

The background is a deep red with a subtle texture. Four golden spheres are arranged in a square pattern, with two at the top and two at the bottom. On the left side, there is a vertical golden plaque with intricate carvings, including what appears to be a dragon or mythical creature. The title is centered in large white characters.

物业服务合同 实务研究

刘文清◎著

STUDIES ON PRACTICES
OF REALTY
SERVICE CONTRACTS



法律出版社
LAW PRESS CHINA

物业服务合同 实务研究



刘文清◎著

STUDIES ON PRACTICES
OF REALTY
SERVICE CONTRACTS



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

物业服务合同实务研究/刘文清著. —北京:法律出版社, 2007. 6
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7431 - 0

I. 物… II. 刘… III. 物业管理—商业服务—经济合同—
研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 077512 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/14.75 字数/233 千

版本/2007 年 7 月第 1 版

印次/2007 年 7 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆分公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7431 - 0

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

一部丰富物业管理理论与实践的佳作(代序)

前段时间我在德国讲学,刘文清通过电邮发来消息,说她的博士论文《物业服务合同实务研究》即将出版,嘱我作序。她在写作该论文时就曾找我交流过,此次重新拜读,更觉其新意良多,对我们正在进行的物业管理方面的立法与实践颇多启迪。因此就此文所讨论的物业管理问题谈一点感想,也算不负所托。

物业管理(2003年的国务院《物业管理条例》已改称为“物业服务”),是指物业管理公司通过“三位一体”(经营、管理、服务)的综合服务,不仅能维护好物业及附属设施,使物业保值增值,还能够创造安全、整洁、优美、舒适、方便的物业软环境,其中包括影响人类生存、发展和享受的各种必需条件和外部变量因素。随着房地产业的发展,物业管理的重要性正日益显现出来,在现实生活中物业管理的质量直接影响甚至决定物业小区市场价值的事例已屡见不鲜。这些年国家对动态的物业开发监管较严,而且这方面的立法相对比较健全。但物业管理方面的立法则一直滞后,导致实践中出现的很多令人困惑的问题长时间存在而得不到解决。如(1)管理法规滞后,不同条块的立法之间存在矛盾。尤其是曾经存在过相当长时间的国务院部门规章和地方法规的冲突,令地方管理部门和司法机关无所适从。举一个例子:建设部的文件曾经规定物业维修基金按“谁受益谁负责”的原则由业主负担,但广东省1998年的《广东省物业管理条例》规定由建设单位按一定比例负担维修基金。虽然后来(2003年)国务院颁行的《物业管理条例》解决了这一问题(确定由业主负担),但在这之前的争议如何解决,法院还是一筹莫展。(2)业主委员会作为物业小区业主自治组织的作用没有得到正常发挥,这是一个全国性的问题,主要是首届业主大会召开难,业主委员会成立难。(3)个别物业管理企业服务意识不强,还没有完成从过去的“管理者”向今天的“在管理中服务,在服务中管理”的观念转变,少数物业管理公司本身操作不规范,服务不到位,处理问题不恰当,导致矛盾频发。

(4)政府有关部门参与物业管理的力度和水平不当。本来政府的适度干预是规范物业管理发展的一大推动力量,但现在的问题是政府常常是两个极端:要么无为而治,漠然处之,要么动辄干预,越俎代庖。如有的街道为收取小区停车场费、卫生费、治安费等,抵制物业管理公司的管理;有的派出所仍然以每个保安缴交管理费或以收取治安联防费的名义向物业管理公司收费,加重了物业公司的负担,最终加重了业主的负担。更多的地方政府则视物业管理问题为“鸡肋”,能不管则尽量不管,导致小区物业管理争议向家务事一样“清官难断”。连法院这样的司法部门也是畏首畏尾,久拖不决。(5)物业管理(服务)合同的缔结严重违背合法和公平竞争的原则,母公司开发、子公司管理的方式相当普遍,由于业主自治组织的成立难,很多小区都是从过渡时期的开发商委托管理开始,一直持续数年甚至一二十年。这种没有竞争的委托服务合同存在很多问题,也是造成小区不安定的重要因素之一,小区一旦存立业主组织,往往第一件事就是委任新管家,并对原任管理公司发难,新旧管理公司交接难已经是一个普遍的问题,不少小区都曾出现过两家管理公司同场“管理”的尴尬局面,甚至为争斗管理权不惜刀兵相向。(6)与物业服务相关的矛盾突出。如业主委员会与管理公司的矛盾,开发商与业主的矛盾,物业的维护与收费的矛盾,等等。业主、业主委员会与物业管理公司的矛盾,主要在收费问题上,政府给的是指导价,业主与管理公司协商时,业主不接受政府的指导价,因此,产生了矛盾。还有发展商兴建物业的遗留问题转嫁给了物业公司,使原来的开发商与业主的矛盾变成了物业管理公司与业主的矛盾。在一些商品房开发面积较大的城市,一些地方政府把建设和谐社会的主要工作精力就放在创建和谐小区上。足见物业小区的秩序和安定对社会稳定的影响和重要程度。

2003年国务院的《物业管理条例》正是为了解决这些问题而在争议声中出台,但这些问题的最终解决不会因为有了这部法规而一劳永逸。各地从来就没有放弃以“因地制宜”的立法和政府干预模式解决物业管理领域的诸多问题。在国务院的《物业管理条例》出台前,与房地产发展程度的地区差异性相对应,物业管理的立法、制度和实践也一直存在地区差异,比较成熟和丰富的规则就是来自北京、上海、广州、深圳等房地产业发达地区的实践和探索,包括一些至今还硝烟未尽的讼争。刘文清生活工作在广东,这里是房地产开发较早、市场化程度相对较高的地区,由于研究素材的丰富,加上一些学者们自己也是业主,他们以切身经历思考和研究这些问题,自然颇多心得。选取一个在现实中充满困惑与争议的论题是需要勇气的,毕竟领先研究的工作没有多少现成的东西可

以借鉴,尤其作为一个亦官亦学的研究者,这种勇气更属难能可贵。

当然,读者的心灵是自由的,不必受我的影响。相信在《物权法》已经颁布、物权法研究渐成热点,在物业小区的秩序和安宁受到各级政府和广大人民群众高度关注的今天,刘文清博士的著作一定会显现出其应有的价值。因此我在这里衷心地这部著作推荐给大家。

孙宪忠

2007 年 4 月于北京

目 录

第一章 导论:问题、意义及方法	1
第一节 选题背景、问题与研究意义	1
第二节 研究方法的基本思路	8
第二章 物业服务合同概论	11
第一节 物业管理与物业服务合同	11
第二节 物业服务合同的性质	23
第三节 物业服务合同的基本原则	28
第四节 中外物业服务合同的异同	35
第三章 物业管理权	44
第一节 物业管理权的内涵与性质	44
第二节 物业管理权的基础:区分所有权理论	50
第四章 物业服务合同的主体	60
第一节 合同相对性原理与物业服务合同主体	60
第二节 物业服务提供者——物业管理企业	63
第三节 业主或业主团体	65
第五章 物业服务合同的内容	94
第一节 当事人的权利义务	94
第二节 物业服务费用	114
第三节 专项维修基金的管理	121

第六章 物业服务合同的效力	124
第一节 物业服务合同的有效要件	124
第二节 物业服务合同的可变更可撤销、效力未定、无效情形	129
第三节 物业管理企业转委托的情况	135
第七章 物业服务合同的违约责任	139
第一节 物业服务合同的违约形态	139
第二节 物业服务合同违约责任的特点	144
第三节 违反保安义务的违约责任	151
结论	159
参考书目	164
附录	170
中华人民共和国物权法	170
物业管理条例	198
广东省物业管理条例	208
深圳经济特区住宅区物业管理条例	216
后记	227

第一章 导论:问题、意义及方法

• 第一节 选题背景、问题与研究意义

一、选题背景:物业管理的发展

物业管理(Real Property Management)是指物业管理企业根据物业所有人的委托对物业进行养护、修缮,并对相关环境和秩序进行服务的活动。

西方的物业管理历史可以追溯到19世纪60年代的英国,一位名叫奥克维亚·希尔(Octavia Hill)的妇女为她所拥有的出租物业制定了一套规范管理租户的办法,这套办法不仅改善了居住环境,还引得邻人纷纷效仿。经过一个多世纪的发展,西方的物业管理行业不仅有了长足的发展,还相应地制定出了比较完备的相关法律法规。如大陆法系国家中法国的《住宅分层所有权立法》,德国的《关于住房所有权及继续居住权的法律》以及《第二次住宅建筑法》,日本的《有关建筑物区分所有权之法律》,奥地利的《住宅所有权法》,荷兰、葡萄牙和西班牙也制定了特别法。英美法系国家也制定相应的成文法,如英国的《住宅法》、美国的《公寓大厦所有权创设之形态法》。

我国香港地区的物业管理,起源于第二次世界大战后。20世纪50年代的香港公共房屋蓬勃发展,为物业管理的发展提供了广阔的舞台。香港的住房制度体系大致分为公共屋村、私人楼宇和居住小区。1966年香港成立了英国皇家物业经理学会香港分会,并制订了部分法规。香港政府直接负责物业管理的机构是房屋署;香港的物业管理公司协会成立于1990年,该协会代表物业管理公司发言,并可进行行业自律。

我国内地的物业管理行业是随着改革开放和经济的深入发展而逐渐产生的,特别是由于我国房地产业的迅速发展而逐渐发展壮大。就行业性质而言,物业管理属于第三产业——服务业,它的兴起和发展有赖于房地产业的发展,

只有房地产业发展到一定程度和规模,才能有为其提供服务的配套行业——物业管理行业的发展,才能为物业管理行业提供发展的空间和基础。改革开放以来,我国房地产制度发生根本变化,房地产业也得到快速发展,具体说表现在以下三个方面:

第一,私有住房数量的剧增,尤其是商品房开发面积日渐巨大,使物业管理行业发展势在必行。改革开放之前,我国一直实行的是大包大揽的计划经济,在这样的经济体制下,没有私有制经济存在和发展的空间,绝大部分房屋都属于公有,即使有少量私房也无法形成现在人们所谓的房地产业,更不用说物业管理了。在这种情况下,房屋的所有权归国家,使用权则由个人所在单位的房产部门依照一定的条件分配给个人。涉及房屋公共区域问题时,由居委会出面协调和解决,因此住户只需处理与所在单位的关系即可。在这种体制下,住户虽然是房屋的直接使用人,本应与房屋有着最直接、最紧密的联系,但对房屋的管理漠不关心,使得住户的积极性无法调动,造成了房屋使用者在房屋关系中的“主体缺失”。随着我国对市场经济认识的逐步深入,从认识市场经济是社会主义经济的有益补充到社会主义经济的重要组成部分,政府进一步放宽经济政策,市场经济的活力逐渐显现出来。私有产权成为国家承认并得到保护的一项重要个人权利。个人可以拥有房屋的全部产权或部分产权,使所有权与使用权归于一人。先富起来的人们不再满足于以前狭小的公有房屋,而选择宽敞、明亮、居住更舒适、更能体现个性的私有房屋居住,房地产业也就随之发展起来。

第二,商业用房的出现,给物业管理提供了更广阔的市场空间。公有制下,各单位的办公场所或营业地点都是公有的,不存在商业用房问题,随着市场经济的蓬勃发展,私有公司的大量出现,必然会面临私有公司办公场所的问题,大量商品房的租赁或买卖解决了这一问题。

第三,人口流动的增加、房屋租赁业的兴起,为物业管理行业的进一步发展开辟了新的渠道。计划经济体制下,作为企事业单位的员工,各单位都会为其解决住房问题,人们都固守单位所在地终其一生,少有流动。而在私有制经济下,企业的员工可能来自全国各地,甚至以外地人居多,企业不解决包括住房等一系列的福利问题,而将此问题推向社会。这为房地产业的发展提供了机遇。

经过十几年的发展,房地产业已经达到一定的规模,尽管还存在许多尚待完善的地方,但至少为物业管理行业的出现和发展提供了最根本的基础。目前全国有房地产开发企业近3万家,从业人员100多万;房地产估价机构近

5000 个,从业人员 10 万人;房地产经纪机构 2.5 万个,从业人员 20 多万人。^①可以预见,随着经济建设的快速发展,房地产业的进一步繁荣,物业管理行业会日益发展壮大。这为我国物业管理法制的发展提供了条件。

我国的物业管理经历了一个探索的过程。20 世纪 80 年代初期,广州和深圳等地在借鉴港澳地区和国外先进经验的基础上,结合我国内地的实际,首先推行了物业管理的方式。广州市从 1981 年开始,在东湖新村开始了新型住宅区管理。该新村的开发商东华公司参考香港经验,在新村内建立管理处,该管理处制订和实施了具体的管理措施:维护小区规划和楼房外貌,制止乱搭乱建,楼内和楼外公共道路、空地等统一实行清洁卫生管理;实行美化、绿化环境,统一种植和养护花木;代购物品以及代管房屋、代管车辆等等。虽然,当初的管理水平较低,但这种管理模式成为我国物业管理的开端。深圳市的住宅小区管理也是从 80 年代初起步的。1981 年 3 月特区房地产公司建成了几个涉外商品住宅小区,随即成立物业管理公司,这是我国第一家物业管理公司。到 1988 年,由企业实施管理、由房管局实施业务指导和监督的住宅区管理体制在深圳市已基本形成。这套管理体制由专门的机构和人员,通过与房屋业主、使用人订立合同,对已竣工验收、投入使用的各类房屋建筑和附属配套设施及场地,及经营的方式进行管理,同时,对房屋区域周围的环境、清洁卫生、安全保卫、公共绿化、道路养护等实施专业化管理,并向业主、使用人提供多层次的综合性服务,该专门机构业务受房管局的监督。进入 90 年代以后,深圳市的物业管理得到了长足的发展。1993 年 6 月 30 日深圳市成立了国内首家物业管理协会。1994 年该市首先在住宅小区引入竞争机制,通过招投标选择物业管理公司,打破了物业管理单位的终身制,同年又颁布了《深圳经济特区住宅区物业管理条例》,这为深圳市物业管理的规范化、法制化奠定了基础。物业管理是市场经济的产物,随着房地产经济的迅速发展,我国国内其他大中城市的物业管理也应运而生。各省、直辖市相继颁布了物业管理条例、办法等。如 1995 年的《北京市居住小区物业管理办法》;1997 年上海市颁布的《上海市居住物业管理条例》,该条例为物业的使用、维修和其他管理服务活动,以及维护业主、使用人和物业管理公司的合法权益提供了法律保障;1998 年广东省颁布的《广东省物业管理条例》。2003 年 6 月 8 日国务院颁布了《物业管理条例》,从此,我国关于物业管理方面的法规体系基本形成。

^① 赵代松主编:《房地产开发与经营》,中国林业出版社 2002 年版,第 20 页。

然而,尽管我国的房地产业得到快速发展,我国物业管理方面的法规逐渐完善,我国的房地产纠纷仍然相当常见,侵害业主的案件很多。随着社会的发展,人们的法制观念日益增强。人们从以往的耻言微名薄利、羞谈权利义务,到把双方的权利义务落实到书面上,以明确双方的权利、义务与责任。往日陌生的合同、生疏的法律条款,现在已成为普通业主耳熟能详的内容。物业服务合同明确了业主与物业管理企业之间的权利义务,这为日后发生纠纷或争议,提供可以依恃的凭证。物业服务合同的作用自不待言。物业服务合同是连接物业管理活动有关各方的纽带,也是物业管理关系成立和存续的核心。因此它的订立与完善与否直接关系到能否理顺各方关系,以致影响物业管理行业的发展。作者以物业服务合同为题,通过探讨物业服务合同的基本理论,指出我国物业服务合同的不足之处,提出完善的见解,并主张物业服务合同的法制化。

二、问题

目前,我国物业服务合同存在下列几个问题:

1. 物业服务合同与政府干预间的关系。物业服务合同的性质是民事合同,进一步讲是委托合同。物业服务合同应当遵循意思自治,崇尚自由平等。但是,由于我国的物业管理行业产生于住房制度的改革,所以我国物业服务合同从产生开始就受到较大的行政干预,长期以来,我国物业服务合同被称为物业管理合同,直到我国《物业管理条例》颁布时才确定为物业服务合同。因此,明确物业服务合同的性质,尽量减少政府的干预,扩大业主的自主权是物业服务合同的关键问题之一。

2. 物业服务合同主体的缺失。业主、业主大会、业主委员会,谁是物业服务合同的一方主体?这是一个难以选择的问题。业主是物业服务合同权利义务的承担者,如果业主不能成为合同的主体,则业主的权利难以得到保护。但是,业主作为主体也存在问题。第一,由于业主较为分散,力量较为弱小,因此,业主个体很难对抗物业管理企业,因此,其权利得不到保护;第二,由于业主之间的意志具有多元性,当物业管理企业侵害业主的整体利益时,业主整体很难组织起来,这样几乎不能保障自己的权利。因此组建业主大会成为必然。但是,业主大会成为合同主体也存在问题。因为:第一,业主大会没有独立的财产,不能独立承担责任;第二,其并不是合同权利义务的承担者,合同的责任是由业主来承担的;第三,如果业主的权利受到侵害,则业主不能直接提起诉讼,只能通过业主大会来主张自己的权利,这就陷入了两难的境地。因此,物业服务合同

的主体问题是一个很重要的问题。

作者认为业主委员会是业主大会的执行机构,业主委员会不能成为合同的主体,业主大会是我国物业服务合同的一方主体。我国《物业管理条例》第35条规定:业主委员会应当与业主大会选聘的物业管理企业订立书面的物业服务合同。虽然业主大会成为主体,但业主大会类似于合伙企业,只具有部分的权利能力,其主体资格不能完全吸收业主的主体资格。作者对这个问题进行了深入的论述。

3. 物业管理费用问题。业主方面,认为物业管理公司漫天要价,缺乏法律依据,而服务项目过少,无法满足其需要。同时,业主们还普遍反映物业管理费和维修基金交付方式不合理,如一人住就需缴纳2到3年的费用,而且还存在基金管理和使用的问题,认为物业管理公司所收取的修缮费用大大超过其成本。另一方面,物业管理公司认为收取费用困难,单个业主提出的个别要求多,难以满足。另外,双方还在房屋质量维护、电梯安全、绿地与绿化、会所使用、保洁保安、取暖、车辆管理以及公共设施管理等方面存在争议。并且这些方面的问题并非单一存在,而是各种问题同时或相继出现,使得业主与物业管理公司关系恶化。此外,物业管理费用也受到政府的较多干预。因此,如何确立公平的物业管理费用是合同当事人非常关心的问题。

4. 物业服务合同责任承担问题。物业服务合同的归责原则是过错原则还是严格责任原则?物业服务合同的违约损害如何赔偿,特别是当物业管理企业违反保安义务时如何承担责任都是很现实、关系当事人切身利益的问题。

5. 物业服务合同的理论基础问题。任何合同都有一个理论基础,物业服务合同实质是关于物业管理权的授予与行使问题。物业管理权的理论基础为业主所享有的区分所有权理论。因此,物业服务合同、物业管理权、区分所有权理论之间的关系也是必须要探讨的问题。

从上可见,物业服务合同具有很多的特殊性,是一个很具有个性的合同。它是一个新的研究领域,存在很多问题。作者在本书中对上述问题进行了深入的探讨,并提出一些见解与解决问题的途径。

三、意义

研究物业服务合同不仅对我国的物业管理活动,而且对法学理论研究都有着积极意义。

(一)有助于提高物业管理行业以及房地产业的服务质量

物业管理行业方面,通过物业服务合同的签订明确了物业管理公司的权利义务,促使物业管理公司面对当前存在的问题,认真反思自身存在的不足,转变业主可以任意摆布的旧观念,树立“业主就是上帝”的服务意识,提高服务质量,丰富服务项目和内容,认真履行物业服务合同的义务,实现管理的自动化、人性化,不断改进服务手段,抛弃陈旧的管理模式和落后的设备设施,以适应服务对象不断提高的要求。物业管理公司还应做好与业主的沟通工作,急业主所急,想业主所想,多听取业主的意见和想法,才能使自己的服务工作与日益变化更新的服务要求保持一致。

房地产业方面,由于物业管理是房地产业发展到一定程度的必然产物,随着房地产业的蓬勃发展,物业管理行业也逐渐被社会理解和接受。作为房地产业的配套行业,物业管理行业只有不断提高自身水平,才能更好地为房地产业服务。事实上,物业管理行业本来就是房地产业的有机组成部分。实践中物业管理公司往往就是房地产开发商自己的分公司。优质的物业管理可以增强房产的竞争力,而不完善或存在严重缺陷的物业管理必然阻碍房地产业的发展,无法解决购房者的后顾之忧,也使得房地产业无法顺利健康地向前发展。可见,物业服务合同的签订,进一步规范物业管理公司的行为,使优质的物业管理服务得到更可靠的保障,这为房地产业的壮大奠定了基础。

(二)有助于增强业主(购房者)或使用人的权利和责任意识

由于物业管理行业是新兴产业或者说是朝阳产业,其行业规范尚不够健全,物业管理活动仍显得混乱。业主作为单个个体,如何保护自身权利显得尤为重要,笔者认为应从两方面考虑:第一,业主需要树立权利意识。从物业服务合同的签订到实际履行中的业主大会召开,再到业主委员会成立,各种服务项目的开展到违约责任的划分,违约金的支付,赔偿责任的承担等等,均需要业主有强烈的权利意识,能够监督物业管理公司履行职责,维护自己的合法正当权益。实践中有些业主聘请律师提供咨询意见或直接委派律师代表自己与物业管理公司谈判,很好地保护了自己的利益。第二,业主需要明确自己的权利、义务和责任。业主仅具有权利意识仍不够,因为权利意识需要具体权利的充实。业主通过签订物业服务合同就能知晓自己权利的具体内容,大到物业产权,享受物业管理服务的权利,小到花园,会所等公共设施的使用问题,只有这样才能真正保护自己的利益。业主不必对每一项权利倒背如流,但物业服务合同应对物业管理活动中的每一细节问题加以规定。业主可以随时查阅,以便为自己的

权利主张找到依据。同时,业主也应明确自己的义务和责任,如支付管理费,配合物业管理公司的管理等。

(三)对立法和理论研究有着积极意义

1. 立法方面,通过探讨物业服务合同拓宽了合同法的研究领域。在现代社会,没有法律规范,任何管理行为都将无章可循,我国物业管理行业长期以来缺乏相关法律法规,而各省市地方性法规又不完善,而且相互矛盾很多,直到2003年6月8日国务院才颁布《物业管理条例》。这是我国第一部物业管理方面的行政法规。但该条例对物业服务合同的规定却不多,除了对合同的签订、维修基金做了规定外,有关物业服务合同的很多内容都没有涉及,如对物业服务合同的主体、效力、责任均缺乏规定,需要进一步完善。因此对物业服务合同的研究能够对我国的物业服务合同立法起到一定积极作用,同时,可以进一步扩大合同法的调整范围。

2. 理论研究方面。从某种程度上说,理论总是滞后于现实的。在法律方面尤其如此。只有当社会生活中出现了某种新的现象,并且达到一定规模才能引起研究者的注意和兴趣,偶然的、非规律性的现象都无法进入研究者的视域。对物业管理行业这一新生事物的讨论和分析,在我国理论研究方面的积极意义,主要表现在以下两个方面:第一,有利于加强对私法的认识。任何知识或理论的得出都来自于其所产生的时代背景和相关领域的知识的积累,当然,任何理论都有其自身不可避免的局限性。对于变化了的形势和情况,再适用旧有的理论加以解释可能达不到目的反而会造成错误。我国物业管理长期以来受行政干预太大。但在市场经济下,通过物业服务合同进行的物业管理应当是民事活动,是私法范围,虽然受政府的干预很大,但仍然遵循意思自治崇尚平等自由。第二,有利于加深对物权、债权的认识。物业管理行业的出现有其自身的特点,不同于以往房地产业中的商业用房的审批、物业的开发、产权的分配等问题。它的出现带来了新问题,也为理论研究开辟了新的领域。现有的物权、债权理论在新问题中得到新发展,可以使我们对事物和理论的认识进一步深化。例如对物业服务合同主体的论述、效力的论述、责任的论述都会有一些新的发现。物业服务合同与一般合同相比有一些特殊性,不能作一般的理解,而应以现有理论做相应的新的解释和评价。通过研究可以拓展视域,加深认识,增强理论的指导性。

• 第二节 研究方法及基本思路

一、研究方法

方法是解决问题的途径,正确的方法才能找到问题的症结,才能使问题迎刃而解。而解决问题的方法又必须针对问题的实际,具体问题具体分析。作者对物业服务合同主要采用理论联系实际、比较的研究方法:

1. 理论联系实际的方法

理论指导实践,实践检验理论,理论与实践是相统一的,没有理论的实践是盲目的实践,没有实践的理论是空洞的理论。这是马克思主义的基本原理,也是我们研究社会现象的基本方法。

对物业服务合同的研究,同样必须采用这一方法。一方面,物业服务合同是实践性很强的合同,是市民百姓都可能接触到的事情,它关系着老百姓的安居乐业。因此,我们必须深入实际才能找到物业服务合同的关键所在,并找到解决问题的方法。另一方面,物业服务合同又植根于民法的基本理论,因此,我们必须用民法的基本理论,特别是民事主体、物权、债权、合同法的理论来解决物业服务合同的问题。民法的一般理论对物业服务合同的实践具有指导意义,同时,物业服务合同的立法实践又可以丰富和完善现有民法的理论。

2. 比较研究方法

有比较才能鉴别,有鉴别才能发展。正如斯旺森(Guy E. Swanson)所指出:“没有比较的思维是不可思议的,如果不进行对比,一切科学思想和所有科学研究,也都是不可思议的”。^①比较方法是法学研究的基本方法。比较方法常常给我们以很多超出比较结论以外的启发。文章中作者对中外物业服务合同进行了比较,对物业服务合同与一般合同进行了比较,使人们更清楚地了解物业服务合同的特点,把握其特性。

在比较法中,功能主义是一项重要的研究原则。茨威格特和克茨教授指出:“全部比较法的方法论的基本原则是功能性原则,由此产生所有其他方法学的规则——选择应该比较的法律,探讨的范围和比较体系的构成等等。”甚至,“人们不能够对不可能比较的事物作出比较,而在法律上只有那些完成相同任

^① 转引自[美]尼尔·丁·斯梅尔塞:《社会科学的比较方法》,第2页。

务、相同功能的事物才是可以比较的。”功能主义的要求是,“如果人们进行比较法研究工作时在外国法当中‘找不到任何东西’,这首先只意味着,人们必须对自己的‘原始问题’进行反思,并且必须清除本国体系的一切教条主义的成见”。^① 经验事实表明,没有同功能相关联而只是比较各个解决措施,就是说,只是比较所有解释方法,是很少有实益的,甚至可能导致错误。^②

“他山之石,可以攻玉”,比较的目的并不在于区分不同事物的特点,而在于借鉴,在于解决实际问题。因此,笔者在本书中所作的比较不仅在于全面深入地掌握物业服务合同,更在于揭示物业服务合同存在的问题,并力图找出解决问题的途径。

二、研究思路

在分析和研究物业服务合同过程中,主要按照以下思路展开:

1. 通过归纳总结有关理论观点,完整地分析和界定物业服务合同的概念。由于目前分析和研究物业服务合同才刚刚起步,不论是国外还是国内的有关文献都较少。对物业服务合同中涉及的某些观点和提法存在不同看法。因此,本文以实证方式分析一些典型国家或地区的物业服务合同,说明物业服务合同中的普遍性和差异性,以系统分析和研究物业服务合同的概念、性质、特征作为出发点。

2. 分析物业服务合同的内在本质特征。物业服务合同除了具备一般合同的性质外,它还具有自身的显著特点。从物业服务合同订立原则的特殊性到合同主体的多元性,从合同内容的复杂性到合同违约责任追究的多样性等等。通过进一步分析找出物业服务合同与一般合同的不同之处,为物业服务合同的立法奠定基础。

3. 利用前述研究的有关成果,结合我国合同法的实际,提出并建立中国物业服务合同立法框架,分析影响物业服务合同的内外因素,探讨物业服务合同的完善途径。

本书的结构分为七章。

第一章,导论:问题、意义及方法。阐述本书的选题背景与研究的意义。并对我国目前物业服务合同中存在的主要问题作了简单的归纳。

^① [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第56—58页。

^② 参见茨威格特、克茨前掲书,第77页。