

网络主播“跳槽”中惩罚性违约金酌减规则的法理分析

柯婷婷

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2024年7月15日; 录用日期: 2024年7月26日; 发布日期: 2024年8月20日

摘要

我国法律规定的合同违约金, 兼具补偿性和惩罚性的功能, 并赋予了当事人与法官对违约金的标准进行适当调整的权利与权力。但受限于平衡性司法理念的制约, 我国司法实践中对于违约金的认识大多停留在补偿性的层面, 对于惩罚性违约金的理解度和支持度都不高。但随着经济和社会的发展, 对合同主体擅自违约的规制和惩罚越来越受到重视。如何发挥惩罚性违约金的履约担保功能与违约震慑效果, 使其成为公平、诚信履约的稳定器, 值得我们进一步总结和研究。本文的特别之处在于从网络主播“跳槽”的角度对惩罚性违约金的性质进行讨论以及适用违约金酌减规则之依据、惩罚性违约金于司法理论中的适用条件及逻辑。由此延伸惩罚性违约金酌减规则的一系列适用争议, 林林总总, 殊值讨论。

关键词

网络主播跳槽, 惩罚性违约金, 赔偿性违约金

Jurisprudential Analysis of the Discretionary Rule of Punitive Liquidated Damages in the Case of Webcasters “Jumping Ship”

Tingting Ke

Law School, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Jul. 15th, 2024; accepted: Jul. 26th, 2024; published: Aug. 20th, 2024

Abstract

Our law provides for contractual liquidated damages, both compensatory and punitive function, and gives the parties and the judge to make appropriate adjustments to the liquidated damages

standard of the right and power. However, limited by the constraints of balanced judicial concept, China's judicial practice for the understanding of liquidated damages mostly stay in the compensatory level, for punitive liquidated damages are not high degree of understanding and support. However, with the economic and social development, the regulation and punishment of unauthorized breach of contract subject to more and more attention. It is worth further summarizing and researching how to bring into play the performance guarantee function and default deterrence of punitive liquidated damages, so as to make it a stabilizer of fair and honest performance. This article features a discussion of the nature of punitive liquidated damages from the perspective of network anchors "jumping ship", as well as the basis for the application of the liquidated damages discretionary rule, and the conditions and logic of the application of punitive liquidated damages in judicial theory. This extends a series of controversies on the application of the discretionary rule of punitive liquidated damages, which are worth exploring.

Keywords

Network Anchor Jumps Ship, Punitive Liquidated Damages, Compensatory Liquidated Damages

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. 问题提出

在 2022 年, 最高人民法院公布了第 34 批指导案例, 其中第 189 号指导性案例, 明确了网络主播违反合同约定应当承担的违约责任以及人民法院调整违约金应考量的因素。在该案中, 被告李某及其所供职的播爱游文化有限公司与原告上海熊猫互娱文化有限公司签订了一份独家主播合作协议。协议条款载明, 被告李某承诺仅在原告运营的平台上进行游戏直播和解说, 同时协议规定了违约金为 5000 万元人民币。但在协议履行期间, 被告李某在其他平台上进行了直播, 违反了协议的独家性条款。原告在提起诉讼时, 自愿将违约金索赔金额降至 300 万元人民币, 尽管如此, 双方对于原告提出的违约金是否仍然过高, 以及是否需要进一步调整, 仍有分歧。¹ 在案件审理时, 法院深入分析了网络直播行业的特有属性, 并综合考虑了多方因素, 对违约金的适当调整进行了详尽的法律论证和裁判说理。尽管该案为司法实践提供了特殊领域中约定违约金过高的司法调整的新思路, 但仍存在尚未解决的问题, 有进一步讨论之必要: 1) 该案中约定的 5000 万元违约金应当理解为赔偿性还是惩罚性? 2) 明显具有惩罚性质的约定违约金能否适用《合同法》第 114 条的规定进行酌减; 3) 惩罚性违约金的酌减幅度是否仍应当以《合同法司法解释(二)》为标准; 4) 如果不以《合同法司法解释(二)》为标准, 那么惩罚性违约金的司法调整又以何为基准, 以及该酌减基准是否具有正当性基础? 为此, 有必要对现行违约金条款进行审查, 分析其优缺点, 找到更合理的解决方案, 完善未来立法和司法实践。

2. 惩罚性违约金的认定

2.1. 惩罚性违约金

违约金, 依据合同约定或法律的直接规定, 由违约方向非违约方支付的一笔价金。它不仅起到了担保债务履行的作用, 同时也具有对违约方的惩罚和对受害方损失的补偿双重功能。在我国司法实践中,

¹ 参见上海熊猫互娱文化有限公司诉李岑、昆山播爱游信息技术有限公司合同纠纷案, 上海市第二中级人民法院(2020)沪 02 民终 562 号民事判决书。

对违约金性质的认定是进行调适的前提步骤。我国民法学界将惩罚性违约金称为固有意义上的违约金[1]，通说认为它是一种基于违约行为而约定的私人制裁形式，因此也被称作违约罚[2]。债务人未能履行债务时，除了支付约定的违约金外，仍需承担因债务关系而产生的其他责任。换言之，债权人除了可以请求支付违约金外，还有权要求债务的履行或因不履行而产生的损害赔偿。笔者认为，理解惩罚性违约金的关键在于把握其“惩罚性”本质。通常，合同中约定的违约金金额会超过预期的损害额，这样做可以对债务人施加压力，促使其履行合同义务，并预防未来可能出现的违约行为。从债务人的角度来看，违约金是一种履行合同义务的实际压力；而从债权人的角度来看，它则是一种担保其履行请求权的实际手段[3]。惩罚性违约金不以约定为限，还可以有法定的惩罚性违约金，比如《电力供应与使用条款(2016年修订)》第40条规定的“加收电费和国家规定的其他费用”，便可理解为一种法定的惩罚性违约金[4]。

2.2. 赔偿性违约金

在探讨惩罚性违约金时，若不将其与赔偿性违约金的相关法律规范以及相应的赔偿法规相结合进行分析，则难以深入理解惩罚性违约金的具体制度内涵。通过对比两者，可以更清楚地框定惩罚性违约金的概念的内涵与外延。赔偿性违约金，是用于填补因违约行为导致的损失，其理念、内容和数额都应统摄于损害赔偿制度的基本原理。

比较法视角下，尽管不同国家对损害赔偿制度的具体设计存在差异，但其核心原则是一致的，即赔偿受害人所受的损失，力求达到损害填平的功效[5]。在合同订立之初，双方即预先约定违约方在未能履行或完全履行合同义务时所需承担的代价，目的是为了补偿受损害方的损失。赔偿性违约金的终极目标是实现合同法中预先设定的损害赔偿金额。综上所述，赔偿性违约金的损害赔偿功能可以概括为：合同中双方约定的损害赔偿金额，当一方未能适当履行合同时，另一方将获得一定数额的赔偿，这同时也是对合同填补制度的一种补充和完善[6]。当然，损害赔偿的目的也是对受害方造成的伤害进行补偿，如果约定的损害赔偿在性质和目的上超出了对受害方造成伤害的补偿，那么这些损害赔偿就具有惩罚性质。

2.3. 惩罚性和赔偿性的区分

当前在我国关于界定惩罚性违约金和赔偿性违约金标准的学说可以类型化划分如下：

一、责任关系说：惩罚性违约金作为一种与其它违约责任并行的法律手段，其惩罚性主要体现在对违约方在承担法定违约责任之外额外课增的给付义务。惩罚性违约金不以损害发生为前提，但是以违约方有过错为必要，有疑义时不应推定为惩罚性违约金。如韩世远教授持这一观点。在此种违约情形下，债务人不仅需要支付约定的违约金，而且因债务关系而产生的其他责任并不因此而减轻。换言之债权人除了有权要求债务人支付违约金之外，还有权要求履行合同或因不履行合同而产生的损害赔偿[7]。

二、损失比较说：违约金的约定通常反映了其惩罚或补偿的双重属性。当约定的违约金数额超出了实际遭受的损害时，其惩罚性质便显现出来；相反，如果违约金数额低于实际损害，则其补偿性质更为显著。学者崔文星等持这一说法。根据这一理论，惩罚性违约金通常设置为高于实际损失的金额，有时甚至远超损失额，以此来对违约方的不当行为施加经济上的惩罚，并发挥其预防违约的威慑效果[8]。

三、任一标准说：惩罚性违约金的惩罚性质体现在两个方面：首先，它能够与其它违约责任同时适用，形成一种并行的制裁机制；其次，惩罚性违约金的数额常常设定得高于实际损失，以此来强化其惩罚效果。只要符合上述两种学说的其中一种情况则可界定惩罚性违约金。换言之，如果违约造成了实际损害，约定的损害赔偿通常是赔偿性的。如果违约行为没有造成实际损失，违约方也必须支付约定的损害赔偿，发生损害事实并不是违约金支付的前置条件。同时，违约方必须在支付延迟损害赔偿后继续履行合同义务。也即这两种情形使违约金兼具赔偿性与惩罚性[9]。

上述理论虽可作判断惩罚性违约金的大致依凭,但在司法实践中实行难度过高。大多数法院具体施行都没有清晰的认识。违约金的数额超出了实际损失,且合同双方未明确规定损害的性质,同时依据合同解释原则亦难以界定时,其实施的有效性便面临挑战。即便存在一种假设,即超出实际损失的金额可能被视为具有惩罚性质,但如果债务人能够证明在合同订立时,双方并未预见到实际损害的程度,那么将违约金定性为惩罚性的依据仍然不足。这种情况下,违约金的适用性和确定性便显得不够明确。

在探讨违约金的性质与功能时,如果难以明确区分,笔者认为裁判者应当倾向于将争议中的违约金视为惩罚性。具体的操作步骤包括:第一,根据合同条款、上下文推定或交易惯例,如果能够确定违约金具有惩罚性质,一些学者将其定义为纯粹的惩罚性违约金^[10]。例如,合同中已经包含了一般违约损害赔偿条款,但又额外设定了针对同一违约行为的特别违约金条款,这通常意味着对违约行为的加重惩罚。第二,即使合同中没有明确指出,如果有证据表明双方在签订合同时已经意识到违约金的数额将超过可预见的实际损失,裁判者可以根据这一事实,结合违约金数额超出实际损失的情况,判定其为惩罚性违约金。即使合同中没有明确规定,如果有证据或表明双方当事人签订合同时知道约定的损害赔偿会高于可预见的实际损害,也可以判定为惩罚性违约金。因为这些违约金高于实际损失,且是双方当事人可以预见的。三、缺乏证据表明,在合同签订时,双方能够预见到违约可能造成的损害数额,以及违约金的数额超出实际损失的情况是在违约发生后才被认识到的。由于合同中缺乏明确的惩罚意图,对于这种违约金是否应被视为赔偿性质的,确实需要进一步的讨论。笔者认为,这本质上是一个合同解释的问题。在司法实践中,裁判者应当依据诚实信用的原则,对违约行为及其损害赔偿进行细致审查。在违约确属机会主义行为,违约人具有明显的故意,致使另一方遭受重大损失时,应当将其视为惩罚性违约金。相反,以赔偿性违约金处理。

在指导案例 189 号中,熊猫公司与播爱游公司、李岑以网络直播合同纠纷为由诉至人民法院,根据双方《主播独家合作协议》的约定,主张 5000 万元违约金赔偿(一审中熊猫公司主动调整为 300 万违约金赔偿),但其并无证据证明其因李岑违约到其他平台直播遭受重大损失,且通常游戏主播直播亦难以获得 5000 万元或 300 万元的预期收益。因此,本案约定的违约金明显属于过高,应当予以调整。熊猫公司所诉请的违约金金额本质上属于惩罚性违约金。

3. 具有惩罚性性质的约定违约金适用酌减规则

通常而言,无论是赔偿性违约金还是惩罚性违约金,合同中关于违约金的约定本质上属于合同内容,应当受意思自治的保护,不应予以过多的司法干预。但如果对违约金的约定不加干预,又会导致交易主体可能遭受毫无限制的惩罚,特别是在合同当事人地位、力量不对等的情况下,会使违约金条款异化为一方压榨另一方的工具。因此出于保护弱势群体的考虑,也为避免不加限制的约定违约金反向伤害实体经济,对约定违约金进行司法调整具有其合理性。所以,裁判者在审判中必须秉持审慎原则,使惩罚的程度回归到大众普遍理性与道德水准的控制和接受范围之内。遵循诚实信用原则,对违约金数额的设定应当与违约方的恶意程度相匹配,以确保其合理性并得到社会公众的广泛认可。此外,从经济学视角分析,过高的违约金可能导致违约方面临更大的破产风险。如果惩罚性违约金被随意应用,尤其是在经济不景气或衰退时期,可能会加剧企业破产的情况,导致企业破产的整体成本上升,从而使经济复苏的周期变得更长。因此,《合同法》第 114 条赋予人民法院对过高的约定违约金进行酌减的权力。值得讨论的是,《合同法》第 114 条能否用于调整惩罚性违约金?

学理上有观点认为赔偿性违约金的核心在于预先确定损害赔偿的总额,而惩罚性违约金则代表了违约金的真正意涵,违约金酌减只适用于惩罚性违约金^[3]。该观点的逻辑展开为:否定“赔偿性违约金”之“违约金”性质,并认为只有“惩罚性违约金”方属于真正的“违约金”,即便其高于实际损失,亦

非无效。而“赔偿性违约金”则属于法定的损害赔偿,该观点并不认可超出该损害赔偿额的部分属于“赔偿性违约金”,而赞同将之认定为无效。所以“赔偿性违约金”不应适用违约金酌减规则,仅“惩罚性违约金”存在适用可能。该观点部分得到最高人民法院的支持[11]。赔偿性违约金超出实际损失部分的效力为何,最高人民法院对此予以回避。如认为超出实际损失部分即认定为无效,则未免过于激进,无法轻易作此推断。

对于王洪亮教授的观点,无法解释为何酌减规则所规定的“违约金”在文义上未包含赔偿性违约金,否定赔偿性违约金属于违约金的观点亦非实务主流,与目前的法律规定似乎有冲突。

有观点认为,《合同法》第114条的适用场景应被限缩为赔偿性违约金的调整。²而对惩罚性违约金的限制应当通过无效或可撤销法律制度规范该约定的效力,或者因惩罚性违约金与《担保法》第91条的规定同属“私的制裁”的规定,在考虑相似利益状况的基础上,可以类推适用《担保法》第91条的规定,将违约金的数额限制在不超过主合同标的额的20%。这种调整通常适用于合同效力存在缺陷的情况。然而,对于有效合同,有观点主张反对司法对惩罚性违约金进行干预,这一立场值得进一步讨论。合同法第114条第2款的酌减规则,其适用对象是第1款规定的违约金或损害赔偿的计算方法,该规则并未将适用范围限定在法定的模范类型之内。³如果不考虑司法酌减规则对意定类型违约金的适用,可能会导致许多意定类型的违约金超出司法酌减的保护范畴,这在法律技术和政策层面上可能并不合理。

而另一种观点认为,《合同法》第114条规定的违约金在性质上兼具赔偿性和惩罚性,可以同时适用于赔偿性违约金和惩罚性违约金的调整。⁴

笔者赞同后者观点,《合同法》第114条对违约金的约定有明确规定,当事人在约定违约金时,也可以约定违约损失赔偿额的计算方式。如果当事人约定的是损失赔偿额的计算方式,则是双方对预期损失金额的预定,可以认为该违约金属于补偿性违约金。但如果约定的是违约金数额,则该数额既可能是对预期损失金额的预定,也可能包括了惩罚性违约金在内的金额。

正如前述189号指导案例中“5000万元”的约定。并且《合同法》第114条在规定可予以调整的违约金时,采用的是“约定的违约金”的表述,并未区分惩罚性质还是赔偿性质的违约金。另外,尽管学理上对两类违约金具有明确的定义,但实际生活中,多数合同在约定违约金时并未明确区分赔偿性违约金和惩罚性违约金,人民法院亦不可能对当事人约定的违约金进行分割,对两部分违约金适用不同的调整或限制规则。

因此,我认为《合同法》第114条赋予法院的违约金酌减权适用于包括补偿性违约金和惩罚性在内的所有约定违约金。

4. 特殊领域中,惩罚性违约金酌减幅度的标准

在司法实践中,法院依据酌减规则,根据违约方违约行为所引起的实际损失,对双方当事人约定的

² 如詹惠芳诉上海华瑞捷门窗有限公司定作合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民四(商)终字第306号判决书;深圳市诺玛电子商务有限公司与马文龙网络购物合同纠纷,北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2615号判决书、刘金花诉北京家和事兴橱柜经销中心买卖合同纠纷案,(2015)二中民(商)终字第12709号判决书;马文龙诉上海香芬贸易有限公司网络购物合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2017)京02民终3813号判决书等。

³ 作为主流学说的主要借鉴来源,我国台湾学说与实践亦认为,司法酌减规则可以一体适用于损害赔偿总额之预定和惩罚性违约金。

⁴ 参见“天津万隆翔达钢铁贸易有限公司诉北京市第二建筑工程有限责任公司买卖合同纠纷案”,天津市第一中级人民法院(2009)一中民三终字第251号(2009年7月31日)。“重庆某某房屋开发有限公司与重庆某某劳务有限公司等建设工程施工合同纠纷上诉案”,重庆市第五中级人民法院(2011)渝五中法民终字第1204号判决。“中国工商银行昆明市牡丹支行诉昆明鸿城房地产开发有限公司商品房预售合同案”,昆明市中级人民法院(2001)昆民初字第185号民事判决。“赵斯友诉徐寿江案”,连云港市中级人民法院(2001)连民终字第580号判决。“海口山川旅业有限公司诉海南华人旅业发展公司房屋买卖合同案”,海南省高级人民法院(1997)海南民再字第6号。“中源(远东)有限公司与东莞长安街口永芹电子厂、永芹企业股份有限公司商业秘密合同纠纷案”,广东省高级人民法院(2009)粤高法民三终字第61号判决。

惩罚性违约金进行适度调整。裁判者在处理此类案件时，通常遵循“以补偿为主，惩罚为辅”的原则，倾向于将违约金的数额控制在违约所致损失的130%以内，这一标准同样适用于赔偿性违约金的酌减。

根据我国《民法典》第585条的规定，对于违约金的酌减规则并未给出明确的定义来界定何为“畸高”的违约金。然而，依据《合同法司法解释二》第29条第2款，对过高的违约金进行了界定，将其定义为超过实际损失的30%。据此，如果法院在审理案件时发现违约金数额超出了实际损失的30%，法院有责任将其调整至不超过实际损失的30%。《合同编解释草稿》也采纳了这一30%的标准。这种单一的认定标准有利于统一司法判决的尺度，简化法官在判决时的考量，并促进合同当事人的意思自治。然而，这种单一标准也存在有如下四点不足之处：

第一，将惩罚性和补偿性违约金一概套用该规则，未免有生搬硬套的嫌疑，既增强了补偿性违约金的惩罚性，也削弱了惩罚性违约金的惩罚性，必然助长随意毁约的不正之风，降低社会公众的契约精神。

第二，“造成的损失”这一概念通常仅指守约方所遭受的损失，而忽略了违约方可能获得的收益。鉴于惩罚性违约金的设立旨在对违约方的不当行为进行惩罚，因此，对违约方的收益进行考量是不可或缺的。如果惩罚性违约金的设定仅与守约方的损失相关联，而不考虑违约方的收益，那么违约金的惩罚作用可能会被削弱。当事人约定违约金时会或多或少考虑违约对可得利益的影响，一旦可得利益损失被法官剔除，约定违约金自然就显得过高。可得利益损失只是兼顾因素，法官容易以自由裁量的名义剔除可得利益损失。

第三，交易的形态和合同的类型极为多样，《民法典》中明确列出的19类有名合同仅代表了众多合同类型中的一小部分。在实际的商业活动中，存在着大量无名合同，它们各自对应的惩罚性违约金标准也呈现出多样性。即使是同类合同，例如买卖合同，因为合同性质、特点、履行、交易习惯等诸多方面存在较大差异，强制规定硬性指标容易出现不公平情形^[12]。

第四，30%比例缺乏实证研究与比较法的理论支持，较为空洞。并且30%这个比例本身就容易引起质疑，为什么不是20%或40%？从某种角度来说，“30%”这一比例就像民间借贷利息规制中的“四倍利率限制”一样，带有时代背景和法外因素的考虑，不具有定金20%标准的那种权威性。⁵四倍利率已经被“24%和36%”标准所替代，有一天30%会不会被“20%或40%”所替代呢？

5. 特殊领域纠纷中，惩罚性违约金的调整原则

5.1. 个案裁量

我们强烈呼吁放弃现行的30%调整标准，让法官依据我国《合同法》第114条和个案的实际情况决定约定违约金是否需要调整，调整多少。为防止法官滥用自由裁量权，应当规定如下：一是约定违约金不告不理，法官不得主动审查和裁判约定违约金调整；二是约定违约金一般不作调整，只有个案过分不公平时才能予以调整；三是调整约定违约金必须是庭审的一个争议焦点，未经双方充分辩论不能调整；四是调整约定违约金的判决或裁定必须专项阐述理由，以数据、实例、鉴定结论等客观证据证明约定违约金达到过分不公平的程度；五是约定违约金调整不能导致违约方利用违约行为获利，违约方必须承担与其违约行为和过错相适应的违约责任。或有人担心，如此严格的条件将导致法官不愿调整约定违约金，导致《合同法》第114条名存实亡。对此，笔者认为：我国法律明确规定裁判者在任何情况下都要尽职尽责，在司法实践中，大部分裁判者也会遵守，即使有少数法官在约定违约金的调整上不尽尽职尽责，其结果也就是维持当事人的合同约定，提示当事人今后谨慎约定违约金，并没有太大坏处。

上述分析沿袭30%的标准时，笔者对设定具体的酌减比例或固定数额持保留意见。相反，更倾向于

⁵ 定金是一个固定值，不与损失等因素挂钩，违约者失去定金或双倍返还定金，唯一的理由就是违约事实，因而不存在着调整的问题。

将惩罚性违约金的数额交由裁判者根据具体案件的详细情况来决定或调整[2]。个案自由裁量模式取代僵硬的一刀切模式是必然选择。由于交易方式和合同类型的多样性,导致了惩罚性违约金条款的差异化,并对认定赔偿数额过大或过高的标准产生了一定的影响。立法机关在制定法律时,难以为违约金的酌减幅度设定详尽且统一的标准。因此,需要法官依据核心价值观,对涉及惩罚性违约金的纠纷案件中的多重复杂因素进行细致的量化评估。法官必须谨慎行使自由心证和自由裁量权,以寻找最合适的判决途径。在处理违约金酌减的问题时,并非简单地对约定的数额进行减少,而是一个综合考量后的合理推断过程。考虑到个案情形错综复杂,酌减权的适用无法脱离对具体案件的特殊分析。裁判者在个案自由裁量中,应当始终保持克制,尽量尊重当事人的意思自治,但一旦行使酌减权,则应具有正当性基础。⁶

5.2. 设置惩罚性违约金的缔约目的

合同的缔结目的对于确定违约金的惩罚性或补偿性功能起着决定性作用。然而,在实际司法操作中,裁判者面临着识别当事人设定惩罚性违约金真实意图的挑战。实际上,合理的惩罚性违约金的设定不仅与违约行为的严重程度相关,而且与合同中所要保护的履行利益紧密相连。

在英美法系中,合同双方通常会对违约金条款进行详尽的制定,这样做的目的是为了避免惩罚性违约金条款被法院判定为无效。而在大陆法系中,尽管合同双方不必过分担忧惩罚性违约金条款的效力问题,但仍然需要关注违约金的酌减风险,需要合同中明确约定违约金所要保护的具体法益目标,以减少未来可能出现的法律不确定性。

5.3. 债权人财产损失的多元化

首先,区分债权人因违约行为实际遭受的财产损失与根据赔偿原则理论上可得到的赔偿金额。并采取就高不就低之原则。由于实际财产损失的数额往往超越违约损害赔偿所覆盖的范畴,所以法院通常以实际财产损失为主要考量基准。

其次,要区分债权人实际遭受的财产损失与违约方在合同缔结时可以合理预见的损失。违约金是否过高应以后者作为参考依据。根据我国《民法典》第584条的但书规定,违约损害赔偿的数额不应超过违约方在缔约时能够或应当预见到的因违约可能造成的损失。这一规定旨在为法官在行使自由裁量权和自由心证时提供适当的灵活性和裁量空间,以确保裁判的公正性。在合同成立之初,确定违约金是否过高的判断依据应建立于此時点。然而,法官在后续解决争议的过程中,要准确判断债务人在合同签订时的预见能力具有现实阻碍。为了有效约束法官的自由裁量权并降低法律解释的不确定性,建议在《民法典》的司法解释中采纳一种综合标准:以理性人的标准为主,同时辅以债务人的主观预见能力作为参考。原则上,应以一个具有普通智力、情感、知识和经验的理性人在相同或类似情况下所表现出的审慎、勤勉、警觉和经验作为评估的标准[13]。

5.4. 当事人的过失

当事人的过失程度:关键在于评估违约方的过失程度。是否为故意违约或是由于疏忽导致的违约,这将直接影响违约金的补偿和惩罚功能。在违约金数额超出合理范围时,其惩罚性质旨在对债务人施加心理影响,以促使其迅速履行义务。在债务未能得到履行的情况下,违约金不仅体现了对违约行为的惩罚,也反映了对债务人过错程度的考量。因此,在确定惩罚性违约金的数额时,债务人的过错程度应当被视为一个关键因素。同时,守约方的过失程度也需要考虑,这涉及到相互抵过的规则应用,若守约方的过错促成了违约损害的发生或者扩大,违约金的调整不应过度强调惩罚性。

⁶ 《合同法司法解释(二)》第29条所确定的酌减基础规定,“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”。

5.5. 债务人违约的举证责任倒置规则

违约金的类型决定了其归责原则的差异。除了法律有特别规定的情况，补偿性违约金通常遵循无过错责任原则。在法院审理减少补偿性违约金数额的案件时，并不需要考虑违约方的过错因素。无论违约方是否具有过错，以及其过错的严重性如何，这些因素通常不会影响债权人应得的赔偿金额，除非存在法律规定或合同约定的免责或减责情形

惩罚性违约金的设置目的在于防止因追求私利而忽视道德义务的风险，并制裁违约方的主观过错，包括故意和过失。在考虑适用惩罚性违约金时，必须遵循过错责任原则。债务人若在违约行为中无过错，且未获得超出债权人损失的额外利益，通常不应承担此类违约金的责任。然而，如果债务人在签订合同时已经对违约可能带来的成本、收益和风险进行了全面的评估，并且在违约时表现出故意追求利益的恶意行为或疏忽大意的过失，那么他们应当承担相应的惩罚性违约金。在判决是否减少违约金时，法院需要细致地评估违约方的主观过错程度，区分故意行为、重大过失和轻微过失的不同。为了减轻债权人的举证责任，建议对债务人实行过错推定政策。然而，债务人有权提供反证，以反驳这一推定，证明自己没有过错或者只存在轻微的过失。

6. 结语

随着社会经济的发展，违约金的表现形态与功能属性必将更为多样化，网络主播“跳槽”中的违约金便是一例。我国法律规定的合同违约金，兼具补偿性和惩罚性的功能，并赋予了当事人与法官对违约金的标准进行适当调整的权利与权力。但受限于平衡性司法理念的制约，我国司法实践中对于违约金的认识大多停留在补偿性的层面，对于惩罚性违约金的理解度和支持度都不高。但随着经济和社会的发展，对合同主体擅自违约的规制和惩罚越来越受到重视。如何发挥惩罚性违约金的履约担保功能与违约震慑效果，使其成为公平、诚信履约的稳定器，值得我们进一步总结和研究。

参考文献

- [1] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 824.
- [2] 张皓亮. 惩罚性违约金的认定与规制[J]. 北京仲裁, 2007(2): 116-123.
- [3] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家, 2015(3): 138-151.
- [4] 韩世远. 合同法学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2010: 424.
- [5] 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 16.
- [6] 陆仙. 违约金制度研究——以违约金功能为视角[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2016.
- [7] 郑玉波. 民法债权总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 510.
- [8] 杨立新. 合同法判例与学说[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2005: 413.
- [9] 鲁叔媛. 合同法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 256.
- [10] 李东琦. 论惩罚性违约金的调整[J]. 当代法学, 2013, 27(6): 80-85.
- [11] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典合同编理解与适用二[Z]. 780.
- [12] 江必新, 等. 最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用(合同卷一) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 496, 471, 469-470.
- [13] 徐海燕. 表见代理构成要件的再思考: 兼顾交易安全和意思自治的平衡视角[J]. 法学论坛, 2022, 37(3): 45-59.