

# 试探《执行异议和复议规定》第28条理论支撑

纪云飞

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2022年11月24日; 录用日期: 2023年1月3日; 发布日期: 2023年1月13日

## 摘要

在房屋买卖中, 买受人仅享有要求出卖人移转所有权的债权, 因出卖人破产或被强制执行导致买受人受到不能房产过户的交易风险, 而《执行异议和复议规定》第28条赋予了买受人能够排除法院强制执行出卖房屋的权利。在司法释义中引入德国物权期待权为理论基础, 此举忽视我国和德国差异, 存在诸多不宜之处。在《强制执行法》酝酿之际, 本文欲从《民法典》第209条第一款但书规定出发, 探究《执行异议和复议规定》第28条之理论基础, 意使其与实体法紧密关联, 不做空中楼阁之态。

## 关键词

物权期待权, 排除执行, 占有替代, 物权变动

# On the Theoretical Support of Article 28 of the Enforcement Objection and Reconsideration Provisions

Yunfei Ji

Institute of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 24<sup>th</sup>, 2022; accepted: Jan. 3<sup>rd</sup>, 2023; published: Jan. 13<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

In the sale of a house, the buyer only has a claim to require the seller to transfer ownership, the buyer is exposed to the risk of transactions that cannot be transferred as a result of the seller's bankruptcy or enforcement. Article 28 of the Enforcement Objection and Reconsideration Provisions gives the buyer the right to exclude the court from enforcing the sale of the house. The introduction of Germany's right to expectancy in property as the theoretical basis in judicial interpretation ignores the differences between China and Germany, and there are some inappro-

priateness. As the Enforcement Law is brewing, this article intends to explore the theoretical basis of Article 28 of the Enforcement Objection and Reconsideration Provisions from the proviso to the first paragraph of Article 209 of the Civil Code, meaning that it is closely related to substantive law and does not act as a castle in the air.

## Keywords

Expectancy Right of Property, Exclude Execution, Possession Substitution, Change of Property Rights

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

在我国火爆的不动产交易市场中，由于房产具有的刚性需求、增值性、保值性特点，形成了卖方市场，以至于买受人往往已经支付了全部价款，却依旧存在非因买受人过错无法完成过户的问题。而在实践中，买受人甚至已经实际占有了房屋并居住，但也会因为出卖人破产或者被申请强制执行而使得买受人陷入无法取得不动产的风险中。为了回应社会痛点，2004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》(以下简称《查冻扣规定》)第17条规定，对于已经支付全部价款并实际占有，且对未办理过户登记无过错的不动产买受人，人民法院不得查封涉案不动产。2015年《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《执行异议和复议规定》)第28条规定，不动产买受人在该情形下能够提起案外人异议之诉排除对涉案不动产的强制执行。这两条规定一脉相承，其主旨均为保护无过错不动产买受人，赋予其抗衡法院执行的效力。存有争议的是，司法释义将《执行异议和复议规定》第28条解释为物权期待权，即以德国期待权理论为基础，提出“物权期待权”系接近物权的中间权利，具有类似所有权人的法律地位[1]。在实务中，一些法院仍然坚持《查冻扣规定》第17条，认为即使未完成物权变更登记，但实际上买受人已经取得物权。也有法院另辟蹊径，提出《执行异议和复议规定》第28条所述情形系《民法典》第209条中“但法律另有规定的除外”。

执行程序是法律与社会、实体与法律、实体与程序、理论与实践交错、碰撞最为激烈的领域，是各种复杂权利利益冲突的最后决战的战场[2]。而民事主体在执行程序中拥有的对抗权限本源为实体法律地位，这种实体法与执行法之间的联动，恰恰是我国司法实践中规范体系化的不足。特别是前述两条规定，在实践中已经形成了独特的不动产买受人的实体法地位，而相应的理论基础尚属薄弱，不宜放任其成为实体法体外循环的独立王国。特别是在《强制执行法》草拟阶段，更是要在理论上实现实体法规范和执行法规范的紧密联动，即为本文主旨所在。

## 2. 物权期待权说之理论质疑

### 2.1. 提出背景

该规定的出台源自于我国房地产交易现状面临的问题，即不动产买受人在达成买卖合意，签订房屋买卖合同后，不能够及时变更登记，使得房屋所有权的取得往往远远落后于债权合意。“无恒产者无恒心”，房屋作为人民刚性需求及重要的财产，法律对于不动产买受人在执行程序中予以特殊保护，赋予了无过错不动产买受人的债权可以排除执行的效力，从而维护买受人的利益。一般而言，案外人对执行

标的享有的民事权益是否足以排除强制执行，应根据该民事权益的实体法性质和效力进行判断。在我国民法学界对于期待权的认可存在于所有权保留买卖中买受人的期待权，在不动产期待权研究上较为薄弱。在第 156 号指导案例发布后，最高人民法院没有对不动产物权期待权作出解释，但却是赋予了其权利特征和法律效力，即赋予依据《执行异议和复议规定》第二十八条可以排除强制执行的法律效力，但该规定是否具有构成不动产受让人获得优先于第三方金钱债权人的地位并排除登记名义人的债权人强制执行法理基础的合理性，还有待商榷。

## 2.2. 德国物权期待权之构成

“物权期待权”系引入德国民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。这种期待权是对未来完整权利的一种期望，只有在受让人的法律地位十分稳固且第三人不能随意破坏时才成立不动产物权期待权，获得类似物权的法律效力<sup>[3]</sup>。其源自于德国系统的土地变动、登记模式，具有深刻的法理基础和法律依据。首先德国物权变动模式采取形式主义，即“物权合意 + 登记”。双方达成合意后，在登记的准备过程中，很有可能出现因价格等原因一方不愿遵守合意或者出让方因抵押或者执行等原因导致其处分权缺失，致使无法完成不动产登记。出于对上述风险的规避，不动产物权期待权理论便应运而生。土地作为重要的资源，土地所有权让与的合意要求更为严格，依据《德国民法典》第 925 条第 1 款<sup>[4]</sup>规定双方当事人在达成不动产物权转让合意时，当事人双方需要同时到场并向主管登记机关表示土地所有权让与合意，将合意予以公证，以限制双方对合意的单方面撤回。同时当事人已经达成的不动产转让合意不因当事人死亡、丧失行为能力或者处分权事后限制的影响<sup>[5]</sup>。再加上德国采用物权变动无因性理论，不论及原因行为对物权行为的效力，此时在“物权合意”方面形成了较为稳定的基础。在登记上，德国采取双重赋权原则，双方当事人均有权提出登记申请，但不允许当事人单方面撤回物权合意，并限制出让人实施处分行为的效力<sup>[6]</sup>。由于《德国民法典》规定，出让人的处分行为对预告登记权利人不发生效力<sup>[7]</sup>，以及《德国不动产登记簿程序法》第 17 条规定，登记申请提出在先者享有优先顺位<sup>[8]</sup>，故受让人可以通过预告登记或者登记申请的方式避免遭到出让人处分行为的损害。当完成前述条件时，受让人取得不动产物权仅仅缺少登记这一程序，转让人已经无法阻止受让人取得不动产所有权，法律地位十分稳固，德国学界及判例通说认为，此种从开始办理登记手续到完成登记前，因物权合意发生拘束力、登记前受让人的法律地位为不动产物权期待权。

## 2.3. 物权期待权说难以在我国立足

首先，根据我国《民法典》物权编虽明确了合同效力与物权登记的关系，但未承认物权变动无因性。我国物权变动采取“债权合意 + 登记”的双重行为要件，只要未完成物权变动登记，合同不成立、无效、可撤销都将阻碍物权变动的发生。即使受让人设立了预告登记，也需要受到债务关系的约束及因其产生的抗辩的影响。其次在我国不动产登记共同申请模式下，《不动产登记暂行条例》第 14 条、第 15 条规定，要求双方当事人共同申请，并且任一申请人都可以在登记事项记载于登记簿前撤回申请，不动产出让人可以随时撤回申请以阻止受让人取得物权，即使受让人已经提出登记申请。再次我国亦未有《德国不动产登记簿程序法》第 17 条规定，用以保障受让人的在先申请顺位，受让人即使完全履行了合同的各项义务，并且实际占有、使用了土地、房屋等不动产，依旧无法保证受让人获得优先地位，第三人仍可以先于受让人完成登记。由此可以看出在我国不动产受让人难以获得十分稳固的法律地位，故不应享有不动产物权期待权。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仅具有债权属性。

所谓的物权期待权人至多享有占有、使用、收益权能，却不享有决定物权归属的处分权能。债权的性质和特点决定了案外人债权之实现和法院对特定标的物强制执行并不冲突，因而原则是债权不足以排除强制执行，但是作为例外，如果法律有特殊保护规定并且当事人完成了其要求的要件，即符合《执行异议和复议规定》的第二十八条的物权期待权，则属于“足以排除强制执行的权利”。但该物权期待权更多地依赖于买卖合同的履行程度，案外人与被执行人之间仍为基于买卖关系产生的债权请求权，其本身的独立性相当有限。这种物权的归属取决于买卖合同履行程度的制度设计，明显同德国所形成的买受人获得不动产所有权仅关系登记流程本身的严格标准相背离。不动产买受人享有的物权期待权是指对于签订买卖合同的买受人，在已经履行部分合同义务的情况下，虽然不能产生确权的法律后果，但赋予其类似所有权人的地位，其物权的期待权具有排除执行等物权效力，进而实现不动产所有权的取得。由此形成民事实体法与程序法之间形式意义上的冲突，归根结底是《民法典》物权编与《执行异议和复议规定》的协调问题，但我国现行法并没有允许受让人可以处分取得不动产所有权之前的规定。因此，物权期待权在我国相应的法律规定中同德国的物权期待权存在巨大裂痕，不能够遵循拿来主义，枉顾法律环境，直接将在我国法律规定中缺乏基础的德国物权期待权的概念空壳作为《执行异议和复议规定》第二十八条理论支撑，需要从《民法典》物权编出发，探求理论支撑。

### 3. 从《民法典》第 209 条第 1 款但书规定出发，探究《执行异议和复议规定》第 28 条之理论支撑

#### 3.1. 可行性分析

《民法典》第 209 条第 1 款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”其中的“法律另有规定的除外”共包括三种类型：第一，本条第二款中提及的国有自然资源无需登记；第二，非依据法律行为而发生物权变动的情形；第三，农村土地承包经营权、宅基地使用权及地役权采登记对抗主义，无需登记即可生效<sup>[9]</sup>。其中第三方面就是在我国现行法律规定同我国农村土地权属登记不完善实际情况结合后，在法政策上实施的让步。而《执行异议和复议规定》第 28 条亦是回应现实、贯彻实质正义的法政策让步，同时最高人民法院明确提及，在我国商品房预售制度之下，商品房初始登记在开发商名下，开发商因负债导致全部财产被查封，但商品房实际已由非因自身过错未办理过户登记的买受人占有、使用，此时存在典型的“名”“实”不符问题。此种问题在案外人异议之诉等执行程序中体现得尤为突出，实务需要进一步探索完善、正确理解公示生效制度<sup>[10]</sup>。由此可见固守“登记生效主义”并非维护公平正义之举，可以适当将但书规定的解释放开，从而弥补漏洞。

近年来，为了规范立法和司法权之间的关系，学界存在弱化司法解释的立法特性，而将其归于原本的司法权范畴，这引起一个伴随而来的问题，但书规定中的“法律”能否涵盖司法解释？在《民法典》第 10 条对于法律的解释采广义解释，司法解释也被涵盖其内。特别是在审判实践中，依《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第 4 条规定，“司法解释”在民事裁判法源层面与“狭义法律”和“法律解释”处于同一位阶。因而尽管学界欲削弱其“准立法”的特质，但面对不断变化的现实问题，法律修正案难以适应瞬息万变的实践。另一方面，《民法典》公布以来后续的配套司法解释相继出台，这说明若是要将司法解释全部融入法律规范体系，哪怕是聚众智之力的《民法典》也未能完成，故司法解释作为民法法源的地位仍将固守不变。再者物权法定原则限制物权的种类和内涵，但未将物权变动划归其中，为面对正当和充足的理由之时，可以对物权变动规则创设例外。因此将第二十八条解释为但书情形的一种，既符合第二百零九条但书规定创设的初衷，也能够填补法律上的漏洞，实现法律评价上的一致性。

### 3.2. 正当性分析

我国一直存在非因受让人过错以致登记不能的困境,受此情形影响,物权惟登记论松动。2015年《全国民事审判工作会议纪要》(以下简称《八民纪要》)指出,不动产物权的归属的最终判断,不能惟登记论,应当依赖于物权变动原因和法律事实的审查<sup>[11]</sup>。同年,《物权法解释(一)》第二条对上述观点予以了回应,当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人,请求确认其享有物权的,应予支持。此后2019年《全国民事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)再次强调:“实际权利人与名义权利人的关系,应注重财产的实质归属,而不单纯的取决于公示外观。”司法实践中出现的问题,迫使法官不能够拒绝裁判而做出合理解决方案,经过不断地实践,不动产确权中的惟登记理论在司法实践中逐渐为法院所抛弃,占有作为登记的替补规制因素逐渐发挥作用。

### 3.3. 制度构造:限缩解释下的占有作为登记要件的替代

占有作为不动产物权竞争中的其次替代要素早在我国的司法实践中就有所体现,2005年《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条第1款,占有作为登记之后的次要考虑要素决定国有土地使用权的归属。设立理由在于:占有具有公示力和公信力以及相应的权利推定功能,善意、合法的占有人应受法律保护<sup>[12]</sup>。2007年重庆高级人民法院及2010年北京高级人民法院均采用了同上述相同的权利归属决胜规则。此后,2011年《全国民事审判工作会议纪要》第十六条和2015年《八民纪要》第15条,均指出在“一房数卖”情形下,占有要素作为首位替代要素。《八民纪要》第15条指出,占有可表彰和强化本权;不动产占有人相对其他买受人而言与物权变动最为接近,契合效率原则;若因客观原因无法登记,此时不动产买受人可基于占有取得事实物权<sup>[13]</sup>。

相对于登记,占有同样具有使人知晓的作用,只是不如文字载体记录的更加清晰。动产占有和不动产的占有所能表现的公示效能,大为不同。在动产的占有上,存在多种方式,使得第三人难以从表面发现背后实际的法律关系,因而不能作为公示公信的手段。不动产占有较之更为特殊,不动产本身具有不动的自然属性,会在固定地点长久的出现,这样的情况使其能够具有为人所知的、如同登记一般的探知可能性。另一方面,不动产具有高昂的财产性及配套服务的多样性,使得其具有更多的关联性辅助考察方式。除去登记之外,还可以通过物业登记、工商登记、水电缴费记录、钥匙归属等作为关联性因素补强不动产占有之公示力。

在规范的设置上,占有具有多种情况,不动产占有不能一一照搬,在《九民纪要》第127条强调了《执行复议规定》第二十八条中占有的准确适用,即以买受人实际控制不动产为准。不动产的实际控制在于长期稳定持续地居住、使用,而非传统民法理论中短暂、临时的占有,这一点可以通过买受人提交入住证明、楼层监控录像、邻居保安的到庭证明等方式予以证实。因而这种占有形式限制为直接占有及间接占有,这两种占有同实务中法院认定的事实物权人的占有极为类似。通过对不动产占有进行限缩性解释,才能纠正传统理论上占有的弊端,塑造不动产占有公示力和公信力。

综上所述,限缩解释下的不动产占有作为登记不能情形下发挥公示作用的首要替代,具备一定的公信力和公示力,能够在不打破债权形式主义的模式下,通过降低公示方式的退让,辅之以举证责任的重新调整实现利益协调。

## 4. 结语

执行的实体正当化不仅仅是依托于生效的执行文书,更依托于执行财产的识别和分辨,前者系执行债权请求权的正当依据,后者系执行财产实体权利归属判断的正当基础。虽然强制执行在债权人和债务人之间选择保护债权人的利益为制度设计的出发点,具有鲜明的倾向性。但在责任财产的判断上,应当

更加慎重。在我国存在形式物权和实质物权的情形，真实的物权归属只有一个，但其彰显权利存在或者变动的方式有很多，因而常常出现不吻合的情形。此时，不仅仅依靠法定公示方法认定物权真实存在和物权正当性的权利推定效力，更应该进行必要的审查，探究事实物权的归属，避免因盲目相信形式物权而损害债务人或者其他利害关系人的利益。最高人民法院将《执行异议和复议规定》第 28 条理论基础认定为“物权期待权”缺乏滋养的法律环境，笔者通过对《民法典》第 209 条第 1 款中但书规定的扩张解释，将满足《执行异议和复议规定》第 28 条的情况可以视为已经获得不动产物权作为物权变动规则的一个例外。特别加强对该规定第二项中占有的要求，由买受人承担举证责任。其通过长期居住、物业登记、工商登记、监控记录、邻居证言等方式证明其实现了对涉案房屋的直接占有或间接占有，将这种占有作为非因买受人过错而导致无法完成变更登记的首要替代准则，从而将买受人对出卖人享有的债权，赋予其可以阻止法院执行的物权地位，从而保障买受人的合法权利，解决现实困境。

《强制执行法》即将出台的背景下，阻却执行的依据和基础更加需要实体法上的对照。执行法与实体法的联系需要进一步加强，不能如空中楼阁一般随便赋予债权以阻却执行的效力，这不仅冲击着实体法制度，更是会混淆执行尺度。因此，对于二者关系的处理上，《强制执行法》需要予以更多关切，回应司法实践的呼声。

## 参考文献

- [1] 最高人民法院执行局, 编著. 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理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 422.
- [2] 肖建国. 民事强制执行法专题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 1.
- [3] 马强伟. 预查封制度质疑及物上期待权的执行[J]. 法学, 2019(10): 126.
- [4] 《德国民法典》第 925 条第 1 款的规定: “在转让土地所有权时应当由出让人与受让人订立协议(协议让与)的, 当事人双方应当同时到场向主管登记处表示. 在不影响其他登记处权限的情况下, 允许任何公证人接受协议让与。”[Z].
- [5] 《德国民法典》第 130 条第 2 款规定: “表意人作出意思表示后死亡或者成为无行为能力人的, 不影响意思表示的效力。”《德国民法典》第 878 条规定: “权利人根据第 873、875、877 条的规定作出的意思表示, 不因权利人的处分权在意思表示对其发生约束力以及向土地登记局提出登记申请后受到限制而失其效力。”[Z].
- [6] [德]鲍尔·施蒂尔纳. 德国物权法(上) [M]. 张双根, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 309.
- [7] 《德国民法典》第 888 条规定: “(1)取得一项预告登记的权利或者取得对该项权利上设定的一项权利对于因预告登记而受利益的人无效时, 该受益人为了实现因预告登记得到保全的请求权, 可以要求取得人同意作必要的登记或者注销. (2)请求权因禁止让与而得到保全的, 亦同。”[Z].
- [8] 《德国不动产登记簿程序法》第 17 条规定: “如果多个涉及同一权利的登记申请被递交, 在先递交登记申请办理完毕前, 不得就后提出之申请, 先为登记。”[Z].
- [9] 黄薇, 主编. 中华人民共和国民法典物权编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 12.
- [10] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组, 主编. 中华人民共和国民法典物权编理解与适用(上) [M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 56-57.
- [11] 程新文. 关于当前民事审判工作中的若干具体问题[M]//杜万华, 主编. 《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2017: 62.
- [12] 最高人民法院民事审判第一庭, 编著. 最高人民法院关于国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 133-134.
- [13] 黄薇, 主编. 中华人民共和国民法典物权编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 299.