

# 以房抵债协议可否排除强制执行的 研究

吴永波

上海政法学院法律学院，上海

**摘要** | 近些年在实务中，民事案件有关“以房抵债”类诉讼案件数量日益增多，引发了广泛的关注。案外人凭借以房抵债协议可否排除强制执行，成了一个热点问题。通过检索最高法院关于此类案件的裁判，可以发现最高法院裁判意见以不能排除为主，主要原因在于以房抵债协议不能被认定为是房屋买卖合同，从而不能满足《执行异议和复议规定》第二十八条规定的要件。同时，在最高法院认为可以排除强制执行的判决中，通过归纳总结，可以发现如若双方在签订以房抵债协议中载明终止原债权债务关系，同时建立新的不动产买卖合同关系，此时构成债之更改，那么以房抵债协议就有被认定为是买卖合同的空间，就有适用《执行异议和复议规定》第二十八条的余地，从而案外人的诉请有机会可以得到法院的支持。

**关键词** | 以房抵债协议；以物抵债；买卖合同；债之更改；排除强制执行

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



## 1 背景

以房抵债属于以物抵债，它并不是个法律术语，通俗来说，就是债务届期

没有履行，债务人将自己的房产抵给债权人用以清偿未能履行的债务。在债务人与债权人达成以房抵债的协议后，没有将案涉房屋进行过户登记，若此时债务人还有其他债务涉及诉讼，相关债权人向法院申请执行债务人名下抵债的房屋，在这种情况下，以房抵债的权利人必定会通过提起案外人执行异议之诉来排除强制执行，那么以房抵债的权利人是否可以凭借以房抵债协议排除强制执行，成了一个热点问题。

截至2023年3月底，通过Alpha数据库搜索案例，以“执行异议之诉”和“以房抵债”为关键词，共找到18,549条结果，民事案由18,038件，执行案由471件，引用的最多的实体法条为《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》（简称《执行异议和复议规定》）第二十八条，且判决结果中驳回的数量远远大于支持的数量。由此可见，以房抵债的权利人想要维护自己的权益，在实务中难度较大。但是结合近些年最高院关于此类案件做出的判决来看，对于这个问题最高院的裁判观点也不尽统一。本文从最高院的不同判决入手，分析产生不同判决的原因所在，并由此归纳出适用《执行异议和复议规定》第二十八条所要满足的条件。

## 2 最高院不同的裁判观点

### 2.1 否定说

在（2022）最高法民再126号判决书中，最高法院认为<sup>①</sup>：双方之间订立案涉《商品房买卖合同》的真实意思是偿还先前出借的部分款项，也即消灭双方之间债务，案涉房屋买卖合同实质是以房抵债协议，是双方之间债务履行方式的一种变通，并非商品房买卖。而以房抵债协议相比于其他债权而言，并不具备优先性，在完成权属变更登记前，权利人仅享有普通债权。据此种协议认定权利人享有物权期待权（利益），可排除建设工程价款优先受偿权的强制执行，缺乏法律依据。因此，上述判决认为以房抵债协议不能排除强制执行，理由是

<sup>①</sup> 参见最高人民法院（2022）最高法民再126号判决书。

以房抵债协议不能认定为房屋买卖合同。双方虽然已经签订了案涉房屋的买卖合同，但是签订此合同目的是消灭原债权债务关系，并不是为了进行房屋买卖，且由于房屋没有完成权属变更登记，那么权利人基于以房抵债协议仅仅享有债权，不具有优先性，因此所享有的权益不能排除强制执行。

## 2.2 肯定说

在（2019）最高法民申444号民事裁定书中，最高法院认为<sup>①</sup>：“双方在债权到期的情况下签订的《协议书》，是各方真实意思表示，合法有效。以房抵债协议约定以案涉房屋抵偿债务，应当视为买受人已全部支付购房款。案外人使用案涉房屋开设超市，且于查封前交付租金，应当认定债权人已占有使用案涉房屋。本案无证据表明债权人因自身原因未能办理房屋过户，认定债权人对案涉房产享有足以排除执行的民事权利，符合上述司法解释规定。”这个判决则认为案件中的以房抵债协议可以排除强制执行，理由是：以房抵债协议只要双方之间达成了房屋买卖的合意，是双方之间真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，应视为双方达成房屋买卖合同，可以适用《执行异议和复议规定》第二十八条的规定排除强制执行，充分尊重了当事人双方的意思自治，这也是《民法典》第五条自愿原则的体现。另外部分省高级人民法院出台的裁判指引和关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答也持赞成观点，认为在债务清偿期届满以后签订协议并且办理了物权转移手续，那么权利人即取得相应物权。<sup>②</sup>

## 2.3 折中说

在（2022）最高法民终388号判决书中，最高院认为<sup>③</sup>：“履行期满后双方达成的以房抵债协议，系以消灭金钱债务为目的，无论是新债清偿还是债务更新，与买卖合同在债的性质以及对其他债权人合法利益的保护上均存在不同。加之

① 最高人民法院（2019）最高法民申444号裁定书。

② 参见《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》

③ 最高人民法院（2022）最高法民终388号判决书。

以物抵债产生的物权期待权缺乏物权变动的公示方法，判断其真实性具有较大难度，故在执行异议之诉中不宜简单适用《执行异议和复议规定》第二十八条的规定，轻易认定以物抵债权利人可以对抗金钱债权人。”从该判决我们可以发现，不能凭借双方签订的以房抵债协议就认定双方之间的债权债务关系转化为了买卖合同关系，还需要综合考量其他因素，审慎适用相关的规定，相当于前两份判决观点带有明显的否定与肯定色彩，这一份判决观点强调的是要视案件的具体情况而定，显然是一个折中的观点。

### 3 造成裁判观点差异的原因

#### 3.1 直接原因

通过上述典型案例的列举，我们发现造成上述判决产生不同观点最直观的原因是《执行异议和复议规定》第二十八条中提到的“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”中对于“买卖合同”的理解，一种理解是双方必须基于购买不动产的目的而签订相应不动产买卖合同，即严格遵照文义解释；另外一种理解则相对宽泛，认为此处买卖合同还包括了一切最终体现为不动产买卖形式的法律关系，那么以房抵债形成的法律关系也属于上述买卖合同。<sup>[1]</sup>从而由此体现出的裁判理念也有所差异：一种裁判理念是<sup>①</sup>严格适用司法解释，其认为以房抵债协议签订的目的是为了抵偿旧债务，交付房产系以房抵债协议的履行方式，只要未完成不动产过户登记，以房抵债的协议人依据以房抵债协议只享有普通债权，不足以形成优先于一般债权的利益，<sup>[2]</sup>即无须依据《执行异议和复议规定》第二十八条的具体构成要件来判断以物抵债的不动产是否排除执行。另一种裁判理念实际上扩张适用了司法解释。比如，债权人以其享有的到期债权和利息抵顶部分购房款，可以认定支付了案涉房屋的全部价款；甚至有存在将剩余购房款约定由出租案涉房屋并收取租金的形式支付的情形，债权人只要接收房屋并以自己的名义对外出租，此时也算是完成了房屋的交付，

<sup>①</sup> 参见最高人民法院（2017）最高法民申1769号裁定书。

案涉基础法律关系就是房屋买卖合同，足以适用《执行异议和复议规定》第二十八条。以上两种裁判理念导致了截然相反的判决结果。

## 3.2 根本原因

造成裁判观点不尽统一的根本原因是有关于以物抵债性质的学说众多。有“代物清偿说”“新债清偿说”“债之更改说”等大陆法系的传统学说。与此同时，我们在各种实务案件中总能遇到诸如“履行期间届满前/后”的以物抵债等法律实务术语，传统学说与法律实务术语互相交织，以及我国没有债法总则，所以以物抵债与相关的法律制度的区分也较为纷繁复杂，比如以物抵债与流质契约、以物抵债与让与担保等。这也更多反映的是现行法条和司法解释的不够完整和完善，最高人民法院也一直在摸索着试用各种理论进行解释以物抵债。在《九民纪要》出台之前，最高院关于以物抵债的法律适用，从2011年至2019年分别是：代物清偿理论、“买卖型担保”、区分以物抵债与担保合同、债的清偿。<sup>[3]</sup>《九民纪要》出台后，对于以物抵债合同是诺成合同还是实践合同，《九民纪要》给出了回答，采取诺成合同说，在这个问题上统一了裁判方向。另外，有关于债务履行期间届满后达成的以物抵债协议与原债权债务的关系问题，目前为止也没有定论。<sup>[4]</sup>

## 4 相关分析

### 4.1 性质

以房抵债属于以物抵债的一种，以物抵债是指当事人双方达成以他种给付替代原定给付的协议，其中之一是，仅仅具有以他种给付替代原定给付的合意，尚无债权人受理债务人的他种给付的事实。其中之一是，双方当事人不但达成了以他种给付替代原定给付的合意，而且债权人受领了债务人的他种给付。前一种类型的以物抵债，为诺成合同，<sup>[5]</sup>这也是实务界目前普遍认同的看法。关于以物抵债的性质，根据当事人意思的不同可以分为债之更改、新债清偿，以及代物清偿。将以物抵债的性质认定为代物清偿，在最高法院的判决中也不同

程度的有所体现,比如在最高人民法院(2011)民提字第210号判决书中,就认为双方订立的协议以土地作价清偿的约定,构成代物清偿的法律关系<sup>①</sup>。代物清偿也是债务清偿的方法之一。债之更改是为使新债务成立而让旧债务消灭的契约。<sup>[6]</sup>债之更改包括三种,债务人、债权人和债的标的变更三种,其中债的标的更改类以物抵债和买卖合同存在交集,因此以物抵债协议才有被认为是买卖合同的空间。<sup>[7]</sup>新债清偿《民法典》也并未予以规定,结合我国台湾地区的相关规定,新债清偿是指以负担新债务来履行旧债务,旧债务因新债务的履行而得以消灭。<sup>[8]</sup>

那么以物抵债的性质到究竟是什么?我们需要明确一点,即在基于合同形成的债权债务关系中,我们的落脚点在于保护债权,这既是《民法典》中关于合同及时、全面履行的规定,也体现了诚实信用原则。<sup>[9]</sup>因此,在判断以物抵债的性质时,应当根据个案中当事人真实的意思表示和订立的以物抵债协议的履行状态来确定。如若双方当事人之间意思表示真实且以物抵债协议已经履行完毕,那么当事人之间债权债务关系消灭,此时就是代物清偿;如若双方当事人之间的意思表示真实但以物抵债协议并未履行,此时若双方约定消灭旧债务,则构成债之更改;如若双方没有约定消灭旧债务,则构成新债清偿,原则上债权人应当要求债务人履行新的债务。<sup>[10]</sup>

## 4.2 期待权理论

那么以房抵债协议是否可以排除强制执行,这就涉及《执行异议和复议规定》第二十八条能否适用,这也是以物抵债执行异议之诉的核心争议。第二十八条是对无过错不动产买受人的特殊保护规定,其背后的理论基础是期待权理论,第二十八条规定的是一般买受人的物权期待权。我国目前在理论上对于物权期待权理论的研究甚少且法律也没有直接规定。在德国法中物权期待权这一概念指的是取得物权的某些条件已经实现,而另一些条件还未成就的情形。<sup>[11]</sup>相比于德国法中的物权期待权,《执行异议和复议规定》第二十八条所蕴含的期待权

① 参见最高人民法院(2011)民提字第210号判决书

理论在功能上更多体现的是买受人对于执行的防御，<sup>[12]</sup>即虽然没有取得相关物权，但是认为买受人对于相关物权的期待可以排除执行，其实就是赋予了并未实际取得相关物权的买受人，物权人的地位。这一点对于争议房屋的买受人至关重要。当然，正如上文所说，认为以物抵债的性质是债之更改则与物权期待权理论的内涵相符，具体到案件中就是以房抵债的权利人期待取得所抵之物即不动产的所有权，而在新债清偿之中，旧债务并不消灭，债权人有权请求债务人履行新债即将所抵之不动产所有权转移，但是究其实质债权人想实现的还是最开始的债权即金钱之债，对于以房抵债取得不动产所有权并没有多少期待。站在债权人的角度，倘若能实现最开始的金钱之债，何必要取得房产的所有权，同时还避免不了在取得不动产所有权过程中，会遇到的相应房产贬值风险和繁琐的手续问题等。由此可见，倘若将以物抵债性质定义为新债清偿，则不能很好体现第二十八条背后所包含的防御执行的功能。

### 4.3 消费者生存权

商品房消费者生存权是关系到消费者基本生存，在现实生活中，一套商品房是很多家庭一代人甚至几代人积蓄得来的，一旦此项权利不能得到保障，则会使消费者的生存都会受到极大的考验。《执行异议和复议规定》第二十九条正是出于对消费者生存权这一价值的维护，赋予消费者买受房屋的物权期待权以排除强制执行的效力，这在学界已然形成共识。从法律逻辑上来看，房屋买受人可以选择第二十八条或者第二十九条，来排除普通债权的执行。<sup>①</sup>不仅如此，从2002年出台的《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》、2004年出台的《查封、扣押、冻结财产规定》再到2015年的《执行异议和复议规定》，不动产买受人的倾斜保护关系着社会的和谐稳定，<sup>[13]</sup>上述各项规定都不同程度体现了对于消费者购房人生存权的保护，背后体现的是一种价值衡量，以及对于弱势群体的保护。从我国的商品房销售模式来看，我国采用商品房预售模式，这意味着消费者在签订合同并付款再到最后进行过户登记，会有一个漫长的过程，

① 参见最高人民法院（2018）最高法民再447号判决书。

如若不能给购房消费者在法律上的充分保护比如生存权的优先保护,则对于我们的商品房预售制度会造成冲击,进而会对我们的国民经济带来影响。所以,商品房消费者生存权的保护,无论是从法律价值还是在现实的经济发展的需要来看,都是具有正当性和必要性的。

## 5 结论

回到最开始的问题,如果认为以房抵债协议可以排除强制执行,那么必须符合《执行异议和复议规定》第二十八条规定的要件,那么结合最高院的裁判文书以及最高院发布的指导案例来分析,第一个要件是要签订合法有效的书面买卖合同,以房抵债协议可否被认定为书面买卖合同这一点至关重要,通常司法实务中不会这么认定,但是在某些情况下是可以认定为买卖合同的。比如在最高院2016年发布的第72号指导性案例,汤龙诉内蒙古鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案中<sup>①</sup>,如果当事人在以物抵债协议中明确载明终止原债权债务关系,同时建立新的不动产买卖合同关系,此时也就是债之更改,新债完全替代了旧债。

这给了我们启示,双方在债务已届清偿期后签订以房抵债协议,在协议中明确原债权债务关系终止,同时建立新的不动产买卖关系,这一点至关重要。因为这就证明当事人双方有消灭旧债务的合意,本质还是在于保护债权人的利益。同时要强调一点的是在原债务履行期届满以后签订,倘若双方在履行期届满前签订协议,那么双方此时会被视为达成了“让与担保”的合意,不是“以物抵债”的合意。这里主要涉及流质、流押的相关规定,还有更重要原因在于防止出现双方利益显著失衡。因此签订以房抵债协议的时间点要予以重视。并且在以房抵债协议中约定先前债务所欠的金额及利息视为相应购房款,折抵金额应当体现等价交换原则。被执行人因经济状况恶化无法履行原债务而处于被动地位,防止以房抵债权利人利用优势地位获取不当利益,这也是民法公平原则的体现。<sup>[14]</sup>同时这样一来关于《执行异议和复议规定》第二十八条所规定的

① 最高人民法院(2015)最高法民一终字第180号民事判决书。

签订买卖合同和支付相应价款的要件都可以得到认定。关于在人民法院查封之前已合法占有该不动产这一要件，占有是指人对于物的管理和控制的事实。在以房抵债中，强调权利人对于案涉房屋的实际控制，比如权利人是否已经拎包入住、是否已经和物业公司签订物业服务合同、是否定期缴纳水电费等，并不强调对于房屋占有的方式，而是强调对于房屋占有的状态。同时这个要件还强调了以房抵债的权利人要求合法占有以及占有的时间是在人民法院查封前。对于占有可以分为直接占有和间接占有，在实务中以房抵债的权利人将案涉房屋出租或者委托第三方并交由第三方经营，从而形成间接占有，这样的情况也是屡见不鲜，涉及额外的法律关系，对于法院认定合法占有就会造成不便。最后，人民法院还要严格审查没有及时办理登记的原因是否与权利人无关。

## 6 结语

在涉及以房抵债协议的执行异议之诉中，以房抵债的权利人也是提起执行异议之诉的案外人，其诉请是否可以得到支持，其实是以房抵债权利人和申请执行人等之间的利益衡量。经济的迅速发展，房、地价格的上涨，一座房屋上可能会存在买卖、抵押、租赁等多种不同的法律关系，涉及不同的当事人，这也是此类案件法院裁判没有定论的原因之一。从目前的裁判来看，大多还是优先考虑申请执行人的利益。因此从以房抵债权利人的角度而言，签订以房抵债协议要谨慎，尤其是在当前理论和实务均存在一定争议的情况下，因此在签订协议过程中要提高自己的审查义务；签订协议前，要先查询抵债房产的相关权属信息；签订协议后，要及时办理房产的过户登记，避免债务人在此期间将房产另行设定负担等。从法院的角度看，以房抵债协议排除强制执行，势必会对我们的物权公示制度形成一定的冲击，降低公示公信力，因此各个层级法院在对类似案件慎之又慎，这其中不仅有多方利益需要平衡的考量，而且也是考虑到此类案件容易引发虚假诉讼。因此各级法院针对个案的情况要具体分析，建立起统一指导性的裁判规则。

## 参考文献

- [1] 白隼永. 以物抵债不动产排除强制执行的困境与出路——以中国裁判文书网152份执行异议之诉裁判文书为分析样本 [J]. 人民司法, 2022 (19).
- [2] 杜万华. 民事审判指导与参考 [M]. 人民法院出版社, 2017.
- [3] 肖俊. 以物抵债裁判规则的发展趋势与建构方向: 2011—2019年最高人民法院审判经验的考察与分析 [J]. 南大法学, 2020 (1).
- [4] 李玉林. 论以物抵债协议的类型化适用 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2023, 41 (4).
- [5] 崔建远. 以物抵债的理论与实践 [J]. 河北法学, 2012, 30 (3).
- [6] 我妻荣. 新订债权总论 [M]. 王隼, 译. 中国法制出版社, 2008.
- [7] 胡继先. 论以物抵债能否排除执行的法律适用 [J]. 辽宁大学学报 (哲学社会科学版), 2022, 50 (3).
- [8] 施建辉. 以物抵债契约研究 [J]. 南京大学学报 (哲学·人文科学·社会科学), 2014, 51 (6).
- [9] 司伟. 债务清偿期届满后以物抵债协议的性质与履行 [J]. 人民司法 (案例), 2018 (2).
- [10] 房绍坤, 严聪. 以物抵债协议的法律适用与性质判断——最高人民法院 (2016) 最高法民终484号判决评释 [J]. 求是学刊, 2018, 45 (5).
- [11] 鲍尔, 施蒂尔纳. 德国物权法 (上册) [M]. 张双根, 译. 北京法律出版社, 2004.
- [12] 刘承魁, 刘磊. 论破产程序中买受人物权期待权的形成与保护 [J]. 法律适用, 2022 (11).
- [13] 崔斌. 实体与程序之维的不动产买受人执行异议权 [J]. 大连海事大学学报 (社会科学版), 2021, 20 (4).
- [14] 王国征, 孔凡琛. 案外人以房抵债权利排除执行效力研究 [J]. 湘潭大学学报 (哲学社会科学版), 2021, 45 (3).

## Whether a Housing Repayment Agreement can Rule out Enforcement Studies

Wu Yongbo

*School of Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai*

**Abstract:** In recent years, in practice, the number of civil cases related to the “housing for debt” type of litigation cases has been increasing, which has aroused wide attention. Whether the agreement has become a hot issue. By searching the judgment of the Supreme People’s Court on such cases, it can be found that the judgment opinions of the Supreme People’s Court can not be excluded. The main reason is that the housing debt repayment agreement cannot be identified as a housing sales contract, so it cannot meet the requirements stipulated in Article 28 of the “Provisions on Execution objection and Reconsideration”. At the same time, in the Supreme Court think can exclude the enforcement of the judgment, through summary, can be found if the two sides in the original creditor’s rights debt relationship, at the same time establish a new real estate sales contract relationship, constitute debt change, so to room debt agreement is identified as the space of sales contract, apply the execution objection and reconsideration rules of article 28, thus outsiders appeal have the opportunity to get the support of the court.

**Key words:** Debt settlement agreement with housing; In exchange for a debt; Sales contract; The change of debt; Exclude enforcement