

《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论

覃榆翔*

内容提要：衡诸学术、实务两界，素有违约金司法酌减规则是适用于惩罚性违约金，还是补偿性违约金的论争。在《民法典》时代，宜从功能主义出发，依据当事人的合意内容对违约金做出补偿功能与压力功能的区分。详言之，当事人若是以督促履约作为违约金的合意内容，构成压力功能的违约金；若是以损害赔偿的预定为合意内容，则构成补偿功能的违约金。至于对违约金功能的识别，可在附条件法律行为的技术理路下，通过观察违约金生效条件的内部构造得到实现。据此，在违约金发挥压力功能的场合，只需顾及违约金合意的形成是否符合合同效力控制规则的要求，而不存在违约金司法酌减规则的适用空间；但在违约金发挥补偿功能的场合，特别是对最高损害赔偿的预定而言，囿于违约金司法酌减规则适用过程的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而适用违约金司法酌减规则有其法理基础和制度空间。

关键词：压力功能 补偿功能 功能的识别 合同效力控制规则 违约金司法酌减规则

最高人民法院在2022年11月发布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》），向全社会公开征求意见。《征求意见稿》第68至70条均是有关违约金司法酌减规则具体适用的规定，大体延续了《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《合同法解释（二）》），^{〔1〕}但亦作出了一定的补充和完善，特别是：第68条明确指出，显失公平的违约金必然适用于违约金司法酌减规则，且合同当事人无法通过意思自治排除适用；第69条强调违约方具有严重违背诚信原则行为的，其减少违约金的请求不予支持。相比于之前的司法解释，《征求意见稿》明确了违约金司法酌减规则的区分适用情形，有利于营造诚实守信的市场交易氛围。

* 覃榆翔，中国政法大学民商经济法学院博士研究生、经济师。

〔1〕 由于关于民法典合同编通则的司法解释尚未正式出台，为保持资料论证的有效性，对于内容大体相同且对本文论证不产生实质影响的条文将直接援引《合同法解释（二）》。

但是，《征求意见稿》的局限也是显而易见的，其延续着《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）时代根据违约金的补偿性或惩罚性区分适用违约金司法酌减规则的立场。质言之，违约金的“显失公平”表征着其为惩罚性违约金的定位，因而受到违约金司法酌减规则的调整，但若是在债务人发生严重违背诚信原则的情形下，惩罚性违约金将不受到调整。后者的排除适用固然可圈可点，但前者将显失公平作为构成要件的做法，不仅与合同效力控制规则在规范适用上发生重叠，同时也裁剪了当事人的意思自治，给违约金条款的履行增加了不确定性，如此安排是否合理值得商榷。申言之，《征求意见稿》做出区分适用违约金司法酌减规则的尝试是值得肯定的，但如何既兼顾违约金作为意思自治的产物，又能充分发挥违约金司法酌减规则的规范效用，形成体系融贯的区分适用路径，殊值深思。

一、困境溯源：违约金司法酌减规则的适用之争

（一）实践：以损失为酌减基点抑或兼顾当事人的合理利益？

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第585条第2款第二个分句承继了《合同法》第114条第2款第二个分句的规定，将“约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”作为我国民法上的违约金司法酌减规则。依文义解释可知，倘若当事人在合同中约定的违约金“过分”高于违约行为造成的损失，即可向裁判者提出减少违约金的请求。故而，在司法实践中，“违约金的实质是违约方对守约方造成损失的赔偿”的观点曾一度被奉为圭臬。^{〔2〕}从违约金司法酌减规则的规范构造来看，“过分高于”“损失”等抽象化概念的表达往往因为价值判断的介入而在规范适用上带来或多或少的不确定性，以至于给法律的确定性带来严峻的挑战。为矫此弊，《合同法解释（二）》第29条第1款规定，法院应当根据公平原则和诚实信用原则，并结合合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，判断违约金是否过高并作出调整。^{〔3〕}但该条第2款却又以“违约金超过造成损失的百分之三十”作为认定“过分高于造成的损失”的一般标准。^{〔4〕}由此可见，二者形成了迥然不同的判断方式。第1款提出了综合多种因素进行违约金调减作业的“综合衡量法”；而第2款却径直以超过损失的百分之三十作为衡量基准。就规范适用的便捷性而言，由于综合衡量法内生的模糊裁判尺度、严厉的举证责任要求与司法效率的追求相违背，且第2款所用的“一般可以”之表达又恰好令其具备得以普遍适用的解释论上的结果，自然就使得以损失为基准且易于量化的数字型酌减模式成为裁判实践的主流。^{〔5〕}遂使得第1款的“综合衡量法”不再“综合”而是“简单”，也即“超过百分之三十”即可达致酌减违约金的条件。

〔2〕 参见最高人民法院（2016）最高法民申2384号民事裁定书。

〔3〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第1款，该款规定：“当事人依据民法典第五百八十五条第二款规定请求对违约金予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四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，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。”

〔4〕 相对应的条文参见《征求意见稿》第69条第2款，该款规定：“当事人约定的违约金超过依据民法典第五百八十四条规定确定的损失的百分之三十的，一般可以认定为民法典第五百八十五条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

〔5〕 参见覃榆翔：《再论违约金的规制模式：异化与回归》，载《南大法学》2023年第1期。

职是之故，酌减违约金的司法实践一直将违约金作为债权人受有损失的预先约定，并通过对高额违约金的事后调减，将违约金的支付停留在补偿债权人受有损失的水平，但依此思路而为之违约金酌减已与损害赔偿规则的运用无异。^{〔6〕}不妨说，我国的司法实践业已形成以数字型导向为酌减模型，将当事人的实际损失作为基准，强调从违约金的约定金额与实际损害的比较关系来适用酌减规则的裁判思路，^{〔7〕}且该裁判思路由于具有便捷裁判的优势，正潜移默化地影响着法官调整违约金的意愿和习惯。虽然，这一裁判思路或许能带来形式上的公平，但却会对当事人的意思自治造成不合理的干预，甚至会造成在违约行为发生后出现当事人利益状态失衡的结果。因而，为防止机械司法而可能造成的实质不公平，《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）（以下简称《民商事合同指导意见》）、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）（以下简称《会议纪要》）等文件均指出，应当“充分尊重当事人的意思自治”，且不应只以“实际损失”或者“损失”作为调整违约金的基准。至此，数额上或将超出损失的违约金逐渐为司法实践所认可，而该类型的违约金多被冠以“惩罚性违约金”的称谓。^{〔8〕}

溯源违约金的发展历程，惩罚性违约金与补偿性违约金并非一对“双胞胎”，而是在补偿性违约金发展到一定阶段之后，因补偿性违约金难以适应交易多样化之现实需求而产生了惩罚性违约金存在的实践空间。有判决就认为，违约金的数额兼具补偿损失和当事人对违约行为的惩罚意图；^{〔9〕}还有的法院认为，若当事人约定的违约金旨在惩罚违约方之违约行为，防止违背诚实信用行为的发生，应将其认定为惩罚性违约金。^{〔10〕}由此，违约金的意思自治属性也逐步为人们所肯认。

近年来，最高人民法院对违约金的酌减有了新的认识：违约金司法酌减规则的目的在于恢复契约实质自由，因而适用于惩罚性违约金而非补偿性违约金，因为补偿性违约金的实质是损害赔偿的预定，惩罚性违约金才是真正的违约金。^{〔11〕}是故，违约金司法酌减规则的适用将不再只是以实际损失衡量双方的损益，而是赋予法官自由裁量权去恢复契约的实质自由，以期在当事人的意思自治和契约的公平正义中寻求平衡。因此，引入惩罚性违约金的观念实则是为了矫正实践中一律将违约金作为损害赔偿的预定来处理的裁判思路，从而为充分顾及当事人在合同中的合理利益提供理论基础。

然而，一方面，承认意思自治下惩罚性违约金的存在，另一方面，又为了追求公平正义，将违约金司法酌减规则作为约束惩罚性违约金的制度工具，若此，能否实现违约金司法酌减规则的制度价值则不无疑问。具言之，交由裁判者去实现意思自治与公平正义的平衡，但作为第三方的裁判者，唯有围绕并量化债权人的受有损失，才能为其定夺提供合法性和合理性的依据。倘若如

〔6〕 参见邓辉、王浩然：《〈民法典〉违约金制度的功能优化》，载《财经法学》2021年第2期。

〔7〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第190页。

〔8〕 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777-780页。

〔9〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终106号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民再333号民事判决书等。

〔10〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终8676号民事判决书。

〔11〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第777-780页。

此，则是变相地将“违约造成的损失+当事人对其他损失的合理预计”作为惩罚性违约金的内核。故而，惩罚性违约金概念的出现，无非提请裁判者在适用违约金司法酌减规则时，注意更为全面地考察当事人在合同中的合理利益，但却仍未让裁判者脱离将违约金与损失直接挂钩的逻辑窠臼。

（二）学理：补偿性违约金的辅助工具抑或是惩罚性违约金的约束工具？

实际上，我国学界早已就违约金的补偿性和惩罚性展开如火如荼的讨论。但学界对于二者的区分并不唯当事人受有的损失而论，尚有违约金请求权能否与其他请求权并存之论调，进而产生了“损失比较说”和“责任关系说”的类型区分。^{〔12〕}所谓的“损失比较说”，是将违约金的惩罚性与补偿性之区别立基于违约金与违约行为所造成的实际损失之比较上。若违约金过分高于损失的，那么构成惩罚性违约金；若违约金没有过分高于实际损失的，则属于补偿性违约金。^{〔13〕}所谓的“责任关系说”系建立在违约金责任能否与其他违约责任同时存在的测度，即当违约方承担违约金责任后，非违约方能否要求违约方承担继续履行、损害赔偿的责任，倘若可以，便是惩罚性违约金，反之则是补偿性违约金。因此，补偿性违约金和惩罚性违约金所侧重实现的利益不同，导致违约金司法酌减规则究竟应以何者作为适用对象渐生分歧。

在体例设计和安排上，《民法典》第585条第1款是关于违约金的一般规定，第2款的第二个分句才是违约金司法酌减规则。因此，出于逻辑的融贯性和体例的关联性考量，违约金司法酌减规则的适用对象应当以第1款所规定的违约金类型为准。如此，第1款所规定的违约金性质究竟为何，便成为学界对违约金司法酌减规则适用对象论争之起点。有观点认为，我国实证法上的违约金从本质上看是补偿性违约金，因此需要通过违约金司法酌减规则将过高的违约金调整至与债权人的实际损失相当，^{〔14〕}也即惩罚性违约金并不适用于违约金司法酌减规则。^{〔15〕}与此相反的是，有学者认为，倘若认为我国实证法上的违约金属于损害赔偿的预定，那么对违约金应当适用损害赔偿法的一般规则，而惩罚性的违约金则可以通过违约金司法酌减规则达到与其所担保利益等价的效果。^{〔16〕}

综上，违约金司法酌减规则适用对象的纷争，乃至其存在意义的分歧，皆缘起于补偿性违约金与惩罚性违约金的观念区分。从补偿性违约金与惩罚性违约金分化的流变来看，法国法将违约金视为损害赔偿的预定，在法国之后，民法法系国家便以补偿性违约金的观念为基础构建起违约金制度，而惩罚性违约金则是因制度供给不足而生之与补偿性违约金相对立的概念。详言之，在违约发生后，为避免债权人要通过损害的证明、因果关系的证明等繁琐的损害赔偿程序才能实现损失的填补，便在立法上明示当事人可以在订立合同时事先约定损害赔偿的总额，由此创设出民法法系国家的违约金制度。^{〔17〕}基于该推论，违约金司法酌减规则便是为了达致当事人所约定

〔12〕 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。

〔13〕 参见前引〔7〕，姚明斌书，第46页。

〔14〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第825页。

〔15〕 参见王洪、李兆利：《我国惩罚性违约金条款规范路径的反思——由某“假一罚万”案所引发》，载《湖湘论坛》2020年第2期。

〔16〕 参见王洪亮：《违约金酌减规则论》，载《法学家》2015年第3期。

〔17〕 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。

的违约金符合实证法上补偿性违约金的定位，此即《法国民法典》设置违约金司法酌减规则的原因。^{〔18〕}准此，为彰显违约金在立法上的补偿性定位，《法国民法典》^{〔19〕}第1231—5条将违约金明确为债务之不履行的损害赔偿金。

但是，《民法典》第585条第1款却将违约金表述为“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”，其并没有斩钉截铁地将违约金限定在损害赔偿的预定之范畴，同时，其以并列句式揭示出当事人既可以在合同中事先约定违约金，亦可以约定损失赔偿额的计算方法。于此，虽然在文义解释上可以将违约金解释为损失赔偿额的具体数额，由此在条文结构上形成同一范畴事物并列式列举的模式，但在逻辑上亦可能存在立法者有意采用违约金与损失赔偿额两个不同的概念以彰显违约金与损失赔偿额的不同。当然，两种解释各自有理，而这间接反映出我国法并没有明确将违约金归属于损害赔偿的预定。

我国法在违约金是否与损失必然联系的立场上较为暧昧，因此，可以通过另设惩罚性违约金的观念，将明显超出损失、多个请求权并存等诸如此类构造的违约金纳入其中，从而达到区别适用违约金司法酌减规则的目的。但受制于违约金司法酌减规则以损失作为构成要件，经由体系解释往往得出补偿性违约金为我国的法定模范类型，而惩罚性违约金为合意特例的结论。如此，依赖体系解释而生的违约金二分体系，不仅没有为违约金司法酌减规则的区分适用提供有效进路，还容易形成将损失与违约金的识别必然挂钩的思维定式，束缚了违约金效用的正常发挥。

二、纾困路径：违约金功能论的路径尝试

（一）以功能论革除违约金司法酌减规则之现实积弊

诚如前文所述，实践和学理所创设出补偿性违约金与惩罚性违约金二分的概念体系，两者皆将违约金与当事人的受有损失相比较，从而导致实践和学理对违约金的关注焦点集中于违约金是否会给债务人造成过重债务负担之测度，进而忽略了违约金应当系当事人合意产物的根本性质，实有裁剪当事人意思自治之嫌，此举与《民法典》第585条第1款前半句的规范意旨相背离。

因与损失相勾连，且结合语义分析，惩罚性违约金中的“惩罚”二字表征着贬义色彩，遂被贴上非道德的标签，以至于其经常被理解为一种私罚的存在，^{〔20〕}使得裁判者一开始就对惩罚性违约金持有否定的态度。在该错误理念的引导下频繁启动违约金司法酌减规则，使得惩罚性违约金频频受限或屡遭禁止，导致我国的违约金实践偏离违约金规范的正常航向。可以说，主流学说和裁判实践对惩罚性违约金的界定均是着眼于结果意义上的评价，忽略了《民法典》第585条第1款前半句将违约金定位为合意产物的规范意旨，造成违约金司法酌减规则于违约金法体系上的不融贯，以及实践与法政策的错配。因此，对于违约金的评价不能只从结果意义出发，而是应该回归违约金系属合意产物之法技术的定位与本质，消解对惩罚性违约金的误解。据此，立足于违

〔18〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔19〕 本文的《法国民法典》中文译本来自 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true。

〔20〕 参见王利明：《合同法研究》（第3版）（第2卷），中国人民大学出版社2015年版，第701页。

违约金合意所生之违约金效用的违约金功能论或将提供一种崭新的评价路径。

违约金的功能论是从功能主义的立场去构建违约金的体系。在现行民法典的技术框架下，对功能主义甚为关注的当为担保领域的研究。从功能测度观察担保，其更加关注当事人在民事法律事实中的意思自治，从而挣脱担保形式主义的束缚。现如今，将功能主义引入违约金的研究与实践的畛域，旨在通过当事人的意思自治去落实违约金制度的价值，以便于形成与当事人的意思自治相符的利益安排。正如帕森斯所说：“社会制度有着特定需要或需求，当此需要或需求满足时，特定的制度才能够存续或保持内在平衡。”〔21〕违约金制度的确立，系为规范当事人的合同履行行为，保障当事人能够通过合同关系顺利实现利益的分配，而非一概对债权人受有的损失进行填补。

从违约金合意内容来看，其未必仅是填补违约行为造成的损失，亦可以是对履约行为的督促。具言之，违约金合意的达致，实质上是当事人希冀通过违约金的约定实现相应合同利益的安排。因此，从功能主义的角度出发，合同中的违约金不应再拘囿于数额之多少，而是关注当事人希冀通过违约金而实现的合同利益，以实现违约金的制度价值和平衡合同双方利益的旨归，达致规范适用与规范目的的融贯。

在功能主义的立场下，须依据违约金作为客观存在时的意义和影响，〔22〕以及其作为法律概念在不同文本语境中所发挥作用的不同，〔23〕做功能的异质性区分，进而将违约金类型化为“具有压力功能的违约金”和“具有补偿功能的违约金”。〔24〕由此可见，以功能论对违约金进行类型化的区分，系从违约金产生的客观效用探究当事人约定违约金的合意内容。〔25〕该判断方法遵循由客观功能定位主观合意内容的路径，更注重对合同当事人约定违约金的目的和违约金所含合同利益分配的考量。相比于惩罚性违约金与补偿性违约金所提供的理论框架，违约金功能论不仅能够促使违约金回归合意产物的正常航向，还能够化解违约金的一般规定与违约金司法酌减规则的扞格，有效搁置因惩罚性违约金与补偿性违约金的对立而生之论争，促进违约金实践与违约金规范的相互适应与协调，满足日益多样化的合同利益分配需求和交易现实需要，具有方法论上的重要意义。

（二）以解释论形成违约金功能论的规范路径

从比较法上来看，《法国民法典》第1231—5条对违约金的损害赔偿性质作了明确定位，并在第1231—5条第2款确立了法官对违约金数额进行调整的调节权，即“约定的违约金明显过高或过低时，法官当然可以进行相应的调整”；〔26〕此外，第4款明确规定法官调节违约金的规定为强制性规范。〔27〕由于法国法深受自然法的影响，其将违约金的性质定位为损害赔偿的预定，旨

〔21〕 Tacott Parsons, *The Social System*, Routledge, 1991. pp. 1-14.

〔22〕 参见梁慧星：《民法解释学》（第4版），法律出版社2015年版，第94页。

〔23〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第66页。

〔24〕 对违约金做相同区分的观点可参见罗昆：《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。

〔25〕 Vgl. Harm Peter Westermann/Peter Bydliniski/Ralph Weber, BGB—Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2010, Rn. 2., 56.

〔26〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 2er. : Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

〔27〕 法律原文 C. civ., art. 1231—5, al. 4er. : Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

在通过违约金的支付使得债权人因债务人违约受有的损害得到赔偿。^[28] 所以，法官自然有权利调整合同中的违约金数额，使得债务人只需要支付与债权人损失相当的违约金即可。在德国法中，《德国民法典》并未与法国法一样将违约金作为损害赔偿的预定，而是作出了将违约金的给付与合同的给付障碍形态密切关联的制度安排。同时，出于“有利于债务人”的考虑，立法者在第 343 条设定了违约金司法酌减规则，^[29] 以避免当违约金“过巨”时，债权人对债务人的过分剥削致使债务人利益失衡的情形。

综合比较，我国关于违约金的立法例与法国法和德国法皆有所不同，既未直接将违约金作为损害赔偿的预定，也未能从现有的立法资料中得出立法者持“有利于债务人”之立场，但却将“过分高于造成的损失”作为违约金司法酌减规则启动的基准，由此引发了法体系上的不融贯。因此，亟需把我国法上的违约金一般规定与违约金司法酌减规则的相互关系梳理清楚。

观察《民法典》的体例结构，“支付违约金”作为民事责任置于《民法典》的“总则编”，且对于违约金的一般规定另置于“合同编”的“违约责任”一章中，所以，即便认为“支付违约金”在性质上属于责任承担方式的一种也未尝不可。^[30] 但“在民法中的任何定义都是危险的”^[31]，从我国法对违约金一般规定的构造设计来看，似乎更应该注重违约金作为债的性质，而不宜直接解释为违约责任。^[32] 从风险与控制理论来看，合同是理性人风险分配的一种形式，基于合意而生的违约金是当事人对合同关系所带来的风险与收益的一种预期，将违约金作为违约责任的预定，其中便涵盖了发挥违约金的补偿功能、制裁功能、预防风险功能等多种约定意图。^[33] 从解释学上来看，违约金的一般规定放置于“违约责任”一章之下，这只能说明当事人可以通过违约金的约定，预先协商好违约行为发生后一方应当承担的义务，并不代表违约金只能是损害赔偿的预定。由此，违约金的压力功能便具有规范上的解释空间，为补偿功能与压力功能违约金体系的建构奠定了规范基础。

因此，裁判者应当对《民法典》第 585 条第 1 款前半句的违约金一般规定作目的性扩张性解释，使之回归于当事人合意产物的本位，将目前非补偿损失的违约金也框定在该条款的调整中，^[34] 以此构建起与交易实践相适应的违约金功能的类型系谱，并根据意思表示理论将现行法中的合同效力控制规则作为其规范进路。对于《民法典》第 585 条第 2 款第二个分句的违约金司法酌减规则而言，之前系因扩大解释使其得以在司法实践中无差别地适用于一切违约金，如今则应当根据“损失”要件的存在进行目的性限缩，将非损失填补功能的违约金排除在该规则的适用范围之外。^[35] 如此一来，通过对这两个条款双向度的漏洞填补，将可以达致法体系上的内部融

[28] Vgl. Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, 1981, S. 115.

[29] 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》（第 7 版），沈小军、张金海译，沈小军校，中国人民大学出版社 2014 年版，第 295 页。

[30] 参见王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》（第 6 版）（上册），法律出版社 2020 年版，第 272 页。

[31] 费安玲：《论我国民法典编纂活动中的四个关系》，载《法制与社会发展》2015 年第 5 期，第 102 页。

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

[33] 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

[34] 参见杨仁寿：《法学方法论》（第 2 版），中国政法大学出版社 2013 年版，第 203 页。

[35] 参见前引〔23〕，黄茂荣书，第 408-409 页。

贯和法律规范适用的外部协调。

以上法律解释方法的落实，需要裁判者着眼于违约金合意的本质，探究当事人约定违约金的意图和作用，并依据规范目的和违约金的效用限制违约金司法酌减规则的适用场合。由此构建起违约金一般条款和违约金司法酌减规则的解释和适用路径，本质上是对规范功能的需求为导向形成法律解释的标准。准此，或将为我国法上的违约金规范提供新的解释论进路。^{〔36〕}

三、理论重构：违约金功能图景的设计

（一）压力功能的违约金：基于督促履约合意的证立

违约金作为当事人意思自治的产物，在逻辑构成上，包括了当事人约定违约金的目的是、违约金的约定内容等。结合我国法上违约金一般条款的构造观察，违约金可以是合同当事人为督促对方履约在合同中订立的金钱给付义务之条款。准此以言，客观上具备给债务人施以履约压力且与损害无关的违约金系“压力功能的违约金”。^{〔37〕}

罗马法上的违约金通常以罚金要式口约订立，其中，单纯罚金协议较为常见的表述为“在没有这样做的情况下，承担罚金责任”；而非单纯罚金协议会以如下句子结构进行表述，“如果你不给付土地，那么，你允诺给我 100 枚金币吗”^{〔38〕}。该二者都表示出，如果一方不履行约定的行为，那么就要承担金钱给付的责任，该责任生之于债务人为了保证债务之履行而与债权人订立的契约，具有督促债务人为或者不为一定行为的压力。在比较法上，《德国民法典》就明确将违约金作为债务人对债务履行之督促而进行规定，^{〔39〕}该法典第 339 条规定：“债务人就其不履行或不以适当方式履行债务的情形，向债权人约定支付某一金额作为违约金……”^{〔40〕}在规范结构上，我国法对于违约金的一般规定与德国法的构造相似，都将违约金作为因违反约定义务而发生给付效力的金钱之债。综合《民法典》第 585 条的第 1 款和第 2 款来看，实证法虽明确违约金具有损失填补的功能，但并不排斥通过当事人的约定形成压力功能的违约金。因此，依据权利推定的法理，我国法并没有禁止具有压力功能的违约金的存在。^{〔41〕}

依违约金系由意思自治而生的推论前提，有论者认为，当事人约定的违约金可以履行担保功能，即其可以在债之不履行、不完全履行的情形下，发挥替代履行或损害赔偿的效用，抑或是在法律关系的构造上为债务人多设定了一个金钱债务。^{〔42〕}但实际上，由于违约金既没有使债务人责任财产特定化，也没有扩张其责任财产的范围，且违约金的给付义务往往依赖于债务人本人责任财产之多寡，故其并不符合我国法上担保的品格，如若仍旧将违约金视为非典型担保的类型，

〔36〕 参见陈辉：《论功能主义法律解释论的构建》，载《现代法学》2020年第6期。

〔37〕 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。值得说明的是，有学者将“向对方施加履约压力，督促其依约行事”的违约金称为“担保功能的违约金”。参见前引〔17〕，韩强文。但笔者认为，不宜将其称作“担保功能的违约金”，其原因已在文中详述。

〔38〕 费安玲主编：《罗马私法学》（第2版），法律出版社2020年版，第237页。

〔39〕 Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 141.

〔40〕 陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社2015年版，第126页。

〔41〕 参见姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016年第5期。

〔42〕 参见前引〔17〕，韩强文。

则有担保泛化之嫌。^{〔43〕}然而,不可否认的是,囿于违约金的约定,债务人除了要承担损害赔偿、强制履行的违约责任,^{〔44〕}还要承担违约金的给付义务,甚至在债权人没有受到损害时,承担违约金的给付义务。换言之,虽然违约金并不具备担保的品格,但却可以创制相较于只有法定违约责任存在时更强的履约压力,故而不妨认为,违约金可以发挥加强债务履行的促进作用。^{〔45〕}

关于违约金如何发挥督促债务履行的压力功能,在学界聚讼纷纭。大体而言,“数额比较论”“违约责任并行论”和“阶段功能论”是目前接受度较高的三种观点。数额比较论者认为,违约金的数额超出典型损害的,将对债务人形成履约的压力。^{〔46〕}亦有论者认为,违约金的压力体现在违约金的数额超过债务人选择违约的成本上。^{〔47〕}违约责任并行论者认为,压力功能的违约金并不排斥损害赔偿或继续履行的同时主张。^{〔48〕}所谓的阶段功能论是指,违约金兼具双重功能,其压力功能主要体现在基于金钱给付义务的存在而使得债务人在履约阶段产生积极履约的心理压力。^{〔49〕}除此之外,亦有论者认为,违约金的压力效用与当事人履约的主观过错相关联。^{〔50〕}

观察上述对违约金压力功能的界定,可以发现,违约金的压力功能就在于通过违约金存在的事实给债务人形成一个额外金钱给付的负担。这一金钱给付的负担在数额上通常超过没有约定违约金场合下的损害赔偿额,使债务人慎重考虑违约引起的违约成本,积极践行“合同必须严守”的原则。譬如,在非民间借贷合同迟延履行场合,当事人对迟延给付金钱债务约定了压力功能的违约金,即便由此计算出的逾期违约金超过了债务人尚未完成给付的金钱债务,亦应当支持,同时可要求债务人支付逾期给付的利息并完成原给付义务。由此,通过多重金钱给付的要求,尤其是违约金能够随着迟延履行的持续时间而得到累加,增加了债务人及时履约的积极性,防止债务人对金钱债务的久拖不决。

至此,可以总结出违约金展现压力功能的机理,即通过约定一个有可能超过损害赔偿额的金钱给付,以及违约金与损害赔偿、继续履行等责任的并存,创设出违约行为发生后有利于债权人的利益格局,^{〔51〕}从而给债务人带来违约的后果预示并发挥警示作用,^{〔52〕}形成督促债务人积极履约的事实效用。由于压力功能的违约金系为了督促债务人的积极履约,故损失的发生与否及大小,皆非违约金请求权的构成要件,但债务人的过错却系压力功能违约金发生效力的构成要件之一。^{〔53〕}

基于压力功能作用的机理,在不同的违约形态中展现出的压力形式也是不同的。在迟延履行

〔43〕 参见前引〔7〕,姚明斌书,第102页。

〔44〕 需要说明的是,本文多次出现“强制履行”和“继续履行”二词,其涵义具有严格的界分。在概念的定义上,强制履行包括了继续履行和修理、更换、重作等补救措施的违约责任。

〔45〕 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第424页。

〔46〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社2004年版,第342页。

〔47〕 参见前引〔6〕,邓辉、王浩然文。

〔48〕 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。

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

〔50〕 参见吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

〔51〕 参见前引〔41〕,姚明斌文。

〔52〕 Vgl. Isabel Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 25f.

〔53〕 参见前引〔49〕,王洪亮文。

的场合，违约金、逾期利息和继续履行并存，且违约金会随着迟延履行持续而累加，促使债务人及时停止违约行为。在不完全履行的场合，债务人须同时承担违约金给付义务和相应的补救措施，若是该行为同时导致了损失，则要承担给付违约金、履行补救措施和损害赔偿三项义务。在拒绝履行的场合，违约金、继续履行或替代履行的损害赔偿皆由债务人承担，但后二者择一承担的选择权归属于债权人。若此时的违约金超出债务人拒绝履行的成本与得益，^[54] 其足以对债务人形成不敢违约的威慑。在不能履行的场合，因债务人之过错导致不能履行的，债务人在承担违约金之余，仍需要承担损害赔偿责任。在比较法上，《德国民法典》的违约金支付要件就与给付障碍法在功能上具有密切联系。^[55] 譬如，在给付迟延的情形下，当债权人请求债务人支付迟延履行违约金后，债务人仍需承担继续履行的法定责任。与债务人未发生违约行为的情形相比，债务人的财产总量额外减少，足以使债务人在违约之前考虑清楚是否选择违约，以及在非故意违约的情况下是否有必要积极、及时地避免违约行为的发生和持续。

总而言之，违约金压力功能在客观效用系因额外的金钱给付与法定违约责任的并存而给债务人带来的履约压力，债务人承受这一压力的正当性就在于，其与债权人达成了接受督促履约的合意。

（二）补偿功能的违约金：基于损害预定合意的证立

违约金对债权人最初的意义是，通过事先的违约金约定，使得债权人因违约受有的损失能得到直接补偿，而无须另行按照损害赔偿规则举证损失的大小，减轻自身的举证负担。故而，为避免深陷追诉损害赔偿但又无法证明损失之窘境，当事人立基于损害的填补而为之违约金约定，可称其为补偿功能的违约金。

在比较法上，法国虽然经过 2016 年和 2018 年的债法改革，但其对违约金的性质定位并无立场上根本的转变。《法国民法典》第 1217 条规定了在债之不履行或不完全履行的场合下可供债权人选择的五种救济方式，但与金钱给付有关的唯有损害赔偿金的支付，而违约金规则集中规定在第 1231 条中，位于与第 1217 条同节的“不履行债务的损害赔偿”次节项下。第 1231—5 条第 1 款是关于损害赔偿金约定的一般规定；^[56] 而第 2 至 4 款是对违约金司法酌减规则的规定。从当事人角度看，因债之不履行或不完全履行造成的损害以债务人向债权人支付损害赔偿金的形式弥补，其形式既可以是在合同中约定损害赔偿金，亦可以是约定以损失为基准的违约金，而裁判者对该二者皆有调节权。从裁判者的角度看，实证法虽然允许在一定条件下违约金明显与损失不相符，但在债之不履行及不完全履行的场合，裁判者仍须以当事人受有的损失为基准调节违约金的数额；在迟延履行的场合，违约金亦需要与当事人受有损失相比，只是此时对损失的计算不如前二者直接。此外，新修订的《日本民法》在“债务不履行的责任”分节中的第 420 条第 3 款采取推定的立法技术对违约金的损害赔偿性质作了规定，如果违约金没有被当事人做特别的约定，则

[54] 此处的“得益”是指，债务人通过效率违约得到的利益。

[55] 参见前引 [29]，迪尔克·罗歇尔德斯书，第 290 页。

[56] 修法后的法典部分译文可参见《〈法国民法典：合同法、债法总则和债之证据〉法律条文及评注》，秦立威译注，载《北航法律评论》第 7 辑，法律出版社 2017 年版，第 184—257 页。

应当做“赔偿额的预先确定”的推定，除非有相反证据证明。^{〔57〕}

从体系化的角度去解读法国法与日本法关于违约金的立法定位可知，由于法国法将违约金作为损害赔偿的约定而置于“不履行债务的损害赔偿”一节中，故而，裁判者有权将违约金控制在与损害赔偿相当的数额内，当事人违约金约定的意思自治空间因此受限；而在日本法上，违约金虽然置于“债务不履行的责任”一节中，同时被推定为损害赔偿的约定，但立法例肯认当事人可以通过意思自治赋予违约金以非损害赔偿的类型定位，相较于法国法，当事人有更大的意思自治的空间。但毋庸置疑的是，违约金在法国与日本的实证法上确实扮演着损害赔偿的角色，发挥着损害填补的功能。

相较于压力功能，违约金的损害填补功能可能更易于国人的理解和接受，或许，这与我们立法者的规范意图和司法实践的惯常做法有关。于立法中，立法者希冀将我国实证法上的违约金定位为仅具有损害填补功能的违约金，具体体现在《民法典》第585条第2款设置的违约金司法酌减规则将当事人受有的损失作为可否调减违约金的阈值；于司法实践中，法院一再重申违约金应以填补守约方的损失为主要功能。^{〔58〕}概言之，在我国法上，业已达成这一共识：违约金的损害填补功能是其初始功能，且为我国的违约金法定模范类型。^{〔59〕}

诚然，若当事人在合同中约定的是补偿功能的违约金，其在性质上是损害赔偿的预定，旨在通过违约金的给付达到弥补当事人受有损失的效果，^{〔60〕}故应当以损失作为违约金发生效力的要件。^{〔61〕}在法效果上，若一方当事人发生违约金所指向的违约行为，该违约行为导致损失的产生，且债权人没有其他违背诚实信用原则的情形，违约金产生给付效力，债权人无须再通过冗杂的法定损害赔偿制度证明自己受到的损失、损失与行为的因果关系等，而只需负担较轻的举证责任即可弥补损失，但这这就要求违约金在数额上符合一般理性人所能预见的典型损害。所谓的典型损害，应当包括《民法典》第584条的损失、“合同编”和“人格权编”认可的精神损失以及其他无形的损失，^{〔62〕}但不宜包括合同关系之外的利益。此时，通过主张补偿功能的违约金，债权人难以证明的损失往往可以得到填补，而这也为《征求意见稿》将“超过损失的百分之三十”作为违约金过高的标准提供了正当性基础。

依据当事人对补偿功能违约金的合意类型，可以将补偿功能的违约金区分为最低损害赔偿的预定和最高损害赔偿的预定，二者在利益的分配上具有或有利于债权人或有利于债务人的规范构造，但均受控于可预见规则。最低损害赔偿的预定是当事人在合同中约定以违约金作为损失的最低赔偿后，债权人无须通过举证即可请求支付，若不足以填补损害的，债权人仍可继续请求损害赔偿，^{〔63〕}若是损失小于违约金的，亦要按照违约金的约定进行给付。最高损害赔偿的预定为当

〔57〕 参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译：《日本民法典》，中国法制出版社2018年版，第91页。

〔58〕 参见最高人民法院（2011）民再申字第84号民事裁定书。

〔59〕 参见姚明斌：《违约金的类型构造》，载《法学研究》2015年第4期。

〔60〕 参见前引〔17〕，韩强文。

〔61〕 参见前引〔14〕，韩世远书，第777页。

〔62〕 司法实务界业已有观点认为，违约金具有补偿不可赔损失的作用。参见邹双卫：《论不同损失状态下的违约金变更》，载《人民司法》2010年第17期。

〔63〕 参见《德国民法典》第340条第2款；前引〔40〕，陈卫佐译书，第126页。

事人在合同中就某一违约行为造成的损失预定损害赔偿的上限，债务人可以在诉讼中通过举证证明债权人受有的损失小于违约金，从而减少违约金的给付。进言之，该类型的违约金可作为债务人对违约行为的“对价”，当债务人给付违约金后，无须再对债权人承担损害赔偿的义务，而不问违约金是否能够填补债权人的损失；若是存在强制履行的可能且违约金所补偿的利益系与其同值的履行利益，亦排除强制履行的并存。当然，在正式启动诉讼之前，债权人有权选择是主张违约金抑或法定损害赔偿。于此，基于补偿功能违约金系损害赔偿的预定，为达致法律体系的融贯，需要在损害赔偿法的框架内寻得与其适配的规范。^{〔64〕}

（三）违约金功能的识别：从违约金所附的条件出发

学界就如何识别违约金的功能观点林立，虽各有所长，但亦各有不妥之处。前文已述及，对于压力功能的违约金，数额比较论是以违约金是否超过损失作为其是否具备压力功能的判断标准，但关键在于，以损失作为对照标准，这是在聚焦于合同履行的结果，而非合同的履行过程，而违约金的压力功能应当是在合同履行过程中对债务人产生的效用。所以，以违约造成的损失与违约金相比进而推定违约金的功能，这并非功能主义方法论下的正确思维。违约责任并行论系根据当事人的约定，将当事人允许与法定违约责任并行的违约金认定为压力功能的违约金，虽然恪守了违约金系合意产物的立场，但却对如何判断当事人是否约定了与法定违约责任并行的违约金未有深入探究，况且，简单地将违约金能否与法定违约责任并存作为识别进路，容易造成误判。

可以说，现有识别违约金功能的方法，大多数是立基于违约金与损失、法定违约责任之间的相互关系展开的，几乎忽略了违约金系合意产物的基本前提。为此，应当重返违约金意思自治的基本立场，以约定违约金时当事人的目的而为事前判断。^{〔65〕}在实践中，这需要从当事人所约定的违约金发生效力之情形而为观察；在理论上，可以附条件的法律行为理论作为违约金功能的识别路径。

端视我国法上违约金的规范构造，违约金是当事人在合同中约定的以“违约行为”作为给付效力要件的金钱给付协议。如果合同得到正常履行，违约金便处于成立但未生效的状态，反之，如果在合同履行的过程中发生了违约金所指向的违约行为，债务人随即负担违约金给付义务。因此，违约金效力取决于违约金所指向的某种违约行为是否发生。此种以某种条件的成就决定法律行为效力的，便是附条件的法律行为。因此，违约金请求权应当是一种附生效条件的债权。^{〔66〕}

由此，判断违约金的功能应当着眼于违约金生效条件的意定内容。也即，根据语义解释提炼出当事人在生效条件中透露出的约定违约金的目的，并将其与压力功能和补偿功能违约金的各自特征进行交叉检视，方可检验出违约金的功能类型。

结合压力功能违约金与补偿功能违约金的内涵来看，违约金生效条件的内容是否在于损害赔偿的预定，成为识别违约金功能的主要进路。但是，姑且不论不同违约形态下债权人受有利益损

〔64〕 参见朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第608页。

〔65〕 参见前引〔24〕，罗昆文。

〔66〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编通则Ⅱ》，中国法制出版社2020年版，第407页。

失的不同，^{〔67〕}就文本的语义解释而言，其也会因不同类型合同的语境而有迥异的涵义和解释方法，这就为甄别违约金生效条件的意定内容是否不只包含损害赔偿的预定带来困难。下文将详述无法直接判断当事人约定违约金是否旨在预定损害赔偿之时，识别违约金功能的路径。

一般来说，违约形态分为迟延履行、不完全履行和拒绝履行。^{〔68〕}迟延履行所造成的损害是指债权人无法如期取得标的物带来的利息、转卖利差等损失。若违约金生效条件指向的是迟延履行，但违约金的计算根据并非为利息、转卖利差，或者是数额上明显高出依据现有计算方式所得出的利息或可预期的转卖利差，皆应当认定为压力功能的违约金。^{〔69〕}不完全履行的场合，债权人受有的损失为其受领的标的物与合格标的物之价值的差额。若违约金的生效条件系不完全履行，但其计算根据并非前述的差额或是数额上明显高于该差额，皆应当认定为压力功能的违约金。但若是在不完全履行导致的固有利益受损之场合，如果违约金系以此为计算根据，即便数额远超该损失，亦应当固守损害填补原则，认定其为补偿功能的违约金。在拒绝履行的场合中，债权人的履行利益必然受损，若违约金的计算根据为该履行利益，则应当认定为补偿功能的违约金，并排斥法定违约责任的并行；但如果明确约定违约金与法定违约责任并行，则为压力功能的违约金。

综上，压力功能的违约金总是出现在与债权人在相应违约形态下受有的损失不相关或不匹配的场合中，但如果是某一违约行为导致损害的盖然性很小，合同双方仍执意约定违约金，此时可直接认定为压力功能的违约金。除此之外，不同合同类型所形成的利益格局不同，需要进行利益衡量的基点也不同，因此可以在区分合同类型的基础上，结合不同违约形态下债权人受有损失的类型，识别违约金的功能。

划分合同类型并非易事，但根据合意主体的类型与合同目的进行划分，可将合同类型分为商事合同、民事合同、消费合同以及劳动合同等。^{〔70〕}在商事合同中，若双方约定“逾期退还保证金的，按其的每日千分之十支付违约金”，^{〔71〕}或者约定“逾期付款的，按所欠到期款项的每日X%计算违约金”，虽然前者是不完全履行，后者是迟延履行，但履行的均是金钱给付义务，对于商事主体而言，保证金和货款等流动资金皆为日常经营之必须，债务人的拖延，乃至故意拖延，都将对债权人带来不可小觑的损害。因此，商事主体对于违约金的约定，一般均是督促相对方履约，故应认定为压力功能的违约金。当然，商事主体在资金融通活动中约定违约金的，由于出借资金的行为就是为缓解债务人现金流的紧张，故而债权人不宜趁人之危甚或超额获利，即便其与债务人约定了压力功能的违约金，但数额的上限应受到民间借贷司法解释的约束。

在民事合同中，尤其是自然人之间的借贷中，自然人并不存在与商事主体同样的资金流需求，故而迟延履行的违约金应当认定为补偿功能的违约金，且为最高损害赔偿的预定，其不仅应

〔67〕 参见前引〔29〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第290页。

〔68〕 参见前引〔14〕，韩世远书，第522-567，820页。

〔69〕 迟延履行场合下补偿功能的违约金将与继续履行等违约责任并存，这看似与前文之结论相悖，但实则不然，因为违约金在客观上只是起到对迟延履行受有损失的补偿。相较于依据“责任关系说”所推出的迟延履行场合中的违约金属于惩罚性违约金的不妥结论，在功能视角下观察违约金，更有助于厘清违约金在合同中的价值。

〔70〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔71〕 参见北京市第一中级人民法院（2020）京01民终7074号民事判决书。

受到民间借贷司法解释的上限控制，若是利息已经弥补或者冲抵资金占用的损失，则应做相应的调减。^{〔72〕}再比如，在非金钱债务的拒绝履行中，若有“出现根本违约情形的，以相当于该房屋总价款的20%向乙方支付违约金”之约定，^{〔73〕}宜认为这是替代履行的损害赔偿之预定。^{〔74〕}循此思路，即便在其他民事合同中，亦应当认为违约金系补偿债权人受有的损失，除非明确约定违约金的给付与损害赔偿等其他法定违约责任并存。

在消费合同和劳动合同中，合同的一方主体处于预见能力不强、缔约地位较弱的位置。此时若有表面上不利于弱势一方的违约金条款，皆应当做有利于弱势一方的解释。譬如，竞业限制违约金虽然名曰“竞业限制”，但并非限制劳动者的人身自由，而是起到弥补用人单位受有损失的效果，因此竞业限制违约金应当认定为补偿功能的违约金。

据此，在附条件法律行为的技术框架下，压力功能和补偿功能违约金的识别便有了相应的技术进路，同时亦能为是否发生符合违约金生效条件的违约行为提供判断路径，为补偿功能违约金和压力功能违约金的规则适配奠定基础。

四、实践出路：区分违约金的功能而适用违约金司法酌减规则

（一）压力功能的违约金适用于合同效力控制规则

在意思自治的视角下，当事人之所以接受压力功能违约金的约定，一定是其能够从合同中获取的利益远超因违约金的支付而带来的损失，抑或是，债务人有完全的信息和资源完成合同项下约定的义务，因而便以高额违约金的约定换取合同订立的机会。据此，压力功能的违约金当属于当事人意思自治的范畴。恰逢意思自治与合同效力控制规则有着天然的联系，遂应当以合同效力控制规则作为压力功能违约金的规制模式。质言之，压力功能的违约金系违约金作为法律行为的典型体现，故而，其将接受合同效力控制规则的约束，而不应当再适用违约金司法酌减规则。^{〔75〕}

经过合同效力控制规则检验的违约金对当事人产生法律强制力，合同主体必须依据允诺完成约定的义务，除非发生不可抗力或者是合同基础条件丧失，否则任何一方不得擅自变更、解除违约金条款。^{〔76〕}此外，在适用合同效力控制规则的过程中，需更注重利用显失公平的标准对违约金的妥当性和合法性进行检验，如此才能更好地促使其发挥压力功能。^{〔77〕}

违约金的压力功能最突出的作用就是债务人会因忌惮债权人的违约金请求权而积极地履约，虽然这既有可能是基于在违约行为发生后，债权人多个请求权的并存带来的压力感，也有可能是高额的违约金带来的压迫感，但诸如此类的不利益，均是来源于债务人为了向债权人保证自己履约的能力和意愿而自愿缔结的违约金条款。可以说，其是希冀通过违约金条款的缔结促成合同关

〔72〕 实践中已有相类似的做法。参见最高人民法院（2017）最高法民终98号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民终884号民事判决书等。

〔73〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终2814号民事判决书。

〔74〕 参见前引〔28〕，Detlev Fischer书，第57页。

〔75〕 实务界亦有相似观点，参见最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决书。

〔76〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔77〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1032页。

系的达成,以实现利益的分配。但是,如果违约金条款的订立未满足合意度和均衡度的要求,致使债务人因违约金的支付而处于与违约金订立之前相比极为不利的状态,且该不利状态的结果是债权人利用了债务人的意思瑕疵,此时的债务人应当享有撤销权。另外,从利益平衡的角度来说,若违约金给付义务给债务人带来足以毁灭其经济生存基础的后果,且债务人并不会因允诺给付违约金而得以订立具有主观等价性的合同关系,那么,该违约金条款便有被认定为无效的可能。^[78]

除了对违约金进行妥当性检验之外,亦需对其进行合法性检验,即违约金条款不能违反《民法典》第153条的规定。尤其是出于稳定金融秩序的需要,民间借贷领域的违约金将受到更为严苛的限制。惟其如此,在实现违约金的个案价值之余,亦能对金融商事领域中的违约金实践产生一定的导向作用。此外,需出台相应的规范性文件用以明确并放宽商事实践中违约金的自治限度,而这在比较法上已有可供比照的对象。《德国商法典》第348条就旨在提醒裁判者,在审理商事合同时注重违约金在商事合同中的行为意义,提高对商事行为为基础的关注,以维护正常的商事交易秩序。此时,违约金无关于债权人的损失是否得到弥补,而只与违约金形成的合意机制和合意特性有关。

反观我国违约金司法酌减规则的适用现状,其工具价值显著,通常是作为对裁判者认为不适当的违约金进行酌减的规范支撑。在这其中,裁判者通常只能看到违约金的结果价值,却不会从违约金的结果意义追溯违约金的行为意义,导致当事人对违约金约定的意定内容和其意欲通过违约金实现的效果意思均被忽略。倘若执意将违约金司法酌减规则普遍适用于作为法律行为的违约金上,不仅与现行法体系对法律行为的规制模式相抵牾,同时亦扭曲了违约金的压力功能。^[79]总之,压力功能的违约金应当适用《民法典》“总则编”第六章关于法律行为效力的条款和“合同编”关于合同效力认定的规范群,^[80]并着重围绕“主体合意度”和“合同均衡度”展开具体的规制。^[81]

(二) 适用违约金司法酌减规则的情形

补偿功能的违约金除了要经过合同效力控制规则的检验之外,为及时地定分止争,应允许违约金司法酌减规则作为其数额调整机制,这将对合同效力控制规则的有益补充。^[82]

观察违约金司法酌减规则的构成要件和规范目的,可以发现该规则是为了将违约金数额控制

[78] 参见戴孟勇:《惩罚性违约金、违约责任与定金》,载崔建远主编,韩世远执行主编:《民法9人行》(第2卷),金桥文化出版(香港)有限公司2004年版,第179页。

[79] 一方面,在文义解释的指引下,高于损失的违约金将受到司法酌减,此时,被酌减的部分在效力上可径直认定为无效。其实,这是裁判者将合同无效的裁判思路和规范逻辑运用到违约金酌减的过程中,只是未将其呈现在裁判文书上罢了。另一方面,对违约金为司法酌减之目的是将违约金调减到由一定的量化标准所确定的数值,而可视化数值尚需量化的因素所确定,但违约金的压力功能之“压力”并没有可参考的量化标准。因此,不宜将违约金司法酌减规则运用到违约金发挥压力功能的场合。

[80] 依此路径,将可以避免上文所述的以违约金司法酌减规则之名,行运用合同效力控制规则之实的名不副实的裁判的发生。如此,既能强化裁判文书中裁判理由的论证逻辑,又能更好地指导民事活动和商事实践,从而促进法律在个案中的精确适用,提升司法的公信力。

[81] 具体方法参见覃榆翔:《论〈民法典〉合同无效判定规范体系的新建构》,载《北京化工大学学报(社会科学版)》2021年第3期。

[82] 相同观点参见姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,载《法学家》2017年第5期。

在与当事人受有损失大致相同的范围内，具有明显的工具价值，且《征求意见稿》规定的酌减违约金须考察之因素，亦是依法定损害赔偿规则计算损害赔偿数额时需要斟酌的因素。因而该规则的规范目的与适用条件实质上业已与法定损害赔偿规则无异。如果当事人约定的违约金属于补偿功能的违约金，由于补偿功能的违约金与法定损害赔偿的制度价值相契合，为使得违约金的支付效果与损害赔偿相当，裁判者可根据当事人的请求适用违约金司法酌减规则，无须另行启动损害赔偿规则，以免徒增当事人的诉累。值得一提的是，由于违约金司法酌减规则的工具价值显著，其也可以适用于根据违约金数额确定当事人受有具体损失的场合中。以上情况详述如下：

第一，在违约金发挥补偿功能的场合。如前文所述，补偿功能的违约金分为最高损害赔偿的预定和最低损害赔偿的预定，对于二者的认定，皆需探明当事人在违约金订立之时，债务人对债权人可能遭受的典型损害的预期范围，但在细节上又有所不同：前者是当典型损害较为明确的情形下，债务人与债权人所达成的意在补偿债权人所受损失的违约金，其数额通常会比发生的损失要高；而后者则是在典型损害较为模糊的情形下，为了减轻举证负担而以违约金替代损害赔偿，其约定数额往往会比发生的损失要低。与此同时，由于补偿功能系有利于债务人的规范构造，根据有利者举证原则，债务人对其之前所预计的典型损害应当负有证明责任。两相比较，违约金司法酌减规则主要是用于调减最高损害赔偿的预定。

根据实证法的表达，违约金司法酌减规则的适用效果是将违约金的数额控制在以当事人受有的损失为标尺的一定范围之内。如果超出该损失的部分达到“过分”的临界值，裁判者可依据当事人的请求启动酌减程序，并最终决定是否予以减少。基于最高损害赔偿的预定的固有意涵，在违约行为发生后，其往往会被证明高于债权人因违约受有的损失，而这就与补偿功能违约金的制度定位不相匹配。因此，为促使最高损害赔偿的预定能够履行其作为补偿功能违约金的制度功能，须适用违约金司法酌减规则。当然，最高损害赔偿的预定系当事人对典型损害的预计，而当事人的预计往往会受到主客观因素的掣肘，因而既不能要求当事人事先对损失进行精准的约定，也不能排除当事人对损失事先约定的条款效力，故应当允许最高损害赔偿的预定未必与已证明的损失相吻合，并允许经过调减后的违约金与当事人能够证明的损失有一定的出入，^{〔83〕}从而补偿债权人无法证明的损失。基于前述缘由，可以借违约金司法酌减规则之手，达违约金补偿功能之效果，尤其是在不完全履行的场合，裁判者可依据债权人因部分履行所获之利益减少违约金，以使得违约金能准确发挥补偿债权人受有损失的效用。^{〔84〕}

第二，在合同的权利义务终止后，抑或是，通过合同效力控制规则判定违约金无效后，由于当事人在合同关系中受有的损失应当予以填补，故可将违约金数额作为损害赔偿认定的基准，进而运用违约金司法酌减规则最终确定损失额。^{〔85〕}提请注意的是，严格意义上说，若非合同权利义

〔83〕《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款规定：“当事人请求人民法院减少违约金的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚信原则予以衡量，并作出裁判……”

〔84〕参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），中国人民大学出版社2004年版，第349页。

〔85〕比如，《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〔2020〕17号）第20条规定：“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；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照民法典第五百八十五条第二款的规定处理。”兹为实例。

务终止之情形，不宜一律称为对违约金司法酌减规则的适用，因为此时裁判者难以将该规则直接作为裁判的依据，而只是在裁判的过程中运用了该规则实为损害赔偿确定的内在思想。^{〔86〕}

关于是否可以将合同中的违约金作为补偿债权人之损失的参照，有学者认为：“损失赔偿的约定可参照适用违约金酌减规则。”^{〔87〕} 在合同的权利义务终止或者违约金条款无效的场合中，虽然债务人免除了相应的给付义务，但债权人因违约行为遭受的损失仍需要得到补偿，因而，在双方当事人之间便形成了法定损害赔偿之债。由于我国法上的法定损害赔偿以补偿损失为主要目的，遵循完全补偿原则，且受到可预见性规则的限制，在此过程中，既不容许违约方因违约而获利，也不容许守约方从违约方的给付中获得超过其损失的财产利益，而应始终保持双方利益上的平衡，^{〔88〕} 而这个平衡则有赖于裁判者根据当事人受有的损失行使自由裁量权来达致。如此，违约金司法酌减规则的适用便有了一定的主观条件。^{〔89〕} 除此之外，其客观的现实基础在于：一方面，已有裁判者参照违约金数额确定损害赔偿额度的案例；^{〔90〕} 另一方面，以合同中明确约定的有关数额作为确定损失的参照方法业已被广泛运用于非违约金的案件中。^{〔91〕} 因而，借助合同中违约金的约定，同时综合判例、行业惯例等多种因素，通过运用违约金司法酌减规则或者其内在思想，来确定损害赔偿的合理范围，该技术性处理的手段未免不是一种具有实益的司法技术，值得尝试。

五、结 论

在何种情形下适用违约金司法酌减规则，应当交由当事人所约定的违约金发挥何种功能所决定。若执拗于将违约金区分为补偿性违约金和惩罚性违约金的做法，则容易因对“私罚”之抵触而倾向于借助违约金司法酌减规则将违约金控制在一定数额范围之内。此举不仅有损当事人对违约金的意思自治，更无助于违约金实践价值的发展。因此，不妨从功能主义的视阈对违约金做系统整理，通过法律解释的续造，将其区分为补偿功能的违约金和压力功能的违约金，以期疏解对惩罚性违约金的误解。

由此，为更好地促进法律体系的融贯和法律适用的协调，应当在附条件的法律行为之技术框架下重构违约金的理念、制度体系和规范适用。进言之，通过对违约金发生给付效力所附条件的关注，识别违约金在个案中所呈现的具体功能。在此基础上，结合违约金的功能设计及其制度价值的分异，对压力功能的违约金需要重返合同效力控制规则的领域而为规制，在违约金发挥补偿

〔86〕 参见前引〔5〕，覃榆翔文。

〔87〕 参见前引〔20〕，王利明书，第662-664页。

〔88〕 参见江平主编：《民法学》（第4版），中国政法大学出版社2019年版，第653页。

〔89〕 在损失的证明并不是很容易以及具体数额并非很清晰的场合中，为使得债权人能够得到公平合理的救济，裁判者可以依据当事人在合同中约定的违约金数额，结合现有的法律事实，通过自由裁量权的行使确定具体的损害赔偿金。其法理基础在于，债权人既然应允了某一违约行为的违约金，那么就意味着该违约金所填补的损害范围是经过债权人的同意且在预期值内的；同理，对于债务人而言，该违约金的负担也是其能够承受的。尽管最后可能是违约金难以填补损害或者违约金的负担过重，但根据权利自决原理，这是对自己权利的自由处分，且基于责任自负的原理，双方的肯认也为违约金的存在提供了合理性基础。

〔90〕 参见最高人民法院（2009）民提字第45号民事判决书。

〔91〕 参见浙江省诸暨市人民法院（2009）绍诸民再字第2号民事判决书。

功能的场合，囿于适用违约金司法酌减规则的实质是损害赔偿规则思路的运用，因而应当适用违约金司法酌减规则，尤其是最高损害赔偿的预定。值此，方能在最低制度变革成本下，实现违约金制度之于交易实践的最优价值效用，形成制度与实践相互促进的互动格局。

Abstract: In the theoretical and practical field, there is still no consensus over the objective of the rule of judicial discretionary reduction. Some believe the rule serves as a buffer against punitive measures while others insist on its compensatory function. In the era of the Civil Code, the parties' consensual content plays an important role in differentiating compensation and pressure of the agreed payment for breach of contract. For instance, constitute the pressure function if both parties demand for performance with respect to the contract. On the other hand, constitute the compensation function if the objective is to compensate for damages. With the help of the theory of civil juristic act subject to a condition, the function can be realized by observing the condition precedent attached to the agreed payment for breach of contract. Accordingly, where the agreed payment for breach of contract plays the pressure function, the rules for controlling the effectiveness of contracts rather than the rule of judicial discretionary reduction can be applied. However, since the process of applying the rule of judicial discretionary reduction is equivalent to the application of the rules of compensation for damages, the rule of judicial discretionary reduction can be applied where the agreed payment for breach of contract plays the compensation function, such as being the predetermined maximum damages.

Key Words: pressure function, compensation function, identification of the function, the rules for controlling the effectiveness of contracts, the rule of judicial discretionary reduction

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)