

也谈一般保证期间的性质 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_B9_9F_E8_B0_88_E4_B8_80_E8_c122_485227.htm 虽然早在2000年最高人民法院就对《担保法》第二十五、二十六条中规定的保证期间问题做过司法解释，但关于保证期间的争议不仅没有平息，反而一直是理论与实务界探讨的重要话题。笔者特结合《担保法》以及最高人民法院《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》所体现出来的对保证期间的精神，提出个人的一些看法。[1]鉴于保证期间问题的复杂性，本文主要以一般保证的保证期间为研究对象。一、现行立法对于保证期间的定义存在矛盾 在现行我国《担保法》以及最高人民法院的《担保法解释》中，对于保证期间的定位是模糊和矛盾的。一方面，《担保法》第二十五条第一、二款所规定的保证期间实际上是指债权人在可以向保证人主张保证债权的前提下必须主张这一权利的时间限制，其目的显然在于避免保证债务久拖不决；而同法第二十二条、第二十三条以及《担保法解释》第二十八、二十九、三十条反映出的信息却告诉我们，保证期间是保证合同的存续期间。因为它们均明确指出，在“保证期间”，当事人在一定条件下可以转让债权债务。可见这两者是有很大区别的。那么究竟以何者为是，目前学者的著述多从第二种理解上进行阐释。[2]我也认为从字面上理解应以第二种解释为妥当，但是第二种理解可能与《担保法》第二十五条规定保证期间的立法目的不相符合，因为该条内容显然是为了敦促债权人在可以行使债权时尽快向保证人主张权利以避免保证人长时间被困在保证合同之中

。我们主张第二种理解会不会导致该条立法目的落空呢？我以为不会，第一种理解即《担保法》的规定所要解决的问题，完全可以包括在第二种理解之中，如果我们能够科学的阐释第二种理解，第一种理解所要解决的问题自可迎刃而解。故本文所说保证期间，是指的保证合同的存续期间。即便按照第一种理解，定义保证期间为：“所谓保证期间（也称保证责任期间），是指根据当事人约定或者法律规定，债权人应当向债务人（在一般保证情况下）或者保证人（在连带保证情况下）主张权利的期间。债权人没有在该期间主张权利，则保证人不再承担责任。”[3]的表述也是不恰当的。其缺陷就在于没有厘清保证合同与主合同的关系。欲明确保证合同与主合同的关系，可先回顾保证合同的一般概念和性质。所谓保证合同，是指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。[4]保证合同以担保一定的债务为目的，故其具有从属性，为从合同，应与主合同共命运，兹为学界定见，无待多言。但除此之外，保证合同还有相对的独立性，也即是说保证合同毕竟是一个独立的合同。依民法前辈史尚宽先生的见解，保证合同“于附从主债务之范围内有独立性。”[5]具体体现在：“得就主债务之一部成立保证债务；其强度、体态与主债务亦得有不同；保证债务得有独立之变更或消灭原因；保证人得仅就保证债务约定违约金或损害赔偿额，或惟就保证债务提供担保”[6]等等。另外，保证合同的当事人为保证人与主债权人，而主合同的债务人无论是否对保证人有所委托，均非保证合同当事人，故保证合同是独立存在的与主合同相区别的另一个合同，产生一项独立的债权债务。由是观之。所谓保证期

间，应当是只发生在保证债权债务关系中的问题，而与主债权债务只有联系考虑的可能，并无联系考虑的必要，债权人向债务人或向保证人主张权利，相互之间也无必然的牵连关系。所以，我们认为在定义保证期间时把债务人与保证人拉扯在一起，是混淆了主合同和保证合同的关系，因此这样的定义是不明确的。基于以上考虑，我们认为应这样定义保证期间：所谓保证期间，是指根据当事人约定或者法律的规定，债权人能够依据保证合同向保证人主张保证债权的有效期间。

二、从保证债权属性看保证期间的性质 保证期间到底是一种什么样性质的期间，学界代表性的见解大致有五种：第一种主张保证期间是诉讼时效；第二种主张保证期间是除斥期间；第三种意见认为一般保证的保证期间是诉讼时效，连带保证的保证期间是除斥期间；第四种意见则认为保证期间既非诉讼时效，也非除斥期间，而是一种独立的“免责期间”。[7]第五种意见则认为保证期间是一种“失权期间”，也就是说，一定期间的经过导致债权人失去对保证人的请求权。[8] 我以为，判断保证期间的性质，需要把诉讼时效、除斥期间、失权期间等制度区分开来，并且要从保证人与债权人的法律关系及权利性质着手。（一）判断除斥期间与诉讼时效的标准究竟何在？翻开我国内地任何一本民法学教科书，在时效一章都会详加分析诉讼时效（消灭时效）与除斥期间的区别，多者五六条，[9]少则也有三四条，[10]大致有所谓适用条件不同、法律后果不同、期间不同、法条表述不同和可变性不同等等。但是，这些区别都只是在形式上的区别，除斥期间与诉讼时效的实质区别并不在此。其实从诉讼时效的适用范围我们可以体会到诉讼时效与除斥期间的根本区

别??权利的性质不同是适用除斥期间和诉讼时效的根本区别所在。简言之，只有形成权才适用除斥期间，只有请求权才适用诉讼时效。[11]故判断一个期间性质上究竟属于诉讼时效还是除斥期间，只需先判明该期间所承载的权利的性质即可。（二）保证债权人权利的性质 循着这个思路，我们应当分析保证期间所承载的实体权利的性质如何。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”，[12]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力，以单独行为，使权利发生变动（即权利发生、变更及消灭）。如承认权、选择权、撤销权、解除权等。[13]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。保证权利是否属于请求权呢？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即实现债权，仍然需要求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。（三）初步小结 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。断无

适用除斥期间规则的可能性。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。我们认为，可以继续从保证期间所表现出的特点加以分析。

三、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，首先是当事人意思自治范围内的事，当事人的意志应当得到尊重和优先适用。其次，担保法所明定的六个月保证期间，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，它仅仅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。其次保证期间具有保护性。也就是说，国家立法之所以确定保证须有一定的期间限制，立法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，保证人为他人的债务提供担保，一般而言是无

偿的，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。保证合同还是单务合同，只有保证人单方面向债权人负担债务，而债权人却不向保证人负对待给付义务，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，我们实际上与奚文及多数学者持同一观点。我们认为在讨论保证期间的性质时，应当严格从“保证期间是保证债权的期间”“这一观念出发，才能获得正确的解释，一旦偏离了这一出发点，我们的理解也就会出现偏差。厘清了保证期间的特点后，我们就可以以这些特点为参照，看看保证期间的性质究竟为何。依通说，诉讼时效作为国家调节民事权利义务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。[14]“时效制度，所以维持社会之现有秩序。所谓现有秩序，乃为原有秩序之消逝，新秩序之建立。原有秩序经过多久之时间方得谓为消逝，新秩序经过多久方得谓为建立，子不得由当事人之意思任意左右。故时效期间既不得加长，也不得减短，从而时效中断及未完成之事由，亦不得由当事人之意思予以变更。”[15]查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的，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”，[16]所以，诉讼时效强调的都是一个“强制性”。当然如《德国民法典》并不绝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。”[17]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六个月期间更长的保证期间，约定保证期间短于六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，但却不适当的忽视了或者是轻视了这一区别，以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，也决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。四、保证期间是否属于失权期间？所谓的失权期间，一般是指权利存在的期间，《意大利民法典》从第2964条开始，用六个条文规定了“失权”制度，从这些规定看来，所谓的失权，具备以下的特点，一是失权期间指的是权利行使的期间，二是失权期间可依法定或者约定产生，三是法官不得依职权主动适用失权期间。该法第2964条罗列了该法中涉及到的种种有关失权期间的规定，但从这些涉及到的所谓“失权期间”看来，一部分可以归入消灭时效的范畴，一部分则可以被归入到除斥期间的范畴，前者如第80条有关“退还赠与”的规定，后者则如117条关于“违法婚姻的无效”的规定。我国现行民事法律中只是确立了诉讼时效、除斥期间、附期限的法律行为等几种有关时间因素的制度，并未有失权期间的制度，所以，将保证期间归为失权期间，似乎并无法律上的依据。[18]

五、结论：保证期间的性质??附期限法律行为所附的解除期限 我们认为，《担保法》所规定的保证期间，应当理解为是保证合同债权的存在期间，在性质上既非诉讼时效期间，也非除斥期间，而是在一个典型的附解除期限的法律行为中，当事人约定的债权的存续期间即合同效力的期限限制。所谓附期限的合同是指合同的双方当事人特别约定一定的期限，以该期限的届至作为决定合同的内容实际发生效力或效力消灭的根据。具体到保证合同，它所附的乃是“解除期限”，即以一定的期限的届至作为一个生效的合同效力消灭的根据。试分析如下：首先，正如上文所论，保证合同中的保证期限是由当事人约定的而非法定的，即便有法律的规定也不过是补充当事人合意的不

足，故期限的有无、期间的长短决定权均在当事人，具有相当的偶然性。其次，保证期间与履行期间有根本的不同。所谓合同的履行期限，是指合同债务人向债权人履行义务和债权人接受债务人的履行的时间。[19]合同的履行期限虽然也是当事人约定或者法律直接规定的，但其宗旨在于确保债权人利益，是对债务人实际履行债务的时间限制，它直接作用于债务人的履行行为而与该合同本身的效力没有直接的关系，也就是说它虽是以合同有效存在为基本前提但却不直接评价一个合同的效力状况。与此形成鲜明对比的是，保证期限乃是维系保证合同效力的直接判断准绳，也就意味着，对于一个保证合同，保证期间直接决定着该保证合同是否继续存在，是否继续发生效力，债权人的请求权还在不在。所以被担保法明定为保证合同的主要条款之一的保证期间虽然只是类似于保证合同的“附款”，并不限制合同权利义务本身，但它终究是在保证合同内容之外对合同权利义务内容的效力存续期间作出了限制，它不是针对履行问题的，而是针对整个合同的。所以，保证期限与一般合同的履行期限是不同的。第三，保证期间发生的结果是当事人预定的债权人请求权存在的期间。当事人以合意预先规定了合同的存在期间，当该期间届满，则已经正在生效的合同关系自动终止效力。从债权人的角度也可以说是权利的存在期限，一旦期间届满，债权人就同意放弃实体权利，故不再享有请求权，更遑论胜诉权。这里顺便需要讨论的是，保证合同究竟是不是附停止条件的合同？自保证合同整体上观察，其是否需要实际的给与履行，在该合同订立之初是不确定的，须视主债务人履行债务的情况而定，所以保证合同对保证人发生实际的履行力

是有条件的，正因为如此，有的学者提出保证合同是附停止条件的合同。[20]那么这个“条件”果真就是“附条件的合同”中的那个条件么？史尚宽先生认为，这不是“附条件”。[21]可惜其陈述理由尚欠完备晓畅，笔者赞成史先生的见解，不揣冒昧申述其理由如下：首先，保证合同一俟保证人与债权人达成合意即因诺成而成立，而与此同时合同即发生法律效力，并非待到主债务人不履行债务才使保证合同生效，只不过使保证人现实的负起代为履行的义务，换言之，保证合同是以主债务人不履行债务作为保证人履行保证债务的条件，而不是使保证合同生效的条件。合同的效力固然主要表现在它的履行效力上，但履行与效力毕竟是两个不同的概念，效力是一种持续的状态而履行则多为一时的作为或不作为，效力既是现实的又是观念上的而履行则必然是实际的。实际上，当保证合同成立之时债权人就已经能够从保证合同中得到债权的加强，当事人双方从观念上说已经承认保证合同的拘束力，尽管此时债权人尚不能实际的向保证人提出债权请求，所以我们说保证合同是成立与生效同时发生的合同。其次，“债务人不履行债务”作为债权人行使保证债权请求权的一项条件是保证债权发生实现效力的固有条件，是由法律直接加以规定的，并非双方当事人任意约定的。事实上当事人约不约定，在一般保证都将照此办理，此即所谓保证人的“先诉抗辩权”，它使得保证人获得了一个得以对抗债权人请求的一时延期履行的抗辩理由。至于在连带保证，保证人不享有先诉抗辩权，债权人得不以先向主债务人要求履行而未果为条件而可径直向保证人主张债权，看起来似乎可以认为在连带保证里保证人履行保证义务没有“附条件”，

又似乎保证债务的履行是否附“条件”可以由当事人选择附或不附。然而我们认为，在连带保证中其实保证人负担保证义务也是有条件的，只不过这时的条件或称抗辩理由被保证人事先用明示或默示的单方意思表示放弃，这并不表明保证义务履行本身未附条件（附不附条件是当事人所不能决定的），只能说明保证人抛弃了抗辩理由和“条件利益”。综上所述两点，我们认为保证合同不是附停止条件的合同。

六、保证期间的实践意义

以上是从法学理论上对保证期间性质的研究。这是我们在关于保证期间的立法和司法活动之中应当奉行的统一的指导思想。反观我国《担保法》和最高人民法院的担保法解释，显然存在着很多相互冲突的地方，可见在制定担保法和进行司法解释时，立法者与司法者的思想是没有统一的，或者说没有一个全面的整体的认识，因此更加需要我们从基本理论出发，构建关于保证期间的整体性认识。基于这样的理论认识，我们认为有关保证期间的实践似应注意以下问题：

（一）关于保证期间的起算 保证期间到底从何时开始起算，在目前的理论与实践上还有不同认识，有的认为保证期间应为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，[22]这也是目前我国司法实务界比较普遍的看法。[23]又有学者认为，关于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。[24]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。如果认为保证期间从主债务不能履行时起算，那么无异于说在主债务成立、生效到履行期届至前这一段时间里，债权处于无担保状态，如此债权人何以安心？一旦出现主债务人提前以明示或者默示的方式表明他将不履行债务即所谓“预期违约”时，债权人却因主债务尚未到履行期保证人的保证期间尚未起算而无法向保证人请求负担保证责任，则保证合同流于形式，完全起不到担保债权人利益的效果。只有认定保证期间自保证合同成立和生效时起算方可解决这一问题。同样道理，保证期间也不能自主债务履行期届满之次日开始计算。保证期间的起算点能否由当事人约定？本来根据当事人意思自治的原则，既然允许就保证期间的长短由当事人约定，似乎当然应该允许约定保证期间的起算点，前已述及确有学者主张起算点也可约定。但我们认为此种见解是不妥的，其理由就在于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。值得注意的是，从我国《担保法》第

二十五、二十六条的规定看似采取的是多数人的意见，但从该法第二十二条、第二十三条的表述看，又似乎认为保证期间应从保证合同生效时起算。有的学者解释为这是第二十二条、第二十三条立法表述上的失误，[25]我们认为，这实际上恰恰反映了立法者在保证期间性质认识上的模糊心理以及由此造成的在起算问题上的矛盾心理。（二）关于保证期间与保证债权诉讼时效的关系 本来保证期间、保证债权的诉讼时效期间以及主债权的诉讼时效期间等等概念之间在学理上是有根本区别的，目前之所以在立法、司法甚至理论界都发生模糊，主要原因还在于司法实践中因为三者的某些客观上的相似性导致的，所以笔者在此愿意再谈谈保证期间与保证债权诉讼时效的关系及其实践操作。我认为，第一，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，保证债权也不可能产生诉讼时效的问题。第二，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，则保证人当然应当依照保证合同的约定，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进行的，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。（三）保证期间的确定如前所述，保证期间应自保证合同生效时起算，其期间的长短具体由当事人自由决定，原则上法律不应加以干预。在此有两个问题需要注意：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，[26]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，就立法技术上看则属超越司法解释范围外的“司法立法”。第二点表明最高法院不赞成保证期间短于主合同有效期。关于第一点我们前面已经阐明了立场，至于第二点，最高法院为什么会有这样的认识呢，我们没有看到最高法院的内部文件，其理由不得而知，但从有关人员的论著中可以看出，他们认为约定的保证期间短于或者等于主合同履行期限是“显然违背当事人订立保证合同真实目的，不符合保证合同性质。”[27]我们对此不敢苟同。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

时间长短也即是保证合同的存续期间长短，自然应委诸于当事人的自由意志，否则的话保证合同、保证期间的任意性体现在哪里呢？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，我以为这纯属杞人忧天，过低地估计了民事主体的智商。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承认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，不准抛弃这对社会、对他人完全无害的弃权行为呢？须知在民事领域法院不应该主张超过当事人自己主张更多的权利。另外从保证合同的相对独立性上看，保证和合同既然是独立的合同，有自己独立的存续期间是当然之理，法院又何必干预呢？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。众所周知，合同的终止原因有解除、清偿、抵销、混同、免除等等，并不包括时间的经过，即便是在债权的诉讼时效届满之前债权人不主张权利，时效届满后也只是发生债权不受法律保护即胜诉权消灭的后果，债权人的实体债权仍旧存在。所以说，时间的经过不是导致债权消灭的事实。既然如此，在理论上讲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。债权因超过诉讼时效

而不受法律保护后，债务人自愿履行债务的，债权人仍旧可以受领并不发生不当得利的问题。这就非常明确的告诉我们，被保证合同担保的标的??主债权是不会因时间的经过而归于消灭的。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。注释:[1] 近来发表的各种关于保证期间的论著，其基本观点大约可以分为三派，即时效说、除斥期间说和特殊期间说。至今的争论仍围绕这三个观点展开。[2] 参见王利明著《民商法研究》（第三辑），法律出版社1999年第一版，第493页。[3] 转引自奚晓明著《论保证期间与诉讼时效》，载《中国法学》2001年第六期。[4] 王利明、崔建远著《合同法新论?总则》，中国政法大学出版社1996年第一版，第516页。[5] 史尚宽著《债法各论》，荣泰印书馆版，第875页。[6] 史尚宽著《债法各论》，荣泰印书馆版，第875页。[7] 参见奚晓明著《论保证期间与诉讼时效》，载《中国法学》2001年第六期。[8] 陈贵著《论保证期间》，载《清华法学》第三辑。[9] 参见佟柔主编《中国民法》，法律出版社1990年第一版，第606页。[10] 郑立、王作堂主编《民法学》，北京大学出版社1995年第二版，第162页。[11] 参见魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年第一版，第195页。[12] 《担保法》第六条。[13] 梅仲协著《民法要义》，中国政法大学出版社1998年第一版，第36页。[14] 参见我国台湾省“民法典”第147条。[15] 王伯琦著《民法总则》，台湾1975年第五版。[16] 参见费安玲、丁玫译《意大利民法典》，中国政法大学出版社1997年第一版。[17] 郑冲、贾红梅译《德国民法典》，法律出版社1999年第一版。[18]

参见《意大利民法典》（2004年版），费安玲等译，中国政法大学出版社2004年第一版。[19] 参见王利明、郭明瑞、吴汉东著《民法新论》（下册），中国政法大学出版社1988年第一版，第290页。[20] 参见王利明著《保证制度若干问题探讨》，载王利明著《民商法研究》（第三辑），法律出版社1999年第一版，第477页。[21] 参见史尚宽著《债法各论》，荣泰印书馆出版，第876页。[22] 刘保玉、吕文江主编《债权担保制度研究》，中国民主法制出版社2000年第一版，第141页。[23] 关于这一点可以参看九八年以来相关的论文。[24] 王利明著《保证制度若干问题探讨》，载王利明著《民商法研究》（第三辑），法律出版社1999年第一版，第496页。[25] 刘保玉、吕文江主编《债权担保制度研究》，中国民主法制出版社2000年第一版，第141页。[26] 王利明著《保证制度若干问题探讨》，载王利明著《民商法研究》（第三辑），法律出版社1999年第一版，第495页。[27] 奚晓明著《论保证期间与诉讼时效》，载《中国法学》2001年第六期。

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