

论物保与人保并存纠纷中债权实现之顺位

——以近五年来类案实证研究为基础

赵旭东,徐佳咏

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要:在物保与人保并存纠纷中,当事人之间约定不明、约定歧义较为凸显,类案不同判现象频发。对近五年类案进行实证研究,探寻合理解释当事人约定的路径,统一纷乱的裁判尺度。物保绝对优先理念符合公平正义的普遍期待,尽管《物权法》第176条融入了意思自治的衡平要素,但对当事人约定的解释应以有利于保证人为原则。关于保证人是否放弃物保优先抗辩权,须综合考量案件事实、约定条款、提示说明义务等因素,全面公正地加以裁断。应当明确的是,保证人放弃物保优先抗辩权,并不能赋予债权人实现担保顺位的选择权,保证人以承担并行连带责任为限。

关键词:物保;人保;债权实现;责任顺位;优先抗辩权

中图分类号:D913 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2020)01-0092-09

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2020.01.008

On the Realization Priority of Creditors' Rights in the Mixed Disputes of Material Guarantee and Personal Guarantee

——Based on Empirical Study of Similar Cases in Recent Five Years

ZHAO Xu-dong, XU Jia-yong

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: In a dispute over the co-existence of material guarantee and personal guarantee, the agreement between the parties is unclear and the ambiguity of the agreement is relatively prominent, as well as the different judgments in such cases occur frequently. It is necessary to carry out empirical research on the cases in the past five years, to explore the path to reasonably interpret the agreement of parties and to unify judgment scale of chaos. The concept of top priority of material guarantee meets with the common expectation of fairness and justice. Although article 176 of the Property Law integrates the equitable elements of autonomy of will, the agreement between parties should be interpreted on the priority of the guarantor. Regarding whether the guarantor gives up the priority right of defense, it is necessary to consider the facts of the case, the terms of the agreement, the obligation of states and other factors to arbitrate in a fully fair manner. It should be clear that the creditor cannot get the option to realize the guarantee in sequence if the guarantor waives the right of priority defense, and the guarantor is limited to undertake the concurrent joint liabilities.

Key words: material guarantee; personal guarantee; realization of creditors' rights; responsibility priority; priority defense right

一、引言

所谓物保与人保并存纠纷,系指因同一债权既有债务人自己提供的物的担保又有第三人提供的物保尤其是保证所引发的纠纷,学说上有人将此称之为“混合共同担保”纠纷,^[1]也有人称之为“物保与人保并存”纠纷。^[2]当前,此类纠纷处理的难点与争议较大之处在于债权人实现债权的顺位问题。从中国裁判文

收稿日期:2019-10-25

作者简介:赵旭东,男,中国法学会商法学研究会会长,中国政法大学民商经济法学院教授,博士生导师,法学博士,长江学者奖励计划特聘教授,主要从事商法学、公司法和合同法等研究;徐佳咏,女,博士研究生,主要从事公司治理研究。

书网以“物权法176条”为关键词搜索,有236个案件结果;以“物保与人保”为关键词搜索,有797个案件结果;以“物权法194条”为关键词搜索,有11个案件结果;若以“放弃物保”为关键词搜索,则有15个案件结果。通过大量审阅以上相关搜索案件具体案情与裁判结果,获得近五年与研究主题较为密切相关的案例计56件。结合这五年来的相关类案展开实证研究,以供类案裁判参考。

二、物保与人保并存纠纷债权实现条款模式

物保与人保并存中债权实现顺位的问题,与债权人选择的诉讼模式有关,尤其与相关条款的内容约定紧密关联。案例实证研究表明,当前物保与人保并存纠纷基本诉讼模式主要有以下三种:一是合并诉讼模式,即债权人将债务人、物保提供人、人保提供人一并诉讼的模式,绝大多数的案例情形皆属此类情形。二是分割诉讼模式,即债权人将债务人、物保提供人、人保提供人分案诉讼、先后诉讼的做法,因此类诉讼模式涉及双重或多重缴纳诉讼费用、双重或多重诉累等问题,并不多见。三是单一诉讼模式,即债权人仅起诉担保人,尤其是人保提供者,却并不起诉债务人的诉讼模式。这种完全不起诉债务人主张债务或其他物保责任而仅单独起诉保证人主张保证责任的,十分罕见。从中国裁判文书网搜索到的近五年物保与人保并存案件中,目前仅有两起债务人提供物保而债权人却没有起诉债务人的案件。^①与以上诉讼模式相对应,混合担保纠纷情形下判定保证人承担责任的方式主要为以下两种类型:一是补充连带责任模式,即保证人只在债务人的物保先行实现后仍不足以偿还债权的范围内承担在后的、补足的责任。二是并行连带责任模式,即保证人与债务人同时向债权人承担责任,并不区分先后顺序。以上两种责任模式中,保证人承担补充连带责任的裁判模式显然占据绝对主要的情形,而并行连带责任模式并非主要方式。之所以如此,一方面相当程度地体现着“物保优先”的基本社会价值观念,另一方面,则是由于多数案件事实上并不存在物保与人保实现顺位的明确约定。现实之中,债权人自己认为其与保证人等约定明确却被法院认定为约定不明确的案例并不少见。^②

那么,究竟怎样的条款约定才属于“明确”,而怎样的条款约定又属于“不明确”呢?尤其当债权人为银行、资产管理公司等专业债权人时,有关实现物保与人保等担保权益通常都有他们事先拟定而且自认为应属明确的约定、甚至是格式条款等。因此,如何理解与把握此类条款约定,往往成为同类案件裁判法官必然面临的难题。不同的法官,结合不同的案情,的确会有不同的裁量。类案研究表明,现实之中,此类条款约定大致呈现以下三种基本样式:

1. “约定不明样式”。该类约定条款之中,所谓“债权人可以直接主张……”之类的表述,成为该类条款表述的基本特征所在。例如,最高人民法院判决的中国农业发展银行乾安县支行与江苏索普(集团)有限公司等保证纠纷案,债权人即与债务人及保证人分别约定:“当债务人未履行债务时,无论抵押权人(债权人)对主合同项下的债权是否拥有其他担保,抵押权人(债权人)均有权直接要求抵押人(保证人)承担担保责任”。对此,二审判决即认为,该类条款并不能必然得出已就担保物权的实现顺序与方式等作出了明确约定,因而属于物保与人保实现约定不明确的情形。再如,上海市第一中级人民法院判决的天津银行股份有限公司上海陆家嘴支行与上海谷吉实业有限公司等金融借款纠纷案,该案相关条款约定:“如借款人未按主合同约定履行偿付贷款本息和相应费用的义务,乙方可直接向甲方追索”。对此约定,一审法院认为,该条款仅仅是规定了连带责任的承担形式,但对于同一债权物的担保和人的担保实现的先后顺序并没有明确约定;上海一中院二审判决进一步认为,该类约定并无保证人放弃有关物保优先抗辩权的意思表示,亦未明确约定实现担保权的顺序,故仅仅依据该类约定并不能得出债务人已放弃物保优先抗辩权的结论。还如,上海市高级人民法院判决的中国长城资产管理公司上海办事处与海南天邑国际大厦有限公司等金融借款合同纠纷案等。^③因此,所谓“债权人可直接主张保证责任、或抵押责任”等类似条款表述,实践中

^①详见(2015)沪一中民六(商)终字第192号民事判决、(2016)最高法民终40号民事判决,中国裁判文书网可查询。以下脚注所列案件均为中国裁判文书网查询所得,除注释案号外,不再就此予以注明。

^②详见(2017)最高法民终370号民事判决以及(2015)民二终字第280号民事判决。

^③详见(2014)沪高民五(商)终字第26号民事判决。

一般都会被法院认定为约定不明确。这是因为,所谓“有权直接要求或直接主张”等,均难以必然得出保证人同意了可以先不起诉提供物保的债务人、或同意了放弃物保优先抗辩权的基本结论。此时,法官普遍会对保证人所享有“物保优先抗辩权”^①给予充分的尊重与维护。因此,当债权人不起诉债务人主张物保时,一般不会予以准许;而当债权人已经起诉债务人主张物保优先受偿时,也只会判决保证人承担债务人物保受偿不足部分的补充连带责任。

2. “约定明确样式”。此类条款约定,不论其文字表述简单还是复杂,关键是对于物保与人保实现顺位有着基本约定,核心在于可以得出程序上或是实体上不必先诉债务人物保的基本判断,即可以得出保证人放弃程序上或实体上物保优先抗辩权的意思表示,故又可称之为“放弃物保优先抗辩权样式”。该类条款中,“(债权人)可以先行处分、(保证人)放弃优先抗辩权”等文字表述,往往成为其基本样式所在。例如,最高人民法院关于平安银行股份有限公司大连分行与沈阳市新辽贸易有限公司等金融借款合同纠纷一案。^②该案相关条款约定:“无论债务人或者第三人是否提供物的担保(抵押/质押),债权人均有权要求保证人承担保证责任,而无需先行处分担保物”。对此,辽宁省高级人民法院一审认为,保证人据此约定,只应承担补充连带责任,即认为此类条款约定不明;但最高人民法院二审认为,根据该约定,债权人有权在对物的担保实现债权之前请求保证人承担保证责任,据此判令保证人承担并行连带责任。再如,北京市第四中级人民法院关于中国民生银行太原分行与山西同辉公司、吕梁永宁公司金融借款合同纠纷一案。^③该案债权人与保证人在相关合同条款中即约定:“如除本合同约定的担保方式外,主合同项下还存在其他担保的(包括主合同债务人以自己的财产向债权人提供的抵押担保),则保证人对债权人承担的担保责任不受任何其他担保的影响,也不因此而免除或减少。债权人因任何原因放弃对主合同债务人财产享有的抵押权、变更抵押权的顺位或内容,造成债权人在上述抵押权项下的优先受偿权丧失或减少时,保证人承诺对债权人承担的担保责任不因之而免除或减少。”除此之外,债权人与债务人物保合同中还约定:“如除本合同约定的担保方式外,主合同项下还存在其他担保的(包括主合同债务人以自己的财产向债权人提供的抵押担保),则债务人对债权人承担的担保责任不受任何其他担保的影响,也不因此而免除或减少。债权人有权选择优先行使本合同项下的担保权利,债务人放弃任何其他担保的优先抗辩权;债权人因任何原因放弃对主合同债务人财产享有的抵押权、变更抵押权的顺位或内容,造成债权人在上述抵押权项下的优先受偿权丧失或减少时,债务人承诺对债权人承担的担保责任不因之而免除或减少。”类似以上有关实现物保与人保之约定,自然应属明确。据此,法院最终判令保证人对债务人的债务承担并行的连带责任。

3. “约定歧义样式”。此类条款约定,实际是第一种样式的延伸。尽管第一种样式多数情况下被视为约定不明,因而据此作出裁判,但也有可能被认为约定明确,并据此作出相反裁判。因此,类似第一种约定不明的样式,较少情形下又可能成为存有争议的样式。这种存有争议的样式,常常有着相对复杂的文字内容,看似明确,但因关键用词表述不准确,存在歧义,故在得出保证人是否放弃物保优先抗辩权问题上,可做不同解读,以至于此类约定究竟属于约定明确、还是约定不明确,经常引发争议。此类条款约定中,所谓“债权人可直接主张”之类的表述,是成为引发争议的关键所在。例如,最高人民法院关于中国长城资产管理公司贵阳办事处与贵州六枝特区佳顺焦化有限公司等债权转让及担保纠纷案,^④以及关于中国长城资产管理公司广州办事处与广州云山大酒店有限公司等合同纠纷案。^⑤两案相关条款因由同一当事人长城资产管理公司拟定,故文字表达完全相同,即:“无论甲方对主合同项下的债权是否拥有其他担保(包括但不

①所谓“物保优先抗辩权”,系指混合共同担保情形下保证人对债权人所享有的一种抗辩权利。一般认为,保证人有权要求债权人应先行主张或实现物的担保后才可向其主张保证责任,这种权利不仅是程序上的对抗权,更可以是实体上的抗辩权。通俗说,即混合共同担保情形下,债权人应先就物保进行主张,之后才可向保证人主张保证责任,否则,保证人得以抗辩。“物保优先抗辩权”又可分为“绝对物保优先抗辩权”与“相对物保优先抗辩权”等。

②详见(2014)民二终字第46号民事判决。

③详见(2016)京04民初91号民事判决。

④详见(2015)民二终字第280号民事判决。

⑤详见(2016)最高法民终554号民事判决。

限于保证、抵押、质押、保函、备用信用证等担保方式),不论上述其他担保何时成立、是否有效,甲方是否向其他担保人提出权利主张,或放弃、部分放弃任何担保债权,也不论是否有第三方同意承担主合同项下的全部或部分债务,也不论其他担保是否由乙方自己所提供;乙方在本合同项下的担保责任均不因此减免,甲方均可直接要求乙方依照本合同约定在其担保范围内承担担保责任,乙方将不提出任何异议。”对此条款,两案一审法院贵州省高级人民法院与广东省高级人民法院均认为属约定不明,但最高人民法院同一庭室两个合议庭却先后认识不一,甚至作出截然相反的判断。在前一案件之中,最高人民法院认为此类表述,并不能认定为是对担保债权实现顺序的约定,故无法推导出债权人对担保债权的实现顺序享有选择权,即属于约定不明,据此判令保证人只承担补充连带责任。在后一案件中,最高人民法院则认为,该类表述意味着并无担保责任顺位的限制,即属于约定明确,最终又判令保证人承担并行连带责任。何以最高法院对于相同条款居然理解不一、把握不一、裁判不一?究其缘由,固然有法官裁判理念上的差异,但更为主要的还是相关条款文字表述上存在歧义。由此可见,所谓人保与物保约定歧义对于现实裁判影响之巨大,对此必须统一把握。

之所以类似以上文字条款会引发争议,首先在于该条款之中如前所述“可直接要求”之类文字上的模糊表述,从中的确难以得出物保与人保“先与后”的实现顺位关系,更难以得出保证人“放弃物保优先抗辩权”的明确结论。再者,结合长期以来司法对于格式条款的基本裁判理念,当类似格式条款并未向对方特别释明,即如《合同法解释二》第6条的规定,提供格式条款的一方对格式条款中免除或限制其责任的内容,在合同订立时未采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识,并按照对方要求对格式条款予以说明的,人民法院应当认定不符合《合同法》第39条所称“采取合理的方式”提请对方注意,且应由提供格式条款一方对已尽合理提示义务及说明义务承担举证责任。据此,当银行等专业债权人不能证明已尽到合理提示注意义务时,法官们必然倾向于对此类并不十分明确的条款约定,作出对格式条款一方不利的解释,故当债权人与保证人因此发生争议时,多会按照有利于保证人一方的解释作出判决。这也是以上两个案件中,贵州高院、广东高院、最高人民法院作出对保证人更为有利判决的原因所在。

三、物保优先抗辩权对债权实现顺位之制约

正确理解物保与人保并存纠纷债权实现顺位的问题,首先要对相关理论学说有必要了解。一直以来,关于物保与人保实现顺位,即何种责任优先或是否平等实现等问题,大致有以下三种学说与主张^[1,4,5]。第一种观点,学界一般称为物的担保责任“绝对优先说”^[1,4,5]。①该说认为在人保与物保并存时,债权人应当先向物上担保人主张权利,只有在物保不足以清偿的情况下,债权人才能够要求保证人承担补充性的保证责任,此时保证人仅对债权人物保之外的债权提供担保。这种学说的理论基础一般认为是“物权优先于债权”理论的运用,且在我国《担保法》中得以集中体现,我国台湾地区实务界人士大多也赞同此说,与社会大众的普遍认知亦较为吻合。第二种观点,一般称其为物的担保责任“相对优先说”^[1,4,5]。②这种学说的大致含义在于债权人可以选择由物上担保人还是保证人先承担担保责任,如果物上担保人承担了担保责任的,物上担保人不得向保证人追偿,但是如果是保证人承担了物保责任,则其可以代替债权人要求物上担保人承担担保责任。在大陆法系,这种学说不同程度地体现在立法中,法国、德国、俄罗斯以及修正前的台湾地区的“民法”均采用了这种立法体例。第三种观点,称为物的担保责任和人的担保责任“平等说”^[1,4,5]。③该说基本要义在于债权人可以选择行使担保物权或者保证债权,已承担担保责任的人可以向其他担保人追偿其应承担的份额。这种观点为日本、我国台湾地区修正后的“民法”^[6]以及我国民法学界多数人所接受,主要理由是:保证对于主债务具有补充性,但对担保物权并不具有补充性,因此保证人对物

①“物的担保责任绝对优先说”也被称为“物保绝对优先说”“保证人绝对优待主义”。

②也称为保证人相对优待主义、区分物保提供者说等。

③亦称为“平等主义”“物保、人保平等说”“债权人自由选择说”等。

上保证人无法主张先诉抗辩权^[7]。此外,基于公平理念,债权人究竟先就担保物实行其担保物权或向保证人请求清偿,有其选择的自由,物上保证人与保证人的地位并无差别。《物权法》之前的《担保法解释》^①也采纳这个观点,以梁慧星老师为首的中国民法典立法研究课题组也认为,物上担保人承担担保责任后,如果债务人有保证人的,则保证人应当按特定比例分担责任^[8]。

正确理解物保与人保并存债权实现顺位之问题,当前尤其需要对《物权法》第176条之中四个“约定”作出准确理解与判断。《物权法》第176条前两个分句表述为:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;……”,对于该条文第一次出现的“约定”,显然系指关于实现担保物权性质的“约定”,对此应无任何争议。关键是后三个“约定”,究竟是指什么内容、什么性质的约定,司法实践常常认识不一。

理解《担保法》到《物权法》就物保绝对优先原则所作的修订,^②本质在于赋予债权人与保证人等就物保优先抗辩权以充分的协商机会。因此,把握《物权法》第176条之中所谓“约定”的核心,应当在于是否就保证人放弃物保优先抗辩权作出了明确的、一致的意思表示。在《担保法》有关物保绝对优先的法律规定下,物保与人保并存时的处理只能有一种模式,即先实现物保、后实现人保;《担保法》的司法解释对此进一步作出区分,即债务人的物保必须绝对优先,而第三人的物保可由债权人选择。如此,依然没有照顾到现实之中保证人可能愿意放弃物保优先抗辩权、以最大可能促成债权人与债务人交易的情形。正是为了照顾现实中的这种需要,为了更好地体现意思自治精神,《物权法》对此进行修订,其意显然在于给债权人行使物保与人保留出法律空间。因此,根据《物权法》第176条,所谓只要有约定,债务人的物保并非必须优先被实现,这其中的关键就在于审查保证人是否明确同意放弃了物保优先抗辩权。

之所以作以上理解与把握,不仅因为现实之中大量类案裁判的实质精神可以汇总得出如此判断,而且自我国《担保法》实施以来,物的担保责任优先已植入国民的法律意识之中,成为当事人的潜在意思。即债务人自己借的债并已经有自己的物提供了担保,自然应优先拿来还债,至于其他保证人为债务人担保,当然只是辅助交易性质,自然应当在债务人的物保变现仍不足情形下才予补充担责^[9]。因此,如果债权人打算并不一定按如此先、后顺位实现其债权的话,则债权人与保证人就必须对此充分协商,并十分明确地进行约定,即可以不优先实现债务人的物保,可以先找保证人;一旦对此没有约定或约定并不明确,则债务人的物保依然应当或必须优先被实现,而保证人则仍然还享有物保优先的抗辩权利。所以,这样的约定必须十分明确,不能有任何文字上模糊。尤其是,作为格式条款而未向保证人作出特别释明、特别提示、特别注意的话,因事关排除保证人默许享有的基本抗辩权利,事关加重保证人的保证责任,事关免除或限制债权人放弃物保的责任,即便不被宣告无效亦应当作出有利于保证人一方、不利于格式条款一方的解释。

对此,王利明教授也认为,依据《物权法》第176条的规定,在物保与人保并存情形下,“如果债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权。这就是说,如果物的担保是由债务人提供的,则债权人必须先实现该物的担保,然后才能要求物上担保人或保证人承担担保责任”^[2]。全国人大法工委胡康生主任也认为:“实践中,对同一债权,还可能出现债务人和第三人均提供了物的担保,还有第三人提供人的担保的情形。在这种情况下,是否要求债权人先行使债务人的物的担保?经研究,我们认为,无论是从公平角度,还是从防止日后追索权的繁琐,节约成本的角度,债权人均应当先行使对债务人的物的担保,否则保证人可以有抗辩权”^[10]。

正是基于对《物权法》第176条以上的理解与把握,所以就不难理解现实之中法官们对于物保与

①《担保法司法解释》条38第1款规定:“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担责任。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。”

②《担保法》第28条的规定,当物保与人保并存时,债权人只有先向物保人主张优先受偿后,不足的部分,才可以再向保证人主张保证责任,即所谓“物保绝对优先”的理念,由此,保证人享有绝对的“物保优先抗辩权”。

人保实现顺位条款所作的个案不同的裁判,不难理解前述条款样式的分析,不难理解不同法院、甚至同一法院之间的不同判断。任何所谓只要存在债权人与保证人之间实现顺位的条款,即必然得出保证人放弃物保优先抗辩权的论断,实际均是对《物权法》第176条简单而错误的理解。保证人是否真的放弃物保优先抗辩的权利,必须综合个案具体事实、剖析个案条款文字表述、结合是否属于格式条款、是否已特别释明与提示等,全面公正地加以裁断。例如,即便协议条款文字可以明确得出保证人同意放弃了其物保优先抗辩权,但该条款系作为协议格式条款而拟定,如无相关证据证明对该格式条款做过特别释明,即便如此明确的文字约定对保证人亦不能发生法律效力,不能视为保证人放弃了物保优先抗辩之权。反之,并非属于协议格式条款,即便协议文字简单,但文义十分清晰地表明保证人理解并自愿放弃其物保优先抗辩权,则保证人显然不能再行主张或抗辩物保应当优先于人保而实现。总之,审查与判断保证人放弃物保优先抗辩权的意思表示是否明确、以及是否确系保证人的真实意思表示,应为混合担保纠纷裁处之核心与关键所在。

四、债权实现顺位选择权之质疑

现实之中,也有一些裁判案例以及学说观点认为,《物权法》第176条中的“约定”,核心要义并不在于是否就保证人放弃物保优先抗辩权达成明确意思表示,而是可以赋予债权人以物保与人保责任追究的选择权利^[11]。例如,最高人民法院判决的中国建设银行股份有限公司榆林新建南路支行与榆林聚能物流有限责任公司等金融借款合同纠纷案。^①

必须指出,类似以上案例以及相关学说主张在现实之中有着一定的代表性,这种观点与主张仅从《物权法》第176条纯粹文义上理解似无不妥。但结合《担保法》到《物权法》相关条文的文法变迁以及债务人物保应当优先获得实现的社会普遍价值期待,所谓《物权法》第176条中的“约定”可以任意设定,甚至可以赋予债权人以担保责任追究选择权的理解确有不妥:其一,所谓可以约定“物保在先、人保在后”的模式,这只是一种文义上的假想,因为这根本就无需约定。正如《物权法》第176条所规定,即便不作此先、后约定,债务人的物保均当然要在先被实现。现实之中,债权人显然没有如此约定的主观积极性,而债务人更不会如此不知轻重。至于保证人,法律已经赋予其不作任何约定即可享有物保实现之后才补充担责的权利,其还有何必要作此约定?当然,保证人硬要如此先、后特别地强调亦未尝不可,只是此时其与债权人、债务人的谈判成本一定很高,何必费此口舌?所以说,所谓依据《物权法》第176条规定可以作“物保在先、人保在后”约定的理解,仅仅只是一种主观臆断罢了。其二,所谓可以“物保与人保同时实现”的约定模式,这与前述《物权法》第176条“约定”的核心在于保证人放弃物保优先抗辩权的意思表示是否明确的主张实质相同,当明确约定保证人放弃物保优先抗辩权时,保证人与债务人即处于同一担保责任顺位。其三,所谓可以约定“人保在先、物保在后”的约定模式,这的确亦无可。但值得注意的是,现实之中,这种约定可以先向保证人主张人保责任情形下,几乎少有债权人果真只是先向保证人主张人保责任;并且类案研究表明,当有着可以先向保证人主张人保责任的所谓明确约定时,因绝大多数此类案件债权人均是将债务人与保证人一并起诉,故即便有着保证人应当先担责的约定,法院最终也只是被判令保证人与债务人承担并行的连带责任。事实上,没有搜索到任何一起判令保证人先担责、而债务人的物保却可在后被实现的裁判案例。其四,特别值得强调的,所谓债权人可以享有物保与人保实现顺位选择权的主张是不能成立的,此处列举的案例基本都不支持这样的观点。

还须特别注意的是,无论是司法实践还是学术研究,尤其要特别防止无意或有意将“同等责任顺位”的约定或保证人放弃优先抗辩权的情形偷换或混同为债权人可有选择实现担保顺位权利的判断。这两者有着本质上的不同,决不能混同对待。所谓物保与人保之所以可能处于同等责任顺位,正是基于保证人放弃了物保优先抗辩的权利,但保证人放弃物保优先抗辩权决不意味着赋予债权人实现担保顺位的选择权。在保证人看来,原本其享有对于债务人的物保优先抗辩权,现即便通过明确约定放弃该项权利,即便不予

^①详见(2017)最高法民终170号民事判决。

主张债务人的物保应在先实现,其结果也仅仅是物保与人保同等、同时被实现。转换为诉讼语言,即债权人依然应一并起诉债务人与保证人,并一并主张物保与人保责任,这才是保证人放弃物保优先抗辩权的本义、要义及关键所在。但是,如果将保证人放弃优先抗辩权,理解为赋予债权人以物保或人保选择权的话,其现实后果便是债权人极其可能会滥用该选择权,并由此使得保证人陷入连债务人亦不如的尴尬法律境地。如此本末倒置,显然有违保证人放弃物保优先抗辩权的初衷。例如,债权人完全可能只起诉保证人而不起诉债务人,甚至可能放弃债务人的物保而仅追究保证人的责任,如此将与《物权法》的立法精神及立法本意相违背。^①或如,即便债权人一并起诉了债务人与保证人,即便法院裁判结果为债务人应当还债且债权人对债务人的物保享有优先受偿权,并同时判令保证人对债务人的债务承担并行连带责任,但到执行之时,债权人却只申请执行保证人而不申请执行债务人,进而再让保证人去进行追偿,如此执行阶段债权人对于物保与人保选择执行的做法,实质也是债权地位滥用的情形。

近现代以来,债权之所以具有优越性,只是因为社会交易的普遍化,因而债权现象相较于物权现象更为频繁而普遍地发生,据此债权问题更应为人们所关注。但债权的优越性决非等同于所有债权均要获得绝对优待的实现与保障。相较于债权人而言,保证人更为无辜,因为保证人正是为了促成债权人与债务人的交易才几乎无对价地陷入到担保交易之中。至少相较于债务人而言,保证人无疑更应获得法律上的优待。任何置债务人的物保不顾而优先强制实现人保的做法,无论是裁判阶段还是执行阶段,实质均为社会普遍观念不能接受。在一般老百姓看来,债务人借钱并用自己的财产提供了担保,其他人基于加强债务人还债信用而同时提供了人保,一旦债务人到期不能还债时,先用债务人自己提供的财产变卖还债,此乃天经地义。只有此等变卖仍不足以偿还债务时,再找保证人承担还款责任,才属符合旁人提供保证的原本之义,否则很难令人接受,至少中国人的还债理念及担保理念普遍如此。正因如此,《担保法》原本物保绝对优先的理念的确更为符合我国社会观念的普遍期待,即便《物权法》修订加入了意思自治的衡平要素,但也不能因此便无边无际地理解《物权法》第176条中的“约定”。所谓约定任何情形下保证人都应担责均无不可的说法,或者认为债权人基于约定可有物保与人保选择实现权利的主张,其实质均是债权保护滥用以及意思自治理念泛滥的集中表现。债权并非必须绝对要被保障实现,在大多发生商业交易风险而引发亏损情形下,或在破产情形下,债权即可能或可以不被实现;即便在债权应当获得实现的情形下,债权人也应当有先后地实现其债权。即如探讨之主题,混合担保情形下,只要保证人放弃物保优先抗辩权的意思表示不明或不能得出,则债权人即应先向债务人主张其债权的实现,否则债务人提供的物保还有何意义?保证人促成交易的善意与社会价值必然被扭曲,法律对于债权人与保证人应当同等对待,甚至保证人更应获得法律之优待。任何债权绝对应被实现,甚至不惜牺牲保证人物保优先抗辩权的做法,必将最终损害保证人提供保证的积极性,从而根本上影响到债权交易的形成与实现。

五、债权人是否放弃物保之认定

物保与人保并存纠纷处理实践中,还有一个较为疑难的问题,即时常会遇到保证人对于债权人是否放弃物保的抗辩问题,这也是导致相关纠纷之中债权实现顺位完全落空的问题。实证研究表明,不少物保与人保并存纠纷诉讼过程中,保证人的确经常会以债权人放弃实现债务人的物保而主张免除自身的保证责任,甚至提供物保的第三人也会对债权人行使此等免责抗辩权。这实际主要涉及《物权法》第176条与第194条等条文之间法律关系的理解与把握问题。司法实践中,认定债权人放弃债务人物保,总有多种多样的原因,当然也总难免引发相关之争议。

首先,何为放弃物保?关于究竟何为放弃物保,《物权法》第177条第3项规定:债权人放弃担保物权的,担保物权消灭。胡康生认任认为:“这里的‘放弃’是指债权人的明示放弃,明示放弃主要包括两种情形:一是债权人用书面的形式明确表示放弃担保物权。例如,债权人与债务人或者提供担保的第三人以签订协议

^①如前述最高人民法院(2016)最高法民终40号民事判决所反映的乾安支行与索普公司之间保证纠纷案。

的方式同意放弃担保物权。二是债权人以行为放弃。例如,因债权人自己的行为导致担保财产毁损、灭失的,视为债权人放弃了担保物权”。^[10]³⁸³另,最高人民法院前副院长李国光对“债权人放弃担保物权应当如何认定”的问题作了更为详细的阐述:实践中债权人明确地表示放弃担保物的情况毕竟是少见的,而通常表现出来的往往是一些债权人的不作为行为,导致担保物权事实上已不可能实现,这对保证人的利益是有重大影响的。因此,债权人的下列行为均应当认为属于放弃物的担保的行为:第一,明确表示抛弃担保权利,这是一种最典型的抛弃;第二,债权人虽无抛弃的意思表示,但因过错怠于行使权利,致使其归于消灭,亦应视为抛弃;第三,因债权人的行为致使该权利的实现较为困难时,亦应视为对该权利的抛弃;第四,因债权人的原因使权利的实际财产减少,亦为抛弃^[13]。很显然,放弃物保显然不仅仅是明示的,而且是可以结合相关事实进行认定甚至推定的。任何由于债权人的原因,致使债务人提供的物保无法实现、或实现困难、或该物保价值有所贬损之情形,均可以实质认定为债权人对于物保之放弃。此等放弃,显然既可以是全部的、彻底的,也可以是部分的、非彻底的。

其次,现实之中放弃物保之具体表现。基于以上对于债权人放弃物保的基本理解,根据《物权法》第194条的规定,债权人不得放弃债务人的物保,否则保证人相应免责,除非保证人承诺仍然承担责任。据此,作以下的理解应为符合立法之原意:即便债权人与保证人有着关于实现担保权利先后顺位的约定,但只要不能明确得出保证人同意债权人放弃债务人物保结论时,则债权人依然不得放弃债务人提供的物保。正因如此,当物保与人保并存时,为避免遭受所谓放弃债务人物保的质疑与抗辩,所以绝大多数的债权人均会同时起诉债务人与保证人,既主张物保优先受偿权,又主张保证连带责任。类案研究表明,几乎没有债权人会明确表示放弃债务人的物保,所以理论上要求债权人放弃物保必须明示的主张与社会现实的确格格不入。司法实践之中,结合债权人的具体行为,不少案件认定了债权人构成对债务人物保权益的放弃,保证人被免除保证责任。

例如,山东省高级人民法院判决的山东鑫海投资有限公司与山东启德置业有限公司等合同纠纷一案,^①就是因为债权人将其原本通过法院执行债务人的抵押物已经获得的部分利益让渡给其他申请执行人,之后又就未获满足的债权向保证人进行主张,法院认为债权人这种让渡物保变现利益给他人的行为,实际就是放弃物保权益的行为,最终判令保证人免责。再如,湖北宜昌市中级人民法院判决的宜昌市夷陵区三峡小额贷款股份有限公司与宜昌奥龙绿色食品有限公司等民间借贷纠纷一案,^②债权人因为对债务人提供的产品抵押未采取任何措施,致使抵押产品在行使抵押权时已被出售,法院据此认定债权人怠于行使其抵押权,保证人最终免责。还如,山东省枣庄市中级人民法院徐俊云与山东庆奥商贸有限公司等民间借贷纠纷一案,^③债权人原本已经查封债务人用于抵押的原煤5000吨,但后来又申请解封,致使最终主张抵押权时原煤已被销售,法院据此认定债权人申请解封抵押物的行为,实际即属于放弃物保权益的行为,故保证人亦被判决免责。再还如,哈尔滨中财房地产开发有限公司与中国农业银行股份有限公司哈尔滨道外支行借款合同纠纷案,^④债权人因为同意债务人将其原本设定抵押的在建房屋对外出售,被法院认定视为放弃抵押物,故债权人对原本设定抵押的在建房屋不再享有抵押权。

的确,现实之中获得物保而愿意放弃物保的债权人原本就不多见,债权人即便放弃物保,却采用明确意思表示的更是少见。所以,像一些学者所坚持,放弃物保必须到物权登记部门办理注销登记才可视为有效放弃物权的主张^[11],现实之中几乎没有一个法官会如此采信。因此,尽管物保的放弃理论上可以区分为“相对放弃”^[13]与“绝对放弃”,但应当认为:“抵押权人放弃抵押权的意思表示一旦向抵押人或者其他后顺位抵押人作出,即发生其抵押权消灭的效果,但未经抵押权注销登记,其抵押权的消灭不得对抗善意第三人^[14]。”因此,当遇到此类纠纷争议时,法官必须具体到个案之中,综合全面地进行判断,决不能仅仅以

①详见(2015)鲁商终字第419号民事判决。

②详见(2016)鄂05民终1810号民事判决。

③详见(2015)枣民一初字第2号民事判决。

④详见(2016)最高法民申887号民事裁定。

是否办理注销登记作为衡量标准。只要系由于债权人不予主张等原因致使债务人物保灭失或贬损,即可认定构成物保之放弃。

现实之中,关于债权人放弃物保还有更为复杂的表现方式。例如,最高人民法院判决的中国农业发展银行乾安县支行与江苏索普(集团)有限公司等保证纠纷一案,该案基于多个事实的综合判断,最终判决之实质是对债权人放弃物保作了认定。该案判决认为:保证人索普公司、儒士公司不仅享有物保优先抗辩的程序权利,同时还享有债权人放弃物保可予免责的实体权利;在此情形下,债权人根据其本案债权并不附着债务人物保的错误判断尤其是诉讼中对此所作的否认存在债务人物保的明确表示,此等情形下的不起诉、不追加债务人,实际已经构成明确放弃债务人物保的意思表示。债权人明知存在物保却依然在法庭上明确否认物保,司法不能因为债权人明知故错的企图,即不将这种意图视为抛弃物保的意思表示。更不用说,债权人还通过与债务人的另案诉讼,将该案原本应优先获得的物保价值全部用于另案债务人的另外债务偿还,并经由另案而放弃本案物保的裁判已经生效,保证人可以享有的物保优先抗辩权实质已被剥夺,本案债权原本附着的物保价值经由另案判决已经丧失,且所失去的价值大于债权金额,故最终认定债权人放弃了物保。^①

六、结束语

当前关于混合担保纠纷案件裁判尺度尚不统一,这首先更多源自当事人相关协议条款之约定并不明确。所以,债权人、债务人、保证人之间对于物保与人保相关条款的事先约定,应当十分明确,即必须确保每一保证人放弃物保优先抗辩权的承诺确系其本意。由此条款明确,由此事先各方充分的谈判与特别释明,物保与人保并存纠纷必将减少,或即便发生纠纷,此类案件的裁判尺度亦必将更为统一。尤其是,当物保与人保并存纠纷发生时,债权人应当公平对待债务人与保证人,除非与保证人有着十分明确的放弃物保优先抗辩权的约定,否则任何单方选择担保责任承担者的诉讼模式,均有可能是极度冒险的诉讼安排。尤其是,债权人在与保证人约定不明或未征得保证人同意情形下,任何明示或事实上放弃债务人物权担保的意思表示、行为等等,将很可能导致保证人据此获得相应免责的抗辩权利。

参考文献:

- [1]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[J].法律科学(西北政法学院学报),2008(2):143-147.
- [2]王利明.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2015:325.
- [3]杜万华.最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015:89-104.
- [4]杨文杰.混合共同担保人内部追偿问题研究[J].河北法学,2009(10):94-98.
- [5]周江涛.混合共同担保研究——以物保和人保的混合为研究重点[D].济南:山东大学民商法学院,2010.
- [6]王泽鉴.民法物权(第二版)[M].北京:法律出版社,2010:382-383.
- [7]史尚宽.债法各论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:860.
- [8]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·物权篇[M].北京:法律出版社,2004:348-350.
- [9]曹士兵.中国担保制度与担保方法[M].北京:中国法制出版社,2017:56.
- [10]全国人大常委会法制工作委员会.中华人民共和国物权法释义[M].北京:法律出版社,2007:381.
- [11]高圣平.混合共同担保的法律规则:裁判分歧与制度完善[J].清华法学,2017(5):139-163.
- [12]梅瑞琦.论担保物权独立性与物权行为无因性的关系[J].浙江工商大学学报,2010(5):20-24.
- [13]梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2016:317.
- [14]尹田.物权法[M].北京:北京大学出版社,2017:546.



(责任编辑 郑英龙 张伟)

^①详见(2016)最高法民终40号二审判决第75-87页判决理由阐述,仅此有关是否放弃物保的文字阐述即达8000余字。该案二审判决被编入2016年度《人民法院案例选》之中,标题即为“债权人滥用物保与人保选择权时,应当承担不利后果”。