

从梅特兰看“三权分置”中的 承包权*

■ 崔之元

[内容提要] 本文认为,可以借鉴普通法保有制来加深我们对承包权的理解。在保有制下,地产权益的精髓是从时间上分割财产权利束和有可能形成不同的组合,据此促进土地资源的有效使用。这个视角对于理解我国农村“三权分置”改革中的承包权非常重要,它有助于我们重新审视当前农村土地制度改革中的若干热点问题,并且考虑如何设计具体制度,以使村集体和承包农户共享土地发展利益。

[关键词] 承包权 梅特兰 保有制 物权法

—

2016年10月底,中共中央办公厅和国务院办公厅联合发出了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》。在此之后,学术界的一种意见认为“三权分置”的关键在于“经营权的物权化”。^①但这种观点是不够准确的,因为2007年通过的《物权法》已经明确农户的“承包经营权”是一种物权^②。笔者认为,“三权分置”的真正创新和特色在于把“承包权”从承包经营权中分离出来,成为一个相对独立的权利。这就在理论上认可了实践中已经大量出现的独立于经营权的承包权。可以从两个热点问题来看承包权的独立性:一是各地出现大量“外嫁女”土地承包权的司法纠纷,而“外嫁女”的诉

崔之元:清华大学公共管理学院(Cui Zhiyuan, School of Public Policy and Management, Tsinghua University)

*本文基于在中信改革发展研究基金会和《经济导刊》编辑部联合召开的农村问题研讨会、黄宗智在中国人民大学法学院主持的小型研讨会等学术会议上的发言。杨团、黄宗智、乔仕彤和尤陈俊等学者的建议对作者有较大启发。特此致谢。当然,与本文相关的许多重大问题还有待今后更深入的研究。

求可以理解为:她们应该享受的是对原籍集体土地的承包权,和经营权是分开的;另一个热点问题是“农户以土地承包经营权入股公司”的多地试验,而严格来说这里涉及的只是“经营权入股”,因为《公司法》规定了公司享有法人财产权^③,这使得承包权一旦入股,农户将只持有公司的股权,而丧失了承包权。所以,把承包权从入股的承包经营权中分离出来是有助于保护农民利益的。当然,“三权分置”提出的大背景是我国工业化、城镇化的进程已经使得6600万农户或多或少流转了土地。因此,在2014年9月29日中央全面深化改革领导小组第五次会议上,习近平首次提出了所有权、承包权和经营权的“三权分置”。

如何看待相对独立的承包权这一概念?笔者认为,可以借鉴英国历史上的土地“保有制”来深化我们对中国土地承包制的理解。保有制(tenure)其实也可以翻译为承包制。它指的是1066年“诺曼征服”后英国的全部土地都归国王所有,其他人替国王保有或从国王那里承包土地,同时也要承担义务,为国王服务。最有趣的是,英国的土地保有制是一种层层保有、层层承包的制度安排。各个领主从国王那里承包土地,并为国王尽义务,但他们又把保有地再全部或部分转包给其他人,其他人又对领主承担义务,成为领主土地的保有人。这种义务可大可小,大到为国王打仗,小到在仲夏夜给领主送一朵玫瑰花。正如著名的英国法律史学家梅特兰(F. W. Maitland, 1850-1906)指出:

我们必须从这里开始:所有土地都自国王处保有,有权依靠这片土地而生存并对它加以开垦的人叫封臣(tenant),他所保有的土地来自于他的领主(lord)。如果该领主是国王,那么这个封臣就被称为直属封臣(tenants in chief, or tenants in capite)。但在一般封臣和国王之间可能还会有许多人,A可能从B处保有的土地,B则从C处保有,C又来自于D,如此直到Z,Z直接从国王那里保有的土地,是直属封臣。位于A和国王之间的人被称为中层领主;对这些中层领主来说,相对于其下的人他是领主,而对其上他则是封臣。截取一段简短的链条,A自B处保有土地,B从国王处获得土地,那么,这里B就是A的领主,但却是国王的封臣。^④

二

在进一步论述英国的土地保有制对我国农村土地承包制的借鉴意义之前,笔者有必要回应两个可能的质疑:第一个质疑是中国作为大陆法系国家无法借鉴英美普通法,第二个质疑是英国土地保有制本质是“封建主义”的。

笔者对第一个质疑的回答是,中国2007年通过的《物权法》事实上已经引入了英美普通法的关键概念。比较流行的观点是,在我国《物权法》的起草过程中,中国社会科学院法学研究所梁慧星和中国人民大学法学院王利明的两个课题组起到了关键作用。但对照《物权法》正式文本和两个课题组的草案,我们不难发现在三个关键处正式文本没

有采纳梁慧星和王利明的观点,而是和时任广西大学法学院的孟勤国的观点一致——为表述方便,以下分别简称梁、王、孟建议稿。^⑤

第一个关键处是对“物权法调整对象”的表述:梁慧星草案的表述是“物权法是调整财产归属关系的法律”。^⑥这是德国、日本和中国台湾地区对物权法调整对象的经典表述,来自罗马法传统对所有权的强调。但中国2007年《物权法》的正式文本第二条却是:“因物的归属和利用而产生的民事关系适用本法”。这多了的“利用”二字正是孟勤国的草案中的内容(孟建议稿第一条);第二个关键处是对物权客体的表述:梁慧星和王利明的草案都用的是“有体物”(梁建议稿第十条、王建议稿第八条),这也是德国、日本和中国台湾地区对物权法客体的经典表述,但我国《物权法》正式文本第二条第二款规定则是:“本法所称物,包括不动产和动产”,其中“动产”的增加正是孟勤国的草案中的内容(孟建议稿第三条第二款),从而使中国物权法去掉了罗马法中的“有体物”的表述;第三个关键处是关于用益物权的设定。梁慧星和王利明的草案都提出只有在不动产上才可以设定用益物权,如地上权、永佃权和地役权,这也是德国、日本和中国台湾地区对用益物权的经典表述。但我国《物权法》正式文本第117条规定:“用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利”,其中对可以在动产上设定用益物权的肯定,正符合孟勤国基于“所有权(规范财产归属关系)-占有权(规范财产利用关系)”二分来创新物权制度的思考,^⑦这是对传统罗马法的重大创新。孟勤国认为:“传统的民法理论至今无法将基金、信托、委托理财等纳入民法体系,又不肯对民法理论本身进行革新,造成了民法管不了基金、信托、委托理财的局面。这只能使民法在现实生活中越来越被边缘化”。他还开玩笑说:“最近听说有位著名民法学者说物权法第117条中的动产两个字是立法笔误,以这位民法学者的赫赫声名,想必不是信口开河。如果属实,那么全国人大常委会审议了四次,两千多名全国人大代表讨论表决,居然没有发现这个笔误?这个马虎未必太大了些”。^⑧

可见,我国2007年的《物权法》制定过程中的争议非常之大,而最终文本并不能说是仅仅复制了德国、日本和台湾地区的物权法,而是根据中国实践的需要借鉴了英美普通法,对罗马法传统概念体系做出了重大突破和创新。

我国著名法学家郑成思(1944—2006)生前对孟勤国草案实际上深受英美普通法影响看得非常清楚。在给孟勤国《物权二元结构论:中国物权制度的理论重构》一书第二版所写的序言中,郑成思指出:“(我)二十多年前入人民商法之门时,先阅读的是英国劳森(Lawson)的《财产法》,感到写得十分出色。一两年后又读了史尚宽老先生的《物权法论》,也感到十分出色。不过同时就产生了彷徨:这两部十分出色的书中,有一大部分是难以互相包容的,在前者的书中,难找到与后者书中相对应的概念;反过来,能在后者书中找到对应前者的就更少。当时产生的疑惑仅仅在于:欧共体既已形成,包容两大法系的一部分法律体系通过地区性条约已经在构建着,而理论界反映这种包容的作者却为何见不到呢?”笔者认为,郑成思对欧盟法律体系并不照搬其中最强大的成员国——德

国——的民法的观察是极为深刻的,这进一步支持了本文借鉴在英国土地保有制基础上发展起来的英美普通法来深化对我国承包制的理解的立意。

笔者对第二个质疑——英国土地保有制本质是封建主义——的回答是:英国的封建主义非常不同于欧洲大陆的封建主义,而1925年的英国财产立法基本消除了普通法中的封建因素。和欧洲大陆(如法国)相比,英国在土地制度上更加封建,即全部土地都处于保有制下,没有独立的私有土地所有者;但在政治和司法制度上,英国的体制远远不如欧洲封建,即权力集中在国王统一的司法管辖下。正如梅特兰所指出:英国的“每一寸土地都被纳入了封建保有制的理论体系中:英国的不动产法成为了封建保有法。在法国和德国还可以找到自主地所有者(allodial owners),但英格兰却没有……另一方面,我们的公法并未封建化;在每一个方向上,封建主义的力量都受到了其他观念的限制和制约;英国人的公权利和公义务没被认为也不能被认为只是领主和封臣之间封建契约的结果”。^⑨关于英国封建主义性质的辩论,在17世纪英国共和主义思想的发展中起着重要作用,这正是当代著名思想史家波考克(J. G. A. Pocock)1957年发表的博士论文《古代宪法和封建法》的主题^⑩,而我国学者于明的近著《司法治国:英国法庭的政治史(1154—1701)》则对英国国王统一的司法管辖做出了很好的梳理。^⑪

英国历史上的自由土地保有制(free tenure)有四类:^⑫第一,军役保有制,即为国王或领主打仗;第二,教役保有制,即教会以提供宗教服务为义务向领主保有土地;第三,侍役保有制,即以为领主提供杂役服务为义务而保有土地;第四,索克保有制(socage),即上述三种保有制之外的自由保有制的统称。它有些类似于我国20世纪80年代农村改革中的“大包干”:交完了固定数额的货币地租后,保有人就不再承担其他对领主或集体的义务,自行决定生产什么和生产多少。在1925年英国财产法改革后,英国所有的土地保有制均依法转化为索克保有制,直到今天。在对梅特兰等英国史学家的著作深入研读基础上,我国学者咸鸿昌和于霄分别对英国土地保有制的历史演化和1925年英国财产法改革做了全面梳理。^⑬

三

在回应了对借鉴英国土地保有制来理解中国农村土地承包制的两个质疑之后,现在进入本文的核心问题:以土地保有制为基础的英国普通法在理解财产权上的贡献究竟何在?这里,笔者非常赞同当代著名比较法学家约翰·H·梅里曼(John Henry Merryman, 1920—2015)的观点,即罗马法强调的是所有权(ownership),而英美普通法强调的是“财产权益”(estate)。梅特兰曾认为“estate”这个词几乎无法翻译为德文,因为这个词最初是指身份(何种类型的土地保有者),但逐步转化为“地产权益”。梅里曼用了一个非常生动的比喻:“罗马法的所有权概念可以被想象成写有所有权三个字的盒子。在完全的、未受任何障碍的所有权中,盒子里包含若干权利,如使用、占有、收益和转让。

所有者可以打开盒子,把其中的一项或多项权利转让给他人。但只要他保持了盒子,他就还是所有者,即使盒子里面已经空了。这和英美财产法的反差是明显的:英美财产法里根本没有盒子。有的只是各种法律权益。一个享有自由继承地产(fee simple)的人拥有最大可能的法律权益束。当权益束中的一项或多项权益转移给他人时,他的权益束的一部分就失去了”。^⑭

梅里曼这里提到的“自由继承地产”是英国保有制下地产权益(estate)的一种。在普通法上,有五大类地产权益,或简称“地产”：“按照地产权人是否能够实际占有土地并获取土地收益为标准,可以将自由保有制下的土地权利分为‘现实占有的地产’(estate in possession)和‘未来性地产’(estate in expectancy)两类,其中现实占有的地产指地产保有人能够即时占有土地并从中获取收益的地产形式,具体包括终身地产(life estate)、自由继承地产、限定继承地产(fee tail)三种;未来性地产指权利人享有的尽管是一种现实中可以转让、继承的地产,但是必须在未来某一个时间才能实际占有土地并从中获取收益,具体包括回复地产(reversion)、剩余地产(remainder)两种”。^⑮

这五种地产权益的精髓是从时间上分割财产权利束的。终身地产的有效存续期以一个人的生命为限,当保有人死亡时,领主或发包方有权收回其土地。自由继承地产是指保有人可以将地产传承给自己的直系或旁系的继承人。限定继承地产比自由继承地产更严格地限制了继承人的范围,如只限于保有人亲生的后裔。回复地产是指当保有人死亡且没有继承人时,地产权益回归于领主或发包方。显然,回复地产属于“未来性地产”。剩余地产是指领主或发包方在先行给A设定一种地产权益(如终身地产)之后,又给B在同一块土地上设立一种地产权益(如限定继承地产),但B只有在A死后才能享有该项权益,故称之为剩余地产,它显然也是属于未来性地产。剩余地产又可进一步分为两类:确定性的剩余地产(vested remainder)和相机性的剩余地产(contingent remainder)。前者是指未来收益一定可以实现的剩余地产,如领主或发包方在给A设立了终身地产后,又给B设立自由继承地产,则B的未来收益一定可以实现,因为A总是会死的,而B及其继承人总会获得未来收益。但如果领主或发包方在给A设立了终身地产后,又将剩余地产以限定继承地产的方式给予B年满21岁的长子,则这个未来收益不一定会实现,因为当A去世时B不一定有儿子,有儿子也不一定到21岁。^⑯

这五种从时间上分割财产权利束的地产权益及其组合,具有重大的理论与实践意义。它们的组合方式可以相当复杂。在英美法学院一本常用的财产法教科书中,给出了这五种地产权益组合的12种形式。^⑰对理解我国农村“三权分置”改革中的承包权而言,第一步可能还不是复杂的地产权益组合的设计,而是在概念上认识到创设地产权益对发包方村集体和承包农户而言,都是可行的。例如,我国《农村土地承包法》于2003年3月1日开始实行,但其第三十一条第二款规定:“林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期限内继续承包”,但这排除了以家庭承包方式取得的农地承包权的可继承性,显然不符合中共十七届三中全会首次提出的应使农民承包权“长久不变”的理念,从

承包经营权里独立出来的承包权应具有终身地产、自由继承地产和限定继承地产的财产权益。同时,“外嫁女”(在未获得男方集体土地的承包权时)或外出务工人员(在未获得城市户口时)应可以在转包给本集体成员的承包权上设立回复地产和剩余地产及其组合。

在土地保有制基础上发展起来的英国普通法的精髓之一,可以说就是灵活的地产权益及其组合的创设。同时,笔者还想指出,英国法的另一个精髓是梅特兰强调的在普通法之外的“衡平法”基础上发展起来的信托,而信托已经开始在我国农村土地“三权分置”中发挥着重大作用,如中信信托在十多个省开展了农村土地信托试验。^⑩梅特兰生动地说:“如果我们被问到在法理学领域什么是英国人所得到的最重要,最特别的成就,我认为我们所能给出的最佳答案就是世世代代英国人对信托观念的发展”。^⑪他又说:“对我而言,信托不大可能诞生于这样一个民族之手(指德国和其他接受罗马法的民族——笔者注),这个民族明确区分对人权(right in personam)和对世权(right in rem)(‘对人权’相当于债权,‘对世权’相当于物权——笔者注),并将这一区分作为其法律体系的总体框架”。^⑫为何梅特兰说信托打破了罗马法的对人权和对世权的截然区分呢?因为,当信托中的受益人因受托人违反义务将土地转给第三方而起诉受托人时,似乎是在行使对人权,但受益人有无权利起诉从受托人那里买走土地的第三方呢?如果有,那么受益人的权利似乎又成了对世权。英国“衡平法院”(即“大法官法院”)认为,这取决于第三方在从受托人那里购买土地时是否知道土地上的信托权益,即是否违背良心“恶意购买”。因此,信托中受益人的权利是一种对人权和对世权的混合形态,英国衡平法院认定受托人对托管土地享有普通法上的财产权,受益人对土地则享有衡平法上的财产权,这就突破了罗马法中“一物一权”的原则。我国学者冷霞曾对英国衡平法院的历史进行了全面梳理。^⑬

在本文写作过程中,笔者听了中共中央农村工作领导小组原副组长陈锡文关于农村土地制度的精彩报告。他明确指出,“三权分置”改革中涉及的许多法律问题还有待深入研究。如何深化我们对“三权分置”中的承包权内涵的理解,是一个重大的理论与实践课题,需要群策群力,本文只是抛砖引玉,提出一个借鉴英国土地保有制的思路供大家参考而已。

注释:

①孙宪忠、张静:《推进农地三权分置的核心是经营权物权化》,载《光明日报》2017年2月24日。

②《中华人民共和国物权法》,第十一章。

③《中华人民共和国公司法》,第三条。

④[英]F·W·梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,北京:中国政法大学出版社2010年版,第17页。

- ⑤梁慧星主持完成的草案建议稿,见梁慧星(编著):《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,北京:社会科学文献出版社2000年版。王利明主持完成的草案建议稿,见王利明(主编):《中国物权法草案建议稿及说明》,北京:中国法制出版社2001年版。孟勤国的草案建议稿,参见孟勤国:《中国物权法草案建议稿》,载《法学评论》2002年第5期,收入他的专著《物权二元结构论:中国物权制度的理论重构》(北京:人民法院出版社2009年版)中。
- ⑥梁慧星:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,第96页。
- ⑦孟勤国的建议稿中并不使用“用益物权”这个术语,相关理论说明参见孟勤国:《如实评估用益物权》,载孟勤国:《物权二元结构论:中国物权制度的理论重构》,北京:人民法院出版社2009年版。
- ⑧孟勤国:《物权二元结构论:中国物权制度的理论重构》,北京:人民法院出版社2009年版,第299页。
- ⑨[英]F·W·梅特兰:《英格兰宪政史》,第107页。
- ⑩J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York: Cambridge University.
- ⑪于明:《依法治国:英国法庭的政治史(1154—1701)》,北京:法律出版社2015年版。
- ⑫除了“自由保有制”之外,还有“非自由保有制”。不少人把非自由保有制理解为农奴制,但英国当代著名历史学家麦克法兰基于对梅特兰的深入研究有不同理解,2011年他在清华大学的“王国维讲座”中对此有所论述。参见[英]艾伦·麦克法兰(主讲)、清华大学国学研究院(主编):《现代世界的诞生》,管可秣译,上海人民出版社2013年版。
- ⑬参见咸鸿昌:《英国土地法律史:以保有权为视角的考察》,北京大学出版社2009年版;于宵:《英国土地登记法律制度史研究》,上海人民出版社2012年版。
- ⑭John Henry Merryman, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson),” *Tulane Law Review*, Vol. 48, 1973-1974, p. 927.
- ⑮转引自咸鸿昌:《英国土地法律史:以保有权为视角的考察》,第130页。
- ⑯参见咸鸿昌:《英国土地法律史:以保有权为视角的考察》,第178页,但例子和英文单词的翻译有所调整。
- ⑰Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Property: Principles and Policies*, Mineola, NY: Foundation Press, 2012, p. 515.
- ⑱蒲坚:《解放土地:新一轮土地信托化改革》,北京:中信出版社2014年版。
- ⑲[英]F·W·梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第67页。
- ⑳同上,第98页。
- ㉑参见冷霞:《英国早期衡平法概论:以大法院法官为中心》,北京:商务印书馆2010年版。

责任编辑:皮莉莉

posing an immense challenge to the traditional theory of human and property law. With the development of artificial intelligence and other technologies, the main body of civil rights presents a diversified trend, and civil law requires a new "human law" theory to redefine the concept of legal personality and legal behavior, which will profoundly change the traditional ownership, contract and tort theory. The modern civil code movement revolves around the construction of natural person's legal personality, and promotes the development of capitalism through the construction of the scarcity. Today, since the industrial revolution, the civil law order built around the tangible things has been completely transformed in the civil law order around the information construction. For China, it is necessary to effectively integrate the non-property, especially the information property, into the scope of the civil code system, and break the legal pattern of the traditional dualistic opposition in the construction of the civil law system. The compilation of the Chinese Civil Code must also respond to the paradigm of the three legal globalization movements and deeply understand the new trends of developments of world society.

Keywords: Chinese Civil Code, the third wave of legal globalization, artificial intelligence, theory of property rights, human law theory

Contract or Identity: the Rise and Fall of the US Labor Law in the 20th Century

56

Tian Lei

Abstract: Using "contract" and "identity" as the basic concepts and cognitive framework, we find that the history of the US labor law demonstrates a two-phase development process in the 20th century. Through the political struggle of Roosevelt's New Deal period, the labor law system, with the collective bargaining power of workers as the core mechanism, was established. The Supreme Court discovered the power inequality between capital and labor in the modern industrial system and therefore rejected the doctrine of freedom of contract. This represents a process "from contract to identity." The decline of labor law at the end of the century, or the transition from the collective labor law to the individual employment law, was in part the result of the conservative scholars' intellectual efforts. They use the law and economics as a weapon and claim the collective bargaining power of the workers' unions had caused wage over-evaluation and that a return to the contract-oriented private law system was needed. This was a re-contractualizing process.

Keywords: from contract to identity, collective labor law, individual employment law, relationship between capital and labor, law and economics

"Land Contracting Rights" in China: A Maitlandian Perspective

68

Cui Zhiyuan

Abstract: The tenure system in the common law may help deepen our understanding of the "land contracting rights" in China. Under the tenure system, the "estate" is essentially a temporal division of the right bundle of

property and a formation of different combinations in order to promote effective use of land resources. This perspective is very important for us to understand land contracting rights, see social problems in a new light, and design specific institutions to ensure that farmers and tenants share the benefits from land development.

Keywords: land contracting rights, F. W. Maitland, tenure system, estate

FEATURE TOPIC II: STUDY OF CHINESE RURAL SOCIETY IN THE PERIOD OF COLLECTIVIZATION (II)

Problems and Doctrines: Historical Practice and Philosophical Implication of the Pilot Agricultural Cooperatives in Shanxi 76

Chang Libing

Abstract: In the initial period of the founding of New China, a debate took place between Shanxi provincial government and the North China Bureau of the CPC Central Committee over where the rural areas in the old liberated regions should go. Through reviewing the rural investigation reports and relevant policy documents of that particular period, in combination with the ideology and practical measures of the people involved, this paper points out that Shanxi provincial government's attempt to "take the mutual aid organizations of the old liberated regions up another notch" highlights a comprehensive practice combining both top-down policy regulation and bottom-up problem solution. Criticisms from the North China Bureau of the CPC Central Committee may represent the spirit of the resolution of the Second Plenary Session of the 7th CPC Central Committee and the Common Program, but the raging debate between the two sides lays bare a remarkable disparity in treating the "problems and doctrines". The disparity not only provides a historical field for both sides to argue over the issue of trial cooperatives, but also reflects the decisive influence of the complexity and diversity of the changing political and economic situation of New China on the direction of rural development.

Keywords: mutual aid groups, trial cooperatives, organization, problems and doctrines

Intermediate in Increased Food Production of Collective Agriculture as Seen Through the Construction Process of Pishihang Irrigation Region 100

Lao Tian

Abstract: Pishihang Irrigation District is the largest irrigation region in New China, and its beneficiary areas are concentrated in the middle reaches of the Huai River which have suffered the severest flood and drought disasters. After the founding of New China, the central government has pursued the goal of harnessing the Huai River by investing in large reservoirs in the mountain areas. During the process of agricultural collectivization, the local government strengthened the ability to organize and mobilize surplus labor. After adopting the policy of "walking on both legs" in 1958, the local government obtained the right of distribution of some investment