

国家司法考试：民法法条串讲（十三）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/51/2021\\_2022\\_\\_E5\\_9B\\_BD\\_E5\\_AE\\_B6\\_E5\\_8F\\_B8\\_E6\\_c36\\_51499.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E5_9B_BD_E5_AE_B6_E5_8F_B8_E6_c36_51499.htm)

三 担保法【导读】《担保法》及其司法解释，在历年的司法考试中所占的比例相对来说不是很大。2004年考试中，该部分总共占了12分，其中单选4分，多选2分，不定项2分，案例题4分。本部分内容主要是结合民法其他部分的内容综合考查，尤其是在案例题中这种结合考查的情形较多。考生应注意对《担保法》、《民法通则》以及《合同法》规定的融会贯通。另外，《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》)对《担保法》的很多不当内容作出了修正，在复习时，考生应将《担保法》和司法解释结合理解。一般原则是，当《担保法》同《担保法解释》出现矛盾时，应遵循《担保法解释》的相关规定。

第二条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第四条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法担保的规定。

【讲解】1. 反担保是指被担保的债务人向担保债务人履行债务的第三人提供的担保。2. 留置和定金不能作为反担保的内容。3. 反担保只适用于第三人为债务人提供担保的情形，在债务人自行提供担保的时候不会出现反担保问题。4. 反担保的提供人可以是债务人自己，也可以是债务人以外的第三人。5. 反担保与担保的主要区别在于担保的对象不同。反担保的担保对

象是担保人的追偿权，担保的对象是主债权。因此，反担保人和第一个担保中的债权人没有法律关系。反担保人只负责担保担保人和债务人之间基于担保而形成的债权债务关系。主债权的债权人，没有权利要求反担保人承担履行债务的责任。

**第五条** 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、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。

【讲解】 1. 本条第1款规定了担保合同的从属性。担保的从属性又称附随性，是指债的担保在发生和存在上依附于主债权债务关系。担保合同从属性表现在三个方面：第一，其成立时即从属。主合同的有效存在是担保合同的成立的前提。在合同法上，担保债务和被担保的债务是从债务与主债务的关系，只有主债务有效，从债务才有效；第二，存续和消灭上的从属性。债的担保以主债权存在为前提，随主债权的消灭而消灭；第三，处分上的从属性。被担保的主债权与担保债权应作为一个整体的被处分标的而存在，不能拆分转移，也不能将主债权与担保债权拆分作为其他债务的担保。另外，要注意的是，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担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。也就是说，担保的范围及于债务人所应承担的责任。

2. 本条第2款规定了担保合同无效的责任承担。担保合同被确认无效后，担保人不再承担担保合同责任，但这并不意味着担保人不再承担任何责任，如果担保人对担保合同的无效有过错，应承担合同无效的责任。担保合同无效的情形比较复杂，既有因主债权无效而无效的情形，也有只是担保合同无效的情形。关于主

合同仍有效，担保合同无效的情形有4种。（1）因担保主体不适格而无效：如《担保法》第29条对保证合同无效的规定，《担保法解释》第3条的规定等。（2）因担保的标的的资格而无效：如《担保法》第37条对不得抵押的财产的规定；《担保法解释》第4条、第5条的规定。（3）因被担保人或者被担保债务的资格而无效：如《担保法》司法解释第6条（二）、（三）的规定。（4）其他违反国家法律法规或者按规定应经批准而未经批准提供担保的：如《担保法》解释第6条（一）的规定。

担保合同无效后的责任承担问题，按过错原则，分担责任。具体的规定见《担保法》第29条，《担保法解释》第4、7、8、9条的规定。需要强调的是：（1）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二分之一；（2）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。

第六条 本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。【讲解】保证是指人的保证，因此有信用含义在其中。保证合同的当事人是保证人与主债权的债权人，而不是保证人与主债务人，所以保证合同是无偿、单务合同。但保证人与债务人之间是否存在对价或报酬关系，法律并未作出明文的规定，当事人可自行约定。保证的具体含义是：1.是担保债务人履行债务的行为；2.是在在债务人不履行（或无法履行）债务时承担保证责任的行为。

保证责任有两种：代为履行或者承担债不履行的责任，具体承担那种责任，根据合同的约定。第七条 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。第八条 国家机关不得为保证人，但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除外。第九条 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。第十条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。【讲解】第710条是关于保证人条件的限制性的规定。1. 除法律规定禁止作为保证人的以外，所有法人、自然人都可以作为保证人。2. 禁止成为保证人的主要有（相关法条见《担保法解释》第1318条）：无民事行为能力的自然人；国家机关（为政府转贷的情况下例外）；法人分支机构（在有书面授权的情况下可以作保证人），但职能部门不可以；公益事业单位（从事经营活动的事业单位、社会团体可以作保证人）。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](http://www.100test.com)