准无任何理论基础。《民法典》的共同担保规定更不因是否在同一合同书上签章而区分法律效果。况且,该款本身即不准确:各担保人在同一合同书上签章而未约定连带共同担保的,也可能是约定按份共同担保,此时又有何追偿权可言?

(三)《担保制度解释》引发的矛盾

《担保制度解释》不仅和上位法相矛盾,而且内部各条文自相矛盾。首先,《担保制度解释》第20条将《民法典》第700条等关于保证合同的规定适用于第三人物上担保,由此可得出担保人分担责任的结果,这必然与《担保制度解释》第13条的规定冲突,形成相互废弃的局面。其次,《担保制度解释》第18条仅提及第三人可行使债权人对债务人的担保物权,而未提及可行使债权人对第三人的担保物权,有不置可否和有意否定两种解释可能性。若采前者,则尚有肯定担保人内部责任分担的空间;若采后者,则同时与《民法典》第519、524条及《担保制度解释》第20条相矛盾,且造成对债务人的担保物权随主债权转移、对第三人的担保物权留于债权人处的分裂状态。最后,《担保制度解释》第36条第3款将增信文件意思不明者规定为保证而非债务加入,业已注意到债务加入的危险度高于保证,故采有利于增信人的默认规则,但第13条则使保证人所受保护反不如债务加入人(可依《民法典》第519条追偿并取得债权人对担保人的权利),彼此之间显然存在评价矛盾。

(四)《担保制度解释》规定违反《民法典》规定

《担保制度解释》第13条将责任分担范围限定为债务人不能清偿的部分,是将其他担保人的责任形态变异为补充责任,有违《民法典》第519、514条的规定,导致承担担保责任者承受须先向债务人追偿的负担以及在向债务人追偿期间其他担保人责任财产减少的风险,厚待其他担保人而亏待请求分担人,有失妥当。依追偿权的路径,被迫偿人对追偿权人负按份责任,而非补充责任;依代位的路径,承担担保责任者有权请求其他担保人承担连带责任或补充责任,与原债权人相同。两种路径均不影响担保人同时向债务人追偿。补充责任的规定不仅造成额外弊害,且并

^① 其他债务人可能因此而承受被追偿的后果,但追偿的前提是与债权人约定连带负责的债务人已先清偿,其他债务人因此同免其责而受有利益,在此范围内被追偿,并不超过其原负债务的范围。

^② 参见吴光荣:《共同担保人之间的追偿问题——以共同担保的再类型化为中心》,《法律适用》2021年第3期。

无实益,其理由为“避免循环追偿,也便于法院在担保案件判决主文中就担保人之间追偿问题直接裁判,减少诉累”。^①但适用《民法典》的规定同样可达此目标:追偿权人径向其他担保人追偿后,后者无权倒过来向前者追偿,而只能向剩余担保人或主债务人追偿,不致发生所谓循环追偿;被追偿人向追偿权人直接承担责任,一样可在判决中径行写明以减少讼累。

法律和司法解释不一致时,自应适用法律。对于司法解释的内部矛盾,亦可通过法律方法消解:对连带性的认定,不应限于使用连带字样者,此为对司法解释作体系解释的要求。例如,对于连带责任保证和债务加入的认定,《担保制度解释》第 25 条、第 36 条第 2 款未采“唯名论”,而是以意思表示实质内容为准。同理,在认定连带共同担保时,即便不考虑《民法典》以连带共同担保为默认规则,亦应与《担保制度解释》总体所采的“不唯名”标准保持一致,在未用连带字样但担保合同内容符合连带债务或连带责任的定义时,也认定为连带共同担保。

《民法典》的优位地位,体现为解决方案的优质性与法源位阶的优先性。依循《民法典》规定,并对下位法作契合《民法典》的解释(而非相反),方可实现内外一致、上下协调的适用结果,此乃法体系和谐与法秩序安定的应有之义。

Abstract: There are two norms in the Civil Code of P.R.C. for the internal sharing of liabilities among co-guarantors: the right of recourse and subrogation. Co-guarantor is either partial or joint, and there is no room for unreal joint and several security. Even if the concept of unreal joint and several obligation is recognized reluctantly, co-guarantor does not meet its definition, and right of recourse can exist among unreal joint and several debtors. Joint and several obligation are stipulated by law, including the non-use of joint and several words, which meet the definition of this obligation. Chinese law regards joint and several liability as the default rule for co-guarantor. The co-guarantors have the right of recourse against each other based on this stipulation. Subrogation and right of recourse are independent of each other. The relevant provisions on Judicial Interpretation should be reinterpreted in a coordinated manner with the superior law.

Key Words: the Civil Code of P.R.C., co-guarantor, right of recourse, subrogation

责任编辑 何 艳

^① 参见林文学、杨永清、麻锦亮等:《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》,《人民司法》2021 年第 4 期。