

《最高院民法典合同编通则司法解释》实施后对施工企业“以房抵债”的影响

□晋一巍

2023年12月5日，最高人民法院出台发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《新合同编通则司法解释》），其中第27条和第28条对“以房抵债”协议性质、效力及司法适用分别予以明确，对当前建筑领域发包双方常见的“以房抵债”争议解决提供方向和思路。本文从“以房抵债”协议性质、效力以及签订协议的法律风险与建议予以探析，以期对施工企业处理“以房抵债”争议提供参考。

当前，我国经济形势处于下行趋势，房地产业经济逐步萎靡，在建筑领域中，发包方为减少融资压力，承包方为尽可能收回投资成本，通常在签订建设工程、拖欠工程进度款或者结算阶段另行签订“以房抵债”协议，具体是指开发商与施工企业协商，以施工企业承建不动产作价抵给施工企业作为应付工程款债务履行方式。

一、“以房抵债”协议性质认定

关于以物抵债协议性质争议在于，是属于诺成性合同抑或是实践性合同。实务中依据是否需要交付标的物完成其他给付行为判断合同成立的物或完成二者，诺成性合同指双方意思表示一致合同即成立，而实践性合同除双方合意外还须交付标的物物合同才成立。有观点认为以物抵债协议属于实践性合同，引入传统民法所谓的代物清偿制度，只有

在债权人受领他种给付时，债务归于消灭；还有观点认为以物抵债协议属于诺成性合同，我国法律并未明确规定代物清偿制度，该协议属于无名合同，在双方未明确约定以债权人受领他种给付为合同成立要件时，自双方达成合意时合同即成立。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44条采纳诺成合同说，《新合同编通则司法解释》第27条也持相同观点，认定“以房抵债协议”为诺成性合同，在不违背法律、行政法规强制性规定及公序良俗情况下，自双方当事人意思表示一致时成立生效。

二、“以房抵债”协议效力认定

关于以物抵债协议效力问题，不仅与发、承包双方签订该协议的时间节点，即债务履行期限届满前或债务履行期限届满后；还与抵债物是否办理交付或登记手续紧密相关。

对于双方在债务履行期限届满前签订“以房抵债”协议的，该约定因违反禁止流押、流质规定认定无效，但债权人有权就该抵债物拍卖、变卖或折价等方式价款优先受偿。同时，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第45条和第71条，对债务履行期限届满前双方达成“以房抵债”协议的情况予以划分，一种为抵债物已交付或办理登记，另一种为未交付或未登记两种情形。对于已交付或办理登记的属于让与担保，内部关系为担保性质，外部关系为所有人，该

种情形仍未能产生直接以物抵债效力，可请求参照关于担保物权相关规定对抵债物优先清偿；对于未交付或未登记的，应根据原债权债务关系提起诉讼，也即发、承包双方签订“以房抵债”协议实质上是建设工程合同的担保，应以建设工程合同纠纷审理，也无权据此对抵债物主张优先清偿。《新合同编通则司法解释》第28条也持该观点，并明确对于债务人或第三人已将财产权利转移至债权人名下，可依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第68条的规定处理。

关于双方在债务履行期限届满后签订“以房抵债”协议的，则该以物抵债协议自双方达成一致时成立生效。对于实务中常见的债务人在签订以物抵债协议后拒不履行的情况，除债权人明确表示不再以金钱方式履约外，双方另行签订的以物抵债协议，应认定为债务清偿方式的增加，债权人可择一请求对方履行。同时，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44条规定，债务履行期限届满后，双方达成以物抵债协议的，抵债物尚未交付或登记的，在该协议并未恶意损害第三人合法权益及其他无效事由时，债权人享有请求债务人或第三人继续履行该协议的权利。

三、签订“以房抵债”协议的法律风险与建议

首先，要求债权人或债务人或第

三方签订主体资格，若授权代表或负责人签订则需要提供相应授权委托和授权权限证明，是协议双方真实意思表示，且协议内容不存在恶意损害第三人合法权益、不违反法律、行政法规强制性规定和公序良俗等其他无效情形。

其次，抵债物和价款明确具体，能否办理登记过户。通常情况下，双方签订“以房抵债”协议时，抵债物不动产尚未竣工验收或使用，属于期房或其他原因欠缺预售许可证或未能办理过户登记手续等情况，但《新合同编通则司法解释》第27条第2款明确规定，只有在债务人或第三人履行“以房抵债”协议后，才能真正意义上避免旧债务履约争议。考虑到“以房抵债”协议因不具备办理预告登记或过户登记手续等情形未能实际履行，施工企业可基于原有债权债务关系即建设工程合同纠纷向发包方主张相应工程价款。当然，若“以房抵债”协议构成施工企业对其享有的建设工程价款优先受偿权的行使方式，则足以排除其他债权人申请强制执行。

另，若债务人或第三人以自身不享有所有权或处分权的抵债物订立以物抵债协议的，《新合同编通则司法解释》第19条明确，可按照无权处分原则处理。无权处分与合同效力并非必然联系，债务人或第三人无权处分抵债物的“以房抵债”协议不因未取得处分权而无效。因其未取得处分权致使抵债物不能实际履行的，债权人可

解除“以房抵债”协议并主张其承担违约责任。若抵债物已经完成交付或登记手续的，真正权利人有权追回，但若债权人基于善意取得对抵债物的所有权，则真正权利人可向无权处分人请求损害赔偿。

最后，协议内容中明确新、旧债务的履行和消灭。通常情况下，在债务履行期限届满后，此时债权债务关系及数额明确，双方合意达成“以房抵债”协议，视为双方对支付方式或履行债务方式达成新的变更。但是我国民法基于保护债权的理念，履行债务方式的变更需要双方明确不再履行旧的履行方式，如“不再以金钱方式支付工程价款”类似表述，否则应视为两种履行债务方式并存，有且只有履行完毕“以房抵债”协议后，“金钱履约”方式才归于消灭。

因此建议：施工企业作为“房屋受让方”在审查“以房抵债”协议中避免诸如“不再以金钱方式履约”等明确不再履行旧债务方式的表述。当然，施工企业可依据不同的房地产行情，选择对其最有利的债务履行方式；而开发商作为“房屋出让方”建议在“以房抵债”协议中设定该类表述，避免后期施工企业行使选择权，加重自身融资负担。

施工企业可参考如下表述：“协议中甲、乙双方新债务（即商品房的抵押）不当导致甲、乙双方《建设工程施工合同》中旧债务（欠付工程

款）的消灭；在新债务合法有效并得以全面履行完毕后，因完成了旧债务的清偿义务，旧债务才归于消灭。若新债务无法履行，致使该协议目的不能实现，一方有权请求甲方履行旧债务，且该请求权的行使，并不以该协议无效、可撤销或者被解除为前提。”

另需注意的是，根据《民法典》第28条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第7条规定可知，以物抵债“裁定书”属于法定直接导致物权变动的司法文件，自该法律文书生效时即发生法律效力，无须办理交付或登记手续，能够对抗其他债权人的执行。但《新合同编通则司法解释》第27条第3款予以区分，认为人民法院出具以物抵债的“确认书”和“调解书”并非自生效时发生变动，当事人可申请强制执行，但不能直接请求确认对抵债物享有所有权。

我国法律关于以物抵债协议的性质、效力及法律适用等逐步明确，尤其是建筑领域中常见的“以房抵债”协议节点，内容、内容、效力等层面牢牢把控，严格审查协议，避免后期争议扯皮，严格执行不能等法律风险，真正做到心中有数，稳步推进债权债务厘清化。

（作者单位：上海建纬（郑州）律师事务所）

关于投标人“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性”理解和适用的思考

□李淑君 周晓宏

笔者在为处理客户招投标法律事务中，经常遇到这样的问题，投标人与招标人存在利害关系，能不能参加投标？要厘清这个问题，就涉及到如何理解与适用《招标投标法实施条例》第三十四条第一款规定。

《招标投标法实施条例》第三十四条规定：“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位，不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标。违反前款规定的，相关投标均无效。”该条是为了维护招标投标公正性，避免利益冲突，对投标人与招标人之间存在利害关系的情形作出的限制性规定。但该条款的规定内容比较原则，特别是对“存在利害关系可能影响招标公正性”如何认定未作进一步细化，可操作性不强，从而导致招投标实务中，业界对适用该条存在着不同的理解。本文将从分析如何界定“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性”入手，并结合具体案例中的司法裁判观点，就如何理解和适用上述规定分享一下笔者的粗浅认识。

一、如何界定“与招标人存在利害关系”

从语义来看，所谓利害关系，是指当事人之间存在直接或间接的利益关系。在整个招标投标过程中，投标人与招标人存在利害关系是项目招投标中最主要的利害关系。关系到投标人能否参与投标及中标是否有效。投标人参加投标的目的是为了承揽项目，实现其经济利益；而招标人则希望通过招投标择优选择投标人，以实现自己的项目目标。

但由于现行招投标领域法律、法规均未就投标人“与招标人存在利害关系”进行界定，也就导致现实适用过程中存在扩大或缩小解释。故法院在进行相关案件的审理及判决时，更多的是遵循立法精神进行自由裁量。为此，笔者基于法院的裁判观点，以及结合国家发展和改革委员会、交通运输部等国务院相关部门发布的招标文件标准文本，对投标人“与招标人存在利害关系”的不同情形进行如下列举。

1. 投标人与招标人之间存在控股关系、管理关系及关联关系。投标人与招标人之间存在控股关系、管理关系及关联关系，属于通常的投标人“与招标人存在利害关系”情形。控股关系，是指一方通过其持有的股份、股权或其他权益对另一方的控制关系。管理关系，指投标人与招标人虽然不存在股权关系，但一方能够参与甚至控制另一方日常管理和经营决策。

根据新修订的《公司法》第二百六十五条第四款规定，关联关系是指

公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

2. 招标人与中标人的法定代表人、控股股东为亲属关系。在江苏省盐城市中级人民法院审理的(2018)苏09民终4079号案件中，法院认为：“本案中海广公司与坤成公司于2014年9月15日签订的《建设工程施工合同》虽系经过招投标程序签订，并经建设行政主管部门进行备案，但是该合同签订时海广公司的法定代表人为朱某成，坤成公司的控制股东为朱某成及其妻子刘某娟，法定代表人为朱某成的儿子刘某，且在诉讼中，坤成公司自认朱某成系坤成公司的实际控制人，故两公司之间存在利害关系，违反了《中华人民共和国招标投标法》及《中华人民共和国招标投标法实施条例》的相关禁止性规定，因此该份备案合同应认定为无效合同。”

从上述案例可以看出，司法实践中，如中标人与招标人的法定代表人、控股股东存在亲属关系的，属于投标人“与招标人存在利害关系”情形。

3. 投标人与本标段的监理人或代建人或招标代理机构同为一个法定代表人。交通运输部发布的《水运工程建设项目管理暂行办法》(2021修正)第三十五条规定：“施工投标人与本标段的设计人、监理人、代建人或招标代理机构不得为同一个法定代表人、存在相互控股或参股或法定代表人相互任职、工作。”交通运输部发布的《公路工程标准施工招标文件》(2018年版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人(包括联合体成员)不得与本标段相关单位存在下列关联关系：(9)与本标段的监理人或代建人或招标代理机构同为一个法定代表人。”

参照上述规定，投标人与本招标项目的监理人或代建人或招标代理机构同为一个法定代表人，属于投标人“与招标人存在利害关系”的情形。

4. 投标人与本标段的监理人或代建人或招标代理机构存在控股或参股关系。交通运输部发布的《公路工程标准施工招标文件》(2018年版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人(包括联合体成员)不得与本标段相关单位存在下列关联关系：(10)与本标段的监理人或代建人或招标代理机构存在控股或参股关系。”

参照上述规定，投标人与本招标项目的监理人或代建人或招标代理机构存在控股或参股关系，属于投标人“与招标人存在利害关系”的情形。

5. 投标人为本标段前期准备提供设计或咨询服务的，但设计施工总承包

的除外。国家发展和改革委员会、财政部等九部委发布的《标准施工招标文件》(2013版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人不得存在下列情形之一：(2)为本标段前期准备提供设计或咨询服务的，但设计施工总承包的除外。”

交通运输部发布的《公路工程标准施工招标文件》(2018年版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人(包括联合体成员)不得与本标段相关单位存在下列关联关系：(5)为本标段前期准备提供设计或咨询服务的法人或其任何附属机构(单位)。”

参照上述规定，投标人为本标段前期准备提供设计或咨询服务的，属于投标人“与招标人存在利害关系”的情形，但设计施工总承包的除外。

6. 投标人为本标段的监理人、代建人、招标代理机构。交通运输部发布的《公路工程标准施工招标文件》(2018年版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人(包括联合体成员)不得与本标段相关单位存在下列关联关系：(6)为本标段的监理人；(7)为本标段的代建人；(8)为本标段的招标代理机构。”

参照上述规定，投标人为本标段的监理人、代建人、招标代理机构的，属于投标人“与招标人存在利害关系”的情形。

7. 投标人与本标段的监理人或代建人或招标代理机构互任职或工作的。

国家发展和改革委员会、财政部等九部委发布的《标准施工招标文件》(2013版)第二章“投标人须知”规定：“1.4.3 投标人不得存在下列情形之一：(8)与本标段的监理人或代建人或招标代理机构相互任职或工作的。”

参照上述规定，投标人与本标段的监理人或代建人或招标代理机构互任职或工作的，属于投标人“与招标人存在利害关系”的情形。

二、如何理解与适用投标人“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性”

关于如何理解适用投标人“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性”，国家发改委法规司、国务院法制办财金司、监察部执法监察司曾于2012年联合编写了《招标投标法实施条例释义》一书，该书对《招标投标法实施条例》第三十四条解释是：即使投标人与招标人存在某种“利害关系”，但如果招投标活动依法进行、程序规范，该“利害关系”并不影响其公正性的，就可以参加投标。

2021年5月27日，关于“国有企业下属参股子公司能否作为投标人公平参与国有企业组织的招标投标工作”的问题，发改委法规司答复称：《招标

投标法实施条例》第三十四条第一款规定，与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。本条没有一概禁止与招标人存在利害关系法人、其他组织或者个人参与投标，构成本条第一款规定情形需要同时满足“存在利害关系”和“可能影响招标公正性”两个条件。即使投标人与招标人存在某种“利害关系”，但如果招投标活动依法进行、程序规范，该“利害关系”并不影响其公正性的，就可以参加投标。

上述《招标投标法实施条例释义》的解释及发改委法规司的答复，代表了实践中的一种观点，即认为“与招标人存在利害关系”与“可能影响招标公正性”系投标人“不得参与投标”的两个构成要件，两者属于并列关系，并非仅因投标人“与招标人存在利害关系”便一律不得参加投标，而是基于该利害关系已达到“可能影响招标公正性”时，才不得参加投标。也就是说，不仅需要判断投标人“与招标人是否存在利害关系”，还需要判断该“利害关系”是否足以达到“可能影响招标公正性”的标准，两个条件需同时具备。

笔者认为，《招标投标法实施条例释义》是对招标投标法实施条例相关条文的解析和阐释，以明确法律的含义，并非司法解释；而发改委的答复，系个案解释，是针对个案具体事实对法律规范进行的解释说明，并不具有法律效力。

关于如何理解与适用投标人“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性”，笔者认为，投标人“不得参与投标”，其法律构成要件只需投标人“与招标人存在利害关系”一个要件，条文中“可能影响招标公正性”仅仅是强调“与招标人存在利害关系”所产生的后果，两者并非并列要件。也就是说，只要投标人“与招标人存在利害关系”，就不能参加投标。

从实际操作来看，基于投标人与招标人之间这种紧密“利害关系”的存在，决定了投标人与招标人之间存在利益冲突的高度盖然性，可能导致投标人在参与招标项目竞标时，获得更多的资源信息或特殊照顾，使其与其他投标人不可能站在完全公平、公正的起跑线上去竞争，即与招标人存在利害关系就一定会影

响到招标公正性，无法切实保证招投标程序的公正性。招标投标程序较为复杂，一般包括发布招标公告、编制招标文件、设置投标人要求、选取评标专家、开标、评标、定标等众多环节。从第三人角度而言，在投标人“与招标人存在利害关系”的情形下，很难相信上述每一个环节中，招标人对每一位投标人均能做到公开、公平、公正，并且也无法通过证据证明招标的公正性和公平性。因此，应限制“与招标人存在利害关系”的投标人参与投标。

为了检验上述观点，笔者检索了大量的司法判例，发现司法实务中的裁判观点与笔者的观点基本一致。

案例1：在安徽省高级人民法院审理的(2020)皖民终507号案件中，该院认为：“招投标期间，永安公司和金水公司的法定代表人均为一，投标人与招标人存在利害关系可能影响招标公正性，以及中标价7364.4万元改变投标报价7524万元等违反招投标法的相关规定。”

案例2：在重庆市江津区人民法院审理的(2019)渝0116民初12150号案件中，该院认为：“《中华人民共和国招标投标法实施条例》第三十四条第一款规定，与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标。该条第三款规定，违反前款规定的，相关投标均无效。本案中，原告物业公司与被告重庆天福地产(集团)有限公司虽同为独立的法人主体，但在招投标时，重庆天福地产(集团)有限公司系原告物业公司的股东之一，存在明显的利害关系，故涉案投标无效。”

案例3：在常德市武陵区人民法院审理的(2019)湘0702民初1049号案件中，该院认为：“2017年7月12

日，江南城发公司与好生活公司订约时，恒年公司同时系江南城发公司的股东、好生活公司母公司。根据公司章程规定，恒年公司法定代表人彭某节担任江南城发公司副董事长与执行董事，实际掌控江南城发公司及其全资子公司右岸公司人事权、财务权以及江南城发公司日常经营权。据此，江南城发公司与好生活公司为关联公司，具有利害关系，好生活公司参与本案项目投标，根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第三十四条‘单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位，不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标。违反前款规定的，相关投标均无效’的规定，好生活公司的投标行为，违反了法律的禁止性规定，江南城发公司与好生活公司签订的《物业服务合同》无效。”

上述案例中，法院均是审查投标人与招标人是否存在利害关系的相关法律事实，而不审查存在利害关系是否影响招标公正性的相关法律事实，表明只要投标人“与招标人存在利害关系”，就不能参加投标。

综上，投标人和招标人作为招投标活动的主要参与主体，有义务持续推进招标投标行业高质量发展，维护招标投标活动的公平、公正。现实中，投标人“与招标人存在利害关系”的具体情形十分复杂。作为投标人，投标前需熟悉、领会招投标领域相关法律法规的限制性或禁止性规定，建议对照本文前述列举的“与招标人存在利害关系”的几种情形，谨慎斟酌是否参加投标，避免劳而无功。作为招标人，也应严格执行招投标法律法规，诚实守信、公开透明，确保招标过程公正、合法，维护各方主体的合法权益。

（作者单位：江苏君远律师事务所）

建筑法苑

主编：何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室

联系电话：021-63212739
传 真：021-63210373
地 址：上海海阳路588号18楼
邮 编：200433
E-mail: 652013145@qq.com
联系人：何梦吉