

江平:主要问题是财产权利的城乡二元分割 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B1\\_9F\\_E5\\_B9\\_B3\\_\\_E4\\_B8\\_BB\\_c122\\_485822.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B1_9F_E5_B9_B3__E4_B8_BB_c122_485822.htm) 编者按：7月10日，全国人大常委会将物权法草案全文向社会公布，征求各界群众意见。这是继宪法、合同法、婚姻法等之后，我国第12部向社会公布、征求意见的法律草案。物权法是各国民法典的基石，对明确产权关系、保护财产权利具有极其重要的意义。本报记者采访了民法专家江平教授，围绕物权法（草案）中有关焦点、热点问题进行解析。本版将继续关注物权法的讨论。现在有人就提出这个问题：有没有必要特别区分国家所有、集体所有、私人所有？如果财产权利完全平等，就不必再做这些特别区分；现在既然要区分，那就说明财产权利不平等。记者：物权法起草过程中，涉及的问题主要有哪些？江平：主要有三个方面的问题。第一个是不动产登记的制度。这点上，德国跟法国、日本不太一样。德国采取登记生效制度，不登记不发生效力，登记了谁就是谁的，很绝对。法国、日本则采取登记对抗，不登记不能对抗善意第三人。我们现在采取德国模式，即登记生效，但我们的登记生效又不绝对。房屋现在是绝对登记生效。土地使用权则很复杂。建设用地的使用权要登记，开发商的土地使用权不登记就没有效力。可我们还有其他类别的土地使用权，最大宗的是农村土地承包经营权。土地承包经营权就不是以登记为准，而是从发包人和承包人之间的合同订立的时候，承包经营权就生效了。宅基地也并不是完全靠登记。所以中国的登记制度是很复杂的，大致可以这么说，原则上是采取登记生效制度，

但也有两种例外：一个是登记对抗，不登记不能对抗；一个是合同生效，合同一旦订立，则权利立即生效。第二个比较重要的问题是所有权制度。包括自物权和他物权。自物权是我对自己的东西享有的权利，这房子是我所有，我当然可以占有、使用、收益、处分。他物权是我对别人的东西有使用权，这个显然主要指土地。应该说所有权是整个物权法的根基。土地则是所有权中最重要的一项。在我们国家，土地却被排除在这个范围之外，因为土地是国家所有、集体所有，只有使用权属于个人；所以土地方面是典型的物权和使用权分离。记者：那么是不是可以这样说，没有解决土地所有权的问题，是物权法最大的一个悬案？江平：某种意义上可以这么说。所有权制度的另一个有待解决的问题是财产权利如何一体保护。发达国家的所有权都是统一的，不再分国家所有、集体所有、个人所有，没这些划分，只有我们的物权法有这些划分。所以，现在有人就提出这个问题：有没有必要特别区分国家所有、集体所有、私人所有？如果财产权利完全平等，就不必再做这些特别区分；现在既然要区分，那就说明财产权利不平等。我前不久出席人民网的嘉宾访谈，有人就提出这样一个问题：宪法只讲公有财产神圣不可侵犯，为什么不提私人财产神圣不可侵犯？这又涉及一个问题，公共财产、国家财产、私人财产本来应该平等，要说神圣不可侵犯，它们应该都神圣不可侵犯，国家财产神圣不可侵犯，私人财产也应该神圣不可侵犯。但我们终究还有一个传统观念，宪法说公共财产、国家财产是不可侵犯的，私人财产就不这么说。如何实现财产的平等保护，仍需深入讨论。物权法起草过程中，这种现象在逐渐弱化，原来国家所有专门一

章，集体所有专门一章，现在这两章作了调整，篇幅减少了。但问题并没有消失。讨论中一些委员有不同看法，说我们的物权法对于国家财产保护力度不够。因此我们可以看到，最近的稿子加了一些条文，比如对国有资产流失的情况该承担什么什么责任等等，这些主张写进物权法，当然是代表了一种意见，即对国有资产流失的限制要写进民法，要对国有资产实行特殊保护。但这样麻烦就来了，流失不是一个法律的概念，在法律上你可以说财产被侵犯了，但说流失就很难精确界定。如果你说财产流失了，到底什么叫流失？流失的原因是什么？是因为故意犯罪，还是因为管理失误，还是因为不可抗力？这些复杂的问题不搞清楚，只是简单地规定国有资产流失要承担民事责任，法律上怎么操作啊？不是很好办的。如果不是抽象地谈国有资产流失，而是具体应对国有企业高级管理人员的贪赃枉法，其实并非毫无良策，早就有公司法在那里管着。公司法规定：高级管理人员因为违法越权给公司财产造成损害的，必须赔偿。这条规定已经够用，何劳物权法画蛇添足？更有甚者，现在有人主张把国有资产流失的行政责任、刑事责任也写进物权法，让民法规定行政责任和刑事责任，规定到底罢不罢官、到底判多少年徒刑，这样做尤属不智。这里有必要强调，物权法是管民法的。民法有民法的范畴，刑法问题自然有刑法去管。这应该是一个常识。同样都是房屋私人所有，但是城市房屋私人所有，跟农村房屋私人所有，它们的可流转度、可流通性是很不一样的。农民私人所有的权利受到了限制。这很不合理，但目前似乎又找不出适当的解决办法。记者：农民是最大的弱势群体，对于他们的财产权的保护，现在是一个什么样的水平？

对此有哪些问题和争论？江平：这就涉及到物权法的第三个比较重要的问题，即用益物权（指的是用益物权人在法律规定的范围内，对他人所有的不动产，享有占有、使用、收益的权利。??编者注）。中国没有土地私人所有，土地属于国家所有和集体所有，但真正用益的是私人，是农户或者是开发商，土地的用益物权因此特别重要。当前在土地的用益物权上，最主要的问题是此项用益物权允许在多大范围内流转，或者叫流通。我们始终要记住这样一个观念：任何权利如果不能流通，它就几乎等于没有价值。喜马拉雅山值多少钱？如果它不能流通，它就不值钱。八达岭值多少钱？如果八达岭不允许有任何流通、任何转让，八达岭同样没有价值。你承包的那块土地值多少钱？过去土地承包经营不允许转让，哪怕你考上大学，家人都进了城，你没人种地了，那也不能转手，要么你抛荒，要么你找人来帮你种，许多人就干脆选择抛荒。这种情况下土地能值几个钱？我们现在看到了这个情况，所以我们的农村土地承包经营法主要解决的问题就是：农村土地适当范围内流转，转包出租都可以。如果你进了城，没人种你承包经营的那块地，你可以转让给别人比如转让给本村的。所以，关于土地承包经营权我们已经有了一个比较好的法规，现在的物权法只是把这个法规的精华写进去。这个问题应该说不大。用益物权的第二项是建设用地使用权。建设用地使用权已经允许流通，这没有问题。但开发商拿到建设用地的使用权，能不能抵押呀？这就有问题了。原稿本来写的是可以抵押，可现在居然就把它划掉了。这一点现在争议比较多。用益物权的第三项是农民宅基地的权利问题，这个问题争论最厉害。原稿允许农民宅基地的适度

流转，原稿讲了，农村的宅基地不能单独出让，但是房屋出让的时候宅基地视为同时出让。言外之意就是农村的房子还是可以卖的。但是现在有人担心了：农村的房子如果可以转让，宅基地跟着转让，那会不会变成变相的卖宅基地？经过几度讨论，现在的办法很简单，就一句话：禁止城市人到农村买房子。现在有人断言，土地承包经营权适当放开，农民可以把耕地卖了；宅基地适当放开，农民可以把房子把宅基地卖了。如果他把房子和耕地都卖了，钱用完了他上哪去呢？市民还有社会保障，有最低救济，农民没有，那他怎么办？他就丧失了生活来源，就要出乱子。于是，在维护社会稳定的前提下，就从原来考虑的用益物权适度放开的思路退回去了。现在规定，农民的宅基地，一家只能有一份。这份宅基地是可以卖的。但同时又规定，农村的房子只能在同村的人之间卖。这下就出问题了，我卖给村里的人，而他已经有了一份宅基地，再买我的，那他不变成两份宅基地，不是违法了吗？这么一来，就把农民房子的买卖限制在非常非常小的范围。农民的房子不仅没法卖，也没法抵押，他到银行借钱拿房子做抵押，法律不允许，说宅基地是集体的不是你个人的，你凭什么抵押？有些农民就说了：我这宅基地说是集体的，但其实都是我的，这房子都是我祖先留下的，是祖屋。没进城的农民不服气，进了城的农民也不高兴，说我另外花钱买私房，原来在农村的房子风吹雨打没人管，本来可以卖个好价钱也卖不出手了，我的那份权利完全被抹杀了。农民很有意见，说你们城市人的房子今天想卖就可以卖，是完全产权，可以自由进入市场。我的房子名义上虽然说是我的，可我对房子几乎没有处分的权利。想卖不能卖，进不了

市场，这不让那不让。这是我们现在面临的很大的一个困难。同样都是房屋私人所有，但是城市房屋私人所有，跟农村房屋私人所有，它们的可流转度、可流通性是很不一样的。农民私人所有的权利受到了限制。这很不合理，但目前似乎又找不出适当的解决办法。记者：这是不是理解为所有权意义上的城乡差别？城市里的所有权是完整的，而农村里的所有权是不完整的。江平：对。城市的土地是有偿出让，所有权就好办。农村的宅基地是无偿取得，所有权看起来似乎就成问题，就受限制。但农村宅基地的这个问题不是不能解决，不搞无偿，搞有偿的行不行呀？我干脆买宅基地行不行呀？可偏不让买，不让有偿。据说农村土地这么一买卖就变成私人所有了，所以不允许。可城市住宅用地业主也没有所有权，也只有使用权呀，70年的使用权，可这并不影响业主对自己房产的完全产权。限制农民所有权的理念，跟公认的所有权的概念不一致。既然房子是我的，我当然可以自由处分。事实上却变成以土地的使用权来限制我的所有权，由于土地使用权是无偿取得的，所以有偿盖的房子花再多钱，就算是40万50万也不允许我卖。这是物权法起草中的一个难点。这次物权法对集体成员的财产权利做了一些跟过去不一样的规定。现在给了村民们两种救济手段：一是村民会议，一是每个单个的村民都可以起诉。记者：现在把物权法草案提交全社会讨论，是不是意味着还有修改空间，还能找到更好的解决办法？江平：这个难度比较大。如果尊重公民的意见尤其是农民的意见，事情就比较好办。比如农民的意见肯定倾向自由流转，宅基地干脆就私有化吧，我买下来再卖，我以后不在这住我到城里住了，把农村房子卖给城里人，赚一笔

钱可以用来做生意，这为什么不可以？但从政府角度看，要改也确实难。宅基地应该是农民自己的。农民辛辛苦苦攒一辈子，就攒了一套房子，你还要限制他的房子的流通。限制了流通就等于限制了财产自由，因为财产的价值就在于流通。农村的房子不允许卖，再好的房子只能自己来住，那算什么产权？记者：农村的土地是农民的社会保障。问题是保障如何定义？现在农民的基本温饱不成问题，吃的穿的都有，真正缺乏的保障是上学的问题、医疗的问题，可这些你只靠土地保障得了吗？现在这些基本保障的维持，靠的都是农民到城市打工挣回来的钱。江平：如果这个问题再往深里说，实际上又是城乡二元的割裂，又变成城市人跟农村人财产权的不均等。农村承包经营的土地可以适度转让，可以卖，宅基地却比这还落后。现在不是要城市化吗？要鼓励农村人口转为城市人口吗？他到城市打工他考上大学，他都到北京到上海了，他承包经营的土地可以转让，房子为什么就不能卖？他在农村的房子只能卖给当地人不能卖给城里人，卖给村里人谁需要啊？谁出得起好价钱啊？现在农村有些房子很不错的，江浙农民的房子就很漂亮，不比城里人的差。不让这些农民的房子卖出本来应该卖出的好价钱，让他经济上损失很大，这有什么宪法上或者别的什么理由吗？记者：不仅农民的宅基地不能自由处分，农民集体所有的土地也不能自由处分，典型表现就是建设用地的使用权不包括集体的土地。物权法对这个问题是怎么解决的？江平：这也是很复杂的一个问题。过去规定，国家可以把农村的土地用征收的办法征到国家手上，再用国家出让的办法转卖给开发商。现在市场化进程越来越快，还这么做是值得推敲的，所以原来的稿子

对这个问题一度比较宽松，它是这么写的：城市的规划区内的集体所有的土地，只有通过国家征收以后才能出让。这句话的意思显然是城市规划区以外的土地可以不受这个限制。那么农村可不可以自己拿土地跟开发商交易？进一步说，农民可不可以自己集体所有的土地上自己去开发，然后到市场上卖房子？但这条现在也勾掉了。现在的建设用地使用权仅限于对国家所有的土地。集体所有的土地就不能有建设用地的使用权。所有农村集体所有的土地要想变成开发的建设用地，都必须由国家征收。记者：那么农村集体所有的土地农民自己开发可不可以？江平：这点现在的草案虽然没写，但显然也是不允许的，道理很简单，你自己要开发的话，你开发的显然是耕地，现在农村集体所有的土地没有不是耕地的。而耕地要变成非耕地必须经过国家，你自己要把耕地拿来盖房子卖肯定不行。这可以说是对农村集体所有土地的权利的一个很大的限制。记者：征地引起的矛盾主要是因为交易不对等、补偿不合理。这种情况下如何保障农民的权益？是不是有必要把农村集体所有的土地确认到村组，村组真正行使所有权？土地的集体所有往往没有一个法律上的主体，相应的监督和制约只好落空。物权法在这方面有没有什么新的制度安排？江平：有的。这方面可以说是物权法的一个亮点。这次物权法对集体成员的财产权利做了一些跟过去不一样的规定。其第六十一条称，下列事项应当依法经过村民会议讨论决定，注意，这里说的是“村民会议”而不是管理机构或者管理者个人。一个事项是把本村的土地发包给外方，一个事项是个别农户之间可耕地的调整，一个事项是征地补偿费用的使用，怎么分配，这些事项都只能由村民会议来决



定。现在还有一条很重要，这条参照了相当于公司法的一个规定，即公司的高级管理人员作出的决定，如果侵犯了公司股东的合法权益，相关股东可到法院起诉。这条是这么写的：集体经济组织或者村民委员会的管理人作出决定侵犯集体成员合法权益的，该集体成员可以请求人民法院予以撤销。村民委员会作出决定侵犯集体成员合法权益的，该集体成员也可以请求人民法院予以撤销。所以现在给了村民们两种救济手段：一是村民会议，一是每个单个的村民都可以起诉。这两点都是集体成员对集体所有权有所制约，使集体所有可以真正向着集体成员共有的方向转化。记者：总体上您如何评价物权法？江平：总的可以这么说，经过多少年的锤炼，我们的物权法吸取了各个国家的有益经验，在保护财产权利这点上，跟国际惯例大体上是接轨的，其基本规则是经得起追问的。但在物权领域里不可能没有中国特色。这个中国特色主要就是土地权利的特点。外国是土地私人所有，我们是土地国有。这些方面我们比较独特。但即便在这些方面，我们也已经有二十多年的改革开放的经验可资借鉴，也是有进步的。现在面临的主要问题只是如何进一步开放。随着市场化进程的提升，越来越需要扩大土地的流转范围；但土地流转究竟开放到什么度，仍然是一个难点。随着市场化的发展、改革的深化，土地使用权的流转程度必然会进一步加大。但有的时候，开放的口子一下子过大也可能出现难以控制的情况。所以，怎样既推动社会进步，又保证社会稳定，这确实是一个需要政治智慧的重大课题。（许志勇、河中舟对本文亦有贡献）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](http://www.100test.com)