
2020 年第十八届 “理律杯” 模拟法庭比赛

被告代理意见书

原告：兴达发展基金有限公司
被告：泉佳富房地产公司、吴益

第 3 号参赛队呈递
2020 年 11 月 7 日

目录

第一部分 当事人信息	1
第二部分 案件基本事实	2
一、基本案件事实.....	2
二、案件重要事实流程图.....	2
第三部分 法律适用	3
第四部分 实体问题的代理意见	5
一、本案中司法解释的适用问题.....	5
二、兴达公司无权请求交付商铺.....	5
（一）借款合同而非房屋买卖合同才是双方真实意思表示.....	5
1. 从合同内容来看，房屋买卖关系并非当事人真实的意思表示.....	5
2. 从合同的履行状况来看，借贷关系才是双方的真实意思表示.....	6
3. 小结.....	7
（二）房屋买卖关系为民间借贷债权提供担保.....	7
1. 房屋买卖关系指通过案涉综合体现的房屋买卖关系.....	7
2. 房屋买卖关系能够体现担保目的.....	7
3. 房屋买卖关系能够发挥担保作用.....	8
（三）双方综合多方面因素，欲成立房屋买卖关系掩盖借款真意.....	9
1. 双方订立房屋买卖合同可规避融资政策限制.....	9
2. 双方订立房屋买卖合同可避免被判定为流质流押的风险.....	10
（四）小结.....	11
三、借款利息应调减至 512 万元，逾期利息、违约金之和应调减至 768 万元.....	11
（一）本案应适用《民间借贷规定》（2015 年）.....	11
1. 本案于 2020 年 8 月 20 日前受理，适用《民间借贷规定》（2015 年）.....	11
2. 兴达公司和泉佳富公司是《民间借贷规定》（2015 年）的适格主体.....	11
（二）借贷关系中的利息、逾期利息、违约金的性质具有共通之处.....	11
（三）借款利息应调减至 512 万元.....	12
1. 借款合同约定的月利率应当以 2%为限度.....	12
2. 泉佳富公司提前还款，利息应按照实际借款期间计算.....	12
3. 小结：兴达公司可以主张的利息仅为 192+320=512 万元.....	12
（四）兴达公司可以主张的逾期利息、违约金总计仅 768 万元.....	13
1. 逾期利息应当调减.....	13
2. 违约金应当调减.....	14
3. 小结：逾期利息和违约金总计不得超过 24%，兴达公司仅得主张 768 万元.....	17
（五）小结.....	17
四、吴益不应当承担保证责任.....	17
（一）案涉手书条款不能成立保证合同.....	17
1. 手书保证条款缺乏签名、盖章或指印.....	17
2. 手书保证条款缺乏主语，吴益并无受其拘束之意思.....	18
（二）即使保证合同成立，由于保证期间经过，吴益不承担保证责任.....	18
1. 吴益承担保证责任的方式应当拟制为一般保证.....	18
2. 保证期间经过，吴益不再承担保证责任.....	20
（三）即使保证合同成立，且适用《担保法》，吴益也不承担保证责任.....	20
1. 手书条款对保证期间没有约定，保证期间为主债务履行届满之日起 6 个月.....	20
2. 兴达公司未在保证期间内要求吴益承担保证责任，吴益不再承担保证责任.....	21
（四）即便将向债务人催款视为已向吴益主张权利，目前需要承担保证责任的范围也仅为 1600 万元.....	23
1. 约定吴益承担保证责任的范围为 3400 万元.....	23

2. 《房屋买卖补充协议》加重泉佳富公司债务，吴益对加重部分不承担保证责任	23
3. 泉佳富房地产公司已履行部分债务，吴益仅对 1600 万元债务承担连带保证责任	24
(五) 小结	24
第五部分 结论	25
第六部分 附件	26
附件一：民事诉讼代理人授权委托书	26
附件二：实体代理意见中司法案件援引清单	26

第一部分 当事人信息

原告：兴达发展基金有限公司
住所地：
法定代表人：
联系方式：

被告一：泉佳富房地产公司
住所地：
法定代表人：吴益，董事长
联系方式：
诉讼代理人：XXX，XXX，宽鉴律师事务所律师

被告二：吴益
居民身份证号码：
住址：
联系方式：
诉讼代理人：XXX，XXX，宽鉴律师事务所律师

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，宽鉴律师事务所接受本案当事人泉佳富房地产公司和吴益的委托，指派我们担任泉佳富房地产公司和吴益的一审代理人，参与本案的诉讼活动。代理人现就兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司、吴益买卖合同纠纷一案，作出如下代理意见：

一、兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司签订的合同真实意思为借款而非房屋买卖，泉佳富房地产公司不应当交付房屋。

二、泉佳富房地产公司仅应当支付借款利息 512 万元、违约金和逾期利息之和 768 万元。

三、吴益不应当承担保证责任。

根据法律规定，结合本案事实，泉佳富房地产公司代理人认为，兴达发展基金有限公司的诉讼请求缺乏事实与法律依据，请求法院依法驳回原告的第一、四项诉讼请求，对原告第二、三项诉讼请求中涉及的借款利息、违约金和逾期利息进行调减，并判令原告承担本案的全部诉讼费用。

代理人现根据本案事实和有关法律规定发表如下代理意见，供法庭参考。

第二部分 案件基本事实

一、基本案件事实

2017 年 3 月 1 日，泉佳富房地产公司（简称泉佳富公司）与兴达发展基金有限公司（简称兴达公司）欲建立民间借贷关系，但为规避金融借贷的管制风险、减少程序成本的同时避免被认定为流质流押，双方签订《房屋买卖合同》。

同日，泉佳富公司与兴达公司签订《房屋买卖补充合同》，旨在约定泉佳富公司在 2017 年 12 月 31 日前未能以交付价款或交付商铺的方式清偿债务的违约责任。签约当日，兴达公司临时表示要求泉佳富房地产公司法定代表人吴益手书保证条款。

兴达公司当日将 3400 万元借款交付给泉佳富公司，泉佳富公司开具销售不动产统一发票并持有原件。

2017 年 6 月 8 日，因房地产市场稳健上涨，泉佳富公司持续运营房地产项目可获得更大收益，兴达公司看准十个月借款期限可能对泉佳富公司收回资金来说比较紧张的契机，再次要求与泉佳富公司签订《房屋买卖补充协议》，约定违约金数额及逾期利息的计算规则。泉佳富公司为维护双方长期商业合作，同意签订。

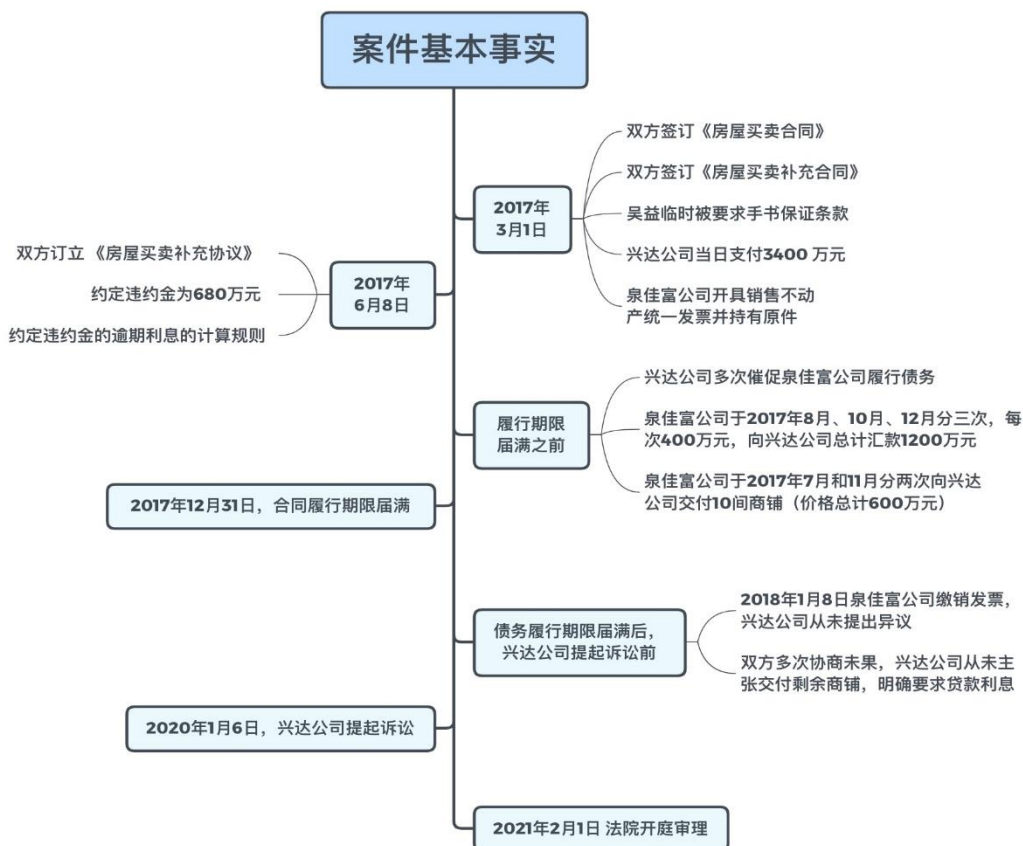
从合同签订后到 2017 年 12 月 31 日期间，兴达公司多次催促泉佳富公司归还借款，但泉佳富公司的资金仍在房地产项目中运作，暂时无法抽出全款归还，故在 7 月至 12 月陆续交付 1200 万元价款和 10 间商铺（价格共计 600 万元）。

2018 年 1 月 8 日，泉佳富公司缴销发票，兴达公司从未对此表示异议。

自 2018 年 3 月起，兴达公司要求的利息、违约金与逾期利息过于高昂，泉佳富公司希望与其协商，在保证兴达公司收获足够利益的同时调低支付的钱款，但双方未达成一致意见。

2020 年 1 月 6 日，兴达公司提起诉讼。

二、案件重要事实流程图



第三部分 法律适用

效力级别	法规名称	法规简称	发布机关	实施日期
法律	《中华人民共和国担保法》	《担保法》	全国人大常委会	1995-10-01
	《中华人民共和国民法通则》 (2009 年修正)	《民法通则》 (2009 年)	全国人大常委会	2009-08-27
	《中华人民共和国立法法》 (2015 年修正)	《立法法》 (2015 年)	全国人民代表大会	2015-03-15
	《中华人民共和国民事诉讼法》 (2017 年修正)	《民事诉讼法》 (2017 年)	全国人大常委会	2017-06-27
	《中华人民共和国民法总则》	《民法总则》	全国人民代表大会	2017-10-01
	《中华人民共和国公司法》 (2018 年修正)	《公司法》 (2018 年)	全国人大常委会	2018-10-26
	《中华人民共和国民法典》	《民法典》	全国人民代表大会	2021-01-01
行政法规	《中华人民共和国发票管理办法》 (2010 年修订)	《发票管理办法》 (2010 年)	国务院	2011-02-01
司法解释和司法解释性文件	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》	《担保法司法解释》	最高人民法院	2000-12-08
	《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》		最高人民法院	2004-04-19
	《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)》	《合同法司法解释(二)》	最高人民法院	2009-05-13
	《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》	《民商事合同纠纷指导意见》	最高人民法院	2009-07-07
	《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)	《民间借贷规定》 (2015 年)	最高人民法院	2015-09-01
	《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》	《民间借贷通知》	最高人民法院	2018-08-01
	《全国法院民商事审判工作会议纪要》	《九民纪要》	最高人民法院	2019-11-08
	《最高人民法院关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》		最高人民法院	2020-08-20
	《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》 (2020 年修正)	《民间借贷规定》 (2020 年)	最高人民法院	2020-08-20
	《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试		财政部、国家税务总局	2016-03-23

部门 规章	点的通知》（财税〔2016〕36 号）			
	《中国银监会关于银行业风险防控工作的指导意见》		中国银行业监督管理委员会（已撤销）	2017-04-07
行业 规定	《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范第 4 号》		中国证券投资基金业协会	2017-02-13

第四部分 实体问题的代理意见

一、 本案中司法解释的适用问题

根据《民法典》第一千二百六十条的规定，自 2021 年 1 月 1 日《民法典》施行后，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）等法律同时废止。审判庭指出：“本案于 2021 年 2 月 1 日审理，适用《民法典》。”因此，在本案审理时，这些法律已被废止。然而，针对这些法律的司法解释并不自动失效，理由如下：

第一，司法解释的废止应由司法解释的制定者即最高人民法院与最高人民检察院讨论决定，而不随法律废止而直接被废止，只有与先行法律规定相矛盾的内容才自动失效。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第三十条规定：“司法解释需要修改、废止的，参照司法解释制定程序的相关规定办理，由审判委员会讨论决定。”《最高人民法院司法解释工作规定》第二十六条规定：“法律制定、修改、废止后，相关司法解释与现行法律规定相矛盾的内容自动失效；最高人民检察院对相关司法解释应当及时予以修改或者废止。”第二十七条规定：“最高人民检察院定期对司法解释进行清理，并对现行有效的司法解释进行汇编。司法解释清理参照司法解释制定程序的相关规定办理。”

第二，若不参照对被废止的单行法的司法解释，会出现新旧法衔接适用上的问题。在对法律的解释与适用存在争议的情况下，会出现没有权威性的解释标准的情况。

因此，即使《合同法》、《担保法》等法律已被《民法典》废止，针对这些法律的司法解释只要与《民法典》无冲突，在被新的司法解释废止之前仍然具有法律效力。

二、 兴达公司无权请求交付商铺

（一）借款合同而非房屋买卖合同才是双方真实意思表示

《民法典》第一百四十二条第一款规定：“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。”故案涉《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》以及《房屋买卖补充协议》的解释，应当综合合同条款、双方当事人行为的性质以及目的、交易习惯以及诚信原则，全方位还原当事人的真意。考察上述因素，借款合同而非房屋买卖合同才应是本案双方的真实意思表示，理由如下。

1. 从合同内容来看，房屋买卖关系并非当事人真实的意思表示

《房屋买卖合同》和《房屋买卖补充合同》于同日签订，双方在签订两个合同之间不可能发生重大的意思转变，而是为合同书写、后续交易便利而将完整的交易安排拆分成两个合同进行约定，故二者应视为整体一并考量。司法实践中，法院也明确指出合同性质的认定不仅需要考察合同名称，更要看合同内容，特别是当事人约定的主要权利义务性质和实际履约情况¹。

从文义解释来看，《房屋买卖合同》所约定的交付商铺的义务难以确保被履行。结合《房屋买卖合同》和《房屋买卖补充合同》，在履行期届满之前，债权人虽能请求债务人交付商铺，但债务人也可以以履行期间尚未届满为由抗辩；履行期届满之时，泉佳富公司所负的给付房屋之债已经“转变为”借款之债。如若发生纠纷，双方诉至法院后真正可以确保履行的，其实还是“转为”借款后泉佳富公司所承担的还款义务。兴达公司行使请求权且不会受到泉佳富公司抗辩的唯一时间点，是由《房屋买卖合同》“12 月 31 日前”和《房屋买卖补充合同》“12 月 31 日未能交付”所确定下来的 2017 年 12 月 31 日；也就是说，若此前泉佳富公司一直未履行债务，兴达公司只得在该特定节点向泉佳富公司主张一次性交付全部商铺。这显然极具投机性，有违商业实践常理。

¹ 何淑萍与哈尔滨金展贸易有限公司房屋买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2009）民提字第 90 号民事判决书；山东容商置业有限公司与微山县金谷建材贸易有限公司建设用地使用权转让合同纠纷再审案，最高人民法院（2018）最高法民再 304 号民事判决书。

从交易习惯来看,《房屋买卖合同》的结构有违交易之常。首先,兴达公司作为“购房者”,当日交付全部房款,但给予泉佳富公司十个月的履行期,与一般房地产交易习惯存在巨大差异,反而与贷款人即时发放全部贷款且借款人在履行期届满后还款的借贷关系相符。²其次,正常的房屋买卖关系应及时结清房款,而无需对利息作出约定;约定利息及利息的数额是民间借贷法律关系的主要特征。³最后,根据《房屋买卖补充合同》第五条“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”。通常而言,房屋买卖合同买方的目的在于获得商铺,合同的各项内容均应围绕房屋交付展开。但本案中兴达公司在订立合同当日就约定购房款返还及针对还款义务的违约责任,显然有违购房者的一般心态。

从合同目的来看,交付商铺并非《房屋买卖合同》所体现的双方真意。如果双方的真实目的是房屋买卖,则合同的核心内容应致力于保障兴达公司获得房屋,只有当交付商铺的目的确实无法实现时才退而求其次寻求金钱补偿。但首先,泉佳富公司有较为充足的房源,即使没有在12月31日当天交付房屋,如果兴达公司积极请求也有较大的可能性获得房屋。但双方不仅没有就兴达公司按时获得全部商铺采取任何保障措施,反而在订立《房屋买卖合同》当日即约定逾期不交房即给付房屋之债转变为给付金钱之债;在泉佳富公司资金周转紧张的情况下,逾期后将交房义务即刻转为金钱给付义务实际上反而降低了获得履行的可能性。其次,《房屋买卖补充合同》明确规定,无论泉佳富公司是否依然有能力交付房屋,届满前就可以直接给付金钱,说明兴达公司并没有取得商铺的强烈意愿。之所以会有这种看似违反常理的交易结构,是因为房屋买卖并非双方的真实目的。

2. 从合同的履行状况来看,借贷关系才是双方的真实意思表示

(1) 兴达公司在开具过期发票至发票被缴销全过程未提出任何异议,双方不具有房屋买卖的意思

兴达公司将房款打入泉佳富公司账户后,泉佳富公司向兴达公司开具销售不动产统一发票。商品房买卖交易中,一般由购房者持有发票原件,并据有效发票办理权属登记。但兴达公司不仅未持有发票原件,甚至根本不在意发票是否有效及无效发票可能导致的法律后果,足见其没有买受房屋的真实意思。

首先,泉佳富公司开具的销售不动产统一发票过期废止,无法办理权属登记。2016年3月23日,《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36号)第一条规定:“在中华人民共和国境内(以下称境内)销售服务、无形资产或者不动产(以下称应税行为)的单位和个人,为增值税纳税人,应当按照本办法缴纳增值税,不缴纳营业税。”2016年5月1日起,营改增在不动产销售行业全面推广,不动产发票正式停用。故自2016年5月1日起,地税机关不再向试点纳税人发放发票。若已领取地税机关印制的发票以及印有本单位名称的发票,可继续使用至2016年6月30日;特殊情况最迟不超过2016年8月31日”。《发票管理办法》(2010年)第二十四条规定:“任何单位和个人应当按照发票管理规定使用发票,不得有下列行为:……(二)知道或者应当知道是私自印制、伪造、变造、非法取得或者废止的发票而受让、开具、存放、携带、邮寄、运输;……”。可见,销售不动产统一发票最迟在2016年8月31日时在全国范围内全面过期作废,任何人不得开具。泉佳富公司在履行《房屋买卖合同》的过程中开具了销售不动产统一发票,但该发票由于过期作废,无法进行权属登记。但兴达公司从始至终并未提出任何异议,可见其并不在意房屋权属登记相关事项,与一般房屋买卖交易情况严重不符。而双方开具销售不动产统一发票,是出于有利公司内部平账且不用缴纳增值税的考虑。

其次,兴达公司在泉佳富公司缴销发票后,从未提出异议。泉佳富公司于2018年1月8日缴销不动产统一发票后,兴达公司实际可通过发票查询得知该发票已被缴销,但是兴达公司没有提出异议。且《房屋买卖合同》明确约定在交付使用后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。若兴达公司意在房屋买卖,当泉佳富公司不按

² 广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷再审案,最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。

³ 李金喜诉刘忠山等民间借贷纠纷案,最高人民法院(2016)最高法民终435号民事判决书。

时办理权属登记时就应当积极主张移转所有权、查询相关资料是否齐全。但目前距离2017年7月、11月两次交付房屋均已超过360日，兴达公司不仅从未主张权属变更登记，甚至从未查询相关资料是否齐全，还称“等着收贷款利息”，可见兴达公司本意并非买卖房屋。

最高法在实践中也明确指出，“买受人”既不留存发票，发票被缴销后也不提出异议，甚至不要求交付房屋和办理权属登记的行为，明显不符合房屋买卖关系交易惯例。⁴可见双方并无“买卖商铺”的意思表示。

(2) 兴达公司向泉佳富公司催缴后既接受还款又接受商铺，借贷关系是真实意思表示

泉佳富公司于2017年8月、10月、12月份三次共计汇款1200万元，7月、11月分两次交付10间商铺；而兴达公司对泉佳富公司所为给付都予以接受。这种交易模式在正常的房屋买卖关系中难以想象：购房者一次性付清购房款后，不仅不能立马拿到房屋，而且还要等待房地产公司选择究竟交付房屋还是归还购房款。购房者本应购买确定的房屋，满足给付购房款后可以确定得到房屋的预期。但兴达公司“购买”的对象却具有不确定性，即其追求的并非特定标的物，而是特定的“价值”；而这恰与借款关系中的贷款人相同。

此外，兴达公司在协商过程中从未主张过交付其他商铺，反而多次表示就等着收贷款利息，也是对其真实意思的直接体现。

3. 小结

《民法典》第一百四十三条：“具备下列条件的民事法律行为有效：……（二）意思表示真实；……”兴达公司与泉佳富公司并不具有成立房屋买卖关系的意思表示，反而存在借款的意思表示；故房屋买卖关系为虚、民间借贷关系为实。

(二) 房屋买卖关系为民间借贷债权提供担保

1. 房屋买卖关系指通过案涉综合体现的房屋买卖关系

兴达公司与泉佳富公司协商多日后，通过《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》以及《房屋买卖补充协议》等合同展现出来表面的“房屋买卖关系”实际为民间借贷的债权提供担保作用；该“房屋买卖关系”不仅包括2017年12月31日交付商铺，还包括12月31日之后未能交付还款或交付商铺需要支付的违约金、逾期利息等安排。

2. 房屋买卖关系能够体现担保目的

《民间借贷规定》（2015年）第二十四条规定，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。该司法解释起草者认为，考察双方订立买卖合同的真实意思是为借款合同设立担保，还是为通过支付对价获得买卖合同标的物所有权，是处理兼有借款合同与买卖合同的纠纷的基础。⁵案涉合同虽然全部围绕“房屋买卖”命名，不存在形式上独立的“民间借贷合同”和“买卖合同”，但双方实际成立民间借贷关系。要判断“房屋买卖关系”是否发挥为兴达公司民间借贷债权提供担保的作用，应首先考察案涉合同是否具有担保目的；该目的需要综合合同文义、⁶合同实质内容和当事人真实意思⁷等进行判断。

由于双方为避免案涉交易因触及对基金公司、房地产公司等监管的限制，试图构建“房屋买卖关系”掩盖真意，故并未通过合同文义明确表示房屋买卖关系作为民间借贷债权的担保从而外化担保目的。欲探求双方真意，还需考察合同签订背景及合同内容。

⁴ 广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2013）民提字第135号民事判决书。

⁵ 杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《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411页，转引自庄加园：《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》，载《清华法学》2016年第3期，第74页。

⁶ 李春玲与陈昌金民间借贷纠纷案，最高人民法院（2013）民申字第1474号民事判决书。

⁷ 康晓敏、康晓江等与京都公司等民间借贷纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第2128号民事判决书。

首先，房屋买卖关系涵射的内容与兴达公司所实质拥有的借贷债权之间具有内容上的相当性。兴达公司欲通过“投资”获得高额收益，泉佳富公司欲获取金钱从而缓解资金周转困难。但由于泉佳富公司目前资金周转紧张且房地产公司普遍流动资金有限，兴达公司希望泉佳富公司提供“借贷关系”所能涵射范围（即兴达公司可请求泉佳富公司还款，届满后可通过法院强制执行）之外的更多保障。故泉佳富公司与兴达公司签订《房屋买卖合同》等系列合同，实现在无法归还现金时，泉佳富公司交付商铺也能保障与兴达公司借贷债权价值相当的利益的效果。即，该系列合同增加了交付商铺作为履行借款债务的一种替代方式，由泉佳富公司视自身资金状况及房地产市场变化选择履行，从而增加兴达公司债权实现的可能性。

其次，《房屋买卖合同》是综合考虑“房住不炒”政策背景、兴达公司投资需求和泉佳富资金、商铺存量情况后的交易设计，旨在最大化债权实现的可能性，兼顾双方的利益平衡。考察当事双方营业性质可知，交付现金与交付商铺的实际给付价值与给付难度接近。兴达公司作为金融机构更青睐直接收回流动资金（从其表示“等着收贷款利息”可见一斑），若泉佳富公司交付商铺则会稍微折价以抵去兴达公司相较流动资金利用的不便。根据《房屋买卖合同》与《房屋买卖补充合同》安排，若债务人给付金钱，除3400万元本金外尚需承担利息1700万元，共5100万元；但对泉佳富公司而言存在流动资金有限无法全额履行的可能性。而若债务人交付商铺，则并不需要另行支付利息，实际给付为房屋真实价值；同时对泉佳富公司来说履行因有现房故较为方便。故73套房实际价格应在5100万元附近波动，甚至由于履行难度的考量（对泉佳富公司较容易）略高于5100万元。结合目前已交房10套总价600万，粗略估计73套商铺也应在4000万至5000万间。因此，“房屋价值”与“3400万元本金及利息之总和”价值相当甚至更高。可见，无论泉佳富公司选择何种履行方式，兴达公司的民间借贷债权在“房屋买卖关系”之下都能够得到很好的保障。较之单纯的借款合同而言，《房屋买卖合同》等系列合同的担保目的甚为明显。⁸

3. 房屋买卖关系能够发挥担保作用

首先需明确，具有担保作用的交易安排不限于法定的担保类型。《民法典》第三百八十八条明确，担保合同也包括抵押、质押之外其他具有担保功能的合同。这已然为让与担保等非典型担保留出解释空间。案涉合同虽既不属于抵押合同、质押合同等法律明文列举的担保合同，也不属于让与担保等目前已为人研究诸多的“非典型担保”，但仍起着担保借款债务履行的功能。这在实践中也为法院所承认：即使当事人所约定的义务或所行使的权利并非法定担保类型所规制范围，仍可能存在“担保作用”。⁹

就“房屋买卖关系”发挥的担保作用而言，

交付房屋抵债是泉佳富公司在资金周转紧张时，被兴达公司所接受的额外的债务履行方式。就泉佳富公司而言，73套商铺房是其现存不动产、数量充足。鉴于泉佳富公司目前资金周转困难，双方当事人无法确保其在履行期届满前拿出足额流动资金偿还借款，故增加交付商铺作为可能的替代履行方式，以更好地保障债权实现。就兴达公司而言，首先它本身及其全资子公司（百旺贸易公司）都存在自用部分商铺的可能性，故泉佳富公司交付商铺后，兴达公司可以有效利用。其次，商铺房这一不动产本身也为债权人所青睐：一方

⁸ 王玉梅：《买卖合同担保民间借贷合同的实务裁判研究——兼论〈民间借贷司法解释〉第24条适用》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2017年第4期，第51-54页。

⁹ 参见厦门源昌房地产开发有限公司与海南悦信集团有限公司委托合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民再51号民事判决书（承认抵销权的担保功能）；江苏省国际信托有限责任公司诉中国农业银行股份有限公司昆明分行合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民终478号民事判决书（承认商事主体承担差额补充义务的增信担保作用）；岑巩县德意房地产开发有限责任公司、杨俊杰民间借贷纠纷再审案，最高人民法院（2020）最高法民申2155号审查与审判监督民事裁定书（承认《商品房预售合同》的担保功能）；中船重工（天津）物资贸易有限公司、陕西宇航科技工业有限公司合同纠纷二审案，最高人民法院（2018）最高法民终888号民事判决书（承认封闭循环交易中间人承担担保功能）；赣州世瑞钨业股份有限公司与陈风雷合伙协议纠纷与借款合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申4091号民事判决书、（2018）最高法民终785号民事判决书（承认没有放弃债权时，债权转股权、股权回购等相关交易都具有实现债权的担保功能）等。

面其市场价值一直处于稳步上升状态；¹⁰另一方面，不动产较易为人所掌控与保护，除极小概率事件（如地震、战争等）外，几乎不会毁损与灭失。最后，不动产已经具有一套完整的担保能力评估体系，兴达公司利用作为金融机构的优势，可以很容易综合借款人违约概率（PD）、风险暴露（EAD）等因素计算出的最高折扣率，从而在《房屋买卖合同》中就约定合适的“房屋价格”和“房屋数量”。

而从实际履行上看，只有通过同时签订房屋买卖合同，兴达公司才能够请求泉佳富公司交付商铺房，并在泉佳富公司交付后保有。请求力分为对债务人的请求力与向法院诉请债务人履行之力。¹¹尽管《房屋买卖合同》明确“2017 年 12 月 31 日”为履行期届满之日，但届满前兴达公司还是有权依约请求泉佳富公司交付商铺。若仅将借款真意通过书面形式表现，兴达公司没有请求泉佳富公司交付商铺的任何依据。保持力是指债务人自动或受法律强制而提出给付时，债权人得保有该给付的效力。¹²因为双方签订了《房屋买卖合同》，泉佳富公司在 12 月 31 日前交付商铺的行为，能够在不明确双方借贷关系与以物抵债合意的情况下，表面上存在“法律上的原因”。若仅将借款真意通过书面形式表现，泉佳富交付商铺房后很可能基于返还原物请求权等请求兴达公司返还，而此时兴达公司没有任何有效抗辩、权利无法得到保障。综上，从利益平衡的角度出发，双方设计出案涉交易结构，以《房屋买卖合同》担保借款合同的履行。

（三）双方综合多方面因素，欲成立房屋买卖关系掩盖借款真意

1. 双方订立房屋买卖合同可规避融资政策限制

（1）房住不炒背景下房地产公司面临融资限制

“房住不炒”背景下，中央为防止房地产市场过热出台多项文件加强房地产信贷管理。¹³ 2017 年中国银监会出台的《中国银监会关于银行业风险防控工作的指导意见》第二十二条、第二十七条强调强化房地产风险管控，要求银行业金融机构建立全口径房地产风险监测机制，严禁资金违规流入房地产领域。随着银行对房地产企业借贷监管的加强、融资渠道的收缩和贷款审批流程的延长，房地产企业国内贷款金额逐渐下降，从金融机构获取借款的难度极大提高。在此背景下，泉佳富公司作为有迫切融资需求的房地产企业，只得从向金融机构贷款转为向其他企业融资。因此，泉佳富公司选择和正在寻找新的投资机会的兴达基金公司签订借款合同，以缓解资金周转紧张问题。

¹⁰ 根据国家统计局 2016、2017 商品房销售面积（除住宅）与销售额得出，2017 年商业用房平均每平方米较 2016 年高出一千元。国家统计局：《2017 年全国房地产开发投资和销售情况》，载中房网 2018 年 1 月 8 日，<http://www.fangchan.com/data/142/2018-01-18/6359658756380627719.html>。

¹¹ 崔建远：《债权保障理论初探》，载《私法》2004 年第 4 辑第 2 卷，第 132 页。

¹² 崔建远：《债权保障理论初探》，载《私法》2004 年第 4 辑第 2 卷，第 134 页。

¹³ 参见中国人民银行《关于将表外理财纳入广义信贷测算的通知》，2016 年 10 月 20 日；中国银行业监督管理委员会《关于进一步加强信用风险管理的通知》（银监发[2016]42 号），2016 年 10 月；中国银行业监督管理委员会《关于开展银行业金融机构房地产相关业务专项检查的紧急通知》，2016 年 11 月 4 日；中国证券监督管理委员会《关于 CISP 系统“资管月报”报表更新相关事项的通知》，2016 年 11 月；国家发展和改革委员会《关于企业债券审核落实房地产调控政策的意见》，2016 年 11 月 11 日；中国证券投资基金业协会《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范第 4 号——私募基金资产管理计划投资房地产开发企业、项目》（征求意见稿），2017 年 1 月；上海证券交易所《关于试行房地产、产能过剩行业公司债券分类监管的函》，2016 年 10 月 28 日；深圳证券交易所于 2016 年 11 月发布《关于试行房地产行业划分标准操作指引的通知》。另外，中国人民银行于 2016 年 10 月 13 日召集 17 家银行就楼市调控开会，要求各商业银行加强信贷结构调整，强化住房信贷管理，调控好相关贷款风险，收缩土地贷款；中国银行业监督管理委员会于 2016 年 10 月 21 日召开 2016 年第三季度经济金融形势分析会，提出五项监管要求。

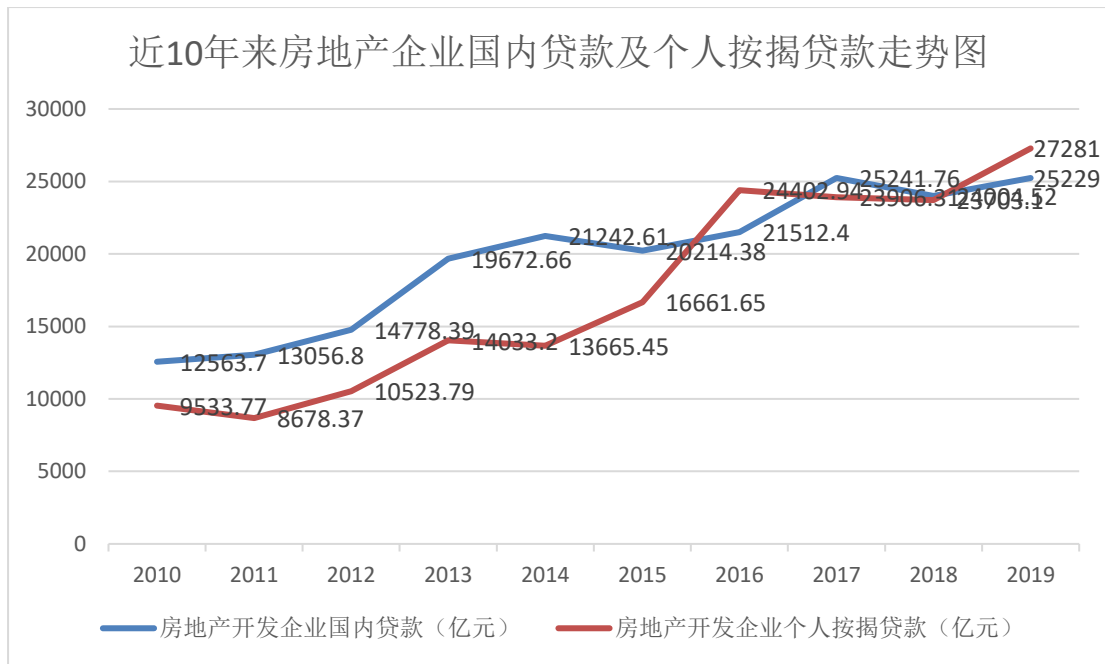


图 1 房地产开发企业国内贷款额于 2017-2018 年呈下降趋势

(2) 基金公司投资房地产项目存在政策限制

《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范第 4 号》第一条规定：“证券期货经营机构设立私募资产管理计划投资于房地产价格上涨过快热点城市普通住宅地产项目的，暂不予备案……”同时，禁止私募资产管理计划通过银行委托贷款、信托计划、受让资产收（受）益权等方式间接向房地产开发企业提供融资。相对于私募基金而言，公募基金募集范围更大，面临更为严格的规制。可见，在现行监管背景下，无论兴达基金公司的性质是私募还是公募基金，都很难实现向泉佳富公司这类房地产企业直接提供借款的目的。因此，结合兴达基金公司的投资需求和泉佳富公司的融资需求，双方协议采取以商品房买卖合同为名、借款合同为实的交易结构，以规避国家对基金公司投资房地产项目的政策限制。

2. 双方订立房屋买卖合同可避免被判定为流质流押的风险

双方在借贷关系中，欲为民间借贷债权提供担保。如果规定为典型担保物权，可以房屋变价所得优先受偿。但基于拍卖等程序的要求，其实行方面存在手续繁杂和费用较高的欠缺。¹⁴而兴达公司和泉佳富公司通过《房屋买卖合同》中确定换价程序，可以规避拍卖等变价清算程序，依据当事人任意所定的适当而简易的方法实现债权，避免标的物在拍卖等程序中换价过低的不利。

但是《民法典》第四百零一条、第四百二十八条规定了禁止流质流押原则。《九民纪要》第七十一条规定，以商铺房买卖关系作为民间借贷债权的担保，若约定债权人能够直接取得商铺房所有权，则可能因违反禁止流质流押原则而认定为无效。例如法院在六盘水兴悟源典当有限公司与六盘水玖盛房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷申请再审案¹⁵中表示以案涉房屋抵销借款债务约定违反禁止流押，在广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷再审案¹⁶中表示“双方之间成立借贷关系，签订商品房买卖合同并办理商品房备案登记的行为，则系一种非典型担保。杨伟鹏作为债权人请求直接取得商铺所有权的主张违反了禁止流质原则”，在尤圆圆、尤丹芳等诉尤剑松合同纠纷案¹⁷指出“违约即丧失赎回权的条款属于流质条约”，在福建华辰房地产有限公司与宁波亚信商贸有

¹⁴ 杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《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 年第 1 版，第 416 页。

¹⁵ 最高人民法院，（2015）民申字第 182 号民事裁定书。

¹⁶ 最高人民法院，（2013）民提字第 135 号民事判决书

¹⁷ 浙江省宁波市中级人民法院，（2012）浙甬商终字第 14 号民事判决书。

限公司借款担保纠纷上诉案¹⁸中也表示“需对担保物价值进行清算，担保权人并不能直接取得担保物所有权以抵偿债务”。而兴达公司与泉佳富公司通过同日签订《房屋买卖合同》和《房屋买卖补充合同》，并且在《房屋买卖补充合同》中明确“购房款转为借款”，形成房屋买卖在先、借款在后的假象，从而有效规避被法院认定为“流质流押”无效的风险、符合双方利益需求。

（四）小结

兴达公司与泉佳富公司通过《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》及《房屋买卖补充协议》欲构建的房屋买卖关系属虚假的意思表示，双方真实意思表示是签订借款合同，特别允许泉佳富公司在流动资金短缺情况下以房抵债。双方做出如此交易安排，旨在规避变价清算的流程、金融借贷管制可能带来的不便与风险。

三、借款利息应调减至512万元，逾期利息、违约金之和应调减至768万元

（一）本案应适用《民间借贷规定》（2015年）

1. 本案于2020年8月20日前受理，适用《民间借贷规定》（2015年）

2020年8月19日最高人民法院发布了《最高人民法院关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》，自2020年8月20日起施行。该决定将《民间借贷规定》（2015年）第三十三条改为第三十二条，修改为：“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。……”

《民事诉讼法》（2017年）第一百二十三条规定：“……符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人……”兴达公司于2020年1月6日向法院起诉，因此法院最晚在2020年1月13日受理。由于法院在2020年8月20日前受理本案，因此不适用《民间借贷规定》（2020年），应当适用《民间借贷规定》（2015年）。

2. 兴达公司和泉佳富公司是《民间借贷规定》（2015年）的适格主体

根据《民间借贷规定》（2015年）第1条，《民间借贷规定》（2015年）所称的“民间借贷”，是指自然人、法人、其他组织之间进行资金融通的行为，经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用于本规定。上述规定确定了“经营放贷业务的金融机构”不适用《民间借贷规定》（2015年）。

本案中，兴达公司虽然作为基金公司，属于“金融机构”，¹⁹但是并没有以放贷作为主营业务，不符合不适用《民间借贷规定》（2015年）的主体范围。因此，兴达公司和泉佳富公司是《民间借贷规定》（2015年）的适格主体，本案借款合同应当适用《民间借贷规定》（2015年）。

（二）借贷关系中的利息、逾期利息、违约金的性质具有共通之处

《民间借贷规定》（2015年）第二十六条规定：“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。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”《民间借贷规定》（2015年）第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人

¹⁸ 浙江省宁波市中级人民法院，（2013）浙甬商终字第447号民事判决书。

¹⁹ 杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《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年第1版，第49页。

民法院不予支持。”上述规定确定了借贷关系中的利息、逾期利息、违约金的司法红线均为年利率 24%，三者性质具有相通之处。

第一，借贷关系中三者的产生基础相同。虽然利息在履行期限内计算，违约金、逾期利息在履行期限届满后计算，但是三者都是基于借款人的资金占用而产生的融资成本和出借人的资金被占用而产生的投资收益。

第二，借贷关系中三者的功能相同。违约金、逾期利息显然具有督促借款人还款的功能。根据《民法典》第六百七十七条的规定，提前还款能够减少利息，因而利息实际上也具有督促还款的功能。

第三，借贷关系中三者的计算方式相同。《民法典》第六百七十七条规定：“借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。”因此利息的计算公式是本金*期内实际占用时长*借款利率。逾期利息的计算公式是未还本金*逾期占用时长*逾期利率。在借贷关系中，违约金如果超过年利率 24% 的红线，法院支持的违约金事实上也按照未还本金*逾期占用时长*法院支持利率的公式计算（注意违约金与逾期利息等费用总计不超过年利率 24%）。

第四，借贷关系中三者的利率规制相同。《民间借贷规定》（2015）第二十六条、第三十条对利息、违约金、逾期利息的利率红线均为年利率 24%，具有相同的规范目的。民间借贷通知》第三条规定：“《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》依法确立了法定利率的司法红线，应当从严把握。人民法院在民间借贷纠纷案件审理过程中，对于各种以‘利息’‘违约金’‘服务费’‘中介费’‘保证金’‘延期费’等突破或变相突破法定利率红线的，应当依法不予支持。”“这些费用虽明目不同，但其实质上仍属于借款人获得借款的成本，我们认为，借款人获得借款的成本应主要以利息形式体现，约定的其他费用多数情况下是双方为了规避利率上限的规定而设”，因此总计超过年利率 24% 的部分，法院一律不予支持。《民间借贷规定》（2015）明文规定的利息、违约金、逾期利息具有相同利率限制的规范目的，民间借贷在我国金融市场上占据重要的一席之地，是多层次金融市场的有机组成部分²⁰，因此制定利息、违约金、逾期利息的利率限制有助于控制借款人的融资成本。

因此，借贷关系中的利息、违约金、逾期利息的性质具有共通之处，都受到年利率 24% 的规制。

（三）借款利息应调减至 512 万元

1. 借款合同约定的月利率应当以 2% 为限度

《民间借贷规定》（2015 年）第二十六条规定：“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。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，人民法院应予支持。”

《房屋买卖补充协议》第五条第一款约定的月利率高达 5%、年利率高达 60%，总额高达 1700 万，明显超过了国家对利率上限的规定。因此，合同约定的利息月利率超过 2% 的部分不予保护。

2. 泉佳富公司提前还款，利息应按照实际借款期间计算

《民法典》第六百七十七条规定：“借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。”

本案双方约定的借款期间为 2017 年 3 月 1 日至 12 月 31 日，且没有约定不得提前还款。泉佳富公司于 8 月、10 月和 12 月分别提前还款 400 万元，因此应还利息应当按照各笔款项相应的借款期间计算，分别为 $400 \times 2\% \times 6 = 48$ 万元、 $400 \times 2\% \times 8 = 64$ 万元、 $400 \times 2\% \times 10 = 80$ 万元。

3. 小结：兴达公司可以主张的利息仅为 $192 + 320 = 512$ 万元

²⁰ 杨临萍、韩延斌、于蒙：《解读〈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〉》，转引自强力：《我国民间融资利率规制的法律问题》，《政法论坛》2012 年第 5 期。

如前文所述，泉佳富公司提前还款部分的利息为 $48+64+80=192$ 万元，未还款部分的利息为 $1600*2\%*10=320$ 万元。因此，泉佳富公司总计应当归还兴达公司利息 $192+320=512$ 万元。

（四）兴达公司可以主张的逾期利息、违约金总计仅768万元

1. 逾期利息应当调减

（1）《房屋买卖补充协议》约定的“逾期利息”是针对违约金的利息，无效

《房屋买卖补充协议》第七条约定了违约金，第八条约定了逾期支付违约金的后果：“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”。双方约定的“逾期利息”的产生条件为“逾期一月未支付违约金”，根据体系解释，“逾期利息”所基于的“未支付款项”实际上指未支付的违约金，是针对违约金收取的利息。

学界认为，违约责任是当事人不履行合同债务时所生的民事责任。²¹我国法是严格区分债务和责任的，通说认为，债务是法律规定或合同约定的当事人当为的行为，而责任是债务人不履行债务时国家强制债务人履行或承担其他负担的表现。²²因此，违约责任的产生只能基于合同债务，不能基于另一违约责任。从给付义务的类型来说，债之关系的上的原有义务是第一次给付义务，原给付义务于履行过程中因特殊事由（包括履行迟延或不完全履行原给付义务）演变而生的义务是第二次给付义务²³，不存在由第二次给付义务演变而生的“第三次给付义务”的概念。因此本案不能针对违约金收取利息。

司法实践中，对于违约金的利息不予支持。“虽华盛公司没有按照约定的时间支付[违约金]，但该约定本身带有对华盛公司违约行为的惩罚性，再由其承担违约金的利息，属重复惩罚”²⁴；“在违约损害赔偿中，违约金与利息均为补偿当事人因违约行为而受到的损失，不能重复计算，故申请人主张还应获取违约金利息没有法律依据。”²⁵

因此，《房屋买卖补充协议》约定的逾期利息是违约金利息，无效。

（2）兴达公司主张的逾期利息的利率至多为年利率24%

《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。”该规定确定了逾期利息的产生条件为“合同期满后未偿还借款”。兴达公司诉讼请求第三项以未还借款1600万元为基数主张的逾期利息，但

《房屋买卖补充协议》约定的“逾期利息”以违约金为基数，而不是以未还借款为基数，因此兴达公司主张的逾期利息并未根据合同约定，而是根据《民法典》第六百七十六条。

《民间借贷规定》（2015年）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。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：……（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”由于本案合同约定的“逾期利息”无效，视为未约定逾期利率，因此应当参照借期内的利率支付资金占用期间利息。借期内的年利率已经超过24%的上限，故逾期利息应当以年利率24%为限计算，应当支付 $1600*24\%*2=768$ 万元。²⁶

（3）小结：兴达公司可以主张的逾期利息仅为768万元

²¹ 崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年7月第2版，第321页。

²² 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年7月第2版，第317页；韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年6月第4版，第738页；梁慧星：《论民事责任》，载《中国法学》1990年第3期。

²³ 韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年6月第4版，第342页。

²⁴ 河南华盛建设集团有限公司与青海青源达矿业有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案，青海省高级人民法院（2016）青民终57号民事判决书。

²⁵ 彭建军、湖南江坤置业有限公司商品房预售合同纠纷再审审查与审判监督案，湖南省高级人民法院（2020）湘民申1371号民事裁定书。

²⁶ 梅州地中海酒店有限公司、深圳市紫瑞房地产开发有限公司金融借款合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民再54号民事判决书。

综上所述，兴达公司主张的“逾期利息”实为“违约金利息”，因而无效；兴达公司可以主张的逾期利息实为以年利率24%为限的768万元。

2. 违约金应当调减

（1）违约金不得调整的约定无法排除违约金司法酌减规则的适用

《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。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”

本条款规定的是约定违约金的计算方式和调整规则，确立了“司法酌减规则”，司法酌减规则不能被当事人约定排除。²⁷根据最高人民法院意见，“违约金不能调整”的约定对当事人不发生效力，当事人请求违约金调整的权利始终有效。违约金调整申请权是具有公法性质的请求司法保护的權利，而非私法上的權利，当事人约定放弃对法院没有拘束力。²⁸

学界通说认为，违约金酌减规则目的在于保护债务人，属于强制性条款，当事人不能根据约定予以改变。²⁹且根据文义解释，违约金酌减规则不包含“当事人另有约定的除外”的但书条款，这事实上体现了违约金酌减规则不得依据当事人约定排除。³⁰此外，比较法上的共识认为司法酌减规则侧重保护债务人，属于强制性规范，不得由当事人事先约定排除适用。³¹

最高人民法院指出：“违约金数额允许调整就是适宜的，这是为了实现民法公平原则……违约金的数额不能完全放任和留待当事人自由约定”。³²最高人民法院在大同市天力房地产开发有限责任公司诉山西同至人商业管理有限公司等房屋租赁合同纠纷案的再审民事裁定书³³中认为：“双方虽有关于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。”民法中的公平原则，是指民事主体从事民事活动时，应当公正、持平、合理确定相互之间的权利和义务。产生民事法律关系时，民事主体要秉持公平理念，公平、平允、合理地确定各方的权利和义务；进行民事活动时，要按照公平观念行使权利、履行义务，特别是对于双方民事法律行为，一方的权利和义务应当相适应，双方之间的权利和义务应当对等，不能一方只承担义务而另一方只享有权利。³⁴首先，违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿，在借贷关系中金钱之债迟延履行造成的损失仅为利息。³⁵倘若泉佳富公司在支付768万元的逾期利息基础上继续支付680万元违约金，显然远远超过了损失的范围，突破了法定利率红线，违反了公平原则。其次，680万元的违约金是针对不履行全部3400万元借款债务的违约责任，而泉佳富公司已履行1800万元债务，若仍需承担全部借款债务的违约金，显然有失公平。³⁶再次，《民商事合同纠纷指导意见》对“企业经营存在

²⁷ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》，中国法制出版社2020年6月第1版，第483页。

²⁸ 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。

²⁹ 参见王洪亮：《请求权基础的解释与反思》，法律出版社2015年8月第1版，第62页；姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年10月第1版，第292页。

³⁰ 惠从冰：《违约救济比较研究》，法律出版社2013年12月版，第440页。

³¹ 姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年10月第1版，第292页。

³² 最高人民法院研究室编著：《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6月第1版，第209页。

³³ 最高人民法院民事裁定书，（2016）最高法民申1780号。

³⁴ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国总则编理解与适用（上）》，人民法院出版社2020年7月第1版，第60页。

³⁵ 杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《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年第1版，第527页。

³⁶ “……被告履行了绝大部分义务，只有少部分未履行……违约金数额明显过高……本案违约金的计算应以对方违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度……酌定被告向原告支付违约金的数额。”参见天水嘉和商贸有限责任公司等与汪某保项目转让合同纠纷案，甘肃省天水市中级人民法院（2012）天民二终字第00015号民事判决书；何某飞与朱某娄企业租赁经营合同纠纷案，浙江省台州市中级人民法院（2009）浙台商终字第505号民事判决书。

困难”的背景下的违约金酌减作出了应当考虑债务人的经济状况的规定。³⁷在比较法领域，也存在同样的立法例。³⁸本案中，泉佳富公司资金周转困难，经济状况无法支撑其偿还巨额违约金和逾期利息，应当进行适度酌减，才能符合公平原则。

虽然双方在《房屋买卖补充协议》中约定“违约金不得调整”，但是违约金调整的司法介入蕴含了“合同自由”与“合同正义”相结合的公共政策，当事人放弃违约金调整申请权的约定，可能导致违约金条款异化成为一方压榨另一方的工具，违背公平、诚实信用、公序良俗等基本原则。³⁹

因此，本案中关于“违约金不得调整”的约定无效。

（2）无论违约金性质如何，泉佳富公司均可以请求调整违约金

双方在《房屋买卖补充协议》中约定“违约金具有惩罚性违约金性质”，但是我国立法、司法实践、学理观点均认为“无论违约金性质如何，合同一方均可以请求调整违约金”，因此本案中，即使双方约定违约金性质为惩罚性，违约金仍然可以被调减。

根据立法文义解释，《民法典》第五百八十五条关于调整违约金的规定与违约金性质无关。无论当事人对违约金性质是否有约定，当事人均有权请求人民法院进行调整。⁴⁰

司法实践中，最高人民法院也确立了惩罚性违约金可以得到调整的原则。在关于惩罚性违约金能否调整的42个最高院案例中，最高院观点立场一致，均认为“按照《合同法司法解释（二）》第二十九条的规定，‘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’”。⁴¹

如在松原大润发商业有限公司、吉林省金钻购物广场有限公司房屋租赁合同纠纷案⁴²中，案涉合同约定“双方中的任何一方若构成对本合同的违约，违约金均为人民币3000万元”，最高人民法院引用《合同法司法解释（二）》第二十九条规定，认为：“这显然是惩罚性违约金条款……松原大润发公司已按照合同约定实际交付绝大部分租金，未履行部分数额占应交租金的比例较小……案涉《租赁合同》所约定的违约金3000万元显然高于实际损失……综合考虑本案事实和法律规定，本院酌定松原大润发公司赔偿金钻公司与租金损失相当的违约金331420元。”该案确定了惩罚性违约金可以基于实际损失、综合其他因素

³⁷ 《民商事合同纠纷指导意见》第五条规定：“现阶段由于国内宏观经济环境的变化和影响，民商事合同履行过程中违约现象比较突出。对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院应根据合同法第一百一十四条第二款和最高人民法院《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《合同法解释（二）》）第二十九条等关于调整过高违约金的规定内容和精神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。”

³⁸ 关于债务人的经济状况因素，在德国法上，司法酌减时也需要考虑债务人经济上的生存空间，应衡量一切必要情势，以免使债务人遭受过分严苛的违约金负担，参见 Staudinger BGB/Rieble, 2009, § 343 Rn. 108; Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 145. 我国台湾地区的司法实践上也有类似考量，参见2000年台湾地区“最高法院”台上字第882号判决，转引自姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年10月第1版，第332页。

³⁹ 参见最高人民法院研究室编著：《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6月第1版，第212页；韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年6月第4版，第827页；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。

⁴⁰ 最高人民法院研究室编著：《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6月第1版，第209页。

⁴¹ 参见辽宁华润万家生活超市有限公司、丹东华美房地产开发有限公司租赁合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申2309号民事裁定书；深圳市金长金投资有限公司、广州市万绿达集团有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申470号民事裁定书；江苏乐天玛特商业有限公司与淮北兆基实业有限公司房屋租赁合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民终746号民事判决书；江苏帝都建设工程有限公司与袁秀莲等租赁合同纠纷申请再审案，最高人民法院（2015）民申字第1413号民事裁定书；韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环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案，最高人民法院（2011）民再申字第84号民事裁定书；西藏天知进出口贸易有限公司、拉萨康达汽贸有限责任公司与拉萨丰田汽车销售服务有限公司合资合同纠纷上诉案，最高人民法院（2006）民二终字第201号民事判决书。

⁴² 最高人民法院民事判决书，（2018）最高法民再238号。

进行调减。又如深圳市金长金投资有限公司、广州市万绿达集团有限公司合同纠纷再审案⁴³中，最高法院指出：“综合考虑万绿达公司的违约情形及当时企业融资担保成本等因素，酌定万绿达公司支付金长金公司违约金300万元，并无明显不当。……人民法院调整违约金以实际损失为基础，金长金公司主张万绿达公司支付惩罚性违约金，没有法律依据。”再如在山西威龙建筑装饰设计有限公司等与太原市第一建筑工程集团有限公司第十一工程处装饰装修合同纠纷申请案⁴⁴中，最高人民法院驳回了再审申请人关于惩罚性违约金不适用司法酌减的理由。上述案例全部肯定了惩罚性违约金应当以实际损失为基础进行调减。

此外，学界亦认为，惩罚性违约金若不能允许当事人请求法院进行酌减，与“民法不以惩罚为目的，重在补偿受害人损失”的基本理念冲突。⁴⁵

综上所述，本案中无论违约金性质是否为惩罚性，泉佳富公司都有权请求人民法院对此进行调整。

（3）违约金应当调减，与逾期利息之和不超过年利率24%

如上所述，《民法典》第五百八十五条规定了违约金司法酌减原则。《合同法司法解释（二）》第二十九条第一款规定：“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。”上述规定确定了违约金的调减原则，即应当以实际损失为基础，结合综合因素进行考量。⁴⁶

根据上述规定和立法目的，“衡量违约金是否过高的最重要最根本的标准是违约造成的损失，这是基础标准。”⁴⁷我国司法实践认为上述规定中的“造成的损失”应当仅限于“实际损失”，⁴⁸不包括无形损害。⁴⁹最高人民法院公报案例⁵⁰亦确认了“损失”应当限定为“实际损失”。根据最高法院观点，实际损失，即实际损害，指因违约导致的现有利益的减少，是现实利益的损失而非无形利益的损失，不包括商誉损失等抽象因素。⁵¹本案中，虽然《房屋买卖补充协议》称违约金“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”，但是原告若想主张无形损失，应通过专业的评估机构来证明这些综合抽象要素确实造成了损害。

⁴³ 最高人民法院再审民事裁定书，(2019)最高法民申470号。

⁴⁴ 最高人民法院再审民事裁定书，(2013)民申字第501号。

⁴⁵ 崔建远：《整体、基点、度》，载《民法九人行》（第二卷），金桥文化出版（香港）有限公司2004年版，第147页，转引自王洪亮：《请求权基础的解释与反思》，法律出版社2015年8月第1版，第62页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年7月第2版，第385页。

⁴⁶ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》，中国法制出版社2020年6月第1版，第483页。即使兴达公司称“双方均为企业法人，属于商事主体，调整违约金应当审慎”，但是若违约金约定过高，从公平原则等多方面考虑，“违约金不得调整”约定无效，人民法院应当酌减。参见封开县金装河生黄金开采有限公司、聂河生与广东国邦投资公司合同纠纷申请再审案，最高人民法院（2009）民申字第722号民事裁定书。

⁴⁷ 最高人民法院研究室编著：《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6月第1版，第213页。

⁴⁸ 参见王洪亮：《请求权基础的解释与反思》，法律出版社2015年8月第1版，第58页；韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年2月第1版，第288页；姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年10月第1版，第318页。

⁴⁹ 参见王洪亮：《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，载《法学》2013年第5期，第116页；王洪亮：《违约金功能定位的反思》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2014年第2期，第115页。

⁵⁰ 韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环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案，最高人民法院（2011）最高法民再申字第84号民事裁定书：“计算实际损失数额时，应当以因违约方未能履行双方争议的、含有违约金条款的合同，给守约方造成的实际损失为基础进行计算，将合同以外的其他损失排除在外。”

⁵¹ 深圳市兴耀达电子有限公司诉深圳市三诺电子有限公司买卖合同纠纷案，最高人民法院（2013）民抗字第15号民事判决书。

参照《民法典》第五百八十四条第一款对违约损害赔偿的规定⁵²，损害应当符合可预见性。⁵³最高法院公报案例⁵⁴中认为，借款合同中的实际损失仅为利息损失。本案中，双方签订的合同为借款合同，可预见的实际损失仅包括因迟延偿还借款本金所产生的损失。

《民间借贷规定》（2015 年）第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24% 的部分，人民法院不予支持。”司法实践认为，逾期利息若达到年利率 24%，如果出借人不能证明其实际损失超过逾期利息，则视为损失已被逾期利息所填补，因此法院不再支持出借人在年利率 24% 以上主张违约金的请求。⁵⁵

因此，违约金应当调减，与逾期利息之和不超过年利率 24%。

3. 小结：逾期利息和违约金总计不得超过 24%，兴达公司仅得主张 768 万元

（五）小结

兴达公司仅可以主张期内利息 512 万元以及逾期利息和违约金 768 万元，总共 512 万元+768 万元=1280 万元。

四、吴益不当承担保证责任

（一）案涉手书条款不能成立保证合同

吴益作为泉佳富公司法定代表人，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”，但该手书保证条款不能成立保证合同。

1. 手书保证条款缺乏签名、盖章或指印

（1）保证合同为要式合同，以书面形式为成立要件

《民法典》第六百八十五条规定：“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。第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。”最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组明确表示，强调书面形式，旨在提醒与警示保证人一旦在保证合同或者保证人栏目上签字，就要承担相应保证责任，促使其谨慎行事。⁵⁶

无论是单独订立的书面合同、主合同中的保证条款、书面形式的单方保证书，保证合同都是法定的要式合同，书面形式是保证合同的成立要件。《民法典》第四百六十九条第一款规定：“当事人订立合同可采取书面形式口头形式或其他形式。”而合同书形式是典型的合同的书面形式，与信件、电报、电传等其他书面形式相区别。本案中兴达公司、泉佳富公司与吴益所签订的《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》与《房屋买卖补充协议》应为典型的合同书形式的合同；尽管保证条款是手写的补充条款，也要适用合同书的相应规则进行规范。

（2）未签名、盖章或按指印，合同书形式的保证合同不成立

《民法典》第四百九十条第一款规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履

⁵² 《民法典》第 584 条第 1 款规定：“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，给对方造成损失的，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，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

⁵³ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》，中国法制出版社 2020 年 6 月第 1 版，第 432 页。

⁵⁴ 北京长富投资基金与武汉中森华世纪房地产开发有限公司等委托贷款合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民终 124 号民事判决书：“本案中长富基金因中森华房地产公司违约遭受的损失主要是利息损失。”

⁵⁵ 北京长富投资基金与武汉中森华世纪房地产开发有限公司等委托贷款合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民终 124 号民事判决书；中国华融资产管理股份有限公司甘肃省分公司、青海三工金属贸易有限公司债权转让合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民终 344 号二审民事判决书。

⁵⁶ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年 7 月第 1 版，第 685 页。

行主要义务，对方接受时，该合同成立。”显然，本案并不存在“一方履行主要义务，对方接受”的情形，故需要考察吴益未在手书条款后签名、盖章或按指印是否影响保证合同成立。

实际上，实务界与学界基本认为，签名、盖章或按指印是合同书形式合同的特别成立要件，具有确认真实、保护当事人、预防纠纷等难以替代的重要意义。全国人大法工委民法室主任主编的《中华人民共和国民法典合同编解读》指出，第四百九十条第一款规定采用合同书形式订立合同的特别成立要件，旨在保护交易安全、有效预防和解决纠纷。如果不存在签名、盖章或指印，无法最终确认当事人对合同内容协商一致，从而无法认定合同成立。⁵⁷最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》强调，书面形式具有一般性保护和证据功能；此外，亲笔签名具有结束功能、真实性功能和识别功能。《合同法司法解释（二）》第五条第一句“当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章”也体现出司法实践中法院将签字或盖章作为书面形式合同构成要件，谨慎认定合同成立的倾向。⁵⁸学界也承认当事人或其代理人签字或盖章能够表明接受合法约束的意思、体现双方合意，证明文字凭据的真实性、保证交易安全。⁵⁹

吴益手书的保证条款没有签名、盖章或按指印，不满足合同书形式的合同的特别成立要件，从而无法满足保证合同的要式性，故保证合同不成立。

2. 手书保证条款缺乏主语，吴益并无受其拘束之意思

即便吴益对手书之事实并无异议，也无法得出即便缺少签名、盖章或指印，保证合同也能成立的结论。案涉手书条款内容为“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”，但缺乏主语。这说明吴益尽可能避免自己手书本人名称在合同上，从而避免“手书条款”之事实与“签名、盖章或指印”发挥相同效力。

结合双方长期协商的背景与临时手书缺乏主语的保证条款，可以看出该条款并非兴达公司和泉佳富公司前期协商的结果。兴达公司很可能在各份合同打印完毕后，在签订当日临时提出要求吴益提供保证，没有给吴益充分的思考时间。为如此巨额款项提供担保，吴益需要时间思考。兴达公司表示，吴益可以先行手书保证条款，同时保留继续考虑的权利，待决定提供保证后补上签名。为合同能顺利签订、避免前期协商付诸东流，吴益在《房屋买卖补充合同》上手书该条款，同时注意避免书写自己的名字而被认定为变相签字，从而保障自身权利。

因此，尽管吴益对手书条款之事实并无异议，但合同成立的关键应当是保证合同当事人是否达成合意。吴益尽可能避免以保证人身份签字或盖章，说明其并无受保证条款约束之意思，因而保证合同不成立。

（二）即使保证合同成立，由于保证期间经过，吴益不承担保证责任

1. 吴益承担保证责任的方式应当拟制为一般保证

（1）赛题答疑要求适用《民法典》

吴益手书保证条款的时间是2017年3月1日，保证期间为2018年1月1日至6月31日。《民法典》自2021年1月1日开始施行，当时规制保证合同的有效法律为《担保法》。

《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确的，按照连带责任保证承担保证责任。”故按照现实情况，保证合同成立且保证方式约定不明的情况下，吴益或应承担连带责任保证。

赛题答疑中明确“赛题的规范依据是现行有效民事法律还是《民法典》？本案于2021年2月1日审理，适用《民法典》”。正常情况下，即便假定2021年2月1日审理，适用新法还是旧法还是应当具体情况具体判断，如《九民纪要》对《民法总则》的时间效力分类

⁵⁷ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，中国法制出版社2020年7月第1版，第101页。

⁵⁸ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（一）》，人民法院出版社2020年7月第1版，第195页。

⁵⁹ 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年6月第4版，第111页；崔建远：《合同法（第五版）》，法律出版社2010年2月第5版，第93页。

进行了阐述。⁶⁰但组委会明确“适用《民法典》”，说明进一步拟制对法律的选择与适用，故无需考虑实际情况中如何处理。⁶¹

《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。”本案中手书条款内容为“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”，可能对保证方式的描述仅为“提供担保”。审判实践中，仅有“做担保”“提供担保”而不存在“届期无法/不能履行债务时保证人承担责任”等能够体现保证人享有先诉抗辩权的约定，⁶²常被认定为对保证方式约定不明⁶³或没有约定，⁶⁴故吴益应按照一般保证承担保证责任。

（2）适用《民法典》实质上符合“有利追溯”

《立法法》（2015年）第九十三条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，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。”在刑法上“有利溯及”表现为“从旧兼从轻”，且被告人是“有利溯及”的主要考虑对象。在民法上，由于当事人都是平等主体，故需要综合考量各方利益来确定是否适用“有利溯及”。

若适用新法能更好保护各方当事人的利益，溯及既往适用新法自无异议。⁶⁵若适用新法能更好保护当事人一方但可能减少其他方利益，就需要综合考察、对比旧法和新法下当事人之间利益关系，适用更有利于利益平衡的法律。而溯及适用《民法典》关于保证方式的推定，在本案更有利于保障各方当事人利益平衡、维护正常经济秩序。

首先，《民法典》修改没有约定或约定不明时推定的保证方式，主要考虑保证人利益、公平原则与市场稳定。《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》（2018年12月23日）第六条指出，没有约定或者约定不明的一概推定为连带责任保证，会加重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，影响正常的生活和经营秩序；宪法和法律委员会经研究认为，修改成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。全国人大法工委民法室主任主编的《中华人民共和国民法典合同编解读》指出也明确修改理由包括比较法的参考，连带责任保证对保证人保护不力，连带责任保证在司法实践中引发的混乱以及连带责任保证下三角债、连环债频发给经济社会带来的不良影响。⁶⁶最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》认为该修改“拨乱反正”，符合保证制度主旨与发展趋势、彻底贯彻公平原则，同时与国际接轨。⁶⁷可见将连带责任保证置于常态而将

⁶⁰ 《九民纪要》第四条规定：“【民法总则的时间效力】根据‘法不溯及既往’的原则，民法总则原则上没有溯及力，故只能适用于施行后发生的法律事实；民法总则施行前发生的法律事实，适用当时的法律；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。但要注意有例外情形，如虽然法律事实发生在民法总则施行前，但当时的法律对此没有规定而民法总则有规定的，例如，对于虚伪意思表示、第三人实施欺诈行为，合同均无规定，发生纠纷后，基于‘法官不得拒绝裁判’规则，可以将民法总则的相关规定作为裁判依据。又如，民法总则施行前成立的合同，根据当时的法律应当认定无效，而根据民法总则应当认定有效或者可撤销的，应当适用民法总则的规定。”

⁶¹ 这点在赛题说明第5条也得到体现：“任何有关管辖权和诉讼程序的争议不影响模拟审判庭对本案的继续审理。”如果任何一方主张比赛规则不符合《民事诉讼法》的规定，因而要适用《民事诉讼法》关于开庭审理程序的规定，当然不能支持。如果任何一方主张本案根据案由应当拆分为买卖合同纠纷和借款合同纠纷两个案件进行审理，反对合并审理，当然也不能支持。

⁶² 若存在此种约定，则表明保证人实际上承担的是一般保证责任。因为所谓债务人届期“无法”或“不能”履行债务，强调的是债务人客观上没有履行债务的经济能力，此种表述意味着保证人享有先诉抗辩权。参见许琼英诉喻清廉、许国树、郭梅莺借贷担保纠纷案，福建省高级人民法院（1999）闽民终字第117号民事判决书；程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年第1版，第54-55页。

⁶³ 麻城市宇盛工贸有限公司等与山西聚丰能源有限公司等买卖合同纠纷二审案，最高人民法院（2015）民二终字第174号民事判决书。

⁶⁴ 党候美、王连生民间借贷纠纷二审案，最高人民法院（2019）最高法民终329号民事判决书。

⁶⁵ 如《九民纪要》第四条规定：“民法总则施行前成立的合同，根据当时的法律应当认定无效，而根据民法总则应当认定有效或者可撤销的，应当适用民法总则的规定。”

⁶⁶ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，中国法制出版社2020年7月第1版，第749页。

⁶⁷ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年7月第1版，第686页。

一般保证作为例外不仅在逻辑上混乱、偏离保证制度的主旨，而且导致债务风险的扩散，忽视保证制度应当追求的其他价值目标；一般保证更加符合保证制度的主旨，体现出先进理念。溯及适用《民法典》关于保证方式的推定，有利于让当事人在稳定的经济秩序下完成交易。

其次，连带责任保证可能加重债权人和保证人、主债务人和保证人之间的利益失衡，这在本案体现尤为明显；适用《民法典》可化解利益失衡。保证合同本身就存在一定的利益失衡：保证人和债权人之间的利益失衡，不仅表现为保证合同无偿、单务的法律特征，还表现为保证合同对债权人有利而对保证人无明显益处。保证人和主债务人之间的利益失衡，表现为增加缔约机会使债务人获得主合同的利益但保证人自身并不直接享有，且实现求偿权有风险。故保证法律关系中，债权人和债务人都是利益享有者，而保证人承担巨大风险与责任。⁶⁸

若没有约定或约定不明时推定为连带责任，将进一步加剧利益失衡。《担保法》之所以推定为连带责任保证，是为应对当时社会经济秩序混乱、交易诚信严重缺失的困境而倾向于加重保证人的责任、保障债权人利益。⁶⁹改革开放初期，企业大规模乱生产、乱投资的现象导致银行等金融机构发放贷款时面临较高风险。但随着市场征信体系的建立，债权人对债权实现的把握能力增强，试图通过加重保证人责任、牺牲当事人间利益平衡促进交易完成的方式，早应被抛弃。也就是说，《担保法》的“过时”不是由于《民法典》的出台，其深层原因是《担保法》与日渐成熟的市场经济的不适配。

若适用《民法典》推定为一般保证，有利于缓解保证合同关系中的利益失衡局面。在保证人和债权人之间，由于保证人享有先诉抗辩权，有效督促债权人先向主债务人主张偿债。在保证人和债务人之间，先诉抗辩权也使保证人承担补充责任而非代替债务人偿债。

《担保法》中规定的债权人主义转向《民法典》的保证人主义，保障保证人的积极性、减少交易成本、极大促进市场交易。

本案并无证据表明吴益参与兴达公司和泉佳富公司前期的长期协商过程，且双方打印的书面合同中并无条款约定由吴益承担保证责任。由此可知，吴益是在签订合同当日临时被要求提供保证，并无充分时间考虑是否对巨额债务承担保证责任。在没有法律顾问提请注意的情况下，吴益认为未签字时保证条款对自己不发生拘束效力，且“提供担保”应当仅限于在公司欠缺偿债能力情况下自己再承担保证责任，故手书条款。兴达公司利用“没有约定或约定不明”即可推定为连带责任保证的有利条件，实际上排除公司有限责任对吴益的保护，通过不合理加重其责任来保障自身利益。综上，对一般保证的推定，不仅一般意义上有利于保证法律关系中利益的平衡，在本案中尤为突出。《民法典》关于没有约定或约定不明时对保证方式的推定应当溯及既往地适用于本案。

2. 保证期间经过，吴益不再承担保证责任

《民法典》第六百九十二条第二款规定：“债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；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。”保证条款中难以看出对保证期间的约定，同时主债务的履行期限为 2017 年 12 月 31 日，故保证期间为 2018 年 1 月 1 日至 6 月 30 日。

《民法典》第六百九十三条第一款规定：“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。”兴达公司在保证期间内没有对泉佳富公司提起诉讼或申请仲裁，吴益不再承担保证责任。

（三）即使保证合同成立，且适用《担保法》，吴益也不承担保证责任

1. 手书条款对保证期间没有约定，保证期间为主债务履行届满之日起6个月

⁶⁸ 刘幸：《保证法律关系中的利益平衡》，中国政法大学硕士学位论文，2009 年 3 月。

⁶⁹ 孙礼海主编：《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社 1995 年版，第 24-25 页；董开军主编：《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》，中国计划出版社 1995 年版，第 69 页；邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书（民商法律卷）》，法律出版社 1995 年版，第 197 页。

《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确的，按照连带责任保证承担保证责任。”第二十六条第一款规定：“连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。”

本案中手书条款未明确保证方式（具体分析见前文），⁷⁰故吴益应按照连带责任保证承担保证责任。同时该条款字面上难以解读出当事人对保证期间的约定，甚至根本没有时间、先后顺序等相关字眼，故双方并未约定保证期间，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月，即2018年1月1日至2018年6月30日。

2. 兴达公司未在保证期间内要求吴益承担保证责任，吴益不再承担保证责任

（1）兴达公司未在保证期间内直接要求吴益承担保证责任

《担保法》第二十六条第二款规定：“在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。”《担保法司法解释》第三十四条第二款规定：“一旦债权人在保证期间内向保证人提出了承担保证责任的要求，则保证期间失去效力，转而开始计算诉讼时效。”尽管兴达发展基金有限公司于2018年3月起与泉佳富房地产公司进行沟通并数次当面协商，但一直未要求吴益承担保证责任。故截止2020年1月6日兴达公司起诉时，吴益保证责任已经被免除。

（2）兴达公司与泉佳富公司协商，不能视为要求保证人承担保证责任

债权人“要求保证人承担保证责任”的方式没有法定的要求。虽然存在审判实践认定，若保证人具有债务人的法定代表人和保证人的双重身份，则不必区分其催收行为是针对债务人还是保证人；但相关案例与本案存在本质差别。第一种情况是，债权人向债务人催收时，代表债务人一方与其沟通的是保证人，即债权人同时向具有债务人的法定代表人和保证人双重身份的自然人进行意思表示。⁷¹通过与债权人的直接沟通，作为保证人的自然人当然对主债务届满、未履行完毕且债权人希望债务得到清偿的事实知情。而本案并无任何信息表明兴达公司直接与保证人本人进行面谈或其他方式的沟通，或者吴益在公司内部的职务可能使其参与或了解该日常交易的履行进程与后续协商过程。第二种情况是，催款通知书或能认定成立新的保证合同的通知上加盖公司公章，推定已经向保证人主张权利。⁷²但这是因为法定代表人在实务中常作为公章的保管人，因此加盖公章往往意味着法定代表人对该通知内容知情，进而可以拟制出债权人对作为保证人的法定代表人主张权利的意思表示。本案并无任何信息提到，协商过程中泉佳富公司发送通知书且加盖兴达公司的公章。⁷³

《公司法》（2018年）第十三条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任；第一百四十八条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”勤勉义务是对能力的要求、要求无疏忽的积极义务；此处可能相关的勤勉义务要求仅限于对较重大交易有最基本了解，并不要求事无巨细地了解公司的每一笔交易进程。根据CRIC统计数据，2017年度中国房地产企业销售第200名的流量金额都达到45.8亿元，销售面积第200名也达到

⁷⁰ 党候美、王连生民间借贷纠纷二审案，最高人民法院（2019）最高法民终329号民事判决书。

⁷¹ 参见陕西弘瑞丰贸易有限公司、西安华海酒店投资股份公司民间借贷纠纷二审案，最高人民法院（2018）最高法民终1241号民事判决书；常文、龙江银行股份有限公司大庆分行金融借款合同纠纷再审案，最高人民法院（2018）最高法民申1764号审查与审判监督民事裁定书。

⁷² 参见广州市番禺桥力房地产开发公司、陈炳超房屋买卖合同纠纷再审，最高人民法院（2020）最高法民申1085号审查与审判监督民事裁定书；庆阳市王强汽车服务有限公司诉中国农业银行股份有限公司庆阳西峰支行等金融借款合同纠纷案，最高人民法院（2014）民申字第1291号民事裁定书。

⁷³ 即便本案存在催款通知书并加盖公章，推定法定代表人知情且拟制出债权人向保证人主张权利，恐怕也存在不妥之处。之所以经常将法定代表人签字与公章绑定讨论，是因为公章是公司对外作出意思表示的重要外在形式——亦即二者相通之处在于判断公司意思表示——由公章拟制法定代表人作为自然人的意思表示似乎不甚妥当。此外，无论是商业实践还是审判实践都确定法定代表人和公司公章是可以分离的，参见杨国清诉马百祥等要求确认董事会决议无效案，北京市第二中级人民法院（2007）二中民终字第2687号民事判决书。故即便本案存在催款通知书并被加盖公章，也不能当然视为向保证人主张，否则存在架空公司制度有限责任之嫌（下文详述）。

30.1 万方。⁷⁴虽然泉佳富公司是有限责任公司，可能相比股份有限公司，在交易体量上存在差距，但统计数据至少佐证房地产企业每年都会产生大量交易且每笔交易涉及的金额巨大。尽管泉佳富公司可能面临资金周转困难的问题，该公司也不可能 2017 年全年只签订了一个或几个合同。要求吴益时刻谨记作为法定代表人曾经手的每一个合同的履行期限、了解每一个合同的实际履行情况并主动了解债权人是否有主张权利的需求，未免过分苛刻。毕竟即便根据公司章程，借款并使用商铺抵债的协议可能需要公司决议才能生效，⁷⁵但在合同已经签署完毕后，其具体履行便交由相关部门工作人员执行，无需决议或法定代表人确认等“督促”履行。

本案合同签订于 2017 年 3 月 1 日，履行期届满为 2017 年 12 月 31 日，双方于 2018 年 3 月起开始沟通，截止起诉已经 2020 年 1 月 6 日，整个合同履行时间跨越多年，且在这期间吴益作为法定代表人确认并参与过多项交易。若兴达公司不向其直接主张，一方面吴益可能完全不了解该合同履行状况、不知债权人希望尽快使债务得到清偿的需求，另一方面会导致债权人怠于催收的效果。《担保法》第十八条规定：“债务人在履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”只要在与公司签订合同时要求法定代表人书写保证条款或以保证人身份签名，无论是明确法定代表人需要承担保证责任、对保证方式约定不明还是没有约定，要求公司履行债务的通知都会“一催两效”，架空保证期间这一制度设计、削弱对连带保证人的保护。

从制度体系上来看，通过“规避”从而架空保证期间的结果是不希望被看到的。首先，要求债权人明确地向保证人主张已经是最低限度的要求。连带保证的特点在于，债权人对保证人的保证债务请求权具有相当的独立性，完全不存在一般保证中先诉抗辩权的干扰，对连带保证人主张权利十分方便。连带保证人相较一般保证人的地位已经不太有利，若债权人对自身权利未予以起码的关注，也不值得法律保护。《担保法司法解释》第三十六条规定：“主债务诉讼时效中断的，保证债务诉讼时效不随之中断。”该规定的区分亦体现出要求债权人对连带保证人单独主张权利的强调。其次，保证期间是权利失效期间。《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》规定：“保证期间届满债权人未向保证人主张保证责任，保证责任消灭，此后债权人书面通知保证人要求承担保证责任或清偿债务，保证人在催款通知书上签字的，人民法院不得认定保证人继续承担保证责任。”保证期间届满使债权本体消灭，即便事后通知并书面确认也不可使其“起死回生”。如若在保证人是债务人法定代表人的情况下，仅凭向债务人主张权利即可由保证期间转为开始起算诉讼时效，从而跨越权利失效期间的束缚，似乎对法定代表人做出更严格的限制、提供更薄弱的保护；而这显然不合理。

即便考虑法定代表人的特殊身份：一方面，在代表机制下，自然人和法人被认为是同一主体、具有同一人格的影响也仅限于“自然人的行为被认为是法人的行为”⁷⁶（当然代表人并非享有和法人行为能力范围相同的权限，并非所有法律行为都可约束公司⁷⁷），而不能得出“法人的行为就是自然人的行为”、“向法人主张就是向自然人主张”的推论。代表人具有自己的独立人格和独立利益，而这种利益完全可能不同于公司利益甚至与其产生冲突。因为吴益具有法定代表人的身份，并基于此默认在利益冲突（此处为吴益作为自然人个人的财产利益与提供保证公司能够获得的利益）情况下法定代表人理所应当预料并坦然接受一切对公司有利、对自己不利的结果，未免太过“理想”与违背常理。另一方面，过分夸大代表与代理的异质性并不合理。为应对民法、刑法、行政法等法律“问责先找法定

⁷⁴ CIRC 研究中心：《2017 年度中国房地产企业销售排行榜 TOP200》发布，载克而瑞研究中心网站 2017 年 12 月 31 日，<http://www.cricchina.com/research/Details/7409>。

⁷⁵ 《公司法》并未规定公司向其他企业或个人借款而不是放款的行为必须经过股东大会的批准同意。因为公司对外放款，可能对公司经营及日常管理产生重大影响，仅凭法定代表人或其他工作人员决定，很可能影响股东利益。而向其他企业或个人借款，在借款合同有公章、借款入公司账户、由公司使用的情况下，并不会对公司经营、股东利益产生过分影响，故是否需要股东会批准同意需要查阅公司章程规定。

⁷⁶ 殷秋实：《法定代表人的内涵界定与制度定位》，载《法学》2017 年第 2 期，第 15 页。

⁷⁷ 某些学者认为代表人的权限只能通过法人目的予以限制。参见刘文科：《商事代理法律制度论》，法律出版社 2013 年版，第 56 页，转引自殷秋实：《法定代表人的内涵界定与制度定位》，载《法学》2017 年第 2 期，第 18 页。

代表人”的规定，⁷⁸很多负有履行生效法律文书确定义务的公司，通过变更法定代表人规避限制出境、限制高消费等强制执行措施；⁷⁹甚至在未产生纠纷前就试图将法定代表人虚化、找最不重要的人当法定代表人——这将导致所选之人与公司治理存在断裂、无法达到法律预期效果。代表人和法人的同一性意味着具有自然人身份的代表人的人格被包含在法人人格之中，而两人格本就相互独立，该同一性能且应以何种程度落实实在值得怀疑。一味强调法定代表人与法人的“绑定”，最终可能导致法定代表人沦为承担责任的傀儡。⁸⁰实际上，代表和代理在效力归属方式上的区分只是表面且形式化的，代表理论无法在法律上和事实上消灭自然人和法人两个独立主体资格的存在；法定代表人的真正内涵在于其是设有法定公示系统的公司代理人。⁸¹而无论我国现行法律还是域外法律，似乎都不存在向被代理人主张权利，推定代理人理应知晓的法理。

（四）即便将向债务人催款视为已向吴益主张权利，目前需要承担保证责任的范围也仅为1600万元

1. 约定吴益承担保证责任的范围为3400万元

《担保法》第二十一条规定：“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。”本案2017年3月1日手书条款内容为“仅对兴达发展基金有限公司3400万元借款提供担保”，该保证条款通过“仅”、具体数额“3400万元”、“借款”等将约定的保证范围限定为3400万元借款本金，而排除《房屋买卖补充合同》第5条约定的利息与违约金责任。既已写明数额，便不存在“约定不明”从而担保全部债务的拟制空间。

2. 《房屋买卖补充协议》加重泉佳富公司债务，吴益对加重部分不承担保证责任

《担保法》第二十四条规定：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。”《担保法司法解释》第三十条规定：“保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。”债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。故加重债务需要保证人书面同意。2017年6月8日，双方签订《房屋买卖补充协议》，其中第7条约定违约金金额为680万元，第8条约定逾期一月未支付违约金的自2018年1月1日开始支付逾期利息。吴益并未书面同意对《房屋买卖补充协议》约定的违约金、逾期利息等提供保证，其保证范围仍应为此前明确的“3400万元借款”；即便吴益具有债务人的法定代表人与保证人双重身份，推定对《房屋买卖补充协议》的存在知情与推定愿意作为自然人为《房屋买卖补充协

⁷⁸ 如《民法通则》第四十九条规定：“企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；（二）向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的；（三）抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；（四）解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；（五）变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；（六）从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。”《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定（修正）》第十二条规定：“企业法人有违法行为时，依照法律、法规的有关规定，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

⁷⁹ 李文超：《恶意变更法定代表人规避执行的司法认定与规制路径——基于对三类规制方式与四种裁决思路的研究》，载《民事程序法研究》2016年02期，第173-185页。

⁸⁰ 从法定代表人制度发展历史角度看，让法定代表人承担法人违法行为的个人责任具有一定合法性。因为依照《公司法》进行国企公司制改革前，管理模式基本上是厂长经理负责制，厂长（经理）作为法定代表人，在企业生产经营管理系统中处于中心地位，享有最广泛决策权和代表权，基本不受企业内部机构制约。法定代表人作为企业的负责人，在享有最高决策权的同时对法人违法行为承担个人责任似乎顺理成章；同时，实施违法行为时，法定代表人往往也有不同程度过错，对行为后果有不可推卸的责任。参见王利明、郭明瑞、方流方编《民法新论》，中国政法大学出版社，1988年第1版，第257页，转引自旷继东：《公司法定代表人制度研究》，中国政法大学硕士学位论文。

⁸¹ 殷秋实：《法定代表人的内涵界定与制度定位》，载《法学》2017年第2期，第27页。

议》提供保证二者之间并不能当然画上等号。故约定吴益承担保证责任的范围仍为手书条款所明确的“3400 万元借款”。

3. 泉佳富房地产公司已履行部分债务，吴益仅对1600万元债务承担连带保证责任

《民法典》第五百五十七条规定：“债务已经履行时，债权债务终止。”就此前已经交付 10 间商铺（价格共计 600 万元）与 1200 万元价款而言，其对应部分的债务已被清偿，故该部分债权债务终止。《担保法》第五条第一款第一句规定：“担保合同是主合同的从合同。”保证债务在消灭上也具有从属性，当被担保的主债务因清偿、代物清偿、提存等原因消灭时，保证债务也因此消灭。故泉佳富公司履行部分债务后，吴益仅需对剩余 1600 万元借款承担连带保证责任。

（五）小结

吴益手书条款是否能成立保证合同存在疑义。即便能够成立，按照组委会赛题要求、综合“有利追溯”原则，应适用《民法典》：在双方对保证方式和保证期间没有约定的情况下，保证人承担一般保证责任，保证期间为履行债务期限届满之日起六个月。而兴达公司并未能在保证期间内提起诉讼或申请仲裁，故吴益无需承担保证责任。即便适用《担保法》，仅凭吴益是债务人的法定代表人的身份也不能说明债权人向债务人主张债务能够“一催两效”、同时产生向保证人主张权利的效果。就保证范围而言，应当尊重当事人的约定，严格限定为 3400 万元借款本金。

第五部分 结论

本案中，兴达公司和泉佳富公司签订《房屋买卖合同》、《房屋买卖补充合同》和《房屋买卖补充协议》。现就争议焦点总结如下：

第一，关于案涉合同的性质问题。本案中，根据合同内容和合同实际履行状况来看，借款合同而非房屋买卖合同是双方真实意思表示，房屋买卖关系仅为民间借贷债权提供担保作用。双方成立房屋买卖关系以掩盖借款真意的原因如下：①双方签订房屋买卖合同可规避融资政策限制；②双方签订房屋买卖合同可避免被判定为流质流押的风险。因此，案涉合同实为借款合同，兴达公司要求泉佳富公司交付房屋的主张不应得到支持。

第二，关于违约金不得调整的约定的效力问题。违约金不得调整的约定无法排除违约金司法酌减规则的适用，且违反了公平原则。无论违约金性质如何，该约定都应当认定为无效。

第三，关于违约金和逾期款项是否可以同时主张的问题。在借贷关系中，违约金和逾期利息的产生基础、利率规制、功能和计算方式相同，在性质上具有共通之处，都受到年利率 24% 的司法利率红线的限制。本案中兴达公司可能的实际损失仅为利息损失，在逾期利息已达到年利率 24% 的最高利率限额的情况下，实际损失已经得到填补。因此，违约金和逾期款项不得同时主张。

第四，关于保证责任的问题。就合同是否成立而言，保证合同所要求的书面形式不满足，保证合同不成立。就保证方式推定而言，即便认为保证合同成立，根据赛题要求及“有利追溯”原则，应适用《民法典》推定为一般保证；由于兴达公司并未能在保证期间内提起诉讼或申请仲裁，保证期间经过，吴益无需承担保证责任。即便适用《担保法》推定为连带责任保证，兴达公司也未向吴益主张保证权利。就保证范围而言，应尊重当事人的约定，严格限定为 3400 万元借款本金。

本案中，泉佳富公司不应交付《房屋买卖合同》项下剩余商铺，并仅愿意支付以年利率 24% 司法红线为限的利息、违约金和逾期利息，保证人吴益不应当承担保证责任。

综上所述，请求法院驳回原告第一、四项诉讼请求，并将第二、三项诉讼请求中所涉利息、违约金、逾期利息调减为总计 1280 万元。

提交人：_____，宽鉴律师事务所
2020 年 11 月 7 日

第六部分 附件

附件一：民事诉讼代理人授权委托书

民事诉讼代理人授权委托书

XXX 人民法院：

您院一审的兴达发展基金有限公司与泉佳富房地产公司、吴益买卖合同纠纷一案，宽鉴律师事务所受委托人泉佳富房地产公司和吴益委托，指派 XXX 律师、XXX 律师担任被告泉佳富房地产公司和吴益的诉讼代理人。

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：泉佳富房地产有限公司、吴益

受委托人：XXX、XXX

律师事务所（章）：宽鉴律师事务所

2020 年 11 月 7 日

（委托书一式三份，由委托人、律师事务所各持一份，交人民法院一份。）

附件二：实体代理意见中司法案件援引清单

根据最高人民法院于 2020 年 7 月 31 日发布的《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，对于缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的，需要进行类案检索。以下为被告方诉讼代理人针对本案所进行的类案检索结果，供合议庭参考：

司法案例	主旨
双方真实意思表示是借贷关系而不是房屋买卖	
何淑萍与哈尔滨金展贸易有限公司房屋买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2009）民提字第 90 号民事判决书	合同性质的认定不仅需要考察合同名称，更要看合同内容，特别是当事人约定的主要权利义务性质和实际履约情况。
山东容商置业有限公司与微山县金谷建材贸易有限公司建设用地使用权转让合同纠纷再审案，最高人民法院（2018）最高法民再 304 号民事判决书	
广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2013）民提字第 135 号民事判决书	合同订立当日交付全部房款，且给予另一方当事人相当长的履行期，与一般房地产交易习惯存在巨大差异，反而与贷款人即时发放全部贷款且借款人在履行期届满后还款的借贷关系相符。买受人既不留存发票，发票被缴销后也不提出异议，甚至不要求交付房屋和办理权属登记的行为，明显不符合房屋买卖关系交易惯例。

李金喜诉刘忠山等民间借贷纠纷案，最高人民法院(2016)最高法民终 435 号民事判决书	约定利息及利息的数额是民间借贷法律关系的主要特征。
房屋买卖关系起到担保作用	
李春玲与陈昌金民间借贷纠纷案，最高人民法院(2013)民申字第 1474 号民事判决书	判断合同是否具有担保目的需要综合合同文义、合同实质内容和当事人真实意思等进行判断。
康晓敏、康晓江等与京都公司等民间借贷纠纷案，最高人民法院(2015)民申字第 2128 号民事判决书	
厦门源昌房地产开发有限公司与海南悦信集团有限公司委托合同纠纷案，最高人民法院(2018)最高法民再 51 号民事判决书	即使当事人所约定的义务或所行使的权利并非《担保法》或《物权法》所规制范围，仍可能存在“担保作用”。
江苏省国际信托有限责任公司诉中国农业银行股份有限公司昆明分行合同纠纷案，最高人民法院(2017)最高法民终 478 号民事判决书	
岑巩县德意房地产开发有限责任公司、杨竣杰民间借贷纠纷再审案，最高人民法院(2020)最高法民申 2155 号审查与审判监督民事裁定书	
中船重工(天津)物资贸易有限公司、陕西宇航科技工业有限公司合同纠纷二审案，最高人民法院(2018)最高法民终 888 号民事判决书	
赣州世瑞钨业股份有限公司与陈风雷合伙协议纠纷与借款合同纠纷案，最高人民法院(2019)最高法民申 4091 号民事判决书、(2018)最高法民终 785 号民事判决书	
六盘水兴悟源典当有限公司与六盘水玖盛房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷申请再审案，最高人民法院(2015)民申字第 182 号民事裁定书	以商铺房买卖关系作为民间借贷债权的担保，若约定债权人能够直接取得商铺房所有权，则可能因违反禁止流质流押原则而认定为无效。
广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷再审案，最高人民法院(2013)民提字第 135 号民事判决书	
尤圆圆、尤丹芳等诉尤剑松合同纠纷案，浙江省宁波市中级人民法院，(2012)浙甬商终字第 14 号民事判决书	

福建华辰房地产有限公司与宁波亚信商贸有限公司借款担保纠纷上诉案，浙江省宁波市中级人民法院，(2013)浙甬商终字第 447 号民事判决书	
借款利息、逾期利息、违约金部分	
河南华盛建设集团有限公司与青海青源达矿业有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案，青海省高级人民法院(2016)青民终 57 号民事判决书	虽华盛公司没有按照约定的时间支付[违约金]，但该约定本身带有对华盛公司违约行为的惩罚性，再由其承担违约金的利息，属重复惩罚。
彭建军、湖南江坤置业有限公司商品房预售合同纠纷再审审查与审判监督案，湖南省高级人民法院(2020)湘民申 1371 号民事裁定书	在违约损害赔偿中，违约金与利息均为补偿当事人因违约行为而受到的损失，不能重复计算，故申请人主张还应获取违约金利息没有法律依据。
梅州地中海酒店有限公司、深圳市紫瑞房地产开发有限公司金融借款合同纠纷案，最高人民法院(2018)最高法民再 54 号民事判决书	本案合同约定的“逾期利息”无效，视为未约定逾期率，因此应当参照借期内的利率支付资金占用期间利息。借期内的年利率已经超过 24% 的上限，故逾期利息应当以年利率 24% 为限计算。
天水嘉和商贸有限责任公司等与汪某保项目转让合同纠纷案，甘肃省天水市中级人民法院(2012)天民二终字第 00015 号民事判决书	债务人部分履行的情形，违约金应当适当酌减。
何某飞与朱某葵企业租赁经营合同纠纷案，浙江省台州市中级人民法院(2009)浙台商终字第 505 号民事判决书	
参见辽宁华润万家生活超市有限公司、丹东华美房地产开发有限公司租赁合同纠纷案，最高人民法院(2020)最高法民申 2309 号民事裁定书	惩罚性违约金也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。
深圳市金长金投资有限公司、广州市万绿达集团有限公司合同纠纷案，最高人民法院(2019)最高法民申 470 号民事裁定书	
江苏乐天玛特商业有限公司与淮北兆基实业有限公司房屋租赁合同纠纷案，最高人民法院(2016)最高法民终 746 号民事判决书	
江苏帝都建设工程有限公司与袁秀莲等租赁合同纠纷申请再审案，最高人民法院(2015)民申字第 1413 号民事裁定书	
韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环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案，最高人民法院(2011)民再申字第 84 号民事裁定书	
西藏天知进出口贸易有限公司、拉萨康达汽贸有限责任公司与拉萨丰田汽车销售服务有限公司合资合同纠纷上诉案，最高人民法院(2006)民二终字第 201 号民事判决书	
松原大润发商业有限公司、吉林省金钻购物广场有限公司房屋租赁合同纠纷案，最高人民法院(2018)最高法民再 238 号民事判决书	

深圳市金长金投资有限公司、广州市万绿达集团有限公司合同纠纷再审最高人民法院再审民事裁定书, (2019)最高法民申 470 号	
山西威龙建筑装饰设计有限公司等与太原市第一建筑工程集团有限公司第十一工程处装饰装修合同纠纷申请案, 最高人民法院 (2013)民申字第 501 号再审民事裁定书	
封开县金装河生黄金开采有限公司、聂河生与广东国邦投资公司合同纠纷申请再审案, 最高人民法院 (2009)民申字第 722 号民事裁定书	若违约金约定过高, 从公平原则等多方面考虑, “违约金不得调整”约定无效, 人民法院应当酌减。
韶关市汇丰华南创展企业有限公司与广东省环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案, (2011)最高法民再申字第 84 号民事裁定书	计算实际损失数额时, 应当以因违约方未能履行双方争议的、含有违约金条款的合同, 给守约方造成的实际损失为基础进行计算, 将合同以外的其他损失排除在外。
深圳市兴耀达电子有限公司诉深圳市三诺电子有限公司买卖合同纠纷案, 最高人民法院 (2013)民抗字第 15 号民事判决书	实际损失, 即实际损害, 指因违约导致的现有利益的减少, 是现实利益的损失而非无形利益的损失, 不包括商誉损失等抽象因素。
北京长富投资基金与武汉中森华世纪房地产开发有限公司等委托贷款合同纠纷案, 最高人民法院 (2016)最高法民终 124 号民事判决书	借款合同中的实际损失主要为利息损失。
保证责任	
麻城市宇盛工贸有限公司等与山西聚丰能源有限公司等买卖合同纠纷二审案, 最高人民法院 (2015)民二终字第 174 号民事判决书	“做担保”“提供担保”而不存在“届期无法/不能履行债务时保证人承担责任”等能够体现保证人享有先诉抗辩权的约定, 常被认定为对保证方式约定不明或没有约定。
党候美、王连生民间借贷纠纷二审案, 最高人民法院 (2019)最高法民终 329 号民事判决书	
陕西弘瑞丰贸易有限公司、西安华海酒店投资股份公司民间借贷纠纷二审案, 最高人民法院 (2018)最高法民终 1241 号民事判决书	债权人向债务人催收时, 代表债务人一方与其沟通的是保证人, 即债权人只有在同时向具有债务人的法定代表人和保证人双重身份的自然人进行意思表示时才能认定为主张了保证权利。
常文、龙江银行股份有限公司大庆分行金融借款合同纠纷再审案, 最高人民法院 (2018)最高法民申 1764 号审查与审判监督民事裁定书	
广州市番禺桥力房地产开发公司、陈炳超房屋买卖合同纠纷再审, 最高人民法院 (2020)最高法民申 1085 号审查与审判监督民事裁定书	催款通知书或能认定成立新的保证合同的通知上加盖公司公章, 且保证人保管公章, 才能推定已经向保证人主张权利。
庆阳市王强汽车服务有限公司诉中国农业银行股份有限公司庆阳西峰支行等金融借款合同纠纷案, 最高人民法院 (2014)民申字第 1291 号民事裁定书	
杨国清诉马百祥等要求确认董事会决议无效案, 北京市第二中级人民法院 (2007)二中民终字第 2687 号民事判决书	即便存在催款通知书并被加盖公章, 也不能当然视为向保证人主张, 否则存在架空公司制度有限责任之嫌。