

保证期间与诉讼时效转换制度之研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BF_9D_E8_AF_81_E6_9C_9F_E9_c122_484738.htm

摘要：保证期间和保证诉讼时效的转换制度是保证担保中的核心问题，但已有的立法及其司法解释并未对这一“转换制度”进行概括性总结和研判。作者提出了“期间”与“时效”的转换制度这一独特的担保法理论，弥补了保证担保理论的不足。【关键词】保证期间，时效，转换制度。

前言 保证期间和保证诉讼时效的转换制度是保证担保中的核心问题，担保法对其规定甚简，最高人民法院的《解释》亦未完成对这一制度的明示和准确的概括，司法实务和理论界对此仍存在不当的认识。有鉴于此，有必要对此制度进行继续深入研究的价值。

一、保证期间的性质与作用。保证期间即指保证人承担保证责任的期限。关于保证期间的法律性质，主流观点认为保证期间是除斥期间。笔者认为，保证期间并非除斥期间，而是具有除斥期间某些特征的除权期间。除斥期间是一种实体权利的存续期间，超过该期间则权利归于消灭，故除斥期间又称权利预定期间。从这一点来看，保证期间与其具有某种相似性。二者均有及时确定民事主体之间法律关系的目的和有在权利期内未主张权利者即法定消灭其权利的作用。但二者显然也存在本质上的区别。首先，除斥期间具有不变性，其不因任何事由而发生中止或中断的情形。保证期间则不同，一旦遇有法定情形即有可变性。如《担保法》第25条中即规定，在一般保证中保证期间因债权人对主债务人行使诉权的，应适用中止与中断的规定。其次，除斥期间具有法定的单一性和

确定性，其由法律直接规定，任何民事主体均不得对之予以协议变更。保证期间则具有可变性和可约定性，当事人可对这一期间的长度进行民事规制，法律针对保证期间只作了一个不能超出2年范围上的限制。故某一具体的保证期间并不具有立法上的法定的确定性，其可以是一月两月，半年一年或合法范围内的其他任何时间段。当然，对于在当事人各方未约定保证期间时而适用6个月法定期间的应为特例。但这并不影响保证期间可以约定这一特征。第三，保证期间超期后具有可救济性，而除斥期间一旦逾期则不具有可救济性。保证是一种合同行为，根据“意思自治”原则，只要当事人之间的约定不违反法律的强制性规定和不损害他人合法利益的情况下，应根据“约定优于法定”的原则处理保证纠纷。故凡在法定和约定保证期内债权人未向保证人主张债权而致其逾期的情形下保证人仍作出愿承担保证责任等特别承诺的，则债权人的保证债权仍可得到救济。例如，债权人在保证期间逾期的情况下向保证人送达催款通知，而保证人仍在送达回执中或以其他书面方式承诺仍继续承担责任的即属此种情形。此时，保证人不得在作出特别承诺后以债权人行使保证请求权逾期为由而否认其后续允诺的效力并据此要求免责。但除斥期间一旦逾期则实体权利永久消灭，不具有可救济性。因此，不能因保证期间与除斥期间具有某种相似性而将二者混为一谈。应当充分认识到在法律性质上对二者区别具有重要意义。

二、保证期间起算日的确定。有一些借款合同将保证责任期间约定为“从本合同订立之日起”或“从本合同生效之日起至……止”，等内容。应该说前述对保证期间起算的约定是对保证责任期间误解的产物，不符合保证的基

本性质和法定要求。由于保证债务相对于主债务具有一种补充性和从属性，设定保证的根本目的在于当主债务到期后债务人不履行或不能履行债务时由保证人对该债权承担一种保障性的清偿作用。故当借款合同签订时或合同生效时，合同约定的借款使用期才刚开始履行尚未届满，即主债务的清偿责任还未发生。故此时不存在对债权人进行保障的必要和可能，因此也就不发生保证期间的起算问题。上述对保证期限起算的约定应属无效，但必须指出，起算日约定无效并不必然影响保证期间的全部效力。只要终止的期日在借款使用期之外，则该借款保证期间仍属部分有效。如终止的期日在借款使用期内，则该保证期间的约定全部无效。

- 1、一般保证和连带保证的保证期间均应自债务届满之日（不含）之次日（含）起计算，如终止日为法定节假日的，则顺延至该节假日后的第一个工作日的工作时间止。凡在该约定或法定保证期间内，债权人未依法主张债权的，保证人均法定免责。但保证人在逾期后又对其保证责任的承担作出特别承诺的除外。因为此时保证人已用后续承诺行为对其前述法定免责权进行了弃权处分，故其仍应承担保证责任。
- 2、一般保证中保证人责任的实际发生日具有特别之处。由于受一般保证中保证人的先诉抗辩权制度之限，该类保证人的保证责任的实际发生日应是在该债务经司法审查后进入执行程序中主债务人被司法执行机关确认为已无清偿能力之日。此时债权人可在约定或法定保证期内要求执行保证人，以使其承担补充保证责任。
- 3、应正确理解和适用“保证期间”与“诉讼时效”的转换制度。在一般保证中，由于受先诉抗辩权制度的影响，依据《担保法》第25条之规定，当债权人向债务人依法主

张权利时，将引起保证期间中断的法律后果，故不存在保证期间与诉讼时效的转换问题。但连带责任保证中，由于未规定保证期间可以中断，故必然要涉及到保证期间与诉讼时效的转换问题。一般保证中保证期间适用诉讼时效“中断”的含义指的是，当发生债权人向主债务人提起诉讼等主张权利的法定情形时，在解决主债务纠纷期内，保证人的保证期间从对主债务人起诉的那一天起，以前已经经过的期间并不计算在保证期间内，待主张权利的法定事由终止后，期间将适用诉讼时效制度中“中断”那样的规定，开始重新计算期间。因此，这里的“中断”指向的对象是“保证期间”而非“保证诉讼时效”。但连带保证则显然不同，由于连带保证人不享有先诉抗辩权，只要债权人在约定或法定的保证期间内可以任何某种合法方式向其主张债权，而不必局限于“起诉”这一种形式。所谓连带保证的保证期间不适用“中断”指的是当债权人向保证人主张权利时，该保证期间均不发生象“中断”那样的重复计算期间的问题和象“中止”那样连续计算的可能。那么，此时的“主张”将会发生什么样的后果呢？笔者认为，当债权人向连带保证人在保证期间内主张债权时，保证期间将法定解除、自行终止，从而不再保留并不再对各方当事人再有约束力。正因如此，其将不发生重新计算的“中断”情形。此时，债权人的请求权从第一次主张之日（不含）之次日（含）起适用民法诉讼时效的规定开始计算2年的普通诉讼时效，即将期间的法律功能转由诉讼时效来替代行使，这就是连带保证中“期间”与“时效”的转换制度。当债权人向保证人第二次主张权利时，已与在第一次主张中即丧失约束力的保证期间再无任何关系，其引起的后果是

保证诉讼时效的中断，即凡在诉讼时效内从第二次起，主张一次，中断一次。例如：甲为债权人，乙为债务人，丙为连带保证人，保证期为8个月。当甲于债务到期后的4个月时即保证期间进行了4个月后向丙第一次主张债权时，已过的4个月保证期间并不“中断”，也不“中止”，其主张的法律后果就是立即解除8个月保证期间的约束力，并从主张之次日起（含次日）转换为适用2年的普通诉讼时效。此后凡在诉讼时效内每主张一次，这2年的保证诉讼时效即“中断”一次。

四、应正确认识《担保法》及其《解释》与其生效前有关司法解释的效力关系问题。有意见认为，《担保法》生效及其《解释》施行后，此前的有关司法解释不再适用，而只能适用《担保法》及其《解释》的规定。笔者认为，这种观点没有合法根据。应当肯定，凡不与《担保法》及其解释内容抵触的司法解释均有法律效力而可予适用。这一问题事实上早在最高人民法院1995年8月30日颁发的法发（1995）第19号文《关于认真学习、贯彻 票据法 、 担保法 的通知》中即已解决。根据该《通知》第四条的规定，在《担保法》施行后，最高人民法院在该法颁布前所作的有关担保问题的解释，凡与《担保法》抵触的，不再适用。言下之意，凡不抵触者仍可适用。这种司法解释涉及两大类，一种是针对担保问题的专门性解释，如1994年11月所发布的《关于审理经济纠纷案件中有关保证问题的若干规定》即属此类；另一种是有关民事司法解释中涉及担保的部分，如《关于贯彻 民法通则 若干问题的意见》中涉及担保的内容即属此类。因此，在《担保法》及其解释没有相应地规定时，人民法院完全可以依据《担保法》生效前以及上溯至上世纪50年代建国时

且至今有效的司法解释依法对案件进行裁判。五、须充分认识《担保法》的历史局限性，并在司法实践中应注意克服其缺陷并致力于消除其可能产生的消极作用。自上世纪70年代末期开始的改革开放，使我国的社会经济得到了快速发展，但也出了一些不良现象，其中尤以“三角债”为甚。政府利用行政权力曾在80年代中后期对此进行过行政干预以求解决，但收效甚微。从1989年至1992年期间的三年治理整顿期内“三角债”这一恶性经济现象仍未得到纠正和根除。甚至在90年代中期前发展到了极端的地步。由于“三角债”严重影响到社会经济的良性发展到了极端的地步，出现了大量损害债权人利益的问题。为了对付“三角债”的消极影响并保证债权的及时和可预见地实现，这种情况下迫使立法机关出台了《担保法》。但为了从根本上调整和规范市场经济秩序，当时的立法、实务及理论界均将希望寄托在“统一合同法”和“物权法”的制定上。且当时认为将会把目前《担保法》中的“人保”和“物保”不久即可分别纳入“债权法”和“物权法”的范畴，并逐步向民法典方向过渡。遗憾的是，这一设想至今未能实现。合同法并未涉及保证合同，民法典的出台遥遥无期，物权法虽已纳入立法议程，但其正处于难产的境地中。因此，《担保法》的出台具有明显的应急性。其无论从立法意图还是立法技术上均有诸多缺憾。对于诸如保证期间与诉讼时效的转换制度，保证期间与保证责任的确立和限制，无效“物保”与保证的责任转换等重大问题未加明确或根本未规定，比起此前的司法解释在一定程度上甚至有所倒退。致使司法实务界往往无所适从。在共计96条的《担保法》中，其中涉及“保证”和“抵押”的专项条款分别

为27条和30条，两者总和占据了《担保法》的大半，但这二者存在的问题和争议恰恰最多，其中尤以“保证”为甚。正因为该法缺陷较多，所以实务与理论界进行了大量的探索与争鸣。《解释》对担保法的有关内容进行了补充、扩张或限制性的规定，适用法律时遇有担保法与其《解释》矛盾的规定时，应优先适用《解释》而不是担保法，因为《解释》具有人大有关部门对最高人民法院授权修改的特殊背景，这从立法法的角度来看似乎于法不合，但这正是《解释》对担保法进行实质修正的特殊性所在。由于未能确立保证期间与诉讼时效的转换制度，使得保证期间与保证责任的确立与限制成为争议的重中之重，这就要求实务界在司法实践中要尤其重视并克服此类立法上的缺陷，并从“债权法”与“物权法”的基本原理出发，按照公平原则，从对债权人与债务人平等保护的角度出发，合理地裁判纠纷，并纠正立法之不足，最大限度地维护社会正义。这也正是本文立论的初衷。作者推荐：师安宁，北京泰福律师事务所律师。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com