Open Journal of Legal Science 法学, 2023, 11(6), 6174-6178
Published Online November 2023 in Hans. https://www.hanspub.org/journal/ojls
https://doi.org/10.12677/ojls.2023.116885

Hans汉斯

混合共同担保内部追偿权文献综述

杨芳芳

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年9月18日；录用日期：2023年9月28日；发布日期：2023年11月24日

摘　要

混合共同担保内部是否可以追偿，在理论和实践中一直都存在着极大的争论。前期立法的模糊，给追偿问题有无留存了较大的探讨空间，2020年颁布的《中华人民共和国民法典》亦未能够起到定分止争的作用。目前相关的司法解释也仅仅规定了在三种特定的情况下拥有内部追偿权，即约定追偿权、约定连带共同担保、在同一份合同上签章的情况下存在追偿权，三种特定情况之外是否可追偿仍未可知，留有较大的争论空间。因此，本文基于查阅该规则在中国的相关文献资料以及国外学者们对该问题的理论研究，梳理出该规则的理论基础和现存争议，评析其合理性与不足之处，发现学界与实务的争议焦点主要分为“内部追偿权否定说”和“内部追偿权肯定说”两大阵地，但这两大理论争议都存在以下问题：1) 一些学者陷入了“非你即我”的论证思维误区；2) 多集中于研究合理性，对具体规则如何进一步完善的相关研究不足；3) 支撑双方观点和论证的文献大多出自于“担保法时代”，“民法典时代”的相关文献较少。

关键词

《民法典》，混合共同担保，内部追偿权

Literature Review of Internal Recovery Right of Mixed Joint Guarantee

Fangfang Yang

College of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Sep. 18th, 2023; accepted: Sep. 28th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

Whether the mixed joint guarantee can be recovered internally has been highly controversial in theory and practice. The ambiguity of the previous legislation has left a lot of room for discussion on the issue of recovery, and the *Civil Code of the People's Republic of China* promulgated in 2020 has

文章引用: 杨芳芳. 混合共同担保内部追偿权文献综述[J]. 法学, 2023, 11(6): 6174-6178.
DOI: 10.12677/ojls.2023.116885

not been able to play the role of determining points and stopping disputes. At present, the relevant judicial interpretations only provide for the existence of internal recovery rights in three specific circumstances, namely, the right of recovery under agreement, the joint and several guarantees of agreement, and the existence of a right of recovery in the case of signing the same contract, and whether it is recoverable outside the three specific circumstances is still unknown, leaving a large space for debate. Therefore, in this paper, based on consulting the relevant literature of the rule in China and the theoretical research of foreign scholars on this issue, the theoretical basis and existing controversies of the rule are sorted out, and its rationality and shortcomings are evaluated, and it is found that the focus of disputes between academic circles and practice is mainly divided into two positions: "internal recovery right negation theory" and "internal recovery right affirmation theory", but these two theoretical disputes have the following problems: 1) some scholars have fallen into the misunderstanding of "either you or me" argumentative thinking; 2) mostly focus on the rationality of research, and there is insufficient research on how to further improve specific rules; 3) most of the relevant literature supporting the views and arguments of both parties comes from the "era of guarantee law", and there are few relevant documents in the "era of civil code".

Keywords

***Civil Code*, Mixed Joint Guarantee, Internal Recovery Right**

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Open Access

1. 引言

混合共同担保从其诞生至今，对调节民商事主体之间的法律关系发挥了重要的作用。随着经济社会交易往来的日渐频繁，混合担保除涉及外部关系外，还需调和各担保人内部利益状态，进而引发了一系列难题。对混合共同担保人内部是否具有追偿权，我国立法所持态度一直有所摇摆，在学理上更是各家观点相互交锋，难以说服彼此，始终没有一个圆满的答案，对应地，司法秩序也因此受到影响，同案不同判、同法不同解的窘境频发。

在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)生效之前，关于混合共同担保内部追偿制度在我国是否已经确立以及是否应当设立，一直是学界争论的焦点。《中华人民共和国物权法》(以下简称为《物权法》)未对该问题作出明确规定，促使学者们围绕是否可以继续适用《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》(以下简称为《担保法解释》)展开了激烈的讨论和研究。2020 年《民法典》出台后亦未能够平息学界与实务界的争议，《民法典》第 392 条延续了《物权法》的态度，并未明确表示否定或者肯定。最高人民法院关于适用《民法典》有关担保制度的解释(以下简称为担保制度司法解释)第 13 条则予以了明确表态，只有在约定有追偿权、约定连带共同担保或者在同一份合同上签章的情况下才能行使内部追偿权。但是这些规定并没有起到定分止争的效果，并且法律也没有进一步对混合共同担保内部追偿制度作出具体规定，导致实际应用中可能出现诸多困难。

2. 混合共同担保内部追偿权研究现状

2.1. 国内研究现状

我国对混合共同担保内部是否存在追偿权的态度，经历了从 2000 年颁布的《担保法解释》对该问题

的肯认、2007 年实施的《物权法》第 176 条的未置可否、2020 年《民法典》第 392 条亦未作出法律上的清晰表态到担保制度司法解释规定的特殊情形下存在内部追偿权，立法规则的逐渐演变和模糊的态度带来的是学术界对该问题激烈的探讨，相应地也就渐渐演变为否定说和肯定说两大阵地，即“内部追偿权否定说”(以下简称为否定说)和“内部追偿权肯定说”(以下简称为肯定说)两种立场。

否定说认为根据现行法律不能得出可以追偿的结论，在法律上强行解释出追偿权的存在与现实有违。否定说的学者以意思自治为阵地，从对立法的解读、意思自治、混合共同担保内部关系等角度来否认混合共同担保内部具有追偿权的合理性。具体来说：

首先从对立法的解读上，否定说认为否定混合共同担保人相互追偿权是合理且明智的。黄喆教授(2010)认为，《物权法》未对内部追偿问题作出明晰的表态，并非法律漏洞，而是应在解释上认为其否定了担保人内部追偿权，承认担保人相互之间追偿权的《担保法解释》因《担保法》第 28 条与《物权法》的规定相冲突而失效[1]。崔建远教授(2020)通过梳理和观察相关立法例、判例和学说，认为《物权法》虽未提及混合共同担保关系中担保人之间享有追偿权的规则，但这并不违反立法计划，亦不构成法律漏洞，在现有制度及规则的框架下，除当事人之间另有约定外，担保人之间属于一般关系而非特殊关系，解释《物权法》第 176 条时否认担保人之间追偿权是具有合理性的[2]。刘凯湘教授(2021)从体系性论述的层面出发，指出肯定说学者提出的人保物保平等模式以及债权人弃权免责制度等两种路径均都不足以从《物权法》和《民法典》中解释出混合共同担保内部可追偿[3]。

其次是在意思自治层面，否定说认为如果赞同担保人之间可以相互追偿，则违背了担保人的意思自治，易造成不公平的结果，耗费大量司法成本，弊大于利。尹田在其《物权法》(2012)一书中从风险自担的角度论证否定说，即担保人在提供担保时已明知其对债务人所享有的追偿权在实现方面存在风险，此时若担保人相互之间无特殊的约定，担保人仅有权向债务人追偿，不得请求其他担保人分担其追偿不能部分的损失，即法律不能违背担保人的意思自治，给担保人强加分摊的权利和义务[4]。叶金强教授(2021)认为，担保人相互之间不知晓对方的存在，亦不是交易相对人，缺乏共同担保的意思联络，难以认定具有契约关系，相互之间欠缺默示分摊责任的意图，若支持担保人相互追偿无异于是让法律强行介入担保人关系，有违意思自治[5]。

最后是在混合共同担保人内部关系上，除了当事人之间有约定或法律明文规定外，各担保人分属于自己独立的担保法律关系中，无论其在自己的担保法律关系中如何变化，均不影响其他担保人在自己担保关系中的权利与义务。李红建、雷新勇教授(2014)关于人保与第三人物保之间是否可以相互追偿，认为除非当事人之间有约定，否则不可根据不真正连带债务理论将人保与第三人物保之间的关系确定为连带责任，从而赋予其互相追偿的权利[6]。刘凯湘教授(2021)分析了共同保证在立法上的变化，即从《担保法解释》第 20 条认可保证人可追偿其他保证人到《民法典》第 700 条规定保证人仅享有债权人对债务人的权利，而不可追偿其他保证人的立法变化。既然共同保证之间无需承担连带责任，那么混合共同担保中各担保人之间更无承担连带责任的理由了。并且认为以不当得利作为追偿基础，将落入循环论证的窠臼[3]。

肯定说认为混合共同担保人可以向其他担保人追偿，肯定说学者主要以价值判断为出发点，并通过类推连带债务等具体制度来证明混合共同担保内部可以追偿，具体来说：

首先是从法律解释的角度出发，张尧教授(2017)提到过肯定说是通过将担保人之间的关系与连带之债或共同保证进行类比，从而将物保与人保之间的意思自治屏障加以刺破，为担保人之间的内部求偿权寻找到正当性依据[7]。杨代雄教授(2021)认为，混合共同担保即使无法构成连带债务，也会构成与连带债务类似的连带担保关系，且可类推适用《民法典》第 519 条[8]。

其次是从价值判断的角度出发，公平与效率是价值层面两大重要理念，价值层面的讨论必然离不开

对这两种价值观念的探讨。公平原则是肯定说的重要理论基础，黄忠教授(2015)认为，就整体而言，承认相互追偿权对每个担保人都是更为有利的选择，由全部担保人一起分担风险显然比仅让部分担保人来承担全部责任更为公平[9]。有部分肯定说学者从效率原则的角度来论证混合共同担保内部可追偿的合理性，如贺剑教授(2021)通过成本收益分析，发现肯定说相较于否定说有更高的成本收益总和，因而更有效率。并且他提出，如果混合共同担保人之间内部不设立追偿权，担保责任的承担就完全依赖于债权人的选择，从而可能会引起个别担保人与债权人串通的投机行为，导致交易成本的增加。同时，指出肯定说符合意思自治即自由价值，符合效率且无关乎公平，从价值判断上肯定了解决内部追偿权问题的关键在于效率[10]。

最后是从担保人内部关系的角度出发，持肯定说的学者谢鸿飞(2020)根据当事人的法律地位平等，主张担保人之间构成连带关系，对外共同对债权人负责，对内应分摊责任[11]。另有肯定说学者提出，担保人之间基于不当得利制度可实现内部追偿，即某一担保人向债权人承担责任后，其他担保人的担保责任随之消失，前者利益损失和后者利益获取具有因果关系，当事人之间成立不当得利的关系，基于此可以实现求偿[12]。

2.2. 国外研究现状

不同国家对共同担保内部追偿权所持态度具有很大的不同。日本法普遍承认共同担保人内部的相互追偿权，我妻荣从默示与推定角度，认为《日本民法典》的法律条文虽然没有规定默示连带的情形，但是如果债权人已经对全体债务人的资产能力进行了全面综合的考虑，债务人之间可以视为存在默示的连带关系，应当将债务人之间的关系推定为连带之债[13]。

《德国民法典》未直接对混合担保进行规范，但学界和实务界对追偿权之有无基本形成了统一的意见，认可追偿权的存在。另外，《德国民法典》虽然未明确规定可以类推适用连带，但是一些德国学者认为法律规范将物保与人保置于同等位置，这就意味着即便物保与人保虽是不同担保种类，但各担保人应当平等的享有追偿的权利，可以适用连带关系，即一方可在履行担保义务后向另一方请求分摊[14]。

美国的“担保法重述”认为在各担保人无相关约定时应按比例承担担保责任，一部分担保人承担了超出其应承担的担保责任，使得其他担保人因此而免于承担相应的担保责任，这两者之间的利益变动与不当得利的构成要件相符合，即承担了担保责任的担保人可以以不当得利为请求权的基础向其他担保人请求分担超出其应当承担的部分[15]。

综上所述，从域外对共同担保内部追偿权是否存在的现有研究来看，普遍是持赞同的态度。有的国家从担保人平等的角度论证担保人之间应当承担相同的担保风险。亦有从不当得利的角度论证担保人之间基于不当得利制度可实现内部追偿，更有甚者论证出在无当事人意思表示的情况下，可推定担保人之间形成默示的连带关系。与国内不同的是，国外的相关研究基本上都得到了立法的响应与肯定。我国可取其精华与本国具体国情、司法经验相融合，构建具有中国特色的混合共同担保追偿制度。

3. 混合共同担保内部追偿权研究现状评述

总而言之，域外许多国家都基本通过不同的方式对混合共同担保内部追偿权作出了规定。而中国对于混合共同担保是否具有内部追偿权则因立法的模糊存在较大的争论，主要分为否定说和肯定说两大阵地，双方的观点针锋相对，但在论证时却各有侧重。

首先，否定说主要以立法原意为主要出发点进行论证，认为法律条文没有明文规定追偿权就是对追偿权的否定，并且单纯从解释论的角度进行论证不能从《民法典》的法律条文中得出追偿权存在的结论。否定追偿权，体现了对担保人意思自治的尊重，避免担保人内部相互追偿而导致额外的困扰，节省司法成本、减轻司法负担。而肯定说则认为法律没有规定并不代表法律对追偿权持否定态度，肯定追偿权符

合公平理念，其比否定追偿权具有更高的效率，可以类推适用连带债务中对于追偿权的相关规定。同时，也有认为共同保证与混合共同担保之间存在着规则类推适用的法理基础，两者的内在关系极其相似，因此可以类推适用共同保证的追偿规则，有效地节约了立法资源，提升了立法的简洁性。显然，双方有部分学者陷入了“非你即我”的论证思维误区，关于混合共同担保是否可以内部追偿的探讨更应该是一个价值衡量的观点融合的过程。

其次，现有的关于混合共同担保内部追偿权研究的相关文献大多集中于研究合理性，且都止步于研究其是否合理，对具体规则如何进一步完善的相关研究不足。

最后，随着“担保法时代”发展到“民法典时代”，支撑否定说与肯定说的双方观点和论证的文献资料大多出自于“担保法时代”，“民法典时代”的相关文献资料较少。在新的立法背景下，司法解释的出台并不会使学界和实务界对该问题的讨论与探索就此止步。《民法典》的有意留白，为混合共同担保内部是否可以追偿保留了解释的空间。既然立法者有意留白，司法解释不应当违背《民法典》的立法原意，径自将另外一个可能性否决掉，这一问题究竟应向何种方向作出澄清，仍未达成定论，尚需在新的语义背景下作进一步研究[16]。

4. 结语

混合共同担保内部追偿权一直是一个历久弥新的重点、难点问题，我国立法对该问题的态度一直有所摇摆，存在模糊、留白。但随着经济社会交易往来的日渐频繁，法律关系的日渐复杂，对混合共同担保内部追偿权在新的司法背景下做更进一步的研究和完善则具有重大的现实意义。

参考文献

[1] 黄喆. 保证与物的担保并存时法律规则之探讨——以《物权法》第 176 条的规定为中心[J]. 南京大学学报(哲学.人文科学.社会科学版), 2010, 47(3): 139-145.

[2] 崔建远. 混合共同担保人相互间无追偿权论[J]. 法学研究, 2020, 42(1): 83-99.

[3] 刘凯湘. 混合共同担保内部追偿权之否定[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2021, 49(2): 29-39.

[4] 尹田. 物权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.

[5] 叶金强. 《民法典》共同担保制度的法教义学构造[J]. 吉林大学社会科学学报, 2021, 61(3): 62-74.

[6] 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[J]. 法律适用, 2014(8): 28-33.

[7] 张尧. 混合共同担保中担保人内部求偿的解释论[J]. 法学家, 2017(3): 146-156+180.

[8] 杨代雄. 《民法典》共同担保人相互追偿权解释论[J]. 法学, 2021(5): 115-131.

[9] 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[J]. 中外法学, 2015, 27(4): 1011-1028.

[10] 贺剑. 担保人内部追偿权之向死而生一个法律和经济分析[J]. 中外法学, 2021, 33(1): 102-124.

[11] 谢鸿飞. 连带债务人追偿权与法定代位权的适用关系——以民法典第 519 条为分析对象[J]. 东方法学, 2020(4): 130-143.

[12] 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[J]. 西南政法大学学报, 2017, 19(6): 70-82.

[13] 朱芮糠. 混合共同担保内部追偿权研究[D]: [硕士学位论文]. 郑州: 河南大学, 2022.

[14] 林楷. 混合共同担保内部追偿权规则研究[D]: [硕士学位论文]. 济南: 山东大学, 2022.

[15] 彭诚信, 吴越. 混合担保人内部追偿权否定论证成——兼评“民法典担保制度解释”第 13 条[J]. 南京社会科学, 2021(7): 75-85.

[16] 舒婷. 混合共同担保内部追偿权问题研究[D]: [硕士学位论文]. 绵阳: 西南科技大学, 2023.