

债权人保护系列专题（一）：不动产物权期待权与抵押权顺位探讨

摘要

最高院以《执行异议和复议规定》赋予未登记不动产买受人物权期待权，以排除金钱债权的强制执行；但实践中对其能否排除抵押权意见不一。考察司法解释及裁判观点，符合条件的商品房消费者能够排除抵押权强制执行；其他一般不动产买受人也存在被法院承认对抵押权的优先地位的可能，但法院对其一般适用更严格的判断标准。《中华人民共和国民法典》（2021年1月1日生效，下称“《民法典》”）生效后，其关于抵押物转让的新规则是否会对不动产买受人的物权期待权产生颠覆性影响，仍有待未来对司法实践的进一步观察。

一、不动产物权期待权

所谓期待权，指有些权利并非完全地现实享有，而是“对未来完整权利取得的一种期望，因取得权利的部分要件具备而受法律保护”。¹在我国，基于大量不动产未办理初始登记情形的现实存在，以及众多的不动产买受人对获得不动产物权具有某种值得法律保护的“期待”，最高人民法院（简称“最高院”）在2002年颁布的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（已失效）中首次实质性引入了不动产物权期待权制度，规定符合一定条件的具有消费者身份的房屋买受人可以对抗优先于抵押权的建设工程承包人对工程价款的

优先受偿权；后这一规定经司法解释和裁判不断完善、扩展，形成了一套“中国式不动产物权期待权体系”。²其中，以《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》（法释〔2015〕10号，2020年12月29日修订，简称“《执行异议和复议规定》”）第28条的“一般不动产买受人物权期待权”与第29条的“商品房消费者物权期待权”的规定最为典型，实践中关于其具体适用的争议也最多，有同案异判现象。

本文以法律及案例研究为基础，旨在厘清并回答以下问题：1、上述两类期待权和抵押权的顺位关系；2、两类期待权排除抵押权强制执行的构成要件；3、抵押权人同意转让抵押财产对抵押权优先性及不动产物权期待权实现可能性的影响。

二、第28、29条之期待权与抵押权的顺位

《执行异议和复议规定》第27条规定：“申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外。”该条款的但书为排除优先受偿权的强制执行留出了立法空间，而《执行异议和复议规定》第28、29条则在实践中成为了不动产买受人主张排除抵押权人强制执行的主要依据：

¹ 申卫星：《期待权研究导论》，《清华法学》2002年第1期。

² 关于对“中国式不动产物权期待权”的归纳，可见庄诗岳：《中国式不动产物权期待权的批判与反思》，《河北法学》2021年第11期。

第 28 条（一般不动产买受人的物权期待权）	第 29 条（商品房消费者的物权期待权）
<p>金钱债权执行中，买受人<u>对登记在被执行人名下的不动产</u>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。</p>	<p>金钱债权执行中，买受人<u>对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房</u>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。</p>

上述两类期待权能否视为第 27 条的“除外”而排除抵押权的强制执行？司法实践通常认为，第 29 条规定的商品房消费者物权期待权可同时对抗普通债权和担保物权；³而对于第 28 条规定的一般不动产买受人物权期待权则存在完全相反的观点：一种观点认为，第 28 条属于第 27 条的除外，一般不动产买受人可同时对抗普通债权和担保债权，如最高院在（2018）最高法民终 490 号案中认为：“一般而言，案外人就执行标的提出的异议，常因申请执行人享有担保物权等优先受偿权而得不到支持，但该司法解释第二十八条、第二十九条也分别针对不动产和用于居住的商品房规定了除外情形。第二十八条规定：‘……。（略，见上表）’符合该条规定的四个条件的不动产买受人的物权期待权，即可以排除享有担保物权等优先受偿权的申请执行人的强制执行。”⁴另一种观点则认为，第 28 条不属于前述除外，该条款下的买受人仅得对抗普通债权，不得对抗抵押权，如最高院在（2018）最高法民申 1972 号案中认为：“……《执行异议和复议规定》第二十八条亦规定了在金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，获得人民法院支持所要满足的四个要件，但该条规定仅能对抗对被

执行人享有普通债权的债权人。从法律逻辑上看，房屋买受人若要排除普通债权的执行，既可以选择适用《执行异议和复议规定》第二十八条，也可以选择适用第二十九条，但房屋买受人若要排除建设工程价款优先受偿权、担保物权等权利的强制执行，则必须符合《执行异议和复议规定》第二十九条的规定。”⁵意即，不符合第 29 条规定要求的不动产买受人不得对抗抵押权强制执行。最高院于 2019 年颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，下称“《九民纪要》”）第 125 条和第 127 条进一步细化了商品房消费者物权期待权和一般不动产买受人物权期待权构成要件的判断标准，但并未明确规定一般买受人物权期待权不得对抗抵押权。其后，最高院在《九民纪要》第 126 条中指出：“根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 1 条、第 2 条的规定，交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，故抵押权人申请执行登记在房地产开发企业名下但已销售给消费者的商品房，消费者提出执行异议的，人民法院依法予以支持。但应当特别注意的是，此情况是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定，

³ 见（2018）最高法民申 4266 号、（2018）最高法民终 1007 号、（2018）最高法民申 4755 号、（2019）最高法民终 162 号。

⁴ 此观点还可见（2018）最高法民申 2703 号、（2019）最高法民终 537 号、（2019）最高法民申 2932 号、（2019）最高法民终 1208 号以及基于同一事实的系列案例（共 24 件，含（2020）最高法民申 1495 号）。

⁵ 此观点还可见（2018）最高法民申 5072 号、（2019）最高法民申 1684 号、（2019）最高法民终 1615 号以及基于同一事实的系列案例（共 8 件，含（2020）最高法民终 1196 号）。

必须严格把握条件，避免扩大范围，以免动摇抵押权具有优先性的基本原则。因此，这里的商品房消费者应当仅限于符合本纪要第 125 条（注：实指《执行异议和复议规定》第 29 条）规定的商品房消费者。买受人不是本纪要第 125 条规定的商品房消费者，而是一般的房屋买卖合同的买受人，不适用上述处理规则”，似乎传达出其对于一般不动产买受人物权期待权不能对抗抵押权的倾向性。

根据我们的公开检索和比较，就最高院的判例而言，认为一般不动产买受人物权期待权不得对抗抵押

权的判决和裁定似占多数。但最高院一直存在支持一般买受人物权期待权对抗抵押权的判例，且在《九民纪要》出台后仍有持这一观点的判例。⁶下文将基于裁判观点，就两类期待权排除抵押权强制执行的要件进行详述。

三、第 28、29 条之期待权排除抵押权强制执行要件的区别

根据《执行异议和复议规定》第 28、29 条的规定，两类期待权的构成要件既有相同又有区别：

		一般不动产买受人的物权期待权	商品房消费者的物权期待权
共同要件		在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同	
不同要件	房屋性质	/	购房用于居住 买受人名下无其他居住用房
	义务履行	已支付全部价款，或已支付部分价款且将剩余价款按法院的要求交付执行	超过总价款 50%
	占有情况	买受人在查封前已合法占有	/
	主观过错	非因买受人自身原因未办理过户登记	/

四、商品房消费者物权期待权（《执行异议和复议规定》第 29 条）成立要件

1、在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同：为确认买卖合同的真实性、合法性和有效性，法院会考察合同签订时间、付款时间、收据出具时间等因素判断。

2、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：《九民纪要》第 125 条指出“可以理解为在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内

商品房消费者名下没有用于居住的房屋。商品房消费者名下虽然已有 1 套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神。”就买受人的购房目的，一般考察购房人将房屋用作自住还是营利用途（包括生产经营、对外出租等）（(2019)最高法民终 1615 号）。对于如何判断买受人名下无其他用于居住的房屋，实践中多由不动产登记机关出具证明确认。我们注意到，在买受人仅提交了其户籍地所在区的房屋登记信息的情形下，最高院在(2019)最高法民终 157 号案中

⁶ 《九民纪要》颁布后，最高院在(2019)最高法民终 1615 号以及某基于同一事实的系列案例（共 8 件，含(2020)最高法民终 1196 号）中明确《执行异议和复议规定》第 28 条不得对抗抵押权；但在(2019)

最高法民终 1208 号以及某基于同一事实的系列案例（共 24 件，含(2020)最高法民申 1495 号）中，又认可其得对抗抵押权。

认为其已初步完成了举证责任，在没有相反证据推翻的情况下，可认定其名下无其他用于居住的房屋。

3、已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十：对该要件，一般争议不大，有问题的是对于未支付价款达到 50%的是否一概不支持。对此，《九民纪要》第 125 条认为：“如果商品房消费者支付的价款接近于百分之五十，且已按照合同约定将剩余价款支付给申请执行人或者按照人民法院的要求交付执行的，可以理解为符合该规定的精神。”

需要强调的是，在涉案房屋为房地产企业开发的商品房的情况下，部分法院可能允许当事人择一适用第 28 条或 29 条：如在 (2019) 最高法民终 1208 号案中，山西省高院一审认为第 28 和 29 条在适用上产生竞合，应一并审查，并以当事人未提供无房证明为由适用了第 28 条判断期待权是否成立，最高院二审也适用了该条；又如最高院在指导案例 156 号（(2016)最高法民申 254 号）裁判要点中指出，案外人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房请求排除强制执行的，可以选择适用第 28 条或者第 29 条规定；案外人主张适用第 28 条规定的，人民法院应予审查。

五、一般不动产买受人物权期待权（《执行异议和复议规定》第 28 条）成立要件

1、在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同：最高院在 (2019) 最高法民申 227 号案中强调适用第 28 条时应从严审查、严格把握。⁷实务中，法院往往不单纯依据书面合同的证明力，还会结合合法占有不动产的时间这一要件对买卖关系的真实性进行判断。

⁷ 最高院在本案中认为，权利人主张权益的基础是其基于民间借贷关系签订的以房抵债协议，但其提交的证据仅能证明债务人账户收到款项，不能证明该款项是自权利人账户转出；权利人主张是委托案外人转出款项，但并未提交案外人对此认可的证据，因此认为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。本案虽未明确认定系虚构债务逃避执行，但当事人的动机是值得怀疑的。

⁸ 司伟、王小青：《排除执行异议之诉中不动产买受人排除强制执行的要件审查》，《人民司法》（案例）2019 年第 23 期。

⁹ 见前注 8，司伟，王小青文。

2、在人民法院查封之前已合法占有该不动产：司法实践中的“占有”指对不动产进行实际管理和支配，包括直接占有（居住）、间接占有（出租）或其他实际使用不动产的行为。一般而言，买受人取得房屋钥匙、办理入住手续、签订物业服务合同、交纳水、暖、电、气、物业费用、与他人签订租赁合同并存在收取租金的事实等都可作为证明。⁸

3、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：实践中法院多综合买受人的付款来源、时间、地点、方式、支付过程是否符合交易习惯等判断。一般而言，第三人应提供通过银行转账形成的付款凭证；仅提供出卖人出具的收据，或者主张合同价款系现金交付但无证据证明存在支付事实的，一般不予认定。⁹对于采用以房抵债或抵押贷款方式购房并有相关证明材料的，亦可视为已支付全部价款。

4、非因买受人自身原因未办理过户登记：即买受人对未办理登记不存在过错。《九民纪要》第 127 条第 2 款指出：“一般而言，买受人只要有向房屋登记机构递交过户登记材料，或向出卖人提出了办理过户登记的请求等积极行为的，可以认为符合该条件。买受人无上述积极行为，其未办理过户登记有合理的客观理由的，亦可认定符合该条件。”需要说明的是，在抵押权设立在前而买卖合同签署在后的情况下，法院在考察买受人是否存在过错时，可能要求其不动产进行抵押情况的核查，如其未核实抵押权状况或对抵押权状况明知而仍签订合同的，应视为其对未办理过户登记存在过错，故不能排除抵押权的强制执行。¹⁰

¹⁰ 如在 (2019) 最高法民申 1489 号案中，买受人签订《土地使用权转让协议》时有在先抵押，合同约定于一定期限内办理解除抵押担保手续，但一直未办理解押与过户登记，后案涉土地再次抵押。最高院认为，受让人签订协议时明知案涉土地上存在他人抵押权，其仅依据未办理过户登记的《土地使用权转让协议》不能产生受让案涉土地使用权的法律效力，不能办理过户登记是其在签订合同时既已明知的商业风险和法律障碍，不能归咎于他人的合法行为，更不能阻碍行使抵押权。尽管该案例并非房屋买卖纠纷，但基于土地同为不动产，该等观点在实践中的出现值得投资者重视。

六、抵押权人同意转让抵押财产对抵押权优先性的影响

除上述不动产买受人的物权期待权能够对抗抵押权以外，在《民法典》生效之前，根据《中华人民共和国物权法》（已失效，下称“《物权法》”）第 191 条规定¹¹以及相关司法实践，法院还可能基于抵押权人书面同意抵押人出售房屋的事实认定抵押权人不得再就该房屋的物权行使抵押权，而仅可就该房屋的销售款项行使抵押权，¹²即在该种情况下，房屋买受人可以取得足以对抗抵押权人的完整房屋所有权。

但是，《民法典》对《物权法》第 191 条作出了根本性的改动。《民法典》第 406 条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。……”，《物权法》下“经抵押权人同意方可转让抵押财产”的基本原则被废止，在当事人无相反约定的情况下，抵押人可自由转让抵押物而无需获得抵押权人的同意，但抵押权不受抵押物转让的影响，仍然及于转让后的抵押物。最高院于 2020 年 12

月 31 日颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28 号）对上述“当事人另有约定”的情况对于买卖合同效力及买受人的物权的影响作出了进一步细化，但并未明确提及买受人的物权期待权，也未明确该权利与抵押权之间的顺位关系。因此，上述规定是否意味着不动产买受人的物权期待权无法再对抗抵押权，从而对上述抵押物买受人的物权期待权产生颠覆性的影响，还有待对司法实践的进一步观察。

七、结语

在《民法典》生效之前，符合条件的商品房消费者能够排除抵押权强制执行；而对于一般不动产买受人能否排除抵押权强制执行，司法实践中尚存在不同的看法和观点。《民法典》生效后打破了“未经抵押权人同意不得转让抵押物”的规则，允许抵押物自由转让，但抵押权不受抵押物转让的影响。《民法典》的该等规定是否会对不动产买受人的物权期待权产生颠覆性影响，仍有待未来对司法实践的进一步观察。我们也将持续关注这一问题，并及时分享司法实践的最新进展。

张莉萍 合伙人 电话：86 10 8553 7768 邮箱地址：zhanglp@junhe.com
田小影 律师 电话：86 10 8553 7971 邮箱地址：tianxy@junhe.com
孙 然 律师 电话：86 10 8553 7721 邮箱地址：sunran@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

¹¹ 《物权法》第 191 条：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”

¹² 如在（2016）最高法民申 887 号案中，最高院认为，《物权法》第 191 条确立了“抵押权人同意方可转让”的基本原则，即在抵押

权人同意转让抵押物的情况下，不应由受让人代为清偿债务，在抵押物的交换价值实现之日即丧失了物上追及力，抵押权的效力仅及于转让价款。但需要说明的是，最高院对此问题的看法并不完全一致，如在（2018）最高法民申 6179 号案中，最高院认为抵押权人的书面同意不影响其此后行使抵押权。