

实现担保物权程序的实践问题与处理

Practical Issues of the Procedure of Realizing Security Interest and Their Solutions

邓继好*

Deng, Ji-hao

目次

- I. 引言
- II. 实现担保物权程序的实践问题
- III. 实现担保物权程序的性质判定
- IV. 实现担保物权程序中的法律救济
- V. 实现担保物权程序与诉讼程序的协调
- VI. 实现担保物权程序与破产管理人撤销权的行使

국문초록

담보물권절차의 실현은 2012년 중국 개정 「민사소송법」에서 신설한 내용이고, 그 목적은 「물권법」에서 정한 담보물권의 실현문제를 명확하게 규정하여 실체법과 절차법의 유효한 연결을 완성하는 데에 있다. 담보물권의 실현을 위하여, 2015년 최고인민법원은 사법해석으로 입법규정을 세부화하고 구체화하였다. 그러나 실무에서는 법률에서 규정하지 않은 경우가 있어서, 이론적으로 파악하고 처리방안을 제기할 필요가 있다. 이 논고에서는 담보물권절차의 실현하는 데에 있어서, 법률구제, 비(非)소송절차와 소송절차간의 조화 및 파산관리인의 취소권의 행사문제를 다루면서 사법실무와 입법보완에 유의한 참고

논문접수일 : 2015. 07. 21.

심사완료일 : 2015. 10. 21.

게재확정일 : 2015. 10. 22.

* 法学博士·中国 华东政法大学 法律学院 副教授

로 되기를 기대한다.

주제어 : 실무문제, 비소송절차, 법률구제, 절차조화, 최고인민법원

摘要 : 实现担保物权程序是2012年中国《民事诉讼法》修订的新增内容,其目的在于明确《物权法》担保物权以何种程序来实现的问题,从而完成了实体法与程序法的有效衔接。2015最高人民法院又以司法解释的方式进一步细化和补充了实现担保物权的程序的立法规定。但实践中仍然存在着立法没有规定的情形,需要从理论上进行剖析,提出处理方案。本文着重讨论了实现担保物权程序中的法律救济、非讼程序与诉讼程序的协调以及破产管理人撤销权行使的问题,以期对司法实践和立法完善有所助益。

关键词 : 实践问题, 非讼程序, 法律救济, 程序协调, 最高人民法院

1. 引言

中国2007年10月1日施行的《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”。由此,关于实现抵押权是否可以不经诉讼程序引发学界的争论。从《物权法》规定本身来看,确实未涉及法院该以何种程序拍卖、变卖抵押财产,而当时的中国《民事诉讼法》也没有相应的程序规定,这就导致实践中法院仍然要先适用诉讼程序作出判决后,才可以进入执行程序进行拍卖、变卖。由于程序法规定的缺失,使得《物权法》规定的功能落空。2012年修订《民事诉讼法》时,在“特别程序”一章中增设了“实现担保物权案件程序”,明确规定了申请实现担保物权的管辖法院和法院审查处理的方式,在立法上实现了实体法和程序法的衔接,填补了操作空白。这样,实现担保物权案件就无需通过诉讼程序,而是直接适用特别程序进行处理,满足了债权人快速实现债权的实际需求。

然而,2012年关于“实现担保物权案件程序”的立法只有两个条文,规定过于简单,难以满足法院有效处理该类案件的实践需要。如何界定申请人、被申请人的范围,如何确定实现担保物权的申请条件,法院对案件的审查标准是什么,实现担保物权案件的范围及程序参与人的权利救济等,都对法律的实施提出了新的挑战。针对此,2014年公布施行的《最高

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》（以下简称《民诉法解释》）对实现担保物权案件程序作了细化规定，用十四个条文对上述问题进行了明确。但仍有些实践问题还没有解决，需要从理论的角度予以分析，提出相应的处理对策。譬如，申请人在申请实现担保物权的同时或之后，可否就债权提起诉讼？被申请人提出异议后，法院可否将案件转为诉讼程序来处理？实现担保物权案件的裁定生效后发现错误，可否适用审判监督程序予以纠正？本文将在分析担保物权实现程序性质的基础上，对有关的实践问题进行回答，以期对实现担保物权案件程序的完善有所裨益。

II. 实现担保物权程序的实践问题

2012年修订的《民事诉讼法》中虽然以一节的方式规定了“实现担保物权案件程序”，但总共只有两个条文，这不足以应对司法实践中可能遇到的问题。虽然2014年最高人民法院的《民诉法解释》中进行了细化和补充，但仍然存在如下一些问题：

1. 实现担保物权程序中的法律救济问题

实现担保物权程序中的法律救济主要是指，被申请人、申请人以及利害关系人对法院的裁定不服时，应以何种方式表达自己的异议并使其得到受理和审查，以及在实现担保物权裁定发生错误时法院或当事人应如何启动纠错程序。裁定不正确通常出现在两种情况下：其一，当事人认为法院作出的准许拍卖、变卖担保财产或驳回申请的裁定存在错误，从而向作出裁定的法院提出异议；其二，法院自己发现驳回申请的裁定错误或者在执行过程中发现作出的准许拍卖、变卖担保财产裁定存在错误，从而加以纠正。虽然《民诉法解释》第374条规定：对人民法院作出的准许实现担保物权的裁定，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起十五日内提出；利害关系人有异议的，自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。对于当事人或利害关系人提出的异议，人民法院经审查，认为异议成立或者部分成立的，作出新的裁定撤销或者改变原裁定；异议不成立的，裁定驳回。但是，对于当事人、利害关系人的异议以何种方式审查？在执行过程中提出的异议与执行异议是何关系？对驳回裁定不服时是否有进一步救济的可能？人民法院可否自行启动纠错以及以何种程序来纠错？实践中仍然存在着不同的认识。

2、实现担保物权程序与诉讼程序的协调问题

实现担保物权程序与诉讼程序的适用冲突主要表现为以下四种情况：其一，债权人先向法院申请实现担保物权，后认为拍卖、变卖担保物无法充分满足自己的债权，再次向法院就债权提起诉讼；其二，债权人先就债权向法院提起诉讼，而后又向法院提出实现担保物权的申请；其三，债权人在向管辖法院提出实现担保物权的申请同时，又向法院就债权提起诉讼；其四，。该程序性问题在实践中具有重要的意义，决定着债权人的权利能否得到最大化的满足，同时，法院也应该通过有效的程序分流来缓解诉讼案件数量的压力。

3、实现担保物权程序与破产管理人撤销权的行使问题

中国《破产法》第31条第1款第3项规定，在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务提供财产担保的，破产管理人有权请求人民法院予以撤销。同理，如果在实现担保物权程序中，被申请人在人民法院受理其破产申请前一年内对没有财产担保的债务提供财产担保的，其破产管理人能否依据上述理由请求人民法院予以撤销？此时实现担保物权程序是否还应当继续进行？如果法院已经作出了准许拍卖、变卖担保财产的裁定，破产管理人能否申请撤销实现担保物权的裁定？一旦破产管理人行使了撤销权，原准许裁定的效力将产生怎样的变化？对于破产管理人撤销权的行使是以诉的方式通过诉讼程序处理，还是以异议的方式在实现担保物权程序中处理？

要对上述问题给与合理的回答和处理，首先要弄清楚实现担保物权程序的性质。对实现担保物权程序的性质作不同的界定，对上述问题的回答就有所差异。这直接影响着制度构建和实践操作。

III. 实现担保物权程序的性质判定

在《民事诉讼法》没有增设实现担保物权程序之前，学界对实现担保物权程序的性质大体存在三种观点。一是诉讼程序说，认为对于《物权法》第195条第2款的规定，在《民事诉讼法》没有明确规定专门的处理程序时，应该采取传统的民事诉讼方式，由抵押权人起诉启动审判程序，获得胜诉判决后再进行强制执行。因此，实现担保物权程序的性质是普

通的民事诉讼程序。¹⁾二是强制执行业程序说,认为根据《物权法》第195条第2款的规定,请求法院拍卖、变卖担保财产应当直接启动执行程序,由抵押权人持抵押权合同、登记簿等,向法院执行机构申请强制执行。²⁾据此,请求人民法院拍卖、变卖抵押财产无须通过审判程序另行获得执行根据。三是非讼程序说,认为实现担保物权具有非讼性质,属于非讼程序。其依据是《物权法》第195条的立法精神是希望通过非讼程序,可以直接依担保合同申请,人民法院作出许可拍卖、变卖担保财产的裁定,再依裁定申请人民法院执行。³⁾2012年修订的《民事诉讼法》第197条规定,法院裁定拍卖、变卖担保财产的,当事人依据该裁定可以向法院申请执行,正验证了第三种观点。但也有学者认为从立法的体例上来讲,《民事诉讼法》将“实现担保物权案件”置于“特别程序”之中,其理应具有特别程序的属性。这可以视作第四种观点。

第一种观点在中国学界认识实现担保物权程序的早期较为典型,但由于其与实现担保物权程序的快速救济之价值相背离,因此已经遭到了立法的否定。

对于第二种观点,笔者认为,其与现行立法强调的法院审查职能相抵触。虽然在法院的审查属于形式审查还是实质审查上仍有争论,但对担保物权的实现都不是直接进入执行程序。也就是说申请的提出并不必然导致法院启动执行程序进行拍卖、变卖,法院需要先对申请进行审查,从而确认该申请是否符合法定条件,作出裁定准许或驳回。也就是说,在快速救济与程序保障之间,立法采取的是一种比较谨慎的态度。另外,在中国的强制执行理论上也认为,执行根据只能是有关机关作出的生效法律文书,而不能是当事人之间的民事合同。因而,实现担保物权程序显然无法等同于强制执行业程序。

第四种观点看上去似乎很有说服力,但笔者认为其认识较为肤浅。虽然实现担保物权程序具有一定的特别程序属性,例如案件由基层法院管辖、实行一审终审等,但其在实质上与特别程序还是存在显著差异的。从修订前《民事诉讼法》规定的特别程序来看,主要适用于选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件、认定财产无主案件。这些案件的特点是:只有申请人一方,没有被申请人;处理的问题是法律意义的事项,不具有财产权益属性;作出的判决只具有形成力,没有强制执行力。而实现担保物权案件具有申请人与被申请人两个主体,处理的事项具有财产权益属性,作出的判决也具有强制执行力。2012年修订《民事诉讼法》同时增加

1) 黄松有主编:《》，人民法院出版社2007年版,第683页。

2) 刘智慧主编:《中国物权法解释与运用》，人民法院出版社2007年版,第668页。

3) 高圣平:《担保物权实现途径之研究——兼及民事诉讼法的修改》，载《法学》2008年第1期。

的也被置于“特别程序”之中，但实际上它与先前适用特别程序审理的那些案件也有着上述区别。因此笔者认为，将“实现担保物权案件”和“案件”放在“特别程序”中进行规定，在立法体例上值得商榷。以已经在“特别程序”中作了规定来认定其特别程序的属性，判断上过于简单，也会导致理论检视能力之丧失。

笔者更倾向于将实现担保物权程序界定为非讼程序。从形式上看，该程序似乎更接近于《民事诉讼法》第17章规定的督促程序。当然，实现担保物权程序无法照搬照抄督促程序的内容，这是因为两者之间存在法理上的偏差。督促程序具有对人性，效力溯及债务人及其财产，即债务人应以其全部财产来满足申请人的支付令请求；而实现担保物权程序仅具有对物性，债权人的权利请求仅及于担保财产，不能溯及担保义务人的其它财产。正因为督促程序具有对人性，在债务人不发生破产清算的前提下，申请人的债权可以被全额满足；而在实现担保物权程序中，由于担保财产的价值可能存在市场波动，债权人的债权可能无法通过拍卖、变卖担保财产获得全额实现。因此，就存在债权人就未满足部分的债权另案起诉的可能性和必要性。

从立法体例的科学性来说，实现担保物权程序应单列一个章节，以体现其非讼性质及其与特别程序的差异。现行立法可能出于两个条文不宜单独成章的考虑，将实现担保物权程序纳入“特别程序”中，实质上抹杀了该程序的非讼性质。当然，从广义上来说，特别程序也属于非讼程序，但正如上文指出的，特别程序与和督促程序所处理的案件性质以及裁判效力有着显著差异，因此还是应将实现担保物权程序、确认调解协议程序从特别程序中剥离出来，与督促程序并列规定较为妥当。在立法体例上没有作出调整之前，准确把握实现担保物权程序的性质，认识到其与督促程序的同质性，在审理实现担保物权案件时参照适用督促程序的相关规定也就有了理论基础。

由于非讼程序设计遵循了简易、迅速的原则，实行一审终审，因而与诉讼程序大不相同。⁴⁾从程序法理上来说，对于非讼程序作出的裁判发现错误，是无法通过上诉或再审申请加以救济的，只能在非讼程序中加以解决。遗憾的是，2012年修订的《民事诉讼法》没有解决实现担保物权程序救济无门的状况，导致实践中错误的裁定如何纠正成为问题，实现担保物权程序也无法与诉讼、破产等程序衔接、协调。这些问题的存在有违立法宗旨，也不利于该程序功能的有效发挥。

4) 袁永新：《非讼程序扩大适用与司法效率的提高——从新修改的〈民事诉讼法〉谈起》，载《法律适用》2013年第3期。

IV. 实现担保物权程序中的法律救济

实现担保物权程序的法律救济主要包括被申请人在审理过程中的异议权和法院或当事人针对裁定错误享有的纠错权。

1. 被申请人的异议权

既然实现担保物权程序无法通过上诉或再审申请加以救济，那么赋予被申请人异议权就显得格外重要。而对于被申请人提出的异议应如何处理，学界有三种不同的看法。其一是不予受理说，认为被申请人在裁定作出前提出异议，法院也不予接受和处理，理由是出于程序设置初衷的考量，实体性争议应由当事人通过诉讼去解决。⁵⁾其二是一并处理说，认为基于最大化解决纠纷的考虑，允许被申请人在裁定作出前提出异议，在实现担保物权程序中对非讼和争讼问题一并审理解决。⁶⁾其三是程序选择说，主张为了缓解上述两种情况的矛盾，应在裁定作出前给予被申请人一定的期限提起诉讼来启动诉讼程序，若被申请人在期限内提起诉讼的，特别程序即终止；若被申请人在期限内不提起诉讼或逾期起诉的，不影响特别程序的进行。⁷⁾

第一种观点强调非讼程序的简易快速，但漠视当事人的权利保护，一旦裁定发生错误，难以通过法定途径加以救济，也可能存在不服裁定的当事人再次起诉的情形，法院是否会受理诉讼也没有明确的法律依据。第二种观点强调纠纷的一次性解决，无形之中增加了法院处理非讼案件的成本，混淆了不同程序的功能定位，使法院无法在30天的审理期限内终结案件，也与现行《民事诉讼法》的规定相悖。而第三种观点将案件的程序及实体问题区别对待，对涉及实体部分的问题通过诉讼程序加以解决，与现存的督促程序有异曲同工之处。因此，应参考督促程序的立法理念，赋予被申请人在裁定作出前的异议权，由法院对异议进行审查，非实体性的异议不影响裁定的作出。对于异议涉及实体问题的，认为双方当事人存在实体争议的，应当裁定终结非讼程序。最高人民法院采纳了第三种观点，在《民诉法解释》中明确规定：人民法院受理申请后，应当在五日内向被申请人送达申请书

5) 程啸：《论抵押权的实现程序》，载《中外法学》2013年第6期。

6) 朱亚平、朱琴梅：《》，载《人民司法》2008年第23期。

7) 奚晓明、张卫平：《民事诉讼法新制度讲义》，人民法院出版社2012年版，第289页。

副本、异议权利告知书等文书。被申请人有异议的，应当在收到人民法院通知后的五日内向人民法院提出，同时说明理由并提供相应的证据材料。人民法院审查后认为当事人存在实质性争议的，裁定驳回申请，并告知申请人向人民法院提起诉讼。

笔者认为，人民法院审查后认为存在实质性争议时，是否可以不裁定驳回申请，而是参照督促程序中的做法，裁定终结实现担保物权程序并将案件直接转入诉讼程序，但申请人不愿意提起诉讼的除外。由于法院不对异议所依据的理由是否成立进行实质性判断，而是认为其在表面上成立就足以阻却准许拍卖、变卖裁定的作出，因此，当事人之间因存在争议而最终涉讼的可能性极大。为了及时解决当事人之间的纠纷，实现对权利的救济，在终结非讼程序的同时转入诉讼程序应当是个不错的选择。

2. 当事人的纠错权

法院作出准许拍卖、变卖担保财产的裁定后，当事人对此提出异议，认为作出的裁定有误，应该通过何种途径加以解决？有学者认为，对于被申请人提出异议的，人民法院应对实现担保物权是否成立进行实质性审查，经审查，被申请人的异议确实成立的，应当经合议庭评议后，以发现生效裁定错误为由，由本院院长决定提交审判委员会讨论是否撤销。⁸⁾还有学者认为，可以适用审判监督程序，由法院根据当事人的申请或者依职权决定再审，其理由在于实现担保物权程序规定在“特别程序”一章中，而“特别程序”处于“”之前，从立法呈现的前后逻辑关系上来说，特别程序中的裁判应当适用审判监督程序的规定。

上述第一种观点的提出是借鉴了对督促程序裁定错误的救济方法，⁹⁾具有一定的可行性。然则，随着法治进程的加快，审判委员会“不审而判”的状态必将改变，审判委员会对个案的审判可能将永远地退出历史舞台。¹⁰⁾在这种背景下，将来的司法改革势必会弱化审判委员会的审判职权，将案件的决定权交还给审判法官。其次，对于法院在执行程序中审查案件

8) 黄志雄：《》，《人民法院报》2013年8月14日第8版。

9) 《民事诉讼法解释》第443条规定：“人民法院院长发现本院已经发生法律效力的支付令确有错误，认为需要撤销的，应当提交本院审判委员会讨论决定后，裁定撤销支付令，驳回债权人的申请。”

10) 2013年11月12日中国共产党第十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确提出“改革审判委员会制度，完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判、由裁判者负责”。此后最高人民法院也明确表示“根据新的形势，审委会的首要任务应该是从宏观上总结审判经验，研究审判工作中的重大问题，切实发挥审判决策、审判指导、审判管理和审判监督的功能作用。”参见《认真贯彻落实党的十八届四中全会精神 积极推进审委会制度和量刑规范化改革》，载《人民法院报》2014年12月2日第1版。

实体性问题是否妥当，仍然存在争论。执行程序虽然具有一定的裁决性质，但也仅及于当事人针对执行行为提出的异议等特殊事项，不应涉及本案的实体性问题。如果因案件的实体性问题存在争议，则无法在执行程序中加以解决，而应回到诉讼程序中。最后，实现担保物权案件与督促程序虽同属非讼程序，但仍存在诸多差异，也更具争讼对抗性，牵涉债权人、债务人、担保人等多方主体，法律关系也更为复杂，故而不能完全照搬督促程序的纠错机制。

第二种观点看上去似乎成立，其实不然。首先，在《民事诉讼法》修订增设“实现担保物权案件”和“确认调解协议案件”之前，特别程序对生效裁判都设定了专门的纠错办法，就是由相关人员向法院提出申请，法院审查后作出新的裁判并撤销原裁判，因此无需适用审判监督程序来纠错。其次，《民诉法解释》也已明文规定“适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序审理的案件，当事人不得申请再审”。再次，只有针对发生既判力的判决、裁定才需要依照审判监督程序办理，而准许实现担保物权的裁定本身未对实体性问题做出审理和判断，仅具有执行力而无既判力。¹¹⁾因此，立法体例上的排列顺序与程序的适用并无逻辑上的必然。当然，为了避免这种误解，将来再修订《民事诉讼法》时应将“特别程序”置于“审判监督程序”之后，与其他的非讼程序进行并列更为合理。

此外《民诉法解释》中规定，对准许实现担保物权的裁定当事人有异议的，应当自收到裁定之日起十五日内提出。该规定是参照诉讼程序中一审判决的上诉期限拟定的。这就意味着准许实现担保物权的裁定虽然生效，但是不能够立即进入执行程序，还有十五日的异议等待期。如果在这十五天内当事人提出了异议，则法院要进行审查。只有经过审查确定异议不成立予以驳回后，准许实现担保物权的裁定才可以进入执行程序。但如果当事人错过了这十五天的期限，其异议也不能在执行程序中提出，此时该如何救济呢？

笔者认为，当事人应通过另行提起诉讼的方式来化解无法在执行程序中提出异议的困境。不赋予当事人尤其是被申请人在执行过程中的异议权，是基于提高诉讼效率的考量。被申请人如果对实现担保物权案件的实体法律关系存在争议，理应在审查阶段提出异议，而不应拖延到执行程序中。如确有正当理由导致其未在审查阶段提出异议的，其另行起诉的救济权利也不应当被剥夺。但另行起诉不影响法院执行已经生效的准许拍卖、变卖担保财产裁定的效力。为了避免给当事人造成无法挽回的损害，也为了避免执行权的无效运作，如果被申请人另行起诉获得了受理，诉讼程序启动，则执行程序应当中止。一旦被申

11) 张卫平主编：《新民事诉讼法专题讲座》，中国法制出版社2012年版，第241页。

请人在另行起诉后获得了对其有利的生效裁判，则执行法院应当裁定终结执行程序，需要执行申请人返还财产的应当进行执行回转。

3. 法院的纠错权

对于准许拍卖、变卖担保财产的裁定，人民法院发现错误的，可否依职权予以纠正以及如何纠正，《民事诉讼法》和《民诉法解释》均无规定。地方法院出于司法实践的需要，对此有探索性的规定。如浙江省高院于2012年12月25日通过的《关于审理实现担保物权案件的意见》（下称《意见》）第8条规定：“执行法院在执行程序中发现实现担保物权案件的裁定确有错误的，可以提出建议，交由作出裁定的人民法院组成合议庭进行审查”。然而，这一方案也存在瑕疵。首先，法院发现裁定有误组成合议庭进行审查是否包括作出原裁定的法官，也即存在是否需要另行组成合议庭的问题。对此，浙江省高院的《意见》也没有明确规定。其次，合议庭依职权审查案件是否需要听取当事人的陈述、申辩，采取诉讼程序进行审理还是单方面向当事人调查核实，也不明确。如果通过审查后，法院不足以作出撤销原裁定时，该如何结案也是个问题。再次，这一《意见》仅是针对法院发现已经作出的裁定有误该如何纠正作出的规定，并未提及当事人也享有异议的权利，在某种程度上不利于被申请人维护其合法权益。显然，这一方案也没能解决实践中存在的被申请人权利救济的空白和无助。

但《意见》作出的尝试值得肯定，也为法院如何依职权纠错指出了正确的方向。笔者认为，首先，对于执行法院认为裁定确有错误而提出审查建议的，作出裁定的法院应当另行组成合议庭进行审查，原审查非讼程序的法官应当回避，以此来避免执行法院法官因碍于人情关系而不作为情况的出现。其次，由于裁定可能存在实体性的错误，合议庭应以直接言词的方式来听取双方当事人的意见。但听取的方式既不是争讼式的诉讼庭审，也不是单方面的询问核实。前者违背不告不理的原则，而后者不足以提供充分的程序保障。笔者建议借鉴审判监督程序中的听证方式，即合议庭为了正确裁判，预先将听证通知当事人，并告知其有权提交相关证据材料，陈述自己的意见。

V. 实现担保物权程序与诉讼程序的协调

1. 债权人先向法院申请实现担保物权再提起诉讼

申请人为了快速实现其债权，往往会选择实现担保物权程序来达到救济目的，同时降低救济成本。与此同时，申请人出于债权实现的最大化考虑，也会在非讼程序进行过程中或结束后，再次就其债权向法院提起诉讼。这其中就会存在两个问题，第一，法院会同时受理正在审查中或已经非讼程序裁定过的事项吗？第二，债权人的诉讼请求数额如何界定？由于非讼程序不具有争讼性，此时若被申请人提出实体异议，案件应转入诉讼程序进行审理，免除了申请人再次起诉的麻烦。此时，申请人无需就同一事项向法院再次提起诉讼。若被申请人不存在异议，法院经审查后方可作出准许拍卖、变卖担保财产的裁定。对于未受满足部分，债权人可以另行起诉来实现。¹²⁾当然，诉讼请求的数额应以实现担保物权程序中申请人未满足部分的债权额为限。受诉法院在了解到申请人已经提出实现担保物权申请，应作出中止审理的决定。如果实现担保物权的申请被法院驳回，则恢复诉讼程序；如果被裁定准许拍卖、变卖担保财产，则应待执行程序结束后恢复诉讼程序。

2. 债权人先向法院提起诉讼再申请实现担保物权

由于现行立法粗陋，使债权人不免对实现担保物权程序的结果产生怀疑，加上法院审查标准的不确定性，申请人更是无法预见裁定结果，因而，一些保守的债权人首先会考虑向法院起诉，保证其案件能够进入法院审判程序，然后才会考虑走非讼程序，寻求实现其债权的更便利、高效的途径。如前所述，此时同样也会存在以下两个问题，其一，法院会同时受理正在诉讼系属中或已经诉讼程序裁判过的事项吗？其二，申请人的诉讼请求数额如何界定？笔者认为，债权人已经就债权救济向法院提起了诉讼，应当是就债权数额作整体请求，在法院受理后，不得再提起实现担保物权的申请。因为，既然当事人已经提起了诉讼，说明当事人之间是存在争议的，此时应当通过诉讼程序来加以解决。另外，相对于非讼程序来说，诉讼程序能够给当事人提供更加充分的程序保障，债权人的债权也可以得到

12) 黄志雄：《实现担保物权案件的执行救济》，载《人民法院报》2013年8月14日第8版。

全部的救济。对于担保财产，也可以在诉讼中申请保全。如果此时再允许当事人受理实现担保物权的申请，无疑会徒增讼累，也会造成司法资源的浪费。在诉讼程序作出生效裁判的情况下，更无允许当事人启动实现担保物权程序之道理。

3. 债权人同时向法院提起诉讼和申请实现担保物权

这是一种更加保守的做法，但在实践当中却很常见。出于权利实现最大化的追求，债权人往往会寻求双保险，同时向提出实现担保物权的申请和提起诉讼。对此，法院将如何操作，从现行立法中我们不得而知，实践中法院的处理也不尽相同。有观点认为，债权人当然有权通过两种途径同时寻求救济，这不仅保障了债权人权益的最大化，还能有效防止非讼程序的执行期限超过争讼案件的诉讼时效，给予债权人充分的权利救济。这种观点在注重实体正义的中国具有现实意义，也很有说服力，但笔者认为对此种情形不能一概而论，应仔细甄别当事人的诉讼请求内容作分别处理。如果其诉讼请求是就债权之全部寻求救济，那么就同一事项不应同时启动两个程序加以处置，此时应受理其提起的诉讼，对于实现担保物权的申请不予受理；如果其诉讼请求是就债权未能通过处置担保财产实现之部分寻求救济，那么就应该按照前述第（一）种情况处理，即应同时受理其诉讼请求和实现担保物权申请，但在诉讼立案后作中止处理。

4. 债权人向法院申请实现担保物权，担保义务人起诉请求确认担保无效

关于这个问题《民事诉讼法》和《民诉法解释》中均无规定。笔者认为，实现担保物权程序设置的目的是为债权人的债权提供一个救济的“快车道”，而担保义务人如果认为担保无效，则应在实现担保物权程序中以异议的方式来提出。如果担保义务人没有以异议的方式向管辖实现担保物权案件的法院提出，而是另行起诉，不应影响实现担保物权案件的审查和处理。这样的一种处理方式是参照了督促程序的规定，¹³⁾因为实现担保物权程序与督促程序具有同质性。在这两种程序中都设置了被申请人异议权，这是充分衡量双方当事人利益的立法选择。被申请人放弃这种异议权的，不应影响法院对非讼案件的审理。

13) 《民诉法解释》第433条第1款规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。”

综上，在债权人先申请实现担保物权后，基于债权无法通过处置担保财产为足额实现之考虑而提起诉讼，此时有予以救济的必要性，对于提起的诉讼应当予以受理。在债权人同时提起诉讼和申请实现担保物权时，若诉讼请求也是就可能无法满足之债权进行主张，法院亦应同时受理。在此两种情况下，基于未满足债权额有待担保财产处置后才能确定，因此诉讼程序应当中止。如果债权人是先提起诉讼，再申请实现担保物权，出于诉讼效率和避免讼累之考虑，应只启动诉讼程序加以处理。在债权人同时提起诉讼和申请实现担保物权时，若诉讼请求是就债权之全部进行主张，亦应作如是之处理。对于债权人向法院申请实现担保物权，而担保义务人没有在实现担保物权程序中提出异议，却另行起诉请求确认担保无效的，应当不影响法院对实现担保物权案件的审理。

VI. 实现担保物权程序与破产管理人撤销权的行使

因种种原因，实践中存在有的债务人通过设定虚假担保的方式来转移财产，从而逃避债务清偿责任，特别是在债务人经营不善、濒临破产之时。再加上实现担保物权非讼程序在被申请人无异议的情况下能够快速处置担保财产，及容易发生债务人与他人恶意串通，以虚假担保的方式损害债权人的利益。为此，中国的《破产法》设置了破产管理人的撤销权。¹⁴⁾但是当破产债务人的担保财产被申请进入实现担保物权程序时，破产管理人的撤销权该如何行使？能否在实现担保物权程序中来行使？对此实务中有不同看法。特别是在《民诉法解释》规定当事人、利害关系人可以在实现担保程序中和裁定作出后提出异议，¹⁵⁾有人认为破产管理人属于利害关系人，可以在实现担保程序中以要求撤销的方式提出异议。还有人认为破产管理人基于诉讼担当在实现担保物权案件中成为当事人，因此可以有权基于撤销权来提出异议。对这些认识笔者不能赞同。《民诉法解释》中规定的异议应当是针对实现担保物权的申请条件的，也就是人民法院在实现担保物权案件审查的内

14) 《破产法》第31条第1款第3项规定：“人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：……（三）对没有财产担保的债务提供财产担保的……”

15) 《民诉法解释》第370条规定：“人民法院审查实现担保物权案件，可以询问申请人、被申请人、利害关系人……”第371条第2款规定：“被申请人或者利害关系人提出异议的，人民法院应当一并审查。”第374条规定：“适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。……对人民法院作出的确认调解协议、准许实现担保物权的裁定，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起十五日内提出；利害关系人提出异议的，自知道或应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。”

容, 主要涉及主合同的效力、期限、履行情况, 担保物权是否有效设立、担保财产的范围、被担保的债权范围、被担保的债权是否已届清偿期等。而破产管理人的撤销权是针对担保关系的, 当然这会涉及到担保物权的效力问题。但在破产管理人行使撤销权之前, 担保关系仍然是合法有效的。再者, 破产管理人并非真正的实体当事人, 仅仅是程序当事人, 其在实现担保物权程序的异议权应以实体当事人的异议权为限, 在实体当事人可以提出异议的事项范畴内代为行使而已。而破产撤销权本身就是破产管理人所享有的权利, 并非基于诉讼担当而享有。最后《民法解释》规定的利害关系人也有特定的含义, 是指自身权利直接受到实现担保物权案件裁判影响的主体, 或者虽非直接受到影响但依照法律可以申请变更的人。¹⁶⁾显然破产管理人在担保关系中并无直接的利害关系, 对于破产财产的处置也并无实体上的利害, 在法律没有明文规定的情况下, 不能作为实现担保物权程序上的利害关系人。

因此, 破产管理人的撤销权无法在实现担保物权程序中来行使。从法律性质上来说, 撤销权直接的法律后果是使破产债务人于破产宣告临界期间内实施的涉及债权人的担保行为归于无效, 故必须以诉讼的方式请求法院为之。对此最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(法释[2013]22号)中已有明确规定:“管理人依据企业破产法第三十一条和第三十二条的规定提起诉讼, 请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返还债务人财产的, 人民法院应予支持。”也就是说, 破产管理人提起的诉讼实际上是形成之诉与给付之诉的合并, 其目的不仅在于使得先前的担保关系无效, 而且要求取回相应的担保财产。

由于破产管理人的撤销权需要通过诉讼的方式来行使, 因而, 在实现担保物权程序中, 如果破产管理人主张撤销权提起诉讼的, 法院应当裁定中止实现担保物权程序。一旦破产管理人的撤销请求获得了判决支持, 实现担保物权申请会因担保物权的消灭而被裁定驳回。倘若破产管理人的撤销请求未获得法院支持, 实现担保物权程序应恢复继续进行。如果在破产管理人提起诉讼时, 法院已就实现担保物权申请作出了准许的裁定, 并不影响法院对破产管理人诉讼的受理和审判。如果破产管理人的撤销请求被支持, 则法院应作出新的裁定来撤销原来的准许裁定; 若准许裁定已经执行了, 还应当进行执行回转。如果破产管理人的撤销请求被驳回, 则不影响原准许裁定的效力。

16) 沈德泳主编:《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990页。

[Abstract]

Practical Issues of the Procedure of Realizing Security Interest and Their Solutions

Deng, Ji-hao

East China University of Political Science and Law

In order to define the procedure to realize the security interest stipulated in the Property Law, the Procedure of Realizing Security Interest was added to the Civil Procedure Law in 2012, that achieved the interlinking of the substantive law and the procedural law. In 2015, The Supreme People's Court specified and improved the Procedure of Realizing Security Interest in the judicial interpretation to the Civil Procedure Law. But there are still many practical issues on which no rules can be applied, thus theoretical study is necessary for certain solutions. For the sake of, this paper discusses the legal remedy in the Procedure of Realizing Security Interest, the interlinking of contentious procedure and non-contentious procedure, and the exercise of the right to rescind by bankruptcy trustee concerning the Procedure of Realizing Security Interest.

Key words : practical issues, non-contentious procedure, legal remedy,
procedures' interlinking, The Supreme People's Court