

定金功能多样性与定金制度的立法选择

李 贝^{*}

摘要:我国现行法中承认了定金种类的多样性,但在具体规则的制定中却未对这种多样性予以足够的重视,而是以承担担保功能的违约定金为模板,采用了无区别的统一规定模式。然而传统理论关于定金基本属性的描述,均不具有普遍适用性:立约定金和成约定金不具有从属性;成约定金和解约定金的性质也与“定金罚则”相抵触;定金合同的要物性不适用于成约定金,其性质虽可与解约定金相容,但定金的提前交付非但无助于解约功能的实现,还可能造成双方权利义务失衡。由于违约定金的主导性地位,定金所具有的多样性被极大地掩盖。这一现状在我国民法典编纂中应当予以充分重视。对具有担保功能的定金,法律对其适用要件以及法律后果有明确规定之必要;而对不具有担保功能的定金,则应交由当事人自行约定。

关键词:从属性 定金罚则 要物合同 民法典

一、问题的提出

定金在我国法律制度中占据了一个既核心又边缘的位置:一方面定金在社会生活中发挥着极其重要的作用,由其引发的纠纷可谓汗牛充栋;^①另一方面,定金却未能成为学界探讨的焦点,对其研究往往限于概括性介绍。之所以如此,原因大致有二:一是定金制度本身容易给人一种技术性强、学理性弱的感受,因而欠缺学术钻研的必要;二是定金在西方法律体系中日渐式微,在缺乏比较法研究支持的情况下,我国学者也不自觉地对其采取漠视态度。定金在我国所遭受的冷遇令人遗憾。这不仅仅因为我国法院在有关定金的审判实践中暴露出诸多问题,也是因为该项制度作为合同与担保、债权与物权的交叉领域,其本身就具有极高的理论价值。

本文的论述以如下事实作为出发点:我国定金制度的设计存在“种类多元,规则单一”的特点。一方面,虽然学者对“证约定金”是否作为一种独立的定金类型存在争议,^②但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)在违约定金之外,分别对立约定金、^③成约定金、^④解约定金^⑤作出规定,为定金合同的多样性提供了文本基础;但是另一方面,定金合同的规则设计却

^{*} 上海交通大学凯原法学院博士后研究人员

基金项目:国家社会科学基金项目(18ZDA145)

① 截至2019年5月17日,北大法宝数据库中所收录的案例中,含有“定金”关键词的民事案件数量已达486 630件,而在“定金纠纷”一栏下所收案例也已达14 813件。

② 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2011年版,第728~731页;郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社2008年版,第247页。

③ 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。”

④ 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116条规定:“当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的,给付定金的一方未支付定金,但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。”

⑤ 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117条规定:“交付定金后,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。对解除主合同后责任的处理,适用《中华人民共和国合同法》的规定。”

呈现一元化的特点。除了《担保法解释》中对3类定金所作的定义性规定之外,我国法律有关定金的规定,均不对其类型作出特别说明。换言之,定金种类的多样性并未对具体规则的设计产生影响。另外,尽管关于我国定金的法定性质学界存在若干争议,^①但在实体法上,违约定金作为我国定金的法定形态,似乎不存异议。无论是《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)^②还是《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),^③都只对违约定金作出了规定,而《担保法解释》对其他类型的定金作出规定,也恰恰是因为“在司法解释中,涉及到定金的性质,各地人民法院提出了一些共同的问题,主要集中在我国担保法是否承认除违约定金之外的其他性质的定金”。^④《担保法解释》在承认定金多样性的同时,也间接确立了违约定金的优先地位。

由此,我国关于定金制度的规定就呈现出这样一种有趣的反差:定金合同形式上存在多样性,但在具体适用上却基本由同一套规则体系加以调整,而这一套体系本身又是以违约定金作为模板而设计的。然而,规则的设计对功能的实现而言并非是中立的,我国一元立法模式下制定的定金规则,事实上无法适用于所有的定金类型。这一结论,对我国民法典中定金合同制度的设计至关重要。

二、担保属性在不同类型定金中的体现

长期以来,定金均被视为担保方式之一种,其规则见于我国的《担保法》之中即为明证。王利明教授认为:“所谓定金,就是指合同双方当事人约定的,为保证合同的履行,由一方预先向对方给付的一定数量的货币或其他代替物。”^⑤郭明瑞教授给出的定义则涵盖了定金的全部种类:“定金是指为担保合同的订立、成立生效、履行,当事人一方向对方给付的一定金钱或替代物……定金担保可以发生在合同的订立、成立或生效、履行等不同的阶段。但无论何种定金,无论在合同的哪一个阶段产生的定金,其都是合同的一种担保。”^⑥

然而就理论层面而言,将定金作为一种“担保”类型的做法本身便值得商榷。^⑦通说将定金描述为一种金钱担保,而与“人保”“物保”相分离。但是,一方面并非所有定金都是金钱担保,其他的代替物也可成为定金交付的对象;另一方面,并非所有的金钱担保都是定金,我国法律同样承认金钱质权的存在。^⑧然而相较定金的“担保”称谓是否妥帖,本文更关注这一担保属性所产生的两个法律后果:定金作为一种债权担保的从属性,以及实现担保功能的定金罚则。事实上,这两种法律后果均不能无差别地适用于所有的定金类型。

(一) 定金合同的从属性

担保合同的从属性,“是指担保从属于主债,以主债的存在或将来存在为前提,随着主债的消灭而消灭,一般也随着主债的变更而变更”。^⑨这一表述在违约定金的场合自不存疑问。违约定金作为主合同履行

① 参见卓小苏:《对我国担保制度中定金性质之评析》,《法学评论》2000年第5期。

② 《中华人民共和国担保法》第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。”

③ 《中华人民共和国合同法》第115条规定:“当事人可以依照《中华人民共和国担保法》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。”

④ 李国光、奚晓明、金剑锋、曹士兵:《“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”理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第395页。

⑤ 王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2011年版,第624页。

⑥ 郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社2008年版,第245页。

⑦ 参见杜江涌:《定金性质的回归与重塑》,《理论探索》2006年第6期。

⑧ 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85条规定:“债务人或者第三人将金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后,移交债权人占有作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人可以以该金钱优先受偿。”

⑨ 崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期。

行的担保,在后者不生效的场合,定金合同亦不生效;^①主合同无效的,定金担保亦无效;^②在非因当事人违约导致合同解除的场合,定金合同同时消灭;^③在合同债务因履行而消灭的场合,所交付的定金也应当抵作价款或者收回。^④

相反,成约定金作为主合同成立或者生效之要件,其存在并不具备依附于主合同的从属性。主合同一旦成立或者生效,成约定金的功能即告实现,立刻发生抵作价款或者收回的法律效果,^⑤因此其在消灭上亦不具有从属性。

从属性的表述同样很难适用于立约定金的场合,因为立约定金存在的依据正是担保主合同的最终订立。交付定金时主合同尚未成立,恰恰是认定立约定金的重要前提。例如,在“张艳诉刘小毛等房屋买卖合同纠纷再审案”^⑥中,上海市长宁区人民法院认为,“双方当事人有意向书上约定的定金,定金条款形成的时间以及定金交付的时间均在房屋买卖主合同订立之前”,因此“意向书上约定的定金只能担保主合同的订立,而不是担保房屋买卖主合同义务的履行”。又如,在“颜呈灵诉蔡婀娜房屋买卖合同纠纷案”^⑦中,福建省泉州市中级人民法院认为:“双方当事人在2005年9月4日达成房屋买卖意向,但尚未签订正式的房屋买卖合同,上诉人蔡婀娜先行收取被上诉人颜呈灵的定金50000元即属于立约定金性质”。正因为立约定金存在要求主合同尚未成立,故而它经常出现在预约合同中,而于房屋买卖预约合同之中最为常见。^⑧

(二)定金合同与定金罚则

1. 定金罚则担保功能的特殊性

定金罚则被认为是定金实现其担保功能的独特方式。例如,王利明教授指出:“定金之所以能起到担保合同当事人履约的作用,乃是因为定金体现了对违约者的惩罚。没有定金罚则,定金难以发挥担保作用”。^⑨定金也由此区别于其他类型的担保,具有所谓的“双重担保性”:“交付定金的一方拒绝订立合同、不履行债务或解除合同的,丧失定金;而收受定金的一方拒绝订立合同、不履行债务或解除合同的,则应双倍返还定金”。^⑩当然,针对定金的收受方或是交付方,定金所起到的担保功能也有其强弱差异。^⑪这种双向担保性显然是违约定金的应有之义。但其是否能够适用于其他类型的定金?对此问题,实有进一步分析的必要。

2. 立约定金

立约定金中的定金罚则由《担保法解释》第115条所确认:“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。”唯需指出,若主合同不成立是立约定金适用的必要前提,其却并非是充分条件。合同不成立之

① 参见江苏省淮安市涟水县人民法院(2014)涟民初字第2252号民事判决书;四川省绵阳市中级人民法院(2014)绵民终字第66号民事判决书;重庆市北碚区人民法院(2014)碚法民初字第00130号民事判决书;河南省新郑市人民法院(2012)新民初字第1382号民事判决书。

② 参见湖北省黄石市阳新县人民法院(2015)鄂阳新民二初字第00041号民事判决书;河南省新密市人民法院(2015)新密民一初字第79号民事判决书。

③ 参见河南省漯河市召陵区人民法院(2014)召民二初字第32号民事判决书。

④ 参见《中华人民共和国合同法》第89条。

⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第192号民事判决书;上海市闵行区人民法院(2008)闵民三(民)初字第761号民事判决书。

⑥ 参见上海市长宁区人民法院(2012)长民三(民)再重字第2号民事判决书。

⑦ 参见福建省泉州市中级人民法院(2006)泉民终字第861号民事判决书。

⑧ 参见福建省厦门市海沧区人民法院(2013)海民初字第1925号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民二(民)终字第1853号民事判决书;海南省三亚市中级人民法院(2013)三亚民二终字第198号民事判决书;上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第35671号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民二(民)终字第1943号民事判决书。

⑨ 王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2011年版,第739页。

⑩ 郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社2008年版,第249页。

⑪ 参见崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期。

原因须可归咎于一方当事人。根据我国的审判实践,这类事由包括:一方当事人无理由拒绝协商;^①提出明显不合情理的过分要求;^②因为一方的行为导致合同事实上已无法有效成立;^③对预约合同中已经达成合意的部分作出反悔,等等。^④相反,如果最终未能缔约是由于不可抗力,^⑤或者由于双方对于合同的内容无法协商一致而造成的,^⑥则不适用定金罚则。因此与违约定金不同,立约定金的功能存在着双重性:一方面罚则规定的存在对主合同的最终订立起到了担保作用,但另一方面立约定金的约定也标志着合同磋商尚未完成,从而使双方保留了“不缔约”的自由。

3. 成约定金

成约定金是一种非常特殊的定金形式:不管是立约定金、违约定金还是解约定金,根据要物性的规则,定金的交付均是定金合同生效的必要条件,是其产生法律效力的起点;相反,在成约定金的场合,定金的交付直接伴随着其法律功能的实现——合同的成立或生效,是其产生法律效力的终点。成约定金一旦交付即完成使命,自无罚则适用之余地。这一结论得到部分学者的认可,^⑦在审判实践中也有所体现。在“洛阳鼎锐材料科技有限公司诉陕西东新机电制造有限公司买卖合同纠纷案”^⑧中,法院认为:“双方在合同中是将支付定金作为合同生效的条件,其性质属于成约定金,而合同自2013年9月10日起已经生效,故原告要求被告双倍返还定金本院不予支持”;在“张志友等与陈存伍股权转让纠纷上诉案”^⑨中,上海市第一中级人民法院指出:“东汇集团公司和东汇投资公司未能履行股权转让合同,保证目标公司持有系争房屋的所有权,构成违约。但鉴于股权转让合同约定的定金为成约定金,故张志友、张俊秀按定金罚则提出要求双倍返还定金的上诉请求不能得到支持”。

4. 解约定金

解约定金场合是否可以适用定金罚则?从表面上看答案似乎是肯定的,双方当事人均可通过丧失或双倍返还定金的方式解除合同。但是,《担保法解释》第117条用“代价”替代了“担保”,换言之,定金构成了双方约定解除权的“对价”。这也使得“定金罚则”在解约定金的场合呈现出一定的特殊性:对违约定金和立约定金而言,定金罚则是违约方承担民事责任的方式,其适用遵循法律规定的要件,而对解约定金而言,丧失定金或者双倍返还是当事人解除合同的对价,“定金罚则”之适用取决于当事人的合同约定。解约定金并不旨在“惩罚”违约解除的当事人,而是通过有偿的方式赋予这一解约行为以合法的依据,就其性质而言仍是约定解除之一种。^⑩基于此,韩世远教授认为将解约定金在担保法的语境中加以规定,“恰恰反映出解释者未能透彻把握定金的类型与担保的关系,没有从体系上考虑它们是否与债的担保相关”。^⑪解约定金的权利属性在法国法上得到了充分体现,该国民法以其作为定金的法定类型。通过定金的支付,当事人获得了“单方终止合同关系的权利”。^⑫法国德尼·马佐教授在对比定金与违约金的区别时指出,与

① 参见浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭商终字第607号民事判决书;浙江省绍兴市柯桥区人民法院(2003)绍民初字第1872号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民二(民)终字第2579号民事判决书。

② 参见上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民二(民)终字第2148号民事判决书。

③ 例如,出卖方在签订正式买卖合同之前将房屋售予第三方。参见上海市第一中级人民法院(2001)民字第2949号民事裁定书;广东省佛山市中级人民法院(2006)佛中法民五终字第580号民事判决书;浙江省湖州市中级人民法院(2010)浙湖商终字第251号民事判决书。

④ 例如,希望增加已约定的合同价款。参见上海市浦东新区人民法院(2009)浦民一(民)初字第27836号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民四终字第1924号民事判决书。

⑤ 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2010)乌中民二终字第130号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终8427号民事判决书。

⑥ 参见上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第1800号民事判决书(签订正式合同的具体时间);上海市浦东新区人民法院(2010)浦民一(民)初字第2782号民事判决书(房屋的交付时间);广东省河源市中级人民法院(2014)河中法民一终字第340号民事判决书(合同义务履行的先后顺序)。

⑦ 参见郭明瑞、房绍坤、张平华:《担保法》,中国人民大学出版社2008年版,第249页。

⑧ 参见河南省洛阳高新技术产业开发区人民法院(2014)洛开民初字第580号民事判决书。

⑨ 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)终字第224号民事判决书。

⑩ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2013年版,第513页。

⑪ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2013年版,第671页。

⑫ Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-13.433.

违约金不同,“定金和损害赔偿的理念毫不相关。它是当事人反悔权所支付的对价”。^①

由此可见,定金罚则并非所有定金合同的普遍属性,其在成约定金场合无适用之余地,而在解约定金场合,与其说是惩罚合同解除的“罚则”,毋宁说双方行使约定解除权时所承受之“对价”。

三、要物性与不同类型定金的兼容性

要物性或实践性,被认为是定金合同的本质属性。《担保法》第90条规定:“定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。”然而定金的提前交付依据其所适用的定金合同的差别,其所扮演的角色及其功能也不尽相同。

(一)要物性在违约定金、立约定金场合中的积极功能

立约定金与违约定金旨在担保合同的订立与履行,定金罚则之适用体现了对违约方民事责任的追究。在这种情况下,定金的提前交付可发挥两种不同的法律功能。

首先,定金是要物性是对交付定金一方当事人的保护;通过事实交付的“仪式”,当事人能对定金的法律后果有更直观的感受,从而防止其冲动缔约的行为。事实上,通过要物合同实现保护功能,这样的例子并不局限在定金场合。在现代法国法上,这甚至成为要物合同的最主要功能。在细致描述要物合同历史发展的脉络之后,法国学者嘉曼教授指出:“从此以后,对合同当事人的保护将会决定要物合同的认定。如果实物的交付不能实现保护功能,或者这种保护对合同任何一方而言并不必要,那么法律将不会做出要物合同的认定”。^② 这一保护功能同样成为我国支持保留要物合同概念的学者的主要论据。^③

其次,在立约定金与违约定金的场合,提前交付一方面确保当事人作出慎重的意思表示;另一方面,定金一旦交付,它也见证了当事人按约履行、或者订立合同的主观意愿,从而实现了定金的担保功能。这一担保功能还通过定金罚则适用上的严苛性得到实现。(1)就交付定金的一方而言,罚则的适用具有自动性,对方无须通过诉讼便可将定金据为己有;(2)定金的适用不以证明实际损失为必要,^④即使其大大超过实际损失数额,也不存在类似违约金中的酌情减少可能;^⑤(3)在定金数额不足的情况下,债权人还可获得额外的损害赔偿。^⑥ 定金罚则效力的严苛性作为一种潜在的威胁,督促当事人认真履行自己的合同义务。

(二)要物性在解约定金场合的消极作用

在解约定金的场合,尽管要物属性与解约功能并非不能兼容,但提前交付却不再如上述立约定金、违约定金场合,具有参与定金功能实现的积极功能;定金作为获得解除权所支付的对价,其提前交付与否,并不能促进解约功能的实现。相反,定金的提前交付作为一种负担,在某种意义上限制了解除权的自由行使。换言之,在解约定金的场合,定金的存在不再是解除功能实现的手段,而毋宁说是防止解除权滥用的工具。但这一预防功能的实现,事实上是仰赖于定金合同本身的有偿性来得以实现的。至于定金是否提前交付,则在所不问。在法国法上,法律之所以承认解约定金场合“约定反悔权”的合法性,一个重要的理由便是这一反悔权以定金的支付作为其对价。法国学者克莱尔·于曼教授指出:“约定反悔权成立的基础就在于其有偿性,如果没有经济上的代价,这一反悔权便是不能成立的。”^⑦相反,最高法院很快便确认《法

① D. 1996, p.329, note de D. Mazeaud sous l'arrêt Com. 2 avril 1996.

② Ch. Jamin, *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Mélanges J. Béguin*, 2005, n°29, p.409.

③ 参见蒋军洲:《对我国要物合同规定的反思》,《吉首大学学报》2011年第1期;蒋军洲:《论我国要物合同立法的应然选择》,《学术交流》2013年第10期;刘家安:《“要物合同”概念之探究》,《比较法研究》2011年第4期。

④ 参见浙江省杭州市拱墅区人民法院(2010)杭拱商初字第1147号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民三终字第429号民事判决书。

⑤ 参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民二(民)终字第1943号民事判决书;河南省高级人民法院(2002)豫法民二终字第145号民事判决书。

⑥ 参见上海市第一中级人民法院(2005)沪一中民二(民)终字第943号民事判决书;湖北省竹溪县人民法院(2004)溪民初字第23号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2007)穗中法民四终字第24号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民二(民)终字第376号民事判决书;湖南省永州市中级人民法院(2013)永中法民二终字第48号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民四(商)终字第309号民事判决书;浙江省台州市椒江区人民法院(2008)椒民二初字第2107号民事判决书。

⑦ C. Humann, *La spécificité de la clause de dédit*, RDI, 1997, p. 169.

民法典》第1590条任意性条款的属性,当事人可以通过约定来排除解约定金的适用双向性以及要物性。^①由此可见,定金是要物属性对解约功能的实现而言非为必要。非但如此,赋予解约定金以要物性还可能造成双方权利义务的失衡:收受定金的一方当事人是否能享有解除权,完全取决于相对方是否交付定金,这对前者而言,难谓公平。

(三)要物性与成约定金性质的冲突

定金合同的要物性与成约定金的性质存在冲突。交付之前,双方有关立约定金的约定便已经产生其主要的法律效果:主合同的暂不成立或者暂不生效。成约定金非但不具有要物属性,其本身构成了主合同成立的特殊形式要件,从而使后者在一定程度上具有了“要物”属性。例如,在“南京耀华玻璃有限公司与上海北玻镀膜技术工业有限公司承揽合同纠纷案”^②中,双方在合同中约定“上海北玻公司收到耀华公司500万元定金后合同生效”。但是,耀华公司仅仅向北玻公司支付了400万元的定金。后耀华公司要求结束合同关系并索回已支付的400万元现金,北玻公司则以其收取定金未提出异议为由,认为双方已就定金金额作出变更,合同已经生效。江苏省高级人民法院则将主合同视为附生效条件,由于当事人未按约交付金额,导致合同虽成立但并未生效,因此北玻公司继续占有400万元没有合法依据,应予退还。

综上所述,尽管要物性被视作定金合同的普遍属性,但这一说法并不确切:成约定金的性质与合同的要物性之间存在本质的冲突,解约定金在理论上虽然可与要物性兼容,但这一属性非但是不必要的,而且也存在造成双方权利失衡的风险;唯有在违约定金与立约定金的场合,合同的要物性才具有保护当事人表意真实与促进担保功能实现的积极功能。

四、违约定金对定金制度多样性的遮蔽

通过前文的论述可知,无论是定金合同的从属性、定金罚则的适用,还是其要物性,实际上都不具备对一切定金类型均有效的普遍效力。然而目前我国合同法以违约定金作为其法定类型,违约定金的主导地位不仅影响到了其余定金的认定,也掩盖了定金制度所具有的功能多样性。

(一)定金种类认定上违约定金的优先性

审判实践中违约定金占有绝对的优先地位,这种优先性在定金类型的判断上体现最为明显。按照法院审判形成的规则,解约定金、立约定金与成约定金的认定原则上以当事人对定金性质的明确约定为前提,若当事人仅约定定金而未对其性质做特殊说明,将被作为违约定金看待。^③这一立场背后体现了我国法官的价值判断:违约定金作为法定类型,其最能体现定金制度的本质特征。在“上海九韵置业有限公司与康成投资(中国)有限公司房屋租赁合同纠纷上诉案”^④中,上海市高级人民法院指出:“一般而言,如果当事人在合同中没有特别指明定金类型,应当认为当事人约定的定金为违约定金。当然,定金条款属于任意性约定,虽然《担保法》只规定了违约定金,但并不禁止当事人在合同中设立解约定金,不过,解约定金的设立必须在合同中作出明确规定,否则只能对合同设立的定金解释为违约定金,因为从当事人订立合同的目的来看,是希望通过设置定金制度来保障合同的顺利履行,并非通过支付一笔定金获得解除合同的權利”。

然而在很多场合,当事人虽然没有在合同中明确注明定金类型,但通过对定金的具体约定不难判断其真实意图。即便如此,法院却常常以“当事人未明确约定”为由,得出违约定金的认定,从而背离了当事人

① Voir Cass. Civ.1^{re}, 16 juill.1956 : D. 1956.609.

② 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民申1855号民事裁定书。

③ 参见辽宁省大连市中级人民法院(2015)大民三终字第42号民事判决书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2011)浙嘉民终字第227号民事判决书;上海市奉贤区人民法院(2014)奉民三(民)初字第53号民事判决书;浙江省温州市鹿城区人民法院(2015)温鹿民初字第855号民事判决书;江苏省高级人民法院(2015)苏审三商申字第00011号民事裁定书;甘肃省高级人民法院(2012)甘民申字第27号民事裁定书;上海市高级人民法院(2009)沪高民一(民)终字第1号民事判决书。

④ 参见上海市高级人民法院(2009)沪高民一(民)终字第1号民事判决书。

的缔约本意。在“梁曦与王朗买卖合同纠纷案”^①中,双方签订了《车辆订购协议书》,约定交付定金 30 万元,车辆的颜色、车身价、总金额均以购车合同为准。显然,此处的定金应为立约定金,其交付目的乃在于为将来主合同的签订提供担保。然而广东省江门市中级人民法院却将其认定为违约定金,进而认为合同由于欠缺主要要素而不成立,因此根据定金的从属性,定金罚则不得适用。又如“康成投资(中国)有限公司诉上海九韵置业有限公司房屋租赁合同纠纷案”^②中,双方约定:“如原告在签订本合同至开业前改变租赁意向(不包括原告在建筑设计方面的修改),则被告不退还原告支付的定金,如被告在本合同签订后至原告开业前终止本合同的履行,被告应向原告双倍返还定金”,事实上赋予了双方通过丧失或双倍返还定金的方式来解除合同的权力,但上海市第一中级人民法院却认为该定金不能被理解了解约定金,因此认定合同需继续履行。同样的情况也出现在成约定金的场合。在“河南聚能新型建材有限公司与湖北省中耐新材科技有限公司承揽合同纠纷上诉案”^③中,上诉人与被上诉人签订的《设备供货及安装合同》约定“甲方支付 50 万元的定金,合同生效”。湖北省随州市中级人民法院则认为,“双方签订的合同中对于定金的约定既有成约定金的性质,也有违约定金的性质”,现在上诉人在合同履行期限内不能履行合同义务,因此有定金罚则之适用余地。

(二)定金效力确定上违约逻辑的干扰性

在另一些场合,法院虽然承认了违约定金之外的其他定金类型,但在具体规则的适用上,却又不时体现出违约定金的逻辑。例如,在“王小宁与江苏华欣装饰集团有限公司买卖合同纠纷上诉案”^④中,江苏省南通市中级人民法院认为:“虽然合同中约定支付定金后合同方可生效,仅仅表明给付定金是合同生效的条件,而双方约定定金的目的仍然是为了保障合同的履行”,因此在一方根本违约的场合下,依旧需要适用定金罚则。而在“京蓝污水处理设备有限公司与通恒环保科技有限公司买卖合同纠纷上诉案”^⑤中,法院直接对成约定金适用了《担保法解释》第 120 条第 2 款针对违约定金的规定。^⑥

违约逻辑的泛化在解约定金适用后果的确定上得到了最为典型的反映。《合同法》第 116 条对定金与违约金的并用问题给出了否定的答案,^⑦但由于该条的规定系针对违约定金而言,关于解约定金与违约金的适用问题,学界存在一定争议。韩世远教授认为解约定金的约定排除违约金的适用:“由于基于解约定金的合同解除,并非因违约的合同解除,所以,在理论上讲,在可适用定金罚则的场合,并不存在违约,不产生违约金请求权,也就不存在解约定金与违约金并用的问题。”^⑧姚明斌则认为:“由于解约定金约定的解除权亦可为违约方所用,其以承担适用定金罚则之不利后果为代价摆脱合同关系,仍应承担违约引起的赔偿性违约金,否则解约定金将会异化为违约方逃脱违约金责任的‘暗门’。”^⑨在司法实践中,后一种观点明显占据了上风。无论是《北京市高级人民法院审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》[京高法发(2009)43 号]第 26 条,^⑩还是《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问

① 参见广东省江门市中级人民法院(2014)江中法民一终字第 354 号民事判决书。

② 参见上海市第一中级人民法院(2008)沪一中民二(民)初字第 49 号民事判决书。

③ 参见湖北省随州市中级人民法院(2016)鄂 13 民终 461 号民事判决书。

④ 参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第 0318 号民事判决书。

⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)终字第 1660 号民事判决书。

⑥ 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 120 条第 2 款规定:“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。”

⑦ 《中华人民共和国合同法》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。”

⑧ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2013 年版,第 672 页。

⑨ 姚明斌:《论定金与违约金的适用关系——以〈合同法〉第 116 条的实务疑点为中心》,《法学》2015 年第 10 期。

⑩ 《北京市高级人民法院审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》第 26 条规定:“当事人同时约定违约金和定金,但没有约定定金性质的,当事人一方违约,对方一并主张定金和违约金的,法院不予支持。当事人同时约定违约金和定金并约定了定金性质的,当事人一方违约,对方依据约定的定金性质一并主张违约金和违约金的,法院不予支持;当事人一方违约,对方依据约定的定金性质一并主张解约定金和违约金的,法院应予支持。”

题的指导意见(试行)》[京高法发(2010)458号]第23条第2款,^①都明确承认解约定金与违约金的并用,这一立场也为部分司法判决所接受。^②同样,在解约定金不足以弥补守约方损失的场合,部分判决允许后者就不足部分请求损害赔偿。^③

然而通过前文的分析可知,解约权的行使既然不构成违约,所谓的违约责任自然无从谈起。法国法的经验表明,对解约定金滥用风险的防范,完全可以借助诚信原则的要求来得以实现。^④我国的审判实践中事实上也存在通过诚信原则规制解约定金滥用的例证。例如,在“刘晓静诉潘志鹏房屋买卖合同纠纷案”^⑤中,法院在承认解约定金的同时又认为:“原、被告双方迄今已履行绝大部分合同义务,原告现提出悔约或解约,缺乏事实依据,也有违鼓励交易原则”,从而拒绝解约定金的适用。在“卢某某等诉蒋某某房屋租赁合同纠纷案”^⑥中;出租方在要求大幅度提高租金要求被拒后,采取拒收租金、解除合同的方式,法院认为其构成“恶意毁约”,依据诚信原则与公平原则,判定出租人在定金罚则之外还须承担损害赔偿责任。由此可见,借助诚信原则的使用,当事人滥用解约定金的风险完全可以避免。从尊重合同自由及交易安全的角度,这显然是更优的选择。而我国法院以及部分学者的立场表明,在违约定金思想的支配下,他们往往不将解约定金视作权利行使的对价,而被作为对违约行为的惩罚,该定金的真正功能遭到了遮蔽。^⑦

五、我国民法典中定金制度的立法构想

(一)定金立法的必要性检讨

在目前的法律规则体系之中,定金合同形式上的多样性被承认,然而事实上却是违约定金的一家独大,当事人的意思自由常常遭到误解和歪曲。我国民法典合同编有关定金的规定理应对这一现状作出回应,重新确立契约自由的应有之义。然而,定金效力源于当事人的合同约定,赋予其何种功能,本当属缔约人意思自治之范畴。在这一语境中,是在民法典中就定金制度作出规定,还是将其全权交由当事人自由约定,其本身便值得我们探讨。为回答上述问题,似有必要对不同定金类型作出区分对待:依据其是否具有担保功能,对定金作出规制的必要性也不尽相同。这种区分规制的模式,最终可以在契约自由与合同公平之间找到合适的平衡。

1. 具有担保功能的定金类型

此类定金主要包括立约定金与违约定金。前者担保主合同的订立,后者则保障主合同的履行。这一担保功能主要依赖双倍罚则的规定得以实现。由于定金罚则适用后果的严重性,对此类定金法律有必要进行适当规制,以限制当事人合同自由的滥用,避免缔约双方权利义务的失衡。为达到这一目的,法律应着力对两方面的内容作出规定。首先,定金罚则适用的前提条件应予以明确如定金合同是否应当具有要物性,其针对何种违约类型,是否适用于双方违约的情形,等等。其次,法律应当对适用定金的法律后果加以规定如罚则金额的限制,与其他违约救济手段的协调问题,等等。

2. 不具有担保功能的定金类型

与前述情况不同,对不具有担保功能的定金而言由于其适用的潜在危险性基本不存在,理应属于当事人意思自治的范畴,而无须法律作出特别的规定。证约定金即属此类。当事人自然可以赋予交付的定金

① 《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第23条第2款规定:“房屋买卖合同中同时约定了解约定金和违约金,当事人一方已构成违约的,在约定条件成就时解约定金处罚与违约金可以同时适用。”

② 参见浙江省宁波市宁海县人民法院(2013)甬宁民初字第1203号民事判决书。

③ 参见河北省沧州市运河区人民法院(2012)运民初字第185号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2014)成民初字第1510号民事判决书。

④ Voir Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976; Bull. civ. 1976, III, n°199; D. 1978, 269, note Taisne; Defrénois 1977, 456, note Aubert.

⑤ 参见浙江省绍兴市柯桥区人民法院(2013)绍民初字第1050号民事判决书。

⑥ 参见广西壮族自治区玉林市玉州区人民法院(2012)玉区法民初字第858号民事判决书。

⑦ 正是在这一思想的支配下,我国法院在一些判决中将双方关于违约后果认定的定金条款错误地冠以“解约定金”之名。参见重庆市潼南县人民法院(2013)潼法民初字第01819号民事判决书;新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院(2015)昌中民二终字第363号民事判决书。

以证明合同存在的功能,然而法律对这一契约自由并无专门授权的必要。再者,实践中约定定金仅承担证明功能者,实属罕见。北大法宝中可检索到的提及“证约定金”案件共计 229 件,^①但其中绝大多数均只满足于各定金种类的列举,只有 4 件作出了证约定金的认定。而在这 4 件判决中,有 2 件实际为成约定金,^②另 2 件则为立约定金。^③

与证约定金相比,成约定金在实践中的运用相对较多。然而即便如此,我国民法典合同编中似乎也无专门规定的必要。为合同的成立或者生效设定特殊的额外条件,本属合同自由的范畴,并无特别说明的必要。而《担保法解释》第 116 条有关定金虽未交付但主合同已履行不影响其成立生效的规定,实则是《合同法》第 36 条的应有之义,^④与我国法对待合同成立形式要件的立场一脉相承。另外,作为当事人合同自由的体现,成约定金本身便具有多种形态。这种多样性首先在其定义中便得到体现:它既可以作为合同成立的条件,也可被约定为合同生效的要件。另外,双方可以对定金的交付设定期限,也可不作任何限定。在前一种场合,当事人逾期不交付定金的,又可根据双方的合同约定,发生合同自动失效的效果,或者仅仅赋予一方解除合同的权利。而在后一种情形,交付定金的一方事实上对合同是否成立或生效获得了决定权,此时的成约定金也可被理解为约定形成权之一种。由于成约定金的具体形态千差万别,对其予以统一规制既无必要,也难周全。

同样的结论也适用于解约定金。《合同法》第 93 条第 2 款规定:“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时,解除权人可以解除合同。”而解约定金便是当事人约定解除权的一种类型,其特殊之处无非就是使当事人在无违约事实的场合,通过支付对价获得解除合同的权利。解约定金并未超出合同法一般规定的范畴,同样没有独立规定的必要。

法律不对上述定金制度作出规定,并不意味着对其存在合理性的否定。恰恰相反,这种立法模式的目的在于最大限度地赋予当事人以契约自由,使其不必受制于有关担保型定金的一些强制性规定,而让定金功能的多样性落到实处。我国现行法律实践的经验表明,尽管司法解释中明确对成约定金、解约定金予以承认,但其认定与适用无不处于违约定金的阴影之下,成约与解约之功能或被遮蔽,或被歪曲。我国民法典合同编中应仅对担保型定金予以规制,而将非担保型定金的约定权限交由当事人的意思自治,这无疑是突破目前定金“种类多样,规则单一”困局的路径之一。

(二) 定金制度的具体立法建议

1. 定金合同性质的认定

有关交付钱款是否具有定金属性,以及属于何种类型的定金,在实践中产生了大量的诉讼纠纷。《担保法解释》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。”从该规定中似乎可以认为,对当事人未使用“定金”一词的,需要对定金性质作出明确的约定;相反,若当事人已在合同中使用“定金”一词,则即便不对其性质作出特别说明,仍可认定其定金属性。然而作为法律术语的“定金”与作为日常语汇的“定金”存在差异,当事人使用该词时,未必对其背后的法律后果有明确的认知。由于定金罚则规定构成对违约方的惩罚,法院在对其性质作出认定时理应持更为谨慎的态度。因此,我国民法典合同编中应当明确规定,除非当事人对定金的法律后果作出明确约定,否则不得产生双倍罚则的后果。这一规定对保障处于弱势地位的消费者权益而言,尤为必要。

2. 定金合同的要物性

前文指出,定金的要物属性仅在具有担保功能的违约定金及立约定金中发挥着一定的功能。然而即

① 参见 <http://www.pkulaw.cn/case/>, 2019-01-10。

② 参见四川省富顺县人民法院(2014)富民二初字第 708 号民事判决书;最高人民法院(2011)民申字第 1286 号民事判决书。

③ 参见湖南省高级人民法院(2016)湘民终 229 号民事判决书;四川省富顺县人民法院(2014)富民二初字第 708 号民事判决书。

④ 《中华人民共和国合同法》第 36 条规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”

使在这一场合,要物性的规定也并非无可指摘。一方面我国现行法律对定金的成立生效不仅规定了要物性,同时还规定了要式性:定金须以书面形式订立。但是,书面要件同样可以起到保护当事人意思的“警示”功能,在此基础上再设要物之规定,难免有重复之嫌。再者书面要件相较要物规则而言尚有一项不可替代的功能:其不仅能够保护合同当事人的表意真实性,同时也能有效地证明双方的真实意愿。这一证明功能为要物规定所欠缺。事实上,物之交付行为可能基于不同原因产生(无偿赠与、债务清偿、定期借款、临时寄存),为了探知当事人的真实意图,法院往往需要求助于交付之外的其他相关因素加以确定,书面合同无疑是其中最为重要与常见的证据。实务中,在当事人未订立书面合同的情况下,要证明交付的是定金几乎是不可能的。^①由此可见,书面要件相对要物性而言具有不可替代的优势。另一方面,定金的要物性也是一些司法困境产生的背后原因。大量判决从定金的要物性推出不交、少交或者迟延交付的行为不构成违约,^②当事人规避定金交付义务的行为得到纵容,交易安全无法得到保障。^③

《民法典合同编(草案)》一、二审稿均对定金合同的要物属性予以保留,其第376条第1款规定“定金合同自实际交付定金时成立”,第2款规定“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额,视为变更约定的定金数额”。相反,原本《担保法》第90条关于“定金应当以书面形式约定”的规定却未被明确采纳。笔者建议在我国民法典合同编中明确以定金合同的书面形式要件替代其要物属性,以减少由于要物性而产生的司法乱象。

3. 关于违约定金的特殊规定

我国《担保法》《合同法》中有关定金的规则,多以违约定金为雏形而制定,其中的大部分规则,如违约定金的定义(《合同法》第115条)、违约定金与违约金的竞合规则(《合同法》第116条)、违约定金与损害赔偿金的并用(《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》第28条)、部分履行时违约定金的适用(《担保法解释》第120条第2款)、有关不可抗力以及第三人违约场合定金的适用(《担保法解释》第122条)等,未来立法中均可予以保留。此处需要补充说明的是,相当一部分判决规定定金罚则仅仅适用于单方违约的情形,在双方均有违约行为的场合,无论各方过错大小,均不得适用定金罚则,法院将根据一般违约责任的规定,确定双方的责任大小。^④这一规则反映了违约定金的本质特征:其作为合同按约履行的担保,自然只有对合同不履行无过错的一方才能主张。这一裁判规则应在立法中予以确认。

4. 关于立约定金的特殊规定

《民法典合同编(草案)》仅对违约定金作出了规定。^⑤然而立约定金与违约定金在适用条件和法律后果方面不尽相同,为避免司法实践中的混乱,我国民法典合同编应当对立约定金予以明确规定。

《担保法解释》中有关立约定金的定义可以保留。为避免在合同从属性上产生的分歧,应当明确规定“主合同未成立的,不影响立约定金的生效。主合同成立后,立约定金转化为合同价款,不再承担定金功能。当事人另有约定的除外”。

在双方约定立约定金的场合,当事人是否还可主张强制缔约,尤其值得重视。这一问题事实上与预约合同的法律效力紧密相关。有关预约合同,学界向来有“强制缔约说”与“强制磋商说”之争。前者指预约

① 参见广东省中山市第二人民法院(2015)中二法古民一初字第734号民事判决书;天津市津南区人民法院(2015)南民一初字第1874号民事判决书。

② 参见广东省深圳市中级人民法院(2010)深中法民五终字第2062号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2012)沪一民四(商)终字第1120号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2010)深中法民五终字第669号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2002)沪一民四(商)终字第639号民事判决书;上海市闵行区人民法院(2009)闵民二(商)初字第2399号民事判决书;河南省唐河县人民法院(2011)唐民商初字第008号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法房终字第220号民事判决书。

③ 参见黎乃忠:《分期交付之定金契约效力研究——以完成部分交付行为为对象》,《法律适用》2015年第7期。

④ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2003)杭民一初字第174号民事判决书;重庆市渝中区人民法院(2013)中区民初字第02568号民事判决书;江苏省苏州市吴江区人民法院(2012)吴江汾商初字第0073号民事判决书;江苏省镇江市中级人民法院(2012)镇商终字第0137号民事判决书;河北省滦县人民法院(2013)滦民初字第5370号民事判决书;广东省中山市第一人民法院(2013)中一法民一初字第2168号民事判决书。

⑤ 尽管草案中并未直接使用“违约定金”的称谓,但依据条文的具体规定(第377、378条)可以明确推知。

当事人负有在日后订立本约的义务,而后者认为双方仅负有善意磋商的义务。^①对预约合同是否可以要求强制履行的问题,晚近学者主张须根据不同情形区分对待。例如,耿利航教授认为应当区分“达成最终合意的协议”与“未达成最终合意的协议”。就前者而言,预约的效力与本约并无差别,当事人缔结本约的意愿已无疑问,对预约合同之违反自然可以要求强制履行;在后者场合,双方明确保留了对未决事项进行进一步磋商的权利,此时双方并未就订立主合同达成合意,预约将仅产生善意磋商之义务。^②王瑞玲则明确指出了预约合同所具有的两种不同功能,它一方面固然是为了保障本约的订立,但另一方面,“预约合同更为重要的功能应当在于延缓本约约束,阻却本约法律效果,对当事人主观上考虑未臻成熟的事项,给予时间缓冲和决策上的观望”。^③因此对预约合同违约救济手段的选择,也须采取多元主义的立场,视预约所实现的具体功能而定。上述分析同样可适用于立约定金的场合。若预约合同明确规定了双方继续磋商的必要性,^④则双方仅有善意磋商的义务。合同因可归责于一方的未能订立的,守约方也只能请求适用定金罚则而不得主张强制履行。相反,若双方明确表达了缔约意愿,则即便有定金约定,守约方依然得请求继续缔约。

就有关立约定金数额的约定,有学者认为不应适用主标的额20%的限制,其理由是“在预约合同订立时,本约合同标的的数额很可能还未明确;同时,预约合同自身的合同标的在于订立本约合同,通常并无明确的标的数额约定”。^⑤然而一方面对立约定金的数额不加限制,将可能导致定金数额约定过高,考虑到立约定金主要适用于商品房买卖合同之中,这对消费者权益的保护殊为不利;另一方面,绝大多数预约对合同标的价款均有约定,即便该价款在主合同中可能有调整的余地,但并不妨碍立约定金上限的计算。即便双方在预约合同中对价款未做约定,在适用定金罚则时法院亦可参照订立合同时标的物市场价值来确定罚则适用的范围。综上,对立约定金同样应作出数额上限的规定。

责任编辑 温世扬

① 参见韩强:《论预约的效力与形态》,《华东政法学院学报》2003年第1期。

② 参见耿利航:《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》,《法学研究》2016年第5期。

③ 参见王瑞玲:《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》,《政治与法律》2016年第10期。

④ 参见孙超:《预约条款的性质识别及效力认定》,《人民司法》2016年第11期;四川省成都市高新技术产业开发区人民法院(2016)川0191民初2463号民事判决书。

⑤ 王利明:《预约合同若干问题研究》,《法商研究》2014年第1期。