

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

业主自治

以建筑物区分所有权为基础

Yezhu Zizhi

Yi Jianzhuwu Qufen Suoyouquan Wei Jichu

● 陈鑫 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

.181.4
17

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

业主自治

以建筑物区分所有权为基础

Yezhu Zizhi

Yi Jianzhuwu Qufen Suoyouquan Wei Jichu

● 陈鑫 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

业主自治:以建筑物区分所有权为基础/陈鑫著. —北京:北京大学出版社,2007.3

(民商法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 11626 - 5

I. 业… II. 陈… III. 物业管理 - 法规 - 研究 - 中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 022081 号

书 名: 业主自治:以建筑物区分所有权为基础

著作责任者: 陈鑫 著

责任编辑: 周菲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 11626 - 5/D · 1699

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 14.75 印张 234 千字

2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 21.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

引言 选择与强制	(1)
第一章 业主自治的基础问题	(11)
第一节 “业”,客体问题	(11)
第二节 “主”,主体问题	(28)
第三节 建筑物区分所有权	(66)
第二章 业主自治的民法解释	(76)
第一节 业主自治的民法本意	(76)
第二节 业主自治的范围与效力	(96)
第三节 业主规约	(105)
第三章 业主自治的组织形态	(132)
第一节 业主大会的特征与职能	(132)
第二节 业主大会的组织结构	(141)
第三节 业主大会人格之争	(158)
第四章 业主自治的财务安排	(170)
第一节 物业服务费用	(170)
第二节 专项维修资金	(196)
结语	(225)
参考文献	(227)

引言 选择与强制

物业小区,是一个地缘共同体。好比因婚姻而形成的血缘共同体,除了对方是你选择的,其他的一切亲属关系都是强加的。做个小小的业主,也正是如此,买了房,进入了一个地缘共同体,可除了房子是你选择的,其他的一切都是强加的。怎么办?“昔孟母,择邻处”的做法在今天似乎日益困难了。由于土地的稀缺、房屋的紧俏,拒绝妥协、选择“三迁”的还真是少数,大多数的人们为了房子,耗费了毕生的积蓄或者是透支下半辈子的劳力,总不能说搬就搬吧。现代社会,妥协是一项重要的生存技能。共同的需求是妥协的必要前提,因为需要安宁,所以妥协不出噪音侵扰彼此;因为需要卫生,所以妥协固定垃圾置放地点;因为需要安全,所以妥协以门禁卡控制进出自由。物业小区内的妥协和民主社会的妥协实在是同质的,因此只要大多数人能形成一致的妥协,这种妥协就可以对“地缘共同体”中的全体产生拘束力,甚至及于他们的继受人。因此,我认为,容忍义务是建筑物区分所有权人首要的一种义务,现在以及未来不可避免的是高密度集居居住形态,建筑物区分所有权制度必然“走俏”,它不仅仅是一种财产的规范,更重要的是一种生活的规范,是人与人之间的和谐。民主社会必得妥协,因此容忍义务是区分所有权人之第一义务。从这个意义上而言,我们不得不承认:居住改变法律。

此时的妥协,既是选择,也是强制。此时的容忍,既是义务,可也最大限度地保证一群人权利的互惠性实现。不是吗,管理严格、秩序井然、环境优美、邻里和睦的小区,出租都容易有个好价格。

学法律的人可能早就意识到,一个完善的法律制度必须面对两个难题:其一是彼此相互对立的权利难题,或者权利界定难题;其二是彼此相互关联

的权利难题。一个高度抽象的、理想化的制度可能会忽略这两个难题。^①但在建筑物区分所有权制度中,这两个难题都需要我们给出详细的解释与说明。

第一个难题,我们给答案给救济的时间可能晚了点,当我们发觉的时候,业主们早就穿上维权T恤,组车队打着双蹦灯变相游行去了。矛头直指开发商,盼着政府给说法。

第二个难题,可能暴露得还不是很充分。如果说第一个难题带来的是浅层的、当前的主要矛盾的话,第二个难题带来的将是内部的、深层的、未来的不可避免的主要矛盾。

这两者之间,后者起着决定性的作用,后者的解决情况如何,将对第一个矛盾的解决结果与完美程度产生重大影响。另一方面,前者又是后者的前提,在基本的权利确定与救济途径的构建工作都没有完成的情况,权利人之间的内部关系只能被模糊化、笼统化处理,甚至为了达到解决前者矛盾的目的而暂时强制性地对权利人之间的利益冲突视而不见处理,以达到“一致对外”的效果。这无疑是以个别(甚至大多数)权利人的重大牺牲为代价的。

本书的写作目的,即在于对建筑物区分所有权制度下区分所有权人共同体内、外法律关系有一个清晰的界定。不求宏大叙事与高屋建瓴,倘若对具体制度的分析能在理论上较实践有那么一两步的前瞻与辅助,则欣慰不已。

第一章题为“业主自治的基础问题”。全章论述以对“业主”概念的拆解分析展开。一来,在我国现行规范框架中,“业主”概念被广泛使用,但却含义模糊(本书中,业主一词与区分所有权人同义);二来,关于建筑物区分所有权的规范等级,目前国内效力最高者也仅限行政法规,在民事法律或基本法律欠缺明文规定的情形下,借助概念的解释对建筑物区分所有权制度进行说明也许更为妥当。第一章从结构上分为两部分,第一部分涉及物权法的基本内容,以当代居住形态特征为背景,结合民法上对物的界定打破了传统的“一物一权”的限制,对住房关系中涉及的物进行了分析,从土地与房

① [美]理查德·A.爱泼斯坦:《简约法律的力量》,刘星译,中国政法大学出版社2004年版,第86页。

屋的关系、空间权的问题,以及将原本适用于单幢建筑物的区分所有权制度类推适用至整个建筑物小区、建筑物群等等。第二部分涉及人法的基本内容,包括业主资格的取得与丧失、业主的权利与义务、业主共同体及其机关等问题。当然,由于本书重点在于对区分所有权基础上的业主自治的描写,这是第二章和第三章的重要内容,所以本章第二部分中的阐述均较为概括,且多在进行对前人工作的梳理与比较。在这部分的最后,得出了一个结论:建筑物区分所有权是一种真正的、新型的所有权类型,它不同于地上权、地役权,也与一般的财产共有关系有着较大的区别。

建筑物区分所有权是一种复合型权利,这种权利的行使不再像传统所有权那样是绝对的、排他的,很多时候需要全体区分所有权人的合意才能够完成。这种合意也不再是传统意义要求的权利人各方意思表示的完全一致,这种合意是多数人的合意,以多数人的合意形成对少数人的强制,少数人在多数人的合意形成时必须妥协(仅在极个别场合例外)。这种由多数人合意的议决,其渊源已逃离了民事法的范畴,而更具有有一种政治民主的特征,也就不可避免地会带来令人头疼的“反多数难题”(counter majoritarian difficulty),甚至在一些时候,会造成或者强化法律上的权利平等与经济上的权利不平等的现象,加剧区分所有权人之间矛盾。这在各区分所有权人经济承受能力相差较大的小区中,比如回迁户与通过市场购房户混住型的小区,表现得可能更为明显。对此,可以借助罗尔斯的在复数价值体系中通过反复调整的试错过程,实现重叠式合意的观点,将权利人间的互惠性的关系升华为公共理性(public reason),是承认妥协在达成反思性均衡(reflective equilibrium)以及判断正当化方面的重要作用的。从这个角度而言,区分所有权的第一义务:容忍义务,从根本上是服务于区分所有权的互惠性特征的。互惠性在本质上是一种情境伦理。把互惠性秩序与权利体系结合在一起,意味着按照完全客观的判断标准来认定权利的法治主义理想的某种程度的相对化——不仅仅权利规定社会关系,社会关系反过来也在一定程度上影响权利;权利的认定不再是一种非合作的零和游戏。

建筑物区分所有权制度是一种社会需求很高的新型物权,所以,不光是研究民法的学者在呼吁与倡导,其他法部门的学者也在点头称是,这种共识也跨过学科分界而形成“社区自治的合法性是基于物权,即私有产权赋予的权利……所以,对于私人财产和私人共有的财产管理首先是社区当事人自

己的事务,这就是我们说的社区自治的出发点”。^① 因此,作者对应将业主自治的基点放在建筑物区分所有权的确立上充满信心。

本书的第二章以“业主自治的民法解释”为题,业主自治是私法自治在建筑物区分所有权制度中的必然体现。尽管传统民法,特别是法典化时期所赋予所有权的绝对性、排他性和无限性在现代法律中已经大大的减弱,作为权利主体的区分所有权人仍可以基于其自由意志决定权利的行使,履行对相对人的义务、承担相应的民事责任。这是业主自治的民法本意:确保权利人的自由空间,并因此使其能够自我负责地形成其生活。

作者以此将这种基于所有权的自治区别于我国政治传统上所述的居民自治,后者是以居住地为基础而建立的基层民主形式。近六十年的发展过程表明,居委会已经偏离了居民自治的定位,而更貌似基层政府的“代言人”,或者说是基层政府派出机构(街道办事处)的“派出机构”。这并不在本书的研究范围之内,但由于我国建筑物区分所有权制度正处于建立初期,居民委员会与小区业主委员会之间存在着微妙的联系,因此在本章第一节中,作者还对居委会与业委会之间的关系作了简要的分析,是为建筑物区分所有权人自治的中国特色之一。

业主自治需要遵循的基本原则大多同于其他民事法领域,考虑到其集体决策的特殊性质,作者提取了效率原则、公开原则、公平原则以及集体决策与强制参与原则等四项进行详细的分析。在效率价值目标下,由庞杂的建筑物区分所有权人共同体“事必躬亲”是不妥当的,因此往往在以共同体为最高意思决策机关的前提下,下置常设执行机构负责处理安排日常事务,这种模式成为区分所有权人自治的常态,仅在区分所有权人数过少时例外。业主自治所要求的公开原则与物权制度中的公示要求是紧密相联的,不遵循公开原则的自治,只能是少数人的“自治”,违背了建筑物区分所有权制度的本意,也丧失了集体决策所依赖的信任基础。业主自治的公平原则相较于其他民事法领域更具有独特之处:程序上的公平要求妥当设计与安排区分所有权人的投票表决权,拥有的户数(套数)、专有部分面积、业主人数等都是可能的考察因素。公平的程序是业主自治远离任意之治的保障。实体

^① 陈幽泓:《国际社区发展协会 2003 年会综述》,载《现代物业》2003 年第 10 期,第 40 页。

上的公平则不仅仅要求区分所有权人之间权利行使与义务承担上的公平分配,还要求在形成合意的大多数业主与持否定态度的小部分业主之间有一个均衡的保护。集体决策原则贯穿于区分所有权人自治的全部过程,在合法程序下区分所有权人的集体决策,可以整合全体区分所有权人的意志,最大效率地保障区分所有建筑物小区的财产安全与生活秩序。在区分所有制度下,这种集体决策仅需多数合意即可以形成,只在特殊或特别重大事项发生时才需要全体区分所有权人的一致同意。集体决策具有强制约束力,全体区分所有权人,无论其真实意思如何,都受集体决策的约束。这种强制参与意味着对所有权的限制,必须遵循两个基本底线:不得扭曲所有权的本质内容,限制针对所有人展开而非针对特殊人群。

考虑到法律议论(或者法律被议论)的焦点是社会状况的事实而不是法律规范的文本,作者在这一部分中还着力对中国的小区业主自治状况进行了分析。对现状的两个分析结论并不让人满意:结论一是业主的参与意识薄弱,结论二是政府的干预广泛而效率低下。从国内情况看,业主的参与意识按不同时期有所区分:在权利的确定期,业主一般表现出强烈的维权意识。到了权利的行使期,特别是首次业主大会召开,选举出业主委员会之后,各业主的参与意识明显较以前淡薄。之所以会出现不同时期的业主意识差别,与开发商在开发和设立小区之初必须起主导作用,而后又拒绝向业主移交管理控制权是有相当的联系的。在外部矛盾或作者所称的显性矛盾突出时(包括因质量、面积等引发的商品房买卖纠纷、因服务管理服务合同所生纠纷),业主们自然会“一致对外”,参与意识强烈。可以说,在中国建筑物区分所有权制度发展的初级阶段,在权利的确定阶段,区分所有权人与开发商和开发商主导下的物业管理服务企业的矛盾是显性矛盾,各业主在这方面的参与度正逐渐攀升。在权利的行使阶段,当主要矛盾表现为区分所有权人之间或与区分所有权人共同体内部的矛盾时,对于大多数中国人而言,法律上的连贯性固然重要,但更重要的却是维护或者恢复被纠纷破坏了的人际关系。为了达到一种至少在表面上的“和谐状态”,“不多事”会成为大多数人的处事原则,这直接导致了这一阶段业主参与意识的淡漠。对于物业小区的决议事项,大多持观望态度,对己有利则搭搭便车,对己不利则唱唱反调或拒不配合,从根本上动摇了业主自治本应具有的高效率。在建筑物区分所有权制度中,作者主张政府的有效、适度介入,而非现在的广

泛而低效介入,这两者的重要区别在于:政府是否需要承担错误介入的责任。排除责任的广泛干预注定是低效、无效或者负面效应的。政府干预一旦涉及具体当事人的具体的权利与义务,就必须有途径对其进行救济。倘若期望将政府干预成本外部化,由被干预者来承担错误干预行为的结果,只能是恶性循环的开始。除了政府之外,介入到区分所有权制度中的参与者(the players)形形色色,他们都应当就自己的行为承担相应的责任。当然,责任的基础也相应的类型繁多,包括了公司法理论、侵权行为法理论、合同法理论、政府行为理论等等。

对于业主自治的范围与效力,现代各国家和地区,一般都较为广泛地承认区分所有权人的自治权利,但不得违反国家强制性法律规范及公序良俗,不得损害区分所有权人之外第三人合法利益等等。业主自治的一个重要方面是业主规约的订立,这在我国法律规范体系中被表述为“业主公约”或“临时公约”,是区分所有权人自治组织就区分所有建筑物或建筑物小区的管理与维护、区分所有权人内部权利义务界定等形成的规范性文件。作者在业主规约的性质认定上赞同多数学者支持的“自治规则说”。业主规约是区分所有权人的最高自治文件,从其制定、修改程序来看,明显地带有对个别人意思自治的限制,以多数人的意思形成对个人意思的强制。正是这种个人的妥协与共同体的强制,使得业主规约成为当代中国经济民主的重要关注对象之一。在“业主自治的民法解释”这一章中,本书用了不短的篇幅专门对业主规约的法律性质、订立程序、内容与效力问题进行了分析。其中,对于业主规约中涉及对区分所有权人专有部分的限制性条款,作者给予了特别的关注。限制性条款可以出自成文法的强制性规定(如第一章“业主资格的丧失”“业主共同体及其机关”两部分中介绍的我国台湾地区、奥地利等成文法上规定的强制迁离或强制出让条款),更多的则源自于区分所有权人共同体的约定,涉及各个方面,书中列举了营业限制、年龄限制、租赁限制、简单家庭限制、标志限制、建筑物控制条款等等。对于约定的限制性条款,一个重要的问题就是效力的评价,可以适用《民法通则》第58条,类推适用《合同法》第52条的规定,由区分所有权人约定的限制性条款的无效原因可能包括:恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;违反法律、行政法规的强制性规定;损害社会公共利益;以合法形式掩盖非法目的等等。但必须承认,仅在民事实体法内部,很难对限制性条款提供周延的评价。书中,

作者介绍了一些国外的案例,法官们一般都会借由行政法或宪法来完成对这种民事行为的评价。目前国内的此类纠纷并不明显,从物权法草案的相关内容分析,也仅考虑赋予业主对业主大会或业主委员会的决议有不同意见时的异议权,关于受限制性规约影响的区分所有权人共同体之外的其他人的保护,并没有考虑进来。日前有一则具有标本意义的事件,反映了这种缺失所带来的影响,即,“深圳村屋拒租河南人”事件。

本书的第三章以业主大会及其常设机构业主委员会作为主要的研究对象。这两个词在当今中国可算是热门词了。作者在 google 上作了一个简单的搜索,中文网页上与前者有关的查询结果有 895000 项,与后者有关的查询结果有 1610000 项,尽管未必严谨,但其热门程度却由此可见一斑。^① 业主大会,是全体区分所有权人团体的最高意思决定机关,具有强制必设性。我国正在起草制定物权法,几次草案对此采纳的都是任意性规定——“业主可以设立业主会议,选举业主委员会”。作者的观点是,对于区分所有权人自治组织业主大会,应当采取强制必设的规定,这种强制必设也与建筑物区分所有权中的成员权内涵相一致。但这种强制必设性仅仅针对业主大会而言,对于业主大会下设各机构及基本组织形式则由区分所有权人自治组织自行决定设立与否,即强制必设性并不必然延及业主大会的各个机构。此外,业主大会还具有非营利组织的一般特征:非营利性、自治性、民间性。业主大会行使职能的最主要方式是召开会议、进行议决、形成决议。

就区分所有权人自治的组织结构而言,居于最高位阶的是业主大会,经业主大会选举可以产生业主委员会——常设执行机构、监督委员会——常设监督机构、非常设特别/专门事务委员会等等,它们都以业主大会或业主规约的明确授权作为行为的准绳,并向业主大会汇报工作情况。

就业主大会是否具备法人格的争议,由来已久。各国理论与立法所持观点也不统一。民法上法人制度的创设,其实质在于理清团体与团体中的自然人的关系。不同的关系“需要”影响着实在法的态度。就业主大会法人格问题,作者认为症结在两个方面:其一,区分所有权人自治组织是否是一个具备独立民事责任的团体;其二,区分所有权人自治组织的成员是否承担有限责任。这两方面又是相互协调一致的,团体的独立责任与团体成员的

^① 最后访问日期是 2006 年 8 月 1 日。

有限责任一致,团体的非独立责任则意味着团体成员的无限责任。我国的情况则比较奇特,一方面要保障团体的成员区分所有权人的权益,保障其责任的有限性,另一方面又认为团体因为无责任财产而无法承担独立责任。就这两个方面各自给出的答案是隐含逻辑上的矛盾的。从国内看,并无任何实在法规范涉及业主大会的法人格问题,仅就业主委员会的诉讼地位有所提及:只能当原告,不能当被告。从诉讼法的角度来看,也属离经叛道了吧。因此,作者坚决主张,应当赋予区分所有权人自治组织业主大会以社团法人资格。谈到社团法人,不能不谈一谈社团法人的责任财产问题——责任财产的有无可是直接影响能否独立承担民事责任的判断的。按照我国社团法人的成立要求,对于全国性的社团申请登记成立的要有10万元的资金、地方性的社团申请登记成立要有3万元的资金。一般来说,3万元不会成为一个团体获得法人人格的障碍。

对于一个区分所有建筑(小区)而言,除了人的要素之外,还有一个重要的要素就是金钱要素。业主自治的效果如何,与财务制度的运行质量紧密相连,因此,对相关财务制度的分析成为本书的第四章。

作为物业小区管理运行与维护保养的重要金钱因素之一,物业服务收费制度的设计与运作对建筑物区分所有权制度的实效,对区分所有权人的居家生活品质至关重要。由于理论准备的不足与制度建设的缺失,物业服务收费难现象在我国比较突出,对物业服务收费制度的法律调整势在必行:第一,需明确管理费用分担是每个区分所有权人的法定义务。来源于法律的直接规定,具有类似税收义务般的法定性与无偿性。从现行规定来看,尽管称物业服务费用由双方当事人在物业管理服务合同中进行约定,但在区分所有权人对物业服务不满意时,其拒缴物业服务费用的行为并不被支持。欠费行为损害的是其他缴费区分所有权人的合法权益。第二,收缴的物业服务费用属于全体区分所有权人所有,并由区分所有权人共同体(业主大会)决定其使用。实践中,由物业管理服务企业直接向单个业主收费的做法仍可延续,但需要明确其背后的两层法律关系:在区分所有权人共同体内部,单个区分所有权人负有向共同体缴费的义务;在共同体外部,则由业主委员会基于授权,代表区分所有权人共同体与物业管理服务企业签订物业服务合同,后者可依酬金制或包干制的合同约定获取“物业服务收费”。应当允许单个的区分所有权人进行合同上的抗辩,拒绝履行缴费义务,仅区

分所有权人共同体可以对物业管理服务企业进行合同上的抗辩。如此一来,物业管理服务企业的直接收取其实就是“代收”性质。第三,完善物业服务收费的催缴程序,从一般催缴到特殊程序催缴,保障物业服务收费的最大程度收缴,解决“收费难”的问题。第四,建立物业服务收费的缓、减、免缴制度,严格控制开发商业主与物业服务企业的减免缴费协议,对特殊困难业主予以照顾,以防止法律权利的平等与经济不平等的极度扭曲,保障基本人权。条件符合时,可以设立相应的国家或政府补贴,防止因费用的缓、减、免缴影响物业小区的正常管理与维护质量。

物业服务收费是区分所有建筑(小区)日常运行所需费用,而专项维修资金则相当于区分所有建筑(小区)的“养老金”,属于储备性资金。因此,专项维修资金制度的设置,与物业服务收费以解决“收费难”、“乱收费”问题的重心是不一致的。专项维修基金制度的设置重心,要解决的一是资金缴纳时的中间环节过多、挪用现象严重、资金缺口大的问题;二是目前的监管模式下,一方面监管统一规范缺失、监管混乱,另一方面政府监管过死,大量资金“维而不修”浪费严重。作者赞同对此进行渐进式的改革,逐渐形成以业主自治监管为主、政府指导协助为辅的专项维修资金使用、监管模式。相关经验,还有待在实践中进一步总结。在这一部分,作者还评价了“广东物业维修基金第一案”,对法院最终回避实体判决的做法表示异议,在相关规范发生冲突、引发纠纷时,法院的回避总让人遗憾。

结尾部分,作者对全书的观点进行了总结。

最后,有必要对这个领域我所能找到的相关文献进行一个简单的介绍:中文文献中最早的也是引用较多的一本著作是陈华彬教授的《现代建筑物区分所有权制度研究》(法律出版社1995年版);另外较近的也是与本书联系似乎更为密切的是薛源博士的《区分所有建筑物自治管理组织制度研究》(对外经贸大学2005年博士论文),该论文结构安排严谨、内容详实,对本文第三部分帮助甚多。外文资料中包括三本专著与一本论文集。其中两部英文专著的作者分别为律师与学者,他们的专著也因而各有侧重不同,这两部专著是沃伦·弗里德曼与乔纳塔·B.阿尔达合著的《建筑物区分所有权与业主协会》、瓦耶尼·S.哈耶特与菲利普·S.道纳尔编著的《建筑物区分所有权与业主协会诉讼:社区协会法》,英文论文集题为《共同利益社区:私人

政府与公共利益》,其中收集的 13 篇论文涉及多个国家有关建筑物区分所有权制度的介绍。另外,还有一本德文专著:梅勒博士的《民法体系中的住宅所有权》,由于语言能力的局限,作者对这本著作的利用并不高,但该书严谨翔实的体例安排给与本文的帮助也同样不可小觑。至于引用到的论文数量较多,此处不再一一介绍。虽然在观点上会有不同,但作者仍然对他们的思考表示由衷的敬意和感谢。

第一章 业主自治的基础问题

本章的论述以“业主”概念的民法解释为线索,从语文角度,“业主”属于偏正结构的合成词,可以拆解为两个部分。一是“业”的问题,在民法关注下,“业”的问题可以纳入对所有权客体的研究,这涉及物权法的基本问题;二是“主”的问题,这可纳入对所有权的主体研究,涉及人法的基本问题。本章以现代居住形态的新特征为背景,分析建筑物区分所有制度中有关物权法与人法的基础问题。这些基础问题的明确,是全书研究业主大会这种基于所有权的自治形态的前提。

第一节 “业”,客体问题

一、当代居住形态特征

法律研究社会现象,规范并调整社会中的人与人的关系。作为研究对象的关系发生变化时,往往最能吸引法律的视线。当代中国大多数城市居民的居住形态发生着巨大的变化。从国家、单位分配住房体制逐渐进入住房商品化时代。房子不再是公家给的,而是自己花一辈子积蓄或透支将来几十年收入买来的。邻居不再同属某一单位或某一系统,见面不识也不再是艺术的夸张。居住形态的变化,使如何与“陌生的近邻”相处成为一个新的问题。对任何购买商品房的普通人而言,房屋是能够自主选择的,而邻居却是强加的。环顾全球,考察历史,类似的居住形态的变化并不仅仅出现在中国。第二次世界大战后,由于土地住房资源的紧张、人类对土地空间利用的展开,居住的高密集度是大部分人必须承受的资源分配结果。人与人是需要距离的,这种距离一旦被缩小、打破,矛盾也会纷至沓来。刚开始,似乎

所有出现公寓大厦的国家的法律都在刻意回避对这种现象作出研究与解释。原因也比较简单,各社会最早被迫和别人一起分享房屋和土地的都是些经济实力较差的阶层,各人的生活习惯、生活状况、喜好厌恶、经济状况均各不相同,君子与小人皆不舒坦,自然纷争不断。因此,最早的这种居住形态往往被贬为纠纷之窝、纷乱之处。自然也不为法律所喜。

可以对这种居住形态进行一个简单的概括:

1. 土地利用立体化。土地从来都是一种必备资源,二战之后,工商业发展迅速,人口都市化现象出现,土地的供给缺口矛盾突出,这都迫使建筑物逐渐往高空或地下发展,以充分利用土地或力求土地利用集约化。土地利用立体化,是立法面对的社会需要。同时,建筑技术的突飞猛进,也为土地的地上、地下的利用提供了物质基础。这种变化以19世纪工业革命为分水岭,之前对于土地的利用,一般以地表平面利用为主。该社会事实反映在各国立法与学说中,关于土地地表的平面利用,是对地表的上下垂直性的土地所有与利用的不动产法理,即所谓的“土地法”。之后,相对应的是学说上“空间权”的产生。这是近代、尤其是工业革命实践的重大结果。在近现代工业社会,人类所从事的事业不断地向土地之上或之下的空间发展,地上数百米的建筑物屡见不鲜,地下成为闹市亦早属现实。^① 空间法之形成,传统的土地法、不动产权法、相邻关系法等,均非随之调整不可,从而整个不动产法体系,为因应空间权法理之生成与展开,亦须重新予以检讨。^②

2. 邻里距离紧凑化。这种紧凑,意味的是居住密度的增大,而不一定以人与人之间关系的亲密为结果。居住密度的扩大,完全有可能造成一种压抑或对私人生活隐私安全的忧虑,进而影响到人与人之间的良好关系。在对住宅隐私权保护细致化这点上,法国民法典可为著例,其中第678、679条规定的窗户距离地板高度或墙壁与邻人不动产之间的距离均是精确要求至分米的。由于传统的相邻关系“乃法律上当然而生之最小限度的利用之调节,仍未出所有权之范围”^③,其所解决的采光、噪音、排水、通风等问题,在新的紧凑型居住形态中显得日益复杂,这也要求法律作出有效的回应。

① 孙宪忠:《土地在财产法中的概念》,载《法律科学》1992年第3期,第51页。

② 陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社1995年版,第85页。

③ 郑玉波:《民法物权》,台北三民书局1988年版,第182页。

19世纪以前,各国由于区分所有建筑物产生的大量纠纷,导致人们对此类建筑物产生了厌恶态度,由此导致立法机关和法学家们就此类建筑物所生法律关系予以立法规制的轻蔑态度,一些国家的民事立法甚至采断然否定的立场。由于法令对其规定不足,引起大量纠纷。于较长时期内,此种区分所有建筑物住宅被称为“纠纷住宅”。此种纠纷住宅迄至19世纪,仍遭到各国立法机关及法学家们厌恶。^①建筑物之利用面积越大,人口密度越高,人际关系亦愈复杂,从而所生纠纷亦增多。^②《德国民法典》不赞成楼层所有权,也基于这样的经验事实:即这种方式的楼房常是“纠纷之窝”(Streithäuser)。^③

3. 团体色彩之强化。对建筑物单独所有比例的降低,大部分建筑尤其是住宅类建筑物的单独所有权几成凤毛麟角,一栋建筑物往往由多位区分所有人共同占有、使用,且区分所有权人之间不再是松散的单个自然人之间的关系,其居住形态与权利行使表现出明显的团体色彩。区分所有人相互之间的关系一般通过区分所有权人会议(业主大会)的召开,自治性管理规约的订立以及管理委员会(业主委员会)的组设而表现出明显的团体色彩。这种团体色彩在自治规约的效力问题上体现得非常显著,规约的效力不仅及于订立时的区分所有权人,还及于其继受人,这在多数国家建筑物区分所有的法律中已有明确规定。除规约之外的区分所有权人会议的其他决议,对其是否具有可以延伸及于区分所有权人继受人的效力问题,理论上还存有争议,法律明文大多语焉不详,但从司法实践看,据团体法的法理,倾向于肯定解释的较多。由于团体色彩的强化,导致维持区分所有权人团体内部秩序变为重大的法律需求。在制度设计上,一方面以区分所有权人基于所有权的自治为基本原则,体现民法私法自治的基本精神;一方面在团体关系的法理下,为维持团体内部的秩序,对团体构成成员的违反共同利益的行为,进行制裁,制裁方式不囿于民事制裁,行政制裁、刑事制裁手段也一并纳入,这是形成建筑物区分所有权自治管理体系的必要的两个方面。

这种团体色彩的强化,在立法上也立即有所体现。纵观各国建筑物区

① 庄金昌:《住宅分层所有权比较研究》,第13页。转引自陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社1995年版,第4页。

② 陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社1995年版,第12页。

③ [德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第635页。