华南农业大学学报(社会科学版)
2009年第1期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 1 2009
(第8卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 8)

农地承包制和农地流转的冲突与协调
——兼论《土地承包法》流转规范设计的不足及完善

王权典[a], 杜金沛[b]

(华南农业大学: a. 法律系; b. 广东农村政策研究中心,广东 广州 510642)

摘 要: 现行农地经营制度是以农户家庭承包、分散经营为本体的,承包责任制虽是农地流转不可动摇的体制基础,但其初始设计与农地流转政策目标和现实运行机制之间存在偏差,反而制约了农地流转。基于现代农业规模经营的实践分析,从两者冲突的对应性出发,需要在法律制度层面进行合理协调,既要完善家庭承包制,建立完全物权化的土地承包经营权流转法律机制,也要创造有利于农地流转的政策环境并采取相配套的法律保障措施。

关键词: 农地承包制; 农地流转;物权化

中图分类号: DF452 **文献标识码**: A **文章编号**:1672-0202(2009)01-0136-08

党的十七大报告指出:"坚持农村基本经营制度,稳定和完善土地承包关系,按照依法自愿有偿原则,健全土地承包经营权流转市场,有条件的地方可以发展多种形式的适度规模经营。";十七届三中全会进一步强调:"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。加强土地承包经营权流转管理和服务,建立健全土地承包经营权流转市场,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。"这表明,坚持家庭承包经营制同推进适度规模经营的农业现代化并无根本矛盾,也意味着以农户家庭承包、分散经营为基本特征的农地经营制度已经不适应新时期农业规模经营的要求,迫切需要改进完善,构建规范合理的农地流转机制。因此,本文重新审视农地经营承包制的初始设计同农地流转目标之间的差距,从其冲突的对应性出发,在法律上进行合理协调,并剖析《土地承包法》在此方面的不足,提出创制完善的政策建议。

一、家庭承包与土地流转互动中的冲突与统一

农地基本经营制度即家庭承包制,以承包经营权为核心,是农地流转的前提与基础。当前,除了延长承包期和促使承包经营权物权化以外,农地经营制度基本上沿袭上世纪80年代初以来的家庭承包责任制。然而,与改革推动的农地流转趋向比较,由于其问世的社会经济环境与期待的政策目标有较大差异,家庭承包制经过岁月的演变,形成了一系列对农地流转的制约因素。

首先,在政策目标上,农地承包经营主要在于调动农民从事农业生产的积极性以及实现农业剩余对工业化和城镇化的支持[1],而农地流转则是要实现农地经营的产业化、市场化,以达到农地资源的优化配置,形成农业规模经济。农地流转必然要求其体制基础即承包经营制解决土地承包经营权的市场准入问题,如此一来便与农地承包经营制要成就农业剩余对工业化和城镇化支持之政策目标相冲突——对农地价值"剪刀差"的侵占正是实现该政策目标的主要途径,其中国家对征地价格的管制就是明证。《土地承包法》并没有把解决土地承包经营权的市场准入问题作为其基本调整目标,只是在农地流转适于农业产业化发展、深化农村改革的现实需要及缓解"三农"问题的客观压力下,在规制安排上才有所确认。

收稿日期:2008-11-28

作者简介:王权典(1968—),男,湖南邵阳人, 华南农业大学人文与法学学院法律系教授,主要研究方向为农业经济法、农村土地法等.

其次，在制度功能与价值取向上，承载农村巨大的人口压力、维系农民基本的社会保障和保证国家粮食安全，是农地承包制固守的基本功能。从总体上看，工业化与城镇化是一个渐进的过程，农村人口向城市转移不可能一蹴而就。农地在现阶段甚至较长时期内所担负的基本功能，是以公平为价值取向的，因而在农民集体内部平均分配土地的承包责任制似乎要成为现实的必然选择。而农地流转是以效率为价值取向的，其主要功能在于释放农村富余劳动力、促使农地集中，即促使更多的农民从土地上分离出来，将其分散经营的土地集中起来进行规模化经营。显然，两者路向是相左的：前者是要把农民与土地结合在一起，后者却是要把农民与土地分离开；前者是要把土地分散给所有农户经营，后者却是要把土地集中给少数者经营；前者是以公平为价值取向的，突出对农民生存权的保障，后者是以效率为价值取向的，突出对农地与劳动力利用的高效率以及对农民发展权的尊重。其实，两者的功能价值冲突可以统一到工业化、城镇化对农村人口的吸纳能力上来。当这种吸纳能力较弱时，农地的社会保障功能增强，农地的商品性削弱，农民直接利用土地的需求上升，农地流转需求下降；当其吸纳能力较强时，农地社会保障功能削弱，农地商品性增强，农民直接利用土地的需求下降，农地流转需求上升。这可能就是农地流转在农地承包制社会保障功能制约下的普遍发展规律。也正因为如此，农地流转规模表现出区域差异性大、且与区域经济发展程度成正比的特点，即经济发达地区的农地流转规模明显大于经济较落后地区。

二、在承包制基础上农地流转机制的重构再造

在宏观层面上，促进农地规范有序地流转，就要通过积极的政策引导与法律规制，创造有利于农地流转的产权基础、制度环境、市场条件和运行机制。首要解决的问题是如何在坚持农地集体所有制前提下完善家庭承包制。

不改变农地集体所有的权属性质是农地流转的前提条件，而农地集体所有权的设计缺陷又是农地流转不畅的制度根源。学界对我国农地制度改革探讨由来已久，在路向上主要有三种观点：土地国有化，土地私有化，在集体所有制前提下继续完善家庭承包制[2]。无论哪一种观点，都是针对我国现阶段农地产权结构不合理、产权主体模糊、产权边界不清、土地承包权不稳定等提出的建议，意在根本解决农地产权制度的问题。然而，“所有权残缺”（the truncation of ownship）理论告诉我们，即使是私有产权，也并非是理想状态中的完整权利，土地的特殊功能决定了国家终极的所有权是必然的，不存在所谓“完整的”土地产权。事实上，当前淡化土地所有权比强化土地所有权对农民更有利[3]。因此，土地名义上的所有权究竟归谁并非紧要，重在如何将土地产权在不同主体之间进行合理、清晰的界定。不同的利益主体（农户、集体与国家）享有哪些具体的土地权利，这些权利能否得到法律的有效保障，这才是农地制度改革迫待解决的问题。不过，《物权法》关于农村集体成员权制度的创设，当是对既往基于个人占有的所有权理论的发展和扬弃，其有助于明晰农村集体所有权主体，有利于依法保护农村集体经济组织成员的正当权益。

农地制度改革路径的基本共识选择是“在集体所有制前提下继续完善家庭承包制”——因为国有和私有路径都偏离了我国农地制度变迁的轨迹，改革的风险和成本巨大。在坚持家庭承包制的前提下，农地经营制度改革应侧重于：一是依法合理、清晰地界定农户、集体与国家的土地权利边界，完善土地承包经营权的诸项权能（承包权、使用收益权、处分权）；二是完善土地承包经营权物权化后的法律保障机制；三是建立农地进入、退出市场的法律机制；四是统筹实行土地适度经营规模与农村人口转移的同步措施，取消土地承包经营权主体的户籍限制；五是探寻满足新增人口土地需求的新途径。而关键在于对农民权益的保护要贯穿农地制度改革全过程。要促进土地有效流转，就要增强土地承包经营权的商品性。《土地承包法》虽然对承包经营权有较详尽的规定，旨在稳定土地承包经营权，明确农户的流转权，赋予农户有长期保障的农地使用权，为其市场化提供法律条件，但仍存在某些不足，如该法第 32 条有关家庭承包经营权流转的规定不足以解决农地适度规模经营的具体问题，因而构建完善适于我国农地规模化经营之路的土地使用法律制度，确有必要[4]。把握土地承包经营权物权立法的着眼点，应在于如何解决农地因具有社会保障功能而削弱其商品属性的现实状况与农地流转之间的矛盾，贯彻效率优先的原则，实现公平和效率的总体平衡并矫治农地承包平均主义的缺陷[5]。

(一)科学界定农户、集体与国家的土地权利边界,重构农地权利结构

当前全国各地的农地制度改革探索非常活跃,其大体思路为:以土地所有权的宪法规定为基准,在集体所有制框架下,强化并规范农户的农地经营权(使用权)及相应的收益权和转让权,进而对平均地权(均田承包)的资源配置低效率格局进行适度修正,以产权制度为中心,培育农地流转的集约化机制,逐步推动农地的规模化经营。"产权界定—使用权流转—土地集中—规模经营"是农地制度改革的基本路径,其中产权界定是改革创新的核心。农地制度改革实践形式各异,在产权界定上都坚守两条"底线":第一,不牵涉土地所有权问题,土地仍然属于集体所有;第二,都不改变家庭承包制,不损害农民土地承包权益,承认其承包权、成员权并通过创设合理的利益分配机制。具体来说:一是村集体拥有土地所有权;二是农户凭借成员身份拥有土地承包及自主使用权;三是农户拥有与其使用权相对应的收益权和转让权;四是地方政府拥有农地资源与农业产业发展的宏观管理权。实践中农地产权的如此界定,为重构农地权利结构当有借鉴意义,但缺乏理论指引和法律保障,故有必要深化理论认识,形成具体的立法建议。

在法律制度上重构农地权利结构,就要从立法上科学划分不同利益主体间的土地权利边界,把各土地权利的内容范畴界定清楚。譬如,在权利内容上,农户、集体与国家的土地权利应包含哪些内容;在权利关系上,集体所有权、农户承包权、农地经营权三权如何分离,农户承包权与农地经营权的具体内容是什么以及两者到底是什么关系,物权化的农地承包权、经营使用权内容如何界定等。只有在理论上解决了这些问题,并在立法上作出明确的界定,才能明确什么是侵权,什么是正当权利,农民集体土地才真正具有产权范畴的基本特征。重构农地产权关系新框架,重在突出权利主体的排他性和权利内容的排他性,也就是产权的排他性[6],这是产权交易即农地流转的前提。

明晰稳定的产权可以降低农地流转的交易费用,从而可将生产要素配置给更有效率的农户,提高农业生产效率。由于农地产权不明晰增加了农地流转的交易成本,故必须对农地产权各项权利的边界和内涵进行清晰的界定。从保护产权交易主体权利的目的出发,立法上应该赋予农户更多的土地剩余索取权,减轻农户的负担;加强农户对土地处分权利的自控,强化承包经营权的排他性,使农户能够有效对抗土地所有者和第三人的非法侵害;在法律上明确农户对承包地的继承权和抵押权。这些立法措施可加强农户对所拥有土地使用权的稳定预期,增强土地经营者对未来投资收益的预期,从而增加农地流转市场的有效需求,促进农地自由流转。

(二)建立物权化的土地承包经营权流转促动机制

承包经营权的物权化是其市场化、资本化的法理前提,物权化比债权化更有利于保障农民利益和促进土地流转[7]。立法上,在《物权法》出台之前,尽管早就提出了"农村土地承包经营权的物权化"问题,但没有一部基本法律明确将承包经营权确立为物权,也没有赋予承包经营权排他性的物权效力。如《土地管理法》没有将其明确为物权,《土地承包法》第一次把农地所有权与使用权剥离,只是强化了农地承包权的效力,也没有将承包经营权明确为物权。此外,《土地承包法》仅有限承认土地承包经营权的继承性,并没有认可其作为财产权的抵押性。上述表明,《土地承包法》将承包经营权仅视作一种准物权而已,且可以说,其实际只是具有某些物权内容的债权,不能完全用物权法则来解决可能遇到的问题。《物权法》首次明确将承包经营权确立为一种用益物权。权利人可以在法定的范围内对承包地行使充分的占有、使用、收益以及依法处分的权利,对承包权进行转包、出租、互换、转让、分割等各种形式的处分,从而可促进农地流转,提高农地经营效率。虽然《物权法》关于土地承包经营权的条款与《土地承包法》的内容似乎没有多少变化,但《物权法》提升了土地承包经营权的法律地位,关键是明确了土地承包经营权的物权性质,明确了承包期届满后按照国家有关规定继续承包的要旨,更有利于土地承包关系的稳定,落实农民长期而有保障的土地使用权。

其次,非家庭承包土地经营权基本上依法可自由流转,但没有明确其目的,保证"农地农用"这一必要限制;而家庭承包土地经营权流转仍有一些限制,如需要发包方的许可或者备案,禁止非农业合作的入股或抵押,使得家庭承包土地经营权物权性质大打折扣[8]。《土地承包法》对土地承包经营权流转形式(转包、出租、互换、转让等)的立法设计,只是基于农户供给型流转模式而拟制的。实践中已存在农户自发流转模式以外的

“委托集体流转模式”与“集体供给型流转模式”。前者即农户先与集体签订委托合同，然后由集体与受让人签订流转合同，租金等直接收益一般仍归承包户，但集体往往可能通过其他形式获得收益；后者即集体先通过反租、入股、土地置换等方式将农户的土地集中，然后出租给受让人，其中集体是出让人，受让人只需要与集体进行“交易”——该模式实际上是两次流转的组合，第一次是土地集中过程中农户与集体间的流转，第二次是集体与最终受让人间的流转。以“农地入股”、“农地信托”为代表的集体供给型流转形式的实践推广已取得了良好的效果，是农地制度改革可选择的方案。法律只能面对并立足现实，规范合理的新现象，而不能僵化，否则只能导致物权法的旁落。《土地承包法》禁止的只是“强迫流转”，若在尊重农民意愿通过入股合同、信托合同，对农民利益做出充分保护的前提下，实行的集体供给型农地流转如土地入股和农地信托等，并无违背立法本意，当有调整确认的必要。

另外，构造物权化的承包经营权流转促动机制需要扩大承包经营权抵押的范围。抵押是物权的一项重要权能，在《土地承包法》与《物权法》中土地承包经营权的抵押都受到严格限制。一是在土地类型上限制，规定只有“四荒地”才能设定抵押，耕地抵押受到限制；二是在土地来源上限制，《土地承包法》第 49 条的规定意味着可抵押的土地承包经营权以通过市场交易方式取得为限，禁止基于集体成员权取得的承包经营权抵押。限制主要出于两个目的：其一，保护耕地“底线”而保障粮食安全；其二，保护集体成员权而彰显土地社会保障功能和集体所有的性质。耕地抵押限制是部分的，因为可用基本农田保护制度并通过对土地用途的合同限定来实现保护耕地的目的。基于成员权取得的承包经营权抵押则是受完全限制的，一是因为农地承担着集体成员社会保障的功能，这在当前农民非农有限收入来源不稳定的现实中至关重要；二是因为当债务履行不能时，土地承包经营权将脱离集体或其成员的支配，在集体所有权虚置的制度安排下，“农民集体”将难以实现其所有者权利。因而，基于土地的社会保障性，将可设定抵押的土地承包经营权的范围进行限定有一定积极意义，但从农业长远发展考虑，这种限定不符合市场交易法则，削弱了承包经营权的商品性，不利于农地流转和变现。

（三）探寻满足新增人口土地诉求的新途径

《土地承包法》第 27 条规定了“承包期内，发包方不得调整承包地”，也就是通常所说的“生不增，死不减”，第 28 条规定了新增人口从集体取得土地的三种来源，试图建立以市场手段解决人地矛盾的新机制。这种规定，对稳定土地承包经营权、促进农地流转是有积极意义的，但也说明了该法在提高效率的同时牺牲了公平，且还潜伏着危机。如果工业化和城镇化不能很好地吸纳农村人口，随着农村无地人口的增多，必然会危及承包经营权的长期稳定和农村社会稳定，而承包经营权的继承性必然导致承包地在家庭成员内部的再割分，农业小规模经营加剧，农地将会陷入家庭垄断境地，土地流转难度增大。因此，《土地承包法》作出上述规定，是以对工业化和城镇化的乐观预期为前提的，是以农村劳动力能够实现大规模转移为假设的，存在着一定风险，这种风险在中西部欠发达地区尤其要高度关注。为防患于未然，要探寻满足农村新增人口土地诉求的新途径。

三、消减农地流转制度障碍的法律政策建议

（一）完善农地流转立法，构建物权化的土地承包经营权流转规范机制

缺乏系统有效的规范制度保障，是当前农地流转面临的现实问题。消除土地流转中的制度障碍，建立规范有序、灵活有效的农地流转机制，有迫切的必要。《土地承包法》为农地流转提供了一定的法律支持和制度保障，是目前指导农地流转的唯一的全国性法律。其基本规定有：农民承包经营权流转的权利（第 10、15、32 条）、流转原则（第 33 条）、流转主体、流转收益归属（第 34、36、43 条）、流转签约（第 37 条）、流转登记程序（第 38 条）、流转中的承包关系（第 39、41 条）、流转方式（第 32、40、49 条）、不当干预流转的法律责任（第 54、57、58、61 条）。不过，这些规定基本上停留在原则上，各地对农地流转中的矛盾与纠纷，处理起来仍然缺乏明确的法律依据。譬如，农地流转各主体的权利、义务怎么明确，其利益补偿关系如何协调，流转价格依据如何确定等，在实践中有着较大随意性。各地大都在《土地承包法》原则指导下“摸着石头过河”，对农地流转有地方立法的探索。笔者认为，加强对农地流转立法，无须另起炉灶再立新法，应该在《土地承包法》的基础上从主

体、客体、内容和程序等方面加以修改完善。关键要构建集体土地所有权、农户承包权、农地经营权“三权分离”的农地产权关系新框架,依法确认保障农户的农地承包权之财产权,而将土地耕作经营权通过市场方式流转给他人,进一步完善物权化的农地承包经营权流转法律规范机制。规范的基本范畴包括:

1. 进一步明确农地流转的主体

《土地承包法》规定“土地承包经营权流转的主体是承包方”。这一表述并不科学,有违法理逻辑。土地承包经营权流转是一种合同关系,其主体不可能是单一的,而是相对的两方,承包方与受让人是流转关系的一般主体,在某些情况下,集体也可能成为流转关系的特殊主体。在笔者看来,该立法的本意应是:流转中出让土地承包经营权的主体是承包方,而非指发包方,目的是赋予承包方在农地流转中的主导地位,防止集体借土地流转侵犯农民利益。因此,若不考虑其他因素,该规定可修改为“农村土地流转中出让土地承包经营权的主体是承包方”,换言之,“农村土地流转中提供土地的主体只能是承包方”。不过,有两点不能忽略:一是农地流转是否就是承包经营权的流转;二是发包方能否成为出让承包经营权的主体。针对第二点,若否定发包方的主体资格,则集体供给型土地流转将因违反《土地承包法》而被禁止。但目前珠三角等地早已出现反租倒包、农地信托、农地入股等集体供给型流转形式:土地入股、农地信托、反租倒包等。这些流转模式涉及的利益主体是多元的(包括农户、村集体、受让人及基层组织),其合同关系较为复杂(如农户与村集体、受让人与村集体、村集体与上级组织等),这与《土地承包法》“土地承包经营流转的主体是承包方”的规定产生了矛盾,因为除了承包方和受让人是流转关系一般主体外,集体也可能成为流转关系的特殊主体。其实,《土地承包法》已确认农户可以通过入股组成某种形式的经济组织,这种经济组织一般就是社区集体经济组织,在这些地区,集体是提供土地的主体,这是不争的事实。《土地承包法》对该主体资格的限制性规定,旨在充分尊重农地流转中农户的意愿,防止集体侵犯农民利益,防止的只是“强迫流转”;若在尊重农民意愿通过入股合同、信托合同,对农民利益做出了充分保护的前提下,实行的集体供给型农地流转如土地入股和农地信托等,并没有违背立法本意,就不应该一律被禁止。因而,《土地承包法》有理由确认以合法有效的土地入股合同或信托合同把农地整合起来的集体组织,其与承包农户一样应该成为土地承包经营权的流转主体。

2. 合理界定农地流转的客体

《土地承包法》将农地流转称作“土地承包经营权流转”,把流转关系的客体界定为土地承包经营权。承包经营权并不是单项的权利,而是一个权利束,正如《土地承包法》第8条规定的那样,是占有权、使用权、收益权、处分权等多种权能的集合。除了转让、互换等形式外,土地流转后,承包方仍以承包权证或股权证等方式保留其占有权和一定程度的收益权、处分权。从产权结构来看,土地流转必然伴随着产权结构中的使用权流转,但不一定是承包经营权整个权利束的流转。因此,把农地流转的客体简单称作“土地承包经营权”是不准确的,流转的客体应区分两种情况:一是互换、转让等形式,土地承包经营权是流转的客体,它是整体发生了流转;二是除互换和转让外的其他形式,占有权能及附着于其上的部分收益权能和处分权能不发生流转,土地使用权是流转的客体,或者说,使用权能及附着于其上的部分收益权能和处分权能是流转的客体。对流转客体如此区分,颇具理论与实践意义。承包经营权整体流转必然导致承包户失去对土地的占有及其收益与保障。因此,为更好地保护农民利益,在立法上,应当对承包经营权整体流转的主体条件加以适当限制,针对客体的不同制定不同的流转程序、设计不同的利益分配方案。

3. 明确农地流转的内容

充实农地流转内容也即流转关系各主体间的权利、义务及相应的法律责任。《土地承包法》对此规定颇简略:一是流转方式;二是承包方获得流转收益并有权获得地力提高的补偿;三是强迫或阻碍流转的法律责任。因此,农地流转立法应强化这些内容:一是流转关系主体的资格条件,如承包方、跨地区农户、城镇居民、企业等要提供什么资料,具备什么条件,才能进入农地流转市场;二是根据流转方式的不同,规定不同主体间的基本权利义务,尤其是规范基层组织在流转活动中的行为;三是有必要规范流转合同文本;四是规定对委托集体流转、土地入股、土地信托等几种特殊流转合同的内容及示范文本;五是法律责任;六是对流转中的违法行为进行监督管理及控诉处理机制。

4. 完善农地流转的程序

完善农地流转程序也就是流转合同签订生效与纠纷处理的程序。《土地承包法》第 51、52 条规定了协商、协调、仲裁和起诉等纠纷处理程序，但是除了流转登记程序外，对流转合同的签订程序没有作出更多的规定。建议就流转程序补充以下规定：一是流转合同的鉴证程序；二是转让、互换等方式的整体流转的集体同意程序和变更承包关系程序，土地入股、转包、互换、租赁或其他方式的使用权流转的登记备案程序。

（二）创造有利于农地流转的政策环境并采取相配套的法律保障措施

外部环境是制约农地流转的重要因素，要促进农地流转，就必须妥善处理好若干关系，创造一个有利的政策环境：一是农地流转与农村社会稳定的关系；二是农地流转与农村劳动力转移及工业化、城镇化的关系；三是农地流转与农村社会保障的关系；四是农地流转与农业规模效益的关系。

1. 促进农村劳动力转移，建立完善农村社会保障体系，是农地流转的根本保障

大规模的农地流转，必然导致大量的农村劳动力从土地中释放出来，这部分劳动力能否实现新的非农就业、获得稳定的生活来源，直接影响到农地流转能否顺畅和农村的稳定。因此，在农地流转过程中，要妥善处理好土地流转与农村社会稳定、农村劳动力转移的关系，农地流转重在解决好农村劳动力的出路和生计保障问题。

首先，从我国国情和现实生产力出发，要着力解决农村劳动力的出路问题。除了消除制度性障碍外，还要积极发展劳动密集型产业，创造大量的就业机会，加速农村就业结构的调整。

其次，建立完善覆盖农村的社会保障体系。在经济上，农地的社会保障功能随着农业比较效益的降低和土地在农民收入来源中的重要性的下降而减弱，但对于没有非农收入的纯粹农业生产者来说，土地就是一切生活保障，是安身立命的基础。因此，为克除土地转移的风险，就要建立农村失业救济和养老保险制度，逐步将农民的生计保障由依靠家庭和土地转向依靠社会保障，其保护的对象主要是已经离土的、就地从事二、三产业的农村居民和已经进城务工而没有被纳入城镇社会保障体系的原农村居民[9]。目前，某些地区正在推行农村社保工作，采取“农民出一点、市县出一点、省里出一点”的办法筹集社保基金。但是除了较发达地区（如珠三角、长三角）外，中西部内地和山区因地方财力有限，难以承担配套资金，造成农村社保基金缺口很大，农村社保难以发挥其应有的功能。增强农村社保功能的关键在于增强地方财政能力或者是拓宽社保资金来源。一些地方正尝试新做法，如根据企业购置、受让的土地价按比例提取社保基金，或者是利用安置补助费和土地增值收益为失地农民办理社保等，应当加以总结推广。另外，应扩大城市社会保障的覆盖面，使已经离土离乡而没有加入城市户口的原农村居民也能享有安全网的保障。

2. 改革户籍制度，最终取消城乡社会福利差异，消除制度性因素对农村劳动力转移的阻碍

大规模农地流转是建立在大量农村劳动力转移到非农产业且有稳定收入来源基础上的。只有非农产业获得的稳定收益超过承包地所能提供的经济福利功能，人们才会把土地投放到流转市场。同时，稳定的土地供应还有赖于离开土地的农户在城镇取得合法生存发展的权利与空间。城乡二元化的户籍管理及相关的二元就业、二元社会保障等是阻碍农村劳动力转移的制度根源之一。要促进农地流转，就必须以改革户籍制度为突破口，逐步消除制度性因素对农村劳动力转移的阻碍。

源于 20 世纪 50 年代严格限制人口流动的户籍制度，既是城乡居民利益和矛盾冲突的结果，也是城乡利益格局固化的表现。虽经半个多世纪的变迁，户籍制度从严渐宽，但其基本特征一直没有变。现行户籍制度对农村劳动力转移的阻碍可归纳为两个方面：一是直接阻碍农村劳动力转移的政策和措施。首先，农业户口与城市户口划分的标准，不是以居民职业、主要生活来源和居住地为依据，从农村人口变成城镇人口，更多的是制度安排的结果和金钱交易的结果，体现的只是“身份”的变化。取得城市户口，就具有了城市的“身份”，就有资格享受城市社会福利。其次，限制农村劳动力的流向。《规划法》规定“严格控制大城市，合理发展中小城市”，造成中小城市成为农村人口地域流动的主要归宿。二是间接阻碍农村劳动力转移的政策和措施。其一，就业保护制度的城市偏向。几乎所有城市都是优先安排本地人口就业的，外来人口缺乏平等竞争就业的机会，劳动者职业的有无与好坏不取决于个人的能力和工作态度，而取决于个人的特定“身份”。其二，城市

社会保障的排他性与农村社会保障的欠缺。农村劳动力转移,无论是迁移性的还是转移性的,都涉及到社会保障问题,但进城农民的社会保障应该定位在哪里呢?城市社会保障只限于城镇户口的就业者,进城务工的农民被排除在城市社会保障之外;而农村原有社会保障,如合作医疗等,随着集体经济的解体大多已在农村消失,无论是政府还是农民都普遍缺乏财力筹集农村社会保障资金。因此,进城农民的社会保障在城市或在农村都是缺乏立足点的[10]。

促进农村劳动力转移,就要彻底变革户籍管理以及与此相关的就业和社会保障制度。户籍管理二元化,是就业、社会保障二元化的基础,户籍制度改革理当先行。户籍制度改革必须打破农业与非农业户口管理二元结构,建立全国统一的户口登记制度;逐步放宽户口迁移限制,根据经济社会发展需要和社会综合承受能力,实现户口自由迁移;逐步剥离各有关部门附加在户口上的诸多行政管理职能,把户口与福利因素分离,还户口的本来面目。在户籍制度改革的基础上,打破城乡分割、地区分割的二元就业结构,实施城乡统筹就业,并将农民工纳入城市社会保障范围,建立城乡统一的社会保障制度。目前,不少地方在户籍制度改革中已取得了较大的进展,广东佛山、深圳、浙江宁波等地已取消了农业与非农业户口,统一实行居民户口,湖北、山东、湖南等省份也相继启动了户籍制度改革。然而,户籍制度改革,要防止出现对农民土地权益的剥夺。广东某市区曾在一夜之间把辖区农民转为非农业户口,然后以农民已不是农业人口为由,通过转制以低价将农民集体土地收归变为国有土地,无异于剥夺农民集体的根本利益。

(三)取消土地承包经营权的户籍性限制

《土地承包法》第26、39、41条对解决农村劳动力转移中土地承包经营可能出现的问题提供了法律依据,说明其对农民利益的考虑还是周到的,但第26条在客观上却引发了户籍与土地承包权益间的产权上的悖论。第26条规定:"承包期内,承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口的,应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的,发包方可以收回其承包的耕地和草地。"在广东珠三角地区若施行这一规定,将会造成极其不良的后果。如广州天河区的农民早通过"村改居"转制已转为非农业户口,但长期保留着农村土地租赁收益或土地股份制带来的股权收益,若按照26条的规定,其承包地应当交回集体,也就意味着基于承包权而获取的地租或股权收益也应当交回集体,而该集体往往已经没有了农业户口成员,变成了纯粹的经济组织。如此一来,集体土地的产权收益也没有了具体的分配对象。再如佛山也取消了农业户口,全市人口都是居民户口,农民城乡"两栖"居住现象普遍,且多以农村土地股份分红为生。同样,这部分农民应否也将承包地交回发包方而成为失地农民呢?那么他们将何以为生呢?把承包经营权与户籍性质相挂钩显然是不合理的,引发了承包权益与户籍挂钩的现实悖论。另外,如果农户与受让人签订了承包地长期租赁合同,在租赁期间发生了第26条的情形,一旦集体收回承包地,则会出现一个有趣的法律悖论:租赁收益归谁?显然,仍归该农户是不可能的,但是若归另外某一农户必然产生公平危机,若归集体,则意味着该土地成为了机动地,而一旦机动地突破了"占耕地5%"的限额,该租赁收益将无法找到一个公平且合法的归属者:归集体,必违反5%的法律限制;由集体发包给某农户,再由全体成员分享收益,必违反承包权益不得侵犯的原则,且其他成员的利益分享必构成不当得利。

还要注意的是,《土地承包法》第26条规定的是"发包方可以收回"。"可以"是非强制性法律用语,同时也意味着"可以不",立法者主观上是为人地关系紧张的农村保留收回承包地的机动权利,以保障新增人口"有其田",但是客观上无疑增加了农民迁入城市机会成本的不确定性,为发包方或其干部谋取不当利益预留了"暗门"。如此规定,显然是不利于农村劳动力转移,不利于规范发包方行为的。因此,与其作出此模棱两可的弹性规定,还不如取消该"收回权"。

放宽户籍管制,是我国社会发展的必然趋势,户籍与土地承包权益的悖论多年来已经在各地出现。户籍管制客观上无异于是要把农民捆绑在土地上,否则就会失去土地承包权益,增加了农村劳动力转移的机会成本,实质上是对承包经营权物权性质的否定。立法与现实的冲突已经产生并将不断扩大,对户籍与土地承包权的关系重新进行修改有迫切的必然性。建议取消土地承包经营权的户籍性限制,不再以户籍性质为是否收回承包经营权的依据,应当强化承包经营权物权属性,除非农户主动放弃或严重违法使用土地,发包方无权收

回承包地，只有这样才能有利于对农民利益的保护，有利于农地流转，有利于承包经营权的稳定，有利于农村劳动力的转移。

参考文献：

[1] 温铁军. 中国农村基本经济制度研究——“三农”问题的世纪反思[M]. 北京：中国经济出版社，2000.
[2] 王小映. 土地制度变迁与土地承包权物权化[M]//迟福林. 走入 21 世纪的中国农村土地制度改革. 北京：中国经济出版社，2000：281.
[3] 邵彦敏. 农业人口流动与农村土地流转[J]. 人口学刊，2007，(4)：36－39.
[4] 周良金. 我国《农村土地承包法》在实施中存在的问题及对策分析[J]. 乡镇经济，2006，(11)：62.
[5] 宋从越. 农地承包权流转的原则与限制[J]. 阴山学刊，2006，(6)：62.
[6] 邵彦敏. 农业人口流动与农村土地流转[J]. 人口学刊，2007，(4)：36－39.
[7] 杨一介. 中国农地权基本问题：中国集体农地权利体系的形成与扩展[M]. 北京：中国海关出版社，2003.
[8] 李学永. 农民土地权利流转制度研究[J]，政法论丛，2008，(2)：37－41.
[9] 邵彦敏. 农业人口流动与农村土地流转[J]. 人口学刊，2007，(4)：36－39.
[10] 梅金平. 不确定性、风险与中国农村劳动力区际流动[M]. 北京：中国财经出版社，2003.

Conflict and Coordination between Agricultural Land Contract System and Agricultural Land Transfer on the Shortage and Improve the “Rural Land Contract Law”

WANG Quan-dian[a], DU Jin-pei[b]
(*SCAU*: *a. Law Department*, *Guangzhou* 510642, *China*;
b. Guangdong Rural Policy Research Center, *Guangzhou* 510642, *China*)

Abstract: The basic characteristics of China’s existing land management system is agricultural land contract system and decentralized management. Although family farmers’ contract is a solid system basis for the transfer of agricultural land, there’s a gap between their initial policy goals and actual operating mechanism, which restricted the circulation of agricultural land . Based on the analysis of the practice of modern agriculture scale operation, it is necessary to improve the household contract system, establishing legal mechanisms with full property rights to agricultural land transfer and creating a favorable external environment for agricultural land transfer and taking corresponding measures.

Key Words: agricultural land contract system ; agricultural land transfer; full property rights