

定金与违约金的并用与择一

惩罚性定金与损失填补的协调

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 民法典第五百八十八条规定, 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; 定金不足以弥补损失的, 可以请求赔偿超过定金数额的损失。该条确立了“择一适用”的基本规则, 但在适用中仍有三处空白: 其一, “选择”是实体权利还是诉讼权利, 何时行使、能否变更; 其二, 定金与违约金能否“部分并用”, 即对不同违约形态分别主张; 其三, 定金不足弥补损失时, 超出部分的赔偿与违约金的关系如何。本文主张, 选择权在性质上是形成权, 须以意思表示向对方行使, 在诉讼中则表现为诉讼请求的选择, 原则上于一审辩论终结前确定, 其后不得随意变更; 对同一违约行为, 定金与违约金不得并用, 但对不同的违约行为, 可以分别主张, 此为“部分并用”的正当性所在; 定金不足弥补损失时, 超出部分的赔偿属于违约损害赔偿, 其范围受可预见规则与减损规则的限制, 且不得与违约金重复计算。定金罚则兼具惩罚与补偿双重功能, 其惩罚性以不超过合同标的额百分之二十为限, 超出部分不产生定金效力, 只能作为预付款或者违约定金以外的金钱给付处理。实务中, 应当区分定金与订金、押金、保证金, 把握“实际交付”与“书面约定”两个要件, 并在判项中明确本金的抵扣顺序。

关键词: 定金罚则; 违约金; 择一适用; 部分并用; 损失填补; 可预见规则

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2020)01-0040-13

Concurrent and Alternative Application of Deposit and Liquidated Damages: Reconciling the Penal Character of Earnest Money with Compensation for Loss

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Article 588 of the Civil Code provides that where a contract stipulates both liquidated damages and a deposit, the non-breaching party may choose between them upon breach, and where the deposit is insufficient to cover the loss, may claim compensation for the excess. This rule leaves three gaps: whether the choice is a substantive or procedural right and when it may be exercised or altered; whether partial concurrence is permissible for distinct breaches; and how the excess compensation interacts with liquidated damages. This article argues that the right of choice is a formative right exercised by declaration, manifested in litigation as the selection of claims, fixed in principle before the close of first-instance debate. Deposit and liquidated damages may not be applied concurrently to the same breach, but may be asserted separately for distinct breaches. Compensation for the excess is damages subject to foreseeability and mitigation, and must not duplicate liquidated damages. The deposit rule performs both penal and compensatory functions, with its penal effect capped at twenty per cent of the contract value; any excess does not produce deposit effects. In practice, deposits must be distinguished from earnest money, security money, and margins, with emphasis on written stipulation and actual delivery, and judgments should specify the order of set-off against the principal.

Key words: deposit rule; liquidated damages; alternative application; partial concurrence; compensation for loss; foreseeability

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为民商法学、合同法。

一、问题的提出

在买卖、租赁、建设工程等合同中, 当事人常常同时约定定金与违约金。定金用于担

保合同的订立与履行，违约金用于预定违约的后果。二者并存，本无不可；一旦发生违约，如何适用，便成为难题。

民法典第五百八十八条规定：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。定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

该条确立了两个规则：一是“择一适用”，二是“不足弥补时可另行请求赔偿”。前者解决“不能并用”的问题，后者解决“定金不足”的问题。两条规则相互配合，构成了定金与违约金关系的基本框架。

但框架之下，仍有空白。选择权何时行使？在诉讼中如何体现？一审选定违约金，二审能否改为定金？对持续违约、多次违约，能否分别主张？定金不足以弥补损失时，超出部分的赔偿与违约金是何关系？

实务中的处理并不一致。有的法院允许当事人在二审中变更选择，理由是“选择权是实体权利，不因审级而消灭”；有的法院则不予准许，理由是“一审已确定诉讼请求，二审变更违反程序”。

有的法院对“部分并用”持否定态度，认为只要约定了定金与违约金，就只能择一；有的法院则允许对不同的违约行为分别主张，认为“择一”针对的是同一违约行为。

本文的基本主张是：选择权在性质上是形成权，须以意思表示行使；在诉讼中表现为诉讼请求的选择，原则上应在一审辩论终结前确定；对同一违约行为不得并用，对不同违约行为可以分别主张；定金不足弥补损失时，超出部分属于违约损害赔偿，受可预见规则与减损规则限制；定金的惩罚性以合同标的额的百分之二十为限，超出部分不产生定金效力。

定金与违约金能否同时主张、如何选择更有利，可参见“定金和违约金可以同时主张吗”一文的梳理；本文不重复主张的步骤，只讨论择一与并用的教义边界。

定金制度在我国有悠久的历史。古代契约中的“定金”，多称为“定银”“押契钱”，其功能在于昭示信用、约束反悔。现代法上的定金，虽经罗马法、日耳曼法的演进，其核心功能仍在于“担保”与“警示”。理解这一历史脉络，有助于把握其性质。

我国民法通则第八十九条曾规定定金罚则，担保法第八十九条至第九十一条进一步细化，民法典第五百八十六条至第五百八十八条予以整合。规范的演进，反映了立法者对定金功能认识的深化：从“纯粹的担保”到“担保与责任兼具”。

须强调，定金合同是实践合同。当事人虽已约定定金，但未实际交付的，定金合同不成立。这一规则，源自担保法第九十条，民法典第五百八十六条第二款予以延续。

实践性的意义在于：定金的效力，以“交付”为前提。若当事人仅约定而未交付，则不得适用定金罚则，只能依违约责任的一般规则处理。实务中，不少当事人误以为“签了合同就有定金”，实则不然。

交付的方式，可以是现金，也可以是转账。若以转账方式交付，应当注明用途为“定金”；若未注明，可能被认定为预付款。这一细节，在诉讼中往往成为争点。

交付的时间，亦有意义。若在合同订立前交付，可能构成立约定金；若在合同订立时交付，可能构成成约定金；若在合同订立后交付，通常构成违约定金。时间的差异，影响类型的认定。

二、定金的类型与性质

定金依其功能，可分为五类：立约定金、成约定金、解约定金、违约定金、证约定金。我国民法典规定的定金，以违约定金为原则，其余类型，依当事人的约定确定。

立约定金，是为担保合同的订立而交付的定金。交付定金的一方拒绝订立合同，无权请求返还；收受定金的一方拒绝订立，应当双倍返还。其功能在于“锁定”缔约机会。

成约定金，是作为合同成立要件的定金。定金交付，合同成立；未交付，合同不成立。此种定金，实际上是当事人约定的成立条件，其效力依法律行为附条件的规则处理。

解约定金，是作为解除合同代价的定金。交付定金的一方可以抛弃定金为代价解除合同；收受定金的一方可以双倍返还为代价解除合同。其功能在于赋予当事人“反悔权”。

违约定金，是作为违约责任形式的定金。一方违约，适用定金罚则：交付方违约，无权请求返还；收受方违约，应当双倍返还。其功能在于“惩罚”与“补偿”的双重实现。

证约定金，是作为合同成立证据的定金。其功能仅在证明合同存在，不产生罚则的效力。实务中，单纯的“收据”能否构成证约定金，须结合其他证据判断。

五类定金的区分，意义在于适用不同的规则。立约定金与解约定金，其罚则的触发条件是“拒绝订立”或者“行使解除权”；违约定金，其触发条件是“不履行债务或者履行不符合约定”。混淆类型，将导致规则的误用。

实务中最常见的混淆，是把“解约定金”当作“违约定金”。当事人在合同中约定“交付定金的一方可以放弃定金解除合同”，此为解约定金；若一方援引该条解除合同，另一方不得主张违约，只能没收定金或者双倍返还。

定金性质的认定，应当采“意思表示解释”的方法。合同条款的用语、交易的习惯、当事人的目的，都是解释的依据。若条款含糊，应当认定为违约定金，因为这是法律预设的类型。

定金罚则的适用，不以守约方证明损失为前提。这一点，与违约金的适用不同：违约金虽也不以证明损失为前提，但其数额可以调整；定金罚则的数额，由法律限定，无须调整。

定金罚则的适用，亦不以违约方有过错为前提。只要发生违约，即适用罚则；违约方有无过错，不影响罚则的适用。这一点，与违约责任的一般归责原则一致。

但若违约系因不可抗力所致，则能否适用定金罚则？通说认为，不可抗力可以免除违

约责任，也可免除定金罚则的适用。其依据是民法典第五百九十条关于不可抗力免责的规定。

若违约系因第三人原因所致，则不能免除定金罚则的适用。违约方应当先承担罚则，再向第三人追偿。此即“合同相对性”的体现。

定金罚则的适用，是否须以“合同有效”为前提？答案应当是肯定的。若合同无效，定金条款亦无效，只能依不当得利返还，不能适用罚则。

若合同被撤销，定金如何处理？通说认为，撤销后合同自始无效，定金应当返还；若一方有过错，应当赔偿对方因此受到的损失。此时不适用定金罚则。

若合同被解除，定金如何处理？须区分解除的原因：因违约而解除的，可以适用定金罚则；因不可抗力而解除的，应当返还定金；因协商一致而解除的，依协议的约定处理。

三、定金罚则的双重功能

定金罚则，是指定金交付方违约时无权请求返还，收受方违约时应当双倍返还。其效果，对违约方是“损失”，对守约方是“所得”。

关于其性质，学理上有“惩罚说”“补偿说”“双重说”三种主张。惩罚说强调其制裁功能；补偿说强调其填补损失的功能；双重说则认为二者兼具。

我国民法典采双重说。其依据在于：一方面，第五百八十七条规定的定金罚则，不以实际损失为前提，具有惩罚性；另一方面，第五百八十八条第二款规定定金不足弥补损失时可以另行请求赔偿，说明其具有补偿性。

双重说的实益，在于解释两个现象：其一，即便守约方没有损失，仍可适用定金罚则；其二，若损失超过定金，守约方可以另行请求赔偿，但不得重复计算。

惩罚性的边界，是定金数额的限制。民法典第五百八十六条第二款规定，定金的数额由当事人约定，但是不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。

该限制的规范意旨，在于防止定金成为变相的“高额违约金”，损害债务人的利益。其效果是：超过部分不产生定金效力，但仍可作为预付款或者普通金钱给付处理。

实务中的难点，在于“标的额”的确定。若合同标的额本身有争议，定金的基数如何确定？较为稳妥的做法是：以合同约定的价款为准；若价款约定不明，以市场价格或者评估价格为准。

若合同标的额在履行中发生变更，定金的基数是否随之变更？通说认为，以订立合同时的标的额为基准，因为定金数额在交付时即已确定，事后变更不影响其效力。

须注意，百分之二十的限制是强制性规定，当事人不得以约定排除。若约定的定金超过百分之二十，超过部分无效，但不影响其余部分的效力。此即“部分无效”规则。

“择一”的规范目的，还可以从“禁止重复救济”的角度理解。民事责任以填补损失为原则，若守约方既取得定金又取得违约金，其所得将超过损失，构成不当得利。法律禁

止此种结果，故设“择一”。

但“禁止重复救济”并非绝对。若定金与违约金指向不同的损害，则分别主张并不构成重复。这正是“部分并用”的正当性基础。故“择一”与“并用”并非对立，而是分别适用于不同的情形。

从比较法看，国际商事合同通则第七点四点三条规定，定金与违约金可以并用，但总额不得超过可预见的损失。这一“总额控制”的模式，与我国的“择一”模式不同，但目标一致：防止过度赔偿。

我国采“择一”模式，其优点在于规则简明，便于适用；其缺点在于灵活性不足，难以应对复杂的违约形态。故实务中需要通过“部分并用”的解释，弥补这一不足。

选择权的行使，是否需要“通知”？若在诉讼外行使，须通知对方，否则不发生效力；若在诉讼中行使，以起诉状或者当庭陈述为准，无须另行通知。

选择权的行使，可否附条件？例如，“若法院认定违约金过高，则我选择定金”。此种附条件的选择，性质上是预备性诉讼请求，法院应当允许，但须在裁判中明确条件是否成就。

选择权的行使，可否由法院代为？不可以。选择权是当事人的处分权，法院不得代为行使，也不得依职权确定。若当事人未明确选择，法院应当释明，要求其明确；经释明仍不明确的，可以驳回其请求。

四、择一适用的规范依据

第五百八十八条第一款规定，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。该条的核心，是“选择”，而非“并用”。

立法理由，在于避免守约方获得双重利益。定金罚则的所得与违约金的所得，若同时主张，将使守约方获得超过其损失的赔偿，违背损失填补原则。

从比较法看，德国民法典第三百四十四条、日本民法典第五百五十七条，均采“择一”或者“限制并用”的立场；我国台湾地区民法第二百四十九条，亦规定“定金与违约金不得并请求”。

选择权的性质，学理上有三种主张：一是“请求权竞合说”，认为定金请求权与违约金请求权竞合，择一行使；二是“选择之债说”，认为二者构成选择之债；三是“形成权说”，认为选择权是形成权，行使后即确定法律关系。

本文采形成权说。理由在于：选择权的行使，无须对方同意，仅凭一方的意思表示即可发生效力；其效果，是使另一请求权消灭。这与选择之债的构造不同，后者须有债的多数标的。

选择权的行使方式，可以是诉讼外通知，也可以是诉讼中主张。前者到达对方即生效；后者以起诉状或者当庭陈述为准。

选择权的行使时点，实务中存在争议。较为可取的规则是：一审辩论终结前可以变更，但须说明理由；一审辩论终结后，原则上不得变更，除非有新的违约事实或者计算基础发生重大变化。

限制变更的理由，在于程序的安定与对方的信赖。若允许随时变更，对方将无法有效防御，诉讼也将陷入反复。

选择权可否部分行使？即主张部分定金、部分违约金？通说认为不可，因为选择权的标的是“条款”，而非“金额”；若允许部分行使，等于变相并用。

须强调，选择权的主体是“对方”，即守约方。违约方无权选择，也无权要求守约方选择某一条款。这一点，常被误解。

部分并用的理论基础，是“责任聚合”而非“责任竞合”。责任竞合，指同一行为产生多个请求权，只能择一行使；责任聚合，指不同行为产生不同请求权，可以分别行使。定金与违约金的部分并用，属于后者。

举例言之。出卖人交付的货物存在质量瑕疵，同时又迟延交付。质量瑕疵与迟延交付，是两个独立的违约行为，分别产生质量责任与迟延责任。此时，买受人可以分别主张，不构成重复。

反之，若出卖人交付的货物质量瑕疵，导致买受人无法使用，进而迟延付款。此时，买受人的迟延付款，可能构成“同时履行抗辩”或者“不安抗辩”，不构成违约，故不得主张迟延违约金。

部分并用的界限，还在于“因果关系”。若某一违约行为是另一违约行为的原因，则二者构成“因果链条”，只能就最终损害主张一次，不得分别主张。

实务中，判断是否构成“同一违约行为”，可以采“三要素说”：违约的时间、违约的形态、违约所违反的义务。三者中有一项不同，即可认定为不同的违约行为。

须注意，部分并用不得违反“当事人意思自治”。若合同明确约定“定金与违约金只能择一”，则当事人不得部分并用；若合同未约定，则依上述规则处理。

部分并用的金额，亦受“总额控制”的限制。即便分别主张，其总额也不得明显超过实际损失；若明显超过，法院可以依公平原则调整。

五、部分并用的正当性

“不得并用”针对的是“同一违约行为”。若违约行为不同，例如一方迟延交付，又交付了不符合质量标准的标的物，则守约方可以分别主张定金罚则与违约金。

此即“部分并用”。其正当性在于：不同的违约行为，产生不同的责任；分别主张，不构成双重获利，而是对不同损害的分别填补。

实务中，部分并用的典型情形，包括：迟延履行与质量不符并存；部分履行与拒绝履行并存；主给付义务违反与附随义务违反并存。

部分并用的限制，在于“不得重复计算”。若定金罚则已经填补了某一违约行为造成的损失，则对该行为不得再主张违约金；反之亦然。

判断是否重复，应当以“损失”为基准。若两项责任指向同一损失，则构成重复；若指向不同损失，则不构成。这一判断，须结合合同的内容、违约的形态、损失的性质。

举例言之。合同约定：迟延交付，按日万分之五支付违约金；质量不符，适用定金罚则。若出卖人既迟延又质量不符，买受人可以同时主张迟延违约金与定金罚则，因为二者指向不同的损害。

反之，若合同约定：任何违约，均可主张定金或者违约金。此时，若出卖人迟延交付，买受人只能择一，因为二者指向同一违约行为。

部分并用的举证责任，由主张方承担。其应当证明：存在两个以上的违约行为；各违约行为造成的损失可以区分；主张的金额未超过各该损失。

须注意，部分并用不得规避“择一”的规范目的。若当事人通过拆分违约行为，变相实现并用，法院应当予以调整。此即“实质重于形式”的审查。

补足的性质，学理上有“责任说”与“责任延续说”之争。前者认为补足是独立的损害赔偿赔偿责任；后者认为补足是定金责任的延续。本文采前者，因为补足的构成要件、计算方式、限制规则，均依损害赔偿的一般规则。

补足的举证责任，由守约方承担。其应当证明：损失的存在、损失的数额、损失与违约的因果关系。若不能证明，则只能适用定金罚则，不得另行请求赔偿。

补足的范围，包括实际损失与可得利益。实际损失，指现有财产的减少；可得利益，指本应增加而未增加的财产。二者的计算，均受可预见规则的限制。

可预见规则的适用，须注意三点：预见的主体是违约方；预见的主体是订立合同时；预见的内容是损失的类型，而非具体数额。这三点，是实务中常被忽略的细节。

补足与减损义务的关系，亦须明确。守约方在违约发生后，应当采取适当措施防止损失扩大；未采取的，不得就扩大的损失请求赔偿。此项义务，是不真正义务，违反者承担的是“减损”的后果，而非赔偿责任。

补足与损益相抵的关系，亦须明确。守约方因违约而获得的利益，应当从损失中扣除。例如，因对方违约而节省的费用，应当扣除。此项规则，虽无明文，但为实务所公认。

补足的请求，是否受“定金数额”的限制？例如，损失为一百万元，定金为三十万元，守约方能否请求赔偿一百万元？答案是否定的，其只能请求七十万元，因为三十万元已通过定金罚则获得。

若守约方仅请求补足，而未主张定金罚则，能否支持？通说认为可以，但其请求的数额应当扣除定金的数额，否则将构成重复。

六、定金不足弥补损失的处理

第五百八十八条第二款规定，定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。该款确立了“补足”规则。

补足的性质，是违约损害赔偿，而非定金罚则的延伸。其范围，依第五百八十四条确定，即包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

补足的计算，应当扣除定金的数额。例如，损失为一百万元，定金为三十万元，则守约方可以主张定金三十万元，并另行请求赔偿七十万元。

须注意，定金的数额，是指“实际发生罚则效果”的数额，而非“约定”的数额。若约定定金五十万元，但超过标的额百分之二十，则实际有效的定金为四十万元，补足时应扣除四十万元。

若收受定金的一方违约，其应当双倍返还。此时，“定金的数额”如何计算？通说认为，以“双倍返还额”与“损失”比较，差额部分可以另行请求赔偿。

举例言之。收受定金四十万元的一方违约，应当返还八十万元；若守约方的损失为一百万元，则其可以主张双倍返还八十万元，并另行请求赔偿二十万元。

这一算法，体现了“损失填补”的原则：守约方最终获得的，应当等于其损失，不多也不少。

须强调，补足的请求，不以“定金罚则已实际执行”为前提。守约方可以在同一诉讼中，一并主张定金罚则与补足赔偿；法院应当分别审查，合并判决。

补足的请求，亦受减损规则的限制。若守约方未采取适当措施致使损失扩大，扩大部分的损失，不得请求赔偿。此为民法典第五百九十一条所明定。

违约金调整的标准，是“过分高于造成的损失”。依司法解释，一般以损失的百分之一百三十为限。这一标准，是否适用于定金？前已述及，定金原则上不调整，但在极端情形下可以调整。

若定金与违约金均约定过高，当事人选择其一，法院能否调整？可以。但调整的对象，只能是所选择的条款，不能同时调整两个条款。

若当事人选择定金，而定金未超过百分之二十，法院一般不予调整；但若违约方的损失显著轻微，而定金罚则的适用将导致其承担过重的责任，法院可以依公平原则适当减少。

减少的幅度，应当综合考虑：违约的程度、损失的数额、当事人的过错、交易的惯例。减少后的数额，不得低于实际损失，也不得高于约定数额。

须强调，调整的启动，须由当事人请求。法院不得依职权调整，此与违约金调整的规则一致。当事人未请求的，法院应当按约定判决。

调整的举证责任，由主张调整的一方承担。其应当证明：约定的定金或者违约金过分

高于损失。若不能证明，则不予调整。

七、与违约金调整的关系

违约金过高或者过低，当事人可以请求调整。此为民法典第五百八十五条第二款所规定。定金罚则是否也可以调整？条文未作规定。

学理上有两种主张：一是“不可调整说”，认为定金的数额由当事人约定，且受百分之二十的限制，无须再作调整；二是“可以调整说”，认为定金罚则若显失公平，可以依公平原则调整。

本文倾向于“有限调整说”。即：定金罚则原则上不予调整，但在两种情形下可以调整：一是定金虽然未超过百分之二十，但与实际损失严重不成比例；二是定金的适用将导致一方当事人生活或者经营陷入严重困难。

有限调整说的理由在于：定金罚则具有惩罚性，其数额已经受到法定限制；若再允许随意调整，将损害其担保功能。但在极端情形下，仍需保留公平原则的调节空间。

调整的方式，可以是减少定金的数额，也可以是变更罚则的形态（如由双倍返还改为一倍返还加赔偿）。前者更为常见，后者须谨慎适用。

须注意，定金调整与违约金调整，不得重复进行。若守约方已选择违约金，则只能调整违约金；若选择定金，则只能调整定金。二者不能同时调整，否则将导致重复救济。

实务中，有的法院在判决中同时调整违约金与定金，理由是“二者均过高”。此种做法，混淆了择一规则，应当纠正。

实务中，还有一种金钱给付，即“违约保证金”。其性质，介于定金与违约金之间：若约定“违约则没收”，类似定金；若约定“违约则按比例扣减”，类似违约金。其性质，须依约定的内容判断。

若“违约保证金”未约定罚则，仅约定“合同终止时返还”，则其性质是“担保金”，不适用定金罚则，也不适用违约金规则。其返还，以合同终止且无损害为前提。

若“违约保证金”约定“违约则不予返还”，则其性质接近定金，但因其名称并非“定金”，其效力须依意思表示解释确定。若解释为定金，则适用百分之二十的限制；若解释为违约金，则适用调整规则。

区分的实益，在于法律后果的不同。定金适用罚则与百分之二十限制；违约金适用调整规则；预付款适用返还规则；押金适用担保规则。混淆类型，将导致适用错误。

实务中，法院应当穿透名称，审查实质。若名为“订金”而约定“双倍返还”，则应当认定为定金；若名为“定金”而约定“合同终止时如数返还”，则应当认定为预付款。

穿透审查的依据，是民法典第一百四十二条关于意思表示解释的规定。解释的标准，不是名称，而是当事人的真实意思与交易的习惯。

八、定金与其他金钱给付的区分

实务中，当事人常使用“订金”“押金”“保证金”“诚意金”等表述。这些金钱给付，是否构成定金，须依其性质判断。

“订金”通常被视为预付款，不具有担保功能。交付方违约，收受方应当返还；收受方违约，交付方可以请求返还，但不能主张双倍返还。

“押金”通常被视为担保物之使用或者租赁物的返还，其功能是担保“不损害”“按时返还”，而非担保合同的履行。其返还，以合同终止且无损害为前提。

“保证金”的功能较为多样，可能是履约担保，也可能是投标担保。其性质，须结合合同的约定与交易的习惯判断。

“诚意金”通常出现在缔约阶段，其功能是表达缔约意愿。若未约定罚则，则不构成定金；若约定了罚则，则可以认定为立约定金。

区分的标准，有三项：一是书面约定，即合同是否明确使用“定金”一词；二是实际交付，即金钱是否实际转移；三是罚则约定，即是否约定了“不予返还”或者“双倍返还”。

三项标准中，“书面约定”最为重要。若合同明确使用“定金”并约定罚则，即便当事人事后主张“名为定金实为预付款”，亦难获支持。

“实际交付”亦不可缺。定金合同为实践合同，自实际交付定金时成立。若仅约定而未交付，定金合同不成立，不得适用定金罚则。

实务中，有的当事人以“收据”证明定金交付，但收据上仅写“收到款项”，未写“定金”。此时，能否认定为定金？较为稳妥的做法是：结合合同的其他条款判断；若合同明确约定定金，收据可以作为交付的证据。

诉讼中，还有一种情形：守约方起诉时主张违约金，庭审中改为定金。此时，法院应当准许，但须重新确定举证责任与审查范围。若对方因此需要补充证据，法院应当给予适当的期限。

若守约方在一审中主张定金，二审中改为违约金，法院原则上不予准许，除非其能说明“一审时不知晓”或者“计算基础发生重大变化”等正当理由。

判项的执行，亦须考虑定金的性质。若判项为“双倍返还定金”，执行时应当以定金的实际数额为基数，而非以约定的数额为基数。若约定超过百分之二十，超出部分不计入基数。

若判项为“赔偿损失”，执行时应当扣除已执行的定金部分，避免重复受偿。判项中应当载明这一关系，以免执行争议。

若当事人同时主张定金、违约金、损害赔偿，法院应当明确各项的数额与关系，并在判项中分列。笼统判决“被告赔偿原告若干元”，将导致执行时无法判断各项的性质。

裁判文书的理由部分，应当说明选择权的行使情况、部分并用的依据、补足的计算过

程。说理充分，不仅能减少上诉，也能为同类案件提供参考。

九、诉讼中的判项构造

定金与违约金之诉，判项的构造须精确。若守约方选择定金，判项应当表述为“被告返还原告定金若干元”或者“被告双倍返还原告定金若干元”，而非“被告支付定金罚则若干元”。

若守约方选择违约金，判项应当表述为“被告支付原告违约金若干元”，并载明计算依据与起止时间。

若守约方主张定金并请求补足赔偿，判项应当分列：“被告双倍返还原告定金若干元”“被告赔偿原告损失若干元”，并说明二者的关系。

若守约方主张部分并用，判项应当分列不同的违约行为及其对应的责任，避免笼统表述导致执行困难。

本金的抵扣顺序，亦须明确。若守约方同时主张定金、违约金、损害赔偿、利息，判项应当明确各项的抵扣顺序，通常是：费用、利息、主债务。此为民法典第五百六十一条所定。

须注意，定金的抵扣，不同于一般债务的清偿。定金的性质是担保，其抵扣应当先于主债务，还是后于主债务？通说认为，定金罚则的所得，应当先抵扣损失，剩余部分再抵扣主债务。

执行的便利，也应在裁判时考虑。若判项含糊，执行中将产生争议；若判项明确，执行便可顺畅。裁判的“可执行性”，是司法为民的具体体现。

最后须提醒，判项的说理应当充分。为何选择定金而非违约金，为何支持部分并用，为何补足若干元，均应在理由部分说明。说理充分，当事人才能服判。

从制度史的角度看，定金与违约金的关系，经历了从“并存”到“择一”再到“有限并用”的演变。这一演变，反映了法律对“效率”与“公平”的不断调适：早期强调担保的实效，故允许并存；后来强调损失的填补，故要求择一；晚近强调个案的妥当，故允许有限并用。

我国的规则，处于“择一”与“有限并用”之间。条文采择一，实务允许部分并用；这种“条文保守、实务开放”的格局，既有其合理性，也带来不确定性。未来的立法或者司法解释，或许应当明确部分并用的条件。

在立法未作修改之前，法官的任务是通过解释，使规则适应生活。解释的方法，不是任意扩张，而是回到规范目的：防止重复救济，同时不使守约方受偿不足。把握这一目的，解释便有方向。

对律师而言，这一框架的实益是合同的设计：约定定金时，应当注意数额限制与交付凭证；约定违约金时，应当注意计算标准与调整风险；两者并存时，应当明确适用的顺序

与条件。

对企业而言，这一框架的实益是风险的评估：定金的比例、违约金的水平、违约的形态，都应当在缔约时予以测算。测算清楚，纠纷便少；测算不清，纠纷便多。

最后须指出，任何规则都不能替代当事人的诚信。定金与违约金的功能，是“约束”而非“鼓励违约”。若当事人把违约金视为“解约的对价”，把定金视为“反悔的成本”，则制度的初衷便被扭曲。法律的任务，是引导当事人尊重合同，而非为违约定价。

还有一点值得补充。定金与违约金的选择，往往在诉讼的早期即已确定，而此时的证据尚不充分。若当事人因信息不足而作出错误选择，其后果将由自己承担。为减少此种风险，法院可以在立案或者庭前会议阶段，就两种条款的计算方式进行必要的说明，使当事人在知情的基础上作出选择。

此种说明，不同于“代当事人选择”。前者提供的是计算的方法与可能的后果，后者替代的是决定本身。界限仍然在于：是否影响了当事人的自主判断。说明清楚，选择仍由当事人作出，即无越界之虞。

司法的功能，不仅在于裁判个案，也在于为交易提供预期。当当事人知道“选择定金意味着什么”“选择违约金意味着什么”，其在缔约时便会更为审慎。规则的透明，是最好的风险教育。

由此观之，定金与违约金的关系，最终要回到一个朴素的判断：守约方应当被填补，但不应当被奖励。填补使其回到合同如同履行的状态，奖励则使其获得额外的利益。规则的精细，正在于守住这条线。

守住这条线，需要技术，也需要克制。技术使计算精确，克制使裁量有度。二者兼备，规则才既有力度，也有温度。

十、结语

定金与违约金的关系，可以概括为三句话：同一违约行为，择一适用；不同违约行为，可以分别主张；定金不足弥补损失，可以另行请求赔偿。

本文的三个主张，都围绕“损失”展开。择一解决“不能重复获利”的问题，部分并用解决“不同损害分别填补”的问题，补足解决“定金不足”的问题。三者依次展开，规则便从“技术选择”变为“损失填补的实现方式”。

对当事人而言，这一框架的实益是预期的明确：其可以据此设计担保结构、评估违约成本、选择救济路径。预期明确，交易的成本便降低。

对法官而言，这一框架的实益是裁判的边界：何时应当择一，何时可以并用，何时应当补足。边界的清晰，是裁判统一的前提。

还须看到，定金制度的生命力，在于其简便。相较于违约金的计算、损害赔偿的举证，定金罚则只需证明“交付”与“违约”两个事实，即可发生效果。这种简便，是其在

实务中被广泛采用的原因。

但简便也可能带来粗糙。若当事人不辨性质，随意约定“定金”，则可能在纠纷中陷入被动；若法院不辨性质，一律适用罚则，则可能造成不公。故本文强调类型区分与要件审查，正是为了使简便不至于沦为草率。

最后须指出，定金与违约金的选择，本质上是当事人的商业判断。法律所能做的，是提供清晰的规则，使判断有据可依；而不是代替当事人作出判断。规则的清晰，本身就是对自治的尊重。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第五百八十四条、第五百八十五条、第五百八十六条、第五百八十七条、第五百八十八条、第五百九十一条、第五百六十一条。
- [2] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）第六十五条、第六十六条。
- [3] 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2020〕17号）第十八条。
- [4] 王利明：《合同法研究》（第二卷），中国人民大学出版社2018年版。
- [5] 崔建远：《合同法》，北京大学出版社2021年版。
- [6] 韩世远：《违约金的理论问题》，《法学研究》2019年第4期。
- [7] 姚明斌：《定金罚则的规范构造》，《中外法学》2021年第2期。