

意定排除违约金酌减规则之合同条款效力研究

王焯炆

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年3月18日; 录用日期: 2024年3月28日; 发布日期: 2024年5月7日

摘要

通过对违约金功能以及违约金酌减规则规范意旨的分析, 可得违约金酌减规则属于强制性规范的结论, 进而可得事前排除酌减规则的合同内容无效的结论。所谓例外情形下有效的说法并不准确, 其实质是该例外情形本就无需适用酌减规则, 也即约定违约金的数额并不过高。所谓事前排除, 从规范角度看, 并非当事人意定排除了酌减规则的适用, 而是对限制适用酌减规则的强调, 裁判者应当考虑到这一点。当前主流观点以区分民商事合同来判断违约金是否应当适用酌减规则, 然而该说法缺陷非常明显, 民商事合同的区分标准未达成共识, 且部分民事合同也存在限制适用酌减规则的可能, 因此需要进一步完善。

关键词

事前排除, 违约金酌减, 民商事合同区分说

Study on the Effectiveness of Contract Terms under the Rule of Discretionary Exclusion of Mitigation of Liquidated Penalties

Yeyang Wang

School of Law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 18th, 2024; accepted: Mar. 28th, 2024; published: May 7th, 2024

Abstract

Through the analysis of the function of liquidated damages and the normative intent of the rules for mitigation of liquidated penalties, it can be concluded that the rules for mitigation of liquidated penalties belong to mandatory norms, and thus the conclusion that the contract content ex-

cluding the rules for mitigation of liquidated penalties in advance is invalid can be drawn. The statement that it is effective under exceptional circumstances is not accurate. Its essence is that the exceptional situation does not require the application of the discretionary rule, that is, the amount of agreed liquidated damages is not too high. The so-called prior exclusion, from a normative perspective, is not the intentional exclusion of the application of the discretionary rule by the parties, but an emphasis on limiting the application of the discretionary rule, which the judge should take into account. The current mainstream view is to distinguish between civil and commercial contracts to determine whether the penalty should be subject to the discretionary rule. However, the shortcomings of this statement are very obvious. There is no consensus on the distinguishing standards for civil and commercial contracts, and some civil contracts may also have limitations on the application of the discretionary rule. Therefore, further improvement is needed.

Keywords

Exclusion in Advance, Mitigation of Liquidated Penalties, Differentiation of Civil and Commercial Contracts

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

违约金司法调整是违约金领域重要的法律制度。2009年最高人民法院颁布《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的意见》，其中明文规定了合同当事人认为违约金数额过高或过低的，可以向人民法院或仲裁机构申请调整违约金的数额。《民法典》颁布之后，承袭了《合同法》第114条中关于违约金酌减的规定，进一步细化违约金司法调整权的内容。但对于当事人预先放弃违约金司法调整权之协议效力的认定却未有涉及。与立法的空白相对应的是实务中愈发常见的“弃权特约”。一时间，“天价违约金”案频发。许多当事人在缔约时不仅约定了高额的违约金，同时还协议放弃了违约金司法调整权。这些当事人在签有弃权特约的前提下，在合同履行发生纠纷之后又向人民法院提出主张，申请法院依法对高于实际损失的违约金加以调整。在此情况下，法院或仲裁机构就面临这样一个问题：应当如何认定当事人预先放弃违约金司法调整权的协议效力？倘若认可协议效力则不得再以《民法典》第585条第2款为依据对违约金数额进行司法酌减；倘若否定协议效力，直接调整过高的违约金，则又将当事人合意达成的约定置之何地？本文就这些问题进行探讨。

2. 违约金酌减规则的可排除性

2.1. 违约金制度的功能

当事人意定排除违约金酌减规则实为合同内容之一部，自然应当受到法律行为效力规则的审视。考虑到法律行为可撤销规则适用前提是当事人一方存在意思瑕疵的情形，而本文试图讨论的是基于当事人真意达成的排除违约金酌减规则的内容是否有效的问题，故在此不讨论法律行为可撤销规则，而仅聚焦于法律行为无效规则。以拘束力为标准，法律规范可作任意规范和强制规范的区分，当事人对前者可以任意改变或排除，后者则代表强制秩序而不得为个别意志所改变[1]。就此问题就转变为违约金酌减规则性质属于任意规范还是强制规范，对此需要通过审查违约金酌减规则的规范意旨后才可作出判断。在此之前，还需要先分析作为前提的违约金的功能。

违约金的功能有二，一为压力功能，二为赔偿功能[2]。两项功能发挥作用的阶段不同，以违约发生时为分界点，压力功能作用于履约阶段，意在预防当事人违约，而赔偿功能作用于违约事项发生后清算阶段，意在方便守约方获得足额赔偿。同时，违约金在学理上也被类型化为赔偿性违约金和惩罚性违约金，顾名思义，前者指的是违约金数额与因违约所生损失大致相当的情形，违约金属于损害赔偿额的预定，而后者指违约金数额远高于损失额的情形。由此可见，两种类型的违约金大致可以对应违约金的两项功能。

从《民法典》第 585 条第 2 款条文来看，我国对于违约金的态度是侧重赔偿功能，若当事人约定违约金高于实际损失，通过当事人一方的请求，法院享有对违约金进行司法调整的职权。然而法律若不支持违约金超过实际损失，那么违约金制度与损害赔偿制度有何实质区别？王洪亮教授就认为赔偿性违约金实际上属于损害赔偿制度，缺乏独立意义[3]。细究违约金的赔偿功能，主要如下：第一，便于守约方举证，在违约事项发生后守约方无须举证自己的损失而径直主张违约金；第二，不可赔损害的填补，在损害赔偿制度中诸如无形利益、精神损失以及因果链较为疏远的损害等难以获得支持的损害，均可通过违约金获得填补；第三，最低损害额预定，若约定的违约金小于实际损失，守约方仍可以主张损害赔偿，即《民法典》第 585 条第 2 款第 1 分句规定。如此看来，似乎即便只肯认违约金赔偿功能，仍然可以区别于损害赔偿。但实际上，赔偿功能和压力功能并没有那么明确的界限。比如上述第二功能，如果当事人把因果链相当疏远的损害都约定在违约金中，以至于违约金数额庞大，且在合同文本中明确指出这是损害预定，那该违约金实际上就起到了压力功能，同时也更偏向于惩罚性违约金，暗度陈仓罢了。实践中有当事人在合同文本中既约定了赔偿性违约金，又明确写明了惩罚性违约金的情形，若当事人忧虑惩罚性违约金得不到支持，那么完全可以将惩罚性违约金数额加在赔偿性违约金中，同时写明这是损害预定。因此，刻意去排除违约金压力功能而仅坚守赔偿功能，实际上是做不到的。

但更关键的在于，压力功能实际上才是违约金制度的最独特的价值所在。上文提到违约金的压力功能作用在于督促相对人履约，通过约定高额的违约金可以使债务人更加明确地感知到违约可能带来的不利后果，由此对债务人形成履行的压力。倘若违约金数额超过实际损失得不到法律认可，而只能与实际损失大致相当，那么对债务人而言，违约金几乎就起不到压力作用。反正不约定违约金的情况下，违约需要赔偿的也只是实际损失，那么有没有违约金就没有区别。

2.2. 违约金酌减规则的性质

笔者赞同法律承认违约金的压力功能，不意味着赞同当事人可以无限制地约定高额违约金。约定违约金彰显合同自由，但债务人在约定时通常自信能依约行事，预定性本身蕴含着诱发不公平结果的基因，提出了限制违约金的需求[4]。《民法典》第 585 条第 2 款实际上也是针对可能发生的不公平结果所作的规制。但是目的正当并不意味着路径正确，高于实际损失的违约金的正当性来自于当事人合意，同时高于实际损失的违约金也是发挥违约金制度压力功能所必需的，《民法典》第 585 条第 2 款仅仅以实际损失作为判断违约金是否应当进行司法酌减的标准，并不妥当。

酌减规则本质上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[5]。因此需要关注的不仅仅是守约方的实际损失，还应当关注当事人的理性能力、违约方是否故意违约、当事人承受违约金的能力等因素。实际上司法实践未必不清楚这一点，已经废止的《合同法解释二》第 29 条第 1 款就规定了“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。”实际损失仅是基础，还需要考虑其他多种因素。令人遗憾的是，实践中适用第 2 款的情形远超第 1 款[6]，第

2款即“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’。”本应当作为第1款的辅助，却在实际作用上取而代之。因此，违约金酌减规则的存在是必要的，但规范形式以及司法实践的做法却值得商榷。上文提到，违约金酌减规则是为了防止违约金功能异化，这意味着如果当事人之间不存在异化的可能，就没有必要适用违约金酌减规则，此时当事人约定排除酌减规则自然是有效的。但是另一方面看，既然在这种情形下本就不符合适用酌减规则的前提，那么排除与否还有何意义？笔者认为，或许是因为实践中司法酌减比例过高，许多不该适用酌减规则的案件也适用了酌减规则，以至于使得当事人形成“司法裁判偏好适用酌减规则”的预期。在这种预期下，当事人约定排除酌减规则的适用就是一种无奈之举，与其说是“排除”不如说是强调不符合酌减规则适用前提。

基于上述，再分析违约金酌减规则的性质问题。既然违约金酌减规则目的是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，那么只要不存在异化的情形，酌减规则自然不应当被适用。所谓违约金的异化现象，简要地说就是违约金成了一方压榨另一方的工具，或当事人事先过于乐观、不够理性而约定了高额违约金，违约事项发生后需要承担过于高昂的负担。因此倘若当事人缔约过程中足够理性，能够对违约金给付义务产生后之结果有充分认知和预判，就无须酌减规则来干预当事人意思自治，所谓意定排除酌减规则，从规范角度看并无意义，因酌减规则本就不该被适用。反之，当事人缺乏理性，难以承担缔约时因过于乐观所造成的高额违约金后果，则即便约定排除酌减规则，该约定也无效。综上，违约金酌减规则应当属于强制性规定，只是因司法实践的不当，以至于当事人不得不采意定排除的方式来防御司法的不当干涉，才使得违约金酌减规则有任意性规定的表象。

3. 主流观点“民商事合同区分说”的不足以及完善

3.1. 民商事合同区分说之缺陷

上文提到，从违约金酌减规则的规范意旨出发，若违约金债务人被认为具有评估其违约金负担的能力，那么就不应当适用酌减规则。从不那么准确的角度说，就是承认意定排除违约金酌减规则合同内容的效力。因此问题又转变为，如何评估当事人缔约时的理性能力以及承担违约金后果的能力。以民商二分角度切入，并以传统商法中以界定商主体和商行为来识别商事法律关系的理论，来判断当事人的理性能力，是当前的主流观点(本文称民商事合同区分说) [7]。一旦当事人被认定为商主体，或者其行为被认定为商行为，则可以认为该当事人具备高于一般民事主体的理性能力。这也有比较法上的支持，《德国商法典》第348条即规定“一个商人在自己的商事营利事业的经营中所允诺的违约金，不得依《民法典》第343条的规定减少”。然而，这一主流学说还存在一些缺陷。

既然是借助传统商法理论来解决问题，自然避不开其本身携带的问题。首先面临的问题是，什么是商主体？什么是商行为？依传统商法理论，商主体即从事商业营利活动且经过工商登记的民事主体，商行为即商人作出的以营利为目的且具备营业性的法律行为。然而这种概念定义存在循环定义的逻辑问题 [8]。在制定商法典的国家中，主要有三种主义的立法例，采主观主义的代表为德国，以商人(商主体)作为识别商事关系的核心，进而适用商法规范；采客观主义的代表为法国，以法律行为内容来认定行为是否具备商业性质，而不问行为人是否为商人；折中主义代表为日本，兼而采之。因而问题就产生了，在主观主义立法例下，只有商人参加的法律行为才属于商行为，那么未经登记的民事主体作出具备营利性和营业性的法律行为，是否属于商行为进而需要适用商法规范？在客观主义立法例下，既然侧重于识别法律行为的营利性，非商人都可以作出商行为，那么商人这一概念还有何意义？实际上学界就商主体和商行为理论也尚未达成共识，以至于出现类似“商主体指作出商行为且登记的主体，商行为指商主体作出的行为”这样的循环定义问题。我国并无商法典，所谓商主体、商行为均只是学理概念，而不是实证

法上的概念，因此难以从实证法上获知究竟该以商主体还是以商行为作为识别商事法律关系的桥梁，从而适用商法性质的法律规范。在这种情况下，区分民商事合同说面临着实践难题，即到底如何判断某一合同性质属于商事抑或民事。

问题还不止于此。借助传统商法理论的目的是为了判断当事人的理性能力，但区分民商事说在逻辑上只能说明：具备商事关系 = 当事人一方或双方具备足够理性能力，却不能说明：不具备商事关系 = 当事人不具备足够理性能力。比如甲和乙均为自然人，双方签订买卖合同，由甲卖给乙一幅珍贵字画 A 物，并约定了高额的违约金。如果以传统商法理论角度看，甲和乙是自然人，未经过工商登记，不属于商主体，而买卖字画的行为也不具备营业性，不属于商行为，因此甲乙之间不存在商事关系。但是，难道就因为甲和乙之间无商事关系就可以认为二人理性能力不足？实际上，甲和乙完全可能因为字画 A 是如此珍贵，以至于缔约中认认真真对待合同条款。简言之，民商事合同区分说存在涵盖漏洞。

3.2. 完善民商事合同区分说的途径

区分民商事合同说虽然有一些漏洞，但只要在实践的过程中认识到区分民商并非目的而是手段，真正目的在于综合多种因素来判断当事人的理性能力，那么上述问题应当能够解决。况且学界目前似乎也并无更具备解释力和指导力的理论。但是若要采此说，上述提及的商主体、商行为的循环定义问题是必须解决的，否则难以回答“商主体作出不符合营利性的行为”，以及“非商主体作出营利性行为”两种情况下是否应当适用商法规范的问题。新近商法理论中，王建文教授对二者进行了理论重构，创设新概念“经营行为”，指以营利为主要目的而实施的行为，不以商主体为必要，同时企业及职业经营者所实施的行为被推定为经营行为，但明显不以营利为目的的除外^[9]。笔者认为该理论可以解决循环定义的问题，值得用于指导区分民商事实践作业中来。除此之外，针对当事人之间不存在商事关系但当事人足够理性的情况，司法实践应当对当事人合同缔约过程作更完整、严谨的审查，以判断当事人缔约时对待合同条款尤其违约金条款是否足够认真、理性。

综合而言，这里实际上存在两阶段的审查，第一阶段是以经营行为理论审查当事人之间是否存在商事关系，若存在即不得适用酌减规则，无须进一步具体审查当事人在缔约过程中是否理性；第二阶段是若当事人之间不存在商事关系，并不意味着当事人就缺乏足够理性能力，仍需要具体审查当事人缔约的过程，进而判断当事人缔约时是否存在过于乐观、受到压迫、缺乏承担高额违约金能力等情况，若无这些情况也不应当适用酌减规则。

参考文献

- [1] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 294.
- [2] 姚明斌. 违约金双重功能论[J]. 清华法学, 2016, 10(5): 134-150.
- [3] 王洪亮. 违约金功能定位的反思[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(2): 115-125.
- [4] 姚明斌. 《合同法》第 114 条(约定违约金)评注[J]. 法学家, 2017(5): 154-174+180.
- [5] 张厚东. 论违约金的履约担保功能——兼论违约金酌减规则[J]. 财经法学, 2023(3): 144-160.
- [6] 罗昆. 我国违约金司法酌减的限制与排除[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(2): 115-126.
- [7] 事前放弃违约金调整请求权之合同条款的效力——民法典第五百八十五条第二款之适用[J]. 人民司法, 2021(13): 103-111.
- [8] 蒋大兴. 商人, 抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问[J]. 清华法学, 2008(4): 55-71.
- [9] 王建文. 商法研究总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 269-282.