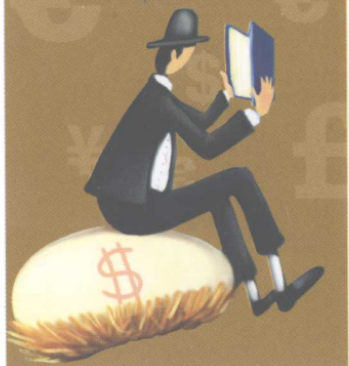




WEI YUE JIN ZHI DU YAN JIU



违约金制度研究

王红艳◎著

*A Study of System of
Liquidated Damages*

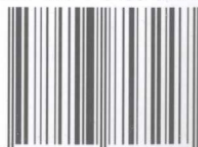
湖南人民出版社



*A Study of System of
Liquidated Damages*

违约金制度研究

ISBN 978-7-5438-5724-7



9 787543 857247 >

定价：25.00元



王红艳◎著



违约金制度研究

*A Study of System of
Liquidated Damages*

湖南人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

违约金制度研究 / 王红艳著. —长沙: 湖南人民出版社,
2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5438 - 5724 - 7

I. 违… II. 王… III. 合同 - 违约 - 索赔 - 司法制度 -
研究 - 中国 IV. D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 085412 号

违 约 金 制 度 研 究

王红艳 著

出 版 人: 李建国

责任编辑: 戴 军 胡 飞

装帧设计: 黄 敏

出版、发行: 湖南人民出版社

网 址: <http://www.hnppp.com>

地 址: 长沙市营盘东路 3 号

邮 编: 410005

经 销: 湖南省新华书店

印 刷: 湖南贝特尔印务有限公司

印 次: 2009 年 5 月第 1 版第 1 次印刷

开 本: 850 × 1168 1 / 32

印 张: 10

字 数: 235000

书 号: ISBN 978 - 7 - 5438 - 5724 - 7

定 价: 25.00 元

营销电话: 0731 - 2226732

(如发现印装质量问题请与承印厂调换)

前言

大陆法系国家的违约金制度起源于罗马法，其雏形为早期罗马法的违约金要式口约，又译罚金要式口约。违约金要式口约作为契约当事人为了避免繁重的举证责任而采用的一种协议违约赔偿形式，在诉讼中得以优先适用，其目的在于制裁违约方。

英美法系违约金制度起源于古代英国的债据之债，为英国普通法中存在的一种清偿债据债务的诉讼形式。当事人在订立合同债据时，约定在一种主合同债据不履行时，违约方应向对方承担支付一定数额金钱的债务。当合同债务未履行时，当事人通过提出清偿债据之诉，而非违约之诉来实现司法救济。

随着资本主义制度在西方的形成和发展，平等自由等近代法治原则的确立，公权力干预强制履行在裁判程序上日渐完善。违约金惩罚性渐趋削弱，而违约金损害赔偿预定意义的重要却日益彰显。因为违约金的惩罚性与资本主义制度发展所要求的民事主体平等、契约自由等法治原则相冲突，所以西方法学家们对违约金开始重新认识，将违约金划分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。

违约金问题，一直是学者们探讨和研究合同法的重点内容之一。现代违约金制度起源于罗马法，至今已愈千年。作为合同法

的一项古老的制度，违约金至今仍然在各国交易实践中运用非常广泛。但是长期以来我国学术界缺乏对违约金制度的细致而深入的研究，往往是在研究合同法或者违约责任的著作中附带地提及一下违约金，且所讲的违约金内容雷同的居多，没有创新，甚至没有发展，使违约金制度的许多内容得不到澄清。对违约金的观念、性质、调整、适用以及与其他补救方式的比较，无论是实践还是理论，仍然存在若干模糊甚至错误的观点。

随着社会的不断发展，经济活动的日益频繁，在现实社会中出现了越来越多的合同纠纷涉及违约金的适用问题。认真研究违约金制度，对有效保护债权人权益，促进我国相关立法的改进和司法水平的提高，是非常有意义的。笔者试图通过对违约金理论、适用以及与其他补救方式的比较问题的分析，廓清违约金制度中的一些混乱与不实之处，以期建立一个较为清晰、完善的违约金制度体系。

目 录

第一章 违约金的概念与特征	(1)
第一节 违约金的概念	(1)
第二节 违约金的法律特征	(13)
第三节 违约金的分类	(22)
第二章 违约金的性质与功能	(30)
第一节 违约金的性质	(30)
第二节 违约金的功能和意义	(50)
第三章 违约金的理论基础	(66)
第一节 违约金的理论基础考察	(66)
第二节 民法基本原则对违约金的影响	(70)
第四章 违约金的适用	(82)
第一节 违约金责任的归责原则	(82)
第二节 违约金适用的条件	(93)
第三节 违约金适用的原则	(118)
第四节 法律对违约金适用的干预	(124)
第五章 违约金与其他违约救济措施	(148)
第一节 概述	(148)

第二节	违约金与损害赔偿	(158)
第三节	违约金与定金	(163)
第四节	违约金与强制实际履行	(174)
第五节	违约金与合同解除	(180)
第六章	各国违约金立法比较分析	(183)
第一节	大陆法系的违约金立法	(183)
第二节	英美法系的违约金立法	(193)
第三节	国际贸易统一法中的违约金立法	(202)
第四节	我国的违约金立法	(206)
第七章	我国违约金制度的不足与完善	(212)
第一节	我国违约金制度的不足	(212)
第二节	我国违约金制度的完善	(228)
附录	中华人民共和国合同法(节选)	(244)

第一章 违约金的概念与特征

第一节 违约金的概念

一、违约金的起源

大陆法系的违约金制度可以追溯到罗马法。在古罗马,违约金是作为债的一种担保方式,为了保证合同履行而出现的,其雏形为早期罗马法的违约金要式口约(stipulatio paenae 又译“罚金要式口约”)。^①在早期罗马法中,法律所保护的合同类型十分有限,许多在现代观点看来完全有效的债权债务关系在当时却并非被合同法所保护。为了把这些关系也纳入早期的合同法的保护范围,人们便创造了一种要式口约程式。^②这种口约程式通常由一

^① 刘震华:《违约金比较研究及其在国际货物买卖合同中的适用》,中国优秀博硕士学位论文全文数据库,第1页。

^② 丁玫:《罗马法契约责任》,中国政法大学出版社,1998年出版,第12页。

组问答所构成。比如，一方常常问道：“如果你不把财产转移给我，你愿意支付我多少苏吗？”对方则回答：“我承诺。”这样，那些不受保护的主债务与程式中的从债务相联系而获得了法律上的执行力，因而也被称为“违约金要式口约”。^① 在发生债务不履行的情况下，债权人不是就主债务不履行提起诉讼，而是直接对违约金提出要求。人们通过这种要式口约程式，即约定一方当事人不按时履行时，要向对方支付一定的款项作为代价。这样，有些不受法律保护的主债务由于与程式中的从债务相关联而获得了法律上的执行力。此后，该要式口约便渐渐发展成要式书约。随着罗马法的进一步发展，许多过去在法律上无效的债权债务关系逐渐被纳入了合同法的保护范围，因而人们已不需要用这种要式口约程式或要式书约程式赋予这些关系以法律上的执行力了。但是，人们却转而借用这种程式来规定违约金，以保证合同的实际履行，换言之，要式口约程式或要式书约程式从原来获得法律上的执行力的功能，发展到对债权的担保与损害赔偿预定的功能。如此一来，具有现代意义的违约金条款就从古罗马法式的口约程式中脱颖而出。该口约以特定的语言和问答的形式成立，由于口约的标的为金钱，因此它只适用于除金钱以外的、以给付行为和履行为标的的债务关系。^② 违约金要式口约作为契约当事人为了避免繁重的举证责任而事先选用的协议违约赔偿方式，在诉讼中得以优先适用，从而加强了合同的效力。只要有约定的违约金，受害方无须证明损害，司法官也不必计算损失，即可补偿受

① 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第336页。

② 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第14页。

害方的损失，并可制裁违约方。可见，当时的违约金制度并非一种民事违约责任制度，而是一种旨在担保主债务履行的从债务，具有较浓厚的强制惩罚色彩。中世纪，罗马法的违约金制度被教会法继承下来。随着罗马法的复兴，前注释法学派对罗马法违约金的性质产生了不同的看法。一部分学者持违约的补偿理论，主张法官应减少任何超过实际损失的违约金。另一部分学者认为，违约金的作用是对行为的惩罚，约定的违约金不能减少。

关于英美法系违约金制度，一般认为起源于古代英国的债据之债，为英国普通法中存在的一种清偿债据债务的诉讼形式。当事人在订立主合同债据的同时，也约定在主合同债据不履行时，违约方应向对方承担支付一定数额金钱的债务。这样的违约金制度也非现代民法中的民事违约责任制度，当合同债务未履行时，当事人通过提出清偿债据债务之诉，而非违约之诉来实现司法救济。由此可见，英国普通法上的违约金制度也是以担保主合同债据的履行为目的，亦具有惩罚性。

中国古代很早就有违约金的实践，但其作用多属于制裁，惩罚色彩很浓。自汉代起，在契约中便不乏运用违约金条款的实例。到三国、两晋、南北朝时，违约金条款广泛使用，当时的各类契约中不乏有“不得反悔，悔者罚”或“过期不偿，罚”的规定。^①隋唐时期，契约制度进一步完善，很多合同都有“若有先悔者，罚……金人不悔者”或“和同立券，券成之后，各不得反悔，悔者一罚二”等类似条款，这类条款绝大多数是对先悔者的惩处，手段主要是罚物，罚物有人不悔者，也有人官府者，更有甚者，对先悔者也常使用刑事手段。由此可见，“悔约罚”

^① 孔庆明、胡留元、孙季平：《中国民法史》，吉林人民出版社1996年版，第231~232页。

应属于“担保条款”，是为了担保契约的履行。^① 在封建专制的古代中国，官府权力高于一切，民事生活缺乏保障，常常需要借助官府的力量，以当时的道德观来看，一诺千金是最可珍贵的品德，为利益而违约是极其不道德的，被人们斥之为“奸商”，在这种情况下，将所罚的财物归入官府或使用刑事的手段就不足为奇了。约定惩罚性违约金以担保契约的履行的做法一直延续至清朝和民国。

可以说，这类对于违约（特别是悔约）所约定的处罚，主要目的是迫使当事人履约。这一状况的形成，与当时公权力保障私人契约权利实现的强制手段的不完善和实效低，不无关系。另外，这类条款也往往具有“违约罚”目的，如果说由于所罚的财物归入相对人而使得这类条款具有一定的补偿性的话，从史料中可以发现的，将所罚财物归入国家或官府的做法，则地地道道地体现着这类条款的惩罚色彩。故民国多位民法学者如胡长清、史尚宽、郑玉波等的著作中，多把惩罚性作为违约金的本来色彩。

二、违约金的概念

作为一种重要的违约责任形式，违约金一直是合同法研究的重点内容之一，也是各国民法典或合同法的重要内容。在具有制定法传统的大陆法系中，大多数国家都在立法上对违约金概念作了明确规定。

罗马法中的违约金（Stipulatio Poene）是一种债权担保方法，

^① 张中秋：《唐代经济民事法律述论》，法律出版社2002年版，第153页。

它是指由合同当事人约定的、如果一方违反合同应向对方支付一定数额的金钱或者财物。^① 在罗马法中有两种形式的违约金：一种称为独立性的惩罚（*Pena independente*），在此种违约金中，只有一个允诺，如某人向另一人作出允诺，如其不交出奴隶，即应向对方交付一定数额的违约金。另一种称为惩罚性约定（*Stipulatio Poene*），在此种违约金中具有两个允诺，如某人向另一人作出允诺，他既要交出奴隶，也允诺如其不交出奴隶，即应向对方交付一定数额的违约金。这两种违约金的区别在于，在第一种形式中，只有一个允诺，即支付违约金，而交出奴隶并不是债务人承担的债务。而在第二种形式中，债务人既要承担交付奴隶的债务，还要承担违约金债务（即在不交付奴隶的情况下应当向对方交付一定数额的违约金）。此种违约金被称为违约金契约或罚金契约，违约金条款为从契约，主要以担保主债务的履行为目的，当债务人不履行债务时，债权人可以请求债务人支付违约金，此时，债权人有权在履行原债务或支付违约金之间进行选择。如果当事人为担保债务如期履行而约定迟延违约金，则债权人就有权同时请求债务人履行原债务并支付违约金。^②

罗马法的违约金为大陆法所接受。大陆法系国家的民法普遍认为违约金既可以表现为一定数额的货币，也可以表现为一定价值的财物。但与罗马法不同的是，在大陆法系国家民法中，一般都认为违约金是由当事人选择的担保主债务履行的一种担保形式，是契约的条款或“从契约”，即是说，主债务无效，违约金也无效；若主债务的履行因可归责于债务人的原因而发生履行不

① 崔建远：《合同责任研究》，吉林人民出版社 1992 年版，第 227 页。

② 杜慧芳：《违约金条款的探讨》，中国人民大学 1999 年硕士论文。

能，抑或债务人被免除了履行主债务的义务，则支付违约金的从债务也相应被免除；若主债务被解除，则违约金条款也相应失效；主债务发生移转，则违约金债务相应也要移转。^① 例如，《法国民法典》第 1226 条规定：“违约金条款为契约一方当事人担保契约的履行而承诺于不履行契约时支付违约金的条款”。《德国民法典》第 339 条规定，违约金是指“债务人与债权人约定，在其不能履行或不能依适当方式履行时，应支付一定金额。”与罗马法所不同的是，大陆法系的许多国家，根据其法律规定，在规定了违约金条款时，应当由债权人来决定是强制债务人实际履行，还是请求支付违约金以代替合同履行，或者债权人可以同时请求支付违约金和履行合同，或者同时请求支付违约金和赔偿损失。^②

英美法系国家，由于损害赔偿是在不履行合同情况下的补救方法，因而并不十分重视违约金形式，主要通过判例对违约金的概念作了界定。在英美法系中，司法惯例上形成了对违约金的统一认识，允许当事人在合同中事先约定当债务人不履行合同时，应向债权人支付一定数额的款项作为赔偿，并认为这种允诺是符合契约自由原则的。但是，按照英美法的传统，违约金必须是由合同当事人双方预先一致同意的；双方约定的违约金数额应该是公正的、合情合理的，如果约定数额是不合理的，与可能预见到的损失不相称，那么这种违约金条款变成了惩罚性违约金条款，在法律上应被确认为无效。美国《合同法重述》第 2 版第 355 条明确指出：“规定惩罚的违约金条款是违反公共政策的，因而是无效的。”所以在英美法中，违约金主要是作为预定的赔偿金，

① 《国际比较法百科全书·合同·一般违约补救》第 94 页。

② 《法国民法典》第 1226 条后段。《德国民法典》第 339 条。

其目的主要是为担保合同债务的履行和减少违约以后计算损失的麻烦。由此可见,在英美法系国家,违约金是当事人在合同中事先约定的,在债务人不履行合同时,应向债权人支付一定赔偿数额的款项。但违约金必须是“真正地作为赔偿费而不是作为威胁或惩罚,卡住对方的脖子而强迫他履行”。^①

我国合同立法和司法实践历来重视违约金制度。按照学术界一般看法,违约金责任的重要目的在于对违约当事人实行制裁,这不仅有助于当事人正确履行合同,而且对于减少违约行为的发生,维护交易秩序有着极为重要的作用。^② 在我国合同立法中,违约金作为一种违约责任形式得到广泛的认可和使用。但我国合同法律并没有对违约金作一个明确的定义。原《经济合同法》规定:“当事人一方违反经济合同时,应向对方支付违约金。如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的,还应进行赔偿,补足违约金不足的部分。对方要求继续履行合同的,应继续履行。”^③ 根据《民法通则》第112条第2款规定:“当事人可以在合同中约定,一方违反合同时,向另一方支付一定数额的违约金;也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。”《合同法》第114条第1款规定,“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。”这就明确了违约金在性质上是当事人事先约定的,在一方违约时应向对方支付

① (英) P·S·阿蒂亚著,程正康、周忠海译:《合同法概论》,法律出版社1982年版,第185页。

② 国家工商局经济合同司编:《新经济合同法教程》,中国政法大学出版社1994年版,第89页。

③ 参见《经济合同法》第三十一条。

的一定数额的金钱。虽然我国《合同法》并未对违约金的含义作出明确定义,但在民法学界,不少学者对违约金的概念提出了自己的看法。王利明先生认为:“违约金是当事人通过约定而预先确定的、在违约后生效的独立于履行行为之外的给付。”^①李由义认为:“违约金是指一方当事人违反合同依法律规定或合同约定给对方支付的一定数额金钱的责任形式。”^②彭万林认为:“违约金是当事人一方不履行合同时依法律规定或合同约定向对方支付一定数额的金钱,是用以制裁当事人和救济受害一方的主要方式之一。”^③张俊浩认为:“违约金是依当事人约定或法律的直接规定,在一方不履行债务时向他方给付的金钱。”^④崔建远先生则认为:“违约金又称为违约罚款,是当事人约定的或法律直接规定的,在一方当事人不履行合同时向另一方当事人支付一定数额的金钱,也可以表现为一定价值的财物。”^⑤从这些概念中我们可以看出,违约金能否由法律直接规定,学界尚未取得一致意见。根据《合同法》第114条规定,违约金的产生似乎仅限于当事人的约定,换言之,合同法所规定的违约金仅为约定违约金。但从我国以往的有关合同立法以及学说来看,却均承认有法定违约金的存在。譬如在经济合同法之前,有关经济合同法

① 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2003年版,第682页。

② 李由义:《民法学》,北京大学出版社1989年版,第641页、628页、642页。

③ 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版,第508页。

④ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版,第624~625页。

⑤ 崔建远:《新合同法原理与案例评释》(上),吉林大学出版社1999年版,第611页。

规,就有对违反经济合同的当事人处以“罚款”、“罚金”等规定,虽然称谓不一,但实际上相当于违约金。此后,最高人民法院《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》中明确将违约金区分为约定违约金和法定违约金,认为:“违约金有法定违约金和约定违约金两种,前者是由法规明文规定;后者由合同当事人在签订合同时约定的。如果合同中没有规定违约金的条款,则可按照签订合同时有效的有关条款的规定执行,有关条例对违约金未作规定,而违约又未给对方造成损失的,可以根据实际情况酌情处理。”^①从而正式确定了法定违约金与约定违约金在我国合同立法中的并存地位。据此,我国合同法学者表述违约金概念时,几无例外地将法定违约金纳入,认为法定违约金也属违约金的一种类别,是“由法律法规直接规定的固定比率或数额的违约金”。^②与此相反,大陆以外的学者特别是台湾学者的论述中根本未见有法定违约金的概念。如梅仲协先生认为是“契约当事人约定,债务人不为债务之履行,或不为适当之履行,应给与债权人以一定之金额或金钱以外之给付”。^③史尚宽先生认为违约金是“债务人约定于债务不履行时,对于债权人所应为之给付”。^④可见,台湾学者的表述中,违约金仅仅产生于当事人的“约定”。为什么会出现这种概念上表述的差异?究竟应怎样认识违约金的发生原因?

从违约金的历史考察可见,违约金的概念可上溯到罗马法。

① 如《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》等。

② 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年第1版,第772页。

③ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年6月第1版,第253页。

④ 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第517页。