

关于我国地上权法律制度若干问题的思考 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E6_88_91_E5_c122_483698.htm 关于我国地上权法律制度若干问题的思考 兼评《中国物权法草案建议稿》摘要：我国关于土地所有权制度和土地用途进行严格管制的国情决定了我国地上权法律制度必将广泛存在和高度发达。但令人遗憾的是，至今，这样一种独立、完整和成熟的法律制度尚未在我国建立，尽管我国这一制度经常在现行的土地管理、城市规划及房地产管理法律制度中有所反映。尽管目前正在进行的民法典立法工作将对诸如我国地上权名称、标的、取得方式等悬而未决的问题划个句号，仍有必要对这些问题进行探讨。本文仅是笔者对这些问题的一些看法。 The existence and prosperity of the system of superficies in China is destined by the actual situation of the Chinese land ownership system and the strict restrictions put on the use of the land. But the pity is that so far the legislature has not established such an independent, complete and mature system of superficies even which is often reflected in other laws, rules such as Land Administration Law, City Construction Planning Law, etc. Though the on-going legislation of Civil Code will soon give the end to the pending problems such as how to term superficies in Chinese, how to define and establish superficies in China and so on, that is still necessary to discuss them in details. Here are just some of my views as to these problems. 在我国立法及行政、司法实践中上没有使用地上权这一概念，但是却多处可见有关于地上权法律制度的影子¹。

事实上并不仅仅是影子，有关于地上权法律制度的规定已经发展得相当系统和全面。原因很简单，根据地上权是为了“在他人土地上有建筑物或工作物为目的而使用他人土地的权利”这一定义²，根据地上权制度的设立是为了充分利用土地资源，充分实现土地的价值这一初衷，根据我国960万平方公里土地的所有权仅为国家和农民集体所有以及我国实行严格的土地用途管制制度这一国情，在我国，任何单位或个人对土地的使用，如果是为了有建筑物、构筑物的目的，基本上只能是通过在国有土地和特定范围之内的农民集体所有的土地之上设立地上权来实现。我国关于土地所有权制度和土地用途进行严格管制的国情决定了我国地上权法律制度必将广泛存在和高度发达。事实上，我国现行的土地管理、城市规划及房地产管理法律制度在相当大的程度上就是我国地上权法律制度的反映。但令人遗憾的是，我国现行法中毕竟没有明确地承认地上权法律制度，从一个制度的角度讲，仍然尚不成熟。梁慧星老师所领导的中国物权法课题组在其受我国立法机关委托起草的《中国物权法草案建议稿》中专章对于地上权其建议名称为基地使用权进行了规定³，虽然该《中国物权法草案建议稿》只是为立法机关提供的一个参考方案，虽然现在立法机关决定不再单立物权法而是将物权作为《民法典》的一个组成部分，也已经是一大进步。在笔者即将定稿之际，喜闻《民法典》草案提交全国人大常委会审查。此次《民法典》草案在这么短的时间内出台，自然与立法机关的科学分工有关。虽然没有见到其草案，但相信在物权这一篇中必然有地上权法律制度之规定而且应当与《中国物权法草案建议稿》相关内容有相同之处。我国地上权法律

制度的成熟指日可待。然而基于自己的学习，对于《中国物权法草案建议稿》中有关于地上权的以下若干问题，笔者有不同的想法。试述并与学术前辈共同交流。

一、关于我国法律制度中地上权的名称界定

由于我国在立法及行政、司法实践中上没有使用地上权这一概念，也没明确地统一使用其他概念，从而致使Superficies这种权利的中文名称界定在我国一直悬而未决。目前我国正在制定民法典。而在确定民法典中与地上权相关之规定时，必然要首先解决对Superficies的中文名称进行界定的问题。无论是创造新名词，还是沿袭旧概念，不仅影响到民法典的制订，更关系到与现行的土地管理、城市规划及房地产管理等法律制度的协调。因此，有必要对我国法律制度中地上权的名称界定进行独立的思考。除在台湾地区立法和理论中把Superficies译为“地上权”外，我国大陆出版发行的多数英汉/汉英词典或辞典中也使用了地上权这一中文释义。但在我国立法及行政、司法实践中散见于诸多法律规范性文件中能与此相对应的那些概念却大致包括国有土地使用权、土地使用权⁴、建设用地使用权、集体建设用地使用权⁵和宅基地使用权⁶等，显得有些混乱不清。在理论上我国也没有统一使用地上权或其他概念。梁慧星老师所领导的中国物权法课题调研组在其《中国物权法草案建议稿》中则提出在我国创设基地使用权概念来取代地上权⁷。那么，在我国大陆的法律制度中，尤其是在物权立法中对于Superficies的中文名称究竟应当如何界定呢？事实上，在我国无论我们如何称谓Superficies，是地上权也好，基地使用权也好，或叫其他XX权也好，一个名称而已，本无多大实际意义。正如鲁迅先生所说，“世上本没有路，走的人多了就自

然形成了路”。无论叫什么，叫的人多了，也就成了他的名字。但从经济学角度考虑，适用既有的习惯称呼应当是最为合理的方式。因为毕竟走出一条新路来需要耗费巨大的人力、财力和时间。而且这条路能否成为金光大道，或者仅是乡间小路或者干脆是死路一条也很难讲。那么，既然在传统民法中“为了在他人土地上设立建筑物或工作物为目的而使用他人土地的权利”在理论上已经被习惯地称为地上权，即使从方便学术交流之浅显目的来讲，我们也当统一遵循于这一习惯。如果是认为“地上权”这一名称洋味太足或太学术化，老百姓理解和接受不了，不利于法律的普及，那么就应当从立法和实践中总结和抽象出一个土生土长、广泛使用和深入人心的概念来使用。除非也无法找到这种相对理想的概念，我们才应考虑选择另外走出一条新路，创设一个新的概念。那么，在我国现行立法和实践中，是否存在这样一个概念呢？我认为存在，而且就是建设用地使用权（或者叫建设用地土地使用权）。如前所述，在我国立法及行政、司法实践中与地上权相对应的是国有土地使用权、土地使用权、建设用地使用权、集体土地建设用地使用权和宅基地使用权等概念。从表面上看，这些概念显得有些混乱不清。但当我们透过这些表面现象看其本质时，这些在现行立法及行政、司法实践中对应地上权概念的不同概念，事实上只是一个概念：建设用地使用权。根据我国所实行的土地用途管制制度，土地被分为农用地、建设用地和未利用地，其中建设用地是指建设建筑物、构筑物的土地⁸；那么，这些土地的使用权就相应地分为农用地使用权、建设用地使用权和未利用地使用权，其中建设用地使用权的内涵恰恰与传统民法上的地上权完

全一致。固然，对于设立在国有土地之上的地上权我国立法及行政、司法实践中没有明确使用“建设用地使用权”这一概念，但是从这些使用国有土地使用权、土地使用权概念替代地上权的法律规范性文件的内容看，无论是《城市房地产管理法》、《城市规划法》等法律，还是《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《确定土地所有权和使用权的若干规定》、《土地登记规则》等行政法规和规章，所针对的均是建筑物和其他构筑物等建设项目，所涉及的土地均是国有土地中的建设用地，因此，这一本来范围很广阔的“土地使用权”或“国有土地使用权”概念在这些法律规范性文件中所指的实际上仅是国有土地中的建设用地使用权。《土地管理法》、《土地管理法实施条例》在各自“建设用地”一章中，虽然使用的也仍是国有土地使用权的概念，但这一章节的名称本身已经充分说明了其所指的仍然仅是国有土地中的建设用地使用权。换言之，在涉及建设用地时所使用的这些“土地使用权”、“国有土地使用权”概念事实上是国有土地建设用地使用权的缩略语。而对于设立在农民集体所有的土地上的地上权，在《土地管理法》第11条2款、《土地管理法实施条例》第4条2款及《确定土地所有权和使用权的若干规定》第5章中则明确使用了“建设用地使用权”和“集体土地建设用地使用权”的概念。由此可见，建设用地使用权这一概念不仅业已存在，而且已被广泛地使用、接受和认可。同时，“建设用地使用权”这一概念本身也具有相当的科学性：首先，我国土地的所有权仅为国家和农民集体所有。但是由于我国实行土地用途管制制度，将土地分为农用地、建设用地和未利用地的目的，是为了最有效地开发和利用

自己的土地资源。这种从土地使用目的和使用方式角度所作的分类不会因土地的所有权性质不同而混乱。同时，对于包括城乡住宅、公共设施、工矿、交通水利设施、旅游、军事设施等在内的任何建设，任何单位和个人，无论是以出让等有偿使用方式或以划拨等无偿使用方式，都只能使用建设用地原则上都只能使用国有土地中的建设用地。即使依法使用农民集体所有的土地进行非农业生产建设，无论地上权人是否农村集体经济组织成员，法定程序之一也是办理农用地转为建设用地审批手续。因此，农用地、建设用地和未利用地这种土地分类也不会因土地使用人身份、土地使用权取得方式不同而混乱。显然，建立在建设用地这一土地分类基础之上的“建设用地使用权”这一概念，不仅突破了以土地所有权人身份、土地使用人身份、土地使用权取得方式划分土地使用权时所存在的限制，而且在用以取代地上权时，既顺其自然，又更有效地反映了我国这种特有的土地使用和管理特色。其次，在这三类土地相应的土地使用权中，建设用地使用权的内涵与传统民法上的地上权一致，而农用地使用权正好与传统民法上的永佃权对应。至于未利用地的使用权则可于其被实际利用时根据被使用的目的和方式确定权利性质的最终归属。这种分类方法，既与我国现行土地管理立法衔接，又与传统民法用益物权体系相得益彰。再者，建设用地比基地等其他名词更能准确地反映地上权“在土地上设立建筑物或工作物”的客观表现。一则是《土地管理法》第4条2款明确地规定建设用地是指建设建筑物、构筑物的土地；二则是建设用地这一概念本身没有超出此定义的其他含义。相反，基地这一概念，根据《汉语大词典》、《新华词典》等词/

辞典，本身并没有“支撑其上建筑物或构筑物的土地”的含义⁹。即使这一概念与土地具有一定的联系，也因为其同时所具有的“武装部队赖以保障给养或由之发动军事行动的地点或设施”之含义，如海军基地；或“作为发展某种事业基础的地区”之含义¹⁰，如教育部人文社会科学百所研究基地，从而引人误解或淡化与土地使用的关系。并且基地一词至少在我国法律中未曾被正式使用过，与建设用地概念相比较，说其是一个能反映物与土地关系的特定法律术语怕也有些勉强。至于实践中也曾使用的“房基地使用权”，虽然与基地使用权有所类似，但毕竟不同。在体现与土地使用的关系方面，房基地要比基地表达得更准确。但此概念内涵明显太狭隘，不能包括全部的建筑物和构筑物。寥寥无几的几次使用已经证明了这一概念缺乏生命力。而从维护立法的持续性和一致性角度讲，尤其是在进行新的立法时，无论是立物权法还是制订民法典，涉及地上权时，可以不用地上权这一概念，但也不应当再创新概念，仍应当继续沿用“建设用地使用权”这一名称。如果说以往没有明确和统一，那么在新的立法中正式明确、统一就是了。理由是，即使建设用地使用权在学理上不尽准确或不尽令人满意，但首先这是我国土地管理、城镇规划、房地产管理立法及行政、司法实践多年来一直通用的名称。改名不是在物权法或民法典物权篇中一改那么简单，相应的土地管理、城镇规划、房地产管理等立法及行政、司法实践全部都得修改方能保证立法的统一。通过一纸通知，规定基地就是以往所规定的建设用地，基地使用权就是以往所规定的建设用地使用权，也许可以解决法律概念衔接的问题，但对于大量已经印制、制作的建设用地规划许

可证、国有土地使用权证等所有使用建设用地、国有土地使用权字样的证件、文书，甚至是便民告示栏都需废止，全部重作。而继续沿用建设用地使用权概念，则基本上不存在这些问题，可以直接有效地衔接。其次，“建设用地”这一概念和建立在这一概念基础之上的“建设用地使用权”概念在中国大陆这一整体文化和法律素质都比较差的社会中已为从官员到百姓的各阶层广为认可和接受，这是一件非常不容易的事。且不说改变这种已经根深蒂固的观点有多难，放弃这一成果本身无疑上一种更大的资源浪费。第三，即使“建设用地使用权”这一名称有所不当或不准确，也是在以往立法过程中学者们妥协的结果，在目前无论是立法还是实践中都已被广泛认可的情况下，也就没有再从理论上截然否定的必要。在我国现行法中不仅没有地上权的概念，更没有这些新概念。对于初学法律者，尚且常弄不清在中国地上权到底体现在哪里。改来改去，不是尽难为人吗？而这些概念事实上又都是一回事，“换汤不换药”而已。学者自己也承认“在中国现行法上，建设用地一词基本上与基地同义”¹¹。那么，既然新概念并没有实质性的特点或优点，就应当尊重现实，继续使用“建设用地使用权”这一概念。当我们明确在中国地上权就是土地管理、城镇规划、房地产等立法及行政、司法实践中多年来一直通用的“建设用地使用权”时，我们不仅可以很容易地把地上权这一抽象名称和具体实践相联系，而且可以很容易地将地上权这一抽象理论和具体实践相联系。以此为基础来理解我国地上权法律制度就变得轻松、具体和准确。

二、关于我国法律制度中地上权的定义

按照台湾地区法律及理论界的定义，地上权“谓以在他人土地之上有建筑

物或其他工作物，或竹木为目的而使用其土地之权”¹²。我国大陆学者观点基本与此相同。如梁慧星、陈华彬老师在其编著的《物权法》中将其建议用以代替地上权概念的基地使用权定义为“在他人土地上有建筑物或工作物为目的而使用他人土地的权利”¹³。但在梁慧星老师领导的中国物权法研究课题小组所起草的《中国物权法建议稿草案》中，却又被定义为“为在他人土地上建设并所有建筑物或工作物为目的而使用他人土地的权利”¹⁴。虽然区别仅在于前二者之“有”与后者之“建设并所有”二词，但这两种定义的内涵却存在着巨大差别。根据前二者之定义，只要使用他人土地的目的是为了在他人土地之上“有”建筑物或其他工作物，那么无论是通过取得他人土地使用权之后自己进行建设从而享有对建筑物或工作物的所有权，还是通过购买、受让、接受赠与、交换甚至是继承的方式取得已经在他人土地上建成的建筑物或工作物的所有权，由此所取得的使用他人土地的权利都属于地上权的范畴。而对于后者，由于“建设并所有”是一个并列关系，作为其所定义的地上的构成要件，从语法上讲就应当同时具备，缺一不可。那么按照此定义，只有为了在取得他人土地使用权之后自己进行建设并从而享有对建筑物或工作物的所有权这一种目的，所取得的使用他人土地的权利才属于地上权的范畴。而对于那些虽然在他人土地之上建设建筑物或工作物，但并非为了享有该建筑物或构筑物所有权的目的是，其所取得的对他人土地的使用权不是地上权。对那些通过购买、受让、接受赠与、交换或者继承的方式取得已经在他人土地上建成的建筑物或工作物的所有权的，因其非经自己建设而取得，因此其所取得的相应的对他人土

地的使用权也不是地上权。针对二者以上区别，结合地上权的历史及其本质，显然《中国物权法建议稿草案》中关于地上权的定义不尽准确。众所周知，地上权作为用益物权的一种，肇源于罗马法。是罗马法务官为了减轻一般人民因罗马法“地上权属于土地”原则而遭受的巨大负荷，基于地上物所有权和土地使用权分离的法律技术而创设的一种权利制度。其核心在于地上物所有权和土地使用权的分离，而不在于地上物所有权的取得方法。否则，按照《中国物权法建议稿草案》中对地上权的定义，地上物的所有权就无法自由流转，其价值也就大打折扣。因此，我国在民法典中制定地上权规则时，仍应将地上权定义为“在他人土地上有建筑物或工作物为目的而使用他人土地的权利”。

三、关于我国法律制度中地上权的标的

我国地上权法律制度和其他任何承认土地私有的国家有一点是一致的，也就是地上权设立在他人土地之上。这是地上权的本质所决定的。不同之处是，在那些承认土地私有的国家中，由于土地所有权人多元化，地上权的标的是不同所有人的不同的土地。而在中国，土地所有权仅为国家和农民集体所有。虽然农民集体所有的土地根据具体情况分属于为数众多的村农民集体，或村内两个以上农民集体经济组织，或乡（镇）农民集体，从而使我国土地所有权主体也具备多元化的表面特征。但是在我国，地上权的标的一般情况下仅仅限于国有土地，而且是国有土地中的特定土地建设用地。农民集体虽然对自己的土地享有所有权，但这一所有权的行使受到了严格的限制：除非符合法律特别规定并依法办理相关手续，在农民集体所有的土地之上，既不允許农村集体经济组织及其成员设立地上权，更不允許非农村

集体经济组织及其成员设立地上权。农民集体所有的土地只能在特定条件下有限地成为我国地上权的标的。我国的这种特殊规定，正是我国所特有的国情决定的。虽然我国幅员辽阔，但因为人口众多，人均可利用土地面积却很少，人均耕地面积就更少。因此，为了实现对土地资源利用的最大化，尤其是为了保护耕地，我国严格实行土地用途管制制度，将农用地和建设用地区分开来。一方面鼓励对农用地的开发，一方面严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特别保护，再一方面严格限制建设用地的开发和利用。就国有土地而言，我国国有土地的范围决定了已利用和可利用国有土地主要被用作建设用地。根据土地管理法及其实施条例，国有土地的范围包括 城市市区的土地、 农村和城市郊区中已经依法没收、征收、征购为所有的土地、 国家依法征用的土地、 依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地、 农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地、 因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。这六种类型的土地中，只有第 种土地中的林地、草地属于农用地，其他类型的国有土地基本上无一是有用于或可用于农业生产用途：对于第 种国有土地，作为国有土地中利用率最高的土地，我国长期存在的城乡差别决定了其主要被用作建设用地。基于城乡差别，城市市区的居民和单位主要从事工业和服务业等非农业生产，而农业生产则主要由农村集体经济组织及其成员从事。这就导致了城市市区的国有土地主要用于城市居民住宅、城市公共设施和公益事业、工业和服务业等非农业生产建

设项目，而农民集体所有的土地主要用于农业生产。对于第 一种国有土地，农村和城市郊区的土地本属于农用地，国家予以依法没收、征收、征购为国有的目的显然不是为了农业生产的用途。对于第 二种国有土地，《土地管理法》将征收行为规定于“建设用地”一章中已充分说明此种国有土地与建设用地的关系。对于第 三种国有土地，根据其所适用的《城市规划法》和《建制镇规划管理暂行办法》，其和第 一种国有土地已没有什么实质区别。对于第 四种国有土地，即使不是三峡工程那种建设项目所用，也不再是农用地。显然，国家在编制土地利用总体规划时，根据“充分利用现有建设用地，不占或尽量少占农用地”的原则，必然以上述国有土地为主确定建设用地范围。而对于农民集体所有的土地，农民以地为生这一历史传统决定了世代相传至今而为农民集体所有的土地一般是农用地。过去几十年的城乡差别将农民仍然限定为农民，使农民集体所有土地也基本上保留为农用地。而我国仍属于一个农业大国，尤其是农业人口多而耕地少的现实，更决定了我国仍将继续限制在农民集体所有的土地上进行非农业生产建设，从而保障农民集体所有的土地尽可能地用于农业生产。但是与此同时，由于我国长期限制人口迁徙，尤其是农业人口向城市迁徙，被固留在自己土地上的农民无法去城里使用国有建设用地，客观只能在自己所在的集体经济组织农民集体所有的土地上建设住宅、兴办乡镇企业和进行乡（镇）村公共设施 and 公益事业等建设。因此，我国在强调任何单位和个人进行建设必须依法申请使用国有土地的同时，又做了一个但书，有条件地允许在农民集体所有的土地上设立地上权，进行非农业生产建设。随着我国改革

开放的不断深入，随着部分省份地区农村经济的发展，随着国家对人口流动政策的逐渐宽松，农民进城购房办企业的情况逐渐增多，农民集体所有土地上的这种自身压力有所减弱。但随着城市化进程的加剧，农民集体所有的土地被征收转化为国有建设用地的情况却在增加。如前所述，在承认土地私有的国家中不存在区分地上权标的的问题。而我国的国情决定了设立地上权时必须首先要明确权利的标的。因为对于不同的标的，法律对地上权设立的要求也不同。最基本的不同是农民在自己所在的集体经济组织农民集体所有的土地上可以但同时是只能建设住宅、兴办乡镇企业和进行乡（镇）村公共设施和公益事业等建设，而不能从事其他非农业生产建设；非农村集体经济组织成员只能使用国有土地中的建设用地进行各种建设。如果必须使用农村集体所有的土地，也只能依法先行将所需的土地征收为国有后，然后才能交由地上权人使用。但在梁慧星老师所领导的中国物权法课题研究组在其《中国物权法建议稿草案条文、说明、理由及参考立法例》中认为，我国现行法不允许农民集体所有的土地使用权出让，缺乏法理和经济依据。即农民集体所有的土地也应当是完全的地上权标的。理由是：集体经济组织作为土地所有人，应当拥有平等的所有者权利；集体经济组织所有的土地当中，也包括法律许可为基础的“基地”，在集体所有的“基地”上设立“基地”使用权，是充分利用土地资源的需要；当前在集体所有的土地上也存在建设用地的土地使用权，既然这些土地使用权可以设立，也就应当允许以出让方式设立土地使用权；国家征收集体土地再予以出让的做法，实际上是对集体利益的无偿剥夺；国家实行了严格

的土地用途管制制度。如果土地用途管制制度得到严格有效的实施，即使允许集体经济组织出让“基地”使用权，也不会导致土地资源的浪费；如果土地用途管制制度得不严格的实施，即使国家垄断“基地”使用权出让，照样会导致土地资源的极大浪费。¹⁵但是对于此观点，笔者并不完全赞同。就此观点的几个理由而言，原则上笔者同意其第一个理由。这种观点的第一个理由和笔者前文所述的观点是一致的。基于第一个理由，笔者认为其第二个理由也有一定道理，这种做法虽然不是对集体利益的无偿剥夺，但是严重地显失公平。但是对其第三个和第四个理由则持相反意见。对于其第五个理由，笔者在前文论述国家在限制农民集体所有的土地须用于农业生产但又规定了但书时，国家规定此但书的原因已反驳了这一理由。农民集体所有的土地固然存在地上权，但这是一种极其有限的地上权，限定于特定主体和特定用途。以此作为依据主张允许普遍性的土地使用权出让，显然缺乏说服力。至于第六个理由，这一推理固然有道理，但这只是理论。在目前我国土地用途管制制度尚未得到严格有效地实施的情况下，限制农村集体经济组织出让其土地使用权，总是比允许其自由出让土地使用权能少浪费一些土地资源。至少是具有纠正错误和弥补损失的法律依据。两害相权自然取其轻。因此，笔者认为，这五个理由并不能支持这种观点的成立。我国现行法对农民集体所有的土地进行这些限制的目的在于究竟是什么呢？如果是为了取得垄断土地使用权出让的地位，从而获得巨额经济利益，那么这种对于农民集体所有的土地的限制显然不当。但土地管理法区别农用地和建设用地的目的，限制农用地转为建设用地的目的，显然并非出于与农村集体

经济组织竞争的目的，而是从宏观上来调控土地的使用关系，最终实现土地资源利用的最大化。国家垄断土地使用权的出让，能保障，最起码是从理论上和法律上保障避免农用地资源过多地浪费。如果允许农村集体经济组织自由出让其土地使用权，土地市场的高额利润必然促使农村集体经济组织急功近利，放弃周期长、产出低的农用地。固然，目前相当一部农民事实上并不以土地为生，允许其所在的农村集体经济组织自由出让土地使用权也许是对土地资源的最佳利用，可能获得更大的经济效益。但一则这不是普遍现象，二则这种经济效益也只是一种可能性，三则，也是最重要的一点，农用地一旦转为建设用地，往往很难再退耕还林。因此，农村集体所有的土地还不具备允许其自由转让使用权用于非农业建设的“天时、地利和人和”的契机。国家通过法律干预农村集体所有的土地的使用仍然是必要的。至于因国家低价征收农村集体所有的土地的做法所造成的农村集体经济组织利益损害，完全可以在延续现有的运行机制的基础上，通过对其加以改进来解决。一种方法是提高对农村集体经济组织的补偿费和安置费标准，另一种方法是对非为公共利益而进行的征收，可以考虑改成将出让金扣除一定的成本后，全部交付农村集体经济组织。总之，我国法律制度中地上权的标的仍应限定为国有土地中的建设用地和有限的农民集体所有的土地。

四、关于我国法律制度中地上权取得之出租方式

《中国物权法草案建议稿》中建议一般情况下，以出让或出租方式设立基地使用权（地上权）。¹⁶根据其对“以出租方式设立基地使用权（地上权）”的定义，“土地所有人将基地使用权（地上权）在一定期限内交给基地使用权人（地上权

人)拥有,而基地使用权人(地上权人)在基地使用权(地上权)存续期间定期交付租金”¹⁷,在我国现行法中能与其对应的是“国有土地租赁”。但按照《中国物权法草案建议稿》中对也应当允许农民集体所有的土地使用权出让这一建议,这二者存在一定区别,即前者土地所有人既包括国家也包括农村集体经济组织,而后者只包括国家。在进一步探讨以出租方式创设地上权这种制度之前,有必要先研究一下我国现行法中的“国有土地租赁”制度。毕竟这也是《中国物权法草案建议稿》中建议保留以“出租”方式设立地上权的原因之一。国有土地租赁是现行《土地管理法实施条例》第29条中所规定的三种有偿取得设立在国有土地之上的地上权的方式之一。这种方式在《土地管理法》中没有规定,而是在此前和此后由国家土地管理局和国务院分别在其行政规章和行政法规中加以了确定。《土地管理法实施条例》第29条在规规定这种有偿取得地上权的方式时,并没有对其确切含义做出解释。可以找到的官方定义见于国家土地管理局于1998年2月17日颁发的《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》第3条。该条第3款规定,“本规定所称国有土地租赁是指土地使用权者与县级以上人民政府土地管理部门签订一定年期的土地租赁合同,并支付租金的行为”。此《规定》第16条并规定“非国有企业改革涉及的划拨土地使用权的处置,按照土地审批权限经有批准权的人民政府土地管理部门批准后,参照本规定执行”。加之,此《规定》颁布于《土地管理法实施条例》之前,那么对《土地管理法实施条例》第29条所规定这种有偿取得地上权的方式,可以按照,至少是参照前述定义来理解。但这种方式无论是在理论上

还是在实践中都存在一定的问題。“国有土地租赁”这一概念的产生事实上是一件很可笑的事。按照土地管理法的规定，国有土地的所有权属于国家所有，任何单位和个人对国有土地依法所能享有的权利只能是相应土地的土地使用权。那么“国有土地租赁”实际上只能是对国有土地使用权的租赁。而“租赁”与“出租”这两个概念在法律上有区别吗？显然，“国有土地租赁”这一概念的创设就是为了区别于颁布在先的1990年国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第28条中所规定的“（出让）国有土地使用权出租”“（出让）土地使用者作为出租人将土地使用权随同地上建筑物、其他附着物租赁给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为”和1992年国家土地管理局《划拨土地使用权管理暂行办法》第9条规定的“（划拨）国有土地使用权出租”“（划拨）土地使用者将土地使用权单独或者随同地上建筑物、其他附着物租赁给他人使用，由他人向其支付租金的行为”。也就是说，这种区分显然非牛非马。这就自然地引出一个问題。为什么不直接将“国有土地租赁”改名为“国有土地使用权出租”，将地上权人把其以“国有土地使用权出租”方式取得的地上权再出租给第三人的行为叫“国有土地使用权转租”呢？这样不仅可以和国土地使用权“出让”和“转让”的概念相对应，而且和传统民法上的财产“出租”与“转租”概念相一致。但现行的土地管理立法没有采取这种方法，似乎是因为另有考虑。1995年国家土地管理局《土地登记规则》第30条规定“有出租权的土地使用者依法出租土地使用权的，出租人与承租人应当在租赁合同签订后15天内，持租赁合同及有关文件申请土地使用权出租登记”。

显然，这一规定将国有土地使用权做了可出租和不可出租的区别。而根据前述《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第28条或《划拨土地使用权管理暂行办法》第9条所规定的“国有土地使用权出租”，国有土地使用权人以国有土地使用权出让或划拨方式所取得的国有土地使用权均可以出租。而前述《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》第3条第4款规定的以“国家以土地使用权作价出资（入股）”方式取得的国有土地使用权也显然属于可“出租”之列。而唯独《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》第3条第3款在规定以“国有土地租赁”方式所取得的国有土地使用权在经过“出租人”同意时可以“转让”时，并未规定可以再“出租”即对土地使用权的转租。这似乎是考虑因素之一。同时，《划拨土地使用权管理暂行办法》第21条规定“土地使用权出租后，承租人不得新建永久性建筑物、构筑物。需要建造临时性建筑物、构筑物的，必须征得出租人同意，并按照有关法律、法规的规定，办理审批手续”。而对于以其他方式取得的土地使用权出租后，承租人并未受到这样的限制。这似乎又是一个考虑因素。但是，促使土地管理立法机关做出这两种限制的因素又是什么呢？笔者没有查到有关的说明，对此也不好妄加猜测。但从以下对这几种操作模式的分析来看，如果保留“国有土地租赁”这种国有土地使用权取得方式，还是应当以统一为“国有土地使用权出租”更合适宜。在“国家出让地上权人出租\转让第三人”的模式中，国家是一次性或在较短时间内收回土地使用权出让金，自身利益得到了有效的保护，至于此后地上权人以出租或转租方式与第三人建立法律关系所潜在的或实际发生的风险

，与国家无关。因此国家无需加以限制。而对于“国家出租地上权人转让第三人”这种模式，国家作为出租人的利益是否能得到有效的保护，决定于地上权人支付租金的能力和实际情况。地上权人将其因此所取得的地上权转让给第三人，可以一次性或在较短时间内收回土地使用权转让金，但应向国家支付的租金却是长期并且是定期支付的。在这个长期的过程中，地上权人支付租金的能力仍然是一个变数。同时，地上权被转让后，地上权就不再是该幅土地地上权人，不再享有相关的物权，其与国家之间的租赁关系中只是一个普通的债权债务关系。如果地上权人不履行支付租金义务或无能力履行租金义务，则此时国家不得通过处理已转让给第三人的国有土地使用权来保护自己的利益。如前所述，我国目前没有选择“国家出租地上权人转租第三人”这种模式。但这一模式与“国家出租地上权人转让第三人”这种模式相比较，对国家利益的保障反而较强。因为第三人向地上权人交付的租金也是长期并且是定期支付的，一般会与地上权人向国家定期交付租金的时间会有所衔接，以此来减轻负担和风险。同时，第三人仍然只是承租人。在国有土地使用权人不履行支付租金义务或无能力履行租金义务时，由于地上权人所取得的使用权不变，国家有权在不影响第三人对土地的租赁关系的情况下，通过采取收回地上权、出让地上权及地上权人在其上建设的房屋等方式来保护自己的利益。《中国物权法草案建议稿》中关于以出租方式取得地上权的建议，显然和笔者观点异途同归。但由此产生的另外一个问题就是，是否有必要保留这种地上权的取得方式？《中国物权法草案建议稿》中主张保留，并将其和“出让”共同作地上权的

两种取得方式。根据其说明及理由，这两种方式的区别一是原因关系不同，国有土地使用权出租是租赁，而国有土地使用权出让实际上是国有土地使用权买卖；二是使用费收取方式不同，国有土地使用权出租是土地所有人向国有土地使用权人定期收取租金，而国有土地使用权出让，土地所有人一次性向国有土地使用权人收取出让金，而出让金的实质是国有土地使用权出让的价金¹⁸。就二者的原因关系而言，租赁和买卖本身毫无疑问是不同的。无论是根据《合同法》第212条、第130条关于租赁合同和买卖合同的定义，还是根据《汉语大词典》或《牛津词典》中对租赁和买卖二个概念的解释，无论是国内还是国外，两者有区别，而且根本区别在于标的的不同。前者是针对的是财产使用权，后者是针对的是财产所有权。因此，作为对物的利用方式，二者完全可以并存。甚至存在回租（Lease-backp）这种商业安排--将地产售出的同时又回租给卖方长期持续地使用。但是在我国土地管理立法中，二者这一根本区别却被人为地抹杀了。我国现行法在明确规定“任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”的同时又规定“土地使用权可以依法转让”。而“土地使用权可以依法转让”的最主要方式之一是“出让”这种有偿使用方式。虽然使用的是“出让”这一概念而非“买卖”，但是有偿出让事实上仍然是属于买卖的范畴是无需争论的。显然，在我国，和土地有关的买卖的标的不是土地所有权，而是和租赁相同的土地使用权。换言之，在我国，任何单位和个人对于土地这一又普通又特殊的物，无论是租赁还是买卖，标的都是一定期限内的土地使用权，而依法所取得的也只是一定期限内的土地使用权。显然，这种

被严重扭曲了的所谓的不同的原因关系根本无法区分租赁土地使用权和买卖土地使用权。至于该《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》中所主张的二者使用费收取方式不同的观点，则是一个典型的理论和实践脱节的例证。即使是对于普通财产的租赁和买卖事实上也不存在这种付款方式上的区别。一次性交纳租金及分期付款买卖，就算没有普及也是大量存在。而对于以出让国有土地使用权方式设立国有土地使用权，一是现行土地管理法律、法规及规章仅仅限制了出让金交付时间并没有要求一次性支付。付款期限和付款方式是两根本不同的概念。该学者所作的"由于出让金须在土地使用权出让合同签订后60日内全部支付，可见出让金的支付只有一种方式，即在土地使用权设立后一次性支付"的论断¹⁹，显然是一个常识性的错误。二则实践中也允许分期付款。1995年国家土地管理局发《土地登记规则》第26条规定“以出让方式取得国有土地使用权的，受让方应当在按出让合同约定支付全部土地使用权出让金后30日内，持土地使用权出让合同和土地使用权出让金支付凭证申请国有土地使用权设定登记”。如果仅为一次性支付方式，而国家又规定了付款期限，那么根本就无所谓按出让合同约定支付全部土地使用权出让金。国家国土资源部和国家工商行政管理总局于2000年11月联合下发的《国有土地使用权出让合同》格式合同文本第9条中则直接明确规定了"一次性付款"和"分期付款"两种付款方式由当事人自行选择。事实上，对于一些出让金数额巨大的国有土地使用权出让项目，甚至是在取得《国有土地使用权证》以后国有土地使用权人才结清出让金余款，以此作为对国有土地使用权人权益的保障。在使用费支

付方式上也无本质区别的情况下，对租与买又如何加以区别？显然，梁慧星老师所领导的中国物权法课题研究组的上述两个理由并没有将以出让方式设立国有土地使用权和以出租土地方式设立国有土地使用权真正区分开来。相反，如前所述，我国现行法中对“出租”方式取得的国有土地使用权所设的一定限制倒是反映出二者的一定区别。如以“出租”方式取得的国有土地使用权经过“出租人”同意时才可以“转让”；土地使用权出租后，承租人不得新建永久性建筑物、构筑物。但是这些限制只能促使国有土地使用权人趋利避害，在设立国有土地使用权时，选择出让方式而非出租方式。除非在新的物权立法中，严格区分和限制“出让和出租”这两种国有土地使用权取得方式的付款条件，或者在使用费的定价标准或使用期限或使用用途等方面也严格区分和限制，否则，两种方式即使有区别，并存仍无实际意义。笔者认为，“出让和出租”这两种国有土地使用权取得方式应当只存在一种，而且按说应当是“出租”这种方式。因为对于这种交费取得物的一定期限的使用权的行为，正是租赁的本质特征。这是民法学的传统。正如学者所说，“实际上，传统国有土地使用权多采取出租方式设立，而少有采取出售方式设立”。至于我国长期以来所使用的“出让”及“转让”土地使用权概念，事实上是一种习惯上的错误或者说是为了回避土地所有权买卖而采取的权宜之策。因此，对于与此相关的物权立法，应当在两种方案中进行选择：一是遵循民法传统，废除土地使用权出让、转让一说，而统一采用“国有土地使用权出租”概念。二是将错就错，维持现行立法的统一性和一致性，舍弃“国有土地租赁”制度，保持现有的国有土地使

用权出让、转让、出租的模式。相比较之下，采取第二种方式是一种成本最低、最经济划算的方法。毕竟，截止目前，社会已经认同了国有土地使用权出让、转让、出租这一既有模式，而对于“国有土地租赁”是在只少数法律规范性文件作了规定，也尚未普遍。废除与此相关的规定，停止使用这一方法，就能避免上述这些麻烦，实现统一立法的目的。

五、关于我国法律制度中的法定地上权 根据王泽鉴先生的介绍，下列二种情形在台湾地区民法中被视为有地上权的设定，即为法定地上权：（1）土地及其土地上之建筑物同属于一人所有，而仅以土地或仅以建筑物为抵押者，于抵押物拍卖时；（2）土地及其土地上之建筑物同属于一人所有，而以土地及建筑物为抵押者，如经拍卖，其土地与建筑物之拍定人各异时²⁰。在梁慧星老师所领导的中国物权法课题组起草的《中国物权法草案建议稿》中建议参照前述第一种情况设定法定地上权。对于前述第二种情况则以“这种情形在中国不可能存在，因在中国禁止土地买卖”为由不予采纳²¹。然而，如果以王泽鉴先生所介绍之台湾民法对于法定地上权的存在事由为标准，如果说梁慧星老师所领导的中国物权法课题组之所以不借鉴台湾地区法定地上权存在的第二种事由是基于我国的国情的话，那么笔者认为我国的国情恰恰决定了这两种法定地上权在我国均不存在。法定地上权存在的前提是土地所有权人与建筑物所有权为同一人。然而在我国，国有土地仅为国家所有，而我国又禁止土地所有权买卖，因此能设定抵押的只是国有土地使用权和其上的建筑物所有权而非土地所有权。这就决定了国有土地之上的建筑物的所有权人基本是与土地所有权人分离的。在不具备这一前提的

情况下，也就无所谓法定地上权。拍卖设定在国有土地之上的地上权或建筑物所有权只是普通的转让地上权或建筑物所有权的方法而已。对于土地及其上之建筑物同属于一人所有的情形，笔者认为仅存在于农村集体经济组织在自己所有的农民集体所有的土地之上建设的公共设施、公益事业设施及乡镇企业设施。按照我国现行法规定，农民集体所有的土地不允许出让、转让或出租用于非农业生产建设，就更谈不上允许其抵押。例外情况存在，但仅限于特定情况下的乡（镇）村企业厂房等建筑物所使用范围内的集体土地使用权²²。一般而言，在我国禁止土地买卖的情况下，即使将农村集体经济组织在自己所有的农民集体所有的土地之上乡（镇）村企业厂房等建筑物及所使用范围内的集体土地使用权进行拍卖，也不会出现土地所有权人的变更，而只是建筑物的所有权人易主。如建筑物拍定人非该农村集体经济组织成员，那么必然产生该新的建筑物所有人的法定地上权。但在我国更为特殊的是，按照1995年9月11日国家土地管理局发布的《农村集体土地使用权抵押登记的若干问题》第13条规定，“因处分抵押财产转移乡村企业集体土地使用权的，应当由土地管理部门依法先办理征地手续，将抵押土地转为国有，然后再按抵押划拨国有土地使用权的办法进行处置”。在拍定人取得建筑物所有权之前，农民集体所有的土地的所有权已经被国家征收从而转为国家所有。拍定人的取得的建筑物事实上已是设定在国有土地之上的建筑物。换言之，在拍卖该建筑物所有权时，该建筑物所有权与其所依附的土地所有权已经不属于同一人所有。因此，仍然不具备法定地上权的存在前提。在梁慧星老师所领导的中国物权法课题研究组起草的《

中国物权法草案建议稿》中关于在司法强制执行程序中设定法定地上权的观点，也存在同样的缺陷。六、总结在以梁慧星老师所领导的中国物权法课题组起草的《中国物权法草案建议稿》为基础研习我国地上权法律制度时，除对上述五个方面的问题与其观点不一致外，对于其他一些问题笔者也感到困惑。如《中国物权法草案建议稿》中将地上权的撤销事由限定为“基地使用权人（地上权人）积欠租金已相当于二年总额”而非现行法规定的无正当理由连续两年不利用土地之事由²³，让人总感到是在机械地参照台湾等地区及国家的立法，而未与我国国情相结合。又如仅建议在土地一部灭失时允许以出租方式取得“基地使用权（地上权）”的“基地使用权人（地上权人）可请求减免土地灭失部分的租金”²⁴，而未规定对以出让方式取得地上权的地上权人进行一定人补偿，让人感到既不公平，又觉得在法条语言上不严谨。当然，凡此种种问题，本也难讲笔者观点正确。写在在中国民法典立法之际，以资交流而已。注释：1 本文仅针对中国大陆法律制度，台湾、香港、澳门等地适用其规定及习惯 2 参见梁慧星、陈华彬编著《物权法》，法律出版社2001年9月印刷，第255页 3 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第42-47页，第196条-第229条 4 参见《城市房地产管理法》、《城市规划法》、《土地管理法》、《土地管理法实施条例》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等法律、法规和规章 5 参见《土地管理法》第11条2款、《土地管理法实施条例》第4条2款、《确定土地使用权的若干规定》第5章 6 参见建设部（89）建房市字第77号《关于国有

房屋土地使用证及房地产交易中土地使用权转让等有关问题的答复》7 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第448页 8 参见《土地管理法》第4条1、2款 9 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第448页 10 参见《汉语大词典》，汉语大词典出版社2001年印刷，第1209页；《新华词典》，商务印书社2001年印刷，第448页；《高级汉语大词典》，金山词霸net 2001版 11 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第452页 12 参见王泽鉴《民法物权：用益物权、占有》，中国政法大学出版社2001年10月版，第19页 13 参见梁慧星、陈华彬编著《物权法》，法律出版社2001年9月印刷，第255页 14 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第42页第196条；第448页 15 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第464-465页 16 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第464页 17 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第464页 18 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第475页 19 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第495页

20 参见王泽鉴《民法物权：用益物权、占有》，中国政法大学出版社2001年10月版，第30页 21 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第468页 22 1995年9月11日国家土地管理局发布的《农村集体土地使用权抵押登记的若干问题》

23 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第45页第218条 24 参见梁慧星《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由及参考立法例》，社会科学文献出版社2002年2月印刷，第47页第229条 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com