谁来主导民间规范

——以社区管理规约为例

宋伟哲

【内容摘要】 我国社区管理规约的实践表明，目前民间规范的制定、实施、纠纷解决等环节或多或少地都受到政府部门的影响，形成了政府部门主导民间规范的局面。这带来一系列负面影响，不利于激发民间规范的活力，降低了民间自治的能力，使民间规范处于失灵状态，加剧了社会治理难度。未来要使民间规范在社会治理中充分发挥作用，必须让民间规范的主导权回归到民众手中。民间规范的制定主体、制定机构的人员构成、制定过程中的民众参与、示范文本的功能定位、备案审查方式、民间规范纠纷解决主体是影响民间规范主导权的重要因素。把握好这六项因素，是保障民众主导民间规范的重要途径。

【关 键 词】 民间规范主导　基层治理　管理规约　民间法

【作　　者】 宋伟哲，上海交通大学凯原法学院博士研究生。（上海 200030）

【基金项目】 国家社科基金重点项目“当代中国改革创新试验的法治问题研究”（17AZD017）

近年来，民间规范在社会治理中的作用愈发受到重视。有学者指出：“通过适用村规民约、社区公约、物业规约、行业规章等民间规范，一般能够营造比地方立法更优的地方治理秩序。”[①] 但实践证明，大量的民间规范在社会治理中的效果不甚理想。以社区管理规约为例，舒可心曾言：“就目前我了解的情况，中国的业主根本不把公约或者规约当回事。”[②]究其原因，民间规范的主导权是一个不可忽视的因素。如果民间规范事实上是由政府部门主导，它的制定、实施各个环节都有着大量行政因素介入，甚至程序、文本样式都千篇一律，那么民间规范的活力就会减损。本文拟以社区管理规约为例，考察民间规范主导权的实际状况，以促进其在社会治理中真正发挥作用。

① 石佑启、谈萧：《论民间规范与地方立法的融合发展》，《中外法学》2018 年第 5 期。

② 舒可心：《业主自治手册》，北京：人民出版社，2018 年，第 144 页。

谁在主导管理规约

管理规约又称业主公约，是业主管理团体的最高自治规范。我国充分尊重业主自治的法律原则，《物权法》将管理规约视为小区治理的重要手段。但从实践来看，管理规约并没有在业主自治中发挥应有的作用。它的草拟、表决、执行等各个环节都存在着大量的政府部门因素的渗透，业主对于管理规约的主导权受到了严重限制。

（一）开发商制定的临时管理规约

作为民间规范的管理规约，制定权自然应当掌握在业主手中。然而在实践中，业主制定管理规约却面临着诸多困难。临时管理规约是小区的早期规范，虽然多了“临时”两字，但仍然属于自治规范，它的制定权理应在业主手中。但《物业管理条例》第二十二条第一款规定，“建设单位应当在销售物业之前，制定临时管理规约，对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反临时管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定”。显然，法规将临时管理规约的制定权赋予了开发商。“由开发商制定的业主公约，如何保证其公正性是难点。”[①]目前，开发商与业主之间的矛盾十分激烈。据北京一项调查结果显示，小区 80% 的纠纷由开发商引起。[②]同时，我国的房地产商和物业公司往往有着千丝万缕的联系，大量的物业公司本身就是房地产商旗下的企业，由开发商制定临时管理规约，很容易为自己量身定做，逃避己方责任，加重业主的负担。例如，开发商可以借此“在占用业主共同道路、电梯广告、出租或出卖车位等方面做出侵犯业主利益的规定”[③]。

为了防止开发商侵犯业主权益，《物业管理条例》第二十二条第二款规定：“建设单位制定的临时管理规约，不得侵害物业买受人的合法权益。”但这基本上是一条象征性规定，缺少可操作性。在实践中，开发商通常将临时管理规约作为房屋销售合同的附件，一些地区还通过地方性法规形式将此举作为法定程序。这样一来，购房者毫无质疑余地，要想买房则必须被动接受临时管理规约。“这种方式剥夺了买受人即区分所有权人对于规约订定的自治权。”[④]此外，开发商一旦制定出临时管理规约，业主很难对它进行改变。《物业管理条例》第六条赋予了业主提出制定和修改管理规约的权利，但是对临时管理规约的修改权付之阙如，业主想要修改临时管理规约缺乏法律依据，矛盾通常因此而生。

小区治理中，研究者与政府部门总是抱怨业主参与积极性不高，但是制度设计却从一开始就将业主牢牢捆住。制定临时管理规约，是实现小区自治的第一步，如今业主却由理论上的主导者变为事实中的被主导者，而且一旦受约束还缺少改变的能力。在实践中，不少小区的临时管理规约，在召开业主大会经过业主表决后，就变成了正式的管理规约。这不但打击了业主自治的积极性，也逐渐将业主激化为两类：一类人安于现状，形成被管理的惯性，失去了自治的动力；另一类人对政府、开发商、物业公司缺乏信任，成为矛盾的爆发源，亦无法参与到自治之中。这种主人翁意识的缺失要比矛盾本身更加可怕。

（二）政府部门主导下的管理规约制定

我国物业管理方面的法律、法规赋予了业主制定管理规约的权利，但是这一权利的行使却十分困难。《物业管理条例》规定：“应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。”这里的“指导”应当理解为“帮助”，而不是干预和命令，以体现政府部门对于业主成员权的尊重。但是《业主

① 齐恩平：《业主权的释义与建构》，北京：法律出版社，2012 年，第 197 页。

② 参见杨玉圣：《小区善治研究》，北京：社会科学文献出版社，2014 年，第 45 页。

③ 吴晓林：《房权政治——中国城市社区的业主维权》，北京：中央编译出版社，2016 年，第 209 页。

④ 尹章华等：《公寓大厦管理条例解读》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 77 页。

大会和业主委员会指导规则》第十二条规定："业主大会筹备组负责草拟管理规约。"该规则第十条规定："首次业主大会会议筹备组由业主代表、建设单位代表、街道办事处、乡镇人民政府代表和居民委员会代表组成。其中业主代表人数不低于筹备组总人数的一半，筹备组组长由街道办事处、乡镇人民政府代表担任。"第十一条规定："筹备组业主代表的产生，由街道办事处、乡镇人民政府或居民委员会组织业主推荐。"各地制定的地方性法规的相关规定与此基本相同。

实践中，管理规约的制定、表决不像国家立法那样需要经过多次审读，一般也不会做事先调查，草案文本采纳业主意见的比例很低，业主基本上只能根据筹备组提供的草约做赞成或反对的选择而已。因此，管理规约的草案至关重要，它在很大程度上就是最终的管理规约文本。谁主导起草环节，谁便可以被认为是制定管理规约的主导者。根据现有制度设计，筹备组是管理规约的主导者。从筹备组人员构成来看，政府的话语权显然高于业主。其一，政府代表担任筹备组长；其二，居委会代表很大程度与政府处于同一立场；其三，业主代表由政府部门负责组织业主推荐，政府在此过程有很强的话语权；其四，法律规定建设单位也有筹备组代表，无疑再度削弱了业主代表的话语权。实践中，大部分业主代表不具备提出管理规约草案的能力，这一工作往往由政府部门完成。显然，业主在筹备组中不具有主导地位，由筹备组提出的管理规约草案自然难称得上是业主自治规范。

（三）示范文本弊端分析

制定管理规约，需要一定的法律专业素养，这是一般业主所不具备的。为了提高管理规约的质量，政府部门通常会制定管理规约的示范文本供业主参考。实践中，这一制度暴露了许多缺点。

一方面，示范文本的地位由理论上的仅供参考变成事实上的必须参照。一些地方的地方性法规直接规定临时管理规约必须由建设单位根据政府示范文本制定。至于管理规约的制定，虽然地方立法中没有规定必须依照政府提供的示范文本制定，但是示范文本的影响力仍然十分巨大。

另一方面，示范文本质量不高。从形式上看，管理规约示范文本的形式与国家法律、法规类似，章节条款俱全，比较"赏心悦目"。但在实践操作中，此种规约"华而不实"，时常面临"最后一公里"难题。示范文本并非为某一小区而专设，不可能细致微观，它通常就小区管理的具体事务留下一些空白由业主自定。但是，由于整个管理规约制定的过程并非业主主导，再加上目前管理规约的制定程序很难得到广大业主的真正参与，这一设计在实践中往往落空。美国公共事务治理专家奥斯特罗姆认为："任何国家机构能否拥有为建立一套适合各地特殊情况的规则所必须的、当时当地的大量信息，仍是值得怀疑的。"[①]由于各地普遍按照示范文本去制定管理规约，导致各小区的管理规约往往千篇一律，难觅民间智慧的创造力身影，这是管理规约失灵的重要原因。

① 埃莉诺·奥斯特罗姆：《公共事务的治理之道：集体行动制度的演进》，余逊达、陈旭东译，上海：上海译文出版社，2018年，第25、208页。

（四）管理规约备案审查之困

管理规约制定出来后，还会面临着备案审查的困扰。依照业主自治的法律原则，只要小区成功召开业主大会，依照相关程序制定出管理规约后，管理规约就应当生效。但是在实践中却并非如此，管理规约的生效还需要经过政府备案审查的程序。《物业管理条例》第十六条规定："业主委员会应当自选举产生之日起30日内，向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门和街道办事处、乡镇人民政府备案。"这里只是规定了备案，并未对备案的内容作出具体规定。根据法理解释，这种备案应当只是一种告知性、公示性的行为，并非是行政审批，备案不影响管理

规约的生效。然而事实上，管理规约备案有着浓烈的行政许可色彩。根据《业主大会和业主委员会指导规则》第三十四条规定，业主委员会只有在备案成功后，才能持备案证明向公安机关申请刻制业主大会印章和业主委员会印章。这意味着如果备案不成功，业主大会和业主委员会就无法开展正常工作，管理规约难以产生实际效力。实践中，不少政府部门在备案时对规约进行实质审查，如果政府部门认为管理规约存在问题，则对其不予备案。这不仅使得管理规约难以生效，还影响了整个业主自治机构的运转，业主自治的合法权益易遭受侵犯。政府部门在备案方面设置的种种限制，已经成为小区治理中官方与民间冲突的重要根源。

（五）管理规约的执行高度依赖政府部门

法律的生命力在于执行，民间规约亦然。《物业管理条例》第十五条将监督管理规约的实施列为业主委员会的职责。在一些地方性法规中，还将这一规定具体化，例如《上海市住宅物业管理规定》第二十条明确赋予业主委员会对于违反管理规约的业主予以制止的权利。此外，业主也可以通过业主大会授权的方式赋予物业服务企业监督管理规约实施的权利。从制度设计上看，似乎管理规约执行的权利义务已经比较明确。可是，它们的实践效果如何呢？目前，业主与业主之间的冲突非常激烈，这些邻里之间的“鸡毛蒜皮”，其化解难度往往超乎想象。这些问题本来属于管理规约调整的范畴，但实践中管理规约却难以发挥作用。一个最主要的原因是管理规约没有震慑力，它无法采用罚款和其他比较有震慑力的处罚手段，业主委员会对于违反管理规约的业主，只能采用劝阻、制止的办法。

但众所周知，这种制裁手段在实践中很难起到作用。对于部分业主，劝阻、通报批评及基层调解，基本上不起任何作用。而公示相关信息的处罚措施，还可能侵犯业主的隐私权，导致矛盾进一步激化。因此，违反管理规约纠纷的解决，往往只能寻求官方救济，请求相关行政主管部门对违反规约的业主进行处罚，或者向人民法院提起诉讼。实践早已证明，这两种救济模式都不是解决小区纠纷经济、高效的办法。“自我实施是自治规范区别于国家法律的重要特征，也是其保持生命力的重要途径。”[①]如果管理规约的执行最终只能通过政府部门来推动，无异于又回到政府主导的道路上来，背离了制度设计的初衷。

① 于凤瑞：《业主自治规范中限制性条款的司法审查》，《法商研究》2016年第3期。

民间规范主导权之反思

通过对管理规约主导权的考察可以发现，政府部门事实上已经成为管理规约的主导者。随着国家对于民间规范愈发重视，政府部门将不可避免地介入到民间规范之中，以实现国家对于基层的管理。“意思自治的演绎空间是市场主体自由行为而不受国家权力干预的现实空间。”[②]当政府部门对民间规范的渗透达到可以主导民间规范的程度时，很容易给基层自治带来一系列负面影响。

② 江平：《私权的呐喊——江平自选集》，北京：首都师范大学出版社，2008年，第127页。

首先，容易引发公权与私权之间的矛盾冲突。政府部门主导民间规范，与民间规范产生、发展的规律相违背，合理性不足。民间规范的产生源自民间自治的需要，而不是出于国家行政命令的强制推动。当民间自治发展到一定程度时，民间规范才会应运而生，也只有这样的民间规范，才充满了民间独有的智慧，能够有效化解基层矛盾。此外，许多民间规范都是通过国家立法方式得以确立，例如村民自治、居民自治等。国家通过立法的方式确立了这些基层自治制度，放权给民间，如果再通过政府部门渗透的方式来主导民间自治所依赖的民间规范，相当于背离制度设计的初衷，其合法性不足。当政府部门来主导民间规范时，要特别慎重，否则非常容易遭到民众的

反感，认为是政府部门侵犯了自己的合法权益，这在管理规约的制定、实施中已经得到了验证。

其次，不利于民众自治习惯的形成和自治能力的提高。民间规范制定、实施的过程，实际上是民众自治习惯养成的过程。现代社会的民间规范要符合国家法律、法规的规定，民众通过制定和实施民间规范，可以间接增加法律知识，民众通过遵守民间规范，逐步形成规则意识，有利于现代法治观念的传播普及。但是，如果民间规范由政府部门所主导，那么这些目标就会遥不可及。在临时管理规约和管理规约的制定过程中，国家或将临时规约的制定权直接赋予开发商，或将规约草案制定权交给由政府所主导的筹备组。同时，政府还出台了管理规约示范文本，导致业主在规约的制定过程中只能被动接受，久而久之地养成了被管理的习惯，自治能力难以得到有效提升。

再次，加剧国家治理成本。在当前的小区治理中，政府需要组织筹备小组，组织管理规约草案的拟定，对管理规约进行备案审查等工作。这些工作需要具备相关专业知识的人员参与，同时需要耗费大量精力，这又是一般基层政府所不具备的。目前，一些基层政府正在寻求向第三方机构购买服务的方式来分担部分工作，这虽然暂时缓解了政府人员精力、能力不足的问题，但是却加剧了政府部门的开支。在管理规约的实施环节，面临的主要问题是纠纷化解。在政府部门主导民间规范实施的背景下，业主自治机关没有能力解决这些纠纷，绝大部分矛盾还是要依靠行政机关和司法机关来化解，而这些机构普遍面临着任务重、人手少的问题。如此大量、复杂且绝大部分本应由自治处理的纠纷交由其处理，势必要加剧治理成本，不符合政府的转型方向。

最后，扼杀民间规范活力。古往今来，民间规范从来不是一成不变的，它通常随着社会经济文化的发展而产生变化。当民间规范的主导权在民众手中时，一旦面临规范失灵的状况，民众会自发对其作出适时调整。因为如果不及时调整，使民间规范沦为具文，民众自身的利益将受到损害。这就保证了民间规范具有很强的可操作性，能够用来解决不同时期的问题。反之，如果由政府部门主导民间规范，很容易形成由上及下、千篇一律的民间规范体系。届时，民间规范的数量虽然会不断增加，但是实际效用必将大打折扣。在政府部门主导之下，民间规范的制定、修改、运作越来越趋向于国家正式立法，很难及时根据实际需求作出变更。随着时间推移，它的滞后性会愈发突出，最终丧失活力。

主导民间规范的六项指标

政府部门主导民间规范存在巨大隐患，要想在社会治理中让民间规范发挥真正的作用，必须由民众来主导它。管理规约在民间规范中具有很强的代表性，通过对它的分析，可以总结出一些主导民间规范的重要指标，这对今后民间规范的健康发展有着重要参考价值。

（一）民间规范的制定主体

凯尔森认为："所谓'私人自治'（private autonomy）就体现在私法行为的创造法律功能中。"[①] 制定民间规范虽然不能等同于国家立法，但是二者有着极大的相似点。依照法理，民众是民间规范的当然制定主体，如果民间规范的制定者不是民众，那么它的主导权必然不在民众手中，这种规范不应该称之为民间规范。在现代社会，民间规范的制定、修改、实施离不开国家法律的介入。通常情况下，民间规范的制定、修改主体都要由国家立法确定。国家立法对于民间规范制定主体

① 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：商务印书馆，2017年，第210页。

的规定，应当是站在保护民众合法权益的角度，即将民众制定、修改民间规范的权利用立法形式确定下来，例如《村民委员会组织法》第二十七条和《居民委员会组织法》第十五条的规定就是如此。同时，要特别注意防止国家立法变相剥夺民众享有的民间规范制定权情况的出现。

（二）规范制定机构的人员构成

在多数情况下，立法能够确保民众制定、修改民间规范的权利，但是在具体执行过程中，如果不注意规范制定机构的人员构成，则很容易让民众制定民间规范的权利落空。在现代社会，民间规范的规范性越来越强，所规制的对象数量也越来越多，召集全部民众参与制定规约显然不符合目前的实际情况。因此，通常需要组建一个机构负责民间规范的草拟工作，提出草约最终交由全部民众民主表决通过。在这个过程中，民间规范制定机构的人员构成将成为决定民间规约主导权的重要因素，只有民众在这个机构中占据主导地位，该规约才能被称为民众主导。当然，此主导地位之判断，不能简单以民众代表在规约制定机构中的构成比例超过 50% 为唯一标准。因为在很多情况下，即便民众代表人数超过 50%，也不能保证民众能够主导规约制定机构。在实践中，要综合考虑该机构中各方代表在制定机构中的实际地位，来对主导权作出科学判断。

（三）制定规范过程中的民众参与程度

在民间规范制定过程中，虽然制定机构承担了很大一部分工作，但是这并不意味着民众不需要承担相应的责任。单纯依靠制定机构形成的民间规范，很有可能只是代表了少部分规范制定者的意志，而不能代表绝大多数民众的意志。民间规范的良好实施，依赖于民众对它的尊重和信仰。要做到这一点，必须在制定过程中有广泛的民众参与。制定机构广泛听取民众的意见，这在客观上也有利于提高民间规范的质量和规范日后的实施。当然，这一标准在执行过程中，要特别注意民众的反馈意见是否被纳入最终的规范草约，防止制定机构代表走过场式地听取民众意见。没有经过广泛民众参与而由他人制定出的民间规范，不能被认定为是民众主导的民间规范，不可能得到民众的真心拥护，也不能很好地被实施。“一个民主国家，全体公民都深入地参与公共事务管理，这种事可能永远也不会出现。但比起现在，很可能会有更多的人深入地参与。”[①]目前小区治理中的公众参与率低是不争的事实，但以此作为政府部门代替公众行使自治权的理由，也是站不住脚的。

① 卡尔·恩科：《论民主》，聂崇信、朱秀贤译，北京：商务印书馆，1988年，第24页。

（四）示范文本的功能定位

在民间规范的制定过程中，示范文本的作用有利有弊，甚至弊大于利。有学者在对乡规民约进行实践考察后也指出：“乡规民约制定过程中普遍存在的一种现象是，政府往往事先提供乡规民约范本，导致辖区内各村所制定的乡规民约基本一致。这种同质化的乡规民约在现实中效力较差，作用并不明显……不仅违背了村民自治相关法律制度设计的初衷，而且也严重影响了乡规民约在乡村治理中积极作用的发挥。”[②]然而在目前国家大力提倡民间规范在社会治理中应发挥积极作用的时代背景下，越来越多的政府部门会重视此类问题，政府示范文本的数量必然会增加，短时期内取消政府出台示范文本似乎不大可能。因此，目前比较可行的办法是重点把握示范文本的功能定位，以此作为衡量民间规范主导权的因素。政府出台的示范文本，其功能定位应在于“指导”，不能强迫民间制定规范时以此为准。如果政府明文规定民间规范的制定必须依照示范文本，或者在实际中只依靠示范文本操作，民间规范只能算作政府意志下的产物。这有违民间规范运转的基本原理，不符合社会治理方略的理念原则，也很难在实践中取得成功。

② 陈寒非、高其才：《乡规民约在乡村治理中的积极作用实证研究》，《清华法学》2018年第1期。

（五）备案审查方式

备案审查是改变民间规范主导权的重要因素。有些民间规约，法律已经明确了它的备案审查

方式。例如村规民约，法律明确规定其要向有关部门备案。以《村民委员会组织法》第二十七条为例，其规定村民自治章程、村规民约“与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触”，备案机关要对其“责令改正”。这种备案审查或许可以理解为实质审查。但是有些民间规范，例如居民公约、管理规约，《居民委员会组织法》《物业管理条例》的相关条款虽然同样规定了“内容不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触”，也规定了要向“不设区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关备案”，但是却没有作出“责令改正”的规定，这种备案审查就应当理解为形式审查。在实践中，不少政府部门利用备案审查的规定，过度干涉民间规范。民间规范中一些有创意的规定，往往容易解决现实问题，却很可能被删去，则民间规范又沦为一纸空文。因此，若要对民间规范备案进行实质审查，必须有法律明文规定为依据，否则只能进行形式审查。政府没有明确的法律依据，就对民间规范进行实质审查；或者虽然有法律依据进行实质审查，但是却对民间规范中并未违背法律、政策的部分过度干预，都属于政府部门过度介入民间规范的情形，不利于民间规范发挥积极作用。

（六）民间规范纠纷解决主体

在现有法律制度框架内，民间规范很难设立有震慑力的“罚则”，使得民间规范在面临纠纷时显得办法不多。最终，因违反民间规范产生的矛盾纠纷，仍然需要到行政机构或者司法机构来寻求救济。民间规范纠纷的公力救济当然有存在的必要性，但是它只能用于应对少数民间自治机构无法处理的纠纷，而不应当用来处理绝大部分违反民间规范产生的纠纷。在实践中，公力救济效率不高、成本巨大，不少司法机构对于民间规范中的规定不予认可，加剧了矛盾化解的难度。民间规范存在的重要意义在于，民间能够根据自身实际情况处理绝大部分矛盾，从而实现基层自治。埃里克森在《无需法律的秩序》一书中指出了民间“自助式执法普遍存在”[①]，证明了民众自己化解纠纷的可能性。波斯纳也认为，国家“应该尽量避免干涉社群成员的内部纠纷，除非是真正利害重大的问题”[②]。换言之，公力救济只应该用来解决小部分重大纠纷，绝大部分纠纷应该依靠民间规范自我解决。当大部分民间规范的纠纷交由公力救济解决时，民间规范的主导权便很可能发生转移，一系列不利后果便会纷至沓来，与社会自治的理念背道而驰。

① 罗伯特·C. 埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2017年，第151页。

② 埃里克·A. 波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，北京：中国政法大学出版社，2004年，第324页。

结语

要让民间规范在社会治理中切实发挥作用，民众必须成为民间规范的主导者。当然，这并不意味着政府部门完全不参与民间规范工作，而是要求政府部门的参与应当把握好尺度，依法做好相应的辅助工作，切不可越俎代庖。上述影响主导民间规范的六项指标，可以作为民众和政府部门的重要参考。如果其中一项或多项指标显示政府占据主导地位，则民间规范的主导权可能转移；如果六项指标同时为政府所主导，则意味着民间规范主导权的必然转移，应当引起国家足够的重视。未来积极围绕这六项指标进行民间规范的制定和实施，可以从最大程度上保证民间规范的活力，为它在社会治理中发挥重要作用保驾护航。

编辑　**孙冠豪　杜运泉**