

# 共同担保一般规则的建构及其限度

谢鸿飞

**【摘要】**共同担保制度的规范重点是担保人之间不存在意思联络的情形,包括共同保证、共同物保和混合共同担保等。除同一债权上存在多个担保外,共同担保还要求各担保人的担保额度之和必须大于担保债权额。共同担保人虽对债权人承担连带责任,但其根源并非各担保人的责任位于同一层次,而是物保人和保证人的法律处遇平等。民法典可抽象出共同担保的一般规则,包括区分债务人担保和第三人担保;担保人按其担保额占全部担保额的比例承担责任;单个担保额和债权总额不同时,应以价值较小者为准;担保人承担超出其份额的担保责任后,对超出部分享有法定代位权。共同担保规则需在个别情形设置例外规则或补充规则,共同抵押制度应确认后顺位抵押权人的法定代位权。未来民法典宜以《物权法》第176条为基础,并通过准用规范调整其他共同担保类型。

**【关键词】**共同担保;混合共同担保;共同抵押;追偿权;代位权

**【作者简介】**谢鸿飞,中国社会科学院法学研究所研究员(北京 100720)。

**【原文出处】**《四川大学学报》:哲学社会科学版(成都),2019.4.113~125

## 一、共同担保的界定及其立法价值

同一债权上设立多个担保,是市场交易中常见的债权风控措施,在专业、大额的授信业务中更为普遍。德国法学家赫克曾用“抵押权大老爷”一语奚落共同抵押权人,因为共同抵押对债权人是“太好了”,对所有权人是“太不好了”,对后顺位的抵押权人“又太危险了”。<sup>①</sup>但是,包括共同抵押在内的共同担保不仅通过累积价值和分散风险强化了债权的清偿保障,而且纾解和分散了担保人的履行压力,契合交易各方的经济理性和现实需求,确有其独特功能。然而,与何为共同侵权一样,到底什么是共同担保,学界亦存在争议。

### (一)共同担保的界定

共同担保的核心构成要件是各担保人行为的“共同性”,这是否要求担保人之间存在意思联络,

学界观点截然不同。

主观说主张依据意思自治原理,不同担保人对同一债权进行担保时,只要担保人之间不存在意思联络,各担保行为就是单独行为,彼此独立、互不影响,各担保人就应单独承担责任。《物权法》第176条未规定无意思联络的担保人之间的求偿权和划分担保份额,亦源于此。<sup>②</sup>客观说则认为,共同担保只需两个成立要件即担保人或担保财产为复数以及为同一债务担保,而担保人之间的意思联络并非担保“共同性”的前提。各国或地区的担保法也多以客观说为基础,如在共同担保领域,《德国民法典》第769条规定的共同保证适用于各保证人独立提供担保,各方均不知还有其他保证人的情形。<sup>③</sup>我国台湾地区“民法”第748条亦同。<sup>④</sup>《欧洲示范民法典草案》第4.7-1:105条、第

9-7:108条分别规定的共同保证和共同物保,亦不要求担保人存在意思联络。按客观说,共同担保不以各担保同时成立为条件;各担保物权可为不同顺位;担保可为债务人提供,也可为第三人提供或两者均提供。我国《担保法》第12条也采客观说,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》)更明显坚持这种立场:依其第19条,“两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时”,构成连带共同保证;依其第75条第2款,“同一债权有两个抵押人”就成立共同抵押,均未要求担保人之间有意思联络。

共同担保之所以能采用客观标准界定“共同性”,是因为即使担保人没有意思联络,依约承担担保责任也是每个担保人共同的、真实的法效意思,承担连带责任并未违反其自由意志的范围,亦未增加担保人的负担。共同侵权则涉及行为人的“部分行为,全部责任”的正当性,故对能否依据客观标准判断,存在激烈争议。

除“共同性”外,共同担保还需要一个关键要件,即各担保人约定承担的担保总额之和超过债权总额。在全部担保人或部分担保人约定了担保限额时,担保总额必须超过债权总额,才构成共同担保。担保总额未超过债权总额时,各担保人担保的虽为同一债权,但该债权是被按份担保的(可视为被分为几个债权被担保),被担保的债权份额没有任何重叠部分,并未满足“同一债权”的要件。此时各担保人对外按照担保份额承担责任,对内亦不存在求偿权。将这种担保纳入共同担保,不仅没有必要,而且适用共同担保规则将造成荒谬的后果(下文详述)。一些判决也采纳了这种观点,如“吴祥才与赣县农村信用合作联社等借款合同纠纷”的判决书认为,各抵押人分别提供抵押且设定了担保额时,各抵押人与债权人之间形成按份共同抵押合同关系,每个抵押物对同一债权是分别担保,不是真正的共同抵押。<sup>⑤</sup>

共同担保较有实务价值的分类是依担保方式,分为同种担保方式和混合担保方式的共同担保,<sup>⑥</sup>前者主要包括共同保证、共同抵押、共同质押,后者包括人保与物保并存、抵押和质押并存等;此外是从担保人角度,分为债务人提供的共同担保、第三人提供的共同担保和两者共同提供的共同担保。<sup>⑦</sup>

## (二)共同担保的立法价值

共同担保制度涉及多种担保方式,包含多重法律关系,涉及多个利益主体,包括债权人、债务人、担保人及其债权人、后顺位担保物权人、担保物的取得人等,无论通过教义学阐释还是价值衡量和抉择,都有相当难度。如在共同抵押领域,各国法制存在多重对立:自由选择权保障主义(债权人可任选抵押物实现抵押权)与限制主义(债权人必须选择债务人的抵押物实现抵押权)、分割主义(抵押物拍卖前,即分配各抵押物应负担的债权)与分配主义(通过执行程序决定各抵押物应分担的债权额)、价额比例分担主义(依各抵押物价值的比例分担债权金额)与优先负担主义(优先就债务人的抵押物实现清偿)、调整主义(调整后顺位抵押权人的追偿权或代位权)与非调整主义。<sup>⑧</sup>拉伦茨也指出,在同一债权上,物上保证人和保证人的利益平衡是一个有名的“冲突难题”(Kollisionsproblem)。<sup>⑨</sup>

共同担保的立法同样不易。比较法上的普遍做法是分别规定共同保证和共同抵押,但多未涉及混合共同担保、共同质押、抵押和质押并存等类型,更未抽象出一般规则。《欧洲示范民法典草案》涉及共同担保的条文包括第9-7:108条(多数担保人的连带责任)、第9-7:109条(物上保证人的追偿权)、第4.7-1:106条(多数保证人的内部追偿权)等,还包括准用规范。我国台湾地区“民法”修订时,也增加了若干共同抵押的规范。我国大陆现行法多条规范涉及共同担保,如《担保法》第12条、第28条;《担保法解释》第19条、第20条、第38条、第

75条、第123条;《物权法》第176条、第180条第2款、第194条第2款、第218条等。本文的实践关切就在于,对共同担保制度,民法典如何既避免条文过度抽象,又防止其过度具体?<sup>⑩</sup>各种不同的共同担保的类型能否统一立法?或者至少以某类共同担保为原型,并将其准用于其他类型?若能抽象出一般规则,又应增补哪些例外规则?

## 二、共同担保制度建构的出发点

### (一)现行共同担保制度的出发点及其反思

在多个彼此无意思联络的担保人共同担保同一债权时,大陆法系一般规定各担保人承担连带责任,<sup>⑪</sup>尤其是在共同保证和共同抵押领域。前者如《德国民法典》第769条、《意大利民法典》第1946条、我国台湾地区“民法”第748条;后者如《德国民法典》第1132条、我国台湾地区“民法”第875条。我国学者在解释担保人之间的追偿权时,也几乎都运用了连带责任原理。

共同担保人承担连带责任的理据主要是:其一,基于相似规则的推论。首先,依据《担保法》第12条和《担保法解释》第19条,保证人对同一债务分别提供担保,没有约定保证份额的,保证人承担连带责任;已承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,也可向其他保证人追偿其应当承担的份额。从“事物的本质”出发,同一债权上其他方式的共同担保亦可类推适用。其次,依据《侵权责任法》第11条,无意思联络的各行为人的单独行为,若“都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任”,由此可抽象出更一般的原理:多个债务人对同一债权承担全部或部分共同责任时,无论其有无意思联络,均承担连带责任。其二,共同担保的性质决定了它可以适用连带责任。首先,多个担保人担保同一债权时,符合连带责任中“多人一债”的要求;其次,共同担保和连带责任中的权利人均只能获得一次清偿;最后也是最重要的,共同担保中的多个债务居于“同一层次”。这既体现为担保人均追求担保债权的共同法效意思,也体现

为各担保人的债务或责任性质相同。<sup>⑫</sup>

我国学界将共同担保人的责任定位为连带责任,主要是基于两个目的:一是为债权人有权选择行使担保物权或主张保证债权提供理论支持;二是为《物权法》第176条规定的混合共同担保中担保人之间的追偿权提供正当性基础。若共同担保人承担连带责任,债权人自可向任一担保人主张权利,且任一承担担保责任超过其应承担份额的担保人,均可法定承受债权人的债权。因此,有学者将担保人之间内部求偿的实质依据定位为代位求偿权,<sup>⑬</sup>其前提应为担保人之间承担连带责任,代位求偿权不过是连带责任的一种效力而已(如《德国民法典》第426条第2款)。可见,认定共同担保人承担连带责任,基本可以解决学界关注的混合共同担保中的前述两大问题,唯一遗留的问题是如何确定各担保人应分担的债权数额。

以债务的层次性论证无意思联络的保证人承担连带责任,其教义学逻辑虽然顺畅,但用它解释共同物保和混合共同担保则存在障碍。在这些情形中,债权人都享有担保物权,可以自由行使物权,实现对物的价值支配,根本无需向物上保证人(以下简称“物保人”)主张债权,这与保证人对债权人承担保证债务完全不同,因此将多个物上担保解释为连带债务比较牵强。为了化解这一难题,一种理论努力是在“人的连带”之外,创设“物的连带”,用于指多个物共同负担同一债权的责任关系。但是,这一概念带有强烈的古代罗马法痕迹,即在物造成损害时,物的所有人将物交由受害人或其继承人,由物直接承担损害赔偿,物的所有人因此免责,从而形成物的责任与人的责任的分离。<sup>⑭</sup>但在现代法上,物保人并不直接对债权人承担债务或责任,最多可以说债权人行使担保物权的结果是使物保人失去担保物的所有权。此外,无意思联络的多个保证人分别担保的债权虽为同一债权,但基于物权特定原则,在多个物上设立的担保物权很难被视为单一的担保物权,而应

认定为多个物权。如此,用抵押权的不可分性来解释债权人任意行使抵押权的权利也有些南辕北辙。

我国《民法总则》第178条第3款要求连带责任必须法定或者约定,无意思联络的担保人承担连带责任没有约定基础,只能法定。法定基础既然不能适用教义学的逻辑演绎,唯一的选项就是价值决断,其焦点是担保人的法律处遇是否平等。

## (二)共同担保制度出发点的重构

同一债权的各担保人的法律处遇是否平等,关键是物保人和保证人的平等。在比较法上,这一过程可概括为从不平等到趋于平等。

### 1. 优待保证人及其理由

很长时间以来,物保人的法律处遇不如保证人,立法者优待保证人的立场比较明显。最为典型的例子是,在债权人抛弃担保物权时,保证人可以免除相应的责任,如《德国民法典》第776条规定,债权人抛弃担保物权的,保证人在依第774条可获得补偿的范围内,免除与担保物价值相应的责任。因为债权人的行为恶化了保证人的处境,有损保证人获得代位权后向物保人求偿的权利。而且,保证人的这种权利还不能被一般交易条款限制。<sup>⑮</sup>但在债权人抛弃保证债权时,物保人是否享有这种权利,《德国民法典》未作规定。德国以往的主流观点甚至认为,根据物上的共同责任,抵押物被拍卖或变卖的抵押人,不得向其他抵押人要求补偿。<sup>⑯</sup>我国台湾地区“民法”第751条规定,债权人抛弃担保物权的,保证人在债权人所抛弃的权利限度内免责。我国台湾地区“民法”在修订之前,亦未规定物保人是否享有与保证人同样的权利。

立法者优待保证人的主要理由是保证具有高度风险:保证人以其全部责任财产承担责任,且保证人在作出保证时往往无法完全预见到保证的经济风险。相反,物保人的最大风险限于担保物的价值。<sup>⑰</sup>在德国,法院甚至从宪法角度阐述优待保

证人的理由。在实践中,债权人尤其是银行往往让母公司为子公司、董事和高管为公司、父母为子女提供保证,以有效降低银行的监控成本,甚至出现了保证人“当保人、成呆人”的窘境。德国联邦最高法院1991年第一次裁决近亲保证契约的效力,认为债权人在缔约时可预知保证人保证能力,尚不足以否定保证契约效力;但在缔约时能确定主债务对保证人没有利害关系、担保责任范围与保证人的担保能力显然不相称、保证契约对银行也不具任何经济理性时,可认定保证隐含了可预见的“毁灭性后果”或“命运挟持效果”,因而违反善良风俗。<sup>⑱</sup>这一判决的实质是认为保证可能危及和不当减损保证人的基本人权,在民法领域则被具体化为违反公序良俗。

### 2. 保证人和物保人平等及其理由

晚近担保法制逐渐承认保证人和物保人的法律处遇平等。如德国法院在20世纪80年代末90年代初的一系列判决中,逐渐采取“平衡原则”(Ausgleichsprinzip),承认不同担保人之间的债务或责任处于同一层次,保证人对物保人不享有优先地位。各担保人对债权人承担连带责任,且保证人和物保人可相互追偿。<sup>⑲</sup>理论界也大多赞同这类判决蕴含的物保人和保证人平等观念。<sup>⑳</sup>在债权人放弃保证债权时,学者多通过解释《德国民法典》第1143条(抵押人承担债务后,债权移转给抵押人)、第1225条(质押人承担债务后,债权移转给质押人)和第401条(债务人履行债务后,债权上的从权利和优先权转移给债务人)、第412条(法定债权转移的一般规定),承认物保人也可向保证人追偿。<sup>㉑</sup>我国台湾地区也经历了从担保人不平等到平等的法律变迁,修订后的“民法”第879条之一明确规定,第三人为债务人设定抵押权时,债权人免除保证责任的,在保证人应分担部分的限度内,该部分抵押权消灭;第879条第3款规定,抵押人就超过其分担额的范围,可以请求保证人偿还其应分担的部分。其立法理由为“债务人如有

保证人时,物上保证人与保证人实质上均系以自己之财产担保他人之债务,晚近各立法例对普通保证自由主义色彩之干涉渐增,此亦包括保证人范围之干预及管制,使物上保证与普通保证不应有不同责任范围”。《欧洲示范民法典草案》更是多处体现了担保人平等思想,如其第9-7:109条明确承认物保人之间、物保人与保证人之间的追偿权。

物保人与保证人地位平等的主要依据在于,两者提供担保的经济目的相同,而且在法技术层面也大同小异:其与债权人订立的担保合同均为无偿和单务合同;物保和人保均具有从属性;担保人均享有债务人的抗辩权等。两者的法律差异主要是:保证产生保证债权,物的担保则产生担保物权,两种权利的成立要件和效力强度不同。此外,依《担保法》第6条,保证人的责任包括履行债务或者承担责任两种,《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第471条维持了这一规定。“履行债务”是指保证人代替债务人履行债务,“承担责任”是指承担主债务人不履行时的责任。在债务人不履行债务时,只要债务并非债务人专属,保证人就可选择履行债务或承担债务不履行责任。根据《物权法》第170条,在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现担保物权的情形时,担保物权人可就担保财产优先受偿,担保人并不享有通过实际履行来阻却实现担保物权的权利。但在解释上,物保人代债务人履行无损任何人的利益,且更能实现担保人的利益,法律无否认的理由。

从经济和社会角度看,物保和保证也存在一些差异,如保证人的财产具有浮动性和不稳定性,物保的客体却特定且恒定,不受担保人财产变动的影 响,故物保比人保更可靠。<sup>②</sup>更重要的是,保证人以其全部财产承担责任,而物保人仅以其担保物价值为限承担责任。这是区别物保人和保证人法律处遇的核心理由。然而,这种区别首先忽视了担保实践的多样性和复杂性,如对银行100万元的债权,甲提供了其唯一能被银行接受的、价

值:100万元的房产作为抵押,乙仅仅提供了10万元的保证,很明显甲的担保责任远重于乙。在我国抵押率和质押率普遍较低的今天,这种情形当不鲜见。其次,若保证人和债务人为近亲属或者存在关联关系,抵押人为不具有这类关系的第三人时,优待保证人更不合理。最后,强调保证优于物保的结果可能是使第三人不愿意提供物保,而债权人又不愿意接受保证,最终影响交易的达成。因此,承认“担保等效规则”,即任何担保类型都可以实现同样的担保效果,<sup>③</sup>并进而承认物保人和保证人平等,是担保法制的题中之义。

进一步看,物保人和保证人的法律处遇平等,也是宪法上和民法上平等原则的双重体现。前者要求立法者承担在民法领域落实宪法上平等原则的人权保障义务,对相同或类似法律关系的主体赋予相同的或类似的法律处遇,对不同法律关系的主体赋予不同的法律处遇;后者则具体要求在共同担保领域赋予所有担保人相同的法律处遇。如依《担保法》第12条,无意思联络的保证人之一承担保证责任后,有权向其他保证人追偿,依据平等原则,物保人之间、物保人和保证人之间也应享有追偿权。

### 三、共同担保的五个共同规则

鉴于民法典的基本法律地位以及学说对民法发展的重要性,共同担保立法宜奉行“奥卡姆剃刀”原则,仅规定可以演绎其他规则的基础规则。据此,若承认各担保人的法律地位平等,在共同担保未作约定时,共同担保主要包括如下五个共同规则。

#### (一)债权人选择权行使规则

这一规则可表述为债权人应首先实现债务人提供的担保,但债权人可选择其他担保人实现担保债权。

共同担保人之一为债务人的,债权人是否应首先执行其提供的抵押物,比较法上有两种做法。一是并未限定,如《德国民法典》第1132条、

《欧洲示范民法典草案》第9-7:108条等。二是明确要求,如我国《物权法》第176条、我国台湾地区“民法”第875条之一等。

“债务人担保优先”有两个正当性基础。一是担保的成立和消灭等均具有从属性,“债务人是最终的债务承担者”,<sup>②</sup>优先实现债务人提供的担保,相当于由债务人直接履行其自身债务。担保人承担的虽是基于担保合同产生的自己责任,但实质是为他人承担债务,故两者不在一个层次,无法构成连带关系。二是简化法律关系,减少追偿环节。若债权人首先请求其他担保人承担责任,担保人之后再向债务人求偿,将增加实现权利的成本。<sup>③</sup>晚近以来,第三担保人的顺序利益受到了挑战,其理由首先在于担保的功能是保障债权,立法者不应干预债权人行使担保权。其次,减少追偿成本的功能仅见于债务人的担保物价值足以覆盖担保债权的情形。<sup>④</sup>如甲为担保自己向银行的100万借款,提供了价值80万的房产作抵押,丙为连带保证人。银行先实现抵押权后,依然需请求丙承担20万的保证责任,丙之后再向甲追偿,整个权利实现就包括三个程序;若银行首先向丙主张100万的保证债权,丙再向甲追偿,权利实现反而只需两个程序。可见,先执行债务人的担保物未必能起到缩短给付的作用。

是否首先执行债务人提供的财产,主要涉及民众的担保观念,这最终诉诸立法者的经验。中国民众可能较难认同担保人和债务人的责任处于同一层次或位阶,从而让债务人和其他担保人法律处遇平等,故债权人首先执行债务人的担保物可能更妥当。

此外,债务人以外的担保人法律处遇平等,必然要求债权人可任意选择担保人求偿。《担保法》第12条规定,共同保证人没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以请求“任何一个保证人承担全部保证责任”。《物权法》第176条规定,在混合担保情形,当事人未约定时,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”。问题在于债权人能否同时起诉物保人和保证人。在我国法律中,“可以”“也可以”的请求权表达方式通常被理解为不真正连带责任,因此债权人可以同时请求各债务人履行。如《侵权责任法》第43条规定,产品缺陷致损的受害人可以向生产者请求赔偿,也可以向销售者请求赔偿。在司法实践中,若债权人同时起诉物保人和担保人,法院亦受理并判决各担保人承担连带责任,如“上海农商银行闸北支行与上海新长风利基贸易发展有限公司、潘宾林等金融借款合同纠纷一审民事判决书”等。<sup>⑤</sup>由于连带责任与不真正连带责任很难区分,同时起诉各担保人裨益节省司法资源,值得肯定。

## (二)担保人分担担保责任规则

这一规则可表述为:第三人提供的担保总额超过债权额时,担保人分担额度应依据其担保额与全部担保额的比例决定。

在各担保人承担连带责任时,各担保人内部的份额分担决定了其相互追偿的数额,因此相当重要。其计算方法必须由法律明确规定,否则就推定为均等。第三人提供的担保总额超过债权额包括两种情形:一是各担保人均约定了担保份额,但担保总额超过债权额,如1000万的债权由甲乙丙三人分别担保400万。二是部分担保人约定了担保份额,部分担保人未约定。担保债权总额小于或等于债权总额的,各担保人按限定担保额承担责任,均不分担。如甲向乙借款1000万元,AB两人分别提供价值300万的房产做抵押,C提供了400万的保证,此时承认分担无异于承认按份责任人之间可以相互追偿,显然有悖按份责任原理。

理论上,担保人的分担额可以采用多种计算方法。整体上分为两种:

其一,按照“人保群团”与“物保群团”计算,即依据物保和保证的性质,物保人以担保物的价值为限承担责任,保证人则对担保债权承担无限责

任。具体方案是：首先将物保人和保证人分为两个群团，各自分担一半的债权额；其次在群团内部再按担保额分担。

其二，按照担保人的人数计算，又分为两种方法：一是均分法，即各担保人平均分担，但物保人仅在担保物的价值范围内承担有限责任。如为担保A向银行的100万元借款，甲提供了80万元的房产作抵押，乙提供了无限额保证，则甲乙分担50万元；若甲提供的房产价值仅为20万元，则甲承担20万元，乙承担80万元。二是依各担保人的担保额与全部担保额的比例确定。其具体公式为：担保人的分担额=担保债权额×(各担保人提供的担保额÷全部担保人提供的担保额)。⑳如A的150万元债权上存在两个担保：甲提供的全额债权保证和乙提供的价值100万元房产抵押。甲乙提供的担保价值总额为250万(150万+100万)，甲应分担 $150 \times (150 \div 250) = 90$ 万；乙应分担的担保债务为 $150 \times (100 \div 250) = 60$ 万。这是较为公认的方法，如《欧洲示范民法典草案》第4.7-1:106条即有此类规定。它的弊端在于，必须计算担保物的价值，容易增加交易成本，㉑当然均分法也需计算担保物的价值，不过无须精确而已。而且，比例法对当事人意思的拟制更接近真实，其结果也更为合理。如为担保银行对A的120万元借款债权，甲提供了80万元的限额保证，乙提供了无限额保证。此时，按均分法，甲乙各自分担60万元；按照比例法，则甲为48万，乙为72万。相对而言，比例法考虑到了乙比甲愿意承担更大的担保责任的实际情况，而均分法则无视甲提供的是限额保证。

值得注意的是，台湾地区“民法”第875条之二规定了共同抵押中各抵押物分担数额的计算方式，即①未限定各担保物所负担的金额时，依各抵押物价值的比例；②已限各担保物所负担的金额时，依各抵押物所限定负担金额的比例；③仅限定部分担保物所负担的金额时，依各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额的各抵押物价值的比

例。这一方法与比例法相同，完全没必要单独规定。如对银行的1000万元债权，甲提供价值800万元的房屋x，但限定担保的债权额为500万元；乙提供价值600万的房屋y；丙提供价值900万的房屋z。各担保人的担保总额为 $500+600+900=2000$ 万元。两种方法计算的分担额均为：甲为 $1000 \times (500 \div 2000) = 250$ 万，乙为 $1000 \times (600 \div 2000) = 300$ 万，丙为 $1000 \times (900 \div 2000) = 450$ 万元。

比例法在运用中涉及双重担保这一疑难问题，即担保人同时提供物保和保证，兼有保证人和物保人双重资格，如何认定其应承担的担保数额？学界对此众说纷纭，几乎穷尽了所有选择项。(1)视为保证一人说，为日本通说，㉒理由是保证责任是无限责任，保证人已无法承受更重的责任，为求简明和公平，应视为一人。㉓但它忽视了保证和物保的复杂情形，可能导致严重不公的结果。如担保人提供价值高于债权数额的物保后，又提供限额很低的保证，视为保证人将使其承担的份额大为降低；或者担保人在提供物保后，又提供一般保证，认定其为保证人，反而将使其获得先诉抗辩权，显然不公。㉔(2)两人说。㉕理由是保证与物保对应于两种法律关系，保证人身兼二任，应比单纯的保证人或物保人承担更重的责任。但在经济上，保证人承担双份责任未必意味着其经济负担更重，债权人也未必能获得更多经济利益。㉖(3)折中说。如取担保物价值与保证人应负责任值的平均值，㉗或先计算物保人和保证人各自应分担的责任份额，再计算保证人内部应分担的份额。如甲向乙银行借款600万元，丙和丁为共同保证人，丙另以其价值700万元的房屋提供抵押。丙作为物保人应承担的份额为债权的一半即300万元，丙作为保证人与丁分担300万元，各自承担150万元。最后结果为丙分担450万元，丁分担150万元。㉘本文建议采用“从重+限额说”。双重担保人提供的两种担保可依据竞合规则处理：若担保人提供的保证和物保的担保额之和超过债权额，则

以债权额计算;若未超过债权数额,则以担保总额计算。这种计算方式更符合担保人真实意思,也更为公平。

此外,计算担保物价值的时点也是确定分担数额的重要问题。可供选择的时点为:抵押权成立时、债权人主张保证债权或行使担保物权时、法院拍卖时等。因为担保物的价值处于流变中,依债权人向任何一个担保人主张担保债权或者行使担保物权的时点,而不是以担保物权成立时为准,较为妥当。<sup>⑥</sup>《欧洲示范民法典草案》第4.7-1:106条第3款规定保证人应分担的份额依最后一项担保设立时为准,但未明确担保物价值的起算点。其评注指出,作为担保物的汽车在担保设立后贬值的,按贬值后的价格计算。<sup>⑦</sup>更精确的规则应为:抵押物的贬值可归责于抵押人的,按抵押物贬值以前的价值计算;不可归责于抵押人的(如因为市场波动等造成),按贬值后的价值计算。

依据比例法确定各担保人的分担额后,债权人能否起诉个别担保人承担全部担保责任?如在共同抵押情形中,甲、乙、丙为担保银行1000万元的债权,分别提供了价值均为500万元的房产作抵押。银行可否仅对甲、乙的房产行使抵押权,而不对丙的房产行使抵押权?对此,《瑞士民法典》第816条第3款规定,数宗不动产担保同一债权的,债权人须对全部担保物提起变价程序,由法院按照各担保物应承担的份额分配。《德国黑森州担保法》第88条曾规定,债权人欲先就一个或两个抵押物为执行时,抵押人及后次序抵押权人可以请求债权人同时执行全部抵押物。<sup>⑧</sup>既然共同担保人之间应承担连带责任,按照我国《民法总则》第178条第1款有关连带责任一般原理的规定,债权人有权选择部分或全部担保人承担责任。因此,我国《物权法》第176条从债权人角度表述的“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”,应改为从担保人连带责任角度的表述,“担保人应在其共同的担保范围内承担

连带责任”,这样既与《担保法》第12条关于共同保证的规定一致,也可避免债权人能否同时起诉的争议。此外,若债权人同时起诉各担保人的,担保人不能在诉讼中提出不承担超出其分担范围以外债权的抗辩,因为份额的意义仅限于担保人之间的追偿,而不能对抗债权人。在司法实践中,债权人往往会同时起诉全部担保人,法院若判决确定各担保人的份额,并按其份额执行,可以减少追偿问题。这属于连带责任判决中的普遍问题,于此不再铺陈。

### (三)担保责任范围数值规则

这一规则可表述为担保人提供的担保额与债权额不同时,以数值小者为准。

担保人提供的担保总额包括两种情况。一是担保额小于债权额。此时依担保额计算分担额,学界殆无争议。《欧洲示范民法典草案》第4.7-1:106条第5款明确规定,担保物限定的担保额高于债权额时,依担保物价值计算。但在担保人约定的担保额超过担保物本身的价值时,如何计算?如为180万元的债权,甲、乙、丙分别提供了A、B、C三处房屋设定抵押权,价值分别为120万元、80万元、40万元,但甲约定仅担保150万元的债权。因A、B、C的价值均低于债权额,担保人虽未明确限定其担保额,但担保物的价值本身就构成对担保额的限定,换言之,约定超过担保物价值的担保额是没意义的。故甲、乙、丙的担保额应分别计算为120万元、80万元、40万元。按照比例法,A应分担 $180 \times [120 \div (120 + 80 + 40)] = 90$ (万元),B为 $180 \times [80 \div (120 + 80 + 40)] = 60$ (万元),C为 $180 \times [40 \div (120 + 80 + 40)] = 30$ (万元)。谢在全先生提出了两步计算法。首先,以A设定的150万元为共同抵押的债权额计算。A分担 $150 \times [120 \div (120 + 80 + 40)] = 75$ (万元),B分担 $150 \times [80 \div (120 + 80 + 40)] = 50$ (万元),C分担 $150 \times [40 \div (120 + 80 + 40)] = 25$ (万元)。其次,债权余额30万元由全额担保的B、C依其价值比例分担,以比例法计算为B分担20万元,C分担10万元。两者合

计后,A、B、C分担的债权额各为75万元、70万元、35万元。<sup>④</sup>这种算法依抵押合同约定的担保额为担保额,未考虑抵押物的实际价值,也未从经济角度考虑抵押物的担保能力,不尽合理,毕竟价值120万元的财产是无法完全担保150万元债权的。此外,它还可能混淆物保人和保证人的担保范围,如甲提供价值10万元的汽车担保100万元的债权,并约定甲的担保份额为100万元,若认定甲的责任范围为100万元,显然会将甲作为保证人而非物保人,然而甲的责任范围又仅限于10万元。因此,对担保人这种矛盾的意思表示,宜解释为以担保物价值为限承担责任。

二是担保额度大于担保债权。如债权额为100万元,但保证人提供了200万元的担保额,或物保人提供了价值200万元的房产作抵押。此时,担保额确定为200万元还是100万元,对担保人的份额计算影响较大。我国台湾地区“民法”第875条之二明确规定,在共同抵押情形中,各抵押物所限定负担金额超过抵押物价值的,以抵押物的价值为准。这一规则在保证领域也应适用。因为在担保额超过债权额时,从经济上说,对超过债权额的部分进行担保没有任何意义;从法律上说,基于担保的从属性,担保额超过债权额时,相当于对不存在的债权进行担保,这部分担保无法成立。如债权总额为3000万元,甲提供的保证范围为4000万元,乙提供1000万元的抵押物。因甲的保证额超过了债权总额,应按债权总额计算为3000万元。依比例法,甲的分担额为 $3000 \times [3000 \div (3000 + 1000)] = 2250$ (万元),乙的分担额为 $3000 \times [1000 \div (3000 + 1000)] = 750$ (万元)。<sup>⑤</sup>若甲提供4000万元的房地产作抵押,其结论也相同。

#### (四) 债权人放弃部分担保规则

这一规则可表述为债权人放弃第三人提供的担保或减损其效力,其他担保人的担保责任按比例消灭。

在同一个债权存在多个担保时,债权人若放

弃担保或缩减其效力,必然影响其他担保人的利益。担保是赋予债权人单方利益的交易,故维持担保的存续和担保的效力强度、担保范围是债权人本身的利益,同时也是其不真正义务(Obliegenheiten)。<sup>⑥</sup>其义务基础是诚实信用原则,其宗旨是平衡担保人和债权人之间的利益以及担保人之间的利益。债权人可能损害担保人利益的情形包括两种。

其一,债权人放弃担保。放弃担保包括放弃物保和保证,全部放弃和部分放弃。在理论和实务中经常区分的是放弃债务人的物保和放弃第三人提供的担保,但事实上两者亦不存在本质差异。

放弃债务人提供的担保的,其他担保人在其放弃的范围内相应免责。依据我国《物权法》第194条第2款、第218条和《担保法解释》第75条第1款,债权人放弃债务人提供的担保物权的,其他担保人在债权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任。如债务人甲提供了价值20万元的汽车担保银行的100万元债权,保证人乙提供了全额连带保证。银行放弃对汽车的抵押权时,乙的担保范围即缩小为80万元。放弃第三人担保的,无论放弃的是保证还是物保,其他担保人都对被放弃的担保应承担的份额内免责,如《德国民法典》第776条等。其具体数额依据比例法确定。此时,其他担保人相应范围内的担保债务消灭,而不是产生抗辩权。<sup>⑦</sup>《法国民法典》第2314条规定,债权人的行为导致保证人不能代位行使债权人的权利、抵押权与优先权时,保证合同即解除。这种效力源于连带责任的涉他事项,债权人放弃部分担保相当于免除部分债务人的债务,对其他债务人发生法律效力。若当事人另有约定,即债权人放弃担保并不影响其他担保人的责任份额,是否有效?《法国民法典》第2314条明确规定这类约款相当于未订立,<sup>⑧</sup>其目的当为保护担保人。但依契约自由理念,这种约定却应当有效。<sup>⑨</sup>考虑到担保人承担担保责任是其真实意思,在其同意债

权人可任意放弃其他担保时,其利益并未减损,所以应采后说为佳。

与债权人放弃担保类似,债权人因故意或过失导致担保合同不成立、无效或者被撤销,抑或未能设立担保物权,能否视为放弃?在德国法上,放弃担保限于故意的积极行为,过失行为<sup>④</sup>包括缔约过失均不适用。<sup>⑤</sup>我国《担保法解释》第7条规定,主合同有效而担保合同无效,债权人和担保人均有过错的,担保人承担民事责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。据此,其他担保人可以在保证额或担保物价值的一半范围内免责。<sup>⑥</sup>但债权人故意导致担保不成立、无效或被撤销的,可区分担保是由债务人担保还是第三人担保,分别决定其他担保人的免责范围。

其二,减损担保效力。债权人减损担保效力的行为包括改变抵押权顺位、怠于保全抵押权、对质物保管不善导致质物毁损灭失或贬值、不及时行使担保物权或未在保证期间主张保证债权等,其结果是导致担保价值减损。此时,其他担保人的责任在担保价值减损的范围内按比例消灭。

#### (五)担保人的法定代位权规则

这一规则可表述为担保人承担担保责任超过其份额时,对超出其应承担部分的债权,享有法定代位权,但不能减损债权人的利益。

在承认各共同担保人承担连带责任后,依据连带责任的一般原理(如《德国民法典》第426条第2款、我国台湾地区“民法”第281条等),承担担保责任超过其应承担份额的担保人,可以法定承受超过其分担部分的债权,这被称为担保人的代位权。<sup>⑦</sup>在担保领域,《德国民法典》第774条规定,保证人向债权人清偿后,直接取得债权人对主债务人的债权,这是法定的债权移转。<sup>⑧</sup>我国台湾地区“民法”第749条规定了保证人的代位权,第879条第1款规定了抵押人的代位权。其他导致债的消灭的代物清偿、提存、抵销、混同等事由也产生相同法律效果。此外,因担保人最终承担的是债

务人的责任,基于“代位清偿”或“第三人清偿”具有的法定债权移转效力,也可论证担保人的代位权。

在连带责任领域,代位权作为技术性权利,其目的是使连带债务人之间彼此追偿。在担保领域,除了使担保人有权向其他担保人追偿外,还可以使追偿权人享有债权上的担保物权,从而优先受偿。可见,担保人代位权与追偿权的一个重要差异是:前者涉及债权上的其他担保权,后者则不涉及。此外,追偿权的范围是担保人承担的全部债务范围,而代位权的范围仅被拟制为超过担保人应分担的部分,这一限制是为了避免担保人之间重复追偿。如甲、乙为担保银行的120万元债权,分别提供了价值120万元的房产作抵押。银行在执行甲提供的抵押物后,若甲代位权的范围为120万元,则甲可以拍卖乙的抵押物,之后乙又法定承受120万元的债权,势必还将向甲求偿。若甲代位权的范围仅限于60万元,则可避免重复求偿。正是因为担保人的代位权和向债务人的追偿权不能相互取代,我国《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第490条规定:“保证人承担保证责任后,除当事人另有约定以外,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。”但它规定的代位权范围为担保人承担的全部责任,容易造成重复追偿,不尽合理。

为平衡担保人和债权人的利益,担保人行使代位权时,不能损害债权人的利益。担保人承受的是债权人的债权,当然不能有损债权人的利益。我国台湾地区“民法”第875条之四等对此作出明确规定。“不得有损于债权人”主要是指在担保债权部分清偿时,担保人不能先于债权人从担保物权中优先受偿。《法国民法典》第1346-3条明确规定,债权人就其剩余债权部分的权利优先于代位清偿人。如担保债权为100万元,甲承担50万元的担保责任后,可向抵押人乙追偿10万元,

若乙的抵押物价值为10万元,则债权人的抵押权优先于甲的追偿权。

#### 四、共同担保一般规则的限度

前文所述的共同担保一般规则在以下两个领域适用具有一定的特殊性,有必要细加斟酌。

##### (一)一般保证

在共同担保中,一般保证人和连带保证人是否法律待遇相等?《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第476条第2款改变了《担保法》第19条,明确规定保证合同对保证方式没有约定或者约定不明的,按照一般保证承担保证责任。可以预见未来被认定为一般保证的情形将大为增加。这一问题的重要性可能也更为突出。

在一般保证和债务人提供的物保竞合时,一般保证人享有先诉抗辩权,殆无疑义。但一般保证和第三人担保竞合时,一般保证人能否提出债权人应首先实现担保物权或者连带保证债权的抗辩,则存在争议。就一般保证人与物保人而言,否定说的理由是,保证对主债务具有补充性,但对担保物权不具有补充性,且基于公平理念,物保人与保证人地位并无差别。肯定说的理由同样是公平,即物的担保人仅以担保物为限负有限责任,而保证人系以其全部财产负无限责任,故物保应优先于保证被执行。<sup>⑤</sup>还有一种思路是区分担保物权的实现条件和保证债权的主张条件:一般保证人和物保人履行担保责任的前提都是主债务人未履行到期债务,两者居于同一履行位阶,故前者不能对后者主张同时先诉抗辩权。<sup>⑥</sup>

这一问题可从两个角度考虑。一是价值权衡。一般保证人的担保意愿不仅不及于连带保证人,而且不及于物保人,毕竟物保人是直接在自己的物上为他人设定了具有支配性质的物权,且担保物的价值也可能超过债权总额,故一般保证人应可提出前述抗辩。二是理论推理。既然一般保证人对债权人享有的抗辩内容是债权人应首先向债务人求偿,这种顺序利益指向的是债务人,而非

其他担保人,<sup>⑦</sup>在逻辑上,一般保证人无法提出前述抗辩。从担保人法律待遇平等这一前提出发,一般保证人和其他担保人的差异仅仅在于能否主张债权人应首先请求债务人履行的顺序利益,并未涉及担保人之间的顺序利益,因此,宜认定一般保证享有特权。

在物保人向保证人求偿时,我国台湾地区“民法”第879条的立法理由书区分了保证的性质:对提供连带保证或抛弃先诉抗辩权的保证人,物保人可直接向其求偿;但一般保证人主张先诉抗辩权时,物保人只能向债务人求偿,在债务人不能偿还时,才能向保证人求偿,“此乃当然法理”,应予承认。

##### (二)共同抵押

共同担保的共同规则几乎都可以适用于共同抵押领域,相应地也可适用于共同质押和抵押质押并存共同担保,并无区分同时拍卖与异时拍卖的必要,可作一体化规定。但有两个问题值得考虑。

其一,抵押权的顺位。共同抵押适用共同担保计算担保人分担债权的比例法并无障碍,已如前述。但在共同抵押中,某个共同抵押物上存在其他债权人的抵押权时,如何计算颇有难度。如为担保银行A的400万元债权,甲提供价值1000万元的房屋x作抵押,A为第一顺位的抵押权人,B为第一顺位的债权人,债权为1200万元;乙提供价值2000万元的房屋y作抵押,A为第二顺位的抵押权人,B为第一顺位的债权人,债权为1200万元。甲乙之间如何追偿,涉及复杂的计算问题。立法无须规定如此繁复的计算规则,可交由学说处理。

其二,代位权的法定主体。共同抵押中的后顺位抵押权人的利益保护是较为特殊的问题。如甲向乙借款1000万元,丙提供价值1000万元的房屋x和价值800万元的房屋y为乙设定了第一顺位的抵押权,同时丁对x享有第二顺位的抵押权,担

保的债权为500万元。后乙拍卖了x,债权全部清偿。此时丁若无法向丙主张代位权,等于其抵押权被架空。比较法多承认后顺位的抵押权人享有代位权,如《日本民法典》第392条第2款和我国台湾地区“民法”第875条之四第2款规定,抵押权人就抵押物受偿的债权额超过抵押物的分担额时,其后顺位的抵押权人就超过分担额的债权,对其余未拍卖的同一人提供的抵押物,承受抵押权人的权利。我国大陆学界也多赞同这一观点。<sup>④</sup>若立法不明确规定后顺位抵押权人的法定代位权,后顺位的抵押权则将消灭,引发不公。此外,法律还有必要规定担保物的第三取得人同样享有这种法定代位权,可向其他担保人追偿,因此时其法律地位与抵押人完全相同。在日本民法上,第三取得人对保证人不得为代位,<sup>⑤</sup>其错误在于,既然第三取得人与抵押人地位相同,抵押人可向保证人追偿,立法就没有理由否认第三取得人对保证人的追偿权。

### 五、结语:民法典担保制度的再体系化

若以物保人和保证人的法律待遇平等为制度出发点,民法典完全可以提炼出共同担保的一般规则。民法典对共同担保的立法模式可采用两种简洁模式:一是规定最抽象的共同担保规则,如规定本文阐述的五条最基本规则;二是以某种共同担保为原型,同时规定准用条款,使其适用于其他共同担保。在立法技术上,因《物权法》第176条的规定相对全面,可考虑以它为原型,增加担保人相互追偿的规定以及担保人分担额的计算公式。同时通过规定准用条款,使其可适用于其他种类的共同担保,如共同物保或共同保证。如此,或可删繁就简,真正统合现行法中零散且混乱的共同担保规则,满足民法典的高度体系化追求。

在我国未来的《民法典》中,《担保法》被拆分为两部分:保证等被纳入合同编,物保则被纳入物权编。而且,《担保法》本身缺乏真正的总则性规范,在民法典将担保类型分编置之的立法格局下,

各种担保的共同规则应否规定,如何规定,将成为立法者不得不面临的一大难题。如《担保法》和《物权法》均未规定物保人享有债务人对债权人的抗辩权,显然系法律漏洞,亟须立法回应;现行法并未涉及共同抵押这种共同担保类型,亦将导致“无法可依”的窘境。依循目前的立法路径,可以考虑的一种思路是:在物权编详细规定担保物权的一般规则,尽可能纳入担保法的实质性一般规定,并规定其可准用于保证合同。

#### 注释:

①鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》下,申卫星、王洪亮译,北京:法律出版社,2006年,第209-210页。

②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71页。

③Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Bd. I: Besonderer Teil, 17. Aufl., C. H. Beck, 2014, Rn.1024.

④史尚宽:《债法各论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第942页。

⑤赣州市中级人民法院(2009)赣中民二终字第55号。

⑥我国学界多将同一债权存在的不同担保方式称为“混合共同担保”,如高圣平:《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,第143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118页。

⑦刘保玉:《第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善》,《江西社会科学》2018年第10期,第23页。

⑧谢在全:《共同抵押权之研究——台湾民法物权篇修正草案评释》,《法令月刊》2000年第10期,第1124页以下;郑冠宇:《民法物权》,台北:台湾地区新学林出版股份有限公司,2010年,第498页以下。

⑨Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil 2. Halbband C. H. Beck, 1994, S.16.

⑩谢鸿飞:《民法典的外部体系效益及其扩张》,《环球法律评论》2018年第2期,第28页。

⑪Ch. v. Bar and Eric Clive, eds., Principles, Definitions

and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Vol.3, European law Publishers GmbH, Munich, 2009, p.2563.

⑫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,第91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,第1019页。

⑬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1期,第146页。

⑭关于古代罗马法上的物的责任,参见霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,北京:中国政法大学出版社,2006年,第8页。

⑮Medicus/Lorenz, a.a.O., Rn.1022.

⑯鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》下,第211、217页。

⑰Staudinger/Norbert Horn,(2018) BGB§774, Rn.68.

⑱吴瑾瑜:《保证契约与善良风俗——以债务人无资力父母、配偶或子女为保证人之契约为例》,《台北大学法学论丛》第68期,2008年,第41页。

⑲NJW 1992, 3228.

⑳Medicus/Lorenz, a.a.O., Rn.1022.

㉑Vgl. Martin Löhnig/Andreas Gietl, Schuldrecht II, Besonderer Teil 1: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2 Aufl. Verlag, W. Kohlhammer, 2018, Rn.505; Larenz/Canaris, a.a.O., S.16.

㉒王利明:《物权法研究》下,北京:中国人民大学出版社,2016年,第1109页。

㉓薛军:《论“提供担保”义务的履行规则》,《法学》2006年第4期,第140页。

㉔曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,北京:中国法制出版社,2015年,第63页。

㉕全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社,2007年,第313页。

㉖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149页。

㉗(2013)闸民二(商)初字第390号。

㉘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155页。德国学者也多赞同此种方式,参见Larenz/Canaris, a.a.O., 1994, S.17.

㉙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,第94页。

㉚史尚宽:《债法总论》,北京:中国政法大学出版社,1998年,第813页。

㉛陈洗岳:《双重保证与共同抵押》,《月旦法学杂志》2000年第60期,第18页。

㉜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80页。

㉝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108页。

㉞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90页。

㉟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1027页。

㊱林廷机:《保证》,台北:三民书局,2010年,第59页。

㊲Larenz/Canaris, a.a.O., 1994, S.17.

㊳Bar and Clive, eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, p.2560.

㊴史尚宽:《物权法论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第320页。

㊵谢在全:《共同抵押权之研究》,《法令月刊》2000年第10期,第1132页。

㊶Bar and Clive, eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, p.2560.

㊷Medicus/Lorenz, a.a.O., Rn.1022.

㊸Jauernig/Stadler,(2018) BGB § 776 Rn.4.

㊹Manuela Bourassin, Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Protection: French Report in XIXth International Congress on Comparative Law 2014, 2013, p.25, note 199.

㊺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139页。

㊻Jauernig/Stadler,(2018) BGB § 776 Rn.3.

㊼Staudinger/Norbert Horn,(2012) BGB § 776 Rn.4.

㊽叶名怡:《混合担保中债权人过错对保证责任之影响》,《法商研究》2016年第4期,第141页。

④担保人的这种权利与其被称为“代位权”,不如称为“法定继受权”更妥。

⑤BeckOK BGB/Rohe,(2012) BGB § 774 Rn.5.

⑥黄立:《民法债编总论》下,北京:中国政法大学出版社,2002年,第870页。

⑦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97页。

⑧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149页。

⑨郭明瑞:《关于共同抵押权的若干问题》,《北方法学》2012年第1期,第44页。

⑩史尚宽:《债法总论》,第812页。

## The Construction and Limitation of General Rules on Joint Guaranty

Xie Hongfei

**Abstract:** The legislative focus of the joint guaranty system is that there is no intentional contact between guarantors, including joint guarantee, joint property security and mixed joint guaranty. In addition to the existence of multiple guaranties on the same creditor's rights, joint guaranty also requires that the sum of the amounts of the debts secured must be greater than that of the guaranteed creditor's rights. Although the joint guarantors are jointly and severally liable to the creditor, its root is not that the guarantors' liabilities are at the same level, but that the sureties guarantors are legally equal. The civil code can generalize the general rules of joint guaranty, the core of which is to distinguish the guaranty by the debtor from the guaranty by the third party. If the total amount covered by the guaranty is greater than the guaranteed creditor's right, the guarantors shall bear their respective liabilities in proportion. Only then will the issue of the guarantors' share of liabilities arise. If the amount of a single guaranty is different from the total amount of the creditor's right, it shall be calculated based on the smaller value. The guarantor shall enjoy the legal subrogation right for the excess part after assuming the guaranty responsibility exceeding its share. The rules on joint guaranty should not be applicable to general suretyship, and the joint mortgage system should confirm the legal subrogation right of the mortgagee in the second place. The future civil code can adopt joint suretyship as the prototype of joint guaranty and regulate other types of joint guaranty through the quasi-standard application.

**Key words:** Joint Guaranty; Mixed Joint Guaranty; Joint Mortgage; subrogation; right of recourse