

违约金调整的规则体系

——以《合同编通则解释》第 65 条为切入点

陈龙业

内容提要:违约金调整规则是违约责任中适用较为普遍的重要制度。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第 65 条专门规定了违约金的司法酌减规则,既保持了以往法律适用规则的连续性,又新增、细化了合同主体、交易类型等酌定因素,明确了恶意违约情形下一般不予调整违约金等规则。有关违约金司法酌增的问题则需要依据《民法典》第 585 条的规定,按照逆向思维的逻辑参照适用该司法解释第 65 条的规定,同时应遵循填平原则和意思自治原则,厘清违约金与违约损害赔偿之间的关系。在此基础上,也有必要协调不同违约形态下违约金调整规则与继续履行等违约责任承担方式之间的适用关系。

关键词:违约金 司法酌减 司法酌增 继续履行

陈龙业,最高人民法院研究室民事处处长。

违约责任制度是合同当事人之间的合意具有法律拘束力的保障,违约金是违约责任的外在体现之一。违约金具有担保债务履行的功能,同时又具有惩罚违约人和补偿无过错一方当事人所受损失的效果。基于当事人之间合意的违约金,在司法审判中,法院能否调整以及如何调整,始终是合同法理论和司法实践中的疑难问题之一。这一问题集中地体现了合同自由与合同正义之间的复杂作用和关系。《民法典》第 585 条第 2 款承继了《合同法》第 114 条关于违约金调整的基本精神,规定了违约金司法酌增和酌减制度,明确了违约金调整的基本程序和主要内容,针对违约金酌增和酌减分别规定了相应条件。但从法律适用的角度来看,该规定仍需要较为系统的解释论。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(下称“《合同编通则解释》”)在总结司法实践经验以及理论共识的基础上,进一步对违约金调整规则进行细化,这一细化,也给司法实践提供了进一步的指导参考。本文以《合同编通则解释》第 65 条为切入

点,就违约金调整的基本理念、规则体系、该条文与已有法律规则、相关司法解释及其他规范性文件有关规定内容之间的关系等多维度问题,就违约金调整规则中的酌减规则和酌增规则进行系统探讨,以期为理论探讨与司法实践积淀更多素材。

一 违约金调整:合同自由与合同正义之间

(一) 违约金调整的正当性基础:合同自由的限制与合同正义

违约责任制度是合同能够得以履行的重要保障,违约金作为当事人约定的一种违约责任形式,是当事人意思自治和合同自由的体现。合同自由是合同法的基本原则,其基本内涵是指当事人在法律允许的范围内,就与合同有关的事项享有选择和决定的自由。^[1]一般而言,合同自由包括两层含义:第一层是强调行为人的缔约行为不受国家干涉,只要双方当事人自愿且不违法,就可进行任何交易,并自主决定期限、价格等交易条件;第二层是强调行为人之间的交往自由,即只有当事人真实自愿订立的合同才具有完全的效力,而在欺诈、胁迫缔约的情形下,不仅合同效力存在瑕疵,相关行为人还可能受到刑事或者行政处罚。^[2]从合同自由原则出发,不难得出在没有法定无效事由的情况下,法律应当保证违约金条款在当事人之间得到执行的结论。

然而,虽然私法的基础在于当事人之意思自由,但自现代法之发展以来,构成私法制度基础的“形式自由伦理”,已蜕变为社会责任性的“实质伦理”。^[3]有论者曾指出,在古典的合同自由理念中,合同自由原则成为了全部合同法的核心,成为全部法律制度的出发点和最后归宿。^[4]但是,现代合同法实践中,立法者基于特定社会政策的考虑而在法律中预先为合同自由明文设置某些限制性措施。这些对合同自由的限制主要是为了救济事实上的决定和选择自由受到限制或者损害的当事人一方利益而设。^[5]换句话说,其目的是实现当事人之间权利的实质公平,维护社会正义。现代合同法的中心问题,已不是合同自由而是合同正义问题。立法、司法对合同自由的限制与其说是自由问题,不如说是正义问题。^[6]日本学者经过对法国、德国以及其他几个国家的立法动向进行调查之后指出,在欧洲,从中世纪到 19 世纪前半叶,合同正义的观点处于支配地位,19 世纪后半叶开始强调合同自由,而进入 20 世纪之后又开始重新重视合同正义的实现,这是主要的历史潮流。从世界范围看,强调合同自由仅仅是一个短暂的时期。

在现代,合同正义是与合同自由并列的基本原理。^[7]尽管无法否认合同自由在合同法制基本原则序列中的优势地位,但合同正义的确在很多方面对合同自由起到了修正作

[1] 参见崔建远著:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 30-38 页。

[2] 参见许德风:《合同自由与分配正义》,《中外法学》2020 年第 4 期,第 988 页。

[3] 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014 年第 2 期,第 115 页。

[4] 参见崔建远、戴孟勇:《合同自由与法治(上)》,载高鸿钧等《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 305-315、323-324 页;转引自崔建远著:《合同法总论》(上卷),中国政法大学 2011 年版,第 33 页。

[5] 参见崔建远著:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 30-38 页。

[6] 参见王晨:《日本契约法的现状与课题》,《环球法律评论》1995 年第 2 期,第 52 页。

[7] 参见[日]大村敦志:《近 30 年来日本的民法研究》,渠涛译,《清华法学》2012 年第 3 期,第 153-154 页。

用。若要客观、准确理解合同自由的制度内涵,必须要顾及各种管制性规则对合同自由的限制,认识到“自由”这一概念本身的边界。^{〔8〕}具体到违约金制度而言,法律固然需要尊重当事人的形式自由,更应通过规则使当事人之间达成实质自由。^{〔9〕}而违约金调整制度就体现了基于合同正义的理念和要求而对合同自由所作的限制。违约金具有预先确定损害赔偿数额、减轻当事人举证成本以及担保、督促债务履行等功能,前者对应损害填补功能,后者则对应履约担保功能,^{〔10〕}从公平处理当事人之间的权利义务的视角出发,损害填补功能应当是违约金的主要功能,履约担保功能次之。在性质上,违约金以补偿性违约金为主,惩罚性违约金为辅。^{〔11〕}如果约定违约金过分高于或者低于违约造成的损失,在当事人之间造成权利义务的严重失衡,偏离其损害填补的主要功能定位,则应当予以调整。这是商品交换等价原则的要求在法律责任上的反映,是合同正义的内容之一,是合同法追求的理想之一。^{〔12〕}包括违约金条款在内的合同效力内在的合法性来源于交易的互惠与公平,这也是人们愿意参与交易的心理前提——如果无论怎样的合同都应严守,将使许多交易约定沦为赌博。如果促进合同实质公平的制度不完善,后果之一是降低人们缔约的动力,影响人们对合同这一交易工具的使用;后果之二则是诱发背信,激励恶意违约或促使人们采取暴力等极端手段以拒绝受合同的约束。^{〔13〕}

从比较法经验来看,多个国家和地区也均规定了违约金的司法调整问题。比如,《德国民法典》第343条第1款规定:“已发生失权的违约金数额过高的,可以根据债务人的申请,以判决减至适当数额。在判断适当性时,必须斟酌债权人的一切正当利益而不拘于财产利益。违约金支付后,不得减少其数额。”《法国民法典》第1231-5条第2款规定:“若违约金明显过低或过高,法院甚至可依职权予以减少或增加。”瑞士、荷兰、奥地利等国家也规定了违约金调整的制度,此外,《国际商事合同通则》(2016)第7.4.13条第2款也规定:“若约定的违约金相比不履行造成的损害或其他情事显属过高,可被减少为合理的数额,即使存在相反约定亦同。”

1999年《合同法》第114条充分汲取了比较法经验,规定了违约金的司法调整制度,该条第2款规定:“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。”从实践来看,该规定对于纠正过高的违约金,维护双方当事人之间利益关系的平衡,贯彻民法公平原则,发挥了重要的规范功能,受到理论和实务界的充分肯定。^{〔14〕}《民法典》第585条在承继《合同法》第114条的基础上,对有关内容进行了完善,第585条第2款规定:“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

〔8〕 参见许德风:《合同自由与分配正义》,《中外法学》2020年第4期,第980页。

〔9〕 参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期,第115页。

〔10〕 参见姚明斌:《违约金双重功能论》,《清华法学》2016年第5期,第136页。

〔11〕 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2018年版,第705页。

〔12〕 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第829页。

〔13〕 参见许德风:《合同自由与分配正义》,《中外法学》2020年第4期,第988页。

〔14〕 参见梁慧星著:《合同通则讲义》,人民法院出版社2021年版,第390-391页。

构可以根据当事人的请求予以适当减少。”可以看出,在是否以及在何时对违约金进行调整的问题上,《民法典》与《合同法》规定的基本精神是一致的,但《民法典》第 585 条第 2 款更加准确地描述了违约金司法调整系基于司法评价的技术特征,明确了是否调整应由人民法院或者仲裁机构予以裁量,而非仅基于当事人提出请求。

(二) 违约金调整的向度:酌减或酌增

根据《民法典》第 585 条规定,违约金调整分为酌增和酌减。就酌减规则,只有在约定的违约金“过分”高于违约造成的损失时,才予以酌减,且酌减的程度要求是“适当减少”,即不必然减至与损失相当的数额。当事人请求法院或者仲裁机构调整违约金的方式可以是多样的,包括通过反诉或者抗辩的方式。^[15] 违约方的违约金酌减申请,既可以通过反诉的方式,也可以只作为抗辩手段提出。^[16] 司法机关在判断违约金是否过高时,应当考虑的因素包括违约行为造成的损失(包括预期利益损失)、合同的履行情况、违约方的过错程度等,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。^[17] 这一综合衡量的思路,对于“是否酌减”和“酌减多少”两个环节均具有意义。^[18] 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,应当承担举证责任。就酌增规则,从《民法典》使用的语词来看,并没有酌减制度中诸如“过分”和“适当”的限制,这一差别表述蕴含了立法者区别对待的意旨,约定的违约金数额低于造成的损失,当事人即可申请调增。就申请司法酌增的举证责任而言,应由债权人就违约金低于造成的损失承担举证责任。^[19]

尽管已经就前述内容基本达成共识,但司法机关面对复杂的司法实践,仍然存在法律适用上的较大困难,特别是如何判断和认定“过高”“适当”等构成要件的问题。《合同编通则解释》依据《民法典》第 585 条规定精神,在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号,下称“《合同法解释二》”)第 29 条的基础上,一方面保持与 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》(下称“《合同纠纷意见》”)、2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称“《民商事审判会议纪要》”)以及 2021 年《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》(下称“《民法典会议纪要》”)第 11 条第 1 款、第 3 款规定的连续性,在第 65 条规定,“当事人主张约定的违约金过分高于违约造成的损失,请求予以适当减少的,人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础,兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素,遵循公平原则和诚信原则进行衡量,并作出裁判。约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。恶意违约的当事人一方请求减少违约金的,人民法院一般不予支持。”可以看出,该条新增了合同主体、交易类型、履约背景等酌定因素,更加符合审判实践需要;同时新增“恶意违约的当事人一方请求减少违约金的,人民法院一般不予支持”的规定,并删除了《合同

[15] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 828 页。

[16] 参见王洪亮:《违约金酌减规则论》,《法学家》2015 年第 3 期,第 145 页。

[17] 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2018 年版,第 719-720 页。

[18] 参见姚明斌:《违约金司法酌减的规范构成》,《法学》2014 年第 1 期,第 134 页。

[19] 参见姚明斌:《〈合同法〉第 114 条(约定违约金)评注》,《法学家》2017 年第 5 期,第 174 页。

法解释二》第 28 条关于违约金司法酌增的规定,进一步完善了违约金司法调整的法律适用规则。另外,诸如违约金的司法酌增等问题未在《合同编通则解释》中规定,但仍然需要在《民法典》规定体系下理解相应的法律适用规则。

二 违约金司法酌减规则体系

(一) 违约金司法酌减的基本理念

在是否应当对违约金进行酌减的基本理念上,有观点从比较法经验以及对《合同法》第 114 条进行解释等角度认为,基于合同自由,当事人约定的违约金原则上应得到尊重和执行。鉴于我国违约金酌减制度与德瑞模式和国际条约模式更为接近,但又不存在如同第 343 条第 1 款有关从宽认定实际损失的明确规定,故更应秉持以不酌减为原则、酌减为例外的基本理念。^[20] 而且违约金司法酌减规则不在于防止违约金高于实际损失,而在于防止违约金条款沦为主体间盘剥的工具和牟利手段。基于履约担保功能定位,违约金在秉持上述基本理念的基础上,还应就酌减过程予以合理把控。^[21]

在违约金司法酌减的基本态度上,新近有观点认为,应当在区分违约金功能的基础上作出不同规定,压力功能的违约金接受合同效力控制规则的约束,不适用违约金酌减规则,裁判者不应只看到违约金的结果价值,还应注意违约金的履行意义;补偿功能的违约金除了应当受到合同效力控制规则的约束外,应允许以违约金司法酌减规则作为其数额调整机制。^[22] 对此,笔者认为,司法实践中,的确存在宽泛适用违约金司法酌减规则的情形,在一定程度上削弱了违约金在减轻举证责任、督促合同当事人履约等方面的功能,故笔者赞同前述观点的基本理念,即在总体上限制违约金司法酌减规则的适用。同时,法官在裁判具体案件时,必须在准确理解《民法典》和司法解释相关规定的基础上,根据个案情况决定是否酌减。至于是否只有补偿功能的违约金应当酌减,而具有履约担保或者说履约压力功能的违约金不应酌减的问题,笔者认为,《民法典》第 585 条规定的违约金酌减的适用前提之一是“约定的违约金过分高于造成的损失”,并未将违约金区分为补偿性质的违约金与履约担保或者履约压力性质的违约金,并据此规定只有补偿性质的违约金适用酌减规则。显然,在立法机关看来,违约金的履约担保或者履约压力功能并不能完全独立于违约金的补偿功能。另外,司法实践中,违约金条款通常同时体现其补偿性质和惩罚性质,将某一违约金条款性质区分为补偿性质和履约担保性质具有较高难度。即使可以将某一违约金认定为单纯具有履约担保功能的违约金,也不能完全排斥酌减规则的适用。

违约金司法酌减规则的主要目的是在意思自治、形式自由的基础上协调实质正义、个案公平,防止当事人通过违约金条款获得暴利。从这一角度来看,无论是补偿性质违约金

[20] 参见罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期,第118页。

[21] 参见张厚东:《论违约金的履约担保功能——兼论违约金酌减规则》,《财经法学》2023年第3期,第157页。

[22] 参见覃榆翔:《〈民法典〉视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论》,《财经法学》2023年第3期,第139-141页。

还是履约担保性质违约金,都有通过国家强制力予以干预的必要,只不过在履约担保性质违约金酌减中,要把握好酌减尺度,实现当事人追求的履约担保效果与国家保障合同正义的平衡。比如,在有的案件中,法院认为,即使将合同约定的违约金认定为惩罚性违约金,非违约方主张的违约金金额也明显过高,案涉协议约定的违约金标准为市场零售价的 5 倍,而市场零售价已是违约方采购价的 3 倍,在其违约的情况下,如按采购价的 15 倍支付违约金,显然超出了一般人的认知,有违公平原则,也不利于法律效果与社会效果的统一。如不对该违约金进行调整,则会造成原告与被告之间利益的严重失衡。最终,法院仍然在综合考量了多项因素后对该惩罚性违约金进行了酌减。^[23] 笔者认为,这一裁判思路符合《民法典》规定的违约金制度的立法目的,更有利于维护当事人之间的利益平衡。

(二)《合同编通则解释》的违约金司法酌减规则

为了规范违约金的调整、统一裁判标准,最高人民法院曾多次出台批复、司法解释。例如,就逾期付款违约金计算标准问题,最高人民法院先后以批复形式作出规定。^[24] 《合同法》颁布后,《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》(法释[2003]7号,下称“《商品房买卖合同司法解释》”)中针对商品房买卖合同纠纷中违约金标准作出规定。在此基础上,《合同法解释二》第 29 条规定了一般意义上的违约金调整规则。同年,最高人民法院发布的《合同纠纷意见》,专门就违约金调整问题提出具体指导意见。2012 年发布的《最高人民法院关于审理买卖合同案件适用法律若干问题的解释》(法释[2012]8号,下称“《买卖合同司法解释》”)第 24 条规定了逾期付款违约金的调整规则,第 26 条则规定了合同解除后的违约金调整标准。2015 年发布的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2015]18号,下称“《民间借贷规定》”)第 29 条就民间借贷迟延还款的违约金作了规定。此后的《民商事审判会议纪要》第 50 条又对此作了进一步细化。为保持法律适用的连续性、稳定性,《合同编通则解释》沿袭了《合同法解释二》第 29 条的基本做法并吸收了《民商事审判会议纪要》第 50 条、《民法典会议纪要》第 11 条的内容,进一步明确违约金数额司法酌减的基本规则。

(三)违约金司法酌减规则的沿用

《合同编通则解释》第 65 条违约金司法酌减规则对《合同法解释二》第 29 条以及《民商事审判会议纪要》有关规定的沿用及细化主要包括三个方面:

其一,关于司法酌减违约金的计算基础。一般认为,违约金司法酌减的基准是因违约造成的损失,包括所受损失和预期利益。^[25] 实务中,一种意见主张沿用《合同法解释二》第 29 条,仍表述为以实际损失为基础。另一种意见主张吸收《民商事审判会议纪要》第 50 条的精神,应规定以《民法典》第 584 条规定的损失为基础。实际上,《合同法解释

[23] 参见上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 民终 10299 号民事判决书。

[24] 参见《最高人民法院关于逾期付款违约金应当依照何种标准计算问题的批复》(法复[1996]7号)、《最高人民法院关于逾期付款违约金应当依照何种标准计算问题的批复》(法释[1999]8号)、《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于逾期付款违约金应当依照何种标准计算问题的批复〉的批复》(法释[2000]34号)。

[25] 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2018 年版,第 717-718 页。

二》规定的应当综合衡量的多种相关因素中包含预期利益,与《合同法》第 113 条规定的可得利益损失是一致的。在衡量违约造成的损失时,《合同法解释二》第 29 条亦将可得利益损失考虑在内。进而,考虑到《民法典》584 条规定的损失包括可得利益损失,故《合同编通则解释》第 65 条第 1 款明确以《民法典》第 584 条规定的损失作为司法酌减违约金的基础,并相应地在其综合考虑因素中删去“预期利益”。据此,违约金调整所对应的损失基数应当包括实际损失和可得利益损失。

其二,关于违约金司法酌减的综合考虑因素。《合同编通则解释》第 65 条主要沿用了《合同法解释二》第 29 条规定的“合同的履行情况”“当事人的过错程度”等。合同履行情况方面,如果违约方仅为轻微违约,造成的损害结果较小,由其承担全部违约金责任恐难谓公平,司法机关应依法予以调整。而过错程度这一考量因素主要是指违约方的过错程度,其对于违约的主观状态究竟是故意还是过失,是有意为之还是无可奈何。笔者认为,对于违约方过错的考量应当在把握市场、经济情势的基础上开展,亦不能忽略其他对违约方违约行为造成影响的其他因素,履约能力丧失或者大幅度减弱的违约方,其主观过错程度显然较轻,对于酌减幅度的影响较大。当事人的过错程度还需要考虑非违约方过错,在非违约方对违约行为的发生及其影响亦存在过错的情况下,则可能适用过失相抵,此时违约金的惩罚功能不应过多体现。

此外,应考虑当事人缔约时对可得利益损失的预见,当事人之间的交涉能力是否平等、是否适用格式合同条款、是否存在减损规则以及损益相抵规则等因素,根据诚实信用原则和公平原则,结合案件的实际情况,综合衡量。^[26] 换言之,基于体系化适用的基本要求,可预见性规则、损益相抵规则、过失相抵规则、减损规则等有关违约损害赔偿的一般规则,应对违约方应当承担的损害赔偿范围有重要影响,在违约金司法调整的过程中,自然应当依法适用。例如在有的案件中,法院按照合同约定的转股款金额和付款时间节点,抵减因被告自身违约造成的损失及原告可迟延履行天数计算,采用资金占用损失的一般算法计算违约金。^[27] 笔者认为,这一裁判思路基本符合违约金司法酌减的体系化适用要求,即在违约金司法调整过程中,应当依法适用过失相抵规则,除了违约方过错外,还应对非违约方的过错予以充分考虑。

其三,关于违约金酌减的幅度问题。就债务人酌减违约金的请求,法院须判断应否酌减以及酌减到何种程度。关于应否酌减,应依照《民法典》第 585 条第 2 款判断,即约定的违约金是否过分高于造成的损失。《合同法解释二》第 29 条规定,约定的违约金超过造成的损失百分之三十的,一般可以认为是“过分高于”。经过多年实践,该规定对于统一裁判尺度发挥了积极作用。在《合同编通则解释》的起草过程中,最高人民法院曾考虑对此规则作进一步细化,以避免违约金酌减自由裁量空间较大以及不均衡等问题。同时,在尊重当事人约定的基础上,考虑违约金的惩罚性,督促当事人有约必守,曾设计了“人

[26] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 327 页。

[27] 参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2019)桂 01 民终 13165 号民事判决书。

民法院可以根据当事人的请求将违约金调整至造成的损失的百分之一百三十”的规则。但是,有意见认为,这一规则与违约金“补偿性为主、惩罚性为辅”的属性不符,一概调整至损失的百分之一百三十会使违约金在功能上完全体现为惩罚性,不当增加违约成本,进而增加交易成本。在当前整个宏观经济形势乃至经济社会发展的大背景下,这一规则恐与营造良好的法治化营商环境的要求不符。最终,《合同编通则解释》采纳了这一意见,仍然沿用《合同法解释二》第 29 条规定的规则,在保持法律适用的连续性、稳定性的同时,彰显违约金“补偿性为主、惩罚性为辅”的属性,也符合经济社会复杂背景下合同案件的特点。

对于确定酌减幅度,可将非违约方的除财产权益之外的其他正当合法权益考虑在内。如《德国民法典》第 343 条第 1 款中的“适当性”系指非违约方任何利益(包括非财产利益)的显著性,这一利益是衡量适当性的一项实质性准则。另外一个判据是违约金制裁对违约方的预期效果,如果违约方已经凸显出侵害权利的倾向,则相对于非违约方而言,以约定较高的违约金为适当。^[28] 前述思路强调非违约方的利益,不仅包括财产利益,非财产利益也在考虑范围内,并且违约方的过错对酌减幅度也有影响,违约方过错较严重的,酌减的幅度也应当更小。商事交易和司法实践中,商誉是一种典型的难以以货币价值衡量的利益,对商事主体尤为重要,如果违约行为使得非违约方商誉受损,该损失也应当作为衡量违约金是否过分高于损失的重要因素。在有的案件中,法院认为,从非违约方的损失构成考虑,商家即违约方的虚假发货行为除增加了平台公司抽检及管理成本外,还涉及消费者赔偿及平台商誉损失等成本。^[29] 笔者赞同前述生效判决的基本思路,即在当下的市场环境中,口碑和商誉对于商事交易主体具有重要价值,尽管无法以货币价值进行准确衡量,但在认定非违约方的损失时,应当予以重点考量。

(四) 违约金司法酌减规则中的酌定因素

相较于《合同法解释二》第 29 条的规定,在违约金司法酌减的综合因素中,《合同编通则解释》第 65 条第 1 款明确增加了合同主体、交易类型、履约背景等酌定因素。

其一,关于合同主体。理论和实务中一直都有讨论,希望在违约金司法酌减的问题上考虑此交易行为双方是民事主体还是商事主体而有所区分,这既体现了民事、商事领域的不同特点与规律,也充分考虑了民事主体和商事主体在预见能力、缔约能力方面的不同。特别是在商事主体事先约定排除违约金酌减请求权的情形下,有观点主张,司法酌减规则的目的是防止私法自治被滥用而损害合同公平正义,限制当事人双方事先特别约定排除违约金酌减也应当受到这一目的的制约。在商事交易领域,若事先排除特约是通过充分磋商形成,特别是明确约定双方均事先放弃申请酌减的场合,司法机关应充分尊重这一约定的效力,维护当事人关于商事交易机会利益和对价利益的安排。^[30] 比较法上,《德国商法典》第 348 条规定了商人在其经营过程中约定的违约金不能根据《德国民法典》的规定

[28] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2004 年版,第 343 页。

[29] 参见上海市第一中级人民法院(2018)沪 01 民终 10535 号民事判决书。

[30] 参见姚明斌:《〈民法典〉违约金规范的体系性发展》,《比较法研究》2021 年第 1 期,第 102 页。

要求减少。^[31]我国《民法典》虽然没有原则上排除商事交易中的违约金酌减规则,但是笔者认为,在审理商事主体之间的商事交易纠纷时,由于商事交易架构和背景相对复杂,司法机关应当对商事交易安排保持足够的尊重,违约金酌减应当更为审慎,特别是一些商事交易中违约行为的损失无法完全用客观、固定的数字表达。在北京某贸易有限公司诉北京某重工有限公司合同纠纷案(最高人民法院第166号指导案例)中,生效裁判在综合合同主体因素(违约方作为商事主体)、违约方恶意程度等因素的基础上,决定对该案中违约方的酌减请求不予支持。^[32]

另外,当事人是否占据优势缔约地位、是否适用格式合同等因素也应当予以重点考虑,在经营者和消费者之间以格式合同为载体的交易关系之中,如果根据约定消费者违约时应当支付违约金,消费者相对于经营者的弱势地位自然应当予以考虑。^[33]格式合同适用的领域往往涉及当事人地位不对等的情形,《合同编通则解释》起草过程中曾单独规定了“以格式条款约定的违约金,当格式条款提供方违约时,其无权要求调减违约金,但是违约金不足以填补损失时对方可以请求增加违约金。当格式条款提供方的相对方违约时,可以请求酌减违约金”。由于格式合同的适用不仅限于生活消费领域,在双方都是商主体的情况下也会大量适用,一概作出上述规定会存在争议。但考虑到以格式条款约定违约金的现象并非个案,而《民法典》第585条第2款并未作出例外规定,故可将格式条款约定违约金的情况纳入“合同主体”的范畴中作为酌定情形予以考虑,将上述表述内容限缩在一方当事人作为商事主体并提供格式合同而另一方是普通民事主体尤其是消费者的情形下予以适用,具有合理性。

其二,关于交易类型。市场交易形态多样,有的收益相对平均稳定,有的收益高但风险大,对于高风险、高回报交易的违约金司法酌减应当秉持更加慎重的态度,因为这时当事人对于违约金的数额约定更有预见性,且也与其追求的预期收益具有一致性。这一点在最高人民法院第189号指导案例中也有体现。该案生效裁判认为,网络主播违反排他性合作条款,应承担相应违约责任。违约方要求酌减的,如果不能查明相对方的损失情况,司法机关可以根据网络直播行业特点,以违约方实际获益为参考,结合平台前期投入、平台流量、主播个体商业价值等因素合理酌定。^[34]还有观点针对劳动者与用人单位之间签订的竞业限制协议违约金的特殊性,主张如劳动者违反竞业限制义务且当事人无法证明用人单位的损失,则从劳动合同以及竞业限制特性角度,从减少劳动争议纠纷、构建和谐劳动关系的角度,以竞业限制补偿金为标准主张违约金。^[35]

其三,关于履约背景。在《合同编通则解释》起草过程中,有意见指出,酌减违约金时有必要综合考虑经济社会发展上的整体经济形势,某个行业、领域的交易发展情况等。故

[31] 《德国商法典》第348条规定:“一个商人在自己的商事营利事业的经营中所允诺的违约金,不得依《民法典》第343条的规定减少。”

[32] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终8676号民事判决书。

[33] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第291-292页。

[34] 参见上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终562号民事判决书。

[35] 参见冯辉:《整体主义视野下离职竞业限制违约金的法律治理》,《清华法学》2023年第2期,第152-155页。

而使《合同编通则解释》增加了“履约背景”这一调整违约金的酌定因素。就履约背景的适用而言,要综合考虑宏观经济形势以及在价值导向上如何促进交易。对此,《合同纠纷意见》第 6 条规定:“在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下,对于违约金数额过分高于违约造成损失的,应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则,坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质,合理调整裁量幅度,切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。”这一规定对于相关案件的处理仍具有重要的参考意义。

(五) 恶意违约当事人请求减少违约金的情形

在当事人恶意违约的情况下,一概支持其司法酌减请求不仅有失公平,也影响违约金功能特别是担保债务履行功能的发挥。有观点认为,从违约金履约担保功能来看,过错情节可以折射违约方对履约压力的态度,过错程度在决定是否酌减和酌减幅度时均有其作用。故意违约的违约方已了解到违约金负担,故不应满足其获得宽待的愿望。特别是自义务产生时即从未履行,或违约持续时间长,原则上不应酌减或者应审慎酌减。^[36] 在故意甚或恶意的情况下,通常即不再酌减违约金,因为恶意或故意行为的侵害人不值得免受严格惩罚的保护。^[37] 从不同类型违约金的成立要件来看,惩罚性违约金以过错作为其适用的前提,过错程度通常也会影响到惩罚性违约金的数额。^[38] 在恶意违约情况下,违约方过错最为严重,由其承担与过错程度相适应的惩罚性违约金,也符合公平原则和诚信原则。比如在有的案件中,法院认为,在当事人恶意违约的情况下,如果没有证据证明合同约定的违约金过分高于造成的损失,当事人请求减少违约金的,人民法院可不予支持。^[39]

《合同编通则解释》第 65 条第 3 款明确规定了“恶意违约的当事人一方请求减少违约金的,人民法院一般不予支持”的规则。恶意违约属于严重违约,对违约金要以不酌减为原则,即使该违约金约定数额较高,超过了上述的百分之三十的标准。另一方面,在例外情形下,也存在酌减违约金的空间,这也是基于市场交易复杂多样性的客观考虑,但在适用上应从严把握,审慎适用《合同编通则解释》第 65 条第 1 款规定的各个综合因素,且应当采取明显严于一般情形下违约金调整幅度的标准,甚至即便要予以调整,调整幅度也不必受“百分之三十”的限制,以彰显对诚信原则、意思自治原则乃至合同正义的维护。

这一规定的基本原理其实已经在理论上得到一定程度的讨论,例如有观点指出,在已经约定了替代履行或者纯粹迟延履行违约金的情况下,债务人在权衡违约获利与违约金责任后,如果仍然理性选择违约并承担违约责任,只能说明债务人预期的违约获利应该明显高于违约金责任。此时债务人属于故意违约、理性违约,应排除债务人请求减少违约金的权利。^[40] 违约方故意违约时的违约金不得减少,违约金以履约担保为功能,在违约方故意或恶意违约的情况下,若仍允许违约金事后酌减,便是从根本上掏空了违约金的内在

[36] 参见姚明斌:《〈合同法〉第 114 条(约定违约金)评注》,《法学家》2017 年第 5 期,第 170-171 页。

[37] 参见王洪亮:《违约金酌减规则论》,《法学家》2015 年第 3 期,第 150 页。

[38] 参见王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2018 年版,第 707 页。

[39] 参见最高人民法院(2007)民二终字第 139 号民事判决书,载《最高人民法院公报》2008 年第 7 期(总第 141 期)。

[40] 参见罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016 年第 2 期,第 125 页。

功能而损及制度根本,还会放纵违约行为和滋长投机主义。^[41]对当事人之间的惩罚性违约金,其以过错为构成要件,债务人故意违约时,不能请求酌减。^[42]

包括前述观点在内,现有讨论似乎少有论及是否所有的故意违约均应排除违约金酌减规则的适用,即未关注到一般的故意违约与恶意违约的区别。一般而言,故意是指行为人明知其行为会发生侵害他人民事权益的后果,仍有意为之的一种主观心理状态,包括认识要素和意愿要素。认识要素是指行为人对其行为将会发生侵害他人民事权益的后果有所认识,意愿要素是指行为人在对其行为之后果有所认识后,具有实现该后果的决意。而恶意属于故意中的直接故意,从事恶意行为之人,知道自己的行为会给他人造成损害,但仍然这样做,这一表述强烈体现了对行为人道德上的非难,表明行为人是为了不正当的目的或者动机。^[43]早在《合同法解释二》的起草过程中,关于第29条,曾有两种方案,其中一种方案规定:“对于故意违约,违约方请求减少违约金的,人民法院不予支持。”但在最终通过的司法解释条文中,前述规则被删去。《合同编通则解释》第65条第3款使用的文字是“恶意违约”,笔者认为,该表述更加准确,即只有主观恶性严重的恶意违约,才有一般化地排除酌减规则适用的必要。

司法实践中,典型的“恶意违约”如特定物的一物二卖,出卖人明知将标的物复卖与第三人必将导致无法向买受人履约,仍为了追求高价而违约,通常可以认定为恶意。再如,市场形势变化导致物价上涨,出卖人为了获得不合理高价,违背诚实信用原则,要求与买受人重新协商,否则将拒绝履约。而普通的故意违约则不然,例如,当事人由于商业判断失误,导致企业亏损,难以像财务状况良好时那样偿还借款,即使该企业部分财产变卖后足以偿还借款,而该企业却没有选择变卖财产,而是选择停止偿还借款,此亦属故意违约,但该企业主观恶性较小,似没有一般性排除司法酌减的必要。在前述最高人民法院第166号指导性案例中,当事人双方在诉讼中达成了和解协议并约定了高额违约金,守约方依约在其他案件中撤回了对违约方名下财产的保全措施,而后者违反和解协议的约定在其银行账户解除冻结后并未依约履行后续给付义务,显然意图规避执行,和解是假,转移财产、逃避债务是真,不仅严重违反诚实信用原则,还扰乱诉讼秩序,故此,不支持违约方的酌减请求更加符合违约金制度的立法本意和诚实信用原则。

三 违约金的司法酌增

不同于违约金司法酌减,关于违约金司法酌增的讨论相对较少。总体来看,关于违约金司法酌增的争议主要体现在违约金与违约损害赔偿之间的关系上,而这也一直存有争议的问题。赔偿损失是《民法典》第577条规定的一种法定的违约责任承担方式。一般而言,损害赔偿的目的在于填补损害,不允许当事人基于一个损害获得两次赔偿,否则

[41] 参见张厚东:《论违约金的履约担保功能——兼论违约金酌减规则》,《财经法学》2023年第3期,第158页。

[42] 参见王雷:《违约金酌减中的利益动态衡量》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第11期,第51页。

[43] 参见程啸著:《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第264-266页。

将违背损害填平原则和禁止获利原则。^[44] 违约金与法定的违约损害赔偿均指向对非违约方损害的救济,只是路径不同,都应遵循填平原则的要求。

(一)《合同编通则解释》未规定司法酌增规则的考量因素

《民法典》第 585 条第 2 款第一分句确立了约定违约金的司法酌增规则,体现了对非违约方或债权人的保护目的。关于违约金的司法酌增问题,《合同编通则解释》曾沿袭《合同法解释二》第 28 条的做法,规定了违约金司法酌增机制。虽然继续规定这一规则有利于更加明晰相关案件的法律适用,但从实质层面来看,司法酌增与司法酌减在规则原理方面存在一定重复。另外,相比于司法酌减在实践中较高的适用率,违约金司法酌增案件相对较少。再者,违约金酌增与违约损害赔偿之间是否存在重复、能否并用等问题还存在一定争议。基于前述因素,《合同编通则解释》最终未规定司法酌增问题。人民法院在应对实践中的违约金司法酌增问题时,应当依据《民法典》第 585 条第 2 款等规定进行处理。

在具体处理违约金司法酌增问题时,除了依据《民法典》第 585 条第 2 款,还应当参照适用《合同编通则解释》第 65 条第 1 款违约金司法酌减规则中有关损失范围、酌定因素的规定;在相关论证时也可以参考借鉴上述未在《合同编通则解释》中体现的内容。比如,对于损失的范围,应当按照《民法典》第 584 条规定的法定赔偿损失范围和数额予以认定,包括实际损失和可得利益损失。同时,基于违约金的司法酌增与酌减之间的逆向关系,对于有关综合因素的考虑特别是有关违约方恶意违约的情形,要按照逆向思维的逻辑或者反对解释的思路来参照适用《合同编通则解释》第 65 条第 1 款和第 3 款的规定,但均应遵循填平原则的要求,以不超过因违约给非违约方造成的损失为限。

(二)违约金的司法酌增与违约损害赔偿的关系

基于对意思自治的尊重和对交易复杂性的考量,违约金和损害赔偿能否并用的问题需要在遵循上述原则的基础上,根据个案情况予以具体分析,尤其是要区分违约行为类型的不同以及由此造成的损害是否同一的问题。当违约金与损害赔偿责任所指向的损失相同时,债权人不能同时主张损害赔偿和违约金,以免使其双重获益。比如,违约金的约定是为了弥补根本违约而造成的履行利益的损失,当根本违约发生时,无论债权人主张损害赔偿,还是主张违约金,其都是为了弥补履行利益的损失,因而两者无法并用。当违约金请求权与损害赔偿请求权所指向的损害不是同一损害,比如一个指向给付本身的损害,另一个则是指向迟延损害或者固有利益的损害,二者目的不同,可以并用。^[45]

关于当违约金与违约损害赔偿不能并用时,非违约方是否有权选择其中一种责任形式获得救济的问题,一种观点认为非违约方不能任意选择,如果当事人约定了违约金,那么非违约方应当主张违约金,而不能主张损害赔偿。因为违约金是当事人对将来违约行为可能造成的损失后果的预估,属于当事人的特别交易安排,在适用顺位上具有优先性。但是,这一规则不代表损害赔偿请求权丧失,如果当事人关于违约金的约定被认定为

[44] 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2010 年版,第 601 页。

[45] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 838 页。

无效或者被依法撤销,非违约方仍然可以依法主张违约方承担违约损害赔偿。这种观点实际上认为违约金约定具有限定将来违约责任范围的目的,即违约金约定意味着双方约定了违约方可能承担的最大限度的责任,如果允许自由选择,则会削弱违约金的这一功能。^[46]但相反观点认为,应允许当事人根据实际需求选择损害填补方式,违约金形式不能代替违约损害赔偿。^[47]故此不宜认为违约金条款排除了违约损害赔偿制度的适用,以约定优先于法定来主张必须运用违约金条款而不得援用违约损害赔偿制度,也难有说服力。因为并不存在约定优先于法定的铁律,究竟约定优先抑或法定优先,必须具体情况具体对待,视法律的具体规定与当事人的具体约定而定,除非当事人有特别约定或法律有特别规定。^[48]而对于违约金司法酌增与损害赔偿的关系问题,即违约金低于违约造成的损失,若法院或仲裁机构支持其违约金诉求,非违约方是否可以请求司法酌增或者另行要求赔偿损失的问题,有观点认为,约定的违约金低于实际损失时,司法酌增和法定损失损害赔偿也是选择性竞合关系,由非违约方选择。^[49]还有观点认为,从违约金履约担保的功能视角来看,在当事人对二者选择的事项没有特别约定时,应当允许非违约方在违约金和法定损害赔偿之间择一主张。^[50]但在以往的司法实务中,多是从尊重当事人的意思自治出发,认为法院应首先支持违约金的支付请求,然后再对违约金过高或低于的情况依法进行调整,如此就不必再将违约金的司法酌增与损害赔偿责任并用。^[51]这一做法有利于避免违约损害赔偿的计算过于复杂化,而且此时所遵循的基本思路就是运用一种方法使得非违约方的损失在遵循填平原则的前提下得到相应救济。换言之,违约金的司法酌增与违约金之外另行主张损害赔偿在本质上是一致的,都旨在对非违约方能够证明的违约金不能涵盖的损失部分予以赔偿。

进一步引申,在法律没有明确限制当事人选择权且当事人对此也没有特别约定的情形下,非违约方在违约金数额的基础上另行请求违约损害赔偿和违约金的差额,从而达到救济的目的,也符合损害救济的“填平”原则的要求,似也无过度干预的必要,而且这在实质意义上也就是对约定违约金的司法酌增。对这一问题,《德国民法典》第340条第2款的规定可供参考,该条规定:“债权人享有对因不履行而发生的损害赔偿的请求权的,债权人可以请求已发生失权的违约金作为损害赔偿的最低额。不排除就其他损害主张赔偿。”同理,当事人如果既约定了违约金,又约定损害赔偿的计算方法,也应当尊重当事人的选择权,但要受填平原则和禁止双重获利原则的约束。另外,在迟延履行价款的情形下,当事人既约定了逾期付款违约金,又约定了支付逾期付款利息,此两者实际所指向的违约行为及造成的损害相同,当事人可以选择适用,即使允许违约金酌增与损害赔偿并用,也要受上述原则的约束。

[46] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第831-832页。

[47] 参见王利明著:《合同法》,中国人民大学出版社2021年版,第303页。

[48] 参见崔建远:《违约金的边缘问题》,《江汉论坛》2015年第11期,第117页。

[49] 参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注:合同编通则》,中国法制出版社2020年版,第414页。

[50] 参见姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,《法学家》2017年第5期,第162页。

[51] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第430页。

四 违约金调整与其他违约责任承担方式的关系

有关违约金的调整,实践中还普遍存在当事人同时请求违约金责任与其他违约责任承担方式并用时如何处理的问题,这其中也不乏能否并用以及在具体适用时如何对违约金进行调整的争议,有必要结合不同场景分析探讨。

(一) 违约金调整与继续履行的并用

实务中容易与违约金责任发生关联的违约责任承担方式以继续履行为典型。根据《民法典》第 585 条第 3 款的规定,迟延履行违约金可以和继续履行并用。依据该款规定,在当事人针对迟延履行的违约行为约定违约金的情况下,如果当事人没有另外作出安排,则该违约金只对应迟延履行产生的赔偿责任,支付违约金后,非违约方还有权请求违约方继续履行,但前提是,违约方虽然迟延履行,但合同义务的履行仍然有可能,并且履行行为对非违约方仍然有意义可言。否则,非违约方可以请求作为替代给付的损害赔偿。由于该损害赔偿请求权是继续履行的转化形态,可与迟延履行违约金并行主张。^[52] 但是,如果迟延履行已导致不能实现合同目的或者此迟延履行的合同主要债务经催告后在合理期限内仍未履行的,非违约方就可以主张解除合同,并依据《民法典》第 566 条第 2 款的规定,向违约方主张违约责任。此违约责任已经转化为根本违约情形下的违约责任,上述仅就迟延履行约定的违约金已经无法涵盖非违约方的全部损失,非违约方就可以选择违约损害赔偿或者可以以其遭受的损失为基础就有关违约金的约定请求司法酌增来实现救济。

如果有关违约金的约定并非专为迟延履行而设,而是针对不履行合同或者根本违约情形预设的违约损害赔偿,在履行可能的情况下,仍然存在非违约方主张继续履行的同时能否主张违约金责任的问题。有观点认为,赔偿性违约金可否与强制履行并存,应当根据具体情况进行具体分析。如果违约金条款系专门为不能履行而约定的,则其显然不能与强制履行并存。如果违约金条款是针对拒绝履行而约定的,而且当事人也没有特别约定排除强制履行,则违约金和强制履行可以并存。至于是否允许守约方就强制履行和违约金进行双重请求,则取决于强制履行之后其是否还存在损失。如有,则守约方可以同时主张强制履行和违约金,反之则不能。如果违约金条款系针对不完全履行而约定的,则根据不完全履行发展演变的结果而确定违约金和强制履行的关系。^[53] 有观点认为,若拒绝状态延续至履行期届满,进入迟延履行状态,债权人可在继续履行、替代给付赔偿和针对拒绝履行的违约金之间作选择。^[54] 对此,笔者倾向于认为,从解释论角度,这一场景下违约方的履行行为已处于迟延状态,继续履行或许能够到达合同约定的目的,但并不能弥补迟延状态给非违约方带来的损失。就这一部分损失,非违约方可以直接主张法定的损害赔偿

[52] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 292 至 293 页。

[53] 参见崔建远:《论强制履行》,《法治研究》2023 年第 4 期,第 16 页。

[54] 参见姚明斌:《〈合同法〉第 114 条(约定违约金)评注》,《法学家》2017 年第 5 期,第 164 页。

偿,由此就转化为继续履行与迟延履行违约金关系的问题,只是此场景下的违约金可以根据当事人的请求以迟延履行造成非违约方的损失为基数对违约金进行调整,在实务中通常体现为酌减的情形,而不存在是否可以就违约金与法定损害赔偿进行择一选择的问题。非违约方也可以依据针对履行不能或者拒绝履行这种完全不履行合同的违约金条款主张权利,因为后者完全可以根据违约金司法调整机制调整至恰当的数额,以与违约责任相适应,达到充分救济非违约方的目的。但是,如果当事人就全部的违约金进行主张,这时基于填平原则的要求,此违约金在本质上属于根本违约情形下的损害赔偿的转化形式,与继续履行属于相互替代的关系,这时非违约方只能主张违约金责任,并结合违约金调整方式来进行救济,而不能一并主张继续履行。需要强调,前述规则针对的是违约金与继续履行属于相互替代关系的情形,在特殊场合,虽然违约金针对的是拒绝履行,但支付违约金后,非违约方仍然可以主张继续履行合同义务,此以劳动者竞业限制违约金最为典型,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第40条规定:“劳动者违反竞业限制约定,向用人单位支付违约金后,用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的,人民法院应予支持。”因该违约金针对的是持续的竞业限制义务,针对将来的竞业限制义务,劳动者仍应履行。

由此引申,实务中又会存在当事人能否主张部分继续履行、部分违约金责任的问题。笔者认为,继续履行有利于实现合同目的,对于交易链条的修复乃至促进交易是有利的,此道理同样可以适用于非违约方主张部分履行,而就其他主张违约金责任的情形。尤其是在其中一部分履行已经不可能而只能部分履行的情形下,就显得更有实益。这无非是在违约金调整方面的精细度计算或者裁量问题,在法律没有作禁止性规定的情况下,对此不宜作否定性评价。进而实务中还会出现这样的场景,违约方主张部分履行,而非违约方主张全部违约金责任的情形,此时如何处理,不乏争议。笔者倾向于认为,对此需要根据个案情况来进行分析,既不能单纯采用类似于债务人的救助权^[55]优先的理论,又必须考虑对损害的填平。具体言之,如果此时继续履行已对非违约方无实际意义,比如非违约方此时已经通过替代交易获得相应合同标的、继续履行已无法实现合同目的等情形,违约方继续履行的主张在客观上已无实益;但如果不存在前述情形,违约方的这一主张对合同目的的实现是有利的,也有利于维护契约精神和诚信原则。在具体适用时,这又涉及与非违约方诉讼请求的衔接以及法院行使释明权的问题,同时还会引出由此是否会增加非违约方受领成本以及前述以非违约方损失为基础精准调整违约金的问题。基于填平原则的要求,非违约方损失应扣除违约方部分履行所对应的部分,但要将其受领成本的增加以及由此带来的其他损失计算在内。

(二) 违约金调整与相关违约责任承担方式的并用

至于其他履行合同义务不符合约定即一般意义上的瑕疵履行以及加害给付的情形,就违约金与其他违约责任形式之间的关系,虽然《民法典》并未作具体规定,但仍可以参照上述有关迟延履行时的违约金与继续履行的并用规则处理。若违约金为不完全履行的

[55] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第856页。

违约金,则在合同没有明确约定的情况下,宜推定为对于因不完全履行所造成的损害的赔偿额的预定。如果该债务仍然可能履行,可以比照迟延履行处理,违约金可推定为对于迟延履行所造成的损害的赔偿额的预定,甚至可以推定为对于迟延损害、因不完全履行(加害给付)造成的债权人固有利益损害的概况的赔偿额预定。^[56] 由此,即使非违约方已经主张违约金,仍然可以主张继续履行,有关修理、更换、重作等违约责任形式,也就可以与违约金责任并用。但是,如果不完全履行的违约行为已经客观上转化为履行不能的情形或者继续履行对于非违约方已无实益,则就不存在上述责任形式的并用问题,而应以根本违约造成损害为基础通过违约金的司法酌增或者违约损害赔偿的规则来处理。反之,如果当事人约定违约金系针对根本违约的情形,且存在履行可能或者此履行有利于实现合同目的,应允许违约金的调整与修理、重作、更换等责任形式的并用。

基于以上分析,笔者认为,违约金调整与其他违约责任承担方式能否并用需结合案件具体场景,分层次考虑以下因素:首先,是否是同一违约行为导致违约金和其他违约责任形式的产生;其次,当事人是否存在特别约定,有特别约定的,依照该约定处理,当然,该约定也应适用《合同编通则解释》第 65 条的规定;再次,约定的违约金是否是替代给付的违约金,以及其与其他违约责任承担方式之间的有机衔接;最后,约定的违约金可以与其他违约责任形式并用时,需要考量非违约方损失的大小,在不同情形中对违约金予以适当调整。^[57] 概言之,在当事人没有特别约定的情况下,针对同一违约行为(其他履行合同义务不符合约定的情形即非根本违约情形),非违约方有权要求违约方支付违约金,此责任承担方式与违约损害赔偿具有同质性,非违约方可以要求违约方继续履行。如果通过继续履行仍然无法弥补非违约方的损失,非违约方可以同时主张通过违约金赔偿相应的损失。支付违约金和继续履行所针对的违约行为并不相同时,非违约方可以同时主张这两个请求,但不得超过合同正常履行时其所获利益,也不得超出违约方在订立合同时应当预见的范围。此时在并用违约金时,也可能发生违约金司法调整的问题,在所述情形下,往往涉及对违约金进行司法酌减,应当适用《合同编通则解释》第 65 条的规定。

不完全履行或者迟延履行以合同目的能否实现作为衔接,往往与根本违约具有密切联系,甚至可能直接转化为根本违约,故有必要进一步探讨根本违约情形下违约金与继续履行能否并用的问题。通常而言,违约金属于损害赔偿的替代形式,与实际履行不能兼得,否则就会使债权人双重获益,这在拒绝履行的情形下比较明显。但就拒绝履行而言,在个案的具体场景中仍然会存在继续履行与迟延履行违约金责任并用的问题,此种情形的有关法律适用规则前文已经阐述。

对于履行不能的情形,在违约责任承担的框架内,也不可简单认为非违约方的履行请求权即归于消灭而只能主张违约责任乃至违约金责任。比如,对于嗣后履行不能的情形,即在合同订立后债务到期之前,因为不可归责于合同一方的原因而履行不能的,不产生违约金请求权,但对方的履行请求权到期后发生履行不能的,违约金请求权从主义务到期时

[56] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 836 页。

[57] 参见石宏主编:《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用·合同编》(上册),人民法院出版社 2020 年版,第 238 页。

产生,并且与主义务彼此分离,因此违约金请求权不受履行不能的影响。^[58] 对于合同订立前就已客观存在的履行不能的情形是否涉及根本违约的问题,即使是自始客观履行不能,其也并非合同无效的原因,而仅仅是违约的原因,^[59] 对于自始客观履行不能的情形,需要考虑善意相对人的保护问题,这也是维护交易秩序和交易安全所必需。如果对此情形,相对人不知道也不应当知道且无重大过失的情形,应当对此善意相对人予以保护,在双方当事人意思表示一致的情况下,应当认为合同成立,在没有影响合同效力事由的前提下,相对人有权主张违约责任乃至违约金责任。因合同自始履行不能,相对人也只能主张违约金责任或违约损害赔偿,而不能再主张继续履行。但如果相对人并非善意,或者一方当事人存在重大误解等使得合同可撤销甚至存在合同无效的情形,则有关违约金责任的主张失去了合同成立生效的前提条件,故应在缔约过失责任框架下解决相关问题。

五 结 论

违约金的调整规则在基本价值导向层面涉及合同自由与合同正义之间的平衡问题,在基本适用方法层面涉及《民法典》与《合同编通则解释》相关规定的配套适用及体系化适用问题。其中,就违约金的司法酌减,有必要在遵循《民法典》第 585 条规定精神的基础上,理解《合同编通则解释》第 65 条对《合同法解释二》第 29 条规定的延续、修改情况,特别要注意就合同主体、交易类型、履约背景等新增酌定因素以及恶意违约不予调整违约金作为一般规则的具体适用。就违约金的司法酌增,则要直接依据《民法典》第 585 条第 2 款的规定来处理相关纠纷,在具体适用时,应当采取逆向思维或者反向推理,参照适用《合同编通则解释》第 65 条的规定;关于违约金的酌增与违约损害赔偿之间的关系问题,应在遵循填平原则、意思自治原则的基础上,厘清约定违约金以及违约损害赔偿所指向的不同违约责任形态对能否并用作具体分析;至于违约金调整与继续履行等其他违约责任承担方式之间的关系,也要遵循上述原则,区分不同的违约责任形态及相应的违约金约定来进行探讨,迟延履行违约金可以和继续履行并用,而就根本违约约定的违约金则原则上不能与实际履行请求并用;部分继续履行与违约金的调整也存在并用的可能,此时通常涉及违约金的司法酌减问题。

上述违约金调整的有关问题,仅是在违约金规则框架内以及其与其他违约责任承担方式衔接方面作的探讨,在具体适用时,应遵循以下思路:一方面,依据《民法典》第 585 条的规定,人民法院或者仲裁机构可以适当减少违约金,但并非应当适当减少。^[60] 在酌减时应综合考虑《合同编通则解释》第 65 条第 1 款的规定,也需要衔接适用好该条第 3 款的规定;另一方面,还应体系化地适用好可预见性规则、损益相抵规则、过失相抵规则、减损规则,实现对非违约方公平合理的救济。

[58] 参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注:合同编通则》,中国法制出版社 2020 年版,第 412 页。

[59] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 264 页。

[60] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 291 页。

The System of Rules on the Adjustment of Liquidated Damages - Taking Article 65 of the Interpretation of the General Provisions of the Contract Law in the Civil Code as the Starting Point

[**Abstract**] Article 65 of the Interpretation by the Supreme People's Court of the General Provisions of the Contract Law in the Civil Code (hereinafter referred to as "the Interpretation") specifically provides for the judicial discretionary rules on the reduction of liquidated damages. Although the issue of judicial augmentation of liquidated damages is not stipulated in the Interpretation, Article 65 of the Interpretation should be applied by analogy in accordance with Article 585 of the Civil Code and the logic of reverse thinking in dealing with related cases. Meanwhile, courts should properly handle the relationship between judicial augmentation of liquidated damages and damages for breach of contract in accordance with the requirements of the "principle of compensation" and the "principle of autonomy of will", so as to achieve fair and reasonable remedies for the non-breaching party. When dealing with cases involving judicial reduction of liquidated damages, the relationship between different discretionary rules for adjusting liquidated damages under different forms of breach of contract and the difference between liquidated damages and specific performance should also be considered. As far as the applicable relationship between liquidated damages and continued performance is concerned, it should be analyzed concretely by distinguishing the different purposes of the establishment of liquidated damages clauses. If the liquidated damages clauses are set for breach of contract resulting from delay in performance, the liquidated damages should be limited only to the liability for compensation for the loss arising from the delay in the performance of contract. If the liquidated damage clauses are set for non-performance or fundamental breach of the contract, the non-defaulting party has the right to claim liquidated damages as well as the right to claim specific performance when such performance is possible, and the liquidated damages should be limited to the liability for compensation for the loss arising from the delay in performance. If there is no special agreement between the parties, the non-breaching party may claim liquidated damages and specific performance from the breaching party based on the same default of the contract. If a specific performance cannot recoup all the loss, the non-breaching party may claim liquidated damages as compensation for the loss. The non-breaching party may claim liquidated damages and specific performance from the breaching party based on different acts of breach of contract, but the total amount should not exceed the benefit that the non-breaching party would have obtained if the contract were normally performed and it should also be subject to the limitation of the foreseeability rule. As for the case of impossibility of performance, it does not mean the direct application of the liability for liquidated damages, but the circumstances of the case should be taken into consideration accordingly.

(责任编辑:余佳楠)