

# 案外人以房抵债权利排除强制执行路径之探析

魏佳桃, 邹国正

四川轻化工大学法学院, 四川 自贡

收稿日期: 2022年11月28日; 录用日期: 2022年12月8日; 发布日期: 2023年1月17日

## 摘要

债权人和债务人约定以案涉房屋抵偿其所欠债务, 但尚未将该债权人记载于不动产登记簿。我国法律目前尚未明确规定该债权人是否等同于一般不动产买受人, 据此, 案外人以房抵债权利能否排除强制执行司法实践认定不一。将以房抵债协议分两类讨论: “以房抵债协议式”、“买卖合同式”, 即当事人只有在通过签订的买卖合同形成以房抵债合意情况下, 才认定其具备真实购房目的, 属于一般不动产买受人, 符合《异议复议》第28条之规定, 能够排除法院的强制执行。

## 关键词

以房抵债, 强制执行, 以物抵债, 意思自治

# The Analysis of the Way that the Non-Litigants Exclude the Enforcement of the Right of Mortgage

Jiatao Wei, Guozheng Zou

School of Law, Sichuan University of Science & Engineering, Zigong Sichuan

Received: Nov. 28<sup>th</sup>, 2022; accepted: Dec. 8<sup>th</sup>, 2022; published: Jan. 17<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Creditors and debtors agreed to case housing to pay off its debt, but the creditors have not been recorded in the real estate register. The law of our country has not clearly stipulated whether the creditor is equal to the general different property buyer, so the judicial practice is not consistent whether the outsider can exclude the enforcement of the creditor's right of house mortgage. Housing mortgage agreement is divided into two types to discuss: "Housing mortgage agreement", "Sales

contract”, that is, the parties only through the signing of a contract to form a housing mortgage agreement in the case of consent, only then it is considered that it has the true purchase goal, belongs to the general real estate buyer, conforms to “The Objection Reconsideration” the Article 28 stipulation, can exclude the compulsory execution of the court.

## Keywords

Housing Mortgage, Enforcement, Quid Pro Quo, Autonomy of Will

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

“快餐”、“便捷”似乎成了这个时代的代名词,人们为了也愈倾向通过高效、便捷的方式实现债权、消灭债务。“以房抵债”作为一种快速实现债权、消灭债务的方式因此应运而生并且不断发展。针对此现象尚未有相关法律法规、司法解释予以回应,《异议复议》第 28、29 条针对的是不动产的一般买受人非以房抵债受让人,相应的制度体系也尚未完全建立。学术界对“以房抵债”合同的特点和法律效力众说纷纭,尚未形成通说。学术界就此问题的争论亦体现在审判中针对此问题的不同裁判观点,各个地方、级别的人民法院在审判类似案件中亦产生不同的判决结果,严重影响国家的司法权威。面对如此窘境,结合《民法典》及相关司法解释的出台背景,笔者通过案例与理论的结合探析以房抵债权利排除强制执行路径,以期为同意司法裁判提供新思路。

## 2. 案外人以房抵债权利排除强制执行的裁判观点与特性

### 2.1. 案外人以房抵债权利排除强制执行的理由

虽以案涉房产抵欠他人债务,且当事人所达成的《以房抵债协议书》不属于规范的房产交易合同,但《以房抵债协议书》系当事人的真实意思表示,目的为转让房产归属,其合同条款并没有触犯法律、司法解释的规定,其约定有效,因此可以排除人民法院对案涉房产的强制执行。<sup>1</sup>部分法官在执行程序中明确认定了案外人无法进行过户登记的原因,亦即案涉房产所在小区于 2014 年才开始符合进行过户登记的时间要求,其所诉争房产也于 2013 年已被人民法院查封,所以无法进行过户登记并不是由于其本人的原因所导致的。<sup>2</sup>案涉房产无法进行过户登记则是由于案涉房产当时正处于施工阶段的,所以并不具有进行过户登记的能力;<sup>3</sup>然部分法院在审理案外人能否排除法院强制执行过程中未提及未办理过户登记的缘由。

### 2.2. 反对案外人以房抵债权利排除强制执行的理由

《异议复议》第 28 条<sup>4</sup>对不动产买受人在何种情况下能够排除执行法院对案涉房屋的强制执行作出

<sup>1</sup>2016 最高法民申 2016。

<sup>2</sup>2019 内民申 290 号。

<sup>3</sup>2019 辽民申 6857 号。

<sup>4</sup>《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)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。”。

了具体规定, 该规定旨在解决强制执行程序中购买人对购买房屋与一般金钱债权人利益发生冲突时, 出于对正常购买人合理利益的特殊保障之目的而制定的特殊规定,<sup>5</sup>当事人之间签订的《商品房优先认购协议》、《商品房优惠期认购协议书》等实际都是以物抵债合同, 目的就是为了消除债权债务关系而不是单纯的房屋买卖, 当事人并不具有购买房产的真实意思或表示。<sup>6</sup>部分抵债人并未就案涉房产的价格和贷款金额之间作出合理估算, 因此也具有规避执行的可能性, 由此, 以房为抵债权利并不一定优于所涉债权人的权利, 也不能排除人民法院对案涉房产的强制执行。<sup>7</sup>

## 2.3. 特性分析

### 2.3.1. 以房抵债协议式

当事人双方已在《以房抵债协议》中约定: 用案涉房产抵债人所欠金钱之债, 并提供了一定的资料表明案涉房产在人民法院查封前就已经合法占有了, 而不是由于自身关系未办理房产的过户登记。简而言之就是, 当事人可以在双方现有的债务合同基础上另签署一个独立的以房抵债合同, 表明愿以特定房屋抵偿所欠金钱之债。

### 2.3.2. 书面买卖合同式

双方都已在《以房抵债协议》中约定: 以案涉房屋抵偿所欠金钱之债, 并提供了一定的证据证明案涉房屋在人民法院查封之前就已经合法取得了, 而不是由于自己关系未办理房屋的过户登记。具体而言就是双方在已有欠款合同基础上另订立了一个新的房屋买卖合同, 并约定抵债人无法按时偿还所欠债务时, 通过履行房屋买卖合同清偿全部或部分债务。

## 3. 以房抵债协议性质之探析

以房抵债是以物抵债的下位定义, 而此时“物”指房屋, 分析以房抵债权利能否排除强制需以“以物抵债”为基础。<sup>[1]</sup>“以物抵债”, 顾名思义, “以物”, 即用不同于预定给付标的物之外的其他财产或物品; “抵偿”, 也就是抵偿、折抵欠款时, 以特定财产偿还欠款。<sup>[2]</sup>

### 3.1. 代物清偿说

就以物抵债问题来看, 我国学界较早且最具代表性的解释路径便是代物清偿制度。<sup>[3]</sup>代物清偿简单而言就是在债权人和债务人之间经磋商并达成协议后, 由债务人通过接受债权人所提出的他种给付实现债权, 进而消除二者之间原来的债权债务。<sup>[4]</sup>根据传统民法学说, 代物清偿一般应符合下列四项条件: 第一, 双方间需存在真实的债权债务关系; 第二, 双方经过协商, 达成了替代给付的合意; 第三, 新债履行方式应当与旧债履行方式存在差异; 第四, 债权人必须实际受领债务人提供的他种给付。<sup>[5]</sup>从以上四个要件我们可以看出, 代物清偿制度属于实践性合同, 只有在实际转移了物的所有权后才能导致原债务的消灭, 代物清偿才能成立。以代物清偿在立法运用中的典型代表德国为例, 《德国民法典》中规定: “债权人受领所负担的给付义务以外的给付以替代履行的, 债务关系消灭。”代<sup>[6]</sup>物清偿受让人无法排除强制执行的主要因素有如下两点: 首先, 代物清偿既构成了互易契约, 又不构成典型的房屋买卖合同; 第二, 代物清偿受让人也不存在取得房产权利的希望。因为抵债人拥有替代财产权, 并有权选择能否以转移房产所有权清偿债务, 而受让方并没有要求抵债人转移房产所有权, 故自此没有期待取得房产使用权的余地, 也不符合法律对这种期待的保护。

<sup>5</sup>2019 最高法民终 286 号。

<sup>6</sup>2017 最高法民终 356 号。

<sup>7</sup>2020 吉民终 176 号。

### 3.2. 新债更改说

针对债务履行到期后签订的以房抵债约定, 围绕以房抵债协议涉及到的新旧债务间法律关系的特征, 有学者认为此时的以房抵债协议在性质上应当是债之更改。债之更改, 简单来说便是指改变原债的履行方式。债之更改在性质上属于诺成契约, 其概念最早见于罗马法, 我国目前对此尚没有明确的法律规定。罗马法认为, 债权之变更旨在通过设立的新债权取代并消灭旧债权, 而近现代民法典则主张变更设立的先决条件必须有旧债权之要素变更。<sup>[7]</sup>通过分析德国、日本等大陆法系国家现行法典中关于债之更改的规定, 可以总结出债之更改的四个构成要件: 第一, 当事人之间须存在有效的旧债务。只要旧债已经成立并生效, 即使超过诉讼时效, 债权人也可与债务人通过更改的方式成立新的有效债权债务关系。第二, 须成立有效的新债务, 即新债务不可出现无效或可撤销情形。第三, 新债务和旧债务须满足要素方面的不同。这里所谓债的要素, 指决定债的同一性的重要部分, 如债权人、债务人、债的标的给付及债的发生原因等。第四, 当事人之间须达成在履行新债务的同时, 消灭旧债务合意。其中最后一个构成要件的核心要义便是债之更改中新债务履行的同时, 旧债务已被消灭, 不复存在, 这也是债之更改与新债清偿最显著区别所在。<sup>[8]</sup>

### 3.3. 新债清偿说

债务履行期限届满后签订的以房抵债约定涉新旧债务之间法律关系的特征, 学术界有观点认为此时的以房抵债协议在法律性质上应当是新债清偿, 即认为先成立的借贷债务与后成立的房产债务是处于一种同时并存的状态。新债清偿, 简单来说, 便是双方以约定履行新债的方式来消灭先前旧债的制度。<sup>[9]</sup>部分大陆法系国家及地区对新债清偿亦有相关描述, 例如我国台湾地区对此的描述便是除双方另有意思的表示外, 以已偿还应负金钱之债对债权人承担新债, 如债务人不履行新债的, 则该金钱之旧债也不予消灭。新债清偿于双方当事人达成合意时即成立。新债清偿须同时满足以下三个要件: 第一, 双方当事人之间须存在合法有效的旧债务; 第二, 双方当事人在原债基础上达成新债的合意; 第三, 在保证新债务得到有效履行后, 旧债务才会被消灭, 否则旧债务依然存在。<sup>[10]</sup>

## 4. 案外人以房抵债权利排除强制执行路径之建构

关于债权人债权如何实现, 实现程度就以债务人的责任财产数额为主要依据。所以, 债务人责任财产的数额决定债权人债权是否整体实现, 亦或者部分实现。强制执行法根据债务人的责任财产范围来进行, 如果根据债务人责任财产的性质不同, 就采取不同种类的执行程序<sup>[11]</sup>; 而强制执行的适用正当性原则以债权人的责任财产范围为界: 执行部门可以针对债权人的责任财产范围进行查封、处分, 否则即为不正当执行。因为强制执行是国家强制力介入私人财产的范围。强制执行只是对债务人自觉履行债务的“替代”而非“超越”。

### 4.1. “买卖合同 + 抵销”模式

2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44<sup>8</sup>、45<sup>9</sup>条之规定, 以房抵债约定可能在原给付期

<sup>8</sup>《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44条: “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。经审查, 不存在以上情况, 且无其他无效事由的, 人民法院依法予以支持。”

<sup>9</sup>《全国法院民商事审判工作会议纪要》第45条: “履行期届满前达成的以物抵债协议, 当事人在债务履行期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, 因此种情况不同于本纪要第71条规定的让与担保, 人民法院应当向其释明, 其应当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。”

限截至前后达成。据此, 应对事前或事后缔结的以房抵债约定进行区分。最高院从公报案例中就已经了解到, 双方之间可以同时具有二个司法关系, 即原债权债务与合同买卖关系。各方之间对所签署的房屋买卖合同均有实际含义表述, 并不触犯强制条文, 符合国家有关立法的规定, 依法形成并生效。房产买卖合同与原合同既并立又有联系, 尽管房屋价款和原金钱之债之间金额上具有差异, 但其均是同一类别款项, 并且通过抵销原金钱之债后不须再履行原债务, 原金钱之债因抵销而不存在。一般情形下, 基于买卖合同产生的给付金钱之债与返还借款之债可以相互抵销。[12]

#### 4.1.1. 履行期间届满前“以房抵债”型

事前的以房抵债以“后让与担保”之名红极一时。[13]司法实践中下列民间纠纷适用事前以房抵债型: 出借人在于贷款人签订房屋买卖合同时另与同意贷款人签订了房屋买卖合同, 并约定如果到期不能支付款项, 便可以通过履行房屋买卖合同支付金钱之款项, 同时也使二者常陷入如下两种利益状态: 其一, 贷款人按时归还了贷款, 房屋买卖合同则不生效; 其二, 如若贷款人未按时归还贷款, 则出借人可以要求贷款人履行房屋买卖合同从而实现其债权。“买卖合同 + 抵销”情况下, 以房抵债权利人并不会因为以房抵债协议而享有任何支配性权益, 否则违反流质条款, 其享有的为债权请求权非物权, 请求抵债人将案涉房屋转移给自己, 实质上来看该债权请求权与依买卖合同而享有请求转移房屋所有权之债权请求权相同。

#### 4.1.2. 履行期间届满后“以房抵债”型

当事人在履行期届满后签订的一以房抵债协议与事前就已签订的以房抵债协议相比仅存在签订协议时间上的不同, “买卖合同 + 抵销”同样适用于事后签订的以房抵债协议。事后签订的买卖合同不属于附条件合同, 其仅在债务人不能履行或无法履行债务时为保护自己权利的实现而签订。债务履行到期后才签订的房屋买卖合同, 此时不存在担保问题, 因此也就不涉及流质问题, 此时抵债的价格和债权金额也是可以确定的。事后的以房抵债还包括了在诉讼中进行的以房抵债合同此种特殊情形, 当债务履行期届满后债务人仍不履行的, 则债权人既可以通过起诉方式保证债权完成, 也可以在民事诉讼中与债权人进行的以房抵债合同。

#### 4.2. “买卖合同 + 更新”模式

在“买卖合同 + 抵销”情况下, 双方都有购买商品房的实际意思或表示, 买卖合同与原债权债务合同属并列关系。当事人之间在原金钱之债合同形成后并未立即签订房屋买卖协议, 在此情形下双方当事人表达含义较为隐晦, 此时便可通过文字探求当事人真意。在这个情况下当事人意思通常包括下列情况: 一, 以房抵债受让人要求获得房屋所有权; 第二, 以取得房屋所有权的价格为折价款; 第三, 原金钱之债无须承担; 此时应将其解释为“买卖合同 + 更新”。最高院在 2016 年指导案例 72 号中的裁判观点也认可“买卖合同 + 更新”其适用的可行性。当事人双方已签订了房屋买卖合同, 但基于房屋买卖协议的抵债人应当按照协议将房屋所有权移交给受让方, 此时抵债人必须对原金钱之债务不负偿还义务, 否则抵债人丧失意义。通说认为更新旨在通过设立新的债权债务替代原有的债权债务, 从而消灭原债, 当事人不得再以原债权债务请求债务人履行。新的债权债务和基于原合同产生的债权债务虽债之类型产生了变化, 但其主要内容都是向合同向对方给付金钱, 其合同的主要内容未发生变化, 据此合同的类型与合同的主要内容之间无“同一性。”

#### 4.3. “买卖合同 + 变更”模式

根据意思自治原理, 债权人与债务人之间合意转移债务的权利合同。变更的具体内容可能涉及主要

支付义务、附随义务等。变化和更新之间的不同之处在于, 债之关系并不会因为变化而丧失同一性。区分变更与更新应考虑如下要素: 当事人意思表示、交易观念。依一般交易观点, 如果合同类型改变, 认定为更新更为恰当。当事人意思表示对合同类型认定有重要的影响。需要根据当事人意思表示解释, 涉债务的变更有且只有一个情况, 即当事人存在用新债替换旧债的意思表示时, 才能判断其是“买卖合同 + 更新”; 亦可视为双方都具有创设新的债的对象的意思表达, 但变更前则缺乏了这些含义。由此, 变更后和变更之前的契约都是具有同一法律地位上的特殊的合同类型, 该变化所产生的影响甚微。因此在以房抵债情况下, “买卖合同 + 变更”的情形存在, 有其合理性。只要双方约定当事人的支付义务没有发生变更, 尽管合同类型变更, 法律效果仍能保持。

#### 4.4. 案外人以房抵债排除强制执行路径之抉择

##### 4.4.1. “当事人真意 + 以房抵债协议式”

首先, 需考察双方的以房抵债约定是否具有约束力, 以及有无承担义务的期望。其次, 代物清偿只能是指清偿合同中不属于债权之关系, 因而无法在双方当事人之间产生债权债务。双方在代物清偿协议签订时, 以房抵债受让人没有权利要求抵债方交出房产或转让房地产所有权。若抵债人并不希望受到以房抵债协议条款的约束, 而债权人于以房抵债协议签订后仍期望按原协议之债要求对债务人履行义务的, 应将其之间的合意认定为代物清偿。最后, 考察抵债人是否存在为主债务提供担保的意思表示, 如若基于担保主债务的履行而签订房抵债约定, 应认为后让与担保。据此, 如果以房抵债受让人之间仅依“以房抵债协议”, 其并无房屋买卖的真正意思表示, 不属于房屋买受人。

##### 4.4.2. “当事人真意 + 买卖合同式”

在“买卖合同 + 抵销”的情况下, 当事人再也不能变更原债的内容, 因为他们也不希望原有债权债务完全消失, 于是当事人们在原有债务的基础上又形成了新的房屋买卖合同, 原债所产生的金钱之债和新房屋买卖合同所产生的房屋价格之债可以互相抵销, 此时受让人与房屋买受人并无差异。在“买卖合同 + 更新”的前提下, 双方原有债权债务关系因而消失, 同时对原有债权债务的条款也进行了修改。此时, 新形成的债权就取代了原有的债权。而“买卖合同 + 变更”与“买卖合同 + 更新”的区别, 则在于各方当事人目的是否应当具有同一性, 在原则上, 只有各方当事人的目的应当具有房屋买卖各方当事人的共同含义表现, 应认定其为房屋买受人。

##### 4.4.3. 举证责任

《异议复议》第 28 条规定的全部要件同时满足方可排除强制执行。其中最主要的就是是否是在法院查封之前以合法占有房屋, 是否却因实际客观原因未能办理房屋的过户登记尤为重要。司法实践中, 关于当事人有无实际合法占有房屋且的确不是由于其本人的原因而未办理房屋的过户登记, 都需要对当事人所提交的证据认真审查, 在确有相关物证、书证、证人证言等客观证据予以印证其所叙述的事实, 应予以支持, 提高案外人的证明责任, 不能仅依据书证或物证等单一的证据判断是否支持其对案涉房屋享有的权利。

## 5. 结语

“法律解释者都希望在法律中寻获其时代问题的答案。”实务中按照其合同的种类可以分成两种: 买卖合同型和以房抵债合同型。在以房抵债协议型情况下, 当事人双方在以房抵债协议书型签定以后, 抵债人不愿意受到新的约定的约束, 与此同时, 债权人同样希望今后仍能以依原债权债务请求抵债人履行, 此种情况可认定为以物抵债。当事人签订以房抵债协议主要是为债权人权利实现提供担保, 应认定

为后让与担保。只要当事人在签订房屋买卖合同时具有转移房屋所有权的意思表示, 并无提供担保的意思表示, 应将其视为房屋买卖合同中的不动产买受人, 其可依据签订的房屋买卖合同、非因自身原因未办理过户登记等证据排除强制执行。

### 参考文献

- [1] 钟嘉儿. 以房抵债下受让人的物权期待权[J]. 时代法学, 2021, 19(3): 68-87.
- [2] 黄耀文. 再论以物抵债行为的性质与效力[J]. 江西财经大学学报, 2020(2): 137-147.
- [3] 景光强. 以物抵债疑难法律问题精释[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 62.
- [4] 王洪亮. 债法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 167.
- [5] [日]我妻荣. 新订债权总论[M]. 王焱, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008: 265.
- [6] 德国民法典[M]. 郑冲, 贾红梅, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 128.
- [7] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 822.
- [8] 王洪亮. 债法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 171.
- [9] 郑玉波. 民法债编总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 499.
- [10] 房绍坤. 论新债清偿[J]. 广东社会科学, 2014(5): 246-256.
- [11] 肖建国, 著. 中国民事强制执行法专题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 26-27.
- [12] 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, 37(3): 62-81.
- [13] 杨立新. 后让与担保: 一个正在形成的习惯法担保物权[J]. 中国法学, 2013(3): 74-84.