



违约金的性质*

杨志利

提 要: 违约金是违约选择权的当事人定价, 其性质是当事人约定的违约价格。法定违约救济措施性质为法定违约价格, 违约金为当事人约定的违约价格, 两者意在向违约方施加成本以促进效率合同行为。选择权合同可以为当事人提供效率激励, 有助于实现合同福利最大化目标。按违约金违约价格论解释, 违约金与违约赔偿并无直接联系, 所以违约金分赔偿性和惩罚性的二分法并不具有正当性, 违约金的规制应以是否违反平等自愿原则为依准。

关键词: 违约金; 违约价格; 二分法; 违约金调整

违约金是什么? 如果是违约损害赔偿的预定并且预先约定了赔偿将减少诉讼和举证成本, 那为什么不是所有的合同都约定了违约金呢? 如果是合同履行的保证, 根据违约成本约束理论可知违约金越高履行将越有保证, 那为什么当事人没有约定一个奇高的违约金以使违约根本不可能呢? 如果有两种违约金——赔偿性和惩罚性违约金, 并且法律之于它们是区别对待的, 那么既已约定了违约金的当事人为什么不索性将违约金一律明示为惩罚性的并借此规避法律的调整呢? 如果违约导致合同解除并将致使惩罚性违约金归于无效, 那么当事人为保证得到执行就会尽可能降低违约金直至为零, 但为什么还有当事人在合同中约定了正值的违约金呢? 这些问题包括对其中某些问题的不同回答抑或理论上的分歧, 表明我们对违约金的本质、功能及调整原则, 尤其是违约金本质的认识上还存在误区。

本文力图从违约价格的角度解释违约金。认为违约金是当事人约定的违约价格, 价格形成要受到市场竞争等条件的约束。作为违约价格, 违约金与违约赔偿无关, 所以不受补偿原则的规制, 当然也不存在赔偿性和惩罚性违约金的二分法, 而且摆脱二分法的羁绊, 违约金

* 杨志利, 男, 吉林大学法学博士后科研流动站博士后研究人员, 辽宁大学经济学博士, 研究领域为法经济学, 代表作有《违约金的法经济学分析》、《强制履行、期待利益赔偿与最优违约救济》、《惩罚性违约金的经济分析》、《合同即合作》、《合同法减损规则及损益相抵规则的经济分析》等。E-mail: zhiliyang@163.com
感谢匿名审稿人的有益评论, 但文责自负。

的规制原则将是一贯的。另外，作为违约价格，违约金除了减少诉讼和举证成本功能外，它还可以传递当事人的私人信息，实现区分不同的对方当事人和价格歧视，设置进入壁垒和分配合同风险。总之，像合同价格一样，违约金反映了当事人的预期和对未来的安排，合同法应该像对待合同价格一样，基于契约自由原则，来对待违约金。

本文分为四个部分。第一部分回顾我国合同法学界对违约金性质的认识及调整思想，初步指出在当下违约金性质研究中存在的理论不足。第二部分是本文的主体，集中分析违约金的违约价格理论，论述合同价格的履行价格性质、合同中的选择权以及选择权合同的效率解释，论述法定违约救济措施的法定选择权价格性质和违约金约定选择权价格性质，并对后者进行详细的讨论和解释。第三部分揭示违约金二分法的理论困境并提出违约选择权价格的违约金一元论。第四部分在违约金违约价格论基础上提出违约金调整的基本原则。最后为本文结论。

一、违约金理论简述

学界通说认为违约金是当事人约定于违约时违约方向非违约方支付的金钱。至于违约金的本质则未见深究，大多学者的论述都集中于违约金的功能、目的、性质和调整等，但因为在违约金本质认识上的缺陷，致使违约金问题的相关论述或语焉不详或纷繁复杂，难以与社会现实中的契约现象相洽。另外，基于补偿原则，大多法律和学界通说将违约金分为赔偿性和惩罚性的，但这种二分法本身并不具有正当性。虽然笔者是反对这种二分法的，但为论述方便和更清晰地展示问题，本部分的论述也依此展开。

（一）概念

1、 违约损害赔偿的预定

郑玉波称：“所谓赔偿额预定者乃将债务不履行时债务人所应赔偿之数额，事先予以约定之谓。”^[1]隋彭生认为：“违约金是当事人事先预定的、一方不履行合同或履行合同不符合约定条件时，应给付另一方当事人一定数额的货币。违约金，是当事人预先约定的赔偿金。”^[2]韩世远的表述是：“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。”^[3]上述论述归结起来可以认为当事人约定赔偿性违约金是“以确定赔偿额为目的”，^[4]当事人之所以这么做意在节省举证成本。^[5]但问题是约定违约金是需要成本的，比如确定违约金条款的成本，当事人完全可以不约定违约金宁愿支付诉讼成本而接受法院的裁判，只要这么做更合算，而且事实上确实并非所有的合同都约定了违约金。因为当事人不完全支付法院运行的成本，由法院根据补偿原则确定违约赔偿比自己支付成本确定赔偿要便宜的多，所以以举证成本来支持违约金的约定并不是非常有力的，除非证明违约损失的成本比双方预先确定损失的成本高，但从信息揭示角度看，损失的事后确定要比事先估计在信息量上占优，进而成本也低。所以，当事人没有事先约定损失赔偿的动力，也即从当事人角度，违约金并不是违约损害赔偿的预定。

2、 惩罚性违约金

郑玉波称：“惩罚性违约金，即固有意义之违约金，乃当事人对于债务不履行所约定之

[1] 郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第317页。

[2] 隋彭生：《合同法要义》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第424页。

[3] 韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论”，《法学研究》2003年第4期，第19页。

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

[5] 参见郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第317页；隋彭生：《合同法要义》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第426页。

一种私的制裁，故亦可谓之违约罚。”^[6]并且“于违约时，债务人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。”^[7]当事人约定此种违约金“以确保债的效力为目的”，^[8]亦即惩罚性违约金类似或实质上就是担保合同或担保条款，是一种独特的担保方式。^[9]但有学者从担保之债的本质角度对此提出了质疑，^[10]甚至有学者明确宣称“违约金不属我国债的担保”。^[11]如果当事人约定惩罚性违约金以担保债权的话，那他们为什么不直接约定定金或其他的担保方式呢？因为对于卖方来说定金是可以直接控制的，它的担保能力明显强于违约金，若考虑对买方的担保问题，当事人可以约定向第三方交存一定的金额并在违约后由其转交非违约方即可。另外比如抵押担保因为具有优先性也比违约金的担保能力更强。其实，如果对于一方当事人而言，比如卖方，若能区分买方的违约可能性——比如可分为违约可能性高与低两种，更直接的办法是对违约可能性高的买方收取高价，对违约可能性低的买方索要低价，同样可以规避违约的风险。显然，基于担保的考虑来证成惩罚性违约金是没有说服力的，而且这样的二分法将导致违约金规制的两层皮现象，实质上增加了当事人的举证成本和法院的运行成本，造成社会资源的浪费。

3、 独立于履行的违约责任

王利明认为：“违约金是当事人通过约定而预先确定的、在违约后独立生效的独立于履行行为之外的给付”，“只要当事人没有特别约定，支付违约金的行为不能替代履行合同，当事人不得在支付违约金后而免除履行主债务的义务，即违约金并没有给予债务人一种违约的权利。尽管合同规定了违约金条款，但不妨碍主债务履行。我国法律和司法实践也不允许以支付违约金代替实际履行”。^[12]这种违约金的理解似乎是在强调当事人不可以支付违约金而免除履行，若结合上述惩罚性违约金的规定自无不可，但若是赔偿性违约金呢？因为所引文献并没有这种区分，所以似有讨论余地。从前文所引违约金定义可知，通说以为违约金以合同不履行或不适当履行为条件，即不履行出现在先，支付违约金在后，除非就不适当履行（包括迟延履行和部分履行等）约定，履行与违约金是二者择一的关系。倘非如此，当事人无须支付成本来约定违约金了。正如史尚宽言：“债务人不履行债务时，应支付违约金。欲免支付违约金者，必须为履行。”^[13]也正如本文将要论述的，当事人约定违约金意在设定违约选择权的价格，并以支付该价格来购买不履行的权利，这样的约定与违约赔偿和担保无关。另外，独立于履行违约责任表述本身也正说明了违约金二分法带来的混乱。

（二）调整

按我国合同法第 114 条第二款及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若

[6] 郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 317 页。

[7] 韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第 114 条为中心的解釋论”，《法学研究》2003 年第 4 期，第 19 页。此总结与郑玉波的论述是一致的，参见郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 319-321 页。

[8] 史尚宽：《债法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 517 页。郑玉波认为无论哪类违约金都是以确保债务履行为目的的，参见郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 316 页。

[9] 参见王利明：《合同法新问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2003 年，第 719 页。而且王利明认为包括惩罚性违约金在内的违约金是当事人约定的独特的担保方式。

[10] 参见李永军：《合同法》，北京：法律出版社，2003 年，第 660-662 页。

[11] 参见沈敏锋：“违约金不属我国债的担保”，《中国法学》1985 年第 1 期。

[12] 王利明：《违约责任论》，北京：中国政法大学出版社，1996 年，第 559 和 562 页。王利明在另外两部著作中也做了同样的表述，见王利明：《合同法新问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2003 年，第 713、716-717 页，和王利明：《合同法研究》（第二卷），北京：中国人民大学出版社，2003 年，第 682、685 页。

[13] 史尚宽：《债法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 517 页，但史尚宽论述的应是赔偿性违约金，参见该书第 520 页。郑玉波对赔偿性违约金也是主张二择一的观点，参见郑玉波：《民法债编总论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 317-318 页。其实这也是学界的通说。

于问题的解释(二)》(以下简称《解释(二)》)第27-29条的规定,当事人可以就违约金“低”或“过高”请求法院或仲裁机构调整。像《解释(二)》一样,我国有学者基于公平、诚实信用原则提出了违约金的调整原则,^[14]但是因为前述承认惩罚性违约金的情况,所以司法解释和理论学说都设定了“过高”的上限,比如韩世远认为“可以类推适用担保法第91条,不得超过主合同标的额的百分之二十”,^[15]《解释(二)》规定的是“违约金超过造成损失的百分之三十的”可以调减,显然除非偶然,否则两种计算方式的结果将完全不同,而且相去不知多远。《解释(二)》已获执行,但就此标准之规定却殊值探讨。因为依《解释(二)》的规定,需要当事人承担实际损失的举证责任,当事人约定违约金以避免举证责任的目的落空,当事人不能节省诉讼成本,则当事人约定违约金的动力减弱。而且此时的道德风险问题出现,当事人会有证明实际损失高或低的激励,则法院的裁判难度加大,司法成本提高。另外,《解释(二)》规定了裁决需兼顾的各种“综合因素”,这将增加法院的裁决难度的同时也会提高法院错误的可能,如果考虑法院错误的成本,约定违约金与不约定的差别会更小。假设当事人因为信息比法院相对充分,由于法律提供了违约金的上限规定,他们对违约金的约定将不会突破这个高压线,但如果由于数额限制致使违约金约定难以获致下文讨论的比如分配风险等目标,当事人也不会约定违约金,甚至影响交易达成。所以对违约金的上限设置也殊值探讨。

另外,因为违约金二分法的存在,违约金的调整研究也变得纷繁复杂,比如与惩罚性违约金的调整不同,韩世远认为判断赔偿性违约金过高或过低的具体标准应以是否达到显失公平的程度,即参照违约所致损失,^[16]其实质与《解释(二)》的规定相合,因为我国合同法并没有规定惩罚性违约金——与笔者坚持的违约金一元论相一致,这样对违约金的调整原则也将是单一并一贯的。所以违约金的分而治之只会带来混乱,现行的违约金调整原则和方法无益于当事人的交易和法院的裁决。

还有一个不得不提的学界和法律上都不怎么关注的问题是低的违约金。合同法规定低的违约金可以增加,《解释(二)》第28条规定增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限,但低的违约金低到什么程度才可以提起反诉或抗辩则未置一词,其实从合同法“低的”用词即可明确,只要是低的,不管程度如何,都可以调整,不必借用《解释(二)》第29条第二款的规定反向推导。但其中的疑问是为什么法律对“低的”违约金和“高的”采取了不同的态度和调整原则,因为后者是要高到“过分”的程度的,难道违约金在等于实际损失到实际损失的130%的闭区间上是社会所欲并为法律所接受了?当下的合同理论并不能或至少不能令人满意地回答这个问题。

总之,笔者以为,违约金不是不可以调整,而是不能以现在的原则调整,若建立和理解违约金的调整原则,我们必须洞晓违约金的本质和当事人约定违约金的用意所在,而且一旦根本性的问题得到解决,违约金理论研究中的混乱不彰也会得到解决。

二、违约价格论

违约金是违约损失赔偿的预定和对违约方制裁的观点未能揭示违约金的本质,从赔偿和履约担保的功能论出发也未能表明违约金与其他违约责任或担保方式的根本区别,而且从前文所述的违约金理论中我们并不知道当事人为什么选择约定而不是不约定违约金,尤其是,在非就迟延或部分履行约定的情况下,若支付违约金与履行不是选择关系,根本想像不到当

[14] 参见王利明:《合同法新问题研究》,北京:中国社会科学出版社,2003年,第732-738页。

[15] 韩世远:“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解釋论”,《法学研究》2003年第4期,第24页。

[16] 参见韩世远:“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解釋论”,《法学研究》2003年第4期,第21页。

事人约定违约金的理由。另外，因为本质上的认识错误，导致违约金二分法情况下的各种理论乱象，从而造成司法实践的失据，必然会干扰交易当事人的违约金约定，妨碍社会交易的顺利进行。

本部分试图揭示违约金的违约价格本质，认为当事人的违约金约定实质是为违约选择权定价，为离开合同或其他违约行为设置了成本，更主要的是违约金体现了当事间的合同风险分配安排。同时违约金与合同价格共同构成了合同价格组合，并且，与合同价格存在约束条件一样，在通常意义上，违约金约定也会受到相关条件的约束。

（一）合同价格

经济学认为供给需求决定市场上一种物品的销售量与价格，当供给需求平衡时，就会出现均衡价格。影响需求的变量主要包括价格、收入、相关物品价格、嗜好（偏好）、预期和买者人数，影响供给的变量主要包括价格、投入价格、技术、预期和卖者的数量，^[17]而这些变量中最核心的是消费者偏好和社会可利用的资源与技术，即偏好与技术，^[18]消费者偏好，即买方估价影响需求，可利用的资源与技术，即卖方成本影响供给。看似循环论证的实质体现了各种变量之间的关系，其中包括，当考察价格（因变量）时，应以供求为自变量，实质是以买方估价、卖方成本和市场竞价环境（比如买卖双方当事人的数量）为基本的参考因素。市场形成价格制度，是利用其在组织经济活动方面的传递情报、提供刺激和实现收入分配功能，^[19]即信号、激励和分配，进以实现资源的效率配置，同时价格制度使人们能够在生活的某个方面和平地合作，而每个人在所有的其他方面则各行其是。^[20]显然价格制度有着市场运行的深层原因，其形成是基于市场条件的，现货市场如此，期货市场如此，当然合同价格也不例外，只是需要通过隐性市场才能理解。

合同价款或报酬（以下简称为合同价格）是合同主要内容之一。当事人双方约定，卖方交付货物或履行服务，买方要支付一定数额的合同价格。合同中，买方对合同履行有自己的估价，卖方知道自己的成本，双方经讨价还价，约定了合同价格。可见合同价格是当事人基于买方估价、卖方成本和市场竞价（包括议价能力）约定的价格。由于习惯的思维模式，合同法研究很少注意合同价格的本质内涵，一般以为是货物或服务的价格，但当事人为什么为将来实现的货物或服务约定价格的问题却不能于此得到解释。比如，当事人约定于未来某一时点买卖某物，并约定了价格 P ，但合同履行时，该物的市场价格为 P_1 ($P \neq P_1$)，而合同是要依约定价格 P 履行的，则合同价格 P 显然不是该物的价格，尽管当事人或其他人认为是货物价格。再如，此案例中，货物价格暴涨， P_1 远大于 P ，若卖方违约，依强制履行则与实际履行相同，若赔偿买方，则卖方须支付 $P_1 - P$ ，使买方获得如同履行一样的结果。显然存在合同价格与履行时市场价格的不一致，如约履行和赔偿违约损失，意在满足合同约定，求得履行一样的效果。所以究其实质，合同价格与货物、服务的价格是两回事，合同价格反映的是履行本身的价格。当事人之所以签订合同目的是增强合同的确定性（完全性）并分配利益或风险，^[21]约定合同价格（确定履行价格）则是主要方式。当然，合同也可能约定届时以市场价履行或不约定价格条款，可能是当事人选择了其他的风险承担方式。即当事人在合同中约定固定价格还是现货价格（交易日的市场价）取决与当事人的风险态度和供求两方面不确

[17] 参见[美]曼昆：《经济学原理》（上册），梁小民译，北京：机械工业出版社，2003年，第61、65页。

[18] 参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《经济学》（第18版），萧琛主译，北京：人民邮电出版社，2008年，第24-25页。

[19] 参见[美]米尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼：《自由选择》，胡骑等译，朱泱校，北京：商务印书馆，1982年，第19页。

[20] 参见[美]米尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼：《自由选择》，胡骑等译，朱泱校，北京：商务印书馆，1982年，第18页。

[21] See Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.296.

定性的程度，^[22]价格与履行行为密切相关。

因为在现货市场上即时的交易，合同价格是买方估价、卖方成本及市场竞争的函数，可以表现为直接的货物或服务价格，但在延时履行的合同中，约定的合同价格并不是以货物或服务为对象的买方估价、卖方成本及市场竞争的函数，所以合同价格并不反映当事人之于货物或服务的态度和市场环境。从合同价格的形成过程可知，其实质是双方对履行的定价，也即合同价格是以履行为对象的买方估价、卖方成本及市场竞争的函数，包括现货市场上即时的交易。若合同履行，买方支付履行价格，卖方获得履行价格。

(二) 选择权

选择权 (Option)，又称为期权，是金融学术语，是一种能在未来特定时间以特定价格买入或卖出一定数量的特定商品的权利。出售期权的一方为卖方，购买期权的一方为买方。期权买方有权在该项期权规定的时间内决定交易还是不交易，即可以实施该权利也可以放弃该权利，而期权的卖方则只负有期权合约规定的义务。期权合约包括三项要素：权利金、执行价格和合约到期日（选择权期间）。权利金是期权的价格，即买方为获取期权合约所赋予的权利而必须支付给卖方的费用。对于期权的买方来说，权利金是其损失的最高限度，对于期权卖方来说，卖出期权即可得到一笔权利金收入。执行价格是指事先规定的期权买方行使权利时的买卖价格，执行价格确定后，在期权合约规定的期限内，无论价格怎样波动，只要期权的买方要求执行该期权，期权的卖方就必须以此价格履行义务。到期日指期权合约所规定的，期权购买者可以实际执行该期权的最后日期。权利金、执行价格和合约到期日之间的关系是权利金随到期日的延长而提高，到期日随执行价格的增加而延长；权利金提高导致执行价格降低，权利金降低导致执行价格提高。总之，买方支付权利金购买了交易或不交易的选择权，卖方获得权利金就必须依买方的选择为履行的义务。期权合约的目的在于消除或分配风险。

近年来，法律学者将选择权理论应用于法学研究，在很多方面，尤其是合同法领域，取得了新的进展。认为大部分合同都按选择权来构造或包含了选择权因素，包括赔偿责任、信赖原则和合同因错误、无能力或欺诈而可撤销的场合，^[23]认为合同法中的违约赔偿实际是赋予要约人以选择权，他可以选择履行也可以选择支付赔偿而违约，^[24]该选择权即要约人以支付法院判予的损害赔偿购回自己的履行，^[25]甚至有学者提出合同责任的基础在于基于选择权的不可撤销原则，在此原则下，每方当事人都有权依对方的意思表示执行合同责任。^[26]此可谓法定违约选择权，即当事人在履行合同的损失大于违约赔偿责任时执行自己的选择权，即违约。这种选择权分复杂和简单两种。复杂选择权为：设要约人履约收益为 $P-C$ ，（ C 为履约成本， $P-C$ 会小于 0），当且仅当 $P-C \geq -D$ 时，要约人才会履约。在选择权架构下，要约人的履行估价等于履行收益加上基于该履行成本的选择权价格，基于履行成本的选择权的执行价格等于合同价格加上违约赔偿（ $P+D$ ），即要约人违约时，他放弃了获得合同价格 P 的权利同时还要承担赔偿 D 。在完全赔偿原则下，执行选择权时，选择权价格为要约人履行

[22] See A. Mitchell Polinsky, "Fixed Price versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 3, No. 1 (Spring, 1987), p. 43.

[23] See Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), p.2188.

[24] See Alexander J. Triantis and George G. Triantis, "Timing Problems in Contract Breach Decisions", *Journal of Law and Economics*, Vol. 41, No. 1 (Apr., 1998), p.168; Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), p.2188; Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1429.

[25] See Paul G. Mahoney, "Contract Remedies and Options Pricing", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1 (Jan., 1995), p.139.

[26] See Omri Ben-Shahar, "Contracts without Consent: Exploring a New Basis for Contractual Liability", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 152, No. 6 (Jun., 2004), pp.1830-1831.

成本与承诺人允诺估价 (P+D, 因为对方违约, 承诺人不必支付合同价格并获得赔偿) 之间的差额, 即 C - (P+D) (要约人违约未支付成本但要支出执行价格)。^[27]简单选择权的解释是, 违约方有权支付赔偿买回自己的履行, 赔偿即执行价格。^[28]它们的实质是当事人都有违约的选择权, 若履行不如不履行, 当事人可以选择支付赔偿而违约, 即支付执行价格来执行自己的选择权。

还有就是约定的违约选择权, 即当事人在合同中明示或隐含了一个选择权, 一方可以支付选择权权利金 (权利金可能为 0) 而退出合同。以买方为选择权持有者为例, 买方的预期赔偿责任是选择权价格, 好像买方支付了定金或购买了选择权并支付一个额外的价格来执行它, 那么选择权的执行价格就是合同价格与赔偿责任的差额。^[29]以买方支付权利金 D 购得执行价格为 X 的买入期权为例, 则合同价格 P=D+X, 并且如果买方违约并赔偿, 则 D 即赔偿责任, 执行价格 X 为合同价格与选择权权利金之间的差额。^[30]比如产品包销合同、按需供货合同、分期付款合同和试用合同等, 无不是嵌入了选择权的合同,^[31]典型还如约定解除权、交付定金或约定违约金等。

总之, 违约选择权在学理上大致的分类是法定的和约定的两种。前者依补偿原则认为法律承认了当事人的违约选择权, 若执行该项权利须支付赔偿, 则赔偿额等于选择权的执行价格。后者认为当事人在合同中明确或隐含地约定了选择权, 选择权持有者可以支付选择权费违约并不承担其他违约责任, 选择权费即是赔偿, 而选择权的执行价格是合同价格与选择权费的差额。^[32]前者是法律隐含赋予的选择权, 并且理论上双方当事人平等地享有, 当事人若想执行该权利应支付执行价格, 即承担违约责任, 如不执行则为履约。后者是当事人在合同中约定的选择权, 为持有人所有, 若权利持有人执行该权利应支付执行价格, 若不执行则违约并损失选择权费。两种虽有差异, 但他们总是基于选择权理论来认识违约救济问题, 前者针对的是法定违约救济, 后者针对的是约定救济的情况。

(三) 为什么选择权

1、法定选择权

法定违约选择权理论认为违约损害赔偿是允许当事人通过支付特定的执行价格——赔偿——来获得权利的责任规则, 这样的规则可以从当事人的违约或履行行为来判断他们对选择权的估价, 进而披露合同信息, 促进效率的产出。^[33]此为信息披露功能。合同当事人拥有私人信息, 如何激励当事人披露对合同主体有益而对其个人无损的信息是合同法的主要目标之一, 比如哈德利规则。^[34]违约责任选择权理论将违约方支付的赔偿视为该权利的执行价格, 进而判断当事人对权利的估价的高低, 因为当事人执行了该权利则表明其对权利的估价高于执行价格 (赔偿), 也表明违约比履行的产出更高, 更有益于社会福利。另外, 由于不可预

[27] See Alexander J. Triantis and George G. Triantis, "Timing Problems in Contract Breach Decisions", *Journal of Law and Economics*, Vol. 41, No. 1 (Apr., 1998), p.169.

[28] See Paul G. Mahoney, "Contract Remedies and Options Pricing", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1 (Jan., 1995), p.143; Lee Anne Fennell, "Revealing Options", *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 5 (Mar., 2005), p.1415.

[29] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), pp.1430, note 2.

[30] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), pp.1456-1457.

[31] See Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), pp.2227-2236; Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), pp. 1429-1431.

[32] See Lee Anne Fennell, "Revealing Options", *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 5 (Mar., 2005), p.1414, note 56.

[33] See Lee Anne Fennell, "Revealing Options", *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 5 (Mar., 2005), p.1415-1416.

[34] See Lucian Ayre Bebchuk and Steven Shavell, "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of 'Hardley v. Baxendale'", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 7, No. 2 (Aut., 1991), p.286.

见因素、缔约成本和执行成本等原因，合同总是不完全的，^[35]当事人不可能也不必在合同中约定完备的条款，所以当事人出于节约交易成本的考虑也不会制定完备的合同，这样当事人会有意留一些不确定问题条款，致使合同是有意的不完全，以便当事人可以从互惠的角度来解决合同纠纷，即自执行合同。^[36]这样当事人也会在合同中设计选择权条款。基于合同的不完全性，合同法的应对措施是设计规制来填补漏洞，^[37]因为法律的公共品属性，国家提供的成本较低，需要合同法提供默认规则填补合同中的漏洞，^[38]于是以选择权本质出现的责任规则就承担这样的职能。即当事人执行合同和法律填补合同漏洞均是节约成本增进福利的选择，也是选择权得以成立的基础。违约选择权理论以选择权来解释责任规则，从节约交易成本、披露私人信息和法律填补合同漏洞的角度证成选择权设置的经济效率目标，所以有学者总结：不确定性+信息+司法填补漏洞=嵌入式选择权。^[39]

但损害赔偿额是由法院确定的，因为合同的不完全性，有一些信息对法院这个第三方来说是不可证实的，所以法院对赔偿额的估计难免会过高或过低，至少没有信息更充分的当事人自己估计的准确，以至于扭曲当事人的激励，造成效率损失，而当事人自己制定的选择权则是基于自己估计的特别定价，并合理地分配未来的合同风险。^[40]实际上，学界讨论较多的也正是当事人合同中明示的或隐含的选择权的风险分配和投资激励等优势。^[41]

2、 约定选择权

因为针对未来履行，合同中伴随着风险，比如价格或成本的浮动，比如履行条件的改变，都会影响当事人的成本与收益，所以合同的主要职能之一是分配风险。基于经济学理论的认识，合同风险应该有抗风险能力强的一方承担，或因其有较好的预防风险的条件或因其可以以较低的成本保险。^[42]违约选择权理论从违约赔偿措施的风险分配角度进行了分析，并得出违约金（选择权费）分配风险能力占优的结论。^[43]另外通过一个选择权的设计，即赋予风险中性的一方当事人以事后决定权（履行或离开的选择权），合同也会实现最优的风险分配。^[44]因为双方当事人有着不同的风险态度和防范风险的能力，所以当事人也许会在合同中约定适当的选择权来分配风险，比如在承担风险方面有比较优势的卖方会向买方提供一个退货的选择权。^[45]

比如商家规定购买商品 7 天内可无理由退货，^[46]也可将此类合同视为试用买卖。究其实

[35] See Jean Tirole, "Incomplete Contracts: Where Do We Stand?" *Econometrica*, Vol. 67, No. 4, (Jul., 1999), pp. 743-744.

[36] See Robert E. Scott, "A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements", *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 7 (Nov., 2003), p.1645.

[37] Ian Ayres and Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 99, (Oct., 1989), p.87.

[38] 参见[美]艾伦·施瓦茨：“不完善合同”，载[美]纽曼等编：《新帕尔格雷夫法经济学辞典》（第二卷），许明月等译，北京：法律出版社，2002年，第311页。

[39] See George S. Geis, "An Embedded Options Theory of Indefinite Contracts", *Minnesota Law Review*, Vol. 90, No.3 (Jun.,2006), p.1692.

[40] See Lee Anne Fennell, "Revealing Options", *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 5 (Mar., 2005), p. 1416-1417.

[41] See Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), pp.2217-2218; Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), pp. 1456-1465; George S. Geis, "An Embedded Options Theory of Indefinite Contracts", *Minnesota Law Review*, Vol. 90, No.3 (Jun.,2006), pp.1706-1713.

[42] See Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford: Stanford University Press, 2004: pp.139-141.

[43] See A. Mitchell Polinsky, "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2 (Jun., 1983), p.436.

[44] See Tai-Yeong Chung, "Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing", *The Review of Economic Studies*, Vol. 58, No. 5 (Oct., 1991), p. 1031.

[45] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1430.

[46] 这样的例子不胜枚举，各大城市都有零售商做出了该承诺，比如国美电器等，网络交易平台诸如淘宝等也有这样的举措。

质，就是卖方向买方出售了一个免费的退货选择权，在权利期间内，买方可以选择购买（不执行）或退货（执行），并不支付选择权费。此间，卖方承担了交易中全部的风险，比如价格下降，也承担了诸如接受退货、检查商品和重新出售的各种成本。商家这么做是因为他可能是风险中性的，也可能具有该商品的专业知识信息更充分而能抵御风险或选择权的制定成本较低。而消费者更多是风险规避的、对商品了解较少或对选择权估价较高。这样，商家推出的退货选择权恰好可以解决合同当事人的差异问题，促成交易并增进社会福利，所以是社会所欲的。还有商家制定了正值的选项权费，比如飞机票、火车票的退票费。这样的旅客运输合同是当事人签订的一个以退票费为选项权价格的合同，其实质内涵亦可表明承运人的选项权成本低于旅客对选项权的估价，也是当事人对风险态度的反映，因为风险规避的旅客对合同的风险承担只限于选项权费，更有利于交易的达成。选项权的交易对双方都有好处，买方是风险厌恶的，卖方是风险中性的，卖方也许在降低成本增加风险方面有比较优势，进而可以更好的为买方管理风险。同时因为买方也许会支付一部分费用以转移到履行估价和卖方成本方面的风险。^[47]所以，选项权设计反映了当事人不同的风险态度，^[48]其本质上是当事人基于执行价格分配风险的保险合同。^[49]

当事人也可以预防违约，降低合同的违约风险。在约定违约金情况下，违约一方会投入预防成本来避免支付违约金，因为违约赔偿限于违约金，非违约一方也会投资来避免自己可能的损失，当事人的最优预防决策应该是边际上的双边责任，即达到预防投入的边际增加等于赔偿或损失的边际减少。^[50]如同买方买入了以一定价格购入某物品的选项权（选项权费为违约金，等于执行价格），买方违约将赔偿违约金，若卖方投资改进产品并按约定价格出售，卖方将面临产品改进所致损失，所以买方（选项权人）有激励预防违约，卖方（选项权卖方）有激励控制投资，这样就解决了效率激励的问题。^[51]

合同当事人会在合同中进行投资以提高履行价值或降低履行成本，由于合同的不完全性致使当事人担心被对方敲竹杠而投资不足，^[52]即因为投资的收益会由对方分享，或因为违约损失得不到补偿，造成当事人的投资不足。但通常的违约救济措施，诸如强制履行、期待利益赔偿、信赖利益赔偿等救济措施下并不能实现合同的效率投资，相反却导致了过度投资，^[53]并且在重新协商的情况下也一样。^[54]详细解释就是：若合同履行，一方当事人投资增加了合同总剩余，并按自己的份额获得了回报，另一方也得到了相应份额，那么另一方的相应份额里就包括了投资方的投资收益，等于向投资方收了敲竹杠税，敲竹杠税抑制投资；若违约，按照合同救济补偿原则，通常要求违约方补偿使对方达到像合同履行了一样的程度，因为合同并未履行或只是部分履行，投资并未完全实现，非违约方却获得了像完全投资一样的

[47] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1460-1463.

[48] See Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), pp.2217-2218

[49] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1430.

[50] See Robert Cooter, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", *California Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Jan., 1985), p.28.

[51] See Robert Cooter, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", *California Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Jan., 1985), pp.22-23.

[52] See Sanford Grossman and Oliver Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of Political Economy*, Vol.94, No.4. (Aug., 1986), p. 717; Oliver Hart, John Moore, "Incomplete Contracts and Renegotiation", *Econometrica*, Vol.56, No. 4 (Jul., 1988), p. 776.

[53] See Steven Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract", *The Bell Journal of Economics*, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1980), pp. 466-490; William P. Rogerson, "Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract", *The RAND Journal of Economics*, Vol. 15, No. 1 (Spring, 1984), p. 39

[54] See R. Sloof et al, "Breach Remedies, Reliance and Renegotiation", *International Review of Law and Economics*, Vol. 26, No.3 (Sep., 2006), p.291.

补偿, 获得了违约补贴, 违约补贴使投资过度。^[55]为解决这样的矛盾促进效率投资, 可以赋予一方以选择权, 比如卖方有全部谈判能力, 这样卖方可以按有效率的合同数量要求买方履行, 即调整交易数量实现效率投资,^[56]同理赋予买方选择权也可以实现效率产出。^[57]其实学者的论述中包含了谈判能力(选择权价格)的变化, 其选择权理论上的解释就是若这种变化对权利人的边际价值高于选择权卖方就是所欲的,^[58]如同选择权的预防激励解释一样, 在等边际时达到最优。

(四) 违约金的违约价格解释

前文选择权合同理论对合同以及合同法的解释表明, 法定选择权和约定选择权是法律或当事人为披露私人信息、填补合同漏洞、激励效率预防及投资和分配风险, 其实质乃法律或当事人为激励当事人适当行为设置了价格, 是增进社会福利的制度设计。基于此, 从选择权的角度, 违约金的违约价格性质将得以证明。

假设价格为 P 的合同约定了违约金, 比如若买方违约则须赔偿 D , 其中的含义应该是合同履行则买方支付价格 P , 若买方违约则要赔偿 D 。基于前文约定选择权的论述中选择权费为违约赔偿的认识, 我们有理由认为是买方支付权利金 D 购得执行价格为 X 的买入选择权, 表明合同价格 $P=D+X$, 并且如果买方违约并赔偿, 则 D 即赔偿责任, 执行价格 X 为合同价格与选择权权利金之间的差额。若合同履行, 即买方执行了选择权, 则须支付合同价格; 买方若违约, 即是不执行选择权, 损失的是选择权费 D 。其中 D 和 X 的值反向相关, 即 X 提高则 D 降低, 反之亦然, 但它们的变化幅度是不一致的, 执行价格 X 每提高 1 元, 选择权费 D 的降低要少于 1 元, 所以合同价格随执行价格的提高而提高。^[59]可以假设当事人签订了一个选择权合同 (D, X) 。若为免费选择权合同, 比如合同价格为 12, 则 $D=0$, $X=12$, 合同为 $(0, 12)$, 即合同价格等于选择权执行价格。若卖方允许买方支付选择权费 D 并以执行价格为 1 元购买, 则买方具有了执行价格为 1 的选择权。如果买方对合同标的物的估价超过了 12 元, 他可能会同意一个高于 11 元的选择权价格。这样, 如果卖方的谈判能力更强, 在这样执行价格为 1 元的选择权合同中, 因为选择权价格高于 11 元, 实际合同价格会超过 12 元。因为卖方制订选择权也是有成本的, 但双方会在卖方选择权成本低于买方选择权估价的情况下进行选择权交易。在这个合同中, 当事人约定了一个价格组合 (P, D) 。在该组合中, 履行并支付合同价格与违约并支付违约金是选择关系, 即如果约定了违约金, 就表明当事人约定了这种选择关系, 可以选择违约。所以我们可认为违约是一项选择权, 违约金是当事人约定的违约选择权的价格, 是买者估价、选择权制定成本及市场竞争的函数, 也正如其他交易一样, 当事人就选择权的交易也是谋求交易剩余的最大化。^[60]

而且我们还可以从违约救济的违约法定价格进一步揭示违约金违约价格的性质。法定违约救济, 包括强制履行、期待赔偿、信赖赔偿和返还等措施, 其目的在于使非违约方达到或

[55] See Aaron S. Edlin and Stefan Reichelstein, "Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment", *The American Economic Review*, Vol. 86, No. 3 (Jun., 1996), p. 479; Aaron S. Edlin and Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, No.1 (Mar., 2003), pp. 46-47.

[56] See Aaron S. Edlin and Stefan Reichelstein, "Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment", *The American Economic Review*, Vol. 86, No. 3 (Jun., 1996), p.484, 486.

[57] See William P. Rogerson, "Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract", *The RAND Journal of Economics*, Vol. 15, No. 1 (Spring 1984), p.46, 50; Thomas P. Lyon and Eric Rasmusen, "Buyer-Option Contracts Restored: Renegotiation, Inefficient Threats, and the Hold-Up Problem", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 20, No. 1 (Apr., 2004), pp.148-169.

[58] See Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), p.2220.

[59] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1457-1458; Avery Wiener Katz, "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), p. 2207.

[60] See Robert E. Scott and George G. Triantis, "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), p. 1430.

如同合同履行了一样或签订合同前的境地。强制履行自不必论，是依法执行合同价格，期待赔偿是以买方估价或卖方成本与合同价格的差额为基准，信赖赔偿以非违约方信赖投入为基准，返还以违约方从非违约方所得为基准，此中“基准”乃法律为违约设定的价格，即违约的法定价格。非免责情况下，若合同不履行，违约方支付违约价格，非违约方获得违约价格，即不履行则赔偿。因为合同法应该促进当事人最大化合同福利的效率行为，而且当事人会对违约价格做出反应，所以法定违约价格意在给当事人施加违约成本并以此激励当事人为效率行为。与法律设定违约价格一样，违约金应是当事人为违约设定的价格，并且与履行价格相对应，构成了合同约定中的价格组合，同样意在给当事人施加违约成本并以此激励当事人为效率行为。

从前文选择权价格与执行价格关系的论述和合同价格 $P=D+X$ 知，随选择权价格 D 和执行价格 X 的相应变化会影响合同价格 P ，作为违约金形式出现的 D 可能会很高，也可能超过合同价格。当事人约定所谓的过高的违约金可能不仅出于保证履行、激励效率投资、传递信号、实行价格歧视和设置进入壁垒等各种目的，^[61]或许更重要的是分配风险，而且分配风险同时可以解释价格组合 (P, D) 。合同履行在合同签订之后，期间充满了不确定性，为应对其中的风险，当事人或购买第三方保险，或在合同中自行保险。如果是自保险，应该是更有抗风险能力的一方提供保险，而另一方向其购买保险，这样使得保险成本最小化。比如，同为风险规避的双方要共担风险，风险规避的一方向风险中性或偏好的一方购买保险。双方风险规避的自付保费，一方提供保险的，另一方支付保费。保费体现于当事人约定的价格，包括合同价格和违约金中。如果当事人约定了一个包含保费的较高价格，表明卖方为买方提供了保险，反之则反是；如果当事人约定了较高的违约金，表明违约购买方向对方支付了保费，反之则反是。^[62]而且在至少一方当事人为风险规避的情况下，从风险分配的角度，违约金通常都是最优的救济方式。^[63]所以，违约金至少在当事人分配风险的意义上，是当事人有意约定的包含了保费的违约价格。

还需要讨论的是迟延履行违约金。合同法第 114 条第三款规定：“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”从字面看，因为当事人就迟延履行约定了违约金，若有违约发生，当支付违约金并不影响合同的履行，但理论并未说明当事人就迟延履行约定违约金的实质用意，选择权理论则能较好的解释，即时间价值，或当事人的风险安排。前文选择权要素的论述中提到了选择权期间，选择权期间就是可执行选择权的期间，在该期间上，权利人可随时执行选择权，选择权期间包含了选择权的时间价值。选择权费与选择权期间之间的关系是正相关的，即选择权费随选择权期间的延长而提高。^[64]之所以如此是因为合同各种风险会随实践的延长而增加，包括价格变动风险和时间风险等，选择权的时间价值就反映了这种风险。依违约金选择权价格论的解释，迟延履行违约金就是迟延履行风险的反映，是合同中时间价值的体现。自迟延履行发生始，随时间的延长，违约金会相应的提高，所以很多迟延履行违约金的约定都是按期计算的，比如延迟还款或缴纳罚款的滞纳金约定等。所以延迟履行违约金更多地体现为当事人对合同期间时间价值的考虑和风险分配的安排，当然并不排除对迟延履行的预防，但从选择权价格的角度我们并不能得出损失赔偿的结论。

按本文违约金违约价格论的解释，可知违约金实为当事人对违约金选择权的定价，依循

[61] 参见杨志利：“惩罚性违约金的经济分析”，载《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑，北京：北京大学出版社，2010 年，第 635-651 页。

[62] See Robert E. Scott and George G. Triantis, “Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004), at 1432.

[63] See A. Mitchell Polinsky, “Risk Sharing through Breach of Contract Remedies”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2 (Jun., 1983), pp.428-429.

[64] See Avery Wiener Katz, “The Option Element in Contracting”, *Virginia Law Review*, Vol. 90, No.8 (Dec., 2004), p.2207.

一般价格形成机制，是选择权制定者成本和购买者估价及市场竞争环境的函数。因为是违约选择权定价，即表明违约金的支付即可免履行。违约金的数额虽受约束条件的限制，但也会出现多种情况，比如过高或过低。当事人约定违约金，要支付成本也会有收益，只要收益高于成本就会有约定的动力。违约金的功能在于分配合同风险和促进效率投资等，当然也包括促进履行或预防违约，但其重点并不是违约补偿，所以违约金与违约所致损失的比较也并无意义。进而依补偿原则对违约金进行调整也失于正当，则惩罚性违约金的规制将无所依凭。统而言之，与合同价格一样，违约金的违约价格性质应得到与合同价格同样的待遇。

三、违约金的二分法

既然违约金是合同不履行的价格，与合同价格构成合同的价格组合，其应有与合同价格一样的性质，合同法应该像对待合同价格一样来对待违约金。但我国合同法及司法解释对某些违约金却采取了不同的态度，学术界也有赔偿性违约金和惩罚性违约金的区分。如前文所述，笔者以为违约金不应也不必作此区分，其调整也不应以实际损失为基础。鉴于惩罚性违约金的争议和讨论较多，并且“低于造成的损失”的违约金可以作为惩罚性违约金的对应面去理解，本部分主要集中讨论惩罚性违约金以及违约金二分法。

违约金的“二分法”有两种，一是绝对二分法，二是相对二分法。

如前文引述，学者认为违约金分为赔偿性违约金和惩罚性违约金，此种二分法可称为绝对二分法。这种二分法以韩世远为代表，他归纳了30—70年代汉语民法学著述中对违约金的分类法后，认为惩罚性违约金是当事人对于违约所约定的一种私的制裁，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；而赔偿性违约金，相当于履行之替代，则请求此种违约金之后，便不能够再请求债务履行或不履行的损害赔偿。^[65]即赔偿性违约金是违约赔偿的预定，惩罚性违约金是独立于合同履行的违约责任。当事人必须明确约定惩罚性违约金，如果当事人的约定不明确，原则上推定为赔偿性违约金。^[66]这种二分法除存在前文所涉成本和担保方面的问题外，还有就是当事人可能会借此规避法律。因为如果按照这种二分法的原则，惩罚性违约金需要当事人明确约定，那么当事人势必会在合同中约定两个违约金条款，并明确约定其中一个是惩罚性的，或只约定一个条款并明确表明是惩罚性的。因为按照现行合同法和目前的法律学说主张，赔偿性或补偿性违约金要受到法律或法院的调整，当事人为规避这种风险，就会通过明确约定惩罚性违约金而规避法律。如果当事人，至少是准备约定违约金并不想接受调整的当事人，都选择约定惩罚性违约金，那么法律调整违约金的规定就落空了。纵然按“其数额不得超过主合同标的额的百分之二十”的规制原则，依前文违约金是违约价格的推理，也会将超过此标准的违约金约定排除在外，进而限制了当事人某些有效率的约定，阻滞交易的进行。另外，在当事人同时约定定金和惩罚性违约金的情况下，适用二者之和“不得超过主合同标的额的百分之二十”的标准，^[67]会影响当事人对定金的约定。毕竟违约金与定金存有不同，并且若当事人约定的两种有一个或都超过了主合同标的额的百分之二十，存在适用选择的问题。更重要的是当事人会径直约定足够的定金或惩罚性违约金，而没有必要都约定，而且若买方违约可能性较大，卖方会倾向于约定定金，而避免诉累。所以这种二分法及惩罚性违约金的规制原则不利于当事人的合同选择，增加当

[65] 参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论”，《法学研究》2003年第4期，第19页。

[66] 参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论”，《法学研究》2003年第4期，第20页。

[67] 参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论”，《法学研究》2003年第4期，第27页，注49。

事人的合同成本，减损社会福利。

相对二分法以补偿为基准，超过此标准的违约金即惩罚性违约金。依补偿原则，在违约赔偿中，赔偿义务人应填补赔偿权利人所受损害并达到如同契约被履行了一样，^[68]也即违约损害赔偿的目的，在于填补债权人所受损害及所失利益，以及在使债权人达到债务人如履约所应有之地位，即债务人的赔偿责任范围以债权人之契约期待为最高限度，超过此限度即为不当得利。^[69]以此为标准，超过这个标准的就是惩罚性赔偿。那么，惩罚性违约金就是数额超过了补偿标准的违约金。按照这个标准，还会出现三分法。假设违约金的数额在一个以0为起点的射线上，其中某点的值等于预计或实际损失，按照通常的分类标准，那么该点是违约金，0到该点的为数额不足的违约金，该点以右为惩罚性违约金，正如有的学者所描述，将出现了三种违约金。^[70]我国合同法区分低于和过分高于损失的违约金并采调整原则，其实也可考虑存在三分方法的。学说或法律上之所以这么区分，无非是不同的数额采取不同的对待，并且也许是先有的态度抑或某种标准，然后才有了区分。甚至可以认为这种区分也是立法者或理论家出于对补偿原则的坚持或法律父权主义的信奉做出来的——但这两个原则已经受到了质疑。^[71]

从前文违约金价格的角度考虑，违约金的约定是当事人对违约选择权的定价，反映了当事人的理性，而与违约赔偿无关，所以法律或学说将其与违约赔偿相较确有不妥。倘法律以过分高为判断调整基准，将会改变当事人的合同激励。合同当事人一定会对法律做出反应，因为他们约定的违约金在诉讼中必然会受到审查，所以他们或不约定或约定极高的违约金，以致于结果都是得到法定违约救济的结果，那么违约金的独特作用荡然无存，法律对此的规定几等于无。所以与其法律如此规定不如放任当事人自己去自由约定并以平等自愿为原则执行之。也许立法者担心当事人会约定出奇高的数额，但正如前文所述，违约金的约定是有约束条件的，除非存在不平等或不自愿的情况。

综上，笔者以为，绝对二分法将影响当事人的合同约定，促使他们规避相应规定，还会带来法律适用的困难，无益福利增进。相对二分法同样影响当事人的合同约定，会排除有效率的惩罚性违约金，而且就违约价格的认识论角度，对违约金的调整将形成价格管制，影响合同效率，减损社会福利。总之，违约金二分法可以放弃，即违约金就是违约金，惩罚性、赔偿性只是违约金所表现出的性质，这种性质的认定依赖于当事人的违约损失预计，不必也不能就此分出两种违约金。

而且从合同法114条及《解释（二）》就违约金的规定看，我们并不能得到合同法中有惩罚性违约金的解释，^[72]看到的是法律对违约金的调整，而且看到的是法律对违约金的调整也并非基于它的惩罚性，比如《解释（二）》29条表明是根据公平原则和诚实信用原则。可见，我国合同法并未采用上述的违约金的二分法，而且法院对违约金的调整是依当事人反诉或抗辩方式的请求，并且并未明确支持请求的理由，只是规定了低于或过分高于违约所造成实际损失的事实比较标准，和法院调整所遵循的基准及各种综合因素。由此可以推断，我国合同法并未就违约金的惩罚性作出规定，当然也没有基于违约金具有惩罚性而予以调整。此

[68] 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第16-17页。

[69] 参见林诚二：《民法理论与问题研究》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第380页。

[70] See Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III, The Regulation of Contracts, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 4610book, p. 141(These stipulated damages are called 'liquidated damages' when they are ex ante reasonable estimations of the true losses. They are called 'underliquidated damages' when they are meant to be undercompensatory and 'penalty clauses' when they are deliberately overcompensatory in order to create an additional sanction ('penalty')).

[71] See Robert E. Scott & George G. Triantis. "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 6 (Oct., 2004); also see David Brizzee, "Liquidated Damages and the Penalty Rule: A Reassessment", *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1991, No.4 (1991), p. 1617.

[72] 参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解釋论”，《法学研究》2003年第4期，第19页。该文认为我国合同法的规定是补偿性的违约金。

点反映了合同法的经济合理性，因为仅就违约金条款构成罚金条款就不执行或予以调整是无效率的。^[73]

四、调整原则

违约金是当事人约定的违约价格，与合同价格一样，法律或法院对其调整宜持慎重态度，但却并非不可调整，因为某些违约金条款依合同法 52、54 条，则可以认定其无效或变更、撤销。与《解释（二）》29 条的规定相反，本文以为如果要对违约金的“过高”与否作出判断不应以实际损失为准，而应以是否违反平等自愿原则为准。^[74]

按补偿原则，补偿即为债权人所受损害及所失利益，这里可将所受损害及所失利益归结为损失。依我国合同法 113 条所述，损失限于违约方在订约时预见或应当预见到的违约所致损失。那么，就补偿性违约金而言，依普通法上的说法，是对违约所致预期损失或实际损失事前的 (Ex Ante) 合理估计 (Reasonable Estimation)。^[75] 总之是对违约所致损失的合理估计或预见，因为与实际损失的参照对当事人而言几无意义。基于不完全合同理念，合同中存在大量不可观察且/或不可证实信息，当事人而不是法院对合同的信息更多了解，更能做出准确的判断。而且当事人对惩罚性的约定往往是出于某种效率目的，对此法院很难获知。若为实际损失，那得等到违约后才可判断，但那时违约金条款的效率意义已经尽失，它所包含的激励、保险作用或目的都化为乌有了。如果按绝对二分法，对赔偿性违约金惩罚性的判断以实际损失为准，无须经合同法 113 条可预见规则的检验，^[76] 那就与“赔偿性违约金是当事人双方预先估计的损害赔偿总额”认识相悖，致使当事人寻求规避可预见规则，而且造成“违约愈严重，造成的损失愈大，违约金就愈少惩罚性质，愈多补偿作用”的悖论。^[77] 因为可预见规则和减损规则两者的配合可以有效地促进当事人披露信息并进行积极实施预防措施减轻损失，增进合同的社会福利，^[78] 如果当事人以违约金约定规避了可预见规则，将使合同法促进效率的目标落空。因为实际损失标准的无效率，《解释（二）》29 条“违约金超过造成损失的百分之三十”的“过分高于造成的损失”之标准，自然也是有待商榷的。

违约金的调整应以是否违反平等自愿原则为据。违约金作为违约价格是当事人自愿协商的结果，并且违约发生时实现交易。正如市场交易须以交易双方自愿为原则，价格的确定也须建立在自愿的基础上，否则交易并不会增进福利。违约金若非出于当事人自愿，或欺诈或胁迫，以至于过分的高于损失预计，当有调整之必要，即调整应以当事人是否自愿为原则。“根据公平原则和诚实信用原则予以衡量”，应从根据自愿原则的角度来理解，当事人主张

[73] See Aaron S. Edlin and Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, No.1 (Mar., 2003), p. 53-54.

[74] 参见杨志利：“惩罚性违约金的经济分析”，载《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑，北京：北京大学出版社，2010 年，第 650-651 页。

[75] See U.C.C. § 2-718(1) (2003). Aaron S. Edlin and Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, No.1 (Mar., 2003), p. 33; Alan Schwartz and Robert E. Scott, "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No.3 (Dec.,2003), p. 616; Aristides N. Hatzis, "Having The Cake And Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law", *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, No.4 (Dec., 2002), p. 385.

[76] 参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第 114 条为中心的释论”，《法学研究》2003 年第 4 期，第 21 页；和韩世远：“违约金的理论争议与实践问题”，《北京仲裁》2009 年第 1 期，第 34 页。

[77] 参见陈学明：“惩罚性违约金的比较研究”，《比较法研究》1989 年第 3-4 辑，第 50 页。韩世远在文章中对此的引用意在说明相对二分法的悖谬，但他还是将实际损失标准应用于此了（参见韩世远：“违约金的理论问题——以合同法第 114 条为中心的释论”，《法学研究》2003 年第 4 期，第 16 页）。

[78] See Lucian Ayre Bebchuk and Steven Shavell, "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of 'Hardley v. Baxendale'", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 7, No. 2 (Aut., 1991), p.286. 同时参见杨志利：“合同法减损规则及损益相抵规则的经济分析”，载《山东大学法律评论》第五辑，济南：山东大学出版社，2008 年，第 51 页。

适当减少违约金的应证明自己违约金的约定是不自愿的，法院对此申请可依法进行调整。总之，当事人主张适当减少违约金和法院审核该主张，应主要从平等自愿出发。因为当事人对合理的理解是出于自身的合同判断，考虑自己在合同中是否是平等和自愿的，另外对合理的判断也是当事人的事，如果需要法院判断合理性，那也是在当事人提出这种判断请求之后。当事人以反诉或抗辩的形式请求，依谁主张谁举证原则，当事人必须承担举证责任。凭过分高于损失而胜诉是不可能的，法院裁决要考虑众多因素，所以“过分高于”不是法律调整违约金的理由，即过分高于只是事实，是否违法依据的是法律原则。之所以以平等自愿而不是以公平为原则，是因为平等自愿形成价格和进行交易是实现交易福利最大化的前提，而按公平观念的要求会使每个人的状况变得更糟，即社会福利减少。^[79]在此基础上，本文提出我国合同法对违约金的调整非出于惩罚性，而是维护平等自愿之合同自由原则，非是一般意义上的价格管制，而是对福利的关切。

五、结 论

当事人约定违约金的实质是设立了合同中的违约选择权，权利持有者以支付选择权费的形式购得不履行合同的的机会，所以违约金即违约价格。同合同价格为履行定价一样，违约金乃当事人为违约定价，所以违约金与合同价格应受到同样的对待，即奉行自由自愿约定原则，其调整应以违反平等自愿原则为依据。

法定违约救济措施的实质是法定选择权，是法律对违约施以成本或定价，是法定的违约价格，意在促进效率和提升合同福利。而违约金则是当事人约定的选择权定价，是约定的违约价格。作为选择权价格，违约金的数额是选择权买卖双方成本、估价与市场竞争的函数，像合同价格一样体现了当事人的风险态度，实现合同收益的分配，激励当事人的合同行为。

违约金的违约价格解释表明违约金的高与低是当事人在约束条件下的最大化选择，是实现合作并创造合作剩余的制度安排，与违约赔偿没有直接的关联，所以以违约所致损失为基准判断违约金的多寡难以成立，进而表明违约金的二分法也难以成立。所以作为违约价格认识论上的违约金并不存在过高与过低的问题，而需要讨论的是违约金的约定是否符合平等自愿原则的问题。

本文力图解决开篇提出的几个问题，提出了与传统违约金理论不同的认识，认为按违约金违约价格论的观点将有利于对违约金性质的认识，有利于合同法对违约金的规制并促进当事人的合同行为和社会福利的提升。本文亦只是论证了合同自由原则在违约金方面的内在根据，纠正了合同法对合同价格和违约金的双重标准问题，表明了违约金自由约定实质是合同自由的要求。

本文从合同福利最大化的角度立论，以违约金违约价格性质解释违约金的功能及其规制原则，显然有别于通常基于公平或补偿原则的违约金理论，因而或许会受到基于此理论的批评，比如违约的不道德问题，比如合同法对公平正义的维护问题，等等，可以肯定的是从不同的理论基点得出的违约金认识或有不同，但若不以福利为目标则会导致当事人乃至社会福利的减损，显然有悖合同法促进经济繁荣的宗旨。合同法福利目标以及违约道德性的问题是合同法理论的根本性问题，需要进一步讨论和研究，也是本文进一步深入的目标。

（初审编辑：杨彪）

[79] 参见[美]路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，北京：法律出版社，2007年，第57页。