

# 我国农村土地承包经营权的物权化\*

邬小丽

( 南京航空航天大学 人文学院法律系 江苏 南京 210016 )

摘 要 :从现行立法与司法实践判断 ,农村土地承包经营权是一种具有债权性质的不纯粹物权。用益物权的制度性优势、市场经济的逐步成熟、我国农村在土地使用中的矛盾 ,都显示出土地承包经营权物权化的必要性与紧迫性。鉴于我国在土地权利的建设方面重管理、轻权利 ,以债权代替物权等现状 ,应加强宪法对私权的保护、理顺目前土地使用制度中各种权利的关系 ,适时建立我国的土地用益物权制度 ,并注重配套法律制度的建设与完善 ,以加快土地承包经营权物权化的进程。

关键词 :农村土地承包经营权 物权化 用益物权体系

中图分类号 :D922.3 文献标识码 :A 文章编号 :1008 - 5092( 2005 )04 - 0021 - 05

## 一、对农村土地承包经营权法律性质的认定及物权化的含义

### 1、关于土地承包经营权性质的争论

我国的土地承包经营权走过了由政策调整到法律确认的坎坷历程 ,性质仍不明确。明确该权的法律性质既是认清土地承包经营关系的起点 ,也是决定农地使用制度改革方向的基础。目前 ,我国学术界对土地承包经营权性质的认识主要集中在债权说与物权说之争 :债权说。认为根据现实法律关系的内容与特点 ,土地承包经营权是一个典型的债权。物权说。认为土地承包经营权是对物的占有、使用、收益为内容的权利 ,在性质上是对物的支配权。有学者认为 ,土地承包经营权相当于传统民法中的永佃权<sup>[1]</sup>。债权兼物权说<sup>[2]</sup>。主张土地承包经营权是一种以债权为主 ,兼有物权的法定性、排他性等特征的债权。物权兼债权说。认为土地承包经营权的性质以物权为主 ,兼有债权性。此外 ,还有认为土地承包经营关系是劳动法律关系的“ 劳动关系说”<sup>[3]</sup> ,认为土地承包经营权是田面所有权的“ 田面权说”<sup>[4]</sup>等。

以上各种观点从不同角度对我国农村土地承

包经营权的性质进行了探讨 ,都有一定道理。但笔者赞同“ 物权兼债权说” ,认为土地承包经营权是一种具有债权性质的不纯粹物权。因为从现行法律法规判断 ,多数有关土地承包经营权的规定属于物权立法的范畴 ,而就实际运行状况来看 ,它被债权化了。一是土地承包权由承包经营合同产生 ,二是在司法实践中 ,因承包权纠纷诉至法院的案件都以农村承包合同纠纷审理 ,容易使人们产生土地承包经营权是债权的误解。实际上 ,这些债权性特征并不是土地承包经营权的本来面目 ,而是立法与实践脱节的结果。从近几年有关立法和政策可以看出 ,土地承包权正在逐渐褪去其不应有的债权特征 ,显示出它原有的物权面貌。

### 2、改革土地承包经营权的思路——物权化

承认土地承包权的法律性质是“ 具有债权性质的不纯粹物权” ,有两点必须明确 :一是土地承包经营权的物权化是还其物权的本来面目 ,与不动产租赁权的物权化不同。二是土地承包经营权的物权化是指将其用益物权化 ,是还原并强化其用益物权的特性 ,特别是强化它的用益性和独立性<sup>[5] (P.576-577)</sup>。从而打破对用益物权人用益交易

\* 收稿日期 2005 - 06 - 08  
作者简介 邬小丽( 1980 - ) ,女 ,江苏省南京人 ,南京航空航天大学硕士生 ,主要研究方向为经济法。  
万方数据

的各种限制,并保障用益物权人的合理预期。

## 二、农村土地承包经营权物权化的意义

我国的农村土地承包经营权为何必须走物权化的道路,而不是维持其债权性的现状?笔者认为,这是用益物权的制度性优势的客观要求,是市场经济条件下我国农村土地使用制度改革的最佳选择,是解决我国广大农村土地矛盾和纠纷的重要途径,也是我国农村土地制度变迁的必然结果。

1、实现土地承包经营权物权化是解决当前农地使用矛盾的必然要求

第一,耕地流失,土地撂荒,广大农民无力、无意保护土地。目前,耕地流失的重要原因之一,就是集体经济组织的负责人对土地的转让享有决定权。农民对其承包的土地没有稳定性的权利,对于发包方随意撤包、非法占用、转让土地无可奈何。同时,因为现行法没有确认土地承包经营权为物权,农民不会自觉将承包地作为自己的财产,土地撂荒现象比较严重。只有土地承包经营权成为农民享有的长期、稳定的物权以后,农民才会从维护自身利益出发对抗非法占地、撤包、转让行为,积极保护耕地,注重承包地的经营效益。

第二,征地中滥用权力,补偿标准不合理,征地补偿与土地市场价格差距过大,集体和农民的合法权益受损。近20年来,随着中国经济的持续高速发展,用地量和征地量激增。政府主管部门在征地过程中损害农村集体经济组织和农民合法权益的现象突出:征用土地的范围被人为扩大,农民所获补偿与被征土地的市场价格落差过大。征地引发的纠纷和矛盾不仅越来越表面化,而且有日趋激烈和尖锐化的倾向。征地矛盾的根源在于我国土地权利制度本身的不合理。如果土地承包经营权是一项独立的物权,农民就拥有了土地用途管制下对农用地使用权的转让权。一旦政府批准改变土地的农业用途时,集体土地经营使用者可以作为市场上的平等主体,按照市场规律与土地的受让方协商土地价格。这就避免了政府的强制性征地行为给集体和农民造成的损害。尽快实现土地承包权的物权化,赋予农民对土地法律意义上的处分权,是化解征地矛盾的根本。

第三,农民对土地投入信心不足,影响土地产出的提高。农民对农地投入不足有两个原因。一是土地承包权被认定为有期限的债权。农地经营的短期化使农户不愿对土地加大投入,甚至对土

地进行掠夺性经营。二是国家和农村基层组织对农民在作物种植种类方面,在农地收益方面都进行较强的干预,影响了农民经营土地的信心。农民对土地投入的多寡取决于其对土地支配程度的强弱,而土地承包经营权物权化正是强化承包人支配力的重要途径。通过土地承包权的物权化,承包人才能够获得法定的长期经营权,才能对抗第三人的非法干预,以增强对土地投资的信心。

2、实现土地承包经营权物权化是发挥物权制度优势的必然选择

第一,构建完备的他物权制度,将土地承包经营权纳入他物权体系是市场经济的必然要求。

市场经济要求财产归属关系明确以实现市场主体的实质平等,要求提高财产的利用效率以实现社会财富的最大化,要求通过公平、高效的交易实现财产的优化配置。物权制度的效率标准<sup>[5] (P.42)</sup>正是基于市场经济的上述要求确定的。它们是:物权的界定必须清晰,物权必须具有排他性,物权必须可转让。

他物权制度与所有权制度相辅相成,是现代物权法不可或缺的两大支柱之一。他物权制度的基本特征是排他性、以物的利用为核心和可转让性。他物权制度的突出功能就在于,实现资源的最优配置,提高其利用效率。它既符合物权制度的效率原则,又能高度适应市场经济的发展。将土地承包经营权纳入这种“与市场制度亲合力最强的物权制度”<sup>[5] (P.555)</sup>,是市场经济条件下我国农村使用制度改革的最佳选择。

第二,用益物权作为他物权制度的核心之一,是实现土地公有前提下土地价值最大化的途径。

从土地权利制度变迁来看,我国一向注重土地公有,强调国家和集体利益,淡化农民收益。传统的土地公有制在运行过程中处处受到农民的抵制,既增加了制度运行的成本,又降低了制度运行的效率。作为他物权的一部分,用益物权以物的使用收益为核心内容。它能够按照市场规律的要求,优化公有土地资源配置,提高公有土地资源利用效率,从而解决上述制度运行中出现的问题。

对于农民土地收益权屡遭侵害的现实,有学者建议通过实行土地私有化的方式加以解决。笔者认为,所有权制度的轻易变革会引发农业乃至整个社会的巨大震荡,况且在我国目前广大农村,此举也未必能实现改革的预期成效。实现土地承包权物权化以后,人们的注意力就可以从“土地

归属“转移到“土地使用权”上来。因此,只有将土地承包经营权的物权化,激活土地使用权,才能“虚化”农村集体土地所有权主体,提高我国农村土地的利用效率,并为在以后条件成熟时进行农地所有权制度改革打下基础。

第三,用益物权对债权的优势要求土地承包经营权恢复其用益物权的本来面目。

从法律经济学角度看,与债权相比较,用益物权更能激发主体有效率地利用物。法律经济学认为,法律的作用之一是为人们提供一种预期,促使人们考虑自己在做出某种行为后会获得怎样的利益,或者自己会承担怎样的法律后果。按照传统的物权理论,用益物权是支配权、绝对权,有排他效力、优先效力和追及效力,存在期限较长<sup>[6][P.14]</sup>。与债权相比,它能为权利主体提供一个更为合理、更加确定的预期。因此,将农村土地承包经营权设计为物权能为主体提供高效利用土地资源的强烈激励,而设计为债权则会刺激主体对土地资源进行“杀鸡取卵”式的利用。

具体地说,将土地承包经营权物权化的优势在于:其一,物权法定原则可以有效杜绝发包人随意变更、干预土地承包人的承包经营权,可以通过期限的法定化,稳定农用地制度,从而提高农民生产经营的积极性。其二,物权的排他性可以帮助承包人抵制第三人侵权。其三,物权人的处分权可以促进土地流转,提高土地的利用率和效益,实现土地的价值,解决农民的融资困难,以增强农村经济的活力,促进农业产业化和现代化。

### 三、我国有关农村土地承包经营权物权化立法的不足

随着2002年《农村土地承包法》的出台,我国农村土地承包经营权向物权化方向迈出了一步。它虽不是物权立法,却使土地承包经营权具有了准物权的特性。此外,《农业法》和经修订的《土地管理法》也通过延长承包期限、强化承包权的法定性、依公示要件彰显承包权等方式,逐步弱化了土地承包经营权的债权色彩,体现了对土地承包经营权实施物权化保护的精神,顺应了农村土地制度和农业发展的要求。但是,由于我国尚无统一的物权法,关于土地物权的规定既不系统也不完善,且行政管理色彩浓厚,使土地承包经营权在向物权化迈进的道路上遇到不少障碍:

#### 1、用益物权体系混乱,土地承包经营权定位 万方数据

不准

按照传统物权法理论,用益物权体系一般由地上权、地役权、用益权、永佃权、典权等构成。通说认为,由我国现行法体现出的用益物权体系构成如下:城镇国有土地使用权、农村土地承包经营权、宅基地使用权、国有自然资源使用权等。其中有些概念在内涵与外延上相互交叉,却没有一个可以像“地上权”、“永佃权”、“用益权”那样准确地代表某一类用益物权。这不仅使我国的用益物权体系混乱不堪,也给司法实践带来困难。

第一,区分各种权利的标准不符合建立用益物权体系的要求,影响了“土地承包经营权”在用益物权体系中的定位。

传统的用益物权体系按照土地使用目的对各种权利所作的分类标准统一,逻辑严密。而我国对“土地使用权”和“宅基地使用权”的划分,是以土地所有者、使用者为标准,非以土地使用目的为标准。这不符合用益物权体系对划分各类土地权利标准的要求,因而引起了权利体系的混乱。如,我国的“土地使用权”在法律性质上与地上权没有质的区别,却不能包含因建筑物或其他工作物而使用集体所有的土地的情况。“宅基地使用权”是农户在集体土地上建造房屋,并取得建筑住宅所有权的权利。它同样属于地上权的内容,却不能包含因保存建筑物而使用国家所有土地的情况。

此外,《民法通则》、矿产资源法、渔业法、水法没有按照权利的客体的不同,对国有自然资源使用权、采矿权、养殖权、水资源使用权作出物权法意义上的分类,而把应属于“用益权”的国有自然资源使用权和不属于用益物权的采矿权、养殖权、水资源使用权等特别法上的物权混淆起来,造成了用益物权整体框架的不清晰,为土地承包经营权在用益物权体系中的定位设置了障碍。

第二,土地承包经营权概念不准确,抹煞了地上权与永佃权的界限。

按照传统物权法理论,使用目的是区分地上权和永佃权的标准。地上权人添附的是不动产,而永佃权人添附的则不是不动产,而是在土地上收获耕种或畜牧的成果。这些成果不附着于土地,只有脱离土地才能产生价值。在他人土地上种植林木、竹木并获得该林木、竹木的所有权,应属于地上权人的权能,而不应归入永佃权。

我国的土地承包经营权是以农业为目的,长

期排他性地使用集体所有土地种植、养殖、畜牧的权利<sup>[5][P590]</sup>。就本质而言,它是以承包人取得收获物为主要目的,应类似于传统物权法上的永佃权。但现行立法却没有将种植林木、竹木的内容从土地承包权中分离出来,造成了土地承包权与土地使用权、宅基地使用权等在权利内容上的混淆。这种立法上的失误不仅易引起司法实践中法律适用的混乱,也必将阻碍土地承包经营权物权化的进程。

## 2、承包人对土地承包权的处分权能缺失

土地承包经营权作为一项完整的用益物权,应具备用益性、独立性的特征。即,土地承包人有权在规定的范围内对其承包权行使转让、转包、抵押、租赁、继承等处分权能,而无须征得所有权人的同意。然而,在我国现行立法中,承包人对其承包权行使“处分权能”却受到了诸多限制。

### 第一,限制土地承包经营权转让。

允许土地承包经营权转让是承包人具备土地承包经营权“处分权能”的最有力表现。然而,现行立法对土地承包经营权流转的规定仍停留在债权的转让方式上——承包权转让需经过发包方的同意。

《农村土地承包法》第37条规定:“土地承包经营权以转让方式流转的,应当经发包方同意。1999年《最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定》第14条规定:“承包方未经发包方同意,转让承包合同、转包或者互换承包经营标的物的行为无效。第15条规定:“承包方转让承包合同、转包或者互换承包经营标的物,由农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的,必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表同意,并报乡(镇)人民政府批准,否则,其转让、转包、互换行为无效。”

可见,农户转让土地承包权不仅在能否转让上受制于人,在受让主体范围上也遭到约束。上述立法对土地承包权转让的认识仍停留在对债权转让的认识水平上。此外,《农村土地承包法》第48条、《土地管理法》第15条第2款对发包方向本集体经济组织外发包土地所作的严格限制,《农村土地承包法》第27条、《土地管理法》第14条第2款对在承包期限内个别承包经营者之间“调地”所作的严格限制也都体现了农民对土地承包经营权“处分权能”的缺失。这种做法的本

意也许是为了防止基层政府、干部随意调整土地,但用行政的办法来解决经济问题,是一种不公平且低效率的制度安排。

### 第二,限制土地承包经营权抵押。

出于农民因抵押行为而丧失土地、丧失生活保障的担心,国家历来禁止在农用地上设定抵押。《担保法》关于不得抵押的财产范围包括:耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权。《农村土地承包法》也未就土地承包经营权的抵押作出任何规定。从担保物权的角度考虑,土地承包权完全具备抵押担保的基本条件。而且,从目前中国农村现状看,农民普遍贫穷,土地承包权无疑是他们较有价值的财产。如果法律禁止农民在该权上设立抵押,不知将会使多少农民丧失脱贫致富的机会。如果法律限制了农民的发展,他们就不能摆脱贫困,即使固守一块土地,也是毫无意义的。

## 四、推动农村土地承包经营权物权化进程的立法建议

### 1、加强宪法对私权的保护,夯实土地承包权物权化的宪政基础

土地承包经营权是当前大多数中国农民最有价值的土地财产权。保护中国农民的土地财产权首先应当是一个宪法问题,其次才是物权法问题。因此,只有宪法承诺法律平等地保护公民的私权利,承诺政府权力也受法律的制约,物权法对农民土地承包经营权的保护才有了坚实的基础。确保中国农民土地财产权的法律基础是宪政。

### 2、促进物权立法,建立严密的土地用益物权体系,推动我国土地承包权物权化的进程

第一,明确土地承包经营权及其他土地使用的权利的概念,建立严密的土地用益物权体系。

应该按照土地使用目的的不同,将土地承包经营权定位在:以获得耕种或畜牧成果为目的,长期排他性地使用国有、集体所有土地的权利。同时,将“土地使用权”、“宅基地使用权”两项权利,以及现有“土地承包经营权”中含有的以种植林木、竹木为内容的权利归入“地上权”,将国有自然资源使用权纳入“用益权”,建立起严密的土地用益物权体系。

第二,淡化我国物权制度的公法化、行政化色彩,加强用益物权的独立性。

我国现行物权制度建立在公有制基础上,带

有公法上的国家主权与行政色彩。同时,政府具有资源所有者代表、行政管理者的双重身份,在土地权利的立法上重管理、轻权利。这些都是与用益物权的独立性格格不入的。就我国的农村土地承包权而言,当务之急是将政府的两种身份分开,把土地行政管理法的重点放在土地权利的保护上,杜绝由行政管理法直接设定土地权利,或通过行政权力授予土地权利的现象发生,顺应“由所有到利用”(P50)的物权发展趋势,弱化所有权对于土地他物权的制约,恢复用益物权制度私法性、独立性。

3、注重配套法律制度的建设与完善

第一,恢复国家土地所有权和集体土地所有权的平等关系,修改和完善土地征用的法律制度。《土地管理法》第2条第3款规定:“国家为公共利益需要,可以依法对集体所有的土地实行征用。”国家这种基于政治权力的强制性征收行为不仅破坏了集体土地所有权的收益权能,也侵

害了承包人的土地承包经营权。应以立法的方式明确界定“公共利益”的概念和范围,提高目前的征地补偿标准,参照土地被征用后的新用途,采用市场化的方式决定补偿价格,针对目前土地征而不用、闲置浪费的现象,通过立法赋予农村集体经济组织土地取回权,促进土地的高效利用。

第二,克服物权法定主义的僵硬性,注重合同法的运用以弥补其不足。

土地承包经营权即使作为物权,仍需通过承包合同确立。作为一种债权合同,承包经营合同在订立、变更、解除、违约责任等方面,与其他合同没有本质的区别。承包经营合同受物权法调整后,可以在不与物权法规定的内容相抵触的前提下,运用合同对期限、权利内容等进行具体约定,以弥补物权法定主义的僵硬性,还可以运用合同法解决因发包人违约引起的承包经营纠纷等合同纠纷,以弥补物权救济方法对承包人保护的不周。

参考文献:

[1] 杨立新、尹艳. 我国他物权制度的重新构造[J]. 中国社会科学,1995(3):46-50.  
[2] 王小映. 土地制度变迁与土地承包权物权化[J]. 中国农村经济,2000(1):43-49.  
[3] 陈志英、朱勇. 论农地使用权[J]. 法律科学,1999(4):40-45.  
[4] 廖丹青、陈文科. 夏振坤对农业经济学和发展经济学的理论贡献[J]. 江汉论坛,1999(1):13-17.  
[5] 周林彬. 物权法新论[M]. 北京:北京大学出版社,2002.  
[6] 陈华彬. 物权法原理[M]. 北京:国家行政学院出版社,1998.  
[7] 陈华彬. 物权法[M]. 北京:法律出版社,2004.

On Real – Rightize of Rural Land  
Contracted – Management Rights in China

WU Xiao – li

( Law Department of Humanities Institute of Nanjing Aerospace and Aviation University , Jiangsu Nanjing 210016 , China )

**Abstract** Judging by present legislation and judicial practice , the rural land contracted – management rights is an impure property right with obligatory attribute. The superiority of the benefited real right system , the progressive maturity of market economy and the knot in the use of rural land in our country all demonstrate the urgency of the realization in its real – rightize. Seeing that management is regarded highly and civil right is despised , we should strengthen the constitution to protect civil rights , harmonize relations amid all rights in land utilization system , establish the land benefited real right system and attach more importance to the construction and improvement of the related legislation to accelerate the progression of the real – rightize of rural land contracted – management rights.

**Keywords** rural land contracted – management right ; real – rightize ; benefited real right system