

第四节 合同的担保和保全

一、合同担保

1. 概念：

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) 合同担保具有明确的目的性；
- (2) 合同担保具有自愿性和平等性；
- (3) 合同担保具有从属性。

3. 形式

保证	概念	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為
	方式	【一般保证】 保证人只对债务人不履行债务承担补充责任的保证 【连带责任保证】 保证人与债务人承担连带责任的保证
定金	概念	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
	特点	定金合同是实践合同，从交付定金之日起生效，定金数额不得超过主合同标的额的20%。定金罚则和违约金不能并用，只能择一

二、合同保全

1. 概念

指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，具体包括债权人代位权制度和债权人撤销权制度。

2. 债权人的代位权

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

成立条件：

- ①须债务人对第三人享有权利；
- ②须债务人怠于行使权利且因此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清偿；
- ④债务人对第三人的权利为非专属性权利和可以强制执行的权利。

3. 债权人的撤销权

指当债务人所为的减少其财产的行为危害债权人的债权实现时，债权人为保全其债权而请求法院撤销债务人该行为的权利。

使用情形：①债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的；

②债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

典型真题

【真题·2022 多选】关于违约金说法，正确的是（ ）。

- A. 约定违约金高于造成损失的，当事人可请求人民法院或仲裁机构予以减少
- B. 违约金条款具有从合同性质
- C. 违约金条款只有违约行为发生后才生效
- D. 如果当事人在合同中未约定违约金，不会产生违约金责任形式
- E. 定金和违约金可以同时存在

答案：ABCD

解析：定金合同是实践合同，从交付定金之日起生效，定金数额不得超过主合同标的额的 20%。定金罚则和违约金不能并用，只能择一。

【真题·2022 多选】关于债权人代位权的说法，正确的有（ ）。

- A. 相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张
- B. 债权人的代位权可以直接向第三人即次债务人主张
- C. 债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担
- D. 债权人代位权的行使范围以债权人的到期债权为限
- E. 债权人是以自己的名义代位行使该项权利

答案：ACDE

解析：债权人享有向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外（因此 B 错误）。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

第五节 合同的转让、变更和解除

一、合同转让

概念	指合同当事人依法将合同的权利义务转让给他人的合法行为	
转让情形	权利转让	债权人转让权利的，应当通知债务人，否则不发生法律效力 不得转让的情形： ①根据债权性质不得转让；②按照当事人约定不得转让；③依法律规定不得转让
	义务转让	指债务人将债务的全部或部分转移给第三人承担的行为
	概括转让	指合同当事人一方将其权利义务一并转让给第三人，第三人概括承受该合同权利义务的行为。可分为意定概括转让和法定概括转让

二、合同变更

概念	指合同成立后当事人双方经过协商达成合意，对已经成立的合同的内容进行的变更
法律要件	①存在合法有效的合同关系； ②合同的变更是合同内容的变更，不包括合同主体的变更； ③合同的变更应依据法律规定或当事人的约定进行

三、合同解除

概念	指在合同成立后，在具备解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示，提前消灭合同效力的法律行为		
类型	协议解除	指经当事人双方意思表示一致而解除合同的行为	
	基于解除权的解除	约定解除	当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同
		法定解除	指在合同成立之后，没有履行或没有履行完毕前，当事人一方根据法律规定的合同解除的条件而解除合同的行为

典型真题

【真题·2018 单选】关于合同转让的说法，正确的是（ ）。

- A. 债权转让应取得债务人的同意才有效
- B. 债权转让和债务转移均应取得合同相对方的同意才有效
- C. 债务转移应取得债权人的同意才有效
- D. 债权转让和债务转移只要通知了合同相对方就发生效力

答案：C

解析：根据规定，债权转让时，应通知债务人；债务转让时，应经债权人同意。选项 A、B、D 错误。

【真题·2022 单选】公司协商一致解除合同（ ）。

- A. 协议解除
- B. 基于解除权的解除
- C. 约定解除
- D. 法定解除

答案：A

解析：除《民法典》第 562 条第 1 款规定：“当事人协商一致，可以解除合同”。合同的协议解除是指经当事人双方意思表示一致而解除合同的行为。解除权是指合同当事人可以依据法律规定或合同约定的条件解除的权利。合同解除权的根据是合同的约定或法律规定，因此基于解除权解除合同包括约定解除和法定解除两种形式。

第六节 违约责任

概念	指合同当事人不履行或不适当履行合同义务所应承担的民事责任	
构成要件	违约行为	合同当事人不履行或不适当履行合同义务的客观事实，分为预期违约和实际违约。预期违约指在合同有效成立后履行期限届满前的违约行为；实际违约指合同履行期限届满后发生的违约行为
	主观过错	债权人就债务人的主观过错不承担举证责任。债务人只有证明自己在主观上没有过错，才可以否定违约责任的构成
承担方式	继续履行	指债权人在债务人违约行为发生后请求人民法院或仲裁机构强制债务人继续按照合同的约定履行债务
	支付违约金	当事人在合同中约定，在一方当事人违约时向另一方支付一定数额的金钱
	违约损害赔偿	指由违约行为造成对方当事人损失所产生的法律责任

免责事由	又称免责条件，是指法律规定或者合同约定的当事人对其不履行或者不适当履行合同义务免除承担违约责任的条件		
	通常情况	不可抗力	指不能预见，不能避免并不能克服的客观情况。属于事件范畴
		受害人的过错	指受害人对违约行为或者违约损害后果的发生或者扩大存在过错。违约责任虽然实行严格责任，但是受害人的过错可以成为违约方全部或者部分免除责任的依据
	免责条款	指合同当事人在合同中约定的免除其在将来可能发生的违约责任的条款	

典型真题

【真题·2020 多选】关于违约金的说法，正确的有（ ）。

- A. 约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加
- B. 违约金条款具有从合同的性质
- C. 如果当事人在合同中没有约定违约金，不会产生违约金的责任形式
- D. 约定的违约金高于造成的损失，当事人不可以要求人民法院或者仲裁机构予以减少
- E. 违约金条款只有在违约行为发生后才能生效

答案：ABCE

解析：约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少，D 项错误。

本章内容总结

