

2020年第十八届
“理律杯”
全国高校模拟法庭竞赛
参赛书状

原告代理意见书

—— 原告方 9号代表队 ——

目录

第一部分 当事人基本信息.....	3
第二部分 诉讼请求.....	3
第三部分 本案基本事实及焦点问题.....	3
第一节 本案基本事实.....	3
第二节 法律适用.....	5
第三节 本案争议焦点问题.....	6
第一节 本案中的程序问题.....	6
(一) 兴达发展基金有限公司为本案适格原告.....	6
(二) 泉佳富房地产公司为本案适格被告.....	6
(三) 本案符合法定的起诉条件.....	6
(四) 本次诉讼未超过法定诉讼时效.....	7
(五) 泉佳富房地产公司和吴益同为本案被告.....	7
第二节 案涉合同的性质为商品房买卖合同.....	7
(一) 《房屋买卖合同》系合法有效的合同.....	7
(二) 《房屋买卖补充合同》不符合借款合同的一般交易习惯.....	9
(三) 《房屋买卖补充合同》的实质是对买卖合同部分代物清偿的预约.....	11
第三节 泉佳富房地产公司应支付补充协议项下的违约金与“逾期利息”.....	13
(一) 泉佳富房地产公司应支付补充协议约定的违约金 680 万元.....	13
(二) 泉佳富房地产公司应当支付案涉“逾期利息”合计 820.64 万元.....	16
第四节 吴益应对全部损失承担连带责任.....	18
(一) 本案中“保证责任”的约定不符合保证责任的一般构造.....	18
(二) 吴益的手书条款应认定为对债务加入的承诺.....	20
(三) 吴益债务加入的范围为泉佳富房地产公司需赔偿的全部损失.....	21
第五部分 案件反思.....	22
(一) 实践中以物抵债缺乏对应的法律构造.....	22
(二) 违约金调减规则的体系性反思.....	22
(三) 针对调减违约金权利的立法动态不明.....	22
(四) 债务加入存疑规则有待明确.....	23
附件一.....	24
附件二.....	25
附件三.....	26

第一部分 当事人基本信息

原告：兴达发展基金有限公司 所在地址：××省××市

统一社会信用代码：××××××××××××××××××

法定代表人：××× 联系电话：1××××××××××

被告：泉佳富房地产公司 所在地址：××省××市

统一社会信用代码：××××××××××××××××××

法定代表人：吴益 联系电话：1××××××××××

被告：吴益 所在地址：××省××市

身份证号：×××××××××××××××××× 联系电话：1××××××××××

第二部分 诉讼请求

1. 请求法院确认兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司签订的商品房买卖合同有效，判令泉佳富房地产公司交付商铺。
2. 请求法院判令泉佳富房地产公司支付违约金 680 万元，以及根据 2017 年 3 月 1 日双方签订的《房屋买卖补充合同》第五条第 1 项计算的利息。
3. 请求判令被告泉佳富房地产公司支付逾期款项 1600 万元之利息合计 820.64 万元。
4. 请求判令共同被告吴益对全部损失承担连带责任。
5. 请求判令被告承担本案案件受理费及相关律师费用。

第三部分 本案基本事实及焦点问题

第一节 本案基本事实

出于寻求新的投资机会、扩大自身与其全资子公司经营场所的目的，原告兴达发展基金有限公司与被告泉佳富房地产公司经过频繁且深入的商业谈判，于 2017 年 3 月 1 日签订《房屋买卖合同》。同日，双方还签订了《房屋买卖补充合同》。两份合同就双方的债权债务关系进行了具体约定。被告公司法定代表人吴益特别在《房屋买卖补充合同》上手书：“仅对兴达发展基金有限公司 3400 万元借款提供担保。”

2017 年 3 月 1 日，原告依被告指示，将 3400 万元价款打入被告公司账户。被告向原告开具了销售不动产的统一发票，发票原件依照合同约定暂行由被告公司持有。

2017 年 6 月 8 日，原告与被告签订了《房屋买卖补充协议》，就违约金条款及迟延履行违约金需承担的民事责任（支付“逾期利息”）做了出具体约定。

案涉合同具体内容对比如下表：

合同名称	签订时间	主要约定内容
		【第三条】 兴达发展基金有限公司以 3400 万元的价款购买泉佳富房地产公司 73 间商铺，且当日交纳全

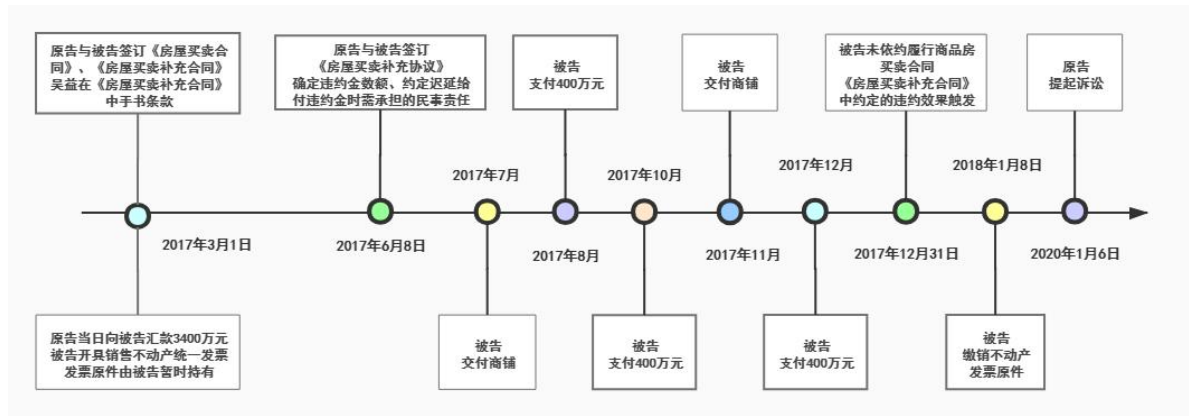
《房屋买卖合同》	2017.03.01	部房款……出卖人于2017年12月31日前将商铺验收合格交付使用，并在交付使用后360日内，由出卖人提供相关资料至产权登记机关办理权属登记备案。
《房屋买卖补充合同》	2017.03.01	【第二条】双方经充分协商同意，如出卖人在2017年12月31日未能交付或未能全部交付《房屋买卖合同》项下商铺，买受人支付的购房款即转为出卖人与买受人之间的借款。
		【第五条】双方约定的借款条件如下：1. 借款金额共计3400万元，借期为2017年3月1日至12月31日，月利率为5%。2. 借款期限届满后，借款人没有还款或未能交付商铺的，按照未还本金部分或未交付商铺价格20%，承担违约金责任。3. 如出卖人在2017年12月31日前交付了部分商铺，应从借款总额中扣除已交付商铺的价格。
《房屋买卖补充协议》	2017.06.08	【第七条】双方已签订的合同及补充合同所约定违约金，均是充分考虑了商誉、社会影响、时间和机会成本、处理违约时间所花费资源等综合抽象要素所造成的损失。该损失各方诚信认可，其虽难以精确定义，但在商业交易中确实存在，故在此事先约定违约金金额为680万元，以尽量弥补损失，同时合同所约定的违约金具有惩罚性违约金性质。在充分理解和认可上述原则的就上，双方均不再以“违约金过分高于损失”等为由要求调低违约金，收取违约金的一方亦无需举证证明具体损失。
		【第八条】如出卖人逾期一月后未支付违约金的，应自2018年1月1日开始，以未支付的款项为基数，按年复利率23%、以自然月计息，向买受人支付逾期利息。
		泉佳富房地产公司法定代表人吴益作为保证人，在《房屋买卖补充合同》上手书：“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”。

合同签订后，房地产市场并未出现显著变化。在原告多次催促下，被告于2017年7月和11月分两次向原告交付了10间商铺(价格共计600万元)，并于2017年8月、10月、12月分三次、每次400万元，合计向原告汇款总计1200万元。截止到2017年底，被告尚有1600万元债务未履行完毕，也未进一步交付任何商铺。

2018年1月8日，被告将销售不动产统一发票原件在税务机关缴销。

2018年3月起，原告一直与被告进行沟通，双方曾在2018年底数次当面协商，但均未达成一致意见。

2020年1月6日，原告以其与被告之间具有商品房买卖关系，但被告未交付商铺且未支付逾期款项为由，提起诉讼。请求法院判决：一、确认兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司签订的商品房买卖合同有效，泉佳富房地产公司交付商铺；二、泉佳富房地产公司支付违约金680万元，以及根据2017年3月1日双方签订的《房屋买卖补充合同》第五条第1项计算的利息；三、泉佳富房地产公司支付逾期款项1600万元之利息合计820.64万元；四、吴益对全部损失承担连带责任。



第二节 法律适用

本案适用的法律、司法解释、行政法规如下表所示：

效力级别	法规名称	发布机关	实施日期
法律	《中华人民共和国民法典》	全国人民代表大会	2021-01-01
	《中华人民共和国民事诉讼法》	全国人民代表大会 常务委员会	2017-07-01
司法解释	《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)》	最高人民法院	2009-05-13
	《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》		2015-09-01
	《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》		2003-06-01
司法解释性质文件	《最高人民法院印发<关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见>的通知》	最高人民法院	2009-07-07
	《最高人民法院关于印发<全国法院民商事审判工作会议纪要>的通知》		2019-11-08
行政法规	《不动产登记暂行条例》	国务院	2019-03-24

第三节 本案争议焦点问题

1. 案涉合同的真实性质究竟为何？

- 1.1 《房屋买卖合同》中约定的商品房买卖合同是否真实有效？
- 1.2 《房屋买卖补充合同》中约定的民间借贷合同是否真实有效？
- 1.3 案涉合同整体的实质效果与真实性质为何？

2. 泉佳富房地产公司是否应支付《房屋买卖补充协议》中的违约金与逾期利息？

- 2.1 泉佳富房地产公司是否应支付《房屋买卖补充协议》项下约定的违约金 680 万元？
- 2.2 680 万元违约金是否会因数额过高受到酌减调整？
- 2.3 泉佳富房地产公司是否应支付案涉“逾期利息”合计 820.64 万元？

3. 吴益是否应对兴达发展基金有限公司的全部损失承担连带责任？

- 3.1 吴益应具体承担何种民事责任？
- 3.2 吴益应承担的损害赔偿范围为何？

第四部分 支持诉讼请求的理由

第一节 本案中的程序问题

（一）兴达发展基金有限公司为本案适格原告

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下论述均简称《民事诉讼法》）第一百一十九条第一款，“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”，在我国民事立案审查的司法实践中，往往基于民事诉讼法的有关诉讼主体的规定，将民事诉讼当事人限制为民事权益被侵犯或有争议的利害关系人范畴。

在本案中，泉佳富房地产公司的违约行为严重侵害了兴达发展基金有限公司的合法权益，给兴达发展基金有限公司造成了巨大的经济财产损失。兴达发展基金有限公司作为本案中民事权益被侵害的法人，与本案有直接利害关系，可以成为本案适格原告。

（二）泉佳富房地产公司为本案适格被告

泉佳富房地产公司未按照合同要求履行给付内容，构成了严重的违约行为，使得兴达发展基金有限公司基于合同的预期利益无法实现，对其造成了巨大的经济财产损失。泉佳富房地产公司作为企业法人，具有拟制人格，拥有相应民事权利能力和民事行为能力，具有诉讼主体资格，能够依法承担民事责任。

（三）本案符合法定的起诉条件

依据《民事诉讼法》第三条，人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼。本案属于法人之间、法人与公民之间因财产关系产生的纠纷，属于《民事诉讼法》第三条规定的受案范围。且本案被告明确、原被告诉讼主体适格，原告有具体的诉讼请求和事实、理由，符合《民事诉讼法》第 119 条关于起诉条件的规定，故应予受理。

（四）本次诉讼未超过法定诉讼时效

依据《民法总则》第一百八十八条的规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为3年；诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。合同履行期限届满时，债务人即具有履行债务的义务。如不履行，则构成对债权人权利的侵害，且该侵害为债权人所应知，故诉讼时效应自主债务到期时起算。

本案中，《商品房买卖合同》项下的主债务于2017年12月31日到期，故本案诉讼时效应为2017年12月31日至2020年12月31日。本案于2020年1月6日起诉，因此原告起诉时间在诉讼时效范围之内，未超过法定诉讼时效。

（五）泉佳富房地产公司和吴益同为本案被告

《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条规定：“当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。”本案中，由于吴益对泉佳富房地产公司的债务实际构成债务加入，其应对泉佳富房地产公司的债务承担连带还款责任（详见后文论述）。因此，吴益和泉佳富房地产公司具有共同的还款义务，诉讼标的相同，构成必要共同诉讼，吴益应依法作为共同被告参与本次诉讼。吴益作为具有独立诉讼权利能力的自然人，依据《民事诉讼法》第四十八条的规定，可以作为民事诉讼当事人参与诉讼。

综上所述，兴达发展基金有限公司符合就本案提起民事诉讼的法定条件，恳请人民法院依法受理并作出裁判。

第二节 案涉合同的性质为商品房买卖合同

由《民法典》第一百四十二条的规定可知，当事人约定的相关条款、行为的性质与目的、习惯以及诚信原则等都是合同解释的重要参照因素。《民法典》第四百六十六条第一款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当依据本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义。”因此，在当事人双方就本案合同的性质发生争议的情况下，应当综合前述多种因素对当事人的真意进行探明以明确案涉合同的真实性质。

（一）《房屋买卖合同》系合法有效的合同

首先，案涉争议合同符合商品房买卖合同的基本特征。从合同形式上来看，当事人双方于2017年先后签订的《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》以及《房屋买卖补充协议》三份合同文件均以“房屋买卖”为名，合同名称的统一能够表现出当事人双方对本案商品房买卖合同性质的认可。从合同内容上来看，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条为商品房买卖合同作出了明确的定义，即“房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同”。由《房屋买卖合同》所载内容可知，兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司就买卖73间商铺的有关事宜达成合意并将有关合意内容以书面形式载明。其中，双方就出卖人交付商铺的时间与数量、买受人支付价款的时间与总额、房屋权属转移登记等主要权利义务关系约定明确、意思表示清楚，符合商品房买卖合同的一般构造。

因此，案涉《房屋买卖合同》在合同表现形式与合同所载内容实质两方面均符合商品房买卖合同的基本特征，应被认为是合法有效的商品房买卖合同。当事人在之后另行订立的《房屋买卖补充合同》与《房屋买卖补充协议》两份合同文件均是对《房屋买卖合同》中约定事宜的进一步明确。

其次，本案当事人双方的缔约目的也均指向对案涉商铺的买卖。就兴达发展基金有限公司而言，出于扩大经营场所、为全资子公司提供商业销售业务发展机会的目的，其本身需要

购入相当数量可供现实使用的商铺作为实际经营场所，为公司的商业发展提供条件；同时，由于商铺还可以通过出租、转售及其他合法方式进行经营处分，附着于其权属的商业价值也可以满足兴达发展基金有限公司对于新的投资机会的需求。

而就泉佳富房地产公司而言，通过销售其开发的房地产项目以解决资金周转紧张的问题是该公司与兴达发展基金有限公司进行交易的主要目的，即泉佳富房地产公司需要尽快地将案涉73套商铺的价值变现用以支持公司的经营。由于2017年中央提出的“房住不炒”概念以及全国各地相继出台的楼市相关政策规定的渐次落地，全国的房地产市场极有可能出现较大的波动变化，泉佳富房地产公司名下的地产项目也可能随时面临着迅速贬值的高风险。因此，出售时间上的紧迫性也是泉佳富房地产公司在进行交易时的重要考量，在最短的时间内将案涉73套商铺以可观的价格售出是其进行本次交易的重要目的。在签订《房屋买卖合同》之前，当事人双方曾就上述商业目的进行了频繁且深入的商业谈判并最终达成合意，故应认为兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司对买卖商品房的合同目的均是认可且支持的。

再次，本案当事人双方的交易行为也符合商品房买卖的普遍交易习惯。一方面，因为作为交易标的的商铺共计73间，数量较多且价值较大，双方约定由出卖人在2017年3月1日至12月31日这一期间内分批交付，符合房地产领域对大宗交易标的的交易习惯。兴达发展基金有限公司依约于2017年3月1日向泉佳富房地产公司一次性支付了3400万元的购房款以此解决其资金周转困难的问题，泉佳富房地产公司也确实曾于2017年7月与11月向兴达发展基金有限公司分两次交付了共计10间商铺（价格共计600万元）。该事实证明双方的确曾真实地依照《房屋买卖合同》之约定履行各自的给付义务。

另一方面，泉佳富房地产公司在收到兴达发展基金有限公司支付的购房款后，立即为其开具了销售不动产的统一发票。该发票原件虽仍由泉佳富房地产公司暂行保管，但这同样是当事人双方对于买卖合同中所约定义务的实际履行：《房屋买卖合同》第三条载明，在案涉73间商铺全部交付使用后的360日内，作为出卖人的泉佳富房地产公司应负责提供相关资料至产权登记机关办理权属登记备案。

《不动产登记暂行条例》第十六条对不动产登记所需的材料作出了详细规定，相关资料包括但不限于：登记申请书、申请人身份证明、相关不动产权属来源的证明资料、登记原因证明文件、与他人利害关系的说明资料等诸多文件信息。考虑到案涉73间商铺所涉及的上述证明文件种类数量众多、核对难度较大且易在交接与保管的过程中发生遗失的风险，当事人双方特别约定将发票及其他交易资料暂由作为发票开具方的泉佳富房地产公司进行保管并在办理过户登记时直接向产权登记机关全部提供。这一约定有利于降低在证明材料交接过程中可能发生的损毁与遗失风险，是双方意思自治的表现，其未违反我国有关不动产登记的强行法规范或房地产交易领域的交易习惯，应予尊重。

另外，虽然发票原件暂时保留在泉佳富房地产公司处，但作为买受方的兴达发展基金有限公司仍随时有权向其索要发票原件或复印件用以在必要的情况下证明商品房买卖交易的真实性，故将发票原件留存在泉佳富房地产公司处的约定并不违反商品房买卖的交易惯例。虽然泉佳富房地产公司出于恶意逃避债务的不法目的于2018年1月8日违反《房屋买卖合同》中所约定的义务，私自缴销了留存在其处的不动产统一发票原件，但是该违约行为并不足以说明当事人之间就发票原件保管义务的约定本身不合常理，更无法据此否定双方所签订的商品房买卖合同合法有效这一事实。

最后，本案中并无证据表明兴达发展基金有限公司或泉佳富房地产公司就《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》与《房屋买卖补充协议》作出的意思表示是在受到欺诈、胁迫等意思不真实的情况下作出的，上述合同内容亦无违反国家强制法规范与公序良俗的情况，故不存在合同无效或可撤销的事由。

综上，根据《民法典》第四百六十五条规定：“依法成立的合同，受法律保护。”本案

中,兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司之间基于真实意思表示签订的商品房买卖合同合法有效,双方当事人应严格遵照合同的约定内容行使权利、履行义务。

(二)《房屋买卖补充合同》不符合借款合同的一般交易习惯

本案中,在签订《房屋买卖合同》后,兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司于2017年3月1日(即订立《房屋买卖合同》同日)又另行签订了《房屋买卖补充合同》并在其中对《房屋买卖合同》所约定的有关事宜进行了补充。《房屋买卖补充合同》约定,若出卖人未能依约交付全部商铺,则买受人所支付的购房款将转为出卖人与买受人之间的借款,总额共计3400万元。该合同虽以“借款”为名,却存在着多处与一般借款合同不相符的约定内容,合同整体的交易构造不符合民间借贷的交易习惯。

由《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)》第七条的规定可知,所谓“交易习惯”包括“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”。在本案中,当事人双方之间就借贷关系达成的约定较之民间借贷的通行做法存在较大出入,该借款合同的真实性值得怀疑,具体分析如下:

1. 借款合同的借期不应早于签订日期起算

由《民法典》第六百六十八条第二款规定可知:“借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。”借款期限是指从合同签订之日起到全部还清借款本息止的时间区段,其会直接影响对借款合同的利息计算、返还借款义务的履行时间等权利义务关系的认定,是借款合同中的重要内容。

《民法典》第五百零二条第一款规定:“依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”本案中,根据《房屋买卖补充合同》第二条约定内容可知,借款合同生效的条件是“出卖人在2017年12月31日未能交付或未能全部交付《房屋买卖合同》项下商铺”,即当事人双方之间的借款合同系附生效条件的合同,唯有当出卖人未依约履行前述商品房买卖合同项下的交付商铺义务时,借款合同才会在2017年12月31日当日生效。而《房屋买卖补充合同》第五条第1项却又约定双方借款借期为2017年3月1日至2017年12月31日,亦即自借款合同生效之前便开始计算借款借期并由泉佳富房地产公司支付利息。

然而,借款期限与借款利息本质上是对出借款项还款时间及该时间段内所产生的时间价值的约定,均以借款关系真实存在为基础。但在本案中,兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司之间在2017年3月1日至12月31日期间仅现实存在针对案涉商铺的买卖合同关系而并无借贷关系的存在。因此,当事人双方就借款期限“回溯性”的约定并不符合借款合同借期的一般概念。

2. 借款合同并无履行可能,生效当日即陷入违约状态

如前所述,《房屋买卖补充合同》中所确定的借款合同借期为2017年3月1日至12月31日。又依《房屋买卖补充合同》第五条第2项的约定,借款期限届满后,若兴达发展基金有限公司未能还款或交付商铺的,则需按照未还本金部分或未交付商铺价格的20%承担违约金责任。由前述约定内容可知,交付全部商铺与支付全部价款是使借款合同免于陷入违约的唯二履行方式。

于前者而言,《房屋买卖补充合同》第二条明确约定“未能交付或未能全部交付《房屋买卖合同》项下商铺”是借款合同生效的条件,故“交付全部商铺”与“买卖合同生效”二者在逻辑上天然悖反,在借款合同生效的情况下,兴达发展基金有限公司必然不可能在2017年3月1日至12月31日期间依约交付全部73间商铺。于后者而言,在《房屋买卖补充合同》中约定的借款合同生效之前,当事人双方之间于2017年3月1日至12月31日期间并

不存在合法有效的借贷关系，而金钱款项的给付又非商品房买卖合同中出卖方的主给付义务内容，故泉佳富房地产公司在2017年3月1日至12月31日期间支付的款项实则并无法律上的正当原因、并非对借款本金部分的清偿，作为出卖人的泉佳富房地产公司没有理由与动机提前全部支付相应款项。因此，由于合同生效日期与借款期限的截止日期完全一致，《房屋买卖补充合同》中约定的借款合同关系在2017年12月31日生效当日即会陷入违约状态，泉佳富房地产公司对于此借款合同并无履行的可能。

我国《民法典》第四百六十四条第一款对合同的概念进行了明确，即“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”在相应民事法律关系内容不存在被实现的可能时，合同也自然失去了其存在的意义。《民法典》第五百六十三条第（一）项、第（四）项的规定即赋予了合同当事人在合同目的落空的情况下解除合同的权利，证明了在合同无法履行、目的不能实现的情况下，合同本身自无存在的必要。对于自始不存在履行可能的合同而言，有学者认为“契约自始即失其目的，失其意义，失其客体，故使之不发生任何效力。”¹我国司法实践中也有许多法院的裁判对前述观点表示了支持，认为自始客观不能的约定依法不具有法律效力²，如本案中借款合同的还款日期与借款合同的生效日期为同一日的情况显然不符合常理。³因此，对于本案中《房屋买卖补充合同》所约定的借款合同生效当日借款期限立即届满的情况，应当认为该约定不符合民间借贷的交易习惯，该合同的真实性与有效性值得怀疑。

3. 借款合同不应在生效前便开始被实际履行

由本案案件事实可知，泉佳富房地产公司曾于2017年8月、10月、12月分三次、每次400万元向兴达发展基金有限公司汇款。如前所述，由于借款合同的生效时间是在2017年12月31日，在泉佳富房地产公司支付该1200万元时，此金钱给付行为并无法律上的正当原因。根据《民法典》第九百八十五条、第九百八十六条的规定，在双方均知晓所得利益没有法律根据的情况下，受损失的人有权请求得利人返还所取得的利益。然而，在本案中，作为付款方的泉佳富房地产公司却从未以不当得利为由向收款方兴达发展基金有限公司主张款项返还，兴达发展基金有限公司亦自愿多次在没有法律根据的情况下接受泉佳富房地产公司所给付的巨额款项。双方在借款合同生效前便存在频繁的无法律根据的金钱往来的行为与民间借贷的一般交易习惯不符。

4. 5%的月利率属于典型的高利贷，交易双方作为成熟的商事主体对此却并无异议

本案中《房屋买卖补充合同》的签订时间是2017年3月1日，兴达发展基金有限公司向人民法院提起诉讼的时间为2020年1月6日，故本案审判应适用2020年8月20日修订之前的《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》（以下简称《民间借贷司法解释》）。依照原《民间借贷司法解释》第二十六条的规定，受到法律保护的借款利息上限应以年利率24%为准，而在本案中，当事人双方所约定的借款利率却高达5%每月，合计年利率为60%，远远超出合法借款利率的上限，显然不属于受法律保护的范围。

本案中，原告兴达发展基金有限公司与被告泉佳富房地产公司均属于具有丰富交易经验的成熟商事主体，应当知晓我国法律中关于利率范围的有关规定并有能力对约定利率是否合法进行准确判断。而当事人双方却在应明确预料到年利率高达60%的借款利息不可能受到法律保护的情况下，仍然选择在借款合同中直接约定此利息计算标准且在长达近一年的时间内对该约定内容未提出任何异议。这一行为有违双方商事主体身份的商事经验与行为逻辑，不符合商事主体间借贷交易的一般习惯。

综上，应当认为兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司之间的“借款合同”关系与

¹ 参见 Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S.88.

² 参见(2015)厦民终字第67号、(2018)豫08民终640号判决。

³ 参见(2015)民申字第1385号判决。

借款合同的一般交易习惯存在诸多不符之处。虽从意思表示的外观上来看,该合同似属于借款合同,但当事人相关意思表示内容的真实性颇值得怀疑。关于借款合同真实性的认定,《民间借贷司法解释》第十六条第二款规定:“人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素,综合判断查证借贷事实是否发生。”因此,在本案借款关系与一般借款的交易习惯严重不符的情况下,应当认为本案当事人之间并不存在真实有效的民间借贷关系。同时,应对《房屋买卖补充合同》与《房屋买卖补充协议》中各条款的真实意思表示进行进一步探明。

(三)《房屋买卖补充合同》的实质是对买卖合同部分代物清偿的预约

1. 代物清偿的概念与学理构造

所谓代物清偿,是指债权人受领他种给付以代原定给付而使合同关系消灭的现象。⁴虽然我国法律法规中并未对代物清偿协议作出明文规定,但是代物清偿作为以物抵债协议的一种,在实践中已然广泛存在。最高人民法院认为,“以物抵债,系债务清偿的方式之一,是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排,故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定,应以尊重当事人的意思自治为基本原则。”⁵可见,秉承对“私法自治”原则的肯定与尊重,我国司法实践中充分认可了代物清偿协议的效力。

代物清偿协议的效力具体表现为以新的他种给付代替原定给付,他种给付对原定给付起补充效果,原有的债务因新给付的成立而消灭。⁶代物清偿协议的概念下又可细分为代物清偿的预约与代物清偿的本约,其中前者是对代物清偿权在将来成立的预定,属诺成性合同;后者是对代物清偿协议本身的实现,究竟属要物性亦或诺成性在学界尚存争议(然采何种观点,对本案合同性质的认定均无实质性影响)。代物清偿的关系中,双方当事人依据真实意思就他种给付补充替代原定给付的履行效果达成合意,故并不要求当事人之间具体约定的新债与旧债在价值上完全相当。⁷

就本案而言,当事人双方所签订的《房屋买卖补充合同》实际上并非是对借贷关系的约定,而是对同日订立的商品房买卖合同部分代物清偿合意的补充约定,其本质上属于代物清偿的预约。亦即,兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司于2017年3月1日达成合意,同意泉佳富房地产公司在特定情况下可以金钱给付代替部分商铺的给付向兴达发展基金有限公司进行清偿。而在2017年8月、10月、12月,当事人之间曾产生过三次资金往来,每次400万元,即在2017年8月、10月、12月,当事人之间切实产生了代物清偿的关系,以金钱给付代替了该部分相应价值的原定商铺给付。由于73间商铺相互独立,为可分的给付,就其中部分商铺达成代物清偿合意的行为并不会影响其余原定给付的履行,故当事人之间买卖合同项下的原定商铺给付义务仅在有限的范围内部分消灭,代物清偿合意约定内容之外的原定给付仍应如约履行。

2. 本案原定给付为交付商铺,金钱给付仅为补充性的他种给付

如前所述,本案当事人双方缔结合同的主要目的均在于进行商铺买卖,故从探明当事人真意的解释角度出发,应认定兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司之间成立的原定给付以《房屋买卖合同》的约定内容为准,即当事人之间债权债务关系的本旨是对案涉73间商铺进行买卖交易。至于订立《房屋买卖补充合同》的主要目的,应理解作为兴达发展基金有限公司接受泉佳富房地产公司给付的款项补充法律上的正当原因,其本质上是对他种给付的补充约定。该他种给付的真实意思表示可从当事人之间的具体约定内容中探明:

⁴ 转引自崔建远:《以物抵债的理论与实践》,《河北法学》2012年3月第30卷第3期,第24页。

⁵ 参见(2016)最高法民终484号判决,本案刊载于《最高人民法院公报》2017年第9期(总第251期)。

⁶ 参见史尚宽:《债法总论》,台北荣泰印书馆,1978年9月版,第773页。

⁷ 转引自严之:《代物清偿法律问题研究》,《当代法学》2015年第1期,第109页。

其一,《房屋买卖补充合同》第五条第2项的约定表明,给付金钱与交付商铺均可被视为是出卖人对于3400万元债务的履行并使其免于承担违约责任,即当事人双方均承认还款行为可对原定交付商铺的义务产生替代效果;而在现实之中,当事人双方也确实曾产生过三次价值总计1200万元的金钱交易,证明双方均认可代物清偿合意的效果并以实际行动对此约定积极履行。另外,从《房屋买卖补充合同》第二条的约定可得知,所谓“借款关系”唯有在商品房买卖合同未依约履行的情况下才会成立生效,当事人之间债的本旨仍然是在于促成原定商品房买卖合同的履行,还款义务的产生仅是对原定房屋给付义务的替代。

其二,从双方对于违约金计算金额的差异化约定中可以看出,设置违约金的主要目的更倾向于督促债务人交付商铺,即交付商铺才是代物清偿关系中的债之本旨。《房屋买卖补充合同》第五条第2项约定:“借款期限届满后,借款人没有还款或未能交付商铺的,按照未还本金部分或未交付商铺价格20%,承担违约金责任。”第3项约定:“如出卖人在2017年12月31日前交付了部分商铺,应从借款总额中扣除已交付商铺的价格。”依据双方的前述约定,在计算违约金责任时,当事人存在两种计算基础的选择,即“未还本金部分”或“未交付商铺价格”,而依照此两种标准计算出的违约金数额却存在一定的差异。以本案的履行情况为例,在泉佳富房地产公司已经汇款了1200万元、给付了10间商铺共计600万元的情况下,“转化为借款本金”的部分应共计 $3400-600=2800$ (万元)。此时,若选择以“未还本金部分”计算违约金,则出卖人需缴纳 $2800-1200=1600$ (万元)违约金;而若选择以“未交付商铺价格”计算违约金,则出卖人需缴纳2800万元违约金。由此可见,债务人若选择交付商铺,则其在不完全履行的情况下需要承担的违约责任相对较轻;在违约情况下对未交付商铺行为的加重惩罚充分体现出了当事人双方督促履行买卖合同原定给付的意图。

因此,从当事人双方合同约定内容的实际效果探究其真意,应当认为双方之间的债之关系本旨仍在于对商品房买卖合同的履行,金钱给付仅对原定给付起到补充性作用。

3. 合同中“利息”部分实则是他种给付部分的价值补充

由《房屋买卖补充合同》第二条、第五条第1项的约定内容可知,泉佳富房地产公司未依约履行的部分将全部转化为所谓“借款”,其若选择以金钱给付的方式履行,需要在支付与未交付商铺价格同等之款项(偿还“本金”)的基础上,额外支付相应部分的“利息”。该“利息”以月利率5%计算、“借期”共10个月,共计为“本金”部分的50%。

然而,如前所述,本案当事人双方之间并不存在真实有效的借款关系,《房屋买卖补充合同》的本质是以“借款”之名行代物清偿之实。因此,前述款项虽以“利息”为名,但本质上也并非民间借贷合同中一般意义上的利息概念,不应受到《民间借贷司法解释》等有关法律规范对于借款利息的限制。

在代物清偿的关系中,“他种给付之价值,亦无限制”⁸,故他种给付与原定给付的价值之间并不要求完全一致,新的给付内容之价值可依当事人约定高于原定给付,以求充分发挥其补充原定给付履行效果的作用。本案中的借款“利息”实质上就是对他种给付部分的价值补充。

在本案中,兴达发展基金有限公司购买商铺的主要目的在于扩大经营场所并帮助其全资子公司进军商业销售行业,故用作实际经营的商铺除了本身的价值之外还与兴达发展基金有限公司的商业经营利益密切相关。依《房屋买卖补充合同》约定的履行效果,泉佳富房地产公司偿还的“本金”部分仅能替代商铺本身的实际价值。因此,当事人双方特别约定在以金钱给付对商品房买卖合同进行代物清偿的情况下,泉佳富房地产公司需另行支付“利息”部分的价款以弥补案涉商铺投入经营可得的经济利益。经过对相关约定频繁且深入的商业谈判,本案当事人双方最终对包括“利息”约定在内的《房屋买卖补充合同》的所有内容均表示认可。代物清偿协议中对他种给付部分的价值补充约定并不违反我国强行法规范,属于当

⁸ 转引自史尚宽:《债法总论》,台北荣泰印书馆,1978年9月版,第775页。

事人意思自治的合理范围。参照最高人民法院对于类似案件的裁判意旨，此时当事人双方应当遵循诚实信用原则，按照约定全面履行自己的义务。⁹

综上，《房屋买卖补充合同》中约定的内容虽以“借款合同”为名，但实则属于双方通谋的虚伪表示，其真实意图在于为商品房买卖合同订立代物清偿的预约，以明确双方当事人可在履行《房屋买卖合同》项下给付义务的过程中，对给付商铺的部分义务达成代物清偿的合意，以相应价值的款项替代原定给付商铺义务的履行效果。

根据《民法典》第一百四十六条的规定，“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”因此，本案当事人之间关于成立借贷关系的意思表示属于虚假的意思表示，基于该意思表示成立的借款合同应归于无效；而作为本案中真实的法律行为，当事人之间就代物清偿部分形成的预约合意并不违反我国强制法规范、亦未冲击有关交易领域的秩序与公序良俗，应具有对当事人双方的法律拘束力，属于意思自治范围内的合法行为。

根据兴达发展基金有限公司的诉讼请求，对于《房屋买卖合同》中至今尚未履行的部分，兴达发展基金有限公司已拒绝成立代物清偿合意，泉佳富房地产公司应依商品房买卖合同的原约定继续交付剩余商铺。对于剩余未履行的1600万元部分，由于兴达发展基金有限公司主张继续履行原定商品房买卖合同，故根据当事人双方的约定，泉佳富房地产公司无需另行支付“利息”以弥补他种给付的差价；而对于已经给付的1200万元款项部分，泉佳富房地产公司应依照《房屋买卖补充合同》第五条第1项的真实意思表示，以约定比例向兴达发展基金有限公司支付相应价款。

第三节 泉佳富房地产公司应支付补充协议项下的 违约金与“逾期利息”

（一）泉佳富房地产公司应支付补充协议约定的违约金680万元

1. 违约金条款合法有效且已满足生效条件

首先，《房屋买卖补充协议》项下的违约金条款经当事人双方合意已经成立。根据《民法典》第一百三十七条第一款、第四百七十四条、第四百七十九条和第四百八十三条等有关规定，合同的成立须有要约和承诺的合致。本案中，当事人双方基于真实的意思表示，分别于2017年3月1日与2017年6月8日签订了《房屋买卖补充合同》与《房屋买卖补充协议》。其中，前者第五条第2项和后者第七条约定的违约金条款在形式上均已经由当事人的合意成立。

其次，当事人所约定的违约金条款合法有效。根据《民法典》第五十七条、第一百四十三条的规定，民事法律行为有效需要三个要件：行为人具有行为能力、行为人做出了真实的意思表示、合同约定的内容未违反强行法规范或公序良俗。在本案中，上述要件均已被满足，违约金条款有效。具体表现为：第一，当事人兴达发展基金有限公司和泉佳富房地产公司均为依法注册登记的法人，具有签订合同的民事行为能力，可以依法独立享有民事权利、承担民事义务。第二，当事人双方经过充分的商业谈判，基于真实的意思表示签订了违约金条款，并无证据表明本案中存在欺诈、胁迫等意思表示不真实的情形。第三，从合同内容上看，双方于《房屋买卖补充合同》中约定的“2、借款期限届满后，借款人没有还款或未能交付商铺的，按照未还本金或未交付商铺价格的20%，承担违约金责任”和《房屋买卖补充协议》中约定的“故在此事先约定违约金金额为680万元，以尽量弥补损失，同时合同所约定的违

⁹ 参见（2016）最高法民终484号判决，本案刊载于《最高人民法院公报》2017年第9期（总第251期）。

约金具有惩罚性违约金性质”都是根据《民法典》第五百八十五条第一款，在法律允许的范围内约定的违约金计算方式和金额，有关内容并不违反法律、行政法规的强制性规定；另外，约定违约金的计算方式和事先固定违约金的做法都是正常的商事交易惯例，该行为并不违背公序良俗。

再次，《房屋买卖补充协议》中有关违约金数额的部分条款构成债的变更，是对《房屋买卖合同》中所约定的违约金计算方式的进一步更改。据《民法典》第五百四十三条的规定，当事人协商一致后可以变更合同。本案中，兴达发展基金有限公司和泉佳富房地产公司围绕违约金的具体计算方式，先后签订了依法成立且有效，但内容不尽相同的《房屋买卖合同》和《房屋买卖补充协议》两份合同文件。针对此类两份合同中相关内容并不一致的情况，最高人民法院指出，当事人协商一致可以变更合同，并以签订在后的合同为准。¹⁰据此可以认定，本案中双方当事人于2017年6月8日在《房屋买卖补充协议》第七条中以书面形式就有关违约金计算方式的条款达成合意变更，变更违约金金额为680万元。另外，双方还在原有《房屋买卖合同》的基础上补充了有关违约金性质、约定不再调低违约金和有关举证责任等有关内容。

最后，由于泉佳富房地产公司并未依约履行《房屋买卖合同》项下的义务，双方约定的违约金条款已经满足生效要件。根据《民法典》第一百五十八条的规定，附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。本案中，双方约定的违约金条款已经生效。案涉《房屋买卖合同》第五条第2项约定了违约金的生效条件为：“借款期限届满后，借款人没有还款或者未能交付商铺的”。在当事人随后签订的《房屋买卖补充协议》中未对违约金生效条件作出明确书面的合意变更，故原约定的生效条件继续有效。根据文义解释和体系解释，结合《房屋买卖合同》第五条第2项后半部分“按照未还本金部分或未交付商铺价格20%承担违约金责任”的内容可以得知，该条文前半部分所谓“没有还款或者未能交付商铺”的确切含义指向的应该是“未能全部还款或者未能全部交付商铺或者还款金额和交付商铺金额总计未达到3400万元”。结合本案具体案情可知，在2017年12月31日之后，泉佳富房地产公司还款数额和交付商铺的金额总计只有1800万，并未达到3400万元，故附生效条件已经成就，违约金条款已经生效。

2. 680万元违约金不应受到法院酌减调整

如前所述，由于未能在约定期限内全部履行自己的主要债务，泉佳富房地产公司已构成违约并需要向兴达发展基金有限公司支付违约金。然而，由《民法典》第五百八十五条的规定可知，人民法院可依当事人的请求进一步调整违约金的数额。本案中，虽然泉佳富房地产公司以680万元的违约金过高为由向法院申请进行酌减，但综合全案证据可以明确，本案例约定的违约金并不应受到酌减调整。具体理由如下：

第一，从签订主体来看，交易双方均为意思自治的商主体，对违约金数额的约定是基于商事经验作出的选择，应予尊重。最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见（法发〔2009〕40号）》的通知（以下简称《民商事合同指导意见》）第七条意见明确指出，“当事人缔约能力强弱”是参酌违约金是否过高的因素之一。¹¹在商事主体缔结合同的情形下，最高人民法院认为，专业的商主体应当有深入的市场参与度、敏锐的市场洞察力和充分的风险预估能力，涉诉违约金的金额比例应该已经在各自预见

¹⁰ 参见（2019）最高法民申6043号判决。

¹¹ 最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知（法发〔2009〕40号）第七条：人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、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，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等“一刀切”的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。

范围内，因此人民法院应当尊重并适用双方对违约金的约定。¹²本案中，兴达发展基金有限公司和泉佳富房地产公司均系从事商业交易的商事主体。作为独立的市场交易主体，泉佳富房地产公司理应为其商业判断承担风险。双方经过频繁且深入的商业谈判最后明确约定违约金为680万元，这是双方对于违约可能造成损失的评估预判，不存在一方基于优势地位攫取利益的不公平情形，法院应当对此予以尊重和适用。

第二，第从合同条款的约定内容来看，双方特别在合同中约定违约金具有惩罚性，该着重强调“惩罚性”的意思表示应受到法院的充分考虑。关于我国是否承认惩罚性违约金的问题，虽然法律并未明文规定，但最高人民法院对此的态度是，适度适用惩罚性违约金，有助于维系合同关系的稳定，保护当事人的合理预期，促进交易安全。¹³一般来讲，违约金既具有弥补守约方因对方违约遭受损失的功能即补偿性功能，又具有督促当事人诚信履行合同的功能即惩罚性功能。对于违约方具有违约故意的情形，人民法院应当发挥违约金惩罚性功能，督促违约方早日履约。¹⁴另外，鉴于“百分之三十”并不是一成不变的固定标准，在审理案件的过程中，法院也应当尊重当事人督促履约的意愿将“过分高于”的标准适当提高，依据诚实信用原则进行综合考量。¹⁵回归本案，首先，鉴于双方在《房屋买卖补充协议》中已经明确约定了违约金具有惩罚性，故本案中680万元违约金具有显著的敦促合同主体诚实守信、按约履行合同义务之作用。其次，案涉债务的履行并不存在法律上或者事实上履行不能的情形，如前所述，泉佳富房地产公司显然具有违约故意，故本案的违约金适用更应结合诚实信用原则、发挥惩罚性功能，法院当对应此不予酌减。

第三，从合同条款的约定内容来看，当事人双方均已明确表示愿意放弃调整违约金的权利。《民事诉讼法》第十三条第二款规定：“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”虽然违约金调整请求权究竟属于私法范围内的民事权利还是诉讼过程中的诉讼权利目前尚有争议，但无论其性质究竟如何，违约金调整请求权均属于《民事诉讼法》第十三条第二款规定的可由当事人自由处分的权利范围内。我国的实践中，最高人民法院曾指出，合同双方当事人放弃调整违约金的约定属于当事人意思自治，人民法院应尊重双方当事人本案中预先放弃调整违约金的约定。¹⁶ 本案中，被告在《房屋买卖补充协议》中自愿约定不再以“违约金过分高于损失”等为由调低违约金，该约定系双方真实意思表示且不违反法律的强制性规定。人民法院应当视为其已经明确放弃了要求法院调整违约金的权利并应充分尊重当事人对于自身权利的合理处分。

第四，从合同的实际履行情况来看，兴达发展基金有限公司积极履约但泉佳富房地产公司却恶意违约，对后者进行适度惩罚的行为具有正当性、并未违反公平原则。根据《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《合同法司法解释(二)》)第二十九条¹⁷的规定，当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院在决定是否酌减违约金时，需要考虑合同的履行情况、当事人的过错程度等因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。我国司法实务中，法院通常会聚焦于合同双方的实际履行情况对违约金的数额认定进行综合判断。如果一方已经违约且存在恶意拖延乃至拒绝履约的情形，法院则可以将其作为不酌减违约金数额的理由¹⁸。本案中，原告兴达发展基金公司积极按照合同规定履行相应的义务，是遵守诚信原则的具体化表现，其作为诚信履约方所

¹² 参见(2017)最高法民再333号判决。

¹³ 参见(2017)最高法民再333号判决。

¹⁴ 参见(2020)最高法民申2915号判决。

¹⁵ 参见(2011)民再申字第84号判决。

¹⁶ 参见(2019)最高法民申3344号判决。

¹⁷ 《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)》第二十九条第一款：当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

¹⁸ 参见(2007)民二终字第139号判决。

享有的合同权利亦应受到法律的保护，法院不应酌减违约金使其遭受亏待。而被告泉佳富房地产公司在收到3400万购房款后迟迟未依约履行合同义务。被告不仅长时间不履约，甚至还于2018年1月6日在税务机关恶意缴销不动产发票，导致原告无法按照双方约定与交易习惯利用不动产销售法发票原件登记过户，致使其购买商铺的合同目的完全落空，在客观上严重影响了原告对于案涉商铺的及时利用。人民法院应当按照合同实际的履行情况和被告的严重过错程度不予酌减违约金。

第五，从当事人遭受的损失弥补方面来看，本案中约定的680万元违约金尚不足以填补兴达发展基金有限公司所遭受的损失，不存在应被酌减的事由。如前所述，根据《合同法司法解释（二）》第二十九条的规定，当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，人民法院有权依当事人申请对违约金酌定裁减。该条所谓“损失”不仅仅指实际损失，还包括合同履行后可以获得的利益¹⁹。

《最高人民法院印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》（法发[2009]40号）第九条指出：“根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。”本案中，原告兴达发展基金有限公司出于扩大经营场所的目的签订合同，故案涉商铺实则作为其进军销售市场所必需的生产资料。但是由于该生产利润损失指向的商业价值由各种复杂抽象要素构成，难以精确定义。对此，司法实践中认可，在未有其他证据以及无法申请鉴定的情形下，自行统计的计算方式也可以在一定程度上其损失某种方面的依据。²⁰本案双方当事人约定能够以他种给付清偿债务，这体现他种给付与原定给付在商业价值上具有一定的相当性。既然如此，在原定给付的实际损失难以精确计算的情况下，可以参照他种给付的实际损失计算方法加以认定。

而针对金钱债务中资金被占用的损失该如何计算的问题，最高人民法院认为，可以参照《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》第二十六条第一款“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持”的规定。²¹本案中，兴达发展基金的实际最低损失为被告未支付的1600万元款项自2018年1月1日起算，至原告提起诉讼之时已经过去两年，以24%年利率计算所得，累计资金占用费已经达到已经768万元，远超过合同约定的680万元。法院不应该酌减该违约金。

第六，从举证责任方面来看，被告应对违约金过高承担举证责任。最高人民法院印发的《最高人民法院印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》（法发[2009]40号）第八条指出，违约方应对于违约金约定过高的主张承担举证责任。另外，《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（法〔2019〕254号）第五十条再次重申，主张违约金过高的违约方应当对违约金是否过高承担举证责任。审判实践中，以最高人民法院为代表的各级法院均广泛采用上述举证责任分配方式，如果违约方未能举证违约金高于实际损失的，则需承担举证不能的不利后果。在本案中，如果被告认为违约金过高应当予以调减，则需要承担原告实际损失过分高于680万元的举证责任。

（二）泉佳富房地产公司应当支付案涉“逾期利息”合计820.64万元

1. 《房屋买卖补充协议》第八条不符合逾期利息的一般构造

首先，一般逾期利息需要隶属于借贷关系方能存在。《民法典》第六百七十六条规定：“借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。”。纵览我国现行法律，也仅有该条文明文提及“逾期利息”，可见在一般情形下，逾期利息需要

¹⁹ 参见(2018)最高法民终355号判决。

²⁰ 参见(2015)苏民终633号判决。

²¹ 参见(2019)最高法民终102号判决。

隶属借贷关系方能存在。而在本案中，如前文合同性质部分所述，当事人签订的《房屋买卖合同补充合同》中所谓的“借款”条款是不符合借款合同的一般交易习惯的，结合当事人的实际行为效果可以推知，建立借贷关系并不是双方当事人的真实意思表示。根据《民法典》第一百四十六条第一款，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。因此，在本案中并不存在真实有效的借贷关系，逾期利息的基础法律关系并不存在。

其次，一般逾期利息需作为合同中的第二性给付义务而存在。根据《民法典》第六百七十六条的文义可知，逾期利息是合同关系的当事人承担民事责任的方式之一；换言之，当合同约定的第一性给付义务陷入违约状态时，双方当事人之间会按照约定关系或者法定关系发生第二性给付义务，其中便包括支付逾期利息。本案中，《房屋买卖合同补充协议》第八条的生效条件并不是被告泉佳富房地产公司于2017年12月31日未能完全履行《房屋买卖合同》及《房屋买卖合同补充合同》项下规定的第一性给付义务，而是泉佳富房地产公司没有如约支付违约金，这不符合一般逾期利息条款的生效条件。可以预见的是，根据《房屋买卖合同补充协议》第八条的约定，即使被告泉佳富房地产公司未按照约定的期限履行买卖合同，只要按期支付了《房屋买卖合同》及《房屋买卖合同补充合同》中约定的违约金，也不必然导致给付逾期利息的义务发生，这同样与法条规定的一般逾期利息构造不相符。

《民间借贷司法解释》第一条指出，该规定的适用范围是指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的民间借贷行为。本案中，如前文所述，并不存在真实有效的借贷关系，故《房屋买卖合同补充协议》第八条无法适用《民间借贷司法解释》第二十九条第一款：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。”《房屋买卖合同补充协议》第八条所约定的金钱给付义务虽名为“逾期利息”，但实际上与民间借贷关系中的逾期利息概念相去甚远，其约定的年复利率23%的计算方式不应受到《民间借贷司法解释》对于逾期利息上限的规制。

2. 《房屋买卖合同补充协议》第八条实则是对迟延给付违约金的惩罚性约定

本案中《房屋买卖合同补充协议》第八条约定的逾期利息条款生效条件是“出卖人逾期一月后未支付违约金”，故“逾期利息”的本质其实是对泉佳富房地产公司未如期交付违约金行为的惩罚，同属于当事人之间有关违约金的约定。违约金是针对特定的义务而存在的，这种特定的义务有时是合同中的某一项义务，有时是合同约定的双方的任何一项义务，因此法院首先必须准确地认定违约金所针对的义务内容。²²针对本案中《房屋买卖合同补充协议》第八条，法院同样应该准确认定该条文所针对的具体义务内容，即确认该条款是针对“出卖人逾期一月后未支付违约金”的违约责任而存在。

另外，具体分析该笔违约金的性质可知，《房屋买卖合同补充协议》第五条中约定的680万元违约金与第八条中约定的名为“逾期利息”的违约金并不构成对泉佳富房地产公司的双重惩罚，具体理由如下：

第一，违约方基于同一个协议而多次承担违约金的给付义务并不等同于对违约方进行双重惩罚。双重惩罚是指双方当事人就同一个违约行为进行重复的惩罚性评价的行为。例如，最高人民法院认为在合同没有明确约定的情况下，如果再对逾期后利息计收复利，则属双重惩罚²³。但是在本案中，违约金指向的义务是被告泉佳富房地产公司未能根据《房屋买卖合同》完全履行交付商铺的义务，《房屋买卖合同补充协议》第八条则指向的是被告泉佳富房地产公司逾期一月后未支付违约金的情况，二者针对不同的义务，自然可以分别独立存在，不构成双倍惩罚。

第二，违约方基于同一个协议而多次承担违约金的给付义务并不必然违背公平原则。对逾期支付违约金的行为进行惩罚的约定所造成的预防性压力更为充分，且在合同订立之初即

²² 参见(2010)民提字第153号判决。

²³ 参见(2017)最高法民终306号判决。

可被双方当事人充分预知，这有助于督促可能违约方及时履约、已经违约方及时结束违约状态，避免守约方的损失进一步扩大。本案中，《房屋买卖补充协议》第八条实际上是对违约方第二次违背诚实信用原则的惩戒。对于泉佳富房地产公司不仅违反自身合同义务还不按时支付违约金的行为，倘若不以此条款施加适当压力，则会在事实上导致积极履约的原告损失不断扩大，这将会导致双方当事人利益的严重失衡。

第三，在司法实践中，当一方未按指定期间履行给付金钱义务时，因其迟延履行应当承担加重的义务，属于约定一方不履行协议应当承担的民事责任。²⁴另外，最高人民法院同样支持当事人按照合同约定请求违约方给付逾期支付违约金的滞纳金。²⁵由此可见，当事人之间对迟延给付金钱的惩罚性约定是得到了我国司法实践的充分认可的。

综上，泉佳富房地产公司在未按期支付违约金的情况下，应当按照《房屋买卖补充协议》第八条的约定，向兴达发展基金有限公司支付“逾期利息”项下的违约金共计 820.64 万元。

第四节 吴益应对全部损失承担连带责任

根据上文所述，被告泉佳富房地产公司的违约行为给原告兴达发展基金有限公司带来了严重的损失。泉佳富房地产公司的法定代表人吴益的手书内容虽包含“担保”字样，但在认定连带责任属性时，不宜仅以字面语词为唯一依据，而应综合多方因素探究吴益手书时的真实意思，并结合保护债权人的原则进行综合考量得出结论。基于本案事实中的细节与类似司法实践可以发现，吴益构成的“保证”责任性质存疑，不能仅凭其出具的写有“提供担保”等字样的手书证明当然认定其在本案中应承担保证责任。基于对吴益模糊的表述内容、法定代表人与公司的密切利益关系、承担责任时间等因素的综合考量，应当认为泉佳富房地产公司法定代表人吴益在《房屋买卖补充合同》上手书的行为构成对债务加入的承诺，其应对泉佳富房地产公司造成的全部损害承担连带责任。

（一）本案中“保证责任”的约定不符合保证责任的一般构造

1. 吴益的手书缺少保证责任应有的关键内容

本案中，吴益的手书内容中未明确保证的方式、保证期间等构成保证责任的关键要素。依据《民法典》第六百八十五条的规定，主债权债务合同中的保证条款也可被认为是保证合同的一种表现形式，从而适用关于保证合同的条文。《民法典》第六百八十四条规定：“保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。”而在本案吴益手书的“保证条款”中，诸多构成保证责任的要素均未写明。例如，吴益作为经常参与公司重要业务经营的法定代表人，其在承担保证责任时相较于一般的自然人主体应更为小心谨慎地行文，以求充分严谨地进行表述；而吴益在其手书内容中却仅声明主债权的种类是“借款”、金额是 3400 万，却并未说明保证的范围究竟仅限于借款的主债权债务关系还是包括其可能产生的违约责任等其他部分债务。另外，吴益也未明确表示为债务人泉佳富房地产公司提供保证的期间，从而不能确定作为债权人的兴达发展基金有限公司是否仅得在某一时间段内要求吴益承担连带责任。在后续签订的《补充协议》中，双方也未就有关内容进行补正或说明，故除了仅有一句话的手书文字外，“保证条款”的有关内容一直处于约定不明的状态。

综上所述，吴益手书条款呈现的是一个模糊的、内容残缺的意思表示，从内容上看缺乏“保证责任”的构成要件，不足以据此充分、明确地认定吴益所需承担的保证责任。

2. 吴益应承担的还款责任不符合保证责任或然性的特征

²⁴ 参见(2019)最高法执监 195 号判决。

²⁵ 参见(2019)最高法民终 1425 号判决。

在保证责任中，保证人代为清偿债务具有或然性、不确定性。这一特点是保证与债务加入、债务转移等相近概念的区别之一。通说认为，保证责任具有补充性，即只有在主债务人届期不履行或不能履行债务之时，保证人方需履行债务、承担责任²⁶。保证合同依法成立并不意味着在债权人和保证人之间建立了真实的保证债权债务关系²⁷，保证责任的本质是一种从债务，保证人只有在主债务届满后，其仍未得到履行或者没有得到完全履行时才需承担保证责任。因而在保证条款生效时，保证人是否会承担保证责任，仍应是未知数。

然而，本案中，吴益手书的条款内容表明，吴益仅对性质为“借款”的债务承担保证责任。依照《房屋买卖补充合同》第二条的约定，2017年12月31日，未交付房屋对应的部分购房款转化为借款。因此，吴益所称的“借款”（即其担保的主债务）于2017年12月31日才开始存在，根据吴益的意思表示，其应承担的责任成立时间也应是在2017年12月31日。如前所述，根据《房屋买卖补充合同》第五条第一项的约定，“借款合同”生效和履行期限届满的时间都是2017年12月31日，泉佳富房地产公司必然无法完全履行借款合同项下的义务，《民法典》第六百八十一条规定的“债务人不履行到期债务”的情况已成定局。

由此可见，本案中吴益承担相应责任时，泉佳富房地产公司的主债务已届满，吴益必然需要对有关债务承担责任。此时，如果依照保证责任的判断逻辑，吴益手书并未明确承担何种保证责任，故需对其保证责任形式依法进行推定。由于《补充协议》签订于2017年3月1日，当时《民法典》尚未出台，当事人只能依据《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）判断可能承担的法律后果。《担保法》第十九条规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明的，按照连带责任保证承担保证责任。”因此，吴益的责任形式应认定为连带责任。以此推之，因吴益的责任成立时，泉佳富房地产公司未依约履行商品房买卖合同的事实已经确定，故其对泉佳富房地产公司的债务承担连带清偿责任就具有了必然性，这不符合“保证责任”中保证人承担清偿责任的“或然性”特征，即在保证责任成立时，债务人是否会按期履行债务应当是不确定的。因此，本案的情形并不符合保证责任的一般特征。

3. 吴益应承担责任的文义表示具有多种理解的可能

债务加入和保证的概念有诸多相近之处，故而在实务中，二者有时会难以区分。文义是判断合同中法律行为性质的重要标准之一，但并非唯一的标准。同一个词语，可能既是一种法律术语，也是生活中的某种通俗表达。比如“保证”二字，既可以是法律术语，也可能是生活中对债务承担进行承诺的一种通俗表达。

在实务中，许多“保证/担保还款”的类似表述实则并非构成保证责任，而仅是第三人“确保债务清偿”之本意的一种表达²⁸。我国司法实践中，对于双方有争议的连带责任类型，法院常常综合文义和具体案情进行分析。即便在当事人写明“保证”或“债务加入”的情形下，法院仍可能依据案情做出不同于文义结果的认定。实务中，既存在法院否定当事人写明的“债务加入”的意思表示，而根据承担连带责任的时间、目的，认定为保证责任的情形²⁹，也存在否定合同名称中写明的“保证”字样，而认定为债务加入的情形³⁰。由此可见，仅凭文义并不能确定地决定当事人责任的性质。只有在文义与案件事实相互印证的情形下，才能认可文义所表述的即是事实。倘若在案情复杂、表述模糊、利益关系交错的情形下，条款文义与应有的法效果、案件事实之间不能严密印证，则仍需综合考量其他因素进行定性。

²⁶ 参见高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第88页。

²⁷ 参见(2017)最高法民再178号判决。

²⁸ 参见(2019)最高法民再316号判决。

²⁹ 参见(2018)苏民申942号民事裁定。

³⁰ 参见(2019)最高法民再316号判决。

本案中,即便手书条款中有“担保”字样,仍存在构成除保证外他种连带责任的可能性。法官应综合具体案情、结合手书内容的存疑之处、吴益与债务清偿的直接利益、保护债权人原则等多种因素,合理发挥自由裁量权进行认定。

综上所述,原告认为本案吴益的手书并不能确凿无疑地构成保证责任,而可能构成其他连带责任的承担方式。

(二) 吴益的手书条款应认定为对债务加入的承诺

债务加入,亦称并存的债务承担,系指第三人加入既存的债务关系中,与债务人就其债务对债权人负连带之责³¹。我国《民法典》第五百五十二条对债务加入作出了明确规定,即“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的,债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带责任。”由此可见,债务加入与保证责任二者在外观上存在一定的相似性,法院应综合全案证据对当事人的责任性质进行认定。如前所述,吴益手书的部分对其承担“保证责任”的细节性文义表述并不明确,且“保证责任”成立的时间点与主债务届满的时间点相同,不符合担保的惯例和特征。因此,结合本案案情、学理和案例进行综合判断,应当认为吴益的手书条款实际上构成债务加入而非保证责任。

1. 吴益对案涉债务的清偿有实际的利益关联,符合债务加入的“利益标准”

根据第三人与原债务的利益关系的紧密程度认定债务加入的标准,在学理和实践中被概括为“利益标准”。³²我国司法实务经常采用利益标准区分债务加入与保证,即:第三人自身如果对债务之履行具有直接和实际的经济利益,则成立债务加入,否则仅构成保证。更进一步,法院在审判实践中将第三方与债务人的法律关系、第三方在债务缔约磋商和履行过程中的参与度,以及第三方和债务人和共同利益等因素,作为认定第三人是否对债务清偿具有直接和实际利益关联的标准³³。

本案中,吴益具备的泉佳富房地产公司“法定代表人”的身份,与泉佳富房地产公司更具有天然的利益关系。法定代表人对公司的决策和合同的履行具有重大影响力,公司的经营状况也会对法定代表人的个人收益产生较大的影响。公司如果因负债过多无法清偿而导致商誉下降、破产等后果均会对吴益产生直接的利益影响。在本案中,吴益作为法定代表人与被告公司的利益关联体表现为,吴益的手书条款系与《房屋买卖合同》《房屋买卖补充协议》同时签订,表明吴益在缔结房屋买卖合同的现场,并在为法定担保人手书条款的同时也作为法定代表人在深度参与到屋买卖合同过的缔约程中深此综上,益基于自身的利益考量,愿意加入公司债务、承担连带责任具有充分的动机和理由。基于于吴益对案涉债务的履行具有直接、实际利益关系,应将吴益意欲承担的连带责任认定为债务加入。

2. 本案中吴益为到期债务承担清偿责任具有必然性

如前所述,一般的连带担保责任具有或然性,即保证人是否会承担担保责任在主债务到期前并不能确定。在第三人对已到期债务提供连带担保且未免除债务人的债务时,该保证责任已经成为了确定的债务承担,故即使担保人的真意表达确有为到期债务人提供担保的意思,其承诺的真实法律效果也更接近于并存的债务承担,即所谓债务加入。最高人民法院在类案判决中曾明确指出,第三人为已经到期、已实际发生的债务提供担保,实际上是到期债务承担偿还责任的承诺,而非一般意义上的提供担保。³⁴因此,为到期债务提供担保的行为本质上更宜认定为债务加入。

³¹ 转引自夏昊晗:《债务加入与保证之识别》,《法学家》,2019年第6期,第102页。

³² 参见朱广新:《合同法总则研究(下册)》,中国人民大学出版社,2018年版,第503页。

³³ 参见最高人民法院(2002)民一终字第53号;最高人民法院(2014)民二终字第138号判决;最高人民法院(2013)民一终字第117号判决;(2018)最高法民终867号判决。

³⁴ 参见(2003)民二终字第14号判决。

本案中，从吴益手书内容的法律效果上看，吴益承担债务连带清偿责任具有确定性而不是或然性。其对到期主债务进行担保且未明确承担保证责任的方式，实则已不具备承担保证责任的“不确定性”，也无法体现出保证责任的从属性。吴益自泉佳富房地产公司违约时便自始与其一同承担连带责任，故该债务加入并不具有补充性，债权人可以直接要求原债务人或债务加入人履行债务³⁵。这一特征在司法实务中常被用以区分债务加入和保证责任两种责任承担形式³⁶。因此，从实际法律效果上来看，应当认为吴益手书的行为实质是对泉佳富房地产公司2017年12月31日后既存的债务进行债务加入的承诺。因不符合保证责任“不确定性”特征和履行顺位特征，此时即便存在“提供担保”、“保证人”等字样，也应认定吴益实质构成对泉佳富房地产公司商品房买卖合同的债务加入。

3. 应依“利于债权人原则”认定连带责任类型以维护实质公平

在司法实践中，“利于债权人原则”常常作为推定债务加入的依据之一。³⁷在难以区分债务加入与保证责任的情况下，采取“存疑推定为债务加入”的裁判立场即为“利于债权人原则”的具体体现。最高人民法院曾在入选公报案例的判决中表明，若当事人承担保证责任的事实不明确，则应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定当事人实际构成并存的债务承担（即债务加入）³⁸。最高人民法院对于“利于债权人原则”的认可具有指导意义得该规则对司法实务产生了广泛而深远的影响，几乎获致各级法院的一致遵循。

本案中，债务人是严重违约方，而债权人则处于相对弱势的地位。在兴达发展基金有限公司已按合同约定如期给付购房款之后，泉佳富房地产公司对于商品房买卖合同的履行占据了主导作用。兴达发展基金有限公司的预期利益已经由于被告的违约行为而无法实现，其也因此错过了扩大经营场所的商业机会，蒙受损失。而兴达发展基金有限公司的损失程度实际取决于对方债务的清偿程度。吴益作为被告泉佳富房地产公司的法定代表人，实则对被告公司是否诚实守信地履行合同、按期清偿债务的结果具有相当的控制力。甚至在一定程度上，吴益就是被告泉佳富房地产公司的实际控制人。在这种情形下，更应当加强对债权人利益的保护，以确保债权的实现。否则，第三人可能利用泉佳富房地产公司实际控制人的身份，在债务履行期届满后通过不断磋商达到延缓债权人起诉的目的，使得债务超出保证期限，间接达到摆脱债务清偿责任的目的。此种情形显然对债权人不公。

再者，本案属于商事领域的合同纠纷。在商事交易中，债务的清偿不仅涉及当事双方的利益，还涉及金融的稳定性，因此更加需要保护债务的清偿。鉴于保护商业交易、维持交易稳定性和金融稳定性的考量，在商事领域宜更大程度地体现“利于债权人原则”。

综上所述，应当认为，本案中泉佳富房地产公司存在严重过错，其作为商事主体涉案债务数额巨大。在泉佳富房地产公司的法定代表人吴益对公司债务的清偿具有相当控制力的情形下，应当采纳“利于债权人原则”。唯有如此，才更能在本案中彰显法律的公平原则，有利于实质正义的实现。

（三）吴益债务加入的范围为泉佳富房地产公司需赔偿的全部损失

按照当事人双方的约定内容，“3400万元借款合同”的生效时间是2017年12月31日，亦即该条款的真实意思是吴益在2017年12月31日之后才会加入到兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司的债务关系之中。

根据兴达发展基金有限公司的诉讼请求，在2017年12月31日后，泉佳富房地产公司需按照约定继续履行《房屋买卖合同》项下剩余的商铺给付义务并补足名为“利息”的他种给付和原定给付之间的价值差异；由于未依约履行商品房买卖合同，其还需要因违约责任的

³⁵ 参见程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第370页。

³⁶ 参见(2018)京03民终2703号判决。

³⁷ 参见(2017)苏民再350号判决。

³⁸ 参见(2005)民二终字第200号判决。

派生向兴达发展基金有限公司支付680万元违约金并承担逾期两年迟延给付该款项的违约责任，即支付对违约金的“逾期利息”共计820.64万元。

截至起诉为止，泉佳富房地产公司均未依约履行上述债务，对兴达发展基金有限公司造成了严重的损失。因此，吴益作为债务加入人，其需承担连带责任的范围应当是未交付房屋对应的价款及其产生的利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用，即原告主张的“一切损失”。

第五部分 案件反思

本案主要围绕案涉合同性质、违约金功能与构造、担保与债务加入的区分三方面展开。恰逢《民法典》出台，本案结合了我国全新立法动向，因此更具有时代性和启发性。在起草上述代理意见书的过程中，代理人作出如下反思：

（一）实践中以物抵债缺乏对应的法律构造

随着社会经济生活的发展，实践中以物抵债的现象日益普遍。如何认定这类协议的效力，法院的立场并不统一。早期的判决倾向于把它看成是债的更新，认为协议导致了旧债消灭和新债产生；近年来，法院开始在一些情况中适用学理上的代物清偿制度。对此，最高人民法院通过发布公报案例的方式明确指出，代物清偿协议系实践性合同，没有实际履行，双方的代物清偿协议不成立。由此在债的更新之外，又引入了一个新的制度来规范我国的以物抵债实践。

这种发布公报案例的做法对于填补法律漏洞、确立构成要件以及法律效果起到了重要作用。但从请求权基础上看，我国民法中并没有明文规定代物清偿制度，即便依据“合同自由原则”，能够找到的依据也只是当事人可以自由变更与消灭合同此般模糊的学理性概念。至于代物清偿合同是否是实践性合同、其效力与构造等具体问题则尚为阙如。对此，我国下一步的立法应该及时回应实践所提出来的新要求，增加非典型合同的具体类型，为当事人的交易提供更多法律构造选择。

（二）违约金调减规则的体系性反思

就违约金调减规范的价值定位而言，全国人大法工委在就该规则的学理解释中指出，该条旨在意思自治、形式自由的基础上协调实质正义、个案公平、平衡自愿原则和公平、诚信原则之间的关系。

但实际上，违约金调减规则与意思自治原则以及衍生的合同拘束力之间存在一定紧张关系。民法学理论一般认为当事人在缔约时可能基于地位的不平等最终使得处于强势地位的一方强加给潜在违约方以过重的违约责任，意在实现立法所追求的“实质公平”。与此产生张力的是，意思自治从理论上而言才是民法的最高价值原则，意思自治之下本即无不公平可言，这是契约精神的根本。

在意思自治的语境下，如果当事人明知自己可能违约却仍缔结相关合同，其原则上就不值得法律予以特别保护。由此而言，人大法工委的上述价值定位虽有相当的合理性，但不宜过于夸大，应当确立“原则上不能申请调整”的立场。一旦过分强调违约金的补偿性而忽略其惩罚性功能，在一定程度上阻碍了违约金促使当事人积极履约功能的实现。

（三）针对调减违约金权利的立法动态不明

《民法典》第五百八十五条第二款规定：“约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；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。”这一条整体来自于《合同法》第一百一十四条第二句，该句规定：“约定的违约金低于造成的损失，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，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

粗看两条文表述类似，但实则《民法典》更换了主体内容，从“当事人可以请求”改为“人民法院可以根据当事人的请求”。换言之，《合同法》第一百一十四条第二句肯定了当事人可以要求调整违约金，而《民法典》第五百八十五条第二款则认为人民法院可以根据当事人的请求予以调整。这一改变是否意味着：只有在当事人要求调整违约金的情况下人民法院才能够调整？人民法院可否基于对公平原则的考量依职权径自对当事人约定的违约金进行调整？调整条件与范围又是如何？我国立法应当对上述种种问题作出进一步说明。

（四）债务加入存疑规则有待明确

在司法实践中广泛存在一种原则，即对认定为保证抑或债务加入存疑时，应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定为并存的债务承担。该原则系被最高人民法院以公报案例的形式确立，对司法实务产生了广泛而深远的影响，几乎获致各级法院的一致遵循。但是在新近《民法典》公布，值得注意的是，第六百八十六条第二款规定与此前的《合同法》相对比，《民法典》改变了推定为连带保证的态度，确立了“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任”的全新原则。

进而引发的问题是，当新法对保证方式约定不明的情形做了利益平衡的重新取舍时在“保证抑或债务加入存疑”的情形下是否仍得以类推适用与《合同法》时代相同的价值取向？该问题仍需等待司法实践的进一步回应。

此致

XX省XX市人民法院

具状人：9号代表队

2020年1月6日

附件一

财产保全申请书

申请人：兴达发展基金有限公司

住所地：××省××市

法定代表人：张三

被申请人：泉佳富房地产公司

住所地：××省××市

法定代表人：吴益

原告兴达发展基金有限公司诉被告泉佳富房地产公司商品房买卖合同纠纷一案贵院已经受理，为便于本案的审理和法院判决的顺利执行，防止被申请人恶意转移资产，申请人特依据中华人民共和国民事诉讼法的有关规定，申请贵院采取保全措施，冻结上述被申请人人民币4900.64万元的银行存款或查封、扣押其相应价值的财产。

此致

××省××市人民法院

申请人：兴达发展基金有限公司

二〇二〇年一月六日

附：财产线索

1. 泉佳富房地产公司所售73套商铺
2. 泉佳富房地产公司银行账户

附件二

民事诉讼代理人授权委托书

××省××市人民法院：

您院一审的由兴达发展基金有限公司提起诉讼的泉佳富房地产公司商品房买卖合同纠纷一案，××律师事务所受委托人兴达发展基金有限公司之委托，指派××律师与××××律师担任原告的诉讼代理人。律师在该案中的代理权限为：特别授权。包括：（1）代为承认部分或全部诉讼请求；（2）代为放弃、变更或增加诉讼请求；（3）代为和解；（4）代为反诉；（5）代为提出或申请撤回上诉。本委托书有效期自即日起至终审判决宣判时止。

委托人：兴达发展基金有限公司

受委托人：××律师、××××律师

律师事务所（章）：××律师事务所

2020年1月6日

附件三

参引案例汇总

以下案件按照书状中引注顺序排列：

案号	案件名称	主审法院观点
(2015)厦民终字第67号	厦门源昌房地产开发有限公司与厦门健体无极健身管理有限公司租赁合同纠纷	法院认为，虽然租赁合同约定会所的用电、水费用由甲方负责申请按居民的用电、水收费标准，但是健体无极公司应当知道会所作为经营场所无法适用居民的水电收费标准，因此该约定属于自始客观不能，依法不具有法律效力。健体无极公司以此为理由请求源昌公司赔偿水费差额证据不足，法院依法不予支持。（二审法院对此予以维持）
(2018)豫08民终640号	孙发永、焦作市远华置业有限公司商品房预售合同纠纷	依照双方签订的商品房买卖合同第八条的约定，经五大责任主体联合验收合格后，远华公司应在2012年7月30日前将涉案房屋交付孙发永，该履行期限在签订合同之前，属于自始履行不能，双方约定以此为交房时间无效。
(2015)民申字第1385号	徐代胜与杨兆金民间借贷纠纷	从借款借据的表面形式看，借款借据上借款期限起始日期处为空白，但还款日期与出具借款借据的日期为同一日，即均为2013年3月21日，且与还款计划书的出具日期亦为同一日，不符合常理……据此，原审判决未予认定徐代胜与杨兆金之间存在该350万元的借贷关系，认定事实亦无不当。
(2016)最高法民终484号	通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷	以物抵债，系债务清偿的方式之一，是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排，故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定，应以尊重当事人的意思自治为基本原则。一般而言，除当事人明确约定外，当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议，并不以债权人现实地受领抵债物，或取得抵债物所有权、使用权等财产权利，为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实，合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同即为有效。 ……当事人应当遵循诚实信用原则，按照约定全面履行自己的义务，这是合同履行所应遵循的基本原则，也是人民法院处理合同履行纠纷时所应秉承的基本理念。据此，债务人于债务已届清偿期时，应依约按时足额清偿债务。
(2019)最高法民申6043号	凤阳县教育体育局、江苏省第一建筑安装集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷	这两份协议虽然对凤阳教体局支付项目回购款、奖金的时间及金额都作出了约定，但相关内容并不一致，因《项目回购协议书》签订在后，根据《中华人民共和国合同法》第七十七条第一款“当事人协商一致，可以变更合同”的规定，一、二审法院认定涉案《项目回购协议书》是对涉案《工程施工承包合同》相关付款内容的变更并不缺乏依据。
(2017)最高法民再333号判决	黑龙江省庆达水利水电工程有限公司、大庆油田牡丹江新能源有限责任公司建设工程施工合同纠纷	适度的惩罚性违约金，有助于维系稳定的合同制度，保护当事人的合理预期，促进交易安全。在违约金的数额符合法律规定的前提条件下应当予以支持。在本案中，能源公司与庆达公司都是商事主体，应当承担与其预期收益相对应的，谨慎的，合理的注意义务。应有深入的市场参与度、敏锐的市场洞察力，充分的风险预估能力，双方对违约金的约定应当予以尊重并适用。
(2020)最高法民申2915号	安徽省阜阳市金辉置业有限公司、阜南县自然资源和规划局建设用地使用权合同纠纷	一般来讲，违约金既具有弥补守约方因对方违约遭受损失的功能即补偿性功能，又具有督促当事人诚信履行合同的功能即惩罚性功能。对于违约方具有违约故意的情形，人民法院应当发挥违约金惩罚性功能，督促违约方早日履约。
	韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环	一方面，违约金约定是否过高应当根据案件具体情况，以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原

(2011)民再申字第 84 号	境工程装备总公司广东省环境保护工程研究设计院合同纠纷	则和诚实信用原则综合予以判断,“百分之三十”并不是一成不变的固定标准;另一方面,前述规定解决的是认定违约金是否过高的标准,不是人民法院适当减少违约金的标准。因此,在审理案件中,既不能机械地将“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十”的情形一概认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”,也不能在依法“适当减少违约金”数额时,机械地将违约金数额减少至实际损失的百分之一百三十。
(2019)最高法民申 3344 号	乐平华润置业有限公司、洪客隆百货投资(景德镇)有限公司租赁合同纠纷	合同双方当事人放弃调整违约金的约定属于当事人意思自治。双方当事人签订的《房屋预租协议》第三条第三款、第三条第四款以及《租赁合同》第十条第五款的约定已经明确放弃调整违约金。即无论损失是多少,违约金均按人民币 500 万元金额计算。根据《中华人民共和国合同法》第八条第一款之规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。”人民法院应尊重双方当事人在本案中预先放弃调整违约金的约定。
(2007)民二终字第 139 号	史文培与甘肃皇台酿造(集团)有限责任公司、北京皇台商贸有限责任公司互易合同纠纷	至于约定的违约金是否过高问题,合同法第一百一十四条规定的违约金制度已经确定违约金具有“补偿和惩罚”双重性质,合同法该条第二款明确规定“约定的违约金过分高于造成损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”,据此应当解释为只有在“过分高于造成损失”的情形下方能适当调整违约金,而一般高于的情形并无必要调整。鉴于甘肃皇台在本案中已经构成违约,且存在恶意拖延乃至拒绝履约的嫌疑,加之没有证据能够证明日万分之四的违约金属于过高情形,因此《易货协议》约定的日万分之四的违约金不能被认为过高,甘肃皇台关于其不构成违约不应支付违约金以及违约金过高而应予减少的主张无理,本院予以驳回。
(2018)最高法民终 355 号	中国信达资产管理股份有限公司甘肃省分公司与庆阳市智霖房地产开发有限公司、庆阳智霖实业有限公司等债权债务概括转移合同纠纷	《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,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,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。根据体系解释的原理,从《合同法》第一百一十三条第一款和第一百一十四条第二款的规定来看,“造成损失”和“造成的损失”中的“损失”,不仅仅是指实际损失,还应包括合同履行后可以获得的利益。本案中,一审法院仅仅考虑了实际损失,即资金占用费,而根本没有考虑合同约定的合同履行后信达甘肃分公司可以获得的利益,明显违反了《合同法》第一百一十三条第一款、第一百一十四条第二款以及《合同法司法解释(二)》第二十九条的规定,适用法律错误,应予改判。
(2015)苏民终 633 号	蔡章庆与苏州万亚置业发展有限公司房屋租赁合同纠纷	蔡章庆提交了其自行制作的《超市月平均利润计算表》、《超市商品销售统计表》、《实际支出统计表和超市其他收入统计表》,仅是其自行统计的一种计算方式,且未对上述费用的产生相关凭证进一步举证。因此无充分证据证明因万亚公司的违约行为造成实际损失及预期可得利益的具体数额,但一定程度上反映蔡章庆的损失,在未有其他证据以及蔡章庆不申请鉴定的情形下,可以作为考量其损失某种方面的依据。
(2019)最高法民终 102 号	安徽省阳光半岛文化发展有限公司、安徽静安置业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷	关于资金被占用的损失,提供资金一方未能提交其实际损失的数额时,参照《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》,并结合双方合同约定,酌定按照年利率 24%的计算标准予以调整。
	广东达宝物业管理有限公司与广东中岱企业集	违约金是合同双方对合同义务不履行时违约方应付损害赔偿额的约定,所以违约金是针对特定的义务而存在。这种特定的义务有时是合同中的某一项义务,

(2010)民提字第153号判决	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	有时是合同约定的双方的任何一项义务，法院首先必须准确地认定违约金所针对的义务内容。在认定后，还要审查该义务是否实际发生，商事合同中双方常常对合同义务附加前提条件，在条件未成就时合同义务实际上并不存在，故也谈不上履行问题，此时，针对该义务约定的违约金条款就不能适用。
(2017)最高法民终306号	吉林炭素有限公司、交通银行股份有限公司北京海淀支行金融借款合同纠纷	本案中，根据《流动资金借款合同》的约定，逾期贷款的罚息利率按合同约定利率上浮50%，已经体现了对借款人逾期偿还本金行为的惩罚。在合同没有明确约定的情况下，如果再对逾期后利息计收复利，则属双重惩罚。
(2019)最高法执监195号	臧家存、集力鲁威集团有限公司民间借贷纠纷执行审查	调解协议第二项约定，如果被执行人臧家存未按期足额履行上述第一项给付义务，则被执行人臧家存应按同期银行贷款利率的四倍，以未履行本金的金额自2014年4月1日起至实际给付之日止计算利息。上述民事调解书第二项实质是约定，当被执行人未按照调解书指定期间履行给付金钱义务时，因其迟延履行应当承担加重的义务，属于约定一方不履行协议应当承担的民事责任性质。
(2019)最高法民终1425号	寰球实业（安徽）有限公司、中能源电力燃料有限公司买卖合同纠纷	根据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条的规定，“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，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”。本案所涉《补充协议》以及《补充协议二》对款项的偿还期限、违约金的计算方式以及逾期支付违约金的滞纳金进行了明确约定，中能源公司未能按约定返还预付款，应当按照相关约定支付违约金及滞纳金。
(2017)最高法民再178号	陈昭海、陈骏民间借贷纠纷	本院认为，保证合同是保证人和债权人约定，在主债务人不履行债务时，由保证人承担代为履行或连带责任的协议。由保证人系为他人负责这一特点所决定，保证合同依法成立并不意味着在债权人和保证人之间建立了真实的保证债权债务关系，保证合同的成立仅为债权人设立了要求保证人承担代偿责任的期待权。保证责任是否真正产生，一方面取决于主债务人是否依约清偿债务，同时还取决于债权人是否在保证期间内依法定方式向保证人主张了权利，这也是学说上公认保证债务为或然债务的理由所在。
(2019)最高法民再316号	张刚良、张成双借款合同纠纷	张成双以自己的名义另行向张刚良出具债务凭据并承诺由其偿还，张刚良同意张成双承担还款责任，但双方没有约定午时阳光公司脱离债权债务关系，张刚良没有明确表示免除午时阳光公司的还款义务，也没有其他证据或行为表明张刚良同意由张成双独立承担午时阳光公司的债务，故本案应认定为并存式债务承担。张成双作为借款合同外的第三人向张刚良承诺承担午时阳光公司的债务，其行为并非创设新的债权债务关系，而是加入到午时阳光公司与张刚良之间原有的债权债务关系中。张成双加入债务的行为是为了保证张刚良债权的实现，但《还款计划保证协议书》约定的内容并非担保法意义上的保证，张成双与午时阳光公司之间亦不是保证人与债务人的关系，而是并存式债务承担中共同债务人的关系。债务加入与保证的本质区别在于债务承担人并非从债务人，而是共同债务人，与原债务人无主次之分，债权人为了实现其债权，可以直接选择由债务承担人偿还债务，无需待债务人迟延履行，债务承担人即具有完全清偿债务的义务，其履行的法律效果及于债务人，而保证人则是在主债务人迟延履行时方承担责任。综上，案涉《还款计划保证协议书》虽名含“保证”字样，但名不符文，根据《中华人民共和国合同法》第一百二十五条第一款关于“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思”的规定，案涉《还款计划保证协议书》的性质不是保证合同，而是债务加入协议，

		张成双的法律身份不是保证人，而是债务承担人，张成双应向张刚良偿还《还款计划保证协议书》约定的债务，该还款承诺非经债权人张刚良许可，不得撤回。
(2018)苏民申942号	中国信达资产管理股份有限公司江苏省分公司与宜兴市新建镇人民政府、江苏三鑫化纤有限公司等金融借款合同纠纷	本案中，新建镇财政所出具的承诺书的第二段载明：“无论贵行对上述债权是否拥有担保（包括但不限于债务人提供的物的担保、第三人提供的物的担保、保证、保函、备用信用证等），本承诺人作为债务加入方自愿履行上述债务人的债务，同时本承诺并不免除债务人或担保人履行主从债务的责任。”虽然新建镇财政所出具的承诺书的内容中表明是“债务加入方”，但结合江苏银行开发支行要求多方当事人出具承诺书的时间、目的可以看出，该承诺书具有保证性质。
(2002)民一终字第53号	杭州利星凯悦大酒店有限公司等与浙江中成建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷	杭州公司虽然不是……合同的缔约人，但在合同履行中，多次参与会议纪要的签署，参加了土建工程的中间结构验收，并分4次直接向中成公司支付工程款……且于1998年10月3日给中成公司出具书面函承诺，工程款支付事宜，凡杭州公司未能及时到位，上海公司又不能按合同支付工程进度款的，由杭州公司负责给付。由此说明杭州公司已加入到中成公司与上海公司的合同关系之中……杭州公司应按其对中成公司承诺的内容，承担连带清偿责任。
(2014)民二终字第138号	云南旺立达矿业有限公司等与昌吉市益安煤矿企业借贷纠纷	在双方约定不明的情况下，应结合合同目的、承担人与合同利益的关联程度综合考虑上述约定的性质。本案中，益安煤矿向中翔集团借款2000万元系用于煤矿改造事宜，李俊生作为益安煤矿的实际出资人和控制人，与益安煤矿的经营行为和实际收益存在利害关系，其亦直接参与了本案所涉益安煤矿股权转让和借款过程，并直接向中翔集团支付了200万元款项，故其在《借款合同》中承诺的对益安煤矿借款承担连带还款责任，不仅仅是为了益安煤矿的利益而承担责任，其对此亦有直接和实际的利益。因此，李俊生在《借款合同》中作出的还款承诺更符合债务加入的特征。
(2013)民一终字第117号	浙江圣华建设集团有限公司与安徽环球房地产股份有限公司、浙江环球房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷	环球集团公司作为环球房产公司的母公司，实质性地参与了圣华建设公司与环球房产公司工程款支付事项的协商和承诺，并以自己的行为表明了其有共同偿还工程款的意思表示，属于债务加入。
(2018)最高法民终867号	中国城市建设控股集团有限公司、安信信托股份有限公司营业信托纠纷案	在当事人意思表示不明时，应斟酌具体情事综合判断，如主要为原债务人的利益而为承担行为的，可以认定为保证，承担人有直接和实际的利益时，可以认定为债务加入。
(2003)民二终字第14号	北京地鑫房地产开发有限责任公司与中国华融资产管理公司北京办事处、中国机床总公司、中国轻工集团公司、北京正一机电技术公司借款担保合同纠纷	尽管该协议书字面上记载地鑫房地产公司与华融公司北京办建立了保证法律关系，但鉴于其签订还息协议书时，机床总公司的债务均已到期，已为实际发生的债务，地鑫房地产公司向华融公司北京办作出的承担连带保证责任的承诺，实际上是对到期债务承担偿还责任的承诺，而非一般意义上的提供担保。地鑫房地产公司与华融公司北京办之间形成了新的债权债务关系，即地鑫房地产公司代机床总公司向华融公司北京办偿还4.373亿元债务的法律关系。
(2018)京03民终2703号	河北永泰皮草有限公司与卜春强等买卖合同纠纷	《中华人民共和国担保法》第六条规定：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行為。”其一，保证具有从属性、顺序性、不确定性、或然性等特征；并存的债务承担具有平等性、确定性等特征。保证系从合同，保证人是从债务人，是为

2020年第十八届“理律杯”模拟法庭比赛·第9号参赛队原告代理意见书

		他人债务负责；并存的债务承担系独立合同，承担人是主债务人之一，是为自己的债务负责，也是单一债务人增加为二人以上的债务人。
(2017)苏民再350号	350 茂名市长隆石油化工有限公司深圳分公司与长江南京航道工程局合同纠纷	本院也认为，在当事人对一个行为究竟是保证担保还是债务加入有分歧时，如果保证担保的意思不明显，从保护债权人利益的角度出发认定为债务加入，该价值取向无可厚非。故本院认定本案备忘录属于债务加入，且该备忘录并不存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，应为有效。南京航道工程局应如约履行。
(2005)民二终字第200号	信达公司石家庄办事处与中阿公司等借款担保合同纠纷	保证系从合同，保证人是从债务人，是为他人债务负责；并存的债务承担系独立的合同，承担人是主债务人之一，是为自己的债务负责，也是单一债务人增加为二人以上的共同债务人。判断一个行为究竟是保证，还是并存的债务承担，应根据具体情况确定。如承担人承担债务的意思表示中有较为明显的保证含义，可以认定为保证；如果没有，则应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定为并存的债务承担。