

案外人异议之诉权益冲突规则研究

——以多重买卖与案外人异议规则的比较为切入点

王宝道

(中国政法大学民商经济法学院, 北京, 100088)

摘要: 案外人异议之诉是案外人及当事人权利救济制度, 兼具形成之诉和确认之诉两种性质, 不同于传统诉讼类型。目前, 民事实体法的权益冲突规则与案外人异议程序的权益冲突处理规则所体现的思路并不一致, 突出体现在多重买卖与案外人异议程序中的权益冲突规则的差异。比较多重买卖规则与案外人异议程序规则, 在构建异议之诉权益冲突规则时, 以吸收《异议复议规定》既有规则为妥, 同时补充《异议复议规定》所未明确的规则, 在实践中谨慎使用物权期待权的概念, 防止出现审判执行中的混乱。

关键词: 案外人异议之诉; 权益冲突规则; 案外人异议程序; 多重买卖

中图分类号: D925.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)03-0047-07

执行过程中, 案外人对执行标的提出异议, 人民法院审查后作出裁定, 案外人、当事人对该裁定不服, 与执行依据无关的, 可以向人民法院提起诉讼, 这一诉讼便是案外人异议之诉^①。案外人异议之诉是《民事诉讼法》第227条规定的案外人及当事人权利救济制度, 兼具形成之诉和确认之诉两种性质, 不同于传统诉讼类型^②, 其本质是解决权益冲突的程序。《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《异议复议规定》)对案外人异议程序的审查判断标准作出了明确规定, 然而, 案外人异议之诉裁判规则却因实践的复杂性而付之阙如。

一、问题的提出

案外人异议程序与案外人异议之诉程序都要解决的核心问题, 是案外人主张的实体权益能否排除执行。解决这一核心问题, 需要在案外人异议程序与案外人异议之诉中均作出两项判断, 第一项判断是案外人的实体权益是否真实存在, 第二项判断是案外人主张的权益能否排除执行, 即能否对抗强制执行债权^③。

第一项判断, 即案外人的实体权益是否真实存在, 是判断案外人主张的权益能够排除执行的前提和基

础。无论案外人异议程序还是案外人异议之诉程序, 都必须对此审查, 不同之处在于两者对该权益存在与否的审查程度。异议程序侧重于外观审查, 异议之诉程序侧重于与外观不一致的实体法律关系或者与外观相左的实体权益的查明。这一设置与我国案外人异议之诉制度的独特设计有关。德国^{[1](415)}、日本^[2]、韩国^{[3](192)}, 以及我国台湾地区对异议之诉的规定^④, 均是案外人直接向执行法院提起, 并未设置前置审查程序, 因此也不涉及在案外人异议程序和案外人异议之诉中如何查明权益状态的问题。而我国民事诉讼法将案外人异议程序作为案外人异议之诉的前置程序, 案外人提起异议之诉前, 必须先经异议程序审查并作出裁定。正是这种独特的程序设置, 使得对同一个问题的审查放到两个程序中进行。因此, 案外人异议程序中的外观审查与案外人异议之诉中的实质审查的不同, 仅存在于第一项即权益是否存在的判断, 而与第二项判断无涉。

由此观之, 将外观审查与实质审查的区别扩大到案外人异议程序与案外人异议之诉的第二项判断中, 是割裂了异议程序与异议之诉的整体性, 混淆了异议程序和异议之诉程序中所共同经历的两个必然阶段。判断一项权益是否能够排除执行, 如果判断标准在权益外观与实际权益之间游移, 只会导致权益冲突判断规则的混乱。而权益外观的标准与实质权益标准的不

同,应当是执行实施中对执行标的权属判断和案外人异议之诉(包含异议程序和诉讼程序)对执行标的权属判断的区别,而不是异议程序与异议之诉程序中权益冲突规则的差异。

第二项判断,案外人主张的权益对抗强制执行债权的判断规则,即权益冲突规则,应否有所差别。

现行民事诉讼法及相关司法解释并未确定异议之诉中权益冲突判断规则适用《异议复议规定》中的异议程序权益冲突判断规则。有观点认为,案外人异议之诉不应适用《异议复议规定》的有关规则。首先,《异议复议规定》确定的权益冲突规则针对的是异议程序,而非异议之诉。其次,异议程序审查的理念不同于异议之诉。异议程序遵循的判断标准基本上遵循了外观主义,而异议之诉则侧重于实质法律关系,这就使得异议之诉应当采用不同于异议程序的审查标准。最后,如两个程序的审查规则相同,则两者功能重合,必将导致司法资源浪费,案外人异议审查程序也失去独立存在的价值。

笔者认为,这种观点的理由并不充分。尽管异议程序的审查理念不同于异议之诉的审查理念,但这种理念的差异,存在于对权益是否存在这一项判断之中。形式审查与实质审查的内容,针对的是权益的真实状态而不是权益的冲突处理。如果采用不同标准,则不同标准的存在意义值得怀疑。异议之诉的判断结果在后,其必然能够推翻异议程序的判断,异议程序的判断标准为异议之诉的标准所否定,案外人或者当事人必然会在异议之后再寻求诉讼程序救济。异议程序的价值并不表现在与异议之诉权益冲突规则的差异上,而是体现在对案件的初步筛查的功能。“考虑到审判程序比较复杂,如果对所有的案外人提出的异议不经审查便直接进入审判程序,不仅影响执行效率,还可能给一部分债务人拖延履行留下空间,不利于债权的及时实现。实际上,一部分案外人异议仅通过执行机构的初步审查即可得到解决。”^[4](324-325)]因此,案外人异议程序与异议之诉的权益冲突规则应当一致。我们需要考虑的,只是由于部分实体法权益冲突规则与现行异议程序的权益冲突规则有所不同,在构建异议之诉权益冲突规则时,是将现行异议程序的规则直接植入异议之诉规则中,还是参照实体法规则构建案外人异议之诉规则并重构异议程序规则。

二、权益冲突规则的差异

作为案外人异议程序中权益冲突判断规则的《异

议复议规定》规定了常见权益冲突规则:①所有权与金钱债权的冲突;②基于物权的物之交付请求权与金钱债权的冲突;③基于债权的物之交付请求权与金钱债权的冲突;④部分非法律行为发生物权变动与金钱债权的冲突;⑤担保物权等优先受偿权与案外人主张权利的冲突;⑥特殊情形下案外人对不动产的权利与金钱债权的冲突;⑦特殊情形下案外人对商品房的权利与金钱债权的冲突;⑧物权预告登记效力与金钱债权的冲突;⑨承租人占有权利与债权人权利的冲突。

案外人异议之诉的审判实践丰富,相关权益冲突规则亦有理论上的探索^⑤,整体来说,这些规则承继甚至移植了实体法审判的经验和思维。然而,实体法的部分规定与案外人异议程序对权益冲突的判断规则不一致,突出体现在特定物多重买卖中权益冲突规则与《异议复议规定》中权益冲突规则的不协调。

多重买卖的实体法规定主要有:《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条,《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第20条,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《买卖合同解释》)第9条、第10条。这些规定明确了特定物多重买卖中,数份合同均有效且买受人均要求履行合同(交付特定物)时的处理规则:对普通动产遵循“交付、付款、合同成立先后”的履行顺序;对特殊动产以“交付、登记、合同成立先后”确定履行顺序;对土地使用权这一不动产,履行顺序则是“登记、占有、付款、合同成立先后”;对土地承包经营权,履行顺序为“登记、生效在先的合同、合法占有”。《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第15条秉承了上述司法解释的精神,对涉及房屋多重买卖的审理,规定一般应按照“变更登记、合法占有、合同履行、合同成立先后”等顺序确定权益保护顺位。这些规定与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第15条、《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10条共同构建了这样的规则:在买受人皆无恶意的情况下,由已经完成标的物登记或者交付的买受人取得物权,其他买受人仅得向出卖人主张违约责任;在未完成登记或者交付的情况下,仅一名买受人可以主张特定物的交付,其他买受人能向出卖人主张违约责任。买受人主张交付特定物违约责任的基本形式有实际履行、支付违约损害赔偿或者违约金、定金。在合同不能继续履行的情况下,买受人仅能主张违约损害赔偿或者违约金、定金,而这些违约责任形式皆为金钱给

付义务，故其余买受人的物之交付请求权转化为金钱债权请求权。概言之，在买受人皆无恶意，标的物未完成登记或者交付的情况下，仅一名买受人可以主张特定物的交付，而其他买受人仅能主张金钱债权。在不同物的种类上，多重买卖司法解释规定的权益冲突规则与《异议复议规定》中的权益冲突规则存在如下明显差别。

第一，不动产的权益冲突规则。首先，根据多重买卖司法解释关于不动产纠纷的判断规则，实际上会产生基于债权的物之交付请求权^⑥先于金钱债权请求权得到满足的结果；而《异议复议规定》第26条第1款第2项规定，基于债权的物之交付请求权不得对抗金钱债权的执行^⑦。其次，特殊情况下不动产的权益能否排除金钱债权执行的条件不同。基于债权的不动产交付请求权排除金钱债权执行的特殊条件，多重买卖司法解释与《异议复议规定》均有规定，但多重买卖司法解释的条件较为宽泛，《异议复议规定》则较严格。如前所述，多重买卖司法解释对房屋、土地使用权、土地承包经营权等不动产，确立了基于债权的物之交付请求权在占有、合同成立、合同履行等因素下可以排除执行，而《异议复议规定》第28、29条规定案外人对不动产的权益只有具备若干条件时才能排除执行，这些条件明显严于多重买卖司法解释。最后，尽管在一定条件下基于债权的物之交付请求权可以排除执行，但多重买卖司法解释与《异议复议规定》的理念迥异。

第二，动产的权益冲突规则。与不动产实体规则相同，多重买卖司法解释明确了对动产主张债权的保护顺序，这样实际上会产生基于债权的物之交付请求权先于金钱债权请求权得到满足的结果。而《异议复议规定》并未认可对动产基于债权的物之交付请求权可以排除执行。

第三，特殊动产的实体权益冲突规则。《买卖合同解释》第10条第4项确认了交付的效力优于登记的规则，《物权法解释(一)》第6条从善意取得制度的角度再次确认了该规则，并且进一步确定强制执行债权人应排除在物权法第24条所称的“善意第三人”之外。这一规定与《异议复议规定》的立法精神亦有不同。

三、规则的选择

多重买卖中的权益冲突规则是否与既有民事权益体系相融洽，与《异议复议规定》确定的案外人异议程序权益冲突判断规则孰优孰劣，需要根据不同情况

分析。

(一) 不动产与普通动产的多重买卖权益冲突规则存在缺陷

为便于讨论，笔者先设一例：甲向乙借贷，后无法清偿，便将自己房屋一物二卖，先后与丙、丁签订房屋买卖合同。丙、丁皆不知一物二卖的事实，先后向甲支付了购房款。甲违约，乙、丙、丁分别向法院起诉。乙取得了金钱债权的执行依据，而丙和丁的诉讼请求为继续履行合同，法院判决甲向丙交付房屋，向丁支付违约金。在乙申请执行的案件中，法院查封登记在甲名下的房屋，丙以案外人身份向法院提出异议，提出甲已将房屋卖给自己，可以排除执行。法院作出异议裁定。丙不服，向执行法院提起案外人异议之诉。

本例是典型的金钱债权执行中执行不动产的案外人异议之诉。根据物权法第9条规定的登记生效主义规则，未办理登记不生物权效力，案外人此时提出的权利并非基于物权的交付请求权，而是基于债权的交付请求权。如果遵循多重买卖司法解释规则，结果是本案不能执行房屋。理由是，根据多重买卖司法解释规则，与丙同样作为房屋交易相对人的丁的物之交付请求权转化为金钱债权请求权且劣后于丙的物之交付请求权。更何况，普通债权人对物权公示不能产生信赖利益，交易相对人丙、丁对房屋享有的权利强于普通债权。因此，法院在实现普通债权人乙的金钱债权时不能执行该房屋。

多重买卖司法解释规则得出的结论存在诸多缺陷：第一，这一处理规则与传统债法理念不一致，突破了债权平等原则。丙、丁与甲的基础法律关系相同，都是交易相对人，均能产生信赖利益。然而，丁却因合同成立在后仅能取得金钱债权，落后于丙的权利。由此逻辑推演，乙因非交易当事人而不能产生对物权公示的信赖利益，无法对抗因交易而产生信赖利益的丁的权利，乙的债权落后于丁的债权。如果甲的财产仅剩此处房屋，丙可以继续取得该房产，乙、丁的金钱债权却无法得到清偿。这一结果殊为不公。债权平等原则是债法的基本原则，数个债权人对同一债务人先后发生数个普通债权时，其地位一律平等，不因其成立先后以及发生原因的不同而有效力上的优劣^{[5][8]}。债权平等原则是基于债权相对性而延伸出的原则，正是因为债权具有相对性无法公示，而无排他的效力。多重买卖司法解释择一债权人保护其物之交付请求权，而其他债权人物的交付请求权转化为金钱债权请求权的做法，不仅冲击了既有法律规则，还产生权益保护不均衡的弊端。

第二,多重买卖司法解释规则非但不能促进交易,反而增加交易成本,削弱交易安全。尽管效率是市场交易的重要价值追求,但是,效率应当以安全为基础。这种安全体现在对风险的防控上。市场交易者要避免风险,应对法律规定的注意义务特别关注。就房屋买受人而言,其在交易时不仅需要查询既已公示的物权状态,还需要调查出卖人是否有与其他人签订合同、是否转移占有等情形,这对受让人来说不仅徒增金钱、时间等成本,而调查的最终结果也并不一定完全与实际情况相吻合。这种情形终将影响市场交易的效率和安全。

第三,从我国立法看,多重买卖规则的设计与其他相关债权制度的立法在体系上并不融洽。《破产法》第113条、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第94条,确定了在破产程序及执行参与分配程序中普通债权平等、按比例受偿的规则。这些规则,都是债权平等原则的具体体现。尽管法律也规定了特殊情况下对债权平等原则的突破^⑤,但是,这些突破皆有足够的理由和明确的法律规定,是立法者对各方面因素综合考量的结果。债权平等原则系基于民事权利体系通盘考量而确立,也经过了域内外实践和历史的检验,立法上的个别突破并未否定债权平等原则在债法领域的基础地位。有学者认为多重买卖司法解释中所确立的处理方案,打破了债权平等原则,其不仅在理论上不能成立,而且会造成与既有立法的激烈冲突^⑥。

第四,多重买卖司法解释导致了程序法上的困境。根据目前实体法规则,众多买受人在案件诉讼中应当作为第三人参加诉讼。而在该种诉讼中,第三人有可能为后买人,也有可能为先买人。如果先买人因不能归责于本人的事由未参加诉讼,嗣后的判决必然损害其取得标的物所有权,那么,先买人可提起第三人撤销之诉或者案外人申请再审程序予以纠正。这种情形必然影响社会关系的安定及交易安全,导致程序上反复纠缠,毫无益处。假如各债务人取得的是金钱债权,则不存在相互冲突的问题,可在执行过程中根据债权数额比例予以分配。

实际上,前述多重买卖的权利冲突规则忽视了应当重点考察的一个因素——出卖人的偿债能力。在金钱债权与特定物交付请求权冲突的情况下,出卖人能否清偿所有债务是必须考量的因素。在强制执行程序中,如果债务人的财产能够清偿所有债务,金钱债权与特定物交付请求权冲突时,应当优先满足特定物交付请求权。因为债务人此时尚有其他财产可供执行,人民法院可以执行债务人的其他财产,金钱债权人的

权益不会受到损害。如果债务人资不抵债,便进入参与分配程序或者破产程序,特定物交付请求权变更为金钱债权请求权,应当按参与分配的规则或者破产法规定的顺序和比例受偿^⑦。在民事审判中,应当审查出卖人是否有能力清偿所有债务,否则,在出卖人赔偿能力不足的情况下,将出现案例中利益保护严重失衡的问题。多重买卖司法解释确定的权益冲突规则并未明确在审判中应审查出卖人的偿债能力。但是,即使规定了这一审查要素,在实践中也难以实现完全查明的目标。出卖人的偿债能力是一个动态变化的过程,随时可能因各种因素发生改变,静态下出卖人偿债能力尚难查明,遑论动态变化的偿债能力。这种对出卖人偿债能力的审查,不仅会使诉讼繁琐冗长,也施与诉讼过多期待。

(二) 特殊动产多重买卖权益冲突规则的现实困境

特殊动产的物权变动,采用的是“交付生效、登记对抗”的规则。相关实体法规则确立了“交付优先于登记”的规则,并将强制执行债权人排除出“善意第三人”的范畴,进而推导出这样的结论:部分情形下,强制执行措施亦不能对抗占有标的物的受让人。

对于强制执行债权人是否为不可对抗的第三人这一问题,有观点认为,虽然日本和法国都将其作为绝对不可对抗的第三人,但这是与其意思主义物权变动模式相对应的,在我国不能简单适用。我国《物权法》第24条所涉善意第三人不应包括强制执行人。第一,理论上讲,任何一个普通债权人都有可能成为强制执行债权人,而对债务人来讲,其所有的全部财产都须作为责任财产,即使查封登记在债务人名下的特殊动产。债权人所指向的债务人的财产并不必然是该查封的特殊动产,即债权人对该财产没有特定利益。因此,强制执行债权人与普通债权人并无本质区别。第二,由于特殊动产已经交付给受让人,故受让人对该财产已经没有所有权,而转让人作为债务人,责任财产必须是其拥有所有权的财产。根据《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》(以下简称《查封规定》)第17条规定^⑧,不动产物权变动为登记生效主义,此时没有办理过户登记尚且不能查封,而特殊动产物权变动采纳的是登记对抗主义,本着举重以明轻的原则,特殊动产已经交付但尚未办理登记的,也不能成为强制执行债权的标的物^⑧ (189-190)。

笔者认为,这种观点有其缺陷。第一,存在机制漏洞,易发交易风险。特殊动产的物权变动适用的是交付生效、登记对抗主义,并不意味着交付的效力一定优先于登记;交付后如未经登记,不得对抗善意的

登记权利人。《买卖合同解释》在特殊动产多重买卖的履行顺序中所创立的交付的效力优于登记的规则，与物权法的规定精神和登记对抗主义的固有旨趣相左^[6]。从结果上说，将强制执行债权人排除到善意第三人之外，容易导致债权人与第三人恶意串通，将已被查封登记的特殊动产通过转移交付的方式规避执行。而在实践中，这种事后的转移交付伪造合同的行为根本无法查实，致使该制度存在虚构买卖规避执行的漏洞。第二，《查封规定》第17条有其特殊性，其出台背景是为了解决当事人物权登记无法办理的现实问题。该规定背景和目的的特殊性使得特殊动产的相关制度并不能与之类比。

（三）《异议复议规定》权益冲突规则的优势

对多重买卖权益冲突规则所存在问题的解决，有学者提出可以采用“竞买规则”，即在数个买卖合同均依法有效且买受人均未取得标的物的所有权且无法定优先因素的情况下，可在自愿的基础上由法院与各买受人协商，通过竞价的方式确定标的物的归属，竞得人所支付的价款按比例偿付其他买受人的债权；协商不成或在数个买受人之间形不成竞价的，可以拍卖、变卖标的物，根据各买受人付款的数额和应得的赔偿金额按比例分配所得价款。至于数个买受人受偿不足的部分，自应另外判决由出卖人以其他财产承担赔偿责任^[6]。根据这一规则，各个买受人确有平等竞争而获得标的物所有权的机会，从理论上讲，每个债权人都得到了公平对待，不会出现利益失衡。这一处理规则与《异议复议规定》理念一致。但是，该规则设置于审判程序中也存在操作上的问题，就是在审判程序中变价标的物时间冗长，一旦出现当事人对变价程序提出异议，审判程序的进程便会受到影响，法院将无法及时作出判决。因此，笔者认为，更为合理且具有操作性的方法是，审判程序仅确定债权人受偿方式即可，处置交由执行程序实现。这一思路与《异议复议规定》规则设计能够形成融洽的体系。

《异议复议规定》所确立的规则明确了基于债权的物之交付请求权仍属于债权请求权，与其他普通债权平等受偿。这一规则贯彻了民事权益顺位以公示效力强弱安排的基本精神，体现了普通债权权利平等的基本原则。这些规定，与既有的民事权利体系总体上具有一致性^⑧，能够满足市场经济对安全及稳定的现实需求，进而降低交易的成本，保证民事主体对其行为所能产生的后果有完全可靠的预期，切实保障民事主体的合法权益。

综上，既有多重买卖权益冲突规则存在先天缺陷，而《异议复议规定》规则更贴近实践，且在操作上更

为便捷，故案外人异议之诉的权益冲突规则应吸纳《异议复议规定》的既有规则。

四、特殊权益冲突规则的实践及展望

展望案外人异议之诉权益冲突规则的发展，在吸收《异议复议规定》所明确的规则的同时，也应增加特殊动产上的权益冲突规则等予以完善。但是，在吸收《异议复议规定》规则时，应当特别注意《异议复议规定》第28、29条的特殊性及其未来的发展。《异议复议规定》第28、29条均规定案外人何种权益能够排除对登记在被执行人名下不动产的执行。这两条规定是物权登记效力在执行程序中的特殊规则，被认为是物权期待权的保护^{[9](422-431)}。

《异议复议规定》第28条是对《查封规定》第17条的发展，相较更为精细。主要体现在：第一，执行债权的种类更加明确。《异议复议规定》第28条对申请执行债权的种类限定于金钱债权执行中，而《查封规定》第17条的规定没有限制。第二，对能够排除执行的权益加以限制。《异议复议规定》第28条规定能够排除执行的权益必须是基于对标的物的买卖合同而产生对物的权益，在形式上表现为两个条件：一是必须签订合法有效的书面买卖合同，二是在法院查封之前签订。“合法有效”是物权变动的基本条件，是意思形式主义的应有之义；而合同形式为书面形式以及合同签订时间在法院查封之前这两个要件是对《查封规定》第17条的进一步发展。第三，在价款方面，买受人已经支付全部价款或者按照合同支付部分价款，且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行。第四，买受人在人民法院查封前已经合法占有不动产。占有具有一定的公示效力，能够使得买受人的权利得到一定程度的展现，更能够强化对买受人以取得所有权为目的的意思表示的认知。第五，未办理过户登记的原因并非出自买受人。该条表述与《查封规定》第17条规定的第三人对未办理过户登记手续“没有过错”在本质上是一致的。《异议复议规定》第29条与其说是对“房屋消费者的物权期待权”^{[9](431-436)}的保护，以及对《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》立法精神的延续和发展，不如说是《异议复议规定》第28条的延伸。

《异议复议规定》第28、29条产生于《查封规定》第17条，因此，追踪《异议复议规定》第28、29条的历史就要掌握《查封规定》第17条的产生过程。《查封规定》制定于2004年，当时有相当数量买受人在购

买并占有不动产之后因登记制度不完善而无法办理过户登记手续,买受人居住多年无法办理登记的现象在全国非常普遍。曾有调查,在2004年年底,仅在武汉一地居住3年以上没有办理过户登记的住户就有20万户^{[10](309)},全国没有办理过户登记的数量可想而知。这种无法过户的情况,并非是买受人“躺在权利上睡觉”,而是登记制度不完善及登记机关怠于履行职责的客观原因造成。面对这种现实,如果仍然依照学理上的观念以登记的外观予以保全执行,将会严重损害无过错买受人的权益,造成不公平的情况,因此,《查封规定》第17条就规定了这一排除执行的特殊情形。可以说,《查封规定》第17条是对极其落后的不动产登记实践的司法妥协。而在《异议复议规定》制定时,尽管登记形势有所改善,但是仍有大量的不动产无法登记,《查封规定》第17条制定时存在的问题仍未得到彻底解决,司法实践仍有对《查封规定》第17条的延续和发展的现实需求。《异议复议规定》第28、29条规定就成为了解决当下不动产登记制度不完善弊端的“权宜之计”。随着产权保护的不断发展,不动产登记制度完善以后,不动产登记制度不及时不全面的弊病得以消除时,《异议复议规定》第28、29条规则也应退出历史舞台。

而基于以上认识,我们也应当注意到《异议复议规定》第28、29条规则并非德国“物权期待权”理论在中国的司法实践。在德国法理论中,物权期待权是期待权^①的一种,是指取得物权的某些条件已经实现,但仍有部分条件没有成就的情形。德国的物权期待权法律制度是习惯法所确定下来的法律实践。德国物权法的期待权主要有三种情形:一是所有权保留中买受人的地位^{[11](160-161)}。二是土地物权取得人在已作出有约束力的物权合意表示,且由取得人提起登记申请之后,而在登入土地登记簿之前的地位^{[11](343-344)}。三是担保债权成立前的抵押权的地位^{[11](333)}。期待权强于某一单纯的取得期望,但又弱于完全权利。尽管其与德国法理论上“物权性的期待权”有一定相似之处,但是《异议复议规定》第28、29条与之设计背景以及实践基础截然不同。如前所述,《异议复议规定》第28、29条的产生与我国不动产登记制度的落后有极大关系,而德国物权登记较为完善发达,物权性的期待权产生的意义在于解决权利转换中的漏洞。尽管二者外在特征有相似之处,但所要解决问题的根本却有云泥之别。况且,即使在德国,对于在何种情况下满足哪些条件才能取得期待权,并不存在普遍有效的答案,仅能就个案进行具体的考察。德国法律对已获得承认的期待权的处理,即期待权的转让、扣押以及保护等

问题,也未建立一项普遍有效的规则。物权期待权制度在德国也受到了学界诸多质疑^{[12](47-51)}。

因此,《异议复议规定》第28、29条所确定的特别规则不能简单地认为是德国物权期待权理论在中国的实践。用笼统的学术概念解决当下的现实问题,有导致司法实践混乱之虞。如前所述,德国有关物权期待权的规则也未完全确定,这对法官自由裁量权的规范运用要求极高。在实践中使用一个学术概念,不强调其产生的独特背景,严格限定其适用条件,将导致对既有的物权效力和债权平等原则的不断突破,也会带来裁判尺度不统一的问题。基于以上的种种担忧,在司法实践中应当避免使用物权期待权的概念。

五、结论

案外人异议程序与案外人诉讼程序功能定位应当明确,不能模棱两可。案外人异议程序应当具有的功能是过滤一部分案件。这些被过滤的案件往往是事实明确,对权益存在的事实没有争议,仅对能否排除执行有争议的案件。而案外人诉讼程序的功能,则应侧重于对实体权益是否存在的审查和判断。对案外人权益能否排除执行的这一判断,无论是异议程序还是异议之诉程序,都应当秉持相同规则,不应有所差别。而目前案外人异议之诉中权益冲突规则的缺失,导致司法实践中的认识并不统一,裁判尺度存在差异。构建完备的权益冲突规则,是一项体系性工作,笔者仅从多重买卖中的权利冲突规则入手,为构建案外人异议之诉规则掀开一角。在理论和实践中,诸如“借名买房”“隐名股东”等权利外观与当事人对权益的实际意思不一致的执行问题,均存在不同的认识和做法,亦是今后研究的重点问题。

应当明确的是,案外人异议之诉规则的确定,应当坚持在物权法、合同法等法律制度框架内进行,也应当考虑到社会实践的实际情形,审慎地规定特别情况,实现既有原则又有特例,严格适用有关规定,最终解决实践中的相关问题。

注释:

- ① 《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》将《民事诉讼法》第227条规定的异议之诉专设一章,统称为“执行异议之诉”,既包含案外人异议之诉,亦包含申请执行人异议之诉。但是,在理论上,执行异议之诉应当不限于《民事诉讼法》第227条所规定的异议之诉。为讨论方便避免混淆,本文讨论的“案外人异议之诉”是指《民事诉讼法》第227条规定的案外人异议之诉和申请执行人异议之诉。

- ② 该诉讼最直接的功能在于阻止、排除对执行标的的强制执行，故其具有形成之诉的性质。同时，案外人所主张的实体法律关系是异议权的先决问题，往往须对此问题先行解决，故案外人异议之诉同时具有确认第三人所主张的实体权利的功能，从而兼具确认之诉的性质。
- ③ 但就思维过程而言，一般应先判断当事人主张的权益是否为排除强制执行的权益，再判断该权益是否真实存在。
- ④ 《德国民事诉讼法》第 771 条、《日本民事执行法》第 38 条、《韩国民事执行法》第 48 条，以及我国台湾地区“强制执行法”第 15 条。
- ⑤ 对案外人异议之诉规则的总结，涉及不动产、动产，租赁合同、建设工程施工合同，离婚，另案确权文书等多个方面。详见王毓莹：《案外人异议之诉案件的裁判思路》，见：http://www.360doc.com/content/17/1016/11/819919_695358723.shtml（访问时间：2018-07-08，15：30）。
- ⑥ 多重买卖中的首买受人请求继续履行不动产买卖合同的权利，便是基于债权的物之交付请求权。
- ⑦ 该解释规定，该法律文书系就案外人与被执行人之间除前项所列合同之外的债权纠纷，判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其交付、返还执行标的的，不能排除执行。
- ⑧ 如，《企业破产法》第 113 条规定的破产费用优先受偿权、职工工资优先受偿权，《合同法》第 286 条规定的建设工程款优先受偿权，《海商法》第 22、25 条规定的船舶优先权等。
- ⑨ 被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结。
- ⑩ 即使《异议复议规定》第 28、29 条不完全符合民事权利体系的制度设计，也是基于现实环境所做的权宜之计，而非对现有民事权利体系的否定。
- ⑪ 期待权，是指使权利存在的条件尚不完全具备，欠缺要件时的

状态。期待权只是描述当事人在取得完整权利过程中的一种法律地位，本身是对某一类型权利的概括，而非指某一具体权利，必须根据所期待的完整权利来分析某一期待权的性质。参见吴光荣：《物权诉讼：原理与实务》。北京：人民法院出版社，2009：425。

参考文献：

- [1] 汉斯-约阿西姆·穆泽拉克. 德国民事诉讼法基础教程[M]. 周翠, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [2] 肖建国. 执行标的实体权属的判断标准[J]. 政法论坛, 2010, 28(3): 97-105.
- [3] 姜大成朴. 韩国民事执行法[M]. 宗根, 译. 北京: 法律出版社, 2010.
- [4] 姚红. 中华人民共和国民事诉讼法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [5] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [6] 刘保玉. 论多重买卖的法律规制[J]. 法学论坛, 2013, 28(6): 22-32.
- [7] 江伟, 肖建国. 民事执行制度若干问题的探讨[J]. 中国法学, 1995(1): 67-73.
- [8] 杜万华. 最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2016.
- [9] 江必新, 刘贵祥. 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规定的理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015.
- [10] 孙宪忠. 中国物权法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [11] 德国民法典[M]. 陈卫佐, 译. 北京: 法律出版社, 2015.
- [12] 鲍尔, 施蒂尔纳. 德国物权法[M]. 张双根, 译. 北京: 法律出版社, 2004.

On the conflict rules of rights and interests of the lawsuit against civil executive objection by an outsider: Taking as perceptive point the comparison between multiple trading and outsider objection rules

WANG Baodao

(School of Civil, Commercial and Economic Law, CUPL, Beijing 100088, China)

Abstract: The Civil Executive Objection is the rights relief system for both the party involved in the case and the outsider of it. Different from traditional litigation types, it bears special proceedings of the formation lawsuit and the confirmation lawsuit. At present, the conflict of interest rules of the civil substantive law is inconsistent with the ideas of the conflicts of interest handling rules of the outsider's opposition procedure, which is prominently reflected in the differences in the rules of conflict of interests in the multiple trading and the opposition case. Existent rules for the *Objection Reconsideration Rules* should be adopted and supplemented, when constructing an objection conflict of interest conflict rules. In practice, we should carefully use the concept of expectation property rights to prevent confusion in trial execution.

Key Words: the lawsuit against the civil executive objection by an outsider; the adjudication rules; outsider objection procedure; multiple trading

[编辑：苏慧]