

担保法重点难点详解：定金部分 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E6_8B_85_E4_BF_9D_E6_B3_95_E9_c36_482026.htm

一、定金概述 1、概念
早在罗马法，就存在不完全附约和完全附约两种定金种类，相当于今天的解约定金和证约定金。继受罗马法各国普遍规定了定金制度，但立法例又各有不同。我国《担保法》89条规定：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。依此规定，可将定金定义为：为担保债权，依双方当事人约定，一方于合同履行前给付对方一定的金钱。通过定金交付，债务履行与否与该定金之得失挂钩，使当事人心理产生压力，从而积极、适当的履行债务，发挥担保作用。 2、定金属性

(1) 定金为金钱担保。定金是作为担保债权而存在的，其标的乃作为消费物之金钱，具有高度流通性的特征，使得金钱担保不同于人保和物保。定金一旦交付于债权人，按照“占有与所有一致”的货币所有权规则，定金之所有权即转移于债权人，因此定金不同于所有权保留，也不同于将金钱特定封包的金钱质押。交付定金一方只有在收受定金方不履行债务时得以要求双倍返还，这显然又不同于让与担保。问题是定金之标的可否为金钱以外之种类物？我国法没有明文规定，依余之见，定金非担保物权，本质上为契约，故遵循当事人意思自治，倘双方明确约定，不妨承认之，但需以种类物为限。(2) 定金合同具有从属性。凡担保合同，均从属于

主合同，故定金合同成立需以主合同成立为前提，主合同无效，定金合同亦随之无效（当事人另有约定除外）。主合同获得履行，定金也就失去目的。惟于立约定金、成约定金之场合，定金合同得以主合同分离而存在（后述）。（3）定金合同为要式合同和要物合同。首先，定金应当以书面形式约定（担保法90条），以体现其要式性；其次，定金的实际交付为定金合同成立之条件。不过有一点需要注意，担保法90条后半段规定：定金合同从实际交付定金之日起生效。这意味着交付定金是定金合同的生效要件，而不是成立要件，这里显然混淆了合同成立与合同生效。解释119规定，实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。这里可以视为承认了定金合同为实践性合同。所谓交付，既可依现实交付为之，也可依观念交付为之。如果当事人订立定金合同后，拒绝交付定金的，定金合同尚未成立，因此不能视为违约，也不能按照解释第7条处理。至于是否存在合同法上的缔约过失责任，要根据具体情况予以衡量。（4）定金担保为担保双方的债权。其他担保一般仅担保一方当事人的债权，而定金所担保的合同为双务合同，且当事人双方之义务均属定金担保范围，即无论是交付定金方还是接受定金方，其义务履行均与定金得丧挂钩。

二、定金的种类

定金制度，自罗马法以来已存在，但因不同时代、不同国家而种类各异，其性质和效力也不尽一致。从《担保法》89条规定来看，似乎只有违约定金一种。但《担保法解释》增加了若干定金种类，以下分别阐述：（1）立约定金是指保证正式订立主合同的定金。实践中，当事人常常于正式合同之前

签定意向书，而在意向书中常能看到当事人对立约定金之约定。解释115条规定：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。这时，定金合同先于主合同生效。值得注意的是，立约定金成立的特别要件是：当事人对主合同的主要内容已有预设，即对合同的主要条款已经达成潜在的合意，只需将来予以确认，如达成意向书、对需书面订立的合同已经达成口头合意等。这是因为，将来合意达成与否具有不确定性，立约定金非为担保主合同讨价还价之过程行为，乃担保双方根据预设内容正式签约之结果行为。例如双方仅约定立约定金担保将来签定某合同，但该合同之性质、种类、具体条款无从考证，定金合同不能成立，除非依交易习惯可确定之。（2）成约定金是指作为主合同成立要件的定金，因定金的交付，主合同才成立或生效，在这里，定金是作为主合同的特别成立要件存在的，定金合同得脱离于主合同而成立。解释116条前半段承认了这种类型，同时，后半段又规定：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。这完全符合《合同法》36、37条的精神：在法律、行政法规或当事人约定的合同成立条件未具备时，当事人一方已经履行主要义务并由对方接受的合同成立。（3）解约定金是指以定金得丧为代价而保留合同的单方解除权。定金不当然具有保留合同解除权的效力，除非当事人有明确约定。解释117明确承认了此类定金：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。（4）违

约定金 这种定金的作用类似于违约金，并且对违约方具有一定的惩罚性，《担保法》89条规定的定金性质上就属于违约定金。按照通说，违约定金兼有证约定金之功能。（5）证约定金是指以定金作为合同成立的证据，定金此时是作为证明合同成立为目的。我国现行法暂无此类定金的规定，但通说认为，定金的交付一般都标志着合同的存在，所以有证明合同成立的作用。

三、定金与相关概念辨析

1、定金与预付款

定金和预付款有一定相似之处：都可以是一方预先向另一方交付一定的金钱；定金在合同履行后可以抵作价款；当事人也可以约定将预付款的交付作为合同成立或生效的条件等。但二者法律性质和效力却存在很大差别：（1）从效力上说，二者最大的差别是是否适用定金罚则，预付款无此效力。（2）从法律性质上说，定金是作为债务的担保，而预付款则属于债务履行的范畴，其主要功能是提前履行部分债务，使得接受预付款的一方获得期限利益。（3）从法律特征上来说，定金的交付产生一个定金合同，独立于也从属于主合同关系，而预付款的交付属于履行主债务的一部分，不构成一个独立的合同；定金一般是一次性交付，预付款可以分期支付。

2、定金与其他金钱担保

所谓“其他金钱担保”，是指担保法未明文规定的非典型金钱担保方式，解释118条的例举了以下主要形式：留置金、担保金、保证金、订约金、押金等。其与定金差异之核心，为法律效力上，即是否适用定金罚则。而于法律特征上，其差异亦有体现，不过《担保法解释》并没有进一步规定这些非典型担保的法律特征，实践中应根据行业或一般交易习惯来确定，试举数例：（1）定金为担保债务之主给付义务，而押金则通常担保债务之从给

付义务或附随义务。例如，旅店所收住房押金，多为担保住客照顾、保护房内设施之义务（附随义务），若住客未违反该义务，押金或折抵房款或返还之。（2）所谓订金，多用于饭店包间预定，依照行业习惯，订金是作为饭店保留包间的对价，没有订金的，饭店过时不候。订金可以抵作日后饭款，但饭店不能对订金予以扣押，（3）保证金一般用于信用证开证申请的担保，在信用证项下的款项没有得到清偿时，开证行可以就保证金优先受偿，开证申请人支付信用证款项的，保证金冲抵款项。要想在实践中区分这些非典型金钱担保与定金，首先要考察是否有明确的约定，而且不仅考察其名称，更重要的是考察其内容，即所谓“名实并举”。比如约定中虽然没有出现“定金”字样或者以其他字眼代替，但合同内容有符合定金特性的定金罚则，也应当认定为定金合同；又如，即使合同使用了“定金”字眼，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（参见解释118条）。

3、定金与损害赔偿金

所谓损害赔偿金，就是合同一方因承担违约赔偿责任而向另一方支付的损失赔偿金额。定金与损害赔偿金是否可以并用，对于这个问题我国合同法和担保法都没有明文规定，按照《德国民法典》338条的规定，定金原则上应折算为损害赔偿金。但我国大多数观点均认为：定金具有非补偿性的特点，其适用不以实际损害的发生为前提，因而是独立于损害赔偿责任的，所以定金与损害赔偿金可以并用。不过二者并用也需要受到一定的限制，例如有观点认为：定金责任与损害赔偿责任的联系体现在，二者的并用不能超过全部货款的总值（此观点滥觞于各司考辅导班）。该观点实际上仍然是将定金与实际损失挂钩，

因为合同责任的损害赔偿包括了预见性可得利益之损失（参见合同法113条），货款乃可得之收益，因此超出货款即超出实际损失范围，故不足取。笔者认为，定金与损害赔偿金并用应遵循如下规则：（1）若定金收益高于实际损失额，如无特别约定，则直接适用定金，此定金应折算为损害赔偿金。需要注意，如果定金收益过分高于损失，由于定金与惩罚性违约金功能有类似之处，不妨参照《合同法》114条之规定予以调整定金数额，以防止一方利用他方违约行为过分获利。（2）若定金小于实际损失，当事人除收取定金收益外，仍得请求赔偿损失，但二者并用总值之限制也应参照《合同法》114条规定。（3）若当事人明确约定定金为损失之预设，则定金与损害赔偿金不得并用。

4、定金与违约金

首先应明确违约金之性质。理论上，违约金可分为惩罚性与赔偿性两种，前者不以实际损害为要件，属于“私的制裁”，后者的主要功能是实际填补损害。各国立法多承认惩罚性违约金，如《德国民法典》339条规定之“罚付违约金”。我国《合同法》114条第2款规定：约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。解释上，该条款所规定的违约金，实质上系以赔偿为主，惩罚为辅。尽管如此，由于合同法遵循自愿原则（合同法第4条），所以如果当事人明确约定了惩罚性违约金，法律也是承认的。因此，在解释114条违约金的性质，应当以当事人订立违约金条款的主观目的上来判断，属于当事人意思自治的范畴。如果当事人约定了违约金的性质，那么，法官应根据当事人的约定来认定。问题在于当事人

没有约定或者约定不明时，如何认定违约金的性质？此时应参照《合同法》第61条规定，看当事人能否达成违约金性质的补充协议，如果达成补充协议，则根据当事人的补充协议来认定违约金的性质；不能达成补充协议，则采用体系解释的方法来确定当事人之间违约金的性质；也可以根据当事人之间的交易习惯来确定违约金的性质。上述方法用尽仍不能确定违约金性质的，原则上把违约金视为对损害赔偿的预定。在定金与违约金关系问题上，《合同法》116条规定，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。从这条规定的字面意思看，违约金与定金似乎应该是选择适用，即是不可并用的。笔者认为，这一观点未免过于僵化。应该看到，无论是《合同法》还是《担保法》，在其颁布时并未对定金的种类作出明确的区分，如前所述，定金可分为立约定金、成约定金、违约定金、解约定金、证约定金，而《担保法》规定的定金仅仅属于违约定金。由于各种定金的性质和功能均有所不同，固有分开讨论的必要。（1）违约定金 违约定金的作用类似于违约金，而违约金可分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。相应的，违约定金也可分为惩罚性和赔偿性两种。在惩罚性违约定金场合，基于其惩罚性质，应与赔偿性的违约金并行不悖；而在赔偿性定金场合，由于是对损失的预定，则应与赔偿性违约金择一适用，当然，当事人另外约定惩罚性违约金的除外。违约定金性质之判断，正好与违约金相反，非补偿性为原则，补偿性为例外。但即使在赔偿性违约定金的场合，也仍有一个问题需要注意，即二选一适用的前提是违约定金与违约金需指向同一违约行为，否则定金与违约金仍得并用

。例如，违约定金一般在根本违约的时候才产生罚则效力，而违约金可因一般违约（如履行迟延）发生效力，二者指向不同违约行为，并用是顺理成章。（2）解约定金 关于解约定金的功能，其实质是当事人以定金为代价而享有的合同单方解除权。既然当事人双方享有合同解除权，就无违约存在之余地，所以解约定金与违约金互不搭界。（3）立约定金 于此场合，定金的功能是担保主合同的订立，主合同一旦完成订立，立约定金即无存在的必要。此时定金或被返还之，或转化为合同预付款。因此，其与违约金之关系，“实属关公战秦琼，无从比较”。（4）成约定金 与立约定金的情况类似。（5）证约定金 由于法律没有规定，本文不作讨论。

综上所述，《合同法》116条所指之定金，实质为赔偿性违约定金，且选择适用之前提为：定金与违约金指向同一违约行为。另外，定金与违约金并用，要受到民法、合同法基本原则的限制，并用总和过高、有失公平的，法院应酌情予以适当减少。

四、定金的效力

1、概说

从总体上说，定金的效力因主合同订立之时与主合同订立之后而有所区别。于主合同订立之时，定金的主要效力为：证约。我国虽然没有规定证约定金，但通说认为定金一般具有证明主合同成立的效力，因此除非有相反证据，定金合同之存在，就表明主合同之存在。不过证约定金并不影响合同的效力，如果合同存在无效或被撤销的事由，交付定金也不能使合同有效。于主合同订立之后，定金之效力主要有：

- （1）预先给付的效力。主合同履行时，根据明示或默示之约定，定金或转化为预付款，即作为给付之一部分，或返还交付定金一方，但一般不发生利息返还的效力。（参见担保法89条前半段）
- （2）定金罚则

效力。定金作为担保，是以定金罚则作为表现形式的。即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（担保法89条后半段）。（3）主合同因特殊事由（主要是不可归责于双方当事人之原因）而导致履行不能时，不适用定金罚则，除当事人另有约定外，定金应返还之。解释122条明确规定：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。在这种情况下，定金合同之目的已无法实现，受定金方应返还定金。

2、定金罚则的适用

定金罚则效力系定金制度之核心，法律上对此应有规制，《担保法》缺乏规定，《担保法解释》做了较为详细的补充规定：（1）适用罚则的基本条件。按照解释120之精神，除法律另有规定或者当事人另有约定的除外（但书），适用定金罚则的基本条件是当事人出现根本违约，即因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现。其核心是致使合同目的不能实现，所谓合同目的，应理解为合同之直接目的、主要目的，而非间接目的或次要目的，何为直接目的、主要目的，可依具体情况衡量确定。一般违约行为如无碍于合同主要目的的实现，不能适用定金罚则。（2）解释120条之但书规定，系把当事人之特别约定、违约定金以外的定金种类从定金罚则中解放出来。例如，成约定金的特别效力是使主合同成立，主合同一旦成立定金便无后继效力，因此不适用定金罚则；证约定金的特别效力在于证明合同成立，也不具有罚则效力；立约定金和解约定金虽有罚则效力，但其处罚条件有其特殊性，并不以根本违约为必要。因此，解释120条对定金罚则适用条件的规制仅仅针对违约定金而言。（3）主合同部

分得到履行，部分没有履行的情况下，也有可能构成合同目的的落空，因此适用罚则应无疑义。但若全部定金被罚，恐怕也会造成当事人的利益失衡。对此，解释120条后半段规定：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。当然，如果主债务本身为不可分之债，部分履行对债权人无益的，自然不能按照本条规定处理。（4）不适用定金罚则的特殊事由。按照解释122条前半段之规定，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。从理论上说，不可抗力与意外事件并不等同，前者为合同责任的法定免责事由，定金合同应予适用无疑。但不可抗力的范围比较狭窄，一旦有不属于不可抗力范围但又无法归责于双方当事人之客观事件发生，是否适用罚则，需要确定。解释赋予了不可抗力和意外事件同等地位，统一规定不适用定金罚则。当然意外事件的概念在现行法是没有规定的，学理上争论也颇多，这并非本文介绍范围。需要特别留意的一个问题是，因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，应如何处理？首先应该明确，第三人的行为在法律事实的世界里属于行为（与人的意志有关），而意外事件属于事件范畴（与人的意志无关），因此第三人行为不能视为意外事件，解释122条后半段明确规定：适用定金罚则，但受处罚一方可以向第三人追偿。

3、定金效力之限制

基于公平原则和诚信原则，定金收益方不应因定金罚则而获得过高利益，使得双方利益失衡。因此法律有必要对定金效力作一定的限制。（1）最高额的限制。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91条）。超过限额的定金合同并非全部无效

，而是对超过部分，不具有定金罚则的效力（解释121条）。

（2）如果主合同标的不能用金钱计算（如劳务），定金效力限制可参照《合同法》114条处理，或依照民法基本原则予以解决。

（3）定金本身虽然没有超出最高额限制，但与其他制度并用时，其总合也有一定限制，如与损害赔偿并用、与违约金并用，其限制前面已经阐述，恕不赘言。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