

《民法典》违约金制度的功能优化

邓 辉 王浩然*

内容提要：《民法典》第 585 条主要延续了《合同法》第 114 条的违约金规定。目前，违约金制度的基本功能定位模糊，作为配套措施的司法调整规则适用混乱，无法厘清其与损害赔偿之间的关系，致使司法实践普遍遵循赔偿为主抑或功能均等的适用模式，难以充分发挥其担保履行和简化证明的作用。事实上，违约金兼具担保和赔偿的双重功能，在不同的历史时期和比较法例中各有侧重。在《民法典》出台的背景下，相关司法解释应当寻求更妥当的规制路径，充分尊重当事人意思自治，推动违约金的类型区分和功能重塑，构建担保为主、赔偿为辅的价值体系，明确违约金司法调整的适用范围、调整原则与主要考量因素，为违约金功能优化提供良好的制度环境。

关键词：惩罚性违约金 补偿性违约金 权重分配 司法调整 违约金酌减

《民法典》第 585 条以及相关配套的司法解释是人民法院处理违约金纠纷案件的实体法依据。但是，这些关于违约金制度的法律规范高度抽象，而且相关司法裁判也难以实现推理和释法的统一，极大地限制了违约金功效的发挥。其中，尤以违约金的法律属性争议、不同功能的权重分配和违约金数额的司法调整三个问题最为突出。在检讨违约金司法适用现状的基础上，本文试图以具体规则的理解和司法解释的制定为视角来构建契合我国实际的违约金功能理论，从而推动《民法典》违约金制度的完善。

一、违约金的属性争论和适用困境

按照通说，违约金是指当事人约定或法律规定的、在一方当事人不履行或不完全履行时向另一方当事人支付的一笔金钱。^{〔1〕}与法定违约金（比如逾期罚息）不同，约定违约金的本质是一种

* 邓辉，北京大学法学院博士研究生；王浩然，中冶置业集团石家庄分公司办公室（法律事务部）法务主管。

〔1〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 272 - 274 页。

合同条款，是当事人基于意思自治形成的法律关系，属于典型的私法自治体现。^{〔2〕}

按照法律制度功能的差异，违约金可以分为惩罚性违约金和补偿性违约金：前者为固有意义上的违约金，强调违约金的履约担保功能；后者是违约损害赔偿额的预定，侧重违约损害的赔偿功能。^{〔3〕}不同功能和类型的违约金在合同约定效力、数额调整标准和举证责任分配等方面存在很大差异。

《民法典》第585条延续了《合同法》第114条关于违约金的规定，既没有为违约金担保属性的有无之争划下句号，也未明确地界定惩罚性（担保性）违约金和补偿性（赔偿性）违约金的区分标准，导致与惩罚性违约金相关的效力认定、司法酌减等问题依旧难以获得圆满解决，使得相关的违约金争议成为被带人民法典新时代的老问题。

（一）理论学说中的法律属性立场纷争

关于违约金性质的争论之一在于其是否具备从属性。独立说认为违反约定时即可支付违约金，其作为一种有条件的给付约定，并不取决于主债务履行与否；^{〔4〕}而主张违约金具有从属性的观点则为主流学说，认为主合同的存续是违约金条款的逻辑起点，若主合同不成立、无效、被撤销或者消灭之时，违约金条款相应失效和消灭。当然，肯认违约金的从属性，不代表否认其在某些方面具有一定程度的独立性，例如违约导致合同解除时，守约方依旧享有违约金请求权。^{〔5〕}

与之相对应，对于违约金是否具有担保属性，学说上存在肯定说和否定说。肯定说主张违约金条款本质上是具有从属性的担保条款，虽然无法如抵押、保证等典型担保形式一般令对方当事人提供财产性担保，然而这只是担保力度大小之分，并非担保属性有无之别。易言之，违约金的担保属性与赔偿功能并不冲突，而担保属性还可以使双方当事人进一步预先规划违约的法律后果，从而起到强化合同履行的作用。^{〔6〕}相反地，否认说仅承认违约金具有督促当事人履行合同的作用，这不意味着所有的违约金之债都具有担保属性。^{〔7〕}只有显著增强了债的效力，为债的实现提供可靠路径，具有保障债权实现的特征，才可以被认为具有担保属性。^{〔8〕}

尽管关于惩罚性违约金与补偿性违约金的讨论颇多，但却始终缺乏令人信服的区分二者的标准。现今理论界的代表性学说包括：一是“损失比较说”，它最早可以溯源到20世纪80年代初，主张约定数额高于实际损失则为补偿性违约金，反之则为惩罚性违约金。^{〔9〕}二是“责任并行说”，主张不排除强制履行或者损害赔偿的违约金为惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。^{〔10〕}三是“目的说”，主张考量当事人订立约定时的主观目的，约定相对高额的违约金则为惩罚性违约金，约定不明则依据体系解释、当事人或者类似约定的交易习惯和行业惯例进行确定，^{〔11〕}无

〔2〕 参见韩世远：《违约金散考》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

〔3〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第517页。

〔4〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第823页。

〔5〕 参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2016年版，第249页。

〔6〕 参见柳经纬：《债法总论》，北京师范大学出版社2011年版，第278页。

〔7〕 参见丁海俊：《违约金的性质与功能新论》，载《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

〔8〕 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

〔9〕 参见王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超：《民法教程》，北京大学出版社1983年版，第235页。

〔10〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第825页；前引〔1〕，崔建远主编书，第392页。

〔11〕 参见《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255页。

法确认时则推定为补偿性违约金^[12]。

《民法典》第585条仅对《合同法》第114条第2款进行了表述语序的调整修改,虽然在“法政策”和“法技术”两方面使违约金调整规则的文义回归正确的规范逻辑,^[13]但却没有为惩罚性违约金和补偿性违约金的区分提供清晰标准。具体来说,《民法典》第585条第1款和第2款规定了补偿性违约金和违约金的司法调整,^[14]而第3款规定的迟延履行违约金在类型认定上是否可以归属于惩罚性违约金,仍存在着较大的争议,肯定说、^[15]否定说^[16]和折中说^[17]的观点各有其道理。如前文所述,惩罚性违约金的类型确认和违约金的类型区分标准本质上是同一个问题,《民法典》在此并未起到定分止争、一锤定音的作用。这意味着,违约金功能的权重分配只能交由法官进行自由裁量,而法院往往采取较为保守和稳妥的功能均等适用模式,又进一步引发疑问。

(二) 司法实践中的功能均等适用模式

笔者以“惩罚性违约金”为关键词在“北大法宝”(www.pkulaw.com)司法案例库中进行检索,共获得案件5451个,通过把“文书类型”限定为“判决”、“法院层级”限定为中级人民法院及以上、“审理程序”限定为二审,并排除惩罚性违约金并非争议焦点的案例,最终得到有效案例共162个,其中93个案件支持了当事人惩罚性违约金的诉讼请求,支持率达57.41%。在关于惩罚性违约金的裁判中,支持理由主要是尊重当事人的意思自治、维护合同稳定性、适用惩罚性违约金不违反公平原则和有利于对违约方进行相应的经济制裁等,^[18]反对理由则在于强调民法应以赔偿为主、缺乏法律条文的直接规定和惩罚性违约金适用条件严格等^[19]。即使在支持惩罚性违约金的裁判中,违约金的赔偿功能和担保功能也未能被清楚区分。在法律规定抽象和违约金功能模糊的背景下,司法实践创设了违约金功能均等适用模式,认为同一笔违约金不分主次地兼具担保性与补偿性功能。^[20]实际上,近来违约金司法实践甚至逐渐转变为“补偿性为主、惩罚性为辅”的趋势,即认为“合同法第一百一十四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”^[21]。

在区分惩罚性违约金与补偿性违约金的三种理论中,占据主导地位的“损失比较说”似乎体现了司法公正和效率,但是,这种“后见之明”的观察视角难以对违约行为产生足够的震慑,进一步弱化了违约金的担保功能。再者,司法实践对违约金的赔偿和担保功能采取对半式权重分配的立场,不仅是实践一刀切思维的体现,更忽视了当事人的合意,难免损及违约金的制度价值和

[12] 参见前引[4],韩世远书,第825页。

[13] 参见姚明斌:《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》,载《比较法研究》2021年第1期。

[14] 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第704-706页。

[15] 参见朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社2018年版,第733页。

[16] 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》,载《法学研究》2003年第4期。

[17] 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第515页。

[18] 参见湖北省荆州市中级人民法院(2016)鄂10民终709号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民终字第0861号民事判决书;四川省乐山市中级人民法院(2015)乐民终字第1258号民事判决书。

[19] 参见河南省高级人民法院(2009)豫法民再字第00050号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2015)长民四终字第19号民事判决书;新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院(2015)克中民二终字第149号民事判决书。

[20] 参见罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期。

[21] 最高人民法院(2004)民二终字第125号民事判决书。

意思自治。此外，不同法院对于“约定的违约金数额过高”的认定颇不统一，有的对照定金罚则依合同标的额 20% 进行调整，^{〔22〕} 有的依据实际损失的 130% 计算惩罚性违约金，^{〔23〕} 还有的依据同期银行贷款利率的四倍进行调整，^{〔24〕} 从而反映出违约金类型区分方法不明确对司法调整规则适用的负面影响。

在《民法典》出台以前，《合同法》第 114 条第 2 款为法官调整违约金提供了法律依据，《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《合同法司法解释（二）》〕第 29 条^{〔25〕}及《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）第 7 条^{〔26〕}进行了补充和细化，详细规定人民法院或仲裁机构在调整违约金时应当考虑的主要因素，并确认了证明责任的承担规则。2019 年 11 月 8 日最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，以下简称《九民会议纪要》）第 50 条再次重申了审判实践中积累的违约金调整司法经验。^{〔27〕}

然而，前述法律和司法解释规定的预设模式和考量因素未能跳出违约损害赔偿的范畴，而且也缺乏具体可行的操作方案，致使综合相关因素考虑后所得的结论与以实际损失作为调整基点的做法大体相当。长此以往，在比较损失法的指引下，法官逐渐舍弃违约金调整的综合考量，转而直接以债权人的实际损失作为调整基准，这就带来了三个方面的不利后果：其一，从法律效果来说，在债务人无视合同订立时的有效约定、不积极履行债务甚至肆意违反合同约定时，司法酌减的结果仅是要求当事人承担违约损害赔偿赔偿责任，相关规定易沦为违约方违反诚实信用原则的挡箭牌；其二，从证明责任考量，违约金酌减的成立（是否酌减）和幅度（酌减多少）需要债务人承担相应的证明责任，但债务人可能因其与实际违约损失的证据距离过于遥远而陷入举证困难，同时，为了对抗债务人的主张，债权人也可能需要证明自己的损失，这就难以实现违约金制度“减轻损失证明责任”的目的和功能；其三，从制度关联观察，损失比较说的广泛应用造成了违约金制度价值的异化，使其沦为违约损害赔偿制度的附庸，若约定金额与实际损失存在细微差额就允许司法增额，使得债权人最终获得的违约金成为实际损失的赔偿。

〔22〕 参见海南省三亚市中级人民法院（2008）三亚民二终字第 48 号民事判决书。

〔23〕 参见云南省高级人民法院（2014）云高民三终字第 60 号民事判决书。

〔24〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第 1757 号民事判决书。

〔25〕 该解释第 29 条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔26〕 该意见第 7 条规定：“人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等‘一刀切’的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。”

〔27〕 《九民会议纪要》第 50 条规定：“认定约定违约金是否过高，一般应当以《合同法》第 113 条规定的损失为基础进行判断，这里的损失包括合同履行后可以获得的利益。除借款合同外的双务合同，作为对价的价款或者报酬给付之债，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，而应当兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定。主张违约金过高的违约方应当对违约金是否过高承担举证责任。”

二、违约金的类型区分和比较法背景

（一）惩罚性违约金

惩罚性违约金，又被称作固有意义的违约金，其法律效果是违约发生后债务人除支付相应违约金以外，还应履行债务或承担因不履行所产生的损害赔偿责任。^{〔28〕}有学者认为，在合同中违约金与损害赔偿并列，即表明违约金具备惩罚性质，^{〔29〕}然而，违约金制度的设立并不是为了惩罚债务人，而在于“向债务人施加尽可能有效果的压力，从而保障相对人履行在合同上所承担的一切义务”，实际上承担着担保债务履行的功能^{〔30〕}。违约金在词源上也一直包含着“惩罚”的意思，^{〔31〕}它把具备道德色彩的“惩罚”强加于“违约金”，其名为惩罚而实为担保^{〔32〕}。

在2016年债法改革以前，《法国民法典》原第1126条对违约金条款的定义是：“违约金条款（clause pénale）是指一方当事人为确保契约的履行，承诺在不履行契约的情况下支付违约金的条款。”这种违约金条款多具有惩罚和威胁性质，其约定数额大都远多于可能发生的实际损失，因而具有担保功能。^{〔33〕}按照《法国民法典》原第1229条第2款的规定，单纯迟延履行违约金与主债务履行（继续履行或替代履行的违约损害赔偿）请求权可以同时适用。^{〔34〕}这意味着，违约金除损害赔偿功能以外，也有对债务人进行施压，促使其依约履行合同的作用。^{〔35〕}法国于1985年10月11日以法令方式赋予了法官增减违约金的司法调整权。《法国民法典》第1231—5条第3款规定：“在约定的违约金数额过分地高或少时，法院可以依职权进行调整。”^{〔36〕}换言之，在当事人约定的赔偿总额明显不合理时，法官可以主动调整违约金数额。

《德国民法典》在立法之初即确认违约金具备担保和赔偿的双重功能。^{〔37〕}德国法承认当事人之间惩罚性违约金约定的合法性，推定迟延履行违约金具备惩罚性功能，允许其与继续履行同时适用。在理论上，德国法上的违约金一直被视为一种担保债务人履行义务的压力工具，违约金的支付与损害的有无和大小均无关。^{〔38〕}在体例上，“违约金”规定在“定金”之后，共同作为合同主债务履行的担保手段。德国最高法院持相同观点，其判决表明：“违约金既可以作担保工具，

〔28〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第824页。

〔29〕 参见郑冠宇：《民法债编总论》，新学林出版股份有限公司2015年版，第230—231页。

〔30〕 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343页。

〔31〕 参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学（西北政法学报）》2014年第2期。

〔32〕 参见韩强：《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。

〔33〕 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第318页，注释2。

〔34〕 《法国民法典》原第1229条第2款规定：“（债权人）不得同时请求履行主债务和违约金，但就单纯的迟延履行而规定的违约金，不在此限。”

〔35〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第65页。

〔36〕 法国在2016年2月10日颁布了《合同、债法总则和债之证据改革法令》（L'ordonnance n°2016—131），以前由旧民法典第三卷第三编第四章（债的种类）第六节规定的“附违约金条款的债”（原第1226—1233条）经过修改成为新民法典的第1231—5条。

〔37〕 Peter Gottwald, Kommentar zum § 339, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München: C. H. Beck, 2019, Rn. 1, 9.

〔38〕 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。

迫使债务人如约履行约定好的债务，又可以在违约发生后使债权人快速获取填补损害的可能性，省去债权人个别举证的繁琐程序。”〔39〕

在英国的法律传统中，只有补偿性违约金即预先计算违约损害的违约金条款才会得以认可。〔40〕与惩罚性违约金功能类似的制度为违约罚金制度（penalties），双方当事人可以事前预定高于可能发生的损害的违约金数额，它被认为是旨在促使债务人履行主要债务的“胁迫”（in terrorem）条款。〔41〕英国法认为，根据合同法的目的，守约方并不能对违约方进行惩罚，认可超出实际损害的巨额赔偿与效率违约的精神相左，惩罚性违约金（违约罚金）条款是不可执行的（will not be enforced）。〔42〕一旦法院认可了补偿性违约金，当事人就可以申请强制执行，不考虑实际损失与补偿性违约金之间是否存在差额。〔43〕在实践中，法官主要根据当事人订立合同的目的来进行判断。但是，这种固有立场近年来也有所缓和。目前，英国违约金条款的构造类似于事先的附解除条件约定，若当事人违约，守约方有权请求违约方依约支付合同罚金，实际上起到了确保合同履行的作用。比如，“在泊车眼公司诉比维斯”（Parking Eye Limited v. Beavis）案中，比维斯因超时停车近一小时须支付 85 欧元的违约金。英国最高法院认为，只要违约金条款试图保护合同当事人的利益而且没有超过维护这一利益的必要范围，那么，这种旨在威慑可能违约的债务人的条款就是有效的。〔44〕

通过配置司法调整规则来限制过高违约金的规范思路普遍体现在当代大陆法系主要国家和地区。〔45〕同样地，国际合同统一法或示范法（Model Law）也采取了这种做法。《欧洲民法典草案共同参考框架》（DCFR）第 3：712 条（不履行的约定支付）第 2 款规定：“若约定支付超出因债务的不履行所造成的实际损失过多及其他具体情况，可将合同约定的款项减至合理数额，而无须考虑相反的规定。”按照 DCFR 第 3：105 条（排除或限制债务不履行责任）的规定，如果合同条款违背了诚实信用或公平交易，它们不能被援引。换言之，如果约定的违约金明显低于守约方的损失，法院可以排除相关条款的效力而要求违约方填补造成的实际损害。〔46〕此外，苏格兰合同法改革也试图赋予惩罚性违约金条款可执行性（enforceability），同时允许法院对明显过高的违约金数额进行调整。〔47〕

〔39〕 BGH NJW 1993, 2993. 转引自姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016 年第 5 期。

〔40〕 在英国法中，约定赔偿数额的条款（stipulated payment）通常分为惩罚性违约金（penalty）和补偿性违约金（liquidated damages），前者无效而后者有效。[See Christian von Bar and Eric Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 966–967.]

〔41〕 根据相关判例规则，若违约金条款中的赔偿数额超过了违约情形中能被证明的最大损害范围，它就会被认为是惩罚性违约金（罚金条款）；若准确计算损失是不可能的，而且约定赔偿意在预先确定赔偿数额的话，这种条款就是补偿性违约金。（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 463–464 页。）

〔42〕 See Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar, 2017, p. 226.

〔43〕 参见何宝玉：《合同法原理与判例》，中国法制出版社 2013 年版，第 526–529 页。

〔44〕 See [2015] UKSC 67.

〔45〕 See Solène Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press, 2012, pp. 143–144.

〔46〕 参见前引〔40〕，Christian von Bar、Eric Clive 主编书，第 801–802 页。

〔47〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第 287 页。

（二）补偿性违约金

补偿性违约金也被称为损害赔偿额的预定（the predetermined sum），指当事人为了避免将来损害计算的繁琐而预先估计的损害赔偿总额。^{〔48〕} 债权人只需要证明违约事实及违约产生的典型损害，不需要证明具体的损失额，即可要求债务人按照预先确定的数额承担责任，极大地提高了违约损害赔偿的效率：一方面，在传统损害无从举证时，债权人不必通过大量繁琐程序证明损害的详细状况和最终金额，既减轻了债权人对具体损害的证明责任，也减轻了法院或仲裁机构确定损害的工作压力；另一方面，在违约损害赔偿难以计算时，预先设定具体数额的补偿性违约金排除了损害大小和具体数额的争执，避免了进入诉讼程序可能导致的难以预测性。

作为大陆法系法典化浪潮的第一个高峰，《法国民法典》十分注重补偿性违约金的赔偿功能。《法国民法典》原第1229条第1款专门界定：“违约金条款是债权人因为主债权未得到适当履行，对所受损害的赔偿。”第1231—5条第1款（原第1152条）规定：“合同规定不履行契约的人应支付一定数额的款项作为损害赔偿时，给予他方当事人的款项数额不得高于也不得低于这一约定数额。”该条确定了违约金的不可减规则和固定规则。这两项规则构成了法国法违约金赔偿功能的基础：双方当事人通过合同事先约定违约的法律后果，排除了损害构成方面的认定、因果关系的争议与损害赔偿金额的繁琐计算，有助于违约损害赔偿的快速实现。^{〔49〕} 不过，不可减规则的严格适用导致了诸多弊端，最终只能通过修法的方式来解决这一规则的适用窘境。^{〔50〕} 与此同时，法国最高法院（Cour de cassation）通过一系列判决对法官裁量权的行使提供了具体化指引，要求在裁判中必须表明违约金数额约定不合理的具体之处，此不合理必须达到相当程度（considerable）而且是足够明显的（manifest）。^{〔51〕}

《德国民法典》第339—345条允许当事人事前预定违约赔偿总额，使其作为最低额的损害赔偿。按照《德国民法典》第340—341条，在约定违约金不足以填补实际损失时，债权人有权请求赔偿额外的损失。若违约金不足以弥补实际损失，债权人可选择针对超额部分的损害赔偿请求权，但金额不能超过实际损害的部分。^{〔52〕} 《德国民法典》第343条第1款对法官进行了一定的限制，即法院在进行违约金调整时不得仅将“实际损失”作为唯一考量因素，而应全面考虑“债权人的一切正当利益”，后者包括“实际损失”所不能容纳的“期待利益”和“纯粹精神损害”。这一改变赋予了违约金补偿功能和担保功能同等的法律地位，从而保障违约金在合同履行的不同阶段都能发挥作用：在违约发生前，违约金凸显担保功能促进依约履行合同；在违约发生后，违约金能够发挥损害预估和赔偿简化的优势。^{〔53〕} 为了应对与法国法类似的不可减规则，德国法还建构了具备强行法性质的司法酌减规则（《德国民法典》第345条第1款），在适用时须考量当事人的一切正当利益，而不能仅仅着眼于财产损失。但是，如果违约方是《德国商法典》

〔48〕 参见前引〔14〕，王利明书，第700—701页。

〔49〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第64页。

〔50〕 参见〔法〕勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿、高鸿钧、贺卫方译，清华大学出版社2002年，第161页。

〔51〕 See Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, 1992, p. 236.

〔52〕 参见前引〔35〕，姚明斌书，第81页。

〔53〕 参见前引〔39〕，姚明斌文。

第 348 条中具有评估违约金负担能力的“商主体”，法院不得适用《德国民法典》第 343 条来调整违约金。^{〔54〕}

在日本法中，违约金属于债务不履行损害赔偿的一个特别问题。1890 年日本旧民法只规定了损害赔偿额的预定，关于违约金的规定仅见于特别商法。^{〔55〕}1898 年《日本民法典》第 420 条正式规定：“当事人得就债务不履行预定损害赔偿额。于此情形，法院不得增减其数额。（第 1 款）……违约金，推定为赔偿额之预定。（第 3 款）”简单地说，即使债务人能够证明实际损害较少或不存在实际损害，他仍不得要求减少违约金，^{〔56〕}这就体现了相应的担保功能。同时，违约金被推定为赔偿额预定并不妨碍当事人依据自身的需要来约定惩罚性违约金。历史地看，根据当事人之间的特别约定或广泛存在的交易习惯，日本民法草案、^{〔57〕}学说和司法实践已经接纳了具有担保功能的惩罚性违约金。但惩罚性违约金的约定也存在着一定限制。比如，若惩罚性违约金条款存在于格式合同中或不符合交易中的社会通常观念，可能被法院认定为未达成合意或因违背公平原则、公序良俗而无效。不过，2017 年日本民法修订后删去了《日本民法典》原第 420 条第 1 款第 2 句关于排除法院司法调整权力的规定，进一步明确了补偿性违约金的核心地位。^{〔58〕}易言之，日本法允许当事人事先预定损害赔偿总额和根据自身需要另行约定惩罚性赔偿金，但新的立法动态和司法实践都倾向于要求违约金接受合同正义的检验，法院可以在适当范围内进行调整或否定约定的效力，以实现个案公平。

我国台湾地区“民法”第 250 条规定：“当事人得约定债务人于债务不履行时，应支付违约金。违约金，除当事人另有订定外，视为因不履行而生损害之赔偿总额。其约定如债务人于适当时期或不依适当方法履行债务时，即须支付违约金者，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。”与 1999 年修法前相比，本条规定的违约金不具备违约罚性质，而系债务不履行中给付迟延及不完全给付所生损害赔偿之预定。^{〔59〕}除非当事人专门约定旨在“确保债权效力之强制罚”的惩罚性违约金，违约金即被推定为损害赔偿总额的预定，不能与债务履行请求或替代履行之损害赔偿同时适用。此外，台湾地区还有“部分履行之违约金酌减”（第 251 条）和“违约金过高之酌减”（第 252 条）规则，采取了违约金依职权调整、不得约定排除的立法模式，法院调整违约金应考量“一般客观事实、社会经济状况及当事人所受损害情形”等相关因素。^{〔60〕}

（三）违约金类型的中国化

自从违约金制度问世，担保功能和赔偿功能在不同时期和立法例中各有偏重。近现代以来，二者超脱非此即彼的对立关系，交融的趋势十分明显。大陆法系与英美法系关于惩罚性违约金的

〔54〕 See Hein Kötz, *European Contract Law*, Gill Mertens and Tony Weir trans., Oxford University Press, 2017, p. 276.

〔55〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔56〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，王隼译，中国法制出版社 2008 年版，第 117 - 121 页。

〔57〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔58〕 《日本民法典》经过多次修改，但违约金一直规定在“债务不履行责任”的章节中。相关法律条文以及修改，参见王擎融：《日本民法——条文与判例》（上册），中国法制出版社 2018 年版，第 205 页。

〔59〕 参见我国台湾地区“行政院”和“司法院”关于“民法”第 250 条修正的立法说明（1999 年 4 月）。

〔60〕 参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），作者台北印行 2014 年版，第 163 - 166 页。

规定迥然不同,其主要原因在于是否承认合同的强制履行。在大陆法系中,合同通常被视为当事人之间的法律即所谓“债即法锁”(obligatio est iuris vinculum),继续履行或强制履行优先于合同解除或损害赔偿。所以,在履行尚存在可能的前提下,债权人应当给债务人再次履行或补救的机会,不得径行解除合同或请求损害赔偿。相反地,在英美法系中,惩罚性违约金的本质是一种约定的“合同罚”或“私人惩罚”,无法通过合同正义的检验。在“效率违约理论”(theory of efficient breach)看来,违约不具有可罚性甚至是合乎道德的。^[61]因此,选择继续履行合同或者替代履行的损害赔偿,都属于当事人的自由。^[62]

在我国当今的“陌生人社会”中,频发的诚信危机严重阻碍了交易的缔结,同时,我国也缺乏效率违约理论生根发芽的土壤,诚实守信才是更符合我国国情的合同法基本原则。确立以担保功能为主的违约金制度具有独特价值:其一,增强履行担保。与其他形式的债之担保(例如保证、抵押、质押)相比,惩罚性违约金可以突破合同履行利益或完全赔偿原则的束缚,使得债务人可能因违约而负担超额赔偿责任,进一步起到敦促债务人积极履行义务的担保功效。^[63]其二,填补违约损害。惩罚性违约金往往会约定高于预期损失的金额,通常能够填补相应的违约损害。其三,鼓励交易。对于尚未形成信赖关系而从事交易的当事人而言,约定较为严格的违约金责任对于获得交易信誉并成功订立合同是极为有利的。^[64]换言之,惩罚性违约金有利于增强双方信任度,减轻债务人提供其他担保的压力,充分发挥合同法风险分配的功能。

三、违约金制度的功能重塑和矫正思路

(一) 完善违约金的类型区分

《民法典》第585条第1款明确界定补偿性违约金的性质,违约金由双方当事人事先约定,若嗣后违约则将承担支付违约金的不利后果,充分体现了违约金的赔偿功能;第2款相较于《合同法》的规定进行了条文优化,不仅进一步明确了违约金的司法调整规则,^[65]而且本款中“造成的损失”在外延上还大于《民法典》第584条(可预见性规则)中的可赔偿损失,有利于填补法定违约损害赔偿不能涵盖的部分项目(比如精神利益);按照《民法典》第585条第3款的规定,当事人可以约定迟延履行违约金向对方当事人施加履行压力,从而彰显担保功能^[66]。

法律解释成为后民法典时代的重要任务之一。^[67]遗憾的是,《民法典》中的违约金规定似乎

[61] See Liao Wenqing, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Ltd., 2016, pp. 45-61.

[62] 参见罗昆:《违约金的性质反思与类型重构》,载《法商研究》2015年第5期。

[63] 参见王利民、宫双霞:《惩罚性违约金的接纳与规制:以当事人中心主义为视角》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2019年第2期。

[64] 参见〔美〕弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔摩等:《合同法:案例与材料》(下),屈广清等译,中国政法大学出版社2005年版,第1111页。

[65] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》(上),法律出版社2020年版,第288页。

[66] 纵使迟延履行并未给债权人造成实际损害,债务人也应依约支付迟延履行违约金。(参见前引〔39〕,姚明斌文。)

[67] 参见姚辉:《当理想照进现实:从立法论迈向解释论》,载《清华法学》2020年第3期。

仍旧较为模糊，但这也为法律解释的精细和多样发展预留了相应空间。在一定程度上，惩罚性违约金和补偿性违约金的区分正是违约金功能发挥的逻辑起点。诚如前述，德国法与英国法为二者的区分提供了方法，前者本质上为违约金赔付与合同继续履行或违约损害赔偿并行，后者则依据可预见性规则进行推定。不过，惩罚性与补偿性违约金区分标准的构建需要立足于我国的立法和司法实践现状，无法照搬照抄德国与英国的经验。相对来说，探寻当事人违约金的约定目的更加符合当事人的意思自治和违约金制度的设立初衷。

在依据目的说进行区分时，应从惩罚性违约金和补偿性违约金的功能价值出发，根据当事人的意思表示及其约定目的来判断违约金的类型。按照《民法典》第142条第1款的规定，合同条款的词句表述、交易行为的性质和目的以及诚信原则在意思表示解释中具有重要意义。^{〔68〕}首先，如果合同条款中出现“惩罚性违约金”“惩罚”“罚金”等表述、约定金额明显超过同等条件下的违约损害、^{〔69〕}违约金随着迟延履行时间的增长而累加、在支付违约金后仍需履行原合同义务，^{〔70〕}或传递出增强合同效力以便于后续强制履行的信号，^{〔71〕}应认定为惩罚性违约金。其次，如果合同条款强调违约损失预先约定以避免举证与损害计算困难，或明示排除原定给付义务或者损害赔偿责任的，^{〔72〕}应认定为补偿性违约金。再次，如果没有约定或者约定不明时，应依据《民法典》第510条赋予双方当事人达成补充协议的机会，未达成补充协议的，按照当事人之间的交易习惯和《民法典》第584条中的可预见性规则来确定。最后，若依然不能区分（比如当事人从事新兴交易的首次合作，缺乏成熟的交易习惯或者行业惯例），应推定为以补偿性违约金为原则、惩罚性违约金为例外。^{〔73〕}但是，由于人们在法律知识和生活阅历上的局限，不排除当事人意图预定赔偿性违约金而实际约定金额过高进而产生担保的效果，此种情形未违反违约金的制度目的，因而是可以接受的。^{〔74〕}

（二）调整双重功能的权重分配

如果立法仅着眼于违约金的赔偿功能，却对相应的司法调整缺乏限制，可能使得违约金实质等同于违约损害赔偿制度。但是，违约金的损失认定作用往往较为间接，不如直接适用违约损害赔偿。比如，在买卖合同成立后，市场存在价格波动，买方需要承担商品贬值的风险，卖方也相应地放弃了商品价格上涨可能带来的利益，这是一种良性稳定的市场交易秩序。不过，违约金额仅以守约方所受损失为上限，双方当事人都可能因为缔约后商品价格波动而违约，导致合同锁定和分配风险的功能无法实现。与此同时，补偿性违约金的预先估计常常因为各种因素与实际损失发生偏差，违约损害实际发生的数额较大却难以证明的现象也时常出现，故违约方在支付违约金

〔68〕《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”

〔69〕参见王怡聪：《惩罚性违约金规则下的信用卡全额计息条款探析》，载《法律适用》2019年第22期。

〔70〕参见郭丹云：《各国立法上违约金性质比较研究》，载《河北法学》2005年第6期。

〔71〕参见张皓亮：《惩罚性违约金的认定与规制》，载《北京仲裁》2007年第2期。

〔72〕参见陈岳：《违约金酌减规则的适用对象——以〈合同法〉114条第2款为中心》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2018年第3期。

〔73〕参见孙瑞玺：《论违约金的性质——以〈合同法〉第114条为视角》，载《法学杂志》2012年第4期。

〔74〕目的说不可脱离实际生活而过于依赖当事人天马行空的意志，防止违约金陷入不可知论的泥潭，避免缔约方借助违约金条款侵害对方当事人权益。（参见韩世远：《违约金的理论争议与实践问题》，载《北京仲裁》2009年第1期。）

后还可能保有一定的不当得利。^{〔75〕}因此,建立担保功能为主的违约金制度可以阻止和威慑违约意图,为当事人提供一种有效率的保险。^{〔76〕}

此外,以担保功能为主导的惩罚性违约金不仅符合我国民事法律体系重视促进交易的基本价值取向,也有利于与其他法律制度相衔接。比如,《民法典》第465条规定依法成立的合同受法律保护,对当事人具有法律约束力,同法第579—580条还规定可对债务人主张强制履行,其目的就在于维持合同的拘束力。所以,保障和强化《民法典》的合同强制履行制度,应当偏重惩罚性违约金的担保功能,进一步强调惩罚性违约金的重要价值与主导地位。

由前述可知,违约金的担保与赔偿双重属性并非不能兼容的对立关系,以担保功能为主的违约金功能定位也不否认当事人依据自身需求构造不同比重类型的违约金。具体而言,补偿性违约金能大大简化守约方的举证责任,在损害难以举证和损害数额难以计算之时具有方便快捷的程序优势,意义重大。但是,为了违约金制度的固有价值得以充分发挥,我国司法实践应当明确违约金规则与违约损害赔偿规则的分工与合作关系,重新调整违约金的权重分配比重,同时允许违约金的功能偏向可以依据当事人约定而变化,进而形成违约金担保履行为主、赔偿损失为辅的局面,最大程度地发挥违约金的作用。

(三) 侧重履行担保的司法调整

通常来说,当事人是自身利益的最佳判断者。在双方的合意范围之内,违约方依约支付事前约定的违约金,对当事人来讲是严守契约和诚实守信的表现,对法院而言是司法克制和对当事人意思自治的尊重。不过,合同当事人并非总是处于平等的地位。一方面,任何人的理性都是有限的,无法期许所有的合同主体都是理性人,当事人由于对方利诱或自身认知局限可能承担巨大风险,使得高昂的违约金条款逐渐成为一种赌博游戏(gambling),引发了大量的显失公平现象。另一方面,如果允许不受限制的违约金约定,当事人可能利用其经济地位和格式合同条款设置高昂的违约金来侵害对方当事人的合法权益。此时,形式上的合同自由反而是实质上的不自由。按照诚信原则和公平原则的要求,当事人约定违约金数额的意思自治应当受到一定的限制,以实现缔约自由和实质正义之间的平衡。^{〔77〕}

在我国的司法实践中,即使合同约定的支付金额尚未达到显著低于违约实际损失的度,当事人也可以申请法院增加违约金,以尽可能地填补债权人因违约所受损害。但是,追求违约金赔偿功能的实用主义立场兼顾了审判效率和形式正义,却极易偏离当事人合同意思自治的轨道并以牺牲实体正义和个案公平为代价。所以,法院不宜轻易否定惩罚性违约金约定的效力,而是应当以惩罚性违约金的担保功能为导向,舍弃违约金司法调整具体要件化模式而采取利益动态考量模式,综合考量与违约金数额相关的各种因素,最终确定一个适当的违约金数额。^{〔78〕}具体来说:首先,在“是否”进行司法调整上,应采取慎重态度。在本质上,司法调整

〔75〕 参见刘莉、王金娟:《违约金担保功能的回归》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2019年第2期。

〔76〕 参见刘廷华:《惩罚性违约金的经济分析》,载《北方法学》2013年第4期。

〔77〕 参见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民初611号民事判决书。

〔78〕 参见姚明斌:《违约金的类型构造》,载《法学研究》2015年第4期;王雷:《违约金酌减中的利益动态衡量》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2018年第11期。

制度赋予了法院干涉或改变当事人约定的权力，属于私法规则中极为少见的特殊情形，法院行使司法调整权必须慎之又慎。^{〔79〕}其次，在“如何”进行司法调整上，应考虑当事人的缔约意图和过错。在进行违约金调整时，法院应尊重当事人吓阻违约的意图，不应当直接将约定数额减至实际损失。^{〔80〕}再次，在司法调整的“程序保障”上，法院应详细说明调整理由和具体考量因素，以维护司法裁判权威、促使双方当事人接受裁判结果。

四、代结语：关于《民法典》第 585 条司法解释的具体建议

为了确保《民法典》正确实施，司法解释的清理和制定工作正在有序开展。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（一）》已经颁布实施。与此同时，物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权等方面的司法解释也在制定中，通过编纂、修改和新立等方式及时为各级法院提供裁判指引，维护法律适用的统一。^{〔81〕}2020 年 12 月 30 日，最高人民法院发布了与《民法典》配套的第一批共 7 部新的司法解释，主要涉及适用《民法典》时间效力、担保制度、物权、婚姻家庭、继承、建筑工程合同、劳动争议等方面。^{〔82〕}在此背景下，未来《民法典》合同编司法解释应当借助对原《合同法》司法解释中相关规定进行系统梳理和整合的契机，着重落实违约金制度的功能调整，以促进《民法典》的统一正确实施。

首先，司法解释应区分《民法典》第 585 条第 1 款规定的“违约金”和“损失赔偿额的计算方法”。这里的“违约金”应理解为同时规定补偿性违约金和惩罚性违约金，在个案中依当事人约定目的进行类型区分。此时，当事人的约定达到了同时兼容违约金担保和损害赔偿总额预定双重功能的法律效果，^{〔83〕}以最大限度地保障债权人的损害赔偿债权。若债权人能证明还有其他损害的存在，可以主张增加赔偿数额，其实际上就是违约损害赔偿。补偿性违约金作为一种特殊的损害赔偿，也能够适用可预见性限制、过失相抵和损益相抵等损害赔偿共通规则。^{〔84〕}

其次，司法解释应进一步完善《民法典》第 585 条第 2 款规定的违约金司法调整规则。违约金的司法调整是对当事人合同自由的干涉，须极为审慎。在此，完全将违约实际损失作为认定违约金是否过高的判断基准有欠妥当。违约金司法调整应当明确区分补偿性违约金和惩罚性违约

〔79〕 在“拉萨市国土资源局与拉萨玛吉阿米餐饮连锁有限责任公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中，最高人民法院认为：“……虽然赋予人民法院适当调减违约金的裁量权，但结合本案实际情况，玛吉阿米公司无正当理由长期拒不支付土地出让金，导致产生高额违约金，之后又明确承诺愿意支付该高额违约金，以换取拉萨国土局继续为其办理土地使用权证，人民法院酌情调减违约金反而有悖公平原则和诚实信用原则。”〔参见最高人民法院（2018）民再 303 号民事判决书。〕

〔80〕 在“林敏东与漳浦金浦医院房屋租赁合同纠纷上诉案”中，福建省漳州市中级人民法院认为：“合同法对违约金的规定侧重于违约金的补偿性，同时有限地承认违约金的惩罚性……对于金钱给付类违约金过高的调整幅度，应以年利率的 24% 再上浮 30% 为标准适当减少为宜。”（林振通：《违约金过高的举证责任承担与调整》，载《人民司法·案例》2017 年第 2 期，第 60 页。）

〔81〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施小组：《统筹协调 蹄疾步稳 全力推进民法典贯彻实施》，载《中国审判》2020 年第 17 期。

〔82〕 参见乔文心：《最高法全面完成司法解释清理并发布首批民法典配套司法解释》，载《人民法院报》2020 年 12 月 31 日，第 1 版。

〔83〕 参见前引〔32〕，韩强文。

〔84〕 参见前引〔31〕，王洪亮文。

金：对于前者，法院应以违约造成的实际损失为主要判断基准；对于后者，关于违约金数额是否过高的认定，法院应在诚信原则和公平原则指引下充分考量合同履行状况和对价关系、当事人的主观过错程度、事后补救程度、违约金数额担保功能发挥的空间、债务人因违约的获利、债权人合同预期利益和精神利益以及违约损害继续发展等相关因素。^{〔85〕} 在未来，违约金调整因素的考量还可以运用计量分析方法进行预测研究，利用人工智能技术和交叉学科理论应用来拓宽当事人意思自治的路径选择。^{〔86〕}

与此同时，本款前半句关于“司法增额”中的“低于”应进行目的性限缩解释，即解释为“过分低于”。详言之，按照“约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定，只要违约金与实际损失出现极小的偏差，当事人就可以提起司法调整的请求，由此可能导致“责任限制型违约金条款”毫无用武之地，这无疑对于合同自由的否定和司法资源的浪费，还会进一步诱发当事人在违约金和违约损害赔偿之间进行自由选择的投机行为。^{〔87〕} 此时，司法解释不如赋予债权人针对额外损害请求赔偿的权利，以对债权人进行周延的救济，这也符合我国司法实践的处理经验。^{〔88〕} 另一方面，对于“过分高于”的判断标准，《合同法司法解释（二）》认为违约金数额超过违约实际损失的30%即可，我国司法裁判也普遍遵循130%的司法调整启动条件。实际上，这一标准来源于《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）第16条，对于标的各异的其他类型合同来说可能并不适当。^{〔89〕} 比如，在民间借贷纠纷案中，债权人的实际损失通常为应还本金的利息，但仅为利息损失1.3倍的违约成本明显过低。在《民法典》司法解释的制定过程中，这一标准应被定位为具体化指引的提示性或注意性规范，法院在具体个案中仍需综合相关因素确定一个合理的调整标准，来防止法律适用的僵化。^{〔90〕}

再次，司法解释应将《民法典》第585条第3款规定的惩罚性违约金扩展至多数违约行为样态，而不是仅局限于迟延履行。具体来说，违约行为的核心是当事人合同义务的违反，不但存在债务人履行迟延这一种情形，也包括债务人无正当理由（抗辩权）拒绝履行、可归责于债务人的

〔85〕 立法机关虽未针对不同类型的违约金设置相应的酌减规则，但在《民法典》释义中也指出：“在判断约定违约金是否过高以及调低的幅度时，一般应当以对债权人造成的损失为基准。司法实践中对此掌握的标准一般是，当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为‘过分高于造成的损失’，但对此不应机械适用，避免导致实质上的不公平。此时，可以综合考虑辩论终结前出现的以下因素：（1）合同履行情况；（2）当事人过错程度；（3）预期利益；（4）当事人的主体身份；（5）其他因素。”（参见前引〔65〕，黄薇主编书，第290-291页。）

〔86〕 参见屈茂辉：《违约金酌减预测研究》，载《中国社会科学》2020年第5期。

〔87〕 孙良国教授指出：“如果约定违约金数额过高或者过低，其不仅仅在当事人之间产生私人利益关系，而且还可能会对司法所代表的公共价值提出挑战……司法的功能是要确保作为社群的公平的代表。然而公平当然地不仅包括过高的情况，也包括过低的情况……为了实现上述价值判断，约定的违约金也必须过分低于实际损失才能够进行调整。”（孙良国：《论法院依职权调整违约金——〈民法典〉第585条第2款之评判》，载《北方法学》2020年第5期，第55-57页。）

〔88〕 在实践中，有法院在违约金数额低于实际损失的情况下判决赔偿额外损失。按照《合同法司法解释（二）》第28条后段，违约金司法增额和额外的损害赔偿不得同时主张。〔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。〕

〔89〕 参见吴从周等：《违约金酌减之裁判分析》，元照出版公司2015年版，第313页。

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

履行不能（比如因债务人过错导致标的物灭失）以及进行瑕疵给付或加害给付的不完全履行。^{〔91〕}从反面来看，惩罚性违约金适用范围的扩大实质上是鼓励合同当事人在所有违约形态中预先约定债务不履行的法律后果，这有利于形成对债务人的履约压力，促使债务人清楚地感知违约后的不利处境，进而督促其依约行事。此时，惩罚性违约金既意味着对违约方相当程度的道德谴责，也意味着对守约方来说可能的更丰厚的经济回报，从而能够提供有效的制度激励。因此，相关司法解释应当修正惩罚性违约金的适用范围限制。此外，《民法典》采取了民商合一体例来统筹民商事法律关系，人民法院还应充分考虑合同双方当事人之间的地位均衡性、具体交易的特征以及酌减后果对当事人生存状况的影响等因素来进行更加谨慎的考量。^{〔92〕}

Abstract: Article 585 of China's Civil Code mainly repeats Article 114 of the Contract Law on agreed damages. At present, due to the vague orientation of the basic function, it is impossible to clarify the relationship between contractual penalty and compensatory damages. The application of the judicial adjustment rules as a supporting measure is chaotic, which makes the judicial practice generally follows the applicable mode of function equality or compensation, and makes it difficult to give full play to the role of the ensuring debt performance and reducing the burden of proof. In fact, agreed damages have dual functions in guarantee and compensation, which have different emphases in different periods and jurisdictions. China's Civil Code has been formally issued, and the relevant judicial interpretations should seek a more appropriate approach, respect the autonomy of the parties, promote a distinction between penalty and liquidated damages, construct the dual value system of agreed damages, clarify the scope of application, the principles and main considerations of judicial adjustment, as to provide a good institutional environment for the functional optimization of contractual agreed damages.

Key Words: punitive agreed penalty, compensatory liquidated damages, proportion allocation, judicial adjustment, discretionary reduction of liquidated damages

（责任编辑：武 腾 赵建蕊）

〔91〕 惩罚性违约金旨在通过行为控制和违约预防来实现履约担保功能，既然如此，债务人是否积极履行债务（是否存在过错）在此就具备规范评价的意义。同时，违约金责任的成立以违约金约定存在和违约情事发生为必要，违约的认定尤为关键。比如，对于因不可抗力造成的履行不能，债务人不承担违约责任，也无须支付违约金。所以，即使《民法典》第577条（《合同法》第107条）确立了违约责任不考虑债务人过错的严格归责立场，但在违约责任成立要件对债务人的可归责性无特别约定或特别规定时，应当具体区分债务人违反的是结果性义务还是手段性义务，再结合债务人是否存在过错，对是否构成违约进行综合判断。

〔92〕 参见王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，载《云南社会科学》2020年第1期。