

# 论抵押权的实现程序

程 啸\*

**摘 要** 抵押权实现程序对抵押权制度之融资功能与担保功能的发挥,至关重要。我国《物权法》既承认了抵押权的约定实现程序,即抵押人与抵押权人可以协商实现抵押权,也规定了当事人协商不成时应适用的法定实现程序。抵押权的约定实现程序能高效便捷地实现抵押权,但也有损害其他担保物权人及抵押人的普通债权人的合法权益之虞,故立法上须采取相应的补救措施。现行法承认抵押权约定实现程序的做法值得肯定,但其允许当事人对抵押权的实现条件做出约定以及完全禁止流押契约的做法,甚为不妥。《物权法》第195条第2款新确立了抵押权的法定实现程序,该程序应界定为非讼程序。惟其如此,方符合抵押权作为支配权、变价权的本质,同时也有助于高效地实现抵押权,充分发挥物的效用。

**关键词** 抵押权 约定的实现程序 法定的实现程序 流押契约 非讼程序

## 引 言

抵押权以担保债权之实现为目的。债务人及时、适当地履行了债务,债权人自无实现抵押权之必要。惟有债务人不履行到期债务或出现了约定的实现抵押权的情形时,债权人才需要通过实现抵押权来满足债权。抵押权人将抵押财产变价并优先于普通债权人和同一抵押财产上顺位在后的其他担保物权人受偿,这就是抵押权的变价权与优先受偿权。“盖抵押物必须经处分阶段方能转换为交换价值,此即为变价权之范畴,而具体化之交换价值,抵押权人亦须有优先受偿之手段,其担保债权方能获得优先之满足,此即为优先受偿权之机能。”〔1〕因此,所谓抵押权的实现实质上就是抵押权的变价权与优先受偿权的实现。

\* 清华大学法学院副教授。感谢匿名审稿人对本文提出的宝贵修改意见!

〔1〕 谢在全:《民法物权论(中)》(修订五版),台湾新学林出版股份有限公司2010年版,页452。

就抵押权之实现而言,高效公平的程序机制,尤为重要。一方面,如果用于实现抵押权的程序的效率很低,债权人须支付高昂的成本、耗费大量的时间,方能将抵押财产变价,就会严重损害抵押权人与普通债权人的合法权益。因为这种程序不仅会使抵押权人优先受偿的部分减少,也会减少用以清偿普通债权的抵押人之责任财产。另一方面,倘若实现抵押权的程序设计不公平,只有那些实现抵押权的债权人方能从中获益,则该抵押权实现程序亦难以维继。总之,高效、公平的抵押权实现程序具有重要的作用,它有助于充分地发挥抵押权的担保与融资功能,也有助于更好地协调抵押人、抵押权人、普通债权人等当事人的利益。

《中华人民共和国物权法》(以下简称“《物权法》”)第195条是对抵押权实现程序的规定。依据该条,抵押权的实现程序分为两类:其一,约定的实现程序,即抵押权实现的条件成就后,抵押权人与抵押人协商实现抵押权(该条第1款);其二,法定的实现程序,即抵押权实现的条件成就后,抵押权人请求法院帮助实现抵押权(该条第2款)。《物权法》施行至今,已逾四年。但是,该法确立的抵押权实现程序却并未在实践中被适用,主要就是因为缺乏对程序问题做出具体规定的配套法律规范。例如,《物权法》第195条第2款中的抵押权法定实现程序的性质如何、管辖法院怎样确定、抵押权人的申请程序以及法院的审查程序如何展开等问题,皆无规定。这种就直接导致了在《物权法》施行的近五年的时间内,从来就没有法院适用过该法第195条第2款的抵押权法定实现程序去实现抵押权。现实中,如果抵押权人与抵押人就抵押权的实现无法协商一致时,法院依然适用的是《担保法》第53条第1款规定的程序,即要求抵押权人以债务人、抵押人为共同被告向法院提起诉讼。<sup>〔2〕</sup>

令人欣慰的是,2012年8月31日十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,在现行《民事诉讼法》第15章“特别程序”后增加了一节,即第7节“实现担保物权案件”。虽然该节仅有两个条文,却为担保物权的实现确立了基本的程序性规范。为了能够真正地构建一套符合我国国情的、科学合理的抵押权实现程序,使《物权法》第195条以及新修订的《民事诉讼法》第15章第7节之规定真正得到贯彻落实,有必要从理论上对抵押权实现程序做全面系统之研究,并针对有争议的问题提出切实可行的解决方法。笔者不揣鄙陋,拟通过本文对抵押权的约定与法定的实现程序做一初步研究,主要讨论的问题包括:比较法上禁止与允许当事人协商实现抵押权的立法模式各自有何利弊?我国现行法上允许当事人协商实现抵押权的程序存在哪些问题?比较法上是如何界定抵押权的法定实现程序的?应当怎样理解《物权法》第195条第2款规定的抵押权法定实现程序的性质等问题。

〔2〕 这是笔者咨询法官和房屋登记官后了解的信息。但遗憾的是,这方面的书面资料较少,参见许明:“抵押权直接申请强制执行司法实践考量与执行程序构建”,福建律师协会网站 <http://www.fjlawyers.net/news1.asp?id=1170>,最后访问日期:2012年6月6日。

## 一、抵押权约定实现程序的立法模式及利弊

抵押权的约定实现程序意味着,当抵押权实现的条件成就后,抵押权人不是必须通过法院,而是可以与抵押人协商实现抵押权。有些国家不承认抵押权的约定实现程序,而有些国家允许当事人协商实现抵押权。由此就产生了两种不同的立法模式,我们分别将之简称为“禁止模式”与“允许模式”。〔3〕

### (一)禁止模式

在禁止模式的立法中,不仅当事人不得在订立抵押合同时做出流押契约的约定,即便抵押权实现的条件成就了,抵押权人也不能与抵押人私自协商拍卖抵押物,抵押权的实现必须通过法院的强制执行。德国、奥地利采取的是禁止模式。《德国民法典》第1149条规定:“债权对所有权人未届期的,所有权人不得给予债权人此种权利,即以清偿为目的而请求转移土地所有权的权利,或者以强制执行之外的其他方式进行土地出让的权利。”《德国民法典》第1147条则规定:“债权人就土地和抵押权所扩及的标的物求偿,以强制执行的方法进行。”这就是说,抵押权人在债务人不履行债务时,只能通过强制执行的方式(nur durch das vom Gericht durchzuführende Zwangsvollstreckungsverfahren)从土地中获得清偿,任何方式的私人执行都被禁止。〔4〕依据德国《民事诉讼法》与《强制拍卖与强制管理法》之规定,因金钱债权对不动产的强制执行有两种方法,一是强制拍卖,即由执行法院将不动产加以变价,以获得的价金清偿债权人的债权;二是强制管理,该方法之目的是为了使债权人从不动产的收益中得到满足。为了实现强制管理,法院或聘任一名强制管理人,该人有权利和义务采取一切必要措施以确保不动产的经济状态及合理使用。

《奥地利民法典》第461条规定,债务人到期不履行债务的,抵押权人有权请求法院出售抵押物,此时,法院应遵循《法院法》的相关规定。该规定要求,抵押权人只能通过向法院提出申请才能实现其债权,也只有判决才能给予抵押权人以执行名义(Exekutionstitel),从而通过强制执行的方法实现抵押权。〔5〕与德国一样,奥地利的不动产强制执行方法也是两种——强制拍卖与强制管理(多数情形下是出租)。至于动产的强制执行方法,则既可以是拍卖(oeffentlich versteigert),也可以是变卖(freihaendig verkauft)〔6〕

〔3〕 有学者将这两种立法模式称为“司法保护主义”与“当事人自救主义”。参见,毛亚敏:《担保法论》,中国法制出版社1997年版,页176;徐武生:《担保法理论与实践》,工商出版社1999年版,页336。笔者认为,“司法保护主义”的称谓容易使人误认为,在未采取司法保护主义立法模式的国家,只能由当事人通过协商的方式实现抵押权,司法上不予保护。

〔4〕 Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht; ein Lehrbuch, 7Aufl., 1998, § 100, Rdn. 2. 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,页167。

〔5〕 Franz Gschnitzer, Oesterreichisches Sachenrecht, 2Aufl., 1985, S. 214.

〔6〕 Franz Gschnitzer (Fn.5), S. 215.

## (二) 允许模式

就抵押权的约定实现程序而言,英国、法国、瑞士、韩国、我国台湾地区的民法采取了允许的模式。在采取该模式的立法中,抵押权实现的条件成就后,抵押权人与抵押人可以协商实现抵押权,不必一定通过诉讼程序或非讼程序。例如,依据英国法,当债务人到期不偿还债务,抵押权人有权出售抵押财产。如果抵押是通过契据设立的,债权人当然享有出售权(该权利为《1925年财产法》明确规定);如果抵押是通过非正式的担保协议设立的,债权人必须向法院请求出售的权力。抵押权人出售抵押物的方式不一定是拍卖,但必须要以“合理的小心谨慎态度”以获得最高价格。<sup>[7]</sup>《法国民法典》第2458条则规定,当债务人不履行到期债务时,抵押权人可以通过《民事诉讼法》规定的程序,向法院申请将抵押人的财产(只要该抵押的不动产并非债务人的主要住所)判给自己或者申请法院进行强制拍卖。此外,依据《法国民法典》第2459条,如果被抵押的不动产不是债务人的主要住所的话,抵押权人与抵押人在抵押协议中可以有债权人将成为抵押的不动产的所有人的约定(即流押条款)。<sup>[8]</sup>《瑞士民法典》第816条第1款没有要求债权人在债务人不履行债务时,只能以强制执行的方式就土地卖得的价金优先受偿。因此,在设立抵押权的合同中,抵押权人与抵押人可以约定,一旦债务人不履行债务,抵押权人有权变卖(freihaendiger Verkauf)抵押财产。不过,该约定必须经过公证,因为此种约定使得抵押财产的所有权人负有将抵押财产交给买受人的义务。<sup>[9]</sup>《韩国民法典》第363条规定:“抵押权人为使其债权获得清偿,可请求拍卖抵押物。取得抵押物所有权的第三人,亦可成为拍卖人。”所谓请求拍卖抵押物,是指抵押权人向法院申请强制拍卖抵押物,以清偿债权。但是,债务到期后,抵押权人与抵押人会就抵押权的实现进行协商,毕竟向法院申请拍卖需要很长时间且未必能拍卖成功。此外,《韩国民法典》也没有禁止流押契约。因此,在不涉及到第三人利益的情况下,抵押人与抵押人可以做出流押契约的约定。不过,倘若抵押物之价值明显高于债务的金额或者有其他不当的情形,抵押人的其他债权人可以行使债权人撤销权(《韩国民法典》第406条)。<sup>[10]</sup>在我国台湾地区,抵押权的实现方法共有三种:一是声请法院拍卖抵押物(台湾地区“民法”第873条);二是,订立契约而取得抵押物之所有权,既包括流押契约,也包括抵押权实现条件届满后当事人约定取得抵押物所有权(台湾地区“民法”第873条之一第1款、<sup>[11]</sup>第878条);三是,通过拍卖之外的其他方式处分抵押物(台湾地区“民法”第878条),即不经过拍卖而采取普通买卖的方式,由抵押人私下寻觅买主,从而将抵押物

[7] 参见(英)F.H.劳森、伯纳德·冉得:《英国财产法导论》,曹培译,法律出版社2009年版,页147—148。

[8] 参见李世刚:《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,页126。

[9] Christina Schmid—Tschirren, in: Handkommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1A Aufl., 2006, § 816, Rdn. 4.

[10] 韩国民法上抵押权约定实现程序的内容,是根据清华大学法学院韩国留学生金进元先生提供的书面资料后写成的,在此特别致谢!

[11] 以往我国台湾地区“民法”第873条第2款禁止流抵契约,但2007年修正“民法”物权编时,立法机关删除了该款,增订了第873条之一第一项。参见刘春堂:《判解民法物权》,三民书局2010年版,页477。

变卖,或授权抵押权人以公开标售的方式变价。〔12〕

### (三)抵押权约定实现程序的利弊

抵押权的约定实现程序有两大好处:首先,效率高、时间短。要求抵押权人必须通过法院的强制执行,才能实现抵押权,会花费较长的时间、产生较高的成本。如果允许抵押权人与抵押人协商实现抵押权,则当事人可以选择最有效的抵押权实现方式,快速地将抵押财产变价,从而充分实现抵押权的担保功能与融资功能。例如,实践中,对于不动产抵押权的实现,当事人多愿意采取的是折价的方式。折价的通常操作过程为:先由抵押权人与抵押人共同向登记机构提出注销不动产抵押权登记的申请,将抵押权注销。然后,抵押人与抵押权人共同申请办理房屋所有权或土地使用权的转移登记,将房屋或土地使用权从抵押人处转到给抵押权人处。〔13〕即便是当事人协商同意拍卖抵押财产,当事人任意拍卖的成本也会低于法院的强制拍卖。其次,充分尊重了当事人的意思自由。允许抵押权人与抵押人就抵押权的实现方法(究竟是拍卖、变卖还是折价)进行协商,甚至允许他们就何时可以实现抵押权做出约定,尊重了当事人的意思自由,有利于当事人根据自己的意愿采取最符合自身利益的抵押权实现方法。

凡事有利则有弊,抵押权的约定实现程序也不例外。允许抵押权人与抵押人协商实现抵押权,意味着抵押权的实现不是通过秩序化且由国家控制的程序(司法程序),而是交由私人决定。在不动产抵押权实现的时候,因不动产上可以存在多个物权且各物权的状态较为复杂,故此很容易出现当事人协商实现抵押权而损害同一抵押物上的其他物权人及普通债权人的情形。例如,同一栋房屋上可以同时存在顺位分别为第一、二、三且担保的债权数额不相同的多个抵押权,允许第一顺位的抵押权人与抵押人自行协商拍卖抵押物,可能会因拍卖价格过低,使得第一顺位抵押权人完全受偿,第二顺位抵押权无法完全受偿,第三顺位抵押权人的债权根本不能从抵押物变价所得价款中受偿。〔14〕如果担保财产是动产,因动产上的物权状态非常简单,且并存多个物权的情形较少,〔15〕故此动产担保物权的实现即便不通过司法程序,而由当事人决定,损害其他物权人的可能性也较小。所以,许多国家都允许当事人协商实现动产担保物权。即便是那些明文禁止不动产抵押权私人执行的国家,也明文允许质权的私人执行,如《德国民法典》第1228条第1款。这就是说,质权人在债务人不履行债务时,当然可以申请强制执行,但也可以直接

〔12〕 谢在全,见前注〔1〕,页528;参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,页366—370;郑冠宇:《民法物权》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,页508。

〔13〕 根据四川省成都市房屋登记中心主任助理曾婷女士之介绍,为控制注销抵押权登记到办理所有权转移登记这一期间的风险,当事人会自行商定一些方法,如将约定的款项放在公共存量房交易账户,并与注销抵押权同步实施;或者共同到登记机构办理了注销抵押权登记后,即刻提交房屋所有权转移登记申请等。

〔14〕 《德国民法典》第1147条的立法理由指出:“实现抵押权时应当考虑同一不动产上全部既存权利之实现”。Eickmann, in: Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 1147, Rdn.1.

〔15〕 原因有二:其一,动产以占有为公示方法,难以展现复杂的权利状态《德国民法典》第1209条以及第1232条的顺位规则使得动产上难以产生多个质权。

出卖质押之物,即采取自行变价的方式(Selbstverwertungsmaßnahmen)实现质权。

## 二、我国法上抵押权的约定实现程序

### (一)我国法对抵押权约定实现程序的规定

首先,在我国,无论是《物权法》还是《担保法》都允许抵押权人与抵押人协商实现抵押权。抵押权人与抵押人不仅可以在抵押权实现条件成就时协商以何种方式来实现抵押权,还可以对抵押权的实现条件做出约定。依据《担保法》第53条第1款第1句,只有在“债务履行期届满抵押权人未受清偿”时,抵押权人才能实现抵押权。《物权法》第179条第1款、第195条第1款进一步规定,除了“债务人不履行到期债务”外,当事人还可以约定其他的实现抵押权的情形。<sup>〔16〕</sup>

其次,在抵押权实现的条件成就后,抵押权人与抵押人可以协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿。在《物权法》第195条第1款第1句以及《担保法》第53条第1款第1句的文字表述中,“以抵押财产折价”规定于拍卖、变卖抵押财产之前。这种文字顺序上的安排表明,立法者更倾向于当事人采取前一种方式。毕竟,折价的成本更低、效率更高。所谓“以抵押财产折价”,是指抵押权实现条件成就后,抵押权人与抵押人经过协商,按照抵押物自身的品质,参考市场价格,将抵押物的所有权由抵押人转移给抵押权人,抵偿相应债务,从而实现抵押权的一种方法。

再次,我国并未如法国、台湾地区的立法那样,承认流押协议的效力,而是完全禁止此类约定,认为其无效。《担保法》第40条规定:“订立抵押合同时,抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有。”《物权法》第186条也有相同的规定。

最后,为避免抵押权人与抵押人协议实现抵押权时,损害同一抵押财产上的其他物权人、债务人以及债务人的普通债权人的利益,《物权法》采取了两项措施:其一,要求当事人在以抵押财产折价或者变卖抵押财产时,应当参照市场价格(第195条第3款)。该规定旨在防止因抵押财产变价后所得的价款过少,损害同一抵押财产上顺序在后的其他物权人和债务人的利益。其二,赋予因抵押权人与抵押人的协议而受到损害的债权人以撤销权。《物权法》第195条第1款规定:“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与其协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。”所谓“协议损害其他债权人利益”的情形主要是指,抵押人与抵押权人没有参照市场价格,以不合理的低价将抵押财产折抵给抵押权人或以不合理的低价变卖抵押财产,从而损害其他债权人的合法权益。“其他债权人”包括两类人:(1)同一抵押财产上顺位在

〔16〕 参与立法的有关人士认为,这是“物权法针对实践的需要所作的补充规定”,该规定“对于保护债权人的利益更为有利”。胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,页389。

后的其他担保物权人,包括建设工程价款优先受偿权人、<sup>[17]</sup>同一抵押房屋上顺位在后的抵押权人、同一动产上的质权人等;<sup>[18]</sup>(2)抵押人的普通债权人。当抵押人与抵押权人实现抵押权的协议存在损害其他债权人的情形时,依据《物权法》上述规定,受损害的债权人可以行使《合同法》第74条与第75条规定的债权人撤销权。<sup>[19]</sup>

## (二)我国法上抵押权约定实现程序存在的问题

第一,《担保法》与《物权法》对流押契约采取完全禁止的态度,并不合理。在起草《物权法》的过程中,笔者以及其他一些学者力主承认流押契约的效力,以便降低抵押权的实现成本。<sup>[20]</sup>可是,立法者认为,禁止流押契约能够保护抵押人的合法权益,实现民法上的公平,<sup>[21]</sup>故《物权法》第186条依然禁止流押契约。笔者认为,对流押契约一刀切式地加以禁止,并不可取。只要采取一定的限制措施消除流押契约的弊端,则承认流押契约就既可以高效地实现抵押权,又不会对抵押人造成损害。这些限制性措施包括:其一,当被抵押的房屋是抵押人的唯一住所时,不得约定流押契约,因为这涉及抵押人的基本生存权。其二,当事人应当在抵押合同中参考市场价格确定抵押财产的价值,当抵押财产的价格超过被担保的债权金额时,抵押权人应当将超出的部分返还给抵押人。其三,在不动产抵押中,如果抵押权人与抵押人做出了流押条款的约定,该约定必须登记,否则不能对抗善意第三人。

第二,允许当事人对抵押权实现的情形进行约定,不利于提高抵押权实现的效率。《物权法》第195条第2款改变了《担保法》第53条第1款中确立的抵押权法定实现程序的性质,将诉讼程序改为“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的程序。抵押人与抵押权人就抵押权是否存在、抵押权实现的条件成就与否等问题没有争议,只是对究竟拍卖还是变卖抵押财产有不同意见且无法协商达成一致之时,抵押权人有必要请求法院拍卖或变卖抵押财产。对于抵押权人的申请,法院当然要审查,审查的主要目的就是抵押权实现的要件成就与否。按照以往《担保法》第53条第1款的规定,只要“债务履行期届满抵押权人未受清偿”的,抵押权人可以实现抵押权。对这种抵押权实现要件成就与否,法院很容易查明。一旦确认抵押权实现的条件成就了,就可以通过高效的法定程序来实现抵押权。可是,依据《物权法》第179条第1款、第195条第1款,除了债务人不履行到期债务外,抵押权人与抵押人还可以特别约定其他的抵押权实现的情形。显然,要判断当事人约定的各种抵押权实现的情形是否发生,较为困难且极易

[17] 《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:“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第286条的规定,认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

[18] 《物权法》第180条第1款第4项允许以生产设备、原材料、半成品、成品等动产设定抵押权。同时,动产上又可设定质权(《物权法》第208条第1款),因此,会出现动产先被抵押后又被质押的情形。

[19] 《物权法》颁布前,《担保法解释》第57条第2款就曾规定:“债务履行期届满后抵押权人未受清偿时,抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是,损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的,人民法院可以适用《合同法》第74条、第75条的有关规定。”

[20] 参进程啸:《物权法·担保物权》,中国法制出版社2005年版,页351。

[21] 胡康生,见前注[16],页409。

产生争执。而在发生民事争执的情况下,抵押权人与抵押人、债务人必须另行提起诉讼,通过民事诉讼程序解决之。这样一来,抵押权实现的成本无形中增加了。

### 三、抵押权法定实现程序的立法模式

在大陆法系国家和地区中,抵押权法定实现程序的立法模式有两种:一是非讼程序的立法模式,二是诉讼程序的立法模式。

#### (一)非讼程序立法模式

在非讼程序立法模式中,抵押权实现的条件成就时,抵押权人可以向法院申请对抵押财产进行强制拍卖。申请拍卖抵押物的事件属于非讼事件,适用非讼程序,具体步骤为:首先,抵押权人应当向抵押财产所在地的法院提出实现抵押权的书面申请,并提供初步的证据证明抵押权实现的条件成就。其次,法院对申请进行审查,符合规定的,做出允许拍卖的裁定。该裁定就是执行依据,据此可对抵押财产进行强制执行。不符合规定的,裁定驳回申请,抵押权人可以另行起诉。对抵押权的法定实现程序采取非讼程序立法模式的国家和地区如法国、日本、韩国和我国台湾地区。例如,在日本,债务人不履行到期债务时,抵押权人可以请求法院对抵押财产进行强制拍卖,具体的实现程序就是《民事诉讼法》规定的不动产拍卖程序。日本《民事诉讼法》第181条第1款规定:“作为实行担保权的拍卖,以第43条第1款所规定的不动产(包括同条第2款视为不动产的,以下称“动产”)为标的,仅限于提出下列文书时开始:①证明担保权存在的确定判决或家事审判法第50条规定的审判或者与这些具有同等效力的文件副本;②证明担保权存在的公证人所作成的公证证书的副本;③登记机关担保权的登记簿的副本(假登记除外);④对一般先取特权,证明其存在的文书。”抵押权人有了这些文件,就可以向抵押物所在地的地方裁判所提出拍卖抵押物的申请(《民事诉讼法》第2条)。裁判所对抵押权人提出的申请进行审查,主要审查的是抵押权实现的要件完备与否,至于实体法上问题如抵押权是否存在等,不予审查。<sup>[22]</sup>经审查认为符合条件的,法院做出拍卖的裁定,进行强制拍卖。如果债务人或者抵押人认为债权履行期限尚未届满,或者抵押权不存在或消灭,他们有权依据《民事诉讼法》第11、182条提出执行异议。

在韩国,当抵押权人与抵押人无法就抵押权的实现达成合意的,抵押权人可以依据《民事诉讼法》向法院申请强制执行。不动产抵押权人请求法院强制拍卖或强制管理的,须提交申请书并附上证明抵押权的材料(即不动产登记簿的复印件)。受理抵押权人的申请后,法院不做实体审查。也就是说,法院并不审查登记的效力或实体的权利义务关系,它可以直接做出竞卖开始的决定。抵押权人对于抵押权是否存在,也不负有举证责任。“这一点与执行申请人向执行机关提交了具有执行力的执行正本后,执行机关不再

[22] 参见(日)近江幸治:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2000年版,页136。

审查实体法律关系而直接开始执行一样。”〔23〕

在我国台湾地区,“非讼事件法”第72条规定:“民法所定抵押权人、质权人、留置权人及其他法律所定担保物权人声请拍卖担保物事件,由拍卖物所在地之法院管辖。”该法之所以将申请抵押物拍卖规定为非讼事件,就是为了“利用非讼程序的经济性与迅速性,俾能使资金流转顺畅,而又助于市场运行。”〔24〕抵押权人向法院声请准予拍卖抵押物的裁定时,应当提交他项权利证明书、不动产登记簿本、抵押权设定契约书及债权证明,如借据、票据等。〔25〕台湾地区“最高法院”1961年度台抗字第186号裁判认为,法院对抵押权人的声请进行形式审查,也就是说,法院只是从程序上审查应否许可此种强制执行,即抵押权有无依法登记及债权是否已届清偿期而未受清偿的情形。至于实体上抵押权法律关系是否存在等,属于实体法上的问题。即便抵押人或债务人对这些法律关系有争执,亦应另行提起确认抵押权不存在或涂销抵押权之诉,不能在抗告程序中主张以求解决。〔26〕在法院审查后做出了准许拍卖抵押物的裁定的,该裁定为执行名义,抵押权人得申请强制执行。因此,在我国台湾地区,抵押权的法定实现程序实际上是分为两个阶段:第一阶段为非讼程序,通过该程序抵押权人取得执行名义,即地方法院的非讼中心或者民事庭作出的准予拍卖抵押物的裁定;第二阶段为强制执行程序,即取得执行名义的抵押权人向地方法院的强制执行庭申请强制执行。〔27〕

## (二) 诉讼程序立法模式

德国与奥地利采取的是诉讼程序的立法模式。在德国和奥地利民法中,只有不动产上才能设立抵押权,而不动产对于其所有人的生存至关重要,不得任由他人轻易拍卖。此外,同一不动产上可能存在多种权利,如果任由抵押权人拍卖也会损害这些人的合法权益。故此,德国和奥地利都不允许抵押权人与抵押人约定实现抵押权,而要求必须通过强制执行的方式将抵押财产变价(《德国民法典》第1147条、《奥地利民法典》第461条),即抵押权人须请求法院对抵押财产进行强制执行。由于任何强制执行都必须有执行名义,因此抵押权人也必须有执行名义(Vollstreckungstitel),用来证明自己有实现抵押权的权能。由于这种强制执行是对不动产这一有体物的执行,故此该执行名义属于“物上的执行名义(ein dinglicher Titel)”。

在德国法中,抵押权人可以获得的物上执行名义有二:首先是可执行证书(die vollstreckbare Urkunde),即由法院或公证机关制作的文书,其中记载了抵押人与抵押权人在设立抵押权时做出的,抵押人服从对不动产的强制执行的约定(《德国民事诉讼法》第794条第1款第5项)。在有可执行证书的情况下,抵押权人只要证明抵押权已经到期就可以请求法院对抵押的

〔23〕 参见(韩)姜大成:《韩国民事执行法》,朴宗根译,法律出版社2010年版,页439-442。

〔24〕 参见姜世明:《非讼事件法新论》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,页222-223。

〔25〕 同上注,页213。

〔26〕 我国台湾地区“最高法院”2000年度台抗字第181号裁判也明确指出,抵押权人在声请拍卖抵押物的事件中,没有义务举证证明其实体权利之存在。参见吴光陆:“如何拍卖抵押物(二)”,《月旦法学杂志》第15期。

〔27〕 吴光陆:“如何拍卖抵押物(一)”,《月旦法学杂志》第13期。

不动产进行强制执行。<sup>[28]</sup> 这是一种非常方便的强制执行业序,成本低、效率高。<sup>[29]</sup> 如果没有这种可执行证书,抵押权人要针对抵押财产进行强制执行就必须有另一个物上的执行名义即“判决(das Urteil)”,否则强制执行业序无法开始。<sup>[30]</sup> 要取得这样的判决,抵押权人就必须在不动产抵押权而以抵押人为被告,向被抵押的不动产所在地的法院,针对抵押物提起以抵押人单纯地容忍强制执行为目的的“对物之诉(dingliche Klage)”。<sup>[31]</sup> 之所以说,该诉讼的目的只是在于抵押人的容忍是因为,抵押财产的所有人虽有解消(abloesen)抵押权以避免不动产被强制执行的权利(《德国民法典》第 1142 条),却不负有依据不动产抵押权清偿债务的义务。<sup>[32]</sup> 当然,抵押权人也可以在提起对物之诉的同时,基于主债权而针对债务人提起“对人的诉讼(persoennliche Klage)”或“债务之诉(Schuldklage)”。该诉讼与针对抵押财产的对物诉讼的区别在于:对人的诉讼使得债权人可以就债务人的全部财产受偿,而对物的诉讼可以使得债权人就抵押财产优先于其他债权人受清偿。<sup>[33]</sup>

## 四、我国法上抵押权法定实现程序的演变

### (一)《担保法》中的抵押权法定实现程序

《物权法》颁布之前,对抵押权法定实现程序做出规定的是《担保法》第 53 条第 1 款、《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》(以下简称“《担保法解释》”)第 128 条第 1 款及第 130 条。这些规定确立的抵押权法定实现程序为:首先,无论是不动产抵押,还是动产抵押,在抵押权人与抵押人没有就抵押权的实现达成合意,即无法以约定的程序实现抵押权时,只能通过法定的程序来实现抵押权。当然,抵押权人也可以不与抵押人协商,直接通过法定程序来实现抵押权。其次,所谓抵押权人与抵押人“协议不成”包括两种情形:(1)抵押权人与抵押人就抵押权实现的条件是否成就发生争执,即双方对债务履行期限是否届满都有分歧;(2)抵押权人与抵押人就抵押权实现的条件已经成就不存在异议,只是就抵押权实现的方式,比如究竟是拍卖还是变卖等发生争执。《担保法》立法者认为,无论发生上述哪一种情形,都说明“在双方当事人中存在争议,双方不能通过协议解决该争议,抵押权人就可以诉诸法院,通过诉讼程序解决。”<sup>[34]</sup>最后,抵押权的法定实现程序是指诉讼程序,即由抵押权人向法院提起诉讼。申言之,当债务人与抵押人为同一主体时,就是由债权人即抵押权人针对债

[28] Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 40, Rdn.36.

[29] Westermann/Gursky/Eickmann(Fn.4), § 100, Rdn.2.

[30] Manfred Wolf, Sachenrecht, 23Aufl. 2007, Rdn. 874.

[31] Baur/Stuerner(Fn.28), § 40, Rdn. 34. 由于《德国民法典》第 1147 条规定的容忍请求权性质上也属于物上请求权,因此,该对物之诉也可以理解为物上受领人针对物上责任人的给付之诉。

[32] Jauernig, in:Jauernig Buergerliches Gesetzbuch Kommentar, 13.Aufl., 2009, vor § 1113, Rdn. 14.

[33] Manfred Wolf(Fn.30), Rdn. 874.

[34] 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社 1995 年版,页 71。

务人即抵押人提起民事诉讼；当抵押人是债务人之外的第三人时，债权人不仅要起诉债务人，而且要起诉抵押人，即抵押权人必须以债务人与抵押人为共同被告提起诉讼。因为，只有这样，法院在案件的审理过程中才能够对主合同（即借款合同）与从合同（即抵押合同）中可能存在的任何纠纷进行审查，防止做出错误的裁判，尽管最高人民法院也清楚这种做法会增加当事人的诉讼负担。<sup>〔35〕</sup>

## （二）《物权法》对抵押权法定实现程序的新规定

显然，《担保法》及《担保法解释》以诉讼程序作为抵押权的法定实现程序存在很大的缺陷。因为它大大增加了抵押权人实现抵押权的成本，延长了抵押权的实现时间，不利于发挥抵押权的担保与融资功能，故此，该抵押权实现的法定程序饱受批评。<sup>〔36〕</sup>在《物权法》起草过程中，“不少人提出，要求抵押权人向人民法院提起诉讼以实现抵押权的规定使得抵押权的实现程序变得复杂而且漫长，有时抵押权需要一两年才能实现。建议为使抵押权的实现程序更加简便，应当允许抵押权人在协议不成的情况下，直接向人民法院申请拍卖、变卖抵押财产。”<sup>〔37〕</sup>该意见被立法者所接受，故《物权法》第195条第2款规定：“抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”

从立法资料来看，《物权法》第195条第2款作此规定的理由在于：

抵押权人与抵押人未就实现抵押权达成协议，主要有两种情形：一是双方就债务履行期届满债权未受清偿的事实没有异议，只是就采用何种方式来处理抵押财产的问题达不成一致意见；二是双方在债务是否已经履行以及抵押权本身的问题上存在争议，如双方对抵押合同的有关条款或者抵押权的效力问题存在争议，这些问题实际上是实现抵押权的前提条件，双方对此发生争议，也就根本谈不上协议以何种方式实现抵押权了。对于第一种情形，即抵押权人与抵押人仅就抵押权实现方式未达成协议的，为了简便抵押权的实现程序，本条规定，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。对于第二种情形，抵押权人仍应当采取向人民法院提起诉讼的方式解决。<sup>〔38〕</sup>

这就是说，《物权法》立法者并未完全排斥诉讼程序，只是没有将之作为必经程序。如果抵押权人与抵押人在抵押权的效力、抵押权实现条件是否成就等问题上存在争议，则抵押权人只能针对抵押人、债务人提起民事诉讼来解决该争议。实际上这与《担保法》第53条第1款第2句规定的程序是一样的。抵押权人请求法院拍卖、变卖抵押财产的程序，只出现在抵押权人与抵押人仅就抵押权的实现方式（拍卖还是变卖等）没有达成一致的情形。

〔35〕 参见李国光、奚晓明、金剑锋、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，页428。

〔36〕 对《担保法》中担保物权实现程序的详尽批评，程啸，见前注〔20〕，页318—321。相关调查数据，参见中国人民银行研究局、世界银行集团外国投资咨询服务局、国际金融公司中国项目开发中心：《中国动产担保物权与信贷市场发展》，中信出版社2006年版，页171—172。

〔37〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，页357。

〔38〕 胡康生，见前注〔16〕，页428。

## 五、《物权法》中抵押权法定实现程序的性质

### (一)学说上的争论

由于缺乏相关的法律或司法解释的明确规定,因此人们对《物权法》第195条第2款确立的抵押权法定实现程序——即“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的程序——的性质如何,存在很大的争议,代表性观点有以下三种。

#### 1. 强制执行程序说

此说认为,《物权法》第195条第2款规定的是强制执行程序,即抵押权人在与抵押人无法就抵押权的实现方式达成合意时,可以持抵押合同、登记簿等材料直接向法院的强制执行机构申请强制执行。<sup>[39]</sup>

#### 2. 非讼程序说

此说认为,《物权法》第195条第2款中“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的程序不是诉讼程序,也不是强制执行程序,而是非讼程序。<sup>[40]</sup>首先,抵押权人申请法院拍卖、变卖抵押物,实质上是要求确认并实现其公示权利的程序。也就是说,抵押权人与抵押人之间的关系是权利实现的申请人与被申请人的关系,并非是请求法院解决民事争议的原被告关系。<sup>[41]</sup>既然如此,请求法院拍卖、变卖抵押财产的程序就不是诉讼程序。因为诉讼程序是用来解决民事权利义务的争议。在抵押权人与抵押人仅就抵押权实现方式存在争议的情况下,该争议不属于权利义务的争议,无须适用诉讼程序。<sup>[42]</sup>其次,即便抵押人对抵押范围、数额等有异议,只要保障抵押人的程序参与,法院也可以在非讼程序中适用争讼法理来解决该争议。此外,在抵押人有实质异议的时候,他还可以另行起诉,从而使得抵押权实现从非讼程序转化为诉讼程序。<sup>[43]</sup>故此,《物权法》第195条第2款的程序应界定为非讼程序。

#### 3. 非诉讼的执行程序说

此说认为,抵押权人请求人民法院拍卖、变卖抵押权财产时,适用的程序既非诉讼程序,也

[39] 参见刘智慧主编:《中国物权法释解与应用》,人民法院出版社2007年版,页568。

[40] 参见王利明:《物权法研究(修订版)》(下卷),中国人民大学出版社2007年版,页504;蔡辉:“抵押权的实现程序:直接申请执行,还是提起诉讼?”,《人民法院报》2007年7月5日;冉崇高、代贞奎:“直接请求法院拍卖、变卖担保物的程序设定”,《人民法院报》2007年9月14日;高圣平:“担保物权实行途径之研究——兼及民事诉讼法的修改”,《法学》2008年第1期;兰世民:“非讼程序直接申请强制执行——物权法第一百九十五条第二款的程序解读”,《人民法院报》2008年8月22日;罗越明、卫东亮:“《物权法》抵押权实现制度的性质及适用”,《法律适用》2008年第10期;俞晓飞:“应以非讼程序作为抵押权实现的前提”,《江苏法制报》2008年12月28日;肖建国、陈文涛:“论抵押权实现的非讼程序构建”,《北京科技大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

[41] 肖建国教授与陈文涛合著的“论抵押权实现的非讼程序构建”一文是少数阐明了将《物权法》第195条第2款规定的抵押权法定实现程序理解为非讼程序的理由的文章。

[42] 俞晓飞,见前注[40]。

[43] 肖建国、陈文涛,见前注[40]。

非强制执行程序,而是“非诉讼执行程序”,在此程序中,法院仅需要对抵押权人提交的抵押权证明材料等证据进行审查,即可裁定实现抵押权。<sup>[44]</sup>

上述三种学说中,第一种观点显然是最没有说服力的。由抵押权人凭借着抵押合同、登记簿复印件和权属证书等,直接向法院申请强制执行,明显不符合我国《民事诉讼法》的规定。因为,此时抵押权人并没有执行依据(或执行名义)。执行依据也称“执行名义”,是指执行机关据以执行的法律文书,是由有关机构依法出具的、载明债权人有一定债权,债权人据以请求执行的法律文书。<sup>[45]</sup>《民事诉讼法》第224条规定:“发生法律效力民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。法律规定由人民法院执行的其他法律文书,由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。”显然,抵押合同、权属证书等不属于执行依据,抵押权人不得据此直接申请强制执行。<sup>[46]</sup>第二种观点与第三种观点实质上是相同的,即认为抵押权的法定实现程序是非讼程序。但第三种观点中的“非诉讼执行程序”这一概念本身是自相矛盾的。因为强制执行事件性质上也是非讼事件,强制执行本身就是基于债权人的申请,以国家的强制力实现债权人对债务人的私法上的给付请求权的非讼程序。<sup>[47]</sup>

## (二)本文的观点

笔者认为,《物权法》第195条第2款规定抵押权人“向人民法院申请拍卖、变卖抵押财产”的程序,既不是民事诉讼程序,更不意味着抵押权人可以直接向法院申请强制执行,应当将之界定为非讼程序。申言之,当抵押权人与抵押人无法就抵押权的实现方式协商一致的时候,抵押权人可以向法院提出拍卖、变卖抵押财产的申请,即通过公力救济的途径实现抵押权的变价效力。法院在受理抵押权人的申请后,要对该申请予以审查。经审查后认为符合条件的,法院做出准予拍卖、变卖抵押财产的裁定,依据该裁定可以对抵押财产进行强制执行。如不符合条件,法院应裁定驳回抵押权人之申请。此时,抵押权人以抵押人、债务人为被告提起诉讼,通过民事诉讼程序解决争议。一旦抵押权人获得了胜诉的确定判决,可再以此为执行依据,请求法院对抵押财产采取强制执行措施如强制拍卖等。之所以将《物权法》第195条第2款规定的抵押权法定实现程序界定为非讼程序,理由如下。

第一,抵押权人向法院请求拍卖、变卖抵押财产从性质上来说,只是抵押权人通过公力救济的途径实现变价权而已。正是这一点,决定了抵押权的实现程序本质上为非讼程序。

抵押权属于物权。物权“是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所

[44] 参见曹士兵:“我国《物权法》关于抵押权实现的规定”,《法律适用》2008年第1、2期;李述胜、马怀国:“抵押权直接实现的程序设计”,《山东审判》2009年第2期。

[45] 参见江伟主编:《民事诉讼法(第五版)》,中国人民大学出版社2011年版,页372。

[46] 有学者认为,在目前抵押权实现的公力救济途径无再造空间的情况下,当事人可以直接向公证机构申请,由公证机构对抵押合同赋予强制执行效力。一旦抵押权实现条件成就,抵押权人就可以凭借该被赋予了强制执行效力的抵押合同直接向法院申请强制执行。高圣平,见前注[40];王康东:“从抵押权的实现方式谈公证强制执行效力——兼评《物权法》第195条第2款”,《中国公证》2008年第4期。

[47] 参见陈计男:《强制执行法释论》,元照出版有限公司2002年版,页1、28。

有权、用益物权和担保物权(《物权法》第2条第3款)。”作为物权的抵押权具有支配效力和排他效力。也就是说,法律赋予了抵押权人对特定抵押财产的交换价值(而非使用价值)具有排他的、直接支配的力量。在债务履行期限届满前,此种支配效力与排他效力使得抵押人处分抵押财产必须经过抵押权人的同意(《物权法》第191条),而其他设立在抵押权之后的权利原则上劣后于抵押权受偿(《物权法》第190条第2句、第199条)。一旦债务履行期限届满,债务人不履行债务的,抵押权的支配效力就体现为对特定抵押财产的变价效力与优先受偿效力。抵押权的变价效力,也称变价权(Verwertungsrecht),它意味着,抵押权人有权将抵押物变价,如拍卖、变卖等。在实现变价权时,抵押权人的请求所指向的并非是人(债务人与抵押人),而是物(抵押财产)。可是,由于抵押权人并不占有抵押物,因此抵押权人要先和抵押人就如何实现抵押权进行协商。即便协商不成,抵押权人也不能自行将抵押物折价或拍卖、变卖抵押物,否则会构成对抵押人合法权益的侵害,易引发纠纷。<sup>[48]</sup> 在这种情况下,就必须通过法律规定的公力救济途径。在我国,公力救济途径就是《物权法》第195条第2款规定的抵押权法定实现程序,即抵押权人请求法院拍卖、变卖抵押财产。由此可知,抵押权人请求法院来拍卖、变卖抵押财产是抵押权人通过公力救济的途径来实现其变价权。该方式既不破坏法律秩序的安宁,又能有效地保护抵押权人的权利。<sup>[49]</sup>

正是由于抵押权作为物权,具有变价效力与优先受偿效力,才使得抵押权的实现程序不是普通的民事诉讼程序,也不是直接申请强制执行程序。一方面,尽管抵押权的实现也需要执行依据,但执行依据不等于法院之判决。抵押权的产生就意味着,抵押人已经同意抵押权人在债务人不履行到期债务时行使变价权并优先受偿。有了抵押权人与抵押人的这一合意,抵押权人通过法院实现抵押权时,就不一定要求必须作出判决。只要法院审查确认了抵押权人的申请符合条件,就可以作出同意拍卖、变卖抵押财产的裁定。此裁定既是执行依据,同时也足以证明抵押权人拥有实现其物权的权能。另一方面,如果法院不对抵押权人的申请进行审查,而由抵押权人单方决定是否实现抵押权,只要其提出申请,法院就必须强制执行,也容易侵害抵押人的合法权益。事实上,《物权法》第195条第2款中规定抵押权人向法院提出“申请”,就意味着法院要对申请进行(形式)审查。

第二,非讼程序有助于高效地实现抵押权,贯彻《物权法》“发挥物的效用”的立法目标。如前所述,只有抵押权的实现程序快捷、高效,抵押权的担保功能与融资功能才能得到充分的发挥。《担保法》立法者没有搞清楚抵押权法定实现程序的本质,错误地将之规定为诉讼程序,以

[48] 有学者主张,即便是协商不成,只要符合抵押权实现的要件,抵押权人也有权自行拍卖、变卖抵押财产。只有无法自行拍卖、变卖的,才需要向法院申请拍卖、变卖抵押财产。参见邹海林:“担保物权制度的发展与中国《物权法》”,载渠涛主编:《中日民法研究》(第7卷),法律出版社2009年版,页196。

[49] 在这一点上,动产质权与抵押权完全不同。《物权法》第220条第1款规定:“出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。”由此可见,同为物权,但因动产质权人占有了质押财产,所以在质权实现的问题上,更需要关注的是如何保护出质人,而非抵押那样,需要考虑抵押权人的利益。

致抵押权实现的成本非常大,时间也被拖延,以致饱受批评。这最终导致了《物权法》第195条第2款做出新的规定。而只有将《物权法》该款中抵押权的法定实现程序理解为非讼程序,才能真正提高抵押权实现的效率,降低权利的实现成本,实现立法目的。

非讼程序适用于非讼事件(Freiwillige Gerichtsbarkeit),诉讼程序适用于诉讼事件(streitige Gerichtsbarkeit)。尽管现代法上部分诉讼事件也被纳入非讼程序,非讼事件与诉讼事件的区分变得困难起来。但是,典型的非讼事件,如监护、遗产、不动产登记、证书、担保物的拍卖等,与诉讼事件仍然存在一个明显的差别,即有无私权的争议或纠纷上不同。凡是不存在私权利争议或纠纷的事件,就属于非讼事件。反之,就属于诉讼事件。正是这一差别使得诉讼程序与非讼程序有了第二个区别——目的不同。诉讼程序的目的在于定纷止争,保护权利。申言之,民事诉讼程序旨在解决当事人之间的民事纠纷,实现私法上的权利,维护私法秩序等。<sup>[50]</sup>但是,非讼程序则不以解决民事纠纷为目的,而是以权利照顾和预防纠纷为目的。目的不同进一步导致非讼程序与诉讼程序的差别。例如,非讼程序采取的是简易和迅速的原则,法院应依职权调查事实和证据,法院作出的是裁定而非判决,实行一审终审。而诉讼程序中,举证责任主要在当事人,法官对实体问题的裁判应作出判决,实行的是两审终审等。

从上述诉讼程序与非讼程序的差别可知,将《物权法》第195条第2款的程序界定为非讼程序,能够更有效率地实现抵押权。例如,在抵押权人向法院申请拍卖、变卖抵押财产时,法院对该申请要进行审查,从而决定是驳回申请还是做出拍卖、变卖抵押财产的裁定。此时法院进行的不是实质审查,而是形式审查,即“仅从程序上审查应否许可强制执行,即抵押权有无依法登记及债权是否已届清偿期而未受清偿者,其并无确定实体法上法律关系存在之性质”。<sup>[51]</sup>之所以如此,原因有二:首先,在抵押权人申请实现抵押权的这个程序中并不存在民事争议,法院要做的仅仅是审查抵押权实现的条件与否。如果成就,就作出同意拍卖、变卖抵押财产的裁定。反之,驳回抵押权人的申请即可。要求法院进行实质审查是很难做到的(毕竟只有抵押权人参与该程序);其次,即便法院作出同意拍卖、变卖抵押财产的裁定,也不是对实体权利义务的确定。如果抵押人、债务人对抵押权、主债权等实体权利义务有异议,可以另行提起民事诉讼加以解决。作为非讼程序的抵押权实现程序中法院的拍卖裁定没有既判力。<sup>[52]</sup>故而,法院仅作形式审查,也不会损害真实权利人的权利。

第三,非讼程序与诉讼程序之间存在转换的渠道,有助于维护抵押人、主债务人的合法权益。非讼程序只适用于非讼事件,也就是说,如果不存在民事权利义务的争议时,通过非讼程序可以提高效率。但是,一旦当事人发生了争议,非讼程序就不适合处理该争议了。一方面,当法院在审查抵押权人实现抵押权的申请时,抵押人、债务人就主债权、抵押权是否存在等实体权利义务关系问题提出异议,法院在经过形式审查后不能认定主债权或抵押权存在与否的,应做出驳回抵押权人申请的裁定。抵押权人、抵押人或债务人可以通过提起民事诉讼解决该

[50] 参见张卫平:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,页14。

[51] 林洲富:《实用非讼事件法》,五南图书出版有限公司2010年版,页113。

[52] 姜世明,见前注[24],页160。

争议。另一方面,在法院已经就抵押权人的申请作出裁定,同意拍卖、变卖抵押财产后,如果抵押人或债务人对于主债权、抵押权的合法有效等问题有异议,应单独针对抵押权人另行提起民事诉讼,解决该争议。因此,将《物权法》第 195 条第 2 款界定为非讼程序,在提高实现抵押权的效率的同时,并不会对抵押人或债务人的合法权益造成不当损害。

## 六、抵押权法定实现程序的具体问题

### (一)抵押权法定实现程序应规定在哪部法律中

究竟应在哪一部法律中对抵押权的法定实现程序做出规定,有不同的看法。有观点认为,应当在将来颁行的《强制执行法》中加以规定。例如,最高人民法院组织起草的《民事强制执行法草案》第 3 稿和第 4 稿都在“执行的申请与受理”章的“执行名义”节中将法院依担保物权人的申请对担保财产做出强制执行的裁定规定为执行名义。<sup>[53]</sup> 另一种观点认为,应当在现行《民事诉讼法》的“特别程序”章中做出规定。<sup>[54]</sup> 新修订的《民事诉讼法》采取了第二种观点,即在现行《民事诉讼法》第 15 章“特别程序”后增加第 7 节“实现担保物权案件”。笔者认为,民事诉讼修正案的做法是正确的。<sup>[55]</sup> 首先,从立法体例来说,在强制执行法中规定取得执行依据的程序不合适。抵押权人向法院申请实现抵押权,先要取得执行依据。此过程中,法院须进行审查,然后做出裁定。这些内容不是强制执行的内容,而是如何取得执行依据的内容。因此不宜在强制执行法中做出规定。其次,鉴于我国短期内也不大会颁布专门的非讼事件法,因此将包括抵押权在内的担保物权的实现程序规定于《民事诉讼法》的“特别程序”章,比放入第 3 编“执行程序”更合适。最后,从审执分离的角度来说,在特别程序中规定抵押权实现程序,由法院作出强制拍卖的裁定后,再由执行机构进行强制执行,可以更好地做到了审执分离,有利于保障当事人合法权益,防止司法腐败。

### (二)管辖的法院

《物权法》第 195 条第 2 款只是规定抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产,而没有规定抵押权人向哪个法院请求拍卖、变卖抵押财产。我国新修订的《民事诉讼法》第 196 条规定:“申请实现担保物权,由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照物权法等

[53] 参见黄松有主编:《强制执行法起草与论证》(第二册),中国人民公安大学出版社 2004 年版,页 212、270。

[54] 十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议的《民事诉讼法修正案(草案)》在《民事诉讼法》第 15 章“特别程序”中,新增了“实现担保物权案件”一节。该草案全文刊载于全国人民代表大会官方网站“中国人大网”[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywx/2011-10/29/content\\_1678367.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywx/2011-10/29/content_1678367.htm),最后访问日期:2012 年 6 月 6 日。

[55] 尽管我国《民事诉讼法》上没有使用“非讼程序”的名称,亦无单独的《非讼事件法》。但是,通说认为,《民事诉讼法》第 15 章“特别程序”其实就是非讼程序,因为该章规定的大部分事件属于没有争议的事件即非讼事件,其审理程序当然是非讼程序。江伟,见前注[45],页 338;姚红主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社 2007 年版,页 251;章武生:“非讼程序的反思与重构”,《中国法学》2011 年第 3 期。

法律,向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。”也就是说,如果担保物权是需要登记的,如不动产抵押权,则向登记地的基层法院提出申请。否则,可以向担保财产所在地的基层法院申请实现担保物权。需要研究的一个问题是,对于有些担保物权如机动车、船舶、民用航空器等特殊的动产上的抵押权,我国法虽以交付或者合同的生效为其物权变动的生效要件,但又例外地采取了登记对抗要件主义(《物权法》第24条、《民用航空法》第16条、《海商法》第13条第1款),对于这些特殊动产担保物权的实现,究竟是向动产所在地还是登记地的基层法院提出申请,值得研究。笔者的意见是,如果这些特殊的动产担保物权已经办理了登记,则应当由登记地的基层人民法院管辖。如果没有办理登记,则可以由动产所在地的基层人民法院进行管辖。

### (三)申请人与被申请人

抵押权法定实现程序的申请人当然是享有抵押权的债权人。我国新修订的《民事诉讼法》第196条规定“担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人”可以提出申请。担保物权人当然是指依法享有担保物权的民事主体,如抵押权人、质权人、留置权人。所谓“其他有权请求实现担保物权的人”是指,虽然不是担保物权人但却有权请求实现担保物权的民事主体,例如,在作为担保物权人的企业法人申请破产后,破产管理人就属于有权请求实现担保物权之人(《企业破产法》第25条)。再如,担保物权人是自然人的,其丧失民事行为能力或者被宣告失踪后,就应当由监护人或者财产管理人来申请实现担保物权(《民法通则》第18、21条)。

就担保物权实现程序中的被申请人,我国新修订的《民事诉讼法》没有明文规定。在我国台湾地区,司法实践中一度认为,由于拍卖抵押物是对特定财产的直接支配权的实现,因此抵押权人向法院提出的拍卖抵押物的申请中无须记载相对人。<sup>[56]</sup>但是,后来的判例采取了新的观点,例如,台湾地区“最高法院”1985年台抗字第431号判例认为:“不动产所有人设定抵押权后,将不动产让与他人者,依民法第867条但书规定,其抵押权不因此而受影响,抵押权人得本于追及其物之效力实行抵押权。系争不动产既经抵押人让与他人而属于受让之他人所有,则因实行抵押权而声请法院裁定准许拍卖该不动产时,自应列受让之他人为相对人。”<sup>[57]</sup>笔者认为,抵押权人向法院申请拍卖、变卖抵押财产时,应当在申请书中列明被申请人,被申请人仅限于抵押人,不包括非抵押人的抵押物的受让人。因为从《物权法》第191条的规定来看,立法者并未承认抵押权的追及效力。<sup>[58]</sup>故此,抵押权人同意抵押物转让的时候,抵押权在多数情况下都归于消灭,抵押权人不可能以其上已无抵押权的财产之受让人为被申请人。除非抵押物的受让人自愿承受抵押权,成为新的抵押人。

### (四)非讼程序向诉讼程序的转化

非讼程序追求高效快捷,故而法院对抵押权人提出的拍卖、变卖抵押财产的申请只进行所

[56] 相关判例如我国台湾地区“最高法院”1967年台抗字第319号裁定、1969年台上字第3718号判决。

[57] 许士宦:“声请拍卖抵押物之相对人”,《植根杂志》第2卷第7期。

[58] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[37],页349—350。

谓的形式审查。我国新修订的《民事诉讼法》第197条规定：“人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。”由于无论法院做出允许拍卖还是驳回申请的裁定，都不是对实体民事权利义务的确定，故而它们没有既判力。一方面，抵押权人向法院申请实现抵押权而申请被驳回时，抵押权人可以向法院提起诉讼。该诉讼的类型可能是确认之诉，也可能是给付之诉。例如，法院审查后认为抵押权实现条件尚未成就，则抵押权人可以以债务人和抵押人为共同被告，向法院提起诉讼，要求债务人履行债务并要求实现抵押权；另一方面，抵押权人的申请虽获得法院之认可，但抵押人或者债务人存在异议，则抵押人或债务人也可以向法院提起诉讼。他们会认为主债权不存在或抵押权不存在。此时，抵押权人没有义务在非讼程序中证明主债权与抵押权的存在。既然债务人或抵押人对于实体民事权利义务有争议，则他们应以抵押权人为被告向法院提起民事诉讼，请求法院就民事实体权利义务关系做出裁判，如确认抵押权不存在或者抵押权因主债权合同无效而归于消灭。

需要指出的是，在抵押权人依据非讼程序向法院申请拍卖、变卖抵押财产时，抵押人或者债务人只有对实体民事权利义务关系存在异议，即抵押人、债务人与抵押人就主债权、抵押权这些实体的民事权利存在争议时，抵押人、债务人才能向法院提起民事诉讼解决之。<sup>[59]</sup> 如果抵押人、债务人不是对实体权利的存在与否有异议，可以通过其他程序如执行异议等加以解决。倘若不做区分，将抵押人或债务人提出的任何意义都看成是与抵押权人之间的实体权利争议，都要求通过诉讼程序解决，则《物权法》第195条第2款的立法目的势必落空。<sup>[60]</sup> 依据我国法，抵押人、债务人与抵押权人之间可能存在的实体民事权利义务争议主要包括以下几类：(1)主合同不成立、无效或者已被撤销(《物权法》第172条第1款)；(2)抵押合同不成立(《担保法解释》第56条第1款)；(3)抵押合同无效或已被撤销(如《物权法》第184条)；(4)抵押权已因主债权实现而归于消灭(《物权法》第177条第2项)；(5)抵押权人已经抛弃了抵押权(《物权法》第177条第3项)；(6)抵押权已因主债权罹于诉讼时效而不能请求法院保护(《物权法》第202条)。

(责任编辑：薛 军)

[59] 我国台湾地区的判例认为，抵押人或其他利害关系人对实体权利的争议主要包括：主张抵押权无效、已撤销、债权已经清偿或者其他可以组织抵押权实行的事由。谢在全，见前注[1]，页463。

[60] 参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》，中国法制出版社2008年版，页266—267。