

惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构：契约自由与契约正义的平衡视角

徐海燕

(对外经济贸易大学法学院 北京 100028)

内容提要：从两大法系演化趋势看，惩罚性违约金不予酌减是一般原则，酌减仅是例外规则。原则不酌减体现了契约自由，而例外酌减贯彻了契约正义。《民法典》第585条第2款规定的违约金酌减规则系效力性规范，与之相抵触的法律行为无效，但该条款未甄别惩罚性违约金与补偿性违约金。若缔约各方未事先明确违约金性质，且裁判者在穷尽多种解释方法后仍无法精准甄别，系争违约金应被推定为惩罚性违约金。仅当惩罚性违约金严重畸高时，裁判者始有权应债务人请求启动酌减程序。主合同标的额20%或违约损失30%都不宜作为判定惩罚性违约金严重畸高的标准。为实现个案公正，建议在斟酌各种例外酌减因素的基础上，用动态的个案自由裁量模式取代僵硬的一刀切模式。

关键词：惩罚性违约金 补偿性违约金 例外酌减 合同自由 合同正义

我国《民法典》第585条(原《合同法》第114条)第2款规定了违约金酌减制度。若约定违约金过分高于实际所造成的损失，法院或仲裁机构可根据当事人请求予以适当减少。该制度基本符合大陆法系立法通例，但过于原则、可操作性欠佳，致使当事人围绕惩罚性违约金酌减规则的理解与适用容易产生纠纷。最高人民法院2022年11月4日公布的《关于适用〈民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《合同编解释草稿》)第69条旨在规范违约金司法酌减规则，但未提及惩罚性违约金，更未甄别其与补偿性违约金的不同裁判规则。

作者简介：徐海燕(1970—)，女，汉族，安徽潜山人，对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师。

笔者2022年7月19日通过Alpha案例库,将检索条件设置为关键词“惩罚性违约金”,共有17005份裁判文书在“原告诉称”“被告辩称”、争议合同或“法院认为”等部分有所提及。为缩小裁判文书范围,笔者将搜索范围限定于“法院认为”,共搜到6826件裁判文书。从地域分布来看,涉及惩罚性违约金的案例主要集中在湘徽川三省,分别占比43.22%、7.24%、6.99%。从行业分类看,主要集中在金融、房地产、批发零售、制造与建筑等产业。从审级数量看,一审5327件,二审1317件,再审170件,执行10件,一审上诉率约为24.72%。从一审裁判看,全部/部分支持5256件,占比98.67%;全部驳回55件,占比1.03%;其他15件,占比0.28%。从二审裁判看,维持原判911件,占比69.17%;改判386件,占比29.31%;其他16件,占比1.21%。从再审裁判看,改判75件,占比44.12%;驳回再审申请48件,占比28.24%;维持原判42件,占比24.71%。

实践中的同案不同判现象严重贬损了惩罚性违约金制度的价值功能。法学界围绕惩罚性违约金的效力、功能、甄别与酌减等问题开展了深入讨论,但依然仁智互见。为维护交易安全、弘扬后《民法典》时代的契约精神,有必要从契约自由与契约正义的平衡视角反思与重构惩罚性违约金的例外酌减规则。

一、惩罚性违约金不酌减的一般原则

(一) 惩罚性违约金与补偿性违约金的不同功能与甄别困境

惩罚性违约金也称违约罚金 (penalty)、担保型违约金、固有意义(真正意义或纯粹意义)上的违约金,是指双方当事人为担保契约的实际履行、实现缔约目的而事先约定的、违约方(债务人)就其违约行为向守约方(债权人)支付的高于违约造成的实际财产损害的特定金钱或其他财产利益。就其性质而言,惩罚性违约金债务属合同之债的范畴,并且是附停止条件的债权。在违约金条款生效后、债务人违约之前,违约金债权虽有效成立,但效力因处于停止状态而尚未发生,只有待债务人违约的条件成就时才开始生效。

从功能角度观察,惩罚性违约金与补偿性违约金(填平性违约金)相对。前者主要具有履约担保与经济制裁的功能,带有经济威慑和心理压力的因素,有助于督促债务人诚实守信、履行契约义务。后者是指双方当事人在缔约之初为降低未来就违约损害事实与具体金额成讼时的诉讼成本而预定预估的损害赔偿总额(liquidated damages)。因此,补偿性违约金有助于解决财产损害的举证与计算难题,降低债权人举证责任,是对损害赔偿金额的预先约定。^① 损害赔偿额的预定预估的目标是确保赔偿结果犹如损害事故未曾发生一样。^② 补偿性违约金旨在填补或填平违约损害,一般遵循三项裁判规则:一是违约金以存在违约损害为前提;二是适用损害赔偿法一般规则(如损害赔偿计算、损益相抵、与有过失);^③三是裁判者有权斟酌实际损害赔偿额多寡而增减(调整)违约金。

两大法系在功能上都采纳违约金两分法。德国在区分真正违约金与损失预估额的基础

① 崔建远:《合同法》,法律出版社2010年版,第343页。

② 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第16页。

③ 王洪亮:《违约金功能定位的反思》,载《法律科学》2014年第2期。

上,认为《民法典》第343条规定的司法酌减规则仅适用于前者,不适用于后者;后者属于不予酌减的有效约定,除非受到《格式合同法》(AGBG)第11条第6款等特别法律的限制。当事人主张的损失预估额若在事实上与可能发生的违约损失缺乏任何关联性,会因违反《民法典》第138条的规定而无效,当事人也不得将其作为惩罚性违约金主张《民法典》第343条的保护。但因过高损害预估额与惩罚性违约金难以区分,导致这种区分的合理性也遭质疑。但德国《格式合同法》对此予以区分,其区分理念与英美法系非常接近。^④

我国《民法典》第585条与原《合同法》第114条大同小异,均系违约金条款。第1款允许当事人约定一方违约时根据违约情况向对方支付定额违约金或约定违约损害赔偿额计算方法。第2款授权法院或仲裁机构根据当事人请求增减低于或高于所造成损失的约定的违约金。第3款要求违约方在支付迟延履行违约金后继续履行债务。《合同编解释草稿》第69条第2款与最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法司法解释(二)》)第29条第2款将过高违约金界定为“超过造成损失的30%”。

由于现行立法并未明确采用惩罚性违约金与补偿性违约金的二分法,《民法典》第585条规定的“违约金”究指惩罚性违约金、补偿性违约金,抑或兼而有之,易滋歧义。多数说认为前两款规制补偿性违约金,第3款规制惩罚性违约金。^⑤有学者将第2款中的违约金解释为惩罚性违约金,因酌减规则仅适用于惩罚性违约金,不适用于补偿性违约金,超出预期损害的补偿性违约金约定无效,而非予以酌减。^⑥有人将第3款解释为补偿性违约金。^⑦理由是迟延履行违约金可与履行债务并用不过是对迟延赔偿的赔偿额预定,仍属补偿性违约金。^⑧

上述相左的解释论立足不同的角度,皆言之有理。从文义解释看,《民法典》中的违约金囊括了惩罚型与补偿型两类。基于共性,各类违约金都适用酌减规则,都强调违约方举证责任。但功能的不同决定了违约金的差异化酌减政策:对惩罚性违约金原则不酌减、例外酌减,以惩罚违约;对补偿性违约金原则允许酌减,以填平损害。

因此,如何精准甄别这两类违约金?裁判者若综合运用《民法典》第142条规定的文义、体系、性质、目的、习惯与诚信等多种解释方法,不难找到正确答案。若依然存疑,如何定夺?鉴于惩罚性违约金是固有(真正或纯粹)意义上的违约金,而补偿性违约金仅为双方当事人预定或预估的损害赔偿总额;笔者认为,在违约金的性质与功能实在难以区分时,裁判者应将系争违约金推定为惩罚性违约金。

^④ Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. By G. H. Treitel. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 224.

^⑤ 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年版,第706页。

^⑥ 王洪亮:《违约金酌减规则论》,载《法学家》2015年第3期。

^⑦ 王胜明、梁慧星等编:《〈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;崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,第343页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第658页。

^⑧ 韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解理论》,载《法学研究》2003年第4期。

(二) 惩罚性违约金的多元表现形态

惩罚性违约金的表现形式有广狭二义。狭义说限指债务人在违约后就其违约行为向债权人支付的特定金钱,但不包括非金钱财产。这是惩罚性违约责任的经典类型。而广义说泛指债务人在违约前后就其违约行为向债权人支付各类财产(包括金钱与非金钱财产)。

德国、奥地利、印度乃至法国采取广义说。德国《民法典》第342条在第339条规定的金钱型违约金之外增列了非金钱型违约金:“如果当事人承诺以支付金钱以外的其他行为作为惩罚,也适用第339条至第341条;但债权人不得请求债务人支付金钱损害赔偿。”奥地利《民法典》第1336条从之。1872年《印度合同法》第74条提及的违约金适用情形包括“合同约定在违约时支付特定金额或合同通过违约金形式约定的其他条款”,该法的例示部分也将非金钱型给付纳入违约金范畴。虽然法国2016年《民法典》第1231-5条第1款提及的违约金仅限于金钱型违约金,但此前旧《民法典》第1226条规定的违约金系指债务人为确保协议履行而允诺的、在其违约时有义务给付的“某物”(quelque chose),而“某物”的外延明显广于“金钱”。

借鉴上述立法例,违约金可分为三类:一是债务人在违约后向债权人支付的财产;二是债权人有权收取的、债务人在违约前已完成交付的财产;三是债权人本有义务向债务人给付、但有权在债务人违约后不再向其给付的财产。非金钱财产权益包括物权、债权、股权、知识产权、信托权益、大数据权益以及其他具有财产价值的各类资源。广义违约金的惩罚性违约责任有的涉及财产给付,有的不涉及财产给付(如债权人单方解约、自由选择不同履约方式甚至对违约方不利的履约方式),有的涉及信用制裁(如纳入失信名单)等。

(三) 惩罚性违约金原则不予酌减的法理依据

法院和仲裁机构应尊重与保护惩罚性违约金条款,原则上不予酌减,仅应在例外极端情形为之。第一,不酌减原则符合私法自治、契约自由与诚实信用诸原则。惩罚性违约金是双方当事人经过平等谈判、理性博弈、反复磋商而达成的合意,是债权人与债务人充分实现意思自治的有效途径,只要不损害国家利益、公共利益与第三人利益,原则上就应排除司法干预。有学者认为,调整违约金的出发点是合同正义与诚信理念。^⑨但反对者认为,轻易推翻当事人原本约定的违约金本身就偏离了诚实信用的含义和要求。^⑩只要当事人在缔约阶段没有意思表示瑕疵,当事人守约践诺就体现了合同正义与诚信原则。为维护诚信原则,法律不应支持债务人为实现低成本毁约而提出的酌减违约金诉求。实践中,有些商人为吸引与锁定潜在客户,先在缔约阶段诱以惩罚性违约金,虚构有意诚信履约的假象;后在违约阶段借口违约金过高而请求酌减,企图摆脱失信责任。从竞争法角度看,滥用惩罚性违约金条款、排挤同业商人竞争自由的做法还会构成不公平竞争行为。只有严守惩罚性违约金不酌减的一般原则,才能遏制债务人出尔反尔的见利忘义行为,维护公平交易秩序与自由竞争秩序。

第二,不酌减原则并不排除违反契约自由的合同或其条款的撤销权救济。若系争条款确

^⑨ 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第509页。

^⑩ 孟勤国、申蕾:《论约定违约金调整的正当性与限度》,载《江汉论坛》2016年第7期。

非债务人(违约方)的真实意思表示,而系源于债权人(守约方)的欺诈、胁迫、重大误解或显失公平等可撤销因素,违约方可依《民法典》第147条、第148条、第150条、第151条、第152条行使撤销权。系争条款若违反效力强制性规定或公序良俗,或属恶意串通损害他人权益的情形,则构成《民法典》第153条和第154条规定的无效行为。此即捍卫契约自由的基础性干预机制。各国合同法都有遏制意思表示不真实、显失公平或乘人之危的规定,例如德国《民法典》第138条第2款、墨西哥《民法典》第17条、智利《民法典》第4编第13节、巴西《民法典》第157条。不仅大陆法系允许缔约方请求法院撤销因意思表示错误、胁迫或诈欺、乘人之危、利用弱勢缔约方轻率或无经验而缔结的合同,英美法系的成文法与判例法亦对缔约当事人因错误、不实表示、胁迫或不正当影响等因素而缔结的违反意思自治的契约提供救济机会。美国《统一商法典》第§2-302要求法院拒绝执行缔约程序显失公平的契约或条款。因此,若惩罚性违约金条款属于可撤销条款,则债务人在除斥期间内仍有挽回余地。既然债务人拒绝或怠于行使撤销权,认赌服输亦不违反其内心真意。

第三,我国《民法典》废除司法调整权的一般授权条款彰显了司法自由裁量权的谦抑性。《合同法》第54条允许当事人一方请求法院或仲裁机构变更因重大误解订立的合同、在订立合同时显失公平的合同与一方以欺诈胁迫手段或乘人之危,使对方在违背真意情况下订立的合同;并禁止法院或仲裁机构在当事人请求变更时予以撤销。鉴于对合同对价条款与违约金条款的调整权潜藏着自由裁量权滥用风险,为预防裁判者随意干涉合同自由,《民法典》废除了法院或仲裁机构的合同酌量变更权(包括违约金变更权),仅例外保留了撤销权。由于撤销权行使攸关合同效力的有无,当事人的辩论与举证质证必然倒逼裁判者谨慎行使裁判权。这一修法动向清晰无误地表达了立法者保护合同自由免受司法恣意干预的决心。

第四,不酌减原则体现了对合同正义与等价有偿原则的坚守。双务合同皆有对价。从广义上看,惩罚性违约金是合同对价的组成部分;否则,债权人为控制交易风险必然会提高合同价款、要求债务人提供物权担保或保证,甚至拒绝与其交易。哥伦比亚大学教授戈德堡指出,惩罚性违约金仅是合同对价的一个要素。债务人因自愿接受惩罚性违约金的危险而获得价值利益。^①既然惩罚性违约金属于广义合同对价范畴,就应受到尊重与保护。我国1986年《民法通则》第4条规定的“等价有偿”原则未写进《民法典》,因为其不是人格权、婚姻家庭与继承等人身关系遵循的原则,但仍是商事活动遵循的原则。^②等价有偿原则决定了惩罚性违约金的合法性与正当性。但读者不能误以为:只有与违约实际损害完全等额的补偿性违约金才符合等价有偿原则,而惩罚性违约金违反了等价有偿原则。商业模式的复杂性与债权人利益的多元性决定了绝大多数惩罚性违约金具有正当合理的商业理由。交易伙伴自愿选择的补偿性违约金与惩罚性违约金都符合等价有偿原则。若强行以补偿性违约金作为酌量惩罚性违约金的标准,必然抹杀两类违约金的本质差异,有悖商业实践中长期存在的惩罚性违约金民商事习惯。

^① Readings in the Economics of Contract Law, Edited by Victor P. Goldberg, Cambridge University Press, 1982, p. 161.

^② 刘俊海:《论公司法与民法典的良性互动关系》,载《法学论坛》2021年第2期。

债务人若因第三人(如供应商)原因而违约,在对债权人支付惩罚性违约金后可向第三人求偿。债务人对债权人承担的惩罚性违约金对债务人具有惩罚性,但对第三人追偿该笔金额时仅有补偿性,因为该诉请旨在填补债务人实际损失,而非惩罚性赔偿。

第五,我国传统法律鼓励守约践诺,不鼓励惩罚性违约金酌减。据考证,出土汉墓中发现的《杨绍买地砖》中载有“民有私约如律令”,《潘延寿买地砖券》中记载“有私约者当律令”,《曹仲成买田铅券》载有“知券约,如天帝律令”。为担保缔约双方履约践诺,《唐律》允许契约约定“若先悔者,出绢五匹”。^⑬晋唐期间的契券文书通常记载的惩罚性违约金条款是,“悔者一罚二,人不悔者”。^⑭高昌延和元年(602年)3月的《宗从左舍子边举大麦券》约定,“券成之后,各不返悔。悔者一罚二,人不悔者,民有私要,要行二主”。总章3年2月13日的《张善态出租菜园契》约定,“若到佃时不得者,一罚二入左”。^⑮唐乾宁4年(897年)的《平康乡百姓张义全卖舍契》约定:“一定已后,两不休悔。如先悔者,罚麦一十硕,充人不悔人。”^⑯寺院放贷亦有惩罚性违约金条款。例如,唐建中三年《健儿马令痣举钱契》约定,“人不得,一任虔英牵掣令痣家资牛畜将充钱直,有剩不追。恐人无信,故立私契。两共平章,画指为记”。^⑰“有剩不追”意味着,即使债权人夺取的家资牛畜价值高于债权金额,也不退还债务人,足见惩罚性违约金之苛及其督促债务人履约的压力之大。

第六,惩罚性违约金条款(stipulationes poenae)合法有效的制度滥觞于罗马法。彼时,惩罚性违约金广泛适用于各类交易活动,以确保买卖、雇佣与合伙协议之债的履行,和解协议的执行或者借款的偿还。惩罚性违约金广泛适用于财产关系,乃至家庭与继承关系。^⑱为保障债的履行,在一方违反主契约义务的情况下,违约方按约定数额或标准向守约方给付一笔金钱作为罚金。^⑲违约金请求权的发生以债务人不履行或不适当履行债务为条件,违约金条款也是附停止条件的契约。“事变的责任原则上由债权人承担。故非因债务人的过失而致给付不能完成的,债权人不能请求违约金的支付。”^⑳罗马法早期强调违约金的履约担保功能,后期确认其损害赔偿功能。在中世纪欧洲,将罗马法与教会法熔于一炉的普通法(ius commune)长期统治欧洲法律界与法学界。因受教会法禁止不当得利思想的禁锢,违约金的惩罚性功能在中世纪欧洲逐渐弱化。随着15世纪开始的文艺复兴运动,教会地位逐渐下降,教会法权威也日趋式微,

⑬ 张晋藩:《论中国古代民法研究中的几个问题》,载《政法论坛》1985年第5期,第7页。

⑭ 王欣:《吐鲁番出土文书所涉及的晋唐法制》,载《西域研究》1992年第3期,第85页。

⑮ 唐耕耦:《唐五代时期的高利贷——敦煌吐鲁番出土借贷文书初探(连载)》,载《敦煌学辑刊》1986年第1期,第149-153页。

⑯ 沙知:《敦煌契约文书辑校》,江苏古籍出版社1998年版,第8页。

⑰ 谢重光:《晋唐寺院的商业和借贷业》,载《中国经济史研究》1989年第1期,第61页;殷晴:《唐代于阗的社会经济研究——出土文书析释》,载《新疆社会科学》1989年第6期,第77页。

⑱ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta (1990), pp. 95-106.

⑲ 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第283页。

⑳ 周枬:《罗马法原论》(下册),商务印书馆2005年版,第874页。

惩罚性违约金开始复苏。

第七,惩罚性违约金不予酌减是现代大陆法系的一般原则。法国1804年《民法典》第1152条第1款就确认惩罚性违约金条款(*clause pénale*)的效力,要求法院判令违约方向守约方支付的违约金既不能多、也不能少。虽有人认为该条规定的违约金是补偿性违约金,但鉴于该条禁止法官调整违约金数额,至少从实际功能与客观效果看,该条规定足以包容惩罚性违约金的合法性。更何况,拿破仑及其民法典起草人员在极力倡导意思自治与契约自由的历史背景下,没有理由沿袭教会法敌视或限制惩罚性违约金的態度。德国《民法典》第339条也强调惩罚性违约金的可执行性:“债务人向债权人承诺在其不履行或不适当履行债务时向债权人支付特定金钱作为惩罚性违约金的,债权人有权要求违约债务人支付。债务履行体现为不作为义务的,债权人有权要求违约的债务人支付惩罚性违约金。”

第八,不仅大陆法系承认惩罚性违约金的合法性并严格限制违约金酌减的条件与程序,英美法系也改采弹性化态度。英美法系虽在法理上对惩罚性违约金维持零容忍态度,但实践中采取“打左灯、向右拐”的务实包容态度。20世纪初以来,尤为如此。英国最高法院在2015年审理的两个关联案件中更是改写与发展了违约金裁判规则,接纳了惩罚性违约金的遏制违约功能,提高了惩罚性违约金的认定门槛,缩小了与大陆法系的制度差距。其最突出的创新点在于,运用实质穿透思维,将违约金畸高的判定基准由可证明的最大限度的违约财产损失扩张为正当商业利益。后者外延广于前者,值得肯定。^②

综上,惩罚性违约金原则上不容随意调整,以免动摇惩罚性违约金的约束与激励功能。违约金数额即使过高,只要不存在无效或可撤销情形,也是意思自治的理性结果。

二、惩罚性违约金例外酌减的特别规则地位

(一) 惩罚性违约金例外酌减的法理依据

尊重惩罚性违约金体现了对契约自由与契约严守的价值观。例外酌减既然体现了对意思自治与契约自由的非常态干预,就需要更强大的正当性与合法性理论依据。

首先,公平原则及其衍生而来的合同正义(合同公平)原则是惩罚性违约金例外酌减的首要法理依据。公平原则普适于整个私法体系与各类私法关系,合同正义是公平原则在合同法领域的集中体现。美国《统一商法典》第2-302条允许法院限制任何荒谬不公条款的适用;第2-718条第1款也要求赔偿金条款具有合理性,否则将其视为无效的惩罚性违约金条款。鉴于契约严守有助于尊重契约自由、稳定交易预期,惩罚性违约金不调整应为一般原则。但为实现合同正义、促进公平交易,应例外授权法院酌减严重畸高的惩罚性违约金。当债务人为弱势缔约方(如消费者、劳动者、农民、中小微企业)时,酌减违约金更有扶弱抑强功能。当然,谈判地位与博弈实力不对等本身并不必然导致违约金酌减。

其次,诚信原则是惩罚性违约金例外酌减的第二法理依据。《民法典》第7条规定的诚信原则要求当事人秉持诚实,恪守承诺。我国台湾地区“民法”第148条第2款亦规定:“行使权

^② Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi (Rev 3) [2015] UKSC 67 (4 November 2015) .

利,履行义务,应依诚实及信用方法。”通说认为,若无第 252 条,宜以诚信原则禁止的权利行使为据,限制债权人主张违约金债权。^② 德国联邦最高法院在租赁契约判例中认为,《民法典》第 343 条第 1 项第 1 句规定的违约金酌减规则源于第 242 条规定的诚信原则。^③ 诚信原则是君临法域、衡平利益的帝王规则,支撑着惩罚性违约金酌减规则的正当性,但须保持必要的尊严与谦抑。若有明确行为准则或裁判规范,法官应直接援引具体条文,不宜舍近求远;仅在具体条文资源匮乏时,方能援引诚信原则作为裁判依据。

再次,公序良俗是惩罚性违约金例外酌减的第三法理依据。《民法典》第 8 条规定的公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称,是公共利益和社会公德的有机融合。有学者认为,若通过违背善良风俗甚或违反诚实信用原则而限制,均会全部否认违约金约定效力,有矫枉过正之嫌。^④ 我国台湾地区学者也认为,违约金约定原则上仅涉及契约当事人利益,纵使违约金过高亦仅影响债务人利益,也难谓涉及公益,不能援引确认法律行为无效的“民法”第 71 条或第 72 条,只能依“民法”第 252 条授权法院酌减。^⑤ 消极的禁止性功能(与之抵触的法律行为无效)仅是公序良俗的主要功能之一,但非全部或唯一功能。公序良俗的积极倡导功能有助于为裁判权救济提供法理依据,授权法院审慎酌减畸高的惩罚性违约金,以免确认违约金全部无效或全部有效的极端偏颇。瑞士联邦法院在 1914 年与 1915 年指出,《债法》基于公序良俗而授权法院酌减畸高违约金。^⑥ 为避免滥用,对公序良俗的内涵与外延宜作审慎的限缩解释。

最后,禁止权利滥用原则是惩罚性违约金例外酌减的第四法理依据。日本《民法典》第 1 条第 3 项禁止权利滥用。德国《民法典》第 226 条亦然:“权利之行使不得仅以损害他人为可能之目的。”步其后尘,我国台湾地区“民法”第 148 条第 1 款规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。”我国《民法典》第 132 条亦禁止民事主体滥用民事权利损害国家利益、社会公益或他人合法权益。尽管该原则藏身于总则编第五章“民事权利”,而非端居总则编第一章“一般规定”,但违约金债权既是民事权利,就要接受权利的内在约束,避免惩罚性违约金严重畸高导致的利益失衡。

(二)大陆法系的惩罚性违约金例外酌减立法例

教会法一直对高利贷与惩罚性违约金采取零容忍态度。教会法具有宗教性质,建立在超自然的、绝对是非观的概念基础之上。^⑦ 13 世纪的意大利教会法学家、红衣主教霍斯丁西斯(Hostiensis)主张限制超过违约实际损害的违约金,并首倡由法官酌减违约金。^⑧ 现代大陆法系

^② 杨芳贤:《民法违约金酌减规定之若干问题》,载《台大法学论丛》2011 年第 4 期。

^③ BGH NJW 1968, 1625f. (1625).

^④ 王洪亮:《违约金酌减规则论》,载《法学家》2015 年第 3 期。

^⑤ 同注释^②杨芳贤文,第 2150-2151 页。

^⑥ Urteil vom 13. Juni 1914, BGE 40 II 471 (476); Urteil vom 25. Februar 1915, BGE 41 II 138 (143).

^⑦ Calvin B. Hoover, Economic Forces In The Evolution Of Civil And Canon Law, The Southwestern Political and Social Science Quarterly, Vol. 10, No. 1 (March, 1929), pp. 42-55.

^⑧ 王洪亮:《违约金酌减规则论》,载《法学家》2015 年第 3 期;姚明斌:《违约金双重功能论》,载《清华法学》2016 年第 5 期。

诸国虽都承认惩罚性违约金,但基于契约正义的考量,几乎都授权法院酌减畸高违约金。德国学者齐默曼认为,“完全不受约束的契约自由在现代经济社会是不可接受的。”²⁹

德国1900年《民法典》第343第1款在承认惩罚性违约金效力的基础上明确授权法院在例外情形对违约金(Vertragsstrafe)行使酌减权。该制度设计借鉴了瑞士1881年《债法》有关司法酌减权的立法例,但主要源于基尔克(O. F. von Gierke)等学者有关保护经济弱者免于契约自由滥用的呼吁。为预防酌减权滥用,法院在行使酌减权时必须充分考量债权人的所有正当利益,而不拘泥于财产利益。该制度对大陆法系产生了重要影响。1865年《意大利民法典》曾以法国《民法典》为表率,但1942年修改版第1384条继受了德国违约金酌减制度。

法国1804年《民法典》第1152条第1款承认违约金条款效力:“当协议约定违约方应支付一定金额作为损害赔偿时,法院判令守约方获得的款项不得高于、也不得低于约定金额。”不少大陆法系国家亦步亦趋。但1975年7月9日、1985年10月11日修改的《民法典》第1152条授权法院依职权增减显著畸高畸低的违约金,且禁止当事人依相反约定予以排除。这就逆转了最高法院1866年2月14日在Paris frères c Dame Juillard Civ一案中拒绝酌减违约金的立场。2016年2月10日,法国再次以第2016-131号法令对《民法典》合同制度作了结构性改革,确认了行之有效的判例,推动了立法表述的简明化,堪称一场合同法革命。新《民法典》自2016年10月1日起生效,第1231-5条共计五款,整合了原《民法典》第1152条与第1231条。该条款被置于合同编第4章“合同的效力”第5节“合同不履行”第5分节“合同不履行产生的损害赔偿”。其中,第1款强调契约严守,第2款重申司法调整权条款。

1889年西班牙《民法典》第1154条曾将违约金司法调整权限定于债务人部分履行债务的情形。2012年《民法典》第1154条规定:“在主债务有正当理由获得部分履行或者瑕疵履行的情况下,法官应当公平地调整违约金。”2009年法典化委员会发表的《民法典》修改建议稿聚焦债法与合同法现代化。为确保法院公正处理纠纷,建议稿第1146条至1152条提议将司法调整权延伸到显著畸高的惩罚性违约金以及与实际损害明显不成比例的补偿性违约金,但其他违约金通常都会得到法律确认与保护。

以色列1970年《合同法》第15条确认基于债权人可预见损失额的司法调整权:若当事人事先约定赔偿额,赔偿额支付时无需提供损失证据;但法院若认为约定赔偿额与缔约时可预见的违约可能造成的损失之间不存在任何合理联系,则有权予以酌减。

在大陆法系其他国家中,奥地利《民法典》第1336条第2款、瑞士《债法》第163条第3款与1962年南非《传统违约金法》第3条也允许酌减畸高违约金。比利时《民法典》第1152条虽未规定法官酌减违约金的自由裁量规则,但法院实际上并未不折不扣地执行契约严守原则。比利时法院认为,过高或过低的违约金并非真正意义上的违约金,不具有可执行性。³⁰从行为模式的选择看,这种从严规制的裁判理念会倒逼当事人远离严重畸高的违约金。

²⁹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta (1990), p. 107.

³⁰ Cass. 17 Apr. 1970, Pas. 1970 I. 711.

(三)英美法系对惩罚性违约金的原则禁止与例外酌减

英美法系大都否认惩罚性违约金的效力,要么直接确认其无效,要么拒绝赋予其可执行性,法院并不享有罚金酌减权。^{③①}其主要法理依据有二:一是捍卫公序良俗,追求实质公平正义。与债权人相比,罚金债务人通常是弱势群体。二是作为平等主体的私人之间没有惩罚权。苏格兰上诉法院的杨(Young)法官在1881年审理的Robertson一案中认为:“我们不允许当事人约定由一方惩罚另一方的罚金条款。因为,法律不允许当事人在契约中约定一方有权惩罚另一方。法院承认补偿金的效力,但不保护超越补偿边界的罚金。此乃裁判原则。法官们不考虑罚金或补偿金的名称,因为经常存在名为罚金、实为补偿金或名为补偿金、实为罚金的现象。”^{③②}法律不承认当事人存在相互惩罚权的原因在于合同当事人地位平等,不容强者运用惩罚性违约金压迫弱者。^{③③}

其实,在衡平法确立惩罚性违约金不可执行的规则前,英国法院一贯坚持契约严守理念,无力偿债的债务人常被判处无期徒刑。^{③④}普楼登(Edmund Plowden)勋爵在1551年就Dive一案指出,违约债务人“如果被执行监禁,他应该靠自己求生。原告和治安法官均无义务给他供应肉食或饮用水,他就像牛一样被关在牛圈里”“他若无钱,就只能仰赖施舍。若无人施舍,就如其所愿,让他以上帝名义死去。此乃咎由自取。因为,他的自以为是和不良行为使他锒铛入狱”。^{③⑤}这种严苛的监禁手段有失公正,也威胁债务人生命健康。同理,惩罚性违约金对债权人的充分保护以对债务人的严苛制裁为代价。为彰显以人为本、追求公正的法律价值,英国衡平法遂开始禁止惩罚性违约金。

惩罚性违约金规则源于衡平法对英格兰与苏格兰在16世纪较为流行的可撤销偿债保证书提供司法救济的规则。1696年《法院组织法》第8条允许原告就担保债务人履行允诺的可撤销偿债保证书向普通法院诉请确认被告违约,并评估其所受实际损害。法院作出履行偿债保证书的判决,但在原告获得损害赔偿金时终止保证书执行程序。该法1705年修改时又允许被告在向法院支付实际损害赔偿金、利息与费用后,援引其付款事实作为保证书诉讼的抗辩事由。以上规定旨在方便原告的保证书诉讼。迨至18世纪末,普通法院开始将法定程序视为强制性规定,要求原告对诉请予以举证,并终止保证书的全部后续程序。^{③⑥}至此,法官与当事人不必再分别启动衡平法院的罚金救济程序与普通法院的实际损害赔偿程序,推动惩罚性违约金规则变革的使命亦由衡平法院转向普通法院。

美国继受了英国法禁止惩罚性违约金的传统。法律经济分析学派倡导的效率违约理论又

^{③①} Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. By G. H. Treitel. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 224.

^{③②} Robertson v. Driver [1881] SLR 18_364 (2 March 1881).

^{③③} 陈学民:《惩罚性违约金的比较研究》,载《比较法研究》1989年第3、4期。

^{③④} Simpson, A. W. B. "The Horwitz Thesis and the History of Contracts." University of Chicago Law Review 46 (1979): 541.

^{③⑤} Dive v. Maningham, 1 Plowd. 60, 68, 75 Eng. Rep. 96 (C. B. 1550).

^{③⑥} Roles v Rosewell (1794) 5 TR 538, Hardy v Bern (1794) 5 TR 636.

为此提供了经济学依据。美国联邦最高法院大法官霍尔姆斯是效率违约理论的鼻祖。他认为,“普通法上的合同严守义务意味着以下预期:你若违约,就必须支付赔偿金,但别无其他责任。”^{③7}美国第七巡回上诉法庭首席法官波斯纳认为,“若违约者因履约而承受的损失超过守约方从履约中得到的利益,明显的结果是,违约行为有助于实现价值最大化,因而应予鼓励。”^{③8}加州伯克利大学教授库特等认为,效率违约理论有利于促进资源分配效率,实现契约法价值。^{③9}效率违约理论对美国判例产生了一定影响。在 Lewis 诉 Guthartz 一案中,佛罗里达最高法院认为,无论被告动机如何,都不应判令违约被告承担惩罚性赔偿金;但若违约行为同时构成侵权法诉因,只要有适当诉请与证据,也可判定惩戒性赔偿金。^{④0}

效率违约理论对提高资源配置效率、增进社会福祉具有理论价值。该理论有助于抵制大陆法系惩罚性违约金制度的渗透与移植,但未超越或代替英国法传统中的公序良俗理论,亦非美国禁止惩罚性违约金条款的核心法理基础,更非普适真理。

但英美法系内部也并非铁板一块地完全禁止违约金酌减。第一,虽然英格兰与威尔士的法律传统反对司法酌减权,英国最高法院2015年判例亦未对系争违约金行使酌减权,但苏格兰法院多年来一直依成文法与普通法享有司法酌减权。^{④1}第二,英美法系成文法对特定领域与类型的违约金规定的酌减规定不容忽略。英国1974年《消费者信贷法》第100条允许法院酌减分期付款买卖中的违约金。第三,1872年《印度合同法》第74条授权法院酌定不超过约定金额的合理赔偿额。印度法院酌减权的立法例与大陆法系并无二致。

(四)两大法系的违约金酌减规则的融合趋势

1978年欧洲理事会《有关民法罚金条款的(78)3号决议》第7条率先推动惩罚性违约金的区域统一化:“当违约金明显过高时,法院可予以酌减。当主债务获得部分履行时,更应如此。酌减后的金额不得低于债务不履行时的可获得损害赔偿。与该条款相抵触的约定无效。”该决议旨在倡导成员国在修改本国违约金规则时予以对标。

1983年联合国贸易法委员会《违约金条款统一规则草案》第8条、1995年《欧洲合同法通则》第9:509条、2016年版国际统一私法协会《国际商事合同通则》第7.4.13条都不约而同地授权法院酌减严重畸高、显著畸高或实质不成比例的违约金。为推动欧洲合同法统一,克服欧盟成员国合同法的差异性,促进商品、资本、服务与人员的自由流动,根据欧洲委员会提议于2009年9月出版的《共同参考框架草案》(DCFR)也规定了畸高违约金酌减制度。

我国《民法典》第585条的违约金酌减规则大致符合大陆法系立法通例,但过于原则,有待充实完善。

^{③7} Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 462 (1897).

^{③8} Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1st edition, 1973, p. 57.

^{③9} Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & economics*, 6th ed., Pearson Education, Inc., 2012, p. 325.

^{④0} *Lewis v. Guthartz*, 428 So. 2d 222, 223 (Fla. 1982).

^{④1} Scottish Law Commission, *Review of Contract Law Discussion Paper on Penalty Clauses* (Discussion Paper No 162), November 2016, p. 46. https://www.scotlawcom.gov.uk/files/4815/0003/7098/Discussion_Paper_on_Penalty_Clauses_DP_No_162.pdf.

(五) 惩罚性违约金的例外调整规则的谦抑性

惩罚性违约金调整仅是非常态的例外规则,而非常态化原则。2016年法国《民法典》第1231-5条第1款与第2款之间的关系颇值玩味。前者为尊重意思自治原则而强调契约严守,后者为强调契约正义而确认司法调整权:“在约定违约金显著畸高畸低时,法院可以甚至依职权对违约金金额予以减少或增加。任何相反条款规定均被视为无效。”若仅从文义解释看,这两个条款似乎前后矛盾。但从历史解释与整体解释看,第2款迟至1975年才被法典化;但在该款入法的同时,立法者并未同步废除第1款。因此,第1款为一般原则,第2款为例外规则。理由有四:一是充分体现合同严守原则的第1款未作任何修改。二是法官增减权仅限于违约金显著过高或过低场合。违约金即使过高或过低、若未达显著程度,法官仍无权增减。三是法官自由酌量权严格受限。即使法官酌增或酌减,也要严格控制在合理限度内。四是违约金过高或过低均不导致违约金条款无效。在理论上,一般原则承载着核心价值;在实践中,例外规则不可轻视。

总体来看,大陆法系法院酌减惩罚性违约金的频率不高,例外酌减规则并未异化为常态化现象。德国早在1900年就确立了违约金酌减规则,但司法酌减案例甚少。^②反观我国司法实践,违约金调整现象司空见惯,且主要体现为酌减(而非酌增)。在某直辖市内三级法院关于违约金调整的1032件案件中,法院支持违约金过高主张的案件有773件,占比高达74.9%。^③这些案件案情各异,无法一概而论。但从违约方主张违约金酌减请求权获得支持概率较高的数据来看,违约金酌减制度容易被法官误解为一般原则,而非例外规则。主因是不少法官习惯于将惩罚性违约金误解为补偿性违约金,仅确认违约金的填平损失功能,而不承认其督促履约、惩戒失信的功能。只要违约金高于《合同法司法解释二》规定的30%标准,就自动将其降至30%以内。从笔者检索与分析的惩罚性违约金判例的大数据看,不同审级法院酌减惩罚性违约金的比例均居高不下。

为预防司法酌减权滥用、防范债务人见利忘义的道德风险,建议《民法典》第585条第2款或司法解释强调惩罚性违约金酌减仅是例外规则,并严格限定酌减权行使的条件与程序。在可酌减、不可酌减的两可情形下,法官一律不得酌减。

(六) 《民法典》第585条第2款规定的惩罚性违约金例外酌减规则的规范属性

既然惩罚性违约金酌减规范是例外规则,接踵而来的问题是:该条款究属任意性规范,倡导性规范,抑或强制性规范?若是强制性规范,究系管理性规范,抑或效力性规范?若系效力性规范,则预先放弃调整违约金请求权的契约条款无效;若系其他类型的规范,则排除司法酌减权的契约条款有效。

我国司法实践对预先放弃调整违约金条款的效力聚讼纷纭。有效说认为,当事人有权处分实体权利,在合同中约定放弃向法院请求调整违约金数额的权利属意思自治范畴,法院不应

^② 同注释^③王洪亮文,第151页。

^③ 刘松涛:《我国的违约金制度亟待重构》,载《中国案例法评论》2016年第1期。

否定其效力。^④违约金本质上属商事交易范畴的商事利益,商主体约定弃权应视为对民商事活动风险具有明确认知。违约金数额高低也是商主体参与市场竞争、约定交易条件、作出商业决策的条件之一,司法干预应保持克制。根据《民法典》第585条,违约金调整需依当事人请求而进行,属当事人自治事项,当事人放弃此权并不违法或违背公序良俗。无效说认为,调整违约金数额请求权是民事主体请求司法保护的法定权利,事先约定弃权会使法定权利被约定剥夺。^⑤违约金调整规则具有强制性,若允许通过意思自治事先排除其适用,不利于平衡保护当事人权益,有违公义。

最高人民法院第二巡回法庭2021年第18次法官会议采无效说。理由是:意思自治应以公法提供的公共秩序为基础,法律行为自由须限定在不损害国家利益、社会公益、他人权益的范围内。当事人请求法院调整违约金数额属公法性质的诉讼权利。违约金司法调整制度是为平衡当事人利益而对契约自由适当限制的结果。若允许当事人预先约定弃权,容易造成意思自治对公共秩序的冲击,违约金调整规则将大概率被规避,进而影响市场交易安全并提升虚假诉讼风险,立法目的可能被架空。当事人事先约定弃权、违约方再向法院请求调整违约金数额的,法院原则上应予准许并进行审查处理。^⑥

笔者赞同效力性规范说。从规范内容看,法官酌减惩罚性违约金的法理基础是公序良俗与公平原则,违约金酌减规则攸关契约正义与契约自由的动态平衡。从规范解释看,新近通说认为,将私法规范中的强制性规定肢解为效力性规范与管理性规范的思维定势混淆了民事关系与行政关系,抹杀了公法与私法边界。效力性规范与管理性规范的划分仅适用于公法规范,不适用于私法规范。除非另有特别规定,强制性私法规范皆为效力性规范,与之抵触的法律行为一概无效。^⑦准此而论,《民法典》第585条第2款规定的违约金酌减规则并非任意性或倡导性规范,而系效力性强制性规范,与之抵触的法律行为无效。若当事人事先约定惩罚性违约金不可酌减且排除司法酌减权,该等约定因与效力性规范相抵触而归于无效。

从域外经验看,法国《民法典》第1231-5条第4款明确该规则为效力性规范:“任何与前述两款规定相抵触的合同约定均视为未作规定。”美国路易斯安那州1984年之前的《民法典》第1934条第5款第2句与第1227条曾允许当事人通过合同约定排除司法酌减规则,但1984年《民法典》第2011条删除了当事人约定排除司法酌减规则的权利,禁止当事人排除酌减规则之适用。加拿大魁北克省《民法典》第1076条第2款允许当事人以约定排除违约金酌减规则,但在部分履行对债权人有利的情形仍存在法院酌减权。

^④ 隋彭生:《合同法要义》,中国政法大学出版社2005年版,第396页。

^⑤ 朱新林:《放弃违约金调整请求权约定之效力》,载《人民法院报》2014年3月5日第7版。

^⑥ 贺小荣主编:《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》(第3辑),人民法院出版社2022年版,第197-219页。

^⑦ 刘俊海:《公司法定代表人越权签署的担保合同效力规范的反思与重构》,载《中国法学》2020年第5期。

三、认定惩罚性违约金严重畸高的单一比例标准的缺陷

(一) 违约损失 30% 统一门槛的缺陷

我国《民法典》第 585 条规定的违约金酌减规则并未具体量化违约金畸高的认定标准。《合同法司法解释二》第 29 条第 2 款将过高违约金界定为“超过造成损失的 30%”。只要惩罚性违约金高于损失的 30%，法院就要将其酌减至不超过损失 30% 的水平。遗憾的是，《合同编解释草稿》第 69 条第 2 款继承了 30% 的衣钵，值得商榷。

违约损失 30% 的单一标准有助于统一裁判尺度，降低裁判难度，提高意思自治与司法干预透明度。但缺陷有三：一是不加区分地适用于惩罚性违约金与补偿性违约金的单一公式有削足适履之嫌，既增强了补偿性违约金的惩罚性，也削弱了惩罚性违约金的惩罚性，必然助长见利忘义的恶意违约。二是 30% 的分母“造成的损失”仅指向守约方损失，忽视了违约方收益。惩罚性违约金既然惩罚违约方过错，就应与违约收益挂钩，而惩罚性违约金仅与守约方违约损失挂钩的必然结果是悬空了惩罚性功能。三是即便就违约损失而言，“造成的损失”并未指明是实际损害、可预期损害、可获偿损害，更未澄清是否覆盖非财产损害。

(二) 主合同标的额 20% 门槛的不足

定金是债权的重要担保手段。《担保法》第 91 条禁止定金超过主合同标的额的 20%，但对违反效力言之不详。为查缺补漏，《民法典》第 586 条第 2 款规定，“超过部分不产生定金的效力。”有学者主张借鉴定金制度，禁止惩罚性违约金数额超过主合同标的额 20%。^④以主合同标的额（而非实际损失）判断惩罚性违约金畸高的合理性有三：其一，违约金和定金都有履约担保功能。其二，债务人对违约成本一目了然，对违约责任的忌惮也会油然而生。其三，当事人在缔约时对未来违约损失缺乏可预期性，若以实际损失作为保底计算标准，难以对违约起到应有的遏制、威慑与施压效果。

但严格说来，主合同标的额 20% 的标准理据不足。惩罚性违约金与定金虽均有督促履约的威慑力，但区别甚大。其一，担保财产金额不同。定金法定上限是主合同标的额 20%；而基于私法自治理念，当事人可自由约定惩罚性违约金。其二，财产交付时间不同。定金往往在违约前交付，而惩罚性违约金大都在违约后交付。其三，担保效果有异。按主合同标的额 20% 计算的惩罚性违约金通常意味着 20% 的利润率，但在不同产业会高于或低于违约损失的 30%。既然二者的性质与功效不同，就不能把定金的天花板套用于惩罚性违约金。

(三) 违约损失的 30% 与主合同标的额的 20% 作为惩罚性违约金天花板的共同缺陷

无论以定金最高限额（主合同标的额 20%）作为惩罚性违约金上限，还是《民法典》第 585 条中的“造成的损失”作为惩罚性违约金参照系并沿袭 30% 标准，均有缺憾。遂有学者反对立法者设置具体酌减比例或数额，主张把惩罚性违约金数额留待裁判者根据个案予以确定或酌减。^⑤笔者从之，理由有三。

^④ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版，第 780 页。

^⑤ 张皓亮：《惩罚性违约金的认定与规制》，载《北京仲裁》2007 年第 62 辑。

第一,惩罚性违约金的单一法定上限有违交易模式的多元化。交易模式与合同类型千差万别,《民法典》列举的19类有名合同仅是众多合同类型中的沧海一粟,实践中的无名合同类型复杂多样,对应的惩罚性违约金标准不可能整齐划一。因交易模式、当事人角色(商人或民事主体)、合同标的、合同价款、履行方式千差万别,违约金设定只能量体裁衣,立法者不宜越俎代庖地设置调整比例。既然20%或30%不合时宜,其他比例也未必公平完美。既然违约损失作为分母不合理,主合同标的额也不适宜成为参酌基数。

第二,惩罚性违约金的单一法定上限抑制契约自由与意思自治。《民法典》第585条第2款用“过分高于”的模糊语词,未敢轻易确立违约损失30%或主合同标的额20%的法定标准,并非没有缘由。立法者担心一旦为惩罚性违约金设定最高上限,就会彻底窒息其担保履约与心理惩戒功能。既然立法者不敢为当事人预先设定惩罚性违约金上限,司法解释也无权限制当事人的自治权与选择权。

第三,违约损失30%或主合同标的额20%缺乏定量研究或实证分析的数据支撑,也缺乏国外立法例的加持。从域外经验看,惩罚性违约金在高于实际损害、可预期损害或可获赔损害时并不当然导致酌减。司法酌减权仅在惩罚性违约金显著畸高的情形例外激活。这些立法例对违约金畸高的表述大同小异,如“显著过高”“明显过高”“畸高”“显不相当”“过分不合理”,但均未将惩罚性违约金上限固化为守约方实际损害或有权请求获偿额的法定比例。

四、动态的个案自由裁量模式的优点

(一) 个案自由裁量模式取代僵硬的一刀切模式的必然选择

交易模式与契约类型的多元化决定惩罚性违约金条款的差异化,也影响违约金是否严重畸高的识别标准。立法者无法统一规定违约金酌减幅度或比例,只能授权裁判者基于对公平、诚信、正义等核心价值观的信仰、对惩罚性违约金争议项下全部相关复杂变量作理性定量分析,审慎运用自由心证与自由裁量权,寻求最佳裁判方案。违约金酌减并非简单的算术减法,而是统筹考量的推理结论。由于个案情形错综复杂,酌减权行使离不开对个案特殊性的精准考量。

(二) 酌减因素的系统考量与实质穿透

德国、奥地利与南非等立法例反对将违约损失作为衡量违约金是否畸高的唯一标准。即使违约金过分高于违约损失,也不必然意味着酌减。裁判者在酌减违约金时必须尽量综合酌量各种相关因素。德国《民法典》第343条第1款覆盖的酌量因素已然较广,法院酌减违约金时仍需全面斟酌债务人的过错程度、债务人因违约而获得的各种利益及其全部财产状况。在奥地利,寻求替代履行的难度、可能发生(而非实际发生)的损害程度亦为相关因素。^⑤

最高人民法院2019年11月14日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第50条指出,认定约定违约金是否过高一般应以《合同法》第113条规定的损失

^⑤ Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. By G. H. Treitel. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 226.

为基础进行判断,“损失”包括合同履行后的可获得利益。除借款合同外的双务合同,作为对价的价款或报酬给付之债并非借款合同项下的还款义务,不能以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准,而应兼顾履约情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定。《合同编解释草稿》第69条第1款稍微拓宽了酌减因素,要求法院“以民法典第584条规定的损失为基础,兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素”。此说凸显了违约导致的直接损失与间接损失在衡量违约金高低方面的主要基准功能,也授权法官综合考虑五类相关因素,与国际惯例合拍。但列举的五大因素仍有挂一漏万之嫌,如何辨识作为兜底条款的“等因素”,颇值深究。

借鉴域外经验,建议司法解释要求法院酌减违约金时全面考量交易模式、民事习惯、行业标准、商事惯例、缔约目的、缔约背景、尽职调查、缔约过程、履约状况、违约情节、违约方过错程度、违约方可能获得的各种利益、违约方全部财产状况、守约方因违约而可能遭受的各种法益(财产与非财产)损害、守约方寻求替代履行的成本与费用等各种因素。

(三)与个案自由裁量模式配套的制度

为遏制法官在行使个案自由裁量权时滥用裁判权,《合同编解释草稿》第69条第1款仅抽象地要求法院“遵循公平原则和诚信原则进行衡量”似有不足。首先,建议明确惩罚性违约金不酌减的基本原则。原则上,所有惩罚性违约金条款都应受到尊重。裁判者与其过度干预,莫不如谦抑包容,尊重自治,从根本上压缩误判空间。

其次,健全违约金酌减要件事实的科学民主透明认定机制。奥地利《民法典》第1336条第2款重视专家辅助人功能:“在任何情况下,如果债务人证明报酬数额过高,法官应在必要时咨询专家后予以减少。”违约金是否严重畸高是法律判断,更是商业判断。为避免法官误判,建议导入专家鉴定机制。为确保鉴定公信力,必须保障鉴定专家具备专业伦理与法定资质,鉴定流程公开透明,鉴定结论接受争议双方质证,鉴定机构及时解惑释疑纠错。

再次,建议创新裁判思维,引入棒球仲裁模式。棒球仲裁模式又称非此即彼、最终报价或最终最佳报价的仲裁,是指双方当事人分别向仲裁庭提交金钱给付的裁决备选方案,由仲裁庭在开庭审理结束后从中择一作为生效裁决的仲裁方式。^①其特点有三:1. 裁决书不由仲裁庭起草,且仲裁庭不对裁决书作出任何说明或解释。2. 仲裁庭选择最终生效的裁决书的标准是选择妥协程度较高的提议。3. 仲裁庭主要解决定量(金钱多寡)纠纷、而非定性争议(是非之争)。棒球仲裁模式鼓励双方当事人竞相妥协让步,而非激化当事人对抗升级,是对传统强制性仲裁模式的颠覆性创新。棒球仲裁模式自1973年开始被广泛用于解决北美职业棒球联盟的球队与球员的薪酬之争,平衡了俱乐部与球员的利益关系,扭转了球员弱势地位。目前,棒球仲裁模式被推广于医疗事故赔偿、劳动者伤残赔偿、国际商事与税收仲裁等领域。该模式设计理念最早源于公元前399年苏格拉底死刑审判所代表的古希腊传统。^②为减轻违约金酌减的裁判负担,

^① 徐海燕:《〈多边公约〉第23条项下棒球仲裁模式的反思与完善》,载《国际税收》2020年第1期。

^② 同注释^①。

鼓励争讼双方理性报价,建议仲裁机构将棒球仲裁模式确定为默认的常态化争议解决机制。债权人与债务人分别向仲裁庭提出自认公正可行的违约金酌减报价,由仲裁庭择一而定。

最后,建议通过司法解释与自由裁量基准等多种方式约束酌减行为,压缩自由裁量空间。作为最佳裁判指引的自由裁量基准应尽量全面列举判断惩罚性违约金是否畸高的影响因子,并明确不同因子的权重。违约损失30%或主合同标的额20%虽不宜成为惩罚性违约金的上限,但应成为惩罚性违约金的下限。惩罚性违约金若同时高于这两项标准,酌减后的违约金不得低于两项标准;若高于此标、而低于彼标,应选择对债权人有利的标准。

五、裁判者酌减惩罚性违约金时应予斟酌的因素

(一)设置惩罚性违约金的缔约目的

缔约目的决定了违约金的惩罚性或补偿性功能。但法官嗣后探求当事人设置惩罚性违约金的真实目的并非易事。缔约目的或载明于合同序言,或流露于契约文本的字里行间与当事人的交易习惯之中。在实践中,理性的惩罚性违约金与违约严重程度成正比,更与被保护的履行利益紧密挂钩。英美法系合同当事人为防范惩罚性违约金被法院确认无效的风险,往往精心设计违约金条款。大陆法系合同当事人虽无惩罚性违约金无效之忧,却会担心违约金酌减风险,也有动力事先明确约定违约金保护的法益目标。

(二)债权人享有的全部正当法益(包括财产利益与非财产利益)

德国《民法典》第343条第1款要求法院在行使酌减权时充分考量债权人所有正当利益,不拘泥于财产利益。违约金条款保护的法益外延非常广泛。南非《传统违约金法》第3条第2款也规定:“在确定损害程度时,法院既应考量债权人的财产利益,也应虑及讼争的作为或不作为所影响的一切其他正当利益。”

英美法系近年来的改革趋势是扩张解释违约金条款保护的债权人法益的内涵与外延,淡化其惩罚性,最终达到确认惩罚性违约金合法性与公平性的裁判效果。英国最高法院在2015年审理的Cavendish Square Holding BV诉El Makdessi一案中指出,系争合同第5.1条作为价款调整条款约定的内容是从义务,虽不涉及违约行为导致的损失估值,但原告在被告履行竞业禁止义务、保护目标公司整体商誉方面享有正当法益。目标公司商誉对原告至关重要,而被告忠诚度又攸关目标公司商誉。法院不能精准评估竞业禁止义务的确切价值,也不能确定原告在无法受益于竞业禁止义务的情况下应减少支付的股权转让款。合同当事人是决定如何将上述内容反映于协议之中的最好法官。系争合同第5.6条创设的义务是主义务,计价方式虽然排除了目标公司商誉价值,对被告具有惩罚性,不是违约损失预估额,但反映了原告在假定被告缺乏忠诚度时愿意减少支付的对价。^⑤虽有法官认为第5.6条创设的义务是被告违反竞业禁止主义务而产生的从债务,但也否定该条款为罚金条款,认为原告享有保护自身免受被告竞业行为损害的正当法益。

可见,两大法系都开始摆脱以违约行为给债权人造成的实际财产损失作为判断惩罚性违

^⑤ Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi (Rev 3) [2015] UKSC 67 (4 November 2015).

约金正当性的唯一标准的思想桎梏,并对惩罚性违约金保护的法益采取开放多元的包容立场。这一变革趋势值得我国借鉴。建议裁判者在决定是否行使酌减权之前综合考量违约金条款保护的债权人的各类民商事权利与法益。

(三) 债权人财产损失的多元化内涵

首先,要区分债权人遭受的实际财产损失以及违约损害赔偿规则保护的债权人可以获赔的金额,并采取孰高原则。鉴于前者往往高于后者,法院应主要以前者作为衡量基准。南非《传统违约金法》第3条第1款选择了实际损害说:“法院在审理违约金请求权案件时,若认为约定的违约金与债权人因债务人作为或不作为而遭受的损害不成比例,有权将违约金降至公平合理程度。”2016年法国《民法典》第1231-5条第2款对违约金过高的判断基准语焉不详,但通说认为该条款采取了实际损害说。⁵⁴当然,可获赔额也可作为识别惩罚性违约金高低的参照因子之一,但其权重逊于债权人实际遭受的损失额。

其次,区分债权人遭受的实际财产损失与违约方在缔约时可预见到的实际财产损失,并以后者作为判断违约金是否严重畸高的主要标准。后者往往高于前者。为合理限缩赔偿范围、预防天价违约索赔诉讼,两大法系都认可预见性规则,将违约损害限定于违约方缔约时的可预见范围。依我国《民法典》第584条但书条款,违约损害赔偿额不得超过违约方在缔约时预见到或应预见到的因违约可能造成的损失。预见人为违约方,预见时点为缔约之时,预见内容为损失种类而非具体损失范围,预见标准采抽象而客观的理性人标准。为确保个案正义,该规则为法官行使自由裁量权与自由心证预留了必要弹性空间。《国际商事合同通则》第7.4.4条注释指出:“无论如何,可预见性是个弹性概念,给法官留下了宽松的自由裁量空间。”鉴于惩罚性违约金是否严重畸高的判断时点是缔约之时,而法官在嗣后纠纷解决阶段追溯认定债务人在缔约时的预见范围面临着严峻挑战。为有效约束自由裁量权、消除法律解释的不确定性,建议《民法典》司法解释确立以理性人标准为主、主观标准为辅的折中理性人标准:原则上以具有通常智商情商、知识经验的普通理性相对人在相同或近似场合尽到的理性谨慎、注意勤勉、警觉和经验作为衡量标准。⁵⁵

(四) 惩罚性违约金条款对精神损害赔偿的制度替代功能

债权人常因债务人违约而遭受多重财产与精神损害,但并非所有损害都能获赔,债权人遭受的精神痛苦即其适例。我国现行违约损害赔偿规则无法全面保护守约方精神损失。基于侵权责任和违约责任的功能区分,除非违约行为同时构成侵权行为,受害者精神损失只能通过侵权制度(而非违约制度)获偿。即使在侵权案件中,被害人也常因举证困难而无法行使精神损害赔偿请求权。依《民法典》第996条,只有当违约行为损害他人人格权并造成严重精神损害、同时构成侵权行为时,债权人才可要求精神损害赔偿;若仅造成财产损失,但未侵犯人格权,债权人即使因违约而遭受极度精神痛苦,也不能获赔。鉴于违约实际损害赔偿不能覆盖精神损

⁵⁴ Carbonnier IV 294; Mazeaud, *Traité* III 2 no. 2636.

⁵⁵ 徐海燕:《表见代理构成要件的再思考:兼顾交易安全和意思自治的平衡视角》,载《法学论坛》2022年第3期。

失的局限性,而惩罚性违约金通常高于实际损害赔偿额,守约方遭受的精神损害就有机会借助惩罚性违约金条款而曲线受偿。从实际效果看,惩罚性违约金条款可以发挥精神损害赔偿的替代性功能,确保受害人就非财产损失获得补偿与安慰。^⑤

那么,按照可预见规则,违约行为给守约方导致的精神损害是否属于违约方缔约时的可预见范围?根据《民法典》第584条规定,违约损失赔偿额应相当于因违约所造成的损失,包括履约后可获得利益(预期履行利益)。有学者认为,违约方在缔约时不能也不应预见到违约造成的精神损害及其具体程度。有学者认为,“违约方在缔约时可否以及应否预见到违约造成的精神损害,与法律是否规定了并进而广为宣传违约场合的精神损害赔偿有关”。^⑥虽然《民法典》未明确规定违约制度框架下的精神损害赔偿制度,但随着人格权专编进入《民法典》、绝大多数缔约方在缔约时有义务、也有能力预见到违约给相对人造成的精神损害,尤其在旅游、演出、婚庆与数据服务等消费领域。

(五) 违约收益与违约成本的权衡

违约收益高于违约成本是债务人失信的主要利益诱因。惩罚性违约金作为履约担保手段与失信克星的主要机理就是提升失信成本、降低失信收益,确保失信成本高于失信收益。因此,判断惩罚性违约金是否畸高时,裁判者应以违约收益作为判断惩罚性违约金显著畸高的重要标准。即使惩罚性违约金高于债权人遭受的违约损失,但若低于债务人失信收益,法院仍不应酌减。既然惩罚性违约金的底线规则是不低于债务人失信收益,效率违约理论怂恿失信毁约的副作用也将荡然无存。

(六) 债务人的违约过错推定(举证责任倒置)规则

不同种类违约金的归责原则具有差异性。补偿性违约金遵循严格责任原则,除非另有法定或约定依据。法院在酌减补偿性违约金时无需考量违约方的过错程度。违约方过错的程度或缺乏均不影响债权人的获赔金额,除非存在法定或约定的免责减责事由。严格责任原则仅适于补偿性违约金,但不适于惩罚性违约金。《合同编解释草稿》第69条第3款也否定恶意违约者的违约金酌减请求权:“违约方的行为严重违背诚信原则,其请求减少违约金的,人民法院不予支持。”但该条款有待细化。

惩罚性违约金旨在约束见利忘义的道德风险,制裁违约失信者的主观过错,包括恶意与过失。因此,惩罚性违约金遵循过错责任原则。债务人违约时若无过错,且未攫取高于债权人损失的违约收益,就不承担惩罚性违约金债务。债务人既然在缔约时已充分评估自己违约的成本、收益与风险,且在违约时心存见利忘义的恶意或疏忽大意的过失,承担惩罚性违约金债务符合契约严守要求。鉴于故意、重大过失与轻微过失参差有别,违约金酌减时应充分考虑违约方的主观过错程度。为降低债权人举证负担并体现违约金惩罚功能,建议对债务人采取过错推定政策,但允许债务人举反证推翻前述推定,证明自己无过错、仅为过失(非恶意)或过错

^⑤ 徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,载《杭州师范大学学报》2004年第7期。

^⑥ 崔建远:《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》,载《法学杂志》2012年第8期。

轻微。

(七) 债权人的与有过失

守约方与有过失也是惩罚性违约金酌减的影响因子。《民法典》第592条第1款要求都违反合同的当事人各自承担相应责任。学界对此仁智互见。甲说主张过失相抵(与有过失、混合过错)。⁵⁸乙说主张双方违约。⁵⁹与有过失指仅发生一个损害结果,且受害人对损害发生亦有过失。双方违约指合同双方当事人都违反各自应履行的约定义务,并且可能相互致损。因此,在双方违约情形存在两个违约行为与两个损害结果。⁶⁰有学者批评乙说,认为双方违约案件基本都涉及双务合同,涉及同时履行抗辩权和不安抗辩权。⁶¹

《九民纪要》第50条提及的当事人过错程度兼指债务人与债权人的过错。若债权人仅存在轻微过失且未曾促成债务人违约损害的发生或扩大,仍不影响惩罚性违约金债务的效力,但违约金数额可视债权人过失程度而酌减。若债权人过错促成了违约损害的发生或扩大,则与之相关的惩罚性违约金债权不受保护。

(八) 履约违约的程度,尤其是部分违约、部分履约的损害后果

当债务人部分履约时,法院可否行使特别酌减权?我国《民法典》对此语焉不详。2016年法国《民法典》第1231-5条第3款重申了原第1231条规定的债务部分履行时的违约金酌减规则:“在承诺的债务获得部分履行时,约定违约金得由法官甚至依职权斟酌部分履行给债权人带来的利益予以相应酌减,但不影响前款规定之适用。”其设计理念是部分履行违约金酌减与债权人受益存在正比关系,但书条款保持了部分履约时违约金酌减规则必须礼让显著过高违约金酌减规则的谦抑性。因此,法官酌减违约金时应首先竭尽最后一规则,然后再考虑援引前一规则。西班牙《民法典》第1154条与之相若。

比利时《民法典》第1231条规定了部分履约时的违约金酌减规则,但未规定法院行使酌减权时的考量因素。根据魁北克省1994年《民法典》第1076条,法院在部分履约时的酌减权仅限于两种情形:一是全部履约的时间要素不是重大问题;二是部分履约对债权人更有利。但当事人可以事先约定排除法院在部分履约时基于部分履约的比例酌减违约金的法律规定。魁北克省特别立法也授权法院对特定类型合同(如分期付款买卖)中的违约金行使酌减权。

我国原《合同法》与《民法典》均未明确提及部分违约时的违约金酌减规则,但商业实践一般认同并遵守该商事习惯。因为,在通常情形下,部分履约比全部违约的主观过错更小,对债权人的客观损害更小。为鼓励债务人尽全力履约、避免债务人执迷不悟、一不做二不休,建议司法解释规定部分违约时的违约金酌减制度。若违约金系针对整体债务违约而打包设计的单笔金额、且部分履约比全部违约对守约方更有利,裁判者有权应债务人请求,在斟酌部分违约造成的实际损害的基础上合理酌减惩罚性违约金。若违约金数额针对整体违约行为而设计,

⁵⁸ 崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第216页。

⁵⁹ 王利明:《论双务合同中的同时履行抗辩权》,载《民商法论丛》(第3卷),第26页。

⁶⁰ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第751页。

⁶¹ 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,法律出版社2003年版,第82页。

而合同分阶段分批分量履行、且给付内容具有可分割性,违约金数额更应按履约比例酌减。比如,若买卖双方约定100吨货物买卖,卖方已供货60万吨,尚欠40万吨,惩罚性违约金就应相应酌减60%。

法院既要注意区分整体违约与部分违约,也要区分根本性违约与非根本性违约。在合同针对轻重不同的违约行为约定单一金额的惩罚性违约金时,法院可基于公平原则,在发生重大违约行为时不予酌减,但在发生轻微违约行为时予以酌减。

(九) 违约行为给合同外第三人造成的损害

在英国最高法院2015年审结的Parking Eye case一案^②中,停车场的所有权人并非经营者,但其利益也会因司机违反停车契约而受损。在Cavendish一案^③中,股权出让人(创始控制股东)违反股权转让合同约定的竞业禁止义务给目标公司与股权受让人(新控制股东)都造成了商誉损失。针对此类情形,前英格兰与威尔士法律委员会委员毕勒(Hugh Beale)提出了令人深思的问题:债权人的合法利益是否应当囊括相关第三人因债务人违约或履约有关事件之发生而遭受的损失?^④这个问题既涉及英美法系中惩罚性违约金的认定,也涉及大陆法系中惩罚性违约金的酌减,其重要性不言自明。

基于合同相对性法理,特定情形下的违约损害覆盖合同外第三人因违约所受损害,但前提是该损害无法通过其他途径获得救济。^⑤笔者认为,基于契约自由原则,缔约双方可明确约定惩罚性违约金包括该等损害。若无此约定,但债权人能证明自己依据法律规定或合同约定对合同外第三人因债务人违约造成的损害负有赔偿之债,仍有权向债务人求偿。因此,裁判者在酌减违约金时亦应注意该因素。

六、结论

我国《民法典》原则规定了违约金酌减,但未明文确认惩罚性违约金的独特法律地位,亦未甄别惩罚性违约金与补偿性违约金,更未量身定制违约金酌减规则。为统一裁判思维、增强惩罚性违约金规则的预期性与公平性,建议司法解释明确惩罚性违约金原则不酌减、例外酌减的法律适用原则,保持契约自由与契约正义的动态平衡。原则不酌减旨在体现契约自由,例外酌减旨在贯彻契约正义。例外酌减的四大法理依据在于公平原则、诚信原则、公序良俗与禁止权利滥用原则。只有同时符合契约自由与契约正义双重价值取向的惩罚性违约金之债才能受到法律的尊重与保护。

《民法典》第585条第2款规定的违约金酌减规则系效力性规范,与之相抵触的法律行为无效。若当事人事先约定惩罚性违约金的不可酌减性且排除司法酌减权,该等约定因与效力性规范相抵触而归于无效。但裁判权介入时仍须尊重自治,原则不酌减。可酌减、可不酌减

^② Parking Eye Limited (Respondent) v Beavis (Appellant), UKSC 2015/0116.

^③ Cavendish Square v Makdessi, UKSC 2013/0280.

^④ Hugh Beale, Penalty Clauses in English Law, 24 ERPL (2016), pp. 353-372.

^⑤ H L MacQueen and J Thomson, Contract Law in Scotland (4th ed., 2016), 6.54-6.56; The Scottish Law Commission, Discussion Paper No 157 on Third Party Rights in Contract (2014) paras 3.11-3.14.

的,坚决不酌减。仅当惩罚性违约金严重畸高时,裁判者始有权应债务人之请求启动酌减程序。定金最高限额(主合同标的额20%)或违约损失的30%都不宜作为认定惩罚性违约金严重畸高的标准。为实现个案公正,建议将动态的个案自由裁量模式取代僵硬的一刀切模式,并审慎斟酌各种例外酌减因素。

Interpretation and Reconstruction of the Exceptional Reduction of Penalty: A Balanced Perspective of Contractual Freedom and Justice

Xu Haiyan

Abstract: Judging from the evolutionary trends of the two major legal systems, penalty shouldn't be reduced as a general principle to reflect freedom of contract, and may only be reduced as an exceptional rule to implement contractual justice. The penalty reduction stipulated in Article 585(2) of Civil Code is a mandatory norm. However, this clause doesn't distinguish penalty and liquidated damages. If the contracting parties haven't clarified the nature of penalty, and the judge is unable to identify it after exhausting various methods of interpretation, the disputed clause shall be considered penalty. The judge may initiate reduction proceedings at the request of the debtor only if the penalty is excessively high. Neither 20% of the subject matter of the main contract nor 30% of the loss of breach of contract should be used as a litmus test for determining the excessive penalty. In order to achieve justice in individual cases, it is recommended to adopt a dynamic case-by-case discretionary model and consider various factors.

Keywords: penalty (punitive damages); liquidated damages; exceptional reduction; contractual freedom; contractual justice

(责任编辑:刘宇琼)