

# 论错误拍卖第三人财产的法律效力

## ——兼评《民事诉讼法》第 204 条之相关规定

卢正敏, 齐树洁

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**摘 要:** 依据不同的强制拍卖性质学说, 错误拍卖第三人财产的法律效力有所不同。从拍定人与第三人之间的利益权衡来看, “私法说”和“公法说”均有所失衡。强制拍卖的性质上应采用“公法说”, 拍定人系原始取得拍卖物的所有权, 这是维护公益、保障拍卖公信力之所需, 但是, 全面采用“公法说”并不符合我国国情。它有过分保护拍定人利益而牺牲第三人利益之虞。我国应当在坚持采用“公法说”的前提下, 对“公法说”进行局部修正, 以合理协调拍定人与第三人之间的利益关系。

**关键词:** 强制拍卖; 公信力; 利益权衡; 执行异议; 异议之诉

**中图分类号:** DF72      **文献标识码:** A      **DOI 10.3969/j.issn.1001-2397.2010.01.14**

### 一、问题的提出

设甲基于对乙的执行名义申请强制执行, 执行机关误认丙的财产为乙所有, 拍卖给丁。在此情形下, 丁是否取得拍卖物之所有权? 应否因丁系善意或恶意而有所不同? 如丁未能取得所有权, 可对谁主张何种权利? 就作为真正所有权人的丙而言, 其是否丧失拍卖物之所有权? 若丙曾在拍卖程序中

提起异议之诉但被驳回, 是否会产生不同的效果? 如丙丧失所有权, 可对谁主张何种权利, 以资救济? 以上问题均涉及错误拍卖第三人财产的法律效力。

强制拍卖是执行机关基于公权力, 对债务人的财产予以变价分配, 以实现债权的一种方式, 其对象应是债务人已被查封、扣押的责任财产, 对于债务人以外的第三人的财产, 原则上不得拍卖。执行机关在实施执行时, 需审查判断执行标的物是否确为债务人所有。对此, 最高人民法院 2004 年《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(以下简称《执行拍卖规定》) 第 10 条明确要求, “执行人员应当对拍卖财产的权属状况、占有使用情况等进行必要的调查, 制作拍卖财产现状的调查笔录或者收集其他有关资料”, 以避免对债务人以外的第三人的财产权利造成损害。

然而, 执行标的物是否确为债务人所有, 执行机关只能做“必要的调查”。这里的“必要的调查”,

收稿日期: 2009 - 10 - 16

基金项目: 国家社会科学基金项目“多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建”(07BFX069)。

作者简介: 卢正敏 (1977 - ), 女, 重庆人, 厦门大学法学院副教授, 法学博士; 齐树洁 (1954 - ), 男, 河北武安人, 厦门大学法学院教授、博士生导师, 法学博士。

仅是一种形式上的审查,即从外观上判断执行标的物大致属债务人所有,即可执行。一般情况下,执行机关是依据《物权法》上的物权公示原则来进行审查的,即按照动产的占有状态,或者不动产、特定动产的权利登记状态,判断执行标的物的所有权归属。但是,在执行实务中,执行机关有时无法确切辨认财产的所有权归属,从而出现对债务人以外的第三人的财产错误执行的情形。这是由于一般动产无登记制度,只能根据占有状态来确定动产的权利归属,有时不易判断为何人所有,如有些放在债务人处的财产是以所有权保留方式进行买卖,所有权尚未转移给债务人;在债务人下落不明的情况下,更无法准确作出判断。就不动产而言,虽有登记制度为其权利公示方式,但不不动产登记本身也可能出现登记错误的情形,这也难免发生将第三人不动产误为债务人财产予以拍卖的情形。

为了保护第三人的合法权益,2007年修改后的《民事诉讼法》第204条赋予第三人(案外人)在执行过程中提出执行异议与异议之诉的权利,这在一定程度上降低了第三人财产被错误拍卖的可能性,但该条文本身尚存在不少亟待解决的问题,无法完全避免执行机关错误拍卖第三人财产的情形出现。

若执行机关误将第三人财产拍卖,将会产生何种法律效力呢?我国现行法律、法规对此缺乏明确的具体规定,执行实务中由此引发的违法违纪现象时有发生,对第三人的权益保护尤为不利,给执行工作带来了诸多负面影响。执行机关误将第三人财产予以拍卖,其法律效力如何,是强制拍卖理论中的一个核心问题。它不仅与强制拍卖的性质紧密相关,而且涉及债权人、债务人、拍定人、第三人等多方主体的利益调整。依据不同的强制拍卖性质学说,错误拍卖第三人财产的法律效力相去甚远。本文拟对此核心问题展开分析检讨,以拍定人与第三人的利益保护为中心,尝试就如何认识强制拍卖的性质、如何平衡拍定人与第三人的利益,提出合乎程序法和实体法基本要求的解决方式。

## 二、“私法说”下错误拍卖第三人财产的法律效力

“私法说”认为,强制拍卖系私法行为,属于买卖合同的一种,拍卖公告为买卖的要约邀请,应买申请为买卖要约,拍定表示则为买卖承诺。依“私法说”,强制拍卖的效力与私法上买卖合同的效力完全相同。

### (一)拍定人的法律地位

依“私法说”,强制拍卖为私法上的买卖,买卖中继受取得的原理即适用于强制拍卖,拍定人通过拍卖而取得的拍卖物所有权属于继受取得。基于“无论何人,亦不能将大于自己所有的权利移转他人”的原则,被继受人并不享有的权利,继受人不能取得;因此,在第三人财产被拍卖的情况下,拍定人原则上不能取得拍卖物所有权。依“私法说”,拍定人能否取得拍卖物所有权,关键在于拍卖物是否为债务人所有。若拍卖物属于第三人所有,不论该第三人在执行程序中有无提起异议之诉,提起异议之诉是否申请停止拍卖程序,法院就其申请是否准许,其拍定原则上均失去效力,拍定人不因执行法院发给权利移转证书而取得该拍卖物所有权。在

在“审执分离”的基本构造下,某项财产在实体上属于债务人所有抑或第三人所有,执行人员没有从实体关系上予以调查的职责和权限。若在执行程序开始之初即要求执行人员对执行标的物的适格性作实质性审查,这实际上几乎不可能或者难以开展。由执行人员依权利外观对执行标的物作形式审查,符合保持执行效率的要求。

我国《物权法》第19条赋予了权利人、利害关系人就不动产登记错误进行救济的途径,“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的,申请人在异议登记之日起十五日内不起诉,异议登记失效。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。如此规定,可以减少登记错误的情形,但并不能从根本上杜绝登记错误的问题。

关于强制拍卖的性质,主要有“私法说”、“公法说”和“折衷说”3种学说。“折衷说”一方面认为强制拍卖系公法上的处分,另一方面又认为强制拍卖的法律效果与私法上的买卖相同,就错误拍卖第三人财产的效力而言,折衷说与私法说的见解相同。因此,下文仅阐释和对比“私法说”下和“公法说”下错误拍卖第三人财产的不同效力。

拍卖程序终结后,第三人可对拍定人提起回复所有权之诉,以追回被拍卖的财产。

若被拍卖财产属第三人所有时,拍定人并非一律不能取得拍卖物所有权。就私法上买卖而言,即使出卖人对标的物不享有所有权,如其所为的出卖行为构成无权处分,在买受人为善意的情况下,尚有适用善意取得制度的可能。在“私法说”下,既然认为强制拍卖与私法上的买卖无异,则也应有善意取得制度的适用。亦即在拍定人为善意的情况下,纵使拍卖标的物非债务人所有,基于善意取得制度的适用,拍定人可取得拍卖物所有权,从而有助于增进拍卖的效果,促进拍定人地位的安定<sup>[1]</sup>。

在拍定人不能取得拍卖物所有权时,如何对拍定人的合法权益予以救济,是一个极富争议的问题。“私法说”有如下不同见解:

其一,主张拍定人享有权利瑕疵担保请求权。根据私法上的买卖规则,若标的物不属出卖人所有,而为第三人所有时,形成权利瑕疵,买受人可对出卖人主张权利瑕疵担保责任。若将强制拍卖视为私法上的一种买卖,处于买受人地位的拍定人即可向出卖人主张权利瑕疵担保。但是,在强制拍卖法律关系中,何人为出卖人?是执行机关?还是债务人?抑或债权人?对此也有各种不同观点。执行机关关系国家机关,其若承担责任,应属国家赔偿范围,而国家赔偿责任有其特殊的构成要件,与私法上的权利瑕疵担保责任有质的区别,故由执行机关承担权利瑕疵担保责任的见解难以成立。“私法说”的主流观点是将债务人视为出卖人,认为拍定人可对债务人主张权利瑕疵担保责任。但这也存在诸多问题:强制拍卖为执行程序中的一部分,无法离开执行程序而独立存在,若将债务人视为出卖人,强制拍卖与民法上的拍卖究竟有何差异?被拍卖财产并不属债务人所有,为何仍以债务人为出卖人?即便强令债务人承担权利瑕疵担保责任,也不符合当事人的利益:就债权人而言,其可以拍卖第三人财产而受清偿,显非合理,并且可能造成债权人随意申请查封拍卖第三人财产的有违公平正义的现象大量出现;就债务人而言,因第三人行为而强迫其对拍定人负债务不履行责任,并因发生清偿

效力,导致丧失对债权人原可主张的各种抗辩,亦属不利;就拍定人而言,即便认可其可向债务人行使权利瑕疵担保请求权,但债务人既已被强制执行,资力有限。此项请求权行使的结果,很可能仅为一纸债权凭证,并无实益,这显然对拍定人也不公平。有鉴于此,有论者认为,若“私法说”的基本理论正确,在坚持“私法说”的前提下,似可将债权人视为强制拍卖的出卖人,在错误拍卖第三人财产的情形下,由债权人承担权利瑕疵担保责任,将使问题较易解决,并符合事理<sup>[2]</sup>。但如此解释,也有不能自圆其说之处:此见解的前提,是认定债权人为出卖人,但在拍卖程序中,拍定前后债权人可参与分配,如有多数债权人时,到底以谁为出卖人?拍定后始加入者为何也成为出卖人?况且,债权人也可以应买和承受,如认其为出卖人,将使出卖人与买受人同一,理论上也难以说明买卖合同的成立。

其二,主张拍定人享有不当得利返还请求权。此不当得利返还请求权,是向债务人主张,还是向债权人主张,也有争议。但无论如何,不当得利请求权反还权的成立,必须基于“无法律上的原因”,致使一方受损害一方获利益。依“私法说”,强制拍卖为私法上买卖之一种,如此,无论是将债务人视为出卖人还是将债权人视为出卖人,在拍卖的买卖合同尚未解除之前,并非“无法律上的原因”,即使解除,也仅发生恢复原状的问题,并不产生不当得利问题。

其三,主张拍定人享有侵权损害赔偿请求权。有观点认为,如果拍定人受损害是因债权人错误申请查封造成的,若债权人就查封错误有故意或过失,应对拍定人负侵权损害赔偿责任<sup>[3]</sup>。然而,侵权责任的成立须以侵害他人权利为前提条件。债权人错误申请查封债务人以外的第三人的财产,侵害了该第三人的权利,应构成侵权行为;但对拍定人而言,拍定人支付了价金却无法取得拍卖物所有权,其财产损害,尚未构成侵权责任意义上的权利侵害,故拍定人对债权人主张侵权损害赔偿,缺乏法律依据<sup>[2][40]</sup>。退一步讲,假设认可侵权行为成立,若有他人参与分配,各债权人均受分配,仍由申请

查封的债权人负侵权损害赔偿责任,也有失公平。

采“私法说”的国家及地区,就拍定人的权益救济问题具体做法有异,但基本上是综合运用了上述多种救济方式。例如,在法国,强制拍卖的效果基本上类似于私法上的买卖,在拍卖物属第三人所有时,拍定人不能取得拍卖物所有权。依法国判例及多数学者意见,债务人为拍卖程序中的出卖人,认为在本来意义上应由债务人对拍定人负权利瑕疵担保责任。但由于多数情形下债务人处于无资力状态,仅此不足以保护拍定人,为此,承认拍定人采取下述3种救济手段:(1)尚未支付拍卖价金时,可拒绝支付;(2)如已支付价金,对受价金分配的债权人可依不当得利请求返还所分配价金。但受领者的抵押权等登记因受领而被涂销的,不得请求返还;(3)债权人就有瑕疵的标的物进行拍卖程序有过失的,拍定人可依侵权对其请求损害赔偿。《日本民法典》第568条则规定,在强制拍卖情形下,如拍卖物上存在权利瑕疵,债务人应负第一次权利瑕疵担保责任,买受人可以对债务人解除合同或请求减少价金。但如债务人无资力时,则受价金分配的债权人负第二次担保责任,买受人可以请求其返还所受分配价金的全部或一部分。如果债务人知道有权利瑕疵但未声明,或者债权人知道存在该瑕疵而请求拍卖的,买受人可以对该过失人请求损害赔偿。我国台湾地区“强制执行法”虽未明确规定买受人是否享有权利瑕疵担保请求权,但通常承认买受人享有该权利。然而,此请求权如何行使,拍定人如何得到救济,强制执行法和民法均未明文规定,实务界立场也不一致。实务界起初认为,拍定人可以向债务人主张权利瑕疵担保;后来又认为可以向债务人依不当得利请求返还价金;再后来又另辟蹊径,认为如果债权人申请查封错误系出于故意或过失的,拍定人也可以对其不法行为请求损害赔偿。

## (二)第三人的权益保护

在执行程序中,第三人如遇执行机关错误拍卖自己所有物的情形,可提起异议之诉,以排斥对该财产的强制执行。在执行程序终结后,因拍定人取得拍卖物所有权为继受取得,在拍卖物属第三人所

有的情况下,构成权利瑕疵,第三人可以拍定人(买受人)为被告,提起回复所有权之诉,请求返还拍卖物。执行机关在第三人回复所有权之诉胜诉确定后,应将权利移转证书予以撤销。显然,就拍定人与第三人的利益保护而言,“私法说”有利于保护第三人。

依“私法说”,在某些情形下,因善意取得制度的适用,拍定人也将取得拍卖物所有权而致第三人丧失所有权。此时,该第三人仅可请求返还价金或请求损害赔偿,不得请求撤销已终结的拍卖程序。第三人应向何人请求返还价金或请求损害赔偿呢?通常认为,原则上第三人不得以侵权为由向债权人或债务人请求损害赔偿。除非债权人或债务人在执行机关执行第三人财产时,就该程序的开始或能阻止而不加阻止有过错时,可向其请求侵权损害赔偿。依“私法说”,此时第三人仅可依不当得利提出请求。但是,此不当得利返还请求,应由第三人向债务人主张,抑或向债权人主张?有论者谓,债权人依其对债务人的债权而受领拍卖价金,发生清偿效力,无“得利”可言,而债务人在此受领范围内享有债务消灭的利益,故第三人仅可依不当得利规定,向债务人请求返还所受利益,而不能对债权人主张不当得利。但从利益衡量来看,若第三人只能向债务人主张返还不当得利,极不公平。其理由在于,债务人既受强制执行,大多处于无资力状态,即使第三人对债务人起诉请求返还不当得利,最后可能得不到任何实益;并且,就强制执行的目的而言,债权人只能就债务人的责任财产受偿,并无就拍卖第三人财产而受偿的权利,承认债权人可就第三人财产的拍卖价金受偿,也不合理。因此,有学者转而主张,第三人就其所受损害,可向受领价金的债权人请求不当得利返还。也有采折衷观点者认为,在通常情形,受强制执行的债务人固然处于无资力状态,但未必全然如此,也有可能债权人较无资力,或其受领价金后第三人实际上难以向其求偿,因而认为赋予第三人对债务人不当得利返还请求权也有必要。究竟是向债权人请求还是向债务人请求,可由第三人选择<sup>[4]</sup>。

### 三、“公法说”下错误拍卖第三人财产的法律效力

“公法说”认为,强制拍卖系执行机关基于国家公权力所为的执行行为,其外在形式虽似私法上的买卖,但实质上与私法上的买卖有显著区别,应属公法行为。在“公法说”下,执行机关误将第三人财产拍卖后,其法律效力明显异于“私法说”下之法律效力。

#### (一)拍定人的法律地位

依“公法说”,拍定人取得拍卖物系原始取得。即使执行机关拍卖的标的物不属债务人所有,拍卖依然有效,拍定人仍能取得拍卖物所有权。其主要依据有二:一是强制拍卖属公法行为,拍定人是因此公法行为而由执行机关原始的、直接的给予其拍卖物所有权,而非继受前所有人的所有权;二是强制拍卖为国家执行机关凭其公权力所为的拍卖行为,具有公信力,凡因信赖执行机关拍卖行为之人,无论其为拍定人抑或一般人,均应受到公信力的保护。纵使拍卖物非属债务人所有,拍定人也能因信赖拍卖的公法上效力,而原始取得拍卖物所有权。

在“公法说”下,无善意取得制度的适用余地。不论拍卖物是否为债务人所有,亦不论拍定人为善意或恶意,皆不因而致拍卖无效,拍定人均可信赖拍卖的公法效力,而因执行机关发给权利移转证书而取得拍卖物所有权<sup>[5]</sup>。

在“公法说”下,拍定人也不享有权利瑕疵担保请求权。因为瑕疵担保责任仅存在于买卖合同及其他私法上有偿合同,而强制拍卖属公法行为而非私法行为,自无瑕疵担保责任可言。由于拍定人系原始取得所有权,无论拍卖物上有无瑕疵,包括权利瑕疵,均不影响拍定人取得拍卖物所有权,故拍定人也无需权利瑕疵担保请求权以资救济。采“公法说”的一些国家对此作了明确规定。例如,《德国民事诉讼法》第868条规定,查封物买受人就权利之瑕疵或就物之瑕疵,无担保请求权;《瑞士债务法》第234条第1款规定,在强制拍卖,除有特别保证或故意诈欺应买受人等情形外,不发生瑕疵担保责任。

#### (二)第三人的权益保护

在“公法说”下,拍定人系原始取得,纵使执行机关误将第三人财产拍卖,仍不影响拍定人取得所有权。故在执行程序终结后,第三人不得基于所有人地位或以不当得利为由请求拍定人返还拍卖物。这样,拍定人的利益得到充分保护,需要救济的则是第三人。此时,若拍卖价金尚在执行机关,第三人可向执行机关请求返还。因为第三人的所有权虽因拍卖而消灭,但其拍卖价金即成为物上代位关系,第三人自可请求返还。但是,若执行机关已将拍卖价金交付债权人以清偿债务,则第三人可向谁主张何种救济权利?通常认为,受损害的第三人,可视其情形向债权人、债务人或执行机关请求偿还其利益或赔偿其损害。

其一,向债权人主张不当得利或侵权损害赔偿。执行机关误将第三人财产拍卖的,依“公法说”,债权人因拍卖的结果而使其债权受到清偿,但因第三人与债权人之间并无任何合同关系,债权人无从第三人财产中受偿的权利,债权人获得清偿并无法律上原因,故第三人可以向债权人主张不当得利返还。若债权人就申请查封第三人财产存有故意或过失,致使执行机关误将第三人财产拍卖的,因此时债权人与第三人之间成立侵权关系,故第三人可以向债权人请求侵权损害赔偿。

其二,向债务人主张不当得利。在“公法说”下,第三人与债务人之间并无任何合同关系,债务人因强制执行的结果免除债务,而第三人却因财产所有权的丧失遭受损害,两者之间具有因果关系,故理论上第三人可以向债务人主张不当得利返还。然而,这也产生与“私法说”同样的问题:债务人因受强制执行而多处于无资力状态,第三人向债务人主张不当得利返还,可能劳而无功,徒增争议。因此,通常情况下,第三人向债务人主张不当得利的情形,发生在执行机关将拍卖价金交付给债权人并将余款交付给债务人的场合,此时,第三人除了请求债权人返还不当得利,也可一并请求债务人返还不当得利。应当注意的是,第三人不得请求债务人承担侵权责任。这是因为行为人承担侵权责任的前提,必须是其主观上具有过错,而在强制拍卖程

序中,债务人处于完全被动的立场,其对于第三人财产所有权的丧失,并无故意或过失,因此不构成侵权行为<sup>[6]</sup>。

其三,向执行机关主张国家赔偿。在执行程序中,如果执行人员故意或过失违背其职责,而将第三人财产拍卖的,此种情形符合国家赔偿责任的构成要件,第三人可向执行机关请求国家赔偿。

#### 四、拍定人与第三人之间的利益协调:对“公法说”的局部修正

“私法说”从私法上的公平来考虑,在第三人财产被错误拍卖的情况下,允许第三人追回拍卖物,有力地保护了作为真正所有权人的第三人,纵然因善意取得制度的适用而致第三人丧失拍卖物所有权的,第三人也可得到有效的救济。而拍定人虽可向出卖人行使权利瑕疵担保请求权,但何为出卖人,存有诸多争执。采“私法说”的多数国家和地区均将债务人视为为出卖人,令其直接对拍定人承担权利瑕疵担保责任;但债务人因受强制执行而大多资力有限,此项请求权可能并无实益。尽管有的立法和实践转而要求债权人承担责任,似乎更有利于拍定人利益的保护,但在理论和实践中总是面临那样难以克服的问题而遭到质疑。若赋予拍定人不当得利返还请求权或侵权损害赔偿请求权,如前所述,在理论上也难以自圆其说。如此,在“私法说”下,拍定人可能成为“牺牲品”。这对相信强制拍卖公信力而积极应买的拍定人而言,有失公平。与之相反,“公法说”从维护公益的角度出发,考虑强制拍卖的公信力及法律的安定性价值,在第三人财产被错误拍卖的情况下,无论拍定人系善意或恶意,一律认可拍定人可原始取得拍卖物所有权,拍定人的权益得到充分保障。但另一方面,完全禁止第三人追回拍卖物,这对无辜受害的第三人而言,似乎也不公平。可见,无论是“私法说”还是“公法说”,在拍定人与第三人的利益保护上均存在失衡问题。在执行机关误将第三人财产拍卖的情况下,应如何认定其法律效力,以促进拍定人利益与第三人利益的合理协调?我们认为,就我国情况而言,原则上应采“公法说”,承认拍定人系原始取得拍

物所有权,以保护拍定人的合法权益,同时,应对“公法说”进行局部修正,特殊情形下允许第三人追回拍卖物,以兼顾第三人的合法权益。

##### (一)原则上拍定人原始取得拍卖物所有权

在执行机关误将第三人财产拍卖的情况下,拍定人原则上原始取得拍卖物所有权,这是由强制拍卖的特殊性质所决定的。虽然就强制拍卖系私法行为还是公法行为,各国理论上争论不休,各有相应的立法例予以佐证,但是,“私法说最大的缺点在于不能解释公法拍卖与私法拍卖在效果上的不同,无法解释执行机构公权力在强制拍卖中的体现,不能说明执行机构强制拍卖公信力何在。这不但与当前民事诉讼理论公法化趋势相左,而且与强制执行公法化理论相背离,这也注定此说将逐渐退出执行拍卖的理论舞台。”<sup>[7]</sup>“公法说”更具说服力,深刻揭示了强制拍卖的特殊性质,具有充分的理论依据:第一,执行机关所为的强制执行行为,既不代表债权人的行为,也不代表债务人的行为,而是独立的公法行为,这已成共识。强制拍卖为强制执行行为之一种,属一种换价方法,因而也具有公法性。第二,强制拍卖具有公信力。执行机关基于公权力所为的拍卖行为,不仅应能取信于一般人,而且须能保证拍卖的效果。凡是信赖执行机关拍卖行为的人,均应受到公信力的保护。强制拍卖一旦具有公信力,不仅执行机关的威信得以确立,拍定人受到保障,执行程序始能同时迅速进行,达成执行的目的。有拍卖的公信力,始能发挥消除应买人的顾虑心理,从而积极竞争应买,增加拍卖所得价金,保护债权人的利益,减少债务人的损害,执行当事人及执行机关的执行工作均蒙其利<sup>[8]</sup>。第三,强制拍卖的效果异于私法上买卖。强制拍卖一方面发生权利得丧变更的效果,一方面拍定人支付价金而有偿取得财产,似乎与私法上买卖没有差异。但实质上,拍定人取得拍卖物所有权,乃基于法律规定,而非法律行为。因此,尽管德国、奥地利、瑞士等国的实体法原则上对不动产物权的移转采登记主义,但拍定人取得所有权均不以登记为必要,而系一经拍定许可裁定宣示,即取得所有权。实际上,各国立法例的演变也证实了“公法说”的合理性。早期各

国如德国、奥地利、瑞士等均“采私法”说,但至19世纪末20世纪初,私法说逐渐向公法说转变,越来越多的国家全面采公法说。即使是一直推崇“私法说”的国家,如日本,已逐渐放弃强制拍卖为纯私法行为的观点,改采“折衷说”,虽然仍认为强制拍卖的效果与私法上买卖的效果无异,但也承认了强制拍卖的公法性。

我国1991年《民事诉讼法》未解决强制拍卖的性质问题。长期以来理论界对此争议激烈,相当一部分人尤其是民法学者坚持“私法说”,而民事诉讼法学者和司法实务部门则倾向于“公法说”,众说纷纭,相持不下。直至2004年,最高人民法院出台《执行拍卖规定》才解决了这一问题。该规定第15条第2款许可“申请执行人、被执行人可以参加竞买”,债务人在其财产被拍卖时可以参加投标,同时兼具出卖人与买受人地位,这显然与“私法说”下强制拍卖为买卖的性质相矛盾。该规定第29条第2款进一步明确指出:“不动产、有登记的特定动产或者其他财产权拍卖成交或者抵债后,该不动产、特定动产的所有权、其他财产权自拍卖成交或者抵债裁定送达买受人或者承受人时起转移。据此,在拍卖程序中,不动产、特定动产所有权的转移,不以过户登记为生效要件,这也明显异于私法上的买卖。对于作此解释的原因,最高人民法院认为,是因为强制执行程序中的拍卖行为所引起的物权变动应理解为非基于法律行为引起的物权变动,“拍卖作为一种执行措施,其中有国家公权力的介入,如果买受人取得所有权受制于登记机关的登记行为,拍卖效果的安定性乃至整个执行程序将会受到影响和制约。”<sup>[9]</sup>可见,该规定实质上是采纳了“公法说”。2007年施行的我国《物权法》进一步确认了这一点。该法第28条规定:“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。因人民法院的法律文书(包括强制拍卖中的拍卖裁定书)等引起的物权变动,有别于基于民事法律行为引起的物权变动,不再以登记或交付为生效要件,而是直接自法律文书等生效时发生效力。”

在承认“公法说”的前提下,拍定人取得拍卖物所有权,即属原始取得。纵使执行机关拍卖的财产非属债务人所有,拍定人也将取得拍卖物所有权;而“私法说”下产生的拍定人救济不足的难题也能够迎刃而解,拍定人的权益可得到有效的保护。从《执行拍卖规定》第29条第2款来看,仅规定不动产或特定动产的所有权自拍卖成交时起转移,并未排除该不动产或特定动产属第三人所有的情形。按此规定,若执行机关误将第三人财产拍卖,拍定人也将取得拍卖物所有权。

## (二)拍定人系恶意时第三人可追回拍卖物

在强制拍卖的财产属第三人所有的情况下,是否完全不论拍定人系善意或恶意,拍定人均能取得拍卖物所有权?按“公法说”,即使拍定人系恶意,也不影响拍定人取得拍卖物所有权。我国主张采“公法说”的学者也持此看法。从《执行拍卖规定》第29条第2款的字面含义来看,该条文没有区分拍定人是善意还是恶意,一律规定不动产或特定动产的所有权自拍卖成交时起转移。但客观地看来,全面采纳“公法说”,并不符合中国国情,存在过于保护拍定人而牺牲第三人的问题。

“公法说”认为,之所以不允许第三人追回拍卖物而受强制执行的牺牲,是因为从利益权衡上考虑,拍定人比真正所有权人的第三人更值得保护。其理由主要有三:其一,第三人可以提起异议之诉而不提,或因不合法被驳回的,法律已给予充分保障而不努力,系咎由自取,不值得再额外保护。若再允许第三人追回拍卖物,有过度保护之嫌。其二,在动的安全与静的安全相冲突时,法律趋向于保护前者——交易安全,拍定人比第三人更值得保护。其三,若第三人有损失,可向债权人、债务人或执行机关请求返还利益或损害赔偿,理论上可行并且有实益<sup>[10]</sup>。仔细推敲,此三大理由,并不完全充分,在我国问题尤为突出。

首先,关于异议之诉是否已给予第三人充分保障的问题。在强制拍卖程序终结之前,若涉及执行机关误将第三人财产予以执行时,各国立法普遍赋予第三人提起异议之诉的权利,使其在执行过程中有主张自己权益的机会,以避免其财产受到非法执

行,这是对第三人利益的一种有力的程序保障制度。“公法说”坚持可牺牲第三人的第一个重要理由,即认为这种程序保障已足够。

强调强制拍卖的公信力,使拍定人原始取得拍卖物所有权,应当具备的前提条件是:已赋予第三人充分的“事前保障”,使第三人有可能知悉自己财产被拍卖的事实,并有事先采取救济的途径和方式。在此前提下,牺牲第三人利益方可能属正当。然而,从我国来看,对第三人权益的此类“事前保障”制度严重不足。修改前的《民事诉讼法》第208条设置了案外人(第三人)异议制度,规定在“执行过程中,案外人对执行标的提出异议的,执行员应当按照法定程序进行审查,理由不成立的,予以驳回;理由成立的,由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误,按照审判监督程序处理。案外人异议实质是对执行标的的权属发生争议,该争议属实体争议,案外人应有权通过诉讼程序谋求救济。但该规定仅允许案外人提出异议而无其他救济途径,对案外人的程序保障明显不足;并且,由执行员一人审查异议,执行权与异议裁决权集于执行员一身,难以发挥执行救济和矫正的作用,最终有可能损害案外人的合法权益。

有鉴于此,2007年修改后的《民事诉讼法》第204条将此条文修正为:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。与原第208条相比,其最大变化,是增加了第三人提起异议之诉的权利,即“与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼”。允许第三人以独立之诉的方式寻求救济,由法院依照诉讼程序进行审理,这是执行救济制度的一大发展,不仅体现了审执分离和执行分权制约的执行原理<sup>[11]</sup>,而且给第三人和当事人提供了相互辩论、充分对抗的机会,在一定程度上弥补了修改前的《民事诉讼法》对第三人程序权利保障的

不足。

这种第三人异议之诉,与大陆法系强制执行法的通例相比,一个显著区别就是此异议之诉的提出须以执行异议被裁定驳回为前提,意味着第三人没有提出执行异议的,就丧失了提起异议之诉的权利。之所以作此执行异议前置的规定,立法者的本意是考虑到诉讼程序相对复杂,而有些争议事项相对简单,由熟悉案情的执行人员先作审查处理,可以迅速解决一部分争议,有利于减少讼累,提高执行效率<sup>[12]</sup>。有观点认为,此举不仅改变了“程序争议只能用程序上救济方法、实体争议只能用实体上救济方法”的简单化思维,而且有两大益处:一是符合经济原则;二是在行使机构上可以直接运用现有的执行机构两权分离的改革成果,充分发挥执行法官的作用<sup>[13]</sup>。

然而,要求第三人在其权利受到侵害时在执行程序中提起书面异议,这本身已增加了第三人力、物力上的负担。并且,将执行异议作为前置程序,在异议之诉前增加一个环节,未必有助于提高执行效率;因为第三人对执行标的的主张实体权利时,只要其认为有理由和根据,一般不会轻易放弃权利主张,即使执行机关裁定驳回异议,通常也会进一步通过诉讼程序主张权利。这样一来,前置程序的开启与运作不是简化了程序和提高了执行效率,而是使程序更为复杂,不仅不利于第三人权益

根据《民事诉讼法》第204条的规定,第三人对法院执行异议裁定不服的后续救济途径,除执行异议之诉之外,尚包括申请再审。但第三人申请再审的前提,必须是认为“原判决、裁定错误”。若申请执行的债权为特定物的交付,第三人对该特定物主张权利,可归为“原判决、裁定错误”,从而申请再审。但是,在强制拍卖情况下,申请执行的债权往往为金钱债权或已经转换为金钱债权的债权,执行标的物并非原判决、裁定所确定的特定物,仅仅是法院在执行中采取执行措施所针对的标的物,此时,第三人的异议不涉及判决、裁定本身的对错问题,而仅涉及对执行标的物本身的实体权利争议,故第三人无法以“原判决、裁定错误”为由申请再审,只能选择提起执行异议之诉。因此,下文仅对执行异议之诉展开分析。

依据修改前的《民事诉讼法》第208条,第三人提起异议,并不强调必须采书面形式。而依据修改后的《民事诉讼法》第204条,第三人的异议必须采书面形式。虽然立法者作此修改的主要目的是为了促使第三人慎重行事,防止其滥用异议权,同时也有利于人民法院准确把握异议的焦点,但同时也使第三人异议的提出条件更为严格。



的保护,反而增加了其维权的成本<sup>[14]</sup>。这也加重了第三人的负担,对第三人明显不公。正如有学者所言,异议之诉以第三人异议被裁定驳回为前提,“这种解释方法极为苛刻,过分限制了案外人诉权的行使”<sup>[15]</sup>。

撇开我国第三人异议之诉制度本身的不完备不论,假设第三人异议之诉制度比较完善,仍有一严重问题:第三人得以提起异议及异议之诉的前提,乃是第三人有可能知悉自己的财产在对他人的执行程序中遭受执行;只有在满足这个前提的情况下,第三人才有可能提起异议及异议之诉;若第三人事先并不知悉自己的财产被执行,那么,这种权利对第三人来说也属枉然。

其实,为了充分保障第三人的合法权益,全面采“公法说”的国家,在赋予第三人提起异议之诉的权利之外,尚有其他公告制度来保障第三人知悉的可能,以使对第三人的“事前保障”确实充分。例如,德国强制拍卖和强制管理法上有所谓公示催告除权制度,法院在拍卖公告中应催告有足以阻止拍卖进行的权利人申报其权利。对第三人所申报的权利,法院审查核实的,可撤销或暂时停止执行程序,以免损害第三人利益。即便标的物上可能存在权利负担,但在公示催告期间没有人申报的,法院可以作出除权判决,标的物上的权利瑕疵亦可因此而得以消除<sup>[16]</sup>。奥地利强制执行法也有类似的权利申报催告制度。反观我国,在强制拍卖程序中,拍卖公告并无权利申报的规定,也未设通知利害关系人的制度。在这种情况下,第三人事先未必知悉自己的财产在对他人的执行程序中遭受拍卖。实务中,第三人得知自己的财产在对他人的执行程序中遭受拍卖的事实往往出于偶然,从而也无事提起异议之诉予以救济的时间和可能。在第三人无法知悉拍卖事宜的情况下,仅为强调拍卖公信力和保护拍定人,而使第三人丧失所有权,显然对第三人过于严苛,存在过分强调强制拍卖公信力而忽略财产权保障的问题。

2008年11月,最高人民法院公布了《关于适用中华人民共和国民事诉讼法执行程序若干问题的解释》。该司法解释第20条规定:“案外人依照

《民事诉讼法》第204条规定提起诉讼的,诉讼期间,不停止执行。如此规定的目的在于贯彻执行效率优先的原则,避免少数人利用异议之诉拖延、阻碍执行程序的迅速进行。只有在“案外人的诉讼请求确有理由或者提供充分、有效的担保请求停止执行”的情况下,法院可以裁定停止对执行标的进行处分。然而,案外人的诉讼请求是否“确有理由”,在异议之诉审理终结前,是无法确定的;而要求案外人“提供充分、有效的担保”,对案外人来说也是一项不轻的负担。案外人未必均有能力提供这样的担保。可见,即便第三人提起执行异议之诉,也并不能当然排除正在进行的执行程序,第三人财产可能被错误拍卖的情形也在所难免。在这样的背景下,若以对第三人“事前保障”充分为由而绝对牺牲第三人的利益,恐难以为民众所接受。

其次,关于交易安全的保护问题。“公法说”坚持可牺牲第三人的另一个重要理由,是出于交易安全的考虑,注重拍卖的公信力效果。从理论上分析,法的安全包括两种:一是静的安全,一是动的安全。前者是对于公民本来享有的利益,法律上加以保护,不使他人任意夺取;后者是当事人依自己的活动取得新的利益时,法律上对于该项取得行为加以保护,不使其归于无效。这种保护,着眼于利益的取得,故又称为交易安全。这两种安全,虽然一律在法律保护范围之内,但是,若二者发生抵触不能相容时,法律只能存其一而去其他。大体言之,在昔日农业社会,交易不多,法律侧重保护“静的安全”。时至今日,由于社会工业化与交易频繁,法律趋向于尊重“动的安全”。在拍卖程序终结后,若允许第三人主张所有权而致拍定人无法取得拍卖物,实有损交易安全<sup>[17]</sup>。为了维护交易安全,虽然拍卖物非属债务人所有,只要拍定人信赖此拍卖,即可取得拍卖物所有权。但是,维护交易安全,不应包括明知被拍卖物非债务人所有而仍买的恶意的拍定人。民法上的善意取得制度即可印证这一点。民法上设立了善意取得制度,其立法目的,也在保护交易安全。但善意取得制度中保护的第三人,并不包括恶意的第三人。

最后,关于对第三人的金钱赔偿是否足以弥补

其损失的问题。“公法说”坚持可牺牲第三人利益的第三条理由是,认为第三人纵然丧失拍卖物所有权,但其损失可通过主张不当得利或侵权而从债权人、债务人或执行机关处得到金钱赔偿。但人人皆知的事实是,第三人丧失对自己特定财产所有权,并非简单的金钱赔偿足以弥补,在很多情形下,很难说对第三人所有权的保障已充足。

综合考量以上多方面因素,对于第三人财产被错误拍卖后的法律效力问题,我国不宜全面采“公法说”,一味强调对拍定人利益的保护,而应兼顾第三人的利益。在对第三人利益的“事前保障”制度并不充足的现实国情下,应考虑对无辜的第三人予以相应的“事后救济”,始合程序公正的基本要求。此类事后救济,仅仅认可第三人可获得金钱赔偿是不够的,还需另谋他径。一方面,为了维护强制拍卖的公信力,保护交易安全,应当坚持“公法说”,纵然拍卖物为第三人所有,拍定人通常可原始取得拍卖物所有权。另一方面,对于恶意的拍定人,也不应保护。若拍定人为恶意时,应允许第三人追回拍卖物。通过此种事后救济,可在一定程度上弥补第三人权益保障的严重不足。

诚然,最理想的状态,是拍卖标的物上不存在任何权利瑕疵。因此,从制度设计的层面上,在拍卖公告程序中建立第三人权利申报报告规则,以尽量避免拍卖标的物权利出现瑕疵,减少第三人财产被错误拍卖的可能,自是完善强制拍卖程序的一个应然选择。

## 五、结语

经由上述研讨,我们不难发现,在第三人财产被错误拍卖的情形,若采“私法说”,除非运用善意取得制度,拍定人通常不能取得拍卖物所有权。第三人可于拍卖终结后对拍定人提起回复所有权之诉,以追回拍卖物。这可以充分保护第三人权益,但拍定人将成为“牺牲品”。若采“公法说”,其效力正好相反,拍定人可原始取得拍卖物所有权,其合法权益可以得到充分保护,但第三人即可能成为“牺牲品”。与“私法说”相比,“公法说”深刻揭示

了强制拍卖的特殊性质,已成各国强制拍卖制度发展的大势所趋。我国最高人民法院的司法解释已明确采用“公法说”。但是,若全面采“公法说”,在我国对第三人权益的“事前保障”不足的具体国情下,一律承认拍定人可原始取得拍卖物所有权,绝对不允许第三人追回拍卖物,显然对第三人过于苛刻,不符合公平原则。为此,应对“公法说”进行局部修正。一方面,为了维护强制拍卖的公信力,依然坚持拍定人原始取得拍卖物所有权;另一方面,为了弥补对第三人救济之不足,在拍定人系恶意的情况下,例外允许第三人追回拍卖物。据此,对本文第一部分所提出的问题,可作如下分析:

在执行机关误将丙的财产拍卖给丁的情况下,丁能否取得拍卖物所有权,应考虑丁是善意还是恶意(即是否明知被拍卖财产非债务人乙所有)。若丁系善意,即可取得拍卖物所有权;若丁系恶意,则不能取得拍卖物所有权。如丁未能取得所有权,因其系恶意,法律不必予以保护。就作为真正所有权人的丙而言,若丁系善意,则丙丧失拍卖物所有权;若丁系恶意,丙可提起回复所有权之诉,请求丁返还拍卖物。尽管丙在拍卖程序中曾提起异议之诉而被驳回,但在丁系恶意的情况下,这并不影响其诉请丁返还拍卖物的权利。如丙丧失所有权,可视情形向债权人、债务人或执行机关请求偿还其利益或赔偿其损害。<sup>ML</sup>

## 参考文献:

- [1] 杨与龄. 强制执行法论 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002: 365.
- [2] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第一册) [M]. 修订版. 北京:中国政法大学出版社, 2005: 442.
- [3] 陈计男. 强制执行法释论 [M]. 台北:自版, 2002: 363.
- [4] 许士宦. 执行力扩张与不动产执行 [M]. 台北:学林文化事业有限公司, 2003: 297 - 298.
- [5] 黄建荣. 法院拍卖第三人财产之效力 [J]. 法学丛刊, 1990, (2): 103 - 105.
- [6] 丁亮华. 错误执行他人财产的权利救济 [N]. 人

民法院报, 2006 - 10 - 26 (6).

[7] 陈桂明, 侍东波. 民事执行中拍卖制度之理论基石——强制拍卖性质之法律分析 [J]. 政法论坛, 2002, (5): 134.

[8] 陈荣宗. 民事程序法与诉讼标的理论 [M]. 台北: 台湾大学法学丛书, 1977: 82.

[9] 赵晋山. 最高人民法院关于拍卖、变卖司法解释的基本理念和思路 (下) [N]. 人民法院报, 2005 - 01 - 12 (6).

[10] 吴光陆. 强制执行法学说与判解研究 [M]. 台中: 自版, 1995: 43.

[11] 吴英姿. 审执分离与执行权制约——透过执行异议修正案的解读 [J]. 山东警察学院学报, 2008, (1): 28.

[12] 赵晋山. 为当事人提供了更充分的救济途径 [N]. 人民法院报, 2007 - 11 - 02 (6).

[13] 杨春华. 论民事执行案外人的救济途径 [J]. 当代法学, 2008, (3): 116 - 119.

[14] 刘学在, 朱建敏. 案外人异议制度的废弃与执行异议之诉的构建 [J]. 法学评论, 2008, (6): 135.

[15] 肖建国. 民事诉讼法执行编修改的若干问题探讨——以民事强制执行救济制度的适用为中心 [J]. 法律适用, 2008, (4): 25.

[16] 赵晋山. 强制执行程序中的拍卖问题研究 [G] // 沈德咏. 强制执行法起草与论证 (第一册). 北京: 中国法制出版社, 2002: 394.

[17] 吴光陆. 强制执行法拍卖性质之研究 [M]. 台北: 五南图书出版公司, 1987: 168.

## Legal Effect of False Mandatory Auction of Third Party 's Property ——Concurrently on Article 204 of the Civil Procedural Act

LU Zhengmin, QI Shu-jie

(Law School of Xiamen University, Xiamen 361005, China)

**Abstract:** The legal effects of false mandatory auction of the third party 's property differ under different doctrines. In terms of balance of the interests of bidder and the third party, neither public law doctrine nor private law doctrine seems entirely satisfactory. The nature of mandatory auction should be determined under public law and the bidder be deemed to have acquired the ownership originally, which is considered necessary to protect public interests and preserve public credit of auction. However, overall adaptation of public law doctrine is by no means consistent with China 's special situation, which may lead to overprotection of the bidder and sacrifice the interest of the third party. While maintaining public law doctrine, we should partially improve it so as to adequately balance the interests of the bidder and the third party.

**Key Words:** mandatory auction; public credit; balance of benefits; execution objection; objection action

本文责任编辑: 唐力