



律师

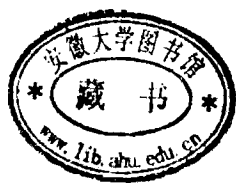
实务录

周柏林著

湖南人民出版社

律师实务录

周柏林 著



湖南人民出版社

责任编辑:陈 敬

律 师 实 务 录

周柏林 著

*

湖南人民出版社出版、发行
(长沙市岳麓区银盆南路 78 号)

长沙政院印刷厂印刷

1998 年 4 月第 1 版第 1 次印刷
开本:850×1168 1/32 印张:8.5
字数:213000 印数:1—3000

ISBN7—5438—1692—X
D·192 定价:16.60 元



作者简介

周柏林,1951年出生于湖南长沙,大专毕业,曾在中国政法大学进修。1987年开始律师执业,先后为湖南省民政厅、省乡镇企业局、省教委、中国外运湖南公司、湖南新特自控设备有限公司、电力工业部中南勘测设计研究院、长沙大学、湖南经济管理干部学院、湘雅医院、体坛周报社和香港、台湾及美国、新加坡、马来西亚等的1000余当事人提供法律服务。在全国最大的商标侵权案中,法院采纳其观点,驳回原告375万元的索赔请求。被评为“湖南省优秀律师”。现任湖南君天律师事务所主任。在《中国律师》等报刊发表多篇论文。

简介

君天律师事务所创立于1995年4月，具有良好的声誉和较高的成功率。已为湖南省人民政府数部门及众多中外客户提供优质法律服务。

●本所执业准则：

真诚、勤奋、正直、无畏。

●本所主要业务：

担任法律顾问；

代理民商案件；

重点工程建设；

金融涉外事务；

刑事辩护代理。

●本所服务宗旨：

维护当事人合法权益；

维护法律正确实施。

地址：长沙市解放中路1号

邮编：410011

电话：(0731)2254074

传真：(0731)2220404



论保证方式、保证期间与诉讼时效 (代序)

保证是第三人即保证人与债权人约定,当债务人未履行债务时,由保证人履行债务或者承担责任的担保方式,是区别于物的担保的人的担保,即系以保证人的信用和其不特定的一般财产为他人的债务提供担保。保证为债权人与保证人之间的一种合同关系,适用合同自由原则。保证中的一切事项,包括保证的债务范围、保证方式、保证期间等,均由债权人和保证人合意确定。我国的《民法通则》和《经济合同法》确立了保证制度,而《担保法》则作了进一步的规定,特别是在当事人对保证期间没有明文时,作了明确的期间和法律后果的界定。

保证方式是保证制度中一个重要的内容,在保证合同实务中,涉及不同保证方式中保证人和债权人不同的权利义务;同时,对保证期间认识不一,容易引起争议;在与保证期间有密切联系的诉讼时效问题上,也多有不同观点。本文对这

些问题的探讨,旨在求得较深入的认识。

一、保证的不同方式与不同的保证期间

(一)保证的不同方式及责任

保证的方式分为一般保证和连带责任保证,二者的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权。享有这一权利的叫一般保证,不享有该权利的叫连带责任保证。

1、一般保证。一般保证是指当事人在保证合同中的约定,只有在债务人不履行债务时,保证人方代为履行的保证方式。保证人享有一定情形下的先诉抗辩权,可以对抗债权人履行保证债务的请求权。先诉抗辩权又称检索抗辩权,它产生于东罗马帝国的优帝一世时期,是法律基于保证人从属性和补充性而设立的专属保证人的一种抗辩权。当债权人向保证人请求履行保证债务时,保证人有权要求债权人只就债务人的财产申请依法执行,只有在法院对债务人的财产强制执行后仍不能使债权人的债权得到满足时,保证人方履行保证债务,债权人在证明已对债务人的财产强制执行且不能履行债务之前,或在保证人有法律规定不得行使先诉抗辩权的情况时,不得请求执行保证人的财产。所谓“不能履行”,指客观上债权人的利益不能从债务人处得到满足,故债权人仅向债务人请求履行,尚不能阻止先诉抗辩

权的行使。所谓“法律规定的不得行使先诉抗辩权的情形”，在我国《担保法》第17条第3款中规定为：(1)债务人住所不定，致使债权人要求其履行债务发生重大的困难；(2)法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；(3)保证人明文放弃先诉抗辩权的。有这些情形之一者，保证人的责任即与连带责任保证相同。

2、连带保证。连带保证又叫连带责任保证，指债务人在履行期届满时未履行债务的，债权人既可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人履行保证债务的保证方式。此种情况下，保证人不享有先诉抗辩权，只要债务履行期届满时债务人未全面履行债务的，不问其原因如何，也不问其有无履约能力，债权人均可不请求执行债务人的财产，而直接向保证人请求履行保证债务。连带保证的保证人对债权人本无债务，保证债务的履行系代债务人履行。虽然如此，连带保证性质上仍属于连带债务。故关于连带债务的规定，均适用于连带保证。例如：在债务人期满未履行债务时，债权人可选择向债务人或者向保证人请求履行；也可分别请求债务人或者保证人各履行一部分；在提起诉讼时，可以其中的任一人为被告，也可同时以两人为共同被告；其一人履行债务后，另一人的债务在同等数额内消灭等等。但根据我国《担保法》第26条第2款的规定，债权人向

连带保证的保证人请求履行保证债务的,必须在保证期内为之,否则免除保证债务。这是与一般的连带债务有所不同的。此外,同一债务的保证人为两人或两人以上的,各保证人按照约定的保证份额承担保证债务,没有约定或者约定不明的,保证人之间负连带保证责任,这也与一般的连带债务不同。

(二)不同的保证期间

保证期间始于主合同履行期限届满债务人未履行债务的期日,终于当事人约定或者当事人未约定时法律规定保证责任消灭的六个月的期日。它既是保证人承担保证责任的时间界限,又是债权人主张保证债权的时间界限。因此,保证期间是保证合同的必备条款,不存在没有保证期间的保证合同。依照我国《民法通则》第154条规定,保证期间按历法计算法计算。计算时,主债务届满之日不计算,而是从次日起算,保证期间最后一日的24时或业务活动终止之时是期间的终点;最后一日是法定节假日的,以节假日届满的次日为期满的最后一日。

根据我国《担保法》的规定,保证期间可分为三类:

1、保证人与债权人约定的保证期间

这个期间,通常应是有明确的起始年、月、日和终止年、月、日的。但根据逻辑常识,能够推算

出保证期间的,也应认定为有确切的保证期间。例如:某案中,借款人甲与贷款人乙及担保单位丙三方签订《某某银行担保借款协议书》一份,约定“自1994年3月25日至1994年6月20日,由贷款方提供借款方贷款50万元”,“贷款到期后一个月,如借款方不按期归还本息时,由担保单位负责为借款方偿还本息和逾期罚息。”显然,这里的保证期间是十分明确的,即为贷款到期后一个月,也就是贷款到期日1994年6月20日的次日6月21日起至1994年7月20日止,这本是无可争辩的事实。但有的却认为:“贷款到期后一个月”是担保责任的宽限期,而非担保责任期限,贷款逾期一个月后,担保人才开始承担担保责任即保证责任。笔者认为司法实践中的这种认识有两个方面是欠妥的:一是混淆了“期间”与“期日”的概念。把“贷款到期后一个月”的“期间”,误认为是债权人对保证人行使权利的起始“期日”,这个“期日”是从贷款到期后30天才开始的,这违背了普通的逻辑常识。二是偷换了概念。即将“贷款到期后一个月”的保证合同原文,偷梁换柱,交换了一个“后”字的位置,变为“贷款到期一个月后”,从而将原本有保证期间的,变为了无确定的保证期间。

2、法律推定的保证期间。

保证人未与债权人约定保证期间的,根据我

国《担保法》第 25 条第 1 款和第 26 条第 1 款的规定,无论是一般保证还是连带保证,保证期间均为主债务履行届满之日起的六个月。

3、连续的保证期间。

我国《担保法》第 14 条、第 27 条规定,保证人就连续发生的债务作保证,未约定保证期间的,保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同,但保证人对于从设定保证之日起至债权人接到该通知之日止这段期间发生的债务,仍应承担保证责任。

二、保证期间与诉讼时效的区别

保证期间是保证人承担保证责任的时间界限,在此期间内,债权人依法或者依照约定有权要求保证人承担保证责任。期间届满,债权人对保证人的请求权随之消灭。因此,保证期间在性质上属于实现民事权利的存续期限,即除斥期间。所谓的除斥期间,是指某种权利预定存续的期间,在此期间内权利人不行使其权利,期限届满后该项权利即告消灭。将本文第一部分中所述的贷款人与保证人关于的“贷款到期的一个月如借款后不按期归还本息时,由担保单位负责为借款方偿还本息和逾期罚息”的约定与此对照,是完全相吻合的,那么一个月期限应该就是除斥期,而不是什么“宽限期”。

诉讼时效是指提起诉讼的法定有效期限，在性质上属保证民事权利的期限。

保证期间与诉讼时效的主要区别有三：

其一，诉讼时效是法定的，而保证期间不是法定的，应由保证人与被保证人即债权人约定，只有在当事人未约定时，法律才规定为六个月。

其二，诉讼时效期间一般从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算；而保证期间是从保证债权发生即主合同履行期届满而债务人又不履行债务时起计算。

其三，诉讼时效可以中止、中断或延长，其中断的事由有三种：即提起诉讼、权利人提出要求或义务人同意履行义务；而一般保证期间中断的事由只一种，即债权人提起诉讼或申请仲裁。保证期间没有中止或延长。特别是连带保证不存在中断问题。

三、不同保证期间与诉讼时效

(一)一般保证责任的保证期间与诉讼时效

我国《担保法》规定只有一般保证的债权人就主债务提起诉讼或者申请仲裁时，保证债务才适用《民法通则》两年诉讼时效中断的规定，而且其前提条件必须是在保证期间内，如未约定保证期间的，要在主债务履行期限届满之日起六个月内起诉或申请仲裁。也就是说，债权人的履行请

求和债务人对债务的承认等对主债务有时效中断效力的,一般诉讼时效中断的事由对保证债务不适应,对保证债务的期限不发生影响。在司法实践中,完全有可能在主债务有效存在时,为其担保的保证债务因期限的到来而归于消灭,因为,保证期限一般约定较短,几乎没有超过两年期限的,而债权人从向法院提起诉讼或申请仲裁之日起,或从生效法律文书送交执行起,到已执行结束之日止,拖的时间较长,两年内还难以执行完毕。债权人几乎丧失了向保证人主张权利的期间保证。特别是我国《担保法》还规定,债权人未与保证人约定保证期间的,当债务人履行期届满仍没有履行债务时,债权人就有权自期限届满之日起的六个月内要求保证人承担保证责任。也就是说,只要保证合同未约定保证期限,无论主债务的时效如何,保证债务的期限最多为六个月。笔者认为我国《担保法》关于保证时效的这些规定相当简单,应引起债权人的高度重视,以免债权人因保证人的保证期间的届满而过早地消灭应主张的权利,蒙受不应有的损失。

(二)连带保证责任的保证期间与诉讼时效

连带保证对债权人应该说是最为有利,而对保证人来说则责任重大。自主债务履行期届满之日起,连带责任保证的保证人和债务人就处于相似的法律地位和责任状态之中。保证人与主合同

的债务人此时对责任的承担已无主次之分和先后之别,债权人可以任意选择谁或者同时将主债务人和保证人都作为主张权利的对象。但在通常情况下,债权人选择保证人承担责任。因为主债务履行期限届满而又未履行债务,说明他的履行能力、赔偿能力和信用程度大大地下降。债权人选择保证人履行保证债务,符合自己的最大利益原则。债权人在依法律规定而设定的连带保证责任期间内主张权利的,保证人不得拒绝债权人的请求权。保证期间届满后,债权人才主张保证债权的,保证人不再承担保证责任。

根据债权人在保证期间是否向保证人行使请求权,连带保证的诉讼时效问题可分为两种情况:

1、债权人在保证期间内已要求保证人承担保证责任的,债权人通过诉讼程序向法院提出保证民事权利请求的期限,适用《民法通则》关于诉讼时效期间的规定。诉讼时效的中止、中断及延长同样适用该法的规定。

2、债权人在保证期间内没有要求保证人承担保证责任,保证人免除保证责任,即债权人对保证债权的实体请求权归于消灭,诉权也就随之消灭,根本谈不上诉讼时效问题。

在以上两种情形中,值得特别注意的是:债权人在保证期内仅向债务人主张权利的,并不表

示债权人同时向保证人主张了权利,债权人必须实际向保证人要求其承担保证责任。一旦保证人拒绝承担保证责任,债权人即知道或者应当知道自己的权利被侵害,此时诉讼时效开始计算。

(本文系作者参加中华人民共和国司法部举办的中国高级律师、高级公证人员培训班时提交的论文)

目 录

代理经济案件

三百七十万索赔 上级法院判驳回	
——某冶金制品厂诉某汽车制 造厂“芙蓉”牌商标侵权案	/1
合资企业有纠纷 调解息事又宁人	
——某贸易(香港)公司诉周××、 某设备公司合资经营纠纷案	/18
欠债一千二百万 过户房产来清偿	
——某公司等诉某房地产开发 公司等合作合同纠纷案	/26
违约本应负责任 调解放弃亦可行	
——某县电机厂诉某水泵厂 联营合同纠纷案	/38
名合作实借贷 互谅互让物抵债	
——某房地产开发公司与 石××合作纠纷案	/46
违约行为实不该 依法依理应制裁	
——某高果糖厂诉某电磁铁厂 加工定作合同纠纷案	/49
保证责任过期限 责任不应再承担	
——农行某支行诉某市农机物资 供销公司等借款保证纠纷案	/68

注册资金不到位 责任定在数额内	
——某省乡镇企业供销总公司 诉某市农机物资供销公司 等担保追偿纠纷案	/74
乱收资金有责任 依法追加第三人	
——农行某市分行诉华盛公司 等借款担保纠纷案	/80
人走楼空追债难 变更债务主体还	
——某地方工业公司诉某五交化 供应站购销合同货款纠纷案	/85
私办综合服务站 对外负债自己还	
——某塑纺包装厂诉某农技站 货款纠纷案	/89
法定代表成罪犯 经济责任法人担	
——某工业总公司诉某市工贸 公司等购销合同纠纷案	/95
合作开发来招商 法律责任共承担	
——某工程公司诉某招商办等 装修工程承包合同纠纷案	/101
投资分利本无效 还本付息实应当	
——某企业局诉某省乡镇企业 公司投资分利纠纷案	/108
仲裁案件正审理 一方无权把诉起	
——黄××诉某服务公司 承包合同纠纷案	/115
承包纠纷请仲裁 双方自愿来和解	
——某服务公司诉黄×× 承包合同纠纷案	/118