中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终988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）：刘丽丹，女。

委托诉讼代理人：陈晓梅，女。

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）因与被上诉人刘丽丹、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于2017年11月24日作出的（2017）黑民初74号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年9月12日立案后，依法组成合议庭进行审理，本案现已审理终结。

长富基金上诉请求：1.撤销黑龙江省高级人民法院（2017）黑民初74号民事判决，改判继续执行位于哈尔滨市阿城区上京大道丽都国际小区G9号楼2单元1401室房产；2.上诉费用由刘丽丹、中然公司承担。事实和理由：一、认购书属于预约，产生的债权不能对抗抵押权。刘丽丹与中然公司之间没有签订合法有效的书面买卖协议。刘丽丹所举示的《丽都国际商品房内部认购书》，本身并不是买卖合同，而其实质只是一种“预约”，不能据此认定刘丽丹与中然公司之间存在买卖关系。二、《商品房买卖合同》本身不具有合法性。刘丽丹举示的《商品房买卖合同》签订时间是2011年10月9日，而G9号楼取得《预售许可证》的时间是2013年5月20日，中然公司在没有预售资质的条件下与刘丽丹出具的内部认购书不具有合法性。三、刘丽丹是否实际入住证据不足。刘丽丹称其于2016年4月25日补交了房款并根据中然公司出具的《进户通知单》入户，而早在2015年，长富基金就已经对涉案房屋主张权利，一审法院也于2015年12月10日查封了涉案房屋。在本案审理过程中，刘丽丹与中然公司故意营造刘丽丹已经入户的假象。一审认定刘丽丹实际占有涉案房屋是错误的。四、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。五、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，刘丽丹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，证据不足，适用法律错误，请求二审法院维护长富基金的合法权益。

刘丽丹辩称，1.刘丽丹于2010年10月18日与中然公司签订《丽都国际商品房内部认购书》，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》第五条之规定，该协议应当认定为商品房买卖合同。且刘丽丹于2011年9月27日交齐购房款，案涉房屋的购房手续及相关票据一直妥善保管，从未外借。长富基金称于2013年9月5日对案涉房屋办理抵押登记，但刘丽丹从未同意或者授权他人办理抵押，且刘丽丹购房在前，抵押手续办理在后。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）出具的《抵押可售函》，说明中然公司取得了处分案涉房屋的权利。长富基金对案涉房屋不享有优先受偿权。2.按《商品房买卖合同》约定，中然公司应于2012年下半年交付房屋，案涉房屋未如期完工，导致刘丽丹未能按合同约定时间占有案涉房屋。经部分业主多次上访，中然公司于2013年10月10日通知业主陆续入住，并以该公司应承担的违约金抵顶了刘丽丹的进户费，故刘丽丹未按照约定时间入住，非自身原因所致。3.中然公司未按照法律规定及合同约定的期限向房地产管理机关办理备案登记，亦不能办理房屋所有权证书，侵害了刘丽丹的合法权益。4.长富基金委托兴业银行哈分行发放贷款，未按贷款的相关规定，对抵押标的物实地考察，进行贷前检查，放款之后不履行监督职责。刘丽丹办理入住时长富基金并未派人阻止，造成目前局面，刘丽丹不应承担责任。5.案涉房屋的《商品房预售许可证》是2013年5月20日取得的，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》第二条规定，应认定案涉《商品房买卖合同》有效。6.一审法院适用法律正确。《执行异议和复议规定》第二十八条和第二十九条并非一般法与特别法的关系，第二十九条也不能排除对第二十八条的适用。一审法院适用第二十八条保护刘丽丹的权利，完全正确。7.刘丽丹不应承担本案诉讼费用。

中然公司辩称，同意刘丽丹答辩意见。

长富基金向一审法院起诉请求：1.许可对位于哈尔滨市阿城区上京大道丽都国际小区G9号楼2单元1401室的执行；2.案件受理费由刘丽丹、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一审法院。2015年12月10日，一审法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，一审法院作出（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。长富基金向法院申请执行，一审法院执行期间，刘丽丹以案外人身份提出执行异议。2017年1月23日，一审法院作出（2017）黑执异5号执行裁定，中止对案涉房屋的执行。之后，长富基金向一审法院提起诉讼。

同时查明：2011年3月5日，刘丽丹与中然公司签订《丽都国际商品房内部认购书》，主要内容包含：案涉房屋的位置、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，并于当日及2011年3月10日分别向中然公司交付购房款20000元、357896元，中然公司均为其开具收据。2011年10月9日，刘丽丹与中然公司签订《商品房买卖合同》，其内容与前述认购书大体相同，又增加了违约、交接、设施及配套运行承诺、保修责任、解决争议方式等条款，房屋价款为377896元，中然公司认可其在签订该合同时将前述认购书收回。2016年4月25日，刘丽丹补交房屋面积差价款25318元，并根据中然公司发出的《进户通知单》，办理入住手续。现刘丽丹占有案涉房屋。

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一审的庭审情况，解决本案争议的关键问题在于：刘丽丹是否享有足以排除强制执行的民事权益。

案涉《商品房买卖合同》系刘丽丹与中然公司的真实意思表示，不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，中然公司虽然在该合同签订后才取得了案涉房屋的《商品房预售许可证》，但根据《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》第二条“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，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效”的规定，应认定案涉《商品房买卖合同》有效。刘丽丹已按照《商品房买卖合同》的约定，向中然公司交付全部案涉房屋购房款，又在法院查封前实际占有案涉房屋，未办理所有权变更登记亦非刘丽丹原因所致，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，应认定刘丽丹对案涉房屋享有的民事权益足以排除强制执行。至于长富基金主张其对案涉房屋享有的抵押权优先于刘丽丹对该房屋享有的民事权益的问题，由于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。故一审法院对长富基金的该主张不予支持。

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》第二条、《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：驳回长富基金的诉讼请求；案件受理费6968.44元，由长富基金负担。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人争议的事实，本院认定如下：刘丽丹作为新证据向本院提供了哈尔滨市住房保障和房产管理局档案信息中心出具的《查档证明》，证明案涉房屋系其唯一住房。长富基金质证认为，对该证据的真实性及关联性均有异议。该查档证明写明仅限办理贷款使用，另外也只能证明刘丽丹在哈尔滨市主城区无居住房屋，而案涉房屋在阿城区，不能证明刘丽丹在阿城区也没有其他房屋。中然公司对该份证据没有异议。本院经审查认为，刘丽丹向本院提供了《查档证明》原件，该证明文件加盖有哈尔滨市住房保障和房产管理局档案信息中心公章及查档经办人名章，证据形式符合法律规定。证明内容与刘丽丹购买案涉房屋是否系用于居住且其名下是否无其他用于居住的房屋等事实相关联，本院作为新证据予以采纳。一审法院查封案涉房屋的时间为2015年12月10日。2016年4月25日中然公司向刘丽丹发出《进户通知单》。刘丽丹向一审法院出具的《刘丽丹材料情况说明（G9-2-1401）》载明，其于2016年4月25日办理入户手续。一审认定刘丽丹于一审法院查封前实际占有案涉房屋与上述事实不符，本院对一审认定的该节事实予以纠正。本院二审对一审查明认定的其他事实予以确认。

本院二审查明：2018年2月27日，哈尔滨市住房保障和房产管理局档案信息中心出具查询证实，刘丽丹现有住房情况为无。

本院认为，本案的主要争议焦点为：刘丽丹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,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。本案中，在案证据并未显示刘丽丹系于一审法院查封前实际占有了案涉房屋，一审判决认定刘丽丹于一审法院查封前实际占有案涉房屋并据此适用《执行异议和复议规定》第二十八条的规定与本案事实不符，本院予以纠正。但是，《执行异议和复议规定》第二十九条规定：“金钱债权执行中，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，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）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”即不动产买受人的民事权益符合上述三个要件，仍可排除申请执行人对案涉不动产的强制执行。

关于刘丽丹与中然公司是否在查封前签订合法有效的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。一审法院查封案涉房屋的时间为2015年12月10日，而刘丽丹早在2011年3月5日即与中然公司就案涉房屋签订了《丽都国际商品房内部认购书》，后与中然公司又于2011年10月9日签订《商品房买卖合同》，内容与《丽都国际商品房内部认购书》基本一致，仅增加了违约、解决争议等条款，中然公司将《丽都国际商品房内部认购书》收回。此时，无论《丽都国际商品房内部认购书》的性质为预约或本约，均被签订在后的《商品房买卖合同》所替代。该《商品房买卖合同》已经具备了法律规定的商品房买卖合同应有内容，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。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》第二条“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，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效”的规定，中然公司已于本案诉讼前取得案涉房屋的《商品房预售许可证》，案涉《商品房买卖合同》应认定合法有效。长富基金上诉主张案涉《商品房买卖合同》不具有合法性，无事实和法律依据，本院不予支持。兴业银行哈分行与中然公司系于2013年8月28日签订《抵押合同》，案涉《商品房买卖合同》签订的时间早于案涉《抵押合同》签订的时间。另外，案涉《抵押合同》签订后，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”。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。

关于刘丽丹所购商品房是否用于居住且其名下无其他用于居住的房屋的问题。经查明，案涉商品房使用性质为住宅，且刘丽丹提供了哈尔滨市住房保障和房产管理局档案信息中心出具的《查档证明》，刘丽丹现有住房情况为无。故，刘丽丹对该事实已完成了举证责任。在此情形下，长富基金主张刘丽丹未提供充分证据证明其名下无其他用于居住的房屋，应提供证据证明案涉房屋并非刘丽丹唯一用于居住的房屋，但长富基金未予提供。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果”的规定，可以认定刘丽丹名下无其他用于居住的房屋。

关于刘丽丹已支付的价款是否超过合同约定总价款的百分之五十的问题。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。本案中，刘丽丹分别于2011年3月5日、2011年3月10日、2016年4月25日向中然公司支付购房款及面积差价款2万元、357896元、25318元，共计403214元，中然公司亦为其开具收据。一审法院认定刘丽丹已经按照合同约定支付了全部购房款并无不当，本院予以维持。

综上，刘丽丹虽不符合《执行异议和复议规定》第二十八条的规定，但符合第二十九条规定的情形，应当认定刘丽丹享有足以排除强制执行的民事权益。一审判决虽认定事实及适用法律存在瑕疵，但判决结果正确，本院予以维持。

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6968.44元,由北京长富投资基金（有限合伙）负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　冯小光

审 判 员　董　华

审 判 员　张代恩

二〇一八年十一月二十九日

法官助理　侯　望

书 记 员　黄婷婷