中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2018）最高法民终1026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）：赵云龙，男，1985年10月30出生，汉族，住黑龙江省哈尔滨市阿城区。

委托诉讼代理人：陈晓梅，女，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）因与被上诉人赵云龙、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111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，被上诉人赵云龙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111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4单元302室房产；2.上诉费用由赵云龙、中然公司承担。事实和理由：一、赵云龙与中然公司没有签订合法有效的买卖合同。赵云龙举示的《联建房屋协议书》不属于买卖协议，而是中然公司在资金短缺的情况下，非法吸收公众存款的结果，不具有合法性。此外，《联建房屋协议书》所确定的房屋号不是案涉房屋。二、赵云龙与中然公司签订《丽都国际商品房认购书》的时间在抵押之后，不具备合法性。长富基金对案涉房屋享有抵押权，依法享有优先受偿的权利。三、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。四、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，赵云龙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。

赵云龙辩称：一、2010年1月11日，赵云龙与中然公司签订《联建房屋协议书》，已交付全部购房款。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》第五条规定，该协议书应当认定为买卖合同。案涉房屋的购买手续和相关票据均由赵云龙本人保管，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，此事实不存在。长富基金对案涉房屋不享有优先受偿权。二、《商品房预售许可证》虽于案涉房屋买卖合同签订之后取得，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》第二条规定，应认定案涉买卖合同有效。三、《丽都国际商品房认购书》约定中然公司于2012年下半年交付房屋，案涉房屋未如期完工，导致赵云龙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赵云龙的进户费，故赵云龙未按照约定时间入住，非自身原因所致。四、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，侵害了赵云龙的合法权益。五、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赵云龙的权利，完全正确。六、赵云龙不应承担本案诉讼费用。

中然公司辩称，同意赵云龙的答辩意见。

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G5号楼4单元302室的执行；2.案件受理费由赵云龙、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。长富基金向一审法院申请执行，一审法院执行期间，赵云龙以案外人身份提出执行异议。2017年2月10日，一审法院作出（2017）黑执异68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本案诉讼。

2010年1月11日，赵云龙与中然公司签订《联建房屋协议书》，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、面积调差方式等等。2013年12月21日，赵云龙与中然公司签订《丽都国际商品房认购书》,其内容与前述协议书内容大体相同，变更房屋价格为349871元，中然公司在签订该认购书时将前述联建协议收回。赵云龙于2010年1月11日交付购房款17万元,于2012年7月27日交付购房款9万元，于2013年11月15日交付剩余购房款89871元，中然公司均为赵云龙开具收据。2013年12月21日，中然公司向赵云龙发出《进户通知单》，赵云龙办理入住手续。现赵云龙占有案涉房屋。

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。

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法院的庭审情况，解决本案争议的关键问题在于：赵云龙是否享有足以排除强制执行的民事权益。

案涉《联建房屋协议书》《丽都国际商品房认购书》的内容基本一致，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，且中然公司已经于签订联建协议之后与签订认购书之前分三次收取了赵云龙的全部购房款，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。案涉合同系赵云龙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。该合同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。在此情形下，长富基金仍以其享有案涉房屋抵押权为由，主张优先于赵云龙对该房屋享有的民事权益，于法无据。案涉合同赵云龙已于《丽都国际商品房认购书》签订当日及之前向中然公司交付全部案涉房屋购房款，又在一审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赵云龙原因所致，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，应认定赵云龙对案涉房屋享有的民事权益足以排除强制执行。故一审法院对长富基金的诉讼主张不予支持。

的诉讼请求无法律依据。该院依照《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》第三百一十三条规定，判决：驳回长富基金的诉讼请求。案件受理费6548.14元，由长富基金负担。本院二审查明

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：赵云龙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》第二十八条的规定：“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，不动产买受人符合上述四个要件，其享有的民事权益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，而赵云龙早在2010年1月11日与中然公司就案涉房屋签订《联建房屋协议书》，后又于2013年12月21日签订《丽都国际商品房认购书》，内容与《联建房屋协议书》大致相同，变更房屋价格为349871元，中然公司收回《联建房屋协议书》。案涉《联建房屋协议书》《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、行政法规强制性规定。而且，兴业银行哈分行与中然公司于2013年8月28日签订《抵押合同》，虽然《丽都国际商品房认购书》签订时间晚于《抵押合同》签订时间，但是《联建房屋协议书》签订时间早于《抵押合同》签订时间。《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》第五条规定：“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。”《联建房屋协议书》内容包括案涉房屋的位置、使用面积、计价方式、付款方式、面积调差方式等，该协议书虽名为“联建”，但性质实为商品房买卖合同。长富基金上诉主张《联建房屋协议书》系非法吸收公众存款的结果，缺乏充分的事实依据。此外，长富基金主张《联建房屋协议书》确定的房号不是案涉房号，中然公司与赵云龙均陈述实为同一房屋，且即使不同，也不能据此否定《丽都国际商品房认购书》载明的房屋即为案涉房屋的事实。《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：“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。”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《联建房屋协议书》《丽都国际商品房认购书》应认定合法有效。长富基金主张赵云龙与中然公司未签订合法有效的买卖合同，无事实和法律依据，本院不予支持。

至于长富基金主张案涉《抵押可售函》出具于抵押登记之前，抵押权尚未产生，《抵押可售函》无效的问题。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，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，赵云龙于2013年12月21日根据中然公司发出的《进户通知单》，办理入住手续，并占有案涉房屋，可以认定已在人民法院查封之前合法占有。

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。本案中，赵云龙于2010年1月11日交付购房款17万元,于2012年7月27日交付购房款9万元，于2013年11月15日交付剩余购房款89871元，中然公司亦为其开具收据，可以认定赵云龙已经按照合同约定支付了全部购房款。

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。即赵云龙虽未取得案涉房屋的所有权，并非其自身原因导致，赵云龙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6548.14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　李桂顺

审 判 员　武建华

二〇一八年十一月二十八日

法官助理　唐荣娜

书 记 员　张　舒