

论约定违约金调整的正当性与限度

孟勤国 申 蕾

摘要：约定违约金调整直接影响合同当事人利益，是目前合同纠纷审判中最具有争议性的问题之一。目前我国约定违约金调整的司法解释规则存在着重大缺陷，主要表现在调整标准过于宽松，调整力度过大，损害合同自由，妨碍法官谨慎行使自由裁量权等。调整约定违约金应以利益平衡和诚信守约为导向，以合同法语境下的公平为基石，确立一般情况下不予以调整、调整应有充分理由的原则。为此，应该将可得利益纳入损失的范围，放弃现行的30%的违约金调整标准，违约金调整须与合同履行程度关联。

关键词：约定；违约金；调整标准；合同法

中图分类号：D923.6 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-854X(2016)07-0130-08

违约金是合同违约救济的重要手段，法律允许当事人自由约定违约金，但并非所有约定的违约金都能得到司法强制力的保护，不管大陆法系合同法还是英美法系合同法，都赋予了法官在一定条件下对约定违约金进行调整的权力。但是，合同条款是双方当事人充分协商后达成的一致意见，对其调整实质上是对当事人自由意志的干涉，除了需要法定条件外，还需要充分的正当理由。

一、我国违约金调整司法解释规则的重大缺陷

我国约定违约金调整规则源于《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第114条。该条明确规定：约定的违约金低于或过分高于造成的损失，当事人可以请求法院予以增加或适当减少。《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）》（以下简称《合同法解释二》）第28、29条确立了调整标准。该调整标准将《合同法》第114条第2款的“过分高于造成的损失”的定性标准转化为“超过损失的百分之三十”的定量标准。不仅如此，该调整标准还对《合同法》第114条做了缩小解释，将损失限定为实际损失，有别于《合同法》第113条关于损失“包括合同履行后可以获得的利益”的规定，因而在审判实践中，几乎都演绎为“超过实际损失的百

分之三十”^①。

合同是实现意思自治的重要途径，具有相对性的特点，在不损害国家利益、公共利益以及第三人利益的情况下，司法裁判对合同的干预必须在确有必要时才可以进行，国外立法也大多都反映出这种谨慎态度。例如，美国《统一商法典》第2—718(1)条规定了合同“意思自治”原则，法官对违约金的干预相当慎重，以免法官代替当事人订立合同和改变当事人订立的合同条款。只有在约定违约金严厉到使违约金具有了罚金性质，并使得非违约方不正当地得到太多好处时，才能使司法裁判关注点转向公平。^②美国合同法认为违约救济不可过分，“过分”的标准是救济与合同本身的成本以及攸关利益在比例上严重失衡^③。又如，法国《民法典》第1134条明文禁止法官在没有法律直接规定的情况下运用其司法权力改变合同的内容，第1152条还曾规定：“如契约载明，债务人不履行债务，应支付一定数额的损害赔偿时，不应给予他方当事人较高或较低于规定数额的赔偿”。直到1975年之后法国才修订了第1152条，赋予法官以变更违约处罚条款的权力。但在法国司法实践中，违法处罚条款的不可触犯性事实上仍然居于主要地位，因为法国最高法院不仅将调整限定为不低于损失的数额减少上，而且还要求法官在判决中必须陈述变更合同违约处罚条款的理由，不变更则无须陈述^④。

我国《合同法》调整约定违约金的本意也是严

格限定，但最高人民法院司法解释的调整标准过于宽松，让《合同法》的立法本意落空。我们选取和分析了最高人民法院近年来 35 件涉及违约金认定、调整相关问题的合同纠纷案件^⑤，其中，3 件因没有认定违约等理由不支持违约金诉求，1 件认定为约定不明而酌定了违约金数额，10 件没有对约定违约金进行调整，21 件调低了约定违约金，而调高违约金则没有。可见，违约金调整已变异为调低违约金，比例高达 60%。相比之下，2012 年法国最高法院审理的 17 件涉及违约金调整主张案件中，只有 2 件获得法院的支持而给予调整^⑥，我国对约定违约金的调整力度不可谓不大。需要说明的是，笔者所选的分析样本包括了所选期间的几乎所有涉及违约金调整的合同纠纷案件，绝无倾向性选择。有关调研数据也可以印证，例如某直辖市内三级法院关于违约金调整的 1032 件案件中，法院支持违约金过高主张的案件有 773 件，比例高达 74.9%^⑦。

目前，我国违约金调整的现状凸显出三大问题：

1. 以超过损失 30% 为调整标准明显不合理

不同的经济行为有着不同的风险等级和收益率，不同类型的合同因此有着不同的违约救济需求。同一笔款项，借款的损失可能只有利息，货款的损失可能包括了市场价格波动的差价，股权转让款的损失可能包括企业经营状况改变引起的股权价值变动。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，硬性指标容易出现不公平情形^⑧。而且，30% 比例本身就on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^⑨。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？

此外，以超过损失 30% 为调整标准会影响法官谨慎行使自由裁量权。以股权转让为例，当事人未按照约定支付股权转让款，给对方所造成的损失一般被认定是“资金占用损失”^⑩，即利息。在支持当事人关于调整约定违约金的判决中，酌减的标准却不同，有的按照同期贷款利率计算，有的按照同期贷款基准利率的四倍计算，还有的按照同期贷款基准利率的 1.3 倍计算。这样，个案结果相差甚大，尤其是在基数较大的情况下，相差几个百分点就有可能相差几十万、几百万元。有了 30% 的调整标

准，法官几乎就不需要考虑如何选择与个案相匹配的计算标准等因素，可以随意选择一种计算方式，很容易导致同案不同判。

有些情况下，当事人约定的违约金虽明显超出实际损失，考虑当事人的过错程度或预期利益等情况，法院可能支持“过高”的违约金^⑪，体现惩罚性违约金的作用，但违约方可能抓“30%”调整标准这一点不断申诉。当预期利益损失明显但又难以精确计算如煤炭价格上涨带来的煤矿升值时，为了避免费劲解释维持“过高”违约金，法官容易以 30% 的调整标准作为对违约方妥协的依据和理由。

2. 可得利益损失的定位明显失当

与固定过高或过低比例相比，损失范围的大小对违约金的影响更大。损失范围不能确定，比例再怎么恰当也得不出恰当的结果。损失以实际损失为主，可得利益损失被司法裁判定位为兼顾因素，损失的认定自然就倾向于实际损失，形成不计算可得利益损失是常态，支持可得利益损失是例外的局面。司法实践之所以出现只有调低而没有调高约定违约金的情形，与可得利益损失的定位失当有直接的关系。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。

实际损失是信赖合同能履行而支付的费用或财产。可得利益为合同如约履行时受害人可得到的利益，即期待利益或履行利益^⑫。大陆法系中的可得利益与英美法系合同法中的期待利益实质相同^⑬。可得利益一般都在违约金涵盖范围之内，不管是美国合同法对违约的金钱损害赔偿数额的计算方法^⑭，还是德国民法典的规定^⑮，都是如此。依据我国《合同法》，可得利益的损失也当然包括在损失中，《合同法解释二》将可得利益视为“兼顾因素”，这显然与《合同法》关于违约造成的损失应包括合同履行后可以获得的利益的规定不符^⑯。可得利益在估算上有一定难度，法官在实际审判中容易持严格把握的保守态度，剔除或尽量不计入可得利益。然而，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。当事人交易时，除了市场价格的波动外，会考虑各自的交易成本、关联关系、公司背景等综合因素。即使是相同的交易，不同当事人的交易结果也很难有相同的可得利益。为避免将来出现估算可得利益的争议，约定一个确定的违约金是最为简便也最符合当事人意愿的办法。一般情况下，

可得利益损失是当事人约定违约金的主要目的，某种意义上，约定违约金就是用来解决可得利益损失估算困难的。

3. 损害合同自由和裁判公信力

相对于其他民事关系，合同关系因其相对性更应体现意思自治。合同一般只涉及当事人之间的利益，即使违约金数额过高或过低，当事人缔约时自愿达成的一致意见只要不涉及社会公共利益、国家利益和他人利益，司法裁判没有必要主动干预^①。这事关合同自由，“个人处于了解其最佳利益的最佳地位，并应自由地追求这种利益”^②。我国《合同法》第4条规定当事人依法享有自愿订立合同的权利，此条是否足以证明我国合同法确立了合同自由原则，学界存在分歧，但即便是“自愿原则”^③其实也是一种合同自由。然而，30%的调整标准和可得利益的定位在很大程度上窒息了合同自由。

合同自由下，法官必须尊重当事人的意愿，调整约定违约金是一件非同寻常的事情，法官不能轻易动用司法权力干预当事人的意愿，实在必要也要充分说明理由。这是因为，违约金是违约的主要成本，是约束合同的法锁，如果违约金可轻易调整，意味着合同的后果不取决于当事人的意愿。我国现行调整规则下，约定违约金超出损失30%，但案情并不一定达到“过分”程度时，法官若不调低违约金，反而要找出不调整的理由^④，这就引导和强化法官酌减约定违约金的意愿和习惯。然而，法官酌减违约金会让守约方不满，也未必能让违约方满意，双方都上诉的情形并不少见。约定违约金是某个数额的2倍，不管法官酌减多少，违约方会觉得应该更低，守约方认为根本不应该降低。所以法官主动干预当事人意愿常常会吃力不讨好。因而，与其纠结调到1.3倍还是1.5倍，不如直接按照合同约定的2倍，至少这是缔约时双方当事人都认可的违约金。事实上，很难说清1.3倍或1.5倍哪个更“公平”，再加上裁判文书常常简单引用30%标准作为调整约定违约金的理由，怠于分析约定违约金过高的其他理由，很难让当事人和公众信服。

二、约定违约金调整的正当性

学界虽然普遍认为约定违约金在一定情形下需要调整，但对调整的根本原因认识不一。有学者认为，调整约定违约金的出发点应是合同正义与诚信理念^⑤。这种观点着眼于整个合同规则的设置目的，没有体现出违约金调整区别于其他合同规则的个性

差异。正义是法的实质和宗旨，合同正义是合同法的目标，是高于合同价值以及合同原则的概念，从这个意义上说，整部合同法都是为了实现合同正义，任何合同法规则都应是出于合同正义的。这种普适性解释显示不出违约金调整规则的独特功能和其他规则的不同意义。诚实信用原则是民法的基本原则，对合同法而言也没有区别于其他民法规范的特殊意义，诚实信用原则是从债法原则上升为民法原则的。而且，实事求是地说，很难将违约金调整规则归结为弘扬、鼓励、追求诚实信用，当事人推翻原本约定好的违约金本身就偏离了诚实信用的含义和要求，法院若以诚实信用原则作为出发点，恰恰应是维持当事人的约定违约金，正如一些维持违约金的判决所陈述的那样^⑥：“根据公平原则和诚实信用原则，当事人在《协议书》中约定的违约金……，无需调整。”应该说，法官对约定违约金的调整，其实是在贯彻诚实信用原则和维持个案公平中选择了个案公平，不仅支持了当事人的反言，而且传递出法院在有些时候弱化诚信原则的信息。一旦“有些时候”成为“很多时候”，调整约定违约金就与诚实信用原则渐行渐远。有学者认为，约定高额的违约金可能会让一方为取得违约金而故意促使对方违约^⑦，实属杞人忧天。一般而言，当事人只能扩大对方违约的后果，难以在自己守约的前提下实施“故意促使对方违约”的行为。当事人是否履约首先取决于当事人的意愿，合同领域中似乎找不出“故意促使对方违约”的条件和路径。至于因对方不当履行引起本想正常履约的当事人不想履约，这属于抗辩权的行使范畴，也不属于“故意促使对方违约”。

另有学者认为，调整约定违约金是为了更好地贯彻当事人的意思自治，因为弱勢的合同相对人在缔约过程中实际处于不平等的地位，对合同条款只能无奈接受，实际上意思表示不自由、不真实。违约金调整规则是为了矫正这种扭曲了的缔约地位^⑧。这种观点首先是以偏概全。约定违约金过高或过低，有些处于缔约地位不平等，但一定不是全部。缔约地位平等，同样可以出现约定违约金过高或过低的情形，例如，当事人误判了交易本身和市场环境。而且，合同是当事人意思表示的客观凭证，一般情况下，合同本身就能证明双方的意思表示，法律行为的本质是意思表示而不是内心真意。如果意思表示不真实，属于合同效力问题。当事人因各种因素处于相对弱勢地位，缔约时被迫接受不尽如人意的条款如格式合同，立法通常是从强制缔约、有

利于的弱势方的合同解释规则等角度予以调节，因为合同目的在于履行，只有交易内容和方式达成一致后，才涉及违约金这样的救济条款。与有些学者想像的相反，许多商事活动中，强势当事人缔约时往往在选择对方当事人、确定价格和交易方式上有很大的优势，弱势当事人正因为交易条件上没有选择，才指望以较高的违约金制约强势方肆无忌惮地违约。此时，违约金的调整反而会伤害弱势当事人最后的交易保障。以建筑工程施工合同为例，由于供求关系原因，施工方经常被迫垫资。施工方为了制约比比皆是的发包方拖欠工程款的问题，约定的逾期付款违约金大多高于万分之二。但拖欠工程款纠纷一旦诉诸法院，发包方几乎无一例外地以违约金过高为由请求调低约定的逾期付款违约金。发包方在缔约时利用强势地位压缩了施工方的利润，通过逾期付款节约了融资成本，如果还能以约定违约金“过高”为由降低违约成本，那么约定违约金的调整就沦为发包方违法获利的工具。

公平应是约定违约金调整的唯一正当理由。在约定违约金上发生了公平、自由、诚信等原则的冲突，立法选择了公平，《合同法》第114条就是立法选择的结果。这一选择并不存在规则层面的对错，而是一种价值平衡，是不同法律原则的价值、法律价值与社会价值之间的比较选择。这是一种价值取向的抽象选择，主要影响法律思维，并非具体判案指引，因而需要法官深刻的理解和谨慎的判断。必须指出，约定违约金调整所追求的公平，并不是一般意义上的公平，而是为了应对过分不公平^⑤，以化解损害诚实信用原则和维持个案公平的矛盾。诚实信用原则更多地体现法律价值，体现的是合同法的整体感受。个案公平更多地体现社会价值，以个案形式满足合同主体的公平体验。立法和司法裁判之所以支持当事人出尔反尔的行为，是因为个案的过分不公平对社会价值的损害过大，不予以调整将导致社会价值与法律价值的失衡。但是，公平优先于诚信本身就是一种不能两全的选择，必须警惕和防止由此产生的不可避免的负面作用，因而，严格限定适用范围、条件和结果是这一选择的先决条件。约定违约金调整应是避免过分不公平的最后救济，不能作为实现一般公平的首选和常用工具。

众所周知，任何语境下都不存在绝对的公平。但是，这并不意味着不能从度上把握公平。如果将公平程度比喻为一个标尺，从绝对公平起将经历基本公平、略微不公平、不太公平、过分不公平……直到绝对不公平。约定违约金调整的关键问题是调

整的准星应该在标尺的什么位置，这必须考虑合同法公平的特性。合同法是市场经济的产物，相对于其他民法规则，具有浓重的商业色彩，注重商业规律及习惯，鼓励交易，维护自由竞争。这是“自由”能成为合同法原则而不是民法原则的重要原因。商业活动中，绝对的等价不会产生对价交易，以100元去换两张50元不是一个对价交易行为。当事人为增加收益而交易，不同的资源情况、不同的市场判断，不同的交易时机等等，决定了交易行为。因而，合同法的公平较其他民事规则的公平，在尺度上更为宽松，更取决于当事人的意思表示。这种宽松的公平与合同自由具有同一性，从某种程度上可以理解为自由即公平，自愿达成的协议对双方当事人意味着公平。我国《合同法》第114条规定“过分高于”，而不是“高于”，体现的正是合同法语境下的公平。由此而言，将违约金调整限定于极少数非调不可的情形，是我国《合同法》立法选择的本意。

我国《合同法》第114条的文义较为模糊，司法裁判本应仔细琢磨《合同法》在违约金调整上的价值取向，尽量少用和限制约定违约金调整。可是，《合同法解释二》第28、29条背道而驰，开启了法官自由调整违约金的大门。追求一般公平和避免过分不公平是两种不同的审判目的，前者表现为一种积极干预的态度，后者表现为一种消极干预即非管不可才管的态度。在我国司法裁判思维中，一般公平具有很大的影响力，法官往往自觉不自觉地追求一般公平，忽略合同法语境的公平。由于历史的原因，人们也包括法官不甚在意机会成本、时间成本等商业概念，有关公平的关注意常落在物质成本与收益是否相当之上。因而对“暴利”很敏感。民法通则规定民事活动应等价有偿，正是这种社会心理的体现。合同因违约而无法履行下去，尤其是履行程度较低时，单凭当初的一个约定就得到高额补偿，总给人“不劳而获”的感觉。例如，卖房的本以为房价要跌，但交易过程中房价却上涨，就想方设法毁约，毁约后又千方百计少付违约金，理由是买房的除了已付的房款及利息之外没有什么损失，不应取得高额的违约金。这很容易引导法官同情违约方从而积极地酌减约定违约金。

因此，司法裁判需要改变固有的审判思维。在违约金调整问题上，以合同法语境的公平取代一般的公平，以合同法语境的公平作为调整违约金的正当性基石。相应地，最高人民法院《合同法解释二》第28、29条应该废止或修改。

三、约定违约金调整的限度

对于约定违约金如何调整的问题，一些学者认为应与违约金性质挂钩。有学者认为，赔偿性违约金的实质是损害赔偿总额预定，惩罚性违约金才是真正的违约金，违约金酌减只适用于惩罚性违约金，违约金数额是否过高要根据违约情况、违约结果、债务人利益以及合同损害继续发展的状况综合衡量^⑤。有学者认为，司法酌减规则仅适用于赔偿性违约金，对惩罚性违约金，应由合同效力规则甚至类推适用违约金 20%法定上限规则（担保法第 91 条）作合理性控制，不能适用司法酌减规则^⑥。也有学者反对补偿与惩罚双重属性说，从功能上将违约金分为赔偿性违约金与履约担保性违约金，判断赔偿性违约金是否过高以债权人为观察对象，高于可预见的损失或实际损失就应减少，具体损失难以计算的以可能的最大损失为标准来判断当事人约定的违约金是否过高。判断履约担保性违约金是否过高应以债务人为观察对象，以违约金是否足以促使债务人履行债务为依据，从债务人依合同原定的给付内容大小、违约金的数额、债务人因违约可能获得的利益大小、是否与其他形式的违约责任并用、债务人的经济承受的能力和财务状况等因素综合判断^⑦。

约定违约金的调整与违约金的性质没有必然联系，违约金性质有“补偿说”、“惩罚说”、“补偿与惩罚双重属性说”、“目的说”、“单一属性说”等^⑧，众说纷纭，立法该采用哪一种？这本身就是一个无解的问题。而且，也没有必要依据不同性质违约金建立调整标准。调整约定违约金的标准越复杂、越细化，就越难适用个案的具体情况，越难尊重当事人的意愿，也就越会压缩合同自由的空间。司法实践中，违约金是否过高是事实问题，是要判明违约金的数额是否在一定的限度之内，这是一个数额比较的问题^⑨。约定违约金的调整问题归根结底是考量约定违约金的数额（包括依约定的计算方法计算所得出的数额）与损失数额上的差距，因为，关键在于司法裁判如何回到我国《合同法》第 114 条的轨道。对此，我们有三点建议：

1. 将可得利益的损失明确纳入损失范围

可得利益损失只是一个兼顾因素，讨论违约金的惩罚性或赔偿性没有任何实际意义，因为只认定实际损失的违约金数额一般都低于守约方的损失。比起违约金的性质而言，当事人更关心的是真正得

到的违约金数额。如果违约方总能以低于对方损失的价格作为违约代价，违约就成为低成本高收益的营生，诱导更多的违约行为。当事人不能从违法行为中获利，是也必须是我国立法和司法裁判的一个原则，一个不受任何理由干扰的原则，道理很简单，允许当事人以违法行为获利违背了法治的基本宗旨，即任何人都不得从事违反法律的行为。有必要澄清，以违法行为获利并非英美合同法中的效率违约。效率违约的伦理基础是财富最大化，即在某种资源的配置下，如果至少有一人的状况改善了，且没有他人变得更糟，这种资源配置就是更好的选择。效率违约是从整个市场角度考虑，提前终止一个合同所节省出的资源和时间，可能让当事人在下一个合同行为中得到更多的回报，使经济总量得到增长。这种违约的前提是守约方得到了充分的补偿，而不是违约方从其违约的合同交易中节省出本该支付的补偿，牺牲守约方的利益。

可得利益损失不易认定和举证，这常常成为法官将可得利益排除在损失之外的动因。确实，合同履行后可得的利益除了受市场价格波动影响外，还受交易成本、谈判技巧、公司背景等综合因素影响，就算是最简单的买卖合同，同样的东西，不同的公司很可能卖出不同的价格。对可得利益的可预见性的认定也很难，通常情况下，交易双方在订立合同时无法精确预见另一方的可得利益，或者虽然预见到可得利益的种类，但没有预见到数额，这都会成为抗辩可得利益损失的理由。而且，主张调整约定违约金的违约方，不会也难以证明守约方的可得利益损失，举证可得利益损失的责任事实上落在守约方头上，守约方自然处于举证不利的劣势。但这些不应成为不计算可得利益的借口。只要准确把握可得利益的种类和同行业同期利润两大因素，可得利益损失的数额是可以公平确定的。

在《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》中，可得利益损失按照合同类型主要分三类：生产设备和原材料等买卖合同的生产利润损失，承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同的经营利润损失，先后系列买卖合同的转售利润损失。对于利润率比较稳定，价格相对平稳的行业来说，利润容易计算，例如，租赁房屋的损失可以同期同类租赁价格举证和认定，大宗商品的出售可以实时行情价格计算转售利润。这些可得利益损失，确定了种类一般都能计算出相对客观的数额。有些行业，不同企业的生产利润相差较大，当事人根据自己的财务状况

主张预期利润，可得利益损失需结合行业特点和当事人生产经营状况综合考虑，此时行业平均利润比个别公司利润更有参照意义。在某案^⑧中，主张可得利益损失的当事人提供了公司财务载明的利润率、行业协会载明的年度主营业务利润率、同业务的上市公司公布的利润率；对方则认为其可得利益损失的主张缺乏证据，因为原审法院查明的纳税申报表显示其当年营业处于亏损状态。最后法院认定：同时期亏损不说明其合同履行完毕后没有可得利益，作为生产加工型企业，前期的成本投入较大，利润回收具有一定的滞后性，并以各家公司利润情况并不等同为由，综合考虑合同金额、履行情况以及当时同类行业利润等因素酌定了可得利益损失。

可得利益损失的估算并不排除误差的存在。毕竟是“可得”而不是“已得”，误差在所难免，因而估算可得利益损失应相对宽松，不应苛求，只要在约定违约金的范围内，多算一点并不增加违约方的负担，再多也没超过违约方签订合同时承诺的违约责任。当然，如果守约方以可得利益损失主张提高违约金，可得利益的估算就应该严格一些，因为提高违约金增加违约方负担，超出了约定违约金。实际上，可得利益损失越是不好估算，就越应尊重当事人的约定违约金，越不要轻易调整违约金。可得利益不易估算，当事人签约时就应该充分考虑各种情况，以自我负责的态度确定违约金数额，如果当事人轻率地约定了违约金，就应该承担轻率承诺的后果。这也是一种公平，至少比法官运用有限的经济知识和单纯依靠案件法律事实所酌定的数额更显“公平”。

2. 放弃现行的以超过损失 30% 为调整标准

民事行为和商事行为所承受的公平程度有所不同，商业性越强，就越能承受“不公平”的结果。风险越高的商业行为收益越高，所需的保障和补偿也就越高。以建筑施工和房地产开发为例，建筑施工微利但比较稳定，而房地产开发利润高但受市场、政策等因素影响波动较大，房地产类合同约定的违约金相对较高是必然的。又如，金融类合同中的约定违约金往往比生产行业更高，因为金融市场的高风险所带来的预期收益更高，金融市场中诸如时间成本、机会成本等“无形”损失难以精算，当事人只能在缔约时预估出价格。不仅是行业问题，不同区域、不同时期的市场环境不一样，交易成本和交易利润也大不一样。一刀切的 30% 调整标准在个案上的结果不可能一样，调整标准的表面公平并

不能保证结果的公平，有些个案或许在 20% 就已过份不公，有些个案或许在 40% 也难显不公。

以超过损失 30% 的调整标准对商业活动是一个非常消极的限制。商业活动的逐利动机强烈，面对商机，当事人宁愿承担高额违约金的合同义务换取相应的合同权利，例如，企业并购重组中经常出现对赌协议，这类合同的生命力就在于以高额的补偿金和违约金控制投资风险，不说违约责任，仅仅是合同约定的条件没有出现，投资方就可以获得高额的补偿金，企业并购重组因而有了资金的动力。又如，金融衍生品交易往往是高杠杆、高风险的投机性交易，损失 30%、50% 甚至 100% 的交易司空见惯。如果以 30% 作为违约金合理的界限，对赌协议和金融衍生品交易都难以为继，现代社会的很多交易将失去应有的法律保障，出于风险考虑，放弃交易可能是唯一安全的选择。然而，从社会进步的角度看，除非基于公序良俗的理由，任何限制交易尤其是具有现代元素的交易，都是不应该的。

所以，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：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，应该这样认识：法官任何时候都须恪尽职守，绝大多数法官也会恪尽职守，少数法官在约定违约金调整上不恪尽职守的结果也就是维持当事人的合同约定，提示当事人今后慎重约定违约金，并无大弊。

3. 约定违约金调整与合同履行状况关联

违约金本质上是一种履约保障，依据合同履行状况计算违约金是实践的通行做法。一般而言，计算不履行合同违约金，只计算未履行部分；计算逾期履行合同违约金，以逾期的时间作为计算量。但在判断违约金高低时，由于我国合同违约金多以百分比为计算单位，当事人和法官习惯以百分比的高

低作为合同违约金的高低为判断标准。例如，在逾期付款违约金上，由于存在着每日万分之二左右的司法实践标准，约定每日千分之一往往会被认为是过高。这是一个误区。百分比决定违约金的具体数额，一般情况下，百分比高，违约金数额大，反之亦然。但违约金数额的大小未必就是违约金高低，很多情况下，合同履行状况是决定违约金高低的关键因素，因而，违约金是否调整、调整多少应与合同履行状况关联。

就不履行违约金而言，有的合同几乎没有履行，有的合同几乎履行完毕，有些合同履行了一部分，约定违约金的实际价值各不一样。依照百分点计算出的违约金数额，对于几乎没有履行的合同，也许是相称的，对于几乎履行完毕的合同，就可能是过分高于。在部分履行情况下，债权人已经实现了部分的合同利益，已经履行部分的比例可以作为判断违约金数额是否过高的参考，但也要注意已履行部分的比例并不一定就是债权人所实现的部分合同利益与全部合同利益的比例，部分履行还存在已履行部分与未履行部分的关系问题。有的合同，部分履行与未履行部分可以切割，约定违约金按未履行部分计算是合理的。有些合同，部分履行与未履行部分难以切割，可能出现诸如已交付设备因未交付设备而闲置的情形，如果只以未履行部分计算违约金就可能过低。不仅如此，有些只是履行方式不符合合同或违背合同附随义务，如果协议解除合同又没有损失，约定违约金就可能过高。不履行合同的情况多样，带有强烈的个案特点，违约金高低的认定必须充分考虑个案的履行状况及其对当事人利益的影响。不论履行数量、情节、后果，只以百分比或固定数额的多少认定违约金，意味着不同违约行为承受着同样的责任，这将引导当事人根本违约、全面违约。

就逾期履行违约金而言，合同履行状况的影响同样不可低估。逾期履行违约金按日计算，违约金高低似乎只与违约金日标准有关，实际上，逾期时间长短的违约金价值是不一样的。时间短，违约金体现银行利息价值是符合社会的一般预期，这是司法实践以万分之二左右作为计算标准的原因。逾期时间长，违约金的价值就得与当事人的得失直接挂钩。例如，开发商逾期交房，逾期期间相当于开发商向业主融资，日万分之二违约金大约是民间借贷合法利率的四分之一。又如，逾期办理房产证，直接影响业主抵押、买卖房产，逾期办证违约金相对于业主可能遭受的损失常常微不足道。逾期违约的

时间是合同履行状况的重要特征，依据逾期时间长短及对当事人利益的影响，是认定违约金高低不可或缺的要害。

司法实践已有一些经验。某案中^②，合同约定的违约金以合同总价的日万分之三计算，法院结合案件的实际情况，酌情确定违约金以欠付工程款的日万分之三计算。另一案中^③，发包人要求调低合同约定的银行同期贷款四倍利率，法院认为：承包人预交三千万保证金，工程垫支超八千万，需要融资成本，约定的违约金尽管不属于民间借贷，但发包方原本承诺按进度付款，实际支付不满七百万元，履行行为与约定严重不符，参考民间借贷合法利率，驳回违约金过高的调整申请。最高人民法院应当在总结经验的基础上将影响违约金调整的合同履行状况和要素类型化，上升为司法解释规则。

注释：

① 参见最高人民法院（2014）民二终字第131号民事判决书：“……虽主张违约金过高，但未提交充分证据证明双方约定的违约金过分高于实际损失”、最高人民法院（2013）民提字第202号民事判决书：“双方约定的……违约金过分高于实际损失，本院综合合同的履行情况……等因素酌情调整”等，结合其他判决的相似表述以及类似案件的实际判决结果，可以看出，对于《合同法解释二》第29条第1款“以实际损失为基础”的理念已经对第2款的适用造成了很大影响，超过损失的百分之三十”几乎被演变为“超过实际损失的百分之三十”。

② 张利宾：《美国合同法：判例、规则和价值规范》，法律出版社2007年版，第478页。

③ [加]本森主编：《合同法理论》，易继明译，北京大学出版社2004年版，第119页。

④ 尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》，法律出版社2009年版，第381页。

⑤ 案件选自中国裁判文书网2013年7月至2015年6月公布的最高人民法院审理的合同纠纷案件，相关裁判文书均由最高人民法院作出，参见案号：（2014）民抗字第46号、（2014）民二终字第36号、（2014）民二终字第121号、（2014）民二终字第126号、（2014）民二终字第47号、（2013）民提字第145号、（2013）民一终字第84号、（2012）民一终字第101号、（2013）民一终字第67号、（2014）民提字第32号、（2014）民一终字第61号、（2010）民抗字第67号、（2014）民提字第107号、（2014）民提字第115号、（2013）民提字第132号、（2013）民一终字第192号、（2013）民一终字第76号、（2014）民一终字第209号、（2014）民一终字第229号、（2014）民一终字第278号、（2013）民提字第203号、（2014）民二终字第107号、（2014）民二终字第105号、（2014）民二终字第135号、（2014）民

二终字第 33 号、(2014)民二终字第 63 号、(2014)民一终字第 46 号、(2014)民二终字第 10 号、(2014)民二终字第 131 号、(2013)民抗字第 15 号、(2013)民提字第 214 号、(2014)民提字第 11 号、(2013)民一终字第 144 号、(2014)民二终字第 11 号、(2013)民提字第 202 号。

⑥⑦ 刘松涛：《我国的违约金制度亟待重构》，载中国法律知识总库。

⑧⑩⑭ 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）》，中国法制出版社 2014 年版，第 496、471、469—470 页。

⑨ 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。

⑩ 参见最高人民法院作出的 (2013)民二终字第 67 号民事判决书：原审法院依据……对某某公司未支付案涉股权剩余转让款给某某公司造成的损失仅为资金占用损失的认定……符合公平原则的适用情形，同时判定……已支付的 1000 万元保证金可以冲抵上述利息，亦无不妥”。

⑪ 参见最高人民法院作出的 (2013)民提字第 203 号民事判决书：考虑某某购买煤矿后煤炭资源增值幅度较大，其延迟支付欠款持续时间较长等因素……承担每日 4‰ 的违约金比较公平”。

⑫ 参见李永军：《合同法》，法律出版社 2010 年版，第 555 页。

⑬⑰⑱ 谢鸿飞：《合同法学的新发展》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 482、509、509 页。

⑭ 其计算方法有三种：基于使受损一方当事人处于合同得到全面履行的情况下所处的经济地位的数额、以将受损一方当事人恢复到订约前地位的数额、保证违约的一方当事人不因未履行合同而获得不当得利为限的数额。这三种计算赔偿数额的方法与其合同法上的三大利益相吻合：期待利益、信赖利益和返还利益。参见 [美] 杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文：《美国合同法精解》，陈彦明译，北京大学出版社 2009 年版，第 2 页。

⑮ 德国《民法典》第 343 条 (1) 规定：已发生失权的违约金数额过巨的，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。参见陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2015 年版，第 127 页。

⑯⑳ 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。

⑰ [美] 杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文：《美国合同法精解》，陈彦明译，北京大学出版社 2009 年版，第 7 页。

⑱ 江平等：《论新合同法中的合同自由原则与诚实信用原则》，《政法论坛》1999 年第 1 期。此文观点：我

国立法是从民法通则延续而来的合同自愿原则，与合同自由原则在内容、立法背景、所体现的法律精神以及法律视角均不同。简言之，合同自愿原则内涵渊源窄于合同自由原则。

⑳ 反映在判决中，当维持当事人的约定违约金时，除了载明：“……是当事人双方的真实意思表示，旨在保证协议的履行，其内容并不违反法律禁止性和强制性规定，应当确认有效”之外，还需要说明：“……债务人拖欠债务多年，因其用以偿债的房屋不能按期交付，在近年来房屋市场价格迅速上扬的情况下，造成天九公司不能如期取得经营效益……约定的违约金支付不利亦不属于过分的高于损失”。参见最高法院 (2008)民二终字第 21 号判决，最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院商事审判指导案例合同卷（下）》，中国法制出版社 2013 年版，第 588 页。

㉑ 参见最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院商事审判指导案例合同卷（下）》，中国法制出版社 2013 年版，第 588 页。

㉒ 这里所说的过分不公平，是说约定违约金的数额或依据其约定的计算方法得出的数额，远远超过了损失，即我国《合同法》第 114 条规定的：“过分高于”之意。这种说法是为与《合同法》第 54 条规定的“显失公平”相区分。第 54 条所称的显失公平是指一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则。参见《中华人民共和国合同法注解与配套》，中国法制出版社 2014 年版，第 56 页。

㉓ 王洪亮：《违约金酌减规则论》，《法学家》2015 年第 3 期。

㉔ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 661 页；姚明斌：《违约金的类型构造》，《法学研究》2015 年第 4 期。

㉕⑳ 罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，《法商研究》2015 年第 5 期。

㉖ 参见最高人民法院 (2013)民二终字第 76 号判决。

㉗ 参见最高人民法院 (2013)民一终字第 67 号民事判决书

㉘ 参见最高人民法院 (2014)民一终字第 61 号民事判决书。

作者简介：孟勤国，男，1957 年生，浙江绍兴人，武汉大学法学院教授、博士生导师，湖北武汉，430072；广西民商事法律研究基地研究员，广西南宁，530004。申蕾，女，1982 年生，河北大名，武汉大学法学院博士研究生，湖北武汉，430072。

(责任编辑 李 涛)