

中国房地产
法律实务研究论坛会刊

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

土地股份制改革专号

刘云生·主编

第12卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 12

建筑物区分所有权的构成研究

——兼及对《物权法》第70条的释明 陈华彬

宅基地退出与补偿机制 高圣平

对我国不动产登记立法的反思与展望

——写在《不动产登记暂行条例》公布之后 于海涌

对南京国民政府农村土地物权建设问题的历史反思 袁震

我国土地适度规模经营的形式选择及完善 邵祥毅

论不动产登记机构登记错误赔偿责任

——兼评《不动产登记暂行条例》相关规定 汪波平

预告登记的破产保护效力研究 王戈

建设工程挂靠施工合同研究 曾祥龙

建设用地使用权转让的理论与实务探讨

——结合上海市实践情况 陆国飞 李刚

租赁房屋灭失的违约责任承担与举证责任分配 陈云开

三权分离框架下农村土地经营权的法定性与功能定位 刘云生

借鉴与启示：论农地股份制的实现路径 徐文

户籍制度改革视角下农村土地产权法律规制研究 刘羽飞 谢浩强 陆冠南

集体经营性建设用地使用权流转法律问题研析 王焱燕

集体经营性建设用地出让主体模式探究

——以实证调研为基础 徐梦莹

独联体成员国所有权及其保护示范法 张建文 译

《路易斯安那民法典》之不动产产化与动产不动产化制度 李宁



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

中国房地产法律实务研究论坛会刊
土地股份制改革专号

刘云生·主编

第12卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 12



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第12卷 / 刘云生主编. —北京:
法律出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8892 - 1

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923. 24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 310034 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英 似 玉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/13 字数/292 千

版本/2015 年 12 月第 1 版

印次/2015 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8892 - 1

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

陈小君

中南财经政法大学副校长，
教授、博士研究生导师。

谨祝论坛——
穿西贯南，融
中汇外，
历经传统房地产制度之
保守，居现代房地产法
治之鳌头。

陈小君
06.6.15

龙宗智

著名法学家，原西南政法大学校长，
四川大学教授。

为创建有活力、有
秩序的中国房地产市场
而努力！
——贺中国房地产法律
实务论坛开办

龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师，
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒心，
民有恒产，则
有爱国爱家之
恒久之心。

孙宪忠
二〇〇六年六月二十一日

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士研究生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。

王卫国
2006年6月24日

论坛聚焦

- 3 建筑物区分所有权的构成研究
——兼及对《物权法》第 70 条的释明
陈华彬
- 21 宅基地退出与补偿机制
高圣平
- 34 对我国不动产登记立法的反思与展望
——写在《不动产登记暂行条例》公布之后
于海涌

理论探索

- 53 对南京国民政府农村土地物权建设问题的历史反思
袁 震
- 61 我国土地适度规模经营的形式选择及完善
邵桦毅
- 72 论不动产登记机构登记错误赔偿责任
——兼评《不动产登记暂行条例》相关规定
汪波平
- 83 预告登记的破产保护效力研究
王 龙

法律实务

- 93 建设工程挂靠施工合同研究
曾祥龙

101 建设用地使用权转让的理论与实务探讨

——结合上海市实践情况

陆国飞 李 刚

108 租赁房屋灭失的违约责任承担与举证责任分配

陈云开

土地股份制改革专题

117 三权分离框架下农村土地经营权的法权定性 with 功能定位

刘云生

131 借鉴与启示:论农地股份制的实现路径

徐 文

141 户籍制度改革视角下农村土地产权法律规制研究

刘羽飞 谢浩强 陆冠南

150 集体经营性建设用地使用权流转法律问题研析

王炫燕

162 集体经营性建设用地出让主体模式探究

——以实证调研为基础

徐梦堃

域外采风

175 独联体成员国所有权及其保护示范法

张建文 译

187 《路易斯安那民法典》之不动产动产化与动产不动产化制度

李 宁

编者手记



论坛聚焦

建筑物区分所有权的构成研究

——兼及对《物权法》第70条的释明

陈华彬*

建筑物区分所有权是民法上一项十分重要的制度。大陆法系的德国、法国、日本、瑞士、奥地利,英美法系的美国(五十个州)及我国香港地区等,均制定了成文的建筑物区分所有权法。其他未以单行法方式确立建筑物区分所有权制度的国家,则大多在自己的民法典中规定这一制度。^①各国家和地区纷纷规定建筑物区分所有权制度的原因,是在近现代社会里,高层钢筋建筑物激增、公寓大厦盛行。

我国2007年3月16日通过的《物权法》第六章正式规定了建筑物区分所有权,标志着我国民事立法正式承认了近现代民法上的这一重要制度,从而实现了与国际民事立法的接轨,因此无论如何估量其意义,俱不为过。《物权法》第六章共14个条文,自第70~83条。其中,第70条为一概括性条文,是以条文的形式规定建筑物区分所有权的法律构成,因而该条在全部14个条文中具有举足轻重的意义,是2007年10月1日以后在实施《物权法》的过程中对第71~83条进行解释的起点和依据。

在比较法与学说史上,关于建筑物区分所有权的含义或曰法律构成是什么,存在各种不同的认识。也就是说,自1804年《法国民法典》第664条之首开规定建筑物区分所有权制度的先河以来,关于建筑物区分所有权的构成,理论上存在各种不同的主张,各国依据不同的主张而在实定法上做出了不同的规定,由此形成了各种不同的立法例。我国《物权法》第70条关于建筑物区分所有权的构成,系采何种主张,立法上属于何种立法例,是否为先进的立法规定,以及是否与现代建筑物区分所有权制度的发展潮流相合,等等,均有必要加以解明及作出回答,以利于法院判案及人民之理解《物权法》上的这一重要制度。

一、建筑物区分所有权构成的诸学说分析

自1804年《法国民法典》颁行以来,关于何为建筑物区分所有权,或曰建筑物区分所有权

* 陈华彬,法学博士,中央财经大学法学院教授、博士研究生导师。

① 关于大陆法系和英美法系的各国家和地区制定建筑物区分所有权法抑或在民法典上规定这一制度的翔实情况,参见陈华彬著:《建筑物区分所有权》,中国法制出版社2011年版,第12~153页。

的构成是什么,学说与立法例上主要有“一元论说”(包括“专有权说”和“共有权说”)、“二元论说”、“新一元论说”及“三元论说”。

(一)一元论说

又称“一元主义”(monisme)或“一元论”(théorie unitaire, conception unitaire)。该说又可分为“专有权说”和“共有权说”两种主张。

1. 专有权说

该说最早为法国民法学者于解释《法国民法典》第664条关于楼层所有权的规定时所提出。^②认为建筑物区分所有权即指区分所有权人于区分所有建筑物的专有部分上享有的权利:专有所有权。因此,建筑物区分所有权是若干个单独的“个人所有权的堆积”。^③及至20世纪六七十年代,随着日本1962年建筑物区分所有权法的制定,该说进一步得到日本学者的阐发,著名学者我妻荣在其《物权法》(民法讲义Ⅱ)中说,建筑物区分所有权是在专有部分上成立的所有权,其性质与一般所有权并无本质差异,但其使用、收益、处分受他区分所有权的制约,且专有所有权与共用部分上成立的共有持分权紧密结为一体。^④学者玉田弘毅认为,“称区分所有权者,谓在建筑物专有部分上成立的所有权”。^⑤另在我国台湾地区,学者史尚宽、刘得宽等亦持同样见解。史尚宽认为,“数人区分一建筑物而各有其一部者,谓之区分所有。其区分之各部分,为独立的权利客体,于此部分成立单独的所有权”。^⑥刘得宽在其所著的《民法诸问题与新展望》一书中也指出,区分所有建筑物得区分为专有部分与共用部分,在专有部分上成立的所有权,即为区分所有权。^⑦

在实定法上,专有权说为立法所肯定,首先肇始于1804年《法国民法典》第664条“建筑物的各楼层属于不同的人”的规定。而该条是直接承袭法国1561年欧塞尔(Auxerre)地方所编纂的习惯法第116条而来。^⑧学者认为,《法国民法典》第664条这一规定,是《法国民法典》制定当时法国流行的思想极力倡导所有权的绝对性,强调对个人财产予以绝对保护的结果。^⑨

在《法国民法典》第664条肯定专有权说后,及至1962年日本制定建筑物区分所有权法时,专有权说又于实定法上获得承认。该法第2条规定:“本法所称区分所有权,系指以建筑物的专有部分为标的物而成立的所有权。”另外,在我国台湾地区,其“土地登记规则”第74条规定:“区分所有建筑物,区分所有权人得就其区分所有部分之权利,单独申请登记。”显然,此

② [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法理》,法律文化社1992年版,第261页。

③ 同上书,第262页。

④ [日]我妻荣著:《物权法》(民法讲义Ⅱ),岩波书店1963年版(旧版第19刷),第362~363页;岩波书店1983年版(有泉亨补订新版),第524页、526页。

⑤ [日]玉田弘毅著:《公寓的法律纷争》,有斐阁1984年版,第3页。

⑥ 史尚宽著:《物权法论》,荣泰印书馆1979年版,第109页。

⑦ 刘得宽著:《民法诸问题与新展望》,中亨有限公司1980年版,第27页。

⑧ [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法理》,法律文化社1992年版,第259页。

⑨ 同上书,第262页。

处所称“区分所有部分之权利”也同样系采专有权说。

2. 共有权说

该说最早为法国学者普鲁东(Proudhon)与拉贝(labbé)于解释《法国民法典》第664条的规定时,针对前述法国学者的专有权说而提出的对立主张。该说以集团性、共同性为立论基础,将区分所有建筑物整体视为全体区分所有权人之共有。究其实质,是将区分所有权作为一种共有所有权加以理解和把握。^⑩但是,该说未为法国大多数学者所接受,《法国民法典》第664条事实上也拒绝承认该说,而采专有权说。尽管如此,共有权说却并未因此而湮灭,其在日本得到了重要发展,受到一些学者的进一步阐发。

其一,加藤一郎指出,在分割区分所有建筑物而形成的专有部分上,只不过是承认区分所有权人的排他性使用权。虽然专有部分实际上和“专用部分”相同,准用所有权的有关支配权能的规定,但它与普通所有权并不相同,即它必须受“共同所有”的制约,从而建筑物区分所有权即为共同所有的一种特殊形态。^⑪

其二,星野英一认为,所谓区分所有,实际上是将区分所有权人个人享有的单独所有权予以集合,使之成为整体建筑物而由全体构成成员的组织享有,单个构成成员享有相应持分的权利。^⑫

其三,石田喜久夫认为,区分所有建筑物上的专有部分,归根结底只不过是建筑物之一区域。由于它受建筑物整体物理性上的制约,因而区分所有权的内容也不得不受其制约。而且,在大多数情形,由于住宅及生活场所也不得不服从于各种社会性制约,因而实质上,不论建筑物区分所有权的构成如何,也不论专有部分和共用部分的区别,乃应将建筑物区分所有权解为系由全体区分所有人共同所有。并且,着眼于社会性制约的考量,尚应将区分所有权理解为“合有”。^⑬

其四,稻本洋之助认为,原则上应确立区分所有建筑物整体为共同所有这个“一元论”认识。但作为私的集合关系的法处理技术,则应承认建筑物整体的共有持分与特定区分部分(专有部分)的专属使用权的二元结构,并且承认专属使用权与共有持分不可分的关系的物权性权利。^⑭

学术研究的状况与国家立法的进步是互为因果关系的。以上四位学者在将区分所有建筑物整体作为共同所有的基本构思下阐发的见解,成为日本1983年修改1962年旧《建筑物区分所有权法》的最初动力,并进而成为此次修改的指导思想。修改以后的《建筑物区分所有权法》,由1962年之强调专有部分并以其为立法基础,转而强调共同所有。此时虽然从立法表象上仍采专有权说,但实质上已经改采共有权说。^⑮正如学者青山正明指出的那样:“现在

⑩ [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法理》,法律文化社1992年版,第263页。

⑪ [日]加藤一郎等著:《区分所有建筑物的管理与法律》,日本区分所有建筑物管理问题研究会编1981年版,第19页。

⑫ [日]星野英一等著:《区分所有建筑物的管理与立法的课题》(1~9),不动产研究会NBL1980年版,第38页。

⑬ [日]石田喜久夫:“建替”,载《法律时报》第55卷9号。

⑭ [日]稻本洋之助:“集合住宅的法理”,载《法律时报》第53卷11号。

⑮ [日]玉田弘毅:“区分所有权的法律构成”,载日本《法学家》(增刊)《民法的争点》(I)。

虽然作为基本的仍然是区分所有权人对专有部分享有所有权,但实质上应认为是由全体区分所有权人以共同方式所有一栋建筑物。”^{①⑥}这样一来,作为通说或支配说的专有权说的地位,将迟早会被共有权说取代。^{①⑦}

另外,建筑物区分所有权含义的“共有权说”,亦得到1963年2月19日瑞士修改其民法典而追加规定建筑物区分所有权时所认可。按照规定,区分所有建筑物上的共有财产的范围扩及于土地、住宅及附属空间,区分所有建筑物关系中仅有共有关系可言,因此民法所谓区分所有权,即指“分层建筑物所有权”(建筑物区分所有权)。^{①⑧}

(二)二元论说

该说最早为法国学者针对前述一元论说予以理论和实践的两方面的批判后所提出,受到台湾地区学者郑玉波、黄越钦及大陆学者陈甦等人的赞同。认为建筑物区分所有权是由区分所有建筑物专有部分所有权与共用部分持分权构成。郑玉波称:“区分所有,不论其区分为纵为横,其所有权之行使仅能及于区分所有之部分,而不能达于全部,此点与独有同而与共有异;但区分所有不无共用部分,例如楼梯、墙壁、隔壁、走廊、厕所等,在法律上辄推定其为共有,从而即为各区分所有权人权利义务之所及,此点与独有异与共有同。”^{①⑨}其中,所称“区分所有不无共用部分”,是认为区分所有权系由专有部分所有权与共用部分持分权所构成的权利。黄越钦认为,区分所有权为一种对住宅的管理权,其权利客体一方面是包括公寓中部分所有人为唯一有使用管理的权利的一部分(专有部分),另一方面则为全栋公寓中全体所有人均有使用管理权的部分(共用部分)。^{①⑩}陈甦认为,所谓建筑物区分所有权,是指根据使用功能,将一栋建筑物于构造上区分为由各个所有人独自使用的专有部分和由多个所有人共同使用的共用部分时,每一所有人享有的对其专有部分的专有权与对共用部分的共有权的结合。^{①⑪}

在法国,二元论说的兴起绝非偶然,而是有其深刻原因的。随着建筑技术日新月异的进步,建筑物上的各种设施得到完善,房屋的舒适程度骤然提高。这种居住状况变化的结果,使此前仅认区分所有权为若干单个所有权的简单堆积的观念与现实日益抵触。^{①⑫}例如,由于建筑物在规模上的扩大,以及因此而形成的复杂结构,导致整个建筑物的构造部分结为一体而不可分割;在建筑物的内部,有关纵横走向的供用水的水管、燃气管、电线等,以及敷设的中央暖房、电梯等各种设施也不可分离而成为一体。无疑,对这样的建筑物从机能上加以分割将变得十分困难。于是,区分所有权人相互间的相互依存,即成为十分重要的事情。并且,全体区分所有权人,无论直接或间接的俱受建筑物各种设施的恩惠。因此,各区分所有权人依其自身所受恩惠的程度而必须负担诸设备的设置与维持费用。此种现实,使有关建筑物与设备

^{①⑥} [日]青山正明著:《改正区分所有关系法的解说》,有斐阁1983年版,第12~13页。

^{①⑦} [日]玉田弘毅:“区分所有权的法律构成”,载日本《法学家》(增刊)《民法的争点》(1)。

^{①⑧} 黄越钦:“住宅分层所有权之比较法研究”,载郑玉波主编《民法物权论文选辑》(上),第439页。

^{①⑨} 郑玉波著:《民法物权》,台湾三民书局股份有限公司1980年版,第76页。

^{①⑩} 黄越钦:“住宅分层所有权之比较法研究”,载郑玉波主编《民法物权论文选辑》(上),第437页。

^{①⑪} 陈甦:“论建筑物区分所有权”,载《法学研究》1990年第5期。

^{①⑫} [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法律》,法律文化社1992年版,第265页。

的共同体观念获得强调。并且,由于此“共同持分”对一切区分所有权人均属有益,且须靠维持始可存在,于是开始将其作为集团所有权的对象物予以考虑。此即所谓共用部分。此共用部分归属于全体区分所有人的同时,也被认为是对作为一区分所有权人所有物的专有部分在观念上附加的形式。这样一来,建筑物区分所有权遂被解为在专有部分上的个人权利与在共用部分上的集团性权利的結合。二元论说由此诞生^{②3}。

在实定法上,二元论说被法国1938年《有关区分各阶层不动产之共有的法律》(以下简称1938年法律)和法国1965年制定的现行《住宅分层所有权法》所采纳。依1938年法律第5条的规定,建筑物区分所有权是成立于专有部分上的专有权与成立于共用部分上的共有权的結合。1965年现行法第2条、第3条也就区分所有权的专有部分和共用部分作了规定,从而确立了关于建筑物区分所有权含义的、与1938年法律同样的立场,即建筑物区分所有权为专有所有权与共用部分持分权的結合。

另外,我国台湾地区“民法”第799条规定:“数人区分一建筑物而各有其一部者,推定为各所有人共有,其修缮费及其他负担,由各所有人按其所有部分之价值分担之。”该条规定也采二元论说。《美国加利福尼亚州民法典》第783条规定,区分所有权是由包括在一个不动产整体中的共用部分的不可分所有权与在其他部分的独立所有权构成的不动产所有权。显然,此与台湾地区“民法”相同,对于区分所有权的构成系采二元论说。

(三)新一元论说(享益部分说)

该说最早为法国学者舍瓦利耶(Chevallier)针对法国1938年法律采行二元论说而提出的主张。^{②4}及至1965年法国修改1938年法律而制定现行区分所有权法时,该说开始受到重视。近年来,由于该说在理论上更加明晰化而获得学者阿祖莱(Azoulay)、蒂比耶日(Thibierge)、皮埃德列弗(Pièdelièvre)、吉沃尔(Givord)等人的积极支持与进一步发扬光大,成为一项新说。^{②5}该说抛弃二元论说关于专有部分和共用部分的区别,而径将此二者予以并合形成“享益部分”,以该“享益部分”为单位设定的权利即为区分所有权,^{②6}其性质上属于一种全新的物权。^{②7}

新一元论说的出台,肇端于对二元论说的批判。该说的主张者认为,作为二元论说的专有部分,其存在仅仅是“抽象空间”,而非物质性的对象物。^{②8}而对于共用部分,其批判道:如依二元论说,即将共用部分作为专有部分的从物予以把握,且肯定共用部分的永续性,则专有部分与共用部分的差异将因此而不存在。^{②9}这样一来,即与区分所有的实际状况相悖。基于此种判断,新一元论说即尝试以“单一权利”作为基础来构筑区分所有权。也就是认新一元论说

^{②3} [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法理》,法律文化社1992年版,第266页。

^{②4} 同上书,第266页。

^{②5} 同上书,第282页。

^{②6} 同上书,第282页、286页。

^{②7} 同上书,第257页。

^{②8} 同上书,第286页。

^{②9} 同上书,第283页。

为从各区分所有人所认许的“诸项权能”中派生出来的一项“唯一权利”(droit unique)。^⑨但是,关于此“唯一权利”的内容如何,学说上乃经历了两个阶段的见解。^⑩

按照学者吉沃尔之说,由于以区分所有的所有关系为基础的此项“唯一权利”,各区分所有权人不能予以排他性地行使,所以,它不能认为是区分所有者的个人所有权,而仅可认为是一种“共同所有权”(droit de copropriété)。但是,由于这种共同所有权具有不能分割的属性,因此它又不能不是一种特殊的共同所有权。此特殊性起因于区分一栋建筑物为共同使用而产生的“集团性利益”(intérêt collectif)。而且,由于此“集团性利益”与建筑物的共同管理营运紧密相连,结果导致区分所有者“个人权能”之受限制。换言之,由于“集团性利益”的观念,个人拥有的权利必须立足于集团的视点予以行使。因此,此一观念与传统的个人主义所有权观念也不吻合,而强烈地显示出多数人间的人际关系上的相互尊重的性质。从而,所谓区分所有权,即指“立足于对这种集团性利益予以调整之上的人际关系很浓的一种物权”。^⑪

尽管如此,新一元论说在如下方面仍面临着困惑:如何在法国法中找到该学说所称的这种“唯一权利”的根据,以及如何调整区分所有建筑物上的个人权利与集团利益之间的关系。^⑫

此一问题的提出进一步推动了新一元论说的发展,学说由此进入第二阶段。学者吉沃尔说,法国1965年《住宅分层所有权法》业已包含对区分所有权人的诸权能予以法的分析之可能的新观念。^⑬此项“新观念”即所谓“享益部分”(lot)。关于此“享益部分”,1965年《住宅分层所有权法》48个条文中即有15个条文予以接受并设立规定。这些规定为该《住宅分层所有权法》的适用奠定了基础,并成为区分所有人各种权利的基础。从而,区分所有人权利的法性质,也必须从此“享益部分”的观念出发予以决定。这样一来,所谓区分所有权人的权利,即完全成为区分所有权人于“享益部分”上享有的权利。^⑭于是,所谓“区分部分的区分所有人”之表述已不确切,而应改称为“享益部分的名义人”。^⑮

至此,关于区分所有权含义的新一元论说,经学者吉沃尔的极力阐发而得以完全形成。这就是建筑物区分所有权即指区分所有人就区分所有建筑物“享益部分”享有的权利,由被分割的建筑物专有部分上成立的排他性所有权与在共用部分上成立的受限制的(共有的)享有权构成。^⑯但同时此项权利是成立于享益部分上的单一权利。它虽由具有互不可分关系的专有部分和共用部分构成,但“享益部分”是其成立基础,从而它仅为一个权利。在享益部分上成立的这一权利,作为法国民法上的财产权,乃是一项全新的“新型物权”(droit reel de type nouveau)。^⑰

⑨ [日]小沼进一著:《建筑物区分所有之法理》,法律文化社1992年版,第283页。

⑩ 同上书,第286页。

⑪ 同上书,第286页。

⑫ 同上书,第286页。

⑬ 同上书,第284页。

⑭ 同上书,第284页。

⑮ 同上书,第284页。

⑯ 同上书,第284页。

⑰ 同上书,第284页。

(四) 三元论说

此说为德国美因兹(Mainz)大学著名教授贝尔曼(J. Bärmann)倡导,又称“最广义区分所有权说”。认为建筑物区分所有权系由区分所有建筑物专有部分所有权,共用部分持分权,以及因共同关系所生的成员权构成。其中,专有部分所有权(专有权)又称特别所有权(sondereigentum),共用部分持分权又称共有权(miteigentum),因共同关系所生的成员权又称社员权(mitgliedschaftsrecht)。此三者形成一不可分离而具有物权法性(sachenrechtlich)和人格性(personrechtlich)的特别权利——“共同的空间所有权”(gemeines raumeigentum)^③。

三元论说得到日本学者丸山英气、台湾地区学者戴东雄等人的积极支持。丸山英气在其所著的《现代不动产法论》一书与《区分所有权的构成》一文中即说,作为制度的区分所有,应解为对专有部分的所有权、对共用部分的共有持分(包含对基地的共有持分),以及成员权的三位一体的复合物权。而且,该成员权自身亦具有物权效力。^④另外,值得提到的是,丸山英气赞同的此三元论说,在1983年日本修改《建筑物区分所有权法》的前后的较长时期里,一直被作为立法论和解释论加以提倡。^⑤戴东雄认为,欲有效处理区分所有权人间的复杂关系,只有将建筑物区分所有权的意义界定为专有所有权、共有所有权与成员权,始能竟其功。^⑥

在实定法上,三元论说被德国现行《住宅所有权法》全盘采纳。依德国该法,区分所有权乃由三部分构成:(1)供居住或供其他用途(尤其是供营业或办公用途)的建筑物空间上设立的专有所有权;(2)在共用部分上成立的共有所有权;(3)基于专有部分与共用部分不可分离而产生的共同所有人的成员权。而且,由这三部分构成的该住宅所有权是一种特别权利,其虽可为处分或继承的标的,但应将专有所有权、共有所有权及成员权三要素视为一体为之。区分所有人不得保留专有部分所有权而抵押其共有所有权持分,也不得保留成员权而转让专有部分所有权和共有所有权持分。受让区分所有权时,必须同时取得专有部分所有权、共有所有权持分及成员权三种权利。^⑦

二、对各种学说的考量与比较

(一) 关于一元论说中的“专有权说”

该说将建筑物区分所有权解为区分所有权人对专有部分享有的所有权,其不足可以由以下几点得到说明:

^③ [德]贝尔曼:“德国住宅所有权法”,戴东雄译,载台湾大学《法学论丛》第13卷。

^④ [日]远藤厚之助:“关于西德的住宅所有权”,载《东洋法学》创刊号。

^⑤ [日]丸山英气著:《现代不动产法论》,清文社1989年版,第109~110页。

^⑥ 戴东雄:“论建筑物区分所有权之理论基础(1)”,载《法学丛刊》第114期。

^⑦ Bärmann/Pick: Wohnungseigentumsgesetz, München 1981, S. 46;戴东雄:“论建筑物区分所有权之理论基础(1)”,载《法学丛刊》第29卷第2期。

其一,利益衡量与价值判断。近现代民法解释学,在各种解释学方法之外辅之以利益衡量和价值判断。对各区分所有人的利益进行衡量和价值判断,可以断言,将建筑物区分所有权解为专有所有权(专有权),对各区分所有人(业主)将显然重大不利。因为,如果区分所有人仅享有专有部分的专有所有权,那么他就无权使用建筑物的共用部分,无权参与建筑物的管理、维护,以及建筑物毁损时的修缮、重建等对其有利害关系的各种管理活动。由于区分所有建筑物专有部分与共用部分的一体不可分割性,无权使用共用部分,必然导致无法使用专有部分。而区分所有权人无权参与区分所有建筑物的修缮、维护等管理活动,则必然导致由区分所有人以外的人或组织进行管理。毫无疑义,这显然不如由区分所有权人组成管理团体,从区分所有权人自身的利益出发而加以管理,更有利于区分所有权人的利益。

其二,性质解明上的困难。将建筑物区分所有权把握为专有所有权,其性质之解明将发生困难。前已指明,建筑物区分所有权由其固有特性所决定,其本质上为一种复合形态的权利,即不仅包括专有所有权,而且也包括共用部分持分权,以及因共同关系所生的成员权。因此,将建筑物区分所有权仅解为专有所有权将显然不能阐明该权利的固有性质。

其三,易混淆与一般所有权的界限。依民法理论,所谓一般意义的所有权,指所有人于法律限制的范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人的干涉。而专有权,则是区分所有权人独立、自由地对专有部分予以占有、使用、收益和处分的权利。这样,所谓区分所有权,亦就成为一般所有权。从而也就混淆了建筑物区分所有权与一般所有权的界限,不能表明建筑物区分所有权区别于一般所有权的特征。

(二)关于一元论说中的“共有权说”

共有权说以集团性、共同性为立论基础,将区分所有建筑物整体视为全体区分所有权人之共有。此说之不足,可从以下几点得到说明:

其一,不能反映建筑物区分所有权内部所固有的专有权特性。按照各国家和地区建筑物区分所有权法的规定,成为区分所有权对象的建筑物,首先必须依使用功能将建筑物划分为专有部分与共用部分。否则,该建筑物即不得成为区分所有建筑物,从而也就不得成为区分所有权的客体。换言之,所谓建筑物区分所有权,是以将一栋建筑物区分为专有部分与共用部分为基础,尔后于其上成立的一种特殊类型的不动产所有权。该专有部分所有权与共用部分持分权共同构成区分所有权的两个灵魂——单独性灵魂和共同性灵魂。^④从而建筑物区分所有权的含义无疑应当对这两部分上分别设定的专有所有权和共有所有权予以反映。共有所有权说将建筑物区分所有权界定为共有,虽对于共用部分上成立的共用部分持分权予以反映,但专有所有权则被排除在外,失之过窄,应属无疑。

其二,建筑物区分所有权与共有是不同的。建筑物区分所有权的形成与发展史表明,为近现代各国家和地区立法所发展起来的建筑物区分所有权,究其实质,乃是一种复合形态的所有权,通常包括专有所有权、共用部分持分权以及因共同关系所生的成员权三部分。每一

^④ 温丰文:“区分所有权之客体”,载台湾东海大学《法学研究》第1期。

区分所有权人因此具有三种不同的身份:专有所有权人、共用部分持分权人(共有人)以及区分所有人管理团体的构成成员。而所谓“共有”,依民法理论,是指两个或两个以上的人(自然人或法人)对同一项财产共同享有所有权。在主体方面,共有财产所有权的权利主体并非一人,而是两个或两个以上的人;在客体方面,共有人对同一项财产享有所有权;在权利义务方面,共有人之间按照法律规定或约定对共有财产行使占有、使用和处分的权利。并且,在共有关系中,个人的应有部分,是抽象地存在于共有物之上,共有物的每一微小点均有应有部分之存在,因而共有人按其应有部分,对于共有物的全部有使用、收益之权,而非限于共有物的某一特定部分。可见,将建筑物区分所有权解为共有,显然不妥。

其三,理论上的困惑。将建筑物区分所有权解为由全体区分所有权人共有,将面临理论上的困惑。从共有所有权的基点出发,阐释并解决即使是区分所有权法律技术上的问题也将相当困难。^⑤ 因此,即使是主张该说的日本学者加藤一郎也认为,以专有部分独立性为重心的区分所有权法律原则仍应大体维持。^⑥ 铃木禄弥同样认为,虽然一栋建筑物作为整体而由区分所有人全体共有,但作为该共有物的利用方法则是,各区分所有人在各自的专有部分上享有排他性的利用权,在共用部分上享有共同利用权及共有持分权。^⑦ 另一日本学者柚木馨则更一针见血地指出了共有权说之不当。他说,将区分所有建筑物解为由全体区分所有权人共有,究其实质,不过是为了区分所有权人实际利益的需要,以专有部分替代共有制度中的共有持分,所以将建筑物构造上必需的梁柱、外墙、楼之地板、地基、屋顶等建筑物基本构成部分,加上专有部分与共用部分相通的走廊、楼梯和区分境界的分间墙等,全部作为共用部分予以看待,结果专有部分最终不过是一个由共用部分围成的空间。^⑧ 可见,将建筑物区分所有权解为共有所有权将面临困惑与矛盾。

(三)关于“二元论说”

二元论说将建筑物区分所有权解为由专有所有权与共用部分持分权构成。该说基本上反映了建筑物区分所有权的固有特性,较之单纯的专有权说或共有权说无疑是一大重要进步。但是,该说仍有不足,即不承认因区分所有权人共同关系所生的成员权为区分所有权之一构成要素。

前文已述,建筑物区分所有权是一种不同于一般不动产所有权的特殊所有权形态。在区分所有建筑物上,因各区分所有权人相互间的关系极为密切,各区分所有权人为管理相互间的共同事务而不得不组成一团体组织,并借该团体组织的力量共同管理共同事务,以维持区分所有权人共同关系的存在。因此,如仅依民法一般共有的法理处理这类复杂关系,将远不足以因应。例如,在一般共有关系中,最为重要者是共有物的分割请求权。但是,在区分所有权的共用部分持分,只要专有所有权继续存在,该共用部分持分即不能请求分割。从而,不可

^⑤ [日]丸山英气著:《现代不动产法论》,清文社1989年版,第109~110页。

^⑥ [日]加藤一郎等著:《区分所有建筑物的管理与法律》,日本区分所有建筑物管理问题研究会编1981年版,第184页。

^⑦ [日]铃木禄弥等:“关于建筑物区分所有权法的修改”,载《私法》1981年第43号。

^⑧ [日]柚木馨:“比较法上的建筑物区分所有权”,载《民商法杂志》第44卷第1号。