

民事权利冲突司法认定研究

——以执行异议之诉中不动产物权期待权与抵押权冲突为视角

姜宇轩 贾宏斌¹

【摘要】权利冲突是法治领域中的一个世界性问题，学术界注重从权利位阶、权利交易、利益衡量以及提升社会资源总量等维度关注解决权利冲突的法律路径，而实务界通常聚焦于争议双方因同时行使各自享有的法律上的正当性权利而发生的冲突，司法裁判难以采取消灭其中一项权利或证明其不存在的方式予以化解，而必须致力于创制出解决权利冲突的具体规范。比如，购房者享有的不动产物权期待权与银行享有的房屋抵押权在执行异议之诉这一场域内的冲突，以及由此导致的裁判观点分歧，充分反映和暴露了现行法律及司法解释规定与生活实践、行政规定、行业规范、法官自由裁量权等诸多方面的协调、衔接还存在亟需完善的地方。在彰显和宣示民事权利保护的《民法典》即将实施之际，加强对权利冲突研究，有助于将民法典中静态的权利分布纳入动态运行环境之中，通过公正统一的司法裁判不断探索和验证权利的本质，提升化解不同类型权利在追求各自权利实现过程中产生的矛盾和冲突的国家治理能力和治理体系法治化水平。

【关键词】权利冲突 执行异议之诉 抵押权 物权期待权

【中图分类号】 D923 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1003-854X(2020)12-0106-07

权利冲突理论在世纪之交引起了学术界的理念争鸣^①，而随着我国民事诉讼法对于执行异议之诉制度的制定实施，关于民事权利冲突化解路径和裁判标准相关问题引发了实务界的广泛探讨。^②由于我国不动产物权变动规则采登记生效主义模式，在强力推进解决执行难的背景下，诉讼纠纷呈现多样性。往往越是效力规定近似的民事权益产生的对抗，裁判尺度越是难以达成一致。通过对司法实践的研判，理清主流裁判观点，并对此中特殊情形进行剖析，可以强化和丰富民事权利冲突理论研究和具体民事权益对抗规则制度的构建，进而为找寻到圆满解决权利冲突的恰当路径提供借鉴参考。

一、不动产物权期待权与抵押权的立法概述

物权期待权，是较既得权而言的概念，产生于采物权形式主义的不动产物权变动模式的德国。物权期待权作为一种权利存在状态，往往由于不动产的真实权利人没有完成物权登记而发生争议，特别在不动产执行异议之诉案件中作为民事权益争议的一方呈现出极高的比重。最高人民法院早在《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中就对商品房消费者物权期待权进行了原则性规定，在《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第71条中提及物权期待权财产不属于破产财产，在《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》第17条中对物权期待权的基本构成要件进行了概括性规定。此后，最高人民法院制定的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第2条、《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、29条

¹作者简介：姜宇轩，日本山口大学东亚研究所博士研究生，日本山口，7538511；贾宏斌，沈阳市中级人民法院四级高级法官，辽宁沈阳，110013。

的相关规定体现出物权缓和主义倾向，物权期待权也从法学理论概念走到司法裁判实践的前台。司法机关将执行异议之诉中的买受人物权期待权定义为，对于已经签订买卖合同的买受人，在已经履行合同部分义务的情况下，虽然尚未取得合同标的的物权，但赋予其类似物权人的地位，其对物权的期待权具有排除执行的效力。⁽³⁾

与不动产物权期待权相比，抵押权制度在我国民法中一直有所规定，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》对抵押物转让的严格限制、《中华人民共和国担保法》区分抵押物转让的三种情形⁽⁴⁾、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》进一步区分抵押权登记效力⁽⁵⁾、《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第 191 条充分肯定了抵押权人对抵押物转让的控制力。对抵押权的维护是遵循权利外观主义，以建立市场主体的普遍信赖的价值追求，而对物权期待权的保护是基于真实权属与外观权利相分离的生活实际，强调优先保护真实权利人的公平原则。两种民事权益在执行异议之诉中的对抗，折射出现行法律司法解释规范的不足，其中，不动产买受人物权期待权与抵押权人优先受偿权之间权益对抗，尤为显著。

二、执行异议之诉中不动产物权期待权与抵押权对抗司法裁判观点梳理

执行异议之诉脱胎于民事诉讼法规定之中，在法律适用上更大程度体现为程序法为主，实体法为辅。笔者以中国裁判文书网公开发布的裁判文书为引证来源，就执行异议之诉中涉及物权期待权与抵押权直接对抗的案件，进行提炼、梳理⁽⁶⁾，不难发现，执行异议之诉中涉及物权期待权与抵押权直接对抗的案件，裁判中对于民事主体各自享有基本权益的认定并无异议，分歧侧重表现在对两种权益对抗的优劣比较，优先保护顺位的取舍所适用的法律依据方面的理解和把握的程度不同，导致裁判结果的差异，表现出裁判观点的冲突。⁽⁷⁾

第一，不动产物权期待权能否对抗抵押权优先受偿权。根据《执行异议和复议规定》第 27 条规定，抵押权作为担保物权，其抵押权人享有的优先受偿权在执行异议中原则上优先于其他民事权益。但该规定中，一是没有明确列举出优先于哪些具体民事权益，二是在但书条款中规定了法律、司法解释另有规定的除外。以上两点原因，为司法审判中裁判者对该条款如何理解和作何解释埋下了隐患，且容易导致分歧的产生。与此同时，紧随其后的第 28、29 条进一步规定了不动产买受人物权期待权。尽管对于物权期待权的概念界定以及但书条款是否包括《执行异议和复议规定》本身，尚存一定争议，但就满足司法解释规定情形的物权期待权可以对抗抵押权，排除抵押权人的执行申请，在司法裁判中已逐步达成共识。

第二，不同情形下的不动产买受人物权期待权对抗抵押权优先受偿权是否应区别对待。虽然《执行异议和复议规定》中没有明确提出物权期待权的概念，但实务中普遍认为第 28 条的规定为一般不动产买受人物权期待权、第 29 条规定为房屋消费者物权期待权。但是，对于该两种物权期待权能否均优先于抵押权优先受偿权尚存分歧。出于对于居住的购房者（消费者）生存权的保障，房屋消费者物权期待权优先于抵押权当属无异，如最高人民法院在（2019）最高法民终 157 号徐瑞雪、中诚信托公司等执行异议之诉案中认为，“徐瑞雪与典雅公司签订了合法有效的商品房买卖合同，徐瑞雪作为购房者已经支付了案涉房屋的全部价款，且徐瑞雪举示了重庆市不动产登记中心出具的证明，亦证明了自己名下除购买的用于居住的案涉商品房外无其他用于居住的房屋。根据《执行异议和复议规定》第 29 条规定，徐瑞雪对案涉房屋享有足以排除强制执行的民事权益。”但是，对于一般不动产买受人物权期待权与抵押权的对抗，存在肯定说与否定说两种观点。肯定说认为，《执行异议和复议规定》第 28 条规定旨在保护无过错买受人的物权期待权，属于第 27 条所规定的“法律、司法解释另有规定的除外”范围，在符合第 28 条规定的情形下，即使被执行不动产上设定有抵押权，亦足以排除执行。如最高人民法院在（2018）最高法民申 4095 号曹梅香、郝瑞民等执行异议之诉案中认为，“《执行异议和复议规定》第 28 条、第 29 条分别针对不动产和用于居住的商品房规定了除外情形。此种情况下当事人可以择一条适用，而并非适用其中一条就自然排斥另一条。因此，郝瑞民并未取得案涉房产的物权，但作为买受人，其享有物权期待权，可以排除曹梅香的担保物权，适用第 28 条规定并无不当。”否定说认为，应对两种不同物权期待权保护顺位作适当区分，具体到司法实践中将权利顺位确定为：房屋消费者物权期待权>建设工程价款优先受偿权>抵押权>一般不动产买受人物权期待权，进而主张一般不动产买受人物权期待权不足以对抗抵押权。最高人民法院在（2019）最高法民申 227 号李建民、孙国粹等执行异议之诉案中认为，“《执行异议和复议规定》第 28 条的规定突破了债权平等原则和合同相对

性原则，对交易安全和被执行人其他金钱债权人的利益影响巨大，也增加了被执行人和案外人通过执行异议恶意串通逃避强制执行道德风险。因此，人民法院在适用该条规定对案外人权利予以特别保护时，应当从严审查、严格把握。本案现有证据不足以证明民间借贷关系和《以房抵债协议》的真实性，不适用该条规定。”⁽⁸⁾

第三，物权期待权成立要件的举证证明责任分配对权益对抗结果发挥着重要作用。虽然最高人民法院对于《执行异议和复议规定》第27条但书条款的适用范围认识存在分歧，但从地方人民法院裁判来看，通常极少阐述条款之间的逻辑关系，而是直接对是否满足一般不动产买受人物权期待权构成要件进行查明认定，若符合规定要件，基本判决支持了一般买受人排除抵押权人强制执行的请求。对持否定说观点认为的一般不动产买受人物权期待权无法对抗抵押权的案件进行甄别不难发现，裁判者对于一般不动产买受人是否享有物权期待权采取了更为严格的举证证明责任。

第四，《执行异议和复议规定》并非执行异议之诉审理的法定适用依据，亦非权利确认的终极标准。⁽⁹⁾法院对于执行异议之诉的审理本应首先适用实体法上的规定，但在规范执行异议之诉相关司法解释缺位的情况下，当前个案审判中多选择参照适用形式审查规则《执行异议和复议规定》的相关规定，便于裁判结果的统一和裁判效率的提高。⁽¹⁰⁾在这种情况下，执行异议的审查和执行异议之诉的审理具有制度设计重复之嫌，因此，最高人民法院关于执行异议之诉司法解释的制度出台对于统一规范法律适用问题更具有迫切性。

三、物权期待权与抵押权对抗司法裁判观点分歧缘由

物权期待权与抵押权对抗裁判观点分歧表现为现行民事法律司法解释规定与生活实践、行政规定、不动产行业规范、法官自由裁量权等多方面协调、衔接还存在亟需完善的地方。

(一) 现行法律规定与生活实践不完全相适应

我国《物权法》规定的不动产物权变动制度是以登记生效主义为原则，以登记对抗主义为例外，对房屋权属变动采物权登记生效主义。但在实施过程中并未得到彻底贯彻落实，原因突出表现为：一是由于我国幅员辽阔，经济发展程度不均衡，大量的农村宅基地及地上建筑物至今仍未全部完成初始登记，伴随城镇化进程加快，城市房屋权属亦未全部完成初始登记，更无法保证此类房屋交易后能够顺利完成转移登记；二是由于历史遗留原因，现行不动产登记制度难以完成对物权法实施前尚未登记以及权属尚不明晰的全部房屋进行所有权登记；三是地方各层级不动产登记机关设置尚不统一，信息化发展不平衡，房屋所有权登记完善程度地方差距较大；四是还存有房屋所有权人法治意识不高，担心登记过程繁琐、费用过高，怠于及时办理不动产登记的现象。加之不动产登记并非强制性制度措施，管理部门的放任态度，也都对制度的全面实施造成了不利影响。⁽¹¹⁾

(二) 民事物权变动登记与行政不动产登记并未完全相融

我国《物权法》虽然规定了不动产物权变动登记制度，但具体实施依据为行政法规《不动产登记暂行条例》以及部门规章《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《实施细则》）等规定，并没有再重新构建民法上的不动产物权登记具体制度，并由此衍生出一定弊端。比如，当房屋买卖合同订立后，买受人向出卖人支付了购房款，出卖人向买受人交付了房屋，但未办理登记。那么，在房屋实际占有人与登记所有权人相分离的期间内，若有其他权利人对房屋主张权利，则对房屋权属认定提出难题，而以房屋为争议执行标的的执行异议之诉即为此类纠纷的典型表现形式。按照某些学者的观点，此期间买受人对房屋享有是法律物权相对的一种事实物权，但是随着物权法的实施，学界对于事实物权的讨论已告一段落。⁽¹²⁾可是，多年后随着执行异议之诉制度的实施，事实物权却如改头换面般地以其极为类似的物权期待权的面貌呈现在审判实践视野之中。

此种权利分离，恰恰说明了民事物权变动登记与行政不动产登记并未完全融合到一处。通过尽量缩短原因行为履行完毕与物权登记之间的时间间隔是降低争议产生风险的不二选择。诚然，行政登记事关国家对于房地产市场的统一管理，必不可缺，

不应被完全替代，但执行异议的产生也为物权登记制度的完善提出了不可回避的拷问。

（三）不动产行业发展规范与民事法律规定衔接还存在错位

房地产行业是一个高度资本杠杆化的产业，不论是土地出让金，还是建设成本均需要前期大量资金的投入，开发建设企业多渠道融资业已发展成为一种行业惯例。其中，最为普遍的融资方式莫过于土地及在建工程抵押贷款和商品房预售两种，而这两种融资方式带来和决定的权利主体恰恰分别为抵押权人和房屋买受人。正常情形下，此两种权利主体各行其是，相安无事，但事与愿违的是，部分开发建设企业在开发项目前景看好的情况下，即便先期收取买受人购房款，也冒着挪用的风险，乐于将其投入到下一个项目之中，而非选择向抵押权人偿还贷款。一旦投资项目失败，造成资金链断裂，导致在建工程烂尾，开发建设企业既无法向抵押权人偿还贷款，又无法向买受人交付房屋。

我国商品房预售规范并未禁止房地产开发企业对存在抵押权负担的在建房地产进行商品房预售，亦未规定预售商品房需要取得抵押权人同意或者取得预付款之后先行清偿抵押物所担保的债务。《中华人民共和国城市房地产管理法》第45条、《城市商品房预售管理办法》第11条概括地规定了商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。此种规定与《物权法》第191条规定的“提前清偿债务或者提存”并不一致。在前述纠纷发生后，在具体实施的过程中，抵押权人与买受人之间权利冲突在法律、行政法规制度层面难以得到妥适的解决。⁽¹³⁾对于司法裁判来讲，一方面要面对已经履行放款义务享有抵押权甚至优先受偿权的债权人实现债权的请求，另一方面要面对已经支付购房款占有房屋，享有物权期待权甚至生存权的买受人实现物权的请求，还有可能面对盘活房地产项目、打造营商环境、维持地区稳定的社会需求。可以讲，多重因素影响或制约着此类案件裁判结果的产生。

（四）现行法律司法解释规定对裁量权规范不够明确

从我国《物权法》上不动产物权变动规则来讲，房屋买受人在房屋转移登记完成前，仅取得向出卖人请求履行买卖合同，协助办理房屋转移登记的债权请求权，而抵押权人要求处分抵押物也是为了实现主债权，本质上两者具有债权上的平等性。对于同一房屋而言，买受人占有房屋，抵押权人进行了抵押登记，两者事实上也都具备一定的公示力，那么任何一方得到优待似乎都有失偏颇。《执行异议和复议规定》打破了这种平等性，尽管其第28条通过严格限制买受人物权期待权的适用条件，但蕴含的意义是物权期待权人的权益比抵押权人更值得保护。⁽¹⁴⁾那么，对于物权期待权是否符合规定的构成要件的认定，则赋予了裁判者更大的裁量权。在前述诸裁判观点中，基本都涉及到对买受人是否知晓房屋存在抵押、对于未办理转移登记是否具有过错、购买房屋是否为了实际居住、在一定生活区域范围内是否为唯一住房、是否实际支付购房款等事实认定问题，但由于不同裁判者对于举证证明责任的分配与程度并不完全相同，导致裁判结果的不一致。更为严峻的问题是，法院在追求维护权利人合法权益的过程中，能否完全杜绝那些通过虚构、倒签合同、伪造占有证据、不如实陈述等方式以达到抽逃责任财产、规避强制执行的非非法目的现象，或者发挥司法的抵制作用，打上了大大的问号。

四、执行异议之诉中不动产物权期待权与抵押权冲突的司法认定

本文选取了一起银行抵押权与普通购房人的物权期待权两者对抗的典型案——邵某诉某银行、潘某、某开发公司执行异议之诉一案⁽¹⁵⁾，通过对该案基本事实、焦点问题、裁判过程进行考察研析，对执行异议之诉中不动产物权期待权与抵押权冲突的裁判路径提供些许有益参考。

（一）邵某执行异议之诉案基本案情

2015年8月20日，某银行就潘某、某开发公司金融借款合同纠纷一案向人民法院提起诉讼，法院于2015年11月13日作出民事判决，判令解除某银行与潘某于2004年4月19日签订的《购房（抵押）借款合同》，由潘某向某银行偿还借款本金

2,629,133.85 元及利息,某银行就潘某所购涉诉房屋享有优先受偿权等。判决生效后,某银行向法院申请强制执行,法院于 2017 年 4 月责令涉诉房屋居住人邵某腾空房屋。

邵某系于 2005 年 3 月 29 日与某开发公司签订的《商品房买卖合同》,以 4,244,456 元的价格购买涉诉房屋,向某开发公司付款 330 万元,并办理了入住,余款因某开发公司向邵某隐瞒了其先期与潘某签订退房协议书的事实,承诺 2010 年 8 月为邵某办理房产证未履行,所以未向某开发公司支付,但是在该案诉讼期间,邵某将尚欠剩余房款 944,456 元交予法院。

2017 年 7 月 26 日,邵某向执行法院提出执行异议获得支持,中止执行。某银行不服,向法院提起申请人执行异议之诉,请求继续执行涉诉房屋,酿成该案。

(二) 人民法院裁判结论及主要理由

人民法院经过一、二审审理,均判决驳回某银行的诉讼请求,即不得执行涉诉房屋。

第一,关于申请执行人某银行就涉诉房屋即执行标的享有何种民事权益的问题。根据《物权法》第 20 条、《城市房地产抵押管理办法》第 3 条规定,抵押登记与抵押预告登记的效力存在诸多不同之处,该案潘某就购买涉诉房屋向某银行申请贷款时,该房屋为预售房屋,结合登记情况,某银行就涉诉房屋仅取得抵押预告登记,而非正式的抵押登记。某银行经生效判决确认取得的优先受偿权,应理解为优于普通债权的请求权,但因抵押权尚未现实设立,该权利并不符合《执行异议和复议规定》第 27 条规定的担保物权优先受偿权的条件。

第二,关于案外人邵某就涉诉房屋即执行标的享有何种民事权益的问题。在某银行向某开发公司放款后,潘某与某开发公司签订《退房协议书》,潘某将房屋交还给该公司,由该公司向某银行偿还剩余贷款。而后,某开发公司在未偿还完毕某银行贷款的情况下,又将涉诉房屋出卖给不知情的邵某,并且未将从邵某处收取的购房款及时向某银行清偿贷款。截至法院作出强制执行措施前,邵某已支付大部分购房款,在诉讼期间已将剩余应付购房款交予法院,可以认定已履行支付全部购房款的义务。同时,从某开发公司曾承诺为邵某办理房产证并偿还贷款的情节看,邵某在占有使用涉诉房屋后亦持续向某开发公司主张办理涉诉房屋权属转移登记,不能办理房屋过户登记的原因并非因邵某自身原因所致,邵某就涉诉房屋享有权期待权。

第三,关于申请执行人与案外人享有的民事权益发生冲突,应如何认定的问题。经前述认定,某银行并未就涉诉房屋完成抵押权的设立登记,而为抵押权预告登记,其享有在将来具备不动产登记条件时请求债务人及时办理抵押登记的权利,但不是绝对的对世权,特别是在存有案外人就执行标的的主张所有权的情形下,某银行并不能据此直接请求实现抵押物的优先受偿。邵某作为案外人,其主张基本满足《执行异议和复议规定》第 28 条规定的条件,就涉诉房屋享有权期待权,属于依法享有排除涉诉房屋强制执行的民事权益。

第四,该案体现的裁判要旨在于:执行异议之诉中,银行作为申请执行人以经生效裁判文书认定的优先受偿权为据,请求人民法院强制执行被执行人或连带责任人下的仅办理了抵押预告登记的房屋,案外人即房屋买受人以其就执行标的享有权期待权为由,请求人民法院不得执行该房屋。由于申请执行人尚未就房屋取得现实抵押权,其主张的优先受偿权仅在债权范围内体现为优先受偿的可能性,不足以优先于买受人极其接近取得房屋所有权状态的物权期待权,故人民法院对于银行以享有优先受偿权为由,提出继续执行抵押预告登记房屋的诉讼请求,不予支持。

(三) 执行异议之诉中不动产权期待权与抵押权冲突的裁判路径

从该典型案件的审理过程来看,基本上囊括了执行异议之诉中不动产权期待权与抵押权相对抗的主要争议情形,对其中环节进行解析,对未来同类案件的审理和规则的制定具有一定的借鉴意义和参考价值。主要体现在以下几个方面:

其一，买受人作为案外人是否有权针对执行依据即生效民事判决主文中已明确判令列明的，抵押权人即申请执行人享有优先受偿权的抵押物即涉诉房屋提起案外人执行异议之诉？还是依照审判监督程序办理，亦或通过第三人撤销之诉予以解决。因为《中华人民共和国民事诉讼法》第227条规定了案外人认为原判决错误的，依照审判监督程序办理；与原判决无关的，可以提起案外人执行异议之诉，《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305、306条也对此进行了相同的规定。又因作为执行依据的生效民事判决书主文中已明确判令某银行对涉诉房屋具有抵押权优先受偿权，直观可见邵某提出不得执行涉诉房屋的诉讼请求属于与原判决相关，且邵某也认为原判决存在错误，那么，根据上述法律及司法解释的规定，邵某无权提起案外人执行异议之诉。但是，随着执行异议之诉案件数量大幅度增长，司法实践中对于此类案件，大多数人民法院及最高人民法院赋予了当事人诉权，特别是在优先受偿权指向的抵押物为整体工程或众多房屋的情况下，难以对判决作出时的裁判者施以苛刻的穷尽权利主体的要求，故对案外人仅就其中某特定房屋主张权利提出执行异议之诉的，一般未适用上述规定予以驳回起诉。在该案中，执行依据的原判决作出时，房屋已在邵某实际占有之下，若法院在作出判决前，对涉诉房屋的现实状态进行必要的审查，对某银行请求就抵押物享有优先受偿权的诉讼请求不予支持的话，就不会再有后续纠纷的发生。当然，如果当时邵某主张不成立，法院完全可以固定证据，依法判决支持某银行享有优先受偿权，如此也可以有效避免邵某或其他案外人再通过不当或违法手段对抗执行的可能。

其二，买卖与抵押行为发生的先后，尤其是买卖行为是否经过抵押权人同意，对于执行异议之诉中不动产权期待权的构成认定产生何种影响，应作进一步区分和规范。一是少数争议发生为买卖行为在先，抵押登记在后的情况下，应着重从以下角度分析判断：(1)从买受人角度来讲，在抵押前是否已经实际直接占有房屋，是否存在在房屋具备办理登记条件下，故意拒绝或拖延办理登记的情况；(2)从抵押权人角度来讲，办理抵押登记时是否尽到必要的审查义务；(3)从出卖人角度来讲，是否存在单方故意隐瞒或与买受人恶意串通损害抵押权人利益的行为；(4)从执行依据角度来讲，是否对抵押权的认定存在审查不严的片面性等因素。经审查，如买受人不存在过错，那么支持其物权期待权优先于抵押权的请求应属无异。二是大多数争议发生为抵押登记在先，买卖行为发生在后的情况。此情况又可分为抵押权人同意、抵押权人不同意和默视抵押人意愿出卖房屋三种具体情形。根据《物权法》第191条的规定，在抵押权人未明确放弃抵押权的前提下，三种情形下均不足以认定抵押权人放弃了抵押权，在注销抵押权登记前抵押权人势必会要求抵押人清偿到期债务。^{①⑥}在这种情况下，应进一步将主张物权期待权的买受人划分为商品房消费者买受人和一般不动产买受人适用有区别的构成要件予以认定为宜。商品房消费者买受人取得物权期待权并不以是否知晓抵押权在先存在为必要，特别是针对在商品房预售情况下，部分开发建设企业在未取得商品房预售许可证前，与买受人签订商品房买卖合同，按照《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2条规定，合同应为无效，那么将导致在执行异议之诉中大量商品房消费者买受人无法实现购房目的，无法满足物权期待权的构成要件。对此种类型纠纷案件，不妨坚持实事求是原则，参照有效合同处理为宜。除外情形，也就是在涉及整体在建房地产抵押的情形下，类似商品房的商铺、车位都应属于不动产预售范围，应得到同等保护，不再区分是否单纯用于居住使用为宜。而普通不动产买受人在买卖过程中如果进行必要的审查核实，一般是可以知晓不动产权的权利负担情况的，如未尽到审慎注意义务或者明知存在抵押而出于对出卖人承诺的信赖亦或事后不予承认，则在买受人对未办理转移登记没有其他合理客观理由的，将不能取得物权期待权，也将无法对抗登记在先的抵押权。

其三，支付全部对价款是否为买受人取得物权期待权优先于抵押权排除执行的必要条件？特别是在买受人已按照买卖合同支付部分价款，剩余价款如何处理的问题。不动产买受人取得物权期待权的核心是履行支付不动产全部对价的义务，这是权利取得的前提，并且在这一条件上不应再对买受人类别再进行区分。《执行异议和复议规定》第29条对于商品房消费者买受人取得物权期待权构成要件中的支付价款条件规定为“已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”，对于剩余价款是否支付、向谁支付、何时支付、如何支付均未作出规定；第28条也仅规定已按照合同约定支付部分价款的一般不动产买受人应将“剩余价款按照人民法院的要求交付执行”，如非因买受人原因未交付该如何处理，比如在买受人愿意支付剩余价款的情况下，因执行法院认为即使交付剩余价款也不足以对抗抵押权排除执行、抵押物还存在其他权利人，即使收取了剩余价款也无从分配等困难问题，从而造成执行异议程序中拒绝收取剩余价款情形的发生。上述问题充分体现了该规定适用于执行异议和复议程序中效率优先的原则，但是，在民事执行异议之诉案件实体审理过程中，更应体现对实质正义的追求。具体来讲，如果法院认定买受人除剩余价款未予支付条件外均已符合物权期待权的构成要件，那么直接在判决主文中判令买受人在一定期限内履行向执行法

院即一审法院支付剩余价款，若买受人实际履行了该判项义务，则可以取得物权期待权排除执行；否则，则不能对抗抵押权。因此，将买受人支付全部价款作为物权期待权的构成要件之一，从裁判效果上看更接近达到了一种权益保护的平衡。抵押权人在无法执行抵押物的情况下，可就买受人支付的剩余价款主张优先受偿，弥补一定的损失，同时就买受人在购房时可能存在的瑕疵审查义务，责令承担一定的风险责任，也体现出执行异议之诉制度的公平性。

综上所述，民事诉讼法规定执行异议之诉的立法初衷是为有效防止申请执行人与被执行人恶意串通损害实际权利案外人的合法权益，赋予执行标的的实际权利人作为案外人的一种自我权益保护的诉权，但实践中，不可避免地出现被执行人借机与案外人串通损害申请执行人的权益，转移财产、逃避执行的现象。人民法院在审理执行异议之诉中如何去伪存真，促使执行与审判程序有效衔接，如何通过法院裁判结果体现的价值取向，引导人民群众依法合理主张权利，已成为当下司法实践的迫切需求。最高人民法院对此已经高度关注，期待在不久的将来，能够制定相关司法解释予以回应。只有在实践中不断的探索与总结，才能验证现有制度规定的优势与欠缺，形成统一的规范，从而实现制度优势的最大化。因为，社会实践的发展决定了法律的发展，法律必然要随着实践的发展而不断创新。⁽¹⁷⁾

结语

在现代法治社会评价体系中，对于权利的保护程度，反映了一国法律对个人自由认可与尊重的全面程度。即将实施的《中华人民共和国民法典》充分彰显了权利本位理念的核心地位。但是，完美的权利体系与法律制度也仅是理想状态，权利冲突具有不可消除性。基于理论上欠缺对权利冲突的清晰定位，立法上缺乏解决冲突的具体法律规范，权利冲突更多是依靠法官在具体案件审理中予以解决。比如，针对物权期待权与抵押权之间的权利冲突，现行法律及司法解释尚未就权利受法律保护者优先顺位进行明确规定，而且缺乏对权利让步方受损权利补救途径进行指引。这就需要不断地丰富和完善权利冲突的化解路径，学术上加深对权利的本质及冲突理论的研究，立法上细化对各种权利及其所代表利益的价值评价，并就权利实现过程及相应救济途径配置以法定程序，司法上在具体案件中对冲突的权利进行比较衡量，在实现一方权利时，尽量减少对另一方的权利损害。权利冲突论必将会如社会契约论、权利本位论一样，在国家治理体系现代化中显现出极具有时代意义的理论价值。

注释：

1 参见苏力：《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》，《法学研究》1996年第3期；关今华：《权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑——也论〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》，《法学研究》2000年第3期；刘作翔：《权利冲突的几个理论问题》，《中国法学》2002年第2期；郝铁川：《权利冲突：一个不成问题的问题》，《法学》2004年第2期；王克金：《权利冲突论——一个法律实证主义的分析》，《法制与社会发展》2004年第2期；郭明瑞：《权利冲突的研究现状、基本类型与处理原则》，《法学论坛》2006年第1期。

2 参见郭锐等：《权利冲突与权利顺位：民商事案件中的利益衡量与裁判方法》，《人民司法·应用》2016年第25期。

3(9) 刘贵祥、范向阳：《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2015年第11期。

4 《担保法》第40条将抵押物转让规则分解为三项制度，即不通知或告知则转让无效制度、提供相应的担保制度及提前清偿或提存制度。

5 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第67条在承认了抵押权的追及效力的同时，赋予买受人代为清偿债务获得抵押物的权利。

6 类案检索要件：关键词：抵押权、物权期待权，案件类型：民事，案由：执行异议之诉，法院名称：最高人民法院，生效时间：2018 年 1 月 1 日至 2020 年 9 月 30 日。

7 为避免论述冗杂，本文就执行异议之诉不再划分案外人执行异议之诉与申请执行人执行异议之诉。

8 通过案例检索，最高人民法院在 2018 年以前作出的案外人执行异议之诉二审及再审案件中，部分裁判观点直接将《执行异议和复议规定》第 28 条排除在第 27 条但书条款之外；部分采取回避态度，对地方人民法院适用 28 条规定排除执行的裁判结果也予以了维持。但在 2018 年以后的案例中，基本对第 28 条作为第 27 条但书条款形成统一观点，不再强调仅有消费者买受人物权期待权可以对抗抵押权。这种观点也与地方人民法院审判实践结果达成了一致。

9 参见王毓莹：《不动产买受人提起的执行异议之诉的处理》，《人民法院报》2019 年 2 月 21 日。

10 参见许德风：《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012 年第 3 期。

11 参见孙宪忠、常鹏翱：《论法律物权和事实物权的区分》，《法学研究》2001 年第 5 期；陶丽琴、陈永强：《不动产事实物权的适用与理论阐释》，《现代法学》2015 年第 4 期。

12 张燕、仲玮珩：《银行抵押权、预售商品房购房人权利的冲突与解决》，《人民司法》2017 年第 16 期。

13 参见庄加园：《不动产买受人的实体法地位辨析——兼谈〈执行异议和复议规定〉第 28 条》，《法治研究》2018 年第 5 期。

14 辽宁省沈阳市沈河区人民法院(2017)辽 0103 民初 17223 号一审民事判决书，辽宁省沈阳市中级人民法院(2019)辽 01 民终 5786 号二审民事判决书。

15 参见程啸：《担保物权研究》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 349 页。

16 参见李涛：《当代中国的改革与法治——以改革开放以来法律制定的主要特点为中心》，《广东社会科学》2019 年第 5 期。