

王利明:论业主的建筑物区分所有权的概念(下) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E7\\_8E\\_8B\\_E5\\_88\\_A9\\_E6\\_98\\_8E\\_\\_c122\\_486263.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_486263.htm)

【摘要】区分所有是现代住宅商品化的结果, 业主的建筑物区分所有权反映了该种权利的状态, 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。建筑物区分所有权尽管是一种物权, 但不能根据一般的所有权规则或者共有权规则来进行处理, 其是一种新型的物权类型, 按照物权法定原则, 应该由物权法设专章进行规定。但是不应该规定成员权的内容。业主的建筑物区分所有的客体不能仅限于建筑物而应延伸至小区的共同财产。

三、业主的建筑物区分所有权是否应当包括成员权

在区分所有的概念中没有规定成员权, 这在很大程度上是因为区分所有权侧重于从物权的角度来理解, 但问题在于, 这个区分所有制度中, 业主的所有权是否仅仅限于物权? 所谓区分所有的成员权, 是指业主从专有部分的所有权中所产生的对共有财产的管理以及其他物业的管理所享有的管理权、监督权以及选举权、被选举权等等。成员权是由所有权派生出来的, 它又具有身份上的特点, 因为成员权是区分所有人在区分所有人团体中的团体资格, 基于这种资格而享有的表决权、选举权等, 此种权利很难等同于所有权。这就是说, 成员参与管理, 体现了基层民主, 表现了对小区自治管理, 并不完全由私法来调整。尽管如此, 我们认为, 此种成员权主要是私法上的权利, 其理由在于: 第一, 此种成员权由单独所有权决定, 由所有权派生出来, 而公法上权利不具有此种性质。第二, 虽然在特殊情况下, 小区与居委会存在叠合, 但

主要是因为居所造成此种重叠，但性质上应当区分业主委员会和居委会。第三，权利的实现主要体现为一种财产利益，而不是公法上的利益。就建筑物区分所有中的成员权的性质存在争议。《物权法》(草案)尽管在区分所有的概念之中没有突出成员权的内容，但在多个条文中都涉及到成员权的问题，在物权法的制度中规定了成员权的内容。但我认为，物权法有必要在规定区分所有的定义中规定成员权的内容。主要有如下几个理由：第一，只有规定成员权才符合区分所有制度的性质和特点。当所有权归属于一人的，管理权当然地包含在所有权之中，从而也就引不起人们的重视，也没有在法律上专门进行规定的必要了。只有当出现区分所有，产权归众多的业主所有的时候，业主们如何管理归他们所有的共有财产，就有必要在法律上加以考虑。区分所有首先是一种物权关系，但这种物权的独特性与那种独门独院、一家一户的物权不同，其是对建筑物的区分而形成的众多的专有部分的所有权。在一栋建筑物，特别是在一个小区内，区分所有人人数众多，甚至可能是成千上万的人生活在一起，因此，区分所有人因区分所有而产生了共同生活关系，在这种共同生活关系中大家必然要管理大家的共同事务，因此区分所有必然产生对共同事务的管理，这种管理就是区分所有制度的特点，可以说，任何区分所有都包含了这种管理的固有内容，但这种管理有不是对自己的事务的管理，而是对共同财产、共同事务的管理，因此，它无法在产权中包含，必然要在区分所有制度中表现出来。这种共同生活关系和股份制公司的股东关系还不一样，股东之间基于投资的关系是比较松散的，而业主的共同生活关系相对还是比较密切的。第二，如果

不规定成员权，就不能对区分所有制度的构建提供基础。例如，在物权法草案中规定，要根据业主的人数而不是根据共有部分在总面积中的比例来确定一些事项。根据投票规则就可以看出成员权和物权存在的冲突情形。如果仅仅是根据面积来考虑投票规则，实际上是尊重了物权。根据业主人数来规定投票规则，实际上是尊重了成员权。物权法草案要求将两者衔接起来，实际上兼顾了两者权利，可见，物权法不是单纯的考虑这是物权的问题，也考虑了成员权的资格问题。第三，成员权与专有部分所有权和共有权密切联系、不可分割的权利。成员权是由专有部分所有权决定的，权利的实现主要体现为一种财产利益，因此权利人不得保留专有部分所有权而抵押其共有部分，也不得保留成员权而转让专有部分所有权与共有权。然而，成员权又与专有部分的所有权和共有权存在一定的区别。不能简单地将成员权与专有部分的权利等同。[1](P336) 因为一方面，成员权具有身份上的特点，因为成员权是区分所有人在区分所有人团体中的团体资格，基于这种资格而享有的表决权、选举权等，此种权利很难等同于所有权。这就是说，成员参与管理，体现了基层民主，表现了对小区自治管理，并不完全由私法来调整。另一方面，成员权的内涵与专有权也不完全一致，因为在成员权中相当一部分涉及对公共事务和共同生活的管理，而不仅仅限于对财产的管理。所以，那种认为成员权可以包括在专有权中的看法是不妥当的。第四，规定成员权有助于培养业主的自治的理念。在传统中，中国公民自治的文化和传统是非常欠缺的。建国以后，我们一直实行高度的计划经济，压抑了公民的自治，所以在现阶段推进民主法制建设，就应当培养公民

的自治能力。[7]为此，有关区分所有中就应当由业主尽可能参与和管理他们自己的事务。之所以在物权法中规定区分所有制度，一个重要的意义就在于，将民法的私法自治的理念贯彻在区分所有制度之中，在区分所有制度中，私法自治就表现为业主自治。区分所有事务的管理，应该尽可能地通过业主大会、制定公约来调整他们的关系，而政府不应做更多的干预。这种公民自治实际上类似于私法自治，属于社团自治的主要组成部分。例如，业主委员会是各所有权人共同决定其物权行使过程中共同事项的组织。物权、所有权本质上是一种私法上的权利，如何行使建筑物区分所有权，本质上是所有权人自治的范畴。既然是权利，权利是否行使还是放弃、如何行使，应当由权利人自行决定，因此业主不愿成立业主委员会，而愿意以其他方式管理其财产，自然也无不可。成员权仍旧有必要被包括在区分所有之中。德国学者认为，分层所有权应由三部分构成，其一是建筑物空间上所设立的专有所有权(Sondereigentum)部分。其二是区分所有权人共享建筑物上所设立的持份共有权(Miteigentum)部分。其三是给予公推关系而产生身份上之成员权(Mitgliedschaft)部分。[8]因为既然成员权是由专属所有权产生，成员权有时确保专属所有权和共有权实现的手段，所以成员权不能与区分所有权分割，成员权也不能够与所有权发生而单独转让，而成员权的范围也受到单独所有权部分的制约，规定在区分所有中并没有使权利状态更为复杂。有关成员权的性质和权限都可以由法律和公约来制订。成员权与所有权的关系。第一，从权利来源顺序来看，成员权来源于专属所有权。第二，成员权的范围也受到专属所有权的限制。问题是，成员权和所

有权是否会发生冲突。基于成员权，所有业主平等地享有使用共有部分的权利，但是根据所有权，根据面积或者价格划分收益。所以，法律可以作出上述规定，但是，应当允许业主大会作出另外的约定。事实上，物权法草案已经对成员权的一些具体内容作出了规定。成员权的主要内容包括：一是物权法草案第77条对业主会议与业主委员会的规定。业主可以设定业主会议，选举业主委员会。业主会议就是全体业主自己组织在一起，管理其事务的机构。而成员权的权利，这很大程度上就是通过参与业主会议来体现的。业主委员会作为代表全体业主对内决定本小区的日常事务，对外进行民事活动以及相关的诉讼活动，其行为后果直接由全体业主承担。因此业主委员会的成立必须由全体业主通过召开业主大会，经过民主程序选举产生，从而使其能够真正代表业主的利益，表达业主的意志。但是，草案中并没有对业主大会的法律地位作出规定，以至于其是否具有独立的法律人格在实践中产生疑问。[9](P113)二是物权法草案第78条明确规定了一些必须要由业主依据管理规定的程序而公共决定的事项，例如通过业主大会决定有关管理公约、议事规则等方面的权利。通过业主大会选举和规范业主委员会的权利。通过业主大会聘请物业管理公司、物业服务机构的权利。物权法草案第78条还规定了业主能够作为候选人被选举为业主委员会成员，管理业主事务的权利，因为只有业主才能担任业主委员会的成员。三是草案第85条对业主委托物业管理管理机构进行管理与监督的规定。“物业管理机构或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督”。这就表明物业管理公司根据合同机制选任，物业管

理公司是受业主的委托来行使管理权，其所有的权利都来源于法律规定和业主的授予。物业管理公司在从事管理活动中，应当有义务接受业主的监督。这就明确将二者的关系定位为一种委托合同关系。这一规定实际上明确了业主在物业管理方面的主导地位，业主可以根据自己的意志和利益自由选择、更换物业管理公司。双方应当根据相互之间的物业管理合同来合理安排各自的权利义务关系。四是通过业主大会，对侵犯业主共同权益的问题，决定是否在法院起诉应诉的权利。此外，作为业主有权对小区的会所的其他设施即使不享有共有权，但有权以较为合理的价格来使用，这种权利严格讲，成员权构成对会所所有权的限制。成员权主要还是私法上的权利，其虽然是所有权产生的，不能等同于所有权，也不是一种物权，不具有物权的内容。业主的成员权主要是管理权，但这种管理权不是所有权的权能。例如每个业主享有小区的绿地、道路享有共有的所有权，但这种权利严格讲不是成员权的内容，而是物权的内容，不应该包括在成员权之中。当然，应当看到，成员权并不是权利的问题，其也涉及了诸多义务的内容。[9](P73)但不能据此否认成员权不能作为建筑物区分所有权的内容。民法中的任何权利均具有一定的义务性质，而成员权作为权利的一种内容，我对其赞同最广义说，即建筑物区分所有权包括三个方面的内容：建筑物区分所有人对专有部分的所有权. 建筑物区分所有人对共有部分的共有权(其中又包括共同使用权与专有使用权). 建筑物区分所有人的成员权。四、业主的建筑物区分所有的客体是否仅限于建筑物 根据物权法草案第73条的内容许多人认为区分所有的客体仅限于建筑物. 也有人认为，业主的权利仅限于建筑

物本身。然而如果仅仅将区分所有权的客体限于建筑物内的专有部分和共有部分，这显然是不符合实际情况的。因为从实践来看，很多地方都采取了小区开发建设做法，一个小区里有多栋建筑，而为了充分发挥小区的功能，小区里除了建筑物，还会包括很多附属设施，如绿地、车库、管理用房、会所等等，这些附属设施的权利归属也应该在建筑物区分所有权制度中加以规定。这就决定了建筑物区分所有的客体不仅仅限于建筑物本身，而且还包括建筑物之外的前文所述的附属设施。尽管区分所有的专有部分的所有权的客体的确就是从建筑所有权产生，它不可能离开建筑物而存在，而且专有部分的所有权还要受到建筑物的形式的制约，但不能认为区分所有的客体只能是建筑物。一方面，由于区分所有大多以商品房小区的存在作为前提。有关小区内的共同事务需要全体业主共同管理，这些事务不限于建筑物内的事务，还涉及业主和物业管理公司的债权债务关系、业主在小区内的行为规范等等。建立和谐社区，需要全体业主通过业主大会来共同管理好小区的事务。另一方面，建筑物区分所有权不仅仅是指建筑物内的不动产，而且包括建筑物以外、但属于小区内的其他财产，如绿地、会所等。尤其是在我国，由于商品房开发都是以小区为单位进行规划和建设的，所以，业主的区分所有权的范围已经从建筑物拓展到整个小区。例如物权法草案规定，绿地、道路和物业管理用房都属于全体业主共同所有。所以，业主的区分所有权已经不限于建筑物。尽管我国物权法草案使用的是建筑物区分所有权的概念，但是业主的区分所有的范围并不仅限于建筑物。从实践来看，建筑区分所有的共同财产不仅仅针对建筑物的财产，它已经

延伸到小区。一个具有完整功能的商品房小区，除了建筑物以外，还应当有绿地、道路等配套设施。第一，物权法草案第76条规定业主对小区内的绿地享有共有权。我们认为，这一规定是十分必要的。绿地应当作为共有财产属于全体业主共有，不能由开发商保留所有。此种共有可以称为法定共有。一方面，这对维护业主的利益是十分必要的，因为业主在购房的时候，十分看重绿地的面积，甚至将绿地的有无以及面积的大小作为决定是否购买房屋的条件，如果由开发商保留绿地所有权的话，那么在开发商基于自己利益的考虑而改变绿地用途的情况下，业主们将很难通过法律的途径来对此种行为加以制约。这在实践中就是开发商对绿地的用途改变而引发诸多纠纷。这个问题确实就与绿地的归属不清楚有关系。所以在物权法中规定绿地归业主共有，也有利于解决各种纠纷。另一方面，如果允许开发商保留绿地的所有权，开发商就有可能想办法变规划，更改绿地的使用目的，从而严重地破坏环境。例如，将绿地更改为车库，那么，不仅仅业主的利益受到损害，环境也会受到破坏。除绿地外，物权法草案有必要确认空地的所有权归业主共有。空地有的已经纳入了规划的范围，有的还没有纳入，这些空地究竟应该归属于谁，在法律上并没有明确的界定。实践中，开发商将空地用作停车收费，甚至利用空地建设会所或者如歌厅舞厅之类的娱乐场所，引发了一些纠纷。我们认为，对于空地，首先应在规划范围内使用，如果是没有规划的空地，就应该归业主共有，由业主决定如何使用。第二，物权法草案第76条规定道路属于业主共有。道路是指小区内没有经过市政规划的用于通行的道路，道路是一个公共产品，理所当然要归

由共有。如果由开发商所有的话，那么开发商就有权禁止业主通行或者进行收费，甚至改变用途，或者设定专用权，这就必然会引发各种纠纷。[10](P125) 开发商开发物业并出售时，已经将道路等这些费用支出都摊入成本，尤其是考虑到这些财产如果不在法律上规定为业主共有，而允许开发商和业主在售房合同中保留权利的话，实际上大多会由开发商保留权利，这样，若开发商改变道路等的用途，就会对业主造成损害。如果改变道路用途，最终将会使区分所有权中的专有部分的功能得不到完整的实现。除属于城镇公共道路、绿地外，归业主共有，但业主也不能随意改变这些道路、绿地的规划，不能私盖建筑物，也不能设置专用庭园、专用停车位[11](P147)，即使业主委员会表决通过也不可行。如果小区物业服务用房在不影响居民正常生活、居住的前提下，拿出剩余部分对外经营，那么按新规定收益应归全体业主。第三，物权法草案第76条规定管理用房的权利归属。管理用房是指物业管理公司为管理整个小区内的物业而使用的房屋。对于物业管理用房，应当规定归全体业主共有。理由在于：其一，管理用房通常都是开发商摊入成本了，不可能在开发成本之外单独出资建造管理用房。其二，物业管理公司都是由业主聘请的，所以，业主也应当为其提供管理用房。如果管理用房不属于业主共有，业主就很难聘请物业管理公司了。事情的结果将会导致开发商来聘请物业管理公司了，从而使业主的利益难以实现。除此之外，物权法草案第76条规定：“会所、车库的归属，有约定的，按照约定。没有约定或者约定不明确的，除建设单位等能够证明其享有所有权外，属于业主共有”。我认为，这些财产虽然可以由开发商保留所

有权，但是在开发商没有保留所有权的情况下，这些财产应归由全体业主共有。由此可见，建筑物区分所有权中的业主的权利并没有局限于其专有部分所属的建筑，而是还及于建筑物之外的附属设施，但客体范围的扩大，并不能否认建筑物区分所有的概念。之所以仍然要援用“建筑物区分所有权”的概念，一方面，是因为这一概念已经约定俗成，如果改变这一概念，小区内的权利很难用一个更加准确的概念来表述，另一方面，业主对小区内的共有财产的权利，只不过是业主对建筑物内的专有权和共有权的延伸，而不可能脱离建筑物内的权利，小区里的有关权利不过是建筑物内的权利扩张后的产物。所以，在概念上，仍然采用建筑物区分所有的提法是合理的。但这些权利只不过从属于独立的建筑物专属所有权，是此种权利的延伸。即使包括了这些权利，也不改变建筑物区分所有的概念。通常认为，区分所有的客体为建筑物，包括所有可能发生建筑物区分所有的类型，如公寓、普通住宅以及联体别墅等。【注释】[8] 政府有义务引导业主委员会选举[N]. 新京报, 2006 - 3 - 11. [7] J. Barmann: 德国住宅所有权法[J]. 台大法学论丛, 第13卷(1) 1 [8] 蔡耀忠. 物权法报告. 北京: 中信出版社, 2005 [9] 黎淑慧. 公寓法与社区发展[M]. 北京: 新文京开发出版股份有限公司, 2004. [10] 金俭. 中国住宅法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)