

担保物权实现的程序标的： 实践、识别与制度化

任 重 *

内容提要：“无民事权益争议”的界定是理解和适用担保物权实现程序的难点。我国立法和司法实践采取程序标的与相关诉讼标的的一元结构，其实质是通过向非讼程序逃逸，挤压被申请人的诉讼权利。以此为代表的诉讼案件非讼化趋势与我国多年来为了摆脱“非讼化”的当事人主义改革目标背道而驰。为了将“无民事权益争议”的法定标准落到实处，充分保障当事人的诉讼权利，应当坚持非讼标的与诉讼标的的二元格局。非讼程序并不确认民事权利义务关系，而仅产生获得执行依据的诉讼法律效果。除了非实质性异议以及程序性异议，其他民事权益争议包括对其成立与否的判断均应通过诉讼程序加以解决。为了避免预决效力对后诉当事人证明活动的不利影响以及节约司法资源，应当避免诉讼标的与非讼标的在审理范围上的高度重合。以物权法第16条为参照，考虑到超短审限和审级特征，较为稳妥的做法是将担保物权实现程序的标的原则上限于不动产抵押权，例外认可存在统一登记机构实质性审查和采取登记生效要件主义的权利质权，如上市公司股权质押。

关键词：担保物权 非讼程序 民事权益争议 诉讼标的 事实预决效力

从2007年物权法颁布到2012年民事诉讼法修订，担保物权实现程序的性质界定是民事诉讼法和民法学者共同关注和热烈讨论的重要论题。对此已有普通诉讼程序说、〔1〕强制执行说〔2〕和非讼程序说。〔3〕物权法第195条第2款并未采取担保法第53条第1款“向人

* 清华大学法学院助理教授。

本文获清华大学郑裕彤法学发展基金资助，是司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“实现担保物权非讼执行程序研究”（一般项目）的阶段成果。

〔1〕 参见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第583页。

〔2〕 参见刘智慧主编：《中国物权法解释与应用》，人民法院出版社2007年版，第568页以下。

〔3〕 参见高圣平：《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2期，第40页以下；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3期，第53页以下。

民法院提起诉讼”的表述，而是规定“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”。该修辞差异的背后是立法目的的转向。立法者认为依普通诉讼程序实现担保物权不仅效率低且成本高，因此需要找到一条更高效和便捷的解决之道。立法理由和措辞修改虽然已经明确放弃了普通诉讼程序说，〔4〕但2007年修订的民事诉讼法并未对此作出回应，导致2013年1月1日之前的相关司法实践依旧沿用普通诉讼程序。〔5〕因此，也一时形成了立法与司法实践的错位。这一错位也是我国民事诉讼法与民法割裂局面的具体例证。〔6〕

2012年修订的民事诉讼法在第15章“特别程序”下新增第7节“实现担保物权案件”，就此在形式上终结了学说之争，弥合了民事诉讼法与物权法之间的裂痕。2013年1月1日之后的相关司法实践也均依非讼程序解决担保物权实现案件。然而从理论视角观察，上述做法并未充分回应学说之争的核心问题，并且存在与实体法的隐性分歧。学说之争的背后是对担保物权实现程序标的的不同解读。普通诉讼程序说无疑将其与民事权益争议划等号，其理由是“担保物权实现”的概念表述蕴含着权利义务的确认。这正是审判程序的核心功能。权利快速实现的目的并不能构成避开审判程序的充分理由。以此为视角，强制执行说存在与诉讼原理难以调和的矛盾，存在对德国法的误读，〔7〕也因此鲜有诉讼法学者主张。以我国民事诉讼法第179条和第197条为代表的非讼程序说则以“无民事权益争议”作为标准，将有实体争议的案件划归普通诉讼程序，将无争议作为适用前提。这也同样符合我国非讼程序的形式特征。由此可见，学说的根本分歧是无争议案件的标准及识别。普通诉讼程序说认为凡是涉及民事权益的确认，包括是否存在争议的确定，均应交由普通诉讼程序。而非讼程序说虽然以无争议为前提，但是并未对争议存否的处理机制给出明确的答案。观点纷争的背后实质是关于诉讼标的与非讼标的之关系的三种不同理解及处理方案：一是采取诉讼标的与非讼标的一元模式，即用非讼程序处理民事权益争议。二是采取绝对的二元模式，即非讼程序并未确认民事权利义务关系，而仅产生获得执行依据的诉讼法律效果。三是采取折中方案，非讼程序依旧确认实体权利义务关系，只是以“无争议”为标准。

其中，方案一最能体现物权法第195条第2款的立法初衷。其不仅保留了“权利认定—权利实现”的基本结构，而且通过非讼程序大为简化了“权利认定”过程，满足了快捷高效的立法初衷。然而这种方案却与民事诉讼法第179条“无民事权益争议”的立法文义存

〔4〕 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第414页以下；最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第956页。

〔5〕 参见全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国民事诉讼法释义》，法律出版社2012年版，第461页；前引〔3〕，肖建国等文，第50页。

〔6〕 与民法的割裂是我国民事诉讼法学研究贫困化的突出表现。参见张卫平：《对民事诉讼法学贫困化的思索》，《清华法学》2014年第2期，第27页以下。

〔7〕 该说认为德国法是强制执行说的代表，其依据是德国民法典第1147条。但联系德国民事诉讼法第726条、第751条、第794条以及第800条，通过体系解释可以认定，抵押权实现在德国依旧需要通过诉讼程序处理。如果不考虑在公证员面前做成的服从执行声明（Unterwerfungserklärung），抵押合同并非强制执行依据。结合德国家事和非讼事件法的非讼类型规定，抵押权实现也并非依照非讼程序处理。因此，德国民法典第1147条仅规定当事人不能以私力救济的方式实现抵押权，而并非表明抵押权人可以不经诉讼程序而以抵押合同径行申请强制执行。担保物权的实现在德国法依旧采取普通诉讼程序说。参见谢怀栻译：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第189页，第195页，第205页和第209页；〔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，第167页。

在难以调和的矛盾。方案二和方案三则能够满足实定法要求。方案二通过诉讼标的与非诉讼标的二元结构将实体权利义务确认完全排除在非讼程序之外。权利人的申请仅以执行依据的获取为目的。方案三则通过将实体权利义务的确权界定在“无争议”的情形下,进而也能够保持与民事诉讼法第179条的一致,未尝不可认为以此修正了我国非讼程序的基本特征。因此,在方案二和方案三之间,尚需结合我国民事司法实践,结合非讼程序的自身特点进行价值判断,努力弥合实体法与程序法的裂痕,尝试在民事诉讼基本原理的最大张力范围内作出两全的方案选择。

一、实现担保物权案件的司法实践

以2012年民事诉讼法修订为标志,担保物权实现案件的司法实践呈现明显的差别。2012年民事诉讼法明确将担保物权实现案件归入非讼程序,相关司法实践也在摸索中前进,其经验和逻辑被固定在《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》(法释〔2015〕5号,下称“民诉法解释”)第361条至第373条。因此,本文对担保物权实现案件的考察,将以2013年1月1日为起点,结合审判经验集中讨论“无民事权益争议”的标准和被申请人异议的处理机制。这亦构成界定我国担保物权实现程序标的模式的必要前提。

笔者以2013年1月1日至2015年3月16日为时间段,以“《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十六条”为关键词,在中国裁判文书网上进行检索,共检索到724条记录,排除重复出现的案件和民事权益争议案件,共有538件担保物权实现案件的民事裁定书。

在上述案件中,针对申请主体进行统计可以发现,共有492件以金融机构为申请人,^{〔8〕}所占比例高达91.4%。在金融机构作为申请人的案件中,只有10件被驳回,驳回率仅为2%。非金融机构作为申请人的案件共有46件,其中16件被驳回,驳回率达32.6%。比较申请主体及其驳回率,可以较为清晰地反映出金融机构在担保物权实现程序立法^{〔9〕}和司法中的积极作用。金融机构有更强的证据获取和保存能力,能够获得更加专业的法律服务,并且诸如不动产抵押等活动也主要是面向金融机构开展的,因此金融机构占申请人的比例以及胜诉率并不出人意料。

在担保物权类型方面,虽然根据“民诉法解释”第361条,抵押权人、质权人、留置权人、抵押人、出质人、财产被留置的债务人或者所有人均为适格的申请主体,但或许受到民事诉讼法第180条“立案之日起30日内”的短审限影响,司法实践通常仅认可经过登记的担保物权。在538件民事裁定书中,仅有1件涉及未经登记的担保物权,且被法院以动产质权人并不能申请实现担保物权为由裁定驳回。^{〔10〕}另有一件权利质权案件,权利人提交

〔8〕 具体包括商业银行、小额贷款公司、典当行、资产管理公司、融资担保公司。村民互助借款小组由于并非独立的民事责任主体而未被计入金融机构的相关统计。

〔9〕 立法转向的背后存在金融部门的积极推动。时任中国人民银行研究局处长的刘萍在2005年1月25日中国人民银行和全国人大常委会法制工作委员会共同举办的“担保交易法律研讨会”上介绍,担保债权的实现时间为1年以上的占53%,半年到1年的占26%,少于三个月的占17%,而1个月以内的仅为4%。参见程啸:《现行法中抵押权实现制度的一些缺陷及完善》,《法学杂志》2005年第3期,第21页。

〔10〕 参见江苏省沭阳县人民法院(2014)沭商初字第0865号民事裁定书。

了工商行政管理局办理的出质登记，因此并不属于未经登记的担保物权实现案件。^{〔11〕}可见，审理法院对实现担保物权申请的处理方式更贴近形式审查。

尽管担保物权实现案件存在明确的被申请人，进而体现出类似于普通争讼程序的等腰三角形结构，但“申请—异议”程序与“起诉—答辩”程序存在实质差别。在上述民事裁定中，有415件并不显示申请是否送达给被申请人以及其是否提出异议。有89件仅显示“被申请人无异议”。仅有34件记录了被申请人的异议理由。在记载异议理由的34件裁定书中，有33件属于被申请人异议，1件为案外人异议^{〔12〕}。异议的理由可以归纳为三个类别，即实体性异议、程序性异议以及不具实质理由的异议。28件提出实体性异议的裁定书中，异议的主要理由为主合同和抵押合同无效、已经还款以及主张罚息或律师费用过高、主张先履行抗辩和诉讼时效抗辩；4件程序性异议的理由集中在管辖权异议和“先刑后民”；2件不具实质理由的异议内容如“对担保物权无争议，但希望继续履行合同”。在上述记载了实体性异议的28件民事裁定书中，有25件在非讼程序内对实体性异议成立与否进行了实质判断，并分别作出了驳回申请或准许申请的裁定。仅有3件在被申请人提出了针对民事权益争议的异议后，法院径行裁定驳回全部或部分申请并告知当事人另诉处理。^{〔13〕}

最后，受理法院所属省份居于前四位的分别为江苏、安徽、浙江与湖南。^{〔14〕}江苏省受理的案件数量最多，这与其较为发达的民营经济不无关系，且法院在处理被申请人及案外人异议时的程序保障也在横向比较中居于领先地位。

（一）何为“无民事权益争议”

担保物权实现案件虽然存在三角形结构，却被立法纳入非讼程序。这导致其在程序保障方面无法与普通诉讼程序等量齐观。不仅如此，相关司法实践还存在再简化的倾向。在538件裁定书中，有504件未记载或形式化记载被申请人和案外人的异议，这导致其对“民事权益争议”的界定并无指导意义。以下结合具体记载了异议理由的裁定书对“民事权益争议”进行考察。

1. 不具备实质理由的异议

案例1：^{〔15〕}申请人中国工商银行股份有限公司中山分行认为被申请人杨某不履行还款义务，依法申请拍卖变卖抵押物并对所得价款优先受偿。被申请人杨某辩称：我确实有逾期还款的行为，对于拖欠申请人的借款及利息数额我方无异议，但我希望能继续供房，不要拍卖我的房子。法院裁定准予拍卖、变卖房产，申请人对变价后所得价款在借款本金、利息以及实现债权费用等约定的担保范围内优先受偿。

本案中，被申请人并未质疑主合同、抵押合同的有效性以及借款本金、利息、实现债权费用的范围，而是在对上述予以认可的前提下要求继续履约，因此并非真正意义上的异

〔11〕 参见陕西省沁水县人民法院（2014）沁民特字第1号民事裁定书。

〔12〕 参见苏州市吴中区人民法院（2014）吴民特字第0004号民事裁定书。

〔13〕 参见广东省佛山市三水区人民法院（2014）佛三法民一担字第1号民事裁定书；广东省佛山市南海区人民法院（2014）佛南法民二担字第10号民事裁定书。

〔14〕 之后依次是山东（22件）、广东（21件）、湖北（19件）、河南（16件）、四川（15件）、内蒙古（14件）、福建（10件）、重庆（7件）、陕西（6件）、甘肃（6件）、黑龙江（5件）、河北（4件）、辽宁（3件）、吉林（2件）、海南（1件）。

〔15〕 参见广东省中山市第一人民法院（2014）中一法民二担字第2号民事裁定书。

议。该案的裁定书仅记载了上述异议内容,并未作进一步回应,或许也是基于其并非适格异议的理解和认识。

2. 程序性异议

案例2:^[16] 申请人江苏民丰农村商业银行股份有限公司与被申请人锦达工贸有限公司签订《最高额抵押合同》。后因借款纠纷,申请人向法院申请拍卖变卖被申请人的某项土地和房产。被申请人在提交答辩状期间对管辖权提出异议,认为本案涉案标的为500万元以上,案件应由中级人民法院管辖,请求将本案移送中级人民法院审理。法院认为,依据民事诉讼法第196条规定申请实现担保物权的,应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。本案诉讼标的为500万元以上应移送中级人民法院管辖的异议缺乏法律依据,不予支持。

案例3:^[17] 申请人张某某与借款人侯某某签订《抵押担保借款合同》。合同约定:侯某某向申请人借款60万元,为保证合同的履行,被申请人范某某将自己拥有的房产作为抵押物,为侯某某的借款提供担保,并已就抵押权事宜办理他项权登记。之后,借款人侯某某一直按月付息,但并未履行还款义务且未能与申请人达成展期协议。申请人向法院申请拍卖变卖被申请人的房产并就所得价款优先受偿。经过法院询问,被申请人提出异议并提交石家庄市公安局桥西分局出具的关于某某文化传播有限公司涉嫌非法吸收公众存款一案的立案侦查告知书、立案决定书和证明一份,证明本案范某某系某某文化传播有限公司涉嫌非法吸收公众存款案房产抵押的受害人。法院认为,被申请人对申请提出异议,并证明自己是涉嫌吸收公众存款案房产抵押的受害人,申请人要求实现担保物权不符合民事诉讼法第197条规定,故对于申请人的申请事项不予支持。申请人就其民事权益争议可以另行起诉。

案例4:^[18] 申请人重庆市南岸区崇天小额贷款有限公司与借款人龙景公司签订《借款合同》,约定由申请人向其提供贷款1400万元,如未按约偿还借款本息,申请人有权计收罚息及复利并行使担保物权。为担保《借款合同》的履行,被申请人茂辉公司与申请人签订《房产抵押合同》并前往重庆市大足区国土资源和房屋管理局办理了抵押登记。申请人已经按约放款,借款人未按时偿还到期借款本息。申请人向法院申请实现担保物权。被申请人述称,申请人在申请之前,已经就同一合同借款事实向市一中院申请公证执行。由于公证处出具的《执行证书》中只强调龙景公司借款与违约,没有全面表述被申请人抵押担保的事实,使申请人利用《执行证书》缺陷在一中院对龙景公司借款公证合同申请执行,又对被申请人提出实现担保物权申请。如果法院支持担保物权实现申请,将造成借款人和担保人各自承担1400万元及利息的债务,而申请人将获得双倍债权,显然违法。法院认为申请实现担保物权和公证债权文书执行系民事诉讼法规定的不同性质的程序,前者系特别程序,适用非讼程序,主体为债权人和担保人,经核实权利存在及权利实现条件成就,法院即可作出准予拍卖、变卖抵押物的裁定,合乎非讼追求效率的制度价值。后者系执行程序,执行依据来源于具有公信力的公证债权文书,主体为债权人和债务人,公证债权文书无错误的,人民法院应予执行。可见两者是不同性质的程序,制度设计和价值追求亦不同,

[16] 参见江苏省宿迁市宿豫区人民法院(2013)宿豫商辖初字第0021号民事裁定书。

[17] 参见石家庄市新华区人民法院(2014)新民特字第12号民事裁定书。

[18] 参见重庆市大足区人民法院(2014)足法民特字第00005号民事裁定书。

法律并未禁止两者同时并存。进而作出了准予拍卖、变卖和优先受偿的裁定。

案例2中，管辖权异议的法律依据是民事诉讼法第127条，并基于该法第177条适用于非讼程序。根据该法第119条，管辖权异议可以比照起诉条件被归入担保物权实现案件的申请条件，属于程序性异议。案例2的审理法院也在非讼程序中对管辖权异议作出了审理和判断。“民诉法解释”第369条规定，担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的，应当组成合议庭进行审查。较有疑问的是案例3中的“先刑后民”异议。“先刑后民”虽然未被明确规定在民事诉讼法中，却是司法实践中广泛认可和一直沿用的诉讼规则。由于缺乏具体规则，“先刑后民”的定性也存在多种可能性。《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第12条规定，“人民法院已立案审理的经济纠纷案件，公安机关或检察机关认为有经济犯罪嫌疑，并说明理由附有关材料函告受理该案的人民法院的，有关人民法院应当认真审查。经过审查，认为确有经济犯罪嫌疑的，应当将案件移送公安机关或检察机关，并书面通知当事人，退还案件受理费；如认为确属经济纠纷案件的，应当依法继续审理，并将结果函告有关公安机关或检察机关。”虽然该条并未明确是否驳回起诉，但“将案件移送”以及“退还案件受理费”的表述可以支持裁定驳回起诉的做法。从另一个视角观察，也可以将民事诉讼法第150条第1款第5项作为“先刑后民”的上位规定，因为“先刑后民”正是“本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结”的具体情形。根据该条第2款，“先刑后民”并不导致起诉被驳回，而仅构成诉讼中止的情形，且在中止的原因消除后恢复诉讼。根据民事诉讼法第177条，其同样适用于非讼程序。因此，最高院1998年出台的司法解释和民事诉讼法第150条分别提供了两种处理方案，即起诉条件模式和诉讼中止模式。无论采取何种方案，可以确定的是，“先刑后民”异议并不涉及实体权益争议，而应与管辖权异议一并作为程序性问题。案例3的审理法院认为“先刑后民”异议导致申请不满足民事诉讼法第197条“符合法律规定”的要求。这一方面源于对“先刑后民”定位的模糊，另一方面也受到担保物权实现程序规定过于简单以及“无民事权益争议”界定不清的影响。虽然案件审理时“民诉法解释”第372条尚未出台，但结合民事诉讼法第179条关于非讼案件性质的一般规定，依旧可以将程序性争议排除在“民事权益争议”之外。类似的情形还有案例4，虽然被申请人提出了不得二次受偿的异议，但是并未质疑主合同和担保合同以及担保数额。其异议实质指向是否可以针对同一债权获得两个执行依据。审理法院的意见与民事诉讼法及其原理相契合。不同的执行依据之间并不存在择一关系，这是为民事诉讼法及其原理所认可的。即便债权人获得了针对同一债权的两个执行依据，民事诉讼法第225条业已设置了债务人执行异议制度。即便债务人未在强制执行中寻求程序救济，还存在后诉的保障，如返还原物之诉或返还不当得利之诉。因此，可能获得两个执行依据并不构成实体性异议，而是依旧面向程序性问题。

3. 实体性异议

案例5：^{〔19〕}申请人周某与被申请人张某和冷某（二人系夫妻关系）签订《借款抵押合同》，约定借款金额、利息，以及两被申请人用自有的某项房产对上述借款提供抵押担保，且办理了抵押登记。申请人已经按照约定放款。被申请人经过多次提醒未按照约定还款。

〔19〕 参见广东省佛山市三水区人民法院（2014）佛三法民一担字第1号民事裁定书。

申请人向法院申请实现担保物权。被申请人辩称,其向申请人实际借款的数额为62万元而非70万元,被申请人经济困难导致未按照约定偿还借款及利息,至今尚欠379166.63元,而非408300元,另外被申请人对申请人要求支付违约金的请求也持有异议。审理法院认为,申请人与被申请人签订《借款抵押合同》,但双方对担保的债权的实际数额、借款剩余本金及违约金计算是否合理等问题存在争议,无法确定担保财产优先受偿的范围,申请人的申请不符合法律规定,不予支持,申请人可向人民法院提起诉讼。裁定驳回申请。

案例6:^[20] 申请人宿迁市宿城区恒生农村小额贷款有限公司与被申请人江某、借款人王某签订《最高额借款合同》,约定王某向申请人借款。同时,被申请人与申请人签订了《最高额抵押合同》,约定以其某项房产对借款人的一切债务承担抵押担保责任并办理了登记手续。由于借款人未按约还款,申请人向法院请求实现担保物权。被申请人辩称,抵押登记时只登记了本金,对利息、律师及其他费用未登记,故申请人只能实现本金,利息与律师费以及其他费用不能在本案中一并处理。被申请人不同意承担律师费,因为没有约定和法律规定,同时申请人并未实际支付,申请人的代理律师存在不正当目的。审理法院认为,虽然利息以及实现债权的费用未登记,但最高额抵押合同已经明确约定,因此予以准许。被申请人对律师费是否发生以及数额提出异议,属于实质争议,本院对此不予审查,申请人可另行主张。因此在律师费以外的范围内认可了担保物权实现申请。

案例7:^[21] 申请人中国工商银行股份有限公司湘潭建北支行与借款人湘潭恒馨贸易有限公司分别签订了三份《小企业借款合同》,借款金额分别为500万元、500万元和600万元,被申请人湘潭三荣房地产开发有限责任公司以其所有的三宗土地提供了抵押担保,并获得了土地他项权利证书。申请人依约放款,借款人未如约还款。申请人向法院请求实现担保物权。被申请人辩称,应追加债务人为被申请人;申请人没有履行监管责任应当承担一定的责任;600万元贷款未到期,不应该要求提前进行清偿;申请人发放完前1000万元的贷款后,已经明确告知被申请人抵押担保财产只能担保1000万元债务,因此申请人在发放600万元贷款时没有告知被申请人,其不知情。被申请人后来得知债务人另行采取抵押担保才获得第三期的600万元。审理法院经过实质审理后认为债权范围为1600万,对被申请人的异议不予支持,裁定拍卖变卖财产并在1600万元债权、利息、罚息以及实现债权费用的范围内优先受偿。

案例8:^[22] 申请人安徽省祁门农村商业银行股份有限公司与借款人李某签订《借款合同》,被申请人王某以其某项房产抵押,并办理了登记。申请人按约放款,借款人未按约还款,故申请实现担保物权。被申请人辩称,借款人已经还款,抵押权已经消灭,之后其并未再对李某的借款提供任何担保;申请人提出行使抵押权已经过了诉讼时效。对此,法院经过实质审理认为主合同和抵押合同有效。申请人2012年9月11日向本院提出诉讼,要求李某、王某偿还本金和利息、实现抵押权,于2014年5月23日申请撤回诉讼,本院依法裁定予以准许;申请人于2014年6月24日又向本院提起诉讼,要求王某归还借款本金及利息、实现抵押权,于2014年9月12日申请撤诉,本院依法裁定准许其撤回起诉。因此未过

[20] 参见江苏省泗洪县人民法院(2014)洪商特字第0033号民事裁定书。

[21] 参见湖南省湘潭市雨湖区人民法院(2014)雨法民特字第11号民事裁定书。

[22] 参见安徽省祁门县人民法院(2014)祁民申担字第00002号民事裁定书。

诉讼时效。裁定准予实现担保物权。

上述案例5和案例7针对本金、利息的范围，案例6针对实现担保物权的律师费用，均可归入针对优先受偿数额和范围的异议。相关判例体现出三种基本做法。一是如案例5，在被申请人提出异议之后整体驳回实现担保物权的申请。第二种做法的代表是案例6，在异议范围内告知当事人另行诉讼，但肯定无异议部分的担保物权实现申请。案例7则构成了第三种做法，其在非讼程序中对实体性异议进行审理和判断。三种处理方式也体现出法院对“无民事权益争议”理解不一。案例5是完全形式化的理解，即只要被申请人提出了关于主合同和抵押合同上的实体争议就整体驳回申请并告知依另诉解决。这种做法可以对当事人特别是被申请人的程序权利和实体权益进行最全面的保障。在34件记载异议理由的裁定书中，有2件采取这一做法。审理法院采取这一做法或许还出于规避法律风险的动机。在“民诉法解释”出台之前，民事诉讼法第197条“符合法律规定”和第179条“无民事权益争议”的界限均不甚明确，且30天的短审限也给法院全面的证据调查和质证认证造成了巨大的心理压力。案例7则是另一个极端，其对“无民事权益争议”采实质性把握，即必须通过证据证明存在实质争议才驳回实现担保物权的申请，其实质是通过非讼程序审理实质争议。在34件裁定书中，采取这种做法的审理法院最为普遍。案例6则尝试通过折中方案解决形式化处理可能带来的异议滥用问题。“民诉法解释”第372条吸收了折中方案，在存在部分实质性争议时，可以就无争议部分裁定准许拍卖、变卖担保财产，但是部分争议的判断标准究竟采实质标准还是形式标准，则语焉不详。最高人民法院一方面要求坚持非讼程序的基本性质，另一方面则担心异议架空实现程序。因此，要求只有在法院全面审核调查全部相关证据材料之后，才能最终确认是否存在民事权益争议。^[23]不仅“实质争议”的判断标准存在不确定性，其在范围上也将遇到挑战。通常理解的实质争议是涉及主合同、抵押合同成立与否以及债权范围的异议。这并未回答案例8中关于诉讼时效的异议是否属于实质争议。诉讼时效异议从权利类型的角度属于抗辩权的行使。抗辩权被视为特殊类型的形成权，且与诉讼密切相关。诉讼时效被规定在民法通则中，并且其并不属于以民事诉讼法第119条为中心的起诉条件。根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条，当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。这亦得到“民诉法解释”第219条的再次确认。基于以上考虑，将诉讼时效抗辩归入实体性异议或许更为恰当。

以我国审判实践为基础，可以发现民事诉讼法第179条“民事权益争议”和“民诉法解释”第372条“实质争议”仅针对涉及主合同、抵押合同以及针对诉讼时效等抗辩权的实体性异议，而并不包括不具备实质理由的异议以及涉及管辖权、诉讼中止等程序性异议。实质争议存否的判定标准并未被民事诉讼法及其司法解释明确规定。以担保物权实现程序30天的短时限为标准，其更贴近形式审查。然而从“民诉法解释”第367条和第368条第2款的规定看，又隐含了实质审查的要求。审查标准的模糊也导致在相关司法实践中既存在形式审查也存在实质审查，进而引发“同案不同判”的现象和问题。

（二）被申请人异议的处理机制

对于“民事权益争议”及审查标准的模糊认识也直接影响异议的处理机制。非讼程序

[23] 参见前引[4]，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书，第984页。

对当事人特别是对对方当事人的程序保障与审判程序有实质差别。例如,根据民事诉讼法第134条,普通诉讼程序以公开审判为原则。根据一般理解,即使不公开审判的案件,也应开庭审理。^[24]“民诉法解释”第370条则确立了不公开审判、不开庭审理原则。为了弥补这一不足,或许也存在担保物权对当事人利益影响重大的担忧,相关司法实践大多采取听证的方式或者询问被申请人意见的形式,这体现在裁定书正文的第一段,“特别程序由审判员公开听证进行了审查,申请人和被申请人参加了听证”。虽然其在形式上保持了与开庭审理的对应,但是申请人与被申请人的攻击防御在裁判文书中却鲜有体现。在538件裁判文书中,有415件并不显示申请是否送达给被申请人以及其是否提出异议,占比77.1%。这种处理方式的代表是内蒙古自治区满洲里市人民法院(2014)满商特字第3号民事裁定书。该裁定书中除记载申请人和被申请人的信息外,只有如下实质内容:“申请人于2014年5月15日向本院提出实现担保物权的申请。本院受理后,经审查认为,申请人的请求事项符合法律规定。依照民事诉讼法第196条和第197条规定,裁定如下:准予对被申请人的房屋及其范围内的土地采取拍卖、变卖等方式变价。申请人对变价后所得款在以下范围内优先受偿……本裁定为终审裁定。”究其原因,一方面是裁判文书程序性记载和说理缺乏的旧疾,^[25]另一方面也存在对被申请人程序权利的忽视。为了保障被申请人的程序权利,“民诉法解释”第368条规定,人民法院受理申请后应当在5日内向被申请人送达申请书副本、异议权利告知书等文件。被申请人有异议的,应在收到法院通知后5日内向人民法院提出。相信在未来的司法实践中,送达和异议内容的记载会成为裁定书的必要内容。然而,在30日的短审限规制下,异议程序也存在去功能化的风险。相关裁定书中就有89件仅显示“被申请人无异议”,占比16.5%。记载了被申请人或者案外人异议内容的民事裁定书仅34件,占6.4%。

担保物权实现程序定位为非讼程序,原则上采独任制。在观念上又被认为并不涉及民事权益争议,因此程序更加简化。基于这种认识,相关裁判文书中就有43件由助理审判员进行独任审理。^[26]与审判主体的资质和简单的审理程序形成鲜明对比的是审理法院对实体性异议的处理方式。在28件存在实体性异议的裁定书中,除了3例径行驳回起诉或对争议部分不予审理并告知依普通程序另诉外,其他25件裁定书中的审理法院均在非讼程序中对实体性异议作出了实质判断。根据“民诉法解释”第372条,最高人民法院也倾向于对实体性异议进行实质审理,其初衷是为了防止被申请人滥用异议架空担保物权实现程序,阻碍申请人实现其担保物权。^[27]

总体而言,被申请人的程序权利并未得到足够重视。相关裁定书也难逃我国民事司法实践重实体轻程序的窠臼。特别是考虑到仅有30天的审限规定,无论是听证抑或是询问意见,更像是走程序,而丧失了实质的功能与价值。以程序权利保障为标准,“申请—异议”与“起诉—答辩”无论是在法律规定上还是在司法实践中均存在实质差别。这构成了进一步分析和评价我国程序标的模式的基础和底色。

[24] 参见江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2013年版,第316页。

[25] 参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,《中国法学》2015年第4期,第225页。

[26] 如重庆市大足区人民法院(2014)足法民特字第00005号民事裁定书;江苏省台东市人民法院(2014)东商特字第0002号民事裁定书。

[27] 参见前引〔4〕,最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书,第982页。

二、我国程序标的的模式选择及其弊病

“无民事权益争议”对担保物权实现程序的标的识别具有关键意义。在其语义范围内存在两种处理模式，可被归纳为一元论和二元论。一元论认为非讼程序同样面向民事权利义务的司法认定，只是将其限定在当事人无争议的前提下。二元论则认为“无民事权益争议”并非是当事人之间没有实体权利义务争议，而是其不涉及实体权利义务关系。非讼程序只是为申请人快速获得执行依据提供了与普通诉讼程序并行的通道。因此，以诉求内容标准，依非讼程序的申请和依诉讼程序的诉讼请求之间并不存在任何交集。对此，无论是我国担保物权实现程序的立法目的抑或是相关司法实践，均间接或直接指向了一元论。

物权法第195条的立法目的是通过非讼程序快速实现担保物权，这种趋向也体现在“实现担保物权案件”的标题上。与此不同，我国台湾虽然也存在依非讼程序处理相关申请的规定，但其具体表述依其非讼事件法第72条却是“声请拍卖抵押物”，并不涉及权利实现问题。^{〔28〕}在非讼程序中的不同称谓也能够体现出立法目的的区隔。在司法实践层面，对被申请人提出的实体性异议进行实质审查的普遍做法，也能够间接表明审理法院在标的认识上采取一元论，因为是否存在民事权益争议的实质审理正是普通程序诉讼标的的核心内容。不仅如此，还有若干处理非讼程序与诉讼程序相互关系的裁定书可以作为模式识别的直接论据，其同样表明一元化倾向。

案例9：^{〔29〕}原告中国农业银行股份有限公司铜川耀州区支行与被告甲陕西耀州华原实业集团有限公司签订借款合同。同日被告甲与被告乙铜川市耀州花园饭店分别与原告签订抵押合同，以房屋及土地为上述贷款提供抵押担保。借款到期后，被告甲仅支付了利息，未偿还本金。原告向铜川市中级人民法院提起诉讼，要求被告甲返还借款本息，被告乙承担连带责任，但未要求实现抵押权。该院作出判决书，判决被告甲向原告返还借款支付利息；驳回原告要求被告乙承担连带责任的诉讼请求。判决生效后，因上述判决没有处理抵押物，致使案件执行陷入困境，铜川市中级人民法院裁定中止执行。原告未能与二被告达成协议以抵押物折价赔偿，故再次起诉请求实现担保物权。一审法院认为，我国民事诉讼法规定实现担保物权适用非讼程序，中级人民法院没有管辖权，故裁定驳回起诉。一审原告提起上诉，认为权利人有权根据案件实际情况选择担保物权的实现方式。一审法院为实现担保物权应先通过非讼程序，在抵押权人实现担保物权的申请被驳回后才可以诉讼的观点系法律理解错误，请求撤销原裁定，裁定铜川中院受理本案。陕西省高级人民法院认为，上诉人诉请的实质是为实现其担保物权，担保物权实现案件在性质上属于非讼案件，民事诉讼法规定由财产所在地或担保物权登记地基层法院管辖。且在法院受理实现担保物权的申请后，依法作出驳回裁定的情况下，申请人才可向人民法院提起诉讼。原审驳回其起诉并无不当。故裁定驳回上诉，维持原裁定。

〔28〕 参见前引〔3〕，肖建国等文，第53页；姜世明：《非讼事件法》，台湾新学林出版股份有限公司2011年版，第202页。

〔29〕 参见陕西省高级人民法院（2014）陕立民终字第00034号民事裁定书。

案例 10:^[30] 上诉人甲中国长城资产管理公司西安办事处、上诉人乙陕西陕煤韩城矿业有限公司因与被上诉人中国工商银行渭南分行借款、担保合同纠纷一案,不服渭南市中级人民法院民事判决,向陕西省高级人民法院提起上诉。因为民事诉讼法第 196 条、第 197 条不是担保物权纠纷案件必须的强制性前置程序,且在本案中双方对主债权以及担保物权均无异议,不符合实现担保物权特别程序的适用条件,本案属于平等民事主体之间的民事纠纷,人民法院应予受理。上诉人主张只有经过申请实现担保物权的特别程序后,才有权向人民法院提起诉讼的理由与法相悖。

案例 9 和案例 10 反映出审理法院面对担保物权实现申请和担保物权纠纷案件时的迷茫。同样是陕西省高级人民法院,在同年前后两个判例中持截然相反的观点。案例 9 认为依普通诉讼程序实现担保物权只在非讼程序申请被驳回后才可以被受理,案例 10 却认为担保物权实现程序并非提起普通诉讼程序的强制性前置程序。不过,两种意见有共同的认识基础,即担保物权实现案件与担保物权纠纷具有同质性,只是在程序的选择上有不同理解而已。黑龙江省七台河市中级人民法院更是在普通诉讼程序中依据民事诉讼法第 196 条直接认可原告实现担保物权的诉讼请求。^[31]

以物权法、民事诉讼法及相关司法解释为起点,以我国关于担保物权实现的司法实践为依据,可以基本认定我国对担保物权实现程序的标的采取一元模式。一元模式虽然完全贯彻了物权法第 195 条的立法目的,并通过无实体争议的适用前提保持了与非讼程序基本特征的形式契合,却存在与程序标的识别逻辑、适用前提审查标准、当事人程序保障以及裁判效力等问题上难以克服的紧张关系。

审理对象构成了区分诉讼程序和非讼程序的重要基石。前者的审理对象一般是民事权利义务争议,并以此构造出双方当事人和法官之间的等腰三角形结构。非讼程序的审理对象被认为并无民事权利义务争议,并且诸多事项还被认为涉及公共利益和社会秩序,因此以当事人利益对立为基本出发点的等腰三角形结构以及辩论原则和处分原则也就不能被当然移植到非讼程序,以此产生了诉讼程序和非讼程序的二元格局。以比较法视野观察,诉讼程序和非讼程序的审理对象并非楚河汉界,在非讼程序中也可能被立法加入以等腰三角形结构和当事人利益对立为特征的争议案件。由于非讼程序中既处理非讼事件,又要审理争议案件,因此存在明显的诉讼和非讼程序相交错的特征。^[32] 与此不同,根据民事诉讼法第 179 条,我国非讼程序正是以没有“民事权益争议”作为识别标准和基本特征。当然,上述比较法和我国法非讼程序的差异性考察,并不能当然论证出担保物权实现程序标的二元结构的正当性。担保物权实现案件于 2012 年被纳入非讼程序时,民事诉讼法第 179 条依旧维持不变。从法律解释角度出发,仍应当坚持担保物权实现案件的非民事权益争议的特性,但这尚不构成修正物权法第 195 条立法目的的充分理由。一种可能的方案是,比照德国和我国台湾非讼事件法,通过非讼程序处理实体争议。然而即便不考虑我国非讼程序中程序权利保障上的实质差别,同一标的在对方当事人提出实体性异议并经过证明时构成诉讼标的,在未提出异议或异议未获证明时构成非讼标的的做法,无论在司法实践抑或在诉讼

[30] 参见陕西省高级人民法院(2014)陕民二终字第 00025 号民事判决书。

[31] 参见黑龙江省七台河市中级人民法院(2013)七民商初字第 60 号民事判决书。

[32] 参见张自合:《论担保物权实现的程序》,《法学家》2013 年第 1 期,第 157 页。

理论中都难以自圆其说。

以诉讼标的为基准，其识别标准是原告的诉讼请求和事实主张，并不需要参考被告的答辩意见。以诉讼标的为审理对象可能出现多种处理方案，例如在被告根据民事诉讼法第51条承认原告诉讼请求时引发认诺判决；再如被告提出的答辩理由不足以对抗原告的诉讼请求，法院作出肯定原告诉讼请求的终局判决；又如被告的答辩理由充分，法院因此判决驳回原告的诉讼请求。同样，担保物权实现程序的标的识别标准也受到申请人请求和事实主张的决定性影响。无论是诉讼标的抑或非讼程序标的的识别，原则上均以原告或申请人在程序开始时的请求和事实主张为标准，而非经过实质审查之后法官确信的事实。^[33]依此原理，同一民事权利义务关系不会存在既可能是诉讼标的又可能构成非讼标的的悖论情形。实体性异议的事后判断机制是担保物权实现案件标的识别标准的乌托邦，其背后是事实主张和事实认定之间的误解与混同。

以非讼程序的视角观察，实质审查的理由是避免被申请人滥用异议架空担保物权实现程序，这一结论并未以对方当事人无异议为前提。一元论与二元论的核心分歧也指向了实体性异议的审理程序。一元论主张非讼程序中的实质审理，二元论要求非讼程序的形式审理和后诉程序中的实体处理。两相比较，一元论存在审查标准的不一致，即对申请的形式审查和对异议理由的实质审查。

非讼案件与诉讼案件的程序保障差异表

	非讼案件	诉讼案件
审级	一审终审（第178条 ^[34] ）	两审终审（第10条）
审判组织	独任法官甚至助理法官，例外合议庭（第178条）	合议庭，例外独任法官（第10条、第39条）
审理期限	立案起30日内（第180条）	一审立案之日起6个月，二审立案之日起3个月（第149条、第176条）
管辖法院	基层人民法院（第181条、第183条、第187条、第191条、第194条、第196条）	所有级别的人民法院（第17条到第20条）
裁判形式	裁定（第197条） ^[35]	判决和裁定（第152条以下）
审理方式	不开庭审理（“民诉法解释”第370条）	开庭审理（第134条）
救济途径	异议程序（“民诉法解释”第374条）	上诉程序、审判监督程序、第三人撤销之诉等（第164条、第198条以下、第56条第3款）

[33] 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2013年版，第175页；Vgl. Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München: C. H. Beck 2010, § 88 Rn. 2.

[34] 本表中未经特别注明，所引法条均出自民事诉讼法。

[35] 从民事诉讼理论视角观察，判决针对实体权利义务关系，裁定原则上针对程序事项。由于民事非讼程序不涉及实体权利义务争议，因此原则上应当以裁定作为裁判形式。然而，根据民事诉讼法第182条、第186条、第190条和第193条，7类非讼案件中就有4类要求以判决作为裁判形式。非讼程序中的判决概念也从另一侧面说明我国民事诉讼法并未在总论部分充分考虑非讼程序，如民事诉讼法第154条列举裁定适用范围时仅局限于诉讼程序，并未考虑到在我国完全不涉及实体权利义务争议的非讼程序裁判也符合裁定的特点。因此，虽然非讼程序在若干处出现了判决的概念表述，却依旧应当将其归入裁定的范畴。这也为我国民事诉讼法立法在概念用语上的前后一致以及与基本理论的有效衔接提出了更高要求。

如上表所示,与诉讼程序相比,担保物权实现案件适用的非讼程序对被申请人的诉讼权利保障十分有限。非讼程序本身并不具有当事人对立及平等保障的程序构造。在审级方面,非讼程序放弃了普通程序的两审终审,而是基于诉讼效率的考量采取一审终审原则。审级利益的丧失造成对当事人诉讼权利的实质挤压。放眼德国和我国台湾的非讼程序,虽然在具体程序上有所简略,但是德国家事和非讼程序法第58条以下和我国台湾非讼事件法第48条以下依旧维持了与普通程序相对应的审级结构,因此审级利益的贬损是我国非讼程序最突出的问题。^[36]随着学界的呼吁,审级利益已经愈发成为相关立法和司法解释制定的重要考量因素。例如,根据“民诉法解释”第328条第1款,在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或者原审被告提出反诉的,如果调解不成,告知当事人另行起诉。例外只在第2款双方当事人同意由二审法院一并审理时才可以一并裁判。又如该解释第302条对于第三人撤销之诉并入审判监督程序的规定。缘何在诉讼程序中第三人的审级利益都被给予了充分的保障,而非讼程序当事人的审级利益却没有得到足够重视?这或许是重实体轻程序的另一种表现形式。以非讼程序实质审理被申请人的实体性异议,将首先造成对被申请人审级利益的严重侵害。

虽然只有一审终审,但是如果能够在一个审级中充分保障当事人的诉讼权利,也或许可以被认为是诉讼效率和程序保障的平衡结果。然而除审级利益外,当事人的诉讼权利保障还将在审判组织、审理期限以及审判方式等诸多方面被减配。“民诉法解释”第370条规定了不开庭原则。虽然司法实践中存在公开听证的做法,然而考虑到自立案之日起仅有的30日审理期限,被申请人的程序权利是否能够实在化,确是值得怀疑的。与审级问题相联系,非讼程序在救济渠道上也受到了严格的限缩。普通程序中的当事人以及案外人可能透过审判监督程序和第三人撤销之诉等途径获得救济。而非讼程序中的当事人仅能够向原审法院根据“民诉法解释”第374条提出异议。通过比较异议程序与诉讼程序,除了在审理法院层级上的差异,最实质性的差别还在于是否能够得到开庭审理并且充分保障其程序权利。虽然并不应根据审理法院的级别而打上优劣的标签,但是在我国目前的司法状况下,不考虑程序标的数额而一律要求在基层人民法院审理的操作方式,无疑会在实际上造成对当事人的不利益。

除了一元模式下程序标的的识别逻辑、适用前提审查标准以及当事人程序保障上的困境,裁判效力的把握是另一难题。虽然非讼程序在当事人诉讼权利保障、案件事实认定程序的完整性和完善性方面都与普通诉讼程序存在实质性差别,但一元模式下非讼裁定的效力却必须比照诉讼程序中的判决处理。在既判力方面,我国立法和司法实践的经验是裁定不发生既判力。但在一元模式下,这一原则将被打破。非讼程序也是对担保物权关系的确认和处理,因此在被申请人提出了实体性异议但是未被法院认定的情形下,无实质争议的担保物权法律关系已经存在生效裁判,并应禁止被申请人另行诉讼。案例9和案例10都能够与此形成呼应。对债务人和担保人利益影响甚大的终局裁判却仅在30天内由基层人民法院以独任制和不开庭审理为原则而作出,且仅能根据“民诉法解释”第374条通过向原审

[36] 详见任重:《中国大陆担保物权实现程序的定位与审级问题》,载姜世明、许政贤主编:《两岸民事法学会通之道》,台湾元照出版公司2015年版,第173页以下。

法院提出异议的方式进行救济。与此一脉相承，该裁定也将根据“民诉法解释”第93条第1款第5项发生预决效力，并对后诉中的事实主张产生免于举证证明的优势地位。因此，一元模式下还将产生裁定效力与程序保障之间的严重失衡，使错误的裁定产生严重的连锁反应。这也使审理法院在简陋的程序和完整的裁判效力之间进退维谷。

一元模式与当事人主导型诉讼模式改革目标的背离同样是不能忽视的问题。^[37]在程序保障方面，我国普通诉讼程序相比大陆法系和普通法系诉讼法制发达国家和地区，恰恰处于“非讼化”阶段。以当事人主义为目标的民事审判方式改革正是为了摆脱“非讼化”，建立与诉讼法制发达国家等量齐观的程序保障。而以担保物权实现一元模式为代表的诉讼案件非讼化趋势，与我国民事诉讼多年来的现代化努力背道而驰。

三、民事诉讼程序标的的二元模式及其制度化

通过考察相关判例，可以基本划定我国担保物权实现程序标的与诉讼标的之间的一元模式。其与诉讼标的的区分标准在于实体性异议能否成立。这一标准不仅造成了司法裁判的不统一，更面临与被申请人程序权利保障之间不可调和的紧张关系。当事人在非讼程序中无法获得与诉讼程序等量齐观的诉讼权利保障。以程序保障为标准，非讼程序并不具备处理实体权益争议的资格。向非讼程序逃逸的做法虽然能够获得诉讼效率，但其代价是对当事人诉讼权利甚至实体权利的不当限制。虽然一元模式并未超越“无民事权益争议”的立法文义，但以民事诉讼视角观察却并非最优选择。对此，二元模式能否奏效，端赖于其能否克服一元模式的缺陷，同时也不能忽视对物权法第195条立法目的和实践需求的有效回应。

（一）二元模式的逻辑及其正当性

在二元模式下，非讼标的构成与诉讼标的的平行的诉求，其目标是获得针对担保财产的执行依据，使权利人得以针对拍卖变卖所得价金在担保债权范围内优先受偿。与此相平行的诉讼请求可能存在多重形态，例如针对担保物权的给付之诉及确认之诉。在二元模式下，诉讼标的与非讼标的在司法实践中最显著的差别是一事不再理原则的作用范围。在一元模式下，虽然被申请人提出了实体性异议，但审理法院经过实质审查不予认可进而作出准许拍卖变卖和优先受偿的裁定后，将不允许当事人再行提起与非讼裁定结果相矛盾的诉讼请求。案例9和案例10也是在此逻辑下展开的。在二元模式下，即便担保物权人的申请获得了法院的支持，当事人依旧可以针对基础法律关系另行开启普通诉讼程序。^[38]案例4能够部分体现出这种理念。这种处理方式的优点在于快速实现担保物权与被申请人程序权利保障之间的平衡。在当事人双方并无任何争议的情况下，二元模式和一元模式在司法实践中并无显著差异。在被申请人提出实体性异议时，一元模式却面临两难：用非讼程序进行实质判断难谓妥当，然而一概驳回申请又可能催生被申请人的侥幸心理，造成异议权滥用，无法达成快速实现担保物权的立法目的。相反，二元模式却能够有效化解上述矛盾。实质

[37] 关于我国民事诉讼体制转型的讨论，可参见张卫平：《转换的逻辑：民事诉讼体制转型分析》，法律出版社2007年版，第241页以下。

[38] 参见前引[3]，肖建国等文，第54页；前引[28]，姜世明书，第205页。

性争议本来就是诉讼标的,应该依诉讼程序审理。既然如此,担保物权实现申请并不以实体权益的最终司法认定为前提。只要申请人提交的证据经过形式审查足以使法官确信债权和担保物权存在且已届清偿期并未获清偿,即可作出拍卖变卖和优先受偿裁定。这种处理模式能够避免异议被滥用,确保担保物权的快速实现。

在二元模式下,担保物权类型化和对被申请人有效的事后补救是无法回避的问题。虽然非讼程序被认为并未对实体权利义务关系进行终局认定,进而可以由当事人依普通诉讼程序另行诉讼,但担保物权实现程序毕竟以强制执行依据的快速获得为核心功能。与普通诉讼程序的“实体问题司法确认—强制执行”不同,非讼程序采取“程序问题司法确认—强制执行”模式。两相比较,非讼程序中的被申请人处于较为不利的境地:诉讼程序中,被告得以债权对抗担保物权,阻止支持性判决的作出和强制执行程序的开启;非讼程序中,债权抗辩并无法阻止法院肯定担保物权实现申请,申请人依旧得以获得强制执行依据。

对于被申请人忍受的程序不利益,必须存在充分的正当性基础。虽然“民诉法解释”第361条和第362条几乎涵盖了所有担保物权类型,但审理法院在实际审判工作中却将担保物权实现申请限于经过登记机构实质审查的情形。这正是对正当性的探求。要求被申请人忍受非讼程序的理由必定是登记与担保物权之间的高度一致性。审理法院基于对登记机构实质审查结果的信赖,基于登记与权利在社会生活中的高度一致性,可以不顾被申请人的实体性异议,作出支持申请人的裁定。在经过登记的担保物权中,却依旧有进一步限定的必要。一方面,我国担保物权实现程序的30日短审限决定了法院的审理范围必将非常有限。而有限的事实和证据必须能够使法官确信达到“民诉法解释”第108条第1款所要求的高度盖然证明标准。不仅如此,非讼程序不得上诉,这又进一步加剧了错判的风险。在此背景下,需要具体考量登记的证明力问题。在物权法中,与上述问题密切相关的是其第16条。对其性质主要存在两种基本观点,即登记推定力说^[39]和证据资格说^[40]。其中,登记推定力说为有力说。登记对担保物权的推定源于其与真实的担保物权在绝大多数情况下相互吻合。高度一致性的保证源于登记生效模式、登记机构的实质审查与管理。^[41]然而,根据物权法第16条之文义,存在权利推定的担保物权类型限于不动产抵押。这为类型化提供了最严格的模式选择,即原则上仅在物权法第16条规定的情形下才允许依非讼程序实现担保物权。

以不动产抵押权为基准,将可能对经过登记的担保物权所具有的权利证明力进行排序。综合考虑的因素将包括是否存在全国统一性登记机构、是否存在登记机构的实质审查以及登记生效主义抑或登记对抗主义的模式选择。经过初步分析,登记的证明力由大到小排序如下:不动产抵押登记——有统一登记机构和采登记生效主义的权利质权登记——有统一登记机构和采登记对抗主义的特殊动产抵押登记——有明确登记机构和经过实质审查的动产抵押登记——无统一登记机构和欠缺实质审查的权利质押登记。根据物权法第226条,上市公

[39] 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第303页以下;崔建远:《物权:规范与学说》,清华大学出版社2011年版,第270页;程啸:《不动产登记法研究》,法律出版社2011年版,第183页。

[40] 参见前引[1],最高人民法院物权法研究小组编著书,第93页。

[41] 参见前引[39],程啸书,第188页。

公司的股权质押登记无法被第16条文义所容纳。但考虑到其登记机构为中国证券登记结算有限责任公司，其设立采登记生效主义，因此，或可以考虑赋予其与不动产抵押登记同等的权利推定力，并认可其适用担保物权实现程序。采取登记对抗主义的特殊动产抵押和一般动产抵押，其登记和他项权利证书根据“民诉法解释”第114条可归入描述性公文书。其记载的内容只是对权利状态的描述，并非直接针对权利本身的法律推定。^[42]而对于担保物权实现类型的范围确定，则需要在综合考虑登记证明力、法院审理能力以及被申请人或案外人实体权益保障的基础上，进行实质的价值判断。在不动产抵押登记和上市公司股权质押登记之外，究竟还可以认可哪些登记类型，尚需在民法学和诉讼法学、理论界和实务界之间较广泛的讨论及共识基础上才可确定。

尽管不动产抵押登记依物权法第16条具有推定力，但依旧无法避免其与实体法律关系不一致的例外情形。此种情况下对债务人全面的事后救济构成了非讼模式的另一正当性基础。在担保物权人申请强制执行后，被申请人可类推适用民事诉讼法第225条提出实体性异议。^[43]另一方面，担保物权实现裁定并非物权法第28条的适用范围，^[44]基于与实体法律关系不一致的登记所作出的错误裁定并不会直接变动实体法律关系。申请人并不会因此获得担保物权，也不可能通过强制执行成为真正的权利人。因此，被申请人依旧可能在强制执行后提起原物返还或不当得利返还之诉。然而不能忽视的是，虽然最高人民法院尝试类推适用民事诉讼法第225条赋予债务人提出实体异议的权利，但其程序保障无法与真正的债务人异议之诉同日而语。不仅如此，我国民事诉讼目前还存在泛化认识诉讼标的和另诉不畅的现象和问题。非讼程序认定的事实还将根据“民诉法解释”第93条第1款第5项对后诉产生事实预决效力。总体而言，我国民事诉讼可提供给被申请人的事后救济措施并不完善。这同样构成了严格限制担保物权实现案件类型，确保登记与担保物权相互一致的重要动因。

（二）程序标的的识别与旧实体法说的改造

由于非讼标的与诉讼标的的存在二元结构，非讼标的的识别标准不能当然借用我国诉讼标的的实践和理论，其界定尚需结合自身特点进行实质性甄别。我国对诉讼标的的识别标准的集中关注可以追溯到上世纪90年代末。江伟和张卫平几乎同时发现我国民事诉讼法学研究中诉讼标的的问题的忽视及由此带来的恣意和矛盾裁判现象，并提出运用大陆法系诉讼标的的理论结合中国自身特点确定识别标准。^[45]虽然统一说^[46]和非统一说^[47]，针对给付

[42] 参见前引[4]，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书，第375页；张卫平：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2015年版，第155页。

[43] 参见前引[4]，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书，第832页；张卫平主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释要点解读》，中国法制出版社2015年版，第283页以下。

[44] 参见房绍坤：《导致物权变动之法院判决类型》，《法学研究》2015年第1期，第89页；房绍坤：《法院判决外之法律文书的物权变动效力问题研究》，《法商研究》2015年第3期，第141页以下；任重：《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》，《政法论坛》2014年第1期，第54页以下。

[45] 参见江伟、韩英波：《论诉讼标的》，《法学家》1997年第2期，第3页以下；张卫平：《论诉讼标的的及识别标准》，《法学研究》1997年第4期，第56页以下。

[46] 参见上引江伟等文，第3页以下。

[47] 参见前引[45]，张卫平文，第56页以下；邵明：《诉讼标的的论》，《法学家》2001年第6期，第70页；段厚省：《各类型民事诉讼的诉讼标的的识别标准》，载陈光中主编：《诉讼法论丛》第8卷，法律出版社2003年版，第537页以下。

之诉的诉讼法二分肢说^[48]、事件说^[49]甚至诉讼标的的无用论^[50]在相关讨论中均有体现,但从法律解释的视角出发,民事诉讼标的在我国司法实践层面依旧坚持类似于旧实体法说的处理方式应无疑问,这亦构成了研究共识。^[51]以请求权竞合的诉讼操作方式为视角,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称“证据规定”)第35条,如果当事人主张的法律关系性质因为难以被证明而与人民法院根据案件事实作出的认定不一致,法院应当告知当事人变更诉讼请求。这表明当事人主张适用的实体法律规范与案件的诉讼标的原则上存在一一对应关系。而我国民事司法实践在请求权竞合时也较为广泛地存在一个请求权基础的要件事实无法被证明时允许当事人以另一个请求权基础为依据变更诉讼请求或者另行诉讼的做法。

由于我国诉讼标的的讨论以借鉴德日等大陆法系国家诉讼标的的理论为起点,因此相关讨论也受到了诉讼标的与非诉讼标的二元结构的限制,并未从更广义的民事案件层面加以统筹。可见,诉讼标的的理论探讨的结果并不能直接推导出我国非诉讼标的的同样宜采旧实体法诉讼标的的理论,尚需以旧实体法说为标准调试程序标的的内部和外部关系,检验其是否存在难以克服的排异反应。在内部关系上,程序标的的需要处理同一申请人在申请被驳回后是否可以以同样理由或者不同理由再行申请,或者其他的申请人是否可以就同一事项再行申请。虽然非讼案件的一事不再理需要综合考虑案件与公共利益以及社会秩序的紧密程度,但是即便是较为典型的宣告死亡案件也可能在旧实体法说中找到恰当的处理结果。由于宣告某人死亡的申请虽然由同一人或者不同人先后提起,但其法律依据均指向民事诉讼法第184条,因此可能被视为同一法律关系。而对于当事人的处分权限色彩比较浓重的实现担保物权案件,则原则上应当严格遵守诉讼标的的旧实体法说的主体、客体和时间层面的识别标准。总体而言,非诉讼标的与公共利益以及社会秩序的联系越紧密,当事人的处分权和自主性越小,裁判标的的范围也越大,依职权提出事实和调查证据的要求也更高。^[52]此外,各种诉讼标的的学说的实质分歧在于请求权竞合的处理方式。与确认之诉和形成之诉类似,我国非讼程序并不发生请求权竞合现象,且申请的客观合并与变更的制度需求在我国仅有7类非讼案件的背景下也算不上突出。^[53]在外部关系上,亟待解决的是非诉讼标的与诉讼标的的识别问题。对此,非诉讼标的的法律依据多集中在民事诉讼法第15章项下,而实体权益争议的诉讼请求可以找到实体法上的基础。^[54]以法律规范性质为标准可以较为清晰地界定非诉讼标的与诉讼标的。因此,无论是内部关系还是外部关系的处理,非诉讼标的均存在比照旧实体法说

[48] 参见上引邵明文,第70页。

[49] 参见前引[47],段厚省文,第537页以下。

[50] 参见吴英姿:《诉讼标的理论“内卷化”批判》,《中国法学》2011年第2期,第177页以下。

[51] 参见王娣、钦骏:《民事诉讼标的理论的再构筑》,《政法论坛》2005年第2期,第183页。严仁群指出,学界的一般认识并不准确,实际上实务上有多种界定诉讼标的的路径,但也同时承认是以旧实体法说为原则。参见严仁群:《诉讼标的之本土路径》,《法学研究》2013年第3期,第92页。

[52] 参见赵蕾:《非讼程序论》,中国政法大学出版社2013年版,第137页;前引[28],姜世明书,第107页。

[53] 非讼程序概念在我国有广义和狭义之分。狭义非讼程序仅指民事诉讼法第15章以下规定适用特别程序的案件和《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(试行)》第19条规定适用特别程序的指定或撤销监护人案件,共7类。广义的非讼程序还至少囊括第17章督促程序和第18章公示催告程序。为讨论集中,本文仅针对狭义非讼案件进行探讨。参见前引[33],张卫平书,第420页。

[54] 程序法中也存在若干民事权益争议的法律依据,例如第三人撤销之诉的法律规定。

的理论和制度可能。不仅如此，统一的旧实体法说还将在诉讼标的和非讼标的的识别标准上实现统一，有利于民事司法实践的把握。

综上所述，在非讼标的的外部关系处理中并无抛弃旧实体法说的充分理由，只是由于非讼程序不涉及实体权利义务争议，因此需要将旧实体法说中的实体法律关系概念扩展为民事法律关系，使其能够囊括诉讼标的和非讼标的。在旧实体法说模式下，担保物权实现诉求较为明显的识别标准是当事人援引的具体法律规范：担保法第53条第1款指向普通诉讼程序，物权法第195条第2款和民事诉讼法第196条指向非讼程序。然而，在没有律师代理的情形下，当事人或许并不了解援引两个条文可能引发的程序差异，因此需要法院比照“证据规定”第35条第1款进行及时和充分的释明，使当事人充分了解条文选择背后的诉讼法律效果，切实保障当事人的诉权。这也得到了“民诉法解释”第268条的重申。

（三）担保物权实现案件的审理范围

在二元结构下，诉讼标的与程序标的实现了彻底的分离，从而既可以满足快速获得执行依据和实现担保物权的立法目的，又可以保障被申请人的诉讼权利。如果说请求层面的区分解决了既判力和一事不再理的难题，那么限定非讼程序的审理范围则为了兼顾申请人和被申请人的利益，着眼于解决案件事实预决效力对被申请人后诉证明活动的不利影响，兼具节省司法资源的积极效果。这同样是二元模式正当性基础的必然要求。

依普通诉讼程序实现担保物权所依据的案件生活事实，是原告与被告以及借款人之间的借贷关系以及担保关系，原告的债权已届清偿期而未获清偿，按照约定全部债权到期，进而能够充实担保法第53条第1款的构成要件。与此相对应，物权法第195条第2款担保物权实现申请的胜诉条件是抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议。仅就文义分析，担保物权实现案件审理的对象是担保物权的实现方式，而非担保物权本身。然而，物权法第195条第2款规定的申请主体指向担保物权人，担保物权的成立原则上以债权的存在为前提。根据“民诉法解释”第367条，申请人应当提交的材料除了载明担保物权实现的申请书，还需要提交证明担保物权存在的材料以及实现担保物权条件成就的材料等人民法院认为需要提交的其他材料。就此而言，担保物权实现案件在诉讼资料和证据资料的审理范围上可能与普通诉讼程序中的诉讼资料和证据资料形成包含关系。在诸如管辖、一事不再理、仲裁协议等程序事项外，债权债务关系和担保物权关系的诉讼资料和证据资料与普通诉讼程序中的攻击防御方法并无显著不同。这意味着在仅仅30天的短审限内，法院的审理范围与普通诉讼程序6个月的审理期限中所承担的工作并无二致。这使法院一方面疲于应付，并且匆忙作出的事实认定还将借助预决效力侵害后诉当事人的诉讼权利，实质影响到担保财产所有权人的实体权益；另一方面也浪费了宝贵的司法资源，毕竟后诉法院依旧需要对此进行审理和认定。最后，法院还将承受因为匆忙作出的事实认定带来的错案风险。

经过统一登记并由登记机构实质审查的不动产抵押权和上市公司股权质押实现案件，法院的审理范围得以限缩在有关登记的案件生活事实以及证书的真实性。如果登记为真，其不仅可以证明担保物权的存在，也可以间接证明债权的存在，因为这正是登记的前提条件。法院基于对登记机构实质审查的信赖以及登记与权利义务关系之间的高度一致性，得以辅助参考抵押合同书、借款合同书以及能够证明债权已届清偿期且未获清偿的其他证据

充实担保物权实现申请的胜诉条件。在最高额抵押和最高额质权的情形下,法官在他项权利证书之外尚需对债权债务关系的存在形成确信。对此,“民诉法解释”第372条存在适用余地。审理法院可以在无争议的债权数额范围内认可最高额抵押和最高额质权的实现申请。由于非讼程序并不具备处理实体性异议的能力,在经过对借款合同书等书证进行形式审查后,如果依旧无法确定债权的范围,则应当告知当事人另诉处理。

(四) 制度化建议

从制度化的视角观察,坚持和贯彻非讼标的与诉讼标的的二元格局,应当体现在以下具体制度设计中:

1. 结合民事诉讼法第179条和第197条,物权法第195条第2款的程序标的是获得针对担保财产的强制执行依据,据此在担保债权范围内优先受偿。“无民事权益争议”并非对主合同与担保合同的实体性异议不成立,而是不涉及民事权利义务关系。实体性异议并不产生裁定驳回申请的诉讼法律效果,以此防止异议滥用,保障权利的快速实现。

2. 司法实践中对担保物权实现申请和相关诉讼请求的区分可以通过改造旧实体法说实现,凡是根据担保法第53条第1款提出的请求适用诉讼程序,依物权法第195条第2款和民事诉讼法第196条提出的申请适用非讼程序。

3. 由于非讼程序不具备与普通诉讼程序同等的事实认定程序,因此其认定的事实不宜发生预决效力,并据此限缩解释“民诉法解释”第93条第1款第5项;担保物权实现申请的审理不影响也不受相关诉讼程序影响,其并不属于民事诉讼法第150条第1款第5项诉讼中止的情形,也不适用民事诉讼法第124条第1款第5项的一事不再理原则。在获得执行依据后,执行活动也不因诉讼程序而中止,例外是债务人异议。

4. 以登记的推定力作为担保物权实现案件的分类标准,较为稳妥的做法是将担保物权实现案件的类型限定在不动产抵押权和上市公司股权质押。法院的审理范围限于有关登记的案件生活事实和证据资料,即便被申请人提出实体性异议也并不影响裁定的作出。

5. 从立法论视角观察,即便非讼标的也应当赋予其审级利益,不应该区别对待诉讼程序与非讼程序。而从债务人权益保护视角出发,应当通过立法和司法解释明确债务人异议之诉,使其能够通过执行关系诉讼提出实体性异议,并据此撤销相关执行行为。在对登记证明力的差异性进行科学评估后,通过立法和司法解释限缩担保物权实现案件的具体类型。

代结语:可能的出路

在经登记的不动产抵押权和上市公司股权质押以外,其他担保物权的快速实现与被申请人程序保障之间面临直接冲突。对此,我国民事诉讼立法、司法和理论中业已存在着替代解决方案。根据民事诉讼法第238条,公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请强制执行,受申请的人民法院应当执行。从文义理解出发,公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书将可能囊括德国民民事诉讼法第800条在公证员面前做成的服从执行声明。为了避免发生争议时通过诉讼程序获得执行依据,可以事前在公证机关面前做成服从强制执行的声明,这也能够在很大程

度上影响当事人的行为选择，从而为诉讼程序的效率问题减压。从事后的角度观察，如果未经登记的权利人并未事先获得适格的执行依据，书证程序（Urkundenprozess）或许可以为我们提供有益的思路。与通过非讼程序提高权利实现效率的思路不同，书证程序以限制证据种类为出发点。根据德国民事诉讼法第592条，如果案件事实可以通过书证加以证明，并且诉讼请求是给付金钱或者特定数量的种类物或者票据的，可以适用书证程序。该程序的适用根据德国民事诉讼法第593条有赖于原告的选择。书证程序通过限制证据的种类实现更快的争议处理，其依旧较为完整地保持了审级等对当事人诉讼权利有重大影响的程序设计。当然，书证程序只是在保障当事人诉讼权利的前提下提高诉讼效率的一种解决方案。由于我国民事诉讼并不存在书证程序，是否引入书证程序还需进一步的立法讨论和价值判断。

Abstract: The definition of “case without a dispute over civil rights and interests” is the most important and difficult issue in the understanding and application of the procedure of security interest realization. China has adopted in its legislation and judicial practice the monist structure of procedural objects and relevant objects of action. Its essence is to restrict the right of action of the respondent. In order to achieve the delineation of the “case without a dispute over civil rights and interests”, which is the legal characteristic of the procedure of security interest realization, the dualist structure should be adhered to as the right approach to striking a balance between efficiency and the right of action. The procedure of security interest realization can only deal with the non – substantial exceptions and the procedural exceptions. Based on the old substantive theories of objects of litigation, a uniform standard on the objects of litigation and objects of special procedures can be achieved. Substantive disputes, including disputes over the existence of a substantive dispute, can only be dealt with through the civil litigation. In order to save judicial resources and to avoid negative impact of pre-definitive effectiveness, high degree of coincidence between cases of security interest realization and objects of litigation should be avoided. According to Article 16 of the Property Law, the scope of application of the procedure of security interest realization should be limited to real estate mortgage and the mortgage of the stock rights of a public company.

Key Words: cases of security interest realization, non-contentious procedures, cases involving a dispute over civil rights and interests, object of litigation, pre-determinant force of facts
