

教育部人文社会科学研究2007年度青年基金项目，项目批准号为：07JC820029

区分所有建筑物管理的 法律问题研究

徐海燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学研究2007年度青年基金项目，项目批准号为：07JC820029

区分所有建筑物管理的 法律问题研究



徐海燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

区分所有建筑物管理的法律问题研究 / 徐海燕著. —北京: 法律出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9079 - 2

I. 区… II. 徐… III. 物业管理—法律—研究—中国
IV. D922. 181. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 192194 号

区分所有建筑物管理的法律问题研究
徐海燕 著

编辑统筹 法律出版社
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

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 永恒印刷有限公司

责任印制 张宇东

开本 A5

印张 12

字数 351 千

版本 2009 年 5 月第 1 版

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939659

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9079 - 2 定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

中国社会主义市场经济体制建立与健全的重要标志是传统住房制度的全面改革以及房地产市场的萌芽与发展。但是,由于我国物权立法的长期滞后以及建筑物区分所有权制度的缺失,致使在我国房地产市场的发展过程中出现了许多新兴的物业管理法律问题。在实践中,业主与业主之间、业主与物业管理公司之间、业主与开发商之间的法律纠纷不断出现。

当前,我国许多城市的小区中存在着广大业主与物业服务企业之间“主仆”角色不清的法律冲突。许多物业服务企业是开发商自己设立的“子弟兵公司”,要么是姊妹公司,要么是母子公司。由于开发商可以利用商品房销售之机迫使业主签署不平等的临时物业管理规约,致使物业服务企业与小区业主之间的利益冲突不断升级,甚至发生了多起暴力事件。由于物业服务企业重收费、轻服务,极易引发业主拒交物业费;而业主拒交物业费,又加剧了物业服务企业的服务质量滑坡;如此恶性循环不已。长期以来,一些物业服务企业还动辄以“物业管理公司”、“管理者”的身份自居,并把业主视为自己的管理对象,而非服务对象。难怪 2003 年的《物业管理条例》使用了“物业管理企业”的概念。幸运的是,《物权法》正本清源,将“物业管理企业”的名称纠正为“物业服务企业”。但要从根本上理顺业主与物业服务企业之间的法律关系,必须推动建筑物区分所有制度的创新与完善。

为构建和谐的小区环境,预防和化解物业管理领域的利益冲突,既需要国家公权力通过立法和行政手段审慎而适度地直接干预业主之间、业主与物业服务企业之间、业主与开发商之间的权利义务关系,

更需要鼓励业主自治。换言之,广大业主可以基于意思自治精神,通过规约对物业使用、维护、管理而发生的权利、义务与责任作出自律约定,也可以通过建立健全业主大会制度和业主委员会制度,以塑造业主之间平等决策与民主治理的法治环境。但实践中的问题是,由于广大业主存在“搭便车”的忍让心理以及集体维权成本高的严重困难,致使广大业主入住后业主大会很难召开、业主委员会很难成立;即使业主大会得以召开、业主委员会得以成立,业主大会和业主委员会在开发商与物业服务企业有形无形的控制和操纵下也很难发挥应有的维权作用。

相关的一个问题是,由于我国业主大会和业主委员会产生的历史较晚、相应的制度设计存在一定漏洞,致使法律上存在瑕疵的业主大会决议和业主委员会决议长期游离于司法权的审查范围之外。国务院2003年6月8日发布的《物业管理条例》第12条第4款仅规定“业主大会的决定对物业管理区域内的全体业主具有约束力”,而未规定瑕疵业主大会决议的法律救济。针对这一制度疏漏,全国人民代表大会于2007年3月16日通过的《物权法》第78条第2款明确规定,“业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的,受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销”。国务院2007年8月26日重新修订公布的《物业管理条例》第12条第5款又原封不动地植入该条款。但依然存在许多悬而未决的法律问题:一是在业主就有瑕疵的业主大会和业委会决议提起诉讼时,适格被告究竟是业主大会还是业主委员会;二是业主大会和业委会决议的瑕疵有哪些表现形态;三是程序瑕疵和实体瑕疵的决议是否应当适用同一实体法律规则和程序法律规则?若否,如何在《物权法》和《物业管理条例》中进一步建立健全瑕疵业主大会和业委会决议的救济制度?

除以上简单列举的问题之外,更为根本的问题是物权法层面的建筑物区分所有权制度如何进一步完善。深刻理解与充分尊重建筑物区分所有权是正确处理业主之间、业主与物业服务企业之间、业主与开发商之间的法律关系的金钥匙。为充分保护小区业主的财产权利,《物权法》第6章专门规定了业主的建筑物区分所有权。笔者认为,建

建筑物区分所有权有广狭二义:狭义的区分所有权仅就专有权而言,即业主对建筑物内专有部分享有单独或单一的所有权。至于该单独所有权由一人所有或数人(如夫妻或家庭成员)共有,并不影响该单独所有权的性质。专有权是业主享有的核心权利。广义的建筑物区分所有权则指专有权、共有权、共用权、管理权(又称“治理治”、“成员权”)四位一体的权利。《物权法》第70条也从广义上界定了业主的建筑物区分所有权,“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”。只不过这种立法表述没有囊括“共同使用权”而已。

值得指出的是,2007年颁布的《物权法》第6章虽对建筑物区分所有权的问题作了专章规定,但整个制度设计仍然存在原则性较强、可诉性较弱的问题。例如,《物权法》第74条第2款规定,“建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库的归属,由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定”。该规定固然有利于鼓励开发商修建车位、车库,但其弊端在于有可能侵害业主的公平交易权,鼓励开发商向业主出售(而非赠与)车位。《物权法》第73条规定,“建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房,属于业主共有”,但小区内的会所是否属于业主共有的“公共场所”则语焉不详。此外,《物权法》第77条规定,“业主将住宅改变为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约外,应当经有利害关系的业主同意”,但如何界定“有利害关系的业主”,仍有待进一步的法律解释。

鉴于进一步完善我国的区分所有建筑物管理制度的实践意义与学术价值,笔者以“区分所有建筑物管理的法律问题研究”为题申报了教育部哲学社会科学青年基金项目。本书就是本人主持的教育部哲学社会科学青年基金项目“区分所有建筑物管理的法律问题研究”(07JC820029)的结项成果。其中,有些阶段性成果已在一些法学刊物上发表。例如,《论物业规约的法律效力》发表在《法学论坛》2008年第2期上。

本书从探讨建筑物区分所有权的基本理论入手,剖析了区分所有建筑物管理制度的理论基础,分析了区分所有建筑物管理的主要立法

模式和区分建筑物管理的性质及政府的作用,研究了管理规约的内容和法律效力,指出了业主大会制度与业主委员会制度的现存问题和完善思路,并对物业服务合同、物业费以及区分所有建筑物管理中的特殊问题(包括小区停车位的归属问题)、公共维修资金问题和拆迁补偿问题进行了探讨。由于笔者才疏学浅,该书缺憾在所难免,敬祈广大读者批评雅正。

徐海燕

2008年12月12日于美国威斯康辛大学

目 录

CONTENTS

第一章 建筑物区分所有权的基本理论

第一节 建筑物区分所有权概述

第二节 区分建筑物的基本构成

第三节 业主的权利

第二章 区分所有建筑物管理制度的理论基础

第一节 区分所有建筑物管理的必要性

第二节 区分所有建筑物管理的原则

第三节 区分所有建筑物管理的内容和方式

第四节 区分所有建筑物管理的法律关系

第五节 区分所有建筑物管理的立法模式

——兼评《物权法》和《物业管理条例》

第六节 区分建筑物管理的性质及政府的作用

第三章 管理规约

第一节 概述

第二节 管理规约的设定、变更和废止

第三节 管理规约的内容

第四节 管理规约的法律效力

第四章 业主大会

第一节 业主大会的法律地位

第二节 业主大会的职权

第三节 业主大会的召集和决策程序

第四节	存在瑕疵的业主大会决议及其法律救济	< 191
第五节	我国当前业主大会制度存在的法律问题及对策	< 205
第五章	业主委员会	< 211
第一节	业主委员会概述	< 211
第二节	业主委员会的法律性质	< 221
第三节	业主委员会的职责	< 229
第四节	业主委员会成员的诚信义务	< 236
第五节	业主委员会和业主大会的法律关系	< 243
第六节	我国当前业主委员会存在的法律问题及对策	< 248
第六章	物业服务合同	< 257
第一节	物业服务合同的概念和特征	< 257
第二节	业主的权利义务及违约责任	< 266
第三节	物业服务公司的权利义务及其违约责任	< 273
第四节	物业服务合同的其他问题	< 284
第七章	物业费的法律问题	< 292
第一节	物业费法律问题概述	< 292
第二节	物业服务费的计算方法与消费者的公平交易权	< 299
第三节	物业服务费的交纳义务及业主可否以行使同时履行抗辩权的法理探讨	< 310
第四节	业主迟延交付物业费时,物业管理公司的救济措施	< 316
第八章	区分所有建筑物管理中的特殊问题探讨	< 323
第一节	小区停车位的归属问题	< 323
第二节	公共维修资金问题	< 340
第三节	拆迁补偿问题	< 350
参考文献		< 365

第一章

建筑物区分所有权的理论基础

第一节 建筑物区分所有权概述

一、建筑物区分所有权的称谓

关于“建筑物区分所有权”名称的表述,各国立法例并不尽相同。德国和奥地利称为“住宅所有权”(Wohnungseigentum),德国《住宅所有权法》第1条第2项指出,住宅所有权,是指住宅的特别所有权与其所属的共同所有权的共有物应有部分相结合的权利。在美国,建筑物区分所有权则更是名称不一,有称“公寓所有权”(condominium ownership)的,有称“单元所有权”(unit ownership)的,还有称“水平财产权”(horizontal property)的。但美国联邦住宅局制定的模范法及大多数州法还是采纳了“公寓所有权”的称谓。此外,瑞士称“楼层所有权”(stock werkseigentum);法国称为“住宅分层所有权”(la propri  te par   tages pour appartements);澳大利亚称为“单元住宅所有权”(ownership of dwelling-house);日本和我国台湾地区称为“建筑物区分所有权”。^①“建筑物区分所有权”的名称虽然表面上各异,但实质却相同,都是对建筑物的某个特定部分所享有的所有权的抽象概括。

我国民法理论界一致采用“建筑物区分所有权”的称谓,2007年新出台的《物权法》也采用了“建筑物区分所有权”的称谓。其理由如

^① 参见我国台湾地区“公寓大厦管理条例”之相关规定。

下:(1)德国法上“住宅所有权”中的“住宅”一词,按照《辞海》的解释,是指“规模较大的住房”或“住家的房屋”,它既包括无楼层的平房,也包括高楼大厦,但就前者而言,并不发生建筑物区分所有权问题,而是单一主体的单一所有权。因此,“住宅所有权”这一概念外延过宽,不足取。(2)法国法上的“住宅分层所有权”和瑞士法上的“楼层所有权”虽可理解为“于多层和高层建筑物中,对住家的房屋的某一楼层的所有权”,但这只是建筑物区分所有权中的一种,即对横向分割的区分所有建筑的所有权。因此,这一称谓外延又过窄,同样是不足取的。(3)美国法上的“公寓住宅所有权”的“公寓”不仅是外来语,而且是指权利人对一栋一层楼的由独立寓所构成的公寓所分别享有的所有权,它们之间不发生区分所有权问题。(4)英国或澳大利亚法上的“单元住宅所有权”仅指独立成套或单元的住宅所有权,其外延同样过于狭窄。相比较而言,日本及我国台湾地区法律上的“建筑物区分所有权”较为妥帖。其中“区分”,相当于汉语的“分类”、“划分”的意思,它既包括纵割式的住宅所有权,也包括横割式的住宅所有权,还包括混合式的住宅所有权。这一称谓可囊括一切类型的区分所有建筑物的权利形态,而且不致产生歧义。^①因此,“建筑物区分所有权”在众多的不同称谓中乃为一种最佳的表达方式,本书亦采此称谓。

二、关于建筑物区分所有权的不同学说

欲探讨建筑物区分所有权的概念,必先了解关于建筑物区分所有权的不同学说。历史上,基于各国不同的政治、经济和法律理念,形成了有关建筑物区分所有权的三种不同学说。

(一)一元论说

一元论,又称为一元主义,根据其主张观点的不同,一元论中又分为“专有权说”和“共有权说”两种理论。

1. 专有权说

此说认为,所谓建筑物区分所有权即指区分所有权人于区分所有建筑物专有部分上所享有的权利——专有权。该说最早为法国学者

^① 陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社2007年版,第82~83页。

在解释法国《民法典》第 664 条^①时所提出,以后为日本、我国台湾地区的法律所采纳。^②日本《建筑物区分所有权法》第 1 条规定:“一栋建筑物构造上区分为数部分,供做独立的住宅、店铺、办公室、仓库或其他用途使用时,其各部分得依本法规定,各自成为所有权的标的。”第 2 条第 1 项规定:“本法所称区分所有,指以前条所规定的建筑物部分(依本法第 4 条第 2 项规定被当做共用部分者除外)为标的的所有权。”日本著名学者玉田弘毅亦认为:“称区分所有权者,谓在建筑物专有部分上成立的所有权。”^③

我国台湾地区关于区分所有权意义中的最狭义说实际上也采纳了专有权说。史尚宽先生认为:“数人区分一建筑物而各有其一部者,谓之区分所有权。其区分之各部分,为独立之权利客体,于其部分成立单独所有权。”^④刘得宽先生参照日本区分所有权法的规定,认为:“在专有部分上所成立之所有权,便为区分所有权。”^⑤谢在全先生亦认为:“(台湾)‘民法’第 799 条前段规定,数人区分一建筑物,而各有其一部者,该建筑物及其附属之共同部分,推定为各所有人共有,是以区分所有建筑物,可分为区分所有人之专有部分与区分所有人之共有部分。而区分所有权是指一区分所有建筑物之专有部分为客体之所有权,其所有人即为区分所有人。可见,区分所有权是以建筑物为客体之所有权,且民法尚未承认以土地为客体之区分所有权,故严格以言,区分所有权应称为建筑物区分所有权”,其后,谢在全先生又进一步重申了最狭义说,“区分所有权在学说上有不同意义,吾人是采取最

① 法国《民法典》原第 664 条:“建筑物因楼层不同而分属不同之所有者,其所有权之割分如无法确定统一之修缮或重建方法时,其修缮或重建按下列方式进行:墙壁及屋顶由所有人所占楼层之价值而定;每楼层负责修整其专属之楼板;二楼所有人负责通往二楼楼梯之整修;三楼所有人负责二楼通往三楼楼梯之整修;三楼以上依此类推之。”转引自陈俊樵:《区分所有建筑物管理问题研究》,中兴大学法学研究所博士论文。

② 陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社 2007 年版,第 83~84 页。

③ 转引自陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社 2007 年版,第 83~84 页。

④ 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版。

⑤ 刘得宽:“建筑物区分所有权之空间所有权”,载《法学丛刊》第 93 期,第 371 页。

狭义说”。^①

我国台湾地区的“土地登记规则”亦采纳了专有权说,其第71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。”

在物权法中,所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益、处分的权利。如果把专有权理解为对专有部分的所有权,区分所有权则是指区分所有权人对建筑物的专有部分所享有占有、使用、收益、处分的权利。由此可以看出,专有权说的区分所有权与一般的所有权并无区别。

2. 共有权说

此学说为法国学者普鲁东(Proudhon)与拉贝(Labbe)在解释法国《民法典》第664条时,针对上述法国学者的专有权说而提出的针锋相对的观点。该学说以集团性、共同性为立论精神,将区分所有建筑物整体视为全体区分所有权之共有,实质上是将区分所有权作为一种共有所有权予以理解。该观点在法国并没有得到普遍认可,但却得到其他国家法律或学者的认可。例如,瑞士《民法典》采取共有权说,该法典第712条第1项规定:“建筑物区分所有权,是不动产共有的份额。区分所有人对建筑物的特定部分享有独占使用和内部改造的特别权利。”

日本很多著名学者都赞同共有权说。加藤一郎先生指出,“尽管区分所有权中有专有权准用共有权有关支配权能的规定,但与普通所有权并不相同,其受‘共同所有性’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”。星野英一先生同样也认为,所谓区分所有,实际上乃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(区分所有权人)的组织享有,单个的区分所有权人享有相应持分的权利。^②持类似观点的还有石田

^① 谢在全:“区分所有权之客体——‘最高法院’1992年度台上字第一八七七号民事判决评释”,载《法令月刊》第46卷,第7期。

^② 陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社2007年版,第85页。

久喜夫和稻本洋之助。在上述学者观点的影响下,日本昭和 58 年修正了昭和 37 年的区分所有权法,修正后的区分所有权法虽然从立法形式上仍然采纳了专有权说,但在实质上已经改采了“共有权说”,亦即“虽然作为基本的仍是区分所有权人对专有部分享有所有权,但在实质上应认为系全体区分所有权人以共同形式所有一栋建筑物”。^①

(二) 二元论说

此说认为,建筑物区分所有权是指数人区分所有一栋建筑物时,各所有人对其独自占有、使用的部分享有专有所有权,并对全体所有人共同使用或数个所有人之间共同使用的部分享有所有权的一种复合所有权。此说最早为法国学者批判一元论后提出的观点,后被我国台湾地区一部分学者所采纳。我国台湾地区学者郑玉波先生认为,“区分所有,不论其区分为纵为横,其所有权之行使仅能及于所分有之部分,而不能达于全部,此点与独有同,而与共有异;但区分所有不同于共用部分,例如,楼梯、隔壁、走廊、厕所等在法律上均推定为共有……从而即为各区分所有人权利义务之所及,此点与独有异,而与共有同,可见区分所有,其所有权之范围,实与一般情形有所差异”,从该段文字中可以看出,郑玉波先生采纳的是二元论说。^② 黄越钦先生则是明确表示:“住宅所有权(即区分所有权)……为一种对住宅之管领之权,其权利标的一方面是包括公寓中部分所有人为唯一使用管理之权的该一部分,另一方面则为全栋公寓中全体所有人均有使用管理权之部分,这两部分的区别划分乃是本制度最基本的问题之一。”^③

在立法上,二元论说为法国 1938 年《有关区分各阶层不动产共有之法律》及法国 1965 年制定的现行《分层住宅所有权法》所肯定——建筑区分所有权为专有权与共有部分持分权的结合。另外,我国台湾地区“民法典”第 799 条亦采此说,其规定:“数人区分一建筑物而各有其一部者,推定为各所有人共有,其修缮及其他费用由各所有人按其

① 转引自陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社 2007 年版,第 85~86 页。

② 郑玉波:《民法物权》,台湾五南图书出版公司 1984 年版。

③ 黄越钦:“住宅分层所有权之比较法研究”,载《法律世界》第 8 期。

所有部分之价值分担之。”

梁慧星教授主编的《中国物权法草案建议稿》同样采纳了此“二元论说”，该建议稿第90条作了如下表述：“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分，就专有部分享有单独所有权，并就该建筑物及其附属物的共同部分，除另有规定外，按其专有部分比例共有的建筑物所有权。”王利明教授从物权法体系出发，强调建筑物区分所有制度作为财产法上的制度，不应包括具有人法性的成员权。他认为：“建筑物区分所有制度作为物权法上的一项制度，主要是为了确认多人对同一建筑物享有的各种财产权利，而不应包括像德国学者贝尔曼所主张的身份法上的权利。有关区分所有权人之间订立管理规约或住户章程等应由合同法来调整，而不应在物权制度中加以考虑。”由此可见，王利明教授采纳的也是二元论说。

（三）三元论说

该学说又称为“最广义区分所有说”，由德国著名学者贝尔曼所倡导。贝尔曼先生认为：“住宅所有权法上之所有权概念系由三部分组成，即供居住或供其他用途（尤其供营业或办公用途）之建筑物空间上所设立之专有所有权部分、专有所有权共用建筑物（尤其基地，建筑物之主结构、各层楼板、主隔墙等）上所设立之持分共有所有权部分及基于专有与共有部分不可分离所产生共同所有人的成员权。”^①由此可见，该学说明确表示建筑物区分所有权由三部分组成：区分所有建筑物专有部分的所有权、专有所有人共用建筑物上所设立的持分权以及因共同关系而产生的成员权。专有权、共有权和社员权三者不可分离，从而形成集物权法和人法为一体的特别法，称为“共同的空间所有权”的法律关系。^②持此种观点的代表学者有日本著名学者丸山英气教授及我国台湾地区学者戴东雄先生。丸山英气先生参照日本有关建筑物区分所有等法律，认为：“债务制度之区分所有权，为以专有部分所有权、共用部分之共有权、基地之共有或准共有权、成员权，此四个

① J. Barmann：“德国住宅所有权法”，戴东雄译，载《法学论丛》第13卷，第1期。

② 刘得宽著：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第32页。

要素构成之复合的权利。”^①戴东雄先生在考察了德国法、日本法的相关规定后提出:“建筑物区分所有权之性质乃依据其建筑物使用方法或用途决定其权利之形态,故通常将权利分为专有所有权、共有所有权及由共同关系所生之成员权。”^②

在立法上,德国现行《住宅所有权法》全盘采纳该学说,规定住宅所有权由专有权、共有持分权和共同所有人的成员权三部分构成。

我国大陆采纳三元论说的不乏其人。例如,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共有权,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。”^③陈华彬教授认为:“建筑物区分所有权,是指多个区分所有权人,共同拥有一栋区分所有建筑物时,各区分所有权人对建筑物专有部分所享有的专有所有权,与对建筑物共有部分所享有的共有部分持分权,以及因区分所有人之间的共有关系所生的成员权之总称。”^④新颁布的《物权法》第70条规定:“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。”由此可见,物权法对建筑物区分所有权规定的理论基础源于三元论的学说。

三、对上述三种学说的分析

(一)一元论说的不足

1. “专有权说”的不足

“专有权说”不仅不能反映建筑物区分所有权的全貌和特征,也不利于建筑物区分所有权的圆满实现和正确使用。“专有权说”把区分所有权理解为特定专有部分的所有权,亦即区分所有权是指专有所有人对专有部分自由地占有、使用、收益及处分的“专有所有权”,不仅很难与一般意义上的所有权,即所有人在法律规定的范围内,自由地占

① 转引自温丰文著:《建筑物区分所有权研究》,台湾三民书局1992年版。

② 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。

③ 杨立新著:《共有权研究》,高等教育出版社2003年版,第354页。

④ 陈华彬著:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社2007年版,第100页。

有、使用、收益及处分其所有物并排除他人干涉的权利区分开来,而且与建筑物区分所有权是一种复合形态的权利的固有特性不符。同时,从利益衡量与价值判断上来看,如果区分所有权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有部分,无权参与建筑物的管理、维护、修缮及重建等对其有利害关系的诸多管理活动。这必然会损害区分所有权人在共有部分上的利益,给共有部分的维护、修缮造成难以克服的困难。

2. “共有权说”的不足

“共有权说”将建筑物区分所有权界定为共有,虽然考虑了共有部分上所成立的共有部分持分权,但却将专有权排除在外,而专有权恰恰是整个建筑物区分所有权的基础,共有权源于专有权,而且专有权相对于共有权而言居于主导地位。另外,共有权说将区分所有权视为共有的一种特殊类型,显然是将区分所有与一般的财产共有混为一类。但区分所有权与一般财产共有制度却存在着明显的区别:

第一,是否为特定的所有权形式不同。共有指两个以上权利主体对一物共同享有所有权,财产所有权的主体为数人,其本身并不是一种特殊的所有权形式,而区分所有权则是由单独所有权、共有权和成员权所构成的一个整体,是一种特殊的所有权形式。

第二,权利行使不同。共有包括按份共有和共同共有。其中,按份共有指数人按照一定份额对共有财产共享权利和分担义务;共同共有指依数人对于共有财产共同享有所有权。无论是按份共有还是共同共有,都不是由数人分别单独行使所有权。而区分所有,是将一栋建筑物区分为专有部分和共用部分,各区分所有人对专有部分享有单独所有权,独立行使占有、使用、收益和处分权,只不过各区分所有权人在对专有部分行使所有权时应受到其他区分所有权的限制而已。

第三,权利的成立、终止和转让的方式不同。共有关系的成立和终止必须由全体共有人达成协议,而且法律规定,某一共有人在转让其应有份额时,其他共有人同等条件下享有优先购买权。但区分所有权的产生无须全体区分所有人协议,任何人成为区分所有权人,都是因其通过购买或受赠或继承等方式取得了对专有部分的所有权,而