

“以房抵债”协议有效吗？有哪些法律风险？如何进行财税处理？

产品名称	“以房抵债”协议有效吗？有哪些法律风险？如何进行财税处理？
公司名称	杭州好又快财务管理有限公司
价格	.00/件
规格参数	
公司地址	杭州市上城区置鼎时代中心4幢632室
联系电话	0571-87911962 17764573265

产品详情

所谓“以房抵债”，是指债务人无法清偿到期或尚未到期的债务时，与债权人签订协议，约定以债务人的房产等协商折价，用于抵销其所欠债权人的债务。

“以房抵债”目前并无法律明文规定其概念，但因近年在债务清偿中较为常见而形成该名词，并成为一种常见的债务抵销模式。“以房抵债”方式并非企业债权实现的最优选择，往往是迫不得已最后才接受的方式。因为接受抵债的资产日后存在处置难、形成企业无用资产，危害企业现金流的风险。除此外，实际操作中，以房抵债的合同协议如何签订？涉及哪些税费？还隐藏哪些风险？如何有效防控？

01

以房抵债协议效力的认定

第一、工程款支付履行期间届满前达成以房抵债协议，违反禁止流押的规定,协议无效

[《中华人民共和国民法典》](#)

第四百零一条规定“抵押权人在债务履行期限届满前，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的，只能依法就抵押财产优先受偿”。

因此，在工程款支付履行期间届满前，签订以房抵债协议的，以该协议违反了法律关于禁止流押的规定，认定为无效。

但也有部分观点认为，以房抵债协议是当事人约定的以房屋抵偿工程价款的结算方式，是双方当事人真实意思表示，不违反法律关于流质条约的禁止性规定，应属有效合同。

第二、工程款支付履行期间届满后达成以房抵债协议的，属于以物抵债协议，基于合同诺成性，以房抵债协议成立即生效

以物抵债，系债务清偿的方式之一，是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排，故对以物抵债协议的

效力、履行等问题的认定，应以尊重当事人的意思自治为基本原则。

一般而言，除明确约定外，当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议，并不以债权人现实的受领抵债物，或取得抵债物所有权、使用权等财产权利，为成立或生效要件。

只要双方当事人的意思表示真实，合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同即为有效。

当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，可能构成债的更改，即成立新债务，同时消灭旧债务；亦可能属于新债清偿，即成立新债务，与旧债务并存。

基于保护债权的理念，债的更改一般需有当事人明确消灭旧债的合意，否则，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，性质一般应为新债清偿。

换言之，债务清偿期届满后，债权人与债务人所签订的以物抵债协议，如未约定消灭原有的金钱给付债务，应认定系双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式，而非原金钱给付债务的消灭。

第三、工程款支付履行期间届满后达成以房抵债协议的，属于代物清偿，基于合同的实践性，因缺乏交付而无效

在工程款支付履行期间届满后，签订以房抵债协议的，该协议属于代物清偿，因代物清偿合同属于实践合同，因而，若以房抵债协议中的房屋未交付的，以房抵债协议无效。

依据民法基本原理，代物清偿作为清偿债务的方法之一，是以他种给付代替原定给付的清偿，以债权人等有受领权的人现实的受领给付为生效条件，在新债务未履行前，原债务并不消灭，当新债务履行后，原债务同时消灭。

“裁判摘要”指出：“债务人与次债务人约定以代物清偿方式清偿债务的。因代物清偿协议系实践性合同，没有实际履行，双方的代物清偿协议不成立。”

实务中的做法确实还存在一些差异，针对“以房抵债”的情形还需根据具体情况进行具体分析。

但施工单位往往处于弱势地位，签订以房抵债协议时往往是形势所迫，相比之下，作为工程款债务人的建设单位却处于强势地位。

因而法律的天平更应向施工倾斜，尽可能地保护施工单位的利益。

02

以房抵债常见法律风险分析

1.以房抵债协议被认定无效后无法实现抵债的风险。

债务履行期限届满前签署的以房抵债协议，可能基于两方面原因而被认定为无效：一是因违反《民法典》第四百零一条关于禁止流押的规定而无效；二是因相关房屋未取得预售许可证明而无效：

(1)《民法典》第四百零一条规定明确若抵押人或质押人约定债务人不履行到期债务归债权人所有的，只能依法就抵押或质押财产优先受偿。即，债权人无法根据以房抵债协议主张约定的抵债房屋的所有权，仅能就该抵债房屋优先受偿。

(2)根据《城市房地产管理法》第四十五条、《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定，商品房预售应取得预售许可证明，出卖人未取得商品房预售许可证

明，与买受人订立的商品房预售合同无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。如债务人用以抵债的房屋属于预售房屋，且在债权人起诉前仍未取得预售许可证明，法院一般会根据前述规定，认定以房抵债协议无效。如最高人民法院作出的(2018)最高法民申3318号民事裁定书、内蒙古自治区察哈尔右翼后旗人民法院作出的(2020)内0928民初1040号民事判决，均持上述裁判观点。因此，如用于抵债的房屋没有取得预售许可，以房抵债协议有可能被认定为无效。

2. 抵债房屋被债务人“一房二卖”，导致债权未能被清偿的风险。

因以房抵债协议签订后，抵债房屋实际完成交付、过户需要一定的时间，不排除在此期间债务人将抵债房屋另行出售给第三人的风险。若第三人并非与债务人恶意串通且已经在先占有使用该房产的，债权人难以凭抵债协议主张房产所有权。如此，则抵债协议难以被执行。

3. 抵债房屋存在权利瑕疵，无法实现以房抵债协议合同目的的风险。

如抵债房屋存在限制转让的情形或存在权利瑕疵，比如因与第三方产生诉讼纠纷而被法院查封、已设定了抵押等，将实际影响抵债房屋的交付、办理过户登记，最终影响债权人通过以房抵债实现债权。

4. 以房抵债协议或构成“债的更改”，形成的新债难受偿但无法回头主张旧债的风险。

根据最高人民法院公报案例2017年第9期刊登的(2016)最高法民终字第484号“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷一案”，裁判摘要载明，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，可能构成债的更改，即成立新债务，同时消灭旧债务；亦可能属于新债清偿，即成立新债务，与旧债务并存。基于保护债权的理念，债的更改一般需有当事人明确约定消灭旧债的合意，否则，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，性质一般应为新债清偿。若债务人未实际履行以物抵债协议，则债权人与债务人之间的旧债务并未消灭。也就是说，在新债清偿，旧债务于新债务履行之前不消灭，旧债务和新债务处于衔接并存的状态；在新债务合法有效并得以履行完毕后，因完成了债务清偿义务，旧债务才归于消灭。

即，在新债清偿情形下，旧债务于新债务履行之前不消灭，旧债务和新债务处于衔接并存的状态；在新债务合法有效并得以履行完毕后，因完成了债务清偿义务，旧债务才归于消灭。如发生若新债届期不履行，致使以物抵债协议目的不能实现的，债权人仍有权回头请求债务人履行旧债务，对债权人来说较有保障。

但，若双方当事人在以物抵债协议中明确约定消灭旧债务，则构成债的更改。在债的更改的情形下，以物抵债协议生效后，原债务消灭，债权人仅能依据以物抵债协议主张权利，而无权请求债务人履行原债务，最高法的(2022)最高法民申18号案、福建省南平市延平区人民法院(2022)闽0702民初4754号案均持此观点。因此，债权人应注意避免在以物抵债协议中约定消灭旧债，以保障债权人在以物抵债协议届期不履行，致使以物抵债协议目的不能实现的情形下，可回到旧债，请求债务人履行旧债务，以保障债权人实现债权。

5. 抵债房屋变现的市场风险。

由于当前房地产市场环境下行，房价变化不定，抵债房屋变现期限并无确定保障，存在抵债房屋价值下跌风险，影响债权人通过受让抵债房屋实现债权。

6. 债务人破产导致以房抵债被解除或撤销的风险。

不排除债务人在履行合同的过程中存在破产的可能，一旦抵债房屋被认定为破产财产或以房抵债被认定为个别清偿，则债权人的债权将面临极大的不确定性。

因以房抵债过程中，债权人实际无需向债务人支付任何款项，故以房抵债协议履行的重要标志即办理房

屋的不动产登记。因此，若无特殊约定，以房抵债协议在未办理不动产登记前都属于未履行状态，一旦债务人进入破产程序，破产管理人将有权决定解除以房抵债协议。由于以房抵债属于债务人对债权人的个别清偿，且以房抵债协议以不动产登记作为履行标志，因此若不动产登记发生在法院受理债务人破产申请前六个月内，且债务人同时具有破产情形，则债务人以房抵债的行为将可能被撤销，债权人的债权因此将难以通过以房抵债的方式得以实现。

03

律师关于风险防范措施的建议

1.为防范以房抵债协议被认定无效的风险，建议在债务履行期限届满后再行签订以房抵债协议，同时审查预售房屋的相应许可证明。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第44条明确当事人在债务履行期届满后达成以物抵债协议，若不存在恶意损害第三人合法权益等导致合同无效的情形，一般认为合同有效。故，建议在债务履行期限届满后再行签订以房抵债协议；同时，针对抵债房屋属于预售房屋的情形，在签订以房抵债协议时，要求债务人提供预售许可证明，并通过官方渠道予以核实。

2.签订以房抵债协议后，尽快办理相应购房合同网签、合同备案，办理预告登记、过户登记，同时督促债务人第一时间交房，并进行有效占有。

（1）根据《民法典》第二百二十一条规定，预告登记后，未经债权人同意，处分抵债房屋的，不发生物权效力。因此，建议及时向登记机关办理预告登记，通过预告登记，债权人一定程度上能排除一房二卖的风险。但需注意，预告登记存在期限限制，自能够办理不动产过户登记之日起90日内未登记的，预告登记失效。因此，在办理预告登记的同时也应及时督促债务人履行房屋过户登记。

（2）根据《民法典》第二百零九条的规定，不动产物权的设立登记才生效。因此，若无需预告登记而能径行办理产权登记的，建议第一时间办理过户登记。

（3）根据《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（2020修正）》（法释〔2020〕21号）第二十八条规定，若不动产买受人在未办理产权登记的情况下，要对抗债务人的其他金钱债权人的强制执行，需具备的条件就是人民法院查封之前，已签订合法有效的买卖合同、支付全部价款并合法占有。因此，在办理过户前，可以进行合法占有，这也能避免被第三方实际占有后增加清退执行的难度。

3.在以房抵债协议中约定债务人承诺及违约责任条款。

为防范债权人隐瞒已就拟用于抵债的房屋与第三人签订房屋买卖合同的风险，建议在以房抵债协议中增设条款，要求债务人承诺抵债房屋未出售或预售给第三人，否则债务人承担相应违约责任，且该违约责任应明确具体，具有可操作性。

4.在以房抵债协议中约定逾期交房、办理过户登记的救济手段。

如债务人无法按照抵债协议约定交付抵债房屋或在约定的时间内完成配合办理房屋过户登记，则债权人可以选择放弃抵债房屋，并有权依照原债权合同向债务人主张债权。

5.审查抵债房屋是否属于限制转让的范围、审查权属情况、是否存在查封、抵押、租赁等。

（1）根据《城市房地产管理法》第三十八条、第三十九条、第四十条规定，审查抵债房屋不属于不得转让的房屋或已按规定办理相应转让手续；

(2) 同时，可在以房抵债协议中要求开发商对该事项予以承诺并约定相应违约责任；

(3) 在签订以房抵债协议前，全面审查抵债房屋上是否取得相应许可证书，是否为可销售房屋、是否存在抵押或查封、是否存在其他共有人、是否存在租赁备案、是否有出租、是否设有居住权等情况，避免因抵债房屋存在权利瑕疵而引发纠纷。

6.避免在以房抵债协议中约定消灭原有债权债务关系。

为避免构成债的更改导致旧债消灭，导致债务人不履行以房抵债协议时债权人只能依据以房抵债协议主张抵债房屋的相应权利，而不能再依据原债务合同主张旧债，需避免在以房抵债协议中约定以房抵债成立即消灭原有债权债务，同时防范债务人在以房抵债协议中隐藏消灭旧债的约定。如无法分辨是否存在此类条款约定，建议债权人将以房抵债协议发送专业律师审查。

7.以房抵债协议内容应明确、具体，具有可履行性且充分约定债权人权利的保障条款。

(1) 针对房价可能下跌，抵债目的可能落空的风险，建议在以房抵债协议中明确约定房屋市场价格变动，债务人应承担的风险，债权人解除协议的权利。

(2) 为保证房屋变现，建议在以房抵债协议中约定债权人享有指定购房人的权利或在协议中明确约定债权人有权将房屋转售给第三人或直接在物色好买房人后指定受让的第三人，同时约定债务人有义务配合债权人和购房者办理房屋所有权变更登记。

(3) 应当明确实际欠款数额与用以抵债的房屋价款之间差额的处理方式。实际欠款与用以抵付的房屋价款很难完全一致,必将出现差额,因此在以房抵债协议中一定要明确此差额如何处理。

(4) 在以房抵债协议中明确房屋情况、合同网签、合同备案、预告登记、过户登记的时间和方式、实际占有的时间和方式、各类税费承担方式、违约责任、存在权利障碍如抵押权、租赁等。

8.防范构成债务人“个别清偿”。

建议债权人在接受抵债房屋时，充分考察开发商的经营情况、抵债房屋办理不动产登记的条件等，并在签订以房抵债协议后要求债务人尽快配合办理抵债房屋的不动产登记。

04

以房抵债的操作及财税处理

业主“以房抵债”，建筑企业如何操作？会涉及哪些税费？

业主“以房抵债”，首先，业主与总包方签订“以房抵债”合同，总包方获得商品房。其次，在抵入商品房时，如果是总包方自行购买，则需与业主再签订商品房买卖合同，如果是总包方指定购买人时，或继续“以房抵债”给分包方时，总包方可不办理商品房过户手续，由业主与实际购买人签订商品房买卖合同。具体情况如下：

一、合同情况

业主（甲方）与总包方（乙方）签订“以房抵款”合同，一般合同主要约定如下：

1)以合同内指定的商品房冲抵工程款项；

2)乙方可自己购买本合同中约定的商品房，同时也有权书面指定乙方或本合同以外的第三人作为购买人

购买该商品房；

3)乙方在寻找实际购房人时可依据实际情况指定最终购买价格；

4)约定的房屋价格不受任何最终购买价格的影响，超出或低于部份，均由乙方自行处理。

5)乙方在确定了购买人及购买价格后，需书面通知甲方，甲方在收到通知后同购买人签署《商品房买卖合同》。

二、资金和发票的处理

商品房转抵分包方或指定第三方购买人时，业主直接将发票开具给实际购买人，实际购买人将购房款支付给业主后，业主按实际收到的售房款向总包方支付资金。

三、涉税分析：

(1)总包方自己作为购买人，购买入商品房抵偿工程款，与直接从外部购买商品房的涉税处理一致，主要涉及以下税费：

契税：契税实行3%~5%的幅度税率，具体契税适用税率，由省、自治区、直辖市人民政府在税率范围内按照本地区的实际情况确定。房产原值不包括增值税。

印花税：房产购销合同，税率为0.03%，房产原值不包括增值税。

注：如果免征增值税，则计税依据包括增值税。

(2)总包方指定第三方为购买人，或总包方继续“以房抵债”给分包方，“以房抵债”合同签订时，为了减少不动产交易环节，节省乙方的契税和相关各方的印花税，建议总包方可不与业主签订《商品房买卖合同》；业主也不向总包方开具房产销售发票。由业主与实际购买人的第三方或分包方签订《商品房买卖合同》，业主其开具房产销售发票。

因此，总包方抵入商品房不构成增值税上不动产的购进行为，其交易过程是甲方将实际收到的售房款（即工程款），直接支付给总包方，总包方不涉及承包工程以外的税费，实际购买人第三方或分包方涉及到契税和印花税（税率及税基参上）。

四、财务处理：

(1)总包方自己作为购买人账务处理如下：

借：固定资产——建筑工程 应交税费——应缴增值税（待认证抵扣增值税）
贷：应收账款——发包方 应交税费——应交契税 应交税费——应
交印花税 借：应交税费——应缴增值税（待认证抵扣增值税） 贷：应交税费——应缴增值税
（增值税销项税额）

(2)总包方指定第三方/分包方为购买人的账务处理：

第三方

借：银行存款 贷：应收账款——发包方

分包方

借：应付账款——分包方 贷：应收账款——发包方

五、实务例举

【例】房地产企业以房抵工程款，建筑企业不持有房屋，将房屋抵债下游材料供应商的材料款，材料供应商找了真正购房者。

第一种形式：最“实在”抵债，无形中增加了过户环节，增加了税费负担。对于建筑企业和材料供应商来说，即是购房者又是卖房者（销售方）是，现实中不可取。

第二种形式：最“直白”抵债，关键点是合同如何签，两个合同

1.房地产企业+购房者：购销合同，建筑企业和材料供应商不参与，不出现在合同里；

2.房地产企业+建筑企业+材料供应商+购房者：债权债务抵债协议，不涉及抵债房屋的事情。

实务中：千万不能让购房者把款项支付给房地产企业，有可能“狼入虎口”，这时候不需要管“三流是否一致”，能收回款是大事！