

先诉抗辩权行使之程序展开

张海燕

(山东大学法学院,青岛 266237)

摘 要:先诉抗辩权的核心是赋予一般保证人担责顺序利益,其制度价值需通过一系列程序机制予以实现。但法规范和法实践中先诉抗辩权的行使异化为法院依职权适用,这种司法“父爱主义”理念导致先诉抗辩权行使程序规则严重缺失。先诉抗辩权异化行使的根源在于对先诉抗辩权基本性质的认知模糊甚至错误。故要进行先诉抗辩权行使程序之科学配置,首先需要厘清其理论前提:一般保证人顺序利益实现的程序机制已由“先起诉”转向“先执行”,先诉抗辩权的对抗对象是债权人的担责请求权而非诉权或执行请求权,先诉抗辩权属于权利抗辩之范畴,法院不能依职权主动适用;在此基础上再系统建构攻击防御视角下的先诉抗辩权行使程序规则,统合先诉抗辩权主张阶段的观点分歧,明确先诉抗辩权主张要件和消灭要件及其证明责任。

关键词:先诉抗辩权;程序展开;实体权利;权利抗辩;程序规则

中图分类号:DF72 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2022.03.04 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、问题的提出

先诉抗辩权是民事抗辩权体系中的一项重要权利,其核心是赋予一般保证人担责顺序利益。我国《民法典》第686条第2款将一般保证责任推定为保证合同的常态责任形式,这会使先诉抗辩权之实践适用更加频繁。如同诉讼时效抗辩权,先诉抗辩权也是一项与程序密不可分的权利,其实体内容如何通过程序机制实现是民法和民事诉讼法所共同面临的一个交叉性课题。^①《民法典》第687条第2款基本沿袭了《担保法》第17条第2款关于先诉抗辩权的规定,成为当下先诉抗辩权的基本规范依据,先诉抗辩权的程序规则多由司法解释供给。目前学界关于先诉抗辩权程序实现的

收稿日期:2022-03-19

基金项目:国家社会科学基金重大项目“国家治理体系中民事执行现代化研究”(20&ZD195)

作者简介:张海燕(1979),女,山东寿光人,法学博士,山东大学法学院教授、博士生导师。

① 张卫平:《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》,载《中外法学》2020年第4期,第949页。

研究主要集中于一般保证合同纠纷之诉讼形态^①,站在法院纠纷解决的立场展开探讨。从民法设立先诉抗辩权之制度目的来看,其立法旨趣是保护一般保证人之后位担责顺序利益。故有必要从一般保证人的角度思考其权利行使所需之程序保障机制。然而,观察我国法规范与法实践中一般保证人行使先诉抗辩权之现状,发现存在一些程序层面的障碍,集中表现在先诉抗辩权的行使经常被法院依职权“代劳”,异化为法院的职权行为。当债权人仅起诉一般保证人时,现行法规范提供的法院依职权追加债务人为共同被告和驳回债权人起诉的两条路径选择均将一般保证人必然行使先诉抗辩权作为逻辑前提;不仅如此,法规范关于债务人和一般保证人为共同被告时判决主文中应明确一般保证人担责顺序的规定亦是法院依职权适用先诉抗辩权之思维呈现。由于法规范与法实践多将先诉抗辩权必然行使且必然产生法律效果作为底层逻辑,导致先诉抗辩权的行使实质上成为法院的职权内容,法院主动援引行为频现,一般保证人无需就先诉抗辩权的成立和行使进行主张和证明,极大降低了实务对先诉抗辩权行使程序规则的需求,也极大压缩了先诉抗辩权之主张要件和消灭要件等主要争点投射到诉讼中作为权利受制事实和再抗辩事实的适用空间,遑论两类事实的主张责任和证明责任。^②剖析先诉抗辩权行使中面临的程序性障碍,问题聚焦于法院依职权主动适用先诉抗辩权贯穿于该权利整个运行过程,而其根源则在于对先诉抗辩权基本性质的界定存在认知偏差。先诉抗辩权的基本性质指陈的是其权利属性,即先诉抗辩权是实体权利还是程序权利、属于事实抗辩还是权利抗辩。先诉抗辩权基本性质的准确界定是建构整个先诉抗辩权制度体系的逻辑起点,也是先诉抗辩权实体内容通过程序机制有效实现的理论前提。鉴于此,本文将站在一般保证人权利行使的立场,首先考察先诉抗辩权行使之现状,凝练存在问题并找出背后原因,进而澄清在先诉抗辩权基本性质问题上的认知误区,最后在攻击防御视角下积极探寻一般保证人顺畅行使先诉抗辩权的具体程序路径。

二、先诉抗辩权行使的现状

(一)先诉抗辩权行使异化为法院依职权适用

在一般保证合同纠纷中,关涉案件诉讼形态定性的被告确定问题向来争议不断,其中一个焦点便是债权人仅起诉一般保证人时法院的处理路径。现行法规范提供了二元路径选择:第一条路径是法院依职权追加债务人为共同被告。该路径是我国长期以来法规范之选择,最早由1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第53条规定,后被《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》(以下简称《担保法解释》)第125条、《最

^① 学界关于一般保证合同纠纷或补充责任纠纷诉讼形态的讨论较多,但尚未达成共识(具体内容参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法重点讲义》,张卫平、许可译,法律出版社2021年版,第270-271页;蔡虹、王瑞祺:《一般保证责任诉讼形态的类型化释评——兼论〈民诉法解释〉第66条及〈民法典担保解释〉第26条》,载《中南大学学报(社会科学版)》2021年第6期;朱禹臣:《备位性影响下一般保证的多数当事人诉讼形态——〈民诉解释〉第66条和〈担保制度解释〉第26条的解释论》,载《甘肃政法大学学报》2022年第1期;肖建国、宋春龙:《民法上补充责任的诉讼形态研究》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期;张海燕:《民事补充责任的程序实现》,载《中国法学》2020年第6期;尹伟民:《补充责任诉讼形态的选择》,载《江淮论坛》2011年第4期;邹砚:《侵权补充责任的诉讼形态》,载《社会科学家》2015年第3期;等等)。

^② 主张责任和证明责任原则上是一致的,两者是一个问题的两个方面,仅与事实主张有关;适用于证明责任的规定原则上也适用于主张责任。参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》(第5版),庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第55、61-62、135页。

高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第66条和《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《民间借贷解释》)第4条第2款所沿循。根据该路径之文义,当债权人仅起诉一般保证人时,依职权追加债务人是法院正当审理案件的一个前置程序,否则该诉会面临被告不适格之风险。之所以采此路径,《担保法解释》和《民间借贷解释》释义书均认为是出于对诉讼成本、保证期间等理由的考虑^①;《民诉法解释》释义书则认为“由于保证人享有先诉抗辩权,应当将被保证人作为共同被告参加诉讼”^②。概言之,该路径是综合考量先诉抗辩权之实体内容和纠纷一次性解决等影响因素的结果。^③第二条路径是法院裁定驳回债权人起诉。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第26条第1款规定了驳回起诉之路径,该款文义为只要出现债权人仅起诉一般保证人之情形,法院便应裁定驳回债权人起诉,以彰显先诉抗辩权中“先诉”之内涵。起草人就其适用撰文说明:“法官应当向债权人释明追加债务人为被告,经过人民法院释明或者依职权追加,而债权人仍不同意,才能驳回债权人的起诉,26条第1款是基于一般保证人享有先诉抗辩权而作出的原则性宣示性规定。”^④显然该说明意味着在法院裁定驳回起诉之前设置了法院释明追加债务人为共同被告之程序,若债权人不同意追加,法院方可驳回起诉,以尊重债权人之处分自由。该路径充分彰显了对债权人在被告确定方面程序选择权的尊重,限制了职权主义的适用空间^⑤,试图通过对起诉程序的控制从形式上实现先诉抗辩权之实体内容。

法规范提供的二元路径尽管内容相异,但均蕴含着两个基本逻辑:一是一般保证人必然行使先诉抗辩权,未虑及其在权利主张方面的意思自治;二是“先诉”之内涵并非指涉起诉的先后顺序,债权人并非必须先起诉债务人再起诉一般保证人。透过二元路径迥异规范外形之表象,不难看出两者底层逻辑本质相同:均站在上帝视角假定一般保证人必然行使先诉抗辩权,未涉及一般保证人可能放弃先诉抗辩权之情形,赋予法院依职权追加债务人的权力(路径二中法院依职权追加需经债权人同意),使得先诉抗辩权之行使被异化为法院的职权行为,一般保证人权利行使的自我意志被纠纷一次性解决和尊重债权人程序选择权的综合价值考量所压制。该现象背后的原因是对先诉抗辩权基本性质的认知模糊甚至错误。

法院依职权视先诉抗辩权成立和行使为必然,不仅体现在债权人仅起诉一般保证人时法院的二元处理路径上,《担保制度解释》第26条第2款要求债权人一并起诉债务人和一般保证人时,判决主文中应明确一般保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任的规定,亦是法院依职权适用先诉抗辩权的典型例证。可见,在现行法规范构造下,先诉抗辩权无需一般保证人主张和证明,亦无需其在诉讼中放弃行使,法院依职权主动适用先诉抗辩权的司法“父爱

① 李国光主编:《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423页;程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第166页;杜万华主编:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第40页。

② 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第251页。

③ 蔡虹、王瑞祺:《一般保证责任诉讼形态的类型化释评——兼论〈民诉法解释〉第66条及〈民法典担保解释〉第26条》,载《中南大学学报(社会科学版)》2021年第6期,第72页。

④ 杨永清:《〈新担保司法解释〉中有关保证合同的几个问题》,载《法律适用》2021年第2期,第78页;林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣:《“关于保证合同”部分重点条文解读》,载《人民法院报》2021年2月11日,第007版。

⑤ 程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第167页。

主义”理念^①贯穿先诉抗辩权的行使始终,该理念支配下的法规范是在纠纷一次性解决、债权人程序选择权以及先诉抗辩权实体内容间博弈的结果^②,但遗憾的是该种权衡是以压制甚至违反先诉抗辩权之基本性质为代价。该种由法院依职权代替一般保证人行使先诉抗辩权之实践不仅背离了法官中立原则,使当事人必须承受先诉抗辩权之法律效果,还可能衍生出纠纷解决中的反效率现象。

(二)先诉抗辩权行使的程序规则严重缺失

实务中涉及先诉抗辩权的行使,一系列需要回应的问题便浮现出来。比如,先诉抗辩权应由谁主张,何时主张,主张要件为何,消灭要件又为何,以及上述要件的证明责任如何分配等等。针对上述问题,我国缺乏明确程序规则的供给与指引,致使诉讼主体各行其是、行为失范。当下法规范关于先诉抗辩权的规制有限,内容多集中于实体层面,且均将先诉抗辩权必然行使且必然产生法律效果作为逻辑前提。该底层逻辑映射到法实践必然会表现为先诉抗辩权之行使实质上成为法院之职权行为,无论一般保证人是否主张,法院均会主动适用先诉抗辩权,而一般保证人对先诉抗辩权行使要件事实的主张责任与辩论主义原则紧密相关^③,这无疑会极大压缩上述要件之主张和证明责任在实务中的适用空间,由法院依职权“代劳”一般保证人的权利行使。

先诉抗辩权是一项旨在阻碍债权人担责请求权的抗辩权,根据要件事实理论,先诉抗辩权的要件事实属于权利受制事实,需要由主张先诉抗辩权的一般保证人承担主张责任和证明责任。^④针对一般保证人的先诉抗辩权主张,债权人原则上会通过否认或者再抗辩的方式来强化自己的权利请求,若债权人主张存在先诉抗辩权的消灭事实,则该消灭事实属于债权人的再抗辩事实,应由其承担证明责任。抽象的主张责任和证明责任在实务中需具化落实,这便需要一系列程序规则予以保障。比如,债务人“不能履行债务”事实的认定在一般保证合同纠纷中是一个无法绕过的核心要件事实,但关于该事实应由谁主张^⑤、何时主张以及谁应承担证明责任等问题一直是实务中的难点。在法院依职权主动援引先诉抗辩权的实践中,先诉抗辩权的行使进入一个格式化状态,人民法院的依法履职行为成为此类纠纷高效解决的依托,先诉抗辩权行使程序规则的缺失便成为必然结果。刺破先诉抗辩权行使程序规则严重缺失导致诉讼主体行为失范这一面纱,现象背后的问题本质是法规范和法实践长期以来关于先诉抗辩权行使的底层逻辑存在认知偏差:先诉抗辩权必然行使且必然产生法律效果仅是一种上帝视角的假设,而非先诉抗辩权本质属性的应然。

三、先诉抗辩权行使程序展开的理论前提

先诉抗辩权行使中所遇困境之产生根源指向了对先诉抗辩权基本性质的认知模糊甚至错误。那先诉抗辩权的性质究竟为何?该问题的答案是准确理解先诉抗辩权行使之程序展开的逻辑起点,也是解锁实践困境的一把金钥匙。

(一)“先诉”行使顺序的转向

① 陈洪杰:《司法决策中的“父爱主义”管制逻辑》,载《交大法学》2021年第1期,第205页。

② 安海涛:《保证合同诉讼的程序原理——基于〈民诉法解释〉第66条的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第2期,第186页。

③ [德]普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第67页;[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第331页。

④ [日]伊藤滋夫:《要件事实的基础》,许可、[日]小林正弘译,法律出版社2022年版,第9页。

⑤ “该事实应由谁主张”是指,应由债权人主张债务人“不能履行债务”,还是应由一般保证人主张债务人“能够履行债务”。

先诉抗辩权起源于东罗马帝国优士丁尼《新律》确立的先诉照顾制度(Beneficium Excussionis Seu Ordinis)^①,旨在通过赋予保证人后被起诉的顺序利益以保护其合法权益,要求债权人应先向债务人起诉,在债务人不能清偿时,才可向保证人起诉。该制度实现保证人顺序利益的手段是从程序上控制债权人的起诉先后顺序,此即为先诉抗辩权中“先诉”名称之由来,亦是当下仍有观点主张债权人应先起诉债务人后起诉一般保证人的原因。^②古罗马先诉照顾制度之基本精神被近现代大陆法系主要国家和地区所传承,比如,《意大利民法典》第1944条第2款^③,《德国民法典》第771条第1款^④,《法国民法典》第2298条^⑤,《日本民法典》第452、453条^⑥以及我国《民法典》第687条第2款等。上述法规范对于一般保证人顺序利益的程序实现已从之前的控制起诉的先后顺序转向了控制执行的先后顺序,即债权人在未就债务人财产强制执行前,一般保证人可行使先诉抗辩权对抗债权人之担责请求权。此时的先诉抗辩权本质上可被称为“先执行”抗辩权。在该框架下,债权人获得执行根据的方式不限于诉讼,亦包括仲裁、赋强公证^⑦等其他方式。要在先诉抗辩权概念上达成共识,须从法规范之体系性和目的性入手,切勿紧扣个别语词生硬解读,否则容易陷入机械文本主义之认知泥淖,还可能存在先诉抗辩权之程序实现僭越实体内容之危险。^⑧

(二) 先诉抗辩权的对抗对象

关于先诉抗辩权应由谁主张、何时主张以及如何主张等问题的分歧,均涉及先诉抗辩权是实体权利还是程序权利的界定。对此,学界有三种观点:第一,程序权利说。认为先诉抗辩权是一般保证人针对自己“先被起诉”的抗辩,债权人起诉债务人之前不能先诉保证人,否则债权人没有起诉权,法院应当在程序层面裁定驳回其起诉。^⑨此时,先诉抗辩权对抗的是债权人的起诉权。第二,实体权利说。认为先诉抗辩权是一项基于实体法而非诉讼法产生的权利^⑩,债权人起诉一般保证人时,法院不能因其享有实体上的先诉抗辩权而在程序上驳回债权人的起诉。^⑪第三,双重属性说。认为先诉抗辩权表象虽为程序权利,却具有程序和实体两方面权利保障意义,其对补充责任的实体作用隐藏在程序作用的面纱下。^⑫将先诉抗辩权单纯界定为实体权利或程序权利的观点有失偏颇;双重属性说合理之处在于指出了先诉抗辩权之双重权利属性,但其关于两属性应等量齐观的主张有待商榷。

毋庸置疑,先诉抗辩权具有重要的程序价值,其与债权人的起诉、法院的审理以及执行密切相关,甚至一定程度上决定了一般保证合同纠纷的诉讼形态、裁判结果以及执行路径等程序事项的选择。根据我国当下法规范,其程序性特点主要体现在三个方面:一是在诉讼阶段,债权人不能单独

① 徐国栋:《〈十二表法〉对优士丁尼罗马法的影响》,载《法治研究》2017年第1期,第108页;陈洁蕾:《保证的罗马法基础与法典化构建》,载《比较法研究》2019年第4期,第64页。

② 该观点认为无论是债权人一并起诉债务人和一般保证人,还是债权人仅起诉一般保证人法院依职权追加债务人,均在实际上限制或剥夺了一般保证人的先诉抗辩权。参见郭明瑞:《担保法》,法律出版社2010年版,第48页。

③ 《意大利民法典》,陈国柱译,中国人民大学出版社2010年版,第336页。

④ 陈卫佐译注:《德国民法典》(第4版),法律出版社2015年版,第306页。

⑤ 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第502页。

⑥ 《日本民法典》,刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译,中国法制出版社2020年版,第102页。

⑦ 我国《担保制度解释》第27条规定了赋强公证债权文书执行情况下先诉抗辩权的行使。

⑧ 肖建国、宋春龙:《民法上补充责任的诉讼形态研究》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期,第3-4页。

⑨ 曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2017年版,第149-150页。

⑩ 尹伟民:《补充责任诉讼形态的选择》,载《江淮论坛》2011年第4期,第106页。

⑪ 郭明瑞、房绍坤:《担保法》,中国政法大学出版社2015年版,第46页。

⑫ 王欣新:《〈破产法司法解释(三)〉关于保证责任规定的评析》,载《法治研究》2020年第4期,第125-126页。

起诉一般保证人,否则法院会依职权追加债务人为共同被告或经释明追加后驳回起诉,以及法院应在判决书主文中明确一般保证人仅在债务人财产经强制执行仍不能清偿时才担责。二是在执行阶段,法院应先对债务人财产强制执行。三是在财产保全中,若债权人未对债务人财产申请保全,或保全的债务人财产足以清偿债务,则债权人不能申请保全一般保证人财产。正是在此意义上,先诉抗辩权被认为是一项程序权利。然而,这只是表象,先诉抗辩权本质上属于实体权利。在民事领域,抗辩权是与请求权相对应的一组权利;请求权是权利人请求债务人为特定行为(作为,不作为)的权利^①,抗辩权则是一项对抗债权人行使请求权的权利。先诉抗辩权作为抗辩权之一种,自然具有被动性、防御性之权利属性;不论先诉抗辩权于何时主张,其对抗的始终是债权人要求一般保证人承担责任这一实体请求权,而非债权人先起诉债务人的诉权或先申请法院强制执行债务人财产的执行请求权。各国法规范允许债权人一并起诉债务人和一般保证人,这说明先诉抗辩权对抗的不是债权人程序层面的诉权。先诉抗辩权不能于二审或再审程序中主张也说明其并非程序权利。概言之,先诉抗辩权之核心是实现一般保证人的担责顺序利益,而用来实现该顺序利益的程序配置仅是一种手段,并不能影响其作为民事实体权利的性质界定。无论法实践还是法规范,先诉抗辩权之重点均非后被诉之顺序利益,而是后担责之顺序利益;先诉抗辩权之意义不在于起诉之顺序性,而在于担责之顺序性。

(三) 先诉抗辩权的本质属性

民事实体抗辩体系包括事实抗辩和权利抗辩,前者是指一方当事人依据特定事实,主张对方当事人请求权自始不存在或者虽存在但已消灭的一种抗辩;后者是指一方当事人依据抗辩权,在承认对方当事人请求权的前提下提出阻止该请求权行使的一种抗辩。^② 据此,先诉抗辩权属于权利抗辩,其行使的效力不在于消灭债权人之担责请求权,仅在于阻却其请求权的行使。先诉抗辩权应遵循权利抗辩的基本特质^③,权利行使与否属于当事人意思自治之范畴,是否行使对于一般保证人而言具有在多元风险博弈中作出选择的处分利益^④,先诉抗辩权只有经一般保证人主张,方可产生阻却债权人请求权之法律效果。《法国民法典》第2299条规定保证人只有在债权人请求其担责时提出了先诉抗辩权,才会产生先诉抗辩权之法律效果。^⑤ 实务中,法院应尊重一般保证人行使抑或放弃先诉抗辩权之选择自由^⑥,法院既不能依职权主动援引,亦不能在一般保证人未主张先诉抗辩权时,直接将其法律效果施加于相关主体。但需注意,援引不同于释明,援引是法官依职权之行为,强调法官对于事实的主动认定,不需当事人意思介入;释明仅是法官向当事人作出解释说明或者指示晓谕等行为,最终决定权仍掌握在当事人手中。^⑦ 在先诉抗辩权属于权利抗辩之框架下,法院可对一般保证人进行消极释明^⑧,仅在一般保证人所主张的先诉抗辩权未经法律术语转化时,法官可对

① 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第74页。

② 陈刚:《论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设》,载《中国法学》2014年第5期,第208页;张海燕:《论法官对民事实体抗辩的释明》,载《法律科学》2017年第3期,第178页。

③ 孟涛:《民事诉讼要件与诉讼抗辩理论研究》,浙江工商大学出版社2020年版,第101页。

④ 柳经纬、尹腊梅:《民法上的抗辩与抗辩权》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期,第95页。

⑤ 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第502页。

⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第83页。

⑦ 张海燕:《论法官对民事实体抗辩的释明》,载《法律科学》2017年第3期,第183页。

⑧ 有学者主张消极释明一般可以设定为法官的义务,法官如果不予释明径行裁判应视为未尽审理职责而违法。参见熊跃敏:《民事诉讼中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察》,载《中国法学》2010年第5期,第141页。

其提示,而不得在其全无主张先诉抗辩权之意图时进行权利提示。^①此外,债权人与一般保证人也存在抵销上的限制,债权人不得以保证债权为主动债权,对一般保证人的债务主张抵销,除非一般保证人放弃其顺序利益。^②

然而,前述先诉抗辩权行使之现状显示先诉抗辩权的权利抗辩属性并未真正体现,一般保证人在权利行使上的处分权未得充分彰显,程序法规范与理论研究多将一般保证人必然行使先诉抗辩权作为既定逻辑前提,于是才有了法院依职权追加债务人之实践,将本应由一般保证人主动行使的行为自动转换为法院主动追加的职权行为。^③此种法院罔顾一般保证人主观意思而追加债务人的做法有违先诉抗辩权之权利抗辩属性。即便《担保制度解释》第26条第1款亦未克服该认知局限,该款通过驳回债权人起诉之规定,旨在体现其能够充分彰显先诉抗辩权实体内容之规范目的;又基于我国未对一般保证人行使先诉抗辩权设定任何先决条件,故依据经验法则,认为一般保证人必然主张先诉抗辩权。针对学界质疑,起草者曾作出适用说明。笔者认为,很显然该款努力通过充分程序手段来实现先诉抗辩权之实体内容,但起草人之说明并未触及问题本质,仅是从尊重债权人自由行使诉权和纠纷一次性解决角度进行阐释,仍未意识到先诉抗辩权属于需当事人主张的权利抗辩之范畴,未涉及一般保证人可能放弃先诉抗辩权之情形。将先诉抗辩权假定为一般保证人必然行使的权利,难以跳出长期以来在先诉抗辩权基本性质问题上的理论误区。当然,该款亦未洞察到一般保证人不行使先诉抗辩权在纠纷解决中可能产生的高性价比。^④

我国《民法典》第687条第2款第4项规定一般保证人可书面放弃先诉抗辩权。有观点认为该规定亦是拟制一般保证人一定会行使先诉抗辩权,犯了与主动审查诉讼时效相同的错误,以法院职权取代当事人行使权利的自我意志。^⑤笔者认为该观点值得商榷。先诉抗辩权属于权利抗辩,其效力是否发生取决于一般保证人之意思自治,实务中需由一般保证人行使权利而非由法院依职权主动适用,否则容易陷入将先诉抗辩权混淆为事实抗辩之误区。但需注意,先诉抗辩权之权利抗辩属性指陈的是当债权人提出担责请求权时应由谁来主张先诉抗辩权,而一般保证人书面放弃先诉抗辩权强调的则是一般保证人对于自身所享权利的一种自由处分,与先诉抗辩权之权利抗辩属性并不相悖。当然,先诉抗辩权可由一般保证人事先以书面方式主动放弃,并不意味着所有属于权利抗辩范畴的抗辩权均可如此,若该权利人的放弃行为会影响民事主体之间权利义务之实质均衡配置时亦会受到限制或禁止。比如,学界通说认为应当禁止义务人预先放弃时效利益,以防止权利人利用强势地位损害义务人利益。^⑥

四、攻击防御视角下的程序展开

鉴于先诉抗辩权长期以来被认为是一项法院可依职权主动适用的权利,与该权利行使相关的

① [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第363页。

② [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第189-190页。

③ 宋春龙、高一凡:《保证合同纠纷诉讼程序的检讨——兼论〈民法典〉实施后保证合同纠纷的诉讼程序》,载《法律适用》2020年第21期,第149-150页。

④ 安海涛:《保证合同诉讼的程序原理——基于〈民诉法解释〉第66条的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第2期,第186页。

⑤ 宋春龙:《诉讼法视角下的先诉抗辩权研究——兼评民法典各分编草案中的先诉抗辩权》,载《政治与法律》2019年第3期,第30-31页。

⑥ 霍海红:《诉讼时效根据的逻辑体系》,载《法学》2020年第6期,第44页。

诸多事项多由法院“代劳”,故先诉抗辩权何时主张、如何主张以及主张效果等问题在实践中讨论较少,理论对此关注度亦不高,其结果便是保障先诉抗辩权在实务中落地实现的程序规则严重缺乏。因此,有必要在先诉抗辩权基本性质框架内,系统建构先诉抗辩权行使的程序规则。

(一)先诉抗辩权的主张阶段

一般保证人何时可以主张先诉抗辩权,学界有两种观点:一是综合说,认为先诉抗辩权可在诉讼程序前、程序中行使,也可在执行阶段行使。^①二是执行说,认为先诉抗辩权仅可在执行阶段行使。在纯私法环境中,一般保证人欲拒绝债权人的私法请求,可直接拒绝,无需使用先诉抗辩权;在审判阶段,债权人即使将一般保证人作为被告,仅涉及补充责任的确定而非补充责任的承担,不是先诉抗辩权的行使;先诉抗辩权的判断标准、阻却事由以及权利的抛弃均以执行阶段为必要。^②两种观点之区别在于对先诉抗辩权性质理解不同:前者认为先诉抗辩权是一项实体权利,对抗的是债权人的担责请求权;后者则倾向于先诉抗辩权是一项程序权利,对抗的是债权人的执行请求权。笔者倾向于综合说,认为只要债权人在一般保证人具备担责条件之前对其提出担责请求,一般保证人均可主张先诉抗辩权。

1. 先诉抗辩权可在起诉之前主张。《法国民法典》第2299条规定只有在保证人受到追偿请求之初提出了先诉抗辩权,债权人才有义务首先向债务人求偿。根据经验法则,债权人首次请求一般保证人担责的时间多发生于起诉之前,故该条实质上规定了保证人可于诉讼外行使先诉抗辩权。我国对此未设明文,但解读先诉抗辩权之基本概念,债权人请求一般保证人担责时,一般保证人便可主张先诉抗辩权,即便该时间发生在纯私法环境中。当然,纯私法环境中行使先诉抗辩权之意义或被质疑,笔者认同其意义甚微,但并非毫无价值,一般保证人可将诉外主张先诉抗辩权的事实引入诉讼^③,倘若一般保证人于一审辩论终结前未主张先诉抗辩权但在二审或再审程序中能够证明其于诉前行使过权利,则仍享有担责之顺序利益。

2. 先诉抗辩权可在诉讼程序中主张。当债权人通过诉讼程序请求一般保证人担责时,在该程序中一般保证人可主张先诉抗辩权。我国学界有观点主张一般保证人在诉讼中行使先诉抗辩权时,须于二审辩论终结前为之。^④如此规定是因为其将先诉抗辩权视为一项程序权利。但反对意见认为一般保证人应在一审辩论终结前行使先诉抗辩权^⑤,一因先诉抗辩权属于实体权利,而非诉讼上的抗辩权,故二审中不可主张;二因一般保证人明知享有先诉抗辩权,若急于行使理应承担不利后果,若允许其以此为新理由,会增加诉讼成本。笔者认为先诉抗辩权应在一审辩论终结前主张,不应在二审程序或再审程序中行使。理由如下:(1)先诉抗辩权属于权利抗辩而非事实抗辩,诉讼中需当事人主动主张而非法院依职权适用,在一审辩论终结前,若一般保证人未主张先诉抗辩权,则推定其抛弃权利;当然,此时法官可进行消极释明。(2)根据诚信原则,已抛弃先诉抗辩权的一般保证人在二审程序中不能再主张该权利,否则会增加诉讼成本、造成诉讼突袭,违反当事人之

① 汪渊智、侯怀霞:《论保证人的先诉抗辩权》,载《中国法学》1997年第1期,第84页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读合同编》(上),中国法制出版社2020年版,第707页。

② 宋春龙:《诉讼法视角下的先诉抗辩权研究——兼评民法典各分编草案中的先诉抗辩权》,载《政治与法律》2019年第3期,第30页;张海燕:《民事补充责任的程序实现》,载《中国法学》2020年第6期,第199页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第331-332页。

④ 刘俊海、于晰年、徐海燕:《最新担保法实用问答》,人民法院出版社1995年版,第60页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第332页;程啸:《保证人先诉抗辩权的疑点分析》,载《人民司法》2005年第7期,第77页。

间展开充分攻击防御的程序保障原理。^① (3) 根据类推解释, 既然《诉讼时效制度规定》第 3 条第 1 款规定“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩, 在二审期间提出的, 人民法院不予支持”, 则同为权利抗辩的先诉抗辩权亦不可于二审期间主张。

3. 先诉抗辩权可在执行程序中主张。先诉抗辩权于执行程序中行使已是学界共识。具体而言: 第一, 此处的执行程序虽是法院应债权人之申请对债务人财产进行强制执行的程序, 但生效判决书、仲裁裁决书以及赋强公证债权文书等执行根据中却已明确一般保证人的责任承担。第二, 执行程序中先诉抗辩权对抗的不是债权人的执行请求权, 也不是执行根据的执行力, 其对抗对象依然是债权人的担责请求权。第三, 执行程序中先诉抗辩权的行使往往通过一般保证人对法院执行行为提出异议的方式进行^②, 即一般保证人通过主张尚不具备执行根据确定的担责条件来阻却法院的执行。在此, 可能会有人质疑: 若允许执行程序中主张先诉抗辩权, 是否会架空二审或再审程序对先诉抗辩权行使的限制呢? 该质疑之核心在于若一审辩论终结前一般保证人未主张先诉抗辩权却又允许其于执行程序行使权利之做法与限制先诉抗辩权于二审或再审程序行使之要求相矛盾。笔者认为两者并不冲突, 若一般保证人于一审辩论终结前未主张先诉抗辩权, 则推定其放弃权利, 又因先诉抗辩权是实体权利, 故其不能在二审或再审程序再主张, 此种情形既然先诉抗辩权已被推定放弃, 故不会存在执行程序中再被主张之可能。

(二) 先诉抗辩权的主张要件及其证明

先诉抗辩权因属于权利抗辩, 故无论于哪个阶段行使, 均需由一般保证人提出存在先诉抗辩权的主张。先诉抗辩权的主张需要具体化^③, 一般保证人不仅需要主张享有先诉抗辩权, 还需主张存在先诉抗辩权的要件事实。先诉抗辩权的主张要件就是民法上先诉抗辩权的行使条件。先诉抗辩权是法律给予一般保证人的程序保护, 但也需对该权利的行使设定限制以防滥用, 故各国多会设置先诉抗辩权的行使条件, 以综合平衡各方主体之利益。关于先诉抗辩权之行使条件, 目前主要存在两种立法模式: 第一, 仅规定概括条件。只要债权人未对债务人强制执行且无效果, 一般保证人便可拒绝债权人的担责请求。《德国民法典》第 771 条第 1 款和我国《民法典》第 687 条第 2 款均采此模式。第二, 先决条件+概括条件。一般保证人若要行使先诉抗辩权, 除具备概括条件外, 还应指明债务人有可扣押财产或容易执行的财产, 并为债权人垫付先诉的诉讼费用等必要费用。《日本民法典》第 453 条、《法国民法典》第 2300 条、《意大利民法典》第 1944 条第 2、3 款和《魁北克民法典》第 2348 条第 1 款采此模式。

根据作为现代证明责任分配理论通说的规范说^④, 先诉抗辩权的主张要件事实属于权利受制事实, 应由主张该事实的一般保证人承担证明责任, 故实务中应由一般保证人对于已经满足先诉抗辩权的行使条件承担主张责任和证明责任。诚如普维庭所言: “通过证明责任判决的风险分配只能是来自于实体法并投身于实体法之中。”^⑤ 前述各国和地区通过民法典设定先诉抗辩权行使条件所投

① 段文波:《程序保障第三波的理论解析与制度安排》, 载《法制与社会发展》2015 年第 2 期, 第 86-87 页。

② 张卫平:《论民事诉讼法中的异议制度》, 载《清华法学》2007 年第 1 期, 第 75 页。

③ 占善刚:《主张的具体化研究》, 载《法学研究》2010 年第 2 期, 第 110 页。

④ 当然, 学界不少观点认为规范说存在诸多缺陷需要进行观点修正或者直接废弃。比如, 袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第 79 条为线索》, 载《法学研究》2014 年第 6 期, 第 147-161 页; 胡东海:《民事证明责任分配的实质性原则》, 载《中国法学》2016 年第 4 期, 第 287-302 页。

⑤ [德] 普维庭:《现代证明责任问题》, 吴越译, 法律出版社 2006 年版, 第 244 页。

射出来的证明责任分配要求,充分彰显了实体法规范对于债权人和一般保证人利益保护的政策考量和综合平衡。

我国《民法典》第687条第2款规定了一般保证人先诉抗辩权的行使条件,即“主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前”。该条件之本质是“债权人未对债务人强制执行且无效果”,其是我国一般保证人主张先诉抗辩权的要件事实,应由一般保证人承担主张和证明责任。然而,该要件事实具有高度抽象性,需要进行具象析分,其在实务中经常表现为三种事实样态:一是债权人未通过审判、仲裁或赋强公证等程序获得对债务人的执行根据;二是依据执行根据对债务人进行强制执行但执行程序尚未终结;三是对债务人执行程序已终结但债务人仍有方便执行的财产。任何一种事实样态均是先诉抗辩权行使的充分非必要条件,只需存在一种事实,一般保证人便可主张先诉抗辩权。

既然根据规范说,作为权利受制事实的先诉抗辩权主张之要件事实应由一般保证人承担证明责任,则作为该要件事实具体表现样态的三项先诉抗辩权主张之充分非必要事实,亦应由一般保证人予以主张并承担证明责任。然而,我国实务中却经常出现背离规范说之做法,由债权人就主合同已经审判或者仲裁或者赋强公证并就债务人财产依法强制执行以及债务人仍不能履行债务的事实进行主张,并承担证明责任。该做法显然不符合规范说的理论要求。法实践之所以会背离规范说,原因有二:一是未准确把握先诉抗辩权之主张要件的性质为权利受制事实,需由主张该事实的一般保证人承担证明责任;二是受当代证明责任理论中反规范说(比如,消极事实说、证明危机说或盖然性说)之影响,认为背离规范说能够实现法规范所欲追求之实质性价值。^①

在各国实务中,债务人财产经强制执行仍不能履行债务的判断是一个难点问题,我国亦不例外。《担保法解释》第131条曾用“不能清偿”语词对“不能履行债务”进行界定,将“不能清偿”的对象限定在方便执行的财产上,于是“不能清偿”的抽象事实就被具化为没有方便执行的财产这一特定事实。最高人民法院在120号指导案例中又提供了一个关于“不能清偿”的认定方案,即虽有财产但严重不方便执行。^②在实务中,无论是对于债务人没有方便执行的财产的事实还是虽有财产但严重不方便执行的事实,证明责任多由债权人承担,一般保证人则可通过证明债务人有方便执行的财产予以反驳。尽管权利产生事实与权利妨碍事实的区分存在较多困难,因为权利妨碍事实会以一定方式作为权利产生事实的消极形态出现。^③但笔者认为,债务人有方便执行的财产即债务人仍有清偿能力是一般保证人主张先诉抗辩权的要件事实,应由一般保证人承担证明责任,债权人如果主张债务人无方便执行的财产或虽有财产但严重不方便执行,此为债权人针对一般保证人所主张事实的否认,其对于所否认之事实不需承担证明责任。^④鉴于此,120号指导案例中给出的由债权人承担否认事实证明责任的实践指引不科学,一定程度上增加了债权人的证明负担。此外,因我国未设定先诉抗辩权行使的任何先决条件,这可能会增加先诉抗辩权被滥用之风险,故有必要在坚持规

① 胡东海:《民事证明责任分配的实质性原则》,载《中国法学》2016年第4期,第294页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第397-400页。

② 青海金泰融资担保有限公司与上海金桥工程建设发展有限公司、青海三工置业有限公司执行复议案,最高人民法院(2017)最高法执复38号执行裁定书。

③ [德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》(第5版),庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第149页。

④ 占善刚:《附理由的否认及其义务化研究》,载《中国法学》2013年第1期,第104页;袁琳:《证明责任视角下的抗辩与否认界别》,载《现代法学》2016年第6期,第186页。

范说的基础上,于具体纠纷中对债务人“不能清偿”进行情景化考量和综合判断,以平衡债权人与一般保证人之间的利益保护。

(三)先诉抗辩权的消灭要件及其证明

相对于先诉抗辩权的主张要件,先诉抗辩权的消灭要件性质上属于诉讼中债权人针对一般保证人的再抗辩事实,在“请求原因、抗辩、再抗辩、复再抗辩”这一攻击防御的规范事实体系^①中处于再抗辩阶段,旨在消灭一般保证人所主张之抗辩。实务中,先诉抗辩权的消灭事实由债权人提出,以回溯性地支持其对于一般保证人的担责请求权。根据规范说,作为抗辩的消灭事实应由主张该再抗辩事实的债权人承担证明责任。理论上先诉抗辩权的消灭主要包括三种情形:

1. 一般保证人放弃先诉抗辩权

一般保证人放弃先诉抗辩权在本质上是将责任主体之间的共同责任形式由补充责任调整为连带责任。一般保证人放弃先诉抗辩权的事实是针对一般保证人抗辩的消灭事实,可以消灭一般保证人主张抗辩所欲追求的法律效果,故该事实属于债权人的再抗辩事实,应由主张者承担证明责任。我国《民法典》第687条第2款第4项规定一般保证人可通过书面方式放弃先诉抗辩权。《德国民法典》第773条第1款第1项亦规定保证人可抛弃先诉抗辩权。一般保证人放弃先诉抗辩权的方式有二:一是明示放弃,即通过书面方式放弃;二是默示放弃,即债权人在一般保证人担责条件尚不具备时请求其担责,一般保证人主动向债权人承担责任,以其行为表达放弃先诉抗辩权之意思。先诉抗辩权的明示放弃在实务中容易被债权人证明。至于默示放弃,情况则相对复杂:其一,若一般保证人虽未主张先诉抗辩权但向债权人履行了债务,该主动担责行为表明其对权利的放弃;债权人只需证明一般保证人存在主动担责行为即可。其二,若一般保证人既未书面放弃亦未主动担责,仅是未主张先诉抗辩权,基于先诉抗辩权权利抗辩之属性,法院不可依职权援引,但综合考量当事人之间诉讼地位实质平等之基本原则与法官释明之基本理论,法官可就先诉抗辩权问题进行消极释明,实现尊重一般保证人意思自治与探求内心真意双重目的之达成。

2. 存在排除先诉抗辩权行使的法定情形

一般保证人对债权人担责的行为是一个附条件的民事法律行为,该条件便是债务人财产经法院强制执行仍不足以清偿债务。一般保证人担责条件未成就时其可行使先诉抗辩权,担责条件的成就则意味着先诉抗辩权消灭,故该条件成就与否直接关系到各方主体的利益。一般保证人担责条件的成就多出现于主合同纠纷已历经审判和执行程序,且法院已裁定终结执行或终结本次执行,此时债务人无清偿能力,一般保证人先诉抗辩权消灭。在“先执行”抗辩权框架下,可能会产生债权人主张权利须经对债务人的诉讼程序和执行程序这一认知,该观点忽略了特殊情形之存在,于实务中不仅会加重债权人的权利实现成本,还会导致程序空转;如果某些客观事实的存在已能证明债务人无清偿能力,机械强调债权人只有走完全部程序才能主张权利,未免太过教条,无法体现先诉抗辩权程序供给层面对当事人利益的均衡保护。故一些国家和地区之立法便规定一般保证人不能行使先诉抗辩权之特殊情形。我国《民法典》第687条第2款第1-3项、《德国民法典》第773条第1款第2-4项均规定了一般保证人不能行使先诉抗辩权之例外情形,主要集中于债务人难以找寻且无可供执行的财产、债务人被宣告破产以及已有证据证明债务人财产不足清偿债务等事实。相对

^① 袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索》,载《法学研究》2014年第6期,第155页;[日]伊藤滋夫:《要件事实的基础》,许可、[日]小林正弘译,法律出版社2022年版,第366-367页。

于先诉抗辩权之规则规范,前述例外规范所列举之特殊事实均为主合同纠纷进入执行程序之前已有证据证明债务人已无财产可供执行或已无履行能力,此时债权人无需等到执行程序便可向一般保证人请求履行。该例外规范所规定的特殊事实是针对一般保证人抗辩的消灭事实,属于债权人的再抗辩事实,应由债权人承担证明责任。

3. 一般保证人的先诉抗辩权已行使完毕

先诉抗辩权的行使具有效力上的持续性,从一般保证人首次主张先诉抗辩权一直到先诉抗辩权消灭事实出现这段期间,均属于先诉抗辩权的效力存在期间,于此期间一般保证人无需反复行使权利。《德国民法典》第771条第2款规定:“保证人提出先诉抗辩权的,债权人对保证人的请求权的消灭时效停止,直至债权人尝试对主债务人强制执行而无效果之时。”^①先诉抗辩权属于权利抗辩,其行使以一次为限,行使完毕之标志为该权利之消灭事实出现。^②先诉抗辩权经一次行使后即告消灭,且权利一经丧失,不可重复行使。一般保证人行使先诉抗辩权后,债权人就债务人财产已为强制执行但未能全部满足债权,可就剩余债权向一般保证人请求履行,此时即使债务人的财产已有显著改善并足以清偿剩余债权,一般保证人也不得再次行使先诉抗辩权,其顺序利益应让位于债权人利益,法院应继续执行一般保证人财产,不适用执行回转。^③根据要件事实理论,先诉抗辩权行使完毕的事实是能够消灭一般保证人所提抗辩的事实,性质上属于债权人的再抗辩事实,应由债权人予以主张并承担证明责任。

在此,应避免陷入先诉抗辩权“一经行使即告消灭,不可反复行使”这一效力与先诉抗辩权主张阶段相矛盾的认知误区:既然先诉抗辩权可在诉讼程序前、程序中以及执行程序主张,则一般保证人可反复行使先诉抗辩权,这与先诉抗辩权“一经行使即告消灭”相悖。笔者认为该观点对于先诉抗辩权主张阶段的认知是正确的,认知陷阱在于对“先诉抗辩权行使效力”的理解。先诉抗辩权行使的效力具有持续性而非即时性,只有当先诉抗辩权之消灭事实出现时,权利方告消灭;而认知误区之核心在于认为先诉抗辩权每次被主张的行为均为一次新的行使、行使后该权利便告消灭,未意识到先诉抗辩权的行使是一个持续的效力存在期间。

结语

随着我国《民法典》和《担保制度解释》的出台,关于先诉抗辩权的法规范日益科学,其本身蕴含的实体内容和制度价值也逐渐明晰。然而,不能否认的是,旨在保护一般保证人担责顺序利益的先诉抗辩权在程序实现中遭遇到了一些障碍,集中表现为本需由一般保证人主张方可产生法律效果的先诉抗辩权异化为法院的职权行为,而问题之根源在于对先诉抗辩权基本性质的认知偏差。鉴于此,有必要紧紧围绕先诉抗辩权基本性质这一解锁困境的金钥匙,系统把握先诉抗辩权的实体内容与程序实现,将目光关注于实体与程序之间,实现先诉抗辩权之制度价值通过有效程序机制予以保障,达致债权人与一般保证人之间权利义务配置以及当事人和法院之间公正与效率价值的综合

① 陈卫佐译注:《德国民法典》(第4版),法律出版社2015年版,第306页。

② 学界通说认为先诉抗辩权只能行使一次,但也有观点认为可以行使多次。潮見佳男『新債權總論Ⅱ』(信山社,2017年)677-679頁。

③ 张海燕:《民事补充责任的程序实现》,载《中国法学》2020年第6期,第202页。

平衡。具体而言,先诉抗辩权行使之程序展开的理论前提是澄清三个基本认知:一是一般保证人顺序利益的程序实现机制已从古罗马时期的先起诉债务人转向了近现代的先执行债务人财产,这是一个重要改变,其不仅关涉对先诉抗辩权中“先诉”内涵的精准把握,更关涉一般保证合同纠纷诉讼主体地位的正确认定;二是先诉抗辩权作为一项防御性实体权利,其对抗对象始终是债权人的担责请求权而非诉权亦非执行请求权;三是先诉抗辩权属于权利抗辩之范畴,法院不得依职权主动适用。要改变长期以来法规范和法实践将一般保证人必然行使先诉抗辩权且先诉抗辩权必然产生法律效果作为底层逻辑的惯性思维,矫正先诉抗辩权行使实质上属于法院职权行为的“父爱主义”司法理念,克服我国先诉抗辩权行使程序规则供给不足的现实困境,则须尽快系统建构攻击防御视角下的能够涵盖先诉抗辩权由谁主张、何时主张、主张要件和消灭要件及其证明责任等内容的程序规则,以推动一般保证合同纠纷的规范高效解决。■

The Procedural Implementation of the Exercises of Beneficium Ordinis

ZHANG Hai-yan

(Law School of Shandong University, Qingdao 266237, China)

Abstract: The core of beneficium ordinis is to endow the general guarantor with the sequential interests of responsibility, and its system value needs to be ensured through a series of procedural mechanisms. However, the exercise of beneficium ordinis in legal norms and legal practice is dissimilated to the application by the court according to its authority, and this judicial ethos of "fatherism" leads to a serious lack of procedural rules for the exercise of this right. The cause of dissimilation of beneficium ordinis lies in the vague and even wrong cognition of the basic nature of it. Hence, to scientifically arrange the procedure of exercise, its theoretical premise should be clarified: the procedural mechanism of general guarantor's sequential interests has changed from "action first" to "execution first", and the object of beneficium ordinis is the creditor's claim for liability rather than its right of action or claim for execution, meanwhile beneficium ordinis belongs to the category of defense of rights, which can not be applied by the court on its own initiative; on this basis, the procedural rules of exercising beneficium ordinis from the perspective of attack and defense could be systematically constructed, to integrate the disagreements on the claim stage, and to clarify the claim elements and elimination elements of the right and its burden of proof.

Key Words: Beneficium Ordinis; procedural implementation; substantive rights; defense of rights; procedural rules

本文责任编辑:段文波