

中国政法名师--李显冬民法讲义（25）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/233/2021_2022__E4_B8_AD_E5_9B_BD_E6_94_BF_E6_c80_233665.htm

第十二章 债的担保与保全 第三节 保证 所谓“保证”，是指债权人以外的第三人以自己的一般财产或信用为债权人的受偿作保障的一种制度。它其实是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务的时候，保证人按约定履行债务或承担责任的法律行为。（

（一）保证合同涉及三方法律关系 1．作为保证合同产生基础的债权人和债务人之间的主合同。 2．主债务人与保证人之间的委托保证合同，它是实践性的、不要式的、内部的合同。 3．保证人与债权人之间订立的保证合同。我国《担保法》明文规定：保证人与债权人应当以书面的形式订立保证合同。（二）保证法律关系的主体 1．保证法律关系的当事人。

担保关系中三方当事人，即债权人、债务人和担保人，但在反担保关系中，一般仅有反担保人即债务人和被担保人即原担保人两方。保证债务履行的第三人叫“保证人”，俗称“保人”。被保证履行的债的债务人是“被保证人”。这里的债权人既是主合同中的债权人，又是保证合同中的债权人。 2．保证合同强调主体的代偿能力。我国《担保法》第7条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”（1）没有代偿能力的民事主体，除法律明文规定不能作担保人的外，所签订的担保合同依然是有效合同。（2）保证合同因其他原因无效，保证人亦不能由于其“无代偿能力”而免于承担过错责任。最高法院司法《解释》第16条规定：“从事经营活动的事业单位、社会

团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签订的保证合同应当认定为有效。”《解释》第14条规定：“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。”故我国法律禁止强令性提供保证，不允许用行政手段非法干预担保法律关系。

3. 保证法律关系主体的人身性特点。主债务人和保证人之间的相互信任的委托关系是保证担保的前提。当然，保证人的经济实力是其建立担保关系的客观基础。

(1) 国家机关不得为保证人。由于国家机关的财产和经费都是国家财政划拨的，故为了保障国家机关和公益单位的财产安全，维护其地位的稳定和工作的稳定，不至于由于其负担额外的债务而影响其自身职能的发挥，除经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的外，国家机关不得为保证人。

(2) 以公益为目的的事业法人亦不得为保证人。学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。其违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据有过错的，依过错各自承担责任的原则处理。所以，在实践中有多大责任就应承担多大责任，但执行的时候，是以国家机关的预算外资金和行政节余为限。

(3) 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。故企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据有过错的，根据其过错各自承担相应的原则来承担民事责任。企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债

务承担保证责任。 企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。 企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。 企业法人有过错的，亦按过错各自承担相应的责任。 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。 债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。 债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照有过错的，依过错各自承担责任的原则处理。 （三）保证法律关系的特点 保证一般均须由保证人与被担保债务的权利人订立保证合同。 1. 保证合同的债权性的特点。 （1）保证合同是从合同。 它的订立以主合同的存在为基础，是从属于主合同的一种从合同。 所以，债权人不能直接处分保证人的财产，只能用债权的方法来保障担保合同的实现。 （2）保证作为债权后位于物权。 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人仅对物的担保以外的债权承担保证责任。 债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。 2. 保证法律关系的补充性的特点。 这是指，只有在主债务人不履行债务的时候，保证人才履行其保证债务。 保证人只有在主合同纠纷经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务后，才承担保证责任。 当然，保证人可约定是负补充责任，还是连带责任。 当事人约定承担连带责任的，债务履行期届满，只要债务人没有履行债务，债权人既可以要求债务人履行债务，亦可以要求保证人在其保证范围内履行债务。 约定不明或没有约定的，按照连带责任保证承担保证责任。 3. 保证法律关系的相对独立性的特点。 保

证合同是区别于主债的一个合同之债。保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权限额内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。（1）保证合同无效、撤销或解除，其效力并不及于主债。债权人免除保证债务，主债务并不因此消灭。董事、经理违反公司法的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。此为缔约过失责任，一般三方当事人均属明知，故承担不超过1/3的责任。（2）主合同有效而担保合同无效。债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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1/2。（3）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1/3。（4）担保人的追偿权。担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。（5）主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担。但是，担保合同另有约定的除外。（一）担保法规定的保证合同应当具备的内容 1．被保证的主债权的种类、数额； 2．债务人履行债务的期限； 3．保证的方式（一般保证须明确约定）； 4．保证担保的范围； 5．保证的期间； 6．双方认为需要约定的其他事项。保证

合同不完全具备前款规定的，可以补正。（二）保证合同的法律特征

1. 保证合同是诺成性合同。
 - （1）保证合同只需保证人与债权人就保证债权的实现和债务履行意思表示一致，保证即告成立，不存在财产交付问题。
 - （2）保证合同须以保证人明确承担保证责任的意思表示为条件。第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。
2. 保证合同是单务合同。保证在本质上只是由保证人代替主债务人履行义务，债权人并不对保证人承担义务，仅保证人负有义务。当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证人依法享有先诉抗辩权，但只要有下列情况之一，即阻却先诉抗辩权的发生：
 - （1）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的。
 - （2）债权人和债务人的纠纷经法院审理或者仲裁机构仲裁后，依法进入执行程序。

- （3）债务人不能清偿债务的，申请破产。
- （4）保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的。

3. 保证是无偿合同。债权人并不因为保证人承担保证义务而给付任何报酬。保证合同一般是由于担保人与被担保人之间有某种人身关系。故保证合同要采取书面形式，亦可在主合同中采取担保条款的形式，写明保证人的担保期限和保证范围，而由保证人签名盖章。不过公民之间的口头保证有两个以上无利害关系人证明的，也视为保证合同成立，除非法律另有规定的除外。

4. 从属性是担保合同的又一法律特征。

- （1）保证的成立和生效，以主债务的成立和生效为前提。
- （2）保证债务的最大范围与主

债务范围相一致。除法律另有规定的，当事人可以在合同中限定保证范围。这种保证即称为“有限保证”。保证合同的内容应明确保证范围和期限。保证的范围就是指保证人对哪些债务承担保证责任。保证范围没有约定或者约定不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。我国担保法规定：保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。在保证期间内，保证人的保证范围，可因主债务的减少而减少；新增加的债务，未经保证人同意担保的，保证人不承担保证责任。保证人承担保证责任的期间为6个月，债权人只能在自主债务履行期届满之日起6个月内，要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间内，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。（3）主债权转移，原则上保证债权亦随同转移。但要在保证期内，并且在原保证范围内。保证合同另有约定的，按照约定。

（一）债权人与保证人之间的效力

1. 履行期限届至，主债务人不履行债务，债权人有请求保证人履行义务或负赔偿责任的权利。
 - （1）保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。
 - （2）债权人对保证人的请求权，要到保证债务的履行期限已过，才能行使。除当事人另有规定外，保证债务的期限与主债务履行期限相同。
2. 保证人享有主债务人对债权人所享有的各种抗辩权。
 - （1）一般保证和连带保证的保证人享有债务人抗辩权。所谓“抗辩权”，是指债权人行使债权时，债务人可以根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。同时，主债务人有撤销

权期间，保证人同样可以拒绝清偿。债务人放弃对债务的抗辩权时，保证人仍然有权抗辩。（2）一般保证的保证人的保证责任的免除条件。一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。3．共同保证的多数保证人之间相互负连带责任。但是保证人与债权人约定按份承担保证责任的除外。（1）两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。（2）同一债务有两个以上的保证人的，保证人应当按照保证合同约定的份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任。债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任；保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人偿付其应当承担的份额。（3）连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。连带共同保证的保证人承担保证责任后，债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。（二）保证人与主债务人之间的效力1．保证人的追偿权。保证人履行债务后，享有追偿的权利，主债务人负有返还代偿的义务。按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责

任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。一般说来，不论主债务人不履行债务是否有过错，均应偿还保证人为清偿债务所付出的必要费用，但对于因保证人自己过错造成的损失，主债务人即无偿还的义务。保证人在履行前后，应及时通知主债务人以使其可以提出应有的抗辩，并避免重复履行，否则保证人要丧失求偿权。人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产分配，预先行使追偿权。

2. 保证人的代位权。保证人应享有代位权，基于清偿责任，债权人的权利当然于其受偿范围内移转于有追偿权的保证人。法院受理债务人的破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产分配，预先行使追偿权。

3. 保证人责任免除的限制性。（1）免除保证责任，须以其他担保为前提。在保证履行保证债务前，如请求免去保证责任，须以不损害债权人的利益为前提，否则其约定对债权人不发生效力。当然，保证合同无效，保证人不承担民事责任。（2）债权人与债务人对主合同内容变动，未经保证人同意加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。（3）债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。

4. 保证责任转移的非自动性。未经保证人书面同意而主债务转

移或变更，保证人的保证即随主债务转移而消灭。这种书面同意包括事先的约定。（1）保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让。保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是，保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。（2）保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。（三）对外担保合同的无效 最高法院司法《解释》第6条规定：有下列情形之一的，对外担保合同无效：1．未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；2．未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；3．为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；4．无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；5．主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。我国《担保法》规定：保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限内，就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。此即所谓“最高额形式保证合同”。最高额形式保证使原来需要多次办理的保证能一次解决，大大简化了保证的程序。最高额保证的当事人未约定保证期限的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直

接下载。详细请访问 www.100test.com