

保证保险与混合担保竞存的法律规则

——基于裁判分歧的分析和展开

蒲南希

摘要：保证保险与担保的法律构造和制度功能存在差异，即便债务人已经提供了足额的担保，也不影响保证保险的设立。当保证保险与混合担保竞存时，当事人对责任顺位有明确约定的从约定；没有约定或约定不明的，由被保险人选择行使担保权还是保险金请求权。被保险人的行权应当审慎，符合最大诚信原则。保险人（或担保人）在承担责任后，可以同其他担保人（或保险人）分担责任，这不仅具有价值基础，而且存在法理支撑。在先清偿的保险人可依据《保险法》第 60 条向其他担保人主张责任分担，分担范围不得包含违约金或资金占用损失。在先清偿的担保人可参照《民法典》第 524 条或第 700 条之规定，并结合《保险法》第 49 条确立的保险利益承继规则，向保险人行使追偿权。

关键词：保证保险；混合担保；追偿权；代位；法定债权移转

[中图分类号] D922.284; D923.2 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2025)03-0055-19

一、问题的提出

作为实践先于法律的典型，保证保险业务自 20 世纪 80 年代即已开展，经历了产生、探索和成长阶段。2020 年，中国银保监会办公厅印发的《信用保险和保证保险业务监管办法》（银保监办发〔2020〕39 号，已被修改）将保证保险业务区分为融资性和非融资性业务。实践中，融资性保证保险业务主要涉及中小企业、个人消费、城乡小额、医疗设备、住房等借贷领域；非融资性保证保险业务主要涉及建设工程、产品质量、雇佣关系、关税等领域。^{〔1〕} 笔者以“保证保险”及上述融资性保证保险业务类型为关键词，在“威科先行”数据库中进行检索，发现 2020 年至今的案件数量约占整体保证保险涉诉案件数量的 90%。可能的原因是受中小企业群体运营资金需求与

〔作者简介〕蒲南希，中国人民大学法学院 2022 级博士研究生。

〔1〕上述业务类型是根据中国保险行业协会以及我国主要财产保险公司（中国人民财产保险股份有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司、中国平安财产保险股份有限公司、阳光财产保险股份有限公司、华安财产保险股份有限公司、永安财产保险股份有限公司等）官网信息整理所得。

居民消费信贷需求持续增长的双重推动，目前我国保险市场集中于融资性保证保险业务⁽²⁾，而非融资性领域因业务较少，所涉案件也不多。受业务量及案件量影响，本文的研究对象主要是融资性保证保险业务。

融资性保证保险业务实践中，金融机构基于贷款风险的控制，通常会要求借款人在债权上设立担保的同时，还应与保险公司订立保证保险合同以增强信用，而借款人往往也为了促进融资交易的进行，同时设立担保和保证保险。因此，保证保险与混合担保竞存的情形时有发生，其所涉法律关系较为复杂，司法实践中也产生了一些颇具争议的问题：其一，并存合理性问题。如果债务人已经提供了足额的自物或他物担保，债权人再行要求投保保证保险作为融资条件，是否能认定为强制搭售，进而否定保证保险合同的效力？这是否意味着保证保险与混合担保并存受到一定条件限制？其二，履行顺位问题。当债务人（投保人）未按约定履行债务时，是由保证保险人还是混合担保人优先承担责任？其三，追偿机制问题。当保险人先行履行赔付义务时，其是否有权向其他担保主体主张责任的分担；反之，若担保人优先完成债务清偿，其能否向保险机构行使追偿权？对于上述问题，法律制度层面长期以来缺乏相关指引。这种规范依据的缺失导致司法机关在裁判过程中呈现出标准不一的解释路径，理论界对此亦未能形成具有共识性的学理阐释。2023年《全国法院金融审判工作会议纪要（征求意见稿）》（下称《金融审判会议纪要（征求意见稿）》）第54点对该问题作出了部分回应，但未能充分解决上述问题，同时囿于有限的说理，其所得出的价值判断结论之正当性有待深入研究。

长期以来，保证保险代位求偿权的行使对象问题都是实践中的主要争议问题。自2018年9月1日正式施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》（法释〔2018〕13号，已被修改）第8条将投保人明确纳入保证保险代位求偿权的行使对象后，实践争议转向于“保险人对其他担保人是否享有代位求偿权”以及“在先清偿的担保人是否有权向保险人追偿”等问题，相关案件也有所增多。基于典型案例的示范效应与研究效率的考量，笔者以“威科先行”司法案例数据库为检索平台，主要筛选自2018年9月以来的生效裁判文书作为分析样本，梳理审判机关在类案处理中形成的差异化裁判逻辑，并以此为基础展开本文的讨论。

二、保证保险与混合担保竞存的前提

金融创新背景下，保证保险与混合担保能否并存于同一债权，存在理论争议与实务分歧。传统观点认为，若债务人已提供足额担保，再设立保证保险将导致信用增级工具的冗余，甚至可能构成不当风险叠加。然而，司法实践中频现的“抵押+保险”交易模式（如汽车金融领域车辆抵押与贷款保证保险并行），暴露了理论与实践的割裂。究其本质，争议核心在于如何界定保证保险的功能边界：其究竟是担保的替代工具，抑或独立的风险管理机制？

(2) 谢菁、赵泽皓、关伟：《我国保证保险发展现状、困境与优化建议研究》，载《金融理论与实践》2022年第6期，第86页。

（一）裁判分歧的整理与评价

近年来，金融消费者对保证保险业务投诉和举报较多的就包括强制搭售情形：债务人通常会以“其自身的财产及经济状况，足以负担贷款的本息还款”^{〔3〕}或者“已经提供了在先担保”^{〔4〕}为由，主张增设保证保险的行为属于强制搭售。实践中，多数法院对于债务人强制搭售的主张不予支持。以往的法律法规对于强制搭售的判断标准未有详细规定，增加了债务人的证明难度。因而一部分法院通常是以无事实依据为由，不予支持债务人强制搭售的主张。^{〔5〕}另有部分法院从合同自愿订立原则出发，认为债务人具有完全民事行为能力，对其签名捺印有明确的认知，该合同系双方真实意思表示；且债务人在履行不能时，也要求了保险公司承担保证保险责任，故保证保险的设立不属于强制搭售。^{〔6〕}持该观点的案件通常并未在债权之上设有其他担保，不存在保证保险与混合担保能否并存之问题，故不纳入本文所考察案型。还有部分法院认为，保证保险是否存在强制搭售保险产品问题，原则上应当以保证保险是否必要和合理为判断标准。有观点认为，虽然债务人已经提供了房产抵押但其抵押系在后顺位，不能形成足额担保，故保证保险合同的设立可认定为必要和合理^{〔7〕}；另有观点认为，债务人没有以相关财产提供足额担保，故保证保险合同有效。^{〔8〕}相反，如果债务人提供了足额担保，法院则倾向于认定构成强制搭售。

为统一裁判分歧，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第52点第1款列举了4种包括兜底情形在内的可以认定为强制搭售的情形。其中，第一种情形是“借款人已经提供了房产、汽车、应收账款等物的担保，且担保物价值超过借款本息额度”。该观点与以往裁判中已有“足额担保”的思路一脉相承，但存在疑问的是，当融资方已设立超出债务本息覆盖范围的担保措施后，债权人附加要求投保信用保证保险是否构成对债务人的权益侵害？此时保证保险与混合担保是否没有并存之合理性？有论者认为并非如此，理由是债权人要求债务人无论担保状态如何均须投保保证保险，本质上是基于商业实践惯例形成的交易模式。金融机构基于风险管控需求建立的标准化保证保险增信缔约机制，本质上符合金融市场主体面对非特定多数债务人时的效率优化诉求。此种制度安排能够通过风险分摊机制的集约化运作降低交易成本。^{〔9〕}另有论者认为，担保物价值是否超

〔3〕 辽宁省锦州市中级人民法院民事判决书，（2024）辽07民终261号。

〔4〕 上海金融法院民事判决书，（2024）沪74民终386号；广东省广州市中级人民法院民事判决书，（2023）粤01民终8399号。

〔5〕 广东省广州市中级人民法院民事判决书，（2024）粤01民终4914号；广东省中山市中级人民法院民事判决书，（2024）粤20民终4424号；吉林省长春市中级人民法院民事判决书，（2022）吉01民终3333号；河南省濮阳市中级人民法院民事判决书，（2024）豫09民终638号。

〔6〕 广东省广州市中级人民法院民事判决书，（2023）粤01民终5323号；广东省中山市中级人民法院民事判决书，（2022）粤20民终7029号；河南省平顶山市中级人民法院民事判决书，（2023）豫04民终3515号；广东省中山市中级人民法院民事判决书，（2024）粤20民终4047号。

〔7〕 上海金融法院民事判决书，（2024）沪74民终386号；广东省广州市中级人民法院民事判决书，（2023）粤01民终8399号。

〔8〕 广西壮族自治区玉林市中级人民法院民事判决书，（2023）桂09民终2947号。

〔9〕 岳卫、潘为：《保证保险法律性质的再考察及相关理论问题的新展开》，载《中德私法研究》第19辑·下卷，北京大学出版社2020年版，第28-30页。

过借款本息与应否投保保证保险没有直接关联。保险所保障的是“危险”，该规定假定担保物价值超过借款本息额度就不存在不能偿还借款的“危险”，与实际是不相符的。^{〔10〕}

（二）原则上应尊重保证保险与混合担保并存

最高人民法院在判定捆绑销售行为合法性时，将担保资产的充分程度纳入审查标准。这一认定逻辑存在法理与实践的双重不合理性。即便债务人已提供足额担保，保证保险的设立仍具有独立价值，不宜以担保品的充足否定保证保险的合法性，具体分析如下。

其一，保证保险与担保在制度功能上并不重合。足额担保品的设立旨在覆盖特定风险敞口（如债务本金及利息），但其价值可能因市场波动或处置成本而减损。保证保险则可针对投保人的违约风险提供补充保障，其赔付条件与担保责任触发机制存在显著差异。二者在风险管理维度上形成补充而非替代关系。其二，被保险人基于风险偏好选择叠加保证保险保障，符合商事效率原则。担保制度依赖担保人的信用或担保物价值，其风险承担具有地域性与个体局限性。而保证保险通过再保险、风险池等机制能实现跨区域、跨行业风险分散。即便存在足额担保，保证保险仍可通过精算模型优化风险定价，降低系统性风险积累。其三，被保险人对于风险分配机制具有差异化需求。当债务人已经提供了足额担保时，债权人之所以仍要求债务人投保保证保险，可能的原因除了分散风险，还可能是基于寻找第三方管理抵质押品的需求。从规范角度来看，《融资性信保业务保前管理操作指引》对于保险公司抵质押品代为管理业务作出了相关指导性的规定。如此一来，基于设立担保与保证保险动机的不同，也很难判定足额担保下再要求设立保证保险构成强制搭售。其四，要合理地保护投保人的利益，使得投保人利益保护“中性化”。最高人民法院的认定思路很大程度上是从消费者权益保护的立场出发，保护处于相对弱势地位的交易方（即投保人）。这与我国保险法不断强化保护保险消费者利益的倾向有关，但这种倾向并未合理平衡好保险人的利益，不利于保险业的良性发展。^{〔11〕}具体而言，保证保险交易与担保交易本身属于商事交易，理性的投保人是基于融资需求进行投保，被保险人是为防止逆向选择而增设保证保险，保险人只是提供了一项契合投保人与被保险人需求的产品，原则上应对此种商事交易自由予以尊重。其五，以足额担保排斥保证保险的认定思路可能抑制金融创新与市场选择。保证保险的设立往往是基于特定交易场景的风险管理需求（如小微企业信用增级），若强制以担保品的充足性限制其适用，将不利于金融工具的多元化发展。

基于上述分析可见，保证保险是独立于担保的风险管理工具。无论债务人是否提供足额担保，都不影响保证保险的设立，担保与保证保险并存具有合理性。

〔10〕 李晓云：《保险的功能主义担保再造——以履约保证保险与民事担保并存的法律适用规则为中心》，载《法律适用》2024年第8期，第38页。

〔11〕 邹海林：《保险法学的新发展》，中国社会科学出版社2015年版，第532-533页。

三、保证保险与混合担保竞存的责任顺位

在制度并存被证立的前提下，责任顺位的确定成为债权人行权面临的首要问题。当债务人（即投保人）无法履行债务时，保证保险责任与担保责任在责任承担上是否具有先后顺序呢？从债权人的角度出发，保障债权是其首要利益，履行顺位的先后通常不会影响该利益的实现。但从保险人（或者担保人）的角度出发，履行顺位的承认是否意味着保险人（或者担保人）有权以此为抗辩暂不承担责任呢？现行法对此没有明确规定，但司法实践已经提供了一些解释方案。

（一）裁判分歧的整理与评价

对于保证保险责任与担保责任并存时的实现顺序，裁判实践一般认为当事人有约定的遵从约定，在无约定时裁判大抵存在三种观点：其一，部分法院认为债权人对履行顺位享有选择权。持该观点的法院从保证保险系保险合同出发，认为保险合同与担保合同独立并行。当债权人对保险公司没有任何保险金诉请时，要求保险公司与其他担保人承担连带责任于法无据，债权人有权选择责任承担的对象。⁽¹²⁾其二，另有部分法院认为债权人对履行顺位不享有选择权。持该观点的法院从保证保险系保证合同出发，认为此类纠纷应适用《中华人民共和国担保法》（已废止，下称《担保法》）的规定，并根据保险人承担的不同担保责任，将责任承担顺序分化为两种路径：根据保证保险合同约定的内容，若认为保险人承担一般保证责任，那么债务人及其他连带保证人应先行承担保证责任，保险人作为一般保证人享有先诉抗辩权。⁽¹³⁾若认为保险人与其他担保人构成连带共同担保，此时保险人需要和其他连带担保人共同承担担保责任，承担的份额按比例划分。⁽¹⁴⁾其三，还有法院认为在自物担保与保证保险竞存时，债权人对履行顺位的选择权应有限制。在此，也有两种观点：一是认为应以保证保险理赔优先。比如，上海市高级人民法院发布的2023年第二批参考性案例李某诉天安财产保险股份有限公司保证保险合同纠纷案（下称参考性案例159号）中，法院肯定保证保险合同的保险性质，认为一项债务既存在债务人的自物担保又存在保证保险的情况下，若当事人对履行顺位没有约定，债权人有权自行选择。但保险合同的订立和履行应遵循诚实信用原则，原告的选择须考虑各方将面临的实际损失程度：若优先要求债务人履行自物担保责任增加保险人代位求偿不能风险的，债权人应选择先履行保证保险，否则债权人造成保险人损失扩大的部分，保险人有权拒赔。⁽¹⁵⁾二是认为应以自物担保的实现为优先。该观点首先论证保证保险本质上是保证，故应直接适用《中华人民共和国物权法》（已废止）第176条即《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第392条之规定，债权人应当先就债务人的抵押物实现债权，不足部分由保险公司承担保证保险责任。⁽¹⁶⁾

(12) 辽宁省高级人民法院民事判决书，（2017）辽民终819号。

(13) 浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书，（2019）浙06民终2789号。

(14) 吉林省高级人民法院民事裁定书，（2019）吉民申2224号。

(15) 上海金融法院民事判决书，（2022）沪74民终28号。

(16) 湖北省襄阳（樊）市中级人民法院民事判决书，（2019）鄂06民终522号。

从既有裁判分歧来看，法院通常以保证保险合同性质判断为基础，即在判定保险人承担的是保险责任抑或担保责任之后，再对保险人与担保人的赔付次序作出相应部署。以往的理论与实践对于保证保险的性质争议较大，存在“保险说”“保证说”“二元说”三种观点。既有研究对保证保险与担保所作的对比研究更多是停留在现象层面的（具体法律特征），对于保险与担保间的制度差异以及保证与保险等类似风险移转机制间的不同却鲜有人关注。欲回答“保证保险的法律性质是什么”，首先应该抛开与保证担保比对的思维定式，直接考察保证保险的本质。追根溯源，2009年修订的《中华人民共和国保险法》（下称《保险法》，未特别注明的均指现行2015年《保险法》）第95条已将“保证保险业务”纳入“财产保险业务”范畴。保证保险虽源于信用保障的制度需求，但在保险机构的业务实践中，其权利义务配置已突破传统担保的法定范式，转化为以风险对价为内核的合同架构。相较于《民法典》第682条规定的从属性保证规则，该产品更凸显《保险法》第10条确立的独立合同特征。保证保险的运作机理植根于风险识别与控制机制，通过精算模型构建损失分摊原理，实现风险移转与经济补偿功能，这一路径与保险制度的核心逻辑保持内在一致性，符合保险的法律构造。

裁判实践之所以出现意见分歧，是由于部分司法机关混淆了风险保障功能与法律性质，衍生出保证保险的性质之争。然而，功能相似性不改变法律性质差异，如同责任保险与侵权赔偿的功能趋同但法律构造迥异。正是考虑到保证保险之保证功能的存在，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第48点才规定，“保证保险合同是具有保证性质的保险合同，对当事人之间的争议，保险法没有规定的，人民法院应当根据民法典第四百六十七条的规定，适用民法典合同编通则的规定，并可以参照适用法律关于财产保险合同、保证合同等最相类似合同的规定”。其中“具有保证性质”这一表述并非肯认“二元说”，而是强调要关注保证保险合同的保证特征。这一点可以从该点后半句中采用“参照适用”而非“直接适用”保证法律规则的法律技术得以印证。保证保险合同性质的厘清，至少让后续保证保险与混合担保竞存之责任顺位的讨论在同一论域下展开。

（二）责任承担顺位以约定为优先

按照《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第48点规定，《保险法》对保证保险与混合担保竞存时的责任承担顺位问题未有规定的，可以参照与其案型最相类似的《民法典》第392条关于混合共同担保中责任承担顺位的规定。其合理性在于题设情形同样是为增信而存在，其对于顺位的约定无关公共利益，原则上应遵循意思自治原则，即当保证保险合同（或担保合同）明确就保险范围（或担保范围）约定为债权人实现担保权利（或实现保险赔付）后的差额部分的，债权人应依照当事人的约定实现债权。当然，此处意思自治的范围并不限于责任承担顺位，也包括责任的份额或范围。^{〔17〕}债权人能否依约实现债权的关键在于该约定是否明确。那么何谓“约定明确”？学界在讨论《民法典》第392条规定时即产生了两种观点：一种是共同约定说。该说认为债权人

〔17〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第1020页。

与所有担保人作出的约定才是明确的，与个别担保人之间的约定因违反合同相对性原则^{〔18〕}（或有损其他担保人顺序利益的原因^{〔19〕}）而不得对抗其他担保人。然而，混合担保中更多见的情形是债权人与各担保人分别签署担保合同，在各自合同中对责任承担顺位进行约定。若一概否定个别约定的效力，是否有悖于约定双方的意思自治？上述见解未考虑混合担保中各项担保的独立性和多样性，一定程度上造成了“共同约定说”无法在混合担保情形下充分适用的情况。另一种是分别约定说。该说认为只要是以限制债权人实现债权的选择权为目的或内容的，债权人与各担保人分别进行的约定就是明确的。^{〔20〕} 保证保险与混合担保分属不同的法律构造，二者独立并行但都发挥着保障债权之功能。对于题设问题，“分别约定说”更符合意思自治与合同相对性原则，无论债权人是与部分还是全部保险人（或担保人）分别约定，只要约定内容清晰明白，且当事人无争议的，即为“约定明确”。债权人应按照约定实现债权，该约定并不对抗没有意思表示的其他保险人或担保人。需要注意的是，若保证保险合同与担保合同约定一致的，自无争议。但若保证保险合同与担保合同存在冲突约定时，应视为约定不明。

（三）责任承担顺位以选择为补充

1. 保证保险与自物担保竞存

当保证保险与自物担保竞存时，现行法律对责任承担顺位未作安排，债权人有两条实现债权的路径。一种是按照参考性案例 159 号的思路，先向保险人请求理赔。该案一审法院依据《保险法》第 57 条^{〔21〕} 之规定，认为债权人须先向保险人申请理赔，不得就其他担保方式实现债权，否则实现债权的过程中势必会产生逾期利息、违约金、滞纳金等“损失”，由此产生的“损失”增加了保险人代位追偿不能的风险，需要从保证保险理赔金额中扣除。^{〔22〕} 二审法院维持了一审判决，与一审的裁判思路一脉相承。然而，该观点的论证思路存在一定问题。实际上，责任承担顺位先后与保险人损失扩大与否并无因果关系，保险人的理赔范围已通过保证保险合同确定。如果合同对于债务人因违约产生的逾期利息、违约金、滞纳金等已经纳入承保范围，保险人自有理赔预期，无论保险人何时承担保险责任，只要在主债务未被完全清偿前，逾期利息都将继续产生^{〔23〕}，并不存在因为投保人先行实现自物担保而扩大保险人损失的情况；如果不在约定范围内，保险人自无须理赔。该案的保证保险条款已经将上述费用排除在承保范围外，此时法院裁判因债权人违约行为造成的逾期利息应予以扣除的做法值得认可，但不能得出保证保险理赔在先，能减少保险人

〔18〕 王利明：《物权法研究》（第 4 版），中国人民大学出版社 2016 年版，第 1112 页。

〔19〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社 2020 年版，第 1020 页。

〔20〕 邹海林：《我国〈民法典〉上的“混合担保规则”解释论》，载《比较法研究》2020 年第 4 期，第 95 页。

〔21〕 《保险法》第 57 条第 1 款规定：“保险事故发生时，被保险人应当尽力采取必要的措施，防止或者减少损失。”

〔22〕 上海市浦东新区人民法院民事判决书，（2021）沪 0115 民初 19805 号。

〔23〕 关于逾期还款利息计算的截止时间因法律无明确规定，司法裁判存在分歧。最高人民法院民一庭认为逾期还款利息的性质为逾期还款的违约金或者损失赔偿，借款人在清偿借款之前其违约的状态一直持续，应当由借款人承担直到全部清偿之前的违约金或者赔偿损失。参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 413 页。

损失的结论。因为无论债权人先请求实现自物担保还是先请求保证保险理赔，保险人的责任范围都是一定的。当自物担保履行在先，保险人的责任限于约定的保险责任与自物担保价值的差额，相当于通过保险责任的减小替代事后的追偿，进而降低代位追偿的风险与成本；当保证保险理赔在先，保险人通过代位求偿权弥补损失后的最终理赔金额与上述差额一致。也就是说，从责任承担的结果来看，债权人的顺位选择权并不会影响实质的责任承担份额。只是从法律行为为评价的角度来看，本案中，被保险人出于获取额外高额利息的动机，故意拖延抵押财产处置周期，未告知保证保险人保险事故的发生，确有违《保险法》第57条规定的减损义务。⁽²⁴⁾故该案法官从最大诚信原则与平衡各方利益的角度出发，指出被保险人的选择须考虑各方将面临的实际损失程度。

另一种是参照适用《民法典》第392条的规定，先就自物担保实现债权，不足部分再请求保险人承担责任。笔者认为此情形下并无参照适用的余地。其一，从债权人角度来看，其设立多重担保的目的在于保障债权实现之安全，同时期望在债权实现时能以更为经济有效的方式实现⁽²⁵⁾，这一利益期待在保证保险与担保并存时同样存在。《民法典》第392条之所以规定本人提供物保要先于保证履行，原因之一就是出于自物担保的实现较保证而言更为便捷可靠的考虑，债权人利益能得到更加有效的保护，同时也避免日后出现追偿权的问题，提高效率并节约司法资源。⁽²⁶⁾但是就保证保险与自物担保的实现方式和实现成本的比较而言，作为保险人的保险公司往往有着更好的资金条件与更稳定的赔付流程，相较自物担保的实现更为高效。此时，法律限制债权人的选择权不利于其利益保护。其二，从债务人的角度来看，《民法典》第392条之所以规定本人提供物保要先于保证履行，原因之二是债务人是终局责任人，其他担保人优先承担责任不符合公平原则。⁽²⁷⁾但保证保险以其双务、有偿的法律构造区别于担保，投保人通过履行交纳保险费的义务来换取保险人向被保险人或者受益人承担保证保险责任，以此构成双方的对价条件。⁽²⁸⁾当债权人优先选择实现保证保险时，保险人依约履行保证保险责任，是债务人支付保费的对价实现，属于双方意思自治的结果，无关公平价值。其三，从保证保险人的角度来看，其首要利益期待便是从承保行为中获取利润，即商行为的营利性得到满足。但要求自物担保履行在先，可能会有碍保证保险业务的持续发展，原因在于债权人难以高效地通过保证保险实现债权，债务人还会徒增融资成本，投保保证保险的目的难以实现，进而会影响投保的意愿，不利于保证保险业务的持续健康发展。

综上，鉴于保证保险与保证担保法律构造的差异，保证保险与自物担保竞存的责任顺位原则

(24) 钱玉文、郭江雪：《保证保险代位求偿权的法律适用研究》，载《保险研究》2024年第7期，第125页。

(25) 耿林：《比较法视野下的混合共同担保》，载《江汉论坛》2017年第6期，第124页。

(26) 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第5版），中国法制出版社2022年版，第68页。

(27) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年版，第578页。

(28) 贾林青：《重构保证保险制度的法律思考》，载《保险研究》2012年第2期，第60-61页。

上不应受到限制，不宜参照适用《民法典》第 392 条的有关规定，而应赋予债权人以选择权。但是从维护金融交易的稳定性与公平性出发，各方当事人应当诚信履约，审慎行使权利。

2. 保证保险与保证或他物担保竞存

在保证保险与保证或他物担保竞存的法律场景中，责任承担顺位的规范供给同样存在空缺。部分学者认为，按照“法无禁止即可为”的原则，应允许当事人意思自治。由于保证保险合同与担保合同存在法律属性的差异，被保险人在未有明确约定时可自主决定权利实现的路径。⁽²⁹⁾ 结合既有的参照担保法律规范进行裁判的实践以及《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第 48 点有关参照适用的规定，《民法典》第 392 条确立的“无约定则债权人选择”之规则，为处理此类复合法律关系提供了规范指引。该条的立法考量在于，物保第三人与保证人均非债务终局责任人，无论债权人优先主张何种担保权益，最终追偿权均可指向主债务人⁽³⁰⁾，故赋予债权人选择自由以优化权益实现的效率。

这种制度安排具有双重法理基础：一方面，从风险分配角度观察，保险人与担保人在风险分配体系中处于平行地位，被保险人通过保险赔付或担保执行仅能实现单一补偿，此与《保险法》第 60 条第 2 款禁止不当得利原则相契合。另一方面，从经济理性角度观察，保证保险人通过精算模型已对风险进行定价，承担补偿责任；担保人则基于《民法典》第 700 条承担代偿责任，二者均非债务的最终承担者。若强制规定优先顺位，将导致特定的保险或担保主体承担超额责任，有违公平原则且可能存在道德风险。在未约定顺位的案件中允许债权人根据实际情况进行选择的模式，一定程度上能增强债权回收率，提高债权实现效率。此种参照适用既维护了法律体系的一致性，又实现了风险分配与商事效率的动态平衡。

（四）小结

保证保险与混合担保的法律构造不同，二者独立并行，责任顺位的判定应遵循“约定优先，无约定则选择自由”的二元分析框架。参照《民法典》第 392 条的规范意旨，若权利人（债权人）与风险承担主体（保险人及担保人）已就清偿层级或责任比例形成合意条款（如保险合同中载明“先行赔付”或担保文件约定“补充责任”等），司法机关应维护商事主体的契约自由。在欠缺此类合意时，债权人可自主决定行权路径，此规则亦适用于保险责任与自物担保竞合场景。究其法理，保证保险与混合担保存在本质差异，保证保险基于精算模型实现风险定价，其制度功能在于通过独立合同关系分散信用风险，若强制要求优先实现自物担保，将导致保险人的风险对价机制失效，违背《保险法》第 1 条确立的“保护保险活动当事人的合法权益”的立法目的。综上，保证保险与混合担保责任顺位未有约定时，原则上应允许债权人自主选择，但债权人的选择应当审慎，以符合最大诚信原则。

⁽²⁹⁾ 李慧：《借款保证保险实务问题探究》，载《保险研究》2020 年第 12 期，第 107 页；丁俊峰：《裁判视角下保证保险法定求偿权的法律构造分析》，载《法律适用》2024 年第 8 期，第 23 页。

⁽³⁰⁾ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社 2020 年版，第 579 页。

四、保证保险与混合担保竞存的追偿规则

保证保险与混合担保竞存时责任顺位的厘清仅解决了权利实现的“前端”问题，清偿后的责任分担则是制度竞存的“后端”难题。在债权人、担保人及保险人已清晰界定各自责任范畴的情形下，其责任分担机制类似于按份共同保证，相互间不涉及后续的追偿问题。然而，若各方未就责任份额作出明确划分，问题则趋于复杂。

（一）裁判分歧的整理与评价

实践中的争议多发生于保证保险人在理赔后能否向其他担保人追偿，裁判对此存在截然不同的观点，且在保证保险的不同定性下均存在肯定与否定的分歧。

采“保险说”的法院基于对《保险法》第60条规范内涵的差异化解读，形成了两种对立的裁判立场。持肯定追偿观点的多数意见认为，保险机构完成保险赔付后，依据《保险法》第60条行使的法定代位权，本质上是债权法定移转。该理论认为，当保险人在保险责任范围内实际履行赔付义务时，即发生债权主体变更的法律效果。担保基础债权的从属性权利随主债权转移而自动转移至保险人，由此形成的权利承继关系使得保险机构取得向债务人关联担保主体主张权利的法律基础。^{〔31〕}还有观点认为，即便不认可担保人属于第60条的第三者范围，在债权人以《权益转让书》的方式将债权及其上的从权利转让给保险人的，也应予支持。因为这属于约定的债权转让，不受《保险法》第60条法定债权转让的限制。^{〔32〕}反对追偿的理由如下：其一，代位求偿权的客体范围存在法定边界限制。部分司法观点认为，主债务项下的其他担保主体既非保险事故的直接责任主体，亦不存在对保险标的的积极侵害行为，其未履行担保责任的行为与保险事故的发生缺乏直接因果关系。将代位求偿权的效力范围扩展至非过错性违约的担保主体，有悖于民事惩戒的目的。^{〔33〕}另有裁判意见强调，保证保险合同仅约束投保人与保险人双方，其他担保主体既未参与合同订立，亦未作出责任分担的意思表示，司法不宜突破合同相对性原则创设跨合同关系的追偿权能。^{〔34〕}其二，《保险法》第60条并没有诸如《民法典》中有关“其对债务人的债权转让给第三人”^{〔35〕}与“享有债权人对债务人的权利”^{〔36〕}的内容。这种规范设计差异表明，保险代位权的行使

〔31〕 湖南省高级人民法院民事判决书，（2019）湘民再65号；云南省高级人民法院民事判决书，（2019）云民终1005号；北京市第三中级人民法院民事判决书，（2020）京03民终7430号；广东省佛山市中级人民法院民事判决书，（2023）粤06民终7590号。

〔32〕 山东省日照市中级人民法院民事判决书，（2021）鲁11民终30号；广西壮族自治区南宁市（地区）中级人民法院民事判决书，（2020）桂01民终14575号；内蒙古自治区高级人民法院民事判决书，（2019）内民再458号；湖南省高级人民法院民事判决书，（2019）湘民再65号；湖北省武汉市中级人民法院民事判决书，（2019）鄂01民终5585号。

〔33〕 上海金融法院民事判决书，（2024）沪74民终1259号。

〔34〕 山东省威海市中级人民法院民事判决书，（2021）鲁10民终708号；山东省高级人民法院民事裁定书，（2021）鲁民申6316号。

〔35〕 《民法典》第524条第2款规定：“债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。”

〔36〕 《民法典》第700条规定：“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，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。”

范围应严格限定于对保险标的损害负有直接责任的第三者，保险人并不能获得概括性的债权让与。⁽³⁷⁾

采“保证说”的裁判立场也分为两方。支持保险人与其他担保人相互追偿的主要有以下理由：其一，有法院从责任分担的后果分析，认为案涉担保人本身就应对涉案借款承担担保责任，赋予保险人对担保人的代位求偿权并不会加重担保人的责任。⁽³⁸⁾其二，有法院依据《担保法》第12条与《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，已废止）第19条第1款、第20条第2款，认为保险人与其他担保人构成连带共同保证，在双方未有约定责任份额时，平均分担。⁽³⁹⁾反对保险人与其他担保人相互追偿的主要有以下理由：其一，有法院认为，保险人承担保险责任后，被保险人的债权已经实现，不再具备债权转让的基础，不能适用“主债权转让，担保债权等从权利一并转让”的规则，故保险人无权向债务人的保证人及物上担保人追偿。⁽⁴⁰⁾其二，有法院认为，当时的《中华人民共和国合同法》（已废止）、《中华人民共和国民事诉讼法》（已废止）、《担保法》均未赋予保证人承担保证责任后享有对其他保证人的追偿权，此时若对名为保证保险实为保证合同所产生的债权给予特别保护，赋予其对其他保证人的追偿权，将致使其获得超越一般保证人的优势地位，有违平等及公平原则。⁽⁴¹⁾其三，还有法院依据《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》（法释〔2020〕28号，下称《民法典担保制度解释》）第13条的规定，认为保险人与其他担保人签订的保证合同是相互独立的，故不满足相互追偿的条件。⁽⁴²⁾

从既有的裁判思路来看，存在连带债务人之间的追偿权、保证人代位、保险人代位等几种不同的解释路径。但各法院对上述理论依据的认识不一，进而形成了不同的裁判结论。上述分歧一方面源于对保证保险的性质未有共识，另一方面源于对代位与追偿制度的理解偏差。就性质界定而言，前文已经就保证保险本质为保险展开论证，此处不再赘述。问题在于无论是持“保险说”还是“保证说”的法院在裁判思路基本上依循法律性质与法律适用的一一对应，即要么是适用保险法律规范要么是适用担保法律规范，此种非此即彼的思路会使得法律适用限于机械化的对应框架，但事实上性质一元论并非没有法律多元适用的余地。比如与保证保险类似的具有双重法律表象的投资型保险业务，其具有保险与委托双重法律向度，但本质仍是保险，只是在法律适用时要考虑其投资的特征。根据投资型保险合同项下的保险法律关系和委托法律关系，投资型保险业务分别适用《保险法》或《民法典》合同编关于委托合同的规范。⁽⁴³⁾回到论题，《金融审判会议纪

(37) 上海金融法院民事判决书，（2024）沪74民终152号。

(38) 甘肃省平凉市（地区）中级人民法院民事判决书，（2020）甘08民终1121号。

(39) 广东省清远市中级人民法院民事判决书，（2021）粤18民终4627号。

(40) 辽宁省阜新市中级人民法院民事判决书，（2020）辽09民终1064号；山东省高级人民法院民事裁定书，（2021）鲁民申6316号。

(41) 湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院民事判决书，（2020）鄂28民终2140号。

(42) 湖北省汉江中级人民法院民事判决书，（2021）鄂96民终189号。

(43) 邹翔远、李青武：《投资型保险合同的法律关系构造及解释》，载《保险研究》2023年第8期，第90-91页。

要（征求意见稿）》第54点第2款提出，保险人承担保险责任后向其他担保人追偿的，按照担保制度处理，实则也是对既往固化的裁判思路之灵活应对。就代位与追偿的理解而言，既有的裁判多以单一的理论（或代位或追偿）为据展开说理。部分法院局限于条文的表达，而对于代位权的本质未能深入探究，也没有将法定债权移转与约定债权移转进行区分；另有部分法院对于追偿权的认识局限于法律直接规定的追偿权，几乎没有考虑过其他可供参照适用的追偿权规定。前述认识的偏差造成了同案异判的现象，为统一裁判分歧，有必要对上述问题进一步分析。

（二）相互追偿的正当性基础

是否允许保证保险人与混合担保人相互追偿在我国争议较大且未达共识。对这一问题的回答将直接影响保险人与担保人的利益安排，可见这是一个民法问题中的价值判断问题。既有的理论与实践多通过寻找是否存在支撑的规范基础来论证该问题，而鲜有对该问题的价值基础进行深入研究。欲解决这一问题，至少应就价值问题展开讨论，进而在一定的价值共识之上探寻更为妥当的解释方案。

就价值基础而言，共同担保规则建构的价值基础包括自由、公平、效率等价值。当具有保证功能的保证保险与混合担保竞存时，其能否追偿的讨论自可围绕上述价值展开。但在价值取向多元的背景下，很难将价值判断问题作是非对错的定性，只有与大多数人所持守的价值取向、所分享的价值共识相适应，才能得出最适宜的价值判断结论。^[44] 保证保险作为复合型金融交易结构，其本质是多维利益主体动态博弈的商事安排。传统法律关系分析范式在解释这类新型金融交易时存在解释力局限，因其仅关注主体间的权利义务配置，而未能充分揭示隐藏于合同文本背后的实质利益流动。基于利益法学派的观察视角，保证保险交易中的利益格局往往突破形式法律关系的框架。具体而言，保险机构与其他担保主体之间虽不存在直接的法律约束关系，但在风险分担的实际运作中形成了深层的利益依存结构。对于保险人来说，其是以不确定的损失为对价换取确定的保费，保险人的首要利益期待便是从承保行为中获取利润，即商行为的营利性得到满足。对于担保人来说，其首要利益期待是交易安全，原因在于担保本身是一个利他主义行为，担保人承担的风险应当有配套的权利救济体系，否则民商事主体从事担保活动的意愿也会受到影响，进而影响担保制度功能之促进资金融通的实现。当保证保险与混合担保竞存时，债权人对无约定的责任顺位具有自由选择权，此时无论是逐利的保证保险人还是求稳的担保人一旦被债权人选中后，理性的当事人往往都希望有其他责任人共同分担，以更好实现自身的利益期待。也就是说，肯定追偿更契合最大多数人的意愿，而经由法律的经济分析，尊重最大多数人的意愿有益于自由价值、效率价值的发挥，无关乎公平。^[45] 就规范基础而言，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第54点第2款规定：“保险人承担保险责任后向其他担保人追偿的，按照民法典担保制度解释第十三条的规定处理。”也就是说，最高人民法院认为题设情形与混合共同担保的情形具有相似性，进而在

[44] 王轶：《民法典编纂争议问题的类型区分》，载《清华法学》2020年第3期，第11页。

[45] 贺剑：《担保人内部追偿权之向死而生——一个法律和经济分析》，载《中外法学》2021年第1期，第110-119页。

追偿问题上对二者作同一化的评价，肯认保证保险人与混合担保人之间有条件地相互追偿。⁽⁴⁶⁾ 此类会议纪要在法源层级层面，虽具有规范性文件的制度属性，但本质上属于司法机关创设的释法机制，仅能对法律规范进行框架性补正，不得直接作为司法裁判的规范法源。然而在审判实务中，各级审判机关须遵循司法统一适用原则，在裁判论证过程中须将此类文件作为法律续造的重要参考，并将其核心要旨融入裁判说理的论证体系。此种适用方式实质上赋予此类纪要近似于司法解释的准规范拘束力⁽⁴⁷⁾，因而其价值判断结论应当是凝聚共识所形成的。至此，保证保险人与混合担保人清偿后是否追偿的问题，在价值判断上基本可以得出肯定追偿的结论，进而再确定妥适的解释路径。

从前述的裁判实践来看，肯认保险人与担保人相互追偿的规范基础有二：一是追偿，二是代位。就追偿权而言，现行法律没有关于保证保险人与担保人相互追偿的规定，与题设案型类似共同担保人的责任分担依据包括追偿权的直接规定（《民法典担保制度解释》第13条、《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第54点）以及连带债务的追偿权（《民法典》第519条第2款、第178条第2款）。对于前者，作为保险合同的保证保险，欲参照适用担保制度的规定存在着法律体系的鸿沟，能否通过解释予以弥合？一方面，题设问题涉及保证保险合同之外的混合担保人，此时在法律适用时通过“穿透式”审判思维可将《民法典》担保制度的规定纳入考量范围。⁽⁴⁸⁾ 另一方面，《民法典》第388条中所称的“其他具有担保功能的合同”明确了非典型担保交易的担保功能，为金融创新实践中可能出现的新的担保交易方式的承认提供了解释空间。⁽⁴⁹⁾ 尽管该条仅及于物保，但其内含的方法论对人保而言，同样具有释明价值。⁽⁵⁰⁾ 如此一来，保证保险人与混合担保人能否相互求偿的问题具有参照适用共同担保人之间的追偿权规定的余地。关于共同担保人之间追偿权的直接规定体现于《民法典担保制度解释》第13条，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第54点即认为应参照该条规定。但若该条本身存在缺陷且存在其他更为妥当的共同担保规则，题设问题参照适用该司法解释第13条的规定并非最优选择。具体而言，《民法典担保制度解释》第13条是有限度地承认共同担保人之间的追偿权。其中，第2款将“各担保人共同签署同一合同文本”与“担保人之间明确约定连带责任”两种情形未作区分地等同处理，忽略了担保人分别与债权人独立订立担保合同亦可成立连带共同担保、共同订立担保合同还可成立按份共同担保的实践样态。这种解释方案实质上是将担保合意的外在表现形式作为认定连带责任的标准，该款规定缺乏准确

(46) 王利明：《民法典中参照适用条款的适用》，载《政法论坛》2022年第1期，第46页。

(47) 贺小荣：《体系化思维对民事裁判统一性的内在约束——以〈民法典〉适用为视角》，载《中国应用法学》2022年第4期，第11页。

(48) 岳卫：《保证保险合同纠纷法律适用的规范逻辑》，载《法律适用》2024年第8期，第83页。

(49) 高圣平：《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国〈民法典〉的处理模式及其影响》，载《国外社会科学》2020年第4期，第16页。

(50) 高圣平、陶鑫明：《债务加入法律适用中的争议问题——以〈民法典合同编通则解释〉第51条为分析对象》，载《法律适用》2024年第1期，第45页。

性。⁽⁵¹⁾此外,结合《民法典》第700条与《民法典担保制度解释》第20条规定进行体系解释,可得出肯定共同担保人相互追偿之结论,并不受是否在同一合同书上签章之约束。因此,当保证保险与混合担保竞存时,不宜继续参照适用与内部条文存在矛盾、与上位法存在冲突的《民法典担保制度解释》第13条之规定,故《金融审判会议纪要(征求意见稿)》第54点规定的正当性存疑。

对于后者,保证保险人的责任与混合担保人的责任是否可以解释为连带债务以证成追偿权?在共同担保的场景下,肯定追偿的部分论者通过“同一层次”理论论证共同担保债务的连带性⁽⁵²⁾,也有论者对连带债务成立的限定主义提出疑问⁽⁵³⁾,认为《民法典》第518条第2款所称的法定或约定,并未要求使用“连带”字样,即非唯名是从。如此一来,共同保证只要满足该条第1款连带债务的定义(债务人有数人且债权人可请求各人履行全部债务的),即成立连带共同保证。他物担保可借道多数人责任的一般规则(《民法典》第178条第1款),证成连带共同物保。⁽⁵⁴⁾在题设场景下,同样属于无债务责任的保证保险似乎也可类推适用他物担保的解释路径,结合《民法典》第518条第1款与第178条第1款,得出保证保险责任与混合担保责任的连带性。但需要注意的是,保证保险人依据《保险法》第2条承担独立保险责任,其义务源于投保人支付保费形成的风险移转关系。如果损失属于保险责任范围内,保险公司须按合同理赔;而担保人依《民法典》第388条(或第682条)承担从属性担保责任,以主债务有效存在为前提。二者在法律构造与责任性质上存在根本差异,而人保与物保至少责任产生基础同源,存在解释空间。在保证保险与混合担保竞存场景下,不宜将多数人责任认定为连带责任,否则将对责任人苛以较为严格的共同责任,无法发挥两类合同各自的制度功能。至此,追偿权的解释路径受阻,转向第二种路径,即代位权。

就代位权而言,题设情形可能适用或参照适用的规范基础包括保险代位权(《保险法》第60条)、保证代位权(《民法典》第700条)以及第三人清偿代位(《民法典》第524条)。从既有裁判思路来看,采取代位权路径的主要是依据《保险法》第60条,通过对“第三者”的扩张解释,将混合担保人纳入追偿范围。考察《保险法》第60条的立法沿革,可以发现保险代位权并非脱离民法基础理论凭空创设的权利,本质上属于债权法定移转,最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第98点也持同样的观点。债权法定移转与《民法典》第547条第1款规定的债权约定移转在法律效果上是一致的⁽⁵⁵⁾,也就是说保证保险人在履行赔付义务后,即承受债权人的权利,包括主债权与从权利,进而有权向其他担保人追偿。保险代位权的成立条件和行权要件都经由法律规定,意味着在保险人承担保证保险责任后,无论被保险人是

(51) 李宇:《〈民法典〉中共同担保人分担责任之规范体系》,载《法商研究》2024年第4期,第151页。

(52) 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》,载《政治与法律》2014年第6期,第92页。

(53) 张定军:《连带债务发生明定主义之反思》,载《法学研究》2023年第2期,第160页。

(54) 李宇:《〈民法典〉中共同担保人分担责任之规范体系》,载《法商研究》2024年第4期,第137-138页。

(55) 高圣平主编:《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》(上册),中国法制出版社2021年版,第236页。

否出具《权益转让书》，都不影响保险人代位权的成立。故前述部分法院将《权益转让书》等同于《民法典》第 547 条规定的意定债权转让，实则突破了保险代位权的法定限制，与《保险法》第 60 条的立法旨意背道而驰。基于法律内部的体系性（民商合一的体例）而言，保险代位权并不因个别字眼而具有特殊性。同时，《保险法》第 60 条规定的保险代位求偿权与《民法典》第 524 条规定的第三人清偿代位在构成要件、行使条件及法律效力方面都表现得相当一致。⁽⁵⁶⁾ 这两条代位规则从逻辑上都可推导出保证保险人向混合担保人请求分担责任，只是在特别法（此处的《保险法》第 60 条）有规定的，应优先适用特别法的规定。

虽然实践中的争议主要是保险理赔在先，但担保人在先清偿的情形确实可能发生⁽⁵⁷⁾，故担保人能否向保险人追偿也有论证之必要。对此，有论者同样认可保险人可依据保险代位权向混合担保人追偿，但又基于保险债务与担保债务的差异，认为保险人和各担保人对债权人的债务难以称得上具有某种“共同关系”，进而否定混合担保人向保险人追偿。⁽⁵⁸⁾ 这意味着同样发挥着债权保障功能的保证保险人具有优于混合担保人的地位，有违商业平等与公平原则。当混合担保人清偿在先，其欲向保证保险人追偿自无适用保险代位权（《保险法》第 60 条）的可能。至于能否如共同担保人的责任分担一样，类推适用保证代位权（《民法典》第 700 条）或第三人清偿代位（《民法典》第 524 条）请求保证保险人进行责任分担，须进一步考察。在共同担保的场景下，主张类推适用《民法典》第 700 条规定的是将“享有债权人对债务人的权利”解释为包括主债权和作为从权利的担保权⁽⁵⁹⁾，主张类推适用《民法典》第 524 条的是对“其对债务人的债权转让给第三人”中的“第三人”涵射范围进行解释⁽⁶⁰⁾。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 30 条第 1 款第 1 项明确“保证人或者提供物的担保的第三人”属于《民法典》第 524 条所涉的“对履行该债务具有合法利益的”第三人范畴，这为类推适用第三人清偿代位的路径提供了进一步的规范支撑。从法条内涵和制度设计来看，两种路径实际上可以解释为保证人（或第三人）清偿后对主债权的承受，其实质性原理都是债权法定移转。在共同担保的场景下，在先清偿的担保人自可解释为代替原债权人成为新的债权人，进而承受债权人的从权利，向其他担保人追偿。但保证保险合同作为独立的保险合同，与债权人和债务人之间签订的主合同不具有从属关系。被保险人（债权人）相对于保险人的权利也非从权利，

〔56〕周玉华：《试论保险代位权与求偿权的法律性质》，载《政法论坛》2024 年第 3 期，第 148-149 页。

〔57〕甘肃省平凉市（地区）中级人民法院民事判决书，（2020）甘 08 民终 1121 号；广东省清远市中级人民法院民事判决书，（2021）粤 18 民终 4627 号。

〔58〕张旭东：《保证保险代位权问题研究》，载《保险研究》2022 年第 7 期，第 91 页。

〔59〕杨代雄：《共同担保人的相互追偿权——兼论我国民法典分则相关规范的设计》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 3 期，第 61 页；谢鸿飞：《共同担保一般规则的建构及其限度》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 4 期，第 123 页；贺剑：《担保人内部追偿权之向死而生——一个法律和经济分析》，载《中外法学》2021 年第 1 期，第 119-120 页。

〔60〕李宇：《〈民法典〉中共同担保人分担责任之规范体系》，载《法商研究》2024 年第 4 期，第 146-147 页；龚思涵：《混合共同担保人相互求偿的证成与理论构造》，载《西南政法大学学报》2023 年第 5 期，第 39-41 页。

而是依保险合同独立存在的理赔请求权。如果主合同不成立，保险合同自归于无效，原因在于《保险法》第12条⁽⁶¹⁾规定的保险标的要件自始不存在，而非从权利随主权利消亡。至此，既有的“承受债权人从权利”的解释方案，难以证成在先清偿的混合担保人有权向保证保险人追偿。但《保险法》第49条⁽⁶²⁾可为破解该难题提供新视角。当混合担保人履行担保义务后，其法律地位转化为新债权人，由此在风险保障权益层面取得适格性，理论上具备接续原债权人部分权益的资格，即对主债权享有保险利益，承受原债权人的保险金请求权。然而，基于风险分配的内在逻辑，若允许在先清偿主体完全承继全部保险权益，将导致两种制度性失衡：其一，在先清偿方仅承担有限担保责任却获取超额保险保障，这有违权利义务对等原则；其二，可能诱发逆向选择行为，催生责任移转的套利空间。故应在承认代位权益部分可继承性的前提下，明确追偿的范围，确保风险传导机制与利益获取范围形成动态平衡。

（三）相互追偿的具体规则

关于共同担保的责任分担份额的讨论较多，基本达成的共识是有内部约定的，按照约定分担；没有约定的，应先向主债务人追偿，追偿不能的再请求其他担保人分担。其中，如果是连带共同担保，则按照《民法典》第518条平均分担；如果非连带共同担保，则按担保责任比例分担。只是在计算方式上未有共识，存在“人保群团与物保群团之分担计算说”“人保群团与物保个别责任分担计算说”“物保群团与人保个别责任分担计算说”“个别担保人分担计算说”等观点。⁽⁶³⁾对于保证保险与混合担保竞存时的责任份额，可以参照上述做法：在有明确约定时，按照约定份额追偿；在没有明确约定时，同样先向投保人追偿，对于追偿不能的部分，按照约定保险责任额或担保责任额占所须承担的责任总额的比例向其他担保人或保险人追偿。

由于保证保险业务的特殊性，保证保险与混合担保竞存时往往还会涉及追偿范围的争议。实务中，保险机构在与融资方订立的保证保险合同中，通常约定当保险机构履行保险赔付义务后，投保人应在合同约定的期限内，向保险机构归还全部理赔款及应付而未付的保险费，否则构成合同违约。保险机构有权依据合同约定，向融资方主张资金占用损失赔偿或违约金责任。考察平安财险、大地财险、阳光财险等多家保险公司的保证保险合同，发现基本上是以尚欠全部款项（全部赔偿款项+应付而未付保费）为基数，从保险人赔偿当日开始按每日千分之一的标准计算违约金。实践中存在争议的问题是上述资金占用损失或违约金条款是否有效？否定论者认为，保证保险中的违约金条款是由保险人单方设定的格式条款，合同相对方（即投保人）无协商权，显失公平且违背损失填补原则，应属无效。⁽⁶⁴⁾此外，在投保人未能按约偿还贷款人借款的情况下，既要承担借款合同本身的违约金，还要给付保险人保险费。而保险契约中预设的逾期违约金条款，实

(61) 《保险法》第12条第2款规定：“财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。”

(62) 《保险法》第49条第1款规定：“保险标的转让的，保险标的的受让人承继被保险人的权利和义务。”

(63) 高圣平：《混合共同担保的法律规则：裁判分歧与制度完善》，载《清华法学》2017年第5期，第154-156页。

(64) 于秀丽：《履约保证保险合同纠纷裁判的乱象及其矫正》，载《山东法官培训学院学报》2022年第5期，第105页。

质上是将保险机构承保的信用风险通过合同约定再次转嫁给融资方，客观上增加了债务人的融资成本与经济负担。^{〔65〕}对此持支持立场的论者中，有的以契约自由为视角，认为此类格式条款若满足缔约双方真实意思合致的基本要件，且未突破《民法典》第153条关于法律行为效力的禁止性规范边界，则应当确认其法律效力。^{〔66〕}此种解释路径强调商事交易中风险分配机制与意思自治边界的动态平衡关系。另有论者则从违约金条款带来的效果出发，认为赋予保险机构主张资金占用补偿或约定违约金的权利，可有效抑制被保险人因违约成本不足引发的逆向选择行为，维护风险定价机制的有效性^{〔67〕}及市场稳健运行。^{〔67〕}可以见得，理论界与实务界对违约金条款的效力问题均未达成一致意见。

笔者认为，保证保险合同中的违约金条款作为风险分配机制的重要组成部分，其合理性可从制度功能、风险控制及商事效率三个维度进行法理证成。首先，从制度功能视角看，违约金条款契合保险合同的射幸性与对价平衡原则。保证保险以信用风险为承保标的，保险人在精算定价时已将投保人履约概率纳入费率模型，违约金作为投保人违约的成本预设，可有效约束逆向选择行为，避免投保人通过故意违约转嫁风险，从而维护精算基础的有效性。其次，从风险控制角度看，违约金条款具有行为矫正功能。在保险关系存续期间，投保人须履行风险告知、防灾减损等附随义务，违约金通过经济杠杆促使投保人积极履行义务，例如在贷款保证保险中，投保人（借款人）若未按约披露财务状况变化，保险人可通过违约金机制弥补因此增加的承保风险。最后，从商事效率角度看，违约金条款可降低交易成本。预先约定违约后果避免了争议解决中的举证困难。须注意的是，违约金的效力问题关涉保险人的违约惩罚与投保人的损失填补之间的利益衡量。违约金条款的合理性边界须受比例原则限制，根据《民法典》第585条的规定，违约金数额应以损失为基础，司法实践中不乏对保证保险合同违约金进行调整的做法^{〔68〕}，以平衡保险人的风险管控需求与投保人的权益保护。

由此，违约金条款原则上是有效力的，只是实践中保险人往往通过代位求偿这一法定权利一并向投保人主张。此种行权方式可能造成的问题是，在该笔债务同时存在混合担保的情形下，若保险人向投保人追偿不能，其能否就包含违约金在内的追偿不能部分向其他混合担保人请求责任分担？笔者认为，其一，违约金条款的成立在于投保人与保险人的合意，基于合同相对性，其并不对抗保证保险合同之外的其他担保人。其二，如果要求其他担保人共同分担违约金损失，无疑加重了担保人责任，违反了《保险法》第60条规定的“在赔偿金额范围内”的规定。其三，相互追偿制度的目的之一便是通过风险分散机制避免个别责任人的不公平负担，超额担责无疑与制

〔65〕 江苏省无锡市中级人民法院民事判决书，（2021）苏02民终5587号。

〔66〕 李慧：《借款保证保险实务问题探究》，载《保险研究》2020年第12期，第108页。

〔67〕 钱玉文、郭江雪：《保证保险代位求偿权的法律适用研究》，载《保险研究》2024年第7期，第122页。

〔68〕 安徽省高级人民法院民事裁定书，（2020）皖民申1768号；北京金融法院民事判决书，（2022）京74民终519号；北京市第三中级人民法院民事判决书，（2020）京03民终12315号；湖南省长沙市中级人民法院民事判决书，（2020）湘01民终2107号；浙江省杭州市中级人民法院民事判决书，（2019）浙01民终8295号。

度目的相悖。基于此，违约金并不在代位求偿权的涵盖范围内，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》中第54点亦持同样观点。违约金请求权系独立的请求权基础，保险人可以同时主张代位求偿权与违约金请求权。

（四）小结

当保证保险与混合担保竞存时，通过对价值基础与规范基础的分析，可以得出肯定保证保险人与混合担保人相互追偿的结论。支持该立场的规范基础包括追偿权与代位权两种。经分析，无论是法定的直接追偿权还是连带债务的追偿权均无参照适用的余地。若保证保险人清偿在先，其可通过《保险法》第60条的规定向其他担保人追偿。若混合担保人清偿在先，其可通过参照适用《民法典》第524条或第700条，承受债权人的权利，并结合《保险法》第49条的规定，在先清偿的担保人可对主债权享有保险利益，进而有权向保证保险人追偿。在具体追偿规则的展开上，需要明确追偿的份额和范围。就份额而言，共同担保人责任分担份额的规则可资借鉴，有约定的应遵从约定；没有约定的，应对投保人履行不能的部分，按照保险责任额或担保责任额占所须承担的责任总额的比例进行责任分担。就范围而言，保险人不能通过代位求偿权之诉主张违约金或资金占用损失，保险人与投保人关于违约金或资金占用损失的约定不对抗其他担保人，也即其他担保人无须就该部分金额进行责任分担。

五、结语

保证保险与混合担保的竞存，本质上是金融风险分配工具多元化发展的必然产物。二者虽共享债权保障功能，但法律属性与运行机理存在根本分野：保证保险以精算对价为基础构建独立风险池，其本质仍为保险；混合担保则以债务从属性为核心形成补充责任链。保证保险与混合担保并存时产生了存在合理性、履行顺位、事后追偿等问题。就并存合理性而言，担保品是否充足并不影响保证保险的设立。就履行顺位而言，当事人约定优先原则与债权人选择权制度的结合，既尊重商事主体的风险偏好，又避免因责任顺位僵化导致的权利实现低效。就责任分担而言，《金融审判会议纪要（征求意见稿）》第54点确立的肯定相互追偿的价值结论具有合理性，但不应参照适用《民法典担保制度解释》第13条的追偿规则，而应通过对保险代位权、保证代位权及第三人清偿代位等规则的解构，在《民法典》与《保险法》之间架设制度桥梁。这既为保险人和担保人相互追偿寻求到更为妥适的参照适用规则，也回避了《民法典担保制度解释》第13条的缺陷。

未来对于题设问题的制度完善须关注三个方面：其一，保险射幸性与担保确定性的冲突调适，尝试通过动态比例分担机制平衡各方利益；其二，格式条款效力审查与商事效率的协调，探索建立保证保险违约金条款公平性评估标准；其三，代位权行使边界的厘清，须以“主债权本息”为限划定责任边界，防止风险传导链条的无限延伸。唯有在制度协同与规则创新中寻求突破，方能实现信用保障工具从简单叠加到有机融合的范式升级，最终服务于金融市场风险治理体系现代化的时代命题。

Legal Rules Governing the Coexistence of Surety Bond and Mixed Guarantee

—Analysis and Exploration Based on Judicial Discrepancies

PU Nanxi

Abstract: The legal structures and institutional functions of surety bond and guarantee differ significantly. Even if the debtor has provided adequate security, this does not preclude the establishment of surety bond. When surety bond and mixed guarantee coexist, the parties follow the agreement on the order of liability if there is an explicit agreement. In the absence of such agreement or ambiguous stipulations, the insured retains the option to exercise either the security right or claim insurance proceeds. The insured shall exercise his rights with care and in accordance with the principle of utmost good faith. After fulfilling obligations, the insurer (or guarantor) may seek contribution from other guarantors (or insurers), which finds both normative support and value-based justification. An insurer making prior payment may claim contribution from other guarantors pursuant to Article 60 of the *Insurance Law*, with the scope of contribution excluding penalty interest or losses from capital occupation. Conversely, a guarantor satisfying obligations first may exercise the right of recourse against the insurer by reference to Articles 524 or 700 of the *Civil Code*, combined with the doctrine of insurable interest succession established under Article 49 of the *Insurance Law*.

Keywords: Surety Bond; Mixed Guarantee; Right of Recourse; Subrogation; Legal Assignment of Creditor's Rights

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)