

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 989

## 论保证期间的性质

李应利

暨南大学珠海学院

【摘要】作者通过对保证合同作一番历史地考察和比较的研究,认为在保证期间成为保证合同的必要组成部分后,保证合同应被看作是附双重生效条件的合同。保证期间属除斥期间。

【关键词】保证期间 诉讼时效 除斥期间

根据《担保法》,保证期间是保证合同的必要组成部分,不存在没有保证期间的保证合同。但对保证期间的长短实行意思自治原则,可由保证人和债权人约定,没有约定的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。一般保证,在保证合同约定的保证期间或法定的保证期间内,债权人未对主债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;连带责任保证,在合同约定的保证期间或法定的保证期间内,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。[i]可见,保证期间直接关系到保证人和债权人的权利和义务,对双方关系甚大。但由于《担保法》对保证期间规定的比较含糊,而学者对保证期间性质的认识也未达一致,从而产生了保证期间究竟属诉讼时效期间还是除斥期间的长期争论。[ii]在司法实践中,法官也经常不知所从,摇摆不定。把保证期间定性为诉讼时效期间还是除斥期间直接关系到保证人和债权人的切身利益,因此也就有必要对保证期间的性质进行详细研究。最高人民法院在新近作出的关于适用《担保法》若干问题的解释中明确规定:保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。[iii]这是把保证期间定性为除斥期间。这种定性为司法实践提供了法律依据,有助于司法实践的统一,但这并未能消除学理认识上的分歧:主张保证期间应属除斥期间的学者,对此规定拍手称快;主张保证期间应属诉讼时效期间的学者却认为此规定完全是出于无知。[iv]于此背景之下,笔者自忖不才,想谈一点笔者对保证期间性质的认识,以期能抛砖引玉。

### 一、关于保证期间性质的不同观点及对它们的评价

#### (一) 关于保证期间性质的不同观点

保证期间的性质,学者主要有两种观点:一种是除斥期间说;一种是诉讼时效期间说。除斥期间说的理由主要为:第一、保证期间是保证人承担保证责任的期间,在保证期间内,债权人向保证人行使请求权的,期间届满,保证人的保证责任即被免除。从债权人的角度来看,保证期间是债权人向保证人行使请求权的时间界限,在此期间内,他有权要求保证人承担保证责任,期间届满,他对保证人的请求权随之消灭。因此,保证期间在性质上属民事权利的存续期间,即除斥期间。第二、保证期间的长短可由当事人约定,体现意思自治原则,而诉讼时效期间是强制性规定,不允许当事人以意思加以改变。[v]第三、保证期间从保证债权发生即主合同履行期限届满债务人未履行债务时起算,而诉讼时效期间一般从权利人知道或应当知道权利受侵害时起算。诉讼时效期间说的理由主要为:第一、除斥期间的客体是权利本身,而诉讼时效的客体是请求权。[vi]保证期间是保证人承担保证责任的期间,在保证期间内,债权人向保证人行使请求权的,期间届满,保证人的保证责任即被免除,债权人的请求权随之消灭。可见,保证期间届满消灭的是债权人的请求权,这正是诉讼时效的客体,而不是除斥期间的客体。第二、除斥期间是不变期

间,不发生中断、中止、延长的问题。[vi i]而我国《担保法》上却有保证期间中断的规定。

## (二) 诉讼时效与除斥期间

在对不同的观点进行评论之前,笔者首先想简单地分析一下诉讼时效与除斥期间的区别。这二者之间区别当然有很多,但根本区别在于目的不同、存在的价值不同。“诉讼时效制度之设,在于尊重久已持续之事实状态,即在于社会秩序之维持。一般真正权利人得基于权利推翻现存之事实关系,回复以前之权利关系。然此事实苟久已存在,社会皆信其为真,则维持其关系,又可维持社会之安全。”[vi ii]可见,时效制度既不是对权利人不行使权利的惩罚,也不是对义务人不履行义务的奖励,而是着眼于社会秩序的稳定。基于此目的,诉讼时效制度具有如下几个特征:一是针对民法上债权、物权等具有实质性内容的权利而设,而且其客体不是债权、物权本身而是请求权;二是诉讼时效期间是强制性规定,不允许当事人约定;三是诉讼时效期间是可变期间,可中止、中断、延长;四是诉讼时效期间不宜太短。而除斥期间制度之设在于民法上存在这样一种权利,权利人可依自己的行为使自己与他人或他们与他人之间的法律关系发生、变更或消灭。这种权利被德国学者seckel称之为形成权,如法定代理人对限制行为能力人所实施的民事行为的追认权,本人对无权代理人所实施的民事行为的追认权,可撤销的民事行为撤销权人的撤销权等。正是因为有这样一种权利的存在,使得自己与他人或他人与他人之间的关系处于一种不确定的状态。为了使这种不确定的状态尽快变得确定下来,因此有必要给形成权一个存续期限,这个期限就是除斥期间。基于此目的,除斥期间具有如下几个特征:一是针对民法上具有程序性意义的权利,即形成权而设的,其客体是权利本身;[ix]二是除斥期间涉及的是自己与他人或他人与他人之间的关系,不直接关系到社会秩序,其期间的长短不以强制性规定为必要,可赋予当事人一定程度的自治权;三是除斥期间是不变期间,一般不得中止、中断或延长;四是除斥期间不宜过长。

## (三) 对不同观点的评价

在分析了诉讼时效与除斥期间的区别之后,下面再来对学者的两种观点进行简单评价:除斥期间说的第一种理由认为保证期间是债权人请求保证人承担保证责任的请求权的存在期间,在保证期间内,即有请求权,过了保证期间,则丧失请求权。在这一点上,诉讼时效期间说和除斥期间说的看法是一的,即都认为过了保证期间,债权人的请求权归于消灭,他们的分歧在于请求权消灭究竟是应归属于诉讼时效还是除斥期间。但基于前面的分析,请求权根本不是除斥期间的客体,而是诉讼时效物客体,对于请求权,有了诉讼时效就足够了,法律没有必要针对请求权再规定一个除斥期间。所以除斥期间说的第一种理由是站不住脚,反被主张诉讼时效期间说的学者抓住了把柄,以子之矛,攻子之盾,倒显得诉讼时效期间说的理由更有说服力。但除斥期间说的第二种理由却是雄辩有力的,是诉讼时效期间说所无法驳倒的。相比之下,诉讼时效期间说的第二种理由首先就犯了一个方法论上的错误,即不该用现行法的规定来支持自己的观点,因为现行法的规定本身完全可能是错的,《最高人民学院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第31条正是对该条的否定。其次,除斥期间只是原则上是不变期间,并不排除可例外地适用中止、中断、延长的规定。

通过以上分析可以看到:两种观点谁也说服不了谁是当然的,因为他们各自的理由在对方看来都是不能完全成立的。除斥期间说的第一种理由在主张诉讼时效说的学者看来,完全是出于对除斥期间的无知,事实上也确是如此。但主张诉讼时效说的学者又驳不到除斥期间说的第二种理由,因此也难以让主张除斥期间说的学者满意。一方要想说服另一方,则必须要做到一点:那就是要使支持自己观点的理由在对方看来都是能成立的。而这正是笔者所要试着做的。

## 二、保证期间是除斥期间

要分析保证期间的性质,首先得分析保证合同的性质。要分析保证合同的性质,首先得弄清保证期间在保证合同上的地位。

### (一) 保证期间在保证合同上的地位

保证期间在保证合同上的地位有一个不断变化的过程:《法国民法典》上,并没有关于保证期间的规定;《德国民法典》上,保证期间也不是保证合同的必要组成部分,仅规定当事人可以约定保证期间;[x]我国台湾地区的民法典规定:保证合同,定有存续期间者,如债权人不予其期间内对保证人为审判上之请求,则保证责任消灭;保证合同,未定存续期间者,保证人于主债务清偿期届满后,经定有一个月以上相当期限,催告债权人于其期限内,向主债务人为审判上之请求,而债权人忽视其请求者,保证人之保证责任消灭。[xi]可见保证期间也不是必须的;在意大利民法[xii]及我国的《担保法》上,保证期间则成为保证合同的必要组成部分。[xiii]这反映了一种趋势,即法律由片面强调对债权人的保护转向愈来愈重视维护保证人的利益。设定保证期间,将保证人的保证责任限定在一定的期间内,可以避免保证人无止

境地处于承担责任的不利状态或是长期处于随时可能承担责任的财产关系不确定状态，从而也就在保证人和债权人之间进行了合理的风险负担分配。但也正是由于保证期间在保证合同中的地位有一个动态的过程，法国、德国及我国台湾地区民法（下文称传统民法）是以无保证期间的保证为原则的，传统民法关于保证期间的理论积淀得不够，从而也就没能为我们今天对保证期间性质的认识提供多大的理论指导意义。这也是为什么学者会对于保证期间性质有不同认识的知识上的背景。

## （二）保证合同的性质

在考察了保证期间在保证合同中的地位之后，再来分析保证合同的性质。

保证合同是保证人与债权人订立的在主债务人不履行其债务时，由保证人承担保证债务的协议。保证人和债权人之间订立保证合同属于一种双方民事行为。这种民事行为在其成立之时，如果其构成要素能得到法律的肯定性评价，如行为人具有相应的行为能力、意思表示真实、内容合法，那么这种民事行为即订立保证合同的行为就有效，就受到法律的保护，就转化为民事法律行为，否则就是无效的保证合同。下文所谈的保证合同，如无特别说明，仅指有效的保证合同。

在前文已经论述过，在传统民法上，保证合同是以不要求有保证期间为原则的。相应地，有关保证合同的民法理论也是以不要求有保证期间的保证合同为基础构建的。根据传统民法理论，保证合同实质上是一个附生效条件的合同。依法订立的保证合同自成立时即有效，对保证人和债权人双方具有法律约束力，但该保证合同并未立即生效，即保证人和债权人之间的债权债务关系并未真正确立，此时，债权人对保证人仅有一种期待权。[xiv]保证合同能否生效取决于主债务人是否按期履行债务：如果主债务人按期履行了债务，那么保证合同就不生效，债权人对保证人不能为任何请求；如果主债务人未能按期履行债务，此时保证合同即开始生效，保证人和债权人之间的债权债务关系正式确定下来，债权人可以请求保证人承担保证责任，但保证人享有先诉抗辩权。

传统民法理论认为保证合同自主债务人未能按期履行债务时开始生效是有道理的，笔者在前文曾经提到过，即保证期间在保证合同上的地位有一个动态过程：在《法国民法典》上，是不要求有保证期间的；在《德国民法典》上，也是不要求有保证期间的，只是例外地允许当事人约定保证期间。那么，对于一个不要求有保证期间的保证合同，从何时起开始生效呢，只能从主债务的履行期限届满之时开始生效，否则就没有判断标准了。

《法国民法典》第2021条规条：仅在债务人不履行其债务时，保证人始对债权人负清偿责任。债权人应先就债务人的财产进行追索，但如保证人放弃先行追索抗辩或者保证人与债务人负有连带责任时不在此限。根据该规定可知：第一、在法国民法上，保证以一般保证为原则，连带责任保证为例外；第二、保证合同自主债务人不履行其债务时生效，保证人于此时始负有代为履行的义务；第三、保证合同生效后，保证人除放弃先行追索抗辩或者保证人与债务人负有连带责任外享有先诉抗辩权。《德国民法典》的规定与此大同小异。而我国《担保法》上的保证制度一方面有着对传统民法保证制度的继承，如一般保证人的先诉抗辩权，另一方面又适应时代的需要，对传统民法上保证制度进行了创新。这主要体现在两个方面：第一、保证期间成为保证合同的必要组成部分；第二、以连带责任保证为原则，以一般保证为例外，即当事人没明确约定保证为一般保证的，都视为连带责任保证。[xv]正是因为我国《担保法》既是对传统民法的继承，又是对传统民法的创新，所以，如果处理不好继承与创新之间的关系，那么产生一些冲突、矛盾、在理论上说不清的问题就是必然的了。事实上，学者对保证期间性质的争论就是这种冲突、矛盾的反映。我们用的民法理论是传统民法理论，但是我们要解决的问题是新问题。用传统民法理论解释旧问题时，得心应手，如传统民法理论认为保证合同自主债务人不能按期履行债务时生效，此时保证人与债权人的债权债务关系确定下来，但保证人享有先诉抗辩权，该先诉抗辩权是保证合同生效后的抗辩权。这种解释在法国民法和德国民法上非常顺畅，不存在什么争论，一旦用来解释我国民法上的保证制度，就产生了一个对保证期间性质争论不清的问题。如果严格按照该传统民法理论和逻辑，保证期间应属诉讼时效期间。因为当主债务人未能按期履行债务时，保证合同即开始生效，此时债权人对保证人确定地享有保证债权，在保证期间内，债权人可以行使债权请求权，过了保证期间，债权人就不能行使债权请求权，这样保证期间就当然成为债权人行使债权请求权的期限，这正好符合诉讼时效的特征。但如果真把保证期间定性为诉讼时效期间，又与诉讼时效理论本身相冲突（因为诉讼时效期间是强制性规定，不可由当事人约定）。似乎也并非立法者的本意。

因此，有必要改造传统民法理论。在保证期间成为保证合同的必要组成部分后，我们应当这样来理解保证合同的性质：即保证合同是附双重生效条件的合同。第一重生效条件是主债务人未能按期履行债务。但此时保证合同并非就当然生效，保证合同是否生效还要取决于第二重生效条件，就是得债权人为一定的行为：在一般保证，为债权人对主债务人提起诉讼或申请仲裁的行为（这一行为具有双重意义：一是要求主债务人承担责任；二是通过行为本身作出一种要求保证人承担保证责任的默示的意思表示）；在连带责



任保证和由一般保证转化为连带责任保证，为债权人对保证人的通知（或诉讼）行为，即通知（或起诉）保证人要求保证人承担保证责任的行为。债权人为该行为的主要意义不在于行使债权请求权，而是在行使另一种权利，是一种通过债权人单方面的行为使保证合同生效的权利，属形成权。由于有这种权利的存在，使得保证合同是否生效处于一种不确定状态，也就是说使保证人处于一种十分不利的地位，所以有必要给这种权利一定的期限，这个期限就是保证期间，属除斥期间。在保证合同具备了第二个生效要件后，即债权人为一定行为之后，保证人和债权人之间的债权债务关系才正式确定下来。此时我们才可以说债权人对保证人享有保证债权，债权人才可以请求保证人承担保证责任，并且开始计算保证合同的诉讼时效（在一般保证，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效）。只不过，在现实中，使保证合同生效和向保证人主张债权大多是通过债权人的一个通知（或诉讼）行为而同时完成的罢了。

-----

[i] 见《中华人民共和国担保法》第25、26条。

[ii] 关于保证期间的性质的争论，可以参见下列文章：高素芝、卜庆秀：《保证权的特征、效能及引发的法律冲突》，载于《经济与法》1996年底7期；盛杰民、袁祝杰：《浅论保证期间与诉讼时效》，载于《中外法学》1997年第4期；林清高：《保证期间刍议》，载于《法学杂志》1997年第4期；李明发：《论法定保证期间的法律性质相关问题》，载于《法学》1998年第1期；易殊荣：《关于认定保证人责任相关问题的探讨》，载于《法学评论》1998年第2期；吴家友：《保证期间探究》，载于《人民司法》1999年第1期第；邹海林：《论保证责任期间》，载于《民商法论丛》第14卷；奚晓明：《论保证期间与诉讼时效》，载于《中国法学》2001年第6期。

[iii] 见2000年9月29日最高人民法院审判委员会第1133次会议通过的《最高人民法院适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第31条。

[iv] 著名民法学者尹田教授即持此种看法。

[v] 对此，各国民法规定不尽相同：在德国民法上，当事人可以减短但不能延长诉讼时效期间；在瑞士及我国台湾地区民法上，当事人既不可减短也不能延长诉讼时效期间。

[vi] 关于诉讼时效的客体，各国立法并不一致：有规定为债权人，如瑞士（《瑞士债务法》第127条）；有规定为债权及其他非所有权财产权者，如日本（《日本民法典》167条）；有规定为请求权者，如德国（《德国民法典》194条）；

[vii] 对此也存在例外，在德国民法上就有除斥期间准用时效中止之规定。（见《德国民法典》第124条第2款）

[viii] 史尚宽：《民法总论》，中华民国六十九年一月台北第三版，第561页

[ix] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年出版，第89—90页。江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年出版，第233页。

[x] 见《德国民法典》第777条。

[xi] 见《台湾民法典》第752、753条。

[xii] 见《意大利民法典》第1957条。

[xiii] 至于这种规定是否合理的讨论，可参考《论保证责任期间》一文，载于《民商法论丛》第14卷。笔者同意该文的观点

[xiv] 合同成立、合同有效和合同生效是三个不同的概念，各自具有不同的内涵：合同成立是构成合同行为的要素完全具备，如有行为人、有内容、有意思表示即可；合同有效是指对合同行为的构成要素的合法性评价，如行为人有相应的行为能力、内容合法、意思表示真实；合同生效是合同的权利义务具体确立。

[xv] 见《中华人民共和国担保法》第16、17、18、19条。严格地说，这不能算是我国《担保法》的创新，很有可能是对苏联民法或者意大利民法的借鉴，只不过我国《担保法》的规定比前苏联民法的规定

更科学、更合理。

---

相关文章：

---

[我国法学学位教育的整体构想](#)

[国家利益在私法上的地位](#)

[物权法草案的总体评价及80条具体修改建议](#)

[我国制定物权法的时机尚不成熟](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)

---

---