

从最高法典型案例看保险资金运用担保实现顺序条款的设置

詹昊周阳辉

在债务同时存在保证担保、抵押担保、质押担保，尤其是同时存在债务人提供的抵质押担保与第三方提供的抵质押担保的情况下，应当如何确定担保的顺序？

2016年6月6日，最高人民法院对江苏索普（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”）与中国农业发展银行乾安县支行（以下简称“乾安支行”）保证合同纠纷案作出(2016)最高法民终40号民事判决。2016年10月31日，最高人民法院网发布《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》，将该案作为典型案例予以披露。该案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”之间的顺序处理问题。尽管该案第三人物保合同、债务人物保合同与保证合同担保实现顺序条款的约定基本相同，但最高法却得出了第三人物保合同、债务人物保优先的结论。

该案判决出台后，引起了业界广泛持续的争议与讨论，并引发了各大银行对本公司担保条款的梳理与修改。在目前的保险资金债权投资计划中，人保、第三人物保、债务人物保并用的情况日趋普遍，在此背景下，本案的分析探讨及对应担保条款的研究有着极大的现实意义。

一、 相关法律规定

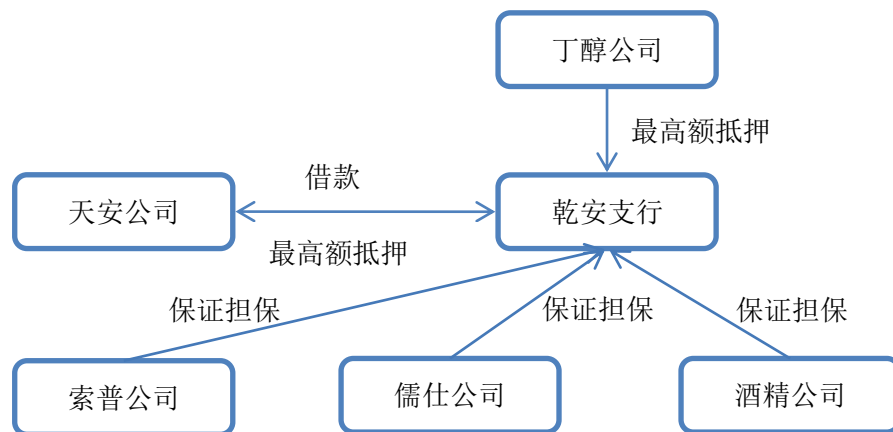
《物权法》第一百七十六条【物保与人保关系】

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。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

二、 案情简介

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”）与乾安支行签订本案《流动资金借款合同》。同日，乾安支行与索普公司、儒仕公司、吉林省酒精工业有限公司（以下简称“酒精公司”）签订《保证合同》，约定索普公司、儒仕公司、酒精公司为本案借款合同以及另案借款提供连带责任保证。同日，乾安支行还与债务人天安公司签订了《最高额抵押合同》，与第三人吉林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》。以上合同签订后，天安公司未按时偿还贷款。2015年2月，乾安支行向吉林省高级人民法院提起本案诉讼，请求索普公司、儒士公司共同连带承担保证责任，向乾安支行偿还天安公司所欠借款。

各方法律关系图如下：



三、 担保实现顺序条款

本案中，三份保证合同、第三人最高额抵押合同、债务人最高抵押合同担保实现顺序条款表述基本相同：

索普公司、儒仕公司、酒精公司保证合同（6.14条）规定：“当债务人未履行债务时，无论债权人对主合同项下的债权是否拥有其他担保，债权人均有权直接要求保证人承担担保责任。”

丁醇公司最高额抵押合同、债务人最高额抵押合同（11.7条）规定：“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的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。”

四、 判决理由及分析

尽管本案三份保证合同、第三人最高额抵押合同、债务人最高抵押合同担保实现顺序条款表述基本相同，但最高法判决书却得出了债务人“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”的结论。本文总结其判决理由要点如下：

（一） 本案《保证合同》的约定不能理解为“当事人约定的实现担保物权的情形”

1、 判决原文

根据最高法判决原文，“《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》第一百七十六条规定的‘当事人约定的实现担保物权的情形’。”

2、 分析

在《物权法》出台之前，对于保证担保、债务人物保、第三人物保的实现顺序一直是由《担保法》进行规范。根据《担保法》第二十八条，“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”该条确立了物保绝对优于人保的原则。《物权法》2007年出台后，对上述担保法规定进行了纠正，一方面规定“债权人应当按照约定实现债权”，明确了债权人可以通过合同约定各项担保的实现顺序且约定顺序优先于法定顺序；另一方面规定，在无约定的情况下，债务人物保优先实现，第三人物保及人保处于同一顺序，均劣后于债

务人物保。

在本案中，《保证合同》（6.14 条）约定：“当债务人未履行债务时，无论债权人对主合同项下的债权是否拥有其他担保，债权人均有权直接要求保证人承担担保责任。”尽管上述条款提到了“其他担保”，但由于上述条款并未明确提到物权担保（抵押、质押、留置、定金），且该条款本身规定在保证合同中，因此法官得出了“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”的结论。

（二） 本案《最高额抵押合同》的约定为“当事人约定的实现担保物权的情形”，有约定的应当遵从约定。

1、 判决原文

根据最高法院判决原文，“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”。“按照《物权法》第一百七十六条之规定，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。”

2、 分析

两份《最高额抵押合同》第 11.7 条为“当事人约定的实现担保物权的情形”，对此观点鲜有人持异议。本案判决之所以产生较大讨论，关键在于对《最高额抵押合同》第 11.7 条的解读。

本案中，债权人与债务人的最高额抵押合同、与第三人的最高额抵押合同（11.7 条）均约定：“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的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。”最高法院判决由此得出结论：“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。”

本案判决之所以产生较大争议，关键在于最高法将《最高额抵押合同》第11.7条约定的“**有权**”解释成了“**应当**”。债权人乾安支行的本意应当是，在主债权上存在其他担保时，债权人可以“直接要求抵押人在其担保范围内承担担保责任”，也可以将对抵押人主张权利滞后于对其他担保人主张权利。(2016)最高法民终40号民事判决由“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的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”的约定直接得出“**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”的结论确实值得商榷。

五、 实务建议：担保实现顺序条款的设置

在本案中，乾安支行本意是，在主债权存在多个担保的情况，其可以按照任意顺序实现其担保，但由于其担保条款的设置被最高法解读成其应当优先实现物权担保。尽管作者认为本判决理由的确值得商榷，但目前保险资金债权投资计划中混合担保的情况越来越普遍，尽管本案存在较大争议，但为避免再次出现该等解读，在担保顺序条款的设置上，债权人应当注意以下几点：

第一，在保证合同中，为避免担保实现顺序条款无法适用《物权法》的情况，必须在保证合同担保实现顺序条款中，**明确就主债权上可能存在的“物权担保”的实现顺序作出约定**。切不可如在本案中，仅概括、笼统约定“当债务人未履行债务时，无论债权人对主合同项下的债权是否拥有**其他担保**，债权人均有权直接要求保证人承担担保责任”。

第二，在物权担保合同中，为避免法院将债权人权利条款解释成义务条款，需在担保实现顺序条款中**更清晰约定其“权利”属性**，例如约定：无论债权人对主合同项下的债权是否拥有其他担保（包括但不限于其他保证、抵押、质押等担保方式），不论上述其他担保何时成立、是否有效、债权人是否向其他担保人提出权利主张，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

论其他担保是否由债务人自己所提供等任何理由，抵押人在本合同项下的担保责任均不因此减少或免除，债权人均可直接要求或暂时不要求抵押人依照本合同在其担保范围内承担担保责任，也可以要求或暂时不要求其他担保人在其担保范围内承担担保责任，并且可以在各项担保中自主选择实现担保的顺序与额度。