



土地承包经营权的若干理论问题

陈 雪

摘 要：集体所有制下的土地承包经营权是一种新型权利，在效力上必须予以强化。在最长期限之外，应为其设定法定的最短期限。应当通过入股、租赁、抵押等多种方式将土地承包经营权加以落实，强化其效力，淡化国家对农民土地的政治诉求。

关键词：土地承包经营权；新型权利；强化；权利落实

《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》明确提出：“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，是适应社会主义市场经济体制、符合农业生产特点的农村基本经营制度，是党的农村政策的基石，必须毫不动摇地坚持。”走向开放 32 年后的今天，拥有中国绝大多数人口的农村，其发展、繁荣、稳定问题已经成为改革开放的根本所在。在此背景下，本文拟对土地承包经营权的相关理论问题进行一些理论解读与反思。

一、土地承包经营权的形成及其表征

在西方历史上，农户在农地上所具备的用于耕作、放牧的权利，被称作永佃权。罗马法中，“永佃权系佃农按年向土地所有人交付租金而长期或永久地使用、收益其不动产的权利，又称永租（借）权。”^① 作为一项能够促进地尽其用、所有权与权能相分离的精巧制度设计，永佃权能够极大地促进农业生产的发展，鉴于永佃权的重要功用，这一制度为西方国家仿效并在后世广泛施行。

我国土地承包经营权制度始自 1978 年十一届三中全会开始的第三次土地制度改革，第三次土地改革与前两次改革不同点在于：未改变人民公社所确立的农地集体所有制，仅将土地所有权与使用权加以分离。实施两权分离之意义在于改变了土地集体经营的模式，使用者获得了对农地的自主经营权——土地承包经营权。土地承包经营权的设立改变了传统体制下集体所有制的弊端，建立起土地集体所有、家庭承包使用的双层经营农村土地使用制度，大幅提高了中国的农业生产力。1986 年颁布的《中华人民共和国民法通则》首次以法律的形式规定了土地承包经营权，但未对土地承包经营权的具体内容做出规定。自 2003 年 3 月 1 日起施行的《农村土地承包法》，以法律形式赋予了“农民长期而有保障的土地使用权”。土地承包经营权成为集体土地所有权与农地使用权的逻辑连接点。按照这一制度，土地属于集体，由村民委员会分配给农户，租赁期固定为 30 年。2003 年 3 月 1 日，随着《农村土地承包法》正式实施，30 年不变的土地承包经营权首次被写入法律。2007 年颁布的《物权法》再次以基本法的形式对土地承包经营权进行了确认。

从以上历程可以看出，我国农村土地承包经营权实质上是农民对农地所享有的一种

^① 谢邦宇：《罗马法》，北京大学出版社 1990 年，第 223 页。

概括性使用权,包括对土地的占有、使用、收益和一定程度上处分的权利。从其形成来看,主要有如下特性:其一,作为与西方永佃权相比较的范畴,中国土地承包经营权与传统他物权有一定的相似之处,也存在较多差异,很难简单地以传统的物权原理套用于土地承包经营权;其二,土地承包经营权最初仅是穷人的权利哲学,产生具有自发性,这就决定了其并不是一个清晰的概念表述,在制度模型和构造上具有不完整和不定型,也有很强的制度可塑性;其三,土地承包经营权是具有中国特色的社会主义农村经济体制改革的产物,有着辉煌过去,但随着社会的发展,土地承包经营制度自身也面临着许多的问题,需要不断的改革和调整以适应社会的变迁。

二、土地承包经营权的权利属性——不同语境下的土地承包经营权

土地承包经营权的性质,在《物权法》颁布之前,一直众说纷纭,综合起来有劳动关系说、物权兼债权说、债权兼物权说、复合所有权说、田面权说(所有权为田底权)、附加土地所有权说、社会保障说、新型永佃权说、新类型物权说、债权说与物权说以及争论无意义说等。《物权法》的颁布,似乎为土地承包经营权的性质争论打上了句号。在《物权法》“用益物权”编中,“土地承包经营权”被明确的表述。依照大陆法系“物权法定”主义,土地承包经营权已经进入了“物权”的种类目录,其物权性毋庸置疑。但是,如果将视角深入,便会发现土地承包经营权的物权性仍有深究之必要。

探究土地承包经营权的物权性,实际上可在两种语境中进行:其一是登记对抗主义下的土地承包经营权,其二是登记要件主义下的土地承包经营权。第一类土地承包经营权,根据《中华人民共和国物权法》第127条、128条的规定:“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立”,实行登记对抗主义。由于登记对抗主义并非我国固有法之产物,依照法国和日本法域学理的解释,在登记之前,此种土地承包经营权由于“对抗力不完全”,离真正的物权尚有距离。

至于登记后的土地承包经营权,就其权能判断,仍非物权。笔者认为,权利的性质,其实并不是一个简单的法律问题。判定承包经营权的性质,不应当总是从应然性进行出发,而应当结合承包人实际享受的权能进行综合判断。而这些权能,并不是法学家们一厢情愿就可以创设,而是取决于社会的发展、情势的成熟以及社会政治经济文化等多种力量的联动。依照大陆物权理论,物权的权能主要是占有、使用、收益、处分,四种权能当中,处分权能最为核心,是判定物权的核心标志,处分权越大,物权性越明显,处分权越小,物权性越弱。前三种权能,就我国现行法的规定而言,土地承包经营权人实际已经享有,关键是,权利人对土地享有多大程度的处分权。客观看待中国现实,国家在过去通过集体经济组织,运用各种手段间接调控农地来影响土地承包权利,处分权表现的仍相当强大,与其相对,农民的处分权虽然具备,却也相当微弱。可以这样认为,如果依照中国的情境客观审视,土地承包经营权既不是物权,也不是债权,更不是他物权或用益物权,土地承包经营权毋宁是一种具有中国特色的特殊权利,是一种有待于向物权发展的特殊性质的权利。

三、土地承包期的确定——最长期限和最短期限

在我国,土地承包期的确定经历了一个长期的过程。1984年,中共中央“一号文件”首次提出“土地承包经营权15年不变”。1993年后,第一轮土地承包陆续到期,中央又专门出台文件,提出延长承包期,实行30年不变。十七届三中全会对承包期有了全新表述,将过去赋予农民“长期而有保障的土地使用权”改为“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”。

30年的法定承包期,在现行法中被规定为“最长期”,这意味着立法只是将上限规定。至于承包权的实际承包期,也有短期化的需求,诸如婚嫁、生育、死亡等诸多原因,农村人口处于经常的变动之中,每五六年或七八年,变动就很大。那些新增人口的家庭,要求增配土地;其次是农地负担的减轻。农业税改革前,种地对农民是一种负担,而农村税费制度改革后,农地上负担大大减轻,耕作农地的收益大大增加,土地就意味着实在的利益,农民对土地的渴求也达到了一个新的高潮,在此情况下,在初次分配或后续调整中无地或少地的农民必然会对土地调整产生强烈的需求。

土地承包经营权的期限确定,是个两难的问题。从效率角度出发,使用期越长,就越有利于克服农户的短期行为和短期观念,促使农户对土地进行投资,改良土壤。从中国现实来看,承包经营期有长期相对稳定的需求,自1978年改革开放以来,中国农户承包土地平均被调整过3.1次,至少有60%的农户所承包的土地经过调整^①。村民小组在执行按人口或劳动力以绝对平均数为原则的土地承包制,必须不断调整承包地块,造成农户难以确立长期预期收益,因而出现了严重的抛荒、搁荒、粗放及掠夺式的经营的弊端。但从另一角度而言,尽管从政策走向理论承包期仍会继续走高。但中国农村又处在快速的发展当中,经营期也需要处于可调状态,因此,现行土地承包期必须在30年和“可调整”之间找到最佳平衡状态。笔者认为,现行立法仅规定了土地承包的最长期,而未规定最短期,仍有不足。最佳的方式是在30年最长期限之外,另行设置土地承包期的最底限,规定集体发包给农户的最短期限,该期限可以设定为7—8年,期满后农村集体经济组织出于公益的需要,可以收回,但如果集体经济组织未改变农地的用途,在同等条件下,农户享有再次承包的优先权。如此规定,农户的权利相对稳定,能够较好的平衡农地上的短期利益和长期利益。

四、土地承包经营权的实现

(一) 土地承包经营权的实现模式

从理论上而言,集体土地的效益方式,有公有公营、公有私营、公有联合经营三种形式,而据学者李昌平的研究,就土地承包经营权的实现,实践中主要有如下几种模式:其一,“有偿承包、按份分配”的模式。所有权均分而承包权不均分,并非家家户户均种地,而是将土地标价后招标承包,多出钱的(种田能手等)优先承包,主要在东北多见;其二,“所有权均分,增人增地、减人减地(规定3—5年调整一次),承包合同5—10年不变,动账不动地(份额所有权在账面上调整平衡,承包地和承包合同不变),多占地者补偿少占地者”。这样既体现公平,又避免土地的频繁调整,这是主要在中部多见的模式;其三,“集体所有,专业组责任承包经营,收入成员平均占有”,这样的模式在多数工业化程度较高的村庄发生^②。例如河南的南街村,江苏的华西村等。应该说,以中国地域之辽阔,各地局势之多元,都对政策之手提出了新的土地承包经营权模式需求,简单、整齐划一的一刀切模式较难发挥有效的功用。

在维持土地的农地功能,保持土地的物权属性下,加大农地流转,向农民以外的人流转,风险究竟有多大?在我国,由于在不同地区的农村,尤其是沿海富裕地区和内地贫困地区的农村对土地承包经营权改造的期待有着很大的差异,农地的生产资料功能与社会保障功能应当如何取舍,不同区域所表现出的功能差别如何解决,要对这些问题给出一元化的答案很难。曹锦清先生在对河南农村土地承包权的实践考察时指出:“集体化与分田单干各有利弊。河南省直到1983年才全面推行分田单干…如果当时不搞一刀切,而是充分尊重各公社、各大队、各小队的实际情况与村、组农民的多数意愿…愿意继续走集体化道路,就让他们继续搞下去;如果干部与群众愿意分田单干,那么就分田单干,让两种体制有个竞争。就河南农业来说,在集体化时代各地发展很不平衡。有些公社与大队,在70年代末80年代初,小麦亩产已近千斤,耕地基本上实行机械化,集体积累也比较多。像这样的大队,多数农民对分田单干的要求并不迫切,甚至没有这个要求。”^③因此,对于土地承包经营权的实现,本文主张根据不同的地区区分,设定不同的经营权的流转尺度,经济发达地可弱化土地承包权的社会保障功能,突出其生产要素功能,落后地区设定合适尺度强化土地承包权的社会保障功能。考虑在成渝地区、天津滨海新区、上海浦东新区等设立改革试验区,进行经营权流转的实践。

(二) 土地承包经营权实现的多种方式

土地承包经营权实现的关键在于流转,是“往前走,突破土地产权的大关”,还是“不能再前进,必须

①迟福林:《赋予农民长期而有保障的土地使用权》,载《人民日报》1999年1月5日,第5页。

②李昌平:《尊重农民的实践和选择权》,载《南风窗》2008年第22期,第35页。

③曹景清:《黄河边的中国》,上海文艺出版社2000年,第448页。

停下来”？一般认为，土地承包经营权流转制度具有三点价值：第一、土地承包经营权作为一种财产权利，只有流转才能真正发挥其资源效益，保障权利人的利益；第二、经济的发展会带来一定的“弃耕”现象，不允许土地承包经营权流转会造成土地的闲置和浪费；第三，我国人多地少，土地条块分割，允许土地承包经营权的流转就能在一定程度上实现土地的相对集中，逐步实现土地的适度规模经营。在各地的实践当中，土地承包经营权出现了多种自发流转形式的探索：

1. “股份合作”。土地流转的“股份合作”形式，《土地承包经营法》未作规定，但是地方早有实践。令人颇感意外的是，十七届三中全会通过的“关于推进农村改革发展若干重大问题的决定”中，股份合作悄然出现，但是在官方肯认的背后，土地承包经营权入股仍有如下问题需要解决：其一，股田制的问题，股权一旦流转，非农主体获得经营权，与现行土地制度相冲突；其二，按照《公司法》的规定，公司股东不超过 50 人，而农地入股的公司股东大多超过百人；其三，一旦入股企业破产，土地则可能用于偿还债务，依照《公司法》、《破产法》等市场经济法规无法防范入股农民的失地风险；其四，“公司+农户”的股份合作模式对于小股东的农民利益保护有着先天的缺陷；其五，现有农村土地股份合作社既不能以工商法人登记，也无法以专业合作经济组织登记，往往只能登记为社团法人。

2. “抵押”。抵押的关键在于融资，发展多元的融资渠道，能够为乡镇企业解决燃眉之急。但是土地承包经营权抵押也存在如下问题：其一，农地抵押后，管理成本高，银行机构并不具有推动的积极性。而从政府层面看，在社会还没有能力为所有的农民提供新的社会保障之前，权力机构还是倾向于强制性地用土地给农民社会保障；其二，农地被商品化前，地价偏低。而与此低地价相映衬的却是银行机构很高的管理土地成本，加之农村存在其他融资形式，如小额农村贷款、贷款公司、村镇银行、资金互助社等，降低了农民对于土地承包经营权抵押的需求。

3. 反租倒包。即从农民手里把地租回来，然后再发包给大户或企业搞特种农业、生态农业等，从而吸收农民打工就业。租赁是现代农地的利用方式，以租赁为主要方式的规模经营，能够促进农地承包权和经营权分离，克服小农经济，发挥土地的集约化优势，带来农地规模的相对集中。但是其问题在于，在反租倒包中起主导作用的是地方政府、村集体或各类企业，农民则相对弱势，在有效的利益分配机制建立前，大规模推广反租倒包的形式，容易侵犯农民对于农地的自主权，进而侵害其权益。

五、土地承包经营权与集体所有权的对抗与互动

土地承包经营权自产生以来，就一直与农地集体所有权相伴相生，“作为农地使用制度改革的制度前提，集体所有制是否健全合理对于创制合理的农地使用制度具有相当大的影响。”^①在中国农地上进行土地承包权的革新，无法回避集体所有权改革这一前提。目前对集体所有权的思路主要是四种：国有化的思路、私有化的思路、多种所有制的思路和政策微调的思路。而观察 1978 年以来至今的中国农地产权制度改革史，政策的制定者除反复重申农地的集体所有属性外，无一例外的更多强调农地使用制度的变革与创新^②，这就意味着主张废除集体土地所有权，实行国有化的思路和过于激进的将集体土地私有化的思路在体制内的认同空间并不大。所以，保留集体所有权，对土地承包经营权加以政策微调应该是认识农地所有权与土地承包经营权关系的大前提。

集体所有权与土地承包经营权如何微调互动？集体土地所有权主体或其代表主体认为，自己得享有对土地的完全支配力，不受任何主体的干预。而土地承包经营权的主体则认为，自己得享有依照自己意志在不违反用途的前提下使用土地之自由，不受任何第三人的干预。矛盾的焦点在于，集体土地所有权与集体土地使用权之间的冲突。集体土地所有权与集体土地使用权多大程度上可进行对抗，缺乏完整、有效的制度设计。

回顾历史，集体所有权与土地承包经营权却一直在矛盾中前行。套用大陆的物权理论，集体所有权

① 梁慧星：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社 2000 年，第 120 页。

② 梁慧星：《中国物权法草案建议稿》，第 511 页。

在层次上位列“所有权”,属于权利人对自己物所享有的权利,土地承包经营权属于“他物权”,在所有权和他物权效力发生冲突时,应当尊重所有权人的意志。近年来,虽然有学者试图对所有权和他物权效力提出新的关系解读,但并未成为学界主流。笔者认为,是绕开所有权,尊重承包权;还是强化所有权,弱化承包权;或是将所有权与承包权等量齐观,在农地权改革的进程中,两权之间关系的清晰解读非常重要。所有权若是强悍,承包权可能就会虚掷,所有强化承包权的努力收效并不乐观;承包权若走向极端,所有权便如同虚设,当前农地制度的根本便会遭到破坏。在我国,农村没有完整的社会保障制度,农民的就业和社会保障基本依赖于土地。但是政府在赋予土地这些社会功能时,并非通过经济手段引导农民自愿进行,而是借助土地所有权主体做强制安排,土地所有权的强势显而易见,所以,在未来的发展方向上,应当逐步弱化农地上所有者的地位,逐步放开、强化承包权,以增强对于农民利益的保障。

六、土地承包经营权的制度框架构想

土地承包经营权在中国并非是一个简单的“类物权存在”,而是负载了太多的政治和经济的目标,压力巨大,使命沉重,正如学者所言:“我国农地制度的设计和安排,更多地与农业以外的社会经济发展对农业苛刻的要求、太多的政治目标相联系,这样就必然阻碍了土地要素经济效益的发挥。”^①这就决定了对土地承包经营权的任何变动,均会“牵一发而动全身”,引发巨大的叠加效应。所以,在对土地承包经营权进行改革时,应当避免法学家的自说自话,而应将问题放入全社会的关注下放大聚焦进行。除此之外,应以务实的态度面对权利的属性之争,土地承包经营权在权利目录上是债权还是物权其实并不重要,关键是农民、农户所享有的处分权有多大,内容有多少,农民究竟在多大程度上能够同步享受到国家、农村发展所带来的实惠。所以,在土地承包经营权的未来发展上,政府需做好自身的角色和定位,有所为,有所不为:一方面,政府需做好宏观调控的工作,通过完善农村土地的规划与管理,使土地资源能透过合理的规范发挥资源配置效率;另一方面,政府应当充分尊重农民作为农地所有者、经营者的角色,充分发挥农民作为农地主人翁的作用,增强农民对农村的归属感和农民幸福感,使国家的长治久安有更基础的保障。

■作者简介:陈 雪,华南师范大学法学院副教授;广东 广州 510006。

■基金项目:广东省哲学社会科学“十一五”规划 2010 年度学科共建项目(GD10XFX07)

■责任编辑:车 英



①印堃华:《中国农地制度改革与发展的思考》,载《财经研究》2001年第5期,第56页。