

限缩有理 滋蔓无据

——法释[2016]5号第7条的得与失

崔建远

(暨南大学 法学院, 广州 510632)

提 要: 《物权法》第28条的本意是给付性、确权性和形成性法律文书均自法律文书生效时,文书指向的不动产或动产发生物权变动。法释[2016]5号第7条对此予以限缩,将给付性法律文书、确权性法律文书排除于《物权法》第28条所言法律文书之列,符合《物权法》的整体计划和立法目的,符合解释论的规则和方法,值得肯定。法释[2016]5号第7条将调解书也纳入《物权法》第28条所言法律文书之列,欠缺法律及法理依据。

关键词: 物权法;法释[2016]5号;法律文书;调解书;物权变动

中图分类号: D923.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-3637(2017)01-0142-05

DOI:10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2017.01.024

一、开头语

“法律必须经由解释,始能适用。法律用语的意涵,须加阐明。不确定的法律概念或概括条款,须加具体化。法规的冲突,更须加以调和。”^[1]“解释法律,系法律学的开端,并为其基础,系一项科学性的工作,但又为一种艺术。”^[2]《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第28条的规定也得如此对待。最高人民法院身体力行,出台了《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称法释[2016]5号),将解释论运用于《物权法》第28条的解释之中,值得肯定;不过,也有需要检讨之处。本文专就法释[2016]5号第7条在解释《物权法》第28条时的得与失发表浅见,就教于大家。

二、限缩《物权法》第28条的适用范围有理

《物权法》第28条所言人民法院、仲裁委员会的法律文书,就其本意而言是泛指人民法院的给付判决及裁定、确权判决及裁定和形成判决及裁定,以及仲裁机构的给付判决、确权判决与形成判决,并未限于人民法院的形成判决及裁定和仲裁机构的形成判决。这不但是笔者一直参与《中华人民共和国物权法(草案)》研讨时的切身感受,而且可从全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编写的《中华人民共和国物权法释义》对《物权法》第28条所做的如下解释(以下简称“民法室解释”)得到佐证:这里的法律文书,是指依其宣告就足以发生物权变动的效果的判决书、裁定书、调解书

等。例如,离婚诉讼中确定当事人一方享有某项不动产的判决、分割不动产的判决、使原所有权人回复所有权的判决,属于《物权法》第28条所规定的设权判决、确权判决。此类设权或确权判决、裁定书、调解书本身,具有与登记、交付等公示方法相同的效力。因而依据此类判决、裁定书、调解书而进行的物权变动,无须再进行一般的物权公示而直接发生效力。鉴于上述类型的判决书、裁定书、调解书所针对的只是具体的当事人,而非一般人,其公示方法采取的是当庭宣判或送达当事人,以送达当事人为生效的条件,对当事人以外的第三人来说,公示力和公信力较弱,《物权法》特别规定,物权取得人处分不动产时,不经登记不发生物权效力,除非法律不要求登记(第31条)^[3]。

其中所谓设权判决,应属给付判决,最高人民法院民事审判第一庭于其解读法释[2016]5号的《物权法司法解释(一)理解与适用》(以下简称“民一庭解读”)称之为给付性裁判,并且连同仲裁机构的给付判决一并称作给付性法律文书,简称为给付性文书^{[4]212}。“民一庭解读”认为,给付裁判是法院在认定当事人享有请求权的基础上,判令对方当事人履行原已存在的义务。它未使既存的法律关系发生变化,具有执行力而无变更权利义务关系的形成力。给付裁判不能直接导致物权变动^{[4]213}。对此,笔者表示赞同。

“民法室解释”所说的确权判决,“民一庭解读”叫作确认性裁判,它不仅包括人民法院就确认之诉做出的裁判,还包括

人民法院驳回原告诉讼(包括给付之诉、形成之诉和确认之诉)的裁判。所谓确认之诉,是指原告请求法院确认其与被告存在或不存在某种法律关系的诉^{[4]213-214}。在确认之诉中,当事人只请求法院确认其与对方当事人之间是否存在某种民事法律关系,并不要求判令对方履行某一民事义务,当事人之间没有行使权利与履行义务之争,法院的裁判不存在执行问题^[5]。虽有意见认为确认性裁判直接引起物权变动,但最高人民法院于法释[2016]5号第7条没有采纳这种看法,而是赞同全国人大常委会法制工作委员会、国务院法制办公室、中南大学等单位的如下观点:确认物权的法律文书是对业已存在的物权进行确认,而不是导致物权设立、变更、转让或者消灭,不应纳入《物权法》第28条规定的法律文书范围^{[4]214注4}。赞同的理由是:确认之诉并不以权利的实现为目的,仅就某种权利或法律关系以及事实的存在与否予以宣告,根本不能导致任何权利的变动。而《物权法》第28条所指法律文书应具备变动权利的功能,因此,该条所指法律文书不包括确认性法律文书^{[4]214-215}。对此,笔者表示赞同。

鉴于人民法院涉及物权变动的法律文书有判决、裁定以及调解书,仲裁机构涉及物权变动的法律文书有裁决及调解书,这样全面列举较为啰嗦,“民一庭解读”采取给付性文书、确权性文书和形成性文书的称谓,本文原则上也如此措辞,除非这样表述在特定场合不合适。

不难发现,与《物权法》第28条及“民法室解释”有所不同的是,境外的有关立法例及其学说,将无须公示便依判决、裁定使其指向的标的物发生物权变动的法律文书,仅仅限于形成判决、形成裁决,如关于共有物分割的判决,至于下列各种判决、裁决、调解书则不包含在内:(1)命被告履行不动产登记的判决,性质上为给付判决,原告于取得该确定判决后,尚须持该判决书向不动产登记部门申请办理变更登记。登记完毕,原告才取得该项不动产的产权。(2)相邻不动产物权人之间对其界限发生争执,起诉到法院,请求确认不动产的界限或设置界标。主审法院据此所为的判决,不是创设物权的判决。(3)确认某建筑物为其所有或请求确定一定界限内的建设用地使用权归其享有的诉讼,属于确认不动产权属之诉,主审法院据此所为的判决为确认判决,并非无须公示便依判决、裁定使其指向的标的物发生物权变动的法律文书。(4)按照民事诉讼法或仲裁法就某不动产变动事项所作成的和解或调解,尚无与形成判决、裁决同一的形成力,需要当事人持和解书或调解书到登记部门办理变更登记,否则,不发生物权变动的效力^[6]。

面对这种背景,何去何从?这取决于法律人的法律理念。如果立法及解释法律之人看重交易的快捷,那么,给付性文书、确权性文书、形成性文书一经送达,就使法律文书指向的

标的物发生物权变动,就是合乎逻辑的。反之,如果立法及解释法律之人更加关注物权的本性,重视物权的公示性及其对第三人的影响,那么,就会尽量压缩不经公示就发生物权变动的领域和物权变动的法律文书的类型。可取的态度及方案是后者,理由如下:第一,物权具有排他性、对世效力,对第三人的利益影响很大,从保护交易安全入手,物权应当尽量公示,或者说物权以公示为原则,仅有极少数情况例外。从这个意义上说,对《物权法》第28条所言的法律文书应当进行限缩解释,把人民法院的给付判决、裁定及调解书排除在外,将仲裁机构的给付裁决及调解书排除在外,就是合理限缩解释的一种表现。第二,从比较法的层面看,《物权法》第28条的规定,系借鉴中国台湾“民法”第759条的结果,而中国台湾“民法”第759条所称的法院判决,不包括给付判决。与此类似的立法例还有,《瑞士民法典》第656条第2款第2项规定:取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情形下,得在登记前,取得所有权。但是,非在不动产登记簿上登记,不得处分土地。《韩国民法典》第187条规定:因继承、征用、判决、拍卖及其他法律规定取得不动产物权的,不需要登记。但是,不登记时不得进行处分。第三,人民法院的给付判决、裁定及调解书和仲裁机构的裁决及调解书所认定的给付基本上是基于法律行为而形成的,关于以物抵债判决所基于的以物抵债属于法律行为。而基于法律行为而引起的物权变动,需要公示。鉴于《物权法》第28条的规定不适用于基于法律行为而引起的物权变动,我们解释《物权法》第28条所言法律文书,应当认为它限于人民法院的形成判决、裁定和仲裁机构的裁决,不包括人民法院的给付判决、裁定及调解书和仲裁机构的给付裁决及调解书^{[7]66}。第四,确权性文书只是裁判机关对既有的物权关系进行权威性确定的判决、裁定、裁决,没有改变既有的物权关系,换言之,没有发生物权变动。既然没有发生物权变动,此类法律文书就不在《物权法》第28条所言法律文书之内。

法释[2016]5号采纳了这种见解,于第7条规定“人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书,以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书,应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。”“民一庭解读”称,能够直接导致物权变动的法律文书限于形成性文书,不包括给付性文书和确权性文书^{[4]212-218}。

最高人民法院通过法释[2016]5号第7条限缩《物权法》第28条的适用范围,是僭越立法权还是具有立法法及法理上的依据?回答应为这非僭越立法权,而是正当的法律解释,属于最高人民法院的权限范围。因为《物权法》贯彻物权公示原

则(第6、9、14、23条等)乃至公信原则(第16条),尽量缩小无须公示就发生物权变动的情形。这是整部《物权法》的立法计划和立法目的,并且应该覆盖《物权法》第28条。如此,依立法目的及规范意旨,《物权法》第28条的适用范围过宽,应予限缩,即其所谓法律文书不包含给付性文书、确权性文书,仅仅指形成性文书,如人民法院的形成判决、形成裁定和仲裁机构的形成裁决。

同时,还要注意,我们不可从一个极端走到另一个极端,《物权法》第28条关于因人民法院、仲裁委员会的法律文书导致物权设立、变更、转让或消灭的,自法律文书生效时发生效力的规定,只是为了在特殊情况下加速物权变动的进程,并不否定物权公示的大原则、大方向,并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此,《不动产登记暂行条例实施细则》规定:因人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利发生转移的,当事人可以向不动产登记机构申请转移登记(第27条第7项);人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利消灭的,当事人可以申请办理注销登记(第28条第1款第4项)。

三、法释[2016]5号第7条的实践价值

适用法律,处理案件,是遵循《物权法》第28条的本意及“民法室解释”的观点,还是根据法释[2016]5号第7条的规定及“民一庭解读”,在个案中的结果差异巨大,甚至天壤之别。对此,以一个以物抵债的案例加以展示。

甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的本息2000万元人民币,一直无力偿付。乙开发区银行发现甲房地产开发有限责任公司拥有一宗国有建设用地使用权,请求以该使用权抵偿本息债权。主审法院支持了乙开发区银行的该项诉讼请求,判决以该宗国有建设用地使用权抵偿2000万元人民币的本息,并送达给双方当事人。乙开发区银行急于持该判决书到不动产登记部门办理过户登记手续,直到行政机关执法检查时发现甲房地产开发有限责任公司在长达5年的时间内都未开发建设该宗建设用地,采取了收回的行政措施。

遵循《物权法》第28条的本意及“民法室解释”,该“以物抵债”的判决已经生效,其指向的国有建设用地使用权因而移转归乙开发区银行,尽管尚未办理过户登记手续。如此,行政机关收回该宗国有建设用地使用权,是收回乙开发区银行的财产,而非甲房地产开发有限责任公司的财产。从甲房地产开发有限责任公司与乙开发区银行之间的法律关系来说,甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的本息已因“以物抵债”而不复存在了。与此相反,按照法释[2016]5号第7条及“民一庭解读”来审视该案,会发现不同的结果:由于“以物抵债”判决不属于形成判决,而是给付判决,受此影响,判决指向的国有建设用地使用权因尚未办

理过户登记手续而没有移转至乙开发区银行,因而,在这种情况下行政主管机关收回该宗国有建设用地使用权,不是收回乙开发区银行的财产,而是收回甲房地产开发有限责任公司的财产。这样,甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的2000万元人民币的本息债务继续存在。

正因如此,法律人必须弄懂和把握《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条赋予它的意义。

四、法释[2016]5号第7条“滋蔓”无据

以上所论基本上属于肯定法释[2016]5号第7条的范畴,现在商榷它的某些方面。

法释[2016]5号第7条将“在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的……调解书”纳入《物权法》第28条所称法律文书之中,这是将法律文书“滋蔓”,依据不足。诚然,“民一庭解读”较为详细地反驳了调解书不能直接引起物权变动的否定说,为法释[2016]5号第7条辩护,并且区分给付性调解书、确权性调解书和形成性调解书,主张形成性调解书经过人民法院的最终认可,体现出国家公权力,具有引起物权变动的形成力,故应属于《物权法》第28条所言的法律文书。至于给付性调解书、确权性调解书因其不具有引起物权变动的形成力,故不属于《物权法》第28条所言的法律文书^{[4]218-226}。尽管如此辩解和阐释具有一定道理,但仍然存在如下值得商榷之点:

第一,法释[2016]5号第7条所言调解书并未将给付性调解书、确权性调解书排除在外,而是笼而统之地规定调解书直接引发(其指向的不动产或动产)的物权变动。所以,“民一庭解读”无法证成法释[2016]5号第7条关于(所有的)调解书直接引发(其指向的不动产或动产)的物权变动的规定是正确的。

第二,一般而言,诉讼两造于诉讼程序中和解,是成立了一个协议,或曰合同,在中国现行法上,该和解协议产生债权债务。既然产生债权债务,那么只有履行债务、实现债权时才会发生不动产或动产的物权变动,而不是德国民法上的物权行为,不是和解协议直接引发不动产或动产的物权变动。进而,这种产生债权债务的和解协议即使采取调解书的形式,得到了国家公权力的保障,但因其“基因”和“功效”的缘故,不会因披上了调解书的“外衣”,“罩上”了国家的公权力,或者说经过了诉讼程序,就“蜕变为”直接引发物权变动的物权行为;同样由于和解协议的“基因”和“功效”的缘故,调解书也不会质变为形成性文书。

第三,按照《物权法》的立法计划和法律体系,《物权法》第28条所规制的物权变动属于非基于法律行为所产生的物权变动,该条所列调解书径直引发物权变动应属非基于法律行为所产生的物权变动。可是,和解协议系法律行为,同样依《物

权法》的立法计划和法律体系,由其引发的物权变动应属基于法律行为的物权变动,应适用《物权法》第9条、第14条(不动产物权变动的场合)或第23条(动产物权变动的场合)等规定,以公示为生效要件。还是根据《物权法》的立法计划和法律体系,遵循物权应当尽可能地公示这个大原则、大方向、大理念,在由法律行为引发物权变动的领域,首先应适用《物权法》第9条、第14条、第16条等规定(不动产物权场合),或者首先适用《物权法》第23条等规定(动产物权场合),不宜适用本来用于调整非基于法律行为所产生的物权变动之一种类型的《物权法》第28条的规定。可是,按照“民法室解释”、法释[2016]5号第7条及“民一庭解读”,根植于和解协议这个法律行为所产生的物权变动却错位地适用《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条的规定,还“滋蔓”地由调解书制度管辖,按照非基于法律行为所产生的物权变动的规则发生法律效力。这是颠倒了实体法与程序法之间关系的理论,是偏离《物权法》关于物权应当尽可能地公示这个大原则、大方向、大理念的观点,是违反《物权法》体系、非逻辑的解释和解读。依此逻辑和操作,甲和乙签订A房买卖合同,双方发生争执,诉讼到法院,最终通过和解和制作调解书了事。于此场合,适用《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条的规定,《物权法》第9条、第14条、第16条等等统统派不上用场。以此类推,租赁合同纠纷、运输合同纠纷等等,只要最终通过和解和制作调解书的,就都适用《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条的规定,而非适用《物权法》第9条、第14条、第16条等等。这就变相地取消了基于法律行为而发生的物权变动制度及规则,实质性地废除了公示原则乃至公信原则,有害于交易安全。

第四,“民一庭解读”为了证成其观点,举例合同变更,当事人经法院调解达成合同变更的调解书,则该调解书因变更了合同关系而具有形成力^{[4]219}。这存在着缺陷,《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条都是调整(非基于法律行为所产生的)物权变动的,由此决定,此处所谓和解协议必须是引发物权变动的合同,否则,和解协议不属于此处所论的对象。可是,按照中国现行法的立法计划和立法目的,中国现行法上的合同没有物权合同,在物权法和债法领域运用的合同都是产生债权债务的合同(相当于德国法所说的债权行为),即使涉及物权变动的,也是通过履行合同项下的债务而达到目的。尽管有学说认为国有建设用地使用权出让合同、质押合同、抵押合同等合同为物权合同,但这是混淆了“约定”与“设定”物权的结果,更不要说这是采取德国民法区分债权行为与物权行为的分析结构,而无视中国现行法没有承认物权行为理论的现实了,这种观点不足取^{[8] [7]451}。在这种背景下,中国现行法上的此类合同变更,所能变更的法律关系也只能是变更债

权、债务或标的物,标的物的变更也是导致债权、债务的变更,不可能直接变更物权关系。因此,即使如“民一庭解读”所说“调解书因变更了合同关系而具有形成力”,也是变更了债权债务关系,而非变更了物权关系。就是说,在中国现行法上,不会有径直导致物权变动的调解书。此其一。

即使是当事人之间分割其共有物的合意,包括和解协议在内,在中国现行法上也不是径直引发所有权变化这种物权变动,而是此类和解协议等合意产生债权债务,即共有人负有分割共有物/共有权的债务,适当履行该债务导致物权变动。以此为内容的调解书怎么能直接引发共有权分解的物权变动呢?此其二。

诚然,关于共有人请求分割共有物的权利,即共有物分割请求权,有专家、学者采形成权说:共有物分割请求权是各共有人得随时以一方的意思表示,请求其他共有人终止共有关系,而不是请求其他共有人同为分割的权利。因为该项权利的行使足以使其他共有人负有与之协议分割的义务,在协议不成时,得诉请法院裁判共有物分割的方法^{[9] [10]546}。其实,由此并不能得出共有物分割请求权的行使就即刻发生物权变动的结论。原来,形成权的类型不同,其法律属性和法律效力不尽一致。与撤销权、解除权之类的形成权一经行使便确定地发生一定的法律效果(如同立即消灭)不同,共有物分割请求权的形成权性质和效力表现在:共有人(形成权人)行使共有物分割请求权时,其他共有人负有与之协议分割的义务,该义务属于债法上债务,而非物权法上的义务;其他共有人履行该债务表现为全体共有人之间成立协议分割共有物合同,该合同在德国、中国台湾的民法上属于债权行为;嗣后依该协议分割共有物合同履行,使共有人按约定取得一定的所有权,在德国、中国台湾的民法上,这个阶段涉及物权行为,发生物权变动的结果^{[10]551}。其演变路线图为:共有物分割请求权行使→成立协议分割共有物合同→履行债权行为项下的债务→出现使共有人按约定取得一定的所有权的物权合意(物权行为)→共有人按约定实际取得一定的共有物的所有权(物权变动结果)。这是共有物协议分割方法与共有物上的物权变动的情形,我们不难看出,共有物分割请求权行使距离物权变动相差几个因果链条,绝非共有人(形成权人)一经请求分割共有物,就确定地形成新的物权关系。中国现行法虽未采纳物权行为理论,但在共有物分割请求权行使与物权变动之间的因果链条方面,也大体如此。共有物协议分割方法采取调解书的形式,如同上文“第二”所分析的那样,不会改变基本的格局。接下来再看共有物裁判分割方法下的物权变动情形:全体共有人就共有物分割达不成协议,或于协议分割共有物合同成立后因时效完成经共有人拒绝履行的,任何一个共有人均可诉请法院,裁判分割共有物。在这种裁判分割的方法中,

诉讼结构为,同意共有物的共有人为原告,不同意的为被告,持其他态度的也列为被告,全体共有人均须参加。只要原告享有共有物分割请求权,且共有物无不得分割的限制的,主审法院即应予分割。判决的结果足以使各共有人之间的共有关系变成单独所有权关系或共有关系的其他变更,创设共有人之间的权利义务关系,判决为形成判决^{[10]555-558}。简言之,共有物分割采取裁判分割方法时,形成判决直接导致共有权的变动。但须注意,是形成判决直接引发物权变动,而非共有物分割请求权的行使直接引发物权变动。此其三。

即使按照德国民法及其理论,由物权行为引发物权变动,和解协议就是物权合同,也难谓和解协议及其调解书直接引发物权变动。因为按照物权行为系由物权意思表示加上公示构成的学说,仅有和解协议,尚无登记(不动产场合)或交付(动产场合)的,物权行为尚不存在,这显然无法引发物权变动。以这样的和解协议为内容做成的调解书怎么能直接引起物权变动呢?否则,巧妇难为无米之炊就不成立了!依据物权行为纯由物权意思表示构成的理论,仅有和解协议,尚无登记(不动产场合)或交付(动产场合)的,物权行为虽然存在,但仍无引发物权变动的法律效力。以这样的和解协议为内容做成的调解书照样无法直接引起物权变动。此其四。

第五,解除权、撤销权、选择权、追认权及有关形成权的行使,采取协商的形式,达成和解协议,最终采取调解书的形式,能否支持“民一庭解读”的观点呢?若非泛泛而论,而是紧扣《物权法》第28条及法释[2016]5号第7条的规范意旨和适用范围,那么,回答是否定的,因为在中国现行法上,行使解除权、撤销权、选择权、追认权及有关形成权,都不径直引发物权变动,而是先发生债法上的效果,有关债务的履行才可能引起

物权变动。针对它们做成的调解书,如同上文“第二”分析的那样,也难直接引发物权变动,除非论者不遵循逻辑而是随心所欲。

参考文献:

- [1]王泽鉴.民法思维[M].北京:北京大学出版社,2009:166.
- [2]Savigny, System des römischen Rechts, II, 1841. S. 206. 转引自王泽鉴.民法思维[M].北京:北京大学出版社,2009:166-167.
- [3]胡康生.中华人民共和国物权法释义[M].北京:法律出版社,2007:78-79.
- [4]最高人民法院民事审判第一庭.物权法司法解释(一):理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2016.
- [5]常怡.民事诉讼法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999:137.
- [6]谢在全.民法物权论:上册[M].台北:三民书局,2003:128-129.
- [7]崔建远.物权法[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2014.
- [8]崔建远.物权:规范与学说:上册[M].北京:清华大学出版社,2011:95-113.
- [9]王泽鉴.民法物权[M].北京:北京大学出版社,2009:242.
- [10]谢在全.民法物权论(上)[M].台北:新学林出版股份有限公司,2010.

基金项目:本文系国家哲学社会科学基金重点项目“法学方法论与中国民商法研究”(批准号:13AZD065)、清华大学自主科研计划课题“中国民法典编纂重大理论问题研究”(2015THZWJC01)的阶段性成果。

作者简介:崔建远(1956—),男,河北滦南人,暨南大学法学院周栢讲席教授、“长江学者”特聘教授、博士生导师,兼任中国民法学研究会副会长。

责任编辑:文德;校对:宁远