

法律知识学习园地



——以融资为目标签订房屋买卖合同及以房屋抵债的法律问题探讨

2015年第12期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 李 沛

局（沪）法律事务部 主办



正文

目前，社会上存在一种特殊的融资方式，如融资渠道有限的开发商与出借资金的一方（简称借款人）签署商品买卖合同，借款人以支付购房款的方式将资金支付给开发商，双方在商品房买卖合同中约定借款人有权解除合同的条件及违约金支付标准，若开发商未能在合同约定时间交付房屋的，则借款人有权解除商品房买卖合同，开发商向借款人支付相当于借款利息标准的违约金，双方以此达到名为房屋买卖，实为融资的目的，并借以房屋买卖合同起到担保借款的效果。按照此类方式交易的资金融入方还可能是开发商之外的其他人，双方均是借以房屋买卖合同来达到融资和担保的目的。这里就涉及房屋买卖合同的效力及权利效力问题。

实践中还有一种情况，如甲方因借款、买卖或者其他合同产生对乙方的债权，乙方以房屋抵债的，双方签署抵债协议或者由法院、仲裁机构出具调解书确认以房抵债的内容，这里涉及抵债协议和法律文书的效力如何以及产生的法律效果。

以上两个问题有一定的相关性，本文放在一起就一些法律问题做探讨。

一、以房屋买卖形式融资的商业价值

资金借入方与借款人通过这种方式融资的原因有两个：

1、若借款人是企业的，回避企业之间禁止借款的规定，通过商品房买卖合同这种形式规避合同无效的风险，保证利息收入。

2、若资金借入方届时不能按照约定还款，则借款人主张房屋买卖合同项下的权利，要求履行合同，以取得实物房产，此时房屋买卖合同起到类似担保的作用，有观点认为这类似于让与担保。

二、以房屋买卖形式融资法律争议焦点和风险

（一）双方之间成立什么合同、合同是否有效

对于借款人来说，对此类融资方式首要考虑的是买卖合同的有效性。因资金借入方和借款人签订房屋买卖合同的真实意图是融资借款，且往往利息较高，房屋作价低于市场行情，在资金借入方和借款人产生争议的时候或者有资金借入方其他债权人参与进来的时候，资金借入方和借款人之间的争议焦点和法院需要判定的首先就是双方是什么法律关系。

双方是房屋买卖法律关系，还是借款法律关系，还是借款关系与附条件的房屋买卖关系并存。作者从案例来看，认为这个问题有争议，且根据案情不同法官有很大自由裁量的成分。

以上争议的焦点以及司法看法可以参见以下几个案例：最高人民法院（2011）民提字第 344 号、最高人民法院（2013）民提字第 135 号、《名为房屋买卖实为借款担保的认定——重庆五中院判决张桌玮诉怡豪公司商品房销售合同纠纷案》（《人民法院报》2014 年 09 月 11 日）。

仔细看具体案例内容，各个案例的实际情况是有区别的。若借款人与资金借入方既签署了房屋买卖合同，也签署了借款协议，则双方之间成立借款合同关系显而易见，需要争议的只是借款合同是否有效，以及在借款合同有效的情况下，如何认定房屋买卖合同的效力。如果借款人与资金借入方仅签订了房屋买卖合同，并没有签署借款协议，则法院会根据双方提供的证据，自由裁量双方之间到底是借款合同关系还是商品房买卖合同关系，以及如何看待商品房买卖合同的效力。

1、若被认定为借款关系，（1）若借款人是企业，则借款合同可能被认定无效（关于企业间融资的效力问题在最近的全国民事审判工作会议纪要中有表述，可以参考），借款人的法律权益保障适用有关借款合同无效后的有关法律依据，形式上的房屋买卖合同自然未成立亦无效，借款人的利息得不到完全保证，亦没有对房屋买卖合同中的具体房屋有任何权利；（2）若借款人是个人，借款人与资金借入方之间成立有效的借款合同关系，房屋买卖合同如何定性存在一定的争议，有认为未成立有效的房屋买卖合同或者以房屋买卖合同担保借款债权的履行有违反担保物权法定的原则及禁止流质的规定而无效，有认为房屋买卖合同属于附解除条件的独立的合同，属于有效，作者个人同意后一种观点。北京市高级人民法院也持有类似观点，《关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》（京高法发〔2014〕489号）认为“当事人在民间借贷债务履行期限届满前签订合同约定，借款人逾期不偿还借款即愿意以自己所有（或经第三人同意以第三人所有）的房屋抵偿归贷款人所有，该合同实为基础借贷债权的担保，应当根据当事人的真实意思表示认定双方之间系民间借贷法律关系。贷款人可以选择行使以下权利：（1）贷款人依原基础借贷法律关系主张偿还借款的，应予支持；（2）贷款人在履行清算义务的前提下，要求借款人办理房屋过户登记手续的，应予支持。房屋价值超过担保基础借贷债权（贷款本金、合法利息等）的，贷款人应将剩余款项返还给借款人。房屋价值以贷款人要求借款人办理房屋过户登记时予以确定。”

2、若没有被认定成立借款关系，被认定成立房屋买卖合同，则相应房屋买卖合同有效。

作者从案例归纳，以下具体的事实可能会影响到法官对是借款合同还是房屋买卖合同的定性：房屋定价是否合理、是否有价格调整与结算条款，是否开具不动产销售发票、是否办理商品房买卖合同备案登记、房屋买卖合同约定的标的物特征、权利义务是否对等、履行方式是否有违常理等。

作者从以上分析认为，若个人拟采用这种模式给他人借款，应当这样安排交易，即签署借款合同的同时，签署商品房买卖合同，约定在资金借入方不能按约定还款时，启动继续履行房屋买卖合同，在资金借入方按约定还款时，解除房屋

买卖合同，即如以上（2011）民提字第 344 号最高院再审案例，比较稳妥。若企业拟采用这种模式给他人融资，则不宜签订书面的借款合同，应按照最接近真实商品房买卖合同操作的方式安排交易。

（二）借款人的债权是否有优先性

以房屋买卖合同方式融资的模式下，不管被认定为与从属于借款合同的有效房屋买卖合同还是单独存在有效的房屋买卖合同，仍然会存在另一个问题，即借款人与资金借入方的其他债权人的债权之间的优先性，比如资金借入方是开发商的，谁的债权有权就开发商的在建工程或者现房有优先受偿权，及借款人的权利是否有法定优先权的保障。

开发商的债权人一般有提供开发贷款的银行、施工承包人、购房人，若各方均主张债权，就开发商的财产各方债权是否有优先顺序，银行主张对在建工程享有抵押权，承包人主张有建设工程施工价款优先受偿权，购房人主张已经支付了全部购房款应当对买受房屋变现的价款更优先受偿。作者认为应当按照以下法理分析借款债权：

1、买受人支付完全部或者大部分款项后，有没有取得对标的商品房的物权。

作者认为，买受人支付完全部或者大部分款项后，没有取得对标的商品房的物权。这是因为，取得不动产物权依据《物权法》第 14 条的规定，不动产物权的设立自记载于不动产登记簿时发生效力，依据第 28、29、30 条的规定，在特殊情况以不以登记设立，如因人民法院、仲裁委员会法律文书、政府征收决定、继承、受遗赠、合法建造等发生物权设立效力。

但是，有另一种不同的观点，理由是根据 2004 年《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称：2004《查冻规定》）第 17 条规定“被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、

冻结”，该条规定的后半段实际上是规定了第三人已经支付全部价款并实际占有被执行人所有的需要办理过户登记的财产的，如果第三人对没有办理登记没有过错的，该财产认定为是第三人所有，即第三人对该财产享有物权。作者认为，这种观点是不正确的，最高院的规定本身不能成为对物权设立的规定，只有法律才能作为物权的規定，2004《查冻规定》仅能理解是对财产保全的规定，并不是针对权属的实体法规定，且从该规定的前半段看，仍然是遵循没有过户的不动产，仍属于名义所有人所有，后半段中“如果第三人对此没有过错的”含义也不明。

另外《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（2004年）规定“被执行人购买的已由房地产开发企业办理了房屋权属初始登记的房屋及被执行人购买的办理了商品房预售合同登记备案手续或者商品房预告登记的房屋，虽未进行房屋所有权登记，人民法院也可以进行预查封，土地、房屋权属在预查封期间登记在被执行人名下的，预查封登记自动转为查封登记，预查封转为正式查封后，查封期限从预查封之日起开始计算”，此规定仍然是财产保全的规定，不能从可以作为被执行人的财产查封就得出该财产属于被执行财产的结论。从很多执行异议之诉的案例可以支持作者以上的观点。

2、买受人支付全部或者大部分款项后，债权是否具有第一位的优先性。

就房地产开发中的房屋买卖来说，《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”

主流观点认为由此规定可以推导出支付全部和大部分房款的买受人的权利优于承包人，承包人的权利优于抵押权和其他债权，因此买受人的权利优于抵押权和其他债权人。对这个结论其实仍有一定可质疑的空间，理由是：（1）该批复中规定的“消费者”的范围是个人还是包括法人，购买多套的买受人是否还能

构成消费者，毕竟该批复本身出台的意义就是从“和谐社会”的角度对个人消费的权益作出一定的倾斜保护。（2）该批复是2002年出的，2004年《查冻规定》第17条与该批复是什么关系，若认为能够依据2004《查冻规定》第17条界定权属或者权利优先性，第17条规定所强调的“实际占有”和“没有过错”也对2002年批复做了更高的要求。

最新颁布实施的《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》（以下简称《执行异议和复议案件若干规定》）第29条对商品房销售中的优先消费者债权作出了规定，即：

“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，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）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”

作者把简称特定消费者优先权的规定，可以看出该规定相比2002年的批复有变化，（1）该规定是赋予了特定消费者排除执行的权利，也就是说不仅仅承认受偿的优先性，似乎还确认争议房屋的房屋归属于特定消费者；（2）对买受人作了限定，受到特殊保护的特定消费者是“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”的人，可以理解为买受唯一住房的自然人，如果买受人有其他住房，是投资客，是购买住房以外的商业用房的，应当都没有优先权，

就二手房买卖来说，《执行异议和复议案件若干规定》第28条规定与2004年《查冻规定》第17条的规则没有实质变化。该条规定：

“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）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之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。”

另外，第 30 条规定“金钱债权执行中，对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产，受让人提出停止处分异议的，人民法院应予支持；符合物权登记条件，受让人提出排除执行异议的，应予支持”，该条规定更是确立了“受让物权预告登记”所具有的物权效力，这里有一个问题留待以后明确，即如果买受人购买了 2 套及以上房屋并办理了预告登记，则是否能够理解为不受第 29 条特定消费者优先权的限制。

综合以上两个方面，以房屋买卖合同方式融资的模式，若在房屋买卖合同被认定为有效的情况下，借款人（买受人）对房屋有没有物上权利，在哪些情况下较其他债权人具有优先性，仍然有理解上的争议。此争议可以从现实中有关执行异议之诉等案例中看出来。

三、以房屋抵债的法律效力

前面说了以借款为目的签署房屋买卖合同的效力及权利效力问题，实践中还有一种情况，如甲方因借款、买卖或者其他合同产生对乙方的债权，乙方以房屋抵债的，双方签署抵债协议或者由法院、仲裁机构出具调解书，抵债协议和法律文书的效力如何以及产生了什么效力。

（一）以物抵债是债的一种清偿方式，抵债协议有效

这个没有争议，如北京市高级人民法院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》（京高法发〔2014〕489号）认为：“当事人在民间借贷债务履行期限届满后签订合同约定以房抵债，性质上属于债务履行方式的变更，贷款人要求继续履行合同办理房屋过户登记手续的，应予支持。借款人认为抵债价格明显过低，显失公平的，可以参照本纪要第 24 条第 2 款规定处理。”

（二）抵债协议或者由法院、仲裁机构出具调解书是否能够产生设定物权或者其他优先债权的效力

作者认为，如前述取得不动产物权依据《物权法》第14条及第28、29、30条，以登记为原则，以特殊规定为例外，抵债协议不产生设立物权的效力，也没有优先权的法律依据。

需要分析的是，实践中，若甲方和乙方的抵债协议经法院或者仲裁机构出具调解书，该如何理解《物权法》第28条规定的因人民法院、仲裁委员会的法律文书导致物权设立的，自法律文书生效时发生效力，是否能够认为抵债协议经人民法院或者仲裁委员会出具调解书，产生了设定物权的效力。

作者认同最高人民法院研究室《关于以物抵债调解书是否具有发生物权变动效力的问题的意见》。虽然物权法第28条规定的“人民法院的法律文书”应当包括判决书、裁定书和调解书，但以物抵债调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认，其实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务，并非对物权利属的变动。因此，不宜认定以物抵债调解书能够直接引起物权变动。

1、非依法律行为进行的物权变动是由法律直接规定

物权的设立、变更、转让或者消灭分为依法律行为而进行的物权变动，以及非依法律行为而发生的物权变动。依法律行为进行的物权变动，是指以当事人意思表示为基础进行的物权变动。此种物权变动必须遵循物权公示的一般原则才能发生效力，比如不动产的登记和动产的交付等。非依法律行为进行的物权变动，一般有如下几种：(1)因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等发生的物权变动；(2)因继承或者受遗赠而取得物权；(3)因合法建造，拆除房屋等事实行为设立和消灭物权。第(1)点是基于公权力的行使而使物权发生变动的情形。在此种情形下，物权的设立、变更、转让或者消灭，并非基于原权利人的意思表示，这种物权变动的方式所遵循的并不是一般性的物权公示原则，而是法律的直接规定。可以导致物权变动的人民法院生效法律文书必须具有直接导致物权变动的内容。

2、可以导致物权变动的人民法院作出的生效法律文书类型

人民法院作出的法律文书包括判决、裁定、决定、调解书以及各种命令、通知等，其中判决可以分为给付判决、确认判决和形成判决。并非所有人民法院作出的生效法律文书都可以直接引起物权变动。一般认为，依照现行法的规定，人民法院作出的决定、命令、通知等主要解决的是诉讼或非诉程序中的程序事项，并不直接导致实体权利的变化，因此，上述法律文书并不能导致物权变动。在判决方面，只有形成判决属于能够直接引起物权变动的法律文书。所谓形成判决即是指变动或者消灭当事人之间原来存在的没有争议的民事法律关系的判决，如分割共有财产的判决。

但对于裁定书和调解书，则认识不一。调解书虽然与判决具有同一效力，但就物权变动所作的调解，尚无形成与判决同一的形成力，因此，不能直接引起物权变动。法院制作的裁定通常也不能直接引起物权变动。能够引起物权变动的裁定书，主要是指在执行程序中对不动产、有登记的特定动产或者其他财产权拍卖成交或者抵债裁定。2004《查封规定》第29条第二款规定：“不动产、有登记的特定动产或者其他财产权拍卖成交或者抵债后，该不动产、特定动产的所有权、其他财产权自拍卖成交或者抵债裁定送达买受人或者承受人时起转移。”

3、调解书不宜产生物权变动效力的原因

人民法院生效法律文书导致物权变动的法理基础在于，公权力的介入使得此法律文书所记载的物权变动具有了与不动产的登记或者动产交付相当的公示效果，从而可以防止因为物权强大的排他效力导致的对第三人权利的不测妨害而危及交易安全。对于此项内容，虽然调解书、裁定书与判决书在本质上是共通的，不宜将导致物权变动的生效法律文书仅限于形成判决，有直接导致物权变动内容的调解书和裁定书也应当包括在内，但是基于现在司法实践中虚假诉讼侵犯第三人权益的情况很多，各地法院对于诉讼中当事人要求确认其自行达成的以物抵债协议并出具调解书的，各地法院认识不同做法不一，如江苏省高级人民法院2014年4月14日审判委员会会议纪要认为，“在债权债务案件诉讼过程中，当事人自愿达成以物抵债协议，并要求法院制作调解书的，人民法院应建议当事人申请撤诉。当事人不申请撤诉而要求制作调解书的，人民法院应不予支持，对当事人之间债权债务关系继续审理。”《最高人民法院关于房地产调控政策下人民

法院严格审查各类虚假诉讼的紧急通知》法明传〔2013〕359号“3、双方以债权债务纠纷为由诉讼至法院,但是立案后对案件事实及实体处理等均无争议并迅速达成“以房抵债”协议的,务必在严格依法查明案件事实的基础上决定是否出具调解书;4、当事人在人民法院调解组织等主持下达成包含以房抵债内容的调解协议,并共同申请司法确认的,应当加大审查确认力度,慎重出具确认调解协议有效的裁定;5、当事人对以房抵债生效法律文书或者调解协议申请执行的,原则上不得出具以房抵债裁定书或者要求登记机构办理过户的协助执行通知书,当事人要求以房产清偿债务的,应当采取拍卖等执行变价措施;”

鉴于民事调解书的本质在于对调解协议的确认,而以物抵债调解协议作为协议的一种,其本质属于债的范畴,此协议所产生的直接后果是一方当事人取得要求移转抵债物所有权的请求权,另一方当事人则负有移转此抵债物所有权的义务,即要将动产的抵债物进行交付,将不动产办理过户登记。这时创设物权仍要按照依法律行为导致物权变动的规则进行。在调解书生效后,仍要当事人持调解书办理交付和过户登记,抵债物方发生物权变动。负有履行义务一方的当事人未履行交付或登记过户的义务,另一方当事人可以申请法院强制执行。

另2015年民事诉讼法司法解释第357条规定,当事人申请司法确认调解协议,调解协议内容涉及物权的,应当驳回当事人的申请。由此也能看出,法院对于按照当事人双方的意志直接以调解协议形式确认物权的,是非常慎重的态度。

《执行异议和复议案件若干规定》第26条中对能够作为排除执行的法律文书的范围做了限定:

“金钱债权执行中,案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结前作出的另案生效法律文书提出排除执行异议,人民法院应当按照下列情形,分别处理:(一)该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷以及租赁、借用、保管等不以转移财产权属为目的合同纠纷,判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其返还执行标的且其权利能够排除执行的,应予支持;(二)该法律文书系就案外人与被执行人之间除前项所列合同之外的债权纠纷,判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其交付、返还执行标的的,不予支持。(三)该法律文书系案外人受

让执行标的的拍卖、变卖成交裁定或者以物抵债裁定且其权利能够排除执行的，应予支持。”

以上规定看出，法律文书不包括调解书，限判决、裁决，且案由限于因权属纠纷确认权属和因租赁、借用、保管等不以转移财产权属为目的合同纠纷而返还、交付标的，尽管这条的表述是有一些歧义和难以理解的，作者感觉该条想要表达的意思通俗一点理解是原本财产是属于异议人，而不是因为其他债权纠纷、合同纠纷（如买卖合同纠纷）而被判决归属于异议人或者需要返还、交付异议人的。

综上，借款人与资金借入方签署以房屋抵债协议后，或者以调解书确认抵债协议的，本质上仍然是债权，不享有对房屋的物权，也没有产生优先债权。仍然需要注意采取其他财产保全方式保护债权。