

论违约金的履约担保功能 ——兼论违约金酌减规则

张厚东*

内容提要：补偿性违约金由合意事实直接上升为法定规范类型，致使出现名实不符之下的司法困境。补偿性违约金因系属损害赔偿之预估，难谓独立的私法制度，且事后调整也无需借助于酌减规则。与之相比，立足于交易实践，违约金附属于合同给付义务而存在，乃是作为债务履行的威慑机制发挥着履约担保功能，这构成了违约金的制度基础。同时，为了规制违约金内在惩罚性的异化倾向，法官根据违约方的请求可予以事后调整以防止不公情形，也即违约金酌减规则。在酌减过程中，一是应遵循不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，结合具体的交易形态，准确把握过分高于损失的含义，而不能以违约金高于实际损失这一事实判断直接推演出酌减这一内含价值抉择的法律后果；二是酌减规则的目的在于发现真实的履约担保功能，而非直接降至实际损失的程度。随着社会经济的发展，违约金的制度面貌和内在功能日益呈现出多元化形态，法律亦应对此持开放态度，实现法律和社会的共同成长。

关键词：补偿性违约金 惩罚性违约金 履约担保 酌减规则 实际损失

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）有关违约金的规定，以实际损失为参照标准，以求与私法中的公平正义理念契合交融，但是，这一规定立足于事后视角而漠视违约金的实践功能，反而延伸出诸多问题。对此，《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的

* 张厚东，北京大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“社会主义核心价值观融入司法裁判的理论基础与实施对策研究”（19VHJ019）的阶段性成果。

解释（征求意见稿）》（以下简称《合同编通则解释（征求意见稿）》）专列三条就违约金的事后调整，尤其是针对酌减事宜予以详细规定。

通常而言，凡对意思自治作出限制者，须基于特定目的并承担相应的论证负担。^{〔1〕}与之同理，违约金作为合意产物，事后酌减应为原则之例外。反观司法实践，酌减规则轻易突破当事人的初始合意，呈现出泛化趋势而未受到目的性及妥当性之检视。对此，当事人不得不另行安排以控制酌减泛化的负面效应，或以特约排除酌减规则的适用，^{〔2〕}或通过约定虚高的违约金以规避酌减规则。^{〔3〕}究其原因，乃是司法机关把具有高度抽象性的酌减规则奉为圭臬，无视具体的交易场景以及违约金的实践功能，以司法判断代替自治安排。具体而言，无视缔约场景或者交易过程中呈现的事实因素而直接诉诸高度抽象化的酌减规则，并在同案同判的形式压力下逐渐偏离酌减规则的规范目的，为民商事交易平添了许多伦理色彩。同时，以法律判断代替自治安排，并在规范意义上把补偿性作为违约金的功能定位，逐渐形成“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式。^{〔4〕}

通常而言，违约金的实践功能，一是作为违约损害赔偿之预估，二是发挥履约担保功能，前者对应补偿性违约金，后者系属惩罚性违约金。值得注意的是，《合同编通则解释（征求意见稿）》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）》明显不同的是，专列一款规定“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”，这体现了与以实际损失为核心的补偿性违约金之不同，显然更为重视违约金的履约担保功能，以打击恶意违约等投机行为。不过，我国对于违约金的功能定位及其体系展开还存在着诸多认知偏差。因此，在行文思路，本文以功能为视角，一方面，讨论补偿性和惩罚性违约金作为类型化产物之下的指涉范围，把补偿性违约金归属于损害赔偿规则体系之中。同时，审视违约金的内在功能，突出违约金的履约担保功能，并澄清关于惩罚性违约金的模糊性认识。另一方面，在违约金功能定位的主导下就酌减规则予以体系化展开，把违约金纳入具体的交易情景之中并以市场主体间的互动作为考量酌减事宜的核心要素。

二、补偿性违约金的体系归属与制度反思

在司法实践中，违约金的功能定位逐步发展成为“以补偿性为主，惩罚性为辅”的双重模式，其中“以补偿性为主”的底层逻辑仍是把违约金的功能局限在损害赔偿体系之中，虽然添加了“惩罚性为辅”的双重视角，但也只是把其作为控制调整幅度的考量因素，并不能在酌减与否的判断过程中发挥实际作用。换言之，双重模式看似兼顾两端，但在实质意义上与通常而言的补偿性违约金并无差异。

〔1〕 参见王轶：《民法价值判断问题的实质性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004年第6期。

〔2〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终104号民事判决书。

〔3〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终1848号民事判决书。

〔4〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终1246号民事判决书。

（一）补偿性违约金的合意内涵和功能价值

补偿性违约金，也称损害赔偿额之预定，是指当事人为了避免将来计算损害赔偿时的繁琐而预估的损害赔偿数额。^{〔5〕}这种违约金以合意为基础，以典型损害为主要参照依据，着眼于违约时可能产生的损害赔偿，目的在于使守约方的损失获得实质、完整、迅速的填补，使债权人之利益获得圆满保护。虽然这一约定与实际损失并无必然的等值关系，但在根本上仍受制于补偿性的基本属性。

从功能出发，补偿性违约金作为事先安排，目的在于追求违约损害赔偿的简便高效，这包括程序上的举证简化以及内容上的实质填补。首先，在主张损害赔偿时，守约方无需举证，便可直接以违约金金额请求损害赔偿，极大减轻了举证负担。^{〔6〕}再者，弥补法定损害赔偿规则之不足。^{〔7〕}当事人通过约定数额较高的违约金，把无形损害及间接损失等纳入其中，在赔偿结果上给予守约方更为圆满、完整的救济。^{〔8〕}不难发现，补偿性违约金在本质上属于损害赔偿总额之预定，并弥补违约损害赔偿规则之不足。

（二）事实与规范之间：补偿性违约金的实践困境

虽然“以补偿性为主”的底层逻辑是把违约金的功能定位在违约损害赔偿体系之中，排斥蕴含的惩罚性要素，守住了填补损失的底线，但是，这种关于违约金的功能定位与当事人的真实合意多有不符，在违约金类型化提取的过程中加入了过多的价值判断，反而产生诸多问题。

1. 补偿性违约金由合意事实而成为规范性概念

从根本上说，作为法律概念或者类型区隔的补偿性违约金系由合意而来，是通过要素提取的方式对当事人合意的描述性、概括性呈现，是在类型化思维之下对实践理性、事物本质的特征描述。也即补偿性违约金属于描述性概念，^{〔9〕}是对当事人合意这一经验事实的凝练提取，目的在于认识和分辨客观存在的社会事实。

但在我国视野下，补偿性违约金主要是法律层面类型化的他治产物，承载着特定的价值判断和法律需求，逐步成为违约金领域的规范类型或者说“理想类型”。这里的规范性是指它构成当事人行为举止的方向与尺度，是一种具备决定性或者约束力的观念。^{〔10〕}换言之，补偿性违约金逐步脱离合意这一事实范畴而成为法律层面的规范类型，即当事人的违约金合意不是“是”补偿性违约金，而是“应当是”补偿性违约金，强行把惩罚性违约金排除在外。在此之时，由合意安排而上升为法定类型的补偿性违约金以实际损失为参照标准，直接导向违约金初始合意的事后调整。补偿性违约金不再是对经验事实和当事人合意的描述性概括，而是经过法律的包装成为合意之外的强制性力量。

2. 名实之间：补偿性违约金的实践困境

“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式或者说注入法律意志的补偿性违约金看似兼顾自

〔5〕 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。

〔6〕 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729页。

〔7〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第85页。

〔8〕 See Larry A. DiMatteo, *Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality*, 2006 Michigan State Law Review 883, 910 (2006).

〔9〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第85-86页。

〔10〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第246页。

治安排与公平正义，但从司法实践来看，这种模式下的违约金调整在具体操作中面临着诸多困境。同时，补偿性违约金以事后调整为直接导向反而掏空了酌减规则的内容。

首先，司法判断取代自治安排而导致合意的缺位。在司法实践中，若根据词句表达，难以发现合意系属何种类型的违约金，法官应借助于合同解释规则，根据举证情况以及相关事实予以综合判断。^{〔11〕} 不过，法官大多直接赋予违约金“以补偿性为主，惩罚性为辅”的定性，或者直接排除惩罚性要素而归属为补偿性违约金。^{〔12〕} 可见，司法机关在处理纠纷时在本属于事实查明项下的合意解释问题中掺入了目的性导向的价值抉择，将本属于类型之下的涵摄过程蜕变为合法性问题，强行把当事人合意纳入法律预设的轨道。

其次，守约方承担过重的举证义务。在司法实务中，关于实际损失的举证责任分配难言统一，但在整体上则过分加重守约方的举证负担。具体而言，除了明确要求由守约方承担举证责任外，^{〔13〕} 更为常见的是违约方初步证明说，即违约方对损失事实进行初步举证，即使未能达到证明标准，只要法官对违约金的合理性产生怀疑，便将举证负担分配给守约方。^{〔14〕} 这一做法甚至逐步发展成为，只要法官凭借办案经验对违约金产生怀疑，违约方便无需承担举证义务，或者法官不再关注举证问题，而是直接根据法律规定予以事后调减，即由法官的自由心证代替了当事人的事实证明过程。

究其原因，把补偿性奉为违约金的固有功能，基于对高额违约金预设的否定态度，事后调整实为顺理成章，在此之下，若守约方主张违约金具有合理性，反而应承担举证义务。这时，举证领域的程序控制机制让位于补偿性的功能定位，实体上的价值判断突破了举证责任的程序限制。可见，补偿性违约金以事后调整为体系延伸，因过分偏重违约方而背离了维护守约方利益的初衷，并最终影响到举证负担的分配，法官甚至代替当事人直接作出调减的决定。

再次，补偿性违约金掏空酌减规则的制度价值。在司法实践中，补偿性违约金的生成逻辑脱离合意机制从而使其上升为法定的违约金类型，本身蕴含着特定的功能要求，即以补偿性否定现实中大量存在的高额违约金，并服务于违约金的事后调整。换句话说，违约金的调整机理就蕴含在补偿性这一规范要义之中，而酌减规则反而成为补偿性违约金运行机制的一部分。^{〔15〕} 也即，法官直接以“补偿性为主”便使事后调减正当化，根本无需援引酌减规则。

更为吊诡的是，在以补偿性导向事后调减的过程中，惩罚性反而成为控制调减的限制性因素。^{〔16〕} 对此，违约金中蕴含的惩罚性本因与法定填补规则存在着体系矛盾，成为酌减规则的规制对象，但是在双重模式之下惩罚性反而成为控制酌减规则的考量因素，即在调减证立后，在补偿性之外通过“惩罚性为辅”体现对于违约金初始合意的尊重。

综上所述，面对现实中大量存在的高额违约金，司法机关通过类型提取这一注入功能导向的筛选机制，赋予补偿性违约金以规范要义，以限制当事人的初始合意并服务于事后调整的需要，

〔11〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第288页。

〔12〕 参见最高人民法院（2020）最高法民申4252号民事裁定书。

〔13〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终619号民事判决书。

〔14〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终751号民事判决书。

〔15〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申4929号民事裁定书。

〔16〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申5179号民事裁定书。

致使其名实分离。但是，这里的补偿性违约金不仅背离了制度本意而成为违约方的守护神，还逐步架空了举证责任分配之下的程序控制机制。同时，经过法律精心打造的补偿性违约金在创设之初便是为了服务于违约金的事后调整，在调减过程中根本无需借助于酌减规则，而逐步导致酌减规则的空洞化或者丧失制度层面的自主性。

（三）补偿性违约金调整机制的体系展开

补偿性违约金的预设功能在于填补因违约造成的实际损失，而非获取额外收益，或就合同履行施加额外压力。根据经验法则，若违约金为损害赔偿数额之预估，那么这一约定并非具有终局的确定性，应允许通过他证予以推翻或者修正。如若违约行为发生后，违约金与实际损失存在事实出入，那么就意味着违约金之预估出现了偏差并超出了当事人的合理预期。

本文认为，合同拘束力并非仅指遵循合同自由这一空泛的概念，而是应借助于合同解释规则，立足于合同条款的根本目的，依据诚实信用原则妥善处置当事人之间的权利义务关系。在此之下，合同作为当事人之间的法律，补偿性这一合意事实蕴含着规范效力。换句话说，通过合意解释，在当事人合意以及违约金的功能定位中蕴含着名实不符时事后调整的内在意思和体系要求。也即当事人应在初始合意、补偿性功能定位的基础上本着诚实信用原则通过磋商途径就违约金予以事后调整。不过，这一调整机制蕴含在合意目的以及功能定位之中，而非体现为法律作为外在力量的强行介入。这时，违约金调整仍属于合同框架的一部分，是当事人初始合意的具体化延伸，也即合意的事后变更。

即使就事后调整当事人难以达成合意而诉至法院，因违约金作为损害赔偿之预估，关键在于查明实际损失的大小。根据举证情况，若违约金确实高于实际损失，基于功能定位，法院应依据填补损失这一初始合意就违约金进行调整，使之降至合理水平。^{〔17〕}在此过程中，法院并不享有自由裁量权，只能依据事实，就违约金合意予以事后变更。^{〔18〕}这时，法院的职能在于查明事实，并提供一种类似于合意磋商的通道，而非作为外在力量对合意安排进行目的性干涉。正因如此，违约金调整非真正意义上的司法介入，而是基于当事人的原始合意以及合意中蕴含的补偿性这一功能定位，在发生争议时为当事人提供一种纯粹中立性的制度供给，司法机关根本无需进行实质意义上的价值判断。因此，违约金调整蕴含在补偿性这一功能定性的射程范围之内，通过合意解释和功能释放便可正当化，系属合同内容的事后变更，而非法律上的救济途径。

（四）补偿性违约金并非制度层面上的违约金

若违约金为损害赔偿总额之预定，其乃通过合意安排代替法定损害赔偿规则，本身并无独特的制度价值。具体而言，虽然补偿性违约金的功能在于减轻举证负担，但在纠纷发生后，双方围绕着实际损失必然展开角逐。同时，虽然补偿性违约金的调整并非降至实际损失，但是如何把握调整幅度尚无确定标准，至于无形损失等能否纳入其中也往往不得而知。因此，补偿性违约金及其法律适用与法定损害赔偿规则并无二致。进而言之，若以补偿性违约金作为违约金的主体类型，只能是把其淹没在损害赔偿体系之中，而无法发展出真正意义上的违约金制度。^{〔19〕}此外，

〔17〕 Vgl. Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, § 7, Rn. 154.

〔18〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终340号民事判决书。

〔19〕 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。

若赋予补偿性违约金以规范意义，极力压缩惩罚性违约金的范围，则又极易脱离自治安排，导致社会事实和法律规范之间的普遍张力，并掏空酌减规则的制度价值。同样的道理，若补偿性违约金根本无需借助于专门作为违约金调整途径的酌减规则而在合同解释项下便可实现事后调整，那么再以其作为违约金制度的主体，更无正当性基础。

三、主体间的制衡手段：违约金履约担保功能的回归

违约金作为交易实践的产物，虽然经法律程序由实践领域提升到规范层面，但是这种抽象化的提取不应是删繁就简并剔除核心要素的过程。违约金条款依附于债务履行，属于履约风险的事先安排。虽然违约金与损害赔偿共享违约行为这一事实形态，但在功能导向上却相差甚远。因此，立足于交易实践和功能视角，本文以市场实践为基础，通过描述性的方式，以实践理性矫正司法判断，并在规则体系中发现违约金的制度基因和功能。

（一）以市场理性矫正法律判断，违约金履约担保功能的回归

违约金通常高于实际损失而为超额担保形态，或形成信用表征，或对债务履行构成外在压力，服务于合同目的的实现。对此，无论着眼于违约金与债务履行之间的内在关联，还是从自治安排出发，违约金都发挥着履约担保功能。同时，这一履约担保功能还与合同严守规则等具有内在一致性。

1. 合意安排：违约金依附于违约行为而存在

违约金条款与合同给付义务紧密相关，以债务履行为导向，以督促履约为目的，原则上只要违约行为发生，便可直接触及违约金责任，与是否发生实际损失没有直接关联。也即，违约金着眼于履约行为实为事先施压而非事后救济。对此，违约金与债务履行紧密相连，并在法律后果上表现为一种纯粹的责任条款。

发挥担保功能的关键在于就债的履行提供相应保障，增强债权人的法律地位。^{〔20〕} 根据经验法则，违约金通常不以实际损失为限，而是高于因违约产生的典型损害。此时，债务人为了避免承担过重的经济负担而积极履行合同债务，违约金则以超额担保的形式为债之履行增添额外压力。因此，违约金难以目的自治，而是附属于合同义务，功能在于为合同债务的未来履行提供保障机制。虽然违约金与实际损害共享违约行为这一法律事实，但又超越实际损害而彰显威慑要素。^{〔21〕}

2. 实践理性：违约金履约担保功能的表现

以功能为视角，在于脱离意思自治这一近似虚妄的合意，在这层面纱之后寻找坚实的事实基础和经验依据，由合意转至社会事实，而不至于陷入“因合意而合意”这一形式上的循环论证之

〔20〕 参见陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2002年版，第84页。就通说而言，我国《民法典》遵循“实质担保观”，不但传统意义上的物权担保和保证具有担保功能，债务加入、所有权保留的买卖等非典型担保亦能发挥增强债权人法律地位之作用。参见李伟平：《〈民法典〉第552条（债务加入规则）评注》，载《民商法论丛》第74卷，社会科学文献出版社2023年版，第229页。

〔21〕 Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2009, Rn. 808.

中，也即从合同自由和矫正正义这种稍显先验的话语体系向实践理性转变，^{〔22〕}以发现违约金的多重维度以及内在的经济理性。

首先，违约金作为履约能力的外在表征，发挥增信作用。由于信息不对称等因素，市场主体之间在短时间内难以建立信赖关系，而违约金作为信号传递机制，成为履约态度、能力的外在表征，发挥着信息披露和构建商誉的作用。^{〔23〕}通常而言，违约金金额与履约态度、能力呈现正相关关系，直接影响到相对方的预期判断以及当事人之间的信赖关系。此时，违约金作为特殊的信息披露机制，负载着通常社会观念下的合理预期，高额违约金也成为获取交易机会、扩大市场占有率的经济手段。这与担保物权等相同，都着眼于为市场主体提供信用保障，作为增信手段而其获取交易机会。

其次，违约金作为制衡手段，矫正主体间的力量失衡。因磋商能力等方面的显著差异，当事人形成强弱之分。^{〔24〕}基于经济理性，强势方或通过错综复杂的社会网络，或凭借丰富的市场经验，就履约风险等作出于己有利的单方安排，而由相对方承担合同未来履行的风险，甚或形成“单边锁定”的状态。^{〔25〕}弱势方不仅难以就强势方的合同履行施加实质性影响或者获取相应担保，在法律救济上也处于劣势，^{〔26〕}遍览合同，除违约金条款外，再无其他保障措施。违约金条款恰好为当事人之间失衡的交易格局提供内在的制衡机制，成为弱势方维持自主状态的有力手段。借助于违约金这一威慑机制，弱势方的债权人地位得到强化。

再次，违约金因内含惩罚要素而成为治理手段。在民商事交易中，一方主体有时因特定交易模式而面对多个交易主体，比如特许经营以及平台经济等，甚至集聚表现为合同群。因追求集群效应，而不得不采取相应的监督机制，比如在特许经营中就减损特许方信誉的行为附加高额违约金。再以平台经济为例，电商平台与入驻商家约定，若商家销售假冒伪劣产品，则应支付一定数额的违约金。对于平台而言，除了维持平台信誉、弥补实际损失之外，违约金还是平台自治和行业自律的有力手段，并弥补行政执法或者司法力量之不足。^{〔27〕}换言之，违约金构成社会自治领域中平台经济下不可或缺的环节，成为平台治理、行业自律的有效手段以及行政监管的延伸。

最后，违约金弥补法定违约救济措施之不足，以遏制投机主义。在中介合同等涉及人身信赖关系的交易中，为了防止委托人与第三方私下接触而发生跳单行为，多通过高额违约金加以防范。^{〔28〕}与之相似，违约金条款在劳务合同或者竞业禁止等情形中也属多见。^{〔29〕}申言之，因涉

〔22〕 See Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Columbia Law Review 809, 820-821 (1935).

〔23〕 See Eric A. Posner, *Contract Law and Theory*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 207.

〔24〕 See Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 University of Colorado Law Review 139, 144-153 (2005).

〔25〕 参见〔美〕奥利弗·E·威廉姆森：《资本主义经济制度》，段毅才、王伟译，商务印书馆2003年版，第86页。

〔26〕 See Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wisconsin Law Review 465, 470 (1985).

〔27〕 参见上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终13894号民事判决书；北京市第四中级人民法院（2021）京04民终602号民事判决书。

〔28〕 参见上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民二（民）终字第1102号民事判决书；广西壮族自治区高级人民法院（2019）桂民申907号民事裁定书。

〔29〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申6151号民事裁定书；上海市浦东新区人民法院（2021）沪0115民初35993号民事判决书。

及法律主体的行为自由或不作为义务，继续履行难言有效，而损害赔偿难以尽知。与之相比，违约金因不以实际损失为限反而为投机行为增添额外成本，为债务履行创设外在的控制机制，而达促进继续履行等法定救济措施所不能之事。^{〔30〕}推而广之，违约金作为当事人选择违约与否的重要因素，成为吓阻违约的有效手段。

违约金无论作为信用表征机制，还是主体间的制衡抑或威慑手段，都在于为债务行为提供外在保障，以控制合同履行过程中的不确定性因素，在实质上发挥着履约担保功能。这一功能定位以市场交易为出发点，虽然立足于合意事实，却从当事人内部勾勒出一幅不同于法律视角的图像，彰显着国家力量之外个体知识的重要性。与之相比，抽象性的法律规范或者“以补偿性为主”的司法认知则阻却了个体智慧或者具体知识而垄断着认知模式，并强行灌输给“分散的”“现场的”市场主体，或许这才是“致命的自负”。^{〔31〕}

3. 体系自洽：合同拘束力作为履约担保功能的内在支撑

合同自由和合同严守作为意思自治的一体两面，贯穿合同法的始终。《民法典》第465条规定，依法成立的合同在当事人之间具有法律约束力，也即债为法锁。同时，第577条规定继续履行与赔偿损失共同作为违约救济手段，由债权人自主选择。虽然第580条第1款规定了非金钱债务继续履行的除外条款，但是根据反对解释，在例外情形之外，对于继续履行请求原则上都应予以支持，且这一立场还为第581条所强化。也就是说，《民法典》的基本立场仍是在合同严守规则之下，赋予继续履行以基础性地位。另外，根据《民法典》第583条的规定，损害赔偿与继续履行两种救济措施并行不悖，只是规范情形不同、功能相异。换言之，在法律视野里二者并非截然对立，抑或强以损害赔偿代替继续履行，而是相辅相成共同服务于合同利益的圆满实现。但也正因如此，更加凸显继续履行这一救济措施的基础性地位。

就此而言，以履约担保为功能的违约金制度在价值追求上与合同拘束力具有内在一致性。换言之，《民法典》对合同拘束力的肯认以及关于继续履行的体系定位为违约金内置的履约担保功能提供了内部体系的正当性依据，二者在法律评价上具有一致性，即以催促当事人履行债务为手段而实现合同目的。如果说作为法定违约救济措施且居于基础性地位的继续履行是合同拘束力的具体体现，那么基于相同理由，作为当事人自主安排以履约担保为功能的违约金合意也应予以尊重和维持。^{〔32〕}

与之相比，英美法系普遍否认惩罚性违约金的正当性，视之为罚金条款而使之归于无效，^{〔33〕}其中缘由除了惩罚性这一私法禁忌，还在于英美法系的违约救济措施中，损害赔偿占据着优先地位，特定履行仅在例外情形下才能获得支持。^{〔34〕}因体现合同拘束力的特定履行未在违约救济体系中占据基础性地位，若承认内置履约担保功能的违约金类型反而会造成体系

〔30〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, pp. 96-97.

〔31〕 See Frederick A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 35 *The American Economic Review* 519, 521-524 (1945).

〔32〕 参见前引〔19〕，王洪亮文。

〔33〕 See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law (6th edn)*, Oxford University Press, 2018, p. 564.

〔34〕 See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *California Law Review* 975, 977 (2005).

内部的评价混乱。^{〔35〕}若以效率违约为视角，高额违约金极有可能成为效率最大化的阻碍因素更应摒弃。^{〔36〕}因此，在英美法系中，补偿性违约金作为损害赔偿的代替措施具有唯一正当性，且须是对实际损失的合理预估。

（二）履约担保的内涵：违约金与损害赔偿的角力场

有种观点认为，惩罚性违约金是指在违约行为发生后，在违约金责任之外，债权人还可主张损害赔偿或者债务继续履行。也即，违约金责任与其他违约救济方式并行存在。^{〔37〕}但是，本文认为，这种关于惩罚性的内涵界定仅着眼于“并存”这一外在形式，并未触及根本，亦难以兼顾多样化的合意形态。

1. 违约金责任与继续履行并存：纯粹的注意规定

《民法典》第585条第3款规定，针对迟延履行，违约方支付违约金后还应履行债务，即违约金责任与继续履行并行存在。本文认为违约金责任与继续履行这一并行结构，看似是在期待利益之外由违约方承担额外的违约金责任，实乃基于迟延履行这一违约形态以及合同拘束力的内在要求，体现着法律对于继续履行这一救济措施的体系偏好，与违约金是否具有惩罚性并不关联。违约金责任与继续履行两线平行，并无交叉关系，而违约金究竟属于何种类型仍需结合合同解释规则加以确定。

如前所述，继续履行在我国违约救济体系中具有基础性地位。《民法典》第585条第3款中“还应当履行债务”的规定，乃是立足于合同拘束力以及迟延履行这一违约形态，在违约金责任之外，要求违约方仍按照债之本质继续履行合同义务。换言之，该款的规范重心在于履行债务，而非违约金责任。据此，《民法典》583条第3款并非为了突出违约金的惩罚性，而是再次强调继续履行这一救济措施的必要性，与第577、583条相呼应，系属注意性、重复性规定。^{〔38〕}退一步讲，无论这里的违约金是损害赔偿总额之预定，抑或履约担保项下的违约金，都不能减免违约方的债务履行义务，除非当事人之间存在特殊约定。

推而广之，若以违约金合意与违约行为之间的关系为基础，违约金责任与继续履行之间并无必然关联，关键处在于当事人的合意安排。具体而言，如果违约金以迟延履行或者瑕疵履行等为对象，在违约行为发生后，违约金责任则与债务履行并行不悖。若违约金专以不履行为对象，债权人便只能主张违约金责任，则不能要求债务继续履行。也就是说，违约金责任能否与继续履行并行不能一概而论，尚需结合违约金的合意目的。因此，若以违约金责任与债务履行并存作为违约金具有惩罚性的依据，则未能切中要害。

2. 惩罚性的体系定位：违约金责任与损害赔偿的交织映衬

根据《民法典》第583条的规定，损害赔偿与继续履行等违约救济措施并存。这一规定除了

〔35〕 See Alan Schwartz, *The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 *The Yale Law Journal* 369, 387 (1990).

〔36〕 See Kenneth W. Clarkson et al., *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?* 1978 *Wisconsin Law Review* 351, 368-372 (1978).

〔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。

〔38〕 参见林忠义：《违约金分类标准之建立暨现行法违约金相关问题之省思——评“最高法院”1994年台上字第2879号判决》，载赵万一、郑佳宁主编：《〈月旦法学〉民事法判例研究汇编》，北京大学出版社2016年版，第130页。

强调继续履行这一基础性救济措施外，还明确了违约救济领域内的填补规则。与之相比，《民法典》第585条第3款规定，继续履行与违约金责任并行不悖。不难发现，继续履行并不因损失的发生或者违约金约定而受到影响，真正与违约金责任具有体系关联的乃是违约项下的损害赔偿责任。在违约金专以不履行为规范对象的情形中，违约金责任更是与代替履行的损害赔偿对应存在。进而言之，违约金是否具有惩罚性，体现在与损害赔偿责任的对比之中。

在私法体系中，虽然惩罚性违约金与法定惩罚性赔偿多有不同，前者作为违约罚系由当事人约定，后者是损害赔偿之外处罚加害人的法定手段，^{〔39〕}但是就惩罚性的内涵而言两者应无差异，都体现为在法定损害赔偿之外额外增加债务人的经济负担。进而言之，履约担保之下的违约金并不是通过与其他违约救济措施共存而体现惩罚性，其落脚点仍是合意安排，以及违约金与法定损害赔偿规则之间的关系。

（三）体系归属：二元并立，破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

惩罚性违约金与补偿性违约金虽同属于合意范畴，但分属不同的制度领域，发挥着不同的功能。无论是从合意出发，还是着眼于体系建构，都应在类型化之下就二者予以明确区分，以作为制度供给由当事人选择。

1. 破除“补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式

针对惩罚性违约金，赞同说认为惩罚性违约金系属自治安排，以履约担保为功能，具有正当性，理应予以维持。^{〔40〕}反对说认为惩罚性违约金与填补规则明显相悖，原则上不应予以承认。^{〔41〕}司法实践则是兼采两说，形成“以补偿性为主、惩罚性为辅”的双重模式，对于惩罚性违约金似有欲遮还羞之嫌。

本文认为，双重模式实乃把两种类型不同的违约金杂糅在一起，并配置相应的权重比例，多有不妥。首先，双重模式乃是依据违约事实以及违约金金额的变化而把违约金合意拆解为不同的阶段和功能，导致原本单一化的违约金合意一部分反映为损害赔偿总额之预估，一部分演变为具有惩罚性的额外负担，人为地把一个行为分割为两种性质不同的法律制度。对此，一方面，若以类型划分为准，补偿性与惩罚性违约金截然不同，难以共存于同一行为之中，双重模式显然超出了当事人的合意安排，违反了通常的合意解释规则；另一方面，惩罚性违约金作为类型划分的产物，乃是单独存在的种属类别，也非指向超出实际损失的剩余部分。

再者，“惩罚性为辅”作为酌减幅度的控制机制，显然存在体系悖论。在双重模式中，“以补偿性为主”意味着以惩罚性为规范对象，并体现为对于违约金惩罚性的体系性否认，而以补偿性证立事后酌减的合理性。但是，在酌减过程中惩罚性作为辅助性的考量因素，似又死而复生。亦即在酌减证立中否认惩罚性的合理性，但在酌减过程中又要体现惩罚性。更为吊诡的是，惩罚性这一酌减规则的规范对象反而成为控制酌减的外在因素。对此，唯一的合理解释便是对违约金合意给予形式上的尊重，而“惩罚性为辅”也多是矫饰的技术。^{〔42〕}

〔39〕 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第358页。

〔40〕 参见龚志军：《基于功能视角的违约金规则司法拓展研究》，载《湖南社会科学》2022年第3期。

〔41〕 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第392-402页。

〔42〕 参见李学尧、刘庄：《矫饰的技术：司法说理与判决中的偏见》，载《中国法律评论》2022年第2期。

2. 二元结构：《民法典》第585条第1款的体系化解释

本文认为，与其人为撕裂当事人的自治安排，不如承认违约金的惩罚性及其作为超额担保的合理性，至于这一约定潜在的不利后果，配置相应的事后调整机制便可。换言之，从这一合意整体出发，借助于合同解释规则，并结合具体的交易形态以决定是否予以事后调整，而不是在观念上先存了酌减的前见，然后硬生生地把违约金合意归属于补偿性违约金这一范畴。进而言之，破除双重模式，确立补偿性、惩罚性并存的二元结构。

《民法典》第585条第1款分别规定了“违约金”与“损失赔偿额的计算方法”。在解释上，不妨把“违约金”解释为惩罚性违约金，将“损失赔偿额的计算方法”解释为补偿性违约金。^[43]对于该款的解释，或言人人殊。但本文认为，这看似属于法律解释问题，在本质上乃是违约金类型在法律层面的抽象化提取过程。也即，法律对个体知识或者市场共识进行概括化提取，通过描述性的方式予以规范化的表达。对此，二元结构的解释模式不仅能够切实尊重当事人的自治安排，还可摆脱双重模式之下的逻辑困境，回归私法赖以生存的市场空间。

私法规范多属于任意性规范，功能在于弥补自治安排的不足。不过，任意性规范的生成首先应当考量的是社会典型行为，而不是从抽象的层面看待行为本质。换言之，了解多数大众“正在做什么”，远比研究某一法定契约“应该是什么”更重要。同时，在类型化提取过程中，需要避免的不是违反学者对行为本质的认知，而是错把少数交易方式当作典型。^[44]放眼实践，大多数违约金高于典型损害，很难归属于损害赔偿之预估。^[45]若把惩罚性违约金纳入法律体系，则是对意思自治的最大尊重。至于属于何种类型的违约金，可根据合同解释规则予以确定。若约定明显高于实际损失，则可推定为惩罚性违约金。

同时，惩罚性违约金与补偿性违约金二元并立，还可以避免“补偿性为主、惩罚性为辅”这一逻辑难以自治的行为定性，进而理顺各自的法律关系。在此之下，补偿性违约金回归合意这一事实层面，并与损害赔偿规则实现体系归属，无需在事实和规范之间左支右绌。同时，既然通过法定的形式肯认惩罚性违约金的合理性，那么当事人也无需通过特约排除等迂回方式规避法律规范，以致徒增成本。

（四）法律的肯认：惩罚性违约金作为主体间的担保方式

惩罚性违约金不仅表现为缔约时的形式威慑，还应体现为违约后的实际负担，二者缺一不可，否则难谓履约担保。同时，惩罚性违约金虽属自治安排，但是欲从实践理性上升为法律制度尚需经过法律层面的肯认，实现惩罚性在法秩序中的归属。对此，核心问题仍在于法律对于惩罚性违约金的肯认。^[46]

首先，违约金因内置惩罚性，尚需法律层面的肯认。正如弗卢梅所言：“基于私法自治形成的法律关系，从形式和可能具备的内容上看，由法律秩序所决定。”^[47]也就是说，虽然违约金系

[43] 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。

[44] 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第49、52页。

[45] 参见宋垚：《三中院调研约定违约金司法调整案件四个特点》，载 <https://bj3zy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2022/01/id/6505014.shtml>，最后访问时间：2023年2月20日。

[46] 参见刘洋：《合同条款在私法渊源中的优先地位及其实现——以隐名合伙的商事实践为例》，载《法学》2021年第4期。

[47] [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第2页。

属自治安排，但是欲具有法源地位而由当事人的特殊行为准则上升为个案规范，由个体知识上升为私法制度，仍需经过法律这一根本性前提的肯认，以实现私法自治与法秩序的良好互动。这与法律承认担保物权具有优先效力而损及债权平等一样，都体现着法律基于实践合理性而对于当事人特殊安排的体系接纳。更为重要的是，违约金制度只有得到法秩序的肯认，才能作为个案的裁判依据，在真正意义上发挥履约担保功能，实现内部自治和制度闭环。否则，只能作为法律的批判对象而难以自足。

其次，违约金以履约担保为内在功能，具有合理性内核，乃是法律为当事人提供的制度供给。虽然违约金责任不具有担保物权的优先效力，也无保证制度内生的双重保障，而仅依赖于债务人的清偿能力，其担保效能或会有所折扣，^[48]但是，本文认为，惩罚性违约金乃是在法律肯认的前提下作为公共产品而为市场主体提供制度供给，由当事人在不同制度的利弊之间作出选择，而非着眼于创设十全十美的制度模型。从根本上讲，评判违约金是否具有担保作用的主体不是法律或者司法机关，亦非学者，而是制度运行的实际效果。

最后，以酌减规则作为违约金功能异化的救济措施。高额违约金因具备惩罚色彩且体现为潜在的巨额收益，难免会有失控或者异化的可能性。虽然这与填补规则多有抵触，但与其在根本上予以否认，不如就其潜在的不利后果设置救济措施以保障制度在预设的轨道上运行。换言之，关键在于能否为当事人提供法律上的事后救济，以矫正违约金在运行过程中出现的异化现象。也即，违约金酌减规则。因此，违约金制度在法律肯认之下，作为公共产品由当事人自主选择，若发生异化现象，酌减规则作为配套措施发挥作用，从而形成制度闭环。

四、私人惩罚与法律规训：违约金酌减规则的体系展开

违约金作为主体间的制衡手段因数额高于实际损失而体现惩罚性。正因如此，违约金或远高于实际损失，给违约方带来沉重的经济负担，从而导致主体间利益格局的失衡，体现着市场底层逻辑与上层法治思维之间的张力。此时，基于公平正义理念，应为违约方提供相应的救济途径。不过，出于对自治安排的尊重以及履约担保功能的维持，对于违约金合意之减损应为目的性之检视，而不能仅凭高于实际损失这一事实判断或者公平正义等内容稍显空洞的价值理念而轻易作出。

（一）酌减规则的制度目的：规制违约金的功能异化

本文认为，酌减规则作为对自治安排的外在干涉，应为目的性检视，而不能仅凭高于实际损失这一经验事实便给出酌减这一价值决断。同时，酌减规则在内容上表现为对于违约金责任这一给付内容的事后调整，宜与显失公平、利率规制等减损给付的法律规则实现体系协调。

1. 酌减规则的规范对象：违约金功能的异化

当事人在缔约时，囿于有限理性以及行为偏好等人性弱点，或因过于自信而高估履约能力，或

[48] 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。

因过于乐观而对违约金的严重后果存在认知偏差，凭借着简单朴实的经验逻辑而贸然作出决策。^{〔49〕}违约金多显随意而超出合理预期，也与担保利益显著失衡。参照欺骗均衡原理，^{〔50〕}基于信息不对称的市场环境，凡是有利可图之处，必有逐利之徒实施欺骗抑或操纵行为。违约金领域亦不例外。同时，因磋商能力等方面的差异，合同一方在交易中占据着优势地位，^{〔51〕}把违约金条款强加给合同相对人；相对方即使明知内容苛刻，亦难以就违约金条款讨价还价。此时，违约金反而成为合同一方压榨对方的工具，抑或牟取暴利的手段，偏离了履约担保的制度本义。对此，违约金条款难言公平正当。

放眼私法体系，基于否认态度而针对合同给付内容予以事后调整的，以显失公平规则和利率规制最为明显。根据《民法典》第151条的规定，显失公平须以一方利用他方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，而非仅以对待给付失衡这一事实状态为依据。其中，“利用”足以表明合同一方以合同为形式而行欺压之实。我国对于民间借贷的利率做出了上限限制。这是因为在借贷关系中双方在话语权方面存在着天然的结构性的差异，出借方大多处于绝对优势地位。正因如此，若利率交由当事人任意处置，极易使债务人陷入困境并引发社会问题。^{〔52〕}也即，利率规制的深层次原因之一乃是借贷关系中内置的不平等关系，以及出借人的逐利本性。基于法律体系内部评价的一致性，因同表现为对于给付内容的外在干涉，酌减规则与显失公平等具有功能共性，即矫正当事人之间的利益失衡、防止合同自由滥觞下的市场失灵。

因此，酌减规则并非在于违约金高于实际损失这一事实判断，而是防止苛责的违约金条款沦为主体间盘剥的工具和牟利手段，造成违约金的功能异化，甚至颠覆违约金制度的根基，即防止违约金滥用而造成显著不公。^{〔53〕}

2. 违约金责任与实际损失之间的体系交错

违约金因数额高于实际损失而发挥担保威慑功能，这构成违约金的制度基础。若以实际损失作为衡量违约金公平与否或者判断调整与否的标准，则是人为干涉缔约时的利益分配和风险负担，将抹杀违约金的特有功能。

首先，实际损失与违约金调整分属事实认定和价值判断的两端，并无必然关联。违约金高于实际损失乃是事实认定的范畴。相比之下，违约金调整是为了维持公平正义、防止违约金的功能异化，乃综合各种因素之后的价值判断。也即，违约金高于实际损失与违约金酌减分属事实认定和价值判断的两端，且存在着难以逾越的鸿沟，^{〔54〕}以违约金高于实际损失这一事实因素无法推出违约金酌减的必然结论。

〔49〕 See Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract*, Oxford University Press, 2018, p. 291.

〔50〕 See George A. Akerlof & Robert J. Shiller, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton University Press, 2015.

〔51〕 参见〔美〕马克·格兰诺维特：《社会与经济：信任、权力与制度》，罗家德、王水雄译，中信出版集团2019年版，第145-154页。

〔52〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第364-365页。

〔53〕 See Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 *Stanford Law Review* 211, 227 (1995).

〔54〕 参见〔英〕休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆2016年版，第505页。

通常而言，违约金调整需要考虑当事人之间的交易场景、违约程度以及恶意与否等多种因素，体现着合同自由与公平正义的多重面向。^[55]退一步讲，即使实际损失具有重要意义，也只是判断违约金是否过高以及应否调整的考虑因素之一，^[56]或者作为酌减过程中的参考因素。但是，在司法实践中通常是把综合考量的过程由判断违约金是否应当酌减这一前置问题中置换在酌减过程中，^[57]即直接以高于实际损失为由，便予以酌减，在酌减过程中再去考量违约程度、格式合同等诸多因素，这显然因果颠倒。

其次，违约金因合意纳入合同，实际损失以损失发生为基准，二者发生机制不同。违约金系由合意纳入合同，着眼于签约时的磋商事实，就违约风险提前作出安排，属于违约行为发生之前的事先判断。^[58]与之相比，实际损失着眼于事后救济，以实际产生的违约损害为根本，若将其置换至违约金领域则是罔顾具体的交易形态，以事后视角随意改变签约时的利益平衡状态。

再次，填补规则内在的规范性难以企及违约金这一合意安排。填补规则虽对损害赔偿具有规范意义，但是这一规范性的范围无法直达违约金合意，其作为救济措施并非在之上设置一条不可逾越的红线以约束自治安排，而是作为兜底措施以实现私法体系内部最起码的公平正义，这乃是一种底线思维。正如《德国民法典》第340条的规定，若债权人可为主张损害赔偿者，得请求支付违约罚作为损害之最低数额。^[59]同时，私法中的公平正义存在着多维面向，并非仅有填补规则这一矫正正义机制。注重等价交换以及相关的逐利羞耻观念，乃根植于传统农业社会下的静态经济生活，而不再适应于经济形态多样化、风险挑战与机遇并存的现代社会。^[60]

（二）酌减规则的双层结构：《民法典》第585条第2款的解释论

在司法实务中，违约金酌减已成泛化之势，表现为酌减规则适用范围的不当扩大，即无视交易场景的差异而使本应自担风险的违约方获得额外保护，导致法律父爱主义的泛滥。本文认为，基于履约担保的功能定位，违约金应当秉持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场，并就酌减过程予以合理把控，以防止违约金制度的虚置。概而言之，酌减规则包含着双层结构。

1. 在酌减证立过程中，坚持不酌减为原则、酌减为例外的基本立场

酌减规则的适用前提是违约金异化现象，其适用是为了维持私法秉持的公平正义理念，而非因违约金金额超出实际损失这一事实判断。因此，若无功能异化，违约金便无酌减之必要，这构成了酌减与否的唯一标准。对于何为异化，法官尚应结合合约安排、交易背景等信息予以综合判定。

首先，应当坚持不酌减为原则，维持违约金合意之下的履约担保功能。在合约安排以及功能定位的双重加持下，即使违约金内含惩罚性也属当事人之间的自愿选择和交易风险的自主分配，并无不妥之处，原则上不得予以事后干预。换言之，若违约金为自治安排之产物，便不得事后调减。据此，在以下几种情形中，违约金原则上都不得酌减。

[55] See Larry A. DiMatteo, *A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages*, 38 American Business Law Journal 633, 707 (2001).

[56] 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。

[57] 参见王雷：《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。

[58] 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。

[59] 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译：《德国民法典》，北京大学出版社2017年版，第319页。

[60] See Robert L. Heilbroner & William Milberg, *The Making of Economic Society*, Pearson Hall, 2011, pp. 27-28.

第一，商事合同中的违约金不得减少。通常而言，商事合同的主体大多是具备市场理性的商事组织，具有较强的磋商能力以及风险甄别能力，违约金合意应属彼此协商、理性计算的结果，难言不公。^{〔61〕}即使违约金远高于实际损失，也极可能是当事人争取缔约机会的增信措施，或者与合同价款等在交易决策上发生实质关联，并未损及公平原则。^{〔62〕}

第二，格式条款提供方的违约金承诺不得事后调减。格式条款的提供方以单方意志主导着交易，其在合同中作出的违约金承诺并非与相对方讨价还价的结果，即使远高于实际损失，也属提供方单方自主意志的体现或者市场竞争的结果，亦无酌减空间。^{〔63〕}

第三，违约方故意违约时的违约金不得减少。违约金以履约担保为功能，在违约方故意或恶意违约的情况下，若仍允违约金事后酌减，便是从根本上掏空了违约金的内在功能而损及制度根本，还会放纵违约行为和滋长投机主义。^{〔64〕}正如《合同编通则解释（征求意见稿）》第69条第3款之规定，恶意违约系属严重违反诚实信用原则，违约金不得酌减。

第四，在交易中占据主导或者优势地位的一方的违约金承诺不得事后调减。^{〔65〕}在交易中，因经济实力等因素的影响，当事人之间的地位难免会呈现出强弱之分，此时，强势方通常具备足够的市场理性，其作出的违约金承诺系属权衡风险和收益之后的产物，难言不公。同时，在交易地位已然显著失衡的状态下，若允许强势方事后调减，势必加剧失衡状态，那么违约金内含的履约担保功能便会丧失殆尽，强势方反而在整个交易过程中翻手为云覆手为雨，这与私法秉持的诚实信用原则多有不符。

在上述场合中，或因特殊的交易形态，比如商事合同或者格式合同等特殊的缔约模式，违约金合意难言不公，因而不在于酌减规则规范目的的范围之内；或基于违约金内在的履约担保功能，若事后酌减，则制度本身荡然无存。推而广之，凡是表意自由场合，^{〔66〕}尤其是合同中强势方作出的违约金承诺，违约金便不得酌减。

其次，酌减规则作为法定的救济途径，乃是自治安排的例外情形，其目的在于防止合同不公这一特殊情形。因此，只有在交易中被压榨的弱势一方才有权提出酌减请求，这也构成了违约金酌减规则的适用范围。何为弱势方，比如格式条款的接受方。当然，这里的强弱之分仅为类型概括，尚需结合个案予以认定。也正因如此，以酌减作为例外情形，必须综合考虑合同类型、当事人的交易地位等多重因素，而非因违约金高于实际损失这一客观事实进行判断。

2. 在酌减过程中，合理确定参照因素以发现违约金的履约担保功能

违约金应在多少数额范围内发挥担保功能，属于无法计算甚至不可知的领域，即使在个案中也难以给出确切答案。因此，酌减过程实乃法官自由裁量权的领域，但其又非无迹可寻，基于功

〔61〕 参见最高人民法院（2018）最高法民再82号民事判决书。

〔62〕 参见江苏省高级人民法院（2012）苏商终字第0182号民事判决书。

〔63〕 参见郭锋、陈龙业、蒋家棣：《〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉理解与适用》，载《人民司法》2021年第19期。

〔64〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终949号民事判决书；山东省济南市中级人民法院（2022）鲁01民终725号民事判决书。

〔65〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终347号民事判决书。

〔66〕 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。

能定位，通过梳理相关要素以控制自由裁量幅度，便可避免酌减乱象。

首先，参照履约情况与违约程度确定酌减幅度。违约金以履约担保为内在功能，且酌减之目的亦在于实现真正意义上的担保功能。以此为基准，酌减参照的首要因素并非实际损失，而是违约方的履约情况及违约程度。也即，违约金金额与违约行为的比例关系。具体而言，若属于概括意义上的违约金，那么不仅要区分主义务、从义务以及附随义务，还要结合违约的实际情况，同时还涉及合同是否属于可分之债等。若违约金针对迟延履行等特定违约情形，则需考虑违约发生的时间以及违约的持续状况。若违约方部分履行，可按照履行部分所占比例予以酌减。

其次，以实际损失为底线。一方面，在酌减证立的情况下，基于履约担保功能，违约金酌减并非使违约金降至实际损失的程度。即使未造成实际损害，也不能直接否定违约金合意的约束力而酌减为零，否则难谓担保功能。另一方面，对于损失的理解不仅包括实际损失以及预期利益落空，^[67] 还应考虑无形损害或者精神损害等内容，必须斟酌守约方的一切正当权益。

3. 酌减规则的展开：《民法典》第 585 条第 2 款的解释论

针对《民法典》第 585 条第 2 款的规定，首先，人民法院“可以”便意味着不必当然酌减，而应守住“不酌减为原则”的底线。^[68] 再者，法官在判断违约金应否酌减时，不能以高于实际损失这一事实因素作为唯一标准，应基于酌减规则的规范目的予以综合考虑。从违约金功能异化这一基本点出发，通过审视缔约形态，发现违约金高于实际损失这一事实背后的法律评价要素。因此，对于“过分”的理解，不得以数额上的事实对比作为决断标准，正如《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 1 款之规定，应与交易发生体系关联，比如兼顾合同主体、合同类型、交易结构以及合同履行情况等多种要素。也因如此，若立足于履约担保功能，对于《合同编通则解释（征求意见稿）》第 69 条第 2 款之规定，即以违约金超过实际损失的百分之三十作为“过分高于”之标准，多显单一而难以统摄类型多样的交易形态，似无存在之必要。

五、余论：违约金的多样化形态及法律的生长

立足于交易实践，违约金在合意形式之外发挥履约担保功能，并与合同严守等具有内在一致性。针对违约金潜在的功能异化现象，基于对惩罚性的体系规训，酌减规则作为法定救济途径使违约方摆脱严苛的违约金责任。同时，在违约金酌减过程中，一方面应结合具体的交易场景确定是否存在违约金严苛及合同不公情形，而不能因违约金高于实际损失这一事实便证立酌减结果；另一方面酌减规则意在发现真实的履约担保功能，而非降至损害赔偿总额之预估。

随着社会经济的发展，违约金的形态与功能属性必将更为多样化，平台经济中的违约金便是一例。因此，在功能主义的视角下，在法律判断之余理应为实践理性留出更多空间。正如面对违约金蕴含的惩罚性要素，更需要改变的是我们对于担保的认知，我们应以一种更为开放的态度看待市场交易中涌现出来的与担保相关的实践操作，从而激发制度本身蕴含的无限可能性。进

[67] 参见最高人民法院（2018）最高法民终 355 号民事判决书。

[68] 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。

而言之,《民法典》应当秉持开放态度,不能以抽象化的法律规范去框定鲜活多彩的交易实践,应使违约金的制度发展保持相当的灵活性,守住制度供给的底线,以实现法律与社会的共同生长,争取做到老酒飘新香。

Abstract: The fact that compensatory liquidated damages are directly elevated from consensual facts to statutory norms leads to a judicial dilemma under the discrepancy between name and reality. Also, the compensatory liquidated damages are estimated damages, so it is difficult to say that rules relating to them forms an independent private law system, and there is no need to use the discretionary rules to adjust them afterwards. In contrast, based on transactional practice, punitive damages are attached to the contractual obligation and exist as a deterrent mechanism for the performance of contracts, which forms the basis of the system. At the same time, in order to regulate the tendency of punitive alienation, the judge can, by the request of the defaulting party, adjust the amount of punitive liquidated damages afterwards. Meanwhile, in the process of discretionary reduction, first is to keep the basic position of no discretionary reduction as the principle, discretionary reduction as the exception, and it needs to understand the real meaning of much higher than the amount of damages by combining with the specific transaction form rather than directly deducing the consequences of discretionary reduction because of the factual judgment that the liquidated damages are higher than the actual loss; second, the purpose of the discretionary rules is to discover the true guarantee function, rather than directly reduce to the extent of the actual loss. With the development of social economy, the system of liquidated damages and its inherent functions are increasingly diversified, so the law should uphold an open attitude to achieve the common growth of law and society.

Key Words: compensatory liquidated damages, punitive liquidated damages, performance guarantee, discretionary rule, actual loss

(责任编辑:徐建刚 赵建蕊)