

违约金的类型构造

姚明斌*

内容提要：违约金规则以任意性规范为主，其中既包含一个法定模范类型，也允许当事人另作约定形成意定类型。这一规范逻辑决定了违约金类型构造的必要性。当前主流学说的构造方案符合该规范逻辑，理论出发点亦卓具贡献，但囿于标准单一且未重视类型要素在利益衡量上的强度差异，在司法实践中仍不乏疑义。考察德国法上区分违约金和损害赔偿概括计算条款的判例、学说与立法演进，可提炼更为丰富的类型要素并作强度分析，形成违约金的类型谱系。以之为背景定位中国法的法定模范类型和各种意定类型，就能全面厘清各类型的规范适用问题。不同类型承载了不同的自治意思，通过类型构造把握各种类型，可以确保规范适用时尽可能地尊重私法自治。

关键词：违约金 法定模范类型 意定类型 类型要素 类型谱系

引言：违约金类型构造的必要性

私法自治乃合同法的价值根基，肯认“各人依其意志自主形成法律关系”的正当性。^{〔1〕}对此，合同法以典型合同为模范类型，并允许民事主体另行约定形成无名合同和混合合同。就其规范适用问题，即可以类型思维和方法作相应的界定分析。^{〔2〕}

在正面形成合同关系之外，民事主体也可以就合同履行障碍的后果作预先安排，约定

* 华东政法大学博士后研究人员。

本文系作者主持的国家社科基金青年项目“违约金条款类型化规制研究”（15CFX059）、中国博士后科学基金面上资助一等项目（2015M570352）和上海市教委、上海市教育发展基金会“晨光计划”项目（14CG53）的阶段性成果。

〔1〕 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, S. 1.

〔2〕 在法学方法论上，类型是与概念相对的思维方式。一般认为，概念具有抽象、固定、封闭等特征，不同概念间呈非此即彼的关系，并以涵摄为运作方式。类型则以归纳为运作方式，只能通过一系列要素来限定和描述，不仅要素之间存在有机联系，还可以开放地舍弃某些要素而保持该类型的品格，所以不同类型之间存在流动过渡的层次。在既有概念体系的基础上，类型思维有助于重建事物之间被概念所割裂的联系，进而把握法律评价对象的过渡阶段。关于类型思维的特征，详参 Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971, S. 34 ff.

违约金即为著例。^{〔3〕}除了司法酌减规则,违约金规则一般都是任意性规范,当事人可通过另行约定予以调整甚至排除适用。从类型的角度看,任意性规范中包含着一个法定模范类型,^{〔4〕}该类型是立法者从交易实践中的经验类型出发,经特定的法律观点评价转化而成,^{〔5〕}在利益衡量上必须兼顾双方。于此之外,当事人可以对违约金约定的某些方面作或大或小的调整,形成不同于法定规格的意定违约金类型。意定类型蕴含了对利益状况的个性化追求,^{〔6〕}或有利于债权人,或有利于债务人。这种“法定模范类型—意定类型”的规范配置决定了,规范适用时,首先须通过法律解释明确法定模范类型的规范构成,再以之为参照系,检视当事人的约定是否以及在哪些构成上作了另行约定,最后以当事人的约定为请求权基础,^{〔7〕}未作(明确的)另行约定时则适用法定的规范构成。^{〔8〕}

违约金制度的上述规范逻辑,意味着应以法定模范类型为中心,于其“上、下游”作完整的类型整合,才能揭示“法定模范类型—意定类型”在逻辑与价值上的互动,从而全面把握中间类型并指导规范适用。此乃违约金类型构造的必要性。本文意在以类型思维和方法为工具,以规范适用为问题导向,展示违约金类型的构造流程。在结构上,先考察我国学说的理论贡献和实践局限,并引介德国法发展脉络,提取和整理若干具有评价意义的类型要素。对这些类型要素作利益衡量上的强度分析后,形成一个完整的类型谱系。再以我国现行法为工作前提,经解释论在类型谱系上定位一个符合利益平衡的法定模范类型,并梳理意定类型的规范适用问题。最后,进一步厘清类型构造在司法酌减时的体系效应和规范意义。

一、类型要素的比较、提炼与整理

作为类型构造的第一步,类型要素的整理旨在发掘具有评价意义的多项要点,寻找法律上对不同类型作区别对待的关键。对此,我国学理和实务发展已贡献了卓具意义的观点,但也存在一定的局限。

(一) 我国主流学说的贡献

无论是1999年前的三部单行合同法还是现行合同法,均未对违约金作明确的类型区分。但在过去三十余年的违约金学说中,类型问题一直是讨论的核心主题,^{〔9〕}且尤以惩罚性违约金和赔偿性违约金的区分为重。其中,主流学说主张以违约金是否排斥强制履行或

〔3〕 Vgl. Schlechtriem, Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, 1973, S. 51; Westermann/Bydlinski/Weber, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2005, Rn. 2/56.

〔4〕 相对于当事人的约定,任意性规范的适用是第二性的,是不依据当事人意志的“依法”适用(参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第43页以下),故笔者称之为“法定模范类型”,以区别于物权法“类型法定”意义上的法定类型。

〔5〕 参见前引〔2〕, Leenen书,第86页。

〔6〕 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第344页以下。

〔7〕 即使当事人的约定未偏离法定构成,义务的基础仍不在于法律规定,而是当事人的约定。同上书,第178页。

〔8〕 所谓“未作(明确的)另行约定”,在我国法上应指当事人的约定经合同法第61条、第62条的补充解释,仍无法确定其是否偏离了法定模范类型的规范构成。

〔9〕 早期的成果参见李京生:《违约金分类的比较分析》,《政治与法律》1984年第3期,第37页以下;庄宏志:《关于赔偿额预定和违约金》,《中外法学》1990年第1期,第38页以下。

损害赔偿等法定责任为区分基础，并行于法定责任的属于惩罚性违约金，反之则是赔偿性违约金。当事人的约定直接决定了违约金的具体内容，约定不明确时推定为赔偿性违约金。^{〔10〕}其中有观点进一步认为，惩罚性违约金应以过错为成立前提，损害发生并非必要条件，而约定了赔偿性违约金则推定损害发生，并遵循合同法违约责任的归责原则。^{〔11〕}

主流学说是从当事人的意思出发，根据当事人在违约金给付义务之外是否同时追求并行不悖的其他违约责任效果作相应区界。^{〔12〕}由于是以当事人的意思为基点，故缔约时当事人是否约定并行于其他违约责任的违约金，直接决定了可能适用的规范。交易主体对于违约金条款可能受到的法律评价，具有较强的预期性，也能以该预期为基础作适当的决策。由于无法确定当事人真意时即推定为约定了赔偿性违约金，赔偿性违约金被定位为法定模范类型，惩罚性违约金则是意定类型，符合上述“法定模范类型—意定类型”的规范逻辑。此乃主流学说在类型构造上的重要贡献。

从类型要素的角度看，主流学说区分两类违约金的要点主要包括违约金是否与强制履行或损害赔偿等法定违约责任并行、违约金的成立是否以实际损害的发生为前提以及债务人的过错是否为违约金成立的必要条件。

（二）我国司法实践提出的疑义

在主流学说之外，另有“损失比较说”，主张以违约金数额和违约造成的损失之间的大小关系，来判断惩罚性和赔偿性，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，违约金则属于惩罚性的。^{〔13〕}虽然学理上对该说一直不乏批评之议，^{〔14〕}但颇为吊诡的是，这种区分在司法实践中颇受青睐。以新近的案例作初步观察，最高人民法院即认为“违约金具有补偿性和惩罚性双重性质，合同当事人可以约定高于实际损失的违约金”，言下之意实际损失构成补偿性与惩罚性的区界。^{〔15〕}最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）似乎也将“合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金”作为“极具惩罚性的违约金条款”看待。理论与实务之间的区隔，不可谓不明显。

〔10〕 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250页以下（梁慧星执笔）；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第658页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年版，第379页。

〔11〕 参见上引韩世远书，第659页。

〔12〕 这一立场也是我国台湾学说上的共识。其学说还以此表达了对违约金功能层面的区分态度，即并行于其他违约责任的违约金具有担保履行的功能，而排斥其他违约责任的违约金只是发挥损害填补的作用。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；孙森焱：《民法债编总论》下册，法律出版社2006年版，第599页以下；林诚二：《民法债编总论：体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第439页；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页以下。

〔13〕 持这一立场的观点，可参见崔文星：《关于违约金数额调整规则的探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期，第78页以下；高敏：《关于违约金制度的探讨》，《中国法学》1989年第5期，第101页；王作堂等：《民法教程》，北京大学出版社1983年版，第235页。

〔14〕 对“损失比较说”的批评主要有两方面：其一，同一额度的违约金之下，违约损害越大，惩罚效果反而越小，存在评价矛盾；其二，以实际损害的大小为比较和判断依据，当事人缔约时损害尚未发生，则无法对违约金作性质和功能上的预设。参见陈学明：《惩罚性违约金的比较研究（上）》，《比较法研究》1989年第3—4期合刊，第50页；崔建远：《合同责任研究》，吉林大学出版社1992年版，第231页。

〔15〕 参见韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环境工程装备总公司、广东省环境保护工程研究设计院合同纠纷案，《最高人民法院公报》2011年第9期。

根据“损失比较说”，当事人在缔约时无法判断该违约金具有何种效果。如果将约定违约金的行为视为一种具有相对性效力的“立法”的话，^[16]那么“立法者”在立法时竟然无从对其所确立的规范作性质和效果上的预设，这显然是不可接受的。笔者认为，“损失比较说”与其说是分类，毋宁是一种事实上的描述，并不具有指导规范适用的意义。但是，其所涉及的违约损害对于违约金类型定位的影响，在下面这则实例中，也揭示出对主流学说的一丝疑义。

在“福州万洲船务有限公司与福州星火港口服务有限公司船舶属具和海运集装箱租赁、保管合同纠纷上诉案”中，星火公司（违约金债权人）与万洲公司（违约金债务人）订立《调箱委托协议》，约定“星火公司在天津港提供182个20英尺集装箱空箱给万洲公司免费使用……万洲公司应在发船之日起17天之内将空箱回收至星火公司指定的堆场。如逾期回收，万洲公司应支付拖延使用费100元/箱/天”。后部分集装箱未按时回收，星火公司即起诉主张合同约定的拖延使用费。一审法院认为，涉诉条款“直接约定了违约金的数额，且该数额明显高于市场价格，表明该违约金不以星火公司的实际损失为依据，具有惩罚的性质”。二审法院进而指出，“一审法院认定集装箱成本9.3元/箱/天，及综合考虑当事人双方协议的约定、星火公司的实际损失、违约金具有惩罚性等因素，酌定以15元/箱/天为标准计算违约金，并无不当。……在不排除当事人公平、诚实信用原则的指导下，约定使用惩罚性违约金，表明了其与损害赔偿的基本区别，即违约金不以发生实际损害为条件，即使违约的结果并未发生任何实际损害，也不影响违约人的责任。”^[17]该案判决以违约金明显高于市场价格为由，推断当事人并不以实际损失为依据的意图构成惩罚性违约金，而这种意图在违约金调整时必须予以考虑。

于此，从市场价格入手考量当事人约定违约金的可能意图，实质上已涉及主流学说未予考量、但对于类型区分具有评价意义的要点，即违约金与可能的违约损害（而非实际损害）之间的关系。同时，该案也说明，当事人约定违约金可能同时追求督促履约和损害填补的效果。若依前述主流学说，合同中未约定违约金与其他违约责任（比如未按时回收造成的迟延损害）并行，属于预定损害赔偿总额的赔偿性违约金，那么约定高达市场价格十倍的违约金中所包含的督促履行之意思，就可能通过司法酌减被剪裁为仅具有损害填补作用的效果。^[18]是以，主流学说只是确立了功能上的两种对极类型，忽略了中间存在的丰富的过渡选项。^[19]而忽视了这些中间类型的构造方案，也就无法全面顾及各类型背后不同的自治真意。

[16] 对这种私人“立法”行为的深入分析，参见薛军：《法律行为“合法性”迷局之破解》，《法商研究》2008年第2期，第40页以下。

[17] 福建省高级人民法院（2009）闽民终字第4号民事判决书。

[18] 类似的批评，参见杨明刚：《违约金惩罚性与赔偿性的多视角解读》，载崔建远主编：《民法九人行》第2卷，金桥文化出版（香港）有限公司2004年版，第152页；王洪亮：《违约金功能定位的反思》，《法律科学》2014年第2期，第117页。

[19] 事实上，持主流学说的学者并不否认这一点。比如，韩世远也认同日本学者能见善久的观点，即赔偿性违约金和惩罚性违约金属于违约金两极的理念型，二者之间可以存在多样的中间阶段，并表达了关于兼含填补损害和威慑目的之可能类型的思考。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83页；韩世远：《违约金的理论争议与实践问题》，《北京仲裁》第68辑，第31页；能见善久：《違約金・損害賠償額の予定とその規制（5）》，《法学協會雜誌》第103卷第6号，第998页。

（三）德国法的演进及可能的启示

那么，对于现有学理和实践提出的不同构造方案，其内部可作怎样的进一步挖掘，外部又应作何补充？鉴于主流学说及其在我国台湾的借鉴来源，在相当程度上系以欧陆法制尤其是德国法为论理依据，且德国法的类型区分在规范、学说与实践三个层面均有所展开，以下简要考察德国法上的相关演进历程，从中或可有所启示。

德国民法典中，违约金主要规定在第339条以下，其中不仅涉及违约金与强制履行和损害赔偿的关系（第340条、第341条），还包括了作为强制性规范的司法酌减规则（第343条第1款）。德国通说认为，违约金具有督促履约（亦称压力手段）和损害赔偿（包括简化损害举证和填补非财产损失）的双重功能。^[20]虽然德国民法典颁行伊始并未在规范层面作类型区分，但立法过程中已不乏类型化的考量，^[21]学理上亦有初步的探讨，尤其侧重于考量约定金额与实际损害及损害赔偿的关系。^[22]

德国法上类型构造的一个重要的制度事件，是损害赔偿概括计算条款（Schadensersatzpauschalierung）的出现。所谓损害赔偿概括计算条款，是指当事人就违约损害赔偿的范围，事先确定总额计算的比例或方法。20世纪上半叶的格式性支付条款大多采用这种形式，相关的司法应对促成判例的发展。早期德国下级法院的态度不尽一致，联邦最高法院则通过一系列重要的判决，逐渐发展出违约金和概括计算条款二分的立场，^[23]在制度发育上具有判例先行的特征。

在此基础上，区分说成为学说的主流，但不同的构造方案侧重点有所差异。其中，博伊蒂舍（Edward Bötticher）延续了早期学说的思路，较为强调约定金额与损害赔偿的关系。^[24]林达赫（Walter F. Lindacher）则认为，违约金是不与损害挂钩的担保手段，损害赔偿概括计算条款则是对损害的可能范围的预估；所以，约定金额与可能损害的关系，才是区分二者的关键。^[25]相比之下，博伊庭（Volker Beuthien）整理的区分要点更为全面，涉及损害的要件地位、不同条款的功能指向、合理性控制的路径等方面，^[26]并基本为后来的立法更新所接受。德国1976年的一般交易条款规制法正式确立了违约金和损害赔偿概括计算条款区别规制的立法格局。该法第11条规定了十三类不具有评价可能性的无效条款，其中第5项规定，“就使用方的损害赔偿或价值减损赔偿约定概括计算的请求权，如果a.概括计算的金额超过相应情况下依事物通常之运行规律可能期待的损害或通常发生的价值减损，或者b.剥夺合同相对方证明损害或价值减损根本未发生或明显低于概括计算金额的机会”，第6

[20] 双重功能在德国民法典立法理由书中有明确阐述，判决和主流学说也肯认这一立场。Motive II, 275 (= Mugdan, 152). BGH NJW 1993, 2993; BGHZ 105, 24, 27; BGHZ 85, 305, 312f. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S. 377; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 18. Auflage, 2008, Rn. 545; Staudinger Kommentar/Rieble, 2009, Vorbem. zu §§ 339 - 345 Rn. 14; Münchener Kommentar/Gottwald, 2007, Vorbem. zu §§ 339 - 345 Rn. 6.

[21] Vgl. Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, 1981, S. 36.

[22] Vgl. Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 355 ff.

[23] BGHZ 49, 84; NJW 1970, 29; BGHZ 63, 256; NJW 1976, 1886.

[24] Vgl. Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe und deren Kontrolle, ZfA 1970, S. 3 ff.

[25] Vgl. Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt am Main 1972, S. 53 ff.; Soergel Kommentar/Lindacher, 1990, Vorbem. zu §§ 339 - 345 Rn. 40.

[26] Vgl. Beuthien, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 495 ff.

项规定,“(使用方的相对方)就不受领给付、迟延受领给付、支付迟延或者摆脱合同之情况,向使用方允诺支付违约金”,区分规制违约金和损害赔偿概括计算条款的意图很明显。

2002年德国债法改革后,上述规定被吸收进德国民法典,分别作为第309条第5项、第6项,违约金与损害赔偿概括计算条款的二分具有实质的规范意义。前者依托于违约金约定这一从债务,不要求损害实际发生,和指向同一利益的继续履行或损害赔偿呈择一竞合关系,就超出约定的损害可以要求补充损害赔偿,还可适用第343条予以司法酌减。后者则只是简化已成立的损害赔偿,以损害实际发生为前提,必须符合可能的通常损害,债务人可以通过证明损害较小或无损害来减免责任,原则上不适用第343条。在主观要件方面,二者均以债务人具有可归责性为前提。^[27]

正如拉伦茨所言,这两项制度的区分,只是类型意义上的(typologisch)差异,而非概念意义上的(begrifflich)不同。^[28]上述德国法判例、学说和立法的演进历程表明,在类型区分方面,至少存在下列具有法律意义的评价要素:(1)是否以债务人具有可归责性为必要。(2)是否以损害实际发生为必要。(3)约定金额是否符合可能的典型损害。(4)债务人可否经证明损害较小或无损害而减免责任。(5)债权人可否经证明高于约定金额的损害,就超出部分要求损害赔偿。(6)违约金和强制履行的关系。(7)约定金额是作为损害赔偿预估的最低额、总额还是最高额。

(四) 类型要素的整理

通过上文的梳理,可以看出德国法上的区分要点更为丰富,既包括我国主流学说提出的若干区分要点(比如与强制履行、损害赔偿的关系以及实际损害和可归责性的要件地位),也涉及对个别要素更细致的区分(比如作为损害赔偿预估的最低额、总额还是最高额),更触及了我国司法实践对主流学说所提出的疑点要素(尤其是约定金额与可能损害的关系)。^[29]由于当事人约定违约金时,通常会涉及三方面内容,即违约金责任成立要件、责任的形式与内容、违约金与其他违约责任的关系,因而上述要素看似芜杂,其实都可归入这三方面内容中并作一定的体系化整理(如图1所示)。每个要素存在多种约定可能,不同的约定在利益衡量上有强度差异,也透射出当事人的不同意图,尤其是如何分配督促履约和损害填补这两种功能的权重。下面就进入类型构造的第二步:假设法律未设明文,分析当事人针对各类型要素可能作出的不同约定,以及相应地在双方利益衡量上引发的强度差异,以形成一个可以测度当事人意旨、定位不同类型的谱系。

[27] Münchener Kommentar/Gottwald, 2007, § 343 Rn. 5; 前引[21], Fischer书,第173页以下; Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 65 ff. 这些要点基本为博伊庭的方案所囊括,细微的不同在于,博伊庭认为在非格式性的个别合同领域,也应以得利禁止原则而非司法酌减对概括计算条款作合理性控制,而之前的判例发展和之后的立法更新,则主要在一般交易条款领域区分二者。前引[26], Beuthien文,第495页以下。

[28] 参见前引[20], Larenz书,第383页以下。

[29] 德国法上发展出的这一系列要素,亦可印证于比较法上诸多其他法例之中,甚至在国际间统一法层面,亦非孤例。以违约金和强制履行或损害赔偿的关系要素为例,即可见于诸如法国民法典第1152条第1款、第1229条第1款、荷兰民法典第6:92条第1款、1978年《欧洲委员会“民法上的违约金条款”方案》(Penal Clauses in Civil Law-Resolution of the Council of Europe)第2条、1983年联合国国际贸易法委员会出台作为示范法的《关于预先约定金额作为违约责任之合同条款的统一规则》(Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance)第6条等规定。

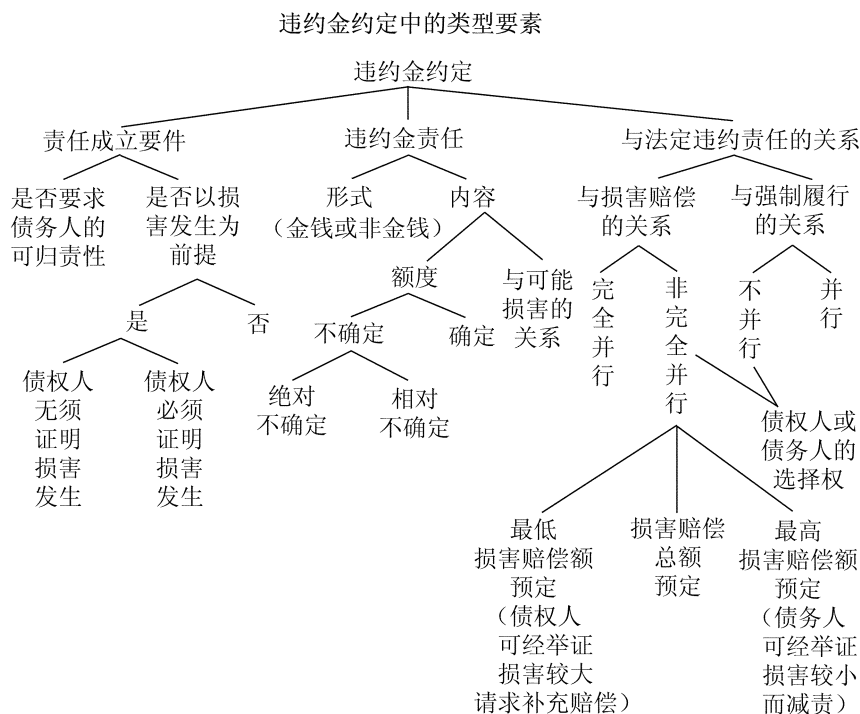


图1 违约金类型要素图

二、类型要素的强度分析与类型谱系

(一) 违约金责任成立要件

违约金责任的成立要件包括主观要件和客观要件。主观成立要件，涉及是否以债务人的可归责性为必要。当事人可能约定违约金以或不以过错为前提，^[30] 还可能约定以故意或重大过失为限。在利益衡量上，约定不要求可归责性时有利于债权人，要求可归责性时有利于债务人，如果约定限于故意或重大过失的违约金，更让仅有轻过失的债务人获得免责的机会。客观成立要件的重点，在于违约损害的实际发生是否构成违约金责任的成立前提。违约金规则可以简化损害举证责任，但不同类型违约金简化的程度也有不同。利益衡量上，最有利于债权人的，是不以损害发生为前提的违约金。如果约定以损害发生为必要，但债权人无须证明损害存在，则债务人可以证明无损害而免责。如果约定违约金以损害发生为前提，且应由债权人证明损害已实际发生，则最有利于债务人。

(二) 违约金责任的形式与内容

违约金责任的形式与内容是当事人对履行障碍后果作预先规划的核心。违约金以金钱为常见形式，但以非金钱给付为标的亦无不可。^[31] 逻辑上，非金钱违约金可能遭遇履行不

[30] 德国法遵循过错原则，但在非一般交易条款领域，当事人也可以自行约定不要求可归责性的违约金。Münchener Kommentar/Gottwald, 2007, § 339 Rn. 35.

[31] 非金钱违约金在我国台湾民法上称为“准违约金”（我国台湾民法第253条）。

能的困境，并对债权人造成求偿方面的不利影响。^[32]

责任内容方面，主要应考察违约金与损害的关系。由于分析类型要素旨在评估当事人可能的意图，尤其是缔约时对违约金所作的功能预设，而缔约时显然无法确知违约实际造成的损害范围，所以强度分析关注的应该是违约金与缔约时可能预估的典型损害之间的关系，而不是和实际损害的关系。^[33] 个案中，约定一个高于可能损害的金额，意味着当事人督促履约的意图更为强烈。其中，违约金可能是确定的额度，也可能是某种不确定的计算比例，其不确定程度还有相对和绝对之分。^[34] 当计算比例和违约的幅度挂钩时（比如以实际迟延履行天数为标准），既能服务于填补违约损害，也可以督促违约方尽快结束违约状态。此时就需要结合确定或不确定额度与可能损害的关系，才能判断当事人的意图。

（三）违约金与法定违约责任的关系

违约金约定的第三部分内容，涉及约定的违约金责任与法定违约责任特别是强制履行和损害赔偿的关系。在违约金与强制履行之间，存在并行和不并行两种约定可能。约定了不与强制履行并行的违约金，债权人就不能在违约金之外主张继续履行合同。相反，若约定可与强制履行并行，则不妨碍在违约金之外请求继续履行。不平行的约定，说明当事人倾向于以违约金作为债务履行的替代。但反过来，约定了和履行并行不悖的违约金，却不必意味着当事人就意图在法定责任之外施加额外的负担。以迟延履行为例，债权人虽有继续履行请求权，并约定了并行不悖的违约金，该违约金仍可能是对于履行之外的迟延履行损害的预估。因此，对于和强制履行并行的违约金，还需要结合其针对的具体违约事由，特别是会不会在实际履行之外引发其他的损害，才能进一步确定当事人的功能预设。

在违约金与损害赔偿的关系方面，如果二者指向不同的利益（比如指向迟延履行损害的违约金和代替履行的损害赔偿），自然并行不悖。对于指向同一利益的违约金和损害赔偿，当事人也有可能约定并行或不并行。完全和损害赔偿并行的违约金，是在法定损害赔偿填补之外附加给付负担，当事人强调履约担保的意图甚为明显。但是，不与损害赔偿完全并行的违约金，也不见得就与损害赔偿全然互斥。理由在于，损害赔偿和违约金通常表现为金钱形式，计算单位的同一性使二者存在相互抵算的可能，彼此关系也就更为复杂。逻辑上，当事人可能将违约金约定为最低损害赔偿额、最高损害赔偿额或者损害赔偿总额。如果预定为最低损害赔偿额，当实际损害低于约定时，债权人仍能主张约定金额；若实际损害超过约定，债权人通过举证损害，可以就超出部分请求补充的损害赔偿。^[35] 如果预定为最高损害赔偿额，当实际损害高于约定时，债权人只能主张约定的金额；若实际损害低于约定，债务人还可以举

[32] 在德国法上，非金钱违约金与损害赔偿的关系遵循总额预定的特别规则（德国民法典第342条后段），而非最低额预定的一般规则（德国民法典第340条第2款、第341条第2款），在利益衡量上较有利于债务人。

[33] 在德国法上，梅迪库斯把约定金额与可能损害关系的区分意义经典地概括为：“约定的金额超过预期损害的可能性越高，越应该认定为违约金”。参见前引[20]，Medicus与Lorenz书，边码545。英美法对此更是强调原则上以缔约时而非违约时的情况（亦即可能损害而非实际损害）作为判断罚金（Penalties）或赔偿金（liquidated damages）的核心因素。Vgl. Nodoushani, Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz, 2004, S. 105; Treitel, *The Law of Contract*, 9th ed., 1995, pp. 899-901.

[34] 相对的不确定额度，通常表现为以某个确定额度为基数的计算比例，比如以合同价款的30%作为违约金，其不确定性只是相对于明确金额而言。绝对的不确定额度，是不仅未规定确切的金额，而且计算基准还涉及其他有关违约的变量，比如前述案例中，未按时归还集装箱者，应按日按箱计算一定金额的违约金。

[35] 这也是德国法上金钱违约金的法定规范构成（德国民法典第340条第2款、第341条第2款）。

证较小的损害，并以之为限承担损害赔偿赔偿责任。^[36] 当事人还可能将违约金作为损害赔偿总额的预定，无论实际损害与约定金额孰高孰低，都以约定金额为准，双方无权通过证明实际损害而请求补充损害赔偿或承担较小的损害赔偿赔偿责任。在利益衡量上，最低损害赔偿额预定最有利于债权人，表现出较为明显的督促履约的意图；最高损害赔偿额预定具有一定的责任限制的效果，较为优待债务人，督促作用也最弱；总额预定的效果则居于二者之间。

此外，在违约金不和强制履行或损害赔偿并行时，债权人或债务人可否在违约金与强制履行或损害赔偿之间作出选择，对此也可能存在不同的约定。约定了不与强制履行并行的违约金，若同时约定债务人有权选择承担违约金或继续履行，违约金就沦为逃避履约的“对价”，功能上更接近于解约金，而无履约担保功能。^[37] 于选择权归属不明时，违约金的履约担保功能更倾向于将选择权配置给债权人。^[38] 非完全并行于损害赔偿的违约金中，如果是最高损害赔偿额预定，债务人有权举证损害较低而据实赔偿，但债权人无权选择放弃违约金而举证损害较高并主张损害赔偿。若是最低损害赔偿额预定，由于债权人有权就超出部分要求补充损害赔偿，是否赋予其放弃违约金而选择损害赔偿的权利，利益衡量上并无太大差异。较为关键的，是作为损害赔偿总额预定的情况下，原则上债权人只能要求约定的金额，而没有选择损害赔偿的机会。此时，当事人也可能在预定总额的同时约定债权人有权选择损害赔偿。于此情形，一旦实际损害超过约定，债权人就能通过放弃违约金去选择损害赔偿，而获得高于约定金额的赔偿，在效果上兼具最低额预定与总额预定的特征。反之同理，当事人也可能以违约金预定损害赔偿总额，并允许债务人证明损害较小而据实赔偿，这种类型则兼具最高额预定和总额预定的特征。可见，在不与损害赔偿完全并行的情况下，最低额预定、总额预定和最高额预定之间，也会存在中间方案。

（四）违约金的类型谱系

类型要素的强度分析表明，同一要素，可能由于当事人作不同选择，效果上或有利于债权人，或有利于债务人。有的要素，比如约定金额与可能损害的比例关系，本身既有流动特征，也有交易个案的特色。又比如，违约金与损害赔偿的关系要素中，当事人也可能对两种救济方式的选择权作特别约定，从而形成最低额预定、总额预定和最高额预定之间的中间方案。易言之，针对同一要素的不同约定方案之间，可以是流动过渡的。另一方面，不同要素之间也可能存在互动。比如，约定一个超出可能损害的违约金，在和损害赔偿责任的关系方面，更有可能作为损害赔偿总额预定或者最高额预定，而不太可能作为最低额预定。又比如，约定一个和违约情节有关的绝对不确定额度，决定了违约金可能的利益指向，进而会影响违约金和强制履行的关系。

如图 2 所示，由于各要素在利益衡量上存在层次性差异，组合而成的各类违约金在债权人和债务人的利益地位方面，也会呈现层次性的过渡，形成从“最有利于债权人”到“最有

[36] 需要注意的是，作为最高损害赔偿额预定的违约金不等于责任限制条款，于后者，债权人就损害的存在及大小仍负有举证责任。参见前引 [3]，Schlechtriem 文，第 51 页。

[37] Staudinger Kommentar/Rieble, 2009, § 340 Rn. 24. 瑞士法上，如果约定了违约金（Konventionalstrafe）又赋予债务人选择承担违约金或继续履行的权利，学说上亦认为该违约金实为债务人摆脱合同关系的解约金（Wandelböhn）。Vgl. Schoch, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, 1935, S. 5; Fischer, Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, 1998, S. 57.

[38] 德国法甚至将此作为法定模范类型的规范构成（德国民法典第 340 条第 1 款）。

利益衡量 类型要素	有利于债权人 ← (督促履约意图较强) → 有利于债务人 (督促履约意图较弱)
可归责性要件	不要求可归责性 <……> 要求可归责性 <……> 限于故意或重大过失
损害发生要件	不要求损害发生 (债务人不可经 <……> 但债权人无须 <……> 且债权人须证明无损害而免责) 要求损害发生 举证损害发生 要求损害发生 举证损害发生
约定金额与可能损害的关系	超出可能的损害 <……> 符合可能的损害 (确定或不确定额度) (确定或不确定额度)
违约金责任与强制履行的关系	与强制履行并行 <……> 不与强制履行并行
违约金责任与损害赔偿的关系	<p style="text-align: center;">与损害赔偿非完全并行</p> <p style="text-align: center;">与损害赔偿完全并行 <……> 赔偿额预定 <……> 总额预定 <……> 赔偿额预定 <……> 最高损害</p> <p style="text-align: center;">(实际损害大于约定金额时 债权人可经举证 要求补充 损害赔偿) (在损害赔偿与违约金之间 债权人与债务人均无选择权) (实际损害小于约定金额 时, 债务人可经 举证承担较小之 损害赔偿责任)</p> <p style="text-align: center;">总额预定 另赋予债权人 选择较大损害 赔偿的权利 总额预定 另赋予债务人 选择承担较小之 赔偿权利</p>

图 2 违约金类型谱系图

利于债务人”的类型谱系。最有利于债权人的违约金类型，可以是一个超过可能的典型损害的金額，既不要求债务人具可归责性，也不以损害实际发生为必要，且与继续履行和损害赔偿完全并行不悖。最有利于债务人的类型选择，可以是一个与可能损害相符的金額，且限于故意或重大过失场合，并由债权人证明损害发生之事实，该违约金责任与强制履行请求互斥，债务人还可通过证明损害较小或不存在而减免责任。这两种类型大致构成违约金类型谱系的两个对极。

三、违约金类型的中国法构造

(一) 法定模范类型的规范构成

前述类型要素与类型谱系，是在未考虑法定模范类型的前提下，着重分析交易主体自行约定的多种可能性。若要在类型谱系上确定中国法上法定模范类型的位置，则应该以现行规范群为工作前提，从解释论层面确定：当事人未作（明确的）另行约定时，法定模范类型中各种要素的规范意义为何。

1. 可归责性要件

我国法上，违约金属于违约责任的一种，而合同法上违约责任原则上不以过错为成立

要件（第107条），逻辑上违约金责任的成立也不以债务人具有过错为必要。但是，合同法分则中典型合同的违约责任，若以过错为必要，或限于特定的过错情况（如第406条第1款后段），甚至就过错的举证责任分配已有明确规定（如第374条后段），则应该适用于违约金。^[39] 当事人若有其他需要，应另作明确约定。

2. 损害发生要件

虽然有观点明确指出损害实际发生并非违约金责任的成立要件，^[40] 但主流学说则认为，赔偿性违约金作为损害赔偿额预定，逻辑上当然要求损害发生，只是鉴于违约金避免举证损害负担之功能，“在解释上不应当以损害的存在及其大小的证明为要件”。^[41] 换言之，约定了违约金即具有推定损害发生的效力，未造成损害的，债务人可经举证而免责。^[42]

笔者认为，首先应明确违约金责任的成立是否以损害发生为必要前提，其次才须考虑是否由债权人证明。针对第一个问题，我国学说多认为损害发生是必要条件，只不过违约金约定有推定损害发生的效力，故在第二个问题上认为债权人无举证责任。第一个问题两种可能答案的关键不同，在于债务人可否经证明没有损害发生而免责。我国台湾学说系主流学说的主要借鉴来源，但其通说却认为即使无损害，债权人仍可以主张违约金。^[43] 故主流学说从损害赔偿预定之逻辑推导出违约金责任的成立以损害发生为必要，非无可商之处。对此或有反驳认为，债务人未造成损害却要承担违约金责任，似有悖于我国法上“以赔偿性为原则，以惩罚性为例外”的共识。笔者以为，法定模范类型系当事人未作（明确的）另行约定时的备案，其规范构成在利益衡量上应兼顾损害填补和督促履约这两项违约金的典型功能；合同法在体系上配置有司法酌减规则（第114条第2款后段），并以实际损失为考量基础（法释〔2009〕5号第29条第1款），在责任效果环节较为凸显损害填补功能。因此，在责任成立环节，应对督促履约功能预留一定的规范空间，将规制重点更多地聚焦于债务人的行为，而不必强以损害发生为必要，从而在法技术上对双重功能有所平衡。否则，如果允许债务人举证无损害而免责，在某些情况下，比如继续性合同关系中的故意违约场合，难以遏制和预防债务人重复违约。^[44] 故而，损害发生无须作为法定模范类型的规范构成，留由司法酌减环节集中评价即可。^[45]

此外，有观点认为损害发生是责任成立要件，无损害发生时可经司法调整予以酌减。^[46]

[39] 参见前引〔10〕，韩世远书，第659页。

[40] 参见朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2012年版，第607页。

[41] 参见前引〔10〕，韩世远书，第660页。

[42] 参见前引〔10〕，崔建远书，第391页。

[43] 参见前引〔12〕，郑玉波书，第317页。更有学说和实践上的观点指出，我国台湾民法第250条第2项之损害赔偿总额预定型违约金，属于法律之拟制（而非推定），违约金请求权之成立不问损害是否发生或大小。参见前引〔12〕，林诚二书，第439页。

[44] 预防重复违约，凸显的正是违约金督促履约功能中针对同一合同特定债务人的特别预防目的（*spezialpräventives Ziel*），这有别于针对其他潜在责任人的一般预防效应。Vgl. Ebert, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, 2004, S. 254; Schäfer, *Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht*, AcP 2002, S. 399 ff.

[45] 合同法立法过程中已有草案涉及这一思路。比如1996年的《中华人民共和国合同法（试拟稿）》第81条第2款后段规定：“违约没有造成损失的，但按照约定支付违约金明显不合理的，当事人可以请求人民法院或者仲裁委员会适当减少。”

[46] 参见戴孟勇：《预期违约、违约责任与违约损害赔偿的计算》，载崔建远主编：《民法九人行》第5卷，法律出版社2011年版，第330页以下。

笔者认为,这是两项不能共存的机制——如果无损害导致违约金责任不成立,自然没有适用司法酌减规则的余地。所以,没有特别约定时,违约金责任的成立不以损害实际发生为必要,不存在债权人举证问题,债务人也不能通过证明无损害而免责。但是,违约未造成损害的事实,在司法酌减的裁量环节具有重要意义。

3. 约定金额与可能损害的关系

和德国法不同,我国法并未在立法上区分违约金和损害赔偿概括计算条款,而是设置了统一的违约金模范类型,因此也没有特别考虑约定金额与可能损害的关系问题。虽然早期司法解释曾尝试作类似的限制,^[47]但从合同法第114条的规定看,无论约定金额是否与个案中的可能损害相符,都可以归为违约金。

需要注意的是,合同法第114条第1款规定,“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”,而第2、3款的规定则均针对“违约金”,未涉及“损失赔偿额的计算方法”。这是否意味着关于计算方法的约定不适用违约金的相关规则呢?有学者主张对二者作区分把握,^[48]但也有观点认为,该款前段指向确定数额的违约金,后段则是从计算方法角度界定违约金,^[49]言下之意无须区别评价。从第114条第1款的形成史看,虽然早期的草案曾将违约金和赔偿损失的计算方法规定在不同条文中,^[50]甚至1996年的《中华人民共和国合同法(试拟稿)》第83条还将二者界定为不同的“承担责任的方式”,^[51]但规范内容并无实质性差异,尤其是均可适用司法调整规则。随着前述第83条被放弃,最终颁行的合同法将违约金和赔偿损失的计算方法统合在同一条文中,且未对后者设置特别规范,应可确认无论当事人约定的是确定额度的违约金,还是约定了不确定额度的赔偿损失的计算方法,都应适用违约金规则。

故而,在文义解释上,合同法第114条第1款前段之“一定数额的违约金”特指确定额度的违约金,后段之“损失赔偿额的计算方法”则是不确定额度违约金,均属第2、3款的“违约金”。^[52]

4. 违约金与强制履行的关系

合同法第114条第3款规定:“当事人就迟延履行约定违约金的,违约方支付违约金后,还应当履行债务。”因此,针对迟延履行的违约金,可以和继续履行并行不悖。学上说

[47] 1987年的《最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》第9条规定:“……为防止当事人滥用自行约定的权利,违约金的数额一般以不超过合同未履行部分的价金总额为限,对超出部分,可不予保护。”于此考虑的并非可能损害,而是合同未履行部分的价金。

[48] 参见王利明:《合同法研究》第2卷,中国人民大学出版社2003年版,第698页。

[49] 参见耿林:《惩罚性违约金之辨与解》,载前引[18],崔建远主编书,第173页。

[50] 1995年的《中华人民共和国合同法(试拟稿)》中,在第69条“违约金视为因违约造成损失的赔偿金。约定的违约金过分高于或者低于因违约造成损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁委员会适当减少或者增加”之规定外,第70条又规定“当事人可以约定赔偿损失的计算方法。按照计算方法得出的赔偿损失额过分高于或者低于因违约造成损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁委员会适当减少或者增加”。

[51] 该条规定:“当事人既约定违约金,又约定赔偿损失的计算方法的,一方违约后,受损害方只能选择一种承担责任的方式。”

[52] 对此,司法实践已有所确认。比如有的法院认为,合同约定“甲方承担每天所欠货款3‰的违约金”,指的是一种计算方法(违约金的不特定性),而非违约金数额(特定性),但仍可适用司法酌减规则。参见焦作市东桂基金房地产开发有限公司与焦作电力集团预拌商品混凝土有限公司买卖合同纠纷上诉案,河南省焦作市中级人民法院(2010)焦民二终字第43号民事判决书。

有观点认为，对于不完全履行且尚有可能继续履行的情况，应比照迟延履行规则，合同法第111条之修理、更换、重作等强制履行责任可与违约金并行。除此以外，在违约金和继续履行之间，债权人只能择一主张。^[53]

这一方案既避免违约金完全和强制履行并行而给债务人造成过重负担，又能兼顾迟延履行和不完全履行的特殊情况，不可并行时债权人有权选择违约金或强制履行，违约金不至于沦为债务人逃脱履行义务的对价，足资赞同。惟应注意的是，上述方案在论证上以违约金乃损害赔偿总额的预定为出发点，但从德国法的经验看，违约金原则上不与强制履行并行，和违约金作为损害赔偿总额之预定并无直接的对应关系。根据德国民法典第340条，针对不履行的违约金虽然和履行请求权构成择一行使的选择性竞合关系，但也只是预定了不履行损害的最低赔偿额。^[54]于此，虽然违约金一方面是履行的替代，但作为最低损害赔偿额预定，又并未指向全部的履行利益。这种有利于债权人的立法安排，在逻辑上看似有欠融贯，但在约定金额不足以填补全部损害时，债权人通过举证获得补充赔偿，与选择要求继续履行所达到的利益状态并无不同。因此，违约金能否并行于强制履行，关键还是在于违约金是否作为履行本身的替代，与是否预定为损害赔偿总额没有必然关系。

5. 违约金与损害赔偿的关系

合同法第114条第3款规定迟延履行违约金可与强制履行并行，可推论迟延履行违约金也可以和作为履行替代的损害赔偿并行。这一规则还可类推适用于不完全履行场合。^[55]但是，指向同一利益的损害赔偿与违约金关系何如，第114条未予明确，尚需解释。

首先，指向同一利益的违约金和损害赔偿不能完全并行，若无另行约定，不能就同一利益同时主张全部的违约金和损害赔偿，否则构成双重得利。而且，法定模范类型的违约金不能和强制履行并行，如果可以 and 损害赔偿完全并行，则当违约金被约定为履行之替代，且继续履行请求权无法成立时（比如履行陷于不能），债权人能获得违约金和损害赔偿，较履行尚属可能的情况（此时债权人只能在继续履行和违约金之间择一主张）获得多重利益，而基于继续履行是否可能而作如此区别对待，并不具有正当性。

其次应考察，在非完全并行的类型中，违约金与损害赔偿的关系应作何种定位？有观点主张把违约金作为损害赔偿总额的预定，排除债权人选择损害赔偿的权利，^[56]就同一利益，以约定金额为限作违约赔偿，理由是要兼顾违约金的责任限制功能。但也有观点主张以违约金作为最低损害赔偿额的预定，就损害超过违约金部分，债权人可以要求补充的损害赔偿。^[57]

笔者认为，可以对上文提炼的五种可能选项（见图2），依照从有利于债务人向有利于债权人的顺序作逐一检讨。最有利于债务人的两种类型中，共同点是允许债务人通过证明实际损害较小而据实赔偿，从而摆脱约定的违约金责任。若以此作为法定模范类型的规范构成，那么违约金会沦为责任限制的工具，而非督促履约和简化补偿的机制，显非适宜。^[58]而从损害赔偿总额预定到最低损害赔偿额预定的三个选项中，核心差异在于是否允许债权

[53] 参见前引[10]，韩世远书，第668页。

[54] Münchener Kommentar/Gottwald, 2007, § 340 Rn. 9.

[55] 参见前引[10]，韩世远书，第669页。

[56] 同上。

[57] 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123页。

[58] 而且，在合同法配有司法酌减规则的情况下，即使原则上不允许债务人经证明损害较小而减责，个案中债务人仍有可能以实际损害远小于约定金额为由，经司法酌减获得保护。

人不顾约定的金额,通过举证实质损害的大小据实获得赔偿。纯粹的总额预定排斥这种可能性,而另外两个选项则肯认债权人的这一权利。问题就转化为,没有特别约定时,债权人是否有权自行证明实质损害而要求高于约定金额的赔偿?如果允许,是采取“违约金作为最低额+补充损害赔偿”的方式,还是“总额预定+允许债权人放弃违约金而要求完全的损害赔偿”的方式?

笔者认为,在合同法第114条下,不应以最低损害赔偿额预定作为法定模范构成。经济合同法第35条中段曾规定,“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”,但1999年合同法未仍其旧,自历史解释角度看,坚持旧法立场的理据不甚充分。同时,合同法第114条第2款前段规定了司法增额制度,当事人完全可以求诸司法增额获得保护。^[59]故而,无另行约定时,以违约金作为损害赔偿总额的预定较为妥适。^[60]那么,当作为总额预定的违约金不足以填补大于约定金额的实际损害,且当事人未作具体安排时,债权人是否有权放弃违约金并通过举证实质损害主张完全的损害赔偿呢?笔者对此持肯定见解。理由在于,当违约金指向履行本身的利益时,无另行约定时违约金与继续履行可以择一行使,替代继续履行的损害赔偿在和违约金的关系上也应该与继续履行作同等对待,处于选择性竞合关系。^[61]如果以违约金优先于涵盖同一利益的损害赔偿适用作为法定模范构成,无异于将当事人约定违约金的行为强行推定为含有“排除债权人选择权”的意思,甚至会推导出诸如惩罚性损害赔偿请求权亦被排除的结论,^[62]有欠合理。依笔者所信,若要排除债权人在两种独立的违约责任之间作选择的权利,更为妥当的方案应该是交由当事人作另约安排。^[63]

因此,当事人无特别约定时,应以约定金额作为损害赔偿总额的预定,债务人无权经举证损害较小而减责,债权人亦无权经举证损害较大而就超出约定的部分损害要求补充赔偿,但是可以放弃违约金而选择就全部损害主张损害赔偿。

综上,以合同法第114条为中心,在无特别约定时,规范适用上应遵循法定模范类型的构成,包括:(1)原则上不以债务人的可归责性为必要。(2)不以违约实际上导致损害为前提。(3)可以是确定或不确定额度,无须与可能的典型损害相符。(4)违约金作为履行之替代时,不能和强制履行并行请求。(5)作为损害赔偿总额的预定,债务人不能单纯通过证明损害较小而要求据实赔偿,债权人也不能经证明损害较大而要求补充损害赔偿,但是可以不主张违约金而选择完全的损害赔偿。

(二) 意定类型的规范适用

交易实践中更普遍的做法,其实是就法定模范类型的某些要素作另外约定,形成新的意定类型。在适用上,应通过合同解释,检视是否存在另行约定的要素,对于确实未设特

[59] 类似的观点,参见戴孟勇:《惩罚性违约金、违约金责任与定金》,载前引[18],崔建远主编书,第182页。

[60] 比较法上,同样配置司法增额规则的法国法,亦以纯粹的损害赔偿总额预定作为违约金与损害赔偿关系的模范构造。参见前引[27],Steltmann书,第35页。

[61] 参见前引[18],王洪亮文,第121页。

[62] 参见前引[10],崔建远书,第399页。

[63] 或有疑义的是,如果当事人以“赔偿损失的计算方法”约定违约金,允许守约方不顾约定而选择更高的据实赔偿,则约定的方案沦为具文。但是,这种情况下讨论违约金是否优先适用的前提或实益,在于实际损害已然高于约定的计算总额,那么可以推断,当事人在缔约时设置的计算方法或基数低于可能的损害幅度。易言之,以“赔偿损失的计算方法”之形式约定了低于可能损害的违约金,属于含有排除选择权进而限制违约责任的意思,已然构成另行约定,优先适用违约金自无不可。

别约定的事项，适用法定的规范构成。惟应力争避免的，是尚未经过充分的合同解释，就直接以法定模范类型套用之。否则，本来旨在促进私法自治的任意性规范，反而会异化成当事人自治的“拦路虎”。

当事人可能偏离法定规范构成，约定以一方过错为必要的违约金条款。比如，有的条款约定，“由于一方的过错造成合同不能完全履行，责任方应偿付对方不能履行部分总价款的10%的违约金”。从文义看，只有不能完全履行是基于一方的过错时，才成立违约金责任。^[64] 损害发生要件方面，很少有当事人明确约定实际损害乃责任成立要件，但并非没有。比如，有的合同约定，“如果任何一方违反协议项下的义务造成损失时，违约方应向对方支付委托资产期初余额5%的违约金，并给予对方完全、有效的赔偿”。法院认为，虽然违约未造成损失，“但支付违约金与赔偿损失并无必然联系”，支持了违约金主张。^[65] 然而，“违反协议项下的义务造成损失时”之行文，已说明实际发生损害乃违约金责任的成立前提，这是不同于法定模范类型的另行约定，判决之断言显与约定有违。

在违约金和强制履行或损害赔偿的关系方面，有的合同会特别约定二者完全并行不悖，在适用上应从其约定，只是同样存在司法酌减的可能。^[66] 很多情况下，违约金约定并未说明是否排斥强制履行或者与损害赔偿处于何种关系。就前者，应根据法定模范类型的构成，当违约金作为履行之替代时，不能与强制履行并行。若当事人以同一金额应对多种违约事由，违约金的利益指向取决于实际发生的违约形态，并有依合同法第114条第2款根据当事人的请求予以增加或减少的可能。比如有的违约金并未明确针对某类特定的违约事由，后一方迟延履行，法院在判决继续履行的同时，根据债务人的请求，以迟延损害为据对违约金作酌减。^[67] 就违约金与损害赔偿的关系，如果当事人明确约定不以违约金作为损害赔偿总额之预定，则应以约定为据处理。

上述简要考察也说明，针对现行法上“法定模范类型一意定类型”的规范配置，当前的司法实践尚未形成较为惯行的区分思路，相关构成的规范意义也没有得到清晰的处理。与之相伴的，就是合同解释未获重视，当事人意思容易遭受不同程度的剪裁。对此，类型构造的方案既可确保立法者铺设的“缺省性方案”不被无视，也有助于最大程度地尊重当事人的真意。^[68]

[64] 参见南阳市红星城酒店与南阳市艺顶装饰有限公司装饰工程合同纠纷上诉案，河南省南阳市中级人民法院（2009）南民二终字第478号民事判决书。

[65] 参见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。

[66] 参见北京市东方爱婴咨询有限公司诉郑州东方爱婴咨询有限公司特许经营合同纠纷案，北京市朝阳区人民法院（2010）朝民初字第34903号民事判决书；诸暨市振兴建筑工程公司与上海中联兴园房屋开发有限公司等建设工程施工合同纠纷上诉案，上海市第二中级人民法院（2003）沪二中民二（民）终字第278号民事判决书。如果合同约定“违约金若不足以弥补对方损失的，违约方要赔偿对方的全部损失”，由于损害赔偿以违约金不足以填补损失为前提，该违约金应认定为最低损害赔偿额的预定，而非与损害赔偿完全并行不悖的违约金。参见俞胜利与胡月伟委托创作合同纠纷上诉案，北京市第一中级人民法院（2010）一中民终字第12578号民事判决书。

[67] 参见张桂平诉王华股权转让合同纠纷案，《最高人民法院公报》2007年第5期。

[68] 准此以言，主流学说主张并行于法定违约责任的“惩罚性违约金”应以过错为成立前提（参见前引〔10〕，韩世远书，第659页），似值商榷。因为既然该惩罚性违约金不属于法定模范类型，我们不能无视当事人的意思，而因为该类违约金约定未明定过错要件就认定为无效。在不涉及诸如格式合同等特别情事时，更符合规范逻辑和实质妥当性的做法，应该是交由司法酌减环节作综合权衡。类似的批评，参见王轶：《如何对待民国时期和我国台湾地区的民法学说》，载前引〔18〕，崔建远主编书，第190页以下。

四、类型构造对司法酌减的体系效应

行文至此，或生质疑：“债务人保护是违约金规则最重要的规范职能”，^[69] 违约金若能如此自由地约定，债务人保护又从何谈起？其实，类型构造的目的，在于尽可能地还原意思自治所规划的利益格局，却不会排斥事实上也无法排斥如司法酌减规则等强制性规范的适用。但是，在司法酌减时，类型构造也有一定的体系效应。

德国法上，违约金是否合理，应考虑债权人包括但不限于财产利益的正当利益（德国民法典第343条第1款），通说认为应考虑违约的程度与规模、违约金的性质和预防作用、违约行为给债权人带来的危险、违约的过错以及违约金在概括计算损害方面的功能，等等。^[70] 诸如违约金的性质、预防作用、概括计算功能等在个案中比重如何，取决于对具体约定的解释和判断。^[71] 这种司法酌减时应回溯当事人意旨的法理，于我国现行法上虽未甚明确，但在司法实践中已有所探索。^[72] 笔者认为，司法酌减规则旨在平衡私法自治与个案正义，调和形式自由与实质公平，司法权的介入应限于“切除私法自治可能滋生的肿瘤”，^[73] 保护债务人的同时不能完全无视自治意思。所以，对不同类型的违约金作司法酌减时，蕴含于类型要素中的当事人意思，也应纳入综合权衡的范围。

当事人未作（明确的）另行约定时，适用法定模范类型。进入司法酌减阶段，需要特别注意我国法定模范类型中未予评价的“约定金额与可能损害的关系”要素。约定了远高于可能损害的违约金，往往说明了债权人督促履约的意图，倘若债务人违约情节过于恶劣，综合衡量时应当着重考虑债务人的过错程度与合同的履行情况，从而回应当事人之缔约本意，司法酌减的幅度也应倾向于节制。以前文的海运集装箱租赁保管合同案件为例，合同未作（明确的）另行约定，即可适用法定模范类型；但在司法酌减时，高达市场价格十倍的违约金已远超可能的典型损害，其中透露出当事人强调督促履约的意图，对此在综合权衡时应予考量，不能因为其只是“赔偿性违约金”，就以实际损失之幅度为主要依据作酌减。

意定类型的司法酌减，如何权衡多项因素，也要恪守自治与公平的平衡。一旦确定存在不同于法定构成的约定，法官必须对意定类型中的特别约定及其背后蕴含的当事人意旨有所把握。以完全并行于法定违约责任的违约金（亦即主流学说中的“惩罚性违约金”）为

[69] 参见前引[20]，Medicus与Lorenz书，边码547。

[70] Staudinger Kommentar/Rieble, 2009, § 343 Rn. 104.

[71] Münchener Kommentar/Gottwald, 2007, § 343 Rn. 6. 类似的思路还可见于瑞士法和欧洲共同参考框架草案。参见前引[37]，Schoch书，第65页；Christian von Bar (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full ed., 2010, III. -3:712 comment B. 我国台湾学说上的类似见解，参见杨芳贤：《民法违约金酌减规定之若干问题》，《台大法学论丛》第40卷第4期，第2168页。

[72] 比如在“马海力等与楼世良等股权转让纠纷上诉案”中，法院认为当事人就竞业禁止和保密义务约定了高达1600万元的违约金，“基于意思自治赋予了该违约金以明显的惩罚性质”，加之涉案情事系关科技型公司资产的特殊性，违约行为对“公司的成长性、预期利益和内在价值”均有影响，在司法调整时应予考虑。从类型构造的角度看，其实是从约定金额与可能损害的关系这一要素入手，探求当事人之真意，并作为司法酌减的参考因素。参见浙江省宁波市中级人民法院（2009）浙甬商终字第948号民事判决书。在我国法上，法释[2009]5号第29条第1款中的“预期利益”可以作为这一思路的解释论基础，具体参见姚明斌：《违约金司法酌减的规范构成》，《法学》2014年第1期，第135页。

[73] Staudinger Kommentar/Rieble, 2009, § 343 Rn. 14.

例，既然债权人在法定的救济手段外附加了额外的给付义务，并为债务人所接受，显然有意以额外的负担督促债务人依约行事。如果债务人存在较为明显的违约过错，在决定是否酌减以及酌减的幅度时，须考虑到这种担保意图；相应地，实际损失在综合衡量中的基础地位则应该有所缓和。质言之，以类型构造观点凸显不同类型背后的自治意旨，可以发掘出一些与个案正义之要求相抗衡的自治理由，进而避免债务人保护流于恣意，对于妥当调和自治与公平殊有裨益。

需要指出的是，主流学说中有观点认为，司法酌减规则仅适用于赔偿性违约金，对上述惩罚性违约金，应由合同效力规则甚至类推适用违约定金 20% 法定上限规则（担保法第 91 条）作合理性控制，不能适用司法酌减规则。^[74] 这一论断值得商榷。理由在于，合同法第 114 条第 2 款后段的酌减规则，以第 1 款的确定金额的违约金或损害赔偿计算方法为适用对象，并未限定于法定模范类型。^[75] 否则，将有大量的意定类型逸出司法酌减的保护范围，法技术和法政策上均难谓合理。

Abstract: Legal rules on agreed payment for breach of contract mainly consist of default rules, which provide with a legal model type of payment while at the same time allow parties to stipulate their own types of payment. Because of this normative logic of default rules, it is necessary to carry out research on the composition of various types of agreed payment for breach of contract. The current mainstream theory on the composition of types of agreed payment for breach of contract in China, with its significant starting point, provides devices consistent with normative logic. However, it has the disadvantages of working on the foundation of a single criterion and failing to pay sufficient attention to the differences in the intensity of element of type in the balance of interest, leading to deficiency in practical effect. More elements of type with significance to distinction in law can be synopsized from the analysis of the cases and doctrine of and legislation on division between contractual penalty (Vertragsstrafe) and lump-sum of damages (Schadensersatzpauschalierung) in German civil law. By exploring different possibilities of stipulation against this background, we will be able to analyze the dimension of intensity of these elements and form a spectrum of type. Finally, locating the legal model type in Chinese contract law and various possible stipulated types in the spectrum will enable use to clarify the problems relating to the application of norms of different types. Since different types imply different intentions of stipulation, the composition of types of agreed payment for breach of contract would ensure utmost respect for private autonomy in the application of norms.

Key Words: agreed payment for breach of contract, legal model type, stipulated type, element of type, spectrum of type

[74] 参见前引 [10]，韩世远书，第 661 页以下。

[75] 类似的见解，参见前引 [57]，王洪亮文，第 124 页。作为主流学说的主要借鉴来源，我国台湾学说与实践亦认为，司法酌减规则可以一体适用于损害赔偿总额之预定和惩罚性违约金。参见前引 [71]，杨芳贤文，第 2130 页以下；吴从周等：《违约金酌减之裁判分析》，元照出版公司 2013 年版，第 5 页以下。