

或有期间概念之质疑

冯 珏*

摘要:或有期间概念的提出虽已有相当一段时间,且为中国民法学研究会之民法总则建议稿所采纳,但尚未经受学界的质疑与检验。就此概念的提出过程而言,未见提出者的详细论证。就此概念的界定而言,其定义存在内涵不清、外延不当等问题,甚至无法准确概括作为其典型示例的保证期间与买受人的异议期间。就此概念对民法学理论构建的意义而言,一方面其所要涵盖的法现象仅于特殊领域内具有正当性;另一方面,其可能旨在构建的保证期间、买受人的异议期间与诉讼时效的衔接关系,既非理论上的必然,又可能引发评价矛盾。新概念提出者承担对此概念的论证责任,而学界的责任则是对新概念提出质疑。因此,暂不将未经学说和立法实践充分检验的抽象概念纳入民法总则中,是谨慎立法的应有之义。

关键词:或有期间 保证期间 买受人的异议期间 民法总则 权利行使

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2017.03.032

一、或有期间概念的提出与论证

或有期间之概念,据笔者所查,乃王轶教授最早在其《诉讼时效三论》一文中所提出。按照王轶在该文中的界定,所谓或有期间,即决定当事人能否获特定类型请求权的期间。一旦当事人在或有期间内依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定的行为,其即可获得相应类型的请求权。一旦当事人在或有期间内未依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定行为,其即不能获得相应类型的请求权。我国现行民事立法中比较典型的或有期间包括保证期间和买受人的异议期间。^①

但是,此概念的提出却未经充分论证。该文未援引任何论据即如此主张,或有不严谨之嫌。传统民法理论为何在基本概念方面不完备,以至于需要引入一个新的概念,新的概念能否以及如何发挥体系构建的功能,似不在作者的讨论范围之内。细捋作者的写作脉络,作者是在“诉讼时效期间与其他相关期间的比较”部分提出“或有期间”概念的,给人以“或有期间”是民法学理论体系中的一个既有概念的感觉。但是笔者在各数据库和互联网检索的结果,尚未发现在该文之前提出和论证“或有期间”概念的文章。^②可能笔者阅读的文献尚嫌不够,文献检索也可能存在疏漏。但是如果确实已有论者提出这个概念甚至有立法例的支持,使用者尚宜注明出处以及其他相关资料,以便利后来者之研究。另一方面,阐释诉讼时效期间与保证期间和买受人的异议期间的联系与区别,甚至进一步讨论买受人的异议期间与除斥期间的联系与区别,并不能得出“或有期间”之概念存在的结论。

这个概念自 2008 年提出至今,似未在学界引起多少注意。不仅赞成者寥寥,即使是偶有对其提出质

* 中国社会科学院法学研究所副编审

① 参见王轶:《诉讼时效三论》,《法律适用》2008 年第 11 期。

② 将保证期间与买受人的异议期间相提并论,最早见于奚晓明:《论保证期间与诉讼时效》,《中国法学》2001 年第 6 期。另外,王轶在《买卖合同中买受人的及时检验义务》(《判解研究》2001 年第 1 辑,人民法院出版社 2001 年版)一文中尚未提及或有期间的概念。在此文中,王轶认为,买受人的异议期间的法律属性,应结合标的物质量或者数量不符合约定时买受人寻求法律救济的具体方式区别而论,仅在买受人主张解除合同时,为除斥期间,其余场合则为诉讼时效。本文着眼于或有期间,对此观点不作评析。

疑者,也仅是指出既有民法理论可以解释保证期间和买受人的异议期间,从而无须引入新的概念。^①如此,这个概念在民法理论中能否成立,就似乎成为其提出者在另文中所主张的民法学的解释选择问题。^②而既然是个解释选择问题,即无所谓对与错。笔者对此提出质疑。从民法体系而言,概念是体系构建的基本元素,一个体系是由哪些基本概念构成的,虽然有体系构建者选择的因素,但一旦体系建成,就有了自身的逻辑和结构,能否容纳新的概念,受到体系自身的约束。就概念的界定而言,虽然概念提出者可以为概念赋予特定的内涵,但也需要受到逻辑学的约束,尤其需要使概念的内涵明确,外延清晰,与其他概念具有足够的区分度,并能够发挥建构体系的功能。概言之,如果民法学构成一个理论体系,那么民法学中的概念的提出和界定,是需要遵循一定的规则的。

令人遗憾的是,这个概念尚未经提出者和学界的充分论证,即被纳入中国法学会民法学研究会民法总则建议稿中。中国法学会民法典编纂项目领导小组秘书处与中国法学会民法学研究会秘书处2015年4月20日公布的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第八章在第四节“除斥期间”和第五节“失权期间”之后,规定有第六节“或有期间”(共两条)。^③2015年6月24日,该“专家建议稿”经修订后正式提交全国人大法工委,其第八章删除了关于“失权期间”的规定,于第五节规定“或有期间”。^④尽管提交全国人大常委会审议的全国人大法工委民法总则草案中没有关于或有期间的规定,但是概念提出者仍然主张用该概念统领保证期间和买受人的异议期间。^⑤2017年3月15日,《中华人民共和国民法典》由十二届全国人大五次会议表决通过,并没有关于或有期间的规定。但是,从理论上如何看待或有期间概念,仍是一个未决的问题。笔者不揣浅陋,拟对此概念提出质疑。新概念提出者承担对此概念的论证责任,而学界的责任则是对新概念提出质疑。

二、或有期间概念的定义分析

用“或有”来修饰“期间”,可能会让人产生疑惑。似乎此“期间”仅在有时存在,有时又不存在。任何事物都离不开时间这个维度,法律事实也好,法律关系也罢,都是在一定的时间内发生和存续的。法律可以作出选择的是,是否(承认)让时间来限制法律关系的发生、变更或消灭。一旦法律作出了选择,那么时间或者限制法律关系的变动,或者不限制法律关系的变动,不存在或然性,因而不宜用“或有”来修饰期间。

当然,上述对“或有期间”的语词分析,或被认为偏离了概念提出者的既有界定。概念提出者使用“或有”来修饰期间,可能旨在强调一种未定状态:一旦当事人在或有期间内依据法律的规定或当事人的约定为一定的行为,即可取得(或行使)特定类型的请求权;一旦当事人在或有期间内未依据法律的规定或当事人的约定为一定的行为,即不能取得(或行使)相应类型的请求权。但即使是从这个角度来理解“或有”,或有期间概念能否成立,仍须经受理理论的检验。以下即按“被定义项=种差+相邻属概念”的关系定义法,分析或有期间概念之内涵。

^① 参见耿林:《论除斥期间》,《中外法学》2016年第3期。朱庆育也认为除斥期间可以适用于支配权和请求权。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第533页。但这会使除斥期间成为诸种权利应受期间限制的大杂烩。

^② 参见王轶:《民法价值判断问题的实质性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,《中国社会科学》2004年第6期。

^③ 《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第208条(或有期间届满的法律后果):“或有期间是决定当事人能否取得或者能否行使相应请求权的期间”(第1款);“当事人在或有期间内未依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的,或有期间届满,当事人不能取得或者不能行使相应请求权”(第2款)。《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第209条(或有期间与诉讼时效期间的衔接):“当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的,当事人取得或者可以行使相应请求权,或有期间停止计算;当事人取得或者可以行使的相应请求权适用诉讼时效的,诉讼时效开始计算。”<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198,2016-09-27>。

^④ 《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第199条(或有期间届满的法律后果):“或有期间是决定当事人能否取得或者能否行使相应权利的期间。买卖合同中的异议期间、保证责任期间等属于或有期间”(第1款);“当事人在或有期间内未依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的,或有期间届满,当事人不能取得或者不能行使相应权利”(第2款)。《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第200条(或有期间与诉讼时效期间、除斥期间的衔接):“当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的,当事人取得或者可以行使相应权利,或有期间不再计算;当事人取得或者可以行使的相应权利应当适用诉讼时效或者除斥期间的,诉讼时效期间或者除斥期间开始计算。”<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198,2016-09-27>。

^⑤ 参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

由于这是一个新的概念,如果完全不参照既存的制度事实,将无法评价对该概念的既有定义是否清晰准确。所幸概念提出者旗帜鲜明地列举了属于该概念外延范围的两项既存制度事实,即保证期间和买受人的异议期间。保证期间,乃保证债权的行使期间。^①其目的是在诉讼时效的范围内,进一步限缩权利人(保证债权人)的时间利益。关于保证期间的性质,前几年曾有过热烈讨论,主张为诉讼时效者有之,主张为除斥期间或者别的什么法定期间者亦有之。虽然《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》[法释(2000)44号]将其定性为除斥期间,^②令除斥期间说成为目前的官方学说,但关于保证期间性质的讨论仍然不绝于耳。^③买受人的异议期间,是指买卖合同中,买受人将标的物数量或质量不符合约定的情形通知出卖人的期间。就买受人的异议期间而言,概念提出者后来将之称为“买卖合同中的异议期间”,从本文主旨而言,笔者暂时忽略此种表述上的差异。买受人如果欲就给付与约定的一致寻求合同法上的救济,必须按照《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第158条的规定在约定的检验期间或者依据该条确定的合理期间内将有关事实通知出卖人,否则其救济权将得不到支持。关于买受人的瑕疵通知期间属于诉讼时效还是除斥期间或者别的什么期间,学者亦多有争议。^④以下的分析将不时地依赖于民法学对保证期间和买受人的异议期间的既有认识。

(一)相邻属概念:期间

1. 期间的含义

所谓期间,指通过长短或者始期和终期定义的时间段而言。^⑤通过长短定义的时间段,如1年、6个月、24小时等。既为时间段,则期间必有始期和终期。期间也可以直接通过始期和终期确定。始期和终期虽均为确定将要发生的事实,但是未必能预先确定时间段的长短。

2. 权利期间

民法中的期间乃权利期间的简称,是权利应受时间限制之观念的理论表达。^⑥按照拉伦茨的观点,权利受时间限制有两种情况,一是权利的内容受时间限制,二是权利的行使受时间限制。^⑦基本原理应该是,何种类型的权利受时间限制,由民法所规定或承认。并且,时间作用于不同类型权利的机制和效果不同。事实上,在财产权领域,除了所有权仅受制于所有物本身的存续期间外,其他诸种类型的权利皆受时间限制。从这个意义上说,只有土地才可能构成永续的财富。

在民法中,权利期间的长短可以是法定的,也可以是民事主体自行约定的,还可以是在具体情形下由司法机关根据交易习惯、诚信原则等予以酌定的。法定期间的长短取决于立法者的价值取向。

3. 权利期间的意义

用时间来约束权利,可以提高效率。权利只有受到时间的约束,才能得到充分的行使;若是没有时间的约束,权利人径可以“躺”在权利上睡大觉而不急于行权,导致的将是整个社会运转节奏的放慢和效率的

^① 王轶最新著述中定义为:保证期间是债权人得主张保证人承担保证责任的期间。参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

^② “担保法规定的或者当事人约定的担保期间,其性质属于除斥期间。”参见李国光等:《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》理解与适用,吉林人民出版社2000年版,第32页。

^③ 参见王利明:《合同法研究》第4卷,中国人民大学出版社2013年版,第352页;张鹏、余立力:《论一般保证期间的性质》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2007年第5期;高圣平:《保证合同重点疑点难点问题判解研究》,人民法院出版社2005年版,第213页;奚晓明:《论保证期间与诉讼时效》,《中国法学》2001年第6期。

^④ 参见梁慧星:《论出卖人的瑕疵担保责任》,《比较法研究》1991年第3期;王轶:《买卖合同中买受人的及时检验义务》,《判解研究》2001年第1辑,人民法院出版社2001年版;崔建远:《物的瑕疵担保责任的定性及定位》,《中国法学》2006年第6期。

^⑤ 朱庆育认为,期间为“从始点到终点所经过的时间区段,对应时间的长度”。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第520页。

^⑥ 施瓦布指出,“就对权利的限制问题而言,时间因素也起着——对于各个类型各有不同的——作用”。参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第181页。除此之外,期间也可能对权利的取得具有意义,典型者如取得时效。王轶最新文献指出,“或有期间与诉讼时效期间、除斥期间仍属于民法上限制民事权利的不同期间类型”。参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

^⑦ See Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuches, 9 Aufl., Muechen 2004, 转引自耿林:《论除斥期间》,《中外法学》2016年第3期。

低下,最终影响社会财富的增加。所以,理论上,法律可以选择是否让时间来限制权利。当然,若是时间对权利的限制过于紧迫,也会导致权利人急于求成甚至是投机。因此,如何设定恰当的权利期间(要旨是合理),是非常需要关注的。

(二)种差

1. 特定类型的请求权?

或有期间的既有定义未揭明究竟是何种类型的请求权受到或有期间的限制。从逻辑学看,特称命题必须穷尽列举。无论什么情况,只要是针对特定的权利类型规定时间限制,就应该定义该权利类型。究竟是作为原权的请求权还是作为救济权的请求权?是因合同、侵权、不当得利还是无因管理产生的请求权,抑或是法定之债?

值得注意的是,或有期间概念在被纳入中国法学会民法学研究会民法总则建议稿时,“特定类型的请求权”的提法被“相应请求权”所替代。但是,这仍然无法让人明了,所谓“相应”,究竟是与何者相对应?或有期间限制的究竟是何种类型的请求权?当然,另一种可能性是,用“相应请求权”取代“特定类型的请求权”,乃旨在将原来的特称命题转变为全称命题,即“请求权”都受到或有期间的限制。但是,全称命题虽然免去了定义受到限制的权利类型的“麻烦”,但在论证要求上更为严格。因为只要存在一个反例,全称命题即无法成立。人们只要问:买卖合同中出卖人的价金支付请求权是否受到或有期间的限制,答案即不言自明。

当然,“或有期间”概念提出者是列举了保证期间和买受人的异议期间的,它们无疑应该属于或有期间概念的外延范围。但是,在保证期间和买受人的异议期间之外,是否还存在其他的或有期间,着实令人颇费思量。承诺期间似乎也是符合这一定义的,即受要约人只有在承诺期间内作出承诺,合同方能成立,当事人方能取得依合同而产生的各种请求权,但不知概念提出者会如何认定承诺期间的性质。另一方面,在保证债权和买受人的瑕疵救济请求权两者之上,除了合同债权之外,似乎难以抽象出其他共性。那么能否认为或有期间仅适用于合同债权而排除因其他原因产生的债权(请求权),或者反过来,能否认为或有期间适用于全部的合同债权?对这些疑问,既有定义只是揭明“特定类型的请求权”,这无疑是相当空洞的。

及至中国法学会民法学研究会向全国人大法工委提交的民法总则专家建议稿,或有期间的外延被进一步放宽,已不局限于请求权,而是径直用“相应权利”来加以界定。如此则更无边际可寻。就此立即产生进一步的疑问,既然保证债权受制于保证期间,那么抵押权是否需要受制于抵押期间?若答案是肯定的,抵押期间又是何性质,是否在或有期间的外延范围之内?^①

2. 决定当事人能否获得特定类型的请求权?

既有定义中所谓“决定当事人能否获得特定类型的请求权”,不符合民法学中关于“法律事实引起法律关系变动”的一般原理。详言之,既有定义虽然称或有期间决定法律效果的发生(获得特定类型的请求权),但是在紧跟其后的进一步解释中,又称决定法律效果是否发生的,乃是当事人是否在期间内为一定的行为。那么,决定法律效果发生的,究竟是当事人的行为还是期间?期间限制的对象,究竟是法律效果的发生,还是决定法律效果是否发生的法律事实的构成?不仅如此,此处决定法律效果是否发生的当事人的一定的行为,还被进一步限定为“依据法律的规定或者当事人之间的约定”所为的行为,那么这样的行为究竟是充分法律构成的行为,还是已然是行使权利的行为?

就保证债权而言,其自保证合同生效时即产生。^② 因为很明显的是,若权利尚未产生,保证债权人为何能够向保证人提出主张并要求保证人承担保证责任?同样,在买卖合同中,给付与约定不一致的,即产生买受人的瑕疵担保请求权。从原权与救济权的关系来看,原权一经受到障碍,救济权即当然产生。从立

^① 在王轶最新著述中,又改为“特定类型请求权、形成权”。参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。但同样未予界定哪些类型的形成权受限于或有期间。

^② 参见甄增水:《解释论视野下保证期间制度的反思与重构》,《法商研究》2010年第5期。

法例来看,无论是国际公约、欧洲示范法、美国统一商法典还是德、日以及我国的合同立法,均采如下的立场:买受人不于合理期间通知给付与约定不符的,丧失就该不一致主张救济的权利。^①这一立场表明,买受人逾期通知的法律效果,乃排除当事人本应享有的救济权,而非决定救济权是否发生。更加核心与实质的问题在于,若此救济权尚未产生,仅凭买受人的通知,如何能给对方设定救济义务?事实上,无论是保证期间还是买受人的异议期间,都无法决定当事人能否获得保证债权或瑕疵救济请求权。相反,保证期间和买受人的异议期间,只能作用于已经产生的保证债权或瑕疵救济请求权。那么,“作为期待权的保证债权”与“作为既得权的保证债权”的区分能否成立,能否证成保证期间决定保证债权的取得呢?管见以为不能。即使主债务的清偿期尚未届至,也难谓保证债权只是一种期待权。就债权而言,虽然获得清偿是其目的与归属,但是债权尚具有保全等其他不依赖于清偿期届至的效力。^②退一步而言,即使可以在观念上区分尚无法实际行使的债权与可以实际行使的债权,但是在保证债权,前者向后者转变的条件是“主债务履行期届满而未获清偿”,在买受人的瑕疵救济请求权,前者向后者转变的条件是“给付与约定不符”,均未见保证期间或买受人的异议期间在其中发挥作用。

“或有期间”概念提出者在最新著述的补强论证中,着重作了上述区分。依其所述,在保证期间内,一般保证在债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁,以及连带责任保证的债权人要求保证人承担保证责任以后,双方当事人之间才发生现实的债权、债务关系,保证人的保证债务方成为现实的债务。因此,保证期间直接限制的并非是债权人对保证人的债权请求权,它是通过直接决定在债权人和保证人之间究竟是否发生现实的债权、债务关系,来间接地限制债权人对保证人的债权请求权。^③遗憾的是,上述补强论证仍然无法成立。根本理由在于,只有保证债权已经处于可行使的状态,保证债权人才能够向保证人提出主张。若是保证债权人在主债务履行期届满之前即要求保证人承担保证债务,除非存在主债务人破产等特殊情形,当然不能发生权利行使的法律后果。

对买受人逾期通知给付与约定不符的法律效果,《合同法》第158条未予明示,而是采取了法律拟制的立法技术,即买受人怠于通知的,“视为标的物的数量或者质量符合约定”。“或有期间”概念提出者在最新著述中,主张严格依照《合同法》第158条的文义,从而未在异议期间内作出通知的,即意味着根本未发生出卖人违约的问题,买受人得向出卖人主张的基于违约责任的请求权以及寻求违约救济的解除权根本就未存在过。^④但是,不仅概念提出者所说的“异议期间是通过直接决定买受人究竟是否能够取得对出卖人的请求权,来间接限制买受人的请求权的”,让人颇为费解,而且严格依照文义作出的上述解释,经不起法理的推敲。根本问题仍然在于,若违约责任尚未产生,仅凭买受人的通知,如何能给对方设定此项责任?与其通过法律拟制的技术在违约事实是否发生上做文章,不如回归到违约责任产生于违约事实的一般法理,承认买受人的异议期间作用于因给付与约定不符而产生的救济权利之上。

3. 决定当事人能否行使特定类型的请求权?

值得注意的是,“或有期间”概念在被纳入中国法学会民法学研究会民法总则建议稿时,在“决定当事人能否取得相应请求权”的提法之外,尚增加了“决定能否行使相应请求权”的另外一种可能性。这一改进试图提高该概念的涵盖能力,使之更契合保证期间和买受人的异议期间这两个具体事例,实则进一步暴露了用“或有期间”来统领保证期间和买受人的异议期间的困难。如此改进的动力,恐怕正来源于如同本文的质疑:若相应请求权尚未产生,又如何提出主张要求相对方履行义务呢?概念提出者当初用来界定

^① 参见《联合国国际货物销售合同公约》第39(1)条、《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-3:107条、第Ⅳ.A-4:302条、《欧洲统一买卖法(草案)》(Common European Sales Law, 2011)第122条、《美国统一商法典》第2-607条第3项a项、《德国商法典》第377条、《日本商法典》第526条、《中华人民共和国合同法》第158条。

^② 同理,即使债务未届清偿期,债权人不能要求债务人履行债务,也不能说这样的债权只是期待权,否则债的保全、预期违约、债务人破产情况下的各项权利,都将失去依托。从法律事实引起法律关系变动的民法基本构造来看,即使债务定有履行期,债权债务的基本格局也已然确立,不会因履行期的届至而使债权债务关系发生变动。

^③ 参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

^④ 参见王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

“或有期间”的“决定当事人能否获得特定类型的请求权”之不恰当,已然相当明显。但问题是,即使作了如此改进,或有期间概念恐怕依然无法成立。这是因为,保证债权人主张保证债权和买受人为瑕疵通知的行为,本身即是行使保证债权或瑕疵救济请求权的行为,无待于所谓“或有期间”的决定。虽然保证债权和买受人的瑕疵救济请求权要实际处于可行使的状态,尚须具备一定的条件,但其中并未见保证期间或买受人的异议期间发挥了何种作用。就保证债权的实际行使而言,重要的是主债务的履行期是否届满以及主债务是否清偿,而非保证期间;就买受人的瑕疵救济请求权而言,则更是作为原权受侵害的救济权而产生,无待于异议期间发挥作用。

从民法基本原理来说,权利是通过其“行使”来实现其上负载的利益的,有权利即可行使。当然,权利人亦可不行使权利。就权利的行使而言,法律不再附加条件。^①就拉伦茨所言的权利的行使受时间限制而言,不是说由时间来决定能否行使权利,而是说权利的行使须于一定时间内进行,否则即为“不行使”权利。而且,“决定权利的取得”与“决定权利的行使”,如果能够成立的话,显属两种不同的权利限制方式。“或有期间”概念提出者用一个概念来涵盖通过时间来限制权利的两种方式,是否妥当,也是值得检讨的。

4. 期间内为一定行为的法学构建意义

或有期间的既有定义中所指的“依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定的行为”,在保证期间,指的是保证债权人主张保证债权的行为;在买受人的异议期间,指的是买受人就给付与约定不符向出卖人作出通知。上述分析已经表明,此类行为不仅不决定权利的产生,相反是以权利已经产生为前提的。请求权人享有行使或不行使权利的自由,但义务人却不应永受权利的约束。由此,需要通过期间来定义请求权是否行使。若无此期间,在无限的未来,请求权总有行使的可能性,义务人也将永受权利的约束。^②只要在逻辑上作出行使/不行使保证债权的划分,就必须引入期间来加以限定。换言之,期间用于确定请求权不行使的事实构成。在一定期间内不行使权利(事实构成),即发生一定的法律效果(权利发生减损直至彻底消灭)。毫无疑问,这是取向于效率价值的建构。

尚须讨论的是买受人的瑕疵通知义务。该义务并不对应于出卖人“请求通知”的权利,^③故属于买受人的对己义务、不真正义务。买受人是否履行了通知义务,亦须期间的襄助方能确定,否则就不可能存在“不履行通知义务”的情形,而只可能存在“尚未履行通知义务”的情形,这样也会直接取消法律课以通知义务的意义。买受人的瑕疵通知义务的特殊之处在于,买受人同时即为瑕疵救济请求权的权利人,买受人不履行通知义务,其法律效果是减损甚至消灭自身原本享有的救济权。所以,买受人的异议期间,通过界定买受人是否履行通知义务,达到限制买受人之瑕疵救济请求权的实际效果,在功能上与直接限制买受人之瑕疵救济请求权的行使期间无异。故以下讨论时,在较为宽泛的意义上,将两者都归为请求权的行使期间。

当然,就保证期间和买受人的异议期间而言,其权利行使行为还可能存在另一层意义,这也是两者在学理上和实务上引起诸多纷争的原因所在。论者或以为,保证债权的实际行使,有赖于主债务履行期届满而未获清偿这一前提,保证人应就此一情事获得通知,以便安排相关事宜。而在买受人已经受领给付的前提下,就给付与约定是否相一致的情事,也是买受人在事实占有上具有优势,依诚实信用原则,也宜要求买受人就不符情事作出通知。所以,就保证债权人主张保证债权和买受人为瑕疵通知这两类行为而言,既是

^① 现今的民法理论认为,诉权是人们的一项基本权利,指当事人为维护自己的合法权益,要求法院对民事争议进行裁判的权利。按抽象诉权说,诉权是抽象的、无条件的;但诉权的行使是有条件的,即当事人可以请求法院行使审判权的资格,诉讼的内容必须有司法保护的价值或利益。参见张卫平:《民事诉讼法》(第4版),法律出版社2016年版,第179—180页。张教授指出,抽象诉权说仅仅停留在任何人都可以起诉这一点,而没有对诉权的要件作进一步的说明,因此没有多大的价值(参见该书第182页;该书在此处援引[日]兼子一等:《条解民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第759页)。就具体的诉权学说(在宽泛意义上包括本案请求权说)而言,并非诉权的行使有条件,而是诉权的成立有条件。

^② 施瓦布也指出,如果没有专门规定,请求权并不因时间的经过而消灭。参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第181页。

^③ “请求通知”之谓无法成立。如果出卖人已经知道或者应当知道给付有瑕疵,则无须通知;如果出卖人不知道给付有瑕疵,也无从请求。

行使相应的请求权,又是将相关事实向对方作出通知。^①

主债权届满是否获清偿这一情事,虽然关涉保证债权的实际行使,但其为单纯的事实,无须时间的襄助即可确定。所以,可供法律选择的是,保证债权人是否需要负担一定的通知义务,以尽快让保证人知悉此情事。从民法理论来说,此项通知义务也只可能构建为对己义务,因为保证人没有相应的权利要求对方通知。^②

从比较法的经验来看,此项通知义务的构建一般独立于保证期间。《欧洲示范民法典草案》在约定保证期间之外,另行规定有保证债权人的通知义务,要求其就主债务的获清偿情况向保证人作出通知,以满足信息分享的基本要求。^③我国台湾地区主张在未定期保证的情形,赋予保证人相应的催告权,以平衡保证人与保证债权人之间的信息偏在。^④我国目前没有另行规定保证债权人的通知义务,这与我国除了约定保证期间之外,尚有法定保证期间有关。由此,保证债权人的通知行为被主张保证债权的行为所吸收。另一方面,保证人提供保证,一般均是基于与主债务人的基础关系,于此场合,也难谓保证人无从获悉主债务的履行情况。

上述论证旨在表明,虽然保证债权人主张保证债权的行为,附带地具有向保证人告知主债务履行期届满而未获清偿之情事的功能,但是于法学构建而言,其并非保证期间的主要功能,可忽略此功能于不计而不影响保证法律关系的基本定位与运作。保证期间的功能,仍然是面向于效率,旨在约束保证债权的行使期间。

买卖合同中给付与约定是否相符,也是一个事实问题,其确定无须时间的襄助。可供法律选择的是,买受人是否应负一定的通知义务,以尽快让出卖人知悉给付与约定不符的情事?《合同法》第158条明确规定了买受人的瑕疵通知义务,虽然有利于出卖人及时固定证据,尽快作出相应的补救,但是从法学构建来看,实不具有理论上的必要性。事实上,德国法仅在商事领域规定了此项通知义务,而于民法上的买卖合同,则是出卖人须于一定期间内“担保”给付之无瑕疵,“瑕疵担保责任”之谓亦由此而来。而我国法上,也存在“质量保证期”之类的规定,实际上否定了存有“质量保证期”之买卖合同中买受人的瑕疵通知义务。在不将瑕疵通知设定为义务的情况下,瑕疵通知的意义纯化为瑕疵救济请求权的行使行为。

三、保证期间、买受人的异议期间的正当性检讨

请求权的行使普遍受到诉讼时效的限制,此乃民法常识。为什么在诉讼时效之外,还须保证期间对保证债权的行使加以限制?^⑤为什么对商事买卖而言,旧《德国民法典》第477条的6个月的短消灭时效期

^① 就此而言,“或有期间”概念在被纳入中国法学会民法学研究会民法总则建议稿时,径以“提出主张”替代原先的“为一定的行为”,既包括保证债权人主张保证债权的情形,又包括买受人为给付与约定不符通知的情形,虽然不符合《中华人民共和国合同法》第158条的明文规定,但也可以说通。

^② 在保证人已经知悉主债务未获清偿的情况下,没有通知的必要;在保证人不知悉此一情事时,保证人也无从请求保证债权人为通知义务。

^③ 《欧洲示范民法典草案》第IV.G-2:107条(债权人的通知义务)规定:“(1)在债务人不履行或者不能履行债务时,债权人应无不当迟延地将此项事实以及履行宽限期通知保证人……(3)如果概括保证人知道或者可以合理地被期待知道前述事实并在该范围内,第(1)款及第(2)款的规定不适用。(4)如果债权人怠于或迟延为本条所要求的通知,债权人对保证人的权利将受到限制以免保证人因为该怠于或迟延通知而遭受损失。”

^④ 我国台湾地区“民法”第753条(未定期保证责任之免除)规定:“保证未定期者,保证人于主债务清偿期届满后,得定一个月以上之相当期限,催告债权人于其期限内,向主债务人为审判上之请求”(第1项);“债权人不予前项期限内向主债务人为审判上之请求者,保证人免其责任”(第2项)。

^⑤ 王轶最新著述中也指出,“保证期间最终限制的是债权人对保证人的债权请求权,与诉讼时效期间同属对于请求权的期限限制”。参见王轶,《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

间尚嫌不够,仍需《德国商法典》第 377 条的进一步限制^①。这些尚须理论上的个别(逐一)证成。此项正当性检讨对本文主旨的意义在于,若是于诉讼时效的限制之外,保证期间、买受人的异议期间仅在特定领域具有正当性,则对两者作进一步的抽象并将之作为民法学的一般构建甚至纳入民法总则之中,其必要性即存疑。

就保证期间而言,法定保证期间的正当性存疑。^②撮其要者,与郑玉波早年称“保”字拆开即“人呆”不同,保证人的利益无须立法者特别加以维护,否则反而破坏意思自治,打破市场中本有的平衡。张谷认为,证成法定保证期间的正当性,唯一可能的理由是弥补我国时效法的缺陷。^③而约定保证期间的正当性由意思自治所背书,表现在立法上,多数国家仅规定了约定保证期间,而未规定法定保证期间。在欧盟所有成员国,立法都在未定期从属保证和定期从属保证之间进行了区分。^④《欧洲示范民法典草案》规定的“诉诸保证的期限”亦仅限于约定期间。

就买受人的异议期间而言,由该期间所限定的法定通知义务仅于追求效率的商事领域得到普遍认可。《德国商法典》第 377 条仅适用于双方商行为。^⑤“德国商法典第 377 条确立的买受人不迟延检验义务和不迟延通知义务,在法院看来,除了可以促进快速清算,还可以防范买受人在价格下降时的投机,以及促进后续履行等,因此是对商事活动有特殊价值的制度。”^⑥卡纳里斯指出,对买受人异议期间的规定,是为了保护出卖人。他应尽快地就合同关系的正常清算得到明确信息,这也是为了能够及时避免强制性的损失。由于加重的证据风险,他应立即对买受人的指责进行调查并在有必要时保全证据。^⑦

同样,《欧洲示范民法典草案》第 III-3:107 条(未就给付与约定不一致作出通知)第 4 款规定:“债权人作为消费者的,不适用本条之规定。”其第 IV-A-4:302 条(货物不相符的通知)亦仅适用于双方均为经营者的买卖合同。

《合同法》第 157 条和第 158 条没有将消费者买卖的情形排除在外,不仅在正当性上值得检讨,而且在实践中引发了通知期间与“三包”期间的复杂关系。但是从立法目的的角度看,《合同法》第 157 条规定的检验义务和及时性标准主要适用于商事买卖,第 158 条的通知义务也类似,^⑧宜作限缩解释。

即使在商事领域,不通知(即不在通知期间内为通知)的法律效果也表现出了一定的弹性。《联合国国际货物销售合同公约》第 39(1)条规定,买方“如果未在发现或理应发现商品与合同约定不一致后的合理期间内通知卖方,具体指明不一致的性质,即丧失主张商品与合同约定不一致的权利”。但公约第 44 条缓和了上述对买方的严厉立场,规定:“如果买方对于未作出要求的通知有合理理由,那么他可以根据第 50

① 在德国旧民法中,出卖人对所交付商品的瑕疵依旧《德国民法典》第 459 条以下各条和第 480 条承担责任。除了旧《德国民法典》第 464 条的规定外,担保请求权在给付之后一段时间还可以主张,它的时效在 6 个月之后才过期(旧《德国民法典》第 477 条)。尽管这一期限已经很短,仍然无法满足交易的需求。所以《德国商法典》第 377 条第 1 款规定,买受人应在出卖人交付之后不迟延地检查,并且对可见的瑕疵必须不迟延地通知出卖人。对隐藏的瑕疵,则在瑕疵出现之后立即产生通知义务(《德国商法典》第 377 条第 3 款)。买受人不进行通知的,视为货物已被批准(《德国商法典》第 377 条第 2 款、第 3 款)。参见[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 689 页。《德国债法现代化法》第 438 条规定了瑕疵请求权的消灭时效,并且依买卖标的而区分。通常的消灭时效是 2 年,例外情形中,对建筑物以及建筑物中所使用的并导致其具有瑕疵的物,为期 5 年的消灭时效。消灭时效自交货之日起开始,对土地则自向买受人交付之日起开始。参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 689 页。

② 参见张谷:《论约定保证期间——以〈担保法〉第 25 条和第 26 条为中心》,《中国法学》2006 年第 4 期;甄增水:《解释论视野下保证期间制度的反思与重构》,《法商研究》2010 年第 5 期。

③ 即将法定保证期间作为诉讼外请求中断诉讼时效的限制期间。参见张谷:《论约定保证期间——以〈担保法〉第 25 条和第 26 条为中心》,《中国法学》2006 年第 4 期。

④ 参见《欧洲示范民法典草案》第 IV-G-2:108 条,注释 1。

⑤ 参见[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 690 页。

⑥ Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/Detlev Joost (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, Band 2, Muechen: Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2001, S. 478. 转引自武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,《法律科学》2013 年第 5 期。

⑦ 参见[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 689 页。同样,美国合同法教科书指出,在确定买受人的通知是否在合理的时间作出时,法院应考察通知规则为出卖人提供进行补救的机会和保存进行诉讼所必要证据的目的。参见[美]杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文:《美国合同法精解》,陈彦明译,北京大学出版社 2009 年版,第 354 页。

⑧ 当时主要参照的是国际商事贸易规则以及原《工矿产品购销合同条例》中的相关规则。参见胡康生主编:《〈中华人民共和国合同法〉释义》,法律出版社 1999 年版,第 238—241 页。

条要求减价或者主张损害赔偿,但不能主张利润损失”。

2003年美国统一商法典第二编进行了修订,新的第2-607条第3款a项规定,如果给付被接受,买受人必须在其发现或者应当发现违约后的合理期间内通知出卖人,但是及时通知的失败仅在出卖人因此遭受不利的范围内,排除买受人的救济。^①这一规定反映了法律界对通知规则严苛法律后果的缓和努力,^②体现了买卖双方违约通知方面利益的重新平衡。^③但也有学者指出,统一商法典的缓和立场,也可归因于在特殊场合,买受人主张不符本身可能构成买受人的违约,此点会影响买受人的不符通知的作出。^④德国司法实践中也有缓和或不通知的法律效果的案例。^⑤

据学者的统计,我国司法实践中(当事人约定的)买受人的通知期间普遍过短,致使买受人的利益无法得到充分保障。^⑥最高人民法院之买卖合同司法解释虽通过区分表面瑕疵与隐蔽瑕疵在一定程度上克服了此问题,^⑦但学者指出应借鉴比较法上的经验,^⑧进一步区分《合同法》第157条和第158条的检验期间和通知期间,而不能以第157条的检验期间涵盖合理的通知期间,以为弥补。^⑨事实上,也可以借鉴比较法的发展趋势,从缓和或不通知的法律效果方面下工夫。

对保证期间和买受人的异议期间之正当性的上述检讨旨在表明,在诉讼时效之外,对请求权的行使期间加以进一步的限制,仅基于一定的价值判断和法政策考量于特别领域内存在。是否有必要在民法总则的层面提炼出具有普遍意义的或有期间概念,尚须检讨。

四、“或有期间”与诉讼时效的衔接关系之质疑

在保证期间和买受人的异议期间的正当性仅基于一定的价值判断和法政策考量才存在的情况下,我国立法将两者均加以一般化,在约定保证期间之外,尚有法定保证期间的存在,而买受人的异议期间不仅适用于商事买卖,也普遍地适用于民事买卖。一个可能的理由是,两者的一般化是为了构建与诉讼时效的

① See American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Commercial Code; Official Text and Comments, Eagan, Minn.: Thomson/West, c2010. 转引自武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,《法律科学》2013年第5期。

② See John C. Reitz, Against Notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U. C. C. § 2-607 (3)(a), 73 Cornell Law Review, 534-595 (1988).

③ See Fred H. Miller, Uniform Commercial Code Article 2 on Sales of Goods and the Uniform Law Process: A True Story of Good, 11 Duquesne Business Law Journal, 143-166 (2009).

④ See Adam M. Giuliano, Nonconformity in the Sales of Goods between the United States and China: the New Chinese Contract Law, the Uniform Commercial Code, and the Convention on Contracts for the International Sales of Goods, 18 Florida Journal of International Law, 331-350 (2006).

⑤ 参见德国《联邦最高法院民事判例选》第66卷,第208页刊载的所谓“电池案件”:出卖人未提供对方订购的未充电电池,而提供了已充电电池,由于不合理的包装,电池在交货后发生火灾,并给买受人的其他货物造成损失。尽管未进行异议,但联邦最高法院仍肯定了有关责任,因为损害赔偿义务并非首先基于瑕疵给付,而是基于对从合同义务的单纯违反。实际上,《德国商法典》第377条第2款既不排除瑕疵引起的总体损害,也不排除错误或不适当履行带来的其他权利。通过本款的追认拟制,仅仅切断了对交付的货物有瑕疵或其系错误给付的主张权利。在上述案例中不需要这一主张,因为即使买受人将交付已充电的电池作为符合合同的给付加以接受,基于不合理包装而产生的损害赔偿请求权仍存在。参见[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第696页。

⑥ 参见武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,《法律科学》2013年第5期。奥地利最高法院建议14天是较为合理的期间,瑞士卢塞恩法院则认为1个月较为合适。德国联邦最高法院1999年的一个案例说明确定一个假定为合理的期间是很困难的。See CISG-AC Opinion no 2, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39, 7 June 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>.

⑦ 参见《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》[法释(2012)7号]第18条。

⑧ 《联合国国际货物销售合同公约》咨询委员会第2号意见指出,除非给与与约定的不符是无须检验货物即一目了然的,否则自货物交付之后至发出不符通知的总的时间包括两个独立的期间,一是依公约第38条检验货物的期间,二是依公约第39条作出不符通知的期间。See CISG-AC Opinion no 2.

⑨ 参见武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,《法律科学》2013年第5期。

衔接关系,从而与我国所采取的诉讼时效的主观计算方式相合。^①中国法学会民法学研究会民法总则建议稿,就专条规定了或有期间与诉讼时效的衔接问题。可见,与诉讼时效的衔接关系乃或有期间理论的一个重要组成部分。

按照《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第200条,或有期间与诉讼时效、除斥期间的衔接是指:当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的,当事人取得或者可以行使相应权利,或有期间不再计算,当事人取得或者可以行使的相应权利应当适用诉讼时效或者除斥期间的,诉讼时效期间或者除斥期间开始计算。

保证期间和买受人的异议期间的一般化,与我国就诉讼时效采主观的计算方式相关。之所以诉讼时效从保证债权人于保证期间内主张保证债权开始起算,乃因非如此,不足以证成保证债权受到侵害,不符合依主观方法计算诉讼时效的要求。同理,在买受人的瑕疵救济请求权,也是如若买受人不主张瑕疵救济请求权,也无从受到侵害,无法起算诉讼时效。由此,如果不约束保证债权和买受人的瑕疵担保请求权的初次行使期间,就无法确定保证债权和买受人的瑕疵担保请求权受到侵害,它们的诉讼时效即无法起算,诉讼时效制度的功能就无法发挥。

但是,就此很容易提出两个疑问。一是,在那些承认未定期保证的立法例中,保证债权的诉讼时效是如何计算的?在民事买卖合同的买受人不负有一定期间内的瑕疵通知义务的立法例中,买受人的瑕疵救济请求权的诉讼时效又是如何计算的?依旧《德国民法典》第477条第1款,买受人瑕疵担保请求权的消灭时效自提供货物或交付货物之时起算。^②依新《德国民法典》第478条,即使在德国新债法规定的消灭时效改采主观计算方法的情况下,买受人瑕疵担保请求权的消灭时效仍然自交付货物之时起算。^③

德国债法修订后,慕尼黑民法典评注2015年第7版认为保证请求权适用3年普通诉讼时效。^④在德国联邦最高法院2008年作出的一个判决中,联邦最高法院认为保证请求权适用3年诉讼时效期间,自主债权到期时起算。^⑤

比较德国法与我国法^⑥的规定,显然德国法中请求权的消灭时效自权利可行使之时起算,而我国法中保证债权和买受人的瑕疵救济请求权的消灭时效,自权利初次实际行使之时起算。两者的差别,只是何者更符合主观的计算方式,以及在与期间长短及期间障碍制度相互配合的情况下,何者更能发挥诉讼时效制度之功能的差别,而非理论上的必然。

二是,为何法律普遍地承认不定期债务,却无法接受保证债务和瑕疵担保责任之不定期呢?在不定期债务,同样是没有债权人初次行使债权,诉讼时效期间即无法起算,^⑦为何法律不在此时也为当事人安排

① 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》[法释(2008)11号]第6条规定:“未约定履行期限的合同,依照合同法第61条、第62条的规定,可以确定履行期限的,诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算;不能确定履行期限的,诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算,但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的,诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。”《中华人民共和国民法总则》第188条第2款也规定,诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。依主观方法计算诉讼时效的要旨很明显。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第95页。但是对旧《德国民法典》第477条第1款规定的短的消灭时效,德国学理上颇有微词。

③ 参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第689页。

④ MüKOBGB/Grothe, 7. Aufl. 2015, BGB § 195, Rn. 5.

⑤ BHG NJW 2008, 1729; MüKOBGB/Grothe, 7. Aufl. 2015, BGB § 195, Rn. 8(Fn. 42).

⑥ 就与诉讼时效主观计算方式的相合而言,中国民法学研究会起草的民法总则草案建议稿中所设计的或有期间与诉讼时效的衔接关系,比之于《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》[法释(2000)44号]的制度设计,则逊色不少。“担保法司法解释”第34条规定:“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。连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的,从债权人要求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证合同的诉讼时效。”由此,在一般保证的情形,“担保法司法解释”规定从判决或仲裁裁决生效之日起计算保证债权的诉讼时效,而依规定了或有期间的中国法学会民法学研究会民法总则建议稿及概念提出者的解释,则是自保证债权人向主债务人提起诉讼或仲裁时开始计算保证债权的诉讼时效。

⑦ 参见《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》[法释(2008)11号]第6条。

一个类似于保证期间的债务期间?换言之,即使我国仍然坚持保证债权诉讼时效的主观起算点,^①也未必一定要在当事人未约定保证期间的情况下替一方当事人作出谋划。

我国学理和立法当然不必追随德国法。笔者想指出的是,不仅从理论上,诉讼时效与或有期间的衔接并非理论的必然,即使从立法例来看,在不依赖于保证期间的情况下,保证债权的诉讼时效仍然可以选取独立的起算点。换言之,保证期间、买受人的异议期间可以与诉讼时效不具有任何衔接关系,保证债权的诉讼时效可以从主债务履行期届满开始计算,买受人瑕疵救济请求权的诉讼时效可以从交付货物之时起算。德国法中,保证期间仅在当事人约定的情况下才存在并限制保证债权的行使,在当事人未作这样的约定时,法律并不越俎代庖地替当事人作出规划,从价值立场来看,与民法的基本精神更为契合。买受人的异议期间仅在商事买卖领域才存在并限制买受人瑕疵救济请求权的行使,在民事买卖领域则无此项限制,更契合民事与商事领域的不同特点。

五、结论

法学研究中对相关法现象的定性,服务于思维负担的减轻与简化。一旦能够将某种权利期间归列为除斥期间或诉讼时效,就可以借助我们关于除斥期间、诉讼时效的既有理论认知来认识新的法现象。但是,当我们将保证期间和买受人的异议期间定性为或有期间时,却无法减轻我们的思维负担,因为或有期间本身也是一个新的概念,需要我们加以认识和把握。

将两者定性为或有期间,除了告诉我们保证期间与买受人的异议期间既不是诉讼时效期间,也不是除斥期间之外,其实不能告诉我们更多的东西。因为或有期间概念的“种差”,本身就是按照保证期间与买受人的异议期间而量身打造的,并且按上文分析,这些从保证期间与买受人的异议期间抽象出来的“种差”不仅不足以清晰地限定“权利期间”从而产生一个“权利期间”的下位概念,甚至也不符合保证期间与买受人的异议期间作用于权利的实际情况。

或有期间概念自提出以来,其定义虽有所改进,但是都存在特称命题列举不穷尽,概念内涵不清、外延不明等缺陷,且按其定义会得出“主张权利决定权利的取得或行使”的结论,无法与权利期间的一般性质及民法基本原理相容,只能属于一次失败的理论构建尝试,更无法作为一个新的法学概念纳入民法总则从而加以制度化和实证化。

既然从理论上尚未找到合适的概念来涵盖除了诉讼时效与除斥期间以外的时间对权利予以限制的法现象,莫如先承认现实,在进一步限制请求权的行使期间的必要性仅于特殊领域存在的情况下,于特殊领域内研究特殊的法现象。

近年来,民法学界提出了不少新概念、新观点,充分展现了学术自信和学术创新能力,但另一方面,对这些新的概念与观点,却甚少出现学术质疑和学术批评。经师生相授、衣钵传承,随着时间的推移,这些概念与观点逐渐被后来者奉为当然。民法学的发展并非只有不断地理论创新一端,只有在学界不断的质疑中,理论创新才能经受住检验,并具有持续创新的动力与能力。笔者对或有期间概念提出质疑,希望这些质疑不仅能够避免概念制作中的某些错误,而且对权利的时间限制的体系化构建具有积极意义。笔者也深知,本文所构建的驳论本身亦存在种种疏漏之处,留待学界质疑和检验。

责任编辑 温世扬

^① 从“诉讼时效规定”较“担保法司法解释”在后颁布实施来看,保证债权的诉讼时效的起算,还须进一步后移,方始符合主观计算诉讼时效的要求。这是因为,在保证债权可实际行使的情况下(在一般保证,是指先自主债务人受偿且无效果;在连带保证,是指主债务届满清偿期而未予清偿),保证债务本身未定履行期限,按“诉讼时效规定”第6条,保证人也应有一段履行保证债务的宽限期,以为履行保证债务作相应的准备,除非保证人明确表示不履行保证债务。保证债权的诉讼时效应该自该宽限期届满之日起算。同理,就买受人的瑕疵救济请求权而言,严格按照诉讼时效的主观计算方法,也难谓买受人一旦作出不符通知,诉讼时效即开始计算。出卖人也应有一段履行救济义务的宽限期,买受人瑕疵救济请求权的诉讼时效应该自该宽限期届满之日起算。