

# 《民法典》视域中不动产买受人的法律地位

## ——以“执行异议复议”的修改为中心

冉克平

**摘要** 不动产买受人执行异议之诉涉及买受人、申请执行人以及债务人三方利益的权衡,实体与程序交织,效率与公平互现。“执行异议复议”赋予不动产买受人与商品房消费者优先于债务人的金钱债权人的法律地位,无法透过事实物权说、法律物权说、中间权利说以及物权期待理论进行正当化阐释,是司法实践为回应长期以来不动产登记现状而采取的合乎实质正义的权宜之计。随着不动产登记制度的确立,在执行异议之诉时应当废除一般买受人排除强制执行的法律效力,保留商品房消费者在法定条件下享有足以排除强制执行的民事权益,以保障住房消费者的生存利益。在借名购房的情形中,尽管房屋的所有权归属在实体法上存在较大分歧,但在程序法上基于执行异议之诉的实质审查原则,借名人对被执行标的享有的权益足以排除金钱债权人的强制执行。

**关键词** 执行异议之诉;不动产买受人;不动产登记;物权期待权;商品房消费者;借名购房;《民法典》

**中图分类号** D913 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2021)03-0159-15

**基金项目** 研究阐释党的十九届五中全会精神国家社会科学基金重点项目(21AZD030)

### 一、问题的提出

依据民事执行的形式化原则,只要不动产登记在被执行人名下,债权人就可以申请查封该不动产<sup>[1]</sup>(P13)。因不动产物权登记程序状态复杂,为调和执行形式化与实质权利保障之间的冲突,法律赋予第三人(案外人)针对执行标的提起执行异议之诉的权利,以排除执行根据的执行力<sup>[2]</sup>(P894)。案外人并不否定执行根据的既判力,但是其对执行标的享有“足以排除强制执行的民事权益”阻却了申请人实体权利的实现<sup>[3]</sup>(P422)。

通常认为,第三人享有的“足以排除强制执行的民事权益”主要包括所有权、共同共有权、质权、留置权等物权或者物权化的债权如预告登记、不动产租赁权等<sup>①</sup>。非基于法律行为的拍卖成交裁定书、变卖成交裁定书和以物抵债裁定书等执行裁定书生效即产生物权变动的效力,亦可以作为案外人对执行标的的主张享有物权的依据。基于物权与债权的区分原则,买卖、赠予、信托等关系对执行标的的享有的交付或移转登记请求权并无排除强制执行的效力<sup>[4]</sup>(P208)。但是在强制执行法领域,《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”)第28条规定,不动产买受人在符合法定条件时有权向执行法院提出异议,即不动产买受人享有的债权优先于申请执行人的债

<sup>①</sup> 比如陈计男在《强制执行法释论》中指出,虽然第三人就执行标的物有物权存在,但强制执行并不妨碍物权人之权利的行使的,如抵押权、不动产地役权,尚不因设定权利(所有权)之移转而受影响,因为强制执行程序可以保障抵押权人优先受偿权、地役权人权利的实现,权利人不得提起第三人异议执行之诉排除对抵押物、供役地的强制执行。

权。“执行异议复议”第29条进一步规定消费者对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出执行异议之诉的特殊规则。据此而言,虽未进行不动产登记,但是不动产买受人若符合法定构成要件,亦可对执行标的享有“足以排除强制执行的权力”。由此形成民事实体法与程序法之间形式意义上的冲突。

理论界对上述形式冲突分歧较大。肯定说认为,不动产买受人享有“足以排除强制执行的实体权利”,正当化的依据包括事实物权、中间权利以及期待权等多种学说<sup>[5]</sup>(P92)。反之,否定说则认为,房屋买卖合同的买受人仅享有对出卖人移转所有权的债权,其法律地位不足以排除强制执行。“执行异议复议”第28条的规定只是权宜之计,其显然违背物权法的不动产变动规则,突破了物权变动的基本框架<sup>[6]</sup>(P128)。事实物权的概念虽然得到认可和运用,但内涵和外延相对模糊容易引起争议<sup>[7]</sup>(P30)。此外,对于借名购房,如果名义买受人(出名人)的债权人依据执行的形式化原则对于不动产予以强制执行,实际上的买受人(借名人)能否提出执行异议之诉?上述问题均是理论与实务界争论的焦点<sup>①</sup>。

不动产买受人执行异议之诉涉及案外人(买受人)、申请执行人(债权人)以及债务人三方主体,该问题架构复杂,实体与程序交织,金钱债权与民生权益对立,审判与执行胶着。在《民法典》实施的背景之下,透过体系化的路径整合和阐释现有的法律渊源以实现私法内在价值与制度的融贯,成为学者的共识<sup>[8]</sup>(P137)。通过对执行异议之诉的审理与规则的梳理,笔者拟从实体法与程序法两个方面检讨不动产买受人(包括实际买受人)所具有的排除强制执行效力及其正当化依据,探讨民事实体法与程序法规定不一致的原因,兼顾既要维护不动产买受人对不动产所应享有的合法权益,又保障申请执行人通过强制执行程序实现其债权的正当利益的目的,并试图对“执行异议复议”的修改提出完善之策,希冀对《民法典》的体系化和融贯性略尽绵薄之力。

## 二、不动产买受人法律地位的历史沿革及其正当化理由

在买受人、申请执行人以及债务人三方利益关系中,“执行异议复议”赋予不动产买受人与商品房消费者优先于债务人金钱债权人的法律地位。我国对不动产买受人法律地位相关规定的发展有其自身的立法背景考量及正当化理由。

### (一) 不动产买受人法律地位的沿革及立法背景

从历史沿革上看,“执行异议复议”规定的不动产买受人执行异议之诉规则源于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)<sup>②</sup>。出于对消费者生存权这一更高价值的维护,该司法解释赋予消费者对买受房屋的债权以排除强制执行的效力,在顺位上优先于其他债权。此后,《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第15条将消费者房屋债权的特殊规则扩大至从开发商处受让房屋的所有买受人<sup>③</sup>。2005年最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释[2004]15号)以下简

① 2019年12月最高人民法院公布《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释(一)》(向社会公开征求意见稿),其中第9条(一般不动产买受人提起的执行异议之诉的处理)大体沿袭“执行异议复议”第28条。该释文的第10条(消费者商品房买受人提起的执行异议之诉的处理)以及第13条(隐名权利人提起的执行异议之诉的处理)均存在两种不同的方案,表达了理论与实务界对于不动产买受人提起案外人执行异议之诉相关规则的重大分歧。

② 2002年最高人民法院审判委员会第1225次会议通过《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》,答复上海市高级人民法院“沪高法[2001]14号《关于合同法第286条理解与适用问题的请示》”规定:1. 人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第286条的规定,认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。2. 消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

③ 《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》(法发[2004]5号)第15条规定:“下列房屋虽未进行房屋所有权登记,人民法院也可以进行预查封:(一)作为被执行人的房地产开发企业,已办理了商品房预售许可证且尚未出售的房屋;(二)被执行人购买的已由房地产开发企业办理了房屋权属初始登记的房屋;(三)被执行人购买的办理了商品房预售合同登记备案手续或者商品房预告登记的房屋。”

称“执行规定”)第17条采纳了前述两个司法解释的内容,规定不动产买受人已经支付全部价款并实际占有但未办理过户登记手续的,如果该买受人对此没有过错,人民法院不得查封、扣押、冻结该不动产。“执行规定”第17条是对不动产物权登记的缓和,目的在于保护善意购房人的生存利益<sup>[9]</sup>(P54)。该条规定的不动产买受人的优先地位仅限于对抗金钱债权人的执行查封措施,如果不动产买受人据此而请求人民法院“确认物权”的,应驳回其诉讼请求(最高人民法院[2015]民申字第1886号民事裁定书;广东省高级人民法院[2011]粤高法民一终字第113号民事裁定书)。“执行异议复议”第28条源于“执行规定”第17条,但是在构成要件上,后者规定的“买受人对未办理登记没有过错”被前者修改为“非因买受人自身原因未办理过户登记”,这实际上缩小了前者的适用范围。从体系上看,“执行异议复议”第26条区分了基于法律行为的交付型请求权与返还型请求权,仅返还请求权可以排斥强制执行。由于不动产买受人在移转登记之前拥有的是债权请求权,因而“执行异议复议”第28-29条实际上构成第26条的例外情形。

“执行规定”与“执行异议复议”以不动产买受人占有不动产与支付房款两项事实作为排除被执行人金钱债权人强制执行的重要依据,具有深厚的实体法渊源及经济社会背景。一方面,在2007年《物权法》颁布之前,不动产登记政出多门,并不完全具备彰显不动产物权变动的功能。在改革开放之初,我国实施的是住房实物分配制度,房屋交易比较少见。房屋交易中买受人支付房款与实际使用管理房屋具有明确所有权归属的意义,转移登记只是行政管理手段<sup>①</sup>。这表明变更登记只是行政管理因素而非房屋权属变动要件,房屋所有权因买卖合同生效而直接移转<sup>[10]</sup>(P96)。1994年国务院发布《关于深化城镇住房制度改革的决定》,标志着我国逐步实行住房分配货币化,房屋交易由此渐趋频繁。然而,1997年颁布的《城市房屋权属登记管理办法》第17条仍然规定“因房屋买卖、交换……等原因致使其权属发生转移的,应当自事实发生之日起90日内申请转移登记”。另一方面,在相当长的时间内不动产登记制度被视为合同的生效要件,发挥的是公法意义上的管制功能<sup>②</sup>。究其原因,我国学理与立法长期以来并未明确区分物权与债权制度,缺乏保护交易安全的价值理念和完备的不动产登记制度<sup>[11]</sup>(P46)。因不动产登记制度缺失,通过支付价款、转移占有取得不动产的所有权在事实层面得以被认可。由此可见,“执行规定”与“执行异议复议”规定不动产买受人的债权在符合一定条件下具有排除强制执行的特殊效力,是因为我国不动产登记制度达不到法律形式理性化的标准。不动产买受人未进行不动产登记可能并非是因为权利人的懈怠,而是长期以来不动产登记本身就未被赋予物权变动的法律意义。为了保护不动产买受人的期待利益,法律赋予不动产买受人的债权以特殊效力是立法者的理性选择。

自2007年《物权法》确立不动产物权变动的登记生效主义规则以来,不动产登记簿所具有的公示效力使不动产物权与债权得以严格区分,支付价款、转移占有等要素不再具有移转不动产所有权的法律意义<sup>[12]</sup>(P111)。2015年《不动产登记暂行条例》及其实施细则取代了《房屋登记办法》和《土地登记办法》,统一了不动产登记的物权体系,为不动产确权与交易创造了坚实的制度基础。然而,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》仍然赋予不动产买受人的债权特殊情形的优先法律地位,其主要理由是:“执行规定”第17条适用的基本社会环境和制度基础并未得到根本改变,社会上仍然存在大量非可归于买受人的原因而未登记的不动产,如果不加分别一律准许强制执行,将会危及社会稳定。“执行规定”第17条

① 例如早在最高人民法院1984年颁行的《关于贯彻执行民事政策若干问题的意见》中就有规定:“买卖双方自愿,并立有契约、买方已交付了房款,并实际使用和管理了房屋,又没有其他违法行为,只是买卖手续不完善的,应认为买卖关系有效,但应着其补办房屋买卖手续。”(第56条)这一思路在1997年颁行的《城市房屋权属登记管理办法》中依然延续(第17条:“因房屋买卖……等原因致使其权属发生转移的,应当自事实发生之日起90日内申请转移登记。”1987年《城镇房屋所有权登记暂行办法》第9条规定:“房屋所有权因买卖……等原因转移变更时,应自转移变更之日起3个月内办理转移变更登记。”

② 1995年《担保法》第41条规定,抵押合同自抵押物登记之日起生效。1996年《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》(法发[1996]第2号)第14条规定:“土地使用者就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同,均未办理土地使用权变更登记手续的,一般应当认定各合同无效;如其中某一合同的受让方已实际占有和使用土地,并对土地投资开发利用的,经有关主管部门同意,补办了土地使用权变更登记手续的,可认定该合同有效。”

的基本精神仍应当予以坚持,但是应当根据适用中出现的问题进行修改和补充<sup>[131]</sup>(P86)。

## (二) 不动产买受人法定优先权的正当性理由

针对“执行规定”与“执行异议复议”规定的不动产买受人在法定条件之下具有排除不动产债权人强制执行效力,学界持续性地为其寻求正当化依据。有学者从事物权与法律物权的划分入手,认为在不动产买卖合同中,除不动产登记之外,不动产占有、交付房屋权属证书等亦属于表现物权变动意思表示的形式。不动产出让人具有法律物权人的名义,而买受人则享有与法律物权具有同等意义的事实物权或准法律物权。事实物权不具有法律物权的外观,只有通过初始登记权利人才能处分<sup>[15]</sup>(P91)。有学者进一步将事实物权类型化为继承型事实物权、约定型事实物权和转让型事实物权。约定型事实物权与移转型事实物权均属于基于法律行为产生的事实物权。前者是指在不动产借名登记的情形下,名义买受人(出名人)与实际买受人(借名人)约定由实际买受人所享有的物权;后者是指在不动产买卖合同订立之后与移转登记之前,买受人已经实际占有并支付相应价款因此而形成的物权地位。事实物权作为新型物权介入债权与物权之间,在性质上属于不完全物权。事实物权虽然在形式上与《物权法》第5条规定的“物权法定”原则相悖,但是依据“物权法定缓和说”,在一定条件下承认“依习惯创设物权”可以回应时代产生的新物权之需<sup>[141]</sup>(P108)。

有学者则从“中间性权利”的角度认为,传统的债权与物权二元区分理论仅依据公示方法来判断权利的性质属于形式主义的法学方法,虽有助于维护法的安定性价值,但忽略权利的实质内容。债权与物权二分理论易陷入全无或全有的论证方法,不能为债权与物权相混合的法律形态提供正当性说明。相反,透过“物权变动三阶段理论”在债权设立至所有权转移之间增加一种“中间型权利”形态,以解决债权与物权相混合的法律难题。该“中间型权利”具有实质性的物权属性,由支付价款与交付占有两个要素构成,不仅可以对抗出卖人的债权人,还可以优先于建设工程优先权与建设工程抵押权,典型的情形如不动产租赁权物权化<sup>[15]</sup>(P132)。制度设计应适当考虑交易主体的“不完全理性”,不动产买受人怠于申请登记,是因为不动产登记公信力被人们普遍接受之前的过渡阶段,人们观念中的权利状态与法律规则下的权利状态不相一致。因此,司法审判中一些判决虽然表面上不符合法律规定,但实质上却合乎公平<sup>[101]</sup>(P95)。

“执行异议复议”的起草者创设“物权期待权理论”作为阐释不动产买受人享有“足以排除强制执行的民事权益”的理论基础。“物权期待权”系引入德国法中期待权概念的结果,意指已符合部分权利取得之要件,而对未来取得完整所有权且依法律及当事人约定而受到保护的期待权利。期待权是对未来完整权利的一种期望,因取得权利之部分要件而受到法律保护。物权期待权包括一般买受人对于不动产的物权期待权(“执行异议复议”第28条)与消费者对于商品房的物权期待权(第29条)两种类型,构成不动产受让人享有优先于金钱债权人的地位并排除登记名义人债权人强制执行的法理基础<sup>[161]</sup>(P422)。不动产买受人享有的请求出卖人将涉案房屋转移登记至其名下之权利的本质仍为债权,但法律赋予其类似所有权人的地位是基于特殊的立法价值取向。若是接受不动产给予的一方已经长期居住于该不动产,为保障居住者的基本生活,适度地向作为消费者的不动产买受人倾斜,从而使其生存利益优先于银行、企业等主体的经营利益<sup>[133]</sup>(P602)。

## 三、不动产买受人优先地位正当化依据之评判

赋予不动产买受人与商品房消费者优先于债务人金钱债权人的法律地位,有学者试图透过事实物权说、法律物权说、中间权利说或者物权期待理论等对不动产买受人优先地位正当化之依据进行阐释,但上述学说均存在严重的缺陷,是司法实践为回应长期以来不动产登记现状而采取的权宜之计。

### (一) “事实物权说”与“法律物权说”分析

法律物权和事实物权均被认为是法律认可的物权,在两者发生冲突时应当首先保护前者。但是,在

不妨害公示原则的情况下亦应保护后者。如果事实物权人的正当利益受损,其可以通过行使不当得利请求权弥补受到的损害<sup>[17]</sup>(P136-137)。在我国司法实践中,事实物权与法律物权的划分及其保护模式得到广泛认可<sup>①</sup>。

然而,从物权的理论与实践框架来看,所谓“事实物权”概念存在着严重的缺陷。具体而言:一方面,“事实物权”并不符合物权的本质特征。物权的本质在于权利主体对于物所具有的直接支配并排除第三人干预的权能,若第三人违反不作为的义务,则权利人可以行使物权请求权从而恢复圆满支配的状态<sup>[18]</sup>(P28-29)。在法律关系内部,物权与债权都表现为特定人之间的请求权。但是涉及第三人的外部关系时,物权与债权则明显不同。物权的本质为对任何人皆可主张的对特定物或权利的行为权,具有定分性;债权的本质则是对特定人享有的单纯行为或期待行为权,债权不具有定分性<sup>[19]</sup>(P127-128)。然而,事实物权并不具有对抗第三人的效力。另一方面,事实物权欠缺物权应具备的公示方法,有悖于物权法定原则。物权法定不仅包括种类与内容的法定,还包括物权公示方法的法定。原则上动产物权以占有、不动产物权以登记为公示方法<sup>[11]</sup>(P157)。反之,不符合物权法定原则的所谓“物权”实质上根本不是物权法上的物权类型。事实物权与法律物权的这种物权分类方式不能涵盖《物权法》采用意思主义的例外情形。我国物权变动模式不仅包括公示生效主义还涵盖公示对抗主义,如地役权在当事人订立的地役权合同生效时就已经设立,但在登记之前不得对抗善意第三人。在登记之前,地役权不具有对抗第三人的效力,因而属于法律物权而非事实物权。概言之,不动产买受人的“事实物权”实质上是履行登记请求权,属于典型的债权请求权<sup>[7]</sup>(P39)。

所谓“中间型权利说”系“法律物权说”的变形,该观点将不动产受让人的法律地位定位为居于债权与完全物权之间的准物权,由支付价款与交付占有两个要素构成。尽管占有人因一项合法的债之关系而享有占有权时,权利人的地位得到大大强化,占有之债权与占有相结合仍被视为侵权法所保护的绝对权<sup>[20]</sup>(P167)。然而,对于不动产交易的过程而言,物权与债权的界分是非常清晰的,物权表达支配性的绝对权关系,债权表达请求性的相对权关系,两者共同维护买受人与出卖人的利益并保障交易的安全<sup>[21]</sup>(P8)。买受人占有不动产与支付价款只是对买卖合同的履行,通常并不具有超出债权的法律意义。不动产承租人占有租赁物以及租赁权的物权化是基于法律保护弱者而规定的例外情形,据此推断出买受人占有权的物权化,进而认为其获得准物权人的地位的观点属于以偏概全。在德国法上,第三人依据《德国民事诉讼法》第771条可以提起异议权,但是即使加上“占有取得”这样的条件,还是无法令权利人赢得提起参加之诉的权利。若希望占有权成为第771条中的异议权,就必须同时证明物不属于债务人的责任财产范围<sup>[22]</sup>(P184)。“中间型权利说”不仅有悖于物权法定原则,而且与物权的绝对性相左。即使主张“中间型权利说”的学者也认为其实质是不动产登记制度不完备的产物。在过渡时期,我国法律实践应赋予已占有不动产的买受人以准物权人的法律地位<sup>[23]</sup>(P71)。

## (二)“物权期待权理论”之批判

“执行异议复议”的起草者创设“物权期待权理论”,系引入德国法期待权概念的结果。“物权期待权”

<sup>①</sup> 例如,在“彭平与施田力物权确认纠纷案”中,法院认为:“由于登记制度的存在,物权分为法律物权和事实物权。前者系已经纳入登记的物权,后者则指未纳入登记而由真正权利人实际享有的物权。事实物权是法律物权的事实基础,是本质物权,法律物权是事实物权的公示宣告,是形式物权。事实物权通过登记转化升格为法律物权,法律物权也可因登记的变更、撤销而褪去公示表征还原为纯粹的事实物权。通常登记的法律物权能够正确地反映事实物权的权利状态,即法律物权与事实物权一致。但由于法律的例外规定,可能存在的登记错误、原因法律行为的效力变化、当事人真实意思保留等,实践中亦会出现事实物权与法律物权不一致的情形,存在大量不具有登记的外观形式即事实物权。”详见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第11915号判决书。类似判决还有黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2015)哈民一民终字第1134号判决书;广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2015)南市民一终字第401号判决书。

理论作为不动产买受人的正当性依据被我国司法实践普遍接受<sup>①</sup>。物权期待权包括一般买受人对于不动产的物权期待权(“执行异议复议”第28条)与消费者对于商品房的物权期待权(第29条),构成不动产受让人获得优先于金钱债权人的地位并排除登记名义人债权人强制执行的法理基础<sup>[16]</sup>(P422)。德国法上的期待权理论系由学说发展而来,法律并无相关定义,买受人的期待权是其中最主要的类型<sup>[24]</sup>。不动产买卖合同在完成登记之前,受让人尚不能获得不动产的所有权,仅对未来取得不动产物权享有一种期待,这种期待的效力极为微弱,仅为一种单纯期待。如果第三人此时先提出申请,则受让人获得物权的期待就会落空<sup>[25]</sup>(P82-84)。但是,受让人一旦就物权合意提出登记申请或已作出预告登记,其就取得一项受法律保护的法律地位即期待权<sup>[20]</sup>(P391)。德国法上不动产买受人期待权的核心是不动产登记申请,而不要求不动产买受人必须占有不动产和支付对价。与之相比,我国“执行异议复议”第28条和第29条所赋予的“期待权”与不动产登记无关,而是依赖于不动产买卖合同的履行程度(交付不动产、支付价款)。在对权利的处分上,德国法上不动产登记申请后产生的期待权不仅可以转让、质押或者成为扣押的对象,还可以作为“其他权利”受到第823条第1款的保护。同时,对于非法侵犯期待权的第三人,期待权人可以依据第988条和第1004条行使物上请求权<sup>[25]</sup>(P85)。与之相比,我国“执行异议复议”中的“期待权人”至多享有占有、使用、收益等权能,却不享有决定物权归属的处分权能<sup>[6]</sup>(P133)。比较而言,德国法上不动产登记申请后产生的期待权已经具有极强的物权属性,而我国法上的买受人期待权仅具有债权属性。“物权期待权人”无法处分在取得所有权之前的法律地位,如将其用于转卖或融资担保,由此使得第三人直接从出让人处取得期待权,亦不享有物权请求权,而且也难以受到侵权法的保护。从我国司法实践来看,也认为“物权期待权”本质上属于债权<sup>②</sup>。但是,已经核准登记的不动产买受人可以排除被执行人的强制执行,类似于德国法上已提出登记申请的不动产买受人地位<sup>③</sup>。总之,不动产买受人占有不动产与支付价款既不能直接导致不动产物权的变动,也非德国法上具有物权归属意义的期待权。为使未办理转移登记的不动产买受人具有排除被执行债权人的强制执行效力,我国学理上与实务中从物权或物权期待权的角度所构造的理论基础并不牢固。

#### 四、不动产买受人债权优先权正当性的立法论分析

赋予不动产买受人债权优先权是对我国不动产登记制度尚不完备的补正措施,旨在维护生存权,虽然合乎实质公平,但存在隐蔽性、欠缺公示等明显的弊端。因此,需要对不动产买受人的优先法律地位进行修正。

##### (一) 不动产买受人法律地位的现实基础

第三人执行异议之诉的依据在于其享有“足以排除强制执行的民事权益”,该权益必须能够排除或至少可以限制将执行标的划归到债务人责任财产的范畴。从这一点上看,第三人执行异议之诉与破产法上别除权的目标相同<sup>[22]</sup>(P172)。因此,第三人异议之诉的基础应从否定的方面来界定,即原告通过诉

① 最高人民法院认为:“关于物权期待权保护的的条件,依照《查封扣押冻结规定》第17条规定以及司法实践掌握的标准,案外人亦即受让人在案涉财产上的物权期待权如欲产生排除执行的效力,应当符合以下要件:(1)和被执行人即登记名义人,签订以变动执行标的物所有权为目的的合同。

(2)买受人已经履行支付买卖合同约定价款的全部义务。(3)案外人对执行标的物的物权期待权已经以一定的方式对外公示:占有。(4)物权没有变更登记的原因不可归责于案外人。人民法院在判断案外人的物权期待权能否排除执行时,应遵照此标准。”参见最高人民法院(2015)民申字第1886号民事裁定书。

② 在“李兴发与白立军、曹改林等案外人执行异议之诉再审查与审判监督案”中,法院认为:“所谓物权期待权,从性质上虽仍属债权范畴,但该债权不同于一般债权,案外人既已依合同履行完毕支付取得物权的对价等义务,则预期物权将应该变动到其名下。当物权期待权与其他一般债权的实现发生冲突时,应优先保护物权期待权。”参见宁夏回族自治区高级人民法院(2019)宁民申1号民事裁定书。类似判决书参见北京市高级人民法院(2018)京民申429号民事裁定书。

③ 《执行规定》第25条规定:“查封、扣押、冻结协助执行通知书在送达登记机关时,登记机关已经受理被执行人转让不动产、特定动产及其他财产的过户登记申请,尚未核准登记的,应当协助人民法院执行。人民法院不得对登记机关已经核准登记的被执行人已转让的财产实施查封、扣押、冻结措施。”

讼主张执行标的的不属于或不完全属于债务人的责任财产。相反,“执行标的属于提起诉讼的第三人”并不是第三人异议之诉的基础,尽管所有权构成了第三人异议之诉的最主要理由,但并不要求第三人一定是标的物的所有权人。不动产买受人在登记之前所享有的债权通常并不属于获取异议之诉的权限。但是,法律基于立法政策考量可以赋予特定债权以法定优先地位。例如《民法典(合同编)》规定的建设工程承包人的优先权,即是法律为维护社会的公平和秩序而赋予债权人对某种特殊的债权(工程款请求权)享有优先于一般债权人而优先受偿的权利<sup>[26]</sup>(P436)。

如前所述,《物权法》确立了以不动产登记簿为依据的物权变动制度,但是直到《不动产登记暂行条例》和实施细则颁布、从中央到地方建立系统完备的不动产登记机构之后,不动产登记制度才得以真正确立。在计划经济向市场经济的转型过程中,由于城市大规模扩张,城中村引起的土地权属问题复杂多样,城市房屋的权属状态并不完全清晰。长期以来,农村的大量房屋未纳入不动产登记,不仅不存在初始登记,而且房屋交易行为受到极大限制。在不动产登记制度极不完善且人们的法律观念及实践均不足以完全实施物权公示原则的背景下,买受人若非因自身原因未办理登记,之后房屋又遭遇出卖人金钱债权人申请查封,完全有失公允。为对无过错的不动产买受人提供适当的救济路径,“执行规定”第17条和“执行异议复议”第28-29条赋予不动产买受人的债权人以优先于其他金钱债权以法定优先权,实质上是司法实践对我国尚不完备的不动产登记现状的妥协和回应。司法解释对商品房消费者债权的法律保护的权利排序为:消费者买受人的债权、建设工程价款优先权、登记抵押权、一般不动产买受人的债权。一般不动产买受人的债权与商品房消费者的债权相比,后者代表生存权这一更高价值的维护,因此后者能够优先于建设工程价款优先受偿权和担保物权<sup>①</sup>。虽然上述司法解释有悖于《民法典(物权编)》所确立的物权公示公信原则,却是解决当下不动产登记制度不完善弊端与维护生存权的切实方案,合乎实质公平。

## (二) 不动产买受人优先法律地位的弊端

因不动产买受人所享有的法定优先权具有隐蔽性、欠缺公示原则而存在明显的弊端,与《民法典(物权编)》规定的不动产登记的物权正确推定存在冲突,对此应当持审慎且克制的态度。具体而言:其一,买受人即使非因自身的原因导致无法完成不动产登记过户手续,此属于交易中可能发生的风险,依据“买者自慎”的原理应该由买受人自己承担。不动产交易期限较长,其间可能预见各种风险,除非是不可抗力(例如因患新型冠状病毒肺炎导致不能完成转移登记)或者情势变更等因素导致登记义务免除,其他各种情形包括法院查封不动产本就是交易中可能发生的风险,不动产买受人作为理性人应该对出卖人的资信状况进行调查。若买受人能将交易风险转嫁于执行程序的救济,则不免发生法律奖励愚者的结果:越是不谨慎的交易者,越能获得法律的垂青<sup>[6]</sup>(P129)。其二,比较法上的法定优先权因缺乏公示的方法,立法政策上通常极为审慎,非有正当理由不得干扰权利的顺位体系<sup>[27]</sup>(P291)。相比交易安全,不动产买受人的债权并不具有更值得保护的价值。所不同的是,查封该不动产的债权人属于金钱债权人,并不针对被查封的不动产,而不动产买受人的债权针对的是被查封的不动产。在民法体系内,特定主体被分配的权益或者机会就意味着特定相对人所负担的直接义务或者风险<sup>[28]</sup>(P165)。不动产买受人

① 在“崔焕芳、中国农业银行股份有限公司梧州分行案外人执行异议之诉案”中,法院认为:“结合《执行异议和复议规定》第27条规定的‘申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权,人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持,但法律、司法解释另有规定的除外’,第29条消费者物权期待权的保护条件,以及《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的规定,受保护的权利排序为消费者买受人的物权期待权>建设工程价款优先受偿权>抵押权>一般不动产买受人的物权期待权。法律基于对消费者生存权这一更高价值的维护,赋予商品房消费者物权期待权优先于建设工程价款优先受偿权、担保物权的权利,能够优于法定担保物权的,只有消费者买房人的物权期待权,而非一般不动产买受人的物权期待权。因此,原审将《执行异议和复议规定》第28条规定作为排除抵押优先权的审查要件,存在不妥,应予指正,但由于申请人购买的涉案房产为商铺,属于商业性质,并不符合商品房消费者物权期待权的保护条件,申请人对涉案房产享有的过户登记请求权并不能排除被申请人的抵押优先权,故原审实体处理结果是正确的,本案不予立案再审。”参见广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民295号民事裁定书。

的债权固然值得保护,但是查封该不动产的债权人的利益同样值得保护。既然两者缺乏相应的公示方法,法律对不动产买受人的优待实际上是以牺牲出卖人的债权人利益为代价<sup>①</sup>。最后,随着我国的不动产登记制度的完备,不动产的初始登记、移转登记、预告登记以及查封登记等均被纳入统一的不动产登记制度,并且涵盖了之前未被纳入登记范围的农村房屋,极大改变了我国此前不动产登记制度混乱且不完备的现实状况。例如,依据《不动产登记暂行条例》的规定,执行法院在查封不动产时就应通知登记机构查封登记。又如,不动产买受人在办理预告登记之后,其债权请求权的效力得到增强,具有对抗第三人的物权效力,因而预告登记权利人享有排除执行异议的实体权利<sup>[29]</sup>(P132)。如果其他债权人采取了查封等保全性的执行措施,并不影响预告登记在符合条件下转为本登记(“执行异议复议”第30条),此时应该解除查封<sup>[30]</sup>(P11)。但是在预告登记期间,执行法院不得对该查封不动产进行处分,因而预告登记权利人可以提起案外人执行异议之诉<sup>[31]</sup>(P56)。《民法典(物权编)》公示公信原则的实施效果取决于不动产登记簿所受交易当事人的信赖程度。对于不动产登记簿而言,法律规范越是维护不动产登记簿的公信力,越能促使交易当事人正确完成相应的权属登记,并进而增强交易当事人对不动产登记的信任,从而最终促成不动产公信力的形成<sup>[32]</sup>(P22)。从长远来看,随着《不动产登记暂行条例》的实施,不动产登记制度不全面及缺失的弊病被消除之时,“执行异议复议”第28-29条的规定也应退出历史舞台<sup>[33]</sup>(P52)。

### (三) 不动产买受人优先法律地位的修正路径

随着我国《不动产登记暂行条例》的颁布及其实施,“执行规定”与“执行异议复议”的制度基础已经发生改变。若是忽略不动产登记制度的形式正义特征而过度强调不动产登记簿的相对性,并透过不动产买受人的法定优先权制度试图达成实质正义的目标,实际上构成对不动产登记公信力的破坏,会导致耗费巨大的人力、物力所构建的不动产登记制度的功能大打折扣而不能发挥应有的效果,不利于最终形成真正的登记公信力制度。为实现《民法典》所规定的不动产登记的公信力,应该对其进行适当的修正。概言之,应当废除一般买受人的优先法律地位,在立法政策上保护商品房消费者的债权,使其具有“足以排除强制执行的民事权益”的优先法律地位。主要理由在于:其一,消费者因为政策原因往往无法有效利用既有的不动产登记制度保护其合法权益。商品房消费者作为买受人与开发商签订《商品房预售合同》,前者所购买的通常是期房,即从后者依法取得商品房预售许可证至房地产证期间的商品房。消费者在合同订立之后即支付全部购房款,或者支付部分购房款、剩余款项以按揭方式向银行借贷。因为期房并未办理初始登记,则消费者无法办理转移登记。虽然买受人可以办理预告登记防范风险,但是实际采取该制度的消费者比例并不高。现行法并未规定取得时效制度,即使消费者自主、和平、善意地占有该不动产也无法取得不动产的所有权。如果商品房的消费者被当作普通的债权人,其对所购商品房的登记或者交付请求权并不具有排除开发商的其他债权人就该商品房提出的受偿要求的效力,无疑将会面临巨大的法律风险。其二,消费者处于弱势地位,法律给予其优先地位具有合理性。相对于开发商的其他债权人如银行、供货商、融资商等,消费者处于弱势地位,其通常既无能力要求开发商提供担保以保障转移登记之前的债权,也很难对开发商是否清偿银行借款和供货商债务的情况进行调查。针对我国当下的经济发展要求,对于房地产这种高杠杆化的产业,高效率及缩短开发周期是其开发盈利的基本要求。如果要求购房人在购买商品房地时,需要调查开发项目是否存在抵押权负担,这必然影响交易的效率并延缓交易的完成,从而影响房地产项目的开发进度,进一步影响到房地产业的持续发展。其三,保障消费者的居住权,这类似于现行法将建设工程价款规定为法定优先权。消费者买受人的债权之所以在

① 最高人民法院认为:“‘执行规定’第17条规定的目的在于保护无过错的买房人,通过赋予其优于普通债权的权利层级保护方式,实现对买房人利益的优先保护,属于基于特殊价值取向对于特殊债权给予的保护。蕴含其中的价值取向在于: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得到特殊保护。该条司法解释对于无过错购房人的保护,并非以购房用途系自住为条件,故不能因买受人所购房屋为只能用于经营的酒店式公寓而排除对上述司法解释第17条的适用。”参见最高人民法院(2014)民一终字第119号民事判决书。

无须任何公示手段的情况下,仍被赋予了强大的超级优先性,乃是基于对不动产消费者居住权的维护<sup>[34]</sup>(P87)。“执行异议复议”第28条和第29条均表达了买受人的期待权在特定条件下相比交易安全更值得保护的价值取向。前者对于所有类型的被执行人金钱债权人均可适用,被执行标的系登记在被执行人名下的不动产;而后者指向特定的被执行人即房地产开发企业,系为保护消费者而专门针对房地产开发企业规定的特别条款,而且执行标的是登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房。

## 五、商品房消费者债权优先权的解释论构造

为实现《民法典》所规定的不动产登记的公信力,应对不动产买受人优先法律地位进行修正,废除一般买受人的优先法律地位,保护商品房消费者的优先法律地位。商品房消费者债权能够排除的执行债权应为“金钱债权”,且须符合已签订合法有效的书面买卖合同、所购不动产用于买受人居住以及已支付50%以上价款等构成要件。

### (一) 商品房消费者执行异议之诉排除执行的对象分析

执行异议之诉的核心在于以案外人是否对执行标的享有足以阻却执行的正当权利,其不以否定作为执行依据的生效裁判为目的,如果认为执行依据有错误,只能适用申请再审或撤销之诉的救济途径。根据权利层次理论,在多重权利发生冲突时,遵循消费者生存利益优先于银行、企业等主体经营利益原则,在兼顾双方利益保护的同时,适度向相对弱势一方倾斜<sup>[13]</sup>(P621)。商品房消费者在没有办理权属变更登记之前,作为购房人的权利仍属于债权,因此债权具有根本保障购房人生存权的意义,故要赋予优先于建设工程价款优先受偿权及其他债权的效力<sup>[35]</sup>(P71)。商品房消费者向房地产开发企业购买商品房时,通常会因政策原因不能及时办理转移登记。如果房地产开发企业因欠债而被强制执行,人民法院对尚登记在房地产开发企业名下但已出卖给消费者的商品房采取执行措施时,商品房消费者有权提出执行异议以排除强制执行。

商品房消费者债权能够排除的执行债权应为“金钱债权”。倘若申请执行人和案外人享有的都是物之交付请求权,典型如同一套商品房出现“一物数卖”的情形,则并不能得出消费者的债权优先的结论。在实践中,房屋开发商出售商品房普遍采用网签制度,网签不仅是证明房屋买卖合同有效成立的重要保证,而且与不动产登记制度合二为一,具有维护交易安全和保障交易秩序的共同目标<sup>[36]</sup>(P63)。因此在一房数卖时,网签买方请求卖方移转房屋所有权的债权由此得以保障,其他买方的竞争债权则无法实现,这体现了网签保障买方债权的效力。商品房消费者债权能够排除的执行债权还包括“以房抵债”的债权。我国司法审判实践就此认为,“以房抵债”的《商品房买卖合同》的实质仍是商品房买卖,双方之间存在真实的商品房买卖关系,“以房抵债”视为买受人已经支付购房全款,付款方式为债务抵消(最高人民法院民事裁定书[2013]民申字第679号民事判决书;广东省高级人民法院[2014]粤高法民二终字第1号民事判决书;江苏省高级人民法院民事判决书[2013]苏民终字第0324号判决书)。“以房抵债”协议源于金钱债权,以消灭协议当事人之间存在的金钱债务为目的。不动产的交付和登记仅系以物抵债协议的履行方式,并不能改变所谓的买受人在本质上系出卖人的普通金钱债权人的地位。即使商品房出卖人以买卖房屋的形式来担保借款,债权人针对买卖房屋仅享有一般的债权效力,此种交易模式并未获得更多担保法意义上的物权保障<sup>[37]</sup>(P69)。这与以购买不动产为目的签订的买卖合同在当事人之间形成买受人对出卖人的物之交付及权属变动这一非金钱债权迥然不同。“执行规定”和“执行异议复议”所要保护的权益均是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和登记的债权请求权。若此种情形下的“买受人”可以排除商品房消费者对抵债物的强制执行,则无异于该买受人通过以物抵债的方式即获得了优先于出卖人的其他普通金钱债权的法律地位,使得本应处于平等受偿地位的普通债权仅因以物抵债协议的签订就产生了优先与劣后之别,这会一定程度上助长对抗强制执行的不诚信乃至违法行为<sup>[38]</sup>(P17)。此外,即使申请执行的债权是非金钱债权,而是

无偿的商品房的受让人,商品房消费者也可以对其提起案外人异议之诉。既然申请执行债权属于无偿行为,无偿取得利益的人并不属于市场交易的当事人,不享有特殊的信赖保护,此类“无偿的非金钱债权”亦属于第三人执行异议之诉中的申请执行债权。此种情形,可以参照我国物权法上的善意取得制度,以第三人必须支付合理的对价为必要条件。在商品房消费者提起的案外人执行异议之诉的过程中,如果申请执行人根据《民法典(合同编)》的规定另行提起债权人撤销权之诉的,法院应当裁定中止执行异议之诉案件的审理。

消费者是与经营者相对的概念,因此二手房交易并不适用于后者。消费者是仅限于自然人还是包括单位,理论上存在争议<sup>[39]</sup>(P15)。法律赋予商品房消费者的债权以优先地位是基于自然人生存利益至上的考虑,法人尤其是公司属于经营主体,作为购房人并不属于消费者的范畴<sup>[40]</sup>(P33)。然而有学者认为,如果公司购房系以公司名义购买,为了满足公司内部个人成员消费且将房屋分配给公司内部个人居住的,此时公司属于商品房消费者<sup>[13]</sup>(P432-433)。鉴于以公司名义购买商品房所缴纳的购置税、所得税与自然人完全不同,因此商品房消费者应限定为自然人,不应包括法人。

## (二) 商品房消费者执行异议之诉的构成要件分析

依据“执行异议复议”第29条的规定,商品房消费者执行异议之诉的构成要件包括三个方面:

第一,在人民法院查封之前商品房消费者已签订合法有效的书面买卖合同。查封是对被执行人所有的财产所具有的占有、使用、收益处分权能的剥夺与限制。据此,在房地产开发商的债权人申请法院对涉案房地产查封之后,开发商设定的任何权利负担均不得对抗执行人(“执行规定”第26条),但是并不影响设定行为的效力。人民法院的查封必须经过公示,否则其效力不得对抗善意的商品房消费者之债权。不动产查封以人民法院向不动产登记机构申请查封,并经后者核准申请为依据。消费者与房地产开发商之间的《商品房买卖合同》通常经房地产管理部门网签备案,这样不仅可以保障《商品房买卖合同》真实有效,而且可以避免其被转移登记给竞争合同的买方或者抵押登记给开发商的其他债权人。

第二,消费者所购商品房系用于买受人居住。与“执行异议复议”第28条相比,第29条无须考虑消费者是否占有该商品房以及是否对于未办理过户登记无过错,但是该条规定“所购商品房系用于居住且案外人名下无其他用于居住的房屋”。对此应该如何理解,实践中认识不一。最高人民法院《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释(一)》(征求意见稿)第10条有两个方案,前一个方案扩张为“所购商品房系用于居住且案外人名下无其他用于居住的房屋,或者案外人名下虽已有一套房屋,但所购商品房仍属于满足基本居住需要”,后一个方案则维持原有规定不变。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第125条采纳的是第一种方案,将该要件详细规定为“在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内商品房消费者名下没有用于居住的房屋”,或者“商品房消费者名下虽然已有1套房屋,但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的”。比较而言,前述第一种方案更为合理且具体。买受人名下无房屋应当作宽泛的理解,即将买受人、实行夫妻共同财产制的配偶一方以及未成年子女作一并考虑,只要三者之一名下有房屋,就可以视为已有居住用房<sup>[13]</sup>(P632)。商铺、写字楼因具有投资属性,不在消费者生存权保护范畴之内。自然人购买的商住两用房由于具备居住属性,应视为用于居住的房屋。

第三,商品房消费者已支付的价款超过合同约定总价款的50%。第三人支付的价款应参考交易时交易地物价部门指导价或者市场交易价予以确认,支付价款过分偏离市场价值不能认定为支付全部价款。人民法院应当对提出案外人执行异议之诉的商品房消费者提供的发票、收据、购房款转账凭证等予以查实。若是现金支付购房款的,应对购房款来源等事实予以查实,在此基础上才能对购房人是否对房屋享有足以排除强制执行的权利做出认定,以避免被执行人和案外人通过执行异议之诉恶意串通逃避执行的道德风险。

商品房消费者债权应当优先于抵押权。房地产开发商通常在销售商品房之前已将建设用地使用权抵押给银行等金融机构,除非当事人另有约定,依据“房随地走”的原则,抵押权包含建设用地使用权之

上的商品房。商品房抵押权虽已经公示而具有很强的物权效力,但是考虑到法律赋予商品房消费者债权以优先地位的立法宗旨是为保护购房人“居者有其屋”的基本生存权,对商品房消费者的债权应予以优先保护,允许该权利对抗抵押权人(通常是银行等金融机构)的强制执行。这也符合《最高人民法院关于建设工程优先受偿权问题的批复》第1条、第2条的规定,即交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于建设工程价款优先受偿权,而后的权利又优先于抵押权。依据“举轻以明重”的原理可以得出结论,交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权<sup>①</sup>。因此,根据最高人民法院针对山东省高级人民法院就处置“济南彩石山庄房屋买卖合同纠纷案”请示的答复([2014]执他字第23、24号),房屋开发商将已经取得预售许可的房屋出售给买受人,买受人也支付了购房款并实际占有该房屋,无论是买卖合同订立之前或订立之后,房产开发商将该房产抵押给案外人从而导致房屋未能办理所有权预告登记或房屋转移登记,买受人可阻却案外抵押权人对该房屋的强制执行。

## 六、借名购房情形案外人执行异议之诉的构造

因国家对房地产实施管制及现实生活的错综复杂,借他人的名义购买房屋的现象屡见不鲜。在不动产究竟归属借名人抑或是出名人,借名购房产生何种法律效果等问题上,我国理论与实务界存在较大争议。

### (一) 借名购房的实体法争议及其实质

借名购房通常表现为:借名人(又称为“隐名人”)经出名人同意并约定以出名人名义购买第三人所有的房屋,出名人与第三人签订购房合同,房屋所有权登记在出名人名下,双方约定待符合条件时将该房屋所有权变更登记为借名人。借名购房约定若是涉及经济适用房、社会保障房等,则该借名购房协议因违反强制性规定或公共利益而无效。相反,若是借名购房涉及“限购房”“限贷房”等政策性强制规定或者仅仅是为降低交易成本(例如首套房利率优惠),此类借名购房协议通常有效<sup>[41]</sup>(P141)。借名购房法律关系可以分为内部关系与外部关系:内部关系是借名人与出名人之间的借名购房协议关系;外部关系是因出名人处分该房屋或者出名人的金钱债权人申请执行该房屋所形成的三方关系。在实践中,出名人可能由于种种原因不愿意履行借名协议,而借名人通常会请求法院确认所有权,并要求出名人履行转移登记房屋所有权的义务。如何确定此时的借名买房法律效果,在理论与实务上均存在争议。

第一,借名人属于房屋的真正权利人,出名人只是登记名义人。借名购房当事人已经办理了所有权转移登记,只不过登记在出名人的名下,而所有权让与合意和买卖合同却发生在借名人与出卖人之间,因而物权变动的形式与实质要件发生错位<sup>[42]</sup>(P33)。借名登记契约为借名人与出名人之间的内部约定,借名人仅负担令出名人取得登记名义的给付义务,并不负有转移标的物所有权之给付义务。借名人仍为标的物的真正所有权人,出名人仅为登记名义人<sup>[43]</sup>(P34)。登记公信力包含权利确信推定效力的内容,当不涉及第三人利益时,不动产物权登记的正确性推定效力不具有证明权利归属的绝对效力<sup>[44]</sup>(P11-12)。从司法实践看,最高人民法院认为,“借名购房”属于“不动产登记簿的记载与真实权利状态不符”的一种情形,应当结合相关证据判断是否存在借名买房事实,以及实际买房人是否为借名人,以此确定真正物权人(最高人民法院[2011]民申字第261号民事裁定书)。

第二,出名人是房屋所有权人,借名人仅对出名人享有债权请求权。出名人与借名人之间具有合同关系,借名协议在合同法规定的框架下直接发生法律效力,借名人不能依据合同直接取得不动产所有

<sup>①</sup> 在“安留军与洛阳云外楼房地产开发有限公司案外人执行异议之诉案”中,法院认为:“‘执行异议复议’第28条是对无过错不动产买受人物权期待权的保护,第29条是对房屋消费者物权期待权的保护。从适用对象可以看出,第28条对所有类型被执行人均可适用,而第29条为专门针对房地产开发企业的被执行人规定的特别条款,此种情况下当事人可以择一适用,本案符合第28条规定的条件,并据此认定买受人享有的物权期待权可以排除担保物权,适用法律并无不当。”参见最高人民法院(2018)民申4090号民事判决书。

权。房屋所有权的转移未经登记不生物权效力,借名购房协议仅在当事人之间产生债权债务关系,而不发生物权变动的效果,出名人为房屋的所有权人,借名人所享有的房屋所有权必须经当事人债权债务关系的履行才能实现<sup>[45]</sup>(P14)。我国台湾地区“最高法院”认为借名登记的原因多是投机、逃税或者规避法律,在认定借名登记合同为有效的情况下,出名人为不动产所有权人被视为法律政策上抑制不动产登记契约被滥用的唯一手段<sup>[46]</sup>(P67)。

借名购房协议在本质上涉及当事人意思自治与物权公示之间发生错位时的价值冲突与利益平衡。前述第一种观点注重当事人之间的意思自治,认为当事人内部的意思自治优于物权公示状态,承认借名购房当事人的权利处于“名实不符”的状态,借名人可通过确认之诉请求法院确认物权,该观点明显忽略了不动产登记的公示所形成的外观效力;第二种观点则侧重于物权登记的公示效力与交易安全的维护,认为当事人之间的内部约定不具有外部效力,否认借名购房中存在不动产登记簿错误。该观点有忽略房屋出卖人与出名人之间的真实意思表示之嫌。

房屋出卖人虽然与出名人订立房屋买卖合同并完成登记,但是当事人之间的债权意思与物权合意显然仅仅是名义上的,出名人属于借名购房的间接代理人<sup>[47]</sup>(P82)。出名人在缔约及登记之时并不愿意承受所有权让与的后果,不动产登记与物权合意之间存在形式与实质上的不一致。从我国司法审判实践来看,存在以下四点相互矛盾的“共识”:一方面,除少数判决借名人对案涉房屋享有实质上物权之外(广东省广州市中级人民法院[2017]粤01民终23964号民事判决书),借名人通常不得请求确认物权<sup>①</sup>。借名人可以通过借名购房协议请求出名人履行所有权移转义务,该请求权属于债权请求权(广东省高级人民法院[2018]粤民申9825号民事裁定书;河北省高级人民法院[2019]冀民申2020号民事裁定书)。但是另一方面又认为出名人处分房产时属于无权处分<sup>②</sup>。借名购房并不属于不动产登记错误<sup>[48]</sup>(P12)。这表明司法机关在借名购房的归属上存在抵牾。究其原因,源于该问题系法律形式上(不动产登记)与法律实质(当事人真实意思)之间的矛盾<sup>[49]</sup>(P411)。

## (二)借名人提起执行异议之诉的原因及其要件分析

在借名购房的情形之下,依据执行的形式化原则,出名人的金钱债权人可以申请查封并执行该房屋。借名人能否作为案外人提起异议执行之诉以排除申请执行人的强制执行?我国司法审判实践对此呈现两种完全不同的观点:一种是肯定说,认为借名购房人在人民法院执行房屋前已经支付价款并处于实际占有状态且对未办理登记没有过错的,依据“执行规定”第17条可以排除登记名义人的债权人的强制执行(北京市第二中级人民法院[2015]二中民[商]终字第01417号民事裁定书)。另一种是否定说,认为借名购房关系下,物权登记具有对外公示效力,双方关于房屋权属的约定并不发生物权效力而仅具有债权效力,基于物权公示原则应当保护强制执行债权人(北京市高级人民法院[2017]京民终字第492号民事裁定书)。对此,最高人民法院发布的《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释(一)》(公开征求意见稿)第13条对处理金钱债权执行中“隐名权利人提起的执行异议之诉的处理”给出了截然不同的两套方案:其一,对实施借名行为的案外人提起的执行异议之诉不予支持;其二,若实施借名行为的案外人提起执行异议之诉请求排除强制执行,经查证属实,且不违反法律、行政法规强制性规定,亦不违背公序良俗的,予以支持。

一方面,借名购房的所有权人归属争议系实体法问题。与此不同的是,借名人是否可以提起第三人

① 例如《北京市高级人民法院民一庭关于妥善处理涉及住房限购政策的房屋买卖合同纠纷案件若干问题的会议纪要》第9条规定:“因住房政策的限制,当事人约定一方以他人名义购买房屋,并将房屋登记在他人名下,借名人以其系实际买受人为由,要求确认房屋归其所有或办理房屋过户登记的,不予支持;借名人因自身条件变化或政策发生调整等原因符合住房限购政策的,可以判决登记人为其办理房屋过户登记手续。”

② 与借名购房相类似的股权代持,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第25条规定:“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照《物权法》第106条的规定处理。”

异议之诉系程序法问题。执行异议之诉与执行异议不同,前者属于审判程序而后者属于执行程序。执行异议以形式审查为原则,因此更注重效率价值;而执行异议之诉强调实质审查,以公平优先兼顾效率价值理念。在不动产的名义权利人与实际权利人不一致的情形,如果进行实质审查能够确定真正的权利人,在不损害社会公共利益的情况下,应当保护实际权利人的利益。另一方面,从实质利益的角度判断,借名购房的购房款原本属于借名人责任财产的一部分,如果借名人未能取得房屋所有权,就会导致借名人责任财产的不当减少,相当于借名人对出名人的财产赠予,对于借名人债权人的债权实现产生不利影响。反之,如果出名人系借名购房的所有权人,则意味着出名人的责任财产得到无偿增加。出名人的债权人虽然有权申请强制执行借名购买的房屋,但却是以借名人的责任财产不当减少为代价。比较出名人的债权人与借名人的债权人利益状态,如果禁止借名人对于借名房屋享有排除执行异议之诉的权利显然有失公允。依据借名购房协议,房屋登记在出名人之下,被视为出名人的责任财产,系对与之进行交易的善意第三人的重要保障。与出名人直接处分该房屋的“直接”交易第三人相比,第三人(金钱债权人)虽然不直接与该房屋相关,但是不动产登记簿为其提供了该房屋是出名人责任财产的信赖,这属于间接的“善意第三人”。但是“直接第三人”与“间接第三人”相比存在本质上的差异,在强制执行领域,作为申请执行人的出名人债权人与出名人的被执行财产之间并不属于基于法律行为的物权变动关系,被执行的房屋究竟是属于借名人或是出名人,不应适用物权公示公信原则,超出权利外观主义的射程范围。相反,应该遵循实事求是的原则,只要有充分、确凿的证据证明拟被执行的财产属于第三人而不属于被执行人,该第三人就有权对抗强制执行<sup>[50]</sup>(P11)。因此,即使借名购房的真实权利人究竟是借名人抑或是出名人在实体法上存在分歧,但是在程序法上仍然可以认为,借名购房的借名人享有“足以排除强制执行的民事权益”,有权作为案外人提起执行异议之诉。

在现行“执行规定”与“执行异议复议”的框架之下,借名人(案外人)提起执行异议之诉必须符合法定的构成要件。借名人与出名人之间的转移登记的内部协议则可以被视为双方订立的合法有效的买卖合同。借名购房的案外人(借名人)通常满足“执行异议复议”第28条所规定的案外人已经支付了房屋对价、案外人实际占有使用房屋这两个要件。“执行异议复议”第28条所规定的归责于不动产买受人的原因通常可分为两种情形:一种是对他人权利的忽略;另一种是消极不行使登记的权利。例如买受人因未尽到合理的审查注意义务而存在过错<sup>[16]</sup>(P424-425)。房屋限购限贷规定系行政管理手段,以“限购令”和“限贷令”直接影响当事人的实体权利本身存疑<sup>[13]</sup>(P642)。“限购令”“限贷令”等不属于“法律、行政法规”,借名购房行为的合法有效表明借名行为具有法律上的正当价值。因此借名人因“限购令”和“限贷令”而未办理所有权变更登记,属于“非因买受人自身原因未办理过户登记”。但是,如果“限购令”“限贷令”等已经取消,借名购房人可以请求出名人转移所有权而怠于行使权利,则无权向申请执行人提起执行异议之诉。相反,因善意的申请执行人自身并不存在过错,对于案涉房屋登记在出人名下和因此产生的房屋可能作为出名人的责任财产而被强制执行的法律风险,借名人应当能够预见并应予以承担。为保障借名人的生存权和居住权,如果借名购房行为符合“执行异议复议”第29条的构成要件,则可以赋予借名人优先于出名人的金钱债权人优先的法律地位。借名人可以据此提起异议执行之诉,以排除出名人的金钱债权人针对被执行房屋的强制执行。

概言之,尽管借名购房究竟是归属借名人抑或是出名人在实体法存在争议,但是在程序法上,鉴于执行异议之诉以实质审查为原则以及借名人的实际出资人资格,出名人的金钱债权人并不属于外观主义保护的主体。因此,借名人对于被作为执行标的的房屋享有提起执行异议之诉并排除强制执行的权利。最高人民法院发布的《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释(一)》(公开征求意见稿)第13条应当采纳方案二,即若实施借名行为的案外人(借名人)提起执行异议之诉请求排除强制执行,经查证属实,且不违反法律、行政法规强制性规定,亦不违背公序良俗的,予以支持。

## 参考文献

- [1] 肖建国. 民事执行法. 北京: 中国人民大学出版社, 2014.
- [2] 张卫平. 执行救济制度的体系化. 中外法学, 2019, (4).
- [3] 穆泽拉克. 德国民事诉讼法基本教程. 周翠译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [4] 杨与龄. 强制执行法论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [5] 孙宪忠, 常鹏翱. 论法律物权和事实物权的区分. 法学研究, 2001, (5).
- [6] 庄加园. 不动产买受人的实体法地位辨析——兼谈《异议复议规定》第28条. 法治研究, 2018, (5).
- [7] 魏永, 王全弟. 事实物权: 理论困境与出路. 东方法学, 2014, (4).
- [8] 方新军. 融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术. 法制与社会发展, 2019, (2).
- [9] 潘军锋. 商品房买卖合同案件审判疑难问题研究. 法律适用, 2014, (2).
- [10] 许德风. 不动产一物二卖问题研究. 法学研究, 2012, (3).
- [11] 王利明. 物权法研究: 上. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- [12] 程啸. 不动产登记簿之推定力. 法学研究, 2010, (3).
- [13] 最高人民法院民事审判第二庭. 全国法院民商事审判工作会议纪要. 北京: 人民出版社, 2019.
- [14] 陶丽琴, 陈永强. 不动产事实物权的适用与理论阐释. 现代法学, 2015, (4).
- [15] 陈永强. 物权变动三阶段论. 法商研究, 2013, (4).
- [16] 江必新, 刘贵祥. 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. 北京: 人民法院出版社, 2015.
- [17] 孙宪忠. 中国物权法总论. 北京: 法律出版社, 2018.
- [18] 谢在全. 民法物权论: 上. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [19] 苏永钦. 寻找新民法. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [20] 鲍尔, 施蒂尔纳. 德国物权法: 上. 张双根译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [21] 我妻荣. 新订物权法. 罗丽译. 北京: 中国法制出版社, 2008.
- [22] 江必新. 比较强制执行法. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [23] 陈永强. 未登记已占有的房屋买受人的权利保护. 环球法律评论, 2013, (3).
- [24] Karl Larenz, Manfred Wolf. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- [25] 申卫星. 期待权基本理论研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [26] 王利明. 合同法分则研究: 上. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [27] 伊藤真. 民事诉讼法. 曹云吉译. 北京: 北京大学出版社, 2019.
- [28] 朱岩. 社会基础变迁与民法双重体系建构. 中国社会科学, 2010, (6).
- [29] 常鹏翱. 预告登记制度的死亡与再生. 法学家, 2016, (3).
- [30] 王利明. 论民法典物权编中预告登记的法律效力. 清华法学, 2019, (3).
- [31] 丁亮华. 强制执行的规范解释: 在实体法与程序法之间. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [32] 叶金强. 公信力的法律构造. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [33] 王宝道. 案外人异议之诉权益冲突规则研究——以多重买卖与案外人异议规则的比较为切入点. 中南大学学报(社会科学版), 2019, (3).
- [34] 潘军锋. 商品房买卖合同审判新类型问题研究. 法律适用, 2015, (8).
- [35] 张燕, 仲伟珩. 银行抵押权、预售商品房购房人权利的冲突与解决. 人民司法(应用), 2017, (16).
- [36] 常鹏翱. 存量房买卖网签的法律效力. 当代法学, 2017, (1).
- [37] 陆青. 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. 法学研究, 2015, (3).
- [38] 司伟, 王小青. 执行异议之诉中不动产买受人排除强制执行的要件审查. 人民司法, 2019, (23).
- [39] 李适时. 《中华人民共和国消费者权益保护法》释义. 北京: 法律出版社, 2013.
- [40] 刘贵祥, 范向阳. 《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》的理解与适用. 人民司法, 2015, (11).
- [41] 马一德. 借名买房之法律适用. 法学家, 2014, (6).
- [42] 杨代雄. 借名购房及借名登记中的物权变动. 法学, 2016, (8).
- [43] 王千维. 由“最高法院”2016年度第三次民事庭会议决议看不动产借名登记. 月旦法学杂志, 2017, (12).

- [44] 尹田. 物权登记的效力及其法律适用——对《物权法司法解释一》相关规定的解析. 法律适用, 2016, (5).
- [45] 马强. 借名购房案件所涉问题之研究——以法院裁判的案件为中心. 政治与法律, 2014, (7).
- [46] 吴从周. 我国不动产借名登记契约之发展现状——特别着重观察内部效力与外部效力演变之互动. 军法专刊, 2015, (4).
- [47] 冉克平. 论借名实施法律行为的效果. 法学, 2014, (2).
- [48] 杜万华. 最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2016.
- [49] 王泽鉴. 民法总则. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [50] 崔建远. 论外观主义的运用边界. 清华法学, 2019, (5).

## The Legal Status of the Buyer of Real Estates in *The Civil Code*

Based on the Revision of "Enforcement Objection and Reconsideration"

Ran Keping (Wuhan University)

**Abstract** The enforcement objection lawsuit of real estate buyer involves the consideration of the interests of the buyer, the applicant for execution and the debtor. The entity and the procedure are intertwined, and efficiency and fairness are mutually present. "Enforcement objection and reconsideration" grants buyers of real estate and consumers of commercial houses the legal status of priority over debtors as money creditors. However, it cannot be justified through the doctrine of factual real rights, legal real rights, intermediate rights and the expectancy theory of real rights. It is judicial practice, as an expedient measure of substantive justice, that responds to the long-term status quo of real estate registration. With the establishment of the real estate registration system, the legal status of general buyers to exclude compulsory execution should be abolished in enforcement objection lawsuits. Consumers of commercial houses are retained to have civil rights and interests sufficient to exclude enforcement under statutory conditions in order to protect their survival interests. In the case of buying a house in other's name, although the ownership of the house is quite different in the substantive law, the procedural law is based on the principle of substantive examination of the enforcement objection lawsuits, and thus, the rights and interests enjoyed by the nominal buyer are sufficient to preclude the enforcement by the money creditor.

**Key words** enforcement objection lawsuit; real estate buyer; real estate registration; ownership contingent right; buyer of commercial houses; buy a house in other's name; *The Civil Code*

---

■ 收稿日期 2020-07-21

■ 作者简介 冉克平, 法学博士, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛