

物业管理法学

徐建明 王洪卫 著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

物业管理法学/徐建明,王洪卫著. —上海:上海财经大学出版社, 2001.6

新世纪高职高专物业管理专业教材

ISBN 7-81049-551-3/F·465

I. 物… II. ①徐… ②王… III. 物业管理-行政法-法的理论-中国-高等学校:技术学校-教材 IV. D922.181.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 031867 号

☐ 责任编辑 麻俊生

☐ 封面设计 优典工作室

WUYE GUAN LI FAXUE

物业管理法学

徐建明 王洪卫 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市中山北一路 369 号 邮编 200083)

网 址 <http://www.sufep.com>

电子邮件:webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海市印刷七厂一分厂印刷装订

2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 10.75 印张 309 千字

印数:0 001—4 000 定价:18.00 元

1

物业管理法学的几个基本概念释义

1.1 “物业”概念的定义和特征

1.1.1 “物业”一词的本意探究

“物业管理”术语中的“物业”一词是从英语 real property 和 real estate 翻译而来。要正确定义和理解“物业”概念,先须了解对应的英语原意。

Property 一词通常译为两种词义:一是财产,指能成为人们占有或支配对象的各种有价值物;二是指财产权,是一种支配财物的绝对权。按照英国法,财产基本上分为两类:一类是动产(personal property),包括可实际占有的物即有体动产和可依法主张但未实际占有的物即无体动产;另一类是不动产(real property),包括土地及其附着物和设置其上的权利,简称地产。不动产和动产的区分是以英国古代诉讼的形式为根据的。在 12 世纪,对土地的占有可以通过“实物”诉讼或对物诉讼而收回,这种诉讼能使原告重获被剥夺的原“物”,并且对物的权利可对造成侵害或负有义务的人强制执行;对被剥夺的其他财产的救济是“人的”诉讼或对人诉讼,在这种诉讼中,只能得到损害赔偿。尽管现在对物诉讼和对人诉讼一般地说早已消失了,但不动产和动产的区分留传下来。Property 作为“财产”意义包括有形的和无形的物和财产权,

也包括动产和不动产。Real 一词有实在物、不动的等词义,将 real 作为形容词限定 property,则专指实物体的不动产或不动物财产权。在明知其意义的特定范围内,可省略 real,只提 property,仍译为不动产。例如,“不动产管理”一词的英文为“property management”。

Estate 一词在财产法中通常译为财产、地产或产业权、产权。“estate”概念源自英国早年的封建土地制度。英国自 1066 年诺曼征服后,建立了统一的中央集权制的政权,但仍然保留盎格鲁—撒克逊的习惯法,所有土地都被认为属于国王所有,英王一直是唯一的绝对的土地所有人,英王把土地附加一定的条件授予其他人,于是这些人就成了土地持有人或租借人。持有土地所受的条件限制总称“土地保有条件”(tenures),持有人保有的有关他的土地的权利之总和,就叫做他的产业权(estate)。换言之,私人不能享有土地本身的所有权,而只能拥有土地上的各种“产权”(estate)。对 estate 可粗分为两类四种:一类属于永业权(freehold estate,或称“自由土地保有权”),包括无条件继承的土地产业权(fee simple estate,这是可以持有的最大的产业权,类似于大陆法系所说的所有权)、限定继承的土地产业权(fee tail)和终身保有的土地产业权(life estate)三种;另一类是租业权,即限制保有的土地产业权(leasehold estate),亦称租借权。土地的租业权被看作是动产,因为租赁是合同之债权债务关系,而不是地产的权益让与。上述“产权”观念及英国法的传统随英国的殖民侵略传播到其殖民地各国和地区。1776 年美国独立后仍沿袭了英国法的传统,从而形成了不同于大陆法系的英美法系。随着地产权制度的发展,estate 一词获得了一种财产权的意义。英美法系的“产权”与大陆法系的“物权”这两个概念是不完全相同的。“物权”是指合法将特定的物归属于特定主体并由其依法直接支配该物、享受该物利益、排除他人干涉的权利。物权的客体为物。法国《拉鲁斯大百科全书》第 3 卷第 1698 页注明:“凡能构成财产的一部分并可占为己有的财富即为物。”法学中所谓“物”,狭义是可作为财产权利的客体、能被人力所支配、控制且能满足人们社会生活某种需要的有形体的东西(如土地、房屋、器具等物质性财产),广义还包括要靠

抽象思维去把握的无形体的东西(如土地使用权、知识产权、债权、商誉等权利性财产)。物权又划分为自物权(即所有权)和他物权(中国财产法学亦称“他项权”,是在他人所有物上设定的财产权利,包括用益物权和担保物权)两大类。虽然英美法系中也有“所有权”(ownership)一词,但该词并不像在大陆法系中那样具有严格的实际法律意义,法规中运用“所有人”(owner)一词时,其含义也往往不统一,在很大程度上是指“拥有人”或“持有人”。例如,英国法律文件中,“所有人包括财产继承人、终身租赁人及因各项信托而应得土地及遗产之租金或孳息者”(英国《国民参政法》第7条)。在美国,所有权一词常被用作财产的同义词,并广义地用来指对财物享有排他性的权利。英美法系特有的“estate”一词,加 real(不动的)限定,是指包含房地产开发经营业务的不动产权益或不动产。

用汉语“物业”一词来对译 real property 和 real estate 是否妥贴适当呢?汉语中的“物”作为名词主要有两种意义:一是指自然生成和人工形成的、可被人感觉的诸种客观存在的东西;二是指“我”以外的人、事物或环境,即特定主体以外的周围客体。汉语中的“业”作为名词主要有两种意义:一是指从事劳作的社会经济部门、业务领域或工作岗位,如第三产业、物业管理事业、就业;二是指归属一定主体所有的天然生成物及体力劳动和智力劳动的成果,亦即财产,如业主、家业。早期古汉语中“物”和“业”并不连用,而由“居”和“业”二字连用形成一词,意思是“产业”。“地之所生,出物不同,民之所资,事业有异”(唐代贾公彦:《周礼注疏·大司徒》),人民无居不能从业,无业不能安居,居业就是“定民之居,成民之事”(《国语集解·齐语》),使民依能(本事)从业,让民享物资生。《尚书·周官》中所载古代司空这一官职的职责就是掌邦土(掌管土地的分配利用)、居四民(安置士农工商各业人民按其能力分别居处山泽陆市各地方)、时地利。自中国古代法律中对财产作出了动产与不动产的区分后,一般称动产为物、财或财物,主要指衣物器具、畜产、奴婢、附着于土地的矿物、货币及有价证券等;称不动产为业、产或产业,主要指田宅和其他土地定着物。《宋刑统·名例律》规定:“器

物(动产)之属,须移徙其……地(不动产)即不离常处,理与财物有殊。”宋代称动产所有权为物主权,称不动产所有权为业主权,且将“物”、“业”二字连用形成“物业”一词。例如,《宋刑统·户婚律》中规定:“应典卖倚当物业,先问房亲,次问四邻,房亲著价不尽,亦任就得价高处交易。”嗣后,五代《册府元龟》中引周开封府奏文,略称:“其有典质倚当物业,仰官牙人业主及四邻人同属文契。”综观汉语“物业”一词本意,可以将物业理解为:广义是指人们生活和生产劳作所依赖、所利用的物质环境条件和归属一定主体所有的、包括动产和不动产在内的财产;狭义仅指不离常处(即不动)的、实物体的不动产。联系前面对 real property 和 real estate 的词义分析,可见用汉语“物业”一词作为对译,词义还是比较接近的,是可行的。当然,中英文之间的词义细微差别还是存在的,需在解释中予以明确。

1.1.2 “物业”概念的定义及物业的法律特征

基于狭义的物业仅指包括附属定着物的房地产这一认识,目前中国房地产法学界和物业管理规范性文件,对“物业”概念内涵和外延的见解基本一致,只是具体表述还各有详略不同。例如,上海市房产管理局沪房(1993)政字发第 554 号文件《关于上海市物业管理经营资质审批的规定》指出:“本规定所指的物业,是指已经建成并经竣工验收投入使用的各类房屋建筑及其附属配套设施和场地。”建设部房地产业司物业管理处在 1994 年 6 月发表的《简述物业管理》一文中认为:“物业是指已建成并投入使用的各类房屋及与之相配套的设备、设施和场地。各类房屋可以是住宅区、也可以是单体的其他建筑,还包括综合商住楼、别墅、高档写字楼、商贸大厦、工业厂房、仓库等。与之相配套的设备、设施和场地、庭院、干道。”

从法学和立法角度给“物业”概念下一个更为科学、严谨、周密的定义,应当结合中国物业管理实践的特色和国内外关于不动产的法律规定及法学通说。

从法学角度探讨“物业”概念的定义,可以作出广义和狭义两种定

义。广义的物业,是指已经划定东西南北四至界限的特定土地范围内具有不动产性质的由诸种物体和环境构成的财产,以及依法设置于该宗财产上的诸种财产权益。狭义的物业是指一定建设用地范围内归属特定主体所有或占用的具有不动产性质的具体实物及其包容的空间和环境。

从物业管理立法角度给“物业”概念作出一一般性立法定义,宜采用法学狭义的物业定义说,可以将“物业”概念更具体化地表述为:本法(或本条例)所称物业,是指一定建设用地范围内已建成和确定业主权益,有特定界线的各类房屋等建筑物及相配套的固定附属设备、共用设施、场地和其他土地定着物,以及该宗用地和房屋容括的空间和环境。

从上述建议性的立法定义,可以看出中国所用物业管理术语中的“物业”具有六个主要法律特征或属性:

1. 已存在的实物性。英语 property 和 estate 的词义有财产和财产权或产权双重含义,而且西方法学和法律实务偏重在财产权、财产权益的意义上使用这两个词。这是因为财产关系具有双重含义,即作为法律表现的意志关系和作为现实形态的生产关系,财产关系“只是生产关系的法律用语”^①,而西方法学者大都混淆了财产和对财产的权利二者的关系,将财产直接视为某种权利、权力,把财产关系等同于权利关系或法律关系,进而“从法律幻想的观点出发,不是把法律看作物质生产关系的产物,而是相反,把生产关系看作法律的产物”。^②实际上,“物只有在交往的过程中并且不以权利为转移时,才成为物,即成为真正的财产”^③。中国大陆所用的“物业”概念一般没有权利、权益内容,只是指已经客观存在的、人们可感觉到的有形体状态的土地房屋等具体实物和空间环境。房屋等物业的“已建成”是形成可使用、需实施管理的客观前提。因此,对于已设定预购业主权益的尚未建成的预售商品房,因其不具有已存在的实物性,就不能属于物业管理术语中的物业

① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第142、82页。

② 马克思:《资本论》第1卷,人民出版社1975年版,第676页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第70~71页。

范围。

2. 有定限的不动产性。民法学中的“不动产”概念,一般是指不能移动位置或者移动位置会引起性质、形状改变或降低其经济价值的财产(物)。对“不动产”概念的内容,各国民事立法的规定不尽相同。综观各国立法和学说,不动产有以下三种:(1)具有不可移动性的自然不动产,即土地及其附着物;(2)从属于或附着于自然不动产的动产,因其用途而成为不动产,如耕作用的家畜、农具,出租房屋中的浴缸,嵌在墙壁内的保险柜;(3)以不动产为标的的权利,如用益权、地役权,其中,第一种为各国通说,后两种为部分国家采用。

3. 具体化的单元性。“物业”一词在中国香港地区一般用以指有特定四至(东西南北)界线地块或房屋的一宗独立化的具体地产、房产或不动产,而中国大陆常用的“房地产”术语,通常用于指一个国家、地区或特定区域(如城市规划区、建成区等)建设用地范围内整体性综合概括的地产与房产,但有时也用于指某宗具体的不动产。物业的单元性,是指人们可以根据经济上或管理上的需要,将有特定四至范围的具体建设用地或/和房屋等地上定着物确定为一宗独立(单独、个别化)财产,以便确权、交易、使用或管理。“物业”概念定义中的“一定建设用地范围内”和“有特定界线”的提法,明确了物业的单元性、地产支托性和用地属性,至于建设用地的类型是住宅用地还是非住宅用地,则属建设用地的不同用途细分问题。

4. 功能上的空间性。构成物业主要内容的房与地,其基本功能是围括和提供一定的空间,让人们在其中进行生活、生产、工作等活动空间服务。能否以先进的技术手段在四至有限的房地范围内创造出尽可能大的宜人的生存空间、活动空间和良好的感觉空间,是评判一宗物业规划设计和装修装饰水平高低的重要标准之一,也是物业买主、承租人购买物业考虑的要素之一。经济学中,用产品(product)来表示所有供销售或交换的东西。长期以来经济学家将产品划分为物品和服务,当代经济学则把产品分为物品、服务和信息三大类。由土地和房屋构成的房地产实际上可以认为是一种中间产品(intermediate product),其

价值取决于它对其他产品(可享用空间、环境和水电等产品)的贡献,与作为满足消费的最终产品是不同的概念。人们买房、租房的实际或最终目的并不是获取房地实物本身,而是要支配房地容括的空间、环境和能为人们生活、生产活动提供便利产品(水、电、煤气等)的固定配套设备和设施。因此,空间权是房地产权的重要组成部分。

5. 含公益的环境性。环境是指围绕特定中心主体且能对该主体的存在、运动状况起一定影响作用的诸事物综合体。在以人类为中心主体情形下,广义的环境可分为自然生态环境和人文生态环境两大类。中国《环境保护法》第2条立法解释指出:“本法所称环境,是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、野生动物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。”在市场经济条件下,环境具有财产意义和属性,相应在法律上也设有维系环境的财产性权益。

6. 设权益的归属性。在存在所有制和法制的社会中,任何一宗客观存在的土地、房屋和固定附着物都是有属主或应明确属主的,物业的属主即业主依法享有合法设置物业上的所有权和连带利益,并且负有行使或委托他人代为行使对物业的管理权、维护权的境位义务。“物业”概念定义中强调“已确定业主权益”表明两层含义:一是已建成的物业是经过法定竣工验收程序验收合格并对该物业的属主已依法作了确定,一般以颁发了产权证为标志,中国房地产权属登记实务中通常将发给供销售物业的建设方或开发商的产权证俗称为“大产权证”,将发给购置或自建自用的物业所有者的产权证俗称“小产权证”。只要业主权益经过合法确定了,物业何时投入使用则是业主自己决定的事情,因此,不必在“物业”定义中写入“投入使用”的要求。二是任何一宗物业都是有特定属主的,业主要依法对属于自己的物业的管理负责,而其他人则负有不得非法侵害业主权益的义务。

1.2 “管理”、“服务”两概念的法学释义

1.2.1 “管理”的含义

从法学角度分析,管理是从人类社会组织产生之日起就存在,只是自制度文明诞生以来愈益科技化、专门化和精细化。在人类社会中,所谓管理是一种以人为主体的,将一定社会组织(国家、单位、家庭等)范围内的行政性事务与行为技术有目标地结合起来,追求人的活动有序化和高效益的规范性行为。为达成一定的行为目标(目的及目的的量化指标合称为“目标”),所能采用的行为规则、技术、手段和形式构成人的—定行为方式。管理的一般目的就是以科学理论为指导,想方设法促使人的行为方式符合劳动(包括活劳动和物化劳动)节约最大化、行为规程最优化、办事效率最高化、活动效益(包括经济效益、社会效益、环境效益)最佳化的自觉组控活动过程和行为后果的要求。管理的一般目的决定了管理作为—门专门化的行为本身具有三项突出的特性:—是规则性,管理须自觉建立和实施—定的管理准则、标准、规范;二是程序性,管理须按节约、效率、合理三原则,自觉地将人与人、人与资财和物资、人与资源和环境条件有效组织在—起,并协调好适当配置和相互作用关系,而使之形成有利管理目标顺利实现的人际关系和人物关系的良性秩序;三是控制性,管理须由指定的主体对管理事务范围内的人际行为和人对财物、资源、环境的行为,进行指导、协调、监督和纠正而使之不违反既定的管理规则,对违反管理规则的行为依职权予以查处,以维护管理秩序。

按管理对象的基本性质(人性、物性)不同,可将管理划分为两大基本类型:—是对人的管理类型,更确切地说,是对人的社会境位身份和社会行为管理类型,包括个人的自我约束管理模式(个人基于自己所接受的一定的社会身份和社会行为规则之理念,自觉进行自我约束而安份守己,不作出违反有关管理规则的行为)、组织的行政性管理模式(存

在于一定社会组织中的人们基于服从性组织隶属关系而由享有规定或约定的管理职权的人对他人依管理规则实施行政性管理,以组织名义指挥或约束他人行为)。二是对物的管理类型。这里所谓的“物”是广义的,包括有形物和无形物、动产和不动产、物质性资源、空间和环境。人对物的管理是基于一定的产权关系和对生产、生活资料的社会组织配置关系所形成的、由特定人对特定物按一定的技术规范和行为规则进行看管、保护、利用、维护、支配、处置的管理模式。

“物业管理”术语中的“管理”一词具有前述管理概念一般性定义的同义,同“服务”和“制度”概念有着内在的关联。

1.2.2 “服务”概念的含义

服务概念,可以有多层次定义。泛义的服务,是指一切能满足他人需要而进行的劳动或活动;广义的服务即一般意义的服务,是指为满足他人的某种需要而提供活劳动创造某种使用价值,并按活劳动的成果收取报酬的经济性活动;狭义的服务仅指活劳动提供方运用自备劳动资料和劳动技能,而劳动对象由消费者确定的活动。国际标准化组织(ISO)于1987年颁布的ISO9000质量管理国际标准,把产品定义为“活动或过程的结果”,产品包括服务、硬件、流程性材料、软件或他们的组合。服务在GB/T6583—ISO8402中被定义为:为满足顾客的需要,供方和顾客在接触时的活动以及供方内部活动所产生的结果。

广义的服务是社会总劳动的一部分,从生产过程中分离出来的经济性服务形式的劳动是人类劳动的社会分工的组成部分。它具有下述主要的一般属性:(1)生产劳动性。经济性服务是当作产业来进行的经济活动,生产出服务产品,并通过劳动交换实现服务产品的消费。这不同于那些不以劳动交换为条件的非经济性质的,只尽义务而不索取报酬的社会服务。(2)活劳动性。按劳动的存在或表现形式不同,可将劳动划分为物化劳动和活劳动两大类。活劳动又有体力劳动和智力劳动之分。服务属于活劳动类型。(3)商品性。马克思指出:“服务就是商

品。服务有一定的使用价值(想象的或现实的)和一定的交换价值”^①。在商品经济社会中,服务者的劳动具有二重性:其具体劳动(即依据特定的劳动条件,运用特殊的劳动资料在特殊的劳动对象上进行劳动)创造出服务的使用价值;其抽象劳动(即支出人的脑力和体力的活劳动消耗)创造出服务的价值。因此,服务就是商品。有商品就有市场,服务这种商品必然要通过市场进行贸易和供购,市场经济规律和价格、竞争等机制也自然会对服务的供求品种、数量、质量等发生制约作用。(4)成果非储备性。服务的表现形式是为他人提供活劳动,而服务式劳动的对象化即服务成果,称为服务产品。一般产品的流通是在生产过程结束之后进行的,而服务产品的流通是同生产结合在一起的。服务提供者需待消费者(客户、顾客)来购买服务产品时才进行活劳动,同时也就卖出了服务产品。(5)消费者介入生产性,亦称消费者主导性。在服务产品的生产过程中,服务者不可能自己准备劳动对象,要等待消费者的到来并提供或指定劳动对象,服务者才能进行劳动。例如,物业管理公司属服务型专业企业,自己要准备电脑等劳动资料和劳动者,但管理什么样的物业(劳动对象)和提供什么内容的特约服务,则不是物业管理公司自己准备和决定的。如果没有业主委托劳动对象,物业管理公司的各种服务设施就会被闲置,服务劳动者也因没活干而休闲。因此,服务产品生产过程的根本特征在于消费者的介入,这就使服务产品的生产活动、流通过程同消费者的消费活动交织在一起。

广义的服务与狭义的服务不同,在于其还包含了劳务。狭义的服务概念中的服务方须自备劳动资料,而劳务仅是服务者向消费者提供劳动力的活动,亦即劳动力的使用过程。劳务的提供方仅具有劳动力,劳务过程中,消费者不仅提供劳动对象,还要提供劳动资料。

本书所用“服务”一词,采用广义的服务概念作为其基本词义。物业管理的服务,是指专业化的物业管理企业及其从业人员,为满足物业的业主、使用人提出的与物业管理多种经营有关的需要而提供相应的体力

^① 《马克思恩格斯全集》第26卷第1册,人民出版社1972年版,第149页。

和智力劳动,并按劳动成果收取报酬的经济性活动。物业管理的服务除了具有广义服务的一般属性外,还表现出三个主要特征:一是以向物业消费者提供服务为主的服务综合性;二是以房地产服务为主的服务产品多样性,这里所谓多样性不仅是产品种类方面的多样,而且是产品形态方面无形的(如物业管理的咨询服务之口头成果、保安服务的巡逻成果)和有形的(如修缮房屋和清扫垃圾的效果)兼有;三是以服务营销为主的经营复杂性。物业管理的服务对象既有业主团体又有业主个体,各业主和物业使用人的素质有高低差别,对服务的需求也往往不一致,有些服务内容还直接关系到社区文化、人身和财产安全、社会价值观念、公共利益、城市形象等敏感问题,协调起来很不容易。服务具有易逝性和不可移动性,对服务的质量控制和供需调节也颇不易。服务质量在很大程度上取决于提供服务方的综合素质、业务技术水平和服务态度,而同一服务人员在提供服务过程中,其服务态度和业务技能发挥受各种因素影响,难以做到始终如一。这些客观情况为物业管理的服务营销增加了难度,对物业管理的经营者的提出了复杂性明显的努力要求。

1.3 “制度”、“法”两概念的法学释义

1.3.1 “制度”和“法”的含义

在汉语中,“制”有判断、以一定方式施加控制等意义,“度”有标准、界限、量度、衡测等意义。“制”与“度”二字连用之词义,有各种不尽相同的定义。从法哲学的角度将“制度”一词哲学化地理解为:制度是指由一定社会范围内的人类集体,在自觉确立一定的社会主体关系准则和各类主体行为的自由界限及一系列标准范式的基础上,建立相应的保证该关系准则和行为标准范式得到遵守的组织体系,并由特定的组织及其代表人依所享权力,采取相应的具有强制约束力的具体措施和方法来控制社会成员间的利益互动关系和追求各自目标实现的行为利害后果,从而起到组合、辖治和调整社会运行关系形成一定社会秩序

效应的强制性社会组织和控制方式(简称社会组控方式)。也可以将“制度”一词通俗化地定义为:制度是由一定社会范围内的人类集体约定俗成规定的或以法律规章形式制定、认可的,用以界定、约束、控制社会各种主体的社会境位(或法律地位)及其行为关系而使之符合特定秩序要求的,具有强制性的系列规范及其实施体系。它包括人们通常所说的体制、机制和具体规制以及法制。

制度的具体分类有很多,如政治制度、经济制度、文化制度、物业管理制度等。各领域、各方面、各行业的制度都可分为具有根本性、全局性的基本制度和衍生(具体)制度两大类。制度的制定和维护主体是居于社会或社会组织管理层的人。

在汉语中,“法”有模型、规律、规则、标准、公平、划一等词义,“律”从标准这个意义上,又被引申为约束、遵循和法纪、法令、规则等词义。“法”的概念定义在法学界有许多不同的表述并存在争议。从法对社会的影响能力和形式角度可以将“法”的概念定义为:法是在以国家形式管理人类社会的历史条件下,执政集团为保障本集团共同利益优先实现和控制社会公共利益、各级层组织利益、个体利益的矛盾冲突,确立和发展对执政集团有利的社会关系及结构秩序,为将自己的利益要求和意志上升为国家利益和国家意志,而依据现实的社会物质生活条件和社会文化环境,通过其主持的国家特定政权机关制定或认可具有普遍约束力的社会境位关系规范、各境位主体行为程式规范和技术性规范的规则体系,并依靠政权组织系统的活动和压服力量支持该规则体系的实施,从而起到强制性组合、治理(辖治、调整、管理)、控制社会重要关系效果的一种具有国家意志性、规范性和政权强制性的社会组控方式。

更抽象地哲学化地说:法是反映特定社会历史阶段中主流的公平正义理念和被执政集团认同的社会共同利益要求,具有政权强制性和普遍约束效力,可持续反复适用于一定社会关系的组控人们社会境位和社会行为之标准、规则和范式的总和。

法是由执政集团主持制定或认可的,因此,法的本质必然是体现执政集团在划分社会各级层组织主体和个人的社会境位及行为自由和权

益域界,优先增进和保护何种主体利益、控制和平衡哪些社会主体的利益冲突等方面的共同意志。法学中所谓意志,是指社会各级层组织主体和个人根据一定的立场、观念、信念和利益要求,自觉地策划确定一定的行动目的和行为方法的愿望性心理状态。由于社会各级层组织和个人都有各自的利益要求和意志,这些利益要求和意志有的相同或近似而有的相异甚至对立冲突,有的同执政集团的利益要求和意志也相对立冲突。因此,要使执政集团的意志能超出本集团范围而得到全社会所有成员和非执政集团的奉行,就必然要将执政集团的意志作为法的内容以“国家(政权)意志”形式通过国家政权机关制定、认可相应的法律规范系列并以政权机关名义发布实施,佐以政权组织系统中的压服力量作为支持后盾,威慑和镇压不服从法规意志即国家意志亦即被奉为法律的执政集团意志的违法者,从而使法具有不得任意违反、必须遵守奉行的约束力。

法与法律是相联系而又区别的两个概念,法是运用具有普遍约束力的体现国家意志的一般规范体系来组控社会的方式,法律从狭义上讲则是这种一般规范体系的具体形式之一,只是法的一种主要表现形式,即由一国最高立法机关制定或认可的规范性文件及文件总和;从广义上讲法律是表现法的各种形式规范性法律文件(宪法、法律、法规、政府规章等)以及具有规范性内容的判例等的总和。

1.3.2 “制度”与“法”两者的共性和区别

“制度”与“法”的主要共性。

1. 它们的约束对象即受控客体都是居处于一定社会境位中从事社会活动的人。

2. 它们的基本功能都是定位(界定主体的社会境位和各境位间关系)、定式(确立主体行为程式,包括主体行为的基本原则、主体权利和义务具体规则、行为程序和承担行为后果的报应方式)、定序(确定和维护符合创制者利益要求的社会秩序)。

3. 它们的内在基本要求都是:自觉协调社会各种主体(个人、组织

或集体、民族、国家、国家集团等)间矛盾利益关系,确立主体的社会境位和基本生存方式,规范主体的行为程式,建立社会秩序的控制系统。

4. 它们的主要效用都是:以一定的规范形式(简称范式)将社会的特定主体与其他主体的关系境位、主体与主体行为的客体(对象)、主体行为与其他主体行为联系起来,使其相互作用关系的效果符合范式隐含的秩序目标要求,消除各主体之间交往关系的不确定性,降低人们之间交易风险,促进人们行为效率和创新、合作效益的提高,防止个人主观随意性作用对社会秩序的破坏。

5. 它们的抽象表现形式都是:相对稳定的具有组织强制性的社会规范体系。

6. 它们都具有下列八个基本属性:客观性(不以个人意志为转移而易化)、人为性(由人们自觉创立、改良和革除)、规范性(通过境位规范、行为规范、技术规范 and 申明规范来确立一定的制度)、实体性(要有将制度落实的组织实体、社会能量、操作人员和相关设施)、强制性(具有强迫相关人必须遵守制度的约束力和对违背制度规定的行为予以惩罚)、环境性(制度构成人们生活和生产的社会环境,从而直接影响着人们的生存、发展和交往方式及境况)、持续性(制度一经形成就会产生较长期地稳定连续的作用和影响)、文化性(是社会文化的组成部分)。

7. 它们都是自觉性的社会控制方式,都反映了人类社会的文明。文明一般是相对于原始、野蛮和蒙昧而言的。人类社会的文明包括物质文明、制度文明和精神文明三个相互有机联系、相辅相成的方面,它标志着人类社会的开化和进步程度。文明教人们懂得只有维护公共秩序、公共安全、公共利益,才能有自己的利益。制度文明是人类自觉改造社会的成果,主要表现为在人类社会生活中各种行为规范和组织体制的生成、构建和扬弃、完善。制度的出现是人类开始自觉地尝试塑造人及人的社会之生产方式、生活方式和行为方式的标志,是人类进行自我管理、相互约束并形成有稳定秩序的社会,有效调节人与他人对立统一关系和人与自然界对立统一关系的有效方式。法的出现并未取代制度,相反,将社会重要制度法律化,强化了制度的约束力,充实和发展了制度文明。

“制度”与“法”的主要区别。

1. 制定主体和强制性不同。制度是由一定社会组织中的组织成员集体约定或该组织领导层根据组织需要和利益制定,并由其自行组织实施,制度的强制性是以该社会组织的纪律规定及执行方式为保证的;法的制定和组织实施都是国家及其政权机关根据执政集团共同意志和利益要求所为,法的强制性是以政权强制力量(法院、军警、监狱等)为保证的。

2. 制度和法律规定涉及的社会关系组控范围、规定形成程序和成文形式、规定的奖惩报应种类和报应方式、规定的普遍效力等方面也有明显差别。

3. 产生和存续的历史动态不同。制度是在原始社会中后期随着社会生产力和分工的发展以及生活资料家庭私有制出现、社会成员个体利益与社会公共利益有明显区分时开始产生的,而法是在原始社会终结阶段,由于社会出现了以劳动力和生产资料私有制为基础的级层群体(特别是剥削集团)利益,并与个体利益、社会公共利益的矛盾冲突激烈化时,才与国家同时产生的。

对于制度和法所具有的根本性意义,套用 H. 德姆塞茨所言,其意义在于它们能帮助人们形成一个稳定和合理的预期,为人们理性地选择如何行为提供了约束条件,从而给予人们有行为保障的信心。有利于消除人们之间各种交往的不确定性,降低交易风险,进而激励创新,促成合作,在互利和共荣的基础上各得其所,实现人生幸福的追求心愿。

复习思考题

1. 什么是物业?
2. 物业的法律特征有哪些?
3. 什么是服务?服务有哪些一般属性?
4. 物业管理服务有哪三个主要特征?
5. “制度”与“法”两者有哪些共性和区别?