

业主权的释义与建构

齐恩平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

业主权的释义与建构

齐恩平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

业主权的释义与建构 / 齐恩平著. —北京: 法律出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3526 - 0

I. ①业… II. ①齐… III. ①物业管理—法律—研究—中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 099519 号

业主权的释义与建构
齐恩平 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 柯 恒
责任编辑 柯 恒
装帧设计 乔智炜

© 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 10.25
字数 230千
版本 2012 年 7 月第 1 版
印次 2012 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)

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 - 3526 - 0

定价:32.00 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 001

- 一、选题的缘起与研究方法 001
- 二、文献分析：已有的研究基础和局限性 005
- 三、本文的基本内容和框架 015

第一章 “业主权”与“建筑物区分所有权”概念的 对比解读 024

第一节 建筑物区分所有权立法的比较与概念 选择 024

- 一、建筑物区分所有权概念的立法选择 024
- 二、“业主的建筑物区分所有权”立法的逻辑推证和
语义分析 032

第二节 业主权概念的法理基础与法律本土化 资源 040

- 一、权利概念生成发展的法理解说 040
- 二、业主权概念的确认与民事法理的契合 048
- 三、业主权概念的法律本土化资源 054

第三节 业主权概念的理性解读 060

- 一、业主权的概念及语源学分析 060
- 二、业主权性质的定位 067

第四节 业主权的权利结构 073

- 一、业主权的主体分析 073
- 二、业主权的客体分析 087

本章小结 096

第二章 业主物权 097

第一节 业主房屋所有权 097

一、业主房屋所有之专有权 097

二、业主房屋所有之共有权 108

第二节 业主住宅区共有权 130

一、住宅区共有权的内涵 130

二、住宅小区车位权属分析 134

三、住宅区名称权 147

四、住宅区土地使用权 159

本章小结 165

第三章 业主物权衍生权益 166

第一节 业主成员权 166

一、业主成员权的内涵与性质 166

二、业主成员权的内容 174

三、业主成员团体的治理结构 177

四、成员团体的自治规则——业主公约 193

五、业主成员责任 204

第二节 业主立体相邻权 221

一、立体相邻权的意义 221

二、业主立体相邻权的内容 225

三、不可量物侵害与业主容忍义务的限制 233

本章小结 248

第四章 业主权的限制与救济 250

第一节 业主权的限制 250

一、业主权限制的正当性分析 250

二、权利限制语境下的业主权限制 260

第二节 业主权的救济 271

一、设立业主救济权的必要性 271

二、业主权的救济类型 274

三、业主权的救济体系 287

本章小结 294

结语 296

一、市民化社会视阈下业主权的价值 296

二、《民法典》“业主权”相关条文的立法设计 299

主要参考文献 305

一、中文专著与译著 305

二、中文期刊论文 313

三、外文论著 317

后记 320

引 言

一、选题的缘起与研究方法

2008 年,笔者获得国家社会科学研究基金项目“城市住宅区法律问题研究”(08BFX021),本文即是该项目的研究成果之一,也是笔者民商法学博士论文的选题。住宅所有权理论在当代作为一项民事立法制度,获得了极大的发展,已成为世界各国立法设计上不可或缺的“浓彩重笔”。近现代大陆法系、英美法系的各个国家和地区,如法国、德国、日本、瑞士、美国、我国台湾及香港地区等,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 年以前的一段较长时间内基本处于空白状态。在立法上也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,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和业主权利保护弱化以及权利救济失当。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”中确认了这一有关业主权利的新型物权。

《物权法》虽确认了“业主的建筑物区分所有权”,使业主权利保护现状有所改观,但有关业主权利的司法实践仍存疑义,业主直面“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裂痕,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”并作一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与厘清。

从我国历史的法制传统、语义解释考量,我国《物权法》采用的“业主的建筑物区分所有权”这一概念欠缺适当性,需要检讨。“建筑物区分所有权”的概念与市民社会习惯所称的“业主权”概念相悖,不对应,势必会在物权法的具体适用中增加考证的成本和歧义,亦将使住宅区业主的相关权利义务在民法理论体系上出现逻辑概念的混乱,进而扩张民法权利概念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,并把目光投向建筑物区分所有权效力下整个住宅小区,论证“建筑物区分所有权”的矫正之法“住宅区共有权”;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

^① Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage (Berlin: SpringerVerlag. 1979), ss. 27.

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、正当地承担起承载业主权利的内涵与外延的责任。

“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,是民法私法本性的进一步张扬。我国《物权法》虽然规定了业主的部分权利,使业主权的实现与保护在一定程度上找到了法律依据,但现实市民社会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完全满足。《物权法》中“业主的建筑物区分所有权”这一法律规则的设计,与日本民法中关于“建筑物区分所有权”的制度设计相比并无实质的创新与变革。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,急迫地需要清明的、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”,^①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,概念和规则则需要通过直观来加以补充。”^②在本书撰写过程中,笔者注重理论与实际并重,运用实证分析的方法,注重分析“业主权”、“建筑物区分所有权”的法律概念和规范,以

① [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。

② Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage (Berlin: SpringerVerlag. 1979), ss. 14.

逻辑分析和语义分析为基础,追求“来自具体问题又超越具体问题”的形式合理性,将业主权的概念、体系的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中客观地加以研究,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。”^①“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辩论据出发”,^②笔者重视实证研究,避免法学研究疏离社会现实的自闭以及价值自证的倾向,运用实证分析的方法,以社会生活实践为研究背景,注重对“业主权”的法律概念、规范和逻辑架构的分析。

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理论结论。对业主权的基本理论、基本制度、基本规则等丰富的域外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,从各国立法中寻找出能够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问题研究的有效途径。运用比较法的同时,辅之以价值分析方法,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

① Savigny. System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1 (Berlin: 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。

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”^①。

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。^② 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的整体”,^③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,并验证自思考或处理问题之经验中,所取得的知识。”^④

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而又少。司法判例中虽有业主相邻权益、车库车位、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”的论文也主要限于“业主权”概念合理性的论证,缺少对

① 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。

② Savigny, *Juristische Methodologie* (Nachschrift Jacob Grimm) [A]. Aldo Mazzacane. Friedrich Carl von Savignys Vorlesungen uher juristische Methodologie [C]. Frankfurt: Vittorio Klostermann. 2004. 163.

③ Savigny, *Einleitung zu den Pandekten 1811* [A]. Aldo Mazzacane. Friedrich Carl von Savignys Vorlesungen uher juristische Methodologie [C]. Frankfurt: Vittorio Klostermann. 2004. 51.

④ 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。

“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 1890 年颁行的民法财产编中有关于建筑物区分所有权的规定,是比较早有住宅立法的国家之一。后几经修改完善,日本现行的住宅所有权立法是于 1983 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,无论是在学理上还是在司法实践上,都涌现了颇有建树的学者。其中,丸山英气所著的《建筑物区分所有的法理与动态》^①与小沼进一所著的《建筑物区分所有之法理》^②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种种样式、构造的新型建筑,而居住在这样场所的主体共同体尚不能充分表达自由和主张权利。且作为区分所有权客体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本人并不居住而转租的现象。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的效率,扩大物业管理组织的专门裁决事项;对于区分所有权的存在形态,应该谨慎对待将所有

① [日]丸山英气:《建物区分所有の法理と動態》,三省堂 1985 年版。

② [日]小沼進一:《建物区分所有の法理》,法律文化社 1992 年版。

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论证了日本住居所有权法的现状及改革的内容与评价。

小沼进一先生以对法国住宅所有权制度的考察为路径,在阐述法国住宅制度历史沿革的基础上,认为法国民法典由于缺少对区分所有制度的肯认,才导致区分所有制度的建构在法国失去生机与活力,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,揭示了区分所有法的位置、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。小沼进一先生认为,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个方面来看,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即专有部分、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权利的前提下,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义务。业主规约的内容条文仅限定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》。台湾学者对此问题的研究亦很丰富。知名学者温丰文著有《建筑物区分所有权之

研究》一书,^①并在《法令月刊》、《月旦法学杂志》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“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,其作用不仅是物之维护修缮,亦及于住户关系调整,是社区和谐、社会祥和、居民安居安宁之保证;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,即规约具有物权的效力,规约还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,只要是建筑物维护或修缮之必要范围,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,对立法、司法均产生了深远的影响。

台湾学者谢在全在《建筑物区分所有权要论》^②中,对区分所有建筑

① 温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局1992年版。

② 谢在全:“建筑物区分所有权要论”,载《法令月刊》第53卷,第4~5页。

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如下: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;二是不属于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者的容忍。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著有《建筑物区分所有权研究》^①,当属此问题研究的代表。该书立足于比较法与法解释学的研究方法,比较细致地考察、分析了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。他认为我国《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,提出了应制定我国的建筑物区分所有权法的建议。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“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。

① 陈华彬:《建筑物区分所有权研究》,法律出版社2007年版。

学者徐海燕在其《区分所有建筑物管理的法律问题研究》^①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、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^②,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,法律应当赋予业主大会社团法人的资格,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和实用性的问题;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。

在金俭著的《中国住宅法研究》一书中,阐述了“公民住宅权”的含义。^③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须的基本权利;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

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》一书中,^①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进行比较研究,以揭示物业产权制度设计的共同规则。其中,关于物业小区车库车位的产权制度设计,以及有关绿地、会所、游泳池、地下室等的归属的制度设计对我国住宅区物业管理立法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”,亚洲的日本国立法称为“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表明不同的规则内容。但究其实质,其不同规则体系所反映的内容却是相通

^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。