

恶意违约情形下违约金不酌减规范的解释论展开

文/方 乐 杨如茜

内容提要 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条第3款设计了恶意违约情形下的违约金不酌减规范。此规范通过原则不酌减与例外酌减的技术构造,实现契约自由和契约正义两法益的“再平衡”,殊值肯定。但与此同时,“恶意违约”“一般不予支持”等不确定概念的采用也埋下了同案异判、规范目的落空等隐患。故为推进该规范的有效适用,面向原则不酌减要件,应将恶意解释为附加损害他人利益的不良动机的故意,并借由违约人牟利动机、手段性质、背信程度等因素判定恶意违约。面向例外酌减要件,一方面,应将违约金数额畸高确定为适用情形,并将判定畸高的标准具体化为恶意违约人的恶意程度、债权人的过错程度以及恶意违约人的赔偿能力等因素,另一方面,应限制恶意违约的违约金酌减幅度,并采损失1.3倍、合同标的额20%、法定惩罚性赔偿数额三者的最高额作为酌减下限。

一、问题的提出

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》(以下简称《合同编通则司法解释》)第65条第3款规定:“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。”该条确立了在债务人恶意违约情形下,人民法院原则上不支持当事人酌减违约金请求的规则。相较于最高人民法院《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)》),该规定在司法实践经验以及理论研究的提炼基础上,对恶意违约方适用违约金司法酌减规则采取了更加谨慎的立场,突破了仅仅以违约金数额与违约

损失之关系为主导因素来判断违约金是否应当酌减的既有路径。无疑,司法解释进一步细化违约金司法酌减规则的做法殊值肯定,可一连串新问题也由此出现:为何要以主观要件明确酌减规则边界?“恶意违约”应如何认定?“一般不予支持”应作何种理解?是否存在违约方恶意违约但仍能被适用违约金酌减规范的例外情形?对此,理论界与实务界主要关注违约金功能^①、举证责任^②、适用对象^③等问题。即便有部分学者关注到恶意违约不酌减的正当性^④、主观恶意的体系化理解^⑤等内容,也未能进一步明确规范意涵。诚然,法律文字外延的不确定性有助于形成开放性的法律结构,但如果放任规则和事实间裂缝的生长,也“将与相同事

①姚明斌:“违约金双重功能论”,载《清华法学》2016年第5期。

②吴泽勇:“违约金调减的证明责任问题”,载《法学评论》2022年第1期。

③石冠彬:“民法典合同编违约金调减制度的立法完善——以裁判立场的考察为基础”,载《法学论坛》2019年第6期。

④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”,载《环球法律评论》2024年第2期。

⑤于飞:“合同的权利义务终止、违约责任的重要发展及释评”,载《中国法律评论》2023年第6期。

应用

件应作相同处理的正义要求以及制定法追求的法律安定性背道而驰”。^①具体至本规范，如若不对“恶意”“一般不予支持”等不确定法律概念进行释明，或会形成两重极端：违约金酌减规范被架空，抑或是违约金不酌减规范成僵尸条文。同案不同判等实践问题也将由此产生。因此，笔者拟立足于规范目的，对恶意违约情形下违约金不酌减规范进行阐释，以期引导该规范在司法实践中的运用。

二、恶意违约情形下违约金不酌减规范的解析

违约金是当事人意思自治的产物，但也可能会成为当事人一方侵害另一方利益的工具。如何调和契约正义和契约自由间的冲突一直是违约金调整规则的核心争议。本质而言，司法解释新增恶意违约情形下的违约金不酌减规范，是意图借由原则不酌减和例外酌减的立法技术更好促成正义与自由两法益间的平衡。

（一）规范立场：契约正义和契约自由的再平衡

在强调意思自治的合同法领域，契约自由通常位于较高的法益位阶。如康德指出：“当某人就他人的事情作出决定时，可能存在某种不公正。但当他就自己的事务作出决定时，则绝不会存在任何不公正。”^②因为任何有理智的人都不会订立损害自己的契约，契约自由和契约正义通常并行不悖。然而，在现代社会，此种观念受到严重挑战。在违约金领域，“与合同主要条款不同，违约金条款的不当性并不能为当事人所即时感知：对当事人而言，即便承诺支付高额违约金，该承诺的兑现也只是某种（遥远的）可能性，并不会立即发生不利效果，从而当事人难以觉察并谋求救济（基于显失公平请求撤销等）。”^③如果遵循绝对的契约自由，那么这种自由将沦为压迫债务人的工具。因此，对于不合理的违约金约定，需要通过适当的司法干预以矫正契约自由带来的实质不公，此即现代民法追求实质正义的表征之一。^④但也需注意的是，对契约正义的追寻并不意味着对契约自由的过度矫正，当事人仍然是自身利益的最佳裁判者。我国合同法律中的公平原则本身便遵循以“程序公平”为主，以“实质公平”为辅的结构。^⑤此点在违约金领域亦不应作例外对待。亦即，违约金调整规则的适用须谨防对契约自由的过度冲击。

对此，在司法解释新增不酌减规范后，违约金酌减规则整体呈现为：酌减规范适用于普通违约，即在违约金数额过分高于损失的情形下，法院可根据请求行使减额裁量权；不酌减规范适用于恶意违约，即在数额过分高于损失的情形下，法院对于恶意违约方酌减违约金的请求一般也不予支持。前者是对契约正义和契约自由两法益的平衡，后者是对契约正义和契约自由两法益的再平衡。事实上，此种“再平衡”是必要的。原因在于，虽然需要强调酌减工具对矫正契约不公的正向意义，但必须正视的事实是，恶意违约属于严重违反诚实信用的行为。如果债务人明确意识到了违约金的现实负担，且仍以恶意违约行为损害另一方的合同利益，则对其继续适用违约金酌减反将造成实质不公、引发道德风险。此时，应注重违约金惩罚性功能的实现：通过遵循原先的违约金约定，一方面，最大程度弥补守约方受到的损害，另一方面，打破债务人企图恶意违约后再请求酌减违约金的期待，让其承担高于损失的违约责任。

（二）技术构造：原则不酌减和例外酌减的协力

在具体法技术上，为有效实现此种“再平衡”，《合同编通则司法解释》采用了“人民法院一般不予支持”的构造。其中，“一般”一词的运用意味着既存在原则、也存在例外。这样规定的原因是，当事人一方的理性通常是有限的，而过高的违约金又具有私罚属性。如果对于不合理的违约金全盘不予酌减，放任一方通过违约金来进行无节制的惩罚，那么违约金的功能也会发生异化，成为剥削、压迫合同另一方当事人的工具。质言之，原则上不予酌减彰显了立法者对恶意违约的惩治意图，例外可以酌减表明了立法者对复杂现实的综合考虑。采用原则不酌减和例外酌减的协力构造能够更好地解决规范僵化的弊端，避免恶意违约情形下过度适用违约金不酌减规范的不公情事发生。

从比较法视角来看，原则不酌减与例外酌减的协力也存在先例。德国商法典第348条规定：“商人之间于商事营业经营中所约定的违约金不适用德国民法典第343条规定的违约金司法酌减规则。”该规定的正当性在于，“法律认为商人在作出违约金约定时能够进行比较好的考虑”，^⑥商事主体

①[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第396页。

②李少伟：《私法的价值意蕴与制度呈现》，陕西人民出版社2021年版，第384页。

③许德风：“违约金司法酌减的依据及其限度”，载《法学》2024年第4期。

④梁慧星：《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社2000年版，第171页。

⑤韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第52~53页。

⑥罗昆：“我国违约金司法酌减的限制与排除”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第2期。

往往具备更强的经验与判断能力,能够充分评估高额违约金的意义。并且,其通过合同获得的预期收益与其缔约时应承担的谨慎、合理义务是相对应的。^①是故,法院对其达成的违约金约定应当予以充分的尊重。不过即便如此,在违约金数额出现明显不合理的情况时,当事人仍然有可能寻求违约金酌减之救济。例如,在德国的一则外观设计专利侵权案件中,一产品出售人因违反违约金约定应支付5000余万欧元。虽然该案所涉协议系商事主体签订的协议,本应适用德国商法典第348条作出不调整违约金的裁判,但法院认为非违约方违背了诚实信用原则,将违约金酌减至20万欧元。^②亦即,在具体审判中,德国商法典第348条和相应诚实信用概括条款实质构成了原则不酌减、例外酌减的协力构造。诚然,该德国法实践锚定的是特殊主体,与《合同编通则司法解释》所针对的特殊情形并不一致,但此运用仍说明了协力构造在实现个案正义方面的必要性及可行性。

综上所述,在规范原理上,违约金不酌减规范着眼于全盘适用违约金酌减规范所导致的过度干涉契约自由,并通过原则不酌减、例外酌减的技术构造避免自身也陷入一刀切的适用困境。这一立法思路符合民法体系追寻契约正义和契约自由两法益平衡的价值立场,具备充分的正当性。但如若希望确保相应规范目的可落实至司法实践,还需进一步明确恶意、一般情形、例外情形等概念。

三、“原则不酌减”要件:恶意违约的认定

在民事法律规范中,“恶意”一词的使用并不少见,与“故意”“过失”等词相类似,其往往被用于体现当事人主观心理状态。但理论界与实务界长期有恶意是否等同于故意的争论,甚至不同立法规范对恶意的认定也不统一。对此,有必要对违约金酌减规范中的“恶意违约”内涵进行法律意义上的解释,避免在实际运用中出现过于主观化的认定。

(一)回应:“恶意违约”不等同于“故意违约”

关于“恶意”和“故意”,法学界一直存在二者无适用差异的主张。例如,按照最高人民法院《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第1条第2款的规定,故意包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七

条第三款规定的恶意。最高人民法院相关部门的负责人曾对应强调“故意”和“恶意”的含义应当是一致的。^③又如,有学者指出“尽管恶意与故意存在差异,但是两者均是指明知行为侵权而故意为之,即明知故犯”。^④而在司法实践中,人民法院引入“恶意”一词也多用于辅助说理,强化道德谴责,少有言明其与故意违约的区别。^⑤事实上,这种认知具备一定的合理性。故意是指行为人明知或者应知其行为会造成损害,仍然追求或者放任这种结果的发生。恶意是指行为人为明知其行为缺乏法律根据,并以损害他人利益为目的而行为,如恶意串通、恶意磋商、恶意侵害名誉权等。两者似乎都包括了“知”和“欲”(以自己的某种行为来损害他人的主观心理)。但是,其间存在的细微差别是,故意在使用时必然兼具“知”和“欲”的意思,而恶意的“知”和“欲”并不一定在一个法律行为的评价中兼具。例如,在与限制民事行为能力人签订合同的情况下,明知对方当事人的民事行为能力有瑕疵的相对人为恶意相对人,但是却并不一定具有损害对方当事人利益的意思,在此情形下一般没有故意和恶意两词辨析的必要。特别是在违约情形中,当事人双方所达成的合同本身便包含着双方的权利、义务。一方义务的违反意味着另一方的权利无从实现,合同目的会就此落空。此时,违约方对于自己的行为对他人利益具有危害不仅是明知或应知的,而且通常具备意思主义的恶意。换言之,恶意违约和故意违约具备更高的相似性。

然而,据此便认为《合同编通则司法解释》第65条第3款中的“恶意违约”等同于“故意违约”,仍然是不合适的。从司法解释的编纂角度来看,在《合同法解释(二)》起草过程中,最高人民法院拟将其第29条起草为“当事人一方过失违约未造成另一方损失的,人民法院根据违约方的请求可以适当减少违约金。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”,但该条款最终未获得适用。因为官方认为单纯以违约方故意违约而不予调整的做法或不公正,这和当时的合同法第一百一十四条的精神相冲突。由此,基于违约金规则体系逻辑完善的连贯性,不宜将所有的故意违约均理解为恶意违约。

① 章瑜翔:“再论违约金的规制模式:异化与回归”,载《南大法学》2023年第1期。

② Vgl. BGH NJW 2009, 1882 ff. (Kinderwärmekissen).

③ 张平华:“《民法典》上的惩罚性赔偿法定主义及其规范要求”,载《法学杂志》2023年第4期。

④ 王利明:“论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则”,载《政治与法律》2019年第8期。

⑤ 参见湖南省长沙市岳麓区人民法院(2021)湘0104民初8950号判决书、福建省漳浦县人民法院(2021)闽0623民初3548号判决书及广东省江门市中级人民法院(2018)粤07民终3147号判决书。

应用

在此基础上,有观点提出恶意违约属于故意违约中的直接故意,从而将间接故意排除在外。^①这种限缩思路大抵参考了侵权领域学者所主张的认定思路。^②由于直接故意对于损害结果具有比间接故意更积极的追求心态,将恶意违约限制于直接故意,与恶意在语义上比故意更甚的贬义相符。遗憾的是,将恶意违约与直接故意违约等同,在实践适用中也存在问题。借鉴刑法理解,直接故意是指行为人知道自己的行为必然或者可能造成危害结果仍追求该结果发生的主观心理,而间接故意在对损害的认识程度上低于直接故意,仅仅是认识到损害可能发生。因此,在行为人认识到危害结果发生的可能性是必然的情况下,其主观状态不可能是间接故意。基于此,在合同领域,由于当事人一方的违约行为必然会对另一方利益造成一定损害,若当事人在合同还有履行可能性时主动选择违约,就可以认为是直接故意的违约行为。换言之,仅以直接故意来概括恶意违约的内容而不考虑违约方动机的认定方法,存在认定门槛过低的问题,使得恶意违约情形在实践中泛滥。例如,在一起委托合同纠纷案件中,面对甲单方解除委托合同的行为,法院基于案涉合同签署时甲未成年、合同履行期限11年过长等因素,认定甲提前解除合同存在合理性,并非“恶意违约”。^③若秉持直接故意违约等于恶意违约的认知,则甲提前解除合同的行为必然构成直接故意,需被予以更为严苛的法律适用,这一结论显然不大妥当。事实上,即便是在间接故意的情形下,以恣意或不计后果的方式导致严重损害的违约行为仍然可能因为其严重漠视守约方利益而构成恶意违约。^④这进一步说明仅以直接故意来解释恶意是不全面的。

况且,从《合同编通则司法解释》第65条的用语来看,直接故意已被包含在第2款“当事人的过错程度”中。既然立法者单独对恶意作出规定,则恶意违约应属于过错中的故意、过失以外的另一种主观心理,并且比故意的主观恶性更深。对此,作如下理解或更为合适:此处的恶意不

是单纯的故意,而是在此基础上附加了损害他人的目的^⑤。即在故意的基础上,包含了某种坏的意愿,表明行为人是为了不正当的目的或动机,如牟利、恶毒仇恨他人或者泄愤。例如,在美国的刑法理论中,恶意与蓄意便会被区分开来。对于蓄意损毁等罪,只有在“故意地和恶意地”时,即以损害财产或物为目的,且为了伤害而实施行为时,才可能构成此罪。^⑥虽然动机在民法中很少被作为过错的判断依据,但正如前文所言,不跳出故意的单一范畴无法对恶意进行妥当解释,故需要在故意这一种过错类型上附加对动机的考察。但也需说明的是,附加动机并不意味着当事人的动机应仅包含害人的意图,毕竟纯粹损害他人的意图在实践中是极为少见的。在恶意的判断中,应是只要违约方的动机包含损害他人利益的意图即可。

(二)体系解释下恶意违约的认定思路

不过,由于动机毕竟深藏在当事人的内心,想要从外部探知有很大的难度,所以仍然需要继续探究的是,哪些客观情形可反映行为人存在恶意违约的主观状态。对此,民法典还存在民事法律行为无效的恶意串通、缔约过失中的恶意磋商行为等相近法律规范。一定程度上,这些规范有助于恶意违约认定思路的形成。

首先,民法典第一百五十四条对“恶意串通”作出的规定是“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效”。其中,“恶意”是行为无效的主观要件之一,“损害他人合法权益”是行为无效的结果要件。^⑦虽然该规范未直接表明恶意的判定标准,但有鉴于主观要件和结果要件的逻辑关系,一则,该规范验证了恶意应作包含损害他人合法利益意图的理解,二则,具体至该规范的适用,“该类案件主要还是应该通过当事人实施的行为本身来认定该行为是恶意串通所为”。^⑧亦即,是否存在损害第三人利益之后果往往也会影响法官对恶意的判定。

其次,民法典第五百条对“缔约过失责任”规定的是

①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”,载《环球法律评论》2024年第2期。

②程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第293页。

③参见上海市静安区法院(2021)沪0106民初18109号民事判决书。

④曹兴权、张径华:“违约方解除合同场合的利益调整机制——基于《民法典》第580条展开”,载《中国法律评论》2022年第6期。

⑤于飞:“合同的权利义务终止、违约责任的重要发展及释评”,载《中国法律评论》2023年第6期。

⑥[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚仲秋译,中国政法大学出版社2006年版,第47页、第56页。

⑦王利明:“体系化视角下的恶意串通规则”,载《法律科学(西北政法大学学报)》2024年第1期。

⑧最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第777页。

“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为”。虽恶意一词仅出现于第一项恶意磋商规定，但后续两项规定可与第一项并列，这表明后续两项情形与第一项情形在恶性程度上大致相等。否则，不应当适用同等法律效果。由此，该款规定亦可为恶意的认定提供一定参照。具体而言，在第一项规定中，“恶意”所呈现出的形式为“假借订立合同”，是否存在过缔约意图通常是其判定的核心标准。在第二项规定中，“故意”比“恶意”的主观恶性低，但由于隐瞒重要事实和提供虚假情况的手段更为恶劣，所以第二项情形和第一项情形整体恶性大致相等。并且，值得注意的是，隐瞒重要事实和提供虚假情况两手段在积极性（消极隐瞒与主动提供）与对象（重要事实和虚假情况）上也存在差异，但同样整体恶性大致相等。该两点解读共同说明行为手段的恶劣性通常也可用来辅助推定其是否具有损害他人利益的不良动机。而对于第三项规定而言，其是基于诚实信用原则所规定的兜底条款。结合第一项规定，这反映出恶意磋商行为本质上是违背诚信原则的行为。因此，在恶意的认定较为困难时，可以考虑回归诚实信用原则，以辅助判断。

此外，现有司法实践也有关于恶意判定的内容。《全国法院民商事审判工作会议纪要》曾基于“新某公司诉冯某某某商铺买卖合同纠纷案”等案件提出过违约方解除权的设想，并规定违约方解除权的赋予需满足“违约方不存在恶意违约”等条件。在相应案件中，违约方新某公司系为盘活资产重新开业而与业主解除合同。尽管其提前解约的行为属于故意违约，但该公司故意违约的动机并不是损害业主的利益，而是为了减少商铺无法正常经营的损失。所以法院最终主张“为平衡双方当事人利益，可以允许违约方解除合同”。^①据此，套用违约方解除权的适用条件，可发现，若行为人违约意图是为了降低自身所遭受的损失，则通常不会构成恶意。相反，若是为了主动追求更大经济利益而违约，则往往会被识别为恶意。

（三）恶意违约的具体判定因素

基于前文的论证，恶意违约是违约方附有损害他人利益动机的故意违约。并且，此种动机往往在其他相近规范中，会通过损害后果、恶劣手段、违约原因等诚实信用相关要素客观表现出来。依照此逻辑，进一步结合关于恶意违约的既有审判实践，可考虑将牟利动机、手段性质、背信程度作为判定恶意违约的具体因素。

其一，牟利动机。鉴于行为人于实践中的故意违约往往有牟利和避害之原因区分，可将违约方是否追求不当的经济利益或者不正当目的作为行为是否恶意的判定因素之一。例如，双方当事人签订房屋买卖合同后，房屋市场价格突然上涨，卖方明知在将房屋交付他人后无法履行原先的合同，却仍选择在房价上涨的情况下基于获得更大利益的原因而故意违约。此种基于牟利而“一房二卖”的行为，严重背离诚实信用要求。对此类牟利型违约，违约金的调整规范便应体现出惩罚性功能^②。与之相反的是，如果是当事人由于经营难以为继，选择提前终止租赁合同，抑或是企业因商业判断失误，而选择停止偿还借款，此时，虽行为主体仍是故意违约，但主要违约目的在于减少自身的损失，便没有一般性排除司法酌减的必要^③。而之所以可将牟利和避害作不同对待的原因在于，虽然避害型违约也有一定的损人利己的意味，但这种利己并不是为了使自己的利益得到不当的积极增长，而是一种消极的增加。相应地，损害行为通常也远没有牟利型违约积极。因此，在主观恶性程度上，牟利型违约通常远高于避害型违约。

其二，手段性质。虽然违约与否是一种非此即彼的判断，但各违约手段间也存在积极或消极、持续时间长或短、次数多或少等方面的差异。这同样是恶性程度不同的体现，应在主观评价上作出区分。例如，在最高人民法院指导案例166号：北京隆昌伟业贸易有限公司诉北京城建重工有限公司合同纠纷案中，违约方不仅违反了原合同，还违反了自己以高额违约金许诺的和解协议。鉴于多次违约的主观恶性，法院最终决定不支持违约方酌减违约金的请求。与之相反的是，在一起房屋租赁合同纠纷案中，承租方虽要求提前解除租赁合同，但于解除时尚未拖欠租金，并且事后通过函件

①“新某公司诉冯某某某商铺买卖合同纠纷案”，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第6期。

②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445页。

③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”，载《环球法律评论》2024年第2期。

应用

等方式与非违约方积极沟通商量、协助对方寻找另外合作对象。法院最终作出了承租方不属于恶意违约的认定。^①

其三，背信程度。除牟利动机、手段性质外，在实践中，可反映行为人主观恶性的还有履约意图、违反程度、违反对象、后果严重程度等因素。例如，如果违约方自始未有诚信履约的真实意思，则其预期违约的意图显而易见，相应主观状态宜被认定为构成恶意。^②又如，如果违约方违反的并非主给付义务，而是从给付义务或附随义务，则其违约行为通常不构成根本违约。相应，主观状态一般不宜被判定为恶意。再如，如果合同履行仅具有轻微瑕疵，且瑕疵履行的后果亦非严重，仅因其不完全履行的事实而认定行为人具有主观恶意便难以令人信服。^③

事实上，牟利动机、手段性质以及背信程度均只是诚实信用原则是否被严重违背的某一个具体判定维度。因此，在对具体要素进行适用时，还应避免僵化地将某一要素与恶意认定直接挂钩。例如，在一起买卖合同纠纷案中，即便违约方在合同履行之初即连续3次未能按约履行供货义务，但由于合同履行中确实存在混凝土供应市场价格发生较大变化的客观事实，并且，违约方在违约后一再表示愿意积极履行供货义务，其按合同所给出的供货价格明显低于其他供货商，付款方式也明显优于其他供货商，法院最终认定其不构成恶意。此种对具体要素的动态系统考量应当在恶意违约的判定中获得普遍适用。^④

四、“例外酌减”要件：适用情形及酌减幅度的认定

当然，违约方被判定恶意违约并非意味着其酌减违约金的请求必然被法院否定。因为在《合同编通则司法解释》第65条第3款采用的用词是“一般不予支持”。有原则即有例外。但为贯彻遏制恶意违约行为的立法意图，又避免惩罚性规定的实践滥用，还有必要进一步探讨此种“例外酌减”的适用情形和酌减幅度。

（一）适用情形：违约金数额畸高

立足于立法目的，“例外酌减”仅应被适用于违约金数额畸高的有限情形。一则，如果违约方所受之违约金数额

畸高，其也会受到与其行为不成比例的损害。此种损害已超出惩罚必要，予以认可亦有违个案正义。二则，惩罚性违约金虽强调惩罚违约行为的工具价值，但也应注重实际履行的救济效果。^⑤畸高的违约金无益于债权人获得赔偿，反而可能存在倒逼债务人拒绝赔偿的道德风险。此时，即便违约方主观为恶意违约，也应当适度认可其违约金酌减的请求。

但如此解释又引出一个新的问题：何为违约金数额畸高？首先，可以明确的是，《合同编通则司法解释》第65条第2款所规定的“约定的违约金超过造成损失的百分之三十”仅能作为“畸高”的最低硬性条件。否则，不加区分地对违约行为和恶意违约行为适用同一标准有违实质公平，或会使不酌减规范的惩罚意图彻底落空。相比于静态数额标准，“畸高”应更着眼于个案中违约金数额和恶意违约行为及恶意违约人赔偿能力的相称程度。

针对恶意违约行为，已有学者关注到违约金数额与主观恶意程度两者间的关系，并提出应该把违约方的违约“恶意程度（A）与违约金数额与实际损失的差额（B）这两个变量视为一对函数关系来处理，即A越大，则B为法律所容许的差额就越大，反之，则越小”。^⑥此种观点是合理的。恶意违约的例外酌减数额标准不宜一刀切，该数额应当为在个案中随着恶意程度进行变化的动态值。亦即，恶意程度受判定恶意违约的具体因素影响。若各因素所体现出的恶意程度越高，例外酌减的数额标准越高。展开来说，在牟利动机因素上，恶意程度可以从债务人违约动机中损人意图的占比来观察。纯粹损人不利己型的恶意在相同情况下严重于牟利型的恶意违约行为。而如果避害型违约构成恶意违约，则由于其损害债权人利益的意图在动机中占比较小，其恶意程度更低。至于牟利型违约彼此之间，可结合违约方的获益情况来辅助判断其恶意程度。^⑦在手段性质因素上，恶劣程度的高低会体现在对债务人权利的危险性上。通常，行为人强迫、恐吓之手段的恶意程度最高。因为其通常不限于对债权人合同履行利益的威胁，还可能会

①参见浙江省高级人民法院（2023）浙民终138号民事判决书。

②参见上海市第二中级人民法院（2021）沪02民终10299号民事判决书。

③参见江苏省无锡市中级人民法院（2024）苏02民终1517号民事判决书。

④胡雪军：“民法典‘动态系统论’对传统民事裁判方法的冲击”，载《法学》2021年第10期。

⑤王洪亮：《违约金酌减规则论》，载《法学家》2015年第3期。

⑥李东琦：“论惩罚性违约金的调整”，载《当代法学》2013年第6期。

⑦参见安徽省宿州市中级人民法院（2021）皖13民终857号民事判决书、广东省江门市中级人民法院（2018）粤07民终3147号民事判决书。

具有对债权人人身权益的危险性。相较之,故意隐瞒、提供虚假信息的手段是使债权人陷入错误认识,恶意程度较低。此外,在行为人长期、多次使用不良手段时,其时间越长,次数越多,对债权人的危险性越高,其恶意程度也就越大。在背信程度因素上,背信之恶意直接体现于当事人的履约情况。一般而言,自始不具有履约意图之行为的恶意比事中放弃履约之行为的恶意程度重。履行程度低之行为的恶意比履行程度高之行为的恶意程度重。违反义务之行为的恶意程度比违反从义务、附随义务之行为的恶意程度重。违约后果较重之行为的恶意比违约后果较轻之行为的恶意程度重。

但不同于债务人恶意违约之主观判定阶段,在考察违约金数额和恶意违约行为是否相称的结果裁量阶段,还有必要考虑债权人是否存在过错。毕竟在债权人与有过失的情况下,债务人需承担的过错责任应有所减轻,例外酌减的数额标准也应有所降低。例如,在一起一房二卖案件中,法院认为虽然卖家为恶意违约,但由于买方自身也明确知晓涉案房屋正处于交易限制期限内,对涉案房屋的交易风险有明确预期,所以不宜将交易风险完全归于债权人。^①此点从《合同编通则司法解释》第65条第1款所列举的裁判考量因素中也可获得验证——“当事人的过错”不仅包含“债务人的过错”,也包含“债权人的过错”。但需强调的是,债权人的过错亦有程度上的差异,不宜因债权人的轻微过失而大幅度减轻债务人的违约责任。例如,在一起合同纠纷案中,主播擅自解约的行为严重违反诚实信用原则,构成恶意违约。对于主播针对公司合同履行期间的2次迟延履行行为主张混合过错及违约责任相抵的请求,法院认为双方的违约情形之间不具有对等性而不予支持。^②

在恶意违约行为之外,还应考虑恶意违约人的赔偿能力。按照经济学的逻辑,拥有不同数量的货币或者财富的人

对单位财富(货币)的评价是完全不一样的。^③对一部分人威慑不足的赔偿金额可能对于另一部分人是无法承受的,以致于会促使其拒绝赔偿,甚至是陷入破产等不利境地。^④也正因此,中外的惩罚性赔偿制度均会将“侵权人承担侵权责任的能力”作为确定惩罚性赔偿数额的考量因素。^⑤而在违约金领域,对违约人赔偿能力的考量同样事关威慑效果和救济目标的实现,应予重视。事实上,立法和实践早已将之作为违约金酌减的考量因素。《合同编通则司法解释》第65条第1款要求人民法院在裁量时遵循公平原则。通过公平原则,可容纳债务人经济状况之因素。^⑥实践中,特别是在涉及竞业限制的违约金案件中,如果竞业限制违约金过高,以至于超出劳动者的承受能力,导致劳动者背负巨额债务,那么法院出于“保障劳动者生存权”的理念通常会考虑酌减违约金。^⑦因此,即便是恶意违约方,假如约定的违约金数额明显超过了担保债务履行的必要数额,并且给违约方造成严重的生存危机时,也有必要考虑例外酌减。^⑧

总之,在违约金数额是否畸高的判定中,应当综合考量恶意违约人的恶意程度、债权人的过错程度以及恶意违约人的赔偿能力,继而确定个案中的“例外酌减”数额标准,并与违约金数额进行比较。

(二)酌减幅度:3种酌减基准之联动

虽然针对恶意违约方的违约金仍有例外进行酌减的空间,但不可否认恶意是一种比故意更具有严重性的主观心理。对其酌减幅度应当有更严格的限制,否则仍难以体现对于恶意违约方的惩罚以及对于债权人的保护。因此,还有必要对于例外酌减的幅度进行讨论。对于普通违约行为,法院在综合各方面的因素认为有必要进行酌减后,通常会将违约金酌减至损失的1到1.3倍之间。^⑨亦即,对于普通违约,违约金酌减的下限为损失的1倍,违约金酌减的上限为损失的1.3倍。而对于恶意违约,违约金酌减的上限已

①参见上海市松江区人民法院(2023)沪0117民初7118号民事判决书。

②参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终363号民事判决书。

③Keith N. hylton, punitive damages and the economic theory of penalties, 87 Geo. L.J. 421 (1998-1999).

④李东琦:“论惩罚性违约金的调整”,载《当代法学》2013年第6期。

⑤最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第354页。

⑥王洪亮:“违约金酌减规则论”,载《法学家》2015年第3期。

⑦孙晓勇主编:《中国法院2022年度案例13劳动纠纷含社会保险纠纷》,中国法制出版社2022年版,第207~210页。

⑧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”,载《法学研究》2015年第3期。

⑨屈茂辉:“违约金酌减预测研究”,载《中国社会科学》2020年第5期。

应用

在“畸高”与否的过程中得出,即“例外酌减”数额标准。余下需讨论的仅是违约金酌减的下限。为体现对恶意违约方的惩罚及对债权人的保护,可考虑将损失的1.3倍作为酌减之下限。

与此同时,违约金酌减下限还可以参考民法的相似制度规定。首先,可考虑参考同样具有担保与惩罚功能的定金制度。民法典第五百八十六条规定,定金数额应当以主合同标的额的20%为限。因此,有学者主张将主合同标的额20%作为惩罚性违约金的上限。^①与之相对应,也有学者认为以20%作为上限不合理。因为按主合同标的额20%计算的惩罚性违约金通常意味着20%的利润率,但在不同产业会高于或低于违约损失的30%,认为将其作为下限更为合理。^②其中第二种观点相对合理。其一,恶意违约方违约金的上限取决于个案实际情况,不宜固定数额。其二,定金罚则并未对当事人的主观恶性程度进行区分,对其进行上限设定的原因仅在于避免当事人承担过重违约责任。这和违约金酌减需考虑违约人恶意程度的运作机理完全不同。其三,不将主合同标的额20%作为下限可能会损害债权人利益。民法典第五百八十八条规定了当事人既约定违约金又约定定金时,债权人可以选择适用其一。实践中,如果债权人选择适用违约金,并且法院依照债务人请求进行酌减,此时,便可能会产生酌减后的违约金数额低于定金数额的不合理结果。故为避免该现象发生,应认定债权人有权主张的违约金数额不当低于其所放弃的定金责任应当享有的赔偿金额。^③对于主观恶性更强的恶意违约,更应如此。酌减后的恶意违约金数额不宜低于定金责任可以享有的最大赔偿金额。

此外,惩罚性赔偿制度也可为违约金酌减下限提供参考。惩罚性赔偿,也称示范性的赔偿或报复性的赔偿,系由法院所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿。在某些特殊领域,立法者会出于惩罚、救济等目的来特别规定惩罚性赔偿。如消费者权益保护法第五十五条第一款规定消费者在特定情形下可请求“购买商品的价款或者接受服务的费用的3倍”。此时,为避免选择违约之

诉的债权人遭受权益救济不周后果,在法定惩罚性赔偿可获支持的案件中,至少应该将调减下限上升至与法定赔偿相等的程度^④。而在惩罚性赔偿未规定的领域,鉴于民法典第一百七十九条对惩罚性赔偿所采用的谦抑立场,不应类推适用惩罚性赔偿。相应,不应将之作为违约金酌减下限。^⑤

值得补充说明的是,3种违约金酌减下限彼此之间采最高适用的关系。亦即,如果个案同时存在违约金、定金及惩罚性赔偿金,且违约金数额同时高于3项标准时,应当将三者中数额最高者作为恶意违约之违约金酌减下限。此种设置既是对双方当事人意思自治的尊重,也是对债权人权益的更好保护。

结语

《合同编通则司法解释》新增的恶意违约违约金不酌减规范是对违约金酌减规范的有益补充,可助益于契约正义和契约自由的更好平衡,但为避免立法目的落空,司法实践在具体适用《合同编通则司法解释》第65条第3款时应精准把握“恶意违约”“一般不予支持”等概念内涵。对此,较合理的解释方案为:该规范中的恶意违约不同于故意违约。参照民法典相关条文,恶意违约中的恶意宜被认定为故意附加损害他人利益的不良动机。反映在实践中,恶意与否需裁判者结合违约人牟利动机、手段性质、背信程度等具体因素来综合判定。如果裁判者认定违约人为恶意违约,原则上对恶意违约人的违约金酌减请求便不应予以支持。除非该个案为违约金数额畸高的例外情形,即裁判者在综合考量恶意违约人的恶意程度、债权人的过错程度以及恶意违约人的赔偿能力等因素后认为违约金数额过高,此时,也应适度认可恶意违约人的违约金酌减请求。可即便允许例外酌减,鉴于恶意违约行为的恶劣性,也有必要更谨慎地限制违约金酌减幅度,即采损失1.3倍、合同标的额20%、法定惩罚性赔偿数额3种酌减下限的最高额,并将之作为恶意违约之违约金酌减下限。

(作者单位:上海大学法学院)

①韩世远:“违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论”,载《法学研究》2003年第4期。

②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”,载《法学杂志》2023年第2期。

③参见济南市槐荫区人民法院(2017)鲁0104民初496号民事判决书。

④王洪、李兆利:“我国惩罚性违约金条款规范路径的反思——由某‘假一罚万’案所引发”,载《湖湘论坛》2020年第2期。

⑤朱晓峰:“论《民法典》对惩罚性赔偿的适用控制”,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第11期。