



“三权分置”视阈下集体土地所有权的二元构造

戴炜

(南京大学法学院,江苏 南京 210093)

摘要:“三权分置”政策所包含的“所有权、承包权、经营权三权分置”内涵客观上对集体土地所有权法律属性提出“私法”之定位,而理论和实践对集体土地所有权均提出“公法”属性之要求。通过对法律文本和实际运行的考察,集体土地所有权并未显露出纯然的公法所有权或私法所有权之特性,这一结论使集体土地所有权的现实逻辑与我国传统公私法二元区分的基础框架难以对接。借助德国行政法的“双阶理论”思维模式,集体土地所有权之法律属性可以理解为“公私交错”的二元构造体系,能够解释“三权分置”视阈下集体土地所有权法律属性的理论机理。而现实生活中集体土地所有权所体现的亦公亦私之特点及其内在结构体系的融合也使集体土地所有权“二元构造”之确立成为可能。

关键词:三权分置;集体土地所有权;公法所有权;私法所有权;双阶理论

中图分类号:D922.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2016)06-0089-07

一、集体土地所有权于“三权分置”框架下的法律困境

2014年9月29日,习近平总书记在中共中央全面深化改革领导小组第五次会议上为现阶段深化农村土地制度改革定调,即“坚持农村土地集体所有,实现所有权、承包权、经营权三权分置,引导土地经营权有序流转……”。显然,三权分置是当前国家对农村土地的一项政策性规定,从文件表述上看,其是指所有权、承包权、经营权三项权利“并列分置”,这就隐含着一个问题,集体土地所有权到底是属于私法上的所有权还是公法上的所有权?如果是私法上的所有权,私权神圣、私法自治的民法理念使得集体土地所有权人往往以私权抗衡公权,从而集体土地所有权社会主义公有制的优势难以体现;现实生活中农民以集体土地所有权人自居,抵制国家依法对集体土地征收、拆迁的事例就是对集体土地纯粹私法所有权解读下所带来的直接后果。如果是公法上的所有权,那么它和物权法中具有私法性质的承包权、经营权分属于不同的范畴,逻辑上又如何做到“并列分置”,即国家法律与国家政策如何衔接。这在当前依法治国的环境下具有深远意义。本文的研究将从三权分置所隐含的这一诘问而展开。

在中国城市化进程中,农村集体土地因其特殊的自然属性、社会属性和经济属性而备受学术界关注。^[1]众多学者将讨论的重点放在集体土地制度的模糊性上^[1-4],集体土地制度的模糊性是指由于我国关于集体土地立法不周延而导致的集体土地性质不明确、集体土地所有权人虚位、产权和权能结构不清晰等问题。具体到集体土地所有权的性质,有学者认为我国法律上的集体土地所有权“只是宣示性的权利,缺乏实质内容”^[4],因而集体土地所有权是一种虚化的权利、弱权利或空权利。针对这种观点,有学者反驳集体土地所有权“根本不是弱权利,而是反权

收稿日期:2016-06-02

基金项目:国家社会科学基金项目“不动产财产准征收理论与实证研究”(11BFX067)

作者简介:戴炜,女,南京大学法学院博士生,西北大学法学院讲师。E-mail:994463631@qq.com

利,是以空权利的方式来否定原有土地的私人所有权。”^[5]类似对于集体土地所有权进行批判的观点还有:“集体制是合作制的异化,是畸形的、病态的合作制。”^[6]“中国的集体土地所有权是僵化的,在一定程度上讲,集体土地所有权由于受到公权的限制,而日益使集体组织转变为对国家的义务。”^[7]也有学者指出历经计划经济洗礼的集体土地所有权之实然属性表现为公权^[8-9]。还有一些学者站在传统民法的立场,试图用传统民法中的法人制度^[10]、集合共有^[11]、总有制度^[12-13]以及股份制改革^[14]来解释集体土地所有权或者提出改造方案。也有学者站在私法的角度,主张内置一个新的概念,即公有所有权于我国的民法所有权理论体系中,以期为分析和解释我国的集体土地所有权提供理论基础^[15]。显然,理论界对于集体土地所有权公、私之辨的讨论呈并驾齐驱之势,但这些学者不能很好地解释对立方观点的存在和意义。

总之,集体土地所有权作为我国特有的法律概念,其伴随着中国改革开放的进程,在经济发展需求下逐渐进行着本土化塑造,呈现出亦公亦私的特性。近年来,已经有学者注意到集体土地所有权公私并存的特点,并且开始探讨如何发挥集体土地所有权私法和公法的多重功能属性,但这些讨论对集体土地所有权公私并存的法律机理本身未作解释^[16-18]。传统民法以公私法的二元区分为基础构架,这个理论预设显然使集体土地所有权难以融入,因为它难以解释市场经济环境下国家对集体土地所有权亦公亦私、亦收亦放的需求。具体而言,土地作为我国农村劳动力的生存保障,具有明显的社会性特点,我国宪法将集体土地纳入公有制范畴并限制其流转,因此集体土地所有权作为对农村土地权利归属状态的宣示,承载着一定的社会功能,具有典型的公法语境特点;另一方面,土地毕竟是一种重要的生产资料,亟待进入流通领域以实现资源的优化配置,因此集体土地所有权又要扮演私法中财产权的角色,分离出“三权分置”条件下土地“经营权”的功能以适应自由市场交易的需要。问题由此产生,集体土地所有权于法学逻辑中到底属于公法还是私法,它能否从“公法意义的所有”转化为“私法意义的所有”?假若不能转化,何以论证“三权分置”中“公法意义的所有权”与“私法意义的用益物权”之间的并列分置?假若能够转化,如何解释隐于其后的法律机理?简言之,在转型时期的中国,理清集体土地所有权的逻辑脉络兼具理论与实践的双重意义。本文在这里,将从文本、实践两个方面来揭示集体土地所有权本身所具有的二元性,并且希望从理论角度对这一特性予以合理的解释,以期为我国三权分置政策的法律展开作理论铺垫。

二、集体土地所有权规范配置上的二元构造

这里,我们期待“戒除超然世外或漂移域外的研究者主体内心定位”^[19],以解释论的立场客观解读集体土地所有权的法律构造。具体而言,集体土地所有权的立法构造按照其效力层次可以分为三个部分进行解析:宪法、民法部门法和特别法。本文即按照这三条线索进行分析。

(一) 宪法中的集体土地所有权

很多研究集体土地所有权的学者是以民法和物权法为研究起点的,原因在于人们习惯将所有权归为民事权利的范畴来理解,并且认为宪法中的所有权仅仅是一种带有政治意味的宣誓而已,不具有法律意义。依照德国联邦宪法法院之见解,“民法法律制度,并不包含对所有权内容及其限制的终局性规定。在规定什么为所有权时,民法与公法彼此间起同等作用。”^[20]也就是说对于所有权的规定,不仅仅见诸私法中,还可能见诸公法中。我国《宪法》关于集体土地所有权的相关规定在第6条和第10条中。《宪法》第6条第1款从政治法的角度确立了我国关于重要生产资料社会主义公有的经济制度,按照某些学者的观点,“公有制和私有制的区别不在于主体本身的差异,而在于国家、集体和私人是否在宪法上具有取得重要生产资料之所有权的资格”^[21],这款规定实际上是赋予集体组织能够获得某些特定生产资料所有权的资格。从这个意

义上讲,《宪法》这项规定不仅具有政治意义,更具有法律意义。而就《宪法》第10条第2款:一方面它意味着土地的所有权只能由国家 and 集体所有;另一方面也厘定了集体土地集体所有的归属。这也是“公有制中在宪法层面对所有权的区分,而非民法层面的区分。”^[21]从这里可以看出,关于集体土地所有权的相关规定并非由民法一家垄断。宪法意义上的集体土地所有权“除了意识形态上的制度保障意义外,也被视为一种基本人权,一种特殊的防御权,是所有权人对抗国家公权力、抵御国家公权力不当侵害并在实际损害发生时可寻得救济的一种权利”^[21],这种权利是所有权人和国家之间的公法法律关系,对于所有权人来说,基于所有权应当受到国家的保护(保障条款),而国家也享有对所有权人权利予以规定和限制的权利(即制约条款和延伸出来的征收补偿条款)^[21]。因此从功能主义的视角,宪法意义上的集体土地所有权带有浓厚的社会治理、社会保障和社会责任的公法色彩。总之,规范意义上的集体土地所有权并非私法一种特质。集体土地所有权因为“糅合了国家治理工具以及生存保障工具等多重政治与公法层面的政策考量”^[16]而具有公法意义,而公法层面的集体土地所有权也承载着当下我国农村土地本应承担的社会功能。

(二) 民法部门法中的集体土地所有权

自从罗马法中出现“市民法所有权”这一土地归属术语,土地所有权便成为一个纯粹私权的概念^[16]。我国民事法律中的集体土地所有权主要集中于民法和物权法等私法中。《民法通则》将集体土地所有权纳入“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”中,从基本法律的层面确立了集体土地所有权作为财产权的法律地位。该法第74条第2款肯定“集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有”“已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有”。《物权法》在体例结构上,将集体土地所有权与代表私法权利的私人所有权并列规定,并于第58条至第63条对《民法通则》第74条进行了细化,其中第59条和第60条的相关条款规定了农民集体所有的不动产属于本集体成员所有,并由相关组织代表集体行使所有权,构成对集体土地所有权的确权性规范。所谓确权性规范是指在私法领域明确集体土地所有权的法律规范,因而使其在实定法范畴完成其权利规范体系的构造。按照民事权利的定义习惯,集体土地所有权是指劳动群众集体对其所有的财产依法进行占有、使用、收益和处分的权利。第61条就是按照这种定义习惯,明确了集体土地所有权人的权利。总之,我国集体土地所有权在民事法律设计时基本适用了私法上关于所有权的相关立法技术手段,将集体土地所有权塑造成一个具有私法性质的权利。在这里,宪法文本和民法文本虽然同时存在对集体土地所有权的规定,但两者在功能上不尽相同:宪法上的集体土地所有权对抗国家,体现了社会安全保障功能;民法上的集体土地所有权对抗世人,发挥了土地作为商品的经济功能。

(三) 特别法中的集体土地所有权

我国《土地管理法》《农业法》和《房地产管理法》等特别法里都有关于集体土地所有权的规定,这些规定配合宪法和民法部门法,对集体土地所有权进行进一步的塑造。

《民法通则》第74条第2款除了规定集体所有的土地“由谁所有”这一具有鲜明私法内涵的问题之外,还规定了这些土地“由谁管理”的问题,即属于村农民集体所有的土地“由村农业生产合作社等农业集体经济组织或村民委员会经营管理”。《土地管理法》第10条更加细化了这一管理规则,明确属于村农民集体所有的、分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的、属于乡(镇)农民集体所有的土地,分别由村集体经济组织或者村民委员会、村内各该农村集体经济组织或者村民小组、乡(镇)农村集体经济组织三级管理,而“三级管理”是一个典型公法语境下具有管理意味的概念。由于我国长期实行计划经济体制,传统上“立公灭私”的观念十分盛行,土地更是作为重要的经济命脉由国家权力牢牢把控,即使作为私法核心的民法,其规定也往往带有公法管制的意蕴,“在公与私反复博弈的过程中,公权力牢牢掌握着主

动,由此颁布的特别法深深烙下管制印章”^[22],在此背景下制定的我国农村土地特别法,就成了管制法,具备行政管控的特点。我国《土地管理法》《农业法》和《房地产管理法》等特别法里关于集体土地所有权的规定,基本上都是站在公法的立场上,对宪法的规定完成实定法的塑造,明确相关集体土地所有权的行政管理制度。

综上所述,集体土地所有权在规范层面上呈现出公法特征和私法特征兼备的二元构造形态。

三、集体土地所有权实践逻辑中的二元构造

我国因循大陆法系的法律思维。大陆法系对形式理性上逻辑和体系化的要求,需以厘清所有权的法律性质并对其进行类型区分为前提。德国学者莱耶创立了所有权类型区分的学说,他将所有权列为一般的范畴,并且按照利益的基础将其区分为公法所有权和私法所有权。他认为“公共目的所及之处,物就得受公法的规范;如果公共目的不存在,闪现的就是民法的光芒”。^[22]概言之,公法所有权与私法所有权是泾渭分明的。反观集体土地所有权,作为我国特有的土地权利类型,呈现出与传统意义所有权不同的性质特点,即集体土地所有权并未显露出纯然的公法所有权或是私法所有权之特性。

私法所有权视阈下的集体土地所有权欠缺私法所有权的一般形式特征:首先,集体土地所有权无法按照民事主体的制度结构进行分析。沿袭了罗马法传统的大陆法系里没有“集体”这一权利主体概念,集体土地所有权作为我国特有的所有权类型,在传统物权体系中难觅其宗,其主体即“集体”本身内涵模糊而宽泛,更多地反映出一种政治意味而不是一个法律概念,不能遵循法律主体的制度逻辑来运行,现实中农民个体的土地权益也因此不能得到有效保护。其次,集体土地所有权具有不可让渡性。一般来说,私法的核心是自治,基于所有权所延伸的让渡权利,法律一般是不加以限制的。但这一原理对于集体土地所有权是个例外。土地集体所有制是社会主义公有制的组成部分,集体土地作为社会主义的公有资产,其所有权本身不能成为商品市场中交易的对象。再次,集体土地所有权不能完全适用某些私法规则来运作。如设立抵押、不适用善意取得规则等。最后,即使是私法领域内集体土地所有权的行使仍然具有管制性因素。由于集体土地所有权的主体缺乏明晰性,权利实际享有者农民个体并未成为权利实际行使者,而是由集体组织代为行使,甚至于政府有时也介入到集体土地所有权的管理中成为集体土地所有权的实际行使者,因而集体土地所有权的行使带有一定公法管制因素。

相应地,公法所有权视阈下的集体土地所有权也不能完全承载集体土地的所有功能。作为我国社会主义公有制的重要组成部分,集体土地所有权是我国一系列土地改革发展的结果,具有一定的政治意义。作为最重要的生产资料,国家对集体土地所有权赋予公有制这种意识形态特征的标签。然而,在当前城市化进程逐步加快的时期,集体土地不仅承担着农民生活保障的社会性功能,作为一种重要的资源,其同时亟待进入市场进行资源的有效配置,更最大限度地发挥其经济功能。现实生活中集体土地通过土地承包经营权等方式在市场上流转,集体土地所有权已不似先前那样只是具有宪法意义和政治意义。因此,说集体土地所有权是纯粹的公法意义的所有权也难谓妥当。

综上所述,集体土地所有权的法律性质并非如传统法律意义上的所有权那样,表现出非公即私的清晰界限,无论是法律文本还是现实状况,集体土地所有权皆呈现亦公亦私的二元特性。接下来的问题是:理论上何以证成集体土地所有权双重特性存在的合理性?

四、集体土地所有权二元构造的解释论机理

集体土地作为最重要的生产资料,实践中具有经济效益和社会效益最大化的需要,理论上具备灵活运用多种法律手段进行调整的需求。而理论界已有关于集体土地所有权的探讨呈现出非公即私的隔离状态,既限制了集体土地功能的发挥,也难以以为现实中国家政策的需要提供支持。事实上,“在现代法秩序中,所有权绝不是由某一个部门法‘独家经营’的法律概念”^[22]。本文欲借用德国行政法上“双阶构造”的理论,来阐释集体土地所有权中“公法所有权—私法所有权”二元融合之合理性。

(一)“双阶理论”的启示

双阶理论是由德国行政法学者易普森于1951年提出。它是指将一个法律关系按纵向拆分成前后不同阶段,每个阶段分别适用不同性质的法律规范。例如,以贷款方式提供国家补助的行为可以按照双阶理论分为两个阶段:第一阶段为国家以行政处分方式决定是否给予贷款的决定阶段,此为公法行为;第二阶段为政府或其委托之金融机构缔结并履行贷款合同的履行阶段,此为私法行为。再比如公共设施的利用关系也可分为具有公法特征的行政许可行为和具有私法特征的使用合同行为。类似这样可以双阶理论进行拆分的法律关系还有公有道路的特别利用、收购行为、政府采购行为等。相对于公法与私法二元区分的既有理论,双阶理论被认为是“公法与私法交错下的产物”^[23]。

双阶理论自产生以来一直饱受争议,被认为是“负荷过量的定理”和“法学上虚构的理论”,并使“法律关系变得更加混沌”^[23]。但是我们无法回避一个事实:一个生活事实中可能存在不同属性(公法与私法)的法律关系,一个法律关系可能存在阶段形态的复数法律行为、复数请求权或复数权利义务。^[23]以此为起点,我们可以看到,公法和私法之间的界限已经趋于模糊,两者互相逼近、互相渗透,逐渐形成一个公私交错的过渡领域。这是双阶理论以其客观、忠实的态度给我们的提示。作为一种思维模式,它对于理解集体土地所有权的法律属性是有所裨益的。现实中的集体土地所有权,承担众多的社会功能和经济功能,对其属性的“纯粹公权说”和“纯粹私权说”之描述无异于管中窥豹。那么,何不借助双阶理论的思维模式,将集体土地所有权的法律属性理解为“公私交错”的二元构造体系呢?

(二)集体土地所有权“二元构造”何以证成

当今城市化进程中,土地价值定位也呈现多元化的趋势,集体土地所有权兼具公法所有权与私法所有权的特性。但是,在公法和私法二元区分的当下,游离于二者之间的集体土地所有权“二元构造”的法律框架又何以证成?

1. 集体土地所有权“二元构造”框架本身就是对现实的客观描述

改革开放以来,随着市场经济的发展,农村经济从传统农业模式向现代农业模式逐渐转型,集体土地所有权呈现出复杂性和多元化特点。一方面,集体土地所有权在宪法和管制性法律体系之下,发挥着公法功能。它维护公有制的社会经济制度,作为农民的生活保障,它还体现社会保障功能,同时,它能够保证国家对土地这一重要的生产资料和自然资源进行统筹规划、参与土地的管理。另一方面,民法体系下的集体土地所有权,拥有占有、使用、收益以及不转移土地所有权的处分等权能,所有权上设立土地承包权、经营权等用益物权,集体土地由此成为市场上一一个拥有部分流转功能的商品,最大限度地发挥其经济功能。这种复杂性“一方面使得干预性的公法和落实自治的民法如犬牙交错般的共存,另一方面也使民法在功能上面临调适的压力”^[24]。因此,纯粹公权说和纯粹私权说都无法完整描绘集体土地所有权的全貌。与之相反,反映公私交错关系的“二元构造”之理论框架却客观地描述了集体土地所有权在现实中的存在状

态。在经济体制、国家管理和社会保障功能领域,集体土地所有权执行着公法的职责;在市场经济领域,集体土地所有权又发挥着私法的功能。可以说,亦公亦私的“二元构造”理论正是集体土地所有权全面履行其职能的真实写照。

2. 集体土地所有权“二元构造”的内在结构体系互不冲突

“一物一权”原则是指同一物上不允许存在性质互不相容的两个物权,所有权因为是绝对性、排他性最强的权利,因此在一个物上尤其不能存在两个所有权。根据“二元构造”理论,同一集体土地上存在公法所有权和私法所有权两个所有权,表面上是与“一物一权”原则相悖的,其实不然。“一物一权”原则是物权法的基本原则,其中的“权”理应是指私法中的权利,集体土地中的公法所有权和私法所有权分属公法和私法不同领域,不存在“一物一权”所排斥的同一集体土地上并存两个私法所有权的情形。同时,正如前文所述,公法领域内的所有权突出国家对土地的管理,私法领域内的所有权突出土地的经济功能。因此,集体土地所有权“二元构造”理论承袭双阶理论中“一个生活事实中可能存在复数法律关系、复数法律行为、复数请求权以及复数权利义务”的理论精髓,集体土地所有权在公法领域和私法领域各有其理论框架,各行其功能,不存在内在结构体系上的冲突。

五、结语

从法律角度而言,党的十八大以来倡导的“三权分置”土地政策之核心是从私法性质的集体土地所有权中分离出承包权、经营权,实现集体土地市场化的塑造。这一政策对农村集体土地的法律体系框架提出新的课题,需要理论界对其进行新的解读。毕竟国家政策只有获得理论支撑才能走得更加长远。诚然,沿袭大陆法系的所有权制度必然有其固有的逻辑规则,但这并不意味着我们必须固守这一规则而游离于社会情势变迁之外。集体土地所有权制度是具有我国本土特点的所有权制度体系,不能生搬硬套传统大陆法系公私分立的学说与理论予以阐释。只有客观审视集体土地的生活现实、理性解读法律文本,才能用中国的法律来解决中国问题。城市化进程中集体土地所有权由于市场经济与公有制的二律背反,实践逻辑与文本表达常常会演绎出冲突格局。以往计划经济体制下,农村土地实际为公权力所垄断,成为市场经济难以融入的禁区,现如今农村集体土地亟需进入市场,在流转中进行配置,集体土地所有权“公私并存”的实践逻辑只有演绎为公私交错的理论,集体土地的市场力量才能同公权力并驾齐驱。基于此,本文提出集体土地所有权的二元构造理论,借以阐释“三权分置”框架下集体土地所有权法律属性的理论机理。

参考文献:

- [1] 张琳琳. 城市化进程中农村集体土地所有权分析[J]. 法学杂志, 2011(4): 113-115.
- [2] 胡萧力. 模糊的清晰: 农村集体土地所有权概念的再建构[J]. 法学杂志, 2015(2): 133-140.
- [3] 郑林, 郑彧豪. 非改制状态农村集体经济组织的运行矛盾及其有效治理[J]. 中州学刊, 2015(3): 37-44.
- [4] 喻晶, 陈晋. 集体土地所有权的“虚化”与“回归”[J]. 农业经济, 2013(1): 84-86.
- [5] 李凤章. 通过“空权利”来“反权利”: 集体土地所有权的本质及其变革[J]. 法制与社会发展, 2010(5): 16-28.
- [6] 刘永佶. 农民权利论[M]. 北京: 中国经济出版社, 2007: 223.
- [7] 刘俊. 中国土地法理论研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 146.
- [8] 高飞. 从公权回归私权——关于集体土地所有权法律性质的反思[J]. 贵州警官职业学院学报, 2009(5): 72-74.
- [9] 刘英博, 刘彤. 重构集体土地所有权的私权属性[J]. 兰州学刊, 2014(1): 192-194.

- [10] 高飞.论集体土地所有权主体之民法构造[J].法商研究,2009(4):13-22.
- [11] 胡吕银.集合共有:一种新的共有形式——以集体土地所有权为研究对象[J].扬州大学学报:人文社会科学版,2006(1):54-59.
- [12] 庞峰.我国农村集体土地所有权性质辨析[J].韶关学院学报,2010(1):54-57.
- [13] 黄河,李军波.试论农民集体土地所有权的本质、内容及其实现形式[J].中国土地科学,2008(5):51-56.
- [14] 田土城.农村集体土地股份制改革的法律考量[J].社会科学辑刊,2015(1):55-61.
- [15] 祝之舟,丁文英.公有所有权:一个分析集体土地所有权的新视角[J].内蒙古大学学报:哲学社会科学版,2010(4):47-50.
- [16] 汪洋.集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析[J].比较法研究,2014(2):12-25.
- [17] 李国强.论农地流转中“三权分置”的法律关系[J].法律科学,2015(6):179-188.
- [18] 韩松.农村集体土地所有权的权能[J].法学研究,2014(6):63-79.
- [19] 陈甦.体系前研究到体系后研究的范式转型[J].法学研究,2011(5):3-19.
- [20] 鲍尔,施蒂尔纳.德国物权法(上册)[M].张双根,译.北京:法律出版社,2004:519.
- [21] 徐涤宇.所有权的类型及其立法结构——《物权法草案》所有权立法之批评[J].中外法学,2006(1):44-51.
- [22] 税兵.自然资源国家所有权双阶构造说[J].法学研究,2013(4):4-18.
- [23] 程明修.双阶理论之虚拟与实际[J].东吴法律学报,2004(2):165-204.
- [24] 苏永钦.合宪性控制的理论与实际[M].台北:台湾月旦出版社股份有限公司,1994:21.

(责任编辑:刘浩)