

名正也怕言不顺，从股权代持看到借名买房(下)

作者：张亦文 | 蔡文君 | 张天宇

相比于谈论股权代持，谈论房产代持要更难一些，这不仅是因为相比于股权作为一种纯粹的经济权利而存在，房产承载的居住权被认为是生存权的自然延伸，这种宪法性权利的引入使得我们必须增加一个分析的维度。更重要的是，房地产与中国普通人的命运息息相关，很多时候裁判者很难按照纯粹的法律逻辑去对代持问题进行推演，而是必须考虑法治的社会效应以及居民的承受能力。毕竟在过去的很长一段时间，对于大部分中国人来说，可能最好也最触手可及的投资就是买房，特别是自 2016 年货币化棚改+涨价去库存的组合，直接导致房价与租金、居民收入在短期内拉开了明显的差距，一套房很可能要比一个普通人的毕生积蓄还要值钱，在这种定向的宽松之下，房价普涨和房地产调控随之应运而生，并且催生了为了规避限购的大量代持需求。此外，由于反腐败斗争持续开展、加上不少民营企业破产倒闭，想隐匿自身房产的人也不在少数。

上述复杂情况让我们不能从股权代持简单类推得出房产代持的效力及其法律后果。原则上，房产代持如无法律规定的无效情形，则属有效，投资权益属于实际出资人，但仅在符合房产过户条件下方可主张变更登记手续的办理。但是，什么样的房产代持会无效，又会否因为代持标的物不同，而使得能否过户、取得收益和排除执行的结论发生区别？这些才是真正影响房产代持各方权利义务的问题。篇幅所限，本文只能挂一漏万。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

一. 保护被代持人“居住权”——人民群众朴素的公平正义观念

房产代持与股权代持的最大不同在于，相较于出资人不存在股东地位，名义股东享有公司法项下的全部股东权利的纯粹商事领域的判断，“居住权”作为生存权，是一种宪法性权利，在法益位阶上优先于财产权，是需要特别保护的法益。如果代持买来的房子是用来自己住的，特别是如果是唯一住房，那么在现在的司法政策下还是保护实际购房人的，相比于居住权，不动产登记的秩序、外部债权人的信赖等等，都需要靠边站了。

这里最典型的案件类型就是实际买房者请求法院排除对具名人名下房屋执行的异议之诉案件。正如刘贵祥专委于《关于当前民商事审判工作的几点思考》一文中，特别提出除需结合《民法典》规定的房屋登记的公信力制度、善意取得制度、外观主义的边界等基础法律制度去分析外，需要考量的法律依据、价值判断还包括：

“实际买房人是占有房屋的债权人，而申请执行人是未占有房屋的债权人，优先保护已占有房屋的债权人符合法律逻辑。”以及“从价值判断和利益衡量上来看，如果其借名买房以居住为目的，即使借名人有规避限购政策等过错，也无违反‘房住不炒’这一房地产公共政策定位之虞。除非将借名买房作为炒房的手段，否则不宜以违反公序良俗似是而非地剥夺其居住权。对于大部分普通人而言，房子可能是他们倾尽全家之力、用毕生劳动成果换取的最为宝贵的财产。仅仅因为借用他人名义，就导致自己的房子被用来偿还他人的债务，这显然是无法让人接受的，更与一般人民群众朴素的公平正义观念相去甚远。”

《合同编通则理解与适用》所举例的(2020)最高法民再 328 号徐某欣案也可谓充分体现了该等居住权对裁判的影响。三级人民法院认定了相同的事实，即徐某欣与名义买房人之间存在为规避国家限购政策的借名买房合同关系，但最终做出了完全不同的法律判断。一审法院认为**该等借名买房不会导致限购政策落空，实际出资人具有对房屋的物权期待权**，案涉房屋不是担保物，诉讼中也未保全，申请执行人对于该房屋并无信赖利益保护的需要，因此实际出资人作为房屋的实际买受人，享有足以排除执行的物权期待权。二审法院则否定了物权期待权的观点，认为**实际出资人已实际出资并占有房屋**，作为真实权利人可以直接向法院请求确认**物权归属，限购并非法律、行政法规的效力性强制性规定，借名买房合同应认定有效**。虽然最高院提审再审后，认为**规避国家限购政策的借名买房合同因违背公序良俗而无效**，否认了一审和二审法院的物权期待权和物权之说，认为**借名人仅具有债权请求权**，不足以排除执行，也不可直接成为房屋所有权人，但在其后实际出资人因消除了限购政策障碍并经相关行政机关确认符合申购限购政策，已经具备购房资格，从而消除了合同无效事由，**案涉借名买房合同的效力得以补正，并可请求办理过户登记手续，取得物权**。这里最高院“消除合同无效事由”的说理实际上和传统法学理论认为合同无效属于“自始无效、当然无效”之间是存在矛盾的，但是考虑到这个案件的实际出资人已经长期实际居住案涉房屋的情况，从实体正义的角度来说仍然判决支持其办理了过户登记。

可以发现，相较于对股权代持作为商事主体之间的纯粹的商事权利义务所进行的冷静判断，在对房屋代持进行判断时，需要进行的利益衡量是“居住是基本的生存需求，生存权大于财产权”。因此，姑且不论房屋代持协议之效力如何，如果借名买房是以居住为目的，且实际买房人已占有该房屋，仍可获得司法裁判的倾向性保护，或可排除债权人对名义买房人的执行，或可在消除限购政策障碍，补正借名买房合同效力后，诉请房屋之变更过户。当然，在现实生活中很多人买房都是“自住兼投资”，这在上海尤其普遍，这种情况下有些人在找人代持之后，为了还贷又将房屋出租的，很可能会在未来出现纠纷时处于不利的地位。

二. “房住不炒”与“公序良俗”——代持无效的情形及后果

“居住权”固然值得保护，但是权力和权利之间的位阶高低也处在动态变化的过程之中。如果借名买房的当事人没有住在代持的房屋之中，或者虽然住在该房屋里面，但是其实这个人名下还有诸多房屋在空关或者放租，此时房屋代持的效力就会面临挑战了。

首当其冲的仍然是能否排除执行的问题。根据《广东省高级人民法院关于审查处理执行裁决类纠纷案件若干重点问题的解答》的意见，案外人能够提供证据证明被执行人只是名义产权人、案外人才是实际产权人的，如**无损害国家利益、社会公共利益的情形，可以排除执行**。《海南省高级人民法院关于审理执行异议之诉纠纷案件的裁判指引(试行)》细化明确了，如果案外人基于**限购、限贷、逃避债务、规避税收**等违法原因借名买房的，对其提起的执行异议之诉应依法不予支持；反之若不存在损害国家利益和社会公共利益的情形则可支持异议。其实上述这两种意见都认为，当当事人借名买房不仅是为了满足自身的居住需求，而是有其他目的特别是经济目的的时候，那么就不值得对他进行优先的保护，他可以向出名人主张合同权利，但是却失去了对房屋物权的优先性。当然还有走得更远的，《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(二)》毅然决然地表示，案外人以其与被执行人存在**借名买房关系且系房屋实际所有权人为由提出异议的，应裁定驳回异议**；由此引发的执行异议之诉案件，应驳回其诉讼请求。江苏高院这个意见背后实际上是认为，借名买房又产生诉讼的大多不是什么善类良民，不值得倾向性保护之。

此外，代持协议本身的效力在上述情况下也存在挑战。从形式上来看，似乎至少包括为规避限购政策、规避政府对保障性住房进行管理的房产代持协议应当无效。但究其实质，所规避的是“房住不炒”的政策，或导致政府提供房屋保障的目的无法实现，从而违背公序良俗。也因此，我们在(2020)最高法民再 328 号徐某欣案中，可以看到“借名买房合同效力被补正”的情况。**违反限购政策的购房被视为不合理住房需求和投机性购房，但当其消除限购政策障碍后，可以视为为居住之目的，也就没有违反“房住不炒”政策。**

以上海而言，规避购房“积分制”政策，可能也属于广义的“规避限购政策”之一。但是，由于“积分制”的复杂，可能实际出资人是由于户籍、未婚、缴纳社保年限较少等与投机性购房没有必然关联的因素导致其无法以自己的名义购买和持有房屋，以此否认实际出资人是以居住为目的恐怕有失偏颇。但是另一方面，为了满足积分要求出现的“一日夫妻”、“和丈母娘结婚”等现象，确实极大地冲击了社会公众的观感，显然违背了公序良俗。换言之，实际出资人找人代持的行为是一回事，这个行为可能不能被认为是违反“房住不炒”政策，但是代持人为了获取高分而采取的手段可能是违背公序良俗的，这种情况下仍然可能会导致双方的代持行为甚至是购房行为被认定为是无效的民事法律行为。此外，在触发积分制情形下，该等房屋交易还受到限售政策的影响，而使得实际出资人无法依据代持协议在限售期内主张过户变更登记。

而如果实际出资人是由于所持有房产情况、五年内购房记录等可能被认为与投机购房目的有关的因素而需委托他人代为购买和持有房产的，那么该等代持协议很可能因违反“房住不炒”政策而无效。但如上所述，限购政策障碍可被消除，那么举重以明轻，积分障碍亦可消除，例如在该等房屋可向任何

第三人销售时，**即待不被限售之时，代持协议已成为有效协议，实际出资人可据此主张过户变更登记。**但仍然要特别强调的是，我们认为在这种情况下“以居住为目的”仍将是衡量代持协议是否有效的黄金准则，如果实际出资人并未实际占有、使用该房屋，未能以如缴纳水电费、停车费等证据证明其居住的真实性，能否补正借名买房合同的效力仍会有很大的问号。

三. 与代持相伴相生的那些法律问题

如我们上文中所说，出资人很多时候只能基于合同对代持人进行控制，而如果只是以代持协议的名义控制的话，实际上很难保证代持人私下处分房屋所导致的风险。实践中，为了保障实际出资人的权益，通常实际出资人和名义购房人可能还会签订**借款合同和抵押合同，约定出资人向代持人提供一笔借款，代持人用其名下的房屋提供抵押担保，通过预告登记等方式，可以限制名义所有人办理过户登记和再担保，以避免名义购房人无权处分房屋、第三人善意取得或名义购房人债权人执行该等房屋的风险。**对于这种交易安排，当然是民间智慧的体现，但是需要提示的是，虽然这种安排可以客观上实现限制不动产物权变动的目的，但是由于双方并无真实的借款关系，双方的借款合同以及抵押合同存在较大可能被认为系属双方以虚假的意思表示实施而无效——这就意味着实际出资人并没有相对于名义购房人其他债权人对房屋清算价值的优先权，这也是代持这种模式内生的、始终难以避免的风险。

进一步的，借款合同无效的后果也限制了出资人取得收益的方式。因为此类借款合同往往会约定极高的年化利率，来匹配他们预期的限售期满后几乎翻倍的投资收益。当借款合同无效之后，实际出资人想取得投资收益的方式实际上只能是先将房屋变更至自身名下，再出售房屋，如果实际出资人并非要求将房屋过户变更至自身名下，而是基于代持协议的约定等直接**要求名义购房人出售该等房屋甚至诉求支付房屋变现款、取得收益时，那么实际出资人的行为违反“房住不炒”政策的嫌疑就进一步加重。**和股权代持甚至上市公司股票代持不同，投资公司本来就是为了赚钱，这是天经地义的事情，股权代持就算无效，目前的很多裁判也支持出资人获得股权投资收益。但是在当下的政策框架下，“房住不炒”依然颠扑不破，换言之，如果该等房产代持协议无效，其法律后果自当达到使得当事人不能获利，才能有助于实现政府部门的宏观调控政策。如同现今违规股权代持协议无效后，当事人仍可分配利益的裁判显然不能达到该等司法政策目的。此种情形下，**实际出资人要求名义购房人出售该等房屋甚至诉求支付房屋变现款的请求很可能被驳回，而只能在房屋已变现情况下取回购房款本金。**因此如果真的遇到代持纠纷，在诉讼策略的选择上，在具备过户资格的情况下要求返还房屋，而避免直接通过代持协议要求给付，是更加合理的做法。

在梳理股权代持的纠纷时，我们很容易地就找出了一条草蛇灰线的历史脉络，但是在梳理房地产代持相关的案例时我们发现，房产代持作为一个普遍的现象，此前引发的纠纷却不多。究其原因大概是因为股权投资历来有赚有赔，该有的纠纷也早就爆发了，因此我们的重点更多地放在了外部监管和政策环境的变化上。但是自从中国真正进入一个现代法治社会至今，房地产基本上一路高歌猛进，人人大秤分金银，都赚到了属于自己的那份钱，钱赚到了，人就不响。但是近一两年来，随着房地产的基本面发生颠覆性、根本性变化，全国各地由房地产代持引发的纠纷开始变多，各种此前令人眼花缭乱的操作也要开始逐一接受司法的考验，同样接受考验的还有人性。代持问题经久不衰的原因在于，此类纠纷中往往反映了人性，很多时候代持最大的风险不是法律，而是人性。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



张亦文
+86 21 3135 8700
jason.zhang@llinkslaw.com



蔡文君
+86 21 3135 8653
wenjun.cai@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024