

我国业主自治立法的结构性困境及其出路

杨俊锋^{*}

摘 要 我国业主自治立法实践中的严重失灵与文本上的空前重视反差强烈,导致了多输的局面。随着我国房地产逐渐步入老化周期,改善小区治理将愈发困难和迫切。我国业主自治立法的失灵,根本上在于其结构性的错位与疏失:第一,我国住宅小区普遍封闭且超大规模、高密度的独特性决定了其治理负荷远超业主自治的承载能力,其实质上主要是我国土地制度下地方政府为成本收益最大化而将市政公共产品私人化的结果,是公法遁入私法的典型体现;第二,业主自治作为私人治理普遍面临着固有的困境,即使立法已预设针对性的应对措施也难以完全克服,而我国立法反其道而行之的逆向规定进一步放大了其实施的难度。上述双重结构性困境叠加,决定了解决我国业主自治立法的失灵问题仅靠私法逻辑或政策层面的调整难以奏效。要破解这一难题,必须妥当界分私法上的自治与公法上的政府责任,并切实针对业主自治的固有困境作充分的立法应对。

关 键 词 业主自治 立法失灵 结构性困境 政府责任 私人治理

引 言

2003年《物业管理条例》确立了我国业主自治的基本框架,2020年《民法典》对此空前重视,不仅专章规定建筑物区分所有权及其行使方式,还将物业服务合同上升为典型合同专章规定,强化了业主自治的物权基础与契约保障。相比之下,域外民法典大多仅对建筑物区分所有

^{*} 中国人民公安大学法学院副教授。

权作原则性规定甚至不作规定；^{〔1〕}而且，其确立的建筑物区分所有权—业主大会—业委会的治理架构，逻辑上也无可置疑。我国学界也曾对业主自治寄予极高的期望，^{〔2〕}并对其立法的完善予以广泛的关注和研究，以至于如今这似乎已是一个陈旧的主题。

然而，上述立法的实施至今仍难如人意。业主大会仍罕能依法召开，业委会的成立率一直低位徘徊；甚至多地已悄然推行居委会“代行”业委会的改革，^{〔3〕}包括较早引入业委会制度的深圳以及业委会成立比例长期领跑全国并被引以为傲的上海。^{〔4〕}业主自治立法越难以落实，业主组织就越容易被操控和利用——实践表明已成立的业委会普遍存在着诸如虚置化、谋利工具化等异化现象，阻碍和损害小区治理。^{〔5〕}这就导致小区治理主体的缺位和物业服务关系中甲方的缺席，进而物业缺乏监督、物业服务恶化、侵占公共收益等也就不难想象。不少小区陷入业主不满物业拒交物业费—物业服务进一步恶化的恶性循环，甚至沦为无物业的弃管小区。总之，立法的失灵导致不少小区处于无公共治理^{〔6〕}的状态，游离于丛林状态和任性管理的两端——而部分治理相对较好的小区则主要是由于并无普遍性的法外因素，主要包括个体精英驱动（能力、积极性较高的业主）、特殊社群结构（如单位家属院或规模较小的熟人小区）或超额资源供给（有较多经营性资产抵消物业费，或商业模式较成功的高档小区）。

业主自治立法的失灵造成了多输的结果：不仅严重损害个人重大财产的保值增值和生活品质，也成为困扰地方政府的难题和负担，又败坏自治的声誉，挫伤社会本就脆弱的自治信心，并导致业主自治难以运转、政府介入又于法无据的两难困局。更重要的是，未来的挑战将更加巨大：我国城市化不久房龄相对较新、维护成本较低并尚有维修基金可套取或基层政府兜底的背景下，当前多数小区的物业服务尚能勉力维持，问题还未充分暴露；但随着房地产进入存量

〔1〕 1804 年《法国民法典》第 664 条率先对建筑物区分所有权进行原则性规定，域外民法典对建筑物区分所有权的规定多以其为蓝本，如《意大利民法典》《日本民法典》《西班牙民法典》等等，而《德国民法典》则并未对建筑物区分所有权进行规定。

〔2〕 有观点认为小区自治的训练，已悄然改变着中国的社会，孕育着政府之外的良好的治理，将会为中国奠定长期稳定繁荣的社会治理结构探索出一条可行道路。参见许宇莹：“围城中国——中国小区的自治萌芽”，载朱宪辰主编：《自主治理与扩展秩序：对话奥斯特罗姆》，浙江大学出版社 2012 年版，第 502 页。

〔3〕 其中典型者如深圳市、钦州市于 2023 年分别颁布了《深圳市社区居民委员会代行住宅区业主委员会职责管理办法（试行）》（深建规〔2023〕1 号）、《钦州市社区居民委员会代行住宅区业主委员会职责指导意见（试行）》（钦市建房〔2023〕71 号）。

〔4〕 参见新民晚报：《上海小区业委会组建率居全国之首》，载中国新闻网网，<https://www.chinanews.com.cn/house/2012/09-04/4157184.shtml>，最后访问日期：2025 年 9 月 8 日。

〔5〕 例如，虽然虚置型业委会未能发挥作用，但名义性的存在却可能形成各种阻力，形式上的合法性随时会成为他者话语中的正当性，或者反倒成为某些社区主体推诿责任的托辞。参见陈锋、李明令：“组织异化：对业委会偏离社区治理的一个解读”，《西南大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期，第 31—39 页。

〔6〕 参见毛寿龙：“人类秩序、小区治理与公共参与的纯理论”，《江苏行政学院学报》2016 年第 4 期，第 105 页。

时代,小区生命周期陆续进入老化阶段,^{〔7〕}治理的边际成本和难度将不断陡增。这个世界性难题也已在我国初显,2024年我国已不得不在上海、北京等22个城市开展房屋养老金制度试点。^{〔8〕}而且,日常维护对于建筑物的寿命至关重要,尤其是我国普遍为高层住宅且密度极高,未来的维护成本和更新难度都要高得多,组织协调和费用承担都将是巨大的难题。同时,正是由于治理失灵导致日常维护不足也进而形成了“维护不足—加速老化—维护成本激增—治理进一步恶化”的恶性循环。总之,改善我国小区治理日益紧迫。

我国业主自治立法的失灵,根本上在于结构性的错位与缺陷。第一,我国小区普遍封闭、规模超大且密度超高的形态举世独有,其治理负荷事实上远超私人治理的承载能力;其实质主要是我国土地制度下公共职责以业主自治的名义遁入私法的结果。第二,立法不仅未充分考虑业主自治作为私人治理的固有困境和实施条件,反而在制度设计上逆向操作进一步导致立法落空。这两点决定了我国小区治理问题的解决需结构性的制度重构,而不能仅靠基于私法自治逻辑对具体制度的技术性改善,或管理学层面公共政策的调整。此外,业主自治尤其是社区型的业主自治属于典型的公私法交叉地带,并与地方自治同属局部公共产品范畴,既易混淆又有共通性及相似困境。因此,本文也试图探讨业主自治与政府职责、业主自治与地方自治之间的混淆与误区,这或许对我国村民自治、居民自治制度的研究也有一定借鉴意义。

一、复杂公共产品的私人化

我国立法上的建筑物区分所有权、业主、物业及业主自治等概念,均为典型的舶来品。然而,我国小区业主自治所调整的事务体量与复杂程度,事实上远非域外所能比拟,可谓名同实异;其实质是在我国特有土地制度下,地方政府为提高土地收益率、降低市政投入并便于管理,而将市政公共产品职责私人化的产物,而非居民自发选择的结果。这种举世独有的特殊性决定了,简单套用域外法上的建筑物区分所有权及业主自治是其不可承受之重。

(一)小区封闭模式强化了公共产品私人化

域外也有封闭式小区或曰门禁社区(walled or gated community),但绝非如我国普遍存在,并一直面临着城市公共空间私有化等争议。^{〔9〕}也正因此,我国小区普遍的封闭模式被视为极为独特的城市化类型,极受国际关注。对此,著名城市社会学者迪特·哈森普鲁格(Dieter Hassenpflug)作过专门比较:国外封闭式小区“大部分是非常富裕的人口”而非普遍情形——门禁社区比例最高的美国加利福尼亚州,也仅包含37%的居民;而中国95%以上的市

〔7〕 参见刘升:“城市小区生命周期与政府角色变迁研究——以广州粤府小区为例”,《理论月刊》2022年第12期,第120页。

〔8〕 参见澎湃新闻:《上海等22城试点房屋养老金》,载澎湃新闻官网,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_28530566,最后访问日期:2025年9月8日。

〔9〕 国外对封闭社区的批评主要是认为其会割裂和私有化城市空间,削弱民主和公民意识,并加剧社会紧张和隔离等。对此较为集中的归纳和论述,See Sonia Roitman, “Gated Communities: Definitions, Causes and Consequences,” *Urban Design & Planning*, Vol. 163, No. dp1, 2010, pp. 31-38.

民则都居住于封闭式小区,无论各个阶层。因而中国城市的边界和围墙比例冠绝世界。^{〔10〕}即便是土地利用极为紧凑的我国香港,也仍以小尺度、密路网和开放性的街区制为主,虽也有封闭性小区但集中于私人地产尤其是新地产项目。^{〔11〕}而且,我国的封闭式小区无论占地面积还是人口规模,都是比域外门禁社区大得多^{〔12〕}的庞然大物。

2016 年《中共中央国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》提出原则上不再新建封闭小区并打开已有小区和大院,随后该问题一度被广泛热议。已有研究主要集中于封闭小区对于城市交通、小区安全的影响等规划或管理学层面,但其还有着更为重要的制度意义:封闭式小区明确形成了以围墙为疆界、相对独立的治理区域,不仅使建筑物区分所有权的客体从建筑物延伸至小区的所有共同财产,^{〔13〕}形成了高度复杂化的产权系统,^{〔14〕}而且更明确地将围墙之内的公共产品私人化。^{〔15〕}也即,将原本应由地方政府负担的基础设施和公共服务,例如街道、安全、休闲和公共工程(如供水、排水、污水处理和垃圾收集),^{〔16〕}变成由居民以业主自治的方式承担,市政公共产品由此变成小区内部的俱乐部产品(club goods),因而为地方政府所偏爱。^{〔17〕}市政服务私人化也导致了重复收税,业主既在买房时承担了土地出让金和其他附带税费,又以物业费的方式承担了公共服务成本。

美国也有共有利益开发(common interest developments, CID)社区的业主自治,由于其居民向业主协会缴纳的费用是用于通常由地方政府提供的公共服务,因而居民就公共服务纳税也被视为同一服务的“双重征税”。^{〔18〕}为解决双重征税问题,1991 年新泽西州在《市政服务法案》中要求地方政府将业主协会提供服务所使用的业主费予以偿还,或相应的公共服务必

〔10〕 See Dieter Hassenpflug, “Smart Barriers: How Closed Neighborhoods in Chinese Cities Create Identity for Their Residents,” *Topos*, No. 104, 2018, p. 32.

〔11〕 See Adrienne La Grange, “Hong Kong’s Gating Machine,” *Housing Studies*, Vol. 29, No. 2, 2014, p. 253.

〔12〕 See Pu Miao, “Deserted Streets in a Jammed Town: Gated Communities in Chinese Cities and Its Solution,” *Journal of Urban Design*, Vol. 8, No. 1, 2003, p. 47.

〔13〕 参见王利明:“论业主的建筑物区分所有权的概念”,《当代法学》2006 年第 5 期,第 37 页。

〔14〕 主要如:既有全体业主共有的公用道路、公共绿地、设备管线等,又有部分业主共有的具体楼栋的楼顶、楼地基、楼门里的楼道、电梯等,还有更小的共有如几户人家共有的楼面等等。

〔15〕 See Youqin Huang, “Collectivism, Political Control, and Gating in Chinese Cities,” *Urban Geography*, Vol. 27, No. 6, 2006, pp. 507-508.

〔16〕 See Barbara Coyle McCabe, “Homeowners Associations as Private Governments: What We Know, What We Don’t Know, and Why It Matters,” *Public Administration Review*, Vol. 71, No. 4, 2011, p. 535.

〔17〕 See Mildred E. Warner, “Club Goods and Local Government: Questions for Planners,” *Journal of the American Planning Association*, Vol. 77, No. 2, 2011, p. 155.

〔18〕 See Robert H. Nelson, “The Puzzle of Local Double Taxation: Why Do Private Community Associations Exist?” *The Independent Review*, Vol. 13, No. 3, 2009, pp. 345-346.

须由市政当局提供。其后佛罗里达等多州也在考虑制定类似立法。^{〔19〕}封闭式小区则以有形的围墙,更为明确地将公共职责私人化。作为我国业主自治产权基础的建筑物区分所有权,在域外原本主要调整建筑物本身且建筑本身体量较小(单元数有限的多层住宅),共同事务极为有限和简单;而在我国事实上却被用以承载社区公共治理功能,自然难以胜任。而反观我国部分小区实施楼栋自治之所以更成功,^{〔20〕}即在于回归到建筑物区分所有权的本源,将自治限定于建筑物本体所涉及的“必要共同事务”。

(二)超大规模的治理困境

我国住宅小区规模之大同样举世无双,远非域外所能比拟。原《城市居住区规划设计规范》规定小区规模为“户数 2—4 千,人口 7 千—1.5 万人”,^{〔21〕}该标准本身已属于超大规模居住区的范畴,但实践中仍被普遍突破,事实上人口数万的小区并不鲜见。这一国家标准 2016 年修订时取消了上述人数要求。我国大型小区的规模可轻松与欧洲小城市相媲美,^{〔22〕}甚至超过一些小国,如摩纳哥人口不足万人,而瑙鲁总人口仅约 1.3 万人。^{〔23〕}国外也有以美国为典型的共有社区的业主自治。但与以自治传统悠久著称的美国相比,我国封闭小区的规模要大得多,美国近一半封闭式社区都少于 150 个单元,^{〔24〕}业主协会所包含的人口也不过占其总人口的 20% 以上。^{〔25〕}事实上,其市镇的人口规模也往往小于我国的小区——据官方统计:美国至今仍是“小镇国家”(nation of small towns),大多数美国人仍居住于人口不足 5000 人的市镇;而在所有市镇中,76% 的人口少于 5000 人,42% 的人口少于 500 人;而且即便是美国

〔19〕 See Barbie L. Anderson, “Common Interest Developments: CID Homeowners’ Fees and the Issue of Double Taxation,” https://wvohoa.org/wp-content/uploads/2016/05/HOMEOWNERS_FEES_ISSUE_DOUBLE-TAXATION_1996-2005.pdf, last visited on 8 September 2025.

〔20〕 我国楼宇自治的成功经验主要如:上海静安区的小区通过居民投票选举成立楼管会或楼务会,成效显著,参见东方网:《“竖起来的社区”如何完善治理? 静安区重点楼宇组建“楼务会”》,载静安区政府官网, <https://www.jingan.gov.cn/rmtzx/003008/003008007/20220921/3b024af6-85dc-4f9b-99db-8dba6ef2d593.html>;又如昆明财智心景大厦选举产生楼宇型业委会,有效保障了业主权益,参见盘龙区联盟街道办事处:《向上“浇灌”滋养“空中之花”》,载昆明市盘龙区政府官网, <http://www.kmpl.gov.cn/c/2024-10-24/6946134.shtml>,以上最后访问日期:2025 年 9 月 8 日。

〔21〕 参见《城市居住区规划设计规范》1993 年、2002 年版第 1.0.3 条。此外,2018 年颁布的《城市居住区规划设计标准》(GB50180-2018)取代了《城市居住区规划设计规范》,也不再设定人数标准。

〔22〕 See Hassenpflug, *supra* note 10, p. 33.

〔23〕 参见外交部:《摩纳哥国家概况》,载外交部官网, https://www.fmprc.gov.cn/web/gjhdq_676201/gj_676203/oz_678770/1206_679522/1206x0_679524/;外交部:《瑙鲁国家概况》,载外交部官网, https://www.fmprc.gov.cn/web/gjhdq_676201/gj_676203/dyz_681240/1206_681592/1206x0_681594/,以上最后访问日期:2025 年 9 月 8 日。

〔24〕 See Miao, *supra* note 12.

〔25〕 See Michael C. Pollack, “Judicial Deference and Institutional Character: Homeowners Associations and the Puzzle of Private Governance,” *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 81, No. 3, 2013, p. 841.

的城市,也仅有约 4%的城市人口达到或超过 5 万人。^{〔26〕} 其市镇政府所辖的人口规模本身尚且如此之小,更何况作为市镇自治补充的业主自治。由此也可理解美国业主组织虽较为流行但又并非普遍情形,因为市镇政府所辖人口规模本身就足够小,因而共有社区不实行业主自治而直接由市镇政府管理也并无不可。

政治学上,人口规模与治理的关系一直是讨论最多的话题之一。古典理论家一致认为人口数量较少对于民主不可或缺,唯此公民才有能力参与公共事务;当代更形成了“小即民主”(small is democracy)的重要公式,意指人口较少的政治单位中才能实现民主,小国实现民主的比例高于大国。^{〔27〕} 罗伯特·达尔(Robert A. Dahl)和爱德华·塔夫特(Edward R. Tufte)则专书论述体量越大对公民参与的阻碍效应。^{〔28〕} 业主自治这种自发的、无强制性的私人治理更高度依赖个体的自觉参与和自主协作,因而人口规模起着更为关键的作用。奥尔森(Mancur Olson)从集体行动的角度,对群体规模决定性影响的逻辑根源进行了深入的论证,并进一步断言:“在任何一种情况下,规模是决定对个体利益自发、理性的追求是否会导致有利于集团的行为的决定性因素”,^{〔29〕} 大的集团一般“不会为自己提供哪怕是最小数量的集体物品”。^{〔30〕} 社会心理学上的责任分散(diffusion of responsibility)效应也有力地印证了上述结论:群体规模越大个体感受到的责任感就越弱,因此采取行动的可能性就越小。^{〔31〕} 人类学家罗宾·邓巴(Robin Dunbar)著名的 150 定律(Rule of 150)则为社会自组织的规模上限提出了更精确的论证:人类智力允许其拥有稳定社交网络的人数上限大约是 150 人。^{〔32〕} 这也决定了一个自发性组织可达到的最大规模约为 150 人,超过此上限则维持自发组织的难度将随之陡增,最终可能无法持续或演变为更正式的组织结构。这也为理解人类社会的组织形式提供了重要启示。域外实践也表明,决定业主自治效果的因素除了邻里同质性等之外,人数效应(numbers effect)是关键性因素。例如,群体规模越大成功建立业主组织的比例就越低——以我国台湾地区为例,当住宅单元突破 200 户时,业主组织的成立比例骤降至只有 8%至 12%;

〔26〕 See U. S. Census Bureau, “America: A Nation of Small Towns,” <https://www.census.gov/library/stories/2020/05/america-a-nation-of-small-towns.html>, last visited on 8 September 2025.

〔27〕 See Carsten Anckar, “Size, Islandness, and Democracy: A Global Comparison,” *International Political Science Review*, Vol. 29, No. 4, 2008, pp. 440-441.

〔28〕 参见(美)罗伯特·A. 达尔、爱德华·R. 塔夫特:《规模与民主》,唐皇凤、刘晔译,上海人民出版社 2013 年版,第 40、63、64、74 页。

〔29〕 参见(美)曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁、郭宇峰、李崇新译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社 2014 年版,第 35 页。

〔30〕 同上注,第 33 页。

〔31〕 See John M. Darley and Bibb Latane, “Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility,” *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, No. 4, 1968, pp. 377-383.

〔32〕 See Robin I. M. Dunbar, “Neocortex Size as a Constraint on Group Size in Primates,” *Journal of Human Evolution*, Vol. 22, No. 6, 1992, pp. 469-493.

关于我国香港的研究也同样印证了这一结论。^{〔33〕}

同时,与我国村民自治的单位即行政村平均常住人口约 860 人^{〔34〕}相比,小区的人口规模显然仍过于庞大。而且,实践表明以行政村为单位的村民自治也因规模过大往往成效并不太好,部分地方试行以更小的村落、自然村为单元的自治更为有效,^{〔35〕}主要原因即在于后者规模更小。再者,农村作为典型的熟人社会,村民的同质性和熟识度最高,自治尚且较为困难,更何况规模是其十倍以上且流动性、异质性最强,高度马赛克化的城市小区。

(三)超高密度导致治理的复杂化

我国住宅小区另一个重要特性是以高层建筑为主的垂直化的、超高密度的居住形态。这种模式造就了一种极为独特的城市化类型,即“紧凑型城市”(compact city)。对比鲜明的是,美国或欧洲的城市则是无处不在、不断蔓延的独栋住宅和低层多户住宅构成的庞杂区域。^{〔36〕}尤其与美国住宅以低层独栋为主相比,我国城市住宅区密度一般是美国城市的 5—10 倍甚至更高。^{〔37〕}即使相比以人多地狭、高居住密度著称的日本,我国城市的居住密度也普遍高许多——如上海约是东京的两倍,^{〔38〕}日本的独栋住宅(即一户建)仍占九成以上,公寓则不到一成。^{〔39〕}这种超高密度的住宅形态复制自我国香港,但香港的样态乃是其超低税制下对土地财政的刚性依赖等制度背景所造就的,并不宜作为内地普遍的样板。

高密度住宅模式适应了我国快速城市化的居住需求,也极大地节约了建设用地和市政成本,但易被忽略的是高密度住宅的重大制度影响,如法律关系更为复杂,纠纷更为频发,而且维护难度和成本也大幅提高。相比之下,独栋住宅维护管理更为简单,房屋互不相连因而邻里纠纷和共同事务要少得多;而多层共有住宅,则在权属、使用方式及人际关系上都更为复杂,产生纠纷的可能性也大得多,以致于一开始这类建筑物就被称为“纠纷住宅”。^{〔40〕}与传统独栋街区相比,共有产权住宅社区导致业主、住户、开发商和管理者之间关系更为错综复杂,需要更高水平的有组织地协调与合作。^{〔41〕}而相比多层住宅,高层住宅的电梯、管路等公共设施和服务

〔33〕 See Simon C. Y. Chen and Chris J. Webster, “Homeowners Associations, Collective Action and the Costs of Private Governance,” *Housing Studies*, Vol. 20, No. 2, 2005, pp. 206-208.

〔34〕 参见党国英:“论城乡社会治理一体化的必要性是实现路径——关于实现‘市域社会治理现代化’的思考”,《中国农村经济》2020 年第 2 期,第 9 页。

〔35〕 参见邓大才:“村民自治有效实现的条件研究——从村民自治的社会基础视角来考察”,《政治学研究》2014 年第 6 期,第 74 页。

〔36〕 See Hassenpflug, *supra* note 10, pp. 35-36.

〔37〕 See Miao, *supra* note 12, pp. 47-48.

〔38〕 参见周建高、王凌宇:“城市人口密度的中日比较及对城市研究的反思”,《现代城市研究》2013 年第 7 期,第 76 页;另参见周建高:“新标准必须严格控制居住密度”,载《中国城市报》2017 年 8 月 21 日,第 23 版。

〔39〕 参见张清勇、年猛、清水薰:“独栋小楼还是公寓大厦? 第二次世界大战后日本住宅形态的演变与启示”,《财经智库》2020 年第 3 期,第 31 页。

〔40〕 参见陈旌:“论建筑物区分所有权”,《法学研究》1990 年第 5 期,第 43 页。

〔41〕 See Chen and Webster, *supra* note 33, p. 205.

的维护难度和成本都要高很多,权属关系更空前复杂,居民间纠纷大为增加。进而言之,高层共有住宅社区意味着治理难度空前提高、极易陷入治理恶化,且一旦恶化对居住体验和安全的危害也最严重。

(四)特有土地制度下的产物而非自发选择的结果

从制度发生学视角观之,我国小区形态及其业主自治,并非社会自发选择的结果,而是我国特有土地制度的产物。在我国土地制度下,政府既是建设用地的唯一批发商——只有经由地方政府出让获得的国有土地上开发的商品房方可合法交易,又是土地利用规制的公权力主体,同时掌控着供地的数量、容积率和结构比例等关键性要素。在此制度体系下,第一,地方政府在获取土地出让收入的同时,通过封闭小区模式将公共产品私人化,不仅减少市政成本也便于管理,并形成了牢固的路径依赖,这也是为何街区制政策至今未能落地的重要原因。第二,地方政府为提高土地出让的规模效益,并尽可能降低道路、管线等市政投入,更大程度地将市政成本转移于开发商和购房者,更倾向于一次性出让更大的地块,这是导致小区规模巨大的首要原因。第三,在严控人均用地面积和禁止低密度住宅的全国性政策体系下,^[42]地方政府为收益最大化,对工业用地压低出让价格并提高出让比重,对居住用地则尽可能提高出让价格并压缩供地比例,并提高居住用地容积率以减少市政成本和提高土地收益。^[43]高密度也进一步提高了小区人口规模,最终导致我国小区人口规模之大举世独有。

巧合的是,无论我国的土地制度还是城市住宅形态,事实上都是苏联模式与我国香港模式交互作用、共同塑造的:土地制度上既坚持苏式公有制又引入香港的土地批租制;住宅模式上既继承了 1957 年移植自苏联的“小区”(микрорайон)规划概念而形成的封闭式单位大院模式,^[44]又引入了香港的高密度和高层塔楼模式。^[45]不同的是,我国香港通过土地批租获取财政收入的背景是其作为“自由港”的超低税率,其土地财政收入事实上是政府的“暗税”;^[46]而如果地方政府“一手以土地所有者身份收租,另一手以政府名义收税”,^[47]同时业主还要承担小区内的公共服务成本,则事实上可能构成了多重征税,而不仅是“双重税收”。因而,我国

[42] 主要如,2006 年国土资源部《关于当前进一步从严土地管理的紧急通知》(国土资电发〔2006〕17 号)要求一律停止别墅类房地产项目供地和办理相关用地手续,严格限制低密度、大套型住房的土地供应。尤其是 2012 年国土资源部和国家发展改革委联合印发《关于发布实施〈限制用地项目目录(2012 年本)〉和〈禁止用地项目目录(2012 年本)〉的通知》,标志着“限墅令”正式升级为“禁墅令”,明确规定了住宅项目容积率不得低于 1.0(含 1.0)的限定。

[43] 参见陶然、苏福兵:“经济增长的‘中国模式’:两个备择理论假说和一个系统性分析框架”,《比较》2021 年第 3 期,第 182 页;李超、普友少:“土地、住房与城市经济增长:一个综合分析框架”,《财贸经济》2024 年第 11 期,第 124 页。

[44] 参见吴俊贤、虞刚:“‘小区’的起源、移植与影响——以洛阳涧西工业区的住区为例”,《世界建筑》2024 年第 2 期,第 11—14 页。

[45] 参见汪灏、阮昕:“高层住宅的误区——中国居住模式再思考”,《建筑学报》2022 年第 6 期,第 87 页。

[46] 参见周其仁:“香港的土地暗税”,《中国证券期货》2017 年第 4 期,第 77 页。

[47] 参见刘守英:“重温土地‘涨价归公论’”,《中国改革》2011 年第 3 期,第 81 页。

的土地制度和住宅形态,均非简单地以土地公有/私有的制度框架所能解释,本质上是维持土地垄断的同时为实现土地权力租金最大化而部分市场化的产物。^{〔48〕}

总之,我国小区的特有形态及业主自治乃是特有土地制度衍生出的“人造秩序”,而非自发选择的结果。而国外住宅以独栋而非共有住宅为主,从而并不必须以业主自治的方式管理共同事务;美国的共有社区以业主自治取代政府提供市政服务,则是由于居民认为这比政府能更有效地提供服务,建立在自愿基础上,^{〔49〕}在决定为居民提供服务方面相比市政当局有更大的自由度。^{〔50〕}相比自发形成的业主自治,外部施加的人造秩序难免参与积极性不足、责任意识淡薄、脱离实际和自我演化能力低下、实施和监督成本高昂等固有缺陷。借用亚当·斯密著名的“棋盘”比喻,立法不可能像摆布棋子一样可以随意安排社会成员,其施加的人造秩序可能导致“时刻处在高度混乱之中”。^{〔51〕}同理,村民/居民自治的乏力很大程度上也是由于其并非自发产生。

综上所述,我国住宅小区普遍封闭又规模庞大且密度极高的特有形态下,产权关系空前复杂,无论人口规模还是公共服务的体量往往都超过国外市镇政府的职责。循名责实,这与建筑物区分所有权往往仅调整体量较小的多层住宅且主要调整建筑物本身产权关系可谓名同实异,也与美国的共有利益社区业主自治调整的是独栋为主、关系简单、规模较小的住宅社区不可同日而语。即使以自治立国的美国,其业主自治也并未如早期乐观的预期那样成为市镇政府的有效替代品,而是至今仍面临大量矛盾和诉讼,^{〔52〕}业主协会大规模失败的实例比比皆是。而且随着住宅不断老化维护资金越发高昂但又无法有效获得,问题就会越为频发和严重;而在业主协会失败时,其后果不仅损害所有业主,而且往往会波及整个社区甚至城市。^{〔53〕}其主要原因即在于由不受薪、未经培训的志愿者作为业主协会执行委员来履行由城市政府承担的职能。^{〔54〕}

进而言之,私人治理自有其正当性和固有优势,但也天然缺乏专业分工、科层权威、持续理性等行政体系优势,其业余化治理结构和行政资源的缺乏(资金、场所、专职人员)自然难以应对复杂的社会性事务。事实上,即使一个公司也难以仅靠兼职、无薪酬的业余志愿者而有效管理和运转。这种治理模式的制度成本随着社区规模和事务复杂性的扩大,呈几何级数增长,最

〔48〕 参见杨俊峰:“中国土地配置基本制度的法律解读与改革”,《学术月刊》2014年第8期,第29—30页。

〔49〕 See Warner, *supra* note 17.

〔50〕 See Robert H. Nelson, “New Community Associations for Established Neighborhoods,” *Review of Policy Research*, Vol. 23, No. 6, 2006, p. 1123.

〔51〕 (英)亚当·斯密:《道德情操论》,蒋自强、钦北愚、朱钟棣、沈凯璋译,商务印书馆2003年版,第302页。

〔52〕 See Evan McKenzie, “Emerging Trends in State Regulation of Private Communities in the U. S.,” *GeoJournal*, Vol. 66, No. 1/2, 2006, p. 89.

〔53〕 See Evan McKenzie, “Private Covenants, Public Laws, and the Financial Future of Condominiums,” *University of Illinois Chicago John Marshall Law Review*, Vol. 52, No. 3, 2019, pp. 715-716.

〔54〕 See McKenzie, *supra* note 52.

终导致治理失灵。总之,由私人治理承担规模庞大、高度异质化、事务庞杂的居住社区的治理,显然是典型的“小马拉大车”。因此,直接套用基于建筑物区分所有权的业主自治如衣服远小于身体,因交易成本过高而无法实施,也就不出意料。

由此而言,将远超私人治理能力的公共事务委诸私法上的自治;当住房商品化后小区已不再是计划经济时代单位办社会的大院,仍全面继承其封闭模式包括“小区”的概念;以及强调城市土地一律国有的制度背景下,将大部分城市公共空间私人化。上述现象的成因,恐主要在于地方政府为成本收益最大化转移公共责任,是公法遁入私法另一典型体现,而非自发选择的结果。这不仅是业主自治难以实施的主要原因,也使立法中对其缺乏像对政府管理那样的公法规制和问责。自治的正当性无可置疑,但对自治的渴求也容易混淆私法上自治和公法上政府责任的界限。

二、立法对业主自治普遍性困难的逆向规定

关于我国业主自治的失灵,已有不少学者注意到其原因在于集体行动的困境及立法上的技术性障碍。^{〔55〕}但事实上,即便域外人口规模和住宅密度远小于我国小区,且往往仅限于建筑物本身的业主自治,且其立法已预先设定了针对性的应对措施的情况下,也同样面临着私人治理固有的集体行动困境、业余化治理模式等难以克服的内生性障碍。而我国立法不仅未充分注意业主自治的一般性或普遍性困境,反而逆向操作强化了治理障碍,而非普遍或一般意义上的困境,从而导致其本身就难以实施。这主要体现在:

(一)业主大会召开门槛的逆向规定

任何国家或地区的业主自治,都普遍面临着的固有障碍是克服“搭便车”心理所造成的集体行动困境。此乃亚里士多德时代即已觉察到的基本难题:“凡是属于最多数人的公共事物常常是最少受人照顾的事物,人们关怀着自己的所有,而忽视公共的事物。”^{〔56〕}这也是为何政治生活中强制投票(compulsory voting)制为许多学者所主张并被不少国家所采用,以提高政治参与,解决公民消极投票的难题。^{〔57〕}奥尔森系统阐释了其深层根源并断言:“除非一个集团中人数很少,或者除非存在强制或其他特殊手段以使个人按照他们的共同利益行事,有理性的、寻求自我利益的个人不会采取行动以实现他们共同的或集团的利益。”^{〔58〕}而业主自治作

〔55〕 我国学界特别是公共管理学界主要在一般理论的层面上探讨业主自治的集体行动困境,并从公共政策的角度主张构建激励机制,同时强调社会资本、行动精英以及基层党建等因素在促进业主自治集体行动中的重要性。较晚近论述可参见邓文、王琦:“城市社区业主集体行动逻辑探析”,《党政论坛》2019 第 8 期,第 24—26 页;王欢明、隋鑫:“居民集体行动困境何以破解:基层党建与合作生产”,《复旦城市治理评论》,2023 年第 1 期,第 137—166 页,等等。

〔56〕 参见亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1997 年版,第 48 页。

〔57〕 See Bart Engelen, “Why Compulsory Voting Can Enhance Democracy,” *Acta Politica*, Vol. 42, No. 1, 2007, p. 23.

〔58〕 奥尔森,见前注〔29〕,第 2 页。

为典型的非强制性的私人治理,其共同事务也有着公共品的明显特性即非排他性和非竞争性,相比费时耗力地参与共同事务,消极“搭便车”自然是更理性的现实选择,集体行动自然难以组织起来。

事实上,即使在自治较成熟的域外也是如此。例如:我国香港也同样面临业主对共有建筑的管理漠不关心、业主大会的出席率极低等参与不足的难题。^{〔59〕}我国台湾地区自“公寓大厦管理条例”颁布以来,公寓管理委员会的注册率一直低得令人失望;由于很少有业主愿意参与共同事务,一些社区不得不采用抽签的方式“选举”管委会成员。^{〔60〕}这充分说明了个体参与业主自治的被动态度和自利本性。

实际上,域外上述业主消极参与的困境,还是在其立法已预先将业主会议的召开门槛设定得极低的情况下产生的。第一,业主会议召开的法定人数要求本身就设定得较低。仍以我国香港为例:《建筑物管理条例》规定召开业主会议的法定人数,只需业主人数达到10%即可,并且反复强调“无须理会”业主的“业权份数”(即业主对整栋建筑物所占的业权比例)。^{〔61〕}如此极低的门槛设置,显然旨在尽可能降低业主大会召开的难度。第二,即便如此,为防止业主会议仍因出席人数不足而无法达到法定人数,域外立法又进一步规定了应对措施,如:美国的北卡罗来纳州《公寓法》等州法规定,如业主协会的会议仍达不到法定人数要求的,那么下次会议的人数要求,按上一次会议的法定人数要求逐次递减50%,直至达到人数要求。^{〔62〕}而我国台湾地区“公寓大厦管理条例”规定区分所有权人会议无法达成决议或达到法定人数的,下次会议出席人数要求直接递减为1/4(第30条)。我国香港《建筑物管理条例》则规定,若无法通过业主会议产生管委会的,土地审裁处可应申请指定业主召开业主会议,业主会议的法定人数为业主人数的10%即可,并以过半数票通过即可委出管理委员会(第3A条,第4条)。上述立法所设定的召开业主大会门槛之低,甚至有严重缺乏代表性之虞,其唯一可能的立法目的无疑在于尽可能地克服集体行动困境,以缓解业主消极参与而导致业主大会无法召开的难题。

对于上述普遍性困境,我国立法也本应进行相应制度安排以尽可能予以缓解,但反而设定了比域外高得多的门槛(可参见表1)。《民法典》要求业主大会的法定人数要求为专有部分面积占比(即业权份数)2/3以上的业主、且人数占比2/3以上的业主(即双2/3),选出业委会等特定事项则需要双3/4绝对多数,尽管这已比《物权法》的要求实质上有所降低;^{〔63〕}也未对出

〔59〕 Daniel C. W. Ho and Wei Gao, “Collective Action in Apartment Building Management in Hong Kong,” *Habitat International*, Vol. 38, No. 1, 2013, pp. 10-11.

〔60〕 See Chen and Webster, *supra* note 33, p. 206.

〔61〕 香港《建筑物管理条例》第3(2)、5B、11A条以及附表8的第11条等。

〔62〕 典型者如美国北卡罗来纳州《公寓法》。See North Carolina Condominium Act (2023) North Carolina General Statutes § 47C-3-109(c).

〔63〕 《物权法》第76条未直接规定业主大会出席的法定人数要求,而是要求表决是以专有部分的全部面积和全体业主为基数,普通多数决采1/2通过,特别多数决采2/3通过。相比之下,《民法典》第278条实质上意味着法定出席人数要求有所降低。《民法典》这一规定相比《物权法》不仅降低了决议通过的门槛,有助于减少反公地悲剧,也略微缓解了集体行动的困境。

席人数达不到法定人数如何应对予以规定。如此之高的门槛设定,或许意在确保业主大会有充分的代表性。然而,这只能建立在业主会积极参与的假定之上,但《民法典》这种假设在现实中并不成立。因此,这并非一般意义上偏高而是典型的反其道而行之,实践中业主大会罕有能依法召开也就不难理解。

表 1 业主大会参与门槛的立法规定比较

	出席人数	出席人数不足的
我国台湾地区“公寓大厦管理条例”	双 50 %	下次会议双 1/4 出席即可
我国香港《建筑物管理条例》	业主人数的 10 % 即可	土地审裁处指定业主召集业主会议,出席人数为业主人数的 10 %,且过半数同意即可
美国北卡州《公寓法》	有投票权人数的 20 % 出席	将上次会议的法定人数要求减半,直至达到人数要求
我国《民法典》	双 2/3	无

(二)正向激励的缺失

要克服集体行动中个体理性与集体理性间的内在冲突,在奥尔森看来,“只有一种独立的和‘选择性’的激励会驱使潜在集团中的理性个体采取有利于集团的行动”。^{〔64〕}也即只有针对个体的额外的激励才能激励相容,才可能使业主积极行使权利。正是从这个意义上而言,“法律的首要目的是通过提供一种激励机制,诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动”。^{〔65〕}正向激励除了经济激励,还有社会激励,因为“人们有时候还希望去获得声望、尊敬、友谊以及其他社会和心理目标”;但无论社会激励还是社会压力,都“只有在较小的集团中才起作用。这些集团很小,成员间有着面对面的接触”。^{〔66〕}此外,职务保障对于业主担任业主组织的职务并积极履职同样是重要的正向激励。

域外业主自治的规模相比我国要小很多,因此主要依靠社会激励,立法通常未给业主组织委员设定薪酬,但仍规定有一定的经济激励和职务保障,如:美国法上普遍规定要给业主协会官员(officer)、委员、雇员和代理人提供合理的补偿(indemnification),并要为其投保并维持责任保险。^{〔67〕}我国香港则明确规定了薪酬制:管理委员会主席、副主席、秘书及司库可得最高津贴额每月 1200 元港币,具体标准根据所管理楼宇的单元数而定;而且,为确保该津贴规定的

〔64〕 奥尔森,见前注〔29〕,第 34—35 页。

〔65〕 参见张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 66 页。

〔66〕 奥尔森,见前注〔29〕,第 56—57 页。

〔67〕 See Uniform Common Interest Ownership Act (2021), SECTION 3-102(13); See also North Carolina Condominium Act (2023) NC GEN ST § 47C-3-102(13). 值得注意的是,《统一共同利益所有权法》(Uniform Common Interest Ownership Act)并非正式法律,但事实上各州法主要以此为基础,基本大同小异。

落实,该法又专门强调了该规定的强制效力;〔68〕该法还专门规定管委会委员职务行为的职务豁免和免责条款,〔69〕以保障业主参加管委会和履行职务的积极性。但即便在有上述激励且其业主自治更为成熟的情况下,业主的积极性也仍难如人意。例如,我国香港的管委会普遍难以填补空缺;〔70〕美国3%的业主协会难以填补执委会席位,19%的业主协会的所有工作只能由其执委会成员中的1人包揽,不到1%的会员居民曾在执委会中任职。〔71〕

我国小区无论人口规模还是治理的事务体量远大于域外,这决定了社会激励难以发挥作用,而更有赖于必要的经济激励和职务保障。但立法对此却全无任何规定,因而业主参与自治组织的积极性低下也就可想而知。其直接的法观念根源或在于:法律是国家强制力保障的主权者命令而个人权利可以放弃的观念仍根深蒂固,且主要限于对实体权利的原则性宣示,而对于个体动机激发、成本收益分析等基本理论和方法并未予充分重视,对激励逻辑在法律体系中尤其是共益权行使中的关键性作用重视不足。更根本而言或许在于,在废墟上重建我国新法制过程中,立法者对于传统管理型立法之外的社会自组织立法更缺乏经验,将业主参与的正向激励看作是自治范畴而无需立法干预。

(三)对违规行为制裁权的空白

自治即自我治理,而治理则须有与之相匹配的权力。立法没有牙齿就只是建议,规则若无制裁为后盾便只是一纸空文。奥斯特罗姆(Elinor Ostrom)得出比奥尔森更乐观的结论,认为个人不仅追求短期利益最大化,现实表明人们解决集体行动问题有更多的积极可能性,并最终获得诺贝尔经济学奖。〔72〕但她又强调对违规者的监督和分级制裁是实现公共事务私人治理的根本要件:哪怕“一个小小的惩罚也许足以提醒违规者注意遵守规则的重要性”;分级制裁是指制裁要“取决于违规的内容和严重性”,〔73〕实质即法学上的比例原则。小的破坏行为如果被放任存在,就会鼓励更多的人仿效甚至变本加厉,此即著名的“破窗理论”。〔74〕总之,业主的违规行为如侵占公共场地、损害公共设施等能否受到必要制裁,决定着小区的治理成败和衰败速度。

〔68〕 香港《建筑物管理条例》第18条第2款第aa项与附表4;关于前款津贴规定的强制效力的规定,参见《建筑物管理条例》第18条第4款。

〔69〕 香港《建筑物管理条例》第29A条规定:对管理委员会委员的保障:(1)管理委员会委员如真诚地及以合理方式行事,则无须为法团或代表法团的任何人——(a)在行使或本意是行使本条例授予法团的权力时;或(b)在执行或本意是执行本条例委以法团的职责时,所作出的作为或造成的错失,承担个人法律责任。

〔70〕 See Ho and Gao, *supra* note 59, p. 11.

〔71〕 See Chen and Webster, *supra* note 33, pp. 207-208.

〔72〕 See Warner, *supra* note 17, p. 156.

〔73〕 参见(美)埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共事物的治理之道:集体行动制度的演进》,余逊达、陈旭东译,上海译文出版社2012年版,第117—118页。

〔74〕 破窗效应的核心观点是:如果社区中的轻微失序现象(如破损的窗户、涂鸦、乱丢垃圾等)未被及时修复,会传递一种“无人管理”的信号,导致更多人效仿或升级破坏行为。See James Q. Wilson and George L. Kelling, “Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety,” *The Atlantic Monthly*, Vol. 249, No. 3, 1982, pp. 29-38.

域外立法对于业主组织设定了广泛的管理权,既有概括性地授予实施治理“所需的任何合理权力”,^[75]同时又具体地授权对违规行为科处罚款、滞纳金以及中止服务或特权,严重和持续违规者则可对其房产实施留置、拍卖或驱逐(我国台湾地区称之为强制迁离)。^[76]我国香港《建筑物管理条例》还规定管委会有权扣押业主动产(第 19 条)。美国业主协会(homeowners association, HOA)获得的立法授权极为广泛,^[77]以至被视作典型的“私人政府”(private government)。业主协会虽以私法的合同和财产概念为基础,但拥有当地政府的大部分权力,像政府那样有权制定、修改和执行一整套管理社区的规章制度,所有业主必须遵守并通常以其财产为抵押;在提供通常由市政当局提供的传统市政服务的同时,还维持“私人税收”制度、采用许可控制,并监督潜在滋扰活动。^[78]也正是因为业主协会有着相似于政府的广泛权力且同时基于私法而非公法,因此并不要求其必须提供更广泛的公民权利。^[79]相比面对官方权力时受到一系列公法保护,业主协会对公民权利的保护力度较弱,^[80]以至于一直有学者担忧会产生一种不负责任的权力,主张业主协会也应像行政机构那样受到更严格的司法审查。^[81]

相比之下,我国《民法典》仅对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声等违规行为,规定了业主大会或业委会有权“请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失”(第 286 条第 2 款)。这实质上意味着上述违规行为只有修复性和赔偿性责任,缺乏惩罚性责任。对于违规业主而言大不了停止不干,顶多也不过赔偿损失而并无额外代价,违规成本近乎于零。这决定了即使业主组织能够顺利成立和运转,其作用也非常微弱。

诚然,规制业主组织权力以防其滥权同样重要,但就我国现况而言,更为迫切的任务显然是先让业主自治运转起来。事实上,我国立法不仅未针对业主自治普遍的固有局限而作必要的制度应对,而是相反设定了比域外更高的参与门槛,并完全缺乏应有的正向激励与制裁权力等制度安排。这或许说明,立法者仍更习惯于“命令—控制”型立法,对于社会自组织的立法经

[75] 如我国香港《建筑物管理条例》第 18 条。See also North Carolina Condominium Act (2023) NC GEN ST § 47C-3-102(a).

[76] See Uniform Common Interest Ownership Act (2021), SECTION 3102(11)(19), SECTION 3-116; North Carolina Condominium Act (2023), NC GEN ST § 47C-3-107. 另外如我国香港《建筑物管理条例》第 19 条,我国台湾地区“公寓大厦管理条例”第 22、39 条,其中第 22 条“强制迁离”的处罚则与美国法上的驱逐是同一含义。

[77] See Warner, *supra* note 17, p. 159.

[78] See Uriel Reichman, “Residential Private Governments: An Introductory Survey,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 43, No. 2, 1976, pp. 253-255.

[79] See Jeffrey Kleegeer, “Liberty and Separation of Powers in Judicial Review of Privatized Governance Regimes,” *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, Vol. 38, No. 1, 2018, p. 59.

[80] See Robert S. Gilmour and Laura S. Jensen, “Reinventing Government Accountability: Public Functions, Privatization, and the Meaning of ‘State Action’,” *Public Administration Review*, Vol. 58, No. 3, 1998, p. 247.

[81] See Kleegeer, *supra* note 79, p. 60.

验不足,对个人趋利避害的自利本性重视不够,更习惯于“管理型”立法,而非“治理型”立法。^{〔82〕}

三、基本结论与主要建言

(一)基本结论

1. 我国业主自治立法失灵的直接原因在于自身的结构性困境。其原因首先在于我国住宅小区举世仅有的独特性。我国小区建筑物之外的共同事务本属于地方政府职责,由于地方政府为成本收益最大化和管理的方便而将公共职责私人化,而非个人自发选择的结果。这种体量和复杂程度相当于域外小型城市的治理负荷,交由私人治理承担,放在任何国家或地区恐都难以实施。

其次,业主自治本身普遍存在固有困境,即使其立法已预先规定了相应的应对措施,也难以完全克服。同时,我国立法往往“只是在立法技术、表层分类和一般法律术语上借鉴了外国,起初是苏联、德、日,现在是美、英”。^{〔83〕}在业主自治立法上,建筑物区分所有权、业主、物业等概念直接照用日本和我国香港,但在具体制度上不仅未充分估计业主自治的一般性困境,而是反向规定,进一步导致立法落空。这也决定了我国业主自治立法的失灵问题无法仅靠局部或技术性调整解决。

法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏关注,就可能造就一个法律更多但秩序更少的社会。^{〔84〕}我国立法更侧重于传统的高权性的管理型立法,对诸如建筑物区分所有权这种共益权、业主自治这种自发性社会秩序的治理型立法,仍较为粗疏。

2. 理论误区的澄清。在自治问题上要避免浪漫主义风格,^{〔85〕}并对一些习焉不察的模糊地带进行辨析。第一,或许正是因为对自治热切期待和公权过度干预的矫枉过正,导致自治与政府应有职责的混淆。尤其是我国小区普遍的封闭模式下,有形的围墙和小区产权属于业主,强化了小区围墙之内皆属于业主自治范畴的错觉。我国未来街区制实施的可能性较低,澄清这一误区确有必要。表面上看,地方政府从小区治理中退出为自治让出了空间,但这是地方政府转移公共责任而非居民自发选择的结果,也超出了私人自主治理的承受能力。质言之,在公共治理问题上要注意理清和重申的是:既要警惕过度干预,也要防止规避责任;有限政府与责任政府,私法上的自治与公法上的问责,应并行不悖而非相互排斥。

〔82〕 参见周汉华:“探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向”,《法学研究》2018年第2期,第5页。

〔83〕 参见冯象:“法学三十年:重新出发”,《读书》2008年第9期,第23页。

〔84〕 参见(美)罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第354页。

〔85〕 党国英,见前注〔34〕,第11页。

第二个误区是混淆公法上的地方自治和私法上的业主自治。尤其是大型小区楼宇外公共事务的治理,即使要实行自治也应纳入公法上的地方自治方可能运转。以业主自治之酒杯,实难浇地方自治之块垒。业主自治乃基于私法上的产权和契约的私人治理,缺乏地方自治作为公法自治而享有的更充分的公共强制权和专门机构、人员等行政资源。

(二)主要建言

随着我国也已进入房产存量时代,住宅老化问题将逐步进入爆发期,维护成本必将呈现指数级增长态势。改善我国小区治理将面临更大的难度且愈发紧迫。对此固然可以乐观地期待车到山前必有路,但未雨绸缪做好制度应对,有助于减少不必要的困难和代价,也才能使小区治理尽快纳入法治的轨道。总体上讲,现有模式尤其是大型小区的治理模式亟待重构。具体而言,可从如下几方面着手:

1. 探索政府承担应有责任的方式。从理论上讲,业主自治应回归于住宅建筑物本身,建筑物外的公共管理与社会服务职责则主要应由地方政府承担。其中最需解决的理念障碍是,小区围墙内属于业主产权且共同事务由业主自治负责。未来打开围墙推行街区制的可能性仍然不大,因为这不仅将大幅增加地方政府财政成本和管理难度,而且还涉及产权移交以及对业主的补偿等法律问题,并会遭遇业主的抵触。但事实上,小区的封闭性与产权归属,和地方政府履行应有公共服务职责并不冲突。这并非限制自治,而是业主自治和政府责任各归其位。弥补社会自发机制失灵提供公共产品,正是政府的根本职能所在。这其实也是我国从管制型政府转向服务型政府,提升政府服务效能、增加公共产品供给的应有之义。

事实上,住宅小区的大部分物业功能都有相应政府部门可以上位替代,例如卫生保洁、垃圾清运可归环卫部门,绿化养护可归园林部门,私搭乱建应由城管部门负责,通行与停车归交管部门,消防归消防部门负责。这或许是未来改善我国小区治理最可能的出路,因为根本上讲私人治理很难有能力承担起大型社区的管理和服务,尤其是在我国公众更依赖政府权威、民间组织权威不足的背景下。

当然,基于效能原则出发,对于可以市场化的服务事项应尽量市场化,典型者如:电梯维保应由电梯厂商负责,垃圾清运、卫生保洁、绿化养护等服务事项则可外包给专业服务企业,同时由主管部门负责协调监管。这实质上是公共服务的服务外包加政府监管模式。域外经验也表明,即使业主自治能有效运行,仍存在高成本、信息不对称、机会主义和寻租等问题,因而服务与管理交给具有高度竞争力和创新性的服务企业是更好的选择,因为企业家有提供私人治理的强烈动机。^{〔86〕} 因此,关键是如何保障物业服务市场的公平竞争。我国物业行业产生较晚,物业服务及其法律规制都还有待发展,尤其是在物业公司的选聘,维保物资采购的招投标机制等关键制度上,仍大有需要完善之处。在这方面我国香港的立法经验或许最可资借鉴。

另一个值得讨论的是物业费问题。我国间接税为主的税收体制和土地财政制度下,居民

〔86〕 See Chen and Webster, *supra* note 33, p. 220.

事实上已经为小区公共产品概括性地缴纳了双重税收,理论上已涵盖了小区范围内公共服务的基础性支出。因此,建筑物之外公共区域的维护管理支出实际上本不应再由居民承担。但这必然大幅增加地方政府支出,在土地财政红利已经过去、地方财政普遍吃紧的现况下恐并不具备财政上的可行性。因此,基于现实考量,或许可探索将物业费纳入准公共产品管理体系,参照水电气暖等民生服务的定价和收费机制,相对合理地分摊公共服务成本。

2. 业主自治的范围厘定与制度重构。第一,除了少数规模较小的住宅小区,应基于私人治理的能力设定业主自治的范围。其可能的选择大致有二:一是在可能的情况下,将一个小区划分为数个业主自治区域;二是将业主自治主要集中于单栋楼宇建筑物本身。相比较而言,第一种方案无需大的立法变动和配套,只需具体制度实施层面上的技术性调整即可,但仅可缓解业主自治的人数规模过大的障碍;第二种方案则需要地方政府更全面地承担小区楼宇外公共区域的治理职责。在限缩小区私人治理的范围的同时,可一并实行楼栋单元自治从而形成奥斯特罗姆所强调的“嵌套性制度体系”。第二,大幅降低集体行动的门槛,并设定业主大会出席人数无法达到法定要求时法定人数要求降格的应对措施,确保小区业主群体得以出场。第三,基于选择性激励的原理,对业委会成员设定必要的补偿及薪酬、职务保障,以弥合个体利益与整体利益的冲突,实现激励相容。第四,在立法中明确业主组织的法律主体资格,并为其设定实施治理所必要的制裁权,也应同时对制裁权行使进行规制。第五,对开发商、物业企业设定业主登记备案和筹备、申请召开业主大会和成立业委会的强制性义务。

3. 立法体系的再造。小区治理是典型的公私法交叉、合力领域,《民法典》毕竟是民事立法,对小区治理涉及的大量公法关系不可能熔一炉而冶之,不必也无法详细周全的规定,唯有公、私法双轨规范相互配合,方可能有效规制。更何况我国小区的多数事项原本即政府职责,且我国乃典型的政府主导型社会管理体制,这都决定了更应重视小区治理的公法关系。然而,《物业管理条例》不仅位阶较低并较为粗略,且其制定和修改均在《民法典》之前,至今也并未根据《民法典》进行相应修改完善。建议可由全国人大常委会制定《城市居民住宅小区管理法》取代之。

最后,我国大型封闭式小区、高密度高层建筑为主的城市住宅模式减轻了城市化的市政成本并适应了我国快速城市化的居住需求,也使地方政府迅速获得巨量财富,是“中国模式”成功的重要密码。但我国的主流住宅模式不应止步于白蚁巢穴式的高密度高层住宅。在楼宇老化和缺乏更新利润空间的倒逼,以及民众对更高居住质量需求的推动下,低密度住宅应是我国房地产市场下半程的趋势所在。这必将影响我国城市住宅的治理模式,未来仍有值得关注的研究空间。

Abstract: In China, there is a stark contrast between the legislative emphasis placed on homeowners' self-governance and its serious dysfunction in practice, producing a situation of multiple losses. As China's real estate sector gradually enters an aging cycle, improving neighborhood governance will be-

come ever more difficult and urgent. The fundamental reason for the failure of China's legislation on homeowners' self-governance lies in its structural misalignment and deficiencies. First, the distinctive features of Chinese residential communities—typically closed, of super-large scale, and high density—generate governance burdens that far exceed the carrying capacity of homeowners' self-governance. Substantively, this is the product of local governments, under China's land system, privatizing municipal public goods in order to maximize cost-benefit outcomes, a classic case of public law retreating into private law. Second, homeowners' self-governance as a form of private governance faces inherent difficulties even under ordinary circumstances; even if legislation pre-sets targeted coping measures, these challenges are hard to overcome. Yet China's legislation, by taking the opposite course with counterintuitive provisions, has further magnified the difficulty of implementation. The combination of these dual structural predicaments means that resolving the dysfunction of China's legislation on homeowners' self-governance cannot be achieved merely through adjustments based on private law logic or policy-level fine-tuning. It is instead necessary to properly distinguish between autonomy under private law and government responsibility under public law, and to provide robust legislative responses tailored to the inherent dilemmas of homeowners' self-governance.

Key Words: Homeowners' Autonomy; Legislative Failure; Structural Dilemma; Government Responsibility; Private Governance

(责任编辑:彭鐔)