

【法学】

## 永佃权之重构

### ——兼析《农村土地承包法》中农村土地承包权理论之源

冯 勇

(西北政法学院,陕西 西安 710063)

**摘 要:**从永佃权理论的产生背景、发展、永佃权人享有的权利、永佃权的存续期间以及永佃权人的保护五个方面,探析了《中华人民共和国农村土地承包法》中农村土地承包经营权理论与永佃权理论的相似之处,进而得出后者是前者主要理论基础(或依据)的结论。

**关键词:**农村土地承包经营权;永佃权;所有权

**中图分类号:**D920.3

**文献标识码:**A

**文章编号:**1671-6248(2003)03-0048-04

## Reconstruction of the Perpetual Tenancy

### ——Analysis on the Basis of the Theory of the Contractual Operation Rights in Countryside

FENG Yong

(Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710063, China)

**Abstract:** Beginning with five aspects including the background and development of the theory of perpetual tenancy, the rights of tenants, the duration of perpetual tenancy and the protection of tenants, this article probes the similarities between the theory of the contractual operation rights prescribed in *PRC Law of Countryside Land Contract* and the theory of perpetual tenancy. Finally, it draws the conclusion that the latter is the main theoretical basis of the former.

**Key words:** the running right of land contractual operation in countryside; the right of perpetual tenancy; ownership

关于《物权法草案》的两部学者建议稿,即梁慧星稿和王利明稿以及全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会的《物权法草案(征求意见稿)》的相继出台,新一轮关于物权法热点问题的讨论又展开了。其中,农村土地承包经营权问题由于它的重要性,不失为一焦点。

在三部草案中,将农村土地承包权物权化的问题已成共识。但物权化后的农村土地承包经营权的名称问题、具体操作问题及其与集体土地所有权的关系等问题争议仍非常大。

2002年8月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十九次会议通过的《中华人民共和国农村土地承包法》<sup>[1]</sup>为有关农村土地承包权的争议

问题暂时划上了句号,也拉开了物权法制定的序幕。笔者认为该法中主要提出了两个理论:一是关于物权化的农村土地承包经营权理论;二是农村集体土地所有权理论。由于篇幅所限,笔者在本文仅分析第一个理论。

正如鲁尔夫·柯努特尔在为《民法大全·学说汇纂·第七卷·用益权》一书所做的导言中所说:“所有权和利用权的分离在一个不承认地产或土地私有的法律秩序中,可能有着极其重要的意义<sup>[2]</sup>。所有权和利用权分离的理论最终为农村土地承包经营权的确立提供了理论基石。其中特别是关于永佃权的理论,笔者认为其是中国目前农村土地承包经营权理论的主要来源,并且后者是对前者的重构。

收稿日期:2003-06-02

作者简介:冯 勇(1979-),男,山东郑城人,西北政法学院2001级中国法制史专业研究生,主要从事罗马法学研究。

## 一、永佃权产生的历史背景

永佃权制度最早萌芽于古希腊,“在希腊的城邦……存在着将未耕耘的土地长期或永久出租以便加以开垦的情况和对已开垦土地的类似出租情况。”<sup>[3]</sup>台湾民法学家谢在全先生也认为:“希腊自古以来,亦有在他人土地,尤其在公有土地上,以栽种葡萄或其他树木为目的之永佃权制度。”<sup>[4]</sup>

而永佃权的真正完善确立是在罗马帝国时期,确切地说是在公元4世纪中叶。永佃权制度得以在罗马确立的一个前提条件是自罗马建国初期便存在的“公地”(ager publicus),“它被视为归城邦所有,即归罗马共同体(Populus Romanus)所有。”<sup>[5]</sup>罗马在发展过程中不断以战争方式扩张,其土地数量也随着罗马疆域的扩大而增加。这些耕地一部分转化为私地,一部分“允许市民在缴纳收入的五分之一或十分之一作为价金后自由占据。”<sup>[3]</sup>还有一部分便成了“赋税田”(ager vectigalis)。所谓“赋税田”是指那些尚未被分配或出卖也未被他人占据,而是被一百年期或永久地出租的土地,以及被长期或永久出租的市政当局和僧侣团体的土地。在“赋税田”上,承租者只要正常纳税,即可平安地无限享有土地。

永佃权制度的直接来源便是“赋税田”出租制度,它“起源于这样的实践,长期地或永久地出让国家的或者城市的土地(赋税田),其回报是支付租金。”<sup>[6]</sup>至公元4世纪中叶,罗马帝国财政困难,于是接收了地方政府和还俗寺院的土地,作为国库的私产(res privata),但由于“意大利的官吏从事于罗马行政的往往调动迅速频繁,因此由一个意大利法人来管理广大土地必定是非常不够好的。”再由于存有“赋税田出租制度”的传统,故市政当局在借鉴“赋税田”制度情况下,“开始把纳税地(agrivectigiles)出租,……永久租于一个自由佃民。”<sup>[7]</sup>至此,永佃权得以产生。

永佃权制度与“赋税田”制度的区别之处主要在于两者对土地收益的称谓上。永佃权制度将土地收益称之为“租”,而在“赋税田”制度中,其被称之为“税”。前者将收益视为基于所有权的所得,而后者将其视为基于国家公权而应得的收入。显然,前者是一个更物权化的概念。

从永佃权的产生过程来看,它是在存有大量公地,并且国家官吏无法直接管理的情形下,为解决对于土地的利用问题而产生的。该权利的产生,解决了在土地属于国家所有或者说公有的情况下,如何

利用土地的问题。这与我国农村土地承包经营权的产生背景有着极其相似之处。

物权性质的农村土地承包经营权的产生,是因为规定于《民法通则》第五章第一节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”部分的农村土地承包经营权,在实践中被视为债权。而债权性质的农村土地承包经营权不利于维护、稳定土地承包经营关系,保护承包经营者利益,促使承包者对土地进行长期投资。这也就使一些地方出现了土地撂荒现象,使公有土地无法发挥它的最大效用,降低了价值。故如何在使土地保持其集体所有的性质下,最大限度地发挥其作用,成为一个急待解决的问题。而罗马帝国在相似背景下所采取的永佃权制度无疑提供了一些启示。

其次,从永佃权制度的发展来看,永佃权制度在公元4世纪中叶产生以后,罗马帝国皇帝和大地主也纷纷开始利用这一制度,将私人土地长期或永久出租。“其期限如果很长或是永久的,称为永租权(jusemphyteuticarium)”<sup>[8]</sup>。查士丁尼时期,永佃权与永租权合二为一,统称为永佃权或永租权。至此,永佃权制度不但适用于公地之上,同样也适用于私地之上。

永佃权制度具有稳定农村经济、保护永佃权人利益等作用,故至今仍为许多国家继承和运用。例如,“意大利(意民法 1556 条至 1567 条),葡萄牙(葡民法 767 条至 788 条),西班牙(西民法 1604 条至 1628 条),日本(日民法 276 条至 279 条)等民法,皆采之。”<sup>[9]</sup>

清末民初,在借鉴日本民法中的“永小作权”<sup>[10]</sup>的同时,又结合了我国宋代产生的“一田二主”的永佃权制度及当时各地民事习惯,相继制定了《大清民律草案》、《中华民国民律草案》等关于“永佃权”的规定。目前,中国台湾民法中仍有永佃权之规定。

永佃权的产生、发展显示了永佃权制度的强大生命力,它不仅适用于原始社会,也适用于封建社会还适用于资本主义社会;它不仅适用于公地,也适用于私地,这就使得笔者对于“永佃权是建立在土地私有制基础之上的,是耕作者与地主之间的关系,”“地主利用土地获取利益的一种法律形式,具有一定的剥削性质”<sup>[11]</sup>的观点产生了疑问。

而“在本质上,永佃权反映的是一种长久的或永久的租佃关系,永佃权的剥削性质与社会的根本性的政治制度、经济制度相关,永佃权并不是封建社会的特有制度,其本身并不具有剥削性。”<sup>[12]</sup>这就是说

永佃权制度也有可能在我国目前状态下确立,而不再考虑永佃制的剥削性问题。

同时由于“社会意识对社会存在的反映并不总是因社会存在的实际相一致的,有时可能超前于社会存在,有时可能落后于社会存在,”<sup>[13]</sup>所以在古代能够产生出象罗马法这样影响深远,至今仍值得研究的法律体系;所以也存在象永佃权这样到现在仍具有借鉴意义的法律制度。

## 二、永佃权人事有的权利

永佃权是指“一种可以转让的并可转移给继承人的物权,它使人可以充分享用土地,同时负担不毁灭土地并缴纳年租金的义务。”<sup>[3]</sup>它“既非租赁(Conductio),亦非买卖(alienatio),而是同上述两种合同毫无关系或相似之处的一种权利,是一个独立的概念。”<sup>[14]</sup>是一种物权。

永佃权人享有广泛的权利,包括对佃租地永久或长期使用、收益的权利,收取佃耕土地孳息的权利以及处分永佃权或设定他物权等权利。

《日本民法典》继承了永佃权(永小作权)制度,其中第 270 条规定:“永佃权人有支付而在他人土地上耕作或牧畜的权利。”<sup>[15]</sup>永佃权人享有包括“有关占有的一切权能和转让、出租等权利。”<sup>[10]</sup>

《台湾民法典》中也规定:“永佃权是指支付佃租永久在他人土地上为耕作或牧畜之权。”<sup>[16]</sup>对此台湾学者刘荣宗认为永佃权人有“追及权、处分权、取回权、用益权,”<sup>[17]</sup>梅仲协老师在《民法要义》一书中认为:“永佃权人,得将其权利让与他人,或以之供抵押之标的。”其他台湾学者谢在全、史尚宽等也持类似的观点。

总之,作为一种物权的永佃权,赋予了永佃权人充分的权利,使得“其中所有人的权利实际上是名义性的……而正是永佃权人对土地行使着所有人的全部权利。”故永佃权又被称为“扩张意义上的所有权”<sup>[18]</sup>(Dominium utile),即拥有地地道道的所有权内容的权利。

物权是一种权利人可直接支配物并排除他人干涉的权利。《农村土地承包法》赋予了承包人可以采取“转包、出租、互换、转让或其他方式流转土地承包经营权”的权利,从而使土地承包者在已享有对土地使用、收益权的基础上,获得一种可处分承包经营权的权利,这也意味着农村土地承包经营权已具有物权性质。而此时土地所有人也只剩下了名义上的权利,成了“空虚所有权”。

在无法将土地私有化的情况下,通过弱化所有权,强化承包经营方式,以实现农村土地经济效益最大化,无疑是一个较好的方案。

总之,通过对比永佃权人与农村土地承包经营权人所享有的权利,可以看出永佃权制度和农村土地承包经营权制度均强化了对于与所有人相对应一方,即承包方的权利。两种制度重点都在对于土地的利用方面,都将实现土地效益最大化作为立法的指导思想。

## 三、永佃权的存续期间

中国大多数学者认为罗马法中的永佃权是一种永久性的权利,将之作为我国在进行物权法制定时不能采用永佃权制度的一个重要理由。笔者对此观点持不同看法。

尽管在罗马法中永佃权被规定为永久,但是在《日本民法典》以及《意大利民法典》中均对此进行了修正。如《日本民法典》第 278 条规定,“永佃权的存续期间有如下三种情形:(1)永佃权之存续期间为 20 年以上 50 年以下……<sup>[15]</sup>。《意大利民法典》第 958 条规定:“永佃权的存续期限为永久或者附期限,在附期限设立永佃权时,所附期限不得少于 20 年。”<sup>[19]</sup>故以永佃权之期限为永久而作为中国无法接受永佃权制度的一个理由过于牵强。

而现今《土地承包法》中关于农村土地承包经营权存续期间规定为:“耕地的承包期为 30 年。草地的承包期为 30 年至 50 年。林地的承包期为 30 年至 70 年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业主管部门批准可以延长。”

通过期限的比较,永佃权与农村土地承包权的存续期间都较长,这也是适应了农业生产需要长期投资的特性,从而可以减少短期投机行为,稳定农村生产、生活秩序。

## 四、对永佃权人权利的保护

罗马法中对于永佃权人权利的保护措施是比较完备的,“永佃权人只要不拖欠应支付的年租,所有人就不得向承租人或继承人,也不得向那些从承租人或其继承人那里买卖、赠与、接受嫁资或以其他名义取得土地的人,取回其土地。”<sup>[20]</sup>对于违反此规定的人,永佃权人“虽未变成所有权人,但也有权对任何一个占有人,甚至对市政府本身提出对物之诉。”<sup>[14]</sup>除提起对物之诉外,永佃权人还可针对受侵害情形,提起债权诉或通过占有令状方式保护自己

的利益。

《农村土地承包法》中也强化了对于农村土地承包经营权人的保护。农村土地承包经营权人对于因土地承包发生的纠纷,可以申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。条文中还明确规定“任何组织和个人侵害承包方的土地承包经营权的,应当承担民事责任。”并且列举了发包方应当承担停止侵害、返还原物、恢复原状等民事责任的情形以及其他一些侵犯土地承包经营权的行为。

在永佃权制度以及农村土地承包权制度中均强化了对于土地利用人权利的保护。只有如此,才能实现设立此制度的目的,“维护农村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。”

## 五、结 语

通过以上五个方面对于永佃权制度和农村土地承包经营权制度的对比,首先从永佃权的产生背景以及发展历程方面,表明在中国借鉴永佃制,构造物权化的农村土地承包经营权方面的可能性。其次,通过比较永佃权与农村土地承包经营权的具体权能、存续期间以及对于侵害权利的保护措施,可以看出两者具有极大的相似性,并且,由于永佃权制度产生在先,而农村土地承包经营权产生在后,笔者认为在构建物权化的农村土地承包经营权时充分吸收了永佃权制度的精髓,永佃权理论是《农村土地承包法》中农村土地承包经营权理论的主要来源,农村土地承包经营权理论是对永佃权理论的重构。

## 参考文献:

- [1] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会. 最新立法司法文告, 2002 年第四辑[Z]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [2] 米 健. 民法大会·学说汇纂·第七卷·用益权[M].

北京: 法律出版社, 1999.

- [3] [意]彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] 谢在全. 民法物权论(上册)[M]. 台湾: 三民书局, 1990.
- [5] [意]朱塞佩·格罗索. 罗马法史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [6] [英]巴里·尼古拉斯. 罗马法概念[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [7] [英]梅因. 古代法[M]. 北京: 商务印书馆, 1984.
- [8] 周 栢. 罗马法原论(上册)[M]. 北京: 商务印书馆, 2001.
- [9] 史尚宽. 物权法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [10] 尚贤富. 现代日本法论[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [11] 王利明. 中国物权法草案建议稿及说明[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [12] 周子良. 永佃权的历史考察及其当代价值[J]. 现代法学, 2002, (2).
- [13] 郑祥福. 马克思主义哲学教程[M]. 上海: 上海三联书店出版, 2001.
- [14] [意]桑德罗·斯契巴尼. 物与物权[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [15] 王书江. 日本民法典[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [16] 谢文钦. 民商法规[M]. 台湾: 五南图书出版公司, 1996.
- [17] 刘荣宗. 民法概要[M]. 台湾: 三民书局, 1990.
- [18] 徐国栋. 罗马法与现代民法(第二卷)[A]. 阿尔多·贝特鲁奇. 罗马法起源和共和国末期的土地制度概览[C]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [19] 费安铃, 丁 玫. 意大利民法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [20] [意]优士丁尼. 法学总论[M]. 北京: 商务印书馆, 1996.

[责任编辑: 陈志和]