

# 业主权的

# 释义与建构

(修订版)

齐恩平——著

Interpretation  
and  
Construction  
of  
Homeowner  
Right

By Qienping



法律出版社 | LAW PRESS

# 业主权的

# 释义与建构

(修订版)

齐恩平——著

Interpretation  
and  
Construction  
of  
Homeowner  
Right

By Qienping

## 图书在版编目(CIP)数据

业主权的释义与建构 / 齐恩平著. —修订本. —  
北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1131 - 3

I. ①业… II. ①齐… III. ①物业管理—房地产法—  
研究—中国 IV. ①D922.384

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182519 号

业主权的释义与建构(修订版)

YEZHUQUAN DE SHIYI YU JIANGOU(XIUDINGBAN)

齐恩平 著

责任编辑 徐蕊

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

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 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 14.25

字数 280 千

版本 2017 年 7 月第 1 版

印次 2017 年 7 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)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1131 - 3

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| 引 言 .....                         | ( 1 )  |
| 一、选题的缘起与研究方法 .....                | ( 1 )  |
| 二、文献分析:已有的研究基础和局限性 .....          | ( 4 )  |
| 三、本书的基本内容和框架 .....                | ( 11 ) |
| 第一章 “业主权”与“建筑物区分所有权”概念的对比解读 ..... | ( 14 ) |
| 第一节 建筑物区分所有权立法的比较与概念选择 .....      | ( 14 ) |
| 一、建筑物区分所有权概念的立法选择 .....           | ( 14 ) |
| 二、“业主的建筑物区分所有权”立法的逻辑推证和语义分析 ..... | ( 20 ) |
| 第二节 业主权概念的法理基础与本土资源 .....         | ( 25 ) |
| 一、权利概念生成发展的法理解说 .....             | ( 25 ) |
| 二、业主权概念的确认与民事法理的契合 .....          | ( 31 ) |
| 三、业主权概念的法律本土化资源 .....             | ( 35 ) |
| 第三节 业主权概念的理性解读 .....              | ( 39 ) |
| 一、业主权的概念及语源学分析 .....              | ( 39 ) |
| 二、业主权性质的定位 .....                  | ( 45 ) |
| 第四节 业主权的权利结构 .....                | ( 49 ) |
| 一、业主权的主体分析 .....                  | ( 49 ) |
| 二、业主权的客体分析 .....                  | ( 59 ) |
| 本章小结 .....                        | ( 65 ) |
| 第二章 业主物权 .....                    | ( 67 ) |
| 第一节 业主房屋所有权 .....                 | ( 67 ) |
| 一、业主房屋所有之专有权 .....                | ( 67 ) |
| 二、业主房屋所有之共有权 .....                | ( 75 ) |

|                               |         |
|-------------------------------|---------|
| 第二节 业主住宅区区分所有权 .....          | ( 91 )  |
| 一、住宅区区分所有权内涵 .....            | ( 91 )  |
| 二、住宅小区停车位权属分析 .....           | ( 94 )  |
| 三、住宅区名称权 .....                | ( 103 ) |
| 四、住宅区土地使用权 .....              | ( 112 ) |
| 本章小结 .....                    | ( 116 ) |
| 第三章 业主物权衍生权益 .....            | ( 117 ) |
| 第一节 业主成员权 .....               | ( 117 ) |
| 一、业主成员权的内涵与性质 .....           | ( 117 ) |
| 二、业主成员权的内容 .....              | ( 123 ) |
| 三、业主成员团体的治理结构 .....           | ( 124 ) |
| 四、成员团体的自治规则——业主公约 .....       | ( 136 ) |
| 五、业主成员责任 .....                | ( 144 ) |
| 第二节 业主立体相邻权 .....             | ( 156 ) |
| 一、立体相邻权的意义 .....              | ( 156 ) |
| 二、业主立体相邻权的内容 .....            | ( 159 ) |
| 三、不可量物侵害与业主容忍义务的限度 .....      | ( 165 ) |
| 本章小结 .....                    | ( 176 ) |
| 第四章 业主权的限制与救济 .....           | ( 177 ) |
| 第一节 业主权的限制 .....              | ( 177 ) |
| 一、业主权限制的正当性分析 .....           | ( 177 ) |
| 二、权利限制语境下的业主权限制 .....         | ( 184 ) |
| 第二节 业主权的救济 .....              | ( 193 ) |
| 一、设立业主救济权的必要性 .....           | ( 193 ) |
| 二、业主权的救济类型 .....              | ( 194 ) |
| 三、业主权的救济体系 .....              | ( 204 ) |
| 本章小结 .....                    | ( 209 ) |
| 第五章 结语 .....                  | ( 210 ) |
| I. 市民化社会视域下业主权的价值 .....       | ( 210 ) |
| II. 《民法典》“业主权”相关条文的立法设计 ..... | ( 212 ) |
| 主要参考文献 .....                  | ( 216 ) |

# 引 言

## 一、选题的缘起与研究方法

《业主权的释义与建构》一文,是2008年国家社会科学基金项目“城市住宅小区的法律问题研究(08BFX021)”的结项成果集成,也是作者的博士学位论文。

住宅所有权理论在当代作为一项民事立法制度获得了极大发展,已成为各国立法设计上的“浓彩重笔”,近现代各国家和地区,如法国、德国、日本、瑞士、美国、我国台湾地区及香港特区等,都制定了有关住宅所有权的法律。在我国大陆民法理论与学说中,有关住宅所有权制度的内容在1988年以前的一个较长时间内基本处于空白状态,一直没有关于住宅所有权制度的明确、系统的法律规定。近年来,随着城市化进程的加速,以及住宅小区的兴起,市民社会生活中出现了大量的有关业主权益的争讼,在立法制度缺失及法学理论研究不足的背景下,导致司法实践的无助与无力、业主权利保护弱化、业主权利救济失当。直至2007年我国《物权法》颁布,才在其第六章“业主的建筑物区分所有权”中确认了这一新型物权。

《物权法》虽确认了“业主的建筑物区分所有权”,业主权利保护状况有所改观,但有关业主权利的司法实践仍存争议,业主面对“业主的建筑物区分所有权”仍云里雾里一般,法律条文设计与民众法律意识发生分野,业主权利并未得到期待的舒展。笔者遂尝试以“业主权”的法律规范和法律保护为切入点及核心,从民法学的视角审视“业主权”,并作较为深刻的探讨与研究,以期在学理上对“业主权”及相关概念作出完整的定义。

从我国的法制传统、语义解释考量,我国《物权法》采用“业主的建筑物区分所有权”这一概念缺失适当性,需要检讨。“建筑物区分所有权”与市民社会习惯所称的“业主权”相悖,一定会在法律的具体适用中带来考证成本和歧义,也将使得业主的相关权利在民法理论体系上产生逻辑概念的混乱,扩大民

法权利理论与市民社会生活之间的裂痕。正如耶林所言,法律体系本身的独立已经没有了开放,法学疏离于社会、道德和政治的现实;法律体系内部也会有新的法条产生,但这并非基于任何实践生活的需要,而只是由于“法律结论和必要性”,它们存在,因为它们“不能不存在”。〔1〕

基于上述缘故,笔者辨析业主权、建筑物区分所有权等概念,并把目光从建筑物区分所有权效力下的一栋建筑物投向整个住宅小区,论证“建筑物区分所有权”的矫正之法“住宅区分所有权”;以“业主权”理论体系审视整个住宅小区,注重其“主体”并关注其“主人”利益,重新厘定“业主权”和“建筑物区分所有权”的概念,廓清现行立法体系下业主权理论的主体界限与客体范围。在此基础上,本书着力探研业主权的法理依据,对业主权进行体系化的建构,以期能对中国“业主权”的制度设计和理论发展有所助益。业主权理论的体系化解释将会改变一系列与传统建筑物区分所有权相异的观念、方法、规则,以适应人们法律思维的习惯和法权意识的形成,并能合理、正当地承载业主权利的内涵与外延之责任。

“业主权”的法理确认,渗透着民事法律对主体私权更为周到、细致的理解及维护,是对民法私权法制本性的进一步张扬。我国《物权法》虽然规定了业主的部分权利,在一定程度上为业主权的实现与保护提供了法律依据,但现实生活中权利主体所追求的“物尽其用”、“意思自治”、“解纷息讼”等法权要求并未得到满足。《物权法》中“业主的建筑物区分所有权”法律规则的设计,与日本民法中关于“建筑物区分所有权”的制度设计尚无实质性的创新与变革。而在法律适用中,该制度建构的漏洞和缺陷也逐步显现,理论上亦有困惑与症结。广大民众的社会生活、和谐社会的法律实践,迫切需要清明的、充满人文关怀的法律规则的指引与调整。

“学术研究的成就不仅取决于天赋与勤奋,它还更多地取决于第三种因素,那就是方法,即智力的运用方向”,〔2〕科学的理论建立在科学的研究方法之上。“法律思维并不能只在一个层面上活动,而应该在直观和概念之间持续地居间协调,概念和规则需要通过直观来加以补充。”〔3〕在本书撰写过程中,笔者坚持理论与实际并重,运用实证分析的方法,研究“业主权”、“建筑物区分所有权”的法律概念和规范,以逻辑分析和语义分析为基础,追求“来自

〔1〕 Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage (Berlin: SpringerVerlag, 1979), S. 27.

〔2〕 [德] 萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社 2008 年版,第 67 页。

〔3〕 Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage (Berlin: SpringerVerlag, 1979), S. 14.

具体问题又超越具体问题”的形式合理性,将业主权概念、体系建构置于宏观的社会视野中,关注业主权制度设计的社会法治意义,将民法现象放进社会领域客观地加以研究,使业主权法律制度的建构成为“法实践的精神要素,由此将法实践的高贵使命与许多外行在法实践之中看到的单纯机械化过程区别开来”。<sup>[1]</sup>“法学如果想得到科学的尊严,本应为实证之物,而非以神学的或学说的权威或抽象思辨论据出发”,<sup>[2]</sup>笔者重视实证研究,避免法学研究疏离社会现实的自闭、价值自证的倾向,以社会生活实践为研究背景,运用实证分析的方法,注重对“业主权”的法律概念、规范、逻辑架构的分析。

比较法学作为一种法学方法,对于借鉴域外立法、填补法律漏洞具有重大方法论价值。笔者从宏观和微观两个层面,对各个国家的法律规范体系和具体法律规范进行比较,从相互对比的异同中探寻结论。对业主权的基本理论、基本制度、基本规则等丰富的外域立法例进行比较借鉴,并从立法、司法实践和学说理论等角度,多层次地进行全方位比较研究,从各国立法中找出带有普遍性的规则和制度,从而揭示业主权制度设计的一些共同点和发展趋势,这是加强业主权基础理论研究的有效途径。在运用比较法的同时,辅以价值分析方法,从“法律应当如何”的视角去认识、分析、评价域外立法,将理论视野“从法律规范的实然层面扩展至应然层面,架构实然性的法律规则与道德、正义、理性之间的桥梁和纽带,为法律本身的内在品性输入营养和养分,使法律成为具有道德属性的人类为自身量身定做的行为规则”。<sup>[3]</sup>

萨维尼认为,法律规则、法律关系之间存在内在的关联性,这种关联性是客观存在的,不是人为创造的。体系化研究的任务是去揭示、描画这种关联性。<sup>[4]</sup>借助体系化的研究方法,建构业主权的内涵体系:业主物权(业主专有权、业主共有权)、业主物权衍生权益(业主成员权、业主立体相邻权)、业主救济权。“体系化与其说是一种安排、设计,还不如说是认识法的活生生整体”,<sup>[5]</sup>正如黄茂荣先生所说,“盖非经体系化,不能科学地思考或处理问题,

[1] Savigny. System des heutigen r mischen Rechts, Bd. 1 (Belin; BeiDeitund Comp., 1840), S. 8.

[2] [葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,中国政法大学出版社1998年版,第184页。

[3] 杜建明:《比较视野下的法学研究方法》,载《内蒙古财经学院学报》(综合版)2010年第3期。

[4] Savigny. Juristische Methodologie (Nachschrift Jacob Grimm). Aldo Mazzacane. Friedrich Carl von Savignys Vorlesungen uher juristische Methodologie. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2004, 163.

[5] Savigny. Einleitung zu den Pandekten 1811. Aldo Mazzacane. Friedrich Carl von Savignys Vorlesungen uher juristische Methodologie. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2004, 51.



并验证自思考或处理问题之经验中,所取得的知识”。〔1〕

## 二、文献分析:已有的研究基础和局限性

### (一)国内外研究现状总览

因“业主权”不是立法制度设计的法定概念,亦无体系化、系统化的研究著作,其生存空间仅在个别学者的“只言片语”中,公开发表于学术期刊上的文章少之又少,司法判例中虽有业主相邻权益、停车位、绿地权益等方面的判例,但正式采用“业主权”理论为裁判依据的尚未一见,所以国内学术界对于“业主权”的关注很少,仅有的几篇且非专门论证“业主权”的论文也仅限于“业主权”概念合理性的论证,缺少对“业主权”制度设计的逻辑体系的系统研究。

与“业主权”相比,学界对其相关法律概念“建筑物区分所有权”或“区分所有”的研究较为丰富。日本是比较早的有住宅立法的国家之一,其1890年颁行的旧民法财产编中有关于建筑物区分所有权的规定,后几经修改完善,日本现行的住宅所有权立法是1983年修订的《有关建筑物区分所有等之法律》。日本学者对区分所有立法研究深入而雄厚,无论在学理上还是在司法实践上,都涌现出了众多颇有建树的学者。其中,丸山英气所著的《建物区分所有法の理と動態》〔2〕与小沼進一所著的《建物区分所有法の理》〔3〕等书,是关于业主住宅权利制度的典范之作。丸山英气先生以区分所有法的改正为路径,检讨了区分所有法的性格、区分所有权的目的、区分所有者的权利义务、区分所有者的保护、共有部分的管理、区分所有与登记、标准管理规约等制度设计。丸山英气先生认为,促使修订区分所有权法的契机主要是由于建筑技术的不断发展进步,出现了现行法律立法当时未能考虑到的新型建筑,而居住这样场所的主体共同体尚不能充分表达自由和主张权利。且作为区分所有权的建筑物经常被频繁转让,存在大量居住和非居住混合用途的建筑,也存在大量区分所有权人自身并不居住自有房屋而转租的现象。区分所有权法的立法及修订的主要目的是,补充或填补其对现有区分所有权建筑管理的欠缺及不充分之处,并不断整理整顿现有的各种管理结构。修正的基本视点在于:改善与区分所有权人存在相关联系的第三方之间的紧张关系,增加协约中协调涉及相关当事人利益的条款内容,提高管理者管理协会运营效率,扩大物业管理组

〔1〕 黄茂荣:《法学方法论与现代民法》,中国政法大学出版社2000年版,第421页。

〔2〕 [日]丸山英气:《建物区分所有法の理と動態》,三省堂1985年版。

〔3〕 [日]小沼進一:《建物区分所有法の理》,法律文化社1992年版。

织的专门裁决事项;对于区分所有权的存在形态,应该谨慎对待将所有权和管理权分开的方向性问题,应防止将前者空洞化;考虑集团性和个别性之间的关系,缓和全员一致共同决议条款,来保护利益受损的区分所有权人的利益。丸山英气先生还进一步讨论了日本《住居所有权法》的现状与改革的内容与评价。

小沼進一先生以法国住宅所有权制度的考察为路径,在阐述法国住宅制度的历史沿革的基础上,认为由于法国民法典缺少对区分所有制度的肯认,才导致区分所有制度的建构失去生机与活力,并使广泛存在的住宅小区物业管理面临诸多实际困难。他分析了法国现行区分所有法律制度的相关设计,揭示区分所有法的位置、适用范围、建筑物区分所有权的构成要素,明示了建筑物区分所有权的性格以及区分所有关系的法的基础。小沼進一先生认为,区分所有法,应从建筑物区分所有人的权利义务关系和占地权利两方面来看,相关地、综合地进行考察也是非常必要的。法国法关于享益部分的观念至少在现行法的范围内,不是确定各区分所有者的权利义务关系的本质,区分所有者权利义务的确认,必须以更加精密的概念——专有部分、共有部分的概念为基准进行界定。如果没有相反的约定,各区分所有者享有自己的专有部分,并可根据共有部分的用途在不妨碍其他区分所有者的权利下,自由地使用共有部分。各区分所有者对共有部分有进行保存、维持以及管理的各项负担的义务。业主规约的内容条文仅限于共同享有以及管理的范围,是有限限制的,应通过明确专有物和共有物来规定所有权,通过规定区分所有者共同负担的内容和比例来明确其义务。

我国台湾地区“民法”移迁日本民法典,起初亦采用了“建筑物区分所有权”的概念,后因台湾地区“立法”机关认为“区分所有权”不通俗,遂将《建筑物区分所有权法》易名为“公寓大厦管理条例”,我国台湾地区学者在此方面的研究亦很丰富。知名学者温丰文著有《建筑物区分所有权之研究》一书,<sup>〔1〕</sup>并在《法令月刊》、《约旦法学杂志》上撰文发表专论,如《论区分所有建筑物物权构造之解析》、《论区分所有建筑物之专有部分》、《论区分所有建筑物共用部分之专用使用权》、《论区分所有权人会议》、《区分所有权人会议决议之效力》、《论公寓大厦规约》、《论公寓大厦管理委员会》等,对区分所有建筑物法律关系的构造、区分所有建筑物与基地的关系、区分所有建筑物的管理、区分所有权的客体、专用使用权等问题进行了系统论证。温丰文先生推崇

〔1〕 温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局1992年版。

“三元论说”，主张建筑物区分所有权由专有所有权、共有所有权和成员权三部分构成，认为该说符合现代建筑物区分所有权法的最新发展趋势；区分所有权会议是公寓大厦自治管理之主要支柱，有关公寓大厦之重建、修缮、改良、利用等“物的管理”，以及住户之间互动关系、群居生活等“人的管理”，原则上均可通过区分所有权人会议决定之；区分所有权会议是区分所有人团体之意思机关，其决议之效力及于全体区分所有人，亦及于区分所有权之继受人；公寓大厦管理委员会是公寓大厦管理之中枢，不仅是物之维护修缮，亦及住户关系调整，是社区和谐、社会祥和、安居安宁之保证；公寓大厦规约是区分所有人团体的最高自治规则，其所规范之内容，不但可以拘束区分所有权人，而且对区分所有权之继受人亦有拘束力，亦即规约具有物权的效力，规约应有一定的公示方法，以保护交易安全；邻人使用请求权行使之对象，不以物理上前后左右或上下相邻接之专有部分为限，在物理上纵未邻接，只要是建物维护或修缮之必要范围内，亦得对之行使。温丰文先生可谓台湾建筑物区分所有权之研究的标志学者，其研究理论对立法、司法均产生了深远的影响。

我国台湾地区学者谢在全在《建筑物区分所有权要论》<sup>〔1〕</sup>中，对区分所有建筑物的专有权和共有权进行了系统的论证，对现代我国大陆学者的相关理论观点亦有深远影响。他认为，数人区分一建筑物而各有其一部之部分为专有部分，亦为专有权之客体。专有部分之成立必须具备之要件：须具构造上之独立性；须具使用上之独立性；须以区分所有权客体之形态表现于外部。区分所有建筑物之共有部分包含三者：一是区分所有建筑物专有部分以外之其余部分；二是不属专有部分之建筑物附属物；三是区分所有人约定共同使用之专有部分与其附属物。区分所有之专有权与共有权的行使需遵守三项制约：其一，不得违反区分所有人之共同利益；其二，专有部分与共有部分、基地权利处分之一体化；其三，对必须进入专有部分之容忍。谢在全先生对区分所有建筑物的专有权和共有权的论证观点，在大陆学者的著述中均有相应的肯认，其中专有部分成立要件的相关理论、区分所有权利行使之限制理论在我国物权立法及最高人民法院的相关司法解释中亦有承继。

我国大陆知名学者陈华彬所著的《建筑物区分所有权研究》<sup>〔2〕</sup>当属此问题研究的典范之作，本书立足于比较法与法解释学的研究方法，对建筑物区分所有权的发展历程、建筑物区分所有权的概念构成、区分建筑物管理、因建筑

〔1〕 谢在全：《建筑物区分所有权要论》，载《法令月刊》第53卷。

〔2〕 陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，法律出版社2007年版。

物区分所有产生的问题以及制定我国建筑物区分所有权法等若干问题做了比较细致的考察、分析与研究,认为我国《物权法》规定的“业主的建筑物区分所有权”制度过于简略,不足以规范和调整所有的建筑物区分所有权关系,提出应制定我国的建筑物区分所有权法的愿景。陈华彬教授有留学日本的学术背景,其著述受日本法影响较大,其学术观点也未跳出日本的“建筑物区分所有权”的制度框架,进而忽略了中国本土的法律元素。

学者徐海燕在《区分所有建筑物管理的法律问题研究》一书<sup>〔1〕</sup>中,剖析了区分所有建筑物管理制度的理论基础、主要立法模式及区分建筑物管理的性质及政府的作用,从比较法的角度考察了业主管理规约的内容和法律效力,并从司法实践上指出了业主大会制度、业主委员会制度、物业服务合同、物业费、公共维修资金、拆迁补偿以及区分所有建筑物管理中的现存问题和完善思路。陈鑫博士以建筑物区分所有权为基础,系统阐述了业主自治问题,<sup>〔2〕</sup>认为物业小区是一个地缘共同体,除了房子是业主自己选择的以外,其他的一切均是强加的,因此容忍义务是业主之第一义务,从根本上是服务于业主的互惠性特征的;业主自治的民法本意是确保业主的自由空间,使业主能够自我负责地形成其生活;全体业主的最高自治规范是住宅区的业主规约,在不违反强行法的前提下,合乎订立程序的业主规约总对全体业主及实际使用人全体发生效力;业主自治组织是业主大会,具有唯一性与强制必设性,法律应当承认业主大会的社团法人资格,以保障业主成员团体责任的独立性与团体成员责任的有限性之间的和谐。徐海燕教授在我国《物权法》的体系下,探讨了区分所有建筑物管理法律的操作性、实用性问题;陈鑫博士则系统阐述了业主自治问题,无论是区分所有建筑物的管理还是业主自治,其内容仅是“业主权”理论体系下的一部分。

金俭在《中国住宅法研究》一书中,阐述了“公民住宅权”<sup>〔3〕</sup>的含义。认为公民住宅权可以从两个方面进行理解:一是从公法意义上理解,住宅权指住宅人权,即住宅权是每一个公民维持其生存必需的基本权利;二是从私法意义上理解,住宅权是指公民住宅所有权以及与住宅所有权有关的其他财产权利。因此,住宅权既是公民的一项基本人权,又是一项财产权。笔者认为,“公民住宅权”如剔除其公法性质,则与法国“住宅所有权”概念内涵相当,客体泛指

〔1〕 徐海燕:《区分所有建筑物管理的法律问题研究》,法律出版社2009年版。

〔2〕 陈鑫:《业主自治:以建筑物区分所有权为基础》,北京大学出版社2007年版。

〔3〕 金俭:《中国住宅法研究》,法律出版社2007年版。

所有的住宅,与建筑物区分所有的权利形态差异很大。

周树基所著《美国物业产权制度与物业管理》一书,<sup>[1]</sup>系统论证了美国区分所有物业产权的设立与变动的基本理论、区分所有物业专有部分与共有部分的划分与界定标准,以及美国物业小区管理制度设计的理论,注重将美国的区分所有物业产权制度与其他发达国家的区分所有物业产权制度的比较研究,以揭示物业产权制度设计的共同规则,其中,关于物业小区停车位的产权制度设计,以及有关绿地、会所、游泳池、地下室等归属制度设计对我国住宅区物业管理立法应具有很好的借鉴意义。

## (二)“业主权”的理论争议

### 1. “业主权”概念的合理性

在我国学者的著述中,“业主权”理论是淹没于“建筑物区分所有权”理论之中的,鲜有学者提及“业主权”。即使是“建筑物区分所有权”,不同的国家和地区甚至在不同的历史时期在立法上的表述也各不相同。欧洲的德国、奥地利等国立法称为“住宅所有权”,法国立法称为“住宅分层所有权”,瑞士立法则称为“楼层所有权”,亚洲的日本立法称为“建筑物区分所有权”,具有判例法传统的美国、英国一般称为“公寓所有权”。可见,有关“业主权”名称的争议由来已久且分歧较大。不同的法律概念代表不同的法律文化传统,不同法律概念的内涵标明不同的规则内容,但究其实质其不同规则体系所反映的内容却是相通的,即都是以住宅区区分所有建筑物之一部分为客体而设立的不动产所有权的抽象、概括、总结和归纳。

在我国《物权法》立法之初,“业主权”这一法律概念一经提出,其合理性就受到法律学者的特别“关爱”。有学者从国外立法史角度分析,认为“在西方传统的物权法理论体系中没有业主权这个概念,援用这一概念会影响物权法律理论体系的严密性和完整性,甚至会导致法律思维的混乱”;<sup>[2]</sup>而“业主的建筑区分所有权”则突出了区分的含义,反映了该种权利的状态,体现了与传统所有权的重大差异,强调了权利内容的复杂性,且“已经为广大学者和实务界人士所接受,具有其科学性与合理性”<sup>[3]</sup>。也有学者认为“业主权”并非是具有确定内涵的法律意义上的概念,而是我国房地产经济活动和群众社会

[1] 周树基:《美国物业产权制度与物业管理》,北京大学出版社2005年版。

[2] 王利明:《论业主的建筑物区分所有权的概念》,载《当代法学》2006年第5期。

[3] 王利明:《论业主的建筑物区分所有权的概念》,载《当代法学》2006年第5期。

生活中的一个比较通俗的语词,在立法中使用欠缺规范。<sup>〔1〕</sup>从语义学与比较法上看,这些名称中,当以日本法和我国台湾地区民法所使用的“建筑物区分所有权”一语,最为妥当,可以采用。<sup>〔2〕</sup>

与此相反,陈玉祥撰文《建筑物区分所有权还是业主权》指出,“建筑物区分所有权”作为法律术语不能真实反映权利客体的范围,不能全面概括权利的内容,我国《物权法》应采“业主权”概念,因其能准确反映其所指向的权利的客体与内容,业主权的权利主体是业主,权利客体是物业管理区域,与“业主”、“业主大会”、“业主委员会”法律用语更加协调。<sup>〔3〕</sup> 睦鸿明、王媛在《业主权概念及其法律化》一文中亦认为,立法中使用“业主权”的法律概念简洁明了,更为恰当,是适合国情、合乎实际的法律概念,符合一般群众的认知和社会现状;只要在法律规则中对“业主权”的内容进行确切的、科学的界定,在法律实践中就可以清楚地反映这一概念的内涵和外延,使“业主权”的法律概念更适于操作。<sup>〔4〕</sup>

龚子秋、马新彦在《论业主权及物业管理制度之完善》一文中认为,业主权长期以来一直作为房屋所有权人或相关权利人的代称,业已被群众广泛接受、认同和使用,已成为市民社会生活中的一种习惯名称,<sup>〔5〕</sup>如果能明确地将业主权作为民事主体的法定权利,会有利于进一步保护业主的财产权,规范我国的物业管理制度,完善我国的物权法体系。假如将“业主权”的概念界定为“建筑物区分所有权”,则会缩小业主的范围。“法律作为反映社会物质生活条件的法权关系的主要载体,将社会生活中被反复使用的业主权引入民法制度之中,是立法机关尊重社会生活中的风俗习惯、顺应经济民主、遵从经济生活条件的恰当行为,也是立法者关注民生,关爱普通百姓生活,促进、发扬民法制度亲民性风格的重要举措。”<sup>〔6〕</sup>

## 2. “业主权”内涵的界定

业主权与建筑物区分所有权的内涵相比较,既有相容相通的地方也有其特有品质。从学界对于建筑物区分所有权内涵的界定考察,存在一元论说、二

〔1〕 易继明:《对物权立法的思考》,载《学习时报》2005年第7期。

〔2〕 陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第262页。

〔3〕 陈玉祥:《建筑物区分所有权还是业主权》,载《盐城工学院学报》(社会科学版)2009年第4期。

〔4〕 睦鸿明、王媛:《业主权概念及其法律化》,载《河北法学》2006年第8期。

〔5〕 龚子秋、马新彦:《论业主权及物业管理制度之完善》,载《江海学刊》2007年第6期。

〔6〕 龚子秋、马新彦:《论业主权及物业管理制度之完善》,载《江海学刊》2007年第6期。

元论说、三元论说等多种学说。日本著名学者小沼進一先生、我妻荣先生、我国台湾地区学者史尚宽先生持一元论的专有权说,<sup>[1]</sup>法国学者普鲁东与拉贝在解释《法国民法典》第644条规定时,则认同一元论的共有权说。<sup>[2]</sup>我国台湾地区学者郑玉波先生、黄越钦先生、大陆学者陈苏先生主张二元论的专有权和共有权的结合说。<sup>[3]</sup>国内外许多学者赞同“三元论说”,<sup>[4]</sup>认为建筑物区分所有权是由专有部分所有权、共用部分持份权、业主成员权等要素构成的特别所有权。

杨立新教授认为,建筑物区分所有是指建筑物的共同所有人依其应有部分对独自占有、使用的部分享有专有权,对共同使用部分享有互有权,以及相互之间对建筑物的整体享有成员权而构成的建筑物所有权的复合共有。<sup>[5]</sup>与此类似的观点进一步阐述为:业主权是一项复合性权利,既包括物法性的权利——专有部分的专有权和共有部分的共有权,也包括人法性的权利——基于业主身份而享有的成员权。<sup>[6]</sup>王利明教授则认为,建筑物区分所有权尽管是一种物权,但其是一种新型的物权类型,不能依据一般的所有权规则或共有权规则来进行处理,不应该规定成员权的内容。<sup>[7]</sup>还有学者认为业主权包括建筑物区分所有权、管理权和因物业服务合同享有的债权三项权利。<sup>[8]</sup>

有学者认为,业主权是业主基于对物的所有权所产生的权利,属于物权,是业主对其房屋及相关物所享有的占有、使用、收益、处分的权利;业主权是以所有权为核心,并与债权、继承权、救济权相关联的多结构的权利体系,是专有权、共有权和业主成员的管理权利的统一体;建筑物区分所有权与业主权相比,其内涵尚显狭隘,建筑物区分所有权是规范静态的物的归属,不包含业主成员管理权这一混合性权利;业主权囊括了建筑物区分所有权的内涵,其客体除业主区分所有专有部分、共有部分外,还包括整个住宅小区的土地、道路、绿

[1] [日]小沼進一:《建物区分所有の法理》,法律文化社1992年版,第261页;史尚宽:《物权法论》,台湾荣泰印书馆股份有限公司1979年版,第109页。

[2] 陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社2007年版,第67页。

[3] 黄越钦:《住宅分层所有权之比较法研究》,载《民法物权论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第439页;陈苏:《论建筑物区分所有权》,载《法学研究》1990年第5期。

[4] [德]贝尔曼:《德国住宅所有权法》,载(台)《法学论丛》第13卷第1期。

[5] 杨立新:《共有权研究》,高等教育出版社2003年版,第355页。

[6] 陈玉祥:《建筑物区分所有权还是业主权》,载《盐城工学院学报》(社会科学版)2009年第4期。

[7] 王利明:《论业主的建筑物区分所有权的概念》,载《当代法学》2006年第5期。

[8] 罗新斌:《住宅小区业主权利的法律保护》,西南政法大学2007年硕士学位论文。



地、附属设施甚至小区整体环境等。<sup>〔1〕</sup>

睦鸿明教授将业主权内涵定义为小区内复合物权形态,特指住宅区业主对房屋及相关物所享有的权利义务的总称;业主权具有多重权利内容,即“业主专有权、公用部分的共有权、业主成员权,以及由上述权利所形成的社区权利”。<sup>〔2〕</sup>

### 三、本书的基本内容和框架

#### (一) 本书的研究重点

笔者通过对前人关于“业主权”已有研究成果的检讨,从实证角度研究“业主权”概念在民事权利体系中的逻辑定位与“业主权”内在权利体系的建构,以及业主权运行规则的制度设计:

##### 1. “业主权”与“建筑物区分所有权”概念的比较与选择

遵循体系化和逻辑性的要求,在法律技术层面完成“业主权”与“建筑物区分所有权”概念边界的厘定与衔接,廓清业主权的外缘界限,满足业主权法律概念稳定性的要求。基于“业主权”概念的合理性分析和正当性探求,利用经验实证的分析模式,从我国的法律历史传统以及语义学角度来看,检讨“建筑物区分所有权”的概念选择,阐释“业主权”概念的构成要素、法理基础、术语选择的法价值,合理架构“业主权”系列权利内在逻辑体系,以避免法益冲突。

##### 2. “业主权”理论的体系化建构

在比较国内外有关业主权立法的基础上,在法制化的中国背景下进行系统的研究,并着重对业主权法律制度所涉及的权利义务关系建构进行探讨。在合理界定“业主权”概念和构成要素的前提下,以类型化的方法整合业主权内容体系及权利运行的具体规则,明确业主专有权、共有权的权利界限及共生关系;完善业主成员团体的治理结构及业主自治规约的效力;衡平业主权私权实现与业主成员的责任;为构建我国的业主权制度设计提出若干设想和建议。

##### 3. “业主权”的限制与救济体系

限制业主私权,是利益衡量的应有之义。在业主权制度设计中,对业主权进行合理规制,以避免“权利滥用”,减少其在司法秩序中可能产生的负效应。建构“业主权”权利受损的私力救济与公力救济的体系,完成业主权实体法供给与程序法保障的制度衔接。

〔1〕 龚子秋、马新彦:《论业主权及物业管理之完善》,载《江海学刊》2007年第6期。

〔2〕 睦鸿明、王媛:《业主权概念及其法律化》,载《河北法学》2006年第8期。



## (二) 本书的基本理论观点

1. “业主权”是覆盖了建筑物区分所有权内涵的一个法律意义上的概念。“业主权”能合理、准确地承载业主的权利,具有正当性。“建筑物区分所有权”过分学理化,易导致民法理论与社会生活的分野。“业主权”的概念是我国立法“规范用语”传承的自然结果,体现了对习惯、社会通念的尊重,扩张了建筑物区分所有权的主体、客体、权利内容,弥补了建筑物区分所有权的不足,有利于培养业主自治所必需的公共品性和业主自治理念的形成。

2. 在“业主权”的体系框架内,业主房屋专有权、共有部分共有权构成业主物权,业主成员权、立体相邻权构成业主物权之衍生权益。该业主权的理论体系建构扩大了基于住宅区业主的法律关系的调整范围,将使更多的与住宅区建筑物相关的法律关系由其效力所及,增容了建筑物区分所有权的权利主体范围与权利客体范围,更利于建构一个体系完备、形式理性的现代住宅所有权制度。

3. 业主专有权是业主权的主导性权利,居于核心地位,其权利客体是建筑物在构造上和使用上具有独立性、能通过不动产登记形式予以公示的特定的独立空间;专有权人对专有部分享有占有、使用、收益、处分等所有权权能。业主共有使用权、共有修缮改良权、共有重建权、共有收益权、共有处分权等内容构成业主共有权,其客体包含业主区分所有单体建筑物的共有和住宅区区分所有的共有两部分,住宅区区分所有的制度设计弥补了《物权法》“业主的建筑物区分所有权”在体系化方面的缺陷。住宅区范围内的全部土地、共用设施及住宅区名称所用权归住宅区全体业主所有,小区业主以外的其他任何人包括开发商不能取得对小区内任何土地、共用设施及住宅区名称的所用权。

4. 业主之间的共同利益关系导引成员权的产生,业主成员权本质上应属于带有一定财产权内容的身份权,是业主物权的衍生权益,兼有“人法性”和“物法性”。业主以业主大会、业主委员会为其成员团体的基本治理结构,以业主公约为其团体宪章,业主团体成员有“参与管理权”和“受益权”,业主团体通过课加侵害业主团体共同利益的业主以成员责任,实现自治管理。

5. 业主立体相邻权制度和地役权制度有不同的价值取向,无一方完全代替或吸收另一方的可能,两制度并存更能有效调节业主在相邻关系处理上的衡平,实现业主权公平与效率之法律价值的融合。业主立体相邻关系与共有关系相互交织、竞合以及“邻人进入权”构成了业主立体相邻关系不同于传统相邻关系的最具代表性的特征;将业主立体相邻权内容的具体列举与一般性规则相结合,予以人格保护相邻权、环境保护相邻权、物上请求相邻权之类型