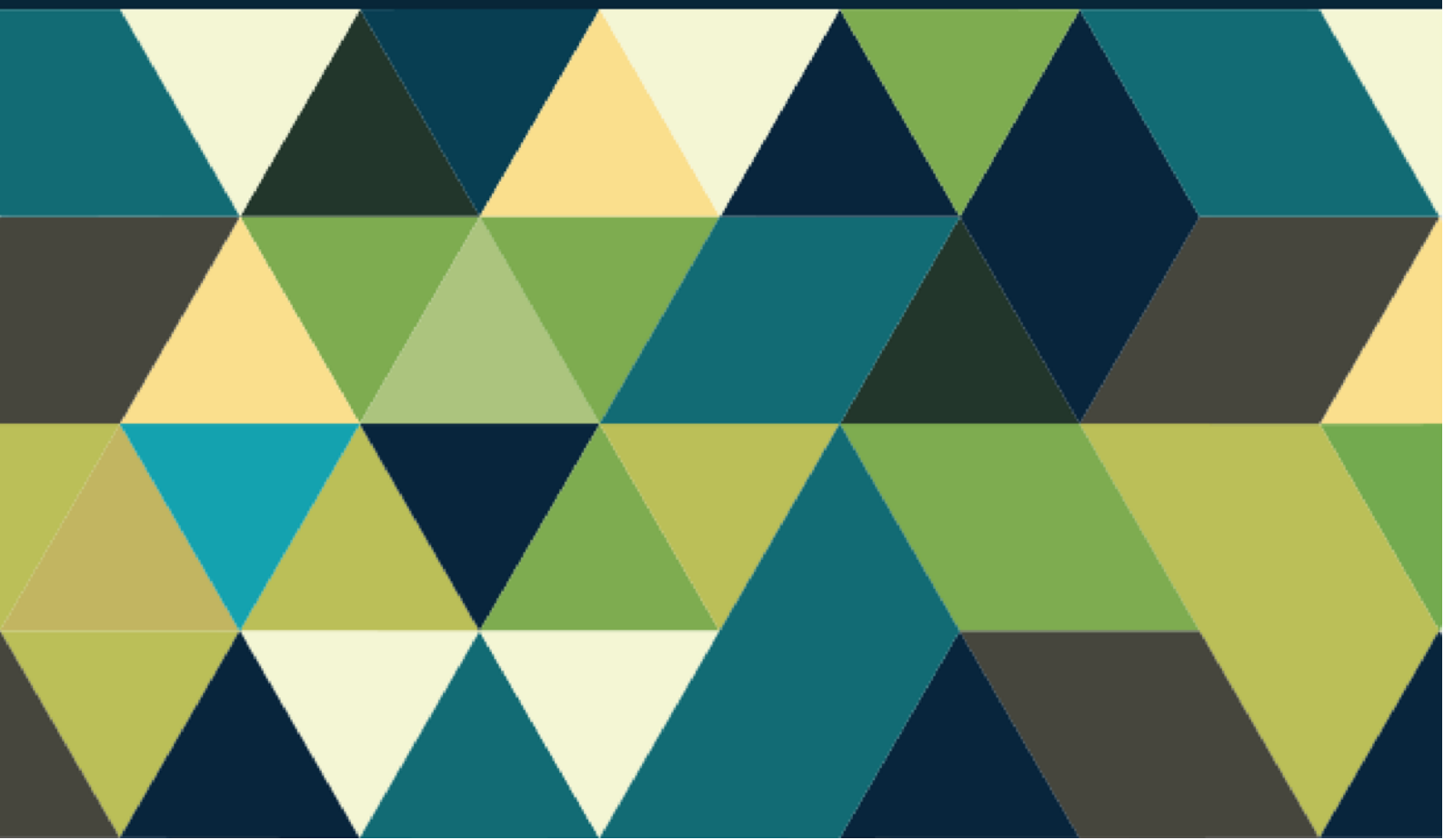


卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE PARTNERS

卓阅 Newsletter

2016年 第一期

争议解决



专题文章

违约金问题浅析

热点问题

公共场所管理人责任纠纷浅析

----- “电梯吃人” 事件之后的思考

专题文章

违约金问题浅析

周博

随着社会整体法律意识的提高,越来越多的个人开始注重交易的合法性和合规性,而一旦交易违约,势必产生违约责任并导致交易当事方对违约金的关注。本文拟对实务中的违约金问题进行初步探讨,期望能够对您有所帮助。

一、违约责任与违约金

实践中我们经常会看到合同中有类似：“违约方需要承担相应违约责任”这样的表述。在争议发生时,因合同多涉及经济利益,最终往往以现金赔偿作为承担民事责任的方式。也正因为如此,使得众多当事人对违约责任与违约金产生了混淆。

实际上,违约责任是违约金的上位概念。从《中华人民共和国合同法》(以下简称“合同法”)的编排也可以看出,违约金仅是违约责任的一种形式。进一步讲,根据《合同法》第一百零七条规定,违约责任的承担方式可分为:继续履行、采取补救措施、赔偿损失等。对于这些违约责任承担方式,《合同法》第一百一十一条、第一百一十二条以及第一百一十三条都有所论述,而违约金的相关内容则是规定在《合同法》第一百一十四条,因此也属于违约责任的一种。当然法无规定即自由,《合同法》中仅是对违约责任的承担方式进行了举例,如果当事人之间约定了不违反法律法规规定的责任承担方式,仍然是有效的,但是是否能够切实的保护当事人权益,则需要看相关的约定

是否能够通过强制执行来得以实现。

违约金的法律依据是《合同法》第一百一十四条：“当事人可以约定一方违约时，应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金……”。由此可以看出违约金是根据当事人约定在某一种违约情况发生时而产生的违约责任。

通过上述说明可以看出，违约金仅仅是违约责任的一种形式。而违约金也仅仅针对的是某些特定行为。因此存在，一种行为构成违约，并且违约方应当承担违约责任，但不需要承担违约金的情形。换句话说，因为在大多数情况下，违约金是依合同约定产生，所以针对的是特定的违约行为¹。如果该种违约行为在合同中未约定违约金，则守约方只能通过其它方式进行补救。

二、违约金的分类

根据不同的分类方法违约金存在众多分类，实际生活中违约金的约定更是多种多样，而不同的违约金分类及理解会直接导致违约金的数额认定的不同，因此对违约金进行分类十分必要。目前，违约金的常见分类方式有：

按照是否由法律规定可以划分为：法定违约金及约定违约金。法定违约金是指法律上规定的当事人应当支付的违约金²。约定违约金是指由当事人在合同中约定的违约金。法定违约金与约定违约金区分的意义在于，部分合同对于违约金的数额已经进行了明确的约定，无论合同当事人是否进

¹参见案例：广东达宝物业管理有限公司与广东中岱企业集团有限公司、广东中岱电讯产业有限公司、广州市中珊实业有限公司股权转让合作纠纷二审案，（2010）民提字 153 号。

²姜宪明主编.法学概论.东南大学出版社,1998 年版

行了约定，按照法律规定，当发生违约情形时，违约方应当承担法律责任。如已经失效的《工矿产品购销合同条例》第三十四条：“当事人双方或一方有违约行为的，必须向对方支付违约金.....”

在法定违约金约定的情况下，合同当事人即使没有约定违约金条款，也会当然适用。目前，在合同自由原则的指引下，法定违约金已经基本消失，而且自 1999 年《合同法》实施后，之前众多的专项法律法规已经失效，但是上述规定，在违约金标准的认定上至今仍然具有指导意义。对此，后文将会对此进行详细说明。

按照违约形态，违约金可以分为：预期违约和实际违约。实际违约又可以具体划分为：不履行、迟延履行和不适当履行。预期违约是指在履行期限到来之前一方无正当理由而明确表示其在履行期到来后将不履行合同，或者其行为表明其在履行期到来以后将不可能履行合同³。目前根据《合同法》第一百零八条，预期违约守约方可以要求违约方承担违约责任。但因为在违约形态本质上属于不履行。因此按照违约形态，违约金可以进行如下划分，即：瑕疵履行违约金、迟延履行违约金和不履行违约金。当然，根据合同的履行情况及合同当事人的约定，有时守约方有权选择对方承担违约责任的方式。如合同中约定，若迟延 10 日以上，守约方有权要求违约方支付迟延履行违约金并继续履行或者有权解除合同并要求支付违约金。上述情况便使得违约金相互之间的转换成为可能。但需要说明的是，在某种情形下，根据合同约定，一种行为同时满足两种违约金的适用条件，但此时针对某一行为，守约方只能主张一种违约金⁴。

按照违约金的性质，违约金可以分为：惩罚性违约金及补偿性违约金。由于英美法系与大陆法系对违约金的性质认定存在很大差别，我国曾经也对是否适用惩罚性违约金存在争议。但是，目前

³ 《中华人民共和国最高人民法院公报》2003 年第 4 期，最高人民法院（2002）民四终字第 3 号民事判决书。

⁴ 参见案例：湖南省总工会诉长沙市卫生防疫站房地产转让合同纠纷案，《中华人民共和国最高人民法院公报》1993 年第 3 期。

普遍认为，法律规定的违约金具有“补偿和惩罚”双重性质，并且认为违约金以补偿为原则，惩罚为例外。对惩罚性违约金采取了宽容态度。

三、违约金的标准

根据《合同法》第一百一十四条第二款规定：“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”，这就说明了，我国虽然认可违约金的“补偿和惩罚”性质，但在约定的违约金过高时，也可能会进行调整。

就目前违约金认定的标准主要有：一、守约方的损失；二、合同总的标的额；三、合同的履行程度；四、违约方过错程度。下面笔者将分别进行论述：

（一）守约方损失

从《合同法》第一百一十四条来看，违约金一出生便已与损失密不可分。《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）》（法释[2009] 5号）第二十九条的规定更是对《合同法》一百一十四条第二款作出了更为细化的解释。从一定程度上强调了违约金与损失的关联。因此《合同法》第一百一十三条有关损害赔偿的规定也自然对违约金的认定产生了重大影响。但是实践中“损失”的范围仍然是很难确定。虽然有了可预见性规则，但是对于预见的标准却仍然

具有不确定性。参照《联合国国际货物销售合同公约》第七十四条的规定⁵，通说认为损失包含直接损失和可得利益。笔者倾向性认为违约金，尤其是惩罚性违约金，不应当将损失的认定范围仅限于直接损失，而应当根据具体情况进行确认。

（二）合同总的标的额

根据公平原则，合同总的标的额也会成为考量违约金标准的因素。有学者提出，“调整违约金时，还要考虑合同的标的额。如果当事人约定的违约金超过了合同的总价款、报酬或使用费的总额，可以考虑将其降到合同的标的额内⁶。”例如，已经失效的《技术合同法实施条例》第二十二条第三款的规定：“当事人在合同中约定的违约金不得超过合同价款、报酬或者使用费的总额。损失赔偿额的计算方法不得显失公平。”虽然该条例已经失效，但对于合同的标的对违约金的确定也有一定的参考意义。

（三）合同的履行程度

因为补偿性违约金的设立目的之一便是对未来可能产生损失的预估，那么对于继续性合同来说，合同履行在不同的阶段，其损失会产生相应的变化。也势必会对违约金数额的认定产生影响。依据《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第二十五条，违约金的确定应当以实际损失为基准，根据公平原则和诚实信用原则，综合衡量合同履行程度、当事人过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素予以确定。虽然《解答》

⁵ 该公约第七十四条规定：“损害赔偿额不得超过违反合同一方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预见到或理应预见到的可能损失。”

⁶ 参见马强著：《合同法新问题判解研究》，人民法院出版社 2005 年版，第 327 页。

不能作为法律依据，但是却能够体现出部分法院认定违约金标准的审理思路。因此，合同的履行程度也应当作为违约金的参考因素之一。

（四）违约方的过错程度

“从原则上，补偿性违约金不应当根据过错来调整数额，而主要根据实际的损失来增减数额，即使是对惩罚性违约金数额的调整，也要以实际的损失为依据。不过，在例外情况下，对于惩罚性违约金也可以过错程度作为减增违约金数额的依据。例如，如果违约方仅具有轻微过失，则不应对其实施过重的惩罚，因而适当减轻其违约金责任⁷。”因此我们可以看出合同虽然以严格责任原则为基础，但是过错并未完全排除在违约金考量因素之外。而相对的，如果是违约方恶意违约，那么对于违约金是否进行调整和如何调整则也应当更为灵活。从法律条文来看，《合同法》第一百一十四条也是采用了“适当减少”的表述。这就为法官的自由裁量留下了空间。实践中也有司法判例支持了该种观点⁸。

以上为违约金标准考量的几种因素。但对于违约金标准的认定，在实践中可能更为复杂，一方面虽然当事人享有合同自由的权利，但是不能与违约金制度设立的目的背道而驰。现今违约金条款被滥用的情况普遍存在，当事人利用自身优势及合同地位的不平等进而剥夺了弱势的另一方当事人的话语权，很多违约金条款是弱势一方当事人的无奈选择。在此种情况下，违约金的调整及法官的自由裁量权都是十分必要的。

⁷ 参见王利明著：《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社2003年版，第642页。

⁸ 参见甘肃皇台酿造（集团）有限责任公司与史文培、北京皇台商贸有限公司互易合同纠纷案。

四、实践中违约金的问题

(一) 违约金可否与损失同时并用

根据《涉外经济合同法》(已失效)中明确规定“合同中约定的违约金,视为违反合同的损失赔偿”,及《合同法》第一百一十四条第一款后半部分的规定,违约金与损失存在相互替代的情况。根据现行的法释[2009] 5号第二十八条⁹,也可以看出当增加违约金后,不能再次要求赔偿损失。因此,违约金与损失不能同时并存。从违约金的补偿性之一性质来看,上述结论似乎不存在争议。但是考虑到违约金同时具有惩罚性的。对于未经过的调整的惩罚性违约金是否可以与损失并用的问题。笔者认为是可以并用的,一方面,惩罚性违约金的目的是本身是为了保障主债务的履行,而非对于违约行为可能造成风险的预估。另一方面惩罚性违约金是独立于履行行为之外的给付。因此应当可以与损失并存。现有观点认为在《合同法》施行后,这种(赔偿损失与违约金--编者注)并存适用已经完全没有必要,因为当事人完全可以根据《合同法》第一百一十四条第二款直接请求人民法院或者仲裁机构予以增加¹⁰。但是笔者并不完全赞同该种观点。主要基于两点理由:一是现实案例众多的当事人不具有法律知识可以将诉讼请求明确为增加违约金。往往会在诉求中要求赔偿损失并支付违约金,而法官是否有权对此进行调整或者释明,没有法律依据。二是如果合同中明确约定了违约金的性质为惩罚性违约金,则该违约金并不以造成损失为前提,损失虽然可以作为违约金数额认定的参考因素之一,但并不必然导致惩罚性违约金的调整。三是对于部分合同违约金与损失之间存在较大差异。如果违约方承担了极低的损失之后便无需再承担违约金,这会降低违约方的违约成本,并且会导致合同的不稳定。这种现象在继续性合同中尤为普遍。当然,在损失赔偿与违约金

⁹ 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定,请求人民法院增加违约金的,增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后,当事人又请求对方赔偿损失的,人民法院不予支持。

¹⁰ 参见《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》,2012年版,第465页。

同时并用时，如果违约金过高并违反了公平原则，在当事人主张后，法官可以对违约金数额进行调整。

（二）惩罚性违约金的认定

如上文所述，违约金以惩罚性为例外，因此如果合同当事人未在合同中明确约定惩罚性违约金或者不进行相应解释的时候，实践习惯上将此违约金认定为补偿性违约金。这就要求当事人在起草合同时应当对惩罚性违约金进行说明或者对其性质进行表述。直接以“违约金”或者“罚金”作为表述，并体现该违约金的设立目的是为了保证主债务的履行。

（三）迟延履行违约金的适用

《合同法》第一百一十四条第三款规定，当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。基于此大多数学者认为迟延履行违约金体现的是违约金的惩罚性。而对于迟延履行违约金的标准，有如下规定，可以供当事人参考：

对于迟延履行，根据现行有效的《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[2012]8号）第二十四条第四款规定：“买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。”但是实践中对于“逾期罚息利率”，又存在不同的理解。而有些理解存在不当，在此指出。如有些当事人依据《上海市高院关于商事审判中规范违约金调整问题的意见》第九条：“守约方的实际损失无法确定的，法院认定违约金过高进行调整时，根据公平原则和诚实信用原则，在综合考量违约方的恶意程度、当事人缔约地位强弱

等因素的基础上，可以参考不超过银行同类贷款利率四倍的标准进行相应调整。”要求承担逾期违约金应为同期银行贷款利率的四倍，该种观点显然忽略了上述违约金的适用范围是未约定违约金，而非迟延履行违约金，在此指出。

笔者认为在当事人没有约定迟延履行违约金时，对于逾期付款违约金《最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》（法释[2000] 34号）应当为其合理的法律依据。此规定不但修正了《最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》（法释[1999] 8号）并最终确认在当事人没有约定逾期付款违约金时，人民法院可以参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算逾期付款违约金。在中国人民银行调整金融机构计收逾期贷款利息的标准时，人民法院可以相应调整。规范了逾期付款违约金的标准。但需要说明的是上述规定并非强制性规定，法院均是“可以”调整。

对于逾期付款外的延迟履行问题，可以参照已经失效的《工矿产品购销合同条例》第三十五条第五项规定，逾期交货的，应比照中国人民银行有关延期付款的规定，按逾期交货总值计算，向需方偿付逾期交货的违约金。这里明确规定了延期交货的违约金比例为每日万分之三。再如，已失效的《加工承揽合同条例》第二十一条第四款规定，逾期交付定作物，应当按照合同规定，向定作方偿付违约金。以酬金计算的，每逾期一天，按逾期交付部分的酬金总额的千分之一偿付违约金。也可以参考《北京高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第二十一条规定逾期办证违约金，在房屋买卖合同约定的逾期办证违约金数额明显过高，且买受人实际损失无法确定时，法院可以以买受人已付购房款为基数，在日万分之三的标准范围内对违约金数额进行调整。

总之，对于非迟延履行合同的逾期履行违约金，应当首先对损失进行确认，在损失无法确认时，可以参照上述规定进行主张。

（四）违约金与定金

《合同法》第一百一十五条规定了返还定金可以作为民事中责任承担的方式。同时《合同法》第一百一十六条约定了违约金与定金不能同时适用。

在此补充说明一点：在当事人同时要求定金与损失赔偿的时候，参照法释[2012] 8 号文第二十八条的规定，法官可以对此进行调整，但不得高于损失。

五、结语

违约金作为违约责任的承担方式之一除了上述问题外，还可能会与合同的解除，合同的无效及可撤销相结合。而在不同情形和不同个案下，违约金标准的认定会出现不同的解释。合理谨慎的在合同中约定违约金条款，使其指向具体且明确，是减少争议的有效途径，也能更好的维护自身权益。

热点问题

公共场所管理人责任纠纷浅析

----- “电梯吃人” 事件之后的思考

周博

导语：2015年7月26日上午，湖北省荆州市安良百货公司手扶电梯发生事故，一名30岁女子因踩到了松动的扶梯踏板，被卷入电梯内不幸遇难。短短8秒钟一个鲜活的生命便与世长辞。作为一个法律人，情不自禁的对这一事件发生后的法律问题进行思考。同时，也希望对广大消费者以及服务提供者如何维权、如何防范风险提出一些建议。

公共场所管理人责任，看上去是一个很陌生的概念，但是它却充斥在生活的各个环节。举个例子：一日，小甲去KTV唱歌，结果刚到门口，没想到因为KTV刚刚拖完地，台阶湿滑，结果小甲在KTV台阶上摔倒。这时大家都会隐约觉得KTV应当承担责任，但是小甲找KTV理论，却被告知因为小甲还没有交费，也没有提前预定房间，双方没有合同关系，所以KTV不需要承担责任。而像这样的例子比比皆是，在超市滑倒，在车站摔伤、在银行被盗等等事件常有发生。针对这些问题以及小甲的困境，公共场所管理人责任便是小甲有利的法律武器。

那么这种法律武器是如何运用的呢，让我们来看看《中华人民共和国侵权责任法》第三十七条的规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任.....”，所以向小甲这样的类似情况，大

家是可以以公共场所管理人未尽到安全保障义务来要求赔偿。

那么如何判断公共场所已经尽到了安全保障义务呢？实践和司法判例中，以下几点往往会成为影响责任承担的因素：一是经营者或者组织者应保证其服务设备、设施符合人身安全保障要求；二是经营者或者组织者向消费者提供的服务内容和过程本身应当是安全的；三是防止因第三人的违法行为甚至犯罪行为对消费者可能造成的损害。看到这里大家明白为什么银行柜台都会有安保人员了吧，因为只要您已进入银行，银行就有义务保证您的财产不会受到侵害。

当然这种安全保证义务也不是绝对和无限的，通常赔偿会限定在合理的范围内。在审理过程中，法官还会将具体管理人所从事的行业、受害人自身的过错、周围的客观环境等因素作为考量依据。毕竟如果因为自己因看手机走路不小心跌倒，之后要求管理人承担责任，是不合情理的，而且管理人也可以以“受害人自身过错”来主张减免责任。另一种情况是，如果这种侵害是由于第三人引起的，根据《侵权责任法》第三十七条，应由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，仅仅承担相应的补充责任。

讨论了这么多，小编也得向公共管理人提些建议，以防范自身的经营风险。首先，从众多判决来看，对于因提供服务的场所设计不合理等安全隐患而引发事故，管理者承担的责任普遍偏重，因此提供一个安全的服务环境是重中之重；其次，就是在进行装饰装修或者购买设备时要选择有实力的正规企业，降低因装修或产品质量存在问题而引发的赔付风险。此外，一旦因装修或产品质量存在问题而产生赔偿责任，公共管理人可以要求产品提供者承担责任；最后，就是要购买公共管理人责任保险。毕竟风险具有不可控的一面，购买保险以减轻责任不失为一个明智的选择。

卓纬律师事务所

CHANCE BRIDGE PARTNERS

争议解决团队

叶强 John Ye

团队负责人

john.e@chancebridge.com

周博 Bo Zhou

bo.zhou@chancebridge.com

美术编辑：鄂晶晶
文字编辑：付佳欣

电话 Tel : +86 10 8587 0068

传真 Fax : +86 10 8587 0079

www.chancebridge.com

北京市东城区东长安街 1 号东方广场 C1 办公楼 601, 100738
601, Office Building C1 Oriental Plaza, No. 1 East Chang An Ave.,
Beijing PRC 100738

