

# 论农村土地承包经营权的相当所有权属性

袁震

(西北政法大学 民商法学院,陕西 西安 710063;中央财经大学 中国发展与改革研究院,北京 100081)

**摘要:**农村土地承包经营权是集体土地所有权自我分离、转化与实现的结果,是集体成员利用集体土地的一种方式,并不是大陆法系典型意义上的他物权。农村土地承包经营权起到了与市场经济发达国家和地区的农地所有权相类似的经济社会功能,承载着农民群体人权保障与人格发展的促进功能,在价值内涵和发展方向上与传统大陆法系永佃权制度迥然不同。因此,在检讨我国传统双层所有权制度及思想、罗马法绝对所有权观念及其演进、日耳曼法双重所有权观念及其发展、我国农地物权制度现实运行状况的基础上,应当继承适应我国人多地少特殊国情而产生的双层所有权制度及其思想,扬弃罗马法传统基础上形成的所有权中心主义思想及其物权体系,打破所有权中心主义,合理吸收日耳曼法双重所有权理论,承认土地承包经营权的相当所有权属性。

**关键词:**土地承包经营权;相当所有权;永佃权

**中图分类号:** D923.2 **文献标识码:** A

**文章编号:** 1000-5242(2016)05-0010-14

**收稿日期:** 2016-03-22

**基金项目:**国家社科基金后期资助项目“中国农村土地物权制度研究”(11FFX035)阶段性成果;教育部人文社科项目“农村土地承包经营权流转法律制度完善研究”(11YJC820159)阶段性成果;司法部项目“‘三权分置’视阈下土地承包经营权益融资担保法律问题研究”(15SFB2030)阶段性成果;博士后科学基金第九批特别资助项目“三权分置视阈下土地承包经营权益融资担保法律问题研究”(2016T90198)阶段性成果

**作者简介:**袁震(1980—),男,山东沂南人,西北政法大学民商法学院副教授,法学博士,中央财经大学博士后。

土地承包经营权法律性质的界定是关系到土地承包经营权制度设计与完善的基础性理论问题。现实中存在的农村土地承包经营权,包括通过家庭承包方式取得的农村土地承包经营权和通过其他方式取得的农村土地承包经营权。由于现实中存在的土地承包经营权主要是通过家庭承包方式取得的土地承包经营权,而该种土地承包经营权与通过其他方式取得的土地承包经营权在性质上有重大差别,因此,本文在此仅探讨通过家庭承包方式取得的土地承包经营权的法律性质。在土地承包经营权的物权属性方面也存在着各种不同的观点,立法及主流学术观点认为土地承包经营权是一种特殊的用益物权。但也有学者指出,土地承包经营权本质上是一种人役权。“这种集体土地使用权相当于罗马法中作为人役权的使用权(usus),即只有使用权和收益权而没有丝毫处

分权,即使是收益权也只限于收取天然孳息。”<sup>①</sup>《物权法》在用益物权编首章对土地承包经营权进行了规定,将土地承包经营权定位为一种最为重要的用益物权。那么,该种定位是否准确呢?笔者认为,通过家庭承包方式取得的土地承包经营权带有显著的自物权属性,是一种相当所有权。

## 一、集体农地所有权、所有制实现视角下 土地承包经营权法律属性分析

(一)土地承包经营权是在集体农地所有权基础上重建个人所有制的结果

土地承包经营权是在集体土地所有权建立以后继续“在协作和对土地靠劳动本身生产的生产资料的

<sup>①</sup> 关涛:《我国不动产法律问题专论》,人民法院出版社,2004年,第56—57页。

共同占有基础上,重新建立个人所有制”<sup>①</sup>的结果。“集体所有制应是指一定社会范围的人群共同体或劳动群体在协作和对土地及靠劳动本身生产的生产资料共同占有基础上的个人所有制。”<sup>②</sup>以集体所有制为基础形成的集体土地所有权,实现了集体共同体对土地等生产资料的共同占有与支配,但是依然存在着在土地的集体占有基础上实现土地利益并将土地利益分配给集体成员,重新建立个人所有制的任务。

“集体所有生产资料的目的在于确保社会成员都能公平拥有生产资料,不得将生产资料的所有权由少数私人所垄断。因此,社会成员按照一定的原则结合集体,以群体的方式占有生产资料。但这只是集体所有制的一个方面,它只解决了对生产资料的公平占有。集体所有制还有一个重要的问题就是要在共同占有生产资料的基础上通过生产资料与集体成员劳动的结合实现集体成员的利益,即实现成员个人的所有制。”<sup>③</sup>在集体土地所有权存在的现实条件下,重建个人所有制的路径客观表现为两种制度选择:第一,集体统一经营,成员共同劳动,集体收益通过公平分配方式分配给集体成员;第二,将集体土地公平地分配给集体成员,为集体成员设定土地权利,集体成员以拥有的个体化的土地权利为基础进行农业经营,获取土地利益。“集体拥有生产资料的所有权,它可以由集体在集体所有的生产资料的基础上集体劳动,实现二者的结合,也可以由集体将生产资料配置给劳动者个人,在分散的劳动形式下实现生产和经营。”<sup>④</sup>人民公社时期集体统一经营的实践说明,推行统一的集体共同经营的模式并不具有高效率性,也不适合中国的实际;自留地的高效性实践、农民先后六次的包产到户的要求,以及家庭联产承包责任制的推行及其成功一再说明,在集体土地集体共有的基础上以土地承包经营权的形式重新将土地分配给农民家庭,并保持农民家庭对土地的支配效力,更加符合农民的意愿与中国的国情,更能达到促进社会生产进步与获得农民支持的目的,更符合社会正义实现的要求。“满足个人的合理需要与要求,并与此同时促进生产进步和社会内聚性的程度——这是维持文明社会生活方式所必要的——就是正义目标。”<sup>⑤</sup>在土地承包经营权建立起来以后,集体所有制作作为一种经济运行形式,其在法权上的表现形式为集体土地所有权与土地承包经营权等物权的协调运作,而更突出表现为土地承包经营权的有效运作。“家庭经营不同于传统的个体农业,它是集体经济的一个经营层次,同时又融入了承包者个人孤立所有的生产资料,是集体个人所有制与孤立个人所有制相互融合的一种经营形式。”<sup>⑥</sup>土地

承包经营权的建立与发展,实现了在集体所有制的基础上重建个人所有制的目的。因此,唯有将土地承包经营权定位为与所有权同地位的物权,才能充分体现农民与土地之间的本质联系,标示出土地承包经营权在生产资料共同占有的基础上重建个人所有制的法权意义。

(二)土地承包经营权是集体成员利用集体土地的物权性安排

按照传统大陆法系的理论,物权分为自物权与他物权。自物权就是所有权,它是所有权人对自己所有的物在法律限制之内进行使用、收益与处分的权利。他物权是在他人之物上设定的物权,起到限制所有权的作用。土地承包经营权是集体成员利用集体所有土地的一种物权,不能归入他物权的范畴。

在新民主主义革命过程中,中国共产党与农民群体缔结了一个以农村土地属于农民为核心内容的政治契约,这一政治契约缔结与履行起到了动员农民投身革命并建立新中国的巨大历史作用,也使新中国与执政党都负有实现与保护农民土地权利的历史与宪政职责,并最终为新中国农村土地物权制度建设确立了一个农村土地属于农民的宪政原则。<sup>⑦</sup>在集体土地所有权建立起来以后,中国始终存在着一个如何重建集体成员对集体土地支配性权利的历史任务,农村土地承包经营权的产生正是在集体所有制基础上向新民主主义革命理想进行回归的地权制度安排。以土地所有权为基础,集体成员至少可以形成两种不同的对集体土地的利用形式:第一,按照通常方式,形成集体意志,集体成员共同对土地进行使用、收益与处分;第二,集体成员个体与集体或者集体的代表组织签订一个协议,依据一个相对公平的分配原则,形成集体成员对集体土地相对固定的部分进行支配的权利。最初的时候,集体成员个体与集体或者代表组织签订契约是一种带有债权性

① 《资本论》(第1卷),《马克思恩格斯全集》(第23卷),人民出版社,1972年,第832页。

② 韩松:《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》,法律出版社,2009年,第37页。

③ 韩松:《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》,法律出版社,2009年,第35页。

④ 韩松:《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》,法律出版社,2009年,第65页。

⑤ [美]博登海默著,邓正来译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社,1987年,第238页。

⑥ 韩松:《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》,法律出版社,2009年,第39页。

⑦ 袁震:《论新民主主义革命政治契约的地权内涵》,《人大法律评论》,2015年第1辑。

质与分管契约相类似的契约,集体成员享有债权性的对集体土地进行利用的权利。但是,后来农民普遍发现这种债权性的对土地利用的权利,难以达到保证其利用土地的目的,来自集体、集体土地所有权行使主体以及国家公权力的干涉,使其权利始终难以处于被充分保障的状态。因此,他们要求他们对固定地块进行支配的权利能够长期化、固定化,并具有排他效力。这一要求是正当的,因为确保农民对固定地块的支配权符合新民主主义革命以来的“耕者有其田”的理想,而且与之相连的家庭经营方式也是一种有效率的适合我国国情的经营方式。此外,从产权的角度来看,如果农民个人利用土地所获得收益的一部分为他人无偿占有,则权利主体充分利用土地的积极性就会不足。“只有当其他人不能分享产权界定的效益和成本时,这些效益和成本才可能‘内部化’。”<sup>①</sup>中央在综合考虑各方面的因素后,认可并推动了农民拥有这样的土地权利。土地承包经营权在改革开放后经过短期的实践,迅速成长为农民对特定地块的支配权。

在普通的不动产共有关系中,虽然共有人可以按照其应有权利对共有物行使使用、收益权,但是,很多情况下共有人不是通过形成共有意志对共有物进行共同的支配,相反,共有人一般通过明示或者默示的约定,形成共有人各自使用共有物之一定范围的格局,形成对共有物进行分管的格局。依据民法的理论与观念,在分管格局中,共有人对共有物的一部分所享有的使用权(即使该权利强化到在共有人内部可以排斥其余共有人的程度)也不是一个他物权,它仅仅是共有人以所有权为基础所作出的一种利用客体的物权性安排。“分管契约乃指共有人约定各共有人各占有共有物而为使用”,“依实物见解,共有人间之分管契约具有物权效力,对应有部分之受让人,仍继续存在,且共有人对共有物特定部分之管理、使用收益行为,不以本人之为必要,共有人使第三人为之,自己处于间接占有之地位,仍无不可”<sup>②</sup>。“有的学者认为共有人之间订立共有权的管理和利用合同是债权,不能对抗善意的第三人,这值得商榷。共有物的管理和利用是基于共有关系而产生的约定,是共有人共同支配共有财产的具体表现,就其性质,是物权而不是债权。”<sup>③</sup>集体土地所有权的集体成员集体共有属性决定了集体成员利用集体农地的地权安排——土地承包经营权——是一种自物权自我实现的物权安排。当农民对特定的地块享有对全体集体成员以及全社会成员都具有排他性效力的支配权后,土地承包经营权就正式成为一种相

当于所有权的物权。土地承包经营人具有双重的占有身份,一方面作为集体成员之一进行占有,带有公有制条件下自主占有的心素;另一方面作为承包经营权人进行占有,具有独立于集体所有而使用集体土地的心素。因此,土地承包经营权是集体成员对集体土地进行利用的一种方式,是集体土地所有权的转化形式,它并不是设定在他人土地上的物权,不能被归入他物权的范畴。

(三)土地承包经营权在生成路径上显示出了持续向所有权接近的趋势

目前,党中央新的稳定农村土地承包关系并保持长久不变及赋予农村土地承包经营权全面权能的政策,正在推动农村土地承包经营权向一种类似于土地所有权的状态发展。在《物权法》实现农村土地承包经营权法律制度完全物权效力的前后一段时期内,中央的政策推动农村土地承包经营权继续向着符合农民与土地之间的本质联系方向发展,这种发展表现在中央持续阐发稳定农村土地承包并保持长久不变的政策,并全面阐述了赋予农村土地承包经营权完整权能并促进其充分流转的法律政策。

党中央稳定农村土地承包关系、推动农村土地承包经营权长久不变的政策,呈现出一贯的连续性及持续性。1998年9月25日,时任中共中央总书记的江泽民同志在安徽考察工作时强调:“中央的土地承包政策是非常明确的,就是承包期再延长三十年不变,而且三十年以后也没有必要再变。”2005年3月14日,时任国务院总理温家宝在十届全国人大三次会议的记者招待会上则明确表示,中国农民对土地的经营和生产自主权将永远不变。<sup>④</sup>中国共产党第十七届中央委员会第三次会议(以下简称“十七届三中全会”)通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》强调:“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。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。”2014年的“中央一号文件”再次强调“稳定农村土地

① 柯武刚、史漫飞等:《制度经济学——社会秩序和公共政策》,商务印书馆,2000年,第215页。

② 黄茂荣主编:《民法裁判百选》,中国政法大学出版社,2002年,第364—365页。

③ 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》(第2版),人民法院出版社,2004年,第158页。

④ 中国国务院总理温家宝在2005年3月14日会见中外记者时表示,中国农民对土地的经营和生产自主权将永远不变。

承包关系并保持长久不变”；2015年“中央1号文件”——《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》亦再次强调：“抓紧修改农村土地承包方面的法律，明确现有土地承包关系保持稳定并长久不变的具体实现形式……”笔者认为，农村土地承包经营权的“长久政策”应当包含承包主体、承包客体及承包内容长久不变三个方面。土地承包经营权长久不变政策在实践中贯彻的结果使集体土地所有权的回归受到全面限制，土地承包经营权在时间序列上呈现出“类所有权”的属性，其在法律技术上如何实现仍需继续探讨。

中国共产党第十八届中央委员会第三次会议（以下简称“十八届三中全会”）以后，中央赋予土地承包经营权人完整的土地支配权利，实现农村土地承包经营权财产权化及充分流转的法律政策，日益成为指导实现农村土地制度产权改革的政策基准。十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》指出：“完善土地承包经营权权能，依法保障农民对承包土地的占有、使用、收益等权利……按照依法自愿有偿原则，允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式流转土地承包经营权，发展多种形式的适度规模经营。”十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》更加明确地指出：“在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，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，允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营。”2014年的“中央一号文件”再次强调：“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。在落实农村土地集体所有权的基础上，稳定农户承包权、放活土地经营权，允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。”中央的一系列政策文件显示，农村土地承包经营权已经成为农地资源市场化配置的基础性权利，具有以实现农民土地利益为核心的全面类似所有权的各项具体权能。

总之，中国共产党人明确承认农民的土地承包要求，并进而通过自己的土地政策实现农民稳定而长久的土地承包经营权，并赋予土地承包经营权完整的权能的过程，是在有意识地重新“与民立约”，重建新民主主义革命政治契约的核心内容。土地承包经营权物权效力的强化体现出了中央将土地承包经营权升格为农民的基本财产权，进一步丰富“与民立约”的实质内容的良苦用心，也使共产党进一步赢得了农民的支持与拥护。这些契合农民土地权利要求的政策，强化了农民与土地间的本质性联系，使得土

地承包经营权具有了“类所有权”的性质，也使得这一轮“与民立约”具有了向新民主主义革命理想回归的性质<sup>①</sup>。

## 二、功能与价值实现视角下土地承包经营权法律属性分析

### （一）土地承包经营权是实现我国农地利用的核心物权形态

由于世界各国普遍推行“耕者有其田”的制度，因此，在市场经济发达国家与地区，人们一般是以农地所有权为基础进行农业经营。从我国的农村农地利用的现实状况来看，我国农地利用的基本层次不是集体土地所有权，而是农村土地承包经营权，以集体土地所有权为基础进行农业集体经营的村庄在改革开放后的我国已经极为罕见。因此，我国土地承包经营权在实现农地利用方面所起的作用，实质上与市场经济发达国家与地区的农地所有权相类似。

由于集体土地所有权不能成为流转的对象，我国农业用地的流转必须借助于农村土地承包经营权的流转来实现，农村土地承包经营权在农地资源优化配置方面发挥了与市场经济发达国家和地区的农地所有权一样的功能。“在农民土地权益中集体土地所有权是基础，土地承包经营权是核心，宅基地使用权等则是其重要的具体内容。”<sup>②</sup>事实上，中国生产资料公有制的存在使得土地承包经营权、建设用地使用权等发挥了类似大陆法系国家土地所有权所发挥的功效，而与用益物权制度所实际发挥的作用并不一致。对此，日本学者原田纯孝先生指出，“从机能方面来看的话，也可以说中国的用益物权所起的作用，相当于日本的私人土地所有权担负的作用，但其用益物权的性格，无论是从社会经济的角度，还是从法律的角度来看，都与日本民法的用益物权不一样。”<sup>③</sup>

### （二）土地承包经营权承担着农民群体人权保障与人格发展促进功能

在法治社会里，“所有权远不只是一种财产权的形式，它具有十分丰富的经济内涵和政治内涵”<sup>④</sup>。

① 孙宪忠：《争议与思考——物权法立法笔记》，中国人民大学出版社，2006年，第478、479页。

② 宋才发等著：《西部地区城市化进程中农民土地权益的法律保障研究》，人民出版社，2009年，第42页。

③ [日]原田纯孝著，胡光辉译：《从日本法看中国〈物权法〉中的用益物权制度——评陈甦教授的报告》，渠涛主编：《中日民商法研究》（第7卷），法律出版社，2009年，第153页。

④ [德]罗伯特·霍恩等著，楚建译：《德国国民商法导论》，中国大百科全书出版社，1996年，第189页。

从一般财产权的角度来看,概括意义上的一般财产权的拥有程度是一个人的格是否真正独立、意志是否真正自由的基础。生活于社会中的人只有拥有独立的、有保障的财产,才能不依附于别人而相对自由、快乐地生活。由于所有权通常是个人所享有的最基本财产权利,所以从所有权的保障与人格的自由发展角度而言,“所有权应保障基本权利之承担者,在财产法之范畴中,享有一个自由空间,以使其独立而负责人格,能得以形成与发展”<sup>①</sup>。针对所有权对人自由发展的意义,一些法国学者指出:“从根本上讲,所有权保证了人的自治和人格的发展,所有权是人类自由的延伸和保证。”<sup>②</sup>基于对所有权等财产权利对公民个人人格尊严与自由保障的重要意义,现代法治国家都通过宪政体制来实现对公民所有权及财产权的保障。针对法国 20 世纪 80 年代前后国有化之风对私人所有权的威胁,法国宪法委员会(le Conseil constitutionnel)重申了“所有权的根本特点在于它是自由的基本保证”这一原则。<sup>③</sup>德国《基本法》指出所有权是“一项与保障人身自由具有密切关系的基本权利。在基本权利的整体结构中,所有权承担着保证所有权主体在财产法领域享有自由空间并使他们有可能自行承担社会责任的任务”<sup>④</sup>。

近现代人文主义革命以来,所有权是一项必须由宪法全面保障的基本人权的观念普遍为市场经济发达国家与地区所接受。“物权中的核心类型所有权,对于社会大众而言,其意义不仅仅是一个财产权,而且被社会共同认定为一种基本人权”<sup>⑤</sup>，“因此,在人文主义革命时代产生了一种私有财产所有权神圣化的要求,其基本的出发点,是限制甚至排除封建君主及其国家对于民众基本财产权利的侵害”<sup>⑥</sup>。“在宪法上,财产权属于人权,是一项公权,与主体的人身不可分,是不可转让、不可剥夺、与生俱来的资格。”<sup>⑦</sup>同时,民法上的所有权划定了所有权人的自由意志空间,在积极层面保证了所有权意志的自由实现,在消极层面排除了其他私人意志对所有权行使的干涉,而宪法层面的所有权则划定了私人所有权对国家的防御力范围及救济方式。“民法上的财产权与宪法上的财产权的区别,说明了一个重要的原理性问题:作为针对国家的一种权利,宪法上的财产权乃属于一种特殊的‘防御权’,即公民(或私人)对国家权力(或公权力)作为国家权力(或公权力)所加诸的不当侵害作出防御,并在实际侵害发生场合下可得以救济的一种权利。”<sup>⑧</sup>

对农民土地承包经营权的确认及其保护是实现农村社会自由、正义、和平及和谐的基础。在农民个

人所享有的土地权利之中,土地承包经营权这一物权尤为重要。在农民土地权利的保障体系中,集体土地所有权是一个基础性层次的保障,但不是最直接和最核心层次的保障,农民作为个体或者农户结合体所享有的土地承包经营权(宅基地使用权)等物权才是农民土地权利的最基本与核心层次的保障。日本渡边教授所指出的“作为人权的财产权”,指的就是“土地利用权的保障”而非“土地所有权的保障”,土地使用权中应该把“生存权之土地利用权保障”放在第一顺位。<sup>⑨</sup>从土地承包经营权的价值功能角度考虑,土地是农民最重要的财产和最重要的生产资料,也是农民进行自我生活保障的最基本手段。土地承包经营权是中国新民主主义革命成果的延续与改革开放后农地革新优秀成果的积淀,保护土地承包经营权就是保护中国革命与建设的成果。土地承包经营权是实现农民个人自由与保持农民个人尊严的必要条件,是保证农民不受他人控制与役使的物质基础。土地承包经营权承担着保障农民——占中国人口绝大多数的具有“道德理性”的伦理生活体——自由而负责任地进行社会生活的价值保障功能,土地承包经营权是农民人格塑造的重要基础与条件。农民正是在与土地使用密切联系中的农业生产中才塑造出带有农业职业及乡土特征的自然人人格,农民丧失土地承包经营权则意味着其本身具备的农民人格的减损甚至灭失。

同时,在中国城市高度发展而乡村相对羸弱的二元社会及经济结构长期存在的历史与现实社会背景下,农民长期以来处于社会阶层及经济利益的弱势地位,因此,对农民群体进行自我保障及发展解放手段的土地承包经营权进行保障,带有对社会弱势群体进行社会保障与扶植的特定内涵。研究者和发展实践

① [德]鲍尔·施蒂尔纳著,张双根译:《德国物权法》(上册),法律出版社,2004年,第516页。  
② 尹田:《法国物权法》,法律出版社,1998年,第110页。  
③ 尹田:《法国物权法》,法律出版社,1998年,第126页。  
④ 转引自[德]卡尔·拉伦茨著,王晓晔等译:《德国民法通论》,法律出版社,2003年,第86页。  
⑤ 孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社,2009年,第30页。  
⑥ 孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社,2009年,第2页。  
⑦ 金俭:《不动产财产权自由与限制研究》,法律出版社,2007年,第23页。  
⑧ 林来梵:《针对国家享有的财产权——从比较法角度的一个考察》,孙笑侠主编:《返回法的形而下》,法律出版社,2003年,第154页。  
⑨ 转引自[韩]金敏圭著,李鲜花译:《外国土地法的现状及展望》,渠涛主编:《中日民法研究》(第4卷),法律出版社,2006年,第130页。

者早就认识到,提供给穷人土地使用权并提高其有效利用自己占有的土地的能力是消除贫困及增强贫困人口社区力量的关键所在。<sup>①</sup>“地权是宪政的基石,包括地权在内的市民的财产权是国民人格的构成要素,而构成了公民权利和自由的基础。”<sup>②</sup>土地承包经营权不但给予了农民长期而稳定的土地权利,缓解了农村贫困的趋势,而且土地承包经营政策也得到了农民的真心想拥护与支持,进一步巩固了工农联盟的基础,促进了农民迁徙自由等权利的实现,使共产党执政的工农联盟基础进一步巩固;土地承包经营权使农民不再依附于土地,农民可以外出打工与经商,因而具有重要的公法意义<sup>③</sup>。对农民土地承包经营权的保障具有公私法融合、保障与提升社会弱势群体生存与发展条件的社会功效。农民土地承包经营权的这种特殊地位决定了土地承包经营权承担着比市场经济发达国家与地区的农地所有权更为优位的人权保障价值,从而也使土地承包经营权有别于他物权与作为债权的土地租赁权。

### (三)土地承包经营权具有与永佃权完全不同的价值内涵与发展趋势

与土地承包经营权非常类似的农地物权形态是永佃权。永佃权制度是一个极其古老的制度,是支付地租长期在他人土地上为耕作或畜牧的权利。由于永佃权是传统大陆法系物权法中一种重要的物权,并且也是我国历史上存在过的一种重要的物权形态,罗马法、日本民法以及我国旧民法都设有关于永佃权的规定,因此,很多学者都主张应当将土地承包经营权革新为永佃权,甚至有学者认为土地承包经营权就是一种永佃权。<sup>④</sup>但是,笔者认为不能因为永佃权与土地承包经营权之间的相似性而将两者混淆,它们两者在价值取向、伦理属性与法律性质方面有着根本的不同。由于土地承包经营权是集体成员利用土地的一种主要形式,是特殊的集体共有人之个体利用共有土地的特殊形式,因此,土地承包经营权在设定时不需交纳或者只需交纳少量的承包费用。承包费在性质上不是地租,而是集体土地所有权代行主体管理土地所产生的各种费用的价值补偿形式(或者是集体成员共同决定提取的交由发包方保管使用的土地收益和各种公法税费负担)<sup>⑤</sup>。永佃权在设定时虽可以有偿的,也可以是无偿的,但是以收取地租有偿设立为常态,而以不收取地租无偿设立为例外。

虽然永佃权制度具有缓解农地所有与农地利用之间的对立,实现农地充分利用的功效,但是由于土地所有权人凭借其所有权稳定地分割了永佃权人的经营收益,因此,在传统农业日益缺乏比较优势的情

况下,永佃权日益成为一种次优的农地经营方式。此外,由于永佃权的期限过长,会对农地所有权的核心价值形成冲击,因此,永佃权制度日益受到实践及学理的冲击与否定。随着农业日益成为夕阳产业以及“耕者有其田”的政策在世界各国(地区)普遍得以推行,永佃权最终呈现出式微之势。我国台湾地区借民法物权编修订之际,最终废除了永佃权制度,而改采更加灵活的农育权制度。为什么在当今世界永佃权已经式微,逐渐退出了历史的舞台或者已经消逝,而中国的土地承包经营权呈现出蒸蒸日上之势?根本的原因就在于土地承包经营权是集体农地所有权实现的主要方式,是一种需要被当作农地所有权一样来对待的农地物权。土地承包经营权负载了永佃权制度所无法比拟的历史使命,永佃权制度仅仅是一种较为普遍的农地利用方式,它的历史与政治价值均无法与土地承包经营权相比。土地承包经营权在价值上迥异于永佃权,这是我们在对土地承包经营权与永佃权进行比较时必须牢记的一点,否则会产生许多疑惑,甚至会产生永佃权制度优于我国土地承包经营权制度的想法。所以,笔者认为,可以借鉴永佃权制度来完善我国的土地承包经营权,但是,却不能将土地承包经营权改造为永佃权,这样会抹杀土地承包经营权的价值内涵。

## 三、历史传承与制度实践观照下的 土地承包经营权法律属性定位

### (一)中国传统地权制度中的双层所有权思想、制度及其借鉴

中国传统的永佃权制度与大陆法系传统的永佃权制度有很大的不同:中国传统的永佃权制度较大陆法系传统的永佃权制度发育得更加充分与成熟,

① [德]克劳斯·丹宁格著,贺达水等译:《促进增长与减缓贫困的土地政策》,中国人民大学出版社,2007年,第3页。

② 许章润:《地权的国家德性》,《比较法研究》,2010年第2期。

③ 孙宪忠:《争议与思考——物权法立法笔记》,中国人民大学出版社,2006年,第479页。

④ 例如有学者指出:“关于土地承包经营权,实际上相当于永佃权”,“改造农村土地承包经营权为永佃权,使之既可容纳当前农村土地耕种的现实法律关系,又可以为将来农村土地的大规模集约化、现代化经营提供法律依据”。参见杨立新、尹艳:《我国他物权制度的重新构造》,《中国社会科学》,1995年第3期。“土地承包经营权与永佃权,在权利性质、权利主体、权利客体、权利内容诸多方面的相同性,使得以永佃权制度完善土地承包经营权制度具有了可能性。”参见江平:《中国土地立法研究》,中国政法大学出版社,1999年,第320页。

⑤ 从历史角度看,中国的土地承包费中曾经包含着各种公法税费负担,而不是一个简单的民事费用。2006年农村税改革完成后,土地承包费才真正回归到民法的范畴。

甚至带有“第二层次的所有权”或者“类所有权”的性质。首先,中国传统的永佃权的期限一般是永久的,这与大陆法系传统的永佃权多是设定一个较长的期限明显不同。其次,中国传统的永佃权是可以充分流转的,既可以出租<sup>①</sup>,又可以转让、抵押与继承;而传统大陆法系的永佃权在出租性方面受到显著限制,永佃权人一般不能将土地再次出租。“根据所有者的意思或者非因所有者的意思而产生了无期限的限制性物权,这与将所有权置于对土地具有全面而富有弹性的支配权位置而其他物权构成限制物权的现代法有所不同。”<sup>②</sup>因此,中国传统的永佃权制度造就了中国农地的多层次的支配体系,即农地上同时存在着所有权的支配与永佃权的支配,而且两者相互制约,长期共存。所有权不能排除永佃权,永佃权也不能排除所有权,两者都可以对土地进行支配,甚至进行法律上不同层次的处分,使得土地上呈现出一种类似于双重所有权的结构。

“‘田面田底’现象一旦出现,当时的中国人就认为与其说是租佃关系,倒不如说是与田主所有权相并列的土地所有关系。人们并不把这种做法看作是土地整体的买卖,而只是看作‘田面’的买卖和所有。换言之,就是把‘田面’‘田底’视为两种并存的事物,能够分别买卖和所有。”<sup>③</sup>普通民众根据普遍的法律推理所得出的结论是:土地的所有权已经不是完全意义的所有权,而是“田底权”,是一种可以长期获得土地收益,可以对土地交换价值进行有限支配的权利;而永佃权也不是一种普通的他物权,它是“田面权”,是一种几乎拥有对农地近乎全面的支配效力的物权(除向所有权人交纳地租实现其所有权的收益权外)。“‘田面权’除永久耕作权外,还有改变土地用途(如造坟、置屋)、转佃、买卖的权利,反映的是土地所有权的分割,属于所有权制度的变化。”<sup>④</sup>永佃权人对土地进行出租、转让与继承等所形成的拥有处分权的外表,使得普通民众在直观的观念上将其与所有权同等看待,因此,永佃权人又获得了“二地主”的称呼。永佃权对土地所有权的这种分割不是一种量的分割,而是一种质的分割,它形成了一种近似土地双重所有权的现象。

中国土地权利这种异常的分化发展趋势是与中国的人地矛盾高度紧张的趋势密切相关的,“田底权”充分满足了非农阶层对农地进行投资与收益的需要,而“田面权”则实现了农地利用人对农地的占有、使用、收益与处分的各项需要。中国土地权利的这种多层次的分割与发展的发达状态,是我们在完善我国土地承包经营权制度时,必须充分考虑的。

永佃权的实践说明,中国古代对土地权利的划分主要是基于实用的观念,而不是主要基于对土地权利进行抽象理论分析的结果。中国“田底权”与“田面权”相分割的观念,与德国继受罗马法时在土地上仍旧保留的日耳曼法中的直接所有权与间接所有权观念,在技术构造及价值目标层面均极为类似。中世纪及以后,德国继受罗马法绝对所有权的概念,导致了对农民的种种不利。例如,日耳曼古习惯法中存在地主与佃农之间稳定而可世袭的租赁关系,依罗马法转变为了有时间限制的契约性租赁,严重弱化了佃农等农民的土地权利<sup>⑤</sup>。因此,在这一继受过程中,“唯日耳曼社会经济最重要的土地所有权人与土地使用权人的相互关系,未受到罗马法所有权概念的影响。盖注释法学派将农民的土地使用权解释为用益所有权(dominium utile),将地主的土地所有权解释为直接所有权(dominium directum)。此解释与我国古代,尤其清代台湾所有权之分割,即地主之田骨,佃农之田皮相类似。德国所有权分割的目的在适应当时日耳曼社会的实际需要,尤其在保护一般农民对土地的占有使用”<sup>⑥</sup>。

## (二) 罗马法所有权制度的延续发展以及所有权中心主义的物权体系

欧洲大陆在长期的历史发展过程中形成了罗马法物权体系与日耳曼法物权体系两大并列的物权体系,而近现代以来欧陆各国普遍继承了罗马法中的所有权思想及其物权体系,而对日耳曼法物权体系及其理论的现当代价值关注不足。

罗马法中既存在所有权绝对观念,也存在“所有权——占有”二分格局以及最终向双重所有权制度发展的延续趋势。罗马法中存在着所有权的制度及所有权的模糊概念,但是却并不存在对所有权的定义,罗马人正是从“我的”“你的”这样的观念来理解所有权的。“罗马法对所有权并没有定义,而是对

① 从历史上看,中国在习惯的基础上发展起来的永佃权是可以出租的,中国旧民法在将其上升为法定物权后,规定永佃权可以让与、遗赠他人或设定担保,但是却不得出租。参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社,2000年,第215页。

② [日]森田成满著,牛杰译:《清代中国土地法研究》,法律出版社,2012年,第24页。

③ [日]寺田浩明著,王亚新等译:《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》,清华大学出版社,2012年,第84页。

④ 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社,2009年,修订版序言第2页。

⑤ 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社,2003年,第290—291页。

⑥ 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社,2003年,第316页。

物的完全支配权。”<sup>①</sup>罗马法虽然没有所有权的具体概念,但是“我的”“你的”却比现代所有权的概念更加具有精确性。“罗马法上确立的绝对与抽象的所有权观念和法律概念与原则却构成了罗马法本身以及现代民法的一个最为基本的法律概念,而这本身又首先来自罗马法上市民法所有权绝对性与不可分割性的历史特征。”<sup>②</sup>罗马法的土地物权体系经历了一千多年的历史演进过程。“在罗马共和国时期,土地权利形成的初步框架,是基于公地与私有土地两种类型而构建出的‘所有权——占有’二分格局,分别对应着市民法所有权保护体系和裁判官令状保护体系两套系统,排除来自第三人的干扰。”<sup>③</sup>同时,随着地役权制度等他物权制度的形成与发展,与之对应的所有权制度与概念才日益清晰与明确,此后,他物权又随之表现出向实质意义上的所有权发展的趋势。“在罗马帝国时代,罗马土地上生成了较为完备的他物权体系,永佃权、地上权、用益权与地役权等多种他物权规范逐渐成熟,这些他物权的演化方向皆趋向于实质意义上的所有权,并且从救济途径这一进路对后世的物债二分理论产生了影响。”<sup>④</sup>各类他物权在古罗马生成以后,它们自然发展与成熟的方向是演化为实质意义的的所有权,在实践意义上实现所有权的上下层分割。

在欧洲的中世纪,物权制度沿袭罗马帝国时期所有权与其他各类物权独立向前发展的方向,并结合了由原始日耳曼部落法制时期发展而来的各种因素,形成了后期的日耳曼所有权制度以及在分封制基础上形成的多层土地权利体系,“在封建制尤其是封建地制体现为以土地为中心所建构起来的金字塔式的等级身份与人格依附关系与财产关系的混合而形成的一个错综复杂的,包括权力与权利在内的关系网络或权利义务体系”<sup>⑤</sup>。从封建土地财产关系向近现代财产关系转变的一个路径是,剔除封建财产关系中所包含的公法因素、等级身份关系与人格依附关系,在自然演进及法律不断革新的基础上逐步实现土地权利的纯粹化,并逐步使之与近现代生活关系相适应。因此,封建及庄园土地权利制度继续向前发展的一个重要方向,是在土地所有权与其他土地权利并行的基础上,沿着土地权利多层次划分的方向继续前行,形成土地权利按照时间等因素进行分割的复杂权利体系。英美法系土地权利近现代化的过程,正是沿袭这一体系并缓慢注入一系列新时代因素的结果。从封建土地财产关系向近现代财产关系转变的另一路径是回归到罗马法这一更远的法律传统,并对罗马法做出一个适应近现代产权

关系的解读与构建,以所有权为中心重动物权体系,从而达到剔除封建财产关系中所包含的公法因素、等级身份关系与人格依附关系,实现土地权利纯粹化的目的。欧洲大陆近现代以来土地权利的发展,正表现为在人文主义精神的指引下摒弃并整理封建时代的土地权利多层次的传统,回溯至罗马法绝对所有权思想及制度,并在该传统中注入新时代的内容,以所有权为中心重动物权体系。

近现代以来,对罗马法所有权及物权思想进行继承及发展的结果是形成了所有权中心主义的物权体系及其理论,并且进而形成通过所有权中心主义思想来诠释罗马法及其相关制度的制度传统。将所有权作为中心进行物权制度设置,一直是法国民法物权制度及其以后民法物权制度进行制度设计和运作的基点。“考虑到民法的制定者使用我们取得所有权的不同方式……如同他在民法典中的位置一样,所有权是民法的核心:不仅仅是物权法,也是继承法、赠与、合同及夫妻财产制的核心。”<sup>⑥</sup>“所有权(le droit de propriété)是最重要的物权。所有权的地位是如此的重要,法国《民法典》的制定者差不多将所有权设置成了法典的中心(le centre du Code)。只要读一读《民法典》各卷的标题,除了第一卷‘人’之外,整个法典似乎都被用在规定所有权上。《民法典》第二卷(第 516 条至第 710 条)规定的是‘财产及所有权的各种变更’,法典最后一卷——第三卷(第 711 条至 2283 条)的标题为‘取得所有权的各种方式’,不过,第三卷规定的内容要广泛得多:立法者在这一卷中详细规定了‘取得各种权利的各种方式’,而不仅仅是‘取得所有权的方式’。但是无论如何,法国《民法典》的整体编排以及各卷的标题都表明编者试图将一切都拉回到所有权上。”<sup>⑦</sup>在《德国国民

① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆,2001年,第323页。

② 李永军主编:《民事权利体系研究》,中国政法大学出版社,2008年,第138—139页。

③ 汪洋:《土地上物权框架的生成与表达——基于体系化视野对罗马物法的重塑》,《2014年第四届两岸民商法前沿论坛论文集》,第649页。

④ 汪洋:《土地上物权框架的生成与表达——基于体系化视野对罗马物法的重塑》,《2014年第四届两岸民商法前沿论坛论文集》,第650页。

⑤ 李永军主编:《民事权利体系研究》,中国政法大学出版社,2008年,第159页。

⑥ Malaurie, P., Aynès, L. & Théry, P., *Les biens, la publicité foncière*, EDITIONS CUJAS, 4<sup>e</sup> édition mise à jour au 1<sup>er</sup> janvier 1998, Paris, 107.

⑦ Terré, F., & Simler, P., *Droit civil les biens*, 8<sup>e</sup> Edition, Paris: Dalloz, 2010, 91.



法典》所有权、用益物权、担保物权、占有的体例下，所有权依然是物权制度的核心，对所有权利人利益的保障与实现是整个物权法律制度建设中不证自明的公理，用益物权、担保物权作为所有权权能分离的结果，绝对不能撼动所有权的中心地位，冲击所有权的核心价值。用益物权必须是有期限的，担保物权只能对物的价值的一面进行支配，所有权终究会恢复对物圆满支配状态，所有权的价值与意义决不允许受到冲击与质疑，所有权的神话充斥在物权法的理论与制度实践中。“我们一直生活在所有权高于一切物权的理念之下，自人类走进私有制，关于所有权的神话就笼罩着物权的理论和实践。”<sup>①</sup>

所有权中心主义的思想及其理论在实现封建土地制度及社会制度向现代人文主义土地制度及社会制度的转变过程中，发挥了至关重要的作用，也成为现代大陆法系国家物权制度与理论的基石。但是，该理论并不完全适应现代物权体系从所有权中心到使用权中心的发展趋势，也不符合中国土地物权制度建设的实际。近代之土地法并非以“土地所有权”为中心，而是以“土地利用权”为中心来制定。“现代社会中，非所有人利用他人财产并非只有土地房屋，其他各种财产包括大陆法系民法所说的动产，普遍出现财产归属和财产利用相分离的情形，而分离的结果是一方拥有所有权，另一方拥有占有、使用、收益乃至处分的权利。”<sup>②</sup>现代物权法的发展表现出了强化使用权人对物的支配效力，而弱化所有权中心主义的趋势；现代的不动产法乃以所有权中心向利用中心转变的理念为基调。<sup>③</sup> 在中国的土地国家所有与土地集体所有的土地制度实践中，整个土地制度的重心普遍表现为土地承包经营权、宅基地使用权、建设用地使用权等以利用为中心的土地权利，而非传统的土地所有权。换言之，在中国土地的国家所有权与集体所有权是土地利用的基础，而不是重心。“现代社会普遍实现了财产所有和财产利用的分离……公有财产在财产所有和财产利用上呈现的天然分离，则加剧和深化了现代中国财产所有与财产利用的分离。”<sup>④</sup> 因此，“现代物权制度必须充分认识财产利用在现代社会中的性质、特点，充分把握财产利用所产生的利益格局的变化，根据财产利用的内在规律和客观要求，妥善地选择和确立财产利用中的权利和义务”<sup>⑤</sup>。

理论应当立足现实，对现实实践给出合适的解释并指导现实实践，而不是让现实向理论让步，形成“削足适履”的状态。而长期以来我国物权法理论与实践都一直忽视对现实法权关系的实事求是的深入研究，而是习惯于套用传统大陆法系主流的物权法

理论来说明、解释与塑造中国土地物权实践。显然，传统大陆法系主流的物权法理论既非在新中国长期土地物权制度建设的实践中形成，也并不完全适应中国土地物权制度建设的实践与土壤。传统大陆法系物权法理论中包含着浓厚的所有权中心主义思想，这种思想不适应中国土地物权制度的建设与实践。传统大陆法系主流的物权法思想秉承着从罗马法到法国民法再到德国民法典的所有权效力中心主义的观念，以所有权作为塑造物权法律关系的中心，这并不适合中国实际。“土地所有权与土地使用权制度的分割，使得土地使用权利用的意义变得异常重大，过于强调土地所有权，即土地的静态归属的大陆法系的土地财产权制度，已经不符合我国的具体现实，应该在分析我国土地所有权与土地使用权相分离的特殊背景下探讨我国土地物权体系的构建，更好地实现土地使用权的流转与利用。”<sup>⑥</sup> 只有打破所有权的中心地位，强化土地承包经营权的物权属性与法律地位，使其被看作一种与所有权平等存在的农地利用基本物权，才符合现代物权法发展和完善的总趋势与我国的基本国情。

（三）从日耳曼法而来的双重所有权理论及其借鉴意义

在欧洲大陆，与罗马法所有权中心主义的物权思想及其体系相对应的另一种所有权思想及其体系，是日耳曼法的所有权思想及其体系。“古代日耳曼土地制度是整个中世纪所有一切公共制度的基础和典范，它不仅渗透到德意志的全部生活，而且渗透到法兰西北部、英格兰、瑞典的全部生活。”<sup>⑦</sup>

日耳曼土地所有权制度及其实践的典型时期是日耳曼马尔克公社及其土地制度实践时期。在一个相对稳定的时期内，日耳曼法的土地制度实践表现为一种土地总有形态下的上下级所有权的分割。“日耳曼土地所有权的特征表现为：土地为全体社员所共同享有，在此基础上分配给各个家庭使用、收益，但对土地的管

① 孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（第1版），人民法院出版社，2002年，第50页。

② 孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（第2版），人民法院出版社，2004年，第321页。

③ 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社，2002年，第57页，第65页。

④ 孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（第2版），人民法院出版社，2004年，第331—332页。

⑤ 孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（第2版），人民法院出版社，2004年，第64页。

⑥ 刘道远：《集体地权流转法律创新研究》，北京大学出版社，2011年，第43页。

⑦ 《马克思恩格斯论国家和法》，法律出版社，1985年，第167页。

理以及处分权仍属于公社,并且公社对土地的管理与处分应在民众大会上得到全体社员的同意。”<sup>①</sup>在日耳曼法中,所有权的观念是以物的利用为中心,“所有”的意义是具体的、相对的,存在着“双重所有”,即统一土地的所有权分为“上级所有权”(拉丁文“dominium directum”)和“下级所有权”(拉丁文“dominium utile”)两种,它们分别代表领主(或地主)对土地的管辖权、处分权和耕作人对土地的使用权、收益权。日耳曼法并没有形成类似罗马法中的“绝对所有权”概念,而是主张所有权的相对性,所有权仅表现为一种具体利用权,没有像罗马法那样形成所有权与他物权的分化模式,建立于物上的权利均为独立的权利,相互之间并无依附和从属关系。<sup>②</sup>在日耳曼法上,“所有权之内容不过为物上完全利用权而已”<sup>③</sup>。

此外,在欧洲封建社会很长的一段时期内,一直存在延续日耳曼传统形成的上下级所有权分割的思想及其实践。“西欧封建财产法中一直存在着多重所有权,即领主(地主)对土地的管理权、处分权(又称“上级所有权”)和耕作人对土地的使用权、收益权(又称“下级所有权”)。”<sup>④</sup>梅因对此指出:“封建时代概念的主要特点,是它承认一个双重所有权,即封建主所有的高级所有权以及同时存在的佃农的低级财产权或地权。”<sup>⑤</sup>“领主庄园组织以及在它之上的封建制度把一种建立于习惯或契约上的重叠的物权等级强加在所有的土地上,在这种物权范围内一切都同样得到遵守,没有任何一项法权对平民财产具有绝对的居支配地位的性质。实际上,在许多世纪中,所有有关土地权的诉讼或者有关土地收益的诉讼都是以‘法定占有’为依据,而从来不是以所有权为依据,也就是说土地占有的合法性受传统习惯保护。”<sup>⑥</sup>

延续日耳曼法传统在欧洲中世纪甚至以后一段时期内长期存在的双重所有权乃至多重所有权理论及其实践,对所有权制度的发展演进及土地利用关系的发展均起到了巨大的历史促进作用。首先,双重所有权乃至多重所有权理论促进了所有权概念的发展及其演进,促成了所有权思想与制度的时代性革新。所有权的概念是从中世纪注释法学派对中世纪双重所有权的理解中产生的。注释法学派从对物的利用关系出发,形成了双重所有、三重所有的理论,并在此基础上提出了所有权的概念。“在优士丁尼取消了罗马古典法时代曾经存在的双重所有权之后,注释法学家通过对罗马法文献的解释形成了新的双重所有权:直接所有权和用益所有权。这种分割所有权的产生满足了采用罗马教义来调整规范当时的封建采邑社会结构的需要。因此,服务于不同

社会目的的新的双重所有权在中世纪占据主导地位。”<sup>⑦</sup>从罗马法或者现代法的角度来看,“用益所有权”本身就是一个矛盾的术语,是所有权内涵断裂的结果。“用益所有权包含多种具体类型,如永佃权、地上权、长期租赁人对土地的权利以及封臣的权利等。这些权利都因土地最初的所有权人赋予其使用权而产生。因为这种使用权的长期性和稳定性使他获得了一种相对于原所有权的自主性,从而在法律规范层面上被上升为一种所有权,原来的用益权则成为新的所有权形式下的一个具体用益权能。”<sup>⑧</sup>其次,双重所有权乃至多重所有权理论促成了对所有权本质的时代性反思,将所有权的本质与物的利用关系进行了实质性关联,实现了所有权利用对物权的利用关系的包容与关照。“将用益事实上升为所有权,事实上反映了社会秩序的重心从所有权人向物的利用主体移转。”<sup>⑨</sup>“用益所有权人产生于原所有权人对他人的授权使用行为。在这种授权是长期或者永久的情形,为保护使用人的利益,就赋予使用事实以实际的所有权法律效力。因此,可以认为,是使用的长期性使其获得了相对于原所有权人的自主性,从而获得了具有所有权法律效力的状态。这种对物的直接使用以及期限的强调反映了一种从物的视角出发所进行的法律建构,充分强调了客体的重要性。”<sup>⑩</sup>当主体对物的利用关系越来越重要,并需要在法律层面上进行反映时,法律秩序的重心开始从地籍册上登记的所有权人向受让土地的使用权人

① 金俭:《不动产财产权自由与限制研究》,法律出版社,2007年,第64页。  
② 梅夏英:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社,2002年,第27页。  
③ 郑玉波:《民法物权》,台北三民书局印行,第49页。  
④ 金俭:《不动产财产权自由与限制研究》,法律出版社,2007年,第65页。  
⑤ [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,商务印书馆,1959年,第167页。  
⑥ [法]马克·布洛赫著,余中先、张朋浩、车耳译:《法国农村史》,商务印书馆,2003年,第147—148页。  
⑦ 陈晓敏:《大陆法系所有权模式的历史变迁——兼释我国〈物权法〉三种所有权体系下的所有权类型》,吉林大学博士学位论文,2011年,第16页。  
⑧ 陈晓敏:《大陆法系所有权模式的历史变迁——兼释我国〈物权法〉三种所有权体系下的所有权类型》,吉林大学博士学位论文,2011年,第29页。  
⑨ 陈晓敏:《大陆法系所有权模式的历史变迁——兼释我国〈物权法〉三种所有权体系下的所有权类型》,吉林大学博士学位论文,2011年,第29页。  
⑩ 陈晓敏:《大陆法系所有权模式的历史变迁——兼释我国〈物权法〉三种所有权体系下的所有权类型》,吉林大学博士学位论文,2011年,第32页。

转变,逐渐赋予了土地的使用人更多的权能与独立性,形成了理论关照现实的用益所有权概念。我国土地利用秩序的重心重新出现从集体土地所有权向土地承包经营权等农民个体土地物权转变的现实社会背景,正好提供了借鉴用益所有权理论从实践层面重构我国所有权结构的现实可能性。

因双重所有权乃至多重所有权理论与制度对应着即将为时代所彻底抛弃的封建采邑、庄园制等中世纪的制度,从而烙下了浓厚的封建等级制度的印记,沾染了过多非自由与束缚的气息与色彩,在人文主义革命及近现代自由民主的大背景下的欧洲大陆被迅速地革新与抛弃,转瞬间为代表自由气息的近代所有权绝对思想及与之对应的所有权与他物权二分的体系所代替。法国、德国等大陆法系典型国家几乎未经任何严谨的理论检讨与辩论,便实现了所有权与他物权二分体系对双重所有权乃至多重所有权理论与制度体系的替代,同时,双重所有权乃至多重所有权理论与制度体系在英美法系以具有理论继承与发展特征的地产权理论及信托制度的形式,在缓慢发展以适应新时代的需求。摒弃双重所有权乃至多重所有权理论与制度体系中的封建主义方向是必要的,但同时该理论及制度体系中的法技术及法理论因素,则仍有挖掘并进行时代性检讨的必要。

#### (四)农民社会心理视角下土地承包经营权的法律属性分析

在实践中,农民对农村土地承包经营权形成了一种独立的类似于所有权的产权认知结构,奠定了将土地承包经营权作为类所有权产权层次的心理基础。从法律心理学的角度来看,将土地承包经营权界定为一种相当所有权,更加符合农民对土地承包经营权的认知状态,强化土地承包经营权的物权属性使之成为一个名副其实的相当所有权,符合农民对农地权属的期望。

陈小君教授主持的调研显示,针对“您觉得农村的承包地(田)的所有权归谁最好”这一问题,有46.41%的受访农户期望归个人所有,21.23%的受访农户期望归国家所有,22.18%的受访农户期望归村集体所有,15%和5.05%的受访农户期望归乡(镇)集体和村小组所有。<sup>①</sup>“农民较强烈的‘私有’情结源于农民期望在关涉土地权利的问题上具有较强的话语权,并希望农地所承载的权利具有稳定性,自己在土地承包经营权的行使中具有更多的自主性。”<sup>②</sup>受访农户虽然表示承包地最好归个人所有,但是其真实的意图并不是希望实现农村土地私有

化,而是希望享有更稳定且更少受干预的土地承包经营权。<sup>③</sup>换言之,农民目前已经对土地承包经营权形成了一种类似于所有权的独立的基础产权形态认知,他们希望得到的是一种被当作所有权一样来看待及保障的农村土地承包经营权,即相当所有权。

#### (五)土地承包经营权法律属性的重新评估与检讨

基于对土地承包经营权这一制度的价值与重要性的认识,立法者将土地承包经营权放在《物权法》用益物权分则的第一章,一方面是为了突出土地承包经营权的重要性,另一方面也说明立法者看到了这一制度和一般用益物权制度的不同。但是,立法者还是没有摆脱传统物权法中自物权与他物权划分的概念窠臼,难以准确地把握土地承包经营权的性质并对其做出实事求是的界定。

将土地承包经营权看作一种用益物权完全是所有权神话映射中国的结果,并不符合我国的实际。今天,我们必须从我国土地物权制度建设的实际出发,打破所有权中心论,达到集体土地所有权与土地承包经营权、宅基地使用权及农村建设用地使用权等物权之间的平等协调。“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>④</sup>土地承包经营权不是在他人之物上设定的物权,因而土地承包经营权不是传统民法中所指的他物权;虽然土地承包经营权也是侧重对土地的占有、使用和收益,但是土地承包经营权不同于传统民法中的用益物权。因此,在对土地承包经营权进行分析时,不能再囿于传统的所有权中心论,而应当结合中国的具体实际,实事求是地看待土地承包经营权,将土地承包经营权定位为一种位于传统物权序列之所有权与他物权之间而更加接近所有权的物权,不能机械地将其归入他物权的序列。

通过家庭承包方式取得土地承包经营权,在本质上是对集体土地所有权权能的质的分割,其分割的结果是在集体土地所有权上形成集体土地所有权与土地承包经营权并存的双重所有权结构,即通过家庭承包方式获得土地承包经营权具有自物权属

① 陈小君等:《农村土地法律制度的现实考察与研究——中国十省调研报告》,法律出版社,2010年,第5页。

② 陈小君等:《农村土地问题立法研究》,经济科学出版社,2012年,第6页。

③ 陈小君、高飞、耿卓、伦海波:《后农业税时代农地权利体系与运行机理研究论纲——以对我国十省农地问题立法调查为基础》,《法律科学》,2010年第1期。

④ 孙宪忠:《不动产物权取得研究》,《民商法论丛》(第3卷),法律出版社,1995年,第42页。

性,是一种相当所有权。“究竟土地承包权的实质为何?本质上讲,它是对所有权的分割。首先,承包合同越是长期化、固定化,承包权对所有权的分割程度就越高。其次,在我国现实中,土地承包权是有价值的,这个价格的存在便证明承包权对所有权的分割作用;承包权对应所有权的价格越高,承包权对所有权的分割程度就越高。”<sup>①</sup>集体土地所有权在土地承包经营权普遍存在的状态,普遍的表现作为一种对土地进行分配与管理的上层所有权。“土地所有权人所能行使的,在国有土地上收取一定的土地使用权出让金或作出划拨土地的决定,在集体土地上是合理分配承包土地和农村宅基地以及在土地被国家征收时取得征地补偿。土地所有权怎么也套不上传统物权理论所说的最完整、最充分、最全面的所有权概念,但仍是货真价实的所有权,只不过其所有权的价值和意义表现为收益权能和管理权能而已。”<sup>②</sup>虽然产生与发展的路径并不相同,但土地承包经营权与日耳曼法的下级所有权具有很大相似性,同时在权能与流转等很多方面,土地承包经营权的效力都已经远远强于日耳曼法时期的下级所有权,因而,说土地承包经营权是一种相当所有权,完全符合物权的法理。承认土地承包经营权的相当所有权属性,会带来农村土地物权的所有权二元结构这一新的理论挑战。但承认所有权的二元化并不可怕,我们可以借鉴英美法系信托财产权制度构造的经验,并结合中国实际进行理论创造与制度革新。“二元所有权结构的信托财产,让所有权的一元结构也遇到了前所未有的挑战。两个所有权并存并不应为理论上的困惑——这种困惑只存在大陆法——而在现实中被英美法所抛弃;相反,二元所有权正是英国长期以来自由市场经济必然导致产生并被发现的优良法律制度。”<sup>③</sup>

#### 四、土地承包经营权相当所有权属性 确认的理论与实践价值分析

##### (一)土地承包经营权相当所有权属性的确认与农地权利的配置及运作

明确土地承包经营权的相当所有权属性,有助于强化对农村土地承包经营权的保障,实现农村土地承包经营权与集体土地所有权之间的协调运作,以及集体成员资格认定标准的重构。

承认土地承包经营权的相当所有权属性,可以使农民个体及农民集体在集体土地所有权行使方面更加考虑到其相互之间相互依赖、协调一致运作的一面,从而避免或者减少集体地权与农民个体地权之间的冲突。“集体土地所有权与土地承包经营权

之间的冲突普遍存在于农村土地的调整过程中、集体收回承包地的过程中以及农村土地承包经营权的流转过程中。集体土地所有权与农村土地承包经营权之间的冲突必须在充分把握集体土地所有权与农村土地承包经营权本质属性的基础上妥善解决。集体土地所有权与土地承包经营权高度一致表明,土地承包经营权人对特定的集体土地所进行的占有、使用与收益在一定程度上就已使得集体土地所有权的目的是与功能得到了实现。”<sup>④</sup>因此,应当在承认土地承包经营权的相当所有权属性的基础上,“严格限制集体调整承包地与收回承包地的权利,允许农民在自愿的基础上充分流转其承包地,建立集体土地所有权在土地承包经营权限制下实现的制度,可以达到协调两种权利的运行,构建和谐农村法秩序的目的。”<sup>⑤</sup>

承认土地承包经营权的相当所有权属性,有利于构建符合我国国情的集体成员资格变动制度。土地承包经营权的相当所有权属性表明,土地承包经营权与集体土地所有权之间有着本质性的内在联系,土地承包经营权、宅基地使用权的变动标志着集体土地所有权成员资格的变动。在人对物的物权关系的取得过程中,包括所有权在内的物权都不是取得的最终目的,而是一种对物关系取得的工具和结果。“所有权从来都不是取得的核心目的,因为所有权并不完全代表相关的利益(这对取得所有权没有意义),相反,所有权同时是取得的工具和结果。”<sup>⑥</sup>由于集体土地所有权不能直接通过转让方式由集体成员取得,在存在集体土地所有权与土地承包经营权的农地上,集体成员对集体土地成员权的取得工具表现为土地承包经营权等物权的取得,农民个体取得了特定地块的土地承包经营权就标志着取得了集体土地的最终成员权。基于此种认识,我们可以重新构建集体成员资格的认定标准:以自然人是否享有土地承包经营权及宅基地使用权作为认定自然人主体是否享有集体成员权的核心标准,同时,

- ① 刘道远:《集体地权流转法律创新研究》,北京大学出版社,2011年,第32页。
- ② 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》(第2版),人民法院出版社,2004年,第185页。
- ③ 陈泰和:《和谐社会的财产权》,知识产权出版社,2007年,第17页。
- ④ 袁震:《论集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突与协调》,《河北法学》,2010年第9期。
- ⑤ 袁震:《论集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突与协调》,《河北法学》,2010年第9期。
- ⑥ Laurent, J., *La propriété des droits*, Paris: LGDJ, 2012, 223.

以土地承包经营权及宅基地使用权的取得与丧失作为自然人取得与丧失集体成员资格的核心标准,最终将集体成员资格的取得与丧失建立在法律行为的基础上。

## (二)土地承包经营权的相当所有权属性与农地权利的征收补偿

在集体土地征收时,集体土地所有权的补偿受到重视,但是土地承包经营权的补偿却被忽略,承认土地承包经营权的相当所有权属性有助于在农村土地征收时实现对农民土地承包经营权的充分补偿。

目前在我国农村的农用土地上存在着集体土地所有权、土地承包经营权等基本物权形态,因此,在我国如果要征收农业用地,就必须补偿集体土地所有权与土地承包经营权。在同时需要对集体土地所有权以及土地承包经营权等物权进行补偿时,就存在如何补偿以及优先补偿哪一权利的问题。由于在我国农村存在着通过家庭承包方式取得承包经营权以及通过其他方式取得承包经营权,因而对这两类土地权利的补偿也应当有所不同。在通过家庭承包方式取得的土地承包经营权中,集体土地所有权已经通过划分地块的方式基本量化到土地承包经营权之中,土地承包经营权人除了可以在30年的承包期内使用该块土地外,也可以通过继续承包的方式几乎永久地使用该幅土地,因此,此时征地补偿必须以补偿土地承包经营权人为主。“如果补偿给集体,个人得不到补偿,土地承包经营权就会落空,而这与改革的初衷——解放农民不一致,也与土地承包经营权的制度设计不一致。”<sup>①</sup>在土地补偿费是对集体土地所有权与土地承包经营权进行补偿的情况下,至少应当将土地补偿费的70%直接支付给农民个体,以补偿农民土地承包经营权的损失,而支付给集体的土地补偿费不应超过30%。同时,在对承包经营权进行补偿时,应当在剩余期限的基础上增加补偿费用,以补偿权利人在期限届满后继续承包之期待权益的损失。

在土地补偿费用的具体支付上,这些土地补偿费至少要弥补土地承包经营权人在该次承包中的损失。将对土地承包经营权的补偿费直接支付给土地承包经营权人,可以防止集体经济组织、村委会或者其他人员通过各种途径侵吞土地补偿费或者挪用土地补偿费的情形发生。调研中,笔者发现征地补偿费主要支付给农户个人的方式在实践中已被广泛采用,如河南省商丘市一直坚持将土地补偿费主要用于支付给农户的原则。已经承包到户的农村集体所有土地被全部或者部分征收的,其土地补偿费以不

得低于80%的比例支付给被征地农户,其余部分留给农村集体经济组织。其中,农村集体所有土地被全部征收并撤销建制的,其土地补偿费以不低于80%的比例分配给被征地农户,其余部分平均分配给征地补偿方案确定时集体经济组织依法享有土地承包经营权的成员。未承包到户的农村集体所有土地被全部或部分征收的,其土地补偿费以不得低于80%的比例平均支付给征地补偿安置方案确定时本集体经济组织依法享有土地承包经营权的成员,其余部分留给农村集体经济组织。

## (三)土地承包经营权的相当所有权属性的确认与农地流转制度的完善

承认土地承包经营权的相当所有权属性,并在制度上对农民的土地承包经营权进行充分保障,有利于促进农村土地承包经营权的流转与农业经营模式的创新。承认土地承包经营权的相当所有权属性,有利于在“三权分置”的框架基础上进行理论创新,通过允许在其上设定物权性耕作经营权的方式实现“三权分置”的法律构造创新,满足农村社会实践多方面的需要。2014年10月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《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》,该意见指出要“以保障国家粮食安全、促进农业增效和农民增收为目标,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,坚持家庭经营的基础性地位,积极培育新型经营主体,发展多种形式的适度规模经营,巩固和完善农村基本经营制度”,正式将“三权分置”确定为指导农村土地流转的法律政策。按照“三权分置”的思路,集体土地所有权主要确定农村土地归属,承包权内含于农村土地承包经营权中,主要确认承包经营人的集体成员资格,经营权既蕴含于农村土地承包经营权之中,又可以从农村土地承包经营权中分离流转于其他农业经营主体。农村土地承包经营权中经营权分离的具体路径可以分为债权性经营权与物权性经营权。农村土地承包经营权进一步流转的现实需要是进行土地承包经营权的入股、信托、抵押等制度的建设,通过土地承包经营权的资本化来实现土地承包经营权的财产功能。而在土地承包经营权的入股、信托、抵押等制度的构建过程中,需要进一步分割土地承包经营权,形成并移转一个新的土地权利。在实践中,“土地承包经营权的转包明显不同于土地

<sup>①</sup> 孙宪忠:《争议与思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社,2006年,第524页。

承包经营权的转让与出租,转包行为是一种包含着设定支配权意思表示的处分法律行为,转包的后果是设定与永佃权相当的农地用益物权。在土地承包经营权入股的运作过程中,农民一般是在其土地承包经营权上设定次级承包经营权并将该权利移转给合作社或者公司,从而获得相应的股权”<sup>①</sup>。考虑到在农村土地承包经营权上新设定的与永佃权相类似的用益物权的主要目的与功能是进行农业耕作经营,而中央“三权分置”的政策中对这一权利采取了“经营权”的称谓,因此,笔者主张将在农村土地承包经营权上新设定的与永佃权相类似的用益物权称为“耕作经营权”,以便更加清楚地说明该权利实现农业经营的制度目的和功能,并与中央政策及农民的认知保持一致。总之,笔者主张沟通法学与经济学,借鉴英美法系及经济学中的产权理论,创造以土地承包经营权时段分割为特征的耕作经营权这一新物权形态,来法律化经济学中的经营权,通过物权性耕作经营权的设定及移转来实现所有权、承包权与经营权的分离,及土地承包经营权入股、抵押、信托制度的构造,实现土地承包经营权的充分流转。

#### 结语

由于土地承包经营权建立的政治伦理目的就是“还权于民”,建立农民个体或者家庭对农村土地的支配关系,因此农村土地承包经营权是集体土地所

有权自我分离、转化与实现的结果,是集体成员利用集体土地的一种方式,并不是大陆法系典型意义上的他物权。农村土地承包经营权是我国实现农地利用的核心制度层次,承载着农民群体人权保障与人格发展的促进功能,在价值内涵和发展方向上与传统大陆法系永佃权制度迥然不同,土地承包经营权是带有典型的自物权属性的物权,是一种相当所有权。中国传统永佃权制度所标示出来的中国农地物权双层分割的传统,为我国土地承包经营权制度的相当所有权制度塑造提供了理论支持。因此,本文主张继承适应我国人多地少特殊国情而产生的双层所有权思想及其制度的合理内核,扬弃罗马法传统所形成的所有权中心主义思想及其物权结构与体系,打破所有权中心主义,合理吸收日耳曼法双重所有权理论,承认土地承包经营权的相当所有权属性,并在此基础上构建农村土地承包经营权按时间段进行分割的物权性耕作经营权制度,在集体土地所有权、农村土地承包权与经营权三权分置的框架下,实现农村土地承包经营权的入股、抵押、信托等法律制度的完善,促进农村土地承包经营权充分流转的实现。

<sup>①</sup> 袁震:《农村土地承包经营权流转形式之法理分析》,《河北法学》,2011年第8期。

(责任编辑 蔡 军)

### Study on the Quasi-ownership Attribute of Contract Management Right to Land

YUAN Zhen

(School of Civil and Commercial law, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710063, Shaanxi, China; China Institute for Development and Reform, Central University of Finance and Economics, Beijing 100081, China)

**Abstract:** Contract Management Right to Land is the result of the separation, transformation and achieve of collective land ownership itself. It is the way that the group members use collective land, but is not the typical sense of jus in re aliena. Contract Management Right to Land over agricultural land ownership carries more developing function with the priority of human rights protection and promotion of personality, with similar economic and social functions to the ownership of agricultural land in the market economy in developed countries and regions. In value orientation and the direction of development, it is significantly different with the emphyteusis of Traditional Continental. Therefore, the paper argues that, by inheriting our traditional multi-level ownership thought and its system which adapt to our country's condition of more people and less land, absorbing the spirit of equality property dual ownership theory of Germanic law, breaking the ownership centrism, we should admit quasi-ownership attribute of Contract Management Right to Land.

**Key words:** Contract Management Right to Land; quasi-ownership attribute; the emphyteusis