

## 《比较法研究》网络首发论文

题目： 《民法典》违约金规范的体系性发展  
作者： 姚明斌  
网络首发日期： 2021-02-02  
引用格式： 姚明斌.《民法典》违约金规范的体系性发展. 比较法研究.  
<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3171.d.20210201.1515.002.html>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

# 《民法典》违约金规范的体系性发展

姚明斌\*

**摘要：**《民法典》违约金制度的规范更新，既包括违约金规范本身的修订，也包括其与相关规范的体系互动。《民法典》第585条第2款后段表述的修订，还原了违约金司法酌减系于司法评价的技术特征，凸显了酌减规则的裁量特点，有助于发掘违约金的履约担保功能，兼容商事交易的效率要求。《民法典》第588条的反对解释决定了约定违约金原则上属于损害赔偿总额的预定，不足填补时债权人可另主张司法增额。合同基础丧失规则与违约金司法调整规则构成竞合关系，合同解除与违约金责任的并行关系不限于违约解除场合。司法酌减与法律行为背俗无效规则存在体系分工，与显失公平撤销规则构成竞合关系；若非商事交易，事先排除酌减特约应属无效，但并非因违反强制规范而无效。

**关键词：**违约金；司法酌减；司法增额；合同基础丧失；背俗行为；事先排除酌减特约

体系化适用是法典的命令。在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的规范背景下考察一项制度的新发展，既需要聚焦相应规范本身的更新，也需要关注其与其他规范板块的体系联动。本文以《民法典》的违约金制度为研究对象，力图呈现违约金的规范更新和相关的体系效应。具体而言，先参照比较法共识和本土裁判实践，研判新的违约金规范在发挥违约金功能方面所具有的法技术和法政策意义（第一部分），并进一步以违约金在外部体系的定位（即《民法典》“合同编”之“通则分编”的“违约责任章”）为中心，渐次外扩三个层级，逐一考察《民法典》违约金规范若干新的体系效应：在“违约责任章”层级，探讨法定违约赔偿与约定违约金的适用关系（第二部分）；在“合同编”层级，探讨约定违约金的特别结构对其适用合同基础丧失规则、合同解除规则所产生的特别影响（第三部分）；在“民法典”层级，探讨《民法典》总则编违法背俗等法律行为效力控制机制与违约金司法酌减、事先排除酌减特约之间的体系互动（第四部分）。最后是简要的结论（第五部分）。

## 一、违约金规范：酌减裁量与功能发展

作为当事人自治安排、设计合同履行障碍救济方案的工具，约定违约金亦属于合同自由的体现。在个案的交易情境中，当事人基于具体需要所约定的违约金方案，通常涉及两种功能取向。第一种功能取向，是立足于预防、遏制违约行为实际发生的目的，通过约定违约金对债务人施压，以促其依约行事，故称为“压力功能”或“履约担保功能”。第二种功能取向，是为了节省事后的损害举证成本，使债权人更为便捷、充分地获得债务人对违约损害的补偿，故称为“补偿功能”或“损害填补功能”。

违约金的制度史在某种意义上也是违约金双重功能此消彼长又交织演进的历史。<sup>1</sup>某一立法例若限制履约担保的压力功能，往往也意味着对补偿功能的强调和凸显，但不能认为只要存在违约金限制规则就是完全否弃了压力功能，因为不同制度传统和立法例对双重功能的权重分配本来就有所差异。普通法系虽然在传统上以“违约罚金（penalties）无效”原则凸显违约赔偿金（liquidated damages）的主流地位，从而有别于大陆法系由法院介入酌减的控制机制，但从功能比较的视角观察，“违约罚金无效”所控制的，并非一切具有压力功能的违约

\*华东政法大学法律学院副教授，法学博士。

<sup>1</sup>参见姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016年第5期，第136页以下。

金条款，而是那些在大陆法系传统下亦应纳入酌减控制的过高的违约金。<sup>2</sup>

自1999年《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）以来，我国的违约金学说主流观点较为强调违约金的赔偿功能。<sup>3</sup>以《合同法》第114条第2款后段的酌减规则搭配原《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）》（法释〔2009〕5号）（以下简称“原《合同法解释（二）》”）第29条为规范背景，裁判实践亦奉行“补偿为主，惩罚为辅”的思路，<sup>4</sup>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。但……违约金的性质仍以补偿性为主，以填补守约方的损失为主要功能，而不以严厉惩罚违约方为目的”。<sup>5</sup>在这种将补偿性与惩罚性对立的认识之外，晚近的学理开始尝试从不同的角度论证违约金的履约担保功能。<sup>6</sup>关于违约金功能的上述比较法共识及其本土性发展，构成观察和评估《民法典》违约金规范更新的基本背景。

《民法典》第585条第2款后段规定“约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”。相比《合同法》第114条第2款后段“当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”之规定，《民法典》第585条第2款表面上只是调整了酌减规则的表述语序，以“人民法院或者仲裁机构”作为条文表述的主语。但在规范意涵层面，此一修订具有“法技术”和“法政策”两方面的意义。

从比较法类似立法例的规范表达来看，司法酌减规则无论以主动句式规定“法官”或“法院”可以酌减违约金，<sup>7</sup>还是以被动句式规定“违约金”可被酌减，<sup>8</sup>都凸显了酌减决定系于司法评价的特点，属于“司法”酌减。相比之下，《合同法》第114条第2款后段的表述，文义上易生误解，让人以为“违约金过高”系债务人申请酌减的前提。就司法酌减的运作逻辑而言，只要违约金责任被触发，债务人申请酌减无须具备其他特定前提，“违约金过高”只是法院决定是否酌减、酌减多少的评价因素。

《民法典》第585条第2款后段的更新，使酌减规则的文义回归正确的规范逻辑。违约金司法酌减权虽然属于债务人的形成诉权，但其运行机制与可撤销法律行为的撤销权等形成

2 Vgl. Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, 1993, S. 187.

3参见王家福主编：《民法债权》，中国社会科学出版社2015年版，第227页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第392页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第824-825页。

4参见沈德咏主编：《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2015年版，第256页。

5参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（2011）民再申字第84号裁定，载《最高人民法院公报》2011年第9期。

6参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学》2014年第2期，第118页以下；韩强：《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》，载《法学研究》2015年第3期，第57页以下；罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期，第106-107页；姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016年第5期，第147页以下。

7采主动句式者如《瑞士债务法》第163条第3款：“法官可依衡量减少不合理过高的违约金”；《法国民法典》第1231-5条第2款：“但是，若违约金明显过低或过高，法院甚至可依职权予以减少或增加”；《荷兰民法典》第6:94条第1款前段：“若能证明依公平原则确有必要，法官可依债务人的申请而减少违约金”；《俄罗斯联邦民法典》第333条第1款：“若债务人应支付的违约金数额相比债务人违反债务的后果显属过高，法院有权予以减少”；我国澳门地区《民法典》第801条第1款：“违约金明显过多时，即使系基于嗣后原因所造成，法院仍得应债务人请求而按衡平原则减少之；任何相反之约定，均属无效”；我国台湾地区“民法”第252条：“约定之违约金过高者，法院得减至相当之数额”。

8采被动句式者如《德国民法典》第343条第1款第1句：“已经发生给付效力的违约金若不合理过高，可基于债务人的申请经判决被降低至合理的金额”；《奥地利普通民法典》第1336条第2款：“约定违约金的数额若经债务人证明为过高，任何情况下可被法官减少，必要时应征询专家的意见”；《欧洲共同参考框架草案》第III.-3:712条第2款：“但是，若合同或其他法律行为中设置的违约金数额相比不履行和其他情事所造成的损害显属过高，可被减少为合理的数额，即使存在相反约定亦同”；《国际商事合同通则》（2016）第7.4.13条：“但是，若约定的违约金相比不履行造成的损害或其他情事显属过高，可被减少为合理的数额，即使存在相反约定亦同”。

诉权并不相同。法律行为撤销权的行使效果在于使法律行为从有效变为无效（《民法典》第155条），撤销之诉这一形成之诉仅在“检查”“确认”当事人是否享有撤销权，即是否具备撤销事由。<sup>9</sup>相比之下，违约金司法酌减权属于特殊形态的形成诉权，其效果并不在于消灭既有法律关系，而是由法院决定变更原有违约金约定的内容。相应地，违约金过高并非申请启动酌减的前提，债务人申请酌减时亦无须表明欲酌减的幅度，最终的酌减判决亦非仅在“确认”债务人享有酌减权，更在于“形成”不同于原有约定的违约金给付义务。<sup>10</sup>经过修订形成的《民法典》第585条第2款后段，行文明显不同于第147条等撤销权规则中当事人“有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”的表述，显示出两种形成之诉的运作逻辑并不相同，此为第585条第2款后段修订的法技术意义。

更重要的是，明确人民法院或者仲裁机构“可以”适当减少违约金，凸显了司法酌减的裁量特征，有助于从解释论层面重新观察和发掘现行立法对违约金功能的规范定位和权重分配。在个案中，若违约金并未过分高于违约损害，甚至是相当于或低于违约损害，法院并无再行酌减的权力。反过来，法院的裁量空间主要存在于违约金与违约损害相形过高的场合。依《民法典》第585条第2款后段的设计，“可以”意味着此种情形下，法院可以结合个案情况酌减很小的比例，甚至是不予酌减。在违约金偏高高于违约损害的情况下，法院可经裁量而决定少酌减，甚至不酌减，其正当基础显然已不在于约定违约金的损害赔偿功能，而在于尊重交易主体通过约定违约金所注入的履约担保目的。在“北京华普产业集团有限公司、北京华普投资有限责任公司股权转让纠纷案”中，最高人民法院认为系争违约金约定“一方面固然是为了事先确定违约后的赔偿数额以省却损害举证成本，另一方面显然含有借约定违约金向对方施加履行压力的意图，即本案违约金具有履约担保功能的配置意旨，若不存在私法自治被滥用的情形，当事人的真意应当得到尊重”，进而认定不应酌减，说明违约金的履约担保功能已经开始获得裁判实践的重视。<sup>11</sup>

若结合《民法典》形式上采“民商合一”的立法模式这一现实，更能进一步说明第585条第2款后段此项修订的法政策意义。正如最高人民法院在“上海飞蕾科技有限公司、富士医疗器材（上海）有限公司合同纠纷案”中所指出的，“……意思自治和诚实信用乃商事活动之基本原则。充分尊重当事人意思自治，是促进商事交易繁荣与发展之基本前提，而维护诚实信用，则是保障商事活动的基本要求。在商事活动中，各方均应当按照各自真实意思表示签订合同并严格履行，一方恶意违约导致合同不能履行时，即应当受到相应惩戒以维护正常交易秩序。合同中对于违约条款之约定，是交易各方事先一致约定维护特定商事交易得以正常进行的基础保障所在，且各方在签订合同时即对此了解并接受。因此，当一方违约时，按照合同约定承担违约责任或进行相关赔偿，系商事交易普遍而根本之社会意愿”。<sup>12</sup>有别于普通民事交易，商事交易主体通常具备“评估其违约金负担的能力”，<sup>13</sup>而第585条第2款后段

9参见【德】卡尔·拉伦茨、曼弗瑞德·沃尔夫：《德国民法中的形成权》，孙宪忠译注，载《环球法律评论》2006年第4期，第493页。

10德国学说上也承认违约金司法酌减作为形成之诉的特殊性，即法院的任务是依其权衡变更法律关系内容，而非仅仅是消灭法律关系。Vgl. *Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., 2014, S. 131, Rn. 289; *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2019, S. 549, Rn. 11.

11参见北京华普产业集团有限公司、北京华普投资有限责任公司股权转让纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决。

12上海飞蕾科技有限公司、富士医疗器材（上海）有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民再82号民事判决。

13北京华普产业集团有限公司、北京华普投资有限责任公司股权转让纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决。

的修订，可以为司法酌减时区别民事交易和商事交易，平衡合同确定性与合理性控制、兼顾交易效率与个案正义留足规范适用的空间。<sup>14</sup>

综上，在《民法典》的框架下，约定违约金作为意定的履行障碍救济方案，既涉及损害之补偿，也涉及履约之担保以及相应的酌减控制。再以体系的视角观察违约金制度的发展，就需要厘清“约定”的违约金与“法定”的合同履行障碍救济机制（如同合同基础丧失、合同解除）的关系，需要厘清违约金与同属损害填补机制的法定损害赔偿之间的关系，还需要厘清履约担保功能及司法酌减控制与法律行为效力一般控制机制的关系。这三方面关系分别规定于《民法典》外部体系的“合同编”、“违约责任章”和“总则编”，以下根据层级的外扩关系依次展开分析。

## 二、违约责任章：法定违约赔偿与违约金

### （一）法定违约赔偿与违约金的适用关系

在违约责任的内部，违约金规范定位之关键在于如何处理法定的违约损害赔偿和约定的违约金之间的适用关系，具体包括两方面的问题：其一，约定的违约金可否与法定的违约损害赔偿完全并行适用？其二，约定的违约金不足以填补实际违约损害时，可否适用法定违约赔偿提供补充性赔偿？

关于第一个问题，《民法典》第 585 条第 3 款延续了《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”，由之可推论，若迟延后涉及替代继续履行之法定违约赔偿（比如迟延后履行又陷于不能），则如同继续履行与迟延违约金的关系，该赔偿责任与迟延违约金亦可并行不悖地主张。可见，关于针对迟延履行而约定的违约金，《民法典》第 585 条第 3 款特设明文，强调其原则上预定的并非违约的全部损害，而仅为迟延损害；反面推论，针对迟延履行以外的其他违约形态而约定的违约金，原则上应属于对全部违约损害的预定，亦即法定违约赔偿请求权和针对相应违约形态的违约金请求权之间，若无特别约定，不存在完全并行适用的空间。<sup>15</sup>

存疑的是第二个问题。涉及迟延履行以外的违约形态时，相应的违约金固然不能和相应的法定违约赔偿“完全”并行主张，但若该违约金低于全部违约损害，债权人可否就未被违约金所填补的部分，另行要求“补充性的法定违约赔偿”？类似地，当事人特别针对迟延履行约定了违约金后，债务人虽然迟延但最终履行了债务且支付了约定的迟延违约金，若该违约金低于实际造成的迟延损害，也有就迟延损害未被填补部分可否要求补充性赔偿的问题。在早期立法中，1982 年《中华人民共和国合同法》第 35 条（1993 年修正后为第 31 条）曾规定“当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金。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”，允许债权人在违约金之外就不足部分主张补充性的法定赔偿。依此，约定违约金被视为当事人预定了违约损害赔偿的最低额。1999 年《合同法》未保留该规定，关于约定违约金原则上预定的究竟是违约损害赔偿的总额还是最低额，学说上存在不同见解。<sup>16</sup>对此，《民法典》虽然未在第 585 条关于约定违约金的规则中作直接回应，但第 588 条关于违约金、违约定金、法定违约赔偿关系的规范整合为澄清该问题提供了新的体系理由。

<sup>14</sup>关于违约金与交易确定性及效率原则的关系，另可参见西宁凯达实业发展有限责任公司、陈险峰股权转让纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民终 20 号民事判决。

<sup>15</sup>参见姚明斌：《〈合同法〉第 114 条（约定违约金）评注》，载《法学家》2017 年第 5 期，段码 39。

<sup>16</sup>持总额预定观点者，参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 825 页；持最低额预定观点者，参见王洪亮：《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，载《法学》2013 年第 5 期，第 120 页以下。

《民法典》第 588 条第 1 款延续《合同法》第 116 条的立场，规定“当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款”；第 2 款规定“定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失”。显然，《民法典》第 588 条第 2 款将《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8 号）（以下简称《买卖合同解释》）原第 28 条之规定（即“买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失”）提升为一般性规范。所以，从结构上看，第 588 条第 1 款处理的是违约定金和违约金的适用关系，在无特约安排的情况下<sup>17</sup>针对同一事由的违约定金和违约金只能择一主张；<sup>18</sup>第 2 款处理的是违约定金和法定违约赔偿的适用关系，以违约定金作为最低损害赔偿额之预定，核心理由在于第 586 条第 2 款第 1 句“但书”规定维持了《中华人民共和国担保法》第 91 条的违约定金 20% 限额规则，若不肯认补充性的法定损害赔偿，个案中常有赔偿不足之虞。<sup>19</sup>

更具意义的是，在《民法典》第 588 条第 1 款规定违约定金和违约金择一适用的情形下，若守约方选择主张适用违约定金罚则但不足赔偿，根据第 588 条第 2 款可要求补充性的法定赔偿；若守约方选择主张支付违约金，则依反对解释，即使违约金不足以填补实际的违约损害，亦无从如违约定金般就不足部分要求补充性的法定赔偿。《民法典》第 588 条看似只是对《合同法》第 116 条和《买卖合同解释》原第 28 条作了条款编排的合并，但在实质意涵上，关于“违约定金和违约金适用关系”的规则与涉及“违约定金和法定违约赔偿适用关系”的规则一经整合，第 588 条第 1 款“择一适用”规则即为第 2 款“最低损害赔偿额预定”规则提供了反对解释的背景，“违约金与法定违约赔偿的适用关系”层面的结论亦呼之欲出，即若无特约，违约金属于违约损害赔偿总额的预定，个案中即便约定的违约金不足以填补实际的违约损害，债权人亦不能就不足部分要求补充性的法定赔偿。

## （二）违约金司法增额规则的再定位

违约金与法定违约赔偿适用关系的这一定位，在体系上也会影响到对违约金司法增额规则的定性。从比较法来看，违约金之酌减常有，而增额不常有。以违约金作为最低损害赔偿额的德国法，由于肯认违约金不足填补时补充性的法定违约赔偿（《德国民法典》第 340 条第 2 款），可以排除债权人受限于约定金额而无法获得完整救济的风险，也就无须另行配置司法增额制度。<sup>20</sup>与之不同的是法国法。1804 年的《法国民法典》并无违约金调整之规则，当时拒绝设置司法酌减规则的理由之一是：若欲肯认特殊情形下的司法酌减规则，则也应该配置特殊情形下的增额规则，方属平衡；但如此一来又将全面动摇合同约定的神圣性。<sup>21</sup>直到 1975 年，基于格式条款实践中债务人保护的需要，才在法典中置入了一般性的违约金司法酌减规则，并同时配备了增额规则（《法国民法典》原第 1152 条第 2 款，2016 年修法后

17关于《合同法》第 116 条的任意规范属性及特约排除空间，参见姚明斌：《论定金与违约金的适用关系——以〈合同法〉第 116 条的实务疑点为中心》，载《法学》2015 年第 10 期，第 39 页以下。

18关于违约定金罚则的适用前提，《民法典》第 587 条吸收了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44 号）第 120 条第 1 款的精神，对《合同法》第 115 条增加了“致使不能实现合同目的”的要件，提高了适用违约定金罚则的门槛，也间接提高了适用《民法典》第 588 条第 1 款的门槛。

19参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 839 页。

20基于“形成之诉法定原则”，且《德国民法典》第 343 条只是明文规定了司法酌减，德国法上不允许债权人申请法院提高违约金。Staudinger BGB/Rieble, 2009, § 343 Rn. 28.

21Vgl. Sossna (Fn. 2), S. 144 f.

为第 1231-5 条第 2 款)。<sup>22</sup>现行法国法上的违约金是作为损害赔偿总额的预定(《法国民法典》1231-5 条第 1 款),约定金额低于损害时,不允许就超出部分主张损害赔偿请求权,但在违约金过分低于损害时,则可由法官依职权予以增加。荷兰法的模式约略属于上述二者的结合:一方面,债权人不能同时主张指向同一利益的违约金和法定损害赔偿(《荷兰民法典》第 6:92 条第 2 款);另一方面,若能证明依公平原则确有必要,法官可以基于债权人之申请判予违约金之外的补充赔偿,该补充赔偿与违约金一并作为法定损害赔偿的替代(第 6:94 条第 2 款)。<sup>23</sup>可见,对于约定金额低于损害的情况,比较法上并非完全遵从当事人自治,而是在不同的前提下允许债权人获得补充救济,违约金的司法增额制度属于其中的一种制度选项。而配置司法增额或类似规则,往往意味着在违约金与法定违约赔偿的关系上采取的是总额预定的立场。

更关键的问题在于如何把握债权人保护的度,法技术层面即表现为是否设置以及如何设置债权人保护的门槛。德国法采取了违约金和法定损害赔偿无缝对接的规制思路,一旦约定金额低于损害,债权人既可在违约金之外要求补充损害赔偿,也可以放弃违约金而选择主张全部的损害赔偿。而设置司法增额规则,意味着司法裁量因素的介入,但以司法权的裁量修正当事人的自治方案,须具备充分的正当性论证,这一点是违约金对接补充性法定赔偿的模式所无须考虑的。正因如此,法国法上也认为违约金的短少必须具有可识别的、相当程度的明显性,<sup>24</sup>否则不能引发司法增额。荷兰法的模式虽被有的学者称为“违约金的补充”,<sup>25</sup>但从文义上看,该补充赔偿机制并不是增加当事人所约定的违约金;而另一方面,仅在“能证明依公平原则确有必要”时法官才能依申请判予补充赔偿,该模式又呈现出有别于一般法定损害赔偿的酌定的特征。

《民法典》第 585 条第 2 款前段规定“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”,维持了 1985 年《中华人民共和国合同法》第 20 条第 2 款但书、《合同法》第 114 条第 2 款增减并举的立场。结合违约金原则上属于损害赔偿总额预定的立场,应认为我国法的司法增额规则并非违约金不足填补时链接法定违约赔偿作为补充,而是由法院介入裁量决定是否增加、增加多少。<sup>26</sup>《民法典》第 585 条第 2 款前段亦对《合同法》第 114 条第 2 款前段作了类似于后段的语序调整,同样有助于凸显司法增额酌定特征,引导裁判者发掘当事人的功能配置意图。尤其是若当事人约定的违约金自缔约时评估诚属较高,但履行阶段债务人的持续恶意违约又滋生了高于约定金额之损害,为了尊重督促履约功能,此种情形下应倾向于满足债权人的增额申请。至于司法增额的上限,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7 号)原第 16 条(经法释〔2020〕17 号修正为第 12 条)后段采“违约造成的损失”,原《合同法解释(二)》第 28 条则规定以“实际损失”为限,应以前者为当,或应将后者扩

22 参见姚明斌:《违约金双重功能论》,载《清华法学》2016 年第 5 期,第 137-138 页;刘勇:《论违约金之减额——从“实益”到“原理”》,载《北方法学》2017 年第 4 期,第 63 页。

23 与之相似的是联合国国际贸易法委员 1983 年的《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 7 条:“有权要求违约金的债权人,不能就违约金所涵盖部分要求损害赔偿。但是,若损害实质性地超过约定金额,其可就超出部分要求损害赔偿。”

24 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 830-831 页。

25 Schelhaas, *The Judicial Power to Reduce a Contractual Penalty*, ZEuP 386, 390 (2004).

26 类似观点,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 443-444 页;不同观点,参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(二)》,人民法院出版社 2020 年版,第 777 页。

张解释为包括可得利益的全部可赔违约损害。<sup>27</sup>如此一来，也能确保违约金司法增额规则与《民法典》第 588 条第 2 款约定金配搭补充赔偿的规则在适用结果上基本匹配。<sup>28</sup>进一步总结可以发现，《民法典》的违约责任制度规定了三项填补违约损害的机制，即法定违约损害赔偿、约定金配搭补充性赔偿、违约金配搭司法增额。

### 三、合同编：合同基础丧失、合同解除与违约金

#### （一）合同基础丧失与违约金调整

《民法典》第 533 条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。”这是针对合同基础的嗣后重大变化所作的规定，提供了由法院或仲裁机构参与调整变更合同内容的机制。第 533 条与约定违约金的适用关联，可从该条的要件和效果两个层面观察。

在要件层面，相比原《合同法解释（二）》第 26 条，《民法典》第 533 条将适用情形从“客观情况”扩张至“合同的基础条件”，意味着既适用于客观性合同基础丧失（“情势变更”），也适用于主观性合同基础丧失。具体到约定违约金场合，需要分别考察合同基础丧失对“责任成立条件”（即违约触发违约金责任）和“违约金责任效果”（如违约金的计算方式）的影响。在违约金责任成立方面，合同基础嗣后发生重大变化，若经由第 533 条变更合同原有安排（比如推迟原定的债务履行期限、<sup>29</sup>变更原定的义务履行标准<sup>30</sup>），会间接影响违约金责任的成立。<sup>31</sup>在违约金具体责任效果方面，客观性或主观性合同基础丧失若动摇了原定计算方式的正当性，亦有诉诸第 533 条变更计算方式的空间。对比可见，在《民法典》第 533 条的背景下，动摇违约金责任成立的“合同基础”主要是违约金所担保之主债务涉及之合同基础，其通过左右“违约”评价间接影响了违约金责任；<sup>32</sup>动摇违约金责任效果的“合同基础”则是“违约金约定”这一“从合同”本身的合同基础，其直接影响违约金责任的内容。

在效果层面，相比原《合同法解释（二）》第 26 条，《民法典》第 533 条增设了“再协商”机制，在司法权介入之前，存在由当事人自主形成替代性方案的空间。但若再协商未果，当事人可以诉请法院变更合同内容并提交变更方案。由于《民法典》第 533 条第 2 款规定法

27参见姚明斌：《〈合同法〉第 114 条（约定违约金）评注》，载《法学家》2017 年第 5 期，段码 84。对于原《合同法解释（二）》第 28 条的文义缺陷，裁判实践亦未盲从。比如在“科固集团有限公司与成都欣华欣化工材料有限公司买卖合同纠纷案”中，一审法院指出：“欣华欣公司的抗辩实质上是认为可得利益损失不属于……第二十八条规定的‘实际损失’范围。但根据《中华人民共和国合同法》第一百一十三条的规定，违约方应当赔偿守约方直接损失和可得利益损失。而当事人对违约金进行约定主要是基于减轻守约方举证责任、方便定损进而促进快速解决纠纷等方面的考虑，将可得利益损失排除于实际损失范围与《中华人民共和国合同法》第一百一十三条体现的完全赔偿原则以及违约金应有的补偿性相悖，是对‘实际损失’的误解。”参见浙江省高级人民法院（2015）浙商外终字第 64 号民事判决（一审部分）。

28参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社 2020 年版，第 455 页。

29因举办奥运会期间的停工管制措施导致出卖人无法按时交房，可通过变更合同履行期限达到减少迟延履行责任的效果。相关案情，参见唐虹刚诉北京强佑房地产开发有限公司商品房预售合同案，北京市第一中级人民法院（2010）一中民终字第 19989 号民事判决。另可参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 457-458 页。

30相关案情，参见万年青（上海）运动器材有限公司与上海建工一建集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，上海市高级人民法院（2013）沪高民一（民）终字第 12 号民事判决。

31若客观性合同基础的重大变化涉及不可抗力，甚至可以直接阻却违约金责任的成立（《民法典》第 590 条第 1 款第 1 句）。

32有的观点将这种“间接影响”称为交易基础障碍规则借由违约金的“从属性”而发挥的控制效应。Vgl. Chasapis, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe, 2014, S. 415.



院或者仲裁机构应当“结合案件的实际情况，根据公平原则”作出判决，所以，司法权介入的过程并非仅是“确认”一方提交的变更方案，<sup>33</sup>无论是针对主债务的变更还是针对违约金责任具体内容的变更，只要认为法院可以在双方提交的不同方案间作选择，选择的过程仍具有裁量的特点，进而与第 585 条第 2 款违约金司法调整规则具有相似性。

明确了两项规则的关联要点，即可进一步考察其在个案中的适用次序。违约金调整规则和合同基础丧失规则均属诚实信用原则的具体化，抽象来看，违约金调整无论是酌减还是增额，均属于对约定违约金量身定制的控制规范，而合同基础丧失规则针对的则是一般的合同交易，个案若满足两项规则的要件，似应优先适用作为特别规范的违约金司法调整规则。<sup>34</sup>但在《民法典》的规范背景下，结合前述要件方面的分析可见，个案中涉及合同基础尤其是主债务之合同基础丧失时，合同基础丧失规则的适用效果有可能是动摇违约评价，进而导致违约金责任根本不成立；若适用违约金司法酌减，则是通过认定债务人无过错来降低违约金，原则上不会完全酌减为零。两相比较，合同基础丧失规则的保护效果比司法酌减更为充分。若认为此时必须优先适用违约金司法酌减，则允诺了违约金的债务人和未允诺违约金的债务人（遵行法定违约赔偿，可直接适用合同基础丧失规则）在合同基础丧失的情况下将遭遇区别对待。由于合同基础丧失并非双方所能预见，约定违约金的合意本身无从为此种区别对待提供正当化支持。易言之，无论是否允诺了违约金，债务人获得合同基础丧失规则保护的机会应该是平等的。故笔者认为，在合同基础丧失场合，若约定的违约金过高，是诉诸合同基础丧失变更原定合同安排，抑或借助司法酌减通过认定债务人无过错予以酌减，应交由债务人选择适用。若合同基础丧失导致约定的违约金显属过低，债权人亦可选择申请变更约定的违约金数额或申请违约金司法增额。<sup>35</sup>

需要注意的是，当事人基于主债务的合同基础丧失而申请变更合同内容后，若依变更之结果适用约定的违约金仍属过高，则另有再作司法酌减的可能。比如，合同双方约定了按日累计的迟延违约金，若主债务之合同基础丧失导致原定合同履行期限被法院所变更推迟，但约定的单日违约金标准本身亦属过高，则一方面可依变更后的履行期限计算迟延履行履行的累计天数，另一方面还可进一步适用司法酌减规则降低单日违约金的标准。反过来，在不作为义务场合，若违约后出现合同基础丧失导致不作为义务经变更而被废止，则此前产生的违约金责任亦不受影响，并有可能适用司法酌减。<sup>36</sup>惟此两种情况下，司法酌减规则的适用与合同基础丧失无涉，而是针对同一违约金责任，两项规则先各自基于不同的理由发挥控制效果，再联立适用。

## （二）合同解除与违约金

相比《合同法》第 97 条，《民法典》第 566 条关于合同解除效果的规定增设第 2 款，明确了除非“当事人另有约定”，“合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责

<sup>33</sup>主张采此确认路径者，参见吕双全：《情事变更原则法律效果的教义学构造》，载《法学》2019 年第 11 期，第 50-51 页。

<sup>34</sup>德国法学说和判例即认为，《德国民法典》第 313 条属于涉及交易基础问题的一般规则，第 343 条则是针对违约金特设的酌减规则，当两项规则的要件在个案中被同时满足，第 343 条司法酌减所提供的保护更为特别和全面，应优先适用；倘若个案中无法适用司法酌减（比如违约金债务人为商人，或者约定的违约金尚未发生给付效力）但又满足交易基础丧失的要件，可适用第 313 条调整违约金的额度。Vgl. Chasapis (Fn. 32), S. 415 f.

<sup>35</sup>由此亦可见，在《民法典》第 585 条第 2 款一并规定酌减和增额的格局下，违约金司法调整与合同基础丧失变更合同的效果差异，显然比只承认酌减不承认增额的立法例（如德国法）要小。

<sup>36</sup> Vgl. NJW 1995, 264, 268. 此涉及合同基础丧失规则下变更合同内容的溯及力问题，参见孙文：《论情势变更情形的合同变更》，载《中国应用法学》2020 年第 3 期，第 174-175 页。

任”。关于合同解除与违约金等违约责任的关系，当前的学理和实务已较为明确地持肯认立场，<sup>37</sup>《民法典》第 566 条第 2 款对此作立法上的确认，有助于法律适用的清晰性，值得肯定。在解释论方面，涉及违约金责任时尚有以下三个问题可作进一步展开。

其一，《民法典》第 566 条第 2 款文义上只针对合同因违约解除的场合，主要涉及行使法定或约定的违约解除权解除合同的情形。但对于双方经合意解除的情形，或者行使非违约解除权而解除合同的情形，当事人若无特约，亦应维持合同解除与已成立之违约金责任的并行关系。比如，《民法典》第 563 条第 2 款规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”这是针对不定期持续性合同关系的随时预告解除权，该解除权与违约与否无涉；但若解除前一方已经违约并触发违约金请求权，只是尚未达到成立违约解除权的程度，无论行使随时预告解除权的是守约方还是违约方，已经成立的违约金责任原则上不受合同解除的影响。理由在于，该解除权的功能仅在避免不定期持续性合同关系的“永久束缚”效应，<sup>38</sup>若是守约方行使该解除权，不宜直接推定其同时伴随有豁免违约金责任之意思；若是违约方行使该解除权，否定合同解除和违约金责任的并行关系将使随时预告解除权异化为违约方摆脱违约责任的“暗门”。

其二，《民法典》第 566 条第 2 款的适用限于违约金责任在合同解除前已经成立，即使是违约解除，若违约金请求权尚未被触发，亦不涉及合同解除与违约金责任并行适用的问题。比如，合同双方约定了迟延违约金，但守约方系基于违约方期前拒绝而行使单方解除权（《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项），由于尚未涉及履行迟延，无从触发约定的迟延违约金，合同解除后自然不能主张迟延违约金。至于合同解除后，由于尚未履行的债务“终止履行”（《民法典》第 566 条第 1 款前段），更无继续引发新的违约金责任的问题。

其三，合同解除后，双方当事人之间还可能存在恢复原状的清算关系（《民法典》第 566 条第 1 款后段），原合同关系中所约定的违约金是否适用于清算义务的履行，应以当事人的意思为断。比如，买卖合同中针对卖方迟延交付标的物而约定的违约金，并不适用于合同解除后卖方迟延退还买卖价款的情形。但是，若解除的是附有迟延还款违约金的借款合同，借款人退还本金的义务虽属清算关系的内容，但若当事人未明确排除，应认为清算环节的迟延退还仍可适用约定的迟延违约金；理由在于，本金的返还究竟是基于有效合同的义务还是基于合同解除后的清算，经济意义上并无区别，继续适用原先约定的违约金无悖于当事人之意思。故《民法典》第 567 条所谓“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”，根据当事人合意的安排，有时仅限于保留已经成立的违约金责任效果，有时则包括违约金条款继续适用于清算阶段的义务违反。

#### 四、总则编：背俗违法与违约金酌减及其特约排除

##### （一）背俗无效、显失公平与违约金酌减

约定违约金以法律行为作为法技术基础，在《民法典》总分结构的体例下，自然须处理违约金约定与法律行为为一般规范之间的关系。相应地，违约金的控制并非仅有司法酌减一种途径，以背俗无效为代表的的内容控制之一般规则对约定违约金亦有适用的余地。

《民法典》第 153 条第 2 款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”该条款是与《民

<sup>37</sup>参见《买卖合同解释》原第 26 条（经法释〔2020〕17 号修正为第 20 条）前段：“买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；……”另可参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 420 页以下。

<sup>38</sup>参见吴奕锋：《论不定期继续性合同随时终止制度》，载《中外法学》2019 年第 2 期，第 525 页以下。

法典》第 585 条第 2 款后段的司法酌减规则相互独立的两种控制规则。在法政策立场上，背俗无效立基于公序良俗的维护，司法酌减则出于诚实信用原则的需要。在法技术逻辑上，司法酌减规则是对违约金的压力功能进行限制，以违约金约定有效且违约金已然发生给付效力为前提；若违约金约定本身构成背俗，则违约金请求权不会产生，并无再作酌减的问题。在适用程序上，背俗无效无待当事人申请即可由法官依职权审查认定，即便合同已经开始履行，亦不妨碍认定其背俗无效；司法酌减则以债务人申请启动为必要，若债务人已经实际给付了违约金，则不能再援用司法酌减。<sup>39</sup>

但也正是因为违约金存在后端控制的机制，在前端作背俗认定时应注意此种体系分工。德国法对此的处理思路是，在根据《德国民法典》第 138 条第 1 款作背俗判断时，应考虑债务人依第 343 条要求酌减的可能性。通说认为，基于合同自由原则，违约金的数额本身是中性的，<sup>40</sup>不能仅因违约金数额不合比例即认定违约金约定背俗，<sup>41</sup>尚须考虑其他主客观因素，比如合意的目的、当事人的动机、经济状况方面的危险等。<sup>42</sup>总之，由于司法酌减规则的存在，背俗无效规则应限于极端情况才适用。

应进一步说明的是，除了评估违约金数额事项，基于违约金约定的特别规范结构，违约金所担保之主债务背俗也会导致违约金约定无效。此种情形下，既然主债务合同本身背俗无效，也不应该允许通过有效的违约金约定间接地促成背俗行为的实际实施。比如夫妻双方约定女方不得提出离婚，若提出即须支付若干违约金，则不仅“不得离婚”之合意背俗无效，违约金基于从属性亦构成背俗，也应当否定其效力。<sup>43</sup>需要注意的是，主债务合同背俗无效时违约金约定亦无效，并非缘于其担保的是不构成法律义务的行为，因为某些行为即便无从上升为法律义务的客体（比如戒烟），亦不妨碍附之违约金以督促行为的实施。<sup>44</sup>而在主债务合同背俗无效的场合，不仅相关行为无从经有效合同构成法律义务的客体，而且正是因为相关行为的背俗性决定了无从经有效合同附加法律拘束力。相应地，以督促实施该行为为目标的违约金约定，也构成背俗的法律行为，易言之，这种背俗评价其实根植于违约金特有的压力功能之中。

《民法典》第 151 条与《民法典》第 153 条第 2 款具有价值上的亲缘性，该条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”从法政策上来说，显失公平规则依托于公序良俗原则对暴利行为的否定，<sup>45</sup>聚焦合同订立时的相关情事；司法酌减则是基于诚实信用原则，关注合同整个履行过程的发展，其检验的并非约定本身的公平性，<sup>46</sup>而是合同生效后的发展过程中有评价意义的各种情事。

德国法上有观点认为违约金约定本身不涉及给付和对待给付，无适用暴利行为规则的空间，<sup>47</sup>但在我国法上，该判断不见得成立。其理由在于，《民法典》第 151 条的法律效果仅涉及撤销法律行为，取消了《合同法》第 54 条“诉请变更合同内容”的规定，个案中若仅靠

39参见姚明斌：《〈合同法〉第 114 条（约定违约金）评注》，载《法学家》2017 年第 5 期，段码 58。

40Chasapis (Fn. 32), S. 407.

41M üKo BGB/Gottwald, 2007, § 339 Rn. 10.

42BGB Handkommentar/Schulze, 2012, § 343 Rn. 4.

43Vgl. Chasapis (Fn. 32), S. 408 f.

44即所谓“不真正违约金”或“独立违约金”，结构上属于附随条件的给付允诺。参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社 2018 年版，第 82、83、108 页。

45参见贺剑：《〈合同法〉第 54 条第 1 款第 2 项（显失公平制度）评注》，载《法学家》2017 年第 1 期，段码 48 以下。

46M üKo BGB/Gottwald, 2007, § 343 Rn. 17.

47Vgl. Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 113.

司法酌减规则控制乘人之危而约定的畸高违约金,或有保护不周之虞。另一方面,考虑到《民法典》第151条否弃了分立“乘人之危”和“显失公平”的规范思路,以合一规制的方式强调“乘人之危”的要件地位,亦应重视其与司法酌减规则在主观要件及其认定时点方面的分工。故笔者认为,乘人之危导致显失公平规则与司法酌减规则之间可以成立竞合关系。相应地,其中一项权利消灭,不妨碍债务人行使另一项权利:若撤销权因罹于除斥期间而消灭,债务人仍可申请司法酌减;<sup>48</sup>若违约金因已经给付而无从申请司法酌减,债务人仍有可能主张撤销违约金约定。

个案中,撤销权和司法酌减权的行使还可能出现联动效应。比如债务人在知道可撤销事由后仅申请司法酌减,应认为其默示放弃了基于显失公平的撤销权,撤销权亦消灭(《民法典》第152条第1款第3项)。若债务人主张基于显失公平撤销违约金约定,有观点认为,此时法官应向债务人释明:假设不符合撤销之要件,债务人是否申请酌减。<sup>49</sup>笔者认为,对此尚须结合诉讼之结构再作区分。若系债权人起诉主张违约金,债务人认为该违约金约定显失公平主张撤销,法官作相应之释明并无不可,盖此时债务人主张撤销与其主张自己未违约并无实质不同,<sup>50</sup>依《买卖合同解释》原第27条第1款(经法释〔2020〕17号修正为第21条第1款)规定之精神,有释明的余地。但若是债务人提起基于显失公平的撤销之诉,即使经审理认定该撤销权并未成立或已消灭,除非债权人提起主张违约金之反诉,否则法官只能驳回债务人撤销违约金约定的诉讼请求,而无释明之余地。<sup>51</sup>

## (二) 事先排除酌减特约与违反强制规范

《民法典》第585条第2款后段的司法酌减规则,旨在保护债务人免于因缔约时过分乐观而在履约时承担畸高的违约金责任。在违约金发生给付效力后,相应的违约金责任已近在眼前,若债务人此时自愿卸除民法上基于诚实信用原则所提供的酌减保护,抛弃违约金司法酌减权,并无不可。该放弃既可以明示为之,也可通过实际给付违约金默示为之。对已产生的违约金责任的承认亦可构成默示抛弃司法酌减权。<sup>52</sup>

更为疑难的问题是,若双方在缔约时不仅事先约定了过高的违约金,还事先约定排除司法酌减规则的适用,债务人在违约后能否申请司法酌减?该事先排除酌减的特约是否有效?比较法上多以司法酌减规则为强制规范,<sup>53</sup>事先排除的特约是否构成《民法典》第153条第1款所规定的违反强制规范的法律行为,从而应认定为无效?

48参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第523页。

49参见武腾:《显失公平规定的解释论构造——基于相关裁判经验的实证考察》,载《法学》2018年第1期,第132页。

50即二者均旨在摧毁违约责任的成立要件,只不过主张撤销者否定的是违约金约定的有效性要件,主张自己并未违约者否定的是违约行为要件。

51即便在制度上认可债务人得基于司法酌减规则提起独立的违约金酌减之诉,于此,也是属于另行起诉问题。

52参见王洪亮:《违约金酌减规则论》,载《法学家》2015年第3期,第147页。实践中,这种承认的意思有时存在于双方为了处理违约纠纷所订立的和解合同中,有的法院认为自此即不应允许债务人再申请酌减,值得赞同。参见北京中投互贸投资有限公司与北京德道君禾建筑装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案,北京市第三中级人民法院(2018)京03民终4277号民事判决;类似见解,另可参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(二)》,人民法院出版社2020年版,第782-783页。但债务人对违约情事的承认,不必然构成对已成立之违约金责任的酌减权的默示抛弃。参见刘英惠与中瑞置业(大连)有限公司房屋买卖合同纠纷案,辽宁省大连市中级人民法院(2015)大民二终字第00778号民事判决、(2016)辽02民申204号民事裁定。

53参见《法国民法典》第1231-5条第4款、《荷兰民法典》第6:94条第3款、《欧洲共同参考框架草案》第III.-3:712条第2款、《国际商事合同通则》(2016)第7.4.13条第2款。德国法虽未予明文确认,但通说认为《德国民法典》第343条属于强制规范。Staudinger BGB/Rieble, 2009, § 343 Rn. 23.

新近的学理意见正反各异。<sup>54</sup>从裁判实践的发展看,虽然少数案件中法院认为从尊重当事人自治出发,应肯认事先排除特约的效力,<sup>55</sup>但主流立场仍然倾向于否定其效力,即便缔约时债务人允诺了放弃申请酌减,亦不妨碍其嗣后申请启动酌减,至于是否酌减、酌减多少仍由法院裁量决定。在“张高海与徐玉萍、上海杰尚房地产经纪有限公司房屋买卖合同纠纷案”中,法院对这种否定性立场明确提供了两方面的理由:其一为,原《合同法解释(二)》第27条“明确调整违约金以反诉或抗辩的形式提出。反诉、抗辩均属民事诉讼权利的范畴,诉讼权利不得由当事人以约定的方式任意处分,否则难以保障诉讼程序的安定性和严肃性”;<sup>56</sup>其二为,“合同自由和合同严守是合同法的基本原则,但是过度的合同自由可能导致最终结果的显失公平。在约定的违约金低于或过分高于损失,导致结果显失公平的情形下,赋予当事人请求进行调整的权利,正是体现了合同正义的精神,这也是合同法第一百一十四条第二款的立法本意。如果允许当事人以预先约定的方式放弃请求调整的权利,显然违背合同法的立法本意”。<sup>57</sup>

第一个理由只是看到司法酌减在形式上通常需经诉讼,而以程序性权利展开分析,忽视了司法酌减权同时也是债务人私法上的实体性权利。司法酌减权虽为形成诉权,但这并不妨碍认定其私权属性,盖形成诉权实质上只是须经诉讼方式行使的私法上的形成权。<sup>58</sup>倘若以程序性权利的逻辑一以贯之,债务人在违约金责任成立后(违约金请求权产生后)享有的仍为程序性权利,为何此时就可任由债务人自愿抛弃?<sup>59</sup>另一方面,我国法的司法酌减除了经诉讼程序,亦可在仲裁程序中主张,单纯以程序性权利为理由,不见得就能证成此项权利的“公法”属性。<sup>60</sup>

更具实质意义的是第二个理由。司法酌减规则是合同自由与合同正义角力的地带,是借助诚信原则矫正滥用自治的机制,是形式自由和实质公平的平衡木,是抽象自愿性和个案妥当性的调节器。故在法政策上,司法酌减所贯彻的债务人保护机能并不在当事人自愿处分的范围。自交易实践的逻辑观察,若个案中债权人有能力促使债务人允诺高额的违约金,通常也不难让其多作一个允诺,事先排除司法酌减规则的适用。倘以允许事先特约排除酌减为原则,个案中处于优势地位的债权人只要在高额违约金条款之外多加一个排除条款,即可轻松架空《民法典》第585条第2款后段对约定违约金所量身定制的控制机制。是以,原则上不应允许双方事先特约排除酌减,此乃约定违约金的司法酌减规则之制度目的使然,前述裁判

54主张该特约有效者,参见石冠彬:《民法典合同编违约金调减制度的立法完善——以裁判立场的考察为基础》,载《法学论坛》2019年第6期,第60页;主张该特约无效者,参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,载《中外法学》2018年第2期,第344页。

55参见洪客隆百货投资(景德镇)有限公司、乐平华润置业有限公司租赁合同纠纷案,江西省高级人民法院(2018)赣民终579号民事判决;宋翠萍、烟台银丰投资开发有限公司商品房预售合同纠纷案,山东省烟台市中级人民法院(2017)鲁06民终579号民事判决。

56持类似见解者,参见重庆强捷钢结构有限公司、饶恩华与重庆展志实业有限公司买卖合同纠纷案,重庆市第五中级人民法院(2015)渝五中法民终字第08283号民事判决(一审部分)。

57上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115民初23156号民事判决。

58参见刘哲玮:《普通形成权诉讼类型考辨——以合同解除权为例》,载《中外法学》2014年第5期,第1327页。

59又如,债务人享有基于受欺诈之撤销权,尽管有机会反诉撤销合同以拒绝履行债务,但不妨碍其抛弃该撤销权(《民法典》第152条第1款第3项);再如,债务人享有诉讼时效抗辩权,尽管有机会行使该抗辩权以拒绝履行债务,但不妨碍其抛弃该抗辩权(《民法典》第192条第2款前段包含的一种情形)。可见,以反诉、抗辩等程序行为立论探讨权利之不可抛弃性,不足为据。

60持公法权利说的观点,参见朱新林:《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。关于仲裁程序与形成诉权的关系,可参见任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》,载《政法论坛》2014年第1期,第56页。

见解以“合同法的立法本意”立论，值得赞同。<sup>61</sup>

但在明确原则的同时，不能忽视例外。《民法典》形式上采“民商合一”的立法模式，意味着第 585 条第 2 款后半段及相应的事先特约排除问题所涉及的不仅包括普通民事交易，也包括商事交易。在商事主体经过充分磋商、博弈并达成违约金合意和排除酌减合意后，履行环节仍然允许违约方诉诸司法酌减，是否正当，不无可疑。<sup>62</sup>同样从交易逻辑观察，商事交易中约定的违约金，形式上固然是为确保主债务履行、预估违约损害而设，但不可否认的是，一方当事人所允诺的违约金作为其交易成本也已被纳入对价的决策之中。亦即，违约金的金额和合同价格本身具有交易决策上的实质联动关系。类似地，一方当事人若在高额违约金之外还另行允诺提前放弃酌减保护，只要该约定是充分磋商的结果，亦应认为事先卸除酌减保护与合同价格之间存在实质联动关系。<sup>63</sup>甚至在竞争性缔约场合，债务人很可能恰恰是通过主动允诺提前放弃酌减，赢得了缔约机会，若允许其在违约后反悔而申请启动酌减，反而有害于正当的市场竞争秩序，不利于稳定的交易预期和交易效率。

笔者认为，司法酌减规则的目的是防止私法自治被滥用而戕及合同正义，限制特约排除酌减的边界亦应止步于此。在商事交易领域，若事先排除特约是充分磋商而形成，特别是明确约定双方均事先放弃申请酌减的场合，<sup>64</sup>应尊重其效力，以维护合同机会利益、合同对价利益的实质安排。司法酌减“保护债务人”的典型功能本身难谓构成一种公共利益，<sup>65</sup>称得上公共利益的或许应该是债务人保护和交易秩序维护之间的平衡，违约金的限制及其反限制（例外允许特约排除酌减）正是这种平衡的技术表达。采民商分立的德国法，以《德国商法典》第 348 条明定商人允诺的违约金不可申请酌减，理由在于商人能够充分评估高额违约金的意义。<sup>66</sup>而在我国，即使立法上未对此种情形特设明文，当事人的特约其实可以扮演类似于《德国商法典》第 348 条的角色，即私法主体可以“私人立法”的方式，在特定情形下有效地限制司法酌减规则的适用。当然，《德国商法典》第 348 条并不妨碍基于背俗无效、一般交易条款控制、诚实信用原则等其他规范控制商人所允诺的违约金；<sup>67</sup>类似地，即使在我国法上允许商事交易的特定情形事先特约排除司法酌减，个案中的违约金约定仍非毫无限制，乘人之危导致显失公平、背俗无效等规范仍可发挥一般的限制作用，只是适用时应恪守此类一般规范自身的门槛。

61 持类似理由者，另可参见刘富田与甘彦海、刘馨等股权转让纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第 310 号民事判决（一审部分）；季建与刘芳平、刘居宏等合同纠纷案，江苏省南通市中级人民法院（2017）苏 06 民终 1008 号民事判决；四川东进节能玻璃有限公司与浙江亚厦装饰股份有限公司、浙江亚厦幕墙有限公司买卖合同纠纷案，四川省内江市中级人民法院（2014）内民初字第 28 号民事判决。但是，仅以司法酌减权是法定为由而认定事先排除特约无效[参见江苏展旺管业有限公司与中钜建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，江苏省高级人民法院（2013）苏民终字第 0315 号民事判决；陈芝浓与邱柏云股权转让纠纷案，江苏省常州市天宁区人民法院（2019）苏 0402 民初 6401 号民事判决]，则未中肯綮。问题的核心不在于权利是基于约定抑或法定，而在于现行法规定该权利的规范目的为何。

62 有观点认为，充分磋商意味着合意强度较大，则酌减正当性应降低。参见刘勇：《论违约金之减额——从“实益”到“原理”》，载《北方法学》2017 年第 4 期，第 67 页。

63 比如，基于买受人允诺违约金并事先放弃酌减，出卖人才同意自行垫资向买受人供货，法院正确地认定了这种联动关系。参见吴荔丹与万通建设集团有限公司济宁分公司、万通建设集团有限公司、顾建涛、张雪林、王建中买卖合同纠纷案，江苏省高级人民法院（2012）苏商终字第 0182 号民事判决（二审部分）。

64 参见大同市天力房地产开发有限责任公司与山西同至人商业管理有限公司、吴建功房屋租赁合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第 340 号民事判决。

65 以司法酌减规则涉及不特定债务人保护之公共利益为由，否定事先排除特约效力的观点，参见叶名怡：《论事前弃权效力》，载《中外法学》2018 年第 2 期，第 344 页。

66 M üKoHGB/Karsten Schmidt, 2018, § 348 Rn. 2.

67 M üKoHGB/Karsten Schmidt, 2018, § 348 Rn. 11 ff.

最后需要说明的是，虽然笔者主张原则上应否认事先排除酌减特约的效力，亦即司法酌减规则具有“主体性”的半强制规范的特点，但不意味着此类无效的排除特约属于《民法典》第 153 条第 1 款所规定的违反强制规范而无效的法律行为。<sup>68</sup>理由在于，第 153 条第 1 款的主要功能在于沟通私法以外管制法的价值观，并评估此类价值观对民法上法律行为效力的应有影响，故其所规定的“强制性规定”并不包括民法内部基于维护私法自治，或防止滥用自治而设置的强制规范。<sup>69</sup>司法酌减规则本于诚实信用原则，旨在“切除私法自治可能滋生的肿瘤”，<sup>70</sup>其法政策基础蕴含于私法体系的内部，虽原则上也属于不容当事人意定排除的强制规范，却并非《民法典》第 153 条第 1 款所调整的范围。<sup>71</sup>

## 五、结论

本文的体系性考察，可以根据违约金这一合同工具的基本结构作简要总结。违约金责任的成立要件包括“无效力瑕疵的违约金约定”和“违约”。违约金责任成立后既有违约金请求权之效果，也有司法调整的问题，还涉及和其他合同救济机制的适用关系。

在违约金约定的效力瑕疵方面，《民法典》第 153 条第 2 款的背俗行为无效规则、第 151 条乘人之危导致显失公平的可撤销规则亦可发挥控制功能。鉴于违约金另有特设的司法酌减机制，背俗无效规则应限于极端情形适用。显失公平撤销权与司法酌减权的规范重心有所不同，可构成竞合关系，个案适用时或有联动效应。在违约评价方面，若违约金所担保的主债务合同基础丧失，《民法典》第 533 条提供的变更合同机制可能修正原有的合同义务安排，影响违约评价，进而间接导致违约金责任部分不成立或全部不成立。

在违约金请求权方面，若违约金约定这一合同涉及合同基础丧失，可依《民法典》第 533 条诉请增减违约金请求权。这种变更机制与司法调整的增减规则构成竞合关系，可由当事人选择适用。在司法酌减方面，《民法典》第 585 条第 2 款后段表述的修订，明确了司法酌减作为特殊的形成之诉系于司法评价的特点，同时凸显了司法酌减的裁量特征，为发掘违约金的履约担保功能，提升商事交易效率留出了规范空间。对于事先排除酌减的特约，基于司法酌减的规范目的，除非是商事交易充分磋商的结果，否则应认定为无效，但该特约本身并非违反强制规范的违法法律行为。违约金与法定违约赔偿的适用关系方面，借助《民法典》第 588 条关于定金与违约金、定金与法定违约赔偿适用关系之规则，可推论无特约时，约定违约金预定的是损害赔偿之总额。若债权人主张了违约金但不足填补违约损害，则只能诉诸《民法典》第 585 条第 2 款前段的司法增额，后者同样具有司法裁量的特点，从而有别于补充性的法定赔偿。违约金与合同解除的关系方面，包括违约解除在内的合同解除原则上都不应影响已经成立的违约金责任；若合同解除后涉及清算关系，约定的违约金是否继续适用则应取决于当事人的意思。

---

68 认为事先排除酌减特约构成《合同法》第 52 条第 5 项之违法合同的观点，参见汪庆平与南通银基房地产开发有限公司股东出资纠纷案，江苏省南通市中级人民法院（2014）通中商终字第 0029 号民事判决。

69 参见姚明斌：《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法解释（二）〉第 14 条的实务进展为中心》，载《中外法学》2016 年第 5 期，第 1267 页以下。

70 Staudinger BGB/Rieble, 2009, § 343 Rn. 14.

71 类似见解，参见曹明哲：《当事人放弃违约金调整申请权约定的司法效力与应对——基于裁判的分析与展开》，载《中国案例法评论》2017 年第 2 期，第 82 页。

**The Development of Agreed Payment for Breach of Contract in the Civil Code of PRC:  
From a Systematic Perspective**

Yao Mingbin

**Abstract:** The agreed payment for breach of contract in the Civil Code of PRC is developed through the revision of its rules and its interplay with related rules in the whole system of the code. Through the revision of the latter part of Paragraph 2 of Article 585 in the Civil Code of PRC, its function to secure the performance of contract is developed so as to enhance the efficiency of commercial transactions, by clarifying and highlighting the technical feature of discretion, characteristic of judicial reduction based on evaluation. According to the negative interpretation of Article 588 in the Civil Code of PRC, the agreed payment is in principle the pre-estimated total of damages, and the creditor can only resort to the rule of judicial increase if it fails to cover the damages. In its relation with other relief mechanism in contract law, in terms of the judicial adjustment it is cooperative and competitive with the rules of loss of or significant change of contract basis, and it is of the same relation with the rules of rescission of contract (but not limited to the cases of rescission on the ground of breach of contract). In its interplay with the General Provisions of Civil Code, judicial reduction of the agreed payment is of a different role in the system from that of the rule of voidable transactions that violate public order and good morals (Article 153 Paragraph 2) but is cooperative and competitive with the rule of cancellation of contract due to obvious unfairness (Article 151). The pre-arranged exclusion of judicial reduction should be deemed invalid in principle, if it is not for commercial transactions, but such invalidation is not caused by the violation of compulsory rule.

**Keywords:** agreed payment for breach of contract; judicial reduction; judicial increase; significant change of contract basis; transactions violating public order and good morals; pre-arranged exclusion of judicial reduction

(责任编辑: 幸颜静)