

墓地上权利之重构

Restructure of the Rights over Cemetery

袁治杰 主持

YUAN Zhijie

【摘要】 私人墓地占用大量耕地，公益性公墓和经营性公墓二元体制关系不洽，墓地上权利体系不完善，实践中墓地纠纷频发，这都表明我国在墓地法律规制上存在严重问题。基于对“死者安息之所”与“生者祭奠之处”这种墓地属性的认知，全面重构墓地上权利体系显得尤为必要。在理性对待清代墓地制度、罗马法、德国法、英国法、美国法以及韩国法上关于墓地的法律规制及对墓地上权利性质争论的基础上，立足于我国现阶段土地法制框架，确立墓地上的三元权利结构，国家或集体土地所有权隐而不彰，墓园经营者土地使用权在墓地使用目的范围内永续存在，墓地购买者获得物权性墓地使用权。这种基本框架的完善有助于墓地功能的实现，也有助于在基本结构明晰的基础上建构细致的权利体系。

【关键词】 墓地 墓地使用权 物权

【中图分类号】 DF521 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 05-0093-25

Abstract: Private graves occupy a large sum of farmland. The dual system of public cemetery and for-profit cemetery shows an unfavorable internal consistency. The right system of cemetery remains imperfect and relevant disputes come up frequently in practice. All these facts indicate that some serious problems persist in the legal regulation of cemetery. Given the recognition that cemetery is by nature valued as the place for decedents to rest and for livings to sacrifice, a restructure of the right system of cemetery appears to be of essence. In regard to the abundant academic discussions and empirical researches concerning cemetery regulation in Qing dynasty, ancient Rome, Germany, Britain, the United States and South Korea, their methods of legal regulation and the nature of rights of cemetery deserve to have a reference. Based on the legal framework of land at present stage, we should establish a three-dimension right system: the land-ownership towards state owned land or collective-owned land remains under cover; the land use right owned by business operators is sustainable within the purpose of cemetery use; and a property right to use the cemetery is obtained by the purchaser of graves. The perfection of the basic framework contributes to the realization of the cemetery function and the establishment of a more detailed right system.

Key words: Cemetery The cemetery use right Property right

【收稿日期】 2018-02-05

【作者简介】 袁治杰，男，1981年10月生，北京师范大学法学院副教授，研究方向为民商法。团队成员：舒静怡，女，1995年5月生，巴塞罗那大学法学硕士研究生，研究方向为公司与企业家法；陈睿雯，女，1995年1月生，巴黎政治大学法学硕士研究生，研究方向为商法；郭雪雯，女，1994年12月生，巴黎第二大学法学硕士研究生，研究方向为知识产权法。

本文系第一作者指导后三位作者进行“国家级大学生创新创业训练计划项目”的成果。文章由后三位作者撰写完成之后第一作者全面修改而成，其中第三部分关于德国、英国、美国和古罗马的部分以及第四部分的主要内容由第一作者独立完成，其余部分均系四位作者共同讨论反复修改完成，特此说明。本文在撰写过程中，多次与北京师范大学法学院夏扬教授、张晓婷副教授、马剑银副教授讨论，受益良多，特此感谢，当然文责由作者自负。

一、引言：基本问题

2012年3月,河南省周口市为节约耕地开展大规模平坟复耕运动,其市委、市政府发布的《关于进一步推进殡葬改革的实施意见》提出,“2012至2014年完成公益性公墓全覆盖”。至2012年底,28个行政村已平(迁)坟数量高达200多万座,复种耕地近3万亩。^{〔1〕}笔者在走访实施该政策的几个村庄后发现,未告知平坟目的、未提供合适迁坟地而强制平坟的行为引发了大量民众不满。同时,迁坟后的公墓基础设施不到位、无法迁入等问题也很严重。此次事件最终以国务院修改《殡葬管理条例》第20条、事实上取消了民政部门强制平坟的权力、周口村民自发复坟百万座而草草落幕。尽管如此,大规模进驻耕地的墓地的确对土地集约利用造成了影响。这种死人与活人抢地的状况在我国人多地少的格局下显得异常突出。“周口平坟”事件之后,厦门同安、江苏沛县等地又接连发生平坟事件,可见问题依然存在。除了墓地占用大量耕地之外,墓地本身对集约化利用土地也造成了极大影响,在耕地上普遍存在墓地的情况下,大型收割机的使用受到很大限制,即使小型收割机可以使用,绕道行驶也大大增加了运营成本。

如果说农村村民面临的是耕地紧缺、土地利用粗犷以及坟地得不到有效保护的问题,那么城市居民面临的却是“死不起”的问题。对于城市居民来说,现阶段只能选择城市公墓,而公墓价格昂贵,“天价墓”使得许多人纷纷感慨“死不起”。与此同时,民政部一零一研究所发布的《殡葬绿皮书:中国殡葬事业发展报告(2014—2015)》提到,大部分省份现有墓穴将在10年内用完(这里的墓穴即公墓)。土地资源稀缺致使城市公墓成为短缺资源,老龄化与城镇化不断加速又无疑扩大了公墓的需求量。在人地矛盾突出的背景下,高价墓层出不穷,鲜受规制的殡葬业作为朝阳产业“钱”景大好,如何让人死有所葬成为现今不得不面对的问题。

除上述的结构性问题外,实践中,围绕着墓地产生了多种多样的纠纷,突出的有墓地权属纠纷,墓地转让纠纷,墓地侵权纠纷。《民政部关于进一步加强公墓管理的紧急通知》(民电[2001]185号)中说,“近几年来,违规销售公墓穴位特别是骨灰存放格位的问题,在一些地方一直存在,严重的地方,已经引发群众大规模上访和闹事”,可见事态之严重。与此同时,温州土地使用权到期后续期问题牵动了全国人民的心,而墓地使用权,面临着同样的问题。

上述所有问题,都源于法律在墓地领域规范上的严重缺失。西方人常说除了死亡和税收没有什么东西是确定的,然而在现行法律体系下,对税收有多如牛毛的详细规定,对死亡却没有。本文力图在借鉴国内外经验的基础上,结合我国目前墓地规制实际情况,尝试构建墓地上权利体系,为解决墓地问题提供镜鉴。

二、墓地承担之功能及其实现

生养死葬是任何一个人的基本生存需求。吃穿住行解决的是生养的问题,墓地则解

〔1〕 参见王彦、周陈华:“移风易俗应尊重公序良俗”,载《人民法院报》2012年11月9日,第02版。

决死葬的问题。只有真正理解了死葬在我们生存中的根本性意义，才有可能建构出一套完善的权利体系来维护这种根本性意义的实现。

墓地，又被称为阴宅，也即死者安息之所，这是墓地最本质的特性。阴宅与阳宅存在很大的差别：阳宅是活人的住所，活人会经常迁徙，因此并无固定的住所；阴宅，通常被认为是入土为安之处，而阴宅之主人，显然不可能主动迁徙，因此具有永恒的属性，是死者永远安息之处。死后获得安息可以说是人类的永恒追求，也可以说是人类对于永恒的永恒追求，构成死者生前最重要的愿望。因此安息之所对于死者具有至为重要的意义。或者更准确地说，死后安息是生者对于死后状态的祈求。因此从抽象的角度来看每个生者都祈求死后能得安息，此种愿望也需要被保护。

与死者这种终极愿望相应，让死者安息也是生者对死者应尽的基本义务，这一义务特别建立在死者与生者之特殊的血缘或姻亲关系之上。古希腊时，埋人入土具有特殊意义。悲剧《安提戈涅》中安提戈涅不惜牺牲生命违抗国王命令也要埋葬兄长，这是因为当时“人们普遍信仰死后灵魂不灭，安乐墓中”，〔2〕“露尸不葬，会冒犯神明，殃及城邦”。〔3〕让死者安息构成生者极为重要的一项义务，而生者如果不能让死者安息，则会遭受不利的社会评价，事实上从社会伦理的层面会影响生者的生养问题。

墓地又是生者祭拜死者之处。《释名·释丧制》将墓地解释为“孝子思慕之处”，“孝子思慕”所表明绝不仅仅是一种单向度的关系，而更多体现着死者与生者之间人格上的关联。古罗马《十二铜表法》中的“继承人”（heres）不仅是单纯的遗产取得者，更是被继承人的人格代表者——又一个我（alter ego），这是从继承原则印证了死者人格的连续。〔4〕在我国，同样也存在着这种死者与生者血脉的连续性。中文“我这一辈子”的说法形象地表明“个人不是一个其自身的完结的生命而是悠久的生命的一个世代”这种意识，〔5〕个人只是从祖先到后代之间的一个环节，子对父的人格继承和祖先的祭祀是最重要的事件，它确立子在宗中的地位。〔6〕这种连续性彰显着一种永恒性，而将这种永恒性也需要获得法律上的表达与保护。

而死者也在冥冥之中佑护着生者，至少生者如此期望并坚信着。这种观念的前提恰恰是死者其实并没有真正死，他只是生活在另一个场域之中，并且还拥有某种超人类的能力。也正因为这一点，生者才汲汲以求保护死者，希望死者在天之灵护佑生者及其后人。

归根结底，墓地发挥着两重功能，首先是死者安息之所，其次是生者祭奠之处。而将这两重功能细分我们会看到四重功能。第一重功能即让死者安息，第二重功能则是生者履行安葬死者义务的载体，第三重功能则是寄托哀思之处，第四重功能则是希望死者

〔2〕 强世功：“文学中的法律：安提戈涅、窦娥和鲍西娅——女权主义的法律视角及检讨”，《比较法研究》1996年第1期，第33页。See Fustel de Coulanges, *La Cité Antique-Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*, Cambridge University Press, 2009, p. 8.

〔3〕 〔古希腊〕索福克勒斯：《索福克勒斯悲剧二种》，罗念生译，人民文学出版社1979年版，“译本序”第13页。

〔4〕 参见〔日〕滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，法律出版社2003年版，第103页。

〔5〕 同上，第113页。

〔6〕 同上，第92页。

在天之灵护佑生者之意。无疑，墓地还承载着其他的社会功能，比如它构成家族之间每逢祭日共同祭祀的这样一个维系家族联系的功能，包括彰显家族存在的功能。但这些功能都是附着在前面几项功能之上的。这四重功能胶着在一起，其实无法明晰地加以区分。而墓地是这四重功能实现的核心场域。

就此而言，保护死者与保护生者在此同样重要。在这里，生者的利益附着在死者的利益之上。然而死者的利益也往往附着在生者的利益之上，没有生者对于死后安息的这种愿望，也就不会存在抽象的死者的利益。因此，问题的核心就在于，如何对死者的人格利益加以保护。只要能够完善地对死者人格利益加以保护，生者的人格利益自然也就得到了保护。毕竟死者不能自己去保护其利益，只能通过生者来加以保护。当然对死者人格利益的保护不限于围绕着墓地的死者存在空间，但以墓地作为载体的空间显然构成死者利益保护的核心。古罗马的《十二铜表法》将殡葬事宜规定于第十表“宗教法”中，棺材、坟墓与骨灰盒等更是作为神法物加以特别保护。^{〔7〕}我国从古至今也存在大量类似规范，集中地体现了这一观念。因此，死者人格利益的保护，是墓地治理制度的根本出发点，也是归宿点。死者的人格利益得到了充分保护，生者的人格利益自然也就得到了充分的保护。

然而，单纯从死者人格利益保护视角出发，显然过于片面。现代社会强调所有权神圣不可侵犯，而墓地不可能都建立在自己所有的土地之上，或者最初建造在自己的土地上，因为继承、让与等情况，墓主的亲属可能不再拥有土地所有权。^{〔8〕}这时候在墓地上存在着祭奠祖先的权利和所有权的冲突。^{〔9〕}前者涉及我们的精神存在，后者则涉及所有权人的物质存在。另外，土地的稀缺也意味着，过分保护死者的存在空间将挤压生者的存在空间。就此而言，墓地治理的关键在于如何良好地处理这两对矛盾：死者与生者的矛盾；土地所有权人与墓地使用权人的矛盾。

就死者与生者争地的矛盾，没有其他解决之道，唯一的办法就是集约化利用土地，尽可能利用荒地包括园林绿化用地来建设墓地，毕竟墓地本身也是一种城市绿化设施，并在可能的情况下限制墓地使用权的期限。

而就土地所有权人与墓地使用权人之间的矛盾，严格说来，在我国现行的土地所有制框架下，涉及土地所有权人的所有权，墓园经营者对墓园土地的使用权以及墓地使用权人对墓地的使用权，如何处理这三方权利，直接决定着墓地所承担的功能能否实现。而只有在对墓地的基本功能有了充分的认识之后，才有可能在这个基础上构建良好的权利体系。考虑到我国目前对于墓地的法律规范严重缺失且互相冲突，在全面建构墓地上权利体系之前，有必要借鉴古今中外相关规范，从中汲取经验。然后在全面梳理我国现行法律框架的基础上，研判现行法律是否足以实现墓地所承担的上述功能，并就此提出

〔7〕 参见〔意〕彼得罗·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184~186页。

〔8〕 “墓主”概念的使用往往不明确，有指称墓穴中的死人的，也有指称死者在世亲属的，参见何小平：《清代习惯法——墓地所有权研究》，人民出版社2012年版，第90页。如安徽、湖北和江西等省的殡葬条例里面的“墓主”概念指称的就是死者的在世亲属，为了明确起见，本文墓主指称墓穴中的死者。

〔9〕 See Brophy A. L., Grave Matters: The Ancient Rights of the Graveyard, Brigham Young University Law Review 6, 2006, p. 1470.

应对之策。

三、中外之经验借鉴

(一) 我国传统社会的墓地制度

我国的殡葬自古以来即遵照各地风俗习惯,墓地的使用规则历代皆有律可循。春秋晚期,土丘式的坟墓由南方传入中原,自此埋葬之所即包含了上面的坟堆及下面的冢。^{〔10〕}常说的“一亩三分地”来自周朝以前对老坟地面积的规定:当时有身份的孝子要守孝三年,在守孝期间就在坟旁搭建个房子,在坟边的土地上自种自食,这块土地面积一亩三分以内无须纳税。^{〔11〕}后世很多地方保留着这样的风水规则,即在這一亩三分地上不得埋葬其他人。另外,这种守孝的习俗,还包含着保护死者、使之真正“入土”为安的考虑。一亩三分地后来演变成自留地,成为个人小利益的代称,其本质依然体现出了这块土地的特殊性。我国自唐代中期逐渐确定的土地权利基本框架,沿袭至清,形成了民地所有权制度。^{〔12〕}在此制度下,墓地上的权利大多为墓地所有权。《大清律例》中与丧葬相关的条款详细规定了墓地的建造、使用规则与毁坏后果,这与殡葬相关的各地区民事习惯相互呼应。^{〔13〕}

《大清律例》规定,“高者曰坟,封者曰冢,平者曰墓”,^{〔14〕}棺木埋葬于农田角落或者山凹中,禁止“棺柩浮厝”^{〔15〕}的行为。棺柩、墓碑以及周围一定范围的土地合起来称为“坟冢”(即墓地),其坟头周围与墓相关的土地面积根据官阶不同而有所差异。^{〔16〕}坟产包括坟地、坟山、坟地上的“风水树”及坟茔、墓碑等附属物。^{〔17〕}鱼鳞册中的墓地页、国家发放的执照和印契、缴纳地税的粮据都是坟产合法占有的直接证明。^{〔18〕}若有丧葬不周或损害遗弃尸体的,“对尊长、卑幼或对家长、奴婢、雇工人等违法行为有不同处罚”。^{〔19〕}可见,死者与生者的血脉关系依然存续。有学者认为,清律例于此“承认死者的人格”。^{〔20〕}

在清代,墓地所有权可通过分家、继承或购买取得。^{〔21〕}其中,主体是家,^{〔22〕}由死

〔10〕 参见陈华文:《丧葬史》,上海文艺出版社1999年版,第54页。

〔11〕 参见张满飏:“‘一亩三分地’跟坟地有关”,《文史博览》2013年第7期,第32~33页。

〔12〕 参见〔日〕森田成满:《清代中国土地法研究》,牛杰译,法律出版社2012年版,第8~16页。

〔13〕 参见前南京国民政府司法行政部:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年版,第18、28、260页等。

〔14〕 〔清〕沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第625页。

〔15〕 “棺柩浮厝”指困惑于风水,不及时下葬的行为。

〔16〕 参见马建石、杨育棠主编:《大清律例通考校注》,中国政法大学出版社1992年版,第560页。

〔17〕 参见魏顺光:“清代政府关于坟产的法律规定”,《求索》2013年第1期,第93页。

〔18〕 同上注。

〔19〕 前注〔12〕,森田成满书,第172页。

〔20〕 同上注。

〔21〕 参见前注〔4〕,滋贺秀三书,第88~100页,第217~230页。

〔22〕 “家”指没有赋予权利能力的团体,是家族意义上的“家”。参见前注〔12〕,森田成满书,第174页。

者父亲或者兄弟作为代表人；客体是棺柩、墓碑以及埋葬棺柩和墓碑所在土地；权利内容为符合送葬、祭祀目的时的土地使用。购买取得墓地时，依当地风俗习惯和土地买卖双方的契约，买主可在土地中葬坟。^{〔23〕}对于资金不足和暂时葬坟的人来说，也可典买和租赁取得墓地使用权。另外，亦有通过赠与和雇佣关系取得墓地所有权的。

传统社会土地可以私有，因此可以直接通过购买取得土地用于葬坟。但法律不允许已埋葬死者的墓地被出卖，但尚未建坟冢的预留墓地的所有权可进行转让。^{〔24〕}祖坟山地多属家族成员共有，《大清律例》规定子孙不可变卖其祖坟山地，也不可盗卖祖坟旁边的余地及祖坟树木，因为这既侵犯家族其他成员的所有权，也会破坏社会的伦常秩序。^{〔25〕}但根据嘉庆二十二年的《免责条例》，^{〔26〕}贫穷的墓地所有者可出卖涉坟土地，但必须“留坟祭扫”，用现代法律术语可以说土地出卖方对坟墓保留着物权性使用权。由此可见，在墓地上有物权性权利（即墓地所有权）的时候，更利于在土地流转中保护墓地不被移动，这较好地维护了殡葬中的公序良俗。

另外，传统社会的法律也保护墓地免受他人及官府侵害，即禁止不当破坏涉坟土地。《大清律例》卷十八《刑律·贼盗·发冢》细密地确立了发冢的罪名与惩罚。对于民间的盗葬行为，《大清律例》规定“于有主坟地内盗葬者，杖八十，勒限移葬”等。^{〔27〕}法律禁止官府任意剥夺坟山所有权，侵权的八旗及汉员应承担“给还本人，免其入官变价”等法律责任。^{〔28〕}再者，对于坟冢的侵害分类治罪。发掘无主坟冢或古冢，一旦暴露尸骨，构成发冢罪或风俗犯罪；铲去墓土破坏坟墓，以“平治”罪处；打开棺盖的犯罪是发掘坟冢罪和对棺柩犯罪的结合犯等等。^{〔29〕}

（二）罗马法上的神法物

各种考古发掘都明确无误地表明，古罗马时代火葬和墓葬同时存在。《十二铜表法》第十表第1条规定：“死人不得在城市内埋葬或焚毁。”第9条规定：“未得所有者同意，法律禁止在距离其房屋不到六十呎地方举行火葬或设置坟墓。”第10条还规定：“法律禁止按时效取得葬地，火葬地也一样。”然而随着基督教的兴盛，火葬逐渐被取缔，土葬时至今日在西方依然是主要的丧葬形式。

在《十二铜表法》中已经可以看到墓地受到特殊对待，不适用取得时效。在古典时代的罗马法中，墓地在法律性质上是神法物，具体说是神息物，也就是阴间诸神停留之所在。所有权人的土地在安葬之后就被奉献给阴间诸神而圣化，墓地被认为是阴间诸神的所有物，因此被排除在私法交易之外，不可让与，也不可经由时效取得。对于墓地的

〔23〕 卖契中出卖的标的是墓地，卖主明文承诺或认可买主有权在所买的墓地上葬坟。参见前注〔8〕，何小平书，第21页。

〔24〕 参见杨立民：“清代涉坟土地的类型及流转原因辨析”，《甘肃政法学院学报》2013年第3期，第22页。

〔25〕 参见前注〔17〕，魏顺光文，第93~94页。

〔26〕 本免责例文颁布于嘉庆二十二年（1817年），“其子孙因贫卖地，留坟祭扫，并未平治，又非盗卖者，不在此例”。

〔27〕 参见前注〔16〕，马建石、杨育棠书，第756页。

〔28〕 参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版，第248页。

〔29〕 参见前注〔12〕，森田成满书，第196~197页。

权利,不受私法的规范。^[30]古典时代的罗马法区分四种类型的墓地,即单人墓地、公共墓地、家庭墓地、可继承墓地。家庭墓地早期时候仅允许埋葬直系亲属。而可继承墓地则由被继承人的所有继承人继承获得。^[31]家庭墓地和可继承墓地早期被严格区分,在后古典时代这种区分不再如此显著,非家庭成员也被安葬在家庭墓地里,而可继承墓地里也会安葬被剥夺继承权的人。再者,墓地的不可让与性也逐步放宽。无论如何,例外越来越多。^[32]在优士丁尼时代,已经很少有人提及神法物不能成为私法上物的客体。即使是教会法,虽然也把墓地称为神圣之物,但也认同这样的观点。

总体上说,在现代的法律观念中,神法物一般可以作为私法上所有权的客体,而且所有主体均可以成为所有权人。尽管如此,墓地毕竟有其特殊属性,因此在一定限度内墓地被排除在交易秩序之外。这种对所有权的限制主要体现在墓地的特殊用途上。^[33]

(三) 德国法上的实践与争议

《德国民法典》制定之前,通过法律行为从他人土地上获得具有私法效果的墓地使用权已毫无问题。可以通过一次性支付费用的方式购买获得,也可以通过支付租金的方式获得。通过购买的方式获得的土地使用权,依据当时的法律,不需要进行登记。通过这种方式获得的墓地使用权,本质上类似于购买了墓地里面的一小块土地,这块土地可以被继承,没有使用权人的同意,不得安葬任何人。尽管也有学者有争议,在当时《普鲁士普通邦法》适用的范围内,墓地的取得人在教会的墓园上(当时的墓地绝大多数都为教会所有)取得的是物权性的使用权,这种权利不受墓地使用权人和墓地所有权人关系的影响,可以被继承,权利人也可以任意使用墓地,只要符合通行的风俗习惯即可。^[34]依据《普鲁士普通邦法》,在教会墓园之上,也可以为特定的土地或特定的家庭设置墓地使用权,这种权利可以让与和继承,虽然这与所有权依然有差别,但其本质上依然是在他人之物上设定的独立的客观物权。^[35]德意志帝国最高法院也一直认定墓地使用权的取得本身具有私法的属性,权利本身具有物权的特性。尽管墓园也被认为是公物,但仅仅是在墓园服务于公共利益的范围受公法的规范,超出此范围的地方依然受到私法的规范。^[36]

在这里,墓地使用权所涉及的法律关系同时具有公法与私法的属性,要明确对两者做出区分并不容易,特别是相关的公法规范会侵入到私法领域。^[37]需要注意的是,基于公法规范请求墓园管理人给予一块墓地的权利,是乡镇成员基于成员权而享有的一项公法上的权利,乡镇有义务保证每个人有安葬之所。而墓地使用权本身则是一项私法上

[30] Kaser Max, Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, 2. Aufl., 1971, C. H. Beck Verlag, S. 379.

[31] Jung Georg, Das Recht der Erbbegräbnisse mit besonderer Berücksichtigung des in Bayern geltenden Rechtes, 1906, kgl. bayer-Hof u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn, S. 8ff.

[32] Kaser Max, Das Römische Privatrecht, zweiter Abschnitt, 2. Aufl., 1975, C. H. Beck Verlag, S. 245.

[33] 参见前注〔31〕, Jung Georg书,第13、14页。

[34] 同上,第16、17页。

[35] 同上,第17、18页。

[36] RGZ, 12, 280, 284.

[37] Kiwitz Heinrich, Das Bestattungsrecht in Preußen, 1932, Kommunal Schriften Verlag, S. 26.

的权利。^{〔38〕} 墓地使用权建立在双方之间的合同基础之上, 墓地使用权人要向所有权人缴纳相应的费用, 所有权人则赋予墓地使用权人埋葬自己和亲属的权利。这本质上就是一项交易, 主流观点认为这是一个私法上的法律行为。^{〔39〕}

然而在《德国民法典》生效之后, 因为物权法定原则的适用, 不动产物权都需要进行登记, 而墓地使用权都没有登记, 并且墓地使用权与法典所确立的物权类型存在显著区别, 因此将墓地使用权继续认定为物权显然存在障碍。然而, 墓地使用权又显然不是一项纯粹的债权性权利, 法典里面与墓地使用权最接近的就是租赁合同, 但对墓地使用权人而言, 墓地所有权人的变化完全不影响其使用权, 墓地使用权人也可以行使占有人的所有请求权。因此墓地使用权被认为是一项具有物权特性的债权。^{〔40〕} 更为关键的在于, 租赁合同的本质在于承租人对租赁物的有期限的使用, 然而墓地使用权人显然具有永久使用墓地的意图。而且如果把墓地使用权关系理解为租赁关系, 势必导致出租人在特定情况下拥有解除合同的权利, 这也与墓地使用的本质属性相违背。因此墓地使用权不再被认为是一项物权, 而被认为是一项基于人身性的权利, 基于这项权利权利人及其继承人有权为了个人的使用而使用墓地。^{〔41〕}

德意志帝国最高法院后期观点也有所变化, 认为如果乡镇成员没有通过特殊的合同获取特殊的权利, 而只是受到墓园条例的规制, 则双方之间仅仅存在公法上的关系, 而不存在私法上的关系。墓地使用权人的权利和义务均直接来源于墓园条例的规定。联邦最高法院也开始赞同这一观点, 长久以来成为通说。依据该观点, 墓园条例彰显的是公法规范, 本身并非一般交易条款, 授予墓地使用权仅仅是表明墓地使用权人有权使用墓园里面的墓地, 基于授予行为墓地使用权人获得了一项主观的公法性权利, 只要使用墓地的条例没有改变, 该权利就不可以被剥夺。^{〔42〕}

依据现行德国法对于墓地权利的规制, 墓地通常被区分为两类。第一类称为联排墓地, 又称单穴墓地, 这种墓地之所以被称为“联排墓地”, 是因为所有墓地按照序号排列, 每个墓地里面只能安葬一人, 墓地使用权只有在墓主死亡之时才能获取, 不能够提前获得, 而且只能依照顺序获取, 没有选择权。对于这种联排墓地, 在使用权到期之后原则上不可以被延长, 然而实践中则存在各种延期的可能性, 特别是变更联排墓地的种类。第二种墓地被称为选择墓地, 也称为特殊墓地或家庭墓地。实践中特别是为了避免联排墓地使用权到期不能延长的问题, 以及出于获得更广泛的权利的考虑而允许此类墓地存在。这种选择墓地可以由取得人自己选择, 大小、方位等均可以由双方协商确定, 可以埋葬多人, 使用权期限也更长, 实践中往往长达40到60年。但具体可以埋葬哪些人则由墓园条例加以确定, 以避免炒作墓地。这种选择墓地的核心特征在于为死者提供合适的也就是更长的安息时间。毫无疑问这样的墓地收费也更高。另外值得注意的还有, 实践中墓园往往限制取得此种墓地的人的年龄, 通常要求达到60岁才可以提前取

〔38〕 同上, 第44页。

〔39〕 同上, 第46、48页。

〔40〕 同上, 第48页。

〔41〕 参见前注〔31〕, Jung Georg书, 第35~37页。

〔42〕 NJW 1958, 59; Gaedke/Diefenbach/Barthel, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 11. Aufl., 2015, Carl Heymanns Verlag, S. 250.

得此种墓地。选择墓地之上的墓地使用权到期之后可以在缴纳费用后延长。^{〔43〕}

（四）英国法上的实践与争议

作为普通法系的代表性国家，英国法上埋葬权建立在一系列纷杂混乱的判决基础之上，不同的法院对埋葬权的法律属性理解大相径庭。

对于埋葬权人而言，如果墓园土地是教会的土地，则教民对于堂区拥有一种人身性的埋葬的权利，教民有权请求被埋葬在堂区的土地上，但没有权利请求被埋葬在特定的地块上。简单地说，教民的这种权利具有身份权的属性。如果想要埋葬在特定地块上，必须要获得一种特权，或者通过时效取得。^{〔44〕}这种人身性的权利在尸体完全腐化之后即消灭。^{〔45〕}

除了上述这种完全具有身份权属性的权利之外，法院一般认为专有的埋葬权本身并不使得埋葬权人成为墓地所有权人，因此他无权提起侵占土地之诉，当然如果棺材受到了侵害则其有权提起侵犯之诉。^{〔46〕}但加拿大的法院则会认为埋葬权授予了埋葬权人墓地所有权。^{〔47〕}主流的观点则在地役权和特许权（license）之间摇摆不定。在很多案件中，埋葬权被视为地役权。然而，对于地役权，核心的要求是要存在需役地，而对于墓地而言，大多数情况下不存在这样的需役地，埋葬权通常是属人的（in gross），这对于堂区的教民而言尤其如此。另外，如果埋葬权赋予了权利人对于墓地的排他的占有，这样的权利是否能够被称为地役权，是很有疑问的。基于这样的疑问，很多判决认为埋葬权是一项特许权，然而这是一项合同特许权（contractual licence）呢，还是一项附随于所有权的特许权（licence coupled with the grant of a property right）？^{〔48〕}对于前者，许可人有权随时撤回许可，且显然仅仅对双方当事人具有拘束力，为了解决这个问题只能认为在安葬之后出于对尸体的保护不得撤回。对于后者，虽然其效力超出双方当事人，但就像地役权以需役地为前提一样，必须存在一项所有权。因此无论是认定为地役权，还是特许权，都无法准确认定埋葬权的特性，于是有学者认为埋葬权是一项自成一类的权利。^{〔49〕}值得注意的是，尽管英国的主流观点认为不存在属人的地役权（easement in gross），但也存在承认这样一项权利的呼吁。^{〔50〕}

（五）美国法上的实践与争议

因为在美国土地是私有的，相应的墓地形式也多种多样，这里主要介绍墓园经营者

〔43〕 Gaedke/Diefenbach/Barthel, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 11. Aufl., S. 267 ~ 276.

〔44〕 See Dowling A., Exclusive Rights of Burial, Northern Ireland Legal Quarterly 43 (3), 1992, p. 289.

〔45〕 See Jackson Percival E., The Law of Cadavers and Burial and Burial Places, Prentice-Hall, 1950, p. 354.

〔46〕 参见前注〔44〕，Dowling A. 文，第290页。

〔47〕 See Dowling A., Exclusive Rights of Burial and the Law of Real Property, Legal Studies 18 (4), 1998, p. 440.

〔48〕 对特许权的基本论述可参见 April Stroud, Making sense of land law, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 327~334.

〔49〕 参见前注〔47〕，Dowling A. 文，第442~452页。

〔50〕 See Morgan G., Easements in Gross Revisited, Anglo-American Law Review 28 (2), 1999, pp. 220~240.

的土地取得与利用法律状况。墓园经营者通常通过让与的方式取得墓园所需土地的所有权，也可以通过法定的捐赠而获得所有权，也可以通过设定地役权的方式而获得地役权。关键之处在于，只要土地被用于墓地使用，它就不再受制于纯粹的私法规制，而开始受到殡葬法规的规制，除非墓地尚未用于此目的或墓地已经不再用于此目的。^{〔51〕}墓地所有权或地役权虽然也可以被让与，但受让人有义务承担土地之上原来附着的义务，让与不得损害相应的埋葬权人的利益。有些州完全禁止墓地的让与，有些州则仅限制已经用于安葬的墓地的让与。同样，墓园经营者只有在获得法院许可之后才可以将其土地抵押，并且不得损害任何人所享有的墓地使用权，具体州则有不同的规定。^{〔52〕}

在公墓上通过让与方式获得埋葬的权利通常并不意味着获得所有权。墓地所有权与埋葬的权利合一往往只是一个偶然，这特别适用于私人墓地。大多数情况下埋葬权的享有者并不享有所有权。在很多州，即使契据明确让与了所有权（fee），也被认为实际上让与了一项地役权。对于墓地埋葬权人而言，如前所述，英国法上教民对于堂区拥有的人身性的埋葬的权利在尸体完全腐化之后即消灭，而美国法院则认为，在英国死人须给活人让位的原因在美国并不存在，因此认为墓地埋葬权人享有永久的权利，而这种永久性的权利必然意味着墓园经营者的管理义务，为了承担这样的义务，也有必要使得墓园经营方保留墓地所有权。^{〔53〕}

埋葬权经常被法院依据不动产法的规则认定为一项特许权（license or privilege）。在很多判决中，法院认为埋葬权不构成对土地的所有权，而仅仅构成一项特许权，这项特许权在公共利益需要时可能被撤回；也有判决认为，只要墓园继续被作为墓地使用，这项特许权就不可以被撤回；还有判决认定这项特许权是永久的且排他的；更有判决认定这项特许权在权利人死亡之后继续存在。^{〔54〕}因此即使认为埋葬权是一项特许权，法院也可能会认为该项权利具有永久性和排他性。

埋葬权也经常被认为是一项地役权，无论如何最低限度也会被认为是一项不动产上的权益。总之墓地埋葬权适用不动产法的基本规则，据此被取得，可以被继承，实际上被视为是一种不动产上的权利。^{〔55〕}也有个别法院将埋葬权视为一项附条件的可继承地产（qualified fee）。基于法院的这些不同态度以及埋葬权事实上所具有的基于宗教、习俗、财产法等各个方面所具有的特殊性，也有学者认为墓地所代表的权利是一种独特类型的权利，自成一种所有权类型。^{〔56〕}

但这种埋葬权在行使之前，也就是安葬之前原则上是可以转让的，除非涉及的是一项教民对于堂区所拥有的人身性权利，或者该权利限制在家庭成员范围内。也就是说通常通过购买方式获得的墓地埋葬权，具有财产的属性，可以转让。但是如果已经安葬了，则原则上不能够再转让，除非墓主已经被合法迁葬。转让权利势必使得陌生人有权

〔51〕 参见前注〔45〕，Jackson Percival E. 书，第241~248页。

〔52〕 同上，第250~259页。

〔53〕 同上，第353~360页。

〔54〕 同上，第360、361页。

〔55〕 同上，第361~362页。

〔56〕 See Robert S. , The Cemetery Lot: Rights and Restrictions, University of Pennsylvania Law Review 109 (3), 1961, p. 380.

安葬在墓地里面,把陌生人和原来的墓主安葬在一起显然是社会道德无法忍受的。^[57]很多州的法律都禁止扣押和执行墓地,其立法用意在于避免炒作墓地。值得注意的是,在艾奥瓦州和明尼苏达州,墓地被视为是宅地的一部分从而享受《宅地豁免法》所规定的免于强制执行的特权。^[58]这与我国阴宅的观念有相似之处。

(六) 韩国法上的坟墓基地权

韩国与我国类似,都存在较为深厚的传统文化和对祖先的崇拜,有土葬的风俗,同时也面临土地紧缺的问题,故而韩国的坟墓基地权对我国墓地使用权的建构有很大参考价值。^[59]

在韩国,坟墓是指在其内部埋葬人的遗骨、遗骸等的场所,如果坟墓没有安葬尸体,坟墓基地权不得成立。坟墓基地权被认为是设置坟墓的人享有的在他人所有土地上使用坟墓基地及其附近土地的,类似地上权的习惯法上的物权,即效力范围涵盖坟墓基地及其周边必要区域。坟墓基地权的主体为享有坟墓基地权的人,不包括法人或其他组织,理论上排除了公墓方享有坟墓基地权的可能性。坟墓基地权的客体为“坟墓所占用的必要的基地”,其产生前提是“能从坟头等外部识别出坟墓的存在”并且“能够引起明显注意”。

坟墓基地权的产生可基于事实行为与法律行为。法律行为指土地所有权人与坟墓基地权人合意之后的要约与承诺,相当于签订合同,无须批准和登记手续。事实行为包括两种:其一,在自己所有的土地上建造坟墓后再转让土地所有权,如果未事先约定坟墓基地权的转让,则原所有权人取得坟墓基地权,但如果公开占用转让土地20年,也可取得坟墓基地权;其二,根据取得时效取得,虽未经他人承诺建造了坟墓,但和平、公开占有坟墓基地超过20年的,可以在他人土地上取得类似于地上权的一种物权,但在习惯法上只能由死者的直系子孙享有。

应注意,当土地所有人和基地权人有合意时则不需登记,即坟墓基地权在“未经登记的情况下也可以对抗第三人”。关于坟墓基地权的存续期间,如果坟墓基地权人得到了土地所有人的承诺而建造坟墓,当事人之间就坟墓基地权期限作出约定的,依其约定;如果当事人之间无法约定,则应当依照相关法规加以确定。即根据《关于葬礼等的法律》第19条,“时效未完成的坟墓基地权要延长坟墓设置期间的,一次不得超过15年,延长不得超过3次”。

(七) 小结

无论是清朝的规定,还是古罗马、德国,抑或普通法系的代表性国家英国和美国,应该说在不同的土地制度框架之下,对墓地均作出了比较完善的规定。具有启示意义的是,墓地自古以来就具有特殊性,无论是否把它视为神法物,是否排除在商业交易之外,墓地之上所附着的特殊的人身利益均受到法律的特别保护,这种保护强烈地体现在公法规范的干预力度之上。只要我们在价值观上依然认同死者的安息诉求、人身利益的保护需求以及生者的祭祀利益,我们就必须对墓地给予有力保护。尽管英美两国对埋葬

[57] 参见前注〔45〕, Jackson Percival E. 书, 第364~366页。

[58] 参见前注〔56〕, Robert S. 文, 第395页。

[59] 参见〔韩〕金玄卿:“论韩国民法对所有权的限制——以坟墓基地权为视角”,《河北法学》2010年第6期,第169~174页。

权的属性存在争议,但相当多的观点将埋葬权认定为一项接近于地役权的权利,也就是具有物权的属性。即便认为是特许权这样的债权性权利,也无不做出各种例外规定以强化对埋葬权的保护,从而往往使其效力超出当事人之间。早期德国法也认定墓地使用权是一种物权,后期司法实践则转而认为墓地使用权是一种公法上权利,不管司法如何认定该项权利,这项权利具有“物”的属性是毫无疑问的。因此,在我国重构墓地上权利之时,不管如何认定,都有必要强化对于墓地使用权的保护。这种保护,既应体现在性质上,也应当体现在期限上。

四、墓地上权利体系现状

(一) 三元墓地格局

我国现行《宪法》第10条规定城市的土地属于国家所有,农村和城市郊区的土地除法律规定属于国家所有之外属于集体所有,宅基地和自留地、自留山也属于集体所有。该条确立了我国城乡土地制度的二元格局。相应地,墓地分为私人墓地和公墓。公墓则进一步区分为公益性墓地和经营性墓地。私人墓地广泛存在于乡间地头,包括宗族墓地和个人修建的墓地。因为农村土地属于集体所有,也就意味着所谓的私人墓地,实际上是建立在他人也就是集体所有的土地之上的。在这里存在着所有权人和墓地上权利人的分离。而且在土地公有化之前也存在大量墓地,这些墓地在土地所有权公有化之后,其权利状况变化也值得探讨。

而公墓则按照城乡二元土地制度的格局,被人为地区分为公益性公墓和经营性公墓。民政部1992年颁布的《公墓管理暂行办法》第3条明确规定,公墓是为城乡居民提供安葬骨灰和遗体的公共设施。公益性公墓是为农村村民提供遗体或骨灰安葬服务的公共墓地,而经营性公墓则是为城镇居民提供骨灰或遗体安葬实行有偿服务的公共墓地,属于第三产业。这一区分的基本思路显然在于土地所有制的不同。农村土地属于集体所有,因此集体成员基于其成员权有权利从集体获得墓地。而城市土地属于国家所有,因此城市居民就无法享受公益性墓地所带来的福利保障。这种基于所有制做出的划分,显然是存在问题的。生养死葬是每一个公民的基本要求,不会因为是在农村居民还是城市居民而有所差别。近年来的“死不起”典型地反映了城市居民所面临的困境。何况,如果说农村居民基于集体成员的身份有权获得宅基地和公益性公墓里面的墓穴,那么城市居民基于公民的身份是否也应当对国家拥有所有权的土地享有同样的权利呢?

事实上,这种在立法上对公墓性质作出的区分在实践中已被打破。很多省份都已开始逐步推动城市公益性公墓的建设。2012年10月民政部就首个《城市公益性公墓建设标准》(征求意见稿)面向社会征求意见,显然该建设标准把公益性公墓的范围扩展到了城市。住建部和发改委已于2017年2月正式发布《城市公益性公墓建设标准》,其中第3条明确规定城市公益性公墓是不以营利为目的为城镇居民提供安葬(安放)骨灰的社会公共服务设施。因此通过城市和农村来区分公益性和经营性公墓,已经失去实际意义了。

尽管如此,私人墓地、公益性公墓和经营性公墓三元格局迄今依然清晰可见。

(二) 私人墓地的历史与法律现状

对于私人墓地,目前法律实际上处于没有规范的状况,很多地方处于放任自流的状态。

态。尽管《殡葬管理条例》第15条规定,在允许土葬的地区,禁止在公墓和农村的公益性墓地以外的其他任何地方埋葬遗体、建造坟墓。然而实践中这项规定在很多地方都没有得到贯彻。农村村民大多是在自家承包地上埋葬,也有很多在他人的承包地或荒山上埋葬,因此产生了大量的纠纷。这里的基本问题是,法律对公民设立了这样的义务,却没有提供合适的配套。因此,尽管从实证法的角度来说私自葬坟是违法的,但也不能因此就当然得出行政机关可以平坟的结论。

另外,土地集体化运动之前农村的私人墓地,包括宗族墓地,其上的权利状况也存在疑问。可以确定的是,从劳动互助社到高级农业生产合作社,墓地始终与公有化过程相分离。依据1955年的《农业生产合作社示范章程》,在一定的期间还保留了社员对交给合作社统一使用的土地和别的生产资料的所有权。而1956年的《高级农业生产合作社示范章程》第16条规定:“社员原有的坟地和房屋地基不必入社。社员新修房屋需用的地基和无坟地的社员需用的坟地,由合作社统筹解决,在必要的时候,合作社可以申请乡人民委员会协助解决。”这一规定既反映了坟地的特殊性,也反映了人们把坟地看作阴宅的思想。尤其值得注意的是,这里面把宅基地和坟地并列,强调由合作社统筹解决坟地,实际上表明作为社员有权获得坟地。进入人民公社时期,1961年3月向全国下发的《农村人民公社工作条例(草案)》规定“在生产大队范围内,除了生产队所有的生产资料以外,一切土地、牲畜、农具等生产资料,都属于生产大队所有”,还规定,“要保障社员个人所有的一切生活资料,包括房屋、家具、衣被、自行车、缝纫机等,和在银行、信用社的存款,永远归社员所有,任何人不得侵犯。鼓励和帮助社员修建住宅。要保障社员自用的小农具和工具等,永远归社员所有。”1961年6月通过的《农村人民公社工作条例(修正草案)》规定,“全大队范围内的土地,都归生产大队所有,固定给生产队使用”、“要保障社员自有自用的小农具和工具等生产资料,永远归社员所有,任何人不得侵犯。”这里将小农具和工具定性为生产资料,且强调任何人不得侵犯。这种变化颇值玩味。1962年9月正式通过的《农村人民公社工作条例修正草案》,“生产队范围内的土地,都归生产队所有。”^{〔60〕}这个版本最终使得“三级所有、队为基础”的体制得到确定,并影响农村土地所有制直至今日。其中对于社员个人生活资料和小农具、工具等生产资料的规定延续了此前的规定。

于此不惮其烦引用这些规范试图表明,即使在公社化时期,对于公有制的理解,核心是建立在生产资料公有制的基础之上,因此社员的房屋等保持着完全的私有状况,可以买卖和租赁,被征收时也有权获得补偿。甚至对于小农具和工具这样的生产资料都归社员所有。从普通人把墓地视为阴宅的角度出发,墓地显然应当被归入到生活资料的范畴,对于墓主而言,墓地是其居住之所,对于生者而言,墓地是其寄托哀思之处,因此无论对死者还是生者,均服务于其生活目的从而只能被认定为生活资料。美国有些州明确把墓地纳入到生者生存必需品的范畴,从而禁止强制执行,可以说体现了同样的思想。在这个意义上说,尽管从实证法角度出发,无疑现在包括墓地在内的所有农村土地都属于集体所有,但这丝毫不能妨碍我们认定原有的墓地所有权人应当继续对墓地享有

〔60〕 上述三个版本的农业六十条均参见黄道霞编:《建国以来农业合作化史料汇编》,中共党史出版社1992年版,第632、640、732页。

其本应当享有的权利。这里所涉及的问题的实质就是，是否因为土地所有权被集体化而必然导致原墓地所有权人对墓地的权利必然消失，答案应当是否定的。对此，可以参照城市土地被国有化之时城市私房所有权人对已经被国有化之后的土地所享有的使用权的规则。1990年国家土地管理局《关于城市宅基地所有权、使用权等问题的复函》就最高人民法院《关于城市宅基地所有权、使用权等问题给国家土地管理局的函》中提出的问题明确认为，公民对原属自己所有的城市土地应该享有使用权。1995年国土局颁布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》，更加明确规定了土地公有制之前通过购买房屋或土地及租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用的，可确定现使用者国有土地使用权。尽管对墓地没有类似的规定，但毫无疑问，原来的墓地所有权人在城市土地被国有化之后，应当继续享有相应的墓地使用权。

既然墓地从本质上具有生活资料的属性，则墓地上土地所有权被公有化的正当性似乎就有所欠缺。已经有学者从生产资料和生活资料有所区别的角度来质疑墓地被公有化的正当性。^{〔61〕}然而笔者认为，对于墓地到底是生产资料还是生活资料，还需要更为精细的区分。墓地首先是土地，而土地被我们一般性地认定为生产资料，没有哪块土地天生就是墓地。坟墓是附着在土地之上的，其后土地才转换成为墓地，墓地本质上只是土地的一种利用形态。就像在土地上可以耕种也可以建造房屋一样。被公有化的只是抽象意义上的土地，而非具体的墓地。所有的土地都被集体化了，这里的土地是抽象的土地所有权，而非具体的土地利用形态。墓地只是土地的利用形态，一旦墓地被废弃或者墓主被迁移，则墓地不再作为墓地存在，此时墓地就回归其作为土地的本来形态，从而复归为生产资料。就此而言，需要关注的不是土地的所有权状况，而是墓地权利状况。也正是在这个意义上，构建墓地上相关的权利体系才是至关重要的。

因此，墓地被公有化，并不意味着墓地上的权利相应的不再存在。恰恰相反，原来的墓地权利人，在墓地使用的目的框架之下，应当继续享有全部的权利。这一点虽然未有明确规定，却应当是确定无疑的。《公墓管理暂行办法》第21条规定，对城市现有的墓地、坟岗，除另有法律法规规定外，一律由当地殡葬事业单位负责接管和改造。显然，对于城市既有的墓地、坟岗，其上的权利应当继续维持。

综上，对于公有化之前的墓地，原来的墓地权利人对于墓地的权利，不应当因为墓地本身被公有化而受到任何影响。然而，对于这些私人墓地，相关权利人究竟拥有什么权利，可以说完全没有规范，几乎可以说完全靠公序良俗以及可能存在的习惯法的规范。对此，立法无疑应当有所作为。

（三）公墓的规制现状

对于公墓而言，目前主要由民政部1992年颁布的《公墓管理暂行办法》和国务院1997年制定的《殡葬管理条例》（其前身是国务院1985年发布的《关于殡葬管理的暂行规定》）规范，另外有一些民政部自己发布的规范性文件。除了青海、内蒙古和西藏之外，其他省份都制定了相应的殡葬管理办法或条例，另外辽宁、上海、海南、浙江、江苏、宁夏等6个省份制定了公墓管理办法，河南制定了《农村公益性公墓管理办

〔61〕 参见肖泽晟：“墓地上的宪法权利”，《法学》2011年第7期，第70～79页。

法》。^{〔62〕} 这些规范总体上就下面几个问题作了宽泛的规定。《公墓管理暂行办法》第2条区分火葬区和土葬改革区，在土葬改革区，应有计划地建立遗体公墓或骨灰公墓。依据第5条，公益性公墓由村民委员会建立，经营性公墓由殡葬事业单位建立。《公墓管理暂行办法》第16条则规定经营性公墓的墓穴管理费一次性收取最长不得超过20年。第17条规定凡在经营性公墓内安葬骨灰或遗体的，丧主应按规定交纳墓穴租用费、建筑工料费、安葬费和护墓管理费。第19条则严禁在土葬改革区经营火化区死亡人员的遗体安葬业务。《关于殡葬管理的暂行规定》和《殡葬管理条例》均禁止建立或者恢复宗族墓地。《殡葬管理条例》第9条规定农村的公益性墓地不得对村民以外的其他人员提供墓穴用地，该条明白无误地表明了农村村民对于公益性墓地所享有的基于身份而产生的权利。

就收费问题，《公墓管理暂行办法》规定，经营性公墓的墓穴管理费一次性收取最长不得超过20年。还规定，凡在经营性公墓内安葬骨灰或遗体的，丧主应按规定交纳墓穴租用费、建筑工料费、安葬费和护墓管理费。这里所说的20年，是墓穴管理费一次性收取的最高年限。实践中却往往被误解为墓地使用权本身如同房屋土地使用权的期限一样。但这样的误解也非空穴来风。《殡葬管理条例》规定：“严格限制公墓墓穴占地面积和使用年限。按照规划允许土葬或者允许埋葬骨灰的，埋葬遗体或者埋葬骨灰的墓穴占地面积和使用年限，由省、自治区、直辖市人民政府按照节约土地、不占耕地的原则规定。”虽然具体的使用年限交由省级地方政府来确定，但这里表明墓穴土地使用年限是要受到限制的。各个省份的规定大体相同，但措辞上也有差异。山西规定，经营性公墓墓穴使用年限一个周期不得超过20年。重庆规定墓穴使用期限不超过20年，逾期，墓主应重新办理手续。何谓重新办理手续，值得玩味。贵州则回避了年限问题，规定公墓墓穴使用年限按照国家有关规定办理，使用年限逾期的，墓主应当重新办理手续。也有省份没有规定墓穴使用期限问题，如福建。还有一些省份特别规定了期满续期问题，宁夏期满需继续保留的，必须办理延期手续，逾期3个月不办理的，按无主坟或者格位处理。这样的规定应该说过于严苛。另外浙江规定，在使用年限届满前，用户要求延长使用期的，公墓单位应当允许，并办理墓穴续用的相关手续。

显然所有这些规定并没有对墓穴使用年限做出硬性规定，只是说20年是一个周期，或者20年之后要重新办理手续续期。然而，20年到底是什么意思，特别是缴纳20年的费用，到底缴纳的是什么费用，并不非常明确。《公墓管理暂行办法》一方面规定一次性收取墓穴管理费不得超过20年，另一方面又规定丧主应按规定交纳墓穴租用费、建筑工料费、安葬费和护墓管理费，建筑工料费和安葬费显然是一次性的，那么墓穴租用费和护墓管理费又是什么性质呢？普通百姓平常说的购买墓穴又是什么意思呢？显然对于公墓墓穴而言，涉及土地使用费和护墓管理费两个环节。一次性缴纳20年的费用究竟包含的是哪个部分，值得探讨。如果说首次缴纳的费用包含了土地使用费和护墓管理费，那么之后续期是否还需要再次缴纳土地使用费？按照通常理解，既然是购买来的墓穴，显然之后就只需要缴纳相应的护墓管理费，而不再需要交纳土地使用费了。而是否需要交纳土地使用费，直接取决于公墓经营者是否向土地所有权人交纳了相应的土地

〔62〕 出于简洁的考虑，下文引用相关省份具体规定时候不再明确指明相关条例的出处和具体条文。

使用费,以及公墓经营者获得了多长期限的土地使用权。无论如何,现行法律对此的规范是不明晰的。

至于丧主享有的墓地权利的属性,现行法看起来立场似乎非常清晰,就是租赁权,也就是债权。《公墓管理暂行办法》明确使用“墓穴租用费”这样的表述。《海南省殡葬管理办法》第21条规定,“墓地的土地所有权依法归国家所有或集体所有,公墓服务单位具有使用权。丧主可以按照规定有期限地向公墓服务单位租用墓地。除公墓服务单位以外,任何单位和个人不得出租、转让、买卖或变相买卖墓地、墓穴。”这里所有权、土地使用权和墓地租赁权三层结构清晰可见。2011年,民政部社会事务司副司长李波在接受媒体采访时强调:“我们一直强调,墓地只是租赁关系,不是产权关系,只有使用权,没有所有权。签订合同时,20年是一个期限,20年到期以后,双方根据协议规定执行管理费的收费。”〔63〕毫无疑问民政部这样一位副司长在采访时候的表态只能从侧面反映民政部官员对于相关规范自我认知的态度。然而,丧主对于墓地的权利,绝非“墓穴租用权”这样的概念所能明晰表达的。2008年发布的《民政部、国家发展和改革委员会、公安部等关于进一步规范和加强公墓建设管理的通知》中,即使用“出售(租)”这样的概念,如“公墓经营单位要严格按照国家规定的墓穴用地标准建设、出售(租)墓葬用地”,这种用语可谓耐人寻味。

尽管《公墓管理暂行办法》明确使用“墓穴租用费”这样的概念,却只有少数省份采用了“租”这样的概念。北京规定期满后可以续租,使用承租人的概念,但同时规定,承租人不得转让墓穴和骨灰格位。安徽则规定禁止买卖或非法转让、出租墓地、墓穴。山东则禁止非法出租或买卖墓穴。广东禁止任何组织和个人非法出租、转让、买卖墓穴。海南规定,丧主可以按照规定有期限地向公墓服务单位租用墓地,并规定除公墓服务单位以外,任何单位和个人不得出租、转让、买卖或变相买卖墓地、墓穴。四川禁止买卖、出租社会公共墓地以外的土地作墓地、墓穴。陕西则规定,骨灰公墓的骨灰安放格位和墓穴,凭殡仪馆、火葬场出具的火化证明办理租用手续。这几个省份一方面使用“租”的概念来表明墓地使用权人的权利属性,但却又禁止买卖和非法转让墓地、墓穴,而非禁止非法转租,耐人寻味。

其他省份的规定立场则更为明了。福建禁止为尚未死亡的人员购置墓穴或骨灰格位,但为死者的健在配偶留作合葬的寿穴(骨灰格位)除外。辽宁规定,用户需要购置墓位的,应当出具本人有效身份证件和安葬者的死亡证明或者火化证明;为夫妻健在一方和高龄老人、危重病人预订墓位的,还应当出具安葬者的有效身份证件和年龄、医疗诊断证明。公墓运营单位应当与用户签订安葬协议,协议内容特别包括:墓位价格、墓位维护管理费和约定的一次性缴费期限,墓位价格和墓位维护管理费明确被区分开了。上海则规定,公墓经营者应当凭殡仪馆(火葬场)出具的火化证明出售墓穴,与认购墓穴者签订墓穴销售合同并发给墓穴证书。墓穴销售合同应当包括墓穴的价格及其支付方式以及用于公墓维护的费用及其缴纳方式。海南则使用“出售墓穴(格位)”、“购置墓穴(格位)”的用语,同时也明确禁止转让或买卖墓穴(格位)。浙江也使用“出售”的概念,还明确规定公墓单位提供墓穴的应当发给用户墓穴使用证。宁夏则明确规定,

〔63〕 参见吴鹏:“民政部回应墓地满20年续费”,载《新京报》2011年4月3日,第A03版。

公墓区内墓位可预定预购,经营性公墓实行有偿使用,按规定收费,而公益性公墓只一次性收取公墓管理费。几乎所有省份都禁止墓穴的买卖、转让、炒作行为。按诸法理,转让、炒作等应以存在相应的权利为前提,从未听说过禁止房屋承租人转让炒卖承租房屋的行为,实际上这种术语背后所隐含的,恰恰是对于墓地使用权人之权利属性的困惑。从这些省份的规定中,恰恰可以看出立法者对于墓地上权利性质的暧昧态度。

除此之外,关于经营性公墓税收问题,从另一个侧面反映了目前对于墓地使用权的不同定位。依据《营业税暂行条例》第8条,殡葬服务免征营业税。又依据2001年《财政部、国家税务总局关于经营性公墓营业税问题的通知》,对经营性公墓提供的殡葬服务包括转让墓地使用权收入免征营业税。但该通知2009年5月被废止,也就意味着对经营性公墓提供的殡葬服务包括转让墓地使用权收入开始征税了。中央层面在废止了上述通知之后却没有发布明确的新规,导致政策不是非常明朗。依据2011年制定的《辽宁省地方税务局关于对出售墓地行为征收营业税有关问题的公告》,经营墓地的纳税人,对出售的墓地进行投资修建的(指修建墓穴、墓碑等建筑物或构筑物),应按“销售不动产”税目征收营业税。而经营墓地的纳税人,属于仅提供墓地,没有进行投资修建墓穴、墓碑等建筑物或构筑物的,应按“服务业—租赁业”税目征收营业税。《辽宁省民政厅、辽宁省地税局关于明确公益性公墓有关税收政策的通知》则明确,公益性公墓免征营业税。依据2011年《鞍山市地方税务局公告[2011年]1号——关于加强公墓行业税(费)征收管理有关问题的公告》,对墓地征收城镇土地使用税、土地增值税,集体土地转让则不征收土地增值税,对于契税,出让、转让国有土地使用权的,按4%税率计征契税;国有土地使用权无偿划拨的,不征收契税;集体土地不允许买卖、转让或抵押,不征收契税。有趣的是该公告还明确说明公墓在税法中不构成房产,因此不需要缴纳房产税。而2011年《厦门市地方税务局关于墓地使用权转让收入征收营业税问题的通知》则规定,“经请示财政部、国家税务总局明确:转让墓地使用权不纳入免征营业税的殡葬业务范围,从2009年1月1日起,对墓地使用权转让收入征收营业税,税目按‘服务业——租赁业’。”但是按照安徽省地方税务局网站的纳税咨询说明,安徽地税局对经营性墓地转让墓地使用权按照转让无形资产征收营业税。^[64]依据《营业税税目注释(试行稿)》,转让土地使用权属于转让无形资产税目,而土地租赁,则不按该税目征税。显然,如何定性墓地使用权意义重大。依据2010年发布的《天津市地方税务局关于加强公墓单位税收征管问题的通知》,对公墓单位以转让、租赁墓地使用权等形式取得的全部价款及价外费用,按照服务业5%税率征收营业税,而对于经营性公墓单位已整理开发的土地,如办公区、墓穴、绿化、景观、道路等占地,应按有关规定征收土地使用税。由此可见实践中之混乱。

当然,自2016年5月1日起施行的《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》,依据其附件1《营业税改征增值税试点实施办法》,提供不动产租赁服务、销售不动产和转让土地使用权税率均为11%,从税务实务角度来看似乎没有必要再去争论购买墓地的行为究竟是不动产租赁还是不动产转让或使用权转让,但

[64] 参见安徽省地方税务局纳税咨询:“再问经营性公墓税收政策?”,2011年5月3日,载 <http://www.ah-l-tax.gov.cn/portal/bsfu/zx/1303845423242136.htm>,最后访问时间:2016年7月11日。

是实际上显然对两者依然存在区分的必要。因为对纳税行为进行界定是征税的前提，两者税率相同恰恰是界定其性质之后才得出的结论。

除了墓地使用权的性质之外，另外一个值得探讨的问题就是墓园对于墓地的土地使用权问题。这个问题往往不能被正确地提出来。2011年清明时节民政部负责人表示，墓地使用期限与其土地性质和使用年限有关，一般为50年或70年，并表示“墓地的使用期限为20年”这种提法存在误区。^{〔65〕}其实，言说者可能完全没有意识到墓地上权利的三重属性。如前所述，首先国家或者集体对墓地拥有所有权。然后，由国家或集体通过划拨或出让等方式为墓园经营者设定相应的土地使用权。墓穴或格位的购买者则通过购买行为获得了具体墓地的使用权，或者如有些论者所说，通过租赁获得了租赁权。为了对这三重权利作出明晰的区分，笔者把墓园经营者所获得的土地使用权称为土地使用权，而墓主或丧主所获得的对于墓地的使用权称为墓地使用权。然而所谓的墓地的土地使用权为50年或70年，不知依据何在。能够查找到的依据只有《上海市公墓管理办法》，其中规定墓穴使用期限最长不得超过70年，并且规定墓穴购买者不得转让或者买卖墓穴。上海规定的墓穴使用期限，似乎指的是墓地使用权，而非墓园经营者的土地使用权。在本文看来，所谓的墓地使用期限为50年或70年，其主要依据是《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条，其中规定居住用地土地使用权出让最高年限70年，教科文卫体用地50年。如果其依据在此，则显然墓地被视为与居住用地相同。然而，该条例仅适用于以出让方式取得的土地使用权。《城市房地产管理法》第23条规定，除法律、行政法规另有规定外，以划拨方式取得土地使用权的，没有使用期限的限制。该法第24条规定，公益事业用地由县级以上人民政府依法划拨。

2008年发布的《民政部、国家发展和改革委员会、公安部等关于进一步规范和加强公墓建设管理的通知》明确规定：“经营性公墓用地必须通过招标拍卖挂牌出让的方式确定土地使用者。”然而，国土资源部制定的《划拨用地目录》，将殡葬设施纳入到了“非营利性社会福利设施用地”，从而通过划拨方式取得用地。当然这两者应当是不冲突的，因为前者强调经营性公墓，后者强调非营利性社会福利设施用地。这种区分，在墓地价格上有明确的反映。2012年《国家发展改革委、民政部关于进一步加强殡葬服务收费管理有关问题的指导意见》规定公益性公墓收费标准，由各地价格主管部门会同有关部门在成本监审或成本调查的基础上，按照非营利并兼顾居民承受能力的原则核定，而对其他公墓价格，原则上是自主定价。无论如何，可以确定的是，墓地可能通过划拨方式取得，也可能通过出让方式取得。而通过划拨方式取得的土地使用权，是没有使用期限限制的，通过出让方式取得的土地使用权，最长不得超过70年。同样是墓地，却因为一个是公益性的，一个是经营性的，其土地使用权的期限却完全不一样。对于墓地这种本质上具有永久使用特性的土地而言，将土地使用权限制为70年，其正当性是值得考量的。《物权法》第149条规定住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期，而非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，则要依照法律规定办理。墓园经营者的土地使用权70年期满之后，墓地何去何从不无疑问。

综上所述，墓地法律状况并不像有些官员所宣称的那么清晰明了，墓园经营者的土

〔65〕 参见潘跃：“墓地使用年限可延长”，载《人民日报》2011年4月5日，第3版。

地使用权期限不明,而人为地在经营性公墓和公益性公墓之间做出区分使得墓地使用权性质更不明朗,与之伴随的期限和缴费包括纳税均不明晰。这些问题,是建设良好的墓地法制的基本前提,如何从法律层面对这些问题作出明确规定,已成为迫在眉睫的问题。

五、墓地上土地权利的重构

如前所述,墓地的权利主要涉及下面三个方面的核心问题:

第一,墓园经营者从土地所有权人那里究竟应当获得什么样的权利,其权利期限如何?

第二,墓穴购买者从墓园方应当获得什么样的权利?

第三,私人墓地何去何从,应当如何进行规制?

基于上文对我国法律现状的分析,下文将进一步提出重构我国墓地上权利体系的建议,以求抛砖引玉。

(一) 墓园经营者的土地使用权

墓地是给死者提供的安息之所。从其本质属性来看,应当具有永久性。这对于死者而言如此,对于祭祀的生者而言也应当如此。考虑到我国土地公有制的现实情况以及宪法禁止土地所有权买卖的规定,墓园经营者,不管是什么性质的经营者,都不可能通过让与获得墓园土地的所有权。因此势必导致墓园经营者只能通过获得土地使用权的方式来建设墓地。如前所述,我国目前除了划拨用地之外,居住用地土地使用权期限最长可达70年。然而这样有期限的土地使用权显然和墓地的本质属性相冲突。实际上即使对于居住用房的土地使用权,70年的期限也遭到广泛诟病,很多人都主张无偿续期,事实上也就是在追求永久期限的土地使用权。因此,对墓园经营者的土地使用权期限加以限制的做法,正当性值得探讨。何况,墓地和房屋不一样,房屋在建成之后就可以居住,而现有墓穴通常会经过很长的时间才被用完,每个墓主被埋葬的时间都不一样,那么最后被埋葬的墓主和最先被埋葬的墓主可能间隔几十年之久。然而墓园经营者土地使用权到期却是统一的,如何处理将会非常棘手。如果严格按照土地使用权最高70年的规定,则第四十几年或第五十年埋葬的墓主势必会因为土地使用权到期而必须搬迁。而此前的墓地使用权也无法继续续期。这显然不是任何生者愿意看到的结局。因为公墓性质不同,而将土地使用权区分为通过划拨和出让方式取得的,前者没有期限限制,而后者有期限限制。这种单纯依据取得方式而不考虑用地的性质来确定使用期限的做法,也很值得质疑。目前,《土地利用现状分类(GB/T21010-2007)》将土地利用类型划分为12类,其中第9类是特殊用地,指用于军事设施、涉外、宗教、监教、殡葬等目的的土地,与《土地管理法》对应的大类是建设用地。《城市用地分类与规划建设用地标准(GB50137-2011)》则将殡葬设施用地归入建设用地之下的区域公用设施用地,指的是为区域服务的公用设施用地,包括区域性能源设施、水工设施、通讯设施、殡葬设施、环卫设施、排水设施等用地,这样对于土地利用形态的分类,清晰地表明了墓地所具有的公用设施的属性。尽管经营性公墓具有营利性,但是没有人会否认公墓本身的公用设施的属性。在某种意义上可以说“经营性公墓”本身就存在着概念上的内在

矛盾。

就此而言,经营性公墓体制从根本上与墓地的功能是背道而驰的。既然所有的法律包括政策也都认定公墓的“公”的属性,那么相应的土地使用权制度也应当与之符合。法律应当赋予公墓经营者对土地的永久使用权,一如对于其他区域公用设施用地一样。除非法律作出了重新的规划,并等待墓园里面所有坟墓都被迁移或者到期无人再祭拜之后才能够变更墓地的属性。

(二) 墓地使用权

本文的墓地使用权,即埋葬死者并基于埋葬而享有的对于墓地进一步使用的权利。对于墓地使用权,核心问题在于如何界定其权利属性。这直接决定着权利人的权利内容,能否对抗他人、权利人支付费用的高低及所支付费用的属性以及墓园经营者交纳税收的性质,其意义不可谓不大。

对于墓地使用权属性的认定,学术界和立法上都非常不明晰。不仅中国如此,如前所述,两大法系代表性国家德国和英美均存在或曾经存在对于墓地使用权权利属性的争议。当前,有关墓地使用权权利属性的争议集中于墓地使用权性质是物权还是债权。

支持债权性墓地使用权的一方在公墓制度的框架内,从现行政策中政府的利益考量、易于执行操作的角度出发,提出以下理由:第一,购墓者对墓地的使用期限不能超越公墓方的土地使用权期限;第二,限制购墓者取得土地使用权有利于防止墓地炒作和倒卖;第三,限制购墓者取得经营性墓地土地使用权符合我国殡葬改革的规划设计;第四,交纳的“墓穴租用费”区别于墓穴建筑工料费用,应理解为土地使用权的租金,且《合同法》规定“租赁期限不得超过20年”,与公墓使用周期一致。^[66]相应地,也有学者在综合考虑公墓与私人墓地的墓地使用权人的基础上提出,债权性墓地使用权在实践中会产生大量弊端:第一,债权关系以契约自由原则为中心,易使债权性墓地使用权人在合同的签订过程中处于不利地位,被迫接受出租方大量严苛条款;第二,债权无法对抗物权,违约的救济手段主要是赔偿,难以弥补债权性墓地使用权人的损失;第三,租赁期限最长只能20年,无法满足对墓地持久性的期待;第四,墓地租赁权的转租需经出租人同意;第五,征收补偿主要针对物权人;第六,物权法上相邻权调整规则无法适用于债权性墓地使用权。^[67]学理上的这些观点都有其道理,但是有些论证还不够深入,且还有值得补充之处。

本文认为,墓地作为墓主安息之所,同时作为墓主人格附着之物,要求获得强有力的保护。债权是相对权,其效力局限于债权人和债务人之间,不利于墓地功能的充分实现。反之物权作为绝对权,其效力高于债权,确定墓地使用者享有物权性质的墓地使用权,使其权利效力超出当事人之间,更利于保护权利人的权利。具体言之:

第一,把墓地使用权理解为债权性质的租赁权,完全不符合租赁关系的本质特征。《合同法》第212条规定,租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益,承租人支付租金的合同。我国《合同法》的定义很不幸未能揭示租赁合同的核心特征。反观

[66] 参见张力、公杰:“现行法律体系下的经营性墓地法律问题研究”,《河北法学》2016年第2期,第19~28页。

[67] 参见陈国军:“论墓地的权利属性——债权抑或物权”,《政治与法律》2014年第3期,第29~37页。

《德国民法典》的定义则显然更为准确，其第535条第1款第1句清楚地规定，通过租赁合同出租人有义务在租赁期间将租赁物交给承租人使用。租赁合同的核心特征是在“有限的期限内”将租赁物交给承租人使用或收益并收取租金，它是一种长期债务关系，但不是永久性的，而是有期限的。德国立法者制定民法典时，明确将租赁合同期限限制在30年之内，根本目的就是为了防止封建制的可继承租赁关系（Erbmiete）死灰复燃，这种租赁关系的特征就是无期限的。^{〔68〕} 尽管我国立法没有明确定义这一点，但是《合同法》214条还是明确规定了租赁期限不得超过20年，超过20年的，超过部分无效。显然，租赁的根本特征是在一定期限内对于租赁物的使用。而任何获取墓地的人，无疑并不是想以租赁的方式获得对于特定土地有限期的使用权，而是希望获得永久的安息之地。也许对于骨灰盒格子存放间我们可以认定这样的租赁关系，但对于埋入土地的，无论是遗体，还是骨灰，显然无法做出这样的理解。这种对于墓地属性的通俗理解，全面反映在普通人“购买”墓地的用词当中，实际上也反映在大量的立法术语之中。就此而言，立法者也不应自欺欺人，强行认定墓地使用权为租赁权，扭曲墓地的本质特征。对于墓地，立法者只是规定一个缴费周期不得超过20年，20年缴费期到期后，墓地使用权人有权继续使用墓地，只不过需要缴纳相应的费用。显然，即使是立法者，心目中的墓地使用权也并非租赁权，而是在“租赁”到期后可以继续续期。如果说墓地使用权人在20年缴费期到期后有权续期，实际上就意味着签署了超过20年的租赁合同。德国司法实践认定签署30年的租赁合同并赋予承租人延长选择权的，就是一个超过30年的租赁合同，因此超过部分会转换为无期限租赁合同，其判断值得认可。^{〔69〕} 因此，把墓地使用权认定为租赁关系显然名实不副。

第二，将墓地使用权认定为租赁权，即使通过立法把租赁合同期限延长至比如可以一次性签订40年，也无法解决一个根本性的问题，就是租赁关系从本质上说是不稳定的。通常来说承租人不缴纳租金达到一定期间出租人就有权解除合同，这显然不利于墓主安息这一功能的实现。对于墓地而言，墓主安息是首要的功能，因此，即使墓地使用权人没有缴纳相应的租金，也不意味着墓园经营方就必然享有解除合同的权利并在原有墓穴上重新安葬别人。

第三，租赁关系本质上是合同关系，对于合同关系而言，首要面临的问题就是，合同仅仅拘束双方当事人，因此，墓地使用权赖以为基础的合同是否能够约束墓主的亲属或者丧主的亲属，不无疑问。同样基于租赁合同的相对性，承租人转租需要出租人的同意，这势必限制了承租人的权利。尽管法律为了限制墓地炒作而绝对禁止墓地转让，但是在寿穴买卖，包括迁坟等情形下往往存在着转让的合理需求。这种需求法律应当予以应对，而非一概禁止。将墓地使用权认定为物权，可以解决这一问题。当然笔者并不主张墓地可以随意转让，但全面禁止墓地转让则往往会损害到权利人的权利。

第四，墓地使用权如果被认定为租赁权，势必无法对抗第三人对于墓地的侵害。除非对墓地的侵害同时侵害到了尸体或骨灰，否则墓地使用权人基于租赁权显然无法直接向侵权人提出赔偿请求。追究公墓方的管理责任，往往难以证明其过失。而请求公墓管

〔68〕 MüKoBGB/Bieber BGB § 544 Rn. 1, 2016, 6. Aufl.

〔69〕 Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2006, Emmerich, § 544 Rn. 5.

理方追究侵权人的责任,显然其动力不充分。因此最有效的办法就是由墓地使用权人直接来主张权利,当然这样并不排除管理方的义务。

第五,当墓地使用权为债权时,其权利既无法对抗土地所有权人和墓园经营方的土地使用权,也无法对抗承租同一墓穴的其他承租人。因此,当所有权人基于其与土地使用权人的各种纠纷而试图收回土地之时,墓地使用权人将会处于束手无策的境地,除了上访闹事,事实上将没有其他法律途径来解决问题,这显然不利于社会的稳定。而且在土地所有权人收回土地或者土地被征收等情形下,墓地使用权人作为租赁权人也往往无法获得充分的补偿。实践中屡屡发生的墓园经营方将同一墓穴出售给不同人导致的纠纷也使得法院难以做出明确的判决。

第六,无论是租赁权,还是地上权,抑或是地役权,均无法准确描述墓地使用权的特性。墓地使用权人对墓地的使用是一种非常独特的使用形态。不管墓地使用权人基于何种权利使用墓地,其使用形态全世界应该说都是基本一致的,虽然具体的使用强度可能不同,但无外乎是埋葬,在墓地周围植草、种花、种树、立碑,以及通过他人土地到达墓地进行祭拜。就埋葬而言,可能会有所不同,比如以永久建筑的形态建设墓穴,或者在其上建造墓庐,此时对土地的利用更接近于地上权。然而对于土地的这种利用形态,与租赁权、地上权和地役权均存在巨大的差异。租赁权人承租无论是不动产还是动产,均以占有为前提,并伴随着使用。而对于墓地,在埋葬之时确实存在着对墓地的占有,甚至在埋葬结束之后墓主也在某种意义上占有该块墓地。但是,实际上墓园经营者或管理者才是真正的占有人,并以其占有人的身份排除他人的干涉。墓地使用权人并不真正“占有”墓地,其权利在埋葬结束之后主要体现为不定时的祭拜。墓地使用权人并不像承租房屋或车辆那样占有租赁物。与地上权人的权利相比,同样,当我们建设一幢房屋的时候,地上权人现实地占有该土地,并持续地加以利用。而墓地则不存在这样的持续的利用,可以说墓地在埋葬之后就处于一种冻结状态。对于地役权而言,则明显欠缺需役地。如果说存在这样的权利的话,那么墓地自身将体现为需役地,而在他人的土地或土地使用权之上设定地役权,即通过他人土地到达自己墓地的通行权。就此而言,笔者认为,墓地使用权既不应界定为租赁权,也不能界定为现存的其他物权类型,而是自成一体物权类型。立法应当明确确认这种物权形态。另一种可行的办法是参照德国法的规定,把墓地上的权利界定为一种纯粹的公法关系,但是德国的模式建立在将墓地完全视作公物的基础之上。而我国目前认可的经营性公墓显然无法完全通过公法来规范。

第七,将墓地使用权认定为物权,则基于物权而生的物上请求权不受诉讼时效限制。反之,如果认定为债权,则其权利受到侵害之时势必将受到诉讼时效的限制。而墓地使用的特殊之处恰恰在于不定期的祭拜,比如居住在国外的亲属回国祭拜,此时其墓地使用权受到侵害而产生的损害赔偿请求权往往更易于因为各种原因而罹于诉讼时效。如上所述,墓地和房屋或其他租赁物不同,墓地使用权人是否占有墓地很值得探讨,因此其是否能够基于占有而主张占有妨害排除的权利很有疑问。就此而言,也必须将墓地使用权认定为物权。

第八,如前所述,我国立法的态度实际上是很模糊的,并非有些人主张的那么清晰。一来在术语上经常使用“出售”等表明物权属性的语词,另一方面,在购买人缴纳

的费用里面经常包含了所谓的“墓位价格”，与管理费或护墓费等明确区分。因此难以通过现行法来论证墓地使用权的法律属性。将墓地使用权认定为物权，可以消除这方面的不明确之处。购买“墓地”者在购买之时，实际上通过购买行为获得了相应的墓地使用权，同时与墓地管理者签署了一份服务合同，由护墓方对墓地的基本状况进行维护。购买获得土地使用权的费用是一次性缴纳的，在第一个服务周期到期之后，墓地使用权人有义务继续缴纳相应的服务费，但不再需要对墓地使用权付费。除了对土地的利用形态不同之外，购买墓地完全可以和购买房屋类比，没有什么强有力的理由能够论证墓地使用权只能是债权。

总而言之，墓地使用权应当被界定为一种独立的物权种类。考虑到我国《物权法》第5条已经明文确定了物权法定原则，那么应当通过《殡葬法》或正在制定中的《民法典》对墓地使用权进行明确的规定。

（三）私人墓地的法律规范问题

如前所述，如果说对公墓还有一定的法律规范，那么对于私人墓地，现行法几乎处于空白状况。虽然法律禁止私自葬坟，但实践中私自葬坟依然非常普遍。这种法律空白状况，导致的后果就是纠纷频发。司法实践中的涉坟纠纷主要涉及私人墓地。另外，在公墓、灵堂等殡葬设施尚未完全建立起来的地区，许多村民依然遵循传统习惯，自己修建墓地。此时，私人墓地可能触及其他人的土地使用权。对此，民间存在两种典型的解决方法：其一，如果矛盾不大或对墓地价值十分推崇，人情风俗将被摆到第一位，通过村庄内部的习惯规则互相理解，使墓地成为一个相对“不可碰触”的禁区；其二，丧主与墓地所在土地的使用权人达成某种协议，允许丧主在该土地上进行相关活动。但这两种方法都只是在某种程度上掩盖了矛盾，2013年发生在爱新觉罗后裔与村民之间的墓地纠纷就是此类矛盾爆发的典型代表。^{〔70〕}也就是说，在私人墓地领域，如果不赋予权利人物权性的墓地使用权，确定权利人墓地使用权的合法性，现存墓地就处于无任何法律保障的状态。

但无论如何，有一点确定无疑，就是私人墓地浪费土地更为严重。从各国趋势来看，唯一可行的办法就是通过建设公墓来解决问题。只要公墓还没有良好建立起来，要想消除私人墓地就是不可能的。

在广大农村区域，在公墓全面建设起来之前，对于现存的墓地，可行的办法是借鉴韩国的经验，确立一种类似于习惯法上的墓地使用权，包括确立时效取得制度，使得已经获得的既存的墓地使用权得到法律上的认可。目前《殡葬管理条例》修改后固然废除了民政部门强制平坟的权力，但这只是从消极层面对现存墓地上权利的一种极微弱的确认。法律有必要采取两手措施，一方面全面建设公墓，另一方面在法律确认的限度内确认现存的墓地使用权，强化对墓地的保护，杜绝纠纷。

六、结语

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》明确表示，“发展

〔70〕 参见杜智娜：“爱新觉罗后裔与村民的墓地纷争”，《法律与生活》2013年第21期，第8～10页。

公益性基本殡葬服务,支持公共殡仪馆、公益性骨灰安放(葬)设施和墓地建设”。应当说,国家已经意识到了墓地所面临的一些基本问题,特别是进一步强调墓地所具有的公共属性和社会福利保障功能的必要性。在此基础之上,本文认为,应当明确墓地上的三重权利体系。第一重即墓地所有权人对墓地所享有的所有权,这种所有权既是抽象的,也是具体的。当墓地不再被作为墓地使用之时,所有权人的所有权就复归圆满。第二重权利即墓园经营者或管理者对墓地享有的土地使用权,这种土地使用权原则上应当是无期限的,哪怕是通过出让方式获得的土地使用权,也应当确立为无期限的使用权,以确保墓地的基本功能的实现。第三重权利即通过购买墓地而获得的土地使用权,该项土地使用权应当被认定为一项独立的物权,只有这样才能确保墓地功能的全面实现。此外就是回应现实中基于私人墓地而产生的大量纠纷,在全面建设公共墓地的同时,确认现存私人墓地相关权利人对于墓地享有的习惯法上的权利。

参考文献

- [1] 王彦,周陈华.移风易俗应尊重公序良俗[N].人民法院报,2012-11-09
- [2] 强世功.文学中的法律:安提戈涅、窦娥和鲍西娅——女权主义的法律视角及检讨[J].比较法研究,1996(1).
- [3] Fustel de Coulanges. La Cité Antique—Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome [M]. Cambridge University Press, 2009.
- [4] [古希腊]索福克勒斯.索福克勒斯悲剧二种[M].罗念生,译.北京:人民文学出版社,1979.
- [5] [日]滋贺秀三.中国家族法原理[M].张建国,李力,译.北京:法律出版社,2003.
- [6] [意]彼得罗·彭梵得.罗马法教科书[M].黄风,译.北京:中国政法大学出版社,1992.
- [7] 何小平.清代习惯法——墓地所有权研究[M].北京:人民出版社,2012.
- [8] Brophy, A. L.. Grave Matters: The Ancient Rights of the Graveyard [J]. Brigham Young University Law Review, 2006(6).
- [9] 陈华文.丧葬史[M].上海:上海文艺出版社,1999.
- [10] 张满飏.“一亩三分地”跟坟地有关[J].文史博览,2013(7).
- [11] [日]森田成满.清代中国土地法研究[M].牛杰,译.北京:法律出版社,2012.
- [12] 前南京国民政府司法行政部.民事习惯调查报告录[M].北京:中国政法大学出版社,2005.
- [13] [清]沈之奇.大清律辑注:下[M].怀效锋,李俊,点校.北京:法律出版社,2000.
- [14] 马建石,杨育棠.大清律例通考校注[M].北京:中国政法大学出版社,1992.
- [15] 魏顺光.清代政府关于坟产的法律规定[J].求索,2013(1).
- [16] 杨立民.清代涉坟土地的类型及流转原因辨析[J].甘肃政法学院学报,2013(3).
- [17] 大清律例[M].田涛,郑秦,点校.北京:法律出版社,1999.
- [18] Kaser Max. Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt [M]. 2. Aufl. C. H. Beck Verlag, 1971.
- [19] Jung Georg. Das Recht der Erbbegräbnisse mit besonderer Berücksichtigung des in Bayern geltenden Rechtes [M]. kgl. bayer-Hof u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn, 1906.
- [20] Kaser Max. Das Römische Privatrecht, zweiter Abschnitt [M]. 2. Aufl. C. H. Beck Verlag, 1975.
- [21] Kiwitz Heinrich. Das Bestattungsrecht in Preußen [M]. Kommunal Schriften Verlag, 1932.
- [22] Gaedke, Diefenbach, Barthel. Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts [M]. 11. Aufl. Carl Heymanns Verlag, 2015.
- [23] Dowling A. Exclusive Rights of Burial [J]. Northern Ireland Legal Quarterly, 1992, 43(3).
- [24] Jackson Percival E. The Law of Cadavers and Burial and Burial Places [M]. Prentice-Hall, 1950.
- [25] Dowling A. Exclusive Rights of Burial and the Law of Real Property [J]. Legal Studies, 1998, 18(4).

- [26] April Stroud. Making sense of landlaw [M]. Palgrave Macmillan, 2013.
- [27] Morgan G. Easements in Gross Revisited [J]. Anglo-American Law Review, 1999, 28 (2).
- [28] Robert S. The Cemetery Lot: Rights and Restrictions [J]. University of Pennsylvania Law Review, 1961, 109 (3).
- [29] [韩] 金玄卿. 论韩国民法对所有权的限制——以坟墓基地权为视角 [J]. 河北法学, 2010 (6).
- [30] 黄道霞. 建国以来农业合作化史料汇编 [M]. 北京: 中共党史出版社, 1992.
- [31] 肖泽晟. 墓地上的宪法权利 [J]. 法学, 2011 (7).
- [32] 吴鹏. 民政部回应墓地满20年续费 [N]. 新京报, 2011-04-03.
- [33] 安徽省地方税务局纳税咨询. 再问经营性公墓税收政策? [EB/OL]. (2011-05-03) [2016-07-11]. <http://www.ah-l-tax.gov.cn/portal/bsfu/zx/1303845423242136.htm>.
- [34] 潘跃. 墓地使用年限可延长 [N]. 人民日报, 2011-04-05.
- [35] 张力, 公杰. 现行法律体系下的经营性墓地法律问题研究 [J]. 河北法学, 2016 (2).
- [36] 陈国军. 论墓地的权利属性——债权抑或物权 [J]. 政治与法律, 2014 (3).
- [37] 杜智娜. 爱新觉罗后裔与村民的墓地纷争 [J]. 法律与生活, 2013 (21).

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

(上接第92页)

参考文献

- [1] 温婧. 美团滴滴饿了么被紧急约谈三大外卖平台分别表态将按照要求立即整改 [N]. 北京青年报, 2018-04-12.
- [2] 薛松. 京东实名举报阿里胁迫商家“二选一” [N]. 广州日报, 2015-11-04.
- [3] 王峰. 电商平台“二选一”争议持续专家呼吁监管部门及时表态 [N]. 21世纪经济报道, 2017-07-13.
- [4] 瑞幸咖啡发布公开信称将起诉星巴克涉嫌垄断星巴克回应 [EB/OL]. [2018-06-30]. http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201805/15/t20180515_29141827.shtml.
- [5] Derek W. Moore, Joshua D. Wright. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing [J]. GEO. MASON L. REV., 2015, 22 (5).
- [6] B. Genchev, J. H. Mortimer. Empirical Evidence on Conditional Pricing Practices [EB/OL]. [2018-06-30]. http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/economics/pdf/workingpapers/wp908.pdf.
- [7] Erik Kloosterhuis. Joint Dominance and the Interaction between Firms [J]. E. C. L. R., 2001, 22 (3).
- [8] 许光耀. 欧共体竞争法通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006.
- [9] P. Sean Morris. Vertical Restraints and Parallel Trade: Selective Distribution and Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union in light of the Revised Rules on Vertical Agreements [J]. U. La Verne L. Rev., 2010-2011 (32).
- [10] Frances Dethmers. Ten Years on: Vertical Agreements under Article 81 [J]. E. C. L. R., 2009, 30 (9).
- [11] Yi Heng Alvin Sng. The Distinction between “Object” and “Effect” in EU Competition Law and Concerns after Groupement des cartes bancaires (C-67/13P) [J]. E. C. L. R., 2016, 37 (5).

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)