



中德私法 研究 16

混合担保

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴

主 编 王洪亮 田士永 张双根 张谷 朱庆育

元照系列

本期主题

混合担保

主题报告

混合共同担保中担保人的顺序利益和免责条件

——最高人民法院〔2016〕民终字第40号民事判决书评析

高圣平

也谈谈对混合共同担保若干问题的思考——高圣平教授主题报告的读后

张双根

主题文献

数个他债担保人的内部求偿

彼得·施勒希特里姆 著 陈欢译 傅宇校

区分性连带债务理论体系中的共同担保

扬·费利克斯·霍夫曼 著 孙新宽译

担保人间补偿义务

吴奕锋译

保证人和土地债务担保人之间的追偿请求权——兼对联邦法院民再字第175号判决

(BGH Urt. IX ZR 175/88) 的评议

克劳斯·蒂特克 著 胡强芝译

专家专稿

“情势变更”的解释途径及中国民法典的选择——学理、判例及合同编编纂中的情势变更之体系化思考

李大何

动产所有权无负担取得之研究——《物权法》第108条的解释论

严欢蕾

格式条款提示说明义务之再审视——以个人金融相关法律实务的新近发展为例

袁开宇

私法教室

错误出生的损害赔偿

吴香香

附保护第三人作用之契约——以法律基础为视角

安德烈亚斯·泽纳 著 陈慧君译

学术沙龙

民法总则与民法典的规范创新

戴孟勇 高圣平 刘家安 田士永 王洪亮

立法数据

欧洲议会与欧盟理事会《关于提供数字内容合同的特定方面的指令建议》

张彤 张甜译



中德私法研究 16

混合担保

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣
[德] Rolf Stürner [德] Rolf Knütel [德] Thomas Raiser

主 编

王洪亮 田士永 张双根 张 谷 朱庆育

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风
李 昊 杨 继 杨淑文 吴从周 吴香香 沈冠伶 张 谷
张双根 陈卫佐 陈自强 陈聪富 金可可 涂长风 唐 勇
黄 卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚
[德] Beate Gsell [德] Sebastian Lohsse [德] Thomas Rüfner

编辑部

主 任：吴香香

成 员：王立栋 陈大创 陈 欢 赵文杰 柯勇敏 唐 勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 16, 混合担保/王洪亮等主编. —北京: 北京大学出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-301-29285-3

I. ①中… II. ①王… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 034368 号

- 书 名** 中德私法研究(16): 混合担保
Zhong-De Sifa Yanjiu(16): Hunhe Danbao
- 著作责任者** 王洪亮 田士永 张双根 张 谷 朱庆育 主编
- 责任编辑** 王丽环 柯 恒
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29285-3
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 三河市博文印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm×1300mm 16 开本 22.75 印张 324 千字
2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价** 58.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

目录

本期主题:混合担保

主题 报告

- 3 混合共同担保中担保人的顺序利益和免责条件
——最高人民法院[2016]民终字第40号民事
判决书评释 高圣平
- 41 也谈谈对混合共同担保若干问题的思考
——高圣平教授主题报告的读后 张双根

主题 文献

- 61 数个他债担保人的内部求偿
彼得·施勒希特里姆 著 陈欢 译
傅宇 校
- 94 区分性连带债务理论体系中的共同担保
扬·费利克斯·霍夫曼著 孙新宽 译
- 126 担保人间的补偿义务 吴奕锋 译
- 134 保证人和土地债务担保人之间的追偿请求权
——兼对联邦法院民再字第175号判决(BGH
Urt. IX ZR 175/88)的评议
克劳斯·蒂特克 著 胡强芝 译

专家
专稿

- 147 “情势变更”的解释途径及中国民法典的选择
——学理、判例及合同编编纂中的情势变更之
体系化思考 李大何
- 161 动产所有权无负担取得之研究
——《物权法》第108条的解释论 严欢蕾
- 207 格式条款提示说明义务之再审视
——以个人金融相关法律实务的新近发展
为例 袁开宇

私法
教室

- 225 错误出生的损害赔偿 吴香香
- 244 附保护第三人作用之契约
——以法律基础为视角
安德烈亚斯·泽纳 著 陈慧君 译

学术
沙龙

- 261 民法总则与民法典的规范创新
戴孟勇 高圣平 刘家安 田士永 王洪亮

立法
数据

- 311 欧洲议会与欧盟理事会《关于提供数字内容
合同的特定方面的指令建议》 张彤 张甜 译
- 351 《中德私法研究》稿约
- 353 《中德私法研究》注释体例

主题报告

混合共同担保中担保人的 顺序利益和免责条件

——最高人民法院[2016]民终字第 40 号
民事判决书评释

高圣平*

内容摘要:同一债权既有人的担保又有物的担保,在担保权可得行使时,债权人应当按照约定实现债权。这里的“约定”,应是当事人之间关于人的担保和物的担保之间责任顺序、责任分担范围的约定,而不是实现担保物权的约定。在解释论之下,我国实定法并不承认保证人与物上保证人之间的求偿关系,在债务人提供物的担保的情形,当事人如无上述约定,债权人应先就债务人提供的物的担保实现债权,债权人放弃该物的担保的,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,但当事人如有上述约定,债权人应当按照该约定实现债权,债权人放弃该物

* 法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师,教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员。

基金项目:中国法学会 2016 年度部级法学研究项目《〈担保法〉实施状况调研》(CLS[2016]C23)。

的担保的,对其他担保人承担担保责任不发生影响。第三人提供物的担保的,当事人如无上述约定,债权人可以选择向保证人或物上保证人主张权利,债权人放弃物上保证人提供的物的担保,对保证人承担保证责任不发生影响。如承认保证人与物上保证人之间的内部求偿权,如无相反约定,债权人放弃物上保证人的物的担保,保证人在物上担保人应分担份额的范围内免除担保责任。

关键词:人的担保 物的担保 保证人的求偿权 担保物权的放弃

在担保实践中,债权人为充分保障其债权的实现而设定多重担保的情形较为常见,如在当事人之间就担保权利的实现未作明确约定的情况下,如何在实定法之下妥适裁判,即成司法实践中的难点问题。其中,在同一债权并存人的担保和物的担保(混合共同担保)之时,当事人之间的法律关系更为复杂。就此,《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)、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》)、《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)虽然先后作了规定,但相关规则所基于的法理基础不同,彼此之间的矛盾和冲突十分明显。值得注意的是,司法裁判中广泛存在同时援引上述规则的情形,使得裁判结果存在较大的差异。即使是最高人民法院的裁判,相关解释论也颇不一致。目前,中国民法典物权编的编纂工作已经启动,在总结裁判经验的基础上,修改相关规则,消除解释冲突,就成了摆在我们面前的一大任务。本文选取最高人民法院[2016]民终字第40号民事判决书,以“中国农业发展银行乾安县支行与江苏索普(集团)有限公司、上海儒仕实业有限公司保证合同纠纷案”为分析对象,探讨其中的相关问题,以求教于同仁。

一、案情简介与争议焦点

2011年6月28日,松原天安生物制品有限公司(以下简称“天安公司”)为归还原所欠乾安县支行贷款,以借新还旧方式与中国农业发展银

行乾安县支行(以下简称“乾安支行”)签订了本案《流动资金借款合同》,约定天安公司向乾安县支行借款 17 670.7 万元人民币,用于偿还天安公司原所欠债务,借款期限自 2011 年 6 月 28 日起至 2019 年 6 月 26 日止。同日,乾安县支行与天安公司还签订了 3 份贷款重组合同,重组贷款金额分别为 2 000 万元、8 000 万元、3 000 万元。同日,为担保这些借款的清偿,债权人乾安支行与数担保人签订了数份担保合同。^{〔1〕} 第一,债权人乾安支行与保证人江苏索普(集团)有限公司(以下简称“索普公司”)、上海儒仕实业有限公司(以下简称“儒仕公司”)以及吉林省酒精工业有限公司(以下简称“吉林酒精公司”)签订了《保证合同》,其中约定:“当债务人天安公司未履行债务时,无论债务人对主合同项下的债权是否拥有其他担保,乾安支行有权直接要求保证人承担担保责任。”第二,债权人乾安支行与债务人(抵押人)天安公司签订《最高额抵押合同》,其中约定,就债务人天安公司与债权人乾安支行在主债权发生期内“办理主合同项下约定业务所形成的债权”,在“最高债权本金余额为 19 840 万元”的范围内提供抵押担保。同时约定:“当债务人未履行债务时,无论抵押权人对所担保的主合同项下债权是否拥有其他担保,抵押权人均有权直接要求抵押人在其担保范围内承担担保责任。”双方就上述抵押分别办理了动产抵押登记、房屋抵押登记和土地使用权抵押登记。第三,债权人乾安支行还与抵押人松原吉安生化丁醇有限公司(以下简称“丁醇公司”)签订了《最高额抵押合同》,内容与上述《最高额抵押合同》基本相同,只是抵押担保最高债权本金余额为人民币 3 000 万元,丁醇公司是以其机器设备提供担保。双方就此办理了动产抵押登记。

以上合同签订后,对于本案新借贷款,天安公司除偿还 241 万元外,其余均未偿还。2015 年 2 月,乾安县支行向吉林省高级人民法院提起诉讼,请求索普公司、儒士公司共同连带承担保证责任,向乾安县支行偿还天安公司所欠借款本金 17 429.7 万元。

〔1〕 本案中,借款合同的履行以及担保合同与借款合同之间的对应关系尚存争议,本文不论。本文“案情简介与争议焦点”部分系根据最高人民法院〔2016〕民终字第 40 号民事判决书整理而成,直接来自判决原文的,均以引号标注。

本案经吉林省高级人民法院一审,最高人民法院(第二巡回法庭)二审。最高人民法院第二巡回法庭《关于公正审理跨省重大民商事和行政案件典型案例》将本案的典型意义总结为:

本案当事人跨越吉林与江苏两省,系由招商引资而引发的一系列贷款重组及其物权抵押与法人保证并存的现象,其最为核心的争议是物权担保与保证担保、即通常所谓“物保与人保”之间的关系处理问题。《物权法》出台后,人保与物保之间的法律关系把握成为司法实践之难点所在,如何与《担保法》相关规定衔接适用,更是较难把握且理论与实践尚不统一的问题。本案结合具体案情,在《担保法》物保绝对优先精神的基础上,对《物权法》第176条规定作了物保相对优先的理解与把握,既很好地体现了意思自治的要求,也维护了诚实信用的原则,据此让债权人对其滥用物保与人保选择权利的行为相应承担了不利后果。本案判决注重案件事实的详尽查明,注重综合理解与把握《担保法》《物权法》《合同法》等相关法条精神,更充分展开说理,特别注重情、理、法相融,全文6万余字,90余页,属近年来最高法院较长判决之一。〔2〕

本案中,在债权人乾安支行的贷款债权之上,既有连带共同保证人提供的连带责任保证,又有债务人提供的物的担保,还有物上保证人提供的物的担保。在债权人乾安支行有权提前收回重组贷款的前提之下,债权人乾安支行行使担保权利是否存在先后顺序?在债权人乾安支行不起诉两个抵押人和作为保证人之一的吉林酒精公司的情况下,是否视为债权人对相关权利的放弃,保证人索普公司、儒仕公司是否在相应范围内免除担保责任?即成本案焦点。〔3〕

〔2〕 中华人民共和国最高人民法院网站, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-29211.html>, 2016年11月11日访问。

〔3〕 按照最高人民法院[2016]民终字第40号判决的归纳,本案的争议还包括:乾安支行是否有权提前收回重组贷款;索普公司、儒仕公司的保证意思表示是否真实;本案保证担保主债权金额应认定为多少;索普公司、儒仕公司应在吉林酒精公司保证份额内免除保证责任;关于利息、罚息、复利计算是否正确;乾安支行关于律师代理费的诉求应否支持,等等。本文对这些争议搁置不论,仅讨论其中“索普公司、儒仕公司应在天安公司以及丁醇公司提供的最高额抵押金额或抵押物价值范围内免除保证责任”。

二、混合共同担保中担保人承担担保责任的顺序

(一) 双方分歧

就债权人乾安支行行使担保权利的先后顺序问题,保证人索普公司、儒仕公司主张,《保证合同》中仅有关于“当债务人天安公司未履行债务时,无论债务人对主合同项下的债权是否拥有其他担保,乾安支行有权直接要求保证人承担担保责任”的约定,“并未对物保和人保的行使权利方式、顺序作出明确的约定”,“‘直接要求保证人承担担保责任’并不等同于‘无需先就债务人的物的担保实现债权’”,“乾安支行应先就天安公司以及丁醇公司的最高额抵押实现债权”。

债权人乾安支行认为,“《保证合同》已对该笔借款在物保、人保并存时,乾安支行实现债权的问题进行了明确约定”,“乾安支行有权以索普公司、儒仕公司承担保证责任的方式实现债权,优先于其他任何担保,包括债务人天安公司或其他第三人提供的抵押、质押等物保”,“无需先实现债务人提供的抵押权”。

(二) 裁判要旨

吉林省高级人民法院一审认为:“本案诉争《保证合同》关于‘当债务人天安公司未履行债务时,无论债务人对主合同项下的债权是否拥有其他担保,乾安支行有权直接要求保证人承担担保责任’的约定,应视为各方对实现债权行使担保有明确约定,故本案即使存在债务人提供的最高额抵押担保,亦不影响乾安支行依据《物权法》第 176 条的规定选择以保证方式实现债权。”

最高人民法院认为,比照《物权法》第 176 条与《担保法》第 28 条的规定,“《物权法》显然对《担保法》物保绝对优先的原则进行了修正,但这并不意味着《物权法》即抛弃了物保相对优先的基本精神。”《物权法》第 176 条就同一债权并存物保与人保时如何实现担保权利所作的规定,是“在《担保法》物权绝对优先原则的基础上,融合了意思自治的法律权衡,以满

足更加丰富的现实需求”。最高人民法院据此认为：

对《物权法》第 176 条可作以下三种情形的具体把握：第一种情形，即对实现担保物权有明确约定的情形，在此情形下，无论是对人的担保合同还是对物的担保合同，均要审查是否存在“当事人约定的实现担保物权的情形”，即是否对实现担保物权作出明确约定，有此约定的，即应优先按照该类约定进行处理，无论该类关于实现担保物权的约定是就债务人提供的物保所作约定，还是就第三人提供的物保所作约定，均应当按照该明确约定实现债权。很显然，在此等情形下，隐含着意思自治可以排除物保优先的精神，这实际上是将契约自由精神摆在更加重要的法律地位。但此等情形下，依然始终要围绕实现担保物权的约定进行审查，其实质亦同样体现着物保优先的法律原则。第二种情形，即先就债务人的物保实现债权的情形，经审查人保合同与物保合同，对实现担保物权的情形没有约定或者约定不明确时，则债权人应当先就债务人提供的物保实现其债权，不得绕过债务人的物保而径行追究人保合同项下保证人的保证责任。此等情形，更是直接体现着物保优先的原则，尽管是就债务人的物保优先而言。第三种情形，即债权人对第三人提供的物保选择实现债权的情形，此等情形适用的前提与前述第二种情形应当相同，即依然是有关实现担保物权的情形没有约定或约定不明确时，因提供物保主体上存在差异，即物保系债务人以外的第三人所提供，则债权人既可选择向第三人以物保实现债权，也可依据人保合同向保证人实现债权，或者同时向第三人物保以及人保提供者主张实现债权。此等情形，尽管赋予债权人以选择权，但此等情形的前提是没有关于实现担保物权的明确约定，因此依然体现着物保优先原则与意思自治原则相结合的审查要求。

根据以上对《物权法》第 176 条规定所作理解，结合对本案《保证合同》以及两份《最高额抵押合同》相关条款的审查，在本案被担保债权既有物的担保又有人的担保，且物的担保既有债务人提供的、也有第三人丁醇公司提供时，最高人民法院认为：

乾安支行无疑应当先依照两份《最高额抵押合同》中关于实现担保物权的明确约定,先行向债务人天安公司以及第三人丁醇公司主张实现其债权,而不应当依照本案《保证合同》的约定实现其债权。这是因为,本案《保证合同》的前述约定,仅仅是关于实现保证债权而非实现担保物权的约定,而且本案《保证合同》的前述条款也并没有明确涉及实现担保物权的内容,不能得出已就担保物权的实现顺序与方式等作出了明确约定,故不能将本案《保证合同》中的以上约定即理解为《物权法》第176条规定的“当事人约定的实现担保物权的情形”。但两份《最高额抵押合同》第11.7条所作的相同约定,却显然是关于实现担保物权所作的约定,是关于抵押权人直接要求抵押人在其物保范围内承担物保责任的约定,无疑属于就实现担保物权所作的明确约定,这与乾安支行及一审判决关于《保证合同》6.14条的理解逻辑实质上并无不同。在此情形下,按照《物权法》第176条之规定,当发生当事人约定的实现担保物权的情形时,债权人即应当按照该约定实现债权,即本案乾安支行应当按照其与债务人天安公司以及第三人丁醇公司的明确约定,不仅应当先就债务人天安公司的物保实现其债权,而且也应当先就第三人丁醇公司的物保实现其债权。

(三) 评释

《物权法》第176条规定:“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;没有约定或者约定不明确,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;第三人提供物的担保的,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……”据此,学界通说认为,同一债权既有人的担保又有物的担保时,依以下规则决定两者之间的先后顺序:第一,当事人对人的担保和物的担保

之间的责任顺序和责任分担有约定的,依其约定^[4];第二,当事人对人的担保和物的担保之间的责任顺序和责任分担范围没有约定或者约定不明确的,同一债权既有人人的担保又有债务人提供的物的担保时,物的担保责任优先,保证人享有类似先诉抗辩权的权利^[5];第三,当事人对人的担保和物的担保之间的责任顺序和责任分担范围没有约定或者约定不明确的,同一债权既有人人的担保又有第三人提供的物的担保时,保证人和物上保证人处于同一清偿顺序,债权人既可以要求保证人承担保证责任,又可以要求物上保证人承担担保责任。^[6]

在解释上,在同一债权既有人人的担保又有物的担保时,债权人究竟按照何种顺序实现其债权,因无关公益,宜彰显私法自治精神,由债权人与保证人、物上保证人自由约定。^[7]《物权法》第176条中所谓“债权人应当按照约定实现债权”,明确了该规范的任意法属性。这里的“约定”,尚有以下两个问题应予明确:

[4] 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第69页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第520页。

[5] 参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2015年版,第63页。已有学者对此提出批评,认为即使在债务人提供的物的担保的情形之下,保证人亦无类似先诉抗辩权的权利。唯有如此,才能将保证人的连带责任保证债务的性质贯彻到底。参见孙鹏、王勤劳、范雪飞:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第75页;高圣平,同上注,第71页。本文仅从解释论视角展开,不就此规则的正当性进行分析。

[6] 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第1120—1121页;全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第312—313页;曹士兵,同上注,第62—64页。

[7] 有学者主张,此处的约定仅限于物的担保和连带责任保证并存的情形,其主要理由是:“依据《担保法》第十七条的规定,就一般保证来说,只有债务人不能履行债务,而非债务人不履行到期债务时,债权人才可以要求债务人主张保证责任,也就是与物保不同,人保中的一般保证,保证人有先诉抗辩权,此时根本就不具备《物权法》第一百七十六条适用的前提条件。亦即整个第一百七十六条应该适用于,只要债务人不履行保证人就应该承担保证责任的情形,而依据《担保法》第十八条第二款,只有连带保证人在债务人不履行债务时,才需要承担保证责任。”参见姜海峰:《物保和人保并存的法律适用——兼评[2016]最高法民终40号民事判决书》(未刊稿)。本文对此不敢苟同。即使是一般保证,也仅仅只是表明一般保证人对主债务人存在先诉抗辩权,并不表明一般保证人与物上保证人之间存在先诉抗辩权或类似先诉抗辩权性质的权利。如当事人之间约定一般保证人先承担担保责任,物上保证人当然享有顺序利益,债权人向一般保证人主张保证债权时,一般保证人自可行使先诉抗辩权,主债务人的责任财产经强制执行仍未获清偿时,先由一般保证人承担保证责任,再由物上保证人承担担保责任。详细分析,参见高圣平:《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,载《中国法学》2016年第1期。

其一,这里的“约定”旨在确定或限制人的担保与物的担保并存时债权人的选择权,其内容仅限于人的担保与物的担保之间的责任顺序和责任分担范围,而不是指担保合同中就某一担保范围与担保权行使条件的具体约定。担保合同围绕担保权的内容和行使条件而展开,但人的担保与物的担保并存时,“债权人应当按照约定实现债权”的“约定”,非指单个担保合同中关于担保权内容和行使条件的约定,而是对债权人实现债权的选择权起到确定或限制作用的约定。就此处“约定”的内容,参与立法者的表述是“物的担保和人的担保的关系”〔8〕;有的学者表述为“担保人承担责任的顺序”〔9〕、“担保责任的承担顺序”〔10〕;有的学者表述为“担保人承担责任的顺序、形式和承担担保责任的份额、范围”〔11〕;有的学者表述为“权利行使的方式”。〔12〕从《物权法》第176条前句后段“没有约定或者约定不明确,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;第三人提供物的担保的,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”来看,这里的“约定”应指人的担保责任与物的担保责任之间的顺序,该约定对债权人具有拘束力,债权人实现其债权的选择权因此受到限制。“所谓当事人的约定,包括当事人可以约定无论在何种情形下,债权人均可自由选择实现任何一种担保,当事人也可以约定即便物的担保是债务人提供的,债权人也必须先实现保证。”〔13〕在解释上,就各项担保之间的关系,当事人之间完全可以约定各担保人仅对债权承担按份的担保责任,如此,各担保人承担按份的共同担保责任,仅在约定的分担范围内承担担保责任。〔14〕这一按份的共同担保约定,同样限制债权人实现债权时选择权的行使,债权人仅享有向各担保人主张约定

〔8〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室编,见前注〔6〕,第312页。

〔9〕 最高人民法院物权法研究小组编著,见前注〔4〕,第520页。

〔10〕 崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第751页。

〔11〕 王利明,见前注〔6〕,第1120页。

〔12〕 曹士兵,见前注〔5〕,第62页。

〔13〕 程啸:《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权》,载《政治与法律》2014年第6期,第88页。

〔14〕 参见程啸:《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第606—607页。

份额范围内的担保权利。由此可见,当事人之间约定各担保人仅承担按份的共同担保责任的,“债权人应当按照约定实现债权”。综上,这里“约定”的内容仅限于人的担保与物的担保之间的责任顺序和责任分担范围。

其二,这里的“约定”,原则上是债权人与保证人、物上保证人之间的约定,而不能仅仅只是债权人与个别担保人之间的约定。^[15] 这一约定的一方当事人是债权人,另一方当事人是全部担保人。如果仅是债权人与个别担保人之间的约定,原则上不能拘束其他担保人。但是,并非债权人与个别担保人之间的约定均为无效。^[16] 例如,在混合共同担保中,债权人与保证人约定债权人有权首先对保证人主张权利,“因这种约定对抵押人(无论抵押人是债务人或者是第三人)有利无害,故其应为有效,保证人不得拒绝首先承担其担保责任”。^[17] 在解释上,人的担保与物的担保之间顺序的约定,主要体现为谁先承担担保责任或谁后承担担保责任。换言之,无论抵押合同中约定不管是否存在其他担保,债权人均可首先行使抵押权,还是保证合同中约定仅在债权人就抵押权实现其债权之后才承担保证责任,这些虽然是债权人与个别担保人之间的约定,但却具有限制或赋予债权人选择权行使的作用,均应为有效的约定。最高人民法院的相关判决也支持了这一观点。^[18]

[15] 参见王利明,见前注[6],第1120页。

[16] 参见崔建远,见前注[10],第751页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第507页。

[17] 尹田,见上注,第507页。

[18] 最高人民法院在“黄山长江徽杭高速公路有限责任公司、上海新华闻投资有限公司与招商银行股份有限公司合肥马鞍山路支行借款担保合同纠纷上诉案”(最高人民法院[2011]民二终字第113号)中认为,鉴于担保人新华闻公司在《不可撤销担保书》中承诺:“本担保人保证担保的范围为借款合同项下借款人的全部债务,包括借款合同项下借款本金人民币1亿元整及利息、罚息及其他一切有关费用。本保证人确认对上述保证范围内的全部债务承担经济、法律上连带责任。如借款人未按借款合同及时偿还贷款本息及相关费用……贵行有权直接向本保证人追索,而无须贵行先行向借款人进行追索。即使有第三人为借款合同提供物的担保,贵行仍有权选择先行向本保证人进行追索。本担保书是独立、持续有效、不可撤销和无条件的。”依《物权法》第176条的规定,对于被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,现行相关法律尊重当事人实现债权的约定,尊重债权人追索时的选择权。故新华闻公司关于招商银行马鞍山路支行放弃质押权情况下无权要求其承担保证责任的抗辩理由不能成立,有悖双方实现案涉债权的约定,该院不予支持。