

开放小区的现行法径路

高圣平

摘要：开放小区将改变现行法之下的业主权利结构。小区中的道路、绿地以及其他公共场所、公用设施等不再属于业主的共有部分，这些地上附着物所占有范围内的建设用地使用权也将不再是业主共有，供地模式将由有期限的出让转变为无期限的划拨。已建成的住宅小区逐步推行街区制，可以采行征收的方法，公共地役权路径在现行法上无法展开。《物权法》和《征收与补偿条例》的征收规定可资参照。在具体的实施过程中，还应注意开放小区中征收条件上的一些特殊性，并采行补偿措施的多元化与市场化。

关键词：开放小区；业主共有；建设用地使用权；征收补偿

《中共中央、国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》（以下简称《若干意见》）提出要“推广街区制”，意在“实现内部道路公共化，解决交通路网布局问题，促进土地节约利用”。这一崭新的提法引发了社会各界的广泛讨论。正如最高人民法院民一庭庭长程新文答记者问时所说，“这一意见属于党和国家政策的层面”^①。那么该政策如何在现行法律规范层面得以实施呢？

一、开放客体的范围及其权利属性的变动

所谓街区，是被街道包围、构成城市的基本单元，是一个城市街道格局中的建筑空间；而所谓街区制，则是有关街区的规则、原则、规范的表达，对应于小区制，可以理解为要求建筑沿城市干道布局，形成小规模围合空间的规划方式^②。就新建住宅而言，推行街区制就意味着不再建设封闭住宅小区，这涉及城市规划方法和手段的调整，“针对未建小区的规划建设，必须先修改现有规划，再适用于新规划小区”^③。就已建成的住宅小区和单位大院而言，推行街区制就是要逐步打开，这就存在先开放哪部分，具体开放到什么程度，开放哪些部分的问题^④。

在我国实定法之下，住宅小区由业主的建筑物区分所有权和建设用地使用权共同构成，其中，业主对小区建筑物内的住宅、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权和管理权利；小区所占有的土地属于国家所有，业主仅仅取得国有土地之上的建设用地使用权，而且业主一般并不就某具体地块享有建设用地使用权，而是按份共有小区的建设用地使用权^⑤。小区的建设用地使用权多以出让方式取得，但也存在历史上形成的划拨建设用地使用权。就出让建设用地使用权而言，在城市建设实践中，均由房地产开发商通过与国土资源管理部门签订国有建设用地出让合同，并经建设用地使用权设立登记而取得。在解释上，房地产开发商将小区建筑物单元销售给业主之时，小区的建设用地使用权即由业主与房地产开发商共有；在房地产开发商将小区建筑物单元全部销售完毕之后，小区的建设用地使用权即全部转由业主共有，房地产开发商即丧失建设用地使用权。

单位大院的权利构成与住宅小区相似，公安局、军分区、医院、学校等单位的用地，属于国家机关用

① 罗书臻：《最高人民法院召开新闻发布会公布物权法司法解释详解不动产登记等焦点回应“开放小区”中的物权法问题》，载《人民法院报》2016年2月24日，第001版。

② 李武英：《“街区制”不只是“拆围墙”——解读“进一步加强城市规划建设管理工作若干意见”第十六条》，载《建筑时报》2016年3月14日，第005版。

③ 师安宁：《从法律视角正确解读街区制改革方向》，载《中国国土资源报》2016年3月3日，第007版。

④ 《住建部长谈“推广街区制”：不是简单的“拆围墙”》，载人民网，<http://finance.people.com.cn/n1/2016/0305/c1004-28173485.html>，2016-03-30。

⑤ 梅夏英、高圣平：《物权法教程》，中国人民大学出版社2015年，第96页。

地、军事用地、城市基础设施用地、公益事业用地以及国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地,在现行法之下,这些单位的建设用地使用权多以划拨方式无偿取得,且无期间限制^①,其处分受到严格限制^②。可见,出让建设用地使用权具有很强的私权色彩,而划拨建设用地使用权具有浓重的公益性。这就导致了单位大院先行开放的动议。

小区内的道路、绿地以及其他公共场所、公用设施等属于构筑物、建筑物或其他地上附着物。按照物权法的规定,建筑区划内的道路(属于城镇公共的道路除外)、绿地(属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外)、其他公共场所、公用设施等属于业主共有,而这些地上附着物所占有的范围内的建设用地使用权由业主共有。《不动产登记暂行条例实施细则》第 36 条规定:“办理房屋所有权首次登记时,申请人应将建筑区划内依法属于业主共有的道路、绿地、其他公共场所、公用设施和物业服务用房及其占用范围内的建设用地使用权,一并申请登记为业主共有。”这一规定为小区内的道路、绿地以及其他公共场所、公用设施等的权利归属提供了技术上的支撑。小区的开放就直接导致业主共有的道路、绿地、其他公共场所、公用设施等可由社会公众使用,一种路径是在地上附着物及其占有范围内的建设用地使用权之上设立公共地役权^③;另一种路径基于公共利益征收业主共有的地上附着物,地上附着物所占有的范围内的建设用地使用权也将由业主共有转为国家所有的划拨建设用地使用权。由于公共地役权(尤其是其中的公众地役权)的设立依据、设立方式、设立程序、对价支付、权利行使等规则均仅存在于学说讨论,而未见于实定法^④,公共地役权路径目前就开发小区而言无法展开,以下仅以后一路径为分析基础。

就新建小区而言,由于新建住宅要推广街区制,原则上不再建设封闭住宅小区,在开放小区,道路、绿地、其他公共场所以及公用设施等的用地性质即为城镇公共的基础设施用地,应以划拨方式取得,房地产开发商和业主即无须就此支付地价(土地出让金),这些划拨建设用地使用权也就不属于业主共有的范畴。就已经建成的封闭小区而言,房地产开发商取得出让建设用地使用权后,在国有土地上通过建造建筑物、构筑物和其他地上附着物,如小区内的道路、绿地、其他公共场所及公用设施等,从而取得这些地上附着物的所有权^⑤。业主通过购买房屋以及分摊建筑区划内的道路、绿地、其他公共场所以及公用设施而取得所有权,同时共有建设用地使用权。小区的开放也会直接导致业主共有的建筑区划内的道路、绿地、其他公共场所以及公用设施所有权消灭,性质上从共有转变为公有;这些地上附着物所占有的范围内的出让建设用地使用权也将转变为划拨建设用地使用权,业主共有部分对专有部分的从属性^⑥也会发生变化。同理,由业主所共有车位在性质上由共同所有权转变为公有,车位占有范围内的出让建设用地使用权也将转变为划拨建设用地使用权。

按照《若干意见》在解决交通路网布局问题和建设街区制之间的时间规划,近期需要解决前一问题,然后再进一步考虑建设街区制^⑦。在实现解决交通路网布局问题政策目标过程中无须一刀切。在开放小区的评估和听证过程中就会出现民众要求当下只开放妨碍交通的小区,暂不开放无碍交通的小区。同样是小区,同为业主所享有的建筑物区分所有权却存在开放与不开放差异的抗辩,需要决策者和执行者充分论证是否构成妨碍交通。同理,并不是所有具备妨碍交通事由的单位大院都应当开放,例如中小

① 胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年,第 311 页。

② 《城市房地产管理法》第 40 条规定:“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”(第 1 款)“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产报批时,有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的,转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。”(第 2 款)

③ 公共地役权是为了公共利益的需要,公众或公共事业部门享有的在相关不动产上施加负担或不利益,权利人负有容忍义务的一种权利。参见陈耀东、罗瑞芳:《我国空间权制度法治化历程与问题探究》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2009 年第 6 期;耿卓:《地役权的现代发展及其影响》,载《环球法律评论》2013 年第 6 期;肖泽晟:《公物的二元产权结构——公共地役权及其设立的视角》,载《浙江学刊》2008 年第 4 期。

④ 耿卓:《地役权的现代发展及其影响》,载《环球法律评论》2013 年第 6 期。

⑤ 依据《物权法》第 30 条关于“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生法律效力”的规定,房地产开发商通过开发建造的事实行为取得地上附着物的所有权。

⑥ 陈华彬:《论建筑物区分所有权的构成——兼议〈物权法〉第 70 条的规定》,载《清华法学》2008 年第 2 期。

⑦ 参见《中共中央、国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》:“到 2020 年,城市建成区平均路网密度提高到 8 公里/平方公里,道路面积率达到 15%。积极采用单行道路方式组织交通。”

校园、军区、公安局等等,这些单位的“围墙”是其正常运转的重要因素之一。

二、开放小区的条件、程序和补偿

我国现行法上无仅依据政策就能导致上述地上附着物及建设用地使用权发生变动的规定,但现行法上关于征收的规定可资采用。根据《物权法》第28条的规定,可以通过征收来实现开放小区和单位大院的政策目标。在土地公有制之下,小区和单位大院的适法土地权源都是建设用地使用权,依据《物权法》第148条的规定,可以“因公共利益的需要提前收回该土地”,但开放小区和单位大院会涉及地上附着物的征收,此时应当适用《物权法》第42条的规定。政府启动征收权一般需满足三个条件:第一,因公共利益的需要;第二,政府依法规定的权限和正当程序进行;第三,依法进行补偿^①。

在私法上引入公共利益概念,主要是为了解决现代社会个人权利、自由与国家利益、社会利益可能出现的矛盾和冲突。据此,“在国家、社会因安全、秩序、发展等需要而必须适度限制或损害个人权利时,个人在国家给予适当补偿后必须能够容忍这种适度的限制或损害”^②。在现实生活和法律话语中,公共利益是一个比较难以具体明确界定且易被滥用的概念。对于征收中的公共利益,《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《征收与补偿条例》)第8条进行了比较详细的列举式规定。但是,《征收与补偿条例》第8条在列举具体公共利益类型时,设置的前提条件是“确需征收房屋的”,这和开放小区只需征收属于业主共有的道路、绿地、其他公共场所和公用设施等地上附着物不一致。依据“举重以明轻”的类推方法,《征收与补偿条例》第8条所列举的公共利益类型可以满足征收房屋的公共利益条件,那么也能够满足征收道路、绿地、其他公共场所及公用设施的公共利益条件。当然,还需论证“举重以明轻”类推方法适用的前提,即与道路、绿地、其他公共场所及公用设施等相比,房屋的价值要重,不能是轻或同等重要。

此外,即使在公共利益条件适用上,可以准用《征收与补偿条例》第8条,在具体依据何种公共利益上,也需论证所依据的公共利益类型相对于业主所认可的公共利益是一致的。全国业主众多,直接导致利益倾向的多元化,有的主张开放,有的主张不开放,即使在同一个小区都会有不同的主张。这要求在公共利益条件适用上除了依据《征收与补偿条例》第8条所规定的一般公共利益类型外,还需结合当地的具体情况。比如,开放小区后可能带来的汽车尾气污染小区、汽车噪音影响生活、生命财产安全系数降低以及开放后小区摊贩增加加剧道路拥堵等问题,这些是否也属于公共利益范畴?

在解决交通路网布局问题上的征收实施中,可以依据《征收与补偿条例》第8条第2项“由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要”并结合具体情况来满足公共利益条件。但在实现街区制上,存在满足公共利益条件上的困境,难以经由解释而纳入《征收与补偿条例》第8条列举的5种公共利益类型之中。另外,从《若干意见》和住建部部长答记者问内容来看,类似“与国际接轨”和“推广街区制是对中外城市规划经验的借鉴,它符合城市发展方向”^③“促进土地节约利用”等比较含糊的理由,并不足以支撑街区制的实行和推广。实行街区制,涉及城市规划问题,更适合通过修正《城乡规划法》来对其实施的实体条件(如公共利益条件)和程序条件(听证、补偿等)进行具体规定。

在《物权法》之下,征收应当“依照法律规定的权限和程序”进行。这就意味着征收权限和程序必须由法律进行规定,应实行法定化,而不能由行政法规规定^④。开放小区实施的征收准用《物权法》第42条的规定,行使征收权主体和遵循的程序也适用或者准用一般征收的规定。根据《征收与补偿条例》第4条的规定,开放小区征收权行使主体应为市、县级人民政府确定的房屋征收部门。该条例还确定了“征收的公众参与和公开透明的正当法律程序”,比如确定公共利益的程序、征收决定的形成程序、补偿方案制定程序、争议解决机制以及救济程序等。这些在开放小区过程中都可以参照适用,以保障业主的

① 王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2013年,第422~426页。

② 姚辉:《单双号限行中的所有权限制》,载《法学家》2008年第5期。

③ 《住建部部长谈“推广街区制”:不是简单的“拆围墙”》,载人民网,<http://finance.people.com.cn/n1/2016/0305/c1004-28173485.html>,2016-03-30。

④ 王利明:《物权法研究》上卷,第425页。

参与、听证等权利,充分保护业主的权益,限制政府征收权的滥用。

实现“解决交通路网布局问题”政策目标,初步开放小区,应以做好补偿工作为前提。补偿不一定局限于货币形式,还可以是实物、先进服务设施或技术等形式。在开放小区,对业主共有的道路、绿地、其他公共场所及公用设施等进行征收过程中,应注意几个问题:第一,借鉴《征收与补偿条例》规定的“先补偿后搬迁原则”^①的解决问题思路,完善公共服务设施,加强社区治安,发展和推行高科技指纹识别或脸部识别的门禁制度。开放小区,实行街区制,就意味着支付了较高房价和物业服务费的高档小区业主与一般小区业主享受同等高质量服务设施。如欲使业主接受街区制,必须无偿地完善小区周边的公共服务设施、高科技门禁制度和良好的社区治安,这是政府的一项基本义务。第二,在征收正式开始前,政府应采用协商手段,缓和财产权保障和征收权强制力之间的冲突,通过公开市场平等等价交换的方式来购买业主共有的道路、绿地、其他公共场所及公用设施。政府取得他人财产应通过市场自愿交易行为,而不应以强制力为后盾、公共利益为矛头进行强迫^②。依据市场行情,征收权主体能够更好地确定补偿金额,遵循不同地域的土地价格和市场平等交易的经济规律。第三,补偿过程中应注重实质公平。在征收补偿过程中,应注意区别对待已经为业主私人所有和业主共有的、设立在业主共有道路上的车库车位以及对原不临街、开放小区后临街导致生活质量降低的业主和一般业主。此外,还应妥善处理已取得建设用地使用权但未建成的房地产开发商权益问题。此时,原先的建设规划应部分修改,比如加宽道路、不建围墙等,这一定程度上影响着小区未来销售前景。对此,政府应该给予合理的补偿。

开放小区也带来了不少挑战,例如物业服务企业是否还提供小区配套服务设施及相关服务的问题。国家相关公共服务设施没有相应地跟进,必然会导致小区开放后公共服务设施分配不均,而这种不均是由之前小区通过保留围墙以及享受不同物业服务导致的。这样,高价享受优质物业服务的业主未得到相应补偿,会选择与物业服务企业解除物业服务合同。

三、结 语

开放小区和单位大院的目的是“为了实现物和有关资源效益的最大化,这是一个非常具有前瞻性的、与时俱进的城市发展理念”^③。从改变交通路网布局到街区制的政策目标实现过程,并非一蹴而就,相反意味着法律规范、法律文化的逐步变迁以及公共服务的全面改善。在现行法下,建设开放式的小区,尚需在《城乡规划法》的规划体系下依法展开,同时就拟开放的道路、绿地、其他公共场所及公用设施等用地采取划拨供地模式;开放已建设的小区直接导致由业主共有的地上附着物转变为公有,由业主共同行使的有期限限制的出让建设用地使用权转变为无期限限制的划拨建设用地使用权,其实施路径可参照适用《物权法》和《征收与补偿条例》对城市房屋征收的规定。在具体的实施过程中,还应注意开放小区中的征收条件上的一些特殊性,比如公共利益条件的特殊考量、补偿措施的多元化与市场化。当下,仍需要通过试点来积攒经验和修改相关法律,以逐步实现从解决交通路网布局问题到街区制的政策目标。

●作者地址:高圣平,中国人民大学民商事法律科学研究中心,中国人民大学法学院;北京 100872。

Email:gaolaw@aliyun.com。

●基金项目:国家社会科学基金重大项目(14ZDC018)

①《国有土地上房屋征收与补偿条例》第27条第1款规定:“实施房屋征收应当先补偿、后搬迁。”有学者称为“先补偿后搬迁原则”。参见王利明:《物权法研究》上卷,第430页。

②房绍坤:《国有土地上房屋征收的法律问题与对策》,载《中国法学》2012年第2期。

③罗书臻:《最高人民法院召开新闻发布会公布物权法司法解释详解不动产登记等焦点回应“开放小区”中的物权法问题》,载《人民法院报》2016年2月24日,第001版。