

论共有物分割请求权的性质及行使方式

刘 宇*

内容提要：《民法典》第 303 条承继《物权法》第 99 条的规定，赋予了按份共有人随时可以请求分割共有物的权利。就共有物分割请求权的性质而言，该权利名为请求权，实为形成权，其不受《民法典》时效制度的规制。共有人可依自己的私人意思自行行使共有物分割请求权，也可借由诉讼的方式行使。共有人通过诉讼方式行使共有物分割请求权时，不必事先经过前置的协商程序，得径行向法院提起分割之诉。在解释论上宜认定共有物分割之诉和共有物分割协议都是行使共有物分割请求权的方式，二者都应具有直接变动物权的效力。具有变动物权效力的分割协议实属共有物分割请求权为形成权的自然逻辑推论，其能更妥当地实现该权利存在的目的，落实自由分割之原则，同时并无妨害交易安全之虞。

关键词：共有物分割请求权 共有物分割协议 形成权 物权变动

一、问题的提出

关于共有物的分割，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 303 条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。”该条款完全承继自《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第 99 条，仅作了个别文字修改。^{〔1〕}其中，“按份共有人可以随时请求分割”一语显然是理论上所称共有物分割请求权的实证法表述。但《民法典》未在《物权法》的基础上进一步明确民

* 刘宇，中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

〔1〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社 2020 年版，第 583 页。

事主体应如何行使共有物分割请求权以及该权行使后的法律效果为何，仍采用了较为一般性的规定方式。因此，澄清、解释有关共有物分割请求权的基础性问题，特别是澄清该权利的性质、行使方式以及行使后的法律效果，对共有物分割问题的研究推进具有重要意义。^{〔2〕}有鉴于此，本文将以共有物分割请求权为中心，依次论证共有物分割请求权的性质、共有物分割请求权的行使方式，以及共有物分割请求权行使的法律效果。

二、共有物分割请求权的性质

（一）学说判例见解

1. 形成权说

关于共有物分割请求权的性质，形成权说流源已久，^{〔3〕}该说认为，基于分割自由原则，^{〔4〕}共有人可随时请求分割共有物。共有人请求分割后，将在共有人之间产生一种以一定方法分割共有物并最终消灭共有关系的法律效果，所以共有物分割请求权属于形成权。在共有关系存续期间内，各共有人可随时行使该权利，该权利不受诉讼时效的限制。^{〔5〕}王泽鉴认为该说为我国台湾地区的通说观点。^{〔6〕}

2. 请求权说

虽然形成权说相对主流，但学界亦有诸多请求权说的力倡者。如有文献指出，共有人行使分割请求权只是请求他人一起分割共有财产，该权利的行使并不能直接导致共有物的分割，终局的分割结果还需要通过与其他共有人协商，或以裁判来确定。所以该权利不具有形成权的一般属性，^{〔7〕}而应是请求权。^{〔8〕}还有文献指出，就共有关系消灭的结果而言，共有物分割（作价分割）与全部共有人将各自应有部分均转让给同一人相同。言下之意，既然二者利益格局是等同的，那么提出分割共有物之人获得比提出让与与份额之人更优越的形成权地位就缺乏合理性，所以该权应属请求权。^{〔9〕}除此以外，最高人民法院物权法研究小组认为，虽然分割请求权一般情况下符合形成权的特征，但

〔2〕 值得指出的是，本文的理论背景及论证方向更多聚焦在按份共有物分割的场合，共同共有并非本文的核心关切，而且作为术语的“共有物分割请求权”通常也仅指代“按份共有物分割请求权”。但从一般私法逻辑上看，共同共有是比按份共有更为紧密的共有关系，按份共有场合所具有的构成要件，共同共有与之相比只多不少。所以按份共有中融通的理论路径原则上可以无碍地推论至共同共有，除非存在针对共同共有的私法的特别规定，例如婚姻法中对夫妻共同财产的分割特别规则，使这一理论路径发生某种适用性偏离。是故，本文不再类型化地讨论共同共有分割与按份共有分割，如无特指本文所称“分割”“分割协议”皆是在按份共有的语境下使用。参见唐勇：《共同共有词义考》，载王洪亮、张谷等主编：《中德私法研究》（14），北京大学出版社2016年版，第34页。

〔3〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第166页；王泽鉴：《民法物权》（通则·所有权），中国政法大学出版社2001年版，第356页；梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社2004年版，第552页；杨立新：《共有权理论与适用》，法律出版社2007年版，第115页。

〔4〕 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第240页。

〔5〕 参见谢在全：《民法物权论》（上），中国政法大学出版社2011年版，第367-368页。

〔6〕 参见前引〔3〕，王泽鉴书，第356页。

〔7〕 即不具有依照权利人单方意思表示即可变动法律关系的效力。

〔8〕 参见王利明：《物权法》，中国人民大学出版社2015年版，第202页。

〔9〕 参见陈荣传：《共有物分割请求权是否为形成权》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题研究》，清华大学出版社2004年版，第189页。

如果存在不可分割的事先协议，同时，提出分割的共有人又没有举证证明存在重大理由，那么提出分割一方的请求无法获得支持，此时分割请求权就不符合形成权的特征，而应属请求权。^{〔10〕}

3. 实务观点

司法实践中对该权利存在截然不同的定性。以近年中级人民法院以上的裁判为例，一些法院在裁判文书中明确将该权利定性为请求权，如佛山市中级人民法院指出：“虽然涉案股权的分红款在陈洪波死亡后由冯蜜收取，但并不改变股权共有的性质，而共有物分割请求权属物权确认请求权范畴。”^{〔11〕}但亦有一些法院将该权利定性为形成权，如山东省高级人民法院认为：“分割涉案船舶的诉讼请求，系共有人合法行使分割共有物的权利，该项共有物分割请求权属形成权。”^{〔12〕}就此而言，前述最高人民法院物权法研究小组相对权威的观点弥合实践分歧的效果着实有限。裁判文书环节的说理不同于理论论证，有关共有物分割请求权的定性问题在裁判文书中往往并不会得到特别关注，反而基本都是作为直接援引的大前提而存在。该权利的性质对于裁判者而言似乎是不证自明的，但不同裁判者看待该权利的性质实际又“各行其是”，于是，共有物分割案件的裁判结果难以统一。

（二）本文见解

本文认为，应当将共有物分割请求权界定为形成权。请求权说主张者所指出的形成权说的瑕疵和不足并不真实，其自我论证也未必牢靠，主要理由在于如下几点。

1. 共有物分割之诉作为形成诉难以与请求权说相兼容

关于共有物分割之诉的性质，鲜有争议。我国台湾地区理论与实务早就肯认，共有人之间的法律关系，因法院的分割之诉判决而发生了变动，该判决为典型的形成权判决。^{〔13〕}我国民法学界对共有物分割之诉的形成性也未提出疑义。^{〔14〕}即使单纯从民事诉讼法的理论分析看，既然形成之诉是指“原告要求法院变动或消灭一定法律状态（权利义务关系）的请求”^{〔15〕}，那以终结共有关系为目的而开展的分割之诉自然具有无可非议的形成诉性质。^{〔16〕}事实上，包括支持请求权说的王利明教授亦明确表示：“法院就分割所作出的裁判生效以后，将导致物权的变动。”^{〔17〕}

因此，如果单纯从共有物分割之诉的性质反推共有物分割请求权的性质，那毫无疑问，该权利应为形成权才足够妥当。我们难以想象以一项请求权为基础提出的诉讼请求，最终会产生形成判决的效果。

〔10〕 参见最高人民法院物权法研究小组主编：《〈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307页。

〔11〕 参见陈某1与陈某2等继承纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2017）粤06民终9980号民事判决书；同样的观点可见陈某甲与陈军林、兰树容等共有纠纷案，浙江省丽水市中级人民法院（2016）浙11民终493号民事裁定书。

〔12〕 参见杨生雷、朱列证与刘学波船舶权属纠纷案，山东省高级人民法院（2017）鲁民终1610号民事判决书；同样的观点可见朵某与刘某、朵永艾等共有物分割纠纷案，云南省昆明市中级人民法院（2015）昆民一终字第700号民事判决书。

〔13〕 参见杨建华原著，陈心弘增订：《问题研析民事诉讼法》，三民书局有限公司2010年版，第1230页。

〔14〕 关于共有物分割之诉的性质，在我国法学界以形成之诉的见解为压倒性多数说。参见房绍坤：《论共有物分割判决的形成效力》，载《法学》2016年第11期；杨旭：《论共有物分割请求权的限制》，载《政治与法律》2017年第4期；李辉：《我国共有物分割之诉性质研究》，载《当代法学》2018年第2期。

〔15〕 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2004年版，第38页。

〔16〕 实证法规定可见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第7条。

〔17〕 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2013年版，第747页。

当然有论者指出，我们只能基于当事人是在诉讼过程中行使成文法上的形成权，如撤销权、离婚请求权等，推论出该诉讼为形成诉，但相反的推论是不可行的。原因在于，法院所作形成权判决，“除了为原告实现其成文法的形成权效果外，也有依照司法机关本身应有的职权，对当事人之间的私法关系进行必要调整，而事实上此时原告并不存在成文法上形成权的情形”〔18〕。例如，宣告死亡判决和除权判决，似乎我们就难以找到实体上的形成权。然而笔者认为，论者依此例反对分割权的形成权说应有误会。其一，死亡宣告判决、除权判决虽然从结果上观察确实塑造了不同于判决之前的私法关系，但这并非是该判决固有的效力，相反其仅是基于该判决所确认的事实在私法上产生的反射效果。〔19〕其二，论者所举事例，都属并无特定实体法权利而提出的诉讼。私法主体并不存在一个死亡宣告权，也不存在一个除权判决权，而共有物分割场合却有一个实体上的共有物分割请求权。也就是说，即使我们承认论者的观点正确，那么依诉行使共有物分割请求权的情形应属于论者观点前半段所指称的“为原告实现其成文法的形成权效果”，而不是后半段所指称的“依照司法机关本身应有的职权……事实上此时原告并不存在成文法上形成权的情形”。论者以此反驳形成权一说，显属无效。

2. 分割的非即时性不能否认分割权的形成性

分割请求权行使后并不能立即消灭共有关系，似乎与形成权的特性有所龃龉。但本文以为，仅凭这一理由难以证成该权非形成权。

首先，我国《民法典》合同编中的减价权对此命题具有典型的说明意义。在债务人一方瑕疵履行的场合，债权人依《民法典》第582条规定，自可按其独立的意思表示要求债务人减价。但具体减价的方式、金额则有赖于合同双方协商，若双方达不成合致减价意思，则债务人应类推适用《民法典》第565条第1款后半段，“对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认减价的效力”〔20〕。也即协商不成减价金额之时，双方亦可通过诉请裁判减价的方式确定最终减价方案。然而不论是比较法上，还是国内学界，对减价权的形成权属性并没有太多疑问。〔21〕但不难发现，减价权行使后的效果却同分割请求权如出一辙。两项权利最初都是使基础关系之内的相对人负担一定的商讨义务。减价权商讨义务的内容是如何减价，分割请求权商讨义务的内容是如何分割。当商讨无法促成解决方案时，不论是减价权还是分割权，都还可以借由司法裁判最后化解困境。更为重要的是，减价权与分割请求权在法理基础上有极大的相似性。减价权的理念旨趣是按质论价，维持合同的均衡，其不具有损害赔偿的意义；〔22〕共有物分割请求权关注的则是合理地分割共有财产，同样不具有救济的意味。二者的目的都在于“公平”，而不是矫正。就此而言，减价权与分割权的技术处理和法理支撑都没有任何区别，所以找不出区别定性的道理。

其次，即使是在通常形成权行使的场合，终局的法效果也并非当然就可立即达成。以解除

〔18〕 前引〔9〕，陈荣传文，第188页。

〔19〕 也正因如此，死亡宣告判决、除权判决在我国民事诉讼法上分属特别程序与公示催告程序，而非一般的审判程序。

〔20〕 韩世远：《减价责任的逻辑构成》，载《清华法学》2008年第1期，第21页。

〔21〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第682页；武腾：《减价实现方式的重思与重构》，载《北方法学》2014年第3期。

〔22〕 参见前引〔20〕，韩世远文。

权为例，买卖合同一方当事人行使权利后，合同自然解除。但之后的清算关系中仍有许多未决问题。^{〔23〕}如原物返还时他方占有使用原物的费用如何支付，原物无法返还时的作价赔偿的数额等等事项，尚需合同当事人协商解决，协商不成亦需裁判确定。^{〔24〕}虽然逻辑上，自合同解除之时，当事人之间的利益状态、法律关系立即从合同履行状态转入特定的合同解除结果，然而合同解除权行使后不会立刻导致合同双方权利义务关系的终止，我们亦不会否认解除权的形成性。

最后，与其认为请求权说的论者否定了分割权的形成性，莫若说他们提醒我们关注，该如何配置分割请求权、减价权的法效果以使得该类权利能够符合形成权当有之义。具体来讲，就是我们应该如何看待在司法裁判之前已有的商讨结果，如减价协议、共有物分割协议，赋予它们怎样的效力，才能实现法体系的周延。后文将对此详论。

3. 共有物分割请求权与共有人的优先购买权属对等的形成性权利配置

有论者指出，出让应有份额和共有物分割都属于退出共有的方式，况且作价形式的分割与共有人将应有份额转让给同一人在利益格局上并无二致，然而出让应有份额时，交易模式是以要约承诺的传统形式展开的，出让人并不存在一项形成性的权利，于是，此时我们赋予要求分割之人一项形成性的权利是对分割人的变相优待，欠缺实质上的合理性。^{〔25〕}

本文认为，上述见解并未完全把握共有人出让应有份额时完整的利益图景，也忽略了出让应有份额的复杂性。一方面，虽然共有人将各自应有部分均出让于同一人，利益格局确实与共有物分割并无二致，但出让应有部分的常态模式并非如此。之所以私法在分割共有物的场合中会赋予提出分割之人一项共有物分割请求权，是因为站在社会总体利益来考量，简化共有关系避免利用共有物时徒增的内部洽谈成本更能增加社会总体福祉。^{〔26〕}而出让共有份额并不当然是在简化共有关系，甚至由于新加入共有关系的共有人与原共有人之间缺乏信赖而使共有关系进一步复杂化。另一方面，出让共有份额时，出让人之外的其他共有人享有的优先购买权完全可以看作是与分割请求权对等的权利配置，即二者都是为了简化共有关系，而赋予共有关系中特定人的优越地位。出让的份额被原共有人购得一定程度上简化了共有关系，^{〔27〕}符合私法立法者的利益取向，所以为了激励人们如此行事，立法者为原共有人配置了具有形成效力的优先购买权。又因为利用优先购买权使共有份额聚合不是彻底解决共有关系的方式，其强度和便捷性远不如分割，数次份额让与交易同样会耗费不少交易成本，所以优先购买权强度不如共有物分割请求权就理所应当。只不过由于在出让份额时，简化关系的方向是其余共有人购得份额，所以优先购买权配置给了其余共有人；而分割时，提出分割者本身就在促使关系的简化，所以自然权利主体为分割者本人。其间自无什么不当的利益优待，反而相得益彰，彼此互证合理性。

4. 不存在形成权无法涵盖的特殊情形

最高人民法院物权法研究小组认为，虽然分割请求权一般情况下符合形成权的特征，但如果存在不可分割的事先协议，同时提出分割的共有人又没有举证证明存在重大理由，那么提出分割一方

〔23〕 参见朱虎：《解除权的行使和行使效果》，载《比较法研究》2020年第5期。

〔24〕 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

〔25〕 参见前引〔9〕，陈荣传文，第189页。

〔26〕 参见张永健：《物权之经济分析：所有权》，北京大学出版社2019年版，第282页。

〔27〕 参见戴孟勇：《论按份共有人优先购买权的行使规则》，载《法学杂志》2020年第9期。

的请求无法获得支持，此时分割请求权就不符合形成权的特征。故该权利定性为请求权更为恰当。^{〔28〕}

管见以为，物权法研究小组此处应有误会，其所谓例外情形不过是行使权利的前提条件而已。任何权利的成就都需要满足特定的构成要件，共有物分割请求权自不例外。虽然通常情况下，共有人可随时请求分割，但倘若共有人之间对分割事由有其他预先的安排，在私法自治的语境下，只要该安排不与禁止性规范相冲突，自然能够在共有人之间产生约束力。^{〔29〕}换言之，于此情形，实际上是共有人之间对共有物分割请求权的行使作出了特定的私人限制。而在这种特定限制情形下，为了促进共有物的分割，立法者又另行重新调整了共有物分割请求权适用的前提条件，其本身无涉权利性质的问题。

5. 小结

综合以上几点，本文认为，虽然请求权说的反对意见指出了形成权说论者未及阐述清晰的问题，但这些问题能够被融通地回答，并无不可挽救的矛盾存在。同时形成权说包含着强有力的自证性——只有形成性的共有物分割请求权才可逻辑无碍地引发形成性的共有物分割判决。所以本文认为，将共有物分割请求权认定为形成权可采，但本文文中仍将称该权利为共有物分割请求权，毕竟长期以来约定俗成的术语指称值得尊重。

三、共有物分割请求权的行使方法

（一）分割请求权是否需要依诉行使

分割请求权为形成权并不意味着私人可以通过自己的意思表示运用这一私法上的“权力”。倘若分割请求权属于理论上所称之“形成诉权”，^{〔30〕}则私人只能在诉讼中依诉行使该权利。因此，该权是否为形成诉权事关分割请求权的行使，值得预先考察。

形成权理论扩展了民法权利技术的维度，曾被喻为法学上重要的发现。^{〔31〕}据文献考证，形成权的拟创者泽克尔在论述形成权行使方式时提出，通过形成之诉行使形成权的法律结构称为双重事实结构。^{〔32〕}所谓双重事实结构是指法律行为与国家行为的结合。这种双重事实结构存在是因为对某些涉及重大公共利益的法律关系的塑造，私人的法律行为尚不可自给自足。于是基于法政策考量，立法者认为在某些特定的形成权场合，必须在法律行为之外另行耦合上一个具体的国家行为，即生效的形成判决，这类形成权（形成诉权）才可最终发挥其塑造私法关系的效力。

从形成诉权的双重事实结构不难看出，形成诉权的存在暗示的是立法者某种必要的管制思维。^{〔33〕}苛加于私人行为之上的形成诉讼的负担，实际上是在限制私法意思的权能范围。其通过对形成权行使方式的限制，达致限制私人意思表示，进而实现为私法自治划出边界的目的。借此而言，依照私法自治的一般原理，对私法自治的限制应当有明文规定，否则应按法无禁止即可为

〔28〕 参见前引〔10〕，最高人民法院物权法研究小组主编书，第307页。

〔29〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第118页。

〔30〕 参见前引〔29〕，朱庆育书，第505页。

〔31〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第4册），北京大学出版社2009年版，第8页。

〔32〕 参见申海恩：《私法中的权力：形成权理论之新开展》，北京大学出版社2011年版，第202页。

〔33〕 参见胡晓、王雪羽：《私法形成权之涉诉形态研究》，载《南京社会科学》2020年第3期。

的逻辑展开。^[34]典型的形成诉权，如债权人的撤销权，其成文规定于《民法典》第539条：“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”再如，情势变更中的合同解除权，其成文规定于《民法典》第533条：“在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”二者的实证法条文中都使用了“请求人民法院”的表述，以明确权利需依诉行使。而共有物分割请求权所寄生的《民法典》第303条，相比较于以上二者，却没有表达任何该权利需要依诉行使的要求，条文中“请求分割”的用语中间也没有插入人民法院一词，所以难以认为该条文如以上二者一样，明确地划出了不得单独私人行为的界限。^[35]因此，该权为形成诉权的看法欠缺成文法的实证支撑。事实上，形成诉权作为私法权利行使的特别制度安排，^[36]如果没有具体法律规定的要求，我们是不可能理论上杜撰出一项形成诉权的。

另外，运用司法裁判的方式分割共有物，介入了司法官个人的意志。而这种意志介入后，不可避免会使共有物分割中的某个共有人陷入他治的状态。虽然本文大体上承认，此种他治状态是我们化解共有物分割纠纷必须要付出的成本，^[37]但作为以私法自治为基本价值取向的物权法领域，任何有违基本价值理念的路径都只应该看作是束手无策后的兜底性选择，而不应该将其作为常态化的制度正义原型。^[38]因此在没有法律明确规定，也极度欠缺理论关联的情况下，本文认为，无法将共有物分割请求权认定为形成诉权，该权应属一般形成权，私人可依自己的意思表示行使，不必通过诉讼方式。

（二）先行协商是否是通过诉讼行使该权利的前置条件

《民法典》第304条第1款规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”前述已论及，分割请求权无需依诉行使，所以在《民法典》303条的规定中没有插入“人民法院”一词，然而令人困惑的是，规定分割方法的《民法典》第304条同样没有出现“人民法院”一词。不过按照体系解释，虽《民法典》第304条未规定在达不成协议时应由何人来主持分割，但能够在共有人达不成协议时运用“应当”强制力化解纠纷的唯人民法院或仲裁机构而已，共有人本身显然难以成为《民法典》第304条中“应当”之主语。因此，《民法典》第304条应解释为：“当无法达成协议时，共有人可提请法院裁判分割。”^[39]而裁判分割同时又需要遵循本条关于实物分割、变价分割或折价赔偿的方法。

但共有人提请法院裁判分割之前是否需要先履行协商程序，而不可径直向法院提起分割之诉，《民法典》第303条、第304条未具明文。依学界通说见解，分割之诉需以共有人不能协议为要件，未经协议，不得径行起诉。^[40]《民法典》第304条“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议……”的表述，从文义解释上而言可能也更靠近先协商后起诉的模式。不过正如学者指

[34] 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，载《中国社会科学》2014年第4期。

[35] 换言之，此处认为分割请求权为形成诉权的看法已经超出条文本身“可能的文义”之范畴，于是其并非是一种法教义学观点。参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第26-32页。

[36] 参见前引〔33〕，胡晓、王雪羽文。

[37] 参见前引〔29〕，朱庆育书，第319页。

[38] 参见易军：《私人自治与私法品性》，载《法学研究》2012年第3期。

[39] 前引〔1〕，黄薇主编书，第589页。

[40] 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第244页。

出的：若共有人未经协议而径行提起分割之诉，但作为被告的其他共有人对是否分割或分割方法有争议的，法院似乎也不能因提起诉讼的共有人未经协商而驳回其起诉。^{〔41〕} 进一步而言，共有人起诉前虽没有协议分割，但起诉后，法院查明共有人之间的确存在不能协议分割的事实，法院此时应认定共有人的径行起诉具有诉讼利益，起诉应属合法起诉，是否事先经过分割协议并不重要。^{〔42〕} 除此以外，我国司法实践中多有先行调解程序、庭前调解程序，^{〔43〕} 而这类多元的调解机制往往先于法院的实体诉讼过程。甚至进入了实体诉讼过程中，也不妨碍当事人在法院的主持之下达成调解协议。^{〔44〕} 易言之，共有人之间的“协议”程序，完全可以也能够在司法程序启动后再展开。所以本文认为，不必拘泥于传统学说中要提起分割之诉，需有协议在前的看法，共有人可不经协商直接向法院提起分割之诉，以最大程度保证分割之自由，减少不必要的限制。

四、共有物分割请求权的行使效力——以分割协议为中心展开

共有物分割请求权既可由共有人自行行使，也可借由诉讼的方式行使。通过诉讼方式行使分割请求权时，该诉具有直接变动物权的效力，乃属学界和实务的一致观点。但倘若在分割之诉之前，诸共有人就达成了共有物分割协议，这一协议的性质和效力为何，仍值得探讨。以传统解释来看，在物债二分框架下，^{〔45〕} 由于共有物分割协议未经公示程序支撑，^{〔46〕} 基于交易安全的考虑，将其认定为债权协议似无不当。虽然不少学者认同共有物分割请求权是形成权，但他们却不认可共有物分割协议能够直接变动物权，恐怕很大一部分原因就是出于这一考虑。^{〔47〕}

对于分割协议亦存另一种解释的可能，即共有物分割协议是行使共有物分割请求权的方式，所以依据该权利的形成性，分割协议就应能直接改变既有的法律关系，变动物权。“解释具有商谈的特点。在这过程中即使方法上无可争议的努力也不能提供绝对正确的，在专业眼光看来毫无疑问的断言，而只是提出一些理由，并列出与之相对的另一一些理由，最后选择（其中相比较之下）较好的理由”。^{〔48〕} 本文以下即致力于此，意图说明为何相较于传统债权协议的解释，将分割协议解释为行使形成权的方式，从而具有变动物权的效力更妥当，更能在法体系上达致通融。

（一）分割协议具有物权效力不妨碍交易安全

交易安全在市场环境中殊为重要，^{〔49〕} 比起债权协议而言，认定分割协议属于行使形成权的

〔41〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第375页。

〔42〕 参见前引〔5〕，谢在全书，第376页。

〔43〕 参见卢腾达：《民事纠纷调解前置程序的法律规制研究——以上海法院诉调对接的“先行调解”模式为样板参考》，载《时代法学》2018年第2期。

〔44〕 参见徐炳焯、庄治国：《调解前置：多元化纠纷解决机制的优化路径选择》，载《延边大学学报（社会科学版）》2017年第5期。

〔45〕 参见李永军：《物权与债权的二元化对民法内在体系外在体系的影响》，载《法学研究》2008年第5期。

〔46〕 参见郭明瑞：《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》，载《清华法学》2017年第2期。

〔47〕 参见前引〔3〕，王泽鉴书，第363页；前引〔3〕，杨立新书，第118页；前引〔5〕，谢在全书，第371页。

〔48〕 〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第69页。

〔49〕 参见张明：《物权法安全价值解析》，载《法制与社会发展》2006年第6期。

方式，从而可以直接变动物权，是否更不利于交易安全，^{〔50〕} 值得进一步分析。以下分动产、不动产详论。

1. 动产

在分割之物是动产情形下，如果采债权协议说，签订分割协议后，共有人之间尚需依协议约定的方式转移物之占有，以完成公示程序，^{〔51〕} 物权才可变动。这与分割协议可直接变动物权似乎没有相同之处。但倘若进一步追问，债权协议说的语境中共有人之间如何完成占有的转移，如何完成公示程序，问题则没有那么清晰了。原因在于，共有物分割之前，各个共有人即使没有直接占有共有物，起码各个共有人对共有物也处于间接占有状态。^{〔52〕} 换言之，不论如何分割，最终获得共有物的共有人自始至终都持续占有着共有物，此时没有完成公示的空间，也没有完成公示的必要。虽然我们可以在规范层面，想象逻辑上的一秒钟，或者以简易交付的模型对共有物分割做同态处理，但终局结果都是债权协议生效之时，物权变动立即完成。^{〔53〕}

借此而言，在分割之物是动产的情形，即使我们恪守物债二分的逻辑，债权协议性质的分割协议亦具有即刻变动物权的效果。第三人在债权协议说的状态中，并没有得到更为优越的交易安全保护。二者唯一可能存在的差别是，协议无效后，恢复权利时不同的理论路径。按行使形成权之见，倘若协议无效，形成权行使的私人意思也无效，则塑造新的法律关系的力未能成就，原共有关系不变，在规范视域中，视为自始至终无物权变动发生；而依债权协议之见，是否采取物权行为论，又会产生不同的结论。若不采物权行为论，债权协议无效，物权变动自然无效，其等同于行使形成权一说。^{〔54〕} 若采物权行为论，则物权已经变动，债权协议无效只生不当得利返还的效果——只有此时，勉强能够认为交易安全得到了强化，然而这种强化与债权协议一说关联已不密切，因为强化的安全来自物权行为理论，而非合同相对性。^{〔55〕}

2. 不动产

不动产的物权变动端赖登记簿的变更登记，这与仅凭占有就可完成公示的动产截然不同。也正因如此，对不动产分割协议的讨论，应依登记状态的差别，分而述之。

在各个共有人都在权利登记簿上时，主张分割协议直接发生物权变动并不会损害任何第三人的信赖利益。因为在这种情形下，即使分割直接生效，发生物权变动，共有物归某共有人独有，权利登记簿上仍然处于原有登记状态。此时真实情形与登记情形不相符，如果该物要对外进行流转，反而由于不相符的登记状态，更为提醒第三人谨慎交易，不存在妨害第三人信赖的危险。另

〔50〕 关于交易安全在物权变动过程中所应赋予的权重问题可进一步参见张淦纶：《关于“交易安全理论”：批判、反思与扬弃》，载《法学评论》2014年第4期。

〔51〕 值得指出的是，学界已有观点认为动产的占有无法真正公示动产物权。参见纪海龙：《解构动产公示、公信原则》，载《中外法学》2014年第3期。

〔52〕 参见庄加园：《自主占有与简易交付》，载《法学》2020年第1期。

〔53〕 有文献进一步指出，只要受让人对交易物具有事实上支配力，即使其未达法律上之占有状态，亦可基于简易交付而取得交易物之所有权。参见前引〔52〕，庄加园文。

〔54〕 参见茅少伟：《民法典编纂视野下物权变动的解释论》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2020年第2期。

〔55〕 参见朱庆育：《物权行为的规范结构与我国之所有权变动》，载《法学家》2013年第6期。

外，该共有物因直接分割而归特定人所有后，仍可类推适用《民法典》第232条的规定，^[56]即该单独所有人在处分该物时，应该依照法律规定预先完成权利登记，如果没有登记，则对外交易不生物权效力。^[57]是故，在这种情况下，分割协议直接发生物权效力的终局结果其实与债权协议没有区别。债权协议一说并没有因为阻断物权变动的效果而当然强化了交易安全。

在原共有物权属登记簿上并没有完整登记所有共有人的情况下，问题反而更简单一些。此时，自始至终共有物的权属登记都处于登记错误的状态，^[58]即使分割协议立即产生变动物权的效果，也不会丝毫恶化此等利益状态。最坏的结果无非是真实的最终权属人仍然不同于登记权利人。对比债权协议说，其签订后不生物权变动效果，只是仍然持续处于原有的登记错误状态，但仅凭此难以认为债权协议一说就更有利于保护交易安全。因为我们不可能认为此种错误优于彼种错误，原来的错误优于现在的错误。^[59]

之所以无论不动产处于何种登记状态，分割协议直接变动物权都不会危害交易安全，是因为分割意在简化共有关系，是在由登记簿上的多人简化为单人，而简化法律关系总是有利于对外交往的。另外更为重要的是，不动产的物权变动登记簿具有无可替代的信赖保护作用。^[60]不动产共有物的分割，并不需要另外采取新的债权协议说来加强登记簿的保护能力。

综上两点，即使分割协议具有物权效力，亦不会妨害交易安全，以保护交易安全之名将分割协议限制解释为债权协议，难谓合理。

（二）分割协议具有物权效力是分割请求权之意义所在

任何一项权利必定给权利人许诺了特定的利益，提供了一种没有该权利就不存在的便宜选择，以彰显其“利”。^[61]否则，纸面上权利的宣言就是虚假的。这点对于我们解释一项权利的法律效果来说相当重要，毕竟“法律解释不仅仅意味着寻找字句背后的意义，而且还意味着：从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”^[62]。如果我们解释某项权利的法律效果的结论与这项权利不存在时竟然毫无差别，那么这样的结论就值得警惕。因为我们不可能预设立法者会在立法资源如此稀缺的情况下，还要在法律条文中安插废言妄语，也不可能怀疑立法者赋予权利人权利的诚实。换言之，此时的解释极有可能“解释”有误。^[63]

遗憾的是，债权协议一说就面临此等困境。我们大可先不考虑《民法典》第303条和《物权法》第99条的规定，时光穿越到前物权法时代。此时，共有人分割共有物尚不享有共有物分割请求权的优势。但只要我们还认可共有人分割共有物属于私法问题，那么共有人之间通过达成协议进而约定共有物的分割方式，就总是属于可行的分割选择。毕竟通过私人协议解决私法问题乃

[56] 《民法典》第232条规定：“处分依照本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”

[57] 此观点已有实践经验肯认。参见最高人民法院办公厅编：《被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案》，载《最高人民法院公报》2014年第12期。

[58] 参见程啸：《不动产登记簿的权利事项错误与不动产善意取得》，载《法学家》2017年第2期。

[59] 参见程啸：《不动产登记簿错误之类型与更正登记》，载《法律科学》2011年第4期。

[60] 参见前引[46]，郭明瑞文。

[61] 参见胡元聪：《我国法律激励的类型化分析》，载《法商研究》2013年第4期。

[62] 前引[48]，齐佩利乌斯书，第70页。

[63] 也即“法律上站不住脚的解解释”。参见前引[35]，恩斯特·A. 克莱默书，第303页。

私法自治的当然之理，〔64〕不会因为《民法典》第303条不存在，此种方式就陷于非法。于是，在《民法典》第303条存在之前，共有人同样可以达成一项债权协议来约定分割，进而通过法律行为变动物权的一般模式，完成物权变更，最终结束共有关系。借此而言，假如《民法典》第303条实证化共有物分割请求权后，分割协议仍然只是债权协议，前后之差别在何处就颇费思量。

当然论者还可驳斥说，《民法典》第303条的关注核心不是为私主体提供行为指引，而是单纯的裁判规范。〔65〕通过《民法典》第303条，法院获得了塑造私法关系的正当性，其可依照共有人随时提出的分割要求，随时裁判分割，这就是该权利的优势所在。但此种看法在本文看来难谓合理。其一，认为《民法典》第303条是裁判规范的意见完全属于共有物分割请求权乃形成诉权的同义替换。前文已经指出过这种观点的问题。〔66〕其二，在民事领域司法官负有不得拒绝裁判的义务。〔67〕所以，不论《民法典》第303条是否存在，共有人如果因为分割而产生纠纷，自然都可以诉请法院裁判解决。〔68〕恐怕没人会认为，如果没有《民法典》第303条，法院会对共有人提起的分割之诉不予受理。

本文一再主张，共有物分割请求权背后暗含的其实是立法者的效率意识，〔69〕立法者借由此项权利帮助共有人简化共有关系，减少分割中的交易成本，〔70〕引导共有关系转化为单独所有。而这一切设想的建构前提是，这项权利确实给了共有人独特的优势，让其有动力去分割，便宜地进行分割。如果分割协议仅仅是债权协议，依前文所述，显然这没有体现出任何不同于一般法律行为的便捷性、便宜性，法律效果上与该权利不存在之时并无二致。相反，若采纳分割协议是行使形成权的方式，具有直接变动物权的效力，则共有物分割请求权为共有人提供的行为激励就能清晰地凸显出现。分割协议不同于一般债权协议的效力，正是共有物分割请求权的形成性体现，也是该权利的意义所在。

（三）分割协议具有物权效力更契合私法体系

私法自治的重要性即“个人通过其意思表示形成私法关系的原则”的重要性，〔71〕已经在我国学界得到了相当程度的注意，此无需赘言。自己行为、自己责任贯穿了整个私法脉络，〔72〕应当是我们分析和论证私法问题的价值起点〔73〕。

在共有物分割的场合，共有人之间达成的分割协议虽然不可避免会有妥协因素，但没有疑问的是，分割协议是最能贯彻共有人之间意思自治的方式。载于分割协议之上的分割内容、分割方法都出自共有人的真实意思。倘若采债权协议说，当围绕该协议发生权属纠纷而诉至法院时，依诉讼属性的分类原理，该诉应属于给付之诉，其不会直接导致物权变动，消灭共有关系。〔74〕相

〔64〕 参见前引〔34〕，易军文。

〔65〕 关于私法中行为规范与裁判规范的讨论参见前引〔29〕，朱庆育书，第59-61页。

〔66〕 关于私法行为指引的讨论还可见前引〔38〕，易军文。

〔67〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020年自版发行，第5页。

〔68〕 参见庄绪龙：《“法无明文规定”的基本类型与裁判规则》，载《法制与社会发展》2018年第2期。

〔69〕 参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

〔70〕 参见熊秉元：《科斯定理与民法结构》，载《财经问题研究》2017年第6期。

〔71〕 参见前引〔38〕，易军文。

〔72〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第432-433页。

〔73〕 参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第27页。

〔74〕 参见毕潇潇：《实体法请求权视域下的给付之诉》，载《学习与探索》2020年第8期。

反,在债权协议说下,假如共有人之间没有形成分割协议,要求分割的共有人直接向法院提起分割之诉时,由于该诉的形成性,法院的判决却成为可以直接变动物权的法律文书,终结共有关系。^[75]问题即在此处。在存在当事人的自由意思,已有一份一致分割方案的情况下,诉讼的判决效果强度反而不如不存在自由意思的判决效果强度。也就是说,我们采取债权协议一说的逻辑后果是,在后续的司法裁判中赋予了公权力意志更大的效力权重,而不当地轻视了私人的意思自治,意思自治没有成为共有物分割问题的展开中枢。

另一方面,债权协议只为共有人创制了债权性质的请求权。如同所有债权一样,这种请求权不得不面临着诉讼时效的规制。^[76]以《民法典》的时效制度来看,由分割协议创制的请求权仅三年就陷于义务人的永久性抗辩之中。^[77]那此等因为债权引致的消极后果,不知应如何同分割请求权本身不受时效限制的特性相兼容。^[78]特别是学界通说观点又同时认为,共有物分割请求权于协议分割契约成立后“即已因行使而消灭”,故不得再请求以协议或裁判方式分割。^[79]这时,共有人既无法再通过行使分割请求权消灭共有关系,也无法诉请诉讼时效经过的分割协议要求履行,共有关系就此堂而皇之地陷入了僵局。借此而言,不难看出债权协议一说与法体系存在的诸多不和谐之处。

但若采分割协议具有物权效力说,则不存在上述解释上的困境。在物权效力说视野下,由于分割协议是私人行使形成权的方式,分割协议引发的物权归属诉讼,应归结为确认之诉,其区别于由债务履行纠纷引发的给付之诉。^[80]此时,一方面,债权协议说所面临的诉讼时效的难题将不再存在。因为自协议生效时物权就已经变动,分割协议引发的物权归属纠纷,只是要求法院确认这种已经变动的物权关系而已,其不受诉讼时效制度的规制。另一方面,不受时效限制的共有物分割协议,能同不受时效限制的共有物分割请求权较好契合,使共有人在任何时间维度上都能拆解共有关系,避免出现陷入僵局的共有,阻碍我们对物的有效利用。同时,由于确认之诉的定位还表达了司法权力对共有人意思自治的尊重,裁判分割与协议分割之间并无“赋值”不当的情形,在价值取向上相较于债权协议说显然也更稳妥。

当然,需要指出,若共有人未达成分割方案,而径直诉请法院裁判分割的分割之诉仍属形成之诉。因为这时共有人之间尚无分割的一致意见,无法将行使分割请求权的意思现实化,需要法院以裁判方式塑造私法关系。不过正如文献指出那样,这种形成诉是形式上的形成诉,^[81]其形成力中包含的不是终结共有的意思,而是具体分割方案的意思。^[82]

[75] 参见前引 [15], 张卫平书, 第 38 页。

[76] 参见杨巍:《〈民法典〉第 192、193 条(诉讼时效届满效力、职权禁用规则)评注》,载《法学家》2020 年第 6 期。

[77] 《民法典》第 188 条第 1 款规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”

[78] 参见前引 [4], 王泽鉴书, 第 241 页。

[79] 参见前引 [5], 谢在全书, 第 372 页。

[80] 参见曹志勋:《论我国法上确认之诉的认定》,载《法学》2018 年第 11 期。

[81] 参见前引 [5], 谢在全书, 第 377 页。

[82] 借此而言,大体上认为分割之诉是形成诉,但分割请求权非形成诉权是合适的。但鉴于此处所存的特殊情况,有学者提出,我们应在传统的形成权与形成诉权的分类之外,增列第三种类型的形成权。参见房绍坤:《导致物权变动之法院判决类型》,载《法学研究》2015 年第 1 期。

（四）具有物权效力的分割协议：一种理由更好的解释

综合以上几点论证，本文认为，共有物分割协议包含了权利人行使分割请求权的意思，其不是仅具有债权效力的债权协议。由于共有人通过分割协议行使了分割请求权，作为行使分割请求权的结果，分割协议就具有终结共有法律关系、变动物权的效力。分割协议的效力采取这种解释立场益处明显。

其一，这种立场可以明确私人是如何得以自行行使共有物分割请求权的，指明未在诉讼中行使该权利时该权利的形成性之所在，并对其配置妥当的行使效力结果，赋予分割协议变动物权的效力，将共有物分割请求权落到实处，使之具有实际意义。

其二，这种立场能更好地同法体系相契合，避免共有物分割的相关法律适用过程中出现解释上的困境，在解释论层面实现对“法的统一”的维护作用。^{〔83〕}

其三，分割协议具有物权效力也可同一些实践经验相吻合。^{〔84〕}在最高人民法院的公报案例“被告唐某乙与原告唐某法定继承纠纷案”中，分割协议的物权效力得到了主审法院的肯定。该案的主要事实是：甲与乙为夫妻，育有一子丙。甲2011年在出差期间意外死亡，未留下遗嘱，但甲和乙于2010年签订一份《分居协议书》，协议书载明：“双方感情业已破裂，但为了儿子丙的成长采取分居不离婚的形式；双方对共有财产进行分割，约定财富中心和慧谷根园的房子归乙拥有，乙可任意处置这些房产，甲不得阻挠和反对，并有义务协办相关事务。其余房产归甲所有，甲享有乙前述任意处置权。”现约定为乙所有的财富中心房产仍登记在去世的甲名下。本案的焦点在于，约定为乙所有的登记在甲名下的房产是否属于甲的遗产，也即甲乙二人所签订的分割协议是否导致物权变动，进而使得该房产不在遗产范围内。本案主审法院采纳分割协议可直接变动物权的观点，认为：“虽然财富中心房屋登记在甲名下，双方因房屋贷款之故没有办理产权过户登记手续，但物权法的不动产登记原则不应影响婚内财产、分割协议关于房屋权属约定的效力。且结合甲与乙已依据《分居协议书》各自占有、使用、管理相应房产之情形，应当将财富中心房屋认定为乙的个人财产，而非甲之遗产予以法定继承。”^{〔85〕}

最后，分割协议具有物权效力体现出了私法在共有物分割场合为共有人提供的促进其分割的激励。正因为分割协议不单单是普通债权协议，而能直接变动物权，所以共有人才享有了一般交易中普通私主体不曾享有的优越地位。这种简单便捷的分割方式，减少了一般物权变动过程中诸多繁琐的程序性工作。赋予了共有物分割请求权实际的实践意义，让其具有可得运用的生命力，而不是只存在于法律条文中的死胎。是故，倘若法律解释果真还意味着我们需要“从字句所涵盖的各种不同的意义当中选择出正确的和决定性的意义”^{〔86〕}，那相较于债权协议说，将分割协议解释为具有物权效力的协议显然更为“正确”，也有更多好的理由来支撑。^{〔87〕}

〔83〕 参见前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第61页。

〔84〕 除正文所引公报案例，最高人民法院亦认为以物抵债协议“属给付性协议，而非确认权属或者类似共有物分割的协议，不发生物权变动的效果”。对此的反向解释自然是分割协议具有物权变动的效力。参见上海必焯钢铁有限公司与江西萍钢实业股份有限公司等借款合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第308号民事裁定书。

〔85〕 前引〔57〕，最高人民法院办公厅编文。

〔86〕 前引〔48〕，齐佩利乌斯书，第70页。

〔87〕 参见前引〔35〕，恩斯特·A. 克莱默书，第300页。

五、结 语

《物权法》的出台一定程度上缓解了我国在共有物分割领域的立法空白，但其条文的概括性和抽象性导致理论与实践出现了不少的误解。新近出台的《民法典》承继了《物权法》的规定，并没有将《物权法》生效以来的理论研究和实践经验转化入新法典中，于是《物权法》时代的疑问和困惑在《民法典》中仍然存在。而之所以出现这些困惑，主要是因为我们在认识、分析共有物分割问题时，往往进行的是个别的观察、部分的判断，并没有以共有物分割请求权为中心，对共有物分割问题进行体系化的、全局性的思考。正如黄茂荣所言，为确保对法律问题的认识为真知，体系化是唯一可能的途径。^{〔88〕}是故以更“卷入”法体系的视角分析共有物分割问题就不难发现，共有物分割请求权与共有物分割之诉、共有物分割协议实际上是相互支撑、相互依存的关系，三者结合形成合力，共同发挥规范功能，从而得以实现“分割之自由”和“促进物之利用”的规范目的：共有物分割请求权只有在是形成权的情况下，才能在不受时效规制的同时为共有人提供最便宜的权利工具。而作为便宜的权利工具，那对该权利的行使方式的限制自然以最小为宜，所以共有人既可自行行使，又可凭诉行使，如何选择端赖共有人自身的理性。随之而来，若共有人选择自行行使，那包含着权利人行使形成权意思的共有物分割协议就应当具有塑造法律关系的效力，能够直接引发物权变动。以上命题实属彼此啮合、环环相扣的逻辑链条。通过这一逻辑链条所澄清的理论脉络将有助于我们把共有物分割作为一个法秩序的“局部整体”来思考，^{〔89〕}可能也将帮助我国推进在该问题上研究的纵深。

Abstract: As far as the nature of the claim for division of common property is concerned, it is called the right of claim, which is actually the right of formation. It is not regulated by the limitation system of Civil Code. The co-owner can exercise the claim right of the division of the common property according to his own private will, or by way of litigation. When the joint owner exercises the right to request for the division of the common property through litigation, he may file a lawsuit of division with the court without prior consultation procedure. In the interpretative theory, it should be recognized that both the litigation of division of common property and the agreement of division of common property are the ways to exercise the claim right of division of common property, and both of them should have the effect of directly changing the real right.

Key Words: the claim for division of common property, the common property division contract, the right of formation, the change of real right

(责任编辑: 王叶刚 赵建蕊)

〔88〕 参见前引〔67〕，黄茂荣书，第390页。

〔89〕 参见前引〔35〕，恩斯特·A. 克莱默书，第55页。