

论《民法典》第 702 条上的保证人抗辩权

程 啸

内容提要:我国《民法典》第 702 条规定了在主债务人对债权人享有抵销权或撤销权时,保证人有权拒绝在相应的范围内承担保证责任。这一权利是《民法典》直接赋予保证人的一时性或延迟性抗辩权,其目的是维护保证人的合法权益,使其免于承担追偿不能的风险。该权利既非保证人行使的主债务人针对债权人的抗辩权,也不意味着保证人在直接行使主债务人针对债权人的撤销权或抵销权。此外,当主债务人针对债权人享有解除权以及选择之债中债务人享有选择权时,也应类推适用《民法典》第 702 条而使保证人享有此种抗辩权。当保证人不知主债务人针对债权人享有撤销权、抵销权或解除权而实际承担保证责任后,其不得对债权人行使不当得利返还请求权。《民法典》第 694 条第 1 款中的保证人“拒绝承担保证责任的权利”仅指第 687 条第 2 款规定的先诉抗辩权,并不包括第 702 条规定的保证人的抗辩权。

关键词:民法典 第 702 条 保证合同 抵销权 撤销权 抗辩权

程啸,清华大学法学院教授

一 问题的提出

在我国民法典的编纂过程中,围绕着合同编中究竟应当增加哪些典型合同存在较多争论。立法机关依据合同的典型性、问题的特殊性、规则的可抽象性以及规则的缺失性等四项标准,最终决定在《民法典》合同编第二分编“典型合同”中只增加保证合同、保理合同、物业服务合同以及合伙合同等四种典型合同。^[1]其中,保证合同属于一种重要的担保方式,在社会经济生活中具有重要的融资担保功能。早在 1995 年《中华人民共和国担保法》中已对该合同作出了明确的规定。然而,由于《担保法》的制定年代较早,当时我国正处于从计划经济向社会主义市场经济体制转化的阶段,立法机关颁布《担保法》的主要

[1] 参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,《中国法学》2020 年第 4 期,第 47-48 页。

目的就是为了解决社会上普遍存在的三角债问题。^[2] 故此,该法以“保证债权的实现”为根本目的,在保证合同规则与制度的设计上也完全侧重于维护债权人利益,而对保证人利益的考虑不周。随着社会经济和司法实践的发展,《担保法》关于保证合同的规定已经存在不少明显过时、急需修改完善的地方。

有鉴于此,《民法典》在《担保法》《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》(下称“《担保法解释》”)的基础上于合同编第 13 章“保证合同”中,对保证合同的涵义、保证方式、保证人的权利、保证期间、保证债务的诉讼时效等问题作了更详细科学的规定。^[3] 与《担保法》相比,《民法典》对保证合同的规定更加注重债权人与保证人的利益平衡,具体体现在:首先,《民法典》第 686 条第 2 款修改了《担保法》第 19 条对保证方式的规定,明确了当事人对于保证方式没有约定或者约定不明时,按照一般保证而非连带责任保证承担保证责任。其次,《民法典》第 696 条规定,当债权人转让全部或部分债权时,其应当通知保证人,若未通知保证人,则该债权转让对保证人不发生效力。同时,还规定在保证人与债权人就禁止债权转让存在特约的情形下,若债权人未经保证人书面同意就转让债权的,则保证人对债权的受让人不承担保证责任。再次,《民法典》第 700 条新增了保证人法定代位权的规定,即承担保证责任后,保证人不仅享有对债务人的追偿权,而且还承受债权人对债务人的其他权利(如担保物权等),但是不得损害债权人的利益。^[4] 最后,《民法典》第 702 条新增了保证人的一项权利,即当主债务人对债权人享有抵销权或撤销权时,保证人有权在相应范围内拒绝承担保证责任。

笔者认为,在《民法典》对保证合同的诸多新规定中最值得研究的就是第 702 条。这是因为:该规定是以往的《担保法》《担保法解释》等法律和司法解释中所没有的,属于《民法典》新增规定,而且我国民法学理论界和实务界对此也缺乏相应的研究。有鉴于此,本文将围绕《民法典》第 702 条的规定,对于保证人基于主债务人对债权人的抵销权或撤销权而享有的拒绝承担保证责任的权利进行全面的讨论,具体讨论的问题包括:比较法上对此有何种立法模式,而我国《民法典》采取的是哪一模式?《民法典》第 702 条赋予保证人该权利的规范目的是什么?该权利的性质如何、权利的成立要件有哪些?主债务人是否有义务告知保证人其对债权人享有抵销权或撤销权的事实?保证人在不知《民法典》第 702 条所赋予的权利的情形下承担了保证责任后,是否有权要求债权人返还不当得利?保证人行使拒绝承担保证责任的权利与保证期间以及保证债务的诉讼时效起算的关系如何等。希望上述讨论有助于理论与实务界更好地理解与适用《民法典》第 702 条的规定。

[2] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社 1995 年版,第 2 页。

[3] 参见王晨:《关于中华人民共和国民法典(草案)的说明》,载《民法典立法背景与观点全集》编写组《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社 2020 年版,第 12 页。

[4] 关于保证人的追偿权和法定代位权的区别,参见程啸:《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权——对物权法第 176 条的理解》,《政治与法律》2014 年第 6 期,第 95-97 页。

二 《民法典》第 702 条的立法模式与规范意义

(一) 比较法上的三种立法模式

从比较法上来看,当主债务人对债权人享有抵销权或者撤销权时,保证人究竟是否可以行使该抵销权、撤销权抑或可以据此拒绝承担保证责任,大体有三种立法模式。

第一种立法模式是统一规定模式,即规定保证人可以据此享有拒绝承担保证责任的权利(也称“拒绝履行保证债务的权利”)。采取此种模式的典型立法例是德国。《德国民法典》第 770 条共分两款,第 1 款规定:“主债务人有权撤销作为自己债务发生根据的法律行为的,保证人可以拒绝向债权人为清偿。”第 2 款规定:“债权人可以通过抵销主债务人之届期债权得到清偿的,保证人享有相同的权利。”其中,第 770 条第 1 款是基于保证债务的从属性(Akzessorietätsgrundsatz)作出的规定,第 2 款则是保证债务的补充性(Subsidiaritätsgedanken)的具体体现。^[5] 德国民法学说认为,主债务人享有的抵销权和撤销权是属于主债务人的,不能由保证人行使。因此,第 770 条并没有赋予保证人享有主债务人的撤销权或抵销权,而是使得保证人享有暂时拒绝履行给付义务的权利,而保证人必须尊重主债务人行使抵销权或撤销权的意思自由。如果主债务人行使了撤销权或抵销权,保证债务相应地消灭;如果主债务人放弃了撤销权或抵销权,保证人必须依照约定承担保证责任。^[6] 故此,《德国民法典》第 770 条不同于该法第 768 条。《德国民法典》第 768 条第 2 款规定,“保证人不因主债务人抛弃抗辩权而丧失抗辩权”,而第 770 条所赋予保证人的权利不存在由主债务人加以抛弃的可能,因为该权利就是保证人自身享有的权利。

受德国法的影响,德国法学家克里斯蒂安·冯·巴尔教授(Christian von Bar)主持起草的《欧洲示范民法典草案》也采取了这一模式,该草案第 IV. G. -2:103 条第 2 款规定:“保证人有权拒绝履行保证债务,如果:(a) 债务人有权依据第二卷第五章(撤销权)的规定撤销其与债权人的合同;(b) 债务人有权依据第 III. -3:401 条(终止履行对待债务的权利)的规定中止履行;(c) 债务人有权依据第三卷第三章第五节(终止)的规定终止其与债权人的合同。”同条第 5 款规定:“如果主债务是可以抵销的,前述各款规定得准用之。”^[7]

第二种立法模式是区分规定模式,即在主债务人对债权人享有抵销权时,规定保证人亦得享有该抵销权,而当主债务人对于债权人享有撤销权时,则规定保证人有权在相应的范围内拒绝承担保证责任。韩国与我国台湾地区采取此种模式。例如,《韩国民法典》第 434 条规定:“保证人以主债务人债权的抵销,可以对抗债权人。”第 435 条规

[5] Staudinger/Horn (2012) BGB § 770, Rn. 1.

[6] Staudinger/Horn (2012) BGB § 770, Rn. 1.

[7] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克萊夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》(第四卷),于庆生等译,法律出版社 2014 年版,第 1182 页。

定：“在主债务人对债权人撤销权、解除权、终止权的期间，保证人可拒绝向债权人履行债务。”〔8〕我国台湾地区“民法”第 742 条之一规定：“保证人得以主债务人对于债权人之债权，主张抵销。”第 744 条规定：“主债务人就其债之发生原因之法律行为有撤销权者，保证人对于债权人，得拒绝清偿。”第 742 条之一是 1999 年我国台湾地区修订“民法”债编时新增加的条文。此前，因为“民法”上未作规定，故此台湾地区民法学界存在很大的争议，有否定说与肯定说等不同见解。〔9〕新增该条的“立法理由书”指出，鉴于“主债务人对债权人撤销权，保证人得否以之主张抵销，学者及实务见解不一。为避免保证人于清偿后向主债务人求偿困难，爰参考日本民法典第四百五十七条第二项之规定，增列本条，明定保证人得以主张债务人对于债权人之债权，主张抵销，以杜争议”。〔10〕至于第 744 条则是一直存在的条文，其立法理由在于：“查民律草案第八百六十七条理由谓法律行为之撤销权，为保护当事人之利益而设，主债务人撤销发生债务之法律行为之权利，不能使保证人直接行使之，然亦不能不为保证人之利益计，故于主债务人可得撤销之法律行为，应以拒绝清偿保证债务之抗辩权，予保证人，若保证人不知主债务人有撤销权，履行保证债务，及其后主债务人行使撤销权时，保证人可依不当得利之原则，向债权人请求返还其给付。本条设此规定，所以保护保证人之利益也。”〔11〕

第三种立法模式是民法典中仅承认保证人可以享有主债务人对债权人的抵销权，但未规定主债务人享有撤销权时保证人是否可以拒绝承担保证责任。法国采取了此种模式。《法国民法典》第 1294 条第 1 2 款规定：“债权人欠主债务人的债务，保证人得主张抵销。但是，债权人欠保证人的债务，主债务人不得主张抵销。”法国最高法院判例指出：“保证人，即使是连带保证人，仍有权对债权人提出属于主债务人与债务相关联的各种抗辩，例如，主张债务抵销。”〔12〕至于作为被担保债务之基础的受到相对无效影响的合同，法国最高法院判例认为，保证人有权行使主债务人的撤销权。〔13〕在 2017 年（平成二十九年）修订之前的《日本民法典》也曾采取法国法的这一模式。修订前的《日本民法典》第 457 条第 2 款曾规定：“保证人可以通过主债务人的债权，以抵销对抗债权人。”学说上认为，作为形成权的抵销权本来是主债务人所具有的独立的形成权而非抗辩权，但是，立法机关为了保护保证人、简化法律关系而特别承认保证人享有主债务人的此种形成权。〔14〕至于主债务人对债权人享有撤销权时，保证人究竟是可以直接行使该撤销权抑或如德国法那样享有拒绝承担保证责任的权利，《日本民法典》未作规定，学说上存在较大的争议。通说和判例认为，保证人不享有撤销权，因为保证人不是撤销权人，且不当赋

〔8〕 崔吉子译：《韩国最新民法典》，北京大学出版社 2010 年版，第 189 页。

〔9〕 参见邱聪智著：《新订债法各论（下）》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 379 页。

〔10〕 转引自陈忠五主编：《民法（2011 年）》，我国台湾地区新学林出版公司 2011 年版，第 B-830 页。

〔11〕 转引自陈忠五主编：《民法（2011 年）》，我国台湾地区新学林出版公司 2011 年版，第 B-831 页。

〔12〕 法国最高法院第一民事庭，1983 年 6 月 1 日判例，转引自罗结珍译：《法国民法典（下册）》，法律出版社 2005 年版，第 984 页。

〔13〕 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案（全译本）》（第四卷），于庆生等译，法律出版社 2014 年版，第 1190 页。

〔14〕 参见[日]於保不二雄著：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，我国台湾地区五南图书出版公司 1998 年版，第 256 页。

予保证人干涉主债务人与债权人之间关系的权限。^[15] 但是,后来的多数说开始采取肯定的观点,在肯定说中又有三种不同的主张。日本著名民法学家我妻荣教授认为,在主债务人没有对可撤销的主合同进行追认的期间,保证人可以撤销主合同并拒绝清偿;但是这种效力是暂时的,如果主债务人追认,则没有撤销的效力。^[16] 2017 年,日本修订了民法典第 457 条,修订后的条文完全采取了德国法模式,该条第 3 款规定:“主债务人对债权人享有抵销权、撤销权或解除权时,于主债务人因此等权利之行使而应免除其债务之限度内,保证人得对债权人拒绝债务之履行。”^[17]

在我国民法典编纂之前,梁慧星教授与王利明教授分别主持草拟的两部民法典草案学者建议稿对于上述问题也有不同的认识。梁慧星教授主持的《中华人民共和国民法典草案建议稿·合同编》借鉴我国台湾地区“民法”的规定,采取了第二种模式。该草案建议稿第 1547 条规定:“主债务人对作为主债务发生原因的法律行为有撤销权的,保证人对债权人有权拒绝清偿。”第 1549 条规定:“保证人有权以债务人对债权人的债权,主张抵销。”^[18] 草案建议稿的立法理由认为:撤销权属于形成权,主债务人是否行使撤销权,事关主债务的效力,对债权人和主债务人意义重大,应由主债务人自行决定,保证人作为主合同外的当事人不能越俎代庖。但是,在债务人对债权人有抵销权时,承认保证人可以行使该抵销权有利于避免保证人求偿困难,同时防止债权人、债务人、保证人之间多个债权债务关系分别主张与履行,避免讼累,增进效率。^[19]

王利明教授主持的《中国民法典学者建议稿》则不承认保证人在主债务人对债权人享有撤销权时可以撤销主合同或可以据此拒绝承担保证责任,只是承认了保证人在主债务人享有抵销权时,可以直接行使主债务人对债权人享有的债权而向债权人主张抵销,即采取的是法国民法和旧日本民法典的模式。该建议稿第 1815 条规定:“保证人得以自己或者债务人对债权人享有的债权,向债权人主张抵销。”本条立法理由书指出:通过直接赋予保证人以抵销权可以节约成本,增进保证人的权益,因为如果不认可保证人的抵销权,那么在债权人对主债务人享有债权的情况下,保证人仍然要向债权人履行保证债务,此后再对主债务人进行求偿,不仅增加了交易成本,也增加了保证人的风险。^[20]

(二)我国《民法典》采取的模式及规范意义

从我国民法典编纂过程中的各次草案来看,《民法典》第 702 条最早出现在 2017 年 8 月 8 日的《中华人民共和国民法典合同编(草案)》(民法室室内稿)当中。该室内稿第 289 条规定:“债务人对债权人主张抵销,或者债务人撤销主合同的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。”2018 年 3 月 15 日,在面向社会公众公开征求意见的《民法典

[15] 参见[日]我妻荣著:《新订债权总论》,王毅译,中国法制出版社 2008 年版,第 428 页;[日]於保不二雄著:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,我国台湾地区五南图书出版公司 1998 年版,第 255 页。

[16] 参见[日]我妻荣著:《新订债权总论》,王毅译,中国法制出版社 2008 年版,第 428 页。

[17] 王融擎编译:《日本民法:条文与判例》(上册),中国法制出版社 2018 年版,第 365 页。

[18] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:合同编》(下册),法律出版社 2013 年版,第 1210 页以下。

[19] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:合同编》(下册),法律出版社 2013 年版,第 1210、1212 页。

[20] 参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·债法总则编、合同编》,法律出版社 2005 年版,第 781 - 782 页。本条文和立法理由书均由高圣平教授撰写。

合同编(草案)》(征求意见稿)中,该条被作了一些修改,其成为第 249 条,规定:“债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。”自此以后,民法典合同编草案的第一、二、三次审议稿均维持了内容不变,直至民法典颁布,成为正式颁行的《民法典》第 702 条。^[21]

比较上述三种立法模式可知,我国《民法典》第 702 条采取的是德国法的模式,即赋予了保证人在主债务人对债权人享有抵销权或撤销权时拒绝承担保证责任的权利。笔者认为,我国《民法典》采取的这一模式是科学合理的,具体理由阐述如下:

第一,符合形成权与债的相对性的法理,避免了对主债权债务关系的不当干涉。撤销权和抵销权都是形成权(Gestaltungsrechte)。所谓形成权,是指“某个特定的人所有的权利,这个人可以通过单方的形成行为,通常为需要接受的意思表示,来实现他和另一个人之间的法律关系,或者对法律关系的内容进行确定,或者改变这种法律关系,以至撤销这种法律关系”。^[22] 形成权的典型特征就是赋予了权利人某种“权力”,使其可以只是根据自己的意愿单方面地干预他人之法律关系。^[23] 由此可见,形成权是与特定法律关系中的主体及其法律地位密切结合的,只能由特定的主体享有,通常是不能被独立地转让的。

享有形成权的主体有权根据自身的利益判断而自由地决定形成权的行使与否,即主债务人对债权人有撤销权或抵销权时,主债务人既有权撤销或抵销,也有权不撤销或不抵销。倘若认为保证人可以直接行使主债务人享有的撤销权或抵销权,则一方面构成了对主债务人意思决定自由的干涉,有违形成权的本质以及法律规定撤销权或抵销权的规范目的。撤销权的目的在于保护因受欺诈、胁迫而为法律行为的一方当事人的合法权益,而抵销权的目的在于避免双方当事人分别请求以及分别履行所带来的不便与不公平,同时也具有担保的功能,有利于维护债务人的合法权益。另一方面也极大地突破了债的相对性(《民法典》第 465 条第 2 款),使得处于主合同关系外的保证人可以任意介入到主债务人和债权人的关系当中,不利于维持主债务人与债权人债之关系的稳定性。故此,规定保证人可以行使主债务人的抵销权或撤销权的立法模式显然是不妥当的。相反,如果规定保证人此时可以享有拒绝承担保证责任的权利,就既不会构成对主合同关系的干预,使得主债务人可以自由决定是否行使抵销权或撤销权,也有利于维护保证人的权益,避免其在承担保证责任后因主债务人行使了抵销权或撤销权而面临必须向主债务人进行追偿的麻烦以及由此产生的追偿不能风险。此外,赋予保证人享有拒绝承担保证责任的权利也可

[21] 在我国民法典编纂过程中,就是否有必要规定保证人此种基于主债务人的抵销权或撤销权而享有的拒绝承担保证责任的权利,虽然没有引起太大的争议,但也有不同的看法。王利明教授认为,我国民法典不应规定保证人的此种权利,理由在于:主债务人是否针对债权人享有撤销权或者抵销权,保证人往往不得而知,况且,即便保证人知悉主债务人对于债权人有撤销权或抵销权,该权利是否存在等问题也需要通过法院或者仲裁机构予以审查后确认。如果法律上直接赋予保证人据此而不承担保证责任的权利,则很容易产生纠纷,使得保证人借机推脱或无理拒不承担保证责任,不利于发挥保证的担保融资功能。这是王利明教授在 2019 年 11 月 23 日于北京市怀柔区举行的《民法典合同编草案立法研讨会》上提出的观点。

[22] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),谢怀栻等译,法律出版社 2003 年版,第 289 页。

[23] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2004 年版,第 79 页。

以督促主债务人尽早就抵销权或撤销权的行使作出决定,从而维持当事人之间法律关系的稳定性。

第二,符合保证债务的从属性与补充性的特性,有利于维护保证人的利益,避免出现保证人承担保证责任后因无法实现对主债务人的追偿权而遭受不利损害的局面。对此,大致可从两方面理解:

一方面,承认保证人可以基于主债务人的撤销权而在相应范围内拒绝承担保证责任符合保证债务的从属性。所谓保证债务的从属性,是指保证债务以主债务的存在为前提,因主债务的消灭而消灭,保证债务的内容不能超过主债务的内容,也不能与主债务相分离而单独转让。这种保证债务的从属性原则是“法律技术上的简化技巧,基于法律所规定的从属性原则,当事人仅需规范其基础关系即主债务关系,其规范自动对于保证合同关系发生效力”。^[24] 我国《民法典》第 682 条第 1 款没有从主债务和从债务的角度,而是从主合同与从合同的角度对保证债务的从属性作出了规定。依据该款,保证合同是从合同,从属于主合同;当主合同无效时,除非法律另有规定,否则保证合同也归于无效。既然在主合同中,主债务人享有撤销权即有权撤销主合同,那么主债务人行使了撤销权后,主合同归于消灭,基于保证债务的从属性,保证合同也归于消灭。如果主债务人明明有撤销权却不行使,而保证人又不可能对此加以干涉,无法取代债务人而行使该权利,就会导致保证人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,不得不向债权人承担保证责任。保证人在承担保证责任后只能向主债务人进行追偿。倘若主债务人没有履行能力,其追偿权就无法实现。不仅如此,如果保证人承担保证责任后,主债务人又行使了撤销权,还会使得保证人原本可以在承担保证责任后基于债权的法定移转而于其承担保证责任的范围内享有债权人对债务人的权利也因此而归于消灭。如此一来,显然对于保证人将造成不测损害。故此,从遵循保证债务从属性法理的角度来说,此时法律上也应当赋予保证人拒绝承担保证责任的权利。

另一方面,承认保证人可以基于主债务人的抵销权而拒绝承担保证责任也符合保证债务所具有的补充性的属性。依据《民法典》第 681 条,只有当债务人不履行到期债务或者发生了当事人约定的情形时,保证人才需要履行债务或者承担责任。故此,保证人向债权人所负的保证债务具有“补充性”,属于从债务而非主债务。无论是一般保证还是连带责任保证,债权人都不能避开主债务人而直接要求保证人履行债务。债权人只有在主债务人不履行到期债务或者发生了约定的情形之时,才可能要求保证人履行保证债务。当然,不同的保证方式中保证债务的补充性强弱也存在区别。在一般保证中,保证债务的补充性体现最为充分。依据《民法典》第 687 条第 2 款,一般保证的保证人享有先诉抗辩权,在主合同纠纷经审判或者仲裁并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,保证人有权拒绝承担保证责任。需要注意的是,在一般保证中即便债权人没有就主合同纠纷提起诉讼或申请仲裁,而是直接要求保证人承担保证责任,法院也不能直接判决驳回债权人对保证人的诉讼请求,而应当在程序上给予债权人一个合理的

[24] Vgl. Medicus, JuS 1971, 498. 转引自陈自强著:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 44 页。

期间,告知其应就主合同纠纷向具有管辖权的人民法院提起诉讼或申请仲裁。^[25] 所以,理论上也将一般保证中保证人的保证责任称为“补充责任”。而在连带责任保证中,只要债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形,债权人就可以请求债务人履行债务或请求保证人在其保证范围内承担保证责任(《民法典》第 688 条第 2 款)。故此,连带责任保证中保证债务的补充性相对较弱。但是,即便如此,连带责任保证也不等于连带债务,连带责任保证人所负担的保证债务也不同于主债务。连带责任保证与连带债务至少存在以下几方面的区别:

其一,在产生原因的同—性上不同。连带债务乃是基于同一法律上的原因而产生的,具有债务原因的同—性,例如数人共同侵权而向受害人承担的连带赔偿责任。然而,连带责任保证中保证人虽与主债务人承担连带责任,但保证债务的发生原因与主债务的发生原因却截然不同。保证债务是基于保证合同所生,而主债务是基于主合同产生的。^[26] 可见,二者产生原因的殊异就决定了相应法律规则配置必然存在差别。

其二,在给付的同—性、债务的阶层性上不同。就连带债务而言,债务人的给付具有同—性,即“所有连带债务人的给付内容应当相同,且需为一个且相同全部之给付”。虽然对于何为“给付上的同—性”,理论界素有争论,^[27] 但各个连带债务人对债权人的给付必须属于同一阶层的责任,对此是没有争议的。然而,在连带责任保证中,保证人的保证债务与主债务人的主债务明显不是同一阶层的责任,因为主债务人是债务的最终承担者,而保证人则是债务的“预先给付”者。德国著名法学家卡尔·拉伦茨教授曾言:就共同侵权行为而言,因每一个侵权行为人负担全部损害赔偿责任,从而可以依据相关法律规定而成为连带债务人。但是,就保证人与主债务人之间的关系而言,二者并非连带债务人,因为主债务人应最终负责,可见二者之间的关系并不符合连带债务的基本原理;反之,共同保证人则具有同一阶层性,因此属于连带债务人。^[28]

德国民法学家迪特尔·梅迪库斯教授也指出:虽然在连带责任保证中,也同时存在数项以清偿同一债权人利益为内容的债务,但是其中的一项债务为主体即债务人承担的主债务,该主债务人决定了债权人享有何种利益,而另外一项债务即保证债务(保证责任)仅仅是依附于此项主债务的,其指向该主债务。^[29] 这种给付同—性与债务阶层性的不同导致了连带责任保证中的保证债务具有从属性与补充性,而连带债务中的各个债务之间不具有此种属性。

在连带责任保证中,债权人不得将其保证债权单独加以转让,保证债务的范围及主张也基本上要依靠主债务加以决定。例如,债权人向主债务人请求履行债务或从事其他导

[25] 参见“农银财务有限公司与广东三星企业(集团)公司车桥股份有限公司借款担保纠纷案”,最高人民法院(2000)经终字第 91 号民事判决书。

[26] 参见程啸著:《保证合同研究》,法律出版社 2006 年版,第 51 页。

[27] 如何理解给付的同—性,德国学界存在很大的争议,参见陈聪富:《连带债务之研究》,我国台湾地区台湾大学法律研究所 1990 年硕士论文,第 70 页以下。

[28] 转引自陈聪富:《连带债务之研究》,我国台湾地区台湾大学法律研究所 1990 年硕士论文,第 100 页。

[29] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2004 年版,第 610-611 页。

致时效中断的行为对保证人也发生效力;保证债务的范围由主债务加以决定,不得超过主债务的范围;主债务人免除债务人的部分或全部主债务时,保证人的责任也相应地减免,但是债权人免除保证人的保证责任不影响主债务人的责任;对于主债务人针对债权人的抗辩权,保证人可以全面地加以援用,但是,保证人所享有的抗辩权,主债务人却不能援用。反之,因保证债务与主债务不属于同一阶层的债务,保证债务从属于主债务,而主债务不从属于保证债务,所以在保证人清偿保证债务时,主债务人不得援引关于主债务消灭、保证债务亦消灭的法律规定而妨害保证人的追偿权。^[30]

综上所述,无论是在一般保证还是连带责任保证中,保证债务都是具有补充性的。当主债务人对于债权人享有抵销权时,主债务人可以通过行使抵销权而使其与债权人之间的主债权债务合同全部或部分归于消灭,进而免于承担全部或部分的债务履行责任。在主债务人可因抵销权的行使而无需履行全部或部分债务之时,具有补充性的保证债务自然也就相应地全部或部分不发生。换言之,基于保证债务的从属性,保证人也就可以在相应的范围内拒绝承担保证责任。

第三,赋予保证人基于主债务人对债权人的抵销权或撤销权而享有拒绝承担保证责任的权利,也是对我国《担保法》等法律欠缺的完善。在民法典编纂前,《担保法》对保证人能够主张的主债务人的权利的规定只有一条即第 20 条,该条第 1 款规定了一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权,而即便是债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人也仍有权抗辩。该款主要是基于保证法律关系的基本原理,规定保证人得享有债务人的抗辩权,进而从保护保证人利益的角度出发,以平衡保证法律关系几方主体之间的利益关系为宗旨,又规定即便债务人放弃对债务的抗辩权,保证人也仍有权抗辩。该条第 2 款对抗辩权的基本内涵进行了规定,即抗辩权是指债权人行使债权时,债务人根据法定事由,得对抗债权人行使请求权的权利。然而,仅仅规定保证人得享有债务人的抗辩权仍不足够。有的学者也意识到了《担保法》欠缺对保证人基于主债务人的撤销权或抵销权而拒绝承担保证责任的权利的规定,既不利于维护保证人的合法权益,也不利于纠纷的有效解决。故此,他们认为,应当对《担保法》第 20 条进行扩张性解释,即将保证人此种拒绝承担保证责任的权利解释为保证人有权行使的债务人的抗辩权,^[31]或者将之作为“类似于抗辩权的权利”或“关于主债务人的其他类似权利”。^[32]然而,由于抵销权与撤销权都属于形成权而非抗辩权,而我国《担保法》第 20 条不仅明确规定了一般保证人与连带责任保证人享有债务人的抗辩权且明确地界定了抗辩权的含义。故此,从法律解释以及民法理论的角度都很难将主债务人的抵销权和撤销权解释为保证人享有主债务人针对债权人的抗辩权。因此,《民法典》第 702 条很好地弥补了《担保法》的欠缺,完善了我国保证

[30] 参见杨淑文:《论连带保证与连带债务——“最高法院”八十八年度台上字第一八一五号民事判决评释》,载蔡明诚等著《保证专题研究》,我国台湾地区元照出版公司 2016 年版,第 79-80 页。

[31] 参见高圣平著:《担保法新问题与判解研究》,人民法院出版社 2001 年版,第 285 页;邹海林、常敏著:《债权担保的方式和应用》,法律出版社 1998 年版,第 78-79 页。

[32] 参见唐德华主编:《最新担保法条文释义》,人民法院出版社 1995 年版,第 61-62 页;崔建远主编:《合同法》(修订本),法律出版社 2000 年版,第 157 页(崔建远教授执笔);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 年版,第 152 页以下(刘保玉教授执笔)。

合同的法律规则,有利于更好地平衡债权人、主债务人与保证人之间的利益关系和权益保护。

三 保证人拒绝承担保证责任权的性质与内容

(一) 保证人拒绝承担保证责任权为抗辩权

依据《民法典》第702条,债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。从该条的字面意思来看,保证人享有的是所谓“拒绝保证责任”的权利。但是,仔细研究该条的规定可以发现:一方面,保证人的这一权利来自于《民法典》的规定,是法律直接赋予保证人的权利,而非保证人行使的主债务人的权利。如前所述,主债务人针对债权人享有的是抵销权或撤销权,这两类权利是形成权,具有专属性,保证人不得代为行使。另一方面,保证人因为主债务人具有抵销权或撤销权而被法律赋予的在相应范围内拒绝承担保证责任的权利,其性质上是抗辩权,用来对抗债权人请求保证人承担保证责任的请求权。该抗辩权并非是永久的抗辩权,而是一时性的或延迟性抗辩权,该抗辩权可以导致债权人针对保证人的诉讼或仲裁被驳回。^[33]但是,如果主债务人丧失了撤销权或抵销权,或者行使了撤销权或抵销权,该抗辩权都将归于消灭。需要注意的是,虽然保证人依据《民法典》第702条所享有的拒绝承担保证责任的权利也属于抗辩权,但是,该抗辩权不同于保证人可以主张的债务人对债权人的抗辩。我国《民法典》第701条明确规定了保证人可以主张债务人对债权人的抗辩,并且即便债务人放弃抗辩,也不影响保证人,保证人仍有权向债权人主张抗辩。该条规定不同于《担保法》第20条,后者规定:“一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人仍有权抗辩。抗辩权是指债权人行使债权时,债务人根据法定事由,对抗债权人行使请求权的权利。”显然,《民法典》第701条中保证人的抗辩来自于主债务人,是债务人针对债权人的抗辩,即主债务人在其与债权人之间的债权债务关系中享有的可以用来对抗债权人的全部事由,“举凡主债务人所有,而与主债务自身之发生、消灭或履行有牵连关系之一切抗辩,均包括在内,但不包括主债务发生、变更或消灭以外独立原因事由所生之抗辩”。^[34]保证人不仅可以行使主债务人针对债权人的抗辩权,还可以行使债务人的其他可以用来对抗债权人的事由,具体包括:主合同未生效的抗辩、主合同无效的抗辩、主合同已经终止的抗辩、主合同已过诉讼时效的抗辩、同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权等。但是,《民法典》第702条中保证人的抗辩权是保证人自身依法享有的延迟性或一时性抗辩权,不是来自于主债务人,自然也就不存在主债务人放弃该权利的可能。

(二) 保证人拒绝承担保证责任的权利的存续期间

保证人拒绝承担保证责任的权利是具有存续期间的权利。当主债务人对于债权人享

[33] Staudinger/Horn (2012) BGB § 770, Rn. 12.

[34] 邱聪智著:《新订债法各论(下)》,中国人民大学出版社2006年版,第377页。

有撤销权时,如果其行使了撤销权,则主合同被撤销,基于保证合同的从属性,保证合同因主合同的消灭而归于消灭,保证人无需承担保证责任。此时,保证人自无行使《民法典》第 702 条规定的抗辩权的必要。如果主债务人放弃撤销权或者在法定的期限内没有行使撤销权,则撤销权归于消灭,此时保证人不得再拒绝承担保证责任。^[35] 依据《民法典》第 157 条的规定,在主合同被撤销后,将会产生返还的问题,如主债务人因主合同而取得的财产应当返还给债权人,倘若不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。此时,保证人是否需要就主债务人负担的返还财产义务而承担保证责任,取决于保证合同的约定。如果保证合同中约定,保证人对此不承担保证责任。此外,当主合同被撤销后,有过错的一方还应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。在我国民法上,法律行为被撤销与无效的法律后果相同,二者被统一规定在《民法典》第 157 条。故此,在主债务人撤销主合同的情形下,就损害赔偿的问题,应当适用《民法典》第 682 条的规定,即债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。具体而言,依据《担保法解释》第 8 条的规定,主合同无效而导致担保合同无效,担保人无过错的,担保人不承担民事责任;担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

当主债务人对债权人享有抵销权时,如果主债务人行使抵销权而使主债务部分或全部消灭,保证人所负担的保证债务基于从属性也相应地消灭,保证人或者不再需要承担保证责任,或者只是需要就未消灭的主债务承担保证责任。如果主债务人并未放弃抵销权但又不行使该权利,由于抵销权并不存在因除斥期间经过而消灭的问题,故此,只要抵销权继续存在,则保证人拒绝承担保证责任的权利就持续存在下去,直至抵销的条件消灭,如主债务人的主动债权与债权人被担保的债权不再符合法定抵销要件。此时,保证人拒绝承担保证责任的权利也将归于消灭。

(三) 主债务人的告知义务与赔偿责任

值得研究问题的是,因债权债务不具有典型公开性,主债务人是否对债权人享有撤销权或抵销权,保证人往往不得而知。主债务人是否有义务告知保证人或向保证人加以披露,从而使得保证人能够行使《民法典》第 702 条规定的拒绝承担保证责任的权利? 对此,德国民法学说认为,主债务人依据具体情形而向保证人负有此种告知和披露的义务,并且如果主债务人使保证人失去了拒绝承担保证责任的抗辩权(如承认可撤销的主合同的效力并因此放弃免于履行主债务的机会),主债务人还需要向保证人承担赔偿责任。^[36] 笔者认为,由于法律赋予保证人拒绝承担保证责任的权利的目的在于维护保证人的权益,避免其因追偿不能而遭受损失,而主债务人与保证人之间往往存在委托合同关系,依据《民法典》第 509 条第 2 款,合同履行的基本原则包括诚信履行原则,要求当事人应根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。尤其是通知义务,在合同编多处

[35] 参见《民法典》第 199 条、第 152 条。

[36] Staudinger/Horn (2012) BGB § 770, Rn. 12.

都有所规定。故此,当主债务人对债权人享有撤销权或抵销权时,其应负有通知或告知保证人的义务。如果主债务人没有履行此种告知或通知的义务,其是否需要向保证人承担赔偿责任,需要具体分析。主要包括以下两个方面:

一方面,由于撤销权或抵销权是形成权,其行使与否本身就可以由权利人自行决定,是权利人意思自由范畴内的事情。故此,在主债务人没有告知保证人其对债权人享有抵销权或撤销权的情形下,即使保证人承担了保证责任,如果主债务人基于意思自由而没有行使撤销权或抵销权或者该等权利因除斥期间经过等原因归于消灭,保证人也仍然既不可能再行使《民法典》第 702 条规定的抗辩权,也不可能向债权人请求不当得利返还。保证人不存在遭受损失的问题,其只能在承担保证责任的范围内向主债务人追偿并承受债权人的权利。

另一方面,如果保证人向债权人承担保证责任后,主债务人又撤销了主合同或者进行了抵销,此时,由于保证人有权依据《民法典》第 985 条请求债权人返还不当得利,而债权人很可能因为丧失清偿能力等原因无法向保证人返还不当得利或者在返还过程中导致保证人支出了相应的费用,则保证人的这些损失与主债务人不履行告知义务之间存在因果关系,主债务人应当就该损失向保证人承担赔偿责任。

四 保证人拒绝承担保证责任权的成立要件

依据《民法典》第 702 条,所谓保证人拒绝承担保证责任的权利需要具备以下要件方能成立,具体阐述如下:

(一) 主债务人对债权人享有抵销权或撤销权

所谓主债务人对债权人享有抵销权,是指主债务人针对债权人享有的债权(即主动债权)与债权人享有的作为保证担保对象的债权(即被动债权)具有抵销的可能性,满足《民法典》第 568 条规定的抵销条件,即主债务人与债权人互负债务,该债务的标的物种类、品质相同,且不存在根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外情形。如果主债务人对债权人享有抵销权,但是其债权只能与债权人享有的其他债权(即保证人所担保的债权之外的债权)具有抵销的可能性,则保证人不能行使《民法典》第 702 条规定的拒绝承担保证责任的权利。如果债权人针对主债务人享有两个被动债权,一个是保证担保的债权,另一个是非保证担保的债权,这两个被动债权都满足与主债务人的主动债权进行抵销的条件,那么除非保证合同中明确约定了债权人不得以非保证担保的债权来抵销主债务人的主动债权,否则保证人不得行使《民法典》第 702 条规定的拒绝承担保证责任的权利。^[37] 例如,债权人甲对主债务人乙享有两个债权,债权 A 与债权 B,二者均为 1000 万元,但是保证人丙只是为债权 A 提供了保证担保。那么当乙针对

[37] 德国联邦最高法院的判例认为,如果债权人以非保证担保的债权来对主债务人的债权进行抵销的行为就是为了损害保证人的,那么即便保证合同中禁止债权人以非保证担保的债权进行抵销,保证人也可以以主债务人享有抵销权为由拒绝承担保证责任。参见 Staudinger/Horn (2012) BGB § 770, Rn. 6.

甲享有的债权 C 只是符合与债权 B 抵销的条件时,则保证人丙不得行使《民法典》第 702 条规定的权利。但是,如果乙针对甲的债权 C 同时满足与债权 A、债权 B 抵销的条件,则除非当事人有明确约定,否则保证人丙不能行使《民法典》第 702 条的权利。如果保证人自身针对债权人享有抵销权的话,即保证人的主动债权与债权人的被担保的债权符合《民法典》第 568 条规定的抵销条件,那么保证人可以通过行使抵销权而消灭保证责任,从而无需行使《民法典》第 702 条规定的拒绝承担保证责任的权利。此外,由于我国《民法典》第 702 条规定的是“债务人对债权人享有抵销权”,这就意味着,当债权人针对主债务人享有抵销权,而主债务人对债权人不享有抵销权时,保证人也不得行使《民法典》第 702 条规定的权利。例如,主债务人甲对债权人乙享有的债权是 100 万元,债权人乙对主债务人甲享有的债权(该债权即保证人丙担保的债权)是 150 万。甲对乙的债权尚未到期,即甲尚无权利要求乙履行债务,但是乙对甲的债权已经到期。此时,由于只是债权人乙享有抵销权,而债务人甲却无权主张抵销,^[38]故此保证人丙不能行使《民法典》第 702 条规定的权利。在这一点上,我国《民法典》的规定与德国不同。因为《德国民法典》第 770 条第 2 款规定的是“债权人可以通过抵销主债务人之届期债权得到清偿的”,保证人有权拒绝向债权人清偿。故此,只是债权人单方享有抵销权时,保证人也可以拒绝承担保证责任。^[39]

所谓主债务人针对债权人享有撤销权,就是指主债务人依法享有撤销主债权债务合同的权利。在我国法上,依据《民法典》的规定,主债务人享有撤销主合同的权利的情形包括以下几类:第一,主债务人基于重大误解而与债权人成立主合同,主债务人有权撤销该合同(第 147 条);第二,债权人以欺诈手段使主债务人在违背真实意思的情况下成立主合同,主债务人有权撤销该合同(第 148 条);第三,第三人对主债务人实施欺诈行为而与债权人成立主合同,并且债权人知道或者应当知道该欺诈行为的,主债务人有权撤销该合同(第 149 条);第四,债权人或者第三人以胁迫手段使主债务人在违背真实意思的情况下而与债权人成立主合同的,主债务人有权撤销该合同(第 150 条);第五,债权人利用主债务人处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使主合同成立时显失公平的,主债务人有权撤销该合同(第 151 条)。

需要注意的是,我国《民法典》第 702 条只是规定了主债务人针对债权人享有抵销权或者撤销权这两种形成权时,保证人可以在相应的范围内拒绝承担保证责任,而没有规定主债务人针对债权人享有其他的形成权时,保证人是否也可以享有拒绝承担保证责任的

[38] 我国《合同法》第 99 条第 1 款规定了抵销的基本内涵,其中构成要件之一为“当事人互负到期债务”,这就是说,主动债权和被动债权所对应的债务都必须到期才能进行抵销。实际上这种规定是不妥当的,在主动债权所对应的债务履行期限届至后,尽管被动债权对应的债务履行期限尚未届至,也应当允许主动债权人主张抵销,因为这只意味着主动债权的债权人放弃了期限利益而提前履行债务而已,只要这种提前履行并未损害债权人利益,就应当予以承认。参见王利明著:《合同法研究(第二卷)》(第三版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 279 页。在我国民法典编纂时,立法机关接受了上述观点,《民法典》第 568 条第 1 款只是规定“当事人互负债务”,而没有要求必须是“互负到期债务”。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 374 页。

[39] Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 301.

抗辩权。从比较法上来看,《日本民法典》第 457 条第 3 款、《欧洲示范民法典草案》第 IV. G. -2:103 条第 2 款都认为,主债务人有权撤销主合同时,保证人也有权拒绝承担保证责任。《德国民法典》第 770 条虽然未作明确的规定,但是学说认为,第 770 条第 1 款规定的保证人拒绝履行保证债务的权利,不仅适用于撤销权,也适用于主债务人对债权人享有其他类型形成权的场合,如选择权、解除权(das Recht auf Rücktritt)、减价权(das Recht auf Minderung)以及在消费借贷和上门销售时的撤回权(Widerrufsrechte bei Verbraucherdarlehen und Haustürgeschäften)。^[40]

在我国《民法典》中,除撤销权、抵销权之外,保证担保的情形中主债务人对债权人可能享有的形成权至少还包括解除权与选择权。

首先,如果主债务人是依据《民法典》第 563 条而享有解除权,则显然不涉及到债务人应当承担民事责任的问题。此时,由于主合同被解除而消灭,保证合同也归于消灭,保证人无需承担保证责任。所以,当主债务人依据该条而享有解除主合同的权利时,应当认为,保证人也有权拒绝在相应的范围内承担保证责任。

其次,在选择之债中,还存在主债务人享有选择权这一形成权的情形。依据《民法典》第 515 条第 1 款,原则上选择之债中的选择权归属于债务人,除非法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯。故此,在债务人享有选择权时,只要该选择权的行使尚在约定的期限内或者债务履行期限届满经债权人催告后尚在合理期限内,债权人就不能要求债务人履行债务,而基于保证债务的补充性,债权人也不能要求保证人承担保证责任,即保证人应享有拒绝承担保证责任的抗辩权。

综上所述,除了《民法典》第 702 条规定的主债务人对债权人享有撤销权与抵销权的情形,在主债务人对债权人享有解除权以及在选择之债中主债务人享有选择权的情形下,保证人也应享有拒绝承担保证责任的权利,此时应类推适用第 702 条的规定。不过要注意的是,《民法典》第 580 条第 2 款赋予了违约方以申请终止合同的权利;在主债务人违约而依据该款解除合同时,因其需要承担违约责任,所以保证人对于债务人的相关民事责任仍然应当承担担保责任(第 566 条第 3 款)。

(二) 保证人承担保证责任的条件已经具备

只有当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人才能要求保证人承担保证责任。此时,保证人才能基于主债务人对债权人享有的撤销权、抵销权或解除权,行使拒绝承担保证责任的抗辩权。这一点是由保证债务的补充性所决定的。依据《民法典》第 687 条第 2 款,一般保证的保证人享有先诉抗辩权,在该权利消灭前,一般保证人有权拒绝承担保证责任。而在连带责任保证中,由于保证人和债务人对债务承担连带责任,保证人不享有一般保证人的先诉抗辩权或检索抗辩权,所以只要主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人就可以请求债务人履行债务,或请求保证人在其保证范围内承担保证责任(第 688 条第 2 款)。由此可见,就一般保证而言,在对主合同纠纷进行审判或者仲裁的过程中,如果主债务人对于债权人享有撤销权、解除权或抵

[40] MünchKommBGB/Habersack, 2004, § 770, Rn. 6; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 298.

销权,其在审判或者仲裁中不行使该等权利,那么这些权利就应当归于消灭。此时,一般保证人也不可能再行使《民法典》第 702 条的抗辩权。故此,第 702 条的规定对于一般保证人的意义并不是特别大(除非是在保证人因其他原因丧失先诉抗辩权的情况下)。至于连带责任保证人,由于债权人可以在主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时直接要求连带责任保证人承担保证责任,故此保证人有必要行使第 702 条规定的权利。

五 保证人拒绝承担保证责任权与保证期间、 保证债务的诉讼时效

所谓保证期间是指当事人约定或者法律规定的确定保证人承担保证责任的期间,在该期间内如果债权人不依法定方式行为,则保证人于该期间届满后即免除保证责任。保证期间原则上遵循当事人的约定,当事人没有约定时则适用《民法典》第 692 条的规定。由于保证期间是不变期间,不发生中止、中断和延长,因此保证人是否行使第 702 条规定的拒绝承担保证责任的权利,对于保证期间不会发生影响。

保证债务的诉讼时效即保证合同的诉讼时效。《民法典》第 694 条区分一般保证和连带责任保证分别规定了保证债务的诉讼时效的起算,以下分别述之:

首先,值得研究的是,《民法典》第 694 条第 1 款中一般保证的保证人“拒绝承担保证责任的权利”是指什么?是仅限于《民法典》第 687 条第 2 款规定的先诉抗辩权,抑或也包括了《民法典》第 702 条规定的抗辩权?笔者认为,《民法典》第 694 条第 1 款中的“拒绝承担保证责任的权利”仅指保证人的先诉抗辩权,而不包括《民法典》第 702 条规定的抗辩权以及保证人享有的主债务人针对债权人的其他抗辩。因为,只有当保证人的先诉抗辩权消灭后,债权人才能有权请求保证人承担保证责任,此时起算保证债务的诉讼时效才是公平的。

在民法典编纂之前,《担保法解释》第 34 条第 1 款规定:“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,从判决或者仲裁裁决生效之日起,开始计算保证合同的诉讼时效。”该规定的不妥之处在于,即便判决或者仲裁裁决生效,也不意味着一般保证人就要承担保证责任,因为除非存在债务人下落不明且无财产可供执行、法院已经受理债务人破产案件、债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力或者保证人书面表示放弃先诉抗辩权等例外情形,否则一般保证人的先诉抗辩权消灭的条件为:主合同纠纷已经审判或者仲裁并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务(第 687 条第 2 款)。仅仅是法院或仲裁机构就主合同纠纷作出的判决或裁决生效却没有依法强制执行,仍然无法确定债务人是否不能履行债务。故此,此时一般保证人的先诉抗辩权仍未消灭,保证债务的诉讼时效不应当起算,否则对于债权人非常不利。^[41] 有鉴于此,《民法典》第 694 条第 1 款将一般保证中保证债务的诉讼时效起算点确

[41] 高圣平教授对《担保法解释》第 34 条第 1 款的弊端有深入分析,参见高圣平著:《担保法论》,法律出版社 2009 年版,第 134 - 136 页。

定为“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”，显然更为科学合理。

其次，就连带责任保证而言，因为保证人与主债务人向债权人承担连带责任，所以只要连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人就可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。此时，就会发生当债权人要求连带责任保证人承担保证责任时，保证人行使《民法典》第 702 条的抗辩权是否影响保证债务诉讼时效起算的问题。对此，笔者认为，保证人行使第 702 条的抗辩权并不影响连带责任保证中保证债务诉讼时效的起算。一方面，从文义解释上来看，《民法典》第 694 条第 2 款规定得很清楚，即“从债权人请求保证人承担保证责任之日起”开始起算保证债务的诉讼时效，并不考虑保证人是否有《民法典》第 702 条的权利或者其他抗辩的问题；另一方面，只要债权人在保证期间内请求保证人承担了保证责任，那么保证期间就失去意义，转而适用保证债务的诉讼时效。故此，在保证人享有《民法典》第 702 条规定的抗辩权的情况下，虽然债权人无法要求保证人实际承担保证责任，但是保证债务的诉讼时效依然开始计算。

综上所述，我国《民法典》第 702 条关于保证人抗辩权的规定主要采取了德国法的模式，赋予保证人在主债务人对债权人享有抵销权或者撤销权时拒绝承担保证责任的权利。此种权利系为一种抗辩权以及具有存续期间的权利。在保证人行使该权利之时，应符合相应构成要件。同时，该项权利的行使并不会影响保证期间，是否影响相应的保证债务诉讼时效起算以及如何确定诉讼时效起算点等应根据一般保证和连带责任保证而分别视之。总之，对于第 702 条，应综合运用文义解释、体系解释等多种解释方法，对其进行符合立法旨意与司法适用向度的解释，同时对其进行深入研究具有重要的理论意义与实践价值，殊值重视。

[**Abstract**] According to Article 702 of the Chinese Civil Code (CCC) , where the debtor has the right to set off or to claim revocation against the creditor , the surety may refuse to assume suretyship liability to the corresponding extent . This right is aimed at protecting the surety ' s lawful interests from the risk of non-recovery . As a temporary or deferred defense right directly granted to the surety by CCC , it does not mean that the surety can directly exercise the principal debtor ' s right of set-off or to claim revocation , nor is it the principal debtor ' s right of defense against the creditor . When the principal debtor has the right to rescind against the creditor or the right to choose , the surety may also refuse to assume the suretyship liability accordingly . A surety who has assumed the surety liability without knowing it may not request the creditor to return the unjust enrichment . The surety ' s right to refuse to assume the suretyship liability in Paragraph 1 of Article 694 of CCC refers only to the right provided for in Paragraph 2 of Article 687 of CCC , not the right provided in Article 702 of CCC .
