

# 民法典合同编违约金调减制度的立法完善

## ——以裁判立场的考察为基础

石冠彬

(海南大学 法学院, 海南海口 570228)

摘要: 司法实务适用《合同法》第114条第2款这一违约金调减规则过于僵化,未能充分彰显违约金的惩罚功能,与尊重私法自治这一国家治理能力现代化的要求相悖,且可能加剧违约现象的发生,有损诚信营商环境的构建。正在编纂的民法典宜将商事合同排除在违约金调减规则的适用范围之外,应尊重当事人事先放弃违约金调减请求权的合意,且不宜将其纳入法院释明的范畴,在举证责任的分配上也应当由主张适用违约金调减规则一方提供违约金约定明显过高的初步证据。此外,确定具体调减幅度时,实际损失是重要衡量标准但并非唯一标准;为体现违约金制度所具有的损失预定、履约担保功能,还应重点考虑资金的金融功能。

关键词: 民法典; 违约金调减规则; 《合同法》第114条; 意思自治; 惩罚性功能; 举证责任; 商事合同

中图分类号: D913 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2019)06-0058-13

### 一、问题的提出

违约金系当事人意思自治的结果,在督促合同主体积极履行义务方面有不可替代的作用。现行《合同法》第114条在“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”的同时,其第2款规定了意在实现公平价值理念的违约金调整规则,<sup>①</sup>包含了调减规则与调增规则。“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。……”从目前民法典编纂的情况来看,未来民法典仍将保留该规定。<sup>②</sup>

就“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”这一违约金调减规则而言,司法实践曾长期尊奉违约金的主要功能是弥补损失这一立场,在当事人合同约定违约金“明显过高”时,甚至有法院在违约方未请求调低的情况下,基于实现立法所追求的“实质公平”这一目标而主动适用违约金调减规则。对此,最高人民法院曾在“西宁凯达实业发展有限责任公司、陈险峰股权转让纠纷案”中明确指出:“违约金条款是合同主体契约自由的体现,除具有对违约行为

收稿日期: 2019-09-20

基金项目: 本文系第65批中国博士后科学基金面上资助项目《担保制度立法与实践新问题研究》(2019M650929)的阶段性研究成果。

作者简介: 石冠彬(1987-),男,浙江诸暨人,法学博士,海南大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学博士后流动站在站博士后,主要研究方向:民商法学。

<sup>①</sup>参见王利明《合同法研究·第二卷》(第三版),中国人民大学出版社2015年版,第714页。

<sup>②</sup>具体而言,《民法典各分编草案》第375条、《民法典合同编草案(二审稿)》第375条保持一致,均延续了《合同法》第114条关于违约金调整规则的立场,其第1款和第2款分别规定:“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。”“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”

的惩罚性和对守约方的补偿性功能之外,还应体现预先确定性和效率原则。约定违约金降低了发生纠纷时合同主体的举证成本,使合同主体在订立合同时即明确违约后果,从而做到慎重订约、适当履约,“人民法院对约定违约金进行调整应依法、审慎、适当。”<sup>①</sup>近年来,最高人民法院在相关案例中通过限制违约金的认定范围<sup>②</sup>、认定违约方应当承担双方约定违约金明显高于损失的举证责任<sup>③</sup>、将商事合同排除在违约金调减规则所适用的合同类型之外<sup>④</sup>等方式,尽可能尊重并彰显当事人的意思自治。笔者认为,最高人民法院上述裁判立场值得肯定:一方面,意思自治是私法的最高价值,双方基于真实意思表示所缔结的合同具有法定约束力,这是契约精神之根本,尊重当事人意思自治是国家治理能力现代化之体现;签订违约金条款的当事人对自身违约所需承担的违约责任存在明确预见,司法权本不应多加干涉。另一方面,从合同法施行二十年的司法实务来看,法院对违约金调减规则的适用已然到了失范的边缘,<sup>⑤</sup>从而使得违约金本身所具有的效率性和压力功能被严重限制、违约金除补偿性功能之外的惩罚性功能未得到发挥,一定程度上可以说该规则加剧了违约现象的发生,严重损害诚实守信商业氛围的营造。此外,“民法上的公平、正义是建立在意思自治的要素上,而非任何一种内容合理或正确性的要素上”换言之,意思自治之下无不公平可言,在没有足够充分且正当理由的情况下,不得主张限制民事主体的自由。<sup>⑥</sup>也就是说,本文主张双方当事人所缔结的违约金条款应当尽可能得到尊重。

鉴于未来民法典合同编将继续持违约金可请求调整的立场,所以从完善立法以及司法实务的适用上来限制违约金酌减规则的适用,理应成为不二选择。为更好地确定如何限制违约金调减规则的适用,笔者较为全面地考察了司法裁判对违约金调整规则的适用情况<sup>⑦</sup>,从笔者所搜集案例来看,当前违约金调减规则的司法实践情况较为复杂,其适用主要涉及法条中所述的“违约金”及“合同”的界定,请求适用违约金调减规则的权利主体、请求时间、请求方式的认定,举证责任的分配以及法院如何确定违约金减幅等争议。本文将在对相关判例梳理的基础上,就如何限制违约金调减规则的这一司法实务极为关键的问题展开分析,最终对民法典编纂中该制度的立法设计和未来司法适用提出相应的解决方案,以探讨于理论和实务界同仁。

## 二、违约金调减请求权的行使限制

就当事人违约金调减请求权的行使而言,主要涉及到“谁享有违约金调减请求权”、“违约金调减规则适用对象中的‘违约金’以及‘合同’本身应当如何界定”、“请求权人应当何时以何种方式请求调减违约金”以及“法院应当如何分配‘约定的违约金过分高于造成的损失’这一事实认定的举证责任”等问题。

### (一) 违约金调减请求权主体的认定

从《合同法》第114条第2款规定的字面意思来看,合同当事人享有违约金调减请求权,并不局限于违约方,但从司法实务来看,一般都是违约方才会行使该权利,而根据《担保法》第20条的规定,保证人享有债务人针对债权人行使请求权的抗辩权,由此可知违约方的担保人也应当享有违约金调减请求权。<sup>⑧</sup>此外,有论者认为应将其界定为形成诉权,<sup>⑨</sup>笔者认为宜将其界定为具有抗辩权属性的请求权,因为一方面该权利具有对抗守约方请求权的抗辩权属性,另一方面其并非单纯的抗辩而是提出了“调减违约金”的具体请求。

对于谁享有违约金调减请求权,司法实务的分歧主要集中在已经事先承诺放弃该请求权的当事人

①最高人民法院(2016)最高法民终20号民事判决书。

②参见最高人民法院(2013)民申字第1714号民事裁定书。

③参见最高人民法院(2016)民终106号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民申1196号民事裁定书。

④参见最高人民法院(2019)最高法民申1196号民事裁定书;最高人民法院(2016)民终106号民事判决书。

⑤参见张力、赵子轩《英国罚金判断新标准在我国违约金调减中的运用》,载《河北法学》2017年第9期。

⑥参见王轶《论民法诸项基本原则及其关系》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

⑦笔者在“北大法宝”“无讼网”上以“《合同法》第一百一十四条”“二审”作为检索条件,并根据检索结果最终重新以“违约金调整”“申请”“释明”“二审”为检索词,最终梳理有效案例118个作为分析数据。

⑧参见姚明斌《违约金论》,中国法制出版社2018年版,第307页。

⑨参见谭启平、张海鹏《违约金调减权及其行使与证明》,载《现代法学》2016年第3期。

是否还有权请求调减违约金这一问题上。“无效说”的裁判立场主张事先协议放弃违约金调减请求权的当事人在双方约定违约金明显超过实际损失时,仍有权请求法院或仲裁机构予以调减,该立场的主要理由可概括如下:一方面,“违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿,不主要体现惩罚功能,故关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限。”<sup>①</sup>另一方面,合同自由并非绝对,当事人的约定不能排除违约金调整申请权这一法定诉权,放弃调整违约金权利的约定因违反法律的强制性规定而无效。<sup>②</sup>“有效说”的裁判立场主张事先放弃该请求权的当事人在违约时,无权请求法院适用违约金调减规则,因其乃当事人意思自治的结果。<sup>③</sup>也有法院采取较为折中的立场,其在裁判文书中综合考虑所约定违约金是否明显高于实际损失等因素来确认该类“约定”的效力,比如,在“吴荔丹与万通建设集团有限公司、万通建设集团有限公司济宁分公司等买卖合同纠纷申诉案”中,最高人民法院再认为,二审法院在合同付款方出具承诺书明确承诺如果逾期付款则支付供货方“加价款”的情况下,基于供货方大量垫付资金的损失并不限于同期银行贷款利息损失、逾期付款的违约方没有举证证明双方所约定的“加价款”过分高于垫付资金所受到的损失等因素的考量,不支持逾期付款方要求调减加价款的主张是恰当的,符合商事交易性质和各方当事人确认的垫资成本事实以及对风险的心理预期。<sup>④</sup>

笔者认为,未来民法典宜肯定合同双方当事人可以事先放弃违约金调减请求权,即事先放弃该请求权的合同当事人,在自身违约时无权请求法院或仲裁机构适用违约金调减规则,理由如下:其一,双方当事人事先约定放弃违约金调减请求权,本质上即属于私权的处分,应当归于诉讼权利预先处分的范畴,法律原则上不应当加以干涉。其二,违约金调整请求权同时属于合同当事人之民事实体权利,当事人放弃违约金调整请求权属于当事人的弃权处分行为,当事人之间放弃违约金调整请求权的约定并不必然违反公平原则。<sup>⑤</sup>其三,基于合同自由原则,为凸显违约金的惩罚性功能、塑造诚信环境,应认可当事人享有约定放弃申请调减违约金的自治权。<sup>⑥</sup>

## (二) 违约金调减对象的认定

就违约金调减规则适用的对象而言,司法实务主要围绕如何认定违约金调减规则中的“合同”以及“违约金”而展开:

1. 违约金调减规则所适用合同的认定。就此,相关争论主要围绕商事合同能否适用违约金调减规则展开。对此,学界对于商事合同具有特殊性也存在相当的共识:有论者就认为民法典在坚持民商合一立法体例的背景下,民法典合同编的立法需要明确确立民事合同与商事合同的区分模型,并科学地实现相应立法规范的区分,而不能再犯传统民商合一立法习惯忽视商法的独特性的错误;<sup>⑦</sup>也有论者从民事合同和商事合同缔约主体和价值追求上来明确区分两者,即商事合同之于民事合同在缔约主体的能力、价值选择等方面均有不同,在价值追求上民事合同更倾向于构建良善的社会秩序而商事合同更注重财富的增加与流转。<sup>⑧</sup>就司法实务而言,承认商事主体特殊性的这一裁判立场在地方法院的判决中也多有涉及:比如,在“吴巍与吉林市华康实业有限公司等合同纠纷案”中,二审法院就认为作为发包人系专门从事农业生产销售的企业,能够预见违约所带来的损失,有预评、预判合同风险的能力,亦有妥善化解商业风险的能力;其对于承包人的可得利益应当知情,故非违约方的“可得利益”应当列于违约方违约赔偿的范围之内。<sup>⑨</sup>在“张家界天子混凝土有限公司与浙江开隆建设工程有限公司买卖合同纠纷案”中,二审法院就特别强调了资金对于商事主体的特殊性之所在,其认为,“在商事交易流程中,延迟支付货款,最直接的后果即导致该资金的周转速度降低,而资金周转速度对所涉企业的商品再生产及剩余价

①最高人民法院(2016)最高法民申1780号民事裁定书。

②参见最高人民法院(2015)民二终字第310号民事判决书;成都市中级人民法院(2018)川01民再23号民事判决书。

③参见山东省烟台市中级人民法院(2017)鲁06民终579号民事判决书。

④参见最高人民法院(2016)最高法民申1050号民事裁定书。

⑤在司法实务中,曾有违约方在庭审中陈述过该意见,参见最高人民法院(2016)最高法民申1780号民事裁定书。

⑥参见靳学军、李颖《违约金调整的司法难题及解决》,载《人民司法》2008年第19期。

⑦参见李建伟《我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究》,《政治与法律》2017年第7期。

⑧参见杨姗《新型商事合同效力认定的裁判思维——以融资合同为中心》,载《法学》2017年第8期。

⑨参见吉林省吉林市中级人民法院(2016)吉02民终2130号民事判决书。

价值的生产影响巨大。通常,缩短资本周转时间,是促进资本增值的重要手段,加速资本周转,不仅可以避免或减少因固定资本无形磨损带来的损失,而且可以节约预付资本,增加年剩余价值量。”<sup>①</sup>除此之外,最高人民法院近年来基于对商事主体合理预判预期能力的尊重,认为约定的违约金并没有超出商事主体的预见范围,所以一般不应当调整所约定的违约金。<sup>②</sup>

笔者认为,未来民法典应将商事合同中的约定违约金条款排除在违约金调减规则的适用范围之外,理由如下:其一,违约金调减规则违反意思自治的不合理性决定了应当尽可能限制该类不合理法律规则的适用范围。其二,商事主体的风险预判能力、预见能力决定了其是最合理的自身利益决策者,承担违约金是理应承担的商业风险,并与违约金的惩罚功能相契合。其三,商事交易具有特殊性,商品的流通、货款的支付本身都意味着资金可能具有的金融营利功能,法律无法对此加以准确判断,尊重双方当事人之间的违约金条款是对商主体资格最大的尊重。其四,违约金条款符合商事交易对于效率的价值追求,商事交易中当事人预先通过违约金条款确定损失,有利于减少诸如举证义务承担等纠纷解决成本。其五,现阶段我国强调营商环境的建设,而认可商事主体约定违约金条款的效力既尊重商事主体的意思自治,有利于快速解决纠纷,也有助于营造诚实守信的营商环境,高额的违约金可相当程度地减少所谓“效率违约”现象的发生。

2. 违约金内涵的认定。违约金内涵的认定,即对什么是违约金的判断,主要涉及到应当采纳实质认定标准还是形式认定标准的问题。从司法实务的情况来看,实践中多倾向于采纳实质认定标准,即将双方当事人之间关于有违约行为后如何承担赔偿责任的约定认定为违约金条款,并不僵化地认为必须出现“违约金”字样,合同双方当事人约定的诸如“滞纳金”“逾期加价款”“资金占用费”“罚款补偿”等均有可能被认定为违约金的表现形式。举例而言,有判例认为买卖合同双方当事人之间对逾期付款所产生的“逾期加价款”的性质属于“逾期付款违约金”,<sup>③</sup>有法院将此种情况下双方当事人之间约定产生的“资金占用费”也认定为违约金。<sup>④</sup>也就是说,“涉案双方在合同违约责任中虽然没有违约金的明确表述,但却在自愿基础上达成了违反合同约定,需向对方承担罚款补偿的条款,从双方合同约定的本意来看,该罚款具有违约金的性质。”<sup>⑤</sup>最高人民法院也曾在“江西华唐投资有限公司、保亭黎族苗族自治县城乡投资有限责任公司项目转让合同纠纷案”中采纳这一实质认定标准,认为在一方延迟付款构成违约的情况下,双方通过补充协议所达成的“如再逾期或未缴足出让金和利息,未交足部分土地款和利息另按每日2‰支付滞纳金”这一关于滞纳金的合意,系对逾期付款违约行为承担违约责任方式的约定,也应当被认定为具有约定违约金条款的性质。<sup>⑥</sup>但与此同时,司法实务也有判例采纳形式认定标准,即认为只有双方当事人明确约定违约金才有可能适用违约金调减规则。仍以最高人民法院为例,其曾通过判例认定,合同当事人在合同解除时达成的《赔偿协议》中所约定的“损失赔偿款”并不适用违约金调减规则。<sup>⑦</sup>对此,本文认为从限制违约金调减规则适用的立场来看,应当尽量将其排除在违约金的认定范围之外,但是未来民法典若能确立违约金原则上不能予以调减的立场,并就如何限制适用进行相应完善,则司法实务采纳实质认定标准更符合当事人的真实意思表示,显得更为妥当。

此外,司法实务还存在如下两类违约金的认定问题:

其一,司法实务中经常出现商家在店内张贴“假一赔十”、“假一赔万”类标语,从而以单方允诺形式承诺自己愿意承担何种违约责任的情形。对此,本文认为商家通过在店内张贴或者以其它方式告知顾客的标语在顾客知晓的情况下,也属于合同的组成部分,顾客购物的行为可视为同时与商家就前述标语的内容达成了合意。与前述“约定的违约责任形式”能否认定为“违约金条款”从而适用违约金调减规

①参见湖南省张家界市中级人民法院(2016)湘08民终186号民事判决书。

②参见最高人民法院(2016)民终106号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民申1196号民事裁定书。

③参见浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终4719号民事判决书。

④参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2018)黔27民终148号民事判决书。

⑤参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民终683号民事判决书。

⑥参见最高人民法院(2017)最高法民终50号民事判决书。

⑦参见最高人民法院(2013)民申字第1714号民事裁定书。

则一样,关于这类标语本身是否适用违约金调减规则也存在裁判立场的分歧。对于“假一赔万”,有法院认为此类标语是关于违约责任的约定,如果过分高于造成的损失违约方可以申请调整,但法院在依法调整的同时应当注意发挥违约金制度适当的惩罚功能,使结果符合公平原则和诚实信用原则。<sup>①</sup>对于“假一赔十”,则有法院认为此类标语系商家承诺,商家应当进行赔偿。<sup>②</sup>

其二,司法实务中存在政府规范性文件对违约金的计算方式(标准/额度)有规定的情形。以建设用地使用权出让合同为例,2006年12月17日颁布的《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》(国办发〔2006〕100号)第7条“强化土地出让收支监督管理,防止国有土地资产收益流失”中,统一规定了逾期缴纳土地出让金的违约金标准及去向:“土地出让合同、征地协议等应约定对土地使用者不按时足额缴纳土地出让收入的,按日加收违约金额1‰的违约金。违约金随同土地出让收入一并缴入地方国库。”与此同时,还明确违反上述通知规定,擅自减免、截留、挤占、挪用应缴国库的土地出让收入,将依法承担相应法律责任。概言之,国务院办公厅通过规范性文件的方式明确了土地出让合同规定迟延履行土地出让金的违约金标准,并明确了违反这一要求可能需要承担的法律后果。就此,即使是最高人民法院,先后裁判立场也存在明显分歧:一方面,有判例认为法院不能调整政府规范性文件确立的违约金计算方式(标准/额度)。例如,在“昆明市国土资源局等诉云南仁泽房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中,最高人民法院认为,土地出让合同中的违约金标准是由国务院规范性文件所明确规定的,不是合同当事人可以通过任意协商达成的条款,如不违反强制性效力性规定的情形,原则上不宜以司法判决的方式否定其效力或依职权进行调整,并且违约方作为专业的房地产公司,不存在不能预见违约责任后果的情形。<sup>③</sup>另一方面,有判例认为法院有权依法调整政府规范性文件确立的违约金计算方式(标准/额度)。在“霍邱县人民政府国土资源局与安徽文峰置业有限公司建设用地使用权出让合同纠纷上诉案”中,最高人民法院认为前述规范性文件不能直接作为土地出让合同纠纷中计算违约金的法律依据,虽有政府行使行政职能的表现,但签订合同时依据的是平等、自愿、有偿原则,可以依照《合同法》第114条第2款对违约金进行调整。<sup>④</sup>对此,本文倾向于认为当存在政府规范性文件对违约金的计算方式(标准/额度)有规定时,司法机关不宜认定此类违约金适用违约金调减规则,这有利于营造诚信营商环境、塑造特定的行业规范。

### (三) 违约金调减请求方式的认定

根据《合同法》第114条第2款的规定,我国目前就违约金的调整采用当事人申请调整的立法模式,人民法院原则上不得依职权直接就违约金数额进行调整。<sup>⑤</sup>但就当事人这一请求权的行使方式并无明确规定,司法实务对此主要围绕“违约方请求调减违约金的表现方式”和“违约方请求调减违约金能否基于法院的释明”而展开:

1. 违约方请求调减违约金的表现方式。从司法实务来看,法院整体上在认定当事人是否行使了违约金调减请求的问题上较为宽松,除了明确提出申请调减外,主张违约金计算方法不合理、拒绝承担违约金乃至不同意履行守约方其它基本诉讼请求都有可能被法院认定为申请违约金调减,其裁判立场大致可概括如下:

其一,违约方主张违约金的计算方法不公平,可视为其请求调减违约金。最高人民法院曾在“伊犁平祥房地产开发有限责任公司与伊宁市宏基房地产开发有限责任公司、程相郡建设用地使用权转让合同纠纷案”的申诉再审程序中明确支持这一裁判立场,在该案中,双方当事人在所签订的《解除协议》中约定还款义务人如果未按期履行还款义务的,则将承担已付款和未付款在某个特定时间段内的利息。还款义务人主张按照这个标准计算利息明显过高、对其不公平,二审法院以及最高人民法院最终都认为

<sup>①</sup>参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终3381号民事判决书。

<sup>②</sup>参见“王卫文诉孙云才买卖合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2014年第9期。

<sup>③</sup>参见最高人民法院(2017)最高法民终561号民事判决书。

<sup>④</sup>参见最高人民法院(2017)最高法民终308号民事判决书。

<sup>⑤</sup>参见江西省上饶市中级人民法院(2016)赣11民终490号民事判决书。

这一主张可以理解为“包含请求降低违约金数额的意思表示”。<sup>①</sup>事实上,“对约定违约金支付标准的否定包含了当事人要求人民法院对约定违约金进行调整的主张”这一裁判立场同样也出现在违约金调增请求的认定之中。<sup>②</sup>

其二,作为被告的违约方不同意履行原告诉讼请求,既可能是不同意履行合同义务,也可能是单纯的抗辩不存在违约行为,对于此时能否认为包含了“当事人申请调减违约金的请求”在内,司法实务存在裁判立场的分歧:一方面,“抗辩诉讼请求不包含请求违约金调减”的裁判立场认为,此种情况下当事人并未申请法院调整违约金,根据不告不理原则,法院不宜调整违约金。<sup>③</sup>另一方面,“抗辩诉讼请求包含请求违约金调减”的裁判立场认为,只要法院确认主张不承担违约责任的一方当事人存在违约行为,则可引申为违约方先前的行为已经提出了违约金调整请求;<sup>④</sup>有的法院将彻底否定对方诉讼请求的抗辩称为“根本性抗辩”,包含了违约方请求调减违约金的意思。<sup>⑤</sup>对于这一问题,最高人民法院曾在提审“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案”时认可了该案二审法院的裁判立场,即运用“举重以明轻”这一当然解释的解释方法,认为从根本否定原告诉讼请求的抗辩同时也属于“违约方提出违约金过高的抗辩”。<sup>⑥</sup>

综上所述,最高人民法院及各地方法院更倾向于宽泛理解请求适用“违约金调减规则”的表现方式,与本文开篇所述最高人民法院关于违约金调减规则适用的倾向性裁判立场之间存在一定的冲突。从限制违约金调减规则的适用这一立场来说,本文倾向于通过如下方式认定违约金调减规则适用的“请求方式”:一方面,只要违约方明确提出违约金过高或者计算方式不合理,认为对其不公平的,此时即使其没有明确提到要求适用违约金调减规则的,也应当视为其已经明确要求调减违约金,因为其意思表示已经非常明确。另一方面,“否认对方的诉讼请求”的抗辩不宜认定/引申出违约方已经提出违约金调减申请,因为否认诉讼请求意味着否认了违约的事实,而违约金调减规则的适用以违约事实的认定为前提,只是对违约金的数额提出异议,两者本质上是不同层面的抗辩权。将否定对方诉讼请求解读为具有请求调减违约金的意思,过于牵强,也与违约一方当事人“认为自己没有违约”的主张存在着根本性冲突,“举轻以明重”这一当然解释方法不能跨越不同层面的抗辩权予以适用。从最高人民法院2009年《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《2009民商事案件指导意见》)第8条的规定来看,“违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的,人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明”这一司法规则,事实上也确立了“无需承担违约责任的抗辩”不等同于“调减违约金的请求”这一裁判立场。概言之,本文主张违约金调减请求权必须包含“约定违约金过高”这一明确的意思表示,且不能将“不承担违约金”的抗辩理解为调减违约金的请求。

2. 违约方请求调减违约金能否基于法院的释明。就违约方调减规则的释明问题,最高人民法院在不同的司法解释中并未保持一致立场:一方面,《2009年民商事案件指导意见》第8条规定“为减轻当事人诉累,妥当解决违约金纠纷,违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的,人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。……”从这个司法解释来看,最高人民法院认为法院向当事人释明违约金调减规则是其权利而非义务,<sup>⑦</sup>且这种释明是有条件的,既要求“违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩”,也要求违约方在进行免责抗辩的同时必须“未提出违约金调整请求”。另一方面,2012年最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《2012买卖合同解释》)第27条第1款和第2款分别规定“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金,对方以合同不

①参见最高人民法院(2016)最高法民申2723号民事裁定书。

②参见四川省宜宾市中级人民法院(2017)川15民终1406号民事判决书;河南省南阳市中级人民法院(2017)豫13民终2843号民事判决书。

③参见广东省惠州市中级人民法院(2017)粤13民终1424号民事判决书。

④参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2017)辽01民终4984号民事判决书。

⑤参见成都市青羊区人民法院(2014)青羊民初字第55号民事判决书。

⑥参见最高人民法院(2015)民提字第126号民事判决书。

⑦参见谭启平、张海鹏《违约金调减权及其行使与证明》,载《现代法学》2016年第3期。

成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的,人民法院应当就法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金进行释明。”“一审法院认为免责抗辩成立且未予释明,二审法院认为应当判决支付违约金的,可以直接释明并改判。”由此可知,最高人民法院认为在买卖合同中,如果符合违约金调减规则释明的前提条件,则法院有义务予以释明。

值得思考的是,上述司法解释的分歧是否意味着买卖合同的违约金调减规则存在特别之处,针对买卖合同的司法解释立场能否适用于其它合同?司法实务对此尚未达成共识:第一种裁判观念认为,法院无义务就买卖合同之外的合同进行释明。具体而言,根据《2009 民商事案件指导意见》第8条的规定,对于违约金酌减规则,人民法院可以进行释明,但并非必须进行释明。<sup>①</sup>也就是说,对于买卖合同之外的合同纠纷,法院不对违约金调减规则进行释明,并不属于程序错误;但在买卖合同纠纷案件中,出现上述条件,法院必须释明,如不释明构成程序错误。<sup>②</sup>第二种裁判观念认为,法院有义务就其它合同进行释明,应当参照《2012 买卖合同解释》第27条的相关规定,在衡量违约金是否确实有必要调整后予以释明,有法院就在租赁合同纠纷中采纳了这一裁判立场。<sup>③</sup>第三种裁判观念认为,买卖合同纠纷中,法院应当区分情况决定是否予以释明。如果当事人没有主张约定的违约金过高,同时双方约定的违约金事实上也未过分高于所造成的损失的,此时法院无需就违约金调整权进行释明。<sup>④</sup>应当说,此裁判立场与前述《2012 买卖合同解释》第27条第2款所贯彻的指导精神是相符的,其所关注的都是案件最终的处理结果本身是否会有变化;诚如有法院适用该规则直接调整违约金时所言“被上诉人一审中对滞纳金进行了免责抗辩,一审法院没有就法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金作进一步释明,程序略有不当。鉴于该程序问题不影响本案最终处理结果,为减少本案诉累,本院仅就违约金标准予以合理调整。”<sup>⑤</sup>

对此,笔者认为法院不应就违约金调减规则进行释明,前述司法解释所确立的裁判立场在未来民法典中应予以明确摒弃:

其一,释明违约金调减规则违背法院应当保持的中立立场。现代司法理念要求法官保持中立性,当事人应当就自己的诉讼权利进行主张,调减违约金本身就属于具有抗辩性质的请求权,“不告不理原则”意味着在当事人没有请求调减违约金的情况下,其已经放弃了该项抗辩权,此时法院理应保持中立。有论者曾认为法院应当对违约金调减规则加以释明,因为“在现实中,当事人可能并不知道有调整违约金的立法规定,不能仅仅由于当事人不懂法而承担‘过高’违约金这一原本不符合立法主旨的法律后果。因此法院释明十分必要。”<sup>⑥</sup>也有论者在认同释明有悖法院的中立立场的同时,认为由法院进行释明,可以体现实质公平,保护当事人的合法权益。<sup>⑦</sup>对此,笔者实难认同,因为“不知法律规定”属于诉讼水平的问题而非法院应当释明的理由,法院在违约金调减规则上也应当遵循其在诉讼时效问题上的立场,保持中立性,因为不论是“请求调减违约金”还是“主张时效抗辩”均属当事人的私权,两者理应保持一致。

其二,违约金调减规则本即不属于法院释明的范畴。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款的规定,只有在“当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致”时,法院才能告知当事人变更诉讼请求,而调减违约金的请求本身并不涉及法律关系的性质或民事行为的效力问题。<sup>⑧</sup>

此外,特别值得注意的是,虽然有上述司法解释的规定,实践中仍有法院在裁判文书中明确表示“《中华人民共和国合同法》第一百一十四条规定当事人可以请求人民法院予以增加或适当减少违约

①参见海南省第一中级人民法院(2015)海南一中民二终字第19号民事判决书。

②参见梁慧星《审理合同纠纷案件的若干问题》,载《法律适用》2012年第12期。

③参见江西省上饶市中级人民法院(2016)赣11民终490号民事判决书。

④参见浙江省衢州市中级人民法院(2016)浙08民终835号民事判决书。

⑤广东省惠州市中级人民法院(2017)粤13民终3754号民事判决书。

⑥王杏飞《论释明的具体化:兼评〈买卖合同解释〉第27条》,载《中国法学》2014年第3期。

⑦梁慧星《审理合同纠纷案件的若干问题》,载《法律适用》2012年第12期。

⑧参见湖北省高级人民法院(2014)鄂民二终字第00126号民事判决书。

金,但法律并未赋予法院依职权主动调减的职能,亦未规定法院必须释明违约金可以调整。”<sup>①</sup>

#### (四) 违约金调减请求权行使时间的认定

从《合同法》第114条第2款的规定本身来看,并未对违约金调减申请的时间作出规定,相关司法解释也没有涉及。从司法实践来看,法院似乎倾向于认为“法无禁止即可行”,当事人无论何时提出调减违约金的申请,只要法院认为确有必要调减,都会加以调整。比如有当事人一审明确拒绝行使违约金调减请求权,而在案件发回重审后,其又申请调整违约金,法院仍对其调减请求予以支持。<sup>②</sup>再比如,有法院认为“上诉人虽在一审中未明确提出违约金调整,在二审期间才提出违约金过高应予以调整请求,但存在一审中其一直坚持主张撤销相关协议不应支付相关违约金的因素,且相关法律规定中亦未明确关于提出违约金调整的具体时限,故对于案涉违约金,可酌情予以适当调整。”<sup>③</sup>

此外,也有法院认为根据《2012 买卖合同解释》第27条第2款的规定,只有在“一审法院认为免责抗辩成立且未予释明”时,二审法院认为应当判决支付违约金的才可以直接释明并改判,所以当事人一审时明确不主张违约金调整,后在二审中重新请求调整违约金的,并不符合法律的规定,不当予以调整。<sup>④</sup>还有的法院虽然没有明确表明“一审期间经释明仍不申请调整的,则二审期间不能再申请调整”这一裁判立场,但其在概括上述事实的基础上,紧接着陈述“且其在提出违约金调整申请时也未向本院提交约定违约金过高需要调整的依据,故本院对其申请不予支持”,从而表明了一审期间经释明拒绝提出调整请求的当事人二审期间无权请求调整的裁判立场。<sup>⑤</sup>

对此,笔者认为未来民法典应当在坚持法院无权释明的基础上,参照诉讼时效抗辩行使时间这一制度,就违约金调减申请的情形及时间予以限制,即“一审期间没有提违约金调减申请的当事人,除非二审期间发现新证据,否则无权请求法院对约定违约金予以调减。”<sup>⑥</sup>

#### (五) 违约金调减中举证责任的分配

关于举证责任的分配以及法律后果,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第90条规定:当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。对此,前述《2009 民商事案件指导意见》第8条就违约金调减适用的举证责任单独进行了规定:“人民法院要正确确定举证责任,违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任,非违约方主张违约金约定合理的,亦应提供相应的证据。”从字面上看,该司法解释分别赋予双方当事人以举证责任,但就举证不能的法律后果则没有加以细化规定,理论研究及司法实务对此分歧较大:

其一,守约方举证。在司法实务中,有法院认为,赋予守约方举证的合理性在于违约金高低与否应当以实际损失为考量基础,而实际损失的举证责任应当由遭受损失的一方来举证更为适合。<sup>⑦</sup>也就是说,虽然合同双方约定了违约金,但是当守约方主张违约金时,其仍应当举证证明自己因对方当事人违约而遭受损失的事实,否则法院就可能适用违约金调减规则。<sup>⑧</sup>即如果守约方不能举证证明自己的实际损失,法院就会认定违约金约定得过高,从而依职权予以调整。也有法院对该立场进行批判,其认为“在双方预先约定明确数额的情况下,还须守约方举证证明确实发生了相应的损失,这相当于认定该违约责任条款对双方没有约束力,有违民事合同的当事人意思自治,也不利于贯彻诚实信用的契约原则。”<sup>⑨</sup>

其二,违约方举证。在司法实务中,有法院认为违约方承担举证责任的合理性主要在于一方面符合

①湖北省高级人民法院(2014)鄂民二终字第00126号民事判决书。

②参见河南省焦作市中级人民法院(2014)焦民三终字第00245号民事判决书。

③山东省淄博市中级人民法院(2018)鲁03民终863号民事判决书。

④参见甘肃省兰州市中级人民法院(2015)兰民二终字第163号民事判决书。

⑤参见云南省怒江州中级人民法院(2016)云33民终6号民事判决书。

⑥相反立场,参见谭启平、张海鹏《违约金调减权及其行使与证明》,载《现代法学》2016年第3期。

⑦参见黑龙江省双鸭山市中级人民法院(2017)黑05民终577号民事判决书。

⑧参见江苏省徐州市中级人民法院(2017)苏03民终4842号民事判决书;云南省昆明市中级人民法院(2017)云01民终4232号民事判决书。

⑨江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06民终3772号民事判决书。

“谁主张谁举证”的举证责任分配原则,既然违约方提出调整违约金,就应当由其承担相应举证责任;<sup>①</sup>另一方面,诚如前述江苏省南通市中级人民法院所言,让守约方承担举证责任有悖意思自治与诚实守信原则,相当于彻底否定了违约金条款的法律效力,山东省青岛市中级人民法院在“马学金、中海地产(青岛)投资开发有限公司房屋租赁合同纠纷案”中对此加以了详细阐释:“对合同条款的认定应遵循双方当事人意思自治原则,违约金条款的约定系双方当事人的真实意思表示,对双方当事人均有拘束力。违约金的约定对合同履行具有担保的性质,因此,本院对于违约金条款的认定尊重双方当事人的意思自治。虽然,法律及司法解释对违约金调整有相应的规定,可以依照实际损失进行调整,但根据谁主张谁举证的原则,马学金主张调整违约金,应当对中海青岛公司的实际损失承担举证责任。马学金在审理过程中,未针对中海青岛公司的实际损失提交相应证据,因此,本院对于马学金主张调整违约金的请求不予支持。”<sup>②</sup>与此同时,也有法院认为如果根据日常生活经验认定双方约定的违约金高于实际损失,则违约方无需承担举证不能的法律后果。<sup>③</sup>就此,有论者认为违约金明显过高的证明责任应由违约方负担而且不会发生转移,只有在举证困难的例外情况下,法院才可以缓和其证明负担。<sup>④</sup>

其三,违约方承担违约金过高的初步举证责任,守约方在违约方举证责任完成的前提下,再承担违约金合理的举证责任。换言之,在违约金调减规则适用所依据事实的认定上,违约方需提供对违约金公平性产生怀疑的初步证据,然后举证责任才转移给守约方。<sup>⑤</sup>一旦违约方不能完成双方约定违约金明显高于实际损失的举证责任,则其需要承担举证不能的法律后果,有判例较好地批注了这一举证责任分配立场:“违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任,非违约方主张违约金约定合理的,亦应提供相应证据。在违约金调整问题上,结果意义上的举证责任应当分配给违约方。”<sup>⑥</sup>对此,最高人民法院通过判例的方式肯定了这一举证责任分配立场才符合前述司法解释的本意,在“中广核能源开发有限责任公司、四川省洪雅禾森电力有限责任公司合同纠纷案”中,其曾纠正一审法院的立场,认为违约方主张违约金过高时应当就合同相对人实际损失问题进行初步举证,而不能要求守约方直接就其承担举证责任。<sup>⑦</sup>与此同时,也有判例认为如果根据日常经验判断就能认定双方所约定违约金过高的,那么就可以对违约金公平性存疑进行初步认定,从而要求守约方提供违约金约定合理的相应证据。<sup>⑧</sup>有论者认为,采取“违约方初步举证——举证责任转移至守约方”的方式,也从实质上降低了违约方本证环节的证明标准,并且法院在合同当事人未尽到自己的举证责任时,也不宜直接判决败诉。<sup>⑨</sup>

对此,笔者认为“违约方承担违约金过高的初步举证责任,守约方在违约方举证责任完成的前提下,再承担违约金合理的举证责任”的裁判立场更加符合《2009 民商事案件指导意见》第 8 条就违约金调减适用所确立的举证责任分配规则。但是,从应然性上而言,未来民法典在坚持这一举证责任分配规则的基础上,应当尽量将举证责任分配给违约方,以彰显社会主义核心价值观所要求的私法自治、诚信、公正的法律价值。

### 三、违约金调减中调减幅度的确立

诚如前述,根据《合同法》第 114 条第 2 款的规定,当事人请求适用违约金调减规则的前提是双方所约定的违约金明显高于违约行为所造成的损失,现行民法典合同编草案也确立了这一立场。由此可知,违约金调减规则适用中调减幅度的确立首先考虑的因素即违约行为给守约方所造成的损失,但该规定并未就“明显高于”确立具体的标准,最高人民法院 2009 年在《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若

①参见山东省青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终3964号民事判决书。

②山东省青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终3964号民事判决书。

③参见浙江省温州市中级人民法院(2016)浙03民终5585号民事判决书。

④参见谭启平、张海鹏《违约金调减权及其行使与证明》,载《现代法学》2016年第3期。

⑤参见贵州省高级人民法院(2015)黔高民终字第150号民事判决书。

⑥辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2016)辽14民终504号民事裁定书。

⑦参见最高人民法院(2017)最高法民终34号民事判决书。

⑧参见贵州省高级人民法院(2015)黔高民终字第150号民事判决书。

⑨参见王雷《违约金酌减中的利益动态衡量》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第11期。

干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释二》)第29条中规定“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’。”与此同时,该司法解释条款就违约金调减规则适用时调幅的确立给出了多个考虑因素,即“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。”从司法实务来看,法院对于确立调减幅度所考虑因素的理解并不一致,大致可从如下几方面加以梳理:

### (一) 实际损失与违约金调减幅度的确立

从司法实践来看,法院普遍认为违约金调整应当以实际损失为基础同时兼顾其他因素。<sup>①</sup>所以违约金调减幅度的确立,首先必须考量违约行为给守约方所造成的实际损失,这也可以说是确立违约金调减幅度最为关键的因素。对于违约金条款的适用与实际损失的关系,司法实务确立了如下裁判立场:其一,合同违约金条款的适用并不以非违约方遭受损失为前提;<sup>②</sup>其二,若出现具体损失未确定的情况,此时法院如果认定违约金过高,一般会基于公平原则和诚信原则来调减违约金。<sup>③</sup>其三,当法院计算所得的实际损失数额高于当事人在诉请中所主张的违约金,此时应当以当事人的诉请金额为准。<sup>④</sup>

那么,究竟应当如何认定违约所造成的损失,从而适用违约金调减规则呢?对此,有法院曾在判决书中进行过类型化概括,认为金钱给付义务的违反可通过资金占用利息来确定损失,实物交付义务的违反可通过实物使用替代费用等来确定损失,商事合同中可得利益损失可以参照本行业平均利润率进行确定。<sup>⑤</sup>但从司法裁判立场的分析来看,司法实务并未就损失的具体确定形成共识:

在逾期付款纠纷之中,至少存在如下确定实际损失的标准:其一,根据资金被占用所造成的利息损失来确定。有法院认为,此乃金钱孳息的通行公开标准,<sup>⑥</sup>司法实务中不少法院采纳了此种做法。<sup>⑦</sup>至于确定实际损失后,如何确定调减后的违约金金额这一问题,司法实务中表现得更为复杂,一般而言,法官会综合案情并根据司法解释关于“过分高于”的规定,在中国人民银行同期贷款利率(或中国人民银行同期同类逾期贷款利率)的1.3倍的范围内具体确定调减后的违约金数额,<sup>⑧</sup>但也有法院认为违约金应当直接调减为同期银行计收的逾期贷款利率。<sup>⑨</sup>其二,考虑到资金的可预期收益,将民间借贷法院所支持的最高利率(年利率24%)作为损失确定标准,并直接确定该损失为调减后的金额。<sup>⑩</sup>对此,在“吉林敖建建工集团有限公司与安图鑫海矿业有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”中,最高人民法院在基于当事人申诉而启动的再审程序中就认为,发包人未按时支付的工程款应当按照民间借贷法院所支持的最高年化24%这一利率标准来计算迟延履行违约金数额并无不当。<sup>⑪</sup>事实上,在最高人民法院2015年出台《民间借贷司法解释》确立年化24%的利率为法律所支持的民间借贷利率计算标准之前,司法实务早有法院确立了按照最高民间借贷利率来确立损失的裁判立场,即根据1990年司法解释所确立的“中国人民银行同期贷款利率的四倍”这一违约金计算标准来确定具体损失。<sup>⑫</sup>笔者认为,如果符合

①参见陕西省高级人民法院(2017)陕民再82号民事判决书;浙江省高级人民法院(2010)浙知终字第14号民事判决书。

②参见安徽省黄山市中级人民法院(2016)皖10民终711号民事判决书。

③参见广西壮族自治区玉林市中级人民法院(2017)桂09民终281号民事判决书。

④参见广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂民一终字第11号民事判决书。

⑤参见陕西省高级人民法院(2017)陕民再82号民事判决书。

⑥参见福建省漳州市中级人民法院(2017)闽06民终1012号民事判决书。

⑦参见浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终4719号民事判决书;四川省成都市青羊区人民法院(2014)青羊民初字第55号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民一终字第115号民事判决书;青海省高级人民法院(2017)青民终205号民事判决书;青海省高级人民法院(2016)青民终164号民事判决书。

⑧参见黑龙江省佳木斯市中级人民法院(2015)佳商终字第155号民事判决书;河北省沧州市中级人民法院(2017)冀09民终2073号民事判决书。

⑨参见福建省漳州市中级人民法院(2017)闽06民终1012号民事判决书。

⑩参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院(2017)桂11民终585号民事判决书;山东省菏泽市中级人民法院(2016)鲁17民终2101号民事判决书;广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2017)桂03民终274号民事判决书。

⑪参见最高人民法院(2017)最高法民申551号民事裁定书。

⑫参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民一终字第115号民事判决书。

调整违约金的必要条件,那么无疑按照民间借贷最高利率确定当事人损失是最为合理的,因为逾期付款的损失并不限于是银行贷款利息,经济领域中的资金流转会产生大于贷款利息的利益,并且在逾期付款情况下,如果紧急需要资金流转,通常选择民间借贷,参照民间借贷的利息标准认定逾期付款损失具有正当性。<sup>①</sup>换言之,《民间借贷规定》中年利率24%的规定系对资金使用所带来的收益综合考量的结果,能够较好的平衡双方的利益,因此以此为标准衡量违约金是否合理并作为调整结果的参考是最为恰当的。笔者认为,这一违约金调减标准并不能体现违约金所具有的惩罚功能,而仅体现了违约金的损失弥补功能,所以更为恰当的做法应该是以年化利率24%确定损失后,在此基础上按照利息损失的1.3倍(即年化利率31.2%)来确定调整后的违约金数额。

在逾期交付实物物纠纷之中,权利人遭受的损失即不能实际占有、使用系争标的物的损失,<sup>②</sup>法院裁判分歧点在于如何确定这一损失。诚如前述,有法院认为可以通过替代费用来确定相应的损失,<sup>③</sup>这一标准确实具有一定合理性,司法实务中也有法院在迟延交付停车位的案件中,将当地最高的停车服务收费标准作为停车替代费用来确认车位使用权受让人在外停放机动车的停车费损失。<sup>④</sup>与此同时,最高人民法院就迟延交房纠纷确立了“租金”这一预期利益的计算标准,最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《商品房买卖合同解释》)第17条第3款规定“逾期交付使用房屋的,按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。”基于此,司法实务就不动产的延迟交付一般以同地段的房屋租金作为损失确立标准,<sup>⑤</sup>一定程度上可以说司法实务倾向于认为迟延交房的损失客观上表现为不能按期使用房屋产生的损失,直接体现为其对外租房应付租金或可将该房屋出租所得的租金;<sup>⑥</sup>但也有法院在判决书中并没有明确适用上述司法解释而是笼统地认为双方当事人所约定的违约金明显高于买房人“不能实际占有、使用系争房屋的损失”,从而按已付房款每日万分之三的标准调整违约金。<sup>⑦</sup>

在逾期办证纠纷之中,有法院认为办理所有权登记手续是房屋出卖方的主要合同义务,但其损失难以认定,对此,前述《商品房买卖合同解释》第18条第2款规定“合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的,可以按照已付购房款总额,参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。”有法院在裁判文书中认为,逾期办证的损失既不能按照资金占用利息计算,也不能按照实物使用替代费用和预期利益损失来确定,并特别指出“根据物权法原理及相关法律规定,不动产物权的设立、转让和消灭自依法登记发生法律效力。购房人自依法登记后才能取得房屋所有权。办理所有权登记手续,是房屋出卖方的主要合同义务。逾期办证不影响占有使用,但直接影响购房人所有权的设定和合同目的的实现,无法用其他替代措施费用来确定损失,故房屋的实际使用和出租获益与逾期办证的损失没有对照关系,不应成为减轻出卖人逾期办证违约责任,继而调整约定违约金的根据。”<sup>⑧</sup>但是,也有法院基于对违约金约定条款的尊重而对本款规定的适用进行了限制,其认为违约金调整请求人应当举证证明逾期办证的损失不能确定,如果请求人不能履行举证义务则法院不应当据此调整违约金。<sup>⑨</sup>

就实际损失的确定而言,还有一个问题值得特别讨论,就是实际损失是否应当包括合同履行的预期利益在内?在司法实务中,法院一般认为实际损失要包含预期利益在内,该预期利益需要具有相当的确定性(或者说可以明确预见)。最高人民法院在“长沙康域投资有限公司、容生幸股权转让纠纷案”中对此曾进行过较为详细的论证,“一般来说,可得利益是指合同履行后将来可以获得的纯利润,该利益

①参见广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2016)桂02民终3781号民事判决书。

②参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终12859号民事判决书。

③参见陕西省高级人民法院(2017)陕民再82号民事判决书。

④参见甘肃省兰州市中级人民法院(2017)甘01民终1964号民事判决书。

⑤参见浙江省温州市中级人民法院(2016)浙03民终5585号民事判决书;四川省高级人民法院(2016)川民再363号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2013)成民终字第2695号民事判决书;云南省玉溪市中级人民法院(2016)云04民终928号民事判决书。

⑥参见云南省玉溪市中级人民法院(2016)云04民终928号民事判决书。

⑦参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终12859号民事判决书。

⑧陕西省高级人民法院(2017)陕民再82号民事判决书。

⑨参见内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院(2016)内06民终846号民事判决书。

必须具有一定的实现性和可预见性。案涉项目属于房地产开发项目,而房地产开发具有较大的风险性,受房价市场波动、建筑成本、政府政策等因素影响较大,而康域公司提供的三亚市财政局文件所附《第三农贸市场及周边片区整体改造合作项目收益情况表》仅是对开发商净利润的估算,特别是在本案中康域公司存在资金严重不足,进一步加大开发成本的客观事实下,康域公司主张的巨额可得利益损失,本院不予认定。”<sup>①</sup>再如,有法院根据前述《合同法解释二》第29条的规定,主张“违约金调整的标准应是实际损失,同时兼顾其他综合因素,而不应将预期利益作为主要的计算依据”,同时在说理部分补充强调了之所以不将预期利益纳入违约金计算中予以考虑是因为守约方没有证据证明预期利益实现的前提条件已经成就,也就是“预期利益”尚不具有确定性、尚未达到可以预期的程度。<sup>②</sup>也有法院认为,根据《合同法》113条的规定,违约所造成的损失包含履行利益在内,但以违约方在订立合同时预见或应当预见的损失为限,而“华康公司作为专门从事农业生产、销售的大型民营企业,签订的合同系其自行拟定,对于吴巍剩余4年未进行承包经营所带来的损失不可能茫然无知,故吴巍4年未能耕种土地所可能获得的可得利益应当在赔偿范围的考量之列。”<sup>③</sup>

### (二) 履约情况、违约程度与违约金调减幅度的确立

前述《合同法解释二》第29条明确了法院调减违约金在以实际损失为基础的同时,所兼顾的综合因素中包含了“合同的履行情况”,根据本文的观点,“合同的履行情况”包含了“履约情况”和“违约程度”两个层面的内容:一方面,同样是未依约履行合同,具体的履行情况显然将影响到违约金具体调幅的确定。有法院曾在判决书中明确“在一个已经几近履行完毕的合同与尚未履行的合同中,违约行为所导致的结果是明显不同的。”<sup>④</sup>也有法院曾指出,当事人已按约履行了合同主要义务,且其他违约行为过错程度不重并不影响合同的继续履行时,此时违约方尚不构成根本违约,其不应按约定承担相应的违约责任,将违约金予以酌减更为合情合理。<sup>⑤</sup>另一方面,合同具体履行到何种程度事实上也体现了违约行为的违约程度,除此之外,违约程度有个最突出的表现就是“逾期履行”中的“逾期时间”,在逾期办证的案件中,法院一般会将其视为违约金调整的重要考虑因素,从而更好地实现违约金补偿损失功能和惩罚功能之间的平衡,事实上司法机关不论是在违约金调减抑或调增规则适用的场合均普遍持这一裁判立场。<sup>⑥</sup>

### (三) 当事人过错与违约金调减幅度的确立

前述《合同法司法解释二》第29条明确了法院调减违约金在以实际损失为基础的同时,所兼顾的综合因素中包含了“当事人过错”。从司法实务来看,此处的“当事人过错”既包含了“违约方的过错”,也包含了“守约方的过错”两个层面的内容:一方面,违约方的过错影响违约金调减幅度的确立意味着违约方是故意违约还是过失抑或无过错违约,将直接决定多大程度上体现违约金所具有的惩罚性功能。<sup>⑦</sup>也就是说,在当事人是故意违约的情况下,法院在考虑是否调整违约金、如何确定违约金幅度等问题上都将出现倾向于惩罚违约方的价值导向。另一方面,守约方是否采取积极措施来维护自身的合法权益也应当包含在违约金调减幅度确定时所考量的因素之中。有法院就曾认为,违约方未能及时、主动地履行付款义务,理应承担违约责任,但是守约方作为权利人亦未采取积极措施(比如及时起诉等)来维护其自身合法权益,从而导致损失扩大,所以也应当承担一定的责任。<sup>⑧</sup>

## 四、结语: 民法典合同编的立法选择

诚如本文开篇所言,“民法上的公平、正义是建立在意思自愿的要素上,而非任何一种内容合理或

①最高人民法院(2017)最高法民终916号民事判决书。

②参见浙江省高级人民法院(2010)浙知终字第14号民事判决书。

③参见吉林省吉林市中级人民法院(2016)吉02民终2130号民事判决书。

④参见江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06民终3772号民事判决书。

⑤参见山西省太原市中级人民法院(2017)晋01民终986号民事判决书。

⑥违约金调减的相关判例,参见四川省高级人民法院(2016)川民再363号民事判决书。违约金调增的相关判例,参见广东省珠海市中级人民法院(2016)粤04民终2361号民事判决书;河南省南阳市中级人民法院(2017)豫13民终2843号民事判决书。

⑦参见江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06民终3772号民事判决书。

⑧参见浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终4719号民事判决书。

正确性的要素上,所以法谚云‘对心甘情愿者不存在不公正’。<sup>①</sup>就违约金调减这一问题,不论是立法还是司法实践,我国目前将违约金的属性主要定位为“赔偿为主,惩罚为辅”,对违约金履约担保和惩罚功能的发挥重视不够,但司法实务对此进行了有益的探索。笔者认为未来民法典保留违约金调减规则的同时,宜确立原则上不予调整的立场,只能将极为不公平的情形作为调整的例外。具体而言,未来民法典合同编可从“违约金调减规则的适用范围”和“调幅确定”两方面对违约金调减制度的适用加以限制。

一方面,应严格限制违约金调减规则的适用:首先,确认违约金调减规则适用合同一般指民事合同而非商事合同,所约定的违约金只能限定为明确的“违约金”条款而非概括意义上的违约责任条款;其次,确认合同当事人如果事先承诺放弃违约金调减请求权,则无权请求法院予以调减,且适格当事人请求调减违约金只能在一审期间,请求方式宜局限于“明确请求”的方式,且法院应当坚持中立立场,不能就违约金调减规则的适用予以释明;最后,基于发挥违约金担保功能、惩罚功能的考量,在举证责任分配上,宜认定违约方必须初步举证证明违约金过高。另一方面,应审慎确定调减幅度。即使法院最终认定应当调减违约金,也应当更多考虑资金的金融功能及现实生活的融资成本,所有的违约行为均应当按照民间借贷最高年利率的24%计算损失,并在此基础上按照1.3倍的损失金额计算违约金额度(即31.2%的年利率)。

换言之,未来民法典对违约金调减制度的完善,宜充分尊重当事人的意思自治,慎重干预违约金约定条款的适用效力,以构建诚信的营商环境。如果民法典最终不能完成该一立法完善任务,则宜通过司法解释或指导案例的形式对该制度加以完善。

---

**Subject:** The Improvement of Liquidated Damages Reduction Rules in the Drafted Contract Book of PRC Civil Code: Based on the Review of the Courts' Verdicts

**Author & unit:** SHI Guanbin( Law School ,Hainan University ,Haikou Hainan 570218 ,China)

**Abstract:** The rule of reduction of liquidated damages in the application of Article 114 ( 2 ) of the Contract Law in judicial practice is too rigid to fully demonstrate the penalty function of liquidated damages , which is against the requirement of respecting the autonomy of private law and the modernization of social governance ability. This might be aggravate the occurrence of default and undermine the construction of an honest business environment. The civil code being codified should exclude the commercial contract from the scope of application of the liquidated damages reduction rules and respect the agreement of the parties to waive the claim for liquidated damages in advance. The liquidated damages reduction rules also should not be included in the scope of interpretation by the court , and the burden of proof should be distributed to the party claiming to apply the rules , who should provide the preliminary evidence that the liquidated damages in the agreement is obviously too high. In addition , when determining the specific reduction rate , the actual loss is an important but not the only factor. In order to reflect the loss reservation and performance guarantee function of the liquidated damages rules , it should also focus on the financial function of deposits.

**Key words:** civil code; reduction rules of liquidated damages; article 114 of contract law; private autonomy; punitive function; burden of proof; commercial contract

---

[责任编辑:满洪杰]

---

<sup>①</sup>王轶《论民法诸项基本原则及其关系》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2013年第3期。