

违约金酌减的规范性质与裁量构造

第五百八十五条第二款的解释论

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 民法典第五百八十五条第二款赋予法院酌减过高违约金的权力。该权力的性质, 学说上有形成权说、抗辩权说与司法裁量说之争; 性质不同, 程序构造与裁判效果随之不同。本文主张, 酌减权是债务人的抗辩权, 法院的裁判是形成性裁判, 其构造为“抗辩—审查—形成”三段: 债务人提出抗辩, 法院审查约定是否过分高于损失, 审查成立的, 以裁判形成新的给付内容。酌减的基准不是“损失的三倍”这一机械公式, 而是以守约方的履行利益为核心, 兼顾违约方的过错程度、履行程度与缔约时的风险分配。类型上, 金钱债务的违约金以资金占用成本为基准, 继续性合同的违约金以累计违约的影响为基准, 服务期与竞业限制的违约金以实际投入与可替代性为基准, 解约违约金则须区分解除权的性质。程序上, 酌减不得依职权发动, 释明须以当事人主张为前提, 二审与再审中的调整受不利益变更禁止的限制。

关键词: 违约金; 酌减; 抗辩权; 形成性裁判; 履行利益; 意思自治

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2022)05-0013-13

The Normative Nature of Penalty Reduction and the Structure of Judicial Discretion: An Interpretation of Article 585(2) of the Civil Code

ZHAO Yue

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

Abstract: Article 585(2) of the Civil Code empowers courts to reduce excessive liquidated damages. The nature of this power is contested among theories of formative right, defense, and judicial discretion, and the nature determines both procedure and effect. This article argues that the power to seek reduction is the debtor's defense, and the judgment is a formative one, structured as "defense, review, formation": the debtor raises the defense, the court examines whether the stipulated sum is grossly disproportionate to the loss, and if so, forms a new obligation by judgment. The criterion is not a mechanical multiple of the loss, but the promisee's performance interest, qualified by the promisor's fault, the degree of performance, and the allocation of risk at contracting. By type, monetary debts are measured by the cost of capital, continuing contracts by the cumulative impact of breach, service-period and non-compete clauses by actual investment and substitutability, and termination penalties by the nature of the right to terminate. Procedurally, reduction cannot be initiated ex officio, clarification presupposes a party's assertion, and adjustment on appeal is limited by the prohibition of reformatio in peius.

Key words: liquidated damages; reduction; defense; formative judgment; performance interest; autonomy of will

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, 研究方向为民商法学、合同法。

一、问题的提出

违约金是当事人预先约定的、违约方应向守约方支付的金钱或者其他给付。其功能有二: 一是督促履行, 二是简化损害赔偿的证明。前者指向履约的压力, 后者指向救济的效率。两项功能并存, 使违约金的性质自始带有双重色彩。

民法典第五百八十五条第一款确认了当事人约定违约金的权利, 第二款规定: 约定的违约金低于造成的损失的, 人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加; 约定

的违约金过分高于造成的损失，可以根据当事人的请求予以适当减少。该款为酌减提供了规范依据。

问题在于，该款的适用极不统一。有的法院以“超过损失百分之三十”为唯一的判断标准，机械地按比例削减；有的法院以“当事人意思自治”为由，几乎不予调整；有的法院在当事人未主张时径行酌减，或者在一审未主张时于二审主动调整。

分歧的根源，不在于条文的技术细节，而在于对酌减权性质的把握不同。若认为酌减是法院的司法裁量权，则法院可以依职权发动、可以自由确定幅度；若认为酌减是债务人的抗辩权，则非经主张不得启动，法院的裁量亦受抗辩范围的限制。

本文的基本主张是：酌减权是债务人的抗辩权，法院的裁判是形成性裁判，其构造为“抗辩—审查—形成”三段；酌减的基准是守约方的履行利益，而非机械的比例；不同的合同类型，应当适用不同的裁量要素；程序上，酌减不得依职权发动，释明以当事人主张为前提，上诉与再审中的调整受不利益变更禁止的限制。

违约金约定过高时如何主张调减、需要提交哪些证据、法院一般按什么尺度削减，操作层面的规则可参见“违约金约定过高，可以请求法院减少吗”一文的梳理；本文不重复具体的操作步骤，只讨论酌减权的性质、裁量的基准与程序的构造。

（一）违约金的功能定位

关于违约金的功能，学说上有赔偿说、惩罚说与折中说。赔偿说认为，违约金是损害赔偿的预定，其数额应当与可能发生的损失相当；惩罚说认为，违约金的功能在于对违约行为的制裁，其数额不必与损失对应；折中说则认为，违约金兼具赔偿与惩罚的双重功能，只是在不同情形下有所偏重。

我国民法典采折中说。第五百八十五条第一款允许当事人约定违约金，未设上限；第二款又以“过分高于损失”为调整事由，表明立法者承认违约金可以高于损失，但不能过分。这一结构，既尊重了当事人的意思自治，又保留了司法干预的空间。

从功能上看，违约金的正当性基础在于效率。诉讼中证明损失的范围与数额，往往成本高昂、结果不确定；预先约定一个数额，可以使救济简化、预期明确。故违约金的数额高于实际损失，本身并不构成不当，因为其中包含了节约证明成本的对价。

但效率的考量有边界。若违约金的数额远超可能发生的损失，则其功能从“督促履行”异化为“威慑缔约”，从“简化救济”异化为“获取暴利”。此时，司法的干预便具有正当性：不是否定意思自治，而是防止意思自治被滥用。

（二）酌减的正当性争议

反对酌减的理由主要有三。其一，意思自治。当事人自愿约定，法院不应事后变更；其二，交易安全。允许酌减，将使约定的数额处于不确定状态，损害守约方的信赖；其三，道德风险。债务人可以故意违约，再请求酌减，从而将违约金降至于己有利的水平。

支持酌减的理由同样有力。其一，公平。违约金过高，实质是经济实力较强的一方将不公平的条款强加于弱势方；其二，公序良俗。过高的违约金具有惩罚性，与民法的补偿原则相悖；其三，防止道德风险的另一面：若不允许酌减，债权人可能故意诱使对方违约，以获取高额违约金。

本文认为，两种理由并不对立，而是各有其适用空间。对于商事主体之间经过充分协商的违约金，应当尊重意思自治，酌减的门槛应当提高；对于格式条款、消费合同、劳动者与用人单位之间的约定，则应当加强干预，酌减的门槛应当降低。

这一区分，与比较法的经验一致。多数国家的立法或判例，都对消费者合同中的违约金施加更严格的审查，而对商事合同则较为宽容。区分的正当性，在于信息与议价能力的不对等：一方能够充分理解条款的含义与后果的，其自愿应当被尊重；不能的，则需要保护。

二、规范性质的界定

（一）三种学说的检讨

形成权说认为，酌减权是债务人享有的、以自己一方的意思表示使法律关系发生变动的权利；债务人主张酌减的，违约金即按法院确定的数额发生变更。该说的弱点在于，酌减的数额须由法院确定，债务人的意思表示本身不能直接产生变更的效果。

抗辩权说认为，酌减权是债务人享有的、用以对抗守约方违约金请求权的权利；债务人提出抗辩的，法院审查后作出裁判。该说的优点在于，它解释了为何酌减须经当事人请求，也解释了为何法院不得依职权发动。

司法裁量说认为，酌减是法院的职权，法院可以依职权审查违约金的合理性。该说与条文文义不符：第五百八十五条第二款两处均明定“根据当事人的请求”，表明酌减以请求为前提，非经请求不得发动。

本文采抗辩权说，并作如下补充：酌减权在性质上是抗辩权，但其行使的效果须经法院的裁判方能实现，故其构造不是“抗辩即变更”，而是“抗辩一审查一形成”。抗辩是发动，审查是判断，形成是效果。三者依次展开，缺一不可。

（二）形成性裁判的构造

形成性裁判，是指以裁判直接变动法律关系的裁判。酌减的裁判即属此类：裁判作出前，违约金按约定数额存在；裁判生效后，违约金按裁判确定的数额存在。其效果不是确认既存的权利，而是形成新的权利。

形成性裁判的构造，决定了三个技术问题。其一，裁判的基准时。酌减的数额，应当以何时的事实为基础？本文认为，应当以法庭辩论终结时为准，因为此时损失的范围与数额最为清晰。

其二，裁判的既判力。酌减的裁判生效后，当事人不得以同一事实再次请求增减；但

有新的事实，例如损失因后续原因显著扩大的，可以另行主张。此点，是既判力的时间界限。

其三，裁判的执行。酌减的裁判确定新的数额后，守约方只能按新的数额申请执行；已经执行的部分超过新数额的，应当返还。返还的请求权基础，是不当得利。

（三）与情势变更的区分

酌减与情势变更，都是对约定内容的司法调整，但两者的机理不同。酌减的事由，是违约金与实际损失的偏离；情势变更的事由，是合同基础条件的异常变化。前者着眼于约定的数额，后者着眼于履行的环境。

区分实益在于要件与后果。酌减的要件是“过分高于损失”，后果是减少数额；情势变更的要件是“基础条件重大变化、继续履行显失公平”，后果是变更或者解除合同。当事人主张酌减的，不得径行按情势变更处理；反之亦然。

实务中，两者可能竞合。例如，因政策调整导致履约成本剧增，债务人既主张情势变更请求变更合同，又主张违约金过高请求酌减。此时应当分别审查：变更请求成立的，先变更合同的内容；变更后仍有违约的，再审查违约金的数额。顺序颠倒，将使结论失去基础。

（四）与意思自治的关系

酌减不是对意思自治的否定，而是对意思自治的补正。当事人的约定，建立在缔约时对违约风险的预估之上；若实际发生的损失远低于预估，则约定的基础已经变化，调整具有正当性。这与情势变更的机理相似，但事由不同：前者是损失与约定的偏离，后者是环境与基础的变化。

故酌减的适用，应当尊重当事人的风险分配。若当事人在合同中明确约定“不论损失多少，违约金均为若干”，且该约定经过充分协商，则法院应当尊重，除非数额达到显失公平的程度。此点，是意思自治优先的体现。

反之，若约定是格式条款、未经协商，或者一方处于明显弱势，则法院应当加强审查。审查的重点，不是数额本身，而是缔约过程是否公平：条款是否以显著方式提示，当事人是否有协商的余地，是否存在利用优势地位的情形。

三、酌减的要件

（一）“过分高于”的判断基准

第五百八十五条第二款的要件是“过分高于造成的损失”。此处有两个层次：一是高于，即违约金超过损失；二是过分，即超过的幅度达到显失公平的程度。仅“高于”尚不足够，须“过分高于”方可调整。

实务中，不少判决将“超过损失百分之三十”作为“过分高于”的标准。该标准的来

源，是原合同法司法解释（二）第二十九条第二款：当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为“过分高于造成的损失”。

须注意，该司法解释已随民法典的施行而废止，其内容被合同编通则解释吸收并修正。现行规则不再设定固定的比例，而是要求“根据案件的具体情况”综合判断。故“百分之三十”不再是硬性标准，只是参考因素之一。

本文主张，“过分高于”的判断，应当采“比例加实质”的双重标准。比例上，违约金显著超过损失；实质上，超过的部分缺乏正当理由。两者兼备，方构成“过分高于”；仅有比例而无实质理由的，不宜调整。

（二）实际损失的证明

酌减以损失为参照，故损失的证明是前提。守约方主张违约金的，应当就损失的存在与范围举证；违约方主张酌减的，应当就损失较低举证。双方均不能充分证明的，法院可以根据合同的类型、履行的程度、市场的状况酌定。

损失的范围，包括实际损失与可得利益损失。实际损失，指现有财产的减少与费用的支出；可得利益损失，指本可获得的利益因违约而未获得。两者的证明难度不同：前者较易，后者较难。

须注意，可得利益损失的证明，不以精确为必要。守约方证明其有合理的获利机会，且该机会因违约而丧失的，法院可以酌定数额。此点，与完全赔偿原则的实现有关：若要求精确证明，则可得利益往往落空。

还须注意，减损规则的影响。守约方未采取适当措施致使损失扩大的，扩大部分不予赔偿；相应地，违约金的参照基数也应当扣除扩大部分。此点，是第五百九十一条在酌减中的运用。

（三）履行程度与过错程度

履行程度是酌减的重要考量。债务人已履行大部分义务、仅少部分违约的，违约金的数额应当相应减少；反之，完全未履行的，违约金的督促功能更为重要，酌减的幅度应当收窄。

过错程度同样重要。故意违约的，违约金的惩罚功能有其正当性，酌减应当谨慎；过失违约，尤其是轻微过失，违约金的数额明显过高的，应当调整。此点，与第五百九十二条的过失相抵规则相通。

须注意，过错程度的判断，不以违约的类型为唯一依据。同为迟延履行，因资金周转困难而迟延，与恶意拖欠、转移财产而迟延，过错程度不同，酌减的幅度亦应不同。此点，要求法院查明违约的具体原因，而非一概而论。

（四）与惩罚性赔偿的界限

违约金与惩罚性赔偿，都具有超越补偿的功能，但性质不同。违约金源于约定，其效

力基础是意思自治；惩罚性赔偿源于法定，其效力基础是立法的特别政策。故违约金的酌减，是司法对约定的调整；惩罚性赔偿的适用，是司法对法定的执行，不存在酌减的问题。

须注意，当事人不得通过约定规避惩罚性赔偿的法定条件。例如，以“违约金”为名，约定远高于损失的数额，实质是惩罚性赔偿的，法院应当按惩罚性赔偿的规则审查其合法性，而不能仅按酌减处理。此点，是名实之辨。

区分的意义，在于审查的强度。酌减的审查，以“是否过分高于损失”为标准，相对宽松；惩罚性赔偿的审查，以“是否有法律依据”为标准，相对严格。若将二者混同，可能使无法律依据的惩罚性约定，通过酌减得以部分维持。

（五）预期利益的考量

违约金的功能之一是简化证明，故其数额可以高于实际损失，以覆盖证明的成本与风险。此点在酌减中应当予以考虑：若违约金仅略高于损失，则其正当性充足；若远高于损失，则超出部分须有其他的正当理由。

其他的正当理由，包括：违约可能造成的商誉损失、客户流失、机会丧失等难以证明的损害；违约方因违约而获得的利益；守约方为防范违约而支出的成本。上述因素存在的，违约金的数额可以适当提高。

实务中，法院往往只比较违约金与直接损失，忽视上述因素。此种做法，容易将本属正当的违约金削减过低，反而损害了守约方的利益。正确的做法，是全面审查违约金的约定背景与功能，而非机械比较数额。

四、裁量的方法

（一）比较基准的确定

裁量的第一步，是确定比较的基准。基准不是“损失”，而是“违约所造成的全部不利后果”，包括实际损失、可得利益损失、为减轻损失支出的费用、以及难以证明但客观存在的损害。

基准的确定，应当区分合同类型。买卖合同中，基准是价差与替代交易的费用；借款合同中，基准是资金占用成本；租赁合同中，基准是重新出租的费用与租金差额；服务合同中，基准是替代履行的费用与服务价值的减损。

须注意，基准的确定不以当事人的主张为限。当事人仅主张直接损失的，法院可以依职权审查可得利益损失；但审查的结论，不得超出当事人请求的范围。此点，是处分原则与职权调查的平衡。

（二）调整幅度的确定

调整幅度，是酌减的核心。本文主张三步法：第一步，确定违约金的数额与损失的比

例：第二步，评估超出部分的正当性；第三步，按正当性的强弱确定保留的比例。

具体而言，违约金为损失的一倍以内的，一般不予调整；一倍至两倍之间的，视正当理由的有无决定；超过两倍的，一般应当调整，调整后的数额不低于损失的一倍。此处的“倍”，是参考的区间，而非硬性标准。

须注意，调整后的数额不得低于守约方的实际损失。若调整后的数额低于损失，则守约方可以另行请求赔偿差额；但违约金的调整与损害赔偿，不得重复计算。此点，是第五百八十五条第二款与第五百八十四条的衔接。

还须注意，调整的幅度应当说明理由。判决仅写“酌减至若干”，未说明依据的，难以服人，也难以指导实践。正确的做法，是列明考量的因素、各因素的权重、以及最终的数额依据。

（三）调整的基准时

酌减的数额，以何时的事实为基础？学说上有缔约时说、违约时说与裁判时说三种。缔约时说以订立合同时预估的损失为准，违约时说以违约发生时的损失为准，裁判时说以法庭辩论终结时的损失为准。

本文采裁判时说。理由是：酌减的目的是使违约金的数额与实际损失相当，而实际的损失只有到审理终结时才能确定；以缔约时或者违约时的预估为准，将使酌减失去意义。此点，与损害赔偿的计算基准时一致。

须注意，裁判时说例外。违约后损失因守约方的原因显著扩大的，扩大部分不影响酌减的基准，因为该部分本可通过减损措施避免；损失因违约方的后续行为而减少的，减少部分应当扣除。此点，是减损规则与损益相抵的运用。

（四）部分履行的处理

部分履行的情形，违约金的计算应当分段。已履行部分，不产生违约金；未履行部分，按约定的比例计算。若约定的是固定数额而非比例，则应当按未履行部分占全部义务的比例折算。

须注意，部分履行的折算，不以数量为唯一标准。义务的性质不同，折算的方法亦不同：金钱债务按金额折算，劳务债务按工时折算，不作为义务按期间折算。折算的方法，应当在判决中说明。

实务中，有的法院对部分履行一概按比例折算，未考虑履行的质量。例如，交付的货物数量足够但质量不符合约定，此时不能按数量折算，而应当按质量瑕疵的程度折算。此点，是折算方法的精细化。

（五）与定金、赔偿金的并用

违约金与定金，不得并用。民法典第五百八十八条规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。选择的主动权在守约

方，不在法院。

须注意，选择后的调整。守约方选择违约金的，可以请求酌减；选择定金的，不适用酌减，因为定金罚则的适用以定金的交付为条件，其数额受第五百八十六条的限制，即不得超过主合同标的额的百分之二十。

违约金与损害赔偿，原则上不得并用。违约金的数额已经覆盖损失的，守约方不得另行请求赔偿；违约金低于损失的，守约方可以请求增加至损失，或者请求赔偿差额。两者择一，不得重复。

五、实务问题

（一）约定过低的调整

第五百八十五条第二款前段规定，约定的违约金低于造成的损失，可以请求增加。增与减，是同一枚硬币的两面：减是防止约定过高，增是弥补约定不足。两者共同的功能，是使违约金的数额与损失相当。

增与减的要件不同。增的要件是“低于损失”，无须“过分”；减的要件是“过分高于损失”，须“过分”。差异的正当性在于：增加违约金，是使守约方获得完全的赔偿；减少违约金，是对当事人约定的干预，故门槛更高。

须注意，增加的数额以损失为限。守约方请求增加的，不得超过其实际损失；请求超过的，超出部分不予支持。此点，是完全赔偿原则的体现，也是防止违约金变为获利工具的限制。

实务中，当事人往往只关注酌减，忽视增加。守约方在违约金明显低于损失时，应当及时请求增加；未请求的，法院不得依职权增加，因为增加同样受处分原则的约束。此点，与酌减的发动规则相同。

（二）举证责任的分配

酌减的举证责任，由主张酌减的一方承担。违约方主张违约金过分高于损失的，应当就损失较低举证；举证不能的，法院应当驳回其请求，按约定数额判决。此点，是“谁主张、谁举证”的运用。

须注意，守约方亦有协助的义务。损失的证据多由守约方掌握，其无正当理由拒不提供的，法院可以推定违约方的主张成立。此点，是证明妨碍规则在酌减中的运用。

实务中，有的法院要求违约方精确证明损失，否则不予调整。此种做法不当。损失的证明本已困难，若要求精确，则酌减制度形同虚设。正确的做法，是在双方举证的基础上，结合经验法则酌定。

（三）仲裁中的酌减

仲裁庭同样享有酌减的权力。第五百八十五条第二款明定“人民法院或者仲裁机

构”，表明仲裁与诉讼在这一点上并无差异。仲裁庭的酌减，适用同一的要件与方法。

须注意，仲裁裁决的司法审查。当事人以“裁决酌减不当”为由申请撤销的，法院一般不予支持，因为酌减属于仲裁庭的裁量事项；只有裁决违背社会公共利益，或者仲裁程序违法，才可以撤销。此点，是裁量权与司法审查的界限。

实务中，有的仲裁庭在当事人未主张时径行酌减，裁决因此被撤销。理由是：酌减以请求为前提，仲裁庭依职权发动，超出了当事人的授权范围。此点，与诉讼中的处理相同，均受处分原则的约束。

（四）释明的边界

当事人未主张酌减，法院能否释明？本文认为，可以释明，但不得代为主张。释明的内容，是告知其有请求酌减的权利；是否行使，由当事人决定。当事人明确表示不行使的，法院不得径行调整。

释明的边界，在于中立。法院不得以暗示、诱导的方式促使当事人主张，也不得在当事人主张后，超出其请求的范围调整。此点，是辩论主义的要求，也是司法中立的体现。

须注意，缺席审判中的释明。被告缺席的，法院不能向其释明；但被告在答辩状中提出酌减的，视为已主张。此点，是书面主张与口头主张的同等对待。

（五）二审与再审中的调整

一审未主张酌减，二审能否主张？本文认为，可以，但应当说明理由。酌减权是抗辩权，其在二审中首次行使，不属于新证据，但属于新的攻击防御方法；法院可以准许，但可以责令其承担相应的诉讼费用。

须注意，不利益变更禁止的限制。守约方上诉、违约方未上诉的，二审不得将违约金调低至对违约方更有利的程度；反之，违约方上诉的，二审可以将违约金调高至守约方主张的数额，但不得超过约定的数额。

再审中的调整，应当从严。酌减属于裁量事项，原判决的裁量无明显不当的，再审不应变更；只有裁量明显违背法律规定、遗漏关键因素、或者结果显失公平的，才可以改判。此点，是裁量权的审级尊重。

（六）商事主体与消费者的区别

商事主体之间的违约金，应当尊重意思自治。商人对其交易的性质与风险有充分的判断能力，其约定的违约金，通常是风险分配的结果，而非一方对另一方的压榨。故酌减的门槛应当提高，一般以“显失公平”为限。

消费者合同中的违约金，则应当加强审查。消费者处于信息与议价能力的弱势，格式条款中的违约金往往是经营者单方拟定；其数额明显高于损失的，应当调整。此点，与消费者权益保护法的精神一致。

须注意，劳动者与用人单位之间的违约金，受劳动合同法的特别限制。第二十五条明

确规定，除服务期与竞业限制两种情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。故超出这两种情形的违约金约定，无效，不发生酌减的问题。

六、类型化的展开

（一）金钱债务的违约金

金钱债务的违约金，以资金占用成本为基准。资金占用成本，可以参照同期贷款市场报价利率计算；约定的违约金显著超过该成本的，一般应当调整。此点，与民间借贷利率的上限规则相通。

须注意，金钱债务的违约金与利息、逾期利息的关系。三者性质不同：利息是使用资金的对价，逾期利息是迟延履行赔偿，违约金是预先约定的违约责任。同一笔债务，不得重复计算三种。

实务中，有的合同同时约定利息、逾期利息与违约金，合计的年化水平远超上限。此时应当合并审查，将各项合计与资金占用成本比较；超出的部分，不予支持。此点，是穿透审查的运用。

（二）借款合同的违约金与利率上限

借款合同的违约金，与利率上限的关系最为密切。司法解释对民间借贷的利率设有上限，当事人以违约金、服务费、咨询费等名目变相收取高息的，应当合并计算，超过上限的部分不予支持。

须注意，金融借款与民间借贷的规则不同。金融机构的借款合同，不适用民间借贷的利率上限，但其收取的费用应当合理、透明；变相收取高息、损害借款人利益的，法院可以按公平原则调整。

实务中，有的出借人将利息拆分为“利息”“违约金”“管理费”三项，合计年化远超上限。此时应当穿透审查，将各项合并计算；以“违约金”为名规避上限的，按利息处理，不适用酌减的规则。此点，是实质重于形式。

（三）继续性合同的违约金

继续性合同的违约金，以累计违约的影响为基准。此类合同的履行是持续的，违约可能反复发生；违约金的约定，往往按次计算或者按日计算。酌减时，应当考虑违约的次数、持续的时间与累积的影响。

须注意，按日计算的违约金，可能因时间推移而累积至巨额。此时应当设置上限：一般以合同总价或者年度金额的一定比例为限；超过上限的部分，不予支持。此点，是违约金与惩罚性赔偿的界限。

实务中，有的合同约定“每日千分之五”，累积一年即达百分之一百八十。此种约定，显然过高，应当调整。调整的方法，可以是降低日费率，也可以是设定总额上限；两

种方法可以并用。

（四）服务期与竞业限制的违约金

服务期违约金，以用人单位实际支出的培训费用为基准。劳动合同法第二十二条规定，违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用，且不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

竞业限制违约金，法律未设上限。酌减时，应当考虑：劳动者在职期间的职位与薪酬、竞业限制的范围与期限、用人单位支付的补偿金、劳动者违约给用人单位造成的实际损失。补偿金越低，违约金的调整幅度应当越大。

须注意，竞业限制违约金与补偿金的对应关系。用人单位未按约定支付补偿金，劳动者主张解除竞业限制约定的，可以支持；用人单位补付后，竞业限制约定继续有效，但违约金的数额可以相应调整。

（五）解约违约金的特殊性

解约违约金，指当事人约定一方解除合同时应支付的违约金。其性质，取决于解除权的性质：约定解除权行使时的付款，实质是解约的对价，不属于违约责任，不适用酌减；法定解除权行使时的付款，属于违约责任，可以酌减。

须注意，区分的方法。约定“任何一方均可以支付若干元为代价解除合同”的，属于解约的对价；约定“一方违约导致合同解除的，应支付若干元”的，属于违约责任。前者不适用酌减，后者适用。

实务中，两者常被混淆。有的判决将解约对价当作违约金酌减，损害了当事人的约定；有的判决将违约金当作解约对价，不予调整，使过高的违约金得以维持。区分的意义，在于适用不同的规则。

（六）与定金罚则的衔接

当事人选择定金罚则的，不适用酌减，但定金本身受数额限制。第五百八十六条规定，定金的数额不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。故定金过高的问题，已在设立阶段解决，无须在适用阶段调整。

须注意，定金的性质认定。当事人交付的款项名为“定金”，但未约定定金罚则的，不构成定金，只能按预付款处理；约定定金罚则但数额超过百分之二十的，超过部分按预付款处理。此点，是名实之辨在定金中的运用。

实务中，有的当事人同时约定定金与违约金，选择违约金后又请求酌减，获得双重利益。此种做法不当。选择的后果是单一的：选择违约金，则按违约金的规则处理；选择定金，则按定金的规则处理，不得交叉适用。

（七）类案的统一

酌减的裁判尺度，各地差异明显。同样的约定，有的法院全额支持，有的削减过半。差异的根源，不在于规范，而在于裁量要素的取舍不同。统一的方向，是统一要素与顺序，而非统一数额。

要素统一，即损失、过错、履行程度、风险分配四项；顺序统一，即先定基准、再评正当性、再定幅度。要素与顺序统一，结论自然趋同；即使数额仍有差异，也在可接受的区间之内。

最高人民法院可以通过发布典型案例，明确若干争点：可得利益损失的酌定方法；部分履行的折算标准；按日计算违约金的上限；商事主体与消费者的区分标准。规则明确，才能减少争议。

还须强调说理的完整。酌减的判决，应当说明损失的认定、超出部分的正当性、调整幅度的依据；仅以“酌定”“过高”一语带过，难以服人，也难以指导实践。

从更长的时段看，酌减制度的重心，正在从“事后削减”转向“事前引导”。示范条款的推广、行业惯例的形成、以及裁判规则的公开，都可以使当事人在缔约时形成合理的预期，从而减少事后的争议。司法的功能，不仅在于解决纠纷，更在于为交易提供可预期的规则。

需要补充的是，酌减的裁量应当保持稳定。同一法院、同一类型的案件，裁量的幅度不宜大起大落；确需改变的，应当说明理由。稳定不是僵化，而是使当事人能够预判裁判的结果，从而安排自己的行为。此点，是司法公信力的基础。

还有一点须提及：酌减的说理，应当避免两个极端。一是只写结论不写理由，使当事人无从理解裁判的依据；二是罗列全部因素不加取舍，使说理沦为清单。正确的做法，是抓住决定性的两三个因素展开论证，其余因素简要交代，使结论既有依据，又清晰可读。

七、结语

违约金酌减的规范构造，可以概括为三句话：性质上，是债务人的抗辩权，非经主张不得发动；方法上，以履行利益为基准，兼顾过错与履行程度，采三步法确定幅度；程序上，受辩论主义与不利益变更禁止的约束，裁量须说明理由。

本文的三个主张，都围绕“抗辩—审查—形成”的三段构造展开。抗辩解决发动的问题，审查解决基准的问题，形成解决效果的问题。三段依次展开，酌减便从恣意的裁量，变为可检验的作业。

对裁判者而言，这一框架的实益是使审理有了顺序：先审查当事人是否主张；再确定比较的基准；再评估超出部分的正当性；再按三步法确定幅度；最后说明理由。五步依次展开，结论自然清晰。

最后须指出，酌减制度的完善，不能仅靠个案的裁量。示范条款的推广、行业惯例的

形成、以及指导性案例的积累，都是重要的路径。司法的功能，不在于替代当事人安排交易，而在于为交易提供底线；这条底线，应当清晰、稳定、可预期。

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、第五百八十六条、第五百八十八条、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）第六十五条、第六十六条。
- [3] 《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条、第二十三条、第二十五条。
- [4] 王利明：《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社2023年版。
- [5] 韩世远：《违约金的理论问题》，《法学研究》2022年第4期。
- [6] 姚明斌：《违约金酌减的规范基础与裁量方法》，《中外法学》2023年第2期。
- [7] 孙良国：《违约金的功能与司法调整》，《清华法学》2021年第6期。