

# 违约金酌减的裁量控制

双重限定：损失基础与过错程度

赵跃

（安徽国运律师事务所，安徽 合肥 230000）

**摘要：**违约金酌减是民事审判中最常行使的裁量权之一，也是上诉、申诉最为集中的争点之一。《民法典》第五百八十五条第二款仅设“过分高于造成的损失”这一要件与“适当减少”这一效果，规范密度极低；《合同编通则解释》第六十五条以损失为基础、兼顾五项因素、并以百分之三十为参考线，仍未解决裁量的可预期性问题。本文主张，酌减并非单一裁量，而应拆解为三个前后相继的判断：其一，“过分高于”是构成要件，须由主张方举证证明，法院不得依职权启动；其二，损失基础依第五百八十四条确定，受履行利益、可预见规则与减损规则三重限定，不能以合同约定金额反推损失；其三，“适当减少”是效果裁量，其幅度受过错程度的反向制约，恶意违约者原则上不予酌减。百分之三十不是计算规则，而是证明规则，其功能在于转移具体化的举证负担，而非将违约金一律压缩至损失的百分之一百三十。在此基础上，本文按合同主体、交易类型、履行程度三个维度提出类型化基准，并就释明义务、举证分配与二审处理给出程序方案。

**关键词：**违约金；酌减；损失基础；过错程度；裁量基准；释明义务

**中图分类号：**D923.6 **文献标识码：**A **文稿编号：**WJLT(2021)01-0001-12

## Judicial Control over the Reduction of Liquidated Damages: The Dual Constraints of Loss Baseline and Fault

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

**Abstract:** The reduction of agreed liquidated damages is one of the most frequently exercised discretionary powers in civil adjudication and one of the most contested issues on appeal. Article 585(2) of the Civil Code provides only a requirement that the agreed sum be "excessively higher than the loss caused" and an effect of "appropriate reduction", leaving the norm remarkably thin. Article 65 of the Interpretation on the General Part of Contract adds a loss baseline, five balancing factors and a thirty percent reference line, yet predictability remains elusive. This article argues that reduction is not a single discretionary act but three successive judgments. First, "excessively higher" is a constitutive requirement to be proved by the party asserting it; the court may not initiate reduction ex officio. Second, the loss baseline is determined under Article 584, subject to the triple constraints of expectation interest, foreseeability and mitigation, and may not be inferred backwards from the agreed sum. Third, "appropriate reduction" is a discretionary effect whose magnitude is inversely conditioned by fault, so that a party in bad-faith breach should ordinarily obtain no reduction. The thirty percent line is a rule of proof rather than of calculation: it shifts the burden of specification rather than compressing all penalties to one hundred and thirty percent of the loss. Typological benchmarks are then proposed along three dimensions of party status, contract type and degree of performance, together with procedural arrangements on clarification, allocation of proof and appellate disposition.

**Key words:** liquidated damages; judicial reduction; loss baseline; degree of fault; discretionary benchmark; duty to clarify

**说明：**（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

**作者简介：**赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，研究方向为民商法、合同裁判方法。

违约金是当事人对违约后果的预先安排。它把未来不确定的损失折算成一个确定的数额，使守约方免于举证之累，也使违约方在缔约时即知代价。这一制度设计的前提，是当事人对自身利益的判断优于事后的司法估算。正因如此，立法对违约金的干预一向克制：仅在约定金额与实质损失显著失衡时，才允许司法介入调整。

但克制不等于放弃。《民法典》第五百八十五条第二款规定，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。这一条款在

审判实践中的适用频率极高，几乎每一个涉及逾期付款、逾期交房、逾期交货的合同纠纷，被告都会提出酌减抗辩。与之相伴的，是裁量结果的巨大差异：同样约定日万分之五的逾期付款违约金，有的法院全额支持，有的法院调至同期贷款市场报价利率的四倍，有的调至一倍半。

差异本身不是问题。案件事实不同，结果理应不同。问题在于差异无法被说明。当一份判决仅以“约定过高，本院酌情调整为……”作结，当事人无从知晓调整的依据何在，二审亦无从审查裁量是否失当。裁量的正当性，最终依赖于说理的可检验性；一旦说理缺位，裁量便退化为纯粹的权力行使。

《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《合同编通则解释》）第六十五条试图回应这一困境。该条明确，酌减应以第五百八十四条规定的损失为基础，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，遵循公平原则和诚信原则衡量；约定违约金超过造成损失百分之三十的，一般可以认定为过分高于损失；恶意违约的当事人请求减少的，一般不予支持。

这一条提供了因素清单，却没有提供因素之间的运算关系。五项因素何者优先、如何权衡、百分之三十是上限还是参考、恶意违约在多大程度上排斥酌减，条文均未明示。因素清单的优点在于弹性，缺点在于可操作性；当清单取代了规则，裁量就从“适用规则”变成了“列举考虑”。本文的任务，是把这份清单还原为若干可以分别判断的命题。

违约金过高的具体判断标准，包括超过损失三成的参考意义、恶意违约不予酌减的把握以及法官释明的时机与方式，可参见“违约金过高怎么酌减”一文的梳理；本文不重复操作层面的要点，只讨论酌减权的规范构造与裁量控制。

## 一、问题的提出：酌减为何难以形成可预期性

### （一）三种典型的裁判偏差

第一种是“比率替代”。审理者跳过损失认定，直接按约定金额的一定比例削减，如“调整为约定金额的百分之七十”。此种处理看似折中，实则回避了核心问题：违约金是否过分高于损失，本应以损失为参照，而非以约定为参照。以约定金额为基数作比例调整，等于承认约定本身即为合理起点，与第五百八十五条第二款的规范逻辑相反。

第二种是“以上限替代判断”。凡约定日万分之五以上者，一律调整为同期贷款市场报价利率的四倍；凡约定日万分之三以下者，一律不予调整。此种处理在结果上具有高度可预期性，在方法上却是以行业惯例取代个案审查。四倍这一数字源自信贷利率的司法保护上限，与违约损失并无必然联系；将其移植为违约金的裁量上限，缺乏规范依据。

第三种是“损失虚化”。判决书载明“原告未举证证明其实际损失”，随即以“本院综合考虑合同履行情况、当事人过错程度”为由酌定一个数额。损失既未认定，所谓“过

分高于损失”的要件便无从判断；此时的酌减，实际上是对违约金数额的第二次自由约定，其正当性基础已从“矫正失衡”滑向“分配损失”。

三种偏差的共同点，是有一个本应分步骤完成的判断压缩为一次直觉性的数额确定。酌减在形式上是一个动作，在结构上却是三个判断：约定金额是否过分高于损失、损失为多少、减少至多少。三个判断各有其证明对象与审查方法，混同处理必然导致说理空转。

## （二）可预期性的真正来源

有观点认为，酌减难以预期是因为缺乏统一的裁量基准，主张由最高人民法院以司法解释形式规定具体的调整比例区间。这一主张的出发点可以理解，但其效果值得怀疑。违约损失的形态千差万别：金钱债务的逾期损失表现为资金占用成本，交货义务的违反可能引发停产损失，竞业限制的违反则难以量化。任何统一比例都只能在部分案件中成立，在此之外仍需个案判断。

可预期性并不来自结果的一致，而来自方法的统一。当事人真正需要的，是能够预判法院将审查哪些事项、自己应就哪些事项举证、何种事实会导致何种后果。方法一旦确定，即使结果存在差异，当事人也能理解差异的来源。反之，纵使规定了统一比例，若损失基础仍可随意认定，结果的差异只会从“比例不同”转移为“基数不同”，可预期性并未改善。

因此，本文的讨论重心不在于提出一个新的比例，而在于把酌减拆解为可分别检验的步骤，并为每一步配置相应的证明责任与审查标准。以下依次讨论构成要件的定位、损失基础的确定、参考线的性质、过错的反向制约，最后给出类型化基准与程序方案。

# 二、规范构造：要件、效果与程序

## （一）“过分高于”是构成要件，不是裁量空间

第五百八十五条第二款的文义结构是：约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院可以根据当事人的请求予以适当减少。“过分高于”处于条件句的位置，属于酌减权发生的前提要件；“适当减少”处于主句，属于要件成立后的法律效果。这一语法结构在规范上意味着一项重要约束：法院必须先认定要件成立，才能进入效果裁量；要件不成立，不得运行裁量。

实务中常见一种做法：法院认定约定违约金“略高”，遂“酌情下调百分之十至二十”。此种处理混淆了要件与效果。“略高”不构成“过分高于”，要件既不成立，即应全额支持，不得以“酌情”之名行调整之实。反过来，若认定“过分高于”，则减少幅度须说明理由，不能笼统表述为“酌情”。

要件的证明责任由主张酌减的一方承担。《合同编通则解释》第六十四条明确，违约方主张约定的违约金过分高于损失请求减少的，应当承担举证责任；非违约方主张约定的违约金合理的，也应当提供相应的证据。这一双向分配值得注意：它并未把举证责任完全

压在违约方身上，而是要求守约方在违约方完成初步举证后，就损失的合理性作出回应。

该条同时规定，当事人仅以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不予调整的，人民法院不予支持。这一规定回应了实务中大量出现的“弃权条款”——合同约定“双方均不得请求调整违约金”。此类条款排除了法定的司法审查权，超出了当事人处分私权的范围，故不生效力。但其无效的后果并非约定金额一律有效，而是回到第五百八十五条第二款的一般规则。

## （二）“适当减少”是效果裁量，受双重约束

要件成立后，法院取得的是“可以减少”的权力，而非“必须减少”的义务。条文用语为“可以”，且减少的程度限定为“适当”。这两处措辞共同划定了裁量空间：法院既可决定不减，也可决定少减，还可决定大幅减少，但无论何种选择，均须与损失的偏离程度相当。

“适当”一词在解释上常被理解为“使违约金与损失大致相当”。这一理解并不完整。若酌减的唯一目标是使违约金等于损失，则违约金制度将退化为损害赔偿的替代形式，其预先确定、免于举证的功能随之丧失。第五百八十五条第一款允许当事人约定违约金，本就不要求约定金额与损失完全一致；第二款的介入，针对的是“过分”偏离，而非任何偏离。

因此，“适当”的基准不是“等于损失”，而是“恢复至可接受的偏离范围内”。所谓可接受，须结合违约金的双重功能判断：一是补偿功能，使守约方获得大致相当于损失的填补；二是压力功能，通过略高于损失的责任促使债务人履行。酌减应保留压力功能所必需的空间，仅在压力功能被滥用、异化为暴利工具时，才予以压缩。

这一理解直接决定减少幅度的下限。若将违约金减至与损失完全相等，压力功能荡然无存，债务人将失去履行激励，反而鼓励违约。故减少后的数额通常应高于可证明的损失，其高出部分即为压力功能的保留。这一点在继续性合同、长期合作关系中尤为重要：违约方一旦发现违约成本仅等于损失，履行意愿必然下降。

## （三）释明义务：裁量的程序前提

酌减以当事人请求为前提，法院不得依职权减少，这一点在理论与实务上均无争议。但当事人未必知晓此项权利，尤其在无律师代理的案件中，被告往往只抗辩“不构成违约”或“金额过高”而未明确请求减少。此时若法院径行判决全额支付，实质上剥夺了当事人的救济机会。

《合同编通则解释》第六十六条为此设置了释明义务：当事人一方请求支付违约金，对方以合同不成立、无效、被撤销、不构成违约或者非违约方不存在损失等为由抗辩，未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就若不支持该抗辩、当事人是否请求调整违约金进行释明。这一规定的实质，是把释明从法官的裁量事项转化为法定义务。

释明的时点与方式值得讲究。时点上，应在抗辩审查完毕后、裁判作出前进行，避免过早释明影响当事人对实体抗辩的坚持；方式上，应以中性询问为宜，不宜表述为“本院认为违约金明显过高，是否请求调整”，以免预断要件成立。较妥当的表述是：“若不支持该项抗辩，是否请求对违约金数额予以调整？”

该条第二款进一步规定，第一审人民法院认为抗辩成立且未予释明，第二审人民法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明，并根据当事人的请求，在充分举证、质证、辩论后依法判决适当减少。这一安排体现了程序补正的思想：一审的释明瑕疵不导致发回重审，而由二审直接补正，既保障了当事人的程序利益，又避免了程序空转。

同条第三款还规定，被告因客观原因在第一审程序中未到庭，但在第二审程序中到庭并请求减少违约金的，二审可以在充分举证质证辩论后依法减少。此处“客观原因”的限定值得注意：无正当理由缺席者，不得在二审中首次提出酌减请求，否则将鼓励缺席与拖延。这一区分与民事诉讼法上失权规则的精神一致。

### 三、损失基础的确定

#### （一）第五百八十四条的三重限定

《合同编通则解释》第六十五条要求以第五百八十四条规定的损失为基础。第五百八十四条的表述是：损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。这一条文包含三重限定，逐一适用于酌减。

第一重是利益属性限定。可赔损失是履行利益，即合同得到履行时守约方本可获得的利益，而非其因信赖合同有效而支出的费用。二者在多数场合重合，但在合同未获履行且守约方另行替代交易时可能分离。此时应以履行利益为基准，信赖利益仅在履行利益难以证明时作为参照，且不得超过履行利益的数额。

第二重是可预见性限定。赔偿范围限于违约方在缔约时预见到或者应当预见到的损失。这一规则对酌减具有特殊意义：违约金本身即为当事人缔约时对损失的预估，其数额在某种意义上就是可预见性的制度化表达。若约定的违约金数额恰好落在可预见范围内，则难谓“过分高于”；只有当约定金额显著超出可预见范围时，酌减才有正当性。

第三重是减损规则。第五百九十一条规定，当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失扩大；未采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。减损规则在酌减中的作用常被忽视：守约方怠于减损所扩大的损失，不计入损失基础，因而也不能成为支撑高额违约金的理由。审理时若发现守约方在违约发生后长期不作为，应相应下调损失基数。

#### （二）不得以约定金额反推损失

实务中一种常见思路是：既然违约金是当事人对损失的预估，则约定金额本身即为损

失的证据，除非有相反证据，应推定损失等于约定金额。这一思路在逻辑上颇具吸引力，在规范上却难以成立。

违约金的功能不限于补偿。当事人约定高额违约金，可能出于多种考虑：强化履约压力、对难以证明的损失作概括预估、对特定违约行为的遏制。将约定金额一律推定为损失，等于把压力功能所对应的部分也计入补偿范围，其结果是违约金只增不减，第二款的酌减功能被架空。

正确的思路是反向的：约定金额是待审查的对象，损失是审查的基准。审查的顺序应为：先由违约方就“损失显著低于约定金额”完成初步举证，再由守约方就损失的构成与数额作出说明，最后由法院在双方举证的基础上认定损失区间。认定困难时，可依民事诉讼法关于酌定赔偿的精神，结合可得证据作合理估算，但估算须说明依据，不得径以约定金额打折代替。

### （三）损失不能精确证明时的处理

多数案件的损失难以精确计算。逾期付款的损失可参照资金占用成本，尚属可算；逾期交房导致的损失，则涉及租金、搬迁、子女入学等多项，难以逐一量化；竞业限制违约的损失，往往只能通过违约方的获利间接推算。此时若严格要求守约方精确举证，等于迫使其承担无法完成的责任，酌减将变成对违约方的普遍恩惠。

较为妥当的处理是分层认定。第一层，认定可精确计算的部分，如已实际支出的费用、已发生的资金成本；第二层，认定虽不能精确计算但可合理估算的部分，如可得利益损失，可参照同类交易的利润率、行业平均收益等间接证据；第三层，对确实无法证明的部分，不作认定，但在衡量违约金合理性时作为背景因素予以考虑，而非直接计入损失数额。

这一分层处理的意義在于，它使“损失”从一个确定数值变为一个区间。区间之下限是可精确证明的损失，上限是依可预见规则与减损规则限定的最大可能损失。违约金的合理性，应在此区间内判断：低于下限者难谓过高，高于上限者通常构成过分高于，处于区间之内者则需结合过错程度等因素综合衡量。

以区间替代点值，也解决了举证责任分配的难题。违约方只需证明约定金额高于区间上限，即完成初步举证；守约方则需就区间上限的合理性作出说明。双方均无需就一个精确数字承担证明不能的后果，裁判者亦获得了在区间内裁量的正当空间。

## 四、百分之三十的规范性质

### （一）三种可能的解读

《合同编通则解释》第六十五条第二款规定，约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。这一表述在实务中被广泛援用，但其规范性质存在三种不同解读。

第一种是计算规则说：违约金的上限即为损失的一点三倍，超过部分一律削减。此说操作简便，但显然超出条文文义。条文用的是“一般可以认定为”，指向的是要件认定，而非效果确定；且“一般”二字已表明存在例外。若将其理解为硬性上限，则第六十五条第一款所列五项因素将失去意义。

第二种是参考标准说：百分之三十仅为参考，法院可自由决定是否采纳。此说符合文义，但近乎取消该款的规范意义。既然只是参考，则援引与否全凭裁量，条文存在的价值仅在于提示。这与司法解释试图统一裁判尺度的初衷不符。

第三种是证明规则说：超过百分之三十的，推定要件成立，举证责任转移至守约方，由其证明约定金额的合理性；未超过的，推定要件不成立，举证责任仍在违约方。本文采此说。其理由在于，该款的位置处于要件认定环节，功能在于分配证明负担，而非确定调整幅度。

## （二）作为表见证明的参考线

证明规则说的实质，是把百分之三十设置为一条表见证明的界线。所谓表见证明，是指依据经验法则，从某一典型事实推断另一事实存在，除非对方提出反证。在此，典型事实是“约定金额超过损失百分之三十”，推断的事实是“违约金过分高于损失”。

这一设置的合理性在于经验基础。交易实践中，当事人约定的违约金通常略高于预估损失，其高出幅度多在百分之三十以内；一旦显著超出，往往意味着约定已偏离补偿目的，转向惩罚或施压。以百分之三十作为经验分界，具有统计上的正当性。

但表见证明可以被推翻。守约方若证明该约定具有特殊合理性——如违约行为难以发现、损失难以举证、违约方存在多次违约前科——则纵使超过百分之三十，也可认定要件不成立。反之，违约方若证明损失极低甚至为零，纵使未超过百分之三十，也可认定要件成立。此即“一般”二字的规范内涵。

## （三）减至何处：参考线不设上限

最常见的误读，是把百分之三十同时当作调整后的上限，即“减至损失的一点三倍”。这一做法在结果上整齐，在方法上错误。要件的证明线与效果的裁量线是两条不同的线，前者解决“是否减”，后者解决“减多少”。

调整后的数额应取决于三个变量：损失的区间位置、过错的程度、压力功能的保留需要。若损失处于区间下限而违约方系恶意违约，调整后的数额可能仍高于损失的一点三倍；若损失处于区间上限而违约方系轻微过失，调整后的数额可能低于一点三倍。以一点三倍为固定上限，等于用一个变量取代三个变量。

更重要的是，机械适用一点三倍会产生逆向激励。违约方在缔约时即知，无论约定多高，最终责任不超过损失的一点三倍，则高额违约金的威慑作用被彻底消解。当事人精心设计的履约保障机制，被司法以“统一尺度”之名抹平，交易安全反而受损。

因此，百分之三十的正确用法是：作为要件认定的初步标准，在要件成立后不再直接约束调整幅度，仅作为衡量调整结果是否适当的参照之一。判决说理中，若要减至低于一点三倍，应说明理由；若维持高于一点三倍，更应说明理由。说理的方向相反，但要求一致：偏离参考线须有交代。

## 五、过错程度的反向制约

### （一）过错在违约责任中的位置

违约责任原则上采严格责任，不以过错为要件。这一原则常被误读为过错在违约救济中全无意义。实则不然：责任的成立不问过错，责任的范围则与过错相关。第五百八十四条的可预见规则、第五百九十一条的减损规则，均隐含对当事人行为状态的评价；第五百八十五条第二款将“当事人的过错程度”列为衡量因素，正是这一思路的明示。

过错在酌减中的作用是反向的：过错越重，酌减的空间越小；过错越轻，酌减的空间越大。这一反向关系不难理解。违约金的功能之一是压力，压力应对准那些需要被抑制的行为。恶意违约者正需高压，若因其请求而大幅减让，等于司法为其违约行为提供补贴；轻微过失者本无规避履行的意图，高压对其无的放矢，适当减让反而符合比例。

这一逻辑在第六十五条第三款中获得明确表达：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。该款把过错从“衡量因素”提升为“排除事由”，其规范强度显著高于第一款。理解二者的关系，是把握酌减边界的关键。

### （二）恶意违约的认定

“恶意”在民法上并非严格的技术概念，其含义需结合具体情境确定。在违约金酌减的语境中，恶意应理解为：违约方明知其行为将导致合同目的不能实现或者将给对方造成重大损失，仍有意为之，且其违约缺乏正当理由。

认定恶意，通常可从以下事实入手。一是违约的时点：在对方已作充分准备、投入大量成本后突然违约，往往表明其非因客观障碍而不能履行。二是违约的动机：为获取更高价格的替代交易而违约，或为迫使对方接受不利条件而违约，均属典型的恶意。三是违约后的态度：隐匿财产、转移资产、拒不沟通、虚构履行障碍，可作为恶意的间接证据。四是违约的反复性：多次违约、经催告仍不履行，表明其根本无履约意愿。

与之相对，以下情形通常不构成恶意：因资金链断裂而无力付款，虽属违约但无规避意图；因上游供应商断供而不能交货，属客观履行障碍；因对合同条款理解不同而拒绝履行，属争议而非恶意。上述情形下，违约方仍有酌减空间，但空间大小应结合其过失程度确定。

值得注意的是，第六十五条第三款用的是“一般不予支持”，而非“不予支持”。“一般”二字为特殊情形留出余地。例如，违约方虽属恶意，但约定违约金的数额已达到损失的五倍以上，明显超出遏制功能所需，此时若完全不予调整，将使守约方获得远超其

利益的收益，与公平原则相悖。此种情形下，可作有限调整，但调整后的数额仍应显著高于普通案件的裁量结果。

### **（三）双方违约与过失相抵**

实务中大量案件并非单方违约，而是双方均有不履行或者不完全履行的情形。此时过错程度的衡量须作比较。第五百九十二条规定，当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任；一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

在酌减中适用过失相抵，须注意两个层次的区别。第一个层次是损失的发生，守约方对损失的发生有过错，如未如约提供必要的协助、未及时披露影响履行的信息，应相应扣减损失基数。第二个层次是损失的扩大，守约方未采取减损措施，适用第五百九十一条，效果同上。两个层次的共同点是，它们作用于损失基础，而非直接作用于违约金数额。

区别在于，损失基础的扣减是事实认定，须有证据支持；违约金数额的调整是裁量，可在事实基础上作价值判断。审理时应先完成前一层次的认定，再进入后一层次的裁量，避免以“双方均有过错”一语笼统折半。折半处理看似公允，实则回避了对各方过错程度的实质评价。

## **六、类型化的裁量基准**

### **（一）商事主体与消费主体**

合同主体的身份是第六十五条明列的因素。商事主体与消费主体的区别，不在于法律地位，而在于缔约能力与风险认知。商主体以营利为目的，通常具备专业的风险评估能力，其约定的违约金更应被尊重；消费者处于信息弱势，格式合同中的高额违约金往往非其真实意思，司法介入的必要性更强。

这一区分在实践中的体现是：商主体之间约定的违约金，只要不超过损失的百分之五十，一般不宜调整；消费者合同中约定的违约金，超过损失百分之三十即可考虑调整，且调整幅度可更大。理由在于，前者的约定是博弈的结果，后者的约定可能是单方拟定的产物。

但主体标准不能绝对化。大型企业与小微企业之间的合同，形式上均为商主体，实质上议价能力悬殊；平台经营者与平台内经营者之间的合同，形式平等而实质不平等。此时应穿透形式，考察违约金条款是否由一方单方拟定、对方是否有协商余地。若答案为是，则应参照消费者合同的标准处理。

### **（二）一时性合同与继续性合同**

交易类型的区分，核心在于合同的时间结构。一时性合同的给付一次完成，违约的后果相对确定，损失较易计算；继续性合同的给付持续进行，违约可能导致整个合作关系破

裂，损失往往超出单个给付的价值。

在继续性合同中，违约金的合理性判断应更为宽松。原因有二。其一，继续性合同的履行依赖于双方的持续信任，一方违约对信任的破坏难以量化，违约金在一定程度上有填补无形损害的功能。其二，继续性合同的违约往往具有传染性，一次违约可能引发连锁反应，高额违约金有助于维持合作的稳定性。

反之，在即时清结的买卖合同中，违约后果通常限于单笔交易的价差，高额违约金的正当性较弱。若约定违约金达到合同总价的百分之三十以上，而实际损失仅为价差的百分之十，则应认定为过分高于，予以调整。

### **（三）履行程度与部分履行**

合同的履行情况是第六十五条明列的因素，其核心是履行程度。全部未履行与部分未履行，在违约的严重性上差异显著。若违约方已履行主要义务，仅次要义务存在瑕疵，则对方因违约所受的损失通常有限，高额违约金的正当性相应减弱。

实务中一种常见约定是“任何违约均按合同总价的百分之二十支付违约金”。此类条款不分轻重，将轻微瑕疵与根本违约同等对待。审理时，若违约方已履行百分之九十以上的义务，仅因少量货物质量不符而被主张全额违约金，应认定为过分高于，调整时可将履行程度作为主要依据，按未履行部分的比例折算。

但须注意，履行程度与损失并非简单的线性关系。某些情形下，部分履行造成的损失可能超过全部不履行：如工程建设中已完成主体结构但存在重大质量缺陷，修复成本可能高于重建。故履行程度只能作为参考因素，最终的判断仍须回到损失基础。

### **（四）惩罚性约定的特殊处理**

实践中存在一类约定，其数额明显不以补偿为目的，而是以惩罚或者威慑为目的，如“假一赔十”“缺一赔百”。此类约定是否受酌减规则约束，存在争议。

本文认为，应区分约定的规范来源。若惩罚性赔偿由法律明文规定，如消费者权益保护法第五十五条的三倍赔偿、食品安全法第一百四十八条的十倍赔偿，则属于法定责任，不适用第五百八十五条第二款的酌减。若惩罚性约定系当事人自行创设，则仍属违约金，受酌减规则约束，但在衡量时应充分考虑其惩罚目的，不宜简单以损失为基准压缩。

区分的实益在于举证责任。法定惩罚性赔偿，原告只需证明法定要件成立，无需证明损失；约定惩罚性违约金，主张者仍须就约定的合理性承担说明义务，只是说明的重点从“损失多少”转为“为何需要此种强度的威慑”。这一转换，使惩罚性约定获得了不同于补偿性违约金的审查路径。

## 七、程序控制与说理要求

### （一）举证责任的分配

依第六十四条，违约方主张酌减的，应承担举证责任。此处的举证对象有二：一是约定金额过分高于损失，二是其请求具有正当性。前者是要件事实，后者是裁量事实。实务中，违约方往往只提出“违约金过高”的主张而不提供任何证据，此时法院应否支持，取决于其是否完成初步举证。

初步举证的标准不宜过高。违约方只需指出约定金额与可估算损失之间的显著差距，即可认为完成。例如，逾期付款违约金约定日万分之五，年化利率约百分之十八，而同期贷款市场报价利率约为百分之三点五，差距逾五倍，此即足以启动审查。此后，举证责任转移至守约方，由其说明损失的构成。

守约方的说明义务亦不宜过苛。若其能证明存在难以量化的损失——如商誉受损、客户流失、机会丧失——则可支撑较高数额的违约金。此时，法院不宜以“未提供精确数据”为由否定其主张，而应结合行业惯例、交易背景作合理估算。

### （二）二审的处理方式

二审对酌减的处理，须区分三种情形。其一，一审已作酌减且说理充分，二审原则上应予尊重。裁量权的行使具有一定的判断余地，只要不超出合理范围，二审不应以自己认为更合适的数额取代。其二，一审未作酌减而二审认为应减，依第六十六条，可直接释明后改判，无需发回。其三，一审酌减明显失当，如将违约金减至损失以下，或未说明任何理由，二审应予纠正。

值得讨论的是一审未释明的情形。依第六十六条第一款，一审认为抗辩成立且未予释明，二审认为应判决支付违约金的，可以直接释明并依法减少。这一安排的前提是，一审已就抗辩作出支持性认定，只是遗漏了酌减的释明。若一审既未支持抗辩，也未释明，则属于一般性的释明瑕疵，二审可径行审查，不受该款约束。

二审改判时，应否重新组织举证质证？第六十六条明确要求“在当事人就是否应当调整违约金充分举证、质证、辩论后”作出判决。这一要求不可省略：酌减涉及新的裁量事实，若二审未经辩论即行改判，实质上剥夺了当事人的听审机会，构成程序违法。

### （三）说理的最低要求

酌减的说理，至少应包含四项内容。第一，明确要件是否成立，即约定违约金是否过分高于损失，并说明判断依据。第二，认定损失的大致范围，说明所依据的证据与计算方法；损失难以精确计算的，说明估算的路径。第三，说明调整幅度所考虑的因素，逐项对应第六十五条第一款所列因素，不能笼统表述为“综合考量”。第四，说明调整后的数额与损失的关系，即为何减至该数额而非其他数额。

四项之中，第四项最易被省略，也最能体现裁量的合理性。若调整后的数额仍显著高

于损失，应说明系基于何种考虑保留压力功能；若调整后的数额等于甚至低于损失，应说明系基于何种考虑否定压力功能。缺少这一说明，裁量便无从检验，二审亦无从审查。

说理还应避免两类表述。一类是“本院酌情调整为”，未附任何理由，属于说理缺失。另一类是“根据公平原则和诚信原则”，仅援引原则而未结合事实，属于说理空转。原则的作用是指导权衡，而非替代权衡；援引原则时，须说明本案的何种事实使原则的适用指向该结果。

## 八、结语

违约金酌减的困境，表面上是裁量标准不统一，深层是判断结构未厘清。当“是否减”与“减多少”被压缩为一个动作，任何标准都只能是事后的描述，而非事前的指引。本文主张的三分结构——要件认定、损失确定、效果裁量——其价值不在于给出一个新的数字，而在于使每一个判断都有独立的审查对象与证明责任。

在这一结构中，损失是基准而非结论。它划定了违约金合理性的可能区间，却不直接决定调整后的数额。百分之三十是证明规则而非计算规则，其作用是转移举证负担，而非设定上限。过错程度是反向制约而非并列因素，恶意违约者原则上不应获得酌减。三者各司其职，裁量才不至于沦为印象判断。

对审判者而言，这一结构还有一层实务意义：它使判决说理有了可循的骨架。先答“是否过分高于”，再答“损失几何”，最后答“减至多少、为何减至此处”，三个问题依次作答，说理自然完整。反之，若跳过前两问直奔第三问，无论数额如何精细，都难以令人信服。

最后须强调，酌减权是矫正失衡的工具，不是重新分配利益的工具。合同严守是原则，司法介入是例外。凡约定尚未显著偏离损失，纵使一方觉得“代价过重”，亦应尊重其自愿承担的义务；凡约定已显著偏离，纵使守约方坚持“白纸黑字”，亦应予以矫正。这一分寸的把握，正是裁判者的职责所在。

## 参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第五百八十四条、第五百八十五条、第五百九十一条、第五百九十二条。
- [2] 《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）第六十四条、第六十五条、第六十六条。
- [3] 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合同编理解与适用》，人民法院出版社2020年版。
- [4] 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版。
- [5] 崔建远：《合同法》，北京大学出版社2021年版。
- [6] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版。
- [7] 姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版。
- [8] 孙良国：《违约金的规范解释与司法调整》，《法学研究》2021年第3期。