的知识产权保护方法。主要是由有关主管行政管理机关用责令停止侵害、消除影响、赔偿损失、行政罚款等制裁违法者。二是知识产权的民法保护方法，即通过民事诉讼程序对知识产权的保护方法。主要是由人民法院依法用责令停止侵害、消除影响、赔偿损失，制裁民事违法者（民事侵权人），恢复被破坏了的权利。三是知识产权的刑法保护方法，即通过刑事诉讼程序对知识产权实行的保护方法。主要是由人民法院依法用判处罚金、徒刑，制裁侵犯知识产权的犯罪分子。这三种保护方法的性质是根本不同的，不能混淆，绝不能对知识产权的民事侵犯用刑法的方法加以保护。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张广兴

关于违约金责任的探讨

崔建远

在合同仲裁和审判实践中，经常遇到违约金能否减免、违约金是累计还是吸收、违约金与定金可否并罚等问题。而欲合理地解决这些问题，必须首先弄清违约金的性质，澄清一些观点。

一、违约金的性质

一般认为，违约金依性质可分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。这种区分虽然在大陆法系、苏联东欧国家和我国的法律解释上都存在，但其区分的标准及认识并不相同。大陆法系基本上以违约金能否排斥强制实际履行或损害赔偿为标准来区分违约金的种类。所谓惩罚性违约金，大陆法系又称为固有意义之违约金，是对债务人违约的惩罚，以确保债权效力的违约金。这种违约金的性质决定了：非违约方除请求偿付违约金以外，更得请求强制实际履行或损害赔偿；在合同不能履行场合，非违约方除请求偿付违约金以外，还有权请求损害赔偿。所谓赔偿性违约金，是当事人双方预先估计的损害赔偿总额，大陆法系因此把它叫做损害赔偿额的预定。这种违约金的性质决定了：非违约方只能请求强制实际履行，或者主张偿付违约金，不能双重请求；在合同不能履行场合，非违约方只能请求偿付违约金。分析德国民法典第339条至第345条、法国民法典第1228条和第1229条、瑞士债务关系法第160条至163条的规定，可知它们是以赔偿性违约金为原则，只有在违约金纯为迟延履行而约定时，才承认惩罚性违约金。英美法尽管也区分惩罚性违约金和赔偿性违约金，但由于它们认为，“合同法并不是谋求惩罚，其目的是为了赔偿，且仅仅是为了赔偿”^①，因此，对于惩罚性违约金，

^① P·S·阿蒂亚《合同法概论》，法律出版社，第309页。

法院一律不予承认。但有二点例外：1.当违约与侵权竞合时，法院可允许惩罚性违约补救；2.在婚姻、代理、保险和公用设施等方面的合同中，法院对惩罚性违约金持比较宽容的态度。另外，惩罚性违约金在当代英美合同法中有扩大适用的趋势。

自苏联民法开始，已经改变了惩罚性违约金和赔偿性违约金的判断标准，认为违约金的性质取决于损失的有无及损失的大小。“追偿超过所受损失数额的违约金，称为惩罚性的（累积性的）违约金。”^①我国法学也基本上接受了这种观点，认为在违约造成的损失数额高于违约金数额时，违约金属于赔偿性的；在违约未造成损失或造成的损失低于违约金数额时，违约金属于惩罚性质的。我们不赞成这种观点，因为第一，若按上述观点，我国经济合同法第35条规定的违约金究竟属于何种性质，只有待违约造成的损失情况确定下来以后，才能予以断定，在违约尚未发生时则无法加以确认。这样一来，我国合同法规定的违约金在未具体落实到合同关系中时，其性质实际上处于不确定的状态；当事人在合同中约定的违约金于违约行为发生前，其性质也是难以弄清的；尤其是在当事人明确约定违约金为损害赔偿额的预定，而违约造成的损失数额又远远低于违约金数额的情况下，该违约金具有何种性质，就更难以回答了。第二，固有意义的民事责任的惩罚性，是指道德和法律谴责和否定过错及其行为的属性，它只取决于过错，而与损失数额无直接关系。固有意义的民事责任的补偿性，在一定意义上也可以说成赔偿性，是指民事责任的实际承担能够补偿受害人所受损失的属性^②。违约金作为民事责任的一种具体方式，对其惩罚性与赔偿性的认识，自然不能背离对民事责任的惩罚性与赔偿性的界定。据此可以说，任何违约金都有惩罚性，也都有赔偿性。所以，没有必要从违约金数额与损失数额之比上看违约金的性质。如果这样认识违约金的性质是正确的话，那么，大陆法系认为与强制实际履行或损害赔偿并存的违约金仅仅具有惩罚性质，而认为作为损害赔偿额预定的违约金仅仅具有赔偿性质；英美法否认违约金具有惩罚性质，只承认所谓赔偿性的违约金；苏联法理论和我国部分学者的观点认为高于损失数额的违约金具有惩罚性质，而认为低于损失数额的违约金具有赔偿性质，把两者绝对化，就都是不正确的。第三，从违约金数额与损失数额之比来判定违约金的性质，这种观点的实际价值不大，例如，不能明确违约金与强制实际履行、与损害赔偿、与定金之间的关系，难以确定违约金减免的规则，无助于确立违约金累计或吸收的规则。既然如此，我们应该放弃这种观点，而应重新探讨违约金的性质。

如同其他事物的性质是多层次的一样，违约金的性质也不限于惩罚性和赔偿性，加上仅凭惩罚性和赔偿性尚不足以解决本文开始提出的问题，因此有必要根据我国经济合同法第35条关于违约金责任的一般规定，结合其他法规关于违约金的规定，分析违约金的性质。由于经济合同法第35条规定“当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金……对方要求继续履行合同的，应继续履行”，因此可以说，违约金与强制实际履行可同时并存。工矿产品购销合同条例第34条、农副产品购销合同条例第13条和第17条第1款及第4款等的规定，也体现了这种精神。究其原因，主要是我国合同法坚持实际履行原则的缘故。

违约金与损害赔偿同时并存的情况，在我国合同法上也有反映，只是没有违约金与强制实际履行同时并存那么普遍。工矿产品购销合同条例第35条第7款规定：“产品错发到货地点或接货人的，供方除应负责运交合同规定的到货地点或接货人外，还应承担需方因此多支

① B·T·斯米尔诺夫等《苏联民法》上卷，中国人民大学出版社，第425页。

② 参阅拙作《民事责任三题》，《法学研究》1989年第1期。

付的一切实际费用和逾期交货的违约金。”农副产品购销合同条例第18条第3款规定：“逾期提货（收购）的，除比照中国人民银行有关延期付款的规定，按逾期提货（收购）部分货款总值计算偿付违约金外，还应承担供方在此期间所支付的保管费或保养费，并承担因此而造成的其它实际损失。”上述两项条款就是关于违约金与损害赔偿并存的规定。

就表面看，违约金与强制实际履行或损害赔偿同时并存，在我国法和大陆法系没有什么区别，其实不尽然。大陆法系仅仅在违约金纯为迟延履行而约定时才承认这种违约金，而我国法对与强制实际履行并存的违约金却予以广泛的适用，这种违约金可以因不能履行、逾期履行、拒绝履行、不完全履行等各种违约行为而成立。可见，对这种违约金的态度，我国法远比大陆法系积极和彻底。

由于我国经济合同法第35条规定，“如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的，还应进行赔偿，补偿违约金不足的部分”，因此可以断定：这种违约金是最低数额的损害赔偿，即违约金与赔偿金之和才是损害赔偿。分析借款合同条例关于逾期偿还贷款的违约金的规定，可知该类违约金系最高数额的损害赔偿，即偿付违约金后就不再支付附加的赔偿金。不论是作为最低数额的损害赔偿，还是作为最高数额的损害赔偿，违约金都是预先估算的损害赔偿款，就是说，我国法上的违约金又是损害赔偿款的预定。

我国法把违约金定性为损害赔偿额的预定，有其经济根源：我国实行有计划的商品经济，其商品交换的法律形式就是合同。由经济与法律的关系决定，商品交换的等价原则既体现在合同关系自身，即债权债务在量上对等；也应贯彻于合同关系的转化形态上，即合同关系被破坏之后的补救关系上，这就要求违约责任能够填补非违约方的损失，但也无必要使非违约方获得多于其损失的补偿费。具体到不与损害赔偿并存的违约金，也是如此。“使违约金的数量最大限度地接近所造成的损失的数量应成为它所要达到的目的”^①，真是一语中的。至于对某些故意违约需要加重制裁，不宜采取令违约方向非违约方支付远远超出实际损失数额的违约金的对策，而应借鉴农副产品购销合同条例第17条第1款第2项关于“如因违约自销或因套取超购加价款而不履行合同时，应向需方偿付不履行合同部分货款总值百分之五至百分之二十五的违约金，并退回套取的加价款和奖售、换购的物资；违约自销多得的收入，由工商行政管理部门没收，上缴中央财政”的规定，责令违约方承担行政责任。总之，使违约金的数额最大限度地接近实际损失的数额，应是我们的目标，我国现行法也基本上贯彻了这样的思想。由此可以断定，我国法上的违约金是损害赔偿额的预定。

归结上述可知，我国法上的违约金，一方面与强制实际履行并存，有时与损害赔偿并存；另一方面又是损害赔偿额的预定。这就是我国法上的违约金的基本性质。如果一定要把前者命名为惩罚性违约金，把后者取名为赔偿性违约金，也未尝不可，只是应明白这里的“惩罚性”和“赔偿性”与民事责任所具有的惩罚性和赔偿性不是同一含义。明确了违约金的基本性质，对解决违约金的累计或吸收、违约金的减免、违约金与定金的并罚，都具有重要意义。

二、违约金的减免

关于违约金的减免，我国合同法尚无明文规定，只有《最高人民法院关于贯彻执行〈经

^① A·A·法因斯坦《社会主义组织之间的合同责任》，法律出版社，第29页。

济合同法》若干问题的意见》(以下简称《意见》)规定:“关于违约金的数额,可按双方协议调解解决。但是对于故意违约的,违约金和赔偿金不能减少。对于过失违约的,可以考虑适当减免违约金,但必须是违约方经济上确有困难,主动提出请求或者没有给对方造成经济损失的。”我们对可以减免违约金的基本精神表示赞同,但对减少违约金数额的条件却有不同的看法。

允许有条件地减少违约金的数额,道理在于:(一)违约金作为损害赔偿额的预定,虽然不要求违约金的数额与损失的数额完全一致,但也不宜使两者相差悬殊,否则,就使违约金与损害赔偿的一致性减弱乃至丧失,而使两者的差别性增大,以致于使两者成为完全不同的东西。因此,违约金的数额过高时,允许减少违约金的数额是适宜的,正如违约金的数额低于损失的数额时,经济合同法第35条规定还应赔偿违约金的不足部分是合理的道理一样。(二)正如本文第一部分所说,违约金的数额与损失的数额应大体一致,这是商品经济的要求在法律上的反映,也是有计划商品经济的要求在法律上的表现。既然如此,违约金的数额过高时应适当减少,就有其根据。还有,通过违约责任对有计划商品经济予以保护,包含着鼓励当事人正当竞争以使商品生产和商品交换正常发展的内容。如果违约金的数额过高而不许减少,一方面在相当程度上恶化违约方的财产状况,使其丧失开展正当竞争的条件;另一方面,非违约方可以不依靠自己的正当努力而获得一定收入,他很可能出于其私利的考虑而故意促使对方违约,这无疑助长了不正之风,于有计划商品经济的发展不利^①。(三)在约定违约金的数额过高时,允许人民法院、仲裁机关减少违约金的数额,能够保护弱者,使其从不得已而同意的高额且不合理的违约金责任的束缚下解脱出来,使诚实信用、公平等原则得到切实贯彻。

关于减少违约金数额的条件,根据最高人民法院《意见》规定,需要当事人双方协商同意。我们认为,由于减少违约金数额关系到当事人双方的物质利益分配,并且是彼增此消的物质利益分配,因而当事人双方协商不成的情况时常发生。这样一来,以当事人双方协商同意为减少违约金数额的条件,会使相当数量的本应减少违约金数额的案件因当事人一方不同意而得不到妥善处理。有鉴于此,减少违约金数额的条件不应包括当事人双方协商同意。我国法应把减少违约金数额的权力赋予人民法院和仲裁机关。

按照最高人民法院《意见》的规定,减少违约金数额的条件还有,“违约方经济上确有困难,主动提出请求或者没有给对方造成经济损失”。我们认为,不宜把“违约方经济上确有困难,没有给对方造成经济损失”一并作为减少违约金数额的条件,而应单独把“违约方经济上确有困难”作为减少违约金数额的充分条件,就是说,只要违约方经济上确有困难,如不减少违约金的数额,就会使违约方难以正常生产或生活,即可适当减少违约金的数额。我国法确认这个减少违约金数额的条件,主要是根据考虑当事人经济状况的原则,而不是根据违约金的性质。此外,我国法不宜把“没有给对方造成经济损失”作为独立的减少违约金数额的条件,而应把它吸收进“违约金的数额过高”之中,将“违约金的数额过高”单独地作为减少违约金数额的充分条件。这个结论主要是基于损害赔偿额的预定这个违约金的性质所得出的。违约金数额过高的判断,主要是考虑违约金的数额与非违约方的损失数额之间的数量对比关系,以及社会经济环境。如果在数额上违约金明显高于实际损失,即可视为违约

^① 参阅严治《论我国违约金制度的发展与完善》,载佟柔主编《经济体制改革中的若干民法问题》,北京师范学院出版社,第289—290页。

金的数额过高，可减少之。如果违约金的数额被放置于特定的社会经济环境中，按当时的经济状况衡量，违约金的数额过高，也应予以减少。

最高人民法院《意见》规定，违约金可以免除。这是有道理的，因为我国法上的违约金具有损害赔偿额预定的性质，而损害赔偿额的预定，有推定损失发生的效力，因而如果没有损失发生，或者损失与利益相抵销时，只要违约方能举证证明，就可以免除违约金。从理论上讲是这样，但在合同仲裁和审判实践中，对免除违约金问题还是严格控制的。在许多案件中，即使非违约方未受到损失，一般也不予免除违约金。在法定违约金场合，需要同时具备以下三项条件，才可以免除违约金：过失违约、非违约方未受损失或虽有损失但损益抵销、违约方经济上确有困难。在约定违约金场合，免除违约金可以尊重当事人的意思，但要求非违约方关于免除违约金的意思表示要真实，在欺诈、胁迫等情况下作出的违背其真实意思的免除违约金的表示无效。

三、违约金的累计和吸收

在同一个合同中，违约方不履行合同可以同时构成不同的违约类型，如不履行合同既表现为不完全履行又构成逾期履行。这就出现了可否将不完全履行的违约金和逾期履行的违约金累积计算的问题。还有，法律对逾期履行规定的违约金的比率是每逾期一天的比率，而逾期履行超过一天时也产生了累积计算的问题。

关于逾期履行的违约金的累计，我国法有明文规定。中国人民银行结算办法第8条第7款规定：“付款单位在承付期满日银行营业终了之前如无足够资金支付货款时，其不足部分，即作为延期付款处理，并立即通知付款单位，付款单位应付赔偿金一天。在承付期满的次日银行营业终了之前，仍无足够资金支付，其不足部分，应付赔偿金二天。余类推。无论任何单位，均按延付金额每日万分之三计付赔偿金。”^①工矿产品购销合同条例、农副产品购销合同条例、加工承揽合同条例等法规中的许多条款，都规定逾期付款和逾期交货的违约金应按中国人民银行结算办法关于延期付款的办法计算。这说明逾期履行的违约金应该累计。按航空货物运输合同实施细则第22条规定，货物超过约定期限运达到货地点的违约金也累积计算。

对逾期履行的违约金累计是否有总额限制？航空货物运输合同实施细则第22条规定：累计的“总额不能超过运费的50%”。除此而外的大多数合同法规未对违约金的累计规定有总额限制。我们理解，这并不意味着逾期履行的违约金可以无限累计，因为其一，无限累计违反违约金系损害赔偿额预定的性质，其二，最高人民法院《意见》规定违约金的数额可以减免，这从另一个侧面表明了限制违约金无限累计的思想。

关于不同类型的违约行为的违约金是否可以累计，我国法尚无明确的规定，在苏联等国家及经互会的法律上却有规定，可以适当借鉴。按苏联《生产技术用品供应条例》第59条和第60条、《日用消费品供应条例》第60条和第61条；匈牙利《关于企业间承揽合同的法令》第30条第2款，《关于供应合同的法令》第49条第2款；经互会《交货共同条件》第70条第4款和第83条的规定及其解释，“如果数个违约行为是彼此分离和各自独立的，例如迟延履行同时也是瑕疵履行，就产生了违约金的累计。但是，如果由于第二个违约行为而使前一个违

^① 这里所用“赔偿金”一词，实际上指的是违约金。

约行为成为不相关的行为，那么仅仅为第二个违约行为支付违约金。例如，违约导致合同解除，那么由于缺乏质量证明书而不支付违约金。”“如果数个违约行为是互相联系的，那么既产生吸收也产生累计。在迟延履行导致不履行（解除合同）时，就仅仅支付通常应支付的最高限额的违约金。另一方面，瑕疵履行又造成迟延履行，例如修理或者更换超过了履行期限，通常适用的规则就是累计。”^①上述关于违约金累计和吸收的规则应该引起我们的重视。我国法对逾期履行、不完全履行、不能履行、拒绝履行分别规定了违约金。当不完全履行又导致逾期履行时，应该适用违约金累计的规则，只是因累计使违约金的数额过高时，可以减少违约金的数额。当不完全履行导致不能履行时，违约金是累计还是吸收应根据具体情况而定。象农副产品购销合同条例第17条第1款规定的不能履行的违约金，其数额较高，并且非违约方的损失等于或低于该违约金的数额，就可以适用违约金的吸收规则，只允许非违约方请求不能履行的违约金；如果非违约方的损失高于违约金的数额，也可以适用违约金累计的规则。

为什么会出现违约金的累计和吸收的区别？是因为我国法上的违约金系损害赔偿额的预定。按民法通则第112条第1款的规定及其解释，损害赔偿原则上应是完全赔偿。这样，当一种违约行为的违约金的数额低于全部损失，而该违约行为又导致另一种违约行为出现，第二种违约行为的违约金的数额仍低于全部损失，那么只有这两种违约金累计才符合违约金的性质要求，才符合完全赔偿原则的要求。当然，累计后的违约金数额过高时，可依照违约金数额减少的规则减少之。在第一种或第二种违约行为的违约金数额不低于全部损失时，则只能适用违约金吸收的规则，非违约方只能请求一种违约行为的违约金。总之，违约金系损害赔偿额的预定和完全赔偿原则，是确定违约金累计或吸收的重要根据。

四、违约金与定金的并罚

违约金与定金能否并罚？我国法尚无明文规定，但有些同志认为，违约金为民事责任的方式，定金为债的担保形式，两者在性质、功能方面不同，因而它们可以并罚。我们认为，这种观点过于绝对化，需要重新评价。违约金与定金能否并罚，取决于定金的种类和性质，也受制于违约金的性质和完全赔偿原则。

如果定金属于违约定金，由于违约定金具有预付违约金的性质，因此该定金与违约金在目的、性质、功能方面相同，两者一般不能并罚，其道理如同违约责任与侵权责任竞合时不能同时主张一样。但是，如果当事人明确约定定金以拒绝履行、不能履行为罚则的生效条件，而违约金则属于逾期履行或不完全履行的违约金时，那么，当逾期履行导致不能履行时，或不完全履行导致不能履行时，定金和违约金的目的和功能已有不同，因而两者可以并罚。在拒绝履行导致逾期履行时，基于同样的道理，违约金和定金也可以并罚。

在定金为解约定金时，虽然因定金的抛弃或加倍返还可以解除合同，但只要是违约系可归责于违约方的原因，违约金仍可成立。由于违约金和定金各具有自己的目的、性质和功能，因而两者可以并罚。应该指出，有人认为，在合同解除场合，与强制实际履行或损害赔偿同时并存的违约金可以继续存在；作为损害赔偿额预定的违约金，则应随合同解除而消失。我们不同意这种观点，因为因当事人违约而产生的违约金是客观存在，不能因合同解除而化为乌有，对此，不论是什么性质的违约金均应一样。为了照顾违约金需要以合同关系存在为前提

^① 居拉·埃露西《社会主义法制中的合同补救办法》，《国际比较法百科全书》第7卷第16册，第171页。

的理论，在合同解除有溯及力时，可以拟制合同关系在违约金存在的范围内继续存在。

定金为证约定金或成约定金时，它与违约金在目的、性质和功能方面均有不同，两者可以并罚。需要指出的是，考虑到我国法上的违约金是作为损害赔偿额的预定而存在的，因而当定金与违约金并罚时数额过高时，可以减少并罚的数额。

(作者单位：吉林大学法学院)

责任编辑：张广兴

中国传统法律文化构成及其对实践的影响

武树臣

中国传统法律文化是中国传统文化在法律实践领域的特殊表现形式，并成为中国传统文化的有机组成部分。它深深植基于中国传统文化的肥沃土壤之中，不论在总体精神还是宏观样式上，都洋溢着中国传统文化的浓烈气息。

一、中国传统法律文化的两大文化基因

中国是个版图辽阔的国家。中华民族是由多种民族融合而成的统一民族大家庭。但是，统一的多民族的国家是经历长期的冲突、交融之后才形成的。在这之前，我们的祖先就已经分别在不同的地域，在不同的自然地理条件下，休养生息了漫长的岁月。正是在这样的社会历史条件下，形成了两大地域性文化。它们构成了中国传统法律文化的两大文化基因。

(一) 中原地区的农耕文化

气候宜人、土质松软的中原大地，培植了自给自足的自然经济，养育了亲亲的宗法社会，并在此基础上建造了宗法贵族政体。这一切都成为中原文化的社会基础。中原文化的重心是周文化和鲁文化，在思想上的代表是春秋时代出现的儒家学说。

儒学的要义，在于肯定和谐宁静的生产方式即自然经济，推崇亲亲、尊尊、长长、男女有别的宗法家族秩序，用调和感化的措施来处理各种社会关系——君臣关系、亲属关系，使人们虽然各居于差异性的社会地位之上，却由于各自履行相对应的差异性道德规范，而相互和解、相互同情，既无虐行，也无暴乱，从而使全体人群真正象“人”一样地生存衍续下去。

儒学之所以能被视为农耕文化的代表，是因为它的最高理想是这样一幅蓝图：在这种社会里，人们各有不同的地位与责任，并依血缘链条传递下去：君君、臣臣、父父、子子、兄弟、弟弟、农农、士士、工工、商商。每个人的权利义务都是永远被规定好了的，这就是“与天地同理，与万世同久”^①的礼。在礼的制约下，人们有亲疏而无纷扰，有尊卑而无争斗，

^① 《荀子·王制》