

物权编体系重构应变土地 所有权为非限定土地使用权

李凤章*

目次

- 一、现有《物权法》以土地所有权为基础导致的弊端
- 二、我国土地所有权的非私权性
- 三、以非限定土地使用权作为土地根本物权的结语

摘要 《物权法》以土地所有权为基础,忽视了公有制下土地所有权的特殊性,导致了精神背离和体系紊乱。土地所有权更多是公权力,构成土地基础性财产权的是土地使用权。在土地使用权的制度实践中,存在一种非限定的土地使用权类型,其用途非限定、时间永久且可自由转让,物权编应以之作为土地所有权在物权法中的对应权利,而将土地所有权逐出物权编,从而建立起以非限定土地使用权为自物权,以限定土地使用权为用益物权的物权体系。

关键词 非限定土地使用权 土地所有权 物权编

《民法总则》颁布之后,物权编的制定也紧锣密鼓地展开。据编纂课题组有关专家介绍,物权编仍以现有《物权法》为基础,不会有太大的变动。但是,一个无法回避的问题是,物权编如何规定我国的土地权利体系?是继续沿用《物权法》,还是在尊重实践,充分借鉴两大法系经验基础上,构建有中国特色的物权法体系,这是物权编立法必须解决的首要问题。

一、现有《物权法》以土地所有权 为基础导致的弊端

现有物权法,承继了大陆法系,特别是德国物权编的体系,采取了所有权、用益物权、担保物权的编排体例。但是,与大陆法系其他国家和地区迥异的是,中国是土地的社会主义公有制,土地所有权和大陆法系的土地所有权绝非同一个概念。大陆法系以所有权作为根本物权,在所有权之上

* 上海大学法学院教授、法学博士。本文系作者承担的国家社科规划课题《农村土地权利制度改革研究》(课题编号:15BFX106)的阶段性成果。

建构用益物权和担保物权的传统体系,根本无法适用于中国。简单地以概念套用传统大陆法系的物权编,会不伦不类。现有《物权法》以土地所有权为根本物权的立法模式存在以下弊端:

1. 精神背离。传统民法物权编,以个人所有权为基石,捍卫的是财产自由。但是,我国物权法,如果同样以所有权为基础的话,就会发现,国家土地所有权和集体土地所有权并非可以流转且能为个人所有的权利,而是国家和集体所有权,国家土地所有权和集体土地所有权越强大,个人土地权利的相应限制就越多。比如物权法第42条规定,征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。由于强调的是集体土地所有权,被征收人是集体,个人宅基地使用权人和承包经营权人,就并非被征收的对象,补偿款因此无法直接发放给农民个人,而只能是集体,再由集体对村民进行补偿安置等。显然,村集体的代表拥有再分配的权力,农民个人的利益不得不依赖于集体的再分配。再如,村民承包经营权的转让,也仍然需要所有权人同意,这无疑限制了承包经营权人的处分自由。凡此种种,充分说明,在中国土地公有的约束性条件下,土地所有权越强化,个人土地财产权的自由越小。

以土地所有权为核心,不仅削弱了个人的财产自由,也背离了平等精神。为了坚持权利义务的平等,民法典在抽象概念的基础上建立了纯粹形式主义的概念体系,它不针对具体主体之间的法律秩序,只要是形式相同的主体,其法律地位都是一样的。这种脱离了“质料”内容的纯粹,就使我们能够摆脱针对不同具体法律秩序的特殊保护。用一句俗话说就是,民法“对事不对人”。这种建立在纯粹形式上的无差异性,有力地保护了平等和私法自治。但物权法却以国家所有权、集体所有权的形式,建立了对国家和集体、个人的区别对待。这样,即使法律规定要平等保护,也意味着立法上对其差异性对待。这种立法上的差异,实际上是将国家、集体和个人权利的不平等明确地以立法形式固定下来。这显然违反了民法的平等精神。

2. 体系的变异和紊乱。我国的物权法体系,和德国的体例也不同。一个最大的问题就是,我们的担保物权,是建立在土地使用权基础之上,而非土地所有权之上。如果说,在德国体系中,所有权作为根本物权,用益物权和担保物权作为限制物权,一个强调其使用价值的发挥,一个强调交易价值的发挥。所有权是根本,用益物权和担保物权是两翼的拓展,体系脉络极为清晰,是一种K形结构。而我国的物权法,则不动产的担保物权,除房屋所有权外,都是以用益物权为基础的,属于层递型竹节结构。即所有权生出用益物权,用益物权生出担保物权和次级用益物权。所以,在我国物权体系中,特别强调权利的分置或分离,例如,从所有权分离出土地使用权或者土地承包经营权,实现了土地权利的个人化;又进一步从土地承包经营权中分离出经营权,实现了土地的去身份化和市场化。这种权利的不断分离模式,和大陆法系以所有权为根本,强调所有权人在物权法定的框架下依法律行为设定用益物权和担保物权很显然是不同的。将以“权利分置”为基础的制度实践,镶嵌到以“权利设定”为逻辑的立法体系中,难免冲突。

将土地所有权规定在物权法中,不仅导致了体系的迥异,甚至也导致了体系的紊乱。例如,同样是所有权概念,土地所有权和房屋所有权、动产所有权存在着本质的差异。因此,房屋所有权必须办理登记,但是国有土地的所有权却无需登记。^{〔1〕}再如,《物权法》第9条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。那么,当国家基于所有权出让使用权时,如果使用权没有办理登记,但是,国家已经做出了出让的行政决定,此时,是不是权利人没有取得土地使用权呢?如果按照《物权法》的理解,所有权人设定

〔1〕 参见《不动产登记暂行条例》第5条。

用益物权,应该是没有生效,因为没有登记。但是,很显然,使用权的取得,其法律依据并非国家作为所有权人与使用人的民事合同,而是一个行政行为,该行政行为并非法律行为,不需要登记才发生物权变动,并不能适用有关物权变动的要件。因此,按照《不动产登记暂行条例实施细则》的第25条,建设用地使用权的首次登记,并不适用双方当事人到场申请登记的程序,相反,办理首次登记所需的权属来源、调查等登记材料,由人民政府有关部门组织获取。同样的是所有权,在土地和房屋乃至动产之间存在如此大的差异,人为制造了体系紊乱。

造成上述弊端的原因在于,我们在移植土地所有权的时候,忽略了土地所有权在我国特殊性。如果要学习德国体系,建立一个民法典的物权编,必须正确地处理土地权利的体系化问题。

二、我国土地所有权的非私权性

我国的土地所有权,不是财产权,不应规定在物权法中。大陆法系的土地所有权,作为财产权,经历了从中世纪的公私不分,土地所有权作为政权的载体,到近代以来,公共权力上升为主权,经济利益下沉为所有权这样一个过程,是土地上的公共权力主权化和经济权利商品化的结果。即在贵族和国王的博弈中,土地上公共权力被以主权的名义归属于专制君主,后来又被归属于民主国家的人民整体。而贵族则获得了土地上经济的全部剩余利益,即土地上的经济利益,除了明确归属于国家的外,均属于土地所有权人。因此,相对于政治主权,土地所有权也被称为经济主权。^{〔2〕}后来这种经济主权又从贵族不断地扩展到平民。土地所有权成为土地商品化交易的基本代码。^{〔3〕}准此而言,我国构成土地财产权的不是土地所有权,而是土地使用权。

我国也有越来越多的学者认识到我国土地所有权的非私权性。徐祥民指出,宪法上的自然资源国家所有权的实质是国家权力,是管理权,而非自由财产权。^{〔4〕}巩固也指出,资源国家所有权的公权性确定无疑,作为国家对于公共资源的一种公权性支配,资源国家所有权的实质是对资源利用的积极干预权,把资源国家所有权作为物权对待,运用民法理论来解释和适用,理论上站不住脚,实践中也欠良好实效。^{〔5〕}具体到集体土地所有权,陈小君教授认为,集体土地所有权实际的公权化运作机理背离了其私权属性。^{〔6〕}张先贵指出,虽然集体土地所有权在称谓上使用所有权这一表述,在形式上属于私法中的所有权类型,但其并非按照传统民法所有权理念而产生和运行,集体土地所有权上承载着集体主义与社会主义价值观念与伦理道德,其与传统私法性质的所有权存在本质区别。^{〔7〕}席志国认为,现行《物权法》中关于集体土地所有权的多数规定均不宜再纳入民法典物权编中,认为集体对于土地的所有权本质上是公法上的权利,系“公物权”,其具体规范应当属于公法的范畴,而不宜规定在民法典《物权编》中。^{〔8〕}

学者还从另外两个角度间接论证了土地所有权的非私权性,一个是所有权人对土地使用权予

〔2〕 Morris R. Cohen, “Property and Sovereignty”, 13 Cornell L. Rev. 8 (1927).

〔3〕 详细论述参见李凤章:《法律移植,移植什么?——以土地所有权的中国命运为中心》,载《法律科学》2009年第6期。

〔4〕 徐祥民:《自然资源国家所有权之国家所有制说》,载《法学研究》2013年第4期。

〔5〕 巩固:《自然资源国家所有权公权说再论》,载《法学研究》2015年第2期。

〔6〕 陈小君、高飞、耿卓、伦海波:《后农业税时代农地权利体系与运行机理研究论纲——以对我国十省农地问题立法调查为基础》,载《法律科学》2010年第1期。

〔7〕 张先贵:《集体土地所有权改革的法理思辨》,载《中国土地科学》2013年第10期。

〔8〕 席志国:《民法典编纂中集体土地权利体系新路径》,载《国家行政学院学报》2018年第1期。

以创设(出让)的合同本身,不是民事合同,而是行政合同;二是我国的土地使用权相当于国外的土地所有权,而绝非大陆法系意义上的用益物权。

就出让合同来说,如果将土地所有权视为民法上的所有权,那么,国家出让使用权就是民法上用益物权的设定,出让合同的性质应该是民事合同。但是,土地使用权出让,国家绝不可能像民事主体那样行为,其必须保障资源分配的公平与合理,出让信息必须公开,而且,其也不能以纯粹获得经济利益为目的,更多地要考虑公共利益,例如保障人民的居住权,促进经济增长和产业升级等。将其视为行政契约,更能强化法律对国家出让过程的约束,避免公共权力的私人化。实际上,在行政法学界主张出让合同为行政合同的声音一直是主流。例如,2003年2月13日时任最高人民法院副院长李国光在最高法院的报告中提出:“随着行政管理方式的多样化和行政管理理念的变革,行政机关常常通过与行政相对人签订合同的方式,履行行政管理职能,形成大量的国有土地出让、国有资产租赁等独具特色的行政合同。”^[9]2005年6月18日最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》将土地出让合同视为民事合同,但并未获得最高法院行政庭法官的认同。^[10]而实践中很多法院也仍然坚持将之视为行政合同。例如子兴地产发展有限公司与佛山市国土资源局顺德分局土地行政许可、批复并请求行政赔偿纠纷上诉案[(2006)佛中法行终字第107号]二审判决认为:“国土部门代表国家以土地所有者的身份与土地使用人签订土地出让合同,是国家实现对土地行政管理的一种方式,虽然土地出让合同遵循平等、自愿、有偿的原则,但其以实现公共利益和行政管理需要为目的,且双方当事人权利义务约定有别于民事合同,土地出让合同属于行政合同范畴。”而一些地方立法,更是明确将土地出让合同视为行政合同。如2008年10月1日实施的《湖南省行政程序规定》第93条规定,行政合同主要适用于下列事项:一、政府特许经营;二、国有土地使用权出让;三、国有资产承包经营出售或者出租;四、政府采购;五、政府信贷;六、行政机关委托的科研咨询;等等。2012年1月1日实施的《山东省行政程序规定》第100条规定,行政合同主要适用下列事项:政府特许经营,国有自然资源使用权出让,国有资产经营出售或者租赁,公用征收征用补偿,政府购买公共服务,政策信贷,行政机关委托的科研咨询,计划生育管理。均将土地使用权出让合同视为行政合同。2014年11月全国人大常委会通过《行政诉讼法修正案七》,修订后的《行政诉讼法》第12条第11项规定,公民或者其他组织,认为行政机关不依法履行未按照约定履行,或者违法变更、解除政府经营协议,土地房屋征收补偿协议等协议,提起行政诉讼的,人民法院应当受理。明确了行政协议(合同)是行政诉讼的受案范围。虽然条款中只采取列举方式,并没有明确列举土地使用权出让合同,但就其立法原意来说,正如江必新和梁风云指出,人民法院建议稿曾经建议在受案范围中规定,行政机关与公民、法人和其他组织在国有土地使用权出让合同,房屋征收补偿合同等行政协议订立、履行、变更和解除过程中发生争议提起诉讼的,人民法院可以依法受理。立法机关也曾试拟:认为行政机关不履行或者违法变更、解除土地出让合同,房屋征收补偿合同等行政合同的,可以向人民法院起诉。但是考虑到立法条文的简约,修改后的行政诉讼法没有对国有土地使用权出让合同进行列举。因此,认为其立法的本意是,将土地使用权出让合同视为行政合同。^[11]

[9] 参见最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话:《深入贯彻党的十六大精神 努力开创行政审判工作新局面为全面建设小康社会提供司法保障》(2003年2月13日)。

[10] 参见余凌云:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第2页。

[11] 江必新、梁风云:《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第120页。

再从使用权的性质上来看,越来越多的学者认识到了我国土地使用权并非大陆法系的用益物权。高富平早就指出,我国的使用权与大陆法国家用益物权的社会基础或功能不同,它并非大陆法意义上的用益物权,相反土地使用权充当自物权的功能,土地使用权自身不仅可以转让、处分,而且还可以设定用益物权。^[12] 关涛认为,我国的使用权除了有期限性这一点外,与国外的土地私有已无区别。^[13] 席志国认为,使用权的功能在我国实际上发挥的其实是西方国家所有权所要发挥的土地资源在市场主体的一次分配的问题。在功能上土地使用权完全可以与西方国家的土地所有权相匹敌。^[14] 即使是深受德国法影响的孙宪忠老师,其在理解我国集体土地使用权时,也逐步地突破了将使用权视为用益物权的做法,其认为,农民的土地承包经营权,正是他们作为土地所有权人的一分享有的一项“自物权”。^[15] “农民的土地承包经营权,恰恰是根据自己在集体中的成员权取得的地权。这跟传统民法中的用益物权完全不一样。——所以农民家庭或者个人对于土地的权利,本质上是一种‘自物权’。”^[16]

既然将土地使用权视为自物权,那么,土地所有权就不可能被同时作为私法上的自物权,将其作为自物权规定在物权法上就是不合逻辑的。

三、以非限定土地使用权作为土地根本物权

否定了土地所有权的私权性以及其在《物权法》中的存在之后,随之而来的问题是,如果以土地使用权作为财产权,那么,哪一种土地使用权可以作为土地所有权的替代并像所有权那样成为土地权利体系的根本性权利呢?这首先要对现有的土地使用权类型进行梳理。

根据现有《物权法》,土地使用权主要规定有建设用地使用权、宅基地使用权、承包经营权。其中,建设用地使用权包括国有土地上的建设用地使用权和集体土地上的建设用地使用权;承包经营权,包括国有土地上的承包经营权和集体土地上的承包经营权;集体土地上的承包经营权,又包括家庭承包经营权和四荒地的承包经营权。这些土地使用权,有一个共同特点,即或者限定其主体,例如宅基地使用权必须是村民集体成员,划拨土地使用权必须是公共机构;或者限定其用途,例如住宅类出让土地使用权只能用于住宅;或者限定其期限,例如承包经营权的期限不得超过30年等。而大陆法系土地所有权的根本特征是非限定性,即除了法律禁止的外,用途是非限定的,时间上是永久的,并且在主体上也不限定,可以自由转让。那么,我国现有土地使用权类型中,有无可能抽象出一种类似所有权的土地使用权呢?

首先是土地国有化之前城市私房的建设用地使用权。由于城市没有经过人民公社这一集体化,一直到八二宪法颁布实施,城市土地的个人所有权一直存在。而八二宪法也只是简单地宣布城市全部的土地属于国有,不再承认个人的土地所有权,并没有在事实上改变此前所有权人对土地和房屋的占有,国家并没有进行任何征收或者程序上的剥夺。此时,原所有权人的个人土地所有权只能转化为国有土地使用权。由于国家没有进行过任何征收或者补偿,其改变的只能是权利之名,而不能任意削减权利的内涵。而且,这一使用权也无法纳入现有的出让或划拨土地使用权的类型之中。1990年

[12] 高富平:《土地使用权的物权法定位——〈物权法〉规定之评析》,载《北方法学》2010年第4期。

[13] 关涛:《我国土地所有权制度对民法典中物权立法的影响》,载《法学论坛》2006年第2期。

[14] 席志国:《民法典编纂中集体土地权利体系新路径》,载《国家行政学院学报》2018年第1期。

[15] 孙宪忠:《推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题》,载《行政管理改革》2016年第2期。

[16] 孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期。

4月《国家土地管理局关于城市宅基地所有权、使用权等问题(给最高人民法院民事审判庭)的复函》中解释:“我国1982年宪法规定城市土地归国家所有后,公民对原属自己所有的城市土地应该自然享有使用权。”明确将其视为不同于出让和划拨,而自然取得的建设用地使用权。由于并非出让和划拨,也就不适用法律对出让和划拨土地使用权所规定的有关权利期限、用途、处分等方面的限制。简言之,其应该是期限无限定、用途无限定、可自由处分的非限定土地使用权。

除了公有制前城市私房的土地使用权,实践中还有集体土地所有权转化而来的非限定土地使用权。例如,深圳实施了土地概括国有化,^[17]宣布集体土地所有权不复存在,但集体及其成员对原集体土地的占有和使用,并没有改变。只不过是集体的土地权利名称不得再冠以集体所有权之名。作为所有权转化而来的使用权,其同样没有使用期限的限制,并且可以出让一定年期的使用权于第三人,其用途也可以为商业、工业等,并不局限于单一用途。其同样也应该属于非限定土地使用权。

当然,目前住宅类国有出让土地使用权,由于可以自动续期,已经在事实上变成了无期限的土地使用权,而且,其可以自由处分,已经非常类似于非限定的土地使用权,只是用途依旧单纯限定为住宅。由于我国土地用途限定的目的其实在于国家出让金的取得,即使符合了城市规划,擅自将商业或工业用地转为住宅用地,会导致国家出让金的减少,因此为法律所不许。但是,从住宅用地转为工业和商业用地,土地的价值降低,不涉及出让金问题,法律没有理由禁止。^[18]试想一下,如果有一天某住宅区内人去楼空,此处规划也许可建设工业中心,土地使用权人将其作为工业用地,发展经济,法律又有什么理由禁止呢?可以说,从用途限定的本意来说,住宅类出让土地使用权已经是非限定的了。

一个障碍是,如果以非限定土地使用权,代替土地所有权规定在物权编中,而不在物权编中规定土地所有权,对于那些并不存在个人非限定土地使用权的国有土地和集体土地,如何处理?其实,此时土地的非限定土地使用权乃是属于作为土地所有权人的国家和集体。换言之,物权法中不规定土地所有权,并不是要削弱国家和集体的土地权益,而是实现国家和集体作为土地所有权人,其土地权益的公私分离。土地所有权作为公权力,受公法规制,且主权性公共权力不可分割,不可让渡,其使用权的出让和划拨等,本质上也是行政行为,而非法律行为,和私法自治无关,因此不必规定在物权编中。而土地上的财产权,则根据土地利用的需要,建立不同层次的权利体系,并允许土地权利交易,实现土地资源利用的市场化配置。国家和集体既是土地的所有权人,在其将非限定土地使用权让与他人之前,也是该土地的非限定土地使用权人。当然,与土地所有权人只能归属于国家和集体不同,国家和集体可以在保留所有权的同时,将非限定土地使用权转让给一般的民事主体。因此,一般意义的民事主体,和国家、集体一样,都可以是非限定土地使用权人。这样,物权编就没有必要再根据主体的不同而规定不同类型的土地权利,而只需要像大陆法系民法典一样,只根据权利的内涵,规定不同的土地权利类型,实现了土地权利的纯粹化和形式化,在真正意义上实现了对所有主体财产权的一体保护。

更重要的是,物权编以非限定土地使用权作为大陆法系土地所有权的替代物,实现了土地上

[17] 深圳对集体土地的国有化和国家对城市私有土地的国有化,在性质上都是一样的,都是通过立法文件的形式概括宣布国有化,并不涉及具体的占有剥夺和利益转移。因此,这一国有化,最大的问题并不是原有权利人利益的受损,而是原有的权利类型如何被纳入新的权利体系中去。

[18] 这里一定要清楚规划和土地使用权用途限定的关系。规划许可只是意味着在该规划区范围内的土地可以按照规划标准进行建设。但具体的土地权利人要想在自己土地上建设住宅,还必须获得相应的用于住宅建设的土地使用权。

公共权力和财产权的分离,国家和集体在保留土地所有权作为公共权力不得转让的同时,也可以将非限定土地使用权信托转让给专门的经营机构经营,从而使专门的经营公司享有非限定土地使用权,并且以此为一般担保,承担公司的经营风险。这样就理顺了国家、集体的公权力和国有、集体资产经营的关系。例如,长期以来,国家由土地储备中心经营土地,而土地储备中心负责出让土地使用权,并且以国有土地权益为抵押标的物,办理抵押登记而担保对银行的欠款。对于其抵押,《土地储备管理办法》第25条规定,参照划拨土地使用权办理抵押登记。但是,土地储备机构用以担保的土地权利却是模糊的,其本身如果是经营性公司,不具备划拨土地使用权的主体条件;而如果土地储备机构不是盈利机构,而是国家事业单位,则其不得将其拥有的划拨土地使用权转让和抵押。所以,参照划拨土地使用权进行抵押,无论储备公司的性质如何,都是违法的。其实,土地储备机构,作为专门的土地经营机构,并不是通常意义上的划拨土地使用权人,相反其职能是在完成土地必要的投资开发之后将土地使用权出让给其他人,其拥有的土地权利,应该是比出让或者划拨的土地使用权更高级的母权利,即非限定的土地使用权。实际上是国家将土地的财产权以非限定土地使用权的形式信托给土地储备公司,由其负责经营,并且由其以非限定的土地使用权为基础,进行经营,其可以将非限定土地使用权转让给开发商,建造住宅,也可以出让一定年限的建设用地使用权用于工商业等。

同样的道理,这一模式也可以有效地解决集体土地的经营问题。集体是集体土地的所有权人,但是,土地所有权的行使却必须有具体的主体,由于没有集体经济组织,土地所有权只能委托给村委会、乡镇政府等行使。但为了防范集体资产流失,保障集体成员的权利,土地的利用必须有集体成员或者集体代表的一定比例同意。这种同意的困难,不仅让集体土地的经营程序繁琐,效率低下,而且也往往会因为有些人事后反悔,导致集体做出的决议效力处于不稳定状态。因此,集体成员的民主程序,应适用于集体土地上公权力的行使,但是,对于集体土地上的财产权,为了更好更高效的利用,应将其委托给专门的公司经营,同时,为了使集体作为股东只对公司的债务承担有限责任,为了让公司能够以土地上的权利作为自身责任的一般担保,又必须使公司享有可以自己独立支配的财产权,因此,从法理上说,应该将土地上的公权力和私权利分开,作为公权力的所有权不可以转让,但作为私权利的非限定土地使用权却应该信托转让给公司,由公司根据市场的要求运营。基于此法理,集体应享有所有权,此点毋庸置疑,但集体土地的经营,应采取由集体设立专门的土地经营公司,并将土地的非限定土地使用权授予给公司,由公司依法经营。这样,才能够理顺集体、集体经济组织在土地经营上的关系。^[19]

如果上述的分析结论能够成立,物权编的制定就应该以非限定土地使用权代替土地所有权,以限定土地使用权作为用益物权。当然,这样一来,在体系上就面临着一个障碍,即土地采纳了非限定土地使

[19] 遗憾的是,现有很多立法,仍然强调将集体改造成股份化的集体经济组织,使集体经济组织享有并行使土地所有权,例如对集体进行所谓股份化改造。《上海市农村集体资产监督管理条例》第9条规定,自农村高级农业生产合作社成立以来,在乡镇、村、组集体生产生活的人员,经农村集体经济组织民主程序确认,成为该集体经济组织成员。成员确认应当综合户籍关系、农村土地承包关系、对农村集体资产积累的贡献等因素。据此,集体的成员和集体经济组织的成员是同一的,显然是把集体经济组织当作集体的存在形式。希望通过对集体的股份化改造,最终使之成为具备法人资格的集体经济组织。但是,集体土地所有权的问题并非在于主体的虚化,无论是集体还是集体经济组织,乃至村委会,主体都是确定的。关键的问题是,土地所有权中的公权力和私权利无法分离,集体作为公法人,村委会作为公法人的代表机关,其行使公权力的同时,也行使着财产权。这就使它陷入了一个悖论,如果强调民主,势必降低财产权行使的效率,但强调效率和决策的迅速,势必又无法满足民主的程序要求。

用权,而地上物和动产却依然是所有权。^[20]但这从立法技术上并不是难以克服的障碍。我们完全可以把《物权法》第二编的标题变为所有权与非限定土地使用权。这一编排方法,其实也已经被一些部门立法所采用。如《不动产登记暂行条例实施细则》,其第三节的标题是“集体建设用地使用权及建筑物、构筑物所有权登记”。为什么要把建设用地使用权和建筑物包括房屋的所有权放在一起?这意味着在立法者的眼里,二者的法律地位是类似的,对于购买了商品房的老百姓来说,其权利的表现形式就是住宅类建设用地使用权和特定房屋的所有权。而与房屋所有权处于同样登记地位的就是住宅类建设用地使用权。既然作为物权法配套的程序性登记制度可以将建设用地使用权与房屋所有权并列作为标题,那么,物权编作为权利的实体法,同样如此规定,至少在逻辑上也具有了一定的合理性。

以非限定土地使用权为根本物权,将公权力性质的土地所有权逐出民法典物权编,这样,非限定土地使用权人,可以非限定土地使用权为基础,为他人设定用益物权。现有的宅基地使用权、非住宅类建设用地使用权、承包经营权和地役权等都可以纳入此类用益物权中。重要的是,由于非限定土地使用权本身也可以作为抵押权的标的,从而使担保物权也建立在非限定土地使用权之上。这样,整个物权法的体系,虽然在土地根本物权的名称方面和德国民法典不同,但其以某一根本物权为出发点,以该权利为财产交易的基本代码,并且以该权利为基础构建用益物权和担保物权,这种体系结构特点和德国民法典却是相符合的。

结 语

总之,在编纂民法典物权编的过程中,必须坚持从现有中国的实践出发,实践中形成的是规范和制度,民法典及其物权编只是对已经存在的制度以一种规范化的概念进行体系性解说,二者是制度实践和理论规范的关系。因此,采用什么概念体系,不能简单地看概念的外观,更要看概念在这一制度框架中的含义以及它能否体现原有的概念价值。所有的概念都代表着评价,承载着价值。在大陆法系的框架下,不动产(土地)成为整个物权体系的基石,土地所有权又成为土地权利的基石。但我国的土地所有权,由于公有制的背景,其并非私权,而是公权,其不是财产权,而是法定土地财产权的来源。这就注定了我国不能以大陆法系的土地所有权框架来构建物权体系,相反,应以非限定土地使用权为大陆法系所有权的替代物,在非限定土地使用权上,设立限定性土地使用权作为用益物权,并且允许限定土地使用权人在限定土地使用权上为他人设定次级用益物权,如经营权等。在这一点上,中国的物权编立法实际上颇具中国自己的特色,在体系上它追求法典化,但在具体的概念和理论上,却由于国家垄断所有权,所有权成为公权力的载体,同时,国家为社会成员创设各类使用权,又非常类似于英美法系的土地权利体系。中国应该在尊重制度实践的基础上,走出一条与英美法系和大陆法系均有不同,但又吸取二者长处,富有民族特色的物权编立法之路,这既是时代给我们的挑战,也是历史赐予我们的机会。

(责任编辑:肖俊)

[20] 大陆法系,通过罗马法的继受,实现了动产和不动产所有权的统一,废除了封建的土地制度,实现了不动产的动产化。而英美法系,基于历史传统,土地权利仍然保留着中世纪封建制度的遗迹,即国王或者国家被视为土地的最高所有权人,而臣民则作为保有人获得保有,即使这种可自由继承土地的保有已经完全自由,在内涵上几乎完全等同于大陆法系的土地所有权,但在概念体系上不动产和动产仍然是两个不同的权利体系。我国的制度实践,在不动产权利体系上,由于公有制的特殊背景,也由于我国在重建土地权利体系时主要借助于香港的土地批租制度,其在不经意间引进了英美法土地权利的框架体系。对此可参见李凤章、崔延蓉:《土地使用权“出让”流变考》,载李凤章主编:《产权法治研究》2017年第1辑,译林出版社2017年版。