

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2017.04.012

论以房抵债协议买卖条款之法律效力

——以民间借贷司法解释第 24 条为中心

裴亚洲, 单星辰
(北京化工大学 文法学院, 北京 100029)

摘 要: 以房抵债协议是指通过签订房屋买卖合同担保民间借贷的协议,其在司法实践中大量存在,对于该协议中买卖条款的效力的认定存在有效与无效的争议,而《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 24 条则对其效力采取了回避的态度。因为以房抵债协议不存在通谋虚伪意思表示且与流押契约有明显区别,因此不能直接对其买卖条款的效力进行否定。通过对以房抵债协议买卖条款的性质进行剖析,对让与担保说、后让与担保说、附解除条件的合同说提出质疑,指出其本质上属于代物清偿预约,在符合法定情形下,债权人可以排除第三人对房屋价款的请求权,即债权人此时享有物权期待权,以期对司法实践中此类争议的解决提供一个可以参考的路径。

关 键 词: 以房抵债协议; 买卖条款; 民间借贷合同; 代物清偿预约

中图分类号: D 913 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-3758(2017)04-0405-06

Effectiveness of the Sale-on Terms in Housing-debt Contract

—— Focus on Private Lending Judicial Explanation for Article 24

PEI Ya-zhou, SHAN Xing-chen
(School of Arts and Law, Beijing University of Chemical Technology, Beijing 100029, China)

Abstract: A housing-debt contract is an agreement to guarantee private lending through signing a house sale and purchase contract. Despite its enormous practices, there is still dispute on the effectiveness and ineffectiveness in terms of the clause validity. What is worse, Article 24 of “The provisions of the supreme people’s court on the application of law in private lending cases” adopts an avoidance attitude towards this issue. The validity of house-debt contracts could not be denied simply because there is no false intention or conspiracy, which is different from fluidity contracts. By analyzing the nature of the clauses for house-debt contracts, such explanations as alienation guarantee, after-alienation guarantee, contract with termination and conditional sale contract are questionable. A house-debt contract is essentially a pre-contract for *datio in solutum*, and in accordance with the legal cases, the creditors can rule out the third person’s claim for the housing price, i. e., the creditor shall enjoy the right of property expectation, which may provide useful reference for setting such disputes in judicial practices.

Key words: housing-debt contract; sale-on term; loan contract; pre-contract for *datio in solutum*

以房抵债协议是指当事人针对同一笔款项先后签订房屋买卖合同和借款合同两协议,并在借款协议中约定买卖双方同时分别为出借人及借款人,借款人如到期未能偿还借款则履行房屋买卖合同,转移房屋所有权,约定这种“以房抵债”的处理方式的协议构成实践中的以房抵债协议。以房抵债协议的实质是以房屋买卖合同担保民间借贷合同,其产生的原因有二:一是由于房地产开发商需要在短期内大额融资,故而将销售的商品房作为借款的担保;二是由于典型担保——抵押——在登记和实现环节的各种不便利,债权人要求与债务人订立书面的房屋买卖合同,若债务人未能按期清偿债务,则须直接转移房屋所有权抵债。实践中,债务人未能到期偿还借款的案例十分普遍,并且由于房价的不断上涨,债务人不愿意履行之前签订的房屋买卖合同,所以债务人一般会以协议属于流押契约为由主张买卖合同无效,由此协议产生的纠纷越来越多。本文主要研究当事人之间的核心争议焦点:以房抵债协议中买卖条款的效力问题,结合相关法律规定进行分析和证成,为这类争议提供一个解决路径并促进当事人之间的合理选择。

一、以房抵债协议中买卖条款效力的不同观点

1. 肯定买卖条款的效力

这种“有效说”以最高人民法院审判的“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”(以下简称“朱俊芳案”)为代表。该案中,一审二审判决买卖条款有效,再审改判无效,最高人民法院终审时认定买卖条款有效。其对买卖条款有效的认定以买卖合同和借款协议“并立且相互联系”为基础,指出“履行借款协议是商品房买卖合同的解除条件”^[1]。债权人与债务人在借款协议中约定的有关条款,把两者之间的房屋买卖合同关系转化为一种附解除条件的买卖,肯定买卖条款作为一种非典型担保的法律效力。而早期的判决则倾向于把它看成是债的更新,认为协议导致了旧债消灭和新债产生,债务人应依协议书的约定内容承担连带保证责任^[2]。

2. 否定买卖条款的效力

“无效说”则认为以房抵债协议中的买卖条款无效。以最高人民法院审判的“广西嘉美房地产开发有限公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”(以下简称“杨伟鹏案”)为例,该案中一审二审认为买卖合同有效,最高法改判买卖合同无效^[3]。

理论上对以房抵债协议买卖条款的无效又有两种不同进路。一种进路认为该协议中的买卖条款存在通谋虚伪表示,因而无效。虽然债务人到期不履行还款义务时转移房屋所有权的意思表示是真实的,但是债权人和债务人关于转移房屋所有权的原因行为即订立买卖合同的意思表示不是真实的。债务人的真实意思是如果其不履行还款义务则以房屋抵债而不是出卖,债权人实际上也并未支付房屋的价款^[4]。因此,双方当事人的真实意思不是使买卖合同生效,而是在债务人未能清偿借款时转移房屋所有权用以抵偿债务。但是以这种方式来认定当事人的真实意图并不可取。在判断是否有买卖意图时不能对当事人表示于外部的效果意思视而不见,因为当事人真意是指当事人已经表示于外部的效果意思,而非当事人内心蕴藏的意思,没有表示的意思并非“意思”,且我国现行法中合同无效之“以合法形式掩盖非法目的”无法涵盖通谋虚伪之表示。另一种进路则从流押条款切入,因我国法律明确禁止流押合同,只要约定条款实际上起到与流押条款一样的效果,即在债务人无法还债则转移某一特定物的所有权于债权人之情形时可直接适用流押禁令进行无效认定。因而否定买卖合同的效力,同时也否定借款担保的效力,最终仅承认借贷关系。这种观点的判决或语焉不详,如前述杨伟鹏案,或认为争议条款属于让与担保,故违反流押禁令^①,或认为当事人签订的协议名为买卖,实为“借款担保合同”,进而认定其违反禁止流押而无效^②,并无统一判定。然流押之禁止存在于担保物权中,而“以房抵债”协议是否具有担保性质尚无定论,该观点对协议性质的先行预设有待商榷。

3. 回避买卖条款的效力

对买卖条款效力的肯定或者否定,均是通过对最高人民法院公报案例体现出来的,其目的是希望为人民法院审理以房抵债合同纠纷厘清一个正

① 如“何椿霖与罗开明灯房屋买卖合同纠纷上诉案”(2007)金牛民初字第2408号)。

② 如“章敏诉林秀忠等执行异议之诉纠纷案”(2013)温鹿执异初字第9号)。

确的裁判思路。但实际上上述两案泾渭分明的判决结果及最高人民法院没有把以房抵债协议买卖条款与流押条款等在法律适用上的复杂关系厘清,故而没有达到目的并且给司法工作者造成了一定的混淆。有学者呼吁最高人民法院应当以判例体系或司法解释的形式承认让与担保^[5],于是《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)第24条^①应运而生。既是为了解决这类纠纷,又是对今后的当事人的行为起到预测作用和指导作用。《规定》的征求意见稿第25条曾经承认了买卖条款的效力:当买卖合同中约定的价款明显高于或低于合同履行时的市场价格时,人民法院应支持当事人按照市场价格来履行买卖合同^[6]。但最终《规定》第24条没有沿用这一思路,同时也没有沿用“朱俊芳案”或“杨伟鹏案”的审判思路,而是将以房抵债协议按照民间借贷法律关系审理,回避了买卖合同的效力,并且在第24条第2款规定债权人只能通过拍卖房屋获得清偿,不能取得房屋所有权。

对于《规定》第24条的适用理解是:债权人只能以民间借贷纠纷为由起诉,否则将驳回起诉,并且债权人只能以房屋拍卖所得价款偿还债务。这就导致双方签订的“以房抵债”协议不能使债权人在债务人未能到期清偿时获得房屋所有权,债权人没有获得更多的法律保障,反而面临着违反禁止流质规则的法律风险,可能造成更多债务人的不诚信行为。而且由于第24条没有明确否定买卖条款的效力,在执行标的的过程中,符合法定情形,债权人可以获得不动产受让人物权期待权,享有对抗申请执行金钱债权的第三人的权利。根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条,买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议,符合下列情形可以排除第三人对标的物的债权请求权:一是在人民法院查封前已签订合法有效的书面买卖合同;二是在人民法院查封之前已经合法占有该不动产^②。《规定》的回避态度说明经济生活中大量

存在的以房抵债协议中涉及的法律关系十分复杂,统一的裁判规则不利于实现个案正义及当事人之间的利益平衡。

二、以房抵债协议中买卖条款有效之证成

1. 以房抵债协议中买卖条款是真实的意思表示

通谋虚伪行为在结构上包括内外两层行为:外部的表面行为系双方共同作出与其真意不一致的行为,亦称伪装行为;内部的隐藏行为则是被掩盖于表面行为之下,与双方真意一致的行为,亦称非伪装行为。通谋虚伪行为的特点在于表面行为不应生效系双方当事人合意的结果。与此相反,在以房抵债协议中,债权人一方是希望买卖条款生效的,并希望以此来保证自己债权的实现,这就与通谋虚伪行为中当事人之间故意为不符真意的表示而欠缺效果意思有明显不同^[7]。所以这种行为不属于通谋虚伪行为。同时,这种行为也不属于单独虚伪表示,单独虚伪表示分为两类:一是内心保留,二是非诚意表示。单独虚伪行为未为我国实证法所规范,而是在《德国民法典》中有所规定。内心保留是指一方有意作出与真意不相符合的意思表示。《德国民法典》第116条规定:“表意人作出的意思表示非其所愿,却作内心保留者,意思表示不因此而无效。若意思表示向对方作出,而对方知悉保留,则是意思表示无效。”被保留的内心真意因为未表示于外,无论动机如何,均不能发生效力,亦无从影响表示于外行为之效力;非诚意表示是指表意人作出意思表示时并无诚意,并且期待对方不至于对此产生误认,《德国民法典》第118条使用的术语是戏谑表示,“无诚意的意思表示,若表意人期待诚意之缺乏不至于被误认,无效”^[8]。显然这也不符合此种行为的法律构成,因而这种买卖的意思表示是真实的。

① 《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24条: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。按照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。

② 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条:金钱债权执行中,买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议,符合下列情形且其权利能够排除执行的,人民法院应予支持(一)人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同;(二)在人民法院查封前已合法占有该不动产;(三)已支付全部价款,或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行;(四)非因买受人自身原因未办理过户登记。

2. 以房抵债协议不属于流押契约

判断以房抵债协议是否违反禁止流押之规定,应当考量两个方面:一是该约定是否对当事人利益平衡造成破坏;二是流押条款的适用范围。笔者认为在以房抵债纠纷中,以房抵债协议不同于流押契约。首先,流押契约是担保合同中的条款,但以房抵债协议中没有设立担保物权,且与流押契约中标的物为抵押物不同,以房抵债协议中的标的物是债标的。其次,标的物 and 所担保债权的价值关系不同。担保法第35条第1款规定:“抵押权人所担保的债权不得超过其抵押物的价值”,即法律不禁止抵押物价格远高于所担保之债权之情形。而以物抵债协议中物的价值与债权数额基本一致,价值的一致性是以市场价格为参考。同时,以物抵债协议是平等民事主体之间的合意,建立在意思表示自由、真实的基础上,并无债权人利用优势地位签订流质契约获得大于债权的利益的目的^[9]。所以不应当认定以房抵债协议为流质合同,因此不应当以禁止流押规则来否定买卖合同的效力。

由上可知,以房抵债协议是平等的民事主体之间签订的,当债务人不能如期偿还借款时,以转移债务人所有的与欠款数额相当的房屋所有权来清偿债务,双方意思表示清晰明确,且通过协议具体条款固化下来。其中债权人一方是希望买卖合同生效的,其意思表示为希望以获得房屋所有权来保证自己债权的实现。笔者认为应当承认以房抵债协议中买卖条款的效力,该效力并非担保效力而是买卖条款生效;当债务人不按期清偿借款时债权人有权要求债务人转移房屋所有权。杜万华法官提出:在我们看来,无论是否认定买卖合同的效力,都有可能导致不公平的产生或者损害的是借款人的利益,导致其价值较大的担保物被无条件地抵债;或者损害的是出借人的利益,导致原本可以通过担保的方式获得的全部债务清偿的期待落空。无论哪一种不公平都不是我们愿意看到的,而不公平的产生甚至会更严重地催生其他担保方式,法律体系中更多的规定和原则都可能遭到挑战,借款人融资更加地困难,经济的发展会受到更多的限制。这也正是这类纠纷法律构造的复杂之处。故笔者认为,债权人取得房屋所有权后应当返还房屋价款与债务人未清偿借款之间的差额,这种做法可以平衡当事人之间的利益分配。

另外,笔者认为应对流押条款进行限缩解释,

胡志刚学者认为强制性规定可分绝对禁止和相对禁止。前者是为防止当事人企图实现流质,不管采用何种手段,只要追随这一目的,其所有行为都视为无效。后者仅禁止采取某种手段实现流质,倘若采取其他手段实现流质,则不在禁止的范围,其行为依然有效。禁止流押的规定应属于后者,所以,法律禁止以设立抵押权、质权等手段达到取得担保物所有权的实际效果,而不是一概否认以其他担保方法产生担保权人取得所有权的相同效果^[9]。因此,应该对流押条款进行限缩解释,避免其扩大适用范围,以避免违反当事人之间意思自治。

三、以房抵债协议买卖条款性质之界定

1. 以房抵债协议买卖条款性质的不同学说

明确以房抵债协议中买卖条款的法律性质对于解决这类纠纷具有重要意义,以房抵债协议中的买卖房屋条款不属于设立不动产抵押权。原因在于以房抵债协议中的买卖条款并没有抵押房屋的合意。其次,双方没有对房屋进行不动产抵押登记。对于以房抵债协议买卖条款的真实法律性质主要有以下几种说法。一是附条件买卖合同说。该观点认为借款合同和房屋买卖合同均有效,并将借款合同的履行作为房屋买卖合同的解除条件。最高人民法院在“朱俊芳案”中即持这一观点。该院认为:当事人之间签订的房屋买卖合同与借款协议是相互独立又有紧密联系的两个合同,因为双方订立商品房买卖合同的目的是为了担保借款协议中的债务,本案中商品房买卖合同中的标的物约定数额与借款协议中的标的数额基本一致。同时,借款协议为商品房买卖合同的履行提供了解除条件。二是让与担保说。该观点认为“以房抵债”符合让与担保的构成,债务人或第三人为债务人的债务设定担保,转移担保标的物的所有权于债权人,待债务履行完毕后,标的物的所有权又回归于债务人或第三人,债务人到期不能履行债务,债权人可以就该担保物优先受偿。三是后让与担保说。持该观点的杨立新教授认为,“以房抵债”虽与让与担保最为近似,但因为当事人之间签订不动产买卖合同时并未实际履行担保物的权利转让,其所有权的转移发生在债务人无法履行还款义务时,因而应称为后让与担保^[10]。四是代物清偿预约说。该观点认为房屋

买卖合同名为买卖,实为清偿期前的代物清偿预约。

2. 以房抵债协议买卖条款的性质应界定为代物清偿预约

以房抵债协议买卖条款的性质不属于让与担保、后让与担保及附解除条件的买卖合同。杜万华法官将该协议中买卖条款的性质认定为让与担保,回避了该协议中买卖条款的效力问题。关于让与担保,我国物权法上并无明确规定。依学理通说,所谓让与担保,有广义和狭义之分,这里的让与担保是狭义的让与担保。但是若当事人在签订以房抵债协议后并未根据房屋买卖合同办理所有权变动登记,买卖合同的买受人一方并未取得房屋所有权,就会因为不符合构成要件而无法成立让与担保。若办理了产权变更登记,则这种登记的外观也仅表现为所有权的直接转移,并不能起到让与担保的公示效果,如此,让与担保的所谓担保功能也就无从体现。杨立新教授提出的“后让与担保”观点,是以让与担保为基础来论证以房抵债构成担保物权,并且主张该担保物权的内容为债权人有权请求取得房屋所有权,但负清算义务。后让与担保与让与担保两者的区别仅在于担保物权利转移的时间节点不同,但因为在后让与担保对当事人之间存在买卖合同关系持肯定态度,而在让与担保场合,对买卖关系持否定态度,且让与担保中的担保效力是以主债权存在为前提,而后让与担保中,标的物让与同时发生主债权清偿的效果,所以其根本不具备担保效力,因此后让与担保概念的成立与否尚有待商榷。此外还有学者就让与担保与后让与担保论述提出未经登记的未物上的抵押权,认为后让与担保是让与担保的下位概念,担保物权利转移之时间先后不影响法律行为的性质,是一个“未经登记”的未来物上的抵押权来否定后让与担保的概念。最高人民法院在“朱俊芳案”判决中将当事人之间签订的以房抵债协议界定为附解除条件的买卖合同,从而认可了房屋买卖合同的效力。但是仅将借款协议的约定认定为买卖合同附设解除条件,不能概括当事人之间法律关系的全部内容。因其不仅约定了到期还款后返还“标的物”权利凭证,同时还约定了不能还款时的处理办法,即以该“标的物”清偿债务。

笔者认为以房抵债协议中买卖条款的真实法律性质应界定为代物清偿预约。根据代物清偿预

约的本质特征:一是代物清偿预约于债务清偿期届满之前已经成立;二是代物清偿预约须当债务人到期不履行债务时方可履行。故而代物清偿预约的主要目的在于预先为债务提供担保,与代物清偿侧重于清偿期届满时的消灭债务的法律效果有所区别。代物清偿预约的本质特征与以房抵债协议买卖条款相符合,可见以房抵债协议中买卖条款的法律性质是代物清偿预约。我国法律没有明确关于是否允许代物清偿预约的规定,在司法审判中则当事人意思自治模式和一些禁止性规则及相关判例组成我国现行的代物清偿预约环境,如果当事人签订房屋买卖合同并进行预告登记,代物清偿预约方具有对抗第三人的效力。

四、结 语

2017年10月1日将施行的新《民法总则》第一百四十三条规定了民事法律行为有效的要件:当事人的意思表示真实,且不违反法律、行政法规的强制性规定。笔者认为以房抵债协议是双方当事人之间的真实意思表示,至于该协议的买卖条款是否违反流押禁令,笔者认为流押禁令仅禁止以设立抵押权、质权等手段达到取得担保物所有权的实际效果。故而以房抵债协议是有效的,即该协议中的买卖条款是有效的。当债务人未能清偿借款时债权人可以取得房屋所有权,但在债权人取得房屋所有权时应当返还房屋价款与债务人未清偿借款之间的差额,这种做法既遵循了当事人之间的意思自治又兼顾了双方的利益平衡。

参考文献:

- [1] 陆青. 以房抵债协议的法理分析——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释[J]. 法学研究, 2015(3):66-81.
- [2] 肖俊. 代物清偿中的合意基础与清偿效果研究[J]. 中外法学, 2015(1):43.
- [3] 梁曙明,刘牧晗. 借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记属于让与担保[J]. 人民司法, 2014(16):4-8.
- [4] 张海鹏. 担保性买卖合同法律性质之探析——兼析民间借贷司法解释第24条[J]. 东方法学, 2016(2):150-160.
- [5] 杜万华. 最高人民法院民间借贷审判实务指导与疑难解答[M]. 北京:中国法制出版社, 2015:223-242.
- [6] 廖原非. 论民间借贷司法解释第24条与以房抵债裁判规则的衔接[D]. 广州:暨南大学法学院, 2016:5.
- [7] 章晓英. “以房抵债”与抵消预约——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释[J]. 西部法学评论, 2016(1):61.