

# 过分高于损失： 违约金调整的基本标准

——以民法典第 585 条第 2 款为中心

王利明\*

**内容提要：**违约金条款是当事人合同自由的产物，“过分高于损失”作为违约金调减的标准，彰显了尊重当事人意思自治的基本理念。违约金调整应当以不调减为原则、以调减为例外，这不仅体现了对当事人意思自治的尊重，也来源于违约金的补偿和惩罚双重功能。违约金调整应当严格区分是否调整 and 如何调整这两个不同的问题；违约金过分高于损失是违约金调减程序启动的条件，其主要是一个事实认定而非法律判断问题。法院首先应当审查非违约方的损失，以确定违约金是否过分高于损失。违约金的调减必须以损失为基准，并结合其他因素予以公平合理地判断。违约金调减的结果不得低于非违约方的损失，在调减中应坚持“适当减少”原则，原则上违约金调减的结果保持在损失的 100%-130% 区间内较为适宜。

**关键词：**违约金 损失 违约金调减 意思自治 违约金功能

合同纠纷案件占民事纠纷案件的很大比例，〔1〕合同纠纷大多涉及违约责任，而违约金责任又是违约责任的主要形式，因为大多数合同都有违约金条款，尤其是法人或非法人组织之间的合同以及涉及自然人的租赁、房屋买卖等格式合同。因此，承担违约金责任对于救济非违约方、确保合同履行发挥了重要作用。

然而，违约金也存在因过分高于损失而被调减的可能性。我国民法典第 585 条第 2 款规定：“约定的违约金低于造成的损失，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，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。”该条确立的“过分高于损失”的违约金调减标准，在总结我国民事立法经验并借鉴《国际商事合同通则》的基础上，为法官调整违约金提供了基本依据，也为保障裁判公正、

\* 中国人民大学法学院教授。

感谢武汉大学司法案例研究中心提供的案例检索支持。

〔1〕截至 2024 年 8 月 19 日（同时为检索日），根据中国裁判文书网的数据，民事纠纷案件共 83036545 件，其中合同纠纷案件 53135345 件，约占民事纠纷案件的 63.99%。其中，仅 2023 年，民事纠纷案件 3493755 件，合同纠纷案件 2613260 件，约占民事纠纷案件的 74.80%。

限制自由裁量权范围提供了基本依据。<sup>〔2〕</sup>但是，司法实践中确实存在“大概率调整违约金的现象”。<sup>〔3〕</sup>一些法院在调整违约金时，未将违约金与损失相比较，对于启动违约金调整程序的理由未加详细阐释，就在裁判中直接认定双方约定的违约金过高，应当“酌情予以调整”或“酌定”，<sup>〔4〕</sup>但违约金为何过高、如何调减等，未予言明。一些法院判决将违约金调整的举证责任完全加诸非违约方，一旦非违约方不能就损失充分举证，就对违约金予以调减。尤其是因为缺乏标准，导致有些法院在调减中任意裁量，甚至使调减后的赔偿数额不足以弥补非违约方的损失。按照民法典第585条第2款，上述做法都存在可待商榷之处。由于过分高于损失是违约金调减的前提条件和基本标准，因此有必要对违约金过分高于损失的认定标准及其对违约金调整的影响进行探讨，以保障违约金调整规则的准确适用。

## 一、“过分高于损失”标准彰显了意思自治的基本理念

违约金条款作为当事人约定的重要合同条款，是当事人意思自治的产物。但学者调研发现，实践中，针对当事人要求调减违约金的请求，有78.6%的比例予以支持，可谓违约金大概率会被调减。<sup>〔5〕</sup>因此，违约金调整普遍存在的现象是，以调减为原则，以不调减为例外。<sup>〔6〕</sup>2024年8月16日在中国裁判文书网以“违约金”为关键词进行全文检索（限定裁判日期2021年1月1日至2024年8月16日），共得到2819792篇裁判文书，删除无效文书后，得到13073篇裁判文书。其中，涉及法院对债权人主张的违约金予以调整的案例有11353件，占比约86.84%。该数据也印证了上述结论。笔者认为，这种现象不符合意思自治原则。

### （一）违约金调整必须尊重当事人的意思自治

美国合同法学者范斯沃思认为，合同自由支撑着整个市场。<sup>〔7〕</sup>约定违约金本身是合同自由的重要内容，因此，尊重违约金约定，就是尊重合同自由。按照合同自由，当事人不仅享有订立、变更合同的自由，而且享有选择违约责任形式的自由。违约金是当事人事先对损害赔偿的预估，其既可以在违约发生后免去非违约方对损害进行举证的困难，又可以发挥事先担保合同履行的功能。麦克尼尔也赞成这一观点。<sup>〔8〕</sup>他认为，合同自由包括两方面的内容：一是当事人在订约方面不受约束的自由，即当事人发出要约或者作出承诺的行为免于法律制裁；二是在一方违反合同约定时，对方有权依法请求其承担违约责任。麦克尼尔认为，将前述合同自由

〔2〕 民法典第585条第2款的前身原合同法第114条借鉴了《国际商事合同通则》第7.4.13条。后者规定：“如果合同规定不履行方应就不履行向受损害方支付一笔约定的金额，则受损害方不管其实际损失如何，均有权获得该笔金额。但是，如果约定金额相对于该不履行所导致的损害以及相对于其他情况严重过高，则可将该约定金额减少至一个合理的数目，而不管是否有任何与此相反的约定。”张玉卿主编：《国际统一私法协会国际商事合同通则（2016年）》，中国商务出版社2019年版，第579页。

〔3〕 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。

〔4〕 参见陕西省西安市灞桥区人民法院（2024）陕0111民初1784号民事判决书；新疆维吾尔自治区奎屯市中级人民法院（2024）新4003民初1130号民事判决书；四川省中江县人民法院（2024）川0623民初2808号民事判决书；新疆维吾尔自治区和田地区（市）中级人民法院（2024）新32民终697号民事判决书；四川省成都市高新技术产业开发区人民法院（2024）川0191民初12442号民事判决书等。

〔5〕 参见前引〔3〕，罗昆文，第116页。

〔6〕 同上文，第118页。

〔7〕 See E. Farnsworth, *Contracts*, 2d ed., Little Brown and Company, 1990, p. 21.

〔8〕 See Ian Macneil, *Power of Contract and Agreed Remedies*, 47 *Cornell Law Quarterly* 495-496 (1962).

第二方面的内容称为“合同权力”(power to contract)更为恰当。就违约责任的承担而言,当事人也同样享有合同自由,即当事人有权依法选择违约责任的承担方式,并可以事先对违约责任的承担作出约定,如当事人可以事先在合同中约定违约金。合同法应当充分尊重当事人选择违约金责任的自由。

诚然,违约金的约定有可能因过分高于损失而需要司法调整,这种调整是维护合同正义的要求。因此,违约金调整涉及合同自由与合同正义关系的协调问题。法律之所以允许调减违约金,一方面是因为,在设定违约金条款时,债务人通常相信自己的履行能力而低估了承担违约金责任的风险,故为了保护债务人、确保个案中的合同正义,有必要依法调减违约金数额;<sup>[9]</sup>同时,如果当事人约定的违约金过分高于或者低于违约造成的损失,也会造成当事人之间权利义务的严重失衡,偏离其损害填补的主要功能定位,此时也有调整违约金的必要。另一方面,法律虽然肯认了当事人约定违约金的权利,但当事人约定违约金也应当符合合同正义的要求,如果放任当事人任意约定违约金,可能出现“天价违约金”等现象,使约定违约金的行而异化为一种赌博。<sup>[10]</sup>因此,从维护合同正义原则出发,有必要对违约金数额进行司法调整。可见,违约金调整旨在兼顾合同正义与当事人的意思自治。<sup>[11]</sup>关于如何兼顾二者之间的关系,比较法上关于违约金的调整有几种不同的模式:

一是德国法模式。德国法区分了民事关系和商事关系,德国商法典第348条规定了商人在商事交易中约定的违约金数额不得调整的规则。因此,在商事交易中,违约金不得调减。对于民事关系,德国民法典第343条规定了违约金调减规则,但该条也对违约金调减作了必要限制,即“对适当性进行判断时,应斟酌债权人一切正当利益,不限于债权人财产上之利益。违约金已支付者,不得调减”。

二是法国法和日本法模式。法国民法典原第1226条将违约金定义为旨在通过使违约方承担替代义务或合同责任来保证履行合同的条款,并允许其合法有效。2016年法国债法改革后,原第1226条被新的第1231-5条所取代,但违约金仍然受到尊重。“通常情况下,约定的违约金的数额往往高于甚至远远高于实际损失,除上诉审法官认定违约金数额明显过高的情形外,法官原则上既不得减少也不得增加当事人在合同中约定的违约金数额。”<sup>[12]</sup>有学者比较法国法与英美法的经验时,强调法国法院虽然有权减少过高的违约金,但其原则上执行了违约金条款,尊重了当事人意思自治。<sup>[13]</sup>除法国法外,日本民法第420条也禁止违约金调整。实践中,只有在违约金违背公序良俗时,才认定其无效。<sup>[14]</sup>

三是英美法模式。英美法区分了补偿性违约金(liquidated damages)和罚金(penalty),

[9] Vgl. Staudinger/Rieble, in: Staudinger BGB, 2020, § 343 Rn. 1; Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 343 Rn. 1; Janoschek, BeckOK BGB, 70. Ed., 2024, § 343 Rn. 1.

[10] 参见陈龙业:《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》,《环球法律评论》2024年第2期,第38页。

[11] 参见许德风:《违约金司法酌减的依据及其限度》,《法学》2024年第4期,第121页;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95页以下。

[12] 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2023年版,第661页。

[13] See Charles Calleros, *Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code*, 32 Brooklyn Journal of International Law 109 (2006).

[14] 参见[日]我妻荣:《民法讲义IV:新订债权总论》,王萋译,中国法制出版社2008年版,第118页。

二者的区别在于是否显著偏离预先估计的损失（pre-estimated loss）或实际的违约损害。<sup>[15]</sup> 罚金本质上是惩罚性违约金，此类违约金常被认为具有私人惩罚的性质，有违公序良俗而被认定为无效，进而适用法定违约损害赔偿规则。在违约金条款被宣告无效后，受害方可以获得法定的违约损害赔偿救济，就如同该条款没有被订入合同一样。<sup>[16]</sup> 但是如果在签订合同时，违约金条款体现了对违约行为可能造成的损害的合理估计，那么法院将支持违约金。<sup>[17]</sup> 英美法通说认为，认定违约金条款无效只是特殊情形。“通常的规则是，合同应按‘约定必须遵守’的原则执行，除非合同属于有限的一类案件，在这类案件中，出于公共政策的原因，法院拒绝执行当事人的协议……惩罚性违约金就是这里所说的有限的、众所周知的类别。”<sup>[18]</sup>

从两大法系的做法来看，关于如何兼顾当事人的合同自由与合同正义的关系，虽然不存在统一的模式，但普遍认为，应当充分尊重当事人对违约金的约定，不宜轻易调整，以充分尊重当事人的意思自治。德国法虽然允许法官调整民事合同关系中的违约金，但也规定了诸多限制规则；在商事合同中则禁止调整违约金，从而导致商事合同关系中即便出现“天价违约金”，也不可被调整。在法国法和日本法模式下，原则上不允许调整违约金。美国法虽然认定罚金条款无效，但如果当事人能够证明预估的损失是合理的，就难以被认定为罚金。这也限制了违约金被认定为无效的范围。近年来，美国法逐渐认可惩罚性违约金，美国学者也呼吁改革美国法上对惩罚性违约金的否定态度，更加尊重当事人的合同自由。<sup>[19]</sup> 《国际商事合同通则》第 7.4.13 条也首先宣示违约金约定原则上有效，仅在“严重过高”时，才能调减。<sup>[20]</sup>

尊重违约金的约定，就是尊重当事人依法安排违约风险的自由，实质上就是尊重合同自由。应当看到，由于人类理性的局限性，当事人订约时确实不可能准确预见未来因违约可能造成的全部损失，即便当事人约定的违约金与实际损失不一致，也不意味着赋予了法官任意调整违约金的权力。对违约金的任意调整违背了当事人安排自身生活的意愿，也否定了当事人的意思自治。合同自由是合同法的基础性原则，法官限制合同自由需要充分的理由并承担论证义务。即便违约金适当高于损失，也必须执行违约金，才能有效督促合同履行，激励当事人恪守承诺、诚实守信。丹尼尔·卡尼曼在讨论其提出的“前景理论”（prospect theory）时，认为人们对损失的反应比对等额收益的反应强烈。因此，面对确定的损失，人们会比面对不确定的损失感到更强烈的恐惧。这就形成了一种“确定效应”（certainty effect），人们作出的选择可能是非理性的，在比较两种损失的选择时，可能过于看重避免损失，而非进行更理性的选择。<sup>[21]</sup> 违约金条款的约定同样如此。违约金设定本身就是一种风险分配，当事人事先对未来

[15] 《美国统一商法典》第 2-718 条规定了违约金（liquidated damages）：“当事人可在协议中约定任何一方违约的损害赔偿的金钱数额，该数额应当考量预估的或实际的违约损害、证明损失的难度以及不便于或不可能通过其他方法取得适当救济等，具有合理性。所约定的不合理的过高数额，将被视作罚金而无效。”《美国合同法重述（第二次）》第 356（1）条规定：“任何一方违约造成的损失可以在协议中以金钱数额提前约定，但数额必须根据违约行为造成的预期或实际损失以及证明损失的困难而言是合理的。不合理的过高违约金条款作为罚金将因违反公共政策而不可被强制执行。”

[16] 参见 [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 837 页。

[17] 参见前引 [13]，Calleros 文，第 73 页。

[18] Phillip Bernstein (Successors) Ltd v Lydiate Textiles Ltd, (1962) CA Transcript 238; Sterling Industrial Facilities v Lydiate Textiles Ltd, (1962) 106 SJ 669.

[19] 参见前引 [13]，Calleros 文，第 110 页。

[20] 参见前引 [2]，张玉卿主编书，第 579 页。

[21] See Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 *Econometrica* 263 (1979).

可能遭受的损失进行预估,作为违约金条款载入合同之中,甚至违约金的约定可以适当高于未来实际造成的损失,这就形成了一种风险压力,以督促当事人履行合同。因为有此风险压力,当事人才被激励去履行合同,并可基于合同会被履行而对未来事务作出各种规划和安排。如果一方违约后,因违约金的调整导致违约成本过低,就无法形成有效的督促当事人履约的压力机制。如果法官认为违约金过高就可以随意减免,就意味着法官代替当事人订立合同,这甚至会开启干涉合同自由的“魔盒”。〔22〕此外,如果法官调整违约金的权力不受任何限制,可能为司法腐败、权力寻租提供便利,也有损司法的权威性和公信力。

尊重违约金约定,才能充分发挥合同作为市场经济的基础性制度的功能。一方面,合同是联系交易链条、组织市场经济生活的纽带。只有合同得到充分履行,交易才能有序进行。法治的根本功能在于稳预期,法律的功能在于维护当事人的合理预期。就违约损害赔偿案件而言,当事人在违约后,有违约金的约定,加上有调整的底线,非违约方对违约救济的结果就会形成合理的预期,其就敢大胆从事交易、投资创业。因此,罗尔斯认为,契约的安排体现了一种正义,它“正是构成了一个组织良好的人类联合的基本条件”。〔23〕另一方面,只有合同得到充分履行,社会财富才能得到增长。例如,甲从银行贷款1000万开办科技企业,需要从乙公司购买设备,乙公司也需要获得1000万价款从丙公司购买原材料,丙公司也亟需获得1000万支付劳动者工资。如果所有合同都能得到履行,这些交易就会促进社会财富的增长。所以康德认为,违反允诺就是侵害对方的财产。〔24〕允诺本身实际上可以被视为个人财富的组成部分,履约请求权就是财产权;促进合同有效,实际上就是创造社会财富。违约金就是最为有效的督促合同得到充分履行的方式,违约金通过双方自由约定,使得当事人对违约后果有明确的预期,且在违约后避免了违约损害赔偿计算的不便利和不确定。因此,鼓励诚实守信、督促合同履行、弘扬契约精神,必须尊重当事人的违约金约定。

## (二) 违约金应以不调整为原则、以调整为例外

我国民法典坚持合同自由和诚实信用原则,充分尊重当事人关于违约金的约定。民法典第7条确认了诚信原则,要求民事主体秉持诚实、恪守承诺,这也要求充分尊重当事人的合同约定。该原则在违约金适用中的体现表现在,违约金调整是违约金责任承担的特殊情形,因为从民法典第585条的规定来看,其第1款宣示了要尊重违约金的约定,第2款规定违约金调整规则。从体系解释看,该条第1款要求尊重违约金约定,是违约金责任承担的一般规则,第2款将过分高于损失作为调减违约金的标准,性质上属于但书规定,属于违约金责任承担的例外情形和特殊规则。

民法典第585条第2款将过分高于损失作为违约金调减的标准,彰显了尊重当事人意思自治的基本理念。有学者认为,“违约金调减规范赋予了法官广泛的自由裁量权”。〔25〕此种观点值得商榷。事实上,从第585条第2款的规定可以看出,法院调整违约金的裁量权应当受到三重限制:一是必须基于当事人的请求进行调整,当事人没有主张调整的,法院不得依职权调整违约金,因此该条并没有将违约金调整完全交由法院自由酌定。二是违约金数额必须“过分高于造成的损失”,才能启动调减程序。如果违约金只是适当高于损失,则并不需要调整。三

〔22〕 参见前引〔11〕,许德风文,第113页。

〔23〕 [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第5页。

〔24〕 参见[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第91页。

〔25〕 参见吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,《法学评论》2022年第1期,第183页。

是即便违约金数额过分高于损失，法院也只能“适当减少”而不能大幅减少。因此，构成方面的“过分高于损失”与效果方面的“适当减少”是相辅相成的，背后彰显的价值是尊重意思自治。从目的解释而言，违约金调整应当尊重当事人的意思自治，而非由法官任意调整。可见，我国民法典严格限制了违约金调整，要求法院在调减违约金时必须尊重当事人的意思自治。

在上述各种限制中，“过分高于损失”标准有效协调了合同自由与合同正义的关系。实践中，一旦一方提出调整违约金，有的法院就支持当事人的主张，并认为这是维护合同正义所必需，<sup>[26]</sup>这显然没有准确把握二者之间的关系。依据“过分高于损失”标准，只要当事人约定的违约金没有过分高于损失，就仍然属于合同自由的范围，当事人在该范围内约定的违约金都是受法律保护的，此时不需要法院以维护合同正义的名义加以干预。维护合同正义的前提是当事人滥用了约定违约金的权利，逾越了法律规定的界限，否则法院就没有干预的必要。笔者认为，违约金调整首先应当尊重当事人的合同自由，即坚持契约严守、弘扬契约精神是基本原则，如果允许法院任意调整违约金，当事人约定违约金条款就失去了意义，这也将不当妨碍当事人的合同自由。

总之，依据民法典第 585 条第 2 款确定的“过分高于损失”标准，首先要从尊重合同自由出发，尊重当事人约定的违约金，这是一般原则，而调整违约金只是特殊情形，即只有在违约金过分高于损失时，才能依法调减。可见，尊重违约金约定与调整违约金是原则与例外的关系。需要强调的是，违约责任不同于侵权责任，在侵权赔偿责任中，一般不涉及当事人事先约定赔偿数额的问题，不涉及当事人的意思自治，因此法官的自由裁量权较大。例如，民法典第 1182 条规定了侵害人身权益财产损害赔偿数额的酌定规则，赋予了法官酌定赔偿数额的权力。<sup>[27]</sup>民法典第 1183 条规定的精神损害赔偿规则虽然没有明确规定法院酌定规则，但法院根据各种具体因素确定精神损害赔偿数额，实际上也是酌定精神损害赔偿数额。笔者认为，违约金与侵权损害赔偿的功能存在区别，侵权损害赔偿的功能在于填补受害人的损害，而违约金的功能具有多样性，其不仅具有填补非违约方损失的功能，还具有担保功能甚至惩罚功能。因此，在违约赔偿责任中，法官对违约金数额调整的酌定权应受到严格限制，法院不应过度干预违约金责任的适用。

## 二、“过分高于损失”标准来源于违约金的双重功能

我国理论界和实务界普遍认为违约金具有双重功能，其不仅是一种违约责任形式，也是一种债的担保形式。违约金制度具备双重功能，并通过调减规则予以平衡，从而达到当事人之间的实质契约自由。<sup>[28]</sup>民法典第 585 条第 2 款的规定不仅体现了对当事人意思自治的尊重，而且也来源于和体现了违约金的补偿和惩罚双重功能。

### （一）“过分高于损失”标准体现了违约金的补偿功能

违约金作为违约救济的一种方式，当然具有补偿受害人损失的功能。该功能体现在，一方

[26] 参见前引 [3]，罗昆文，第 115 页。

[27] 参见王叶刚：《论侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定》，《法学家》2021 年第 3 期，第 104 页。

[28] 参见王洪亮：《违约金功能定位的反思》，《法律科学》2014 年第 2 期，第 125 页。

违约后,通过违约金的支付能够及时、充分补偿受害人的损失。违约金具有其他违约责任形式不可替代的独特作用。违约金具有事先预估性,具有法定的违约损害赔偿所不可替代的节省举证、避免繁琐程序等功能。当事人通过事先约定违约金条款,排除了赔偿额度、损害发生与否甚至因果关系方面的争议,避免了损害确定的困难,从而有助于损害赔偿的实现。〔29〕基于这一原因,违约金具有损害赔偿预定的作用。只要执行当事人的违约金条款,就可以对受害人进行有效救济。

民法典第585条第2款规定的“过分高于损失”标准,也体现了补偿功能。一方面,该标准要求对违约金高低的判断必须以非违约方的损失为基准。法院在调整违约金时,首先要确定非违约方因违约而遭受的损失,比较违约金的约定是否过分高于损失;另一方面,在调整过程中,要坚持充分补偿受害人损失的原则,无论如何调整,都必须能够通过违约金的支付对非违约方的损失进行充分救济,这也是违约金调整的底线原则。此外,在一些类型的合同中,非违约方因违约而遭受的损失难以确定和证明(如无形财产损失等),对违约金的约定有助于避免此类举证困难,对非违约方的损失予以补偿。

基于补偿功能,要区分违约金调减与调增的适用标准。民法典第585条第2款在规定违约金调减时,要求适用“过分高于损失”的标准,但在规定违约金调增时,只是要求违约金“低于”非违约方的损失即可,而没有要求“过分”低于损失,主要原因在于:一方面,这是实现违约金填补损失功能的需要。填补非违约方的损失是违约金的基本功能,即违约金责任的承担必须使非违约方的损失得到充分救济。因此,只要当事人约定的违约金低于非违约方的损失,当事人即可依法请求予以增加。另一方面,依据民法典的规定,违约金责任与违约损害赔偿不能并用,在违约金低于非违约方损失的情形下,非违约方在主张违约金责任后,将无权主张赔偿损失。因此,为了更好地救济非违约方,实现损失填平功能,只要违约金低于非违约方的损失,就应当允许其请求予以增加。

基于补偿功能,违约金调整不适用显失公平规则。有学者认为,违约金过分高于损失时,构成显失公平,故应当适用显失公平规则。〔30〕该观点值得商榷。违约金调减与显失公平是完全不同的制度,具体而言:一是,在构成上,显失公平需要有主观要件,民法典第151条要求“利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形”,而违约金调减则无需主观要件。二是,在效果上,违约金过分高于损失的后果是法院根据当事人的请求适当减少,而显失公平产生撤销权,可能导致合同条款全部撤销,不再对当事人发生拘束力。三是,如果因为适用显失公平规则而导致违约金条款被撤销,违约金就不能发挥其应有的补偿功能。

## (二)“过分高于损失”标准体现了违约金的担保功能

违约金的担保功能,是指通过约定违约金督促合同双方履行合同,预防违约的发生。由于当事人在订立合同时自愿接受了适当高于损失的违约金,所以其对于违约后的责任后果有充分预期,从而可以督促合同双方诚信履约和严守合同。违约金的功能并不限于填补非违约方的损失,其也具有担保功能,据此产生一定的压力机制,督促当事人履行合同。〔31〕“过分高于损失”标准体现了违约金的担保功能,具体而言:

〔29〕 参见姚明斌:《违约金论》,中国法制出版社2018年版,第64页。

〔30〕 参见陈范宏:《显失公平规范研究》,中国社会科学出版社2022年版,第312页。

〔31〕 Vgl. Janoschek, BeckOK BGB, 70. Ed., 2024, § 343 Rn. 8.

第一，“适当高于损失”不必调减。适当高于损失的违约金对履约的担保功能是其担保方式不可替代的，即债务人并不需要提供人保或者物保，而只是通过约定适当高于损失的违约金，使其意识到违约后要付出的代价，以此督促当事人履行合同，从而发挥其担保功能。<sup>〔32〕</sup>依据民法典第 585 条第 2 款，如果违约金只是适当高于损失，而非过分高于损失，当事人无权请求法院予以调整，<sup>〔33〕</sup>法院也不得依职权主动调整。如此规定，也是为了充分发挥违约金的担保功能。因此，即便违约金适当高于法定违约赔偿范围，也是在法律允许的范围内，这有利于充分保护当事人有关合同的全部合法利益，如生产或交易计划、声誉或精神的正当期待等，<sup>〔34〕</sup>通过对不能计算甚至不可赔偿的损失的保护，发挥违约金预防违约和担保交易的功能。<sup>〔35〕</sup>

第二，以“适当减少”为原则。依据民法典第 585 条第 2 款，即便违约金过分高于损失，也只能“适当减少”。“适当减少”并不是意味着大幅减少，更不意味着调整后的违约金只能与违约造成的损失相等甚至低于违约造成的损失。相反，违约金调减后可以适当高于违约造成的损失，此时违约金已经具有了惩罚的性质。其背后的法理在于，违约金本身具有担保功能，其并不只是为了填补非违约方的损失。这就决定了，违约金的数额并不需要与损失的数额完全相等。毕竟在当事人订约时，损失尚未发生，当事人也无法确定损失数额，其只能大概估计违约发生后的损失数额，并由此确定违约金数额。因此，即便违约金适当高于损失，也应当承认该违约金条款的有效性，如此才能更好地发挥其担保履约的功能。

第三，违约金条款不可弃之不用。按照《国际商事合同通则》第 7.4.13 条，违约金约定与损失相比较严重过高（grossly excessive）的，只能减少，而不能完全弃之不顾。<sup>〔36〕</sup>我国民法典第 585 条第 2 款实际上借鉴了这一规定。违约金过分高于损失的证明责任应当由违约方承担，如果非违约方坚持约定合理，而其又难以证明自身损失数额，此时仍应维护违约金条款的有效性，不得据此免除违约方的违约责任，这也是发挥违约金担保功能的基本要求。例如，在无形财产等交易中，可能出现非违约方难以证明损失的情形，此时，法院不能当然将违约金条款弃之不用，免除违约方的违约金责任，而应当通过民法典和相关法律、司法解释规定的法定赔偿的计算机制，合理认定非违约方遭受的损失，从而仍然适用违约金条款。这也可以在一定程度上发挥违约金的担保功能。

违约金的担保功能是其固有功能，这就决定了违约金不可能纯粹是补偿性的，而是具有适度惩罚性，从而有助于实现当事人的合理预期和整体的商业安排，尽可能地实现当事人的各种规划和计划。<sup>〔37〕</sup>

### 三、“过分高于损失”是违约金调整的启动要件

民法典第 585 条第 2 款规定的“过分高于损失”标准，实际上确立了违约金调整的启动条件，但在实践中却经常被忽视。基于 2024 年 8 月 16 日对中国裁判文书网的案例检索（限定

〔32〕 参见徐海燕：《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构：契约自由与契约正义的平衡视角》，《法学杂志》2023 年第 2 期，第 89 页。

〔33〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》上册，中国法制出版社 2020 年版，第 413 页。

〔34〕 参见前引〔11〕，许德风文，第 114 页以下。

〔35〕 参见邹双卫：《论不同损失状态下的违约金变更》，《人民司法》2010 年第 17 期，第 100 页。

〔36〕 参见前引〔2〕，张玉卿主编书，第 580 页。

〔37〕 参见谢鸿飞：《定金责任的惩罚性及其合理控制》，《法学》2023 年第 3 期，第 92 页。

裁判日期2021年1月1日至2024年8月16日),在针对债权人主张的违约金予以调整的11353件案例中,法院在调整违约金过程中提及债权人实际损失的有9094件,占比约80.10%。但在这些案例中,法院在调整违约金时明确计算了债权人实际损失的有1055件,占比约11.60%;法院在调整违约金时未明确计算债权人实际损失的有8039件,占比约88.40%。可见,实践中普遍存在的做法是,一旦当事人请求调整违约金,法院认为违约金过高的,就直接予以调整,但是为何过高、是否达到“过分高于损失”的程度,裁判中却未予说明。此种做法是否符合民法典第585条第2款的规定,值得探讨。

#### (一)“过分高于损失”主要是一个事实认定问题

关于过分高于损失究竟是事实认定问题还是法律判断问题,学界存在两种截然不同的观点:一是法律判断说。此种观点认为,“违约金过分高于损失”必须考虑其他调减考量因素,“过分”是一个程度判断,应属综合衡量中的法律评价问题。违约金是否过高,取决于法官的自由裁量,必须通过综合衡量,才能得出结论。<sup>[38]</sup>也有学者认为,过高的判断“不是简单地从衡量实际损失与违约金数额的角度来理解和适用的,而是从债务人承担违约金债务的公平角度来加以把握”。因此,违约金数额是否过高,不应当仅限于对违约金数额与损失数额的比较,违约金过高的判断是法律问题,而非事实问题。<sup>[39]</sup>二是事实认定说。此种观点认为,从法律规定来看,立法仅将违约金过分高于损失作为违约金调整的条件,而未规定其他条件,因此,判断违约金是否过分高于损失,仅需比较当事人约定的违约金数额与非违约方的损失数额,法官不需要综合考虑各种因素进行判断;虽然“过分高于损失”这一标准包含了一定的评价因素,但其认定属于事实认定问题,而非法律判断问题。<sup>[40]</sup>笔者赞同第二种观点。

法律判断说的不足之处在于,其混淆了违约金调整的启动条件与违约金的数额调整问题。从民法典第585条第2款的表述来看,“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”。显然,立法在此处的表述是“过分高于”损失,只有满足该条件,当事人才能请求调整违约金,法院也才能启动违约金调整程序。

从该条规定的产生来看,其最初借鉴了《国际商事合同通则》第7.4.13条,但后者采纳“严重过高”标准。虽然在解释上认为,是否“严重过高”,任何理性人都可以判断,<sup>[41]</sup>但“严重过高”与过错严重、情节严重、后果严重等一样,经常被认为是一个法律判断问题,因此,民法典第585条第2款在借鉴该条经验时,没有采用“严重过高”的表述,而是采用了“过分高于”的表述,淡化了其法律判断色彩,更强调其作为事实认定的属性,更注重事实认定的客观性。

从该条规定的内容来看,法院或者仲裁机构调整违约金的基本前提是违约金过分高于损失,而在进入调整程序且决定调整之后,就会涉及如何调整的问题。因此,是否调整违约金和如何调整违约金是两个不同的问题。“过分高于损失”标准用于决定是否调整,而“适当减少”则回答如何调整的问题。就此而言,“过分高于损失”主要是一个事实认定问题。法院需要首先将违约金与损失的事实进行比较,确定其是否过分高于损失,在此环节一般不需要作出

[38] 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140页以下。

[39] 参见韩强:《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》,《法学研究》2015年第3期,第54页。

[40] 参见前引〔25〕,吴泽勇文,第187页。

[41] 参见前引〔2〕,张玉卿主编书,第580页。

价值判断。比较法上，违约金调整中的损失认定问题是一个事实问题。在法国，对违约金约定过低或过高的评估属于事实问题，应由事实审法官审理。<sup>[42]</sup>至于在违约金调整程序启动后如何进行调整、需要考虑哪些因素，则是法官进行法律判断的问题。因此，“过分高于损失”标准是事实认定问题，“适当减少”才是法律判断问题。

将违约金是否过分高于非违约方的损失界定为事实认定问题，一方面有助于区分违约金调整的启动程序与调整程序。违约金调整程序的启动主要是事实认定问题，对损失的认定以及损失与违约金数额的客观比较，不需要法官作过多的价值判断，只有满足了违约金过分高于损失的事实认定要件，才可依违约方的请求启动调整程序。另一方面，有利于限制法官在认定违约金过高方面的自由裁量权。在认定违约金是否过分高于损失时，如果掺杂过多的价值判断，将使法官的自由裁量权过大，影响违约金调减规则的准确适用。如前述，从审判实践来看，在许多案例中普遍存在的问题是：法院在调整违约金时并没有首先审理非违约方的损失，没有回应民法典规定的“过分高于造成的损失”这一适用条件，而是直接由法官进行酌定。裁判中经常出现的情形是，一旦当事人请求调整违约金，就直接由法官根据个人的主观判断或朴素的法律感情进行判断，确定是否应当调整违约金。不少裁判文书中出现“经本院酌定违约金过高”等类似的表述，实际上也表明其混淆了事实认定和法律判断这两个不同的问题。

## （二）“过分高于损失”的事实认定

### 1. 首先必须确定非违约方的损失

关于违约金调整程序的启动是否存在基本要件，比较法上并不统一。在以非违约方的损失作为判断违约金是否应当调整的国家，存在两种不同的观点。一是实际损失说。例如，《国际商事合同通则》第 7.4.13 条，违约金约定过高的判断必须与实际遭受的损失相比较，严重过高时，才能调整。<sup>[43]</sup>二是双重损失说。如前述，英美法区分了补偿性和惩罚性的违约金，二者的区别在于是否显著偏离预先估计的损失或实际造成的损失。<sup>[44]</sup>换言之，在判断是否构成罚金时，既可以与预先预估的损失相比较，也可以与实际造成的损失相比较。1914 年，美国康涅狄格州最高上诉法院在“班塔诉斯塔夫汽车公司案”中认为，<sup>[45]</sup>各个判例中显然确定了强制执行这种条款的三个条件：“所约定的金额必须合理即并不过分高于预估的损失”，“所预估的违约损害必须数额不确定或者难以证明”，以及“当事人必须有提前把损害赔偿额算清楚的意思”。但这个标准坚持以当事人预先估计的损失为标准，而当事人预先估计的损失往往具有很强的主观性，因此仍然没有解决区分的不确定性问题。<sup>[46]</sup>正如纽约州上诉法院 1854 年所悲叹的，“最有才干的法官也宣布，在试图确定区分违约罚金和预定之赔偿金的界限的原则以作为判决基础时，他们感到很为难”。<sup>[47]</sup>甚至如美国学者所评述的，“预估损失的困难越大，证明损失的困难越大，那么约定的赔偿金被认定为合理的可能性就越大”。<sup>[48]</sup>

依据民法典第 585 条第 2 款，违约金调减程序的启动只有一个标准，即违约金过分高于违

[42] Muriel Fabre-Magnan, *Droit des Obligations; Contrat et Engagement Unilatéral*, 4e édition, PUF, 2016, pp. 789-791.

[43] 参见前引 [2], 张玉卿主编书, 第 579 页。

[44] See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2022, p. 606. 另见《美国统一商法典》第 2-718 条、《美国合同法重述 (第二次)》第 356 (1) 条。

[45] Banta v. Stamford Motor Co., 92 A. 665 (Conn. 1914).

[46] 参见前引 [16], 范斯沃思书, 第 837 页。

[47] Cotheal v. Talmadge, 9 N. Y. 551, 553 (1854).

[48] 参见前引 [16], 范斯沃思书, 第 840 页。

约后造成的损失，这是在总结我国实践经验并借鉴《国际商事合同通则》的基础上作出的比较科学的规定。因为预估的损失具有很强的主观性，如何判断事先预估损失的合理性，在发生争议后往往难以证明，而实际造成的损失通常具有客观性，相较而言更容易证明。因为该标准较为客观，即违约金是否过分高于损失，只需要比较违约金数额与损失数额即可，所以这主要是一个事实认定问题。然而，无论在理论界还是实务界，对此认识并不一致。理论界许多学者认为，过分高于损失是一个法律判断问题，应当由法官在考量多种因素的基础上予以认定。在判断违约金是否过高时，不能仅依据损害赔偿数额或者最高赔偿限额予以判断，而且应看相关的违约金数额能否起到担保、督促当事人履行合同的作用；在具体判断违约金数额是否过高时，还需要考虑违约方的违约程度、过错程度、非违约方的损失以及非违约方损失的发展状况等因素。<sup>[49]</sup>在实务界，有的法院根据合同总价款因素来调整违约金；<sup>[50]</sup>有的法院根据公平原则和诚信原则调整违约金；<sup>[51]</sup>有的法院根据显失公平规则调整违约金；<sup>[52]</sup>有的法院根据其他综合考量因素调整违约金；<sup>[53]</sup>有的法院甚至认为，只要违约方违约程度轻微，就应当调整违约金数额。<sup>[54]</sup>这些观点均值得商榷。

依据民法典第585条第2款，在合同纠纷中，针对违约金调整，法官必须首先查明非违约方的损失，这是调整违约金的前提和基础，也是违约金调整必须坚持的基本原则。判断违约金是否过高、是否需要调减，法院应秉持极为慎重的态度。只有在有足够证据证明违约金过分高于非违约方的损失时，法院才能基于当事人的请求依法减少违约金数额。<sup>[55]</sup>据此，启动违约金调整程序，法院必须首先审理损失，并将损失与违约金的约定相比较，得出违约金是否过高的结论。这是违约金调整不可逾越的法定程序，凡是省略该程序而直接认定违约金过高并启动调整程序的做法，均有违民法典第585条第2款的规定。

## 2. 必须由违约方证明过分高于损失

依据民法典和相关司法解释的规定，在调整违约金过程中，要通过合理分配举证责任并通过当事人的质证辩论对抗机制，正确认定损失。关于损失应由谁举证，存在“违约方证明说”“守约方证明说”“违约方初步证明说”三种不同主张。<sup>[56]</sup>其实，我国司法实践历来认为，“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”。<sup>[57]</sup>但从实践来看，一些案件中，法官首先要求非违约方证明损失，甚至要求非违约方就违约金未过分高于损失举证，如果不能举证，就认定违约金过高。<sup>[58]</sup>这种做法显然不符合司法解释的相关规定和违约金调整的基本法理。

[49] 参见前引〔28〕，王洪亮文，第123页以下。

[50] 参见重庆市第四中级人民法院（2024）渝04民终672号民事判决书；重庆市第一中级人民法院（2024）渝01民终4380号民事判决书。

[51] 参见四川省中江县人民法院（2024）川0623民初2808号民事判决书；广东省广州市番禺区人民法院（2024）粤0113民初10399号民事判决书；新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院（2024）新23民终717号民事判决书。

[52] 参见浙江省金华市中级人民法院（2024）浙07民终1661号民事判决书。

[53] 参见重庆市永川区人民法院（2024）渝0118民初4466号民事判决书；广东省阳江市中级人民法院（2024）粤17民终1103号民事判决书；四川省南部县人民法院（2024）川1321民初1980号民事判决书。

[54] 参见上海市静安区人民法院（2023）沪0106民初39883号民事判决书。

[55] 参见罗昆：《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，第108页。

[56] 参见前引〔25〕，吴泽勇文，第187页。

[57] 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8条。

[58] 参见青海省西宁市中级人民法院（2014）宁民一终字第386号民事判决书。

启动违约金调整程序，必须先由违约方证明违约金“过分高于损失”。一方面，按照“谁主张，谁举证”这一举证责任的基本原则，既然违约方主张违约金过高，其就应当对此负有客观的、结果意义上的举证责任，此种证明责任与败诉结果联系在一起，如果违约方不能证明“过分高于损失”，就要承担不能启动调整程序的败诉风险。<sup>[59]</sup> 违约方主张调整违约金，实质上就是对双方约定的合同条款作出重大变动，这种变动必须符合法定条件，且必须由提出变动的违约方承担举证责任。另一方面，从尊重当事人的合同自由和诚实信用原则出发，一旦一方违约，其即有义务支付违约金。如果要由非违约方证明损失以及违约金是否过分高于损失，且非违约方如果无法举证就可能造成违约金被调减的后果，将不利于维护违约金条款的效力，甚至会鼓励违约。<sup>[60]</sup> 且违约金设定本身就是减少非违约方事后证明损失的困难，由非违约方首先证明其损失显然不合理。

当然，非违约方也要承担主观的、行为意义上的证明责任，即如果非违约方提出违约金的约定合理，其也应提供相应的证据证明自身的损失。非违约方在证明自己遭受的损失方面具有便利性，由其举证证明自己的损失，有助于查清事实、准确认定损失。此种证明责任仅是针对特定争议事实及违约金约定的合理性提供证据证明，不与败诉结果联系在一起，即便非违约方未能证明违约金约定的合理性，也不必然导致违约金调整程序的启动。据此，《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》（法释〔2023〕13号，以下简称“合同编通则解释”）第64条第2款规定，违约方对违约金过分高于损失“应当承担举证责任”，非违约方“也应当提供相应的证据”。这表明，违约方和非违约方的证明责任存在明显区别，违约方承担结果意义上的举证责任，而非违约方仅承担行为意义上的举证责任。<sup>[61]</sup>

总之，在决定是否启动调整程序时，首先应当审理损失，由违约方就违约金过分高于损失进行举证。如果违约方没有就损失举证，法官应当释明，释明后仍不举证或者举证不能的，因为不符合违约金调整的条件，法官不应启动违约金调整程序。如果一方举证证明损失的数额后，另一方予以认可，法官不能越俎代庖、否定另一方的认可。按照民事诉讼法上的自认规则，另一方对不利事实予以认可的，法院应当受到这一认可的约束。<sup>[62]</sup> 之所以要对违约金调整作如此限制，一方面是为了保障意思自治和诚实守信原则的实现，另一方面则是为了限制法官的自由裁量权，避免法官代替当事人订立合同、主张权利。

对特定的交易关系而言，非违约方对损失数额的举证也可能存在困难。例如，在采取市场价格法则计算损失时，市场价格的不确定性使非违约方难以确定损失数额。一些无形财产的损失可能难以计算。这就需要在一些特殊情形下对非违约方的相关损失予以适当救济。此时并不能因为非违约方的举证困难就当然认定其未遭受损失，甚至据此免除违约方的违约金责任，而应当通过适用获利视为损失等规则确定其损失。<sup>[63]</sup>

[59] 我国有学者将举证责任区分为结果意义上的证明责任和行为意义上的证明责任，也有学者称为客观证明责任和主观证明责任。前者与最终的败诉结果联系在一起，后者回答对特定的争议事实由谁提供证据加以证明的问题，通常不与败诉结果联系在一起。参见江伟、肖建国主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2023年版，第240页。

[60] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第719页。

[61] 同上。

[62] 参见夏志毅：《我国民事自认制度的溯源、结构与解释论展开》，《经贸法律评论》2022年第4期，第119页以下。

[63] 参见商标法第63条、著作权法第54条。

### 3. 非违约方的损失包括可得利益损失

关于非违约方损失的认定,学理上认为不仅包括违约造成的直接损失,也包括期待利益损失,期待利益损失是指可得利益损失。<sup>[64]</sup>我国民法典第584条采用的是“可以获得的利益”的措辞。在判断违约金是否过分高于非违约方的损失时,之所以将非违约方的可得利益损失纳入损失的范围,主要是基于如下原因:

第一,符合体系解释。民法典第585条第2款在规定违约金调整规则时,并没有明确非违约方损失的范围,因此需要依据民法典第584条予以确定。依第584条,非违约方的损失包括可得利益损失。“合同编通则解释”第65条第1款重申了应当根据第584条确定非违约方损失的规则。这实际上也是我国司法实践的一贯做法。<sup>[65]</sup>

第二,符合充分补偿受害人损失的原则。从司法实践来看,一些法院认定违约金是否过分高于损失时未纳入可得利益损失,<sup>[66]</sup>显然不利于对非违约方进行充分救济,也不符合充分补偿受害人损失的原则。例如,在房屋买卖纠纷中,若在房价下跌的情形买受人拒绝履行合同,出卖人的损失不仅包括为履行合同而遭受的损失,如清退房屋的费用等,也包括因房价下跌而遭受的可得利益损失。如果将可得利益损失排除在外,则违约金数额将很容易被认定为过高,将导致违约金过高并被调整成为司法实践的“常态”而非“例外”,这不仅与立法关于违约金调减的立法定位不符,也难以实现对非违约方的充分救济。

第三,有助于充分发挥违约金的补偿功能。在认定违约金是否过高时,如果将非违约方的可得利益损失排除在损失范围之外,不仅会导致大量的违约金数额过高情形,而且可能导致调整后的违约金无法填补非违约方的损失。因为在违约金调整后,从民法典的规定来看,非违约方一般不得再主张违约损害赔偿,将可得利益损失排除在外将使得非违约方的损失难以获得充分救济。

### 4. 约定的违约金超过损失的30%

判断违约金是否过高,就是要将违约金数额和非违约方的损失数额予以比较。为了解决审判实践中的判断难题,“合同编通则解释”第65条确立了违约金数额超过损失的30%这一判断标准,即当事人约定的违约金超过损失的30%的,一般可以认定为“过分高于造成的损失”。<sup>[67]</sup>这是对“过分高于损失”的具体量化。违约金超过损失的30%,一般来说就满足了“过分高于损失”标准,满足了启动违约金调整程序的基本条件。违约金高于损失、但低于损失的130%的,一般不应当予以调整。这一标准也是违约金双重功能的彰显。也就是说,违约金因具有担保功能而具有适度惩罚性,适度惩罚也可以救济当事人通常难以依法主张赔偿的部分类型损失。<sup>[68]</sup>需要指出的是,法官在认定违约金是否过分高于损失时,并不需要进行复杂的价值判断,而仅是在当事人举证的基础上,准确认定非违约方的损失,并按照增幅30%进行计算。但是,依据“合同编通则解释”第65条第3款,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。因此,如果违约方构成恶意违约,一般不能启动调整程序,

[64] 参见李永军:《合同法》,法律出版社2003年版,第637页。

[65] 参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第50条。

[66] 参见江苏省连云港市中级人民法院(2024)苏07民终2740号民事判决书;四川省中江县人民法院(2024)川0623民初2808号民事判决书。

[67] 参见广西壮族自治区防城港市中级人民法院(2020)桂民终746号民事判决书。

[68] 参见雷继平:《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25页。

以体现对恶意违约方的制裁。

在违约方部分履行的情形，如果约定的违约金过分高于损失，违约方请求调减时，法院也可以依法适当减少违约金数额。在此情形，如果非违约方拒绝部分履行，则应当按照合同整体的给付义务未履行而造成的损失计算；如果非违约方接受了部分履行，并据此获得了一定的履行利益，此时非违约方虽然可以请求违约金，但计算损失时应当将其因接受部分履行而获得的利益予以扣除。<sup>[69]</sup>

#### 5. 借款合同中违约金的调整应符合违约金调整的一般规则

为规范民间借贷中当事人同时约定逾期利率、违约金或其他费用时出借人可以取得的数额上限，《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〔2020〕17号，以下简称“民间借贷案件规定”）第29条统一设置了一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍作为上限。如何协调该规定与违约金调整一般规则的适用，值得探讨。

笔者认为，仅承认4倍LPR无法充分救济当事人。违约金涵盖的损失可能不仅包含利息损失，如果一概限制为4倍LPR，可能无法覆盖出借人的全部损失。此外，由于“民间借贷案件规定”第25条和第28条将合同约定的利率和逾期利率的上限均设置为4倍LPR，如果不允许当事人主张损失130%之内的违约金，将使违约方的违约成本趋近于零，即期限内还款和逾期还款所付出的成本相同，这显然无法起到预防违约的作用。具体而言，在对民间借贷中当事人约定的逾期违约金进行调整时，应当首先判断违约金是否超过了逾期所造成损失的130%。造成的损失可以按照当事人约定的利率进行计算。例如，当事人约定了4倍LPR作为逾期利率，法律既然允许出借人获得4倍LPR以内的利息，当事人遭受的损失即为本金加4倍LPR。逾期违约金与逾期利息性质不同，只有约定的违约金超过本金加4倍LPR之数额的130%时，才应予调整。

需要注意的是，在非民间借贷中的金钱债务逾期时，不能当然地以4倍LPR作为判断违约金过高的标准。如果当事人约定了逾期支付罚息，应当依据当事人的约定计算。当然，该逾期支付罚息也同样需要受到“合同编通则解释”第65条第2款的限制，即不得超过所造成损失的130%。此处的损失可以参照《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》（法释〔2020〕17号）第18条第4款进行确定。该款规定了当事人在金钱债务中没有约定违约金的场合，可以将LPR加计30%到50%作为逾期付款的损失。因此，只要违约金不超过LPR加计30%到50%之数额的130%，则不应进行调整。

## 四、“过分高于损失”标准是违约金调整结果公平合理的保障

如前述，违约金调整程序的启动属于事实认定问题，必须满足“过分高于损失”的条件，违约金如何调整则是法律判断问题，由法院酌定。因此，具体应当将违约金调整至多少数额，确实属于法院依法裁量的范围，但这并不意味着法院可以任意调整违约金数额。民法典第585条第2款在规定了“过分高于损失”的启动条件之后，相应地规定了“适当减少”的调整标准。这是违约金调整的基本原则，也是违约金调整后的最低标准。可见，“过分高于损失”标

[69] 法国民法典第1231-5条第3款规定：“如果债务约束只有部分被履行的，法官同样可以依职权，按照债权人从部分履行中所获利益的比例，减少约定的违约金（la pénalité）的数额，且前款之适用不因此受影响。”

准不仅是违约金调整的前提，同时也是调整结果公平合理的保障。

（一）违约金调整应当以损失为基准

违约救济就是弥补非违约方的损失，无论是违约金责任还是法定赔偿都不例外。正如《美国统一商法典》第1-106（1）条指出的，采取的救济措施应使受害方可以处于与另一方完全履行时一样的状态。<sup>〔70〕</sup>所以，在启动违约金调整程序后，法院始终应当以对非违约方提供充分救济为中心，紧扣损失对违约金予以调整。在启动调整程序后，法院虽然要综合考量各种因素，但按照“合同编通则解释”第65条第1款，违约金调整应当以损失为基础。非违约方损失是违约金调整的主线，无论如何调整，调整后的违约金数额都不能低于非违约方遭受的损失，或者完全不考虑对损失的救济而随意调整。当然，以损失为基准，并不意味着调整结果一定要与损失等同，而是完全可以高于损失。

（二）调整结果不得低于非违约方的损失

应当看到，民法典和相关司法解释确实没有对违约金调整后的最低数额作出明确规定。比较法上，13世纪，关于违约金是否可以超过对损害的赔偿金额，主教霍斯滕希斯（Hostiensis）提出了至关重要的“双倍”标准。他认为，应当区分不同类型的违约金分别认定。如果当事人约定违约金旨在明确将来应当赔偿的损害，则其功能在于替代损害赔偿，因此违约金的数额不得超过合同价值的双倍，或者不得超过实际损害。如果当事人约定违约金的目的在于惩罚，则违约金数额不应当受到上述限制。<sup>〔71〕</sup>霍斯滕希斯区分不同违约金类型并对其设置不同限额的观点影响了此后一百年的教会法。后续有许多论述与之相似。<sup>〔72〕</sup>大陆法系国家普遍认为，即使违约金过高，法院作出调整后的最低数额也不得低于非违约方的损失。例如，德国民法典第340条第2款规定：“享有基于不履行之损害赔偿请求权的债权人，可以主张已发生给付效力的违约金，作为最低的损害赔偿额。不排除针对其他损害的赔偿。”如果损害未超过约定的金额，债权人至少可以主张约定的金额作为违约金，如果损害超出约定的金额，债权人也可以在主张违约金之外就超过部分的损害行使损害赔偿请求权。<sup>〔73〕</sup>德国法上，如果一项违约金没有超过实际发生的损害，则不得被调减。如果超出实际损失金额，不允许被减少到实际损失金额之下。<sup>〔74〕</sup>英美法则倾向于认为，与预估的损失相比过高的罚金应当认定为无效，此时适用法定损害赔偿规则，这实际上也强调对非违约方损失的充分救济。可见，两大法系对违约金数额以及违约金调整的立场虽存在一定区别，但均认为违约金调整后的最低数额不得低于非违约方的损失，否则将难以填补非违约方的损失。

在“合同编通则解释”的起草过程中，最高人民法院曾考虑对违约金调整规则作出细化规定，以避免违约金调减自由裁量权过大导致当事人利益失衡等问题。为尊重当事人的意思自治、督促当事人有约必守并发挥违约金的惩罚功能，该司法解释草案曾设计了“人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130%，会使

〔70〕 U. C. C. § 1-106 (1) (1978).

〔71〕 Vgl. Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Berlin 1993, S. 78 ff.

〔72〕 同上书，第80页以下。

〔73〕 参见前引〔29〕，姚明斌书，第81页。

〔74〕 Vgl. Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 343 Rn. 21-22.

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，可能不利于营造良好的法治化营商环境。最终，“合同编通则解释”没有规定违约金调整后数额的最低标准，维护了违约金“补偿性为主、惩罚性为辅”的属性。<sup>[75]</sup>笔者认为，为了防止法官的自由裁量权过大，违约金调整后的数额应当有一个最低标准，即不得低于非违约方的损失。

依据民法典第585条第2款，违约金过分高于损失，只能适当减少，其中就包含了无论违约金如何调整都不能低于非违约方损失的规则。如前述，违约金作为违约救济的方式，必须以完全补偿受害人的损失为基本原则，违约金调整首先必须符合违约金的补偿功能，遵循充分补偿受害人损失的原则。如果违约金低于违约方造成的损失，不仅难以发挥违约金的补偿功能，而且也不符合违约救济的基本原则。因此，不得低于非违约方的损失，应当是违约金调整的底线。但从司法实践来看，一些案件中，法院并没有审理非违约方的损失而径行调整违约金，这就难免导致违约金调整的结果与非违约方的损失差距较大。例如，在“杨某林与朱某奎房屋租赁合同纠纷上诉案”中，承租人迟延支付每年2万元的房租，一审法院将租赁合同中约定的2万元迟延违约金减至1万元，二审法院则认为1万元违约金仍过高，根据案件事实并结合当地经济实际水平，改判承租人承担500元违约金。<sup>[76]</sup>一、二审法院认定的违约金相差竟然高达20倍。从法律上看，如果违约金调整后的数额过低，导致违约成本低廉，客观上会产生鼓励违约的后果。<sup>[77]</sup>此时，违约金不仅不能成为救济非违约方损失、阻却违约的责任方式，反而会成为违约方在违约后想方设法减轻责任甚至逃避责任的借口，也会无端增加诉累。<sup>[78]</sup>即便现行立法没有规定违约金调整后的最低标准，从完全补偿受害人的损失出发，调整后的违约金数额也不得低于非违约方的损失。

### （三）违约金调减的结果应当坚持“适当减少”规则

不得低于非违约方损失虽然是违约金调整后的最低标准，但若径将违约金调减至损失数额，仍不能发挥违约金的双重功能。依据民法典第585条第2款，对于约定违约金过分高于损失的，允许“适当减少”，但对于违约金低于损失的，允许“予以增加”，而并没有采取“过分低于”“适当增加”的表述。其本意在于，违约金低于损失的，就要一概增加到损失的数额，以充分补偿受害人的损失；但在过分高于损失的情形，违约金只能“适当减少”。如前述，“适当减少”是一个法律判断问题，但何为“适当减少”，现行立法并未作出明确规定。

笔者认为，应当从如下几个方面理解“适当减少”的内涵：一是“适当减少”不是大幅减少或者“拦腰截断”，而是酌情减少。即使违约金过分高于损失，也只能“适当”减少而非过度减少。二是不能弃之不用。即便违约金过分高于损失，也应当维持其效力，即只能通过依法调整违约金数额（即适当减少违约金数额）的方式实现合同正义，而不得据此否定违约金条款的效力。三是违约金调整的结果可以适当高于损失。文义上，“适当减少”意味着调整结果可以适当高于损失，这也有利于发挥违约金的担保功能。四是违约金调整程序启动后，不应再适用显失公平等判断合同效力的规则，因为违约金调整以违约金约定的有效为前提，如果适

[75] 参见前引[10]，陈龙业文，第43页以下。

[76] 参见青海省西宁市中级人民法院（2014）宁民一终字第386号民事判决书。

[77] 参见前引[55]，罗昆文，第117页以下。

[78] 参见前引[3]，罗昆文，第117页。

用合同效力规则使得合同无效或者被撤销,就会与违约金调整自相矛盾。

笔者认为,如果不存在违约方过错程度较重、纯粹商事合同或者违约金条款就是由违约方提供的格式条款约定等特殊情形,违约金调整的结果保持在损失的100%-130%区间内是比较适宜的。主要理由在于:

第一,符合民法典第585条第2款规定的“适当减少”标准。当违约金过分高于损失时,减少至损失的100%-130%,已经满足了“适当减少”的要求。既然是“适当减少”,就意味着即便调整后的违约金数额大于非违约方损失,也符合该条“适当减少”的文义要求。但是,违约金调整程序的启动要件是超过损失的130%,因此通常情形下,违约金调整的结果在损失的100%-130%区间内,是符合第585条第2款规定的。

第二,有利于发挥违约金的双重功能。如果调整后的违约金数额与非违约方损失相当,则只是实现了违约金的补偿功能,而无法实现其督促守约的担保功能。如果只是考虑到违约金的补偿功能,则可能使违约金实际上沦为违约损害赔偿的一种具体形式,这与民法典区分违约金与违约损害赔偿的做法不一致。事实上,“合同编通则解释”将违约金超过损失的30%作为违约金过高的条件,就是为了保证违约金担保功能的实现。

第三,有利于统一违约金调减的裁判规则。由于缺乏违约金调整的具体数额规定,使得违约金究竟应当调整到多少合适,缺乏明确的尺度。因此,有必要统一违约金调减的裁判规则,以保护当事人的合理预期。在违约金过高的情形,第585条第2款只是规定“适当减少”,这意味着可以将非违约方损失的100%-130%作为违约金调整后的最终结果,这有利于明确违约金调整的裁判标准,也有利于发挥违约金的双重功能。

#### (四) 违约金数额的调整应当符合公平和诚信原则

民法典第585条第2款规定的“适当减少”,实际上也要求违约金的调整应当符合公平和诚信原则的要求。依据“合同编通则解释”第65条第1款,法院调整违约金应当遵循公平原则和诚信原则。所谓公平,是指违约金的调整应当兼顾对损失的填补和对合同履行的督促,既要弥补因违约给受害人造成的损失,又要督促当事人履行合同,预防违约的发生。<sup>[79]</sup>这就要求以损失为基础,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、履约背景等因素公平考量,进行“适当减少”,避免简单地“一刀切”。<sup>[80]</sup>如前所述,违约金调整后的结果一般保持在损失的100%-130%,是比较公平的。但是,如果存在一些特殊事由,违约金的最终结果可以不受上述标准的限制,甚至超过损失的130%。例如,如果双方当事人都是商事主体,能够合理预见将来承担违约责任的风险及责任范围,此种情形可以作为特殊事由。所谓遵守诚信原则,是指违约金调整的数额应当能够保障非违约方获得有效救济,如果违约方只需要对其违约行为付出极小的代价,就不利于督促当事人履约。又如,违约金条款是由违约方提出并纳入合同条款,违约方违约后又主张调整该条款,这显然不符合诚信原则。再如,许多网店作出的“假一罚十”承诺,实际上就是一个约定的违约金条款。虽然该条款具有明显的惩罚性,但是知假售假的过错程度严重。为体现对这一过错行为的惩罚,法院对这一违约金约定也可以不作调整,这既能补偿非违约方的损失,又能担保合同的适当履行,保护消费者利益。

[79] 参见广东省东莞市中级人民法院(2012)东中法民二终字第603号民事判决书。

[80] 参见前引[33],黄薇主编书,第417页。

## 结 语

虽然两大法系关于违约金调减的规则各具特色，但违约金调减规则已为各国普遍认可。我国民法典第 585 条第 2 款在借鉴《国际商事合同通则》的基础上，结合我国国情作出一定修改，兼顾了合同自由和合同正义，为违约金调整设置了统一规则，是科学合理的。

诚然，在违约金调整中，法院确有一定的自由裁量权，但这种裁量权的行使应当严格依据民法典及相关司法解释的规定。所谓依法裁判，意味着法官必须依据民法典和司法解释的相关规定调整违约金。如果无法保障依法裁判，公正司法就难以实现。因此，司法裁判在处理违约金调整问题时，只有严格遵循民法典第 585 条第 2 款，才能保证违约金调整结果的公平合理和统一，有效协调合同自由和合同公正的关系，有效维护当事人的合法权益，让人民在每一个案件中感受到公平正义。

---

**Abstract:** Liquidated damages clauses arise from the parties' freedom of contract, with the standard of "excessively exceeding loss" reflecting the fundamental principle of respecting private autonomy in private law. In the adjustment to liquidated damages, the principle of no reduction by default should be adhered to and reduction should be taken as the exception. This approach not only respects the parties' private autonomy but also recognizes the dual functions of liquidated damages, namely compensation and punishment. Adjusting liquidated damages requires a strict distinction between the question of whether an adjustment is warranted and the question of how the adjustment should be made. Excessively exceeding loss serves as the condition for initiating the adjustment process, representing primarily a matter of factual determination rather than legal judgment. The court should first examine the non-breaching party's losses to ascertain whether the liquidated damages indeed exceed those losses excessively. The adjustment must be based on the losses incurred and consider other relevant factors to ensure fairness and reasonableness. In the adjustment, the principle of "appropriate reduction" must be adhered to and the outcome of any adjustment should not fall below the non-breaching party's losses. In general, it's appropriate that the amount after adjustment is in the range of 100%-130% of the losses.

**Key Words:** liquidated damages, loss, reduction of liquidated damages, private autonomy, functions of liquidated damages

---