

PUBLIC LAW REVIEW

公法评论

第 4 卷

刘茂林 主编

论宪法的物权法诉求 / 刘茂林 梁成意

宪法所有权和私法所有权之区分及其意义 / 徐涤宇

私有财产权公法保护的方式探析 / 石佑启

限制立法权：宪法学视角下立法权的解读 / 杨福忠

论澳大利亚违宪审查制度的建立 / 朱应平 有笑晨



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

PUBLIC LAW REVIEW

公 法 评 论

第 4 卷

刘茂林 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公法评论. 第4卷/刘茂林主编. —北京:北京大学出版社, 2007.2
ISBN 978-7-301-11582-4

I. 公… II. 刘… III. 公法-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第010722号

书 名: 公法评论(第4卷)

著作责任者: 刘茂林 主编

责任编辑: 李 艳 孙 丞

标准书号: ISBN 978-7-301-11582-4/D·1689

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: zsp105@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 22.75印张 349千字

2007年2月第1版 2007年2月第1次印刷

定 价: 36.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主 办 中南财经政法大学宪政理论研究所

编 委 (以姓氏笔画为序)

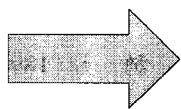
方世荣	叶必丰	齐文远	刘茂林
杨解君	周叶中	姜明安	胡锦光
姚 莉	韩大元	焦洪昌	童之伟

主 编 刘茂林

副 主 编 王广辉 石佑启

编辑部主任 胡弘弘

执行编辑 徐银华



目录

公法前沿

论宪法的物权法诉求

——以《物权法(草案)》中的农村集体

所有土地为例 刘茂林 梁成意(1)

宪法所有权和私法所有权之区分及其意义

——《物权法(草案)》所有权立法之批评 徐涤宇(11)

物权立法过程中的违宪与合宪之争

——兼论公有制的法律实现形式 高 飞(24)

公法理论

现代法治的结构与民间法的功能 杨海坤 徐继强(43)

近代西方法律与经济的互动关系

及其人性基础 张德森 张 静(62)

公法正当性的论证进路考察 黄竹胜(79)

立法模式及其类型化研究 江国华(93)

私有财产权公法保护的方式探析 石佑启(122)

宪法与行政法研究

公民主体地位的宪法学思考 胡弘弘(133)

限制立法权:宪法学视角下立法权的解读 杨福忠(151)

“一国两制”条件下法律冲突的宪政思考 田恒国(163)

行政法上之公权与反射利益理论的

历史演变 徐银华 肖进中(174)

论我国行政法价值取向的演进

- 从国家行政向公共行政转换的视角 杨 桦(189)
- 论市场经济条件下我国计划法律制度的完善 赵芳春(205)
- 论行政处罚的结果公开 李修琼(226)

诉讼法研究

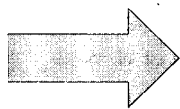
- 论我国刑事诉权的行使与保障 施业家 顾 伟(237)
- 价值定位、制度构造与现实选择
- 关于裁判文书发展的三重视角 卓朝君(263)

域外法与比较法

- 论澳大利亚违宪审查制度的建立 朱应平 有笑晨(282)
- 一起德国居所监听的判决探析
- Jutta Stender-Vorwachs 著 柳建龙 译(299)
- 政府福利与法治:迈向基于标准的正当程序理论
- ... 西德尼·A.夏皮罗 理查德·E.利维 著 高秦伟 译(310)

公法动态

- “社会转型与公法学的使命暨蒋碧昆先生法学教育
- 与学术思想研讨会”会议综述 胡弘弘 石绍斌(350)



论宪法的物权法诉求

——以《物权法(草案)》中的农村集体所有土地为例

刘茂林* 梁成意**

内容摘要 《物权法(草案)》为了满足《宪法》的需求,必须把相关的宪法制度转化成具有相对独立价值的物权制度。本文以农村集体所有土地的物权化、农村集体所有土地的“权利人”、农村集体所有土地的平等保护为例,逐层深入地探讨了《物权法(草案)》在制度转化过程中的三类问题:一是不作任何转化,从而使得《物权法(草案)》丧失其相对独立的价值;二是虽然作了转化,但不符合宪法;三是转化后虽然符合宪法,但没有配套的措施来保障转化后的物权制度的实现。也正是由于上述三类问题,使得《物权法(草案)》不能很好地满足宪法的需求。

关键词 宪法 物权法 农村集体所有土地 制度转化

尽管各个部门法都必须以宪法为基础,依据宪法来制定,但宪法仍然不能替代部门法。首先,宪法与部门法各自具有独特的、互不相同的社会功能。其次,宪法作为根本法与部门法作为普通法具有特定的内涵,并不是说作为根本法的宪法比作为普通法的部门法更重要,甚至可以用宪法替代部门法。恰恰相反,只有部门法具有宪法不可代替的独特的社会功能时,它才有可能满足宪法的需求。因此,宪法与部门法作为相互独立的法律部门,都是法律体系的重要组成部分,虽然两者在法

* 中南财经政法大学教授,博士生导师。

** 中南财经政法大学教师,宪法学与行政法学专业博士研究生。

律体系之中具有不同的功能,但却同等重要,缺一不可。因此,部门法对宪法既具有依赖性,但又基于其特定的价值具有相对独立性。就《物权法(草案)》(以下简称《草案》)而言,其价值的相对独立性反映了宪法对物权法的诉求,即在现行宪法体制之下究竟需要什么样的物权制度。它关注的是物权法如何把宪法中的相关制度转化成具有相对独立价值的物权制度,从而满足宪法对物权法的需求。^① 本文围绕着这类问题,以农村集体所有土地的物权化、农村集体所有土地的“权利人”、农村集体所有土地平等保护为例,阐明了《草案》在把相关宪法制度转化成物权制度的过程中存在的宪法问题,以期对进一步完善我国的物权立法有所裨益。

一、关于农村集体所有土地物权化的宪法问题

《草案》要具有相对独立的价值从而满足宪法的需求,必须把宪法中的相关制度转化成与之相适应的物权制度。这在立法技术的层面上意味着:《草案》如果直接引用宪法条文,而不对宪法条文做适当转化,其独立性将难以实现。此时,《草案》仅仅是对宪法的简单重复,在价值上与宪法并无差异,从而也不能满足宪法对其的需求。通过对《草案》研究不难发现,其中许多关键性条文直接引用了宪法或其他相关法律的条文或规范,而没有作任何转化。据此,《草案》在满足宪法诉求的过程中,首先面临的问题就是转化与否。在此,我们以《草案》中的农村集体所有土地为例予以说明。

《草案》中的第50条(国家维护公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度)重复了《宪法》第6条的规定,第51—55条、第59—60条有关国家所有权和集体所有权的规定重复了《宪法》第8—10条的规定,第61条关于村民会议对集体所有的土地的决策权重

^① 宪法与部门法的关系或者说部门法中的宪法问题是宪法与部门法平等交流与对话的过程,在这一过程中主要涉及两类问题:一是用宪法的眼光来检视部门法,从而发现宪法对部门法的诉求,本文探讨的就是这一类问题;二是以部门法的眼光来检视宪法,从而探讨部门法对宪法的诉求,最终推动宪法的变革。(当然,这两类在逻辑上可以分离的问题,在理论研究的过程中经常纠缠在一起。)就《草案》对宪法的诉求而言,童之伟教授在《〈物权法(草案)〉如何通过宪法之门——评一封公开信引起的合宪与违宪之争》(《法学》2006年第3期)一文中,基于《草案》对宪法的解释就是典型的例证。

复了《村民委员会组织法》的有关规定,第62条是对《宪法》、《民法通则》、《土地管理法》所规定的农村土地“三级所有”的重复。《草案》之所以重复《宪法》或相关法律的内容,原因在于:(1)混淆了《宪法》上的所有制与物权法中的所有权。仔细研读《宪法》条文不难发现,《宪法》是在所有制的层面上谈国家、集体、个人所有的问题,几乎没有直接运用所有权的概念。事实上,所有制层面上的国家、集体、个人所有(权)不仅承载着物权的基本价值,但更为重要的是它还承载着特定的政治功能,也正是基于后者,它才成为宪法体制的核心问题。(2)即使我们把《宪法》关于所有制的表述理解为所有权,但这种所有权也仅仅是政治经济学意义上的所有权,它仅在观念的层面上解决了物的归属问题。而物权法中的所有权强调的是物在流通过程中的归属问题,因此,为了使流转过程有效地进行,物权法必须界定物的现实归属,与此相适应,物权法中的所有权必须承载着流通过程所需要的价值:平等、效率与安全。(3)由于混淆了《宪法》上的所有制与物权法中的所有权,《草案》没有把政治经济学意义上的、观念层面上的所有制(权)转化为法律意义上的、并为现实主体实际享有的物权制度。因此,《草案》中的有关规范只不过是披着物权法外衣的宪法规范,不存在任何有别于宪法规范的独立价值,从而不能有效地满足宪法的物权法诉求。

实际上,有学者已经意识到物权立法直接照搬宪法条文而不做适当的区分与转化所带来的问题:《草案》中关于《宪法》所有权的规定在《宪法》中已然得到规定,我们没有必要将这些规定塞进物权法之中,否则,一方面会牺牲民法所有权的固有属性和立法结构的逻辑,另一方面反而降低宪法所有权的效力层次,削弱其制度保障功能。^①在此基础上,有学者分析了集体所有的本质,并尝试着用“总有”来构建新型的农村集体土地所有权制度:财产属于集体、分配归成员、实行民主管理、成员有严格的身份特征、成员的人退不影响集体组织的存续,这是半个世纪以来对我国集体公有所形成的共识。集体公有的这些特征与以中世纪日耳曼村落共同体土地所有形态为典型的“总有”具有高度相似性。以总有解释和规制集体所有权对于集体财产的保护、加强集

^① 参见徐涤宇:《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》,载《中外法学》2006年第2期。

体财产的管理、维护集体成员的合法权益具有重大现实意义。^① 用总有来构造农村集体所有土地本质上是解决“农民集体”中的个人与土地的关系,最终解决个人对土地权益的现实享有。

用总有来构造农村集体土地物权制度的构想,试图在宪法和物权法两个不同的层面区分农村土地所有制度,并在此基础上追求二者之间的制度转化,我们认为这为创制具有相对独立价值的物权制度提供了方法论上的指导与借鉴。但在价值的层面上,我们必须注意总有是一项封建的土地制度,它为农民依附于土地而失去人身自由提供了制度保障,从而使得从事农业劳动不是一种职业,而是一种身份等级的象征,最终阻碍农业的市场化进程。实际上,包括物权法在内的农村法律制度构建必须承载着现代农村(即新农村)的基本价值,为此,《草案》对农村土地的所有权的构造必须有利于塑造不依附于土地、其人身自由不受土地束缚的新型农民,进而促使农业劳动的职业化与市场化。总有制度既不能解决市场经济条件下的土地流通问题,也不能培育出新型农民,因此,《草案》不能把宪法上的所有制转化成物权法上的总有制度,而是应做其他的转化。

二、关于农村集体所有土地的“权利人”的宪法问题

我国《宪法》在序言中明确规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”第5条第3款进一步规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”这表明宪法是一切部门法的立法基础。因此,在我国的立法实践中,各部门法都会在第一条开宗明义地宣布“依据宪法,制定本法”。就宪法对部门法的诉求而言,制定部门法就是把相关的宪法制度转化成为具有相对独立价值的部门法制度,但这种转化必须符合宪法。因此,转化的合宪与否是《草案》面临

^① 参见孟勤国:《物权法如何保护集体财产》,载《法学》2006年第1期。

的第二类问题。^①在此,我们以农村集体所有土地的“权利人”为例予以说明。

依据《宪法》第10条的规定,农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。然而,《草案》第62条把农村集体所有土地的权利人表述为“农民集体”,并分为村农民集体、村内两个以上农民集体、乡(镇)农民集体三种具体类型。首先值得肯定的是,《草案》对宪法中的“集体”作了制度转化的尝试,并明确了“农民集体”的基本类型,这在制度转化的层面上符合部门立法的基本宗旨。但就具体内容的合宪性而言,将“集体”转化成为“农民集体”存在几个值得探讨的问题。

首先,《草案》将《宪法》中的“集体”转述为“农民集体”身份色彩浓厚,不符合《宪法》关于市场经济的基本规定:(1)《草案》中的“农民集体”不利于保护农民的合法权利。我国户籍制度虽然呈现出二元的结构,但在非常严格的条件下,户籍性质的转变还是存在可能的。根据《草案》的规定,农民一旦从农业户口转化为城市户口,将丧失对土地所享有的各种财产权与继承权,这显然不利于公民个人合法权益的保护。(2)《草案》中的“农民集体”扩大了《宪法》中“集体”的内涵,缩小了其外延,致使城市居民不可能享有农村集体土地的所有权。《草案》把农村土地所有权的主体限定为“农民集体”,其前提是“城乡二元结构”以及与之相适应的“二元的户籍制度”,从而认为农村土地只能由农村居民(即农民)所组成的集体所有,从而排除了城市居民集体或者由城市居民与农村居民共同组成的集体享有农村土地所有权的可能性,使得农村集体所有的土地只可能在农村居民之间流动,人为地限制

① 《草案》没有“依据宪法,制定本法”的条文表述,而是在第一条中规定:“为明确物的归属,保护权利人的物权,充分发挥物的效用,维护社会主义市场经济秩序,维护国家基本经济制度,制定本法。”对此,有学者认为:从物权法在我国社会主义法律体系中的地位、性质、功能与社会效果来看,在《草案》第一条中明确“依据宪法,制定本法”是必要的,其理由在于:第一,作为基本法律,在立法目的上明确写“根据宪法”是其法律性质的要求;第二,有利于全面地表述物权法的基本价值,有利于从整个法律体系的角度理解物权法的性质;第三,有利于从宪法秩序的角度评价物权法存在的社会价值与功能。(参见韩大元:《由〈物权法(草案)〉的争论想到的若干宪法问题》,载《法学》2006年第3期。)我们认为在现有的宪法体制下,立法机关依据宪法制定法律是不言自明的道理,因此,《草案》是否在形式上表明“依据宪法,制定本法”并不具有任何实质内涵,关键在于具体的物权制度本身是否真正贯彻了宪法原则与精神,并符合宪法规范或者与之不抵触。

了土地所有权的流通领域。(3) 由于城市居民不能成为农村集体土地的所有权主体,致使其与农村居民相比不可能享有平等的从事农业劳动的权利。农民作为农村集体土地的所有权主体(即农民集体)的一分子,通过承包经营权从事农业劳动具有极大的稳定性。城市居民不能通过作为农民集体的一分子承包集体所有的土地来从事农业劳动,只能通过个体农民依法转让土地使用权来从事农业劳动,而使用土地的目的、方式、期限都会受到法律与当事人合意的限制。因此,与农村居民相比,城市居民通过这种方式从事农业劳动的稳定性较弱,从而影响其权利的平等实现。(4)《草案》中的“农民集体”对《民法通则》的参考不符合社会发展的要求。由于《民法通则》在民事立法中所处的地位,《草案》很可能参考了该法的第74条之规定,即“集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。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”。我们认为《民法通则》反映了20世纪80年代的社会生活,在当时的社会条件下,具有宪法上的正当性。但随着社会的发展,我们对宪法中的经济制度做了重大的修改,此时,《民法通则》关于农村集体土地所有权主体的表述已经不能够反映当下的社会生活,从而失去了宪法上的正当性,因此,《草案》参考《民法通则》的相关规定已经不符合社会发展的需求了。^①(5)在更为本质的意义上,《草案》把《宪法》中的“集体”转化为“农民集体”强化了城乡二元的社会结构,这不符合宪法的要求。宪法明确地规定我国实行社会主义的市场经济,逐步消除城乡二元结构是最终实现市场经济的必要条件。《草案》不仅没有弱化城乡二元的社会结构,反而有所加强,这不符合宪法关于建立市场经济的基本要求。

其次,《物权法(草案)》规定,集体经济组织、村民委员会、村民小组代表“集体”行使集体所有土地的所有权,其宪法依据并不充分,原因在于:(1)按照宪法的规定,村民委员会是基层群众性自治组织,《村民委员会组织法》将其功能界定为自我管理、自我教育、自我服务。

^① 在现行宪法颁布20多年的时间里,中国社会的经济生活发生了巨大的变化。与之相适应,宪法也做了重大的修改,但反映有计划的商品经济的《民法通则》并没有与时俱进地得到发展。在今天看来,《民法通则》中的许多内容已经是处于时过境迁的状态,因此,市场经济条件下的民事立法对它的参考必须采取慎重的态度。

虽然《村民委员会组织法》第五条规定,村民委员会依照法律规定,管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产,但并没有明确赋予村委会代表“集体”行使农村土地的所有权的职权。《草案》与《村民委员会组织法》相比,扩大了村委会的职权:一是《村民委员会组织法》表述的“管理权”是依法进行的,换言之,管理权的内容是由法律赋予的,必须在法律的范围内活动,受到法律的限制。而按照《草案》的规定,村委会代表集体行使所有权只需符合所有权的行使规则即可,而不受其他法律的额外限制;二是由于所有权是各项权能最完整的物权,如果《村民委员会组织法》不是在与所有权相同的含义上使用管理权的话,《草案》肯定赋予了村委会更广泛的权能。(2) 村民小组是村民委员会根据需要设立的,是村民自治体的组成部分。从宪法的角度看,村民小组并不具有独立于村民委员会的主体资格,因此,村民小组不能代表“集体”行使集体土地的所有权。(3) 即使集体经济组织、村民委员会、村民小组可以代表“集体”行使集体土地的所有权,但由于《宪法》明确规定只有国家和集体才能成为土地的所有权主体,除此之外的任何人都不能成为土地所有权的主体,从而使得土地所有权只可能在集体与国家之间发生转移。又因为集体所有的土地一般是通过征收的方式变为国家所有的,并且法律一般都明确规定了征收的条件、程序、补偿方式、补偿标准以及计算方法,从而使得集体在国家征收的过程中没有任何意志自由。因此,规定行使集体土地所有权的“代表”是没有任何意义的。

最后,按照《物权法(草案)》第61条的规定,“农民集体”所有的土地,属于本集体的成员集体所有。在这里,“本集体的成员集体所有”有两个值得思考的问题:(1) 将“本集体”理解为“村”或“村集体”在宪法依据上存在两个问题:一是必然出现与把《宪法》中的“集体”转化为《草案》中的“农民集体”相似的宪法问题(前文已有阐述);二是根据《草案》第62条的规定,集体至少有三种形态:村农民集体、村小组农民集体、乡(镇)农民集体,因此,不能将“本集体”仅仅理解为“村(农民)集体”,它在外延上还有村小组农民集体和乡(镇)农民集体两种形态。(2) 本集体的“成员”或“集体成员”(《草案》第64条)的内涵和外延在此并不明确。我们认为对构成集体的成员进行明确的界定是建立集体物权主体制度的关键所在,也是集体成员实现物权各项权能的

关键所在。否则,集体所有土地的各种权益不可能最终落实到集体成员个人的身上进而成为集体成员实际享有的权益。

三、关于农村集体土地平等保护的宪法问题

《草案》不仅要合宪地转化《宪法》中的相关制度、规范与条文,而且为了保证转化之后的物权制度的顺利实现,还要在制度的层面上提供与之相适应的配套保障措施。^①反言之,如果没有相应的配套保障措施,物权制度自身的价值将难以实现,从而也不能满足宪法的诉求。因此,《草案》面临的第三类问题就是特定物权制度是否存在与之相配套的措施以保障其实现,从而最终满足宪法对其的诉求。在此,我们以农村集体所有土地的平等保护为例予以说明。

平等保护原则成为《草案》合宪性争议的焦点问题。违宪论者以《宪法》第12条所规定的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”为出发点,认为将国家、集体、个人的财产予以同等保护存在违宪的嫌疑^②;合宪论者以《宪法》第15条所规定的“国家实行社会主义市场经济”、第33条所规定的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”等内容为出发点,认为《草案》符合宪法的要求,不存在违宪的问题。^③实际上,我们还可以举出大量的宪法条文来说明《草案》违宪与否。可见,目前法学界通过条文列举的方式来说明《草案》合宪与否,都不具有极强的说服力,任何一方都不可能占有绝对优势说服另一方。我们认为要判断《草案》中的平等保护原则是否违宪,必须弄清《宪法》上的平等保护

① 关于《草案》的“合宪”与“违宪”之争,“合宪论”者认为“违宪论”者没有正确地理解物权法的功能,把应该由其他法律制度予以解决的问题强加给了物权法,从而认为《草案》不应该也不能承受如此之重。我们认为社会生活作为一个整体存在的秩序,尽管物权法确实有自己特定的社会功能,它不可能解决所有的社会问题,但它必须与解决其他社会问题并承载特定价值的其他法律制度相协调。因此,判断《草案》是否合宪并满足宪法的需求,不能仅仅考虑其自身的完善问题,还要考虑与之相适应的配套制度能否实现。如果其他配套制度不能实现,就意味着完美的物权法文本将无法实现,即使实现了也会牺牲其他更为重要的价值如社会的整体秩序。

② “违宪论”者主要以北京大学法学院法理学教授巩献田为代表,详细观点参见巩献田:《一部违背宪法和背离社会主义原则的〈物权法〉(草案)》, [http://www. publiclaw. cn/ article/Details](http://www.publiclaw.cn/article/Details), 2006年6月24日访问。

③ “合宪论”者主要以张千帆教授为代表,详细观点参见张千帆:《宪法的用途与误用——如何看待物权法中的宪法问题》,载《法学》2006年第3期。

和物权法中的平等保护的区别与联系。

《宪法》第6条第2款规定:“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。”而“多种所有制经济共同发展”的真实含义是“多种所有制经济平等发展”,因此,“公有制为主体”如何跟“多种所有制共同发展”相协调(即对各种所有制经济进行平等保护的前提下如何坚持“公有制为主体”,或者说坚持“公有制为主体”与平等保护是否矛盾)是一个有待解决的问题。从目前的研究现状来看,对于这个问题宪法学界乃至国人都采取了回避的态度,没有根据社会生活发展的需要及时有效地对之进行解释。^①在《草案》制定的过程中,民法学者对此问题也采取了回避的态度。我们认为对这一问题的理解必须注意四点:(1)《宪法》第6条关注的是所有制,而不是物权法中的所有权,所有制与所有权是两个不同的范畴。特别是在社会主义国家,所有制是立国之本,因而成为宪法体制的核心问题,其功能在于对国家的经济制度作一个整体性的安排。而物权制度之中的所有权仅仅是国家经济制度的一个组成部分,它主要解决物在流通过程中的归属问题。(2)平等权在内涵上具有两方面的内容,即“承认合理差别”和“反对不合理的差别”,现行宪法正视社会生活中各种经济成分在所有制上的不平等恰恰是“承认合理差别”的体现,所有制上的平等如果无视这种“合理的差别”,反而不具有实质的平等。因此,各种所有制的共同发展与平等保护,是在坚持“公有制为主体”的前提下进行的,即在所有制既定的差别下所进行的平等保护。《草案》中平等保护的对象是各种类型的所有权,而不是宪法中的所有制。物权法调整平等主体之间因物的归属和利用而产生的财产关系,对各种主体的物权进行毫无差别的一体保护是市场经济对《草案》的必然要求,因此,《草案》所确立的平等保护原则不存在违宪的问题。(3)“违宪论”者之所以认为《草案》违宪,是因为他们认为对物权特别是其中的所有权的平等保护会削弱公有制的主体地位。造成这种误解的原因在于他们没有弄清所有制上的平等保护与所有权上的平等保护的差异,更没有理解两者之间的辩证关系。实际上,物权法上的一体保护

^① 正是因为如此,许多学者判断《草案》是否违宪,采取了解释宪法的路径。童之伟教授是这种路径的代表,主要观点参见童之伟:《〈物权法(草案)〉如何通过宪法之门——评一封公开信引起的违宪与合宪之争》,载《法学》2006年第3期。

(即不承认任何差别的平等保护)原则恰恰可以有效地推进所有制上的具有合理差别的平等保护,从而有效地维护公有制的主体地位。

我们认为《草案》中的平等保护原则不仅不违反宪法,而且在具体的制度设计上,平等保护原则还没有能够得到充分有效的贯彻,这里我们还是以农村集体土地所有权的保护为例予以说明。《草案》规定农村土地归集体所有,集体所有的土地受到以下条件的制约:(1)《草案》基本上确立了“三级所有”的农村土地制度,但由于三者之间的关系没有理顺,从而为所有权归属的确定留下了许多不确定的空间,使得可能为争夺所有权发生冲突。在某些情况下,也会由于没有明确土地究竟属于那个集体所有,致使任何一个集体都不愿或者不能对土地资源主张权利,从而导致集体土地的闲置与浪费或者被其他主体所侵吞。与具有明确归属的私人和国家物权相比,农村集体所有的土地处于极为不利的地位。(2)农村土地归集体所有,在观念上解决了农村土地的归属问题,但作为农村土地的所有者的集体是由实实在在的个体农民组成的,因此,农村土地所有权的有效性不仅要求在观念上明确其归属,还要求解决农民个体与集体所有权的关系问题,即土地所有权的现实归属问题。由于《草案》不能有效地明确个人对集体土地的使用、受益、处分等权能,使得农村集体土地不可能与国家、私人物权那样充分地发挥其效用,致使农村集体物权处于弱势地位;(3)根据《草案》的规定,集体土地所有权是不能买卖、转让、抵押的,集体土地所有权流转的唯一途径就是通过国家征收把农村集体所有的土地转化为国家所有。但由于法律对征收中的公共利益并没有做出明确的界定,集体所有权在很多情况下不能得到充分的尊重与保护。因此,《草案》所确立的农村土地所有权不仅不能与国家物权进行等价交换(国家对征收的土地仅仅作适当的补偿),而且也不能进入市场直接与私人进行等价交换。所以,在现有的制度下,集体物权受到国家与私人物权的双重挤压,根本不可能彻底地实现物权的平等保护。

基于上述三点理由,我们认为《草案》所宣布的“平等保护”原则没有违反宪法,但由于在具体的制度设计上没有配套的措施来充分有效地贯彻落实平等保护原则,从而最终不能满足宪法的物权法诉求。

宪法所有权和私法所有权之区分及其意义

——《物权法(草案)》*所有权立法之批评

徐涤宇**

内容摘要 宪法上的所有权是一种公权利,是各种主体取得所有权的资格。《物权法(草案)》没有必要将宪法所有权的规定塞进物权法中,否则,一方面会牺牲民法所有权的固有属性和立法结构的逻辑,另一方面反而降低宪法所有权的效力层次,削弱其制度保障功能。《物权法(草案)》规定的国家所有权、集体所有权,主要在宪法意义上展开。相反,草案对民法意义上的国家所有权却保持沉默。在民法中明确国家所有权的私法属性,可以有效界定国家所有权在私法中的地位,规范国家在私域行使其所有权的行为,并为国家所有权之内容及其在私域、公域行使的正当性夯实在法基础。在明确国家所有权之私法属性的基础上,我们可以在民事立法中区分国家或行政机关的公产和私产。

关键词 宪法所有权 征收补偿条款 民法所有权 公产 私产

所有权制度是物权立法的核心,《物权法(草案)》专以第二编加以规范。但在我国,所有权的性质及其具体制度的设计,历来被笼罩着一团迷雾,其轮廓依稀可见,真实面目却难以辨识。表现在立法活动中,包括学者建议稿在内的各种物权法草案,对国家所有权、集体所有权和公民个人所有权之区分的立法态度迥异,迎合者有之,拒斥者亦有之。

* 本文完稿后不久,全国人民代表大会法律委员会即就《物权法(草案)》第三稿的修改情况,向第十届全国人大常委会第十八次会议做出汇报,形成了第四次审议稿。在该审议稿中,本文针对的某些条款被删除,某些条款被修改,但考虑到第四次审议稿在所有权立法方面仅有技术层面的修改,其精神和旨趣并无改动,有些问题甚至更为隐蔽,故本文维持原貌,仍以第三稿为分析文本。

** 法学博士,中南财经政法大学法学院教授。