



暨南学报(哲学社会科学版)

Jinan Journal(Philosophy & Social Science Edition)

ISSN 1000-5072,CN 44-1285/C

《暨南学报(哲学社会科学版)》网络首发论文

题目： 违约金酌减中的利益动态衡量
作者： 王雷
网络首发日期： 2018-12-14
引用格式： 王雷. 违约金酌减中的利益动态衡量[J/OL]. 暨南学报(哲学社会科学版).
<http://kns.cnki.net/kcms/detail/44.1285.C.20181213.1134.006.html>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

违约金酌减中的利益动态衡量

王雷

[摘要] 利益动态衡量融合利益衡量和动态系统论两种方法，包括利益发现和利益证成两个阶段：该方法将价值判断考量因素揭示出来，动态权衡其论证力强弱大小，以形成论证的合力。违约金酌减的构成要件无法具体化，更宜将相关考量因素动态系统化。通过对违约金酌减案件的社会实证分析，将违约金酌减考量因素揭示出来，减少法院在个案中不理性的感觉判断，避免“一刀切”式的机械司法。对过高违约金进行酌减时，应当结合案件的具体情形，根据公平原则和诚实信用原则对多种考量因素进行利益动态衡量，做“或多或少”式而非“全有全无”式的个案分析。对违约金是否过高的要件事实也不宜采取“全有全无”式的举证责任分配，而应该采取“违约方初步举证——举证责任转移至守约方”的方式，这也从实质上降低了违约方本证的证明标准，负有举证责任的合同当事人未尽到自己的举证责任时，法院不宜简单直接进行败诉判决。

[关键词] 违约金酌减；具体考量因素；举证责任；利益动态衡量

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2018)11-0047-10

一、引言

司法实践中，违约金调整案件以酌减为主导。违约金酌减案件裁判尺度不统一，几乎无章可循。本文致力于将违约金酌减案件中的考量因素揭示出来，动态评价不同考量因素在个案中的权重，以提高法律适用的理性可预期性。实体法中赋予违约方的违约金酌减权，如果在诉讼或仲裁程序中不能通过举证责任配合，就易沦为“水中月、镜中花”，使得该权利无法获得实效。

利益动态衡量方法结合利益衡量和动态系统论，^①将价值判断考量因素揭示出来，动态权衡其论证力强弱大小，以形成论证的合力，利益动态衡量方法包括利益发现(利益识别)和利益证成两个阶段。利益发现和利益证成两过程的有机结合可以解决民法价值判断的妥当性问题。^②利益动态衡量方法使得复杂民法规范的适用不再是“全有全无”式的简单逻辑推演，而更强调“或多或少”式

作者简介：王雷，中国政法大学民商经济法学院副教授，博士生导师，法学博士。

基金项目：中国政法大学青年教师学术创新团队项目(批准号：18CXTD08)，“中国政法大学优秀中青年教师招聘支持计划资助项目”(批准号：DSJCXZ180404)。

① 参见[日]山本敬三，解亘译：《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》，梁慧星主编：《民商法论丛》(第23卷)，杭州：金桥文化出版有限公司2002年版，第172—237页。

② 利益动态衡量方法在民事法律行为和情谊行为区分问题上具有解释力。参见王雷：《论情谊行为与民事法律行为的区分》，《清华法学》2013年第6期，第157—172页。

的法律论证。笔者在本文将论证利益动态衡量方法在违约金酌减衡量因素的揭示和论证上有重要方法论意义,在违约金酌减对应要件事实的举证责任分配上也具有可适用性。

二、违约金酌减的影响因素

(一) 违约金的多重功能

违约金的功能是违约金酌减案件中的首要考量因素,其不仅影响对违约金数额的调整,还会进一步影响违约金酌减案件举证责任的分配。合同违约金是对合同损害赔偿额的预定,一定程度上体现了合同守约方的私力救济和对债务人施加履行压力,是合同当事人对未来风险的事先分配。违约金并非典型担保方式。但违约金的确具有一定的合同履行担保功能。“约定违约金的积极意义之一在于对损失的预定,免除纠纷发生后当事人对损失进行举证的繁琐。”^①违约金的性质仍以补偿性为主,以填补守约方的损失为主要功能。违约金高于实际损失时,法院不予调整酌减,这体现了违约金一定的惩罚功能(赔偿功能为原则,惩罚功能为例外)。当事人也可以特别约定惩罚性违约金。山东省高级人民法院民二庭《关于合同纠纷审判实践中的若干疑难问题》第十条指出设立违约金的目的“是为了在发生纠纷时免除守约方对自己违约损失的举证责任”。合同当事人很难在缔约时对违约造成的“实际损失”作出精确的预估。合同违约金调整规则实际上也就是在合同自由和利益均衡之间进行平衡。迟延履行违约金和继续履行请求权可以并用。违约金条款是合同主体契约自由的体现,除具有对违约行为的惩罚和对守约方的补偿功能之外,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,人民法院对约定违约金进行调整应依法、审慎、适当。^②对违约金这种私力救济方式,自然不能完全自由放任。公平原则(等价有偿)、诚信原则和公序良俗原则构成对违约金自由的必要限制。

(二) 违约金酌减的具体考量因素

合同法违约金调整规则实际上是授权法官一定程度的自由裁量权。^③根据《合同法司法解释二》第二十九条规定,判断违约金高低的最重要具体因素应为对损失(包括实际损失和预期利益损失)的判断,对第二十八条的“实际损失”也应该做广义理解。相对比于《合同法》第一百一十四条规定实际损失的单一标准,《合同法司法解释二》第二十九条规定违约金调整时客观因素加上主观状态的“综合考量”法,并且以“公平原则和诚实信用原则”作为法院裁量的根本依据,该条第2款“百分之三十”并非一成不变的固定标准,不能机械地以该标准来认定违约金是否过高,也不能机械地将违约金数额减少至实际损失的1.3倍。违约金是否过高需要根据对当事人造成的损失来作出判断,这是最根本的考量标准。不必人为区分“实际损失”与“造成损失”,对该司法解释第二十八条规定的“实际损失”也应该做此解。例如,对违约金金额予以适当减少时应充分考虑违约方逾期付款行为给对方带来的资金占用损失(利息损失)的程度。^④欠付租赁费的违约金,以租金为基

① 姚蔚薇:《对违约金约定过高 如何认定和调整问题探析——〈合同法〉第114条第2款的理解与适用》,《法律适用》2004年第4期,第15页。

② 参见“西宁凯达实业发展有限公司与陈险峰、陈渊股权转让纠纷二审民事判决书”,最高人民法院(2016)最高法民终20号民事判决书。

③ 参见曹新明、崔逢铭:《知识产权侵权赔偿数额“自由裁量”规则实证研究》,《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2017年第4期。

④ 参见“山西中进实业集团有限公司、太原吉祥房屋开发有限公司、马晓源诉北京中海宏洋地产有限公司股权转让纠纷案”,北京市高级人民法院(2014)高民终字第1043号民事判决书。

数,按每年利率百分之二十四的标准支付。建筑工程类租赁合同中,约定了丢失租赁物的赔偿金,又约定结算日至实际给付之日期间已丢失租赁物的租赁费,该条款应视为对偿付赔偿金的违约责任条款的约定。当事人未举证证明其损失的,应参考金钱类债权违约金约定调整的原则予以综合考虑。^①

《合同法司法解释二》第二十九条建构起违约金调整的“动态系统”,而非将该违约金调整的构成“要件具体化”。在上述考量因素之外,当事人双方的缔约能力(交涉能力)是否对等或者说是否使用格式条款也会成为影响裁判结果的重要因素,这彰显当事人意思自治(合意度强弱)在违约金调整问题上的重要性,还应区分商事合同与消费合同、区别对待其违约金调整问题。如有学者认为:“违约金条款只要是当事人的理性的合意,就不应当以‘数额过高’而轻易否定其效力。……约定的数额是否会被减额也应当基于当事人合意拘束力的界限。……若有关违约金条款的约定属于‘强合意型’,则应当承认其效力。”^②

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》(法发[2009]40号)第六条和第七条还规定了违约金调整案件中更多的具体考量因素,如第六条中的企业经营状况、诚实信用原则、公平原则、违约金性质,第七条中违约造成的损失、合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款、公平原则和诚实信用原则等。江苏省高级人民法院苏高发审委[2005]16号《关于适用合同法若干问题的讨论纪要(一)》第二十九条第2款:“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。”^③有法官认为,对违约金调整的考量因素,应该区分不同的适用层次:以守约方的实际损失和可得利益损失结合30%的标准,认定违约金是否过高。然后再参考合同的履行情况、当事人的过错程度、公平原则、诚实信用原则酌定对过高的违约金进行调整。^④此外,合同解除并不当然否定违约金条款的可适用性。守约方解除合同与逾期付款违约金可以同时主张。^⑤最高人民法院法发[2009]40号第八条第三句、《买卖合同司法解释》第二十六条也做了相应规定。

我国台湾地区“最高法院”有关违约金酌减判决中体现出十大考量因素:客观事实、社经状况(如房价涨跌情况)、实际损害(如转售时的降价损失)、可受利益(如利息损失)、债务履行情况(一部履行与否)、与有过失、主观因素、客观情节(常与一部履行因素重叠)、比例(违约金占据合同价款的比例)及其他。^⑥在酌减比例问题上,在买卖合同中,酌减到原定违约金50%~59%之间的案例比例为65.6%;在承揽合同中,该数据为88.8%。在买卖合同中,违约金酌减总平均成数为39%;承揽合同中,该数据为41%。^⑦

总之,对约定违约金进行调整应依法、审慎、适当。对违约金应该“以不酌减为原则以酌减为例外、以赔偿性违约金为原则以惩罚性违约金为例外”^⑧。对违约金本身还需要类型化,区分作为损害赔偿额替代的违约金与针对迟延履行预定的违约金。守约方解除合同与逾期付款违约金可以

① 参见“北京豫海河租赁有限责任公司与鞍山九建工程有限公司、鞍山九建工程有限公司北京分公司租赁合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7233号民事判决书。“北京米勒阳光影视文化传媒有限公司诉北京同译视创会展有限公司、李浩租赁合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7051号民事判决书。

② 刘勇:《论违约金之减额——从“实益”到“原理”》,《北方法学》2017年第4期,第66—68页。

③ 司法实践中并没有根据这一标准就裁判不予酌减。参见“北京米勒阳光影视文化传媒有限公司诉北京同译视创会展有限公司、李浩租赁合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7051号民事判决书。

④ 雷继平:《违约金司法调整的标准和相关因素》,《法律适用》2009年第11期,第28页。

⑤ 参见“丁万河诉种效股权转让纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终4156号民事判决书。

⑥ 参见吴从周等:《违约金酌减之裁判分析》(第2版),台北:元照出版公司2015年第2版,第2—4页。

⑦ 参见吴从周等:《违约金酌减之裁判分析》(第2版),台北:元照出版公司2015年第2版,第313页。

⑧ 罗昆:《我国违约金司法酌减的限制与排除》,《法律科学》2016年第2期,第115页。

同时主张。《合同法司法解释二》第29条建构起违约金调整的“动态系统”，并非将该违约金调整的构成“要件具体化”，而是将考量因素动态化。这就建立了违约金调整时客观因素加上主观状态的“综合考量”法(利益动态衡量)，并且以“公平原则和诚实信用原则”作为法院裁量的根本依据。通过案例类型化与具体化的实证分析，将违约金调整衡量参考因素揭示出来，有助于将法院操作过程透明化，克服法院在个案中不理性的感觉判断，提高法院操作的理性可预期性和说服力，提高司法的权威。并非对违约金调整的考量因素在每个案件法律适用时均应纳入综合衡量或被等量齐观。实际上，也不存在能够一体适用于不同个案的违约金酌减情节。

三、违约金酌减的利益动态衡量方法：利益衡量 + 动态系统论

司法实践中，违约金酌减案件裁判尺度不统一，几乎是无章可循。违约金是一个类型式概念，违约金的调整也是需要结合利益动态衡量方法进行要素权衡的问题。^①在违约金酌减问题上，并不存在“全有全无式”的规则，而应进行“或多或少式”的动态权衡。对违约金酌减相关影响因素的合理化及其具体调整方法，分析如下：

第一，判断违约金高低的最重要因素应为对损失(包括实际损失和预期利益损失)的判断，^②对《合同法司法解释二》第二十八条的“实际损失”也应该做广义理解，不必人为区分第二十八条第1款、第二十九条第1款“实际损失”与第二十九条第2款“造成的损失”，以及《合同法》第一百一十四条第2款“造成的损失”。^③违约金损失总额预定功能也与以实际损失为基础酌减违约金的做法存在矛盾悖反。约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为“过分高于造成的损失”，但并非绝对，该比例的论证力可以为违约方恶意违约、违约方属于强势缔约方或者缔约当事人强合意度等考量因素的论证力削弱。

第二，损失以实际损失为主，可得利益(预期利益)损失被司法裁判定位为兼顾因素，这种做法不合理，一定程度上助推违约金大概率被调整，^④损害交易信用(诚信)，且违约金酌减类案件的二审和再审率高。可得利益的估算困难恰恰是应尊重约定违约金的重要原因。从某种意义上说，约定违约金就是用来解决可得利益损失估算困难的，应该将可得利益的损失明确纳入损失范围。鉴于违约金还有不可赔偿填补的功能，因此对违约金进行调整的过程中，还应该兼顾违约损害的类型，在违约致精神损害的情况下，不能单纯根据财产损失来酌减违约金。《德国民法典》第三百四十三条就规定在判断违约金是否适当时，必须斟酌债权人的一切正当利益而不拘于财产利益。

第三，违约金酌减案件中应该衡量合同履行情况包括履行程度、违约发生时间、违约持续时间、^⑤合同是否属于可分之债(如已经交付的设备因为未交付的设备而闲置)、是否存在损益相抵等。^⑥

① 类型是与概念相对应的思维方式。类型以归纳为运作方式，只能通过一系列要素来限定和描述，不仅要素之间存在有机联系，还可以开放地舍弃某些要素而保持该类型的品格，所以不同类型之间存在流动过渡的层次。

② 参见“丁万河诉种效政股权转让纠纷案”，北京市第三中级人民法院(2016)京03民终4156号民事判决书。“中晟东泰(南宁)纳米基公司、林卫东与浙江花园公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院(2017)最高法民申3354号。

③ 参见“张凯与莫日根巴特尔及北京链家房地产经纪有限公司房屋买卖合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2814号民事判决书。

④ 有学者经实证统计发现，债务人请求违约金酌减案件中，被支持率在72%~79%之间。参见罗昆：《我国违约金司法酌减的限制与排除》，《法律科学》2016年第2期，第116页。

⑤ 参见“韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环境工程装备总公司广东省环境保护工程研究设计院合同纠纷案”，最高人民法院(2011)民再字第84号民事裁定书。

⑥ 参见“西宁凯达实业发展有限责任公司与陈险峰、陈渊股权转让纠纷二审民事判决书”，(最高人民法院)(2016)最高法民终20号民事判决书。

例如，一方违反合同非主要义务，根本违约的另一方有权主张降低违约金。^①当事人约定以总价款作为计付违约金基数，在违约方已经给付部分款项时，应以违约方未付的剩余款项为基础考量违约金约定是否过高。^②有学者甚至认为，在违约金酌减案件中，基于违约金合同履行担保的功能，首要的考量因素应该是债务人义务违反程度及过错程度。^③

第四，违约责任不以过错为一般构成要件，但违约金调整案件中，过错具有重要意义。“当事人的过错”既包括债务人的过错程度^④，也包括债权人的与有过失。例如，合同不能履行双方均有过错，请求高额违约金难获支持，法院可依各方过错程度酌定违约金数额。^⑤出租人在承租人根本违约后长期闲置租赁房屋，违约方有权主张降低违约金，法院有权酌定合理的违约金计算方式。^⑥当然，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。

第五，当事人的缔约能力对认定违约金是否过高也有重要意义，具体涉及当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等。例如，关于海口市住建局应承担的违约金标准的确定问题。案涉《框架协议》第十二条约定“甲方违反本协议第二条、第五条约定，每逾期一天，应承担应付款项万分之五的违约金”“甲方违反本协议第九条约定，每逾期一天，应承担应补偿数额万分之五的违约金”。且按照案涉《框架协议》的约定，如海口电信城投公司违反协议约定，亦应向海口市住建局承担相应的违约责任，故该协议约定的违约金的适用条件对任何一方而言都是公平的。案涉《框架协议》的一方主体为主管工程建设的政府机构，另一方为专业的工程投资公司，双方具有相当的缔约能力。该协议约定的违约金计算标准，系双方在平等协商的基础上确定的，其主要目的是为了督促海口市住建局如期履行资金投入的义务。^⑦有学者甚至指出“格式条款中针对提供方的违约金不得减少，针对接受方的违约金不得增加”。“针对商人的违约金原则上不得减少。”^⑧《德国商法典》第三百四十八条规定：“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》第三百四十三条的规定减少。”

第六，金钱债务迟延履行对应的利息损失。根据《民间借贷司法解释》第三十条规定，金钱债务违约金酌减案件中，应该注意衡量违约金数额与迟延履行金钱债务对应的利息损失。司法实践中，金钱债务迟延履行违约金的计算方法有多种。当事人主张约定的违约金过高请求酌减的，应当以实际损失为基础，但不能过分依赖实际损失。^⑨当事人在金钱债务中均未提交相应证据证明实际损失的，逾期给付价款所造成的资金占用损失为守约方实际损失。^⑩

总之，应当充分尊重当事人关于违约金的约定，一般不予主动调整。合同违约金调整实际上

① 参见“成都铠佑贸易有限公司与李宗俊、蒋靖等股权转让纠纷案”，最高人民法院(2015)民二终字第161号民事判决书。

② 参见“吴善媚、李耀生与梁新业、宋汉之、王兆远股权转让合同纠纷案”，最高人民法院(2016)最高法民终51号民事判决书。

③ 王洪亮：《违约金功能定位的反思》，《法律科学》2014年第2期，第124页。

④ 参见“史文培与甘肃皇台酿造(集团)有限责任公司、北京皇台商贸有限责任公司互易合同纠纷案”，最高人民法院(2007)民二终字第139号民事判决书。

⑤ 参见“宁夏金力泰钢结构有限公司与银川开发区宏建房地产开发有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案”，最高人民法院(2015)民一终字第57号民事判决书。

⑥ 参见“大同市天力房地产开发有限责任公司与山西同至人商业管理有限公司、吴建功房屋租赁合同纠纷案”，最高人民法院(2015)民一终字第340号民事判决书。

⑦ 参见“海口电信城市建设投资有限公司与海口市人民政府等合同纠纷上诉案”，最高人民法院(2016)最高法民终469号民事判决书。

⑧ 罗昆：《我国违约金司法酌减的限制与排除》，《法律科学》2016年第2期，第123、124页。

⑨ 参见“江西华春环保装饰材料有限公司诉许金富等企业承包合同纠纷案”，江西省高级人民法院(2013)赣民一终字第26号民事判决书。“新疆六道湾实业有限责任公司与乌鲁木齐市博元汽车修理有限公司合同纠纷案”，最高人民法院(2013)民提字第145号民事判决书。

⑩ 参见“昭通恒矿业有限公司、云南联恒投资股份有限公司与山东中翔集团有限公司、云南旺立达煤业有限公司企业出售合同纠纷案”，最高人民法院(2015)民二终字第63号民事判决书。

也就是在合同自由和利益均衡之间进行平衡。对过高违约金进行酌减时,应当结合案件的具体情形,以违约造成的损失(包括实际损失和预期利益)为基准,综合衡量交易的类型(行为的性质和目的)、^①合同履行程度(包括履行程度、违约发生时间、违约持续时间、合同是否属于可分之债等)、当事人的过错(包括债务人的过错程度,也包括债权人的与有过失)、当事人缔约地位强弱(缔约能力)、是否适用格式合同或条款、金钱债务迟延履行对应的利息损失等多项因素,根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡,避免简单地采用固定比例等“一刀切”的做法,防止机械司法可能造成的实质不公平。当然,也不能过分依赖于实际损失去判断。对违约金酌减考量因素及其动态权衡都不是封闭的,而是动态开放的。这就是超越概念法学和自由法学/利益法学的评价法学利益动态衡量思维,这种思维避免概念法学可能带来的机械司法,有效解决自由法学/利益法学评价对象与评价标准不分的理论弊端,^②也暗合中国儒家传统执两用中、中庸权衡的思维。

四、违约金酌减的举证责任分配

就违约金酌减调整对应的构成要件事实(如是否存在违约行为)的举证责任,《德国民法典》第三百四十五条规定:“债务人主张债务履行而争执违约罚之发生者,给付如非为不作为时,债务人对债务之履行负举证责任。”应该结合举证责任分配的消极事实说,将我国《民事诉讼证据规定》第五条第2款目的性限缩解释为作为之债中债务人方须对债务的履行承担举证责任。

(一)违约金酌减案件中举证责任分配的六种观点

就违约金酌减权对应的“违约金约定过高”构成要件事实的举证责任,存在如下观点:

第一,违约方承担举证责任说。根据法律要件分类说,“当事人应当举证因其违约行为给对方造成的实际损失的从而证明约定的违约金过高。”^③如在“刘守斌、刘守耀因上诉北京中铁华升置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”中,违约方开发商未提供充分证据证明当事人约定的违约金过高的情况下,按日计算向买受人支付全部已付款万分之五的迟延交房违约金,且相关数额占全部房款的比例约4%,并非过高,不宜对违约金进行酌减。^④当然,这个案件中由违约方承担举证责任还与违约方是格式合同的提供方有关,对格式合同提供方和非格式合同提供方应有所区别。

第二,守约方承担举证责任说。该观点认为,守约方离证据较近,守约方应该证明其损失的数额。^⑤笔者认为,此种举证责任分配方案与违约金避免损失举证繁琐的功能定位不尽契合。在“北京杰必信科技发展有限公司诉绍兴上虞英达风机有限公司买卖合同纠纷案”中,守约方主张因违约方逾期交货,造成损失,法院认为守约方提交的现有证据不足以证明其所主张的已经产

① 如对赌协议中的估值调整条款就不能简单根据违约金过高规则进行酌减,而应该更加尊重“愿赌服输”规则。业绩补偿条款性质并非违约金,非基于违约产生,其性质非违约金。业绩补偿金系业绩未达标情况下一方当事人的给付义务,其内容并不等同于违约金,业绩补偿金的计算结果系由商事主体基于自身风险预测和风险偏好决定,应遵从当事人的意思自治。参见“卓景公司、金茂公司及金茂公司股东黎某某对赌协议案”,绍兴中院一审:(2014)浙绍商初字第48号,浙江省高院二审:(2015)浙商终字第84号,最高院再审:(2015)民申字第2593号。

② [德]卡尔·拉伦茨著,陈爱娥译:《法学方法论》,北京:商务印书馆2003年版,第1页。

③ 姚蔚薇:《对违约金约定过高 如何认定和调整问题探析——〈合同法〉第114条第2款的理解与适用》,《法律适用》2004年第4期,第15页。

④ 参见“刘守斌、刘守耀因上诉北京中铁华升置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”,北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2825号民事判决书。

⑤ 祝来新、陈敏:《违约金的理解与适用》,《重庆工商大学学报》(社会科学版)2004年第1期,第100页。

生了80 000元违约金损失(转售合同违约金赔偿),法院认为“每天支付合同总额5%的违约金”32 500元过高,守约方主张的这个数额过高,因而酌减为按照延迟交货货款年息24%的标准支付违约金427元。^①本案正确的举证责任分配顺序应该是,鉴于本案属于非金钱债务的迟延履行,合同约定的违约金相对于货款年利率过高,而守约方主张自己遭受的实际损失是8万元,守约方须就该事实承担本证的举证责任。

第三,违约金过高事实的本证反证说。根据上海市高级人民法院沪高法民二〔2009〕13号《关于商事审判中规范违约金调整问题的意见》第六条、第七条,违约方主张约定的违约金过高的,应当提供违约金约定缺乏公平性的相应证据。守约方认为约定公平合理,否认约定的违约金过高的,在违约方提供相应证据后,也应当举证证明违约金约定的合理性。^②

第四,违约方承担初步的举证责任说。违约方需提供足以让法官对违约金公平性产生怀疑的证据,然后法官可将举证责任分配给守约方。^③最高人民法院法发〔2009〕40号第八条第2句规定:“……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。”有学者也对全有全无式的举证责任僵化分配做法持批评意见:“一般说来,违约方很难举证证明守约方因对方当事人违约而受多少损失。……对违约方在这方面的举证,采取较为宽容的态度,适当减轻违约方的举证负担。”^④司法实践中,法官常对违约方举证责任予以减轻,只要求违约方提供初步的,或者是能够引起法官对违约金过高合理怀疑的证据即完成了举证责任。^⑤举证责任并非固定不变,在满足特定条件下,法院可以将举证责任在当事人间转移。在“夏仲富与森都公司等股权转让合同纠纷再审民事判决书”中,法院认为“违约方至少应提供足以让人对违约金约定的公平性产生合理怀疑的初步证据,法院方可将举证责任转移给守约方,由其证明因违约造成的实际损失或者违约金约定的合理性。”^⑥对于违约金调整采取“违约方初步举证——举证责任转移至守约方”的方式较为合理地处理了违约金调整的举证矛盾。

第五,证明标准降低等综合解决说。违约金过分高于实际损失的初始证明责任由违约方承担,这符合证明责任分配的一般标准,也契合违约金对损失预定的功能定位。当违约方证明损失确有困难时,在其提供初步证据后,如果可以将举证责任转移给守约方,则违背在诉讼中可能移转的是提供证据的责任,而非证明责任,也违背违约金的功能定位。^⑦当违约方证明损失确有困难时,应当通过适用举证妨碍制度、降低证明标准为较高程度盖然性、法官指导当事人调查取证、法官代为调查取证、询问当事人等方式综合解决,而不能简单消极利用证明责任规则进行裁判。某项事实不能被证明并不意味着其就真实地不存在。笔者认为,综合解决说体现了证明责任裁判作为最后手段的特点,值得肯定,但认为证明责任绝对不会发生转换,则不符合通说观点,^⑧而且证明标准降低和初步举证责任之间也仅仅是概念术语解释选择上的差别。

第六,非金钱债务中违约金是否过高的三阶段举证责任说。债务人首先应证明约定金额高于

① 参见“北京杰必信科技发展有限公司诉绍兴上虞英达风机有限公司买卖合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2017)京03民终6708号民事判决书。

② 参见“西宁凯达实业发展有限责任公司与陈险峰、陈渊股权转让纠纷二审民事判决书”,最高人民法院(2016)最高法民终20号民事判决书。

③ 参见江苏省高级人民法院苏高发审委〔2005〕16号关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要(一)第30条、山东省高级人民法院民二庭《关于合同纠纷审判实践中的若干疑难问题》第10条。

④ 崔建远:《合同法》(第2版),北京:北京大学出版社2013年第2版,第393页。

⑤ 参见“上诉人玉门商汇房地产开发有限公司与被上诉人段昱君房屋买卖合同纠纷一案二审民事判决书”,甘肃省高级人民法院(2015)甘民一终字第91号。“李伟诉彭建森股权转让合同纠纷案”,最高人民法院(2016)最高法民申3355号民事裁定书。

⑥ 参见“夏仲富与森都公司等股权转让合同纠纷再审民事判决书”,浙江省高级人民法院(2011)浙商提字第55号民事判决书。

⑦ 吴玉萍:《当事人双方均不能证明实际损失时违约金的调整》,《人民法院报》2013年10月31日,第6版。

⑧ 民事诉讼法学界通说认为,举证责任可以发生转移。参见张卫平:《民事证据法》,北京:法律出版社2017年版,第275—276页。

违约造成的损失,一旦确定约定金额高于造成的损失,则须考察是否“过分高于”。债务人举证已达到30%的标准,债权人则可证明即使达到该标准,也不属“过分高于”,债务人对此还可再反证。金钱债务迟延履行违约金有其特殊性,迟延履行金钱债务造成的主要是利息损失,可以根据日常生活经验法则免除债务人的举证负担。当然,债权人主张自己在利息损失之外还有其他损失的,则应该对该“其他损失”承担举证责任。^①

(二) 违约金酌减案件中举证责任分配的类型化思考

综合上述六种观点,就违约金酌减案件中的举证责任分配,笔者分析如下:第一,应该区分作为之债与不作为之债分别其举证责任配置,区分金钱债务与非金钱债务分别其举证责任配置。迟延履行金钱债务造成的主要是利息损失,应当根据日常生活经验法则豁免债务人的举证负担或者根据表见证明减轻债务人的举证负担。第二,违约金酌减诉讼中举证责任分配应该注意区分违约方的本证与守约方的反证,不宜由双方当事人同时对“过高”或者“合理”的事实承担举证责任。第三,应该采取“违约方初步举证——举证责任转移至守约方”的方式,这较为合理地处理了违约金调整的举证矛盾,也实质上降低了违约方本证的证明标准,符合违约方和守约方之间的利益衡量。究竟采取违约方承担初步的举证责任说,还是采取降低违约方在本证中的证明标准,这属于纯粹民法学问题中的解释选择问题。

此外,尤其重要的是,违约金酌减案件中,负有举证责任的合同当事人未尽到自己的举证责任时,法院能否直接进行败诉判决?这涉及违约金过高与否的相关事实,究竟遵循辩论主义立场由合同当事人承担举证责任,还是依循职权主义由法院审查?证明责任是一种假定,不能简单适用证明责任规范裁判案件,守约方受到的损失数额不能证明,并不等于守约方未遭受任何损失。在违约金酌减案件中,负有举证责任的合同当事人未尽到自己的举证责任时,法院不宜简单直接进行败诉判决。例如,双方合同约定滞纳金或者固定金额违约金明显过高,守约方在无法证明其实际损失的情况下,要求违约方按照合同约定承担违约责任,违约方请求法院酌减时,法院能否以不应超过年利率24%为酌定减少的标准?在租赁合同中,承租人未依照合同约定交付租金的,出租人如果不能证明自己遭受的实际损失,法院有权依法合理酌定,具体数额以法律所保护的民间借贷利率标准予以确定为宜。双方合同约定滞纳金为日百分之一,守约方在无法证明其实际损失的情况下要求违约方按照合同约定承担违约责任,违约方请求法院酌减时,法院酌定标准不应超过年利率24%。^②当事人主张对过高违约金酌减的,一般应以实际损失为参照标准予以衡量,但也不能过分依赖于实际损失。^③

五、依职权酌减违约金等相关程序法问题

违约金调整权属于当事人的形成诉权,就违约金调整权的行使主体,法官或者仲裁员对合同

① 参见“山西中进实业集团有限公司、太原吉祥房屋开发有限公司、马晓源诉北京中海宏洋地产有限公司股权转让纠纷案”,北京市高级人民法院(2014)高民终字第1043号民事判决书。“张桂平诉王华股权转让合同纠纷案”,江苏省高级人民法院(2005)苏民二初字第0009号。

② 参见“北京米勒阳光影视文化传媒有限公司诉北京同译视创会展有限公司、李浩租赁合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7051号民事判决书。“中晟东泰(南宁)纳米基公司、林卫东与浙江花园公司建设工程施工合同纠纷案”,最高人民法院(2017)最高法民申3354号。

③ 吴玉萍:《当事人双方均不能证明实际损失时违约金的调整》,《人民法院报》2013年10月31日,第6版。

违约金调整应该遵循“不告不理原则”，不能依职权主动调整违约金，^① 否则就违反了民事诉讼处分原则。^② “作为当事人的一项形成诉权，违约金调减权的行使主体仅为当事人，人民法院不得依职权主动行使。”^③ 违约金是否过高是裁判机关决定是否对违约金调整的前提，而非当事人申请酌减的条件。

就违约金调整权的行使方式，《合同法司法解释二》第二十七条规定可以通过反诉或者诉讼上的抗辩方式行使。违约金调整权是形成诉权，有学者认为，违约金调整权可以通过本诉或者反诉的独立诉讼方式行使。而针对本诉请求的抗辩不属于独立的诉讼。如果抗辩理由成立，仅导致对方当事人的诉讼请求不受法院支持。允许以抗辩方式行使违约金调减权的主要目的在于方便诉讼，但这一目的“可以由法官予以释明，无须增加抗辩这一方式”。^④

就违约金调整权的行使时间，从解释论上看，《买卖合同司法解释》第27条第2款规定二审法院“可以直接释明并改判”，这种做法的确有利于提高诉讼效率，二审法院在审理过程中也会遵循这种规定。^⑤ 但从立法论上看，直接改判的做法剥夺了当事人上诉权，损害了其审级利益，以诉讼效率牺牲了实体公正。如果当事人没有明确表示放弃违约金调整权，其调整权应受到二审的保护。根据《民事诉讼法司法解释》第328条规定，当事人在二审中提出违约金调减申请时，法院可以根据当事人自愿原则进行调解，调解不成，则告知其另行起诉，而非发回重审。

就违约金调整权行使与否的释明，从最高人民法院法发[2009]40号第8条到《买卖合同司法解释》第27条，最高人民法院就法官对违约金调整进行释明的态度，由“可以”释明转变为“应当”释明。不同于《诉讼时效司法解释》第3条“禁止对诉讼时效进行释明”的立场，对违约金调整进行释明属于诉讼指挥权，体现了法官的自由裁量职权，通过释明，实现当事人之间诉讼能力的实质平等。当然，对违约金调整的释明不能“一刀切”，也应该做利益动态衡量，当开发商作为违约方，买房人作为守约方时，就不宜直接对违约方申请调减与否进行释明。法官的过度释明导致当事人对司法中立产生合理怀疑时，可以作为当事人申请回避的理由。

六、结 语

民法具体规则的法律适用方法以司法三段论涵摄为主，民法基本原则的法律适用方法以法律论证权衡（价值判断问题的实体性论证）为主。违约金酌减中“过分高于”的构成要件事实无法具体化并简单涵摄操作，更宜将认定是否“过分高于”的相关考量因素动态系统化。通过对违约金酌减案件的社会实证分析，将违约金酌减考量因素揭示出来，将法院操作过程透明化，既要避免“一刀切”式的机械司法，也要减少法院在个案中不理性的感觉判断和主观恣意。对过高违约金进行酌减时，应当结合案件的具体情形，以违约造成的损失（包括实际损失和预期利益）为基准，但也不能过分依赖于实际损失，而是要综合衡量交易的类型（行为的性质和目的）、合同履行程度（包括履行程度、违约发生时间、违约持续时间、合同是否属于可分之债等）、当事人的过错（包括债务人

① 参见“山西嘉和泰房地产开发有限公司与太原重型机械(集团)有限公司土地使用权转让合同纠纷案”，最高人民法院(2007)民一终字第62号。

② 参见“北京杰必信科技发展有限公司诉绍兴上虞英达风机有限公司买卖合同纠纷案”，北京市第三中级人民法院(2017)京03民终6708号民事判决书。

③ 谭启平、张海鹏：《违约金调减权及其行使与证明》，《现代法学》2016年第3期，第41页。

④ 谭启平、张海鹏：《违约金调减权及其行使与证明》，《现代法学》2016年第3期，第42页。

⑤ 参见“张凯与莫日根巴特尔及北京链家房地产经纪有限公司房屋买卖合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2814号民事判决书。

的过错程度,也包括债权人的与有过失)、当事人缔约地位强弱(缔约能力)、是否适用格式合同或条款、金钱债务迟延履行对应的利息损失等多项因素,根据公平原则和诚实信用原则进行利益动态衡量和实质判断。违约金酌减案件中的考量因素是动态开放而非封闭僵化的,不同考量因素在个案中有不同的结合方式,不存在能够一体适用于不同个案的违约金酌减情节。也并非对个案中所有考量因素的作用力可等量齐观,不同考量因素的论证力存在变动性乃至相对性,应当结合案件的具体情形,运用利益动态衡量方法,做“或多或少”而非“全有全无”式的个案分析。违约金酌减案件中,还应该采取“违约方初步举证——举证责任转移至守约方”的方式,这也从实质上降低了违约方本证的证明标准,负有举证责任的合同当事人未尽到自己的举证责任时,法院不宜简单直接进行败诉判决。

English Abstract

Dynamic Balancing of Interest in Discretionary Reduction of Liquidated Damages

WANG Lei

Abstract: The dynamic balancing of interest combines balancing of interest and dynamic system theory, which also includes two stages of interest discovery and interest argumentation. The specific considerations of value judgment are revealed and the strength of their argumentation is dynamically weighed to form the resultant force of argumentation. The constitutive elements of discretionary reduction of liquidated damages cannot be concretized; it is better to systematize specific considerations dynamically. By social empirical analysis of case study on discretionary reduction of liquidated damages, we can reveal specific considerations in order to reduce the court's irrational judgment and avoid "one size fits all" type of mechanical justice. In cases of discretionary reduction of liquidated damages, we should dynamically balance specific considerations in accordance with the principles of fairness and good faith, and make "more or less" rather than "all or nothing" type of case analysis with the concrete circumstances of the cases. We should not adopt "all or nothing" type of burden of proof to the essential fact whether liquidated damages is too high. Instead, we should adopt the breaching party burdens preliminary proof then the burden of proof shifts to the other party, which substantially reduces the certificate of proof standard of breaching party. Those who bear but fail to achieve the burden of proof cannot be simply and directly sentenced to lose the lawsuit by the court.

Key Words: Discretionary reduction of liquidated damages; Specific considerations; Burden of proof; Dynamic balancing of interest