

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

物业纠纷调解实务



范愉 刘臻荣 连艳 著



清华大学出版社

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

物业纠纷调解实务



范愉 刘臻荣 连艳 著

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书属“纠纷解决原理与实务系列教材”,共分七章。该书针对我国目前多发的物业纠纷,以调解实务为重点,兼顾社区调解、专门性调解、行政调解和诉讼调解的共性与差异,注意将现代调解的理念、知识与我国物业纠纷解决的实践相结合,强调实务性、创新性和系统性。《物业纠纷调解实务》为中国人民大学法学院重点标志性研究课题“多元化纠纷解决机制”研究成果。

该书旨在为各类物业调解组织和调解员提供系统的知识和技能培训教材,同时也可作为行政主管机关、物业管理行业、业主组织的实用参考书,以及法律、房地产、物业管理等相关学科领域的教学研究参考资料。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

物业纠纷调解实务 / 范愉,刘臻荣,连艳著. —北京:清华大学出版社,2012.4

(纠纷解决原理与实务系列教材)

ISBN 978-7-302-28534-2

I. ①物… II. ①范…②刘…③连… III. ①物业管理—民事纠纷—处理—中国—教材 IV. ①D922.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 064403 号

责任编辑:李文彬

封面设计:徐 静

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:16.25 字 数:357 千字

版 次:2012 年 4 月第 1 版 印 次:2012 年 4 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:35.00 元

作者简介

范愉,女,日本名古屋大学法学博士,美国威斯康星大学(麦迪逊)高级访问学者,现任中国人民大学法学院教授,博士生导师,中国人民大学纠纷解决研究中心主任,中国法学会比较法研究会副会长,中国社会学会法律社会学研究会副会长,中国法学会民事诉讼法研究会理事,中国法学会审判理论研究会理事。著有《非诉讼纠纷解决机制研究》、《集团诉讼问题研究》、《纠纷解决的理论与实践》等多部专著教材,在《中国社会科学》等国内外杂志上发表论文近百篇。曾获得钱端升法学优秀研究成果一等奖、北京市哲学社会科学优秀成果一等奖、中国当代法学名家等多种学术奖项。负责本书的整体结构设计及文字统筹,并撰写主要内容。

刘臻荣,男,山西大学法学院副教授,硕士生导师,中国人民大学法学院博士生。近年来,主持或参与十余项国家或省部级法学类科研项目,主编或参编法学教材两部,发表论文十余篇。负责撰写部分章节,整理案例和法规。

连艳,女,中国政法大学法学硕士、在职法学博士班学员,英国林肯大学金融EMBA高级研修班学员。现任北京市中闻律师事务所高级合伙人,中国法学会立法学研究会理事,北京市律师协会女律师联谊会副会长,北京市调解员协会副会长,北京市东城区律师协会副会长,东城区物业管理纠纷调解委员会首席调解员。曾获全国优秀律师、司法部“法律服务和法律援助工作为构建社会主义和谐社会服务”先进个人、北京市十大调解员等奖励。成功调解上百起物业纠纷案件;在《北京房地产》、《北京律师》等杂志上发表有关房地产、物业方面的论文数篇;向政协提交多个有关物业管理方面的提案。负责提供和编写部分案例。

纠纷解决原理与实务系列教材

编审委员会

(按汉语拼音排序)

蔡彦敏	丁相顺	范 愉	冯玉军	傅郁林
郭文杰	郝银钟	韩大元	胡红玉	江 伟
蒋惠岭	金俊银	李 冰	李 浩	李文彬
刘荣军	彭文浩	齐树洁	邱星美	史长青
汤维建	王福华	王亚新	肖建国	肖建华
徐 昕	杨荣馨	杨晓蕾	章武生	宗俊峰
赵旭东	朱景文			

总 序

范 愉

这里奉献给读者的,是一套有关纠纷解决的系列教材,内容涉及纠纷解决原理、谈判(协商,negotiation)、调解(mediation)等非诉讼纠纷方式和各种专门性纠纷解决机制方面的法律实务。教材的主题是古老的,但是作为法学院教育和法律实务部门的培训教材,又是全新的。教材所阐释的是现代的多元化纠纷解决机制,但同时也是对人类社会传统资源的一种继承与升华。

孔子云:听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。作为一位现世的地方官吏,孔子在承担司法和纠纷解决职责时,也会像任何一位法官那样,遵循公平正义之道、按照法律规则和程序进行审理并作出裁判;而这一点往往会被人们所忽略。实际上,中国古代的孔子和美国现代的霍姆斯大法官一样,都承认诉讼是“必不可少的恶”——虽然恶,但必不可少。法律是为国家强制力保障的权利和义务,是人类行为的底线,由于社会存在利益纷争,存在各种形式的恶,存在不守法的人和行为,就需要国家司法机关通过诉讼主持正义,保护为被恶所践踏和侵害的善,为缺少理性的纠纷当事人作出裁判,恢复被纠纷和冲突破坏的秩序,因此,诉讼是必不可少的。

然而,孔子在忠实于自己职责的同时,更满怀着一对人类社会的一种悲天悯人的关怀,一种对诉讼的批判和社会责任感。他深刻地看到了纠纷与诉讼中的“恶”,确信这种以国家权力和法律规则名义的、最正当、最权威的纠纷解决方式,存在着种种局限与弊端,远不如他毕生追求的中庸、和谐、宽容、仁爱等美德。因此,孔子的政治理想是通过道德教化和人类社会自身的努力使诉讼减少乃至消弭。毋庸置疑,孔子的理想不仅在他所处的时代、而且在人类的漫长历史上从未实现过,即使在古代中国的熟人社会,即使在儒家伦理被奉为国学的时代,不仅大规模的社会冲突(如农民战争)总是阶段性地发生,而且在日常生活中,道德礼教也并不能阻止民间社会纠纷频繁、诉讼不断。自古以来,与“无讼”理想同在的,是载入史料的“健讼”、“缠讼”的事实;与官府不遗余力的“非讼”、“诫讼”之努力并行的,是没有终结的“上访”和“京控”文化。在今天社会转型、市场经济和法制建设进程中,随着权利意识的高涨、熟人社会的解体、利益冲突的加剧和价值观的多元化、道德失范、社会风险的增加,毫无疑问,纠纷和诉讼的增加不可避免。此外,不可否认,孔子在非讼的同时,没有正面肯定诉讼对于社会的积极

意义和价值,这种价值取向似乎与现代法治社会格格不入。对于深受法治理想话语浸染的现代公众、特别是法律人而言,诉讼的消失往往会被视为正义的消亡,他们不仅不可能信奉无讼理想,而且总要将其作为中国入权利意识淡漠、忽视法律、崇尚人治的经典证据。

实际上,对于孔子的思想内涵还可以作出一种辩证的理解或诠释。首先,孔子的非讼思想,不过是对诉讼的终极价值提出了批判,并没有不切实际地试图消灭纠纷,更没有以此推卸自己的职责;在当今社会,也有很多法官同样认为,依法裁判未必等于公平和正义,相比诉讼和判决而言,非诉讼或协商式方式解决纠纷往往具有更好的效果。其次,无讼的理想并非毫无依据的想象,事实上,在人类社会发展的不同阶段、不同地域(社区),都自然地存在着无讼的现象甚至“无需法律的秩序”(美国·埃里克森),通过道德教化、精神疏导、社会公平度的提高,有可能降低纠纷的密度和强度;依靠社区等共同体的自治、宗教戒律,自律机制等形成有效的治理,不仅有可能减少诉讼,而且可能最大限度地减少纠纷带来的风险和社会成本。即使在今天的中国,一些基层人民调解健康运行的地方,也能做到“小事不出村,大事不出乡镇”。最后,在人类社会,纠纷本身是不可能完全消除的,在复杂的现代社会形态下,诉讼作为特定纠纷解决方式的价值本身更是不容否定,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为良好治理效果的标志,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。当然,这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求实现,而只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后的及时有效运行的协商和调解等非诉讼解纷机制,减少对国家权力以及强制性、对抗性和高成本的诉讼程序的启动和依赖。在这个意义上,无讼可以视为孔子提出的一种富有哲理和可行的治理之道,是一种在崇尚自然、情理、自治基础上形成的社会可持续发展理念。

尽管西方人并不奉行孔子的价值观和理想,但并不意味着他们都崇尚诉讼,律师出身的美国总统亚伯拉罕·林肯,一次在律师协会的演讲中告诫律师们:劝阻诉讼吧。尽可能地说服你的邻居达成和解。向他们指出,那些名义上的胜诉者实际上往往是真正的输家——损失了诉讼费、浪费了时间。律师作为和平的缔造者,将拥有更大的机会做个好人。其实,在西方法律传统中,诉讼也同样被视为一种“负价值”,并流传着各种谚语,例如,“诉讼会吞噬时间、金钱、安逸和朋友(Lawsuits consume time, and money, and rest, and friend)”,“坏的调停胜于好的诉讼(Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès)”,等等。遗憾的是,正如美国法社会学家布莱克指出的那样,现代社会已经产生了对法律和诉讼的依赖症,人们选择诉讼往往并不是因为对它的认同或热爱,而是因为法律的触角已经渗透到每一个角落,并逐步将其他机制从人们的选择中加以排除。人类社会对和谐、协商、非对抗纠纷解决方式的崇尚,长期以来一直被法律人“为权利而斗

争”的口号所压抑,并被贬斥为前现代的社会意识。

20世纪60年代以后,世界各国在相对稳定与和平的发展环境中开始重新审视和反思法治与社会治理的规律,非诉讼纠纷解决方式(ADR)运动逐步成为一种世界潮流和全球发展趋势。追求非对抗、自治、效率、便利、参与、协商等价值的多元化理念,促成了大量新型纠纷解决机制的产生和传统调解机制的现代转型,乃至英国在世纪之交的民事司法改革中确立以减少诉讼为目的。如今,适应当代人价值观和利益的多元化需求,除了国家强制和法律诉讼之外,当事人可选择的程序和方式已经越来越多,法律与民间社会规范、诉讼与非诉讼、国家规制与社会自治之间的协调与融合也更加开放和丰富,而法律人在非诉讼领域也有了越来越多的用武之地和社会责任担当。

中国自近现代以来,尽管从未实现过的儒家“无讼”理想一直遭到各种进步思想的批判,但是调解却在各种意识形态和体制下保持着旺盛的生命力,这并不是因为中国社会保留着礼俗和中庸传统,毋宁说是由于近现代以来从西方国家移植而来的诉讼制度缺少与之匹配的程序公正理念、社会环境及文化,始终没有成为中国人实现正义的理想方式,在这种背景下,调解等非诉讼机制(也包括信访)作为一种替代性机制或解纷方式,可以在司法、行政和民间社会中发挥特殊作用,弥补法律和正式制度、资源的不足,成为社会秩序稳定发展不可或缺的一种缓冲、调节、更生机制。

另一方面,由于我国法制进程起步较晚,而司法体制和诉讼程序的现代化尚未完成,因此,社会对于法治的理解和宣传自始就带有强烈的理想甚至迷信色彩,在建构现代法律体系的进程中,社会和法律人都执著于诉讼的积极价值,而对其负面意义、局限性、成本和风险则三缄其口。在纠纷解决中,人们习惯将“法律途径”解释为诉讼或司法途径,并将其视为唯一正当、有效的解纷方式。将法律与国家规制和司法活动等同,将立法和司法视为法律与社会治理的全部。因此,在20世纪90年代的法制建设、普法和司法改革中,人们不断地对“无讼”理想大加鞭挞,而以诉讼取代调解一度成为社会的主流观念和法律人的理想。

然而,社会发展的规律和纠纷解决的现实是不依人的意志而转移的,当社会转型期纠纷的复杂性、多发性与法律和诉讼机制的危机相遇时,人们不得不承认,一方面,任何一个社会都不可能通过不断增加司法的量的供给,满足社会无限增长的需求,因为这种供求失衡不仅不可能根本上消除,而且可能会通过机制的便利而被更多地诱发,乃至陷入一种恶性循环和诉讼依赖;另一方面,即使进入诉讼程序,也未必能得到期待中的正义结果,而以高昂的成本赢得“零和”结果、乃至两败俱伤的结局屡见不鲜,更何况道德成本、关系破损、民间规范的失落和“案结事不了”等社会效应。正因为如此,非诉讼纠纷解决机制(ADR)的意义并不是仅仅为了应对所谓“诉讼爆炸”,即从量上扩大司法的利用,更重要的是人

们有了更多的选择和可能,使纠纷解决从国家和法律人的垄断下向社会开放,从事后的救济提前到预防与早期介入,让当事人、社会力量、专业人员等都参与其中,从而使纠纷解决更加经济、及时、合理,并兼顾法律与道德、情理和各种利益的协调,真正达到“案结事了”。这种多元化纠纷解决机制的理念,实际上是孔子的理想和与现代法治社会的治理理念的交汇点。其目的不是为了全面取代或消灭诉讼,而只是对诉讼依赖和单一化思路的拨乱反正,重新认识和发挥调解等非诉讼机制的功能和价值。

随着ADR的发展及其影响的扩大,世界各国的纠纷解决研究和教育也在逐步普及和拓展。在司法、行政和民间性ADR协调发展的格局下,来自各种专业背景的调解人和仲裁员开始形成了一个新型职业群体。为此,许多专门性的纠纷解决学位课程、职业教育项目和培训应运而生,成为调解人或仲裁员资格准入的前提或职业保障。很多大学法学院开设了纠纷解决理论和实务技能课程,甚至已经将其列为必修课。而法官和律师职业群体,顺应多元化纠纷解决机制的发展和司法社会化趋势,不仅积极推动ADR与诉讼程序的衔接,自身也成为调解或和解的积极参与或推动者,并导致法律专业技能和职业伦理的重要转变。纠纷解决人员的职业化、专业资格准入和教育培训,尽管有着多元的价值、目标和路径,但共同之处在于,通过不断加强广大纠纷解决的实务工作者的职业伦理、行业自律和技能,提高非诉讼纠纷解决机制的公信力和实际功能,使社会公众和当事人熟悉、信任、乐于选择ADR解决纠纷,推动其扩大和普及,并由此实现社会的多元化和善治。因此可以说,纠纷解决教育和培训是打造善治基础的一项社会工程。

近年来,在建构和谐社会和科学发展观的背景下,我国多元化纠纷解决机制进入了一个新的发展阶段。司法机关、行政机关、仲裁机构、各种民间社会组织和行业组织以及传统的人民调解组织都在适应当代社会纠纷解决的实践需要,不断创新机制、完善程序,提高纠纷解决的技能和规范性。为此,调解等纠纷解决业务和技能培训的需求不断增加,标准不断提高,而法律院校也开始在法律硕士培养方案中将法律谈判课设立为实践必修环节,标志着非诉讼纠纷解决实务课程即将开始全面进入法律教育领域。

然而,众所周知,中国自古以来就重视书本知识和学历教育,而对于经验、技能的总结、传承则相对鄙视,实务教育与培训历来十分薄弱。在学术性和体系性法学教育中,各种实务技能并未获得应有的重视,迄今为止,国内绝大多数法学院系尚未真正展开纠纷解决课程,仅有一些侧重讲授原理和制度、法规的“调解法学”或“调解学”课程,由于脱离实践,法律学生很难由此获得对非诉讼纠纷解决机制的价值认同、知识、兴趣和行为规范,遑论成为调解或纠纷解决的能手。而实务界同样缺乏高水准的纠纷解决培训教材,在多数调解培训中,或者以介绍

实体法和现行制度为主,或者直接采用国外的调解教材和教学模式,由于缺少针对性和中国实践特色,效果往往不尽如人意。

针对我国纠纷解决培训的实际情况,“汕头大学长江谈判与争议解决中心”(CKND)和“中国人民大学纠纷解决研究中心”(DRRC),组织国内一些有关专家和学者,并参考实务部门的培训需求和经验,编写了这套纠纷解决专门教材。“汕头大学长江谈判与争议解决中心”(CKND)为本套教材的编写、出版提供了资助,为此,教材编审委员会和出版单位深表感谢。

这部系列教材的策划和推动者都是我国大学法学院最早成立的纠纷解决研究机构,始终致力于为我国多元化纠纷解决机制的理论研究、实践、教育培训和制度建构作出贡献,近年来与法院、司法行政部门、仲裁、人民调解、各专业领域、行业协会,以及从中央和地方的不同行政机关,实务部门和民间社会团体展开了全方位的合作,在理论研究、立法、司法解释和制度建构、创新,以及实务培训等方面进行了大量的尝试和努力,取得了诸多成果。我们合作开发的这套系列教材,原则上定位为研究生和本科生的必修或选修教材,同时能够作为其他有关实务部门的培训教材。编著者在编写中注重理论体系与实务技能培训相结合,国际标准与中国纠纷解决的实际相结合,在教材内容上兼顾原理、制度、法律与实务技能,适应法学院教育及实务部门调解培训的需要和各自的特点。注意根据我国国情和实际,社会主体和当事人的行为方式、文化传统和价值观,针对我国法学院学生及实务工作人员的知识结构和实际需要,设计教材的内容和重点。教材具有独创性和前沿性,根据法律制度、纠纷性质、纠纷解决的专门化或专业性、程序和方式等不同标准,形成有区别但又相互关联的教材体系。同时,注重研究借鉴当代世界各国ADR理论与实践经验,充分反映国际最新信息和研究成果,力图使其达到国际同类教材的水准,但力戒盲目照搬和简单模仿。

我们衷心希望,这套教材能为在我国普及多元化纠纷解决机制的理念,传播和系统阐释非诉讼纠纷解决原理,促进各国纠纷解决制度和经验的交流借鉴,提高法律学生和实务工作者的操作技能作出应有的贡献。

目 录

第一章 物业与物业管理	1
第一节 物业	1
第二节 物业管理	4
第三节 业主及其权利义务	7
第四节 物业服务企业	14
第二章 物业纠纷及其解决机制	20
第一节 物业纠纷	20
第二节 物业纠纷解决机制及方式	33
第三节 我国现行物业纠纷解决机制	50
第三章 物业纠纷调解:制度与主体	60
第一节 调解的原理与制度	60
第二节 物业纠纷调解组织	73
第三节 调解员及其行为规范	87
第四章 调解的基本原则与程序	95
第一节 调解的基本原则	95
第二节 调解的基本程序	100
第三节 调解协议的效力及司法确认	110
第五章 物业纠纷调解的方法与技巧	116
第一节 调解能力与调解方法	116
第二节 物业纠纷调解技巧	125
第三节 调解经验方法	133
第六章 物业纠纷调解的争点与依据	140
第一节 开发商遗留问题	140
第二节 物业管理服务纠纷	148
第三节 业主共有权纠纷	164
第四节 业主自治与业主权益纠纷	173
第七章 教学模拟调解案例	180
参考文献	185

附录 物业纠纷相关法律法规	187
一、相关法律、行政法规	187
中华人民共和国物权法(略)	187
中华人民共和国人民调解法(略)	187
物业管理条例	187
二、部门规章	196
业主大会和业主委员会指导规则	196
物业服务收费管理办法	204
住宅专项维修资金管理办法	207
房屋建筑工程质量保修办法	214
三、地方法规、规章等	216
北京市物业管理办法	216
《住宅物业服务等级规范(一级)(试行)》	224
深圳经济特区物业管理条例	227
四、司法解释	244
最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律 若干问题的解释	244
最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题 的解释	247
最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定(略)	248
最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定(略)	248

第一章 物业与物业管理

重点问题

- 物业
- 物业管理
- 业主及其权利义务
- 业主组织
- 物业服务企业及其权利义务

物业、业主是指什么？业主有哪些权利和义务？物业公司是管理者还是服务者，有哪些权利和义务？什么是业主组织？怎样召开业主大会？所有物业小区都应当召开业主大会、设立业主委员会吗？这些问题是每个业主和物业服务企业都关心的，也是了解物业纠纷解决机制、掌握物业调解实务技能的基础。本章从物业、业主、物业管理等概念开始，首先为读者介绍我国现行物业和物业管理的相关法律、制度和实践。

第一节 物 业

一、物业的概念

“物业”并不是我国大陆传统的用语和法律概念，它源自我国香港地区房地产业惯用术语。根据香港学者李宗鄂的解释：物业是单元性房地产。一住宅单元是一物业，一工厂楼宇是一物业，一农庄也是一物业，故一物业可大可小，大物业也可以分割为小物业。^①也就是说，“物业”是指与地产相联系的房产，即住宅单元或楼宇、建筑物。

20 世纪 80 年代，随着房地产业的发展和管理模式的转变，“物业”这一概念由香港传入内地，逐步变为通用术语，但内涵外延上有所扩张。我国相关的法律法规直接或者间接阐释了“物业”的内涵。如《深圳经济特区住宅区物业管理条例》第二条第二款规定：“本条例所称物业，是指住宅区内各类房屋及相配套的公用设施、设

① 李宗鄂：《香港房地产法》，9 页，北京，商务印书馆，1988。

备及公共场地。”^①《天津市物业管理条例》第三条第一款规定：“本条例所称物业，是指房屋和与其相配套的公用设施、设备和场地”。《物权法》和《物业管理条例》虽未明确对“物业”概念作专门解释，但从《物权法》第70条有关“业主建筑物区分所有权”概念的阐释及《物业管理条例》第二条有关“物业管理”定义的解释中，间接阐释了“物业”的含义。

据此，我们可以对物业作广义和狭义两层意义的理解。广义的物业，是指房屋及配套的设施设备和相关场地，这里的房屋包括住宅房屋（如居民楼、公寓、别墅等）和非住宅房屋（如工厂、车间、仓库、商店等）。狭义的物业，是与“业主”、“建筑物区分所有权”密切联系的基础性概念，仅指住宅房屋（含同一建筑区划内的经营性用房）及其配套的设施设备和相关场地。本书主要是从狭义角度来理解和使用物业这一概念的。

二、物业的构成

现代物业与传统的四至边界明确、范围清晰的独门独户住宅不同。随着城市化的发展及建筑物本身结构与功能的复杂化、多样化，现代物业小区往往是由若干多层或高层住宅建筑以及与此配套的道路、绿地等公共场所及公用设施共同组成的建筑区，每一物业单位在物质存在形态上既有构造上或使用上的相对独立性，又相互毗连或集合，具有关联性和聚合性，在法律形式上体现出以专有性为基础，专有与共有并存的新格局。这些特点决定了物业在所有、使用、管理方面的复杂性。

（一）物质形态

物业是由土地和附属建筑物共同构成的，从物质形态上看，包括房屋本体、配套设施设备及相关场地三个部分。具体而言，物业的构成要素包括：

1. 房屋本体，即土地上的建筑物及构筑物。各类房屋可以是一个建筑群，如住宅物业小区；也可以是单元建筑，如一幢高层或者多层住宅楼、停车场等，同一宗物业往往分属于一个或者多个产权所有者。就住宅房屋而言，房屋本体既包括业主或者使用人自用的卧室、客厅、厨房、卫生间、阳台、庭院以及室内墙面等专有部分，也包括一幢住宅内部由整幢住宅的业主或者使用人共同使用的门厅、楼梯间、电梯井、管井、走道等共用部分。

2. 附属设备，指与房屋本体连接为一体，为优化房屋功能而添附的管道、线路等设备。以住宅房屋为例，附属设备包括住宅内部的门窗、卫生洁具以及通向总管的供水、排水、供热、燃气管道、电线、网线等专用设备，也包括住宅内部由整幢住宅业主或者使用人使用的供排水管道、照明灯具、垃圾通道、电视天线、水箱、水泵、电梯、邮政信箱、消防器材、避雷装置等公用设备。

3. 公共设施，主要包括教育、医疗卫生、文化体育、商业服务、行政管理、社区服

^① 《深圳经济特区住宅区物业管理条例》已于2008年1月1日废止，取而代之的《深圳经济特区物业管理条例》未就“物业”概念作出定义。

务等设施。如:绿地、道路、路灯、地下(上)线路和管道、停车场(库)、配电房(室)及电器设备、水泵房(室、井)及水泵、门卫室、物业管理用房、消防用房及设备、电梯、园林景观、健身娱乐设施、公告牌等设施。

4. 相关场地,即物业小区规划红线以内,由房屋及其设施设备所占用以及未占用空间组成的平面或立体区域。

(二) 所有权

从法律形式上看,物业包括专有部分和共有部分:

1. 专有部分,即在法律上专属于某人(包括自然人和法人)的物业。专有部分物业的基础和核心,权利人对物业享有权利、承担义务的范围与专有部分面积直接相关。如我国《物业管理条例》和《物权法》都规定,筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金,改建、重建建筑物及其附属设施的,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,制定和修改业主大会议事规则,选举业主委员会或者更换业主委员会,选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人等,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。

根据最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《区分所有权司法解释》)第二条规定,判断某一房屋(含整栋建筑物)或者车位、摊位等特定空间是否构成专有部分,要看其是否同时具备以下三个条件,即:(1)具有构造上的独立性,能够明确区分;(2)具有利用上的独立性,可以排他使用;(3)能够登记成为特定业主所有权的客体。同时具备三个条件的,构成专有部分。

2. 共有部分,即法律上属于多数主体的物业。与专有部分不同,物业的共有部分具有主体多数和内容复杂等特征。从法律上看,物业共有人对共有物业既不是传统共有中的按份共有,也不是共同共有,而是一种特殊的共有,其特殊性表现在:多数主体相互间不存在共同关系,共有关系产生的基础是多数主体同住一栋楼或同一个小小区这一事实,专有部分的面积决定共有权的行使,共有权人不能在保留专有部分的前提下转让其共有份额,抛弃其份额,更不允许在共有部分单独设定负担。

根据《区分所有权司法解释》第三条规定,物业的共有部分包括法定共有部分、天然共有部分、约定共有部分等多种共有形式,其中法定共有是指法律、行政法规规定的属于物业权利人所有的部分。根据《物业管理条例》、《物权法》等法律法规的规定,建筑区划内的道路、绿地、物业服务用房、电梯、水箱以及其他既不属于某一单个人所有,也不属于开发商所有的公共场所、公共设施,属于业主共有;法律没有规定,合同也没有约定,从属性上理应属于共有的部分,为天然共有,包括建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分,通道、楼道、大堂等公共通行部分,消防、公共照明等附属设施、设备,避难层、设备层或设备间等结构部分;除法定共有部分、天然共有部分外,其余的就属于约定共有部分(不以明示方式约定为限),包括其他不属于业主专有部分,也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

第二节 物业管理

一、物业管理的概念

物业管理是指运用现代管理科学和先进的维修养护技术,以经济手段管理房屋及其附属设施,包括房屋周围的环境,在房屋、居住环境的管理及房屋和附属设施的维修养护方面,乃至居民的生活服务方面提供高效、优质、经济的服务。^①

物业管理(property management)是物业管理服务企业或管理人受物业所有人的委托,依据物业管理委托合同,向物业所有人和使用人提供综合性的有偿服务。现代物业管理是随现代物业的出现和需求而产生的,作为世界通行的住宅小区管理的手段和方式,起源于西方,20世纪50年代传入香港,80年代引入我国的沿海地区,目前已经成为我国商品房小区的基本管理模式。因物业管理的模式不同,物业管理的概念可以从广义和狭义两方面来理解。

狭义的物业管理,是指由物业服务企业提供的专业服务,即我国《物业管理条例》第二条规定的“业主通过选聘物业服务企业,由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定,对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理,维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动”。

广义的物业管理,除了由物业服务企业提供的专业服务外,还包括单位或业主未选聘专业化的物业服务企业、而是自行管理的情形,即《物权法》第81条规定的,“业主可以自行管理建筑物及其附属设施,也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理”。在这个意义上,物业管理是指:业主自行或者委托物业服务企业或其他管理人对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理,维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。

实际上,现代物业管理并不限于居住小区,还包括有关业主(如政府或公共机构)委托专业物业服务企业对市政公用设施、绿化、卫生、交通、治安和环境容貌等管理项目进行维护、修缮和整治等。这种意义上的物业管理,不属于《物业管理条例》调整的范围,也不属于本书讨论的问题,因此以下将这部分内容忽略不论。

二、物业管理的性质和特点

物业管理虽然称之为管理,但并非是基于所有权和使用权而产生的管理权,而是一种服务,相当于“管家”。物业服务企业所拥有的物业管理权并不是固有的,而是来自于业主的授权。物业公司必须通过与业主订立物业管理或服务合同,才能获得对特定物业进行管理的资格和权限,对物业区域的物和人实施管理,提供服务。物业

^① 马克力等:《物业管理纠纷》,7页,北京,法律出版社,2007。

服务企业实施的管理和提供的服务都是有偿的,本质上是一种业主委托的契约行为。

物业管理关系是物业服务企业与业主之间基于委托合同而产生的一种平等的、服务性质的法律关系,是一种民事法律关系。现代物业管理的特点主要是:

(一) 综合性

现代化物业管理通常是对一定区域内的物业及其与物业相关的公共事务进行的综合性管理,以此提升物业小区的整体管理水平和服务功能。因此,物业管理的范围十分广泛,既有绿化、保洁、保安、电梯、高压供水、存车管理、消防管理、装饰装修管理等专项性业务,也有涉及房屋及小区共用部位共用设施设备日常维护、制订物业管理工作计划、建立物业管理规章制度等综合管理的内容。可谓既管物又管人。近年来,随着我国城市房地产业的发展,能容纳几万甚至几十万人口的超大规模物业小区不断涌现,学校、医院、会所、超市等生活设施一应俱全,物业小区俨然一个小城镇,小社会,物业管理的综合性特点凸显无疑。

(二) 服务性

物业服务行业属于第三产业,物业管理的唯一或终极目的就是为小区业主或者物业使用人提供优质的物业服务。虽然物业服务企业的服务内容包括对物和对人进行管理,但这种管理以为业主提供服务为出发点和归宿点,管理是手段,服务是目的。为了避免误解,明确服务的宗旨,《物权法》直接使用“物业服务企业”的称谓,《物业管理条例》也将此前使用的“物业管理企业”名称修改为“物业服务企业”。

(三) 专业性、技术性

现代物业管理通常采用现代管理科学和专业技术手段对建筑物及其附属设施进行管理维护,随着科技的发展,一些新材料、新工艺、新技术被大量应用到建筑领域,物业的科技含量不断提高,如智能化系统(计算机中控系统、消防监控系统、门禁系统等)的安装使用、保温隔热节能降耗建筑材料的广泛推广等。这就对物业服务企业的资质和准入条件提出了更高的要求,物业服务企业需要不断提高其工作人员的素质、技能以及物业管理的专业化程度和科技化水平。《物业管理条例》在总则中作出倡导性规定,即“国家鼓励采用新技术、新方法,依靠科技进步提高物业管理和服务水平”。建设部《物业管理企业资质管理办法》规定了物业服务企业的资质标准、等级和准入条件,要求一级资质物业服务企业的物业管理专业人员及工程、管理、经济等相关专业类的专职管理和技术人员不少于30人,二级资质物业服务企业不少于20人,三级资质物业服务企业不少于10人。也就是说,物业管理只能交由具有相应资质的企业和专业人员进行,而不能随意委托给任何私人、企业或组织。即使是业主自行管理的物业,其建筑物及其附属设施的维护,也必须委托具有专门资质的机构或人员进行。

(四) 有偿性和市场化

物业管理是市场经济的产物,在我国,则与住房的商品化、市场化相伴而生。物业服务是有偿的,物业管理资格是通过业主的选择和委托获得的;物业服务企业的选