华南农业大学学报(社会科学版)
2004年第3期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No.3 2004
(第3卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol.3)

农地承包经营权的物权化研究

王权典

(华南农业大学 法律系,广东 广州 510642)

摘 要:我国农地承包经营权的物权化,不仅是理论研究已形成的共识,更是回应我国农地立法改革与农村经济发展实践的需要,被确立为一种基本的立法理念与制度设计思路,有其必然性、逻辑性与渐进性;回顾与展望这一历史进程并对其应然结构加以研究,有助于构建完善我国新型的农地使用法律制度。

关键词:农地承包经营权;物权化;立法理念

中图分类号:D922.32;D923.2 文献标识码:A 文章编号:1672-0202(2004)03-0136-09

一、农地承包经营权物权化的背景

我国现行的农地使用制在法律形态上主要表现为始于70年代末农村经济体制改革中所创立的以家庭联产承包责任制为基础的农地承包经营权。我国农村经济的迅速发展,是有赖于家庭联产承包责任制的全面推行;农民的生产积极性得以空前的释放,主要是因为依法保障了他们的农地承包经营权。家庭联产承包责任制和农地承包经营权涉及农地使用经营同一问题的两个方面,家庭联产承包制是从制度基础而言的,农地承包经营权是上从法律权利设置而言的;农地承包经营权是实行家庭联产承包责任制而使农地所有权与使用权分离的结果。在发展社会主义市场经济和依法治国的时代背景下,为确保农村经济的持续发展与农村社会的稳定,我们应坚持与完善家庭联产承包责任制,但要革除其形成于计划体制背景所具有的某些弊端,即要重新审视承包制下的农地承包经营权,使之在法律制度设计上正确定位并加以切实保障和加强。

从立法实践来看,我国《民法通则》、《土地管理法》及《农业法》对土地承包经营权问题早有原则性规定。如:《民法通则》第80条:"公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护";《土地管理法》第14条:"……农民的土地承包经营权受法律保护。"而在2002年8月29日颁布的《农村土地承包法》首次对农地承包经营权作了较为全面而详尽的规定,特别是对"土地承包经营权"施以"物权保护"的意义及措施,实质上是赋予了农民长期而有根本保障的农地使用权及相关权利,旨在促进农业、农村经济的持续发展和农村社会的长期稳定;同时又促进了我国法律界正在进行的物权(法)体系的创建工作,使得《农村土地承包法》不失为一部先行创设我国农地物权的单项立法。另外,已出台的两部《物权法草案建议稿》[①]与一部《物权法征求意见稿》[②]均对农地承包经营权制度做了具体设计,所涉法律问题正为学界广泛讨论的热

收稿日期:2004-03-02

作者简介:王权典(1968-),男,湖南人,华南农业大学法律系副教授,主要研究方向为经济法、农业法.

① 系指中国人民大学王利明教授主持的物权法研究课题组所提出的《中国物权法建议稿》、中国社科院梁慧星教授主持的物权法课题组所提出的《中国物权法建议稿》。

② 指全国人大法制工作委员会所提出的《物权法征求意见稿》。

点之一。应该说,我国立法层面对农地承包经营权,基本上是在物权法的框架下设计的,贯彻农地承包经营权当属一种独立物权的理念。这完全符合中央基本精神——要求制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规。其实践意义主要表现为:有利于增强农民的自主权利意识,消除农民对承包政策的不稳定感;有利于保护土地资源、克服短期经营行为;有助于稳定农民预期与保障其合法权益,遏止来自发包方与行政方的非法干预,持续激发农民的生产积极性;有利于建立农地流转机制,推动农村市场化进程。但由于改革初期理论认识不足,又缺乏实践经验的反馈,《民法通则》第 80 条第 2 款的规定不尽科学——农地承包权系基于承包合同约定而非法律直接规定产生。这有悖于物权法定原则。由此长期以来所产生的结果是农地承包经营权的实际运行没有真正按物权法加以规制和保护,其现实法律关系仅具债权性,主要靠合同法律加以调整。进而导致如下弊病:一是不利于维护承包人的利益,农地承包经营权既为债权,则不具排他效力,承包人不得以此对抗第三人,更无法有效对抗握有行政权力的发包方;二是不利于保护土地资源,源于债权的期限性易产生短期行为,承包人易对土地进行破坏性开发和掠夺性经营,造成农地资源恶化;三是由于承包人转包须经发包人同意,抑制土地流转不利于农地资源流转,将土地这一农业中最基本的生产要素排除在市场之外,阻碍了农村市场经济的发展[1]。

为使我国现行立法中的农地承包经营权物权化,使之成为完整意义上的用益物权,不仅理论界近年已基本达成共识,而且目前有关立法与政策对农地承包权的制度设计正在进行校正思路。其主要表现在如:通过延长承包期限的方式弱化承包权债权性,强化物权性(1998 年新修订的《土地管理法》规定土地承包合同期限为 30 年,国办发[1997]16 号文件与 1998 年《中共中央关于农业和农村工作若干问题的决定》明确要求承包合同到期后自动延长 30 年;自 1996 年起全国实行农地承包经营权证发放制度,其明确农地承包经营权证要求记载承包人享有 30 年的承包权,以花名册形式由县、乡(镇)两级政府备案,作为农户核对权利的依据,涉及农包地增减和流转,须经集体经济组织及登记机关签章方可生效;这使得农地承包权与农地承包合同分离运作,凸显了承包经营权的物权特征与公示效力;1993 年《农业法》第 13 条规定体现了农地承包权在效力上具有物权的某种优先性[2]。最引人注目的是当属《农村土地承包法》与起草中的物权法(专家建议稿及征求意见稿)。前者以专门既定立法形式对农地承包经营权的主体、客体、内容取得方式、期限、确认、流转机制等给予了物权性质的保护措施;后者也在“用益物权”一章中单列农地承包经营权作为一个独立部分加以规范,用较大篇幅对农地承包经营权诸多方面的内容作为详细说明。由此表明,我国农地承包经营权的物权化条件已经具备,至于其具体法律规则的设计方案有待于进一步研究分析。

二、物权化的农地承包经营权的称谓及法律意义

我国现有的法律、法规、政策及正在进行的立法讨论及学者著述,对农地承包经营权的名称、内涵及外延表述各异。综合起来,主要有四种:

1、称之为“土地承包经营权”,意指公民、集体对集体所有或国家所有由全民所有制或集体所有制单位使用的农地的承包经营权。其权利主体为公民或集体;权利客体为集体所有的农地或国家所有由全民所有制单位或集体所有制单位使用的国有农地。该表述是由《宪法》修正案第 6 条、《民法通则》第 80 条、《土地管理法》第 20 条以及原《农业法》、《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》等法律、政策、法规文件的有关规定概括出来的;学界对此概念使用广泛,但王利明先生在其《物权法建议稿》中的“农村土地承包经营权”是指“以种植、畜牧等农业生产为目的,对集体所有的土地进行占有、使用、收益人权利,”这与前述概念有所差别。

2、称之为“农地使用权”,意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。这是以梁慧星先生为代表的一些学者的主张——“以农地使用权”一语完全取代现今使用的土地承包经营权概念,并以物权关系固定农地使用关系[3]。梁慧星先生主持研究的物权法建议稿即吸纳了该主张,其主要用意在于避免与债法上的“承包经营”相混淆,使之成为一种真正的用益物权,而且有利于同构土地权利体系(另有基地使用权、邻地利用权)。

3、称之为“永佃权”,意指土地经营者(永佃权人)以支付佃租为条件,长期在集体所有或国家所有而由集体使用的土地上耕种的权利。有些学者主张我国农地使用制应取向于永佃制度,认为传统意义上的永佃权从权利性质、内容到权利期限(30年甚至更长)都与目前我国农地承包经营权立法保护趋向一致。虽然,我国农地承包经营权是一种新型的社会主义性质的永佃权,但仍是一种用益物权;若构建新型的永佃权制度,不仅使得法律概念简洁明了、内涵确定,而且有利于长期稳定农地承包经营关系,促进农地经营权的流转,有利于形成农业的规模经营。

4、称之为“农地权”,意指以农业为目的而在集体所有的土地上从事种植、畜牧、养殖等活动的权利。持该论的学者认为“土地承包经营权”不反映农地物权的本质属性、不具有物权种类的时代性及物权名称唯一性与特指性的特点,难以实现中国物权名称体系的协调,且必须克服“永佃权”的历史局限性,代之以“农地权”则具有科学性、简洁性、时代性、协调性(基地权、邻地权)、独创性诸优点,较为可取[4]。

此外,还有学者主张采用“用益权”、“农用权”、“耕作权”等概念,不一而论。不可否认,“土地承包经营权”概念系我国所独创,各国立法传统上本无类似表述,其开始就是一个容易引起争议的概念,源于相关法律对其缺乏严谨的界定、协调的规范。若从承包经营权的广泛意义来看,其包括农业承包经营权、企业承包经营权等多种含义,而在我国实践中承包经营权(含土地承包经营权)历来反映为债权性质,若不加以改造而继续沿用,不利于明确农地承包经营权的用益物权性质,还会引起物权关系的混乱[5]。所以,学者们对必然要实施物权化改造的农地承包经营权提出不同的见解,均有一定的合理和可取之处。无论是创设新名称取代“承包经营权”,还是依然采用“承包经营权”,其共同出发点是要强化农地承包经营权的物权性,构建我国新型的农地使用法律制度。但是,综合考虑我国物权体系构建的理论基础及实践需要、现实农地物权关系法律调整的逻辑起点与实效、以及立法层面的协调性等因素,某些提法及其具体设计取向,存在不合时宜的缺陷。在笔者看来,在今后的农地物权立法中,“承包经营权”的名称仍有保留之必要,但须经适当改革,可称之为“农地承包经营权”为宜。其主要理由包括:

第一、“承包经营权”是我国立法政策使用率较高的词汇,已涉及到一整套政策法律制度,业已为群众所普遍接受;经过长期的实践博弈,土地承包经营权已约定俗成而具有特定的涵义,其物权性日益彰显,在此基础上进一步加以内容完善即可。如果要完全废止该名称,就有废止有关政策法律的嫌疑,将导致农民心理的不稳定,甚至使农村社会发生动荡。由于物权法具有固有法的特点,要注重反映本国的社会实践与经济生活条件,体现本国的历史和民族的习惯、基本的良性政策精神,同时必须看到,我国农地制度的根本问题即在于未赋予承包权以物权的效力[6]。因而借鉴传统法律精神与他国有益经验,完善承包经营权的内容,才是解决问题的关键实质所在,而并不强求改变名称,反而人为制造法制实践障碍。

第二、“永佃权”是源于罗马法所创设的一项土地特有权名词,虽然其内涵(仅次于所有权)与土地承包经营权最为接近,但在我国曾被认为是剥削制度(封建租佃关系)的法权表现,因而若复

建永佃权,仅在名称上就存在逆历史潮流之意而难为社会和民众所接受[7]。同时从现代经济学角度考察永佃权使所有人与使用人永久分离,影响农地合理利用,其在“现代社会不具资源使用的效率”[8]而为多数国家不采用。台湾曾采用过永佃权概念,1993 年在修订“民法物权编”时,因其与现代农业政策不符而被删除,改之以“农用权”;日本民法之永佃权“在实际生活中已逐渐趋于消失”。

第三、“农地使用权”、“用益权”、“农用权”或“耕作权”诸概念,要么过于笼统宽泛,要么过于狭窄,均难以准确恰当涵盖“土地承包经营权”的应有含义。譬如,“农地使用权”与“基地使用权”、“邻地使用权”是相对应的新创概念,借鉴对应的是大陆法系物权法中的永佃权、地上权、地役权三概念,旨在强化农民自主使用农地的权利。但是,“农地使用权”面临着与土地所有权属性下的“土地使用权”这一上位概念的界定问题,且实践中由于“我国以土地为客体的用益物权,都是建立在土地使用权基础之上,而不是建立在‘土地所有权’基础之上”[9];易言之,“土地使用权”是各种土地用益物权(包括土地承包经营权)设立的基础。另外,人们容易将“农地使用权”看作农地的“使用权能”。这些足可说明,“农地使用权”这一词汇有歧义,又系新创用语,对广大农业经营者而言是非常陌生的,还会涉及到《民法通则》、《农业法》、《土地管理法》等诸多法律的修改协调问题,故暂不可取。“用益权”概念则来自《法国民法典》、《德国民法典》和《瑞士民法典》等,概指不可转让、不可继承地使用他人之物的权利,其涉及的权利类型、内容、客体特别广泛(包括物上用益权、权利用益权、财产用益权),土地承包经营权可谓是用益权项下“物上用益权”中的一个很小的子权利而已,两者不可同日而语。况且在字面上,“用益权”与“用益物权”也容易让人产生混淆。“农用权”概念仅为台湾立法新创名词,既不具有普通适用性,而且其内容范围更为宽泛。“耕作权”所指权利内容又过于狭窄——因为“耕作”一词通常是指“农田耕作”一项权利,难以将牧畜、种植(林木)和养殖等项权利涵盖在内[9]。

综上所述,之所以要直接采用“农地承包经营权”,不仅是因为该名称本身即具有继承性、适用性、独创性,更是其准确概括了作为用益物权的基本法律特征。用益物权是在一定范围和期限内占有、使用他人之不动产而取得收益的权利。农地承包经营权所具有的用益物权特征包括:第一,农地承包经营权是在他人之物上设定的物权即由集体土地所有权直接派生的物权;第二,农地承包经营权是限制物权,它只能在特定范围、特定期限内行使,其权利行使的范围一般只及于土地的表面,矿产和地下埋藏物并不为其所有;第三,农地承包经营权是以农地为客体的他物权;第四,农地承包经营权的取得和利用乃以获得收益为目的,其重点在农地的使用价值;第五,农地承包经营权的行使要求对农地直接支配和占有;第六,农地承包经营权是独立的物权,一经依法取得与确认,农地承包经营者即可依法取得行使其权利,不以其他法律关系的存在为前提;第七,农地承包经营权的内容是法定化的,非为当事人自由约定的;第八,农地承包经营权是具有可转让性和可继承性的权利。

三、农地承包经营权的法律设计与完善

我国现有的法律法规、政策特别是《农村土地承包法》对农地承包经营作了较为具体的规定,其物权化的法律制度构架已经形成,但在具体的制度设计上,还存在某些不足,需要加以改进与完善。

(一)关于农地承包经营权的主体

如何确立农地承包经营权主体,涉及到两个方面的问题:一是其范围应否仅限于农地所属集体组织成员,可否扩及到一切农业生产经营者?二是其主体形式是农民个人还是农户,应否还包括集体及其他组织?目前我国有关法律法规及政策对这些问题并无明确一致的规定。例如,根据

《土地管理法》第14条、15条规定,农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营,也可由本集体经济组织以外的单位或个人承包经营,但"农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或个人承包经营,必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准"。显然,从字面上理解,承包经营权主体不限于农民所属组织内部成员,还可以包括一切从事农业生产的公民或集体。《农村土地承包法》第5条规定:"农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地";该法第15条规定:"家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户";该法还规定"四荒地"(荒山、荒沟、荒丘、荒滩)由本集体经济组织成员享有优先承包权,而外单位或个人符合法定条件时也可承包经营。另外,讨论中的《物权法》"专家建议稿"及"征求意见稿"亦均未完全明确农地承包权的主体范围,其意图是否对主体开放性的默许?唯《征求意见稿》却指出——是否允许外来人员承包的决定权交给集体组织成员(第55条、第124条)。同时,有关农地承包经营权的具体称谓也是五花八门,如:农户、农民、集体、集体成员、家庭、单位、个人、农业生产经营者等计10余种,颇不科学,且基本上不符合民事主体的规范表述。这些立法上的冲突或缺陷,实际上包含着公平与效率的价值冲突,涉及到农地制度的社会保障性与农地承包物权关系的合理规制问题,有赖于立法上再做合理协调完善。

首先应承认,农户是农村中基于血缘和婚姻关系所形成的最基层社会单元,家庭联产承包责任制使得农户成为农村集体经济中一个独立的经营层次,是农村从事生产经营活动的基本单位。农户已成为事实上的民事主体,在立法上确立其为农地承包经营权主体的法律地位即符合我国农村的实际情况,也有利于保护无民事行为能力人或限制民事行为能力人在签约、履约不能自主情况下的土地权益,还能确保承包人以家庭财产为基础来履行合同义务。但作为集体经济组织成员的农民个人不当作主体,其土地权益又如何体现并予保障呢?毫无疑义,由于集体经济组织每个成员在本集体经济组织中均享有成员权,既然农地是其基本的生产资料与生活保障,农地承包份额的分配权作为土地权益自然涵盖于成员权中。这是法律所必须保障的,不论男女老少,生来就有,不能设置年龄、性别、婚姻关系等限制。这也就是要求将"按户承包、按人分地"的约定俗成法律化。

其次要看到,在农业的长期发展与农地的市场化趋势上,限制外部个人或单位对某一农村集体经济组织的农地承包经营,是不现实的,也不利于农地资源的优化配置,但是,不附设任何条件的完全放开,又怎样能继续有效贯彻"家庭承包经营"这一基本制度形式呢?如何有效维护农户的承包经营权呢?是否会为某些乡村干部不顾农民集体利益、向外发包谋私利大开方便之门呢?针对这些深层次的制度性问题,有学者主张应从立法上应界分:农户通过"准行政手段"分配方式取得的承包经营权具有物权性质,适用30年承包期限的基本政策;外来单位或个人通过专业承包或竞标等方式取得的承包权利则具有债权性质,应规范改之为"农地租赁"、不适用"30年不变"的基本政策[11]。诚然,这一设想能促使农地承包物权关系与债权关系的边界清楚,切实保障农地承包经营权是农民作为集体土地所有人中的一分子所应享有的一项财产权利和生存及社会保障权利。

(二)关于农地承包经营权的客体

勿庸置疑,农地承包经营权的客体应是农用土地,争议则在于客体的范围应如何界定。学者对此亦有三种主张:一是沿用现行《民法通则》、《土地管理法》、《农村土地承包法》等所规定的土地承包经营权客体,即集体所有或国家所有由集体使用的土地;二是仅限于集体所有的农地;三是将现行立法相关规定改造为集体所有或国家所有的农地——因为对于国家所有由集体使用的土地,集体已经拥有了土地使用权,这样是否在其上再设物权性质的农地承包经营权呢?这似乎与物权的唯一性、排他性原理相违背。显然,现有立法对该问题的矛盾性疏于周密论证,故今后物权立法

应克服这一缺陷,应当从有利于完善土地制度的目标出发,明确界定农地承包经营权的客体,以免根本影响到农地承包经营权的物权化改造。王利明先生主持拟定的《物权法建议稿》第 272 条明确指出:“农村土地承包经营权的标的物限于集体所有的以种植、畜牧等农业生产为目的土地”;第 297 条又规定:“国有土地的承包经营,准用本节的规定”。然而,如此并未从根本上解决上述矛盾。而另有学者认为国有农地由单位或个人承包经营,不属我国实际所确认的家庭承包经营制的基本形式,其权利不宜纳入农地承包经营权的范畴,而是一种债权性质的租赁经营权;若要将其物权化,应新设国有农地使用权(如前所述)[11]。相比之下,第二种主张较为理想与现实可行。

(三)关于农地承包经营权的内容

物权化的农地承包经营权的法律效力主要体现在其内容上,即指农地承包经营权主体依法享有的权利和应承担的义务。针对目前农地权利的“产权残缺”,立法应着力强化农地经营承包权的法律效力。根据物权(内容)法定原则,农地承包经营权人的权利和义务并不能由承包合同自由约定产生,而必须由法律加以明确规定。在《农村土地承包法》颁布 以前,立法对农地承包经营权的具体内容没有做出详尽的规定,造成实践中通过承包合同条款创设承发包双方的权利义务情形千差万别而不平等,使完整物权意义上的农地承包经营权得不到实现,经营者利益得不到保障,挫伤了农民的生产积极性。《农村土地承包法》虽弥补了这一缺陷,但仍有某些不足;同时应注意到,物权法两部“学者建议稿”及《征求意见稿》均将农地承包经营权定义为“占有、使用、收益”的权利,并列举了一些具体权利(如转让、出租、抵押、继承),亦存在一些缺憾。具体而言,我国农地承包经营权的法定内容应包括:农地承包经营权主体的权利设置方面——

1、排他性占有权。即农地承包经营权人对其承包的农地,在法定承包期内,享有独占的直接控制与支配的权利。这是使用、耕作、开发、收益农地的前提条件。

2、耕作等经营使用权。这是农地承包经营权人对其所承包的农地,按照其属性、约定用途等自主进行耕作或从事其它农业生产经营的权利,该权利不受包括农地所有权人在内的任何人的非法侵害。

3、开发权。农地承包经营权人在承包期内,有权对农地进行必要的投资、改良和合理配置,以提高农地的产出价值。

4、收益权。承包经营权人有权获取农地上所产生的利益以及使用开发农地后因投入资本和劳动而增加了的农地改良价值,任何人不得非法侵吞和掠夺。

5、出租权。即农地承包经营权人将农地使用权依法出租以取得租金收益的权利。法律应设置其行使的限定条件如:出租期限不得超过承包经营权的剩余期限,且不超过 20 年,不得改变原确定的农业用途,以及对再行转租、租金标准及收取方式等均应合理规制。

6、设定抵押权。承包经营权人有权以农地承包经营权作为抵押物为自己或他人的债务的履行担保。农地承包经营权是一项财产权,为发展其用益物权的价值,应允许农户以此设立抵押,来帮助其获取农业贷款或生产资料,这也是适应农业市场化的重要环节。不过农地承包经营权毕竟是与国家农业稳定发展密切相关,故抵押权的行使应受到一定限制,如“因实现抵押权而取得农村土地承包经营权的人,不得改变土地的农用目的”[6]。

7、转让权。这是指农地承包经营权人将其已获得的农地承包经营权以一定方式或条件转让给他人的权利。该转让的受让人,只限于本集体经济组织的农户;向集体经济组织以外的人或组织不得转让承包经营权,但可采用转包或出租其经营使用权的方式;农地承包经营权的转让可以是有偿的,也可以是无偿的,法律不宜做出强制要求;农地承包经营权转让,一般不得改变原承包

合同的内容,特别不能改变农地的确定用途。

8、转包权。这是农地承包经营权人将农地以承包方式交他人经营的权利。这涉及转包人与受包人的债权债务关系。转包属经营土地的方式,无须征得发包方的同意。

9、退包权。一般适用无偿取得的农地承包经营权。根据农业生产的季节性和周期性等特点,法律不应禁止退包情形。农地承包经营权人在行使退包权前,应向发包方先行申请;若发包方超过一定期限不予答复,则退包自动生效。

10、入股权。农地承包经营权人有权以农地经营权作价入伙入股。一般说来,权利人以承包农地入股入伙等不影响其与集体经济组织的承包关系。

11、续期权。农地承包经营权应为有期限权利,目前法律规定为30年。期限届满前一定时间内(结合农作物等生长周期等因素以一年期为宜,农地承包经营权可以申请续期,没有法定阻却事由,发包方应予同意,并可连续续期。

12、邻地利用权。即指农地承包经营权人为自己使用经营农地的便利而利用相邻土地的权利。

13、继承权。农地承包经营权的财产性以及其产生有一定身份性,决定了其可以继承的,而且也有利于农业生产的连续性、稳定性发展及农地资源的有效利用。不过法律应对继承人附设一定限制,即不得改变农地的用途。

14、物上请求权。承包经营权人在其承包经营权受到侵害时,有权请侵害人停止侵害、排除妨碍、恢复原状、消除危险、返还农地等。该物上请求权,既可对第三人行使,亦可对发包方行使。

15、取回权和获得补偿权。在农地承包经营权期限届满而不续期时,农地承包经营权人有权取回附着物或设施;当附着物不能取回或取回时会损害其使用功能和经济价值,且留存有利于农地利用,农地承包经营权可不取回,但有权要求发包方或受益人按价合理补偿;因公益建设依法征用农地等而导致发包人提前收回农地时,发包人应给予承包经营权人受损予以相当的补偿。

16、优先承包权。即指在农地承包经营权期限届满,于发包方重新发包时,原承包经营权人在同等条件下有优先承包的权利。

农地承包经营权人的主要义务——

1、遵循用途管制的义务,即必须维持土地的农业用途,不得用于非农建设。

2、依法保护和合理利用农地,不得给土地生态环境造成永久性损害。

3、缴纳费用的义务。在我国,农地承包经营权的取得均应为有偿,因而农地承包经营权人应依约缴纳承包金,并依照有关规定支付其他有关税费。但非因法定条件或事由,任何人不得擅自增加或减免有关税费。

4、其他法定义务。

(四)农地承包经营权的取得与确认

根据物权理论,农地承包经营权取得方式包括原始取得和继受取得两种。原始取得即指农民(户)同农村集体经济组织通过签订法定的土地承包合同这一法律行为而产生;继受取得包括继承和承包经营权依法转让之两种形式。在我国,既往作为农村集体经济组织成员的农民对农地承包经营权的取得主要是通过按人口平均之准行政分配方式以承包合同形式而取得,法律及政策对承包合同的基本内容没有明确的规范,在发包方主导下,合同双方当事人对合同具体条款设置的自由度较大。实践证明,这种做法易导致农地的过于分散,农地承包经营权人的权利残缺或缺乏保障,故必须加以改革完善。

农地承包经营权的取得,是否需要登记确认其效力,这是一个值得探讨的问题。对此存在两种不同意见:一种认为,农地承包经营权作为用益物权,应当采用物权登记生效主义,当事人必须办理行政登记确认手续,承包经营权自登记之日起成立,在法律程序上也应设置为先登记后颁证确权。另一种认为,我国目前的农地承包经营权既往都是在订立合同后就取得的,土地承包经营权证和林权证等证书也是由政府主动向承包方颁发的,鉴于延包工作已告一段落,若要求重新登记发证,不符合现实,同时还会加重农民的负担。故此应当认可实践中已完成的确权发证和登记造册工作,不宜再由承包方主动向政府申请登记发证。《农村土地承包法》采纳的是第二种意见。该法第 22 条规定:“承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承经营权。”而该法第 23 条又规定:“县级以上地方人民政府应当向承包方颁发土地承包经营权证、林权证等证书,并登记造册,确认承包方的土地承包经营权”。在笔者看来,目前这种做法欠妥。其理由在于:登记制度是物权制度的重要组成部分,其主要功能是对物权的设立、变更或消灭起公示作用,它不仅可以表彰物权的产生或者设立,而且有助于解决物权的冲突;我国农地承包经营权长期欠缺必要的民事登记,既难以体现农地承包经营权的物权性质,亦与出让国有土地使用权所实行的严格登记要件主义极不协调;《农村土地承包法》所规定的登记只是作为对已经成立的承包经营权再确认的程序,难以真正发挥物权登记的实质作用;既然农地承包合同依法不需要经过批准登记确认等手续,自成立之日起生效,那么尔后有关部门在办理登记时除了被动确认颁证外,还有什么积极作为呢?拒绝登记能否视为否定当事人签订的承包合同或转让行为效力呢?显然,这在实践中容易带来矛盾尴尬。故此,笔者主张:凡涉农地承包经营权的设立,应当由事人办理登记后始生效力;政府向承包方确权颁证,是确认承包经营权的行政行为,具有法定性、权威性。

(五)农地承包经营权的保护

前面已述及,我国既往有关农地承包经营法律制度的最大缺陷即在于未明确赋予农地承包经营权以物权的效力,所以,农地承包经营权保护问题的关键要明确其物权性质,规定其具体的权能和权能的界限,从而形成农地承包经营权特有的保护措施。综合现行立法规定及学者们的意见,涉及农地承包经营权保护的法律措施主要包括:

1、通过完善立法,不仅要全面规定物权性质的农地承包经营权的具体权能,而且要明确侵害农地承包经营权的法律责任(包括民事责任、行政责任和刑事责任)。

2、加强对农地承包经营合同的规范管理,克服农地承包合同在签订与履行过程中的随意性、失范性或碍于农地承包经营权全面实现的情形。

3、有针对性地创设农地提前收回制度[①]与农地承包权的撤销制度[②],对集体经济组织主动提前收回农地与撤销农地承包经营权予以严格的限制。

4、确立某些学者所提出的农地承包权期限自动延长制度(如梁慧星物权法草案建议稿等 252 条规定)与优先承包权制度(王利明物权法草案建议稿第 287 条规定)。

5、建立个体农地权利对公共权力有效的制约与防范机制。

6、完善与农地承包使用纠纷有关的诉讼、调解及专门的仲裁机制。

7、规定在承包期内,原则上发包方不得调整承包地,除非发生因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形,并经过集体经济组织成员会议的多数同意,并报一定政府主管部门的批准方可,以切实

① 梁慧星 .《物权法草案建议稿》第 249 条王利明《物权法草案建议稿》第 249、290 条。

② 梁慧星 .《物权法草案建议稿》第 249 条、王利明《物权法草案建议稿》第 291 条。

贯彻落实中央提出的‘增人不增地、减人不减地’的政策。

8、强化对妇女农地承包经营权的特殊保护。

参考文献:

[1] 陈小君.我国他物权体系的构建[J].北京:法商研究, 2002,(5): 30.
[2] 郭 洁.土地资源保护与民事立法研究[M].北京法律出版社, 2002.272-276.
[3] 梁慧星,等.物权法[M].北京法律出版社, 1997.248.
[4] 陈祥健.“土地承包经营权”:物权法视角中的三大问题[J].北京:农业经济问题, 2002,(4):33-37
[5] 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[M].北京: 社会科学文献出版社,2000.514.
[6] 王利明主编.中国物权法草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2001.371.
[7] 陈小君.论传统民法中的用益物权及其现实意义[J].北京:法商研究, 1995,(4):68.
[8] 王泽鉴.民法物权·用益物权占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.63.
[9] 陈祥健.论新型农地权利名称的创设[J].南京:东南学术, 2002,(5):128-129.
[11] 张 平,等.农村土地承包经营立法若干理论问题探讨[J].北京:现代法学, 2000,(5):32.

A Study on the Right in Rem Regarding Farmland Contracted Operating Right

WANG Quan-dian

(*Department of Law, South China Agriculture University, Guang Zhou, Guang Dong Province* 510642)

Abstract: The necessity of involving Right in Rem into the discussion of problems on Chinese Farmland Contracted Operating Right has been widely recognized by Chinese lawmakers and experts. This tendency also coincides with the requirement of the reforming process on Chinese farmland legislation and the rapid development of rural economy in China. Academic research in this field must be carried out to help propose useful ideas, contributing to the legislation on Chinese Farmland use in the modern society.

Key Words: Farmland Contracted Operating Right; Right in Rem; Legislation Rationale