

物业管理合同的当事人

——兼评我国《物业管理条例》的相关规定

The Parties in the Property Management Contract

谢增毅

(清华大学法学院 北京 100084)

内容摘要：物业管理合同是约定业主和物业管理企业在物业管理活动中双方权利义务的合同。物业管理合同的当事人是全体业主和物业管理企业，业主委员会不是合同的当事人。《物业管理条例》对物业管理合同违约救济中的主体规定不够明确，应加以完善；尤其应明确业主委员会的诉讼资格。

关键词：物业管理合同 合同当事人 违约救济 《物业管理条例》

一、物业管理合同的概念

依《物业管理条例》以下简称《条例》第2条对物业管理的定义和相关规定，物业管理合同指物业管理企业对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理并维护相关区域内的环境卫生和秩序，业主支付费用的合同。广义的物业管理合同包括前期物业管理合同，狭义的物业管理合同仅指业主委员会成立后由其代表全体业主与物业管理企业签订的合同。《条例》中并没有采纳“物业管理合同”的称谓，而使用“物业服务合同”的概念。笔者认为，“物业服务合同”的称谓，更能体现业主和物业管理企业之间的平等地位。何况物业管理包括自主管理和委托管理，“物业服务”从词义上表明一方为另一方从事物业管理，自主管理很难称为“物业服务”；从这个意义上看，物业服务合同更为精确。考虑到物业管理合同的习惯称谓，本文仍使用物业管理合同的概念。

二、物业管理合同的当事人

物业管理合同的主体问题是一个复杂的问题，因为，物业管理合同的订立中涉及业主、业主大会、业主委员会和物业管理企业多方主体，在前期物业管理合同中，又涉及房地产开发企业。本文只对业主委员会成立后订立的物业管理合同的当事人进行探讨。

业主委员会成立后的物业管理合同，依1997年建设部和国家工商行政管理局发布的物业管理委托合同示范文本以及实践的作法，合同的当事人被确定为业主委员会和物业管理企业。在这里业主委员会作为物业管理合同的当事人是否妥当值得研究。

我国《物业管理条例》并没有在法律上明确承认区分所有权人（业主）团体（一般称为区分所有权人管理团体）。《条例》第8条规定：“物业管理区域内全体业主组成业主大会”，由于业主大会只是以会议的形式履行法定职责，因此，业主大会究竟是否属于某种团体或者组织，条例并不明确。引人注目的是，2002年10月公布的《条例》（草案）第8条规定：“物业管理区域内全体业主组成业主大会。业主大会是代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益的自治组织”。草案将业主大会界定为自治组织。但正式公布的《条例》却改为“业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益”，未提及业主大会的性质。由于业主大会主要通过会议的方式履行职责，且条例也没有明确业主大会需经登记或者备案，业主大会的性质似应解释为议事机构而无独立人格。依《条例》，业主大会不具备民事主体资格，不具备法人资格，亦不得以自身的名义对外实施行为。因此，业主大会不是物业管理合同的当事人。

业主大会不能作为物业管理合同的当事人，业主委员会能否作为物业管理合同的当事人？这首先涉及业主委员会的法律地位问题。各国均在区分所有权人管理团体之外，设立性质上类似于我国业主委员会的管理机关，称为管理者或管理人等，实施具体的管理行为。如，日本《区分所有权法》第26条规定，管理人就其职务，对外代表区分所有权人；《德国住宅所有权法》第27条规定，管理人得以全体住宅所有权人名义对外实施行为；法国《住宅分层所有权法》规定，管理者有权代表管理团体实施民事上

作者简介：谢增毅（1977-），男，汉族，福建金门人，清华大学法学院博士研究生。

陈华彬《现代建筑物区分所有权制度研究》法律出版社1997年版，第211页。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

及诉讼上的一切行为,有权雇佣及解聘具体的管理人员。法国法承认管理团体的法人地位,自然其管理者可以代表管理团体实施实体和诉讼上的一切行为。日本法依区分所有人人数不同,管理团体包括“区分所有权人的团体(无权利能力之社团)和“管理团体法人”,前者由管理人作为管理团体的业务执行机关,管理人于其职务范围内与第三人所为的行为,区分所有权人应分担其责任的比例,理事为管理团体法人之必须设置机关,其相当于一般管理团体下之管理人,代表管理团体法人。而德国法不承认管理团体的法人资格;“住宅所有权人共同体,未有权利能力,因而不具法人人格”;因此,管理人仅“得以全体住宅所有权人名义对外实施行为”,非以管理团体的名义对外实施行为。尽管不同国家区分所有权管理团体之管理机关的地位略有不同,但其通常只能代表管理团体或区分所有权人对外实施行为,并由业主管理团体或全体业主承担其法律后果。关于我国业主委员会的地位,《条例》第15条仅规定业主委员会是业主大会的执行机构,并规定其法定职责,但是否具有独立人格并享有权利能力,条例并不明确。

笔者认为,将业主委员会和物业管理企业作为合同的当事人不妥当。首先,如上文分析,《条例》并没有明确业主委员会的法律地位,业主委员会是否具有实体法的权利能力并不明确,业主委员会充其量只是业主的代表,不能作为物业管理合同的当事人。其次,如果将业主委员会作为一方当事人,由于合同具有相对性,合同只能约束物业管理企业和业主委员会,该合同并不能直接约束业主,使业主享受权利承担义务,这样的后果显然违反物业管理合同订立的目的。最后,正如尽管公司的董事受公司委托可以代表公司对外签订合同,并不意味着董事就是合同的当事人,合同的当事人应是董事所代表的公司,业主委员会亦是如此。笔者注意到,公布的《条例》(草案)第15条第2款规定业主委员会的职责之一是“与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同”;而最终公布的正式《条例》则增加“代表业主”的用语,规定业主委员会的职责之一是“代表业主与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同”。这样的修改,意在强调业主委员会只是作为业主的代表订立合同。其实,对比国外的立法例,我国业主大会的规定和德国法的规定比较相近,业主大会不具法

人资格,甚至是否为团体或组织也存有疑问,业主委员会的性质自然也应与德国法中管理人的性质相似。《德国住宅所有权法》第27条规定,管理人得以全体住宅所有权人名义对外实施行为,管理人对外实施行为只能以全体住宅所有权人的名义。相应的,我国的业主委员会与物业管理企业订立合同时亦只能以全体业主的名义为之。

将业主委员会作为物业管理合同的当事人,还会发生物业管理合同是否适用《消费者权益保护法》的问题。依通说,《消费者权益保护法》中保护的消费者是为满足生活需要而购买、使用商品和接受服务的个体社会成员。如果将业主作为合同的当事人,物业管理合同适用《消费者权益保护法》不会发生困难,业主作为消费者不会产生争议。如果将业主委员会作为物业管理合同的当事人,则依通说对消费者范围的限制,业主委员会是否为消费者则会发生争议,物业管理合同能否适用《消费者权益保护法》也会陷入理论的困境。事实上,就有学者以物业管理关系中的业主委员会既不是个人也不是法理意义上的弱者为由,主张物业管理合同纠纷不适用消费者权益保护法之规定。将物业管理合同的当事人确认为全体业主和物业管理企业,就可以避免这样的争议,使业主受到消费者权益保护法的特殊保护。在物业管理合同中,物业管理企业由于其专业上的优势,广大分散且无专业知识的业主仍处于弱者的地位,物业管理合同适用消费者权益保护法的规定完全必要。

三、物业管理合同违约救济中的主体问题

关于物业管理合同的违约救济,《条例》第36条做了原则性的规定:“物业管理企业应当按照物业服务合同的约定,提供相应的服务。物业管理企业未能履行物业服务合同的约定,导致业主人身、财产安全受到损害的,应当依法承担相应的法律责任”。该规定比较笼统。关于合同的违约救济,在具体操作上,有以下问题值得探讨。

第一,业主委员会的诉讼资格问题。《条例》第36条并没有明确诉讼的原告。但业主委员会是否具有诉讼上的资格,则是一个重要的实践问题。笔者认为,尽管《条例》并没有明确规定业主委员会的诉讼资格,解释上应当认为业主委员会具有诉讼资格,可以充当原告和被告。在物业管理活动中,当全体业主的权益受到侵害时,业主委员会能以自己的名义而无需经业主的授权而提起民事诉讼。

高富平、黄武双《物业权属与物业管理》中国法制出版社2002年版,第130页。

陈华彬《现代建筑物区分所有权制度研究》法律出版社1997年版,第249页、第250页。

关于管理团体的法律地位,参见陈华彬《现代建筑物区分所有权制度研究》法律出版社1997年版,第228-243页。

转引自中国物权法研究课题组《中国物权法草案建议稿》社会科学文献出版社2000年版,第313页。

高富平、黄武双《物业权属与物业管理》中国法制出版社2002年版,第196页。

司法实践中,业主委员会充当诉讼的原告已为法院接受和认可。我国台湾地区《公寓大厦管理条例》第35条规定:“管理委员会有当事人能力。管理委员会为原告或被告时,应将诉讼事件要旨通告区分所有权人。”此种作法值得借鉴。

实践中,涉及业主共同利益的事项应由业主委员会提起诉讼,出现物业管理企业违反合同约定,而业主委员会怠于起诉且将危害全体业主的利益时,究竟以何种方式保障业主的利益?由于业主委员会是全体业主的代表,只是从方便诉讼的角度赋予其诉讼当事人的资格,如果业主委员会怠于起诉,自应允许业主自行起诉。业主自行起诉的,是否必须由业主大会作出决定,并适用普通的表决程序?笔者认为,在业主委员会怠于起诉并危害业主利益时,业主决定自行起诉的,并非《条例》规定的业主大会六项职责之一,因此,可以不必适用普通的业主大会表决程序;况且业主委员会怠于起诉的情形通常为紧急情况,为了提高效率,可以参照《条例》第13条的规定,经20%以上的业主同意,即可以全体业主的名义提起诉讼。既然业主委员会可以自己的名义在全体业主的共同利益受到侵害时起诉,在物业管理企业违反合同约定致个别业主利益受到侵害时,个别业主当然也具有提起诉讼资格。

(上接第23页)力度尚不够强的情形下,禁止流押契约对于保护国有资产也许能发挥相当的作用:1. 利用流押契约侵吞国有资产的行为往往是发生在国有资产的经营管理者作为共犯的情形下,即便对国有资产目前的监管方法以及力度都不够的情形下,我们也可以通过《民法通则》、《合同法》对“恶意串通,损害国家利益”的合同无效的规定加以防止。没有必要通过禁止流押契约的方式加以防范。2. 即便流押契约是发生在融资的债务人因急迫而订立的情形中《民法通则》第59条关于显失公平的民事行为可以被撤销的规定以及《合同法》第54条关于乘人之危致合同显失公平时可以撤销的规定,就足以保障当事人的合法权益。3. 抵押物的价值并非一成不变,有可能出现的情形是:设定抵押时抵押物的价值远远大于所担保的债权,而在实现抵押权时该抵押物的价值却一落千丈,反而远远小于所担保的抵押物的价值。尤其在市场经济尚不成熟之时,政府对社会经济生活进行广泛的干预与管制,政府的许多政策常常在很大程度上决定了许多抵押权标的物的价格(尤其是在房地产市场),而政府的决策往往变动不居,因此抵押权标的物的

第二,因物业服务费用发生纠纷的处理。《条例》第67条规定:“违反物业服务合同约定,业主逾期不交纳物业服务费用的,业主委员会应当督促其限期交纳,逾期仍不交纳的,物业管理企业可以向人民法院起诉”。该条规定似把业主委员会的催告作为物业管理企业起诉的前置程序。《条例》之所以这样规定,显然受到了立法者将业主委员会作为物业管理合同当事人的影响,业主委员会被作为合同的当事人,从法律上讲就负有支付物业服务费用的义务,但业主委员会并无独立财产,其不可能支付服务费用,实际上只能由业主支付;因此,业主委员会最多只能承担督促业主交费的义务。撇开合同的当事人不论,该条规定的弊端在于如果业主委员会不督促业主限期交纳,根据第67条的规定,物业管理企业不能向人民法院起诉,这显然不合理。为了避免业主委员会怠于或难以催告,致物业管理企业无法起诉的弊端,未来修订该条例时,可以将现行的“业主委员会应当督促其限期交纳”改为“业主委员会或者物业管理企业应当督促其限期交纳”,即增加物业管理企业也可以自行催告。这一方面可避免业主委员会怠于催告,影响物业管理企业起诉,也可减少业主委员会的负担。

价值大涨大跌的情形在我国并非停留在学者的理论上。国有资产也是如此,如果抵押权人就这些作为标的物国有资产与抵押人做了流押的约定,那么当抵押权实现时抵押物价值跌落,债权人反而深受其害。4. 为防止国有资产流失却造成其他交易主体交易成本的提高,常常是得不偿失。既然债务人与债权人事先就抵押物所有权转移所做的约定无效,那么只有等到债务人未能清偿到期债务的事实发生之后,债权人才能和债务人就抵押物的处分达成协议。如果抵押人既无法清偿到期债务,又拒绝与债权人达成抵押物变卖、拍卖的协议,那么抵押权人将为此支付巨大的抵押权实现成本,而且对于法院也将背负着较重的强制执行负担。5. 违背当事人意思自治的原则,流押契约仅仅涉及抵押人与抵押权人,如果抵押人与抵押权双方在没有欺诈、胁迫或其他违法事由的情形下,自愿达成流押契约有何不可?

综上所述,笔者认为,未来我国《物权法》可以考虑废止流押契约的禁止性规定,即便不全部废止也可以作出例外的规定,如允许抵押人与抵押权人均为自然人时其流押契约有效。

我国台湾地区“民法”物权编修正时,也曾有学者建议修正对流押契约的禁止性规定,但是多数意见仍认为抵押权人多为金融业,且采取定型化契约,如果允许流押契约有效,那么将引发纷争,而且经济上的弱者将遭受更大的损失,因此没有修正。参见谢在全《民法物权论(修订二版)》(中册),台湾作者印行2003年版,第624页。