
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2015 年第七期)

上海王岩律师事务所

2015 年 8 月

目录

最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉.....	1
的决定	1
最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定	2
最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其 原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复	4
公司决议纠纷案件裁判指引.....	6
以房抵债协议的法理分析	12

最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉的决定

《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉的决定》已于2015年7月6日由最高人民法院审判委员会第1657次会议通过，现予公布，自2015年7月22日起施行。

最高人民法院
2015年7月20日

法释〔2015〕17号

（2015年7月6日最高人民法院审判委员会第1657次会议通过）

根据最高人民法院审判委员会第1657次会议决定，对《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》作如下修改：

一、将《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》修改为：“《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》”。

二、将第一条修改为：“被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的给付义务的，人民法院可以采取限制消费措施，限制其高消费及非生活或者经营必需的有关消费。”

第一条增加第二款：“纳入失信被执行人名单的被执行人，人民法院应当对其采取限制消费措施。”

三、将第二条修改为：“人民法院决定采取限制消费措施时，应当考虑被执行人是否有消极履行、规避执行或者抗拒执行的行为以及被执行人的履行能力等因素。”

四、将第三条第一款修改为：“被执行人为自然人的，被采取限制消费措施后，不得有以下高消费及非生活和工作必需的消费行为：”

第一款第（九）项修改为：“（九）乘坐G字头动车组列车全部座位、其他动车组列车一等以上座位等其他非生活和工作必需的消费行为。”

第二款修改为：“被执行人为单位的，被采取限制消费措施后，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人不得实施前款规定的行为。因私消费以个人财产实施前款规定行为的，可以向执行法院提出申请。执行法院审查属实的，应予准许。”

五、将第四条修改为：“限制消费措施一般由申请执行人提出书面申请，经人民法院审查决定；必要时人民法院可以依职权决定。”

六、将第五条修改为：“人民法院决定采取限制消费措施的，应当向被执行人发出限制消费令。限制消费令由人民法院院长签发。限制消费令应当载明限制消费的期间、项目、法律后果等内容。”

七、将第六条修改为：“人民法院决定采取限制消费措施的，可以根据案件需要和被执行人的情况向有义务协助调查、执行的单位送达协助执行通知书，也可以在相关媒体上进行公告。”

八、将第七条修改为：“限制消费令的公告费用由被执行人负担；申请执行人申请在媒体公告的，应当垫付公告费用。”

九、将第八条修改为：“被限制消费的被执行人因生活或者经营必需而进行本规定禁止的消费活动的，应当向人民法院提出申请，获批准后方可进行。”

十、将第九条修改为：“在限制消费期间，被执行人提供确实有效的担保或者经申请执行人同意的，人民法院可以解除限制消费令；被执行人履行完毕生效法律文书确定的义务的，人民法院应当在本规定第六条通知或者公告的范围内及时以通知或者公告解除限制消费令。”

十一、将第十条修改为：“人民法院应当设置举报电话或者邮箱，接受申请执行人和社会公众对被限制消费的被执行人违反本规定第三条的举报，并进行审查认定。”

十二、将第十一条第一款修改为：“被执行人违反限制消费令进行消费的行为属于拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的行为，经查证属实的，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条的规定，予以拘留、罚款；情节严重，构成犯罪的，追究其刑事责任。”

第二款修改为：“有关单位在收到人民法院协助执行通知书后，仍允许被执行人进行高消费及非生活或者经营必需的有关消费的，人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十四条的规定，追究其法律责任。”

十三、将第十二条删除。

根据本决定，将《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》作相应修改，重新公布。

最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定

(2010年5月17日最高人民法院审判委员会第1487次会议通过，根据2015年7月6日最高人民法院审判委员会第1657次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院

关于限制被执行人高消费的若干规定)的决定》修正,该修正自2015年7月22日起施行)

为进一步加大执行力度,推动社会信用机制建设,最大限度保护申请执行人和被执行人的合法权益,根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定,结合人民法院民事执行工作的实践经验,制定本规定。

第一条 被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法

律文书确定的给付义务的,人民法院可以采取限制消费措施,限制其高消费及非生活或者经营必需的有关消费。

纳入失信被执行人名单的被执行人,人民法院应当对其采取限制消费措施。

第二条 人民法院决定采取限制消费措施时,应当考虑被执行人是否有消极履行、规避执行或者抗拒执行的行为以及被执行人的履行能力等因素。

第三条 被执行人为自然人的,被采取限制消费措施后,不得有以下高消费及非生活和工作必需的消费行为:

- (一) 乘坐交通工具时,选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位;
- (二) 在星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场等场所进行高消费;
- (三) 购买不动产或者新建、扩建、高档装修房屋;
- (四) 租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公;
- (五) 购买非经营必需车辆;
- (六) 旅游、度假;
- (七) 子女就读高收费私立学校;
- (八) 支付高额保费购买保险理财产品;
- (九) 乘坐G字头动车组列车全部座位、其他动车组列车一等以上座位等其他非生活

和工作必需的消费行为。

被执行人为单位的,被采取限制消费措施后,被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人不得实施前款规定的行为。因私消费以个人财产实施前款规定行为的,可以向执行法院提出申请。执行法院审查属实的,应予准许。

第四条 限制消费措施一般由申请执行人提出书面申请,经人民法院审查决定;必要时人民法院可以依职权决定。

第五条 人民法院决定采取限制消费措施的,应当向被执行人发出限制消费令。限制消费令由人民法院院长签发。限制消费令应当载明限制消费的期间、项目、法律后果等内容。

第六条 人民法院决定采取限制消费措施的,可以根据案件需要和被执行人的情况向有义务协助调查、执行的单位送达协助执行通知书,也可以在相关媒体上进行公告。

第七条 限制消费令的公告费用由被执行人负担；申请执行人申请在媒体公告的，应当垫付公告费用。

第八条 被限制消费的被执行人因生活或者经营必需而进行本规定禁止的消费活动的，应当向人民法院提出申请，获批准后方可进行。

第九条 在限制消费期间，被执行人提供确实有效的担保或者经申请执行人同意的，人民法院可以解除限制消费令；被执行人履行完毕生效法律文书确定的义务的，人民法院应当在本规定第六条通知或者公告的范围内及时以通知或者公告解除限制消费令。

第十条 人民法院应当设置举报电话或者邮箱，接受申请执行人和社会公众对被限制消费的被执行人违反本规定第三条的举报，并进行审查认定。

第十一条 被执行人违反限制消费令进行消费的行为属于拒不履行人民法院已经发生法律效力判决、裁定的行为，经查证属实的，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条的规定，予以拘留、罚款；情节严重的，构成犯罪的，追究其刑事责任。

有关单位在收到人民法院协助执行通知书后，仍允许被执行人进行高消费及非生活或者经营必需的有关消费的，人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十四条的规定，追究其法律责任。

最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复

（2015年6月23日最高人民法院审判委员会第1655次会议通过）

法释〔2015〕15号

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于对上海市高级人民法院等就涉及中国国际经济贸易仲裁委员会及其原分会等仲裁机构所作仲裁裁决司法审查案件请示问题的批复》已于2015年6月23日由最高人民法院审判委员会第1655次会议通过，现予公布，自2015年7月17日起施行。

最高人民法院

2015年7月15日

上海市高级人民法院、江苏省高级人民法院、广东省高级人民法院：

因中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称中国贸仲）于2012年5月1日施行修订后的仲裁规则以及原中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会（现已更名为华南国际经济贸易仲裁委员会，同时使用深圳国际仲裁院的名称，以下简称华南贸仲）、原中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会（现已更名为上海国际经济贸易仲裁委员会，同时使用上海国际仲裁中心的名称，以下简称上海贸仲）变更名称并施行新的仲裁规则，致使部分当事人对相关仲裁协议的效力以及上述各仲裁机构受理仲裁案件的权限、仲裁的管辖、仲裁的执行等问题产生争议，向人民法院请求确认仲裁协议效力、申请撤销或者不予执行相关仲裁裁决，引发诸多仲裁司法审查案件。上海市高级人民法院、江苏省高级人民法院、广东省高级人民法院就有关问题向我院请示。

为依法保护仲裁当事人合法权益，充分尊重当事人意思自治，考虑中国贸仲和华南贸仲、上海贸仲的历史关系，从支持和维护仲裁事业健康发展，促进建立多元纠纷解决机制出发，经研究，对有关问题答复如下：

一、当事人在华南贸仲更名为华南国际经济贸易仲裁委员会、上海贸仲更名为上海国际经济贸易仲裁委员会之前签订仲裁协议约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会”或者“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，华南贸仲或者上海贸仲对案件享有管辖权。当事人以华南贸仲或者上海贸仲无权仲裁为由请求人民法院确认仲裁协议无效、申请撤销或者不予执行仲裁裁决的，人民法院不予支持。

当事人在华南贸仲更名为华南国际经济贸易仲裁委员会、上海贸仲更名为上海国际经济贸易仲裁委员会之后（含更名之日）本批复施行之前签订仲裁协议约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会”或者“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，中国贸仲对案件享有管辖权。但申请人向华南贸仲或者上海贸仲申请仲裁，被申请人对华南贸仲或者上海贸仲的管辖权没有提出异议的，当事人在仲裁裁决作出后以华南贸仲或者上海贸仲无权仲裁为由申请撤销或者不予执行仲裁裁决的，人民法院不予支持。

当事人在本批复施行之后（含施行起始之日）签订仲裁协议约定将争议提交“中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会”或者“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会”仲裁的，中国贸仲对案件享有管辖权。

二、仲裁案件的申请人向仲裁机构申请仲裁的同时请求仲裁机构对案件的管辖权作出决定，仲裁机构作出确认仲裁协议有效、其对案件享有管辖权的决定后，被申请人在仲裁庭首次开庭前向人民法院提起申请确认仲裁协议效力之诉的，人民法院应予受理并作出裁定。申请人或者仲裁机构根据《最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》（法释〔1998〕27号）第三条或者《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（法释〔2015〕5号）第十三条第二款的规定主张人民法院对被申请人的起诉应当不予受理的，人民法院不予支持。

三、本批复施行之前，中国贸仲或者华南贸仲、上海贸仲已经受理的根据本批复第一条规定不应由其受理的案件，当事人在仲裁裁决作出后以仲裁机构无权仲裁为由申请撤销或者不予执行仲裁裁决的，人民法院不予支持。

四、本批复施行之前，中国贸仲或者华南贸仲、上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，人民法院应当根据本批复第一条的规定进行审理并作出裁定。

本批复施行之前，中国贸仲或者华南贸仲、上海贸仲受理了同一仲裁案件，当事人并未在仲裁庭首次开庭前向人民法院申请确认仲裁协议效力的，先受理的仲裁机构对案件享有管辖权。

此复。

公司决议纠纷案件裁判指引

齐精智

【中文关键字】公司决议纠纷；裁判指引

公司决议包括股东（大）会、董事会决议纠纷。公司决议纠纷属于商事纠纷，不同于民事纠纷。

由于我国采民商合一的立法例，立法中客观存在着民法的商法化和商法的民法化的现象。商事审判在价值取向与审判思路与民事审判存在重大差异，商事审判侧重维护交易效率与交易安全以及程序正义，民事审判注重保护当事人的实质正义，更倾向保护弱势群体。

一、公司为股东担保未经股东会决议，不影响担保效力

实务要点：《公司法》第 16 条第 2 款“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”宜理解为公司内部控制管理的规定，不应以此作为评价合同效力的依据。

案情简介：2006 年 4 月，实业公司为其股东实业集团向银行贷款提供连带责任保证及抵押担保。2008 年，因实业集团逾期未偿致诉。实业公司以《股东会担保决议》的决议事项未经股东会同意为由主张无效。

法院认为：①作为公司组织及公司行为当受《公司法》调整，同时其以合同形式对外担保行为亦应受《合同法》及《担保法》制约。案涉公司担保合同效力的认定，因其并未超出平等商事主体间合同行为范畴，故应首先从《合同法》相关规定出发进行评判。②最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释（二）》第14条规定“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”。《公司法》第16条第2款规定：“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。”上述《公司法》规定已然明确了其立法本意在于限制公司主体行为，防止公司实际控制人或高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人利益，故其实质是内部控制程序，不能以此约束交易相对人，故此规定应理解为管理性强制性规范。对违反该规范的，原则上不宜认定合同无效。另外，如作为效力性强制性规范认定将会降低交易效率和损害交易安全。譬如股东会何时召开，以何种形式召开，何人能代表股东表达真实意志，均超出交易相对人判断和控制能力范围，如以违反股东决议程序而判令合同无效，必将降低交易效率，同时亦给公司动辄以违反股东决议主张合同无效的不诚信行为留下制度缺口，最终危害交易安全，不仅有违商事行为的诚信规则，更有违公平正义。故案涉《股东会担保决议》的决议事项未经实业公司股东会同意，亦不影响担保合同效力。

案例索引：最高人民法院（2012）民提字第156号“某银行与某涂料公司等借款合同纠纷案”，见《招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案》（审判长宫邦友，审判员朱海年，代理审判员林海权）。

二、董事会决议被法院认定无效，不影响对外担保效力

实务要点：公司股东会和董事会决议为债务人提供担保的意思形成属于公司内部事情，即使董事会和股东会决议被法院确认无效，亦只是在公司内部发生效力，不影响其对外形成的法律关系效力。

案情简介：2004年，科技公司为热电公司向银行贷款提供连带责任保证。嗣后在科技公司股东提起的诉讼中，生效判决确认科技公司股东会、董事会作出对外担保的决议无效。另案生效刑事判决认定科技公司副董事长杨某为该担保事宜收受热电公司行贿款4万元。

法院认为：①科技公司召开董事会形成决议，符合公司章程“董事会作出决议，须经全体董事的过半数通过”规定。根据科技公司对外担保公告中披露，该担保系充分考虑了本企业利益和担保事项可能存在的风险后作出的决定。无证据表明签署董事会决议股东受杨某胁迫，故杨某刑事犯罪并不影响案涉保证合同效力。②科技公司为热电公司提供担保出于真实意思表示，该真实意思形成属公司内部事情，即使董事会和股东会决议被法院确认无效，亦只是在公司内部发生效力，不影响其对外形成的法律关系效力。故判决科技公司应承担本案担保责任。

案例索引：最高人民法院（2012）民二终字第35号“某银行与某科技公司等保证合同纠纷案”，见《公司依法定程序作出的决议不得对抗善意第三人——方大炭素新材料科技股份有限公司与中国农业银行股份有限公司陕县支行、三门峡惠能热点有限责任公司、辽宁方大集团实业有限公司保证合同纠纷案》（审判长付金联，代理审判员李相波、梅芳）。

三、股东会决议存在瑕疵，只要对外的表示行为不存在无效的情形，公司就应受其表示行为的制约

裁判摘要：民商事法律关系中，公司作为行为主体实施法律行为的过程可以划分为两个层次，一是公司内部的意思形成阶段，通常表现为股东会或董事会决议；二是公司对外作出意思表示的阶段，通常表现为公司对外签订的合同。出于保护善意第三人和维护交易安全的考虑，在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下，只要对外的表示行为不存在无效的情形，公司就应受其表示行为的制约。

最高人民法院民事判决书（2010）民提字第48号，本院认为：“2003年12月18日科创公司与陈木高签订的《入股协议书》系科创公司与该公司以外的第三人签订的合同，应适用合同法的一般原则及相关法律规定认定其效力。虽然科创公司2003年12月16日作出的股东会决议部分无效，导致科创公司达成上述协议的意思存在瑕疵，但作为合同相对方的陈木高并无审查科创公司意思形成过程的义务，科创公司对外达成协议应受其表示行为的制约。”

四、法院只审查股东会决议的程序及内容是否违法，不审查决议所依据的事实是否属实、理由是否成立

裁判要旨：人民法院在审理公司决议撤销纠纷案件中应当审查以下事项：会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程，以及决议内容是否违反公司章程。在未违反上述规定的前提下，解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实，理由是否成立，不属于司法审查的范围。现对与该裁判要点相关的问题进行说明。

案情简介：1993年的公司法对公司决议撤销之诉并无明确规定。该法第一百一十一条规定：“股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。”该条对违反法律和行政法规的公司决议作了规定，但并未明确规定如何进行起诉，且对违反公司章程的公司决议未作规定，没有相应的救济途径，司法实践中的处理方式不一，有的不予立案，有的驳回起诉或驳回诉讼请求，有的判决公司决议无效，有的判决撤销公司决议。2000年10月30日，最高人民法院发布《民事案件案由规定（试行）》（法发〔2000〕26号），将此类纠纷归入公司决议侵害股东权纠纷案由中，明确法院应当受理此类案件。但毕竟原有的法律规定过于原则，股东的权利仍无法得到充分保障。2005年修订的公司法第二十二条对公司决议的不同瑕疵进行了区分，分为公司决议无效和可撤销两类。第一款规定公司决议内容违反法律、行政法规的无效，第二款规定了公司决议可撤销的情形。公司法第二十二条第二款

规定：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民法院撤销。”相应地，最高人民法院《关于印发民事案件案由规定的通知》（法发[2008]11号）中第249种案由规定为“股东会或者股东大会、董事会决议效力纠纷”，又细分为：第一，股东会或者股东大会、董事会决议效力确认纠纷。第二，股东会或者股东大会、董事会决议撤销纠纷。2011年2月18日，最高人民法院印发《关于修改民事案件案由规定的决定》的通知（法[2011]41号），对上述案由进行了修订，修改后的第250种案由规定为公司决议纠纷，又细分为：第一，公司决议效力确认纠纷。第二，公司决议撤销纠纷。

案件索引：最高人民法院发布了指导案例《李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案》。

五、实际控制公司的股东虚构的公司股东会及其决议无效

裁判摘要：有限责任公司召开股东会议并作出会议决议，应当依照法律及公司章程的相关规定进行。未经依法召开股东会议并作出会议决议，而是由实际控制公司的股东虚构公司股东会议及其会议决议的，即使该股东实际享有公司绝大多数的股份及相应的表决权，其个人决策亦不能代替股东会决议的效力。在此情况下，其他股东申请确认虚构的股东会议及其决议无效的，人民法院应当支持。

南京市玄武区人民法院一审（生效裁判文书法院）认为：有限责任公司的股东会议，应当由符合法律规定的召集人依照法律或公司章程规定的程序，召集全体股东出席，并由符合法律规定的主持人主持会议。股东会议需要对相关事项作出决议时，应由股东依照法律、公司章程规定的议事方式、表决程序进行议决，达到法律、公司章程规定的表决权比例时方可形成股东会决议。有限责任公司通过股东会对变更公司章程内容、决定股权转让等事项作出决议，其实质是公司股东通过参加股东会议行使股东权利、决定变更其自身与公司的民事法律关系的过程，因此公司股东实际参与股东会议并作出真实意思表示，是股东会议及其决议有效的必要条件。本案中，虽然被告万华享有被告万华工贸公司的绝对多数的表决权，但并不意味着万华个人利用控制公司的便利作出的个人决策过程就等同于召开了公司股东会议，也不意味着万华个人的意志即可代替股东会决议的效力。根据本案事实，不能认定2004年4月6日万华工贸公司实际召开了股东会，更不能认定就该次会议形成了真实有效的股东会决议。万华工贸公司据以决定办理公司变更登记、股权转让等事项的所谓“股东会决议”，是当时该公司的控制人万华所虚构，实际上并不存在，因而当然不能产生法律效力。

案件索引：2007年最高人民法院公报《张艳娟诉江苏万华工贸发展有限公司、万华、吴亮亮、毛建伟股东纠纷案》

六、未经股东会决议同意，股东无权请求公司分配红利

最高法院判决的核心观点：公司是否分配利润以及分配多少利润属公司董事会、股东会决策权范畴，法院不予干预。所以，在公司董事会、股东会未就公司利润分配方案进行决议之前，公司股东直接向人民法院起诉请求判令公司向股东分配利润缺乏法律依据，法院不予支持。

简介：河南省高级人民法院一审认为：思维公司成立以来，盈利丰厚，截止 2004 年底，思维公司未分配利润已有 1 亿元以上，但公司成立以来至今没有向股东分红。思维公司有巨额利润而长期拒不向股东分配，违反了公司法规定，特别是在股东之间发生纠纷时，长期不分配利润损害了占股比例小的股东的利益。故公司股东胡克可以通过诉讼要求公司分配利润，思维公司依法应向股东胡克分红。

最高人民法院二审认为：在公司董事会、股东会未就公司利润分配方案进行决议之前，公司股东直接向人民法院起诉请求判令公司向股东分配利润缺乏法律依据。因此，本案中在思维公司董事会、股东会未就公司利润分配作出决议之前，胡克以股东身份直接向人民法院起诉请求分配公司利润，其诉讼请求本院不予支持。由于公司是否分配利润以及分配多少利润属公司董事会、股东会决策权范畴，原审判决认定思维公司有巨额利润而长期拒不向股东分配损害了占股比例较小的股东的利益，并据此迳行判决公司向股东分配利润，不符合公司利润分配的法律规定，应当予以纠正。

参考案例：河南思维自动化设备有限公司与胡克公司盈余分配纠纷案[审理法院：最高人民法院；案号：（2006）民二终字第 110 号。

七、股东就股东会决议已经议决事项向法院起诉的，如不属于依法应当支持的情形，则应判令当事人各自遵守和执行股东会决议

裁判要旨：在诉讼调解程序中，经人民法院主持，由有限责任公司全体股东召开股东会会议，就股权转让、公司债权债务及资产的处置等问题形成的《股东会决议》，对各股东均有约束力。故该有限责任公司的股东又就《股东会决议》涉及的问题提起新的诉讼时，如不属于依法应予支持的情形，则应当判令当事人各自遵守和执行股东会决议。

案件索引：最高人民法院（2005）民一终字第 25 号“钱碧芳、华宁公司与祝长春、华宇公司、祝明安及汪贤琛股东权纠纷案”。

八、股东会在没有明确标准、幅度的情况下处罚股东决议无效

裁判要旨：公司章程关于股东会对股东处以罚款的规定，系公司全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施，符合公司的整体利益，体现了有限公司的人合性特征，不违反公司法的禁止性规定，应合法有效。但公司章程在赋予股东会对股东处以罚款职权时，应明确规定罚款的标准、幅度，股东会在没有明确标准、幅度的情况下处罚股东，属法定依据不足，相应决议无效。

案件索引：2012 年最高人民法院公报“南京安盛财务顾问有限公司诉祝娟股东会决议罚款纠纷案”

九、公司瑕疵决议被判决撤销、无效或后不存在后对股权转让的影响

陕西省高级人民法院民二庭《股权转让纠纷疑难问题分析及应对》：

“由于公司决议具有团体法上行为的性质，判决的对世效力必须符合公司法律关系的整体性、稳定性的基本要求。就是说，公司决议无效、撤销或不存在的判决之溯及力，不能简单适用民法上法律行为被判决撤销、无效而具有溯及既往的效力。因为以公司决议为基础的公司行为如被溯及无效，将产生公司法律关系的混乱，不利于对善意第三人的保护。因此，公司法在对待以瑕疵决议为基础的行为时，不必当然将瑕疵决议的效力溯及既往，而应视具体情形尊重既成事实，承认其对善意第三人的法律效力，维护交易的安全。

在股权转让交易中，我们认为应区分股东内部转让与外部转让，内外有别予以处理。

1、如果转让行为发生在公司内部，公司关于股权转让的决议被判决无效、撤销或不不存在后，股权转让合同丧失效力，股权回归到转让前的状态。对决议瑕疵负有责任的股东应向无过错的股东承担赔偿责任。

2、如果股权转让给公司以外的第三人，应尽量适用代表权、表见代理等法则保护因信赖公司决议有效而交易的善意第三人的利益，股权转让不必然回归到转让前的状态；当第三人为善意时，必须保护第三人合理信赖利益，股权转让的结果不受影响；当第三人明知公司关于股权转让的决议存在瑕疵而受让股权的，则股权转让的结果不应被确认。

十、《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》

第七条 股东请求判令公司召开股东会或股东大会的，人民法院不予受理。

第八条 董事长未经董事会决议而召集股东会会议，股东以该股东会召集程序违法为由，请求撤销该会议决议的，人民法院应予支持。

第九条 公司召开股东会会议未依法定或章程规定的通知期限通知股东，但全体股东均出席了会议并参加了表决，则相应的股东会视为依法召开。股东以会议通知程序违法或违反章程规定为由请求撤销决议的，人民法院不予支持。

第十条 股东仅请求确认股东会决议、董事会决议有效的，人民法院应裁定不予受理。

第十一条 股东会、董事会决议存在撤销原因，而当事人请求确认无效时，人民法院应审查原告是否在决议作出之日起60日内提起诉讼，如已超过此期限，则判决驳回诉讼请求；如在此期限内，则告知原告变更诉讼请求，原告同意变更的，按撤销之诉审理；原告不同意变更的，判决驳回其诉讼请求。

第十二条 有限责任公司非经全体股东一致同意，不得变更《公司法》第三十五条、第四十三条规定的或者公司章程规定的利润分配方式、新股认缴方式和表决权行使方式。股东以相关股东会决议或者章程修改未经股东一致同意为由，请求人民法院确认无效的，应予支持。

以房抵债协议的法理分析

——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释

陆 青

【中文摘要】“朱俊芳案”中，当事人针对同一笔款项先后签订房屋买卖和借款合同两份协议，并在借款协议中约定某种“以房抵债”的处理方式。此时，最高人民法院以本案存在两个“并存而又联系”的合同关系来解释案涉协议的性质，试图通过现有合同法和债法规则，探索出审理“以房抵债”协议纠纷的新型路径，但在案件事实的梳理和案涉条款法理构造的解读上存在诸多值得商榷的地方。对于“以房抵债协议”的性质以及由此在当事人之间形成的具体法律关系，存在广泛的解释空间，应在现有法秩序框架下，结合当事人订立合同的主观意图、客观情势及相关民法原理和制度作出更为审慎的判断。就“以房抵债协议”与流押条款的关系，也应通过考察相关约定内容对当事人法律地位的实际影响后再作综合判断：一方面，需要避免对当事人意思自治的不当干预，另一方面，同样应该避免当事人通过“以房抵债协议”规进流押禁令的变相高利贷行为。

【中文关键字】以房抵债；流押条款；让与担保；代物清偿；变相高利贷

一、案件事实概要

（一）基本案情[1]

2007年1月25日，朱俊芳与嘉和泰公司签订14份《商品房买卖合同》，约定朱俊芳以每平方米4600元的价格向嘉和泰公司购买14套商铺。同日办理了相关销售备案登记手续。嘉和泰公司于次日向朱俊芳出具两张总额为10354554元的销售发票。2007年1月26日，朱俊芳与嘉和泰公司签订一份《借款协议》，约定嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元，借款期限自借款到账之日起三个月即2007年1月26日至2007年4月26日止；嘉和泰公司自愿将其开发的商铺（与前述买卖合同为同一标的）以每平方米4600元的价格抵押给朱俊芳，抵押的方式为和朱俊芳签订商品房买卖合同，并办理备案手续，开具发票；借款到期，嘉和泰公司一次性还清借款，朱俊芳将抵押手续（合同、发票、收据）退回嘉和泰公司。如到期不能偿还，嘉和泰公司将以抵押物抵顶借款，双方互不支付对方任何款项等。该合同签订后，朱俊芳向嘉和泰公司发放借款，嘉和泰公司出具了1100万元收据。至2007年4月26日，嘉和泰公司未能偿还该借款。故朱俊芳向山西太原小店区法院起诉要求确认其与嘉和泰公司签订的14份《商品房买卖合同》有效，判令后者履行商品房买卖合同。

一审法院认为，双方签订的14份《商品房买卖合同》意思表示真实，依法办理了备案登记手续，合法有效。双方随后签订的《借款协议》约定将到期不还的借款作为给付的房款，实际上是为已签订并正在履行的《商品房买卖合同》附加了解除条件，即到期还款买

买卖合同解除，到期不能还款买卖合同继续履行。现嘉和泰公司到期未能还款，14份《商品房买卖合同》所附解除条件未成就，应当继续履行。

二审太原中院认为，双方签订的商品房买卖合同有效，双方在合同履行过程中签订的借款合同仅是买卖合同的补充，故驳回上诉，维持原判。另外，值得注意的是，在二审过程中，嘉和泰公司称，朱俊芳持有的收据数额虽然是1100万元，但嘉和泰公司实际收到的款项为1023万元，在借款时朱俊芳已扣除了77万元利息。嘉和泰公司出具的发票金额是根据双方借款抵押的房地产面积和单价折算而来，所以与收据的金额不一致，但二审法院以证据不足不予认定。

再审山西高院认为，双方是民间借贷合同关系而非商品房买卖合同关系，商品房买卖合同是借款合同的抵押担保内容。借款协议中“到期不能还款用抵押物抵顶借款，双方之间互不支付对方任何款项”的约定，违反法律的强制性规定，应属无效。故撤销一审和二审判决，驳回朱俊芳的诉讼请求。

朱俊芳不服，向最高人民法院申请再审。其主要理由为：1.《商品房买卖合同》是真实的意思表示，合法有效。2.《借款协议》是对买卖合同履行设定的解除条件，解除条件不成就时，继续履行《商品房买卖合同》，并非抵押给朱俊芳。

嘉和泰公司辩称：1.嘉和泰公司与朱俊芳之间是借贷关系，而非商品房买卖合同关系。《借款协议》明确表明双方是借贷关系，签订14份《商品房买卖合同》的真实意思是为借款提供担保，并非双方有买卖商品房的意思表示。2.《借款协议》中“到期不能还款用抵押物抵顶借款，双方之间互不再支付对方任何款项”的约定违反法律的强制性规定，是无效的。

（二）《公报》归纳的案件争点

当事人之间基于同一款项同时成立了商品房买卖和民间借贷合同，约定借款人未按期偿还借款，对方通过履行商品房买卖合同取得房屋所有权，该约定是否有效？

（三）《公报》中的裁判摘要

1.双方当事人基于同一笔款项先后签订《商品房买卖合同》和《借款协议》，并约定如借款到期偿还借款，《商品房买卖合同》不再履行；若借款到期不能偿还借款，则履行《商品房买卖合同》。在合同、协议均依法成立并已生效的情况下，应当认定当事人之间同时成立了商品房买卖和民间借贷两个民事法律关系。该行为并不违反法律、行政法规的强制性规定。

2.借款到期，借款人不能按期偿还借款，对方当事人要求并通过履行《商品房买卖合同》取得房屋所有权，不违反担保法第40条、物权法第186条有关“禁止流押”的规定。

裁判结果：案涉14份《商品房买卖合同》和《借款协议》均为依法成立并生效的合同。《借款协议》约定的《商品房买卖合同》的解除条件未成就，故应当继续履行案涉14份《商品房买卖合同》。撤销再审判决，维持二审判决。

二、问题的提出

查阅最高人民法院再审判决书全文，其论证思路可以归纳如下：

（一）《商品房买卖合同》和《借款协议》均为依法成立并生效的合同，当事人之间对同一笔借款可以先后设立商品房买卖和民间借贷两个法律关系。

（二）《商品房买卖合同》和《借款协议》属于并立而又联系的两个合同。具体体现为：

1. 《商品房买卖合同》和《借款协议》涉及同一笔款项。
2. 《商品房买卖合同》实际上是为《借款协议》提供担保。
3. 《借款协议》为《商品房买卖合同》的履行附设了解除条件。

（三）在此基础上，《借款协议》约定“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方（嘉和泰公司）将用以上抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”并非流押条款。理由：

1. 担保法第40条和物权法第186条规定禁止流押，针对的是债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的约定，目的在于防止损害抵押人利益，以免造成对其实质的不公平。

2. 《借款协议》并未约定嘉和泰公司到期不能偿还借款，所称抵押物所有权转移为朱俊芳所有，而仅约定债务人到期履行买卖合同，不符合流押条款的内容。

3. 双方当事人对于履行《借款协议》和《商品房买卖合同》具有选择权，且债务人对此选择履行更为主动。

（四）如嘉和泰公司认为订立协议显失公平，可行使撤销权，但其并未行使该权利，而是拒绝履行生效合同，不符合诚信原则。

（五）《借款协议》所附解除条件未成就，应当继续履行《商品房买卖合同》。

对照本案四级法院的审判思路，可以发现，在再审判决中，最高人民法院一方面认为案涉“《商品房买卖合同》实际上是为《借款协议》提供担保”，此点与山西高院的认定颇为相似，另一方面又认为案涉“《借款协议》为《商品房买卖合同》的履行附设了解除条件”，似乎又肯定了本案一、二审的审判思路。最高人民法院在本案中创造性地提出了“并立而又联系的两个合同”的法律概念，试图化解这对看似极为矛盾的审判思路，并进而得出前述协议并不违反流押条款禁令的结论。但如何理解这种“并立而又联系”的关系，却值得作进一步的深究。

具体来说，此处所谓“并立而又联系”的合同关系，仅在描述两个合同之间存在的外在（经济上）的联系，还是具有规范上的意义？既然承认存在两个合同关系，似乎就否定了构成混合合同的定位，盖通说认为混合合同只具有一个合同关系，无非其具备了数个典型合同的构成要素。而法律上要肯定两个合同存在联系，并进而影响其规范效果，则需要构成合同联立的状态。但所谓合同联立，是指数个合同因具有经济上一体的交易目的，进而产生相互依存、“同生同死”的法律关系，[2]而这又不符合本案对《借款协议》和《商品房买卖合同》关系的描述。那么，在本案中，基于《借款协议》和《商品房买卖合同》

同》，当事人之间究竟形成了怎样的法律关系？将买卖合同理解为“为《借款协议》提供担保”和将《借款协议》理解为“对买卖合同的履行附设了解除条件”两者究竟形成何种法律构造？另外，考虑到实践中（正如本案山西高院的判决）将大量“以房抵债协议”认定为违反流押条款禁令的司法现状，本案是否也为当事人通过签订两份协议的方式来规避流押条款禁令提供了一种可行的路径？

值得说明的是，最高人民法院通过公报案例的方式刊发该案例，目的似在对司法实践审理类似所谓“以房抵债协议”纠纷提供一定的审判指引。但正如学者所提醒的，在对案例进行规范抽取时，不能简单地以法院归纳的“裁判摘要”作一般性的规范理解，而应该根据案情与事实的对应关系，明确所抽取规范的适用范围。[3]本案中，在对当事人约定事项的归纳上，“裁判摘要”与案件事实中存在的《借款协议》约定（“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方将用以上抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”）并不完全吻合。至于如何认定为存在两个合同关系，以及前述约定为何不属于流押条款禁令的规范范畴，“裁判摘要”均未加以进一步的说明。

笔者试图就最高人民法院所提及的“并立而又联系”的两个合同及相关约定条款的关系作进一步的解释和澄清，重新审视本案可能的审判思路，抛砖引玉，求教于大家。

三、“提供担保”之解释路径辨析

（一）分析检讨

最高人民法院在解释《借款协议》和《商品房买卖合同》之间“并立而又联系”的关系时，一个重要的理由在于“《商品房买卖合同》实际上是为《借款协议》提供担保”。但如何理解此处所谓的“担保”？

对此，最高人民法院在判决中解释为“《借款协议》约定以签订商品房买卖合同的方式为《借款协议》所借款项提供担保”。如此似乎可以认为，借款合同构成主合同，房屋买卖合同构成从合同，而此处所欲担保的债务显然是指被告嘉和泰公司的借款返还义务。有疑问者，嘉和泰公司究竟提供了何种担保？是商品房买卖合同还是案涉商品房本身，还是其他权利？如果该担保指的是商品房买卖合同本身，那么基于该买卖合同，嘉和泰公司只享有要求朱俊芳支付房屋价款的债权。当事人若欲以该价款支付义务作为借款合同的担保，只能以权利（债权）质押的方式予以实现，而这显然不符合本案的事实。当事人之间不仅没有发生这种权利凭证的移转，也没有设定质押的意思表示，甚至该债权本身依然受到债务人嘉和泰公司是否履行房屋所有权移转义务的制约。

那么，能否认为本案中，基于《借款协议》的相关约定，嘉和泰公司是以其（依然）享有的案涉商品房（所有权）为借款合同提供了某种物的担保？仔细阅读《借款协议》，当事人的确曾约定“商铺抵押给原告。抵押方式为和原告签订商品房买卖合同”。能否就此认为，即使当事人之间并未就该协议进行抵押登记，因此抵押权并未设立，但当事人之间依然存在着某种抵押合同关系？最高人民法院并未对此表态，而结合案件事实，这种假设依然无法成立。盖对于法律关系的认定，并不能拘泥于当事人的字面表述，而是要探求

当事人之间所欲形成的规范意思。从《借款协议》的内容上看，当事人虽然使用了“抵押”的表述方式，但其真正想要达成的效果，却在于实现其“到期不能还款用抵押物抵顶借款，双方之间互不再支付对方任何款项”的约定内容。而这显然与抵押权的设定目的并不吻合。

更为重要的是，本案中，在《借款协议》之前，当事人之间已经形成了买卖合同关系，而假如承认该买卖合同有效，那么，朱俊芳已经取得了对系争房屋主张所有权移转的买受人地位。此时如双方欲再就系争房屋设定抵押合同关系，则又必须承认朱俊芳就系争房屋意图取得抵押权人的法律地位。如此就会产生两种自相矛盾的意思表示，即就同一标的物，当事人之间既希望形成移转所有权的买卖关系，同时又不希望移转所有权，而只形成担保物权即抵押权的法律关系。这样的解释方案显然无法得到认可。

要突破前述合同解释上的困境，一种可能的路径是认为当事人通过《借款协议》的相关约定，实际上将原本设定的买卖合同关系改为了某种法律上的担保关系。换句话说，即否定当事人之间还存在买卖合同关系。事实上，这种审判思路在“以房抵债协议”纠纷的司法实践中大量存在。由此又引申出两种不同的审判路径。一种方案是将当事人之间的买卖合同认定为“名为买卖，实为借贷或借款担保关系”，进而以该约定中存在流押条款为由，既否定买卖合同的效力，同时也否定其借款担保的效力，最终主张履行相应的借款合同内容。另一种方案则是将此类条款定位为“名为买卖，实为让与担保或后让与担保”，并进一步肯定其作为一种非典型担保的法律效力。但对应本案事实，这两种路径同样值得商榷。

（二）“名为买卖，实为借贷（或借款担保关系）”

“名为买卖，实为借贷（或借款担保关系）”为审判实践中较为普遍的认定“以房抵债”协议的方式。在一些地方法院的审判实践中，[4]甚至最高人民法院在其他案件中，[5]都曾采取了此种认定方式。对此有必要作进一步澄清。

“名为买卖，实为借贷”的实质认定方式，实际上否定了当事人具有房屋买卖的真实意图。[6]在具体认定依据上，法院通过考察买卖合同约定的价款金额、履约方式（如出卖人继续持有发票）是否违反交易惯例、有无收取利息等事实，进而判断当事人之间是否存在借款（或同时为借款提供担保）的真实意图，最终认定是否存在借贷合同关系。这种认定方式，与公报案例中山西高院的审判思路颇为一致。

前述审判思路，究其法理，在于将“以房抵债协议”中的买卖合同认定为当事人所作的通谋虚伪表示，即当事人仅仅具有买卖合同的外观形式，而其真意在于设定借贷关系，并以房屋的买卖作为履行借款合同的保障方式。但本案中用这种方式来解释当事人的真实意图，并不可取，理由在于：

首先，认定合同性质属于合同解释的范畴，目的在于探究当事人的真意。根据合同法第125条的规定，“应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”“当事人真意是指当事人已经表示于外

部的效果意思，而非当事人内心蕴藏的意思，因为尚未表示的意思并非‘意思’。”[7]因此，在认定买卖或借贷关系时，同样应该关注当事人表示于外部的效果意思。

其次，所谓“通谋虚伪行为”，在结构上包括外部的表面行为和内部的隐藏行为。前者是指双方当事人共同作出与真实意思不一致的行为，后者是指被掩盖于表面行为之下，代表双方当事人真意的行为。[8]从本案中，即使认为当事人之间的确存在利用先前签订的买卖合同来达到保障借款债权实现的经济目的或动机，但这种经济目的是否会影响到法律关系的定性，理论上值得探讨。申言之，本案中当事人的真实意图并非使买卖合同不生效力，而恰恰相反，其在于（通过）实现买卖合同的效果，进而达到其保障交易的目的。这与通谋虚伪行为中当事人之间故意为不符真意的表示而欠缺效果意思者显有不同。[9]

再次，从实证法上看，否认买卖合同的效力并无法律依据。我国合同法就通谋虚伪行为并无直接的法律规定。与之相近似的规定分别为合同法第52条第2项和第3项关于“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”和“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效的规定。在本案，法院如需认定当事人签订的买卖合同无效，最可能的论证方式为判断此类条款存在规避流押条款禁令的可能（后文将作进一步探讨），进而认定其“以合法形式掩盖非法目的”，而无法直接否定买卖合同的效力。

最后，从实践效果上看，认定当事人之间仅存在借贷关系，背离了当事人达成交易的初衷，反而可能促成债务人违反诚信的行为。认定当事人之间仅存在借贷关系，将使得债权人在对方不履行债务的情况下失去债权之外的其他保障，而债务人则可通过主张买卖合同无效的方式，免除自己本应承担的约定义务。

很显然，本案中，最高人民法院也否定了这样的审判思路。

（三）“名为买卖，实为让与担保或后让与担保”

关于让与担保，现行物权法上并无明确规定。依学理通说，所谓让与担保，有广义和狭义之分。广义的让与担保，是指以移转担保标的物的所有权或其他权利来担保债权实现的担保，包括狭义的让与担保和卖渡担保。狭义的让与担保，是指债务人或第三人为担保债权人的债权，将担保标的物的权利移转给担保权人，在清偿债务后，标的物的所有权再返还给债务人或第三人，债务不履行时，担保权人可就标的物受偿的非典型担保。依实行方式，狭义的让与担保又区分为处分清算型和归属清算型两种。[10]

从司法实务来看，早在合同法颁布之前，就有判决承认让与担保条款的效力，[11]但实践中，鲜有判例直接以让与担保作为审理“以房抵债协议”的裁判依据。[12]司法实务中，法院对于让与担保尤其是不动产让与担保的态度并不明朗。让与担保协议是否违反物权法定原则，是否属于流押条款，买受人基于让与担保能否取得房屋的所有权，还是仅享有优先受偿权或合同债权，亦或均不享有（合同无效），种种疑问困扰着司法实践。

之所以在承认（不动产）让与担保上存在诸多困扰，最主要的原因在于，现行法上让与担保缺乏一定的公示手段，因此无法真正发挥其就特定担保物优先受偿的担保功能。而实践中的“以房抵债”协议无非两种可能：一种情况是，当事人没有根据房屋买卖合同办

理产权变动登记,在这种情况下,买受人在订立买卖合同时无法取得房屋的所有权(即使是暂时性的),因此不符合传统让与担保的构成条件。另一种情况是,债权人或买受人根据房屋买卖合同办理了产权变动登记,但由于实务中并不将让与担保作为一种可登记的物权类型,这种登记只能表现和公示为所有权的直接移转。如果司法实践否定以房抵债协议中的买受人可以取得房屋的所有权,认定该协议属于让与担保而非买卖,但缺乏一定的公示方式与法律认可,当事人如何可以取得(相对于其他债权人的)优先受偿权?而如果买受人(债权人)无法取得优先受偿权,让与担保的担保功能也就无从体现。

对此,不乏学者或法官试图通过缓和物权法定原则来承认让与担保具有担保物权属性,即主张让与担保具有习惯法上赋予的物权地位。[13]但即使将物权法第5条的“法律”作广义理解,将习惯法也纳入其中,我国法上的让与担保制度是否在内容上具有高度的确定性,可以使第三人有预测的可能,进而获得习惯法的地位,实在值得质疑。不过,无论是否承认让与担保,本案中《借款协议》的相关约定显然无法构成让与担保关系:一则就案涉房屋双方并未完成过户,并未形成让与的效果,二则当事人之间约定“以抵押物抵顶借款”,与让与担保所欲实现的优先受偿的担保效力也不吻合。

值得补充的是,近年来,有学者提出所谓“后让与担保”的概念,意指“债务人或者第三人为担保债权人的债权,与债权人签订不动产买卖合同,约定将不动产买卖合同的标的物作为担保标的物,但权利转让并不实际履行,于债务人不能清偿债务时,须将担保标的物的所有权转让给债权人,债权人据此享有的以担保标的物优先受偿的非典型担保物权”。并且认为,与让与担保相比,其根本差异仅在于所有权移转的时间在债务不履行时,而非担保设定之初。[14]但也有学者认为,“后让与担保”实质上即为让与担保,法律上并无本质区别。[15]若承认“后让与担保”,本案当事人通过《借款协议》约定的“如到期不能偿还,或已无力偿还,乙方将用以上抵押物来抵顶债务”,就似乎与“后让与担保”的法律构造颇为接近(尽管这一约定存在于《借款协议》而非买卖合同之中)。但笔者质疑“后让与担保”的概念能否成立,理由在于:

第一,依前述学者观点,在“后让与担保”中,必须肯定当事人之间存在买卖合同关系,进而通过履行买卖合同来满足当事人的债权。而在让与担保场合,实际上否定了当事人之间的买卖关系,即仅存在让与担保关系。

第二,在让与担保中,必须通过标的物的让与(尽管并非终局意义上)来发挥其特定的担保功能,而在“后让与担保”中,当事人之间仅仅存在买卖合同之债的关系,债权人就买卖合同标的物并不享有任何物权,同时并不存在其他形成物权关系的公示方式,担保功能无从体现。

第三,让与担保中的“让与”是为担保某种债权在将来得到实现,故担保效力是以主债权存在为前提,而在“后让与担保”中,标的物让与同时发生主债权清偿的效果,故担保效力无从谈起。

由此可见，本案判决使用“担保”的概念来表述两份协议之间的法律关系，但此种“担保”既不属于担保法意义上的典型担保，也不属于理论上争议的让与担保或所谓“后让与担保”，而最终最高人民法院的判决中也仅提到承认买卖合同的效力，并未论及买受人是否就该房屋具有优先受偿权，“担保”的法律效力无从体现。换句话说，用“担保”来描述两份合同之间的关系，在规范层面并无实际意义。[16]

四、“附设解除条件”之解释路径辨析

为说明本案《借款协议》和《商品房买卖合同》之间存有联系，最高人民法院判决进一步认为，“《借款协议》为《商品房买卖合同》的履行附设了解除条件”。

仔细推敲判决所要表达的意思，应理解为买卖合同附有条件，即当事人通过《借款协议》中的相关约定，将原本的房屋买卖合同关系转化为一种附解除条件的买卖。这种转化，使得无条件之债变为有条件之债，法律上构成债的变更。[17]由于债的关系已发生变更，即使本案中当事人之间还存在买卖合同和借款合同两种合同关系，这两个法律关系的基础也不再是《借款协议》和原先的《商品房买卖合同》，而是买卖合同关系亦产生于《借款协议》的相关约定之中。那么，究竟是通过《借款协议》中的何种约定，为原本的买卖合同附设了解除条件？

对此，最高人民法院的判决解释为“即到期还款，嘉和泰公司还清借款，案涉《商品房买卖合同》不再履行；借款到期，嘉和泰公司不能偿还借款，则履行案涉《商品房买卖合同》”。这一解释针对的显然是《借款协议》中约定的“借款到期，嘉和泰公司一次性还清借款，朱俊芳将抵押手续（合同、发票、收据）退回嘉和泰公司”。该约定如果被解释成买卖合同所附解除条件，意味着一旦条件成就（即还清借款），买卖合同即消灭，也即同时消灭嘉和泰公司交付房屋的义务和朱俊芳的房款支付义务。

依传统民法，所谓法律行为的条件，一般是指未来不确定的事件，而本案中，当事人是否履行还款义务受当事人意志所支配，其能否作为买卖合同的条件？对此，学理一般认为，以一方意思决定条件成就与否的，构成随意条件，又可分为单纯随意条件和纯粹的随意条件。前者指以基于当事人意思表示之一定事实为条件，后者指仅以当事人一方的意思表示为条件。以债务人的意思为纯粹的随意停止条件的行为，一般认为无效。[18]而本案所涉条件显然并非纯粹的随意条件。事实上，以当事人履行某种义务作为法律行为所附条件的做法，在所有权保留中最为典型。当然，所有权保留中是以当事人履行付款义务作为所有权让与行为的生效条件，而本案条款则涉及以当事人不履行另一合同（借款合同）作为买卖合同的解除条件。在这一点上两者存在本质差异，但在条件的成就与否上，两者均非仅取决于当事人一方意思（而尚须有一定状态的成立），故均可构成有效的约定。

此外，依最高人民法院对案涉条款的解读，似乎得出进一步的结论，即在借款到期，嘉和泰公司不能偿还借款之前，当事人无法直接主张履行原本存在并生效的《商品房买卖合同》。那么，能否认为当事人之间就原买卖合同关系又附了一个停止/生效条件，阻却了原买卖合同在借款期间内发生效力，更进一步地阻却了本案买受人要求移转房屋所有权的

权利？当事人就同一买卖合同关系，究竟附设的是解除条件，还是生效条件？[19]对此，理论上只有一种解释的可能，即当事人既对买卖合同附设了解除条件，同时又对出卖人交付房屋的履行行为附设了停止条件。当然，也许有学者会提出质疑，即此处究竟应理解为交付房屋的履行行为附停止条件还是附始期。对此，笔者认为，期限的到来是确定的，条件的发生是不确定的。而究竟法律行为是附条件还是附期限，还取决于法律行为的生效或失效与所附事件（控制手段）之联系。案涉出卖人交付房屋的履行行为能否发生效力，取决于当事人在借款期间是否履行还款义务，而并不直接取决于借款期限到来与否，故应解释为对出卖人交付房屋的履行行为附设了停止条件更为妥当。

需要补充的是，买卖合同附解除条件与合同法第93条规定的约定解除权并不完全一致。盖根据合同法第96条的规定，在约定解除权的情况下，当事人依然需要发出解除通知才能行使解除权。本案中当事人的约定排除了进一步发出解除通知的要求，故解释为买卖合同附解除条件更为妥当。

不过，仅将《借款协议》的约定认定为买卖合同附设解除条件，显然无法涵盖当事人之间所欲实现的法律关系的全部内容。《借款协议》不仅约定了“借款到期，嘉和泰公司一次性还清借款，朱俊芳将抵押手续（合同、发票、收据）退回嘉和泰公司”，同时还约定了“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方（嘉和泰公司）将用以上抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”，该约定表明，《借款协议》与《商品房买卖合同》之间还存在另一层关系，需要进一步解释澄清。

五、附条件代物清偿合意之解释路径

《借款协议》中关于“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方（嘉和泰公司）将用以上抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”的约定，是最高人民法院在描述两个合同“并存而联系的关系”时所忽略的问题。对此约定，因论及“抵押物抵顶债务”，故实践中常将类似条款放入“以房抵债协议”的范畴加以讨论。但后者可能表现为不同的交易类型和法律关系，故必须结合特定的案情和约定内容作进一步的法理分析。

（一）“选择之债+抵销”的解释路径

对案涉约定，本案“裁判摘要”表述为“双方当事人基于同一笔款项先后签订《商品房买卖合同》和《借款协议》，并约定如借款到期，偿还借款，《商品房买卖合同》不再履行；若借款到期，不能偿还借款，则履行《商品房买卖合同》”，似乎认为当事人存在选择履行不同合同的权利。本案判决同时认为，“无论是履行《商品房买卖合同》还是《借款协议》，均符合双方当事人的意思表示，且从合同的选择履行的角度上，嘉和泰公司更具主动性”。然何谓“合同的选择履行”，颇令人费解。这一表述给人的感觉是，当事人只需要选择其中一份合同加以履行，而可以不履行另一份合同。但这显然不符合本案的逻辑。既然判决认为本案所涉《商品房买卖合同》和《借款协议》均有效成立，每个合同就应在当事人之间形成法律上的拘束力。当事人显然不能通过选择履行一份合同而直接导致另一个合同关系的消灭。事实上，在本案中，即使认为债务人在不能偿还借款时可以

“选择”履行《商品房买卖合同》，也不表示《借款协议》本身就不用履行了，毋宁是通过其他方式来实现《借款协议》的履行。更具体地说，履行《商品房买卖合同》不仅意味着嘉和泰公司需要履行其房屋买卖合同下的过户义务，同时也意味着朱俊芳需要履行支付房款的义务。但事实上，根据当事人的约定，“抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”，朱俊芳已不需要履行支付房款的义务。“裁判摘要”对案涉约定的概括并没有将这一部分涵盖进去，而仅仅理解为当事人可以选择履行某一合同，显然无法全面解释当事人的意思。要真正实现“抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”的效果，意味着当事人在选择履行《商品房买卖合同》（下的房屋过户义务）的同时，还进一步达成了将朱俊芳的支付房款义务和嘉和泰公司的还款义务予以抵销的约定。而其前提，是要首先承认嘉和泰公司存在还款义务。因此，所谓“选择履行《商品房买卖合同》”，实际上并非选择不同的合同加以履行，而是通过当事人交付房屋的行为，同时履行了商品房买卖合同和借款合同。

重新推敲判决的意思，即使本案中存在所谓的“选择”，实际上并不是指当事人（嘉和泰公司）可以选择履行某一合同，而是指其可以在履行房屋过户义务和还款义务之间加以选择。如果按照这样的逻辑加以解释，似乎应该理解为，如果嘉和泰公司选择履行了还款义务，则借款合同关系和买卖合同关系都将消灭；如果嘉和泰公司选择履行房屋过户义务，则通过朱俊芳的支付房款义务和嘉和泰公司的还款义务之间互相抵销，同样消灭前述借款合同关系和买卖合同关系。那么可否认为当事人之间形成了某种选择之债的关系？

选择之债，是指得于数宗给付中，依选择而定其中一个给付为标的之债。通过行使选择权，使选择之债变为单纯之债。笔者认为，本案中并不存在选择之债的问题，理由有四：

首先，依学理通说，选择之债于当事人之间仅存在一个债的关系，进而通过选择来确定其给付的内容。而在本案中，实涉及两个债的关系。

其次，依前述分析，当事人也无法通过行使选择权而使之转化为仅存在一个债的关系。本案中，当嘉和泰公司行使选择权，确定其给付内容为房屋过户时，本身并没有导致其还款义务的消灭，而是还需要将其还款义务与朱俊芳的支付房款义务相抵销，才能最终导致借款合同关系和买卖合同关系的消灭。

再次，在选择之债成立之初，标的并不确定，惟依选择而确定。而在本案中，如果无法否认房屋买卖合同和借款合同的效力，则无论当事人是选择履行房屋过户义务还是还款义务，两项义务均在合同成立时即明确存在。换句话说，在本案中即使存在着某种不确定性，也并非给付标的本身不确定，而是履行何种给付标的尚未确定。

最为根本的是，本案中，无论是理解为针对两个合同还是针对两个债务，当事人事实上并无进行选择的可能。依照《借款协议》的约定，“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方（嘉和泰公司）将用以上抵押物来抵顶债务”，似乎应该解释为，一旦嘉和泰公司无

法履行到期还款债务，其必须（而非可选择）履行“抵押物来抵顶债务”的义务。而在借款期限届满之前，嘉和泰公司须履行该借款合同下的还款义务也甚为明显。从朱俊芳的角度看，根据双方签订的《借款协议》，朱俊芳在签订合同后支付给嘉和泰公司的1100万元属于借款而非购房款（案件中对此款项属于借款也并无争议），而其在《商品房买卖合同》下的交付房款义务一直存在，直至对方用房屋抵顶债务后才会（与对方的返还借款义务抵销而）归于消灭。

最后，需要进一步说明的是，即使延续选择履行某一合同或选择之债的逻辑进路，本案中当事人约定的“抵押物来抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”是否能形成有效的抵销，也存在疑问。“抵押物来抵顶债务”显然不能理解为是嘉和泰公司对朱俊芳的房屋（过户义务）与朱俊芳对嘉和泰公司的某种义务发生抵销，不然会得出嘉和泰公司无须再履行房屋过户义务的结论。本案中如果存在某种抵销事由，只存在一种解释的可能，即当事人希望通过房屋过户行为，最终在朱俊芳的支付房款义务和嘉和泰公司的还款义务之间发生抵销。尽管两项义务在性质上均属于金钱之债的范畴，但朱俊芳的购房款在金额上（1035.4554万）和嘉和泰公司的借款数额（1100万元）并不完全一致，即使成立抵销，原则上嘉和泰公司还存在偿还剩余借款的义务，这与当事人约定的“双方互不再支付对方任何款项”也无法一致。[20]

（二）附条件代物清偿合意的解释路径

对上述约定，另一种解释路径为，在借款合同中约定，当债务人无法按时还款时，债务人（嘉和泰公司）将通过履行房屋过户义务来代替原本的还款义务，进而使其在借款合同下的债务归于消灭。那么，是否可以将前述条款理解为代物清偿呢？[21]

依传统观点，代物清偿是指债权人受领他种给付来代替原定给付，从而使原有债务关系消灭的合同。针对代物清偿的性质，理论上存在着“要物合同说”和“诺成合同说”的争议，[22]依其法律构造，又有“有偿契约说”、“类似买卖说”、“清偿行为说”、“特殊债务变更契约说”等。[23]现有争议的焦点，主要在于是否肯定“纯代物清偿合意”（*pactum de in solutum dando*），即当事人仅约定债务人以他种给付代替原定给付，而未现实给付他种给付的合同效力。我国台湾判例认为，“单纯代物清偿合意，并未现实为他种给付，因代物清偿契约尚未成立，尚未成立之契约，不发生效力，故债权人无法请求为现实给付”，实质上否认单纯代物清偿合意之效力。[24]对此，陈自强指出，无论从消费借贷作为典型要物契约的演变历史，还是从债务人保护的角度，均无法否定以消灭一定债的关系为目的的单纯代物清偿合意的效力。[25]依其观点，代物清偿属于“特殊债务变更契约”的范畴。[26]在代物清偿和代物清偿合意中，在债务人现实地履行他种给付之前，原有债务并未消灭，也未形成新的债务关系，换句话说，债的关系依然保持其同一性，故其作为债务变更契约，既区别于债的更改（原债消灭，产生新债），也不同于为清偿的给付（或称“间接给付”，新旧两债并存）。究竟属于何种法律关系，在具体案件中必须通过合同解释的方式探究当事人的真实意图。笔者认为，既然合同法第2条规定合

同是“设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”，明确承认变更某种民事权利义务关系的约定也具有合同效力，因此，仅约定当事人有权要求变更合同给付客体的“纯代物清偿合意”也属于“债务变更契约”的范畴，自应合法有效（为方便区分，以下均用“代物清偿合意”表示“单纯/纯代物清偿合意”的概念，用“代物清偿”专指“现实为他种给付的代物清偿”）。

需要说明的是，部分学者认为代物清偿合意属于债务人有代替权（变更权）的任意之债范畴。[27]但也有学者主张将代物清偿合意与债权人有代替权的约定任意之债和债务人有代替权的约定任意之债区别开来。在债权人有代替权的约定任意之债，债权人虽得请求代替给付，但也得请求原定给付，未请求代替给付前，债务人仍有原定给付的义务；于债务人有代替权的约定任意之债，代替权行使前，债务人仍有原定给付义务，债权人仅得请求原定给付，代替权行使若须现实为代替给付，则代替权行使，债的关系消灭。而在代物清偿合意中，不生代替权行使的问题，基于双方合意，债权人有权要求债务人以他种给付代替原定给付，而债务人有义务履行他种给付以代替原定给付。[28]因现行法上并未直接规定代物清偿或代物清偿合意的相关制度，故对于代物清偿合意内涵的理解，只能在法规范层面作学理探讨。两相比较，笔者更倾向于支持后者观点。盖若将代物清偿合意理解为债务人享有代替权的任意之债，并以此来界定实践中大量存在的“以房抵债”协议的话，债务人完全可以通过事后不行使该代替权的方式来回避自己完成他项给付的义务。在当事人表意不清的情况下，容易产生出尔反尔、违反诚信的行为。本案中，若理解为当事人想要通过《借款协议》的相关约定建立一种代物清偿合意的法律关系，因为此种关系的效力发生是以当事人无法履行还款义务作为条件，故理论上应认为构成“附停止条件的代物清偿合意”。更具体地说，前述约定可以解释为，一旦无法按期还款或无力还款的条件成就，当事人之间的代物清偿合意发生效力，债权人朱俊芳有向债务人嘉和泰公司请求现实为他种给付（交付房屋）来代替原定给付（还款义务）的权利，而后者有履行他种给付（交付房屋）的义务。

必须说明的是，若将当事人的约定仅仅理解为“一旦条件成就，债务人（嘉和泰公司）通过履行房屋过户义务来代替原本的还款义务，进而使借款合同关系消灭的附停止条件的代物清偿合意”，依然无法达成“双方互不再支付对方任何款项”的法律效果。盖借款合同虽得消灭，但买卖合同关系本身依然存在。要产生“双方互不再支付对方任何款项”的法律效果，消灭双方基于买卖合同所产生的债权债务关系，一种方案是拟制出当事人还存在免除买卖合同下买受人的房款支付义务的意思，另一种方案是拟制出当事人还存在以出借款代替原本的房款支付义务，进而使买受人（出借方）在买卖合同下的债务归于消灭的意思。笔者认为，这两种解释方案均不妥当。第一种方案忽略了在买卖合同下出卖人还存在移转房屋的义务。显然，出卖人移转房屋的行为，要么是在履行借款合同视域下的代物清偿合同，要么是在履行房屋买卖合同，无法通过一个行为达到使两个债务同时消灭的效果。第二种方案使当事人之间存在两个“附停止条件的代物清偿合意”，法律构造

过于复杂，而且在本案中，当事人实际上已经（提前）履行了交付借款的义务，与代物清偿的法理构造也不一致。因此，笔者认为此处最为合理的解释方案是，当事人之间不仅就履行借款义务达成了一个附停止条件的代物清偿合意，同时还就买卖合同约定了解除条件，即当事人一旦履行代物清偿合意下的房屋交付义务，买卖合同也同样得以解除。

（三）流押条款的解释路径

物权法第186条规定，“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”，即所谓流押条款禁令。而仔细推敲流押条款的法理构造，与附条件的代物清偿合同颇为相似。能否认为，当事人之间的“附停止条件的代物清偿合意”实质上即为法律上所禁止的流押条款，或者即使并非真正的流押条款，但构成规避流押条款的脱法行为？

正如本案山西高院的判决，实务中的确存在大量判例，认为类似“以房抵债协议”如果约定“债务人不履行债务时房屋归买受人所有”，则违反流押条款禁令。这些判决或语焉不详，[29]或认为争议条款属于让与担保，故违反流押禁令，[30]或认为当事人签订的协议名为买卖，实为“借款担保合同”，进而认定为违反流押禁令而无效。[31]

但也有相反观点主张对流押条款进行限缩解释。这种观点认为，流质（流押）禁令并未规定在物权法第4章担保物权一章，而是分别规定在抵押权和质权的相关章节，可见流质禁令并非规制担保物权的一般条款，仅涉及调整抵押和质押关系，因而包括让与担保在内的其他担保形式并不直接违反流质禁令而无效。[32]事实上，最高人民法院在本案判决中也有类似的观点，即认为“禁止流押，针对的是债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的约定，目的在于防止损害抵押人利益，以免造成对其实质的不公平”。值得注意的是，学理上甚至存在一种更为激进的观点，认为立法应该废除这一禁令，盖“流质条款并不必然损害担保人、担保人的其他债权人以及国家的利益，也并不违背担保物权的制度本旨。相反，其在弘扬私法自治、维系相关法律制度之协调以及降低担保物权的实行成本等方面能发挥积极的作用”。[33]无论是提倡限缩解释还是提倡解禁流质条款，都为认定各类“以房抵债协议”留下了更大的空间。

笔者认为，问题的关键在于如何界定流质条款的内涵和外延，而这必须以对流质条款禁令的法理基础的正确认识作为前提。对于流质条款的法律适用，笔者持一种更为折中的方案。

一方面，笔者认为，将流质条款限定为当事人设定抵押权或质权场合，甚至提倡流质条款解禁的解释方案，并无充分说服力。主张废除流质条款的观点在立法论上尚值进一步研究。从解释论的角度看，既然立法有明确规定，同时存在着一定的法理基础，直接无视该项禁令的存在似乎不是应有的法律解释态度。将流质条款限定在当事人设定抵押权和质权场合的解释理由也不成立。立法在抵押和质押场合禁止流质条款，无法得出流质条款只能存在于抵押和质押场合的结论。

首先，从条文表述上看，物权法第186条和第211条均采用相同的方式：“x x人在债务履行期届满前，不得与x x约定债务人未履行到期债务时x x财产归债权人所有”。可以理解为法律真正要禁止的是某一类型的“约定”（即流质条款），至于其附着于抵押还是质押并不是其规制的重点。

其次，从体例上看，物权法虽然并未将流质条款禁令规定在担保物权的一般规定章节，但对此也存在另外一种解释，即物权法并未在作为法定担保物权的留置权章节规定流质条款禁令，因此将其规定在担保物权的一般规定中并不妥当。

再次，从法理逻辑上看，流质条款本身不仅不能依附于典型的担保关系，甚至与后者存在天然的不兼容性。流质条款的本质功能在于使担保财产直接归债权人所有，并可直接对抗其他债权人或第三人，而这与担保物权的优先受偿效力存在根本冲突。换句话说，流质条款要发挥作用本身就要求阻却典型担保发挥其功能，这恰恰体现了它与典型担保之间的相互独立性。

再者，从历史演变上看，所谓流质条款，来源于罗马法上的“*lex commissori*”，后世译为“解除约款”，指的是一种可适用于买卖、信托和质押关系的附加简约（*pacta adiecta*）。[34]后世发展中，买卖中的解除约款渐渐进化成现代合同解除制度的原形，[35]而质押合同中所附带的解除约款则日益衰弱，逐渐为质押中发展出来的变卖权所取代（后者逐渐成为质押的实质性要素，即使当事人对此没有约定或者作出相反的约定），最终确立了禁止流质条款的一般规范。[36]可见，在抵押和质押制度完善之前，流质条款就已存在。

另外，从实践效果上看，如果将流质条款限定在设定担保物权的场合，从法律效果上看，反而可能使该项规定形同虚设。事实上，在法律明文禁止流质条款的情况下，任何有一定法律常识的当事人都不会选择订立这样的无效条款，债权人完全可以通过选择不设立抵押或质押，或通过各种以房抵债协议等方式来变相左右条款的效力，最终达到让担保物归其所有的同样效果。更难以想象的是，如果双方签订的抵押或者质押合同因为公示上的原因没有真正设立，其本该无效的流质条款反而变成有效约定。

最后，从法理基础上看，流质条款禁令也不应局限在设定抵押和质押场合。立法机关在解释流质条款禁令的规定时，提到的核心理由在于它“不仅不利于保护债务人的合法权益，也与民法规定的平等、公平的原则相悖”。[37]也有权威学者主张，此项规定同样在于保护担保人的其他债权人的利益，甚至旨在防止国有资产流失。这些理由常常为其他学者所垢病。盖我国法上已规定了乘人之危和显失公平可以撤销合同的制度，目的就是防止债务人迫于困境，受到出借人的压力而签订不公平的条款。而担保人的其他债权人的利益，可以通过行使撤销权的方式加以救济，没有必要因噎废食，直接否定流质条款的效力。而可能导致国有资产流失，似乎理由上更为偏远。[38]对此笔者基本持相同的意见。但笔者认为，适用乘人之危和显失公平撤销合同的规则来解决流质条款可能带来的不公平问题，未必妥当。究其原因，一则债务人主张乘人之危或显失公平，往往需要承担更为严

格的证明负担（尤其是考虑到相关规范所具有的较大弹性空间），同时还面临除斥期间上的限制。二则乘人之危或显失公平规则更关注订立合同之时当事人双方对待给付的均衡关系，而流质条款中关于提供的担保物和所担保的债权是否均衡的判断时间却并不是在订立合同之时，[39]而是当债务到期不履行，债权人主张担保物所有权之时，[40]因此，在订立流质条款之时，当事人可能迫于借款需求并不会直接提出显失公平和乘人之危的诉讼，进而因除斥期间经过而无从救济。三则法律之所以规定流质条款无效而非可撤销，目的上似乎也不在于条款本身可能对单个债权人或债务人带来的不利局面，而更在于如果此类条款在实践中盛行，可能带来的对市场秩序或公平交易的法秩序的破坏。[41]

因此，笔者认为，不管当事人采取何种条款构造，只要其实际上达到与流质条款相同的结果，即在借款履行期届满前约定，如债务人到期不履行还款义务，某一特定财产将直接归债权人所有，而无需针对借款数额（包括利息等）进行清算，则可以直接适用流质条款禁令或通过认定为“以合法形式掩盖非法目的”，认定该条款无效。

但另一方面，笔者认为，同样应该避免对流质条款的泛化适用局面，需要限制流质条款禁令的适用空间，以免造成对当事人意思自治的不当干预。在这一方面，比较法上有大量的实践经验可供借鉴。如意大利法上从强调交易的目的重在担保还是买卖，区别流质条款和附买回条款的买卖。[42]又如，“马其亚诺条款（patto marciano）”的效力也得到了承认。根据此类条款，债权人与债务人可以约定，当债务人不履行债务时物的所有权移转于债权人，但须由第三人合理评估该物的价值，同时必须返还债务人超出债务部分的物的价值。[43] 2002年，欧盟通过指令的方式明确商事交易中的金融担保合同并不适用流质条款禁令。[44]而在集欧洲学术之大成的《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》中，甚至在就动产的担保物权的流质条款规则中（第IX-7；105条），明确提到除涉及消费者担保，如果“担保财产是在公认的市场上以公开价格进行交易的可替代物”或“当事人事先约定了便于确定合理的市场价格的其他方法”，就不能适用流质条款无效的规则，同时规定“允许以物抵债的，担保权人也仅有权在以物抵债时公认的或同意的市场价格范围内，取得担保财产的所有权。担保人有权要求返还超出担保债务的剩余部分。债务人对不足部分仍应承担清偿责任”。[45]这些做法通过类型化的梳理和例外规则的设置，更好地平衡了意思自治与合同正义的关系，对本案的处理也有着重要的借鉴意义。

综上所述，判断“以房抵债协议”是否违反流押禁令，不能简单地从当事人之间有无设定抵押权来进行判断，而应该考虑流押禁令的法理基础，综合判断当事人约定是否对合同利益的平衡造成较大破坏，并结合相关交易实践进行判断。回到本案判决，最高人民法院认为案涉条款并不违反流押条款禁令。笔者对此判决结果表示赞同，但对其论证理由并不完全赞同。具体分析如下：

第一，最高人民法院认为禁止流押条款的目的在于防止“抵押人”的利益受到伤害，而本案中并不存在抵押人的保护问题，如此似将当事人之间是否存在抵押担保关系作为流押禁令适用的根本前提。

第二，最高人民法院试图通过承认《商品房买卖合同》和《借款协议》的相互独立而又“并立而联系”的关系，来解释其与流押条款的区别，但对两个协议的解释上并没有涵盖当事人设定的关于房屋“抵顶债务，双方互不再支付对方任何款项”的约定内容，因此无法准确把握协议约定和流押条款的关系。

第三，本案判决认为《借款协议》中的约定并不能直接导致所有权移转为买受人所有，而且认为当事人在审判中仅主张买卖合同的效力，并不能直接产生所有权移转的效果，进而否认该条款为流押条款。此项理由显然不能成立。一则当事人约定“如到期不能偿还，或已无力偿还，乙方将用以上抵押物来顶抵债务”，显然存在将担保物“归债权人所有”的意思。二则该种理解错误地解释了流押条款禁令的规范目的和内容。盖在我国物权法上，当事人关于不动产物权变动的约定，原则上都需要通过登记才能实现物权变动的效果，如果将流押条款中“担保物归债权人所有”的约定内容错误地限缩为“能直接产生所有权移转为买受人所有的效果”的约定，显然这种约定几无现实存在的空间。那样的话，流押条款禁令显然形同虚设。

第四，本案判决认为无论是履行《商品房买卖合同》还是《借款协议》，均符合双方当事人意思表示，且从合同的选择履行的角度上，嘉和泰公司更具主动性。但这种“主动性”如何理解，值得商榷。如果此种主动性体现为当事人可以选择履行借款合同，从而避免房屋转让事实的發生的话，那么对于法律上禁止的流押条款，债务人同样具有此种“主动性”。而立法之所以否定流质条款，究其本质，恰恰在于否定此种情况下债务人存在免受债权人压制的主动性。更何况，通过上文分析可知，当事人之间实际上既不存在可选择某一合同履行的法律关系，也不存在选择之债的法律关系。

第五，判决以当事人有基于显失公平撤销合同的权利来强调债务人利益存在法律上的保障可能，但仅从这一点上来论证本案并不违反流押条款禁令，理由并不充分。盖法律之所以规定流押条款禁令，目的也在规制变相高利贷行为，弥补当事人适用显失公平规则可能存在的不足。这种内在逻辑，在最高人民法院强调借款合同中超过银行同期贷款利率四倍的约定不予保护上同样存在。因此，除非在保护债务人利益上有更为充分的理由，否则这一论断在法解释上并没有足够的说服力。

尽管最高人民法院在判决中的论述理由并不充分，甚至存在一些法律适用上的曲解，但笔者对案件的审判结果依然持肯定意见，即案涉条款并不违反流押禁令。理由如下：

第一，与流押条款不同，本案中当事人并不是直接约定，一旦债务人无法履行债务，则某一特定财产直接归属于债权人，而是采取附条件的代物清偿合意（针对借款合同之债）和附条件的买卖合同（针对买卖合同之债）相互结合的特殊“清算方式”约定了债务人的移转房屋所有权义务。两者法理构造并不相同。

第二，本案中，《商品房买卖合同》签订在《借款协议》之前。在《商品房买卖合同》签订时，当事人对房屋价款的评估方式并不是以借款数额作为直接依据（案涉房款数额和借款金额并不完全一致），而是采取一定的市场定价方式来确定。这一点，实际上作为债务人的嘉和泰公司在二审诉讼期间也间接地予以承认。因此，除非当事人通过反证证明本案中的《商品房买卖合同》属于虚假行为，否则无法直接否定当事人对于房屋买卖合同价款约定的合理性。

第三，即使本案中《商品房买卖合同》的价款约定并不客观公平，当事人在除斥期间内依然存在提起乘人之危或显失公平之诉来撤销买卖合同（这点最高人民法院的判决中也提到）的可能。尤其值得注意的是，本案中借款合同关系在买卖合同关系成立后仅1天发生，而当事人的借款期限仅3个月，这就意味着即使过了债务履行期，原则上出卖人还有将近9个月的时间来提起买卖合同的撤销之诉，存在保障自身作为借款人的利益的可能救济途径。如果本案情况变为借款期限超过1年，债务人在借款履行期到来之前即丧失撤销合同的可能，其面临的压力就可能与流押条款相似。而本案中并不存在这样的情况。

第四，当事人在签订该协议时，债务人依然为物权的主体，相较于不动产让与担保中的债务人，其法律地位更为有利。而在承认不动产让与担保的情况下，债权人取得房屋所有权，债务人丧失所有权（尽管都并非终局性的），在债务到期不履行时，前者对后者只有清算的义务，也不违反流押禁令。既然流押禁令旨在保护债务人的利益，举重以明轻，本案中如以违反流押禁令来否定债务人的房屋过户义务，显然并不妥当。

第五，如果将案涉条款认定为违反流押禁令，最终效果也只是依据《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57条第1款规定，将《借款协议》中关于“将抵押物抵顶债务”的约定认定无效。当事人的买卖合同和借款合同关系依然存在，债务人在买卖合同下的房屋过户义务也依然存在。尽管当事人可以通过事后和解或抵销方式来清算双方之间的债权债务关系，达到与肯定案涉条款效力类似的结果，但既然从保护债务人利益的角度扩张适用流押条款禁令没有实际益处，直接否定当事人意思自治的处理方案并不可取。

第六，在本案中，债务人在借款合同下的债务数额实际上（略）高于房款金额，通过“将抵押物抵顶债务”的约定，不仅不存在变相高利贷的情况，而且清算结果上反而对债务人有利，因此更无适用流押条款禁令的必要。

六、结语

本案中，最高人民法院通过公报案例的方式，试图通过对现有合同法和债法规则的运用，为司法实务审理类似“以房抵债”协议纠纷提供一个可供参考的审判思路。但令人遗憾的是，最高人民法院不仅没有就此机会更好地厘清“以房抵债”协议与流押条款、让与担保、“后让与担保”、代物清偿、附条件代物清偿或代物清偿预约等在法律适用上的复杂关系，反而误读或忽略了本案中当事人之间具体约定条款在法律构造上的特殊性和复杂性，对审判实践可能造成进一步的困扰。当然，这从另一个侧面也恰恰说明，实践中不同

样态的“以房抵债”协议背后可能存在多种复杂的法律构造和法律关系，因此可能无法抽象出一条单一的审判规则，[46]法院在审理过程中必须结合具体案件事实作出更为审慎地判决和类型化的整理。

在某种意义上，本案事实也生动地反映出，在现有的法律体系下，仅有的典型担保方式并不能充分满足交易上保障融资安全的复杂需求。可以想象，实践中之所以存在大量“以房抵债”协议，本案中当事人之所以采取如此复杂的法律构造方案，背后的目的往往是为融资（借款合同的顺利履行）提供更多的法律保障。但事实上，正如本案所反映的那样，当事人签订类似的“以房抵债协议”，本身并没有取得更多的担保法意义上的物权保障，而且面临着规避流押条款禁令的诉讼风险，最终可能造成更多市场上的不诚信行为。

对此，笔者认为，存在两条改善的途径：

第一，可以通过审判实践的积累或未来民法典的立法完善，确立不动产让与担保的法律效力，在登记制度和让与担保的具体规则设计上提炼出更为清晰的思路，为当事人的融资安全提供更多的保障途径。

第二，借鉴比较法上的经验，厘清流质（流押）条款禁令的适用空间。通过实践的进一步积累，明确“马齐亚诺”条款等类似清算型流质条款的效力，有条件地放开商事行为中的流质条款，同时兼顾对消费者权益的保护。

【注释】

[1] 本案为“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2014年第12期。

[2] 参见陆青：《合同联立问题研究》，《政治与法律》2014年第5期，第94页。

[3] 参见周江洪：《作为民法学方法的案例研究》，《法学研究》2013年第6期，第21页。

[4] 如“李桂允诉惠亚军等民间借贷案”（（2009）邓民一初字第10号）。该案中，被告将其房屋以8万元价格出卖给原告，并约定后者付清房款后即对该房屋享有所有权和使用权，前者应于一年内将该房地产交付给后者，并协助其办理产权过户手续。同日双方签订“补充协议”，约定房屋产权虽属原告所有，但必须租赁给被告使用12个月，月租金1200元。被告在租赁期满付清租金并退还卖房款后，原告无条件放弃该房地产的所有权和使用权，即该房地产买卖合同失效。租赁期满，被告未交清租金又不退还卖房款的，原告有权收回该房屋。法院认为该合同条款说明“房屋买卖”并非双方当事人真实意思之表示，即名为房屋买卖，实为借贷关系，获取该借款、收回借款本息才是双方当事人实现合同的根本目的。案件刊载于李晓东：《合同效力不因约定违反物权法定原则而无效—李桂允诉惠亚军等三人民间借贷纠纷案》，《朝阳法律评论》2010年第1期，第278页。类似的案件还有“张桌玮诉怡豪公司商品房销售合同纠纷案”（（2012）渝五法民初字第12

号），参见张华荣：《名为房屋买卖实为借款担保的认定—重庆五中院判决张桌玮诉怡豪公司商品房销售合同纠纷案》，《人民法院报》2014年9月11日第6版。

[5]如“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷再审案”（（2013）民提字第135号），载梁曙明、刘牧晗：《借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记属于让与担保》，《人民司法案例》2014年第16期，第4页以下。该案中，原告与被告签订《商品房买卖合同》，约定原告购买被告的特定商铺53间，总额340万元；原告应于当日交纳全部房款，被告应当于8月30日前将商品房验收合格交付买受人使用。该合同签订当日原告支付了购房款，但购房发票为被告所持有。次日双方办理了备案登记。法院判决认为，案件中被告的真实意思是融资还债，其签订买卖合同的目的则是为了担保债务的履行。鉴于双方未办理抵押登记，其约定也不符合担保法规定的担保方式，故双方行为应认定为非典型的担保方式。被告对交易的控制体现在借款合同和其没有将发票原件交付给原告，而缺少了发票，原告无法实际取得商铺并办理产权登记手续，法院进而以该约定违反流质规定判决驳回诉讼请求。

[6]值得注意的是，交易实践中不乏通过订立以房抵债协议，进而通过以房抵债协议纠纷的方式来规避税收、限购或限贷等相关政策法律的情况。对此，最高人民法院曾专门颁发《关于房地产调控政策下人民法院严格审查各类虚假诉讼的紧急通知》（2013年6月28日，法明传[2013]359号）。在此不作展开。

[7]施启扬：《民法总则》，台北2001年自版，第239页。

[8]参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第256页。

[9]在比较法上，关于让与担保同样存在着其是否属于通谋虚伪表示的理论争议。但现有学理基本上已否定了这种认定思路。参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社2011年版，第1104页。

[10]参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第382页以下。

[11]参见“临海市工艺服装绣品厂破产清算组诉临海市第四建筑工程公司让与房屋产权担保责任逾期未履行返还房产权案”，该案来源于北大法宝案例库，结案日期1999年3月12日，案号未查。该案中，法院认可了让与担保的法律效力，并认为“讼争房屋的价值大大超过所担保的债权，上述约定显失公平。在四建公司将超过担保债权部分的房屋价值返还绣品厂之前，四建公司不能确定地取得讼争房屋的所有权。现绣品厂已破产，四建公司又不能确定地取得讼争房屋的所有权，而设定让与担保的目的在于保证四建公司能从讼争房屋中优先受偿。因此，绣品厂清算组有权请求四建公司返还讼争房屋的所有权。作为替代，四建公司取得了就讼争房屋优先受偿的权利”。

[12]笔者在北大法宝案例库搜索，仅得三例：“杨凌地普房地产开发有限公司与陕西方元建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”（（2008）陕民一终字第7号）、“何春霖与罗开明等房屋买卖合同纠纷上诉案”（（2007）金牛民初字第2408号）、“袁成军与郑希文房屋买卖合同纠纷案”（（2010）郑民三终字第714号）。

[13] 参见王闯：《关于让与担保的司法态度及实务问题之解决》，《人民司法（案例）》2014年第16期，第18页。

[14] 参见杨立新：《后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权》，《中国法学》2013年第3期，第77页。

[15] 参见董学立：《也论“后让与担保”》，《中国法学》2014年第3期，第291页。

[16] 比如，实践中存在另外一种情况，即当事人先签订借款协议，再签订房屋买卖合同，同时约定如将来房屋可以办理过户手续，则借款抵作购房款，以此试图来保障买卖合同得以履行。这在“小产权房”的买卖中常常发生。在这种交易中，借款往往并非当事人真实的意思，目的在于规避司法实务中禁止“小产权房”的管制政策，与本案所涉“以房抵债协议”并不相同。但与本案相同之处在于，此处所谓的“保障”效果，并无法规范层面的担保效力，而仅在说明当事人之间试图寻求另一种退而求其次的交易可能性。

[17] 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第827页。

[18] 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第476页。

[19] 一般情况下，当无法解释当事人希望的是停止条件还是解除条件时，需要通过解释当事人的意图加以明确，或法律直接用解释规则加以明确。如德国法上，对于所有权保留买卖，如有疑义，则认为是所有权移转附完全支付价款这一停止条件。参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2014年版，第204页。但本案中所涉条款，无论解释为买卖合同单纯附解除条件还是单纯附停止条件，都与当事人的意图不符。

[20] 本案中，就抵销而言，当事人事实上附设了某种条件（房屋过户），而非直接达成抵销的意思表示和发出抵销通知。但此种“条件”只是抵销发生的前提，还是属于合同法第99条所提及的“抵销不得附条件”中的“条件”范畴，理论上依然值得讨论。

[21] “代物清偿”并未在现行民事立法上有明确规定，但为我国学理和部分实务所承认。不乏实务观点认为，实践中所谓的“以物抵债，即代物清偿”。如刘根：《以物抵债协议不宜认定为流质契约》，《人民司法（案例）》2014年第2期，第52页。

[22] 相关争议参见崔建远：《以物抵债的理论与实践》，《河北法学》2012年第3期，第23页以下；周江洪：《债权人代位权与未现实受领之“代物清偿”》，《交大法学》2013年第I期，第169页以下。

[23] 参见陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2002年版，第259页以下。

[24] 见我国台湾“1994年度台上字第890号判决”，上引陈自强书，第320页下。

[25] 上引陈自强书，第321页以下。在意大利法上，学者Alessio Zaccaria也认为，如果坚持代物清偿的要物合同性质，那么当事人违反“纯代物清偿合意”只会产生缔约过失责任，而不是违约责任。既然意大利法上明确承认合同可以具有变更某种法律关系的功

能，那么削弱“纯代物清偿合意”作为债的变更合同的拘束力并无正当理由。Vedi A. Zaccaria, *La prestazioae in luogo di adempimento*, Milano, 1987, 1 ss. 大陆学者中，崔建远将纯代物清偿合意理解为一种无名诺成性合同，以此区别于现实完成他种给付的代物清偿（要物合同），但也认为，尽管没有现实地完成他种给付，其合同效力毋庸置疑。见前引[22]，崔建远文，第26页。

[26]所谓“债务变更契约”，是指给付的标的物虽经债的关系当事人以契约变更，但若当事人的经济目的不变，则债的关系仍然保持其同一性，此类契约属于债务变更契约。见前引[25]，陈自强书，第298页下。陈自强同时认为，在代物清偿中，债权人受领他种给付的同时，债的标的同时变更为他种给付，故清偿系在消灭被变更的债的关系（第319页）。

[27]参见肖俊：《代物清偿中的合意基础与清偿效果研究》，《中外法学》2015年第1期，第57页。

[28]前引[23]，陈自强书，第334页以下。史尚宽先生对此有不同看法，依其观点，代物清偿预约属于债务人任意之债的范畴。见前引[17]。史尚宽书，第815页。

[29]如前引[5]，“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷二审案”。

[30]如前引[12]，“何春霖与罗开明等房屋买卖合同纠纷上诉案”。

[31]“章敏诉林秀忠等执行异议之诉纠纷案”（（2013）温鹿执异初字第9号）判决认为：《房屋卖尽契》明确载明“该屋是出卖方（鲍胜坚、李青妹）向章敏借款人民币壹佰叁拾万元正，在约定借款期内出卖方能按时向受买方还清本息，该屋应归还给出卖方，如不能按时还清或故意不还清本息，章敏有权处理该屋”内容，该约定表明，原告章敏与被告鲍胜坚、李青妹买卖涉案房屋并非双方的真实目的，而是被告鲍胜坚、李青妹以其房屋作为借款130万元提供抵押担保，双方以房屋买卖合同的名义代替了借款担保合同，且原告章敏已将上述130万元作为借款提起诉讼，故原告章敏与被告鲍胜坚、李青妹之间的合同名为房屋买卖合同实为借款担保合同的事实明确，双方就涉案房屋所作的抵债约定违反我国有关法律规定，显属无效。

[32]参见陈本寒：《新类型担保的法律定位》，《清华法学》2014年第2期，第100页。也有学者从以物抵债协议和流质条款的区别角度出发，认为“流质契约是担保合同中的条款；以物抵债协议不具有担保性质，是对债的履行的变更。流质契约中的物为抵押或者质押物；以物抵债协议中的代替物是债的履行标的”。见前引[21]，刘琨文，第55页。

[33]参见孙鹏、王勤劳：《流质条款效力论》，《法学》2008年第1期，第84页。

[34]在买卖中，它表现为两种形式，一是约定买卖合同的效力取决于价金的支付（类似附停止条件），一是约定如果买受人未在预定的期限内支付价款，出卖人有权单方面解除合同（类似附解除条件）。在信托关系中，它约定如果信托人未能按时履行其向受托人承诺的义务，后者将解除向该信托人返还信托财产的义务。在质押关系中，是指如果提供

质物的债务人未按约定履行自己的清偿义务，则质物归债权人所有。见 Sacchi, *Lex commissoria a divieto del patto commissorio. autonomia negoziale o tutela del contraente piu debole?* Cfr: <http://www.dirit-toestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.htm>, 最后访问时间 2014 年 6 月 16 日; 黄风: 《罗马法词典》, 法律出版社 2002 年版, 第 157 页。

[35]Auletta, *la rsoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 1 ss.

[36]参见[意]彼德罗·彭梵得: 《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 261 页。

[37]胡康生主编: 《物权法释义》, 法律出版社 2007 年版, 第 408 页, 第 460 页。

[38]参见前引[33], 孙鹏等文, 第 8b 页。

[39]值得注意的是, 担保法第 4 条和《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 57 条第 1 款规定的流质条款是指在订立抵押和质押合同中存在的流质条款, 而物权法规制的流质条款在外延上更为宽泛, 是指“在债务履行期届满前”约定的条款, 既包含设立抵押权或质权时约定的条款, 也包括事后(直至债务履行期届满时)双方约定的条款。此项规则也可从国外法例中得到印证。如 1865 年意大利民法典中的流质条款仅限于与质押同时订立的条款, 而不包括订立时间在设定担保之后的条款。理论和实践对此存在广泛争议。而 1942 年的现行意大利民法典第 2744 条明确规定, “当约款约定, 在确定期间内债权未实现时, 则抵押或质押财产的所有权将转移给债权人, 该约款无效, 即使该约款是在抵押或质押设立之后形成。”

[40]Verdi, *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in Riv. dir. civ., 2006, fasc. 4, p. 514

[41]Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 192.

[42]早在教会法上, 就已经有观点试图将流质条款和附买回条款的买卖区别开来, 并认为后者是有效的, 而共同法则对此一直持有争议。意大利民法典第 1500 条对买回权有专门规定, 明确“卖方可以通过返还依随后条款所定的价金及报酬而保留将卖出之物的所有权重新取得的权利。以超过买卖所定的价金的金额返还的条款因过度而无效。” Cfr. Bianca, *Voce Patto commissorio*, in *Novissimo digesto*, XII, Torino, 1976, p. 713.

[43]Carnevali, *Patto Commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505

[44]《金融担保指令》(Directive 2002/47 第 7 条(对以移转所有权形式的金融担保的承认): “依据合同, 如果金融担保的所有权随着交付或者支付而向担保接受人转移, 并且附加了提供相同的担保的义务, 则成员国承认, 金融担保的所有权依据当事人间的约定而转移。”参见吴越: 《欧盟债法条例与指令全集》, 法律出版社 2004 年版, 第 198 页。

[45]欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第九卷动产担保物权、第十卷信托与附录），徐强胜等译，法律出版社2014年版，第205页。

[46]值得注意的是，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（征求意见稿）》（法办函[2013]353号）第25条曾设计规则：“[民间借贷与买卖合同混合的处理]借款人为借款而与贷款人签订买卖合同，借款到期后借款人不能还款，贷款人要求以借款本息抵顶买卖合同价款的，人民法院应当将民间借贷合同和买卖合同合并审理（第1款）。买卖合同约定的价款明显高于或者明显低于合同履行时的市场价格，当事人主张以市场价格履行合同的，人民法院应予支持（第2款）。就履行的买卖合同价款与应偿还借款本息之间的差额，当事人主张偿还或者补偿的，人民法院应予支持（第3款）。”该项规范意见，同样肯定了当事人之间可就同一款项成立买卖合同和民间借贷合同的法律关系，与本案思路颇为接近。但该项规则是否可以适用于各类“以房抵债协议”，依然有待实践检验。同时，将该项规则提炼为“民间借贷与买卖合同混合”，似乎又与传统混合合同的理解不相一致，其适用的外延和内涵如何确立，依然值得探讨。