

论一般保证期间的性质

余 立 力

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 余立力(1974-), 男, 湖北黄梅人, 武汉大学法学院讲师, 法学博士, 主要从事民商法学研究。

[摘 要] 现行立法与司法解释对保证期间的规定存在矛盾, 保证期间既非除斥期间、也非诉讼时效, 也非所谓的失权期间。保证期间的性质为附期限法律行为所附的解除期限。

[关键词] 保证期间; 保证合同; 附期限法律行为; 解除期限

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)05-0720-03

一、从保证债权属性看保证期间的性质

保证合同的债权人依据保证合同可以向保证人主张“当债务人不履行债务时, 保证人按照约定履行债务或者承担责任”, 依据权利分类的一般定义, 所谓形成权是指权利人得利用其法律所赋予之权利, 以单独行为, 使权利发生变动。如承认权、选择权、撤销权、解除权等^[1] (第 36 页)。形成权的行使与实现, 并不需要借助他人的协助即可达到目的, 故形成权系属消极的权利, 他人除容忍权利人单独行为所引起的权利变动外, 不需要有别的作为, 所以不发生请求权问题。以是观之, 债权人依保证合同所主张的权利绝不仅仅是单独行为所能完成的, 是以断非形成权。

所谓请求权, 是指要求他人作为或不作为的权利。它与形成权的最大区别就是需要通过他人的协助来完成。就保证合同债权人的权利来讲, 债权人并不能通过自己的单方意思表示实现债权, 仍然需要得保证人的作为或者不作为方能获得满足, 实际上就是把针对债务人的请求转变成针对保证人的请求, 故保证合同债权人的权利性质当与一般债权的性质并无二致, 应属请求权无疑。

明确保证合同债权人债权的请求权性质之后, 我们至少可以明确的得出如下初步结论: 保证期间作为保证合同债权人行使权利的期限, 在性质上绝不属于除斥期间。不应适用除斥期间的规则。

保证期间是否就是属于诉讼时效呢? 的确有很多学者持赞成的看法, 当然有的学者认为这种时效是一种特殊的时效。《担保法》第二十五条也使用了“时效”的概念, 可以说也反映了这一立场。笔者认为, 可以继续从保证期间所表现出的特点加以分析。

二、从保证期间的特点看保证期间的性质

保证期间的特点, 我们可以看到最突出的是它的任意性与保护性。

首先强调保证期间具有任意性。我国《担保法》第十五条规定了保证合同应当具备的主要内容, 其中就包括“保证的期间”。不过同条第二款又规定, 保证合同不完全具备前款规定内容的, 可以补正。该法第二十五条又规定: “一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的, 保证期间为主债务履行期届满之日起六个月时效。”第二十六条对连带保证也有类似规定。由此可见, 保证期间具有任意性, 可以由当事人自由约定, 并非以法律强制规定为唯一的存在理由。概括起来有两点, 第一是保证期间的长短如何, 可由当事人意思自治, 当事人的意志应当得到尊重和优先适用。其次, 担保法所明定的 6

个月保证期间，只适用于缺乏当事人关于保证期间的合意的情况，也就是说，它只不过是法律在当事人没有约定时所作的补充，是一种补充性的任意性规范，类似于《合同法》第六十二条的功能。因此，《担保法》关于保证期间的规定根本就不是强制性规范而是任意性规范。

其次是保证期间具有保护性。国家立法之所以确定保证须有一定的期间限制，目的在于维护保证人的合法权益不受不适当的限制，以期鼓励和推广保证制度。众所周知，保证合同系属无偿合同，同时也是单务合同，保证人在保证合同关系中只是单方面地承担保证履行或赔偿责任，却没有得到对待给付，此时如果对保证人的利益不给与法律保护，不限制其责任期间，势必使他们长期处于一种担心需要随时承担责任的不确定状态；另外，债权人若长期不向保证人主张保证权利，也会使主债务人的财产状况变数增加，不利于保证人在履行了保证义务后向主债务人追偿，不利于保证制度的推广。在这种情况下，依民法的公平原则，对义务人的义务应适当减轻。所以，理解保证期间，应当把它作为一种保护保证人的具体措施。在这一点上，我们同多数学者持同一观点。

按照通常见解，诉讼时效作为国家调节民事当事人利益平衡的机制，事关社会公益，是由民法中的强行法来确定的，当事人既不能预先约定抛弃时效利益，也不可以用法律行为来加长或减短时效的期间。大陆法系诸国民法典，都不厌其烦的用大量篇幅详细列举各种情况下请求权的诉讼时效，其目的显而易见，是要用法律的形式强行规定时效期间的长短，这也从另一个侧面告诉我们诉讼时效期间是不能约定的，必须由法律明确规定，而且这种规定，本意不在于弥补当事人约定的不足，而是不论当事人意思如何，都必须遵守。《意大利民法典》更在第2936条明确指出：“任何一个旨在改变消灭时效法律规定的约定都是无效的”。所以，诉讼时效强调的一个突出特点就是“强制性”。当然如《德国民法典》并不决然禁止当事人就时效问题进行协商，该法第225条规定：“法律行为不得排除或者加重时效。允许减轻时效，特别是缩短时效期间。”不过这种许可当事人就时效的约定是有限度的，根本精神并没有变，仍然以维护社会秩序的迅速安定为宗旨，特别是它明确指出约定时效期间只能缩短不能加长，更清楚地表明有关时效的法律行为是受严格限制的，与我国《担保法》允许当事人自由约定保证期间有着根本的不同，因为保证期间的约定恰恰相反，当事人在绝大多数情况下都只会约定一个比规定的6个月期间更长的保证期间，约定保证期间短于6个月的相比较而言则较少，可见，我国对保证期间的自由度显然不是德国法对时效的自由度所能相比的。故仅从期间的自由度这一点上，我们就可以认为，保证期间与诉讼时效期间有着相当大的区别。有的学者虽然看到了这一区别，却认为这个区别不是本质上的，只是形式上的，并进而得出排除这一“形式上”的“细微区别”，就可以认定保证期间就是诉讼时效期间的结论。而我们上面的分析却明确指出这一区别绝对不是细微的，也绝不是形式上的和次要的，恰恰相反，我们认为这个区别正是诉讼时效期间与保证期间最根本的区别，从而决定了保证期间不能被纳入诉讼时效的范畴。

三、保证期间的实践问题

（一）关于保证期间的起算

保证期间到底从何时开始起算，有的认为应是被保证的主债务履行期届满后的一段时间，其起算点应从主债务履行期届满而未履行时开始^[2]（第141页），这也是目前我国司法实务界比较普遍的看法。又有学者认为保证期间起算点的确定，首先应由当事人意定，在当事人没有约定时，则自主债务履行期限届满之次日起计算。笔者对这两种主张均不敢苟同。既然保证合同是附终期的合同，债权人自保证合同一成立即享有保证债权，很显然此时便可以起算保证期间了。无须等到主债务不能履行时，因为合同一旦生效便发生法律效力约束力，这一约束力，在履行期届至时表现为现实的履行义务和履行请求权，在尚未届履行期时则表现为到期履行的期待权。保证合同的功能即在于此，尽管债权人不能马上要求保证人履行，但正是由于保证人的存在，保证债务的存在，才使主债权的效力得到加强，合同利益得以获得担保。

保证合同自生效时起即客观的发生着担保主债权实现的功能，这一事实不以当事人的意志而转移，如果允许当事人约定保证期间的起算点，势必会发生一方面保证合同正在生效并起着担保作用，另一方面保证合同的保证期限还未开始这样一种相互矛盾的情况，对于保证人也是不公平的。所以我们必须承认保证合同对主债的担保作用是客观实在的，当事人的意志无法使之变化，故法律只能统一的硬性规定保证期间的起算点，以求得保证合同双方当事人利益的平衡。

关于保证期间与保证债权诉讼时效的关系

首先，如果在保证期间内债权人没有向保证人及时的主张保证债权，则随着保证期间的届满，保证债权已然失效，这是附终期法律行为的应有之义，保证合同不再存在，债权人已经失去了向保证人主张权利的依据，此后不再发生保证人的保证责任，此时也不可能产生诉讼时效的问题。其次，如果在保证期间以内发生了债权人可以行使请求权并实际以有效的方式向保证人行使了请求权，此时因为债权人对于保证人的债权还在，保证人当然应当依照保证合同约定，向债权

人履行因主债务人不履行债务而遗留下来的债务。在债权人主张或实现债权的过程中,如果发生保证期间届满的情况,应当不影响债权人权利的实现,因为此时的债权人正处于权利实现的过程中,其所依据的是保证期间尚未届满时正在实施的债权,而附终期的法律行为终期届至也仅只向将来发生消灭债权的效力,所以并不会影响债权人权利的实现。须注意的是,一般认为能够产生向保证人主张权利效果的只有起诉与申请仲裁,这样的规定未免对债权人过于苛刻,不利于他们权利的保护。为求平衡起见,我以为应当适当放宽,例如只要债权人能够证明他确曾向保证人主张保证债权,即可发生与起诉同样的效果。

(二)保证期间的确定

第一,若保证合同约定的保证期限短于主合同所规定的有效期该当如何处理?一种意见认为应遵从当事人自愿^[1](第 495 页),这也是目前比较通行的见解。然而最高法院《担保法解释》第三十二条却规定:“保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的,视为没有约定,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。”最高法院的规定我们可以看出两点,第一点是它认为保证期间是从保证合同成立并生效时起算的,因为若不如此则实难发生所谓“保证期间早于主合同履行期”的现象,虽然我们高兴的看到在这一点上与我们的意见相同,但从字面上看与《担保法》的有关规定相冲突;第二点表明最高法院不赞成保证期间短于主合同有效期。既然允许当事人约定保证期间,除保证期间的起算由法律直接规定外,保证期间的时间长短,自然应委诸于当事人的自由意志,如果只允许保证期间的约定长于主债务的履行期间,实际上是不当的干预了当事人的自由,不仅起不到促进和鼓励民事主体积极使用保证这种担保方式的作用,反而会影响和打击保证人的积极性,显然与设立保证期间制度的初衷不相符合。至于说到保证期间太短会影响保证的效果,达不到保证的功能,我以为这种担心没有必要。试问如果保证合同约定的保证期间短于主合同的履行期,债权人会答应吗?假设债权人答应了,那么也就意味着债权人自己愿意使他的债权从担保债权变为普通债权,放弃了这段时间差上的债权担保,这是债权人处分自己权利的正常行为,法律、法院又有什么必要强行介入,不容这对社会、对他人完全无害的弃权行为呢?

第二,保证合同约定的保证期间能否比主债权的有效期长,这是《担保法解释》给我们留下的一个悬案。我理解,在理论上,主债权的有效期除非当事人有特别约定或者有其它导致债权消灭的理由,否则将是无限期的。保证债权是以担保主债务的履行,强化主债权而存在的,既然主债权仍然存在,则当然保证债权仍有继续存在的余地。

[参 考 文 献]

- [1] 梅仲协. 民法要义[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- [2] 刘保玉, 吕文江. 债权担保制度研究[M]. 北京:中国民主法制出版社, 2000.
- [3] 王利明. 民商法研究(第三辑)[M]. 北京:法律出版社, 1999.

(责任编辑 车 英)

On Ordinary Guaranty Duration

YU Lili

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: YU Lili (1974-), male, Doctor & Lecturer, Wuhan University Law School, majoring in civil & business law.

Abstract: The article points out that there are contradictions between the regulations of guaranty duration stipulated by the existing legislation and by the judicial interpretation. The guaranty duration is considered as neither limitation nor the limitation of actions. In addition, it is also stated that the guaranty duration is not the same as the so-called period of rights-lost in the Italian civil law. In fact, the guaranty period in essence is the termination duration having been attached to the juristic act with duration.

Key words: guaranty duration; guaranty contract; juristic act with duration; the termination duration