

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8卷

# 中国 不动产法研究

RESEARCH ON  
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 8

区分所有建筑物的管理规约研究 陈华彬

个人住房维修资金管理模式的探析 唐烈英 满玉静

房地产市场调控的软法治理机制探析 黄茂钦 赵浩

我国产权式酒店发展的法律困境及其突破 叶小丽

一物二卖场合“知情”因素之法经济学分析 吴一鸣

登记对抗在我国不动产物权归属中的适用及其理论基础 刘竞元

我国建设工程价款优先受偿权制度探析 李逾婧

行政限购行为问题研究

——以商品房流通环节的“限购令”制度为考量 孙潇喆 陈辉宇

从《婚姻法司法解释（三）》看离婚纠纷中房产分割问题的

立法突破和实务操作 高兴

浅析物业承租人对建筑物共有部分之权利 戴天骢 方瑜

“国五条”的制度缺陷与法律检讨 吴昭军

集体建设用地流转的风险与控制 孙鹏 谢慧阳 李任舟

我国土地利用的过度管制问题

——以公共地役权为解决方案 罗建

工业用地限制转让的法律思考

——兼论工业用地法律制度体系 陆国飞

再议我国农村土地资本化之瓶颈与解决路径 张东一

我国土地银行的必要性与可能性探析 李晓伟

论土地银行的制度功能 马锐

农村土地银行资本来源与产权结构 徐迪锋

论我国农村土地银行的法律调控 房晓娟



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

013070983

D923.24  
65  
V8

中国房地产  
法律论坛  
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8卷

# 中国 不动产法研究

RESEARCH ON  
REAL ESTATE LAW OF CHINA



vol. 8



北航

C1680328



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

D923.24  
65  
V8

## 图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第8卷 / 刘云生主编. —北京:  
法律出版社, 2013. 9  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5315 - 8

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(2013)第 201778 号

中国不动产法研究(第八卷)

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 2013 年 8 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15.25 字数 336 千

印次 2013 年 8 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 - 5315 - 8

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 区分所有建筑物的管理规约研究  
陈华彬
- 16 个人住房维修资金管理模式探析  
唐烈英 满玉静
- 27 房地产市场调控的软法治理机制探析  
——以新“国五条”的实施为例  
黄茂钦 赵 浩
- 38 我国产权式酒店发展的法律困境及其突破  
叶小丽

### 理论探索

- 49 一物二卖场合“知情”因素之法经济学分析  
吴一鸣
- 59 登记对抗在我国不动产物权归属中的适用及其理论基础  
刘竞元
- 71 我国建设工程价款优先受偿权制度探析  
李逾婧

### 法律实务

- 87 行政限购行为问题研究  
——以商品房流通环节的“限购令”制度为考量  
孙潇喆 陈辉宇
- 99 从《婚姻法司法解释(三)》看离婚纠纷中房产分割问题的  
立法突破和实务操作  
高 兴

119 浅析物业承租人对建筑物共有部分之权利

戴天晓 方 瑜

128 “国五条”的制度缺陷与法律检讨

吴昭军

## 土地市场化专题

141 集体建设用地流转的风险与控制

孙 鹏 谢慧阳 李任舟

164 我国土地利用的过度管制问题

——以公共地役权为解决方案

罗 建

178 工业用地限制转让的法律思考

——兼论工业用地法律制度体系

陆国飞

190 再议我国农村土地资本化之瓶颈与解决路径

张东一

## 土地银行专题

201 我国土地银行的必要性与可能性探析

李晓伟

209 论土地银行的制度功能

马 锐

215 农村土地银行资本来源与产权结构

徐迪锋

224 论我国农村土地银行的法律调控

房晓娇

## 编者手记

237 制度囚笼与利益陷阱



## 论坛聚焦

---

謝樂田

## 区分所有建筑物的管理规约研究

陈华彬\*

### 一、引言

管理规约又称业主公约、业主规约或简称为规约,是规范区分所有建筑物(商品房住宅、公寓)的管理、使用乃至所有关系的自治规则,基于私法自治原则所衍生的规约自治主义,管理规约的订立与内容,只要不违反强制、禁止规定,不违背公序良俗或排除、变更区分所有权的实质,业主可自由为之<sup>①</sup>。2007年我国颁布的《物权法》第76条、第77条、第83条规定:制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约,应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意;业主不得违反法律、法规以及管理规约,将住宅改变为经营性用房,业主应当遵守法律、法规以及管理规约。同年修订的《物业管理条例》第7条、第17条除重述《物权法》的这些规定外,还特别明定:管理规约应当对有关物业的使用、维护、管理、业主的共同利益、业主应当履行的义务、违反管理规约应当承担的责任等事项依法做出约定,管理规约应当尊重社会公德,不得违反法律、法规或者损害社会公共利益,管理规约对全体业主具有约束力。

依据上述规定可知,区分所有建筑物的管理规约,是业主为谋共同利益,确保良好的生活环境,由全体业主透过业主大会而就物业的管理、使用、维护与所有关系等制定的规则。管理规约的存在,是业主为了明确相互之间的权利义务关系,维持物业小区的公共秩序、公共利益,而对应当享有的权利、应当履行的义务、违反管理规约应当承担的责任,以及物业小区的物业的管理、使用和维护所作出的约定。它如同公司的章程、国家的宪法,具有业主团体(共同体)根本自治法规的性质,系业主团体(共同体)的最高自治规则和业主基于意思自治精神而对小区物业管理所作出的自律约定<sup>②</sup>。其性质,通说认为,系法律行为中的共同行为<sup>③</sup>。

在比较法上,管理规约的设定、变更或废止,管理规约应规范的事项,管理规约的效力,系

\* 陈华彬,四川仁寿人,中央财经大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

① 参见温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司1992年版,第150~151页。

② 奚晓明主编:《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第222~223页。

③ 权承文:《中国建筑物区分所有权的考察》,千叶大学《法学论集》第25卷第2号,第212页。

管理规约制度中的基本问题,对于这些问题,均有必要结合实务的经验而从理论上予以厘清。须注意的是,我国《物权法》和《物业管理条例》虽就管理规约的设定、变更与效力设有上述规定,但对于管理规约应规范的事项,则无规定。比较建筑物区分所有权法的经验表明,共有部分、专有部分、业主间的基础法律关系、业主间的共同事务的事项、业主间利害的调节事项、对违反义务者的处置事项等,均应以条文明确规定。另外,我国的管理规约实际上也是由商品房住宅(或公寓)的开发商或销售商于出售商品房住宅(或公寓)时制定的。尽管法律上基本上是拟定于区分所有关系成立后于业主大会上订立之。从实务的情况看,由商品房住宅的开发商或销售商设定的管理规约(原始管理规约、业主临时公约)中,开发商、销售商作出保留建筑区划内占用业主共有道路或者其他场地增设的停车场(车位)的专用使用权,尔后再将其出租给他人获取利益,于商品房住宅(或公寓)中设置广告牌(广告塔)而获取利益,以及对区分所有建筑物的管理的管理费等做出不公平的规定,从而侵害了业主利益的情况是不时存在的。由此,原始管理规约(业主临时公约)的公平性问题即凸显出来。而在比较法上,德国法、日本法对于这些问题的解决乃设有明确的解决之道或方法。由此,本文也拟借助于对德国法、日本法处理这些问题的措施或方法的分析,来为我国解决同类问题提供借镜或参照。

## 二、管理规约的订立、变更或废止

管理规约既然如同公司的章程,系全体业主必须共同遵守的自治规约,因此其订立、变更或废止于程序上应经业主大会的议决。唯此所谓议决,比较法上有一致决和多数决两种模式。具体而言,德国法原则上采取一致决,日本法采取多数决,我国也采多数决。唯我国的多数决与日本的多数决在议决比例上存在差异。分述之如下。

### (一)德国法

#### 1. 基本概要

德国称建筑物区分所有权为住宅所有权,其规范建筑物区分所有权关系的《住宅所有权法》制定于1951年3月15日,最近的一次修订是2007年3月26日。在德国法上,管理规约(Vereinbarung)的功用非常强大,它可以变更业主间的相互关系,补充德国《住宅所有权法》所定的内容(德国《住宅所有权法》第10条第2项、第3项)。并且,在德国法上,管理规约的订立、变更或废止,须有全体业主的同意(合意),亦即系将管理规约视为契约,管理规约的设定、变更或废止系采一致决。业主团体(共同体)的多数决决议这一团体的拘束不被认可。之所以如此,系与德国法对于管理规约的法律性质的理解和认识有关<sup>④</sup>。

德国的通说的观点将管理规约与契约同等看待,管理规约不受团体法上的规制。管理规约的法律性质被认为系业主为规律相互间的关系而透过为意思表示而成立的契约。只要不违反德国民法典的一般原则,对于管理规约而言,契约自由的原则就是妥当的,其内容自由订

<sup>④</sup> [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第310页。

立,管理规约的设定、变更或废止须有作为订立契约者的业主全体的合意(同意)。不过,在德国,将住宅所有权理解为团体所有权的团体法的进路的主张者,乃将管理规约与团体中的(公司)章程作同样的看待,试图认可管理规约的设定、变更或废止可依特别多数决决议而为之。此种观点认为,原始管理规约中规定了不公平的内容时,对其予以变更是困难的,从而也就不能圆滑地对区分所有建筑物进行管理,由此就有必要采取解决的措施。但是,从德国《住宅所有权法》的规定来看,业主相互间的关系很难说是法律上的团体(Gesellschaft)。另外,根据这样的将住宅所有权理解为团体所有权的团体法的进路的观点,因可对业主处分自己的住宅所有权的权利等进行强大的规制(限制),所以有可能使对一部分业主的住宅所有权的侵害变得容易化,由此德国的一般性见解认为,不能以多数决决议为管理规约的设立、变更或废止。但这样一来,则系不能解决实务中的原始管理规约的不公平性问题。而为了解决这一问题,2007年3月26日德国修改其住宅所有权法时,乃对某些事项,认可得依事实上的多数决决议而变更(原始)管理规约的规定<sup>⑤</sup>。

## 2. 2007年德国住宅所有权修改法的新规定

2007年3月26日,德国经修改的《住宅所有权法》作为解决存在不公平的内容规定的原始管理规约的手段,亦即作为谋求管理规约的衡平性(公平性)的措施之一,引入了崭新的团体法的规制<sup>⑥</sup>。具体而言,关于排除住宅所有权的让与的限制的规定<sup>⑦</sup>、超过通常的维持或修缮的建筑上的变更、出费以及现代化措施的费用分担标准的决定,于原始管理规约存在规定时,认可得经由业主大会的决议(多数决决议)来决定、变更、改变之,该业主大会的决议的效力优先于(原始)管理规约。也就是说,关于这些事项,业主大会的决议的效力系优先于作为契约的(原始)管理规约。进而言之,业主大会的决议事实上可以变更或废止原始管理规约的规定。从而业主大会的决议就具有作为谋求(原始)管理规约的公平性的手段的功用。这样,2007年3月26日德国经修改后的《住宅所有权法》对于管理规约尽管仍然将之视为契约,其设定、变更或废止不认可得依多数决决议而为之,依旧维持全体一致的原则,从而维持了过去以来的一贯原则,但同时,对于(原始)管理规约中作为不公平的内容而成为问题的事项,又透过使业主大会的决议(多数决决议)优先,来改变原始管理规约中的规定,借以实现原始管理规约的公平化。依德国《住宅所有权法》的规定,得优先于原始管理规约的业主大会的多数决决议可以决定、改变的事项如下<sup>⑧</sup>。

(1) 共有部分、特别所有权的经费及管理费。2007年3月26日德国修改其住宅所有权法

⑤ [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第310~311页。

⑥ [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第311页。

⑦ 德国《住宅所有权法》第12条第1项规定:“可以作为特别所有权的内容约定,一个业主要让其住宅所有权,需要其他的业主或第三人的同意”。此一规定,作为防止人的或经济上不被期望加入到业主共同关系中来手段是必要的、必需的。但是,此让与限制的规定,在中规模、大规模的住宅所有权住宅上,其并未发挥充分的作用,毋宁说乃存在着弊害。首先,在业主的人数很多的住宅上,取得人(即买受人)应把握为怎样的人是困难的,由此在实际上这一规定不能被适用。其次,在管理规约中规定,让与住宅所有权时,须获得其他的业主或第三人的同意,对于取得人(买受人)而言,是要浪费金钱和时间的。

⑧ [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第313~314页。

之前,关于涉及业主共同体关系的管理费用的分担标准,系按共有份额的比例定之<sup>⑨</sup>。但是,此规定因系任意规定<sup>⑩</sup>,故于原始管理规约中定有与此不同的管理费用的分担标准时,即使原始管理规约所定的管理费用的分担标准不公平,也要采用并实行之。而要变更原始管理规约的费用分担标准的规定,须经全体业主的同意。因为管理规约系契约,要变更之,依契约法的原则,须作为契约当事人的全体业主的同意。2007年3月26日经修改后的德国《住宅所有权法》为了消除原始管理规约的不公平性问题,于第16条第3项规定:关于共有部分、特别所有权的经费及管理费,只要是符合通常的一般的管理,业主可以通过业主大会的多数决方式作出决议,按照利用或原因的标准或者依其他的标准而负担。

(2)对于一般性的管理费用的分担标准,2007年3月26日德国经修改的《住宅所有权法》认可依多数决决议而定之。具体而言,关于个别的情况下、关于与共有部分的维持、修缮、建筑上的变更、出费、现代化措施有关的费用的分担,要考虑业主的使用或使用的可能性,由有表决权的业主的四分之三以上的多数且共有份额的过半数定之(德国《住宅所有权法》第16条第4项)。并且于第16条第5项规定:关于管理费用的分担标准的德国《住宅所有权法》第16条第3项和第4项,不得通过管理规约而限制或排除之。由此,业主大会的(多数决)决议就具有优先于作为契约的原始管理规约的效力。

## (二)日本法

### 1. 基本概要

在日本法上,管理规约的设定、变更或废止,由业主及表决权的各四分之三以上的特别多数决决议为之(日本《建筑物区分所有权法》第31条第1项),此与德国法将管理规约置于契约的地位,其设定、变更或废止须有全体业主的同意不同。须注意的是,现今的日本法系将管理规约置于团体法的规律的位置。但是,日本1962的旧《建筑物区分所有权法》与德国法相同,也系将管理规约置于契约的位置。即认为管理规约的设定、变更或废止须有全体业主的合意<sup>⑪</sup>。须注意的是,在日本1962年当时,因其管理规约主要规定关于业主的权利义务关系的比较重要的事项(内容),所以那时认为管理规约的设定、变更或废止须全体业主的合意(同意)就是必要的<sup>⑫</sup>。

日本于1962年制定建筑物区分所有权法后,为了适切和正当化的管理区分所有建筑物,乃有必要使管理规约的设定、变更变得圆滑化和顺利进行。由此,1983年日本经修改后的建筑物区分所有权法于是规定:管理规约的设定、变更或废止由业主及表决权的各四分之三以上的多数,于业主大会的决议为之(日本《建筑物区分所有权法》第31条第1项)。即对管理规约引入了多数决决议这一团体的拘束。自1983年修改法至今,在日本管理规约始终被置

<sup>⑨</sup> 德国《住宅所有权法》第16条第2项规定:“每一个业主对其他业主负有义务按照其份额比例(第1项第2句)承受共有财产的负担并承担养护、维修、其他管理以及共有财产的共同使用所产生的费用”。

<sup>⑩</sup> 参见德国《住宅所有权法》第16条第3项的规定。

<sup>⑪</sup> 日本1962年旧《建筑物区分所有权法》第24条。

<sup>⑫</sup> [日]川岛一郎:《关于建筑物区分所有等法律的解说》,日本法曹会1989年,第586页以下。

于团体法的规律的位置而加以理解<sup>⑬</sup>。

## 2. 日本现行法关于管理规约的设定、变更或废止的规定

日本现行《建筑物区分所有权法》第31条规定:“管理规约的设定、变更或废止,以业主及表决权各四分之三以上多数的业主大会的决议为之。于此情形,管理规约的设定、变更或废止对一部分业主的权利有特别影响时,应得其承诺;关于前条第2项<sup>⑭</sup>规定的业主全体的管理规约的设定、变更或废止,有共用该一部共用部分业主逾四分之一者或其表决权逾四分之一者反对时,不得为之”。兹将日本法该条的立法旨趣、议决要件、业主大会的决议、对少数人的利益的保护及关于一部共有部分的管理规约的情形分述如下。

### (1) 立法旨趣

依本条的规定,管理规约的设定、变更或废止,原则上须依业主大会的特别多数决的决议而为之。如前述,日本1983年修改其旧建筑物区分所有权法之前的1962年旧建筑物区分所有权法关于此点系要求以全体业主的书面的合意(同意)而为之。但是,其结果,对原始管理规约设定后产生的诸多问题,业主于管理规约上进行灵活的、有效果性的对应处理就往往变得很困难,因此日本1983年修改1962年旧建筑物区分所有权法时即决定对之予以修改,引入多数决的原则。此项修改,是为了谋求业主团体自治的圆滑化、灵活化而进行的重要修改之一。并且,本条的规定系强行规定,若以全体业主的合意而为与此不同的规定的,系不允许。业已设定的管理规约中,定有与本条抵触的内容的,所抵触的部分当然归于无效<sup>⑮</sup>。

### (2) 议决要件

为上述管理规约的设定、变更或废止,须依业主及表决权的各四分之三以上的多数决而为之。即需要二重的议决要件。之所以如此,系因为考虑到:区分所有关系一方面是与各业主的份额(专有部分)的大小成比例的财产法的、经济的利害关系(例如,关于共有部分的负担比例、关于业主对第三人的责任的负担比例等),另一方面它也是一种共同生活体乃至伴有地域社会的性质的具有团体法的因素的东西<sup>⑯</sup>。

### (3) 业主大会的决议

依上述的多数决而为管理规约的设定、变更或废止,必须透过业主大会的议决(或决议)而为之。以多数决方式决定这样的重要事项,当然也包含了持有反对意见的业主可以自由发表其意见。由此,日本的通说认为,全体业主于进行了充分的讨论后,达成一定的结论的业主大会的决议这一方法,是最适当、最合理的。单纯依书面的方式以轮流征求意见的表决法而集合了四分之三以上的赞成的,并不能成为本条所称的业主大会的决议。不过,表决权除直接出席集会而行使外,也可以以书面的方式而行使。另外,2002年日本最近一次修改其建筑

<sup>⑬</sup> [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第320~321页。

<sup>⑭</sup> 日本《建筑物区分所有权法》第30条第2项:“关于一部共用部分的事项,无关区分所有人全体的利害者,除区分所有人全体的规约有订定的情形外,得以共用该部分的区分所有人的规约定之”。

<sup>⑮</sup> [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第68页。

<sup>⑯</sup> [日]滨崎恭生:《关于建筑物区分所有等的法律及修改不动产登记法的一部的法律的概要》,《NBL》第12号,第17页;[日]原田纯孝:《判批》,《判例时报》第786号,第59页。

物区分所有权法后,若管理规约或业主大会的决议认可,也可以以电磁的方法而行使(日本《建筑物区分所有权法》第39条第2项)。由此,实际的出席业主大会的业主未必是多的业主大会上,也当然可以为管理规约的设定、变更或废止的决议。不过即使在此种场合,也是以作为业主大会的决议的程序要件而获得满足为当然前提的<sup>⑮</sup>。

#### (4)对少数人的利益的保护

即满足上述业主大会的多数决的要件时,管理规约的设定、变更或废止,对一部业主的权利有特别影响时,应获得其承诺。因为,依多数人的意思而可能发生侵害少数人的权利的情况,故为了消除此项弊害,就须对业主间的利害进行调整。例如,共有部分的管理费等的负担比例、表决权的比例,或者关于专有部分、共有部分的使用方法等是否对特定的业主或一部分业主作了不利益、不公平的规定,抑或打算变更或废止原始管理规约中认可的一部分业主的专用使用权等,均有很大的可能适用该规定<sup>⑯</sup>。

须注意的是,所谓“特别的影响”,系指“尽管没有合理的理由,但特定的业主受到了超过其应忍受的限度的不利益”。“特别的影响”之有无的判断,系比较衡量管理规约的设定、变更等的必要性、合理性,与由此而使该业主受到的不利益,以该不利益是否超过了应忍受的限度作为其标准<sup>⑰</sup>。

#### (5)关于一部共有部分的管理规约

关于仅供一部分业主共用的“一部共有部分”的管理的事项,当它关系到全体业主的利害时,应当然的以全体业主的管理规约即全体管理规约定之;但它仅关涉一部分业主的利害时,则仅由该一部分业主自治,即仅由共用该部分的业主为之(日本《建筑物区分所有权法》第16条)。

### (三)比较评议分析与我国法的应有立场

综据上述可知,德国法的管理规约系不被作为团体法而予以看待,而系被把握为契约,其设定、变更或废止须全体业主的合意(同意);日本法的管理规约,于1962年制定旧建筑物区分所有权法时虽然作为契约,但在1983年经修改后的建筑物区分所有权法上即作为团体法的制度而看待,其设定、变更或废止系依业主大会的特别多数决决议而为之。

德国法和日本法之所以存在上述差异,其乃由两国法的建筑物区分所有权(住宅所有权)的权利构造的不同而引起。在德国法上,土地的共有系其住宅所有权的中心的权利构造,建筑物系属于土地,因此系在共有法的架构内考量团体的拘束;而在日本法上,业主享有对专有部分的所有权、对共有部分的共有份额权、对基地利用权的共有份额权这样的三项权利,且此三项权利互相不被包含。因此与德国法不同,它仅在共有法的架构内来把握团体的拘束是困难的,或者说在共有法的架构内并不存在拘束<sup>⑱</sup>。

<sup>⑮</sup> [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第68~69页。

<sup>⑯</sup> [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第69页。

<sup>⑰</sup> [日]滨崎恭生:《关于建筑物区分所有等的法律及修改不动产登记法的一部的法律的概要》,《NBL》第12号,第29页。

<sup>⑱</sup> [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第326页。

另外,在日本法上,管理规约的对象并不限于共有部分,而是及于建筑物的全体和基地。亦即,即使作为区分所有权的对象的专有部分也为管理规约的规范范围。对区分所有权本身予以团体的拘束,在理论上是困难的。为此,日本1983年修改其建筑物区分所有权法时,即创制出业主团体,并尝试使该业主团体的决议之拘束少数业主得以正当化。但是,这个业主团体的意义、内容是不明确的,作为团体的拘束的正当化的根据是不充分的<sup>②</sup>。

最后,在德国法上,对于不公平的管理规约,认可得透过业主大会的多数决决议而将之改易;在日本法上,对于管理、共有部分的轻微变更等得以业主大会的多数决决议而为之的措施,若管理规约先期有规定时,管理规约的规定是优先的<sup>③</sup>。

如前述,我国《物权法》第76条、《物业管理条例》(2007年修订)第12条规定:制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约,应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。可见我国关于管理规约的制定和修改系采普通多数决议。这一规定表明,立法者系将管理规约的制定和修改作为建筑区划内的一般性、常规性事务。此种以普通多数同意的方式制定和修改管理规约,须同时符合下列两个条件:一是必须获得专有部分占建筑物总面积过半数的业主的同意;二是必须获得占总人数过半数的业主同意<sup>④</sup>。须指明的是,我国物权法的此种规定,与德国法之采一致决、日本法采特别多数决,以及我国《公司法》(2005年修订)第44条第2款所定公司章程的变更应经股东会的特别决议相较,乃失之过宽。之所以如此,系因为管理规约是业主团体(共同体)的最高自治规则,而非一般性、常规性事务,其设定、变更或废止攸关各业主的重大利害,因此采普通多数决议是不够的。建议我国将来修改《物权法》或制定单行的建筑物区分所有权法抑或制定民法典时,变更现行立场,而改采多数决中的特别多数决决议来为管理规约的制定、修改或废止。

### 三、管理规约应规范的事项

前文已述,在比较法上,管理规约系业主间为确保良好的居住环境而依一致决(德国法)或多数决(日本法、中国法)共同订立的业主团体(共同体)的最高自治规范。因此,其应规范的事项,原则上并无限制。也就是说,管理规约作为业主相互间的规范,得规律区分所有建筑物的使用、管理的各种各样的事项。它不仅对共用部分、基地,而且也可对专有部分予以规范。不过,在比较法上,德国法与日本法除关于管理规约的设定、变更或废止的议决要件不同外,关于管理规约应规范的事项的范围也是不同的。亦即,在德国法上,应于管理规约中规范的事项并没有特别的限制。但是,是否应认可不公平的原始管理规约的效力系一大的问题,此点德、日两国法具有共通点。不过一般而言,管理规约应规范的事项,应主要分为如下四

<sup>②</sup> [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第326页。

<sup>③</sup> [日]伊藤荣寿:《对业主的团体的拘束的根据与界限》,爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号(2010年),第327页。

<sup>④</sup> 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。

类<sup>④</sup>:(1)业主间基础法律关系的事项;(2)关于业主间共同事务的事项;(3)关于业主间利害关系调节的事项;(4)对违反义务者的处置事项。

我国《物业管理条例》(2007年修订)第17条第1款规定了管理规约应当规定的内容范围,其规定:“管理规约应当对有关物业的使用、维护、管理,业主的共同利益,业主应当履行的义务,违反管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定”。实务中,我国城镇小区(社区)住宅物业管理的管理规约规范的事项一般包括如下三方面:(1)物业的使用。包括规定业主的权利义务、相邻关系、物业的使用原则、物业的装饰装修、物业转让、出租的相关事项、物业的用途、物业使用的其他约定、物业的维修养护、业主提交通讯方式的义务、利用物业共有部分获利的归属、未按规定交付有关费用的责任、业主损害他人合法权益的处理以及业主违反物业使用禁止行为的处理等;(2)物业服务企业的选聘。包括规定启动选聘程序、表决选聘方式、表决选聘标准、作出选聘决定、实施选聘工作、不能及时选聘的处理;(3)附则。规定业主间矛盾纠纷的调处。业主违反管理规约的约定,业主委员会有权责令行为人改正,拒不改正的,业主委员会可以向人民法院提起诉讼;物业使用人违反管理规约的,相关业主承担连带责任等。

另外,须注意的是,我国现今住宅物业管理实务中的管理规约所规范的事项,常常因区分所有建筑物(商品房住宅、公寓)的规模、用途,以及业主的生活水准、文化程度等的不同而有差异。但无论如何,如前述,管理规约的内容不得违反强行法规与违背公序良俗,也不得变更或排除业主间的区分所有权的实质<sup>⑤</sup>。关于前者,我国《物业管理条例》(2007年修订)第17条第2款定有明文,即它规定了管理规约的制定应遵循的基本原则。其规定:“管理规约应当尊重社会公德,不得违反法律、法规或者损害社会公共利益”;至于后者,解释上应当然认为如此。

#### 四、管理规约的效力

管理规约因系业主团体(共同体)的最高自治规则,其犹如公司的章程、国家的宪法,故业主大会、业主委员会的决议乃至管理人的行为等,均不得与之抵触,否则归于无效。至于管理规约于时间和对人的效力,则有待于加以释明。

一般而言,管理规约的时间效力,管理规约本身若定有生效时期的,自应依其规定(如上海市某住宅小区的管理规约规定:“本管理规约经业主大会会议通过之日起生效”),如未定生效时期的,则应解释为自管理规约订立之日起生效。唯在管理规约的效力发生前,业主的既存利益(既得权等)不得被侵害。关于管理规约的人的效力,在比较法上,德国法与日本法均规定,管理规约的效力除及于设定的当事人外,还及于业主的特定继受人<sup>⑥</sup>,包括移转继受

<sup>④</sup> 参见温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司1992年版,第153~154页。

<sup>⑤</sup> 参见温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司1992年版,第155页。

<sup>⑥</sup> 依德国《住宅所有权法》第10条第2项的规定,管理规约的效力对特定继受人发生效力的,须登记于登记簿,以进行公示;而依日本《建筑物区分所有权法》第46条,则无须登记,即对特定继受人发生效力。

人和设定继受人。业主的受让人即为移转的继受人,因其为决定管理规约的变更、废止的当事人,故为管理规约的效力所及;至于区分所有权(专有部分)的承租人或借用人等设定的继受人,因其非管理规约的订立、变更或废止的当事人,故仅受管理规约事项中有关使用事项(内容)的拘束。换言之,承租人、借用人等区分所有建筑物的占有人,依管理规约对建筑物、基地或附属设施的使用方法,承担与业主相同的义务<sup>②</sup>。

我国2007年颁布的《物权法》对于管理规约的效力未作规定,但同年经修订的《物业管理条例》第17条第3款就管理规约对人的效力范围定有明文,其规定:“管理规约对全体业主具有约束力”。但其对区分所有权(专有部分)的承租人、借用人等区分所有建筑物的占有人是否具有效力并未作出规定。实务中,不少城镇住宅物业小区的管理规约规定:管理规约对本物业管理区域内的各业主和使用人具有约束力<sup>③</sup>。系不区分业主与承租人、借用人等物业使用人在区分所有关系和管理规约中的不同法律地位,应系不妥。笔者认为,对此应借鉴前述日本法的经验而予以厘定。即管理规约的效力虽然原则上应及于业主及其特定继受人,但承租人、借用人等区分所有建筑物的占有人(设定的继受人、物业使用人),应仅受管理规约事项中有关使用事项(内容)的拘束。也就是说,依管理规约对建筑物、基地或附属设施的使用方法,负与业主相同的义务。进而言之,管理规约所定的所有义务并不都能约束物业使用人,物业使用人承担的义务只能是专属于业主之外的、与使用人的身份紧密相连的、尊重其他业主物权的义务。例如,必须遵守本物业区域内物业共用部位和公用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护;必须按有关规定合理使用水、电、气、暖等设施设备,不得擅自拆改等。至于管理规约中所定的与使用物业并不直接相关的义务就不能约束物业使用人。例如,按规定交纳、管理与使用专项维修资金的义务,参加业主大会并予以表决的义务等,即不能由物业使用人履行或承担<sup>④</sup>。

## 五、原始管理规约(业主临时公约)的公平性及其效力

如前述,所谓原始管理规约,又称业主临时公约,指房屋的开发商或销售商于将区分所有(商品房、公寓)住宅分别让与给单个的业主时制定的规约。此种原始管理规约中,由于其大多包含了对商品房住宅的开发商或销售商有利而对业主不利的规定,所以其公平性和效力问题就需要加以考量。须注意的是,关于原始管理规约的设定、成立、登记以及得规范的事项,日本建筑物区分所有权法设有专门的明文规定;关于原始管理规约的效力、撤销(变更),德国《住宅所有权法》除了对于前述某些事项,认可业主大会的多数决决议具有优先于原始管理规约的效力外,还认可业主享有变更原始管理规约的不公平内容(事项)的变更请求权。分述之

<sup>②</sup> 温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司1992年版,第155~156页;参见日本《建筑物区分所有权法》第46条第2项。

<sup>③</sup> 如上海市闵行区某住宅小区的管理规约即如此规定。

<sup>④</sup> 奚晓明主编:《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第225~226页。

如下。

### (一) 日本法

日本《建筑物区分所有权法》第32条系关于依公证证书而设定原始管理规约的各项问题的规定。其规定:“最初所有建筑物专有部分全部的人,得依公证证书设定第4条第2项、第5条第1项与第22条第1项但书及第2项但书(包含此等规定于同条第3项准用的情形)的管理规约”。兹将该条规定的立法旨趣、原始管理规约的设定程序与成立、原始管理规约应规范的事项及登记程序分述如下。

#### 1. 立法旨趣

在日本法上,管理规约本来是于复数的业主存在区分所有关系时,为规定他们相互间的共同事项而订立的规则,商品房的开发商、销售商在将商品房住宅销售给业主前单独设定管理规约原则上是不允许的。但是,对于一些基础性的法律关系,如规约共有部分、关于基地的权利关系等,在商品房住宅(或公寓)的开发商、销售商向单个的业主销售商品房住宅(或公寓)前,其有无及内容的确定,对于商品房住宅的买受人的业主而言,也系十分重要从而很期望的。例如,在区分所有建筑物内存在管理人室、业主的集会室(集会场所)等的场合,此等管理人室、业主的集会室系共有部分还是作为特定的专有部分而被开发商、销售商保留权利,对买受人而言乃是不安的,往后往往会变成纠纷或麻烦。另外,作为区分所有建筑物的直接的基地的土地以外的花园、道路、停车场等的土地存在的情形,它们是否仍然被作为建筑物的基地而处理、对待,也往往会变成纠纷或麻烦。由此,上述日本建筑物区分所有权法第32条于是规定:关于规约共有部分和基地的权利关系的四项事项,最初所有建筑物专有部分全部的人,得依公证证书单独设定原始管理规约<sup>⑨</sup>。

#### 2. 设定程序与原始管理规约的成立

上述所谓“最初所有建筑物专有部分全部的人”,系指建筑物的区分所有虽然成立,但其任一专有部分都还未分属于单个的业主的阶段,对区分所有建筑物的专有部分的全部享有所有权的人。在日本实务中,其绝大多数情形系指建成销售的商品房住宅(或公寓)后、销售开始前的商品房住宅(或公寓)的开发商、销售商。另外,数人共同建筑区分所有建筑物,而共有其专有部分之全部的共有者也属之<sup>⑩</sup>。

须注意的是,日本法之所以依公证证书而为此种管理规约的设定,是因为此种管理规约系依无对象方的单独行为而设定,且为了能确实的证明其内容。被设定的管理规约,经由商品房住宅(公寓)的开发商、销售商而完成依日本《不动产登记法》所定的登记程序,其内容即可拘束将来的业主(商品房住宅、公寓的买受人)及其特定继受人<sup>⑪</sup>。另外,此种管理规约于依公证证书合法的做成的时点而成立,登记系对抗第三人的要件。并且,此(原始)管理规约由

⑨ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第75页。

⑩ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第75页。

⑪ [日]水本浩、远藤浩、丸山英气编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第75~76页。