

《合同编通则解释》对“以房抵债”的规制路径

□李建星

为了更好地配合《民法典》的实施，统一裁判尺度，最高人民法院颁布了《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>合同编通则的解释》（以下简称“《合同编通则解释》”）。《合同编通则解释》总结了本土经验、借鉴了域外制度、凝聚了理论共识，对具体适用《民法典》合同编通则作出了详尽的解释。这对于完善我国合同法的规则体系、提升我国民法理论研究水平都有重要价值。

《合同编通则解释》的实施，还具有回应现时需求的功能。如今，不少开发商陷入流动性危机，出现债务违约。为化解债务和减少风险，缓解僵局，开发商会推出“工抵房”，以期减轻对施工企业的负债。这是开发商给施工企业抵扣工程款的一种方式，也是俗称“以房抵债”的一种常见形式。《合同编通则解释》对工程款到期后的“工抵房”或“以房抵债”协议如何进行规制，是本文的主要讨论内容。

一、“以房抵债”协议的效力

1. 施工企业可以根据“以房抵债”协议要求开发商移转抵债房产的所有权之前，裁判实践与学界对于“以房抵债”协议的定性存在争议，有的认为是诺成合同、有的认为是实践合同，还有的认为是代物清偿的预约。《合同编通则解释》第27条第一款规定，“债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，不存在影响合同效力情形的，人民法院应当认定该协议自当事人意思表示一致时生效”。由此显示出最高人民法院将“以房抵债”协议认定为诺成合同。只要“以房抵债”协议是施工企业与开发商的真实意思表示，且意思表示一致就可以成立“以房抵债”协议。

同时，由于施工企业与开发商的“以房抵债”协议通常是以“移转抵债房产的所有权”为内容，所以，施工企业就可以根据“以房抵债”协议，要求开发商配合过户，移转抵债房产的所有权。

2. 开发商移转抵债房产的所有权，是为了清偿原来的工程款债务。双方之所以能达成“以房抵债”协议的关键在于，作为债权人的施工企业向开发商作出妥协。施工企业允许在支付工程款这种金钱债务之外，产生新的替代清偿方式，增设实现债权的路径。所以，即使双方签订了“以房抵债”协

议，在开发商未履行该协议所约定的义务前，原有工程款债务并不会消灭。

在施工企业与开发商签订的“以房抵债”协议中，出于方便过户等现实考虑，协议中经常会出现，“欠付的工程款抵付房产的买卖价款”，或者“房产抵顶欠付工程款”等表述。这些表述容易让人误认为，双方存在抵销关系，并主张适用《民法典》第568条的法定抵销规则。抵销是指双方互负债务，各自以其债权冲抵债务的履行，双方各自的债权和对应的债务在对等额内消灭。但是，施工企业与开发商只存在原有工程款这一项债务。所谓的“买卖合同”实质还是“以房抵债”协议，并不是独立于原有工程款的另一项债务。因此，法定抵销关于的“标的物种类、品质相同”，不得附条件等要求，都可以不用加以考虑。

3. 开发商不履行“以房抵债”协议，需要承担违约责任。依法成立的“以房抵债”协议，对当事人具有法律约束力。如果当事人一方不履行合同约定义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。假如开发商不履行“以房抵债”协议，施工企业可以要求其承担违约责任。

首先，如果双方在“以房抵债”协议里，对违约责任的承担进行了专门的约定，开发商就应承担相应的责任。在最高人民法院审理的“瑞丽市宝佳房地产开发有限公司开发经营有限公司、云南天景房地产开发有限公司合同纠纷”中，“以房抵债”协议约定，“甲方如未按本合同第七条约定的时间交房，按下列(一)种方式处理：(一)至本合同约定的交房时间届满后的次日起至实际交房之日止叁拾天内，甲方按每天伍拾元向乙方支付违约金，合同继续履行。逾期叁拾天后，甲方按下列(2)种约定承担违约责任。……(2)甲方按乙方已付款的0.01%乘以逾期天数向乙方支付违约金，合同继续履行。”最高人民法院明确开发商承担约定的违约责任，“宝佳公司逾期交房时间超过三十日，二审法院根据天景公司的请求，以61套房产总价款74539861.11元为基数，自约定交付之次日起即2014年8月11日起至实际交房之日止按日利率万分之一计算违约金，符合上述合同约定”。

然后，双方如果没有约定违约责任的承担，开发商是否也要承担责任呢？就此问题，《合同编通则解释》并没有回应。不过，最高人民法院倾向于肯定

的态度。2024年1月25日，国家法官学院《法律适用》编辑部主办了“民法典合同编通则解释学习交流会”。本次学习交流会上邀请《合同编通则解释》起草小组四位专家进行深度解读。会上，最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清认为，“因为以物抵债协议也是合同，双方当事人都应当严格遵守。任何一方违反，都得承担相应的违约责任”。

4. 施工企业在获得抵债房产的所有权前，难以获得对抗效力。施工企业与开发商签署“以房抵债”协议，在未办理抵债房产过户手续前，仅能享有对开发商的债权。抵债房产仍登记在开发商名下，还是可能会面临着其他债权人查封、强制执行的风险。施工企业能否基于已经成立且生效的“以房抵债”协议，排除查封、强制执行？

一般情况下，未办理房产过户手续的施工企业因为与其他债权人处于债权平等地位，无法排除强制执行。在最高人民法院审理的“田惠、中国农业银行股份有限公司贵阳黔灵支行等申请执行人执行异议之诉”中，合议庭认定，“通过‘以物抵债’方式取得的房屋期待权一般不能阻止执行。……房屋买卖合同作为‘以物抵债’实现方式，双方的真实意思表示在于以房屋这一标的物的转让作为旧债清偿的方式，不同于实质意义上的房屋买卖。在房屋过户之前，买卖合同所产生的新债并未消灭，致新债旧债并存，故买受人对抗买卖合同之外的申请执行人权利不应超出旧债的效力范围”。

另外，《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》也规定，“主张其房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权”的前提是构成“商品房消费者”。商品房消费者还要符合两项条件，“以居住为目的购买房产”与“已支付全部价款”。这两项相对严格的要求，对于施工企业而言，是比较难满足的。

二、“以房抵债”协议与原工程款债务的选择适用

《合同编通则解释》第27条第二款后半句提供了，施工企业摆脱“以房抵债”协议，“选择请求”两债的空间。该句规定，“债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履

行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持”。当开发商不履行“以房抵债”协议时，施工企业取得合同履行选择权，既可以选择继续履行“以房抵债”协议，也可以选择要求继续履行原工程款债务。这项规定，有助于保护施工企业的利益。不过，存在较大争议的是，施工企业是否需要消灭“以房抵债”协议，才能要求支付原工程款？

学者观点主张，“若新债务届期不履行，经催告后在合理期限内仍不履行，此债权成为选择之债，债权人可选择原债务人继续履行，或者新债务清偿人来履行代物清偿协议。债权人选择请求债务人履行旧债务的，该请求权的行使，并不以以物抵债协议无效、被撤销或者被解除为前提”。

但是，裁判实践多认为，必须先行消灭“以房抵债”协议。在上海市第二中级人民法院审理的“上海名城汇实业发展有限公司与中建七局(上海)有限公司建设工程施工合同纠纷”中，二审法院认可了一审法院的论证观点，“《补充协议二》的履行受案外人的配合程度等诸多因素的影响，该协议何时能够履行、是否能够最终履行均处于不确定状态。在此情况下，中建七局作为债权人有权请求债务人以金钱形式继续履行原债务。故中建七局要求名城汇公司直接给付工程款，符合法律规定，应予支持。基于此，《补充协议二》应予解除，以诉状副本送达名城汇公司之日即2020年7月28日确定为解除之日”。

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:021-63212799

传 真:021-63210373

地 址:上海营口路533号18楼

邮 编:200433

E-mail:652016115@qq.com

联系人:何梦吉

施工企业“以房抵债”六大注意要点

□谢 滨

近年来，随着国家对房地产企业各项政策的调整收紧，房地产企业普遍遇到流动资金危机，从而对建筑施工企业正常、及时收取相应工程价款产生了较大影响。在此形势下，大量房地产企业提出用不动产折抵建筑施工企业工程款的情形屡见不鲜，即大家熟知的“以房抵债”。本文笔者结合建筑行业相关法律法规以及处理相关“以房抵债”法律事务中的实践心得，为施工企业在处理类似问题时提供相应解决方案。

一、区分“以房抵债”与“以工抵房”的性质

笔者根据以往处理“以房抵债”事务过程中发现，实践中施工企业遇到的抵房交易模式主要分为两种，一种为“以房产抵偿工程欠款”，俗称“以房抵债”，系以物抵债，实质为施工单位行使工程款债权的行为；另一种为“以工程款抵销购房款”，俗称“以工抵房”，实质为以工程款债权抵销购房款债务的行为。

“以房抵债”的主要表现形式为，在抵债协议中约定“房地产企业就某一项工程总承包合同项下欠付施工企业工程款，拟以相应房屋折抵相应欠付工程价款”。

“以工抵房”的主要表现形式为，在抵债协议中约定“因施工企业购买标的房屋应向房地产企业支付购房款，该购房款与工程合同中房地产企业应付工程款进行抵销”。

“以房抵债”主要适用《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>合同编通则若干问题的解释》（以下简称“《合同编通则司法解释》”）第二十七条、第二十八条有关以物抵债协议效力的规定。“以工抵房”主要适用《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第五百六十八条、第五百六十九条有关债务抵销的规定。

建筑施工企业在遇到房地产企业提出对其工程款进行抵债的要求后，笔者建议施工企业要严格审查房地产企业提供的抵债协议条款，区分不同抵债模

二、“以房抵债”在实践中的六大注意要点

1. 以物抵债协议签订的时间建议在债务履行期限届满后。

《合同编通则司法解释》第二十七条规定“债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，不存在影响合同效力情形的，人民法院应当认定该协议自当事人意思表示一致时生效”。

若必须在债务履行期限届满前签订以物抵债协议，例如签订施工合同时需签订抵债协议，则根据《合同编通则司法解释》第二十八条规定“当事人约定债务到期没有清偿债务，债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的，人民法院应当认定该约定有效。当事人约定债务到期没有清偿债务，抵债财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响其他部分的效力；债权人请求对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的，人民法院应予支持”。

因此，笔者建议以物抵债协议内容应明确约定债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权，避免约定法律规范无效的内容。

2. 签订以物抵债协议前，查询抵债不动产是否存在办理物权转移障碍情形。

在实践中，我们可以通过查询抵债不动产的土地取得及开发建设手续是否齐全，是否存在被抵押、质押、查封情况，抵债房屋的产权手续或可办理产权手续是否齐备，是否存在与他人共有、

出租及是否设有居住权、抵债房屋所在地限购政策等影响房屋产权过户情况。

需要注意的是，当抵债不动产权利人为第三方关联公司时，需要提前获得第三方关联公司同意用其不动产进行抵债的内部决策文件，避免在发生争议时抵债行为被法院认定为实质上为“让与担保”，继而依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>有关担保制度的解释》第七条被认定为抵债行为无效。

根据上述规定，一般而言，以物抵债不属于公司对外担保，本无需债务人内部的决策证明，但存在法院将该交易行为实质认定为“让与担保”的可能，从而以未取得对方内部决策证明为由否定以物抵债效力的风险；另一个方面来说，如交易协商过程中股东方并不知情或并不认可，则施工企业作为交易中的“善意相对人”的标准可能因此而提高，即需要获取交易对方的内部决策证明来证明自身的“善意”和“尽到审慎义务”。

3. 以物抵债协议建议以房地产企业(含抵债不动产所有权人)、施工单位及分供单位(含实际购买人)为主体签订三方协议。

抵债协议需明确房地产企业与承包人、承包人与分供单位各自拟抵销的债权债务金额，并同时明确由分供单位或实际购买人与房地产企业或抵债不动产所有权人签订商品房买卖合同。该交易模式有利于明晰交易各方权责，在发生抵债不动产无法实现交易过户时，能够真实还原基础法律关系，避免因存在多重法律关系而导致施工单位承担不平衡的责任。

同时，施工单位应尽可能获得下游分供单位出具的承诺书，承诺发生拟抵债不动产无法完成过户时，分供单位将依据商品房买卖合同向不动产所有权人主张房屋价款赔偿责任，放弃向施工单位主张工程价款。

4. 以物抵债协议中，需明确约定拟抵债不动产的具体信息，锁定抵债金额。

抵债不动产以现房优先于期房，住宅优先于商业为原则，同时综合考虑不动产所在地区。无论是企业自身抵债或

是寻找下游分供单位抵债，最终仍需考虑抵债不动产能否达到转卖变现，快速回笼资金的目的。

5. 以物抵债协议中对于抵债不动产不同性质需分别进行针对性约定。

对于拟抵债不动产为现房的，根据《民法典》第二百二十一条“预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力”的规定，需明确约定以物抵债是施工单位尽快办理商品房预告登记、不动产的过户及交付不动产手续，避免出现抵债不动产被债务人的其他债权人查封、评估、拍卖，影响以物抵债实现情况。需要指出的是，仅办理商品房预售合同网上签约及网上登记备案手续无法达到排除其他债权人执行的目的。

若拟抵债不动产为期房，则建议以施工单位自行施工部分房屋作为抵债不动产，并明确约定以物抵债是施工单位主张在建工程优先受偿权的一种方式，避免在抵债不动产被债务人的其他债权人查封、评估、拍卖时，施工企业丧失对抵债不动产优先受偿的权利。

6. 以物抵债协议中，债权债务抵销时点应为双方完成不动产过户手续，债权人取得不动产权证后债权债务才抵销完成。

根据《合同编通则司法解释》第二十七条规定“债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持”。同时结合《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》，采用以物抵债的买受人不属于该规定保护的合格消费者范围，无法排除第三人的查封、评估、拍卖。因此，以物抵债协议中应明确约定不动产未按时交付并办完过户手续，相应债权回到原工程款债权，允许施工单位继续主张工程价款。施工单位在发生前述情形时，应及时发函进行催告，并在法律规定的期限内通过诉讼或仲裁方式主张在建工程优先受偿权。

(作者单位：上海建工一建集团有限公司)

立法层面未明文禁止EPC项目全部或主体设计分包

《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（下称“EPC管理办法”）2019年12月23日发布，2020年3月1日生效，是我国现行有关工程总承包最新规范；从规范性性质来看，“EPC管理办法”属于部委规章，效力层级低于宪法、法律、行政法规。“EPC管理办法”未规定工程总承包单位不得将EPC项目全部或主体部分设计工作进行分包。

现行有效的关于设计转包/违法分包的法律有《民法典》和《建筑法》（2019年修订）；行政法规有《建设工程勘察设计管理条例》（2017修订）。

《民法典》中对“总承包人”和“承包人”的概念做了区分，“承包人”包括了“勘察、设计、施工承包人”，《民法典》禁止承包人将其全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人，对于总承包人是否可以将其全部或主体设计工作进行分包未做限制性规定。

《建筑法》对“承包单位”“工程总承包单位”和“施工总承包单位”的概念做了区分，结合上下文，“承包单位”的概念大于“工程总承包单位”和“施工总承包单位”。《建筑法》“禁止承包单位其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”，要求建筑工程主体结构的施工必须由施工总承包单位自行完成，禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。对于总承包单位是否可以将其全部/主体设计工作进行分包亦未做限制性规定。

《建设工程勘察设计管理条例》第2条规定：“从事建设工程勘察、设计活动，必须遵守本条例”，因此本条例仅适用于勘察、设计活动，适用范围并不及于工程总承包。

部分地方将EPC项目全部/主体设计分包认定为违规

“EPC管理办法”出台后，不同省份对是否允许依法将全部或主体设计工作分包给他人持有的态度不同。其中，禁止依法将全部设计工作分包给他人的有上海、河北、山西、四川、辽宁、浙江、山东、湖南、青海等9个省市；部分省份则沿用了“EPC管理办法”规定。

各地工程总承包管理办法发布机构通常为当地住房和城乡建设部门，从性质来看属于规范性文件，而非立法性文件；规范性文件是指由国家机关和其他团体、组织制定的具有约束力的非立法性文件的总和，对公民、法人和其他组织也有约束性，违反会受到行政处罚。

综上所述，EPC项目全部或主体部分设计分包的行为并不违法，但是在特定省份属于违规行为；此外，根据法不溯及既往原则，若设计分包合同在各地工程总承包管理办法/意见发布之前已签署的，亦不应认定为违规。

(作者单位：中国建筑第八工程局有限公司)

关于工程总承包项目设计分包模式合规性的法律分析

□叶东 李燕