

期房交易合同在破产法上的效力研究

任一民*

摘要 房地产公司破产所面临的主要法律问题往往都与期房交易合同效力的维持密切相关。我国现行法律确立了基于生存权保障的购房消费者优先于工程款债权人的顺位机制,也确立了预告登记这一用以保全购房者取得房屋所有权的保障机制。不同类型的期房交易合同进入破产程序后是否可以要求继续履行,如何继续履行,履行过程中购房者权利与其他债权人的权利如何排序,合同解除后的后果如何界定等等,亟待明晰。这些问题的剖析,既不应脱离期房买卖有别于现房买卖的背景,也不应无视外部交易环境变化对合同履行带来的冲击;不同类型的期房买受人是否承担破产风险,可以结合其信用授予的不同而予以区别对待。

关键词 期房交易 购房消费者 预告登记 信用授予

一、问题的提出

近年来,随着中国房地产市场供过于求的矛盾日渐突出,进入破产程序的房地产公司有增无减。由于房地产销售主要推行的是商品房预售(期房交易)模式,这些房地产公司进入破产程序时往往都面临其在建期房无法交付的问题。加之期房的购房者类型复杂多样,既有涉及生存权保障的消费者,也有出于投资目的之普通购房者;既存在办理了房屋预售预告登记的购房者,也有未办理预告登记、备案登记的购房者;既有已经付清购房款的购房者,也有只是支付了部分款项的购房者;既有以房抵债的购房者,也有以购房合同作为担保措施的名义购房者。房地产公司进入破产程序后,因对期房是否能建成、何时能交付、交付的房屋是否符合约定、拒绝交付后果如何等问题无法判断,形态各异的购房者往往诉求不一,有主张继续履行合同并索要延期交房赔偿的,有主张解除合同要求全额退返购房款本息并赔偿损失的,也有因对房地产公司后续走势不明、法律后果不清而不知如何选择的,如此等等,使得期房交易合同在破产程序中的处理更为复杂。

对于继续履行合同的诉求,由于《企业破产法》第18条规定了破产法上的解除权(以下统称“破产解除权”),购房者面临着管理人行使破产解除权或者《合同法》规定的解除权的风险。如果合同继续履行,但期房

尚待建设,继续履行将面临续建融资困难、交付时间不确定等问题;如果购房者选择解除期房交易合同,解除后的后果该如何评价。这些与期房交易合同在破产程序中是否可以维持其效力的相关问题的解答,既与其他外部债权人(包括续建融资债权人、工程款优先受偿权人、抵押权人以及普通债权人)的权益保护关系密切,也与提供按揭贷款的金融机构权益维护紧密相关。以下选取几种典型的期房交易合同在破产法上的效力问题展开讨论。

二、消费者期房交易合同的法律效力

(一)管理人对期房交易合同的解除权

1.破产法上的解除权应限制行使。商品房买卖中的购房者,如果具备消费者保护条件,最高人民法院在2002年颁行的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权的批复》(以下简称“02批复”)赋予其优先于建设工程款债权人的法律地位,2015年颁行的《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29条则对“02批复”确定给予优位保护的消费者(对于可获优位保护的购房者,以下统称“购房消费者”)范围作了进一步的限定。^{〔1〕}购房消费者与房地产公司间成立的期房交易合同,如果购房消费者未足额付清购房款,则该合同应属于双方均未履行完毕的合同,符合管理人行使

*任一民,浙江京衡律师事务所副主任、合伙人,中国人民大学破产法研究中心研究员。

〔1〕对于购房消费者在现行《物权法》框架下是否可以给予特别保护,有观点认为司法解释有突破物权法定之嫌疑。但是就现有格局下的房地产公司破产,基于利益平衡考量,对具有生存权保障需求的消费者给予特别优待,对已形成制度信赖的消费者乃至金融债权的保护都有益。



破产解除权的条件。但是该合同一旦解除,将产生一系列不利于购房消费者的法律后果,因此,是否应对破产解除权的行使加以限制,有必要就此展开讨论。

第一,法律之所以对购房消费者作出特别优待的保护,是基于保障购房消费者“生存权”的需要,希望居者有其屋。因此,只有切实保障其取得房屋,才符合立法目的。管理人就是否行使破产解除权作出选择时,通常只考虑合同解除是否使得破产财团受益。如果对破产解除权的行使不作限制,购房消费者将只能要求退返购房款,若退返购房款请求权被认定为普通债权,则“生存权”保障之目标就将落空;即使退返购房款请求权被认定为优先债权,通常是房屋市价高于合同约定价,管理人才会为了破产财团受益而行使破产解除权,那就意味着购房消费者还要承担因房屋涨价而无力购买其他替代房屋的风险,其弊害显而易见。

第二,对于购房消费者所享有权利的性质,司法解释起草人将其评价为物权期待权。^[2]从学理上说,物权期待权虽然尚未构成物权,不具有绝对的排他效力,但是已具有排除妨碍权利实现的权能,即限制该物权期待权的相对方对标的物再进行新的处分。^[3]如果对破产解除权的行使不作限制,管理人一旦行使,房屋将不再交付,购房消费者也就丧失了取得认购房屋所有权的可能。如果买受人取得房屋的权利可以被任意解除,那么该期待权只能被称为一种单纯的期待而不成其为权利,所谓的物权期待权将名存实亡。因此,从物权期待权的特定性质来说,应限制管理人行使破产解除权。

第三,“02批复”确立了工程款优先受偿权人不得对抗购房消费者的规则。也即对于购房消费者购买的房

屋,不存在将之变价,并以变价所得优先清偿工程款债权人的可能。如果管理人可以行使破产解除权,购房消费者取得房屋所有权的缔约目的将无法实现,其优位于工程款优先受偿权的地位也随之落空。最高人民法院在相关案例所秉持的立场足以证明购房消费者通过取得房屋所有权实现债权清偿的权利不受破产程序的影响。^[4]就此而言,也应限制管理人行使破产解除权。

2. 合同法上的解除权行使不受限制。如果购房消费者的行为使得合同解除的条件在合同法层面成就,管理人是否可以代表房地产公司行使合同法上的解除权?笔者持肯定态度。因为保障购房消费者取得物权是以其享有债法上的请求权为前提的,过度倾斜的保护可能引发购房消费者依赖其特殊地位恶意违约的道德风险,不利于平衡各方利益,有违弱者保护的立法本意。

(二) 期房交易合同的继续履行问题

1. 续建费用的优先性问题。如果购房合同继续履行,则需将房屋建设完成,使其具备交付条件。房屋的续建需要投入资金,如何保障续建资金的安全便成为期房交易合同能否继续履行的关键。目前,实务界普遍认为续建费用(包括续建融资,下同)属于共益债务,但对共益债务的责任财产范围、权利顺位等问题并未形成统一意见,亟需对前述问题进行梳理。

首先,破产法上共益债务的责任财产范围,通常认为是剔除了设置有担保物权限制的特定财产以外的债务人一般责任财产(破产财团)。

其次,依托于续建费用投入而新增的建筑物应当被用于保障续建资金的安全,因为该项新增建筑物之上不可能有其他担保负担。^[5]

[2] 江必新、刘贵祥主编:《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规定理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第431页。

[3] 期待权的核心是一种归属权,在交易中可视为一种现成的财产,可以作为一种权利去转让、抵押和质押。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第294-297页。若法律课予相对人或第三人以义务,则当事人一方的期待即可晋升为期待权,受到法律保护。因为“无义务即无权利”。参见申卫星:“期待权研究导论”,载《民法基本范畴研究》,法律出版社2015年版,第130页。

[4] 最高人民法院在北京英嘉房地产开发有限公司、杨飞之间的物权确认纠纷案的再审裁定中,认定消费者就所购商品房对出卖人享有的债权,是一种针对特定不动产所享有的具有非金钱债务属性的特殊债权,在受偿顺序上优先于建设工程价款优先权,消费者对于其所购房屋的权利,因其具有特定性和优先性,故该债权的实现并不会构成对其他破产债权人合法权益的损害。即法律保护该特殊债权的实现,从而表征着该项权利优位于工程款优先受偿权的地位。参见最高人民法院(2015)民申字第1158号民事裁定书。

[5] 《物权法》第200条规定,建设用地使用权抵押后,该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。按此规定,《物权法》对于非浮动抵押还是秉持了抵押物特定化的立场,抵押后新增建筑物,在其建成前未被设定担保物权限制。

再者,续建费用投入将使期房转化为可以交付的现房,其中新增建筑物所贡献的价值不仅仅局限于简单的物理状态上的增加,同时还使得该资产总体价值得到提升。换言之,续建使得之前存在抵押权、工程款优先受偿权限制的标的物价值整体得到了提升,可谓抵押物(在建建筑物)上的共益债权,应优先于在先设定于该抵押物之上的抵押债权和工程款优先受偿权。^[6]续建过程中发生的新增工程款债权,其实际效果相当于施工单位给予续建融资,也应获得优先清偿。^[7]据此,续建费用的责任财产范围应及于债务人的一般责任财产、续建新增建筑物和进入破产程序时已经存在的在建建筑物及其对应的土地使用权。

2. 购房消费者对续建费用的清偿责任问题。购房消费者可以从融资续建行为中受益,但续建费用是否须由其承担,观点不一。有观点认为债务人的一般责任财产不得被用于替购房消费者承担续建费用,否则会侵害普通债权人权益。也有观点认为购房消费者无需承担续建费用。笔者赞同后一种观点,理由如下。

首先,购房消费者在缔结期房交易合同时并不存在信用授予。^[8]期房交易是一种远期信用交易,购房者无法在付款的同时取得房屋所有权,因此购房者对房地产公司存在一定的信用授予。基于信贷与破产本质的思考,债务人破产其实是信用破产,即无法足额清偿授予债务人信用的债权才会引发破产。对于即时交易的债权人而言,不存在信用授予,有充分担保措施保障的债权人也不存在信用授予。上述债权人自然也就无需承担债务人信用破产的风险,而授予债务人信用的则需承担破产风险,债权人信用授予越高,所需承担的破产风险也就越大。“02批复”确立了购房消费者优位

于工程款债权人实现债权的地位,由此使得购房消费者形成一种信赖,即使房地产公司不能足额清偿全部债权,其仍可优先于其他债权人实现债权。购房消费者基于对该优先权的信赖而支付全部或大部分购房款,其对房地产公司自无信用授予存在。

其次,《商品房预售资金监管办法》规定,购房消费者所支付的购房款应在相关贷款银行的监督下专款专用,即优先用于支付工程款(包括在先发生的工程款和在后发生的工程款),购房消费者足以信赖其所支付的购房款可以促成期房转化为现房。因此,购房消费者对房地产公司并未授予信用,也即无需承担破产风险。^[9]购房消费者取得房屋的权益优先于其他债权人获得满足,保障其权益实现的责任财产包括债务人的一般责任财产和存在担保物权限制的特定财产,据此,续建费用应先以债务人责任财产清偿而不应先由购房消费者自行承担(在无其他破产财产足以承担续建成本时,购房消费者才需要为取得房屋而承担续建成本,否则就无法取得其认购的房屋),以保障购房消费者的权益。

反之,若要求购房消费者承担续建费用,购房消费者可能因付不出续建费用而无法取得房屋所有权,居者有其屋的立法政策目标将无从实现。而向购房消费者催收续建费用,往往面临购房消费者履约能力不足,回收难度极高之风险,费用未得回收,房屋归属难以明晰(是待购房消费者付款后交房还是移交给投资者运营就成为问题)。这一不确定性将影响投资者参与重整的决策,也将影响其最终报价,由此可能导致债务人财产价值被严重低估,损益折抵的结果可能是多方受损的局面。与此同时,购房消费者无法取得房屋所有权,自然也就无从将房屋正式抵押给按揭贷款银行,使得

[6] 物权法上,以担保因保存或增加标的物价值所生债权为目的之费用性担保物权应优先于以担保融资所生债权为目的之融资性担保物权。美国统一商法典上也有类似规定。参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第26-27页。对于抵押物上共益债权的论述,可参见许德风:《破产法论:解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第190-191页。

[7] 续建融资,如果定位为工程优先受偿权,面临利润等收入不得作为工程款优先债权使得保护范围限缩的问题,因此,将其评价为抵押物上的共益债权则利于更好的保障续建融资的安全。

[8] 非即时交割完成的商业交易就会产生信用授予,先履行义务一方的权益要获得保障,需要相对方履行对待给付义务,在此,先履行方相当于把信用授予给了后履行方。由于在后履行的不确定性,这也就意味着先履行方要承担后履行方破产或者故意毁约不履行对待给付义务的风险。现有的期房交易制度,普遍都是购房者先行支付购房款后续才取得房屋,因此,普通购房者就成了信用授予一方,也成了房地产公司破产风险的承担者,除非有法定或者约定的额外保障,否则风险较高。

[9] 参见许德风:《破产法论:解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第158-159页,第399-402页。



金融债权风险陡增,由此可能引发金融机构提高对购房消费者的贷款审核发放标准,进而导致购房消费者无力购房,失去取得基本生存保障的可能。如此取舍实可谓得不偿失。

3.继续履行合同时迟延交房的责任承担问题。有观点认为,当购房消费者的期房交易合同确定继续履行时,迟延交付房屋的违约金应持续计算,并根据《破产法》第42条的规定确定为共益债务。笔者认为违约金应停止计算。理由如下。

一则,《企业破产法》对金钱之债继续履行的规定应同样适用于非金钱之债的继续履行。根据《企业破产法》第16条和第46条规定,自破产程序启动之日起,债务人财产进入破产保全状态,未到期债权视为到期并予以冻结止付,到期债权的利息停止计算,逾期给付的违约金也停止计算。以借款合同为代表的金钱之债自进入破产程序后均按此执行,该冻结止付并未产生合同解除的后果。房地产公司履行交房义务也属于债的清偿,只是清偿标的物不是金钱,非金钱之债逾期履行的后果应与金钱之债相同,迟延交房的违约金应停止计算,而不是区别对待。

二则,期房转化为现房往往需要较长周期,若持续计算,极端状态下甚至可能出现逾期交房违约金接近于房屋市值的情况。如果续建工作由整体接盘的投资者负责完成,那将大幅提升投资者的进入门槛。若因此导致无投资者愿意整体接盘,反而限制了购房消费者获得有效保护的可能。因此,逾期交房违约金应自破产受理之日起停止计算。

4.交付标的物的调整问题。房地产公司对外预售房屋,不同购房消费者所购买房屋可能散落在多幢大楼中,分布不均。如对所有楼房均予以续建,就可能发生续建房屋空置出售困难的问题。对此,可借鉴效率违约的机理,允许解除合同或者调整未来需要交付的房屋。^[10]这一规则的适用对于期房这种未来物的买卖尤为必要,在供过于求的背景下通过适度缩减开发规模,将购房消费者集中于几幢大楼中;或者在重整计划中就房地产公司与购房消费者的合同权利义务安排作出

合理调整,以此作为投资者收购的先决条件,从而在购房消费者权益维护和投资者义务限制间达成较好的平衡,使得重组方案更具现实可操作性。

5.合同履行不能问题。如果购房消费者未选择解除合同,但在破产程序中,无法通过融资进行续建,也无投资者愿意整体收购并承接交房义务时,合同便处于履行不能状态,购房消费者将无法取得房屋所有权,其对房地产公司的物权期待权只能转化为损害赔偿请求权。因生存权保障这一权利优待的客观存在,购房消费者先行支付购房款也并不构成信用授予,其权利应不受合同履行不能的影响。在就处置期房所得进行分配时,购房消费者应优先于工程款债权优先获得清偿。当购房消费者取得与建成房屋市值相当的赔偿,即可以去市场上购置替代物,同样可以实现生存权保障目标。如此也可以防止因其他债权人或管理人的消极不作为而导致合同履行不能的后果。值得注意的是,购房消费者所获赔偿应以建成房屋市值为限,否则就有过度保护之嫌。

(三)购房消费者选择解除期房交易合同的法律效力

对于尚未履行完毕的期房交易合同,进入破产程序时往往存在房地产公司延期交房等违约事实,通常情形下,购房者依据法律的规定或合同的约定享有合同法上的解除权。如果购房消费者主动选择解除期房交易合同,其要求返还购房款的债权如何评价?有观点认为,合同解除后,出卖人继续占有买受人的已付价款将失去法律依据,该价款应作为不当得利返还,而《企业破产法》第42条第3项规定因债务人不当得利所产生的债务为共益债务,故买受人返还购房款属于共益债权。还有观点认为,购房消费者要求返还购房款属于物权请求权,应予以全额保障。

笔者认为,购房消费者返还购房款的债权应作为普通债权。首先,购房消费者对其所购买的期房,只是享有物权期待权,还不是完整的物权,当其选择解除合同时,就意味着放弃取得房屋所有权,其所认购房屋将作为债务人财产而被处置,其对处置所得既无物权请求权,也无行使物上代位权的可能,即无法获得优先受

[10]《合同法》第110条确立了效率违约规则,当债务标的不适于强制履行或者履行费用过高时,则合同相对方可以选择承担违约赔偿责任而不继续履行合同。这一规则有助于解决房屋供远过于求问题,在破产程序中也可以借用该机制来评判房屋是否续建、购房合同是否继续履行等等方面的问题。

偿的保护。其次,期房交易合同解除后,并不发生不当得利的法律效果。主要理由在于,不当得利的前提是受领人取得利益(包括接受给付)不存在合法的原因(根据)。而在合同解除前,合同双方接受给付都存在合法的原因,这也正是合同解除与合同无效、可撤销之间的重要区别。^[11]据此,将合同解除后返还购房款之债界定为共益债务就失去了法理依据。此外,如果将该债权解释为共益债务,还可能产生过度保护的问题。^[12]

三、期房交易预告登记的法律效力

(一)管理人对预告登记期房交易合同的解除权问题

1.破产解除权应限制行使

随着银行按揭贷款发放增设购房者办理抵押权预告登记模式之启动,办理预告登记的期房交易越来越多。在破产程序中,非购房消费者进行了预告登记的交易合同之效力如何界定已成为实务中的热点问题。预告登记制度首见于《物权法》第20条,但规定过于简略。“执行异议复议规定”第30条明确预告登记权利人可以对抗申请执行人,司法解释起草者虽指明预告登记权利人所享有权利性质为物权期待权,并说明该项制度系从德国法引进,^[13]但是,德国法上的预

告登记的各项权能和效力均由法律明文规定,包括预告登记在破产程序中的增强效力(圆满效力),可以限制管理人行使破产法上的解除权等等。^[14]我国《物权法》和《企业破产法》对此却欠缺直接规定。虽然学界普遍认为,预告登记具有权利保全、顺位保留、权利满足(破产保护)等效力,^[15]另有学者认为,在破产程序中应对商品房买卖的预告登记权利人予以同等待遇的保护。^[16]但是,也有学者在进一步介绍德国法上的预告登记制度时指出,德国法上的预告登记仅针对现房买卖。^[17]据此,对于预告登记期房交易的购房者,如果尚未付清价款,是否可以通过限制破产解除权的行使给予增强效力的保障,以及继续履行合同时如何应对,都有待进一步讨论。

预告登记权利人可对抗申请执行人已得到确认,如果允许管理人行使破产解除权,预告登记权利人将无法取得未来建成房屋的所有权,就意味着物权期待权的落空,从权利保护来看,应限制破产解除权行使,此为其一。其二,预告登记办理后,预告登记义务人的处分权受限,该处分权的受限状态不会因义务人进入破产程序而得以解除,如果不限制破产解除权行使,那

[11]将合同解除的效果归结为不当得利,主要源于采合同解除直接效果说的理论观点。参见崔建远:“解除效果折衷说之评论”,载《法学研究》2012年第2期。但从世界各国的合同法立法和学说演进来看,无论是德国新债法改革、法国债法改革提案还是欧洲私法统一进程中形成的一系列统一立法及草案,都已经摒弃了“解除溯及消灭合同关系”的直接效果说。更为各国立法和学术接受的是清算关系说。参见陆青:“合同解除效果与违约责任”,载《北方法学》2012年第6期;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年第3版,第523-537页;王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年第2版,第97-98页;参见王欣新、余艳萍:“论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果”,载《法学杂志》2010年第6期。

[12]如购房消费者购买的期房因市场行情变化售价下跌40%,而房产公司仅出售少量房屋,破产财团有能力清偿全部共益债务,那就意味着房屋跌价损失也由破产财团承担了,购房消费者获得了本不应获得的保护。

[13]同注[2],第433页。

[14]《德国民法典》第883条规定了预告登记的特定法律效力,包括顺位保全效力和对抗破产管理人的增强效力,而《德国破产法》第24条规定:为保全破产人的土地权利,或破产人所为登记的权利让与、消灭,或权利内容、顺位变更请求权,在登记簿内记入预告登记时,债权人对破产管理人得请求履行。学界通常将之称为预告登记之“增强效力”,参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第180页。

[15]参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2015年第3版,第383-385页;王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第169-172页。

[16]参见庄加园:“预告登记的破产保护效力”,载《南京大学学报》2014年第6期。学者尹田对此提出不同意见,认为在我国法律对此未作出明文规定的情形下,不应限制管理人破产解除权的行使。参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版。

[17]从预告登记的法律效果上来看,预告登记是特定物之债所专属,因为预告登记是限制处分权,而限制处分权的对象必须是特定物,但是期房买卖时,特定物尚未形成,所以对于期房买卖采取预告登记的保护方式是背离现有法理的。参见张双根:“商品房预售中预告登记制度之质疑”,载《清华法学》2014年第2期。



就表征着预告登记义务人受限的处分权又恢复圆满,这一恢复其实是否定了预告登记的法律效力,也构成对破产实体法尊重非破产法规则原则的破坏。^[18]因此,按现有法律赋予预告登记的权能来看,应可推导出预告登记应当限制破产解除权行使的结论。^[19]

2. 合同法上的解除权行使不受限制

预告登记所保护的请求权仍属于债权性质,期房交易合同办理了预告登记,只是避免发生因合同相对方实施新的处分行为而影响合同最终履行完成的效力,即可以限制义务人的处分行为(物权行为)而无法限制义务人的负担行为。如果预告登记所保护的债权请求权因合同法上的因素而被解除,就不属于预告登记所能干预的范畴。因此,管理人代表债务人行使合同法上的解除权应不受限制。

(二) 预告登记的期房交易合同的继续履行问题

1. 合同继续履行与在先成立的抵押权和工程款优先受偿权的竞合问题

预告登记前已经存在的抵押债权和工程款优先受偿权,对经由预告登记而买卖房屋的所有权人享有追及效力。《担保法解释》第67条确立了抵押权的追及效力,而《物权法》也继续秉持这一立场。若不承认抵押权的追及效力,抵押权就会变成一种仅能相对于抵押人而存在的权利,有违抵押权之物权本质。^[20]当期房转化

为现房,预告登记权利人将通过本登记的办理而取得认购房屋的所有权,基于“时间在先、权利在先”的物权顺位规则,在先成立的抵押权和工程款优先权的追及效力不会因此而切断,即受让人仍应受在先成立的意定担保物权和法定担保物权的限制,受让人仍需承担抵押债权和工程款优先受偿权的清偿责任。^[21]

对于在后设定的担保物权或者其他处分行为,由于预告登记制度已经确立了限制处分的规则,预告登记后发生的处分行为即使不与房屋买卖的预告登记相冲突,其效力也是劣后于在先设定的预告登记权利的。

2. 预告登记权利人应承担续建费用的清偿责任

由于破产程序中的续建费用债权优先于在先成立的工程款优先受偿权,预告登记权利人在取得房屋时应承担其上负有的工程款优先受偿权,更为优先的续建费用的清偿责任自无从豁免。同时这也与预告登记权利人对期房转化为现房中可能发生的续建不能风险存在信用授予有关。

3. 如何承担清偿责任

进入破产程序时,如期房未完成建设,该等期房尚不具备建筑物区分所有条件。^[22]如某幢大楼进入破产程序时已建至15层(规划建至21层),对于购买了7层和17层的购房者,在承担续建成本时应同等对待,我们不能因7层已基本建成就让7层购房者少承担成本,17层

[18] 同注[9],第76-78页。

[19] 对于预告登记是否具有破产保护效力,是否可以限制破产解除权的行使,《物权法司法解释一》的起草者持肯定态度,认为应对《企业破产法》第18条第1款第1句作目的性限缩。但是对于进入破产程序后无法立即交付的期房交易合同是否同样限制破产解除权行使则未展开分析,只是认为如果破产宣告后仍无法办理本登记,则预告登记权利人的预告登记失效。参见杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第155-158页。

[20] 参见许明月:“抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救”,载《法商研究》2008年第2期。对于抵押权是否具有追及性,《物权法》出台后,基于对第191条的不同解读,学界曾有争议,主流观点是承认追及性的存在。参见王洪亮:“不动产抵押物转让规则新解”,载《财经法学》2015年第2期;最高人民法院物权法研究小组编著:《物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2015年第15次印刷,第529页。

[21] 购房消费者之所以可以切断在先成立的意定担保物权和法定担保物权的追及力,关键在于现行司法解释确立了购房消费者的权利优先于法定担保物权、从而也优先于意定担保物权的顺位规则。

[22] 尚在建设的期房,因其尚未特定化,按传统物权法原理应认定为动产。现行《物权法》第187条的规定却将其视为不动产,由此引发该抵押登记为预告登记还是本登记之争议,以及抵押标的物以抵押权设定时状态为限还是以建成房屋为限的争议,如以未来建成房屋为抵押物范围则不利于房屋的续建融资。但无论如何争议,均不能改变在建建筑物尚无区分所有的格局。参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第16-17页;高圣平、申晨:“不动产抵押登记若干问题探讨”,载《社会科学》2014年第5期;董学立:“论在建物上的抵押权”,载《政法论丛》2009年第2期。

尚未建成就让17层的购房者多承担成本,否则,就是把该在建建筑物视同为可以区分所有并划分给具体购房者的特定物,如此认定背离了《物权法》的基本法理;与此同时,7层和17层购房者对房屋建设到15层均有贡献,若区别对待,就会形成7层购房者未作信用授予而17层购房者却存在信用授予的推论,以意思表示作出后的外在变化来评价之前所作意思表示的性质,何其荒谬。因此,对于预告登记权利人应承担的续建费用和在先成立的抵押权和工程款优先受偿债权,按继续履行合同预告登记权利人所认购房屋的建筑面积占总体建筑面积的比例来确定,而不能以进入破产程序时其所认购期房外在表象为评价依据。

对于全款付清的预告登记权利人,在承担在先设定的抵押债权、工程款优先受偿债权和续建费用债权后,可就该额外承担部分按损害赔偿请求权申报债权并按普通债权受偿;对于只是支付了部分购房款的预告登记权利人,则在支付之前未付购房款时,可用该部分款项清偿前述需要其承担的抵押债权、工程款优先受偿债权和续建费用,如仍有不足,其所承担的超出购房价款部分仍可申报普通债权;如有富余,则富余部分可作为破产财产清偿其他普通债权人。之所以未付清全款的预告登记权利人可以获得优待,原因在于其所作信用授予相比较全款付清人要低,所以承担的破产风险也相对低。

4. 合同履行不能

合同履行不能属于合同履行中存在的客观风险,也是合同缔约方包括预告登记权利人均应可以预见并应当承受的风险,预告登记只能通过限制相对方的处分行为来保障合同的继续履行,对于客观不能无法给予特殊保护。申言之,合同履行不能时,合同只能陷入被解除的境地,这种解除仍属于合同法层面的解除而非预告登记所能干预的范畴。因此,当合同因履行不能而被解除时,预告登记权利人的物权期待权无法实现,

只能转换为损害赔偿请求权按普通债权受偿。

(三)预告登记权利人选择解除期房交易合同的法律效力

预告登记权利人选择解除合同要求退返购房款的债权应被认定为普通债权。从预告登记的法律性质上看,其所保障的权利性质尚属于债权范畴,虽然追求的结果是通过继续履行取得物权,但是,预告登记权利人选择解除期房交易合同代表其放弃了物权取得的效果,也就不存在享有物上代位权保护而获得优先受偿的可能。

(四)预告登记的以房抵债合同的法律效力

融资债权人选择通过以期房抵偿债务的形式来实现债权或保障其债权实现,由于抵债房屋尚处于在建状态,无法直接过户给债权人,提供融资的债权人为增加保障,通常会签署以期房清偿其债权的合同,并就此交易合同去办理预告登记,该交易应如何评价其效力?在此,需要明确以房抵债合同的性质。以房抵债通常被认定为代物清偿,依据传统观点,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。^[23]江苏省高级人民法院曾就此形成会议纪要,明确债权到期后形成的以物抵债属于实践性合同。^[24]由于预告登记只是通过限制相对人处分权来保障合同的继续履行,如果债务合同未生效,预告登记所保障的债权请求权就不具备行使条件,破产程序内亦如此。

实务中以房抵债的表现形式极其多样,既有可能构成债的更改,从原先的借款关系改变成期房交易关系,也有可能构成清偿之给付,还有可能构成担保之给付等等类型。^[25]换言之,因债法行为的多样性,很多类型的以房抵债合意更接近于诺成性合同,倘若如此,该期房交易合同虽办理了预告登记,仍应受前述限制管理人行使解除权、继续履行应承担续建融资清偿责任等问题的检视。与此同时,该等事后形成的以物抵债合意,只是

[23]参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第814页。

[24]参见最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(总第58辑),人民法院出版社2014年版,第235-237页。

[25]“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。参见陆青:“以房抵债协议的法理分析”,载《法学研究》2015年第3期;王千维:“论为清偿之给付”,载《政大法学评论》总第121期;崔建远:“以物抵债的理论与实践”,载《河北法学》2012年第3期;陈自强《无因债权契约论》,中国政法大学出版社2002年版,第259-276页。从协议生效要件考察,要么是诺成性合同,要么是实践性合同,这一基础法律关系的性质均不因预告登记的办理而受影响。



发生清偿标的物的变更,并不能改变之前融资存在信用授予的事实。通过办理预告登记下调信用授予程度,该种信用授予的下调是借助于担保措施的增加实现的,这一变化还可能构成追加物保。如果预告登记发生在破产受理前1年的临界期内,应认定为事后追加物保的偏颇行为,属于破产撤销权规制的对象;如果预告登记在临界期以外,但在破产临界期内存在期房继续建设等事实,该等建设行为引致期房价值提升部分,也构成追加物保,纳入管理人破产撤销的范畴。

(五)以预告登记的期房交易合同提供担保的法律效力

以签订期房交易合同的方式作为担保,并办理了预告登记手续,是债权人保障自身出借资金安全、未来快速实现债权的一种方式。例如,某债权人在企业破产前提供融资2000万元,但以签署期房交易合同并办理预告登记的方式锁定的期房总市值高达5000万元。对于这样的期房交易,该预告登记所寻求的本登记内容是取得登记期房的所有权,并以此为其债权的实现提供担保,就其本质来说属于让与担保。^[26]由于让与担保是一种尚未得到我国物权法承认的物保类型,如果允许继续办理本登记,那就背离了物权法定原则。在此,融资方提供融资时并无信用授予之意思,但是因其设定的担保方式不符合法律规定,客观上仍构成信用授予,并不能据此取得优先受偿的保护。

四、其他类型期房交易的法律效力

(一)付清全款的期房交易合同的效力

对于既非购房消费者又未办理预告登记的期房交易购房者,如已付清全部购房款,因该合同已不属于双方均未履行完毕的合同,管理人不得行使破产解除权。但付清全款并无设定担保物权的效果,也无取得物权期待权的效果,所以付清全款的购房者既不能排除在先设定的担保物权的追及力,也不能优先于在后设定的担保物权或优先权。购房者付清全款其实属于一种程度很高的信用授予,由于没有对应的物保措施,只能按普通债权对待。如购房者坚持要求继续履行合同取得房屋,则应补足其债权在分配时的受偿额与房屋市价间的差价,该部分差价款可作为损害赔偿请求权申

报并按普通债权认定。当其选择解除合同时,由此取得的返还购房款和赔偿损失请求权也都属于普通债权。

(二)未付清全款的期房交易合同的效力

对于既非购房消费者又未办理预告登记的期房交易购房者,如未付清全部购房款,因该合同仍属于双方均未履行完毕的合同,管理人有权选择行使破产解除权。如果付款比例较低,管理人在房地产销售困难或者行情下跌时,往往会选择继续履行合同,购房者据此需要继续支付购房款,该资金可被用于支付在先成立的抵押债权、工程款优先债权和续建费用,从而使得购房者取得完整的房屋所有权。如此一来,该购房者相比较付清全款的购房者可以减少损失。这其实与该购房者之前未授予或者少授予信用而得以隔离或降低破产风险有关,而支付了全部购房款的购房者,则因为过高的信用授予,不得不承担由此带来的破产风险。

五、结语

期房交易是一种典型的远期信用交易,交易中的“信用”主要体现在远期交易中给付与对待给付的“时间差”中。^[27]房地产公司进入破产程序后,就各种类型的期房交易合同在破产法上的法律效力进行评判时,可以结合交易相对方是否作出信用授予或者信用授予程度的不同而展开,不同的信用授予在破产法上将产生不同的破产隔离效力。房地产公司破产实践中争议问题繁多,在一定程度上与当事人各方对远期交易的复杂性预估不足有关,也与现行立法的学理准备不足有关。当远期交易的一方发生信用破产时,由于相对方人数众多,往往会既涉及生存权保障等民生问题,也涉及购房者和提供购房资金支持的金融机构物权期待权的实现问题。因此,仅仅立足于个体债权人权益维护而不顾及各方利益的平衡,可能引发利害关系人间的激烈冲突;仅仅按通常企业破产公平清偿的思路去应对购房者的诉求,将导致购房者无法取得房屋甚至引发严重的社会问题。综上所述,在就房地产公司破产中相关法律问题进行分析时,我们应在遵守既有法律的基础上,本着重组重建的目标去创设和完善相关处理机制,尽可能维护 and 平衡各方权利人的权益。

(责任编辑:李国慧)

[26]参见王林清:《民间借贷纠纷裁判思路与规范指引》,法律出版社2015年版,第1044-1048页。

[27]同注[9],第399页。