



学科导航4.0暨统一检索解决方案研讨会

法定和约定保证期间——功能和性质之辨

<http://www.fristlight.cn> 2007-09-18

[作者] 张谷

[单位]

[摘要] 法定保证期间在弥补时效法的缺陷方面不无小补，约定保证期间在风险控制方面大有作为。法定保证期间从债权人的请求权可行使时起算，约定保证期间应从保证期间的约定生效时起算，当事人另有约定的除外。

[关键词] 法定保证期间;约定保证期间;风险控制

法定保证期间在弥补时效法的缺陷方面不无小补，约定保证期间在风险控制方面大有作为。法定保证期间从债权人的请求权可行使时起算，约定保证期间应从保证期间的约定生效时起算，当事人另有约定的除外。约定保证期间和法定保证期间名同而实异，不应采取一体把握的立场。担保法上最有争议的概念，莫过于保证期间。关于保证期间的性质，我国法学理论界和实务界有种种观点，但其共同之处在于，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。由此导致的结果是，法定保证期间愈发不合理，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，必须将约定保证期间和法定保证期间分别把握。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。通过法定保证期间，将债权人的权利行使限制在6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，却会因此改变债权人和保证人之间的利益平衡，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，而且尽量要约定明确，这势必会增加交易成本。法定保证期间因为保护了保证人，必然会受到保证人的欢迎，但却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，在法律上作出对保证合同双方当事人的共同意思的拟制，这与意思自治相左，更重要的是可能缺乏应有的正当性。孤立地看待保证关系，因为只有保证人单方面负担义务，以法定期间对其予以救济，还情有可原。可是如果将主债关系、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，很难说保证人一定是无偿提供担保。而且由于这些关系彼此牵连，这种大胆的拟制所可能引发的更为广泛的连锁效应，以及利益协调上的难度，都不难想像。保证关系毕竟是为债权的安全服务的，以保护保证人为由，通过重新分配风险，削弱（而不是颠覆）保证合同的功能，这正是法定保证期间的不合理之处。其实，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，又冒出个所谓法定保证期间的“法定”制约，它的合理性就值得质疑。法定保证期间究竟是什么？和诉讼时效期间一样，法定保证期间也是法定期间，其起算方法也类似于诉讼时效期间。但诉讼时效完成，债务人取得给付拒绝权，性质上为抗辩权，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、作为被动债权抵消等），仍可以之作为取得名义。但综观法定保证期间的法律效果，以及该期间不得中止、中断、延长，其非为诉讼时效期间，至为明显。有人将法定保证期间解释为除斥期间，但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。将它解释为除斥期间，不仅面临不少理论上的困难，而且还与我国担保法第二十五条第一款的文义（“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：为什么只在保证中才设有法定期间？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”？不仅如此，依法律规定，担保物权所担保的债权，担保债权人在诉讼时效结束后的2年内行使担保物权的，人民法院仍应当予以支持。可见，要使法定保证期间合理化，将无法回避这些矛盾。依笔者愚见，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。自罗马法以来，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，即使是前苏联民法也不例外。然而作为原属儒家法律文化圈

的日本，在明治民法制订之际，考虑到民众以无讼为贵，为求适合本国民情，遂将民法第174条“请求”的外延扩大，将诉讼外的催告纳入其中。旧中国民法第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。不过，日本民法第153条、原中华民国民法第130条更有配套规定，即催告或者诉讼外请求后，非于6个月内起诉的，不发生时效中断的效果。学理上称此6个月为“消灭时效中断的限制期间”。诉讼外请求得以中断时效，乃西法东渐过程中，众多变异之一例。在诉讼外请求能否中断诉讼时效的问题上，我国民法通则第一百四十条未效法前苏联，而是沿袭了民国民法之成例。但由于民法通则规定原则、文字简约，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”，实践中甚至可以要求一次即中断一次，这对于单务契约性的保证来说，是不合理的。笔者认为，将法定保证期间定位为除斥期间，恰恰就是“消灭时效中断的限制期间”。这种推论如果成立，那么我们应该做的工作就是去完善时效法。除了法定保证期间外，担保法上还有约定保证期间。保证合同有期间约定的，其作用要么是对于既有债务的保证，作出时间上的限制，这种保证称为定期保证；要么是就将来一定期间内发生的债务，对于保证关系进行标的上的（而非时间上的）限制。前一种约定期间，针对的是已经存在而且范围固定的债务关系，所以，它关系到保证义务本身的存续，或者关系到保证义务在何时摆脱对于主债务的依赖。担保法第十五条、第二十五条、第二十六条中的“保证期间”属于这种情况，不妨称之为狭义的约定保证期间。后一种约定期间，因为针对的是将来一定期间内发生的主债务，主债务的总额随着时间而增长，所以，它涉及的只是保证义务的范围（或者说保证责任的限度），与保证义务本身的存续无关，如对于往来账户贷款的保证。担保法第十四条、第二十七条等规定中所谓的“一定期间”也是约定的期间，不过它限制的是最高额保证人的义务范围，与担保法第十五条、第二十五条、第二十六条中的“保证期间”迥然不同。合并这两种期间可以称为广义的约定保证期间。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。狭义的约定保证期间，就是通过保证合同附终期来作为风险控制的手段。有人认为：“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。”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。由于通说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。约定保证期间完整体现了意思自治原则。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行行使时起算，那么，约定保证期间则应当从保证期间的约定生效时起算，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名同而实异，如果采取一体把握的立场，其结果必然是因名害实。

[我要入编](#) | [本站介绍](#) | [网站地图](#) | [京ICP证030426号](#) | [公司介绍](#) | [联系方式](#) | [我要投稿](#)

北京雷速科技有限公司 Copyright © 2003-2008 Email: leisun@firstlight.cn

