

物业服务合同法律构造之中国模式

徐涤宇*

内容提要：我国物业服务合同适用非常态缔约规则，与民法典中的其他典型合同有本质区别。物业服务合同与集体合同在法律构造上并无二致，在规范目的上更是殊途同归，即以团体缔约的构造实现当事人双方的“势均力敌”，同时赋予合同规范性效力，以促成小区管理中的强制自治与和谐物业服务关系。物业服务合同“入典”没有改变其特别法规范模式。包括物业服务合同在内的建筑物区分所有制度这一微观体系，构成民法典所有权制度的特别法。在理解和适用物业服务合同规则时，必须将其置于这一微观体系下予以解释。

关键词：物业服务合同 团体缔约 集体合同 规范性效力 特别法模式

一、问题的提出

我国已进入一个城镇居民生活小区化的时代，这种居住模式随着城镇化的进程也在向农村挺进。对于小区物业的管理，我国法律实践历来承认业主既可自行管理建筑物及其附属设施，亦可交由物业服务企业管理。但从社会现状及发展趋势来看，后者已俨然成为最普遍的物业管理方式。^{〔1〕}于是，物业服务合同作为一种新型的、重要的契约类型，既是物业服务企业的经营基础，亦关乎全体业主的切身利益。在此背景下，从《物业管理条例》到原物权法再到《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》（法释〔2009〕8号，经法释〔2020〕17号修正，以下简称“物业服务纠纷解释”），相关法律法规均对物业服

* 中南财经政法大学法学院教授。

本文系2019年度国家社科基金一般项目“非常态缔约规则之类型化与合同法体系重构研究”（19BFX114）的阶段性成果。

〔1〕 参见陈华彬：《建筑物区分所有权》，中国法制出版社2011年版，第193页。我国民法典在合同编“物业服务合同”章的条文中使用了“物业服务人”的概念，依其第937条第2款，此等主体包括物业服务企业和其他管理人两类。此规定显然源于原物权法第76条、第81条和第82条，但依第81条（民法典第284条），“其他管理人”当然不包括业主自行管理情形下管理物业的组织体或自然人。而民法典出台后的各种评注或释义对“其他管理人”的界定或语焉不详，或莫衷一是。物业服务合同之典型化，乃以物业服务企业作为合同一造之原型。由于“其他管理人”或为房改遗留问题，不符合物业服务人之专业化、市场化、企业化的发展趋势，或不容于民法典物业服务合同一章的规定。此故，本文即便使用物业服务人这一术语，也基本指向物业服务企业，而不涉及这些特殊主体。

务合同的有名化有所回应。民法典更是吸收上述规则，将物业服务合同纳入合同编第二分编“典型合同”，以期解决物业服务领域的突出问题。^{〔2〕}

毋庸置疑，基于物业服务合同的重要性与特殊性，确有必要通过立法将其有名化。不过，仅基于其重要性和特殊性就断言应将物业服务合同入典，则不无疑问。盖民法典中列明的典型合同，均以合同法总则之常态的缔约模式为预设前提。所谓常态的缔约模式，是指通过要约与承诺之个别磋商的方式缔约，但是物业服务合同并非如此。依民法典第939条之规定，无论是建设单位与物业服务人签订的前期物业服务合同，还是业主委员会与物业服务人签订的物业服务合同，均对全体业主具有法律约束力，个别业主不得以其并非合同当事人为由拒绝履行。显然，物业服务合同并不遵循当事人经个别磋商、议价而订立合同条款的常态缔约规则，而是通过业主团体与物业服务人之非个别磋商的缔约方式订立，并对全体业主具有拘束力。质言之，物业服务合同适用的是一种非常态缔约规则，倘若将其视为民法典中的民商事合同而予以一般化地对待，难谓妥当。

当然，此种非个别磋商的缔约模式并非物业服务合同独有，其他典型者如消费者合同、格式合同以及劳动法上的集体合同等。^{〔3〕}在世界各国立法实践中，这些合同要么由单行法规范，要么通过再法典化在民法典中被体系化重构。甚至，如劳动法上的集体合同，直接脱离民法而成为独立的法律领域。由此可见，上述合同类型冲击的都是传统的常态缔约规则，并由此引起各国合同法乃至民法典体系的根本变化。^{〔4〕}我国法律实践中的物业服务合同亦是如此，其在订立主体、缔约方式以及法律效力等方面，均有别于一般的民商事合同。因此，基于既有的法律规范对物业服务合同进行准确的法律定性，是讨论其中国构造模式的起点。如此一来，本文所提出的问题依次为：（1）民法典合同编将物业服务合同纳入其中，在有名化进路上是怎样的选择？（2）我国物业服务合同的法律性质究竟为何？其与一般的民商事合同有何区别？（3）在民法典的框架下，如何通过解释论重塑物业服务合同之规范体系？对上述三个问题的回答，即为本文的写作宗旨。

二、我国物业服务合同有名化之进路

（一）合同法框架下物业服务合同的性质之争

在民法典编纂之前，关于物业服务合同的法律性质，国内学界众说纷纭，其争论系在合同法框架下，围绕其究竟是委托合同抑或无名合同而展开。依委托合同说，物业服务合同在性质上属于委托合同，两者均为双务、诺成合同，且两者均以提供劳务为合同标的，故前者可直接或参照适用有关委托合同的规则。^{〔5〕}当然，委托合同说也未必将物业服务合同与委托合同等同视之。如有观点认为，物业服务合同涉及的服务事项具有复合性，囊括承揽、保管、服务等

〔2〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》——2020年5月22日在十三届全国人民代表大会第三次会议上》，http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021017.htm，2021年3月5日最后访问。

〔3〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第24页。

〔4〕 参见徐涤宇：《非常态缔约规则：现行法检讨与民法典回应》，《法商研究》2019年第3期，第13页。

〔5〕 参见刘文清：《物业服务合同实务研究》，法律出版社2007年版，第25页；谭玲、胡丹樱：《物业管理相关问题再探析》，《现代法学》2006年第6期，第190页。

多种委托性法律关系,甚至包括小区治安维护、绿化和环境卫生、电梯和楼梯等公共设施的管理、对违停违建行为的劝阻等,因而应将其视为一种综合性的委托合同。〔6〕最高人民法院民一庭负责人就建筑物区分所有权、“物业服务纠纷解释”答记者问时,〔7〕显然支持这一观点,其明确了物业服务企业与业主之间的关系是委托与被委托的关系,业主将物业服务事项和物业服务区域的管理权交予物业服务企业,期望其利用其专业性来维护业主的利益,而这一委托关系具有特殊性。

不过,委托合同说自产生之初也备受质疑,否定者主要有混合合同说与无名合同说。混合合同说认为,物业服务合同既非单一的委托合同,也不属于其他典型合同,而是集委托、承揽、保管等多种法律关系于一身的复合型合同,或称混合合同。〔8〕无名合同说则认为,物业服务合同虽在一定意义上具有委托合同的属性,但其在内容和效力等方面具有较强的特殊性,无法完全适用委托合同的规则,而是具有自身的特殊规则,故有必要将其视为一种独立的无名合同,要么通过立法对其特殊规则作出集中规定,要么直接适用合同法总则来处理实践中的相关纠纷。〔9〕

在上述各种学说中,无名合同说相较更胜一筹。委托合同说仅以客体相似性为据,将物业服务合同与委托合同混为一谈,却忽视了两者在合同订立、权利义务以及责任承担等方面的明显差异,实不可取。例如,在委托合同中,受托人须严格依照委托人的指示履行合同(紧急情况除外),其自主性较弱,但在物业服务合同中,物业服务企业无须事事依照业主一方的指示而为,其提供的服务达到约定目的即可,因而其自主性较强。〔10〕而混合合同说实质上是对无名合同说的概念另设,其本身并无独立的适用规则,且易产生法律适用上的混乱,亦不可取。

事实上,无名合同说确为国内学界的主流观点,其将物业服务合同作为独立的合同类型予以有名化的主张,〔11〕深刻地影响了民法典合同编关于典型合同的立法思路。而法典编纂者将“物业服务合同”一章置于“委托合同”一章之后,已反映出其肯认这种典型合同属于广义上的委托合同的基本立场。但也正是这一结构安排,暴露了其仍未跳出将物业服务合同与传统民商事合同联系起来的认识误区。

(二) 物业服务合同在我国的有名化

物业服务行业由社会生活中无数个物业服务合同构成和维持。随着物业服务行业在我国的多年高速发展,物业服务合同的使用范围不断拓展,在频繁的交易实践中,其基本框架和内容

〔6〕 参见高富平、黄武双:《物权法与物业管理》,中国法制出版社2002年版,第174页。

〔7〕 参见《最高人民法院民一庭负责人就建筑物区分所有权、物业服务司法解释答记者问》,《人民法院报》2009年5月25日第4版。

〔8〕 参见张小红、韦人:《物业管理服务合同的法律特征》,《法学》1998年第7期,第42页;许步国:《对我国物业服务合同的性质与法律效力问题探讨》,《前沿》2006年第6期,第134页;揭明、唐先锋:《物业管理若干法律问题研究》,《政治与法律》2007年第1期,第169页;睢素利:《物业服务合同的法律分析与相关问题的法律适用》,《法律适用》2007年第5期,第45页。

〔9〕 参见陈文:《物业服务合同若干法律问题研究》,《现代法学》2004年第2期,第159页;曾祥生:《物业服务合同性质辨析——兼谈无名合同有名化问题》,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2007年第3期,第53页;崔令之、周睿:《我国物业服务合同的性质辨析》,《时代法学》2015年第4期,第76页;王利明:《物业服务合同立法若干问题探讨》,《财经法学》2018年第3期,第8页。

〔10〕 参见上引王利明文,第7页。

〔11〕 参见前引〔9〕,崔令之等文,第76页;前引〔9〕,王利明文,第8页;前引〔9〕,曾祥生文,第53页。

已逐步构建起来。这为立法者发现此类型合同，梳理其基本构成要素，并将之纳入实定法规范体系，提供了客观基础。但是，在国务院《物业管理条例》和原物权法出台之前，即便此种合同已作为一种交易类型而具有生活类型的意义，也因其尚未成为规范类型而不能称之为有名合同。申言之，在物业服务合同尚未被法律明文规定为一种规范模式，并为指称上的方便而冠以法定名称时，纵使其在实际生活中已被定型化地使用，也非学理上所称的有名合同。^{〔12〕}因此，虽然建设部于1994年制定的《城市新建住宅小区管理办法》已规定“物业管理合同”之名称（如第5条），但该行政规章仅规范新建小区的所谓前期物业合同，且并未随之建立此类合同的基本规范内容，故充其量可以被视为物业服务合同有名化之萌芽。真正将物业服务合同有名化的是国务院2003年6月颁布的《物业管理条例》，该行政法规全面规定了两种类型的物业服务合同。在这种意义上，我国物业服务合同的有名化采用了特别法的规范模式。

原物权法的出台只是导致了《物业管理条例》于2007年的微修，如将合同名称改为“物业服务合同”、把选聘和解聘物业服务企业这一由业主多数决的事项改为“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”等等，以有效区分物业管理（业主自治）和物业服务（契约关系）。这意味着，我国对物业服务合同仍然采用特别法调整模式。此后，最高人民法院通过“物业服务纠纷解释”实质性地完善了《物业管理条例》对物业服务合同的规范内容。在总结和吸纳原物权法、历次修订的《物业管理条例》以及“物业服务纠纷解释”等法律法规和司法解释之经验的基础上，立法者在民法典合同编第二十四章将物业服务合同纳入其“典型合同”分编，被视为立法上的重大贡献。

民法典直接将物业服务合同作为合同编中的典型合同加以规定，其实也与学界主流观点相符。首先，在经验层面，物业服务合同有名化具有必要性，而我国关于物业服务合同的相关立法仍显不足。尤其是在原物权法对建筑物区分所有权制度作出规定后，业主对整体物业享有管理权，业主建筑物区分所有权中的共有、专有等制度均涉及物业服务合同，而相关立法明显滞后于实践的发展与需求。^{〔13〕}其次，从规范的视角看，物业服务合同有名化具有可行性。物业服务合同与一般的民商事合同虽无本质的不同，但它有别于已经有名化的委托合同，两者在合同的目的、是否有偿、受托人行为时的名义以及受托人处理事务的性质等方面存在明显差异，故可另辟专章，将其规定为民法典中的典型合同。^{〔14〕}

然而，这一立法论逻辑看似周严，实则陷入了对民法典性质和功能的认识误区。纯粹私法意义上的民法典，以中性的、抽离社会身份的交易角色为其规范对象，所以各种民商事合同的主体被称为出卖人和买受人、赠与人 and 受赠人等，而无“企业”“劳工”“消费者”“业主”之谓。那些虽具有自治规范外形但作为国家管制辅助工具的特别民事规范，却附有鲜明的政策目的，且以社会阶级、族群或任何在利益上共同的团体作为其规范对象。^{〔15〕}显然，物业服务合同中的业主和物业服务企业构成不同的利益团体，当属特别民法所规范的对象。

因此，物业服务合同最终之所以成为我国民法典中典型合同的一种，根本原因与其说是学者所分析的无名合同有名化之理据，毋宁说是中国特有的混合立法背景使然。诚如学者所言，

〔12〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020年4月自版，第904页。

〔13〕 参见前引〔9〕，王利明文，第6页。

〔14〕 参见前引〔9〕，崔令之等文，第74页以下；前引〔9〕，王利明文，第7页以下。

〔15〕 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，载氏著《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第11页以下。

在多数西方国家,于市场经济萌芽之时就先有民法典作为基本规范,然后才因国家逐渐增长的管制活动而出现条条块块的混合立法;我国则是在没有民法典之前,立法者就基于规范对象(包含执行机关、司法机关和民众)使用的方便,一个事物领域对应一个立法。^[16]在这种背景下,民法典的编纂其实担负着“整合”分散在不同单行法中之民事规范的重任,而物业服务合同之规范既已零散分布于特别法和司法解释中,就不如将之汇聚于法典,以应对日益突出的物业服务领域之核心问题。

(三) 民法典框架下物业服务合同与其他典型合同的本质区别

民法典对物业服务合同共设14个条文,无非是对《物业管理条例》、“物业服务纠纷解释”等已有规则的微调和添加。从历史解释的角度看,此前关于此等规范的立法宗旨、司法解释及学理解释,自可成为解释的材料。据此,民法典所规范的物业服务合同至少在以下三个方面,与民法典规范的其他典型合同有着本质的区别。

1. 缔约主体之团体性及其对合同效力相对性的突破

民法典第937条和第939条明确了物业服务合同的含义及其订立主体,但它们并非新设规定,而是对《物业管理条例》第2条与“物业服务纠纷解释”第1条的微调。从法条的文义看,物业服务合同的一方主体是物业服务人,其实践原型表现为物业服务企业;另一方主体则是业主,更确切地说,应解释为全体业主。不过,其所规定的物业服务合同之订立存在两种情况:一是建设单位与物业服务人订立前期物业服务合同;二是业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立物业服务合同。但无论属于何种情况,物业服务合同均对全体业主具有拘束力。对此,主流观点认为,前期物业服务合同对业主的约束力源自其他业主对建设单位订立的前期物业服务合同的概括承受,而普通的物业服务合同系由代表全体业主的业主大会或者业主委员会依法订立,因而对全体业主具有合同约束力。^[17]因此,“物业服务纠纷解释”第1条也规定,业主不得以其并非合同当事人为由提出抗辩。

由此可见,物业服务合同的缔约主体均具有团体性,即一方一般为物业服务企业,另一方通常并非单个业主,而是代表全体业主利益的业主团体,他们由业主大会通过多数决的方式达成自治,且以业主委员会作为其执行机关。也就是说,物业服务合同的委托方是由全体业主组成的业主团体而非业主委员会,前者一般以业主大会作为其自治形式,后者在性质上则应被界定为业主团体的代表机关与执行机关。^[18]

显然,立法者对于物业服务合同订立的特殊性有着明确的认知,即物业服务合同突破了合同的相对性原理,其系由双方团体而非个体之间订立,但其效力却及于每一个业主。易言之,由团体订立的物业服务合同对未实际参与缔约的业主也具有拘束力,业主不得以其并非合同当事人为由拒绝履行合同义务。这事实上是以团体自治(多数决)的方式实现业主的整体利益,排除了个人主义之私法自治原则蕴含的“不”交易自由,从而达到一种“强制自治”

[16] 参见苏永钦:《民事立法者的角色》,载氏著《民事立法与公私法接轨》,中国政法大学出版社2005年版,第10页以下。

[17] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《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255页以下;刘兴桂、刘文清:《物业服务合同主体研究》,《法商研究》2004年第3期,第106页,第108页。

[18] 参见陈华彬:《物权法论》,中国政法大学出版社2018年版,第310页,第321页;前引[9],王利明文,第8页;刘保玉、孙超:《论业主委员会的法律地位——从实体法与程序法的双重视角》,《政治与法律》2009年第2期,第35页。

的效果。^[19]这种由特定的团体代替个体而订立合同的缔约方式,改变了当事人经个别磋商、议价而订立合同条款的传统缔约模式。正因为如此,在缔约主体方面,物业服务合同的团体性是普通民事合同所无法具备的特性,其旨在解决作为弱势一方的单个业主与作为强势一方的物业服务企业之间磋商地位的对等性障碍,以实质化合同法中的自由与平等。

2. 缔约程序的法定性及其强制自治功能

依民法典第939条、第946条第1款及第948条之规定,业主必须依照法定程序,共同决定选聘、解聘、续聘或者另聘物业服务人。其中,源自“物业服务纠纷解释”第8条第1款的第946条第1款以及第948条第2款,实际上赋予了业主一方任意解除权,此点应为立法者将物业服务合同定性为委托合同之特别形态使然;但与一般委托合同不同,业主也必须依照法定程序共同决定解聘物业服务人,以解除物业服务合同。^[20]至于何谓法定程序,依据民法典第278条的规定,业主共同决定选聘和解聘物业服务人的,须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表决同意方可通过。

这种通过强制业主依法定程序自治的缔约模式,其实也体现在前期物业服务合同之中。尽管依民法典第939条规定,前期物业服务合同乃由建设单位依法^[21]与物业服务企业订立,但依其第284条第2款和第940条的规定,对此种合同业主有权依法更换物业服务人。于是,前期服务合同在约定的服务期限届满前,也可因业主委员会或业主大会与物业服务人之间生效的新合同而终止。显然,这一新合同正是业主依前述法定程序自治的结果。

总之,在这种强制自治的规范模式中,行政部门或者居民委员会只是对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助(民法典第277条第2款),而业主大会、业主委员会依法定程序作出的决定,仅需告知相关的居民委员会,并认真听取其建议(《物业管理条例》第20条第3款)。因此,这种规范模式跨越管制与自治,其对私法自治的修正,不体现在实体权利义务关系的调整,而体现在程序上的强制。亦即物业服务人由业主大会依多数决选聘或解聘,以及业主委员会代表业主签约替代了行政部门的直接管制;此时,业主在程序上被要求完成对其全体均有约束力的物业服务之交易,而主管部门不直接介入合同内容的调整。

3. 物业服务合同的双面效力

依民法典第939条的规定,物业服务合同明显具有两方面的效力。其一系对缔约主体业主委员会和物业服务人产生的约束力,此可谓合同固有的债权性效力。例如民法典第938条规定的服务交接条款以及第949条第1款关于服务交接的具体规定,其权利和义务的承受者是业主委员会和物业服务人。其二为对所有业主均发生的规范性效力,主要涉及第938条列举的服务事项、服务质量、服务费用标准和收取办法、维修资金的使用等合同内容,以及第945条关于业主义务的内容。之所以称其为规范性效力,是因为如后文所述,此合同一旦生效,即如同集体合同之于个别的劳动合同关系,自动成为物业服务人和单个业主之物业服务关系的内容,其规范性内容具有不可排除、不可抛弃之强制性效力。

[19] 苏永钦先生认为,“强制自治”是国家管制和私法自治理念辩证的新产物:这类民事规定对私法自治的修正,不在其对交易内容的干预,而在程序方面的强制。参见前引[15],苏永钦书,第13页以下,第62页以下。在我国物业服务合同,其强制则表现为迫使业主依多数决(自治)的方式缔结对其全体均有约束力的合同。

[20] 参见前引[17],最高人民法院民事审判第一庭编著书,第330页。

[21] 此所谓“依法”,当指《物业管理条例》第24条之规定,即建设单位应当通过招投标的方式选聘物业服务企业。由此可见,前期物业服务合同的订立程序也是法定的。

物业服务合同规范性效力之直接性和强制性,系对合同效力相对性原则的突破。盖依相对性原则,单个业主若非物业服务合同的缔约主体,则合同不应对其产生法律拘束力。但是,基于建筑物区分所有权的整体性考量,由于共有部分的利用和管理涉及全体业主的共同利益,因而必须由全体业主以团体意思决议,而不能以单个业主的意思为准。^[22]因此,无论是服务事项、服务质量还是服务费的标准和收取,只要由代表全体业主的业主团体基于业主大会的多数决与物业服务人达成合意,即对全体业主具有拘束力,这一拘束力是基于团体意思而非个体意思。^[23]物业服务合同的规范性效力对合同相对性原理和通常意义上的私法自治原则的突破,使其成为非常态合同类型,并由此导致其相对于民法典合同编中的其他典型合同,愈加显得迥然有别。

三、现行法框架下物业服务合同的法律性质

(一) 物业服务合同中的非常态缔约规则

依民法学理论,合同系双方法律行为,其成立以双方完成相互一致的意思表示为必要。依此,合同订立的常态模式是通过要约与承诺之个别磋商的缔约方式。但是,在讲求效率的现代经济活动中,市场交易方式渐趋多样化,传统的常态缔约模式已无法完全满足实践的需求,由此逐渐产生一种全新的非常态缔约模式:由一方预先拟定合同条款而由相对人决定是否接受,或者由特定的团体或组织代替个体而缔约。此种缔约方式改变了当事人经个别磋商、议价而订立合同条款的传统缔约模式,同时也深刻地影响着传统民法关于合同订立的立法结构。相较而言,经由要约和承诺订立合同的方式,充分彰显合同自由之私法自治精神,乃合同成立的常态模式;而非个别磋商的缔约模式,虽然在定量分析的意义上呈现出取代常规缔约模式的趋势,但由于它实质上严重影响相对人的缔约自由,动摇了经个别磋商而订立合同条款的意思自治之根基,仅能被看作合同成立的非常态模式。^[24]

常态缔约规则既然通过要约和承诺之个别磋商的缔约方式予以构建,则该缔约模式作为实现合同自由原则最主要的工具,必须以当事人磋商力量的对等性为预设前提。磋商力量之对等性若发生障碍,合同就可能退化为“他决”的工具。^[25]对此,现代合同立法主要通过建立非常态缔约规则实现对磋商对等性障碍的控制性介入。^[26]德国学者迪尔克·罗歇尔德斯总结立法和判例,认为磋商力量的结构性差异主要表现为三种类型:(1)一般合同条款(或称定型化契约、格式条款)中的磋商对等性问题;(2)消费者合同中的磋商对等性问题;(3)集体合同中的磋商对等性问题。^[27]其中,有学说认为,集体合同亦即团体协约,其以团体属性为基础,具有契约与法规的双重效力,故其制度构建应采单行法模式。^[28]不过,该学说止步于

[22] 参见前引〔17〕,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第311页;韩松、姜战军、张翔:《物权法所有权编》,中国人民大学出版社2007年版,第169页。

[23] 参见上引最高人民法院民事审判第一庭编著书,第310页。

[24] 参见前引〔4〕,徐涤宇文,第12页。

[25] 参见前引〔3〕,罗歇尔德斯书,第23页。

[26] 参见前引〔4〕,徐涤宇文,第12页。

[27] 参见前引〔3〕,罗歇尔德斯书,第22页以下。

[28] 参见《集体合同法》立法可行性研究课题组:《集体合同立法的可行性研究》,《中国劳动关系学院学报》2012年第1期,第85页,第89页;王天玉:《集体合同立法模式的悖论与出路》,《社会科学战线》2017年第12期,第217页以下,第221页。

在劳动合同项下讨论集体合同问题，而未将其扩展到其他合同类型并提炼出一般规则。

一般而言，我国民法典中的典型合同在成立上均以常态缔约模式为基本模式，但就物业服务合同来说，民法典之前的特别立法就已明确其缔约当事人为业主团体与物业服务企业，而由此缔结的物业服务合同对未参与缔约的业主个体亦有拘束力，业主个体不得以其并非合同当事人为由拒绝履行合同。显然，物业服务合同的订立并不遵循常态缔约规则。毋宁说，物业服务合同与集体合同一样具有团体属性，两者适用的均是非常态的缔约规则，即合同的效力及于团体中的全部个人。如此一来，一个全新的问题便产生了：可否将物业服务合同定性为集体合同或团体协约的一种？

（二）私法中的强制自治：集体合同的兴起

集体合同一词为我国劳动立法所独创，首次出现于1994年劳动法中，如今已成为基本的劳动法概念。^{〔29〕}从比较法的角度看，集体合同大致可对应于英语中的“collective agreement”以及日本劳动立法中的“労働協約”，专指劳动者团体（工会）与用人单位或用人单位团体之间以规范劳动关系为目的、以劳动条件及相关问题为主要内容所订立的书面合同。^{〔30〕}德国和我国台湾地区的立法则将其定义为团体协约（Tarifverträge），亦称团体协议，系指“有团体协议能力的当事人之间调整双方权利和义务以及规范性地调整劳动条件和经济条件的合同”。^{〔31〕}

在德国，起初雇主利用其优势地位尽可能地单方确定劳动合同的内容，自19世纪开始，工会不断尝试向雇主争取较为合理的劳动条件。由此，通过团体协约，基于双方力量大致平等这一前提的合同谈判规则逐渐得以形成，并且经由立法、判例与学说的发展，团体协约的功能亦不断扩展。首先，团体协约侧重于对处于弱势地位的劳动者一方提供保护，具有保护功能（Schutzfunktion）。^{〔32〕}对此，德国联邦宪法法院曾指出：“团体协约自治通过集体行动弥补了单个劳动者在缔结劳动合同时的结构性劣势，使其在力量大致均衡的状态下磋商工资待遇和劳动条件。”^{〔33〕}其次，团体协约能发挥秩序维护功能（Ordnungsfunktion），有助于形成合理的劳动生活秩序（尤其是工资的确立），并促使劳动关系的典型化。^{〔34〕}团体协约不仅确立了标准的劳动条件，而且其订立能够实现变更多个劳动合同之目的。最后，团体协约还具有维护和平功能（Friedensfunktion），即在协议期限内劳资双方负担和平维护义务，不得就就业已约定的问题进行劳资斗争，否则要承担损害赔偿责任。但维护和平义务具有相对性，劳动者对于团体协约没有涉及的方面可以继续提出异议并开展斗争。^{〔35〕}

从制度生成史来看，通过团体磋商的构造实现主体平等性，确为团体协约制度勃兴的动因之一。劳动合同由劳动者与用人单位缔结时，主体处于形式平等但实质不平等的地位，于是法律授权劳动者结社组织工会，以集体的力量平衡用人单位的优势地位，实现基于实质平等地位

〔29〕 需要说明的是，有学者指出，劳动法领域的“集体合同”是中国特色，其实质上是集体协议，而“集体”一词较为模糊，难谓恰当，故在概念表述上采“团体协议”更为确切。参见郑尚元：《“集体协商”与“集体合同”词义辩》，《北京市工会干部学院学报》2005年第3期，第18页以下。

〔30〕 参见前引〔28〕，王天玉文，第216页；前引〔28〕，《集体合同法》立法可行性研究课题组文，第85页。

〔31〕 [德] 雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第395页。

〔32〕 Hilmar Götz, Grundzüge des Arbeitsrechts Band II: Kollektives Arbeitsrecht, München: R. Oldenbourg, 1997, S. 1; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Franzen, TVG. § 1 Inhalt und Form des Tarifvertrages, 2020, München: C. H. Beck, Rn. 2.

〔33〕 BVerfG v. 26. 06. 1991, NZA 1991, 809, 811.

〔34〕 BVerfG v. 18. 11. 1954, NJW 1954, 1881, 1882; 前引〔32〕，Hilmar Götz书，第1页。

〔35〕 前引〔32〕，Hilmar Götz书，第7页以下。

的博弈,促进劳资领域的自治与良性秩序。也正是基于这种“势均力敌”的理念,从19世纪就已开始的劳资团体协商就成为强制自治的典型。这种强制自治最可以代表替代私法自治和国家管制的第三条道路,也就是国家在必要情形下强制完成一定交易,却不干预交易的内容。^[36]

缔约能力的“势均力敌”不是团体协约的唯一特质,团体协约制度在保护劳动者利益和协调劳动关系方面,也有传统制度不可比拟的功能优势,主要体现为其债权性效力和法规性效力。其中,债权性效力仅对合同当事人具有约束力,他们负有劳动规范遵守之义务与保持劳动关系和平之义务。法规性效力则指团体协约(集体合同)对当事人(如工会)成员具有法律规范的效力,其内容主要涉及劳动关系的成立、内容和结束。易言之,除基于有利劳工原则和开放条款对团体协约法规性效力的限制外,其规范性内容对劳动者和单个用人单位直接生效,既不需要相关主体的直接参与甚至无需其知悉,也不需要任何转化行为,当然成为个别劳动关系的内容;并且,团体协约的内容对个别劳动关系强制生效,个别劳动关系当事人不得变更团体协约的内容。^[37]

一般来说,我国集体合同的规范性效力集中表现为强制效力、替代效力、优惠性原则和余后效力。其一,依其强制效力或曰自动效力,集体合同一旦生效,其所规定的劳动条件立即成为单个劳动者与其用人单位之间劳动合同的内容,而不论劳动合同当事人是否了解或者同意集体合同的内容。其二,依其替代效力,劳动合同约定的劳动条件不同于集体合同规定或法定最低劳动标准时无效,而由集体合同规定的劳动条件取代之。例如,劳动合同法第55条规定:“用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。”其三,有利劳工原则是强制效力和替代效力的例外,主要是指尽管个别劳动合同约定的条件与集体合同规定的劳动条件不同,但相比之下更有利于劳动者,则以个别劳动合同约定的条件为准。其四,依其余后效力,集体合同若因期满而终止,则在新的集体合同签订之前依然继续有效。余后效力保证了集体合同内容的延续性。^[38]

(三) 物业服务合同的集体合同属性

1. 民法典中的物业服务合同法律关系

民法典第939条虽然规定了两种物业服务合同,但依《物业管理条例》第25条之规定,建设单位与物业买受人签订的房屋买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容,故所谓的前期物业服务合同事实上已通过此种转化,成为单个业主与物业服务企业之间的合同,它和传统的民商事合同一样遵循常态的缔约模式,不属于本文所探讨的物业服务合同范畴。而第二种物业服务合同,则是由业主委员会代表业主全体成员与经业主大会多数决选聘的物业服务人订立,其缔约主体类似于集体合同中的主体。

但是,依民法典第937条关于物业服务合同的定义,合同主给付义务承担者分别是物业服务人(提供物业服务)和单个业主(支付物业费),这其实已经属于另一种意义上的物业服务合同,它与劳动法上的单个劳动合同恰成对应。由此,民法典第939条和第937条所言的物业服务合同并不统一,前者属于集体合同的范畴,后者则为类似于劳动合同的单个物业服务合同,但二者又因前者的规范性效力而交织在一起,此为我国民法典关于物业服务合同的立法

[36] 参见前引〔15〕,苏永钦书,第62页。

[37] 参见吴文芳:《德国集体合同“法规性效力”与“债权性效力”之研究》,《法商研究》2010年第2期,第139页;沈建峰:《论集体合同对劳动者和用人单位的效力》,《西南民族大学学报》2012年第9期,第97页。

[38] 参见前引〔28〕,《集体合同法》立法可行性研究课题组文,第86页;前引〔28〕,王天玉文,第219页以下。

特色。

这一法律构造与我国台湾地区关于物业管理的规则存在质的区别。总体来说，就物业管理模式而言，同样是承认业主自我管理和委托管理两种方式，但在我国台湾地区，则分别对应传统民法中的雇佣和委托之法律关系，其《公寓大厦管理条例》第3条第11项、第36条第9项即有明文。依此法律构造，在委托管理的情形，管理服务人（相当于我国法上的物业服务人）由业主大会或管理主体（管理委员会或管理负责人）委任，其并不与业主形成直接的合同关系，故物业费不由单个业主向管理服务人支付，也不由管理服务人向单个业主催收，而是由管理主体（如管理委员会）用公共基金与管理服务人定期结算。^{〔39〕}

2. 作为集体合同的物业服务合同之规范性效力

与《集体合同规定》（劳动和社会保障部令第22号）第6条第1款规定相同，民法典第939条亦规定，物业服务合同一经订立，即对全体业主具有法律约束力。其中，如果说前期物业服务合同系通过建设单位与物业买受人将物业服务条款纳入房屋买卖合同这一转化行为而对全体业主具有约束力的话，那么业主委员会代表全体业主与物业服务人订立的合同，显然是因为其规范性效力，使其当然、自动地成为物业服务人与每个业主之单个物业服务关系的内容，从而也就构成物业服务人向单个业主主张物业费的请求权基础，而业主不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由，拒绝履行支付物业费之主给付义务。

当然，作为集体合同的物业服务合同的内容可以丰富多样，但并非所有内容都对物业服务人和业主具有规范性效力。除前述具有债权性效力的内容外，依民法典和《物业管理条例》的相关规定，具有规范性效力的物业服务合同之内容，主要涉及服务事项、服务质量、服务费用的标准和收取办法、维修资金的使用、服务用房的管理和使用等事项。这些规范性内容针对物业服务人和全体业主，具有不可排除性、不可抛弃性等强制性效力。因此，除非基于有利于业主的原则（民法典第938条第2款），个别的物业服务关系当事人不得排除、变更或抛弃此等规范性内容。比如，作为例外，物业服务人承诺一定条件下减免物业费的，由于其有利于业主，故符合条件的业主可以个别地与物业服务人变更物业费收取这一规范性内容。

综上所述，物业服务合同不同于一般的民商事合同，业主个体并非直接的缔约主体，而是由业主团体代表业主的整体利益与物业服务企业缔约。此种团体缔约模式不同于传统缔约模式，其意义在于重构缔约双方的“势均力敌”，以解决合同磋商的对等性障碍问题。同样，世界各国对集体合同之所以采用特别法模式，其规范意旨也在于通过建立非常态的团体缔约模式解决传统雇佣合同之主体磋商对等性障碍问题，实现实质意义上的合同自由与交换正义。

因此，集体合同之称谓虽为劳动法所专有，但从法律构造的角度看，我国物业服务合同与之并无二致。它们在规范目的上更是殊途同归：以非常态缔约程序之团体磋商的构造实现缔约两造的对等，从而营造和谐劳动氛围或和谐物业服务关系；同时赋予它们不同于一般合同的规范性效力，以促进劳资或物业管理领域的强制自治和平等博弈。在此种意义上，尽管物业服务合同栖身于民法典合同编之“典型合同”分编，其亦非该分编其他有名合同之同族。有鉴于此，应拓展研究视野，以物业服务合同之集体合同属性为基础，在解释论上重构物业服务合同之规范模式。

〔39〕 参见我国台湾地区《公寓大厦管理条例》第36条第7项、第10项。

四、物业服务合同规范模式之解释论上的重构

（一）无名合同有名化的进路区别及其功能差异

根据法律载体的不同，无名合同之有名化一般有两种进路，即一般法进路与特别法进路。前者指在民法典中以专章的形式确立某一特定合同类型，如我国民法典合同编中的融资租赁合同、保理合同以及仓储合同等；后者则指在特定领域的特别法中对某种合同类型进行明确规定，从而将其典型化。尽管有观点认为，这种进路的划分不是在一般法和特别法意义上展开的，而是基于立法便宜性的考虑，但其也认为在采取何种进路扩增典型合同时，必须注意一般法和特别法的分工配合问题，采一般法之有名化进路并非唯一选择。^{〔40〕}

无名合同有名化采一般法进路者，往往坚持民法典的体制中立性，以民法独特的科学性亦即所谓的“技术因素”，剔除其与社会其他领域的关联，从而使后者无法实质性地影响前者。因此，传统民法典中各种典型合同的主体尽管有出卖人和买受人、出租人和承租人等称谓，但他们都扮演了中性的、抽离具体社会身份的交易角色，不以社会阶层、族群或有共同利益的团体身份而受附有特定政策目的的特别民法调整。

相反，特别民法往往具有民法典无意投射的特定功能。此时，通过适用民法一般原则、法律解释与类推等法律方法已无法回应变迁的法律需求，故在民法典之外，诸多立法例另行制定民事单行法，甚至直接将其归入其他立法领域。^{〔41〕}由此，为实现特定政策之规范目的的典型合同已不宜交由民法典调整，而是各自进入独立的特别法领域。问题在于，具备此等特性的定型化合同究竟有哪些？它们如何在技术中立的民法典之外通过特别法而有名化？

有学者通过对各国经验的分析，依功能把特别民法划分为补充型、政策型和行政型三种。其中，补充型特别民法，如包含保险法和海商法在内的商法以及知识产权法等，并不违反民法典的价值取向与基本原则，旨在对民法典的内容进行补充和细化；政策型特别民法则完全违反技术中立的精神，是国家基于特别的社会政策考量而制定的特别法，尤其强调以弱者保护为核心的“社会共生”。^{〔42〕}以特别法有名化某一定型化合同者，主要是与这两种特别民法相关联：前者如在保险法中规定的保险合同、在海商法中规定的海上运输合同、船舶租赁合同、海上拖航合同等；后者如消费者权益保护法中规定的消费者合同以及劳动法、劳动合同法、《集体合同规定》分别规定的劳动合同和集体合同。

可见，采政策型特别民法之有名化进路，本身就是要通过该类型合同的功能构造实现特定的政策目的，而这是固守体制中立的民法典进路难以做到的。理由有三：其一，在社会转型时期，法律与市民社会的关系发生根本转变，即法律关注的对象不再是中性的、无差异的市民，而是一些特定的团体及其利益。对该类团体利益的保护需要由特别法而非民法典来支持。其二，民法典所固有的一般原则、话语体系及解释方法与特别法领域不相适应，后者往往需要建立一套专门的话语体系来应对特殊领域的调整需求。这套话语体系由有着具体政策目标的“目的性”规范构成，它们超越和背离了民法典的一般原则，而且在特定领域衍生出一些与民

〔40〕 参见朱广新：《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》，《交大法学》2017年第1期，第103页。

〔41〕 参见谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期，第98页以下。

〔42〕 同上文，第105页。

法典原则相区别甚至冲突的新原则。^[43]其三,遵循体制中立的民法典与具有特定政策目标和功能的非常态规则,在体系上是不协调、不兼容的,而就合同类型有名化而言,特别法模式从民法典模式中分离出非常态缔约规则,反而通过维持常态缔约规则的技术因素,确保了民法典的体制中立。

当然,对于社会生活中业已定型化的合同,通过特别的法律规范使之有名化,虽能维持民法典的体制中立,但包含此等特别合同规范的特别民法在民法典之外的蓬勃生长,事实上使世界范围内的诸多民法典在一定意义上沦为“剩余法”或补充法。^[44]面对这些解法典化的现象,一些国家通过法典的重构来重新处理民法典和特别法的关系。^[45]但无论采用何种进路,由于特别民法各自构成规范自足的微观体系,故其纳入民法典不过是一种“嵌入式外挂”,而且正因为这种体系化的脱节,民法典与特别法之间的关系显得更加杂乱无章,法律适用不仅没有提高效率,反而更为复杂。^[46]因此,即便是将某种本来由特别民法规范的定型化合同纳入民法典,也不是在两种传统的有名化进路之外创设了第三条道路。

(二) 民法典框架下物业服务合同规范模式之检视

承前所述,物业服务合同在我国的有名化,事实上采用的是特别法进路:它首先在《城市新建住宅小区管理办法》中出现,经由《物业管理条例》、原物权法和“物业服务纠纷解释”总结多年实务,而逐渐明晰化为一种特别法上的典型合同。这种由政策型特别民法规范的典型合同,在学理上却被解读为传统民法上委托合同的变型。于是,在欲将社会生活中的定型化合同尽收法典囊中之“集大成”的法典编纂理念的支撑下,立法者把物业服务合同与恪守技术中立的传统典型合同列为同类,从而将其纳入民法典合同编之“典型合同”分编。

对于这种以民法典取代特别民法的规范模式,首先可以从立法论的角度予以检视。有学者指出,欲提升我国民法典的科学化与体系化水准,应精当地处理好民法上的原则法与例外法之关系,才有助于消解规范间的矛盾、确定规范适用的优先次序、形成规范间脉络上的整体图景。遗憾的是,我国民事立法者乃至学界在诸多情形中都未能妥适地处理好原则法与例外法之关系,甚至还存在背离原则规范而创设例外规范的现象。^[47]于是,“在这样的‘直接’和‘例外’之中,法律制度的精妙与法律体系的价值将消失殆尽。若此,法律将变成无数个‘例外’的杂烩,失去体系本身的生命力,甚至无法就特定问题给出一贯的、有说服力的回答”。^[48]

上述观点主要在两个层面有其体系透视价值。首先,在一般与特别之关系或抽象与具体之关系的意义上,特别法是一般法在特别领域的具体化,依然保持了一般法的规范机理,因此二者之间不存在内在矛盾,一般法能给特别法以一定的补充与指引,而特别法在特定的更小适用

[43] 参见[意]那塔利诺·伊尔蒂:《解法典的时代》,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第4卷,中国人民大学出版社2003年版,第103页以下;陆青:《论中国民法中的“解法典化”现象》,《中外法学》2014年第6期,第1486页以下。

[44] 参见前引[41],谢鸿飞文,第99页。

[45] 关于通过再法典化重构二者关系的两种进路,详见徐涤宇:《解法典后的再法典化:阿根廷民商法典启示录》,《比较法研究》2018年第1期,第184页。

[46] 如有学者指出,若以一种“杂糅”的方式将某些特别法规则强行混入一般化的法典之中,则法律不但失去其一以贯之、合理性与可预测性,而且趋于体系化的脱节。See Reinhard Zimmermann, *Civil Code or Civil Law? —Towards a New European Private Law*, 20 Syracuse Journal of International Law and Commerce 218 (1994).

[47] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第88页。

[48] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第939页。

范围内,对一般规范进行修正或补充。这种关系非常明显地体现在传统民法典中合同法通则(或债法总则)与有名合同之体系结构中,例如买卖合同、运输合同等传统典型合同与合同法通则之关系。^[49]其次,就民法典和特别民法的关系而言,例外法尤其是政策型特别民法,是对民法典一般原则的背离甚至根本取代,因此对于其自身构成的微观体系而言,民法典所构成的原则法并无多少适用空间。于是,即便在民法典中纳入此等本由政策型特别民法有名化的典型合同,也只是前文述及的“嵌入式外挂”,不仅难以取得法典之体系性效应,甚至反而增加法律适用的复杂程度。以消费者合同为例,在各国立法例中都是通过特别民法有名化的,从而使它们在各国民法典之外构成一个规范自足的微观体系;即便在动因不一的再法典化进程中,消费者合同被一些国家整体或部分纳入民法典之中,其仍然是在法典体系中区别明显的“另类”。^[50]

就物业服务合同而言,它相较于消费者合同,更加不同于传统意义上的合同类型,其性质恰与劳动法上的集体合同契合,两者在缔约模式、法律效力以及规范意旨等方面均具有同质性。也许是基于物业服务合同法律适用之于合同法一般规则的抵牾,国务院只是无心插柳,才针对物业服务领域突出的问题专门制定《物业管理条例》,却正确地将物业服务合同定位为特别民法规范的对象。而在编纂民法典时,立法者及其支持者的视野却仍然局限于传统的合同范畴,仅以关涉民生为由而将物业服务合同从单行法中切割出来,使其成为民法典中的典型合同。对此,已有学者指出,物业服务合同虽然在民生的意义上具有普遍性,但鉴于物业服务行业法律变化频繁,而民法典具有很强的稳定性,故在有《物业管理条例》等单行法予以调整的前提下将其纳入民法典,并不十分恰当。^[51]

当然,基于我国改革开放以来特别民法和一般民法混合立法的现实,以对既有民事法律规范进行编订纂修为目的的民法典编纂工作,自立法之初即已承载太多的政策目的,故立法者仍以混合方式汇聚单行法,也无不妥。问题在于,如何通过解释论正确看待或妥适处理民法典中具有特定政策目的的特别法或曰“例外法”?

笔者认为,就物业服务合同之规范体系而言,虽然已被纳入民法典之中,但其由特别法构建的规范自足之微观体系,乃“嵌入式外挂”于民法典。易言之,民法典的构造并未改变物业服务合同由特别法规范的模式。在这种模式中,由民法典物权编和合同编有关章节以及《物业管理条例》构成的特别法规范,至少在解释适用上建立了一个与民法典一般规范泾渭分明的微观体系。

(三) 微观体系下物业服务合同的解释论重塑

在我国,与其说物业服务合同是一个独立存在的规范单元,或者说它与民法典上其他典型合同一样,共同构成合同法通则的特别规范,倒不如说它是建筑物区分所有制度中的特别法规范。这是由我国特有的立法和司法实践决定的。

从各国立法经验来看,建筑物区分所有制度是由建筑物区分所有权和物业管理构建起来的混合规范模式。在这一制度体系中,建筑物区分所有产生的物权关系由民法规范调整,而为加强对于建筑物及其附属设施的管理维护,提升居住生活品质,由行政机关基于管理之目的而制

[49] 参见前引[47],易军文,第73页。

[50] 参见前引[4],徐涤宇文,第14页。

[51] 参见谢鸿飞:《政府守法和司法公正正是践行民法典的两个最重要条件》, <https://m.jiemian.com/article/4423178.html?from=singlemessage>, 2020年7月1日最后访问。

定的行政法规范，则重点关注业主自治方式、管理组织（包括与我国业主大会和业主委员会相对应的组织体）以及物业服务人的权利义务关系等。显然，此混合规范体系应属私法和公法之协力关系，民法和行政法规在性质、规范范围及功能方面皆有不同；其协力的法理基础则在于，建筑物区分所有权制度涉及“物权上的权利义务”和“业主组成的共同体”，二者并非各自独立、不生关联，而是不可分离的整体。^{〔52〕}

在先有民法典的国家，由于传统物权理论对建筑物区分所有权概念的排斥，这种混合规范模式一般栖身于单行法之中，从而在民法典之外发展着区分所有权制度。例如，德国的住宅所有权法、日本的建筑物区分所有权法以及我国台湾地区的《公寓大厦管理条例》，均包含上述两方面的规范内容，其中民法规范重在业主所有权之物权关系，而管理规范重在业主团体自治、管理组织以及管理服务人。^{〔53〕}但由于我国台湾地区公寓大厦的管理强调业主自治，而管理服务人是由业主大会或管理主体（管理委员会或者管理负责人）雇佣或委任，其并不与业主形成直接的合同关系，故以所谓物业服务合同为载体的外包式管理，在我国台湾地区无独立类型化之必要。

我国在民法典编纂之前，就在原物权法构建建筑物区分所有权制度的同时，吸纳并完善了《物业管理条例》中小区管理的规范内容，这些规范最终被转化为民法典物权编的一章。与其他国家的单行法模式相比，我国民法典物权编中“业主的建筑物区分所有权”一章，乃和《物业管理条例》一起构筑了该主题的双轨制规范体系。可见，我国现行法框架下，建筑物区分所有制度采用的是二元、双轨、二级之立体规范模式，并且其中存在重叠区域。二元是就其规范内容分为物权关系和管理关系两个单元而言，其中被有名化的物业服务合同只是借以促进小区自治管理的方式，并不构成一个独立的规范单元。双轨系指民法典和行政法规（《物业管理条例》）之并存的规范体系。而二级中的第一层级规范被分配在民法典物权编“业主的建筑物区分所有权”一章，调整着业主间具体的物权关系（专有权与共有权）以及由共有关系产生的共同管理关系；第二层级则表现为我国民法典和《物业管理条例》中的物业服务合同之规范。由于它们只是小区管理的实现手段之一，所以和第一层级的规范共同构成民法典所有权制度之特别法。有鉴于此，在对物业服务合同规则进行理解和适用时，必须将其置于整个微观体系乃至民法典的宏观体系中予以解释。

首先，由于包括物业服务合同在内的建筑物区分所有制度这一微观体系事实上构成民法典所有权制度的特别法，所以在修正或变更民法典一般规范的范围内，其特别规范因优先适用而排除了后者的适用空间。例如，民法典物权编亦有专章规定共有，但建筑物区分所有权一章对共有权和建筑物及其附属设施的管理建立了例外规则，故前者对后者几无适用余地。而就物业服务合同之规范体系而言，虽然其被置于合同编，但通过与民法典第284条和第285条之关联，其与物权编之建筑物区分所有权制度构成一个微观体系，由此决定了合同编之通则（如要约—承诺之常态缔约规则）对其鲜有适用空间。

〔52〕 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第161页，第164页。

〔53〕 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》，张双根译，法律出版社2004年版，第634页以下；〔日〕我妻荣：《新订物权法》，罗丽译，中国法制出版社2008年版，第536页以下；上引王泽鉴书，第161页，第165页。在阿根廷旧民法典的框架下，其建筑物区分所有权制度也是存在于单行法之中，而2016年实施的新民商法典，则以再法典化的名义将其收编。Véase Eduardo A. Zannoni, Marina Mariani de Vidal, Jorge O. Zunino (eds.), *Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 542.

其次,在这一微观体系中,我国现行法构造的二级规范体系可谓独树一帜。从其他国家或地区的立法来看,对于物业管理,业主可以由管理主体(管理委员会或管理负责人)或其雇佣的管理服务人自营,也可以由业主大会作为一个整体,或者由管理主体作为法定代表人,委任管理服务人经营。后一情形类似于我国现行法所界定的物业服务合同关系(即所谓外包式的物业管理),但其委托主体并非各个业主,从而受托的管理服务人并未与各个业主形成直接的合同关系。而依我国民法典第944条和第945条之规定,每一个业主显然都直接对物业服务人负有支付物业费和装修告知义务,所以每一个业主均与物业服务人形成直接的合同关系。于是,为保障这些单个业主在磋商力量上与物业服务人对等,我国立法和司法实务不得不凸显所有单个业主作为缔约主体的团体性,而以团体缔约理论取代常态缔约规则,并突破合同相对性原则,认可其对所有业主具有法律约束力。其结果是,在其他国家或地区,传统的委托合同就是外包式物业服务之“学名”,或者至少作为与其最相类似的有名合同类型而可类推适用委托合同的规则,新的合同类型并未诞生;而在我国,被纳为合同编典型合同的物业服务合同,其实质是我国建筑物区分所有权制度之物业管理单元的特别法规范。既然如此,那么从一般法与特别法之关系的角度看,二者之间更多是相互补充关系,所以在诸多情形,二者的规定互不排斥,而是结合构成完整的法律规范。例如民法典第939条所谓“依法选聘”,以及第946条、第947条第1款之规定,只有结合第278条才构成一个完整的法律规范或法律命题。

最后,物业管理的双轨制规范模式,要求以公法和私法协力的方式,努力促成业主的强制自治。一方面,在立法论上,民法典关于物业服务合同的规定,因法典稳定性之要求,更适合通过《物业管理条例》等单行法的修订来完善或发展,以不断适应“规范物业管理”“改善人民群众的生活和工作环境”之政策目标。另一方面,民法典关于物业服务合同的规定,只是在私法的意义上为业主共同体提供最低限度的保护,而更高层次的保护也有赖于特别法对物业管理制度的完善。^[54]例如,《物业管理条例》第32条对物业服务企业资质要求,第40条和第42条关于物业费之确定和监督的规定,尤其是第六章就建设单位、物业服务企业和业主违反物业管理规定设定的行政处罚措施,均为民法典所无从顾及。

结 语

依学者所言,在民法典中新增典型合同类型,至少应有三方面的考量:一为重要性因素,即考虑新增典型合同在社会经济发展中的重大意义;其他两项则分别为民法典内部的体系性思考和外部的体系性考量。^[55]就物业服务合同而言,立法者更多是基于重要性因素而将其纳入“典型合同”分编,至于其是否真正具有普适性而能在体系结构上与其他技术中立的典型合同共栖一编,概非所问。本文的论证业已表明,在有名化过程中,此合同类型其实依附于建筑物区分所有制度,早已在单行法中被赋予鲜明的政策目的;从民法典技术中立的角度看,作为固定交易角色的“业主”更是未能抽离特殊的社会身份,且结合为特定的利益团体。此故,基

[54] 这就像一些国家对消费者的立法保护一样。由于消费者保护主要发生在合同交易中,故民法典中的合同法规则为此提供最低层次的保护,但这不妨碍保护消费者权益的单行法在法典之外提供更高层次的保护。参见前引[53], Zannoni等主编书,第317页。

[55] 参见前引[40],朱广新文,第111页。

于体系性考量，物业服务合同本适于继续在法典之外由行政法规属性的特别民法规范。

不过，民法典编纂者“针对物业服务领域的突出问题”，^{〔56〕}整合单行法和司法解释，使其成为典型合同的一种，却也用心良苦。既然物业服务合同作为典型合同入典乃既成事实，那么在解释论上恢复其法律属性的本来面目，就成为此等规范正确理解与适用的关键。另一方面，法典编纂之伟业虽已完成，但我国民法典意义上的物业服务合同，依然是“嵌入式外挂”在合同编中的特种合同，其立法的完善尚需在其他民事单行法的框架内完成，否则法典赖以维持稳定的技术中立性会被动摇。甚至，如同劳动关系之立法调整，经由合同而成立的物业服务关系也许会经历同样的发展历程：物业服务合同由民法上的委托合同发展为独立的有名合同，由个别磋商的合同转向集体合同，最终也不排除其脱离法典而成为独立法律领域的可能。

Abstract: In China, property management service contracts are subject to abnormal contracting rules and inherently different from other typical contracts in Chinese Civil Code. As to legal construction, property management service contracts are of the nature of collective contracts and have the same normative goal as collective contracts, i. e., to achieve the “balance of power” between the parties by creating a structure of collective contracting and giving it normative force. Incorporating property management service contracts into the Civil Code does not change its normative model of special rules. Owners’ separate ownership system in a building, including property management service contracts, is a micro-system and constitutes a body of special rules in the ownership system in the Civil Code. Property management service contracts should be interpreted within this micro-system when understanding and applying rules on property management service contracts.

Key Words: property management service contract, collective contracting, collective contract, normative force, model of special rules

〔56〕 参见前引〔2〕。