

中国房地产
法律实务研究论坛会刊

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

土地市场化专号

刘云生·主编

第7卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 7

区分所有建筑物的重建研究 陈华彬

英美法上的役权研究 耿 卓

集体建设用地直接流转用于商品房开发的正当性之殇 孙 鹏 王永红

对他人之物的权利 张建文

物名冠名合同研究 朱体正

论房屋租赁的社会控制 班健波 黄茂钦

房地产信托参与保障房建设的法律问题研究 陈 敏 李 婧

房地产市场宏观调控的法治思考

——以限购令法律问题为视角 史以贤

我国建设土地使用权制度的现状分析 李开国

地票交易的正当性辩 黄 忠

集体建设用地流转模式梳理与困境反思二维论 徐银波

农村土地资本化改革之困境和路径微探 张东一

农村土地所有权主体再思考

——制度变迁与模式选择 徐迪锋

公共利益的考量

——结合中国国有土地上不动产征收的理解 孙 清 陈陈辉宇

超越赞美 正视缺失

——《国有土地上房屋征收与补偿条例》困境透视 黄 伟

补偿法律制度的基本原则 袁晓东

“回归”看土地储备的法律命运 陆国飞



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

中国房地产法律实务研究论坛会刊
土地市场化专号

刘云生·主编

第7卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 7



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第7卷 / 刘云生主编. —北京:
法律出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4135 - 3

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923.24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247187 号

中国不动产法研究 第七卷

刘云生 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2012 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 14.5 字数 315 千

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 4135 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

论坛聚焦

- 3 区分所有建筑物的重建研究
陈华彬
- 25 英美法上的役权研究
耿 卓
- 39 集体建设用地直接流转用于商品房开发的正当性之殇
孙 鹏 王永红
- 53 对他人之物的权利问题
[俄]И. А. 波克罗夫斯基 著 张建文 译

理论探索

- 65 物名冠名合同研究
朱体正
- 72 论房屋租赁的社会控制
班健波 黄茂钦
- 85 房地产信托参与保障房建设的法律问题研究
陈 敏 李 婧
- 97 房地产市场宏观调控的法治思考
——以限购令法律问题为视角
史以贤

农村土地市场化专题

- 107 我国建设用地使用权制度的现状分析
李开国

- 138 地票交易的正当性辩
黄 忠
- 146 集体建设用地流转模式梳理与困境反思二维论
徐银波
- 158 农村土地资本化改革之困境和路径微探
张东一
- 167 农村土地所有权主体再思考
——制度变迁与模式选择
徐迪锋
- 176 公共利益的考量
——结合中国国有土地上不动产征收的理解
孙潇喆 陈辉宇

国有土地上征收补偿制度专题

- 189 超越赞美 正视缺失
——《国有土地上房屋征收与补偿条例》困境透视
黄 伟
- 197 不动产征收补偿法律制度的基本原则
袁晓东
- 212 从征收的“回归”看土地储备的法律命运
陆国飞
- 224 市场经济的民法之维(代后记)
刘云生

论坛聚焦

区分所有建筑物的重建研究

陈华彬*

一、引言

区分所有建筑物的重建是区分所有建筑物管理的最后手段或措施,^①系最难解决的问题。造成重建困难的原因很多,其中最主要者有如下五个方面:(1)传统所有权观念的束缚。区分所有权中的专有部分,系分属于各业主所有,其与一般的单独所有权无异。业主基于对其专有部分的所有权,于法律限制的范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人的干涉(《物权法》第71条)。因此,欲对整栋区分所有建筑物拆除而予以重建,原则上必须经全体业主的同意方可为之,但实践中要做到这一点乃有相当的困难。(2)重建所需费用筹措不易。我国今日的区分所有建筑物的住户,少则数十户,多则数百户甚至上千户,重建区分所有建筑物时,可预见其意见的分歧,且每个业主的经济能力不同,生活习惯、文化程度有别,价值判断互异,对于重建费用的负担能力也有差别,欲取得重建共识并非易事。这一点会影响到有关业主是否会赞成重建,并成为重建事业进行的最大阻力。(3)重建工程进行期间迁居的问题也使重建面临困难。重建工程进行期间,区分所有建筑物的住户势必暂时搬离,而另觅临时住所。此临时住处的觅得及其费用(如租金)的支出等问题,也系影响重建能否顺利进行的重要因素。(4)利害关系人权益调整的困难。欲实现重建区分所有建筑物,除非全体业主一致同意,否则有可能存在多数人对少数人的强制问题。若专有部分设有抵押权或出租他人时,要进行重建,必先对这些人的权益做一调整,否则将妨害重建的进行。另外,我国区分所有建筑物所坐落的基地的使用权为建设用地使用权,重建时也有必要对于该项权利进行调整(如申请适当延长该建设用地使用权的期限),而这也必须经较复杂的行政程序方可实现。

* 陈华彬,中央财经大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

① [日]伊藤荣寿:“对区分所有人团体的拘束的根据与界限”,载爱知学院大学论丛《法学研究》2010年第51卷第2号。须指明的是,在当代比较法上,区分所有建筑物的重建通常被置于广义的管理的位置,由此而使对业主之进行团体的拘束得以正当化。也就是说,重建是为了使区分所有权再生,只不过是一时地消灭权利,所以是一种管理手段。

(5)建筑物完成后容积率等规定的严格化。建筑物完成后,容积率、建蔽率^②等条件变化较以前更严格时,也不利于进行重建。一般而言,若容积率、建蔽率相当宽裕,重建时可将原业主分配剩余的专有部分出卖以作为重建费用的一部分,而这有利于重建的进行;反之,建筑物建筑后容积率等条件变为较严格时,将有碍于业主意思的统一,从而妨害重建的进行。^③

即使重建面临上述困难,但实务中,区分所有建筑物的重建有时也是十分必要的,甚至是当前的急迫之事。引起区分所有建筑物重建的必要性有:(1)区分所有建筑物有其耐用年限,常常因自然腐朽、灾害(如地震、火灾、水灾、风灾)或其他原因(如某些重大事故发生)毁损,业主基于自身安全的考量,认为有必要重建建筑物;(2)区分所有建筑物的修缮费用过高时,业主可考虑重建,以符合经济效率;(3)业主因家庭人口的增加,为改善、增大必要的生活空间,可考虑重建区分所有建筑物;(4)建筑物坐落基地附近的土地利用情况发生改变时,只有重建区分所有建筑物方能增加土地的有效利用,此时即有必要重建区分所有建筑物。^④

我国2007年颁布的《物权法》设有一个条文规范区分所有建筑物的重建,^⑤即第76条第1款中的第6项和该条第2款,其内容十分简略,只规定“改建、重建建筑物及其附属设施”,“应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意”,不足以应付实际的需要。因为,区分所有建筑物的重建除涉及要具备哪些程序要件外,还面临如何调整业主之间的权益、由谁进行重建、由数栋建筑物构成的小区内的特定栋区分所有建筑物的重建、区分所有建筑物一部灭失的复旧(修复)与重建的关系,以及区分所有建筑物罹受灾害全部灭失时的再建与重建的关系等问题。这些问题如不予以妥善解决,一方面,业主之间的重建共识即难以凝聚,重建事业就无从进行;另一方面,也会使重建陷入一团乱麻,使人无法厘清各方面的法律关系。因此,本文拟从比较法(尤其是日本法、我国台湾地区法及德国法之比较)的视角,对区分所有建筑物的重建所蕴涵的这些重要法律问题进行分析,期冀借他山之石,对我国《物权法》和《物业管理条例》关于区分所有建筑物的重建制度提出若干建议,或许可以作为有关机关解释《物权法》和《物业管理条例》的上述规定,以及将来修改《物权法》和《物业管理条例》或于制定民法典或于制定单行的建筑物区分所有权法时全面规定区分所有建筑物重建制度的参考,从而有利于我国区分所有建筑物的重建,推进我国建筑

② 所谓建蔽率,是指建筑面积占基地面积的比率。土地利用固然应当力求充分利用与集约利用,但建筑面积与基地面积若不保持一定比率,而将基地所有的面积完全作建筑使用,不留丝毫空间,不仅妨碍通风、采光,影响居民健康,而且一旦发生灾害,居民的生命安全也堪忧。因此,建筑面积与基地面积应保持一定的比率。温丰文:《现代社会与土地所有权理论之发展》,五南图书出版公司1984年版,第92页。

③ 上述五点原因中,(1)、(2)、(3)、(5)请参见黄江颖:“区分所有建筑物修缮与重建之研究”,台湾东海大学法律研究所硕士学位论文1993年6月。

④ 黄江颖:“区分所有建筑物修缮与重建之研究”,台湾东海大学法律研究所硕士学位论文1993年6月。

⑤ 值得注意的是,当区分所有的集合住宅老朽化而不适合于居住时,在今日比较法上,各国或地区的立法定有如下三种供业主采取的对措施:一是由全体业主经一致决或多数决而重建区分所有建筑物;二是每个业主将自己的居住房间(专有部分)出售而买取代的住宅;三是将全体区分所有建筑物一并出售而向每个业主分配卖得的价款,业主再以分配所得的价款买取其他的住宅。其中,第三种对应措施由美国《统一公寓(区分所有权)法》(Uniform Condominium Act)第2-120所采取,第二种和第一种对应措施为多数国家所采取,尤其是第一种对应措施与现今多数国家人民的观念相合,即通过重建老朽的建筑物而实现旧建筑物的更新。我国《物权法》和《物业管理条例》系采与多数国家同样立场,因此定有区分所有建筑物重建的制度。参见[日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第118页。

物区分所有权制度的完善。

二、重建的概念及与其他类似概念的区分

重建系指将既存的区分所有建筑物全部拆除,而在建筑物的基地上重新建造建筑物。^⑥该概念与增建、改建不同。增建指于建筑物上增加其面积或高度;改建则系将建筑物的一部分拆除,于原建筑物基地范围内改造,而不增加其面积或高度。增建与改建均属于物权客体的变更,而非物权的取得或消灭。换言之,增建、改建后的建筑物与原建筑物仍然为同一物。此与重建前和重建后的建筑物系属两个不同之物,截然不同。具体而言,重建前的原建筑物既经拆除,其所有权即归消灭(绝对消灭),而重建后的新建筑物的拥有,则为新生所有权的取得(原始取得,《物权法》第30条)。因此,重建前与重建后的建筑物系两个不同之物。正因如此,重建前的建筑物如设有抵押权的,其抵押权会因原建筑物的拆除而消灭(《物权法》第30条)。也就是说,存在于原建筑物的抵押权,其效力不及于重建后的新建筑物;反之,增建、改建前的建筑物设有抵押权的,其效力会及于增建、改建后的建筑物。^⑦

重建的概念也与再建的概念存在区别。如前所述,重建系指新建筑物的基地上原来有旧建筑物存在,将之拆除后重为建筑。再建则指新建筑物基地上原有的旧建筑物因灾害毁损或全部朽坏而不存在,其后再为建筑。因此,在重建的场合,因基地上还有旧建筑物存在,旧建筑物的区分所有关系在决定重建之时并未消灭;反之,在再建的场合,因基地上的旧建筑物已不存在,旧建筑物的区分所有关系,在决定再建之时已然消灭。此乃二者的不同之点。不过,无论重建或再建,其前后两个建筑物,均是各自独立不同的物,此为二者的相同之点。^⑧本文重点研究区分所有建筑物的重建,于文末也会涉及重建与再建的关系,此点于此一并加以说明。

三、重建的要件

区分所有建筑物的重建,须具备一定的要件方可为之。我国《物权法》对此设有简略的(程序)要件的规定,但十分不完善。因此,如下就德国、日本及我国台湾地区法有关重建所应具备的要件予以分析,期冀借他山之石,以完善我国关于重建要件的立法规定及其解释论。

(一)德国法

德国称建筑物区分所有权为住宅所有权,其规范区分所有关系的《住宅所有权法》(WEG)制定于1951年3月15日,最近一次修改是2007年3月26日。该法关于重建仅设有

^⑥ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第119页。

^⑦ 参见温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。温丰文先生是我国台湾地区研究建筑物区分所有权制度的资深学者,本文的写作一些地方受惠于温先生这篇文章和其他相关著述,谨致以谢忱和敬意。

^⑧ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。

第22条一个条文。根据该条第1项的规定,超过通常保存或修缮的建筑上的变更与使用,不得依第21条第3项所规定的多数决为之,而应经全体业主同意。也就是说,一般区分所有建筑物的重建,应经一致决方可为之。至于建筑物因灾害而毁损时,该法原则上规定应对其予以复旧(修复)。依该法第21条第3项的规定,建筑物毁损时,应以过半数的多数决为复旧决议。同时,各业主也可请求复旧(第21条第4项)。不过,为防止复旧所需费用过大以保护业主权益,第22条第4项对复旧设有限制规定:建筑物毁损超过其价值的二分之一即“大规模灭失”,^⑨且无法以保险或其他方法填补其损害时,不得依第21条第3项为复旧决议,或依第21条第4项请求复旧。此时,如要复旧,须经全体业主同意方可为之。不过,业主也可决议重建,只是此项重建决议,也须经全体业主一致决。可见在德国,区分所有建筑物的重建,无论是一般建筑物还是毁损建筑物,均采一致决,也就是说应经业主全体同意。^⑩

(二) 日本法

1. 基本概要

日本1962年制定的旧《建筑物区分所有权法》对重建并无直接的明文规定,其因由是,日本制定该旧《建筑物区分所有权法》时,作为其参考、比较的对象德国法和法国法均不存在重建制度,并且当时关于认可该制度的必要性也不怎么存在。其结果就是,有关区分所有建筑物的重建,依该旧《建筑物区分所有权法》第12条第1项前句及第35条第3项的立法精神与《日本民法》第251条的规定,须经全体业主同意,方可为之。之所以如此,系因为立法者认为,为区分所有建筑物的重建时,为了建筑新的区分所有建筑物,须拆除现存的区分所有建筑物,而由于业主对各自的区分所有权保有处分权,所以需要获得各业主全体的同意。但是,一致决的重建决议几近不可能,因为只要一业主反对,重建即无从进行。^⑪

日本《1962年旧建筑物区分所有权法》制定后,区分所有建筑物急速增加。此时,重建的必要性虽然还未成为现实的问题,但是将来老朽化的区分所有建筑物将会成为社会问题。对于老朽化的区分所有建筑物,若重建须获得全体业主的同意方可为之,则即使一人反对,重建也不能进行,这样区分所有建筑物就可能变成“贫民窟”,此无疑有碍于社区(小区)的更新、发展。为消除此种不合理现象,1983年的《建筑物区分所有权法》修订时,摒弃一致决,改采并明文规定多数决的重建制度。^⑫

1983年《日本建筑物区分所有权法》第62条第1项规定:“因老朽、毁损、一部灭失或其他事由,参酌建筑物的价格或其他情形,致维持建筑物效用或回复需费过大时,得于集会以区分所有人及表决权各五分之四以上的多数决,作以拆除建筑物,且在建筑物基地上重新建筑

^⑨ 在德国法上,当建筑物的毁损超过其价值的二分之一时,称为“大规模灭失”,未超过二分之一时,称为“小规模灭失”。伊藤荣寿:“对区分所有人团体的拘束的根据与界限”,载爱知学院大学论丛《法学研究》2010年第51卷第2号。

^⑩ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。[日]伊藤荣寿:“对区分所有人团体的拘束的根据与界限”,载爱知学院大学论丛《法学研究》2010年第51卷第2号。

^⑪ [日]伊藤荣寿:“对区分所有人团体的拘束的根据与界限”,载爱知学院大学论丛《法学研究》2010年第51卷第2号。

^⑫ [日]伊藤荣寿:“对区分所有人团体的拘束的根据与界限”,载爱知学院大学论丛《法学研究》2010年第51卷第2号。

同一主要使用目的的建筑物为主旨的决议。”对于此项规定,日本于2002年修改其《建筑物区分所有权法》时进一步作了修改,修改为“得于集会(业主大会——笔者注),以区分所有人及表决权各五分之四以上的多数,作以拆除建筑物,且在该建筑物的基地或其一部的土地上或者包含该建筑物的基地的全部或一部的土地上重新建筑建筑物为主旨的决议”。须注意的是,日本2002年经修改的此《建筑物区分所有权法》第62条第1项旨在使重建能够顺利、圆滑的进行,它与1983年《建筑物区分所有权法》第62条第1项关于重建的规定相较,具有下列特色。

(1)规定“重建决议”只需在业主大会上得到业主及表决权各五分之四以上的多数同意即可作出。此多数决之外的1983年《建筑物区分所有权法》第62条第1项规定的其他客观要件不再需要,因而被剔除了。具体言之,1983年修改法规定的重建须因建筑物老朽、毁损、一部灭失或其他事由,参酌建筑物价格或其他情形,使维持建筑物的效用或回复建筑物原状需费过大的客观要件被摒弃。须特别指出的是,这些客观要件在1983年的修改法上是必须具备的,否则业主大会所作出的“重建决议”无效。^⑬

(2)1983年修改法规定,基于重建决议建筑建筑物时,新建的建筑物须坐落在原拆除建筑物的基地上,也就是说,新建建筑物所坐落的基地与原拆除建筑物所坐落的基地必须具有同一性。若将基地范围扩大,也就是说,购买原拆除建筑物所坐落基地的邻地,与原基地合并后而为重建,不认为具有基地的同一性,不得视为重建。而2002年的修改法则将此基地的同一性要件予以缓和,认为第62条第1项规定的重新建造的建筑物的基地只要符合下列情形之一即可:一是原拆除建筑物所坐落的基地(即原建筑物的基地);二是原拆除建筑物的基地的一部分土地,如将原拆除建筑物的基地的一部分出卖,而在剩余的土地上建构建筑物即是;三是包含原拆除建筑物所坐落基地的全部的土地,如购买或借用原拆除建筑物的基地的邻地或者其周围的土地而扩大基地,于此被扩大的基地上建构建筑物的情形即是;四是包含原拆除建筑物所坐落基地的一部分的土地,如一方面将原拆除建筑物所坐落基地的一部分出卖,而另一方面又购买或借用原拆除建筑物所坐落基地的邻地,于包含原拆除建筑物所坐落基地的一部分新的基地上建构新建筑物的情形即属之。另外,将原一栋的区分所有建筑物重建为二栋的区分所有建筑物,或者将原共有基地的二栋建筑物重建为一栋建筑物均无不可。^⑭

(3)根据2002年修改法,依重建决议建筑新的建筑物时,新建筑物的使用目的不再有特别的限制。而在1983年的修改法上,重新建筑的建筑物的主要使用目的须与原拆除建筑物相同。例如,原属住家专用的建筑物,若全部改作商业用或办公用时,即违反使用目的的同一性,自不得谓为重建。2002年的修改法将此使用目的的同一性完全废除。据此,作出将居住用的区分所有建筑物重建为商业用或商业与居住合用的重建决议,或者将商业用的区分所有建筑物重建为居住用的区分所有建筑物或者二者合用的重建决议均无不可。^⑮

⑬ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第120页。

⑭ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第119页。

⑮ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第120页。

(4)1983年修改法对于重建决议仅设有第62条共计4项的规定,而2002年的修改法第62条则设有共计8项的规定,尤其对重建决议程序的运作作了完善的规定。

须注意的是,根据2002年修改的日本现行《建筑物区分所有权法》,重建须以区分所有建筑物现在存在为必要。也就是说,重建以重建的基地上须有建筑物存在,且应将其全部拆除为前提,若基地上的建筑物已全部灭失或朽坏而不存在,之后在其上重为建筑,应属“再建”,而非“重建”,从而不得适用第62条以下的规定。^⑧区分所有建筑物的“再建”,原则上应依《日本民法》第251条的规定,经基地共有人全体的同意,方可为之;^⑨至于遭受灾害区分所有建筑物的“再建”,则应依1995年制定、2002年修改的《关于罹遭受灾害区分所有建筑物的再建等的特别措施法》为之。另外,重建须将建筑物全部拆除重为建筑,若仅拆除一部分,于原建筑物基地范围内改造,系属于“改建”,也非“重建”。同时,既存建筑物的一部分灭失或朽坏而成为现行《建筑物区分所有权法》第61条所定的复旧(修复)的对象时,也可使之成为重建的对象。^⑩

2. 程序要件(重建决议)

重建的程序要件是指重建须经业主大会的重建决议而为之。也就是说,区分所有建筑物的重建,须于业主大会召开时,经业主及表决权各五分之四以上的多数决,方可为之。因为重建决议而召开业主大会时,其程序原则上与一般业主大会相同。不过,因重建决议对每一业主的权益影响很大,所以日本《建筑物区分所有权法》第62条第2项、第3项、第4项、第5项、第6项、第7项、第8项对决议方式、决议内容、会议记录的记载、召集通知等内容设有特别规定,用以调整业主权益的依据。对其分述如下。

(1)决议方式。前文已述,1983年日本修订的《建筑物区分所有权法》引入了团体法规则,对重建决议摒弃了1962年旧法的一致决,改采特别多数决。2002年再度修订《建筑物区分所有权法》时仍然如此,坚守了1983年修订法的立场。依现行《建筑物区分所有权法》的规定,重建决议只要经业主及表决权各五分之四以上的多数决即可实行。应注意的是,此五分之四为强制规定,不得以管理规约或依其他的合意而提高(如改成十分之九或全体)或降低(如改成十分之七或半数)比率。也就是说,不得以管理规约变更决议方式,因为提高决议比率的门槛对希望重建者的利益有损;反之,降低决议比率的门槛,对不希望重建者的利益有害。^⑪

(2)决议内容。业主大会为重建决议时,其内容应有重建计划的概要,该概要应包括下列四项内容(《建筑物区分所有权法》第62条第2项),缺一不可。

①重新建筑建筑物的设计概要。重新建筑建筑物的设计概要应包括整栋建筑物的设计

^⑧ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第119页。

^⑨ [日]北川善太郎:“地震与区分所有建筑物再兴模式——区分所有权的契约原理”,载《民商法杂志》第112卷第4、5号,第628页。

^⑩ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第119页。

^⑪ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期;[日]石田喜久夫:“重建”,载《法律时报》第55卷第9号。不过须注意的是,对此也有反对意见,关于其反对意见,请参见水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第120页。

及每一专有部分如何区分的设计。换言之,除整栋建筑物的用途、建筑材料、楼层、楼地板总面积、各层楼面积应在重建决议中决定外,每一专有部分的配置、用途、建筑平方米等内容,也应在重建决议中议定。^②

②重建费用的概算额。重建费用包括拆除原建筑物及建筑新建筑物所需的费用,其数额应于重建决议时估定之,并以在重建决议的时点所估计的概算额为准并获满足。^③

③有关重建费用分担的事项。此包括重建费用的分担方法与标准。进行重建决议时,因参加重建者的人数还未完全确定,使每人应分担的重建费用尚难估计,因此每一参加重建者的分担额无须于进行重建决议时确定。但重建费用的分担方法和标准,则应事先决定,以便依循。在决定重建费用的分担方法与标准时,不得危害各业主的衡平(《日本建筑物区分所有权法》第62条第3项)。若违背衡平原则,重建决议归于无效。一般而言,重建费用的分担,如无特别情事,应依取得重新建筑建筑物专有部分的楼地板面积的比例定之。^④

④有关重新建筑建筑物区分所有权归属的事项。此即重新建筑建筑物各专有部分的分配方法。重新建筑建筑物的专有部分,究竟是按原专有部分面积比例分配,还是依原有价值分配,或者依抽签方式分配等应明确定之。唯无论采取何种方式,也不得违背衡平原则(《日本建筑物区分所有权法》第62条第3项)。另外,若因建筑物的容积增加,致专有部分经分配后还有剩余时,如何定其归属,系出售还是归全体业主共有(约定共用部分),也应于进行重建决议时明确决定。^⑤

(3)会议记录的记载。有关重建决议的业主大会会议应作成会议记录。该会议记录除应记载一般业主大会所应记载的事项外,还应记载每一业主是否赞成重建的情况,以作为确定《建筑物区分所有权法》第63条所定卖渡请求权人及其相对人的依据。会议记录若未记载各业主赞成与否的情况,虽不影响决议的效力,但在进行《建筑物区分所有权法》第63条所定程序(即由召集人以书面催告不赞成重建决议的业主回答是否参加重建)之前,应先补正。^⑥

(4)为重建决议的业主大会的召集程序。须注意的是,为重建决议的业主大会的召集程序与一般的业主大会会议的召集程序不同,须按《建筑物区分所有权法》第62条第4项至第7项规定的程序为之。而此四项规定,系由2002年的修改法所新设。如果缺少这四项规定中的任何一项程序,即使依据本条(第62条)第1项的特别多数决作出了重建决议,该决议也系无效。^⑦可见四项程序十分重要。

①至少应于该为重建决议的业主大会开会日期二个月前,向各业主发业主大会的召集

^② 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期;〔日〕稻本洋之助、镰野邦树:《注释公寓区分所有权法》,日本评论社1997年版,第333页。

^③ 〔日〕水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第120~121页。

^④ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期;〔日〕滨崎恭生:“关于建筑物区分所有法律的修改”,载《法曹时报》第38卷第6号。

^⑤ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。

^⑥ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期;〔日〕稻本洋之助、镰野邦树:《注释公寓区分所有权法》,日本评论社1997年版,第337页。

^⑦ 〔日〕水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第121页。

通知。^⑤

②在向各业主发召集业主大会的通知时,除议案要点外,还必须通知下列事项:以重建为必要的理由,不重建建筑物时该建筑物的效用的维持或回复(包括确保建筑物通常应当有的效用)所需要的费用的数额及其明细,确定了该建筑物的修缮计划时该计划的内容,以及作为建筑物的修缮积攒金而积攒的数额等事项。

③因为重建决议而召集业主大会的召集人,至少应于该业主大会的开会日一个月之前,就关于召开该业主大会应通知的事项,对业主召开有关情况的说明会(《日本建筑物区分所有权法》第62条第8项)。^⑥

(5)召集业主大会时的通知事项。召集为重建决议的业主大会时的通知事项包括:①会议的目的事项(如本次会议的目的是关于“重建”);②业主大会要讨论的议案的要点,包括《建筑物区分所有权法》第62条第2项所定的重建决议的内容等要点;③2002年修订的《建筑物区分所有权法》第62条第5项所定的事项。其中,议案的要点中所包括的重建决议的内容,是提供的有关实施重建情形下的信息,而第62条第5项规定的必须通知的事项中,除以重建为必要的理由外,其余的则是不实施建筑物的重建而仍然维持原建筑物的现状(第62条第5项第2款、第3款、第4款)的信息。业主在接到第62条第5项中所定事项的通知后,可自更加广阔的视角来判断是否应当进行重建。^⑦

(6)说明会的召开。前文已述及,以为重建决议为目的的业主大会会议的召集人,至少应于该业主大会的开会日一个月之前,就关于召开该业主大会应通知的事项,对业主召开有关情况的说明会。该说明会的目的,是就召开以重建决议为目的的业主大会应向业主为通知的事项向业主进行情况说明;所谓召集时应通知的事项,如前所述,它包括关于重建决议内容的议案的要点及第62条第5项第1款至第4款所规定的事项。

召开上述说明会的程序,应准用一般的业主大会的召集程序的规定(《建筑物区分所有权法》第35条、第36条)。也就是说,说明会的召集者(管理者等人),至少应于开会日期一周前附会议目的事项发通知给各业主(《建筑物区分所有权法》第35条第1项)。但是,此种场合,该期间可以以管理规约予以延长。

(7)违反重建要件的法律效果。重建决议不符合前述有关基地的要件或决议方法的要件而作出的,无效。另外,不符合前述决议内容、业主大会的召集程序、通知事项及说明会的召开的规定而作出的“决议”,不得作为重建决议发生效力。再者,如前所述,有关重建费用的分担及区分所有权的归属事项的衡平条款(日本《建筑物区分所有权法》第62条第3项)也系效力规定,而非训示规定,违反者重建决议也为无效。^⑧

^⑤ 日本《建筑物区分所有权法》第62条第4项。

^⑥ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第121页。

^⑦ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第121页。

^⑧ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年第3版,第122页。

(三) 台湾地区的规定

我国台湾地区“公寓大厦管理条例”(2006年修订)规定有重建制度,其原则上采一致决,例外采多数决。分述之如下。

1. 一致决重建的要件

我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第13条第1句规定:“公寓大厦之重建,应经全体区分所有权人及基地所有权人、地上权人或典权人之同意”。据此规定,可知一致决重建的要件有二:一是全体业主的同意;二是基地所有权人、地上权人或典权人的同意。须注意的是,在我国台湾地区,建筑物与其坐落的基地属于两个各自独立的不动产,因而公寓大厦所坐落的基地若属于业主共有,只要经业主全体同意,即可重建;但若基地非属于业主共有,而系业主经由承租或设定地上权、典权等方式取得基地的准共有权时,欲为重建,还须经基地所有权人的同意,方可为之;若公寓大厦及其所坐落的基地另有地上权或典权存在时,则还须经地上权人或典权人的同意,方才符合重建的要件。^⑨

2. 多数决重建的要件

依我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第13条“但书”及第31条“特殊事项之议决比例”的规定,公寓大厦因配合城市更新计划,或因严重毁损、倾颓或朽坏,有危害公共安全之虞,或因地震、水灾、火灾、风灾或其他重大事变,致危害公共安全而须实施重建的,于业主大会会议中,除管理规约另有规定外,应有业主三分之二以上及其区分所有权比例合计三分之二以上出席,以出席人数四分之三以上及其区分所有权比例占出席人数区分所有权四分之三以上的同意行之。由此可知,我国台湾地区区分所有建筑物采多数决重建的客观要件须为下列情形之一:(1)配合城市更新计划而实施重建;(2)严重毁损、倾颓或朽坏,有危害公共安全之虞;(3)因地震、水灾、火灾、风灾或其他重大事变,肇致危害公共安全。此所谓“其他重大事变”,指类似于地震等原因而可能对建筑物造成重大破坏的,如煤气爆炸、飞机坠落、暴力破坏。必须因上述地震等原因造成危害公共安全的,才符合多数决重建的客观要件,若只是有危害公共安全之虞,还不足以构成多数决重建的客观要件。^⑩

公寓大厦具备上述客观要件时,得经业主大会的多数决实施重建。业主大会为重建决议时,应有业主三分之二以上及其区分所有权比例合计三分之二以上出席,以出席人数四分之三以上及其区分所有权比例占出席人数区分所有权四分之三以上的同意。因三分之二的四分之三是二分之一,因此实际上只要全体业主二分之一以上及全部区分所有权比例二分之一的同意,即可决议重建。^⑪

(四) 中国《物权法》和《物业管理条例》

前文已述及,中国《物权法》关于区分所有建筑物的重建仅在第76条第1款第6项和该

^⑨ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。

^⑩ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。

^⑪ 温丰文:“公寓大厦重建法律问题之研究”,载《法学丛刊》2000年第177期。

条第2款设有简略规定,即只规定“改建、重建建筑物及其附属设施”,“应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意”。此关于重建的规定,过于简陋,不言自明。它实际上只是解决了为重建决议的决议方式问题。依此规定,重建建筑物及其附属设施,必须同时具备两个条件,业主大会所作出的重建决议方为有效。一是必须获得专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主同意;二是必须获得占业主总人数的三分之二以上的业主同意。假如一栋大楼的建筑物总面积(专有部分总面积)总计为9999平方米,专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主,是指若干个业主的建筑物总面积之和要达到6666平方米以上的业主。如果某一建筑区划内共有99户业主,占总人数三分之二以上的业主是指业主数要达到66户以上。^③显然,中国《物权法》关于重建,系采多数决。

众所周知,中国《物权法》是在学者先期起草的中国《物权法草案建议稿》的基础上完成制定,并于2007年3月16日获得颁布的。其中,由梁慧星研究员率领的中国物权法研究课题组起草的《中国物权法草案建议稿》第99条设有区分所有建筑物重建的规定。不过,该条关于重建的规定,系参考1995年我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第13条第1项第1句及第31条第1项第3款而拟定的。这一《物权法草案建议稿》第99条未被2007年正式颁布的《物权法》所采纳。如前文所述,正式通过的中国《物权法》仅于第76条第1款第6项及该条第2款中规定了重建决议的决议方式;另外,2007年修订的中国《物业管理条例》第11条第6项及第12条第3款,也进一步重述了中国《物权法》关于重建决议的决议方式的规定。

(五) 评议分析

以上分别就德国、日本、我国台湾地区及我国《物权法》和《物业管理条例》所定的重建要件作了分析。由上述分析可知,各国家和地区关于重建的最大差异,在于德国采一致决,日本采多数决,我国台湾地区原则采一致决,例外采多数决,我国《物权法》和《物业管理条例》采多数决。须指明的是,我国现行法对于重建采多数决而不采一致决,此点颇值赞赏。因为一致决事实上难以实行,其立法规定形同虚设。不过,我国法所定的多数决与我国台湾地区有关规定所定的多数决有重大不同,即我国台湾地区规定须因配合城市更新计划,或因严重毁损、倾颓或朽坏,有危害公共安全之虞,或因地震、水灾、火灾、风灾或其他重大事变,致危害公共安全者,方可经由重建决议,实施重建;而我国《物权法》和《物业管理条例》则未设这些限制,因此较我国台湾地区有关规定轻。我国法的这一立场与日本2002年经修订的现行《建筑物区分所有权法》的立场相同。在程序要件上,日本法须全体业主及全部表决权各五分之四以上的同意方可为重建决议,而我国台湾地区有关规定实质只要有全体业主及全部区分所有权比例半数以上的同意即可为重建决议,我国《物权法》和《物业管理条例》则规定只要经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意,即可为重建决议。此点日本法较中国大陆法严格,而中国大陆法又较我国台湾地区有关规定严格。

^③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第118页。