

# 土地承包经营权的物权化与制度完善

宁立志 许合进

(武汉大学法学院, 湖北武汉 430072)

**作者简介** 宁立志 (1964-), 男, 湖北麻城人, 武汉大学法学院副教授, 从事经济法研究;  
许合进 (1973-), 男, 湖北当阳人, 武汉大学法学院研究生, 从事经济法研究。

**关键词** 土地 承包经营权 土地承包经营权物权化

**内容提要** 在“依法治国”及发展市场经济的时代背景下, 重新审视承包制下的承包经营权, 并进行制度的重新设计, 是我国土地制度改革中的一个重要课题。本文从承包经营权的主体、权能、政策基础、内在变化等方面论述了承包经营权物权化的条件, 通过农地使用权说与承包经营权说的分析比较, 论证了承包经营权物权化的途径: 即采承包经营权说; 提出我国应尽快制定一部专门的“土地承包法”。

**中图分类号** D9451 **文献标识码** A **文章编号** 1000-5374 (1999) 03-0101-04

中国农村发生的以家庭联产承包为模式的改革和制度创新, 由于理顺了生产关系与生产力的关系, 使沉寂已久的土地爆发出巨大的能量, 极大地推动了农村生产力的发展。然而在今天, 承包经营权的现状及其前途命运, 不由不引起学者们的深刻思考。重新审视和界定承包经营权, 并重构承包经营制度, 已是一件刻不容缓的事情。基于此, 本文拟在透视承包经营权现状的基础上, 对承包经营权物权化及承包经营制度的完善略作探讨。

## 一、承包经营权的现状

我国农村改革的实践证明, 承包经营关系的稳定不仅是国家政治社会稳定的需要, 更是农村经济发展不可缺少的制度安排。然而近年来, 侵犯农民承包权的现象经常发生, 极大地挫伤农民的生产积极性, 造成农民不愿种田或低效使用等消极后果。另外, 承包权不能自主流转等缺陷还影响了农地改革的进程和农村市场经济的发展。承包经营权的不足必须引起高度重视和认真思考。

1. 承包经营权基于承包合同产生, 是约定的权利, 而不是法定的权利<sup>①</sup>, 这使承包经营权不能得到有效的法律保护。因为, 首先, 由于土地承包人的权利义务要由合同规定, 发包人完全可以通过合同条款对承包人的权利加以限制和附加种种苛刻的义务或条件。这在实践中并不鲜见。其次, 对承包人的保护, 要以合同为依据, 并适用合同法的法理。因

此, 一方面, 在合同规定不明或有对承包人不利的约定时, 承包人难以得到充分保护。另一方面, 法院对承包人的保护, 也受到合同法规则的制约<sup>②</sup>。因此, 从现实中的土地承包经营权的普遍形成过程和具体内容上看, 土地承包经营权实际上仍具有明显的债权性质<sup>③</sup>。由此还导致农地租、税、费界定不清, 从而农民负担重、产权模糊、权能职责不清也就在所难免<sup>④</sup>。

2. 农村土地所有权主体不明, 是承包经营权被侵犯的重要原因。农村土地属于农民集体所有<sup>⑤</sup>, 而“农民集体”是一个极其模糊的范畴, 它并非科学的法律概念, 最初只是一个政治经济学上的术语。这导致农村土地所有权主体不明, 表现有: 主体虚位和多元。一方面, 在农村土地所有权主体虚位的情况下, 少数干部凭借集体土地所有权, 或任意摊派, 加重农民负担, 或任意处理土地, 造成新的耕地流失, 或以权谋私, 导致土地使用的分配不公, 等等<sup>⑥</sup>, 承包经营权由此也受到严重侵犯。另一方面, 农村土地所有权主体呈多样化 (如行政村与村民小组共有一宗土地), 不仅造成土地权属关系不清, 引发许多土地纠纷, 而且导致发包方主体也呈多样化, 由于缺乏统一规范, 导致相互侵权, 不利于合同双方权责划分, 实践操作中发生违约侵权行为也就不难理解。

3. 承包人不能自主转让承包权。我国对土地承包经营权的转让一直给予限制, 最高人民法院于1986年在《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》中规定: “承包人将

承包合同转让或转包给第三者,必须经发包人同意,并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容,否则转让或转包合同无效。”近来虽然简化了转让的限制条件,把转让的标的由“承包经营合同”简化为“土地使用权”,但须经发包人同意的规定依然如故。这种规定,过分强化了发包人对承包人的支配权力,不利于贯彻“建立土地承包经营权流转机制”的政策<sup>⑦</sup>。农民被牢牢的束缚在土地上,资源配置的市场化遥遥无期,严重阻滞农村市场经济的发展。

4. 土地承包经营权与城镇土地使用权内涵、外延的差异导致农地市场与城镇土地市场之间的矛盾、差距越来越大,几乎形成两个各自独立封闭运行的土地市场。尽管土地承包经营权物权化的呼声日益高涨,物权性质日益彰显,但现今土地承包经营权仍具有较明显的债权性质,这种债权法地位已不能适应稳定承包经营关系和发展农村市场经济的客观要求。而城镇土地使用权则是一种相对独立的财产权,并可以按照法律设定的规则进入市场。在土地公有制的条件下,一般公民与法人享有的是近似于所有权的土地使用权<sup>⑧</sup>,土地使用权已是一项独立的不动产权<sup>⑨</sup>。这就有力的推动了城镇房地产市场的发展。农地市场和城镇土地市场之间差距的进一步扩大,不利于房地产市场的统一及国家对房地产市场的宏观调控,在一定程度上,也加剧了农村市场与城市市场融合的难度,从而有在我国形成“跛行市场”之虞。

因此,笔者认为,简单的“错误”“纠正”,是不可能制止侵犯农民承包权行为的(且纠正错误含有浓厚的人治味道),而必须予以法律的强行规制。否则,切实保障农民的土地承包权就势必成为一句空话。

## 二、承包经营权物权化的思考

基于上述承包经营权存在的诸多不足及其对中国农村发展的重大影响,承包经营权的改革问题引起众多学者尤其是法学工作者的深刻关注。他们见仁见智,苦苦求索,为改革承包经营权作出了许多有价值的探讨。在今天,“承包经营权物权化”成为了绝大多数学者改革承包经营权的共识。

### (一) 承包经营权物权化的条件

在我国开始实行联产承包责任制时,农民仅仅享有债权法意义上的土地承包经营权<sup>⑩</sup>。随着农村经营体制改革的深化,加上国家一贯采取保护农民承包经营权的立场,农民对集体土地的使用权日益强化,物权性质日益彰显。在笔者看来,承包经营权物权化的条件已经具备。

首先,从承包经营权的主体来看,已突破承包主体仅限于土地所属的农业组织的内部成员的限制,即允许集体以外的人来承包。最典型的是“四荒地”的拍卖,许多地方“四荒地”的使用权被农村社区之外的投资者买走。跨社区土地(使用权)流转也已逐渐开始,而集体内部成员之间的流转更相当普遍。

其次,承包人对承包土地有直接占有、使用、收益和有限处分(经发包方同意,转让或转包承包经营权)的权利,具有物权的一般权能。同时,即使集体成员内部的承包权,也

不能说其只有对人的效力,而(完全)没有对世的效力。在现今,除了发包方有时凭发包权侵犯承包权之外,承包人对其他任何侵犯其承包权的行为都能加以制止或要求赔偿损失,即通过请求停止侵害、排除妨害、消除危险、返还财产等物权保护方法来达到保护承包经营权之目的。

第三,土地承包经营权物权化,已具备坚实的政策基础。中共中央、国务院《关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》以及中共十五届三中全会《关于农业和农村工作若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)中都规定了“土地承包期再延长三十年”的政策,这就使我国土地承包经营权的期限超出一般债法上租赁的最长期限<sup>⑪</sup>。江泽民同志最近在安徽视察时指出,30年以后就更没有必要变<sup>⑫</sup>。虽是个人之言,但具有一定的代表性,并反映了一定的政策倾向。另外,《土地管理法》也已有了明确规定<sup>⑬</sup>。这些无疑为稳定农村承包经营关系,为土地承包经营权物权化提供了政策法律支持。

第四,当前土地承包经营制度的内在变化,直接促使承包经营权向物权的转变。在初期的“承包经营”是名副其实的,但随后不久,农民便开始独自拥有承包土地上的农作物的所有权,并自行承担风险<sup>⑭</sup>。这样,农民与集体的承包经营关系便逐渐演化为土地使用关系。

众所周知,判断甲事物是不是乙事物,取决于甲事物是不是具备乙事物的基本特征。不论学者们关于物权特征的概括上有什么区别,但一般都肯定物权具备支配性、排他性、对世性和绝对性等特征。承包经营权以对标的物的占有、使用、收益为内容,是对标的物的直接管理和支配权,而不是对(发包人)集体的请求权;承包经营权的存在和实现,虽不排斥发包人的协助,但这种协助也对承包经营权的存在和实现不具有决定性、根本性的影响,而且发包人的协助没有民法上请求关系的对应性。也就是说,承包经营权具有物权的一切特征<sup>⑮</sup>。承包经营权不仅具备了物权化的条件,而且其物权化也是非常必要的,即具有重要的现实意义。承包经营权物权化有利于增强农民的权利意识;有利于建立农村土地流转制度;有利于保持耕地;有助于稳定农民预期,激发农民的生产积极性,提高农业生产效益;另外,承包经营权的长期稳定与承包经营权的自主流转,这一辩证关系在土地承包经营权物权化的基础上得到统一。

### (二) 承包经营权物权化的途径

现今学术界对承包经营权物权化的认识大致形成了两种观点。一种观点是用“农地使用权”取代“承包经营权”,并在此基础上构设我国的农地使用制度;另一种观点是依然采用“承包经营权”,但现今的承包经营权具物权性,主张渐进改革。另外,还有学者主张在我国实行“永佃权”制度。为方便,笔者将上述两种观点分别称之为农地使用权说、承包经营权说。

1. 农地使用权说。持此论者主要基于以下理由:(1)避免与债法上的“承包经营”相混淆;(2)用承包经营权来指代具有物权意义的农地使用权,不仅不准确,而且势必涉及

承包经营权的理论界定问题; (3) 用农地使用权取代承包经营权, 不仅能较好的同构土地权利体系 (即农地使用权与建设用地使用权), 而且将减少许多无谓的概念之争, 如承包经营权可能与企业承包经营权发生混淆<sup>⑥</sup>。

农地使用权, 又称为农用地使用权或农用权, 指农业经营者在集体经济组织所有的或者国家所有由集体经济组织长期使用的土地上进行耕作、养殖或畜牧等农业活动的权利。农地使用权具有以下特征: (1) 农地使用权的主体为一切农业经营者; (2) 农地使用权系以集体经济组织所有或者国家所有由集体经济组织长期使用的土地为客体; (3) 农地使用权系以在他人土地上为农业性质的耕作、养殖或畜牧的用益物权; (4) 农地使用权是以支付地租而成立的物权<sup>⑦</sup>。

显然, 农地使用权说是在实践基础上依据物权法原理进行的权利制度的革新, 意在强化农民使用土地的权利, 扩大农民自由处分土地 (使用权) 的权利。笔者认为, 此说的合理一面是显而易见的, 但其具体执行尚有待研究。且也有学者提出质疑: ① 如果说土地承包经营权不是一个科学的物权概念, 那么农地使用权就肯定是一个科学的物权概念吗? 因为农地使用权面临着与土地所有权属性下的土地使用权的理论界定问题 ② 农地使用权对广大农业经营者来说是一个非常陌生的概念, 用农地使用权取代承包经营权可能对农民心态带来负面影响, 从而冲击农村稳定的局面, 制度变迁的成本代价能不能为当今中国接受?

2. 承包经营权说 持此论者主要基于以下理由: (1) 承包经营权是我国法律、政策中使用率较高的词汇, 业已为群众所普遍接受; (2) 农地使用权并不是一个规范的法律术语 (上已述); (3) 在与实践的反复博弈中, 承包经营权已逐被赋予特定的涵义, 其物权性日益彰显, 完全可以在此基础上进一步加以完善, 以适应农村市场经济快速发展的需要, 大可不必硬性地将农地使用权取代承包经营权。总之, 承包经营权已今非昔比, 内涵、外延已发生巨大变化, 只是在新时期努力发展市场经济的时代背景下, 我们更要科学的赋予土地承包经营权以特定的含义。

经过上述的比较, 我们不难发现, 土地使用权说和承包经营权说都既有优点也存在不足。两害相权取其轻, 在笔者看来, 至少在现阶段, 仍应采用承包经营权这一范畴。刚刚修订的《土地管理法》便只规定有承包经营权, 而未规定农地使用权, 可能正基于上述的原因。

另外, 对于有学者主张在我国实行永佃权制度, 笔者认为, 也无必要。因为: 首先, 我国历史习惯上将永佃权视为永久性的权利, 如我国台湾民法上的永佃权即为永久的。<sup>⑧</sup> 其次, 以建国以来的土地制度沿革看, 永佃权的概念已久不使用, 而承包经营权不仅可与其他种类的土地使用权相区别, 而且易为实践所接受。即使在我国台湾地区, 1993年提出的《民法物权编修正草案初稿》也基于永佃权与现行农业政策不符的理由而对永佃权进行了修正, 修正为“农用权”<sup>⑨</sup>。

### 三、承包经营法律制度的完善

分析了土地承包经营权物权化的条件及途径之后, 接下来的工作是如何在前述基础上完善现行土地承包经营法律制度。但是, 在构建具体的法律制度之前, 有必要首先界定承包经营权的科学内涵。

#### (一) 承包经营权的含义<sup>⑩</sup>

在我国, 对土地承包经营权的认识有一个发展、变化的过程。当前, 在我国物权立法工作的推动下, 在城镇土地使用制度改革取得重大突破的有利形势的带动下, 为了推动农村市场经济的发展, 我们应赋予土地承包经营权以充分的能满足农村发展需要的权能。鉴此, 笔者认为, 在社会主义市场经济条件下, 经由法律明确规定的土地承包经营权的权能应当几乎与土地所有权相近似, 即权利所有人取得土地承包经营权后, 像拥有所有权一样也拥有对承包经营权的四项职能: 占有、使用、收益和处分。因此, 我们认为, 承包经营权是指权利所有人依法享有的对集体土地或集体使用的国有土地依法享有的对土地行使占有权、使用权和收益权以及对由该土地形成的权利的处分权的一种独立的新型物权。这种新型物权具有以下法律特征:

##### 1. 承包经营权具有物权的属性

经依法取得的土地承包经营权的权利所有人对承包经营权所享有的权利与所有权人对土地所享有的权利一样, 不仅享有占有、使用、收益等权能, 还享有依法处分权利及排除他人非法干涉行使权利的权能; 这些权能, 正是物权所具有的属性。

##### 2. 承包经营权具有排他性

在依法设立了承包经营权的土地上不能同时再设立另一种同样性质的承包经营权; 即使是享有对土地的所有权的集体或国家, 也不能任意在已经设立了承包经营权的同一块土地上再重复设立承包经营权。但当承包经营权的权利所有人行使处分权, 将承包经营权转包时, 势必就产生了又一个承包经营权, 这也正是有些学者主张以农地使用权取代承包经营权的原因之一<sup>⑪</sup>。为解决上述矛盾, 笔者认为, 可构造一级承包经营权、二级承包经营权这样的权利结构, 一级承包经营权即我们所说的承包经营权, 是一项独立的物权, 而二级承包经营权则明定为债权。

##### 3. 承包经营权的权利客体是特定的土地

与土地所有权一样, 承包经营权的权利客体主要是该项权利所指向的特定的土地, 而不是承包经营权本身。但是, 权利所有人对该土地行使承包经营权并不能象土地所有者那样可以无限期地拥有该土地的所有权, 而必须受到法律的特别限制, 如: 权利所有人对承包经营权项下的土地行使的权利要受使用年限、用途等的限制。

##### 4. 权利所有人对承包经营权行使处分权

应当明确的是, 权利所有人只能对土地行使占有权、使用权和收益权, 但是, 不能对土地行使处分权。依法享有对土地行使处分权的只有土地所有权人。权利所有人可行使处

分权的对象只能是承包经营权。当然就目前来说,权利所有人在行使处分权时是要受到一定限制的。如:权利所有人不能将承包经营权抵押或作价入股。

## (二) 建立健全土地承包经营立法

在“依法治国”的时代背景下,用立法来支持改革,用法律的引导功能推动经济进步,是当今我国政府的重大决策。由此,为改革现行的土地承包经营权,笔者主张,“抓紧制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规,赋予农民长期而有保障的土地使用权”<sup>⑧</sup>,尽快制定我国专门的“土地承包法”。

制定《土地承包法》应依循农地市场的运行过程及市场行为来架设科学的制度体系。与城镇国有土地市场一样,农地市场同样应包括一级市场、二级市场等。首先,发包人与承包人通过订立承包合同达成土地承包经营关系(在此,土地承包合同仅作为承包经营权——物权设定的方式),承包人由此获得承包经营权,这是农地的一级市场;其次,承包经营权的权利所有人行使占有、使用、收益、处分权,形成农地的二级市场。与此相适应,《土地承包法》应包括承包经营权的取得制度、农地经营制度、农地流转制度等。鉴于农民承包权屡被侵犯和农民权利观念不强的实际情况,因此,制定《土地承包法》时,尤其应建立农民权益保障制度。同时,物权采登记要件主义,我国制定《土地承包法》时,要建立健全土地权利登记制度,无论是农地的发包,还是承包经营权的移转或撤销,都应进行权利登记。否则,不生权利产生、变更或消灭的效果。严肃权利登记制度是物权性质的土地承包经营权建立的关键环节。此外,还应建立国家对土地用途的管制制度,建立承包经营权的期限的制度,建立承包经营权在转让限制方面的制度,建立承包经营权的撤销制度,以及完善关于国家对农地的征收、征用及补偿制度。

应当注意的是,在制定《土地承包法》的过程中,要充分借鉴国外以及我国香港、台湾地区的经验。如我国香港特区,其经济发展的经验充分证明一个自由的土地市场(当然应包括农地市场),完全可以建立在租约的基础上,而不必建立在私人土地所有权的基础上。这给祖国内地的土地改革提供了有应用价值的样板<sup>⑨</sup>。同时,也要善于总结改革进程中取得的宝贵经验。如上面提到的“四荒地”的拍卖,它规定50年—70年甚至100年使用期,极大地激发了人们的热度。在陕北、晋西、湘西一带,由此还逐渐形成了一种新的经济增长点<sup>⑩</sup>。

此外,制定《土地承包法》时还要处理好与《土地管理法》《民法通则》《城镇国有土地使用权出让和转让条例》等

法律法规的协调问题,使之相互衔接配套,避免出现矛盾重复现象。

## 注 释:

- ① 笔者认为,现行法律如《民法通则》(第80条)、《土地管理法》(第14条)中所谓的“承包经营权”归根结底是基于承包合同产生的。
- ②⑥ 王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版,第182—99—100页。
- ③⑩⑪ 陈更生:《土地承包经营权物权化与农地使用制度的确立》,载《中国法学》1996年第3期。
- ④ 刘维新:《中国房地产税制的思考》,载《房地产论文集》,中国人民大学出版社1995年版,第284—297页。
- ⑤⑬ 《土地管理法》第8条,第14条。
- ⑦ 参见农业部1994年12月《关于稳定和完善的土地承包关系的意见》第4条,转引自王卫国著《中国土地权利研究》第182页。
- ⑧ 梁慧星主编:《民商法论丛》第3卷,法律出版社1995年版,第42页。
- ⑨⑫ 参见张少鹏:《“土地使用权”是独立的不动产权》,载《中国法学》1998年第6期。
- ⑭ 参见《决定》,载《法制日报》1998年10月19日。
- ⑮ 各国民法一般均规定租赁期限不得超过20年,如《日本民法》第604条,我国台湾地区《民法》第449条。
- ⑯ 陈锡文:《记取经验 稳定政策 深化改革》,载《瞭望》新闻周刊1998年12月10日。
- ⑰ 王西玉:《农村改革与农地制度变迁》,载《中国农村经济》1998年第9期。
- ⑱ 屈茂辉:《农村承包经营权改革问题探析》,载《农业经济问题》1998年第3期。
- ⑲ 刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第391页。
- ⑳⑳ 陈华斌:《物权法原理》,国家行政学院出版社,1998年4月第1版,第531—532—507页。
- ㉑ (台)史尚宽著《物权法论》,1979年5月版,第187页。
- ㉒ 魏振瀛、王贵国主编:《中国内地与香港地区法律比较研究》,北京大学出版社1998年版,第97页。
- ㉓ 杜润生:《土地与农民的期待》,载《华声》1998年第9期。

(责任编辑 车 英)