

违约金的理论问题

——以合同法第 114 条为中心的解释论

韩世远*

内容提要:惩罚性违约金可以适用于所有的违约类型,并不局限于迟延履行场合。依合同自由原则,当事人可以明确约定惩罚性违约金。就违约金责任的成立,应当区分类型具体分析是否要求违约人具有过错,且不当以损害的存在及其大小的证明为要件。对于赔偿性违约金数额的调整,法院或仲裁机构行使裁量权时应有所节制。而对于惩罚性违约金,所要规制的只是其不公平的约定。

关键词:违约金 惩罚性违约金 赔偿性违约金 违约救济

不论古今中外,违约金在合同实务中应用极为广泛。我国合同法第 114 条对违约金做了专门规定,但在理论上依然有许多问题使人困惑,引发争论,影响适用。这些问题包括:我国法上是否有惩罚性违约金?违约金的适用是否以违约人有过错为要件?违约金的数额如何调整?违约金与损害赔偿的关系如何?违约金可否与定金并用?违约金与合同解除是否可以并用?这些问题,均属违约金制度的基本理论问题,笔者对此作些探讨,就教于学界前辈及同仁。

一、“惩罚性违约金”语义辨析

当提出“我国法上是否有惩罚性违约金”问题时,肯定很多人会感到惊奇:难道合同法第 114 条第 3 款规定的不是惩罚性违约金吗?其实,以前我也认为合同法第 114 条第 3 款就是关于惩罚性违约金的规定,^[1]但现在我对此产生了怀疑,起因是一个现实问题,即违约方依该款规定支付了违约金以后,是否还允许非违约方在请求履行之外继续请求迟延赔偿。而这种怀疑又迫使我不得不进一步追问:到底什么是惩罚性违约金?

* 清华大学法学院副教授。

2003 年 4 月 5 日作者将本文在崔建远教授主持的“民法沙龙”作口头发表,其间崔建远等先生的评论、批评及指正,对于本文的完善甚有助益,在此一并感谢。

[1] 参见张广兴、韩世远:《合同法总则》下册(韩世远执笔),法律出版社 1999 年版,第 203 页;崔建远主编:《合同法》(韩世远执笔),法律出版社 2000 年版,第 317 页。

依梁慧星先生的见解,惩罚性违约金,即合同(或法律)规定在不履行或不适当履行时支付的作为惩罚的一笔金额。而赔偿性违约金,则为双方预先估计的损害赔偿的总额。这一区别在实践上的意义在于:如果是惩罚性违约金,则债权人除请求违约金外,更得请求履行主债务或请求损害赔偿;反之,如果属于赔偿性违约金,则只能请求违约金,不得更请求履行主债务或额外请求损害赔偿。^[2]另外,崔建远先生认为,对此二者的区分基本上可以违约金能否排斥强制实际履行或损害赔偿为标准,其中惩罚性违约金(大陆法系又称固有意义的违约金)的性质决定了受害人除请求偿付违约金外,更得请求强制实际履行或损害赔偿;在合同不能履行场合,受害人除请求偿付违约金以外,还有权请求损害赔偿。而赔偿性违约金(大陆法系把它叫做损害赔偿额的预定)的性质决定了受害人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,受害人只能请求偿付违约金。并将惩罚性违约金解读为只有在违约金纯为迟延履行而约定时才承认。^[3]两位先生均系合同法的重要起草成员,基本上可以代表合同法起草阶段对这一问题的主导见解。

另外,在我国还有一类见解,对“惩罚性”的理解是将违约金的数额与违约造成损失的数额相比较,认为“在违约造成的损失数额高于违约金的数额时,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的数额时,违约金属于惩罚性的。”^[4]“在没有造成损害的时候,就是惩罚性违约金,造成损害,就是赔偿性违约金。”^[5]但基于这种理解,人们则会发觉存在一种悖论:违约愈严重,造成的损失愈大,违约金就愈少惩罚性质,愈多补偿作用。^[6]

以上两类见解,前者可以作为我国目前的通说,后者虽未影响到立法,但也颇有市场。其中依照前者通说的理解,可得出结论,针对迟延履行约定的违约金是惩罚性违约金,因为“违约方支付违约金后,还应当履行债务”(合同法第 114 条第 3 款),或者赔偿损失。但这种理解并没有回答非违约方是否有权继续请求迟延赔偿的问题;如果对此作否定回答,那么违约金不就是对于迟延赔偿额的预定吗?既然属于赔偿额预定,又说是惩罚性违约金,岂不自相矛盾?为了避免陷入这种困境,我也曾主张认为,第 114 条第 3 款规定的“就迟延履行约定违约金”,应当解释为针对迟延履行的纯粹的惩罚性违约金。法律在这里允许惩罚性违约金,并非迟延赔偿额的预定,因而在债务人迟延履行场合,债权人在享有惩罚性违约金请求权的同时,还可以主张履行请求权,如果因债务迟延履行受有损害,则仍然有权请求赔偿(迟延赔偿)。^[7]但现在看来,这一解释并不完美,因为它与大家普遍接受的规则有冲突,即当

[2] 梁慧星:《论合同责任》,《学习与探索》1982 年第 1 期;王家福、谢怀斌等:《合同法》(梁慧星执笔),中国社会科学出版社 1986 年版,第 489 页;梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社 1991 年版,第 259 页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》(梁慧星执笔),法律出版社 1991 年版,第 250 页。

[3] 参见崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社 1992 年版,第 228 页;崔建远:《合同法》,法律出版社 1998 年版,第 268 页。

[4] 参见王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 566 页。王利明先生本人并不赞同这种观点。大致可归入此类见解的包括:王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超:《民法教程》,北京大学出版社 1983 年版,第 235 页。该书认为惩罚性违约金是对违约的一方的惩罚,对其具体表现形式有不同的说法,大体有三种,所引者为其中的第三种。苏惠祥主编:《经济合同法学》,辽宁人民出版社 1990 年版,第 206 页。

[5] 杨立新:《中国合同责任研究》,《河南政法管理干部学院学报》2000 年第 1 期。

[6] 参见陈学明:《惩罚性违约金的比较研究》,《比较法研究》1989 年第 3—4 期,第 50 页。

[7] 参见韩世远:《中国的履行障碍法》,《私法研究》总第 1 卷,中国政法大学出版社 2002 年版,第 193 页。

不能断定是属于赔偿性违约金还是属于惩罚性违约金时,解释为前者,此即所谓“以赔偿性违约金为原则,以惩罚性违约金为例外”。另外,如果第114条第3款规定的是惩罚性违约金,为什么只对迟延履行规定呢?这些解释上的困惑,促使我反思以往的理解,考察惩罚性违约金的来源。

鉴于目前国内认识的这种迷混状态,下面依年代次序,对汉语法学著述中有关的表述做一简要梳理。

1. 胡长清(1935年)

“关于违约金,自来立法有两种意义,有以其为债务不履行之制裁者,有以其为预定债务不履行之损害赔偿总额者,如为前者,则债权人于债务人不履行债务时,不但得请求支付违约金,且得请求本来之给付。反之如为后者,则债权人于债务人不履行债务时,请求支付违约金与请求本来给付,只得选择其一。”^[8]

2. 梅仲协(1943年)

梅仲协先生认为“违约金之目的,在保证契约之必能履行,且减轻债权人就债务不履行或不适当履行所受损害之举证责任。”^[9]另外,就支付违约金之法律上效果,作了二种区别,其一,约定就债务不履行而给付违约金者,债权人得请求债务之履行,或违约金之支付,是之谓债权人之选择请求权。是故债权人一经请求违约金之支付,即不得复行请求债务之履行。唯在债务人不为债务之履行,债权人请求不履行而生之损害赔偿时,依当时的中华民国民法第250条第2项上段之规定,除当事人另有订定外,应以违约金之金额,视为损害赔偿之总额。债权人就该项金额之限度内为请求时,不负举证之责任,债务人亦不得主张损害实额少于违约金金额,而请求减少。其二,约定就债务不于适当时期,或不依适当方法履行即须支付违约金者,债权人于债务人不履行或不适当履行时,除得请求违约金之支付外,并得请求因不履行或不适当履行而生之损害赔偿(民法第250条2项但书)。例如甲对乙约定,若不于5月10日以前,将机件交付者,愿支付违约金1000元。于此情形,倘甲不于适当时期交付其机件,则乙可就违约金之支付及债务不按期履行而生之损害赔偿,一并为请求。^[10]可见,在梅先生的观念中,履行迟延场合,债权人可以同时就违约金及迟延赔偿一并请求。

3. 史尚宽(1954年)

“违约金,依各国之立法有两种性质。其一以违约金为债务不履行之制裁,称固有意义之违约金。其他以之为损害赔偿额之预定。有制裁性质之违约金,为对于债务不履行之私的惩罚,以确保债权之效力为目的。故债权人得于本来之给付外,并得请求违约金。反之有损害赔偿性质之违约金,以确定赔偿额为目的,债权人惟得选择请求本来之给付或请求违约金。”在史先生的著述中,使用的概念是“有处罚性质之违约金”(或有制裁性质之违约金、惩罚性之违约金)与“有损害赔偿性质之违约金”。^[11]“债务不履行时,债权人是否得与本来之给付一并请求违约金,抑仅得请求违约金,应以其所约定违约金系就不完全履行为之抑就全

[8] 胡长清:《中国民法债编总论》下册,商务印书馆1935年初版,1947年版,第365页。

[9] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第253页。依张谷博士所作校勘说明,梅先生的著作初成于1934年至1937年。后经增订,于1943年在重庆公开出版发行。

[10] 上引书,第254页。

[11] 史尚宽:《债法总论》,台北自版,1954年初版1990年七刷,第497页。

部不履行为之,而解答不同。当事人究就何者为约定,违约金之数额通常可为解释当事人意思之主要标准。”^[12]

(1)对于全部不履行债务约定违约金者,除当事人另有订定外,视为因不履行而生损害之总额。此时为请求权之并存。债权人惟得就本来之给付或违约金之请求权中择一行使。既请求给付,则不得请求违约金。请求违约金则不得请求给付。因一请求权之满足,他请求权始因而消灭。因为我国台湾民法以就债务全部不履行违约金之约定,原则上认为损害赔偿额之预定。“当事人得就全部债务不履行约定惩罚性之违约金,自不待论。此时债权人除请求违约金外,并得请求本来之给付或代替给付之损害赔偿。”^[13]史先生的表述非常明确:惩罚性违约金也可就“全部债务不履行”进行约定,并没有像我国大陆通常所理解的那样仅限于迟延履行场合。如果这一结论正确的话,可以认定,大陆的民法学说关于惩罚性违约金是存有误解的。

(2)就给付迟延(不于适当时期履行)或不完全履行(不依适当方法履行)约定违约金者,于债务不履行时,债权人除违约金外,并得请求履行或不履行之损害赔偿。并认为我国台湾民法虽仅就履行时期及方法之不当为规定,其他不当履行,例如不于适当之场所为履行,或为有瑕疵之给付,或仅为一部之给付,亦可解释在内。盖不当履行,为非依债务本旨之履行,债权人得拒绝受领其给付。然债权人受领不完全给付,而就其不当约定违约金时,其违约金有惩罚之性质者,债权人于违约金外,并得请求本来给付或代替给付之损害赔偿,自不待论。即仅有损害赔偿之性质,此时违约金仅为赔偿因履行之不当所生之损害而约定,债权人虽两者并行请求,亦非二重利得。但债务已为一部履行者,如比照债权人因履行所受之利益,违约金额过高者,法院得减少违约金。^[14]自史先生的表述中可以反映出来,对于给付迟延或不完全履行等,既可以约定有惩罚性质之违约金,也可以约定有损害赔偿性质之违约金。

4. 郑玉波(1962年)

郑玉波先生将违约金区分为惩罚性违约金与赔偿额预定性违约金。“惩罚性违约金,即固有意义之违约金,乃当事人对于债务不履行所约定之一种私的制裁,故亦可谓之违约罚。此种违约金当事人得自由约定,盖‘民事罚自由’原则,亦为近世契约自由原则之一部分也。此种违约金于债务不履行时,债务人除须支付违约金外,其他因债之关系所应负之一切责任,均不因之而受影响,易言之,债权人除得请求违约金外,仍得请求债务履行或不履行所生之损害赔偿。故此种违约金对于债务人颇为不利。”^[15]损害赔偿额之预定,亦为违约金之一种。“但债权人如已请求此种赔偿,即不得复请求债务履行或不履行之损害赔偿,亦即二者只能择一行之,不得兼施,此点对于债务人言之,较上述惩罚性违约金之负担为轻。”^[16]

5. 孙森焱(1979年)

孙森焱先生亦将违约金区分为惩罚性违约金与赔偿额预定性违约金。惩罚性违约金,“即以强制债务之履行为目的,确保债权效力所定之强制罚是。为固有意义之违约金。约定惩罚性违约金者,于债务不履行时,债务人除须支付违约金外,关于其因债之关系所应负之

[12][13] 前引[11],史尚宽书,第499页。

[14] 同上书,第500页。

[15] 郑玉波:《民法债编总论》,台湾三民书局1962年初版、1996年版,第341页。

[16] 同上书,第342页。

一切责任均不因而受影响。故债权人除得请求支付违约金外,并得请求履行债务,或不履行之损害赔偿。”赔偿额预定性违约金,即以违约金为债务不履行所生损害之赔偿总额,经当事人于损害发生前预先约定者。^[17]

以上对 30—70 年代汉语民法学著述作者,依年代次序选取其代表,展示了他们对违约金的分类,特别突出了惩罚性违约金的含义。由史尚宽先生的论述中可以获得一基本认识,即惩罚性违约金和赔偿性违约金与债务不履行的形态并没有必然的对应关系,惩罚性违约金并不限于履行迟延场合,而对于全部不履行债务、不完全履行及其他的不适当履行均可适用,换言之,惩罚性违约金可以适用于所有的违约类型。这一认识更可以从郑玉波先生那里获得印证,郑先生对于违约金的效力,区别诸种债务不履行:给付不能、给付拒绝、不完全给付、给付迟延,详细列表,剖析了相应的约定有惩罚性违约金时的效力。^[18]另外,胡长清先生和孙森焱先生在界定作为“债务不履行之制裁”的违约金或惩罚性违约金时,也均未限定于履行迟延,而是一般性地提“债务不履行”。赔偿性违约金,作为损害赔偿额的预定,因违约损害赔偿可得区分为填补赔偿、迟延赔偿甚至其他固有利益受损害之赔偿,也会呈现不同形态。

基于上述考察可知,惩罚性违约金是当事人对于违约所约定的一种私的制裁,故又称违约罚。于违约时,债务人除须支付此种违约金外,其他因债之关系应负的一切责任,均不受影响,债权人除得请求违约金外,还可以请求债务履行或不履行所生之损害赔偿。而赔偿性违约金,是当事人双方预先估计的损害赔偿总额,又叫做损害赔偿额的预定。由于债权人于对方违约而请求损害赔偿时,须证明损害及因果关系,此类举证不但困难,且易产生纠纷,因而当事人为避免上述困难及纠纷,预先约定损害赔偿额或其计算方法,不失为良策,一方面可以激励债务人履行债务,另一方面,如发生违约,则其责任承担办法简单明了。^[19]此种损害赔偿额的预定,也是一种违约金。此种违约金,如相当于履行之替代,则请求此种违约金之后,便不能够再请求债务履行或不履行的损害赔偿。仅就迟延赔偿进行预定赔偿额时,仍属赔偿性违约金,纵与本来债务的履行一并请求,或与填补赔偿一并请求,依史尚宽先生所言,“亦非二重利得”,不等于惩罚性违约金。

我国合同法第 114 条规定的违约金,属于赔偿性违约金,即使第 3 款所规定的“就迟延履行约定违约金”可与“履行债务”并用,亦不过是对于迟延赔偿的赔偿额预定,仍属于赔偿性违约金。^[20]但如此解释,并不等于否定惩罚性违约金在我国法上的地位。由于合同法奉行自愿原则(第 4 条),当事人仍然可以明确约定惩罚性违约金,只要此种条款不违反法律

[17] 孙森焱:《民法债编总论》,台北自版,1979年初版,1997年版,第505页。

[18] 参见前引[15],郑玉波书,第343页。

[19] 王成博士在“民法沙龙”上就本文发表评论时,有如下提示,颇具启发性。即举证的困难除体现在合同法第113条规定的可得利益的确定外,目前中国企业帐目普遍存在问题也是一重要因素。以违约造成损失为由提出诉求,很多情况下必须以帐目记载作为基础,但是,大量企业为了逃避税收,在帐目上做了手脚。很多企业实际上盈利,但帐目上却是亏损。一旦对方违约,己方准备诉讼时,就可能面临二难选择:要么诉讼请求无法得到支持,要么对方可能会提出己方的逃避税问题,使得诉讼得不偿失。在这样的背景下,约定违约金作为损害赔偿额的预定,可能是双方都愿意接受的选择。

[20] 对于合同法第114条第3款,依王胜明先生所作解释,“在这种情况下,违约金视为因迟延履行造成的损失补偿,可以要求继续履行合同,但违约金和赔偿损失不能并用。”王胜明、梁慧星等编著:《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第231页。

的强制性规定,便仍属有效。^[21]当然,如果当事人的约定不明确,原则上推定为赔偿性违约金。

二、违约金责任的成立

首先,违约金责任,作为一种从债务,成立的前提是存在着有效的合同关系,如果主债务不成立、无效、不被追认或被撤销时,违约金债务也就不成立或无效。不过,应当注意的是,在因违约而解除合同的场合,合同中的违约金条款仍然可以援用,因为这类条款在性质上属于“合同中结算和清理条款”,依合同法第98条,并不因合同的权利义务终止而影响其效力。

其次,要有违约行为的存在,至于违约行为的类型,应视当事人的约定或法律的直接规定而定。

再次,违约金责任的构成是否要求违约人具有过错?对此应当区分类别,作具体分析。(1)如果当事人约定违约金的成立以一方当事人有过错为要件的,依其约定。(2)在合同法分则以及单行法规中特别规定违约责任为过错责任的场合,违约金责任的成立应当要求过错要件。(3)在惩罚性违约金场合,由于其目的在于给债务人心理上制造压力,促使其积极履行债务,同时,在债务不履行场合,表现为对过错的惩罚,因而,应当要求以债务人的过错作为其承担惩罚性违约金的要件。^[22](4)在赔偿性违约金场合,除前述特别情形外,不要求以过错为成立要件。原因在于,其性质上是作为损害赔偿额的预定,强调的是对因违约造成的损害的补偿,不必要要求过错之归责事由,这也符合合同法采纳的严格责任原则。

最后,是否要求证明损害的存在及其大小?就惩罚性违约金而言,由于非为损害赔偿,所以违约金的发生不以损害的发生为必要,^[23]不成问题。容易发生争论的是赔偿性违约金的构成要否以损害为要件。如果单纯自逻辑推理来看,既然赔偿性违约金性质上为损害赔偿额的预定,当然要求有损害的存在,即使不必证明其大小,至少也应证明其存在。不过,当事人约定违约金的的目的之一即在于避免证明损害的麻烦,因而,在解释上不应当以损害的存在及其大小的证明为要件。同样地,以上仅为当事人没有特别约定的场合,如果当事人有特别约定,自然应当按其特别约定,无须赘言。^[24]

[21] 崔建远教授从民法中的救济方式在整体上的价值趋向出发,认为民法不以惩罚为目的,重在补偿受害人的损失,并以此为基础,对广泛地承认当事人约定的惩罚性违约金表达了某种担忧,主张除非有重大理由,不得违背上述民法的宗旨,广泛地允许惩罚性违约金的效力。戴孟勇先生等人也对一方当事人可以“惩罚”另一方当事人表示困惑。笔者以为,如果还有必要进一步证成对惩罚性违约金可由当事人针对迟延履行以外的其他类型的违约形态进行约定的话,除了“合同自愿”原则外,是否还体现在一个基本的权利推理或自由推定上,即“法不禁止即自由”,正如张文显教授所指出的,在市场经济条件下,在社会生活空前丰富的时代,什么事情都由法律明确规定下来,特别是人们可以做什么的自由都由法律规定,那是不可能,也没有必要的。并吁请法律机关作出自由推定,或者像法国人权和公民权利宣言宣告的那样去推理,法律只有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的一切行动,都不受阻碍。参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第393页。

[22] 前引[7],韩世远文。

[23] 前引[11],史尚宽书,第499页。

[24] 前引[7],韩世远文。

三、违约金数额的调整

就当事人约定的违约金,无论是赔偿性违约金还是惩罚性违约金,都应当严格遵守,这是合同严守原则(合同法第8条第1款)的当然要求。但过分的合同自由,也会带来不适当的结果,会使违约金条款异化成为一方压榨另一方的工具,因而,对于违约金的数额,不应当完全放任,合同法第114条第2款正是这种精神的体现。

(一) 赔偿性违约金的调整

赔偿性违约金作为赔偿损失额的预定,虽然不要求其数额与损失额完全一致,但也不宜使两者相差悬殊,否则,会使违约金责任与赔偿损失的一致性减弱乃至丧失,而使两者的差别性增大,以致于成为完全不同的东西。因此,违约金的数额过高或过低时允许调整是适宜的。再者,违约金的数额与损失额应大体一致,这是商品交换等价原则的要求在法律责任上的反映,是合同正义的内容之一,是合同法追求的理想之一。既然如此,违约金的数额过高或过低时予以调整,就有其根据。^[25] 其具体的判断标准是过高或过低达到了显失公平的程度。

1. 违约金高低的比较标准

合同法第114条所规定的比较标准,是因违约“造成的损失”。

首先,此处的损失是指因违约造成的实际损失还是指依照合同法第113条或其他特别法规定的可赔损失,不可不察。显而易见的是,并非所有的因违约造成的实际损失(并不限于所受损失,亦包括所失利益)都可以获取赔偿,因而通常情况下,实际损失是会大于可赔损失的。从比较法来看,国外通行的做法是以实际损失作为参照,而非以可赔损失作为参照,这一点值得我们借鉴。我国学者也多认为应以违约造成的实际损失为标准。^[26] 当然,在英美法中,在判断违约金条款是属于预定的损害赔偿还是属于罚金条款时,往往是以当事人特别是违约方在缔约时所能预见到的合理损失作为参照。但由于我们并不区分赔偿性违约金与惩罚性违约金而分别赋予不同的效果,大可不必仿照英美法的做法。

其次,合同法第114条第2款所规定的参照标准只有因违约“造成的损失”,没有其他的参照因素。这种规定,是否合理,在立法论上值得推敲。从比较法来看,法国民法典第1152条第2款没有规定特定参照标准,但在法国学者的通说上,主张以实际损失为标准。德国民法典第343条第1款前段规定,处罚的违约金过高的,经债务人申请,可以判决减至适当的金额。在对违约金是否适当作判决时,应考虑债权人的一切合法利益,而不只是考虑财产上的利益。显然,需要参考的因素可以是多样的。

2. 违约金的增加

(1) 债权人增额请求权的成立

赔偿性违约金既属损害赔偿额的预定,理应是在充分估计因违约所会造成的损失的基

[25] 参见前引[3],崔建远:《合同责任研究》,第251页;崔建远:《合同法》,第271页。

[26] 参见前引[4],《违约责任论》,第586页;孔祥俊:《合同法教程》,中国人民公安大学出版社1999年版,第487页。

础上作出的。如果违约金低于因违约造成的损失,该违约金在实际效果上就相当于免责条款。

合同法第114条第2款前段的规定,字面上只是限定为“低于”,而没有像该款后段那样使用“过分”低于这样的措辞。立法者的意图暂时无从探知,但它很容易让人认为,只要违约金比违约造成的损失低,法院或仲裁机构就应当予以增加。另外,有学者解释认为,合同法第114条第2款中的请求“予以增加”,“该措辞具有填补或者补足实际损失与违约金之间的差额的意思,而没有回旋的余地,体现了完全赔偿的原则。”^[27]“违约金具有损害赔偿性质的,只要是低于实际损失,就应当找齐。”^[28]其实,债权人虽有增额请求权,但是否增额,最终要取决于法院或仲裁机构的裁量权。而这种裁量权的行使,不应不有所节制,否则,只要有差额,均准予增额,必然使违约金的规范目的落空,这种效果并不妥当。

从比较法来看,法国民法典第1152条第2款前段规定,在原约定的数额明显过高或过低时,法官可以,甚至得依职权,减少或增加此种违约金之数额。法国的破弃院(*Cour de Cassation*)在一系列的判例中,对于法官的此项裁量权如何行使确立了一些限制。特别是,如果法官干预,他必须表明在哪方面约定的数额是过多的(*excessive*)或过少的(*derisory*),这一差异应为“明显的”(manifest),即它不应仅仅是可以看得出的(*discernible*),而且须是达到相当程度的(*considerable*)。^[29]法国学者 Carbonnier 亦曾谓,仅仅由于违约金不能充分地赔偿所受损失,该情形尚不得径谓属于法国民法典第1152条第2款规定的例外。^[30]由于我国合同法并没有规定法院或仲裁机构可依职权调整违约金的数额,故不应当出现法院或仲裁机构主动调整违约金的情形,而法院或仲裁机构经当事人的请求对是否调整违约金进行裁量的时候,实有必要参照上述法国法院的实践经验。

(2) 违约金增额请求权与损害赔偿请求权

原经济合同法(1981年)第35条,“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”肯定了 in addition to 违约金之外,对于不足的部分仍有损害赔偿请求权,因而无须通过违约金增额请求权解决问题。这种规定,实际上是将违约金作为最低的损害赔偿额的预定,与德国民法典第340条第2款以及第341条第2款具有相似之处。合同法第114条没有再沿用这一立法模式,不再将违约金作为最低限度的损害赔偿,而且为了调整违约金与实际损失之间的过分悬殊,特别于第114条第2款赋予债权人以违约金增额请求权。

对于债权人的违约金增额请求权,合同法第114条第2款并没有规定行使的期限。债权人在请求或者受领违约金之前行使,固不成问题,如果已经受领了违约金,还能否再行使此请求权,值得探讨。本文初步的认识是作肯定的回答,理由就如同受领了损害赔偿金后,如仍有损害,不妨继续要求赔偿一样,不得依其权利行使行为,径谓债权人放弃了其增额请求权。^[31]

[27] 前引[26],孔祥俊书,第487页。

[28] 前引[5],《中国合同责任研究》(上)。

[29] Cf. Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, (2nd ed., 1992), p. 236.

[30] G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, p. 216.

[31] 只是此种实体法上的主张,如何与程序法上“一事不再理”原则相协调,避免冲突,尚待日后继续探讨。

在有约定违约金场合,当事人是否还有损害赔偿请求权?是否可以选择主张损害赔偿请求权?依罗马法(D. 17, 2, 41. Ulpianus, pro socio),违约金被理解为强制履行的手段,其合意的效力并不及于损害赔偿请求权,损害赔偿请求权可以另外行使。法国学者波蒂埃虽将违约金理解为有关损害赔偿的合意,但也是尊重该法源的,在实际损害明显超过约定额的场合,认有超过损害的赔偿。而普鲁士国家普通邦法的立场是,对一切超过的损害均不承认其赔偿。在英美法系,在一条有效的预定损害赔偿条款下,依损害赔偿方式所可获取者不得超过约定的数额,^[32]尽管在美国有人支持如下观点,如果该数额属于“不合理的短少”,它可被视为不受良心节制的(unconscionable),因而归于无效。^[33]不过,并非单纯地由于约定的数额比损失少就当然地会是这个样子,一个在对等的当事人之间磋商的预定损害赔偿的条款也不会仅仅因为约定的数额不合理的短少而就被视为是不受良心节制的。可见,普通法系关于有效的预定损害赔偿条款的观念类似于法国的事先的对损害赔偿的合意之观念,而不同于德国的真正的“罚金”的观念。^[34]

笔者以为,排他性违约金与损害赔偿并非立于债权人可自由选择中的地位,而是有违约金场合必须适用违约金。^[35]理由在于,作为损害赔偿额预定的违约金,是当事人的特别约定,应该优先适用。但主张优先适用违约金,并不等于说债权人依法律规定的损害赔偿请求权即归于消灭,只是强调约定的效力强于法律的一般规定,在特别约定无效、被撤销场合,债权人只要具备条件仍可主张一般法定赔偿请求权。另外,强调债权人不能放弃违约金请求权而主张一般法定赔偿请求权,也是考虑违约金的特别约定对于当事人而言,还有限定责任的功能,如果允许债权人任意选择,必然使违约金的这一规范目的落空。因而,在肯定债权人的违约金请求权的同时,也可以说,债务人有坚持违约金条款的效力的权利,有要求仅就违约金约定数额承担责任的權利。

3. 违约金的适当减少

(1) 债务人减额请求权的成立

约定的违约金过分高于造成的损失,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。对于因违约所造成的实际损失,应当由请求减额的债务人负举证责任。

法院或者仲裁机构在对是否对约定的违约金减额进行裁量时,可以将违约金与实际损失之间的差额作为重要的考量因素,但不应作为唯一的考量因素,还应当考虑债权人的其他合法权益,比如寻求替代交易的难易程度,是否信赖该合同会依约履行而签订连环合同,另外,也可以考虑债务人是否属于故意违约等因素。最后,在综合衡量的基础上,对是否减额做出一个恰当的判断。

在决定对过高的违约金减额场合,如何掌握减额的幅度,值得探讨。合同法第114条第2款的用语是“适当减少”。笔者认为,法院及仲裁机构的能动性应有所节制,应该认识到,此类司法变更不是社会经济生活的常态,在权衡利弊上,法院未必就比当事人强,故此,法院

[32] A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, 1963, § 1061; G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 7th ed. 1987, p. 772.

[33] UCC s. 2-718 Comment 1; Restatement 2nd ed. § 356 Comments a and d.

[34] G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, 1988, p. 217.

[35] 参见前引[7],韩世远文。

或仲裁机构能够干涉的应限于不合理的合同条款,而在判断何为不合理的时候,必须综合考虑。比如应当考虑当事人之间的交涉能力是否平等,是否使用格式合同条款等。如果双方的交涉能力相当,比如在两个商人之间,对其约定的违约金条款就不宜过多干预;如果是商人与消费者、劳动者等经济弱者缔结的违约金条款,通常就可以考虑变更。

(2) 部分履行与违约金减额

法国民法典第1231条规定,主债务已经一部履行者,审判员得酌量减少违约金。我国台湾民法典第251条亦规定了“一部履行之酌减”,即“债务已为一部履行者,法院得比照债权人因一部履行所受之利益,减少违约金。”我国合同法虽然没有明确的规定,但可以认为第114条第2款后段能够包含此种情形。

在我国学者的解释上,有见解主张“在此种情况下,只是根据违约造成的实际损失来调整违约金数额,而并不是说,应当根据已经履行的比例来进行扣减。”^[36]此种见解,值得赞同。

(3) 赔偿性违约金与过失相抵、减损规则及损益相抵

赔偿性违约金在性质上既属于损害赔偿额的预定,因而,有关限定损害赔偿范围的特别规则,包括过失相抵、减损规则及损益相抵规则,对于赔偿性违约金也应当适用。

(二) 惩罚性违约金的规制

在我国,惩罚性违约金原则上可由当事人自由约定。依通常学理见解,此种违约金于债务不履行时,债务人除须支付违约金外,其他因债之关系所应负之一切责任,均不因之而受影响。此类条款,属于私人之间的惩罚,我国法律虽未禁止,但绝非意味着完全放任。就我国法律而言,可以援用的法律规范至少包括合同法第52条、第54条,通过无效或可撤销等制度规范此类条款的效力。惩罚性违约金条款如系以格式条款的面目出现时,还可依合同法第39条、第40条等加以规制,自不待言。另外,尽管我国现行法对惩罚性违约金没有明文规定,更没有对其数额作明文的限制,但鉴于担保法第91条规定的定金,同样属于“私的制裁”,其数额不得超过主合同标的额的百分之二十。基于相似的利益状况(二者除了性质差异外,其差异主要体现在是否预付上面),该法的立法精神也应当体现于惩罚性违约金上,故建议对于惩罚性违约金的数额,可以类推适用担保法第91条,不得超过主合同标的额的百分之二十。

(三) 违约金可否免除

违约金责任能否由法院或者仲裁机构决定免除?在惩罚性违约金场合,该违约金不以损失的发生为必要,因而不问有无损失发生,违约金都不得被免除。而作为赔偿损失额预定的违约金,有推定损失发生的效力,因而如果没有损失发生,或者损益相抵时,只要违约方能举证证明,就可以免除违约金责任。^[37]

(四) 调整违约金的方式

法院对违约金的调整采什么方式进行呢?这在不同的立法例中有不同的处理办法。德国民法明确规定,法院对违约金进行酌减,应依当事人的声请,故应以诉或反诉或以抗辩为

[36] 前引[4],王利明书,第587页。

[37] 同旨参见崔建远:《关于制定合同法的若干建议》,载《法学前沿》第2辑,第48页。

之。瑞士债务法则未规定须依当事人的声请,解释上得由法院依职权为之。但过高之事实,应由债务人主张及证明。我国合同法明文规定了由当事人请求,这一规定是合理的,有鉴于原来我国立法,尤其是民事诉讼法中已有超职权主义之流弊,故此不应采取职权主义,而应当采德国的做法,法院只有基于当事人的请求,始得予以调整。对于仲裁机构来说,也是如此。

四、违约金与其他违约救济方式

(一) 违约金与强制履行

惩罚性违约金可以与其他因债务不履行所发生之责任并用,强制履行自不例外。以下主要探讨赔偿性违约金能否与强制履行并用。原来的学说主张以能否与强制履行并用来区分惩罚性违约金与赔偿性违约金,其实是以偏概全,应该具体情况具体分析。

如果违约金是针对履行不能、履行拒绝这种完全不履行的情形约定的,是作为替代债务不履行的损害赔偿(填补赔偿)的赔偿额预定,违约金的约定并不使履行请求权消灭。在实际发生履行不能的场合,履行请求权归于消灭,只能请求违约金。在履行拒绝场合,则出现履行请求权与违约金请求权并存的局面,由于这时两项请求权实际指向的对象是相同或相当的,故只应由债权人选择一种主张,不能二者兼得,否则,就等于让债权人获取双份的利益。

如果违约金是针对履行迟延约定的,只要当事人没有特别表明其属于惩罚性违约金,即应推定为对于因迟延履行所生损害的赔偿额预定,换言之,是迟延赔偿额的预定。在债务人履行迟延场合,一方面债权人仍享有履行请求权,另一方面,又享有违约金请求权,由于两项请求权指向的对象并不相同,因而可以同时主张,并行不悖。合同法第114条第3款的规定,正是这种精神的体现。需要强调指出的是,这时的违约金尽管与强制履行并用,或者与填补赔偿并用,由于该违约金推定为对于迟延赔偿的赔偿额预定,故不属于惩罚性违约金,仍应看作是赔偿性违约金。

如果违约金是针对不完全履行约定的,只要当事人未特别言明,宜推定为对于因不完全履行所造成的损害的赔偿额预定。具体地讲,在不完全履行的债务尚属可能履行场合,可以比照履行迟延处理,此时的违约金可推定为对于迟延损害的赔偿额预定,甚至更进一步,推定为对于迟延损害、因不完全履行(加害给付)造成的债权人固有利益遭受损害的概括的赔偿额预定。债权人在主张违约金的同时,仍不妨请求继续履行,合同法第111条所规定的修理、更换、重作均属于强制履行范畴,可与此处的违约金并用。在不完全履行的债务已经不能履行,或者其履行对于债权人而言已失去意义而不再主张继续履行时,当事人所约定的违约金如果推定为此部分填补赔偿的赔偿额预定,结果就会是只能请求违约金,不能再请求损害赔偿,与前一情形相较,尽管二者利益状态相当,处理结果却有实质差异,难谓公平合理。所以,应该比照前种情形,将违约金推定为对于给付本身之外的其他合法利益遭受损害的概括的赔偿额预定,可以与不完全履行部分的填补赔偿一并请求;在部分履行对债权人无意义场合,则可以全部的填补赔偿一并请求。

(二) 违约金与损害赔偿

惩罚性违约金可以与损害赔偿并用,此处重点讨论赔偿性违约金与损害赔偿的关系。

赔偿性违约金又可区分为作为最低数额的赔偿损失(又称抵销性违约金)与作为总额的赔偿损失(又称排他性违约金),对于前者,我国合同法虽没有规定,但不妨碍当事人特别约定,在此种场合,如果在违约金之外还有损失,则仍可以请求赔偿。^[38] 合同法第114条所规定的违约金属于对损害赔偿总额的预定,其与损害赔偿的关系,较为复杂,有必要探讨。

由于违约损害赔偿有不同类型,相应地,违约金也可以区分不同类型的损害而约定。首先,对于同一种损害,比如履行不能场合的给付本身的损害,如果事先约定了违约金,该违约金即是此部分损害赔偿额的预定,虽然债权人有权填补赔偿请求权,由于违约金请求权与损害赔偿请求权并非立于债权人可自由选择的位置,而是有违约金请求权场合必须行使违约金请求权,这时,作为优先适用违约金的反射效力,债权人的损害赔偿请求权实际上停留在不得行使的状态。在这种场合,如果允许债权人在请求违约金的同时,继续获取填补赔偿,就会出现债权人双重获益的结果。

其次,如果违约金请求权与损害赔偿请求权所指向的损害不是同一损害,比如一个是指向给付本身的损害,另外一个则是指向迟延损害或者固有利益的损害,这时二者目的不同,不但并行不悖,而且相得益彰。从比较法来看,大陆法系的法国民法典第1229条,在规定了债权人不得同时主张主债务之履行与违约金这一一般规则之后,又规定了一条例外,“除非违约金是纯粹为迟延而约定的。”瑞士和奥地利的法典也承认了上述一般规则,但其对于例外的表述更为宽泛,^[39]包括了违约金针对未在约定时间或未在约定地点履行进行约定的情形。更加宽泛的表述则可见诸德国民法典第341条第1款,依该规定,上述例外涵盖了违约金是对不依合同约定适当(gehoerig)履行的情形。该法还提到了不按期限履行其债务的情形,但这只不过是上述例外规则一般表述的列举式说明。另外,就英美法系而言,大概没有什么疑问的一点是,在其司法判决中,一个针对某特定形态的违约的预定损害赔偿的条款,并不妨碍对于另一形态的违约所可获得的损害赔偿。某一条款所要涵盖的是哪种形态的违约则取决于对该条款的解释。^[40]在这种场合,违约金尽管与损害赔偿并用,仍然是作为损害赔偿额预定的赔偿性违约金,而不应机械地认为它是惩罚性违约金。

(三) 违约金与定金

我国法律中的定金(民法通则第89条第3款,担保法第89条),兼具证约定金与违约金双重功能,^[41]另外,在最高人民法院关于适用担保法若干问题的解释(以下简称《法释[2000]44号》)中,还明确承认了立约定金(第115条)、成约定金(第116条)和解约定金(第117条)。违约金与定金能否并用,关系当事人利益至巨,并牵涉对于定金规范目的的理解和把握,有必要具体分析讨论。鉴于证约定金被视为是定金的“最小限度的效果”^[42]或“最小限度的性质”^[43],而得兼具他种作用,故以下论述,重点集中在其他几种类型的定金上。

1. 立约定金与违约金

[38] 参照德国民法典第340条第2款、瑞士债务法第161条。

[39] Swiss CO art. 160 par. 2; Austrian CC § 1336 par. 1 sent. 3.

[40] G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, pp. 217—218.

[41] 前引[2],王家福主编书,第125页;佟柔主编:《中国民法》(崔建远执笔),法律出版社1990年版,第331页。

[42] 参见[日]我妻荣:《债权各论》中卷一,岩波书店1957年版,第260页。

[43] 参见[日]相原东孝:《手付与内金》,《契约法大系》II,有斐阁1962年版,第59页。

首先,应该明确违约金的性质。我国大陆学者对此的见解存有相当的分歧,^[44]在我国台湾亦是如此。我国台湾民法第249条规定的定金属于约定定金,就其性质,有认为约定金为法定损害赔偿总额,故受损害之当事人除得没收定金或请求加倍返还定金外,不得更行请求其他损害赔偿;^[45]有人认为定金有违约罚之性质;^[46]有人认为定金为最低赔偿额之预定,故所受损害超过定金时,仍得请求额外之赔偿。^[47]尽管有上述分歧,本文以为,总体上不妨将约定定金区分为两类。其一种与违约罚具有相同的性质,依此种定金的旨趣,当事人一方因债务不履行而发生的损害赔偿的请求,并不因定金的丧失或者双倍返还而受影响,而得与之一并行使。其二一种与损害赔偿额的预定具有相同性质的情形,依其旨趣,丧失或双倍返还的定金是对于债务不履行之损害赔偿额的预定,因而,不许另外再请求损害赔偿。^[48]为了表述方便,暂将约定定金区分为惩罚性约定定金与赔偿性约定定金,并以此为框架,分析约定定金与违约金的关系。

其次,惩罚性约定定金由于是作为对违约的惩罚,对于违约责任不生任何影响,故可以与违约金(不论惩罚性还是赔偿性的)并用。^[49]合同法第116条将违约金与定金立于二者择一的关系,并没有充分考虑定金类型及其规范目的的复杂多样性,简单划一,殊有不当,宜作限缩解释。其中的“定金”,实际上指的是约定定金,这是自体系解释获得的结论,并且应通过限缩解释,将惩罚性约定定金排除在外。

再次,赔偿性约定定金,本身可被理解成为对于损害赔偿额的预定,它与同样相当于损害赔偿额预定的违约金,规范目的相同,自然不应当并用,只宜二者择一。如果合同中约定的属于惩罚性违约金,由于此种违约金并不妨碍另外主张损害赔偿,因而,赔偿性约定定金与惩罚性违约金并不冲突,可以并用。

最后,以上系以定金与违约金均系针对同类型的违约行为加以约定为模型的,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要件,而约定违约金为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,或者不完全履行导致不能履行时,定金与违约金的目的与功能已有所不同,因而两者可以并罚。在拒绝履行导致逾期履行时,基

[44] 有的认为定金具有预定赔偿的性质,但又不同于赔偿违约金,后者是在合同不履行时才支付。前引[2]。《合同法》(梁慧星执笔),第187页。有的将定金作为最低赔偿额的预定。参见王镔:《论定金》,《上海法学》1989年第5期。有的认为约定定金是一种独立的责任形式,定金罚则具有强烈的惩罚性,定金责任的承担不能替代损害赔偿责任,既不能将定金责任作为损害赔偿的最高限额,也不能在计算损害赔偿数额时将定金列入其中,但如果同时适用定金和损害赔偿以后,其总值超过标的物价金总和的,法院应酌情减少定金的数额。参见前引[4],王利明书,第617页。

[45] 前引[11],史尚宽书,第495页;前引[8],胡长清书,第363页;戴修瓚:《民法债编总论》,台湾1955年版,第223页;前引[15],郑玉波书,第337页。

[46] 洪文澜:《民法债编通则释义》,台湾1954年版,第248页;前引[9],梅仲协书,第253页。

[47] 王伯琦:《民法债编总论》,台湾1958年版,第202页;前引[17],孙森焱书,第503页。

[48] 此为日本通说见解,参见[日]柚木馨、高木多喜男:《注释民法(14)》,有斐阁1966年版,第109页;同旨参见[日]星野英一:《民法概论IV(契约)》,良书普及会1987年合本新订2刷,第119页;[日]北川善太郎:《债权各论》,有斐阁1995年版,第21页;[日]水本浩:《契约法》,有斐阁1995年版,第135页;[日]远藤浩等:《要论债权各论I(契约法)》,青林书院1999年版,第124页。新近的学说与此相似,比如内田贵区分作为损害赔偿额预定的定金与作为违约罚的定金,参见[日]内田贵:《民法II》,东京大学出版会2001年初版13刷,第114页以下。

[49] 惩罚性约定定金与惩罚性违约金虽可并用,但并用场合二者数额的和亦不应超过主合同标的额的百分之二十,自不待言。

于同样的道理,违约金和定金也可以并罚。^[50]并用场合如数额过高,应该减少并用的数额。在实际操作上,可以考虑如下提议,即先以定金抵充部分损失,此后如果违约金与剩余的未填补的损失相比显得过高,不妨由违约方依合同法第114条第2款的规定,请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。^[51]

以上关于违约金的类型区分及其与违约金的关系,是以当事人在合同中有明确约定为前提,现在的问题是,如果当事人未在合同中明确其违约金是哪一种类型,在我国法律上应确立什么样的解释规则?在日本判例及通说上,对于违约金究属惩罚性的还是赔偿性的分不清楚时,则解释为后者。^[52]本文认为,在区分惩罚性违约金和赔偿性违约金的基础上,在当事人未明确为哪种时,作为一般性解释规则,宜采纳上述日本判例通说的立场,即原则上解释为赔偿性违约金。不过,有所区别的是,日本通说所解释的损害赔偿额预定,是作为全部的赔偿额的预定,但在我国,应该解释为最低额的损害赔偿额预定,违约金仅作为填补损害之用,不足部分,仍然允许债权人请求损害赔偿。之所以如此,其一,是因为担保法第91条对定金的数额作了限制,不得超过主合同标的额的百分之二十,如以之为全部的损害赔偿额的预定,很多场合是不足以填补债权人所遭受的损害的。其二,从比较法来看,也不乏其例,比如德国民法典第338条、俄罗斯联邦民法典第381条等。

2. 解约定金与违约金

以定金为自由解除合同的代价的,称为解约定金。此种定金,交付的一方得抛弃定金,而解除合同;对方亦得加倍偿还其定金,以解除合同。法、日民法以此种定金为原则。^[53]

我国学说通常对定有解除定金场合的任意解除不加限制,在合同存续的任何阶段都可解除,《法释[2000]44号》第117条也反映了此种思想。其实,这里存在一些误解需要澄清,才可能正确理解解约定金与违约金的关系。

首先,解约定金严格说来并不算是一种债的担保方式,它不是在增强债的效力,而是在削弱合同的效力,^[54]不是“保障债权的实现”(担保法第1条规定的立法目的),而是方便合同的解除。当事人可以通过放弃定金或双倍返还定金而解除合同,摆脱合同的拘束力。正因为如此,《法释[2000]44号》中规定解约定金,恰恰反映出解释者未能透彻地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。

其次,解约定金场合的解除,不是合意解除,也不是裁判解除,而是属于单方行使解除权的解除;这时的解除权不是法定解除权,而是通过定金合同保留的解除权,性质上属于约定解除权。此种解除权的行使,原则上也“应当通知对方”,合同自通知到达对方时解除。具体地说,在交付定金方解除场合,在解除的意思表示之外,无须再作放弃定金的意思表示,其定金返还请求权即当然消灭。在接受定金方解除的场合,还须做出定金的双倍返还,合同才能

[50] 前引[37],崔建远文。

[51] 此一观点系接受了戴孟勇先生的建议,特此致谢。

[52] 大判昭16 8 6评论30民691。前引[42],《债权各论》中卷一,第261页;前引[43],《手付与内金》,《契约法大系》,第59页;前引[48],《注释民法(14)》,第110页;《债权各论》(第2版),第21页;《契约法》,第135页;《要论债权各论(契约法)》,第124页。

[53] 前引[15],郑玉波书,第336页。

[54] 参见前引[42],《债权各论》中卷一,第261页。

解除。^[55]

再次,就通过解约定金合同保留解除权而言,对其行使不应无所限制,而应当限定须在对方着手履行之前,正如日本民法典第 557 条第 1 款的规定。从理论上讲,当事人一方着手履行之后,因定金的交付而发生的解除权即归于消灭。此后,如果对方没有不履行债务,便不得解除合同。^[56]日本法律作如此限定,其立法目的在于防止对已着手履行的一方造成不测之损害。^[57]不过在日本判例上,已着手履行的一方仍可以主张解除,只要对方尚未着手履行,因为这时并未因解除而给对方造成什么损害,自己的着手履行并不能在法律上被认为是对于解除权的放弃。^[58]

复次,就解约定金的性质,宜理解为对因解除合同而给对方造成的损害赔偿的预定。由于对方尚未着手履行合同,故原则上此时仅会有信赖利益遭受损害的问题,该损害因定金的丧失或双倍返还而获填补,所以,日本民法第 557 条第 2 款,排除了损害赔偿的请求。之所以如此,是因为此时的解除并非以债务不履行为理由的解除,故不生损害赔偿责任问题。如果对方因合同解除而遭受什么损害的话,也已由定金额填补了。^[59]《法释[2000]44 号》第 117 条谓“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”,意指仍得有合同法第 97 条的适用,即承认对方仍有权要求赔偿损失,在法理上,难谓适当。又担保法所规定的定金既为违约定金,第 91 条对定金数额所作“不得超过主合同标的额的百分之二十”的限定,解释上自然应限定在违约定金。这样,对于解约定金,法律既无数额限制,无理由解为最低额的损害赔偿,而应理解为损害赔偿全额之预定。

最后,本文在上述对解约定金所作法理剖析的基础上分析解约定金与违约金之间的关系。由于基于解约定金的合同解除,并非因债务不履行(违约)的合同解除,且行使此项约定解除权的行为本身非属违约,所以从理论上讲,一般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了。至于当事人另有特别约定,则可依其意思赋予相应的效果,此处不赘。

3. 其他类型的定金与违约金

立约定金,为保证正式立约的定金,可解为预约的违约定金。故学者主张此种定金可准用违约定金的规定。^[60]其与违约金(预约中约定的)的关系,同前述。至于讨论它与正式成立的合同(本约)中的违约金的关系,实属“关公战秦琼”,无待讨论。

成约定金,谓为合同成立要件的定金,与要物合同之物的交付,作用相同,为德国固有法之制度,现今立法已不认有此种定金。^[61]未见有“定金罚则”,亦非债的担保,与违约金似不搭界,无须讨论。

(四)违约金与合同解除

在合同因一方违约而被解除场合,非违约方还有没有违约金请求权,值得探讨。依合同

[55][56] 前引[42],《债权各论》中卷一,第 264 页。

[57] 参见[日]远藤浩主编:《债权各论 I(契约)》,日本评论社 2000 年第 4 版第 5 刷,第 91 页。

[58] 大判昭 40·11·24 民集 19 卷 8 号 2019 页。

[59] 参见前引[57],远藤浩主编书,第 91 页。

[60] 参见前引[11],史尚宽书,第 492 页。

[61] 参见前引[11],史尚宽书,第 491 页。

解除的“直接效果说”,合同因解除而溯及地消灭,皮之不存,毛将焉附?所以违约金条款也丧失所附的基础,违约金请求权自当归于消灭,不得再行请求。^[62]对于上述推理,采“直接效果说”立场者亦非完全赞同,其理由在于:“当事人违约而产生的违约金责任是客观存在,不能因合同解除而化为乌有,对此,不论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的理论,在合同解除有溯及时,可以拟制合同关系在违约金存在的范围内继续存在。”^[63]

合同法第 98 条规定:“合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。”合同解除是合同的权利义务终止的情形之一(参照合同法第 91 条),因而,合同解除场合,合同中的结算和清理条款仍得有效。其中,违约金条款就可包括在内,因而,在我国现行法上,违约金并不因为合同解除而受影响,仍可请求。

Abstract :The paper re-thinks the so-called ‘punitive penal clause’ in Chinese legal theory, and points out that this kind of penal clause can be agreed upon for any kind of breach, not limited to the delay of performance. Although article 114 of PRC Contract Law 1999 is mainly on the compensative penal clauses, as a natural conclusion of freedom of contract, the parties of a contract are free to make an agreement on a punitive penal clause. In order to claim a penal clause, there is no need to prove the existence and amount of losses suffered by the plaintiff; as to the ‘fault’ of the breaching party to be proved or not, it depends on the different types of breaches of contract. As to the decided amount to be paid by the defendant for his breach, the court or arbitral organization should only have limited power, among which to the punitive penal clause, the only to be controlled is the unfair terms.

[62] 可参见左觉先:《论契约解除后违约金之请求权是否存在》,载于郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(中),五南图书出版公司 1984 年版,第 855 页以下。

[63] 前引 [3],崔建远:《合同责任研究》,第 257 页。