

物业服务合同主体研究

刘兴桂 刘文清

(刘兴桂,广州大学法学院副教授 广东 广州 510050;

刘文清,中共广东省委办公厅副主任、博士研究生 广东 广州 510080)

摘要:物业服务合同即物业管理合同。物业服务合同主体分前期物业服务合同主体和普通物业服务合同主体。前者包括物业管理企业与建设单位,后者包括物业管理企业、业主或业主团体。我国物业服务合同的主体包括物业管理企业、业主或业主团体。

关键词:物业服务合同 物业管理企业 业主 业主团体

2003年6月8日国务院颁布了《物业管理条例》(以下简称《条例》),从此,我国的物业管理纳入了法制化的轨道。《条例》将以前广泛使用的“物业管理合同”称为“物业服务合同”。随着我国房地产业的持续发展,该类合同纠纷也越来越多。对于合同的一方主体——物业管理企业来说要具备什么条件,其应对谁负责?在前期物业服务合同中,业主是否合同主体?在普通物业服务合同中合同的另一方主体究竟是业主还是业主大会抑或业主委员会?业主委员会的法律地位(如代表权、诉讼权等)如何确认?这些问题涉及物业服务合同的基本构建,具有非常重要的价值,很有必要进行探讨。

一、物业服务合同的分类

根据《条例》的有关规定,物业服务合同可分为两类:一是前期物业服务合同,二是普通物业服务合同。

所谓前期物业服务合同,是指物业管理区域内的业主、业主大会选聘物业管理企业之前,由房地产建设单位与其委托的物业管理企业签订的合同(《条例》第21条)。由于在房地产开发项目竣工以后,基于出售率或入住率未达到法定应召开第一次业主大会条件或由于其他原因,第一次业主大会尚未召开,则此时没有相应的业主团体机关同物业管理企业订立服务合同,但建筑物建成后又必须由一定的人员进行管理,因此,我国法规规定此时应由建设单位同物业管理企业签订物业服务合同(《条例》第21条)。前期物业服务合同中的主体是物业管理企业与建设单位,业主不是合同的主体。从合同的相对性原理出发,房地产开发商同物业服务公司签订的合同不能对第三人(业主)产生拘束力,而这对房地产开发商而言无疑是不公平的,因为这样将会导致业主享受物业管理服务而由开发商承担管理费用的局面。为克服这一弊端,各国或各地区开始改变这一契约仅具债权效力的状态,而赋予其物权效力。以我国台湾地区为例,在委托管理场合,有时并非基于区分所有权人之协议,相反却是建设公司于分批出售建筑物时,由让与人及受让人之间订立建筑物管理之委托契约,亦即由受让人分别向让与人委托管理。但如此一来,有关基地及

共用部分管理之法律关系不免发生混乱。为消除此种混乱,有学者认为应采取如下原则:个别订立委托管理契约时,其效力及于全体区分所有权人及其特定继受人。但为了避免此物权化的物业服务契约对他人造成无端损害,笔者认为,有必要仿德国法制,将此合同进行登记;否则即不得对抗第三人。但从《条例》第 25 条“建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容”的规定来看,我国采取的却是另外一种措施,即在建设单位同物业买受人签订物业买卖合同时,同时包含了双方之间转让前期物业服务合同的合意。因此,此物业服务合同对其他业主之所以产生拘束力,根据在于房地产建设单位与其他业主对物业服务合同的概括承受。在物业使用人非所有人时,物业服务合同只能约束物业的所有人。

普通物业服务合同的主体是物业管理企业、业主或业主团体。物业管理企业作为主体并无争议。业主作为合同的主体只存在于物业小区只有一个业主,或者业主人数较少且经全体业主一致同意,决定不成立业主大会的情形中(《条例》第 10 条)。业主团体的主体资格各国立法不尽相同,一般认为包括业主大会和业主委员会。根据《条例》第 35 条的规定,业主委员会在我国只是合同的主体。但由于业主委员会在我国只是业主大会的执行机构,所以业主大会才应是物业服务合同的主体。这不能不是《条例》的一大缺憾。笔者认为业主大会类似于合伙组织,从社会现实出发,我国应承认业主大会的主体地位。

二、物业服务提供者——物业管理企业

(一) 物业管理企业是法人

物业管理企业是提供物业服务的法人。《条例》第 32 条第 1 款规定:“从事物业管理活动的企业应当具有独立的法人资格。”之所以这样规定,有学者认为主要是考虑物业管理企业接受物业管理区域内全体业主的委托,以有偿服务的方式,为物业管理区域内的公共事务提供综合性、专业性且具有公益性的管理和服务,所以应当具有独立承担法律责任的能力。但现实是我国许多物业管理企业大多是从房管机关脱胎而来,或是由房地产开发商直接组成,有些甚至是房地产开发商的附属物。这类物业管理者天然具有政企不分、建管不分、产权不清的弊病,很难适应现代物业管理的需要,必须以服务社会化、管理专业化、经营市场化为目标进行改革。

(二) 物业管理企业应具有一定的资质

物业管理企业的资质是企业实力、规模和业绩的综合反映,是国家对物业管理市场准入管理的重要手段。对此,《条例》第 32 条第 2 款作了原则性的规定,1999 年 10 月 31 日建设部发布《物业管理企业资质管理试行办法》则作了具体的规定,制定了相应的标准加以规范。因而,取得资质证书是企业开展物业管理业务的前提条件。不具有相应资质的物业管理企业与业主或业主团体订立的合同,其效力是有瑕疵的。

从事物业管理企业的人员也应具有相应的资格。物业管理提供的是人的劳务,且物业管理中不乏技术性非常强的管理内容,因而要求其从业人员有较高的素质。这在国际上也是一种通行的做法。例如,美国不仅对从业人员有资质认定的要求,而且对企业同样适用。在美国,IREM(房地产经纪人协会物业管理协会)颁发的 AMO(Accredited Management Organization)证书是物业管理企业资质的最好证明。我国物业管理起步时间短,现从事物业管理的人员大多是从其他行业转行而来,因此,加强对物业管理从业人员的管理,提高从业人员的素质就显得尤为重要。对此,《条例》第 33 条规定:“从事物业管理的人员应当按照国家有关规定,取得职业资格证书。”1996 年建设部发布的《关于实行物业管理企业经理、部门经理、管理员岗位培训持证上岗制度的通知》,

由于其只适用于专业经理人员,显然不能适应物业管理快速发展的需要。

三、业主或业主团体

(一) 业主

当物业小区只有一个业主,或者业主人数较少且经全体业主一致同意不成立业主大会时,业主可直接与物业管理企业订立物业服务合同,业主即成为合同的主体(《条例》第10条)。

《条例》第6条规定:“房屋的所有权人为业主”。由此可以看出业主的界定是以所有权的有无作为标准的。这样,房屋的用益物权人、担保物权人和债权人(如租赁权人)都被排除在业主之外。这同其他大多数国家或地区的立法不一致。例如,我国台湾地区所谓的“公寓大厦条例”并未使用“业主”这一概念,而是采用“住户”的概念。该“条例”第3条第10项将“住户”界定为:公寓大厦之区分所有权人、承租人或其他经区分所有权人同意,而为专有部分之使用者。我国现有法规将其他权利人排除出业主这一概念之外,理由如下:

首先,现代社会注重物的利用,所有权人往往并不亲自对物进行占有、使用、收益,而往往将物委诸他人,自己只收取物的使用对价。这一由他人对物进行占有、使用关系的建立,既可能是基于物权产生,也可能是基于债权产生。此时,由所有人与他人之间建立的各种法律关系如何适用于现有权利人,即是法律必须回答的问题。王泽鉴先生曾举一例反映此问题:甲乙共有二层房屋一栋,约定甲管理楼下,乙管理楼上。甲将其分管部分出租于丙后,乙将其应有部分让与丁。则此时应如何处理相互之间的关系?对此王泽鉴先生认为,为了避免破坏原有专有使用权设定的状态及效力,为维护其他共有人的利益,应使这一分管协定具有物权的效力。因此,分管契约对丁继续存在,丙与甲之租赁关系不受影响。同样的,在管理规约对人的效力上,我国学者陈华彬认为,除及于设定当事人外,尚及于区分所有权人之特定继受人:移转继受人和设定继受人。区分所有权之受让人即为移转继受人。区分所有权之承租人、借用人即为设定继受人。承租人、借用人等区分所有建筑物之占有人,依规约对建筑物、基地或附属设施之使用方法,负有与区分所有权人同一义务。这一观点从以下立法中可以得到支持。如《德国住宅所有权法》第5条规定,成为专有所有权之内容者,该变更与登记之土地应登记于登记簿上始生效力。因该登记而生公示作用,故该内容对于区分所有权之受让人或继承人亦发生效力。《日本建筑物区分所有权法》虽未规定登记的方式,但其第35条规定,设置专有使用权的事项应明确载于规约之中,规约应放置于特定地方,由专人保管。

其次,我国现有住宅有很大一部分由公房改制而来,住户与单位之间通过租赁关系来行使房屋的使用权,即住户仅是作为承租人在租用公有住房。此时,如严格适用“房屋的所有权人为业主”这一规定,将使这些住户被排除在物业管理关系之外,从而只能将单位甚至国家作为业主,将单位和个人之间的管理关系带入到物业管理之中,这也是不恰当的。

由于我国房屋的所有权转移采用的是登记移转规则,而房屋买卖合同的订立和房屋登记之间有一定的时间差,特别是在开发商基于其他考虑之后这一时间差可能很大,则在当事人订立合同并已入住时应如何适用物业管理合同?此亦成为不得不考虑的问题。现举一例可说明此一问题。1998年10月,张某与开发商签订了商品房销售合同,约定张某以每平方米4700元的价格购买广州白玉苑商品房一套。1999年4月,张某办理了入住手续并实际居住,但未办妥产权过户手续。虽然入住后,张某一直催开发商办理产权过户手续,但未能如愿。从1999年8月开始,张某以并非业主为由拒绝向物业管理公司交付物业管理费用。物业管理公司认为,张某是实际居住

人,享受了物业管理服务,理应交纳物业管理服务费用。笔者认为,此时由于张某并不享有房屋的所有权,因此并非业主,故《条例》第7条第5项有关业主义务的规定并不适用于他,其依法并无交纳物业管理费用的义务。如承认业主不限于所有权人而包括其他使用权人的话,则这一问题就会迎刃而解。

(二) 业主团体的立法模式

业主团体是为方便管理物业事务,业主联合组成的社会组织。为维护建筑物各部分应有之机能、解决彼此间纷争,进而维护共同生活秩序,协调彼此间之共同利益,乃需要超越个人之团体组织,以借该团体组织力量,妥订管理规约,设置管理机构,处理共同事务。由于各国或各地区的社会条件、传统习惯不同,各国或各地区的法律对业主团体性质的规定就大不相同。归纳起来,各国或地区关于业主团体的立法例有三种:法人式的业主团体模式、非法人式的业主团体模式和折中的模式。我国对业主团体的立法又有其特殊性。

1. 业主团体具有法人人格模式

此种模式即全体业主组成的团体由法律赋予法人资格,因此在对内对外中可依法人的构造进行活动。这一模式又按是否由法律当然赋予法人人格的不同而可再分。法国和我国香港特别行政区的业主团体属于这一模式,其中法国由法律直接赋予其法人人格。《法国住宅分层所有权法》规定,如果有2名以上拥有建筑物不同部分的区分所有者,即应存在区分所有权人管理团体,而且,该2名以上区分所有权人全体于法律上系当然构成团体,并各自成为该管理团体之构成成员。关于该管理团体之法律性质,依其规定,系享有法人格之团体,即其与公司相同,有法律上的行为能力,能实施法律行为,并能进行诉讼活动。

在采管理团体为法人模式的法国法中,作为管理团体机关之一的管理者为执行机关,其在承担物业的管理业务时将一部或全部委托给他人管理,则管理者的行为将被视为是法人自身的行为,从而这一物业服务合同的主体是管理团体法人,此法人为物业服务合同权利义务的归属点。至于业主在这一物业服务合同中的地位则只能是一种第三人。这种结构可用公司理论来进行解释。此时,管理团体即是一个公司,因而为独立的民事法律主体。管理团体在作为一个独立主体同物业管理公司签订物业服务合同即为公司的一种对外民事法律行为,这一法律行为并不能对业主产生约束力,因为业主类似于公司的股东,同公司相比,其有另外一个独立的法律人格。若说在业主拖欠管理费时真要在业主与物业管理公司之间发生法律关系的话,只能借助于有严格条件限制的“揭开公司面纱理论”。因此,有学者认为,在管理团体具有法人资格时,于建筑物区分所有权制度下,有如下实益:其一,管理团体可以自己的名义对外为法律行为,于取得权利及订立契约上均极为有利;其二,管理团体具有法人资格时,管理团体自身便成为权利义务的归属点,有关管理团体的诸法律关系当然变为明确,而且,作为管理团体的财产与管理者个人的财产亦获得明确区别;其三,区分所有建筑物于将来改建乃至进行重大修缮时,管理团体具有法人格,对于接受金融机关之融资亦具有方便性;其四,在赋税方面,管理团体具有法人格,即可直接以管理团体法人的名义,对建筑物、土地税赋之课缴、完纳,较为便利;其五,管理团体具有法人格,对单个区分所有者征收管理费、请求停止违反义务行为以及根据场合之不同而请损害赔偿上,亦具有便利性,而且,于涉及诉讼事务时,可以管理团体名义直接起诉或应诉。

然而,在我国业主团体成为法人具有两大缺陷:一是业主团体本身没有独立的财产。其财产主要是业主交纳的管理费用和专项的维修基金,这与《中华人民共和国民法通则》规定的法人构成要件是不相符的。二是对债权人极为不利。因为业主团体无独立的财产,其实际占有的财产

也很有限。而债权人又不能向业主请求偿还债务,这对债权人是极不公平的。进一步讲,业主团体若为法人,则业主团体与业主是两个独立的主体,业主团体的行为不受业主的控制,因而,业主团体的活动完全有可能损害业主的利益。同时,社会交易中第三人的利益保护也受到人们的日益关注,因此从社会交易安全的角度考虑,也须对业主的独立人格予以重视。

2. 业主团体不具有法人人格模式

此种模式以德国以及我国台湾地区为代表。依《德国住宅所有权法》的规定,住宅所有权人共同体不具有权利能力,因而不具法人人格。亦即权利义务的主体非住宅所有权人共同体自身,而系作为共有关系成员的单个的住宅所有权人。并且该共同体之形成,不由强行法规予以规定,住宅所有权人于法律上亦不当然结成“住宅所有权人共同体”,而通常系由住宅所有权人通过契约而予以确定。^⑪在我国台湾地区,管理委员会成为区分所有权人管理团体组织之基本形态,但其组成非由全体区分所有权人当然构成,而系由区分所有权人全体互选5人至10人作为委员构成。依我国台湾地区所谓的“司法解释”,该类管理委员会为不具有当事人能力的非法人团体,不具当事人能力。^⑫

在采管理团体为非法人模式的德国法中,其住宅所有权人共同体不具有完全的民事权利能力,因而不是法人,但其又获得了一种独立于业主自然人的法律地位,这又为其法律地位留下了一定的解释空间。学者们对这一团体法律性质的解释有以下几种学说:第一,“合伙说”。该说认为该管理团体为一合伙组织。第二,“折中说”。该说认为该管理团体应视其规模、目的而定其性质。管理团体如仅对建筑物物理的设施加以管理,其于性质上即属合伙;若除对建筑物物理的设施施加管理外,并对区分所有权人所为之居住行为予以管理,其性质上即应属于无权利能力社团。第三,“非法人团体说”。该说认为其属单纯的非法人团体。第四,“无权利能力社团说”。此为通说。由于这一团体有其固有的财产并能因此承担一定的独立责任,因此,此团体仍可作为权利义务的归属点,并可以自己的名义对外发生法律关系。^⑬

对德国民法上的无权利能力社团的法律适用问题,卡尔·拉伦茨有精彩的论述:“对无权利能力社团还有许多问题,不能从适用于合伙的规定中找到适合于该社团结构的规则。为了避免发生与事实抵触的结果,各种学派和司法判决寻找过各种各样的有些甚至是令人感到怀疑的解决办法。总的说来,无权利能力社团与有权利能力社团的法律地位在这期间越来越接近,而且在司法判决中,这个接近的过程直至今天还没有结束。”^⑭

卡尔·拉伦茨的论述说明德国法中无权利能力社团享有的权利能力越来越大。德国的住宅所有权人共同体几乎要逐渐跳出无权利能力社团的法律地位,而具有更多的权利。当业主团体这一概念独立出来并在法律地位上同业主相区别时,这一团体便不再是无权利能力的人了。以德国来说,虽然德国长期从加强对社团控制的角度出发,规定社团凡登记者方取得权利能力,不经登记者只能是作为无权利能力社团处理。但在对住宅所有权人共同体的问题上,德国实践中往往根据《德国住宅所有权法》第21条的原则性规定,借集会与管理人两机构而成为有行为能力之组织。德国学说更进一步认为,由于住宅所有权人共同体具有各所有权人于人法上结合成一体的特性,且该人法上之结合超越普通共有的关系而有浓厚的团体性,尤其是该团体表现了共同目的的共同共有之特性,因而,该复杂的住宅所有权人共同体于性质上应解释为具有“部分权利能力之特别社团”。在实体上,业主团体可以依业主公约的规定从事各种活动;在程序上,业主团体享有起诉与应诉的权利。因此,将业主团体作为独立于业主的人格进行看待可以说是当今世界的基本潮流。

3. 折中模式

此种模式系根据区分所有权人的数量多少而决定能否成立法人。区分所有权人超过一定数量的,可以决议并经登记而成立法人;区分所有权人总数在一定数量以下的,为无权利能力的社团。日本为该模式立法的代表。依《日本建筑物区分所有权法》的规定,由30人以下的区分所有权人构成的管理团体,属于无权利能力的社团。日本区分所有权人之团体包括三类:管理团体、管理团体法人及社区管理团体。管理团体为日本区分所有权建筑物上具有普遍性的区分所有权人团体组织。它包括两类:一是全体管理团体,即全体业主组成的团体;二是部分管理团体,是指仅由共同使用一部分共用部分的区分所有权人组成的管理团体,如果该共用部分与区分所有权人全体均有利害关系或公约另有约定,则该管理团体不能成立。关于管理团体的性质,日本学术界以无权利能力社团为通说。依《日本民事诉讼法》第46条的规定,无权利能力的管理团体也具有诉讼当事人能力,有权进行诉讼。

(三) 我国的业主团体

我国没有业主团体的概念,《条例》和地方性法规确认的业主团体组织包括:业主大会、业主委员会。

1. 业主大会

业主大会是由物业小区全体业主组成的自治机构。《条例》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。”第11条规定业主大会履行下列职责:“(1)制定、修改业主公约和业主大会议事规则;(2)选举、更换业主委员会委员,监督业主委员会的工作;(3)选聘、解聘物业管理企业;(4)决定专项维修资金使用、续筹方案,并监督实施;(5)制定、修改物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度;(6)法律、法规或者业主大会议事规则规定的其他有关物业管理的职责。”由此可见,业主大会实际是业主团体的权力机构。依据《条例》第35条的规定,物业服务合同是由业主委员会与物业管理企业订立的。然而,业主委员会并不是物业服务合同的一方主体。业主委员会是业主大会的执行机构,代表业主大会从事物业管理活动。而且,合同另一方主体——物业管理企业也是由业主大会选聘的,业主委员会没有选择合同另一方主体的自由。由此来看,笔者认为业主大会是物业服务合同的另一方主体。

从我国业主团体的结构来看,业主大会很类似于合伙组织。两者之间有下列共同点:(1)合伙协议与业主公约性质相同。(2)财产的归属均为共有。合伙组织与业主大会自身并没有独立的财产。(3)合伙组织与业主大会均不能独立承担责任。(4)事务的执行方式相同。在业主大会中,业主既有共同的利益又有不同的要求,由业主共同来管理小区物业事务显然是不现实的,因此需选举业主委员会来具体执行共同事务,业主委员会遂成为业主大会的执行机构。

综上所述,业主大会与合伙组织为性质相同的民事主体,均为非法人团体。虽然对合伙组织能否成为独立的民事主体理论界和实务部门一直存在争议,但是我国合同法却承认其他组织可以成为合同上的主体。如《中华人民共和国合同法》第2条中的“其他组织”即指合伙、独资企业、业主大会等非法人团体。因此,业主大会也可以依法成为物业服务合同的主体,具有相应的民事权利能力。

2. 业主委员会

业主委员会是一个很有争议的主体。《条例》颁布之前,我国业主委员会被设计为带有公共管理职能的公权力机关,而不是产生于业主的意思自治。这期间业主委员会带有浓重的行政管

理的色彩。

对于业主委员会的性质,我国理论界一直存在不同的观点:第一种观点认为,业主委员会到政府授权的房地产管理部门登记后即成为合法组织,其法律地位也不存在问题,经全体业主授权的业主委员会有权起诉或应诉;^⑮第二种观点认为,由业主大会选举成立的业主委员会属于社会公益团体,即从事和举办社会福利事业的社会团体;^⑯第三种观点认为,业主委员会应当是一级法人组织。^⑰就第一种观点而言,既然业主委员会已经经过登记成为合法组织,为何在起诉或应诉时还须有全体业主授权?此外,业主委员会如果在对外从事法律行为时须经过全体业主的授权,那么业主委员会存在的意义何在?这些都难以得到解释。对于第二种观点,各地方法规并非都规定有业主大会这一机构,而且业主委员会从事的也不一定是社会公益事业,它也可能从事一定的经营业务,如将建筑物的共用部分设定为专有使用权。第三种观点则无法解释为什么业主委员会缺乏独立的财产和责任。

《条例》颁布之后,对业主委员会的性质已不再有太大的争议。《条例》第15条规定:“业主委员会是业主大会的执行机构”。业主委员会成为业主大会的执行机构有两点理由:第一,由于业主各行其是,相互之间并不熟悉,因此,业主大会一般情况下难以召集,业主大会不是常设性机构,不能处理纷繁复杂的物业服务事务,所以,只能由业主委员会处理具体事务;^⑱第二,业主并不是固定不变的,物业的转让、业主的变更,常使业主大会的成员发生变化,业主大会的决定也会发生不确定性,因此,由相对固定的业主委员会来管理较为合适。

但是,业主委员会并不是物业服务合同的主体。首先,业主委员会由业主大会选举产生,其职能也是由业主大会赋予的,其本身并没有管理小区物业的权利。其次,业主委员会并无独立于业主的财产和责任,业主委员会本身不具有独立人格。^⑲业主委员会作为业主大会的执行机构可行使业主大会的各项权利,也可以自身名义直接对外实施行为,但在业主委员会与第三人进行法律行为时,其自身并不是这一法律行为的承担者。业主委员会有权与物业管理企业订立物业服务合同,但其是代表业主大会订立合同,其本身不是合同主体。

业主委员会与业主大会的关系是代表关系还是代理关系,值得思考。如果两者是代表关系,业主委员会可以自己的名义与物业管理企业订立物业服务合同;如果两者是代理关系,则业主委员会不能以自己的名义而只能以业主大会的名义订立合同。但两者在权利义务的最终归属上并无区别:依“代理说”,代理人以本人的名义对外进行民事法律行为,代理的效果直接由本人承担;^⑳依“代表说”,代表人的行为直接被视为法人自身的行为,法律后果也是由法人承担。由于我国并未将业主大会确定为法人,业主委员会的权利又是业主大会授予的,因此,业主委员会与业主大会的关系以代理关系进行界定较为妥当。这从《条例》中可找到依据。首先,业主委员会是与业主大会选聘的物业管理企业订立合同,其本身并无选择权;其次,《条例》第55条规定:“利用物业共用部分、共用设施设备进行经营的,应当在征得相关业主、业主大会、物业管理企业的同意后,按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金,也可以按照业主大会的决定使用。”也就是说,对于一些重大事务,业主委员会应在业主大会授权的范围内从事活动,超越范围则应取得业主大会的同意。这实质上就是代理行为。

3. 结语

从我国的立法与实务看,我国并未将业主团体构建成法人模式,而是非法人团体模式。业主大会更类似于合伙企业。业主委员会是业主大会的执行机构。物业服务合同的一方主体是业主大会而不是业主委员会。

然而,笔者认为《条例》的规定很不明确。如其第 15 条规定,业主委员会是业主大会的执行机构,“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”,而其第 35 条却规定:“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。”《条例》的立法方式是将选择合同对象的权利掌握在业主大会手中,而实际订立合同的是业主委员会,这种方式并不科学。业主委员会既然是业主大会的执行机构,其就有权代表业主大会从事各种活动。实际生活中也是业主委员会选择物业管理企业,只不过事后须经业主大会表决通过。因此,将“业主大会选聘物业管理企业”改为“业主委员会选聘物业管理企业,经业主大会表决通过”更合理。

此外,对于业主大会是否要经过登记,《条例》也没有作明确的规定。笔者认为,业主大会应当进行登记,理由如下:第一,业主大会既然是一种非法人团体,具有民事主体资格,从事各种民事活动,就应当通过登记表明自己的身分。只有这样,才能维护交易安全,保护相对人利益和社会秩序。第二,我国一些地方性法规要求业主委员会应当进行登记,而笔者认为业主委员会不具有主体资格,它只是业主大会的执行机构,因此,业主委员会不应登记,而业主大会则应登记。

注释:

⑪⑬参见陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社 1995 年版,第 227 页,第 229 页,第 236 页,第 241 页,第 230 页,第 233 页。

参见王家福主编:《物业管理条例释解》,中国物价出版社 2003 年版,第 107 页。

参见关涛:《物业管理合同析辨》,《山东法学》1998 年第 6 期;张建军:《物业管理若干法律问题初探》,《厦门大学法律评论》2003 年第 4 期。

参见王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 395 - 396 页。

转引自王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 396 页。

参见《日本建筑物区分所有权法》第 33 条。转引自陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社 1995 年版,第 221 页。

参见高富平、黄武双:《物业权属与物业管理》,中国法制出版社 2002 年版,第 114 页。

⑫参见王泽鉴:《民法物权》第 1 册,中国政法大学出版社 2001 年版,第 261 页。

⑭[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 181 - 182 页。

⑮参见程捷:《物业管理人士的几大困惑》,《北京房地产》1998 年第 11 期。

⑯参见曾萍主编:《房地产法律问题解答与案例评析》,经济管理出版社 1997 年版,第 194 页。

⑰参见姜国幸:《业主委员会的法律地位》,《上海审判实践》2000 年第 5 期。

⑱参见刘兴桂:《关于物业管理立法的几个问题》,《广州大学学报》2003 年第 1 期。

⑲参见黄武双:《物业管理自治机构的完善》,《法学》2002 年第 2 期。

⑳在此只是论述代理的一般情形,因在间接代理中,代理人是以自己的名义对外为法律行为且其效果也非直接归于本人,但在内部成员关系上适用间接代理的情形极为罕见。

责任编辑 翟中鞠