

论我国违约金酌减规则的完善

庄云霞

(南京师范大学 法学院,江苏 南京 210046)

摘要:违约金作为违约责任形式的一种,在民商事领域被广泛运用,其中违约金酌减规则是当代大陆法系国家违约金制度的核心内容之一。我国《合同法》第 114 条第 2 款中虽规定了违约金酌减规则,但该规则在立法和司法层面存在诸多的问题。通过介绍违约金酌减的相关理论后,提出在民法典合同法编修订过程中关于违约金酌减规则的立法建议。首先应区分违约金性质,明确惩罚性违约金一般不予酌减,赔偿性违约金可适用酌减规则;其次要对现有的酌减考量因素种类进行整合;最后明确赔偿性违约金酌减过程中主要考量因素是“违约造成的一切损失”。

关键词:违约金酌减;惩罚性违约金;赔偿性违约金;酌减考量因素

中图分类号:DF526 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5092(2018)03-0018-05

一、违约金酌减规则概述

(一) 违约金酌减规则的历史渊源

违约金酌减是指法官对违约金数额的酌情减少,这一制度并非与违约金制度同时产生。违约金制度最早起源于罗马法,在罗马法中是一种债权担保方法,当时存在两种类型的违约金,一种称为独立的惩罚,另一种称为惩罚性约定^[1]。对于违约金酌减罗马法中没有具体的规定,但在《优士丁尼法典》中存在赔偿数额不得超过合同标的物价值两倍的规定。违约金酌减作为一项限制违约金数额规则的雏形,最早由 13 世纪的教会法的主教霍斯滕西斯提出,当时提出这一规则的理由在于教会法基于宗教伦理上的考虑,否定神职人员从合同相对人处获得高额利息的正当性^[2]。

《法国民法典》在制定之时体现了对合同自由的绝对尊重,明确法官不得增减违约金。但法国理论界对违约金调整多持肯定态度,如波蒂埃认为,在实际损害超过约定数额的场合,债权人如果对此能够证明,则可以请求实际损害的赔偿^[3]。对此,1975 年法国司法部对原来的《法国民法典》第 1152 条增加了第 2 款“在原约定的数额明显过高或过低时,法官可以,甚至得以职权,

减少或增加此种违约金的数额”。但实践中,法官调整违约金的要求依旧十分严苛,可见相较于对当事人利益的干预,法国法更强调对合同自由的尊重。之后的 1896 年的《德国民法典》,从限制合同形式自由维护合同实质正义出发,明确了法官对违约金数额享有减额权。该法典的第 343 条规定“罚处违约金的金额过高者,在债务人提出申请时,得以判决减少至适当的金额”。

从上述的违约金酌减的历史渊源及立法考察中可以看出,违约金酌减规则在大陆法系国家的违约金制度中基本得到确立,且是其制度中的重要内容之一。

(二) 违约金酌减规则适用的条件

违约金酌减作为民法中的一项规则,它的适用要同时满足实体法上和程序法上的相关条件。

1. 违约金酌减规则适用的实体法条件

违约金酌减规则适用的最重要的实体法上的条件是违约金条款持续有效。债权人行使违约金请求权,债务人才有请求酌减违约金的可能。对于因违反《合同法》的规定而无效的合同,不发生违约金请求权也就没有违约金酌减存在的基础。对于合同解除的情形下,债权人能否行使违约金请求权,否定说认为违约金要以合同为基础,合同

被解除以后,当事人之间不存在合同,也就不存在违约金请求权更没有违约金酌减的可能。肯定说认为,合同解除后,当事人要求赔偿损失的权利仍然存在。根据我国《合同法》第98条的规定,此时违约金是作为结算和清理的条款依旧有效,债权人可以提起违约金请求,债务人也可提起违约金酌减。本文赞成肯定说,如此方能发挥违约金作为违约救济措施的功能,切实保障债权人的合法权益。

2. 违约金酌减规则适用的程序法条件

违约金酌减规则在程序法上的条件主要在于违约金酌减规则的启动,目前大致存在两种立法模式。一种是以德国法为代表的债务人申请启动模式,即违约金酌减的请求是债务人以诉讼的形式向法院提起的,可以是反诉或抗辩,也可以是独立的酌减之诉。另一种就是以我国台湾地区为代表的法院依职权介入模式,法院认为违约金过高时,无论当事人是否申请,都可以减少违约金的数额。从我国《合同法》第114条和《最高人民法院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》(下文简称《民商事合同指导意见》)第8条的规定“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,人民法院就可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明”中可以看出,对于违约金酌减规则适用的程序,我国采取的是当事人申请模式,且此处当事人包括债务人和债权人,同时放宽了提起酌减申请的形式要求。

二、我国违约金酌减规则的发展现状

(一) 我国违约金酌减规则在立法中的问题

《合同法》第114条、《合同法司法解释(二)》第29条、《民商事合同指导意见》第6、7、8条,都是有关违约金酌减的立法规定。根据这些条文可知,我国违约金酌减规则采取的是当事人主动申请启动模式,违约金酌减与否的判断基础是“违约金过高”,而对“违约金过高”的判断以“造成的损失”为主要考量标准,根据公平原则和诚信原则综合衡量“合同的履行情况、当事人的过错程度、预期利益以及当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款”等多项因素。这其中主要有以下的问题:

1. “造成的损失”和“实际损失”的区别

合同法司法解释对合同法条文进行了不适当的限制缩减。《合同法》第114条中违约金过高与否的参考标准是违约“造成的损失”,而在《合同法司法解释(二)》第29条所规定的是违约的“实际损失”。对此,有学者将“实际损失”认为是受害人的信赖利益损失也即受害人信赖合同能够履行而得到履行利益所支出的费用或财产因违约而受损失^[4]。因为在《合同法司法解释(二)》中并用了“实际损失”和“预期利益”,所以要将此处的“实际损失”解释为信赖利益。而《合同法》第114条中“造成的损失”是指包括实际损失和预期利益在内的所有损失。本文认为对于“实际损失”的理解,不应局限于信赖利益而应当包含预期利益在内,如此才能与“造成的损失”相协调一致。也就是将《合同法司法解释(二)》第29条后面作为兼顾考量因素的“预期利益”放到前面“实际损失”之中作为违约金酌减判断的基础。这样更能体现违约金的功能,作为损害赔偿预定的赔偿性违约金可以将高于实际损失的部分视为对损害赔偿不予保护的非物质损害、精神损害的赔偿,如此可以充分保障债权人的利益。

2. 违约金过高判断标准不统一

对于违约金过高的判断,立法上并没有从违约金性质分类入手讨论,而是全部适用同一种调整模式,完全混同了两种类型的违约金,无法体现违约金因不同性质而产生的不同功能。《合同法》第114条只是规定了“违约金过分高于实际损失”,《合同法司法解释(二)》将这一标准细化为“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”和“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‘过分高于造成的损失’”。对惩罚性违约金进行酌减与所具有的履约担保功能相冲突。同时30%的固定比例的适用会使违约金过高的判断变得僵硬死板,忽视个案之间的区别,可能会产生更大的不公平。之后的《民商事指导意见》中再加入“当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款”考量因素的同时,提出了“避免简单地采用固定比例等‘一刀切’的做法,防止机械司法而可能造成的实质不公平”。这也是最高人民法院对法院在使用违约金酌减规则过程中过

分依赖30%规则的回应,可见这一规则在司法实践中存在弊端。

(二) 我国违约金酌减规则司法实践中的问题

违约金酌减规则在司法实践中的问题主要集中在酌减规则被滥用、误用,违约金过高与否的判断标准不统一,审判中有“一刀切”的情形。《合同法》中取消了计划经济时期的法定违约金,将违约金的设立与否交由当事人自行约定,出于简化违约后的损害赔偿计算和担保债务人履约的目的双重目的,违约金在民商事领域的适用率依旧很高。由此引发的相关诉讼案件的数量也很多,在这些案件中有关违约金酌减的案件占比最大。对违约金酌减的相关案件进行大致的分析可以看出,违约金数额被法院酌减的比例很高,一般当事人提起违约金酌减的,法院在判决中很大比例地进行了支持。尤其是在约定迟延履行违约金的案件中,法院往往会援用银行同期贷款利率作为计算标准对约定的违约金进行酌减。另外法官在判断违约金数额过高与否时,大量使用了违约金超过造成损失30%的固定比例,存在对违约金数额过高判断“一刀切”的情形。

三、我国违约金酌减规则的立法完善

(一) 违约金酌减对象的完善

对于违约金酌减的对象,学界存在争议,一种观点是认为《合同法》第114条只规定了赔偿性违约金,那么该条中的违约金酌减也就只适用于赔偿性违约金。我国现行法对惩罚性违约金没有明文规定,更没有对其数额做明文的限制,对于惩罚性违约金的数额,可以类推适用《担保法》第91条,不得超过主合同标的额的20%^[5]。另一种观点认为赔偿性违约金本质上是损害赔偿总额的预定,不能适用违约金酌减规则,在其超出预期损害的情况下,该约定无效。违约金酌减规则只适用于惩罚性违约金^[6]。本文认为在民法典合同法编的修订中,应当首先根据违约金的性质加以划分,明确违约款酌减的对象是赔偿性违约金和特殊情形下的惩罚性违约金。

1. 赔偿性违约金适用酌减规则

赔偿性违约金是指当事人双方预先估计的损害赔偿总额。双方当事人设定赔偿性违约金是为了减少违约之后赔偿数额计算和举证的困难,同时也可将损害赔偿所不能包括的一些非财产损害

加入赔偿范围之中,以此保护债权人的利益。赔偿性违约金目的在于赔偿,因而在其数额明显过高时,当事人可以提起违约金酌减请求。

判断赔偿性违约金数额是否过高,要从债权人的角度进行考量,也就是比较违约金数额和违约所造成的损失之间的差距。此时起主要作用的是“造成的损失”这一因素,要综合衡量债权人的信赖利益损失和预期利益损失。对于过高的违约金在当事人申请后要加以酌减,否则与赔偿性违约金的功能不相符合。因为债务人在订立违约金条款时往往认为不会发生违约,对违约造成的损失不具有预见性,约定的赔偿性违约金的数额可能过高,此时若不允许违约后根据违约造成的损失进行酌减,那么每个人都会生活在一个利益随时可能被侵犯的危险社会中。对于此时损失大小的判断,应当借鉴德国法,扩大损失认定的范围将违约所可能造成的损害都加入其中。这既与我国现有的根据损失数额来判断违约金数额过高与否的司法实践相统一,同时也能最大限度地发挥违约金保护债权人的非财产损害的作用。为了保障赔偿性违约金所具有的减少损失计算困难的功能,在程序上依据“谁主张谁举证”原则,先由债务人举证赔偿性违约金过分高于实际造成的损失。

2. 惩罚性违约金一般不适用酌减规则

对于惩罚性违约金而言,它的功能在于履约担保,也就是施加债务人压力以督促其及时履行义务。虽然在债权实现结果的可能性上,违约金并未提供足以和典型担保相媲美的途径,但这并不意味着违约金不能创造出相对于法定违约责任更强的履约压力。违约金具有履行担保功能,但不是以典型的担保方式进行的,而是以有威胁力的、压制性的违约金条款对债务人施加预防性的压力,使其信守合同^[7]。一般而言,当事人在约定惩罚性违约金时不是根据违约可预见的损失,而是根据多高数额的违约金会对履约方有压力,使其不敢违约。

惩罚性违约金一般不适用酌减规则,除非在极为特殊的情形下才有酌减的可能。惩罚性违约金的约定可以根据当事人订立合同之时的意图来加以判断,而不是根据违约后的损失数额与违约金数额的比较得出。违约金的约定是事前的,不可能与事后的损害数额完全一致,若据前者数额大于后者就来判断违约金是惩罚性的,就显得过

于荒谬。根据经验即可确认的常识是,为自己设定惩罚性违约金的一方,目的无非是为提高对方对其履约可靠性的信赖程度,客观上也确实会提高对方缔约的信心,包括对违约后可获高额赔偿的期待。惩罚性违约金条款在这种合同的达成过程中,起到了关键性的促进与保证作用^[8]。订立合同时为了达成合意不择手段,违约后为了减少自己的损失,向法院提出违约金酌减的请求。这样不仅无法体现惩罚性违约金担保履约的功能,也会严重影响我国商事领域所建立起来的商业信誉。当事人在订立惩罚性违约金的过程中就应当预见到违约后要承担违约金责任,对于违约金的数额没有酌减的必要。只有在特殊情况下,如债务人没有过错,此时对于惩罚性违约金数额过高的判断要以债务人的违约行为为考量标准。法官在具体酌减惩罚性违约金时,主要参照的并非实际损害,而是债务人的义务违反行为,具体要考虑义务违反的程度、过错程度和对于债权人的危险性。

(二) 我国违约金酌减考量因素的完善

我国违约金酌减规则立法中的考量因素主要有实际损失、合同履行情况、当事人过错程度、预期利益、当事人缔约地位强弱和是否适用格式条款,以及抽象的公平原则和诚信原则等。本文认为在之后的立法中应当对这些考量因素进行整合。首先判断违约金的性质,由此来决定违约金酌减过程中应当考量的因素。再结合目前的司法实践增减部分酌减考量因素,以此来完善酌减规则。

1. 赔偿性违约金的酌减考量因素

赔偿性违约金应当以实际损失和预期利益作为最主要的考量因素,赔偿性主要针对的就是债权人的损失,在未来的立法中应当将两者合并为“违约造成的一切损失”。至于合同履行情况,对于赔偿性违约金而言,影响的依旧是损失的计算,即根据履行的比例,运用损益相抵规则计算出违约造成的损失,以此为酌减的基准。当事人的过错程度对赔偿性违约金的影响不大,因为当事人的过错并非赔偿性违约金的构成要件。但在违约没有造成债权人实际损失的情况下,违约金酌减所参考的标准就是合同的履行情况和当事人的过错程度,由法官酌情减少。当事人之间的缔约能力强弱对赔偿性违约金的酌减也会产生影响,对于处于强势地位如提供格式条款的一方当事人,法律为保护弱势一方的利益,应不允许强势一方提起违约金酌减请求。

2. 惩罚性违约金酌减的考量因素

惩罚性违约金不同于赔偿性违约金,它着重考察债务人的过错,而不再将债权人的损失作为考量重点。因为当事人之间设定惩罚性违约金的目的并不仅在于赔偿损失,而主要是防止债务人的违约行为。结合前文的论述,惩罚性违约金一般不适用酌减规则,而只在特殊情形下才有适用的可能。

在对惩罚性违约金进行酌减时,主要考量债务人的过错和违约金的支付是否会导致债务人破产。一般而言在债务人没有过错和违约金过高影响到债务人的生存但债权人损失较少之时,经债务人请求后,法官可以酌减惩罚性违约金。合同的履行程度可以侧面反映债务人的过错程度,若当事人丝毫没有履行合同的意愿,可以认为债务人的过错程度大,如最高人民法院(2012)民提字第64号“某实业公司与某贸易公司等进出口代理合同纠纷案”²,根据订立合同时的意图可以判断此处的违约金为惩罚性违约金。被告在判决后四年内都没有履行义务,主观过错程度大,法院认为对于违约金可以不进行酌减。

3. 违约金酌减考量因素的增减

首先,舍弃违约金数额超过所造成损失的30%就视为违约金数额过高的标准。对于赔偿性违约金而言,赔偿高于违约造成的损失但不超过30%的数额就已经与其赔偿性的性质相违背,对于除损失之外的其他非财产损害的考量可以反映在损失数额的计算过程中,也就是将一切可能带来的损害计算在内,而不是对超过损失的部分按比例加以赔偿。若是惩罚性违约金就更不能以30%这一比例来划分,这会限制惩罚性违约金担保履行的功能,一方当事人在违约时就会预见到超过违约损失的违约金会被酌减,那么惩罚性违约金作为压力工具的作用就无法体现。

其次,结合实际情况增加一些新的考量因素,比如社会经济状况、行业习惯等因素。每一个合同的成立生效和履行都与整个社会的经济状况的大环境息息相关。《民商事指导意见》的发布也是因为出现了全球金融危机这样一个影响社会整体经济状况的事件,可见法官控制酌减幅度之时社会经济状况也应作为考量因素之一。还有对行业习惯的考量,不同的行业,定做人与承揽人之间有关金钱给付、风险转移、货物交付、保险购买等方面的规则都有不同,在进行违约金酌减的时候,同时也应当考虑整个行业的交易习惯^[9]。

最后,逐步提高法官的专业能力和职业素养,毕竟酌减考量因素在个案中具体适用依靠的是法官的自由裁量。

四、结语

违约金酌减规则作为违约金制度中的一项内容,只有妥善运用该项规则才能真正维护当事人之间的实质正义。在民法典合同法编的立法中,首先

要对违约金的性质加以明确,不同的违约金要设置不同的酌减模式。对于赔偿性违约金可以适用酌减规则而惩罚性违约金一般不得予以酌减。其次要根据违约金的性质来决定需要运用哪些酌减考量因素作为违约金酌减过程中的参考标准。最后在增减相关酌减考量因素的同时更要不断提高法官的职业能力素养,确保违约金酌减规则在司法审判中真正有效地发挥其应有的作用。

参考文献:

- [1] 王利明. 违约责任论(修订版)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:245.
- [2] 姚明斌. 违约金双重功能论[J]. 清华法学,2016(10):134-150.
- [3] 许亮. 违约金争议问题研究[D]. 北京:北京大学出版社,2013.
- [4] 雷继平. 违约金司法调整的标准和相关因素[J]. 法律适用,2009(11):24-28.
- [5] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社,2008:596.
- [6] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家,2015(3):138-151.
- [7] 王洪亮. 违约金功能定位的反思[J]. 法律科学,2014(2):115-125.
- [8] 李东琦. 论惩罚性违约金的调整[J]. 当代法学,2013(6):80-85.
- [9] 柳婷婷. 我国违约金酌减考量因素的优化[J]. 西部法学评论,2016(5):78-86.

Perfection of Liquidated Damages Reduction Rules in PRC Contract Law

ZHUANG Yunxia

(School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing Jiangsu 210046, China)

Abstract: As one of the forms of liability for breach of contract, liquidated damages is widely used in civil and commercial affairs, where the penalty is one of the core contents of Continental law system. Article 114 paragraph 2 of PRC Contract Law also specifies the liquidated damages reduction rules, but due to the imperfect of legislation makes the rule was abuse in judicial practice. The purpose of this paper is to through the introduction of the related theory of liquidated damages, analysis of the rules in our country's legislation and judicial exists many problems, put forward in the process of civil code revision for liquidated damages reduction rules of legislative proposals. First of all, it is necessary to distinguish the nature of liquidated damages, and the penalty is generally not deductible. Secondly, we should integrate the existing discretionary factors. Finally, it is clear that the main consideration in the process of compensation penalty is all losses caused by default.

Keywords: reduction of liquidated damages; punitive liquidated damages; compensatory liquidated damages; factors of reduction of liquidated damages

(责任编辑:沈建新)