

论抵押权之非诉执行实现

——《物权法》第195条第2款的解释论展开

丁亮华

摘要 抵押权的实现是抵押权最重要的效力。抵押权的实现途径如何设计，直接关系到抵押权人的利益保护和抵押担保交易的正常运行。基于我国对抵押权实行司法保护的立法传统，《物权法》第195条第2款对《担保法》第53条第1款的规定进行了补充与修正，赋予抵押权人直接申请法院强制执行抵押物的权利。这一程序在性质上为非诉执行，法院作出准予拍卖、变卖抵押财产的裁定，即为执行名义。据此名义，法院可依强制执行程序对抵押财产进行拍卖、变卖。

关键词 物权法 抵押权实现 非诉执行 解释论

作者丁亮华，北京市高级人民法院法官，中国人民大学法学院博士研究生。

引言

抵押权的实现，又称抵押权的实行，是指抵押权人于其债权已届清偿期却未获清偿时，可处分抵押物以使其债权优先受偿的行为。^①抵押权的实现途径如何设计，直接关系到抵押权人的利益保护和担保交易秩序。在我国，1995年《担保法》第53条第1款曾规定，抵押权人可与抵押人协议以抵押物折价或者拍卖、变卖该抵押物，协议不成的，可向法院提起诉讼。2007年《物权法》第195条第2款对此进行了修正，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”。两个并存立法之间的冲突，使抵押权的实现在理论和实务中多有争议。及至2012年《民事诉讼法》修改，专门增设“实现担保物权案件”一节，就抵押权的实现作出了相应的程序规定，澄清这一问题的重要性日益凸显。本文拟从解释论的角度出发，对《物权法》第195条第2款的规定进行分析与展开，以求对抵押权实现规则的理解与适用有所裨益。

一、立法主义之辨析

抵押权的实现，根据其是否依赖于国家公权力的作用，以及与国家公权力如何结合，而有不同

* 本文系中国法学会法学研究重点项目“强制执行程序中的拍卖制度研究”[项目编号：CLS(2012)B25]的阶段性成果。

① 参见崔建远：《物权：规范与学说》（下册），清华大学出版社2011年版，第821页。

的立法主义。《物权法》第195条规定抵押权人既可与抵押人协议,又可请求法院强制处分抵押物,此种抵押权实现途径,究竟是采何种立法主义?对此问题的认识,实为解释《物权法》第195条的必要前提。

(一) 两种主义

关于抵押权的实现途径,主要有两种立法主义。一为私力救济,即抵押权人可自行决定抵押权的处分方式并予以实施,而无需经由抵押人同意,国家在通常情况下也不强制干预。作为早期的一种权利保护方式,私力救济因易生流弊而在现代法治文明中渐受限制,同时因其有迅捷及时保护抵押权人利益的优势,而在仍有一定的适用空间。如以美国为代表的北美洲以及中东欧国家均认可担保权实现的私力救济途径,担保权人既可以出卖担保物并以其变价款清偿担保债务,也可保留担保物抵偿担保债务。但是,仅依抵押权人的意思就可占有、处分抵押物,对于债务人和第三人而言往往保护不周。为此,这些国家在采行私力救济途径实现抵押权时,都规定了相应的保护债务人和第三人利益的条款。^②在私力救济模式下,要求在抵押权人占有担保物之前必须取得法院裁判,并非保护抵押人权益的唯一途径,在抵押物被占有之后的程序中也要为抵押人提供权益保障。^③如规定抵押权人在出卖抵押物前必须通知抵押人,该通知必须告知抵押人有权通过履行担保债务而赎回抵押物。此外,抵押权人必须向抵押人提供出卖抵押物的账目、已收到的款项、费用支出、分配款项的方式以及剩余的款项。^④

另一模式为公力救济,又称司法保护主义,即抵押权人在实行抵押权之前,通常需要获得法院或其他公权力机关签发的裁判或决定,其主要程序为民事诉讼与强制执行。如《德国民法典》第1147条规定:“就土地和抵押权所及的标的向债权人所为的清偿,以强制执行方式为之”。第1149条规定:“只要债权对于所有人未到期,所有人就不得将为清偿而请求转让土地所有权的权利或以强制执行以外的方式让与土地的权利给债权人”。^⑤据此,在德国,债权人为实现抵押权,必须向法院申请强制执行令(Vollstreckungstitel),由法院扣押抵押标的(《德国民事诉讼法》第866条)。这种立法主义假定抵押权无法通过当事人的自主协商公平圆满地实行,而必须有公权力的介入。其价值取向在于保护所有权人的利益,避免因抵押权人不适当地行使抵押权而使所有权人受到不应有的损失。但抵押权毕竟为私权,属于当事人意思自治的范畴,对于理性人而言,自然知道如何处分和维护自己的权利,如果将强制执行作为实现抵押权的惟一方式,既有违自由,又造成不必要的制度上的浪费,故采用这种彻底的司法保护主义的国家为数不多。^⑥

(二) 学说争鸣

根据《担保法》第53条第1款和《物权法》第195条第2款的规定,我国现行立法认可抵押权实现的公力救济途径,自无疑义,但对于是否承认抵押权实现的私力救济,学界存有不同观点。

② 如《美国统一商法典》(U. C. C)第9-609条规定,“债务人违约后,担保人可以占有担保物或控制担保物,但以不致违反和平(breach of peace)为条件”。

③ See Louis F. Del Duca, etc, *Secured transactions Under the Uniform Commercial Code and International Commerce*, Cincinnati, Ohio: Anderson Publishing Co, 2002, pp. 130-138.

④ See Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property* (Vol. 2), Union, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd; 1999, pp. 1233-1234.

⑤ 陈卫佐译注:《德国民法典(第2版)》,法律出版社2006年版,第390页。

⑥ 如意大利、瑞士等国在赋予抵押权人申请强制执行权利的同时,并不禁止当事人私下以协议实现抵押权,这种双方协议的方式区别于私力救济途径在于,后者乃依抵押权人的单方意思而自行实现,并不体现抵押人的意思。

否定说认为,我国法律不承认处分抵押财产是抵押权人可单方行使的权利。首先,抵押权为他物权,抵押权人非抵押物的所有人,一般并不拥有对抵押物的处分权。同时,非所有权人对他人财产行使处分权,须有法定或约定原因,而抵押权人单方对抵押物行使处分权,既无法定原因,也无约定原因。其次,设定抵押权的目的在于确保主债权的实现,其担保功能主要体现为优先受偿。因此,抵押物由谁来决定变价以及如何变价,与抵押权人并无多大关系。再次,若坚持抵押权人可自行处分抵押物,在实践中难免会引发新的纠纷。由于抵押不移转物的占有,因而抵押物设押后,抵押物仍处于抵押人的控制下。当主债务履行期届满时,抵押人不移交抵押物,抵押权人如何出卖?如果抵押物是不动产,如房屋,还涉及到抵押人腾房、办理房产过户登记等一系列问题,若抵押权人自行处分抵押物,其可能引发的纠纷会更多。^⑦

肯定说则主张,在抵押权的实现方式上,《担保法》只是规定抵押权人“可以”与抵押人进行协议,而不是“应当”或者“必须”,可见,这一规定并非强制性规范,“协议”只是抵押权人实现其抵押权的途径之一。质言之,抵押权人即使不与抵押人协议,只要抵押权实现的条件已经成就,自行实现抵押权也是其应有之义。从理论上说,抵押权既然是一种物权,那么抵押权人当然有权在法定范围内自主选择权利行使方式,既可与抵押人协商以抵押物进行折价,也可自行决定采取拍卖或者变卖方式处理抵押物。抵押权的本质是对于抵押物价值的支配权、变价权,其担保功能所体现的优先受偿性与抵押物如何变价密切相关。正因如此,有学者指出作为实现权本质的变价权为抵押权人最主要的权利。^⑧

另有学者认为,《物权法》既允许抵押权人与抵押人协商实现抵押权,又允许在协商失败时求助于司法程序,可称之为“两步走”,本质上属于协商式的自救主义,但也有折衷主义的内涵。从抵押权实现的实践看,由于抵押人不配合,以彻底自救主义方法行使抵押权比较困难,在多数情况下,抵押权人不得不求助于司法程序。另外,我国现有法律背景下实现抵押权的配套制度和措施还有待完善,抵押权人实现抵押权仍然面临制度障碍。鉴于此,我国抵押权的实现程序应当属于“司法保护下的自救主义”。^⑨

(三) 本文观点

笔者认为,判断我国是否承认抵押权实现的私力救济,关键在于如何界定私力救济的内涵。综观前述争论观点,因对私力救济的理解不一,各方并不在一个概念的基础上进行对话,难免给人自说自话的感觉。实际上,如果认为私力救济是指基于抵押权人一方意思即可处分抵押财产,而无须抵押人的同意,则我国现行立法中当然不存在私力救济;如果认为私力救济系当事人双方可自行协议实现抵押权,无须国家公权力的介入,则我国立法承认这种意义上的私力救济。

所谓私力救济,系“于权利被侵害时,径用私人腕力以为救济者”,^⑩质言之,权利人无需义务人同意,即可单方行使权利。由于私力救济容易滋生暴力,难免恃强凌弱,有违社会公正,故社会愈进步,其范围愈益缩小。^⑪到了现代社会,私权一般都要依靠国家予以保护,通过国家的审判

^⑦ 参见李明发:《抵押权若干问题探讨》,《河北法学》1998年第3期,第13页。

^⑧ 参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第629页;徐武生:《担保法理论与实践》,工商出版社1999年版,第338-339页。

^⑨ 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,第37页。

^⑩ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第393页。

^⑪ 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第87页。

机构获得保障,防止当事人私力救济而危害社会秩序。^⑫即使具有绝对权性质的所有权受到他人侵害时,其保护途径也主要是公力救济,例外地承认特定情形下的私力救济途径。就抵押权而言,其本质虽然是一种支配权,但并不意味着抵押权人可单方处分抵押物。这是因为,“承认主体享有权利,并不意味着权利人就可以亲自去实现与该权利相适应的状态。在通常情况下,实现这种状态必须请求国家的帮助。”^⑬从《担保法》第53条、《物权法》第195条的文义来看,并未赋予抵押权人单方实现抵押权的权利,《物权法》第195条第1款规定的协议方式并非私力救济途径,而是抵押权人与抵押人就实现抵押权的一种“协商途径”。

综上,我国《担保法》与《物权法》允许当事人可以通过协商实现抵押权,并未赋予抵押权人自行处分抵押物的权利。这一方面是由抵押物不转移占有的特点决定的,抵押人如果不配合抵押权人实现抵押权,抵押权人实际上不可能对抵押物实施变卖或拍卖;另一方面也说明,我国现行立法并不承认抵押权实现的私力救济。

二、程序性质之检讨

我国《物权法》第195条第2款对《担保法》第53条第1款的规定进行了补充与修正,只是该项规定在程序性质上应如何界定,仍需基于制度变迁及其目的加以检讨与明确。

(一) 立法变迁

依《担保法》第53条第1款后段的规定,当抵押权的条件满足时,抵押权人与抵押人达不成协议的,可以向法院提起诉讼以实现抵押权。这样就导致实践中抵押权的实现基本上都要以诉讼的方式进行,从而产生诸多弊端:(1)成本高。抵押权人提起诉讼须预交各种费用,即使最终取得了胜诉判决,如果对方不主动履行,抵押权人还要向法院申请强制执行。如此复杂的抵押权实现程序,被学者称为诉讼成本最高的一种司法救济。^⑭(2)效率低。由于须经过一审、二审以及强制执行等诸多程序环节,抵押权的实现历时相当长。^⑮这样的制度设计显然对抵押权人不利,而债务人却藉此赢得时间,为转移、挥霍财产等提供了更多可能,无疑降低了抵押债权的可受清偿几率。为此,法学界与实务界一致呼吁,在进行制度再造时,应当修改程序规则,赋予抵押权人可直接申请强制执行抵押物而不必经过诉讼的权利。^⑯

1999年《合同法》认识到了这一规定的弊端,于是在第286条确立承包人的建设工程优先权实现方式时,规定“……发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。”显然,此处允许承包人“申请人民法院将该工程依法拍卖”,其立法意图在于改变《担保法》第53条规定的担保权实行方式。而且,该条采取“可以…,也可以…”的表述,并未将协议折价作为申请拍卖的前置

^⑫ 参见[日]四宫和夫:《日本民法总论》,唐晖等译,五南图书出版公司1995年版,第43页。

^⑬ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第121页。

^⑭ 参见方流芳:《民事诉讼收费考》,《中国社会科学》1999年第3期,第139-140页。

^⑮ 有调查显示,担保债权的执行时间为1年以上的,占53%;半年至1年的,占26%;少于3个月的,占17%;而1个月的,仅为6%。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。

^⑯ 参见高圣平:《抵押权实现途径之研究——兼评〈中华人民共和国物权法(草案)〉第220条》,《浙江社会科学》2005年第2期,第69页。

程序，应解释为承包人在二者之间可自由选择。至于申请拍卖的程序，“在民诉法专门规定此种抵押权执行程序之前，应当准用民诉法第三编规定的执行程序”。^{①⑦} 上述规定，为《物权法》规定抵押权人直接申请强制执行提供了制度先例。

鉴于《担保法》第53条规定的抵押权实现的诉讼程序复杂且漫长，《物权法》第195条第2款对此作出了修正：“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。”不过，此处的“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”，是否为“直接申请强制执行”，又有不同认识。有学者持否定意见，认为“人民法院拍卖抵押财产作为强制执行程序的组成部分，在我国现行法上并不存在法院直接依照抵押权人的请求拍卖抵押财产的依据，因此，在现行法的框架范围内，抵押权人请求法院拍卖抵押财产的，还应当以诉讼的方式为之。”^{①⑧} 另有学者认为，所谓“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”是指，抵押权人有权请求法院通过裁定的方式直接实现抵押权，而无需通过诉讼程序进行实体判决来实现抵押权，即抵押权人可以直接请求法院强制执行抵押权。^{①⑨}

依立法机关解释，实践中，抵押权人与抵押人未就抵押权的实现方式达成协议，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处理抵押财产达不成一致意见；二是双方对债务是否已经履行以及抵押权本身存在争议，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，也就谈不上协议以何种方式实现抵押权。对于第一种情形，为了简便抵押权的实现程序，抵押权人可以请求法院拍卖、变卖抵押财产；对于第二种情形，抵押权人仍应当采取诉讼方式解决。^{②⑩} 由此可见，《物权法》是在区分“抵押权实现方式争议”与“抵押权实现前提条件争议”的基础上，分别规定了两种公力救济途径，前者为申请执行，后者为提起诉讼。

（二）性质检讨

对于《物权法》第195条第2款规定程序的性质，人们有不同认识：（1）诉讼程序说。认为抵押权有协议实现与诉讼实现两种途径，《物权法》第195条第2款规定“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”并无实际意义，只要向法院请求，就必定是诉讼，因为法院要做出是采取拍卖还是变卖的裁定。^{②⑪}（2）督促程序说。抵押权人依《物权法》第195条第2款的规定实现抵押权，可参照督促程序向法院申请拍卖、变卖令予以执行。即抵押权人提出申请，法院经形式审查和实质审查后，符合条件的，直接对抵押人发布拍卖、变卖令，就抵押物进行拍卖、变卖。^{②⑫}（3）强制执行程序说。认为抵押权可以直接依据他项权证书或不动产登记簿向法院申请强制执行。^{②⑬}（4）公证强制执行说。认为抵押权人可以直接向公证机关申请，由公证机关赋予该抵押合同以强制执行效力。在抵押权实现的条件成就时，抵押权人即可依据抵押合同，直接向人民法院申请执行。^{②⑭}（5）非诉执行

①⑦ 梁慧星：《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期，第7页。

①⑧ 邹海林：《抵押权》，王利明主编：《物权法名家讲坛》，中国人民大学出版社2008年版，第402页。

①⑨ 参见王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2007年版，第505页。

②⑩ 参见胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第428页。

②⑪ 参见江平主编：《物权法教程》，中国政法大学出版社2007年版，第238页。

②⑫ 参见冉崇高、代贞奎：《直接请求法院拍卖、变卖担保物的程序设定》，载《人民法院报》，2007年9月14日。

②⑬ 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。

②⑭ 参见高圣平：《物权法担保物权编》，中国人民大学出版社2007年版，第224页。

程序说。《物权法》第195条第2款明确排除了以诉讼方式实现抵押权,按照立法者的解释,抵押权人向法院请求实现抵押权的程序性质上应属于非诉的执行程序。^⑤

上述观点中,强制执行程序说与现行法关于执行依据的规定不符,故不足取,而2012年《民事诉讼法》将“实现担保物权案件”(第7节)置于“特别程序”一章(第15章),显然与诉讼程序有别,并排除了督促程序说与公证强制执行说的可能性。笔者认为,依据抵押权的担保物权性质,并结合《物权法》第195条的立法目的,宜将该款规定定性为非诉程序。一方面,担保物权的特点在于权利人可直接对物的价值加以支配并排除他人的干涉,而无须借助义务人的给付行为,它“为担保债权人提供了从设置负担的对象中满足其担保的金钱债权的途径”。^⑥即使是不直接占有担保物的抵押权,也以控制抵押物的价值并得从中优先受偿为目的。抵押权人请求法院拍卖、变卖标的物以实现权利,正是将物权转化为法院对标的物实施的强制执行行为,仍然属于抵押权人依标的物价值直接取偿的一种表现。^⑦另一方面,《物权法》第195条第2款之所以对《担保法》第53条第1款的规定进行修正,目的在于简化程序,方便抵押权人高效地实现抵押权。如果将该款理解为诉讼程序,仍要求抵押权人以诉讼方式实现抵押权,则相当于未作任何变更。而非诉程序是利害关系人在没有民事权益争议的情况下,请求法院确认某种事实是否存在,从而使一定的法律关系发生变更或消灭。^⑧抵押权人申请法院拍卖、变卖抵押物,其实质正是权利人要求确认并实现其权利,^⑨与该程序性质上并无二致。此外,非诉程序一般不涉及实体权益争议,具有审理周期短、一审终审等特点,显然更加符合《物权法》第195条第2款的立法目的。

作此性质界定,能获得比较法上的支持。在大陆法系各国,均认申请拍卖抵押物为非诉程序。依《德国民法典》规定,抵押权的实行无须通过诉讼,债权人可直接申请法院拍卖抵押物,此种申请在性质上属非讼事件,法院仅作形式上的审查,至于抵押权、担保债权是否存在等实体内容,法院不予审查。^⑩台湾地区“民法”第873条第1项规定:“抵押权人,于债权已届清偿期,而未受清偿者,得声请法院,拍卖抵押物,就其卖得价金而受清偿。”后经“非讼事件法”第72条明确,申请拍卖抵押物属非诉事件,在程序上应属非诉程序。

(三) 小结

《担保法》没有赋予抵押权人直接申请执行抵押物的权利,使抵押权的实现在实质上从属于债权的司法救济,并未真正贯彻将抵押权作为物权来保护的立法精神。《物权法》第195条第2款在区分“抵押权实现前提条件争议”与“抵押权实现方式争议”的基础上,规定抵押权人与抵押人就抵押权本身不存在争议,而仅就如何处理抵押财产达不成协议的,可以直接申请法院强制执行,此种规则在性质上应属非诉执行程序。比较而言,以诉讼方式实现抵押权要历经起诉、举证、辩论等过程,成本较高,效率低下;而在非诉执行程序中,法院仅需对抵押权证明材料等证据进行审查,即可裁定实现抵押权,显然在成本与效率方面更具优势。因此,从立法角度看,《物权法》第

^⑤ 参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第265页;张自合:《论担保物权实现的程序》,《法学家》2013年第1期,第152-153页。

^⑥ [德]M·沃尔夫:《物权法》,吴越等译,法律出版社2004年版,第293页。

^⑦ 参见江伟主编:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第510页。

^⑧ 参见王强义:《民事诉讼特别程序研究》,中国政法大学出版社1993年版,第12页。

^⑨ 参见肖建国、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,第52页。

^⑩ 参见张龙文:《民法物权实务研究》,汉林出版社1977年版,第145页。

195 条第 2 款较之《担保法》第 53 条的规定，不失为一大进步。

三、适用规则之梳理

依《物权法》第 195 条第 2 款的规定，抵押权实现条件具备后，抵押权人与抵押人就抵押权实现方式达不成协议的，可直接申请法院拍卖、变卖抵押财产。这一非诉执行程序，有其独特的适用规则。

（一）执行依据

强制执行的目的是，强制债务人履行生效法律文书确定的义务，以实现债权人的私权。19 世纪初，德国普通法将确定私权程序与实现私权程序相连接，法国民事诉讼法则首开二者分离之先河，创设了两者各自独立的体例。^①自此以后，债权人请求执行机关实施强制执行，必须先行取得生效法律文书，以证明自己享有私权以及该私权的范围，同时显示其可执行性。这种确定债务人所负给付义务的具体内容，并能由执行机构据以实施强制执行的法律文书，即为执行依据，又称执行名义。执行依据是强制执行请求权的基础，也是执行机构予以强制执行的惟一根据。

基于对《物权法》第 195 条第 2 款程序性质的不同认识，学界对抵押权人申请拍卖、变卖抵押物的执行依据有不同见解。有观点认为，抵押权人依《物权法》第 195 条第 2 款的规定请求实现抵押权时，仅能提供抵押合同，而无法提供具有强制执行力的法律文书，如果径行拍卖、变卖抵押财产，缺乏执行依据。^②相反观点则认为，经过登记的抵押合同因行政权的效力，具有了公文书的属性，是规范抵押权人和抵押人的抵押法律关系，并载明抵押数额等给付内容的凭证，符合执行依据的条件。^③还有的学者认为，当事人可以直接向公证机关申请，由公证机关对抵押合同赋予强制执行效力。在抵押权实现的条件成就时，抵押权人即可根据该抵押合同，直接向法院申请执行。^④

笔者认为，《物权法》第 195 条第 2 款后段规定“抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”，并不意味着抵押合同即为执行依据，否则有违现行法关于执行依据形式及范围的规定，也不符合抵押合同作为私权凭证的性质。从规范结构上分析，《物权法》第 195 条第 2 款包含了“抵押权人请求”和“法院拍卖、变卖抵押财产”两个程序。其中，“法院拍卖、变卖抵押财产”为强制执行程序，并无疑义。而“抵押权人请求”，即为向法院主张并取得执行依据的过程。如台湾地区“最高法院”认为，“所称实行抵押权，于依‘民法’第 873 条第一项声请法院拍卖抵押物之场合，系指抵押权人依法院许可拍卖抵押物之裁定，声请执行法院强制执行拍卖抵押物，……而言。”^⑤台湾地区“强制执行法”第 4 条第 1 款第 5 项也规定，法院许可拍卖抵押物裁定，可以成为执行名义。故此，法院据以强制执行的依据，并非当事人之间的抵押合同，而是依抵押权人申请作出的准予拍卖、变卖抵押财产的裁定。遍察各国规定，不论是独采司法保护主义的国家，还是采协商式的自救主义与司法保护主义相结合的国家，在司法保护的具体程序上均为抵押权人直接向法院

① 参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 50 页。

② 参见曾永兴：《直接强制执行：抵押权实现之新路径与制度构建》，《执行工作指导》2008 年第 3 辑，第 142 页。

③ 参见张海勇：《论抵押权的实现途径——兼评物权法第 195 条》，《执行工作指导》2009 年第 1 辑，第 198-200 页。

④ 参见注①，第 67 页。

⑤ 台湾地区“最高法院”1998 年 4 月 30 日台上字第 969 号判例。

申请强制执行抵押财产，法院经审查后作出是否准许的裁定，该裁定即抵押权实现的执行名义。^⑤

与一般意义上的对人执行名义不同，法院作出的准许拍卖、变卖抵押财产裁定，是一种对物执行名义。前者“系以债务人之一般财产为执行对象，藉人的责任以实现其债权。故对人之金钱债权执行名义，债权人欲对债务人和何种责任财产声请强制执行，有选择之权。”而对物执行名义，则“以担保对象之特定财产为执行对象，藉物之责任，以实现债权。故拍卖抵押物裁定之执行名义，债权人仅得声请就裁定所示之抵押物强制执行，如抵押物拍卖后不足清偿其抵押债权，不足受偿部分，不得依其裁定，对债务人之其他财产执行。”^⑥

区分上述两种执行名义，实质上涉及立法关于抵押财产与债务人一般财产之间关系的处理立场，即抵押权人在实现抵押权时，是否应先就抵押财产变价受偿。一种观点认为，抵押权实行与否，乃抵押权人的权利而非义务，故抵押权人当然有权不实行抵押权而先就债务人的其他财产取偿，债务人不得以抵押权人应先就抵押物行使权利为由进行抗辩，并不得强行以担保物抵偿。^⑦易言之，抵押权人享有选择权，其既可以就抵押物实行抵押权，也可以对债务人的其他财产申请强制执行，故又称为选择主义。另一种观点则认为，担保物权既然是以担保债权的清偿为目的，那么当债权有担保物权加以担保时，应当先就担保物变价受偿，不足的部分再就债务人的其他财产取偿，即所谓先行主义。^⑧“盖在一般债权人立场而言，若许抵押权人自由选择，则抵押人可以其债权全额，就抵押人之其他财产，与一般债权人按照应得成数，受一部分清偿，然后再拍卖抵押物，无异于侵害一般债权人利益也。”^⑨至于我国采取何种立场，笔者认为宜结合相关规定加以整体解释。从《物权法》第 198 条规定“抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿”来看，我国采取的是先行主义，即抵押权人先应就抵押物受偿，不足部分才能通过强制执行债务人的其他财产受偿。

（二）一般程序

根据 2012 年《民事诉讼法》第 196、197 条的规定，抵押权人申请法院拍卖、变卖抵押财产，须经如下程序：

1. 申请与受理。

抵押权人请求实现抵押权，应当以抵押人为被申请人，向抵押财产所在地基层人民法院提交书面申请。如果抵押财产由第三人（包括未经抵押权人同意转让抵押物的受让人）实际占有，该第三人也为被申请人。申请应当附主债权与抵押权证明材料，有抵押登记的，应一并提供登记证明材料。法院收到该申请后，对申请材料进行初步审查，包括申请内容是否符合要求，目的是否明确，有无相关证明材料等，然后予以立案受理。

问题是，抵押权人死亡后，在尚未办理继承登记前，继承人依此规定申请实现抵押权时，该继承人是否受《物权法》第 31 条规定的限制？笔者认为，《物权法》第 31 条规定非经登记不得处分

^⑤ 准许实现抵押权的裁定本身虽为执行名义，但只是就抵押权人强制实现其抵押权所作的程序性裁定，并未对抵押权及其所依附的债权等实体权利义务做出终局性判定，由此看来，这个单纯以裁定形式存在的执行名义有其特质，其特质在于该执行名义所内含的“指明债务人应为之特定给付及具体范围”和“给付内容”已由其他司法程序或准司法程序作出判定。

^⑥ 张登科：《强制执行法》，三民书局 2010 年版，第 49 页。

^⑦ 参见谢在全：《民法物权论（修订五版）》（中册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 735 页。

^⑧ 参见杨与龄：《民法物权》，五南图书出版公司 1981 年版，第 197-198 页。

^⑨ 姚瑞光：《民法物权论》，海宇文化事业出版公司 1995 年版，第 252 页。

其物权，是指权利人未办理取得不动产物权的登记前，不得以法律行为将该不动产物权移转或设定负担。因继承而取得抵押权之人，于债权已届清偿期而未受清偿，申请法院拍卖、变卖抵押物的目的，在于实现抵押权以获得优先受偿，而非依法律行为将其抵押权移转于他人，故不能认定其为处分抵押权的行为，因此，继承人虽然尚未办理继承登记，也应当准许其申请拍卖、变卖抵押财产，但必须提出证据证明其因继承而取得抵押权。

另需讨论的是，如果同一财产存在数个抵押权，后次序抵押权人是否可以申请拍卖、变卖该抵押财产？就此问题，我国《物权法》及《担保法》未作规定，实务上应解释为不作禁止，但结合最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的若干规定》第9条关于禁止无益拍卖的规定，为保护次序在先抵押权人的利益，应当对次序在后的抵押权人申请非诉执行设一定限制，即要求拍卖抵押物所得价金足以清偿次序在前的抵押债权、其他优先权及债务人应负担的费用额，否则，“对于声请执行之债权人不仅无实益，且有损害先次序抵押权人之虞。”^{④①}因此，如果次序在后的抵押权人申请以非诉执行程序实现抵押权的，法院在查明抵押财产变现价金不足以支付次序在前的抵押担保债权、其他优先权及变现费用的，应当驳回其申请。

有观点认为，根据《物权法》第195条的规定，抵押权人申请法院强制执行抵押物，应以其“未与抵押人就抵押权的实现方式达成协议”为前提条件。因此，如果抵押合同中没有预先约定抵押权的实现方式，抵押权人应当先与抵押人进行协商，协商不成的才能向法院请求实现抵押权，否则法院不予受理。如果双方事先在抵押合同中约定了抵押权实现方式，且约定不存在可撤销原因的，该合同对双方具有约束力，抵押权人不得抛弃协议而向法院请求实现抵押权。^{④②}但笔者认为，《物权法》第195条规定抵押权人可以与抵押人协议，只不过是赋予了抵押权人实现抵押权更多的选择途径，而非强令抵押权人在申请执行前必须与抵押人先行协议。如果把协议视为实现抵押权的必经程序，将与抵押权的本质特性背道而驰。况且，如果抵押权人不愿与抵押人进行协商，实际上即不可能就抵押权实现方式达成协议，故以此为申请执行的前提条件，并无任何意义。因此，应当认可抵押权人不经与抵押人协议，即可直接向法院申请拍卖、变卖抵押财产，以实现抵押权。即使抵押合同预先约定了抵押权实现方式，或者债务到期后当事人就抵押权实现方式已经达成协议，但抵押人不予配合的，也应视为双方未达成协议，允许抵押权人向法院请求实现抵押权。^{④③}

2. 审查与裁定。

依2012年《民事诉讼法》第197条的规定，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，当事人可以向法院提起诉讼。这里的“符合法律规定”，应当如何理解和把握？对此，有观点认为，符合法律规定主要是指符合《物权法》的规定，即具备实现担保物权的条件，如债务是否确实发生、债务数额有无疑义、担保物权是否生效、到期债务是否履行，等等。这些条件必须都满足，才谈得上实现担保物权的问题。^{④④}显然，基于这种理解，法院对抵押权人的申请应当进行实质审查。

^{④①} 同注③⑤，第746页。

^{④②} 参见王松、张媛媛：《抵押权实现规则的理解与适用——兼议抵押权实现非诉讼执行程序的规则设计》，《执行工作指导》2009年第1辑，第213页。

^{④③} 参见注②⑤，曹士兵书，第266页。

^{④④} 参见王胜明主编：《中华人民共和国民事诉讼法释义》，法律出版社2012年版，第464页。

问题在于，一旦将法院审查定位为实质审查，抵押人为拖延或逃避履行债务，即使没有正当理由，也往往会对主债权的有无、数额、抵押权的效力等问题恶意提出异议，以表明其与抵押权人之间存在的不是“抵押权实现方式争议”，而是“抵押权实现前提条件争议”。其结果必然导致在相当一部分案件中，抵押权的实现仍然要通过诉讼进行，进而与简化抵押权实现程序的立法初衷相违背。^{④5} 鉴于此，宜将此种审查定位为形式审查，经查明以下内容，即可作出拍卖、变卖抵押物的裁定，至于债权是否存在、抵押权的效力等问题，均不作审查。

第一，抵押权是否存在。抵押权真实存在，是抵押权行使的必备条件。实践中，针对不同类型的抵押权，应当区别对待予以审查：（1）基于不动产抵押登记的公信力，法院仅对不动产权属证书和不动产登记簿进行形式审查，即可认定抵押权存在。（2）动产抵押权的设立不以登记为要件，登记仅具有对抗效力，因此，法院应当征询抵押人和债务人的意见，确认其是否对抵押权有异议。（3）法定抵押权^{④6}因基于法律的规定而产生，不待登记即生效力，故其抵押效力、担保范围均不具有公示和公信效力，法院同样应询问抵押人是否有异议。^{④7}

第二，债权是否已届清偿期而未受清偿。所谓清偿期，是指清偿担保债权的时间。在履行期为期日的情况下，它表现为债务人于该期日届至时未履行债务；在履行期为期间的情况下，它表现为债务人于该期间届满时未履行债务。所谓未受清偿，既包括债务人完全没有履行，也包括部分没有履行。这里的债权，台湾地区“民法”仅指本金，并不包括利息。^{④8} 而我国《物权法》第 173 条已明确规定抵押权的效力及于利息，因此，如果当事人未以特约排除利息，原则上应承认其可行使抵押权，除非该到期利息债权占担保债权总额比例过低，就此主张实行抵押权有违目的和手段相匹配的比例原则。

第三，是否有不得行使的法律限制。抵押权的实行在法律上若有特别限制，则抵押权人当然实行抵押权。如《破产法》第 75 条第 1 款规定：“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。”抵押权显然属于其中的担保权。^{④9}

对于抵押人提出的所谓主债权、抵押权的效力等“抵押权实现前提条件争议”，实践中应当认真加以辨析区分。合理的选择是，抵押权人要求实现抵押权，而抵押人提出“抵押权实现前提条件争议”的，应当由抵押人向法院提起诉讼解决，而非要求抵押权人向法院提起诉讼。如抵押人提起诉讼的，抵押权人不得启动非诉执行程序实现抵押权；如抵押人仅提出上述异议而不愿提起诉讼的，该异议即不属于“抵押权实现前提条件争议”，应当允许抵押权人请求法院实现其抵押权。这样既可以避免抵押人恶意阻止抵押权人向法院请求实现抵押权，又能有力配合《物权法》第 195 条

^{④5} 参见杨永清、赵晋山：《新〈民事诉讼法〉之法院应对》，《法律适用》2012 年第 11 期，第 57-58 页。

^{④6} 我国《物权法》并未规定法定抵押权，但多数学者认为，《合同法》第 286 条规定的建设工程承包人的优先受偿权为法定抵押权（参见注①，第 5 页）。

^{④7} 台湾地区实务认为，法定抵押权人实行抵押权，须以债务人就债权及抵押权的存在没有争议为前提条件。因此，法院于法定抵押权人申请许可拍卖抵押财产时，原则上应调查债务人对该抵押权及债权有无争执，须无争执时，法院才能作出许可拍卖抵押财产的裁定。否则，债务人可以在该许可裁定的非讼事件程序中，对抵押权及债权的存在进行争议，并适用抗告救济。对已经登记的法定抵押权，法院只需对抵押权人提交的权利证书进行形式审查，即可作出是否准许拍卖抵押财产的裁定。参见林诚二：《论法定抵押权新、旧法之适用问题》，《民法问题与实例解析》，法律出版社 2008 年版，第 266 页以下。

^{④8} 参见注③，第 737 页。

^{④9} 参见王利明、程啸、尹飞：《中国物权法教程》，人民法院出版社 2007 年版，第 483 页。

第2款非诉执行程序的实施。台湾地区即采取此种方法，对于抵押人主张抵押权无效、已撤销，或债权已清偿或其他事由，以阻止抵押权实现的，必须由抵押人另行起诉。^{⑤①}

3. 查封与公告。

许可拍卖、变卖裁定一经作出，即发生法律效力，法院应依职权予以执行，而无需申请人再另行提出执行申请。^{⑤②} 为防止抵押财产被抵押人恶意处分，法院应立即对其采取查封措施，同时就查封的事实和抵押财产的拍卖、变卖事宜（拍卖时间、地点、方式等）进行公告，让社会周知查封的事实，也便于抵押财产上的其他权利人申报权利、参加分配。抵押财产被查封后，抵押人就其所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗抵押权人；第三人也不得有妨碍实现法院查封目的的行为。

（三）权利救济

由于法院在裁定拍卖、变卖抵押财产时，仅尽形式审查之责，而未对债权及抵押权的效力等当事人之间的实体权利义务作出裁判，因此，对于利益受到损害的当事人而言，应当赋予其一定的救济手段。就此问题，我国现行法律并未作出明确规定。笔者认为，可借鉴德国、日本和台湾地区的做法，即在作出许可拍卖裁定的情况下，如果债务人或者抵押人对于抵押权以及被担保的债权是否存在等实体法律关系有异议，可以提起异议之诉，或者由抵押人对债权人、债务人合并提起抵押权不存在之诉。^{⑤③} 该诉的内容为请求停止对全部或者部分抵押财产进行拍卖、变卖。析言之，主张抵押权无效、实现抵押权的条件尚未成就的，可以请求停止对全部抵押财产进行拍卖、变卖；主张抵押权部分无效、实现抵押权的条件部分未成就、所担保的债务已部分清偿或者申请人所主张的担保债权数额明显超过担保合同约定范围的，可以请求停止对部分抵押财产进行拍卖、变卖。为了防止债务人或利害关系人恶意利用异议之诉来拖延执行，提起异议之诉并不当然具有中止执行的效力，但异议人提供确实而充分的担保除外。

此外，若抵押权人在依《物权法》第195条的规定实行抵押权时有恶意行为，还应区分情形，赋予抵押人或其他权利人相应的救济途径：（1）对于抵押权人依第1款的规定以不合理低价拍卖、变卖抵押财产或私分抵押财产变现款的，其他权利人除有权依据《物权法》、《合同法》的规定提起撤销权诉讼外，^{⑤④} 还可以申请法院宣告私分抵押财产价金的行为无效，并裁判有过错的当事人承担赔偿责任。^{⑤⑤}（2）对于抵押权人依第2款的规定利用强制执行加害抵押人或第三人的行为，如故意欺骗法院而就抵押财产请求执行，抵押人或第三人在执行程序终结前未能及时提起异议和诉讼的，有权对抵押权人提起损害赔偿之诉或不当得利返还之诉。^{⑤⑥}

^{⑤①} 参见注③④，第742页。

^{⑤②} 参见金殿军：《请求法院拍卖、变卖担保财产的法律问题》，《法学》2010年第1期，第140页。

^{⑤③} 参见〔德〕鲍尔·施蒂尔纳：《德国物权法（下）》，申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第174页；〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅等译，法律出版社2000年版，第134页；陈计男：《强制执行法释论》，元照出版公司2002年版，第100页。

^{⑤④} 理由是，《物权法》第195条第1款后段的规定为授权第三人规范，即授予交易关系以外第三人一项特殊权利，该项权利可以决定影响其利益的交易行为的效力。参见王轶：《论物权法的规范配置》，《中国法学》2007年第6期，第116-117页。

^{⑤⑤} 参见注②⑤，曹士兵书，第265页。

^{⑤⑥} 参见注②⑥，第217-218页。

四、执行方式之分析

依《担保法》第 53 条第 1 款、《物权法》第 195 条第 1 款的规定，抵押权可通过折价、拍卖和变卖三种方式实现，而《物权法》第 195 条第 2 款仅规定了拍卖与变卖两种方式，个中差异，源于非诉执行的公力救济性质。

（一）拍卖

拍卖是指以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式，有强制拍卖和任意拍卖之分。其中，抵押关系当事人协议自行实施的任意拍卖为私法行为，应无疑义。但对于执行中的强制拍卖究为公法行为抑或私法行为，则有不同见解。公法说认为，强制拍卖为公法上的处分行为，该行为虽以买卖的方式进行，但其法律效果并不当然适用民法上买卖契约的原则。私法说则认为，强制执行中的拍卖是私法上买卖契约的一种，拍定人系继受债务人对于拍卖物的所有权。折衷说则在公法说与私法说的基础上加以调和，认为强制拍卖具有公法上强制处分和私法上买卖契约的双重性质。^⑤ 依我国通说，强制执行因介入了国家公权力，而成为含有公法性质的清偿关系。拍卖作为强制执行中的一种变价措施，并非基于双方当事人合意的法律行为，也不以所有人意思为转移，故应为公法上的处分行为。^⑥

抵押物经强制拍卖后，基于该处分行为的公法性质，发生如下法律效果：（1）拍定人取得标的物权利。拍卖成交后，法院一经作出确认裁定，抵押财产所有权即发生转移。^⑦ 该权利取得为原始取得，不受第三人（包括抵押人）追夺，抵押人或者第三人不得以主债权无效、抵押权无效或已消灭等为由主张拍卖无效。（2）消灭抵押财产上的其他权利。通过拍卖抵押物行使抵押权，债权人的抵押权以及后次序的抵押权，在抵押物卖得价金不足求偿的范围内，皆归于消灭。^⑧ 此即所谓“消灭主义”。

理论上说，法院拍卖的标的应以抵押物为限，但在拍卖建设用地使用权时，则有所例外。依《物权法》第 182 条、第 200 条规定，单独以建筑物或者建筑物占用范围内的建设用地使用权抵押的，建筑物占用范围内的建设用地使用权或者土地上的建筑物视为一并抵押。建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产，该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。这就是所谓“拍卖标的物之扩张”。^⑨ 其法理基础在于，为兼顾抵押关系人的利益，并使抵押土地上的建筑物得继续存在以维护公共利益，进而调和抵押物的抵押权与用益权之间的关系，更间接促进抵押权为非占有担保物权的实效性，应当允许抵押权人就一定范围内的建筑物或其存在所必要的权

^⑤ 参见注⑦，第 271-272 页。

^⑥ 关于强制拍卖的公法性质，笔者曾撰文予以详细讨论，参见丁亮华：《误封误卖案外人财产之权利救济——基于强制拍卖性质与第三人请求权体系之检讨》，《人大法律评论》2010 年卷，法律出版社 2010 年版，第 271-284 页。

^⑦ 参见《物权法》第 28 条、最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（法释〔2004〕16 号）第 29 条。需注意的是，拍卖成交后，法院应当及时做出裁定，以确定买受人取得抵押财产所有权的时间，避免产生其他争执。例如，抵押人在抵押权实现期间破产，抵押财产是否属于破产财产取决于法院裁定的确认，裁定在先，抵押人破产程序启动在后的，抵押财产不属于破产财产；反之，则属于破产财产。

^⑧ 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 304 页。

^⑨ 同注⑧，第 748 页。

利，与抵押物一并交付拍卖。

（二）变卖

所谓变卖，就是以拍卖以外的一般买卖方式出让抵押财产。变卖虽不具备公开竞价拍卖的优点，但简便易行，省时省力，因此为各国立法所接受。根据《物权法》第195条的规定，通过变卖来实现抵押权的情形，主要有两种：一是依《物权法》第195条第1款的规定，抵押权人与抵押人协议变卖。此时，对抵押物价额的确定应参照市场价格，并不得损害其他债权人的利益，否则其他债权人可行使撤销权主张撤销。二是依《物权法》第195条第2款的规定，在法院强制实现抵押权时，如果无法以拍卖的方式对抵押物进行变价，或者经过数次拍卖而流拍的，由法院主持对抵押物进行变卖。

《物权法》第195条第3款规定，变卖抵押财产，应当参照市场价格。鉴于法院在执行中实施的变卖行为，司法解释已有相应程序加以规范和约束^①，足以保证价格公平合理，故此一要求，适用于前述第一种情形，尤为必要。在协议变卖时，变卖人（包括抵押权人与抵押人）应诚信、谨慎地行使权利，不得恶意压价出售。在英国，为防范压价出售等恶意行为的发生，法律为债权人的出卖行为规定了两个基本标准，即“诚实”的主观标准和“合理”的客观标准。其中，“诚实”是指债权人在主观上应当诚实，不能欺骗债务人，不能损害债务人的利益；“合理”则是要求出卖人的卖价、出售时间、出售方式符合常理。法律为保护抵押人，还要求债权人不能自己收买抵押物，以免造成价格上的显失公平。^②此一经验可资借鉴。

（三）折价

尽管拍卖可以使抵押财产变价获得公正的结果，但其运行成本较高。拍卖不仅程序复杂、费时费力，而且拍卖价格在扣除拍卖费用、抵押财产的管理费用后，其结果未必对债务人和抵押人有利。^③为克服拍卖方式的上述缺陷，各国都允许在无害于其他权利人利益的限度内，以折价方式实现抵押权。所谓折价，又称协议取得抵押财产，是指在债务履行期届满后，抵押权人以确定的价格取得抵押财产所有权以受偿其债权。其实质是买卖加抵销，即抵押人将抵押财产卖与抵押权人，并用其价款与主债权作抵销。^④

抵押财产折价与“流押契约”不同。后者是在债务履行期届满之前，抵押权人与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有，因此种约定可能使债务人因一时的急迫而蒙受重大的不利，造成不公平，故为现代大多数国家法律所禁止，我国《担保法》和《物权法》也采同样立场。^⑤“但法律所限制的只是在债务履行期届满前不得做出这种将来转移所有权的协议，在需要实现抵押权的时候，已不存在可能给抵押人造成不利的情势，这时双方可以协议以折价的方式来清偿

^① 参见最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第34、35条。

^② 参见王利明：《物权法论（修订本）》，中国政法大学出版社2003年版，第632页。

^③ 参见许明月：《抵押权制度研究》，法律出版社1998年版，第381页。

^④ 参见叶金强：《担保法原理》，科学出版社2002年版，第154页。

^⑤ 有学者认为，我国《担保法》之所以禁止流押契约，最主要的目的在于防止国有资产流失，因此，在此背景逐渐淡化的前提下，《物权法》可以考虑废止该禁止性规定，或者作出例外规定，如允许抵押人与抵押权人均为自然人时其流押契约有效（参见注⑤，第73页）。实际上，台湾地区“民法”物权编修正时，也曾有学者建议修正对流押契约的禁止性规定，但是多数意见仍认为抵押权人多为金融业，且采取定型化契约，如果允许流押契约有效，那么将引发纷争，而且经济上的弱者将遭受更大的损失，因此没有修正。

抵押权人的债权。”^⑥ 这种折价实现，相当于一种“后抵押协议”。

需要讨论的是，在非诉执行程序中，抵押权人可否要求对抵押物进行折价以取得所有权？对照《物权法》第195条第1款的规定，可以认为，该条第2款已将此予以排除。理由在于，对抵押物进行折价抵偿债权，是抵押权人与抵押人协商实现抵押权的途径，属于当事人意思自治的范畴；协商不成进入执行程序后，法院只能对抵押物进行拍卖或者变卖，抵押权人既不得要求法院折价处理抵押物，法院也不得依职权进行折价，并裁定以抵押物抵偿担保债权，否则不仅违反当事人意思自治原则，也与物权法的规定相悖。当然，如果抵押物经拍卖、变卖无法变现，且抵押权人、抵押人和其他债权人均同意折价抵债的除外。

结 语

抵押权的实现是抵押权担保功能的最终体现。从国际担保交易法律的改革趋势看，都将简单、高效、低成本的担保权益实现机制作为理想的担保交易制度。基于这一目的，《物权法》第195条第2款对《担保法》第53条的规定进行修正，赋予抵押权人直接申请法院拍卖、变卖抵押物的权利。正确理解和适用这一规定，对于迅速、便捷、廉价地实现抵押权，充分保护债权人的利益，具有十分重要的意义。

【主要参考文献】

1. 高圣平：《抵押权实现途径之研究——兼评〈中华人民共和国物权法（草案）〉第220条》，《浙江社会科学》2005年第2期。
2. 王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2007年版。
3. 胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版。
4. 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2008年版。
5. 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。
6. 谢在全：《民法物权论（修订五版）》（中册），中国政法大学出版社2011年版。
7. 崔建远：《物权：规范与学说》（下册），清华大学出版社2011年版。

（责任编辑：肖建国）

^⑥ 同注②，第426-427页。