

业主大会法律问题研究：
民事主体理论的视角

YE ZHU DA HUI FA LV WEN TI YAN JIU
MIN SHI ZHU TI LI LUN DE SHI JIAO

朱涛 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

业主大会法律问题研究： 民事主体理论的视角

YE ZHU DA HUI FA LV WEN TI YAN JIU
MIN SHI ZHU TI LI LUN DE SHI JIAO

朱涛
著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

业主大会法律问题研究：民事主体理论的视角 / 朱

涛著. —北京：法律出版社，2016.8

ISBN 978 -7 -5118 -9725 -1

I. ①业… II. ①朱… III. ①物业管理—法规—研究

—中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 160237 号

业主大会法律问题研究：民事主体理论的视角

著 者：朱 涛

责任编辑：谭宇墨凡

装帧设计：李 瞻

责任印制：张建伟

内文制作：凌点工作室

印 刷：北京北苑印刷有限责任公司

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)

重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)

北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)

销售专线 010-63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 A5

印 张 8.25

字 数 200 千

版 本 2016 年 8 月第 1 版

印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 -7 -5118 -9725 -1

定 价 28.00 元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

内容摘要

业主大会,顾名思义,即“业主”组成的大会。业主在古代中国是指“业”的主人,现代法沿用了其房屋所有权主体的含义。业主是构成业主大会的成员,由两类主体构成:一类是已取得建筑物专有部分所有权的主体即房屋所有权人、建筑物特定空间(非房屋)所有权人和建设单位;另一类是已经合法占有专有部分而未登记的买受人。专有使用权人、抵押权人具有“类”业主身份,行使部分业主的权利义务。作为区分所有权人组成的集合体,业主大会是代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中合法权益的自治组织,具有存在的唯一性、非营利组织性、法定必设性三个特征。作为业主自治的形式,业主大会不同于业主大会会议,属于私法上的组织,区别于居民委员会等其他群众性自治组织。

作为中国城镇住房制度改革的结构产物,业主大会因应业主维权与物业管理的需求而生,以建筑物区分所有权理论(三元说)为基础。从1991年第一个“业主的组织”——“业主委员会”在深圳诞生,1994年《城市新建住宅小区管理办法》建议成立“住宅小

区管理委员会”,2003年《物业管理条例》提出“业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益”,到2007年《物权法》从法律的高度确认“业主大会、业主委员会”,业主大会始终陷于挂牌成立难、筹集经费难、召集会议难、开展工作难、做出决策难,争取合法权益难,寻求司法保护难。其核心问题:一是业主大会法律地位确定难;二是业主的公众参与意识提高难。前者受制于立法的价值判断;后者则受制于普遍的社会心理和我国建筑小区的客观现状。

业主大会面临困境的合理的解决办法是构建起业主大会的主体制度和运行机制。作为建筑物区分所有权人集合的业主大会是适用享受权利之社会存在,我国民事立法可以赋予其独立的法人主体资格,而不适宜将其归入其他组织。从实际需求出发,赋予业主大会法人资格是业主大会制度完善的现实路径,也是现行制度环境下可能的选择。在我国众多法人类型中,业主大会具有社会团体法人的特征,具备现行社会团体法人登记的条件,其社会团体法人的身份完全可以在法律上成立。温州地区的实践做法也充分验证了这点。作为法人的一种,业主大会法人的组织构建可以参照《公司法》相关的成熟制度予以设立,但其特殊性也必须得以彰显。业主大会的结构以章程为总纲,设业主大会会议和业主委员会分别为其意思机关(权力机关)和执行机关(代表机关),并设监督机关——业主监事会,在人数众多的小区还可以创新业主大会的机构,设置业主小组或者业主代表大会,业主大会的内外部责任依照法律、法规和章程的约定配置。

需要指出的是,从当前城镇基层社会的治理结构和经济环境来看,将业主大会统一改造为社会团体法人的条件并不成熟,其推行应当是一个逐步发展和完善的过程,需要相关制度的逐步完善和发展。

关键词:业主大会 业主委员会 建筑物区分所有权 社会团体法人

目 录

前 言 001

第一章 业主大会的概念厘定 009

第一节 业主的界定 010

一、业主的语词探源 010

二、业主的范围 018

三、“类”业主 028

第二节 业主大会的法律含义 033

一、业主大会的概念 033

二、业主大会是所有权人的集合体 037

三、业主大会是业主自治的形式 043

本章小结 047

第二章 业主大会的历史考察 049

第一节 业主大会的产生及发展 050

一、现实背景：城镇住房制度改革 050

二、理论解释：建筑物区分所有权 058

第二节 业主大会的发展历程 068

一、业主管理委员会——业主组织的诞生 069

二、《物业管理条例》颁布——业主组织的主体之争 075

三、《物权法》实施——业主大会法律地位的制度回避

与现实强化 082

第三节 业主大会的发展困境 087

一、业主大会面临的实际困难 88

二、制约业主大会发展的主要因素 107

本章小结 113

第三章 业主大会的主体定位 115

第一节 业主大会的民事主体地位 116

一、民事主体的判断标准 116

二、业主大会是民事主体 120

第二节 业主大会主体形式选择的路径 131

一、不同国家及地区的制度实践 131

二、我国学者的意见及建议 137

三、本书的选择:业主大会是法人 142

第三节 确立业主大会的法人主体地位 148

一、业主大会是社会团体法人 148

二、业主大会法人的实践探索 152

本章小结 162

第四章 业主大会法人的建构 165

第一节 业主大会章程 166

一、业主大会章程的内涵 166

二、业主大会章程的内容 172

三、业主大会章程的制定及修改	194
第二节 业主大会的结构与运行	197
一、业主大会的机构设置理念	198
二、业主大会会议:决策机构	202
三、业主委员会:执行机构	218
四、监督机构	224
五、业主大会机构的创新	225
本章小结	228

结束语	231
-----	-----

参考文献	236
------	-----

致谢	254
----	-----

前 言

20 世纪 90 年代,我国开始推行住房商品化改革,原有的单位住房模式逐渐被地域住房模式所取代,住宅小区内的组织形态也随之发生变化。政府和单位从住宅小区这一城市基层领域退出,而作为城市基层组织的居民委员会,并不能直接插手业主财产管理的有关事务。于是,新兴的业主群体刚刚完成身份的转化,就面临着组建自己的业主组织、自主处理物业管理等的系列问题。自 1991 年第一个“业主的组织”——“业主委员会”在深圳诞生,1994 年建设部颁布《城市新建住宅小区管理办法》,建议成立“住宅小区管理委员会”;2003 年国务院制定的《物业管理条例》,提出“业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益”;2007 年《中华人民共和国物权法》从民事基本法的高度对业主大会、业主委员会进行确认,直至 2009 年住房和城乡建设部出台《业主大会和业主委员会指导规则》对业主大会、业主委员会的具体运行加以规范。围绕业主组织自治的相关问题如业主组织的成立与运行、权

利和义务、法律地位与属性、内外关系等一直争议不绝。业主组织在自治活动中“启动难、筹备难、备案难、决策难、换届难”,法院在处理物业纠纷案件时“主体不明确——立案难、标准不统一——裁判难、经费没着落——执行难”的老问题不但未随着制度的建立而根除,反而演化出新的社会矛盾,亟待解决。

众所周知,任何秩序的维护总是仰赖一种制度,任何制度总是有意无意地仰赖一种理论,而任何理论又总是仰赖关于“人”的理论。在制定建筑物区分所有权、业主自治或者小区管理等法律法规时,首要的也是最重要的即是妥善解决其中最重要的“人”——业主组织的理论问题。否则制度就会缺乏相应的精神气质和灵魂,流于空洞的条文堆砌。就业主组织自身而言,一种能够对主体提供有效激励的制度是保证组织有效运作的决定性因素。因此,就业主组织自治的理论建构与制度实践进行研究,具有重要的现实意义和理论价值。

最初的业主组织——“协同管理组织”诞生于法国,以法国1938年《有关区分各阶层不动产共有之法律》为依据。伴随着分层住宅形式在各国的增多,这种基于建筑物区分所有的业主组织逐渐在各国及地区普及并多样化发展,并有着不同的称谓,如德国的“住宅所有人共同体”、日本的“管理团体”、美国的“公寓所有人协会”、新加坡的“管理团体”、香港特别行政区的“业主立案法团”、我国台湾地区的“管理委员会、自治会、互助会”以及大陆地区“业主大会”等。国(境)外学者对于业主组织的研究主要围绕两个基本点:

第一,业主组织的法律属性。关于业主组织是否具有团体性,德国学界曾展开激烈讨论:魏特璠尔(1951)认为住宅所有权人间的共同关系是《德国民法典》第741条以下意义上特别形成的持份共同关系,其财产关系、权利主体不应以团体法对待或处理;贝尔曼(1989)主张住宅所有权人的共同关系具有与社团类似的构造,有法律上独立的财产,住

宅所有权人团体具有权利能力和诉讼能力,住宅所有权人集会(大会)具有社团的构造等;鲍尔和施蒂尔纳(1992)则认为建筑物区分所有权人组织具有社团性质,但没有权利能力。关于业主组织具有何种团体属性,日本学者的讨论较为全面:石田喜久夫(1970)主张“管理团体”为合伙;稻本洋之助(1983)和右近健男(1982)认为“管理团体”为无权利能力的社团;玉田弘毅早期(1975)提出应视其规模、目的而定“管理团体”的性质,若是单纯为“物的管理团体”,则为合伙,若已成为“居住者团体”时,则为无权利能力的社团;而后玉氏(1980)却认为不如否定其区别,认其为单纯的非法人团体。

第二,业主组织的结构与运行。关于团体意思,德国学者容克尔(1993)指出,住宅所有权人团体意思的形成,原则上按多数决原则进行,故管理规约的设定、变更及废止无需全体一致的决议;日本学者香川保一(1984)认为规约是区分所有权人间的契约;我国台湾地区学者温丰文(1985)则认为其为区分所有人团体的自治规则。关于组织机构,基于对业主组织团体性的不同理解,各国差异颇大,在德国法上为住宅所有人、住宅所有权人会议、管理人及管理委员会;在法国法上为区分所有权人大会(总会)、管理人和管理团体参事会;在意大利法上为区分所有权人会议和管理人等。关于组织权限,通说认为业主组织有权对区分所有建筑物的共有部分,以及出入区分所有建筑物的人的行为进行管理,也有学者如美国的理查德·C. 博克斯(2005)、罗伯特·A. 达尔(2006)等对业主组织在社区治理中的作用展开研究。

国内学界对于业主组织的研究,在范围和内容上与国外学者并无二致。但由于我国业主大会滞后于业主委员会发展的历史特殊性,以及面临业主维权问题的现实急迫性,国内学者更倾向于对包括业主大会、业主委员会在内的业主组织整体进行思考。其研究总体而言可作以下分类:一是针对业主组织理论与实务的专门研究,内容包括业主组

组织的内涵与属性、历史与现状、内部机构与外部关系、职能与运行等,相关著作有黄武双著《物业管理自治机构的完善》(2002)、唐娟编著《社区业主委员会发展研究》(2005)、薛源著《区分所有建筑物自治管理组织制度研究》(2005)、张农科著《基于建筑物区分所有的业主大会》(2011)等;二是探讨建筑物区分所有制度时,对区分所有人组织进行的理论思考,相关著作有段启武著《建筑物区分所有权之研究》(1993)、陈华彬著《建筑物区分所有权研究》(2011)、徐海燕著《区分所有建筑物管理的法律问题研究》(2009)等;三是在思考业主权利、业主自治和物业管理问题时,对业主组织的组织结构、运行模式等具体问题进行的制度评价与建议,相关著作有高富平、黄武双著《物业权属与物业管理》(2002)、周树基著《美国物业产权制度与物业管理》(2005)、陈鑫著《业主自治:以建筑物区分所有权为基础》(2007)、齐恩平著《业主权的释义与建构》(2011)等;四是对业主组织的“自治”价值进行思考,从社区治理和公民社会建设的角度对其进行分析,相关著作有夏建中著《中国公民社会的先声——以业主委员会为例》(2003)、马晋想著《从宪政角度看城市社区业主自治》(2007)、陈文著《社区业主自治研究——基层群众自治制度建设的理论分析》(2011)等。

总体而言,上述成果为本书的研究奠定了重要基础,但未竟之处也相当明显。一方面,国外理论虽好,但其“公寓大厦”式的独栋建筑物区分所有人组织,以及社区内多栋独立产权的“house”业主群体,与我国“业主大会、业主委员会”存在巨大的语境差异,无法直接用于实践指导;另一方面,国内问题虽特殊,但当前争议同样是围绕着“业主大会、业主委员会”的法律地位、结构运行展开,其解决离不开民法基本理论的指导。那些脱离建筑物区分所有以及民事主体理论的制度构建,不仅限于就事论事,更引发了立法矛盾与实践混乱。理论导向研究欠缺、微观经验研究不足、解释力有限。我们认为,只有立足于我国实际,完

成相关概念的本土化语义阐释,创新业主组织的基本理论,进而构建相应的制度,才能为实践问题的解决提供有针对性的、切实可行的支持。本书即以此为出发点,以寻求业主大会主体构建的法理学思维范式为目标,从相关的理论分析和历史考察同时入手,研究业主大会的法律内涵、确认业主大会的民事主体地位,解析业主大会形态的应然与实然,并回归到我国业主大会组织的结构与运行之现实问题并给予解释。

本书从民事主体理论的视角来研究业主大会法律问题,主要采用以下几种研究方法:

第一,历史分析方法。我国住房体制改革才 30 多年,实行业主组织自治管理的历史更短。但我国现实中业主大会的产生与发展均伴随着城镇住房制度改革的进程,目的在于因应“物业管理”和“业主维权”的实际需要,历史的选择在此取代了逻辑的推演而起到了决定性的作用。只有在历史中漫游以后,才能真正理解何以我国业主大会当前呈现此种发展面貌;只有在对过去有了深刻体会的基础上才能准确把握未来业主大会制度变迁的方向,才能使我们预设的业主大会制度更具有现实可行性。正如卡多佐所言,“如果没有审视已走过的路及其到达的地方,那么选择任何一条路都是盲目的和不明智的。”^①

第二,概念分析方法。在探讨一个法律制度之前,“正本清源”,即弄清此法律概念的本义和名称来源的工作十分重要。概念分析的方法关注于法律规则的内部结构,以经验和逻辑为出发点对法律术语和法律命题进行界定和整理,有利于去除业主大会概念中含混不清、自相矛盾的成分,弄清业主大会的本义和名称的确切来源,确定业主大会相关制度的探讨范围。

^① [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社 2001 年版,第 64 页。

第三,价值分析方法。认识是从经验领域发生的,而且只能从可验证或证伪的经验事实出发(包括间接经验)。只有通过一定的实证研究的科学手段,才能解释经验事实内部的规律和结构、组织经验事实。然而,认识世界的最终目的是改造世界,使世界符合人的理想和愿望。此处的人不是脱离社会的人,而是作为实践主体的人,其理想和愿望包含着现实性的人的需要和本质。从这个意义上说,法律是为了人的目的而存在的。因此,在业主大会主体制度建构的过程中,本书采用了价值分析方法,希望通过所选择的适合我国国情的法律价值目标的引导,作出符合业主需要的业主大会主体制度的设计方案。

第四,伯克利观察法。伯克利观察法(Berkley Perspective)是指美国加州大学伯克利分校的一些法学者所推崇的将法学研究和政策研究相结合的学术方法,强调法学理论应着眼于解决社会现实问题以及建设回应型法律。^①这种观察法的宗旨是:力求能够说明法是怎样适应社会需求、解决现实问题,主张用“软性法治”取代“硬性法治”,在法学研究方法上将价值追求和经验实证结合起来。伯克利观察法对于业主大会制度研究有重要的借鉴价值。通过对社会生活的实际观察,我们会发现当下中国业主大会的发展困境是一个实实在在的“真问题”,因此需要在对社会真实问题进行观察和思考后提出可能的解决之道。

此外,虽然我国的业主大会具有相当明显的中国特色,但并不改变其建筑物区分所有权人团体的本质,因此比较法的研究在本书写作论证过程中也具有极为重要的意义。

本书遵循从概念分析,经过历史梳理与问题总结,达成理论及制度建构的研究思路,全书共六部分。

① [美]P. 诺内特、[美]P. 赛尔兹尼克:《转变中的社会与法律:迈向回应型法》,中国政法大学出版社1999年版,序。

第一部分为前言。阐述研究的意义、现状和方法。

第二部分为业主大会的概念厘定。本部分从语词探源入手,运用概念剖析的方法,从理论上解析业主大会的构成及法律含义,回答“业主大会是什么”的基本问题。探讨的具体问题包括:“业主”一词的语源及使用的合理性;业主的范围与“类”业主;业主大会的概念、特征和法律属性。

第三部分为业主大会的历史考察。本部分主要运用历史实证的方法,从纵向的角度梳理业主大会和业主委员会的发展历程,并解读当时的立法规定,针对业主大会的发展困境思考其原因。讨论的问题包括:业主大会产生的现实背景如何;怎样从理论上解释业主大会的产生;业主大会面临的发展困境有哪些;制约业主大会发展的主要因素是什么。

第四部分为业主大会的主体定位。本部分运用类型化的分析框架,以民事主体理论为基础,提出应赋予业主大会社会团体法人身份,解决“业主大会的法律主体地位”问题。具体而言,业主大会符合民事主体的判断标准,民事立法可以赋予业主大会独立的主体资格。基于对业主大会困境的有效解决,在主体形式的路径选择上,应当给予业主大会社会团体法人资格,而非其他组织。

第五部分为业主大会法人的建构。本部分从法人理论出发对我国业主大会法人的内部机构与运行进行初步设计。提出业主大会的结构应以章程为总纲,设业主大会会议和业主委员会分别为其意思机关(权力机关)和执行机关(代表机关),并设监督机关——业主监事会,在人数众多或者过少的小区还可设置业主大会的分支机构——业主小组和业主代表大会。

第六部分为结束语。本部分对研究总体问题进行回顾和总结,并提出对未来制度的期许。

最后要说明两点:其一,笔者虽然以业主大会为研究对象,但并不

认为组织化并具有主体身份的业主大会就是业主自治的唯一途径。真正意义的业主自治,是全体业主根据自己的意愿制定本小区的管理规则,不论此管理规则是“好的”还是“坏的”,只要是完全反映小区全体业主的意愿,强调的是业主意志的形成过程而不是业主意志形成的方式和结果。真正的“业主自治”必定是符合现代政治文明和现代治理制度的。^①其二,业主大会法律问题是历史形成的问题,也是当下中国的一个非常现实的问题,关于它的研究如果局限于理论思考和制度分析,是无法得出真正有益的结论,更不能切实解决当下物业管理中的种种尖锐矛盾。诚如波斯纳所言,“对抽象事物的偏好,往往意味着对具体事物的无知。”笔者在接近完成本书之时才痛切地感受到这一点,也深为自己的研究在实证分析方面的不足而汗颜。值得庆幸的是,笔者借助指导学生参与“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛、暑期“三下乡”等活动的机会,收集到了包括重庆、湖北、浙江等地业主大会运行的实际数据资料。有望在接下来的研究工作中,继续以本书研究为基础,通过对各地方实际情况的广泛调研分析,深化对于我国业主自治、业主自治组织法律问题的研究。

① 李云波:“‘业主大会制’vs‘业主代表制’——关于小区治理选择的探讨”,载《住宅与房地产》2015年第15期。

业主大会的概念厘定

圣奥古斯丁曾经说过,我认识大象,但我不能给它下个定义。^① 这描述了一种“熟悉的陌生”现象。不少日常生活中熟悉的事物,我们反而不能确切地从定义上把握它。业主大会,即是其中一个典型。顾名思义,业主大会即由业主组成的大会。经过逾二十年^②的制度实践,“业主大会”连同“业主”“业主委员会”和“业主自治”等词汇已经深入社会一般人的意识,成为日常用语。正因为它是如此的平常,以至于少有人对其概念术语在法律上进行深思。对于什么是业主大会,业主大会是会议形式还是团体组织,组成业主大会的成员有哪些等的问题,即使是对理论研究和实务工作者而言,也是模糊不清或残缺偏颇的。到目前为止,学界关于业主大会的界定尚未形成

① [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

② 以深圳市人代表大会常务委员会1994年颁布的《深圳经济特区住宅区物业管理条例》第2章首次提出“业主大会及管委会”,成为制度上认可业主大会的起算点。