中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终1277号

上诉人（原审原告）：北京长富投资基金（有限合伙）。住所地：北京市丰台区丽泽路18号院1号楼501-09室。

执行事务合伙人：长城（天津）股权投资基金管理有限责任公司（委派李仁华为代表）。

委托诉讼代理人：徐明昌，黑龙江衡奥律师事务所律师。

委托诉讼代理人：尹伊艨，黑龙江衡奥律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：赵彦强，男，1971年11月9日出生，满族，住黑龙江省哈尔滨市阿城区。

委托诉讼代理人：陈晓梅，女，1968年11月1日出生，汉族，住黑龙江省哈尔滨市阿城区，由黑龙江省哈尔滨市阿城区金城街道办事处民主社区居民委员会推荐。

被上诉人（原审被告）：黑龙江省中然房地产开发有限公司。住所地：黑龙江省哈尔滨市道外区南头道街59号。

法定代表人：黄伟哲，该公司董事长。

委托诉讼代理人：徐洪仁，该公司员工。

上诉人北京长富投资基金（有限合伙）（以下简称长富基金）因与被上诉人赵彦强、黑龙江省中然房地产开发有限公司（以下简称中然公司）申请执行人执行异议之诉一案，不服黑龙江省高级人民法院（2018）黑民初4号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年11月7日立案后，依法组成合议庭进行了审理，现已审理终结。

长富基金上诉请求：1.撤销黑龙江省高级人民法院（2018）黑民初4号民事判决，改判继续执行位于黑龙江省哈尔滨市阿城区上京大道丽都国际小区G5号楼3单元101室房产；2.上诉费用由赵彦强、中然公司承担。事实和理由：1.一审法院认定事实错误。赵彦强与中然公司签订的《丽都国际商品房内部认购书》不是合法有效的商品房买卖书面合同，案涉合同系抵账协议，且该协议签订在抵押登记之后，不能适用《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》第五条的规定。2.长富基金对该房产享有抵押权和优先受偿权。3.案涉《抵押可售函》出具的时间是2013年9月2日，抵押权登记的时间是2013年9月5日。《抵押可售函》出具于抵押登记之前，此时抵押权尚未产生，因此《抵押可售函》无效。该《抵押可售函》并不妨碍抵押权的优先性，长富基金对案涉房屋已享有抵押权，并依法享有优先受偿的权利。4.一审法院适用法律错误。《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》）第二十八条适用范围是一般主体和一般房屋。第二十九条适用范围是房地产开发企业和消费者购买的商品房，为特殊主体和特殊房屋。第二十八条是一般法，第二十九条是特殊法，因此第二十九条排除了第二十八条的适用。中然公司属于房地产开发企业，案涉房屋为商品房，本案应严格适用第二十九条，一审法院适用第二十八条审理本案，明显错误。本案中，赵彦强未提交唯一住房证明，不符合《执行异议和复议规定》第二十九条的规定，不享有足以排除强制执行的民事权益。综上，一审法院认定事实不清，适用法律错误，请求二审法院维护长富基金的合法权益。

赵彦强、中然公司未提交答辩意见。

长富基金向一审法院起诉，请求：1.许可对位于黑龙江省哈尔滨市阿城区上京大道丽都国际小区G5号楼3单元101室的执行；2.案件受理费由赵彦强、中然公司承担。

一审法院认定事实：2013年8月28日，长富基金、兴业银行股份有限公司哈尔滨分行（以下简称兴业银行哈分行）与中然公司签订《委托贷款借款合同》，约定：长富基金委托兴业银行哈分行向中然公司发放贷款9000万元，该贷款由中然公司提供抵押担保。同日，兴业银行哈分行与中然公司签订《抵押合同》，约定：中然公司以其丽都国际小区204套在建房屋和土地使用权为上述贷款提供担保。2013年9月5日，兴业银行哈分行与中然公司在哈尔滨市阿城区房产事业管理局办理了在建房屋抵押登记。其后，长富基金因与中然公司金融借款合同纠纷诉至该院。2015年12月10日，该院根据长富基金的财产保全申请作出（2015）黑高商初字第38号民事裁定，查封包括案涉房屋在内的丽都国际小区182套房屋。2015年12月25日，该院作出（2015）黑高商初字第38号民事判决，判决中然公司偿还长富基金贷款本金8835万元及利息；如中然公司不能清偿，对其不能清偿部分，长富基金有权以中然公司提供的抵押物房产、土地折价或拍卖、变卖的价款优先受偿。该判决生效后，中然公司未能履行给付义务。长富基金向该院申请执行，该院执行期间，赵彦强以案外人身份提出执行异议。2017年3月27日，该院作出（2017）黑执异28号执行裁定，中止对案涉房屋的执行。之后，长富基金向该院提起本案诉讼。

同时查明，赵彦强与中然公司均认可哈尔滨市第四建筑工程公司（以下简称哈四建公司）为中然公司开发诉争项目部分工程的实际施工人。赵彦强通过哈四建公司、田志昌购买案涉房屋，中然公司将原来其与田志昌签订于2011年11月17日的《丽都国际商品房内部认购书》作废，又于2014年5月23日与赵彦强重新签订《丽都国际商品房认购书》并将交付购房款542667元的往来资金结算票据更名为赵彦强并盖章确认。同日，赵彦强补交购房款23174元。该认购书主要内容包含：所购房屋位置、使用面积、计价方式、付款方式、认购金转化方式、房屋位置调整及面积调差方式等等，房屋总价款为565841元。2014年5月23日，赵彦强根据中然公司发出的《进户通知单》办理入住手续。现赵彦强占有案涉房屋。

又查明：中然公司于2012年5月23日取得丽都国际小区D4号楼、D5号楼、D6号楼项目的《商品房预售许可证》,于2012年7月19日取得丽都国际小区G5号楼、G7号楼、G8号楼项目的《商品房预售许可证》，于2013年5月20日取得丽都国际小区G9号楼、地下车库、游泳馆项目的《商品房预售许可证》；因丽都国际小区尚未办理竣工验收手续，案涉房屋尚不能办理所有权登记及变更登记。

再查明：2013年9月2日，兴业银行哈分行向哈尔滨市阿城区房地产事业管理局出具《抵押可售函》，载明含案涉房屋在内的多套房屋“在抵押期间，抵押房屋可以销售”。

一审法院认为，依照《最高人民法院关于适用的解释》第三百一十三条关于“对申请执行人提起的执行异议之诉，人民法院经审理，按照下列情形分别处理：（一）案外人就执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益的，判决准许执行该执行标的；（二）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决驳回诉讼请求”之规定，根据各方当事人的诉辩主张及该院的庭审情况，解决本案争议的关键问题在于：赵彦强是否享有足以排除强制执行的民事权益。

案涉《丽都国际商品房内部认购书》系赵彦强通过案外人哈四建公司、田志昌与中然公司签订，体现了合同双方的意思表示，其内容具备了商品房买卖合同中关于房屋位置、面积、付款方式、房屋位置调整及面积调差方式等主要条款，赵彦强支付全部购房款后,中然公司向赵彦强出具了收到房款的收据，应视为赵彦强已向中然公司交付全部购房款。根据《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》第五条“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同”之规定，应当认定该认购书的性质为商品房买卖合同。案涉《丽都国际商品房认购书》虽然签订在抵押登记之后，但长富基金的贷款委托人兴业银行哈分行向房屋主管机关出具了含案涉房屋在内的《抵押可售函》，应视为中然公司取得了处分案涉房屋的权利。该认购书系赵彦强与中然公司的真实意思表示，不违反法律、行政法规效力性强制性规定，应认定为有效。在此情形下，长富基金仍以其享有案涉房屋抵押权为由，主张优先于赵彦强对该房屋享有的民事权益，于法无据。鉴于赵彦强已向中然公司交付全部案涉房屋购房款，又在该院查封前实际占有案涉房屋，未办理所有权变更登记亦非赵彦强原因所致，根据《执行异议和复议规定》第二十八条“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记”的规定，应认定赵彦强对案涉房屋享有的民事权益足以排除强制执行。

综上，长富基金的诉讼请求无法律依据。依照《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》第五条、《执行异议和复议规定》第二十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条以及《最高人民法院关于适用的解释》第三百一十三条的规定，判决如下：驳回北京长富投资基金（有限合伙）的诉讼请求。案件受理费9458.41元，由长富基金负担。

本院二审查明的事实与一审查明的事实一致。

本院认为，本案的主要争议焦点为：赵彦强是否享有足以排除强制执行的民事权益。

关于本案应当适用《执行异议和复议规定》第二十八条还是第二十九条的问题。本院认为，在金钱债权执行中，《执行异议和复议规定》第二十八条适用于买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议的情形，系普适性的条款，对于所有类型的被执行人和不动产均可适用。而第二十九条则适用于买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议的情形，是专门针对被执行人为房地产开发企业和商品房而规定的特别条款。第二十八条与第二十九条在适用情形上存在交叉,属于选择适用关系，即只要符合其中一条的规定，买受人即享有足以排除强制执行的民事权益。一审法院适用第二十八条审理本案，并不存在适用法律错误的情形。长富基金主张本案应适用《执行异议和复议规定》第二十九条，无相应法律依据，本院不予支持。

《执行异议和复议规定》第二十八条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”根据上述规定，不动产买受人的民事权益需符合上述四个要件，即可排除申请执行人对案涉不动产的强制执行。

关于是否在查封前签订合法有效书面买卖合同的问题。不动产买受人享有的足以排除强制执行的民事权益必须建立在合法有效的基础法律关系之上，前提条件是以物权变动为内容的买卖合同成立且有效。本案中，一审法院查封案涉房屋的时间为2015年12月10日，而赵彦强在2014年5月23日即与中然公司就案涉房屋签订了《丽都国际商品房认购书》，此时中然公司已取得案涉房屋的《商品房预售许可证》。虽然该协议签订在抵押登记之后，但兴业银行哈分行出具的《抵押可售函》明确中然公司有权处分案涉房屋。案涉《丽都国际商品房认购书》是双方当事人的真实意思表示，并不违反法律、行政法规的强制性规定、，应为合法有效。长富基金主张案涉《丽都国际商品房认购书》不具有合法性，无事实和法律依据，本院不予支持。

长富基金主张案涉《丽都国际商品房认购书》的法律性质为商品房预约合同，不能依此认定赵彦强与中然公司之间签订合法有效的书面买卖合同。根据《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》第五条“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同”的规定，案涉《丽都国际商品房内部认购书》载明了双方当事人的基本情况，房屋的基本情况，包括位置、面积、付款方式、房屋位置调整及面积调差方式等商品房买卖合同应具备的要件，且赵彦强已经全额支付了案涉房屋的购房款，原审认定案涉《丽都国际商品房内部认购书》的性质为商品房买卖合同，并无不当。

长富基金主张案涉《抵押可售函》出具于抵押登记之前，抵押权尚未产生，因此《抵押可售函》无效。本案中，案涉《委托贷款借款合同》的签订时间为2013年8月28日，同日兴业银行哈分行与中然公司签订《抵押合同》。2013年9月2日，兴业银行哈分行向黑龙江省哈尔滨市阿城区房地产事业管理局出具《抵押可售函》，明确含案涉房屋在内的多套房屋“在抵押期间，抵押房屋可以销售”。2013年9月5日，兴业银行哈分行与中然公司对案涉房屋办理抵押登记。本院认为，《抵押可售函》是兴业银行哈分行的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，其法律效力应为有效。不因案涉《抵押可售函》出具在先，抵押登记办理在后，《抵押可售函》即失效。长富基金的该项上诉理由，没有事实和法律依据，本院不予支持。

关于是否在查封之前已合法占有的问题。合法占有是不动产买受人对外公示的一种方式，是对不动产实际控制的一种事实状态，占有不动产行为需发生在人民法院查封之前，是对过去事实状态的一种回溯。本案中，赵彦强于2014年5月23日根据中然公司发出的《进户通知单》在案涉房屋查封之前办理入住手续，并占有案涉房屋。

关于是否支付全部价款的问题。不动产价款的支付是买受人能否享有足以排除强制执行的民事权益的核心问题。长富基金主张案涉房屋系抵账房，中然公司未与实际施工人结算，无法证明抵账过程，因此不能认定案涉房屋交付全款。本案中，赵彦强通过哈四建公司，田志昌购买案涉房屋，中然公司将其原来与田志昌签订的认购书作废，同赵彦强签订新的认购书，并将交付购房款的往来资金结算票据更名为赵彦强后盖章确认。此外，赵彦强另补交了部分购房款。中然公司对赵彦强支付房屋款项的事实予以认可，原审据此认定赵彦强已经按照合同约定支付了全部购房款，并无不当。故，长富基金的该项主张，没有事实和法律依据，本院不予支持。

关于未办理过户登记原因的问题。本案中，案涉房屋尚未办理竣工验收手续，客观上不具备办理产权过户登记的条件。即赵彦强虽未取得案涉房屋的所有权，并非其自身原因导致，赵彦强对案涉房屋未办理过户登记手续并无过错。

综上，长富基金的上诉请求缺乏事实和法律依据，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费9458.41元,由北京长富投资基金（有限合伙）承担。

本判决为终审判决。

审 判 长　冯小光

审 判 员　万　挺

审 判 员　潘　杰

二〇一八年十一月二十九日

法官助理　张　闻

书 记 员　曹美施