

农村集体土地私权制度的所有制 基础研究

蒲俊丞

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:农村集体土地^[1]私权制度的理论研究通常建立在两个基本假设基础上,即农村集体土地私权制度是一个整体上具有私法属性的制度以及现代民事理论在中国农村集体土地私权制度领域完全有效。然而,理论研究落后于实践需要的现实状况表明,坚持上述两个假设而忽略中国农村集体土地私权制度的所有制基础的研究取向不符合中国土地制度变迁的历史轨迹。因此,有必要重新认识农村集体土地私权制度演变的所有制基础和对现行制度的现实影响,由此获得完善中国农村集体土地私权制度新的研究路径和具体的立法建议。

关键词:农村集体土地;集体所有制;私法重述

中图分类号:DF45

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2010)03-0109-08

一、中国农村集体土地私法研究的不足及笔者的研究路向

20世纪50年代中国农村集体化运动奠定了中国城市和农村土地二元公有法律治理结构,在农村集体土地上至今已形成了以《宪法》、《民法通则》、《农村土地承包法》、《农村土地承包经营权流转管理办法》、《物权法》等法律法规以及相关司法解释为主干的法律体系,基本建立了农村集体土地私法制度。从制度生成和演变的历史视角看,中国农村集体土地私法制度始终都处于阶段性的社会转型时期,农村集体土地私法制度也一直处于零部件式的构建中,整个私法制度似乎就是由先后建立起来的零部件组装起来的整体。然而,零部件式组装起来的农村集体土地私法制度在整体功能和内部的协调上都存在一些问题,如农村集体土地私权制度的私性缺失,农民在所有权中的成员地位与农民在承包经营权中的他物权主体地位混同等。

然而,农村集体土地私权制度理论研究也并不总是令人满意。最近的理论研究有两个显著特点:首先,研究范围主要集中在所有权主体虚位和承包经营权的完善上,特别是后者已成为研究的热点。这种研究并未将中国农村集体土地私法制度作为一个整体进行研究,而且在个别研究中也鲜有从局部上升到整体,从个别问题追溯到一般理论的研究。因此,这样的研究一般不会深入到农村集体土地私法中一些根本性的问题。其次,研究方法上,已有的理论研究主要是“问题呈现-理论阐释-提出建议”的模式。其间,未加检视的现代民事理论既充当了发现问题的探测器又扮演了分析问题解决问题的关键性工具,而现代民事理论的适应性和中国农村集体土地的地方性问题受到了不应该的冷落。这就导致理论研究与中国实际脱离,在实践中缺乏有效性。

收稿日期:2009-06-30

作者简介:蒲俊丞(1973-),男,四川达县人,重庆大学法学院博士研究生,主要从事民法学、环境与资源

法学研究
欢迎访问重庆大学期刊社 <http://qks.cqu.edu.cn>

对已有的研究所未明确宣示而实际起指导作用的理论前提进行分析,我们发现已有的理论研究通常都建立在两个基本假设的基础之上:一是假设农村集体土地私法制度是一个整体上具有私法属性的制度,现有的问题只需对局部的细枝末节进行修改即可。如在所有权主体虚位的研究中,通常仅仅从民事主体的角度进行问题分析和制度建议,对农村集体土地私法制度主体性的整体缺失较少关注,对主体性与私法自治的关联性就更少考虑了。二是假设发端于西方的现代民事理论在中国农村集体土地私法制度领域也是完全有效的,我们只需洋为中用即可。理论研究中常常也以现代民事理论作为判断中国农村集体土地私法制度的唯一标准。如一些主张淡化农村集体土地所有权和主体问题的学者认为只要集中精力搞好用益物权就足够了。然而所有权和主体制度却是最能体现中国农村集体土地所有制的法律制度^[1],不可忽视。由于理论上缺少对农村集体土地私权制度根基的本土化研究,常常会出现现代民事理论在中国特色的农村集体土地私权制度上缺乏解释力,如有学者在研究中国农村集体土地物权主体后指出,农村集体土地物权主体问题,是“一个没有答案的死问题”^[2]。

笔者认为,在农村集体土地私法制度研究中有一些理论前提必须首先考虑。农村集体土地所有制对其私法制度的影响就是这样的前提性理论。中国农村集体土地制度发展史表明,中国现行农村集体土地私权制度肇始于20世纪50年代的集体化运动,是农村社会主义改造的产物,这就使从集体所有制中孕育出来的私权制度具有强烈的所有制秉赋。“在过去50年里,无论中国的法律制度还是经济生活,其发展都深受所有制概念的影响。甚至直到今天,所有制的话语在整个法律体系中仍具有支配地位,这一点也令中国现行法律与世界上绝大部分国家的法制明显不同”^[3]。因此,研究中国农村集体土地私权制度必须重视所有制对制度产生、发展的影响,不能抛开这个中国实际而直接从现代民事理论(如主体理论、物权理论等)出发,借鉴西方法治发达国家的民事制度经验进行构建。虽然任何理论都具

有普适性和地方性,但“如何在采用西方理论的同时保持独立思考的能力,使理论探讨符合我们所处社会和文化环境的实际,的确是值得我们考虑的问题”^[4]。

就着上述路向,笔者拟对中国农村土地集体所有制的主要内容进行纵向解读,试图揭示中国农村土地集体私法制度与所有制的历史勾连与现实意义,为农村集体土地私法制度重述探寻新的出路。

二、中国农村土地集体所有制的纵向考察

中国农村土地集体所有制始于20世纪50年代农村社会主义改造运动,迄今为止先后经历了初步形成、人民公社时期的极端化跃进和改革开放以来不断完善三个明显的历史分期。1951年党中央制定了第一个关于农业合作化的纲领性文件《中共中央关于农业生产互助合作的决议(草案)》,在农村开始了集体化运动。1953年党的第三次农业互助合作会议讨论通过了《中国共产党中央委员会关于发展农业生产合作社的决议》,决定在农村大力发展半社会主义性质的初级社。初级社实行农民土地入股,合作社统一经营,共同劳动,农民按土地和劳动获得报酬,合作社实行民主管理。这个时期,农民的土地所有权还没有发生变化,但劳动的方式由农民自主的个体或家庭劳动,变为一定范围内的集体共同劳动。在分配方式上由合作社按农民入股土地和劳动进行统一分配^①。合作社内,还积极开展集体主义和爱国主义教育^②,使农民达成思想共识。初级社不仅在一定程度上改变了农民土地所有制的内容,而且由于同时在农村推行农村供销合作社、农村信用社以及实行统购统销^③等相关政策,农民的生活方式和农村的社会结构也在逐渐发生变化。

1955年11月9日,全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《农业生产合作社示范章程草案》(以下简称1955年草案),1956年6月30日第一届全国人民代表大会第三次会议通过了《高级农业生产合作社示范章程》(以下简称1956年章程)。两部规范性文件为高级社在全国农村的推行奠定了制度依据^④。高级社的建立标志着农村土地

①参见《中国共产党中央委员会关于发展农业生产合作社的决议》,中共中央文献研究室编《建国以来重要文献选编》(第四册),中央文献出版社,1991年版,第661页以下。

②“由于集体经营的好处和大家生活将日趋改善,使农业生产合作社能够成为农民在经济上、在生活的相互关系上得到集体主义和爱国主义教育的很好的学校。”参见《中国共产党中央委员会关于发展农业生产合作社的决议》第三部分第9条,中央文献出版社,1991年版,第665-666页。

③从1953年起开始对粮食等主要农产品实行统购统销,直到1985年改行粮棉合同定购制度。

④虽然1955年草案主要是供初级阶段的农业生产合作社采用的,但是根据1956年章程第62条规定,只要1955年草案不与后者抵触,又为高级社所需要,1955年草案也同样适用于高级社。参见《高级农业生产合作社示范章程》,载《建国以来重要文献选编》(第八册),中央文献出版社,1991年版,第426页。

集体所有制经过集体化运动已经初步建成。当然,在整个高级社时期,合作社的一些内容处于不断变化调整中,但其基本内容没有发生大的变化:(1)关于土地等主要生产资料的所有权。土地所有权是所有制的核心内容。在高级社时期,随着农民将自己通过土改获得的土地所有权“自愿”、无偿地交给合作社所有,农民土地所有制就迈出了向集体所有制质变的关键跳跃。随同土地公有化的还有耕畜、农具等主要生产资料,不过这部分实行的是有偿公有化方式。(2)关于社员资格。1955年草案和1956年章程均在第二章设专章规定“社员”,如社员资格的取得条件和程序;社员的权利和义务;社员资格的消灭(退社和开除)。根据1955年草案和1956年章程,农民入社须经本人申请,并具备一定的条件(如年满16岁,有一定的劳动能力,具备一定的政治条件等),经社员大会或者社员代表大会通过才能成为社员。社员有退社的自由,社员退社的时候,可以带走他入社的土地或者其他同等数量和质量的土地,可以抽走他所交纳的股份基金和他的投资。在一定的条件下(如社员严重违反章程,被剥夺政治权利等)经社员大会或者社员代表大会讨论决定,可以将社员开除。被开除的社员同退社的社员一样可以抽走他的入股土地、股份基金和投资。1956年章程第12条第3款还规定了恢复社员资格的条件、程序等情形。(3)关于社员报酬。合作社社员的收入由初级社的按资分配和按劳分配相结合变为单一的按劳分配。由于当时的主导理论坚持劳动创造价值,认为“农业生产合作社的收入是由社员的劳动创造出来的,不是由社员的土地创造出来的”^⑤。因此,从初级社就开始逐渐降低土地报酬,到高级社时则完全取消了社员按入股土地数量和质量获得土地报酬的权利。(4)关于集体经济组织。为了完成国家生产计划,组织社员共同劳动,管理集体财产,分配社员劳动报酬,进行思想政治教育。1955年草案和1956年章程规定了集体经济组织即合作社、生产队和生产小组作为农村经济组织形式,其中生产队是农业生产合作社劳动组织的基本单位形式。合作社的最高管理机关是社员大会或社员代表大会,设立管理委员会和监察委员会分别行使社务管理和社务监察工作,并选出合作社主任、生产队队长和生产小组组长为相应的组织代表和负责人。各组织内分别建立了选举制度、会议制度、财务制度等各种规章制度。

合作社社员在合作社内的劳动,是在合作社的统一组织下有计划集体劳动。在合作社内,单个社员一般都没有自主劳动的权利,只能执行国家计划和合作社统一安排。(5)关于社员的权利与义务。合作社社员有劳动和获得劳动报酬的权利;有权参与合作社民主管理,在合作社内有选举权和被选举权;有经营家庭副业的权利;有退社的自由;有权享受合作社的各项福利待遇等。这些权利,有的属于经济方面的权利,有的是管理方面的权利,还有一些权利是社会保障方面的权利。合作社社员同时也有服从国家和合作社管理、积极参加劳动和遵守劳动纪律等义务。这些权利和义务,将农民作为合作社社员、劳动成员甚至国家公民的身份融为一体。

在高级社尚未巩固的情况下,集体化运动再次向更高层次的公有化迈进,终于发展到了极端的人民公社时期。揭开这一时期序幕的是两个党的重要的文件,即1958年8月29日的北戴河会议通过的《中共中央关于在农村建立人民公社的决议》和同年12月10日中共第八届六次会议通过的《关于人民公社若干问题的决议》。人民公社实行政社合一,片面追求一大二公;实行组织军事化、行动战斗化、生活集体化^[5]。在土地所有制方面,人民公社没有改变集体所有制的性质,但集体所有的主体变为人民公社;在分配方式上,实行工资制和供给制相结合;在组织形式上,将人民公社作为基本的核算单位,实行政社合一。这种制度安排导致生产力遭到极大破坏,人民生活水平大幅下降。之后,党中央先后通过了多个文件对人民公社进行调整^⑥。经过这一系列的调整,最终在许多方面又退回到高级社时期。值得注意的是,在集体土地经营机制上,人民公社开始实行联产计酬责任制,这为其后实行家庭承包经营做了制度准备。

以1978年12月党的十一届三中全会讨论并下发试行的《中共中央关于加快农业发展若干问题的决定(草案)》和《农村人民公社工作条例(试行草案)》为标志,中国农村土地集体所有制进入了相对稳定和逐步完善时期,其后所有制演变的重要特点就是在坚持农村土地所有制的基本形式不变的情况下拓展集体所有制的实现方式。

首先,继续坚持公有制为主体多种所有制并存的所有制结构。1982年宪法把集体所有制作为公有

^⑤参见《农业生产合作社示范章程草案》第18条第2款,载《建国以来重要文献选编》(第七册),中央文献出版社,1991年版,第365-366页。

^⑥如1960年3月22日中共中央通过的《农村人民公社工作条例(草案)》(简称六十条),1961年北京会议通过的《农村人民公社工作条例修正草案》,1962年八届四中全会通过的《农村人民公社工作条例(修正草案)》,1978年十一届三中全会通过的《农村人民公社工作条例(试行草案)》。

制的基本形式之一巩固下来,从而奠定了农村土地集体所有制演变的基本框架。尽管这期间有各种关于变革农村土地所有制形式的主张,但最近的农村土地承包法、物权法仍然坚持了集体所有制为主体的所有制结构。

其次,以家庭联产承包为主的责任制和统分结合的双层经营机制不断得到完善。到1983年底,中国农村98%左右的基本核算单位都实行了包干到户,家庭承包经营的土地面积占耕地总面积的97%左右,从而在农村土地集体所有制上通过使用权与所有权的分离找到了集体所有制的基本实现形式。1993年宪法修正案正式确立了家庭联产承包的集体所有制性质,2002年农村土地承包法对上述所有制的实现形式进行了专项立法,从而赋予农民长期而有保障的土地使用权。虽然家庭承包经营形式不断受到主张农业规模化经营者的质疑,但立法政策并没有改变所有制变迁路径,2006年10月31日通过的《农民专业合作社法》可视为对前述质疑的正面回应。

最后,大力推行土地承包经营权流转。为优化资源配置,发展农业规模经济,农村土地权利的流转逐渐成了农村土地集体所有制发展中的重要突破口。早在1988年宪法修正案第2条就做出了“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的规定,2002年颁布的《农村土地承包法》第10条规定:“国家保护承包方依法、自愿、有偿地进行土地承包经营权流转。”第32条还规定了转包、出租、互换、转让等土地承包经营权的流转方式。

如果说农村土地集体所有制在20世纪最后十几年面临的巨大挑战是农业规模化经营的压力的话,那么,城乡统筹发展也许就是新世纪农村土地集体所有制面临的又一巨大挑战。在前一个挑战尚未完全解决的情况下新挑战的叠加将会使农村土地集体所有制的变迁更加复杂。经验告诉我们,制度变迁的路径依赖理论在农村土地集体所有制上仍然有效。而且,中国社会各方面还不发达,事关国家稳定和发展大局的农村土地集体所有制的变革必将是一个小心谨慎的漫长过程。

三、农村集体土地所有制对集体土地私法制度影响的具体考察

中国农村集体土地所有制生成之时尚未有现代意义上的私法理念。农村集体土地私法制度在构建中过于依赖所有制话语,甚至一些法律概念(如劳动

群众集体、家庭承包经营、集体所有权等)未经私法重述就直接从所有制引入到私法中,使农村集体土地上的私法制度具有浓厚的所有制色彩而缺乏私法自治性。一些学者在具体问题的研究中已经注意到了上述情形,如有学者在集体所有权研究中指出,“‘劳动群众集体’不是民法科学所包含的主体形式……所以要想在物权法中按照法律自身的逻辑规定集体所有权就必须首先按照法律自身的逻辑对‘劳动群众集体经济组织’进行重新构造”^[6]。然而,需要“按照法律自身逻辑重新构造”的不仅仅是集体所有权抑或某个其他具体的制度,整个农村集体土地私法制度都需要私法重述,实现从所有制到私法制度的转换。这是中国农村集体土地私法制度理论研究和立法实践的一个基本现实。下面将对农村土地集体所有制影响农村集体土地私法制度的一些典型方面进行分析,以便从总体上为农村集体土地私法重述奠定有效的理论依据和实证基础。

(一)农村集体土地并非法律上单纯之财产权客体

土地问题是中国革命的中心问题。新中国成立后,中国共产党通过土地改革建立起了农民土地所有制,实现了耕者有其田的政治承诺。为建立社会主义制度和独立、富强的工业化国家,中国共产党又发动了集体化运动,最终建立起了农村土地集体所有制。在变革农村土地所有制的同时,中国共产党还在农村推行农村供销合作社、农村信用社、统购统销和城乡分离的户籍制度等相关政策,关闭了农村市场,形成了城乡分治的二元结构。因此农村土地制度是20世纪50年代农村社会变迁的重要支撑性制度安排。在集体所有制框架下变革农村土地制度,既是实现农村社会主义改造的重要措施^⑦,也是控制农村经济实现工业化的手段,还是实现农村治理和农民保障的基础性制度,至于农村集体土地作为私人财产的功能在当时政治环境下并未成为决策者考量的主要因素。然而,土地私法制度必须建立在土地财产功能上,农村集体土地财产功能的缺失或弱化是农村集体土地私法制度不纯粹的重要内因。

从20世纪50年代至今,虽然社会发生了巨大变化,但农村集体土地的多元功能仍然是今天农村集体土地私法制度重述的现实基础。近几年,党的政策反复强调,农村集体土地既是生产资料也是农民生活的保障。集体所有制下农村土地的多元功能

^⑦参见王兆国《关于〈中华人民共和国物权法(草案)的说明〉》,载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社,2007年版,第9页。

在客观上要求:(1)坚持农村集体土地公有制主导以维护社会主义的政治基础;(2)稳定农民的土地承包经营权以满足农民对土地长期持有的意愿;(3)限制农村集体土地承包经营权自由流转以确保土地的保障功能。20多年来,研究农村集体土地私法制度的学者根据现行制度的缺陷不断提出新的主张,如土地国有化、私有化、复合所有;土地承包经营权完全自由地流转;允许农村集体土地所有权交易等。这些研究不乏真知灼见。但这些主张对农村集体土地在历史上的功能定位与现阶段变革的现实条件缺乏准确的把握,对制度的理想图景与现实需求缺乏明确界分。农村集体土地复杂的多元功能告诉我们,农村集体土地私法制度重述必须立足于中国基本国情,不能仅仅将农村集体土地视为一般财产权客体进行私法构建,而必须结合社会现状和发展趋势对农村集体土地的各种功能进行全面考量和综合平衡,才能建立起符合中国实际的私法制度。

(二)农村集体土地上的私法制度缺乏自治性

尽管中国现行法律在农村集体土地上形成了基本的法律框架,但是这些制度在私法自治性方面还存在一些明显的问题。一些非法学界的学者从产权的角度也指出:“集体公有制既不是一种‘共有的,合作的私有产权’,也不是一种纯粹的国家所有权,它是由国家控制但由集体来承受控制结果的一种农村社会主义制度安排。”^[7]法学界通常用西方市民社会与私权制度共生关系理论作为分析中国私权制度缺乏自治性的工具。这种研究路径毫无疑问有其重要意义,同时,由于存在社会学导向,其研究对于私权制度构建而言最终可能会踏入法学难以有所作为的困境。因此,下面继续沿着本文的分析路向进行具体的描述性的观察。

1. 物权主体制度残缺

除了所有权主体虚位这个共识性的问题外,农民在所有权内部的成员地位和在家承包经营权中的主体地位说不清楚。在物权主体缺失的情况下也难以形成完善的债权主体、责任主体等私权主体,进而整个农村集体土地私权自治就缺少主体性因素,于是农村集体土地私权自治就只能存在于言说中而不可能存在于生活事实中。生活事实是,由于主体缺失,各种异化的利益主体在农村集体土地私权领域以各种名义表达意思,导致真正的利益主体的利益受损。我们可以在农村集体土地征收中观察到这一普遍性的现象。

2. 土地上的私权权能残缺

在农村土地集体所有制的历史上,公权力曾处于绝对的最高地位,而私权最早是从家庭联产承包

责任制在政策层面推行展开的。1983年1月2日中共中央发出的《当前农村经济政策的若干问题》,作出了两项重大措施:一是大力推行以联产承包责任制为主的生产责任制,二是实行政社分离。前者使家庭联产承包经营权为主的农村集体土地利用权逐渐成为权利体系的核心,家庭和农户逐渐从集体经济组织中独立出来,获得独立的经济主体地位;后者使国家基于土地对农村的全面统治从农村中逐渐退出,国家与农村社会逐渐分野,揭开了农村土地私法治理的序幕。但是由于公权力的有序推出并非一蹴而就,因此在私权内容的设置上体现出公权力在私权边缘欲退还进的现象,使私权的内容设置残缺不全。“农户所负的很多义务不是对应的所有权主体(村民小组),而是对应的国家。因此,集体所有的土地制度体现了浓厚的公权色彩,而其本身应充分体现的私法上的权利义务形同虚设”^[8]。以农村集体土地所有权为例,所有权包括对土地的占有、使用、收益和处分的权能,但其中的处分和收益权能在实践中常常名不符实。且由于农村集体土地私法自治缺乏主体性因素,公权力经常过度介入而使本应由私法主体享有的私权被公权力主体夺走。《农村土地承包法》将土地承包经营权作为一项物权进行设计,并规定了具体的权利内容、权利行使的方法、权力救济等,在一定程度上缓解了私权权能残缺的现象,但是现行法律在农村集体土地所有权和担保物权方面仍然未有大的进步。

3. 土地承包经营权具有身份属性

集体化之前,农民的土地使用权是在建立在农民土地所有制下“农民-国家”关系的基础上的;实行合作社后,农民土地的使用权则存在于集体所有制下“农民-合作社-国家”关系之中;实行家庭联产承包责任制后,则进一步演变为“农民-家庭-集体经济组织-国家”多重关系。农民使用权的取得实际上经历了一个反向的过程即国家→集体经济组织→家庭→农民的过程。这个过程一方面表达了农村集体土地承包经营权的公有制和公权背景,另一方面也体现出明显的身份性属性,即农民欲取得承包经营权须以家庭的名义在本集体经济组织内(在其他集体经济组织须经过严格的程序)通过法定的合同形式取得。如《农村土地承包法》第3条第2款规定:“农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”第48条规定:“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包,应当事先经本集体经济组织成员的村民会议2/3

以上成员或者2/3以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。”农村土地承包经营权身份性不仅体现在权利的取得上,而且贯穿在权利的全部活动过程中。

这种身份性制度安排遵循了农村土地集体所有制演变的一贯逻辑,在历史上对农民的自由迁徙有一定的消极作用。近年来,一些理论研究基于农地资源配置的市场化考虑,对这种身份性的制度安排提出了质疑,主张放开农村土地承包经营权的自由流转。这种想法似乎对农村土地集体所有制演变的路径依赖缺乏重视,对法律制度创新的现实条件有所忽视。在就业还不充分,农村社会保障体系还不完善的情况下,这种身份性制度仍然有其存在的价值。2007年3月颁布的《物权法》鉴于农村社会保障体系尚未全面建立,对农村土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押并没有放开,而是采用不完全列举的方式对未来修改法律或者调整政策作了立法技术处理^⑧。中国农村集体土地私权制度发展的历史表明,身份性既是平等性缺失的原因又是平等性的保障,在具体的条件下避免身份性对平等性的消极影响,追求实质意义上的平等才是私法制度的目的所在。

(三)农村集体土地所有权名义化趋势

立法上为回应社会发展对农村集体土地私法制度的需求,把应变之道放在他物权上,以农村土地承包经营权为核心的他物权制度获得了快速发展,而农村集体土地所有权制度在先天不足的情况下进一步被立法搁置,农村集体土地所有权主体、所有权的权能、农民的成员权等事关所有权实质性的一些问题在现行立法中都没有明确的答案,所有权大有名义化之趋势。以农民在所有权中的成员权为例,我们知道在高级社时期,农民的土地虽然自愿交给合作社所有,但社员在退社的时候还可以退回自己的土地或者相当数量和质量的土地。1978年以后,无论是党的政策还是国家法律都没有提及农民对入社土地的权利了,取而代之的是成员对集体土地的民主管理权利和土地的经营利用权利。按照现行法律规定,农民从集体经济组织退出时,他只能获得对承包土地投资的补偿,而无权对集体土地主张分割或者拆分股份。如《农村土地承包法》第26条第4款规定:“承包期内,承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时,承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的,有权获得相应的补偿。”农民在所有权中的成员权模糊,是所有权性质不清根本

原因。

所有权名义化与他物权的优位性发展并不是一回事。后者并非是所有权名义化的原因,恰恰相反,他物权制度的发展必须建立在所有权完备的基础上。一些学者主张农村集体土地所有权名义化其实是对西方他物权优位发展的片面理解。我们在重视他物权制度的同时必须补上我们的历史任务——完善所有权制度,这也是推动他物权健康发展的前提性条件。

(四)公有制语境下土地承包经营权流转的意义与局限

以所有权与使用权分离为标志,中国的农村集体土地找到了公有制实现形式,极大地推动了农业和农村的发展。其后,农村集体土地私权制度的构建基本上都是围绕从所有权中分离出来的承包经营权展开的。到今天,农村土地承包经营权已取得了物权性质和可交易性。为了适应市场化的需求,人们并不满足于已有的成就,主张承包经营权实行完全自由流转,突破现行法律对承包经营权抵押和入股的限制。然而,土地承包经营权的流转不仅与社会经济条件有关,而且还受集体所有制观念和制度的约束。因此,土地承包经营权的流转在短期内难以实现上述目标。农村集体土地制度是一种社区性制度安排,它既是农村公有制的经济基础,也是现行农村社区自治的制度基础。土地承包经营权的完全自由流转会对上述制度安排带来挑战。因此,在公有制语境下,将关注土地承包经营权流转的注意力转向土地合作经营从而实现土地规模化经营也许是更具现实意义的选择。

四、公有制语境下农村集体土地制度私法重述的几个主要方面

(一)通过彰显主体性和平等性来奠定农村集体土地私法制度的基本理念

主体性和平等性的式微是造成中国农村集体土地私法制度私性缺失的根本原因。主体问题在政策层面是清楚的,但在私法制度上却是老生常谈的一大顽疾,其主要表现为所有权主体虚位,他物权的主要主体家庭的法律地位模糊,农民的主体地位被所有权主体和他物权主体遮蔽而尚未从各种组织中脱离出来。农村集体土地上私法主体的长期缺位最终导致私法利益失去依归,真正的私法主体的利益常常被形形色色的公法主体侵夺。在平等性方面,刚刚颁布的《物权法》^⑧虽然回答了不同所有权主体法律地位平等的问题,但现行法律在农村集体土地私

^⑧《物权法》第3条第3款规定:“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”。

法制度上不平等的现象还没有完全消除。集体土地所有权和国家土地所有权仍然存在不平等现象,集体土地所有权主体与其成员在私法上的平等性往往服从于两者之间的管理与被管理关系,而土地利用上主体的不平等性则表现得更为复杂。不言而喻,主体性和平等性是私法的灵魂,只有通过完善主体制度,贯彻平等原则才能为农村土地集体所有制的私法转换奠定基础。

(二)从身份到契约的转变

农村是一个法治化程度相对较低而传统治理影响较大的领域,加之20世纪50年代农村土地集体化时同时实行城乡二元分治的治理模式,农村土地成为农村人口聚居、农业生产和社会治理的重要纽带,整个农村的所有制安排呈现出浓厚的身份属性。如合作社社员应在政治上合格;合作社对社员的保障;社区经济自给自足等。虽然时至今日已很大改变,但所有制之下仍然有身份性,并鲜明地体现在农村集体土地私法制度上。如农村土地所有权的社区性;农民在集体经济组织中成员资格的自动取得;家庭承包经营权的优先性及土地承包经营权流转的限制性规定等。现行法律对一些法律关系和权利的身份性制度安排对于农民保障和社区治理等仍然有积极意义。但另一方面,这种身份性制度对于土地资源的自由配置会产生消极作用。随着农村人口在城市化进程中逐渐减少,城乡统筹安排和乡村治理的逐步成熟,农村集体土地未来私法制度设计应当推动从身份向契约的转变。

首先,进一步完善农民从农村土地上的退出机制,为农民离开土地进入城市提供制度方便,以适应越来越大量的城市化现象。现行法律对农民退出集体经济组织的规定条文太少,且内容过于保守,不能适应社会发展的需要。《农村土地承包法》仅在第26条第3款规定:“承包期内,承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口的,应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的,发包方可以收回承包的耕地和草地。”该条以户口为标准,且将迁入地局限在社区的市不太合理。根据中国城市化的发展规划,农民入市应当鼓励到中小城镇,同时不应在土地承包法中设置农民退出集体经济组织的限制条件。

其次,在土地使用权的配置上,应坚持初次配置时照顾成员社区身份,对外来人员的承包资格进行限制,以保护社区农民土地的优先承包权;在承包经营权的流转时,应当尊重农民与其他主体自由协商(而《农村土地承包法》第37条规定,土地承包经营权采取转让方式流转的,应当经发包方同意),使农民逐渐通过自主活动走向农村集体土地私法自治。

(三)从所有制控制到所有权制度构建

出于公有制语境下所有权理论研究的特殊困境,一些学者主张淡化所有权。然而,农村集体土地所有权恰恰是农村土地集体所有制在法律上的重要表现形式,现行农村集体土地所有权制度存在的主体失序、权能残缺、责任不明等都与集体土地所有权理论研究滞后有关。中国的农村土地集体所有制语境表明,必须重视所有权理论研究和制度构建。

笔者认为,从所有制向所有权的转换是这一命题最关键的一环。这个环节要实现两个跳跃:一是从所有制到宪法上所有权的转换,二是从宪法上所有权到民法上所有权的具体设计。宪法上的所有权是私法上的所有权的基础,只不过前者反应的是所有权人和国家的关系,后者反应的是所有权人与私人的关系^[9]。所有制在宪法上确立的同时也就通过宪法之门从神圣的国家基本制度嬗变为法律上的所有权了。从宪法上的集体土地所有权向私法上的集体所有权的转变,是一个具体的、复杂的私法化过程,其主要内容大致包括所有权的内部关系与所有权的性质问题,所有权的权能的完善,所有权的内部结构与外部限制等问题。

(四)填补农村集体土地上民事责任制度与民事救济制度的立法空白

与农村集体土地所有权主体虚位相比,农村集体土地上的民事责任制度和救济制度虽不常常被人提起,它却更加接近生活现实和权利保护的司法实践。其一,所有权的责任主体问题。在所有权主体虚位的情况下,若将代为履行发包职责的村、村民小组等作为责任主体,那么由代理人承担责任的理论依据是什么?代理人本身有无责任能力?其二,农民的诉讼主体问题。2005年最高人民法院制定的《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定:承包合同纠纷以发包方和承包方为当事人。第2款规定,以家庭承包经营的,承包方是指本集体经济组织的农户。因此,从现有的法律规定来看,农村承包经营权受到侵害时,有权提起诉讼的主体只能是承包合同的当事人即农户,而不是农户内的任何成员。至于农户内农民个人承包经营权受到侵害时如何救济,现行法律没有明确规定。其三,关于侵害农村集体土地的具体民事责任。恢复原状是一般物权救济方式,当农村集体土地受到侵害时,如何恢复原状呢?如采用赔偿损失,那么损失又如何计算呢?这些问题还是立法空白,只有填补这些空白,才能建立起完善的农村集体土地上的私法制度体系。

参考文献:

- [1] 谢怀栻. 从经济法的形成看中国的经济法[M]//谢怀栻法学文选. 北京:中国法制出版社,2002:56.
- [2] 尹田. 物权主体论纲[J]. 现代法学,2006(2):3-11.
- [3] 梁治平. 超越所有制的所有权[EB/OL]. (2006-01-15) [2007-11-26]. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=24143>.
- [4] 张隆溪. 道与逻各斯[M]. 冯川,译. 成都:四川人民出版社,1998:5-6.
- [5] 薄一波. 若干重大决策与事件的回顾(下卷)[M]. 北京:中共中央党校出版社,1993.
- [6] 孙宪忠. 论物权法[M]. 北京:法律出版社,2001:14-15.
- [7] 周其仁. 产权与制度变迁:中国改革的经验研究[M]. 北京:社会科学文献出版社,2002:6.
- [8] 陈小君. 农村土地法律制度研究—田野调查解读[M]. 北京:中国政法大学出版,2004:131.
- [9] M·沃尔夫. 物权法[M]. 吴越,李大雪,译. 北京:法律出版社,2004:22.

Study on the Ownership Foundation of Private Law Systems in Rural Collective Land

PU Jun-cheng

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The research on China's private law systems in rural collective land usually has established on the foundations of two basic hypothesizes, China's private law systems in rural collective land is a whole system which has the private attribute and the modern civil theories is also completely valid in the field of private law systems in rural collective land. However, the actual condition that the theories research falls behind with the demands of practice express that the research orientation insisting on above-mentioned two hypothesizes but neglecting the foundation of China's private law systems is not keeping with the change of history course in China's country land system. Therefore, it is necessary to re-recognize the ownership foundation of private law systems in rural collective land and the influence on the active system, and acquire the new research paths and the concrete legislation suggestions to perfect China's private law systems in rural collective land.

Key words: rural collective land, collective ownership, restatement of private law

(责任编辑 胡志平)