

建设工程领域发包人与承包人“以房抵债”问题研究

□张琳

近年来，“以物抵债”现象出现在诸多领域，并行化出不少形态。比如，在建设工程施工合同履行过程中，经常出现发包人与承包人签订“以房抵债”协议抵偿工程款的情形。由于目前的法律规范并未就此类协议的性质及效力进行明确，给司法实践带来了诸多分歧和困惑。笔者尝试以最高人民法院2019年9月11日通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会纪要》）中有关以物抵债的规定作为基础，对该问题进行梳理，以期为建设工程领域发包人和承包人“以房抵债”问题的具体解决提供思路。

“以房抵债”是实践中“以物抵债”的一种形式，而不论是“以房抵债”还是“以物抵债”均非民法理论上的固有概念，但现实中各种形式的以物抵债现象却普遍存在，尤其是在当前经济形势下，房地产企业迫于偿债压力且现金流严重不足时，“以房抵债”的现象更是屡见不鲜。本文将结合《九民会纪要》中有关物抵债协议的有关规定，对发包人和承包人之间“以房抵债”的成立要件、效力判断以及履行中的难点问题等进行简要的分析。

“以房抵债”协议的成立要件

参照《江苏省高级人民法院关于以物抵债若干法律适用问题的审理纪要》中的相关条款，本文将“以物抵债”界定为：债务人与债权人约定以债务人或经第三人同意的第三人所有的财产折价归债权人所有，用以消灭债务人对债权人所负金钱债务的行为，暂不把执行过程中的以物抵债行为以及让与担保性质的以物抵债协议纳入本文的讨论范围。

（一）“以房抵债”协议属无名合同，除需要具备一般合同成立的要件外，一般还需具备以下几个特别要件：
1. 须存在基础债权债务关系。以房抵债协议本身即为当事人对于原有债权债务关系履行障碍时达成的清偿原债务的新的约定，因此以房抵债协议存在的前提即为存在基础债权债务关系。对该要件的存在是为了避免当事人通过以物抵债协议损害其他债权人利益及社会公共利益，故《九民会纪要》第44条规定，人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。
2. 债务须已届清偿期。根据债务的

履行期是否届满，《九民会纪要》将以房抵债协议分为履行期届满前达成的以物抵债协议和履行期届满后达成的以物抵债协议。当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院经审查，不存在恶意损害第三人合法权益等情形的，人民法院依法予以支持。当事人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，因此种情况不同于该纪要第71条规定的让与担保，人民法院应当向其释明，根据原债权债务关系提起诉讼。经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。

在发包人和承包人之间“以房抵债”中，由于房屋不动产的属性，一般难以在履行期限届满前完成所有权的转移，故一般不能构成让与担保，而有可能构成所谓的“后让与担保”。对后让与担保，根据《九民会纪要》的精神，因为未以交付或者登记的方式进行公示，不发生物权效力，债权人应当根据原债权债务关系提起诉讼。

“以房抵债”中新债和旧债的关系

对于当事人双方在债务清偿期届满后达成的以房抵债协议，若抵债物已经交付债权人，则类似于传统民法的代物清偿，自以物抵债有效成立之时，新旧债均归于消灭，债权人取得抵债物的所有权。如果抵债物存在瑕疵，债务人应承担瑕疵担保责任。
如果抵债物尚未交付给债权人，旧债是否因以物抵债协议的签订而归于消灭呢？笔者认为，对这个问题的判断，首先应当以充分尊重当事人在订立合同时的意思表示为基础。如果当事人在以物抵债协议中约定双方之间存在的旧债

种给付代替原来的给付，债务关系归于消灭的制度，通说认为其属于实践合同，即除意思表示一致外，尚需实际交付才能成立的合同。根据最高人民法院对《九民会纪要》的解读，纪要采用的是诺成合同说，不以抵债物的交付作为生效要件。但对这个问题，最高人民法院的观点亦存在一个变化的过程，经历了从实践性合同到诺成性合同的转变。目前对以物抵债协议的诺成性已经形成主流意见。

“以房抵债”中新债和旧债的关系

对于当事人双方在债务清偿期届满后达成的以房抵债协议，若抵债物已经交付债权人，则类似于传统民法的代物清偿，自以物抵债有效成立之时，新旧债均归于消灭，债权人取得抵债物的所有权。如果抵债物存在瑕疵，债务人应承担瑕疵担保责任。

如果抵债物尚未交付给债权人，旧债是否因以物抵债协议的签订而归于消灭呢？笔者认为，对这个问题的判断，首先应当以充分尊重当事人在订立合同时的意思表示为基础。如果当事人在以物抵债协议中约定双方之间存在的旧债

务因新债务的成立、生效而归于消灭，那么在此种情形下就应当认定该以物抵债协议属于债务更新；相反如果当事人在以物抵债协议中约定旧债务必须因新债务履行完毕而归于消灭，旧债务在新债务履行完毕之前与新债务并存，则此种情形下的以物抵债协议属于新债清偿。在当事人未就旧债务是否因新债务的成立、生效而归于消灭进行约定，且不能通过合同解释的方式探究合同双方当事人于订立合同时的内心真意时，基于对债权人利益的保护，应以以物抵债协议解释为新债清偿而非债务更新。

在发包人和承包人的“以房抵债”情形下，因房产的不动产属性，发包人虽然将抵债房屋交付给承包人，但却未办理产权登记的，承包人或者发包人是否还可以主张履行旧债，返还房屋？笔者认为，此时可以根据合同法中合同解除的有关理论进行判断。即如果存在法定解除情形的，承包人请求解除以物抵债协议。比如由于不可抗力或者发包人原因，导致无法办理产权登记的，造成承包人取得房屋所有权这一合同目的无法实现的，承包人可以请求解除以物抵债协议。如果不符合合同解除的条件，则不论是承包人还是发包人都

不能随意请求解除以物抵债协议恢复履行旧债。

“以房抵债”履行过程的难点问题

实践中，“以房抵债”问题错综复杂，不仅涉及以房抵债协议本身的成立、效力等问题，还可能涉及相关领域的一些问题。笔者审理相关案件时遇到的比较多的问题有：

（一）在抵债房屋系承包人承建房屋时，承包人的建设工程价款优先受偿权与以房抵债的交叉问题。

发包人逾期支付工程价款的，承包人可以就发包人协商将该工程折价，也可以申请法院将该工程依法拍卖。在此情况下因抵债房屋的所有权归属于承包人使得承包人享有的优先受偿权与所有权因混同而归于消灭，但承包人享有的优先受偿权因其自身有法律上利益仍得存续。

（二）承包人对抵债房屋没有建设工程优先受偿权的情况下“以物抵债”能否对抗执行的问题。

对此问题，实践中存在两种争议，一种意见认为承包人的以物抵债协议因没有办理过户手续，仍然属于债权，不能对抗执行；一种意见认为承包人的以物抵债具有类似于代物清偿的效果，可以对抗执行。笔者认为，以物抵债协议不同于代物清偿制度，代物清偿应当包含代物清偿协议（以物抵债协议）与履行行为两部分，以物抵债协议只是以物抵债协议成立生效，未履行物的交付，抵债物的所有权不发生变动，不能产生排除强制执行的效力。但在特定的情况下，现行司法解释仍对债权人以享有的债权足以排除强制执行作出了一定的例外规定。《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条即为此种情形。在满足28条规定的要件

时，以物抵债的承包人可以排除执行，除此以外，“以房抵债”不能产生排除强制执行的效力。

（三）当发包人将以房抵债的房屋出售给第三人时，承包人的“以物抵债”能否对抗购房人的问题。

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第2条规定：“消费者在交付购买商品房的全部或大部分款项后，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”。也就是说交付了全部或大部分购房款的买受人其权利优先于享有优先受偿权的承包人。

（四）在发包人按照承包人的指示将房屋出售给第三人的情况下，第三人与发包人之间构成何种关系，以及在发包人不履行协议时，第三人能否请求发包人交付房屋或承担违约责任的问题。

在此情形下，如何认定第三人与发包人之间的关系，笔者认为，首先要以当事人的意思表示内容作为判断的标准。如果发包人具有债务承担的意思表示，那么以房抵债协议在二者之间发生债务转移的后果。如果发包人没有债务承担的意思表示，那么发包人按照承包人的指示将房屋出售给第三人的情况则构成民法上的向第三人履行，在发包人违约时，第三人不能直接请求发包人交付房屋或返还价款。

（五）发包人将第三人所有的房屋抵偿给承包人时，承包人能否直接请求第三人交付房屋或承担违约责任的问题。

此种情形类似于第三人的财产设置协议，只需要取得第三人的同意即可在第三人与承包人之间构成约束，不以第三人与发包人之间存在债务转移为前提，在第三人不履行交付房屋的义务时，承包人可以请求第三人交付房屋。

结束语

“以房抵债”问题十分错综复杂，本文的分析不能涵盖现实中所有的发包人与承包人之间以物抵债的情形，在司法实践中对个案的认定还应结合具体情况具体分析，期待立法机关和最高法院能就此问题提供更多的规范，也希望法律从业者能就此问题达成更多的共识。

（作者单位：河南省高级人民法院民事审判第四庭法官）



最高法院关于居间合同的裁判规则对建筑企业的启示

□周美春

在建设工程领域，许多项目是通过第三方介绍等使得建筑企业（承包人）与设计方（发包人）相识，最后签订了《建设工程施工合同》，第三方收取一定比例的“介绍费”。建设公司与介绍人之间会因介绍费形成纠纷，此类纠纷属于居间合同纠纷，为了便于建筑企业更好地处理此类纠纷，笔者对最高人民法院发布的居间合同纠纷裁判文书中的法律观点进行了梳理。

居间合同的管辖问题

1. 裁判规则
适用一般合同管辖原则，即合同履行地或被告所在地。

2. 具体案例
大新华航空公司诉华林证券公司、洋浦恒盛咨询公司案件（《（2014）民一终字第23号民事裁定书》）中，法院认为：居间合同通常有三方，就原告来说，其他双方可以都为案件当事人，可以选择一被告所在地，在法院开庭前不作实质性审查。

3. 对建筑企业的指导意义
此类案件不适用建设工程的专属管辖，可以申请管辖权异议。

合同约定的支付居间费用的条件未成就时，是否有权主张该费用

1. 裁判规则
委托人可以就此抗辩支付居间费用的条件未成就，要求暂不支付居间费用。

2. 具体案例
江苏日月星公司诉徐工筑路公司案，《（2013）民申字第676号民事裁定书》中，约定收回全部货款支付居间费用，后徐工筑路公司以货款未全部收回为由抗辩，得到了法院的支持。

3. 对建筑企业的指导意义
居间合同中可以约定支付居间费用的条件及支付标准的变动等，例如：约定工程款支付到一定比例时，分次支付居间费用。约定工程款下浮低于一定比例时，可调整居间费用的比例。

进行了居间，由于委托人的原因未能成功时的责任

1. 裁判观点

合同责任是无过错责任，与当事人的主观状态无关，委托人不管是否存在恶意，只要违反合同约定的义务，即属违约。

对于居间合同的委托人而言，这并不意味着其负有必须通过接待和洽谈的方式来对待居间人所报告的订立合同机会的义务，委托人面对居间人所报告的订立合同的机会，有权根据自身条件、投资人的基本情况等进行正常的商业判断，以决定是否需要进行进一步的接洽。

如果委托人并非不正当地阻止居间人所要促成的合同成立，则委托人不接待和洽谈投资人的行为并不构成违约。

2. 案例
马某与大洋公司居间合同纠纷案，《（2014）民申字第793号民事裁定书》一案中，法院认为：马某的叙述及其提供的证据不能充分证明大洋公司不正当地阻挠，导致与马某引进的投资人的合同不能成立，因此，马某主张大洋公司违约并要求大洋公司承担相应的违约责任的主张不成立。

3. 对建筑企业的指导意义
建筑企业得到居间人报告的机会后，可根据自身的实际情况及发包人的主要条款的条件来确定是否签订合同，如因未能签订合同，不构成居间合同的违约，不承担居间合同的违约责任。

居间人完成居间后，委托人以项目是通过网络公开招投标为由，拒绝支付居间费用

1. 裁判观点
人民法院不予支持。

2. 案例
宜昌三峡矿业有限公司与郑烈功居间合同纠纷案，《（2013）民申字第323号民事裁定书》。

3. 对建筑企业的指导意义
建筑企业签订了施工合同后，又以工程通过公开招投标取得承包权为由拒绝支付居间费的，法院一般不予支持。

居间人从事的行为系职务行为的，是否有权主张居间费

1. 裁判观点

代理人在单位从事职务的行为不认为系居间行为，无权主张居间费用。

2. 案例
石明与沈阳五洲商业广场发展有限公司、王寅居间合同纠纷民事判决书，案号：（2012）民抗字第37号中，石明曾作五洲公司副董事长职务（虽仅为实际控制人任命的），其行为为职务行为，不属于居间行为。

3. 对建筑企业的指导意义
如果居间人为发包人的高级管理人员，其行为通过可以认定为职务行为，其行为不属于居间行为。建筑企业可以引为抗辩理由。

如果居间人属于建筑企业的管理人员（如有劳动关系、或分公司副经理之类），其行为可以认定为职务行为；建筑企业对此类人员主张居间费用的，可以以职务行为来抗辩。

委托人是否提出居间费过高，请求人民法院予以调整

1. 裁判观点
公司的分公司负责人委托他人代为承揽工程的，由总公司承担责任。约定的居间费用过高，人民法院可以予以调整。

2. 案例
中国中铁航空港建设集团有限公司、中国航空港建设总公司华东分公司与胡光明居间合同纠纷案，案号：（2014）民提字第74号。该案是承揽建筑工程项目引发的争议，最高法院的具体理由为：

首先，根据《招标投标法》的规定，“大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益公众安全的项目”必须进行招投标。案涉芜湖联盛国际商业广场项目属于必须招投标的范围，从一、二审法院查明情况看，航空港总公司对该项目的承包权也正是通过招投标活动最终中标取得。由于案涉工程的招投标活动必须遵守《招标投标法》第四十三条的规定，即“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。”故胡光明在航空港总公司在芜湖联盛国际商业广场项目中标一事中

居间的作用也仅仅限于报告招标信息及撮合招投标双方相关负责人相识，所取得的居间报酬应当与其从事居间活动所付出的劳动相符。如果胡光明认为其在促成航空港总公司在案涉工程项目中标一事上存在除报告招标信息、撮合招投标双方负责人相识以外的其他居间活动，一是必须提出证据证明其付出，二是应当证明其居间活动不违反《招标投标法》第四十三条的规定。但胡光明在本案一、二审期间所举证据，并未证明其尚有合法的居间活动及付出。

其次，近年来我国建筑工程施工行业属于微利行业。双方当事人在居间合同中对居间报酬的过高约定，存在利益失衡的可能。本案一、二审法院行使自由裁量权，将当事人在居间合同中约定的居间报酬从工程总金额5%调整为1%的做法，既符合建筑工程施工行业微利行业的基本情况，也与胡光明实际在居间活动中的付出相符，较好地平衡了双方当事人之间的利益，故这一调整并非滥用自由裁量权。

3. 对建筑企业指导意义
建筑企业可以取得承包权的主要是通过招投标取得来抗辩；近年来我国建筑工程施工行业属于微利行业，双方当事人对居间报酬的过高约定，可以请求人民法院予以调整。

委托人委托居间人进行居间，后非委托人就该项目签订了合同，居间人是否有权主张居间费

1. 裁判观点
不能主张。因为甲公司的居间不成立，乙公司无居间的意思表示，那么就导致无权主张居间费用。除非甲、乙之间属于关联公司。

2. 案例
北京燕谷房地产开发公司、北京天全咨询服务有限责任公司与北京地杰昌盛置业投资有限公司、北京韩建集团有限公司、北京韩建房地产开发有限公司居间合同纠纷案，案号：（2012）民申字第1602号。

3. 指导意义
除非居间人能证明委托人与最终签

订合同的单位为关联单位，否则居间人一般不能主张居间费用，在司法实践中，证明两企业存在关联关系比较困难。

居间合同约定了多项内容，如已完成居间工作，是否可主张居间费

1. 裁判观点
如合同的主要内容为居间，其他内容仅为居间中具体工作的，不属于合同附随义务，如居间目的实现了，则可认为完成了居间行为。

2. 案例
万嘉融资咨询私人有限公司、叶顺安与中宇建材集团有限公司居间合同纠纷二审民事判决书，案号：（2014）民四终字第14号。法院认为：从《融资协议》的内容看，万嘉公司、叶顺安的主要义务就是为中宇公司成功引荐投资者。虽然《融资协议》第四条约定了九项内容，但这九项内容是为了达到成功引荐投资者这一合同目的而具体细化的若干事项，并非独立的合同义务，亦非合同上规定的合同义务附随义务。

3. 建筑企业应注意的问题
建筑企业不能以居间人非主要事项未达到要求来抗辩。

居间费用的多种表现形式

1. 裁判观点
关于以价差、利润等形式所计算的费用，如果属于居间费用的，可以认为双方为居间合同。

2. 案例
美国百瑞德公司与北京颖泰嘉和生物科技有限公司居间合同纠纷申请再审民事裁定书（案号：（2014）民申字第270号）中法院观点为：百瑞德公司的诉讼请求虽然使用的是“应得利润”的表述以及赔偿“应得利润的损失”等，但其真实意思是要求颖泰嘉和公司根据《合作协议》的约定向其支付相应的报酬并赔偿因迟付给其造成的利息损失。

3. 建筑企业的借鉴
许多隐形的服务费、应得利润等属于居间合同的范畴。

进行了前期居间，后期被“甩”了，能否主张居间费用

1. 裁判观点
不能主张。因为甲公司的居间不成立，乙公司无居间的意思表示，那么就导致无权主张居间费用。除非甲、乙之间属于关联公司。

2. 案例
北京燕谷房地产开发公司、北京天全咨询服务有限责任公司与北京地杰昌盛置业投资有限公司、北京韩建集团有限公司、北京韩建房地产开发有限公司居间合同纠纷案，案号：（2012）民申字第1602号。

1. 裁判观点
如果合同有约定视为完成中介的，应视为完成中介工作，可以主张居间费用。

2. 案例
大连北良企业集团有限公司与大连泰华投资有限公司居间合同纠纷申请再审民事裁定书，案号（2014）民申字第910号。

（1）合同约定
在本合同履行期限内，转让方违反本合同约定，擅自与大连港公司达成并实现本次交易；或者因转让方原因导致本合同终止后一年内，转让方与大连港公司达成并实现本次交易；视为泰华公司履行本合同，北良集团仍应按本合同约定向泰华公司支付上述中介服务费。

（2）法院认定
鉴于，一是泰华公司前期是根据《股权转让中介服务合同》履行了部分中介服务事项；二是后期泰华公司没有履行《股权转让中介服务合同》的中介服务事项的原因，是因北良集团未让或者说不让其履行本合同义务所致，并非泰华公司违反合同约定不履行本合同义务。因此，根据《股权转让中介服务合同》的上述约定，即使泰华公司后期事实上没有参与股权转让的中介服务，仍应视为泰华公司履行了该中介服务合同，北良集团亦应按约定向泰华公司支付相关中介服务费。

3. 借鉴意义
建筑企业在签订居间合同时，关于完成居间工作的要慎重，特别是独家居间。

总结

上述十条裁判规则代表了最高法院的相关观点。在发生居间合同纠纷时：建筑企业可以参照上述十条裁判规则，行使自己的抗辩权；如果抗辩的观点不能成立，就及时协调处理，避免损失的进一步扩大。

（作者单位：北京盈科（泰州）律师事务所盈澜律师团队）