

## 罗马法上的农地永久租赁及其双重影响

李俊

**内容提要:**窥视农地租赁体系中的永久租赁制度,可探求大陆法系农地权利结构演变的内在逻辑。罗马法借助租赁权继承了希腊永久租赁中的“永佃”特质,以占有财产性永佃利益的方式实现了农地的稳定利用。土地改良责任和最低租金规则成为农地“永久”租赁中的核心要素,但租赁期间则与租赁性质相脱离。罗马法上农地租赁制度的发展对后世私法产生了双重影响:一方面,多元化的租赁方式丰富了物的利用形态,形成了不同类型的“具体所有权”,并促发了列举式的所有权模型;另一方面,永佃权的核心要素被农地租赁合同所吸纳,后者逐步承担起用益物权的功能,并成为当代大陆法系农地利用制度的核心。得益于农地永久租赁制度,农地占有和所有之间的关系在现代私法中获以厘清,并形成了“多元所有权—以租赁为中心的农地利用”的双层农地权利结构范式。农地永久租赁的历史解析和大陆法系农地结构的嬗变,亦为中国农地经营权的构建提供了参考,即在坚持集体土地所有权的基础上,以租赁权为工具实现农村集体经济、农村集体经济组织的成员利益和其他经营人的经济利益。

**关键词:**租赁 永佃权 多元所有权 土地改良 经营权

李俊,中南财经政法大学法学院讲师。

## 引言

自民法发展伊始,“归属”就被设定为物定分止争的逻辑起点,“个体所有权”(dominio-proprietà)即以此为核心进行制度设计。<sup>[1]</sup> 尽管所有权内在的归属性是后世法学家借助主观权利加以续造的结果<sup>[2]</sup>,但其形成过程却与罗马农业活动中的长期占有制度

[1] Cfr., Paolo Grossi, “Un altro modo di possedere”, *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano Giuffrè Editore, 1977, p. 11.

[2] Cfr., Luca Parisoli, *Volontarismo e diritto soggettivo: la nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Roma, 1999, p. 18 ss.

密切相关。作为与土地归属相并重的“利用”权能,长期占有在罗马农业实践中广泛存在,并主要体现为两种稳定的形态:“永久”租赁和长期租赁。<sup>[3]</sup>事实上,农地永久租赁作为最重要的农地稳定利用形态,在早期私法史中一直以“财产性的永佃利益”为内核梭巡于他物权和债权性合同之中,超越了严格的物债二元区分理论。在“财产性永佃利益”被解构之后,租赁双方逐渐通过合同内容来确定租赁权的内涵,以债权性合同囊括物权性的权利内容。因此,在众多的土地占有和利用方式中,永久租赁不仅适用广泛,而且在土地权利体系的构造中极为重要,以至于欲厘清当代大陆法系农地权利结构的脉络,就必须结合农地永久租赁制度的私法史予以考察。

## 一 罗马法上的长期租赁与“永久”租赁权

土地永久租赁既是罗马法实践的产物,也是继受希腊规则的结果。在这一过程中,罗马法上的租赁权起到了媒介的功能,“财产性永佃利益”则在纷繁复杂的土地类型中得以确立,并成为解析罗马土地归属与利用结构的关键。

### (一) 罗马法以租赁权为媒介继受希腊永佃权

罗马法上记载的农地长期租赁多与永佃权相关,希腊埃拉克莱拉城的两类土地长期租赁合同就被誉为永佃权最古老的记载。<sup>[4]</sup>这种源于希腊的长期租赁形式包括两大类:第一类是生产酒果的土地租赁合同,此类合同旨在确立一种终生种植之债,内含的特许经营权可在享有“所有权”的主体间自由让渡。除了土地改良的特殊要求之外,此类土地租赁合同规则与罗马法初期的永佃实践毫无差异,永佃合同中的财产性利益被视为一种共性特征。第二类则是针对采矿的土地租赁合同,这一“长期”(一般为五年期)租赁形式被认定为罗马永佃实践的历史前涉形态。至于公元前4世纪希腊赫拉克利亚城铭文法中的永佃规则,则是与乌尔比安D. 27. 9. 3. 4片段最相似的原始文本;后者以希腊语为词源的表述方式,视公认为罗马法仿效希腊永佃制度的直接证据。<sup>[5]</sup>在上述史料文本中,罗马法中的永佃租金、土地改良和租佃地遗赠等制度得以初步确立并规范化:首先,享有永佃利益的承租人所支付的租金一般低于一般农地租赁;其次,对承租人所承担的耕地保护责任予以强化,并课以土地改良责任,以满足良性耕种的目的;最后,允许承租公地的永佃权人遗赠所享有的土地。

[3] 永佃权、债权性的农地永久租赁、固定期限的长期租赁和短期租赁之间,仅仅在租赁期间上具有分类的意义。后文已述,即使是短期租赁也可能是永佃权或者是债权性的短期租赁,冠以长期租赁之名的意义仅在于通过“期限为长期”来表达承租人对土地的“稳定”利用。Cfr., Gennaro Franciosi, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 489.

[4] Cfr., Anna Bottiglieri, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 2; A. Uguzzoni, F. Ghinatti, *le tavole greche di Eraclea*, 1968, pp. 13-27.

[5] D. 27. 9. 3. 4: *Si ius enfiteutikon vel embateutikon habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit*. Cfr., Elia Lattes, *Studi storici sopra il contratto d' enfiteusi; nelle sue relazioni col colonato*, Torino, Arnaldo forni editore, 1868, p. 1.

尽管希腊永佃权具有外来性,但其实用性为罗马法律实践提供了规则参考,所涉及的永佃条款也最终在2-3世纪被罗马法所正式继受。公地租赁对继受的永佃规则加以适用并进一步公式化,形成了更具普世性的罗马永久租赁模式:其一,承租土地者应合乎市政管理要求;其二,承租人在租赁的首个五年期内可免除租金,其对价为土地的良性培育责任;其三,承租地可被转让,并可在罗马市民间遗赠,土地的租赁权也可被继承;其四,如承租人未履行租赁合同,可产生收回土地的法效。

事实上,永佃实践是在罗马农业活动中自发形成的,在继受希腊规范之前就已经具备实践基础。在希腊永佃制度进入罗马法体系时,罗马法上既有的租赁权充当了介质,将希腊永佃权规范和罗马实践予以融合。除转化为特殊的“永久”租赁,租赁权继续存在于普通的农地长期租赁和短期租赁之中;异化了的永久租赁则表现为永佃权,在强调承租人土地培育责任的同时,以一种特殊的权利形态显现出后世物权的雏形。<sup>[6]</sup>

## (二)“财产性永佃利益”的实践发展和保护方式

就永久租赁的对象而言,罗马法上的土地类型繁多,但其中公地规模极为庞大,使得罗马法上的土地改革也大多指向公地的重新分配。<sup>[7]</sup> 公地分配引发土地性质变化的过程,对罗马土地产生了根本性的影响,也导致公地归属与利用模式的多元化。尤其在格拉古兄弟改革后,公地的发展呈现出极为明显的双向趋势。<sup>[8]</sup> 一方面,公地被分割,通过拍卖的形式出售,并成为私人所有;另一方面,公地的归属意义逐渐弱化,而公地上以长期占有为表现形式的财产性永佃利益得以强化和规范化,并逐渐广泛存在于公地、私人土地、意大利和行省土地等各类异质性土地形态之中。由于罗马法上的意大利土地和行省土地极为复杂,在性质上也存在根本差异。一方面罗马行省土地制度并不固定,且呈现出一幅动态发展的特征,另一方面,行省地方的自治性及其制度的多样性在土地方面表现得最为突出。<sup>[9]</sup>

得益于罗马共和国时期的殖民地、“市镇集体土地”以及公地的利用,财产性永佃利益迅速发展。在永佃性的长期占有利用中,土地承租人既可以通过裁判官禁令来对抗土地上的侵权行为,还可借助役权扩用之诉(*actio utilis*)来保障权益。两者的差异在于,后者由法官参照法定诉讼模式专门设定,以弥补赋税田之诉的保护漏洞,并如同所有权般

[6] Cfr., F. Gallo, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella "locatio" degli "agri vectigales"*, SDHI, 1964, p. 13 ss.

[7] Cfr., Serrao Feliciano, *Diritto privato economica e società nella storia di Roma (1), Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 280.

[8] Cfr., Serrao Feliciano, *Diritto privato economica e società nella storia di Roma (1), Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 284 e 303.

[9] 参见汪洋著:《罗马法上的土地制度:对罗马土地立法及土地归属与利用的历史考察》,中国法制出版社2012年版,第203页。有关行省制度的建立造成意大利土地和行省土地的双轨制问题,可参见徐国栋:《行省制度的确立对罗马法的影响:以西里行省的设立为中心》,《华东政法大学学报》2012年第6期,第139页。意大利土地和行省土地的区别,使得罗马法在继受希腊永佃权制度时受到了不同程度的影响,但“财产性永佃利益”作为继受的核心仍广泛涉在各类土地形态之中。Cfr., Serrao Feliciano, *Diritto privato economica e società nella storia di Roma*, Prima parte, Editore Napoli, p. 57.

全面保护永佃利益。在这一时期的农地权利结构中,公地之上的领主所有权趋于虚无,承租人或土地管理人才是实际权利人。此外,承租人也承担土地所有权所应缴纳的赋税,甚至可以适用对物之诉(*actio in rem*<sup>[10]</sup>)来对抗其他权利人。可以说,除了以奎里蒂法所有权(*ex jure Quiritium*)的方式形成少量的私人土地所有权之外,“长期租赁”在各类土地类型(尤其是规模种植的农业庄园)中都成为一种主流的“归属”和利用模式。领主所有权则逐渐蜕化为一种影子所有权,仅仅在理论上具有宣示意义。

同时,永佃租赁抑或赋税田租赁以及其他占有方式,在罗马农业实践中存在紧密的联系。具有“永久”租赁期间的永佃权,逐渐被视为占有赋税田的一种独特利用方式,长期占有则成为永佃租赁和赋税田租赁的共性。与其说永佃权在罗马法上出现较晚并具有独立权利起源,不如将其视为占有发展的新阶段。<sup>[11]</sup>也即,这一土地利用模式,仅仅是占有和“领主所有”关系的另一种表现形式而已。只不过,永佃权对罗马土地权利构造的影响不仅仅体现在土地利用形态的拓展上,还在于通过持续占有的方式将土地所有权予以具体化和多元化。在这一过程中,“财产性永佃利益”的占有形式成为解构罗马所有权的密钥,使之形成了一种与领主所有权共存的土地“归属”模式。即便罗马永久租赁制度所依托的社会、经济背景具有一定的特殊性,尤其是土地作为罗马最重要的资源,其利用方式必然与国家治理、经济和社会发展密切相关,但是农地永久租赁所表达的制度内涵在法律意义上仍然具有一种普世性。

## 二 异质性农地租赁类型的区分要素

因土地类型、租赁内容等因素的影响,农地租赁之间存在性质上的差异。在对异质性农地租赁进行比较和分析时,具有独立价值的区分要素成为后世大陆法系农地权利结构演变的基础。

### (一) 以租赁期为标准划分农地租赁类型之悖论

在罗马共和国和帝国时期,公地的长期租赁成为土地利用的主要方式。在类型繁多的公地之上,承租人通过支付对价取得租赁权,并将现代法意义上的所有权搁置于罗马。针对公地,尤其是赋税田的长期租赁,罗马法学家特奥多尔·蒙森的阐释极为详尽。

强加的赋税田责任已经覆盖了大部分罗马领地,包括一些属于罗马国家的土地、殖民地、市镇和其他城市的土地。从敌人那里缴获的土地起初是分配给士兵的,使得他们能从战争中获得应得的奖励。那些超过士兵分配的土地则转变成了赋税田,部分是5年的租期,另外一部分则是一百年或者更长的租期(承租人通过拍卖获取土地)。当租

[10] D. 6. 3. 1. 1 (Paul. 21 ad ed. ).

[11] Cfr. , Arangio-Ruiz, *Applicazione del diritto giustiniano in Egitto, Aegyptus 1*, 1920, pp. 21 - 36; D. 6. 3; *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.*

赁到期时,土地再次被作为赋税田进行出租,而这一过程则成为赋税田的习惯性利用方式。<sup>[12]</sup>

此时的公地租赁被区分为两种截然不同的租赁形式:一种是适用法定规则(*de jure*)获得5年固定期的农地租赁;另一种是无固定期限(尤其在共和国末期)的租赁形式。赋税田的上述利用方式满足了农地持续利用的需求,尤其是保障了规模土地耕种者的稳定利益。赋税田的承租人通过竞拍的形式获得承租地之后,可以同样的方式向次承租人授予承租权,而赋税田的所有权人获得收取次承租人即赋税田占有人(*possessores ius vectigalis*)租金的法定权利。<sup>[13]</sup>此外,还有两种土地租赁形式在租赁期具有“无期”性:第一种是教会所有的土地,通过竞拍的方式无固定期限地出租,但承租人须以“要式买卖”的形式进行租赁;第二种是以非拍卖方式获得的土地,承租人可以不间断地适用“年度合同”来获取租赁权。可见,一般长期租赁和赋税田租赁借助租赁权交织发展,永佃、永久租赁和有固定期限的长期租赁在权利内涵上并无本质区别,期间仅为表现形式的差异。

事实上,在希吉努斯时期,就已经有罗马法文本证明赋税田租赁长达100年或者更久。<sup>[14]</sup>进而,公地之上的赋税田权(*ius in agro vectigali*)、免租金租赁权(*Ius privatum salvo canone*;承租人多为依附于土地上的奴隶)、永租权(*ius perpetuum*)和永佃权具备共相特征而逐渐同化,租赁期设定为5年、100年抑或无期限,则纯粹沦为一种外在表现形式。租赁期间在罗马土地上的长期租赁、永久租赁和永佃权中不再具有区分意义,租赁形态的划分完全取决于合同所设定的权利内涵,合同内容的特殊约束力决定了农地租赁合同的特殊性。

## (二) 土地改良责任的独立价值

在图拉真时期,立法者针对永佃的实践性,颁布了一部调整农地租赁关系的《曼洽纳土地法案(*Legis Mancianae*)》土地法案,并在土地改良、超期条款、遗赠权等权利内容上对“永久”租赁、一般永久租赁和长期租赁进行区分。<sup>[15]</sup>事实上,除未满足合同的形式要件之外,该法案所确定的租赁内涵与后世永佃合同极为相似,尤其是承租人所承担的土地培育和改良责任规范成为后世永佃改良规则的重要参考。

就附着于永佃权人的改良责任而言,需要关注的是不同时期的实践需求和相应的租赁协议内容。在罗马法古典时期,永佃权作为本土实践的一项创造,即便在实践中有违帝王意志,永佃权人仍能获得了最大限度的权利内容。<sup>[16]</sup>事实上,在永佃利益产生之初,改

[12] 相关讨论可参见 Max Weber, *Storia agraria romana: dal punto di vista del diritto pubblico e privato*, traduzione di Savio Franchi, *Il Saggiatore*, Milano, 1967, pp. 119 - 120.

[13] Cf., Sara Longo, *Locare "in perpetuum": le concessioni in godimento di ager municipalis*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 111.

[14] Cf., Hyginus, *De Conditionibus Agrorum*, p. 116. 转引 William R. Johnston, *Emphyteusis: A Roman "Perpetual" Tenure*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (1940), University of Toronto Press, p. 325.

[15] Cf., Anna Bottiglieri, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 18 - 23.

[16] Cf., V. Arangio-Ruiz, "Applicazione del diritto Giustiniano in Egitto" in *Aegyptus*, 1920, vol. 1, p. 25.

良责任仅作为一种附属义务,并没有直接强加于永佃权人。但随着改良责任内容的丰富和强化,积极和消极责任逐渐涵括其中。比如,永佃权人应维护土地的耕种环境,尤其在教会或慈善机构的土地上设置的永佃权更是如此,否则将强制驱逐永佃权人。进而,赋税田的所有权人可以与永佃权人约定双重性质的改良内容,包括土地改良的积极责任、为保障土地的可耕作性而闲置土地的消极义务等。在狄奥多西 C. Th. 5. 13. 30 和优士丁尼 C. 11. 59. 7 的片段中,就存在佐证永佃权人负有积极改良责任的规范,并列举了永佃权人对荒地承担培育责任的三种模式:(1)承租人负有开采荒地的义务,并以永佃形式支付租金。(2)承租人负有开采一定比例荒地的义务,但在两年后才支付租金。(3)开采荒地并豁免三年的租金。<sup>[17]</sup> 后世法学家甚至认为,改良责任直接将所有权减至为一种“影子权利”,所有权人可以获得持续稳定的租金,并只有在资金严重短缺的情况下才可能索回土地,土地也因改良而获得了更好的利用和保护。<sup>[18]</sup>

改良责任具备的消极和积极的双重功能,在永佃制度完善的过程中不断强化。在罗马永佃实践中,对土地进行“永久”租赁的价值就在于填补一般农地租赁所无法提供的制度空缺,从而对承租权利和对土地的稳定利用形成更有效的保护机制。改良责任由此成为永佃规则的核心,并具有可操作性和现实意义。首先,通过扩大改良权限,承租人能更加自由、独立地耕种土地,尤其是自耕农可根据自我意愿对承租土地进行最有利的改造;其次,承租人能借助改良责任排除出租人或所有权人的干扰,实现土地的合理利用;再次,所有权人或出租人无法拒绝承租人对土地合理改良的要求,同时原权利人还需按照承租人的意愿承担改良费用;最后,改良对土地耕种状态的保有和长期稳定利用具有积极意义。<sup>[19]</sup> 在其他永佃要素与一般农地租赁趋同后,改良责任的特殊价值更为凸显,并逐渐成为一项独立要素。改良不再单纯依附于永佃合同之中,而是通过法律的直接规定和租赁双方当事人的合意拓展适用于一般农地租赁合同之中。

### (三)“租金—赋税”规则的互动

除承担土地的改良责任外,永佃权人还应支付租金或纳税,否则所有权人可以阻止永佃权和其他权利人继续享有永佃权利。租金的支付是否具有强制性、不支付租金的法律后果,以及租金和赋税(赋税田利益)之间的关系等问题成为罗马农地租赁规则的争议焦点。<sup>[20]</sup> 此外,作为债务的租金是否可以在不同主体中移转,以及转租是否会导致赋税与租金之间的转换等问题也借助罗马实践得以解决。

[17] William R. Johnston, *Emphyteusis: A Roma “Perpetual” Tenure*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (1940), pp. 323 - 347.

[18] Cfr. , Simoncelli, *Le costruzioni giuridiche dell' enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento*, AG. 40 (1888), pp. 470 - 479.

[19] 参见李俊:《意大利农地租赁合同研究》,载《私法研究》第19卷,法律出版社2016年版,第123页。

[20] 保罗等法学家把赋税田定位为一种物的关系,同时也是一种异化了的租赁,一种“永久租赁”。参见汪洋:《土地物权规范体系的历史基础》,《环球法律评论》2015年第6期,第28页;[古罗马]盖尤斯著:《法学阶梯》,黄凤译,中国政法大学出版社1996年版,第250页;[意]桑德罗·斯其巴尼选编:《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第125页。

在论述罗马土地租赁时,法学家温德夏特就否定租金与赋税在性质上的转换,认为赋税是个人在特定历史阶段的国家义务,而租金则被视为对物享有权利的等价负担。<sup>[21]</sup> 不过,温氏基于德国民法所确立的永佃权概念(Reallast)去阐释罗马法上的永佃权(Enfiteusi)是缺乏说服力的,尤其是将赋税田租金脱离历史进行思考是不恰当的。事实上,建立在罗马公地、行省私人土地、市镇赋税田(集体土地性质)和宗教用地之上的赋税田租赁,均旨在满足和保障私人对土地稳定利用的特殊财产性利益。永佃权与土地永久租赁权相融合的同时,赋税与赋税田利益、财产性永佃利益在实践中并没有产生性质上的区分,税金和租金在事实上具有共相特征。同时,罗马法学家科略诺(P. Cogliolo)在解析《森布罗尼农业法案》时,认为永佃权中的租金和赋税田中的税金均包含“财产调查权”,只不过“财产调查权”仅作为一种权力象征存在。<sup>[22]</sup> 概言之,在作为永佃权典型的赋税田租赁中,永佃租金除表现为财产利益之外,还承担着调查土地状况的功能。此外,在罗马共和国时期,土地税的滋长就初现端倪,赋税田等公地之上的永佃权人支付的租金实质上还担负着国家财政增长的责任,“租金”所具有的功能随赋税的扩展和细化也不断变化。<sup>[23]</sup> 最终,各种类型土地上的耕种者都必须宣告耕种土地的面积、雇佣的人口及牲畜的数量,进而被强制性地承担土地税的评估责任,从而将永佃权人的赋税义务转为常态,并依土地的享有状况进一步规范化。

不过,罗马法上永佃租金的不履行并不必然导致合同的终止,通常只有在永佃权人连续三年不支付租金才会满足强制驱逐的法定条件。<sup>[24]</sup> 还需要特别指出的是,租金基于永佃权的目的而创设,但并非永佃权的成立要件。<sup>[25]</sup> 也即,成立永佃权的首要目的是为了土地的保有、改良和合理利用,租金作为永佃合同的约定内容,通常不受土地经营效率的直接影响。在承租贫瘠土地的情况下,即便永佃权人获得丰产也只需承担较低的租金;在承租富饶土地时,也只需维持基本租金,其目的并非从租金中获取较大利润。在不可抗力情形下,承租人的利益应获得保护,并参照农地非常损失规则(remissio mercedis)主张减租。<sup>[26]</sup> 可见,在“永久”租赁的制度设计中,立法目的在于维护土地的稳定利用并承担一定的改良责任,最低租金或赋税才是租金价值的体现。正是借助内含的赋税意义和最低租金规则,租金表达了永佃权税金的“强制”意义,土地之上的社会责任也得以实现。藉此,永佃的租金金额并非基于经济利益的考虑,而是由其承载的赋税责任、土地调查等

[21] Cfr., V. Simoncelli, *Della Enfiteusi*, Naples, 1922, vol. I, p. 49 ss.

[22] Cfr., Leonardo Mauro: *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 12.

[23] 土地之上的税费分为人头税(tributum capitis)和土地调查税(tributum ex censu),戴克里先将前者设计为国家税收的一项重要类型。Cfr., William R. Johnston, *Emphyteusis: A Roma "Perpetual" Tenure*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (1940), p. 341.

[24] C. 4. 66. 1.

[25] Cfr., William R. Johnston, *Emphyteusis: A Roma "Perpetual" Tenure*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (1940), pp. 323 - 347.

[26] Cfr., Luigi Capogrossi Colognesi, *Remissio Mercedis: una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Jovene, 2005, p. 37 ss.

社会功能决定的。如此,赋税田税金和永佃租金在法律意义上实现了等同,强调赋税和租金之间的性质转换失去了实际意义,考虑更多的则是永佃权人和实际耕种者之间的利益平衡。

#### (四) 余论

至罗马帝国末期,尽管永佃权(*ius emphyteuticum - enfiteusi*)、土地上的永租权(*ius perpetuum*)和赋税田租赁在形式上构成了农地利用的三大典型样式,但随着永佃田继承的合法化,上述三种罗马私地和公地最常用且不同性质的租赁方式逐渐难以区分,唯有凸显永佃权特征的“土地改良责任”和“承租人享有最低租金规则”进一步独立,成为区分土地利用类型的两大核心要素。在土地归属进一步明确和土地管理逐步技术化后,永佃权所具有的特殊功能也逐渐瓦解,并再次与一般农地租赁规则相衔接。这一历史变迁的意义在于,改良责任和租金制度通过永久租赁的发展而具有独立价值,并存在于各式永久租赁合同中,进而对大陆法系农地权利结构的后世嬗变起到了关键作用。

### 三 “多元所有权—以租赁为中心的农地利用”结构范式的形成

在改良责任和租金制度日益重要的同时,租赁对农地权利结构的归属和利用方面均产生了极大的影响。从罗马法到中世纪法的发展过程中,永久租赁的实践发展被贴上了实用主义的标签,并丰富了所有权的形态;自意大利法典化之后,农地租赁则在实践活动和规范构建中获以进一步发展,最终成为农地利用制度的核心。

#### (一) “永久”租赁作为一种事实上的所有权

永佃权除了迎合罗马当时的农业和经济发展需要之外,在融入罗马法的过程中间接地重构了罗马农地租赁的体系结构。同时,农地上的民事权利、公权力以及特定历史时期的政治形态共同推动了永佃权的历史作用和经济影响,与其认为永佃规范是一种私人利益保护的手段,毋宁将其视为为满足和促进农业经济发展需要而产生的一项法律工具。在所有权没有抽象化的时期,永佃权因具备长期占有的特质,被定性为一种“具体所有权”,并在经济功能上替代了领主所有权。<sup>[27]</sup>

永佃权人被视为实际的所有权人,可以取得土地的孳息、被允许设定或者遗赠所享有的权利,亦可创设质权或是役权,在法定情形下甚至可以将土地赠与或者转让。在法律结构层面,永佃权利的保护、土地改良和赋税租金等方面在罗马法中大量提及,并被视为永

[27] 此时现代法意义上的所有权概念还未形成,归属和占有在权利界定上仍然存在模糊。Cfr., Feliciano Serrao, *Diritto privato economica e società nella storia di Roma (I), Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 273.



佃权与其他权利相区别的本质特征。<sup>[28]</sup> 尽管永佃权人不能因为占有而在名义上取得领主所有权(dominio),但对永佃权人占有权的救济手段却十分健全。永佃权人除本文已述的赋税田之诉(jus in agro vectigali)、役权扩用之诉(actio utilis)和对物之诉(actio in rem)等方式保护自己的权益外,还享有其他如同所有权人和地上权人的各种诉讼类型。<sup>[29]</sup> 即便永佃权人的选择由所有权人确定,甚至在某些重大的权利处分事宜上还须征得所有权人的承认或同意,但永佃权人的处分行为在事实上是完整的。领主所有权人通常不得拒绝永佃权人的转租行为,甚至于所有权人的权利行使还要受制于永佃权人,使得永佃权人几乎是不受限制地享有领主所有权的各项财产权能,享有如同现代所有权意义上的财产处分权限。

尽管永佃权在罗马法上的快速发展得益于农地实践,但在永佃术语继受伊始,如何有效地与罗马法上的其他农地权利相协调便成为难题。永佃权作为特殊的永久租赁形式,仅仅在权利内涵上实现了一种事实上的所有权形态,但权利性质、在土地权利体系中的定位仍不确定。乃至在地役权逐渐发展和扩张后,永佃权还一度被纳入地役权体系,仅作为地役权的一种补充而存在。在用益权和现代法上的其他相似权利还处于未知状态时,被视为现代所有权概念原型的“领主所有权”(dominio)就体现为一种权力形态,并成为现代法意义上的所有权原型。至《优士丁尼法典》,用益权、使用权和居住权等“亚权利”归置于地役权框架之中,此时“领主所有权”所涵摄的权力特质才有所限制。同时,各类“具体所有权”,以及以占有为外在表现的地上权、永佃权等土地的利用类型逐渐拓展。<sup>[30]</sup>

## (二)“扩用所有权”(utile)与“直接所有权”(diretto)的并存与对峙

在公元315年的君士坦丁宪法中,永佃权就开始从永租权和免租权中剥离出来,区别于一般性租赁而作为独立的权利形态融入罗马农地权利体系中。<sup>[31]</sup> 可以说,作为域外法的永佃权从一开始就迎合了罗马法的实践需求,只不过在被法律正式承认和确定之前,经历了一段漫长的“事实法”(习惯法)阶段。在剔除租赁期限的永久性和获得事实上的特殊保护后,永佃权一直都是罗马土地最主要和最重要的利用方式。为了保护佃农并形成稳定持续的农业耕种关系,君士坦丁通过土地改良、稳定占有和耕种期限等具体规则来实现土地所有者、永佃权人和实际耕种者的共赢。但是“永久”租赁的性质仍不确定,导致财产性永佃利益的保护形式依然备受争议。

针对赋税田的永久租赁问题,盖尤斯早在《法学阶梯》中就进行了论述,并默示买

[28] Cfr., Max Weber, *La storia agraria romana in rapporto al diritto pubblico e privato*, Amaldo Forni Editore, 1977, p. 84 ss.

[29] Cfr., G. Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 297 ss; Sara Longo, *Locare “in perpetuum”: le concessioni in godimento di ager municipalis*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 113 - 122; Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano Giuffrè editore, 1972, p. 320.

[30] Cfr., Leonardo Mauro, *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 8 ss.

[31] Cfr., C. J. 11. 62. 1.

卖和租赁之间存在的密切联系,认为只要土地永久租赁的承租人及其继承人缴纳税款,承租人承租的土地就不应该被剥夺,即便这种租赁偏向于债的性质。<sup>[32]</sup> 针对这一观点,法学家保罗在《论告示》中认为永佃合同不同于其他具体合同,永佃承租人享有土地所有权人“对物之诉”的权利。<sup>[33]</sup> 申言之,永佃权定性为纯粹合同的疑惑在盖尤斯时期就被明确提出,保罗基于永佃权有对抗所有权人的能力,进而认为永佃权属于物权(in rem)。不过,随着永佃农业活动中广泛适用,上述永佃合同性质的判定遭到了后世法学家的反对。<sup>[34]</sup>

到罗马法古典时期,尤其是过渡到封建社会之后,永佃合同在主体“自决”观念的引导下,以一种独立的权利形态被芝诺和优士丁尼皇帝正式确定。芝诺将永佃合同确定为一种享有农业权(jus praedii)的特殊永佃权合同(ius emphyteuticum),以区别于传统的买卖(emptio et venditio)和租赁(locatio et conduction)。<sup>[35]</sup> 但由于农业权的法律结构还不能生动反映出永佃权独立的对物特征,因此在多数情况下永佃权还是以永租权(perpetuum)的合同形态予以呈现,以此区别于绝对的对物权利形态(jus in re)。“对物权利形态”的永佃权在实践中早已存在,在地役权对领主所有权进行限制时,永佃权就因事实占有而优于名义上的领主所有权,具有直接对抗地役权的内在品质。在法律上的不确定和实践的快速发展使得永佃权成为一项矛盾结合体,但后者仍然促进了前者的发展。永佃合同最终限制了领主所有权,而且还导致土地的治权、让渡模式和其他农地权利在优士丁尼法中出现了质的变化,并逐一体现在当时的法律规范中。

例如,在C. 11.6-59和C. 12.6-62等片段中,领主所有权被区分为圆满状况的所有权和非圆满状况的所有权,永佃权被视为拥有对物支配、使用以及返还能力的非圆满状况的所有权。永佃权所具备的所有权内容(此时地上权也被视为一种所有权)相当于拥有封建土地“采邑所有权”的不完整形态,并在土地的直接占有中对抗封建领主权。<sup>[36]</sup> 这种缺乏完全所有权性质的永佃权被称之为准所有权(quasi dominio)或者是近所有权(jus dominio proximum),而不是一种他物权(jus in re aliena)。这一推论一方面表达了永佃权排除封建领主身份之意,另一方面并未忽视当时的社会背景。

值得注意的是,土地上的领主除保留有身份意义之外,同时还可以享有部分的财产权利。在向封建制度过渡的过程中,土地所有权开始涌现出不同的财产继承方式,导致区分领主权利和封臣享有的权利变得更加困难,以至于无法确定哪一种“具体所有权”更具有

[32] Cfr., Gaius 3. 145: 只要交纳定期的租税,就不得从承租人或者其继承人那里夺走该土地。参见[意]奥利维耶罗·迪利贝尔托:《罗马法中租赁与买卖的异同》,《环球法律评论》2017年第3期,第9页。

[33] 参见保罗:《论告示》D. 6. 3. 1. 1 (Paul. 21 ad ed),载《物与物权》,范怀俊、费安玲译,中国政法大学出版社1999年版,第245页。

[34] Cfr., Massimo Brutti, *Il diritto private nell' antica roma*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 357.

[35] Cfr., Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano Giuffrè editore, 1972, p. 321.

[36] 罗马法学家海因内克(J. G. Heineccio)也认为永佃权人至少享有局部的所有权(dominio)权限,而不仅仅是一种他物权。Cfr., Leonardo Mauro; *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 58.

优先性。对领主所有权人而言,享有形式上的所有权逐渐丧失了实际意义,毕竟这一权利与物的占有密不可分,失去了占有也就失去了对土地的真实享有。故此,上述永佃所代表的扩用所有权(Utile)和领主享有的直接所有权(Diretto)在D. 27. 9. 4. 3中的表现形态,实际上扩展了具体所有权的类型。

在排除领主所有权中的领主成分后,永佃租赁被视为一种财产性的“扩用所有权”。<sup>[37]</sup>同时,从罗马永佃制度对希腊永佃权利的继受过程来看,尽管永佃权在内容和形式上根植于合同,但其占有本质不仅未被弱化,相反还成为向物权(ius in rem)过渡的关联要素。可以说,永佃权除了具备合同形式之外,很多方面都遵循所有权的规则内容,例如通过让渡进行转让,以及受占有诉讼的保护等等。籍于此,后世永佃权被定义为一种永久性和财产性的具体所有权或扩用所有权,从而与领主所有权相并存和对峙。在D. XL1-2. 1. 17中,两种独立的所有权被进一步明确规范:其一为直接的或者是外部的,其二为用益的或者是内在的,但这两种所有权不可能合并为一个或者成为同种类的所有权。显然,永佃权人被称为另一个所有权人,与领主所有权之间的唯一的区别就是需要向出租人支付租金。至为重要的是,罗马法上物的圆满能力(plena in re potestas)在永佃实践中才变得更为周延,除含有多重权能之外,还与封建土地结构、基督教会以及封建自由相联系,甚至成为后世抽象所有权概念形成的关键。

### (三) 永佃对农地多元所有权结构的影响

永佃权的勃兴使得农地权利结构进一步多元化,但同时也给各类“具体所有权”带来了理论上的困惑。永佃权作为“实际”所有权的影响在于,内在的扩用所有权可与外在的直接所有权相并存。在农地实践中,赋税田就是永佃权的实例之一,也即赋税田占有者不仅享有用益所有权、地上权以及与其他与所有权人相似的权利,而且还能依据诚信占有取得与主物相脱离的孳息的所有权,并同时独享果实之诉和雨水分配之诉,并进一步与他物权利性质的用益权等权利相区分。事实上,优士丁尼之后的罗马法在取消市民法所有权和裁判官所有权之间的区别后,永佃权就开始发展成一项可被追索的现代所有权形态。其权利空间比用益权更加广阔,仅赋予他物权之名已无法证明永佃权是该物的实际占有人。因此,中世纪法学家库亚丘(Cuiacio)在完善扩用所有权和直接所有权的双重所有权理论后,进一步阐释了个体物和不可分物基础上的所有权理论。中世纪注释法学派时期,上述两种所有权的存在是无可争议的,由此形成了“区分所有权”理论。此外,库亚丘还从物是否具有可分性出发(*res pro indiviso communis/communio pro indiviso*),进一步论证了属于个体的不可分部分免受其他权利损害的权利(罗马法意义上的共有权),以及属于个体的独立所有权(*proprietà della cosa in solidum*)。<sup>[38]</sup>

[37] Cfr. , Leonardo Mauro: *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 58. 关于中世纪法学的扩用所有权学说,可参见董能:《中世纪法学的扩用所有权学说》,《环球法律评论》2015年第5期,第100页及以下。

[38] Cfr. , Leonardo Mauro, *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 64 ss.

在永佃权的发展过程中,扩用所有权与直接所有权之间的关系进一步区分和厘清,并解答了直接所有权人对永佃物及其附属物是否享有部分财产性权利,以及两者是否具有对立性。以现代法的视角,直接所有权、扩用所有权和准所有权均为不完整的所有权(dominio),所有权(proprietà)的内涵也比罗马法上“是我的 meum esse”意义上的所有权(dominio)窄小。对此,萨维尼从占有的角度对永佃权的性质作出了进一步解释,也即,占有人享有永佃权并不旨在与所有权人相等同,而只是以用益之名来对抗直接所有权人,实现了从扩用所有权到他物权(jus in re aliena)的理论过渡。但是,萨氏的论证只是强调了永佃的占有特质。概言之,尽管永佃权人能以返还之诉对抗出租人,但并不能证明永佃权就是一种物的占有权利;而只能说明永佃权包含了几种可以对抗所有权人的权利,永佃权也不一定必须在与所有权的区分中非此即彼。<sup>[39]</sup>显然,永佃租赁给农地所有权体系造成了巨大的理论冲击,乃至在意大利等当代大陆法系国家中,农地所有权至今仍作为一种典型所有权而存在。

因罗马农地永久租赁而促生的多元所有权结构,后续成为1984年法国民法典“土地所有权—用益物权”结构的原型,具体所有权的立法风格仍然存续于法、意等拉丁法族国家。<sup>[40]</sup>即便是德国民法典中的土地权利体系也未摆脱长期租赁和永久租赁制度的影响,相反得益于永佃、租赁与所有权的相互发展,使得长期占有和所有的关系在现代私法中获以进一步厘清。同时,尽管物和主体之间的归属关系切断了集体所有权在罗马市民法中的发展,使得后者脱离于大陆法系私法体系仅作为一种实践形态而存在,但是当代大陆法系集体所有权以占有的模式回归,以民事习惯的形式与私人所有权并存于当代欧洲私法体系中,使得所有权的多元模式在性质上进一步多元化。尽管集体所有权在罗马氏族集体土地的实践中就早已存在,但市民法将所有权等同于物的归属之后,集体所有权因主体与物无法对应,因而被排除在市民法体系之外。直至20世纪,土地集体所有权作为一种现实存在的权利形态,重新受到欧洲法学家的关注,并借助占有和民事习惯纳入当代欧陆民法体系之中。<sup>[41]</sup>从“一元所有权—私人所有权”发展到“多元具体所有权—不同性质的所有权”,以个体所有权为代表的“归属所有权”和以大陆法系集体所有权为代表的“功能所有权”成为当代欧洲农地所有权结构的范本。<sup>[42]</sup>

#### (四) 以租赁为中心的大陆法系农地利用模式

土地永久租赁是罗马农业经济对法律制度的一种现实需求,并与罗马土地权利体系

[39] Cfr., Leonardo Mauro, *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, p. 64 ss.

[40] 关于罗马法所有权对两大法系的影响,可参见汪洋:《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》,《环球法律评论》2012年第4期,第152、160页。

[41] Cfr., Pietro Nervi, *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva; La consuetudine fra tradizione e modernità; Atti della VIII riunione scientifica* (Trento, 14 - 15 novembre 2002), Padova, Cedam, 2003, p. 5 ss.

[42] Cfr., Pietro Nervi, *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva; La consuetudine fra tradizione e modernità; Atti della VIII riunione scientifica* (Trento, 14 - 15 novembre 2002), Padova, Cedam, 2003; Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 13.

不断磨合。在这一过程中,由于永佃权具备的占有特征,使得所有权、租赁权以及其他现代法中的他物权都围绕着永佃权的发展而产生了变化。甚至于,永佃权与所有权不仅从私法的角度解决了土地的归属和利用难题,还因共同法的传播触生了英美法上的租赁权。<sup>[43]</sup> 在永佃权的权利设计中,土地改良和最低租金规则成为保护永佃权人或土地直接利用者的关键因素。随着后世农业实践进一步强调财产性利益,土地改良、租赁期间和租金制度等因素开始逐渐独立,再次同时依附于物权性的永佃权和一般农地租赁合同。可以说,将近现代永佃制度的局限反映到罗马法中也是不合时宜的,也不能因为永佃制度的在现代法上的弱势地位而否定永佃权对所有权和他物权体系产生的重大影响。反而永佃权在罗马法和中世纪法中根深蒂固,乃至被误认为是封建制度的外象而无法在罗马法的继受中获以更大的发展。即便如此,永佃权作为一项独立的权利形态在现代法律体系中仍占有一席之地,1865年《意大利民法典》<sup>[44]</sup>、1942年《意大利民法典》第957条至977条<sup>[45]</sup>均对永佃权进行了详细的规范。只不过,在从主体的权利构建过渡到物的利用后,立法者更注重对土地进行稳定利用的内涵。

永佃要素的独立发展,再次拓展了租赁合同在农业活动中的适用范围。在体现永佃本质的“土地改良责任”和“最低租金规则”被吸纳到债权性的农地租赁合同中,永佃权、永久租赁、长期租赁和短期租赁在权利内容上再次同化,永佃权的功能亦被专门的农地租赁合同所取代。例如,在1942年意大利新民法典颁布之后,立法者以一种实用主义的视角重新审视了土地所有和利用之间的关系:农地利用不再囿于物债二元结构,而是通过农地租赁合同在功能和价值上最大限度地实现私法自治,以保障农业现代化的发展。尤其是1982年第203号法令(亦称之为意大利《农业合同法》)取代《意大利民法典》中的农地租赁规范后,瓦解了以《意大利民法典》为中心的农地利用构架,形成了以租赁为中心和以多元所有权为基础的现代农地权利结构,也成为解法典和再法典化思潮的典型代表。<sup>[46]</sup> 被农地租赁合同吸收的“土地改良责任(如意大利农业合同法第16、17和18条)”和“最低租金(第8、9和10条)”规则,则成为当代意大利乃至欧洲农地利用的核心要素。<sup>[47]</sup> 意大利农地租赁合同被赋予了特定意义,脱离于一般租赁和永佃权的制度预设,成为彰显《意大利民法典》特色的典型表象,并以此为中心形成了一套独立的农地利用法律体系。<sup>[48]</sup> 以物为中心的多元所有权结构与农地租赁的再造,构成了当代大陆法系“多

[43] 英美法上,业主永久租赁权也可以在罗马永佃权的发展过程中寻找到胚芽,两大法系均通过虚化所有权而授予承租人尽可能的占有权。Cfr., William R. Johnston, *Emphyteusis: A Roma "Perpetual" Tenure*, the university of Toronto Law Journal, Vol. 3, No. 2 (1940), p. 345. 转引自 J. Erskine: *An institute of the law of Scotland*, Edinburgh, 1871, p. 342。

[44] Cfr., Luigi Cariota-Ferrara, *L' enfiteusi*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, p. 127ss.

[45] 参见费安玲著:《意大利民法典》,中国政法大学出版社2004年版,第236页。

[46] 参见李俊:《意大利农地租赁合同研究》,载《私法研究》第19卷,法律出版社2016年6月版,第123页以下。

[47] Cfr., *Dell' affitto di fondi rustici*, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, ZANICHELLI editore, Bologna, p. 5 ss; Giorgio de Nova, *Codice civile e leggi collegate*, ZANICHELLI, 2016, p. 966.

[48] Cfr., Giuseppe Bivona, *Affitto di fondi rustici*, diretto da Piero Schlesinger, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè editore, 1995, p. 3 ss.

元所有权—以租赁为中心的农地利用”的农地权利结构范式,农地租赁成为现代农业企业进行农业生产的权利基础。

## 四 中国农地经营权的完善

上述农地长期租赁的历史演变,揭示了罗马实践经验对物权结构模式的深远影响,并展示了当代大陆法系农地权利类型在“归属和利用”框架下的多样性。大陆法系农地租赁制度,在实现私法自治的同时,借助改良、租金等法技术手段将社会责任设置于权利主体之上。在此过程中,一方面,所有权和长期占有获以进一步厘清,尤其是大陆法系从功能所有权的角度将集体所有权纳入市民法体系后,多元所有权的内涵进一步丰富;<sup>[49]</sup>另一方面,从永久租赁中脱离的“土地改良责任”、“最低租金制度”以及租赁期间,与一般农地租赁合同再次结合,以债权性租赁合同的形式实现了物权的权利内涵,形成了以农地租赁为中心的农地利用制度。上述因永久租赁所促发的大陆法系农地权利体系的解构和重建,于理论和实践均对中国农地制度的构建具有一定的借鉴意义。

### (一) 以经营权为重心构建中国农地权利体系

我国农村土地承包经营权从债权性转变为物权性权利之后,以用益物权的方式稳定了农地利用关系,并初步形成了集体所有权与土地承包经营权相协调的二元物权结构。2013年11月12日中国共产党十八届三中全会通过的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《深改决定》)则将土地承包经营权进一步分割为承包权和经营权,构建出三权分置的农地权利格局。<sup>[50]</sup>在坚持集体所有权的前提下,农地立法和国家政策将复合式的土地承包经营权分解,如何进一步深化和落实成员权和经营权成为理解当代中国农地制度的关键。<sup>[51]</sup>不过,经营权包括哪些内容、是何种性质,以及如何妥适解释剥离经营权之后的承包权等等问题,均成为当前我国农地三权分置模式所产生的理论和实践困境。

基于三权分置的制度目标,经营权被设计为农地利用体系的重心。就经营方式而言,《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《土地承包法》)第五节已明确规定了土地承包经营权流转的诸多基本形式,农地流转可以通过转包、出租和互换等形式实现。其中,转让和入股的流转方式较为少见,农地租赁性质的出租和转包方式则在实践中普遍存在,尤其在农业规模化和特色化的趋势下,租赁合同在现代农业经营方式中扮演着越来越

[49] Cfr. , Paolo Grossi, *La proprietà e le proprietà nell' officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini*, Giuffrè, 1988, p. 38 ss.

[50] 具体参见2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》,其中强调,“坚持农村土地集体所有,实现所有权、承包权、经营权三权分置,引导土地经营权有序流转。”

[51] 参见陈小君:《我国农民集体成员权的立法抉择》,《清华法学》2017年第2期,第47页;高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期,第3页。

重要的角色。农地租赁不仅在承包人与经营权人之间构建了一种契约关系,而且还成为经营权人展开其他经营方式的基础。

2015年8月,国务院发布《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发(2015)45号)明确“农村承包土地的经营权和农民住房财产权”抵押贷款试点方案,全国人民代表大会常务委员会同年12月进一步发布《关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》,为实现农村承包土地的经营权抵押贷款扫除了制度障碍。在该政策的引导下,承租人可以通过抵押承包地获得银行贷款的模式,进一步拓宽经营权的适用范围。

概言之,当前中国农地经营权建立在承包合同之上,享有物权性土地承包经营权的承包户在承包期内可以出租、抵押承包地等方式进行经营;同时,基于租赁合同之上的经营权人也享有以转包、抵押等方式经营土地的可能性。只不过,经营权人依靠农地租赁合同成立抵押权,与传统抵押权所要求的物权性基础权利并不吻合。在寻求抵押基础权利的正当性时,经营权似乎在物权性权利的选择上具有一种不可违背性,而这一实践需求和传统理论相对峙的难题恰恰可以从农地长期租赁的历史解释中获得解答。也即,解释农地“长期”租赁不必被绝对性的物债二元划分框架所掣肘,而是应当基于租赁合同的内容,在赋予债权性的租赁以物权性内涵的情形下,可以为经营权抵押提供正当性说明。这一说明模式并非意在否定中国土地权利中固有的“物权——债权”的区分,而恰恰是剖析既有农地权利内容的结果,一方面反映出罗马法传统在当代民法中的发展,另一方面也体现出罗马永久租赁制度对中国所能产生的启发意义。事实上,立法者设定的经营权承载着类似大陆法系农地租赁权的内涵,除了基于成员权取得的“承包”经营形式,不应囿于其他经营性权利是否具有物权性,而只需在“确权、确股或确地”的基础上按照经营方式的具体内容行使即可。<sup>[52]</sup>

在承包权、经营权、成员权和集体所有权共同构建的当代中国农地权利体系中,原土地承包经营权的用益物权内涵由“承包”经营方式所继承,经营权则囊括了“承包”之外的其他经营方式,强调对农地的经营和利用,而成员权则作为一项取得“承包”的资格,依附于集体所有权之中,以落实集体农地制度中的保障、公平等功能。<sup>[53]</sup> 承包人或承租人所享有的经营权成为农地利用体系的重心,使得农地经营具备大陆法系农地租赁制度的“长期”稳定性、注重农地保护、“租金承载着农业税”等多项共性特征。同时,“以符合土地用途的方式进行利用”、“承包经营权人对土地耕种条件具有保有责任”等等租赁限制

[52] 关于“确权、确股或确地”,可参见高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》2016年第4期,第42页。

[53] 参见陈小君:《我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》,《法学研究》2014年第4期,第4页。同时需要注意的是,尽管已失效的《最高人民法院关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(实行)》均规定了承包人未经发包人同意擅自转包或者转让无效,但在《中华人民共和国物权法》的实施后,土地承包经营权俨然成为一种因“承包”而获得的财产性权利,并与含有“身份性”内容的成员权相区分。

则成为具体经营权人的内在责任。藉此,坚持集体土地所有权的基础上,我国后续立法应通过承包权落实农地的公平分配,并以租赁权为基础形成多种经营形式,进而实现农村集体经济、农村集体经济组织的成员利益和经营人的经济利益。

## (二)我国农地租赁体系的双向构建

农地租赁合同在历经罗马法的洗礼后,因特殊的制度内涵成为农地利用的核心,以满足承租人对农地的合理利用。后世立法者在规范农地租赁合同制度时,强调了农地租赁合同与租赁合同区分的必要,并在体系上形成“一般租赁合同——特殊农地租赁”的立法双轨制。为农地租赁合同单独设立规范的理由在于,农地租赁合同规范无法完全融入到一般租赁这一典型合同之中,在法典层面作抽象规定并同时特别法中予以具体规范的立法方式更为科学和理性。由于农地租赁制度与国家政策等具有关联性,那么以特别法规范农地租赁制度的立法模式更为灵活,也能最大程度地体现出农地租赁合同与一般租赁合同之间的差异,并且在修订农地租赁规范时不至于影响民事基本法的稳定性。

以集体所有权、成员权和经营权(含承包权)的模式来解构我国农地三权分置的权利结构,恰恰反映出现行《物权法》第125条以及2016年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》所隐喻的大陆法系农地权利的内涵。本质上,土地承包经营权在剥离成员权之后,形成了以农地租赁为基础的经营权制度群,尤其以承包经营和租赁经营展开双向构建。“所谓的承包权和经营权的分离,不过是承包地的租赁经营方式”。<sup>[54]</sup>一方面,内含“永久租赁”特质的承包权体现为用益物权,并在土地集体所有的制度意蕴下落实土地的分配公平;另一方面,农地租赁制度从租赁合同的角度强调具体的权利内容,在保障承包权的基础上旨在提高农地利用的效率。

显然,在我国农地利用制度的构建中,农地租赁的理论和实践价值首先体现在承包经营的内涵上。尽管农地承包人是通过承包合同实现《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)和《土地承包法》中的承包经营权,但这一非典型合同形式只是借用了承包合同之名,在财产性权利义务内容方面则与“永久”租赁合同(永佃权)无异。<sup>[55]</sup>或者说,采用承包合同的法律术语更多地是为了延续家庭联产承包责任的经济制度,以区别于传统租赁和具有封建身份意义的永佃权,并体现出家庭联产承包责任制与集体所有制的本土资源。事实上,立足于权利内涵的角度,《物权法》中的承包经营权除了囊括集体经济组织成员初始取得承包地的资格,体现集体成员无偿享有的特殊内涵之外,还重点在于表达因承包而获得的土地经营权。那么,源于经济学术语而被立法所采纳的经营权具有极其宽泛的范围,不仅涵盖了承包这一传统的财产性永佃利益,还包括租赁、抵押等不同形式

[54] 参见陈小君:《我国农民集体成员权的立法抉择》,《清华法学》2017年第2期,第52页,转引自梅夏英、高圣平著:《物权法教程》(第二版),中国人民大学出版社2010年版,第88页。

[55] 参见徐涤宇:《物权法体系构造之若干问题探讨》,《法制与社会发展》2002年第4期,第146-147页。



的经营方式。<sup>[56]</sup>

其次,承包人出租农地是其他经营权人利用农地最主要的方式,农地租赁合同也成为承租人实现各种经营权的权利基础。由于我国集体所有权在所有权主体归属上的抽象性,使得《物权法》上的承包经营权成为个体利用土地的权利起点。集体土地所有权人和承包人之间的承包关系受《土地承包法》调整,而农地承包人与承租人之间的租赁关系则适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),农地承包权和农地租赁权由此在性质上具有法定的区分。不过,如同具有罗马法传统的大陆法系农地租赁制度,中国的农地租赁仍然在于明确承包人和承租人之间的权利义务关系,在衡平土地的实际耕种者、承包权人和其他经营人的利益时,兼顾农地合理利用和保护的制度目的。尤其在农地的改良、农地非常损失、农地抵押以及转租等问题上,农地租赁合同具有一般租赁合同所无法涵摄的特殊性,对承租人(尤其是自耕农)应形成特殊的权利保护和限制机制。此外,农地的利用还涉及到农业环境保护、农业食品安全、农地抵押等特殊问题,在经营权获得广泛的适用后,《土地管理法》和《承包法》中的强制性规定和保护性措施应扩张适用于承租人,并具体落实到实际的土地耕种者。

### (三)农地经营模式的多样化与农地租赁核心要素的规范化

我国家庭联产承包责任制以“户”为基本单位,将其作为“个体”利用集体农地的基础。针对农地的利用,《土地管理法》第19条、第20条、第34条和第37条等从禁止性规范的角度规范侵犯农地的行为,同时《土地承包法》第33条、第54条和第60条等进一步强调承包户对土地所应负担的消极责任。这一立法偏好体现出我国重在保护承包人的利益,着重实现农地的基本保障功能;而罗马法传统则更注重土地的实际利用和对直接耕种者利益的保护,以促进和提高农业效率为制度意旨。上述差异,一方面与我国家庭联产责任制所形成的小农耕种模式有关,另一方面则是农地租赁直接适用《合同法》中一般租赁规则的负面效果。在农地经营模式呈现出多样化之后,我国农地立法有必要进一步完善承包、租赁、抵押等具体经营形态,并展开规范农地租赁的核心要素。

在农地承担基本社会保障功能日趋弱化的社会背景下,以主体为中心的农地利用模式开始转向以“客体物—农地”为中心的制度设计。在以物为中心的农地多元化经营模式中,罗马法上的长期租赁要素仍然具有启示和借鉴意义。

首先,当前我国立法对土地改良行为未作规定,涉及具体的改良内容一般依据承包人的个人意愿或者通过农地租赁合同的意思自治来实现,并无大陆法系各国农地租赁合同中的强制性的积极改良责任以及保护积极改良人的措施。事实上,基于农地耕种条件的维护和合理利用,承包人或承租人单方面对农地进行改良具有正当性基础,积极改良是积极行使社会责任的表现。当然,对积极改良所产生的强制性法效并非不加限制,而是应当

[56] 关于成员权、承包经营权、经营权的本质区分,可参见陈小君:《我国农民集体成员权的立法抉择》,《清华法学》2017年第2期,第52页。事实上,在剥离成员权之后,建立在家庭联产承包责任制基础上的土地承包经营权,主要体现为一项具体的经济制度,其权利内涵在当代大陆法系其他国家也普遍存在。Cfr., Luigi Costato, Corso di diritto agrario, Giuffrè editore, Milano, 2001, p. 12.

以保障土地良性耕种为限,并区别于仅为提高土地利用效率的经营行为。

其次,承包经营期间的长短与权利的性质无关,土地承包经营权“长久不变”的政策旨趣应立足于权利内涵,并与承包期限相区分。适当缩短承包期限并不影响承包经营权的性质,而且还能实现土地调整的功能。在一项调研中,当问及“土地承包期限多少年合适?”时,有33.93%的受访农户倾向于30年的规定,而希望确定为15年的农户占28.57%,希望承包期规定为50年和70年的农户则分别占到5.75%和6.35%。对土地承包期限的质疑,主要体现在多达75.6%的农户认为“增人不增地,减人不减地”的农地政策不合理,甚至认为当前中国农地最突出的矛盾就是由于承包期限过长和“增人不增地,减人不减地”政策所导致的。<sup>[57]</sup>

“承包”经营的基础性作用在于,经营期限受限于承包期限,并且建立在承包权基础上的其他经营权应经承包权人赋权而进行抵押,或是以合作经营的方式实现抵押权。《中华人民共和国物权法》第133条规定了“依招投标方式”可以获得承包经营权,但是“流转所得的农地”只能借助经营合同取得抵押权。也即,农地抵押建立在原承包经营权或者是流转后的经营权(主要是租赁)基础之上,对于后者无需将其确定为一种用益物权,只需在流转期限内通过合同明确农地抵押双方的权利义务和违约责任即可,强制性地统一规定为债权或用益物权并无必要。同时,原承包人与其他经营权人的合作模式,仍然可以使得后者获得抵押利益。

再次,农地粮食补贴款、农地修复补贴、农地租金等均应与集体农业耕种相关联,甚至在经济效率高的地区,可以仅集体合意来借助部分租金来改善农业生产环境。

最后,在我国未来的《民法典》租赁合同部分,立法者应明示农地租赁合同为一项特殊有名合同,并在《承包法》中补充或由其他特别立法来规范承租人的改良、租金和租赁期限等问题。上述补充的目的,在于衡平承包人和承租人之间的权利义务,在保障承包资格的前提下,突出实际耕种人的利益保护。

此外,完善农地租赁合同基础上的抵押,是具体落实经营权的一项重要手段。在党的十八届三中全会进一步“赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能”,以及2014年中央一号文件“允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”后,抵押和入股这两种农地利用形式也进一步活跃。<sup>[58]</sup> 在入股和抵押的流转方式常态化之后,农业效率依托经营权制度进一步提升。农地抵押作为放活经营权的重心,其不规范现象亟需制度的进一步完善。首先,实践中因历史遗留、权属不清等问题导致农地确权并未完全落实,甚至在部分地区还存在极大的确权障碍。明确农地承包权和经营权,是农地抵押的制度前提。其次,统一的农地流转平台还需进一步完善。抵押价值如不借助流转平台,地上种植物的价格就会受制于市场、气候和自然灾害等因素,使得抵押价值难以获得科学评估。再次,如何确定抵押客体的范围,成为实现农地抵押制度价值的关键。尤其是

[57] 中南财经政法大学农村土地法律制度研究中心于2015年7-8月对全国七省进行了土地承包期限的调研。

[58] 参见高圣平:《农地金融化的法律困境及出路》,《中国社会科学》2014年第8期,第149页。

当前农户享有的承包地面积有限,要实现抵押制度的经济价值,势必需要对“流转所得的农地”和“依招投标方式获得的荒地”进行抵押。最后,土地流转的合法有序,还有待于农村土地产权登记交易平台、农村产权价值评估机构和抵押登记系统的完善,以破除规范不健全带来的弊端。

[本文研究受到中南财经政法大学创新团队计划的支持,为国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”(14ZDC018)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] Researching the system of permanent leasing of farmland is conducive to understanding the inner logic of the evolution of the structure of farmland rights in the civil law system. Roman law followed the institution of “permanent tenancy” in the Greek system of permanent lease by leaseholds, thereby realizing the stable use of farmland through the possession of property interests of permanent tenancy. Land improvement responsibility and minimum rent rules became the key elements of the system of “permanent” lease of farmland, but the lease term had been separated from the nature of the lease. The farmland leasing system under Roman law has a dual influence on the later development of private law: on the one hand, diversified leasing modes enriched the patterns of utilization of materials, formed different “specific ownerships”, and gave birth to the enumerative ownership model; on the other hand, farmland leasing contract absorbed the key element of the right of permanent tenancy, undertook the function of usufructuary, and became the core of farmland use system in the modern civil law system. Thanks to the development of the system of permanent lease of farmland, the relationship between farmland occupation and ownership in modern private law has been clarified, forming the “multiple ownership—lease-centered farmland use” model of double deck farmland right structure. The historical analysis of permanent lease of farmland and the evolution of farmland structure in the civil law system provide China with useful references in the construction of farmland management rights; China should realize the interests of subjects of rural collective economy, members of rural collective economic organizations and other operators by using the tool of lease right on the basis of adhering to the collective ownership of land.

---

---

(责任编辑:姚佳)