

錦 連

法律通訊

2015. 10. 13 总第 15 期



锦连法律通讯

是锦连律师事务所的法律简报，聚焦于对我们的客户有影响的法律动态。

锦连律师事务所

是一家以“高层次、规模化、专业化”为发展目标，以学者型的严谨态度、专家型的服务水平、团队型的服务方式，为客户制定全方位的法律解决方案。

办公场所：

辽宁省大连经济技术开发区
金马路 169 号亿锋现代城 3 号 5F
邮编：116600

电话：0411-87935185

传真：0411-87930420

电邮：jlfirm@126.com

网址：www.lnjllawfirm.com



中國·大連

锦连律师事务所

JIN LIAN LAW FIRM

如何识别定金、订金、押金、保证金及违约金的性质及适用时须注意的问题

编者语：最近一段时间，不少客户在锦连所 QQ 法律顾问平台上咨询诸如定金、订金、保证金等如何理解与适用的问题。为便于大家从法律上对这些问题有充分、系统的了解，本期编者结合我国相关法律规定对涉及的相关概念、性质及相互之间的区别统一进行分析，以期能够对大家解决日常生活中遇到的类似问题有所裨益。

一、定金

定金是指为担保合同债权的实现，双方当事人通过书面约定，由一方当事人向对方预先支付一定数额的金钱作为担保的方式。

定金属于一种法律上的担保方式，目的在于促使债务人履行债务，保障债权人的债权得以实现。双方在签合同时，对定金必需以书面形式进行约定，同时还应约定定金的数额和交付期限。给付定金一方如果不履行债务，无权要求另一方返还定金；接受定金的一方如果不履行债务，需向另一方双倍返还债务。债务人履行债务后，依照约定定金应抵作价款或者收回。

目前我国现行法律中对定金的规定主要有《民法通则》第 89 条、《担保法》第二章、《合同法》第 115 条、116 条、128 及《最高人民法院关于适用《担保法》若干问题的解释》。单从担保的角度看，定金主要有以下法律特征：



1. 定金担保是有惩罚性。《担保法》第 89 条规定“当事人可以约定一方向对方预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债务的，应当双倍返还定金。”其中“无权要求返还定金和双倍返还定金”的规定都是定金担保的惩罚性具体表现。

2. 定金担保的主体具有特定性。债务人只能自己为自己提供债的定金担保。这种担保方式较为便捷，较为有效。

3. 定金担保的标的物具有特定性。即法律规定为金钱的偿付。

4. 定金担保有最高限额。《担保法》第 91 条规定“定金的数额由当事人约

定，但不得超过主合同标的额的 20%”。《担保法解释》第 121 条规定，“当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。”

5. 定金具有双向担保功能。这是定金担保优于其他担保方式的突出特点，尽管只是一方当事人为一定金钱的给付行为，但定金担保可以约束双方当事人，任何一方违约，均可适用我国合同法中有关定金罚则的规定。

6. 定金担保适用范围仅限于合同之债。定金担保不适用于其他债的担保或者作为反担保。多为合同双方当事人无法同时履行而仅能先后分别履行债务的情形，一般给付定金的一方应为依约承担金钱支付义务的一方。

二、订金

订金在日常经济活动中特别是在订立合同时被广泛的采用，严格讲订金只是一个习惯用语，而非法律概念。订金是一方当事人为交易需要而向另一方当事人交纳的金钱，不具有担保的功能，一般情况下，交付的订金视为预付款，在交易成功时，订金充当货款，在交易失败时，订金应全额返还，收受订金的一方即使违约，仍应承担返还订金的义务。其目的不外乎解决收受订金的一方的资金周转短缺，从而增强其履约能力。一般情况下，订金作

为预付款，不具备定金性质，交付订金的一方主张定金权利的，人民法院不予支持。订金与定金的区别主要表现在以下几个方面：

1. 产生的基础法律关系不同：定金合同相对于主合同而言是从合同，除非当事人有特殊约定，主合同无效则定金合同亦无效；而当事人有关订金的约定是主合同的组成部份。

2. 功能不同：订金不具有债的担保功能，其功能在于为一方当事人履行债务提供资金上的一定的支持。订金本身的给付本身属于给付订金一方当事人履行债务的行为。

3. 作用不同：定金一经给付，则发挥制裁违约方和补偿守约方的功能；而订金给付后，如发生一方违约导致解除合同的情形时，收受订金的一方也必须如数退还订金。

4. 适用范围不同：定金担保方式，可以适用于各种合同；而订金只适用于金钱的给付为一方履行债务的合同中，多见于买卖合同、租赁合同、承揽合同等有名合同之中。

三、押金

目前，我国现行法律对于押金尚无明确的法律规定，依据法律没有禁止性规定即为合法的法律原则，应当允许当事人在经济活动中采取约定给付一定数额的押金这种担保方式。其与定金的区别主要表

现在：

1. 定金是法定的担保方式，而押金只是民间交易过程中习惯上采用的方式，我国法律既未明确承认也不禁止押金这种担保方式；

2. 设定人的范围不同：定金的设定仅限于被担保合同的当事人，而押金的给付可以是主合同的债务人，也可以是债务人以外的第三人。

3. 法律对限额规定不同：定金的数额不得超过主合同标的额的百分之二十，而押金的数额可由当事人自由约定，其数额没有限制性规定。

4. 制裁后果不同：定金具有惩罚违约方的功能，而押金仅具有担保合同义务人履行合同的作用，其对违约方的制裁仅以所交的押金为限。

在日常经济活动中可以适用上述规定处理押金问题，但在遇到用人单位要求劳动者提供担保或者以其他名义收取押金或者财物时，根据《劳动合同法》第9条“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物”之规定，法律对此则是明确禁止的，同时《劳动合同法》第84条对违反此规定的用人单位规定了相应的法律责任，即用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关

法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。在劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

四、保证金：

保证金，是指合同当事人一方或双方为保证合同的履行，而留存于对方或提存于第三人的金钱。这个概念用得比较广，如合同保证金，投标时的履约保证金，期货交易中的保证金、甚至刑事案件取保候审中的保证金等等。在经济生活中流行的保证金主要有两种形式：一种是合同当事人为保证其债权的实现而要求另一方提供的保证金。另一种形式的保证金，是双方在合同成立时候，为保证各自义务的履行而向共同认可的第三人（通常为公证机关）提存的保证金。

保证金具有类似定金一样的担保合同实现的作用，但其没有双倍返还的功能；而且当事人可以自行约定定金的作用功能（如：合同订立的保证、合同生效的条件、合同成立的证明、或者合同解除的代价），而这些功能是保证金所不具备的。

保证金留存或提存的时间和数额是有限制的。双方当事人可以自行约定在合同履行前、合同履行过程中皆可；保证金的数额可以相当于债务额，并不像定金那样，其总额不得超过主合同总价款的 20%，而且必须是在合同约定时或者合同签订前给付。

五、违约金

违约金，是指由当事人通过协商预先确定的在违约发生后做出的独立于履行行为以外的给付。违约金的约定虽然由当事人自由约定，但这种自由不是绝对的，而是受限制的。我国《合同法》第 114 条规定，“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”。具体酌情增加或者减少额度问题属于法官的自由裁量权问题，但可参照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 16 条规定执行，即“当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失 30%为



标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额”。

定金与违约金都是当事人一方应向另一方交付的款项，并且都有担保合同履行的作用。但定金与违约金是不同的，其主要区别有以下几项：

1. 根本目的不同：定金是以确保债权的实现为根本目的，因此定金属于担保的一种形式。而违约金根本目的是制裁违约行为，是民事责任的承担方式、是约束双方履行合同的一种赔偿损失。

2. 交付的时间不同：定金是签订合同时或之前预先支付的，作为签订合同或履行合同的担保，具有双倍返还的惩罚性；违约金是双方在合同中预先约定的，违约方应支付的赔偿金，不事先支付。

3. 生效条件不同：定金是由当事人双方在定金合同中约定的，而违约金一般是当事人自己约定的。定金是交付后才生效，也就是说，即使双方合同约定了定金，但是定金实际没有交付，则该定金条款不生效；而违约金是诺成生效的，只要双方签字约定，就具有法律效力。

4. 确定的标准不同：定金的数额不能超过法律规定的数额，即定金最高不能超过合同标的额的 20%，超过部分无效。而违约金因具有预定赔偿金的性质，是

根据违约可能造成的损失额来确定。

5. 作用不同：定金的作用概括有三：一是证明合同成立；二是保证合同履行；三是具有惩罚和预付款的作用。合同履行后，定金应当收回，或者抵作价款。违约金的作用：一是惩罚和保证。只要出现由于当事人过错，不履行或不适当履行合同事实的，不论是否给对方造成损失，都必须给付违约金。二是补偿侵害造成的损失。如受侵害方能举证证明违约行为所造成的损失大于违约金金额时，还有权请求违约方补偿不足部分。违约方支付违约金后，只要对方认为违约方还有继续履行合同的必要并坚持要求违约方继续履行合同的，违约方还有继续履行合同的义务。

综上，在日常经济活动中，如没有特别约定时，订金、押金或者保证金都不是定金，不适用我国《合同法》中有关定金罚责的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 118 条规定：“当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，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”。但要注意，根据合同的约定，有时它们在性质上就是一种定金。并且，定金和违约金是不能够同时并用。我国《合同法》第 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。”鉴于上述有关定金、订金、押金、保证金及违约金理解和认识，建议当事人在经济生活中根据自己的需要，合理的选择使用；但必须明确的是：如果选择定金担保方式，则必须在合同中明确约定定金合同的性质，且其约定必须符合法律关于定金限额的规定，且必须采用书面的形式约定等。定金、订金、押金、保证金、违约金无论是从内容上还是法律后果上都有明显不同，在签订合同时，应对此有充分的理解，并根据自己的实际情况慎重行事。

**锦连法律通讯仅供参考，其不构成一份法律意见或建议。我们努力保证本通讯内容的准确性，但是对基于本通讯任何内容而采取的任何行动所遭受的损失或损害，我们不承担任何责任。我们保留对本通讯的全部权利。*

