

惩罚性违约金的接纳与规制： 以当事人中心主义为视角

王利民, 宫双霞

(大连海事大学法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要: 中国特色社会主义进入新时代, 尊重私人社会中意思自治便是以人为本的根本性体现, 而合同自由则是私人自治的重要体现。在合同订立的过程中, 当事人通过违约金条款调节双方之间的利益关系, 是合同自由的题中应有之义。违约金可以分为惩罚意思之违约金和赔偿意思之违约金。目前, 我国立法司法实务中对惩罚意思之违约金缺少明确的规定。智慧社会建设需要认可接纳惩罚意思之违约金, 这是在国家制度层面体现以人为本、革故鼎新的重要举措。诚然, 惩罚性违约金是当事人对未来或然事务的处置, 而且关涉双方的重大利益, 因而秉承公平、正义、利益均衡的原则对其约定进行适度的调节, 也应是立法司法机关的职责所在。

关键词: 智慧; 违约金; 惩罚; 意思自治; 司法审查

中图分类号: D 923.3

文献标识码: A

文章编号: 1000-260X(2019)02-0074-09

一、意思自治是违约金的核心

(一) 意思自治是违约金存在的基础

从刀耕火种到人工智能, 从物与物的交换到货币的出现, 都是人类文明的时代进步, 究其根本是对智慧的追求与对交易自由的渴望。智慧社会是人类发展的必然结果, 智慧社会的构建是人类更高级别的人类文明。在智慧社会中为了保障交易的顺利进行, 合同制度是对交易活动发挥重要保障作用的制度。合同制度的存在本身就是一种智慧^①的体现。意思自治就是运用于私人社会中契约自由的、保障私人权利的智慧^②的体现。王泽鉴曾言:“契约制度乃在肯定个人自由及自主选择的权利, 期能促进社会经济发展及社会进步。”^③(P108)

“契约自由原则初始的价值目标是真实的平等、自由、公平, 追求的是实质的契约自由正义。”^④(P220) 但是, 合同一方当事人之债权属于请求权, 因此, 合同成立之后的履行需要合同相对方, 即债务人的配合才能实现合同的目的, 债务人能否积极响应债权人的请求对合同目的的实现关系重大。正如卢梭所言:“我同你订一个一切义务全有你承担, 而一切好处全归我所有的约定, 我高兴遵守才遵守; 而在我高兴的时候, 你便必须遵守。”^⑤(P16) 这样的合同目的是无法进行公平交易的, 在实践中, 债务人由于各种原因, 基于不同的动机, 或者因合同订立后财务状况的恶化, 履约能力的降低, 或者因新的交易机会的出现, 更高获利机会的诱惑等客观或主观原因与个人动机的驱动, 不去履

收稿日期: 2018-11-16

基金项目: 国家社科基金重大项目“民法精神与建设社会主义法治文化民本模式研究”(14ZDC022)

作者简介: 王利民, 大连海事大学法学院教授, 博士生导师, 主要从事民法问题研究; 宫双霞(通讯作者), 大连海事大学民商法学博士研究生, 主要从事民法问题研究。

行先前订立的合同义务。也就是说“事实上,作为个人来说,每个人都有一种与他作为公民的公益相反的或不同的个人意志。”^{[1](P22)}因个人的意志而不去履行先前的合约,这样就失去了契约中的正义,从而致使利益失去均衡性,而“公平是对利益分配合理性的认定,认定公平在于人们所应得到的东西应与其具有或支付的某种东西相适应,主要是地位与作用、权利与义务、行为与报偿相称。”^{[2](P40)}由于先前合同不能顺利履行,这时债权与债务之间的关系便不会对等而失去公平,此时,债权人即面临着违约的风险。为了规避因债务人的违约给自己带来的不利后果,促使债务人积极履行债务,实现合同的目的,债权人需要寻求一种法律手段,使其可以担保合同债务的履行,阻击债务人的违约冲动。若这一目的仍未达到,在最不利的情况下,这一手段仍可发挥对债权人的救济,预定违约损害赔偿金额等功能。

(二) 违约金的价值

从合同的订立到合同的履行,违约金是人类的一种智慧存在,在多种法律工具之中,合同违约金对于债权人防范与化解违约风险,发挥保障自身利益的作用具有极其重要的意义,这也是合同违约金的客观价值,在满足自己的需要时也要尽到自己的义务。正如“一个人有责任不仅为自己本人,而且为每一个履行自己义务的人要求人权和公民权。没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”^[4]“债权不是对债务人的人身加以支配的权利。债法的基础在于当事人自由与平等原则,债务人固负有给付的义务,基此“当为”(Sollen)而受拘束;但并不因此而成为相对人支配的客体。债权人不得直接强制债务人提出给付。”^{[1](P58-59)}罗马人为了对债的保障,规定了定金和违约金,“在一方违反主契约义务的情况下,违约方将按照约定的数额或标准向另一方给付一笔钱款作为罚款。”^{[5](P195)}这样由“不平等又重新转变为平等”^[6]。基于违约金的功能定位,合同当事人在合同中广泛使用这一法律工具调节合同主体之间的利益,平衡二者之间的权利义务配置。因此,合同当事人是违约金设定的主体,合同当事人的意思对违约金的

内容、适用条件、与其它合同责任的关系等方面起着决定作用。而违约金的价值在构建智慧社会中推动了经济的稳定发展,有利于实现自身发展和国家的发展。

(三) 意思自治在预防违约中的作用

智慧社会的构建既是我国全面深化改革的结果,也是人们自由表达自己意思的必然要求。意思自治原则作为民法的基本原则鼓励当事人通过法律行为自由设立、变更、转让权利义务,实现意欲达致的目的。意思自治在合同法领域的具体体现即为合同自由原则。“所谓合同自由原则,指参加民事活动的当事人在法律允许的范围内享有完全的自由,按照自己的自由意思决定缔结合同关系,为自己设定权利或对他承担义务,任何机关、组织和个人不得非法干预。”^[7]虽然现代民法对合同自由原则施加了一定的限制,但是其在合同法领域内的基本地位并未动摇。当事人基于上文论及的违约金的制度功能,将其设定为合同中的条款,这是合同自由的题中应有之义。而在实践中,首先意思自治免除了守约方举证的义务。减轻了守约方对自身损失的举证负担,起到对未来义务人的自认作用,免除了受约人的义务,加强了权利人的权利。其次以未来责任人自认进行权利让予的这个方式来减轻守约方的举证责任,对合同实际履行起到推动作用,有利于当事人诚实信用地进行交易活动,从而促进市民社会秩序的稳定和谐。因此,民法在违约金制度中必须为当事人的意思自治留下足够的空间,意思自治在违约金约定中应具有核心地位,法律对违约金的规制只能发挥对当事人意思自治不足的补充作用,推进智慧社会建设,离不开意思自治价值体系和其作用。智慧社会是在充分保障和实现意思的私人交易活动。

二、违约金约定的当事人意思探究

(一) 违约金之意思正当性

万物相生,道并行而不相悖,这就是智慧。智慧社会的建设过程中对于合同双方当事人在订立

合同时的意思表示的正当性的探究,就是一种智慧的运用。立法者应对违约金约定的当事人意思予以确定,打造公正合理的市场交易,为交易的顺利进行予以保障。契约在债的关系中占有重要的位置,“契约(contractus)是债关系的主要发生根据。根据古典罗马法学家的观点,契约是指两个以上当事人之间创设债关系的法律行为;它最基本的要件是当事人之间的协议。”^{[5](P196)}既然当事人的意思在合同约定中具有核心地位,那么当事人就违约金的约定具体意思,便显得极为重要。探究当事人的意思,一方面可以助力当事人的意思表示,另一方面可以辨别当事人一方之真实意思以及调和合同当事人之间在意思约定方面的矛盾。

我国《合同法》第114条是规范违约金的条款。“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,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”合同的规定虽然可以作为探究当事人违约金约定之意思的实定法依据,但是正如上文提及,当事人为了规避因债务人的潜在违约给自己带来的风险,利用违约金的制度功能达致合同目的而约定违约金条款。“契约系由当事人互相意思表示一致而成立,由多数条款组合而成,旨在规律彼此的权利义务,乃当事人自创的规范(lex contracijs)。此项契约规范源自当事人意思,在于满足不同的利益,分配各种可能危险。”^{[4](P217)}以意思自治的立场分析,当事人的约定并不都以实定法的具体规定为圭臬,实定法的固有缺陷也不能为当事人的实现需要提供面面俱到的规范。基于这样的规范与实践关系,法律制度或司法审判必须保持谦抑的态度,推定合同当事人是特定利益关系的最佳判断者,当事人的意思决定了违约金条款的功能定位与适用条件。法律制度与司法审判只是用来辨识当事人之真实意思以及在一定条件下基于合同正义矫正当事人之不当意思表示。“站在理性认识论的角度来看,只存在各种利益以及由此导致的利益冲突,解决这些利益冲突的方式,就是在这些利益冲突之间进行排序,要么是牺牲一种利益来满足另一种利益,要么是在相互对立的利益之间达成一种平衡或者妥协。”^[8]

(二) 赔偿意思之违约金

“赔偿性违约金,是当事人双方预先估计的损害赔偿总额,又叫做损害赔偿额的预定。”^{[9](P16)}赔偿意思的违约金则与惩罚意思之违约金不同,其意图达致的目的并不在于债务之担保,而在于预定因另一方当事人违约而生之损害赔偿额。因为债权人于债务人违约时主张损害赔偿请求权,需要举证具体损害之存在以及违约与损害后果之因果关系,颇为困难,有难以获得救济之风险存在。如果能在合同中预先约定违约金条款,具体设定一旦发生约定之情形时损害赔偿额或者损害赔偿额之计算办法,则合同当事人就可以以较少的成本与简便易行的方法主张权利,减少不可控因素对合同权利救济之障碍。

探究当事人之违约金约定是否为赔偿意思之违约金需要当事人预先约定损害赔偿之数额的意思表示。“在某些情况下,违约金约款也可以成为债务人保留的一种选择权,也就是说,允许债务人在一定情况下通过给付约定的违约金数额来解除自己的履行义务。”^{[5](P195)}如果当事人通过违约金约定,意图预定损害赔偿数额并减轻或豁免一方举证证明损害大小及违约行为与损害后果之因果关系的义务,则该违约金属赔偿意思之违约金无疑。一般的事后损害赔偿奉行全部赔偿之原则,而赔偿意思之违约金则以当事人意思自治的方式对赔偿额进行事先的预估与固定,当违约发生后,这时的债务人要向债权人支付一定数额的赔偿金,而赔偿金的数额不能高于同时也不能低于预先估定的赔偿数额。而这样必然会产生预定的损害赔偿额与实际损害之间的数额存在差异,虽然如此,在已经存在此类违约金约定的情况下即是不支持另行请求损害赔偿权。这样的约定往往是以牺牲全部损害赔偿为代价换取在行使追求损害赔偿上的便利性与举证责任的减轻。

(三) 惩罚意思之违约金

凡益之道,与时皆行。这就是一种大智慧,而惩罚性违约金的目的是在于惩罚和威慑。我国立法模式可以说基本上是对大陆法系的一种沿袭,

既然是对大陆法系的沿袭,必然是以补偿为主,但是我国民事责任并不排斥惩罚性违约金。《民法总则》明确地规定了“法律规定惩罚性赔偿的,依其规定”,而且单行法中也有相关规定。并且其范围也随着越来越大,这在建设智慧社会的过程中是必不可少的。其本质就是在建设智慧社会的过程中要尊重意思自治,实现与维护好人民利益,坚持以人为本。

“惩罚性违约金是当事人对于违约所约定的一种私的制裁,故又称违约罚。于违约时,债务人除须支付此种违约金外,其他因债之关系应负的一切责任均不受影响,债权人除得请求违约金外,还可以请求债务履行或不履行所生之损害赔偿。”^[9](P19)当事人通过约定惩罚性质之违约金,对债务人施加相当压力,使其债务之履行合乎合同本旨,担保合同债权的实现。为了担保合同债权的实现,债务人除了以其责任财产担保债务之履行以及不履行之损害赔偿外,债权人可以要求债务人找一个第三人以第三人的财产来承担其全部的债务责任,或者是第三人和债务人一起分担履行债务。如保证、抵押、质押等。无论是债务人的债务是由第三人完全承担还是第三人与债务人一起承担的方式,其效力均没有超出原债务的范畴。与其相对的惩罚性违约金则不同,惩罚性违约金是在债务人应承担的违约金范畴外还需要支付一定数额的赔偿性违约金的,赔偿性违约金超出原来债务应有的范畴。虽然惩罚性违约金依旧要靠债务人履行,但是其在法律关系上为债务人增加了一定的数额的债务。然而“人们奋斗所争取的一切,都是同他们的利益有关。”^[10]“利益本质上是人们乞求满足的要求、愿望或期待。”^[11]“为维护出卖人和买受人的利益,当事人通常可以针对买卖合同作出某些附加约定,这些附加约定虽然采用简约的形式,但被认为是在买卖合同缔结时达成的,因而在实践中与买卖合同一样具有约束力。”^[12](P206)债务人为避免实际负担此项超额债务,通常会尽力履行给付义务。

1. 我国惩罚性赔偿的立法状况

惩罚性违约金的规定始见于 1994 年的《消费者权益保护法》第 49 条,而 1999 年的《合同法》第

113 条第二款对其予以进一步的肯定,随后相继有 2003 年《商品房司法解释》中第 8 条和第 9 条、2007 年《劳动合同法》第 85 和 87 条、2009 年《食品安全法》第 96 条第 2 款,2009 年的《侵权责任法》第一次明确提出了惩罚性赔偿的概念,随着旅游业的发展,2013 年出台的《旅游法》第 70 条,修正的《商标法》第 63 条,修订的《消费者权益保护法》由 1994 年的“退一赔一”改为“退一赔三”,以此加重了对违约方的惩罚力度。由此可见,在对于惩罚性违约金的立法进程中,惩罚性违约金适用的范围和数额在不断扩大,由过去的合同领域到侵权领域,由财产领域到知识产权领域,由财产损害赔偿到人身损害赔偿,由隐性到明确规定。

2. 惩罚性违约金的作用

由于赔偿意思之违约金本身存在不足与局限性,体现在其主旨只是弥补债权人的所受损失,起到一个补平的效果。而这样做并没有考虑到债务人主观违约性,这样往往会导致更多的合同一方当事人当面临更大利益时选择此合同的违约,而债权人往往因诉讼标的过小而放弃通过诉讼的方式来维护自己的合法权益。这样循环而至的结果便是赔偿性违约金对于合同的顺利履行的作用不够充分,也就是说不能很好地起到事前预防的作用,当违约行为发生后,致使原合同不能如期履行,从而违反了诚实信用原则,失去实质性正义。而惩罚性违约金的存在与适用可以弥补赔偿性违约金的不足之处。具体体现在惩罚性违约金是在合同签订时双方当事人为了合同的顺利履行而约定,其首要目的是预防和震慑的作用。当合同当事人一方想要选择违约时,其可清楚地预知自己的违约行为所要承担的违约行为的法律后果,相对赔偿性违约金会使当事人会更加慎重,因为一旦选择违约会付出高额的惩罚性违约金,使其违约成本增加,从而有利于预防恶意违约的行为的产生,这样预防和震慑的效果要好于事后的损害赔偿。其次是起到激励债权人通过诉讼程序来维护自己合法权益的作用。惩罚性违约金是为了使合同当事人遵循诚实信用原则更好的对合同的履行,实现合同目的。

改革开放 40 年,我国经济得到了迅速发展,

在这样高速的市场经济发展的大环境下,市场主体多元化,而合同是各市场主体进行市场活动必不可少的环节。但是在交易活动中,各种违约行为相互交织,像合同诈骗与合同欺诈就是一对容易混淆的概念,如何依法解决合同纠纷,充分保障市场主体在健康的市场环境中自由发展。合同诈骗和合同欺骗是属于民刑两个领域,当采用合同诈骗时往往不能保护债权人的合法权益的,刑法作为法律保护的最后一道屏障,然而在实践中往往成了人们优先选择,致使作为最后一道防线的刑法被前置化。正因如此赔偿性违约金的适用能够解决此类合同的纠纷,尤其是买卖合同、借款合同。惩罚性违约金可以说是一种介于民刑之间解决纠纷的良好方法,促进合同的履行。

探究当事人之违约金约定是否为惩罚意思之违约金,关键的判断因素在于当事人约定违约金的目的是希望通过违约金罚则促使合同债务人以符合合同目的的方式进行对合同义务的履行。故惩罚性违约金其功能则是在债权人请求违约金之外,仍旧保留全部的损害赔偿请求权或者是超预定的损害请求权。惟有如此,此类违约金,才能称得上是惩罚或者具有民法上私的制裁。

三、惩罚性违约金司法审查的 审慎行使

惩罚性违约金的审慎行使在于解决意思自治与国家介入之间的问题,实现社会和谐发展,促进智慧社会的建设。我国没有对惩罚性违约金的观念做出明确的规定,只是在2009年《侵权责任法》中首次提出“惩罚性赔偿”,继而在修改后的《消费者权益保护法》中也对其进行了规定,但是就算是2017年通过的《民法总则》同样只是提出了“惩罚性赔偿”,但并未对其进行详细的阐释。不仅我国对此未详细的规定,世界上多数民法典均未对惩罚性违约金作出明确规定。有学者希望我国在《合同法》的修改中会对其进行细致的阐释。但是,实定法的失语并不妨碍当事人之间基于真实意思表示于合同中约定惩罚性违约金,根据“法无禁止即自由的理念”可以得出结论是我国并没有否认惩

罚性违约金的存在。因为合同自由原则足以支持这一结论。

(一)惩罚性违约金机制审慎行使的内在原理

惩罚性违约金的最根本的目的是对于合同现实效力的一种否定,而其存在的正当性则是对意思自治与公平正义、诚实信用原则本质上的一种调整,其主观是法律对自由的价值取向,而其客观上则是公平正义、诚实信用的价值取向,因为合同的违约方之所以选择违约,在于其一般会获得比履行约定的利益更大,由此可见在合同不能继续履行下去的结果是显失公平,违背诚实信用原则的。而单从合同来判断,违约方的行为并不能构成否认法律行为效力的评价因素,所以要从主客观两个方面进行相互协作才能实现对法律行为效力的否定。法院往往会为了社会秩序和遏制这些不法行为采用惩罚性赔偿。“法谚有云:正义是从裁判中发声的。”^[12](P245-246)“每一份判决都是法官向社会呈现的一份问卷。”^[12](P247)

我们都知道赔偿意思之违约金的性质是补偿性的,目的是使受害人的利益恢复到为受侵害之前的状态,但是在某些情况下仅仅补偿是无法对恶意违约人予以教育和警示作用。又因“人总是按照对本身利益的明智见解行事的假设,”^[13]再如“人因天性而皆有趋利避害之心”^[14],为了获得更大的利益,这样只会致使不法行为反复发生。“毋庸讳言,这些不良现象严重破坏了社会秩序,带坏了社会风气。”^[12](P52)又因法律的作用是预防为主,和补偿性违约金相比,一方面惩罚性违约金更可以对违约行为的产生起到预防的作用,增加了违约的成本,减少恶意违约行为的发生,另一方面高额的惩罚性违约金的追偿可以促进受害人积极对不法行为进行斗争,维护自己的正当利益。也就是说“如果一个社会为发挥个人的积极性和自我肯定留有空间(也许有人会怀疑,历史上是否有过这样一种社会,即它能够在长时间内完全压制人们的这些自然冲动),那么在相互矛盾的个人利益之间肯定会有冲突和碰撞。”^[15](P414)“一种正当观必须对各种冲突的要求赋予一种次序。”^[16](P103)惩罚性违约金的预防与震慑作用正是维持了交易活动

中的正常交易秩序。在大数据、人工智能应运而生的时代,科技的进步为个人提供了更多的财富途径,在带来更多财富的同时会出现更多的问题,而智慧社会的建设则可以更好的解决好这些新生问题,从而维护正常的经济市场秩序。

在判定当事人违约金约定的具体意思之前提下,即存在当事人之间关于违约金的约定是否接受司法审查的约束以及接受约束的程度问题。无可讳言,合同自由与合同正义或曰公序良俗之间存在一定的相悖或者紧张关系,但是在自由获得极大发展的时代,自由居于本位,对自由的限制具有从属地位。从民法属于私法的角度视之,意思自治始终处于根本性的地位,对当事人意思的约束与审查处于从属地位。法律的目的“不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”^[15](P64)。“人人都是平等和独立的,因此任何人不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^[15](P62)“‘法不外乎人情’这个命题的用意不仅在于对法内容本身加以要求,而且在于干预司法。就司法活动而言,在司法审理中,这个命题就是要求法官做到法律与‘人情’两相兼顾或‘法情两全’;而当法与情有矛盾不能两全时,则应舍法取情,此即所谓‘人情大于王法’。”^[17](P22)因此,法院对当事人之间违约金约定的审查应持审慎态度,对违约金的数额进行适度的干涉,也就是说“有关平等的自由原则的最初契约是最终性的。”^[16](P163)

(二)透析惩罚性违约金审慎行使的方法

一枝独秀不是春,百花齐放满园春。这是一种自古流传的智慧。而惩罚性违约金的适用不仅是对违约金种类多样性的一种补充更是为了维护诚实信用与公平。市场经济究其本质是契约经济,保证契约的顺利有效履行,鼓励交易才可以更好的促进市场经济健康、稳定、有序的发展。诚实信用、公平原则作为市场经济活动的主要原则,充分协调了市场活动中各方利益,维护了市场秩序。合同中的恶意违约行为则违反了诚实信用及公平原则,故对违反者适用惩罚性违约金,对建设智慧社会有促进作用。惩罚性违约金作为一种惩罚性手段,可以针对主观上存在过错的人是有法理依据

的。在适用惩罚性违约时其目的是为了充分保障私人社会的意思自治,国家的介入更为了实现实质公平的原则,在适用惩罚性违约金时往往其数额是明显高于受害人的实际损失的,但是对其适用可以更好地对违法行为实行惩罚,起到威慑教育的作用。这样可以使行为人信守承诺,保障交易的顺利进行,促进社会的和谐发展。

为了防止因违约金的约定而使合同当事人之间的权利义务过分失衡,各国民法都允许合同当事人一方诉请法院适度纠正过分不合理的违约金约定,依法修正当事人之间的意思表示。基于如此考量,大陆法系国家历经数百年的演变,于违约金规则中发展出相当数量之违约金司法酌减规则,据此调整合同当事人之间关于违约金的约定条款。纵然如此,在违约金约定中,当事人的意思仍居于核心地位,法院适用违约金酌减规则只是发挥弥补合同当事人意思自治不足的作用,法官的司法判断无力替代当事人分配相关合同利益,设定双方之间的权利义务。

首先,惩罚性违约金的适用需要双方当事人有约定的从其约定,无约定的法院可以根据守约方的实际损失、违约方的恶意程度、违约情节来自由裁量。在市场交易活动中很多的违约金条款约定是非常模糊的,违约情节、违约金计算标准都不清晰。为了遵循合同的达成是双方意思表示一致的结果,避免了合同当事人因一方经验不足,处于弱势,从而显失公平;进而也避免了在私法秩序中存在的“明为违约,实为借贷”的不正常现象。除此之外,确认违约金的效力还应具体结合合同的性质、目的、交易习惯等因素。考量合同双方当事人是否在合同中有明确的约定惩罚性违约金,在意思自治原则之下,合同双方当事人是可以自由设定其行为的权利、义务标准的,自然包括违约的处理方式。“如果我要求权利,那是因为在在一个公正的观察看来,这种权利是合理的,有充分根据的。”^[18](P64-65)“当我们明白了财产的均匀分配的公正性以后,我们就应当考察由此产生的优点。”^[19](P68)

其次,确认惩罚性违约金条款的效力要参考违约方的主观过错。惩罚性违约金作为一种惩罚性方式,违约方存在的过错的程度是惩罚性违约

金适用参考的因素之一。惩罚性违约金只是针对那些不法行为人主观上存在过错的行为而适用的,而惩罚性违约金的适用,“它同样也是一个通过平等争取自由的运动”^[18](P17)。因而在“人的理性必然要向前发展”^[19](P68)。

再次,确认惩罚性违约金条款的效力要参考违约方的获利情况。惩罚主要是针对恶性行为的。交易一方因新的交易机会的出现,受更高获利机会的诱惑违背诚实信用原则铤而走险,对守约方是重大的侵害,也是对交易秩序的破坏,应当受到法律的否定性评价。

最后,确认惩罚性违约金条款的效力还要参考违约金与合同标的的比例关系。在考虑重大合同赔偿金额无法查证损失时,对违约方给予一定比例的惩罚,在违约方已经自认的情况下应从宽掌握。惩罚应遵循的标准是违约方违约的程度、获利情况。但是因守约方举证困难,如果严格按照违约标准会不恰当地增加守约方举证负担。所以在合理范围内,根据合同事先约定,可以对违约方确定一定程度的惩罚性违约金,也符合当事人意思中心主义法理思想。维护私法秩序。“如同在自然界中一样,秩序在人类生活中也起着极为重要的作用。”^[20](P239)“中国特色社会主义进入新时代,我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”^[20]惩罚性违约金的适用可以很好地维护私人秩序,对合同的履行起到一定的促进作用,更是一种当事人意思自治的充分表现。

惩罚性违约金的适用范围应以有效的合同为首要条件。因为其产生是因合同关系的产生而产生,故应以有效的合同的存在为前提的。对于那些无效、重大误解、显失公平的合同是不适用惩罚性违约金的。而对于那些主观恶意,违反诚实信用原则并有证据可以佐证的违约行为,人民法院可以依债权人一方的请求作出判决。法官往往通过公平原则和诚实信用原则结合个案予以考察,从而对私人秩序的一种调整和维护。正如“人类历史发展的合目的性与合规律性的统一。”^[21]“法学理论的终极目的就是指导就是判决,在具体的判决中得到适用,因此法学研究也必须充分贴近具体的判

决实践,解决司法实践中遇到的难题。”^[22](P329)

惩罚性违约金的赔偿数额是惩罚性违约金制度的核心,惩罚性违约金存在的目的是为了震慑和预防合同一方当事人为了赚取更大利益的恶意违约行为的,其存在是为了更好地维护市场秩序,而不是束缚市场交易活动的,故其惩罚的数额不能过高或者过低,过低便会失去其震慑的效果,而我国目前对惩罚性赔偿金的数额并没有明确的规定,故在司法实践中难以操作。依据《民法总则》和各单行法中对惩罚性赔偿的规定,惩罚性违约金的适用应以补偿性赔偿为基础,对于那些在合同生效后行为人主观恶意或者重大过失没有尽到合同义务并且给另一方造成损失的,违约方除了需要补偿守约方的实际损失外,还需承担相应的惩罚性违约金,依据现行法的相关规定,其范围应控制在3倍以内作为法院的自由裁量权。

违约金的存在本就是为了保障个人的财产权,“财产权利如果不能给人们安全感、信赖感,那就不是真正的权利。安全感、信赖感来源于财产权利的法律效力,即权利主体的自由支配性、其他主体的绝对尊重性以及法律强制力的最终保护性。没有权利人的同意,其他任何人、任何团体乃至国家等都不能侵犯个人的私有财产权利。”^[22]私有财产就是个人可以自由支配,在债务关系中违约金的约定便是意思自由的表现,“自由的价值可表现在对个人和对社会两个方面:从个体来说,由于自由的本质是人自觉的能动性,因此,它可以最大限度地激发个人的积极性和主动性,克服依赖等待等消极因素,有利于形成独立的人格和有利于增长个人的知识和才能。从社会来说,它容易形成平等竞争机制,进而使个体之间形成自由竞争的局面,从而使每个人的能量都最大限度地释放出来,促进社会的繁荣昌盛,就科学文化的发展而言,能形成百花齐放的局面;就生活方式而言,能形成多样性,克服单一性,因而能增大社会选择的机会,防止发展的中断。”^[23](P369-370)“自由是法律所追求的价值目标之一,也是衡量一个社会的法律文明程度的尺度之一。”^[23](P373)在当代市场交易的发展中,人们的意思自由越充分,证明文明程度越高,在违约金约定之初,合同双方当事人是达成了

意思一致,在合同履行过程中出现了一方想违约的情况,或是履约不能,当这样的结果产生时,当大部分公民都可以接受违约金赔付时,法院就应按照合同约定去作出判决。也就是“既然众人对这件事都不怎么反对,都能容忍,说明此事‘合乎人情’,至少不太悖逆人情,因而就不能算真正意义上的‘犯法’,就不应施以处罚。当一件民事案件的审理判决使公众满意时,人们由衷地感到欣慰——‘法律与情理是相同的’。”^[17](P22-23)法理、情理的结合是调节市场方式的多样性,是一种智慧社会建设中一条根据实践和认识的不断深化而探寻出的路径。智慧社会的建立更要保证意思充分自治,这是一种内生性演变,惩罚性违约金的谨慎行使,可以促进私人权利的保障与发挥,使违约金制度不断走向科学化,从而为智慧社会的建设在合同违约金制度中更加完善。

四、结 语

智慧社会的建设本身就是为了保障市民社会中私人的权利,民法作为私法,民法的价值实现自然是智慧社会的一种表现形式。民法体系是内在价值与外在表现形式的双重表现,本文从违约金的外在表现形式即法律条文入手进行分析,提出了其内在的价值乃是意思自治、公平正义并加以论证,从而实现惩罚性违约金内在价值及外在表现形式的一致性。简单地说即合同中违约金的约定是涉及当事人之间的利益分配,违约金制度应以当事人的意思为依归,尊重当事人自由设定违约金的权利。因违反合同,违约方应该支付守约方的损害赔偿,这样的情况是一般情况下因违约而发生的,或者是合同订立初所能合理预见因违约导致的损失,这里的损失仅仅包含的是直接损失和合理的间接损失,而不包含那种惩罚恶意违约的惩罚性赔偿。无论是赔偿性违约金还是惩罚性违约金,一旦当事人之间发生合同的纠纷,法院应该首先探究当事人关于违约金约定的真实意思表示,后依据公平、正义等原则对违约金进行适当的调整,这种法院的灵活裁判就是“中国智慧”的具体化。

注:

① 智慧是生物所具有的基于神经器官(物质基础)的一种高级能力的总和,它包含感知、记忆、知识、理解、情感等,可以使人拥有思考、分析和探求真理的能力,以便深刻理解人、事物、社会、宇宙等。

参考文献:

- [1] 王泽鉴.债法原理(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [2] 胡启忠.契约正义论[M].北京:法律出版社,2007.
- [3] 卢梭.社会契约论[M].李平沅译,北京:商务印书馆,2014.
- [4] 马克思恩格斯全集(第16卷)[M].北京:人民出版社,1964.16.
- [5] 黄风.罗马法[M].北京:中国人民大学出版社,2009.195.196.195.206.
- [6] 马克思恩格斯选集(第3卷)[M].北京:人民出版社,1972.180.
- [7] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2011.46-47.
- [8] 大卫·戴岑豪斯.合法性与正当性——魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒[M].刘毅译.北京:商务印书馆,2013.173.
- [9] 韩世远.违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解论[J].法学研究,2003,(4).
- [10] 马克思恩格斯全集(第1卷)[M].北京:人民出版社,1956.82.
- [11] 张文显.法的概念[M].北京:法律出版社,2011.166.
- [12] 王利明.法治:良法与善治[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [13] 格雷厄姆·沃拉斯.政治中的人性[M].朱曾汶译.北京:商务印书馆,2015.65.
- [14] 霍布斯.法律要义.自然法与民约法[M].张书友译.北京:中国法制出版社,2010.76.
- [15] E.博登海默.法理学—法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2017.
- [16] 约翰·罗尔斯.正义论(修订版)[M].何怀宏,何包钢,廖申白译.北京:中国社会科学出版社,2017.
- [17] 范忠信,郑定,詹学农.情理法与中国人(修订版)[M].北京:北京大学出版社,2011.
- [18] 霍布豪斯.自由主义[M].朱曾汶译.北京:商务印书馆,2017.
- [19] 葛德文.论财产[M].何清新译.北京:商务印书馆,2017.
- [20] 人民网.十九大报告[EB/OL].<http://sh.people.com.cn/n2/2018/0313/e134768-31338145.html>, 2018-05-08.

- [21] 刘敬东.理性、自由与实践批判[M].北京:北京师范大学出版社,2015.83.
- [22] 张文显.权利与人权[M].北京:法律出版社,2011.303.
- [23] 严存生.法的价值问题研究[M].北京:法律出版社,2011.

【责任编辑:张西山】

Acceptance and Regulation of Punitive Penalty from the Perspective of Adversary System

WANG Li-min, GONG Shuang-xia

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian, Liaoning, 116026)

Abstract: Socialism with Chinese characteristics has entered a new era. Respecting the autonomy of will in private society is a fundamental manifestation of the people-oriented principle, while contract freedom is an important embodiment of private autonomy. In the process of the conclusion of a contract, the two parties regulate the interest relationship between them through the penalty clause, which is essential to contract freedom. Penalty can be classified into punitive penalty and compensation penalty. At present, there is no clear provision in our legislative and judicial practice for punitive penalty. To build a smart society, we need to recognize and accept punitive penalty. This is an important measure to reflect the people-oriented principle and conduct reform at national system level. It is true that punitive penalty provides provisions for the two parties to handle future probable affairs, and it concerns significant interests of both parties. Therefore, it is the duty for legislative and judicial bodies to properly adjust their stipulations in accordance with the principle of fairness, justice, and the balance of interests.

Key words: intelligence; penalty; punishment; autonomy of will; judicial review