

诉讼法理与非讼法理交错适用下实现担保物权程序续造

苏志强

摘要：实现担保物权案件非讼化是诉讼事件非讼化的结果。形式审查论固守下甄别实质性争议是造成我国实现担保物权程序司法实践中审查困境的根本原因，而诉讼与非讼二元分离论的固守又使得在实现担保物权程序进行过程中讼争性显现时，关系人不得不另外开启诉讼程序实现担保物权。作为典型的阶段性讼争显现型非讼事件，应当打破传统诉讼与非讼二元分离论的藩篱，在诉讼法理与非讼法理交错适用下，当讼争性显现时适用诉讼法理通过判决来解决争议和实现执行文书，在实现担保物权程序中实现纠纷的一次性解决和纠纷解决的扩大化。此外，应当规定由异议人对实体异议提起确认之诉作为程序转换的开端，在保障当事人程序选择权的同时，能够发挥防止异议人滥用异议权而导致实现担保物权非讼程序虚置的功能。

关键词：实现担保物权程序；程序二元分离论；形式审查论；诉讼法理与非讼法理交错适用

〔中图分类号〕D923.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180(2026)01-0121-19

引言

诉讼事件非讼化是将原本属于诉讼程序处理的事件转变为非讼程序处理，这类事件是随着社会经济的发展，诉讼程序无法适应部分诉讼事件的处理需要产生的。由于不同于单纯的诉讼事件或非讼事件，在此类事件不断增加的背景下，程序如何适用就成为大陆法系各个国家和地区民事程序法上需要面对的重要课题。日本由于基本法明确规定诉讼事件只能通过对审、言词和公开的审判程序进行，固守诉讼与非讼二元分离论，限制了其诉讼事件非讼化的处理和发展。我国台湾地区意识到诉讼与非讼二元分离论在处理诉讼事件非讼化问题上的弊端，已于2012年在“家事事件法”中对家事非讼程序交错适用诉讼法理与非讼法理，目前正探讨在“非讼事件法”中就真正讼争事件亦采行交错适用诉讼法理与非讼法理，以期扩大程序纠纷解决功能。2012年《中华人民

〔作者简介〕苏志强，山西大学法学院教授，法学博士。

〔基金项目〕国家社会科学基金重大项目“民法典与民事诉讼法的协同实施研究”（项目批准号：22&ZD206）

《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）中首次将实现担保物权案件作为特别程序进行规定，后经 2015 年《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，已被修改，下称《民诉法解释》）的细化和《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）及其相关司法解释的补充规定，构成了诉讼与非讼双轨制的担保物权实现模式。我国实现担保物权特别程序，在理念上遵循诉讼与非讼二元分离论和非讼程序形式审查论，在定位上将其定位为非讼程序，在审查上实行形式审查，涉程序标的实质性争议须当事人另外开启诉讼程序寻求解决。由于未充分意识到诉讼事件非讼化后潜在讼争性问题这一特性，司法实践中出现了形式审查甄别实质性争议的困境和不处理实质性争议引发的衍生诉讼问题。由于对传统二元分离论和形式审查论的固守，理论界和实务界的总体完善思路仍局限于通过细化要素标准以增加审查的可操作性。作为我国民事诉讼中首个诉讼事件非讼化程序，实现担保物权程序的构建和完善应当正视非讼化处理的诉讼事件所蕴含的特性。因此，有必要梳理我国实现担保物权程序运行中的困境，通过深入剖析诉讼事件非讼化所牵涉的程序法理并找出问题症结，结合大陆法系国家和地区就相似事件处理方案的检讨，围绕真正讼争事件讼争性的特点，探讨在实现担保物权程序中交错适用诉讼法理与非讼法理的必要性和可行性。

一、实现担保物权案件司法实践审查困境及衍生诉讼问题

从程序法与实体法协同层面看，如果没有可借以迅速实现担保物权的程序设置，将不利于担保物权制度的健全和社会经济的发展。在此呼吁下，2012 年《民事诉讼法》修订时将实现担保物权案件作为特别程序进行了制度确立，但也仅是制度确立式笼统规定，无法为司法实践运行提供足够的规范供给。为此，以《民事诉讼法》规定为基础，2015 年《民诉法解释》就具体程序进行了充实，经过 2020 年《民法典》相关司法解释的进一步明确^{〔1〕}，为当事人提供了诉讼与非讼双轨制的担保物权实现途径。以程序法为核心的实现担保物权特别程序系着眼于实现担保物权事件对简易、迅速和经济获取执行文书的要求，通过程序上实行简易主义及职权进行主义在必要限度内予以非讼化。

经过多年的运行，理论界和实务界普遍认可对申请和异议进行审查并据此甄别是否存在实质争议是实现担保物权程序的关键。^{〔2〕}对于申请实现担保物权案件的审查标准，《民事诉讼法》仅规定了“符合法律规定”的裁定拍卖、变卖担保财产，将审查问题留待司法解释进行完善。最高人民法院则是以实质审查忽视了实现担保物权非讼程序快捷、高效实现担保物权的立法本意，可能导致该程序的“休眠化”为由，认为该程序属于非讼程序，依据非讼法理无须进行实质审查。^{〔3〕}

〔1〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28 号）第 45 条第 3 款规定：“债权人以诉讼方式行使担保物权的，应当以债务人和担保人作为共同被告。”

〔2〕马丁：《论担保物权程序中对申请和异议的审查》，载《中国政法大学学报》2022 年第 2 期，第 204 页。

〔3〕最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著：《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2022 年版，第 816 页。

在实现担保物权案件中,涉及“审查”的事项主要有两个方面:一是申请人的申请事项;二是被申请人或利害关系人提出的异议。对申请人申请事项的审查,最高人民法院已经明确对此类案件应当进行形式审查而非实质审查,主要审查担保物权实现的条件是否成就(包括担保物权是否有效成立、履行期是否届满、担保物权的实现条件是否成就等)。对被申请人或利害关系人提出的异议的审查,最高人民法院认为在审判实践中既应当给予被申请人充分的程序救济保障,还要防止被申请人滥用异议或抗辩的权利,致使程序设立的目的落空,要求做到“对异议进行审查后确认存在明确、具体的民事权益争议的,才能裁定驳回申请”。⁽⁴⁾此处要求的“确认存在明确、具体的民事权益争议”被认为似乎已经要求受理法院进行实质审查,而非形式审查。⁽⁵⁾

由于《民事诉讼法》对审查问题没有作出规定,而《民诉法解释》则是在形式审查的定性下,既要防止申请主体滥用实现担保物权程序侵害其他主体合法权益,又要防止利害关系人滥用异议权造成该程序的虚置。基于此种形式外观下的实质审查要求,司法实践中在审查问题上表现得无所适从。从司法实践中的判例来看,有的法院对异议人的异议仅进行形式审查,即认为当事人对实现担保物权有实质性争议,裁定驳回申请⁽⁶⁾;也有的法院只是在被申请人对申请人提交的申请不予认可的情况下,就认为存在实质性争议,驳回申请⁽⁷⁾;还有的法院在被申请人没有异议的情况下,经过实质审查裁定准予拍卖、变卖担保财产。⁽⁸⁾

然而,实现担保物权程序审查的问题还不止于此,另有来自涉及签章真伪和时效抗辩异议的挑战。合同中涉及签章真伪的异议亦是实现担保物权案件异议审查中最为棘手的问题。如果利害关系人提出合同中的签章系伪造的异议,而真伪的辨别需要进行鉴定并依据鉴定结论判断,属于实质性争议问题,法官很难从形式上进行辨别,此时已经超出了实现担保物权程序的审查范围,法院只能驳回申请人的申请,告知其另行通过诉讼程序解决。⁽⁹⁾如2018年《晋城市中级人民法院关于审理实现担保物权案件的指导意见》第14条规定,被申请人对合同中的盖章或签字的真实性等提出合理异议并要求鉴定,人民法院认为需要通过鉴定查明真伪的,应当驳回实现担保物权申请,并告知申请人可以另行起诉;对明显不合理的鉴定申请,人民法院应不予准许。⁽¹⁰⁾显然,只有明显不合理的鉴定申请,人民法院才不应准许,否则,异议人的异议即可成立。

(4) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著:《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第816、817页。

(5) 有学者认为2015年《民诉法解释》第367条和第368条第2款的规定隐含了实质审查的要求,根据该司法解释第372条的规定,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。参见任重:《担保物权实现的程序标的:实践、识别与制度化》,载《法学研究》2016年第2期,第121-122页。

(6) 福建省福安市人民法院(2017)闽0981民特32号民事裁定书;广西壮族自治区鹿寨县人民法院(2018)桂0223民特59号民事裁定书。

(7) 重庆市开州区人民法院(2017)渝0154民特9号民事裁定书;天津市河东区人民法院(2020)津0102民特31号民事裁定书。

(8) 广东省东莞市第一人民法院(2016)粤1971民特815号民事裁定书;广东省中山市第一人民法院(2020)粤2071民特131号民事裁定书。

(9) 浙江省高级人民法院民二庭课题组:《审理实现担保物权案件若干实务问题探析》,载《法律适用》2014年第2期,第17页。

(10) 《晋城市中级人民法院关于审理实现担保物权案件的指导意见》,载晋城市中级人民法院官网2018年2月9日, <https://sxjczy.shanxify.gov.cn/article/detail/2018/02/id/3203633.shtml>。

另外,在担保物权已过诉讼时效的情况下,如果申请人去申请实现担保物权,当利害关系人没有异议时,法官并不能主动适用诉讼时效,仍应当作出准许拍卖、变卖担保物的裁定;但是,当被申请人或债务人提出诉讼时效抗辩时,就出现如何处理的问题。对已经过了诉讼时效的申请,在出现诉讼时效异议抗辩时,申请人要想获得执行文书,就应当证明有阻却诉讼时效的事由,而法官对抗辩异议和申请人证明的判断显然属于实质审查。依照形式审查,对于超过诉讼时效的申请,在被申请人或债务人提出时效异议时,法院应当驳回申请人的申请,告知申请人另行提起诉讼解决。对于过了诉讼时效的担保物权,似乎只要异议人提出时效抗辩,法院就应当作出驳回裁定。申请人不如从一开始就提起诉讼予以解决。因此,就出现了超过诉讼时效的担保物权,异议人提出的诉讼时效异议,法院是否应当进行审查判断并据此作出裁定,还是直接依据形式审查驳回申请的问题。

面对我国实现担保物权程序司法审查上的困境,理论界和实务界的总体完善思路仍局限于通过细化要素标准来增加审查的可操作性。一是审查范围或要素的极尽细化:申请审查方面,围绕担保物权实现条件和是否损害其他主体合法权益,细化审查内容增加可操作性;异议审查方面,就被申请人提出异议的事项范围进行详细限定。⁽¹¹⁾二是审查方法的规范化:结合审查工作步骤提出每一步审查中的具体指导方法。⁽¹²⁾审查范围和审查方法的精细化虽然在一定程度可以提升法官审查工作的规范化和有效性,但是由于涉担保物权案件的复杂性和多样性,很难从根本上解决实现担保物权程序中通过形式审查甄别实质性争议的问题,尤其是面对签章真伪和时效抗辩异议。

另外,由于实现担保物权程序被定性为非讼程序,不对实体性权利义务关系问题进行确定,其裁定不具有既判力,就不影响当事人之间就实质性争议另外通过诉讼程序解决。一方面,对于审查后确认存在明确、具体的民事权益争议的,仍要求申请人另外开启诉讼程序解决,浪费了法院和当事人的投入,也放弃了扩大纠纷解决的机会。另一方面,实现担保物权程序不具有既判力,被申请人的异议即便被驳回,就实体问题也可另起争执。在我国当前诉讼体制下,可能引发的后续诉讼包括:一是申请人申请被驳回的情况下,需要另外提起诉讼程序解决。二是被申请人或利害关系人在异议被驳回或未提出异议的情况下,都可以提起消极确认之诉来维护自身的合法权益;被申请人或利害关系人也可以在执行过程中,提出执行异议和提起执行异议之诉;在准许拍卖裁定作出后且已执行完毕的情况下,被申请人或利害关系人仍能提起不当得利返还之诉维护自身财产权益。

可见,形式审查外观下的实质审查要求降低了实现担保物权程序效率并加重了法官的审查负

(11) 王丽菊:《要素式标准:担保物权实现程序审查机制重构》,载《人民司法》2021年第7期,第89页;《晋城市中级人民法院关于审理实现担保物权案件的指导意见》,载晋城市中级人民法院官网2018年2月9日, <https://sxjczy.shanxify.gov.cn/article/detail/2018/02/id/3203633.shtml>;深圳市中级人民法院《关于审查实现担保物权案件的工作指引》(深中法〔2020〕197号),载深圳市中级人民法院官网2021年11月10日, <https://www.szcourt.gov.cn/article/30361474>。

(12) 马丁:《论担保物权程序中对申请和异议的审查》,载《中国政法大学学报》2022年第2期,第208页。

担，诉讼与非讼二元分离论的固守为涉实质性争议衍生诉讼的产生埋下了隐患，背离了实现担保物权程序设置的初衷，也增加了诉源。

二、实现担保物权案件司法实践困境的深层次理论分析

（一）问题缘起：诉讼事件非讼化浪潮下真正讼争事件的出现

近代民事诉讼制度成型于《法国民事诉讼法典》，在经历了对法官不信任和处于对私权自由崇尚的时代背景下，对于由处分权主义、辩论主义、言词审理主义、直接审理主义、公开主义以及严格证明等程序法理组合而成的诉讼审理方式，持高度的确信并极为推崇，以致将绝大多数民事事件尽可能遵循此种方式解决纷争，只有那些以诉讼的方式处理极为不合适的，才采行非讼的处理方式。^{〔13〕}德国 1898 年制定《非讼事件程序法》时，仅有监护、遗产、登记与证书等类型事件作为非讼事件处理，上述事件也被称为古典非讼事件或固有非讼事件。^{〔14〕}此类事件一般不具有对抗性或对抗性不强烈，同时具有一定的行政事件属性，但由于涉及私权，其他国家机关特别是行政机关不愿处理，须法院介入作出前瞻性裁判或须迅速处理或带有浓厚的公益性色彩，对法官裁量需求较大，所以适用职权主义进行非讼处理。

但大陆法系民事诉讼理论亦认为，何类事件应行诉讼程序或非讼程序，并无明确、截然二分的标准，且可能随国家、社会发展而具有流动性。^{〔15〕}传统的当事人主义及严格的言词审理主义往往造成纠纷解决的迟缓，使当事人及法院的精力和花费过大投入，影响了解决纷争的效率和成本。因此，随着社会经济发展和价值观念变迁，就部分诉讼事件而言，严格适用诉讼法理已无法对应事件特性而为妥适处理，传统诉讼对于部分诉讼事件解决纠纷的功能有所降低，从而出现了结合非讼法理对部分诉讼事件处理方式加以修正的情形。非讼程序由于修正诉讼程序所采行的公开主义、言词审理主义及直接审理主义，改采简易主义及职权进行主义，一般认为非讼程序特别有助于达成简易、迅速和经济的裁判。在此背景下，出现了将依民事诉讼程序处理的两造当事人对立的部分纷争事件改为非讼事件，依非讼程序来处理，即所谓的诉讼事件非讼化现象。诉讼事件非讼化又沿实体法和程序法两条路径展开。实体法方面的非讼化，是将实体法上的法律要件及其法律效果予以抽象化、概况化，给予法官较大的自由裁量权而形成；程序法方面的非讼化，是在程序法上缓和地采用或不采用传统的诉讼程序上诸如处分权主义、辩论主义和言词审理主义等原则，

〔13〕 邱联恭：《程序保障之机能——基于民事事件类型审理必要论及程序法理交错适用肯定论之观点》，载《程序制度机能论》，三民书局 1996 年版，第 68 页；三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 7』（日本評論社，1969 年）11 頁。

〔14〕 《德日家事事件与非讼事件程序法典》，郝振江、赵秀举译，法律出版社 2017 年版，第 6 页；沈冠伶：《家事非讼事件之程序保障——基于纷争类型审理论及程序法理交错适用论之观点》，载《台大法学论丛》2006 年第 4 期，第 110 页。

〔15〕 沈冠伶：《家事非讼事件之程序保障——基于纷争类型审理论及程序法理交错适用论之观点》，载《台大法学论丛》2006 年第 4 期，第 112 页。

而采用职权主义色彩浓厚的程序原则。⁽¹⁶⁾

造成大陆法系民事诉讼中诉讼事件非讼化的动因，除战争和社会转型需要对部分事件特别处理外，主要就是实体法的变化和民事诉讼程序解决纠纷功能的降低。⁽¹⁷⁾ 民事诉讼程序不能满足社会实际需要和纠纷解决功能降低导致的非讼化，成为诉讼事件非讼化的重要动因。因此，现在的非讼事件，除了固有的（古典的）非讼事件外，尚包括诉讼事件非讼化后的非讼事件。此类事件在当事人间本具有一定的权利义务关系争议，法院须就当事人的权利主张加以裁判，实质上具有诉讼事件的性质（讼争性），所以也被称为真正讼争（诉讼）事件。在诉讼事件非讼化的趋势下，此种具有讼争性的真正讼争事件大量增加了。诉讼事件的非讼化成为现实问题时，诉讼事件内在的形式主义要素和繁琐的程序，在特定事件的处理中被反省，带来诉讼程序的负面影响，其背后正是基于能否以弹性的、简易的程序来处理特定事件的期望。⁽¹⁸⁾

对于真正讼争事件，日本学者概括为本质上是诉讼事件，形式上却作为非讼处理⁽¹⁹⁾，即具有诉讼性质而被作为非讼事件予以非讼化处理之事件。真正讼争事件本质上具有诉讼事件的性质，之所以将其采非讼化处理，最主要原因在于其亦具有简速裁判需求性，而为回应此项简速裁判之需求，立法者乃从立法政策上将具有讼争性之诉讼事件予以非讼化审理，使其适用非讼程序，简速裁判之程序利益须借助非讼程序方能实现。⁽²⁰⁾ 因此，关于真正讼争事件的性质，其程序标的内含讼争性和对立性，需要法院就权利义务关系加以审理裁判，在此层面，其本质上属于诉讼事件；但该类事件又对简速裁判具有强烈的需求性，须法院迅速而经济地作出裁判，以强化程序利益，在此层面，其性质上又兼具非讼性，因而不宜单纯地将此类事件划归为诉讼事件或非讼事件。

我国实现担保物权程序就属于典型的诉讼事件非讼化后的真正讼争事件。实现担保物权事件本质上属于权利义务确定追求型之固有诉讼事件，但又对简速裁判有着强烈追求，因此基于追求达成简速裁判的宗旨，2012年《民事诉讼法》修订时将该种事件规定为特别程序予以非讼化处理。

（二）根本原因：诉讼与非讼二元分离论下形式审查论的固守

因大陆法系国家和地区现代民事诉讼成型时就区分诉讼程序和非讼程序，传统上就形成了民事诉讼程序在外观上分离并存着诉讼程序与非讼程序。与之相对应，处理民事事件所采用的基本法理亦被区分为诉讼法理与非讼法理，若民事事件被界定为诉讼事件，即依诉讼法理处理；若被界定为非讼事件，即依非讼法理处理，此谓诉讼与非讼二元分离论，或曰程序法理二元分离适用论。

〔16〕 邱联恭：《声请拍卖抵押物及本票执行事件之非讼化处理》，载《民事法律专题研究（四）》，司法周刊杂志社1987年版，第52页。

〔17〕 山木戸克己「裁判手続の多様性—「第三の裁判手続」論に関連して」，同『民事訴訟法論集』（有斐閣，1990年）205頁。

〔18〕 三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座7』（日本評論社，1969年）10頁。

〔19〕 伊東乾=三井哲夫『注解非訟事件手続法』（青林書院，1986年）7頁。

〔20〕 许士宦：《家事诉讼事件之非讼化审理——真正讼争事件如何交错适用程序法理》，载《民事及家事程序之新构建》，新学林出版有限公司2015年版，第208—209页。

诉讼与非讼二元分离论的内涵包括以下层次：一是诉讼事件是就实质事项（实体私权的存否）有争执的事件，非讼事件是就实质事项没有争执的事件，所以诉讼事件要依照诉讼法理来处理，而非讼事件则在非讼程序中依非讼法理来处理，互不相干；二是在非讼程序中并无适用诉讼法理之可能与必要，既判力只发生于诉讼程序所产生的判决，而不发生于循非讼程序所产生的裁定；三是于非讼程序中不处理争议之实质事项，关于私权利义务关系之争执，应另依诉讼程序处理。^{〔21〕}

理论界和实务界因沿袭传统，认为非讼程序不对实体问题进行审查，即采所谓形式审查论。作为非讼程序中的核心原则，形式审查论系立基于诉讼程序与非讼程序之程序功能二元分立及程序法理二元分离适用论。^{〔22〕}对于形式审查论的内涵，邱联恭教授曾有过精准的概括：在非讼程序，非讼法院仅能为形式审查，而不能依职权审查实质事项；即使于非讼裁定之过程，当事人就实质事项有所争执而提出主张、抗辩，非讼法院亦不得就此加以审究；关于私法上权利之瑕疵等实质问题应由争执之当事人另于非讼程序外提起民事诉讼，循民事诉讼程序审理、判决；非讼法院所下裁定，恒无确定实体上法律关系存否之效力，即无既判力。^{〔23〕}

非讼程序中实行形式审查论的优势在于，形式审查论契合了非讼程序简便高效的要求，在权利义务关系人未就前提法律关系发生争议时，法院无须审理实体事项，通过程序经济来实现关系人的程序利益。程序上通过申请人循弹性、简易方式取得执行名义，以迅速实现权利，借以反向强化实体法相关制度的运作，合乎非讼程序将实体法相关制度非讼化处理的初衷。就真正讼争事件以外之一般非讼事件而言，形式审查论有其妥当性，此即形式审查论的妥当范围。因为一般非讼事件并没有对立当事人间的实质性争议，并不确认实体私权存否，也不涉及既判力问题，所以在非讼程序的审理上并不需要严格的程序保障并实行职权探知主义，形式审查能够实现简易、迅速和经济的裁判，所以在一般非讼事件中适用形式审查论是契合程序要求的。但是，随着诉讼事件非讼化过程中真正讼争事件的出现，形式审查论适用上的困境就显现出来了，尤其是在作为非讼事件裁判前提的实体权利义务关系问题出现争议的情况下。形式审查论适用于真正讼争事件产生的弊端：一是加重法院及当事人的负担。在当事人间关于实质事项之争执已然发生时，竟仍然要求另行开始民事诉讼程序，对法院、当事人将造成劳力、时间、费用上的额外负担，不利于程序经济原则及程序利益保护原则。二是严格遵循形式审查下过分强化非讼程序进行和执行名义的取得，未能一并利用非讼裁定程序，避免不应发生的执行名义，以减少执行程序的困扰，并可能危及被申请主体的财产权及诉讼权。^{〔24〕}

〔21〕 邱联恭：《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理程序保障之机能》，载民事诉讼法研究基金会编：《民事诉讼法之研讨（二）》，三民书局有限公司1993年版，第432-433页；姜世明：《非讼事件法新论》（第4版），新学林出版股份有限公司2021年版，第46页。

〔22〕 许士宦：《声请本票裁定强制执行非讼程序上时效抗辩之审究》，载《月旦法学杂志》第132期（2006年），第177页。

〔23〕 邱联恭：《声请拍卖抵押物及本票执行事件之非讼化处理》，载《民事法律专题研究（四）》，司法周刊杂志社1987年版，第60-61页。

〔24〕 许士宦：《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》，载《月旦法学杂志》第125期（2005年），第236-237页。

立基于诉讼与非讼二元分离论下的形式审查论，在理论与实务的相互作用下成为惯例，并成为现在大陆法系民事非讼程序应遵循的基本原理。但是目前为止，大陆法系各个国家和地区非讼事件相关立法中并未有关于形式审查论的相关规定，而在学理上也未曾有过关于形式审查论的系统探讨。形式审查论同程序法理二元分离适用论一样，实质都是在理论探讨和审判实务中经长年沿袭而习以为常的结果。所以，有学者就曾对形式审查论提出质疑，认为我国台湾地区法院在非讼程序仅得为形式审查之实务上理论，系形成于抵押物拍卖声请事件之“司法院解释”，此种形式审查之模式原非建立在实定法规定之上，审判实务就其法理基础亦从未予以明白论证。⁽²⁵⁾同时，非讼程序中适用的形式审查理论本身并不完善，其最大的缺陷是，形式审查论所奉行的形式审查与实质审理（包括实质审查）间缺乏明确的界限，在外观上无法进行分辨，其究系以审查之对象抑或审理之方式为判断标准来区分，尚待厘清，即形式审查论发展至今仍残存所谓形式审查究竟是以审查对象抑或审查方法为认定标准的问题。⁽²⁶⁾

我国司法解释在形式审查论审查范围和审查方式上的规定，被认为是实质审查，其根源就在于实际上形式审查与实质审查之间并未有明确的界限。由于对“形式审查”如何进行审查，法律上并未有明确的规定，而且在法理上向来也未有充分的探讨，为了增加“形式审查”的可操作性，对于实现担保物权事件的“形式审查”，司法解释不仅在审查范围上进行了详细的列举式的规定⁽²⁷⁾，而且在审查方式上进行了要求。⁽²⁸⁾另外，就作为判断对象的争议本身而言，山木户克己教授认为，事件是否有争议，由于“争议”概念本身的模糊，未必都能截然地断定。⁽²⁹⁾在形式审查与实质审查缺乏明确界限的情况下，规定得越细致，实质上越接近于实质审查。在非讼程序采取职权探知的原则下，为了兼顾防止申请人滥用程序提起虚假申请和异议人滥提异议，法官不得不对审查内容进行明确判断。审查方式本身难以把握，再加上很多“争议”本身的模式性，加剧了司法实践中审查工作的复杂性。

用形式审查方式去甄别涉实体实质性争议的错配是造成我国实现担保物权程序审查困境的根本原因。程序法理二元分离适用论的固守在降低程序解决纷争功能的同时也增加了衍生诉讼的可

(25) 许士宦：《声请本票裁定强制执行非讼程序上时效抗辩之审究》，载《月旦法学杂志》第132期（2006年），第177页。

(26) 如以前者为划分标准，其所审查之对象限于权利根据要件事实，或者包括权利障碍或消灭要件事实？如以后者为区别标准，其审理模式仅限于采用书面审理抑或可兼采言词审理、言词辩论？均须究明。形式审查论之所以标准未明、范围未定，可能缘因该理论自始即非建立在法律规定之上，且从未被认真赋予法理上根据。参见许士宦：《声请本票裁定强制执行非讼程序上时效抗辩之审究》，载《月旦法学杂志》第132期（2006年），第175-187页。

(27) 2022年《民事诉讼法解释》第369条对审查的范围进行了明确的规定：“人民法院应当就主合同的效力、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担保物权实现的条件，以及是否损害他人合法权益等内容进行审查。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。”

(28) 2022年《民事诉讼法解释》第368条对审查的方式进行了明确的规定：“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，必要时可以依职权调查相关事实。”最高人民法院认为，在调查方法上，可以根据案件的不同情况采取书面审查或调查核实相关事实的做法。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著：《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2022年版，第816页。

(29) 山木戸克己「裁判手続の多様性—「第三の裁判手続」論に関連して」，同『民事訴訟法論集』（有斐閣，1990年）201頁。

能,使得简便、迅速和经济地实现权利的程序设置实质上被架空了。

三、实现担保物权程序等阶段性讼争显现型非讼事件处理方案

(一) 真正讼争事件处理过程中讼争性之个别化与具体化

诉讼事件非讼化后的真正讼争事件实质上具有讼争事件的性质,即讼争性。但是对于讼争性,大陆法系民事诉讼理论和实务传统上只作简单笼统的概括性论断,将某事件自始认为全事件具有讼争性或全无讼争性。如具有实体权利义务争议的事件为诉讼事件,自始则依诉讼程序处理;而不具有实体权利义务争议的事件为非讼事件,自始依非讼程序处理,以至真正讼争事件出现后,仍认为该类事件自始为诉讼事件或为非讼事件。例如,我国台湾地区向来的判例实务将声请拍卖抵押物事件全部认为无讼争性,相反的见解则认为该事件全部有讼争性。⁽³⁰⁾而祖国大陆司法部门亦持此认识,并在此认知基础上构建了双轨制的实现担保物权程序,具体表现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)第45条,就担保物权实现,一是依照《民事诉讼法》规定的实现担保物权特别程序;二是依照诉讼程序解决。担保物权以没有讼争性为前提,依照《民事诉讼法》特别程序处理;如有讼争性,则依照普通诉讼程序进行。如此处理方式带来的弊端是,既无法因应民事纠纷的多样化及个性化,又未顾及程序进行过程中发生的情势变更,难以兼顾程序上不同需求。

三月章教授就指出,非讼案件中不存在争讼要素的观点是草率的,非讼案件中也有不少必须解决的争讼要素。⁽³¹⁾这一论断随着诉讼事件非讼化中真正讼争事件的出现更加得到验证。真正讼争事件循非讼程序处理是以没有讼争性为前提,即使有,在非讼程序开始阶段也呈现隐而未现的状态,否则就应当直接通过诉讼程序解决。对于诉讼事件非讼化处理之真正讼争事件,在非讼程序开始后并未有实质性争议发生前,依非讼法理循简速处理,至关系人提出实体性实质异议开始,法官才能认为就特定实质性争议之讼争性已经显现且具体化,此时就该讼争实质性争议即有运用诉讼法理处理之必要。因此邱联恭教授认为,就非讼事件应该且有必要承认讼争性具体化的个别性与阶段性,亦即以争点为准决定有无讼争性,而且从争执时起才发生讼争性,在尚未争执以前则仍不认其具有讼争性,循此方向交错适用二种程序法理。⁽³²⁾如此,在讼争性未显现阶段适用非讼法理追求简速、经济的裁判,满足诉讼事件非讼化改造的初衷;在讼争性已显现且具体化后阶段运用诉讼法理就权利义务关系问题进行明确,满足权利义务判定对严格程序保障之要求。因此,即便实定法上定性为非讼事件,于其程序进行中,若关系人加以争执诉讼事项,该非讼程序即发生讼争性显现,可界定为阶段性讼争显现型真正讼争事件。

(30) 邱联恭:《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理程序保障之机能》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(二)》(第3版),三民书局有限公司1993年版,第460页。

(31) 三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座7』(日本評論社,1969年)20頁。

(32) 邱联恭:《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理程序保障之机能》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(二)》(第3版),三民书局有限公司1993年版,第460页。

就我国实现担保物权程序而言，其通过非讼程序获得执行文书裁定同样是以该担保物权不具有实质性争议为前提，即不具有讼争性。^{〔33〕}但是，一方面，不同于古典非讼事件不具有对抗性，实现担保物权事件并非自始不具有讼争性，作为诉讼事件非讼化的产物，其本质上属于诉讼事件，实质上是有讼争性的；另一方面，实现担保物权事件的讼争性并非一开始就显现，而是在开始阶段呈现隐而未现的状态，只有当债务人、担保人或其他主体就实体问题提出异议时，其讼争性才显现。因此，实现担保物权事件体现了讼争性阶段性显现的特征，当讼争性未显现时，就可以以没有讼争性为前提，依据非讼法理实行简易审理和职权探知，简易、迅速地获得申请执行裁定。所以在立法政策上，依据阶段性讼争显现这一特征，以讼争性未显现为前提，将实现担保物权事件予以非讼化处理，以寻求简速而经济的裁判。但就真正讼争事件适用非讼程序处理，学界已经意识到此处理方式上存在的弊端，认为从实现担保物权程序隐含民事权益争讼的特征来看，虽与非讼程序具有相同的价值追求，但与非讼程序处理非民事权益争议的本质特征并不完全匹配，用非讼程序法理很难一以贯之地进行解释。^{〔34〕}

（二）实现担保物权程序等阶段性讼争显现型非讼事件不同处理路径及检讨

作为立法上诉讼事件非讼化的结果，在非讼程序进行中，阶段性讼争显现型非讼事件讼争性显现时如何处理的问题并非我国实现担保物权程序所独有，在大陆法系其他国家和地区同样存在相似的困扰。围绕适用非讼程序处理真正讼争事件过程中，讼争性显现时如何处理，亦分化出不同的路径。

路径一：为了非讼裁判的正确作出，法官会对前提实质性争议进行职权探知并以此为判断，但是并未对前提实质性争议赋予既判力。典型事件如日本法上之遗产分割非讼事件和变更借地条件事件，立法上虽将其确定为非讼事件，但事件本身蕴含讼争性。对于遗产分割非讼事件，若关系人就继承权存否（继承人范围）或遗产范围等分割前提问题有所争执，日本最高裁判所昭和41年（1966年）观点认为：首先，关于遗产分割的裁判，是以继承权、继承财产的存在为前提而作出的，这些都是实体法上的权利义务关系，要终局确定其存否必须依对审、公开的判决程序进行；其次，当事人之间就上述法律关系发生纠纷时，并不是必须等待民事诉讼的判决确定以后才能进行遗产分割的审判，而是非讼程序中可以在审理判断上述前提事项是否存在的基础上，进行分割处理；最后，非讼程序对于实体事项的判断不产生既判力，不妨碍当事人另行提起诉讼要求确定权利关系，若后续审判否定了前提权利的存在，则分割裁判在此限度内丧失效力。另外，在变更借地条件事件中，日本最高裁判所昭和45年（1970年）裁定中亦采取了相同的态度，认为变更

〔33〕 最高人民法院认为，实现担保物权案件是非讼程序，适用该程序的前提是双方之间对于事实不存在争议，若双方之间对于该事实存有争议，就应该通过诉讼程序予以解决，故人民法院应当裁定驳回申请人的申请，并告知申请人向人民法院提起诉讼。最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著：《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2022年版，第819页。

〔34〕 吴英姿：《担保物权实现程序的性质重识与规则补全——基于略式程序法理的分析》，载《苏州大学学报（法学版）》2022年第4期，第132页。

借地条件事件的裁判,是以借地权的存在为前提,而借地权存在与否作为诉讼事项,只有通过对审、公开的判决程序才能确定。但是,在当事人就上述前提法律关系发生纠纷时,允许在该程序判断是否存在借地权后进行判决。上述1966年日本遗产分割事件司法裁判观点对于包括变更借地条件事件等后续类似事件处理产生了重大影响,一般认为,在非讼事件的审判过程中,对于构成裁判前提的相关实体权利的存否问题不妨碍审理和判断已成为通说。⁽³⁵⁾

路径二:严格遵循形式审查论,对于讼争事件采取不处理的态度。典型事件如我国台湾地区1967年“非讼事件法”规定之声请拍卖抵押物事件和声请本票执行事件,在诉讼事件非讼化处理背景下立法将其作为非讼事件处理,并于实务中采形式审查论。对于声请拍卖抵押物事件,我国台湾地区司法部门的处理精神体现为:首先,在审查方式上,奉行形式审查论,非讼法院仅为形式审查;其次,只要抵押权人提出证据证明有抵押债权存在,即使债务人或抵押人否认该证据,对抵押债权是否存在有所争执,法院仍须就证据为形式审查,作出准许与否的裁定,甚至形式上只要有债务人名义的借据证明抵押债权存在,法院就应当许可拍卖抵押物。⁽³⁶⁾在声请本票执行事件中,一方面,对于本票执票人声请法院裁定许可对发票人强制执行时,法院仅就本票是否具备形式要件进行审查即可,形式合法即应予以准许,不得在进行实体审查后作出驳回请求的裁定;另一方面,至于本票债权存否、签章真伪等争执,应另行通过诉讼程序解决,即使依照卷内资料足以证明发票人签章系伪造的情况下,法院仍应当作出准许强制执行的裁定。⁽³⁷⁾

总体上,就非讼程序中处理的真正讼争事件前提问题讼争性显现时,日本同我国台湾地区由于民事诉讼理论中贯彻诉讼与非讼二元分离论,即使在非讼程序中对作为前提法律关系问题的讼争性问题仍采回避态度,置前提法律问题于不顾,依形式审查论作出裁判结果,而对于前提法律问题则依据诉讼与非讼二元分离论建议当事人另行提起诉讼程序解决。对于阶段性讼争显现型非讼事件,处理方式的不同主要在于对作为作出裁判所依据前提事项的讼争事件处理上,我国台湾地区的做法是严格遵循形式审查论,对于讼争事件采取不处理的态度,而日本则为了非讼裁判的正确作出法官会对前提实质性争议进行职权探知并以此为判断,但也并未对此事项赋予既判力。

我国实现担保物权非讼程序,由于2022年《民诉法解释》第370条将“无实质性争议且实现担保物权条件成就”作为裁定准许拍卖、变卖担保财产的前提,就导致法院对于实现担保物权非讼程序必须审查是否“无实质性争议且实现担保物权条件成就”。在非讼程序中,对于实现担保物权条件成就问题依形式审查论进行审查,并无争议。但是,由于在审判实践中要防止被申请人滥用异议或抗辩的权利,致使程序设立的目的落空,因此,人民法院只有在对被申请人提出的异议进行审查后确认确实存在明确、具体的民事权益争议的,才能裁定驳回申请。相较于大陆法系其他国家和地区对于讼争性问题不进行处理,抑或为了作出正确非讼裁判而对实质性争议进行审理,

(35) 戸根住夫『訴訟と非訟の交錯』(信山社,2008年)41、42頁。

(36) 许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第231-232页。

(37) 林洲富:《本票强制执行——兼论非讼事件法修正草案之相关规定》,载《律师杂志》第298期(2004年),第101-102页。

但不赋予既判力，我国则是将讼争性问题明确作为非讼程序驳回裁定的前提条件，只甄别而不审理。即使通过法官和异议关系人的共同努力，已经明确实现担保物权事件存在实质性争议甚至形成争点，仍然只能驳回申请，由申请人另行通过诉讼程序解决，使已经进行的程序空转，徒增当事人诉累和浪费司法资源。

四、诉讼事件非讼化处理中实质性争议解决的遵循理念及程序因应

（一）遵循理念：纠纷的一次性解决与纠纷解决的扩大化

传统当事人主义诉讼模式采处分权主义、辩论主义及严格的证明原则，追求给予当事人充分的程序保障，同时也导致程序的臃肿和纷争解决效率的降低，随着社会经济生活节奏加快对简速裁判的要求，终成为部分诉讼事件非讼化处理的重要动因。

在纠纷处理方式上，诉讼与非讼二元分离论将权利义务内容的形成与权利义务本身的确认两者分离，将权利义务内容的形成作为非讼事件，而将权利义务本身存否作为诉讼事件，分别依照非讼程序和诉讼程序处理，对同一事件中权利义务形成与确认制度性地进行了分离，不仅导致程序制度解决纠纷功能的降低，而且容易衍生新的诉讼。理论界和实务界对传统诉讼与非讼二元分离论和非讼程序形式审查论的固守，给非讼裁定前提权利义务关系的确定、执行名义的取得以及执行程序的进行造成相当大的影响，并增加了法院及当事人的负担。为审理此项争执，原可将执行名义的取得与权利义务关系的确定纳入同一程序，以求经济高效，但形式审查论却将此两种程序予以不必要地割裂，人为放弃扩大程序制度解决纠纷的机会。

一方面，为因应诉讼事件非讼化的动因，就实质性争议不必另行开启诉讼程序解决，以实现纠纷的一次性解决。就存在讼争性的真正讼争事件，在事件进行过程中，对于显现的讼争事件，应允许当事人在非讼程序进行中请求为私权利关系确认的裁判请求，并进行实质审理。尤其是作为非讼程序裁判前提的涉实体性权利义务争议，由于此争议涉及非讼裁判的正确与否，对此实质性争议进行回避而依据形式审查直接作出的非讼裁判和执行文书，很难保证其正确性，容易侵害当事人的财产权和诉讼权。因此，有必要修正诉讼与非讼二元分离论将权利义务内容的形成与权利义务本身的确认两者分离在真正讼争事件适用的弊端，发挥利用同一程序确定权利并形成执行文书的功能，在实现纠纷一次性解决的同时，亦能够保障非讼程序裁判结果的正确性和安定性。

另一方面，应尽可能在非讼程序中设法排除可能导致衍生诉讼和执行受阻的情况，实现纠纷解决的扩大化并减少诉源。在非讼程序形式审查论和诉讼与非讼二元分离论下，非讼程序中的实质性争议必须另外开启诉讼程序来解决，这样就导致在非讼程序进行中、非讼程序裁定后以及在执行过程中，争议当事人都有可能就实质性争议事项启动诉讼程序解决争议，这显然违背了非讼程序简速、经济实现权利的制度设计初衷。有鉴于此，在非讼程序进行中，对于涉程序标的的实质性争议应尽量加以处理；同时，在实质性争议的处理上给予充分的程序保障，以正当化和强化既判力基础，赋予实质性争议裁判既判力，防止后续衍生诉讼的发生。

我国实现担保物权事件非讼化,是基于合目的性考量所规定的简易、迅速和经济的程序制度安排,其初衷在于迅速实现担保物权并借以反向强化担保物权制度及功能。因此,关于实现担保物权事件的申请及处理,不应有可能延缓或妨碍迅速实现担保物权的程序设置,也不应使此种障碍因素残留在之后的执行阶段,致使执行阶段发生权利争讼及执行停滞等情况。亦即,在非讼程序过程中可以处理的实质问题应尽量加以处理,以免留至执行程序中发生权利争讼或停止执行等情形,成为阻碍执行的原因。唯有如此,方能贯彻专门将实现担保物权事件列为非讼事件依非讼程序处理的制度旨趣。非讼程序应就特定的实质问题加以审理判断,赋予当事人充分的辩论机会以保障其程序权益,并且进一步对于法院与当事人花费精力和费用所产生的裁判结果,在一定条件下承认其产生既判力,以此强化和扩大程序制度解决纷争的功能。如此,方能切实助益保障债务人或担保人主张权利瑕疵和保障债权人在执行过程中迅速实现权利。在此意义下,实现担保物权非讼程序应定位为并非仅为取得执行名义目的而设立,而是具有超越取得执行名义之上更高层次的制度旨趣,即不仅实现纠纷的一次性解决,而且实现纠纷解决的扩大化。在真正讼争事件追求简速裁判以及扩大程序制度解决纠纷功能的必要范围内,传统诉讼与非讼二元分离论及形式审查论是有待检讨和修正的。

(二) 程序因应:真正讼争事件非讼程序中诉讼法理与非讼法理之交错适用

在诉讼事件非讼化背景下,尤其是立法政策上将部分原具有实质争议事项基于合目的性考量而纳入非讼程序处理,非讼程序在处理该类事件时是否全无适用诉讼法理的必要及余地,成为问题的关键。^[38]对于阶段性讼争显现型真正讼争事件,讼争性系随程序进行而显现,就该讼争事项,大陆法系民事诉讼传统学理和实务基于诉讼与非讼二元分离论,认为非讼法院不得审理讼争事项,法律规范上则加重法官释明义务,要求法官告知关系人得就讼争事项另行起诉。就该讼争事项,作为非讼程序作出裁判的前提,在非讼程序中其并非非讼程序的程序标的,只是作为异议理由或抗辩事由,由此产生了是否可以在非讼程序中将程序标的提升为诉讼标的的问题。

从程序特点和价值目标上来看,诉讼程序系透过谨慎严格的程序要求以确保客观真实,追求慎重而正确的裁判;相对地,非讼程序则借由法院裁量实行简易程序,以追求迅速而经济的裁判。但是,面对诉讼事件非讼化潮流下大量真正讼争事件的出现,依然墨守诉讼与非讼两种程序完全隔离的态度,一味固守民事程序法理二元分离论,能否充分因应真正讼争事件的个性和需求,助益达成纠纷解决的个案妥当性,有待检讨。有观点就指出,在真正讼争事件中,非讼关系人间就实质事项之争执,于非讼程序已经明显化、具体化时,要求非讼法院就此依实质审理所必要之诉讼法理为审理裁判,始可避免程序法理二元分离适用论和形式审查论所造成的弊端。^[39]因此,解

[38] 姜世明:《家事事件法论》(第4版),元照出版有限公司2016年版,第168页。

[39] 许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第241页。

决问题的关键在于，设法在非讼程序中赋予实质的程序保障，使此程序连续于诉讼程序。^{〔40〕}

非讼化处理的真正讼争事件本质上属于诉讼事件，具有讼争性，但其讼争性并非一直显现，通常情况下呈现隐而未现的状态，否则就应当直接寻求诉讼程序解决。只有在非讼程序进行过程中，当事人间就实体权利义务关系发生争执时，其讼争性才显现出来，而且就成为争议之实体事项，与进行中之非讼事件程序的裁判作出之间具有前提关系。以承认真正讼争事件中讼争性之阶段性和个别性为前提，经由对讼争性之阶段性和个别性的肯定，进而推导出就阶段性讼争显现型真正讼争事件交错适用诉讼法理与非讼法理理论。该理论认为，为兼顾并调和非讼化之需求及程序保障之要求，应承认讼争性具体化之阶段性和个别性，对于真正讼争事件，应考虑在讼争对立性尚未显现之程序前阶段与其已显现之程序后阶段，分别采用不同的程序保障方式，借以便利迅速解决纷争，尽量避免因程序内情况之变动，要求另外专门开启诉讼程序解决，造成不必要的程序浪费和迟滞。^{〔41〕}亦即，在非讼程序之前阶段，如程序关系人就某非讼事件并未就实质事项发生争执，则不认为其有讼争性，不必要求非讼法院依诉讼法理审理该实质事项；而在非讼程序之后阶段，如程序关系人就实质事项发生争执，则应认为自此时起，于该争执事项范围内，讼争性已具体化、明确化，法院应一并依诉讼法理审理及裁判该事项。同时，以程序保障论为基础，认可经由赋予当事人间充分且实质的程序保障所作出的裁判结果，始能且应发生相应的确定私权关系的效力，赋予既判力。

在非讼程序因应真正讼争事件需求交错适用诉讼法理与非讼法理，由于实行诉讼程序模式并赋予当事人充分的程序保障，使得非讼程序得以与诉讼程序接续，经由此过程，简速裁判强烈追求型真正讼争事件所追求的简速裁判和权利义务关系确定，这一原本程序法理二元分离适用论下单一程序无法同时满足的价值追求，得以在一次性程序中予以实现。在立法实践方面，我国台湾地区2012年“家事事件法”中已率先尝试于真正讼争事件中引入诉讼法理与非讼法理交错适用理论，将部分向来以诉讼程序处理之家事诉讼事件改定为非讼事件，明确规定真正讼争事件并创设诉讼程序与非讼程序之外所谓之第三程序（中间程序），肯认真正讼争事件异于诉讼事件与非讼事件，程序进行过程中须交错适用诉讼法理与非讼法理进行审理，以探寻保护关系人实体利益与程序利益之间的平衡。^{〔42〕}

五、诉讼法理与非讼法理交错适用下实现担保物权程序续造

（一）实现担保物权程序续造的方案选择

如前所述，诉讼事件非讼化处理系基于此种事件对于简易、迅速和经济裁判的需求，旨在借

〔40〕 邱联恭：《程序保障之机能——基于民事事件类型审理必要论及程序法理交错适用肯定论之观点》，载《程序制度机能论》，三民书局1996年版，第102页。

〔41〕 邱联恭：《程序保障之机能——基于民事事件类型审理必要论及程序法理交错适用肯定论之观点》，载《程序制度机能论》，三民书局1996年版，第87—88页；邱联恭：《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理理论程序保障之机能》，载民事诉讼法研究会编：《民事诉讼法之研讨（二）》（第3版），三民书局有限公司1993年版，第430页。

〔42〕 许士宦：《家事诉讼事件之非讼化审理——真正讼争事件如何交错适用程序法理》，载《民事及家事程序之新构建》，新学林出版有限公司2015年版，第199页。

助简易主义及职权主义在必要限度内予以非讼化。2012年《民事诉讼法》修订时将实现担保物权程序作为特别程序予以规定,系为实现实体法与程序法的融洽衔接,在正义、效率、安全等法律价值之间取得最佳平衡。^[43]然而,若于实现担保物权特别程序进行过程中,债务人或担保人对于主合同的效力、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担保物权实现的条件提出异议时,实现担保物权程序的审查重点即从迅速实现担保物权转变为担保物权存否及实现条件成就与否等实质性争议的判断上,即于审查过程讼争性显现。在此情况下,担保物权人与担保人或者债务人之间争点涉及认定实现担保物权案件程序标的前提法律关系存在与否,我国立法、司法实务和理论界立足民事诉讼传统上诉讼与非讼二元分离论之理论基础,认为特别程序不得审理实质性争议,即讼争事项,就担保物权存否及实现条件成就与否等实质性争议问题应另行提起诉讼经由诉讼程序进行审理。^[44]

对于诉讼事件非讼化过程中真正讼争事件之处理,囿于《日本宪法》第82条之规定,日本就纯粹诉讼事件之权利确定问题仍固守诉讼与非讼二元分离论。在解释论无法为真正讼争事件实质解决作出令人信服的解释时,为了避开《日本宪法》的限制规定,学者提出将具有讼争性质的非讼事件视为传统非讼程序与诉讼程序之间的第三形态事件,在保障当事人程序权利前提下实现权利存否审判的第三程序构建的倡导。^[45]但基本法要求的权利义务关系确定须经过对审、公开的判决,以及非讼程序的决定和非讼程序对前提法律关系问题的确定不具有既判力,仍然是日本诉讼事件非讼化范围扩大和非讼事件纠纷解决能力提升最大的障碍,使得其只能通过非讼程序中当事人程序权益的保障来确保非讼决定的正确性。^[46]我国台湾地区虽然在声请本票执行事件和声请抵押物拍卖事件中实务上仍采程序法理二元分离适用论的处理方式,但就真正讼争事件诉讼法理与非讼法理交错适用问题,经过学者多年的倡导,现已扫清了理论障碍且已落实在了规范中,2012年“家事事件法”中已将诉讼法理与非讼法理交错理论适用于家事非讼事件中的真正讼争事件。在此基础上,学者进一步建议修正“非讼事件法”,在声请本票执行事件和声请抵押物拍卖事件中同样交错适用诉讼法理与非讼法理。^[47]

我国实现担保物权程序交错适用诉讼法理与非讼法理并不存在制度障碍。我国并未像日本法

[43] 江必新主编:《新民事诉讼法条文理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第935页。

[44] 2022年《民诉法解释》第370条第3项规定:“当事人对实现担保物权有实质性争议的,裁定驳回申请,并告知申请人向人民法院提起诉讼。”

[45] 山木户克己教授认为,随着社会关系的发展,通过传统的民事诉讼程序来处理是不合适的,而且根据现行的非讼程序法总则编的规定来处理的程序是不够的,以这样的法律关系为契机,作为最合乎情理的程序,既不是民事诉讼,也不是单纯的非讼程序,而是有必要设计出所谓的“第三程序”。山木户克己「裁判手続の多様性—「第三の裁判手続」論に關連して」,同『民事訴訟法論集』(有斐閣,1990年)205-206頁;吉村徳重『民事紛争処理手続』(信山社,2011年)86頁。

[46] 松本博之=上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂,2012年)13-17頁。

[47] 许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第238页;许士宦、沈冠伶、曾宛如:《本票裁定强制执行相关研议》,载《月旦法学杂志》第247期(2015年),第167页。

那样就纯粹诉讼事件之审理遵循严格诉讼程序在宪法上有明确限定,而对于交错适用不同诉讼法理只存在理论障碍,即传统诉讼与非讼二元分离论的固守,而且该理论也只是沿袭大陆法系理论,在法律上并未有明确规定。另外,我国台湾地区就非讼程序事件由司法官审查和审查结果由裁定作出的法律障碍在祖国大陆并不存在。^[48]我国台湾地区由于“非讼事件法”规定“裁定”作为裁判方式,即使是非讼法院在非讼程序中交错适用诉讼法理,其裁判方式只能使用裁定作出,所以就衍生出了对于适用诉讼法理裁定的非讼程序事件是否有既判力的问题,进而再次将问题上升到裁定是否具有既判力这一传统论争上。^[49]为了解决这一问题,我国台湾地区学界试图以程序保障的充实程度作为裁定具有既判力的正当化根据^[50],而祖国大陆则不存在此问题,在实现担保物权程序中就实质性争议转为诉讼程序审理,根据不同的情形作出相应的判决或裁定。我国诉讼事件与非讼事件都由民事审判庭法官进行审理或审查,不存在程序转换中审判主体适格的问题;而且对于程序转换后,就诉讼事件裁判结果,依裁判结果作出相应的判决或裁定即可,在现有民事诉讼框架内亦不存在体系性障碍因素。

因此,我国实现担保物权程序作为非讼程序,在讼争显现时,转换适用不同程序并不存在制度性障碍,某类民事事件究竟由法院循诉讼程序或非讼程序处理,只涉及立法政策问题。为了克服程序法理二元分离适用论在真正讼争事件处理上的局限,实现纠纷的一次性解决和纠纷解决的扩大化,有必要在真正讼争事件处理中引入诉讼法理与非讼法理交错适用论。就实现担保物权事件,此种非讼化具有阶段性、个别性,并非从程序一开始即具有讼争性,而是从当事人间就实质事项之争执明显化(例如异议人对于申请事项提出异议或者抗辩)时显现讼争性。非讼关系人间就实质事项之争执,于非讼程序已明显化、具体化时,要求非讼法院就此依实质审理所必要之诉讼法理为审理裁判,方可避免诉讼与非讼二元分离论所造成之弊端。反之,就不争执之实体事项,非讼程序不应进行实质审理裁判,避免加重法院不必要的负担,亦不会对当事人处分权行使造成过分的干预。

早在实现担保物权程序设立之前,民法界在建议程序法中增设实现担保物权非讼程序时,就主张对于主权利存在与否等实体问题,应尽可能在已经开启的非讼程序中一并予以解决。^[51]就主债权及担保权之存否、范围、时效等实体上争执事项之审理,因该类事件争讼对立之色彩浓厚,为符合其讼争性及对立性之程序保障要求,应采用因应其特性、需求之诉讼法理,如处分权主义、辩论主义、言词审理原则、举证责任等程序保障。一方面,从讼争时点开始,就涉及要件事实存

[48] 依我国台湾地区2005年修订后的“非讼事件法”第50条至第58条的规定,就担保物拍卖和本票裁定强制执行等非讼事件,依法律移由司法事务官处理。法律之所以将特定之非讼事件移由司法事务官处理,原以该等事件多属事实简单,讼争性低,较诸一般非讼事件更须迅速终结。参见许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第240页。

[49] 关于裁定是否具有既判力的论争,沈冠伶:《家事非讼裁定之效力(二):既判力之有无》,载《月旦法学教室》第136期(2014年),第39-40页。

[50] 许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第240页。

[51] 高圣平:《担保物权实行途径之研究——兼及民事诉讼法的修改》,载《法学》2008年第2期,第46页。

否之争执,尽可能赋予当事人有参与裁判过程及辩论之机会;另一方面,就其他非实质争执事项,则注重迅速、经济之要求,仍应适用非讼之形式审查迅速作出裁定。如此,方可避免程序法理二元分离适用论之弊端,实现纠纷的一次性解决和纠纷解决的扩大化:在实现担保物权程序中,就实质性争议进行处理,不需要当事人另外开始诉讼程序,在此意义上可谓实现纠纷的一次性解决;在实现担保物权程序中,就实质性争议事项依据诉讼法理进行实质审理,赋予裁判结果相当之既判力,可防止实现担保物权程序后、在执行程序中甚至执行完毕后就上述事项再起争执,影响执行程序的进行,在此意义上可谓实现纠纷解决的扩大化。

(二) 诉讼法理与非讼法理交错适用下实现担保物权案件的程序转换

对于阶段性讼争显现型真正讼争事件,在非讼程序进行中讼争性显现时,诉讼法理与非讼法理如何交错适用,及非讼程序如何转换为就前提问题所涉权利义务关系确定的诉讼程序,邱联恭教授倡导的诉讼法理与非讼法理交错适用论中,并未提及程序如何转换的问题。似乎是以当事人合意程序自动转换或者由法官依职权转换作为前提,所以就有学者质疑这一转换过程中法官程序转换权和由此导致的对当事人程序权益保障的担心。⁽⁵²⁾我国台湾地区2005年“非讼事件法”修订时,在本票执行事件研修过程中,就有论者提及发票人对票据债务争执时,原先进行的非讼程序与诉讼程序的转换问题,提议由原裁定法官径行审理,依程序转换就实体争执问题于同一程序中解决。⁽⁵³⁾但遗憾的是,修法时未就此项转换理论为具体提案予以讨论。

由于并未意识到诉讼法理与非讼法理交错适用中程序转换的问题,所以在探讨程序交错适用时,暗含的转换前提就是由法官依职权转换或当事人合意转换。但是,就真正讼争事件而言,程序标的本身具有讼争性,且当事人及利害关系人对于程序标的又具有某种程度上的处分权,所以在真正讼争事件讼争性显现时,法官应否依职权转换或就转换问题当事人间能否达成合意,就存在疑问。法官依职权转换属于职权进行主义代替了处分权主义,忽略了当事人应有的处分权,尤其是对于真正讼争事件适用诉讼法理进行审理;而作为对立的当事人,在转换问题无法达成合意时,又当如何处理。为了尊重和保障当事人的处分权和程序选择权,在阶段性讼争显现型非讼事件中,当讼争性问题显现时,是否需要将作为非讼程序裁定作出的前提问题在已经开启的程序中一并加以解决,其程序转换和开启的权利应当交由当事人来决定。

对于非讼程序中真正讼争事件适用的处分权主义,系准用传统诉讼程序中的处分权主义法理解释及相关规定。⁽⁵⁴⁾就程序开启层面,基本上认可申请人就程序之开启具有主导权和决定权,就程序标的选择具有支配权和处分权,但在程序由非讼程序转为诉讼程序时,程序转换主体及诉讼程序之诉讼标的的确定,却并不明确。

(52) 民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(二)》,三民书局有限公司1993年版,第499页。

(53) 许士宦:《非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非讼化审理与诉讼化审理为中心》,载《月旦法学杂志》第125期(2005年),第238页。

(54) 吕太郎:《民事诉讼法》(第3版),元照出版有限公司2021年版,第233-234页。

一方面,为了尊重当事人的处分权并维持司法中立,对于讼争性显现的真正讼争事件,法院不得径自转换为诉讼模式进行审理,应赋予当事人程序选择权。另一方面,由于我国在实现担保物权程序构建中,不只是单纯为了简易、迅速和经济地实现担保物权,同时也要防止被申请人滥用异议或抗辩的权利致使程序设立的目的落空,所以在实现担保物权程序续造时,要考量防止被申请人滥用异议或抗辩的权利。依我国台湾地区“非讼事件法”第195条的规定,就声请本票强制执行非讼事件中,本票执票人声请法院裁定许可对发票人强制执行时,如发票人就票据债务之存否有争执时,应由发票人提起确认之诉以资解决。⁽⁵⁵⁾在祖国大陆实现担保物权程序中,被申请人或债务人就实现担保物权条件成就与否的实体问题有争议时,应当由被申请人或债务人在收到异议通知后,以提起确认之诉的形式提出异议,法官审查后属于实体异议而非程序异议的,实现担保物权程序至此转变为诉讼程序,所异议的实质性争议也就成为程序转换后诉讼的诉讼标的,适用诉讼法理就关系人之间的实体问题进行审理裁判。经审理,在对前提问题权利义务关系进行确认的基础上,实现担保物权条件未成就的,判决支持异议人诉讼请求并驳回申请人的申请;实现担保物权条件成就的,判决驳回异议人诉讼请求并准予执行被申请人的担保财产。

在被申请人或债务人等关系人认为实现担保物权条件未成就时,由异议主体提起确认之诉,在最大限度尊重当事人处分权的同时,能够发挥抑制异议主体滥行提出异议的价值功能。由异议主体作为非讼程序向诉讼程序转换的程序启动者提起确认之诉:一是让实现担保物权非讼程序实现其制度初衷,在没有实质性争议的情况下利于申请人简易、迅速和经济地取得执行文书;二是克服形式审查论在审查实质争议上的适用困境,减轻法院的审查负担,法院只需要就异议人的程序性异议事项进行审查,而涉实体性异议则告知异议人以提起确认之诉的形式进行异议;三是通过提起诉讼这一程序启动责任的转嫁,在诉讼费用预缴制和诉讼费用败诉者负担机制作用下,也能够通过经济手段来引导异议主体回归理性异议,减少异议主体提出无实益异议和滥用异议权。

六、结语

传统当事人主义民事诉讼模式与职权探知主义非讼模式因诉讼事件非讼化的出现,在适用法理和程序处理层面都受到严重挑战,为因应诉讼事件非讼化下真正讼争事件的特性及需求,弹性、快速、经济且能够赋予既判力的程序设计成为大陆法系各个国家和地区民事程序改革的目标。我国实现担保物权案件非讼化,表面上是程序法回应实体法内在要求的体现,实质上则是时代背景下当事人主义诉讼模式纠纷解决功能降低与社会经济生活实际需求之间矛盾的必然结果。实现担保物权程序虽系参酌域外经验设立,但在指导理念上仍固守诉讼与非讼二元分离论及形式审查论,放弃一次程序中就实体权利义务关系问题的处理及既判力的赋予,徒增当事人讼累和浪费司法资源,亦容易在后续阶段衍生出多种诉源,有悖于实现担保物权诉讼事件非讼化的初衷。通过修正

(55) 姜世明:《非讼事件法新论》(第4版),新学林出版股份有限公司2021年版,第290页。

现有的非讼程序模式，在实现担保物权程序中探索诉讼法理与非讼法理交错适用，实现非讼程序与诉讼程序的合理转换，能够有效提升非讼程序的纠纷解决能力。在诉讼事件非讼化趋势下，作为我国民事诉讼中首个诉讼事件非讼化程序，在实现担保物权程序中诉讼法理与非讼法理交错适用的探索，也能为将来其他诉讼事件非讼化改造和家事事件程序的构建积累经验。

Continuation of the Procedure for Realizing Security Interest Under the Alternate Application of Litigation and Non-litigation Legal Principles

SU Zhiqiang

Abstract: The non-litigation treatment of the case of realizing security interest is the result of the non-litigation of the litigation event. The fundamental reason for the judicial review dilemma of the procedure for realizing security interest in China is that the substantive dispute is identified based on the formal review theory, the adherence to the theory of procedural binary separation of litigation and non-litigation makes related parties have to start another litigation procedure to realize the security interest when the litigious nature appears in non-litigation process. As a typical non-litigation event with litigation manifestation, the traditional binary separation theory should be broken down. Under the alternate application of litigation and non-litigation legal principles, when the litigation manifestation occurs, litigation legal principles should be applied to resolve disputes and implement enforcement documents through judgments, achieving one-time resolution of disputes and expansion of dispute resolution in the process. At the same time, it should be stipulated that the confirmation lawsuit filed by the objector who against the substantive objection, serve as the beginning of the procedural transformation, which can not only protect the parties' right to choose the procedure, but also prevent the objector from abusing rights and leading to the procedure virtualization.

Keywords: Procedure for Realizing Security Interest; Theory of Procedural Binary Separation; Theory of Formal Review; Alternate Application of Litigation and Non-litigation Legal Principles

（责任编辑：卢 佩 汪友年）