中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终1044号

上诉人（原审原告）：北京长富投资基金（有限合伙）。

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）：刘玉涛。

委托诉讼代理人：陈晓梅。

被上诉人（原审被告）：黑龙江省中然房地产开发有限公司。

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）因与被上诉人刘玉涛、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（2017）黑民初136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，开庭进行了审理。上诉人长富基金的委托诉讼代理人徐明昌、尹伊艨，被上诉人刘玉涛的委托诉讼代理人陈晓梅，中然公司的委托诉讼代理人徐洪仁到庭参加诉讼。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136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G9号楼2单元1703室房产；2.上诉费用由刘玉涛、中然公司承担。事实和理由：1.刘玉涛未实际支付房款。刘玉涛称案涉房屋系从实际施工人林洪飞处购得，但刘玉涛没有提供林洪飞与中然公司之间的抵账协议，二者之间存在施工关系或抵账关系的证据，无法证明刘玉涛实际支付房款。2.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。3.一审判决适用法律错误。《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，刘玉涛未提交唯一住房证明，不符合《执行异议和复议规定》第二十九条规定，不享有足以排除强制执行的民事权益。综上，一审判决认定事实不清，适用法律错误，请求二审法院维护长富基金的合法权益。

刘玉涛辩称，1.刘玉涛与中然公司签订了《内部认购书》，购买案涉房屋，按照相关行政法规、司法解释，该协议应当认定为商品房买卖合同。长富基金委托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《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存在优先受偿权。2.案涉房屋以拨付工程款的形式抵给林洪飞，中然公司出具了《房源确认单》。后刘玉涛从林洪飞处购买案涉房屋，刘玉涛与中然公司直接签订《商品房买卖合同》，并按约定占有房屋，购房手续均由中然公司出具，刘玉涛对房屋的购买及占有均合法。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，侵害了刘玉涛的合法权益。4.一审判决适用法律正确。《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规定保护刘玉涛的权利，完全正确。5.刘玉涛不应承担本案诉讼费用。

中然公司辩称，同意刘玉涛的答辩意见。

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G9号楼2单元1703室房产的执行；2.案件受理费由刘玉涛、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地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，判令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。长富基金向一审法院申请执行，执行期间，刘玉涛以案外人身份提出执行异议。2017年5月3日，一审法院作出（2017）黑执异78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，刘玉涛与中然公司均称案外人林洪飞为诉争开发项目部分工程的实际施工人。2013年6月21日，刘玉涛与林洪飞达成购买中然公司抵顶其工程款的案涉房屋意向后，又与中然公司签订《商品房买卖合同》，主要内容包含：项目建设依据、商品房销售依据、商品房基本情况、计价方式与价款、面积确认及面积差异处理、付款方式及期限、买受人逾期付款的违约责任、交付期限等等，房屋总价款为255056元。2013年6月18日，刘玉涛向林洪飞交付购房款85056元，中然公司为刘玉涛开具收据。2013年8月13日，刘玉涛向中国工商银行股份有限公司阿城支行按揭贷款17万元，支付中然公司剩余购房欠款。2013年11月27日，中然公司向刘玉涛发出《进户通知单》，刘玉涛办理入住手续。现刘玉涛占有案涉房屋。

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庭审情况，解决本案争议的关键问题在于：刘玉涛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》系刘玉涛通过案外人林洪飞与中然公司签订，体现了合同双方的真实意思表示，不违反法律、行政法规效力性强制性规定，应认定该合同有效。刘玉涛将部分购房款交付林洪飞后，中然公司向刘玉涛出具了收到房款的收据，加之案涉房屋的按揭贷款已经在一审法院查封前支付给中然公司，应视为刘玉涛已向中然公司交付全部购房款。且刘玉涛在一审法院查封前已经实际占有案涉房屋，未办理所有权变更登记亦非刘玉涛原因所致，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，应认定刘玉涛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玉涛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，一审法院认为，长富基金的诉讼请求无法律依据。依照《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。一审案件受理费5125.84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：刘玉涛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，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。一审适用第二十八条规定审理本案，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》第二十九条规定，无相应法律依据，不予支持。本院认为，依照《执行异议和复议规定》第二十八条规定，不动产买受人的民事权益需符合该条规定的要件，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，而刘玉涛早在2013年6月21日即与中然公司就案涉房屋签订了《商品房买卖合同》。案涉《商品房买卖合同》是双方当事人的真实意思表示，并不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，应认定为合法有效。

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，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，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，刘玉涛于2013年11月27日根据中然公司发出的《进户通知单》办理入住手续，在一审提供的水费、电费、热费等收费单据可证明已实际居住案涉房屋，故刘玉涛对案涉房屋已合法占有。

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，刘玉涛未提供林洪飞与中然公司之间的抵账协议，其他证明施工关系或者抵账关系的证据，无法证明抵账过程。本院认为，刘玉涛一审提供的中然公司与林洪飞签订的《建筑工程承包协议书》、《房源确认单》等书证以及中然公司向刘玉涛出具的房款收据上载明“林洪飞”字样，可认定林洪飞与中然公司之间存在施工合同，并达成以房抵顶工程欠款合意的事实，长富基金对此不予认可但未提供证据予以反驳，本院对长富基金的该项主张不予支持。刘玉涛与林洪飞达成购买案涉房屋的意向后，与中然公司签订了《商品房买卖合同》，刘玉涛向林洪飞交付购房款85056元，中然公司对刘玉涛支付购房款项予以认可，并出具收款收据。2013年8月13日，刘玉涛向中国工商银行股份有限公司阿城支行按揭贷款17万元，支付中然公司剩余购房欠款。可以认定刘玉涛已经按照合同约定支付了全部购房款，中然公司向刘玉涛交付房屋，双方之间商品房买卖合同已实际履行。故，长富基金提出不能认定案涉房屋已交付全款的主张，没有事实和法律依据，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。即刘玉涛虽未取得案涉房屋的所有权，并非其自身原因导致，刘玉涛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5125.84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　李桂顺

审 判 员　武建华

二〇一八年十一月三十日

法官助理　马赫宁

书 记 员　隋　欣