

# 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

汪 洋\*

摘 要: 我国的农村集体土地所有权与罗马氏族集体土地制度相似,糅合了公法层面的治理功能、生存保障功能以及私法层面的市场化私权功能,对集体土地上承载的这三重功能进行区分,是解决现今农村土地问题的理论前提。集体土地最初作为国家控制农村社会经济的一种政治性安排的法律治理结构,强化了农民与集体基于土地的身份关系,把保障集体内部成员的生存作为首要价值目标,并强调土地利用的平等性。集体所有模式还导致了“成员权”与“公民权”这双重身份的重叠与抵牾,这实质上反映了集体土地上保障功能与市场机能的冲突。随着农村治理结构的转变,集体土地所有权逐渐转变为具备实体权利义务关系的私权规范,立法上应对集体土地的“初始分配”与“自由流转”两个阶段进行适当区分和切割,而非将两种截然不同的价值理念同时混同在一套农地制度之中。

关键词: 集体土地所有权 治理功能 生存保障功能 市场资源配置功能

### 一、导言

中共第十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出“加快构建新型农业经营体系,坚持农村土地集体所有权,依法维护农民土地承包经营权,发展壮大集体经济。赋予农民更多财产权利。保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。建立农村产权流转交易市场,推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行。”这无疑再次明确了“集体土地所有权”在我国农地制度中的基础性地位,同时为改革现行农村土地立法提供了绝佳的契机,并且指明了正确的方向。

在理论层面,一直以来,我国农村集体土地所有权与传统大陆法系民法的所有权理论格格不入,同时自身又残存着一丝挥之不去的意识形态色彩,<sup>(1)</sup>因此如何将集体土地所有权完美地契合到传统

\* 清华大学法学院博士后研究人员,意大利罗马第二大学法学博士。本文得到“第53批中国博士后科学基金面上资助项目”,以及2006年度教育部“新世纪优秀人才”资助项目(主持人:龙卫球教授)的资助。特别感谢中国人民大学的朱虎副教授针对农地问题与笔者多次极具启发与建设性的讨论。

(1) 现代各国民法体系中并没有“集体所有权”的提法。最相近的概念是“共有”和“公司所有权”。如果将“农民集体所有”理解为“社区农民共同共有”,在农民集体所有这种共有关系消灭时,就要确定农民各自应得的多少份额。毫无疑问,这种土地所有权份额的确定是对农民个人拥有土地所有权的肯定,也就是承认了土地所有权的私人所有,这是与公有制理论相冲突的。而如果集体所有权隶属于公司所有权范畴,农民们享有的只能是股权,而没有公司财产的所有权,它也不属于民法所有权的概念,况且股份公司所有制是在个体绝对自愿的基础上成立的。因此有学者将“集体所有权”比喻为是一个产权怪胎。参见于建嵘“农村集体土地所有权虚置的制度分析”,载蔡继明主编《论中国土地制度改革》,中国财政经济出版社;刘承晔《产权与政治:中国农村土地制度变迁研究》,法律出版社2012年版,第41页。

物权的体系框架中,成为我国法律学者热衷于挑战并勤于耕耘的一个课题。然而其中的症结与难点在于,集体土地所有权并非单纯是私法层面上的一种私权架构,而是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,并意图通过“集体所有权”这一制度设计一举实现上述三重功效。因此,区分和厘清“集体土地所有权”所承载的这三重功能属性,是落实十八大三中全会公报精神,解决现今农村土地问题的理论前提。

另一方面,集体土地制度所呈现的本土化特色,使之很难在近现代比较法上寻得可资借鉴的样本。回溯到罗马法上,学者们的目光多聚焦在与西方法典化运动中确立的绝对所有权有着承继关系的“市民法所有权”(dominium)或“所有权”(proprietas)概念<sup>(2)</sup>或者流连于颇具特色的公有土地(ager publicus)制度之上<sup>(3)</sup>而几乎遗忘了罗马法前期最为重要的土地归属类型——氏族集体所有土地制度<sup>(4)</sup>。本文意图通过简要介绍罗马氏族集体土地制度的产生、分化与衰亡的历史图景,使之成为比较法意义上研究我国农村集体土地所有权的一个制度范本。移情与理解这一远古且消亡的集体土地类型,并非沉湎于对历史的“温情与敬意”<sup>(5)</sup>而是从彼时彼刻的历史中,求解集体所有这一归属类型存在的“实质性缘由”,通过审视罗马氏族“集体所有”模式遭市民法弃用而逐渐衰亡的嬗变历程,对比氏族集体土地与我国农村集体土地所有权趋同的多重功能面向,为探寻和变革我国农村集体土地制度提供些许有益的启示。

## 二、氏族集体土地的历史图景

### (一) 建城之初占据统治地位的氏族集体土地

土地的归属问题,必须在耕种农业和定居生活成为古代民族的常态生活方式之后,才具备探讨的可能性和现实性。罗马建城以前的很长一段历史岁月,畜牧业和粗放式耕作农业构成拉丁世界基础的经济形态,在这种经济形态中,土地归各“氏族”这种具备主权特征的组织集合体所掌控,称之为“氏族集体土地”(ager gentilius)<sup>(6)</sup>它们由氏族全体成员(gentiles)所有,体现出“集体性”的特征<sup>(7)</sup>并主要表现为“公共牧地”(ager compascuus)这种利用模式。<sup>(8)</sup>

(2) 参见汪洋“罗马法所有权概念的演进及其对两大法系的影响”,载《环球法律评论》2012年第4期。

(3) 参见汪洋“罗马法上的公有土地制度”,载《比较法研究》2009年第4期。

(4) “氏族集体土地”是罗马法上最为古老的一种土地所有形式,它始于罗马建城之前,跨越整个王政时期和共和国前半期而趋于衰亡,在共和国后期依然有其他形式的存在。由于集体土地制度没有在古典法以及优士丁尼法的《学说汇纂》中留下太多痕迹,因此这种土地所有类型并不为现代法律学者所熟知,大多数留存至今的古典文献的作家,譬如李维(Livius)、阿庇安(Appianus)、普鲁塔克(Plutarch)、狄奥尼修斯(Dionisio)以及西塞罗(Cicero)等,都生活在公元前1世纪到2世纪之间,这一时期氏族集体土地也基本消亡,因此素材的匮乏大大增加了古典作家论述的难度及其不确定性。幸而尼布尔(Niebuhr)、摩尔根(Morgan)、蒙森(Mommsen)到德·马尔蒂诺(De Martino)、塞劳(Serrao)、卡博格罗西(Capogrossi)等一批近现代学者,以还原罗马早期的经济发展水平和社会政治制度作为研究基础和背景,对于氏族集体土地制度得出了一些有价值的研究成果。但终因年代过于久远以及第一手资料的匮乏,使得该论题存在着太多的空白有待填补。

(5) 谢鸿飞《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版,第10章。

(6) 本文在论述罗马土地制度时所采用的“私有”、“集体所有”等术语,与近现代以来的同称谓的术语的内涵有一定区别。罗马王政和共和国时期只是一个制度起源的时代,在这个阶段罗马法学还没有发展起完善的表达归属的概念,而只有这样一种观念:对特定的、单个的物行使特定权力所具有的非常具体的资格。本文虽然采用“集体土地”等表述方式,但只是为了方便表达在土地和使用人之间建立起来的一种事实性关系。

(7) Francesco De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979, p. 7.

(8) Feliciano Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, pp. 44-47.

随着精细化耕作农业比重的增加,以及一夫一妻制度的确立,在氏族内部逐渐诞生了“自有法家庭”这一社会单位,氏族集体土地上开始出现了为单个家庭的利益而占有和使用土地的事例,并由此开始区分氏族集体占有的土地和单个家庭占有的土地。换言之,氏族集体土地的使用权开始分散。那么可否将单个家庭占有的土地定性为“私有土地”?传统主流观点认为真正意义上的私有土地起始于罗马建城后第一位国王罗穆卢斯(Romulus)向全体市民分配的2尤杰里土地,即“世袭地产”(heredium)。(9)而彼时氏族内的“自有法家庭”对一定份额的氏族集体土地仅仅构成利用关系,而非排他的归属关系。

另一方面,“门客”(clientela)逐渐成为氏族内部的一个附属阶层。(10)最初每个氏族内部的门客人数不多,可能只有几百到上千人,他们并不能完全替代氏族成员自身在集体土地上的劳作,充其量只是起到协助作用。(11)然而随着门客数量的增多,大部分氏族集体土地都交由门客代为耕种,同时作为对门客的劳作、忠诚以及依附的回报,氏族会授予门客部分氏族集体土地的利用权限,这些土地归门客个人利用和支配。这种模式被19世纪的学者们称为氏族集体土地上建立的“封建”体制。在早期,门客的忠诚是针对整个氏族组织,而非氏族内单个家父。(12)

罗马自氏族联盟过渡到城邦(Civitas)之后,在土地领域发生了两个历史性的事件:其一,部分氏族土地在名义上划归城邦即“罗马人民”(Populus Romanus)所有,这些土地与罗马在扩张战争中从拉丁人、埃特鲁斯人那里夺取的土地一起,构成了最初的“罗马公地”(ager publicus);其二,从罗马第一位国王罗穆卢斯(Romulus)分配给每位市民两尤杰里土地作为“世袭地产”(heredium)开始,出现了“私有土地”的概念。不过在王政前期,大部分土地依旧掌控在氏族这个集体共同体手中。(13)因此,罗马建城初期的土地状况是同时存在“氏族集体土地”、“公有土地”和“私有土地”三种土地类型,它们之间发生了复杂而有趣的互动,但氏族集体土地依旧构成了王政时期罗马土地的主要部分。(14)

虽然在建城之初,每个氏族各自让渡给城邦部分集体土地构成公有土地,但仅仅是名义上对土地归属的让渡,事实上绝大多数这类公地仍然掌握在各氏族贵族手中,与集体土地并无二同。德国法学家耶林便认为,早期罗马公地的实际主人并非属于罗马人民,而是属于各个氏族所有;(15)罗马征服外族时获得的土地,除了小部分分配给平民成为私有土地,根据古老的习俗(mores)大部分也都交由氏族贵族占有利用。(16)因此从占有与利用土地的实际效果来看,公地与氏族集体土地都被控制在氏族贵族手中。换句话说,截至公元前5世纪,公地和氏族集体土地并非两种能区分清楚且表现形式迥异

(9) Varrone, *De Re Rustica*, 1.10.2, 中译本参见[古罗马]瓦罗《论农业》,王家绶译,商务印书馆1981年版,第40页。

(10) 贵族的氏族组织形式建立在两个基础上,即对大片氏族土地的控制以及对大量门客的控制,这两者之间有着紧密的联系。

(11) Francesco De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, p. 20.

(12) Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, La Sapienza, 1994, pp. 4, 25 ss.

(13) 氏族联盟建立城邦并不意味着氏族的所有土地都变成了公地,因为城邦虽然是各个氏族的联盟体,可是这不代表氏族放弃了其所有土地的归属,它们依旧为了城邦的利益占据和利用土地。Cfr. Feliciano Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 285.

(14) Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 121 ss.

(15) Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, p. 116 - 117.

(16) 为什么只允许贵族占有公地,一种解释认为,这种排他建立在法律基础上,即平民在最初不属于城邦(civitas)和库里亚(curiae)成员;另一种解释认为,并不是因为平民的地位较贵族低下,而是因为他们贫穷,因为占有公地需要大量耕种工具,才能够保证公地得到经济的利用,而只有贵族和平民的富裕家庭才有经济实力提供大量土地所需要的耕种工具。Cfr. Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di roma*, p. 300 ss, Alberto Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Editore Torino, p. 22 ss.

的土地类型,它们的区分是历史的而非逻辑的。<sup>(17)</sup>

而且氏族集体土地与公地之间的转化也是双向进行的:一方面,氏族让渡给城邦的集体土地被转化为公地;另一方面,也存在许多公地转变为氏族集体土地的情形。例如把战争夺取的部分公地补充给氏族作为集体土地;氏族贵族长期占有使用某些公地并且将其与氏族集体土地相混同;以及城邦划拨出部分公地分配给投奔罗马城邦的外来氏族作为其集体土地。<sup>(18)</sup> 这些形式都构成了氏族集体土地的来源。

## (二) 市民法体系对氏族土地“集体所有”模式的摒弃

自王政中后期开始,曾经盛极一时的氏族集体土地开始走向衰亡。究其根本原因,在于古老的氏族组织自身,在城邦自上而下以及氏族内的“自有法家庭”自下而上的夹击之中,逐步丧失了自身独立自主的政治权力而走向消解。<sup>(19)</sup> 这一变迁体现在土地上,就是氏族集体土地被罗马公地与私有土地所瓜分瓦解的过程。

这一过程自罗穆卢斯进行公地的私人分配开始,同时氏族集体土地的内部分配也是早期私有土地的重要来源;<sup>(20)</sup>到了公元前6世纪,塞尔维乌斯(Servius Tullius)改革中进行财产普查,并在此基础上划分五个等级。<sup>(21)</sup> 因为铸币出现在公元前3世纪以后,所以大多数学者认为,塞尔维乌斯的财产普查是按照私有土地面积的多寡来划分公民等级的,塞尔维乌斯政治体制建立在私有土地所有权的基础上,并通过将门客纳入市民阶层,构建起一统的“贵族-平民”国家。由此,私人土地所有权作为一个中心要素,不仅仅开始出现在罗马市民法体系中,还成为城邦政治规范的一种宪政性要素。

随后在公元前456年,城邦制定《关于分配阿文蒂诺山公有土地的伊其利乌斯法》(Lex Icilia de Aventino publicando),将阿文蒂诺山的土地分配给平民以供建造住房,<sup>(22)</sup>使得平民阶层的私有土地形成规模;在公元前396年,城邦又将通过战争获得的维爱(Veio)地区土地以每人7尤杰里的面积平均分配给每个罗马市民,<sup>(23)</sup>作为一个阶段性的事实,标志着市民法所有权的私有土地模式已经成为罗马土地利用和组织的主要模式;<sup>(24)</sup>最终在公元前367年,城邦颁布了《李其尼乌斯和塞提乌斯法》

(17) Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, p. 49 ss.

(18) 根据古代作家的叙述,克劳迪氏族(Claudius)携带其亲人、朋友及门客迁到罗马,罗马城邦将阿尼奥河(Aniene)外的公地分配给该氏族作为氏族土地。在普鲁塔克版本的叙述中,克劳迪氏族的5000名成员各分得2尤杰里私有土地以及一定数量的氏族集体土地,同时单独分配给克劳迪本人25尤杰里土地。而在狄奥尼修斯版本的表述中,罗马分配的土地不属于私有土地,全都归于克劳迪氏族的集体土地。Cfr. Liv. 2.16.5; Plut. Publ. 21.10; 中译本参见[古罗马]普鲁塔克《希腊罗马名人传》,席代岳译,吉林出版集团2009年版,第199页; App. Hist., 1.12; 中译本参见[古罗马]阿庇安《罗马史》上卷,谢德风译,商务印书馆1997年版,第27页; D. H. 5.40.3. anche vede Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, pp. 33-34.

(19) [意]德·马尔蒂诺《罗马政制史》,薛军译,北京大学出版社2009年版,第20页。

(20) 这两种土地授予行为都大致始于建城之时,并延绵于整个王政时期和共和国前期。除了罗穆卢斯的首次分配之外,狄奥尼修斯和普鲁塔克记载了第二位国王努玛(Numa)把罗穆卢斯在战争中征服的土地分给无地的平民,在公地和私有土地边界设立界石并且制作地籍册;第三位王图留斯·奥斯蒂里(Tullo Ostilio)也向无地市民按人头分配公地;西塞罗记载了第四位王安科·马尔兹(Anco Marcio)将其征服的土地分配给市民;李维记载了第六位王塞尔维乌斯·图里斯(Servius Tullius)将“从敌方夺取的土地”(agrum captum ex hostibus)以“按丁分配”(viritim)的方式分给平民以博得拥护。Cfr. D. H. 2.62.3-4, 2.74.24; Plut. Numa, 2.16. 中译本参见[古罗马]普鲁塔克,《希腊罗马名人传》,第133页; Cic. De Rep. 2.18.33, 中译本参见[古罗马]西塞罗:《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆1999年版,第69页; Liv. 1.46.1, 中译本参见[古罗马]李维《自罗马建城以来》,王焕生译,中国政法大学出版社2009年版,第53页。

(21) Liv. 1.43.1-8, [古罗马]李维《自罗马建城以来》第49页。D. H. 4.15.6.

(22) D. H. 10.32.2; Liv. 3.31.1. [古罗马]李维《自罗马建城以来》,第111页。

(23) Liv. 5.30.8. [古罗马]李维《自罗马建城以来》,第189页。

(24) Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, pp. 136-137 ss.

(Leges Licinia Sextiae) 通过直接限制个人占有公地的面积的方式,<sup>[25]</sup> 间接承认了私人在土地利用上的中心地位。氏族内部的“自有法家庭”(familia proprio iure) 已经取代了氏族本身, 成为了财产的归属主体和公地利用中的主角, 如筹建百人团所进行的财产调查, 针对的对象是家父, 而非氏族。氏族土地除了“公共牧地”(ager compascuus) 未被分配给氏族内的“自有法家庭”之外, 其他用于耕种的氏族土地完全归属于单个“自有法家庭”的家父, 而与氏族组织之间断除了直接联系, 丧失了原本的“集体性”特质。<sup>[26]</sup>

“自有法家庭”的完全扩展与氏族体制中的集体性特征之间无法调和。在法律意义上确立了“自有法家庭”而非“氏族集体组织”在公地占有和利用中的主角和权利人地位, 是《李其尼乌斯和塞提乌斯法》的真正革新之处, 从这之后氏族组织基本淡出了罗马政治经济体系, 在叙述公元前4世纪历史的古典文献中氏族集体土地已经基本消失。残留的氏族集体土地遭遇了两种结局: 或者被分配给氏族内家庭; 或者被纳入公地的管理体制。在后者, 原先的“氏族首领”(princeps getis) 对集体土地的管辖支配权, 转变成为对公地的占有和使用权, 在实质上同占有其他公地并无二异, 但在形式上反而丧失了原本保障力度更强的“所有”名分, 而被纳入到稍逊一筹的占有规则下进行保护。在此政治经济背景下, 尼布尔否认了《李其尼乌斯和塞提乌斯法》所呈现的“人民性”(popolare), 他认为这部法律是对所有权实质意义上的侵犯。<sup>[27]</sup>

在共和国中后期开始构建“市民法所有权”规范时, 鉴于氏族自身的衰亡, 法学家们并没有采纳“氏族集体土地”所呈现的“集体所有”模式, 而是果决地采用了“个体所有权”这一法律模型, 可以说市民法体系完全排斥了氏族这个古老的角色, 从法律层面切断了氏族与土地之间的最后一丝联系。至此往后, 无论是公地的利用, 还是分配给私人的土地(ager divisus et adsignatus), 涉及的所有权主体都是“家父”(pater familias) 或者单个的市民, 而不论他们隶属于某个氏族。<sup>[28]</sup> 至共和国中期以后, 古老的氏族集体土地已经了无踪迹, 仅仅残存一部分“公共牧地”。

在共和国中后期氏族集体土地逐渐退出世人的视野之后, “集体土地”作为一种区别于公有和市民私有的归属类型, 随着罗马的殖民历程, 又有了新的发展, 表现为“殖民地分配”<sup>[29]</sup> 而形成的“殖民地市镇集体土地”。根据土地用途的不同, 市镇集体耕地多采用“赋税田”(ager vectigalis) 这一形式; 而非耕地则采用“公共牧地”(ager compascuus) 或“公共林地”的形式。<sup>[30]</sup> 此外, 许多罗马眼中的蛮族在被征服之前, 也存在一定面积与罗马氏族集体土地类似的集体土地供共同体内部成员共同使用,<sup>[31]</sup> 这些土地在罗马征服并殖民以后, 依旧保留原有的集体土地用途和性质。

[25] App. Bell. Civ. 1. 8. 中译本参见[古罗马]阿庇安《罗马史 下卷 内战史》,第8页; Plut. Ti. Gr. 8. 1-4. 中译本参见[古罗马]普鲁塔克《希腊罗马名人传》,第1477页; Liv. 6. 35. 5. 中译本参见[古罗马]李维《自罗马建城以来》,第249页。

[26] Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, p. 20 ss.

[27] Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, pp. 52, 109 ss.

[28] Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, p. 21 ss.

[29] See *Frontinus* 4. 34-5; *Agennius Urbicus* 36. 6-8; *Commentum* 62. 30-1.

[30] Feliciano Serra, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima parte, p. 304 ss.

[31] Alberto Burdese, *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nella loro implicazioni politiche tra 4 e 3 secolo a. C.*, BIDR27, p. 56 ss.

### 三、集体土地所有权的三重功能属性: 罗马与中国的比较分析

#### (一) 作为治理工具的集体土地: 政治性的渐退

无论是我国农村集体土地还是罗马氏族集体土地所有权,其产生的实质性缘由,都在于这是一种公法领域的政治性安排,而非意思自治基础上的自发产物。<sup>(32)</sup> 在“氏族”成为罗马政治生活基本单元的很长一段时期,氏族集体土地作为氏族这一政治单元的主要治理工具,一直服务于政治性目的,这一特征在法学层面上被古典法学家表述为“支配权”(mancipium)与“要式物”(res mancipi)等概念。“支配权”是罗马法最早表达“所有权”权利内涵的概念之一,罗马法学家彭梵得在此概念基础上创设了“所有权的集体性与政治性理论”,根据该理论的阐释,氏族集体土地的归属关系类似于后世的日耳曼所有权,体现为以“氏族”(gens)或父系家族为中心的集体所有特征,是针对土地而产生的、封闭而独立的、不受限制的、永久性的“主宰”(signoria),它排斥任何限制与外来的影响,吸收一切添加进来的东西,有着神圣的边界(limites),就像城邦有自己的城墙一样,<sup>(33)</sup> 所以在这个层面上具有一定的“主权”(sovrانيتà)特性,土地所有与“地域主权”等量齐观,土地即为主权性的领地,以及氏族治理权力之所在。可以说在“支配权”上体现出了公法上的权力(主权)与私法上的权利(所有权)的平行关系。

集体土地的这一治理特性也在罗马共和国时期的“市民法所有权”等概念中留下些许踪迹。罗马市民法上建构的私人所有权制度,保留了早期氏族集体土地所有权中“主权”特性的痕迹,<sup>(34)</sup> 它所具备的诸多特征,如绝对的内部独立性、添附理论、免征土地税等,恰恰是早期土地归属具有政治性结构的难以辩驳的证据——即氏族集体土地的制度安排不是为了纯粹的个体和经济目的,而更多地是与氏族组织的自治与存亡相关,是通过土地对整个团体内部进行治理,所以它不可能体现为一种个体私有性质的归属关系。<sup>(35)</sup>

我国农村的集体土地所有权,与罗马氏族集体所有土地相同,最初也是服务于政治层面,是政治体制中的集体公有制在法律层面制度化的结果,因此它首先是从《宪法》关于所有制的第十条中得以确认与合法化。但是罗马氏族集体土地的政治性含义侧重的是氏族这种集体独立于城邦的公法权力,强调氏族这一集体的“自治”与“自卫”能力。而我国的集体所有截然相反,就其实质来说,集体经济从来不只是农村社区内农户之间的权利合作关系,它的制度基础最初不是私人之间的一种合约,而只是国家控制农村社会与经济的一种形式。土地的集体所有并不仅仅反映一种单纯的经济关系,作

(32) 《物权法》第五章标题把所有权分为国家所有权、集体所有权与私人所有权三大类别。可“集体”(Collective)与“私有”(Private)从来都不是一组对立的范畴。与“集体”(Collective)相对立的是“个体”(Individual);与“私有”(Private)相对立的是“国有”(State)。从来不存在非公非私的“集体”:一个人所有是私有(Private),如果一万个人自由结成民间性集体,例如农会、民间合作社和股份公司,那也是私有(西语private原本就有“民间的”“非官方的”之意,并不仅指个人或自然人所有),或者更准确地称之为“民间集体”(Private Collective)。参见秦晖“集体地权应增加退出和加入机制”,载《国土资源导刊》2009年第11期,第51页。

(33) [意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第149页。

(34) 同注19引书,第20页。

(35) 如果不接受关于所有权的政治性解释的观点,就很难理解为什么在相当晚近的时期,当社会性的需要不仅仅本身变得很显著,而且这些需要还从习俗和监察官的干预中获得保障时,所有权的严厉的个人主义的特征仍然得到维持。如果没有早期社会历史中根深蒂固的结构上的理由,要改变所有权的法律体制,使之适应为法律意识所承认的需求,应该不是很难。参见注19引书,第19-22页。

为一种地权划分方式,它是种种复杂的权力关系的一个集结,反映了国家对于农村启动全面治理的过程。<sup>(36)</sup>而且从制度变迁的角度看,虽然以生产队、大队和公社三者为土地所有者的集体组织形式在经济层面的表现不尽如人意,而且因为由国家强制推动而缺乏灵活性和多样性,但它确实在中国农村中创造了一种全新的超越家庭亲属关系的基础组织结构及其治理模式。<sup>(37)</sup>

事实上,集体所有并不注定意味着是一种较为宽松的国家控制形式。集体所有与国家所有的真正区别,在于国家支配和控制前者但并不对其控制后果负直接的财务责任。概言之,集体所有权既不是“共有的、合作的私有产权”,也不是纯粹的国家所有权,它是由国家控制但由集体来承受其控制结果的一种农村社会制度安排和治理模式,此种制度安排的基础不是拥有所有权的私人之间的一种合约。<sup>(38)</sup>

在罗马,集体土地所有权政治性的渐退与私权内涵的增强,是伴随着整个社会的政治经济重心从氏族向城邦转移的过程中实现的,在这一过程中氏族集体自身被逐渐耗尽瓦解,氏族作为一个治理的基本单元不复存在,因此伴随而来的是氏族对集体土地控制力的降低,以及城邦控制土地的力量日益强大。我国的情形则恰恰相反:农村集体土地所有从一种政治安排和治理模式,转变为具备实体权利义务关系的法律规范与经济制度,是伴随着国家权力在乡村的逐步退却,以及农村集体组织自身的实体化而得以实现。从治理的角度观察,建国后中央政府权力通过“科层制化”或“官僚化”(bureaucratization)进程而极度扩张,在县以下设立更加复杂的乡镇一级行政机构,国家权力比过去任何朝代都更加深入乡村。<sup>(39)</sup>

而随着我国工业化与市场经济的发展,农业在国民经济中的比重大大下降,国家控制乡村的欲望减弱。自80年代末推行村民自治后,初步确立了乡村社会“乡政村治”的二元管理体制,即乡镇按照国家行政权力的运作方式组成基层政权,乡镇以下设立村民委员会实行村民自治,乡村之间不是行政上下级和直接的领导关系,而是指导关系,由此重新定位了国家权力与社会权力的边界,农村基层组织由“行政细胞化”向“法律细胞化”转变,由准行政组织向自治组织转变。<sup>(40)</sup>从利益分配的角度看,即为了缓解基层政权与村社共同体之间的利益冲突,国家通过“村民自治”这一手段寻求在基层政权和村社共同体之间建立共同的利益关联结构。<sup>(41)</sup>这种利益关联结构的重建,对于集体土地制度背后的治理策略以及具体规则的设计产生了重要的影响:基层政权的角色定位已经发生变化,国家在通过各种社会保障方式增强对于村社共同体成员保障的基础上,将基层政权的功能限制在公共服务功能之上,它只能在村社共同体成员自愿的基础上进行集体利益的维护。

(36) 赵晓力“通过合同的治理——80年代以来中国基层法院对农村承包合同的处理”,载《中国社会科学》2000年第2期,第120-133页。

(37) [英]罗纳德·科斯、王宁《变革中国:市场经济的中国之路》徐尧、李哲民译,中信出版社2013年版,第76页。

(38) 周其仁“中国农村改革:国家和所有权关系的变化——一个经济制度变迁史的回顾”,载《管理世界》1995年第3、4期,第178页以下。

(39) 黄宗智“集权的简约治理”,载《中国乡村研究》2007年第五辑,第1-23页。

(40) 刘金海《产权与政治:国家、集体、农民关系视角下的村庄经验》,中国社会科学出版社2006年版,第179页。

(41) 如此一来基层政权治理权力的授权来源由此就又转移到村社共同体成员之上,这有利于扭转基层组织管理者与村社共同体成员的结构利益分离甚至冲突状况,重建它们的利益关联结构。另一方面,基层政权对于集体土地的控制意味着享有对于村社共同体的治理权力,这样国家对于村社共同体的一系列政策才能贯彻下去。因而必须保留作为发包方的乡村基层政权对于集体土地的一定控制权,使得基层政权享有治理权力以辅助国家对于村社共同体的治理。参见朱虎“土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角”,载《中国法学》2010年第2期,第70-80页。

与治理结构的转变相匹配的,便是在集体所有土地上进行具体的法律规范制度的构建,尤其是土地承包经营权等一系列集体土地利用制度的完善,事实上弱化和“剥夺”了基层政权对土地资源的控制权,它使得土地集体所有制——实际上是土地的基层控制——进一步虚化,变成基层政权不能控制的国家所有和农民经营的合一。各种承包合同制约了基层政权利用土地获利的能力,这一变化触及到基层政权存在的基础——集体对于资源的控制权与分配权,而这是基层财政备有周转余地的重要条件。<sup>(42)</sup>

## (二) 作为生存保障工具的集体土地: 成员身份为预设前提

除了作为国家的治理工具之外,我国农村集体土地与罗马氏族集体土地上共存的一个预设前提,是集体土地之“集体”内部成员身份的固定化,以及集体土地自身所承载的生存保障功能。

罗马氏族集体土地的主要成因就在于,氏族并非是单纯的经济目的形成的共同体,而是一个“身份固定”的成员组成的集合体,这种共同体中“土地”与“成员”两大要素都是相对固化的——氏族土地属于氏族共同体成员集体所有,氏族成员一般情况下无法在氏族之间自由流动——这是氏族集体土地制度的两个预设前提。

与氏族集体土地的保障功能相匹配,在法律层面上罗马法也区分出两种基本的“物”的类型——代表社会团体利益的物和代表个体利益的物——“要式物”(res mancipi)与“略式物”(res nec mancipi)。氏族集体土地就是早期“要式物”中最重要的一种类型。这是整个罗马古典法时期最为基础的一种物的划分,直到拉丁世界发生危机为止。<sup>(43)</sup> 两者的区分标准,是在当时的经济社会秩序下物所具备的社会功能。“要式物”关系到一个社会组织体及其自身内部成员的存续需求,表现为氏族土地这种集体和社会性的财产,对其归属的定义就是“支配权”(mancipium);<sup>(44)</sup> 而“略式物”最初仅限于家庭内部成员所有的动产,它的功能与成员的生存保障无涉。<sup>(45)</sup> 因此这种区分与对立,并非是法技术的,而是经济和历史层面的。<sup>(46)</sup> 在罗马社会早期农耕为主的经济模式下,将集体土地确定为要式物,是因为这些土地在每一个以农业为生存之道的团体的存续中最不可或缺,而非简单地依据物的市场价格。<sup>(47)</sup>

我国与罗马的情形大致相似。集体土地所有权以及户籍制度的存在,在很长时间内强化了农民与集体基于土地上的身份关系。虽然通过《物权法》等法律推进落实了土地权利的物权化,促进了农民从身份到契约关系的转变,导致集体土地身份权属性的逐渐剥离和式微,但在我国现行立法上,这种身份属性依然随处可见,尤其体现在对于集体土地的利用方面,兹列举于下:(1) 只有农村集体经济组织内部的家庭成员,方可在宜采取家庭方式承包的集体土地上设立土地承包经营权。<sup>(48)</sup> (2) 农村集体以外的单位或个人,承包农村集体土地需要经过集体组织成员同意。<sup>(49)</sup> (3) 承包方转为非农业

(42) 张静《基层政权乡村制度诸问题》,上海人民出版社2007年版,第275页。

(43) 同注33引书,第146页。

(44) Pietro Bonfante, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà roman*, in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1918, p. 22.

(45) Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà* 1, Milano, 1966, p. 211.

(46) “略式物”的范畴在帝国初期也扩展到行省土地之上。

(47) Luigi Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, Milano, 1969, p. 350-370.

(48) 参见《土地管理法》第14条,《农村土地承包法》第3条、第15条。

(49) 参见《物权法》第59条,《土地管理法》第15条,《农村土地承包法》第48条。



户口的,应当将承包的集体土地交还给发包方。<sup>(50)</sup> (4) 土地承包经营权的转包,只限于转给同一集体经济组织的其他农户从事农业生产经营。<sup>(51)</sup> (5) 农村宅基地只能分配给本村村民,城市居民不得到农村购买宅基地。<sup>(52)</sup> (6) 土地承包经营权的流转,在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权。<sup>(53)</sup> (7) 以非家庭承包方式承包农村土地,在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权。<sup>(54)</sup> 集体土地所有权上表现出的这些身份属性被学者概括为“成员权”,包含自益权和共益权,集体成员通过自益权实现其收益,通过共益权来行使集体所有权,使得集体所有权的运行机制表现为民主性特征。<sup>(55)</sup>

与上述的身份属性相对应,我国农村集体土地所有权作为集体内部成员生存保障工具的一个重要体现和首要价值目标,就是土地利用的平等性以及实践中均分的倾向。<sup>(56)</sup> 这也是“成员权”的应有之义:土地集体制度赋予村庄内部每个合法成员平等地拥有村属土地的权利,而集体组织及其成员身份存在的一个主要目的,就是保证这些公共福利的均等性。<sup>(57)</sup> 这一保障功能在具体立法上体现为:《农村土地承包法》规定任何集体经济组织成员都有权承包本集体土地,任何组织和个人不得剥夺和非法限制组织成员承包土地的权利,即发包人负有强制缔约的义务;农村土地承包应坚持公开、公平、公正的原则;集体经济组织成员依法平等地行使承包土地的权利;在承包期内特殊情形下,发包方可以调整承包地;集体将可用于调整承包的土地承包给集体的新增人口。<sup>(58)</sup>

### (三) 作为市场化私权工具的集体土地

虽然集体土地在名义上的归属主体是某一集合体,对于土地的经济利用终究是要落实到每一个具体的土地耕种者。因此集体土地的个体利用者必然会对土地本身享有某种实质性的权利,无论这种权利的称谓为何。以罗马为例,氏族集体土地制度所具有的政治性归属与分散于内部成员的经济利用一起,在集体土地之上构建出一套“多重权力支配体系”——一方面,承认氏族集体组织依旧对内部分配的土地享有政治意义上的“管辖支配权”(signoria),由氏族首领(princeps)及氏族元老来控制,这是一种主体与土地之间的“事实”(fattuale)关系;另一方面,承认集体土地在经济和私法意义上的占有与利用已经被分配给氏族内自有法家庭和门客,体现出个体性特征,即土地的占有和利用是建立在“自有法家庭”体系之下而非氏族集体体系之下。<sup>(59)</sup>

伴随着政治重心从氏族转向城邦、个人主义的兴起以及法学家对所有权的主观权利改造,在土地所有领域,法技术层面产生了强调私权内涵,更为抽象化的土地归属术语——“市民法所有权”(domi-

(50) 参见《农村土地承包法》第26条。

(51) 参见农业部2005年《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条。

(52) 参见国务院办公厅1999年《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》第2条,国务院办公厅2007年《关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》第2条。

(53) 参见《农村土地承包法》第33条,最高人民法院2005年《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11条、第19条。

(54) 参见《农村土地承包法》第47条。

(55) 崔建远《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第394页。

(56) 刘俊“中国农村土地承包经营法律制度研究”,载自蔡继明、邝梅主编《论中国土地制度改革——中国土地制度改革国际研讨会论文集》,中国财政经济出版社2009年版,第87-114页。

(57) 同注42引书,第102页。

(58) 参见《农村土地承包法》第5条、第7条、第18条、第27条、第28条。

(59) Luigi Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, p. 40 ss.

nium ex iure Quiritium), 以及更晚期的“所有权”(proprietas)。(60) “市民法所有权”这一概念中包含的“根据奎里蒂法”(ex iure Quiritium)这一限定语,表明到了“市民法所有权”阶段,归属的认定从公法政治性宣示转向一种私法层面的“合法性”的评判。随着氏族这一组织体的衰弱,对个人价值而非氏族利益的保护,使得归属模式中的经济性内容日益凸显。“市民法所有权”这一术语最初就是对应地役权(iura praediorum)与用益权(usus fructus)等他物权性质的土地权利而被使用。(61) 近代法典化运动继受的另一表达归属的术语 proprietas,在《学说汇纂》中也多与用益权或占有等术语相对应出现,构成一种“用益物所有权—用益权”(proprietas - usufructus)的对立结构。(62) 至此,土地所有权中的公法色彩基本消失殆尽,成为了一个纯粹私权的概念。

我国的现实情况是,农村的集体土地,已经从解决农民吃饭生存问题的保障工具,逐渐转向为农村扩大经济产出最为重要的市场要素。在国家财政建立的农村社会保障体系逐步完善的背景下,集体土地的生存保障功能正在逐步弱化乃至涤除。2006年中共中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确提出“逐步建立农村最低生活保障制度,有条件的地方探索建立多种形式的农村养老保险制度。到2020年基本建立覆盖城乡居民的社会保障体系。”目前,农村新型合作医疗和最低生活保障制度已经在全国范围内广泛实现。(63) 可以预见到,未来随着农村社会保障体系的建立完善,集体土地上承载的保障功能终将消解,集体土地所有权会向着完全的财产性权利演化。(64) 中共第十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》已经提出,“赋予农民更多财产权利。积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。建立农村产权流转交易市场,推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行。”这些都预示着土地权利市场化是下一步的改革方向,与此相对应,《决定》还把“要建立城乡统一的建设用地市场”这一政策导向放在了“建设统一开放、竞争有序的市场体系”章目之下。

在集体土地所有权私权化的过程中,除了通过出台《物权法》等一系列法律规范,将农民在农村集体土地上享有的一系列经济权益明确物权化之外,对于集体所有这个概念本身,立法上也有意识地进行微妙而重要的修正:与《宪法》第10条、《民法通则》第74条以及《土地管理法》第8条把我国农村集体土地的所有权人限定为“集体”或“农民集体”不同,2007年实施的《物权法》第59条第1款第一次明确了“集体成员”亦为集体所有权的主体,由此被学者解读为,我国立法上确认了“集体所有权主体的复合结构”:集体+集体成员。(65) 如此一来,集体土地所有权的政治意义或公法上的主体依旧为“集体”自身,而私法上的主体则明确为“集体成员”,以便从法技术上解决集体所有权的主体虚化问题。

不过仅就法律逻辑推理而言,“集体”毕竟不同于“集体成员”,二者是不同的民事主体。“集体”

(60) L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, p. 124, 186.

(61) L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, pp. 494 - 497.

(62) Stefania Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, 2010, p. 74.

(63) “在试点五年内,将新型农村合作医疗制度实现全覆盖,各级财政对参合农民的补助由2003年20元每人每年提高到2012年240元每人每年。截至2011年底,参合人数达到8.32亿人,政策范围内住院费用报销比例达到70%左右。新型农村社会养老保险经过3年试点,与城镇居民社会养老保险同时在全国范围内启动制度全覆盖,1亿多城乡老人按月领取国家发放的基础养老金。”参见“中央财政‘三农’投入稳定增长保障机制逐步形成完善”,载“中华人民共和国财政部网站”2012年10月25日相关报道。

(64) 王菊英,“土地家庭承包经营权继承问题论析”,载《肇庆学院学报》2010年第1期。

(65) 同注55引书,第392页。

作为所有权的主体,该所有权的主体是单一的,即个体所有权;而“集体成员”作为所有权的主体,该所有权的主体是复数的,在民法上隶属于“共有”的概念。在通说将集体所有权作为单独所有权看待的背景下,称“集体”和“全体集体成员”一起作为集体所有权的主体,在逻辑上存在障碍。<sup>(66)</sup>

#### (四)“成员权”与“公民权”:保障功能与市场机能的冲突和协调

在我国农村集体所有土地与罗马氏族集体土地的制度结构中,都隐含着—个双重身份问题——之于罗马,是氏族成员与城邦市民身份的重叠;之于我国,则是成员权(membership)与公民权(citizenship)的重叠。这一双重身份造成的抵牾状态,实际上反映了两种身份背后,集体土地上的保障功能与市场机能之间的冲突。

在这个层面上,对于氏族集体土地制度兴衰的评判与反思,可以放在罗马彼时的历史背景之下展开:伟大的罗马,正是通过土地制度的逐步构建,尤其是氏族集体土地的瓦解与土地私人所有和利用的完善,促使这个原本以人身血缘关系为基础的氏族联盟体制,过渡到以土地和财产为基础的城邦政治体制,并为罗马下一步从城邦到帝国的扩张历程,打下了坚实的制度基础。

在罗马建城之初,城邦的社会性特征大于政治性特征,以人身关系为基础而不是以地域为基础。氏族、库里亚和部落之间的彼此关系,统统都是人身关系,我们所见到的只是一系列由个人、氏族、库里亚和部落所组成的层层集体,城邦需要通过这些组织来间接地实施治理。但是以氏族组织为根基无力建立起一个强大的国家基础,城邦需要一个以土地和财产而非人身关系为基础的组织形式,为下一步扩张铺平道路,城邦应该成为市民的共同体,而非氏族的联合体。<sup>(67)</sup>这一进程中必须付出的代价就是取消氏族、库里亚和部落的统治权,把氏族成员身份改造为市民身份,这就是王政时期第六位王塞尔维乌斯(Servius Tullius)改革的初衷。<sup>(68)</sup>这一进程体现了所谓“社会”与“城邦国家”的对峙,以及氏族成员与城邦市民身份的抵牾,其中“社会”(societas)以氏族和集体土地为其基础,而“城邦”(Civitas)以公有土地和私有土地所有权为其基础,后者正在逐渐取代前者。这种变化不是剧烈的,而是逐渐的,从罗穆卢斯开始,迄至塞尔维乌斯时代大体完成,期间大约200年。<sup>(69)</sup>百人团大会和市民军队的形成,是古罗马政制发展中的一个重要时刻,两者都揭示了这个统一的城邦结构正在超越古代的氏族联盟体制。<sup>(70)</sup>私人土地所有权与市民身份两者,作为中心要素,不仅开始出现在市民法体系中,还成为城邦政治规范的一种宪政性要素。

我国的农村集体土地制度中,同样存在成员权与公民权两种身份的重叠与抵牾。以“外嫁女在原集体土地上权利是否收回”为例,<sup>(71)</sup>一方面,《农村土地承包法》第30条、《妇女权益保障法》第33条以及“中共中央办公厅国务院办公厅《关于切实维护农村妇女土地承包权益的通知》”等明确规定了,外嫁女在原集体土地上的权利属于正当权利,应当予以保护;另一方面,《村民组织法》、《土地管理法》又赋予村委会集体土地及其衍生利益的管理权。由于经济资源分配由村委会控制,它根据惯例将外嫁女的资格排除在福利分享之外,亦符合全体村民的利益,因而得到村民代表和村民大会的支持。村委会认为法律对外嫁女权利的承认完全是虚置,没有什么实际意义。是故,当村委会不办理也不承

(66) 同注55引书,第393页。

(67) [德]蒙森《罗马史》第一卷,李稼年译,商务印书馆1994年版,第23页。

(68) [美]摩尔根《古代社会》上册,杨东莼等译,商务印书馆1981年版,第319页。

(69) 同注68引书,第300页。

(70) 同注19引书,第95页。

(71) 具体内容参见注42引书,第296-301页。

认的时候,上级组织并没有实际的机制、行动、安排和动力强制之,只能“敦促”乡政府“应责令”村委会执行法律,至于对方是否执行则无法控制。对于外嫁女以及类似境遇的很多农民来说,他们的成员权与公民权并非互相支持,而是相互矛盾和抵牾的。对此行政级别高于村委会的县机构的介入也无济于事,它无法因为行政级别和地位影响村中福利资源的实际分配。这种情况将外嫁女至于这样的境地:她们被法律认可具有自由选择居住地的公民权利,但这一权利仅仅是象征和书面的,因为它无法体现为实际的权益。<sup>(72)</sup>许多学者建言农村集体土地国有化或土地私有化方案,就是试图通过消除集体这一中介,使农民直接与国家形成土地上的权利义务关系,解除农民与集体之间的身份关系,而仅留存农民针对国家的公民身份。在这一问题上,我国与罗马没有差别,土地国有化主张和私有化主张本身也没有差别。<sup>(73)</sup>集体成员身份的涤除,意味着农民由“身份”向“职业”的转变。<sup>(74)</sup>

实质上,强调集体成员身份性的独立,是为了实现其背后代表的保障和福利功能,如果保障功能不必要,则固定成员身份的意义也会消解大半。因此难点在于如何平衡集体土地上的保障功能与市场机能,这两者是基于完全不同的价值理念和制度基础进行构建的。在现阶段财政转移支付有限、农村社会保障体系尚未健全的前提下,集体土地上体现的生存和发展之间的矛盾仍未消除,立法者认为我国在短时间内既不可能由其它制度取代土地保障功能以实现最基本的社会公平,又不能完全不顾及土地制度的利用效率。这种矛盾心态在立法上就表现为,力图在确保农村土地保障目标的基础上,实现土地的市场效益。试图把两大价值目标放在同一个制度之中得以实现。例如《土地承包法》的立法目的是强调农村的保障与稳定,<sup>(75)</sup>而《物权法》则是以促进土地经济效益的发挥为出发点,以物权的自由流转为手段促进资源的合理配置,实现作为财产权的集体土地所有权及土地承包经营权所具备的市场机能。<sup>(76)</sup>

为了消解集体土地上保障功能与市场机能之间的矛盾,本文认为最重要的因素有两个,首先,按照生存保障的需要,在集体经济组织内部平等分配集体土地所有权的私人利用,通过这种具有身份性的初始分配处理好起点公平问题,起到政治取向与保障功能,着眼于解决农民的生存问题;其次,在初始分配之后,对于农民如何支配自己的保障性土地权利,除了以土地用途管制为中心内容的公共利益限制外,完全依照市场规则进行资源配置,促进物权化的土地承包经营权最大限度地自由流转和继承。因为根据科斯定理:在不存在交易成本的前提下,无论如何进行初始分配,都不会影响到最终的资源配置结果。<sup>(77)</sup>或者说土地的均分在不排斥事后的自由交易时,并不影响资源配置效率。<sup>(78)</sup>因此在自由流转阶段应强调效率取向与市场功能,着眼于解决农民的发展问题,并尽可能排除公权力的掣肘和管制。土地利用具有很强的外部性,它不仅仅是生产者个人的事,所以在任何阶段一律片面强调个人公平,损害了土地有效率的利用,对社会而言绝不是公平。土地只有流转起来,才能使生产者的

(72) 同注42引书,第300页。

(73) 同注56引文,第87-114页。

(74) 陈小君“农地法律制度在后农业税时代的挑战与响应”,载《月旦民商法》2007年第16期。

(75) 参见《土地承包法》第1条(立法目的):“为稳定和完善的家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益,促进农业、农村经济发展和农村社会稳定。”

(76) 参见《物权法》第1条“为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权,根据宪法,制定本法。”

(77) [美] 罗纳德·科斯《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译,格致出版社2009年版,第96页以下。

(78) 姚洋《土地、制度和农业发展》,北京大学出版社2004年版,第1-25页。

能力与其拥有的土地相匹配,才能真正实现公平与效率的统一。<sup>(79)</sup>

就二者关系而言,“初始分配”与“自由流转”的二阶段的区分与结合,恰恰使得生存保障和私权发展两大目标功能结合在一起。体现了土地对农民的保障和土地作为资本的双重性,<sup>(80)</sup>使得生存保障和经济发展两大目标分阶段完成,而不是将两种截然不同的价值理念与具体规则同时混同在一套农地制度之中。如此一来,可以将现有的农村集体经济组织改造成为具有合作性质的农民自愿型的松散结合体,即私权范畴内自由结合而成的“民间集体”(Private Collective),涤除集体所有土地上的身份性质。

## 四、结论

集体土地所有权糅合了公法层面的治理功能、生存保障功能以及私法层面的市场化私权功能,是具备三重功能属性的集合体,因此,分析集体土地所有权并对其进行改革的理论前提,是区分和厘清“集体土地所有权”所承载的这三重功能属性。

罗马氏族集体土地制度,是比较法上观察集体土地三重功能属性的绝佳样本。在罗马城邦建立初期,以氏族成员集体作为归属主体的氏族集体土地构成了罗马土地的主要部分,氏族集体土地作为氏族这一政治单元的主要治理工具,一直服务于政治性目的,体现了公法上的权力(主权)与私法上的权利(所有权)的平行关系。氏族并非是单纯的经济目的形成的共同体,而是一个“身份固定”的成员组成的集合体,对这一集合体的存续保障起到关键作用的氏族集体土地,被划归为早期“要式物”中最重要的一种类型。伴随着政治重心从氏族转向城邦,氏族这一治理单元的瓦解以及个人主义的兴起,氏族集体土地被罗马公地与私有土地瓜分殆尽,这种偏重于公法政治性的集体所有模式被市民法体系所摒弃而衰亡,私权层面的凸显经济内涵的个体所有模式取而代之。

我国的农村集体土地所有权也是三重功能属性混合的产物。集体土地是政治体制中的集体公有制在法律层面制度化的体现,是国家控制农村社会与经济的一种政治性安排的法律治理结构。它在很长时间内强化了农民与集体基于土地上的身份关系,以及把保障集体内部成员的生存作为首要价值目标,并强调土地利用的平等性。由集体所有模式带来了双重身份的重叠,在罗马表现为氏族成员与罗马市民、氏族社会与城邦国家的对峙,在我国则表现为作为村民身份的“成员权”与作为国家公民身份的“公民权”之间存在的事实性的抵牾。集体土地从治理和生存保障工具逐渐转变为具备实体权利义务关系的私权规范,是伴随着国家公权力在乡村的逐步退却,以及农村集体组织自身的实体化而得以实现的。立法上通过区分以社会保障为主要功能的地权初始分配与市场化功能为主的自由流转两个阶段,将现有的农村集体经济组织改造成为具有合作性质的私权范畴内自由结合而成的“民间集体”。

《物权法》的出台,进一步深化了集体所有的私权与经济内涵,对于集体所有概念本身也有意识地

(79) 可流转的土地产权能产生两种效应:边际产出拉平效应与交易收益效应。一方面,土地产权的自由流转能促使土地边际产出较小的农户将土地出租给边际产出较高的农户;另一方面,土地产权的自由交易能增加土地所有者找到土地需求者的概率,增加土地投资实现其价值的概率,进而提高农民进行土地投资的积极性,形成交易收益效应。因此应当尽可能降低农地产权的交易费用,取消对土地使用权流转的不当限制。参见钱忠好《中国农村土地制度变迁和创新研究(续)》,社会科学文献出版社2005年版,第260-264页。

(80) 参见注56引文。

进行了微妙而重要的修正,明确了除“集体”外,“集体成员”亦为集体所有权的私法主体,但这种处理在民法体系的逻辑推理上存在障碍。中共第十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中,一方面再次明确了“集体土地所有权”在我国农地制度中的基础性地位,另一方面要求赋予农民更多财产权利、建立农村产权流转交易市场等,预示着地权市场化的改革方向。

**Triple Functions of Collective Ownership of Land:  
Comparative Analysis Based on Chinese Rural Collective Land  
and Ager Gentilicius in Roman Law**

Wang Yang

**Abstract:** Chinese rural collective ownership of land and the “ager gentilicius” in Roman law are very similar, which combined three different functions and objectives: the governance functions, the social security functions, the property rights and market resource allocation functions. Rural collective land is legal political governance arrangements, which strengthens the status relationship between the farmers and the collective organization based on the land, and guarantees the survival of collective members as a primary value targets. Collective ownership of land also led to overlaps between “Membership right of Collective organization” and “Right of citizenship” as dual identity, which essentially reflects the conflict between social security functions and market mechanism in the collective land. In recent years, the collective ownership of land has gradually transformed into property rights, and legislation should distinguish “initial allocation” and “free flow” of the collective land as two stages.

**Keywords:** collective ownership of land; governance functions; social security functions; market resource allocation functions

(责任编辑:刘 馨)