

# 违约金担保功能的异化与回归

——以对违约金类型的考察为中心

韩 强 \*

---

---

**内容提要：**违约金在历史上仅作为债务履行的担保工具而存在。为促进债务人履行债务，当事人往往约定较高数额的违约金，以形成一种履行上的压力。此类违约金的目的在于担保履行，而非解决损害赔偿，是固有意义的违约金。同时，此类违约金也并非当然具有惩罚违约行为之目的。而惩罚性违约金的效力在于，违约方除须支付违约金外，尚须继续履行债务或者负担损害赔偿债务。赔偿性违约金本不属于违约金之范畴，原系当事人在订立合同时对损害赔偿总额之预定。后世法律为简化损害赔偿程序、平衡当事人利益，将违约金推定为损害赔偿总额预定，遂产生赔偿性违约金。我国合同法第114条以规范赔偿性违约金为主，但亦不完全否定惩罚性违约金，其主要问题在于，违约金固有的担保功能丧失殆尽，而赔偿性违约金之简化损害赔偿的功能也没能充分发挥。应对合同法第114条在重新解释的基础上进行必要的改造，以明确违约金的功能定位，并改进其法律效力。

**关键词：**固有意义的违约金 惩罚性违约金 赔偿性违约金 损害赔偿总额预定

---

---

## 引言：从合同法第114条出发

合同法第114条被公认为规范违约金的条款，其紧跟在损害赔偿责任条款（第113条）之后，位列定金条款（第115条）之前。第114条第1款将违约金与“损失赔偿额的计算方法”并列，第2款将违约金与“造成的损失”相比较来调整违约金数额。因此，代表性观点认为，合同法第114条规定的违约金是赔偿性违约金，系对损害赔偿总额之预定。<sup>〔1〕</sup>

然而，无论从立法论还是解释论的角度，合同法第114条都有很多疑问有待澄清。首先，违约金除了承担预定损害赔偿额的功能之外，其固有的担保债务履行的功能在我国合同法上有何体现？这一问题又涉及所谓惩罚性违约金的含义和定位问题。就合同法的现有规定而言，违约金是否具有担保作用并不清楚，特别是与第115条规定的定金相比，其担保

---

\* 华东政法大学副教授。

〔1〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第658页。

属性几乎完全磨灭。而在传统民法上,定金和违约金往往被一并规定在“债务确保”的名义之下。<sup>[2]</sup>其次,作为预定损害赔偿额的违约金,其主要优势在于简化损害赔偿程序,特别是减轻债权人的证明责任负担。<sup>[3]</sup>而合同法第114条第2款以实际损失为依据调整违约金,严重削弱了违约金简化损害赔偿程序的功能。其立法依据何在,实践效果如何,均须仔细研究、认真考虑。再次,违约金调整的构成要件以及与此紧密相关的证明责任负担均不甚清晰,学说和实务上尚未形成统一且稳定的见解。考察司法案例,情况较为混乱,亟待澄清和统一。最后,关于惩罚性违约金是否允许调整以及如何调整,学说上也没有形成共识。如何正确认识和理解违约金的类型与功能定位,仍是一项有价值的研究课题。

## 一、作为担保工具的违约金

一般认为,罗马法将违约金视为一种债务履行的担保。<sup>[4]</sup>罗马人通过罚金要式口约(stipulatio poena)保障债的履行,在一方违反主契约义务的情况下,违约方将按照约定的数额或标准向另一方给付一笔钱作为罚金。<sup>[5]</sup>但这种对于违约行为的罚金,与因违约而产生的继续履行和损害赔偿能否并存,仍存在疑问。保罗认为,在违约金条款生效后,损害赔偿之债的约束力即停止,为违约金请求权所吸收。如果实际损害超过违约金的数额,债权人也不能转而请求损害赔偿。<sup>[6]</sup>显然,在保罗看来,违约金协议具有替代债务履行及损害赔偿的作用。至于造成这种情形的原因,有学者指出,由于罗马法上强制执行制度的不完备,债权人无法请求债务人履行债务,只能请求判令债务人给付一定的金钱。<sup>[7]</sup>从这个意义上说,违约金从一开始就起到替代债务履行和损害赔偿的作用,而只有针对迟延履行违约金才可以与继续履行并存。<sup>[8]</sup>

如果违约金仅具有替代债务履行和损害赔偿的功能,其担保履行的效果尚不十分明显,换言之,其对债务人履行上的压力仍有限。但在罗马法上,并未发现能够与损害赔偿并存的违约金,与继续履行并存的违约金也仅限于迟延履行的场合。这种传统也比较明显地体现在德国民法典第341条以及其他民法典之中。那么,是否存在一种与损害赔偿和继续履行并用的违约金呢?日本民法典第420条虽然只明确规定了“损害赔偿额之预定”制度,并将违约金推定为损害赔偿之预定,但在理论上,仍允许当事人间有相反的意思或者交易习惯,此时,违约金便不能妨碍损害赔偿的请求。<sup>[9]</sup>基于这种理解,便有可能存在一种与损

[2] 德国民法典、荷兰民法典、俄罗斯民法典以及我国台湾民法均明确将违约金作为债务履行之确保或担保加以规定。

[3] Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 11, Rn. 8.

[4] 与违约金协议一同作为债务担保的,还有定金、宣誓和债务协议。参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第256页。

[5] 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第283页。

[6] See Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1995, p. 101.

[7] 参见韩世远:《违约金散考》,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2003年第4期,第77页。

[8] 有学者认为,在罗马法上就存在两种违约金:替代债务履行的违约金和与继续履行并存的违约金,并且这种分类影响了后世法国民法典和德国民法典的立法。参见叶林:《违约责任及其比较研究》,中国人民大学出版社1997年版,第310页。

[9] 日本民法典草案原本即如此表述,在正式通过的文本中,但书部分被删除。[日]奥田昌道编集:《新版注释民法(10)II》(有斐阁·2011年),517页を参照。

害赔偿或继续履行并用的违约金。这种违约金被称为惩罚性违约金，亦被学者称为固有意义的违约金。<sup>[10]</sup> 此种违约金的法律效力是债务人除须支付违约金外，其他因债之关系所应负的一切责任，均不因之受到影响，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。<sup>[11]</sup> 此类违约金完全体现为一种私的制裁，已超出损害赔偿制度固有的范畴，将其界定为惩罚性违约金，可谓名至实归。

惩罚性违约金既与完全的损害赔偿请求权或者继续履行请求权并存，则其目的显然不在于填补因违约行为所造成的损失。当事人约定此种违约金，除巧取利益外，应主要为担保债务人合乎本旨地履行债务。在传统债法上，关于债务履行之担保，有一般担保和特别担保之分。所谓一般担保，系指债务人以其责任财产担保债务之履行以及不履行之损害赔偿。而特别担保，则指由第三人以其全部责任财产，或者债务人、第三人以特定财产担保债务履行。<sup>[12]</sup> 前者成为责任的通常含义，<sup>[13]</sup> 后者则专指保证、抵押、质押等。违约金和定金被称为债务履行之确保，其所具有的担保意味不言自明。但其与通常所谓债务担保也有所区别。一般担保系债务之固有属性，并未超过原债务及其变形形态之范畴。而特别担保，其法律效力亦未超出原债务及其变形形态之范畴。惟有惩罚性违约金，使债务人在原债务（及其损害赔偿）之外另负违约金给付义务，完全超越了原债务及其变形形态之范畴。虽此种担保手段最终仍有赖于债务人之履行，但毕竟在法律关系的构造上为债务人设定了超额债务，其担保效果变得格外明显：债务人为避免实际负担此超额债务，通常会尽力履行给付义务。<sup>[14]</sup> 因此，可以将惩罚性违约金作为纯粹的担保工具。

世界上多数民法典均未对惩罚性违约金作出明确规定。日本民法典第420条第3款将违约金推定为损害赔偿额的预定，其中隐含着当事人可以另作约定或者实践中另有交易习惯的可能。这一规定也被我国台湾民法继受。只有俄罗斯民法典对惩罚性违约金作出明确规定，其第394条第2款规定：“法律或者合同可以规定下列办法：或者允许只追索违约金而不追索损失；或者除违约金外追索全部损失；或者可以根据债权人的选择追索违约金，或者要求赔偿损失。”这里，关于债权人除违约金外可追索全部损失的约定，就是惩罚性违约金。

判断一项违约金协议是否为惩罚性违约金，关键在于当事人约定违约金的目的是。惩罚性违约金最重要的法律效力是债权人在请求违约金之外，仍保留全部的损害赔偿请求权或继续履行请求权。惟有此种完全超越民法补偿原则的违约金，才能称得上惩罚或者私法上的制裁。在我国民法学说上特别是司法实务界，有一种通行的观点，认为违约金本身兼具赔偿性和惩罚性，凡约定的违约金数额超过实际损失的，便具有惩罚性，可以称之为惩罚性违约金。<sup>[15]</sup> 这种观点在违约金数额与实际损失之间进行衡量，其结论否认惩罚性违约金

[10] 此种观点几成学界通说。参见郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版，第317页；前引[1]，韩世远书，第658页。但也有学者将赔偿性违约金称为固有意义的违约金，参见邱聪智：《新订民法债编通则》下册，中国人民大学出版社2004年版，第346页。

[11] 前引[1]，韩世远书，第658页。

[12] 参见[日]我妻荣：《新订债权总论》，王纛译，中国法制出版社2008年版，第64页。

[13] 前引[10]，郑玉波书，第9页。

[14] [俄]E. A. 苏哈诺夫主编：《俄罗斯民法》第3册，丛凤玲译，中国政法大学出版社2011年版，第786页。

[15] 参见谢怀栻等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第294页；沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第209页。

与赔偿性违约金的区别，特别是让真正意义上的惩罚性违约金在法律体系内无处容身。以事后的衡量结果认定违约金类型，完全抹杀了当事人意思自治的地位。<sup>[16]</sup>并且，两类违约金的法律后果显著不同。当事人将违约金纯粹作为债务履行之担保工具，追求的是违约金请求权与完全损害赔偿请求权并存的法律效力。而将违约金作为损害赔偿额之预定，无论预定额是否超过实际损失，都只能在损害赔偿的框架内认识并解决。<sup>[17]</sup>此种观点否定了惩罚性违约金存在的可能，也使得惩罚性违约金所具有的担保效果被完全否定。

但是，必须指出的是，与通说相反，惩罚性违约金并非固有意义的违约金（或称狭义违约金）。固有意义的违约金就是指罗马法上的违约金，其固有之意应指历史上原本具有。尽管在学说上不少人将惩罚性违约金称为固有意义的违约金，但考察罗马法，并未发现支持惩罚性违约金存在的明确证据。在罗马法上，违约金的目的在于追求担保债务履行之效果。为了给债务人制造充分的压力，当事人通常会约定较高的违约金数额，超过债务不履行的典型损害。<sup>[18]</sup>至于违约行为是否实际引起损害以及引起多少损害，均在所不问。<sup>[19]</sup>在性质上，固有意义的违约金是一种附停止条件的给付允诺，即只要债务人不履行或不适当履行，就需要支付违约金。如果违约行为未造成实际损害，则违约金纯粹具有担保作用；如果违约行为造成实际损害，则违约金的实际履行也能在客观上起到填补损害的效果，因此便不再允许债权人额外请求损害赔偿。<sup>[20]</sup>但是，即使实际损害数额超过违约金数额，也不再允许额外的损害赔偿请求权。此类违约金的界定主要从其目的着眼，即突出债权人通过违约金工具确保债务履行的效果。正是违约金通常会高于预期损害这一特质，才能对债务人形成一种压力，促使其依照债之本旨履行，并在债务人违反义务的情况下，对债务人实施制裁。<sup>[21]</sup>因此，违约金的合理性主要体现在债权人对债务强制履行的利益之上，<sup>[22]</sup>但并不允许债权人在请求违约金之外再主张损害赔偿的双重获利。<sup>[23]</sup>基于此，固有意义的违约金被理解为对债务人的“压力工具”。<sup>[24]</sup>

德国民法典第339条至第343条所规定的违约金，正是这种固有意义的违约金，但也作了一定的调整和改进。第340条第1款表明违约金具有替代履行的效力，债权人请求债务人支付违约金的，则不能请求履行债务。此点完全继承了罗马法关于违约金替代履行的传统。第340条第2款则规定，债权人因债务人不履行而享有损害赔偿请求权的，违约金可以作为损害赔偿的最低额。如实际损害超过违约金数额的，债权人仍得就额外损失请求损害赔偿。即使未发生实际损害，也不妨碍违约金请求权的成立，这体现了违约金固有的担保属性。同样，第341条针对债务不适当履行特别是迟延履行，规定了违约金与继续履行请求权并存的制度。这也符合罗马法的传统。而且，针对迟延履行的损害赔偿与违约金的关系，完全

[16] 参见李永军：《合同法总论》，法律出版社2005年版，第755页。

[17] 参见朱广新：《合同法总论》，中国人民大学出版社2012年版，第608页。

[18] Medicus Schuldrecht I RdNr. 462.

[19] 参见王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第249页。

[20] 参见王洪亮：《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，《法学》2013年第5期，第120页。

[21] Larenz, Schuldrecht, § 24 II, S. 376; Staudinger/Rieber, § § 339, Rn. 24.

[22] Erman/Bearbeiter, BGB, 12. Auf., § 343 Rz3.

[23] 债权人若获得双重利益，亦具有不当得利的某些属性。虽违约金支付以违约金协议为其根据，但在这一协议中，当事人并无对价关系，其合法性之理由并不充分。

[24] MünchKommBGB/Bearbeiter § 339 RdNe17.

适用第 340 条第 2 款的规定。在理论上，德国法上的违约金一直被视为一种确保债务人履行义务的压力工具，违约金的承担与损害之有无和大小均无关，在理念上并无损害填补之功能。<sup>[25]</sup> 这些都能证明，德国法上的违约金是固有意义的违约金，其对固有意义的违约金的改进之处在于，违约金如不能涵盖全部损失的，债权人仍得请求损害赔偿。

固有意义的违约金虽然在客观上能够替代损害赔偿，但其目的在于担保债务履行，因此与损害赔偿总额预定（Schadensersatzpauschale）存在根本区别。损害赔偿总额预定的目的在于填补损害，故原则上应以有实际损失发生为限。<sup>[26]</sup> 但日本学说在解释上不再将有实际损失作为赔偿额预定违约金的构成要件。<sup>[27]</sup> 这样一来，违约金和损害赔偿总额预定之间变得难以区分。<sup>[28]</sup> 有观点认为，约定的给付超出可以预期损失的几率越大越明显，越应当认为是违约金。至于当事人双方所选定的称谓，并不重要。<sup>[29]</sup> 正因为如此，虽然德国司法实践上一般认为违约金具有担保和损害赔偿的双重功能，<sup>[30]</sup> 但并未就此将违约金归入损害赔偿制度之中，仍然突出强调违约金固有的债务履行担保的属性。不过，作为债务履行担保手段的违约金，也不能给债务人造成过于沉重的负担。早在中世纪教会法上，出于保护债务人的思想，对过分高于损失的违约金就已经开始加以限制。<sup>[31]</sup> 这一理念对德国法产生了深刻影响。违约金过高以至于违背公平原则或者诚信原则的，法官有权予以酌减。这一规则体现在德国民法典第 343 条第 1 款之中。<sup>[32]</sup>

由此可见，与损害赔偿或者继续履行并用的惩罚性违约金虽然具有强烈的担保属性，但其并非自始即存在于罗马法传统之中，且与固有意义上的违约金在法律效力上存在较大差异。这样一种极为严厉的私罚措施在交易活动中应该比较少见的，是一种特例。<sup>[33]</sup> 在自罗马法以降的私法传统中，惩罚性违约金并未占据主流地位。民法之所以承认惩罚性违约金，主要是出于对意思自治的尊重。尽管日本学说把惩罚性违约金称为狭义的违约金、固有意义的违约金，<sup>[34]</sup> 并影响了我国台湾和大陆的学说见解，但我们仍应正本清源，还固有意义违约金以本来面目。

## 二、作为损害赔偿总额预定的违约金

同样传承罗马法的法国民法典选择了与德国法不同的体制。法国民法典在关于损害赔偿制度之中的第 1152 条第 1 款，规定了损害赔偿总额预定。显然，损害赔偿总额预定是

[25] 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 510 页。

[26] 参见前引 [21]，Larenz 书，第 384 页。

[27] 参见前引 [9]，奥田昌道编书，第 665 页。

[28] MünchKommBGB/Bearbeiter § 339 RdNe34 ff.

[29] 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2004 年版，第 342 页。

[30] BGH NJW 2000, 2106, 2107; BGHZ 130, 288, 295 = NJW 1995, 2788, 2790; Oberhauser RdNr. 3.

[31] Wieaker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 77.

[32] 荷兰民法典第 94 条第 1 款、俄罗斯民法典第 333 条、意大利民法典第 1384 条、奥地利普通民法典第 1336 条第 2 款、瑞士债务法第 163 条也规定了法官对违约金的减额权。

[33] 在实践中，惩罚性违约金协议较为少见。比较典型的案例有“西能科技公司诉国泰君安证券公司委托管理资产合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2004 年第 8 期。

[34] 参见前引 [9]，奥田昌道编书，第 665 页。

一种特殊的损害赔偿制度，即当事人事先约定当债务人不履行债务时，支付一定数额的金钱以作为损害赔偿。德国法也不排斥当事人达成此类预定损害赔偿的协议，<sup>[35]</sup>但此类协议并未被全面纳入民法典，只在规制一般交易条款的第309条中有所提及。预定损害赔偿协议也源自于罗马法，对于上文提到的罚金要式口约，也可以从预定损害赔偿的角度来加以理解。<sup>[36]</sup>事实上，在罗马法上，损害赔偿预定协议与违约金并没有明确的区分。

损害赔偿额预定之目的在于填补损害，故其属于损害赔偿制度应无异议，但其与传统的损害赔偿制度也有显著区别。传统上，损害赔偿奉行全部赔偿原则，而损害赔偿额预定则突出当事人意思自治的地位，债务人违约后向债权人支付的款项不得高于也不得低于预定数额，允许预定损害赔偿额与实际损害之间存在差异，即使实际损害高于预定数额，也不得另行请求损害赔偿。这样的规定以限制全部赔偿原则为代价，追求损害赔偿上的便利，特别是债权人可以避免对全部损害逐一证明的责任。<sup>[37]</sup>损害赔偿总额预定完全是为了简化损害赔偿制度而设，其与作为担保债务履行的压力工具的违约金存在目的上的差别。但由于债权人免于损害证明责任，即不必担心损害赔偿请求权不能实现，故损害赔偿总额预定也被称为债之确保。<sup>[38]</sup>另一方面，法国民法典第1226条也规定了固有意义的违约金，指明违约金的功能在于确保债务人履行契约。但是，法国法并未将违约金的功能仅停留在固有的担保意义上，而是在第1229条明确规定违约金是对不履行债务所生损害的补偿。于是，违约金便与损害赔偿总额预定联系起来，或者说，当事人约定违约金可能包含担保债务履行之目的，但违约金的法律效力应以不超过损害赔偿为限。如果违约金数额低于实际损害的，债权人不得请求损害赔偿。

日本旧民法仿照法国民法典，原本只规定了损害赔偿额预定，并未规定违约金。关于违约金的规定仅体现在其商法典中。<sup>[39]</sup>后来，由于受到德国法的影响，日本在其民法中引入了违约金。根据日本民法起草委员的说明，违约金以确保履行为目的，与损害赔偿有异，故不能规定在损害赔偿额预定之下，而应规定在合同总则的“定金及违约金”之处。但是，定金最终被规定在买卖合同项下，而因违约金与损害赔偿相关联，故将其规定在损害赔偿额预定之处。<sup>[40]</sup>于是，便有了日本民法典第420条第3款关于“违约金推定为损害赔偿额的预定”的规定。但日本民法草案以及学说上，都允许当事人特约或者根据交易习惯承认不同于损害赔偿额预定的违约金，包括固有意义的违约金和惩罚性违约金，统称为狭义的违约金。<sup>[41]</sup>

基于法国法和日本法将违约金视为损害赔偿总额预定的制度，在大陆法系便形成一种所谓赔偿性违约金的观念。此种违约金相当于履行之替代，因此请求此种违约金之后，便不能再请求债务履行或者不履行的损害赔偿。<sup>[42]</sup>德国民法典虽然没有对损害赔偿总额预定

[35] 参见前引[29]，梅迪库斯书，第341页。

[36] 参见丁玫：《罗马法上的合同赔偿制度》，《政法论坛》2001年第5期，第29页。

[37] 参见前引[12]，我妻荣书，第117页。

[38] 参见前引[10]，邱聪智书，第339页。

[39] 参见前引[9]，奥田昌道编书，第664页。

[40] 同上书，第663页。

[41] 同上书，第665页。

[42] 参见前引[1]，韩世远书，第658页。

协议加以全面规定，但在理论和实务上一直承认存在此类协议。自 1960 年代后半期开始，在德国判例上，与违约金相区别，使用了“被预定的概括的损害赔偿”这一概念，出现了对该场合不适用规定法官减额裁量权的德国民法典第 343 条的判决。<sup>[43]</sup> 这表明，德国民法典第 343 条的违约金减额权仅针对固有意义的违约金而设，并不适用于损害赔偿总额预定协议。

### （一）与损害赔偿的关系

赔偿性违约金，即损害赔偿总额预定，其目的在于填补因违约造成的损害。赔偿性违约金为损害赔偿的特殊形式，并未脱离损害赔偿制度的基本范畴。换言之，赔偿性违约金原本也应适用损害赔偿的一般构成要件，但是因为当事人已预定损害赔偿总额，因而对具体损害数额的证明责任得以免除，但对因违约发生损害的证明责任则不能完全免除。<sup>[44]</sup> 但是根据日本通说，在适用损害赔偿总额预定的情况下，对是否需要实际发生损害也作从宽解释，实际发生损害不再具有构成要件的地位。<sup>[45]</sup> 这样一来，损害赔偿总额预定与通常的损害赔偿制度虽目的相同但规则有异，而与固有意义的违约金虽目的上存在根本差异，但在法律效果上则存在类似之处。至于赔偿性违约金与惩罚性违约金，则无论在目的和法律效果上均根本不同，泾渭分明。

损害赔偿总额预定制度的要害在于“预定”。既为预定，则违约金数额难免与实际损害之间发生出入，或高于实际损害，或低于实际损害，甚至违约行为完全没有造成损害，或者损害难以证明，或者损害本不属于违约责任救济的范畴，典型者如精神损害等。损害赔偿总额预定的优点就在于债权人无需就损害之具体类型和范围一一负证明责任，即使法律不予救济的精神损害也完全可以包含其中。<sup>[46]</sup> 在法国法和日本法上，损害赔偿总额一经预定即不得更改，即使与实际损害有一定出入，法官原则上均会判令债务人支付预定之损害赔偿数额。虽然法国法后来承认法官可对预定损害赔偿额予以增减，但这并不意味着预定损害赔偿额必须与实际损害相吻合。而损害赔偿额预定的性质也使其不可避免地具有一定的担保功能。<sup>[47]</sup>

但损害赔偿总额预定毕竟仍属损害赔偿制度之范畴，预定数额也应大体符合违约所可能造成的典型损害，<sup>[48]</sup> 如过分背离，则与损害赔偿制度的立法目的不合，会在当事人间造成利益失衡。在德国法上，如果当事人间的损害赔偿预定协议约定过高的数额，则推定其隐藏了违约金协议，从而适用德国民法典第 343 条的法官减额权。<sup>[49]</sup> 法国法吸收借鉴德国民法典第 343 条第 1 款的法官减额权，依 1985 年 10 月 11 日第 85—1097 号法律引入法官的调整权：“在原约定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的数额”。对于法国法规定的法官减额权，应作具体分析。如果预定数额低于实际损失，则不允许债权人另行请求损害赔偿，原则上法官也不会增加预定数额，这是损害赔偿总额

[43] 参见前引 [7]，韩世远文，第 81 页。

[44] 参见王利明：《合同法研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 668 页。

[45] 参见前引 [12]，我妻荣书，第 118 页。

[46] Staudinger/Rieble (2004) RdNr. 57; Hess S. 173ff.; Staudinger/Schiemann (2005) § 253 RdNr. 9.

[47] 参见尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》，法律出版社 2009 年版，第 378 页。

[48] 所谓典型损害，即按照事物发展规律可期待的损害，如就迟延履行金钱债务而言，典型损害就是银行贷款利息。参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，《法律科学》2014 年第 2 期，第 116 页。

[49] 参见前引 [21]，Larenz 书，第 384 页。

预定制度的固有属性所要求的。当预定数额明显过分低于实际损害，以至于无法实现损害赔偿之目的时，例外地允许法官通过提高预定数额以满足填补损害的需要，或者由法官确认此类违约金条款因数额微不足道构成欺诈而无效。<sup>[50]</sup> 如果预定数额高于实际损失，法官原则上也不得减低预定数额。至于如何理解预定数额明显过高，则是问题的关键。综合损害赔偿总额预定制度和损害赔偿制度二者的功能和属性，预定数额明显过高的含义并非单纯从预定数额与实际损失相比较的角度来理解，而是从债务人承担如此高的损害赔偿预定数额是否有悖于公平正义的角度来理解。德国法上的法官减额权也是如此。也就是说，有的时候即使预定数额远远高于实际损失，但由于预定数额绝对值较少，并未对债务人构成沉重负担，且能够起到较好地督促债务履行的效果，那么此预定数额就应该有效，不受法官调整权的干预。比如，当事人就小额交易标的预定十倍的违约金，虽然预定数额远远高于实际损失，但并无干涉的必要。相反，如果预定数额虽未远远高于实际损害，但综合双方当事人围绕合同履行的全部利益，特别是债务人因合同可以获得的利益与违约金负担之间显著失衡，或者违约金数额过于沉重以至于影响债务人生计的，<sup>[51]</sup> 或者当事人情况偏离当事人作为承诺基础的想法，<sup>[52]</sup> 为了保护债务人，则必须减低违约金。由此可见，无论是德国法上对固有意义违约金的减额权，还是法国法上对赔偿性违约金的减额权，都不是简单地从衡量实际损失与违约金数额的角度来理解和适用的，而是从债务人承担违约金债务的公平角度来加以把握。<sup>[53]</sup> 质言之，违约金过高是法律问题，而非事实问题。<sup>[54]</sup>

在违约金调整的问题上，法国法规定“法官可以，甚至得依职权”行事。此处带来两项疑问：第一，违约金调整是根据当事人的请求进行，还是法官主动依职权进行。第二，两种情况下的证明责任如何确定。关于第一项疑问，法国法的态度似乎是既可依当事人的请求，也可依法官职权调整违约金。德国民法典对于额外的损害赔偿以债权人的请求为条件，而对于违约金酌减则明确赋予法院以减额权。荷兰民法典第94条则将违约金调整均限于当事人请求。比较而言，债权人就额外的损害请求赔偿理所固然，而由法官直接判决增加违约金，则完全超出了意思自治的范畴，从法律逻辑的角度难以自圆。至于对过高违约金的减额，由法官依其职权或应债务人请求宣布当事人的意思表示不适当而部分无效。此种情形是对意思自治的限制，仍在法律行为无效理论可以解释的范围之内，在观念上并无不妥。对于证明责任的分配，如系基于当事人请求而调整违约金的，无疑应由请求权人负担证明责任。法院依职权调整违约金的，特别是针对过高违约金的调整，也应由债务人承担证明责任。<sup>[55]</sup>

对于损害赔偿总额预定高于实际损失能否调整的问题，有观点认为，损害赔偿总额预

[50] 参见前引[47]，尹田书，第379页。

[51] 这里体现了一种重要的利益平衡的思想。如果当事人最终要承担一种毁灭其经济生存基础的责任，则在一开始就不能认为当事人间对这一责任达成了具有法律拘束力的协议。Vgl. BGH NHW 1974, 1705.

[52] Erman/Bearbeiter, BGB, 12. Auf., § 343 Rz3.

[53] 在德国民法典起草过程中，基尔克虽主张对违约金进行限制，但并不同意以损害赔偿作为衡量违约金的标准，因为违约金的主要功能是作为债务履行的压力工具。Gierke, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, 4. Bd. S. 60/63.

[54] Baumgärtel/Bearbeiter, Beweislast, 3. Aufl., § 343 Rdn1.

[55] 同上。

定依法并无调整之余地。该制度之规范目的在于损害赔偿，则其数额就应与实际或者通常期待的损害相符合，如不符合，则约定无效。<sup>[56]</sup> 对此见解，姑且不论法国法已允许法官调整之事实，仅就约定无效问题也面临现实的法律障碍。查各国民法，均未将此种情形归入无效法律行为之列，我国合同法关于合同无效的规定中也不含此种情形。另外，德国民法典第309条关于损害赔偿总额预定超过该情况下按照事物通常发展可预期的损害即为无效的规定，系针对格式条款（一般交易条款）而设置，并不具有普遍适用性。上述学说旨在强调违约金酌减规则仅应适用于固有意义的违约金，但这并不妨碍损害赔偿总额预定制度自身的修正与完善。否则，法国法的做法便无法理解。

## （二）与继续履行的关系

法国法和德国法均继承罗马法传统，在债务人迟延履行或不适当履行的情形下，违约金请求权和继续履行请求权可以并存。此点在德国法上容易理解。如果迟延履行或不适当履行未造成损失，则违约金仅作为担保工具，如果迟延履行或不适当履行造成损失，则违约金可以作为最低额计入损害赔偿。也就是说，违约金请求权的成立并不会免除债务人的履行义务，债务人仍需继续履行，这是违约金作为担保工具的本质属性所决定的。<sup>[57]</sup>

虽然以法国民法典为代表的一系列民法典都不允许违约金请求权与继续履行请求权并存，特别是荷兰民法典和意大利民法典明确规定了两种请求权禁止合并，<sup>[58]</sup> 原因无非也是出于对惩罚性违约金的限制，但对于单纯迟延履行或不适当履行情况下的继续履行请求权，又大多网开一面。显然，当事人仅针对迟延履行约定违约金的，由于其被理解为是对迟延履行所生损害赔偿总额的预定，因此仍在损害赔偿制度范畴之内。我国台湾民法第250条第2款第2句亦规定，迟延履行或不适当履行的违约金与继续履行和损害赔偿可并用。为避免引起该条系惩罚性赔偿之误解，其法律修正案进一步明确：“债权人除得请求履行债务外，违约金视为因不于适当时期或不依适当方法履行债务所生损害之赔偿总额”。<sup>[59]</sup> 虽然法律修正案明确了违约金的性质，但在债务人最终实际履行的情况下，债权人可以获得全部履行利益，此时迟延履行或不完全履行纵然能造成损害，通常亦较小。因此，尽管法律通常对迟延履行或不适当履行的违约金予以承认，但在债务人实际履行债务的情况下，违约金被调整的可能性较大。如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。这是所谓的“比例减低”规则。<sup>[60]</sup>

## 三、违约金功能的融合

这里讨论的违约金类型是从历史的角度出发，并不意味着当事人在达成违约金协议时对违约金的功能和法律效力都有清晰的认识。而且，除了惩罚性违约金之外，固有意义的

[56] 参见前引〔48〕，王洪亮文，第117页。

[57] 奥地利普通民法典第1336条第1款后半段规定：“在没有特别约定时，债务人并非因此取得了通过支付违约金而免于履行合同的义务的权利。如果违约金是针对不遵守履行时间或履行地点所作的约定，则债权人在请求违约金之外还可以请求继续履行合同。”

[58] 奥地利普通民法典第1383条、荷兰民法典第92条第1款。

[59] 前引〔10〕，邱聪智书，第348页。

[60] 同上书，第349页。

违约金和赔偿性违约金在法律效力上可谓相差无几。特别是在违约金作为损害赔偿之替代以及违约金减额权的问题上,两者的构成要件和法律效果几乎一致。于是,学说上对于违约金分类的意义产生怀疑。荷兰的法学理论认为,区分这两种制度没有什么用处;另一方面,在实践中区分它们则是困难的,因为合同当事人在头脑中所想的往往兼有对损害赔偿额的预定和对债务人正确地履行予以激励;另外,两类条款都被认为是有效的且它们的效果是一样的。<sup>[61]</sup>在德国法上,关于固有意义的违约金和损害赔偿总额预定之间的区别,也是模糊和有争议的。<sup>[62]</sup>确定当事人约定的究竟是违约金还是损害赔偿总额预定,当通过解释当事人的意思也不能确定的时候,应由主张违约金的债权人负证明责任。<sup>[63]</sup>

由此,较新的民法典如荷兰民法典,对两类违约金进行了整合。该法第91条明确规定:“任何规定债务人在不履行时其必须支付一笔金钱或者实施其他给付的条款,都被视为违约金条款(Penalty Clause),无论其目的是为了赔偿损失,还是仅为了促使履行。”这意味着对于违约金不再根据其目的区分类型。无论当事人出于何种目的,都被视为违约金,而违约金也就当然兼具两种功能。关于法律效果,该法第92条规定,违约金取代法定的损害赔偿,且违约金不能与继续履行并用,明确了违约金不具有惩罚性。针对违约金不足以填补实际损害的情况,第93条第2款规定了额外的损害赔偿请求权。不过,荷兰民法典对于迟延履行如何处理,则未作明确规定。

从整体效果来说,荷兰法已经摆脱了法国法的影响而接受了德国法的经验,这主要体现在额外的损害赔偿请求权上。融合两类违约金的做法,主要是为了解决以目的界定违约金类型所带来的困惑和混乱。同时代的俄罗斯民法典仍将违约金规定在“债之担保”项下,但也承认违约金可以作为损害赔偿最低数额的地位,针对违约金不足部分,债权人可以请求额外的损害赔偿。

尽管存在上述学说与立法实践,本文认为仍应区分这两类违约金。赔偿性违约金系对损害赔偿总额的预定,虽然预定难免与实际损失之间存在出入,但其仍受损害赔偿法一般原则的制约,预定的数额仍应具有“相当性”。<sup>[64]</sup>所谓相当性,即因各类违约行为在通常情况下所可能造成的典型损害。<sup>[65]</sup>如果预定的违约金数额远超可能的典型损害,则反映出当事人对违约金担保功能的追求大于对填补损害功能的追求。<sup>[66]</sup>日本判例也认为,如果从一开始就明知基于债务不履行而发生损害的盖然性是零或极其低下,则第420条第3项的推定就不能适用,违约金应当解释为违约罚的约定,而非损害赔偿总额预定。<sup>[67]</sup>区分两类违约金,在理论上是能够说得通的,在经验上也是可以得到印证的。在英美法上,债权人追求高额违约罚金(penalty)的约定无效,而当事人间预定损害赔偿的协议(liquidated dama-

[61] 前引〔7〕,韩世远文,第82页。

[62] MünchKommBGB/Bearbeiter § 339 RdNe34 ff.

[63] Baumgärtel/Bearbeiter, Beweislast, 3. Aufl., § 339 Rdn2.

[64] 参见“北京真诚艺术有限公司与北京创势装饰设计工程有限公司加工承揽纠纷案”,北京市第二中级人民法院(2001)二中经终字第1558号民事判决书。

[65] 此处所谓相当性,应与相当因果关系理论之“相当性”同其含义,即指在通常情况下,以一般人之经验观之,因违约或侵权行为所可能发生之损害类型和损失数额。

[66] 参见前引〔29〕,梅迪库斯书,第342页。

[67] 参见前引〔9〕,奥田昌道编书,第665页。

ges) 却是有效的。<sup>[68]</sup> 区分这两类协议, 一是凭借当事人的真意, 二是通过违约金数额偏离典型损害的程度加以推定。<sup>[69]</sup> 在大陆法系, 追求高额违约金的约定可依特约或者交易习惯而存在, 并非无效, 但要受到法官减额权的限制。

因此, 两类不同功能的违约金仍有存在的必要, 其在构成要件和法律效果上存在一定差异。其中, 是否以实际发生损害为要件具有决定性意义。固有意义的违约金不考虑实际损害, 而赔偿性违约金必须证明有实际损害的发生(日本除外)。另外, 固有意义的违约金的成立并非当然取代损害赔偿请求权, 两者仍保持并存地位, 债权人可以选择适用。功能定位不同, 决定了两种违约金在法律效果上的差异。因为固有意义的违约金本不以损害赔偿为目的, 因此当它不能涵盖全部损失的时候, 损害赔偿请求权可继续适用。而损害赔偿总额预定从一开始就是为了损害赔偿而设定, 因此原则上无论其能否涵盖全部实际损失, 债权人都只能获得固定数额的违约金。除非违约金数额过高或过低以至于违反公平正义, 否则法院不得干预。

#### 四、承认违约金的担保功能 改进合同法第 114 条

在合同法的制定过程中, 不论早先的试拟稿还是后来提交全国人大常委会讨论的草案都曾明确规定, 约定的违约金视为违约的损害赔偿。正式通过和颁布的合同法文本虽然删去了这一句, 但仍贯彻了损害赔偿的功能。<sup>[70]</sup> 造成这一认识的理由有以下三点: 首先, 对涉外经济合同法第 20 条的继承。该条规定, “合同中约定的违约金, 视为违反合同的损害赔偿。”这一立法显然是法国民法影响下的产物。其次, 由合同法第 114 条第 1 款第 2 句的“损害赔偿额的计算方法”, 推断第 1 句的违约金应为确定的损害赔偿额。最后, 从第 114 条第 2 款将违约金与实际损失进行比较的关系来看, 违约金本身应为损害赔偿总额的预定。另外, 从有限的立法资料中也可获知, 立法者和参与立法的专家学者都将违约金定性为赔偿性违约金。<sup>[71]</sup>

合同法第 114 条第 1 款在解释上被认定为损害赔偿总额的预定, 这意味着固有意义的违约金所秉持的担保功能在我国合同法上难以实现。至于惩罚性违约金, 我国合同法未加以规定。即使曾有观点认为合同法第 114 条第 3 款规定的是惩罚性违约金,<sup>[72]</sup> 但晚近的观点多认为, 该款仍系对迟延履行损害赔偿的预定, 而并非惩罚性违约金。<sup>[73]</sup> 因此, 惩罚性违约金只能存在于当事人特约或者存在某种交易习惯的场合。

我国赔偿性违约金和惩罚性违约金的二元类型体系, 既不对称, 也不够周延, 遗漏了

[68] 参见前引 [9], 奥田昌道编书, 第 665 页。

[69] 参见 [英] P. S. 阿狄亚:《合同法导论》, 赵旭东等译, 法律出版社 2002 年版, 第 463 页。

[70] 参见前引 [15], 谢怀栻等书, 第 295 页。

[71] 参见全国人大法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》, 法律出版社 1999 年版, 第 60 页。但是, 很难说作为损害赔偿总额预定的违约金是我国民事立法的传统。比涉外经济合同法更早的经济合同法第 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。对方要求继续履行合同的, 应继续履行。”显然, 经济合同法规定的违约金其担保色彩更为浓郁。

[72] 参见崔建远:《合同责任研究》, 吉林大学出版社 1992 年版, 第 228 页。

[73] 参见韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第 114 条为中心的释论》, 《法学研究》2003 年第 4 期, 第 19 页。

最为重要的固有意义的违约金。依违约金的设立目的和功能定位，违约金应分为作为担保工具的违约金（固有意义的违约金和惩罚性违约金）与作为损害赔偿总额预定的违约金。这种分类既合乎历史，又符合实际。

鉴于固有意义的违约金是在担保制度和强制履行制度不完备的古罗马发展起来的，在各种法定担保方式和强制执行程序较为完备的当代，违约金的担保功能是否趋于衰落？答案是否定的。各种法定担保方式和强制执行程序都着眼于履行利益或损害赔偿目的之实现，其效果都以不超过履行利益或者不得超额赔偿为原则。唯独违约金和定金，其作为债务履行的担保，可以在一定程度上超出履行利益和完全赔偿的限制，甚至具有一定的惩罚性，它们作为压力工具之效果非其他担保方式或执行程序所能取代。违约金和定金对于督促履行、确保债权实现具有独特作用，不能轻易予以否定。另外，执行程序和损害赔偿制度各有其局限性，未必能够周延地实现救济。针对人身性债务、不作为债务等就不能适用执行手段。而损害赔偿法之局限性更为明显，损害难以证明的情况比比皆是（有时需要通过证明违约方获利来确定），非物质损害的赔偿制度尚不健全，合理预见规则也存在争议。作为担保工具的违约金能够在一定程度上弥补其他担保制度和执行程序的不足，也可以弥补损害赔偿制度的不足。只要违约金数额不悖于公平原则或者善良风俗原则，没有给违约方造成过重负担，则应承认其效力。

虽然依合同法第114条第2款，赔偿性违约金只要不过分高于实际损失，就不予酌减，也会在客观上具有一定的担保作用，且第3款在迟延履行场合允许继续履行与违约金并存，同样可以在客观上对债务人履行产生压力。但是，由于观念局限和立法技术的不足，赔偿性违约金中所蕴含的担保作用往往不能充分发挥。在观念上，由于根深蒂固地将违约金作为损害赔偿的特殊方式加以看待，导致法官对于违约金过分高于实际损失的裁量失之过宽。法官动辄祭起违约金减额权，任意调整违约金，使违约金的担保功能丧失殆尽。<sup>[74]</sup> 尽管司法实践的主流观点是违约金兼具赔偿性和惩罚性，但根本落脚点还是在于其赔偿性。而且，将违约金的担保功能与惩罚效果相混淆，<sup>[75]</sup> 无疑也加剧了对高于实际损失的违约金的警惕情绪。在立法技术上，个案中，债务人为摆脱违约金负担而向法院主张违约金过高的抗辩并要求予以调整时，就面临证明责任的分配问题。由于我国合同法主要从违约金与实际损失比较的角度来确定违约金是否过高，就必须证明实际损失的数额。损害在债权人一方，债务人客观上无法证明。即使有观点认为应由债务人对违约金过分高于实际损失负初步的证明责任，再由债权人对实际损失负证明责任，<sup>[76]</sup> 但债务人所负担的初步证明责任究竟如何把握，本身也是灵活而模糊的。一般意义上，债务人应就违约金与违约的典型损

[74] 最高人民法院在审理“青岛市光明总公司与青岛啤酒股份有限公司啤酒买卖合同纠纷案”中认为：合同法第114条等规定已经确定违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能，而不是旨在严厉惩罚违约方。违约金在我国合同法中主要体现为一种民事责任形式，因此，不能将违约金条款完全留待当事人约定，尤其是对数额过高的违约金条款，更是如此。参见最高人民法院（2004）民二终字第125号民事判决书。而在迟延履行金钱债务的案件中，法院往往完全忽略当事人对违约金的约定，而直接按照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准调整违约金。此时调整后的违约金与通常的损害赔偿无异，完全丧失了违约金预定损害赔偿的功能，更遑论其担保功能。参见“建设部信息中心与北京英翰迪文化发展有限公司合作合同纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2002）朝民初字第1661号民事判决书。

[75] 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年版，第481页。

[76] 参见沈志先主编：《合同案件审判精要》，法律出版社2013年版，第126页。

害不符承担证明责任，满足此点即可谓完成初步的证明义务。但债权人不能再就违约金与典型损害相符加以证明，而必须就违约金与具体损失相符承担证明责任，因为一旦进入具体个案，抽象的典型损害就不再具有意义，法官只能针对具体损失加以认定。显然，债务人与债权人在此负担的证明责任是不对等的。债务人事实上获得了任意挑战违约金协议的机会，而债权人原本享有的证明责任上的便利不仅丧失殆尽，而且一旦债权人不能证明违约金没有过分高于实际损失，将承担违约金被酌减的不利后果。这样的安排对债权人非常不公正，也极大地损害了违约金协议的严肃性。

基于此，应对我国合同法的有关规定重新进行理解并予以必要的改造。

首先，合同法第114条第1款规定了“违约金”和“损失赔偿额的计算方法”。在解释上，不妨将“违约金”解释为固有意义的违约金，将“损失赔偿额的计算方法”解释为损害赔偿总额预定协议。这样，体现担保目的的违约金和体现损害赔偿目的的损害赔偿总额预定二者在合同法中就实现了兼容。固有意义的违约金不以损害赔偿为目的，但可以作为损害赔偿的最低预定额。法律允许违约金在一定程度上高于实际损失，但应受第2款过高酌减规则的制约。而损害赔偿总额预定的目的在于简化损害赔偿，应尽可能与各类违约的典型损害相当。如发现损害赔偿总额预定过分高于典型损害的，则推定其为违约金，亦受酌减规则的调整。至于当事人约定的到底属于哪一类违约金，则应依赖于意思表示解释的规则。如一定要坚守违约金作为损害赔偿总额预定的定性，也应至少保留当事人通过特约设定固有意义违约金的可能。在实践中，也确有法院基于意思自治原则而肯定固有意义的违约金的法律效力。例如，债务人出具“月底前将欠款还清，月底不还，双倍赔款”的承诺书，法院对双倍赔款的约定予以承认。<sup>[77]</sup> 双倍赔款的约定显然具有担保目的，而非损害赔偿之预定。

其次，合同法第114条第2款将调整违约金的标准确定为“造成的损失”，即实际损失，宜加以改造。依体系解释，此处的实际损失应符合合同法违约责任制度中对损失的界定。根据合同法第113条第1款的规定，所谓实际损失（并非客观上的实际损失，而是在法律上可以获得赔偿的损失）是指因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不包括超出合理预见范围的损失。根据通说，实际损失不包括因违约造成的精神利益损失及其他非物质损失。<sup>[78]</sup> 但是，完全以实际损失作为调整违约金的标准，并不合理。是否只要违约金数额低于实际损失，哪怕只是轻微低于实际损失，也允许债权人行使增额请求权？通说对此均持否定态度，认为只有违约金过低时方得调整，理由在于维护意思自治以及损害赔偿预定制度的便利功能。<sup>[79]</sup> 但不可否认，只要违约金低于实际损失，哪怕是轻微低于损失，完全赔偿也无法实现。而如何确定“过低”也难有确切标准。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（下称“合同法司法解释二”）也仅对违约金过分高于实际损失的标准进行了界定，而没有回答违约金低于实际损失的认定标准。相比之下，允许债权人就额外损失另行寻求损害赔偿，既可避免认定“过分低于损失”的麻烦，又能尊重意思自治且周延救济损害。而实践中也确有法院在违约金数额低

[77] 参见“北京今日阳光广告有限责任公司与北京旭霞广告有限公司广告合同纠纷案”，北京市宣武区人民法院（2001）宣经初字第475号民事判决书。

[78] 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2011年版，第320页。

[79] 参见前引[73]，韩世远文，第22页。

于实际损失的情况下,就额外损失判决损害赔偿。〔80〕

而对于违约金过高的问题,不应将衡量的标准局限在与实际损失的比较上,尤其是在承认固有意义的违约金的情况下,应一定程度吸收“合同法司法解释二”第29条的经验,从公平正义和诚实信用原则的角度把握违约金过高问题。关于债务人负担违约金的合理性,应主要考虑如下因素:一是违约金是否足以危及债务人的生存或经营。二是合同对价关系。既要考虑债权人因合同履行可以获得的各种利益,包括但不限于财产利益,〔81〕也要考虑债务人因合同履行可得的利益,甚至债务人因违约所得的利益。如果债务人因合同履行可得利益微小,但却要负担较高的违约金,即使违约金没有过分高于债权人的实际损失,单纯从债务人权利义务相平衡的角度,也应考虑酌减。如果债务人违约虽未造成债权人巨大损失,但其因违约可以获取高额利益的,即所谓的效率违约,此时高额违约金反倒有其合理性。三是当事人的过错程度。我国违约责任以严格责任为归责原则,但并不否定过错对违约责任的影响。〔82〕如债务人有故意或重大过失的,则违约金酌减的可能性就相应降低。反之,如果债权人对实际损害与有过失的,或者债权人也存在不履行对待给付义务情形的,则酌减违约金的可能性又相应提高。特别是债权人诱使债务人违约而意图取得高额违约金利益的,更要对违约金的适用严加限制。〔83〕四是合同的履行状况。债务人实际履行债务或者部分履行债务的,则应考虑对违约金进行必要的缩减,或者根据诚信原则完全排除违约金的适用。〔84〕另外,损害赔偿制度中的其他相关规则如损益相抵等,在赔偿性违约金场合也自然可以适用。〔85〕

对于惩罚性违约金的调整,应在法律上予以明确。有观点认为,既然合同法第114条全部是对赔偿性违约金的规定,那么第2款的调整规则就不能适用于惩罚性违约金。另有观点认为,惩罚性违约金也应予以调整,但不是根据合同法第114条第2款,而是类推适用担保法上定金最高不超过主合同标的额20%的规则。〔86〕还有意见认为,惩罚性违约金也应适用合同法第114条第2款的调整规则。〔87〕对于惩罚性违约金的调整问题,也应从违约金的功能定位入手。惩罚性违约金不关注损害赔偿,因其本身就与损害赔偿请求权并存。因此,为判断惩罚性违约金适当与否,若将其与实际损失进行比较,本身就背离了惩罚性违约金的功能定位。至于类推适用定金规则的观点,认识到了将惩罚性违约金与实际损失进行比较的不妥之处,想另辟蹊径寻求一种法定的限制标准。该思路是可取的,且选择与定金比较,也暗合传统民法将其二者均作为债务履行确保的关联地位,但直接援引定金规则是否妥当仍有待讨论。其实,在罗马法上,优士丁尼皇帝针对固有意义违约金过高的现象,曾经颁布敕令将其限制在合同标的额二倍以内。〔88〕此限制性规定虽未被后世各民法典所采

〔80〕 参见“北京王致和食品集团有限公司诉北京天相房地产开发有限公司联合开发合同纠纷案”,载刘言浩主编:《法院审理合同案件观点集成》上册,中国法制出版社2013年版,第350页。

〔81〕 德国民法典第343条第1款。

〔82〕 参见前引〔76〕,沈志先主编书,第124页。

〔83〕 BGH NJW - RR 1991, 568, 569 = WM 1991, 897.

〔84〕 LG Berlin, NJW 1996, 1142.

〔85〕 参见前引〔48〕,王洪亮文,第116页。

〔86〕 参见前引〔1〕,韩世远书,第666页。

〔87〕 参见李东琦:《论惩罚性违约金的调整》,《当代法学》2013年第6期,第83页。

〔88〕 [古罗马]优士丁尼:《民法大全》(C.7, 47, 1)。

纳，但对于评价违约金数额是否过高，倒也不失为一项有价值的参考标准。可以类推适用判断固有意义的违约金过高的标准，并借鉴“合同法司法解释二”第29条第2款关于30%的比例规定，惩罚性违约金数额超过主合同标的额30%的，超出部分原则上无效。

再次，合同法第114条第3款不应局限于迟延履行情况，而应包括一切不当履行的情形。但应同时规定，在继续履行与违约金并存的场合，违约金受过高酌减规则的约束，特别要突出实际履行对违约金数额酌减的影响。出于逻辑上的考虑，现第3款应提升为第2款，而现第2款应作为第3款。

最后，考虑到我国合同法采民商合一之立法体例，在违约金问题上应充分考虑民事法律关系与商事法律关系之间的差异。在商人之间，出于其对于风险的预见能力和掌握能力，以及谈判地位的相对均衡性，可以更多地给予固有意义的违约金甚至惩罚性违约金以生存空间。<sup>[89]</sup>而在非商人之间，则可以主要从损害赔偿总额预定的角度来认定违约金之功能和效力。

---

---

**Abstract:** In history, liquidated damages existed only as a guarantee tool for the fulfillment of obligation. The parties usually agree on a high amount of liquidated damages which form some pressure on the debtor to fulfill his obligation. This type of liquidated damages aims to guarantee fulfillment instead of settling compensation for damages, thus, is liquidated damages in its inherent meaning. Meanwhile, the purpose of such type of liquidated damages does not necessarily include the punishment of nonperformance. The function of punitive liquidated damages is to ensure that the default party not only pay liquidated damages, but also continue to fulfill his obligation or bear the debt of damages. Punitive liquidated damages aim to entitle the creditor to dual benefits and, therefore, shall be strictly restricted. Originally, compensatory liquidated damages are predetermination of damages when both parties are making a contract, hence do not fall into the scope of liquidated damages. In order to simplify the procedure of compensation for damages and balance the benefits of both parties, later laws presume liquidated damages as the predetermination of total amount of damages, hence the emergence of compensatory liquidated damages. Article 114 of Contract Law of People's Republic of China primarily focuses on regulating compensatory liquidated damages, but does not totally negate punitive liquidated damages. The main problem with the provisions on liquidated damages in the Chinese Contract Law is that liquidated damages completely lose their inherent function of guarantee, while the simplified function of compensatory liquidated damages does not play a full role. In order to clarify the function and role of liquidated damages and enhance their legal effect, Article 114 of Contract Law shall be modified on the basis of reinterpretation.

**Key Words:** inherent liquidated damages, punitive liquidated damages, compensatory liquidated damages, predetermination of total amount of damages, adjustment of liquidated damages

---

---

[89] 此点似已获得司法界主流观点的支持。参见奚晓明：《深化商事理念，维护公平正义，为经济社会秩序健康发展提供有力司法保障》，《人民司法》2013年第11期，第5页。