

论大陆法上的集体所有权

——以欧洲近代私法学说为中心的考察

陈晓敏

(中南财经政法大学法学院讲师、法学博士 湖北 武汉 430073)

摘要: 集体所有权在欧洲近代私法中被排除, 因为它的功能目的和制度结构与大陆法系所有权制度的原型——私人所有权——彼此对立。相对于作为主观权利的私人所有权, 集体所有权主要体现为一种功能性概念, 它以财产的目的为中心建立, 旨在将特定财产保留在一定范围的共同体内部, 使其服务于团体共同利益。这决定了集体所有权制度在价值层面上是客体优先于主体, 集体优先于个体。围绕集体所有权的法律建构, 欧洲学者的尝试主要依循两条路径: 日耳曼法路径与罗马法路径。最终为大陆法系国家立法采用的方案是将其改造为法人所有权模式。基于集体所有权的制度功能, 我国农村土地集体所有权制度设计在保障农民土地权利的同时也应当关注如何推动和促进土地社会功能的实现。

关键词: 集体所有权 私人所有权 功能性概念 法人所有权

集体所有权是我国农村土地所有权归属的主要法律模式, 这一模式总体上被纳入属于罗马法传统的大陆法上的所有权制度体系中。大陆法上的所有权制度框架体系为我国农村土地法律制度提供了基本依归, 但在规范和解释我国农村土地法律制度的具体实践时却常常力有不逮。例如, 每每为学者所诟病的集体所有权主体虚位、权能内容残缺、权利性质定位亦私亦公的混杂等, 就难以从理论上加以圆满说明。法律理论对农村土地集体所有权法律关系描述的不清晰, 也带来实践中的诸多困扰和弊端, 使它成为一种极为脆弱的所有权制度。对此, 学者们或者以我国社会政治经济制度的特殊性为由轻易带过; 或者根本否定集体所有权制度的正当性, 认为它是一种政治制度选择, 因而在法律层面上不可言说, 进而提出对农村土地集体所有权制度进行国有化或者私有化改革的主张。^①然而, 不可否认的是, 在目前我国农村社会保障体系尚不健全、社会经济发展尚不足以完全消化农村剩余劳动力的情形下, 集体所有权是保障集体成员生存和发挥土地功能的较优形式。在这一现实前提下, 正视和反思集体所有权的内涵和功能就成为无法回避的任务。

当我们适用大陆法系所有权理论对集体所有权现象解释的困难过多以致龃龉频生时, 就需要反思我们选择作为理论前提的大陆法系所有权制度根本上是一个被误用的理论框架。如果缺乏对于这一“前见”的反思, 我们就可能遭遇一个不易察觉的危险或者陷阱: 因为同样被冠以所有权之名, 从而将集体所有权作为私人所有权的一个相关概念来理解。这种将集体所有权与私人所有权简单关联或对立的方式就轻易抹杀了两者内在的根本区别。因此, 无论是主张废除还是完善集体所有权制度, 都需要首先跳出这一理论框架来看集体所有权是什么, 厘清集体所有权的内涵, 重新定位集体所有权的制度功能, 在此基础上

基金项目: 中央高校基本科研业务费资助项目(2012035)

才能为我国农地集体所有权制度寻找可能的出路或者完善途径。

一、集体所有权的历史总结:从多元形态到私法排除

(一) 近代之前的欧洲集体所有权:形态多元

考察欧洲大陆所有权制度的发展史,我们可以看到,最早的所有权形态可能并不是私人所有权,而是集体所有权,其最典型体现就是罗马社会早期存在的氏族土地集体所有权和日耳曼社会中的马尔克公社土地所有权。

英国法学家梅因曾经在他的研究中提到,与罗马法传统留给我们的印象,即个人所有权作为常态,而集团共有的所有权仅为例外不同,早期的财产制度很可能是与家族或者亲族团体权利相联系的所有权,而不是个人所有权。^②事实上,在罗马城邦建立之前的漫长历史时期,土地都属于氏族集体所有,由氏族首领代表氏族统一进行经营管理。即使是在氏族通过联盟建立城邦、部分土地成为罗马城邦的公有土地之后,也仍是大部分土地保留在氏族内部,由氏族成员共同享有和利用。^③

继罗马法之后,在欧洲封建制形成时期兴起的日耳曼法体系中,形成了另外一种典型的集体所有权形式——马尔克公社所有权。马尔克是日耳曼人氏族制度解体后,各部族按地域关系形成的农村公社组织。在这种制度下,耕地属于公社集体所有,分配给社员家庭使用;森林、河流、牧场等也属于公社集体所有,由全体社员共同使用。社员家庭对集体土地享有占有、使用和收益的权利,公社对土地的管理和处分应当在民众大会上得到全体社员的同意。这种各个家庭对土地的使用、收益权与其家长及家庭成员的公社社员身份密不可分,只有具备社员身份的人才能享有这种权利。^④

总体来看,集体所有权这一术语在大陆法系的欧洲国家中并没有统一的内涵。集体所有权作为一种财产归属方式,在具体形态上具有多元化的特征。从“集体所有”到“放牧权”,从“共同所有”到“地役权”等,集体所有权形式的表述也不尽一致。在传统大陆法系国家的法律语境中,集体所有权这一术语通常主要包含了两种情形:一种是真正的集体所有,即某项财产归属于某一共同体或者团体;另一种是指集体使用的情形,如生活在某一片土地上的居民对该土地所享有的放牧、伐木和耕种的役权。^⑤无论如何,集体所有权在前近代的欧洲大陆中是一个相当普遍的现象,它不仅存在于村庄所有权形式中,同样也存在于大量的中心城镇。集体所有权并不是一个短暂的社会历史现象,即使进入到中世纪后期和近代之前,集体所有权也并非一种仅仅存在于偏远贫穷山区的历史的残余。^⑥

(二) 近代的欧洲集体所有权:私法排除

然而,到17世纪左右,伴随着资本主义的兴起,自由主义政治经济学说、政治国家理论以及个人主义思想日益深入人心,个人主义、所有权与西方社会自由主义之间紧密相连,私人所有权观念占据主导地位,集体所有权则被排除在这一体系之外。

1. 私人所有权作为大陆法系现代所有权的主导模式被确立

与当时的时代背景相适应,私人所有权首先在政治和哲学领域被宣扬和讨论,再加上古典自由主义经济学派的推动,在法学领域通过人文法学派、自然法学派以及之后的潘德克吞法学家的理论积累被进一步强化,最终在大陆法系国家近代民法典中被具体确认和规范,成为欧洲大陆法系国家近现代私法中的主导模式。

这种新的所有权模式被认为具有现代性的一个重要方面就是它体现为一种主观权利。有学者认为,法的现代化是与主观权利概念的逐步确立和使用相联系的。^⑦这在所有权制度中体现得尤为明显。大陆法系国家近代民法典确立的所有权制度是建立在自由主义和个人主义基础上的新的归属方式,它被明确的表达为一种抽象的主观权利,与主体本身相联系,作为主体人格的外部映射和延伸。换言之,所有权在主体内部已经完成,如果不是因为外部世界的实体物显著反映了这种权利,所有权的实现就并不需要后者存在。^⑧因此,所有权作为主体的意志,被纳入主体范畴,从而获得了一种绝对性和神圣性。这一模式内含两个基本原则:一是所有权因其自身性质具有个体的排他性;二是所有权具有主体属性,主体被赋予了

物在政治伦理意义上的最高权力。^⑨

2. 对集体所有权讨论的兴起与沉寂

与作为主观权利的私人所有权相对,集体所有权在当时正统文化笼罩下就被视为一种异端。多数学者或者极力贬低其历史意义,或者将其视为一种落后的原始状态、一种随着人类文明发展必将被超越的形式。^⑩然而,在这样一种几乎是一边倒的观念的时代背景下,社会科学领域仍然浮现出一些关于集体所有权的理论学说。尽管这些学者未必是要主张用集体所有权替代个人所有权,但他们以更加理解和开放的视角来研究集体所有权,将其视为所有权制度发展史中的另外一支脉络,或者另外一种可能的归属模式,以冲破西方现行法律文化体系中私人所有权垄断的迷思,恢复所有权或者更宽泛意义上的归属形式本来的历史面目。这也是集体所有权形式的理论和历史问题第一次在西方法律科学领域被提出。^⑪

这场学术论争始于历史法学派在英国的代表人物梅因,并以19世纪80年代中期在法国人文科学院为阵地发生的论争为标志蔓延开来。^⑫论争主要围绕历史上曾经出现的集体所有权形式以及所有权的原初形式等主题展开。不同领域的学者从不同视角、采用不同方法考证了所有权的最初形式。对原初的财产归属形式的探究之所以成为这场论战的焦点,一个很重要的原因是,在当时的时代背景下,个人所有权被提升至与主体人格和自由相联系的高度,从而被视为一种自然理性和天赋权利。追溯至原始的自然状态考察归属形式的做法旨在印证或者突破此种联系,从而为个人所有权的正当性提供支持或者反对论据。其中,对于反对者而言,质疑私人所有权作为天赋权利的基础在于,在私人所有权兴起之前的相当长时期内,集体所有权都一直处于道德伦理上的优势地位,因为它是将财产置于共同体内部,允许集体共同参与对资源的利用,而不是像私人所有权那样排除共同体其他成员对物的利用。在反对者看来,个人所有权的伦理正当性仍然是可以讨论的。因此,只有回溯到原始的自然状态之下,即在任何意识形态或者国家机器介入之前的社会中探寻当时存在的归属形式,才能将之与人的自然属性相联系而获得正当性论证。基于本文的目的,无需也不可能对论战各方的具体观点一一评述,但是其中涉及的对历史时代各种集体所有权形式的研究和探讨对于我们今天重新认识这一归属形式不乏启示意义。

这一场围绕集体所有权展开的学术论争在半个世纪内就很快结束了,主要是因为在其所处的历史时代,个人主义和自由主义思想席卷并主导了整个欧洲社会。对集体所有权的倡导或者研究在当时必然会面临两个基本的风险:一方面,它可能会损害甚至肢解一个几乎完全排他的建立在个人所有及其政治伦理价值基础上的体系;另一方面,主张集体所有权与个人所有权辩证对立或者多元化的所有权形式,很可能会在一个由罗马法文化主宰长达几个世纪的法律文化体系内部引起分化。^⑬换言之,集体所有权不可能与私人所有权在同一制度体系内并驾齐驱,又不威胁或侵蚀到后者确立的基础,因此这场关于集体所有权的论争很快就偃旗息鼓了。

二、集体所有权的内涵重述:另一种归属模式

一个有趣的现象是,在大陆法系这样一个由私人所有权一元主导的法律文化体系中,集体所有权制度尽管在近代私法体系确立的过程中被排除,^⑭但集体所有权形式本身从罗马时期一直到我们今天所处的时代都始终存在。欧洲国家虽然很早就确立了以私人所有权为基础的财产制度,但是直到1874年,集体所有权形式在实践中依然呈现出蓬勃生机,并没有为正式制度所抑制或者湮灭。^⑮即使集体所有权在现代欧洲大陆似乎渐趋式微,但也仍然显示出相当的韧性和顽强的生命力。这就使我们不禁要问,如果集体所有权果真如某些学者所认为的仅仅是一种原始的财产归属形式,那么为什么它在漫长的历史发展进程中并没有完全为私人所有权所取代而消逝,它存续的理由是什么,集体所有权以何为凭?

意大利当代罗马法学者塞劳指出,财产归属方式直接受经济结构限制,并与特定社会的各种需求相适应,因此归属形式也总是随着社会经济状况和文化的改变而变化,而它的形式同时又是法律科学发展和抽象能力以及法律建构水平的反映。^⑯考察历史上的集体所有权现象可以发现,集体所有权制度关注的重点并非某个人或者某些人对土地的支配地位,主体及其权利在这一制度框架中不是首要被考虑的因素。对

集体所有权形式的采用常常受制于特定的经济条件,是由客观经济状况所决定的。有学者提出,如果人的生存极其依赖土地而不是劳动或者交换产生的价值,这种条件下的生存措施自然倾向于保护土地而不是保护个人权利,这反映出人对资源的强烈依赖而不是资源利用对劳动的依赖。^⑭在这种情形下,就需要通过一定机制将资源保留在团体内部,降低其流动性。集体所有权在劳动依赖于资源的经济结构下也就成为更合适的选择。同时,历史上采用集体所有权形式最典型的的就是各种村社共同体,这些村社内部的血缘关系或者亲邻关系也在一定意义上有助于实现资源控制目的。因此,在土地或其他资源的价值高于劳动价值的情形下,采用集体所有权形式显然更有利于社会资源或者财富的保护。

集体所有权与私人所有权具有不同的伦理基础和价值诉求,这决定了两者在法律建构以及规范旨向上的差异,使得它们很难在同一部民法典中和谐相处。除却当时社会经济政治结构的变革以及意识形态等各方面因素的影响,集体所有权与私人所有权所具有的不同伦理基础和价值诉求也成为集体所有权被排除在大陆法系近代民法典的制度框架之外的重要原因。因此,尽管今天我们在法律适用上对集体所有权的调整可以在某些方面参照适用大陆法系民法中的所有权制度规范,但必须明确的是,二者并非一般规范与特别规范的关系。要对集体所有权进行调整,首先需要抛开传统民法理论关于所有权的一般描述,重新考察集体所有权形式本身,解决集体所有权是什么的问题。

尽管集体所有权具有多元化的实现形式,但总体而言,它们通常都包含了主客观两个方面的构成要素:一是在客观方面,它是对特定的、不可分的财产的实际占有,体现为将该财产保留给特定的团体享有和支配。该团体的成员身份相对确定但并不完全固定,团体的成员因取得成员的身份而自然享有权利,因丧失成员的身份而自然丧失权利。二是在主观方面,村庄居民依照习惯法或者作为集体成员,对集体财产享有参与共同经营管理和利用的权利。^⑮其中,客观要素,即归属方式构成了各种集体所有权形式的共性;主观要素,即关于集体财产用益和管理的具体形式等方面,则因具体的法律秩序或者所涉及的具体情形的不同而有所差异。^⑯

从前文对集体所有权功能的分析中可以看出,集体所有权和私人所有权从价值到规范层面都体现出明显的差异。^⑰私人所有权制度旨在保障财产的个人支配,集体所有权制度则是为了将特定财产保留在某一团体内部;前者服从于主体的主观意志,主体同时构成了物上权能行使和主观意志的来源,而后者从整体到部分都体现着客观的集体结构,因此禁止成员以任何不符合物通常用途的方式对其进行管理和处分;前者体现为一种主观权利,是主体自身人格在物上的投射,而后者受制于经济条件,是客观情形的直接反映,对于其成员而言更多的意味着义务而非权利。质言之,私人所有权更多的是主体意志的反映,而集体所有权则主要是遵循客体物的客观用途,服务于物的特定功能和目的。因此,集体所有权无论在结构框架或者价值功能方面都是与私人所有权完全异质的制度形式。集体所有权与私人所有权是不同法律思想文化和不同社会政治经济结构的反映。

集体所有权制度在价值层面体现出以下两个方面的典型特征:

(1) 客体优先于主体。客体的经济性质、目的以及功能相对于主体的权利被优先考虑。在这一制度结构中,人对物的支配或者财产归属都是次要因素,处于核心地位的是共同体财产的目的及其共同保护,保障共同体财产首先用于共同劳动,服务于团体的共同利益。因此,这一制度关注的更多的不是所有权人对物的支配权利,甚至也主要不是财产的归属问题,而是财产自身的目的功能。质言之,集体所有权制度就是为特定财产设立的,旨在实现其社会经济功能的法律制度。^⑱因此,共同体财产在集体所有权框架中处于核心地位。集体所有权的这一功能和目的也决定了它通常不能分割为个人所有权,不具有可转让性,并且不能改变作为其客体的共同体财产的目的。

(2) 集体作为一个整体在集体所有权制度框架中被置于首位,个人仅仅是隶属于整体的一部分。集体所有权制度的旨向就是使对特定财产的享有和支配权利服务于特定团体的共同利益,使成员资格不固定的团体以团体的名义享有对该财产的所有权。其中,团体的共同利益不仅包括团体既有成员的利益,还包括未来的潜在成员的利益。在集体所有权的制度框架下,集体成员的个体利益必须服从于共同体整体

的利益实现。

此外,集体所有权是在特定社会经济结构下为保障实现特定共同体财产目的的制度选择。因此,集体所有权很少表现为主体的一种主观权利,而是一个涵盖了权利、义务和负担的综合性制度;对于成员个体而言,其所承担的义务优先于其所享有的物权。^②

正是基于集体所有权的这些特性,意大利当代罗马法学家诺曼罗指出,集体所有权并没有直接赋予其归属任何权能内容,而主要是一种功能性概念。^③与作为主观权利的私人所有权强调个人对物的完全的、排他的支配权能不同,集体所有权是对保留在集体内部的财产的集体享有和支配,其实质、特别的功能是通过物的有条件使用以保障集体成员的生存,因而在价值层面将客体置于主体之前。^④

另一位批判法律史学派的代表人物意大利学者格罗斯进一步指出,相对于作为罗马法文化和传统体现的“归属所有权”,集体所有权应当被视为一种“功能所有权”:“集体所有权并不是一个特定的概念,而是一种表达,其基本的、一般的意义是指一个相当宽泛的团体的所有权;它只是一个与个人所有权逻辑的、历史的相对的,并且具有与之完全相反的价值(表达):集体优位,个体及其目的都服从于集体;客体优先于主体,由此决定物的经济性质、目的和功能都处于优先地位;在主体范畴,对于集体成员而言,义务优先于其享有的权能以及各种物权。……相对于带有罗马法文化印记的‘归属所有权’,与之并列的(集体所有权)是一种‘功能所有权’,它使得超越历史而构思和建构的法律制度——dominium(罗马法上的绝对的、私人所有权模式——引者注)这样一种过于绝对的概念陷入危机。”^⑤

可见,如果把私人所有权看作一个原子式的点,体现为一种主观权利,那么集体所有权就是一个框,是权利、义务和负担的复合体。集体所有权以共同体财产为核心,是为实现该财产的目的而将其归属于特定团体的功能性制度。这决定了在集体所有权制度架构中客体财产始终处于第一位,主体享有的权能受到客体物的客观功能及其客观结构的限制。因此,集体所有权虽然被冠之以“所有权”之名,权利要素在其中并未凸显。私人所有权制度中的两个重要因素:主体对客体的支配权以及确定的财产归属,在集体所有权中都是附带和次要的,是为实现和保障共同体财产目的而衍生的副产品。

三、集体所有权的法律建构:日耳曼法与罗马法路径

尽管集体所有权最初因为与私人所有权的旨趣背道而驰而被排除在大陆法系所有权的体系框架之外,但是进入20世纪后期,随着社会结构形态的日益复杂化以及新的财产形式的大量涌现,学者也开始反思私人所有权模式的不足。^⑥欧洲社会对于集体所有权的态度,无论是在法律理论上还是在实践中都从最初的完全排斥开始转向重新评价这一模式,^⑦肯定其在特定条件下的积极社会功能,更加务实的思考如何将集体内部的习惯法与国家的实证法相衔接,将其纳入现行法律体系之中,以及如何通过国家干预引导这一模式的持续发展,以适应现代社会经济发展的需求。

然而,集体所有权在法律技术层面上的模糊性不可能通过诉诸私人所有权规范获得解决,这对以大陆法系法律传统为知识背景的法学家们构成了一个解释和规范上的难题。他们设想不同的法律形式,从集体共有到对集体牧地的地役权等等,但从未达成共识。在这一点上,回顾19世纪下半叶学者们围绕集体所有权的法律建构所作的研究和探索是有意义的。

欧洲学者对集体所有权法律建构的尝试总体上可以划分为两条路径:日耳曼法路径与罗马法路径。日耳曼法路径是跳到现行法律体系框架之外,将集体所有权作为一种独立的归属模式,重新分析和确立其制度结构;罗马法路径则是在以罗马法传统为基础的大陆法系所有权制度体系内部对集体所有权进行解释和改造,将其纳入既有的法律制度体系之中。

采取罗马法路径的学者基于集体所有权的特殊性,将其与日耳曼法传统相联系,其中尤以德国法学家基尔克围绕共同体架构及其在技术层面上的发现最为引人注目。^⑧他认为,集体所有权是一种联合所有权,因为它存在于集体人格中。这一权利的主体同时既是一个统一体,又是多个个体。因此,集体所有权处于集体总体与多个个体的交汇处。这样,集体所有权的部分权能依附于集体的整体人格,而另一部分权

能,尤其是用益权能则在各个成员个体之间被划分,分属每个具体成员。在集体所有权的权利结构中,这两个方面的构成要素是有机联系在一起的。然而,基尔克对集体所有权关系的划分被认为过于矫作。同样是日耳曼法学派的学者,如赫斯勒、斯多伯等都对此持批评观点,认为同一个团体不可能同时既是整体又是个体;同样,同一个权利不可能在一些方面属于整体,而在另一些方面却属于个体。²⁹尽管存在这些批评的声音,基尔克的理论仍然对之后的研究产生了重要的影响。

意大利法学家格尔菲受基尔克的理论启发,意识到所有权并不必然像罗马法所预设的那样,是一种绝对的统治支配关系。所有权可能与伦理维度完全无关,而成为一种单纯的经济关系,在特定情形中还可能包含对物的利用机制。这样,用益本身也构成了识别所有权的一个要素。³⁰由此得出的一个重要的结论是,所有权的绝对性或者排他性仅仅是在从特定前提出发建立的体系内部是毋庸置疑的,一旦跳出这一框架,这些特征或者价值就并非当然。在基尔克之后,格尔菲及其学派主张,集体所有权是集体整体与其众多成员之间基于用益形成的分割所有权,成员的权利具体体现为从属于所有权的部分权利,因此也属于物权。³¹但最终因为其理论前提与大陆法系民法传统完全相反,他们的学说没有为立法者所接受。

有鉴于此,考虑到与既有法律制度体系的融合,对集体所有权的理论构建只能依循后一条路径,即依照罗马法传统对其进行解释和改造。如前所述,大陆法系所有权制度以单个原子式的私人所有权为原型,而集体所有权涉及的则是单一客体与多元主体之间的归属关系。在大陆法系所有权制度体系内部,涉及多元主体的归属关系的制度主要有两个:共有和法人所有权。因此,要将集体所有权纳入到传统大陆法系所有权制度体系中,只能将其解释为共有情形,或者作为法人所有权处理。

在19世纪的那场学术论争中,法国历史学家甫斯特尔·德·库朗日为论证私人所有权的正当性,将历史上存在的集体所有权形式都归结为共有或者是家庭所有。但是,集体所有权显然不同于罗马法上的共有。共有虽然涉及的也是单一客体与多个主体之间归属关系的情形,但是一般而言,无论是共同共有还是按份共有都可以采用“份额说”进行解释,从而获得与个人主义所有权结构的同质性。也就是说,在共有情形,权利人对客体物的一定份额享有绝对的支配权,共有人可以实际或者潜在的转变为客体物某一部分的所有权人。而集体所有权体现的则是一种更复杂的情形。其中,客体物是独立于个体存在的,集体和个人之间具有一种不可分的密切关系,并不能简化为一种纯粹的财产关系。³²因为对物的享有并不以服务于成员个人为目的,而是服务于集体整体利益甚至包含集体未来潜在成员的利益。这一目的决定了集体财产利用的内容和方式,不能随意改变物的用途。换言之,集体所有权的本质可以界定为“服务于集体共同使用收益的不可分的共有”。³³在这一意义上,集体所有权是建立在特定资源或财产的客观需求基础上、超越个体的一种财产制度安排。

意大利罗马法学者韦奈兹亚则将集体所有权与本国现行法律体系做了协调化处理。他提出将集体所有权和使用权的复杂情形简化为一个整体的所有权,即法人所有权,集体成员的权利则被界定为“人身性权利”。³⁴“在法人独立和分割的所有权范畴内部,个体所享有的权利不具有物权性质,对集体财产不具有直接支配权,集体承担依照其本来用途保存标的物的义务。”³⁵依据韦奈兹亚的观点,这可能是既维持集体所有权本来的特征,同时又不使其被拒之于现行法律体系之外的一条合适道路。集体所有权意味着作为客体物的财产并非服从于个人变动的意志,而是指向特定目的;意味着一个不可分、且不可由私人转让的结构,因为它也服务于团体现有成员以外的那些人。

韦奈兹亚提出的方案很好地实现了集体所有权与大陆法系所有权制度的对接,因此也成为现代西欧国家如意大利以及一些拉美国家如墨西哥等国普遍采用的模式。但是,集体所有权本身并不等同于法人所有权,它必须经过改造才能被纳入到后者的范畴之中。因为在集体所有权中,集体作为一个整体与其成员并非能够截然分离,也即不存在一个法律上承认的独立于成员个体的单一主体。集体成员对其占有使用的集体财产享有直接的支配权利,而不是像公司或者其他社团所有权那样——成员是隐藏在团体之后仅仅通过代表机构行使对团体财产的权利的,二者彼此独立并截然分离,个人不能直接支配利用团体的财产。此外,集体成员享有的更多是一种身份性权利,这也与法人制度形成了完全相反的结构:在法人的结

构中,成员资格的取得往往以财产的加入为前提;而在集体所有权制度结构中,自然人是先取得成员的身份而自然享有财产权利。^③

四、集体所有权的再发现:现代价值及其启示

通过对集体所有权形式与大陆法系传统所有权制度关系的厘清,认识到集体所有权是与作为所有权制度原型的个人主义所有权完全不同的制度,体现为另一种归属模式,是一个功能性概念,我们就不必再纠缠于集体所有权与大陆法系所有权制度的种种扞格,为使它融入所有权制度体系中而削足适履,可以将目光投向集体所有权自身的结构特征。集体所有权形式被采用的目的大多是为了保障共同体成员的生存。在这种所有权中,权能维度被最大限度的淡化,它从来不体现为一种处分权,成员对集体土地的占有使用本身也是实现其经济功能的重要途径。因此,集体所有权同私人所有权一样,虽然都使用了所有权这一术语,但其内涵并非是统一的,毋宁是复杂异质的。19世纪的法学家沉醉于个人主义,认为它与作为主观权利的所有权制度不相容,而将其排除在大陆法系私法体系之外,但是并不能因此否定其存在的合理性和正当性。^④历史本身的丰富和多样性也不应当被简单的统一化。大陆法系国家对集体所有权改造的方向也并非我国农村土地集体所有权制度完善的必由之路,因为一国固有的社会政治背景、人口经济结构以及理论实践传统等因素决定了对他国经验借鉴的限度,尤其在农村土地制度这样一个更具本土特色的领域,几乎不存在能够直接照搬适用的现成模式。^⑤当然,这也不能否定域外制度研究的意义,因为“比较法的重点不在于发现可模仿的样板,而是消除我们在解释中的盲目性”。^⑥

对集体所有权内涵的探析有助于我们发现该制度独特的功能价值。集体所有权是为特定财产设立的、旨在实现其社会经济功能的法律制度。这样一种制度安排在劳动依赖于资源的经济结构下对于稀缺资源的保存以及功能的发挥尤其具有现实意义。当土地或其他资源的价值高于劳动价值时,人高度依赖资源,而不是相反,就需要通过一定机制将资源保留在团体内部,降低其流动性。相对于个体控制,集体所有权则将资源掌控在特定团体内部,更有利于实现资源控制的目的。在这一前提下,集体所有权模式以物为中心,从物出发为主体设定相应的权利义务。在其制度架构中,客体物的经济性质、目的以及功能相对于主体的权利被优先考虑,更有利于社会资源的保护和功能的发挥。因此,我们可以认为,集体所有权是在特定社会经济结构下为保障实现特定共同体财产目的的一种制度选择。只有当新的能够替代村社的社会保障机制建立起来,使个体农民不是必须依赖村社整体关系以及集体土地就能获得生活保障时,个体农民对集体土地的权利才可能真正获得有效实现。

对集体所有权内涵的厘清也有助于促使我们反思大陆法系所有权制度的不足。近代民法以主观权利模式建构所有权制度,单方面强调权利主体的意志和利益,保障主体对客体物的绝对支配和处分权利,而忽视了客体物本身可能承担了一定的社会功能。尤其是像农村土地这样重要的社会资源,其承载的社会利益已经远远超出单个农民或者农民集体的利益。如果单纯强调单个土地使用人甚至集体所有权人对集体土地的权利,而不考虑土地本身所担负的社会功能,就可能阻碍农业经济发展,损害社会大众的利益。与作为主观权利的私人所有权不同,集体所有权是以客体物为中心,遵循物的客观用途,服务于物的特定功能和目的的制度。在集体所有权框架内,基于土地的性质功能,土地使用人不仅享有相关权益,也需要承担耕种或者改良义务。这对于矫正现代所有权制度单方面强调其主观权利性质以及相应的所有权人的主观意志和利益的法政策观念无疑具有积极意义。尤其是在我国现阶段城乡统筹发展的大背景下,强调这一点对于摆脱农村、农业发展的困境具有现实意义。随着城镇化进程加快,大量农村劳动力涌入城市,农地抛荒现象在各地不同程度的存在。针对这一现象,农业部拟提请立法机关修订《中华人民共和国农村土地承包法》,确立进城农民承包地有偿退出机制、明确承包方土地撂荒责任。许多地方也开始试点改革,由政府主导建立退出机制,鼓励在城市稳定就业或居住的农民自愿退出无法继续耕种的承包地,再通过政府指导下的土地流转实现适度规模经营。但是到目前为止,这些改革都还停留在探索阶段,缺乏明确的法律依据支撑。更有学者提出质疑:土地承包经营权作为农民不可分割的财产,承包方具有使用权,即

有权撂荒,通过法律法规明确农民撂荒责任并要求其有偿退出,是否干涉了承包方的使用权,是否合理、合法?^⑩依照传统民法的主观权利思维模式,这一疑问在私人所有权模式框架下的确成立,但是如果我们将这一问题与集体所有权的制度功能相联系,这种理论上的障碍就能很容易被化解。唯一需要注意的是,公权力介入和干预的手段和程度必须与所服务实现的土地功能目的相适应,不能超过必要的限度。

注释:

①对于我国农村土地制度改革的方向,除主张继续坚持和完善农村土地的集体所有权制度的观点之外,主要形成了两种相反的意见:国有化或者私有化。主张实行农村土地国有化并赋予农民永久使用权的观点。参见刘云生《农村土地国有化的必要性与可能性探析》,《河北法学》2006年第5期;颜运秋、王泽辉《国有化:中国农村集体土地所有权制度变革之路》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2005年第2期,等等;也有学者主张实行农村土地私有化。参见张新光《论中国农地产权私有化改革的根本性障碍》,《兰州商学院学报》2004年第6期;蔡继明《中国土地制度改革论要》,《东南学术》2007年第3期,等等。

②参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第147页。

③⑩Cfr. F. Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Napoli, 2006, p. 285 p. 273.

④参见由嵘《日耳曼法简介》,法律出版社1987年版,第50-51页。

⑤⑨⑩⑪⑬⑭⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒Cfr. P. Grossi, "Un altro modo di possedere": L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria, Milano, 1977 p. 375 p. 379 p. 38 p. 12 p. 14 p. 376 p. 38 p. 385.

⑥Cfr. Giorgio Politi, *La discontinuità tra il fenomeno comunitario europeo del tardo medioevo e la realtà attuale delle comunità rurali montane*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, coordinati da Gian Candido De Martin, Padova, 1990, p. 122. 同时,作者也指出中世纪的集体所有权并非是基于财产的共同管理或者共同利益,而主要是作为社会政治结构的组成部分或反映形式。中世纪的社会组织结构就像一个向下延伸的金字塔结构,但这个金字塔本身是不完整的,有时甚至是间断的,因为金字塔的顶端可能会消失,从而在社会底层部分留下大量空间,因而不得不容忍甚至促使实现某一土地上底层共同体的自治。

⑦Cfr. O. T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, 1982, p. 167.

⑧⑭⑵Cfr. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini*, Giuffrè, 1988, p. 411 p. 38 pp. 38-39.

⑫该学术论争的参与者众,作为领军人物的是法国历史学家库朗日以及与之对阵的比利时经济学家纳威莱耶。这场论争集中了当时法国各个领域的一批权威学者,如经济学家博利厄,公法学家奥柯,法律史学家格拉森,历史学家杰弗里等。此外,之前对集体所有权形式的一些研究也为这场论争提供了准备性材料,如德国历史学家毛勒对中世纪日耳曼社会中的马尔克公社农业史和制度史的研究,普鲁士议员豪森对普鲁士和俄国农村大量存在的公社土地的研究,以及美国学者摩尔根的巨著《古代社会》通过对印第安人的研究考察原始社会政治、家庭、财产观念的发展,揭示了最初土地等重要财产的共有状态。Cfr. P. Grossi, "Un altro modo di possedere": L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria, Milano, 1977, p. 13.

⑬当然,集体所有权制度在欧洲大陆法系国家的实证法层面被排除作为立法选择的结果,是由更深层的社会政治结构状况的变革和发展所决定的。例如,美国经济史学家诺斯和托马斯在对诱导性制度变迁理论的研究中就曾指出,西欧土地变革的原因是由于海外贸易使土地的相对价值提高,使得土地的私人占有成为有利可图的制度转换,从而引发了圈地运动。参见[美]道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起——新经济史》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社1989年版,第181-192页。

⑮梅因在著作中也提到,英国议会1844年对圈地运动展开的一项调查也发现,当时土地的集体共同所有形式仍然是一个相当普遍存在的现象。See H. S. Maine, *Village - communities in the East and West*, London, 1876, lect. III, 83 ss.

⑯张静《村社土地的集体支配问题》,《浙江学刊》2002年第2期。

⑰之所以将土地の利用也作为集体所有权的一个构成要素,是因为与私人所有权不同,抽象的集体本身不能直接利用土地,必须通过集体成员或者其他形式实现对土地の利用,行使支配集体土地所有权和实现土地所有权的社會功能。因此,对集体财产の利用支配本身也构成了集体所有权制度的一个重要组成部分。

⑱例如,梅因在对古代集体所有权形式的考察中就发现,在印度的“村落共产体”中,一个印度村落的所有人虽然其财产是混在一起的,但他们有其各别的权利,而且这种权利的分割是完全和无限地继续着的。在俄罗斯村落中,权利的分割在理論上也是完全的,但只是暂时的;在一定的时期终了后个别的所有权即告消灭,村落的土地就集中在一起,然后在组成共产体的家族中按照人数重新分配。而在塞尔维亚、克罗地亚以及在奥地利的斯拉夫尼亚,共有财产的内容是不能分割的,全部土地由所有村民的联合劳动耕种,农产物每年在各家村民中分配一次,有时按照各家假定的需要,有时按照规定而以一份份额的受益权给予各别的人。参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第151-152页。

⑲Cfr. G. C. D. Martin, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, coordinati da id., Padova, 1990, p. 8.

㉑Cfr. S. Romano, *Sulla nozione di proprietà*, in *Istituto di diritto agrario internazionale e comparato*, Milano, 1962, voll. II, p. 641.

㉒私人所有权是自由主义思想的反映,一方面扩大了所有权人的自由,另一方面也同样大大限缩了非所有权人的自由。Cfr. M. Bar-

beris, Libertà, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 127.

⑳自由主义学者开始抛弃在公共财产以及自然资源等客体上的传统观点,重新思考源于自由主义思想,符合个体意愿和偏好的所有权制度,为其设计新的规则方案,以为集体或者公共意思留出空间。Cfr. C. Lottieri, Individuo e proprietà: pilastri della civiltà occidentale, Torino, 2003, 13; G. C. D. Martin, La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio, in Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa, coordinati da id., Padova, 1990, p. 9.

㉑㉒㉓F. Ferrara, Concetto e tipi di diritti reali, in Scritti giuridici, II, Giuffrè, 1954, p. 445, p. 446, p. 446.

㉔㉕Cfr. F. Guelfi, Diritti reali, 1888-1889, p. 124, pp. 124-125.

㉖韦奈兹亚也提到他的写作受到当时意大利立法趋势的影响。关于这一问题,其中涉及三项重要的立法活动:1894年议会通过了关于非教会管辖省区的集体所有权制度的法案,1893年关于南方国有财产的法律草案被呈递给上议院,1894年参议院将关于农业合作的提案纳入议事日程。所有这些法案都出现了将集体所有权简化为法人所有权的趋势。Cfr. P. Grossi, "Un altro modo di possedere": L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria, Milano, 1977, p. 389.

㉗G. Venezian, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, Napoli, 1895, pp. 184-185.

㉘孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第56页。

㉙尽管不能将历史时代曾经存在的,或者西方国家现存的集体所有权形态与我国农地集体所有权直接等同,但是集体所有权作为一种功能性概念的表达,它所包含的各种形式在归属结构和制度功能等方面都具有共性。有学者通过对我国农村集体土地的经济制度变迁史的考察指出,我国农村土地集体所有制绝不是农村社区内农户之间基于私人产权之间的合作关系,即它不是一种“共有的、合作的私有产权”,其实质是国家控制农村经济权利的一种形式,是由国家控制,但是由集体承担其控制结果的一种社会经济制度安排。因此,这也可以解释为什么在我国农地集体所有权中鲜见私法中主观权利之要素和旨趣。参见周其仁《产权与制度变迁:中国改革的经验研究》,北京大学出版社2004年版,第6-7页。

㉚例如,前文论及欧洲大陆法系国家对集体所有权改造的基本方向都是法人所有权。我国也有学者持类似见解,主张对集体土地所有权主体进行民法的法人化构造。参见高飞《论集体土地所有权主体之民法构造》,《法商研究》2009年第4期。借鉴这一方案在法技术层面或许并不存在任何障碍,我国农地改革实践中也已经发生过类似的案例。但有学者就指出,法人的功能不在于财产所有,而在于经济的经营机制。因为法人制度的功能或者目的主要是适应商业社会中鼓励竞争同时又能够分散经营风险的机制,而我国目前农业生产的分散经营特征,以及农地本身所承担的社会保障功能决定了它不适合作为法人独立财产对外承担责任。参见韩松《论成员集体与集体成员——集体所有权的主体》,《法学》2005年第8期,第44页。因此,在我国农业发展的现阶段,将成员集体抽象为法人,从而将农地集体所有权转化为法人所有权未必是农地制度完善的当然选择。

㉛[美]G. S. 亚历山大《财产是基础性权利吗?——以德国为比较项》,郑磊译,载胡建森主编《公法研究》第5辑,浙江大学出版社2007年版,第458页。

㉜参见纪睿坤《农业部拟修订〈农村土地承包法〉进城农民承包地将有偿退出》,http://news.dichan.sina.com.cn/2012/08/07/542077.html 2013-01-10。

责任编辑 耿卓