

合同法总论

一、大题记忆

1. 合同法的基本原则

合同法的基本原则，是指合同立法的指导思想以及调整民事主体之间合同关系应遵循的基本方针和准则。基本原则有：合同自由原则、合同严守原则和鼓励交易原则。

(1) 合同自由原则。合同自由原则，是指合同当事人有权对权利、义务关系进行自由协商，不受国家权力和其他主体的非法干预。

(2) 合同严守原则。合同严守原则，是指依法成立的合同在当事人之间具有法律约束力，当事人必须严格遵守，不得擅自变更或者解除合同，也不得随意违约。

(3) 鼓励交易原则。鼓励交易原则，是指合同法以降低当事人的交易成本，减少交易的制度障碍为指导思想，以促进当事人通过合同实现交易目标。

2. 合同的概念和特征

合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同具有以下法律特征：

(1) 合同是一种民事法律行为，以意思表示为要素并按照意思表示的内容发生相应法律后果。

(2) 合同是两方以上当事人意思表示一致的民事法律行为，是平等当事人之间的一种协议。

(3) 合同以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的。

3. 要约的概念及其条件（2008年非法学辨析题）

要约是指当事人一方向对方发出的希望与对方订立合同的意思表示。其条件是：

(1) 要约必须是特定人向相对人发出的意思表示。

(2) 要约必须是缔结合同的目的。

(3) 要约的内容应该是具体确定的。

(4) 要约必须标明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

凯程提醒：要约生效前，要约人可以撤回要约；要约生效后，在符合法定条件的时候，要约人可以撤销要约。

4. 要约和要约邀请的区别

要约邀请是指一方向特定人做出的希望他方与自己发出要约的意思表示。

相同之处：

(1) 由特定人向特定人或者不特定人发出

(2) 均属于意思表示，故应当具备意思表示的成立要件

区别之处：

(1) 目的不同。要约的目的在于获得对方的承诺，以成立合同；而要约邀请的目的在于引出对方的要约。

(2) 条件不同。要约有条件，而要约邀请无需具备前述条件。

(3) 效力不同。要约人须受要约约束；要约邀请本身没有法律效力，故邀请人不受要约邀请的约束。

凯程提醒：寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等均为要约邀请，但是商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

5. 导致要约失效的情况

(1) 要约被拒绝。受要约人拒绝要约的通知到达要约人时，要约失效。

- (2) 要约人依法撤销要约。
- (3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺。
- (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。要约人原先发出的要约此失效，要约人不再受其要约的约束。

6. 承诺的概念及其条件（2008 年非法学辨析题）

承诺是受要约人向要约人做出的同意要约的意思表示。其条件包括：

- (1) 承诺必须是由受要约人本人或者代理人向要约人做出。
- (2) 承诺必须在要约确定的期限内到达要约人。
- (3) 承诺的内容应该与要约的内容一致。
- (4) 承诺原则上应以明示方式作出，特殊情况下依交易习惯或要约的规定也可以行为作出。

凯程提醒：

- (1) 受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。
- (2) 作出非实质性变更的，除要约人以及表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效。

实质性变更：有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更。

(3) 承诺原则上以明示的方式做出，特殊情况下依照交易习惯或者要约的规定也可以行为做出，但是除法律有特别规定或者当事人市具有明确约定外，沉默不能视为承诺的形式。

7. 格式条款概念及特殊规定（2016 年非法学法条分析题）

格式条款，是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时，未与对方协商的条款。我国合同法对于格式条款的特殊规定：

(1) 提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式如采取足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求对该条款予以说明。否则，对方当事人有权申请撤销该格式条款。

(2) 提供格式条款的一方未尽公平拟约或者提示和说明义务，同时又有下列情形之一的，格式条款无效：

- ①格式条款中有合同无效的事由的
- ②提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的
- ③格式条款中的造成对方人身损害的、因故意或者重大过失造成对方财产损害的免责条款无效

(3) 对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上皆是，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

8. 缔约过失责任的情形和构成条件(2007 年非法学法条分析题,2010 年非法学简答题)

缔约过失则是，是指在订立合同过程中，当事人一方因为违反其依据诚实信用原则产生的先合同义务，而致另一方信赖利益损失时所应该承担的损害赔偿赔偿责任。缔约过失责任是一种独立的民事责任。缔约过失责任适用的情况包括：

- (1) 假借订立合同，恶意进行磋商。
- (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。
- (3) 泄露或者不正当的使用在订立合同过程中知悉的对方商业秘密。
- (4) 其他违背诚实信用原则的行为等。

缔约过失责任的构成要件：

- (1) 一方违背依诚实信用原则应该负先合同义务。
- (2) 他方受有信赖利益的损失。
- (3) 一方违反险合同义务与他方所受损失之间有因果关系。
- (4) 违背险合同义务的一方具有过失。

缔约过失责任赔偿范围：是信赖利益的损失，一般包括：缔约费用、准备履行合同所支出的费用、丧失与第三人另订立合同的机会所造成的损失。

9. 无效合同的概念及类型（有变动）

无效合同，是指虽然已经成立，但因违反法律、行政法规的强制性规定或损害社会公共利益而不能发生合同应有效力的合同。其主要类型包括：

- (1) 无民事行为能力人订立的合同；
- (2) 行为人与相对人以虚假的意思表示订立的合同；
- (3) 违反法律、行政法规的强制性规定的合同；
- (4) 违背公序良俗的合同；
- (5) 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的合同。

10. 可撤销合同类型和撤销权的消灭（有变动）

可撤销合同，又称相对无效的合同，是指因意思表示不真实等原因，享有撤销权的当事人有权予以撤销而使其无效的合同。

（1）可撤销的合同的类型主要包括：

- ①因重大误解订立的合同；
- ②第三人欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下订立的合同，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求撤销；
- ③一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同；
- ④一方利用对方处于危困状态，缺乏判断能力等情形，致使订立时显失公平的合同。（趁人之危）

（2）撤销权的消灭

撤销权在本质上是一种形成权，在我国只能以诉讼或仲裁方式行使，撤销权在下列情形下消灭：

- ①重大误解当事人自知道或应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权；
- ②当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；
- ③当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表示放弃撤销权；
- ④当事人自合同订立后五年内没有行使撤销权。

11. 三大抗辩权的相关问题

（一）**同时履行抗辩权**：在未约定先后履行顺序的双务合同中，当事人应当同时履行，一方在对方未为对待给付之前，有权拒绝其履行要求。

1. 构成要件：

- (1) 在同一双务合同中互负对待给付义务。
- (2) 双方债务无先后履行顺序。
- (3) 双方债务均届至。
- (4) 一方可能履行债务而未履行或对方履行债务不合同约定的。

2. 法律效果：一时阻却请求权行使

（二）先履行抗辩权——后履行一方的权利

也称顺序履行抗辩权，是指当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行之前，后履行一方得拒绝其履行请求，先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方得拒绝其相应的履行请求的权利。

1. 构成要件:

- (1) 在同一双务合同而互负债务。
- (2) 双方债务有先后履行顺序。
- (3) 双方债务均届至。
- (4) 先给付一方未履行或者履行不合约定。

2. 法律效果: 一时性阻却请求权行使

(三) 不安抗辩权 (2014 年非法学简答题) ——先履行一方的权利

1. 构成要件:

- (1) 在同一双务合同而互负债务。
- (2) 双方债务有先后履行顺序。
- (3) 先给付一方债务届至。
- (4) 先给付一方发现有令其对待给付不能实现的不安事由。

主要包括: 确切证据证明经营状况严重恶化; 转移财产、抽逃资金以逃避债务的; 丧失商业信誉; 其他有可能丧失履行债务的可能的。

2. 行使方式:

- (1) 先给付一方有确切证据证明对方有不能为对待给付的危险。
- (2) 中止履行, 并及时通知对方。
- (3) 若对方恢复履行能力或提供适当担保的, 应当继续履行。
- (4) 对方未能及时恢复履行能力, 亦未提供担保的, 可以解除合同。

12. 债权人的代位权 (2009 年非法学法条分析题)

债权人的代位权是指债务人怠于行使其对第三人的权利而危害债权实现时, 债权人享有的以自己的名义代位行使债务人权利的权利。其成立的条件包括:

- (1) 债权人对债务人的债权合法且已到期。
- (2) 债权人对第三人享有债权且该债权已到期。
- (3) 债务人怠于行使其到期债权对债权人造成损害。这是指债务人不履行其对债权人的到期债务, 又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权, 致使债权人的到期债权不能实现。
- (4) 债务人对第三人的债权为非专属性权利和可以强制执行的权利。

13. 债权人撤销权的相关问题

债权人撤销权是指债权人享有的依诉讼程序申请法院撤销债务人实施的损害债权行为的权利。

(1) 债权人撤销权的成立要件

债权人撤销权的成立要件因债务人所为的行为系无偿或有偿的不同而有所区别。若为无偿行为, 只需具备客观要件; 若为有偿行为, 则需同时具备客观要件与主观要件。

其中, 客观要件包括:

- ①债务人实施了一定的处分财产的行为, 如放弃债权或者债权担保、无偿转让财产等。
- ②债务人的处分行为已发生法律效力。
- ③债务人的行为已给债权人造成损害。

主观要件要求在债务人实施损害债权人利益的行为时, 受让人知道该情形。

(2) 如何理解撤销权中“明显不合理的低价或高价”

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价 70% 的, 一般可以视为明显不合理的低价; 对转让价格高于当地指导价或者市场交易价 30% 的, 一般可以视为明显不合理的高价。

(3) 债权人撤销权如何行使?

债权人撤销权由债权人以自己的名义在诉讼中行使，其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。法院认定撤销权成立的，债务人处分财产的行为自始无效。债权人应当自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使撤销权。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。该5年是个除斥期间。

14. 保证的特征（2009年非法学简答题）

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担保方式。其特征包括：

- （1）保证是由第三人提供的担保方式。
- （2）保证属于人的担保。
- （3）保证具有从属性、补充性、相对独立性、明确的目的性。

15. 保证设定的条件

- （1）须保证人符合法定的条件。

（国家机关原则上不得为保证人，除非国务院批准为适用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷。

学校、幼儿园、医院等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，但是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的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。

凯程提醒：

（1）一般保证中，未约定保证期间或者约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，保证期间为主债务履行期限届满之日其6个月。若债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效（注意保证合同的诉讼时效不等于保证期间）。

（2）连带责任保证，未约定保证期间或者约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。

（3）保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似的内容时候，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起2年。

（4）保证期间，债权人将债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证范围内对受让人承担保证责任。（此为债权转让），如果是债务转让，则应当取得保证人的书面同意，保证人对于未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人的书面同意。（1）如果债权人与债务人对主合同的数量、价款、币种、利率等内容作了变动的，未经保证人同意的，如果减轻了债务人的债务的，保证人对变更后的合同承担保证责任。（2）如果加重了债务人的债务的，保证人对加重部分不承担保证责任（注意只是对加重部分不承担）。（3）债权人与债务人对主合同履行期限做了变动，未经保证人书面同意的，保证期限为原来合同约定的或者法律规定的期间。

16. 定金的概念和特征

定金是指为担保合同的订立、成立或生效、履行，由当事人一方在合同订立时或者订立后至履行前支付给对方的一定数额的金钱或替代物。它的特征如下：

- （1）定金属于约定担保方式，当事人可以约定定金数额，但不得超过主合同标的额的20%；
- （2）定金属于金钱担保，具有多重效力；

- (3) 定金合同是实践性合同，从实际交付定金之日起生效；
- (4) 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。

17. 预付款与违约金的区别

- (1) 性质不同。违约金是一种担保方式，而预付款是一种支付手段。
- (2) 效力不同。违约金除担保外，还有证明合同成立以及预先给付的作用，而预付款没有担保的作用。
- (3) 功能不同。违约金有制裁的功能，预付款无此功能。

18. 违约金与赔偿损失的关系

违约金与损失赔偿之间的关系是：

- (1) 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。
- (2) 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者仲裁机构予以适当减少。
- (3) 当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为过分高于造成的损失。
- (4) 违约金与继续履行的关系是当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

19. 合同法定解除的条件

法定解除即单方解除，是指解除事由出现时，由享有解除权的一方当事人以单方行为解除合同的方式，在出现一下情况下，一方当事人可以解除合同：

- (1) 因不可抗力致使不能实现合同目的。
- (2) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为明确不履行主要债务的。
- (3) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理的期限内仍未履行的。
- (4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。
- (5) 法律规定的其他情形。

20. 违约责任的概念及特征

违约责任，是指当事人不履行或不适当履行合同义务而应承担的民事责任。违约责任具有以下特征：

- (1) 违约责任属于民事责任。
- (2) 违约责任具有相对性。
- (3) 违约责任是当事人不履行合同债务而产生的责任。
- (4) 违约责任是一种财产性的民事责任。
- (5) 违约责任具有一定的任意性，可由当事人在法定范围内约定。

21. 违约责任的构成要件

- (1) 当事人之间存在有效合同。
- (2) 客观上有违约行为。不履行或不适当履行。
- (3) 不存在免责事由。免责事由又称免责条件，是指当事人即使违约也不承担责任的情况。免责事由既可以约定也可以法定，如不可抗力。

22. 合同中情势变更的概念

合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

二、要点理解

1. 要约的效力

(1) 要约的生效：到达主义，非以知悉为要件。

(2) 要约的失效：承诺期满、要约撤销、要约拒绝、实质变更。

实质性变更：标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、地点方式、违约责任和解决争议的方法。

(3) 要约的效力：受要约人享有承诺权。

2. 要约的撤回与撤销

考点 1：要约的撤回与撤销：关键在到达时间。

(1) 要约的撤回：撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人；在此情形下，被撤回的要约尚未生效。

(2) 要约的撤销：是指在要约发生法律效力后，要约人取消要约从而使要约归于消灭的行为。

不可撤销的要约：①明确期限；②其他形式明确表示不可撤销；③合理理由，已作准备。

3. 承诺变更

(1) 实质性变更：承诺无效，构成新要约。

(2) 非实质性变更：承诺有效，除非要约人及时表示反对或者要约表明不得变更。

4. 承诺迟延

- 可归责于承诺人的迟延
 - (1) 迟发迟到，承诺原则上无效
 - (2) 例外：要约人及时通知该承诺有效的，合同成立
- 不可归责于承诺人的迟延
 - (1) 未迟发而迟到，承诺原则上有效
 - (2) 例外：要约人及时通知承诺逾期而不接受的，视为新要约

5. 承诺的效力

承诺的生效时间：到达；承诺的效力：合同成立

承诺的撤回：在承诺通知到达要约人之前或同时到达要约人

6. 合同成立的时间

(1) 原则：承诺到达，合同成立；

(2) 例外：成约定金（约定）、合同书、确认书。

7. 合同成立的地点

(1) 原则：承诺到达地为合同成立地

(2) 例外：合同书签订地为合同成立地

(3) 约定合同签订地与实际签订地不一致的，以约定的为准 3. 两种特殊的合同

招标：招标公告——投标——定标——订立书面合同

拍卖：拍卖公告——竞价——拍定——订立书面合同

8. 合同生效的评价标准

1、主体——合格——若不合格，则效力待定

2、标的——内容——合法——若违法，则无效

3、意思表示——真实——若不真实，则可撤销

4、形式是否合法

9. 效力待定的法律行为（合同）

限制民事行为能力人订立的合

(纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同)
行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同
无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

无权处分的买卖合同有效：

当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

10. 无效的法律行为

{ 欺诈、胁迫损害国家利益
恶意串通损害第三人的利益
合法形式掩盖非法目的
损害社会公共利益
违反法律、行政法规的强制性规定

11. 履行中的抗辩权

双务合同中的履行抗辩权 { 无先后履行顺序： 双方均有：同时履行抗辩权
有先后履行顺序： { 先履行一方 不安抗辩权
后履行一方 先履行抗辩权

抗辩：一定是同一合同的权利和义务；一定要是对应的义务没有履行！

12. 合同的解除

合同解除 { 协议解除
单方解除 { 约定解除
法定解除 { 不可抗力
履行迟延
预期违约
根本违约

法定解除权的产生：

(一) 不可抗力

1、不可抗力的程度要件的限制【不可抗力、主要义务、履行不能（非不愿实为不能、特定物）】。

2、解除权主体：双方都有解除权。

3、责任：因不可抗力解除合同，不负损害赔偿责任

(二) 迟延履行：催告—合理期限—解除——若不解除，可主张继续履行兼主张违约金。

(三) 预期违约：解除并请求损害赔偿金；亦可直接请求对方承担违约责任（108条）。

(四) 根本违约：违约行为导致不能实现合同目的——可能是迟延、不合格等——解除后可主张损害赔偿（可以是违约，也可以是缔约过失）。

法定解除权的行使：

1、性质：形成权

2、行使：单方通知到达

3、期间：经催告后合理期间内行使

合同解除权的效力：恢复到合同未订立之时

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并**有权要求赔偿损失**。

解除合同，主张信赖利益的损害赔偿——缔约过失责任

解除合同，主张履行利益的损害赔偿——违约责任，赔偿范围与直接主张违约相同。

特别法定解除权（有名合同中对解除权的特别规定的总结）

1. 任意解除权：不需一方的违约事实

（1）基于当事人间的人身信任关系的合同

{ 承揽合同的定作人
货运合同的托运人
委托合同的双方
保管合同中寄存人和没有约定保管期限或者约定不明时的保管人

（2）无期限的合同：不定期租赁合同的双方

2. 违约解除权：一方违约，非违约方有解除权

{ 不安抗辩权人有解除权
分期付款买受人**未付款达总额 1/5 以上时，出卖人有解除权**
借款人违反贷款用途时，贷款人有解除权
承租人擅自转租时，出租人有解除权
租赁物危及安全、健康时，承租人有解除权
承揽人擅自转包时，定作人有解除权

13. 违约责任

（1）归责原则与免责事由

（一）归责原则

1. 原则：无过错原则，即不考虑违约方的过错。

【合同法】第 107 条，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

2. 例外：

因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。

承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任。

在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任。

保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

（二）责任构成

1. 损害赔偿责任：违约行为、损害后果、因果关系三要件

2. 违约金、定金责任：违约行为、特约条款（定金、违约金）二要件

3. 强制履行责任：有违约行为即可

（三）免责事由

1. 不可抗力 2. 免责条款 注意：两种情况不得约定免责

（1）人身伤亡：工伤概不负责。（2）故意、重大过失造成对方财产损失免责的

3. 非违约方过错——过失相抵，减轻责任

4. 第三人过错不免责——先承担违约责任再向第三人追偿

(2) 责任形式

(一) 实际履行（强制履行）

对于非金钱债务，以下三种情况不适用强制履行：

- (1) 法律上或者事实上不能履行
- (2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高
- (3) 债权人在合理期限内未要求履行

(二) 瑕疵履行的补救：

修理、更换、重做、退货、减少价款或报酬等。

(三) 损害赔偿

注意：损害赔偿的限制：

- (1) 完全赔偿：直接损失（支出的合理费用）、间接损失（合同履行后的可得利益）
- (2) 合理预见：客观标准判断，与违约当事人同种职业、类型和身份地位的一般人的

预见。

- (3) 减损规则：没有采取相应措施避免的扩大了损失。

(四) 违约金——约定性和补偿性（迟延履行违约金可理解为有惩罚性）

违约金与损害赔偿金范围应当大致相当——违约金的调整（合同法第 114 条）

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

(五) 定金——限额性（20%）和惩罚性——合同担保的一种

种类：订约定金、成约定金、证约定金、解约定金、违约定金

定金合同：实践合同

定金罚则的适用

- 因意外事件、不可抗力导致主合同不能履行者，可否？NO！
- 因第三人原因导致合同不能履行者，可否？YES！
- 若合同履行了一部分时，可否？**按比例！**

“三金”（损害赔偿金、违约金、定金）的关系

- (1) 定金与违约金不得并用
- (2) 违约金与损害赔偿金不得并用
- (3) 定金与损害赔偿金原则上可以并用，但不得超过合同标的额