



买受人逾期付款，开发商是否承担逾期交房违约责任？	1
租赁期间并未实际搬迁，承租人是否有权获得拆迁补偿？	6
名为房屋买卖，实为民间借贷，出借人应如何实现债权？	11
再审新证据的奥秘.....	17
以房抵债协议取得的不动产，未经变更登记，能否排除强制执行？	24
建工合同纠纷中审计结论能否作为工程结算的依据？	31
发包人逾期结算，通用条款的默示结算约定如何适用？	36
诉前保全申请错误损害赔偿，法院如何认定？	42
合同当事人预先放弃调整违约金的约定，能否获法院认可？	47
工程竣工验收备案并非商品房交付的法定条件.....	55
要求公司提供担保，千万不能少了这一步！	60
以房抵债，何时可以排除普通债权人的强制执行？	69
协议书中“担保”字样，是否需要承担保证责任？	76
债务人恶意利用关联公司逃避债务，关联公司可能承担连带责任.....	80
开发商解除房屋买卖合同后，能否排除买受人其他债权人的执行.....	90
施工合同无效，是否必然参照合同价款进行结算？	95
债权人申请执行承包人的应收工程款，实际施工人可否排除该执行？	101
规避限购政策的借名买房合同是否有效？	109
开发商破产，地产黑天鹅事件中的购房人将何去何从？	117
抵押权不适用诉讼时效，但受主债权诉讼时效的限制.....	124

买受人逾期付款，开发商是否承担逾期交房违约责任？

罗毅 发现律师事务所主任
李将军 发现律师事务所合伙人律师

商品房买卖中，买受人没有在合同约定日期前支付完毕购房款，恰巧开发商存在逾期交房的情形，买受人能否要求开发商承担逾期交付房屋违约责任？

一、合同签订情况

2016年9月26日，买受人小吴与开发商签订八份《四川省商品房买卖合同（预售）》，小吴采用分期付款的方式，以总价1400万元购买8套商业用房。其中第九条明确约定，“买受人于2017年12月31日前或房屋实际交付日前7日内（以先到为准）付清剩余房款，出卖人以发出房屋交付通知起第7日为买受人最后付款日，出卖人未收到买受人剩余房款的情况下，出卖人可延迟交付时间至买受人付清所有剩余房款，出卖人不承担违约责任。”

同日，双方还签订《〈商品房买卖合同〉补充协议》，其中第二条明确约定，“若买受人未付清《买卖合同》及本补充协议约定的全部累计应付款（含面积补差款）、政府部门规定费用、分期付款欠款或有银行按揭（月供）欠款等，出卖人有权拒绝交房直至买受人付清欠款为止。”

二、合同履行情况

2016年9月26日，小吴支付购房款700万元；2018年1月15日，小吴支付购房款400万元；2018年9月3日，小吴支付购房款300万元。

2018年2月1日，开发商完成项目竣工验收；2018年5月21日，取得案涉8套商铺的房屋建筑面积测绘报告；2018年8月15日，开发商通知小吴收房；

2018年9月4日，小吴签署了上述8套商铺的《收房确认书》。

三、诉讼情况

因开发商逾期交房，小吴请求开发商支付自2018年1月1日起至2018年9月4日止的逾期交房违约金103万元。

一审裁判要旨：开发商直至2018年5月21日才取得案涉8套商铺的房屋建筑面积测绘报告，故上述8套商铺直至2018年5月21日才达到合同约定的交付条件，开发商在2018年1月1日至2018年5月21日期间不能实际交付房屋，已经构成逾期交房，故应承担相应的违约责任。根据合同约定并结合案涉商铺所在同地段的租金标准等因素，一审法院酌情调整逾期交房违约金金额为45万元。

二审裁判要旨：根据双方的约定，开发商应当在2017年12月31日前交房，如提前交房，小吴才有义务于房屋实际交付日前7日内支付剩余购房款。而从本案事实看，项目2018年5月21日才符合交房条件，且在符合交房条件后开发商并未按约定及时通知小吴收房。2018年8月15日，开发商才向小吴发出《收房通知书》，通知支付剩余购房款并办理收房手续，故开发商应承担2018年1月1日至2018年8月14日期间不能交付房屋的逾期交房违约责任，二审法院判令开发商支付逾期交房违约金72万元。

再审裁判要旨〔（2020）川民再256号〕：从案涉合同约定的内容来看，双方系约定小吴付清全部房款后，开发商再进行交房，双方就支付全部房款和交付房屋的先后履行顺序作出了明确约定。在小吴未付清全部房款的情形下，开发商无须承担逾期交付房屋的违约责任，故驳回小吴的全部诉讼请求。

四、案件研析

本案中，双方争议的事实为开发商是否应当承担逾期交付房屋的违约责任。

故案件的争议焦点为：（一）双方合同所约定的支付全部房款和交付房屋有无先后履行顺序，合同各方享有的抗辩权性质为不安抗辩权还是同时履行抗辩权；（二）如果小吴享有的抗辩权为不安抗辩权，其暂停支付剩余购房款是否符合法律规定要件。

关于争议焦点（一）

本案一审法院、二审法院认为，双方合同所约定的支付全部房款和交付房屋有先后履行顺序所针对的情形是，如果开发商于2017年12月31日前提前交房，则小吴才有义务于房屋实际交付日前7日内支付剩余购房款。而事实上，项目于2018年5月21日才符合交房条件，开发商于2018年8月15日才通知小吴收房，故双方对该种情形下支付全部房款和交付房屋没有先后履行顺序的约定。根据合同法第六十六条（民法典第五百二十五条）的规定，小吴享有同时履行抗辩权，在开发商存在逾期交房的情形下，其有权不支付剩余购房款。

再审法院认为，案涉房屋买卖合同就全部房款的交付时间系约定固定日期2017年12月31日，或不定日期开发商发出房屋交付通知起7日内，“以先到为准”的合同约定表明不定日期应在2017年12月31日前，即小吴应最迟于2017年12月31日付清剩余房款，故双方对支付全部房款和交付房屋有先后履行顺序的约定。双方系约定买受人小吴付清全部房款后，出卖人开发商方负有房屋交付义务。因双方已就购房人支付全部房款和出卖人交付房屋的先后履行顺序作出了明确约定，根据合同法第六十八条（民法典第五百二十七条）的规定，小吴享有的合同抗辩权为不安抗辩权，并非同时履行抗辩权。

关于争议焦点（二）

根据合同法第六十九条（民法典第五百二十八条）的规定，不安抗辩权的行使须具备符合条件的实质要件和符合法律规定的程序要件，即先履行债务当事人

在有确切证据证实对方当事人可能丧失履行债务能力的情形下，应向对方发出通知，中止先履行债务的履行，并可在合理的期限后解除合同。本案中，小吴负有付清全部购房款的先履行债务，即使开发商存在逾期交房的情形，但无其他确切证据证实开发商有经营状况恶化致丧失或可能丧失履行债务能力的情形，故无不安抗辩权的适用条件。

更何况，一方当事人主张先履行行为因后履行行为可能发生重大瑕疵而行使不安抗辩权，应当及时通知对方当事人，而不经通知即自行中止和不予履行并不符合法律规定。本案中，小吴在未经通知，亦无确切证据证明开发商存在经营状况恶化致丧失或可能丧失履行债务能力的情形下，付清全部购房款的先履行义务不得中止。

五、实务要点总结

我们总结该案的要点如下，以供实务参考：

（一）民法典第五百二十五条、第五百二十七条（对标合同法第六十六条、第六十八条）分别对同时履行抗辩权、不安抗辩权进行了规定，二者所适用的前提条件是不一样的。前者要求当事人所互负的债务没有先后履行顺序，后者要求当事人所互负的债务有先后履行顺序。本案之所以产生争议，根本原因在于对购房人支付全部房款和出卖人交付房屋先后履行顺序的约定并不明确，一审法院、二审法院、再审法院对此理解完全相悖，以致裁判结果出现反转。我们提请开发商和买受人充分重视，对于支付购房款和交付房屋的先后履行顺序进行明确约定，避免产生纠纷。

（二）民法典第五百二十六条（对标合同法第六十七条）规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。如果开发商为后履行方，其有权根据合同约定，以买受人未

付清全部房款为由，拒绝交付房屋。买受人存在逾期支付购房款的情形，其先履行债务未完成，并不享有后履行债务请求权，无权主张开发商承担逾期交房违约责任。开发商即使存在房屋竣工时间延后的情形，亦因其当时尚未承担交房义务，故无须承担逾期交房违约责任。

（三）民法典第五百二十八条（对标合同法第六十九条）对不安抗辩权行使规则进行了规定，除了需要符合不安抗辩权的实体要件外，一方当事人在行使该权利时应当及时通知对方当事人，避免因未履行法定程序导致不安抗辩权的行使未获法院支持。

租赁期间并未实际搬迁，承租人是否有权获得拆迁补偿？

罗毅 发现律师事务所主任

刘鑫澜 发现律师事务所专职律师

一、问题的提出

租赁合同约定承租期间若政府拆迁租赁场地，承租方有权获得拆迁补偿。但出租方与政府就拆迁方案达成一致，但承租方实际未搬迁，该种情形是否属于政府拆迁租赁场地？承租方是否有权获得拆迁补偿？罗毅律师再审团队以亲办的案件为例，希抛砖引玉，与各位同仁交流探讨。

二、案情简介

2007年12月20日，都江堰天兴砂石开发有限公司（以下简称天兴公司）与成都和谐商品混凝土有限公司（以下简称和谐公司）签订《场地租赁合同》（以下简称租赁合同）。租赁合同约定和谐公司在案涉场地生产、经营，兴办混凝土加工厂，约定租赁期限为五年。同时，租赁合同还约定，因政府规划需要拆迁时，由政府相关部门直接同和谐公司协商厂址建设的拆迁补偿费用，款项由政府划到天兴公司后，天兴公司不得扣押和截留。签订合同后，和谐公司在案涉场地整理土地，安装设备并添附地上附着物。

在此期间，因案涉土地规划调整需要进行搬迁改造，当地政府于2011年5月26日同意天兴公司选择自行（组合）方式进行搬迁改造。上述方式下，企业自行拆除地上附着物，申请变更土地性质可少缴纳土地出让金，政府不给予任何补偿。天兴公司缴纳土地出让金后，将案涉土地性质由工业用地变更为商业用地。

合同期满后，双方未续签书面租赁合同，但和谐公司实际占用案涉场地，并缴纳租赁费用至2016年1月10日后，天兴公司欲回收该租赁场地，但和谐公司

拒不搬离案涉场地。双方交涉无果后，天兴公司诉至人民法院，诉请确认双方签订的租赁合同于2018年7月2日解除，并要求和谐公司参照租金标准支付实际占用期间的费用。和谐公司提起反诉，诉请天兴公司赔偿其损失260万。

三、一审裁判要旨

一审法院认为，和谐公司在承租了天兴公司的场地后，进行了相关设备和构筑物的添置。而双方签订的租赁合同明确约定，若政府规划拆迁案涉场地政府相关部门直接同和谐公司协商拆迁补偿费用，天兴公司在并未拆除地上附着物的情形下便向政府承诺已经拆除附着物，申请变更土地性质且享受政府优惠政策，该行为既规避了自行拆除的义务又使和谐公司丧失了从政府获取拆迁补偿费用的权利，致使和谐利益受损，因此天兴公司应当向和谐公司赔偿损失。

四、二审裁判要旨

二审裁判认为，首先，双方约定政府拆迁导致的补偿的前提是案涉场地发生实际的政府拆迁，并导致案涉合同不能继续履行。本案天兴公司虽然在原合同履行期间根据政府搬迁改造的要求名义上进行了搬迁，但案涉场地并未进行真正的搬迁，故和谐公司基于的合同利益未受影响。

其次，因为双方后期形成的不定租赁合同的基本权利义务内容同原定期租赁合同相同，和谐公司应于租赁合同正常终止后自行拆除上述地上附着物。

最后，和谐公司基于其对土地使用期限的预期应建设、投资与其合同期限相适应的建筑物和生产设备，在合同期满也应由和谐公司承担拆除或报废的后果。

综上，二审法院认为和谐公司主张因天兴公司土地使用权性质改变而应给予拆迁赔偿缺乏事实根据。

五、再审裁判要旨

再审法院认为，第一，和谐公司与天兴公司签订的租赁合同系双方真实意思表示，根据第七条约定内容分析，补偿的前提是发生实际的政府拆迁，并导致案涉合同不能继续履行。

第二，案涉租赁合同第九条约定，如因租赁期未能续约等原因提前终止合同的，承租人应于租赁期或合同终止后 15 日内将租赁的场地交还出租人，和谐公司在场地内修建的房屋、设备、设施等由和谐公司无条件拆除。据此，因为双方后期形成的不定期租赁合同的基本权利义务同原定期租赁合同相同，和谐公司应于租赁合同正常终止后自行拆除上述地上附着物。

第三，因案涉搬迁行为发生在原五年期租赁合同期限内，该合同期限是确定的，和谐公司基于其对土地使用期限的预期应建设、投资与其合同期限相适应的建筑物和生产设备，在合同期满后其投资建设的建筑物及生产设备即使存在一定价值，合同期满也应当由和谐公司承担拆除或报废的后果。

第四，虽然天兴公司在土地变更时未告知和谐公司，但本案在原合同内未实际发生拆迁，双方合同履行期间相关设备仍继续使用，后在天兴公司行使法定解除权致使合同不能继续履行的情况下，和谐公司主张因天兴公司土地使用权性质改变而给予补偿缺乏事实依据。

综上，和谐公司未因此遭受损失，二审法院关于天兴公司不应对和谐公司作出拆迁补偿的判决，判处正确，予以维持。

六、案件研析

经分析，本案的争议焦点为，天兴公司是否应向和谐公司支付拆迁补偿。

本案中，二审法院及再审法院从合同解释、合同目的、双方权利义务等方面综合分析后认为，天兴公司不应当向和谐公司支付拆迁补偿。

第一，在合同有歧义时，应当从合同体例以及合同目的解释角度分析。《民法典》第一百四十二条(对标合同法第一百二十五条)：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”双方签订的合同 7.2 条列后于第 6 条、第 7.1 条，即和谐公司获得政府拆迁补偿费用的前提是案涉场地在租赁期限内实际发生了拆迁，导致租赁合同无法继续履行，其未能摊销的投资费用应得到适当补偿，这也是双方为了签订合同时的目的。

第二，从法益保护角度分析，即拆迁补偿利益角度分析。根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》以及《都江堰市人民政府都办发[2010]151 号文件》分析，只有当企业停产造成损失才给予补偿，而客观情况是天兴公司虽然在合同履行期间名义上进行了搬迁，但实际上案涉场地并无真正搬迁，和谐公司在期满后继续使用租赁物进行经营至今属客观事实，本案天兴公司自始至终保障和谐公司完整使用租赁物，不存在任何违约行为。合同期满后和谐公司与天兴公司形成不定期租赁合同，天兴公司有权依据《合同法》第二百三十二条（对标《民法典》第七百三十条）行使单方解除权，要求和谐公司搬离场地。

第三，从权利义务相一致角度分析。根据权利义务相一致原则，和谐公司无权既享有租赁期限内案涉场地的使用权又享有拆迁补偿。天兴公司获得政府搬迁奖励，与和谐公司的投入无直接因果关系，和谐公司无原因力、无贡献力。且天兴公司以市场价 6 万元/年将案涉土地出租给和谐公司用于生产经营，十余年期间仅收取固定租金 56 万元，现要求天兴公司赔偿 260 万元，显示公平。

第四，从双方过错角度分析。和谐公司明知自己将投入大量资金修建厂房却在长达 10 年期限内未签订合同，有违常识，存在重大过错，应当由其自行承担损失。

综上，天兴公司不应当向和谐公司支付拆迁补偿。

七、实务总结

根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十七条：“作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予的补偿包括：（一）被征收房屋价值的补偿；（二）因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿；（三）因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。”第一款中被征收房屋价值的补偿对象为出租方，对象较明确，实务中争议较小。但第二款与第三款的补偿对象则具有不确定性，特别是出租方与承租方未签订合同时，实务中争议较大。

对出租方的建议：在签订合同时，特别是当承租方前期购买大型设备，修建构筑物时，应当明确约定实际发生拆迁，且承租方因搬迁、临时安置或停产停业受有损失，即同时满足两个条件时，承租方才能获得拆迁补偿款，防止承租方恶意诉讼。

对承租方的建议：若在案涉场地投入大量成本时，建议尽可能延长合同期限，防止出租方合同期满后不续签。并明确约定若合同期限内若发生拆迁，出租方应当向承租方支付拆迁补偿款。合同一旦到期，应当及时与出租方续签租赁合同。防止出租方依据《民法典》第七百三十条：“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”行使单方解除权，解除租赁合同并要求承租方在政府征迁前搬离，致使承租方无法获得拆迁补偿款。

名为房屋买卖，实为民间借贷，出借人应如何实现债权？

罗毅 发现律师事务所主任

田萌萌 发现律师事务所合伙人律师

不知从何时起，在民间开始流行一种以签订买卖合同之名行借款合同之实的方式来从事借贷行为，尤其是大额的借款，出借人与借款人之间签订的是房屋买卖合同而不是借款合同。从表面上来看，当事人之间签订有房屋买卖合同，并将合同进行了登记备案或者将房产进行了过户，同时，还约定了在未来的某个固定期限，借款人应以一定的对价进行回购。当借款人未回购房产时，出借人是否就拥有了合同所约定的房产或者主张将房产过户到自己名下呢？答案是否定的。

那么，在这种名为房屋买卖，实为民间借贷的合同，出借人如何维护自己的权利？下面，我们从一则再审案例来进行详细解读。

一、案情简介

李某于2006年3月28日在A公司处购买座落于四川省成都市××街××号××商城××座××楼××号房屋建筑面积为669.48平方米，15、62、63、64号房屋建筑面积为453.99平方米，80、81、82、85号房屋建筑面积492.09平方米，总计1615.56平方米。2006年3月28日，双方签订《商品房买卖合同》约定：出卖人应当在商品房交付使用后180日内，将办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案。如因出卖人的责任，买受人不能在规定期限内取得房地产权属证书的，出卖人按已付房价款的1%向买受人支付违约金。

同日，李某付清全部购房款200万元，取得A公司开具的收据三张。A公司应于2006年4月12日向李某交付房屋（实际上未交付），并在房屋管理部门登记备案，合同备案号分别为：4819、4823、4824号。2006年3月29日，双方签订《房屋回购协议》约定：A公司在2006年6月27日前向李某一次性支付200

万元回购款，回购 A 公司出售给李某的房屋，如违约承担违约金。协议签定后，A 公司未按约定期限履行合同义务。2006 年 8 月 15 日某依据合同约定向 A 公司致函，要求 A 公司出具相关手续并办理房屋产权证，A 公司拒绝履行合同义务。李某遂诉至法院。

二、法院裁判

（一）一审法院裁判要旨：双方当事人在平等自愿基础上签订的房屋买卖合同，系双方真实意思表示，且不违反法律规定和社会公共利益。依据意思自治的原则，李某、A 公司所签订的《商品房买卖合同》合法有效，买卖合同成立。双方当事人应按合同约定各自履行付款和交房的合同义务。

一审法院判决结果：一、A 公司于判决生效之日起 30 日内，出具相关手续为李某所购房屋办理房屋所有权证。二、限 A 公司于判决生效之日起 5 日内向李某支付违约金并承担诉讼费。

（二）再审法院裁判要旨【（2020）川民再 440 号】：综合全案证据，双方当事人的行为不符合房屋买卖的一般交易习惯，双方签订的《商品房买卖合同》不是真实的房屋买卖关系，而是为借款而设定的担保，故李某要求履行买卖合同的诉讼请求不予支持。

再审判决结果：撤销一审生效判决，驳回李某诉讼请求。

三、争议焦点

本案的争议焦点在于，当事人双方签订的《商品房买卖合同》是真实的房屋买卖合同还是为借款而设定的担保。

再审法院认为本案当事人之间名为房屋买卖，实际上是为借款而设定的担保。首先，李某与 A 公司签订的《商品房买卖合同》约定的房屋单价明显低于市

场价，且买受人以现金支付房屋价款 200 万元与商品房买卖的一般交易习惯不符。其次，李某与 A 公司签订的《商品房买卖合同》约定的房屋交付期限为合同签订时间，说明《商品房买卖合同》签订时，诉争房屋已具备交付条件，但双方并没有交接房屋的意思表示。双方在签订《商品房买卖合同》的次日，又签订了《房屋回购协议》，约定由 A 公司在一定期限内回购房屋，若支付了回购款，李某即解除对房屋的备案登记，若 A 公司未能按时支付回购款，可以协商顺延期限并按一定比例支付溢价款费用，若 A 公司超过约定期限未支付回购款，李某则拥有房屋所有权。上述行为也不符合房屋买卖的一般交易习惯。从审理查明的事实可以看出，李某与 A 公司之间因为借款关系设立了一种担保债权的方式，即以签订房屋买卖合同并办理商品房预售合同备案的方式来确保债权人在债务人无力还款时可以直接取得房屋所有权来实现债权，故李某与 A 公司对于房屋买卖欠缺内心的真意且此项非真意的意思表示为对方所明知，双方并未形成真实的房屋买卖合同关系。故 A 公司与李某在签订《商品房买卖合同》的当时并无真正转移案涉房屋所有权的意思，为借款设定担保才是双方真实的意思。

四、实务要点

（一）以买卖之名行借贷之实的法律性质

发生此类情形，当事人的内心本意是以房屋作为民间借贷的担保，相信绝大多数当事人的如意算盘是借款人一旦不还钱，房子就是自己的了，是非常靠谱的担保方式，而且在实践中确实存在相当一部分出借人因此而取得房产，借款人也愿意以房抵债，并没有发生争议。这种将财产形式上转移至债权人名下，用以担保其债权的，在学理上称之为“让与担保”，是一种非典型担保方式。

在最新颁布实施的《民法典》第一百四十六条、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》担保编的解释（一）第六十八条以及《最高人民法院关于

审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十三条对“让与担保”这种非典型担保方式进行了明确规定。

根据以上规定，以买卖之名行借贷之实，其法律性质其实是一种非典型担保，法院在审理案件时，不应再以买卖合同法律关系进行处理，而是根据相关法律规定进行处理。

（二）出借人如何实现债权

1. 诉讼请求应当准确、清楚

由于出借人签订房屋买卖合同的初衷即是在借款人违约时能够取得房产，以作为借款的担保，所以大多数出借人会在第一时间就想到主张借款人履行房屋买卖合同，将房产过户到自己名下，直接取得房屋所有权。

但当事人之间的真实意思表示是将房屋买卖作为借款的担保，担保必然要遵循担保的一般原则，即禁止流质、流押，根据相关法律规定，如果合同约定债权人直接取得房产所有权的，约定无效，如果债权人请求法院将房产过户给债权人的，法院不予支持。

正确的做法是请求法院将案涉房产进行拍卖、折价或者变卖，以所得价款进行受偿，如果房产进行了过户登记，那么，债权人还可优先受偿。

2. 在签订买卖合同后，办理房产过户手续

“让与担保”这种非典型担保方式之所以存在相当的市场，在于其具有传统的抵押担保所不具有的优势，比如在实践中存在相当一部分依照买卖合同实际履行的情况，在民法典实施后，由于债务人可以带抵押转让资产，“让与担保”则可以防止债务人擅自转移资产，限制债务人对房产的处分权，保障债权的实现。且在办理房产过户登记后，债权人具有该房产拍卖、折价或者变卖价款的优先受

偿权。

3. 要取得房产，需达成新的协议

当事人可以就借款合同进行结算，重新签订房屋买卖合同，多退少补，以合理对价取得房产，办理过户并实际交付，从形式上到真实的意思表示均做到符合房屋买卖合同的有效要件。

（三）法条依据

1. 《中华人民共和国民法典》

第一百四十六条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

2. 最高人民法院关于适用

《中华人民共和国民法典》担保编的解释（一）

第六十八条【将财产形式上转移至债权人名下的担保】债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示方式，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持。

债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。当事人已经完成财产权利变动的公示方式，债务人不履行到期债务，债权人请求对该财产享有所有权的，人民法院不

予支持；债权人请求参照民法典关于担保物权的规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿的，人民法院应予支持；债务人请求履行债务后返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，人民法院应予支持。

债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购，债务人到期不履行回购义务，财产归债权人所有的，人民法院应当参照第二款规定处理。回购对象自始不存在的，人民法院应当按照其实际构成的法律关系处理。

3. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

第二十三条当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。

再审新证据的奥秘

罗毅 发现律师事务所主任

于诗佳 发现律师事务所专职律师

近日，罗毅律师再审团队收到福建省高级人民法院作出的（2020）闽民申5014号民事裁定，就我们提出的再审申请，法院审理后认为符合民事诉讼法第二百条第（一）（二）项应当再审的情形，裁定提审。福建高院提审后，双方达成和解，成功为我方当事人减少1400余万元损失。

作为两审终审制下的“最后一根救命稻草”，很多当事人对再审程序寄予厚望。民事诉讼法第二百条虽然规定了十三种应当再审的情形，但我们知道，要想打开再审大门并不容易。很多当事人咨询，出现一份新证据，能否通过再审扭转乾坤？但事实往往并非如此，原审没提交的证据≠再审新证据，再审新证据需要符合实质和形式两大要件，且根据现有司法实践，形式要件似乎比实质要件更为重要。

一、再审新证据的实质性要件

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释（2020修正）》（以下简称民事诉讼法司法解释）第387条第1款规定：再审申请人提供的新的证据，能够证明原判决、裁定认定基本事实或者裁判结果错误的，应当认定为民事诉讼法第二百条第一项规定的情形。

根据前述规定，并不是只要有新证据就可以启动再审，也不是新证据能够证明原判决、原裁定具有轻微瑕疵就可以启动再审，只有当新证据能够证明原判决、原裁定认定的基本事实或裁判结果错误，才可能被认定为再审新证据。

1. 何为“基本事实”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（法释〔2008〕14号）第11条规定，对原判决、裁定的结果有实质影响、用以确定当事人主体资格、案件性质、具体权利义务和民事责任等主要内容所依据的事实，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（二）项规定的“基本事实”。

2020年12月23日，最高人民法院审判委员会通过《关于修改〈最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定〉等十九件民事诉讼类司法解释的决定》，其中对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》进行了修改，删除了“基本事实”的规定。因此，现关于“基本事实”的界定，应当以民事诉讼法司法解释第335条规定为准，即基本事实是指用以确定当事人主体资格、案件性质、民事权利义务等对原判决、裁定的结果有实质性影响的事实。

2. 何为“足以推翻”

实务中对“足以推翻”的认定有两种判断标准：一是必然性标准，即再审后必须改变原裁判；二是盖然性标准，即该证据可能推翻原裁判。根据民诉法司法解释理解与适用的观点，在再审审查阶段，宜采用高度盖然性标准，而不能要求新证据必须推翻原裁判，否则可能导致应再审的案件没有进入再审或再审审理程序形式化。

二、再审新证据的形式要件

民事诉讼法司法解释第387条第2款规定：对于符合前款规定的证据，人民法院应当责令再审申请人说明其逾期提供该证据的理由；拒不说明理由或者理由不成立的，依照民事诉讼法第六十五条第二款和本解释第一百零二条的规定处理。

众所周知，当事人应在举证期间内完成举证，否则可能发生证据失权。如果一份新证据足以推翻原裁判，但当事人未在原审举证期内提出，法院应当责令再审申请人说明逾期举证的理由：若逾期举证理由成立，法院应当采纳该证据，但若理由不成立，法院是否采纳该证据，存在非常大的争议。

1. 逾期举证理由成立

民诉法司法解释第 388 条：再审申请人证明其提交的新的证据符合下列情形之一的，可以认定逾期提供证据的理由成立：

（一）在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的；

（二）在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的；

（三）在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。

再审申请人提交的证据在原审中已经提供，原审人民法院未组织质证且未作为裁判根据的，视为逾期提供证据的理由成立，但原审人民法院依照民事诉讼法第六十五条规定不予采纳的除外。

民诉法司法解释第 388 条规定了四种逾期举证理由成立的情形，可简要归纳为新发现、新取得、新形成和已举证但未质证四种情况。

（1）新发现、新取得

新发现和新取得的证据，都是针对原审庭审结束前已形成的证据，但因客观原因未在原审举证。事实上，法官对“客观原因”的评判标准是比较高的，如果再审申请人是证据持有人或控制人，比如合同一方当事人，在无法对逾期举证作出合理解释的情形下，往往很难被认定为理由成立。

同时，值得关注的是，根据最高院公布的公报案例（2019）最高法知民申 1

号，如果在再审阶段提出的新证据实质上是另行提出的新抗辩理由，即使再审申请人可以说明逾期提供证据的理由，也可能不被认定为再审新证据，因此当事人在第一、二审程序中务必要充分抗辩、充分行使举证权利。

（2）新形成

第（三）项系对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（法释〔2008〕14号）第10条第（三）项修改而来，即将“原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据”扩充为“在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的”。

从再审程序的功能而言，系对已生效的裁判文书进行纠错。而已生效的裁判文书是法官基于该案证据所作出的判断，当证据的数量、内容发生变化，所认定的案件事实自然就发生变化。故原审庭审结束后形成的证据，如果是当事人之间形成的新的民事权利义务关系，则该证据不应用于再审程序，而应由当事人通过另诉的方式主张权利。但如果新形成的证据，与原判决具有不可分性且无法据此另行提起诉讼，此时为了保障当事人权利，才能认定该证据属于再审新证据。

我们代理的（2020）闽民申5014号案，新证据源于我们代理另一起关联案件，通过申请法院调查取证进一步印证了我方主张，基于该证据与原判的不可分性，最终被再审法院予以采信。

（3）已举证但未质证

除上述3种情形外，“已举证但未质证的证据”也属于再审新证据。但需要注意的是，如果法院是根据民事诉讼法第65条不予认定当事人逾期举示的证据，那么该证据则不属于再审新证据。

2. 拒不说明理由或理由不成立

民诉法司法解释 102 条：当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

单纯从文义解释上看，“逾期提供证据的理由是否成立”与“证据是否应当采纳”之间没有必然联系。即使不符合民诉法司法解释第 388 条所规定的 4 种逾期举证情形，即使当事人是因故意或重大过失逾期举证，只要该证据与案件基本事实有关，法院就应当采纳该新证据。换个角度来看，符合实质要件的新证据必然是足以推翻原裁判的新证据，那么根据民诉法司法解释第 102 条，再审新证据的形式要件似乎并不重要。

但事实上，经检索最高人民法院和四川省高级人民法院相关裁判文书，如果证据不符合民诉法司法解释第 388 条，很少见法院从该证据是否与案件基本事实有关的角度进行评判，新证据的形式要件往往比实质要件更为重要。

究其原因，可能是从再审程序设置的出发点出发，申请再审程序作为在二审终审程序以外，给予当事人的一种特殊救济途径，有其独特的诉讼价值。既要考虑救济错误裁判，同时也要考虑裁判既判力和司法成本。在逾期举证正当理由的设置上，既要考虑民事诉讼证据制度的基本原则，也要考虑敦促当事人及时举证、将诉讼权利利用尽的原则。因此，如果当事人拒不说明理由或逾期举证理由不成立，恐难以被认定为再审新证据。

三、实务总结

1. 与再审新证据有关的法律规范

关于再审新证据的规定散见于多个法律、司法解释，经整理，主要包括：《中

《中华人民共和国民事诉讼法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》《最高人民法院关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》。

其中需要特别说明的是，《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》第 78 条是关于再审新证据的形式要件的规定。根据前文分析，还需要该证据符合实质要件，即能够证明基本事实或裁判结果错误，才能被认定为再审新证据。

2. 再审新证据评判标准

在评判再审新证据时，要从民诉法司法解释第 387 条实质要件和第 388 条形式要件两方面入手，同时更加注重第 388 条规定。但在新证据可能不符合第 388 条规定时，可围绕第 102 条力争说服法院采纳。

3. 审理方式

再审审查采用书面审的情形较多，此时当事人或代理律师可能无法与法官当面交流。但如果能够通过询问或听证方式与法官当庭交流，对案件代理会有重要影响。因此，我们在代理（2020）闽民申 5014 号案过程中，为确保法官充分听取我们意见，我们以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第 21 条、《最高人民法院关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》第 13 条和第 18 条为依据，专门向法院提交了《关于采用询问、听证方式进行审理的申请书》，这样的方法可供实务参考。

4. 申请人承担再审案件诉讼费用

根据《诉讼费用交纳办法》第 9 条，当事人不交纳民事再审案件受理费。但以“有新的证据，足以推翻原判决、裁定”为由申请再审，人民法院经审查决定再审的，申请再审的当事人需负担再审诉讼费用；原审诉讼费用则由人民法院根

据诉讼费用负担原则重新确定。这是因为一旦将再审新证据作为再审的理由成立，说明申请再审的当事人存在过错，人民法院判令其承担诉讼费用符合法律精神。

以房抵债协议取得的不动产，未经变更登记，能否排除强制执行？

罗毅 发现律师事务所主任

吴娜 发现律师事务所专职律师

以房抵债是债务清偿的一种常见方式，属于以物抵债的一种情形。现实中各种以房抵债的情形实为多样，实务界关于以房抵债案件的裁判观点及适用也有较大分歧，上诉率高，改判亦时有发生。本文罗毅律师再审团队以省高院的一起案外人执行异议之诉改判案件为例，就“以房抵债协议取得的不动产，未经变更登记，能否排除强制执行”这一角度进行探析。

一、案情简介

2009年10月30日，张某、祝某向李某借款400万元。

2012年5月25日，张某与李某达成《还款协议》约定，因张某向李某借款400万，现将案涉房屋1-3楼出卖给李某。张某于2012年12月31日付100万给李某，双方所有欠款两清，交房产证时，李某归还张某借条。

2015年12月29日，张某、祝某、冯某出具《说明》，陈述称：因逾期未归还400万元借款，2012年5月25日，李某、张某、祝某、冯某四方共同协商将案涉1-3楼（2楼至3楼登记在祝某女儿冯某名下）出卖给李某以抵偿部分借款。并约定案涉房屋过户费用由张某承担，由于张某只够支付底楼的过户费用，故仅将一楼商铺过户给李某。未过户的二、三层房屋所有权证和国有土地使用证共4本交给了李某，并由李某实际占有行使出租权利。

2015年11月，因刘某申请执行祝某、张某、冯某民间借贷纠纷案，法院依据生效民事调解书，裁定查封了登记在被执行人冯某名下的案涉房屋2层、3层。李某提出执行异议，被驳回后提起案外人执行异议之诉。

二、法院裁判

一审裁判要旨：李某主张的案涉房屋未经登记不能取得所有权，对于其要求确认享有案涉房屋所有权的诉讼请求依法不能予以支持。李某占有并使用案涉房产原因系基于以房抵债协议，抵债协议的目的是消灭金钱债权，不应优先于同为金钱债权的刘某权利的实现。

一审裁判结果：驳回李某诉讼请求。

二审裁判要旨：上诉人李某在法院查封案涉房屋之前并未与被上诉人冯某签订合法有效的书面买卖合同。即使上诉人李某占有并使用了案涉房产，但上诉人李某系抵债受让人，而非不动产的买受人，其与被上诉人冯某之间并非买卖合同关系，不属于物权期待权的保护范围，其取得占有的原因系基于以房抵债协议，抵债协议的目的是消灭金钱债权，不应优先于同为金钱债权的刘某权利的实现。

二审判决结果：驳回上诉，维持原判。

再审裁判要旨[（2019）川民再36号]：李某基于以房抵债协议的签订、履行、实际占有了涉案房屋，有权基于“房屋买受人的”身份主张物权期待权。

再审判决结果：撤销本案一审、二审判决。刘某申请强制执行案，不得执行冯某名下案涉房屋二楼、三楼。

三、争议焦点

本案的争议焦点是案外人李某对案涉房产的民事权益是否足以排除以冯某为被执行人案件的强制执行。

一审、二审法院认为李某占有案涉房屋系基于以房抵债协议，抵债协议的目的是消灭金钱债权，不应优先于同为金钱债权的刘某权利的实现。再审法院认为结合本案事实，足以证明李某对张某的债权转化为房屋转让的对价，李某与张某

之间基于借款形成的债权债务关系已被以房抵债协议中的权利义务关系取代，因此李某基于以房抵债协议的签订、履行、实际占有了涉案房屋，有权基于“房屋买受人的”身份主张物权期待权。一、二审法院忽视了查封时被执行人冯某对涉案房产的民事权益的状态，李某与张某之间基于借款形成的债权债务关系已被以房抵债协议中的权利义务关系取代，简单适用《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》（以下简称《执行异议和复议规定》）第28条的规定，属于适用法律错误，本院予以纠正。综上，李某的再审请求应予以支持。

四、再审研析

对于本文题目，实践中争议颇多，省高院该案例给出了肯定的答复，在一定情形下，以房抵债协议取得的不动产，未经变更登记，也能排除强制执行。

但九民纪要出台后，目前实务界包括最高院、省法院更主流的裁判观点则为“以房抵债受让人不属于《执行异议和复议规定》第28条规定的不动产买受人范围，其对房屋的权益不能排除执行”，如最高院（2020）最高法民申3620号“【裁判要旨】1. 不动产买受人（异议申请人/债权人）主张其通过抵顶行为取得房屋，应视为支付了全部购房款，但从《执行异议和复议规定》第28条规定的条文本意看，该条规定的是无过错不动产买受人的权利保护问题，以物抵债受让人并非属于前述不动产买受人范围，不能适用该条规定予以保护。2. 债权人与债务人之间就以房抵债达成合意，债务人应支付的合同价款实为货款或其他款项，其取得案涉房屋是基于双方间的抵债行为。《商品房预售合同》等协议实为消灭双方间的债权债务关系，最终实现债的清偿，这与购买不动产而订立的购房合同存在差异，并不能适用前述司法解释的规定，也不能据此认定债权人享有物权期待权。”

另如（2019）川民终 894 号“以抵偿债务为目的签订的房屋买卖合同，性质上是以物抵债协议，签订买卖合同是债的具体履行方式，以物抵债协议中的买受人并非《执行异议和复议规定》第 28 条保护的范围：……以房抵债协议约定的交付房产，是以消灭金钱债务为目的的债的履行方式，以房抵债而拟受让不动产的受让人，在完成不动产法定登记之前，该以房抵债协议并不足以形成优先于一般债权的利益。”

关于此问题，九民会议纪要理解与适用（第 304 页）的观点较为绝对，即“以物抵债不适用《执行异议和复议规定》第 28 条、第 29 条的规定”，但该论断是否过于绝对，真实以房抵债债权人是否可以参照适用，笔者认为还是应该结合具体案件具体分析，正如文末所列的《黑龙江省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答（修订版）》《山东高院民一庭关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》对案外人基于以房抵债提起执行异议之诉的回复处理，结合案件事实依法予以审查，充分权衡各方当事人的权益，在不同个案中寻求不同的、妥当的解决方案。

五、实务要点

目前主流观点虽认为，以房抵债不适用《执行异议和复议规定》第 28 条、第 29 条的规定，但对于现实中大量存在的以房抵债债权人，在面对未过户的房屋可能被法院执行的情形下，我们建议从以下方面考虑，力争排除执行以维护自身权益：

1、案外人的举证责任。根据《民事诉讼法司法解释》第 311 条和《民事诉讼法》第 227 条的规定，案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的，案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。法院在审理执行异议之诉中会先考量案外人对执行标的是否享有实体权益，若确有证据

证明案外人享有实体权益则会进一步判断该实体权益是否能够排除法院的强制执行。

2、为避免被认定为恶意串通、虚假诉讼等借以房抵债之名转移财产、逃避债务、规避执行等损害他人权益的行为，实务中主张通过以房抵债支付全部价款，需要注意房屋查封前应存在合法有效的到期债权，且享有的到期债权与执行标的价值应相当，同时以书面形式签订以房抵债协议，就抵债物的基本情况与价值进行合意确定，以便于参照适用《执行异议和复议规定》第 28 条的规定。

3、需要满足查封前已合法实际占有不动产的构成要件，并注意保存好相应的凭证。如双方的交房记录，物业费、水电气缴纳凭证，或者与他人签订的租赁合同以及租金收取凭证等。

4、非因买受人自身原因未办理过户，即案外人对未办理过户不存在过错或无主要过错，受让人应积极督促所有权人尽快办理房屋过户登记手续，或保存好房屋暂时无法办理过户手续的相关凭证。

六、他人之石

《黑龙江省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答（修订版）》

二十、以房抵债所涉及的执行异议之诉案件应如何认定案件性质？

对已经纠纷成讼的执行异议案件，在审查中发现买受人并未现实支付房屋价款，而是通过对出卖人或他人的到期债权，或是以其它房产、实物冲抵房款。对于此类案件的审理，在总体原则上应当注意认真审查有关案涉事实真伪，包括所谓冲抵房款的债权是否真实存在、是否合法，房屋买卖协议是否存在“倒签”，名为房屋买卖实质是否为让与担保，买受人与出卖人之间是否存在恶意串通、逃废债务等。如上述问题均予排除，以房抵债确系双方当事人终止原借款等法律关

系，而建立商品房买卖法律关系的真实意思表示。可以根据当事人以房抵债所达成的合意，依法认定房屋买卖协议成立、生效。如不存在其它可能导致合同无效的情形，仅因权属变更登记未予办理而造成以房抵债协议未能彻底履行完毕，鉴于以房抵债的权利人一般已对案涉房屋进行了实际占有，具备准物权的性质，其应优先于普通债权，可以依法排除执行。对此类案件的后续审理，则还应依照有关规定对其是否符合物权期待权、消费者物权期待权所规定的条件依法予以审查。

《山东高院民一庭关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》

七、案外人基于以房抵债提起执行异议之诉，如何处理？

答：对于案外人与被执行人之间的债务清偿期届满，案外人在房产查封前，已与被执行人签订了合法有效的以房抵债协议并实际合法占有被执行房屋，且不存在规避执行或逃避债务等情形的，可以参照适用《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。人民法院应当对以房抵债所涉及的债权债务是否合法有效进行实质性审查，还要注意结合案件是否存在涉及消费者权益、弱势群体保护、公民基本生存权利等因素，对以房抵债的法律效力和法律后果，综合进行审查判断。

如案外人系建设工程承包人或实际施工人，其与被执行人之间存在合法有效的建设工程施工合同，且工程款清偿期已经届满，案外人基于建设工程价款与被执行人订立合法有效的以房抵债协议，据以主张支付了相应对价，请求排除执行的，一般可予支持。

七、相关法条

《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 条规定：“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”。

建工合同纠纷中审计结论能否作为工程结算的依据？

罗毅 发现律师事务所主任

汪林 发现律师事务所专职律师

建设工程合同纠纷中，工程竣工结算后相关部门会对工程进行审计，那么审计机关作出的审计报告能否影响双方结算协议的效力？审计结论能否排除双方当事人之间的结算协议内容优先适用？下面，我们从一则再审案例来进行详细解读。

一、案情简介

2010年8月1日，中物院机械研究所与广通公司签订《建设工程施工合同》，约定将案涉工程施工发包给某建设公司，该合同载明资金来源国拨。工程竣工验收后，发包人委托有资质的中介机构对结算进行过程审核。如果项目竣工审计审减金额超过10%，承包方必须在发包方规定的期限内退回多支付的工程款。双方无条件服从项目竣工审计结果。

2012年12月10日，久远咨询公司受中物院机械研究所委托对案涉工程进行结算审核，双方及久远咨询公司在《建设工程造价编审确认表》及《竣工结算总价》上盖章确认。双方一致认可中物院机械研究所已付前述工程价款为70915448元。

2018年6月4日，广通公司做出《关于案涉工程竣工结算款的承诺书》：关于案涉工程的竣工结算额度，承诺以中物院组织的项目竣工审计为准，中物院机械研究所支付的工程款，广通公司严格按照多退少补原则，在院所要求的第一时间办理完相关财务手续。

国防科工局于2017年2月9日做出《关于下达2017年度国防竣工项目财务决算审计计划的通知》科工财审[2017]148号文件，明确包括案涉工程在内的

一系列工程由中物院出具审计报告，国防科工局下达审计决定。2018年12月14日，中物院财务与审计部就案涉工程与其他案外工程做出《审计报告》，中物院于2019年1月23日做出《审计决定》，同意前述审计报告结果。以上审计报告显示案涉工程送审金额总计为84162867.81元，审计确认金额总计为77931867.81元，审减金额总计为6231000元（其中中物院机械研究所供钢材审减168000元），审增金额总计为602700元，则工程价款较送审金额减少5460300元。故中物院机械研究所诉至法院，要求广通公司退还多支付工程款5460300元，并支付利息。

二、法院裁判

一审法院裁判要旨：广通公司已承诺以中物院组织的项目竣工审计为准，并且案涉工程审计报告是按照行政程序依法作出，有负责军工项目审计管理的国防科工局系列文件印证，属合法有效。

一审法院判决：广通公司于判决生效之日起十五日内向中物院机械研究所退还款项5460300元及利息。

二审法院裁判要旨：不能将“中物院组织的项目竣工审计”扩大解释为国家审计，且中物院出具的《审计报告》在名称上为“财务决算审计”，在性质属于财务审计，因此不能将双方在合同和承诺上所约定的“项目竣工审计”直接等同于“财务决算审计”。

二审法院判决：一、撤销一审判决；二、驳回中物院机械研究所的诉讼请求。

再审法院裁判要旨：根据案涉工程的特殊性，案涉工程的审计只能是国防科工局认可的国家审计。审计具有行政监督性质，广通公司明知自己不是被审计的主体，仍表示对案涉工程的结算无条件服从审计结论，表明广通公司愿意以该行政监督的后果作为结算依据。“项目竣工审计”虽不能直接等同于“项目竣工财

务决算审计”，但案涉军工项目除上述文件规定进行财务决算审计外，没有其他审计行为发生。

再审法院判决：撤销二审判决；维持一审判决。

三、案件研析

本案经历了一审判决支持退还工程款，到二审判决不支持退还，再到再审判决支持退还，可谓一波三折。双方争议的事实是广通公司应不应按照中物院出具的《审计报告》的结论退还超领的工程款 5460300 元，故本案的争议焦点为：中物院作出的《审计报告》能否作为案涉工程结算的依据？

再审法院认为：第一，从双方当事人的身份背景、案涉工程的特殊性来看，案涉工程的审计只能是国防科工局认可的国家审计。审计具有行政监督性质，广通公司明知自己不是被审计的主体，仍表示对案涉工程的结算无条件服从审计结论，表明广通公司愿意以该行政监督的后果作为结算依据，广通公司应对自己的意思表示承担相应的法律后果；第二，从久远咨询公司的资质、作出的造价审核内容来看，久远咨询公司作出的并非竣工审计；第三，从《国防科工局军工项目财务决算审计管理办法》的内容可知，案涉军工项目竣工后接受的审计有且只有“财务决算审计”。“项目竣工审计”虽不能直接等同于“项目竣工财务决算审计”，但案涉军工项目除上述文件规定进行财务决算审计外，没有其他审计行为发生。并且《审计报告》是按照行政程序依法作出，有负责军工项目审计管理的国防科工局系列文件印证。故中物院机械研究所的再审主张“应以《审计报告》的结论作为双方结算依据”，再审法院予以支持。

四、实务要点总结

就本案来看，虽然中物院出具的审计结论最终被再审法院认定为当事人双方的结算依据，但审计结论能否直接作为工程款的结算依据不能一概而论，要结合

合同约定和相关的结算审核文件来具体分析。

（一）当事人明确约定以审计结论作为结算依据——以审计结论作为工程价款结算依据。

合同法领域充分尊重意思自治，除违反法律的强制性规定外，合同相关人对合同条款的约定一般优先于法律规定适用。因此，如果双方当事人在合同中明确约定以审计结论作为结算依据的，是双方当事人关于工程价款结算的意思自治，则以审计结论作为工程价款结算依据。

（二）当事人已经约定通过结算协议确认工程价款结算——审计报告不影响双方结算协议的效力。

根据最高院《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》，审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同中明确约定以审计结论作为结算依据或合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十九条第一款之规定：当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。因此，在双方当事人已经约定通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关做出的审计报告，不影响双方结算协议的效力。

（三）当事人约定的工程计价标准或计价方法与财政、审计等政府部门的审计结果不一致的——以当事人约定为准。

在司法实践中，发包人在双方当事人对工程计价标准或计价方法已有约定的情况下，要求以财政、审计等政府部门的审核、审计结果作为工程款结算依据的，

除非双方当事人事先已明确约定以财政部门、审计部门的审核、审计结果作为工程款结算依据，否则，应当按双方当事人对工程计价标准或计价方法作为工程款结算依据。因为财政部门对工程款的审核，是监控财政拨款与使用的行政措施，对民事合同当事人不具有法律的约束力。审计机关是代表国家对各级政府、国有金融机构和企业事业组织的财务收支或者财务收支的真实、合法和效益进行审计监督。审计监督在性质上是一种行政监督，对民事合同当事人也不具有法律的约束力。双方当事人对工程计价标准或计价方法已有约定的情况下，应当尊重当事人的意思自治。

发包人逾期结算，通用条款的默示结算约定如何适用？

罗毅 发现律师事务所主任

张洁 发现律师事务所专职律师

一、问题的提出

在实践中，发承包双方以工程建设主管部门制定的《施工合同》示范文本作为合同签订的基础十分常见，若示范文本通用条款约定“发包人在约定期限内不予答复即视为认可竣工结算文件”，但专用条款中仅约定发包人的答复期限，未明确约定逾期答复即视为认可竣工结算文件，发包人在逾期未答复情况下，竣工结算文件能否作为竣工结算的依据？法院如何认定？再审律师团队以一起最高院再审案例进行分析。

二、案情简介

2010年11月3日，发包人与承包人签订《建设工程施工合同》，其中通用条款第17.5.14条约定：“竣工结算：工程竣工验收报告经发包人认可后28天内，承包人出具公函向发包人递交竣工结算报告及完整的结算资料，双方按照协议书约定的合同价款及专用条款约定的合同价款调整内容，进行工程竣工结算。发包人应当自收到结算资料之日起7天内对资料的完整性进行审查，并将审查结果书面告知承包人。发包人未在7天内将审查结果告知承包人的，视为结算资料已完整。发包人应从收到完整结算资料之日起，在合同约定时限内向承包人出具书面审查意见，予以核减的，应在审查意见中逐项明确理由和依据；发包人未在合同约定时限内出具书面审查意见的，视同认可承包人的竣工结算报告。”

2010年12月8日，发包人与承包人签订《施工承包协议书》，将案涉工程分为一二期开发建设，第七条第4项约定：“单体工程竣工验收合格后30天内，承包人提供竣工结算书及结算资料，发包人收到结算书60天内提出审核意见，

双方并在 30 天内核对完毕。工程竣工结算办理后七天内，发包人付至结算总造价的 97%，结算总造价的 3%作为工程保修金。”

2013 年 9 月 17 日，案涉工程一期通过竣工验收并交付使用。承包人于 2014 年 7 月 15 日向发包人提交完整的结算资料。2014 年 9 月 22 日，发承包双方签订《会议纪要》，载明：“乙方请求甲方加快进度审结造价。乙方已经报送的结算资料，甲方将于 2014 年 10 月份提出初审意见，双方就初审意见尽快落实相关的其他事宜。”

（一）一审裁判要旨

诉争双方虽在合同中约定，承包人所报送的结算书在送达发包人 60 日内没有答复的视为结算依据。承包人虽于 2014 年 7 月 15 日送达给发包人结算资料，但双方又在《会议纪要》中就报送的结算资料，达成发包人于 2014 年 10 月份提出初审意见和双方就初审意见尽快落实相关的其他事宜的新协议。在新协议中，没有重新约定发包人在 2014 年 10 月份没有提出初审意见则承包人的结算意见即作为结算依据的新约定。因此，合同约定的 60 日内没有答复则视为结算依据的约定，已经被新的约定所代替，应按照新约定执行。

（二）二审裁判要旨

本案讼争《建设工程施工合同》第 17.5.14 条关于工程竣工结算约定：工程竣工验收报告经发包人认可后 28 天内，承包人出具公函向发包人递交竣工结算报告及完整的结算资料....发包人未在合同约定时限内出具书面审查意见的，视同认可承包人的竣工结算报告。《施工承包协议书》第七条第 4 项约定：单体工程竣工验收合格后 30 天内，承包人提供竣工结算书及结算资料，发包人收到结算书 60 天内提出审核意见，双方并在 30 天内核对完毕.....

承包人于 2014 年 7 月 15 日向发包人提交了完整的结算资料，发包人在 60

日内未予审核。双方又在《会议纪要》中约定，发包人于 2014 年 10 月提出初审意见和双方就初审意见尽快落实相关的其他事宜。但发包人亦未按该约定的期限提出初审意见。故发包人未按合同约定期限审核，根据合同的约定，承包人的《工程竣工结算报告》应作为结算依据。在 60 日届满之后，按报送价结算已经成就，之后的约定未明确承包人放弃该结果。一审法院适用法律不当，应予纠正。

（三）再审裁判要旨

（2019）最高法民再 110 号：根据《建设工程施工合同解释》第二十条：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持”的规定，承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款，前提必须是当事人对“发包人在约定期限内不予答复即视为认可竣工结算文件”这一内容有明确的约定，即必须是双方当事人协商一致的结果。2006 年 4 月 25 日最高人民法院作出[2005]民一他字第 23 号《关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函》进一步明确：建设工程施工合同格式文本中通用条款的约定，不能简单地推论出，双方当事人具有发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件的一致意思表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。该《复函》的实质精神即双方当事人必须具有“发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件”的一致意思表示，才能据此办理。

本案中，通用条款确定了发包人对承包人结算资料的审查时限，及发包人逾期未提交审查意见的法律后果（即视为认可承包人提交的竣工结算文件）；专用条款仅约定发包人对承包人结算资料的审查时限，而未约定发包人逾期未提交审查意见的法律后果。因此，本案中不应作出“双方就‘发包人收到承包人竣工结

算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件’达成了一致约定”这一事实的认定，二审判决以承包人提交的《工程竣工结算报告》作为认定案涉工程款的依据，属适用法律错误。

三、案件研析

针对该问题，再审法院主要从法律条文的理解、施工合同通用条款和专用条款的适用规则，以及其他要素进行认定。

1. 《建设工程施工合同》通用条款第 17.5.14 条虽有“发包人未在合同约定时限内出具书面审查意见的，视同认可承包人的竣工结算报告”的内容，但专用条款就同一事项进行约定时，未将前述通用条款的内容在专用条款中明确约定。同一合同项下的通用条款和专用条款对同一事项作出了不同的约定。如何认定不同约定的法律效力，就需要结合建设工程施工合同中通用条款和专用条款的不同地位以及合同解释的有关规定加以分析认定。

第一，施工合同示范文本中通用条款一般是指工程建设主管部门或行业组织为合同双方订约的便利，针对建设工程领域的共性问题，给订约双方提供的可通用的合同条款和范本。施工合同专用条款是订约双方针对合同项下工程项目的具体事项，经过谈判协商而作出的相应约定，系订约双方协商一致的结果。在专用条款就同一事项作出与通用条款中示范性内容不一致的约定时，应理解为订约双方通过协商对通用条款中的相关事项进行了修改或者变更，双方应遵从专用条款的约定。

第二，通用条款是格式条款，专用条款是当事人协商确定的非格式条款。结合《合同法》第四十一条（《民法典》第四百九十八条）的规定，通用条款确定了发包人对承包人结算资料的审查时限，也确定了发包人逾期未提交审查意见的法律后果（即视为认可承包人提交的竣工结算文件）；专用条款仅约定发包人对

承包人结算资料的审查时限，而未约定发包人逾期未提交审查意见的法律后果，因此，不能作出发包人即接受了通用条款所预设的法律后果的解释。

2. 本案其他事实也印证了发包人与承包人未就“发包人在约定期限内不予答复即视为认可竣工结算文件”达成一致。双方签订施工合同后，又签订了《施工承包协议书》，协议第七条第四项约定“单体工程竣工验收合格 30 天内，承包人提供竣工结算书及结算资料，发包人收到竣工结算书 60 天内提出审核意见，双方并在 30 天内核对完毕……”。该协议是双方反复磋商的结果，充分展示了双方当事人的真实意思表示，而该条款内容与《建设工程施工合同》专用条款的约定方式一样，仅约定发包方审查的时限，未约定通用条款中有关在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的内容，体现了发包人在条款磋商过程中意思表示的前后一致性，即未接受通用条款中有关在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的内容。

综上，本案不应以承包人提交的《工程竣工结算报告》作为认定案涉工程款的依据。

四、实务总结

以本再审案件中最高院改判的司法观点，并结合建设工程领域施工合同履行的实践，提出如下参考性意见以避免相关法律风险。

第一，仅凭施工合同通用条款的约定，不能简单推论出承发包双方就结算默示条款达成合意，司法实践中还会结合其他要素判断双方当事人的真实意思表示，除通用条款外，双方签订的专用条款、补充协议、会议纪要、来往函件等都可作为证明双方真实意思表示的证据。

第二，对于建设单位而言，建议对发包人的结算默示条款的合同约定重点关注，特别是施工合同示范文本通用条款中约定了发包人的结算默示条款。若建设

单位考虑相关风险情况下，不愿适用该条款，建议在专用条款或补充协议中明确“发包人在约定期限内不予答复的，并不视为认可承包人提交的竣工结算文件”，且尽量收集双方未就结算默示条款达成一致的相关证据，如后续双方签订的补充协议、会议纪要等。

第三，对于施工单位而言，若施工合同通用条款约定了发包人的默示结算条款，建议在专用条款或补充协议中，进一步明确发包人对竣工结算文件的审核期限，以及明确“发包人在约定期限内不予答复即视为认可承包人提交的竣工结算文件”。且承包人在向发包人提交竣工结算文件时，注意收集留存向发包人提交竣工结算文件的相关证据。

诉前保全申请错误损害赔偿，法院如何认定？

罗毅 发现律师事务所主任

杨露 发现律师事务所实习律师

一、问题的引出

诉前保全是指诉讼前的财产保全，利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请财产保全措施。司法实践中，因诉前保全申请错误导致的损害赔偿纠纷屡见不鲜。那么对于此类案件，法院会如何认定？本文深入解读最高人民法院的一则再审改判案例，以期对该问题进行探讨研析。

二、案情简介

2009年4月15日，俊发公司与东方公司签订《合作开发协议》，后因东方公司未按协议约定完成前期出资而引发纠纷。俊发公司和东方公司分别于2009年11月和2010年3月向对方提起违约赔偿纠纷，诉请标的分别为2000000元和16655000元。后东方公司变更其诉请，诉请标的额提高至20655000元。最终两案因管辖权异议问题确定由新疆高院合并审理。

2011年4月，东方公司向新疆高院提出诉前财产保全申请，要求对俊发公司20655000元的财产采取保全措施。2011年5月，新疆高院冻结俊发公司银行存款，查封其下属项目全部319套的房屋预售许可。

在新疆高院审理期间，东方公司一审反诉请求标的额增加为46100000元。基于其变更后的诉讼请求，东方公司在2011年4月诉前保全俊发公司20655000元银行存款或相应价值财产的基础上，申请新疆高院继续对俊发公司价值25445000元的财产予以保全。新疆高院于2011年7月22日裁定冻结俊发公司

银行存款 25445000 元，不足部分则查封、扣押相应数额的其他财产。该案经最高人民法院二审后，判决支持东方公司 2000000 元违约金的诉讼请求。

俊发公司认为东方因申请诉前保全错误对其造成损失 9720000 元，其中包括保全房屋不能销售而导致对外融资的利息以及房屋迟延销售造成的损失，故向法院提起本案诉讼，要求东方公司赔偿损失。

三、法院裁判

（一）一审裁判要旨

首先，判断诉前保全是否错误的依据是申请人的诉讼请求是否得到法院的全部支持。东方公司最终判决被支持的数额与申请保全数额相差巨大，说明其诉前保全申请存在错误。其次，因预售许可被保全，俊发公司所开发的房产无法销售，资金不能及时回笼，导致公司无法正常经营。东方公司的诉前保全行为给俊发公司造成客观发生的损害事实，东方公司应当予以赔偿。

（二）二审裁判要旨

第一，东方公司多次变更诉讼请求，多次申请人民法院保全了俊发公司相应诉讼请求数额的财产，存在主观过错。第二，东方大地公司未尽到诚信善意的注意义务，致使其诉讼请求范围与人民法院生效判决之间产生了不合理的偏差，该差额范围内的财产保全申请有错误，致使俊发公司已经办理了预售手续的商品房无法销售，由此给俊发公司造成了损害，东方公司理应予以赔偿。

（三）再审裁判要旨

【案号：（2019）最高法民再 252 号】：东方公司主观上不存在故意或过失等过错情形，其诉前保全行为与俊发公司主张的损失之间不存在直接的因果关系，东方公司无须承担赔偿责任。

四、再审研析

本案系诉前财产保全损害责任纠纷案件，争议焦点为财产保全申请人东方公司诉前财产保全申请是否存在错误，应否向俊发公司承担赔偿责任。对于该问题，再审法院首先确认：财产保全申请人应否承担赔偿责任取决于其行为是否符合侵权行为的构成要件，即是否存在主观过错、损害行为、损害结果、因果关系。而在本案中须着重审查两点，一是申请人的主观形态，二是保全行为与损害结果的因果关系。

第一，判断申请人主观过错的有无，应当对其行为是否存在故意或者过失进行考察。在申请人对财产保全错误存在故意或重大过失的情况下，应当认定属于申请有错误。对申请人的主观过错的判断，须注意以下几点：

首先，考察申请人诉讼请求的提出或变更是否具有合理依据。保全申请人在申请诉前财产保全时，如确实具有相应的其认为能支持其诉讼主张的依据，且申请保全的财产金额并未超出诉讼请求的数额，财产保全数额以满足其权利实现为目的与限度，则可以证明其已经尽到一般诉讼参与人在申请财产保全时的合理注意义务，不存主观过错。

其次，申请人最终被支持的诉讼请求金额与保全数额相差巨大不能作为判断其是否存在主观过错的依据。案件争议当事方的法律知识、法律分析与法律判断能力各不相同，在提起诉讼当时对案件裁判结果的预判能力也各有差异，当事人对诉争事实和权利义务的判断未必与法院裁判的最终结果一致。如果仅以保全申请人的诉讼请求是否得到法院支持做为判断申请保全是否存在过错的依据，实际上对保全申请人设定了过于严苛的注意义务，同时亦否定了对申请人主观因素的考察，容易导致以最终裁判结果来判断保全申请人是否构成侵权的结果归责。

最后，申请人在案件基础合同中的违约行为不是判断保全存在过错的标准。

对“过错”的判断应当严格限定在“保全申请”的范围和时段，基础合同项下是否存在违约行为与保全申请是否存在过错是两个不同问题，不应将合同履行阶段的过错与保全申请阶段的过错相互混淆。

第二，关于因果关系的认定，再审法院认为，损失与保全行为之间是否具有因果关系是财产保全损害民事责任是否成立的判断基础。在诉前保全申请错误损害赔偿纠纷中，被申请人对损失与保全行为之间是否具有因果关系负有举证义务。本案中被申请人俊发公司虽然主张案涉房屋存在未能销售的损失，但其未能证明被保全房屋开始销售时间以及因保全导致房屋无法销售或延迟销售的具体情形。在没有证据可以证明在被保全的时间段内可以完全售出并回笼资金的前提下，俊发公司以被保全的房屋完全可以售出为前提主张损失缺乏事实依据。因此，不可由此认定东方公司的诉前保全行为与俊发公司主张的损失之间存在因果关系。

五、实务总结

本案再审判决中最高院的司法观点出发，结合相关司法实践经验，针对诉前保全行为，本文提出如下实务操作建议：

（一）对于诉前保全申请人来说，在申请保全时须尽到诚实善意的注意义务。

申请人不可因保护自身权益的急切心理，随意滥用诉前保全权利，在申请保全时须尽到必要的诚实善意的注意义务，否则可能会面临的相应的损害赔偿，不仅带来财产损失，更会引发诉累。具体来说：

第一，在起诉阶段，确保提出的诉讼请求具有基本的法律依据，并掌握相关基本证据，避免因诉讼请求依据明显不足，致使人民法院对申请人保全申请过错的认定。

第二，申请诉前财产保全时，确保金额在诉讼请求内相应的金额范围内，避

免超标的额查封。

第三，在维护自身诉讼权益的必要范围内，确定申请保全的对象、方式与手段，避免保全无关财产。

第四，在诉讼结束后或与对方达成协议后，及时解除保全措施，避免不合理延长保全期限。

(二)对于被申请人而言，财产被保全后应尽可能申请保全复议。

根据民事诉讼法第一百零八条的规定：“当事人对保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。”如被申请人认为因保全申请错误遭受损失或有引发损失的风险，应当及时根据具体情况对保全裁定申请复议，或对具体的保全措施申请执行异议。否则，可能因自身没有采取相应措施避免损失的发生和扩大，促使法院倾向于认定申请人不予赔偿，最终导致自身损失得不到赔偿。

合同当事人预先放弃调整违约金的约定，能否获法院认可？

罗毅 发现律师事务所主任

卢禹竹 发现律师事务所实习律师

根据民法典第五百八十五条第二款的规定，当违约金过分高于或低于损失时，当事人可以向法院申请调整。法院根据损失对违约金予以调整，是实质正义和司法权力对契约自由的约束与限制。若当事人为避免适用违约金调整规则，在合同中预先作出放弃调整违约金的约定，该约定能否获得法院认可？

一、案情简介

（一）合同签订情况

2012年9月18日，乐平华润公司与洪客隆公司签订《房屋预租协议》，约定乐平华润公司根据洪客隆公司需要，在乐平市某地块修建租赁物业，供洪客隆公司开办超市。对于违约金，双方约定一方违约，对方无需就损失承担举证责任，无论损失多少，违约金均按人民币五百万元定额计算。

2015年5月6日，乐平华润公司与洪客隆公司正式签订《租赁合同》，约定洪客隆公司承租乐平华润公司的案涉物业，租期20年。租赁物业交付日期为2016年3月30日。合同约定违约金为500万元，如果一方公司违约，须放弃向人民法院申请要求调低违约金的权利。

（二）合同履行情况

1. 租赁物业建设

协议签订后，乐平华润公司按照为洪客隆公司量身定做的方案，对地块进行了开发建设。2016年2月23日，乐平华润公司基本完成了租赁物业建设项目。

2. 合同解约经过

租赁物业基本达到交付使用条件后，乐平华润公司连续发函至洪客隆公司，请其前来联合验收交接。2016年7月4日，乐平华润公司再度发函，要求洪客隆公司于7月15日前履行交接手续，否则视为同意另行招租。在洪客隆公司依然拒绝交接的情形下，2016年8月8日，乐平华润公司向其发函解除合同。

乐平华润公司另行招租，最终与英伦公司签订《房屋租赁意向合同书》，并于2016年10月1日将本案物业正式移交使用。2016年11月14日，洪客隆公司向乐平华润公司发送了项目终止协议书。

（三）起诉情况

乐平华润公司以洪客隆公司为被告向法院起诉，请求依法调整并增加违约金，判决洪客隆公司赔偿乐平华润公司实际损失 28549672 元。

二、法院裁判

（一）一审法院

1. 一审法院裁判要旨

双方虽有不得调整违约金的约定，但违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿，不主要体现惩罚功能，故关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限。本案租赁合同约定的违约金 500 万元明显过低，从平衡双方当事人利益的角度考虑，本案实际损失不应被排除，洪客隆公司应对乐平华润公司作出相应赔偿。

2. 一审法院判决

洪客隆公司应在本判决生效之日起十五日内向乐平华润公司赔偿经济损失人民币 25994115 元。

（二）二审法院

1. 二审法院裁判要旨

一审法院突破当事人在合同中关于违约金约定，直接认定租金价差损失由洪客隆公司承担，属于适用法律错误，对此应予以纠正。因洪客隆公司构成根本违约，根据合同约定，应赔偿乐平华润公司损失 500 万元。

2. 二审法院判决

变更原判项为：“洪客隆公司应在本判决生效之日起十五日内向乐平华润公司赔偿经济损失人民币 500 万元。”

（三）再审法院

1. 再审法院裁判要旨

【案号：（2019）最高法民申 3344 号】：合同双方当事人放弃违约金调整的约定不违反法律的规定，属于当事人意思自治。本案中，在双方对违约金已经有了明确约定的情况下，法院不变动合同约定的违约金数额，并无不当。

2. 再审法院裁定

驳回乐平华润公司的再审申请。

三、再审研析

本案系租赁合同纠纷，争议焦点是：双方当事人在合同中预先放弃调整违约金的约定，是否能获得法院的认可。再审法院从“是否违反法律的强制性规定”、“是否属于当事人意思自治范畴”以及“是否与违约金调整请求权相悖”三个角度，作出如下分析：

首先，合同双方当事人放弃违约金调整的约定不违反法律的规定。从主观上

看，双方当事人均是为了自身商业利益而从事本次交易活动，是在自愿平等的情形下签订《房屋预租协议》和《租赁合同》。从客观上看，案涉合同在内容上没有违反法律法规的强制性规定。

其次，合同双方当事人放弃调整违约金的约定属于当事人意思自治。双方当事人签订的《房屋预租协议》和《租赁合同》已经明确放弃调整违约金。即无论损失是多少，违约金均按人民币 500 万元金额计算。根据合同法第八条第一款（笔者注：对应民法典第一百一十九条）之规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”法院应尊重双方当事人在本案中预先放弃调整违约金的约定。

最后，未以租金价差确定违约金不违反合同法第一百一十四条第二款的规定（笔者注：对应民法典第五百八十五条第二款）。本案双方当事人签订合同时的真实意思表示为，500 万元违约金数额的确定是在保障双方当事人利益的前提下，违约方承担的最大范围且具有惩罚意义的赔偿数额。这是双方当事人基于商业利益角度的决定，应自行承担的相应风险。同时，关于违约金的确定是否以“违约造成实际损害”为条件，可以由当事人约定。在双方对违约金已经有了明确约定的情况下，法院不变动违约金数额，并无不当。

四、案例延伸

虽然上述最高院再审案例肯定了合同当事人可以预先放弃调整违约金。但实际上，最高院也曾作出相反判决，目前的司法实践并不统一，学说观点亦针锋相对。在此，笔者也对相反观点与域外规定加以展示，以期对这一问题有更完整的认识和更深入的思考。

1. 相反的观点

认为当事人不得预先放弃调整违约金的主要理由有：

第一，违约金调整的司法介入蕴含了“合同自由”与“合同正义”相结合的

公共政策，当事人不能以约定方式加以排除。

第二，当事人预先放弃违约金调整申请权的约定，可能导致违约金条款异化为一方压榨另一方的工具，违背公平、公序良俗等基本原则。

第三，当事人预先约定放弃违约金调整申请权，与我国合同法/民法典中违约金法律制度相矛盾，应当认定无效。

第四，如果认可预先放弃调整违约金约定的效力，违约金调整法律制度将沦为一纸空谈，天价违约金等极端情形亦会层出不穷，出现大量表面自愿而实际违法的情况。

2. 域外法律规定

对于合同当事人能否预先放弃调整违约金，不同国家和地区有不同的规定，在此选取几个具有代表性地予以展示。

（1）德国

德国就预先放弃违约金调整的问题，区分了民事和商事两种情况。在民事关系中，《德国民法典》规定民事关系的违约金可依债务人申请调整，其认为“债务人在存在违约金允诺的情况下特别值得保护，因为他在作出允诺时通常相信自己能够合乎规定地履行义务”，并认为该规定是“强行规范”。在商事关系中，《德国商法典》否定了商人的经营性违约金调整请求权，因为“法律认为商人在做出违约金约定时能够进行比较好的考虑”，但商人在经营中约定的违约金仍要受《德国民法典》第一百三十八条（悖俗、暴利）、第二百四十二条（依诚实信用给付）、第三百一十五条（公平修正）和《一般交易条件法》第九条（内容约束）的规制。

（2）瑞士与台湾地区

《瑞士债务法》规定当事人约定的违约金过高时，法院可减至相当数额。“依瑞债解释，违约金调整权不得预先抛弃”，其对违约金的司法调整规则为强制性规定。在适用中，未规定须依当事人申请，法院即可依职权进行调整。我国台湾地区的规定与瑞士债务法有相似之处，学说上认为司法调整规则是“强制性规定”，司法实务认为即使是惩罚性违约金也无法豁免司法调整规则的适用。在启动上，法院可依职权调整。因此，合同当事人预先放弃调整违约金的约定，不会对法院的裁判产生约束力。

3. 笔者观点

由此可见，无论是学说还是实践，内地抑或域外，对于合同当事人能否预先放弃调整违约金都有着不同的观点。笔者建议，法院是否认可合同当事人预先放弃调整违约金的约定，应结合案件的具体情况，予以综合判断。在判断能否预先放弃违约金时，着重关注以下两点。

第一，预先放弃调整违约金是否是当事人真实意志的体现，是否符合当事人的身份。在以上研析的最高法案例中，洪客隆公司并没有利用任何优势或对方的轻率、无经验与乐平华润公司订立《房屋预租赁协议》和《租赁合同》。双方同意预先放弃违约金调整请求权，是基于自身商业利益而自主达成的真实合意，应当对此承担相应的商业风险。同时，应将交易主体的具体身份纳入考量范畴，当具有更强风险识别能力、更丰富交易经验之商人预先放弃调整违约金时，可尽量尊重其商业安排。

第二，预先放弃调整违约金是否违背公平原则。根据《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第五条规定，对于双方在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院应根据相关法律规定中关于调整过高违约金的规定内容和精

神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。由于违约金具有“赔偿性为主，惩罚性为辅”的价值定位，所以，若合同双方作出不得调整违约金的约定，该约定应以不违反公平原则为限，否则将架空或从根本上否定违约金调整权相关法律制度的适用，与公序良俗与公平原则相违背。

五、实务建议

合同当事人预先放弃调整违约金，可以减轻对经济损失的举证难度、更简单快捷地解决纠纷，对合同的相对方也会产生更强的约束作用，因此存在一定的价值。虽然本文研析的最高院案例支持了预先放弃调整违约金的约定，有利于该制度的应用与发展。但不可否认的是，在目前的司法实践中，预先放弃调整违约金的效力仍存在争议，在一定程度上存在不被法院支持的风险。所以，在作出这一约定时，务必要非常谨慎。对此，笔者有以下三点建议：

第一，在合同中明确载明当事人预先放弃调整违约金的自愿性，阐明约定背景。在本文研析的最高法案例中，法院认为预先放弃调整违约金是双方出于自身商业利益而自主作出的商业决定，并应当对此承担相应的商业风险。所以，在设计该条款时，双方对预先放弃调整的约定应十分清楚明确，并在合同中载明约定背景，表明该条文是双方自愿达成的合意，不存在某一方利用优势地位等情形。

第二，设置合理的违约金数额或计算方式，避免违反公平原则。关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限。在确定违约金数额或算法时，当事人不能漫天起价、脱离实际，也不能定价过低、杯水车薪。最高院曾做出的（2016）最高法民申 1780 号民事裁定书，认为预先放弃调整违约金条款无效，原因就在于当事人约定的违约金是 1 亿元，金额过高。

第三，着重提示预先放弃调整违约金的条文，避免被认定为无效格式条款。在南京市鼓楼区人民法院作出的（2015）鼓民初字第 6103 号判决中，法院否定

预先放弃调整违约金约定的原因之一即为：案涉合同是被告方预先提供的格式合同文本，该预先放弃调整违约金的条款存在加重对方责任、排除对方主要权利的情形，应属无效。所以，在合同中应对预先放弃调整违约金的约定予以特别强调，并载明这是双方协商的结果，而非一方提供的加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款。

工程竣工验收备案并非商品房交付的法定条件

罗毅 发现律师事务所主任

李将军 发现律师事务所合伙人律师

一、问题的提出

商品房买卖活动中，双方并未将“竣工验收备案”约定为《商品房买卖合同》交付房屋的条件。在此情形下，买受人以商品房不符合法定交付条件，要求开发商承担逾期交付房屋违约责任的诉讼请求能否得到法院支持？

二、案情简介

（一）合同签订情况

2013年10月30日，汪天举与成都金河谷置业有限公司（以下简称金河谷公司）签订了《商品房买卖合同》及《商品房买卖合同补充协议》，约定汪天举购买金河谷公司开发的“金河谷南地块一期”商品房，房屋总价为965013元。

《商品房买卖合同》约定，金河谷公司应当在2015年11月30日前交付该商品房。该商品房交付应符合两个条件：1. 取得规划验收合格证；2. 有资质的房屋测绘机构出具的该商品房面积实测报告书。

（二）合同履行情况

2015年11月5日，金河谷公司取得房屋建筑面积测绘成果报告。2015年11月27日，金河谷公司取得规划验收合格证。2015年11月24日，金河谷公司在报纸上刊登交房公告，并在2015年11月30日通知汪天举收房，但汪天举以金河谷公司拟交付的房屋不符合条件为由拒绝收房。

2016年7月4日，案涉工程竣工验收备案，金河谷公司取得竣工验收备案书。

（三）诉讼请求

汪天举诉请金河谷公司，自 2015 年 12 月 1 日起至实际收房时止，以支付的房款为基数，按照每日万分之三的标准支付逾期交房违约金。

三、法院裁判

（一）一审裁判要旨

根据双方约定，金河谷公司应当在 2015 年 11 月 30 日交房，交房条件为：1. 取得规划验收合格证；2. 有资质的房屋测绘机构出具的该商品房面积实测报告书。而金河谷公司在 2015 年 11 月 30 日前已经取得规划验收合格证和商品房面积实测报告书，并按时通知汪天举收房。汪天举以小区绿地被隔离等原因拒绝收房不符合双方约定，且绿化被隔离等因素并不影响其行使实际居住的功能，金河谷公司不存在逾期交房的事实，故对汪天举诉请金河谷公司支付逾期交房违约金的请求，人民法院不予支持。

（二）二审裁判要旨

根据《中华人民共和国建筑法》第六十一条“建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用”、《城市房地产开发经营管理条例》第十七条“房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用”以及《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》第十一条的规定，交付使用的商品房应当经过竣工验收合格并已在当地建设行政主管部门办理工程竣工验收备案，故虽然案涉《商品房买卖合同》及《商品房买卖合同补充协议》未以竣工验收作为交付条件，但金河谷公司向汪天举交付的房屋仍应以通过竣工验收为交付条件。而金河谷公司直至 2016 年 7 月 4 日才完成金河谷南地块一期 1-4 号楼的竣工验收备案，其行为构成逾期交付，应当承担 2015 年 11 月 30 日至 2016 年 7 月 4 日期间的逾期交房违约责任，故判令金河谷公司承担逾期交房违约金

62822.35 元。

（三）再审审查裁判要旨

《中华人民共和国建筑法》第六十一条规定：“建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用。”《城市房地产开发经营管理条例》第十七条规定：“房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。”可见，现行法律、行政法规规定的商品房交付条件是竣工验收合格。《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》第十一条规定：“各地要依据法律法规及有关建设标准，制定本地商品房住房交付使用条件。商品住房交付使用条件包括工程经竣工验收合格并在当地主管部门备案……”该通知是建设行政主管部门为加强房地产市场监管，完善商品住房预售制度而发布的指导性文件，并非人民法院认定商品房交付条件的强制性规范，案涉合同也未约定以竣工验收备案作为交付条件。二审判决根据该条规定，认定金河谷公司未在约定交房时间办理竣工验收备案构成违约，适用法律不当。金河谷公司的再审申请符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的情形，指令二审法院再审。

（四）再审审理裁判要旨

汪天举与金河谷公司签订的《商品房买卖合同》及补充协议系双方真实意思表示，不违反法律法规强制性规定，合法有效，双方均应当按照合同约定履行合同义务。根据约定，金河谷公司应当在 2015 年 11 月 30 日前向汪天举交付商品房，该商品房交付应符合两个条件：1. 取得规划验收合格证；2. 有资质的房屋测绘机构出具的该商品房面积实测报告书。本案中，金河谷公司于 2015 年 11 月 5 日取得房屋建筑面积测绘成果报告，于 2015 年 11 月 27 日取得规划验收合格证，该公司交付案涉房屋符合双方约定。

“竣工验收备案”不是双方签订《商品房买卖合同》约定的交付房屋的条

件。《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》第十一条的规定，系建设行政主管部门为加强房地产市场管理、完备商品房预售制度而发布的指导性文件，并非认定商品房交付条件的强制性规范。《中华人民共和国建筑法》第六十一条第二款规定：“建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”可见，竣工验收合格系现行法律规定的商品房交付条件。根据上述规定，金河谷公司通知汪天举收房时，案涉房屋已经符合法定的交付条件，但汪天举拒绝收房。因此，金河谷公司不存在逾期交房的违约行为，不应承担支付违约金的责任。

四、案件研析

关于商品房验收合格的标准，司法实践中存在较大争议，主要有“竣工验收说”和“验收备案说”两种观点：

(1) “验收备案说”，即商品房通过行政部门备案审查后才能视为验收合格，以开发商自行组织的五方验收作为交付条件的约定，因违反法律法规强制性规定而无效。例如，最高人民法院作出的（2015）民申字第 1045 号裁定书中指出，备案机构对商品房是否验收合格享有审查权和监督权，其出具的商品房竣工验收备案表是认定商品房竣工验收合格的唯一有效法定证明文件，出卖方不能主张由其组织建设工程竣工验收合格后即已达到交房条件。

(2) “竣工验收说”，即国务院在简政放权改革中将建设工程验收由许可制改为备案制，实际上是取消了验收环节行政许可的强制力。《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》，是建设行政主管部门为加强房地产市场监管，完善商品住房预售制度而发布的指导性文件，并非人民法院认定商品房交付条件的强制性规范。因此，以开发商自行组织的五方验收作为交付条件的约定，不违反法律强制性规定而属于有效约

定。

四川省高级人民法院持第（2）种观点，商品房竣工验收备案不是法律、行政法规规定的法定交付条件和标准。在双方当事人签订的《商品房买卖合同》没有约定的情形下，不能以未取得验收备案为由认定不符合房屋交付条件。

五、实务要点总结

我们总结该案的要点如下，以供实务参考：

《中华人民共和国建筑法》第六十一条第二款规定，建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。对上述条文中“竣工验收合格”的标准，开发商自行组织的五方验收合格即可。《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》第十一条的规定，并非人民法院认定商品房交付条件的强制性规范。在买受人与开发商所签订的《商品房买卖合同》中没有约定的情形下，不能以工程未取得竣工验收备案证书为由认定不符合房屋交付条件。

要求公司提供担保，千万不能少了这一步！

罗毅 发现律师事务所主任

田萌萌 发现律师事务所合伙人律师

一、问题的提出

在市场经济活动中，公司扮演着非常重要的角色，参与各种经济合同的订立。一般情况下，这些合同只需要加盖公司公章即可成立并生效，但有一种我们经常遇到的合同，虽然加盖有公司的公章，但并不一定有效，这就是担保合同。相信很多非法律专业人士很难理解并按照法律的规定去操作，即便是专业的金融机构，也会遇到担保合同无效的情况而遭受重大经济损失。下面，我们从一则再审案例入手，详细解读在民法典时代该如何签订一份合法有效的公司担保合同。

二、案情简介

2014年7月15日，吴绍良、周素英与艾华签订《借款合同》，约定吴绍良、周素英向艾华借款1000万元，于2014年7月15日交付借款，月利率18.66%，借款期限二个月，逾期归还加收利率100%。2014年7月15日，艾华通过银行转账方式将1000万元转入了周素英银行账户内。

吴绍良、周素英于2014年7月15日向艾华出具了借条，借条载明：因本人业务发展需要，特向艾华个人借款1000万元，借款期限2个月。吴绍良还于2014年7月15日向艾华出具了收款确认书，确认已于2014年7月15日收到艾华转至指定账户的借款1000万元。

同日，艾华与吴绍良、周素英、广安达江公司签订了《担保合同》，约定广安达江公司作为吴绍良、周素英的保证人，对吴绍良、周素英向艾华的1000万元借款进行担保。《担保合同》第一条约定“借款人及担保人应当在本合同生效

前提供下列资料(需加盖公章):包括但不限于企业营业执照(自然人身份证件)、公司章程、股东身份证件、抵押物产权证书等。借款人和担保人均知道上述资料的真实性和完整性是贷款人答应出借款项的前提,如果虚假或不完整,则是故意套取贷款人资金,应承担相应的违约责任,触犯刑法的还应承担刑事责任。借款人为自然人的,应提供合法有效的身份证。”该《担保合同》无相应的公司股东会或者董事会决议,在尾部标明的担保人处加盖有广安达江公司的单位印章,落款时间为打印字体 2014 年 7 月 15 日。

后借款逾期,艾华于 2016 年 4 月 13 日向法院提起诉讼,要求借款人还本付息,并要求广安达江公司承担担保责任。

三、法院裁判

(一) 一审裁判要旨

该案诉讼中,因当事人对广安达江公司为案涉借款所订立的担保合同是否有效存在争议,为此,一审法院向艾华释明,如果法院经审理后认为广安达江公司对案涉借款设立的担保无效,艾华是否变更诉讼请求以及是否向导致担保无效的相关责任主体主张过错赔偿责任。对此,艾华明确表示不变更诉讼请求。

一审法院认为,该案争议焦点是,广安达江公司为吴绍良、周素英向艾华借款与艾华所订立的担保合同,是否有效。虽然《公司法》是规范公司的组织和行为的法律,对非公司一方的行为,《公司法》并不能当然产生约束力。《公司法》及其司法解释对违反《公司法》相关担保条款所订合同的效力亦未作规定,或正基于此亦可从一定层面上将《公司法》之该规定理解为公司内部的管理性法律规范,不应以此作为评价合同效力的依据。但以公司名义对外所签订担保合同,必然受《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国民法总则》等法律的调整。因《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》、

《中华人民共和国民法总则》是调整双方民事法律行为之规范。依据《中华人民共和国合同法》第五十条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十一条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效”的规定，只有在相对人不知或不应当知道法定代表人超越权限时，因相对人在此时系出于善意订立的合同，才按有效合同对待，反之，即应按无效合同对待。本案中，艾华知道或应当知道吴绍良超越权限，其亦非善意相对人，依据《中华人民共和国民法总则》第六十条规定，艾华不得主张法定代表人吴绍良超越权限的行为效果归属于广安达江公司，即法定代表人吴绍良超越权限对自己的借款，以广安达江公司担保的行为，对广安达江公司不发生效力。故对艾华要求广安达江公司对案涉借款的本息、违约金、保全费等承担连带保证责任的诉讼请求，一审法院不予支持。

（二）二审裁判要旨

二审法院认为，本案二审争议焦点仍为广安达江木业发展有限公司为吴绍良、周素英向艾华借款与艾华所订立的担保合同是否有效。

根据《合同法》司法解释（二）第十四条的规定，违反效力性强制性规定的合同行为无效，法律法规明确规定违反禁止性、强制性规范将导致合同无效或不成立的，属于效力性强制性规定；法律法规虽没有明确规定违反禁止性、强制性规范将导致合同无效或不成立，但若支持合同继续履行，会损害到国家和社会公共利益的，也应当认为该规范属于效力性强制规范。

《公司法》第十六条虽然规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议，公司为公司股东或

实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，但并未明确规定违反该条款将导致合同无效或不成立，因此，《公司法》第十六条不是效力性强制性规定；经审查案涉担保合同效力及履行也不存在损害国家和社会公共利益的情形；从商事外观主义看，本案担保合同上加盖了广安达江木业发展有限公司公章，有该公司法定代表人签字，相对人艾华有理由相信广安达江木业发展有限公司具有为其股东吴绍良借款提供担保的意思表示，至于广安达江木业发展有限公司依照《公司法》规定的内部管控过程，不应属于艾华的合理注意范围。

综上，广安达江木业发展有限公司为吴绍良、周素英向艾华借款与艾华所订立的担保合同合法有效，广安达江木业发展有限公司应当依约对吴绍良、周素英所负债务承担连带清偿责任。上诉人的上诉主张有事实和法律依据，本院予以支持。

（三）再审裁判要旨

本院再审认为，本案争议焦点是案涉担保合同是否有效，广安达江公司是否承担担保责任。

公司法第十六条规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”根据该条规定，公司对外提供担保不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。

法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当

根据《中华人民共和国合同法》第五十条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效”的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力，债权人善意的，合同有效，反之，合同无效。所谓善意，是指债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同。根据公司法第十六条的规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须由股东会决议，未经股东会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东会决议进行了审查，且决议的表决程序符合公司法第十六条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。

本案中，吴绍良以广安达江公司名义为其个人借款提供担保，应经股东会决议，且吴绍良本人不能参与股东会表决。也就是说，吴绍良以广安达江公司名义为其个人借款提供担保，必须经公司另一股东刘宣同意。吴绍良称通过电话取得了刘宣的同意，但刘宣予以否认，吴绍良无证据证明该事实，故该主张没有事实依据。吴绍良未经股东会决议，擅自以广安达江公司名义为其个人借款提供担保，显然构成越权代表行为，艾华在签订担保合同时未要求吴绍良提交股东会决议，并非善意相对人，故案涉担保合同无效。

四、案件研析

本案一波三折，历经一审、二审和再审，原告由悲到喜，又由喜到悲，心情如同过山车一般。同时，本案也反映出在司法实践中，各法院并未就同一问题形成统一的观点，也导致很多同案不同判现象的产生，严重影响了司法公信力和司法权威。

从本案再审的裁判要旨以及作出再审判决的时间可以推断，再审法院系依据

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）关于公司对外担保的有关规定作出再审判决，因该纪要并非法律规定或者司法解释，故不能在裁判文书中直接引用。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》在业内又被称为“九民纪要”，源于这是最高院作出的第九次全国法院民商事审判工作会议纪要，该纪要作为法院审判工作的指导意见，其效力基本等同于司法解释，在针对公司对外担保合同效力的认定规则问题上，该纪要对司法实践产生了重大的影响，在九民纪要发布之前，各法院在司法实践中普遍认为，公司对外提供担保即便没有履行相应的决策程序，担保合同也依然有效，公司应当根据合同约定承担相应的担保责任，这也是本案二审法院的观点，但也有部分法院认为担保合同应属无效，这是本案一审法院的观点。九民纪要统一了裁判规则，该纪要第十七条规定，违反《公司法》第16条，未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。

九民纪要关于公司担保的有关规定也被《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》所吸收沿用，该解释第七条规定：公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理：

（一）相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

（二）相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定。

法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第一款所称善意，是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。

五、实务要点总结

从以上的再审案例以及司法解释可知，在缺少公司权力机关（股东会）形成的对外担保决策文件时，相对人“是否善意”，是认定公司担保合同效力的关键。这对公司担保合同的相对方提出了较高难度的要求，笔者相信绝大部分普通民众并不知晓有关法律规定或者能够准确理解法律规定的含义。那么，该如何签订一份合法有效的公司担保合同，以及在遇到公司担保合同无效时该如何应对呢？我们下面来总结几个简单易行的要点：

（一）应当对是否存在公司担保决议进行审查。

根据《公司法》第16条的规定，公司不论是提供一般担保还是提供关联担保，都需要股东（大）会或者董事会的决议，作为公司意思的体现。基于法律的公开性，应推定所有人都知晓该规范，不论接受担保的相对人是银行等专业的金融机构抑或是一般公司都应首先审查决议是否存在。如果在未审查决议是否存在的情况下即接受担保，那么应当认定债权人存在重大过失或者属于“知道或者应当知道”法定代表人越权。

（二）应当对担保决议是否存在程序瑕疵进行审查。

仅对决议是否存在进行审查，并不能作为支持债权人善意的理由，债权人还需要审查该决议程序是否符合法律的要求，主要包括两个内容：第一，由哪个机

关作出决议；第二，是否符合表决权的規定。在该部分则需要区分上市公司和非上市公司，因为法律法规往往对上市公司作出更为严格的规定。

就决议主体而言，根据《公司法》第 16 条的规定，在普通担保中，依据公司章程规定，决策机关应当是股东（大）会或者董事会；在关联担保中，决策机关只能是股东（大）会。基于第 16 条处于《公司法》总则部分，其对所有公司均具有约束力，债权人在签署担保合同时，需要审查该决议是否由有权机关作出。

就表决权而言，根据《公司法》第 16 条的规定，当公司提供普通担保时，由于《公司法》中并未将担保事项作为决议的特殊事项，除公司章程另有规定，应经由过半数通过；当公司提供关联担保时，适用表决权回避制度，债权人应尽力到形式审查的义务，判断股东、控股股东是否形式上履行了表决权回避制度。划分上市公司和非上市公司的意义在于《公司法》对于上市公司提供担保的决策机关和表决权数有特殊规定。当担保金额超过公司资产总额百分之三十的，其决策机关为股东大会，表决权数为三分之二以上，而不是第 16 条中的规定。

（三）无需对担保决议的真实性、决议的效力进行审查。

由于实践中出现了部分法定代表人通过伪造股东（大）会或者董事会决议的方式向债权人表达虚假的公司意思，债权人在诉讼过程中以其已尽到形式审查义务为由，主张公司承担相应的义务，且该主张得到法院的支持，故，债权人是否需要承担对决议真实性和决议效力进行审查的义务必须予以明确。

考虑到交易的便捷性以及交易成本问题，现有法律并未明确规定债权人应当审查公司担保决议的真实性以及决议的效力。

（四）在诉讼过程中，如发现公司担保合同无效，债权人应及时变更诉讼请求。

《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》

第十七条明确规定：主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：

（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

如果债权人在诉讼过程中发现公司提供的担保合同无效，那么应根据案件具体情况结合上述司法解释及时变更诉讼请求，要求担保人承担债务人不能清偿部分一定比例的债务，以免被法院驳回原诉讼请求，丧失应有的权益。

以房抵债，何时可以排除普通债权人的强制执行？

罗毅 发现律师事务所主任

于诗佳 发现律师事务所专职律师

一、问题的提出

开发商与承包人约定以开发的商品房抵偿欠付的工程款，该方式是否属于行使建设工程价款优先受偿权的方式？如果答案是肯定的话，该种方式能否排除普通债权人申请对用于抵偿工程款商品房的强制执行？

二、案情简介

建机工程公司是“邑都上城”楼盘二期、三期土建、水电安装工程的施工人，因开发商大邑银都公司拖欠其工程款 683 万元，双方签订协议书约定大邑银都公司以 15 套房屋共 2819.53 平方米作价 733 万元抵偿欠付工程款，房款超出的 50 万元由建机工程公司支付给大邑银都公司，建机工程公司可以将抵偿的房屋出售，大邑银都公司配合购房人办理权属证书；双方在协议书中还约定了其他事项；协议书附表明确了 15 套房屋的房号、面积和价格等事项。

协议签订后，大邑银都公司将抵债 15 套房屋的钥匙交给建机工程公司。2016 年 4 月 28 日，建机工程公司与大邑银都公司签订了 14 份《商品房买卖合同》。2016 年 4 月 29 日，大邑银都公司开具了 14 份商品房买卖合同约定房屋的销售不动产统一发票。商品房买卖合同签订后，其中两套房屋的买卖合同在登记机关进行了合同备案登记。

紫杰投资公司在与宁波银都公司、大邑银都公司等借款合同纠纷一案中申请诉讼财产保全，人民法院对大邑银都公司用于抵偿工程款的 13 套房屋进行了查封。2018 年 7 月 23 日，建机工程公司提出执行异议，人民法院裁定中止对案涉

13套房屋的执行。紫杰投资公司遂提起执行异议之诉，请求准许执行上述13套房屋。

（一）一审裁判要旨

民事强制执行中对无过错买受人的物权期待权进行保护，通过赋予其优于普通债权的权利层级保护方式给予优先保护，其价值取向在于：在同是债权的情况下，购房人的债权因为是先履行的债权而应当得到优先保护，无过错的买受人对物权的期待权应当特殊保护。在执行异议之诉中，执行异议和复议规定有参照适用的价值。参照执行异议和复议规定第二十八条规定：“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。”建机工程公司因与大邑银都公司因先存在的建筑工程施工合同关系，大邑银都公司拖欠工程款未支付，双方通过协商一致采用以物抵债的方式消灭拖欠工程款的合同之债，由此订立商品房买卖合同，并按照合同约定的价款以金钱债权抵偿合同价款，可作为履行付款义务的一种方式，不违反法律规定，也不影响国家、集体和他人的合法权益，法律上应予以认可。作为依法成立的合同，对双方均发生约束力，双方只需按照合同约定履行则可最终完成以物抵债的约定并实现物权变动。但建机工程公司在双方商品房买卖合同成立后，并未主动行使合同权利和履行买受人的义务，这一点从建机工程公司一直没有交纳物业服务费可以看出，再结合建机工程公司和与大邑银都公司签订的协议书看，明确约定了物管费从建机工程公司将房屋转让给第三方后才计收，且第三方购房后大邑银都公司需无条件配合办理权属证书，说明建机工程公司最根本的目的还是处置约定的抵偿房屋以实现债权，这才是导致在商

品房买卖合同签订后仍迟迟未办理权属登记的根本原因，拖延两年以上后又因其他案件的执行被查封，属于建机工程公司自身的原因所致。建机工程公司于房屋

的合同权利是真实的，但因自身的原因造成权利的不完整，不足以排除人民法院强制执行，遂判决准许执行上述 13 套房屋。

（二）二审裁判要旨

案外人执行异议之诉的标的是案外人是否有权请求排除对执行标的采取的强制措施，这一诉讼标的基础是案外人与被执行人谁对该执行标的享有实体权利。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第十五条的规定，足以排除强制执行的权益范围，应当为所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利。建设工程优先受偿权是承包人就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利，这种优先权仅是债权实现的顺位优先权利，而非所有权等实体权利，不能阻止执行标的的转让、交付，不属于“足以排除强制执行”的民事权益。更何况，本案建机工程公司与大邑银都公司选择直接用房屋抵偿建机工程公司的工程款，这种方式也与法律规定的建设工程优先受偿权行使的方式不符。因此，建机工程公司关于可基于建设工程优先受偿权排除本案执行的理由不能成立。故，二审法院维持一审判决，准许执行上述 13 套房屋。

（三）再审审理裁判要旨（2020）最高法民申 352 号

建机工程公司以与大邑银都公司签订的以房抵债《协议书》方式行使建设工程价款优先受偿权，符合工程价款优先受偿权实现方式。紫杰投资公司对大邑银都公司享有的是普通借贷债权，而建机工程公司作为案涉工程项目的承包人对案涉房屋享有建设工程价款优先受偿权，该权利应优先于紫杰投资公司的普通债权得到受偿，建机工程公司就案涉房屋享有的权利足以排除紫杰投资公司的强制执

行。

三、案件研析

(一) 以房抵债属于行使建设工程优先受偿权的方式。

关于建设工程价款优先受偿权的行使方式，不论是合同法还是民法典均规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。因此，承包人行使建设工程价款优先受偿权的方式为“协议折价”或“申请法院拍卖”。

对于“协议折价”的具体方式，理论上有不同的理解。江平教授撰写的《中华人民共和国合同法精释》第 224 页（中国政法大学出版社 1999 年版）认为，折价是指发包人与承包人双方协商后确定价格，并将工程卖于第三人。全国人大法工委则认为，折价系直接将工程项目所有权转移于承包人抵作工程款（见胡康生主编《中华人民共和国合同法》释义第 439 页，法律出版社 1999 年版）。还有的学者认为，承包人既可以与发包人协议将工程全部或一部分折价卖给承包人，也可以协议将建筑物出卖给第三人后，由承包人从出卖的价款中优先受偿。

实践中，发包人与承包人协商约定，将发包人的部分房屋按照一定的价格抵偿承包人的部分工程款，双方签订商品房买卖合同或商品房预售合同，有的合同办理了备案登记，有的合同并未办理备案登记。以抵偿工程款的方式购买房屋，其实质是通过协商折价抵偿实现建设工程价款优先受偿权，承包人取得工程所有权后，可以进行处分子以变现，也可以抵偿其所负其他债务。故，发包人与承包人约定以房抵债可以认定为行使建设工程优先受偿权的方式“协议折价”。

(二) 以房抵债产生“协议折价”优先权效力的条件。

1. 发包人和承包人具备“协议折价”行使优先权的意思表示。

从实践中大量案例来看，虽然双方达成了以房抵债行使优先权的合意，但双方并未签订书面协议，往往是由发包人与承包人直接签订商品房买卖合同或商品房预售合同予以替代，故从司法审判角度，上述买卖合同或预售合同不能直接被认定为“协议折价”行使优先权的方式。在此情形下，需要进一步提供双方达成了以房抵债行使优先权的证据材料。否则，极有可能导致上述行为无法被认定为行使优先权。具体到本案中，开发商出具的《关于我司为四川省建筑机械化工程有限公司抵偿房屋办理过户登记有关情况的说明》中载明，因邑都上城项目欠付省建机公司工程款 6830778 元，该公司享有该工程价款优先受偿权，故双方约定将 15 套房屋用以抵扣欠付建机公司的工程款 6830778 元。故，人民法院认定本案中以房抵债的行为属于行使建设工程价款优先受偿权的方式。

2. 双方已进行结算，工程价款确定，发包人支付工程款期限届满。

优先受偿权的范围是指建设工程价款优先受偿权所担保的债权范围，即在建设工程施工合同中何种债权可得优先受偿。根据建设工程优先受偿权的规定，上述债权以“建设工程的价款”为限。故，只有在双方对工程进行结算，工程价款确定后，如果发包人在清偿期限届满之后逾期付款，承包人才享有建设工程价款优先权。在此情形下，以房抵债协议才具备确定有效的条件。

3. 以房抵债协议不损害第三人合法权益。

因以房抵债协议是发包人与承包人自行协商达成行使优先权的方式，在某些情形下，可能被认定为无效或被撤销。例如，双方以明显低于市场价的价格将房屋折价抵偿工程款，或在承包人已经丧失优先权的情形下，仍然签订以房抵债协议形式优先权。本案中，双方按照备案价进行抵偿，还约定超出的房款金额 50 万元由建机工程公司支付给大邑银都公司，故不存在损害第三人合法权益的情

形。

（三）以房抵债是行使建设工程价款优先受偿权的方式，可以排除普通债权的执行。

1. 以房抵债不适用《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》（以下简称执行异议复议规定）第二十八条、第二十九条。

以房抵债合意达成之后，双方往往会签订商品房买卖合同或商品房预售合同，执行异议复议规定第二十八条、第二十九条是否适用，司法实践中存在较大争议。从执行异议复议规定的立法目的来看，该条意欲保护的权益，均是真实的买受人基于购买不动产之目的而成立的合法有效的买卖合同所形成的针对该不动产交付及权属变动的债权，保护的是真实不动产买受人对该不动产享有的物权期待权。而签订以物抵债的目的是为了实现承包人的工程债权，其本意并非购买案涉房屋，与前述法律规定的保护对象范围不相符。故，以房抵债情形下，不能以上述规定作为判断其能否排除执行的依据。

2. 建设工程价款优先受偿权属于“足以排除强制执行”的民事权益。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释（2020修正）》第十四条的规定，足以排除强制执行的权益范围，应当为所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利。建设工程价款优先受偿权虽然不是所有权，但该项权利是可以阻止执行标的转让、交付的实体权利。

关于建设工程优先受偿权的权利属性争议，主要体现为法定抵押权与法定优先权之争。《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》就认为，建设工程款优先受偿权属于法定抵押权。另一种观点则认为，优先权制度的设立主要用于解决现阶段日益严重的拖欠工程款及农民工工资问题，是基于正义对利益

的分配，是法律赋予特定权利人享有优先于其他权利人受偿的权利。即使司法实践中存在上述分歧，但均认可优先受偿权属于实体权利，而非仅仅是债权实现的顺位优先权利。

3. 基于建设工程优先受偿权的特征，与其他权利冲突时，该权利优先于普通债权。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条的规定，承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。

从权利的效力的角度而言，优先受偿权都具有优先性，即债权人可以优先于无担保的其他债权人，就债务人财产享有优先受偿的权利。作为优先受偿权的一种，建设工程价款优先受偿权当然具有优先受偿性，该权利优先于普通债权。

协议书中有“担保”字样，是否需要承担保证责任？

罗毅 发现律师事务所主任

吴娜 发现律师事务所专职律师

担保是指法律为确保特定的债权人实现债权，以债务人或第三人的信用或者特定财产来督促债务人履行债务的制度。作为法定担保方式之一的保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。保证通常由当事人各方订立书面的保证合同，然而合同中有“担保”的字样，是否就一定能要求对方承担法律意义上的保证责任呢？

一、案情简介

2015年3月20日，张正平与正强公司、邓富学、杜海洋签订《借款协议书》，约定：张正平向正强公司出借200万元，用于正强公司生产经营所需... 邓富学、杜海洋作为正强公司股东同意正强公司的本次借款行为并确保其将借款专用于生产经营，同时担保正强公司按时归还借款本息。该《借款协议书》上有张正平、邓富学的授权签字人张和平、杜海洋的签名以及正强公司的公司印章。另2014年8月18日，邓富学向张和平出具《授权委托书》一份，载明委托人邓富学特别委托受托人张和平代为邓富学股东在正强公司办理一切事务。

协议签订后，张正平履行款项出借义务，因正强公司逾期未还款，张正平遂向法院提起诉讼，要求借款人还本付息，并要求邓富学、杜海洋承担担保责任。

二、法院裁判

（一）一审裁判要旨

关于邓富学、杜海洋二人是否承担担保责任，邓富学辩称其未授权张和平处

理与正强公司无关的事务，而提供担保是其个人事务，但正强公司股东会决议及董事会决议均明确张和平代邓富学从事以股东\董事长身份和职务而做出的一切法律行为。本案中，从《借款协议书》的字面意思理解，邓富学基于股东身份提供担保，张和平代为签字并未超出其授权范围，故邓富学应当承担担保责任。此外，《借款协议书》中对担保的方式没有约定，按照《中华人民共和国担保法》第十九条之规定，邓富学、杜海洋二人应承担连带责任担保。

一审判决结果：邓富学对正强公司的还款义务承担连带担保责任。

（二）二审裁判要旨

关于邓富学是否应当承担担保责任的争议焦点，《授权委托书》明确委托张和平代为邓富学股东在正强公司办理一切事务，根据该委托可见，委托的事项与邓富学的股东身份以及正强公司的事务相关。反观《借款协议书》，其在首页丙方处明确表明：（股东）邓富学，在协议中亦明确表示鉴于邓富学为正强公司股东，而且在协议尾部签字页，对张正平、杜海洋打印为“张正平”、“杜海洋”本人的名字，而在邓富学处打印为“邓富学或授权代表”，对邓富学的落款明显区别于张正平和杜海洋。通观《借款协议书》的内容，该笔借款保证人提供担保系因保证人为正强公司股东，而借款用途系用于正强公司恢复生产需要，故张和平在《借款协议书》的签字并未超出邓富学的授权范围，邓富学应当承担担保责任。邓富学关于其不应承担担保责任的上诉理由不能成立，本院不予支持。

二审判决结果：驳回上诉，维持原判。

（三）再审裁判要旨【（2020）川民再 459 号】：

本院再审认为，本案争议焦点为邓富学应否承担连带保证责任。根据本案查明的事实来看，案涉《借款协议书》中，张正平作为甲方，正强公司作为乙方，邓富学、杜海洋和宁肯公司共同作为丙方，协议约定“丙方作为乙方股东同意乙

方的本次借款行为并确保将借款专用于生产经营，同时担保乙方按时归还本息”。该表述从字面上看，虽然有“担保”字样，但并未明确表达如果乙方不履行还款义务，则由丙方承担还款责任的意思，更未约定具体的担保方式和担保范围，故张正平关于《借款协议书》中明确约定了担保方式为保证的抗辩意见，与查明事实不符，本院不予支持。

正强公司与张正平之间分别于2014年9月26日、2014年10月13日、2015年3月20日和2015年4月10日签订了四份《借款协议书》，本案诉争协议签订于2015年3月20日，其他三份不管是在本案《借款协议书》之前还是之后签订的协议，签订主体均是张正平作为甲方，正强公司作为乙方，邓富学作为丙方，杜海洋作为丁方，且协议中明确约定：“丙方和丁方作为乙方的实际控制人，为乙方对甲方的全部义务提供连带责任担保（担保范围包括但不限于：款项本金，利息，追索的律师费和诉讼费等实现债权的费用），担保期限至全部义务偿还完毕之日。”结合四份协议签订主体以及文字表述的区别来看，更可以确信各方在签订本案诉争的《借款协议书》时对丙方的义务设定区别于其他三份协议，并无为丙方设定保证义务的意思表示，丙方自然不应承担保证责任。故本案与其他三案基础事实不同，不具有同案同判的基础，对于张正平要求同案同判的抗辩意见，本院不予支持。

再审判决结果：撤销本案一审、二审判决。

三、再审研析

本文案例是省高院对成都中院终审判决的改判，通读判决原文可知，省高院是在综合考量全案证据后，确立了本《借款协议书》无法得出邓富学应承担连带保证责任的意思表示。

法官审判工作以事实为基础，就同一份协议书，不同法官对于其字面意思的

不同解读，得出不同的事实认定，并带来本案截然不同的判决结果。再审法院通过对原审证据的实体审查，认为原判事实认定错误，协议虽有“担保”字样，但并未明确表达如果乙方不履行还款义务，则由丙方承担还款责任的意思，更未约定具体的担保方式和担保范围，故未支持张正平关于《借款协议书》中明确约定了担保方式为保证的抗辩意见，同时辅以其他证据相补强印证，最终撤销本案一审、二审判决。

与本案例相似的还有最高人民法院（2017）最高法民终 182 号案例，法院最终认定“案涉协议名称虽为《担保函》，但未对担保内容进行具体特定表示的，不具备《担保法》意义上‘担保书’的法律效力。”

四、实务要点总结

保证合同的签订需要有明确具体的意思表示。

根据法律规定，保证合同形式上可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同亦成立。但由于担保具有无偿性，该特点决定了保证人作出担保的意思表示必须明确具体，即明确表达出对于某一债权债务关系愿意以自己的财产担保债务履行的意思，这是保证合同成立的前提条件。

如果企业需要对方提供保证担保的，在与第三人签署保证合同时请务必表述由保证人为债务的履行提供保证担保的明确意思，实践中特别有部分案例使用由对方“负责解决”、“负责协调”等含义模糊的表述，法院将无法认定保证合同成立。另外《民法典》对于保证制度进行了重大调整，同样的借款合同，同样的担保字样，将产生完全不同的结果，特别是对保证方式没有约定或者约定不明确的，从以前的连带责任保证修改为一般保证承担保证责任，以及保证期间约定不明下由两年修改为六个月等等，均值得我们在实务操作中重点关注。

债务人恶意利用关联公司逃避债务，关联公司可能承担连带责任

罗毅 发现律师事务所主任

刘鑫澜 发现律师事务所专职律师

法人人格独立制度被视为现代社会经济发展的重要里程碑，该制度有利于提升投资热情，刺激经济发展。公司法规定法人应当具有独立的权利能力、行为能力和责任能力，强调法人的独立性。但实践中出现越来越多债务人通过关联公司逃避债务的情形，而现行《公司法》第二十条的责任主体为公司股东，未包含关联公司。

因立法的缺位，债权人能否“横向否定”请求债务人的关联公司承担连带责任，在实务中有较大争议。笔者在裁判文书网中以“法人独立、关联公司”为关键词，共检索出 5810 个案件，可见实务中相关案件数量之多。笔者在研究指导案例、公报案例、最高院案例以及部分典型案例后，以公报案例为例，就该问题与各位探讨，系抛砖引玉。

一、案件概述

（一）案情简介

为盘活云南通海昆通工贸有限公司（以下简称昆通公司），使各债权人利益最大化，云南省玉溪市中级人民法院执行局召集执行案件债权人会议，同意由昆通公司的股东与第三人合作组建通海兴通达工贸有限公司（以下简称兴通达公司），作为昆通公司在被执行查封期间的代理人，接管昆通公司的财产。

2011 年 3 月至 10 月，兴通达公司多次向邵萍借款，兴通达公司与邵萍签订《借款协议》，并向邵萍出具多份收据，《借款协议》及收据上有兴通达公司印章、法定代表人陈建明签名以及昆通公司法定代表人岳跃签名。原告向兴通达公

司支付借款后，兴通达公司将上述借款投入昆通公司的设备改造和生产经营活动中。后因兴通达及昆通公司未按时还款，邵萍遂起诉至法院。

（二）诉请与答辩

原告诉请：昆通公司立即归还邵萍债权本金及利息并由兴通达公司承担连带责任。

昆通公司答辩：昆通公司不是本案的适格被告，昆通公司没有与邵萍签订过借款合同，故邵萍诉请其还款没有法律依据。

兴通达公司答辩：第一，兴通达公司与昆通公司是代理关系。兴通达公司以自己的名义代表昆通公司与邵萍发生借款关系，主要借款凭证及借款合同均有昆通公司法定代表人签字，故应当由被代理人承担相应责任。

第二，兴通达公司与昆通公司系关联公司，存在人格混同的事实。兴通达公司是为了解决昆通公司被人民法院冻结资产、账户，被税务机关扣留税控机而不能经营等问题而设立的。两个公司财务人员相同、独立做账，统一管理，且与昆通公司之间的纳税经税务部门批准实行平进平出。

第三，兴通达公司所融资金全部用于昆通公司的设备改造、生产以及偿还其债务，昆通公司法定代表人岳跃在案涉借款合同、担保书上签字的行为应视为昆通公司承担全部债务的意思表示。

（三）审理情况

2012年12月15日，云南高院作出（2011）云高民一初字第4号民事判决，未判令昆通公司承担连带责任，邵萍不服向最高院申请再审。

2013年11月26日，最高院作出（2013）民申字第1691号民事裁定，指令云南高院再审本案。

2015年5月18日，云南高院作出（2014）云高民再初字第1号民事判决，维持原一审判决，邵萍对该判决不服，向最高院提起上诉。

2015年12月16日，最高院作出（2015）民一终字第260号判决，判令昆通公司承担连带责任。

二、裁判要旨

笔者研读本案判决书及裁定书后，归纳争议焦点如下：1. 本案的借款人是兴通达公司还是昆通公司；2. 昆通公司是否应当就案涉债务承担连带责任。

关于争议焦点一：

原审及再审法院均认为借款合同的相对方是兴通达公司，实际收款人也是兴通达公司及该公司法定代表人陈建明，现有证据只能证明兴通达公司与昆通公司之间存在原材料及产品的买卖关系，不能证明兴通达公司是昆通公司的代理人，故本案的借款人是兴通达公司。

关于争议焦点二：

原审裁判要旨：虽然《借款协议》《收据》《收款收据》上有昆通公司法定代表人岳跃的签名，但其签名只是一种见证行为，不能视为昆通公司单独或共同向邵萍借款。且邵萍无证据证明兴通达公司是昆通公司的代理人，邵萍要求昆通公司承担连带责任既无法律规定也无双方约定，故昆通公司不承担还款责任。

再审期间，为证明兴通达公司与昆通公司系关联公司，且存在人格混同、利益输送的事实，邵萍提交《约定协议》、通话录音、微信聊天记录、《关于浦发银行贷款逾期的处理办法》以及案涉场地租赁合同等新证据，并申请华盛源公司股东朱耀和华盛源公司董事长陈建华作为证人出庭作证。最高院结合新证据以及案涉背景，穿透事实，做出如下认定：

再审裁判要旨：综合多个证据，可以认定兴通达公司的设立目的是为了通过兴通达公司恢复昆通公司的生产经营，且存在人员、业务、财务、办公地点的混同，昆通公司利用了兴通达公司的法人独立地位，损害了邵萍作为债权人的利益，具体如下：

第一，本案两家公司在股东、高管、办公人员、办公地点、业务等方面存在混同。昆通公司以岳贤、罗海东等持股的方式实际控制兴通达公司，昆通公司的法定代表人为岳跃，岳跃系该公司两股东岳修宽与张淑芬之子，岳贤系昆通公司监事，杨琼华系昆通公司工作人员，孔丽菠系昆通公司财务人员。而岳贤同时为兴通达公司的股东，杨琼华为监事，孔丽菠为财务人员，两家公司在财务人员、主要工作人员以及股东的构成上，存在相互交叉或者相互重合的情形。昆通公司与兴通达公司约定的租金数额畸低，双方实际上存在着办公地点、经营设备、生产场地混同的情形。

第二，本案存在昆通公司过度支配兴通达公司的事实。昆通公司借得的款项实际用途也都是用于昆通公司的恢复生产及经营。因此，岳跃在上述借款凭证签名的行为实际上是代表昆通公司确认借款关系的行为。本院认为，将岳跃签名的法律意义认定为是见证行为，无其他证据辅佐，也与前述一系列证据所证明的事实形成冲突。岳跃在前述借款凭证上签名的行为也从另外一个侧面说明，昆通公司与兴通达公司存在着高度混同的现象。将该签名的法律含义解释为，兴通达公司与邵萍签订借款协议时，三方均明知兴通达公司的设立目的是为了通过兴通达公司实现昆通公司的经营。

第三，本案昆通公司设立兴通达公司的目的系顺利对外融资。由昆通公司和兴通达公司联合向通海县国税局、秀山分局呈报的报告以及玉溪市中级人民法院的主持下所形成的《涉及通海昆通工贸公司债权人会议纪要》可证明。

综上，最高院参照《公司法》第二十条第三款的规定，判令昆通公司对以兴通达公司的名义向邵萍的借款债务承担连带责任。

三、案件研析

本案审理结果可谓是一波三折，本案双方最大的争议焦点为能否否定昆通公司的关联公司即兴通达公司的法人人格，能否判令昆通公司承担连带责任。本案在经历一审、再审、指令再审、二审后，最终由最高人民法院改判，支持了邵萍请求昆通公司与兴通达公司就案涉借款承担连带责任的诉讼请求。

笔者认为，虽然我国《公司法》第二十条将责任主体限定为公司股东，但笔者阅读司法判例以及学者著作后，认为可从立法目的角度将滥用关联公司人格的主体由股东延伸到由其控制的关联公司。适当扩大责任主体有利于抑制债务人滥用公司法人独立地位逃避债务，有利于保护债权人的利益，有利于构建诚信社会，下文笔者将从既有司法观点以及实践必要性角度分析：

（一）既有司法观点角度分析

(2011)苏商终字第 0107 号判决书（第 15 号指导案例）：“案涉三个公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，其中川交工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债权人的利益。三关联公司上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《公司法》第二十条第三款的规定，川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务应当承担连带清偿责任。”

《全国法院民商事审判会议》（以下简称九民纪要）第十、十一、十二条将公司股东滥用公司法人独立地位的行为归纳为**人格混同**、**过度支配与控制**、**资本显著不足**三种情形，其中第十一条【**过度支配与控制**】将责任主体扩大为关联公

司之间。虽然九民纪要不是司法解释，法院不能在裁判时直接引用，但法院可在“本院认为”中援引进行说理论证。《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》一书中，最高院认为：“横向否定则是不限于否定股东的有限责任，而是对控制股东控制下的子公司或关联公司相互否定人格，相互承担连带责任。从《公司法》第20条第3款的规定来看，指的是公司股东对公司债务承担连带责任，没有谈到本条第2款规定的情形，即公司之间相互否定人格。但从审判实践来看，如果没有这一规定，对本条第2款规定的情形很难处理。有鉴于此，本着从问题意识出发的纪要起草原则。我们相信这一规定，必将统一审理这类案件的裁判尺度，从而为公正审理案件起到积极的作用，也将为公司法的修改提供法院方案。”

（二）实践必要性角度分析

在公司制度设立之初，立法者主要对公司的股东和董事进行规制，因此公司法人人格否定制度规制的主体限于公司股东。但随着公司控制结构不断复杂化，实践与立法者的治理设想发生了偏离，商人控制公司的方式也从单一的股权控制变得更加复杂多样，比如通过投资关系、控制协议等各种安排与公司发生控制关系。因此，利用实际控制人身份滥用公司法人人格侵害债权人利益，实现关联公司之间的控制、支配、利益输送，其实质与股东滥用公司法人人格并无区别，传统“三角刺破”中的主体要件也应随商业模式的变化适当扩大。

法律的稳定性同时也决定了其具有一定的滞后性，立法者难以突破时间的限制，超前预测新型商业安排，难免有所纰漏。故，部分学者以及司法实务者认为适当扩大责任主体，有利于防止关联公司滥用公司法人独立地位，恶意逃避债务，损害公司债权人利益，有利于实现实质正义。

四、实务建议

古罗马法谚云：“举证之所在，败诉之所在”，若公司在合作中发现与自己

合作的公司存在关联密切的集团公司、关联公司，建议留存证据并积极搜集证据，为诉讼做准备。重点搜集可证明公司系关联公司以及证明人格混同、过度支配与控制、输送利益等的证据，下文笔者将以有限之经验向各位分享，供各位参考。

（一）建议债权人厘清投资关系，借助企查查、启信宝等专业工商信息查询软件，穿透公司股东间的股权关系，穿透实际控制人，查明自然人股东身份关系，证明公司存在关联关系。

关联关系的定义：我国《公司法》第二百六十一条规定：“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。”

建议债权人借助企查查、启信宝等软件专业查询工商信息、股权投资情况、实际控制人以及关联情况。如，最高人民法院(2008)民二终字第55号案件中债权人提交三家公司工商信息，法院最终认定：“装饰公司、房屋公司、娱乐公司股权关系交叉，均为关联公司，实际均为沈氏公司出资设立，沈华源作为公司的董事长，同时身兼三公司的法定代表人。”认定三家公司系关联公司。

建议公司在合作前查明合作公司及实际控制人的背景，有些案件中，关联关系隐藏较深，比如股东之间、公司实际控制人之间存在直系血亲、姻亲、共同投资等可能导致利益转移的其他关系，诉讼中积极举证自然人之间的关系。如，最高人民法院(2015)民二终字第324号判决书：“曲叶丽为欧宝公司的控股股东，王作新是特莱维公司的原法定代表人，也是案涉合同签订时特莱维公司的控股股东、翰皇公司的控股股东和法定代表人，王作新与曲叶丽系夫妻关系，说明欧宝公司与特莱维公司由夫妻二人控制。”以及(2014)民提字第111号民事判决书：“本院认为，本案所涉罗兰德公司和紫云山庄公司之间共同被控制的关系属于前引《公司法》第二百一十六条第（四）项所定义的关联关系，亦为实际控制

人利用以损害罗兰德公司利益。”

（二）建议债权人积极搜集相关证据并善于利用书证命令制度，证明关联公司之间存在人格混同、过度支配与控制、利益输送等行为，并证明关联公司滥用法人独立地位的行为导致债权人受有损失。

九民纪要第十一条规定债权人需证明债务人的关联公司对债务人存在过度支配与控制，操纵公司的决策过程，使公司完全丧失独立性等行为。实践中常见的情形包括：

（1）母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；

（2）母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；

（3）先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务的；

（4）先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务的；

（5）过度支配与控制的其他情形。若债权人证明控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可向法院主张否定子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。

因该类案件的会计凭证、公司账簿、银行流水、业务合同等资料由关联公司保管，故通常情况下债权人难以提供上述资料，难以证明存在混同、过度支配、利益输送等行为。本文案例中，债权人邵萍积极举证，还原交易中的细节，还原

案件事实，从情理以及法理角度说服法官，最终改判。建议公司在遇到类似诉讼时，可先证明关联公司在公司人员、业务范围、财务、办公地点等方面存在高度混同现象，关联公司的混同导致各自财产无法区分，已丧失独立人格。如第 15 号指导案例中，债权通过三家公司在招聘网站上预留电话及联系人一致、宣传资料一致、三公司向其他客户开具发票盖章混同等细节证明三家公司人格混同。再结合其他证据证明存在关联公司之间存在过度支配与控制以及利益输送等行为，从而主张关联公司之间丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具，从而向法院主张否定关联公司独立人格。

笔者建议债权人可在专业人士指导下全方位、多角度搜集证据，同时债权人可根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十二条：“书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。”向法院申请关联公司提供上述资料，若对方拒绝提供则主张其应当承担不利后果。如，（2016）浙 02 民终 322 号法院案件中，宁波银行江北支行初步举证证明金刚机器人公司在极短的时间内，与东平齿轮公司大部分客户建立了客户关系，不符合常理，并向法院申请两家公司提供其会计凭证、财务帐簿。因两家公司无故拒绝提供由其保管的资料，法院依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条推定债权人主张成立。认定东平齿轮公司将其优质资源转由金刚机器人公司继受，与金刚机器人公司存在公司平移、人格混同、利益转移，东平齿轮公司盈利能力随之丧失，减弱了承担最高额保证的能力，对宁波银行江北支行利益造成损害。最终参照《公司法》第二十条第三款之规定，判令金刚机器人公司对东平齿轮公司的担保债务承担连带责任，即判令关联公司之间承担连带责任。

五、结语

公司是现代商业产物，法人人格独立之目的为在企业家个人与企业之间建立一道财产防火墙，鼓励投资并科学化解市场风险。但司法实务中越来越多实际控制人利用法律漏洞，利用关联企业之间控制和从属关系进行利益转移和输送，从而恶意逃避债务，损害债权人利益。

为减小投资风险，笔者建议投资者与其他公司、特别是集团公司项下的关联公司合作前先进行全方位尽职调查，必要时可聘请专业律师团队进行背景调查及风险评估，调查各关联公司间是否存在混同、过度支配与控制等情形。同时建议集团公司及有交易往来的关联公司间应诚信合作，尽量避免人员以及办公地点的混同，做好会计凭证及公司账簿，保障支出与收入均合理合法，规范关联公司经营行为，合规管理，坚守法律底线。

开发商解除房屋买卖合同后，能否排除买受人其他债权人的执行

罗毅 发现律师事务所主任

汪林 发现律师事务所专职律师

购房人以按揭贷款方式购买商品房的，在商品房取得不动产权证并办理抵押登记前，购房人涉及其他案件导致商品房被预查封。此时，开发商因购房人逾期还款，导致自己承担了担保责任而解除双方签订的《商品房买卖合同》的，能否阻却人民法院对诉争房屋的执行？

一、案情简介

2014年12月12日，孙某和领运公司签订了《商品房买卖合同》，合同约定付款方式为银行按揭贷款，同时该合同在房产部门已备案。同年12月15日，孙某、领运公司与银行共同签订《个人房屋按揭借款合同》，合同约定领运公司对办理完毕房屋抵押登记之前所产生的所有孙某的应付款项提供连带责任保证。孙某于2015年1月13日取得案涉房屋的预告登记证，但在同年7月21日起逾期向银行还贷。因孙某逾期18个月未偿还贷款，银行通知领运公司承担阶段性连带保证责任，并诉至法院要求孙某及领运公司清偿贷款本息。领运公司于2018年1月26日代为清偿银行贷款本息。

2015年4月27日，因孙某与庆丰公司的钢材款纠纷，案涉房屋被法院查封，领运公司对此提出执行异议，法院作出执行裁定驳回其异议请求，并向领运公司送达。

后经领运公司申请，长春仲裁委员会于2018年7月26日作出案涉仲裁裁决，裁决解除领运公司与孙某于2014年12月12日签订的《商品房买卖合同》及其补充协议，孙某应向领运公司支付违约金并立即协助领运公司办理撤销案涉房屋

的预告登记。领运公司以该仲裁裁决作为新证据向法院提起执行异议之诉，诉请不得执行案涉房屋，并确认领运公司为案涉房屋的所有权人。

二、法院裁判

（一）一审裁判要旨

第一，孙某在案涉房屋被法院查封之前，已向领运公司支付了全部购房款（包括首付款和银行按揭贷款），并取得案涉房屋的所有权预告登记证。该所有权预告登记尚在有效期内，故孙某取得案涉房屋的原因行为真实且合法有效，法院据此将案涉房屋作为孙某的财产予以查封并无不当。第二，即使领运公司因孙某逾期偿还银行贷款而承担连带保证责任，并就其承担连带保证责任对孙某享有债权请求权，该债权请求权相较于庆丰公司对孙某享有的对钢材款的债权请求权，效力也并未更优，不足以排除庆丰公司申请的案涉执行行为，故该院对领运公司请求排除执行不予支持。第三，案涉房屋尚未办理所有权初始登记手续，领运公司在本案中亦未提交案涉土地使用权登记、建设工程规划许可等相关证据，且领运公司请求确认其为案涉房屋的所有权人的诉讼请求与本案的执行异议纠纷并无直接关联，在本案中不宜合并审理。对该项诉讼请求领运公司可另案提起确权之诉。遂一审判决驳回领运公司的诉讼请求。

（二）二审裁判要旨

二审法院认为一审判决认定孙某取得案涉房屋的原因行为真实且合法有效，法院据此将案涉房屋作为孙某的财产予以查封并无不当。即使领运公司因孙某逾期偿还银行贷款而承担连带保证责任，并就其承担连带保证责任对孙某享有债权请求权，该债权请求权相较于庆丰公司对孙某享有的对钢材款的债权请求权，效力也并未更优，不足以排除庆丰公司申请的案涉执行行为。虽然领运公司提交案涉仲裁裁决、建设用地规划许可证等五证及备案证明等相关证据，主张案涉仲裁

裁决已经解除其与孙某签订的《商品房买卖合同》及补充协议，领运公司为该房屋的合法权利人，法院不应对房屋采取执行行为，但案涉仲裁的提起时间及受理时间均在法院对该案涉房屋查封之后，且未发生法律效力，故该仲裁裁决书对本案不发生直接的影响力，其提交的建设用地规划许可证等五证不影响本案事实的认定。故领运公司上诉理由不成立，不予支持。

（三）再审裁判要旨（2019）最高法民再 299 号

人民法院的查封措施固定的是房屋预告登记本身以及本登记完成之后对房屋的查封，不包括通过执行程序对标的物进行拍卖、变卖、折价等。房屋预查封的执行效果取决于房屋预告登记是否符合本登记的条件。案涉《商品房买卖合同》及补充协议解除后，预告登记失效，孙某不再享有相应的物权期待权。而领运公司作为诉争房屋开发企业有权向人民法院申请解除查封，排除执行。

三、案件研析

本案经历一审、二审败诉，再审由最高人民法院改判领运公司有权向人民法院申请解除查封，排除执行。最高院认为，本案系因诉争房屋被查封后，领运公司以仲裁裁决解除诉争房屋买卖合同为由提出执行异议之诉，阻却人民法院对诉争房屋的执行。故本案应当审理认定以下几个方面：（一）庆丰公司对人民法院查封的诉争房屋享有的权利性质；（二）人民法院的查封能否限制领运公司行使合同解除权；（三）领运公司对案涉房屋能否享有足以排除强制执行的民事权益。

四、实务要点总结

（一）开发商解除预售商品房买卖合同的依据

民法典第五百二十六条规定，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。而

开发商提起诉讼也往往系因业主出现“断供”等违约行为导致，因此在房屋买卖合同解除条件成就时，开发商有权请求判决解除同业主签订的商品房买卖合同。

（二）商品房买卖合同解除对预查封及执行的影响

对于开发商作为案外人提起执行异议之诉，请求解除对房屋的预查封并停止执行这一诉请应否予以支持，目前实践中法院还没有形成较为统一的裁判观点。

观点一，如前述（2019）最高法民再 299 号案例认为开发商可依据预查封后的生效法律文书解除阻却执行，认为房屋买卖合同通过判决解除后，作为房屋买受人的业主不再享有相应的物权期待权，预告登记的效力消灭。作为房屋出卖人的开发商有权向人民法院申请解除预查封，排除执行。

观点二，如（2019）最高法民申 1103 号案例认为房屋预查封后的生效法律文书不得阻却执行，认为商品房买卖合同的解除并不能改变查封的法律效力，执行法院查封房产后即具有固定权利现状、排除之后物权变动的效力。作为案外人的开发商以另案判决解除房屋买卖合同为由主张停止执行的，不应予以支持。但是，判决也明确，虽然开发商此时无法阻却执行排除预查封，但开发商对于已经为业主偿还的银行按揭贷款部分享有优先受偿的权利，作出预查封的法院在拍卖房产时，应当从拍卖房产变价款中优先支付给开发商，从而也在一定程度保障了开发商的利益。

（三）涉案房屋存在预查封，开发商应如何应对

首先，开发商应保持并加强与合作贷款银行的沟通以及信息共享，对于按揭购房的业主，一旦开始出现逾期支付贷款或者资金紧张的情况后，开发商应及时同银行进行沟通并共同进行风险判断，尽可能在业主的其他债权人还未对房屋进行预查封前就及时解除合同并保全涉案房屋。

其次，如前所述，鉴于目前实践中法院对于房屋存在预查封后能否解除预购

商品房买卖合同以及解除合同后能否排除执行存在不同观点。因此，若开发商在因业主断供准备解除商品房买卖合同时发现涉案房屋上存在预查封，则此时就应当对作出预查封法院及其上级法院进行类案检索，以判断该法院的判案思路是更倾向于此种情况下支持阻却执行还是反对阻却执行。

若该法院持第一种观点，即开发商可依据预查封后的生效法律文书解除阻却执行。那么开发商在通过诉讼取得解除商品房买卖合同关系的生效裁判文书后，应在第一时间向涉案房屋作出预查封的法院提出执行异议，以尽快阻却法院对涉案房屋的强制执行。

若该法院持第二种观点，即涉案房屋预查封后的生效法律文书不得阻却执行。则此时建议开发商在承担阶段性担保责任后不要选择与业主解除预售商品房买卖合同，而是作为保证人尽快提起追偿权之诉，要求业主承担偿付责任。并且，通过参与分配的方式加入到对案涉房屋的执行程序中来，尽可能地保障自身权益。

施工合同无效，是否必然参照合同价款进行结算？

罗毅 发现律师事务所主任

张洁 发现律师事务所专职律师

一、问题的提出

施工合同无效情形下，如重大设计变更、工程建设规模变更等导致工程量大幅增加，及工期的延长，材料、人工费等价格波动的因素，工程成本处于变动状态，在此情形下，是否仍参照合同价款进行结算，若参照合同结算是否导致发承包双方利益的失衡？

二、案情简介

2009年12月1日，后湖公司（甲方）与四建公司（乙方）签订案涉工程的《执行合同》，约定四建公司承包后湖公司开发建设的1#、2#住宅楼及3#商业楼，其中3#商业楼为地下室2层、地上1层；3#楼按本工程住宅楼清单的综合单价、标准及计价方式据实结算（相应的材料如钢材价格均不作调整）；非乙方原因的设计变更，变更合同价款按下列方式进行：合同中已有适用的综合单价或总价，按合同中已有的价格；合同中有类似的综合单价或总价，参照类似的价格；合同中没有的适用或类似的综合单价或总价，由乙方依据变更工程资料、计量规则和计价办法提出变更工程单价或总价，经甲方确认后执行。

2010年2月6日，双方经招投标程序又签订一份《湖北省建设工程施工合同（备案合同）》，其中专用合同条款对合同价款及设计变更的约定与《执行合同》一致。施工过程中，发包人对3#楼变更设计方案，改为地上5层，并完成相关规划手续。

2011年4月8日，承包人向发包人发函：“3#商业楼价款的结算，除钢材、

水泥、商品砼等主材按施工当期《武汉建设工程价格信息》计取材料预算价外，其他均按原施工合同执行(人工费增长幅度较高，加之需要日夜抢工，请予以考虑)。”

2011年11月20日，发包人批复：“3#楼主材、人工价格等事宜，我司将结合施工实际参考政府相关文件规定，待竣工结算时给予综合考虑并协商处理。”

一审中委托鉴定机构出具鉴定意见，分别按定额据实计价（依据国家定额或施工期《武汉市建筑工程价格信息》加权平均价结算）和按合同约定计价（按照合同约定的综合单价结算），其中材料价差665.24万元（主材价差629.62万元）。

诉讼时，案涉工程已竣工验收合格并办理竣工验收备案手续。

因案涉工程属典型的“明招暗定”，违反《招标投标法》第五十三条之规定，三级法院均认定案涉工程的两份合同无效。

三、法院裁判

（一）一审判决

判决结果：一审法院采信按定额据实计价方式形成的鉴定意见，认定总造价为38011671.44元。

裁判要旨：3#楼的结算应依据建工司法解释一第十六条第二款，因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化。当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

（二）二审判决

判决结果：二审法院采信按合同约定方式形成的鉴定意见，认定总造价为29904760.61元。

裁判要旨：3#楼的结算应根据建工司法解释一第二条及第十六条第一款：“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款”的规定。发承包人双方在执行合同和备案合同中对设计变更的合同价款均作了明确约定，应按合同约定认定设计变更部分的工程价款。

（三）再审判决

判决结果：按合同约定方式的鉴定意见+调整数额（两种结算标准形成的价差的80%）。

裁判要旨：案涉工程3#楼原建筑结构为地下2层、地上1层，后变更设计方案为地上5层，并办理了工程规划许可手续的变更。3#楼在设计规划、施工面积、工程量、工期上均超出原合同约定范围，应认定为重大设计变更，除非合同明确约定由施工方承担合同外风险，从公平的角度来看，对于3#楼的工程价款应适当调整。

结合诉争工程发生设计变更、工程量增加、工期延长期间施工主材料、人工价格确有上涨的事实，二审判决按执行合同的计价标准对3#楼进行结算确有不妥。根据建工司法解释一第十六条第一款的规定，同时，结合承包人主张实际造价确实远高于合同约定结算方式造价，又考虑双方对案涉两份施工合同被认定为无效均有过错，因此，再审法院依法酌定，按合同约定综合单价方式的鉴定价格29904760.61元+调整数额5387200元（按定额据实计价和按合同约定计价的价差的80%予以调整，即价差673.4万元*80%=538.72万元）。

四、案件研析

（一）如何确定请求权基础

本再审案件的争议焦点在于，3#楼应以何种计价方式和标准进行结算。本案中，建工司法解释第十六条第一款、第二款似乎均是正确的请求权基础，根据建

工司法解释第十六条第一款之规定，按合同约定方式计价（二审法院据此判决），但在案涉工程出现重大变更情况下依约结算对承包人明显不公平，根据建工司法解释第十六条第二款的规定，按定额据实计价（一审法院据此判决），则又陷于严重悖离建工司法解释第二条关于无效合同结算原则之尴尬境地。

再审法院认为，建工司法解释一第二条是《合同法》关于合同无效后“折价补偿”原则的体现，因建设工程施工合同的特殊性，已竣工验收合格的工程无法“各自返还”，考虑到合同无效后工程价款结算缺乏折价补偿的相关标准，故司法解释规定在工程验收合格的基础上，以尊重当事人的意思自治及缔约时的市场调节结果即合同约定价格为参考，对工程进行结算。然而，如设计变更、工程建设规模变更等情况导致工程量大幅增加，由于市场、人工等波动因素的影响，工程成本处于变动状态，在此情况下，如承包人未明确同意按合同价格进行结算，不宜仅以施工方继续施工为由推定当事人具有继续按照合同价格结算的意思表示。

2011年4月8日，承包人向发包人发函要求调整工程价款，2011年11月20日，发包人批复“我司将结合施工实际参考该相关文件规定，待竣工结算时给予综合考虑并协商处理。”可见，发承包人对于3#楼工程的结算方式一直处于磋商阶段，发包人同意3#楼工程的结算价格另行协商，承包人系基于发包人承诺另行协商的前提下继续履行施工义务。

因此，再审法院在深刻剖析证据，遵循建工司法解释一第二条无效合同结算原则的基础上，对设计变更部分的工程价款结合相关情节进行酌定调整的判决，更能符合建工司法解释的立法原意。

（二）类案的最高院观点集成

除了对此案的研析外，关于无效合同参照合同价款结算的问题，再审律师团

队检索了最高院类似案例，裁判观点如下。

序号	案号	裁判观点
1	(2016)最高法民再135号	<u>无效合同比照有效处理的前提是当事人对权利义务进行充分协商、各自意志已充分表达，只有对合同履行的利益有了全面以及合理的预期才能够接受合同条款的约束.....施工过程中建筑主材发生异常涨价，按未经充分协商的固定价继续履行施工合同已缺乏可能....</u> 可以证明施工合同所约定的固定承包价缺乏事实基础并实际导致利益失衡，在此情况下双方根据施工合同的实际履行情况以及市场的重大变化重新议定工程价款具有合理性。
2	(2016)最高法民再392号	根据建工司法解释第二条规定.... <u>在本案施工合同无效的情形下，合同中关于采用固定价款的约定虽具有“参照”价值，但并非当然具有法律拘束力，不能径直作为处理本案纠纷的依据....</u> 在本案实际工期远超出合同约定，且发生设计变更情形下，原审未“参照”合同约定的固定价款认定工程造价，而接受宏远公司的申请委托鉴定机构进行造价鉴定，并无不当。
3	(2017)最高法民终225号	建设工程签订多份合同均无效，施工合同约定的工期、工程价款等内容不同，折价补偿标准， <u>应当综合导致合同无效的缔约过错、履行无效施工合同造成的损失情况、发包人支付工程价款和施工人施工质量、行业惯例等因素确定。</u>

五、实务总结

(一) 再审程序事由之启示

该再审案件经湖北高院二审改判后，承包人向最高院提起再审申请，其再审申请的事由被最高院认可并经提审后改判。对此，首先需借鉴的是如何成功设计和组织再审申请的事由。

本案中，承包人主要依凭的再审事由为二审判决适用法律错误，即主张 3# 楼工程发生重大变更，包括建筑物类型、建筑面积、容积率、施工工期、建设成本等均发生变更，实际施工范围已超出原合同的承包范围，按合同约定结算工程款显失公平，但二审判决适用建工司法解释第二条、第十六条第一款规定，以合同约定方式认定工程造价，属适用法律错误，依据《民事诉讼法》第二百条第(六)项之规定属于再审情形。

因此，再审申请书中事实与理由的论述，无需篇幅过多，对案件每项争议焦点一一赘述、面面俱到，更重要的是切中要害、阐述终审判决中错判部分，一语中的即可。

(二) 再审实体问题之启示

根据再审判决的说理部分可见，2011 年 4 月 8 日承包人向发包人的发函，2011 年 11 月 20 日发包人的批复文件，两份证据对再审案件的改判起着关键作用。2011 年 4 月 8 日，承包人向发包人的发函，提出了要求调整工程价款请求，而发包人批复中明确“待竣工结算时给予综合考虑并协商处理”，该两份证据证明了发承包人因设计变更对主材和人工价格进行调整的意思表示。

因此，如何梳理证据、对关键证据进行解读，正确挖掘证据背后所隐藏的当事人真实意思表示，并据此合法合理地主张自己的观点，对法院认定案件事实及采信代理律师的观点非常重要，也十分考验再审团队律师的证据收集及结合案情的阐述说理能力。

债权人申请执行承包人的应收工程款，实际施工人可否排除该执行？

罗毅 发现律师事务所主任

杨露 发现律师事务所实习律师

一、问题的引出

在建设工程施工领域，与发包人订立建设工程合同的承包人依法对发包人享有工程款债权。而在现行关于审理建设工程纠纷的司法解释中，也在一定条件下赋予实际施工人直接向发包人主张工程款的权利。司法实践中，如有第三人对承包人的应收工程款申请执行，实际施工人能否以其对工程款享有的债权排除该执行？本文深入解读四川省高级人民法院的一则再审改判案例，以期对该问题进行探讨研析。

二、案情简介

2016年8月8日，方州公司（发包人）与蜀达公司（承包人）签订《合同协议书》，将案涉工程承包给蜀达公司，签约合同价为13805090元。2016年12月9日，蜀达公司（甲方、聘用方）与刘某（乙方，被聘用方）签订《项目管理目标责任书》，约定刘某以承包方式承包案涉工程项目部成为项目负责人，负责组织项目施工。其后，因刘某、蜀达公司与多名材料供应商的合同纠纷，在（2018）川1324民初2125号等23份民事判决中，法院认定刘某为案涉工程实际施工人。

其后，在李某诉蜀达公司借款合同纠纷一案中，经人民法院调解确认蜀达公司尚欠李某借款本金、利息及律师费共计1523200元。因蜀达公司未按调解书履行还款义务，李某申请强制执行，执行法院作出执行裁定：“将被执行人四川省蜀达建设工程有限责任公司在仪陇县方州自来水有限责任公司的应收款项170万提取至本院”。刘某作为案外人以其系款项实际权利人为由，向执行法院提出

书面异议，要求执行法院停止对案涉款项的执行。执行法院于2019年3月20日作出（2019）川0107执异91号执行裁定书，裁定驳回刘某的异议请求，故刘某提起执行异议之诉，请求确认李某申请冻结的方州公司应付工程款170万元属其所有，并停止对该款项的执行。

三、法院裁判

（一）一审裁判要旨

赋予实际施工人向发包人直接主张工程价款权利的依据为《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条，该条系在特定情形下支持实际施工人突破合同相对性向发包人主张债权的依据，即使刘某为案涉工程实际施工人，本案并不具有实际施工人可依据该条规定主张债权的情形，且依据该条也不能得出实际施工人在该种情形下主张的债权相对于其他一般债权具有优先性的结论。故判决驳回刘某的诉讼请求。

（二）二审裁判要旨

首先，对于刘某是否为实际施工人，应在设工程施工合同纠纷案件中才能予以认定，不属于本案的审理范围。其次，根据合同相对性的原则，即便刘某系实际施工人，但本案并非建设工程施工合同纠纷案件，方州公司并无直接向刘某支付应收工程款170万元的义务。故判决驳回刘某的上诉。

（三）再审裁判要旨【案号：（2020）川民再390号】

首先，针对刘某系案涉工程实际施工人的问题，已在另案生效判决书中予以确认，并得到发包方方州公司的认可，故在本案中无须再次证明。本案现有证据足以证明刘某所应享有的工程款数额已覆盖了案涉工程款债权170万元，刘某依法可以享有对案涉170万元应付工程款的债权。其次，实际施工人刘某的债权应当相对优先于承包人的债权，能够阻却人民法院在对承包人债权的强制执行。

故判决撤销一、二审判决书，并判令不得执行蜀达公司在方州公司的应收工程款170万元。

四、再审解读

本案系因承包人对发包人享有的应收工程款被法院裁定强制执行，由实际施工人提起的案外人执行异议之诉，争议焦点为实际施工人对案涉工程款是否享有足以排除人民法院强制执行的民事权益。针对该问题，再审法院从三个层面予以剖析：

第一，关于实际施工人身份确认的问题。二审法院认为关于实际施工人的身份认定应在建设工程施工合同纠纷案件中进行，本案系案外人执行异议之诉，实际施工人的身份确认问题不属于本案的审理范围。这实际上借鉴了最高人民法院在(2016)最高法民再149号判决书中的观点：“实际施工人是最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中规定的概念，旨在对于那些已实际施工诉争工程但无法因合同关系主张工程款的人予以限制性保护，因其规范情形之特定性，故亦应在该规范所涉之建设工程施工合同纠纷案件中，才适宜对实际施工人的身份作出认定。”但就本案来说，由于在另案生效民事判决中，已认定刘某为案涉工程实际施工人的事实，再审法院根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条的规定：“下列事实，当事人无须举证证明：……（六）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实；……第六项、第七项事实，当事人有相反证据足以推翻的除外”，对刘某系案涉工程实际施工人的事实依法予以确认。这为本案后续的裁判建立了前提条件，即在本案中提起第三人执行异议之诉的确实系案涉工程的实际施工人。

第二，关于本案实际施工人对案涉170万元应付工程款是否享有债权的问题。再审法院以《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问

题的解释（二）》第二十四条作为法律依据，认为在工程经竣工验收合格的情况下，若实际施工人对工程价款提出权利主张，经查明发包人确有欠付工程款的行为，人民法院应当直接确认发包人与实际施工人之间的债权债务关系。目前虽无生效法律文书对刘某所享有的工程款债权数额予以认定，但方州公司对欠付工程款 170 万元并未否认，李某亦未提交刘某已领取完毕或者已超额领取其应得款项的反驳证据，本案现有证据足以证明刘某所应享有的工程款数额已覆盖了案涉工程款债权 170 万元。因此，刘某依法可以享有对案涉 170 万元应付工程款的债权。

第三，关于刘某依法享有的工程款债权能否阻却人民法院强制执行的问题。再审法院认为该问题的解决有赖于对不同债权进行顺位排序，在本案中，实际施工人的债权应当相对优先于承包人的债权，理由如下：第一，从债权形成原因来看，建设工程价款是施工人投入劳务、材料等到建设工程中所获得的对价。实际施工人刘某才是工程的实际投入方，工程款债权的形成主要源于实际施工人的施工行为。并且，实际施工人的债权能否顺利实现，往往还会影响建筑工人工资能否如期兑现等基本生存权益，而这也是前述司法解释之所以突破合同相对性，赋予实际施工人直接向发包人主张工程款权利的司法政策考量所在；第二，从工程款最终归属来看，与承包人相较，实际施工人所应享有的基于施工行为所形成的工程款债权更具有终局性。即使承包人先行向发包人主张了工程款债权并获得支持，实际施工人也可以向承包人主张根据双方约定有权获得的工程款；第三，从过错程度来看，承包人与实际施工人在非法转包事实上的主观过错程度相当，不能仅以实际施工人违法在先、风险自担为由，而否定实际施工人的权利主张；第四，从执行申请人的合理信赖来看，申请执行的对象只是承包人责任财产范围中的应收工程款债权，执行申请人并不是基于该工程款应收债权而与承包人建立的债权债务关系，不存在需要特别关注和保护的合理信赖。

五、观点争鸣

关于债权人执行承包人对发包人的到期债权，实际施工人能否以其对发包人享有的债权排除该执行的问题，司法实践中尚存在较大争议。

首先，实际施工人的身份确认问题系认定其债权能否排除执行的前提条件。从本案一二审以及最高人民法院作出的类案裁判观点来看，在执行异议之诉案件中讨论实际施工人的身份认定问题有超出案件审理范围的可能。在司法实践中，持该观点的判例并不少见，具体列举如下表：

序号	案号	裁判观点
1	(2016)最高法民再149号	在建设工程施工合同纠纷案件中，才适宜对实际施工人的身份作出认定。本案系案外人执行异议之诉，并非实际施工人以发包人和承包人为被告提起的建设工程施工合同纠纷，原判决认定李建国为蓝天佳苑二期工程的实际施工人，超出了本案的审理范围。
2	(2017)皖民终410号	本案审理的是案外人执行异议之诉即姚科海对案涉执行标的2000万元银行存款是否享有足以排除强制执行的民事权益，而非建设工程施工合同纠纷，姚科海上诉请求本院依据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定，确认姚科海作为案涉道排工程的实际施工人，对项目工程价款享有合法权利，超出了本案的审理范围。
3	(2018)渝民终200号	根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的规定，实际施工人可在规范所涉之建设工程施工合同纠纷案件中向发包人主张权利。故张伟、谢凤其是否具备实际施工人身份、发包人武胜县人社局是否欠付工程款以及欠付工程款的范围均应在建设工程施工合同纠纷案件中审理确定。本案系案外人执行异议之诉，实际施工人问题并非本案审查范围。
4	(2019)鲁民终215号	在建设工程施工合同纠纷案件中，才适宜对实际施工人的身份作出认定。案外人执行异议之诉的审查范围限于当事人之间的实体权利，即案外人对执行标的是否享有实体权利、该实体权利是否足以排除强制执行。一审判决在案外人执行异议之诉中认定杨修传为实际施工人，超出了本案的审理范围，应予纠正。

本案中，已有另案生效裁判对实际施工人的身份予以确认，这是本案实际施

工人的主张得以被支持的先决条件，事实上也为此类案件中实际施工人的债权排除执行设置了较高的要求和前提，即实际施工人的身份已经得到生效文书予以确认。

其次，针对实际施工人能否排除第三人对承包人债权的执行这一问题，目前司法实践中存在不同观点：

（一）持否定意见

江西省高级人民法院《关于执行异议之诉案件的审理指南》第三十七条：

人民法院针对建设工程发包人应给付承包人的工程款到期债权实施强制执行，实际施工人以其与承包人之间存在挂靠关系，其应享有工程款债权为由提起执行异议之诉的，不予支持。

吉林省高级人民法院《关于审理执行异议之诉案件若干疑难问题的解答》第三十二条：

实际施工人以其系工程款债权所有人为由针对承包人的到期债权提起执行异议之诉的，人民法院该如何处理？

人民法院针对建设工程发包人应给付承包人的工程款到期债权强制执行的，实际施工人以其与承包人之间存在挂靠关系，其应享有工程款债权为由提起案外人执行异议之诉的，在建设工程存在违法分包、转包及挂靠的情形下，实际施工人不能直接向发包人主张债权，且与排除执行的诉讼目的无关，其提起执行异议之诉的，人民法院应当不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

（二）持肯定意见

江苏省高级人民法院《执行异议及执行异议之诉案件审理指南（三）》第三十条认为：

在实际施工人身份确定、证据充分、数额合理的情况下，第三人执行承包人对发包人到期债权的，实际施工人可以排除第三人对该工程债权的执行。

六、律师研析

综上所述，目前对于实际施工人享有的权益能够排除另案执行的问题，司法实践中存在较大争议，这与建设工程领域法律主体之多、法律关系之复杂等原因是密切相关的。针对该问题，笔者认为，实际施工人享有的权利尚未达到排除另案执行的程度，理由如下：

从权利的优先顺位来看，实际施工人对发包人享有的债权并不优先于承包人。在实际施工人提起的案外人执行异议之诉中，虽然实际施工人主张排除执行申请人的债权，但由于执行申请人实行的是对承包人享有的代位权，因此实质上仍然是实际施工人对发包人的债权与承包人对发包人的债权进行顺位排序。虽然现行法律并未明确规定该两种债权的优先顺位，但民法典合同编第 807 条完全沿袭了原《合同法》第 286 条的规定，赋予与发包人订立建设工程合同的承包人建设工程优先受偿权。而对于实际施工人来说，其是否具有建设工程优先权一直是司法实践中的难点热点，支持实际施工人具有建工优先权的声言虽有不少，但我国现行法律从未赋予实际施工人建设工程优先受偿权，也就是说，承包人享有法定的建设工程优先受偿权，而实际施工人并不享有。因此，当两种债权发生冲突，应当以承包人的债权优先为宜。

从法益保护的角度，基于有效合同产生的债权应当得到优先保护。实际施工人与承包人签订的合同系因转包、违法分包、肢解合同等违法行为而被认定为无效，因此实际施工人的债权系基于无效合同而产生。即使《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定实际施工人可以突破合同相对性直接以发包人作为被告主张债权，但对于该条规定不

宜做扩大适用。除该条规定的情况以外，其他情形仍然坚持以合同相对性原则作为解决合同纠纷的基本底线。根据合同相对性原则，实际施工人和承包人的债权基于两个不同合同产生，实际施工人基于无效转包合同形成的债权不能优先于承包人在有效合同中享有的债权。

从维护社会诚实信用角度来说，实际施工人本身实行违法行为在先，如果基于该违法行为产生的权益能够排除另案执行，不利于维护合法的建设工程法治秩序，不利于社会诚信与法治社会建设。

规避限购政策的借名买房合同是否有效？

罗毅 发现律师事务所主任

卢禹竹 发现律师事务所实习律师

居者有其屋，是全社会的美好愿景。近年来，由于房地产市场过热，为维护正常的房屋交易秩序，国家不断加强调控力度，地方政府纷纷出台了限购政策。但在实践中，规避限购政策的借名买房行为层出不穷。然而在法律、行政法规层面上，并未专门对借名买房的合同效力进行明确规定。本文以一则最高院判决为基点，归纳提炼出最新的司法裁判规则，深度解读规避限购政策的借名买房合同效力。并由此展开，简要总结各类型借名买房的合同效力。最后，有针对性地提出了实务建议。

一、案情简介

（一）合同签订情况

1. 借名人和出名人之间的代持关系

2012年12月20日，徐沛欣与曾塞外签订《房产代持协议》约定：案涉房屋的一切权利均属于徐沛欣。徐沛欣以曾塞外名义签订案涉购房合同及其他相关配套文件，房屋登记在曾塞外名下。曾塞外仅代替徐沛欣持有房产，并不享有任何权利，未经徐沛欣书面同意，曾塞外不得单方处分房产。

2. 出名人和房地产公司之间的买卖关系

2013年3月8日，星泰房地产公司与曾塞外签订《北京市商品房现房买卖合同》，约定曾塞外购买案涉房屋，房屋总价款2659.2万元，买方签名为“曾塞外”，并以“曾塞外”的名义办理了网签备案。

（二）合同履行情况

1. 房屋的购买及使用情况

协议签订后，徐沛欣支付了案涉房屋总房款，并以“曾塞外”的名义办理了房屋买卖及权属登记手续。2016年2月19日，案涉房屋所有权登记在曾塞外名下。2016年10月17日之前，徐沛欣已实际占有使用案涉房屋，并交纳了该房屋的车位租赁费等费用。

2. 案涉房屋被曾塞外的债权人查封

2014年4月25日，在辽宁中集哈深冷气体液化设备有限公司（以下简称中集哈深公司）与大庆庆然天然气有限公司（以下简称庆然公司）的借款关系中，曾塞外为庆然公司的借款提供连带责任保证。2016年5月16日，法院判决庆然公司返还中集哈深公司借款本金及利息，曾塞外等人承担连带给付责任。判决生效后，中集哈深公司向法院申请强制执行。2016年10月17日，法院作出（2016）辽01执579号民事裁定书，查封了曾塞外名下的案涉房屋。

（三）起诉情况

2017年4月11日，徐沛欣向法院提起案外人执行异议，法院驳回了其申请。之后，徐沛欣又以曾塞外并非案涉房屋的真实所有权人，无权处分房屋为由，作为原告向法院提起了执行异议之诉，请求中止执行（2016）辽01执579号民事裁定书，解除对案涉房屋的查封。

二、法院裁判

（一）一审法院

1. 一审法院裁判要旨

限购政策为房地产市场的行政调控管理手段，非法律和行政法规的强制性规定，徐沛欣占用曾塞外的购房资格，曾塞外即失去购房资格，不会导致地区限购

政策落空，不损害公共利益。故不能因此否定徐沛欣对案涉房屋享有的财产权利。

2. 一审法院判决

中止执行案涉房屋。

（二）二审法院

1. 二审法院裁判要旨

购买案涉房屋虽违反了地方政府限购规定，但限购文件并非法律和行政法规的效力性强制性规定，借名买房合同应认定有效。当物权登记与实际权利状况不符时，要以实际权利状况为依据认定事实。双方通过借名买房的外在形式，将真实物权登记于借名人名下，是对物权的处分方式。

2. 二审法院判决

驳回上诉，维持原判。

（三）再审法院

1. 再审法院裁判要旨【案号：（2020）最高法民再 328 号】

徐沛欣为规避国家限购政策而借名买房，有违公序良俗原则，案涉借名买房合同应认定为无效。

但其嗣后通过消除限购政策障碍补正了合同效力，并通过生效判决的执行而完成了不动产登记，成为案涉房屋所有权人。在本院裁定提审后出现的新事实，已经从根本上改变了案涉房屋的权属关系，中集哈深公司在对曾塞外的执行程序中主张继续执行案涉已经属于徐沛欣的房屋，缺乏理据，不应支持。原审判决适用法律虽有错误，但徐沛欣已经取得案涉房屋的所有权，足以排除法院的执行。

2. 再审法院判决

维持二审判决。

三、再审研析

本案的争议焦点是规避国家限购政策的借名买房合同是否有效。再审法院从国家政策导向、公序良俗的角度作出了如下分析：

徐沛欣在当时已有两套住房的情况下仍借曾塞外之名另行买房，目的在于规避国务院和北京市的限购政策，通过投机性购房获取额外不当利益。司法对于此种行为如不加限制而任其泛滥，则无异于纵容不合理住房需求和投机性购房快速增长，鼓励不诚信的当事人通过规避国家政策红线获取不当利益，不但与司法维护社会诚信和公平正义的职责不符，而且势必导致国家房地产宏观调控政策落空，阻碍国家宏观经济政策落实，影响经济社会协调发展，损害社会公共利益和社会秩序。故徐沛欣与曾塞外为规避国家限购政策签订的《房产代持协议》因违背公序良俗而应认定无效。

四、再审团队解读

实际上，在本次最高院认定“规避限购政策的借名买房合同因违反公序良俗无效”之前，实践中对于该类借名买房合同是否有效以及能否排除执行尚存一定争议。亦有判决认为借名买房行为不违反法律法规的强制性规定，例如，在（2020）最高法民申 1892 号一案中，法院认可了因规避国家政策规定而产生的借名买房合同的效力，并认为实际购房者对于案涉房产享有的民事权益足以阻却执行。

此次最高院最新作出的判决明确将规避限购政策的借名买房合同归入违反公序良俗的无效合同，体现出我国调控政策持续收紧、强力遏制规避限购政策行为的趋势，起到了规范房屋交易市场、倡导诚实信用、改善社会风气的作用。在我国大力推行类案检索制度的背景下，最高院作出的这一裁判规则已被各地法院执行，例如（2020）豫民申 8401 号判决，在认定规避限购政策的借名买房合同

效力时，河南省高级人民法院采用了最高院的司法观点。

所以，在当今的时代背景下，可以得出“规避限购政策的借名买房合同无效”的结论。

但值得注意的是，本次最高院判决存在特殊性，虽然最高院否定了该借名买房合同的效力，但却肯定了借名人徐沛欣对案涉房屋所享有的物权，排除了中集哈深公司的执行。原因在于徐沛欣在法院判决前已取得了北京市的购房资格并办理了房屋过户登记，已成为了经登记的房屋所有权人，至此，在对曾塞外的执行程序中，中集哈深公司主张继续执行已经归属于徐沛欣的案涉房屋，已然不具有事实基础和法律依据。所以，再审团队在此特别提醒，若您曾因规避限购政策签订了借名买房合同，如果之后取得了购房资格，需尽快去办理房屋过户登记，则可成为实际物权人，排除出名人债权人的强制执行。

五、案例延伸

承前所述，“违反限购政策的借名买房合同”无效。但是否所有的“借名买房合同”都无效？答案是否定的。为了让读者对借名买房合同有更全面的认识，再审团队将结合借名买房合同的不同类型，进行简要介绍。

（一）规避政府政策的借名买房合同效力

规避国家政策的借名买房合同，具体可分为许多种类，在当今形势下，均为无效合同。这类合同是我们需要避免签订的类型。

1. 规避限购政策的借名买房合同无效。前文已论证，在此不予赘述。

2. 规避限贷政策的借名买房合同无效。例如（2014）粤高法民申字第1692号判决认为：房产限贷令作为严格限制各种名目的炒房和投机性购房，遏制部分城市房价过快上涨的重要政策措施，体现了社会公共利益。借名买房关系损害了

社会公共利益，应属无效。

3. 规避保障性住房政策的借名买房合同无效。例如（2019）京民申 6598 号判决认为：涉案房屋属于限价商品房，双方的借名买房行为会损害其他具备限价商品住房购买资格者的权益，借名买房合同关系应属无效。

（二）规避债务转移财产的借名买房合同效力

规避债务、转移财产的借名买房合同无效。

实践中，存在部分实际购房者利用借名买房的形式，隐匿、转移财产，从而损害他人合法权益的情况。例如，某些债务人负债累累，却以他人名义购买房屋，使债权人无法找到其名下房产，实现逃避执行的目的。又例如，夫妻一方通过借名买房协议转移财产，避免在离婚时分割这部分资产。根据民法典第一百五十四条的规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”因此，为规避债务、转移财产而签订的借名买房合同是无效的。

（三）因其他个人原因签订的借名买房合同效力

在现实生活中，也有的购房者出于个人原因不想将房产登记在自己名下，仅是单纯地不愿显名。针对这一情形，只要借名买房合同不违反不存在其他无效情形（即不违反法律法规的强制性规定、不违背公序良俗、不损害他人的合法权益），该合同有效。

在此情况下，借名人可以依据实质上的代持关系要求出名人将房屋过户至其名下，但此项权利系基于合同关系所产生的债权请求权，在经法定变更登记程序完成物权公示之前，借名人尚不能依据借名买房的合同关系直接被确认为房屋的物权人，其所享有的债权请求权也不具有对世效力和排他效力。

六、实务建议

司法实践中，借名买房引发的纠纷频发。对此，再审团队有以下三点建议：

第一，充分认识借名买房的风险，尽量避免借名买房。

首先，对于借名人而言，借名买房的风险有：出名人否认借名事实；由于房产登记在出名人名下，出名人擅自将房产出卖给第三人；因出名人对外负债等原因导致房产被查封、执行；因出名人离婚纠纷导致登记在其名下房产被视为夫妻共同财产进行处理；因出名人去世，导致登记在其名下的房产被作为遗产进行处理；出名人拒绝配合办理产权过户等。

其次，对于出名人而言，借名买房的风险有：由于多地对购房者的购房记录、贷款记录等有要求，出名人自己可能丧失享受购房政策的条件；若以银行按揭贷款的形式购买房屋，当借名人还贷不及时或者无力还贷，出名人面临偿还债务和产生不良信用记录的风险。

所以，借名买房风险极大，再审团队不建议采用此方式购置房产。

第二，如果确需借名买房，借名人应做好风险防控措施。

1. 不踩政策红线。借名人不得故意规避限购政策，也不得买经济适用房、限价商品房等保障性住房，避免钱房两空。

2. 留存出资证据。借名人应保留好出资的银行转账凭证、购房合同、房屋产权登记证书、税款缴纳凭证等。当出名人主张房屋归其所有时，借名人可提供充分的借名买房证据。

3. 占有使用房屋。借名人应妥善保管水电费支付记录、物业费发票、维修基金收据、停车费发票等，在出名人否认借名买房事实时，佐证双方的借名买房行为。

4. 签订完善的借名买房合同。在合同中要明确房屋权属、双方的权利与义务，

并对出名人施以严格的违约责任，避免今后产生纠纷。

5. 要求出名人将房屋抵押给自己。虽然民法典规定抵押物可自由转让，但鉴于当前的登记现状，由出名人将该房产抵押给借名人，仍可在一定程度上防止借名人擅自转让房产。

第三，如果确需借名买房，出名人应十分谨慎。

1. 充分了解当地购房政策。首先，出名人应做到不故意规避当地的购房政策；其次，如果出名人未来有购房需求，还应长远考量借名买房行为是否会影响自身权益、是否对购房计划产生不利影响。

2. 要求借名人全额支付房款。若采取全款购房的方式，出名人可有效避免因后续的按揭还款问题与借名人产生资金纠纷。

3. 如确需按揭贷款，应审查借名人的还款能力。在同意借名人的请求前，出名人应对借名人进行尽职调查，查询其涉诉情况、是否为失信被执行人，并全面了解其债权债务情况等。如果出名人的还款能力不强，建议审慎对待或拒绝与其合作。

开发商破产，地产黑天鹅事件中的购房人将何去何从？

罗毅 发现律师事务所主任

夏冬 发现律师事务所实习律师

早在千年前就有位诗圣感慨：安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜，风雨不动安如山。而在千年后的今天，层出不穷的“烂尾楼”，波云诡谲的房地产交易内幕，时代浪潮的席卷下，多少幸福的家庭一夜之间坍塌在地产商腾挪移的诡计中。在开发商破产陷入经济危机后，如何保障购房者的合法权益呢？购房者是否拥有对所购房屋的合法取回权，本文将探讨一二。

一、案情简介

2012年11月8日，民丰房地产公司与殷乐三签订《商品房购销合同》，合同约定：乙方（殷乐三）购买的商品房为第19幢第1-9层，该商品房总价款为人民币10000000元，乙方应于2012年11月8日签订合同之日一次性付清全部房款。合同签订后，殷乐三先后于2012年11月27日、12月6日四次通过网银转账和个人汇款的方式支付10000000元至民丰房地产公司指定的其法定代表人周自芳的账户。民丰房地产公司未在合同约定期限内交付房屋。

此后，民丰房地产公司所建设的商务酒店主体工程已完成，但无书面验收资料，也未交付殷乐三。2018年5月2日，民丰房地产公司因经营管理不善，不能清偿到期债务，法院裁定受理了云南新永丰科技有限公司、大姚县森盛木业有限公司、金美林对民丰房地产公司破产清算申请。尔后，殷乐三就诉争房屋取回权纠纷一案提起诉讼。

二、法院裁判

（一）一审法院

1. 一审法院裁判要旨

【案号：（2019）云 23 民初 102 号】：根据《中华人民共和国物权法》第九条规定：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外；第十五条规定：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。本案中，房地产权转移的确认登记机关是房管部门，昆明仲裁委（2015）201 号裁决书不产生物权登记效力，案涉房产尚未变更登记至原告殷乐三名下，所有权仍属于被告民丰房地产公司，且该房屋至今尚未竣工验收，原告殷乐三无权主张取回，其要求交付房屋并协助办理房屋所有权证的诉讼请求不能成立。

2. 一审法院判决

驳回原告殷乐三的诉讼请求。

（二）二审法院

1. 二审法院裁判要旨

【案号：（2020）云民终 1095 号】：殷乐三诉请民丰房地产公司交付案涉房屋并协助办理房屋所有权证，实质上是要求民丰房地产公司对殷乐三原有债权在破产程序之外给予全额、个别清偿。对于破产企业而言，其在进入破产程序后债权人参与分配破产财产前，破产财产这一集合财产不得被随意处分，以保证债权人能够公平受偿。殷乐三该项主张成立将构成个别清偿，会对民丰房地产公司其他债权人的利益造成损害，有违破产法第十六条：“人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效”之规定。

2. 二审法院判决

驳回上诉，维持原判。

（三）再审法院

1. 再审法院裁判要旨

【案号：（2020）最高法民申 6116 号】：至人民法院受理破产申请前，案涉房产并未交付于殷乐三，而案涉房产亦尚未办理首次登记工作，更未过户登记至殷乐三名下，故房屋所有权仍属于民丰房地产公司，殷乐三只享有要求交付的债权。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第二条，案涉房产也不属于不应认定为债务人财产的情形，依据《企业破产法》第三十条之规定，案涉房产仍属于民丰房地产公司的破产财产。

2. 再审法院判决

驳回殷乐三的再审申请。

三、再审研析

《中华人民共和国企业破产法》第三十八条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。”破产取回权是物的返还请求权在破产法上的适用，其权利基础主要是所有权以及其他权利。故本案殷乐三是否有权取回案涉房屋，关键在于其是否对标的物享有所有权或其他权利，根据现有法律规定，要判断当事人对其主张的财产是否拥有一般取回权，取决于其是否系诉争财产的“权利人”。一般取回权对诉争财产的主张人要求为“权利人”，即其应拥有基础性权利即物权关系。对权利人而言，基础性权利包含所有权、用益物权、占有权等其他物权。

笔者认为，本案三次判决，分析层层递进，从单一解释到多个概念结合法条

联合解释，从抽象到具体概念，现整理两个主要争点如下：

第一，诉争的房产是否属于破产财产：根据破产法第三十条“破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。”并且，根据2020年《最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）》第二条“债务人基于仓储、保管等法律关系占有、使用的他人财产；债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产等均不能认定为破产财产。”对比2002年9月1日施行的《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条不属于破产财产的规定，删除了“特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物”、“尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产（该条适用的前提是卖方已取得合法的处分权并且以双方签订的《商品房买卖合同》有效为前提）”两项规定，实践中部分法院因此而认为类似案件中，没有办理产权证、尚未交付的诉争房屋应属于破产财产，本案中也是如此。

第二，殷乐三是否对拍卖诉争房产价款有取回权请求基础：首先殷乐三是和房地产公司签订购房合同，在诉讼进行前，该诉争房屋并未交付、未办理产权证，此时提起诉讼殷乐三的请求权基础仅有根据购房合同产生的债权，而并没有构成取回权的一般基础性权利。再者，根据《最高人民法院关于建设工程优先受偿权问题的批复》，其规定了交付购买商品房的全部或者大部分款项的消费者有权就购买的商品房行使优先受偿权，但是该批复所针对的消费者，是指为生活消费需要而不是为经营需要，实践中应做严格限制，所以不能进行扩大解释。本案中，殷乐三购买1-9层房屋，显然不是用于购买唯一的刚性需求住宅来满足自己的基本居住需求，而是为了进行商业计划。他显而易见的不属于此处前述批复中要保护的“消费者”群体，因此也并不因为其购房者的身份对房屋价款具有优先受偿权。

四、类案判例的不同解读

1、已经给付全额房款，房屋还未实际交付购房人——法院认定诉争房屋不属于破产财产。【案号：（2017）最高法民申 1429 号】

住宅公司主张涉案商品房尚未建成，因此不是标的物，客观上也无法转移占有，即涉案商品房并非特定物且不符合《审理破产案件规定》第七十一条第五项规定的情形。而法院认为，购房人与住宅公司签订的《商品房买卖合同》合法有效，且购房人已支付全部购房款。购房人所购商品房的楼层、房号、面积均具体明确，与其他房屋可以进行明显区别，系特定物。根据《审理破产案件规定》第七十一条第五项规定的“尚未转移占有”，不仅包括可以转移占有但尚未转移的情形，也应包括客观上不符合交付条件，尚无法转移占有的情形。故认定涉案商品房不属于破产财产并无不当。

2、已经给付全额房款，房屋还未实际交付购房人——法院认定诉争房屋属于破产财产。【案号：（2020）最高法民申 2512 号】

《破产案件若干问题规定》未被废止，《破产法司法解释二》第二条亦未明确将《破产案件若干问题规定》第七十一条第五项规定的“特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物”情形列入破产财产，但《破产法司法解释二》第二条第四项同时规定“其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产”不应认定为债务人的破产财产。据此，按照《物权法》第九条“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外”和第一百四十二条“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外”的规定，作为案涉工程建设用地使用权人的名嘉公司，依法原始取得其建造的包括案涉 30101 号房产在内莱芜名嘉广场工程的所有权，王红霞虽与名嘉公司

签订《商品房预售合同》，并全额支付房款，但未依法办理不动产物权变更、转让登记手续，未能取得案涉 30101 号房产的所有权。二审判决认定案涉 30101 号房产所有权仍应由名嘉公司享有，并认定该房产属于名嘉公司的破产财产，适用法律并无不当。

3、已给付全额房款，并且进行了预告登记，房屋已经实际竣工验收——法院认定诉争房屋属于破产财产。【案号：（2017）湘 09 民终 35 号】

在蒋天物与益阳天业房地产投资开发有限公司等一般取回权纠纷一案中，蒋天物购买益阳天业房地产名下 20 套房屋计划用于商业项目，办理预告登记后，房地产公司被宣告破产。法院认为，蒋天物通过买卖合同对诉争房屋进行了预告登记，其对诉争房屋享有的仅为保障将来实现物权的权利，并非物权的直接确认，异于直接确认物权的本登记，故蒋天物对涉案房屋仅享有债权，蒋天物并不因为该债权关系对诉争房屋享有基础性权利，因此其要求取回案涉房屋的诉求被驳回。并且法院认定诉争房屋应属于天业房地产公司的破产财产。

五、结语

对普通的购房人为了满足自身基础居住需求而言所购买的房屋，包括通过按揭交付房款的购房人，交付全款后，即使开发商陷入破产危机，购房人也有要求开发商继续履行交房义务的合法权利。不过，正如上述展开讨论的第二个案件中，因为房屋并未竣工，或者未办理产权交付，司法实践判例也有部分法院认为购房人对诉争房屋没有取得房屋所有权。

更进一步，法院也认为《审理破产案件规定》第七十一条第五项“特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物不属于破产财产；”这一条规定目前已被《破产法司法解释二》第二条不属于破产财产的规定“破产中债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系

占有、使用的他人财产；债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产；所有权专属于国家且不得转让的财产；其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产”所替代，因此主张购房人对诉争房屋并没有取回权，认为该未竣工的或未交付的房屋属于破产财产，从而驳回购房人的一般取回权诉讼请求。所以，消费者在购买期房时，应提前做好对开发商的资质、品牌管理调查，以及对开发商的自身风险管理能力进行评估，做好尽职调查，再谨慎进行购买行为，别用辛苦的奋斗去等待一个无望的海市蜃楼。

抵押权不适用诉讼时效，但受主债权诉讼时效的限制

罗毅 发现律师事务所主任

李将军 发现律师事务所合伙人律师

根据担保物权法律制度和规范，担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，担保物权人即可依法行使担保物权。关于实现担保物权的方式，可以约定担保物权人将担保财产自行拍卖、变卖并就所得的价款优先受偿，也可以依照民事诉讼法有关实现担保物权案件的规定申请拍卖、变卖担保财产，还可以直接向人民法院提起担保物权的普通诉讼。

抵押权作为担保物权的一种，不论采取何种实现担保物权的方式，并不适用诉讼时效制度，否则有违传统民法理论。抵押权虽然不适用诉讼时效制度，但其行使却有期间限制，根据《民法典》第四百一十九条、《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》第四十四条以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 59 条的规定，抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间内行使抵押权。主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持。

一、案情简介

2014 年 9 月 12 日，赵继胜与辽宁实华（集团）房地产开发有限公司（以下简称实华房地产公司）签订《抵押借款合同》，约定实华房地产公司向赵继胜借款 5000 万元，借款期限为 12 个月。

同日，本溪实华新世界物业管理有限公司（以下简称实华物业公司）与赵继胜，分别作为抵押人和抵押权人签订了《本溪市房地产抵押合同》，由实华物业公司用位于辽宁省本溪市平山区解放南路 8 栋、建筑面积 49820.82 平方米的房

产提供抵押担保。双方于 2014 年 9 月 12 日在辽宁省本溪市不动产登记中心办理了抵押权登记。

借款到期后，赵继胜向人民法院提起诉讼，要求实华房地产公司偿还借款 5000 万元及利息，并承担律师费。2017 年 1 月 17 日，人民法院作出判决，实华房地产公司承担还本付息的责任。

2017 年 6 月 6 日，赵继胜向人民法院提出申请，对抵押担保房屋拍卖，以实现其担保物权。2018 年 7 月 9 日，人民法院驳回赵继胜的申请。

2018 年 7 月 24 日，赵继胜遂向人民法院提起诉讼，要求确认其对上述房屋享有抵押权，并有权对抵押的房屋折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿。

二、一审裁判要旨

根据物权法第二百零二条规定，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权，未行使的，人民法院不予保护。而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十二条规定，当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力；担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。因一审法院在 2017 年 1 月 17 日以（2016）辽 05 民初 30 号民事判决对实华房地产公司所应给付的款项进行最终确认，赵继胜在此后的二年内行使担保物权，符合法律规定，应当予以支持。赵继胜于 2018 年 7 月 24 日向人民法院提起实现担保物权的诉讼，并未超过行使担保物权的期限。故，一审法院确认赵继胜对上述房屋享有抵押权，并有权对抵押的房屋折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿。

三、二审裁判要旨

本案这种抵押权行使诉讼，依法应当适用物权法第二百零二条，而不是担保法解释第十二条。本案抵押合同约定的抵押担保期限为2014年9月12日至2015年9月12日，依据民法通则规定，本案诉讼时效期限为自2015年9月13日起的二年期限，赵继胜于2018年7月24日在一审法院提起行使抵押权诉讼，已超过法定二年诉讼时效。赵继胜提起的借款偿还诉讼，已由一审法院实体审理，并于2017年1月17日作出生效判决，其主债权实体权益已经得到一审法院司法保护，在对借款偿还诉权的行使上，主债权的诉讼时效因实体判决的作出及生效已经终结，不存在因提起该次诉讼引起诉讼时效中断而重新起算的情形。故，二审法院撤销一审判决，驳回赵继胜的诉讼请求。

四、再审裁判要旨

赵继胜与实华房地产公司签订的《抵押借款合同》约定，借款期限为2014年9月12日至2015年9月11日，主债权诉讼时效期间的初始起算时点应为借款期限届满日之次日，即2015年9月12日。赵继胜于2016年10月18日对借款人实华房地产公司向一审法院提起偿还欠款诉讼，主债权的诉讼时效出现中断事由，主债权诉讼时效期间依法应当重新计算。赵继胜于2017年6月6日向本溪市平山区人民法院申请实现抵押权，在2018年7月9日被裁定驳回后，于同年7月24日提起本案抵押权诉讼。本案应当认定赵继胜行使抵押权的时间是其向一审法院提起申请实现抵押权特别程序的2017年6月6日，而且其在实现抵押权申请被裁定驳回后在很短时间内（15日）即提起诉讼，显然也不存在明显不合理迟延起诉的问题。因此，本案中赵继胜行使抵押权的时间，不论是以主债权诉讼时效期间的初始起算时点为准计算，还是以主债权诉讼时效中断后诉讼时效期间重新起算时点为准计算，均未超过物权法第二百零二条规定的期间。二审判决以赵继胜提起的抵押权诉讼已经超过法律规定的诉讼时效为由，驳回其有关诉讼请求，适用法律错误。故，判决撤销二审判决，维持一审判决，赵继胜对上

述房屋享有抵押权，并有权对抵押的房屋折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿。

五、案件研析

（一）抵押权虽不适用诉讼时效制度，但是抵押权可以因时间的经过而消灭，故抵押权人应当在法定期限内行使抵押权。

《民法典》第一百八十八条、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定（2020 修正）》第一条的规定，只有债权请求权适用诉讼时效制度。而抵押权属于担保物权，其属于支配权，并非债权请求权的范围，故不适用诉讼时效制度。但是，抵押权毕竟是不移转占有抵押物的担保物权，抵押权人与抵押人能够协商一致行使抵押权的机率较小。司法实践中，抵押权人往往通过行使担保物权或提起抵押权诉讼的方式行使担保物权。在抵押权不适用诉讼时效制度的情形下，如果抵押权人长期怠于行使其权利，法律对之也无特别加以保护的必要，应使抵押权消灭。如果对抵押权人行使抵押权的期限不进行限制，抵押财产的归属将长期处于不确定状态，不利于保护双方当事人的合法权益，也不利于抵押财产效能的发挥，更不利于社会经济秩序的稳定。相反，抵押权有存续期间，便于抵押物的流转，并能充分发挥担保物的使用价值。故，《民法典》第四百一十九条、《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》第四十四条以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 59 条均规定，抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间内行使抵押权。

（二）抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间内行使抵押权。

1. 历史沿革

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 12 条第 2 款规定，担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼

时效结束后的2年内行使担保物权的, 人民法院应当予以支持。上述司法解释中, 主债权的诉讼时效期间届满后, 抵押权还有2年的存续期间, 是否妥当, 值得研究。如果在抵押人为第三人的情况下, 抵押人在这2年期间内承担了担保责任后, 应当有权向债务人追偿。但由于主债权已过诉讼时效, 债务人对抵押权人清偿债务的请求享有抗辩权, 这种抗辩权能够对抗抵押人的追偿权。在此情形下, 意味着抵押人承担的责任大于债务人的责任, 无疑与担保从属性的法律性质相悖。故《物权法》第二百零二条规定, 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权; 未行使的, 人民法院不予保护。《民法典》对抵押权存续期间的问题, 保留了《物权法》第二百零二条规定, 没有作出修改。

2. 逾期行使抵押权的法律后果

《民法典》第四百一十九条规定, 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权; 未行使的, 人民法院不予保护。对于此处的“人民法院不予保护”的内涵, 存在不同理解。一种观点认为, 应将其理解为抵押权人的“胜诉权消灭”, 而非抵押权本身消灭, 如果抵押人自愿履行担保义务的, 应予准许。另一种观点认为, 应理解为抵押权本身消灭, 即只要抵押权人未在主债权诉讼时效期间内行使抵押权, 抵押权本身就因期间的经过而灭失。对此, 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第59条规定, 抵押权人在主债权诉讼时效届满前未行使抵押权, 抵押人在主债权诉讼时效届满后请求涂销抵押权登记的, 人民法院依法予以支持。很显然, 最高人民法院支持后一种观点。理由在于, 如果抵押权消灭后, 抵押权人仍保有抵押权利登记, 基于抵押登记的公示公信效力, 将导致抵押人对于抵押物的再行处分面临困难, 对抵押人而言甚为不利。因此, 抵押权因债权人未在主债权诉讼时效期间内行使导致抵押权消灭的, 人民法院对于抵押人涂销抵押登记的请求予以支持。

3. 适用范围的扩大

通常情形下，抵押权人在向债务人主张权利的同时会要求行使抵押权。如果抵押人是第三人，抵押权人基于某种原因仅对债务人提起诉讼，该情形下抵押权的存续期间该如何确定，需要在司法实践中予以解决。抵押权人如果取得对债务人的胜诉判决后逾期申请强制执行，意味债务人将不承担任何责任。如果抵押权人转而要求抵押人承担责任的请求得到人民法院的支持，将违背担保从属性的法律原则。针对上述情形，《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》第四十四条对此进行了法律漏洞的填补，规定主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。也就是说，抵押权人行使抵押权，除了提起诉讼、申请仲裁取得法律文书之外，还应当积极行使法律赋予的权利。否则，抵押权人将自行承担抵押权消灭的法律后果。

（三）司法实务中的其他要点。

1. 本条规定的抵押权行使期间，是与抵押权所担保的主债权挂钩，这个期间即为主债权的诉讼时效期间。那么，为主债权担保的抵押权的存续期间与主债权的诉讼时效期间相同。当主债权诉讼时效出现中断的情形，则抵押权一直存续而不消灭。

2. 当事人约定或者登记部门要求登记的抵押权的存续期间，不影响抵押权的存续。理由在于物权法定原则要求当事人不能在《民法典》之外设定物权，也不能以《民法典》之外的方式消灭物权。由于抵押权属于担保物权，并没有规定抵押权可以因当事人的约定期间或登记时强制登记的期间而消灭，因此当事人约定的或者登记部门要求登记的抵押权的存续期间，对抵押权的存续应当不具有法律约束力。

3. 以登记作为公示方式的权利质权，质权人也应当在主债权诉讼时效期间届满之前行使质权。否则，其质权消灭。