

09年法律硕士民法预热辅导（第二十讲）法律硕士考试

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/529/2021_2022_09_E5_B9_B4

[_E6_B3_95_E5_BE_c80_529522.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/529/2021_2022_09_E5_B9_B4_E6_B3_95_E5_BE_c80_529522.htm) 第六节 合同的担保 合同的

担保是指对于已经成立的合同关系，为促使债务人履行债务，确保债权人实现其债权的法律制度。合同担保可分为一般担保和特别担保。

一般担保是指以债务人的全部财产作为其履行债务的担保，当其不履行债务时，债权人可申请强制执行债务人的上述财产。

特别担保则是以债务人的某项特定财产或第三人的财产作为债务人履行债务的担保。其方式有五种：抵押、质押、留置、保证和定金。

合同的担保具有从属性、补充性和相对独立性和明确的目的性。合同担保的种类：

约定担保（如保证、定金、抵押、质押）与法定担保（如留置）；人的担保与物的担保（定金可以归入到特殊的物的担保）

保证（重要）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承担责任的担保方式。

特征：首先，保证是由第三人提供的担保方式。其次，保证是保证人以信用作为担保的方式，故保证属于人的担保。

最后，保证具有从属性、补充性、相对独立性和明确的目的性。主合同不成立或者无效，保证合同当然不成立或者无效。

设定条件包括：1. 须保证人符合法定条件。国家机关原则上不得为保证人，除非经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款而进行转贷。

学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体以及企业法人的职能部门也不得担任保证人。

但从事经营活动的事业单位、社会团体可以担任保证人。企业法人的分支机构经法人书面授权可

以提供保证。2. 须保证人与债权人达成合意且意思表示真实。3. 须主合同合法有效。4. 应当以书面形式订立保证合同。保证的方式包括一般保证和连带责任保证，当事人可以约定采用何种保证方式。如果没有约定或者约定不明确的，视为连带责任保证。两者的主要区别在于，一般保证的保证人享有先诉抗辩权。先诉抗辩权是指保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁并对债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，可以拒绝对债权人承担责任的权力。采用何种方式，由当事人在保证合同中约定。没有约定或约定不明的，按连带责任保证承担保证责任。证人在承担保证责任后，有权向主债务人追偿。一般保证承担补充责任，享有先索抗辩权。连带保证承担连带责任。在一般保证时，保证人只有在债务人不能履行债务时才能承担。保证的效力：债权人请求保证人承担保证责任的，应在保证期间行使其权利，否则保证人免除责任。在一般保证时，债权人须在合同约定的保证期间（如未约定，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月）对债务人提起诉讼或仲裁，否则保证人免除保证责任。在连带保证时，债权人须在合同约定的保证期间（合同未约定的，保证期间为债务履行期届满之日起6个月）要求保证人承担保证责任，否则保证人免除责任。定金是指为担保合同的履行，由当事人一方在合同订立时或者订立后至履行前给付给对方的一定数额金钱。定金的特征：属于约定担保方式，当事人可以约定定金数额，但不得超过主合同标的额的20%；定金属于金钱担保，具有多重效力；定金合同是实践合同，从实际交付定金之日起生效；定金具有从属性，主合同不成立或者无效，定金随之不成立或者无效。定金可以分为立约定金

、成约定金、证约定金、解约定金和违约定金。我国现行法承认上述所有种类的定金。我国合同法规定的定金是违约定金。定金的效力：立约定金的效力在于担保主合同的订立；成约定金的效力在于促使主合同成立；解约定金的效力在于为当事人保留单方解除主合同的权利；违约定金通常兼具证约定金的效力。此种定金的效力有三：担保债务履行、可以证明合同成立、预先给付的作用。定金罚则的基本规则是：给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金。“不履行”指的是完全不履行。因迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则，除非法律另有规定或者当事人另有约定。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。违约定金与预付款的主要区别：预付款：是当事人约定的为履行债务一方当事人向另一方当事人事先支付的价款。

- 1、性质不同。违约定金是一种担保方式，预付款是一种支付手段。
- 2、效力不同。违约定金除担保外，还有证明合同成立及预先给付的作用；预付款则无担保之作用。
- 3、功能不同。违约定金有制裁功能；预付款无此功能。（补充：定金是实践性的，预付款是诺成性的。两者的相同之处是：对方按合同履行时，定金可以冲抵货款。）

考试 大100test.com
编辑竭诚为你提供全面的优质考试资料！考试 * 大编辑预祝
大家考试 大100test.com捷！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