

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

土地市场化专号

刘云生·主编

第6卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 6

建筑物区分所有权：学者草案的立场与《物权法》的规定 陈华彬

现行土地增值利益分配与再分配格局考察 刘云生

“股田制公司”的商法思考 彭真明 陆剑

我国农地问题求解 乔志敏

农村集体土地所有权主体的构建 阳雪雅

土地市场化背景下的农民权益保护法律问题研究 赵万一

农村土地市场化背景下我国农民社会保障制度的构建 张新民

不动产物权变动中的公证制度 梅伟

浅议预告登记的现状与建议 奚正辉 陆国飞

土地承包经营权流转中的权益保障问题初探 李俏丽 夏劲

我国土地征收补偿法律制度的缺陷与完善探析 王芝

关于农村宅基地市场化问题的思考

——以巴马县波月村宅基地交易为视角 李开国

农村土地流转的法律问题 张俊文

宅基地产权制度改革：宏观思考与微观建议 刁其怀

宅基地使用权自由流转问题的法理分析 张文波

浅论农村集体土地市场化

——以身份性持股的分析为中心 席清春

农村集体建设用地使用权流转问题初探 戴天晓 吴家寅

完善重庆地票交易制度的思考 黄忠

重庆“地票”再探析 沈萍 李仲豪

重庆市地票交易制度之再思考 刘峨林

地票制度形成的土地增值利益分配结构研究 张东一

重庆市现行征地制度实施问题调研报告 现行征地制度实施问题调研重庆课题组



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
土地市场化专号

刘云生·主编

第6卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 6



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 6 卷 / 刘云生主编. —北京:
法律出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2394 - 6

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 (2011) 第 160301 号

中国不动产法研究 第六卷

刘云生 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2011 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.75 字数 274 千
印次 2011 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

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
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
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
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2394 - 6
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

定价: 35.00 元

论坛聚焦

- 3 建筑物区分所有权:学者草案的立场与《物权法》的规定
陈华彬
- 19 现行土地增殖利益分配与再分配格局考察
刘云生
- 30 “股田制公司”的商法思考
彭真明 陆 剑
- 40 我国农地问题求解
乔志敏
- 46 农村集体土地所有权主体的构建
阳雪雅

理论探索

- 57 土地市场化背景下的农民权益保护法律问题研究
赵万一
- 64 农村土地市场化背景下我国农民社会保障制度的构建
张新民
- 71 不动产物权变动中的公证制度
梅 伟
- 80 浅议预告登记的现状与建议
奚正辉 陆国飞
- 89 土地承包经营权流转中的权益保障问题初探
李俏丽 夏 劲
- 95 我国土地征收补偿法律制度的缺陷与完善探析
王 芝

农村土地市场化专题

- 109 关于农村宅基地市场化问题的思考
——以巴马县波月村宅基地交易为视角
李开国
- 120 农村土地流转的法律问题
张俊文
- 129 宅基地产权制度改革:宏观思考与微观建议
刁其怀
- 138 宅基地使用权自由流转问题的法理分析
张文波
- 144 浅论农村集体土地市场化
——以身份性持股的分析为中心
席清春
- 151 农村集体建设用地使用权流转问题初探
戴天晓 吴家寅

重庆市地票制度专题

- 161 完善重庆地票交易制度的思考
黄 忠
- 166 重庆“地票”再探析
沈 萍 李仲豪
- 175 重庆市地票交易制度之再思考
刘峨林
- 186 地票制度形成的土地增值利益分配结构研究
张东一

实证调研

- 199 重庆市现行征地制度实施问题调研报告
现行征地制度实施问题调研重庆课题组
- 227 耕者有其田:历史热忱及其现代困境(代后记)



论坛聚焦

建筑物区分所有权：学者草案的立场与《物权法》的规定

陈华彬*

我国自1998年正式启动物权立法进程起,无论是由梁慧星教授负责起草的《物权法草案建议稿》(以下简称“梁稿”),还是由王利明教授负责起草的《物权法草案建议稿》,以及由全国人大法工委起草的历次《物权法草案》,乃至最终于2007年3月16日通过的《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),均有关于建筑物区分所有权的规定。尤其是2007年3月16日我国之通过《物权法》,更标志着我国有了成文的建筑物区分所有权制度,是我国民事立法之获得进步的重要标志,因而无论如何估量其意义,皆不过分。

唯值得注意的是,在我国物权立法的进程中,最早对建筑物区分所有权加以规定的,是由梁慧星负责的中国物权法研究课题组于1999年完成起草并于2000年由社会科学文献出版社出版的《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》。这部物权法草案开启了中国物权立法之规定建筑物区分所有权的先河,具有开创性意义。尤其是负责起草该草案中建筑物区分所有权部分的,是中国较早研究建筑物区分所有权制度并接受过系统理论研究的学者。鉴于这些方面的原因,本文拟对该“建议稿”中的建筑物区分所有权规定与2007年3月16日最终通过的《物权法》关于“业主的建筑物区分所有权”的规定进行比较分析,通过这样的工作,可以为我国《物权法》上的“业主的建筑物区分所有权”规定提供解释论,并为将来制定单行的建筑物区分所有权法提供立法论上的参考。

一、关于建筑物区分所有权的名称

在2005年7月10日之前,历次由全国人大法工委制定公布的《物权法草案》均直接称为“建筑物区分所有权”;而2005年7月10日由全国人大向全社会公布征求意见的《物权法草案》第三次审议稿却峰回路转,在名称上不再称为“建筑物区分所有权”,而是在建筑物区分

* 陈华彬,中央财经大学法学院教授、博士生导师、法学博士、民法学科带头人。

所有权的名称前添加了“业主的”三个字,变为“业主的建筑物区分所有权”。2007年3月16日通过的《物权法》最终采纳了这一称谓,称为“业主的建筑物区分所有权”;与此不同,由梁慧星负责起草的《物权法草案建议稿》却直接称为“建筑物区分所有权”(第2章第3节)。

应当指出,2007年3月16日正式通过的《物权法》添加“业主的”三个字虽然是《物权法》的最终立法者考虑到我国的实际情况作出的,即在我国,商品房的所有权人习惯上称为“业主”,“业主”的财产——房屋,称为“物业”,这方面的立法有国务院颁布的《物业管理条例》和《房地产统计指标解释》(试行)。这两部法规规定,业主是物业的所有权人或者房屋的所有权人。^①但问题在于,作为一项民法制度,添加上“业主的”三个字,建筑物区分所有权就变成了一项并不十分准确的概念。因为:

其一,查《现代汉语词典》(商务印书馆2005年版,第1590页)“业主”一词,所谓“业主”,指“产业或企业的所有者”。建筑物区分所有权前面的“业主”一词的意义显然是指“产业的所有者”。这样,“业主的建筑物区分所有权”就变成了“产业的所有者的建筑物区分所有权”。这样的称谓虽然从内容上说没有什么问题,但它过于冗长,不符合法律概念明确、简洁的要求,不如直接称为“建筑物区分所有权”明快、易懂。

其二,以“业主的”三个字来限定“建筑物区分所有权”不符合建筑物区分所有权法理。因为,既然“业主”是指“产业的所有者”,则“业主的建筑物区分所有权”也就是指区分所有建筑物专有部分的所有权人。但是,在建筑物区分所有权制度中,除了区分所有建筑物专有部分的所有权人外,还有区分所有人(业主)将专有部分出租、出借给他人使用的情况,此时房屋的使用人称为“物业使用人”,而物业使用人并不是所有权人,而是非所有权人,因此不能称为“业主”。可见,在建筑物区分所有权的前面添加“业主的”三个字是有违建筑物区分所有权法理,它不能囊括专有部分所有权人以外的非专有部分所有权人即专有部分占有人(“物业使用人”)的情况。

其三,尽管《现代汉语词典》将“业主的”含义解释为“产业或企业的所有者”,但在我国民间习惯上,“业主”一词的外延比这还大。因此,从这个意义上说,在“建筑物区分所有权”的前面添加“业主的”三个字,建筑物区分所有权本身的意义将变得不严谨,不如不加为好。

其四,关于建筑物区分所有权的名称,现代各国家和地区尽管有不同的称谓,如法国1938年法律称为“区分各阶层不动产之共有”,德国、奥地利称为“住宅所有权”,日本称为“建筑物区分所有权”,意大利和我国台湾地区称为“公寓所有权”;在美国,其名称更是未尽一致,有的州称为“公寓所有权”(Condominium ownership),有的州称为“单位所有权”(Unit ownership),还有的州称为“水平所有权”(Horizontal property),等等,各种称谓林林种种,不一而足。^②尽管如此,但它们在实质内容上却是相同的,即均是对以建筑物的某一特定部分(专有部分)为客体而成立的不动产所有权形式的抽象概括,并且更重要的是,它们并没有在这些名称前添加限定性定语。这样,就使这些名称显得简洁、明快,一看即知它表示的意义是

^① 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《物权法草案(参考)》,中国民主法制出版社2005年版,第212页。

^② 详情参见陈华彬:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社2007年版,第79页以下。

什么。须指出的是,在这些林林种种的称谓中,以日本的“建筑物区分所有权”一语最为妥当。对于这一名称,我国法学界事实上早已接受。正是在这种背景下,“梁稿”直接称为“建筑物区分所有权”。对“梁稿”的这一立场,应给予肯定性评价,而对我国《物权法》的“业主的建筑物区分所有权”一语则应给予否定性评价,建议将来制定单独的建筑物区分所有权法时,将“业主的”三个字剔除,直接称为“建筑物区分所有权”。

二、编排体例

“梁稿”设计的《中国物权法草案建议稿》共12章。其中,建筑物区分所有权在立法方针上被认为是所有权之一种类型,因此它被规定在第2章“所有权”的第3节里。其前一节即第2节为“土地所有权”,后一节即第4节为“不动产相邻关系”。这种体例安排,是将建筑物区分所有权把握为一种不动产所有权,逻辑思路十分清晰,符合现代民法对建筑物区分所有权制度本旨之认识,是一种妥当的体例安排。不足之处是它仅用一节来规定内容庞大的建筑物区分所有权,使建筑物区分所有权制度的内容挂一漏万;并且,建筑物区分所有权为现代民法一项重要制度,在节的名义下规定其内容,与该制度的范围及重要性也有不合。

反观《物权法》,其将建筑物区分所有权规定在第2编“所有权”的独立一章(第6章)中,这种以专门的一章来规定建筑物区分所有权,符合该制度的本旨及制度内容的大小,值得赞赏。但是,《物权法》第6章“业主的建筑物区分所有权”前面的第5章为“国家所有权和集体所有权、私人所有权”,未如“梁稿”那样系规定“土地所有权”;其后的第7章为“相邻关系”。

从总体上看,上述“梁稿”与我国《物权法》对建筑物区分所有权的体例安排都没有重大差异。应当肯定,二者对建筑物区分所有权的这种体例编排,均反映了对这一制度的正确认识,在立法认识上是妥当的,而且也符合建筑物区分所有权制度之本旨。当然,应当指出,《物权法》对建筑物区分所有权的这种体例安排,一定程度上乃是受到了“梁稿”的体例安排之影响的结果。我国将来制定单行的建筑物区分所有权法时,如何安排该法的结构,无疑是值得研究的重大问题。对此,笔者提出以下几点思路:其一,坚持建筑物区分所有权构成的“三元论说”,按“专有权”、“共有权”和“成员权”(共同管理权)的顺序进行结构编排;其二,因建筑物区分所有权包括“物法性的部分”和“人法性的部分”,所以宜先规定“物法性”(专有权、共有权)的制度,后规定“人法性”(成员权、共同管理权)的制度;其三,参考日本、德国、法国等国家和我国台湾地区建筑物区分所有权法的经验,可考虑做如下的体例设计:第1章“建筑物的区分所有”,包括:第1节“总则”,第2节“专有部分”,第3节“共有部分”,第4节“(基地)建设用地使用权”,第5节“业主管理团体”,第6节“业主大会”,第7节“业主委员会”,第8节“管理人”,第9节“业主管理团体法人”,第10节“管理规约”,第11节“对违反义务者的措施”,第12节“区分所有建筑物的修缮和重建”;第2章“社区”,主要规定:“有关建筑物区分所有的规定对社区的准用”、“社区共有部分”、“管理规约对社区的准用”;第3章“罚则”,主要规定对区分所有建筑物进行管理的管理人、管理规约保管人、业主大会和业主委员会负责

人、管理人等违反有关规定时的处罚措施;^③第4章“附则”,主要规定本法的实施时间及本法实施后《物权法》关于建筑物区分所有权的规定自动失效等。

三、关于建筑物区分所有权的构成

建筑物区分所有权的构成或曰含义,理论上存在着“一元论说”、“二元论说”和“三元论说”等各种不同的主张和相应的不同立法例。“梁稿”第90条第1款规定:“建筑物区分所有权,是指数人区分一建筑物而各专有其一部,就专有部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物的共同部分,除另有约定外,按其专有部分比例共有的建筑物所有权”。直观该规定,可知是采“二元论说”,认为建筑物区分所有权系由专有权与共有权构成。但是,该条的“立法理由”又谓:“当然,于解释论上当认为建筑物区分所有权的内容尚包括所谓‘成员权’”。^④可见“梁稿”在实质上是采取“三元论说”。

我国《物权法》将建筑物区分所有权的含义或曰构成规定于第70条,即“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”。该条规定的理论基础即为著名的“三元论说”。须指出的是,该条之采“三元论说”还可从下列几点获得释明。

(一)决定《物权法》第70条采“三元论说”的背景

众所周知,我国自20世纪90年代进行住房制度改革以来,私人拥有的房屋即变成商品房,一栋楼房即成为数个业主的集合体。在这个集合体中,全体业主组成业主大会。自2000年以来,在各地的小区管理中,出现了物业管理公司与业主之间的不正常关系,物业管理公司凌驾于业主之上。物业管理公司与业主之间,系以物业管理公司为中心,本应成为中心的业主反而位居次要。这种不正常关系,使物业管理公司无所不能,将小区的一切事务均纳入自己的管理范围。尤其是在物业管理公司对小区物业的管理出现重大瑕疵时,业主事实上也不能解聘物业管理公司。这种状况导致各地的小区管理中产生了各种纠纷,有些纠纷甚至酿成严重的群体事件,有的还导致业主集体游行或大规模上访。为了解决这一严重的社会问题,一个重要的法律手段,就是要在法律上采取“三元论说”,不仅承认业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共有权,而且要摆正业主与物业管理公司的关系以及明确赋予业主有通过业主大会、业主委员会等对自己的物业(建筑物区分所有权)加以管理的成员权(共同管理权)。依此成员权(共同管理权),由业主组成的业主大会有权解聘物业管理公司,从而建立起业主与物业管理公司之间的以业主为中心,以物业管理公司为次要的正常关系。2007年通过的《物权法》完成了这一任务,该法第76条

^③ 关于在建筑物区分所有权法中规定“罚则”,当以《日本建筑物区分所有权法》和我国台湾地区“公寓大厦管理条例”的做法最值得重视。这些建筑物区分所有权法在“罚则”的名称下,对何人违反何种规定应受何种处罚作了翔实、明确的规定,特别是对应当受到处罚的金钱数额作了具体规定。参见前引2陈华彬书,第421页以下。

^④ 梁慧星主持:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第275页。

规定:“下列事项由业主共同决定:……(四)选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人”;第81条规定:“业主可以自行管理建筑物及其附属设施,也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人,业主有权依法更换”;第82条规定:“物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施,并接受业主的监督”。这些规定,在专有权、共有权之外,进一步确立了业主的成员权(共同管理权),从而建立起了以业主为中心的法律关系,将物业管理公司的法律地位确定为服务者(物业服务企业),其仅依业主的委托而对业主的住宅、经营性用房等进行管理,二者之间是一种委托合同关系和“服务”关系。^⑤

(二)《物权法》所参考的学者草案

如前所述,我国《物权法》上的“业主的建筑物区分所有权”部分,系主要渊源于“梁稿”并以之为蓝本而设计其规定。而“梁稿”关于建筑物区分所有权的含义或曰构成尽管名义上系采“二元论说”,但在实质上却是采取“三元论说”,已如前述。

梁慧星等人起草的《中国物权法草案建议稿》完成于1999年,其关于建筑物区分所有权的规定,以及该“建议稿”在实质上采“三元论说”,均是当时中国大陆地区对建筑物区分所有权制度的最新、最先进的认识。2001年王利明教授负责起草的《物权法草案建议稿》、2002年全国人大法工委起草的《中华人民共和国民法(草案)》等对建筑物区分所有权的规定均受其影响。2005年全国人大法工委向全民公布的物权法官方草案也受其影响,明示建筑物区分所有权的含义采“三元论说”。这种影响直至2007年3月16日《物权法》的正式通过。其结果就是我在前面已经指出的:《物权法》第70条关于建筑物区分所有权的意义或曰构成系采“三元论说”。

(三)参与《物权法》起草人的解释

我国《物权法》通过后,全国人大法制工作委员会出版了诸多有关《物权法》立法背景及条文解读的著作。撰写这些著作的人要么是参加《物权法》立法工作的最终负责人,要么是实际撰写各条文的立法者。毫无疑问,他们的解释和说明较符合立法之本意。

全国人大法制工作委员会副主任王胜明先生主编的《中华人民共和国物权法解读》在解释《物权法》第70条的规定时指出:“根据本条规定,业主的建筑物区分所有权包括对其专有部分的所有权,对建筑区划内的共有部分享有的共有权和共同管理的权利”。这就是“三元论说”。^⑥另外,由全国人大法制工作委员会民法室集体编著的《物权法及其相关规定对照手

^⑤ 在2007年3月16日《物权法》通过之前,我国小区物业管理中,称管理方为“物业管理公司”,而正式通过的《物权法》则称为“物业服务企业”,前者有“管理”二字,意即“管理方”与业主的“物业”之间具有“管理”与“被管理”的非平等关系,而且在这种关系中,是以管理者“物业管理公司”为中心、为主导;后者即“物业服务企业”,则将二者的关系界定为“服务”关系,意即“物业服务企业”是以服务者的身份对业主的物业进行“服务”。这种界定,将业主确定为双方关系中的主导方、中心,“物业服务企业”是为业主的利益服务的。由“物业管理公司”转而“物业服务企业”,反映了物业管理实务和物业管理观念的转变。

^⑥ 王胜明主编:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,第152页。

册》一书,^⑦在述及与《物权法》第70条相关的立法例时,开门见山就举出《德国住宅所有权法》,而该法关于建筑物区分所有权的构成系采“三元论说”。

笔者在前面已经指出《物权法》第70条之立法本意,是对建筑物区分所有权的构成采“三元论说”,以加强对业主的民法保护,及符合现代各国关于建筑物区分所有权制度的发展趋势和基本潮流。上述参与《物权法》立法工作的负责人的说明及全国人大法工委民法室编撰的有关《物权法》的解读的著作更加证实了这一点。

(四)《物权法》第70条采“三元论说”符合现代建筑物区分所有权法之最新发展趋势

建筑物区分所有权含义的“三元论说”,是德国民法思想与德国区分所有权法的创造。“三元论说”思想之最早表述,见于20世纪50年代德国学者贝尔曼(J. Bärmann)之提倡。^⑧此说一经提出,即越出德国的国界而影响了各国家和地区建筑物区分所有权的立法论和解释论。例如,日本1983年新修订的建筑物区分所有权法关于建筑物区分所有权的构成本采“一元论说”中的“专有权说”,但在深入研究德国的“三元论说”后,研究建筑物区分所有权法的著名学者丸山英气即果断地指出,日本建筑物区分所有权法的解释论应采“三元论说”,将其解为由专有权、共有权及成员权构成。^⑨这一倡导极大地影响了日本的司法实务与立法,不久,日本法院在裁判建筑物区分所有权案件时即以“三元论说”作为解释当事人利害关系之基准。2002年,日本再度修改其建筑物区分所有权法时,便改弦更张,将“三元论说”作为其修法的指导方针。^⑩

在我国台湾地区,早在20世纪80年代中期,学者便积极倡导德国的“三元论说”,并主张用来解释台湾地区“民法”第799条有关建筑物区分所有权之含义的规定。例如,学者戴东雄在这一时期发表文章,除翔实地阐释建筑物区分所有权的基本理论外,也极力地倡导台湾地区应采纳德国的“三元论说”。他明确地指出:“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、共有所有权及成员权之结合,始能竟其功”。^⑪受其影响,台湾地区这一时期公寓大厦管理的民间实务在处理业主的权利时便向“三元论说”靠拢。20世纪90年代以后,台湾地区研究建筑物区分所有权法的著名学者温丰文先生也极力倡导“三元论说”,认为该说符合现代建筑物区分所有权法的最新发展趋势。他在这一时期出版的《建筑物区分所有权之研究》一书中说:“三元论说自德国学者贝尔曼提倡以来,有成为通说之趋势”。^⑫

以上德国、日本及我国台湾地区的建筑物区分所有权法制与学说理论,足以反映现代建筑物区分所有权法及其学说理论的基本状况。我国1998年起草物权法时,着重参考了德国、

^⑦ 全国人大法制工作委员会民法室编:《物权法及其相关规定对照手册》,法律出版社2007年版,第94页。

^⑧ Bärmann/Pick: Wohnungseigentumsgesetz, München 1981, S. 46.

^⑨ [日]丸山英气编:《区分所有权法》,大成出版社1984年版,第14页以下。

^⑩ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《建筑物区分所有权法》,日本评论社2006年第3版,第8页。

^⑪ 戴东雄:“论建筑物区分所有权之理论基础”(I),载《法学丛刊》第114期。

^⑫ 温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司1992年版,第16页。

日本和我国台湾地区的建筑物区分所有权法及学说理论。2007年通过的《物权法》第70条立足于我国社会生活的实际,吸收各国家和地区成功的立法经验、判例成果及学说理论,采纳“三元论说”,完全符合当代建筑物区分所有权法的发展趋势。

四、专有权

所谓专有权,指在专有部分上成立的所有权;而所谓专有部分,指在构造上能够明确区分,具有排他性且可独立使用的建筑物部分。一栋建筑物必须区分为数部分,而且被区分的各部分必须具备构造上的独立性和利用上的独立性方可成立区分所有。一栋建筑物若无构造上与利用上独立性的专有部分,仅能成为单独所有或共有,不得成立区分所有。因此,专有部分是构成区分所有建筑物的基础。^⑬

专有权领域的问题,有专有部分的范围、专有部分的种类及专有部分的相互关系等三方面的问题。在建筑物区分所有权立法中不规定专有部分的范围而由学说去决定,为各国立法的通例,在这一点上,“梁稿”与《物权法》均采同样立场;同时,区分所有权的种类也无必要于立法中加以规定,此点也同样为各国立法的通例。“梁稿”和《物权法》未就专有部分的种类设立规定无疑为正确的做法,值得肯定。但问题在于,专有部分的相互关系是区分所有权立法中的一个重点,应当对之作翔实的规定。

《物权法》涉及专有部分的相互关系的规定仅有第71条,该条规定:“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全,不得损害其他业主的合法权益”。其实,《物权法》该条规定的内容,严格意义上而言也不纯粹属于专有部分的相互关系的规定。因为,“不得损害其他业主的合法权益”是一句一般的宣示性的规定。这表明,我国《物权法》的最终立法者对专有部分的相互关系的认识并不充分。

反观“梁稿”,其第92条规定:“区分所有权人对专有部分的利用,不得妨碍建筑物的正常使用及违反区分所有权人的共同利益。前款规定,准用于区分所有权人以外的专有部分的占有人”。“梁稿”的这一规定,有比较法上的依据,因此它是一项先进的规定,尤其是它规定了业主行使专有权时不得违反全体业主的“共同利益”,如有违反,则可能受到剥夺区分所有权(将其从“建筑物区分所有权共同关系中驱逐”)等方面的处罚。

众所周知,对区分所有建筑物专有部分的所有关系与对一般建筑物的所有关系一样,业主于法律限制的范围内,可自由占有、使用、收益、处分自己的专有部分并排除他人的干涉;专有部分的物权变动也与一般不动产物权变动无异,以登记为生效要件。唯区分所有建筑物的各专有部分在物理上相互连接,彼此间的用役面紧密地结合在一起,形成一密切的立体的相邻关系。此一密切的立体的相邻关系,如仅依据《物权法》中的相邻关系规则,将不足以调整彼此间的权利、义务关系。因为,区分所有关系除存在相邻关系的因素外,还存在共有部分的因素与人法(管理制度)的因素,因而各业主对自己的专有部分的使用、收益或处分应受彼此

^⑬ 前引12温丰文书,第31页。

间的强力约束。也就是说,各业主的专有部分相互间具有制约性关系,而表现区分所有权相互制约性的具体内容主要有二:一是业主不得实施违反共同利益的行为;二是业主彼此间对他人的专有部分于必要范围内可行使使用请求权。^⑭

(一)禁止业主实施违反共同利益的行为

在区分所有建筑物上,各业主的专有部分犹如火柴盒一般紧密地堆砌在同一栋建筑物上,因此,各业主对整栋区分所有建筑物的安全与维护,具有共同利益关系。业主若有违反共同利益而为有害建筑物适当管理或正常使用行为,即便形式上属于行使其专有部分所有权能范围内的行为,也不容许。《日本建筑物区分所有权法》第6条第1项规定:“区分所有人不得为对建筑物的保存有害的行为,或其他有关建筑物的管理或使用违反区分所有人共同利益的行为”,即是明确承认此点;我国台湾地区《公寓大厦管理条例》第5条亦规定:“区分所有人对专有部分之利用不得有妨害建筑物之正常使用及区分所有权人共同利益之行为”,其旨意相同。不过,业主所为的行为达到何种程度才足以认为违反共同利益,此犹如权利滥用与诚实信用原则等不确定法律概念,颇难明示其一般的抽象的判断标准。大体而言,判断业主的使用行为有无违反共同利益,应就各个具体事件,依社会一般观念判定。也就是说,应就行为本身的必要性、行为人所受的利益以及给予其他业主所受的不利益的程度等各种因素作综合考量。^⑮ 一般而言,下列行为即属于违反共同利益的行为:

(1)对建筑物的不当毁损行为。就自己的专有部分加以增建或改建而须拆除其内部梁柱或墙壁的全部或一部分时,该梁柱或墙壁即使属于其专有部分的范围,若因此有危及整栋建筑物的安全之虞或影响整栋建筑物的外观时,即属于违反共同利益的行为。

(2)对建筑物的不当使用行为。业主可自由使用自己的专有部分,惟其使用若有不当,如搬入危险物(易燃物、爆炸物或放射物)或一定吨数以上的重量物危及建筑物的安全,或在纯住家公寓里经营餐饮业、KTV等有碍居家安宁时,即属于违反共同利益的行为。^⑯

对违反共同利益的行为可采取哪些禁止措施?对此,有人认为可采取三项措施:其一,对违反共同利益者给予警告或劝告;其二,遇有紧急情况时,可不经同意而紧急进入违反共同利益者的专有部分内作适当的处置,即享有紧急进入权^⑰;其三,请求违反共同利益者停止其行为。^⑱ 在比较法上,《日本建筑物区分所有权法》规定了四项禁止措施:(1)对违反共同利益者,得请求停止其行为、除去其行为的结果或请求其采取必要的措施以预防该行为的继续发生(第57条第1项)。(2)违反共同利益者的行为对业主的共同生活有显著妨害,依前述方法

^⑭ 前引12温丰文书,第38页。

^⑮ 前引12温丰文书,第36页。

^⑯ 有学者认为,业主的行为有无违反共同利益,不应仅从财产管理的角度加以考量,更应从共同生活的视角予以权衡。换言之,生活于同一屋檐下的业主所为的行为损及建筑物的安全、管理、使用者自不待言,其有害及共同生活秩序者,亦属违反共同利益的行为。参见[日]玉田弘毅:“建筑物区分所有权法逐条研究”(11),载《判例时报》第353号,第100页。

^⑰ 例如,当某一业主外出旅游时,因其专有部分内的水龙头未关好,导致自来水溢出时,其他业主即可紧急进入其专有部分内关闭水龙头。

^⑱ [日]川岛一郎:“关于建筑物区分所有等法律的要案”,载日本《法学家》第244号,第30页。

仍难以确保共有部分的利用与维持其他业主的共同生活时,其他业主全体或管理委员会可以提起诉讼,请求在相当期间内禁止违反共同利益者使用其专有部分。但此一诉讼请求应经全体业主和表决权四分之三以上的业主的特别决议(第58条第1、2项)。(3)依前述或其他方法仍难以发生禁止的效果时,其他全体业主或管理委员会可以提起诉讼,请求拍卖违反共同利益者的专有所有权及其基地使用权,以解除其区分所有权关系。^①此一诉讼请求,也须经全体业主及表决权四分之三以上的业主的特别决议(第59条第1、2项)。(4)违反义务者若非专有部分的所有人而系承租人、借用人等专有部分占有人时,全体业主或管理委员会可以透过业主大会的决议以诉讼方式解除占有人使用、收益该专有部分的契约,并可请求交换该专有部分(第60条)。^②

须注意的是,上述所谓拍卖违反共同利益者的专有所有权,又称为将业主由区分所有权共同体关系中驱逐。此为现代各国区分所有权法中对违反义务的业主所采取的最为严厉的制裁措施。由于业主间的共同关系,远非只是单纯的财产共同关系,而且也包含了相当程度的生活共同关系。因此,如何维护业主间的此种“共同体关系”就成为各国建筑物区分所有权立法中的一个重要课题。为此,除日本外,世界其他一些国家的立法也定有区分所有权剥夺,即将业主从专有部分中予以驱逐的制度。

1948年奥地利《住宅所有权法》即规定了区分所有权剥夺制度。该法第10条称此制度为“从区分所有权共同体关系中予以驱逐”;在德国,其现行住宅所有权法以奥地利法的规定为基础,进一步完善了该制度,以制裁共同体关系中违反义务的业主。依该法第18条规定,构成区分所有权剥夺的主要原因为:业主对自己所应负的义务有重大违反,以致无法期待其继续维持共同关系。而业主如果不听阻止,继续严重违反住宅所有权法所课予的义务,或业主对应分担的费用,迟延给付达3个月以上,且数额超过其住宅整体价值的3%,视为有违反义务,无法期待其继续维持共同体关系。^③剥夺的方法,依有投票权的住宅所有权人(业主)的半数以上的多数的决议为之。被选定的受让人可请求违反义务的业主将其区分所有权予以转让。该业主不为转让时,被选定的受让人可依诉讼方式,请求管辖法院将该业主的区分所有权予以拍卖。^④至于剥夺原因的归责与否(即故意或过失),德国学说与实务皆认为不以可归责于义务人的原因为限。如果业主因为酒精或药物中毒而丧失自主意思,致有引起火灾的危险,或罹患恶性疾病,或有侵害他人的精神病等,均可构成剥夺理由。^⑤此外,德国实务还认为,业主若使用自己的专有部分卖淫时,也可构成剥夺的理由。^⑥

以上所述,特别是《日本建筑物区分所有权法》、奥地利和德国《住宅所有权法》所采取的

^① [日]青山正明:《改正区分所有关系法的解说》,金融财政事情研究会1983年版,第69页。

^② 前引12温丰文书,第42页。

^③ [日]丸山英气:“住宅所有权的剥夺”,载《横滨市立大学论丛》第31卷2、3合并号,第50页(1975年4月)。

^④ [日]远藤厚之助:“楼层的区分所有权的系谱”,载《东洋法学》第4卷第2号,第69页(1961年);《德国住宅所有权与长期居住权法》第18条第1~4项。该法的最新译本参见胡晓静译、杨代雄校:“德国住宅所有权与长期居住权法”,载张双根、田士永、王洪亮主编:《中德私法研究》2009年总第5卷,第163页以下。

^⑤ [日]丸山英气:“住宅所有权的剥夺”,载《横滨市立大学论丛》第31卷2、3合并号,第51页(1975年4月)。

^⑥ 何明楨:《建筑物区分所有之研究》,台湾政治大学硕士论文1983年6月,第104页。

强制拍卖专有部分(即将严重违反共同利益的业主予以驱逐)的制度,可作为我国《物权法》建筑物区分所有权制度处理同类问题的参考;另外,建议我国将来制定单行的建筑物区分所有权法时将这些禁止措施作明文规定。

(二)对他人专有部分的使用请求权

对他人专有部分的使用请求权,系专有权中的一个重要问题,《物权法》对此未设任何规定;与此不同,“梁稿”第93条(二)则明文规定:“业主因维护、修缮共用部分或设置管线,必须进入其他业主的专有部分时,其他业主无正当理由不得拒绝”。应当认为,“梁稿”的这一规定是恰当的。

一般建筑物通常须作适当的维护或修缮方能保持其使用功能,区分所有建筑物的专有部分亦不例外。不过,当业主为维护或修缮自己的专有部分时,有时非使用其他业主的专有或专用部分不可。例如,一楼的天花板漏水,非从二楼的地板着手即无从修理,即为适例。于此情形,业主基于区分所有权相互制约关系,应互负容忍义务。也就是说,业主彼此间应容忍他人利用自己的专有部分从事建筑物的维护或修缮。^⑤此系自然之理,实属当然。

不过,应注意的是,业主使用其他业主的专有部分以维护或修缮自己的专有部分时,应在必要的范围内为之。对此,《日本建筑物区分所有权法》第6条第2项前句规定:“区分所有人因保存或改良其专有部分或共用部分,在必要范围内,得请求使用其他区分所有人的专有部分或不属于自己所有的共用部分”。此一规定值得我国《物权法》建筑物区分所有权规定的解释论参考。另外,须指出的是,依建筑物区分所有权法理,对他人专有部分行使使用请求权时,其相对人不以专有部分的所有人即业主为限。若业主已将其专有部分出租或出借,则也可向承租人或借用人行使。^⑥此外,使用请求权行使的对象,不以物理上前后左右或上下相邻接的专有部分为限,物理上即使没有邻接,而只要是建筑物维护或修缮的必要范围内,也可对之行使。^⑦最后,为了确保当事人之间的权益平衡,使用其他业主的专有部分以维护或修缮自己的专有部分时,若因此致其他业主遭受损害时,应负恢复原状或予以赔偿的义务。不过,因此种场合致其他业主遭受的损害并非基于违法行为,而系基于适法行为,所以不以归责于行为人的故意或过失为必要,只须被害人(其他业主)证明损害业已发生即可。^⑧

如前述,我国《物权法》对于对他人专有部分的使用请求权问题未作任何规定,建议将来制定单行的建筑物区分所有权法时参考“梁稿”的规定及日本的立法成例,设专门条文对他人专有部分的使用请求权问题作出规定。

^⑤ 温丰文:“论区分所有建筑物的专有部分”,载《法令月刊》第42卷第7期,第279页。

^⑥ [日]原田纯孝:“区分所有建筑物的承租人的权利义务”,载《法律时报》第55卷第9号,第35页。日本高松高等裁判所昭和49年11月28日判决,《判例时报》第771号,第53页。

^⑦ [日]玉田弘毅:“建筑物区分所有法逐条研究”(12),载《判例时报》第771号,第53页。

^⑧ 前引12温丰文书,第44页。