湖 北 省 高 级 人 民 法 院

**民 事 判 决 书**

（2018）鄂民再156号

抗诉机关：湖北省人民检察院。

申诉人（一审原告、二审上诉人）：徐华英，女，1978年12月26日出生，汉族，住上海市松江区中山街道茸平路288弄49号102号。

委托诉讼代理人：黄干，湖北獬志律师事务所律师。

委托诉讼代理人：周航，湖北獬志律师事务所律师。

被申诉人（一审被告、二审被上诉人）：现代城市地产（武汉）有限公司，住所地湖北省武汉市江岸区江汉路250号。

法定代表人：王建生，该公司总经理。

被申诉人（一审被告、二审被上诉人）：武汉太平洋置业发展有限公司，住所地湖北省武汉市江岸区江汉路钻石大厦13层7号。

法定代表人：喻佑洪，该公司总经理。

被申诉人（一审被告、二审被上诉人）：武汉太平洋购物广场有限公司，住所地湖北省武汉市江岸区江汉路20号。

法定代表人：喻佑洪，该公司总经理。

被申诉人（一审被告、二审被上诉人）：武汉太平洋投资控股（集团）有限公司，住所地湖北省武汉市江岸区江汉路36号（钻石大厦）。

法定代表人：陈宗亚，该公司总经理。

被申诉人（一审被告、二审被上诉人）：武汉中博投资担保发展有限公司，住所地湖北省武汉市江岸区江汉路26号。

法定代表人：叶有才，该公司总经理。

申诉人徐华英因与被申诉人现代城市地产（武汉）有限公司（以下简称现代地产公司）、武汉太平洋置业发展有限公司（以下简称新太平洋置业公司）、武汉太平洋购物广场有限公司（以下简称太平洋购物公司）、武汉太平洋投资控股（集团）有限公司（以下简称太平洋投资公司）、武汉中博投资担保发展有限公司（以下简称中博担保公司）买卖合同纠纷一案，不服湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民终字第00972号民事判决，向检察机关申诉。湖北省人民检察院作出鄂检民（行）监[2017]42000000210号民事抗诉书，向本院提出抗诉。本院于2018年1月15日作出（2018）鄂民抗8号民事裁定，提审本案。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。湖北省人民检察院指派检察员张卫东、检察官助理陈小青出庭履行职务。申诉人徐华英的委托诉讼代理人周航到庭参加诉讼，被申诉人现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司经本院合法传唤未到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

检察机关抗诉称，湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民终字第00972号民事判决适用法律确有错误，理由如下：（一）原审判决未支持徐华英延迟支付托管收益金违约金的诉讼请求错误。首先，原审法院已查明太平洋购物公司未依约定支付合同期内的托管收益金，构成违约。其次，从徐华英与太平洋购物公司签订《委托经营管理合同》第八条的约定看，双方约定的违约金为迟延履行违约金，约定的违约金标准低于法律规定的民间借贷年利率24%的上限。原审法院认定《委托经营管理合同》有效，即使约定的违约金过高，也应是适当调整而非全部驳回该诉讼请求。依据《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第一百一十四条第三款规定和合同约定，太平洋购物公司不仅应依约支付托管收益金，还应承担延期支付托管收益金的违约责任。徐华英该诉讼请求有合同和法律依据，原审判决违反当事人意思自治。（二）二审法院认定徐华英主张违约责任诉讼请求所依据事实、理由与其要求恢复原状的诉讼请求所依据事实、理由相同，从而根据合同法第一百二十二条规定，驳回徐华英关于违约金的诉讼请求，适用法律错误。本案不符合该条规定的情形。该条适用的前提是合同一方主体的同一行为既有违约，又构成侵权。而本案中，根据《委托经营管理合同》，徐华英与太平洋购物公司之间是委托合同关系，徐华英可依据该合同向太平洋购物公司主张违约责任。徐华英基于现代地产公司、新太平洋置业公司擅自改造商铺，可以向现代地产公司、新太平洋置业公司主张恢复原状的侵权之诉。徐华英对两个诉讼请求本应分别起诉。一审法院受案后未及时向徐华英释明是否变更诉讼请求或要求其对诉讼请求进一步明确，直接合并审理并作出判决，支持了徐华英恢复原状的诉讼请求和违约责任的部分诉讼请求，但没有支持违约金的诉讼请求。如果按照二审的逻辑，不应是维持一审判决，而是在侵权之诉或合同之诉中择一予以判决。二审判决维持了一审全部判项，明显自相矛盾。综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条第一款第一项、第二百零八条第一款、第二百条第六项的规定抗诉，请依法再审。

徐华英同意检察机关抗诉意见，并补充如下：（一）关于违约金的计算方式，可以依据违约金Q1=K1x(1+2+……+<P1-1>+p1)x30x3/10000或者Q2=K2x(1+2+……+<P2-1>+p2)x3/10000的公式计算。其中K1为月收益金，K2为日收益金。P1为自2006年8月19日至本案判决生效之日的月数，P2为自2006年8月19日至本案判决生效之日的日数。（二）连带保证人太平洋投资公司和中博担保公司应对《委托经营管理合同》期内收益金的延迟支付违约金承担连带保证责任，对《委托经营管理合同》到期后的收益金及违约金亦应承担连带保证责任。由于现代地产公司从2006年6月开始擅自改造商铺，2006年8月开始切断了太平洋购物公司支付托管收益金的资金来源，导致太平洋购物公司不能继续履行《委托经营管理合同》，双方《委托经营管理合同》依法变更为不定期合同。现代地产公司和新太平洋置业公司对太平洋购物公司违约行为应承担连带清偿责任。根据原审查明的因果关系，现代地产公司和新太平洋置业公司在《委托经营管理合同》期满前后应对太平洋购物公司托管收益金及延期支付违约金承担连带赔偿责任。原审判决共同承担赔偿责任不当。（三）由于太平洋购物公司未按期支付托管收益金，徐华英不能及时偿还中国银行股份有限公司武汉硚口支行按揭贷款，徐华英被该行起诉，徐华英应加倍支付迟延履行期间的债务利息在逐日增加，如果不支持徐华英关于托管收益金延迟支付的违约金，将给徐华英造成重大损失。综上，请求在原审判决基础上，增加判令太平洋购物公司按《委托经营管理合同》约定支付违约金，判决现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋投资公司、中博担保公司对太平洋购物公司全部违约赔偿债务承担连带清偿责任。

徐华英于2011年12月21日向湖北省武汉市江岸区人民法院起诉，请求判令：1.确认徐华英与新太平洋置业公司于2006年6月28日签订的两份《钻石大厦商铺退房协议》无效。2.确认徐华英是钻石大厦二期三层344号、345号商铺的房屋所有权人。3.现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司在本案结案后六个月内，按原设计（即按规划部门批准的房屋设计和2004年开业时的装修设计及设施）恢复钻石大厦商铺（包括一期、二期）的原状；若延期恢复原状，应赔偿迟延恢复原状的经济损失（即购房款×同期银行贷款基准利率与罚息利率之和×延长恢复商铺原状的时间）。4.太平洋购物公司向徐华英支付自2006年8月19日起至付清之日止的托管收益金及违约金（托管收益金按每月2970.33元计算，违约金按应付款的日万分之三计算），现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋投资公司、中博担保公司对此款承担连带清偿责任。5.本案诉讼费用由现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司共同承担。

一审法院审理查明以下事实：

（一）钻石大厦房地产项目开发、销售情况及现状

经武汉市工商行政管理局东湖分局核准，武汉太平洋置业发展有限公司（以下简称原太平洋置业公司）于1996年7月26日登记成立，方忠任公司法定代表人，核准的经营范围为房地产开发、商品房销售及租赁。位于湖北省武汉市江岸区上海街江汉路20号的钻石大厦原名联江大厦，原由武汉联江房地产实业开发公司开发建设。2000年7月8日，武汉联江房地产实业开发公司在完成联江大厦主体框架结构封顶后，将该房地产项目整体转让给原太平洋置业公司。2000年9月21日，武汉市土地管理局（现为武汉市国土资源和规划局）以武土籍字[2000]061号文件同意武汉联江房地产实业开发公司将该宗土地使用权转让给原太平洋置业公司。随后，原太平洋置业公司取得了该宗土地的《国有土地使用证》《建设工程规划许可证》《建筑工程施工许可证》，开始进行房地产开发建设。项目名称为钻石大厦。项目规划设计为一栋18层商住综合楼，地下一层为车库，地面一至五层为整体商场（即各买受人所称的“钻石大厦一期”，为便于区分，以下对位于湖北省武汉市江岸区上海街江汉路20号的钻石大厦均称为“钻石大厦一期”）。

2002年，原太平洋置业公司向相关行政机关申报世界之窗二期商场建设项目，项目选址位于湖北省武汉市江岸区鄱阳街4号（土地面积为1873.10平方米），与在建的钻石大厦一期呈L字型相连。经武汉市城市规划管理局（后撤销合并至武汉市国土资源和规划局）审核，原太平洋置业公司于2003年5月取得《建设用地规划许可证》，核准用地项目名称为社会停车场及办公建设。2003年9月，原太平洋置业公司开始施工。

在原太平洋置业公司申报世界之窗二期商场建设项目过程中，为经营管理钻石大厦一至五层整体商场，原太平洋置业公司拟定商场名称为世界之窗，并作为法人股东向武汉市工商行政管理局申请设立商场管理公司，武汉市工商行政管理局于2002年7月6日准许公司登记成立，核准的企业名称为武汉世界之窗购物广场有限公司（后于2004年3月11日变更企业名称为太平洋购物公司，以下均称太平洋购物公司），核准的主营范围为物业管理、商铺出租等。

2003年10月28日，（香港）现代城市地产有限公司以股权转让方式收购原太平洋置业公司97%的股权，成为原太平洋置业公司的大股东，公司类型变更为合资经营（港资）。2004年2月23日，原太平洋置业公司变更企业名称为现代地产公司，但现代地产公司仍以原太平洋置业公司名称、公章对外经营，并分别于2004年6月10日、7月7日、7月29日以原太平洋置业公司名义取得位于武汉市江岸区鄱阳街4号的土地使用权（证号为武国用2004字第1386号）、《建设工程规划许可证》（证号为武规建证2004-091号）、《建筑工程施工许可证》（证号为42010320031028003）。在取得前述证照之前，原太平洋置业公司并未按核准的建设用地规划设计施工，而是在该宗土地上建成了一栋四层楼，底层架空，与钻石大厦一期一至三层打通相连，并将该建筑作为产权式商铺按其申报的项目名称“世界之窗二期”（即各买受人所称的“钻石大厦二期”，为便于区分，以下对位于湖北省武汉市江岸区鄱阳街4号的“世界之窗二期”均称为“钻石大厦二期”）面向社会公开销售。

2004年7月31日，现代地产公司以其公司股东方忠、方维峰等人要求以原太平洋置业公司名称成立新公司为由，向武汉市工商行政管理局申请设立公司。2004年8月10日，经武汉市工商行政管理局核准，新太平洋置业公司登记成立，核准的企业名称、公章与原太平洋置业公司完全相同，方忠任公司法定代表人（后于2006年7月10日变更法定代表人为喻佑洪）。

自原太平洋置业公司于2003年开始建设钻石大厦一、二期后，原太平洋置业公司持续在报纸上发布“钻石大厦纯投资商铺、投资零风险、年收益8%-15%，统一包租、统一管理、无需自营、10年左右收回投资，投资期满后公司按原价回购商铺”“产权式商铺投资零风险的十大理由、年租金收益10%投资案例分析”“首付4-5成后由银行提供5-6成10年按揭贷款”“租金收益由担保公司及太平洋集团联合担保”等宣传广告，并以在广告宣传册所附图纸划线的方式将钻石大厦一期一至四楼、二期一至三楼共计7489.35平方米的商用面积分割成408间产权式商铺面向社会公开销售。自2003年年初至2005年年初，一直使用“武汉太平洋置业发展有限公司”名称以“售后包租”的形式先后向包括徐华英在内的近400余人销售钻石大厦一、二期商铺，并由太平洋购物公司作为包租方、太平洋投资公司作为担保方，与各买受人签署《武汉市商品房买卖合同》《委托经营管理合同》《担保合同》等格式性合同，约定各买受人将所购商铺委托给太平洋购物公司经营管理，太平洋购物公司向各买受人支付托管收益金（根据管理期限、购房价格的不同，托管收益金的比例、总额不等，支付方式主要分按月支付或合同期满后支付两种情形），太平洋投资公司、中博担保公司对太平洋购物公司履行《委托经营管理合同》提供连带责任保证。

2004年11月，钻石大厦一、二期以商场模式开始营业，商场名称为“武汉世界之窗购物广场”。在受托经营管理期间，太平洋购物公司对于部分约定按月支付托管收益金的买受人，按约支付了自合同签订之日起至2006年8月期间的托管收益金；对于部分约定合同期满后支付收益金的买受人，因合同期限尚未届满，太平洋购物公司未向买受人支付相应收益金。在此期间，武汉市住房保障和房屋管理局（原名称为武汉市房地产登记发证中心）向钻石大厦一、二期商铺的部分买受人核发了《房屋所有权证》或《武汉市商品房权属证明书》，其中对房屋设计用途及土地用途均记载为商业服务。

2006年5月初，钻石大厦各商铺买受人陆续收到《“钻石大厦”同意退房函告》，钻石大厦商场内亦张贴了《“钻石大厦”同意退房函告》，函告主要内容为：“本公司自2000年建造商场一期以来，已亏损人民币8000万元，这几年支出的返租收益全部是由现代地产公司贴给商场，公司本着对投资人负责的态度，同意购买钻石大厦1-5层商铺的客户退房请求；公司计划于2006年6月1日将钻石大厦2-6楼全部改造成高级公寓住宅楼，回笼资金用于退还所有客户本金，银行贷款由本公司负责支付还款，计划于今年年底前分期支付投资人自有资金，2007年付清，在未全部退还前按本金实际金额继续按月支付合同规定的年投资收益金……”，函告落款署名、签章为“武汉太平洋置业发展有限公司”。自2006年6月起，钻石大厦一期四楼、二期二至三楼开始改造施工，部分商铺买受人（其中含有已办理房屋权属两证的买受人）基于商铺经营状况、投资风险等各种原因决定退房，先后办理了退房事宜。

在各买受人办理退房期间，现代地产公司仍以“武汉太平洋置业发展有限公司”名义于2006年7月将钻石大厦一期一至三楼及地下室作价73800000元卖给武汉嘉年瑞雪投资管理有限公司（以下简称嘉年瑞雪公司），并于2006年9月将钻石大厦一期一至三楼及地下室交付给嘉年瑞雪公司占有、使用、收益至今，但嘉年瑞雪公司仅付款10030000元，余款未支付。

2006年8月，太平洋购物公司单方发出《关于暂停支付钻石大厦1-4楼投资人自有资金投资收益的通知》称：因无法得到现代地产公司的支持，同时再也无法继续负债维持各位的租金收益支付，自2006年9月开始停止租金收益支付；如果有按揭贷款的，银行方面的还本付息继续会由开发商武汉太平洋置业发展有限公司支付；目前关于1-4楼的改造工程与太平洋购物公司没关系，是由原钻石大厦产权开发商武汉太平洋置业发展有限公司负责。随后，太平洋购物公司停止向钻石大厦各商铺买受人支付收益金。

因钻石大厦部分商铺被变卖、改造，太平洋购物公司于2006年9月停止支付托管收益金（或租金），钻石大厦部分商铺买受人多次与现代地产公司、新太平洋置业公司的负责人协商、沟通均无果，后发现各被告办公场所已人去楼空，遂于2006年年底陆续诉至法院，形成群体性诉讼。该案经法院一审、二审、发回重审、移送公安机关处理等多种法律救济途径后，各买受人于2011年12月底再次诉至法院。在审理钻石大厦系列案件过程中，一审法院已依法查封了钻石大厦一、二期商铺及登记在原太平洋置业公司名下尚未销售的钻石大厦住宅商品房。现钻石大厦一期一至三楼由嘉年瑞雪公司占有、使用、收益，出租给其它商家以商铺形态正常经营；钻石大厦一期四楼及二期一至三楼被分割成独立房间，未以商铺形态正常经营，由钻石大厦物业公司（现为武汉腾松物业管理有限公司）出租给他人临时使用，大部分房间处于空置状态。

（二）徐华英签署的合同主要内容及履行情况

徐华英于2004年8月24日签署了《委托经营管理合同》《担保合同》各两份，于2004年10月18日签署了《武汉市商品房买卖合同》两份。两份《武汉市商品房买卖合同》中载明的所购商铺基本情况及价款为：所购商铺为钻石大厦二期三层344号、345号商铺，建筑面积均为12.73平方米，单价均为28000元/平方米，每间商铺总价均为356440元。付款方式均为2004年8月18日付房款186440元，余款170000元办理银行按揭。合同上出卖人署名及加盖的公章为“武汉太平洋置业发展有限公司”。《委托经营管理合同》中载明的委托管理期限、托管收益金的数额及支付方式为：委托管理期限为10年（自2004年8月24日至2014年8月24日止），每间商铺的托管收益金总额为356440元，支付方式为按月支付托管收益金，每间商铺每月托管收益金为2970.33元，太平洋购物公司应于2004年9月18日开始支付月托管收益金，以后每月18日支付月托管收益金。《担保合同》约定太平洋投资公司、中博担保公司自愿为太平洋购物公司履行《委托经营管理合同》提供连带责任保证。上述合同签订后，徐华英依约支付了两间商铺的购房首付款372880元（每间商铺的购房首付款为186440元），每间商铺的余款170000元（共340000元）申请办理银行按揭贷款，并将所购商铺办理了抵押登记手续（武房期市字第200415089号、第200415052号《武汉市期房抵押证明》），所贷款项340000元于2004年12月10日付至现代地产公司账户，全面履行了买受人付款义务。太平洋购物公司按合同约定按月向徐华英支付每间商铺的托管收益金至2006年8月18日止。在此期间，徐华英取得武汉市房地产登记发证中心（现为武汉市住房保障和房屋管理局）于2005年6月3日核发的《武汉市商品房权属证明书》（编号分别为武房商证市字第200507655号、第200507656号），两份权属证明书载明的主要内容包括：1.开发商全称“武汉太平洋置业发展有限公司”，小区名称“钻石大厦（世界之窗）二期”。2.房屋坐落武汉市江岸区钻石大厦（世界之窗）二期1栋，产别其它房产。3.房屋状况。房号344、345，钢混结构，房屋总层数4，所在层数3，建筑面积12.78平方米，设计用途商业服务。4.土地用途商业服务，用地来源出让。

2006年6月28日，徐华英在知晓《“钻石大厦”同意退房函告》内容后，考虑钻石大厦被变卖、改造的状况及投资风险等原因，决定退房，并签署了格式性的《“钻石大厦”商铺退房协议》两份。甲方署名、签章全称为“武汉太平洋置业发展有限公司”，乙方为徐华英。协议主要条款：由于甲乙双方所签订的“钻石大厦（武汉太平洋购物广场）产权式商铺委托经营管理合同”中委托管理期限未到期，甲方根据乙方提出的提前退房请求，本着对乙方负责的态度，同意乙方提出的提前退房的请求，就钻石大厦商铺提前退房一事达成协议。退房项目名称（以产权登记名称为主）钻石大厦二期三层344号、345号，房屋所有权人姓名徐华英。乙方同意退房并配合甲方将已办理的产权证过户回甲方，即“武汉太平洋置业有限公司”，办理退房的相关税费由甲方承担。退房后，乙方同意甲方将2-5层商铺改造成住宅或写字楼出售，其目的是将回笼资金用于退还乙方原购商铺时的本金，银行贷款部分由甲方负责偿还。办理退房手续后，如甲方未能一次性支付退房款，需继续按购买商铺时乙方自有本金支付收益金（年收益率按原合同执行），直至全部退完购房本金。由于银行贷款已由甲方代还，所以不能参入收益。甲方于2006年12月31日、2007年6月30日、2007年12月31日前分三次向徐华英退还购房首付款共计372880元（每间商铺的购房首付款为186440元）及应得的收益金。但是，该协议因各被告人去楼空最终根本没有履行，徐华英既未收回购房首付款，也没有占有、使用、收益所购商铺。

一审法院审理认为，（一）钻石大厦一期的开发商为1996年成立的原太平洋置业公司，原太平洋置业公司于2002年5月开始向相关政府部门申报钻石大厦二期项目的开发建设，并于2003年5月取得钻石大厦二期的《建设用地规划许可证》，原太平洋置业公司于2004年2月23日变更企业名称为现代地产公司，但现代地产公司仍以原太平洋置业公司名义于2004年7月取得钻石大厦二期的《建设工程规划许可证》《建筑工程施工许可证》，而新太平洋置业公司的成立时间（即2004年8月10日）在此之后，显然新太平洋置业公司不是钻石大厦二期的开发商，涉案房地产项目应当认定是现代地产公司以原企业名称即原太平洋置业公司名义开发建设，故徐华英于2004年10月18日签订的两份《武汉市商品房买卖合同》的出卖人应为现代地产公司（即原太平洋置业公司）。徐华英作为买受人，严格按照《武汉市商品房买卖合同》的约定支付了购房款，现代地产公司（即原太平洋置业公司）向徐华英拟制交付商铺，徐华英再将商铺委托给太平洋购物公司经营管理，双方均已实际履行合同，显然该合同是双方当事人的真实意思表示，没有违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，徐华英依照合同约定和法律规定已取得所购商铺的房屋所有权。

（二）由于现代地产公司（原太平洋置业公司）、太平洋购物公司未能有效经营管理钻石大厦一、二期商铺，且现代地产公司、新太平洋置业公司在2006年6月开始擅自改造商铺，太平洋购物公司在2006年9月停止支付托管收益金，大部分钻石大厦买受人（包括徐华英）未能获得预期利益，基于现代地产公司、太平洋购物公司的违约行为及投资风险等原因，部分买受人（包括徐华英）被迫决定选择退房，签署了格式性的《“钻石大厦”商铺退房协议》，从协议签订时间（2006年）来分析，此时原太平洋置业公司早已更名为现代地产公司，法律上认可的“武汉太平洋置业发展有限公司”应当是新太平洋置业公司，故该院认定涉案《“钻石大厦”商铺退房协议》的甲方为新太平洋置业公司。由于新太平洋置业公司并非钻石大厦一、二期的开发商，其无权与钻石大厦买受人（包括徐华英）签订退房协议。从该协议自始至终未履行的情况来分析，该协议也未得到现代地产公司（即原太平洋置业公司）的追认，故该院认定徐华英与新太平洋置业公司于2006年6月28日签订的两份《“钻石大厦”商铺退房协议》的主体不适格、意思表示不真实，该协议无效。

（三）现代地产公司、新太平洋置业公司未经钻石大厦商铺全体买受人同意及规划部门批准，擅自将钻石大厦一期四楼及二期商铺分割成独立房间，改变了房屋性质，降低了商铺的市场价值，侵犯了徐华英的合法权益，现代地产公司、新太平洋置业公司应当共同承担恢复商铺原状的民事责任。

（四）徐华英分别与太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司签订的《委托经营管理合同》《担保合同》系各方当事人真实意思表示，没有违反法律、行政法规禁止性规定，合法有效。太平洋购物公司作为管理方、包租方，未能按照《委托经营管理合同》的约定向徐华英支付2006年8月18日之后的托管收益金，应当承担继续履行、赔偿损失的违约责任。保证人太平洋投资公司、中博担保公司应当对合同期内的托管收益金承担连带清偿责任。太平洋购物公司在合同期满后未向徐华英返还商铺，应参照《委托经营管理合同》约定的托管收益金标准向徐华英赔偿合同期满后的商铺收益损失。现代地产公司、新太平洋置业公司于2006年6月开始擅自改造商铺的行为，是导致《委托经营管理合同》不能继续履行的主要原因，现代地产公司、新太平洋置业公司应对2006年8月18日之后的托管收益金共同承担赔偿责任。

（五）徐华英没有提供证据证明太平洋购物公司参与了商铺改造行为，其要求太平洋购物公司共同承担恢复商铺原状的诉请没有事实和法律依据。徐华英主张的迟延履行恢复原状的经济损失及迟延支付托管收益金的违约金，其计算标准没有法律依据。徐华英的诉讼请求部分成立，该院予以部分支持。

另外，徐华英与现代地产公司（即原太平洋置业公司）签订的《武汉市商品房买卖合同》中约定的商铺面积（12.73平方米）小于产权登记面积（12.78平方米），以产权登记面积为准，相关差价由双方依合同约定予以处理，不属本案裁判范围。

现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司经合法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，视为放弃诉讼权利。

经该院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第八条、第四十四条第一款、第六十条、第一百零七条、第一百三十条、第一百三十五条，《中华人民共和国担保法》第十八条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，于2014年10月17日作出（2012）鄂江岸民商初字第00082号判决：一、徐华英与武汉太平洋置业发展有限公司于2006年6月28日签订的两份《“钻石大厦”商铺退房协议》无效。二、徐华英系位于湖北省武汉市江岸区鄱阳街4号“钻石大厦（世界之窗）二期” 三层344号、345号商铺（每间商铺的建筑面积均为12.78平方米）的房屋所有权人。三、现代城市地产（武汉）有限公司、武汉太平洋置业发展有限公司于判决生效之日起六个月内对位于湖北省武汉市江岸区鄱阳街4号“钻石大厦（世界之窗）二期” 三层344号、345号商铺，按照武汉市住房保障和房屋管理局备案的房屋平面图纸恢复商铺布局原状。四、武汉太平洋购物广场有限公司于判决生效之日起十日内向徐华英支付合同期内托管收益金570304元（按照《委托经营管理合同》约定的每间商铺每月2970.33元标准计算，从2006年8月19日起算至2014年8月24日，即2970.33元×8年×12个月×2间商铺=570304元）。五、武汉太平洋购物广场有限公司于判决生效之日起十日内向徐华英赔偿合同期满后的托管收益金损失（参照《委托经营管理合同》约定的每间商铺每月2970.33元标准计算，即每月损失为2970.33元×2间商铺=5940.66元，自2014年8月25日起算至判决确定付款之日止）。六、武汉太平洋投资控股（集团）有限公司、武汉中博投资担保发展有限公司对上述第四项承担连带清偿责任。七、现代城市地产（武汉）有限公司、武汉太平洋置业发展有限公司对上述第四、五项共同承担赔偿责任。八、驳回徐华英的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费5580元，由现代城市地产（武汉）有限公司、武汉太平洋置业发展有限公司、武汉太平洋购物广场有限公司共同负担。武汉太平洋投资控股（集团）有限公司、武汉中博投资担保发展有限公司对此款承担连带清偿责任。

徐华英不服，向湖北省武汉市中级人民法院提起上诉。该院审理查明，一审法院审理查明的事实属实，予以确认。

湖北省武汉市中级人民法院二审认为，徐华英分别与现代地产公司（即原太平洋置业公司）、太平洋购物公司签订的《武汉市商品房买卖合同》《委托经营管理合同》《担保合同》均系当事人真实意思表示，没有违反法律、行政法规禁止性规定，均为有效合同。《武汉市商品房买卖合同》已实际履行完毕，徐华英已依该合同约定及法律规定，取得了其所购商铺的所有权房屋权属证明。在履行《委托经营管理合同》《担保合同》过程中，现代地产公司、新太平洋置业公司于2006年6月开始擅自改造商铺的行为，致《委托经营管理合同》不能继续履行。2006年8月，太平洋购物公司单方发出《关于暂停支付钻石大厦1-4楼投资人自有资金投资收益的通知》，停止向钻石大厦各商铺买受人（包括徐华英）支付收益金，现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司各自的上述行为违反了双方合同约定，侵害了徐华英财产所有权，根据合同法第一百二十二条有关“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”的规定，其应承担相应违约责任或侵权责任。徐华英亦可对其违约行为选择主张违约责任或侵权责任。违约责任与侵权责任不能在同一民事案件中并存，由徐华英选择其一。徐华英起诉时其诉讼请求中有未依当事人事先约定的赔偿方式，提出要求现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司恢复原状的诉讼请求，确定其选择追究侵权责任。亦有依当事人合同约定的违约金的赔偿方式，提出要求太平洋购物公司赔偿违约金的诉讼请求，确定其又选择追究违约责任。因该诉讼请求所依据的诉讼事实、诉讼理由与恢复原状的诉请所依据的诉讼事实、诉讼理由相同，不应基于同一诉讼事实、同一诉讼理由既承担违约责任又承担民事侵权责任。一审判决支持徐华英主张承担民事侵权责任部分的诉讼请求，没有判决支持其对违约金部分的诉讼请求并无不当，徐华英主张太平洋购物公司向其支付自2006年8月19日起至付清之日止的违约金（违约金按应付款的日万分之三计算）的上诉请求及理由，该院不予支持。对于徐华英上诉主张现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司延期恢复原状，应赔偿迟延恢复原状的经济损失的问题，因现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司在判决生效前，逾期恢复原状事实没有发生，徐华英对尚未发生的事实，要求赔偿迟延恢复原状的经济损失缺乏事实依据，该项上诉理由不能成立。对于徐华英主张现代地产公司、新太平洋置业公司对太平洋购物公司应付的托管收益金及违约金承担连带清偿责任的问题，徐华英认为商铺改造系受托管人（承租人及占有人）太平洋购物公司的准许、支持、参与的情况下进行，但对其该主张未能举证予以证实，该项上诉理由缺乏事实依据不能成立。对于徐华英上诉提出的其他上诉请求，因其一审起诉时并未提出相对应的诉讼请求，故不属于本案的审理范围。综上，湖北省武汉市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，于2015年9月28日作出（2015）鄂武汉中民终字第00972号民事判决：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费3980元，由徐华英负担。

本院再审查明，原审法院审理查明的基本事实属实，本院予以确认。另查明：1.在中国银行股份有限公司武汉硚口支行因诉争的钻石大厦二期三层345号商铺按揭贷款诉徐华英、张伟忠一案中，湖北省武汉市硚口区人民法院于2010年作出（2009）硚民二初字第275号民事判决，解除了双方的贷款合同，判决徐华英、张伟忠向该行偿付本金121924.56元，利息和罚息12021.55元。由于该判决一直未执行，徐华英应按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。2.新太平洋置业公司、太平洋购物公司、太平洋投资公司、现代地产公司均处于营业执照吊销状态。中博投资担保公司成立于2003年10月23日，住所地为湖北省武汉市江岸区江汉路26号，业务范围是为企业贷款提供担保等，注册资金3000万元，最后年检为2010年，目前为存续状态，但无法联系到该公司。3.现钻石大厦一期四楼及二期一至三楼被分割成独立房间，未以商铺形态正常经营，大部分房间处于空置状态。

综合检察机关抗诉意见和徐华英的再审申请，本院归纳本案的争议焦点为：（一）太平洋购物公司应否向徐华英支付《委托经营管理合同》期满前后托管收益金的违约金；（二）太平洋投资公司、中博担保公司、现代地产公司、新太平洋置业公司应否对此承担连带保证责任。现评析如下：

（一）本案的定性

徐华英与现代地产公司（即原太平洋置业公司）签订的《武汉市商品房买卖合同》系双方真实意思表示，没有违反法律、行政法规的禁止性规定，为有效合同。该《武汉市商品房买卖合同》已实际履行完毕，徐华英已依该合同约定及法律规定，取得了其所购商铺权属证明。徐华英与太平洋购物公司签订的《委托经营管理合同》、徐华英分别与太平洋投资公司和中博担保公司签订的《担保合同》均系当事人真实意思表示，没有违反法律、行政法规禁止性规定，均为有效合同。

现代地产公司、新太平洋置业公司于2006年6月擅自改造商铺，导致徐华英购买的商铺无法按照徐华英与太平洋购物公司签订的《委托经营管理合同》获得收益。现代地产公司和新太平洋公司对徐华英构成侵权。

2006年8月，太平洋购物公司单方发出《关于暂停支付钻石大厦1-4楼投资人自有资金投资收益的通知》，停止向钻石大厦各商铺买受人（包括徐华英）支付收益金，太平洋购物公司的上述行为违反了双方合同约定，侵害了徐华英财产所有权。根据《中华人民共和国合同法》第一百二十二条“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”之规定，违约责任与侵权责任不能在同一民事案件中并存，应由当事人择一主张权利。

本案中，徐华英第一项诉讼请求是确认其与新太平洋公司签订的《钻石大厦商铺退房协议》无效，第二项诉讼请求是确认徐华英为诉争商铺的所有权人。由于上述诉讼请求均是基于现代地产公司、新太平洋置业公司擅自改造商铺的侵权行为，上述诉讼请求的最终目的亦是实现徐华英第三项诉讼请求（要求现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋购物公司恢复诉争商铺原状）和第四项诉讼请求（太平洋购物公司、现代地产公司、新太平洋置业公司、太平洋投资公司、中博担保公司支付收益金及违约金）。徐华英诉讼请求之三为典型的侵权责任承担方式。徐华英本可选择向与其有委托经营合同关系的太平洋购物公司提起违约之诉，但徐华英选择向太平洋购物公司、太平洋投资公司、中博担保公司共同主张权利，因此，原审认定徐华英在本案中系选择侵权之诉并无不当。

（二）太平洋购物公司应否向徐华英支付《委托经营管理合同》期满前后托管收益金的违约金

一审法院认为本案性质为侵权之诉，徐华英上诉时亦主张现代地产公司和新太平洋置业公司构成侵权，向检察机关申诉时亦主张现代地产公司和新太平洋置业公司构成侵权。原审法院依据徐华英诉讼请求，确定其选择追究现代地产公司等的侵权责任。一审判决按照侵权之诉审理本案，在确认徐华英与新太平洋置业公司于2006年6月28日签订的两份《“钻石大厦”商铺退房协议》无效，徐华英是钻石大厦二期三层344号、345号商铺的房屋所有权人的基础上，按照侵权的责任承担方式支持了徐华英要求恢复诉争商铺原状的诉讼请求，对徐华英的损失在合同期内和合同到期后均参照双方《委托经营管理合同》 约定收益金的标准判决了损失赔偿数额，虽然该判决表述为收益金，实质是按照收益金的标准判决被申诉人 赔偿损失，已经较好保护了徐华英的利益。因此，徐华英基于合同之诉要求被申诉人赔偿托管收益金的违约金的诉讼请求，因属于违约之诉的诉讼请求，一审未予支持并无不当，二审对此亦已经予以阐明。需要指出的是，本案案由定为财产损害赔偿纠纷应更为适当，但该问题对本案实体处理并无影响。

（三）太平洋投资公司、中博担保公司、现代地产公司、新太平洋置业公司应否承担连带保证责任

首先，根据徐华英与太平洋投资公司签订的《担保合同》第一条和第四条的约定，太平洋投资公司的保证范围是《委托经营管理合同》项下的全部责任和义务。徐华英与中博担保公司《担保合同》第一条约定的保证范围和保证期限，与徐华英、太平洋投资公司之间签订的《担保合同》一致。太平洋购物公司与徐华英《委托经营管理合同》于2014年8月24日到期后，双方未形成续租关系。因此，在《委托经营管理合同》到期后，太平洋投资公司和中博担保公司的担保责任亦终结。原审依据该合同约定收益金标准支持《委托经营管理合同》期内徐华英赔偿损失请求的情况下，从保护徐华英利益的角度，支持徐华英要求太平洋投资公司和中博担保公司对《委托经营管理合同》期内的托管收益金承担连带责任并无不当。

其次，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为。《中华人民共和国担保法》第十三条要求保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。本案中，现代地产公司和新太平洋置业公司均未与徐华英签订担保合同，因此，徐华英要求上述两公司对太平洋购物公司的债务承担连带责任没有事实依据和法律依据。但原审考虑本案的实际情况，为了更好保护徐华英的利益，认定现代地产公司和新太平洋置业公司从2006年6月开始擅自改造商铺，导致太平洋购物公司无法继续履行《委托经营管理合同》，因而判决现代地产公司、新太平洋置业公司与太平洋购物公司共同承担赔偿责任，该认定亦符合本案实际。

（四）虽然徐华英向银行按揭系因本案争议商铺，但徐华英与中国银行股份有限公司武汉硚口支行的贷款合同纠纷，与本案系不同的法律关系，权利义务主体亦不同，两者并无必然联系。在本案已经判决现代地产公司等承担责任的情况下，徐华英要求现代地产公司等弥补徐华英与中国银行股份有限公司武汉硚口支行贷款合同纠纷的损失没有法律依据。

需要指出的是，本案涉及群体性纠纷，在本案一审之前，徐华英等申诉人从2006年开始以房屋买卖合同纠纷起诉现代地产公司等，该案历经一审、二审、发回重审、移交公安机关处理，检察机关抗诉等多个法律程序。一审法院于2012年对上述案件重新立案受理，即本批案件。在徐华英等申诉人的诉讼请求不严谨规范的情况下，原审法院为公平处理本案、综合衡平各方利益，所做一审判决已充分保护徐华英等申诉人的利益。该纠纷至今已历时十多年，在被申诉人人去楼空和吊销营业执照的状况下，徐华英等申诉人为及时止损，似应更多关注本案如何理性平和地得到执行。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，检察机关的抗诉理由不能成立，本院不予支持。经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第一项、第一百四十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百零七条第一款规定，判决如下：

维持湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民终字第00972号民事判决。

本判决为终审判决。

审　判　长　龚　 璟

审　判　员　吴　 琦

审　判　员　朱 红 祥

二Ｏ一九年七月五日

法官助理　胡　 静

书　记　员　杨 　洋