

2020 年第十八届“理律杯”模拟法庭竞赛

被
告
代
理
意
见
书

第 21 号代表队被告方呈递

目 录

第一部分 当事人信息	1
第二部分 法律适用	3
一、民事实体关系部分的审理，应适用《民法典》	3
二、应适用 2015 年 9 月 1 日而非 2020 年 8 月 20 日生效的《民间借贷规定》	3
三、小结	4
第三部分 基本案件事实	5
一、本案时间线和案件发展进程	5
二、兴达公司和泉佳富公司之间签订的三份合同相关情况	6
三、案情简述	6
第四部分 代理意见	8
一、合同性质及其法律效力	8
（一）本案的基础法律关系是民间借贷法律关系，双方当事人签订买卖合同的真实意图系为借贷提供担保	8
（二）本案中双方当事人签订《房屋买卖合同》的真实意图，是以房屋所有权的转移作为债权担保的手段，实质是建构一种非典型担保	11
二、保证人吴益不应承担连带责任	12
（一）在保证期间内，被告吴益仅对 3400 万元借款本金承担一般保证责任	12
（二）本案中保证期间已经经过，被告吴益的保证责任消灭	13
（三）被告吴益享有先诉抗辩权	14
三、原告要求的违约金过高，应予调减	15
（一）违约金主要体现补偿性，应以造成的损失为基数计算	15
（二）原告的损失为逾期款项按同期一年期贷款市场报价利率产生的利息	16
（三）违约金过高且不得调整之约定无效，应予调减	17
四、违约金和逾期利息不得同时主张	18
（一）违约金和逾期利息均具有惩罚性，不得同时主张	18
（二）以复利计算逾期利息超过法定最高额，应予调减	19
第五部分 启示与思考	20
一、关于“非典型担保”	20
（一）“非典型担保”的产生背景	20
（二）对于“非典型担保”的立法态度建议	20
二、关于“流押流质”条款	20
（一）对《民法典》“流押流质”条款的修改的看法	20
（二）是否应承认“流押流质”条款效力	21
附录一 授权委托书	1
附录二 类案检索	1
附录三 本书面代理意见副本共十三份	2

第一部分 当事人信息

原告：兴达发展基金有限公司

住所地：XXX

法定代表人：XXX

联系方式：XXX-XXXX-XXXX

委托代理人：XXA，XX律师事务所律师（其他信息略）

XXB，XX律师事务所律师（其他信息略）

被告：泉佳富房地产公司

住所地：XXX

法定代表人：吴益

联系方式：XXX-XXXX-XXXX

委托代理人：XXA，理律律师事务所律师（其他信息略）

XXB，理律律师事务所律师（其他信息略）

被告：吴益

住所地：XXX

联系方式：XXX-XXXX-XXXX

委托代理人：XXA，理律律师事务所律师（其他信息略）

XXB，理律律师事务所律师（其他信息略）

尊敬的审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条及《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，理律律师事务所接受本案被告泉佳富房地产公司、被告吴益的委托，指派我们担任两被告的一审代理人，参与本案诉讼活动。代理人现就兴达发展基金有限公司（下称“兴达公司”）诉泉佳富房地产公司（下称“泉佳富公司”）、吴益合同纠纷一案，作出如下答辩：

一、本案中双方当事人之间实际上系民间借贷关系，商铺房买卖合同仅为民间借贷债权的担保；被告泉佳富公司愿意支付剩余款项。

二、原告主张的违约金过高且不得调整之约定无效，应予调减。

三、原告主张的逾期利息明显超出国家规定的标准，不仅是“高利贷”，而且为双倍惩罚，被告泉佳富公司不应支付，并应按照合理利率支付利息。

四、被告吴益不承担连带责任。

结合本案事实、法律和上述答辩，代理人认为，原告的诉讼请求缺乏事实和法律依据，请求法院依法驳回原告的诉讼请求一、三、四，变更原告的诉讼请求二，并判令原告承担本案全部诉讼费用。代理人现根据本案事实和有关法律规定发表代理意见，供法庭参考。

为方便阅读，以下名称在本答辩状中将以简称的形式出现：

类型	全称	简称
法律	《中华人民共和国立法法》	《立法法》
	《中华人民共和国民法典》	《民法典》
	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
	《中华人民共和国城市房地产管理法》	《城市房地产管理法》
	《中华人民共和国担保法》	《担保法》
	《中华人民共和国物权法》	《物权法》
部门规章	《中华人民共和国发票管理办法实施细则》	《发票管理办法实施细则》
司法解释性质文件	《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（一）》	《合同法解释（一）》
	《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）》	《合同法解释（二）》
	《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》	《指导意见》
	《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》	《民间借贷规定》
	《全国法院民商事审判工作会议纪要》	《九民纪要》
诉讼主体	兴达发展基金有限公司	兴达公司
	泉佳富房地产公司	泉佳富公司

第二部分 法律适用

本案中，原被告双方于2017年3月1日签订《房屋买卖合同》，并于同日签订了《房屋买卖补充合同》。前述两份合同约定的履行期限为2017年3月1日至2017年12月31日。2017年6月8日，双方再行签订《房屋买卖补充协议》。原告于2020年1月6日提起诉讼，案件审理日期为2021年2月1日。

一、民事实体关系部分的审理，应适用《民法典》

其一，比赛组委会在《2020年第十八届“理律杯”模拟法庭竞赛规则及赛题答疑》第二部分对第1个问题（“赛题的规范依据是现行有效民事法律还是《民法典》？”）的答复中指出：“适用《民法典》”。

其二，虽然双方于2017年3月1日、《民法典》生效之前签订合同，形成了借贷法律关系，但是借贷的行为和利息、违约金、逾期利息等计算一直持续到2021年《民法典》生效之后。根据《九民纪要》第四条的规定：“某一法律事实发生在民法总则施行前，其行为延续至民法总则施行后的，适用民法总则的规定。”因此同理可以认为，尽管双方当事人签订合同的法律事实发生在《民法典》施行之前，但是借贷关系和行为延续到了《民法典》施行之后，故应当适用《民法典》的规定。

其三，本案中的主法律关系实质为民间借贷法律关系，从法律关系为担保法律关系（即以73间商铺为担保标的物的物保和以吴益为保证人的人保）。《民法典》第三百八十八条中规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。”第六百八十二条中规定：“保证合同是主债权债务合同的从合同。”因此，担保法律关系具有从属性，由于本案中借贷法律关系适用《民法典》，故担保法律关系亦应当适用《民法典》。

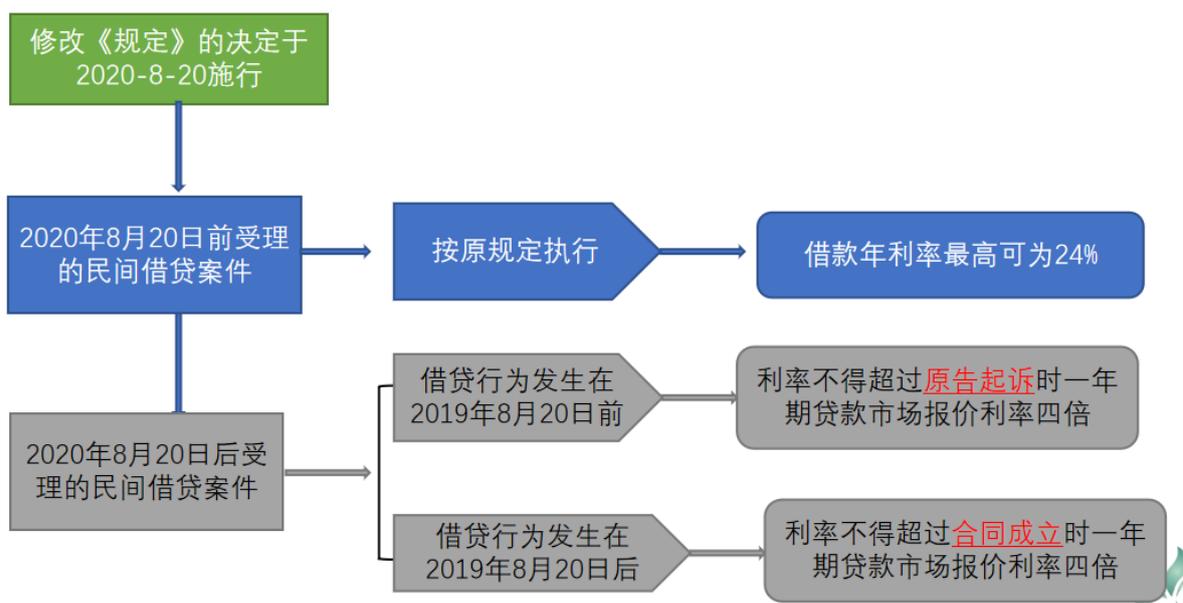
其四，根据《立法法》第九十三条的规定，法律原则上没有溯及既往的效力，但“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外”，这在理论上被称为“有利溯及”。就民法的适用而言，需要根据具体情况进行分析，看适用《民法典》更有利于当事人合法权益的保护还是适用当时的法律更有利于当事人权益的保护。《合同法》通过并实施后，最高人民法院发布的《合同法解释（一）》在坚持“法不溯及既往”原则的同时，在第三条明确规定：“人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法”。之所以如此规定，就是考虑到认定合同有效更有利于保护当事人的合法权益，因为当事人订立合同的目的，自然是希望合同效力能够得到法律的承认从而得到履行。该司法解释虽然并非是针对《民法典》的实施所作的规定，但亦可以作为判断“有利溯及”的重要依据。《九民纪要》第三条也指出，“就同一事项，民法总则制定时有意修正公司法有关条款的，应当适用民法总则的规定。”本案中，对于保证方式约定不明情况下保证责任的承担方式的推定，《民法典》第六百八十六条亦对《担保法》第十九条作出了有意修正，体现了从保护债权人利益向保护保证人权益的立法转向。因此，根据“有利溯及”并类推《九民纪要》第三条，本案中关于保证责任的认定应当适用《民法典》。

综上，本案中关于民事实体关系部分的审理，应当适用《民法典》的有关规定。

二、应适用2015年9月1日而非2020年8月20日生效的《民间借贷规定》

2020年8月20日生效的《民间借贷规定》第三十二条规定：“本规定施行后，人民法院新受理的一审民间借贷纠纷案件，适用本规定。借贷行为发生在2019年8月20日之前的，可参照原告起诉时一年期贷款市场报价利率四倍确定受保护的利率上限。”本案中，原告方于2020年1月6日提起诉讼，而《民事诉讼法》第一百二十三条规定：“符合起诉条件的，应当在七日内立案。”可见，法院受理该案的日期显然在8月20日之前，应当适用旧的《民间借贷规定》。此外，双方当事人的借贷行为发生在2017年3月1日，也在2019年8月20日之前，有关最高保护利率的规定亦应当适用旧的《民间借贷规定》。

因此，本案应当适用2015年9月1日生效的《民间借贷规定》，而非2020年8月20日生效的《民间借贷规定》（如下图所示）。



三、小结

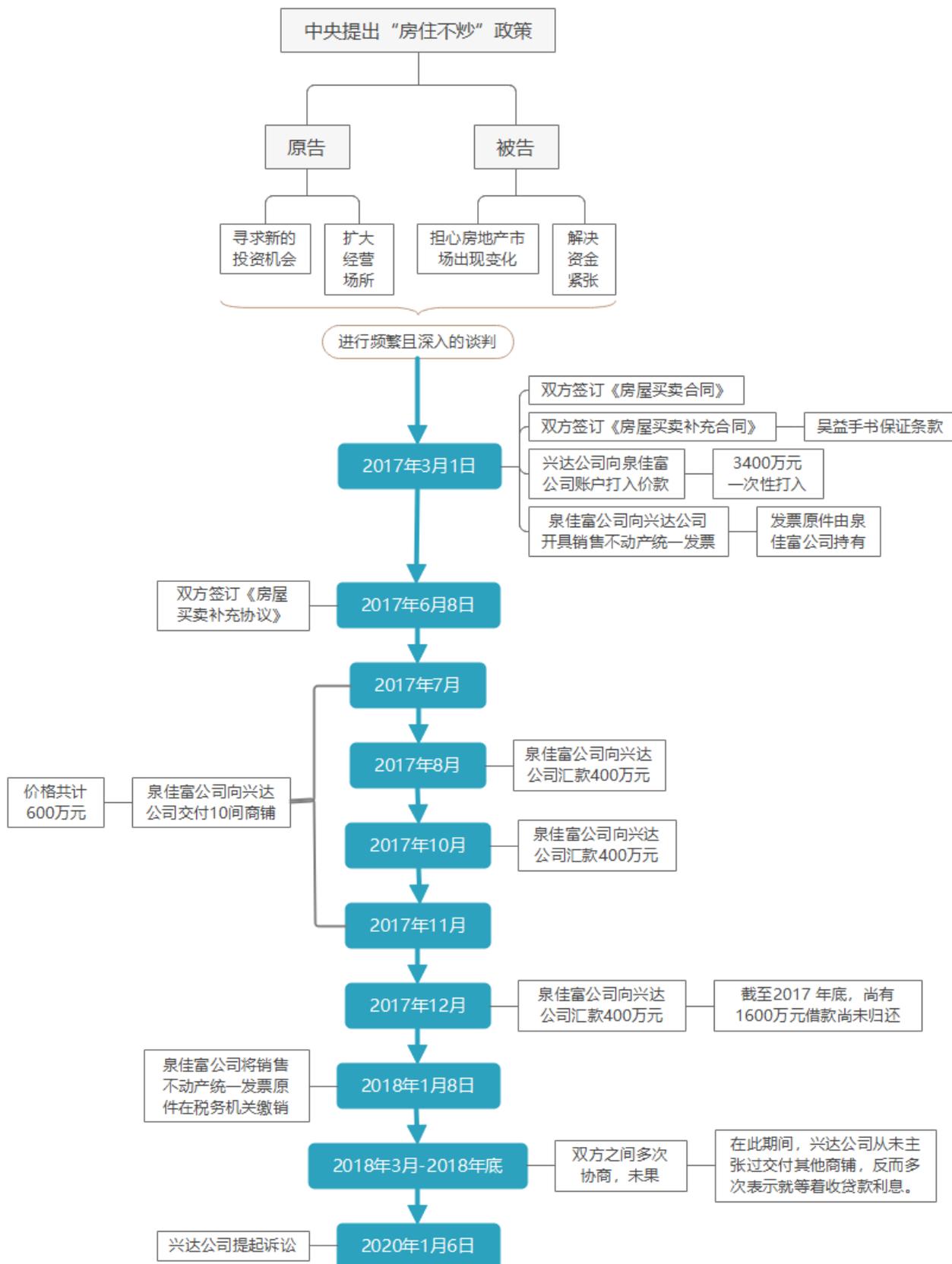
综上，根据案件事实与法的溯及力原则以及比赛要求，代理人将本案应当适用和参照的法律法规列明如下：

类型	名称	施行时间	颁布机关
法律	《中华人民共和国民法典》	2021年1月1日	全国人民代表大会
	《中华人民共和国民事诉讼法》	2017年7月1日	全国人民代表大会 常务委员会
	《中华人民共和国城市房地产管理法》	2020年1月1日	全国人民代表大会 常务委员会
部门规章	《中华人民共和国发票管理办法实施细则》	2019年7月24日	国家税务总局
司法解释 性质文件	《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（一）》	1999年12月29日	最高人民法院
	《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）》	2009年5月13日	最高人民法院
	《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》	2009年7月7日	最高人民法院
	《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年9月1日	最高人民法院
	《全国法院民商事审判工作会议纪要》	2019年11月8日	最高人民法院

第三部分 基本案件事实

为了便于合议庭快捷明了地审理案件、了解事实，被告代理人制作了如下事实示意图：

一、本案时间线和案件发展进程



二、兴达公司和泉佳富公司之间签订的三份合同相关情况

合同名称	签订时间	合同主要内容	备注
《房屋买卖合同》	2017年3月1日	第三条：兴达公司以3400万元的价款购买泉佳富公司73间商铺，且当日交纳全部房款。出卖人泉佳富公司于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。	合同签订当日，兴达公司依泉佳富公司指示，将3400万元价款打入泉佳富公司账户。泉佳富公司向兴达公司开具了销售不动产的统一发票，发票原件由泉佳富公司持有。
《房屋买卖补充合同》	2017年3月1日	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：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。	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”。
《房屋买卖补充协议》	2017年6月8日	第七条：事先约定违约金为680万，以尽量弥补损失，同时该违约金具有惩罚性违约金性质。违约金数额不得调整。 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（不足15天的不计息；包括或超过15天，不足一个月的按一个月计息），向买受人支付逾期利息。	

三、案情简述

在中央提出“房住不炒”的政策背景下，被告泉佳富公司为尽快解决资金周转困难，与原告兴达公司进行了频繁且深入的商业谈判。此后，双方达成借款合意：由原告兴达公司向被告泉佳富公司一次性提供3400万元借款，由泉佳富公司法定代表人吴益作为保证人。同时，以泉佳富公司正在开发的房地产项目中的73间商铺提供担保。因所开发商品房尚未竣工验收合格，未办理产权证，无法为兴达公司办理抵押登记，故双方合意签订一份《房屋买卖合同》，以其项下的73间商铺为借款提供担保：若泉佳富公司如约按期履行债务偿还本息，则双方债权债务关系全部消灭；若泉佳富公司届期未还本付息，则向兴达公司转移《房屋买卖合同》项下的73间商铺所有权，以此担保原告兴达公司的贷款债权得以实现。

2017年3月1日，基于上述合意，双方当事人于当日签订《房屋买卖合同》与《房屋买卖补充合同》两份合同。其中，《房屋买卖补充合同》实为借款合同，该合同第五条明确约定了借款金额、期间、利率、违约金以及借期内允许以交付商铺的形式按商铺价格抵偿借款等借款条件：“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日前交付部分商铺，应从借款总额中扣除已交付商铺的价格。”泉佳富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”。而《房屋买卖合同》实为借款合同的担保合同，以被告泉佳富公司所有的73间商铺为担保标的物，若被告泉佳富公司2017年12月31日未按期归还本息，则应交付《房屋买卖合同》项下的73间商铺，并于360日内提供资料协助原告兴达公司至产权登记机关办理权属登记备案，向兴达公司转移73间商铺所有权。

当日，原告兴达公司在被告泉佳富公司指示下，将3400万元借款一次性打入泉佳富公司账户。泉佳富公司向兴达公司开具销售不动产统一发票，但发票原件并未交付兴达公司，而是始终由泉佳富公司持有。

2017年6月8日，泉佳富公司与兴达公司就借款合同的违约金及迟延履行借款合同违约金的逾期利息进行补充约定，签订了实为借款合同补充协议的《房屋买卖补充协议》。该协议第七条约定：“双方已签订的合同及补充合同所约定的违约金，均是双方充分考虑了商誉、社会影响、时间和机会成本、处理违约时间所耗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，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基础上，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。”第八条约定：“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（不足15天的不计息；包括或超过15天，不足一个月的按一个月计息），向买受人支付逾期利息。”

2017年7月和11月，泉佳富公司分两次向兴达公司交付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，合计向兴达公司汇款总计1200万元。

2017年12月31日，借款合同届期，但因资金周转困难，泉佳富公司尚余1600万元借款未还。

2018年1月8日，泉佳富公司将销售不动产统一发票于税务机关缴销。

自2018年3月起，由于双方约定的违约金远高于因未完全履行借款合同所造成的实际损失，且约定的逾期利息过高，实为“高利贷”与双倍惩罚，有违诚实信用原则与公平原则，泉佳富公司资金周转困难无力支付高额违约金与逾期利息，双方当事人就借款合同尚欠款项及违约金、逾期利息的支付等问题一直保持沟通，并曾于2018年年底数次当面协商，但均未达成一致意见。自2017年3月1日借款合同成立并生效以来，在双方当事人的数次磋商中，兴达公司从未主张过履行买卖合同交付其他商铺，反而在双方协商时多次表示等着收取贷款利息，而泉佳富公司在协商中数次明确表示资金周转困难，希望得到兴达公司谅解，按照合理利率支付利息。

第四部分 代理意见

一、合同性质及其法律效力

(一) 本案的基础法律关系是民间借贷法律关系，双方当事人签订买卖合同的真实意图系为借贷提供担保

1. 本案中双方当事人签订的《房屋买卖合同》及《房屋买卖补充合同》不具有买卖房屋的真实意图

《民法典》第五百九十五条规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”由此可见，买受人支付房屋对价的目的在于取得房屋所有权，这是房屋买卖合同关系的基本法律特征。结合全案的相关事实，双方当事人之间种种交易细节及合同约定并不符合房屋买卖合同关系的基本法律特征，双方并无买卖房屋的真实意图。

首先，案涉《房屋买卖合同》与一般商品房买卖合同不同，双方当事人并未在合同中约定单价，亦未确定每间商铺的具体位置和面积，而是以“一口价”3400万元的方式完成了对73间商铺的交易。此种售房方式违背房屋买卖采取依房屋每平方米面积单价计算房屋价格的一般交易习惯。

其次，原告兴达公司于合同签订当日，一次性支付全部款项共计3400万元，这与通常房屋买卖的交易款项支付形式有异。

其三，根据《城市房地产管理法》第四十五条的规定，商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。但在本案中，当事人在签订商品房买卖合同后并未办理商品房预售登记。而自2017年3月1日起，在双方数次协商沟通中，兴达公司从未向泉佳富公司提出协助办理商品房预售登记或交付商铺的要求，可见原告兴达公司并无购买商铺之意。

其四，案涉《房屋买卖合同》第三条约定：“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”，双方当事人签订合同与交付商铺、办理权属备案登记相隔的时间之长亦有悖于商品房买卖交易习惯。

其五，兴达公司签订《房屋买卖合同》之后并未持有泉佳富公司开具的收到购房款凭证或是销售不动产统一发票原件，与常理不符，表明其无意购买商铺，恰佐证了被告与原告之间不存在商品房买卖的法律关系。《发票管理办法实施细则》第三条规定：“发票的基本联次包括存根联、发票联、记账联。存根联由收款方或开票方留存备查；发票联由付款方或受票方作为付款原始凭证；记账联由收款方或开票方作为记账原始凭证。”可见，发票是交易真实发生的证明，也是办理不动产权属登记的凭证。原告兴达公司作为案涉《房屋买卖合同》中的买方，在支付了全部3400万元款项后，并未取得被告泉佳富公司开具的销售不动产统一发票原件，却始终没有向泉佳富公司索要该发票原件。这与一般购房者的做法明显不一致，不符合商品房买卖关系的交易惯例和理性买受人及时行使权利、保护自身利益的惯常做法。而被告泉佳富公司作为售房方，在始终认可收到原告兴达公司3400万元的情况下，没有将开具的销售不动产统一发票原件交付给原告，却于2018年1月8日将发票原件在税务机关缴销，这充分说明被告并无出卖商铺之意且否认房产交易的真实性。此外，缴销发票行为发生于2018年1月8日而非诉讼中，这从另一个侧面证明泉佳富公司否认与原告兴达公司之间存在真实的房产交易的态度是一贯的。

综上所述，双方签订《房屋买卖合同》的购房数量、购房款数额、原告于商铺尚未交付时即一次性全额支付购房款且未主张交付商铺，以及被告未交付销售不动产统一发票原件并将其缴销等交易事实，均与以支付购房款取得房屋所有权为目的的房屋买卖合同关系的法律特征不符，充分说明双方之间并不具有买卖商铺的真实合意。

2. 当事人签订《房屋买卖补充合同》的真实意图系为建构民间借贷法律关系

法律关系的性质界定，不应受制于当事人之间签订合同的外观和名称，而应由当事人的真实意思和合同的实质内容决定。在本案中，双方当事人之间签订《房屋买卖补充合同》的真实意图系建构民间借贷法律关系，而非为《房屋买卖合同》进一步提供补充。民间借贷法律关系是本案的基础法律关系。

根据《民法典》第六百六十七条的规定：“借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。”根据《民间借贷规定》第一条第一款的规定：“民间借贷是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。”在本案中，原告兴达公司与被告泉佳富公司均为独立的公司法人，具备进行民间借贷的主体资格。

自2016年9月开始,受国家政策影响,房地产融资环境开始收紧。2016年10月,央行召集多家银行开会,要求各行理性对待楼市,强化房贷管理,而后银监会、上交所、深交所、发改委等部门陆续发出新的政策,严控房地产市场金融业务风险,信贷环境持续紧缩,包括严禁违规发放或挪用信贷资金进入房地产领域、严禁银行理财资金违规进入房地产领域、竞买土地需使用自有资金、控制房企公司债发行审核等。在此背景下,各类中小房企生存压力逐步加大,融资成本上升。结合本案案情,在双方当事人签订合同时,被告泉佳富公司受金融市场影响,存在资金周转紧张问题,期望尽快筹款解决其生产经营困难。

根据经济学的供求理论,住房与商铺属于互具替代性的投资品。受国家“房住不炒”调控政策的影响,投资者因住房限购等市场措施的干预,对住房的投资热情会下降,购买住房用以投资的需求随之降低;相对应的,投资者对商铺的投资热情会上涨,购买商铺用以投资的需求随之增加。在此情势下,商铺的价格在一定时间内保持稳健上升走势,市场前景良好。具体到本案中,被告泉佳富公司虽然急于在短期内融资,但其出于理性主体的审慎判断,考虑到商铺的良好市场前景,不会在此时大量出售商铺,而是选择通过民间借贷等其他方式短期内快速回笼资金。因此,这一事实再次佐证了被告泉佳富公司虽有融资意图,但并无进行房屋买卖的意图;而另一方面,原告兴达公司也在寻求新的投资机会,具有投资的意图,可见双方当事人具有订立民间借贷合同的意图。

2017年3月1日,原告兴达公司与被告泉佳富公司签订了《房屋买卖补充合同》,其中第二条约定:“若出卖人在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”,第五条则具体约定了借款期限、借款利率以及违约条款,具备借款合同的主要条款。从合同约定的内容来看,在被告于2017年12月31日未能交付或未能全部交付商铺的情形下,购房款才会转化为借款,因此借款合同的生效日期应为2017年12月31日;但另一方面,《房屋买卖补充合同》第五条所约定的借款期限却为2017年3月1日至12月31日,显然于理不合,自相矛盾。探究双方当事人的真实意图可知,《房屋买卖补充合同》的签订是双方经过审慎商业谈判后作出的事先交易安排。双方当事人于2017年3月1日先后签订了《房屋买卖合同》和《房屋买卖补充合同》,并在其中约定所谓“购房款转化为借款”的条款,恰证明了双方在合同签订之始便具有借贷合意,其目的是建构民间借贷法律关系,即由原告兴达公司向被告泉佳富公司一次性提供3400万元借款,届期还本付息。除此之外,本案的其他事实,如保证人吴益在《房屋买卖补充合同》上的手书明确表示“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”、原告在2017年3月后进行的多次交涉中也从未主张过交付其他商铺,反而多次表示等着收贷款利息等细节也都可以佐证双方的真实意图是建构民间借贷法律关系。

因此,原告兴达公司于合同签订当日即将3400万元款项打入被告公司账户,这一行为应当认定为对于借款款项而非购房款的实际交付。根据《民间借贷规定》第十一条的规定:“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同,除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外,当事人主张民间借贷合同有效的,人民法院应予支持。”在本案中,双方当事人之间签订的借款合同不存在法定无效情形,应为合法有效。

综上,民间借贷法律关系作为本案的基础法律关系,于2017年3月1日就已成立且生效。

3. 当事人签订《房屋买卖合同》的真实意图系为借贷提供担保

《民法典》第三百八十八条中规定:“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。”在本案中,双方当事人之间没有进行真实的商品房买卖的意思表示,签订《房屋买卖合同》的真实意图系为本案的基础法律关系即民间借贷法律关系提供担保,《房屋买卖合同》的本质系名为《房屋买卖补充合同》实为民间借贷合同的从合同。

在本案中《房屋买卖合同》与《房屋买卖补充合同》均签订于2017年3月1日,且《房屋买卖合同》签订在先,作为本案基础法律关系的民间借贷合同签订在后,这显然是当事人经过多次的协商谈判后达成的交易谋划,双方意在以《房屋买卖合同》为借款合同(《房屋买卖补充合同》)提供担保,构建一种嵌套型交易结构。需要注意的是,两份合同签订时间的先后顺序并不影响《房屋买卖合同》作为担保合同的从属性。换言之,设立担保并不以主债权已现实存在为必要,仅需在担保权利可行行使之时满足特定化要求即可。担保发生上的从属性不能仅从其与主债权成立的时序上观察,而主要应置重于其与主债权的主从关系上。¹

1 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。

综合案涉三份合同可探知，双方事先磋商达成的担保合意为：被告泉佳富公司以正在开发中的房地产项目中的73间商铺为原告兴达公司提供的3400万元借款提供担保。因所开发商铺尚未竣工验收合格，未办理产权证，无法为兴达公司办理抵押登记，故双方合意签订《房屋买卖合同》为借款提供担保，以达到类似抵押的担保效果——若泉佳富公司如约按期履行债务偿还本息，则双方债权债务关系全部消灭；若泉佳富公司届期未还本付息，则向兴达公司转移《房屋买卖合同》项下的73间商铺所有权，以此担保原告兴达公司的贷款债权得以实现。同时，由泉佳富公司法定代表人吴益作为保证人担保借款，进一步增强担保效力，为兴达公司的3400万元借款债权提供保障。

根据《民间借贷规定》第二十四条第一款规定：“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。”因此，本案应当按照基础法律关系即民间借贷法律关系审理，原告以商品房买卖合同关系提出诉求，若拒绝变更，法院应予以驳回起诉。

4. 本案中《房屋买卖合同》及《房屋买卖补充合同》的签订是出于虚伪的意思表示，存在隐藏法律行为

《民法典》第一百四十六条规定：“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。”虚假意思表示指双方当事人作出意思表示时一致认为客观表示内容不应该发生法律效力，亦即双方当事人一致同意仅仅造成订立某项法律行为的表面现象，而实际上并不想使有关法律行为的法律效果产生。²隐藏行为是指隐藏于虚伪表示中的、当事人真的想从事的法律行为。³任何法律行为都有其目的性，虚假法律行为往往是为了掩盖另一个法律行为，并有意使另一个法律行为（隐藏的法律行为）发生法律效力。⁴具体而言，虚伪表示的构成要件有四：第一，须有意思表示存在；第二，须表示行为与效果意思不一致；第三，须表意人本人对其效果意思与表示行为不一致有认识；其四，须其非真意表示与相对人通谋。⁵

就本案而言，当事人签订《房屋买卖合同》及《房屋买卖补充合同》并不具有发生房屋买卖关系的真实意图，构成通谋虚伪表示。就构成要件一而言，双方于2017年3月1日签订的《房屋买卖合同》及《房屋买卖补充合同》即为当事人意思表示的外在形式；就构成要件二而言，效果意思是指当事人欲使其目的意思发生法律效力的意思要素。具备了法效意思意味着行为人要有意识地追求设立、变更或终止某一特定法律关系的法律效果。⁶表示行为与效果意思不一致意指双方当事人虽然有意思表示的外观，但却不具有意思表示中的效果意思。在此应判断本案当事人是否追求成立商品房买卖法律关系的法律效果。根据前述分析，可得出本案中双方当事人并不具有买卖房屋的真实意图，无意在双方之间成立房屋买卖法律关系，相反，意欲在双方之间成立民间借贷法律关系及其担保法律关系；就构成要件三、四而言，被告泉佳富公司已向法院明确提出“双方当事人之间实际系民间借贷关系，商品房买卖合同不过是形式，仅为民间借贷债权的担保”，足以表明表意人本人明知其效果意思与表示行为不一致。同时，双方就购房数量、购房款数额、原告于商铺尚未交付时即一次性全额支付购房款且未主张交付商铺以及被告未交付销售不动产统一发票原件并将其缴销等交易事实，均充分说明双方不具有买卖商铺的真实合意。双方当事人事先经过频繁且深入的商业谈判后，共同达成了虚假的买卖合意，签订了两份名为“房屋买卖”的合同以掩盖事实上的高利贷行为及以73间商铺提供担保的行为。这充分表示原被告对该意思表示的“虚假性”是共知的，并非属于仅有一方知晓的“真意保留行为”。

综上所述，当事人双方签订两份案涉合同的行为构成了通谋虚伪行为。根据《民法典》第一百四十六条第一款，当事人之间自始、当然、确定地不发生房屋买卖法律关系。同时，当事人作出房屋买卖这一虚伪的意思表示的目的在于构建民间借贷法律关系及其担保关系。根据《民法典》第一百四十六条第二款，原被告之间的民间借贷法律关系与担保关系应分别依据相应的法律规定予以判断。如前分析，民间借贷关系依据《民间借贷规定》第十一条规定应合法有效。担保关系是否成立生效将于下文具体分析。

2 卡尔·拉伦茨：《德国民法总论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第479页。

3 孙宪忠：《民法总论》（第2版），社会科学文献出版社2010年版，第244页。

4 李永军：《民法总论》（第4版），中国政法大学出版社2018年版，第250页。

5 孙宪忠：《民法总论》（第2版），社会科学文献出版社2010年版，第243页。

6 王利明：《民法》（第7版），中国人民大学出版社2018年版，第108页。

（二）本案中双方当事人签订《房屋买卖合同》的真实意图，是以房屋所有权的转移作为债权担保的手段，实质是建构一种非典型担保

1.《房屋买卖合同》系具有担保功能的合同，是当事人创设的一种非典型担保手段

当事人签订《房屋买卖合同》的真实目的系为借贷提供担保，故该《房屋买卖合同》本质上创设了一种非典型担保。

《民法典》第三百八十八条中规定：“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。”我国现行法律在担保物权的种类及效力上坚持物权法定主义的立场，签订买卖合同作为民间借贷合同的担保并不符合《民法典》关于抵押、质押以及留置权的设立要件。具体而言，用商品房买卖合同设置担保，并不存在将房屋抵押给债权人的行为，也未在登记机关办理抵押登记，因此不属于抵押权；其次，用商品房买卖合同担保亦非质权，因为所开发商品房尚未竣工验收合格，无法交付转移占有；再次，留置权是一种法定担保物权，非依当事人约定而产生，案涉担保方式显然并非留置权。综上，双方当事人以《房屋买卖合同》为民间借贷合同提供担保，本质上属于一种非典型担保。

《九民纪要》第六十六条规定：“当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。”《合同法解释（一）》第四条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”《合同法解释（二）》第十四条进一步规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”对案涉合同条款的效力，应当依照上述法律规定进行认定。同时，《九民纪要》第三十条对如何识别效力性强制性规定与管理性强制性规定作出进一步明确：“人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释（二）第14条的规定慎重判断‘效力性强制性规定’的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为‘效力性强制性规定’：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为‘管理性强制性规定’。”本案中双方当事人就民间借贷法律关系所设定的非典型担保，并未违反全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规中的效力性强制性规定，应为合法有效。《房屋买卖合同》按双方的真实意思发生法律效力，其性质为担保合同，亦遵循担保合同的从属性。

2.本案创设的非典型担保本质是一种物的担保，具有债权性质

本案当事人创设的非典型担保模式，是指在借款债务不履行或不完全履行的情况下债权人可请求债务人转移《房屋买卖合同》项下73间商铺的所有权来消灭债权债务关系。换言之，《房屋买卖合同》的性质为担保合同，是《房屋买卖合同》所确立的民间借贷关系下的从合同，其本质是一种物的担保，具有债权性质。在本案中双方当事人仅签订《房屋买卖合同》为借款提供担保，房屋所有权并未进行任何形式或实质上的转移，亦未办理房屋销售备案登记、房屋销售预告登记等，显然不具有物权效力。

《民间借贷规定》第二十四条第二款规定：“民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”该条规定虽然赋予了出借人在特定情况下的选择权，具有一定的担保作用，但此种“担保”由于缺乏相应的公示手段，不具有任何优先受偿力。出借人虽可以申请法院对标的物进行拍卖，但对于拍卖所得的价款不具有优先受偿权，其与没有担保的普通债权没有实质差别。当借款人同时负担多笔债务时，出借人对拍卖标的物所得价款的受偿就必须根据破产清偿的规则，其受偿顺序只能排在优先受偿权的债权之后，并且还需与其他普通债权按照比例受偿。

3.本案中非典型担保的实现方式

双方签订买卖合同的真实意思应是为借贷关系提供担保，并非追求通过支付对价取得房屋所有权的目。作为担保合同的《房屋买卖合同》从属于借款合同（《房屋买卖合同》），本案中被告愿意继续履行借款债务，消灭双方之间的债权债务关系，且原告并未主张实现担保权利，在此种情形下，无非典型

担保的实现空间。

即便在被告无法履行借款债务的情况下，原告请求直接履行买卖合同的主张也将在实质上达到“流押流质”效果，应就案涉房屋价值清算后受偿。史尚宽认为：“不独约定与债务不履行同时即使质权人取得质物所有权之物权的流质契约，其仅使发生所有权取得的请求权之债权的流质契约，亦应解释在禁止之列。”⁷而从我国《民法典》的相关具体规定来看，虽未明确规定“流押流质”条款无效，但为债权人设立了清算义务，并在其他担保制度中秉持相同态度，设立了相似的清算规则。《民法典》对“流押流质”条款规定如下：第四百零一条：“抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。”第四百二十八条：“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”表面上，“流押流质”规则针对的是抵押权与质权此种当事人间意定的典型担保物权。但是统观《民法典》关于非典型担保的规定，可知立法者对于所有权保留、融资租赁合同、保理合同等非典型担保的实现方式、清算规则的态度与典型担保物权并无二致。第六百四十二条第二款、第六百四十三条第二款规定了实现保留所有权买卖担保权利的程序：“出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序。买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。”第七百五十八条中规定：“融资租赁合同实现担保权利时，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。”第七百六十六条规定：“保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。”因而，对于此类具有“流押流质”性质的合同条款的规范，应不仅仅适用于抵押权和质权，而是应扩张适用于整个担保制度。就本案而言，虽然双方所设立的是一种非典型的担保方式，涉案《房屋买卖合同》作为实现担保权利的一个环节也应遵循法律“流押流质”条款转换为清算型担保的规定，否则将在实质层面达到“流押流质”效果。《民法典》在实现担保权利时为债权人设立清算义务的目的在于保护债务人的合法权益，维护民法平等、公平的原则。本案若支持原告直接转移案涉73间商铺所有权的请求，将严重损害被告的合法权利，违背公平原则。因此，应衡量案涉73间商铺价值与所欠付款项是否相当。而依据当下房地产市场价格，73间商铺价值显然明显超过欠付1600万债务，要求被告直接转移商铺所有权客观上将置被告于显失公平的境地。

综上所述，当事人之间约定债务人不能偿还借款本息时，则将案涉房屋所有权转移给债权人的约定属于“流押流质”性质的条款，并不能发生直接转移房屋所有权的效力，债权人应经过清算程序受偿。在本案中，即使在被告无法还清借款债务时，原告亦不能直接请求被告转移房屋所有权，而是应该就案涉房屋进行拍卖、变卖，就其所得价款受偿。故被告请求法院驳回原告要求被告交付商铺的诉讼请求。

二、保证人吴益不应承担连带责任

（一）在保证期间内，被告吴益仅对3400万元借款本金承担一般保证责任

1. 被告吴益所承担保证责任的保证范围仅为3400万元借款本金

保证合同，是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。《民法典》第六百八十五条中规定：“保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。”本案中，如前所述，《房屋买卖合同补充合同》实质上是双方之间签订的民间借贷合同。泉佳富公司法定代表人吴益作为保证人，在《房屋买卖合同补充合同》上手书：“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”。该亲笔手书条款作为双方之间主债权债务合同（民间借贷合同）的保证条款，体现了吴益对双方之间借款提供保证的真实意思表示。又根据《民法典》第五百零二条：“依法成立的合同，自成立时生效，但法律另有规定或者第三人另有约定的除外。”因此，该保证合同自签订之日（2017年3月1日）起即成立生效。

《民法典》第六百九十一条中规定：“保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”本案中，保证人吴益在合同条款中明确指出：“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”。应当认为，这是双方当事人对保证范围作出的明确约定，

7 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第375页。

即保证人吴益仅对 3400 万元借款本金提供保证，其保证范围不包括泉佳富公司和兴达公司在《房屋买卖合同补充合同》及《房屋买卖合同补充协议》中约定的违约金和逾期利息，更不包括原告在其诉讼请求中所主张的“全部损失”。该约定体现了保证合同双方当事人的真实意思表示，保证合同订立之时，债权人兴达公司对此表示接受且并未表示异议。因此，应当根据契约自由的合同法基本原则，根据当事人的约定确定本案的保证范围，即吴益仅对 3400 万元借款本金承担保证责任。

2.被告吴益所承担保证责任的保证方式为一般保证

保证的方式包括一般保证和连带责任保证。一般保证，是指当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的保证。连带责任保证，是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。⁸《民法典》第六百八十六条第二款规定：“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。”

本案当事人对保证责任的承担方式并未作出明确约定。因此，依照《民法典》第六百八十六条的规定，保证人吴益应按照一般保证对 3400 万元借款本金承担保证责任。

值得注意的是，在《民法典》正式颁行和生效以前，我国原《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第十九条及 2018 年 9 月 5 日全国人大常委会颁布的《民法典各分编草案》第四百七十六条中都规定，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，按照连带责任保证承担保证责任；自 2019 年 1 月 4 日发布的《〈民法典〉合同编（草案二次审议稿）征求意见稿》开始，才将保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确时的保证方式改为一般保证。我国《担保法》颁行较早，其施行时的 1995 年，我国市场经济仍处于初级阶段，经济秩序还不很规范，许多企业或金融机构在为他人作保证时，经常对保证的方式不作约定或者约定不明，导致债务人不履行债务时，当事人就保证人承担保证责任的方式纠缠不清，甚至有保证人以没有对保证方式作约定为借口，企图逃避保证责任。因此，为督促当事人订立合同时明确约定保证方式，以减少纠纷，同时也为了保障债权实现，《担保法》第十九条对保证人的责任承担提出了较高的要求。⁹但在实际法律适用中发现，这一条款过分加重了保证人的义务，并不利于合同更有效更安全地运行，也会减轻债务人的负担，给恶意债务人将债务责任推卸给保证人以可乘之机。连带责任保证是一种加重保证人责任的保证方式，原则上宜由当事人明确约定；没有约定或者约定不明的，一概推定为连带责任保证，会加剧实践中因互相担保或者连环担保导致资不抵债或者破产的问题，影响当事人正常的生活和经营秩序。因此，全国人大宪法和法律委员会经研究认为，将当事人对保证方式没有约定或者约定不明的推定为一般保证，有利于防止债务风险的扩散，维护经济社会稳定。¹⁰因此，本案中，在双方当事人没有就保证方式作出明确约定的情况下，推定保证人吴益以一般保证承担保证责任，无论从规范层面还是法理层面上看，都是合理的。

（二）本案中保证期间已经经过，被告吴益的保证责任消灭

保证期间，是确定保证人承担保证责任的期间，也是债权人可向保证人主张权利的期间。若债权人没有在保证期间内向保证人主张担保权利，则债权人的权利灭失，保证人不再承担保证责任。对于保证期间的性质，学界有“除斥期间”“诉讼时效”“特别期间”“附期限法律行为所附的期间”¹¹等多种争议，但无论其性质究竟属于何种期间，可以肯定的是，保证期间是法定的不变期间，不发生中止、中断和延长（《民法典》第六百九十二条第一款）。根据《民法典》第六百九十二条第二、三款的规定：“债权人与保证人可以约定保证期间；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。”同时，《民法典》第六百九十三条还规定：“一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。”

本案中，被告吴益仅对 3400 万元借款本金承担一般保证责任，双方未就保证期间作出任何约定。因

8 崔建远，韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社 2004 年版，第 122 页。

9 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社 1995 年版，第 25 页。

10 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典合同编（草案）〉修改情况的汇报》，第六项，2018 年 12 月 23 日发布。

11 甄增水：《解释论视野下保证期间制度的反思与重构》，载《法商研究》2010 年第 5 期，第 114 页。

此,应根据《民法典》第六百九十二条,推定保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月,即2017年12月31日至2018年6月30日。债权人向一般保证的保证人主张保证责任,必须在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁。本案中,债权人兴达公司直至2020年1月6日才对债务人泉佳富公司提起诉讼,此时保证期间早已经过,保证人吴益的保证责任免除。

(三) 被告吴益享有先诉抗辩权

1. 被告吴益作为一般保证的保证人享有先诉抗辩权

保证人在不同的保证方式中所处的地位不同,其利益受到法律保护的程度也有差异。在一般保证情况下,保证人享有先诉抗辩权,即《民法典》第六百八十七条第二款所规定的“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,有权拒绝向债权人承担保证责任”。也就是说,在一般保证的情况下,为履行债务,应先就债务人财产进行清偿;只有当债务人不能履行债务,债权人就主合同纠纷提起审判或仲裁,且依该生效判决或裁决,就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务时,保证人才有义务承担保证责任。

因此,本案中,作为承担一般保证责任的保证人吴益,依据《民法典》第六百八十七条第二款享有先诉抗辩权。原告兴达公司只有在保证期间内提起诉讼后,且就泉佳富公司财产强制执行后仍不能履行债务,即穷尽其他各种手段仍无法实现其债权时,才能要求保证人吴益承担保证责任。虽然《民法典》第六百八十七条第二款在但书中列明了4种不得援引先诉抗辩权的事由,¹²但本案显然不属于该条款规定的4种情形,相反,本案中主债权债务合同中的债务人,即本案中另一被告泉佳富公司,积极应诉并主张其能够以金钱给付清偿剩余借款债务。因此,在主债务人泉佳富公司有充分的能力履行债务的情况下,作为一般保证保证人的吴益可以行使先诉抗辩权,不承担保证责任。

2. 被告吴益作为混合担保中提供担保的第三人享有先诉抗辩权

(1) 本案属于既有物的担保又有人的担保的混合担保情形

《民法典》第三百九十二条规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”

这一规则是有关混合担保规则的体系化规定。混合担保,是指债权人以其同一债权作为被担保债权,与二个以上的担保人(债务人、物上担保人或保证人)分别订立担保合同而形成的担保关系。¹³本案中,如前所述,双方之间并没有买卖房屋的真实意思,因此并不存在买卖合同关系,而是以“房屋买卖合同”之名,设立了以73间商铺为担保标的物的担保关系,用以担保双方之间的民间借贷合同(《房屋买卖补充合同》)。同时,被告吴益作为保证人,在双方之间的借贷合同上以保证条款的形式,与债权人兴达公司订立了保证合同。因此,本案中的主债权既有73间商铺作为物的担保,又有吴益作为保证人的人的担保,属于《民法典》第三百九十二条中所规定的混合担保情形。

(2) 债权人兴达公司应当先主张实现自物担保物权,被告吴益仅对自物担保物权不足以清偿被担保债权的余额部分承担保证责任

《民法典》第三百九十二条尊重当事人的意思自治,以债权人按照约定实现债权作为混合担保规则构造的基础,设定了债权人实现债权的界限分明的三个规则:(1)债权人按照约定实现债权的规则。不论混合担保的具体情形,只要债权人和担保人有实现债权的顺序之约定,被担保债权届清偿期未受清偿的,债权人应当按照约定实现债权。(2)自物担保物权实现在先的规则。不论混合担保的具体情形,只要债权人

¹² 《民法典》第六百八十七条第二款:“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,有权拒绝向债权人承担保证责任,但是有下列情形之一的除外:

(一) 债务人下落不明,且无财产可供执行;

(二) 人民法院已经受理债务人破产案件;

(三) 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力;

(四) 保证人书面表示放弃前款规定的权利。”

¹³ 邹海林:《我国〈民法典〉上的“混合担保规则”解释论》,载《比较法研究》2020年第4期,第92页。

和担保人没有实现债权的顺序之约定，被担保债权届清偿期未受清偿的，债务人自己为该债权提供物的担保，债权人应当先主张实现自物担保物权。（3）债权人自主决定实现债权的规则。不论混合担保的具体情形，只要债权人和担保人没有实现债权的顺序之约定，被担保债权届清偿期未受清偿，债权人自主决定对物上担保人或者保证人实现债权，即可以物上担保人提供的物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。这一规定系对我国原《担保法》二十八条和《物权法》第一百七十六条的修正和继承，确立了保证人和其他物上担保人承担补充担保责任的地位。¹⁴

本案中，债务人泉佳富公司已经以其所有的73间商铺作为担保标的物，为主债权借款合同提供了担保。由于保证人吴益和债权人兴达公司并未就兴达公司实现债权的顺序作出约定，应根据《民法典》第三百九十二条确定的自物担保物权实现先的规则，债权人兴达公司应当先就该物的担保，即73间商铺实现债权。保证人吴益仅需对该73间商铺不能清偿主债权的部分承担保证责任。更何况，在债务人泉佳富公司主张其能完全履行主债务的情况下，债权人兴达公司无需就该担保物权实现其债权，也更不当向保证人吴益主张承担保证责任。因此，吴益无需对该3400万元借款承担保证责任。

综上，原告请求我方当事人对其全部损失承担连带责任的主张没有法律依据，保证人吴益不对双方之间债权债务承担连带责任。

三、原告要求的违约金过高，应予调减

（一）违约金主要体现补偿性，应以造成的损失为基数计算

1. 违约金是一种以补偿性为主、惩罚性为辅的违约责任

《民法典》第五百八十五条规定：“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。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的，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。”

根据该条规定，违约金的支付数额是“根据违约情况”确定的，即违约金的约定应当以一方违约可能给另一方造成的损失为基础。如果当事人约定的违约金低于造成的损失的，守约方可以请求人民法院或仲裁机构予以增加，以使得违约金与实际损失大体相当；约定的违约金过分高于违约造成的损失，违约方可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少。这体现了违约金的补偿性，意味着法律允许违约金在一定程度上高于损失，但是同时也不得过分高于损失。¹⁵因此，《民法典》合同编中规定的违约金主要表现为补偿性，仅在一定范围内有限地承认其惩罚性，即违约金的性质系以“补偿性为主、惩罚性为辅”，在最高人民法院的相关判决中，亦指出了这一点¹⁶。

2. 本案中的违约金主要体现补偿性，应以被告违约造成的损失为基数计算

本案中，原被告双方约定“违约金具有惩罚性违约金性质”。但同时，双方在《房屋买卖补充协议》第七条中却指出违约金的数额是综合考虑了商誉、社会影响、时间和机会成本、处理违约时间等要素所造成的损失，其主要目的是为了尽量弥补守约方的损失。可见，此处“违约金”的主要功能是弥补守约方因为违约而造成的损失，这实际上约定了“补偿性违约金”。在合同的这一条款中，双方针对违约金的约定产生了冲突，根据《民法典》第四百六十六条¹⁷、第一百四十二条¹⁸之规定，此时应当进行合同解释以探求双方当事人的真实意思。

文义解释是合同解释的基础和起点，该条款中详细地说明了违约金弥补损失的功能，而仅仅笼统地表明其具有“惩罚性违约金性质”；且根据目的解释，当事人签订违约金条款的目的是为了弥补损失，并避

¹⁴ 邹海林：《我国〈民法典〉上的“混合担保规则”解释论》，载《比较法研究》2020年第4期，第91、100页。

¹⁵ 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第521-522页。

¹⁶ 参见甘彦海等诉刘富田等股权转让纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第310号民事判决书。

¹⁷ 《民法典》第四百六十六条：当事人对合同条款的理解有争议的，应当依照本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义。

¹⁸ 《民法典》第一百四十二条：有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。

免承担举证责任，这显然是补偿性违约金的主要功能。因而，此处合同条款的用语产生了冲突，可以视为双方约定不明，如果当事人就违约金的约定不明确，原则上应推定为补偿性违约金。¹⁹综上，该合同中的“违约金”应为补偿性违约金。

针对补偿性违约金，无论是学理上还是实践中，都认为应以实际损失作为衡量违约金是否适当的依据，²⁰最高人民法院在《合同法解释（二）》²¹《指导意见》²²等多处司法解释或文件中均阐明了这一观点。

此外，进一步考虑合同的履行情况、当事人的过错程度、预期利益、当事人缔约地位强弱等因素。首先，在本案中，原告通过人的担保、物的担保、违约金为债权的实现设立了多重担保，原告债权不能实现的风险已经得到了大大降低，此时再设立过高的违约金对违约金目的的实现并无意义。²³其次，被告虽没有及时完全履行债务，但是其已经履行了超过一半的债务，且愿意支付剩余款项，过错程度并不高。最后，原告在缔约合同的过程中利用了自身的相对优势地位和被告陷入经营困境的情形，意图发放“高利贷”，本身违反了诚实信用原则且为法律所禁止，原告自身亦有相当过错。可见，考虑公平原则和诚实信用原则，同样可以得出被告方应当承担的违约金责任应当降低的结论。

综上所述，本案中应该根据原告因为被告的违约行为而造成的损失作为基数，调减过高的违约金数额。

（二）原告的损失为逾期款项按同期一年期贷款市场报价利率产生的利息

1. “造成的损失”仅包含被告未按时偿还的款项之利息

《民法典》第五百八十五条用“造成的损失”作为人民法院依据当事人诉求调整违约金数额的基准，通说认为，“造成的损失”包括实际损失和可得利益损失。实际损失是指因违约而导致现有利益的减少，是现实利益的损失，又被称为积极损失；可得利益损失是指受害人在合同履行后可以获得的，但因违约而无法获得的利益，是未来的、期待的利益的损失，又被称为消极损失。²⁴具体到借贷合同中，“造成的损失”则是指借款人未及时还款给出借人实际造成的损失，通常是指向以利息形式表现的资金成本。²⁵也就是说，本案中原告的损失仅为1600万元借款在还款期限届满至实际还款的这段时间内的利息。

至于原告主张的机会成本、时间成本、社会影响等方面的利益损失，则需要由原告进行单独举证。《民事诉讼法》第六十四条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”《指导意见》第十一条规定：“人民法院认定可得利益损失时应当合理分配举证责任。……非违约方应当承担其遭受的可得利益损失总额、必要的交易成本的举证责任。”此外，若原告主张其可得利益损失，还需要进一步证明该损失是被告在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。²⁶因此，在原告无法就其主张进行举证证明的情况下，应当承担举证不能的不利后果。

2. “造成的损失”中，利息应以同期一年期贷款市场报价利率计算

从利益衡量角度分析，被告方逾期还款给原告方造成的损失，本质上是该钱款不能参加资金周转、产生经济效益而带来的资金占用损失。为了弥补这1600万元资金缺口带来的损失，原告方完全可以通过向银行贷款1600万元，从而以一个合理的途径和成本来弥补资金占用损失。从经济学视角来看，利率衡量了为了投资而融资的资金成本²⁷，即上文中“借款人未及时还款给出借人实际造成的损失”，故原告的损失

19 崔建远，韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第320页。

20 罗昆：《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》，载《法商研究》2015年第5期。

21 《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：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。

22 《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》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。

23 王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学》2014年第2期。

24 法律出版社法规中心：《中华人民共和国民法典注释本》，法律出版社2020年版，第317页。

25 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第527页。

26 《民法典》第五百八十四条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，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；但是，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。

27 [美]曼昆：《宏观经济学》（第九版），卢远瞩译，中国人民大学出版社2016年版，第53页。

是向银行贷款融资 1600 万元的成本，即为 1600 万元按照同期一年期贷款市场报价利率计算的利息损失。

另外，从 2018 年 1 月 1 日被告违约时起，到 2020 年 1 月 6 日提起诉讼时止，在原被告就合同履行进行当面协商但均未达成一致意见的过程中，原告始终没有通过其他途径试图获取 1600 万元的贷款以填补资金缺口，并用之从事其他投资或业务。故可认为，要么原告并不急于获取这 1600 万元的本金，即 1600 万元的缺失并不会给原告带来其他损失；要么原告需要这 1600 万元从事其他业务，但是始终没有采取适当措施、通过适当途径获取 1600 万元以尽量减少损失。根据《民法典》第五百九十一条之规定，“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有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。”此处，原告既未及时提起诉讼，也未提前通过向银行贷款等途径筹措资金，说明原告怠于采取适当措施阻止损失扩大，因此，原告无权要求被告就扩大的损失进行赔偿，不得将依据同期一年期贷款市场报价利率计算得到的利息损失之外的部分纳入被告造成的损失范围内。

（三）违约金过高且不得调整之约定无效，应予调减

1. 违约金过高，不得调整之约定违反公平原则，应予调减

“违约金的数额与违约损失的数额应当大体一致，这是商品交换等价原则的要求在法律上的反映，是合同正义的内容之一，是合同法追求的理想之一。”²⁸如上文所述，《民法典》及相关法律法规将“造成的损失”作为确定违约金的基准，其目的在于明确违约金制度系以赔偿损失为主要功能，而不是旨在严厉惩罚违约方。因此，不能将违约金条款完全留待当事人约定，尤其是对数额过高的违约金条款，更是如此。如果任由当事人约定过高的违约金且以意思自治为由予以支持，一方面偏离了我国违约金制度的设立目的，另一方面甚至有可能促使一方为了取得高额违约金而故意引诱对方违约，变相鼓励当事人通过不正当的方式取得暴利。有鉴于此，人民法院可以对不合理的违约金数额进行调整，以维护民法的公平和诚实信用原则，并使违约方从高额且不合理的违约金责任的束缚中解脱出来。²⁹

本案中，原告诉求的违约金数额为 680 万元。但是，若以 2018 年 1 月 1 日至 2021 年 2 月 1 日（案件审理之日）为计算期限，计算原告在这段时间内的利息损失，可得其损失总额为 208.05 万元（详细计算见下表）。根据《民法典》第五百八十五条以及《合同法解释（二）》第二十九条第二款³⁰，违约金不得超过因被告违约造成的损失 30%，即 $208.05 \times 130\% = 270.47$ 万元。显然，原告主张的 680 万元违约金远远超过法律规定的违约金的最高数额，甚至达到了最高数额的两倍以上。正如最高人民法院在（2015）民一终字第 340 号民事判决书³¹中所指出的：“双方虽有不得调整违约金的约定，但违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿，不主要体现惩罚功能，故关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限。”一方面，《民法典》中规定的违约金以补偿性为主、惩罚性为辅，违约金数额必须以违约造成的损失作为参照，调整违约金数额并使之与因违约而造成的损失基本相当或者大致平衡；另一方面，本案中过高的违约金约定显然与民法公平原则存在严重的冲突，在某些情况下甚至还存在诱发道德风险的可能性，若不予调减，则将严重违背诚实信用原则，变相放纵高利贷的违法行为发生。

28 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2008 年版，第 592 页。

29 参见青岛市光明总公司与青岛啤酒股份有限公司啤酒买卖合同纠纷案，最高人民法院（2004）民二终字第 125 号民事判决书。

30 《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”。

31 大同市天力房地产开发有限责任公司为与山西同至人商业管理有限公司、吴建功房屋租赁合同纠纷上诉案，最高人民法院（2015）民一终字第 340 号判决书。

原告方 2018 年 1 月 1 日-2021 年 2 月 1 日期间利息损失

时间段	天数	LPR	利息损失（万元）
2018.1.1-2018.4.7	96	4.30%	18.35
2018.4.8-2019.8.19	499	4.31%	95.59
2019.8.20-2019.9.19	31	4.25%	5.86
2019.9.20-2019.11.19	61	4.20%	11.39
2019.11.20-2020.2.19	91	4.15%	16.78
2020.2.20-2020.4.19	60	4.05%	10.8
2020.4.20-2021.2.1 ³²	288	3.85%	49.28
总计			208.05

2. 违约金调整请求权属于诉权，不得放弃

当事人的民事权利可以分为民法上的请求权和民事诉讼法上的诉权。请求权是请求他人为或不为一定行为的权利，诉权是请求国家行使公权力进行司法裁判的权利，可见，二者指向的对象并不相同。而《民法典》第五百八十五条赋予了当事人在违约金过分低于或过分高于造成的损失时的违约金调整请求权，这种权利是向法院提出的、请求法院予以增加或减少违约金的权利，而非要求对方当事人作为或不作为。因此，违约金调整请求权属于民事诉讼法上的诉权，而非民法上的请求权。

根据“公法诉权说”，诉权体现的是当事人和法院的关系，对当事人而言，是实现权利的手段；但是对于法院来说，当事人的诉权代表着法院启动司法保护的可能性，这是法院的职能之一。也就是说，尽管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，但是这并不意味着当事人可以约定排斥法院的司法介入。³³因此，作为当事人请求国家公权力介入的权利，违约金调整请求权属于公权范畴，不可放弃。此外，最高人民法院亦有判决指出，违约金调整请求权是为了防止当事人通过意思自治而约定过高或过低的违约金的一项不可放弃的权利。³⁴

因此，原被告双方关于放弃违约金调整请求权的约定应属无效，对法院不产生拘束力，被告泉佳富公司已于应诉时明确提出“违约金过高，应予调减”的抗辩，法院可以根据《民法典》第五百八十五条及相关司法解释对违约金进行调减。

综上所述，违约金不得调整之约定无效，原告诉求的 680 万元违约金大大超过被告违约造成的损失，应予调减。

四、违约金和逾期利息不得同时主张

（一）违约金和逾期利息均具有惩罚性，不得同时主张

逾期利息，又称罚息，是指由于借款人未按规定期限归还借款，应当就尚未归还的借款向出借人支付的处罚利息。逾期利息在实践中主要体现为惩罚性，其作用在于以惩罚的形式督促债务人及时还款。³⁵在当事人约定了逾期利息和逾期利率时，逾期利息实际上是违约金的一种，只不过这种违约金的名称参照银行贷款的相关规定定名为罚息。³⁶

而违约金是对违约行为的一种经济制裁，按照其针对的违约类型，可以分为根本违约违约金、债务不履行违约金、逾期履行违约金等。借贷关系中，借贷双方对逾期还款约定的违约金即属于逾期履行违约金。³⁷关于违约金的性质，在上文也已经进行了讨论，即本案中的违约金以补偿性为主、惩罚性为辅。具体而

32 因 2020 年 10 月 20 日之后的一年期贷款市场报价利率暂未公布，故此处 2020 年 10 月 20 日-2021 年 2 月 1 日的利率数值均以中国人民银行 2020 年 10 月 20 日公布的 3.85% 计算。

33 朱新林：《放弃违约金调整请求权约定之效力》，载《人民法院报》2014 年 3 月 5 日，第 7 版。

34 参见甘彦海等诉刘富田等股权转让纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第 310 号民事判决书。

35 许德风：《论利息的法律管制——兼议私法中的社会化考量》，载《北大法律评论》2010 年第 11 卷第 1 辑。

36 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 519-520 页。

37 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 522 页。

言，本案中违约金与损失相等的部分，违约金应被解释为赔偿性质，超过损失的部分，违约金应被解释为惩罚性质。³⁸

如上所述，本案中双方约定的逾期利息实际上就是违约金的一种，是对当事人逾期还款的一种惩罚。而双方约定的违约金是借款合同中的违约金，具体而言就是逾期履行违约金，同样是对当事人逾期履行的惩罚。因此，违约金和逾期利息指向同一个行为，均是对“逾期还款”行为的惩罚，若在支付了违约金的基础上继续支付逾期利息，则构成对被告的双倍惩罚，有违公平原则和补偿原则，因此不应支持原告关于逾期利息的诉讼请求。

（二）以复利计算逾期利息超过法定最高额，应予调减

《民间借贷规定》第二十九条规定：“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。”一方面，该规定第二十八条³⁹对单利和复利进行了区分，若双方约定以复利计息，则最终应归还的金额“不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和”。从文义解释的角度出发，本规定中所使用的“年利率”，若无特别指出，均是指单利而非复利。因此，第二十九条关于逾期利息的规定中，“年利率24%”同样代表年单利率24%。另一方面，最高人民法院在（2016）最高法民终340号民事判决书⁴⁰中指出，“逾期利息本质上是一种违约责任的承担方式，已经体现了对（被告）逾期还款行为的惩罚性，其若再对逾期利息计收复利，有违公平和补偿原则……（原告）对逾期利息计收复利的上诉请求，本院不予支持。”因此，原告主张以年复利率23%计算逾期利息，其利息总额过高、超过了年利率24%的最高限额，应予调减。

本案中，原告主张自2018年1月1日起，以未支付的1600万元款项为基数，按年复利率23%、以自然月计算逾期利息，其利息总额为820.64万元。而根据《民间借贷规定》第二十九条确定的利率保护最高上限计算，截至原告起诉之日，逾期利息最高限额为 $1600 \times 24\% \times 2 = 768$ 万元，低于原告实际主张的820.64万元。因此，原告主张以复利方式计算的逾期利息数额过高，超过部分不应支持。

综上所述，一方面，单就原告主张的逾期利息而言，其数额过高且计算方法于法无据；另一方面，在借款合同中，违约金和逾期利息实质上相同，均具有惩罚性且指向同一个违约行为。因此，被告在支付违约金的基础上，无需再向原告支付逾期利息，原告不得同时主张逾期利息和违约金。

38 最高人民法院研究室：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第209页。

39 《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》第二十八条：借贷双方对前期借款本金结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院不予支持。按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。

40 中国农业银行股份有限公司沈阳和平支行与沈阳假日大厦有限公司金融借款合同纠纷上诉案，最高人民法院（2016）最高法民终340号民事判决书。

第五部分 启示与思考

一、关于“非典型担保”

(一) “非典型担保”的产生背景

《九民纪要》采“物权法定缓和主义”，承认习惯法具有创设新物权类型的功能，同时认为我国在民间借贷实务中已经形成了“让与担保”，属于新的担保物权的习惯法。但这种立场面临如“让与担保在我国是否已经成为了一种交易习惯并且符合法律的确信”⁴¹，甚至于不属于“担保”⁴²等的诸多质疑。在“让与担保”仍饱受争议的同时，另一种与其相似但更具风险的“买卖型担保”亦在商业市场中日趋活跃。“买卖型担保”相对于“让与担保”，以未转移标的物所有权为特征，无疑面临更多的质疑。而探究此类担保的产生原因时，有学者指出：“传统担保在实践中具有办理手续繁杂、审核条件严苛、放款速度慢等缺陷，而买卖型担保相较于传统担保优势如下：程序简便，审核条件宽松，放款速度快，债务人能在最短的时间内获较大额度的融资，从而最大限度地释放担保标的物的交换价值等，因而在担保实务中被广泛应用。”⁴³亦有学者指出，这种情形“不是当事人以其主观意志肆意所至，而是受经济活动自身规律制约而成”——尽管《物权法》第187条允许以在建建筑物设定抵押，且规定了抵押权从办理抵押登记时设立，但是“未来房屋上的抵押权，即使在办理登记的时候，也是无法设立的”⁴⁴。这实质上暴露出当下我国担保物权制度存在法律规定无法落实，实务衔接存在问题，需要立法者予以调整完善。

(二) 对于“非典型担保”的立法态度建议

《民法典》之下，我国大陆的担保制度已经十分丰富多样。《民法典》第三百九十五条第一款第七项规定，只要没有禁止设定抵押的财产，都可以抵押。《民法典》第四百四十条规定了多种权利质权类型，第（七）项甚至授予行政法规制定权利质权目标类型的权利。除此之外还有所有权保留、融资租赁合同、保理合同等多种担保方式。而相比较台湾地区，仅允许不动产作为抵押对象，质权对象限于动产。可以说：“大陆的融资担保制度，在好多方面已经走得很远很远了”，并让一些学者产生“担保过度”的担忧，其理由在于：“用财富去分配财富，很容易导致贫富悬殊，发展到一定程度，可能会引发社会群体的分化和对立”“担保过度最终一定会给社会和经济领域带来无穷无尽难以克服的问题”。⁴⁵笔者对此持赞成意见。一方面我们应当承认非典型担保此种“民间智慧”正是市场经济活动主体基于社会经济生活的需求而创制出来的，具有强大的生命力与相应的优势，但是另一方面，立法者也应当始终保持审慎态度，论证承认某一非典型担保的必要性与正当性，同时反思其暴露出的问题缺陷，对其进行适当地规制以及对已有制度作出改善调整，最终实现推动经济与社会稳定、高效地发展。

二、关于“流押流质”条款

(一) 对《民法典》“流押流质”条款的修改的看法

我国关于禁止“流押流质”条款最早规定在1995年颁布的《担保法》的第四十条、第六十六条，2007年颁布的《物权法》第一百八十六条、第二百一十一条予以再次确认，其立法语言均表现为“不得约定”的强硬态度，因而“流押流质”条款应视为无效。但同时学理上对于禁止“流押流质”条款的存废争论却从未停止，诸多学者认为应当解禁“流押流质”条款，在《民法典》的编纂过程中，亦不断有学者提出废除禁止流质条款的主张。⁴⁶最终颁布的《民法典》对此前禁止“流押流质”条款作出了修改。《民法典》第

41 张伟：《买卖合同担保民间借贷合同的解释论——以法释〔2015〕18号第24条为中心》，载《法学评论》2016年02期。

42 崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载2015年12期。（该文未指向九民纪要，是依据最高法院有关朱俊芳案和广西嘉美案提出该种“非典型担保”非属于“担保”的质疑。在该种立场下，九民纪要亦存在此问题。）

43 袁悦：《买卖型担保的担保效力研究》，载《中国不动产法研究》2019年第2期。

44 董学立：《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，载《中国法学》2014年03期。

45 此为王轶教授观点。来源：《谢在全：担保物权发展的新动向实录》，载微信公众号“中国民商法律网”，2018年5月6日。

46 高圣平：《论流质契约的相对禁止》，载《政法论丛》2018年第1期；孟强：《〈民法典物权编〉应允许流质流抵》，载《当代法学》2018年第4期；王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，载《清华法学》2018年第2期；陈华彬：《论我国民法典〈物权编（草案）〉的构造、创新与完善》，载《比较法研究》2018年第2期；程啸：《民法典物权编担保物权制度的完善》，载《比较法研究》2018年第2期。

第四百零一条规定：“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”《民法典》第四百二十八条规定：“质权人在债务履行期届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”

对这一修改，很多学者认为表明了立法态度的转变，认为“较之于此前关于当事人之间的流质契约民法向来一律予以禁止的规定，显然作出了极大的软化”⁴⁷，认为“改变了之前绝对禁止流质、流押的规定”，是担保物权制度的“重大变革”或“一大进步”⁴⁸。这一观点在某种程度上得到了立法工作者的加持。在最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室主编的《民法典物权编理解与适用》中，撰写者对第四百零一条的条文主旨解读即为：“本条是关于禁止流押柔化的规定”，认为“无效的流押条款已经转化为有效的清算型担保”“为归属型清算或者处分型清算留下了制度空间”⁴⁹，认为第四百二十八条的规定是“有限承认了流质契约的规则”⁵⁰。

但笔者认为，这一修改继续承袭了我国立法对于“流押流质”条款的态度，本质上仍是否认了其效力，法律效果上也与原先规定相一致，属于表达方式的修改。《民法典》第一百八十六条，即原《民法总则》第一百八十六条规定：“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”故即便在原先规定下，“流押流质”条款无效，并不等于担保合同无效。在满足担保物权的法律规定要件下，担保物权的设立行为及相应的优先受偿效力不会受到影响，《民法典物权编理解与适用》撰写者所言的“归属型清算或处分型清算”发生在债务履行期限届满后，不属于“流押”范畴，亦涵盖在原《物权法》第一百九十五条规定的实现抵押权的方式之下：债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。《民法典》这一修改明确了“流押流质”条款在无效认定后的具体处理方式，避免出现“担保合同无效”“担保权无效”等错误理解，亦属于进步之处。

（二）是否应承认“流押流质”条款效力

而至于是否应该承认当事人约定的“流押流质”条款效力，笔者亦持开放态度，认为“流押流质”条款是通过给债务人施加心理压力以督促其如约履行债务，否则将承受标的物直接归他人所有的不利风险，因而本质上并未与担保的本质相冲突，立法应予以承认。

禁止当事人在订立担保合同时约定“流押流质”条款，目的在于保护处于弱势地位的债务人。大多数情况下债务人向债权人借债通常是急迫困窘之时，为防止债权人借此压迫债务人而设定此强制性规定，这一传统可追溯至罗马法时期。然而，社会情势已然发生变化，往昔作为弱者的债务人往往是经济上的强者，其地位与经济势力大多较债权人为优。⁵¹实践中就本案类似的“买卖型担保”情形而言，借款人通常为地产开发商，出借人往往为一般民事主体，开发商作为债务人，在资信财力、风险管控等方面具有优势地位。⁵²而若一方面承认当事人签订此种买卖合同作为借款债权的担保手段，但另一方面又认定此种买卖合同实质上属于“流押流质”性质条款，否定其效力，那么极易诱发债务人的道德风险，即债务人为获取借款而以此种买卖合同向债权人抛出“橄榄枝”，获得借款后却主张属于“流押流质”，在借款到期无法清偿时而拒绝直接履行买卖合同义务。这实质上损害债权人的信赖利益，若明知买卖合同无效的情况下，债权人出于自身资金安全的考虑，甚至不会出借资金给债务人。同时，相比承认“流押流质”条款对于债务人的约束力将大大减弱。

法律固然应当以公平作为基本的价值追求，但民法最核心的观念应属意思自治。“契约严守”是合同法领域的一项传统原则，强调只要是双方当事人达成的一个不受干扰的自主决定，即便会制造一个失衡的结果，在先的自主决定本身就正当化了此结果，法律不能动辄以不均衡、不公平来改变此结果、改变此法律关系。以“让与担保”“买卖型担保”为代表的非典型担保，其中往往约定了具有“流押流质”性质的条款，即是此例。应当将此视为当事人意思自治的结果，各方当事人作为市场交易的理性人，应当预估自

47 张善斌，钱宁：《〈民法典〉流质条款解释论研究》，载《河北法学》2020年第9期。

48 朱虎：《民法典动产和担保权利的变革》，载《人民法院日报》2020年7月30日。

49 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室主编：《民法典物权编理解与适用》（下），第1069-1072页。

50 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室主编：《民法典物权编理解与适用》（下），第1181页-1184页。

51 陈华彬：《论我国民法典〈物权编（草案）〉的构造、创新与完善》，载《比较法研究》2018年第2期。

52 项波，钟健生：《“买卖型担保”法效果的解释与证成》，载《江西社会科学》2019年11期。

己行为的风险，审慎作出行为，遵循契约精神，为自己的交易决策负责，如此才有助于构建设法治经济。而即便属于债务人一方因显失公平而蒙受重大不利的情况时，也有依据《民法典》第一百五十一条设计的可撤销制度予以救济。因而当下承认“流押流质”条款效力具有相对成熟的条件。

附录一 授权委托书

授 权 委 托 书

委托人：泉佳富房地产公司
住所地：XXX
法定代表人：吴益

受托人：XXA 律师，XXB 律师
工作单位：理律律师事务所
住所：XXXX
联系电话：XXXXXXXX

现委托上列受托人在兴达发展基金有限公司诉泉佳富房地产公司、吴益合同纠纷案中，作为我司的代理人参与诉讼与执行。

代理权限为特别授权，包括但不限于：提起诉讼；提起反诉；承认、放弃、变更诉讼请求；撤回起诉或反诉；进行答辩；申请证据保全；申请财产保全；申请先予执行；申请人民法院调查收集证据；申请评估；申请鉴定；申请延期审理；代为缴纳和退回诉讼费、保全费、评估费、鉴定费等费用；参加庭审活动、陈述案件事实；举证、质证，参加庭审调查；发表辩论意见和代理意见；进行调解或和解；提起上诉；提出再审申请；提出申诉；提出抗诉申请；提起执行异议之诉；承认、变更或者放弃民事权利；进行执行和解；提出执行异议申请；签署和递交法律文书和文件；领取和接收法律文书和文件、撤销仲裁裁决、调查收集证据等。

委托有效期限自本委托书签发之日起至委托事项完成之日止。

受托人有转委托权。

委托人：泉佳富房地产公司
二〇二一年X月X日



注：本授权委托书一式三份，交人民法院一份、委托人与律师事务所各持一份。

授权委托书

委托人：吴益
住所地：XXX

受托人：XXA 律师，XXB 律师
工作单位：理律律师事务所
住所：XXXX
联系电话：XXXXXXXX

现委托上列受托人在兴达发展基金有限公司诉泉佳富房地产公司、吴益合同纠纷案中，作为我司的代理人参与诉讼与执行。

代理权限为特别授权，包括但不限于：提起诉讼；提起反诉；承认、放弃、变更诉讼请求；撤回起诉或反诉；进行答辩；申请证据保全；申请财产保全；申请先予执行；申请人民法院调查收集证据；申请评估；申请鉴定；申请延期审理；代为缴纳和退回诉讼费、保全费、评估费、鉴定费等费用；参加庭审活动、陈述案件事实；举证、质证，参加庭审调查；发表辩论意见和代理意见；进行调解或和解；提起上诉；提出再审申请；提出申诉；提出抗诉申请；提起执行异议之诉；承认、变更或者放弃民事权利；进行执行和解；提出执行异议申请；签署和递交法律文书和文件；领取和接收法律文书和文件、撤销仲裁裁决、调查收集证据等。

委托有效期限自本委托书签发之日起至委托事项完成之日止。

受托人有转委托权。



注：本授权委托书一式三份，交人民法院一份、委托人与律师事务所各持一份。

附录二 类案检索

案号	案件名称	主审法院观点
(2016)最高法民再113号	毛来华等诉林福汉执行异议之诉纠纷再审案	……第三,从案涉店面价格看,案涉《房屋买卖合同》采取“一口价”800万元的方式,不同于普通房屋买卖合同采取依房屋面积、每平方米单价计算房屋价格的一般交易习惯。同时,根据二审法院查明的事实,刘宣求受让案涉店面时,房屋依据另案调解书作价为13409596元,与案涉《房屋买卖合同》约定的800万元有较大差异。由此可以认定,案涉《房屋买卖合同》买卖店面的约定本身是当事人之间的虚伪意思表示,刘宣求与林福汉签订案涉《房屋买卖合同》的真实目的是以案涉店面担保刘宣求本金为800万元、借款期限为三个月、利率为日3%的债务的履行,当事人间达成一致的真实意思即隐匿行为是将案涉店面作为借款合同的担保。根据《民法总则》第一百四十六条之规定,本院认定案涉《房屋买卖合同》本身作为伪装行为无效,而借款担保作为隐藏行为,在不违反法律、行政法规的强制性规定的情况下,可以肯定其在当事人之间的合同效力。因此,林福汉请求确认其与刘宣求双方于2012年6月20日签订的《房屋买卖合同》合法有效,缺乏法律依据,本院予以驳回。
(2015)民二终字第310号	甘彦海等诉刘富田等股权转让纠纷案	违约金数额应以实际损失为参照,调整违约金数额的目的是使之与因违约造成的损失基本相当或者大致平衡,因而违约金具有补偿性为主,惩罚性为辅的法律特性。……法律赋予当事人申请调整违约金的权利是为了防止以意思自治为由而放任当事人约定过分高或过分低的违约金,从而保护当事人的利益,避免利益失衡,因而当事人申请调整违约金的权利应不允许事先放弃,故双方之间关于放弃关于违约金的抗辩的约定无效,甘彦海仍有权依据法律规定以双方违约金约定过高,要求调整违约金。
(2004)民二终字第125号	青岛市光明总公司与青岛啤酒股份有限公司啤酒买卖合同纠纷案	……但本院认为,合同法第一百一十四条等规定已经确定违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能,而不是旨在严厉惩罚违约方;违约金在我国合同法中主要体现为一种民事责任形式,因此,不能将违约金条款完全留待当事人约定,尤其是对数额过高的违约金条款,更是如此。如果任由当事人约定过高的违约金且以意思自治为由予以支持,在有些情况下,无异于鼓励当事人通过不正当的方式取得暴利,也可能促使一方为取得高额违约金而故意引诱对方违约。有鉴于此,人民法院可以对不合理的违约金数额进行调整,以维护民法的公平和诚实信用原则,并使违约方从高额且不合理的违约金责任的束缚中解脱出来。
(2015)民一终字第340号	大同市天力房地产开发有限责任公司与山西同至人商业管理有限公司、吴建功房屋租赁合同纠纷上诉案	本院认为,违约金是为了补偿守约方因对方违约造成的损失,不主要体现惩罚功能。本案中,双方虽有关于不得调整违约金的约定,但是该约定应以不违反公平原则为限,考虑到天力公司的合同履行行为也存在一定瑕疵,从平衡双方当事人利益的角度考虑,原判决对此予以调整并无不当。
(2016)最高法民	中国农业银行股份	从《借款合同》约定的逾期利息的计算方法来看,逾期利息是对逾期贷款根据逾期天数按照日万分之二点一计收,已经高于《借款合同》约定的正常利

终 340 号	有限公司 沈阳和平 支行与沈 阳假日大 厦有限公 司金融借 款合同纠 纷上诉案	率标准，由于逾期利息本质上是一种违约责任的承担方式，已经体现了对假日公司逾期还款行为的惩罚性，其若再对逾期利息计收复利，有违公平和补偿原则。
---------	--	--

附录三 本书面代理意见副本共十三份