

区分所有建筑物的重建

陈华彬^{*}

内容提要：区分所有建筑物重建可借鉴日本法的经验，对其设立详实的程序规定，以利实行。重建时对业主间的权益调整，应创设卖渡请求权和买回请求权两种制度；对因重建所涉及的第三人的权益，应采纳当代比较法的共同经验。小区内特定栋区分所有建筑物和全体建筑物的“一揽子”重建，应实行二重多数决制度。为了顺利实施重建，还有必要厘清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遭受灾害全部灭失时再建与重建的关系。

关键词：区分所有 建筑物重建 重建程序

引言

区分所有建筑物的重建是区分所有建筑物管理中最难解决的问题。^{〔1〕}造成重建困难的原因很多，其中最主要者有如下五个方面：其一，传统所有权观念的束缚。区分所有权中的专有部分分属于各业主所有，与一般的单独所有权无异。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。但实践中要做到这一点相当困难。其二，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赞成重建，并成为重建事业进行的最大阻力。其三，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，而临时住处的觅得及其费用（如租金等）也是影响重建能否顺利进行的重要因素。其四，利害关系人权益调整的困难。欲重建区分所有建筑物，除非全体业主一致同意，否则就可能形成多数人对少数人的强制。若专有部分设有抵押权或出租他人，重建前尚须对这些人的权益合理安排，否则将妨害重建的进行。另外，我

^{*} 中央财经大学法学院教授。

〔1〕 参见〔日〕伊藤荣寿：《对区分所有人团体的拘束的根据与界限》，日本爱知学院大学论丛《法学研究》第51卷第2号（2010年）。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认为属于广义的管理的范畴。重建是为了使区分所有权得以再生，只是一时的消灭权利，所以是一种管理手段。据此，对业主进行的团体拘束得以正当化。

国区分所有建筑物的基地使用权为建设用地使用权,重建时申请适当延长使用权的期限也有必要,这也要经过较复杂的行政程序。其五,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〕等条件变化而较以前更严格时,将不利于重建。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。反之,建筑物建筑后容积率等变为较严格时,将有碍于业主意思的统一,妨害重建的进行。〔3〕

实际生活中,区分所有建筑物的重建在特定情形是十分必要的。这些情形大致有:其一,区分所有建筑物因自然腐朽、灾害(如地震、火灾、水灾)毁损,或因其他原因已经影响住户人身安全。〔4〕其二,区分所有建筑物的修缮费用过高时,为符合经济效率而重建。其三,因业主家庭人口增加,重建可改善、增大必要的生活空间。其四,建筑物坐落基地附近的土地利用情况发生改变,只有重建区分所有建筑物方能增加土地的有效利用。〔5〕

我国物权法设有一个条文规范区分所有建筑物的重建,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”。此种规定不足以应对实际的需要。因为区分所有建筑物的重建除涉及须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重建与重建的关系等问题。这些问题如不能妥善解决,一方面业主之间的重建共识难以凝聚,重建事业无从进行;另一方面,也会使重建陷入一团乱麻,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、我国台湾法及德国法之比较)的视角,对区分所有建筑物的重建所包含的上述重要法律问题进行剖析,期借他山之石,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。

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〕重建与增建、改建有别。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、改建后的建筑物与原建筑物仍然为同一物,二者均属于物权客体的变更,而非物权的取得或消灭。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。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,则为新生所有权的取得(原始取得),因此,重建前与重建后的建筑物系两个不同之物。正因如此,重建前的建筑物若设有抵押权的,其抵押权会因原建筑物的拆除而消灭(物权法第30条)。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、

〔2〕 所谓建蔽率,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。参见温丰文:《现代社会与土地所有权理论之发展》,台湾五南图书出版公司1984年版,第92页。

〔3〕 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1993年6月硕士论文,第49页。

〔4〕 当区分所有的集合住宅老朽而不适于居住时,在今日比较法上,各国家或地区的立法定有如下三种供业主采取的应对措施:一是由全体业主经由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)出售而买取替代的住宅;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,第三种应对措施由美国统一公寓(区分所有权)法(Uniform Condominium Act)第2—120条所采取,第二种和第一种应对措施为多数国家所采取,尤其是第一种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。参见〔日〕水本浩等编:《公寓法》,日本评论社2006年版,第118页。

〔5〕 参见前引〔3〕,黄江颖文,第8页。

〔6〕 参见前引〔4〕,水本浩等编书,第119页。

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〕}

重建也与再建有别。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而言。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已不存在，嗣后再为建筑。在重建，因基地上尚有旧建筑物存在，旧建筑物的区分所有关系在决定重建之时并未消灭；而再建时，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。此乃二者的相异之处。但无论重建或再建，其前后两个建筑物均是各自独立不同的物，则为二者的相同之处。^{〔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。

一、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。以下就德国、日本及我国台湾法有关重建所应具备的要件予以分析。

（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制定于1951年，最近一次修改是2007年。该法关于重建仅设有一个相关条文，即第22条。根据该条第1项，逾越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；依同条第4项，各业主也可请求复旧。不过，为防止复旧所需费用过巨以保护业主权益，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，^{〔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，也不得依第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，应经业主全体同意。^{〔10〕}

（二）日本法

1. 基本概要

日本1962年制定的建筑物区分所有权法对重建并无直接的明文规定，因为制定时作为其参考、比较对象的德国法和法国法均不存在重建制度，并且日本当时也未认识到该制度的必要性。有关区分所有建筑物的重建，依该法第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。此乃考虑到重建须拆除现存建筑物，而业主对各自的区分所有部分保有处分权，所以需获得全体业主的同意。但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年建筑物区分所有权法制定后，区分所有建筑物急速增加。重建的必要性虽然还未成为现实问题，但是将来会成为社会问题。若重建须获得全体业主的同意方可为之，无疑有碍

〔7〕 参见温丰文：《公寓大厦重建法律问题之研究》，台湾《法学丛刊》第177期（2000年1月）。温丰文先生是我国台湾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，谨致谢忱和敬意。

〔8〕 同上文。

〔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”。参见前引〔1〕，伊藤荣寿文。

〔10〕 参见前引〔7〕，温丰文文；前引〔1〕，伊藤荣寿文。

〔11〕 参见前引〔1〕，伊藤荣寿文。

于社区(小区)的更新与发展。为消除此种不合理现象,日本1983年修订建筑物区分所有权法时,改采多数决的重建制度。^[12]修订后的第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同一主要使用目的的建筑物为主旨的决议。”

日本2002年修改建筑物区分所有权法时,对上述规定作了进一步修改,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。”此修改旨在使重建能够顺利进行,与1983年的规定相较,具有下列特色:^[13]

其一,规定重建决议只须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,摒弃了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,致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。而按1983年修改法,不具备这些客观要件的,业主大会作出的重建决议无效。

其二,1983年修改法规定,重建的建筑物须坐落在原建筑物的基地上。若扩大基地范围,如购买原建筑物坐落基地的邻地与原基地合并后而为新建建筑物,即不认为具有基地的同一性,不得视为重建。2002年修改法对此予以缓和,认为重新建造的建筑物可坐落于以下基地:一是原建筑物的基地;二是原建筑物基地的一部分,如将原建筑物基地的一部分出卖,而在剩余土地上重新建造建筑物;三是包含原建筑物基地的全部的土地,如购买或借用原建筑物基地的邻地或者其周围的土地而扩大基地;四是包含原建筑物基地的一部分的土地,如一方面将原建筑物基地的一部分出卖,同时又购买或借用原建筑物基地的邻地。另外,将原一栋的区分所有建筑物重建为两栋区分所有建筑物,或者将原共有基地上的两栋建筑物重建为一栋建筑物,均无不可。

其三,2002年修改法对新建筑物的使用目的不再有特别限制。依1983年修改法,重新建筑的建筑物的主要使用目的须与原建筑物相同,若将原属住家专用的建筑物全部改作商业用或办公用,即违反使用目的的同一性,不得谓为重建。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。

其四,2002年修改法完善了有关重建决议程序的规定。

2. 重建决议

因为重建事宜而召开业主大会时,其程序原则上与一般业主大会相同,但因重建对每一业主的权益影响甚大,日本建筑物区分所有权法第62条对重建决议的方式和内容、会议的召集、通知和记录等设有特别规定。

(1) 决议的方式与内容。依日本现行建筑物区分所有权法,重建采业主及表决权各五分之四以上的多数决。此五分之四之比例为强制规定,不得以管理规约或依其他合意而提高或降低。^[14]

按日本建筑物区分所有权法第62条第2项,业主大会为重建决议时,其内容应有重建计划的概要,且该概要应包括下列四项内容,缺一不可:

一是重新建造建筑物的设计概要,包括整栋建筑物的设计及每一专有部分的设计。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

[12] 参见前引[1],伊藤荣寿文。

[13] 参见前引[4],水本浩等编书,第119页。

[14] 参见前引[7],温丰文文;[日]石田喜久夫:《重建》,《法律时报》第55卷第9号。对此也有反对意见,参见前引[4],水本浩等编书,第120页。

分的配置、用途、建筑平方米等也应在重建决议中议定之。^{〔15〕}

二是重建费用的概算额。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，并以在重建决议的时点所估计的概算额为准并获满足。^{〔16〕}

三是有关重建费用分担的事项。作出重建决议时，参加重建者的人数还未完全确定，难以估计每人应分担的重建费用，因此每一参加重建者的分担额无须于重建决议时确定。但重建费用的分担方法和标准则应事先决定，以便依循。重建费用的分担方法与标准不得危害各业主的衡平（第62条第3项），否则重建决议归于无效。如无特别情事，重建费用的分担应依取得新建筑物专有部分的楼地板面积的比例定之。^{〔17〕}

四是有关新建筑物区分所有权归属的事项，即新建筑物各专有部分的分配方法。是按原专有部分面积比例分配，还是依原有价值比例分配，或者依抽签方式分配等，应明定之。无论采取何种方式，都不得违背衡平原则（第62条第3项）。另外，若建筑物的容积增加致专有部分经分配后还有剩余，应出售还是归全体业主共有，也应于重建决议时明确决定。^{〔18〕}

（2）会议的召集与通知

为重建事宜的业主大会的召集程序与一般业主大会的召集程序不同，须按2002年建筑物区分所有权法新设的第62条第4项至第7项规定的程序为之。缺少下列任何一项程序，重建决议无效：^{〔19〕}

一是召集人至少应于该业主大会召开之日的二个月前，向各业主发出会议通知（第62条第4项）。

二是除会议目的、重建决议的议案要点外，还须通知下列事项：重建的理由；不重建时维持或回复该建筑物效用所需费用的数额及其明细；确定了该建筑物之修缮计划的，该计划的内容以及建筑物修缮积攒金累积的数额等。由此，通知中既有实施重建的相关信息，也有不实施重建而仍维持原建筑物现状的信息，业主可自更加广阔的视角判断是否应该重建。

三是召集人至少应于该业主大会召开之日一个月前，就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（第62条第8项）。说明会的召开准用一般业主大会召开的规定（建筑物区分所有权法第35条、第36条），即说明会的召集者（管理者等）至少应于开会一周前附会议目的事项发通知给各业主，但该期间可以管理规约予以延长。

（3）会议记录

有关重建决议的业主大会应作成会议记录。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。若会议记录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（即由召集人书面催告不赞成重建决议的业主答复是否参加重建）之前，应先补正。^{〔20〕}

（三）我国台湾法

我国台湾《公寓大厦管理条例》（2006年修订）定有重建制度，其原则上采一致决，例外采多数决，分述如下：^{〔21〕}

1. 一致决重建的要件

《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

〔15〕 参见〔日〕稻本洋之助、镰野邦树：《注释公寓区分所有法》，日本评论社1997年版，第333页；前引〔7〕，温丰文文。

〔16〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第120页。

〔17〕 参见〔日〕滨崎恭生：《关于建筑物区分所有法律的修改》，《法曹时报》第38卷第6号；前引〔7〕，温丰文文。

〔18〕 参见前引〔7〕，温丰文文。

〔19〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第121页。

〔20〕 参见前引〔15〕，稻本洋之助等书，第337页；前引〔7〕，温丰文文。

〔21〕 参见前引〔7〕，温丰文文。

地所有权人、地上权人或典权人之同意。”据此，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。在我国台湾，建筑物与其坐落的基地属于两个独立的不动产，若公寓大厦坐落基地属于业主共有，则只要经业主全体同意，即可重建；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，尚须经基地所有权人的同意方可重建。至若公寓大厦及其所坐落的基地另有地上权或典权存在，则还须经地上权人或典权人的同意方符合重建的要件。

2. 多数决重建的要件

依《公寓大厦管理条例》第13条但书及第31条关于“特殊事项之议决比例”的规定，须有下列情形之一方采多数决重建：（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。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者，如煤气爆炸、飞机坠落、暴力破坏等。

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，应有全体业主中人数及区分所有权比例均达三分之二以上的业主出席，以出席业主中人数及区分所有权比例均达四分之三以上的业主同意行之。因三分之二的四分之三即为二分之一，因此实际上只要全体业主中人数及区分所有权比例均达二分之一以上的业主同意，即可决议重建。^{〔22〕}

（四）评议分析

由上可知，各国家和地区关于重建要件的最大差异，在于德国采一致决，日本采多数决，我国台湾原则上采一致决，例外采多数决。但一致决事实上难以实行，其立法规定形同虚设。我国物权法第76条对于重建采多数决而不采一致决，符合当代业主共同体（团体）关系的本质和实际，应值肯定。至于日本2002年修订的建筑物区分所有权法所定的其他重建要件，例如在客观要件上，须在原建筑物的基地或其一部、或者包含原建筑物基地的全部或一部的土地上重新建筑建筑物，在程序要件上，决议内容须有重建计划概要、履行严格的召集程序、为完善的通知以及为此而召开说明会等，我国物权法与《物业管理条例》则未明定。我国将来制定单独的建筑物区分所有权法或修改现行物权法抑或制定民法典时，宜取日本法的经验，将这些要件明文化。

二、业主间及业主与第三人权益的调整

（一）业主间权益的调整

要对区分所有建筑物实施重建，除须符合前述重建要件外，调整业主之间的权益也十分重要。在德国，由于重建采一致决，每一业主对重建决议均有否决权，因此只有充分调整彼此间的权益直至每一业主满意，才有通过重建决议的可能。因此德国住宅所有权法对业主间权益的调整并无规定。但在采多数决重建的日本，达到法定比例的表决权即可通过重建决议，为保护少数不参加重建者的权益，其建筑物区分所有权法对权益调整即设有详细规定。另外，我国台湾《公寓大厦管理条例》所定重建制度中的多数决，也有权益调整的相关规定。我国物权法和《物业管理条例》虽采多数决，但并无调整业主权益的规定，是为重要立法缺漏，宜借他国经验予以补充。

为保护少数不参加重建者的权益，日本建筑物区分所有权法创设了卖渡请求权和买回请求权两种制度。

1. 卖渡请求权

反对重建决议而不参加重建事业的业主的区分所有权和基地利用权，并不基于重建决议而立

〔22〕 参见前引〔7〕，温丰文文。

即消灭，但重建决议作出后，重建事业的参加者得对不参加重建事业的业主请求行使卖渡请求权。^{〔23〕}所谓卖渡请求权，指参加重建者于一定期间内，对于不参加重建的业主及其继受人请求以市价卖渡其所有权及基地利用权的权利。依团体法的规则，一旦作出重建决议，不赞成重建决议的业主也受其拘束，他们可自行出售其区分所有权或请求参加重建者收买其区分所有权，以脱离区分所有关系。但若不赞成重建的业主不愿为上述行为，重建工作即难以进行，为打破此一僵局，特设卖渡请求权制度。^{〔24〕}

卖渡请求权的行使须先确定参加与不参加重建事业的业主。依日本建筑物区分所有权法第62条第1项、第2项、第3项的规定，重建决议作出后，业主大会召集人应立即书面催告未赞成重建决议的业主（包括其继受人）答复是否依重建决议内容参加重建。受催告的业主应自催告之日起两个月内答复参加与否，逾期为未答复者，视为不参加重建。通过此程序，未赞成重建决议的业主可重新考虑是否参加重建事业。

卖渡请求权本质上具有形成权的性质。^{〔25〕}只要合法行使此项权利，其请求的意思表示到达对方时，以市价购买对方区分所有权和基地利用权的卖渡（买卖）契约即告成立，无须相对人承诺。^{〔26〕}且依日本民法第176条的规定，不动产物权变动只要当事人意思表示一致即生效力，不待登记。因此，当卖渡（买卖）契约成立（生效）时，相对人的区分所有权和基地使用权就移转于请求权人，相对人负有交付专有部分与移转登记的义务，请求权人则负有支付价金的义务，此二项义务发生同时履行抗辩的关系（日本民法第533条）。^{〔27〕}不过，日本建筑物区分所有权法为顾及相对人于一时之间无法觅得代替住处，致生活发生显著困难的情况，特设建筑物让出（专有部分交付）的犹豫期限，以资保护。^{〔28〕}其第63条第5项规定：因卖渡请求权的行使，答复不参加重建的区分所有人因让出建筑物，致其生活有发生显著困难之虞，且对重建决议的实行不致有太大影响时，法院得依该人的请求，于价款交付或提存之日起不超过一年的期限内，对建筑物的让出给予相当的犹豫期限。此项请求应以诉讼为之，法院于斟酌各种因素后，得为给予一年以内犹豫期限的判决。此项判决属形成判决，于判决确定后，卖渡请求权人须先支付价金，相对人得于犹豫期限内暂不交付专有部分，而移转登记则不在犹豫期限的范围内。

卖渡请求权行使后，区分所有建筑物全体即变为重建事业参加者的所有权（区分所有权和共有部分的应有部分权）的对象，由此可以拆除原区分所有建筑物。因此，重建决议的效力并非强制未赞成重建决议者参加重建，而是使附期限的卖渡请求权得以成立。^{〔29〕}

2. 买回请求权

所谓买回请求权，又称“再卖渡请求权”，^{〔30〕}系允许卖渡请求权的相对人于一定条件下买回其业已丧失的区分所有权，借以保护其权益。卖渡请求权主要是为使重建事业能够顺利进行而设。卖渡请求权人于行使权利后，若将建筑物置之不顾，长期不实施重建，则与创设此项制度的

〔23〕 参见前引〔1〕，伊藤荣寿文。

〔24〕 参见日本法务省民事局参事官室编：《新公寓法》，商事法务研究会1983年版，第346页；前引〔7〕，温丰文文。

〔25〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第117页，第125页。

〔26〕 参见前引〔1〕，伊藤荣寿文。

〔27〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第125页。

〔28〕 参见前引〔7〕，温丰文文。

〔29〕 参见〔日〕稻本洋之助、镰野邦树：《注释公寓区分所有法》，日本评论社2004年版，第380页以下。此外，在日本也有观点认为，重建决议乃是通过参加重建事业的人授予卖渡请求权来违背反对重建决议的业主的意思而剥夺其区分所有权和基地使用权。

〔30〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第125页。

目的相悖,因此日本法又同时设此买回请求权制度加以制衡。^[31]不过,依日本建筑物区分所有权法第63条第6项、第7项的规定,买回请求权的行使视参加重建者未着手建筑物拆除工事是否有正当理由而不同,无正当理由的,得行使买回请求权;有正当理由的,原则上不发生买回请求权问题。

买回请求权也具有形成权的性质,于意思表示到达相对人时即生效力。买回请求权人行使该权利后,即不再受重建决议效力的拘束,参加重建者若要完成或实现原重建计划,必须以其他方法取得其同意方能进行。^[32]

我国台湾《公寓大厦管理条例》第14条第1项规定:“公寓大厦有前条第二款或第三款所定情形之一,经区分所有权人会议决议重建时,区分所有权人不同意决议又不出让区分所有权或同意后不依决议履行其义务者,管理负责人或管理委员会得诉请法院命区分所有权人出让其区分所有权及其基地所有权应有部分。”据此,在我国台湾,区分所有建筑物经由多数决实施重建时,系以出让请求权作为权益调整的手段。

上述出让请求权的行使主体为管理委员会或管理负责人;其行使的相对人则为不同意重建决议又不出让区分所有权,或同意后不依决议履行其义务的业主及其继承人;出让请求权的行使应以诉讼方式为之。此诉讼为形成之诉,法院判决直接创设相对人出让其区分所有权及基地所有权等应有部分的义务,无须相对人承诺。相对人的区分所有权及基地所有权等应有部分于判决确定时即移转于受让人,不待登记。^[33]

为妥善调整业主间的权益,我国应借鉴比较法上的经验:

1. 在区分参加重建者与不参加重建者方面,日本法的规定值得借鉴。依日本法的规定,重建决议作出后,业主大会召集人应即时书面催告未赞成重建决议的业主答复是否依重建决议内容参加重建,受催告的业主自催告之日起两个月内答复参加重建的,与赞成重建决议者一并列入参加重建者之一类;答复不参加重建或逾期未为答复者,则列入不参加重建者之一类。对此,我国台湾法的规定欠周延。

2. 日本法对卖渡请求权定有行使期间,而我国台湾法对出让请求权则未定行使期间,应属不妥。卖渡请求权具有形成权的性质,其行使会使相对人丧失区分所有权及基地使用权,因而应明定其行使期间(除斥期间),以使当事人之间的法律关系尽早确定。

3. 与我国台湾法未明确规定不同,日本法规定按市价行使卖渡请求权,^[34]值得借鉴。卖渡请求权是违背相对人的意思强制其出让区分所有权及基地使用权,但不能因之完全否定相对人本来的权利,请求相对人出让区分所有权及基地使用权时,应支付合理对价,以实现均衡。^[35]

4. 为妥善、公平地顾及少数业主的权益,应认可少数业主的买回请求权。

(二) 业主与第三人间权益关系的调整

在比较法上,重建决议仅对该栋建筑物的业主及其继承人产生拘束力,对第三人并无拘束力。但在重建与专有部分承租人的关系上,重建决议得作为更新或解除租赁契约的正当事由。^[36]

[31] 参见前引〔17〕,滨崎恭生文;前引〔7〕,温丰文文。

[32] 同上。

[33] 参见前引〔7〕,温丰文文。

[34] 尽管如此,参加重建的人与不参加重建的人发生严重对立时,于诉讼中争论“市价”的确定或计算是很多的。参见〔日〕太田知行、村辻义信、田村诚邦:《公寓重建的法律与实务》,有斐阁2005年版,第181页。

[35] 参见前引〔7〕,温丰文文。

[36] 参见前引〔4〕,水本浩等编书,第123页。

我国现阶段，许多房产都是通过按揭贷款的方式购买，因此区分所有建筑物上设定了抵押权的情形不在少数。由此带来的法律问题有：在专有部分上有抵押权的人可否禁止拆除原建筑物，可否要求增加担保以及在新建筑物上取得的专有部分是否属于原抵押权客体的代位物。比较法上的通说认为，自理论上而言，不能排除抵押权人禁止拆除原建筑物的请求，此时实务上可通过增加担保避免之。重建决议已经规定了参加重建的业主对新建筑物的特定专有部分保有区分所有权，因此原抵押物与新建筑物中特定的专有部分存在明确的牵连关系，应认为后者系原抵押权客体的代位物。而不参加重建的业主因出让自己的区分所有权和基地使用权所获得的价金债权，也可认为是原抵押权客体的代位物。^{〔37〕} 鉴于比较法经验的可借鉴性，笔者认为，在这些方面，我国也应作同样的解释和对待。

三、重建合意的成立与重建主体的厘定

区分所有建筑物的重建，是由参加重建者依卖渡请求权购买不参加重建者的区分所有权和基地使用权后，依重建决议内容而实行。唯参加重建者之间实际上并不存在重建契约的约束，因此并不当然负有依重建决议的内容而为重建的义务。为了解决这一问题，日本法设有重建合意成立的规定。

日本建筑物区分所有权法第64条规定：“赞成重建决议的各区分所有人，依重建决议内容回答参加重建的各区分所有人及购买区分所有权或基地使用权的各承买指定人（包括此等人的继承人），视为依重建决议内容为实施重建的合意。”依此规定，成立重建合意的当事人包括：1. 赞成重建决议的业主；2. 业主大会会议时对重建决议持反对、保留意见或未出席会议，经催告后同意依重建决议内容参加重建的业主；3. 经前述1、2全体的同意指定购买区分所有权和基地使用权的承买指定人；4. 前述1、2、3的继承人，包括概括继承人与特定继承人。^{〔38〕} 当事人间所成立的合意的内容为“依重建决议内容实施重建”，参加重建者均受重建决议的拘束。既然依重建决议内容而为重建系合意事项，当事人间即相互负有依重建决议内容而为重建的义务。^{〔39〕}

参加重建者之间，基于上述重建合意的（拟制）成立，形成“参加重建者团体”，成为重建事业的主体。^{〔40〕} 参加重建者团体与原来的业主团体（区分所有人团体）系两个不同的主体，有如下三点不同：^{〔41〕} 1. 成员不同。业主团体由全体业主组成，而参加重建者团体则由同意重建的业主及因卖渡请求权的行使而受让区分所有权和基地使用权的人组成。2. 成立目的不同。业主团体的成立目的在于对建筑物及其附属设施进行管理，维护共同生活秩序，而参加重建者团体的成立目的则在于为重建事业。3. 消灭时点不同。业主团体于不参加重建者的区分所有权和基地使用权全部出让时归于消灭，^{〔42〕} 而参加重建者团体则于新建区分所有建筑物完成时归于消灭。

由于原业主团体自参加重建的业主行使卖渡请求权而将不参加重建的业主予以排除时消灭，因此自将赞成重建的人集合在一起的角度而论，参加重建者团体属于一种任意团体，^{〔43〕} 其法律

〔37〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第123页。

〔38〕 参见温丰文：《日本建筑物区分所有权法之重建制度》，王仁宏教授祝寿论文集编辑委员会：《商事法及财经法论文集——王仁宏教授六十岁生日祝贺论文集》，台湾元照1999年出版，第117页；前引〔4〕，水本浩等编书，第127页。

〔39〕 参见前引〔38〕，温丰文文；〔日〕玉田弘毅：《新公寓法》，文久书林1984年版，第256页。

〔40〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第127页。

〔41〕 参见前引〔7〕，温丰文文。

〔42〕 在日本，区分所有建筑物重建时，原区分所有关系何时消灭，学说有二：一为参加重建者行使卖渡请求权将不参加重建者的区分所有权排除时消灭，二为建筑物拆毁时消灭。通说系采前者。

〔43〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第127页。

性质通说认为系一种类似合伙契约的关系,其成员共同从事区分所有建筑物的重建。由于其成员之间不是区分所有关系,而是类似合伙契约的关系,因此不再适用有关业主大会、管理规约等的规定,而是在不违反重建决议的前提下,类推适用民法有关合伙的规定,以调整彼此间的权利义务关系。具体而言,在为重建事业时,有关重建决议内容的变更或追加,应经参加重建者全体同意。至于有关业务的执行,如动工日期的决定、拆除工事合同的订立等,则一般经参加重建者过半数同意即可。重建完成时,应另成立新的业主团体,而于重建确定不能完成时,则应解散参加重建者团体,办理清算。^[44]

四、小区内区分所有建筑物的重建

若区分所有建筑物所坐落的基地位于一小区内,基于小区的整体不可分割性,当特定栋区分所有建筑物的业主已依法决定为建筑物的重建时,是否需要再得到小区内其他栋区分所有建筑物的业主的同意?对此,比较法上分如下两种情况予以处理:

1. 小区内各区分所有建筑物的基地为各自分割、基地利用权分属各栋区分所有建筑物的业主单独所有或共有的情形,依基地利用权的单独性,小区内他栋区分所有建筑物的业主并无任何理由介入,^[45]其中一栋区分所有建筑物的重建无须得到他栋建筑物的业主的同意。

2. 小区内基地利用权属于小区内全体区分所有建筑物的业主共有的情形,一栋建筑物欲重建时,除须获得该栋建筑物业主的重建决议外,还须获得该小区内其他栋区分所有建筑物多数业主的同意。日本于2002年修订其建筑物区分所有权法,增订第69条,专门规定“小区内的建筑物的重建承认决议”,共计7项,内容十分详实。

依其规定,在A、B、C、D四栋区分所有建筑物共有基地而组成小区时,若A栋区分所有建筑物打算重建,须履行下列程序:首先,以A栋建筑物的业主及表决权各五分之四以上的多数决作出重建决议。其次,在以A、B、C、D栋区分所有建筑物的业主为成员的小区业主大会上,按照建筑物区分所有权法第69条规定的程序,由表决权四分之三以上的多数决认可(或承认)该A栋建筑物的重建。最后,因小区业主大会认可(或承认)A栋建筑物的重建而给他栋建筑物以特别影响时,必须获得他栋建筑物的业主的表决权四分之三以上的赞成。依对第69条的解释,特定栋建筑物的重建决议必须先于小区业主大会的认可(承认)决议,^[46]从而避免特定栋建筑物的业主不想重建却被其他栋建筑物的业主“强制重建”的情形。另外,按第70条,如果是拆除小区内的全部建筑物而进行“一揽子”重建,则须在小区业主大会上获得小区建筑物所有人及表决权各五分之四以上的赞成,同时还须获得每栋建筑物的业主及表决权各三分之二以上的赞成,方可为之。^[47]

我国《物业管理条例》第9条第1款规定:“一个物业管理区域成立一个业主大会”,即无论小区内建筑物的栋数,一个小区成立一个业主大会。而依物权法第76条第1款第6项和该条第2款以及《物业管理条例》第11条第6项和第12条第3款,业主大会决定重建建筑物,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。这一规定无法防止特定栋建筑物的业主不想重建,而业主大会却“强制重建”的情形,尚须完善。

[44] 参见前引[38],温丰文文。

[45] 参见前引[24],日本法务省民事局参事官室编书,第336页。

[46] 参见前引[4],水本浩等编书,第141页。

[47] 参见前引[1],伊藤荣寿文。

五、区分所有建筑物一部灭失的复旧（修复）与重建

对于区分所有建筑物一部灭失时的复旧（修复），我国物权法和《物业管理条例》均未作规定，应借鉴比较法的经验予以厘清。

1. 区分所有建筑物的一部灭失，通常为复旧（修复）与重建的共同原因，且二者均为避免建筑物一部灭失所带来的不便与危害，进而实现对建筑物及所坐落基地的更有效利用。但是，复旧是在保留原建筑物的前提下对建筑物所为的修复，而重建则必须拆除原建筑物，重新建筑一新建筑物。^{〔48〕}

2. 日本建筑物区分所有权法将建筑物的一部灭失区分为建筑物价格二分之一以下的灭失（即小规模一部灭失）与超过二分之一的灭失（即大规模一部灭失）两种情形。对于专有部分，无论其为小规模灭失抑或大规模灭失，其复旧（修复）均可由专有部分的所有权人自行决定，且自己承担复旧（修复）费用。共有部分的复旧（修复）或就整栋建筑物已有重建决议时，专有部分的复旧（修复）也不受其拘束。^{〔49〕} 业主大会的决议涉及到专有部分的复旧（修复）时，仅赞成该决议的业主就自己专有部分的复旧（修复）受其拘束。灭失的专有部分的原所有权人不欲复旧（修复）时，其他业主可否请求其复旧（修复），学说认为原则上不可，仅在保全整栋建筑物的必要限度内，方能例外地认可。^{〔50〕} 另外，进行专有部分的复旧（修复）工事时，可于必要时使用其他业主的专有部分（日本建筑物区分所有权法第6条第2项）。^{〔51〕}

共有部分一部灭失时，若灭失部分的价格比例在二分之一以下（即小规模灭失），其复旧（修复）可由各业主单独为之，实施复旧（修复）的业主得对其他业主按照共有部分的共有份额追偿复旧（修复）所需的费用（日本建筑物区分所有权法第61条第2项）。但若已为复旧（修复）决议，业主即不得再自行行为共有部分的复旧（修复），此时复旧（修复）系管理人的职责之一（日本建筑物区分所有权法第61条第1、3项，第26条第1项）。若共有部分灭失的价格超过二分之一（即大规模灭失），其复旧（修复）的决定须经业主及表决权各四分之三以上的多数决为之（日本建筑物区分所有权法第61条第5项）。此规定更多地考虑到希望解除区分所有关系的业主的立场，由此，他们可以行使買取请求权，请求赞成复旧（修复）决议的人買取自己的区分所有权及基地利用权，以从区分所有权关系中脱离出来。^{〔52〕}

3. 在比较法上，建筑物小规模灭失时的复旧（修复）决议对于全体业主均有拘束力，但于大规模灭失的复旧（修复）决议通过后，不赞成决议的业主得对赞成决议的业主请求行使買取请求权，借以脱离区分所有关系。因建筑物一部灭失而符合重建要件且已为重建决议时，重建决议对于全体业主均有拘束力，但不参加重建事业的业主得借由卖渡请求权制度脱离区分所有关系。重建决议虽对业主以外的人并无拘束力，但因重建须拆除原建筑物，因此须对所涉第三人权益进行调整，此点与复旧（修复）不同。^{〔53〕}

4. 建筑物一部灭失的复旧（修复），依日本建筑物区分所有权法，其实施主体由业主个人或管理人为之，区分所有建筑物的重建则由参加重建者团体为之。^{〔54〕}

〔48〕 参见前引〔3〕，黄江颖文，第138页。

〔49〕 参见前引〔14〕，石田喜久夫文。

〔50〕 参见〔日〕半田正夫：《灭失的复旧、再建等》，载〔日〕玉田弘毅等编：《建筑物区分所有权法》，一粒社1988年版，第117页。

〔51〕 参见前引〔4〕，水本浩等编书，第113页。

〔52〕 同上书，第114页。

〔53〕 参见前引〔3〕，黄江颖文，第139页。

〔54〕 同上文，第140页。

5. 按日本建筑物区分所有权法第61条第1项的意旨, 区分所有建筑物共有部分一部灭失的复旧(修复)与重建成排斥关系, 若已有重建决议, 即不得再为复旧(修复)。但专有部分一部灭失的复旧(修复)是否须受重建决议的限制, 有认为不受限制者, 有认为赞成重建决议的业主方受限制者,^[55]存在分歧。

六、区分所有建筑物遭受灾害全部灭失时的重建与重建

当区分所有建筑物全部灭失时, 就不再存在专有部分与共有部分, 区分所有权及共有部分的共有份额权也由此消灭, 业主仅共有基地。按民法原理, 重建区分所有建筑物应取得全体基地共有人的同意, 但此实属不易。为解决这一问题, 日本于1995年阪神、淡路大地震后不久即制定了关于罹受灾害区分所有建筑物的重建等的特别措施法(以下简称“特别措施法”)。依此, 区分所有建筑物全部灭失时的重建须依基地共有人等的表决权的五分之四以上的多数决而为之。该法系日本建筑物区分所有权法的特别法, 其主要内容和特色有如下几点:

1. 该法旨在便利因大规模的火灾、地震灾害及其他灾害而灭失的区分所有建筑物的重建, 进而支援罹受灾害地区的复兴。

2. 该法第一次使用“重建”的概念, 适用于区分所有建筑物因政令指定的灾害而全部灭失的情形。此种情形, 基地共有人得通过重建决议, 于从前的基地上重新建筑新的建筑物。重建决议须在基地共有人大会上作出。该法第1条规定了会议的召集程序和议事程序。

3. 该法的中心概念是有基地使用权的人; 而建筑物区分所有权法的中心概念则是区分所有人(业主)。另外, 该法有关期间的计算具有特殊性。

4. 重建的要件。建筑物因大规模的火灾、地震及其他灾害全部毁损时, 基地共有人或准共有人得自规定适用特别措施法的政令施行之日起三年内, 经共有人大会议, 以基地共有者等的表决权五分之四以上的多数决, 决定在原建筑物的基地或其一部的土地或包含其一部的土地上再建建筑物(特别措施法第2条、第3条)。此规定排除了日本民法第251条有关共有物的变更应经共有人全体同意的规定。^[56]

5. 基地分割请求的禁止。建筑物因灾害全部毁损时, 基地共有人等自适用特别措施法的政令施行之日经过一个月之次日起, 至该政令施行后经过三年止的期间内, 不得请求分割基地及有关基地的权利(特别措施法第4条)。此规定排除了日本民法第256条共有人可以随时请求分割共有物的规定。^[57]

6. 買取请求权期间的延长。建筑物因灾害一部毁损时, 各业主对他业主可请求以市价買取其建筑物及基地权利的期间, 为自规定适用本特别措施法的政令施行之日起算一年内(特别措施法第5条)。此规定排除了日本建筑物区分所有权法第61条第12项有关買取请求权的期间为自灭失之日起算六个月内的规定。^[58]

我国是一个地震、火灾、风灾及其他灾害频发的国家, 区分所有建筑物因此等灾害而全部灭失时如何予以重建, 现行法律并无规定, 虽已有学者探讨,^[59]但尚不充分且仅止于理论层面的解释, 更务实的做法是进行这方面的立法。

[55] 参见[日]远藤浩编:《公寓:建筑、买卖、管理、租赁》,青林书院1988年版,第508页。

[56] 参见前引[4],水本浩等编书,第180页。

[57] 参见前引[7],温丰文文;同上书,第181页。

[58] 参见前引[7],温丰文文;前引[4],水本浩等编书,第183页。

[59] 周江洪:《区分所有建筑物的灾后重建》,《中国社会科学》2008年第5期。

结 语

区分所有建筑物自建成后经过相当年月，必会老朽、损坏。我国自上世纪 90 年代进行住房商品化改革以来，区分所有建筑物（商品房住宅）的建设已然经过了 20 年。区分所有建筑物的重建在不远的将来将成为不能回避的重大社会问题。对于这样的重大问题，现在对其展开积极而深入的研究，无疑十分必要。

笔者以上自民法等私法制度的视角对区分所有建筑物的重建进行了研究。比较法的经验表明，此种研究是基础性的、决定性的，因而是必不可少的。尽管如此，也应看到，区分所有建筑物的重建涉及的法律问题非常复杂。在我国现今的法律体系下，重建还涉及民法通则、合同法、侵权责任法、城乡规划法、房地产管理法、土地管理法、建筑标准法、建筑法，甚至行政法、经济法等领域。对于这些相关领域，也有必要予以重视并作深入研究。

Abstract: The reconstruction of condominium building is the most difficult problem in its management. However, in practice, the reconstruction is sometimes quite necessary or even urgent at that time. There are differences between the reconstruction of condominium building and the rebuilding, remodeling and additional building. In comparative law, there are two vote models for the reconstruction, i. e. , the unanimous decision and the majority decision. The latter has been taken by our Real Property Law.

The reconstruction of condominium building in China should learn from the experience of Japanese law and establish concrete procedures for actual practice. The selling out claim and the purchasing back claim should be established during the reconstruction for the adjustment of rights among owners, and the right and interest of a third party should also be adjusted properly to carry out the reconstruction smoothly. The reconstruction should be carried out by the reconstruction group, which is different from the original owner group (condominium owner group) in its composing members, foundation purpose and dismissal time. As for the reconstruction of a specific condominium building and the whole condominium buildings in one residential area, the system of duplicate majority decision in Japanese law should be adopted.

The partial loss and destruction of the condominium building is the common reason for restoration (repair) and reconstruction. However, the restoration is under the prerequisite that the original building will be maintained, while the reconstruction means the demolition of original condominium building and the rebuilding of a new one. Moreover, the restoration is carried out by the owner(s) or the administrator of the building, while the reconstruction is carried out by the reconstruction group. In the event the building is totally destroyed due to earthquake, fire, flood and typhoon, usually an “Act of Special Measures on Rebuilding” will be drafted to solve this problem in the comparative law.

Key Words: condominium, reconstruction, procedure of reconstruction
