

第四节 合同的担保和保全

合同的担保★★★★

合同的保全★★

考点 1 合同的担保



合同的担保，是指根据法律规定或者当事人约定的担保措施保证合同义务人履行义务的一项法律制度。

2.法律特征

(1) 具有明确的目的性：

设立担保的目的在于督促合同义务人积极履行义务。

(2) 具有自愿性和平等性：

常见的合同担保是由当事人自愿协商设立的

(3) 具有从属性：

担保合同是从属于被担保的合同的

3.合同担保的形式

担保物权（抵押、质押和留置）都是合同担保的形式，除了这些物权担保之外，合同担保还有其他担保形式（如保证、定金）

【单选题】下列各项中，不是合同担保方式的是（ ）

- A.违约金
- B.定金
- C.留置
- D.抵押

【答案】A

一、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
- ◆ 是合同当事人以外的第三人（保证人）担保合同一方当事人（债务人）履行合同义务的担保方式

保证

保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的行为。

根据我国《民法典》的规定，保证的方式：

一般保证责任

连带责任保证

<p>当事人保证合同中约定，债务人不能履行债务，由保证人承担保证责任的。</p> <p>一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。有下列情形之一的除外</p> <p>(1) 债务人下落不明，且无财产可供执行</p> <p>(2) 人民法院已经受理债务人破产案件</p> <p>(3) 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力;</p> <p>(4) 保证人书面表示放弃前款规定的权利。</p>	<p>当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的。</p> <p>连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。</p> <p>当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。</p>
--	---

保证人

- ★ 保证人必须具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民
- ★ 国家机关和学校、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分支机构、职能部门均不得作为保证人

【单选题】根据《民法典》的规定，即使下列单位具有代为清偿债务能力，但只有（ ）可以作保证人。

A.某公立学校
B.某公立医院
C.某公益社会团体
D.某企业法人

【答案】D

二、定金	
①概念	定金是合同当事人一方为保证合同的履行，在合同订立时或履行前，给付对方一定数额金钱的担保方式。
②作用	定金的担保作用是通过定金罚则体现出来的。 (定金罚则：根据法律的规定，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)
③性质	定金合同是实践合同。定金合同从实际交付定金之日起生效。
④数额	定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%，否则超过部分无效。

定金		
⑤定金罚则和违约金的区别		
	定金	违约金
交付时间	合同履行前交付	只能在有违约行为发生后交付
效力	具有证明合同成立和预先给付的效力	违约金没有此效力
性质	主要起合同担保的作用	承担违约责任的一种形式
⑥《民法典》规定：“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”。可见，违约金与定金的罚则并不能并用，二者只能择其一适用。		

【单选题】根据《民法典》的规定，定金合同从（ ）起生效。

- A.实际交付定金之日
- B.定金合同成立之日
- C.主合同成立之日
- D.主合同生效之日

【答案】A

【解析】定金合同从实际交付定金之日起生效。

【多选题】关于合同定金的说法，正确的有（ ）。

- A.定金具有担保效力
- B.收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金
- C.定金合同从实际交付定金之日起生效
- D.定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 50%
- E.当事人既约定定金又约定违约金的，未违约一方可以同时要求赔偿定金和违约金

【答案】ABC

【解析】定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%，选项 D 说法错误。违约金和定金的罚则不能并用，二者只能选一种，选项 E 说法错误。

【多选题】关于定金的说法，正确的有（ ）。

- A.定金合同是实践合同
- B.定金与违约金无本质不同
- C.定金数额的法律直接规定
- D.定金罚则与违约金可以并用
- E.定金的担保作用是通过定金罚则体现的

【答案】AE

【解析】定金主要起合同担保的作用，违约金承担违约责任的一种形式，两者本质不同，故 B 错；定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%，则超过部分无效，故 C 错；违约金与定金的罚则并不能并用，二者只能择其一适用，故 D 错。

考点 2 合同的保全

合同保全	
1.概念	合同保全，指法律为防止因债务人财产的不当减少致使债权人债权的实现受到危害，而设置的保全债务人责任财产的法律制度，包括债权人代位权制度和债权人撤销权制度。
2.特征	(1) 合同保全是债的对外效力的体现，也是合同相对性原则的例外 (2) 合同保全主要发生在合同有效成立期间 (3) 合同保全的基本方法是代位权和撤销权的行使 合同保全措施根本目的就在于保障合同债权人的权利实现
3.合同保全的基本方法	
(1) 债权人的代位权	
概念	是指当债务人怠于行使其对第三人的权利对债权人造成损害时，债权人为保全其债权，得以自己的名义行使债务人权利的权利

行使条件	①债务人对第三人享有权利 ②须债务人怠于行使权利且可能危及债权人的债权 ③须债权人对债务人的债权已届清偿期而未获得清偿④须债务人对第三人的权利为非专属性权利和可强制执行的权利。
------	--

3.合同保全的基本方法	
(1) 债权人的代位权	
相关规定	①由于代位权涉及第三人，故代位权行使将涉及债权人、债务人和第三人之间的效力。如果债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间的相应的债权债务关系即消灭。 ②债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

3.合同保全的基本方法	
(2) 债权人的撤销权	
概念	因债务人放弃其到期债权、无偿转让其财产，对债权人造成损害的，债权人请求法院撤销债务人该行为的权利
行使条件	①债务人有处分财产的行为：放弃债权，恶意延长到期债权履行期，无偿转让财产，明显不合理低价转让财产或明显不合理高价收购他人财产。 转让价格高于或者低于交易时交易地的指导价或市场价的 30%,视为明显不合理的价格。 ②债务人处分行为已发生法律效力 ③债务人处分财产的行为危害到债权的实现
相关规定	行使撤销权须向法院提起诉讼，债务人承担必要费用。 法院认定撤销权成立的，债务人处分财产的行为自始无效

【单选题】关于债权人的代位权的说法，正确的是（ ）。

- A.债权人必须以债务人的名义行使代位权
- B.债权人代位权必须通过诉讼程序行使
- C.债权人代位权的行使必须取得债务人的同意
- D.代位权行使的费用必须由债权人自己承担

【答案】B

【解析】债权人以自己的名义行使代位权，选项 A 错误。代位权是经人民法院审理后认定的，选项 C 错误。代位权行使的费用由债务人承担，选项 D 错误。

【单选题】下列权利中，属于合同保全制度内容的是（ ）。

- A.不动产抵押权
- B.留置权
- C.债权人的代位权
- D.违约损害赔偿请求权

【答案】C