

摘 要

保证人专门违约金研究

保证制度和违约金制度，从保护交易安全的角度，对于促进资金融通有着不可忽视的作用。二者结合诞生出的保证人专门违约金所具有的“增信”价值对于债权人的债权能够及时得到清偿有着积极意义。

随着此专门违约金诞生，由于法律的滞后性，在很长一段时间，无论是司法实践还是理论界，对于其效力的态度大相径庭。“有效说”和“无效说”都有很多拥趸者，甚至两种观点内部的理论依据都不一而足，大体包括保证范围的从属性与公平原则。众多的争议给保证人、债权人、债务人三方埋下了巨大的法律风险。甚至在最高人民法院第 111 号指导性案例发布之后，同级法院的两个案例出现了“类案不同判”的现象。

《担保制度司法解释》第 3 条延续《九民纪要》第 55 条的“相对无效”观点，基于保证范围从属性和公平原则以及尊重当事人意思自治，对于实践中出现的引起广泛争议的保证人专门违约金的效力进行了首次明确规定，即如果保证人提出仅在债务人应当承担的范围内承担责任，则专属于自身的违约金会被法院认定为无效。

这一规定出于两方面的考量：一是保证人专门违约金属于保证责任，应当遵从保证范围从属性这一效力强制性规定，另一方面是出于尊重当事人的意思自治的考量，由于此专门违约金与公共利益无涉，只与当事人的利益有关，因此将选择权交由保证人，法院不主动依职权认定此专门违约金无效。

但是保证人专门违约责任是否属于保证责任范围，是否违反公平原则，不管是司法界还是理论界的论证都不充分。《担保制度司法解释》第 3 条很大程度上尊重了当事人意思自治，具有进步意义，值得肯定，但是其基于《民法典》时代保护保证人的法政策，忽视了对债权人和债务人的保护，极易出现保证人“借违法无效之名毁约”的情形，究其根本是忽视了“债的相对性”这一原理，导致两种不同的法律关系产生混淆。

首先，保证人专门违约金不属于保证责任范围，不构成对保证范围从属性的突破，因此不违反保证范围从属性的要求。其次，该专门违约金在一定情景下具有履约担保功能，蕴含增信价值，可以促进交易的开展，增加社会财富，是鼓励交易原则的体现；在合同正义的视野下，该专门违约金无涉公共利益，司法应当尊重当事人之间的契约自由，同时，根据“债的相对性”原理，保证人、债权人、债务人之间存在三种不同的法律关系，该专门违约金并未造成债权人双重获利、保证人承担双重违约金等问题，符合公平原则；最后，该专门违约金能够保护债

权人的利益，符合保证制度的目的。因此该专门违约金具有正当性。但是由于商事担保和有偿的民事担保的特殊性，不能允许保证人专门违约金存在于无偿的民事担保之中，应当发挥民法的“父爱主义”对其适用范围进行限缩。

保证人专门违约金同时作用于三方主体，应通过“相对无效理论”“诚实信用原则的矫正功能”以及“违约金酌减制度”保护债权人和债务人，制裁恶意违约人，禁止其主张无效，避免出现“借违法无效之名毁约”和违约金的不正当压迫，体现法之正义。

关键词：保证人专门违约金，违约金酌减，相对无效，借违法无效之名毁约

Abstract

Study on the Guarantor's Special Liquidated Damages

Guarantee system and liquidated damages system, in terms of protecting the safety of transactions, play a role that cannot be ignored for the promotion of financing. The guarantor's special liquidated damages resulting from the combination of the two have positive significance for the timely repayment of creditors' rights.

However, due to the lag of law, for a long time, both judicial practice and theoretical circle have widely differed on the effectiveness of the special liquidated damages. Both the "theories of validity" and "the theories of invalidity" have many supporters, and even these two views have different internal theoretical bases, which generally include the subordination scope and the fairness principle. The many disputes bury huge legal risks for the surety, the creditor and the debtor.

Article 3 of the Judicial Interpretation on the Security System of the Civil Code adopts the view of "relative invalidity" as mentioned in Article 55 of the Ninth Civil Summary and based on the subordination scope of guarantee and the fairness principle, specifies for the first time the validity of the guarantor's special liquidated damages which have caused widespread disputes in practice. That is, if the guarantor offers to assume liability only within the scope that the debtor should assume, the liquidated damages specific to the guarantor will be regarded as invalid by the court.

This provision is based on two considerations: firstly, the guarantor's special liquidated damages belong to the guarantee liability and shall be subject to the mandatory provisions on effectiveness regarding the subordination scope of guarantee; and secondly, out of respect for the autonomy of the parties, the choice of damages is left to the guarantor, and the court will not take the initiative to determine that the special liquidated damages are invalid.

However, it is not sufficient to determine whether the guarantor's specific liabilities for breach of contract fall within the scope of guarantee liabilities and violate the principle of fairness. Article 3 of the Judicial Interpretation on the Security System of the Civil Code, to a large extent, respects the autonomy of the parties, which is of progressive significance and should be commended. However, based on the law policy of protecting the guarantor in the era of the Civil Code, the article neglects the protection of the creditor and debtor, so it is very easy for the guarantor to "break the

contract in the name of illegality and invalidity", and even confuses the two different legal relationships and ignores the shackle of "relativity of obligation".

The guarantor's special liquidated damages has the function of performance guarantee under certain circumstances, contains the value of credit enhancement, may facilitate the development of transactions, and reflects the "principle of encouraging transaction". The judiciary shall respect the freedom of contract between the parties. There are two different legal relationships between the guarantor and the creditor, and between the creditor and the debtor, the creditor does not double profit and the guarantor does not bear double liquidated damages, which is in conformity with the principle of fairness. The special liquidated damages are legitimate. However, due to the particularity of commercial guarantee and onerous guarantee, guarantor's special liquidated damages cannot be allowed to exist in civil guarantee free of charge. The "fatherhood" of the civil law shall be used to limit its application scope.

The special liquidated damages of the Guarantor act on three parties simultaneously, shall protect the interested parties through the "Relative Invalidity Theory", the "Rectification Function of the Principle of Good Faith" and the "Discretionary System for Reduction of Liquidated Damages", and shall avoid undue oppression by liquidated damages and reflect justice of law.

Key Words:Guarantor's Special Liquidated Damages,Discretionary reduction of liquidated damages,Relatively Invalid, Break the Contract in the Name of Illegality and Invalidity

关于学位论文使用授权的声明

本人完全了解吉林大学有关保留、使用学位论文的规定，同意吉林大学保留或向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅；本人授权吉林大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文和汇编本学位论文。

（保密论文在解密后应遵守此规定）

论文级别：硕士 博士

学科专业：法律硕士

论文题目：保证人专门违约金研究

作者签名：程乐栋

指导教师签名：于莹

2023年6月3日

引 言	1
一、 保证人专门违约金之正当性	9
(一) 保证人专门违约金不违反保证范围的从属性	9
(二) 保证人专门违约金体现鼓励交易原则	11
(三) 保证人专门违约金体现合同正义原则	12
(四) 保证人专门违约金确保保证制度目的的实现	16
(五) 小结	17
二、 保证人专门违约金不适用于无偿的民事担保	18
(一) 商事担保的特殊性——职业化与营利性	18
(二) 有偿的民事担保的特殊性——接受对价等于接受风险	20
(三) 小结	21
三、 担保制度司法解释第 3 条的不足与补救	22
(一) 极易引发保证人“借违法无效之名毁约”	22
(二) 运用“相对无效理论”——对抗保证人毁约	24
(三) 发挥诚实信用原则的矫正功能——禁止保证人主张无效	26
(四) 小结	29
四、 违约金酌减规则的适用	31
(一) 最高人民法院第 111 号指导性案例的不当之处	31
(二) 法院对保证人专门违约金的调整应遵循债的相对性原理	32
(三) 酌减时应当考虑的因素	32
(四) 小结	34
结 语	35
参考文献	36
作者简介	39
致 谢	40

引 言

一、 研究背景和意义

保证作为一种最普遍的增信措施，其担保属性具有促进资金融通的作用。金融机构等民商事主体，或是基于利润驱动或是为了满足社会投资的需求，往往放宽贷款的标准，种种因素导致上述主体对于风险管控的需求越来越高。因此，为了确保债权人的债权能够得到及时清偿，担保制度和违约金制度应运而生。二者结合而诞生出的保证人专门违约金对于债权人的债权得到及时清偿有着积极意义，但是另一方面也可能使保证人负担相较于债务人更重的债务。此专门违约金指在我国传统保证制度下，为促使保证人按约履行保证责任，保证人与债权人约定，当保证人没有及时承担保证责任或有其他违约行为时，需要对债权人承担一定数额的违约金。

作为保证人，很多民商事主体甚至专门的担保机构对于此专门违约金的性质和后果并未有清晰的认识，往往出于为了维系、促进人情等因素，草率签署相关协议，致使之后自身承担的责任往往高于债务人承担的责任。2019年《全国民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）出台前，一些法官会根据民法中合同自由原则，承认该专门违约金效力，进而根据“自己过错自己承担”原则，否定保证人嗣后的追偿权。这一惩罚措施，会督促保证人及时履行保证责任，从而维护债权人的利益。

但是，实践中也有一些法官从保证范围的从属性以及公平原则等方面考量，认定保证人专门违约金因违反上述效力性强制性规定而无效，从而导致保证人只需承担可以向债务人进行追偿的保证之债。这一做法看似是根据保证范围的从属性进行合法性分析，避免了单纯根据合同自由原则所隐藏的“向一般条款逃逸”的法律风险，但是惩罚措施的失效，有可能导致主债权无法及时得到清偿，债务人的债务持续扩大，从而损害债权人和债务人利益。即使债权人可以通过保证人主张无效的行为导致保证人专门违约金被认定无效因违反诚实信用原则而构成缔约过失责任，要求保证人承担赔偿责任，但是相较于违约责任，缔约过失责任赔偿范围只以信赖利益为限，有很大的局限性，并且在举证责任的分配上就增加了债权人的义务。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）（以下简称“《担保制度司法解释》”）第3条采纳了《九民纪要》第55条确立的“相对无效”观点，对上述两种针锋相对的观点进行调和，对于实践中出现的引起广泛争议的保证人专门违约金的效力进行了首次明确

规定,即如果保证人提出仅在债务人应当承担的范围内承担责任,则专属于自身的违约金会被法院认定为无效,即使保证人承担该专门违约金,也可以请求债权人返还,对债务人不享有追偿权。

虽然这一规定有很大的进步意义,在认定该专门违约金与公共利益无涉的前提下,将主张无效的权利赋予保证人,尊重当事人意思自治,但是不可否认,先不论这一规定是否经过严格论证,仅从结果来看就可能存在保证人为了不承担专门违约金之债而恶意“借违法无效之名毁约”进而对债权人和债务人的利益产生重大不利影响的情形。

如今,我国置身于市场经济时代,民商事法律也需要为市场经济的繁荣发展保驾护航,作为主要增信措施的担保制度由于其本身的复杂性势必导致法律分析上的困难,但是我们不得不考虑以下几个至关重要的问题:保证人专门违约金责任是否违反保证范围的从属性?保证范围的从属性是否属于效力性强制性规定?保证人专门违约金是否违反公平原则?保证人如果明知此违约金系违法,订立保证合同后是否有权主动向法院主张此专门违约金条款无效,或者在被债权人要求承担因自己未及时履行保证责任所构成的违约责任之际以该专门违约金条款无效为由进行抗辩,这是否有违诚实信用原则,是否属于“借违法无效之名毁约”?民事主体和商事主体能否在此条款下一视同仁?

笔者认为,解决上述问题有如下两方面的意义:首先,从实践意义的角度,任何一种法律制度都应该具有正当性,这也是法律正义的必然要求,如果能够通过正当性对保证人专门违约金进行分析,并在此基础上研究在现行法下,是否可以通过“相对无效理论”“诚实信用原则”对此专门违约金的效力进行矫正,并通过“违约金酌减规则”对数额进行调整,在满足交易需求的同时,构筑起完整的利益相关方保护体系,对司法解释可能导致的保证人“借违法无效之名毁约”进行补救,兼顾“法之正义”;其次,从理论意义的角度,对该专门违约金的正当性以及酌减规则的研究势必会对我国保证制度中“保证责任范围”以及涉及到的公平原则、诚实信用原则等方面进行成体系的研究,避免只顾及保证人的利益,而忽视债权人以及债务人的利益所造成的顾此失彼。

二、 研究综述

笔者在“中国知网”以“保证人专门违约金”为关键词,进行全面检索,在阅读这些文献的基础上,以“违约金”“契约自由”“公平原则”“相对无效”“诚实信用原则”“担保范围的从属性”以及“借违法无效之名毁约”分别为检索关键词,在“中国知网”中进一步搜索筛选,最后以相关期刊、著作以及学位论文为范围,初步确定论文研究思路。

通过对相关文献和案例进行梳理和阅读,笔者发现既往关于保证人专门违

约金的讨论主要集中在“保证人专门违约金的效力”这个问题，紧紧围绕着“保证人专门违约金是否与保证范围的从属性要求相抵触”“保证人专门违约金是否违反公平原则”两个方面，笔者简述如下：

关于保证人专门违约金的效力一直以来都观点不一，出现了“绝对无效说”“相对无效说”和“有效说”三种不同的观点。

“绝对无效说”认为法院可以依职权主动认定该专门违约金无效，以高圣平老师的观点为代表，理由有以下几点：第一，如果承认此专门违约金条款的效力，保证人会承担主债权债务合同项下的违约金和此专门违约金所构成的双重违约金；第二，基于《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）保护保证人的法政策，保证人的责任不宜过重，保证人违约时，承担主合同违约金，足以达到惩戒效果；第三，如果认定该专门违约金有效，则加重保证人的责任，因保证人对此专门违约金不享有追偿权，而实定法上否定保证人求偿权的情形并不多见。¹其他学者的理由多数集中在保证人专门违约责任属于保证责任，保证范围大于主债务范围，违反了保证责任具有从属性这一效力性强制性规定，因而无效。在既往的司法裁判中，多数法院也采纳“绝对无效说”，除了上述理由，很多法院也将目光放在“禁止债权人双重获利”之上。²吉林省高级人民法院采取了“先行承担，最后扣除”的做法，产生了与认定无效相同的法律效果。³

第二种观点是最高人民法院（以下简称“最高法”）在《担保制度司法解释》第3条所采纳的“相对无效说”，该观点与最高法第111号指导性案例以及《九民纪要》第55条一脉相承，认为法院只有在保证人提出诉请之时才能认定无效，理由在于该专门违约金虽违反保证范围的从属性这一效力性强制性规定，本属无效，但与公共利益无涉，法院不应当主动替当事人做决定。需要指

¹ 参见高圣平：《民法典担保从属性规则的适用及其限度》，载《法学》2020年第7期，第9页。

² 持此观点的法院较多，参见“重庆银行股份有限公司小企业信贷中心诉刘鑫等金融借款合同纠纷案”，[重庆市渝中区人民法院(2013)中区民初字第08886号民事判决书]；参见“彭静与刘军保证合同纠纷上诉案”，[四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第5894号民事判决书]；关于此案的详细分析参见胡建萍、王长军：《保证人承担保证责任的范围应以主债务为限》，载《人民司法》2015年第24期，第55-57页；参见四会市朱海实业有限公司诉蔡光辉等民间借贷纠纷案”，[广东省肇庆市中级人民法院(2016)粤12民终1067号民事判决书]；参见“联储证券有限责任公司与东方金钰股份有限公司合同纠纷上诉案”，[最高人民法院(2019)最高法民终1353号民事判决书]；参见“乌兰察布市白乃庙铜业有限责任公司与甘肃建新实业集团有限公司保证合同纠纷上诉案”，[最高人民法院(2020)最高法民终156号民事判决书]；参见王长江、郭伏华：《保证合同不宜另行约定保证人的违约责任》，载《人民法院报》2008年5月20日，第006版；参见莫爱萍、常黎阳：《保证合同中的违约金条款可否得到支持》，载《人民法院报》2020年12月3日，第007版。

³ 参见“中国农业银行股份有限公司白城分行等诉陈坤兵金融借款合同纠纷、担保合同纠纷案”，[吉林省高级人民法院(2016)吉民终527号民事判决书]。

出的是，在最高法 111 号指导性案例中，最高法根据当事人的主张无效，认为此专门违约金只和当事人利益有关，与公共利益无涉，当属有效，举重以明轻，视为提出违约金过高的抗辩，采用违约金酌减方法，因主债务项下的违约金、复利、罚息之和已经足以弥补债权人的损失，故而将该专门违约金酌减至 0。这一思路虽为“有效说”，但其准确认定该专门违约金与公共利益无涉从而认为法院无权主动进行效力判断，为《九民纪要》第 55 条和《担保制度司法解释》第 3 条的制定奠定基础。⁴

第三种观点认为该专门违约金并不存在无效的事由，当属有效。⁵有效说的理由有以下几点：第一种观点认为，保证之债并不属于主债务，具有独立性，当事人可以约定保证人没有及时履行保证责任的违约金。⁶崔建远老师也同意这一观点。⁷两位老师都是从保证之债具有独立性这一特点而认为可以对保证债务约定违约金。⁸第二种观点认为，保证制度根本目的是为了保护债权人，确保其债权实现，所以债权人利益是保证制度最高原则，同时遵循契约自由原则，认定此专门违约金有效，前提是，必须经过债务人同意，当保证人违约时，此专门违约金条款生效，视为主合同的违约金条款，应当由保证人和债务人承担连带责任，保证人承担之后，可以向债务人追偿（仅针对无偿保证）。⁹有法官在文章中认为，保证合同具有独立性，约定的专门违约金可以对保证范围的从属性进行突破，并且《中华人民共和国担保法》（以下简称“《担保法》”）第 21 条

⁴ 参见刘贵祥主编：《最高人民法院第一巡回法庭精选案例裁判思路解析（一）》，法律出版社 2016 年版，第 46-47 页。关于本案判决参见“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审案”，[最高人民法院第一巡回法庭(2015)民提字第 126 号民事判决书]。最高人民法院民事审判第二庭编著：《全国法院民商事审判工作会议纪要·理解与适用》，人民法院出版社 2019 版，第 350 页：“此条款违反了保证范围的从属性这一效力强制性规定，当事人的意思自治已经逾越了法律或者公序良俗的界限，不能通过约定的方式加以排除，但合同部分无效后所产生的担保人因此减少给付的法律后果，仅涉及担保人的个人利益，法院无权也不应替担保人主张，更不能在担保人未提出主张的情况下依职权将担保人的责任降低到与主债务相同的程度。就此而言，关于担保责任超出主债务部分无效，只能在担保人提出主张的情况下法院才能进行审查。”《民法典担保制度司法解释理解与适用》也进行了解释：“由于保证人承担此专门违约金之后无法向债务人追偿，从而违反了担保的从属性。因此，担保人可以通过主张专门约定的违约金无效，主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任，并且，必须要担保人提出主张，担保人未提出主张的，人民法院不得依职权认定超出部分无效。”参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 版，第 104 页。

⁵ 参见“北京京城国际融资租赁有限公司诉陈晨等保证合同纠纷案”，[北京市朝阳区人民法院（2016）京 0105 民初 65061 号民事判决书]。

⁶ 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 880 页。

⁷ 参见崔建远主编：《合同法（第五版）》，法律出版社 2010 年版，第 172 页。

⁸ 持此观点的文章还有李硕：《保证合同约定违约金条款之效力研究》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2022 年 6 月第 24 卷增刊，第 97-100 页。

⁹ 参见王清灵：《保证合同违约金条款效力研究》，华东政法大学 2018 年硕士学位论文。

中的“保证合同另有约定的，按照约定”为此提供依据。¹⁰在《九民纪要》出台之后，有学者认为，担保合同的从属性和《担保法》第5条皆无法成为论证违约金条款无效的法律依据，并且在债权尚无物权担保的情形下保证人专门违约金具有保护债权人实现债权的价值，具有正当性。¹¹

《担保制度司法解释》制定的过程中，有学者认为保证人专门违约金有效，并且应当禁止保证人向主债务人追偿。¹²

《担保制度司法解释》第3条出台之后，崔建远教授对此条第1款中的关于保证人专门违约责任的规定持反对意见，其认为，在综合考量担保制度的宗旨、担保人所负担的债务的性质、担保之债的可追偿性以及“债的相对性”对债权人和担保人的约束等因素之后，《担保制度司法解释》第3条第1款是“没有厘清法律关系，错用担保从属性的表现”，理由有三点：其一，该专门违约责任条款从属于担保合同，并不直接从属于主债权合同，需要综合考量其他因素，才能判断两个从属性之间是否挂钩；其二，《民法典》未规定该专门违约责任的无效原因，司法解释应当保持该有的谦抑性，不得径直规定《民法典》未设计的无效原因；其三，担保人承担此专门违约责任之后无权向债务人追偿是自己责任的体现。

¹³

与《担保制度司法解释》观点不一样，虽然大多数国家，例如德国、意大利、西班牙、葡萄牙、法国、我国台湾地区《民法典》都没有对此专门违约金进行专门规定，但是《日本民法典》第447条（保证债务的范围）第2款认为此条款有效：“保证人，可以仅就其保证债务约定违约金或损害赔偿额。”¹⁴针对此项规定，我妻荣老师从保证之债具有独立性这一角度出发，表示赞同，保证人和债权人可以针对保证之债约定专属于保证人的违约金，虽然保证人承担的责任相较于债务人更重，但是并不违反保证之债附随性的要求。¹⁵

上述关于保证人专门违约金的效力分歧主要集中在以下方面：保证人专门违约责任是否违反保证范围的从属性，保证范围的从属性是否属于效力性强制性规定；保证人承担专门违约金之后是否违反公平原则，即债权人是否双重获

¹⁰ 参见曹明哲：《保证合同中保证人违约责任条款的效力研究》，载《中财法律评论（第十一卷）》2019年刊，第242页。

¹¹ 参见闫可为：《论保证合同中的违约金条款》，北京外国语大学2020年硕士学位论文。

¹² 2020年11月28日，在“保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用担保制度的解释（征求意见稿）”研讨会上，华东政法大学副教授姚明斌博士指出，规定违约金条款无效，没有法律依据，承认违约金条款的效力但不允许担保人就此项付出向主债务人追偿，更为合理。转引自崔建远：《论保证规则的变化》，载《中州学刊》2021年第1期，第72页。

¹³ 参见崔建远：《论保证规则的变化》，载《中州学刊》2021年第1期，第66页。

¹⁴ 《最新日本民法——日本民法典》，渠涛编译，法律出版社2006年版，第99页。

¹⁵ 参见[日]我妻荣：《我妻荣民法讲义VI新订债权总论》，王隼译，中国法制出版社2008年版，第415页。

利、保证人是否承担双重违约金、保证人承担之后无法向债务人追偿是否公平、在主债务的违约金已经可以起到惩戒保证人的作用时，保证制度的目的已经达成，有没有必要对保证人再设定过重的责任。

三、 问题的提出

保证人专门违约责任属不属于保证责任范围？在司法解释和实践中、学术界对于“有效说”观点进行反驳的一个共同点，也是最有力的点就是：保证人专门违约金因为属于保证责任范围而违反保证范围的从属性而无效。如果回答了这个问题，我们其实就有可能绕开了对保证范围的从属性是不是效力性强制性规定这个必定会引起较大争议的问题。因为，如果保证人专门违约金不属于保证责任范围的话，那么保证人专门违约金就不受保证责任从属性的制约，在不违反其他效力性强制性规定的情况下就是有效的；如果属于的话，那就需要进行论证可不可以对保证范围的从属性进行突破，笔者认为这在实际中基本不具有可行性，因为事实上保证范围的从属性已经被《民法典》及其相关司法解释所采纳，并且被认定为效力性强制性规定。

保证人专门违约金是否违反公平原则？这个问题详细展开为，如果保证人专门违约金有效，保证人承担该专门违约金再加上债务人需要承担因其未及时承担债务所产生的罚息是否会导致债权人双重获利，是否会导致保证人承担过重的责任，保证人是否承担双重违约金？还有，如果赋予保证人承担专门违约责任的追偿权，那么违反“自己过错自己承担”这一法律的基本要求，因为不能要求没有过错的债务人（相对于保证人）承担责任，并且这一做法事实上将无法起到督促保证人及时承担保证责任的效果。况且，如果要对抗保证人对此专门违约金的追偿权，债务人也要承担对于“恶意”的举证责任，这也不正当地为债务人设定义务。

法院是否可以应保证人的请求将其专门违约金缩减至 0？在最高法第 111 号指导性案例中，最高法直接将该专门违约金缩减至 0，笔者认为此举不甚妥当。原因在于，根据《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第 114 条（《民法典》第 585 条）以及《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）（以下简称“《合同法解释（二）》”）第 29 条之规定，对违约金进行缩减，应当是“予以适当减少”，而法院对保证人专门违约金直接缩减至 0，明显不是“适当减少”，其后果与认定此条款无效对于保证合同双方的权利义务并没有区别。

对于吉林省高级人民法院“先行承担，最后扣除”的观点，实质上是变相否定了保证人专门违约金条款的效力，也起不到对保证人施加压力的作用，因为保证人知道，即使自己先行承担专门违约金，最后所承担的金额总和还是一

样的。

最后《担保制度司法解释》所采纳的“相对无效说”具有很大的进步意义，无疑是走在学界前列，但也由此所引发了目前所有的研究都忽略的两个重大问题，一是从《九民纪要》第55条延续到《担保制度司法解释》所采纳的“相对无效理论”，该理论实质上更倾向于保护善意相对人和善意特定人的利益，甚至只能有此二人提出无效，并且如果他人主张无效，不能对抗善意的相对人和善意特定人。而立法中忽视了保证人可能存在“恶意”的情况，即保证人如果明知此违约金系违法，订立保证合同后主动诉至法院主张此专门违约金无效，或者在未及时承担保证责任后被债权人要求承担此专门违约责任之际，以该专门违约金无效为由进行抗辩。简单赋予保证人请求无效的权利可能会与“相对无效理论”产生冲突。而且，退一步讲，即使保证人有权主张此专门违约金无效，如果将“相对无效理论”贯彻下去的话，善意的债权人（相对人）和债务人（第三人）是否有权主张此专门违约金有效。更深层次的原因，一是在于最高法院忽视了保证制度存在的目的即保护债权人；二是保证人是否有“借违法无效之名毁约”的嫌疑，如果答案是肯定的话，是应当满足保证人的此项诉请，抑或根据诚实信用原则对其进行矫正，从而实现法律正义。

笔者认为，保证人专门违约金作为脱胎于实践的产物，还是需要在法律正义这一视角下，从其与保证责任的关系、保证制度的目的以及保证人、债权人、债务人三方主体之间的权利义务关系出发加以分析提炼才能得出结论。

四、 研究方法

（一） 案例分析法

本文首先以《九民纪要》出台为时间节点，检索、阅读并分析在此之前的司法案例，总结并分析在没有《九民纪要》专门规定的情况下出现的不同裁判观点。

（二） 比较研究方法

比较研究可以帮助研究者理解域内与域外对于相关问题理解的差异，并且能够通过这种差异寻找到相关问题的本质，并且为自己的研究拓宽视野，打开思路，提供依据。本文在研究各国立法层面对于保证人专门违约金的规定时，发现只有日本对此进行了明确规定，包括德国在内的其他很多国家并无明确规定，这一点可以为本文的研究提供一些帮助。而针对“相对无效理论”国外研究较多，甚至已经运用在立法之中。

五、 论文结构安排

在引言部分，首先对选题的背景和意义进行阐释，明确无论是司法上还是理论界对于“保证人专门违约金”都存在不一样的观点，并且具有研究价值，其次对于观点进行总结归纳，并分析不同观点内在的逻辑及其不足，明确本论文将会通过严格的法律分析以解决上文提出的问题。

在第一章，笔者首先对立法观点“相对无效说”、实务界和理论界中的“绝对无效说”所秉持的此专门违约金因违反“保证范围的从属性”而无效的观点进行研究，接下来根据鼓励交易原则、合同正义原则所蕴含的合同自由原则、公平原则以及保护社会公共利益、保证制度的目的共四个方面对该专门违约金的正当性进行分析研究。

在第二章，因商事担保和有偿的民事担保的特殊性，笔者拟将保证人专门违约金的适用范围限定在商事保证和有偿的民事保证，并说明理由。

在第三章，笔者首先指出《担保制度司法解释》第3条不符合司法解释应当具有的谦抑性，简单赋予保证人主张无效的权利，为保证人留有“后门”，极易引发保证人“借违法无效之名毁约”的法律风险，其次拟通过“相对无效理论”“诚实信用原则的矫正功能”提出相关建议进行补救。

在第四章，笔者拟首先指出最高法第111号指导性案例中保证人违约金酌减时存在的未遵循“债的相对性原理”和“直接缩减至0”的两个问题，其次以问题为导向，提出在专门违约金酌减时应当遵循“债的相对性原理”，区分两个不同的法律关系，酌减程度上应当综合考量不同因素。

一、 保证人专门违约金之正当性

(一) 保证人专门违约金不违反保证范围的从属性

保证人专门违约金是否违反保证范围的从属性是这篇文章的重点问题。《民法典》第 691 条对保证的范围进行规定，有学者认为其中“当事人另有约定的，按照其约定”的规定为当事人设立保证人专门违约金提供依据。其认为保证人专门违约金属于保证责任范围，但是可以按照当事人的约定突破。¹⁶但是，这一观点无论在学界还是实务界，还是立法上都很难走通，《九民纪要》和《担保制度司法解释》均认为保证范围的从属性是效力性强制性规定，不能依据当事人的约定进行突破，而且也很少有判决和学者持这种观点。如果继续坚持保证人专门违约金属于保证责任，无异于沿着“当事人的约定是否可以突破保证范围的从属性”继续讨论下去，所以必须找到另一条道路来解决这个问题。崔建远老师的观点为笔者的研究打开思路。

1. 约束——债的相对性

崔建远老师认为，准确厘清法律关系以准确识别和确定合同关系中存在的特定的权利义务关系，在合同法中至关重要，这是对其适用相应的合同法规范的前提。因此，不得错误认定合同关系，否则就会张冠李戴，导致权利义务关系发生错位。¹⁷

崔建远老师关于法律关系的论述无疑是正确的，并且认为在《担保制度司法解释》第 3 条中，制定者忽视了“债的相对性”这一约束，导致“错位”认定保证人、债权人、债务人之间的法律关系。¹⁸

保证人专门违约金若属于保证责任将与“债的相对性”原理产生抵触，因此其不属于保证责任。一种责任，要么属于保证责任，要么不属于保证责任，这是根据数学上“A 和非 A 是矛盾关系，一定一真一假，加起来一定是全集”所得出的结论。在不考虑《担保制度司法解释》第 3 条规定的情况下，如果保证人专门违约金属于保证责任，且保证责任的金额不超过法律规定的范围（例如，所担保的债权总额为 100 元，保证责任为 90 元，保证人专门违约金 10 元），则保证人可以在承担保证责任之后向债务人追偿。详细说，既然依据“保证范围从属性”将保证人专门违约金作为该责任一部分加以规制，就必须将这一要求贯彻下去，必

¹⁶ 参见王清灵：《保证合同违约金条款效力研究》，华东政法大学 2018 年硕士学位论文。

¹⁷ 崔建远：《民事合同与商事合同之辨》，载《政法论坛》2022 年第 1 期，第 69 页。

¹⁸ 参见崔建远：《论保证规则的变化》，载《中州学刊》2021 年第 1 期，第 66 页。

须赋予保证人完整的追偿权。但是保证人专门违约金只是保证人和债权人之间的约定，不能对债务人产生约束，根据“债的相对性”中“责任相对”的要求，保证人承担该专门违约金后无权向债务人追偿。所以，保证人专门违约金若属于保证责任将与“债的相对性”产生抵触。因此，根据前述的数学逻辑，笔者认为保证人专门违约金不属于保证责任范围。

2. 保证人专门违约金未突破保证范围的从属性

如前所述，因为保证人专门违约金并不属于保证责任的范围，所以并不构成对保证范围从属性的突破。但是有学者一方面认为保证人专门违约金不属于保证责任，但另一方面又从“保证范围从属性可以按照当事人的约定进行突破”来论证该专门违约金的有效性。¹⁹其间似乎有一些矛盾。

从逻辑上讲如果此专门违约金是对从属性的突破，说明其原本应当遵从从属性，否则就不能用“突破”一词来进行修饰。突破，意为打开缺口、超过、打破。在民法层面，最为人知的是“合同相对性原则的突破”。如果用“代位撤销权”对“合同相对性原则的突破”中蕴含的逻辑来对“保证人专门违约金”对“保证范围从属性的突破”进行检验，会发现上文所说的矛盾。简而言之，如果说A是对B的突破的话，则表明A原本应当受制于B，但由于其他因素，A在某些情况下可以不受B的规制。就像完全民事行为能力人甲乙之间的合同，第三方并没有权利进行干涉，但是在某种情况下，为了实质正义保护第三方的利益，赋予其对甲乙之间的合同的撤销权。因而不能一方面表示A责任不属于B责任，一方面又表示可以使A突破B。

所以问题就变成了，此专门违约金是否可以存在于保证合同中。如果可以存在，保证的范围就必须进行限缩解释，不能把它解释为整个保证合同中保证人承担的范围，因为这势必会违反保证范围从属性，而本文一直都在认同保证范围从属性的要求。笔者认为，是可以存在的。崔建远老师在综合考量担保制度的宗旨、担保人所负担的债务的性质、担保之债的可追偿性以及债的相对性对债权人和担保人的约束等因素之后也如此认为：保证人没有及时履行保证责任的违约行为相较于主债务人的违约行为具有独立性，其违约对债权人造成的损失和主债务人违约时对债权人所造成的损失是两种不同性质的损失，保证人应当对自己的违约行为独自承担责任，例如违约金或者赔偿损失。而《担保制度司法解释》第3条第1款，忽视了“债的相对性”原理的约束，以致于“没有厘清法律关系，错用担保从属性”。该专门违约责任条款从属于担保合同，并不直接从属于主债权合同，

¹⁹ 参见曹明哲：《保证合同中保证人违约责任条款的效力研究》，载《中财法律评论（第十一卷）》2019年刊，第237-251页。

需要综合考量其他因素，才能判断两个从属性之间是否挂钩。²⁰

所以，保证合同中的保证人承担的责任包括保证责任和违约责任，保证责任条款受与保证责任相关的法律规定的调整，保证人专门违约金条款受与违约金相关的法律规定的调整，二者应该区别讨论，此专门违约金的效力从属于保证责任，但是不属于对担保从属性的突破，二者的关系与主债务和其违约金的关系一样，主债务有效，则其违约金有效，主债务无效，其违约金无效，也就是说违约金制度被几乎所有人接受，那么债务人违约时，承担的债务绝对会超过主债务，也没有人会认为违约金是对主债务的突破（保证人相对于债权人是债务人），违约金条款不能存在于合同之中。

（二） 保证人专门违约金体现鼓励交易原则

鼓励交易原则的正当性源自对经济效率的追求。²¹效率的目的在于通过将尽可能小的成本经过一系列的运作，以获得尽可能多的收益，实现物尽其用，人尽其才，社会财富最大化。通过法经济学的理论可知，合同法中效率价值具有举足轻重的地位，是合同法的价值目标之一。原因在于，随着人类社会中各种劳动被划分，导致劳动独立化、专业化，从而引起商品经济迅速发展，为了确保顺利生产和满足人们的物质生活需要，人类通过高效交换社会资源实现优化配置，使得物尽其用。“交换”即“缔结合同并履行”，在这一过程中，通过鼓励人与人之间高效交换资源，实现社会财富增长，这解释了合同法与经济效率之间具有密切联系的原因，也诠释了鼓励交易原则是实现合同法中效率价值的手段。²²

在市场经济社会里，很多交易无法达成的原因，在于资源的出借方缺乏安全感，这点在我国尤甚，很多拥有资源的人将“保本”这一底线看得尤其重要，故而对他人的偿债能力表示怀疑，没有投资的欲望或者稍微有点风吹草动即在交易接洽的过程中终止交易。“信心比黄金更重要”形象地揭示了这一现象。

保证制度和违约金制度的出发点均在于给债权人以信心，促进交易的开展。不同之处在于前者引入第三方，使债权人获取债务人之外的第二重保证；后者是通过压力形式为债务人设定超过主债权的额外责任，督促其及时偿还债务。

从功利主义角度讲，保证制度和违约金制度结合诞生出的保证人专门违约金同时具备保证制度和违约金制度的优点，将压力传导至保证人，促使其及时履行保证责任，进一步为债权人设定安全措施（增信），给拥有资源的人以信心，使其可以放心大胆地将所拥有的资源出借给他人，促使其与债务人之间交易的达成，促进经济活动的开展，使社会财富增加。所以保证人专门违约金在这一环节发挥

²⁰ 崔建远：《论保证规则的变化》，载《中州学刊》2021年第1期，第66页。

²¹ 参见王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2015年版，第202—210页。

²² 参见罗昆：《鼓励交易原则的反思与合理表达》，载《政治与法律》2017年第7期，第27页。

出其蕴含的增信价值，体现鼓励交易原则。

（三） 保证人专门违约金体现合同正义原则

合同正义贯穿于合同整个生命周期，它强调合同所有当事人在进行市场交易活动中，都要在“法之正义”这一原则的指引和束缚下，使彼此之间的法律关系处于一种和谐状态。它有以下几项基本要求：合同当事人法律地位平等、缔约自由、公平合理地确定合同的内容、合同各方善意并且合法地履行合同、合同当事人无论是订立合同抑或是履行合同都不能与社会利益相冲突。²³笔者认为，合同正义视野下的“保证人专门违约金”研究应当将重点放在除“合同当事人法律地位平等”之外的其他方面，因为“平等原则”并非“保证人专门违约金”研究中的难点。因此，笔者拟从上述要求的其余几个方面进行研究，对于“合同各方善意并且合法地履行合同”此项要求，其实质为诚实信用原则的必然要求，因诚实信用原则是后文的重点，所以笔者将在下一章详细阐述，此处不作展开。

1. 保证人专门违约金体现合同自由原则

在商品经济高度发达的国家，立法者无不将作为私法自治重要体现的合同自由原则作为合同法的首要价值。各个国家通过不同的程度和表现形式将合同自由原则规定于法律之中。合同自由的兴起在各国历史上留下浓墨重彩的一笔：首先，从缔约自由方面，使原先被各种各样的身份所束缚的人们摆脱限制，可以按照自己的想法参与到市场竞争中；第二，促进人文主义的发展，维护人类的人性尊严，将人们从例如宗教、封建主义的枷锁中解救出来，法谚所云，在民法慈母般的眼神中，每个人都是一个国家；第三，由于人们可以自由地缔结合同，商品经济空前繁荣，促进了社会财富的积累。²⁴

诚如刘贵祥法官所言，保证人专门违约金只与当事人之间的利益有关，和社会公共利益无关。²⁵这是保证人对于自身利益的决定，不损害国家利益、社会公共利益和他人利益，甚至对上述三方都具有积极意义，理应受到合同自由原则的保护，如果不尊重保证人的自由，没有经过比例原则的检验，将不可避免地落入“父爱主义”的桎梏，为契约自由蒙上一层阴影。

2. 保证人专门违约金不违反公平原则

²³ 参见汪渊智、冯锦生：《论合同正义》，载《政法论坛》1996年第6期，第60、61页。

²⁴ 参见苏号朋：《论契约自由兴起的背景及其价值》，载《法律科学（西北政法学院学报）》1999年第5期，第87页。

²⁵ 参见刘贵祥主编：《最高人民法院第一巡回法庭精选案例裁判思路解析（一）》，法律出版社2016年版，第46-47页。

《民法典》第6条针对“公平原则”作出规定。在民事生活领域，公平原则的含义是每个人都应该获得他们应得的，这个理念应该得到最大程度的实现。有学者认为，公平原则具体包括交换正义、归属正义、矫正正义和分配正义。其中，归属正义主要指公平原则在物权法中的具体体现，而分配正义则关注于如何在社会上公正地分配利益并合理地承担义务。²⁶因此这两方面不属于本文的研究内容。

（1）保证人专门违约金符合交换正义

基于平等或者说对等的原理，交换正义内在要求是通过数学方法算出比例来确定每个人各自有权获得的利益份额和承担的损失份额。在商品经济高度发达的今天，各个主体通过彼此交往，往往产生各种不同性质的法律关系，在交换正义的视野中，各个主体是否在彼此的交往中受到公正合理的对待，是其所重点关注的方面。“公正合理的对待”应该包括在交易中遵循公认的规则，保证交易双方在信息透明、自愿、平等的情况下达成协议。最重要也是最直接体现在三个方面：等价交换、公平地确定风险分担以及公平地确定利益承受。由前文可知，目前关于保证人专门违约金的研究主要争议点就在于其是否符合交换正义。

保证人专门违约金符合等价交换原则。由于现实中的复杂性，这也是本文在之后所谈到的一点，保证人所提供的保证服务是否有偿，法律并没有对此做出强制性规定，所以可以仅在此讨论有偿的保证服务是否符合等价交换原则，而针对无偿的保证服务，笔者将在后文进行讨论。等价交换原则指的是“一个主体所付出的代价应当和所获得的收益相等，两者在价值上应该是对等的。”换句话说，等值性要求在商品交换中，所履行的义务和所获得的权利（收益）应该具有同等价值。保证人在收取债务人或者第三方的以金钱为主的购买保证服务给付之后，其对待给付义务则表现为及时承担保证责任，避免债务人因其不能及时承担保证责任而导致债权人利益受到损害。虽然我们很难判断这种给付与对待给付是否是等值的，但是相较于民事主体而言，如果提供保证服务的是一名商主体，由于其在参与商事活动中，完全有能力对所从事活动的后果作出理性判断，能够预见自己的权利义务关系，那么我们可以根据“主观等值标准”对商事主体进行判定。²⁷因此，对于一名商主体而言，无论其提供的保证服务是有偿还是无偿，其在内心中已经对自己的可能享受的权利以及可能承担的义务作出了决定，从这一角度看，保证人专门违约金符合等价交换原则。而对于民事主体，如果其提供的是有偿担保服务，则其实施的是有偿的民事法律行为，是否“等值”可以通过多种因素例进行衡量，再通过违约金酌减规则进行调整即可。

保证人是否受到双重惩罚，债权人是否双重获利，需要具体分析。在之前所述的法院的判决中，有些法院会认为专门违约金条款和利息会导致保证人受到双

²⁶ 参见易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012年第4期，54-73页。

²⁷ 易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012年第4期，54-73页。

重惩罚,因而违反公平原则,所以认定无效。²⁸但是我们应当根据个案进行分析,因为利息也分为民间借贷的利息和非民间借贷的利息等。对于两种不同性质的利息,法律也进行了不同规定:前者可以适用《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》,后者不适用。所以对于保证人专门违约金也应当根据个案进行分别讨论,不能简单认为无效。例如,有学者认为对于民间借贷而言,具有惩罚性质的违约金和复利、罚息可以共存,只需对其进行违约金酌减即可。²⁹所以,三者是可以共存的。并且,结合之前“债的相对性”视野下,保证人与债权人、债务人与债权人存在两个不同的法律关系的结论,每个人对自己的行为负责,那么事实上,随着复利、罚息等不断扩大,以保证责任成就为时间节点,之前的责任由债务人承担,之后的责任由保证人承担,该专门违约金、主合同项下的违约金、复利以及罚息之间并没有交集,并未使保证人受到双重惩罚,债权人也并未因此双重获利。

保证人并未承担双重违约金。如前所述,债务人和保证人违约后,保证人先行承担的是两个性质不同的违约金,包括主债务违约金和专属于自身的违约金。保证人承担主合同违约金即保证范围内的违约金之后,可以向债务人追偿,最终,保证人只承担属于自己的专门违约金。

保证人应当为自己行为负责。从民法的“帝王条款”诚实信用原则和契约自由原则来看,保证人在订立此专门违约金条款时已经知晓自己有可能会承担较债务人更重的债务,尤其是对于一名成熟的商主体来说,其在订立的时候就已经审慎地了解自己的义务,并依然作出了接受这种风险的决定,那么根据这两个原则,此条款就应当有效,这也是保证人“自甘风险”“自己过错自己负责”的体现。

综上,保证人专门违约金符合交换正义,这是在把握“债的相对性”这一基础性原则下得出的结论,也回答了“是否公平地确定风险分担以及公平地确定利益承受”这个问题。从功利主义的角度看,该理论提倡追求“最大幸福”,以“最大快乐值”为结果好坏的衡量标准。在剔除“行为的动机与手段”的前提下,如果一个行为能够增加最大快乐值即是好的行为,反之为不好的行为。从保护大多数也即让多数人满意的角度,保证人专门违约金不仅保护债权人的利益,也保护债务人的利益,如果保证人延迟履行保证责任,主债务的违约金、利息、罚息可能会不断增长。因保证人没有及时履行担保义务而扩大的部分,有学者认为保证人没有追偿权。³⁰笔者表示赞同,但是如前所述,保证人专门违约金和复利、罚

²⁸ 参见“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审案”,[最高人民法院第一巡回法庭(2015)民提字第126号民事判决书]中的一审判决即广州中院的判决。

²⁹ 参见高圣平、申晨:《民间借贷中利率上限规定的司法适用》,载《政治与法律》2013年第12期,第28、29页。

³⁰ 杨成哲:《金融机构出具的资信证明与担保的区别及相应的法律责任》,载《法律适用》1993年第10期,21-24页。

息有共存的可能性，三者可以同时发挥督促保证人及时承担保证责任的作用。所以，保证人及时承担保证责任，一方面是对债权人负责，一方面也是对债务人负责，将债务人从与债权人之间的债务关系中解脱出来，此时，此专门违约金对债权人和债务人有利，只是对保证人不利，从保护大多数人的角度讲，此时应当保护多数人的利益。当然也应该讨论一下保证人非恶意违约的情形，笔者将在后文进行陈述。

（2）保证人专门违约金符合矫正正义

矫正正义的基本理念是当人们受到违法行为的侵害时，法律应该纠正这种错误行为，并使其恢复到侵害行为发生前的状态。³¹

在合同法领域，矫正正义的理念尤其典型地表现在“完全赔偿原则”，即在违约损害赔偿领域，要求被违约方的损失由违约人全额承担，如此，才能恢复被违约人的违约行为所扰乱的原状的秩序。矫正正义具体化为违约损害赔偿，即强制违约人补偿受害人所受之损害。《民法典》第 584 条的规定明确采取“完全赔偿原则”。

针对保证人专门违约金而言，其在符合赔偿性违约金的构成时是违约损害赔偿的预定额，其预定功能就是为了在保证人违约之后给债权人以赔偿，符合矫正正义的要求。

虽然矫正正义的功能有其限度，即惩罚性的制裁会逾越矫正正义的范围，但是笔者认为，惩罚性措施不代表违反矫正正义，只是它并不属于矫正正义所涵摄的范围罢了，而如果机械地运用矫正正义的“以眼还眼，以牙还牙”，最终只会因为“不能精确控制流血量”而成为违约者或违法者的保护伞，无法发挥其应有的价值。

3. 保证人专门违约金未挑战社会公共利益

最高法针对《九民纪要》和《担保制度司法解释》编写的专著中已经明确认为此专门违约金与公共利益无涉。³²笔者认为，社会公共利益的范围的纷争由来已久，这并不是本文所讨论的重点，最高人民法院的意见是正确的，如果持不同意见，也可以通过比例原则对其进行检验和调整，没有必要不加区分地一概认为无效。可以举一个例子加以说明：担保债务为 1000 万元，而专门违约金是 10 元，社会公共利益并不会因为这 10 元而受到伤害。如果违约金是 1000 万元，依照违约金

³¹ 参见 [美] 乔治·P·弗莱彻、史蒂夫·谢泼德：《美国法律基础导读》，李燕译，法律出版社 2008 年版，第 230 页。

³² 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《全国法院民商事审判工作会议纪要·理解与适用》，人民法院出版社 2019 版，第 350 页；参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 版，第 104 页。

酌减规则进行调整，缩减到合适的范围也能达到保护社会利益的目的，这也是比例原则的应有之义。

（四） 保证人专门违约金确保保证制度目的的实现

保证制度的价值基础在于鼓励交易原则所体现的效率价值、合同正义原则所体现的正义价值相互依存，二者之间的互补和平衡关系是保证制度能够在现代社会中发挥作用的关键。同时，这种互补和平衡关系也能够体现现代社会所追求的效率和正义观念，从而保障人们在社会经济生活中的权利和利益。

保证制度在实践中主要作为融资活动的催化剂。从诞生之初起，保证制度就与融资活动紧密相连，通过为资源提供方设立安全措施，对推动资金流通起到重要的积极作用，使融资活动蓬勃发展。从这一点可以看出，保证制度的目的在于促进融资，而通过保护债权人，使债权人对自己的债权能够得到及时清偿充满信心是实现这一目标最为重要甚至可以说是唯一的手段，如果忽视对债权人的保护，保证制度的目的也无从谈起。

虽然《民法典》及其司法解释在某种程度上由过去保护债权人转变为保护保证人，但是仍然应当看出保证人专门违约金的价值所在，即在承认其正当性的前提下，运用相关法律手段来进行规制，以保护相关方的利益，避免了对意思自治的底线造成冲击，同时也不会对经济秩序，金融安全造成冲击或破坏。债权人的债权及时得到清偿是实现保证制度目的最重要或者说是唯一的手段，而对保证人施加压力是债权人的债权及时得到清偿最为有效的手段。所以，如果否认保证人专门违约金的正当性，保证人所背负的“压力”将大幅降低，很可能无法对保证人起到督促作用。

虽然保证人可能承担其违约时债权人的利息损失，这部分责任的承担可以起到督促保证人履行责任的作用，但是保证人专门违约金作为“损害赔偿的预定”的赔偿性违约金或者督促保证人及时履行保证责任的履约担保性违约金仍有存在的必要，因为保证合同在某种程度上其实是保证人与债权人之间的债权债务合同，作为主债务的保证责任的存在，并不影响主债务违约金即专门违约金条款存在的合理性，而且更重要的原因在于保证人与债权人、债权人与债务人、保证人与债务人分属三个不同的法律关系，各自具有一定意义上的独立性，不能以基于保证人与债务人之间的法律关系中，因保证人的过错导致其对债务人债务扩大的部分不享有追偿权为理由而否定债权人基于其与保证人之间的法律关系获得赔偿的正当性。正因为此专门违约金的压力性，才能更好地实现保证制度的目的。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/967200104003006044>