

论约定保证期间 - - 以担保法第25条、26条为中心 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__E8_AE_BA_E7_BA_A6_E5_AE_9A_E4_c122_484769.htm

引言 中国担保法上最有争议但未必复杂[1]的概念，莫过于保证期间。保证期间包括约定的、法定的两类。不论约定的还是法定的保证期间，又都可析分为一般保证（即有先诉抗辩权的保证）的、连带责任保证（即无先诉抗辩权的保证）的保证期间。关于保证期间的性质，理论界和实务界有种种观点，例如除斥期间说、混合除斥期间说、诉讼时效说、特殊的责任免除期间说等等。这些观点的共同之处在于，承认法定保证期间的合理性，并且对于约定保证期间和法定保证期间的功能和性质几乎都不加以区分，而是采取一体把握的立场。这样“一锅煮”的结果是，原本就不合理的法定保证期间愈发地不可理喻，而原本较为合理的约定保证期间，因为一体把握的拖累，反倒被解释得不尽合理了。笔者以为，为了正本清源，拨云见日，必须将约定保证期间和法定保证期间分别把握。本文拟先简略指陈法定保证期间的弊端，再重点研究约定保证期间。

一．法定保证期间的功能和定位 担保法上的法定保证期间，指保证人和债权人未约定保证期间的，自主债务履行期届满之日起六个月内，（在连带责任保证中）债权人直接要求保证人承担保证责任或者（在一般保证中）债权人对主债务人起诉或申请仲裁的期间（第25 - 26条）。骤视之，法定保证期间似乎兼有促使债权人及时行使权利、保护保证人的双重作用。但细味之，却又令人疑窦丛生。如所周知，债权人的担保利益和保证人的利益，两者之间此消而彼涨。既

不能为了保护保证人，而使得债权人借助于保证所追求的担保目的落空；也不能为了实现担保目的，而过分牺牲保证人的利益。不过在评估保证人的利益时，切不可仅仅执着于保证合同本身，尚需深入到主债务人和债权人的关系中，深入到保证人与主债务人的关系中，才能明了保证人提供担保的原因和债权人获得保证担保的原因，才能发现保证人真实利益之所在。首先，如果将原因理解为“表征契约特性的交易目的”的话，毫无疑问，保证合同本身是“有因契约”

（?kausaler Vertrag），因为担保目的（?Sicherungszweck）即是原因之一种，就像清偿目的、赠与目的一样。其次，保证人向债权人做出保证的允诺，对债权人而言，这种允诺本身构成了债法上的加利，那么债权人凭什么心安理得地接受保证人的允诺？换言之，债权人有什么法律上的根据取得保证人的允诺？这种意义上的原因（即民法通则第92条的“合法根据”）并不存在于保证合同本身。就像抵押合同订定之前，必有先行的设定抵押的约定一样，在订定保证合同之前，主债务人和债权人之间亦必有某种设定担保之约定（?Sicherungsabrede），以作为合法根据之约定

（?Rechtsgrundabrede），不管其形式如何变化，这种约定总归是存在的[2]。这种约定常常决定着主债务关系的生效和执行。至于保证人何以自愿对债权人为保证之允诺，则取决于保证人和主债务人之间的关系：要么是有偿委托，要么是无偿委托或者无因管理。因为保证合同的效力不依赖于保证人和主债务人之间的关系的有效性，从这种意义上说，保证合同又是“抽象的”[3]。由此可见，衡量保证人的利益颇为复杂，非结合其他法律关系加以评估不可，否则简单孤立地说

保证人都是无偿的，非但于事无补，甚至连保证人自己都不会认同。因此，立法者如果试图在债权人和保证人之间的利益格局上，做出任何细微的改变，都需要特别审慎。法定保证期间的设计，属于打破这种利益平衡的改变，然而在这一问题上，立法者的决断似乎过于草率。通过法定保证期间，将债权人的权利行使限制在六个月内，对保证人求偿权的实现而言，固然有其积极意义；但另一方面，却会因此改变一般市场人士对于保证人义务的预期。如果人们希望避开法定保证期间，必须事先另行约定，这势必会增加交易成本。利益平衡不过是意思协同的外在化。利益失衡即意味着意思协调的放弃。法定保证期间因为保护了保证人，所以必然会受到保证人的欢迎，而招致债权人的强烈不满。法定保证期间的实质，就是置债权人的意思于不顾，在法律上做出对保证合同双方当事人的共同意思的拟制，这是对意思自治的反动，更重要的是这种反动可能缺乏应有的正当性。如果孤立地看待保证关系，鉴于只有保证人单方面负担义务，而以法定期间对其予以救济，情有可原[4]。可是如果将债权人和主债务人之间的主债关系、设定担保的约定关系，保证人和主债务人之间的求偿关系结合起来，由于这些关系彼此牵连，盘根错节，那么这种大胆的拟制所可能引发的更为广泛的连锁效应，以及利益协调上难度，都不难想象。保证关系毕竟是为债权的安全服务的，如果以保护保证人为幌子，透过重新分配风险，削弱（而不是颠覆）保证合同的功能，这正是法定保证期间的恶果，如果不考虑它给法律体系自身的和谐造成的更大危害的话。或许有人认为，既然许多民事权利会受到诉讼时效或者除斥期间的限制，不可以无限期地存在下去

，那么债权人对保证人的请求权受到法定保证期间的制约，又何必大惊小怪呢？然而，即使没有法定保证期间的规定，债权人对保证人的请求权也不是永远都可以行使的，因为毕竟它要受到诉讼时效的制约。诉讼时效之外，如果又冒出个所谓法定保证期间的“法定”制约，那么说明它的合理性就成为立法者不可推卸的责任。法定保证期间，要么是特殊的短期时效，要么是除斥期间或者某种其他的法定期间，可它究竟是什么？虽然法定保证期间的起算，类似于诉讼时效期间，但结合其法律效果以及该期间不得中止中断延长（担保法解释第31条）来看，其非为诉讼时效期间，至为明显。法定保证期间适用对象是债权人对于保证人的请求权，和主要适用于形成权的除斥期间迥异，解释为除斥期间，不仅面临不少理论上的困难，而且还与担保法第25条第1款的文义（“保证期间适用诉讼时效中断的规定”）相抵触。这些倒不是不可逾越的障碍，真正的麻烦在于，不管法定保证期间性质如何，都免不了这样的责难：为什么只有保证中才有法定期间之设？而在第三人出质或者第三人提供抵押（该第三人即所谓的物上保证人）时，为什么物上保证人就不值得像保证人那样，受到同样的保护？为什么担保法上没有“法定抵押期间”或者“法定质押期间”？物上保证人不仅受到担保法的“歧视”，而且简直可以说还受到担保法司法解释的“虐待”。因为担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院仍应当予以支持（解释第12条第2款）。这就是任何试图将法定保证期间合理化的努力都无法回避的“立法或司法上的矛盾”。依笔者的愚见，欲将法定保证期间正当化，唯一可能

的理由在于弥补时效法上的缺陷。自罗马法以降，消灭时效中断事由，或为请求权人提出裁判上请求，或为债务人的承认，单纯的诉讼外请求是不足以导致时效中断的，即使是前苏俄民法也不例外。然而作为原属儒家法律文化圈的东瀛，人们普遍厌讼。在明治民法制订之际，为求适合本国民情，遂决定扩大第174条“请求”之外延，将催告包入其中。“此所谓请求，不以裁判上之请求为限，依各种方法，以主张权利之谓也”；请求“不必由执达吏为之，即以私书或口语，亦生中断之效力”，“惟裁判外之请求，欲后日可确证其事实，故多由执达吏为之”[5]。中华民国民法第129条也步其后尘，将请求界定为诉讼外之权利主张，以之与起诉并立[6]。不过，日本民法第153条、民国民法第130条更有配套规定，即催告或者诉讼外请求后，非于六个月内起诉的，不发生时效中断的效果。学理上称此六个月为“消灭时效中断的限制期间”。诉讼外请求得中断时效，乃西法东渐过程中，众多变异之一例[7]。在诉讼外请求能否中断诉讼时效的问题上，我民法通则第140条未取法前苏俄，而是沿袭了民国民法之成例。然终以民法通则规定原则，文字简约之故，在承认“当事人一方提出要求而中断”诉讼时效的情况下，未能一并规定“消灭时效中断的限制期间”。迨至民通意见第173条，非但不问请求致时效中断予以限制，反而可以要求一次即中断一次[8]，终与民法通则第140条分道扬镳，南辕北辙。这样的时效中断制度，对于单务契约性的保证来说，为祸愈烈。担保法立法时是否考虑及之，不得而知。但是有迹象表明[9]，最高院于制定司法解释之际，可能考虑过这一点，才坚定地将法定保证期间定位为除斥期间的。果真如此，则法定保证

期间不是别的，恰恰就是“消灭时效中断的限制期间”。这种推论如果成立[10]，那么立法者或者司法者应该做的工作就是去完善时效法的立法或解释，否则，通过法定保证期间仅仅能救济保证人，却救济不了物上保证人；既然权利人提出要求即导致时效中断，一切义务人都可能因此而遭受不利益，法定保证期间这样的个别规定，对于他们也是远水解不了近渴，除非审判中敢于采取整体类推。

二．约定保证期间的意义除了法定保证期间外，担保法上还有约定保证期间。如果说法定保证期间是意思自治原则诞下的不伦不类的孽子，那么约定保证期间则是意思自治原则孕育出的宁馨儿。如果说法定保证期间在弥补时效法的缺陷方面不无小补，那么约定保证期间在风险控制方面则大有作为。如果说法定保证期间从债权人的请求权可得行使时起算，那么约定保证期间则应当从保证期间的约款生效时起算，当事人另有约定的除外。可见，约定保证期间和法定保证期间虽然同名，论其实质，则相去不可以道里计，如果采取一体把握的立场，其结果必然是因名害实。需要指出的是，“约定保证期间”和“约定的保证责任期间”在担保法中系同义语。担保法第二章第三节多次提到“保证责任”，揆诸担保法第6条，其有广狭两义。广义的“保证责任”，指主债务人不履行主债务时，保证人可能对于未履行的债务负担代为履行责任，可能对于因债务不履行导致的损害负赔偿责任[11]。区别在于，为了担保主债务履行，保证债务是必须与主债务具有同一之内容，抑或只是担保主债务不履行的损害赔偿责任。前者更接近于连带债务，后者则摆脱了多数债务人关系的模式，彰显了债务人担保的性质[12]。狭义的“保证责任”则仅指保证人

的损害赔偿 responsibility。担保法中的“保证责任”其实就是保证债务，无论其为履行义务还是赔偿义务，都仅仅涉及保证债务的内容而已[13]。保证合同而有期间之约定

(*?Zeitbestimmung, Zeitabrede*)者，其作用无非有两种，要么是对于既有债务之保证，作出时间上的限制(*?zeitliche Beschränkung*)。附生效期限的，保证合同自期限届至时生效；附终止期限的，保证合同自期限届满时失效(参见合同法第46条)。由于约定保证期间一般都是对于既有主债务的保证关系附加以时间上的限制，因此，除非当事人另有表示，否则，应该解释为保证合同附有终期

(*?Endtermin*) [17]。替人作保总会给保证人带来或大或小的危险。但这种危险或许可以部分地被预先防范。在主债务人长期贷款的情况下，保证人可以在其事先预见主债务人有给付能力的时间内，只承担相应时间的保证义务，或者保证人保留对保证合同的通知解约权(*?Kündigung*) [18]。担保法第25条、26条规定的约定保证期间涉及的定期保证，就是附终止期限的法律行为之具体情形。值得注意的是，目前理论界和实务界对于约定保证期间普遍存在一种错误的看法。例如有人认为，“保证的期限就是保证人对主债权承担保证责任的期限，它具体是指保证人对债权承担保证责任的止期。根据保证合同所约定的保证的期限，可以确定保证的期间，保证期间就是指主债务履行期间届满之日到保证期限所指示的日期” [19]。如果按照这种观点，保证人和债权人约定的保证期间(例如2年)，将为债权人和主债务人掌控，而保证人自己则无法控制。因为债权人如果一再地允许主债务人延期履行主债务，那么主债务履行期的届满，将遥遥无期，保

证期间势必无法开始。所以，这种观点要想成立，要么保证人是非理性的，要么保证期间与预先防范危险无关。由于最高法院和通说一样，采取了将约定保证期间和法定保证期间一体把握的立场，未能细察两类期间在功能上的差异，因此将法定保证期间的起算方法，不当地适用到约定保证期间的起算上，因而徒增了不少的烦恼。为了自圆其说，最高院遂于担保法的司法解释中不得不用了四个条文（第30条 - 第33条），来规范保证期间的起算、变更等问题。看似密密匝匝，实际上是节外生枝，枝蔓乃众。

四．关于保证期间之约定应具备之形式 双方法律行为以形式自由为原则，保证合同则以书面形式为必要（民法通则意见第89条，担保法第13条），因此，有关终止期限的附加条款也应该以书面形式出之（担保法第15条）。由于保证合同是单务合同，保证义务的承担，对于保证人的财产状况影响极大，法律要求保证合同具备书面形式，目的无非在于保护保证人，避免其草率行事。经由商界特别是银行界的争取，现在最高法院的态度是：虽然没有单独订立保证合同，但保证人在债权人与被保证人（即主债务人）签订的附有保证条款的主合同上，以保证人的身份签字或者盖章的；或者主合同中虽未附有保证条款，但保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立（最高院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第3条，担保法解释第22条第2款）。这时债权人的签名或者盖章就具有了双重意义，一方面是对主合同的同意，同时也是对于保证合同的书面同意。可见保证合同的书面形式，既可以是单独的书面保证合同，也可以是书面的保证条款，也可以是双方单纯的、书面的保证合意。尽

管如此，当事人双方的合意没有落实为书面的保证合同的情况实践中常常发生。但是，保证人以书面形式向债权人表示，当被保证人不履行债务时，由其代为履行或承担连带责任并为债权人接受的，保证合同成立（最高院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第2条，担保法解释第22条第1款）。这种情形原本是不符合保证合同的书面要求的，因为只有保证人的保证表示具备书面形式，而债权人的接受表示，因为没有签名或盖章，而欠缺书面形式，从而并不符合整个保证合同书面形式的规定。对此，最高法院不仅没有按无效认定，反而是从规范目的出发，对于“书面保证合同”的外延作了目的性扩张的解释。这说明保证合同的书面形式虽然是法定的，但法定要式针对的其实不是整个保证合同，而是针对保证人的保证意思表示，因为在保证人将保证意思外在化书面化的过程中（比如担保书之出具），有关形式的立法规定所要追求的保护目的也就达成了[20]，所以保证合同也是有效成立的。甚至，即使仅有口头的保证协议，只要保证人嗣后履行了保证债务，并为债权人接受的，依照合同法第36条之规定，法院似乎也应当认定保证合同成立。据此，关于终期的附款，倘若体现在单独的书面保证合同、书面的保证条款中，固极妥善；其体现在保证人出具的担保书中，也无不可。但不会出现在不附有保证条款的主合同、口头的保证协议中。商人充当保证人时，由于其对于保证带来的风险，无不心知肚明，这时是否还有必要通过书面形式，以提醒保证人，的确值得怀疑。

五．构成要件一：约定的保证“期间”甚至包括条件某种将来的事实，只要可以作为合同法第46条的“附期限合同”中所谓期限（?Befristung

)的，均可成为保证合同的约定保证期间。因此作为约定的保证“期间”可以是历法上的日期(?Kalendertag)，——其到来确定，时期也确定(拉丁dies certus an et quando)；也可以是根据情形(?aus den Umstauml.hrigkeit)，作为保证“期间”加以约定，此种事实由于其能否到来尚不确定，性质上原本属于“条件”而非“期限”，但由于时期确定，因此在其不妨碍约定保证期间功能的限度内，法律上断无否认此种约定效力之必要[22]。原因其实很简单。保证关系相对于主债务，具有从属性，而约定保证期间本质上就是要将保证关系对于主债务的依从性，限制在一定时间之内，以达到风险防范的作用。因此，某种将来的事实，从规范目的的角度来说，只要能够满足对于保证关系进行时间上限制的要求，均可以充当担保法第25条、第26条意义上的所谓约定保证“期间”。在这方面，当事人选择的将来的事实，其为期限还是条件，其实已不甚重要了。这样处理不仅合乎约定保证期间的规范意旨，而且对于保证合同的实际应用也不无裨益。因为债权人的意志、主债务人的信用、保证人的责任财产、债权项下有无其它担保权益、三方彼此间的人际关系、周遭环境等种种因素，随着交易的展开都会发生改变，而这些都不是保证合同订立之初就能准确预见或确定的。如果不将约定保证“期间”作扩张的解释，以便将某些不确定的“条件”也纳入其中，那么债权人和保证人常常会无以措手足。因为债权人可能不得不选择：要么以保证债权的安全至上，而牺牲“期间”的确定性，要么放弃保证债权的安全性，以满足“期间”的确定性。保证人的处境也好不到哪里去：要么坚持对保证义务进行限制，却放弃“期间”的确定性，要么屈从于“期

间”的确定性，而完全放弃限制保证义务的念想。可见，拘泥于法条的文义，过分强调约定保证期间的确定性，结果必然是强人所难。因为事先精确地约定保证义务存续的期限，这一点谁也做不到：当事人做不到，法院若处于当事人的地位，其实也做不到。稍有偏离，便硬生生地用六个月或二年的法定或推定的保证期间去替代，既不符合当事人的利益，也难谓公平。笔者以为，与其作茧自缚，莫若巧用“期间”一语，采取目的性扩张，即可将自治权归还当事人。尽管某些条件也可充当保证期间而被约定，但若因此遽认所有的条件皆可作为保证期间，却不免轻率。例如保证人和债权人约定，在贷款另有抵押权担保之前，保证人负担保证义务；保证人和债权人约定，在保证人拥有通知解约权之前负担保证义务；或者在强制执行中止时，提供保证，并约定在中止原因消失之前承担保证义务。诸此情形，均为附有解除条件之保证（?auf lauml.ubigerwechsel oder gesetzlicher Forderungs ü bergang）[31]，因此，只要作为保证合同原因的基本法律关系——保证人与主债务人之间的关系——非为赠与，保证人事后可以向主债务人追偿（担保法第31条，担保法解释第42条、43条），是为保证人的一般追偿权（?allgemeine R ü ckgriffsanspruch）。如果保证人与主债务人之间另有委托、无因管理等基础关系的，由此产生补偿请求权，是为保证人的特殊追偿权（?besondere R ü ckgriffsanspr ü che）[32]。正是因为一般追偿权的存在，债权人在保证关系存续期间，不得使保证人的地位恶化，因此不得放弃被保证债权项下的担保权益[33]，否则，保证人可以在担保权益被放弃的范围内免除保证责任（担保法第28条）。债权人在主合同履行期届满

后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任（担保法解释第38条）。此所谓免除保证责任，乃保证关系消灭之特殊原因[34]。所谓减轻，即为保证关系之部分消灭也。债权人负有义务的第二种情况。在保证合同中有保证期间约定的，债权人必须按照第25条第2款或者26条第2款采取必要措施[35]，尤其是在一般保证中，债权人有义务积极地收取债权（如通过申请强制执行或者将担保物权变价），否则，随着保证期间届满，保证人将免责。（详见下文八）。2．采取必要措施和不得放弃担保权益的义务均为债权人的不真正义务。债权人既然依照担保法第25条第2款或者26条第2款，负有采取必要措施的“不真正义务”（?Obliegenheiten），那么这与民法上通常所谓的义务（?Pflichten）有什么不同呢？差别在于：法律上允许不真正义务的“义务人”自己选择，是否需要遵守此种义务；另一方则无权要求其履行。倘若此种义务未被遵守，则义务人方面需要忍受法律上的不利益，例如请求权的丧失或减缩。但是，不真正义务的违反并无违法性，因而也不发生损害赔偿义务。如果义务人希望避免法律上不利后果发生在自己身上，那么他就只能去履行此种义务。可见，不真正义务只是强度较弱的行为要求

（?Verhaltensanforderungen von geringer Intensitauml.ubigers），决不允许以保护保证人为幌子，透过重新分配风险，削弱保证合同的功能[37]。3．债权人应采取的措施：连带责任的保证原则上，只有在主债务人不履行主债务时，保证人才需要以自己的财产承担保证责任（担保法第6条）。因此在连带责

任的保证，保证人的义务仍然具有从属性（?Akzessorietauml.t）？笔者以为，连带责任的保证仍然具有补充性，只是不同于一般保证的补充性而已。例如，债权人对于主债务人的债权，与主债务人对于债权人的反对债权处于抵销适格状态的，倘若债权人不为抵销，却要求保证人承担保证义务，那么保证人对于债权人应该享有给付拒绝权

（?Leistungsverweigerungsrecht，参照德民第770条第2款），此即为补充性之体现[38]。不过，由于连带责任保证人不享有先诉抗辩权（?Einrede der Vorausklage），其保证义务的补充性大大削弱。所以在连带责任保证中，主债务不履行时，保证人和主债务人即处于连带关系中，就未履行的主债务之一部和全部，债权人有权分别或者同时要求主债务人或者保证人负其责任（担保法第18条）。保证合同有约定保证期间的，如果债权人未在约定的保证期间，要求[39]连带责任的保证人承担全部或部分保证责任的，保证人即全部或部分免责（担保法第26条2款）。此处所谓的“要求”有几层意思。首先，债权人的“要求”性质上属于需要相对人（保证人）受领的意思表示，且不可以取消（?nicht zur ü cknehmbar），否则势必使得保证人的地位，在保证期间届满后，因为过分依赖于债权人的意思，而变得摇摆不定。其次，在该“要求”中，债权人无需将保证责任范围精确地“数字化”

（?unbeziffiert）[40]。再者，依26条法条之文义，似乎可以推断：债权人之“要求”不得超出保证期间，否则保证人免责。但是，依照法律或者约定，主债务清偿期的届至，有可能与保证期间的届满同时发生（参见上文构成要件二）。这种情况下，债权人只要是在保证期间届满后，毫不迟延地对保

证人提出要求的，法院也应该予以支持。否则一味拘泥于法条的措辞，反倒会造成法律之间的矛盾，对债权人也不公平。最后，债权人提出“要求”后，对于保证关系的存续有争议的，债权人应负责举证[41]。

4. 债权人应采取的措施：一般保证 一般保证与连带责任保证相似却又有不同，不同就在于保证人有先诉抗辩权。倘若债权人希望消灭保证人的先诉抗辩权，只要不存在排除先诉抗辩权的法定事由（担保法第17条第3款），那么债权人就“必须”主动出击，收取债权，变现担保物权，力争使“就债务人财产强制执行仍不能履行债务”（?Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner ohne Erfolg）的状况出现（担保法第17条第2款）。作为强制执行基础的执行名义，则并不限于生效的法院民事判决、裁定或仲裁机构的仲裁裁决，也可以是生效的调解书、支付令、公证债权文书，甚至还可以是生效的刑事判决裁定中的财产部分（民事诉讼法第207条，民事诉讼法意见第254 - 256条）。因此，为了消灭保证人的先诉抗辩权，债权人不一定非要待到主合同发生了纠纷；即使发生了纠纷，债权人是否一定要对主债务人起诉或申请仲裁（担保法第17条2款），也甚为可疑。毕竟审判只是解决纠纷的最终、但不是唯一的手段。反过来，即使债权人已经获得生效的法院裁判或者仲裁裁决，但若迟迟不申请强制执行，则保证人的先诉抗辩权可能依然存在。为了避免保证关系因为保证期间的届满而消灭，债权人应该采取必要的措施。一般保证和连带责任的保证的差别，就在于先诉抗辩权之有无，相应的，债权人应当采取的措施，其标准也有所不同。有鉴于此，担保法的立法者选择了分别规定的模式（见第25条的第2款和第26条的第2款），这无疑是正确的

。不过，和担保法第26条第2款相比，有关一般保证的第25条第2款要不幸得多。立法者原本应该以第17条第2款为出发点，将“就债务人财产强制执行仍不能履行债务”作为合乎逻辑的标准，在第25条第2款中予以具体化。比如或许可以这样规定：在约定了保证期间的一般保证中，债权人应不迟延地为债权之收取，倘有必要应继续相关程序且无根本性的迟延，而且在程序终了后不迟延地要求保证人承担保证责任，否则，保证期间届满后，保证人免责。然而，令人遗憾的是，担保法第25条第2款放弃了第17条第2款已经确立的标准（“就债务人财产强制执行仍不能履行债务”），另行选择了该条款中原本就有问题的表述（“对主合同纠纷要求审判或仲裁”）作为标准。标准上的转换，意味着对债权人、保证人和主债务人三方利益格局具有决定性意义的时点上的切换，（债权人对主债务人财产申请执行的时间、债权人要求保证人承担保证义务的时间、保证人对主债务人追偿的时间），两种不同标准造成的时间差少则半年，多则数年。如此一来，势必导致以下几个不利的后果：第一，债权人取得其他的执行名义时，（例如债权人获得了生效的调解书、支付令、公证债权文书、包含财产内容的生效的刑事判决裁定等），其是否或者在多大程度上还有必要、或者有可能对债务人再提起诉讼或申请仲裁？如果答案是否定的，那么就说明第25条第2款之规定某些时候对债权人又是有害的。第二，债权人为实现债权而采取必要措施的，在对债务人财产强制执行仍无效果时，立法上允许保证关系继续维持，已经算是照顾债权人了。在保证关系因约定保证期间期满而消灭的阻却事由上，现行法将时间前移到“债权人对债务人起诉或申请仲裁

时”，无疑对债权人更为有利。但在立法政策上，是否有充分的理由推翻保证人预先防范风险的安排，过分牺牲保证人利益，以给予债权人方面双重的“优惠”，很可怀疑。第三，最重要的是，如果债权人取得了执行名义却没有申请执行，或者拖延申请执行，或者强制执行后未及时向保证人要求承担保证责任，其间主债务人的财产状况可能严重恶化，以致于承担了保证义务后，保证人从主债务人处只能空手而归。原本指望通过约定期间限制自己责任的保证人，就会被结结实实地牺牲一把。对债权人这种近乎变相的放弃债权的一般担保的作法，予以容忍甚至鼓励，不仅和担保法上债权人不真正义务的规范意旨相去甚远，而且和保证人约定保证期间的目的简直就是背道而驰。对保证的两种方式之间的差异，立法者的确非常重视。然而，同是为了排除一般保证中的先诉抗辩权，为什么又会形成担保法第17条第2款和第25条第2款两种标准之间的巨大落差呢？一言以蔽之，约定保证期间何所指，先诉抗辩权是否能阻止诉讼时效期间的开始，立法者对此均存在着重大的误解。（详见上文三、下文九）

八．法律效果：存在或者消灭 保证关系因为保证人和债权人之间的契约而产生。由于其担保的是债权人对于第三人的债权，所以在宽泛的意义上，该第三人也参与到保证关系中，是为主债务人[42]。与保证相关的有三个不同的法律关系：债权人和主债务人之间的主债务关系（?Hauptverbindlichkeit），保证人和债权人之间的保证关系(?B ü rgenschuld oder B ü rgenschaft)，以及保证人和主债务人之间的求偿或者追索关系（?R ü ckgriff）。约定保证期间制度，直接影响到保证关系的存亡，间接地也会对保证人和主债务人之间的求偿关系产生

影响，但不会影响到主债务关系。作为对于保证关系在时间上的限制，约定保证期间的实际效果因为债权人是否采取了必要的措施而有不同。1. 债权人未采取必要措施的，保证义务随同保证关系而消灭。约定保证期间届满，债权人未采取必要措施的，保证人免除保证责任（担保法第25条2款、26条2款）。此处所谓免除保证责任（?Befreiung），指的是保证义务的消灭（?Erlauml.klusivfrist）和诉讼时效期间一样，本质上则是期间（?Frist）之一种。尽管和保证期间一样，除斥期间经过也产生权利消灭之抗辩[44]，但两者还是有着本质的区别。既然约定保证期间是由保证人与债权人约定的，当然可以由他们协议取消或延长；它何时开始，也取决于当事人的合意（无约定时以约定保证期间条款生效之时起算），与主债务清偿期何时届满，毫无关系[45]。从这种意义上说，最高院于担保法的司法解释第30条至第33条的意见，有的歪打正着，有的谬之千里，而以此来强化约定保证期间的除斥期间之性质认定，则是危险的。因为约定保证期间应具备的保证风险预先防范功能，被扭曲为督促债权人及时行使对保证人的请求权的功能，而请求权行使及时与否，本来自有诉讼时效去解决，何劳最高院如此曲解担保法，不当干预当事人的意思自治呢？！除斥期间基本上为法定期间，偶尔也有允许约定者（见合同法第95条解除期间）。而保证期间只能是约定的，保证期间而由法律规定者，实为异数(见上文一)。随着除斥期间的经过，权利消灭。被消灭之权利主要是形成权，与形成权相对的并非义务（更不会债务），而是一种相对人不得不忍受形成权效果的“屈从”的地位。因此，除斥期间乃是形成权上负载的“限制或束缚”，俾使相对人

对于权利状态的改变，能够有所安排。作为除斥期间适用对象的形成权，其行使行为原则上不得附条件、附期限，也不得撤回[46]。除斥期间偶尔也消灭请求权，如占有请求权（物权法草案第265条2款，参照德民第864条），对缺陷产品制造人的赔偿请求权（产品质量法第45条2款，参照《国缺陷产品责任法》13条）[47]。除斥期间虽原则上为不变期间，但于有法律规定，或依其意义及目的容许之限度内，可以准用有关时效停止或不完成之规定[48]。如德国民法124条规定表意人可以在1年内撤销因受欺诈胁迫之意思表示，该1年除斥期间准用有关时效的第206条、210条和211条。第1002条对于占有人请求所有人偿还费用的一个月和六个月两种除斥期间，亦然。但是，由于形成权之行使纯粹取决于权利人的单方面意志，无需他人协力，他人也无从侵害，而且其一旦行使，权利即因实现而告消灭，所以，除斥期间的性质决定了，其不可能准用时效中断之规定。反之，像担保法第25条第2款所谓“保证期间适用诉讼时效中断之规定”，对此无论怎么理解，至少说明：可以适用时效中断规定的保证期间不可能是除斥期间。约定保证期间不是诉讼时效期间。诉讼时效期间（*Verjährung*）而非抗辩（*Einwendung*），故法院不得主动依职权审查。时效完成后，无论债务人是否行使抗辩权，请求权都不消灭，对应的债务也不消灭，只是成为不完全债务。不过，在债务人行使抗辩权时，会导致请求权欠缺执行力，因此，诉讼时效完成属于请求权效力减损的法定事由；但债权仍有受领力，处分力（可以让与、作为被动债权抵销等），仍可以之作为取得名义（*als Erwerbstitel*）[50]。超过诉讼时效期间，债务人明知诉讼时效期间已过，仍自愿履行

的，此乃时效利益之抛弃；债权人受领给付、保持给付并不构成不当得利。债务人即使不知时效期间已过，只要出于自愿，其所为之给付也不构成无债清偿，此乃时效利益之丧失；债权人受领并保持给付，仍具有法律上的原因。所以，这两种情形，都不受诉讼时效限制（参见民法通则第138条）。甚至在一定条件下（如债务人提供担保或书面地承认债务），请求权被减损的效力还有复原的可能。因此从时间的性质和法律效果上看，保证期间和诉讼时效期间大相径庭，至为明显。

2. 债权人采取必要措施的，保证义务仍然存续，惟其范围得以固定。除非当事人另有约定，否则，债权人在约定保证期间内采取必要措施，要求保证人承担保证义务的，保证关系将继续存续（?Fortbestand der Bürgschaftsverpflichtung），不因保证期间的届满而消灭。此外，在法律上是否还有别种效果发生？保证义务的范围如何？换言之，保证关系是继续从属于主债务，从而保证义务范围仍然随之继续变动呢？还是应该在某个决定性的时间点上，切断保证关系对于主债务的依赖性，从而至少使保证人义务的最终范围具有确定性呢？如果是前者，则意味着从属性原则的维持（?Fortdauer vom Akzessorietätsprinzip）。对此，担保法第25条1款和26条1款没有明确规定。笔者以为，此时应偏离从属性原则，让保证义务的范围固定[51]。这样，既考虑到此前保证之债的从属性和补充性，又不违背当事人约定保证期间以为限制的初衷，既满足了意思自治的要求，又适当地照顾了债权人的利益。不过，事关保证义务范围固定的决定性时点，则因一般保证和连带责任保证而有差别。在约定了保证期间的一般保证中，债权人应不迟延地为债权

之收取，倘有必要应继续相关程序且无根本性的迟延，在程序终了后，“就债务人财产强制执行仍不能履行债务”的状态是否存在，因此得以确定。因此，只有在尝试了强制执行后，债权人才有必要不迟延地要求保证人承担保证责任。所以，强制执行程序结束之时，就是就债务人财产强制执行无结果之时，这时的主债务余额就是一般保证人需要承担的保证义务的范围。即使约定的保证期间尚未届满的，亦然。因为主债务此后不会再有发展，也不会进一步影响保证义务的范围。在约定了保证期间的连带责任保证中，债权人在约定保证期间内“要求”保证人负责的，保证关系继续存在。如果债权人是在保证期间届满之际提出要求的，固然简单。如果债权人要求之时，约定的保证期间尚未届满，则主债务的范围可能还会发生变动。例如在债权人对保证人要求之后，主债务人和保证人都迟延履行，迟延利息便会随时间推移而增加；又如在债权人对保证人要求之后，主债务人对于债权人的反对债权到期，可以抵销，则在相应范围内，保证人对债权人具有抗辩权。因此在连带责任保证中，为求得统一，应当将决定主债务余额（从而也是决定保证义务范围）的时间点客观化，即不是取决于债权人提出要求的时间，而是约定保证期间届满的时间。须注意的是，依担保法第25条2款和第26条2款，债权人采取措施，要求保证人承担保证义务，就可以使得保证义务存续，这都是任意法（dispositives oder nachgiebiges oder abbaubares），因为否则随着约定保证期间的经过，保证关系当然消灭，保证义务即刻免除。为什么立法上作出有利于债权人的规定呢？此乃保证的担保目的和从属性使然。和一般的双务契约附终期，终期届满，双方均

有利益不同。如租赁关系所附终期届满，出租人可以另向他人招租，收取租金；承租人不再支付租金，可以另行赁入。可见，约定保证期间虽是保证合同附有终期，终究与一般附终期的情形略有不同。

九．问题的症结：先诉抗辩权、诉讼时效、约定保证期间三者的关系如上所述，约定保证期间届满，保证关系消灭。为了避免此种结果，债权人须在保证期间内采取一定措施，而且都应该归结到一点：债权人要求保证人承担保证义务。担保法第26条第2款正是这样规定的。然而在定期的一般保证中，法律却要求债权人对债务人起诉或申请仲裁（担保法第25条第2款）。可以推知，立法者旨在藉此排除保证人的先诉抗辩权。然而债权人以自己的行为去排除先诉抗辩权的，其法定的唯一标准在于第17条第2款，即“就债务人财产强制执行仍不能履行债务”，决不应该另外实行什么双重标准，如“对主合同纠纷要求审判或仲裁”，或者“债权人对债务人起诉或申请仲裁”[52]。之所以出现25条第2款与26条第2款的不一致，25条第2款对于17条法定标准的偏离，问题的症结就在于没有厘清先诉抗辩权、诉讼时效、约定保证期间三者之间的关系。基于保证，当主债务人不履行债务时，保证人有义务代替主债务人，向债权人履行主债务或者承担赔偿责任，这就是保证人的给付义务。保证合同一旦有效成立，债权人即取得对于保证人的保证债权，保证人的给付义务也随之发生（有例外）。只有在主债务人不履行债务时，债权人对于保证人的请求权才能行使，一般保证、连带责任保证，概莫能外。在一般保证中，保证人常常向债权人主张先诉抗辩权，以一时地阻却请求权的效力。但是对于保证人来说，这样的做法并非总是有利无弊。因为债权

人为了排除保证人的先诉抗辩权，通常要取得执行名义，申请强制执行，强制执行如果没有效果，保证人对于由此发生的徒劳无益的费用，仍然要承担保证义务[53]，盖保证人的义务范围依法包括实现债权的费用（担保法第21条）。因此，保证人拥有抗辩权却不一定行使抗辩权。先诉抗辩权的客观存在本身，不能当然地阻碍债权人行使请求权[54]。在一般保证中，如同在连带责任的保证中一样，当主债务人不履行债务时，债权人对于保证人的请求权即处于可得行使之状态，该请求权的诉讼时效应开始起算，先诉抗辩权并不构成影响时效开始的法律上的障碍，也不构成时效停止的事由[55]。只要债权人对于主债务人的请求权未罹于时效，并且债权人对于保证人的请求权的时效也没有完成，那么保证人的保证义务就是可以强制执行的。先诉抗辩权的主张，可以暂时排除债权人对于保证人请求权的作用，因此会对于诉讼时效的正常进行产生影响。在德国，先诉抗辩权之提出，导致债权人对保证人的请求权的消灭时效停止（?Hemmung der Verjauml. u. erung）债权人，以致于保证文书可以供债权人（哪怕是一时的）使用。这样才算构成第766条第1句所谓的“保证表示之书面授予”（?schriftliche Erteilung der B ürgschaftserklauml. lligkeit der Hauptschuld und Ende der B ürgschaftszeiten ü gt (BGH NJW 89,1875f)。 Vgl. Jauernig, B ü rgerliches Gesetzbuch Kommentar, 10. Aufl., § 777 Rn 6。 [28] 郑玉波先生认为此种保证没有任何意义，见氏著《民法债编各论》，1981年，第863页。 [29] 合同法第94条第2项的第二种情况，与同条第3项和第69条关于解除的规定，不太协调。一方面，债务人“期前”以自己的行为表明不履行合同主要

义务的，债权人无需催告即可解除，而债务人“期后”迟延履行主要债务的，债权人非经催告则不可解除。状况发生在清偿期之前或之后，何以有如此的差别？利益衡量上有失轻重。另一方面，应先后履行的双务契约中，后履行方“期前”可能出现丧失履行能力的种种情形，只有在收到对方通知后的合理期限内，后履行方既未恢复履行能力，又未提供适当担保的，不安抗辩权人方能解除合同。状况同样发生在“期前”，何以又有如此差别，其理又安在？愚意，合同法第94条第2项的第二种情况应当比照同条第3项和第69条加以限制，《国际货物销售合同公约》第72条2款可资借鉴。[30]例如，债权人根据请求，原则上应随时向保证人提供与主债务的情况和主债务人的境遇有关的信息。另于特殊情况下，对于意外的风险改变，如主债务人的财产即将丧失，债权人有向保证人揭示之义务，以便保证人针对主债务人的财产采取措施，来确保他的求偿权。当然，这只存在于少数例外情形中，因为债权人对于主债务人原则上负有保密义务（银行秘密），而且经过必要的利益衡量，很可能表明保密义务大多并非不重要的。Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1/2, 13. Aufl., § 60 4。[31]在担保法上，保证人或物上保证人清偿主债务后，主债权是否发生法定移转，并无明确规定。合同法中亦无债权法定移转的一般规定可循。这些都是将来立法上需要加以完善的。[32] Dieter Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Rn. 528-529. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 29. Aufl., § 32, 36-40, 将一般追偿权称为基于债权人和债务人关系所生之补偿请求权，将特殊追偿权称为基于保证人和债务人关系所生之补偿请求权。[33] Dieter

Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, 8.Aufl.,Rn. 531。 [34] Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 29.Auflage, § § 32, 44。 [35] Dieter Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, 8.Aufl.,Rn. 532。 [36] Dirk Looschelders, Schuldrecht AT, 3. Aufl., 2005, Rn. 26。 [37] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band /2, 13. Aufl., § 60 4。 [38] Larenz/Canaris, 前掲书 , § 60 3 b。 [39] 担保法26条第款的“要求”与德国民法第777条的“通知”（Anzeige）相当。 [40] Jauernig, B ü rgerliches Gesetzbuch Kommentar, 10.Aufl., § 777 Rn. 5。 [41] Staudinger,BGB. Handkommentar, 3.Aufl., 1931, § 777。 [42] Dieter Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, 8.Aufl., Rn. 513。 [43] 保证之债像任何债务一样以履行为其消灭的一般原因，此外，主债务消灭、债权人故意或未经保证人同意而放弃担保权、主债务为新债务人承担以及保证期间经过则为保证消灭的特殊原因。 Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 29. Aufl. , § 32, 44. Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., 1997, Rn. 1004。 [44] Hans Brox, Allgemeiner Teil des B ü rgerlichen Gesetzbuchs, 6.Aufl., Rn. 617。 [45] 笔者注意到，在担保法中从来没有涉及约定保证期间何时起算的问题，这构成了被解释的法律文本和司法解释之间的巨大反差。 [46] Köhler, BGB? Allgemeiner Teil, 25. Aufl., 2001, § 17 , 12。 [47] Jauernig, B ü rgerliches Gesetzbuch , 10. Aufl.,2003, § 194 Rn. 5。 [48] Jauernig, B ü rgerliches Gesetzbuch , 10. Aufl., 2003, § 194 Rn. 5。 [49] 德国民法典旧版第225条、新版第202条有限制地允许协议缩短或加重。 [50] Arwed Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 1953, S. 19。 [51] Erman, Handkommentar zum BGB, 9. Aufl., Bd. 1, 1993,

§ 777 Rn. 3。 [52] 其实仔细推敲，“债权人向债务人起诉或申请仲裁”和“对主合同纠纷要求审判或仲裁”，内涵和外延并非同一关系。 [53] Dieter Medicus, Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Rn. 527。 [54] 然而，支配着担保法立法的主导思想恰恰相反。“在保证期间内，债权人直接向有先诉抗辩权的一般保证的保证人主张权利，要求其承担保证责任是没有意义的，因为这时该保证人可以依法行使其拒绝承担保证责任的权利，即先诉抗辩权。”（见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著、孙礼海主编《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社，1996年2刷，第33页）显然，立法者没有考虑到先诉抗辩权行使可能有弊无利的情形，而且债权人的请求权行使与诉讼时效的关系又让人挠头，加上普遍的信用缺失引发的关注，这些原因可能共同促成了25条第2款的“模样”，文字背后，思维跳越，逻辑混乱。 [55] 德国民法典（旧版）第202条规定：“只要给付被展缓的，或者债务人基于其他原因得拒绝给付的，则消灭时效停止。（第1款）对于留置抗辩权、契约不履行抗辩权、担保欠缺抗辩权、先诉抗辩权以及依第770条属于保证人的抗辩权，依第2014条、2015条属于继承人的抗辩权，前款规定不适用之。（第2款）”现行的德国民法典第205条规定：“只要债务人基于约定的原因得暂时拒绝给付的，则消灭时效停止。”第771条新增的第2句规定：“保证人提出先诉抗辩权的，债权人对于保证人的请求权的消灭时效停止，直到债权人试过了针对主债务人的强制执行却无效果之时。”可见，先诉抗辩权非为约定产生的，故新旧法典下，先诉抗辩权的存在都不妨碍消灭时效的进行。 [56] Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 29. Aufl.,

2004, § 32, 27。 [57] 这是借用曹士兵先生的形象的说法，见《中国担保诸问题的解决与展望》，中国法制出版社，2001年2刷，第137页。 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