



西南政法大学
SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE & LAW
博学笃行 厚德重法

第十七讲：担保法

主讲人：黄 忠 副教授

邮箱： huangzhong1982@126.com



本讲的重点、难点

1

担保的意义与类型

2

担保合同的成立、生效与无效

3

保证制度与定金

4

担保物权（抵押、质押、留置）



一、债权的性质、风险与担保的意义

1. 债权的特征（请求权）及其风险：债权天然有风险。

2. 债权在现代社会中的优越地位

3. 保障债权的“三驾马车”（抵销、诉讼保全）

A 向 B 借钱 50 万。A 有房子一栋，汽车一辆，C 欠 A 30 万

。

（1）违约责任

（2）债的保全

（3）债的担保：通过事前工事进而使债权人获得相较其他债权人“更为有利的地位”。

思考：某一债权人较其他债权人的“更为有利的地位”如何体现？



二、担保的类型

1. 该债权人用以实现其债权的责任财产要多余其他的债权人。
—— 保证制度及其不足
2. 该债权人对债务人或第三人的特定财产较债务人之其他债权人享有优先受偿的权利（支配属性）。
—— 定金（高效率，但数额受限，应用有限）
—— 担保物权（债权的物权化）

实践：

1. 担保物权的运用（农村）和实现（国际）本身是有条件的。



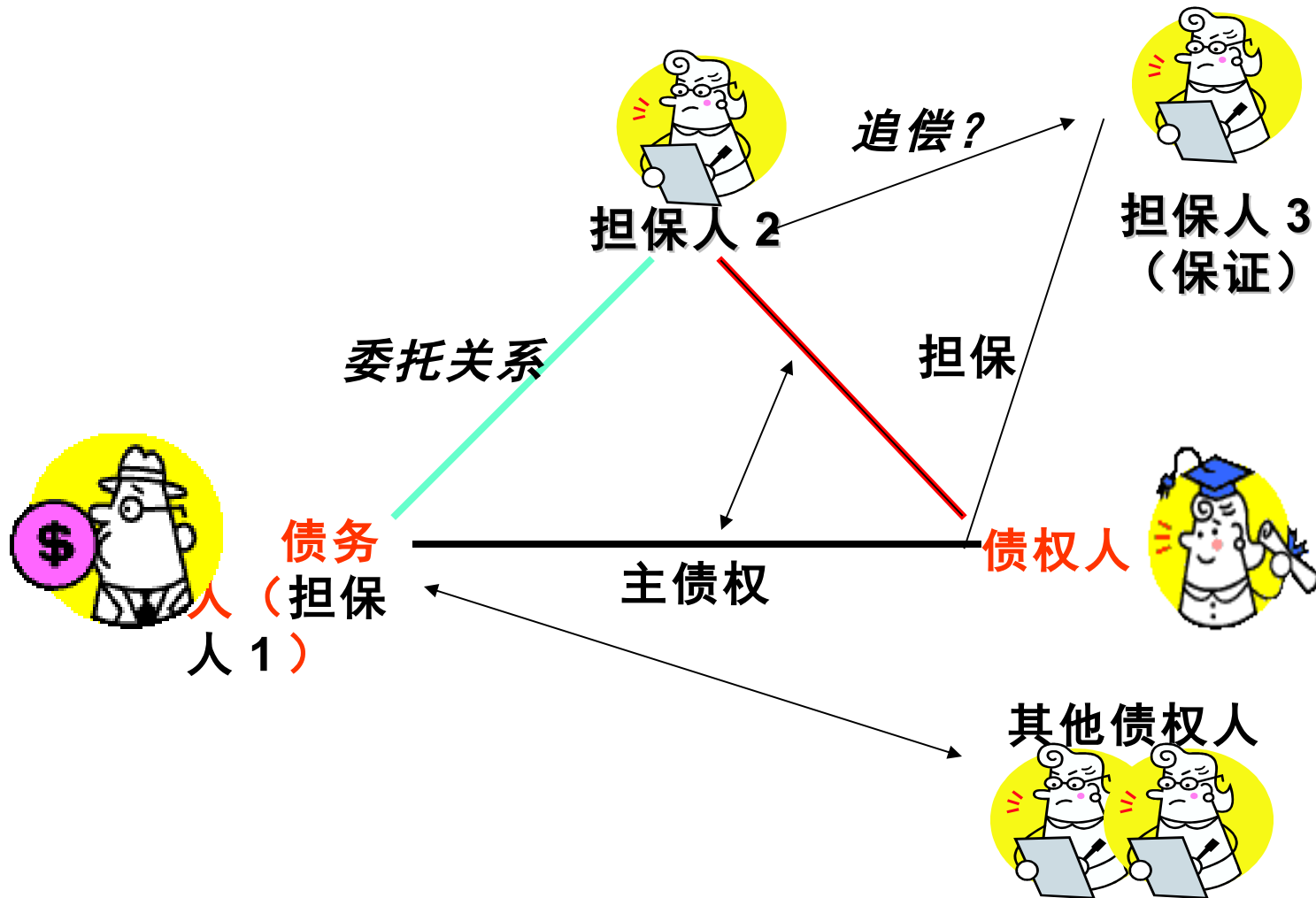
三、混合共同担保

《物权法》第176条：被担保的债权既有物的担保又有人的担保，债务人不履行到期债务，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保，债权人未就该物的担保实现债权的，保证人承担连带责任；提供担保的第三人承担清偿责任，清偿债务后，有权向债务人追偿。

《担保法解释》第38条：同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任（与《物权法》同）。当事人对担保范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额（与《物权法》不同）。

总结：

对外：约定——首先实行债务人—担保物——任意选择第三人—物保人或保证人





课后作业：比较与总结

共同保证（约定——先向债务人，后向其他保证人）

《担保法》第12条；《担保法解释》第19、20、21条。

共同抵押、质押（约定——相互追偿。但债权人不能放弃债务人的物保，否则其他物保人可以在该范围内免责。）

《担保法解释》第75条、第123条；



四、担保的基本分类：约定担保与法定担保

法定担保（留置）与约定担保

1. 两者的设定条件不同：

是基于担保合同，还是基于法律的规定（构成要件）而产生？

2. 两者的功能不同。

3. 在与主债权的从属性上有不同。



案例：何时可以成立留置权？

案例 1：

甲因汽车出现故障送至乙处修理，甲逾期未支付修理费。

案例 2：

自然人 A 借给自然人 B 一万元，后 B 又将其汽车借给 A 使用，当 B 到期未还所欠 A 之借款，A 得否主张留置 B 的汽车？

案例 3：

2010 年，甲公司为乙公司运输一批货物，后未付清运费；2011 年，乙公司又委托甲公司运输另外一批货物，并支付完毕运费，问，甲公司得否留置第二批货物以担保乙公司先前所欠的运费？



五、留置权的成立条件：扣留

1. 债权人必须合法占有债务人的动产。——禁止违法的自力救济

《物权法》第 230 条：债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

思考：不动产是否能适用留置？ 《合同法》第 286 条

2. 债权人留置的动产与债权属于同一法律关系（从牵连到同一）。

《担保法解释》第 109 条：债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

《物权法》第 231 条：债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

* 商事留置

3. 债务履行期限已经届满。

4. 留置不得违反当事人的约定、法律规定（若禁止流通物）或公序良俗（如尸体）。



五、留置权：扣留 + 处置

特征：

留置权是具有两次效力的担保物权：

留置权：扣留（心里压迫） + 处置（变价——优先受偿）



五、留置权的实现程序：如何才能处置？

《物权法》第 236 条、《担保法》第 87 条：

(1) 债权人在留置债务人的动产后，应当立即通知债务人。

(2) 确定履行债务的宽限期。债权人与债务人可以在合同中预先约定留置后履行债务的宽限期，也可以在留置债务人动产后约定履行债务的宽限期，如果没有约定或者约定不明确的，应当给债务人 2 个月以上的宽限期。但鲜活易腐等不易保管的动产除外。

(3) 债务履行的宽限期届满仍不履行债务的，留置权人有权行使留置权。

《物权法》第 237 条：债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。



五、留置权的实现：处置

《担保法》第 87 条：债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

《物权法》第 236 条：留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。



五、担保物权的并存

《物权法》第 239 条：同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

。

留置权：

费用性担保——劳动债权性质

留置权与抵押权的关系



六、约定担保的类型

1. 人的担保：担保合同（要式）

人的担保——保证合同

2. 物的担保：担保物权（物权）

物的担保——担保合同 + 物权公示（例外：动产抵押、动产浮动抵押）

如不动产抵押（抵押合同 + 抵押登记）、动产质押（质押合同 + 交付质物）、权利质押（质押合同 + 质权登记或交付权利凭证）。

3. 金钱担保：定金——定金合同（实践、双向担保机能）

金钱担保是一种特殊的物的担保方式，因为金钱是一种特殊的物，对金钱的占有移转即视为是对金钱所有权的移转，所以在定金给付以后，收受定金一方应当被认为已经取得了定金的所有权。



案例

五一节前，打算拍婚纱照的孙先生看到某婚纱影楼打出的促销广告，感到比较合算，便和未婚妻赵小姐一同前往，并选中了标价 2388 元的套系。两人决定 10 月 2 日拍摄，并按照工作人员要求预交了 300 元，商家在收据上写之为“订金”，孙先生也没在意。

过了两天，听说这事的朋友认为他们选的不划算，就介绍他们到另一家婚纱影楼，经现场考察，其中一款 1998 元的套系和他们预订的那套 2388 元的差不多，只是赠品少了一点。于是他们决定取消原先的预订，可该影楼却拒绝返还订金。

问：影楼应当退还 300 元么？



西南政法大学

SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

博学笃行 厚德重法

七、定金

1. 是否为定金？——名实相符原则
2. 是何种定金？——定金的类型
3. 是否适用定金罚则？
—— 定金合同有效、
又满足定金之适用条件，
且无免责事由。



七、定金的识别：是否为定金——名实相符原则

1. 名义：定金。
2. 实际：定金罚则（定金的双向担保功能）

《担保法解释》第118条：当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

定金罚则是定金制度之核心，是指给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。



七、定金的类型：是何种定金？

1. 立约定金（犹豫定金）：当事人为订立正式合同而设立的定金。

《担保法解释》第115条：当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。

实践：“诚意金”与立约定金

2. 成约定金：以给付定金作为主合同成立的要件。有定金，就有主合同之成立；而无定金之交付，则主合同便不成立。由于成约定金是合同成立的“条件”，而非是债的担保方式，自然成约定金就没有定金罚则的适用空间。

注意：成约定金的上述效力可被实际履行所击破

《担保法解释》第116条：当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。



七、 定金类型：是何种定金？

3. 违约定金，即定金设立目的是为了**保证合同的履行**。

《担保法》第89条：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当**双倍返还定金**。

4. 解约定金，是指合同双方当事人得以承担定金制裁而解除合同。解约定金设立，合同双方当事人享有以丧失定金或者双倍返还定金为条件单方解除合同的**权利**。

《担保法解释》第117条：定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理，适用《中华人民共和国合同法》的规定。



西南政法大学

SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

博学笃行 厚德重法

实务：定金罚则的滥用——“炒定金”

通过和中介经纪人沟通，对明显低于市场价的房源迅速出手，交付定金，然后坐等业主毁约双倍赔付定金。

由于目前定金已经普遍在 5 万以上，甚至达到了 10 万左右。因此当卖方因市场上涨而不愿意低价出售或因为限贷、限购无法购买房屋时，其就不得不向对方支付 10 余万的定金。



七、违约定金罚则的适用条件：是否适用定金罚则

违约定金的适用条件

- (1) 定金合同有效。
- (2) 定金已经实际交付，定金合同已经生效。
- (3) 违约定金的数额不得高于合同标的额 20 %。

《担保法》第 91 条：定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。

《担保法解释》第 121 条：当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。

实践：定金的数额限制与定金担保的有限性。

- (4) 违约行为。

《担保法解释》第 122 条：因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。



七、定金罚则的免责事由（与违约责任之免责事由不同）

《担保法解释》第122条：因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（[2003]7号）第4条：出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

本条解释针对的是立约定金的定金罚则之适用。但需要说明的是，按照本条的规定，立约定金的定金罚则中的免责事由要较违约定金的免责事由更大，后则的免责事由只包括不可抗力和意外事件，而前者的免责事由包括了所有不可归责于当事人双方的事由。



七、定金与违约金的并存

司考：甲与乙订立了一份苹果的购销合同，约定：甲向乙交付 20 万公斤苹果，货款为 40 万元，乙向甲支付定金 4 万元；如任何一方不履行合同应支付违约金 6 万元。甲因将苹果卖与丙而无法向乙交付，乙提出的如下诉讼请求中，既能最大限度保护自己的利益，又能获得法院支持的诉讼请求是什么？

[2000 年单选题]

- A . 请求甲双倍返还定金 8 万元
- B . 请求双倍返还定金 8 万元，同时请求甲支付违约金 6 万元
- C . 请求甲支付违约金 6 万元，同时请求返还支付的定金 4 万元
- D . 请求甲支付违约金 6 万元



七、定金与违约金的并存

《合同法》第116条：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

当事人既约定违约金，又约定（违约——对于定金性质未有明确应当推定为是违约定金）定金的，一方违约时，（如果定金与违约金均系适用于同一个违约行为为前提的——这一点在司法考试中基本上是被默认的），对方可以（必须）选择适用违约金或者定金条款。



总结：定金的法律适用

1. 辨析“定金”的效力：明示为定金，或有定金罚则的意思

2. 确定定金的数额：实践合同、20% 的上限

3. 明确定金的性质：主张定金罚则的条件

定约 / 成约 / 解约 / 违约（证约）

4. 适用定金的罚责

1) 条件：根本违约 * 非根本违约

免责事由（不可抗力 / 意外事件）——商品房买卖中的规定（不可归责与双方）

2) 应用：

（1）双方违约 / 守约：退还

（2）单方违约：单方没收或双倍返还问题

定金返还价款数 = 守约部分 + 违约部分 * 2

（3）仍可主张继续履行

（4）违约金：违约金可依实际损失调整（过分多退 / 少补）与违约定金不可并存——择高而用

（5）可以主张赔偿金么？可以主张，弥补守约方的损失。



八、约定担保与担保合同

1. 人的担保：担保合同（要式）

人的担保——保证合同

2. 物的担保：担保物权

物的担保——担保合同 + 物权公示（例外：动产抵押；动产浮动抵押）

如不动产抵押（抵押合同 + 抵押登记）、动产质押（质押合同 + 交付质物）、权利质押（质押合同 + 质权登记或交付权利凭证）。



八、担保合同的成立与生效

(一) 主体合格

1. 自然人的担保资格：具有完全行为能力

实践：如何寻找可靠的担保人？——担保人的风险。

2. 企业法人的担保资格

(1) 公司的对外担保能力

案例：最高人民法院民事判决书（2000）经终字第186号（中福实业公司担保案）、最高人民法院民事判决书（2006）民二终字第49号（光彩集团担保案）

应用：如何判断公司对外担保的效力？

(2) 非公司的企业法人

(3) 企业法人的分支机构：原则无效，例外有效。

《担保法》第10条：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。

《担保法解释》第17条。

(4) 企业法人的职能部门：无效（《担保法解释》第18条）



公司对外担保

《公司法》第16条：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第122条：上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第149条：董事、高级管理人员不得违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或董事会同意，以公司财产



八、担保合同的成立与生效

(一) 主体合格

3. 国家机关的担保人资格

《担保法》第8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。

4. 事业单位、社会团体的担保人资格

(1) 以公益为目的的事业单位、社会团体，不得为他人充任担保人。

《担保法解释》第53条：如果学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，是以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

(2) 已领取《企业法人营业执照》、《营业执照》或国家政策允许从事经营活动的事业单位法人或其他组织，



七、担保合同的生效

实践：如何审查担保合同的效力？

（一）主体合格

（二）意思表示真实、自愿

（三）内容合法、不损害社会公共利益

注意：

- 1. 对外担保（《担保法解释》第6条）**
- 2. 主合同的效力问题：从属性——**



八、担保合同的从属性及其例外

1. 成立上的从属性。

例外：最高额保证（《担保法》第14条）、最高额抵押（《物权法》第203条）

2. 转移上的从属性：主债权转让，担保同时转让。

《担保法》第22条：保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

《担保法解释》第28条：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。

例外：免责的债务承担。

《担保法》第23条。

《物权法》第175条：第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。



八、担保合同的从属性及其例外

3. 变更上的从属性。

《担保法》第 23 条。

《担保法解释》第 30 条：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。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. 效力上的从属性——无从属性者，即无担保。

《担保法》第 5 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。

《物权法》第 172 条：设担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

例外：独立担保：独立保证（独立保函或见索即付保函）和备用信用证（美国）。

《联合国独立担保和备用信用证公约》（United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit）（2000.1.1 生效）

案例：湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同纠纷（1999）



九、担保合同的无效原因

一、因主合同的无效而无效

1. 主合同无效。

《物权法》第 172 条；《担保法》第 5 条

二、担保合同自身无效

2. 担保人无订立担保合同的权利能力或行为能力。

《担保法解释》第 3 条、第 4 条

3. 担保物属于禁止流通物。

《担保法解释》第 5 条

4. 对外担保的审批。

《担保法解释》第 6 条

5. 其他导致担保合同无效的原因（欺诈、胁迫等）



十、担保合同无效后的法律后果

(一) 担保合同非因主合同无效而无效时:

1. 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。(《担保法解释》第7条)

案例: 甲向乙提供贷款 100 万 (利息 20 万, 甲为此支付交易费用 2 万), 丙提供担保。后甲丙间的担保合同无效, 假设甲对此无效无过错。

则丙 = 100 万 + 20 万 V (100 万 + 20 万 - 乙的清偿) ?

2. 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。(《担保法解释》第7条)

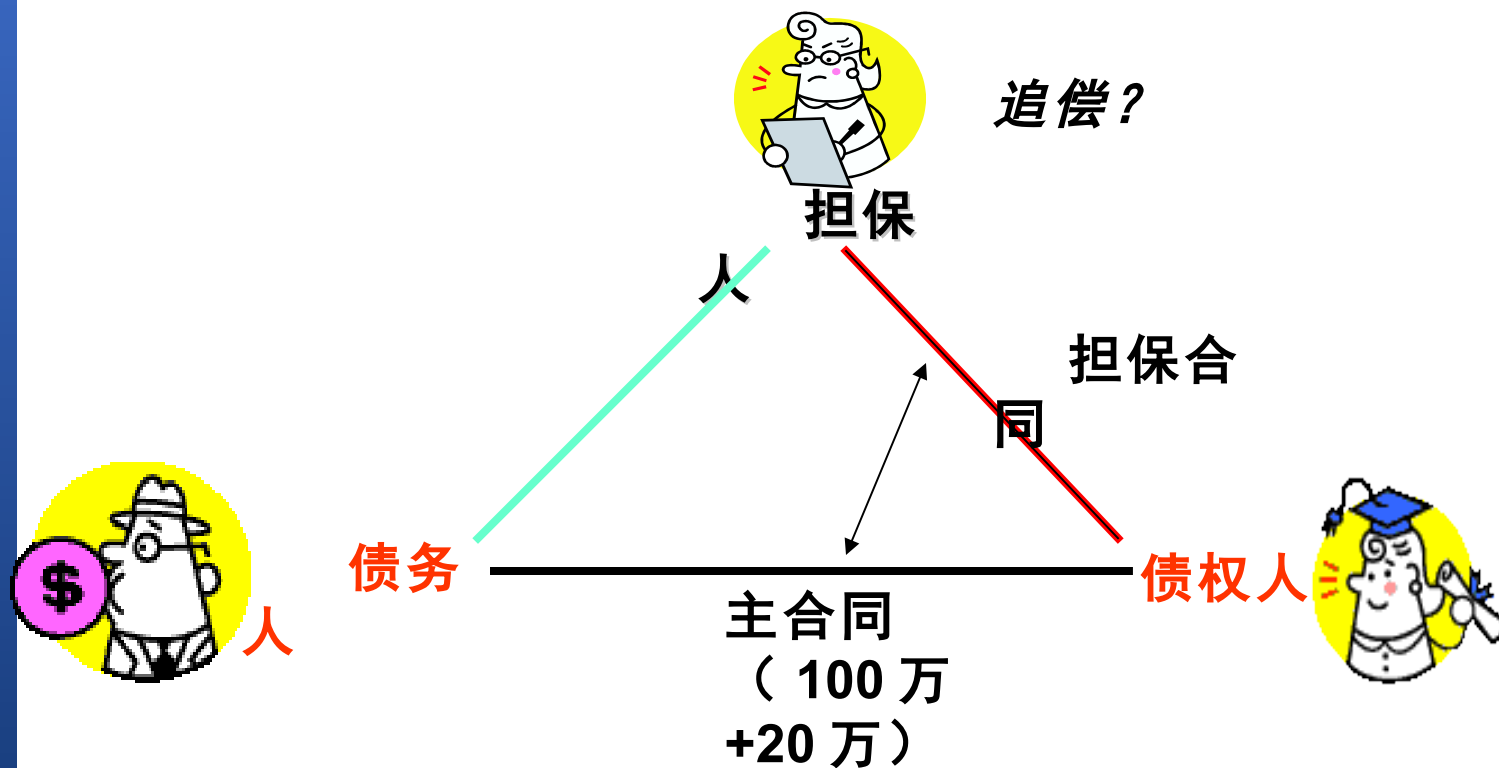
案例: 甲向乙提供贷款 100 万 (利息 20 万, 甲为此支付交易费用 2 万), 丙提供担保。后甲丙间的担保合同无效, 假设甲丙对此无效均有过错 (如担保人的主体不适格)



西南政法大学

SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

博学笃行 厚德重法





十、担保合同无效后的法律后果

(二) 担保合同因主合同无效而无效时:

1. 担保人无过错的, 担保人不承担民事责任。
2. 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。

(1) 责任性质: 特殊的缔约过失责任——侵权责任

(2) 责任构成: 过错责任 (明知主合同无效, 仍作保, 甚至促使主合同成立。)

(3) 责任范围:

案例: 甲向乙提供贷款 100 万 (利息 20 万, 甲为此支付交易费用 2 万), 丙提供担保。后甲乙间的借款合同无效。

则丙 ≤ (100 【返还利益】 + 20 【信赖利益】 - 乙的清偿) ÷ 3



西南政法大学

SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

博学笃行 厚德重法

十、担保合同无效后的法律后果

（三）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。



西南政法大学

SOUTHWEST UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

博学笃行 厚德重法

重点法律

1. 《中华人民共和国担保法》
2. 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（法释〔2000〕44号）
3. 《中华人民共和国物权法》（第四编）



阅读书目

1. 曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，中国法制出版社，2009年。
2. 高圣平：《担保法论》，法律出版社，2009年。
3. 蒋新苗：《留置权制度比较研究》，专利文献出版社，2007年。
4. 徐洁：《担保物权功能论》，法律出版社，2007年。



谢谢大家!

