

土地承包经营权的 功能转型及权能实现

——基于农村社会管理创新的视角

赵万一 汪青松*

内容提要：中国现行土地承包经营权制度存在的突出问题是制度功能超载和法律权能缺失并存。相关法律和政策为了同时满足国家、社会、集体和个人等不同利益主体的多样性诉求，赋予了土地承包经营权以政治性、社会性和经济性等涵盖面极为广泛的多种制度功能。不同制度功能所追求的价值目标各异，导致相互之间的结构性冲突难以避免，由此不仅进一步加剧了农村内部的结构紧张局面，也使得功能超载成为土地承包经营权制度不能承受之重。另一方面，土地承包经营权在实体法、程序法和特别法意义上的具体法律权能缺位严重，对权利主体的保护效能明显不足，反过来又大大制约了其制度功能的有效发挥。变革的目标就是要在纯化土地承包经营权制度功能的同时，最大限度地实现其作为独立物权的各项法律权能，将土地承包经营权真正打造成具有确定法律含义和健全权能体系的民事权利。这种功能转型和权能实现不仅是还原土地承包经营权之独立物权属性的客观基础，也是农村社会管理创新的应有之义。

关键词：土地承包经营权 用益物权 制度功能 法律权能 农村社会管理创新

土地承包经营权制度作为最具中国特色的法律制度之一，理论创新与实践价值不言而喻。但由于该制度的核心是在保持土地集体所有（公有）的基础上最大限度地发挥私营之效益，故从其诞生之日起就常涉毁誉之辩，也不乏存废之争。通过对法学领域相关研究的简单梳理，不难发现，学者们的研究视角呈现出一种从宏观抽象向微观具体的转变，即从早期侧重于对土地承包经营权的理论基础、法律性质等抽象问题的探讨逐步转向对其流转

* 赵万一，西南政法大学民商法学院教授；汪青松，西南政法大学民商法学院副教授。

本文为赵万一主持的中国法学会专项研究规划项目“农民权益保护与农村产业发展法律问题研究”（2010-007）和西南政法大学2012年人才引进项目的阶段性成果。

方式、征收程序等具体制度的研究。不过，我们通过一项对中国农民权益保护现状和农村产业现代化发展问题的大规模调研深切地感受到，^{〔1〕}在宏观理论建构和微观制度设计之间，实际上还存在着一些不容忽视的中观层面的问题，其中最为突出的就是土地承包经营权承载了过于沉重的制度功能，并且因这些功能的相互冲突而导致具体的法律权能严重缺失和难以实现。对这一问题的准确把握和妥善处置不仅是还原土地承包经营权独立物权属性的客观基础，也是实现农村社会管理创新的重要一环。

一、现行土地承包经营权制度的功能超载与权能缺失

一项具体的法律制度设计除了要体现公平、公正等法的一般性价值之外，也会有其相对特定的价值追求。这种价值追求往往通过权利赋予的形式具体化为对特定利益的特别保护，保护的抽象意义可以称为制度功能，保护的具体意义则表现为该权利所被赋予的相应法律权能。从立法技术上说，一项制度如果是为了创设或赋予一种权利，那么其制度功能和法律权能应当在服务于特定价值追求的基础上相互协调，换言之，二者的内涵与外延应当基本统一。如果按照这一标准审视，现行的土地承包经营权的制度功能与法律权能之间则存在着明显的背离。

（一）土地承包经营权制度的功能超载

我国目前的农村集体经济组织实行的是以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。这种体制派生出的现行土地承包经营权制度实际上蕴含着四个方面的利益需求：一是以满足国家层面上的生存发展需要为目的并受国家意志支配的利益，即国家利益；二是为了实现一定范围内的社会公众的需要而体现的利益，即社会公共利益；三是乡村集体经济组织基于经济民主和意思自治所追求的集体利益；四是基于农户自身的需求所体现的私益。为了保证这些不同类型利益需求的实现，客观上要求必须赋予土地承包经营权以内容各异的制度功能。这里所说的制度功能，是指土地承包经营权制度为了保证不同利益的实现所实际承载的、具有特定外延和内涵的功用和能力。基于制度功能所旨在实现的利益差异及其所发生功用的社会管理领域的不同，可以将土地承包经营权的制度功能具体细分为政治性功能、社会性功能和经济性功能。前两类功能在客观上构成了农村现行社会管理机制运行的基础，而后一类功能则成为农民权利的最核心组成部分。

1. 土地承包经营权制度承载的政治性功能

我国农村现行的土地承包经营权制度虽然发端于改革开放后最基层农民组织的自主创造，但其顺利推行以及合法地位的取得是与政治国家的认同与支持分不开的。有学者曾经

〔1〕 2011年2月至9月，我们动员并培训了约300名学生，在包括重庆、四川、河北、广东、山东、浙江、内蒙古在内的全国24个省、直辖市和自治区的近500个乡村进行个别走访和问卷调查，并组织召开了一系列座谈会。调查人员共向受访村民和村干部发放问卷调查表877份（套），收回有效问卷861份（套），有效率为98.2%。与受访者主观特征相关的分类变量情况为：（1）受访者性别，男性占比63.5%，女性占比36.5%；（2）受访者民族，汉族占比89.7%，少数民族占比10.3%；（3）受访者文化程度，大专及以上占比13.9%，高中或中专占比21.0%，初中占比45.0%，小学及以下占比20.1%；（4）受访者身份情况，普通村民占比90.3%，村干部占比6.8%，未注明者占比2.9%；（5）受访者职业，从事农业生产者占比48.8%，外出务工者占比42.3%，未注明者占比8.9%。下文中的数据如未标明具体出处，均来源于本调查所获数据。

运用历史分析的方法将农民获得土地承包经营权归结为中国共产党人与农民重建政治契约的结果,因而该制度本身就具有了与民立约的政治含义。^{〔2〕}不过,历史视角中的这种“政治含义”主要还是体现为执政党对于在其实现革命成功过程中作出重大贡献的工农联盟阶层所作承诺的一种兑现。而在现实的政治体系和国家的社会管理机制中,土地承包经营权制度的政治性功能却是实在的和具体的。

首先,土地承包经营权制度承载着表征和维持社会公平的功能。自从人类诞生伊始,即与土地构成了难以分离的依存关系,土地成为人类赖以生存的立足之本;特别是对于以农业立国的华夏神州而言,农民对土地的感情更为深厚。因此,在数千年的历史中,“均田地”一直是中国农民最为执着和最为质朴的诉求。中国革命的成功在很大程度上也是得益于中国共产党及其所领导的政府在土地政策上对农民这种强烈诉求的积极回应,即从根据地、解放区逐步开展并在建国后推行到全国的土地改革。即使在改革开放之后,这种诉求在农村公有土地“私营化”的过程中同样得以延续并为法律所确认。其具体表现是在土地承包经营的实施过程中,在某一集体经济组织内部,土地承包经营权的配置通常是以现有成员为基数进行平均分配。在整个社会层面,国家凭借法律制度和行政力量维护农村集体经济组织内部土地承包经营权均分的现实格局,防止出现与农民公平诉求相悖的大土地拥有者。这样做的好处是满足了农民的均田思想,保障了农民的最基本生活需求,为农村社会管理举措的稳步推进奠定了坚实的基础。但其所带来的负面效应是导致土地细碎化现象严重,妨碍了农业生产的集约化经营和生产效益的提高。根据我们的调查,目前农村人均承包土地在1亩以下的农户占到总农户的51%,2亩以下的占88.2%。单个农户无法通过规模经营来实现生产效益的大幅提升。

其次,土地承包经营权制度承载着实现乡村治理、支持和落实地方行政管理的功能。现行的农村集体经济组织都是依照地域进行社区划分,浓厚的社区性是其区别于其他类型经济组织的一个显著特点。农村集体经济组织不但具有发展经济的作用,同时还负有社区自我管理重任。按照相关法律的规定和实践中通行的做法,农村人口取得农村土地承包经营权的基本条件是必须拥有集体经济组织的成员身份。这种身份的确认依据主要是户籍制度。而户籍制度除了具有身份辨认的功能之外,更具有确认农民及其家庭组织归属的功能,即体现了集体经济组织与其成员之间的行政管理关系。虽然不同时期农村社会面临着不同的任务,不同时期农村的具体事务会发生变化,国家应对农村社会的具体方式也会因此发生变化,但国家要有强有力的治理乡村基层社会的能力却是始终不能变的。^{〔3〕}而在中国步入现代化这个必由之路以后,各种新的外生性制度不断进入乡村社会,冲击、荡涤着中国乡村社会的传统,乡村治理所面对的规则体系正在发生巨大的变革。^{〔4〕}因此,土地承包经营权尽管是作为一种财产权的形式而存在,但其客观上是以行政管理关系为基础,也必然会承载一定的行政管理职能。从另一个角度而言,由于乡村集体组织掌握着土地资源及其分配的权力,因此国家在进行农村土地制度设计时,也必须允许作为发包方的基层

〔2〕 参见孙宪忠:《争议与思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社2006年版,第448页以下。

〔3〕 参见贺雪峰:《论农村基层组织结构与功能》,《天津行政学院学报》2010年第6期。

〔4〕 参见贺雪峰、董磊明、陈柏峰:《乡村治理研究的现状与前瞻》,载高翔主编:《中国社会科学学术前瞻(2006-2007)》,社会科学文献出版社2007年版,第374页以下。

政权对集体土地保持一定的控制权，从而使得基层政权能够享有治理权力以辅助国家对于村社共同体的治理。^{〔5〕}

最后，土地承包经营权制度承载着推行和发挥基层民主的功能。农村家庭联产承包经营制度的推行使得农民在经济上的自由民主度大大增强，这种经济体制上的变革必然会进一步对农村社会管理体制产生重大影响。新中国成立以后，经历了“土地改革”、“农业合作化”、“人民公社”、“文化大革命”等一系列剧烈的经济社会变革和政治运动，使得国家行政权力向乡村基层社会的渗透和延伸达到了历史上前所未有的广度和深度。^{〔6〕}特别是“在1958—1978年的20年里，中国农村人口的70—80%都被紧扣在与新政府的脐带式关系之中。这样完整的农村组织形式是中国有史以来绝无仅有的”。^{〔7〕}人民公社这样高度集中的组织客观上与农村家庭联产承包责任制相抵牾。一旦实行土地的农户承包经营模式，人民公社体制必然会解体，因为它“无法容忍新兴的社会力量，无法协调和统帅社会”。^{〔8〕}农村土地被农户承包经营以后，农户的自主性、独立性逐渐增强，根深蒂固的家庭利益意识也被唤醒，原先基本“同质”的农民群体也随之发生分化，形成各种新的利益主体和阶层结构。在这种松散的以农户为“中心”的利益结构尚未被整合之前，它一方面尽力挣脱原有的准国家政权式村、组等组织形式的束缚，从原来的体制中解放出来，另一方面又对乡村社会自治抱有模糊的想象和冲动。这是人民公社体制解体、村民自治萌芽的一个重要原因。^{〔9〕}20世纪80年代初，“村民委员会”作为新型的农村基层自治组织开始在广西、四川、山东、河南等省区出现。1982年宪法正式确认了这一制度。专门的村民委员会组织法在经过10年的试行之后，于1998年正式颁布施行。该法明确要求，作为发展基层民主的自治性组织，村民委员会应当“维护以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”，并且明确将“村民的承包经营方案”列举为“必须提请村民会议决定”的事项。^{〔10〕}但由于中国农村的村民自治是以自上而下的方式构建起来的，因而在大多数地区都缺乏内生动力。尽管官方统计的村委会选举参选率一直处于较高水准，但同样也有学者指出中国基层民主中的“投票者冷漠”现象正不断加剧。^{〔11〕}因此，“从村民自治效果看，国家不是缩小了在农村的控驭范围，而是改变了对村落的控驭方式——至多是在改变经济控驭方式的同时，减少了对乡村社会事务的过多和过于直接的介入”。^{〔12〕}

2. 土地承包经营权制度承载的社会性功能

诚如学者所言，承包土地权利从来不是一种单纯的财产权利，我国农村土地从来就具有社会保障的功能。^{〔13〕}对集体土地进行承包经营是我国农民的自主选择，这种选择似乎也

〔5〕 参见朱虎：《土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角》，《中国法学》2010年第2期。

〔6〕 参见张新光：《论中国乡镇改革25年》，《中国行政管理》2005年第10期。

〔7〕 费正清：《费正清论中国：中国新史》，薛绚译，台湾正中书局1994年版，第403页。

〔8〕 张厚安、徐勇等：《中国农村政治稳定与发展》，武汉出版社1995年版，第211页。

〔9〕 参见吴理财：《民主化与中国乡村社会转型》，《天津社会科学》1999年第4期。

〔10〕 根据我们的调查，在对村民委员会组织法第19条明确列举的7类事项的重要性排序中，受访村民普遍认为“承包经营方案”的重要程度最高，涉及该问题的村民会议必须参加。

〔11〕 Kevin J. O'Brien, Rongbin Han, *Path to Democracy? Assessing Village Elections in China*, 18 *Journal of Contemporary China* 359-378 (2009).

〔12〕 党国英：《“村民自治”是民主政治的起点吗？》，《战略与管理》1999年第1期。

〔13〕 刘俊：《土地承包经营权性质探讨》，《现代法学》2007年第2期。

同时意味着个体农民对集体所提供的劳动机会和社会保障的放弃。尽管这种表述未必能准确反映出农民承包到户的初衷,但却准确概括了农村土地承包到户之后的现实。另外,农村集体土地的承包经营并没有、也无法彻底消除被承包土地与公共利益和集体利益之间的关系,这种关系的存在也充分解释了土地承包经营权制度所承载的社会性功能的必然性与合理性。

首先,土地承包经营权制度所依存的农村集体土地承载着促进公共利益和社会发展的功能。我国目前存在国家所有和集体所有两种土地所有制。其中,国有土地承担着满足公共利益和社会发展建设用地需求的首要责任。但是,国有土地的有限性决定了仅仅依靠其存量无法满足上述需要,于是,农村集体所有土地就成为国有土地增量的主要来源。而由集体土地所有权衍生出来的土地承包经营权尽管在形式上是作为一种私权而存在,但也必须服从于国有土地增量的需要,“公共利益”也就理所当然地成为政府强制终止土地承包经营权的正当理由。同时,农村集体土地还需要满足乡村道路、水利设施、文体场所等农村公共产品建设的需求。为保障这些功能的实现,在制度设计上既不能赋予土地承包经营权以对抗集体土地所有权的绝对能力,也不能赋予集体土地所有权以对抗国家土地所有权的绝对能力。相关制度的典型表现一方面体现在相关立法对土地承包经营权的流转处分规定了许多限制,从而使其在事实上与独立物权的制度设计理念相去甚远;另一方面体现在长期以来土地管理法律与政策一直禁止集体所有土地直接进入一级市场。^[14]

其次,土地承包经营权制度承载着协调和改善紧张的人地关系的功能。在现代人文地理学意义上,人地关系是指人类与其所处自然环境之间的一种互感互动的关系,这种关系一方面反映了自然条件对人类生活的影响与作用,另一方面表达了人类对自然现象的认识与把握以及人类活动对自然环境的顺应与抗衡。人地关系具有多层次的内涵,在最基本的层次上,可以被理解为人口数量和土地面积之间的关系。我国的人地关系紧张程度在这个层次上相当严重。在这种情况下,为平衡个人对土地的占有需求,以“均分”为主要特征的土地承包经营权制度自然就被视为协调和改善极为紧张的人地关系的一种有效机制。农村土地承包法规定的“保护农村土地承包关系的长期稳定”以及实践中普遍采用的“增人不增地、减人不减地”等做法,都鲜明地体现出土地承包经营权制度对人地关系的协调功能。2007年颁布的物权法更进一步从民事基本法的角度对这一做法进行了固化和加强。^[15]

最后,土地承包经营权制度承载着实现农民的劳动权和社会保障权的功能。宪法和相关法律赋予了所有具备劳动能力的公民以平等的劳动权利,同时也规定了所有公民都应当获得相应的社会保障。但在城乡二元结构下,农村居民一般很难在经营承包土地之外获得持续稳定的就业机会,国家也缺乏足够财力构建起完全覆盖城乡的一体化社会保障体系。在这种情况下,保障农民平等地获得土地承包经营权也就可以被看作是政府对农民作出的保障其基本生存需要的一种承诺。长期以来,土地承包经营权几乎完全承载了农村居民的

[14] 政策方面的一个重要转向是,2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中指出:“在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。”

[15] 物权法第130条规定:“承包期内发包人不得调整承包地。因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形,需要适当调整承包的耕地和草地的,应当依照农村土地承包法等法律规定办理。”第131条规定:“承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的,依照其规定。”

就业权实现、失业保障、最低生活保障、医疗保障、养老保障等一系列的集合功能，构成了所谓的“以家庭为主的保障体系”。〔16〕

3. 土地承包经营权制度承载的经济性功能

家庭联产承包经营之所以能够成为我国农村的一项基本经济制度，其直接原因就在于人民公社体制下的集体经营模式在其后期无法有效调动劳动者的积极性，逐渐制约了农村土地经济效益的实现。因此，经济功能是土地承包经营权创设和推广的最为直接和最为重要的目的。

首先，土地承包经营权构成农民固有利益中最为重要的部分。在人民公社时期，农民的固有利益主要体现为人格和身份利益，其财产利益主要表现为作为集体组织成员分配集体收益的权利。由于当时的集体组织获益能力极差，加之社员个人也不能从事任何商品经济活动，农民的个人财产利益几乎可以忽略不计。承包到户之后，土地使用权开始与集体所有权分离，相关立法也逐渐把土地承包经营权确定为一种归属于农民的最基本、最重要的独立财产权利。比如，作为私权保护基本法的民法通则就明确将土地承包经营权界定为“与财产所有权有关的财产权”，物权法更是将土地承包经营权单列一章，明确规定“农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度”。农民一旦通过承包经营合同获得这种财产权，不但可以依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产，而且也享有不受非法侵害的自主支配地位。这种制度变迁促成了土地承包经营权上升为我国农民现实拥有的最为核心的财产性利益，土地承包经营收入至今仍是农户家庭的最基本收入来源。〔17〕

其次，土地承包经营权也是农民期待利益实现的基础性条件。在土地“公有公营”模式下，作为集体组织一员的农民除了分得基本的生活资料之外，无法直接获得其在土地上进行劳动所产生的增值利益。因此，农民和土地之间的利益相关性，特别是土地上所体现的农民的期待利益是非常微弱的。而在以土地家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制中，也即“公有私营”模式下，土地承包经营权和劳动要素更加紧密地结合，土地承包经营权不仅为农民提供了基本的生活资料，而且其灵活的经营方式也能够给农民提供更多的创造财富的机会。这种与土地相关的期待利益不仅是承包经营合同本身蕴含的基本要义，也是农民在就业途径有限的历史阶段的一种现实选择。

（二）土地承包经营权法律制度的权能缺失

制度经济学一般强调效率机制在制度变迁中的主导作用。我国农村土地承包经营权的产生似乎也是符合这一判断的。但农村土地之上的利益诉求群体毕竟不是单一的，“效率机制与既得利益之间相互作用导致了所有权配置不同于效率机制单一影响的演变轨迹”，〔18〕较之国家所有权的强势地位，集体土地所有权在法律权能及其行使上所表现出的“次等性”就是很好的例证。而多重利益诉求所表现出来的多重功能需要之间的冲突不仅在理论上引发了

〔16〕 黎建飞：《对我国农村社会保障法制化的思考》，《法学家》2007年第1期。

〔17〕 根据我们的调查，农产品收入在家庭收入中的比重为80%以上的占受访农户总数的17.6%，比重为50—80%的占21.6%，两项合计占39.2%。换言之，有接近四成的农民仍把土地承包经营收入作为主要来源。

〔18〕 周雪光、艾云：《多重逻辑下的制度变迁：一个分析框架》，《中国社会科学》2010年第4期。

关于土地承包经营权法律性质的长期纷争，更在实践中导致了其具体法律权能的残缺不全。

在实体法上，法律权能最为丰富完整的民事权利是所有权，该权利具有占有、使用、收益、处分四项基本权能；同时，当上述基本权能受到侵害时还会在实体法上进一步派生出相应的请求权能。在上述权能体系中，处分权被视为所有权的核心，因为其“反映了市场交易的需要”。^[19]从法理上看，农村土地承包经营权尽管不是所有权，但其历史渊源和制度目标都决定了该权利应当是一种类似于所有权的用益权设计。^[20]但土地承包经营权的现实制度设计使之不仅未能拥有所有权那样的完整的权能体系，甚至作为独立的用益物权也存在明显的权能缺失。

首先，土地承包经营权仅被赋予了占有和有限的使用与收益权能，而没有被赋予明确的处分权能。立法作这样安排，一方面是基于土地承包经营权制度所承载的社会公平和社会保障功能的社会管理考虑，另一方面是遵循了传统法理关于用益物权的理解。传统物权法理论认为用益物权仅仅是一种“使用价值权”，即该权利之设定是为了取得对物的使用价值的支配力，故而用益物权人对于标的物不具有法律上的处分权。但是，对于权利标的物的处分和对于权利本身的处分是有区别的。物权立法在没有明确赋予用益权人对于标的物的处分权能的同时，也没有明确禁止对于用益权本身的处分。^[21]设立土地承包经营权的主要目的是为了充分发挥土地的利用效率。如果通过权利转让等处分方式能够在增加承包人收益的同时提高土地利用效率，法律就不应当加以禁止。另外，同样是从所有权派生出来的国有土地使用权、采矿权等用益物权的制度设计，也包含有一定的处分权能。与它们相比，土地承包经营权的各项权能都明显不足。^[22]

其次，即使承认土地承包经营权一定的处分权能，其交换价值的实现手段亦相当有限。农村土地承包法和物权法都没有明确规定土地承包经营权是否可以通过作价的方式出资入股或进行抵押以实现该项权利的自由流转。传统物权法针对物的使用价值和交换价值分别设计出了用益物权和担保物权两大类他物权，但这种泾渭分明的立法理念显然无法完全适应现代经济社会生活的实际需要。如今，围绕着用益物权本身的交换价值以及担保物权本身的再交换价值都已经形成了新的交易市场，甚至衍生出了新的财产权能形态，前者如我国由国有土地使用权转让形成的土地二级市场，后者如质权人对质押标的物的转质权等。但土地承包经营权交换价值的实现手段却相当有限，从一定意义上说，正是由于对土地承包经营权使用和转让的诸多限制，才导致了农民收入偏低的状态长期难以得到明显改善。^[23]这

[19] 朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010年第6期。

[20] 物权法第125条规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”

[21] 比如物权法第128条的规定。又如，意大利民法典第965条明确赋予永佃权人处分权，规定永佃权人可以以生前行为或者遗嘱对自己的权利进行处分；俄罗斯民法典第270条也规定享有土地永久使用权的人在取得所有权的同意时有权出租土地或将土地交付他人供其无偿有限期使用。

[22] 近年来，一系列鼓励流转的法律政策在客观上赋予了土地承包经营权以一定的处分权能。不过这种流转要受到诸多方面的制约，包括：一是不得改变土地的农业用途；二是不得改变土地的所有权性质；三是流转期限不得超过剩余承包期限；四是要求流转应当签订书面合同；五是本集体经济组织成员同等条件下享有优先权；六是土地承包经营权转让须经发包方同意。其中，除前两项具有明显的正当性之外，其他的限制都值得商榷。

[23] 根据我们的调查，有31.3%的农村家庭近三年平均年收入未过万元，58%的未过2万元，年收入在5万以上的仅有9%。

无疑与我国近年来经济的高速发展和物价水平的快速上涨极不相符。根据我们的调查，目前许多农民仍然从事农业生产活动的原因并不是基于自愿，而是因为缺乏获得经济收入的其他手段，更多地是一种无奈的选择。^[24]

最后，农民对于土地发展权及其收益的分享权能未能得到确认。我国物权法关于土地制度之设计乃是基于对土地的物理形态的认知，故而将重心放在了土地的静态权能上。土地用益物权制度的不断发展虽然折射出了物权立法从归属到利用的演进，但相关权能的设计仍以静态权能为基础。而在不少国家，很早就开始关注动态的土地权利配置，土地发展权由此产生。由于土地发展权最初创设的主要目的是保护农地，因而又被称为“农地发展权”，即农地变更为城市建设用地的权利。土地发展权创设之后，土地上的其他一切财产权均是以目前已经依法取得的权利为限，此后变更农地使用类别的权利则属于发展权。关于土地发展权的法律性质，主要有两种立法类型：一是将土地发展权作为一项“公权利”，如英国1947年的城乡规划法就采取了土地发展权“国有化”的做法。^[25]二是将土地发展权作为一项“私权利”，如美国则是采取了土地发展权归土地所有者的做法。^[26]由于土地发展权是在传统的民事法律制度之外由专门立法确立的，因此也可以将其视为特别法意义上的权能。

在我国，城市化的进程将会是漫长的，规模也非任何其他国家可以比拟，因而在农地用途变更过程中所产生的收益将会十分巨大。这种收益如何分配最终取决于如何配置土地发展权。我国现行立法没有明确规定土地发展权，但农用地变更为建设用地的“国有化”前置程序显然是将土地发展权及其收益直接赋予了国家。这种土地发展权“国有化”的做法受到了不少学者的批判。土地发展权“国有化”的直接后果就是长期以来农村土地征收过程中对农民的补偿不足问题。^[27]这种补偿不足所彰显出的农民对其承包土地的发展权能缺失已经成为我国现行征地制度最受诟病的一个方面。

二、现行土地承包经营权制度设计的主要弊端

土地承包经营权作为一种赋权型制度设计，其特定的价值追求应当是保护和实现作为农村集体经济组织成员的农民对于集体所有土地的终极权利和利益，特别是经济权利和利益，相应的制度功能与法律权能也应当与这一价值追求相适应。而现行的土地承包经营权却呈现出对其特定价值追求的明显的不适应性。究其原因，由制度功能的严重超载与法律权能的明显缺失所引发的诸多弊端显然是无法忽略的重要因素。

（一）土地承包经营权承载的制度功能之间存在严重的结构性冲突

尽管以家庭为单位进行生产经营活动的土地承包经营权被学者誉为“30年农村土地制

[24] 根据我们的调查，对于问题“目前您仍然种地的主要原因是什么的”，有45%的被调查人选择的是“种地是家庭主要收入来源”，有10%的被调查人选择的是“政府不准抛荒，否则要收回”，有17.3%的人选择的是“土地转让困难，只好自种”，有27.7%的人选择的是“其他”。

[25] 参见刘国臻：《论英国土地发展权制度及其对我国的启示》，《法学评论》2008年第4期。

[26] 参见刘国臻：《论美国的土地发展权制度及其对我国的启示》，《法学评论》2007年第3期。

[27] 根据湖南省统计局农经队2010年9月13日在该局官方网站上发布的《湖南城镇化过程中失地农民现状调查报告》显示，征地后平均每户获得补偿76271.4元，远低于土地使用权转移后的土地增值部分。

度改革的最大成就”，〔28〕并且直到现在仍受到农民的广泛欢迎。〔29〕但与此同时，以农村土地承包为起点的改革开放也引发了当代中国急剧的社会变迁，变迁的后果之一就是社会学者们所称的“结构紧张”。〔30〕其根本原因在于中国社会正在逐渐步入工业社会，与传统的农业社会不同，现代工业社会和经济活动一方面是对血缘、地缘关系的不断超越，另一方面则推动着社会分工的深入发展。而社会分工带来的差异性与经济活动带来的利己主义一样，都在削弱一个社会团结和整合所必不可少的共同基础。〔31〕具体到土地承包经营权层面，附着其上的利益主体多元化、利益关系复杂化、利益矛盾尖锐化等都是引起“结构紧张”的重要因素。而这种“结构紧张”也必然会通过土地承包经营权所承载的各种制度功能之间的相互冲突更加直接地表现出来。

1. 经济性功能与政治性功能的冲突。这种冲突的表现形式多种多样，最为突出的就是土地承包经营权所内含的财产权属性受制于表征和维持社会公平的政治性功能的需要。与其他财产一样，作为承包经营权之客体的土地在使用过程中也存在着效率最大化的需求。除了技术和劳动力投入之外，规模经营也是提升土地使用效率的重要途径，并且农民对扩大规模经营的需求也非常强烈。〔32〕但在追求规模经营的过程中所可能导致的土地集中似乎又与政府保障农民土地权益公平的政治目标相背离，进而可能损及政治稳定。基于此种担忧，政府一直将保持土地均分的形式公平视为高于使用效率的价值目标。

经济性功能与政治性功能的冲突还突出表现在土地承包经营权的财产权功能严重受制于行政管理性功能。如前所述，现有制度下的土地承包经营权是以集体经济组织的成员权为基础，因此该制度的设立本身就是承包人享有成员身份资格的一种表征。据此，身份制约构成了土地承包经营权的鲜明特征。〔33〕在这种身份隶属关系的约束下，土地承包经营权的独立财产权属性难以得到充分实现，身兼基层行政管理职能的集体经济组织在管理过程中仍然会以各种理由和形式干预承包经营权的独立行使。同样，各级政府及其职能部门作为公共利益的“代言人”和行政管理的“有权人”，也会以更加强大的公权力直接或间接地限制乃至剥夺土地承包经营权之财产权功能的发挥和行使。

2. 经济性功能与社会性功能的冲突。土地承包经营权所承载的经济性功能与社会性功能在许多方面是协调一致的，这两类功能在很多情形下是通过一个共生的过程而得以实现的。比如，农民通过经营其承包土地，在获得和增加固有利益与期待利益的同时，也实现了其劳动权和社会保障权。但是，上述两类功能的矛盾冲突又是无法避免的，因为这种矛盾冲突源于两类功能所各自追求的价值目标的差异。正如学者指出的那样，“承包土地使用权的社会保障性与物权性，分别属于两个完全不同的权利基础，是由不同理念派生出的

〔28〕 王小映：《赋予农民土地承包经营权——30年农村土地制度改革的最大成就》，《中国土地》2008年第12期。

〔29〕 根据我们的调查，有高达86.8%的农民认为一家一户的土地承包经营方式“很好，很自由”，只有13.2%的农民认为有“弊端”。

〔30〕 参见李汉林、魏钦恭、张彦：《社会变迁过程中的结构紧张》，《中国社会科学》2010年第2期。

〔31〕 参见肖瑛：《法人团体：一种“总体的社会组织”的想象——涂尔干的社会团结思想研究》，《社会》2008年第2期。

〔32〕 根据我们的调查，“愿意扩大种植面积”的农民占到调查总数的60.8%。但实际情况是目前只有不到5%的农户承包了10亩以上土地进行生产经营活动。

〔33〕 参见周应江：《论土地承包经营权的身份制约》，《法学论坛》2010年第4期。

相互冲突的法律制度规则：前者追求社会公平，后者崇尚经济效率；二者反映了我国农村土地的社会保障功能与土地利用效率之间的深层次矛盾”。〔34〕

因价值目标差异而导致的经济性功能与社会性功能冲突在“三农”问题上的直接表现就是农业用地的规模经营受阻、比较效益难以提升。根据国土资源部公布的数据，2005年我国人均耕地只有1.4亩，不到世界人均水平的40%，而其中优质耕地只占全部耕地的1/3。如此之低的人均耕地占有量在家庭联产承包经营的体系下是无法实现农业用地经营的规模效益的。进而言之，以土地分散经营为表征的小农经济造成农业生产效率低下，不可避免地会与工业化和城市化发生冲突，且政府与分散农民的交易成本过高，由此派生出“城乡二元化结构”的基本体制矛盾。〔35〕但是在农村劳动力转移渠道没有有效拓宽以及独立于土地的社会保障体系未能完全建立之前，承包土地仍然充当着农村劳动力实现就业和社会保障的最为首要的物质基础。

（二）土地承包经营权法律权能的缺失导致其受侵害时的救济严重不足

法律权利救济的依据首先依赖于实体法意义上的请求权。实体法上的请求权与权利本身是有区别的，“请求权系权利之表现，而非与权利同其内容也。就绝对权而言，在权利不受侵害时，其请求权则隐不显现，然则一旦遭遇侵害，则随时可以发动，且其发动不限次数，受一次侵害，则可表现一次请求权也”。〔36〕因此，相对于占有、使用、收益、处分等积极权能，请求权可以被理解为一种消极权能。另外，这里所说的请求权也是一种有别于诉权的实体权利，它连接了实体法与程序法，成为给付之诉的实体法基础。大陆法系的物权法体系一般以妨害形态的不同为标准，将实体法上的物上请求权区分为三类：返还请求权、排除妨害请求权和妨害预防请求权。我国物权法也在“物权的保护”一章中规定了权利确认、返还原物、排除妨碍或消除危险、恢复原状、赔偿损失等具体的请求权。

理论上说，土地承包经营权作为一种用益物权，在权利受到侵害时，应当能够行使上述全部或者大部分请求权能。但在实践中，积极法律权能的不完善大大制约了这些请求权能的行使。首先，土地承包经营权的占有权能是一种有期限的、附加身份条件的和受制于发包方和各级政府意志的占有，一旦发包方凭借个别人意志或者所谓民主决议机制单方变更、终止承包经营关系或者政府实施征地行为，承包权人往往无法获得救济。其次，土地承包经营权的使用权能要受制于村委会与各级政府的管理职权。鉴于目前乡村治理中普遍存在着公共事务与经济事务不分离的状况，实践中不乏一些乡村组织肆意干预农户经营自主权的行为。而这些干预行为多因带有公共管理的色彩而难以抗拒。一旦造成农户损失，也难以追究责任和获得有效赔偿。再次，现行立法所明确赋予的土地承包经营权的收益权能仅局限于实物形态的耕作使用，而未能涵盖资本形态的使用收益。实践中对于承包地的资本形态的使用收益（如入股）往往因缺乏有效的法律保障而导致救济困难。最后，土地承包经营权未被赋予相应的发展权能。当政府实施征地行为时，即使不是基于“公共利益”需要、不符合相应的程序或者征收补偿不合理，承包人往往也只能被动接受，而无法拒绝被征收或者要求获得更多的因土地用途改变而产生的收益。

〔34〕 前引〔13〕，刘俊文。

〔35〕 参见温铁军：《三农问题与世纪反思》，生活·读书·新知三联书店出版社2005年版，第93页。

〔36〕 参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第37页。

同样,法律权利的救济也离不开程序法。从权利救济的角度理解,实体法上请求权的行使首先表现为一种“私力救济”,当这种“私力救济”无法实现时,权利人转而通过特定的程序法寻求政府的介入或者法院的裁决,即所谓的“公力救济”。能够对权利形成直接救济的“公力”主要是指行政之力和司法之力,相应地,程序法意义上的请求权能也主要表现为行政救济请求权和司法救济请求权。

前文已经述及,承包经营权人在其权利受到侵害时,通过私力救济途径直接行使其实体法上的请求权是非常困难的。基于同样的理由,在面对公权机关的侵害时,试图通过公力救济途径行使程序法上的请求权也绝非易事。这种困难在土地征收行为中表现得尤为明显:首先,承包人在土地征收法律关系中的主体地位不明确,如有学者认为被征收人只能是土地所有权人。^[37]其次,承包人在征地过程中的程序性权利缺乏相应救济,如关于承包人在征地过程中的知情权、参与权和听证权等都没有明确规定。再次,对土地承包经营权的救济通常要求经过行政复议的前置程序,而通过行政复议途径进行权利救济的公正性往往无法得到充分保障。最后,承包人对省级以上政府的征地决定不享有司法救济请求权,^[38]并且对于其他各级政府的征地补偿标准有争议时能否请求司法救济在法律规定上也不明确。另外,承包人的司法救济还要受到自身权利认知水平有限、诉讼成本过高、行政权干预司法权、执行难等诸多因素的限制。实证调查也表明,当农民的合法权益受到侵害时,他们更愿意选择通过行政方式而不是司法方式来保护自己的权利。^[39]

(三) 土地承包经营权法律权能的缺失加剧了其权利主体的弱势性

我国农民阶层沦为弱势群体的原因极为复杂,其中,土地权利制度设计的不合理无疑是一个极其重要的因素。土地作为一种稀缺而无法替代的宝贵资源,在使用和处分时能够带来巨大的经济利益。这种经济利益不独为所有者、使用者所向往,就是作为公权力行使主体的政府也会通过税收、管控等手段力图多分得一杯羹。于是,土地上的经济利益如何分配就依赖于各利益相关方的博弈。在围绕着承包经营权所依附土地的经济利益的博弈中,作为用益权人的农民无疑是最为弱势的一方。

弱势的表现之一:农民仍是我国收入较低的阶层,没有充分享受到土地资产增值所带来的巨大收益。根据国家统计局公布的数据,1997至2010年农村居民人均纯收入由2090元增加到5919元;而同期城镇居民人均年可支配收入由5160元增加到19109元。农村居民和城镇居民的收入差距不但绝对值由3070元扩大到13190元,而且收入之比也由0.4:1变成0.3:1。另外,通过我们的调查发现,在农民家庭的基本收入来源中,主要依靠农牧业收入的家庭比例在下降,占不到四成,而依靠外出打工的比例在上升,已接近农村家庭的

[37] 参见朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,第199页。

[38] 行政诉讼法第12条规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:……(四)法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。”而行政复议法第30条第2款规定,“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”

[39] 根据我们的调查,对于问题“自己的正当权益受到损害时,您首先想到的是如何解决”,有高达37.4%的农民选择“找政府部门反映”;其次是“直接找对方讨说法”,占28.8%;选择直接“上法院告”的比例(12.4%)和“找有威望的人出面解决”(12.2%)的比例基本相同。另有15.4%的农民选择了“能忍就忍”和“其他”。

一半。农业收入不能成为许多农民家庭主要收入的原因，一方面是由于国家的相关政策对农业支持乏力和对农民经济权益重视不够，另一方面则可归因于国家对农业投入的不足和农业生产方式的落后。我们的调查显示，在目前的农业生产方式中，单纯依靠手工方式进行耕作的仍占到 48.1%，采用半机械化方式的占 43.8%，全部实现机械化方式的仅占 4.9%。更值得关注的是，随着中国城市化进程的不断深入，农村集体土地被大量征收，而由于土地制度不完善，土地市场化功能未能充分发挥，农民难以全面享受土地资产增值带来的收益，导致以农业为生的农民的权益受到不同程度的损害。有研究显示，在土地用途转变增值的权益分配中，地方政府大约得 60—70%，村集体组织得 25—30%，失地农民只得到 5—10%，甚至更少。^[40]

弱势的表现之二：土地承包经营权对于集体土地所有权和国家土地所有权的对抗权能不足。按照物权法的一般理论，用益物权作为物权，权利人不仅可以依用益物权利限定的范围支配不动产，而且有权对抗包括所有权人在内的任何人对其权利行使的干涉。但现实中的土地承包经营权人往往难以对抗作为土地所有权人的集体经济组织。其原因在于，承包人的承包经营权不仅受制于其对集体经济组织的身份隶属性和集体经济组织的行政管理职能，而且受制于发包人的监督权及其对土地承包经营权转让的同意权。由此导致集体经济组织（很多情况下是某个人或某些人）可以利用其农村集体土地“所有者”和集体公共事务“管理者”的双重身份限制甚至剥夺农户的承包经营权。另外，土地承包经营权人往往也无力对抗身兼国有土地所有权人和公权力行使人的政府。面对强制征收的实施，权利人仅有获得补偿的权利（这只是一个赋予被侵害方以损害赔偿的责任法规则），而非阻止征收的权利（这是一个赋予权利人从根本上避免被侵害的财产法权利）。同时，我国多数农民的权利意识也极为淡薄，大部分农民在土地征收过程中自觉不自觉地放弃了自己的相应权利。^[41]

（四）土地承包经营权的制度缺陷制约了社会的整体转型与管理创新

社会转型与管理创新是中国走向工业化、城镇化与现代化所必需面对的问题。简单说来，社会转型的重要方面包括：（1）农业产业的转型，即要从传统的小规模农业向现代化大规模农业转型。（2）人口构成的转型，即要从农业人口占多数的人口构成向非农业人口占多数的人口构成转型。（3）社会层级划分模式的转型，即要从身份主导型的社会层级划分模式向去身份化的社会层级划分模式转型。（4）制度目标的转型，即要从以实现生存权公平为重心的制度目标向以实现发展权公平为重心的制度目标转型。（5）社会整体结构的转型，即要从城乡分立的二元社会向城乡一体化发展的一元社会转型。与此同时，也需要转变社会管理的理念与方式，创新社会管理的体制与机制，以使之与社会转型的客观需要相适应。社会管理创新的具体内容繁多，而其总体目标可以大致概括为以下几个转变：首

[40] 参见任峰：《农村集体资产变身“股票”》，《山东商报》2010年6月22日。

[41] 根据我们的调查，对于问题“您知道政府对农民承包经营的集体土地进行征收、征用有法律限制么”，有 55.4% 的被调查农民选择了“没有限制，政府想征就征”，只有 44.6% 的被调查人选择了“有限制”。但对限制的原因回答却五花八门。对于问题“您是否了解国家关于征用土地的补偿规定”，有高达 68.1% 的被调查者选择了“不清楚”，另有 10.3% 的被调查者选择了“了解一点”。在回答“了解一点”的具体内容时，许多人回答的是诸如“各地规定不一样，标准不同”、“大队会统一告知政策”、“应该有政策”、“需要给予补偿，但具体如何确定不清楚”等非常模糊的答案。

先是社会管理主体的转变,即要从政府单方管理向包括社会、公众在内的多方参与管理转变。其次是管理信息传递方式的转变,即要从由政府到公众的单向度管理信息传递模式向政府、社会、公众相互间的多维度互动型信息传递模式转变。再次是行政方式的转变,即要从施加型行政方式向回应型行政方式转变。最后是管理空间思维的转变,即要从人员、区域分隔型管理向融合型管理转变。

从个体角度看,现行土地承包经营权的制度缺陷突出表现在加剧了权利主体的弱势性以及相应的救济能力的匮乏。从社会整体意义上看,这种制度设计缺陷则对社会的整体转型与管理创新构成了明显的制约。首先,土地权利的细碎化及其流转能力的不足严重制约了农业产业的现代化转型。其次,土地承包经营权所担负的保障功能成为限制农民对于社会保障和其他公共服务的公平享受权的借口,土地制度和户籍制度一起构成了社会成员去身份化、转移农民市民化和城乡一体化发展的最大障碍。再次,土地承包经营权法律权能的残缺以及土地发展权配置的失衡阻碍了与土地相关的整体制度目标向更高层次的公平配置转型。最后,现行土地承包经营权制度设计的诸多缺陷也是落后的社会管理理念与方式的一种表现,土地制度变革因而也是社会管理创新的基本要义与内在需求。

三、现行土地承包经营权制度缺陷的原因分析

从深层次来看,导致现行土地承包经营权缺陷的原因当然与土地资源的特殊性以及其上所体现的利益关系的复杂性直接相关,对此我们不再赘述。除此之外,土地承包经营权制度产生时的特定政治社会情境以及进行制度设计所需要依赖的理论基础薄弱等方面的问题则是导致其存在上述制度缺陷的直接原因。

(一) 土地承包经营权制度设计受制于特定时期的政治社会情境

从政治情境上看,土地承包经营权制度诞生于既有上层建筑框架下,是基于特定的政治权力分配格局对农业经营方式(而非农村经济基础)所作的有限变革。在建国后相当长的历史时期里,我国农村的产权制度和生产方式基本上都是一种自上而下的安排,农村土地的集体所有和集体经营体现的是公权力的政治偏好而非农民的自主选择。从客观上看,农村土地的“公有公营”不仅仅是经济基础的客观表现,而且也是农村基层上层建筑的外在表征。尽管这种土地产权设计与经营方式在实施后不久就通过极其低下的生产效率而表现出了与当时的生产力发展水平的不适应性,农民群体也成为低下农业生产率的最大受害者,但其在政治权力格局中的从属性阻碍了农村土地产权设计与经营方式的变革。直到20世纪70年代后期,整个农民群体在国家政治生活中的话语权仍然比较有限,自主意识也相对薄弱。尽管土地承包经营权发端于农民的创造,但这种创造的初衷完全是出于最基本的生存需求,甚至尚未体现出生存权意识,更不涉及对基层民主自治和政治参与平等的诉求。因此,虽然这种创造后来为国家权力所认可并明确上升为法定权利,但农村土地原本所承担的政治性功能与社会性功能基本上没有减弱,法律权能从国家与集体向农民个人的转移也相当有限。

从社会情境上看,沉痾已久的城乡二元社会结构强化了土地承包经营权的身份权属性,削弱了其应有的财产权内涵。由于历史的原因,农民与市民在政治权力分配、公共服务供

给、发展机会享有等诸多方面的不平等导致了城乡二元社会结构不断加强，这种社会结构也对土地承包经营权的制度设计产生了重要影响。首先，土地承包经营权的获得要基于特定的集体经济组织身份和农业户籍，权利主体身份和户籍的变化都会成为土地承包经营权丧失的重要条件。这样的制度设计也反过来进一步固化了城乡二元社会结构。其次，土地承包经营权虽然被视为一种财产权，但其保有具有法定的期限性，承包经营期限尽管可以延长，但延长的一个主要前提条件又回到了身份和户籍上。最后，农村土地承包法虽然明确了土地承包经营权可以流转，但诸如“本集体经济组织成员享有优先权”、“采取转让方式流转的应当经发包方同意”等限制性规定都具有鲜明的身份色彩，这就决定了土地承包经营权的流转无法越过城乡二元社会结构的雷池。

（二）土地承包经营权理论基础的本土积累与外来借鉴均不充分

作为土地承包经营权制度雏形的“包产到户”、“包干到户”，完全是中国最基层农民的“草根创造”，其从发端萌芽到成为明确的法定权利的过程较为短暂，据以指导制度设计的理论积累明显不足。通过对特定历史时期的文件梳理能够发现，在土地承包经营权从一种违背大政方针的“私下约定”逐步转变为合法权利的过程中，制度设计者们着力解决的理论问题主要集中在以下几个方面：其一是土地承包经营的姓“资”、姓“社”问题。1982年的中央一号文件《全国农村工作会议纪要》对这一问题给出了明确的答案，指出“（承包责任制）不同于合作化以前的小私有的个体经济，而是社会主义农业经济的组成部分”。其二是土地承包经营的理论血脉问题。1983年的中央一号文件《当前农村经济政策的若干问题》指出，家庭联产承包责任制“是在党的领导下我国农民的伟大创造，是马克思主义农业合作化理论在我国实践中的新发展”。其三是土地承包经营的稳定问题。1984年的中央一号文件《关于1984年农村工作的通知》指出，土地承包期一般应在15年以上，生产周期长的和开发性项目，承包期应该更长一些。1985年《中共中央、国务院关于进一步活跃农村经济的十项政策》中进一步强调，“联产承包责任制和农户家庭经营长期不变”。毋庸置疑，上述理论问题的明确对于土地承包经营权在1986年通过民法通则和土地管理法上升为法定权利至关重要。但是，关于土地承包经营权的制度目的、法律性质、权利位阶、具体权能、救济途径等更为具体的理论问题，则未能得到很好解决。

以土地承包经营权的法律性质为例，在相当长的历史时期未能形成理论共识。有观点认为土地承包经营权应当归属于一种宪法性权利，因为“既然农村承包地和宅基地的使用权在本质上是个体农户的财产权，就应该作为宪法权利受到适当的保护和尊重”。〔42〕较为普遍的观点是认为土地承包经营权是一种民事权利，因为虽然土地承包经营权这一概念的提出最早见于中共中央关于农村问题的有关文件，但在这些文件中，土地承包经营更多地是调动农民积极性的一种手段，而没有被视为农民的一项基本权利。真正将其上升为具有确切含义的法律上权利的是具有民事法律性质的民法通则、农村土地承包法和物权法。但对于土地承包经营权作为民事权利的具体性质也存在不同理解。除了在物权法颁布之前广泛存在的债权说与物权说的争论之外，也有观点认为其具有二元性，即物权性质的土地承

〔42〕 张千帆：《农村土地集体所有的困惑与消解》，《法学研究》2012年第4期。

包经营权和债权性质的土地承包经营权。^[43] 物权法的颁布虽然使得关于土地承包经营权性质的纷争尘埃落定,但农民土地权利虚化的现实问题仍是一个未解的难题。^[44]

除了本土理论积累的不足外,土地承包经营权也因其极为鲜明的中国创造特色和国情特点而难以从境外成熟的制度体系中获得直接的借鉴。与此同时,发达国家的法律制度所高度重视的土地用途转换的增值收益分配以及由此产生的土地发展权设计,在我国土地承包经营权建立之时,相关的理论研究几乎是空白,因而在具体制度设计中也很难加以考虑。

(三) 土地承包经营权的法律特性与相关政策的现实目标存在抵牾

从法律特性上看,土地承包经营权是承包人的一种私人财产权,是一种以实现承包人个体利益为初衷的、从集体土地所有权派生出来的用益权。土地承包经营权制度旨在克服农村土地“公有公营”的低效弊端,其法律内涵就是在力求不触及土地公有的基本经济制度的前提下实现对农民的重新赋权。这一赋权行为由国家根本大法加以肯定,由民事基本法加以明确,并通过专门立法加以具体化。尽管用益权以所有权为基础,但其不应当被理解为是一种从属于所有权的次等权利,而应当是对所有权的一种限制,其既应当承继所有权的占有、使用、收益、处分(对权利而非对土地本身)等积极权能,也应当享有排除他人妨碍等消极权能。对土地承包经营权的法律特性作这样的理解才能真正提高承包人安心农业生产的积极性,才能保障承包人的个体利益。

但同时,农村土地之上不独承载着农户的承包经营权,还承载着政府的公共政策目标。长期以来,以农养工、城市优先发展成为政府政策的主导思想。这一思想作用于农村土地制度安排的结果就是农业生产要服从服务于工业发展的需要、农地权利要服从服务于城市扩张的需要。而这两种需要与土地承包经营权的私权属性存在明显的抵牾。政府权衡选择的结果必然是限制土地承包经营权的保有和行使,弱化其应有的权利特质和内涵,从而使得其沦为一种次等的法律权利。政府不仅可以凭借其行政管理权干预承包人的经营权行使,还可以凭借“公共利益需要”之名直接征收征用被承包经营的集体土地。而由于公共利益具有可转换性、开放性和变动性,^[45] 对其的准确界定和严格限定非常困难,易于被公权力机关“假名托姓”谋求私利。而处于弱势地位又极为分散的农民由于既不了解土地被征收的原因,也不清楚土地征收的补偿标准,因此很难基于土地承包经营权对抗政府的征收行为。

(四) 土地承包经营权制度的有效运行缺乏完善的配套“制度群”

农村土地上承载着多元化的利益诉求,这些利益主体之间的关系极其复杂,土地承包经营权的制度设计必然无法回避这一现实,需要着力解决不同利益主体之间的矛盾冲突。因此,将土地承包经营权明确为法定权利只是解决上述问题的开始,土地承包经营制度的有效运行还需要构建相关的配套“制度群”。从总体上说,这一配套“制度群”应当重点解决以下问题:首先,要厘清土地承包经营权与其他相关权利特别是集体土地所有权的关系。从制度变革的基本逻辑来说,当土地承包经营权从农村集体土地所有权中派生和分离出来以后,作为原权利的集体土地所有权的重构工作就应当同步进行。这一重构实际上关系到整个农村集体经济组织产权制度的改革,其基本要义应当是明晰集体经济组织成员对于集

[43] 参见丁关良:《农村土地承包经营权性质二元化之客观界定》,《经济问题》2007年第9期。

[44] 参见王利明、周友军:《论我国农村土地权利制度的完善》,《中国法学》2012年第1期。

[45] 参见王利明:《〈物权法〉颁布后土地承包经营权征收中的若干法律问题》,《法学》2009年第5期。

体产权的权利，进而在整体上增强集体经济组织产权的市场导向性和要素性。其次，要处理好土地承包经营权的稳定性与集体经济组织成员构成及其身份的变动性之间的矛盾。土地承包经营权的效率价值和土地本身的使用特性都要求应当尽可能保障权利分配状况的稳定性，而这种稳定性需求又与其身份性要件存在冲突。因此，相应的制度设计应当特别加以明确的是，身份性要件在权利的初始分配完成之后是否还要成为土地承包经营权后续保有与处分的决定性条件。实际上，从财产权利产生发展的动态过程来说，即使一项财产权的创设是以特定的身份为基础，其后续的存在和变动也未必一定需要受到身份的制约。最后，要解决好土地承包经营权作为财产权的要素性与流动性问题。实践证明，以身份作为土地承包经营权取得、保有乃至流转的决定性条件在很大程度上制约了土地承包经营权财产性功能的发挥，理论和实践中对于土地承包经营权继承、抵押、入股等问题的长期争论就是一个明显的例证。

四、社会管理创新视角下的土地承包经营权改革思路

中国农民工的发展状况表明，众多“身份型农民”与农村土地之间的有形纽带正在断裂，而由土地承包经营权所维系的无形纽带在很大程度上已经成为“农民”一词去身份化的羁绊。如今，转移农民的市民化已经和农业生产的产业化、城乡发展的一体化等问题一样，成为社会转型时期制度建设的重点，而这些问题都与农村土地权利的制度设计直接相关。制度经济学的基本原理表明，在进行制度选择时必须重点考虑效率原则。因此，在确定农村集体经济组织法权关系的制度路径时，必须将成本收益考量引入对法律的分析中，以便于作出类似于市场理性选择的法律选择，进而实现法律指向型的资源配置。长期以来，我国农村集体经济组织的法权关系在处理效率与公平的关系方面出现了很大程度上的偏失，制度本身所内含的优化资源配置的功能基本处于一种失效的状态。有鉴于此，未来的制度设计必须为农村集体经济组织的法权关系塑造寻找到一条契合制度经济学效率原则的有效路径。

前文已经分析了土地承包经营权制度所承载的过于沉重的制度功能以及因各项功能之间的内在冲突而导致的法律权能缺失，这种功能超载冲突与权能缺失的状况就是该制度违背效率原则的明显例证。总体而言，改革的目标就是要最大限度地纯化土地承包经营权的制度功能，^[46]在弱化其政治性与社会性功能的基础上不断充实其经济性功能，进而最大限度地实现其作为独立物权的各项权能，将土地承包经营权真正打造成具有确定法律含义和健全权能体系的民事法律权利，并且这一目标的实现要与社会整体转型以及社会管理创新的变革大潮密切结合。

首先，应当通过乡村治理机制和社会保障体系的改革创新为土地承包经营权制度减轻政治性功能和社会性功能的负担，同时尽可能理顺农村集体经济组织与村委会之间对集体

[46] 纯化土地承包经营权功能的主要原因是由于现代社会关系异常复杂，任何一个法律制度设计都不可能对所有社会关系作出全面调整。另一方面，任何法律制度在调整目标和功能发挥上都具有特定性，在最基本的价值追求上具有唯一性和纯洁性，这是保障法律统一和制度功能发挥的前提和基本要求。如果制度的功能设计过于分散，那么就很难达到制度设计的初始目的。参见赵万一：《法律为什么会受到非议》，载《法学家茶座》第12辑，山东人民出版社2006年版，第12页以下。

财产和承包土地管理的关系。^[47]

乡村治理机制的改革取向应当是乡村公共事务与经济事务的分离,社会保障体系的改革取向应当是乡村城市一体化。^[48]通过分离社员权和基层治理的参与权,将土地承包经营权的享有和民主参与权相脱离。农民参与基层治理的依据不是其是否享有土地承包经营权,而是其从事的涉农职业。事实上,由于土地承包经营合同的长期相对稳定和农村人口婚嫁生死的原因,已经形成了一些农民虽不享有土地承包经营权但却享有农村基层的治理权的客观现实。同时,要逐步纠正公共服务供给不公平的现状,尽快建立和完善全民覆盖的社会保障体系,特别是要解决好转移农民在就业、医疗、子女教育、住房以及政治参与等方面的市民待遇问题。通过这种变革,基层民主功能和社会保障功能就无须再直接由土地承包经营权来实现。而其他的政治性和社会性功能,如体现社会公平、促进公共利益、保障粮食安全以及协调人地关系等,也将随着这一变革过程进一步明确为国家土地战略目标,进而转化为土地承包经营权制度安排的基本原则和指导框架,在此基础上建构的经济性功能也会与之更加协调统一。

与此相适应,要优化农村集体经济组织的建设,并将其视为推进基层民主和改善乡村治理的重要手段。就现实情况来看,虽然农村集体经济组织已经让渡了部分土地产权给农户,但作为社会管理的基本单位,农村集体经济组织事实上仍兼具管理集体资产特别是保障土地安全的责任。优化农村集体经济组织的组织构造不但可以充分发挥组织体在社会经济发展中的作用,而且可以为实现良性乡村治理打下坚实的基础。

其次,应当通过推进集体所有土地的“资产化”和土地承包经营权的流转,完善土地承包经营权的实体法权能。集体所有土地的“资产化”是在尊重集体经济组织现有土地利益分配格局的基础上,强化其资产属性,完善其实体法权能,尤其是增强其流转能力。有学者提出的逐步以租金征收和分配来彻底解决现有农户之间人地不均矛盾的思路就是立足于集体土地的资产属性。^[49]正如学者所言,借助于具体法律规则的完善可以强化农民对土地承包经营权的处分自由,比如取消转让权利时的发包方同意要件、允许以土地承包经营权进行抵押以及延长土地承包经营权期限等。^[50]通过对集体所有土地的“资产化”改造,承包经营权不再作为成员权的必然权利和成员身份利益的唯一载体,而真正成为与成员资格相分离的、去身份性的纯粹物权。据此,现有成员可以在保留其“份额化”收益权的同时,不再直接承包经营集体土地。这样做不仅有助于割断土地承包经营权与成员身份之间的固化纽带,也可以进一步为现有集体经济组织成员的“出农”和非成员的“入农”提供

[47] 我国现行法律对于农村集体经济组织与村委会在处理集体财产和管理承包经营土地上的关系的规定是极不明确甚至是彼此冲突的。村民委员会组织法第8条第1款规定:“村民委员会应当支持和组织村民依法发展各种形式的合作经济和其他经济,承担本村生产的服务和协调工作,促进农村生产建设和经济发展。”但同条第2款却又赋予村委会“管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产”的职权。这既导致关于村委会职能定位的内部立法冲突,又与集体经济组织的经济职能发生冲突。正是由于立法上的混乱,致使现实中的村委会僭越集体经济组织的经济职能成为常态。

[48] 例如,成都市2009年1月出台实施的《城乡居民基本医疗保险暂行办法》、《城镇职工基本医疗保险办法》,就采取城乡完全打通和市级统筹的方式基本实现了社会保险制度城乡全覆盖和相互衔接。

[49] 参见陈小君、高飞、耿卓等:《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。

[50] 参见温世扬、兰晓为:《土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择》,《法学评论》2010年第1期。

有效途径。通过这种改造,农村社会管理也将会消除对土地权利管控的过度偏好,转向社区发展与人文关怀的新目标。

再次,应进一步强化作为土地承包经营权主体的农民的职业特性,消除其身份属性。目前所使用的“农民”概念具有很强的身份属性,且这种身份属性又是与弱势性、歧视性、难以消除性等联系在一起。不仅如此,农民身份的获得也并非基于后天的自主选择,而是在出生时就已确定。其结果不但导致社会成员之间权利初始安排的不平等,而且也导致社会成员在获得发展机会上出现不平等。正是由于身份属性对于职业特性的僭越,“农民”在公共治理层面成为一个有待解决的“问题”,而非被服务的“公民”。^[51]其解决办法是通过有针对性的制度变革逐步祛除“农民”的身份性内涵,重塑其职业性本义。职业农民相对于传统农民来说,不仅是一种称谓的改变,更是一种身份的转换。其职业性要求农业从业者必须将从事农业活动作为一种独立的职业且必须以获取经济利润为目的。

再次,应当通过完善土地纠纷裁决机制强化土地承包经营权的救济权能。社会管理创新的一个重点工作就是要协调不同利益主体之间的冲突。从社会制度发展的视角上说,经济活动不能只由工商业自身来管理,而需要社会特别是国家的参与,惟其如此才能解决社会福利、劳资矛盾等冲突。^[52]因此,与土地承包经营权纠纷解决相关的行政复议以及诉讼程序仍需要加以完善。完善的总体原则主要有两点:一是加强行政救济程序的公开性和独立性;二是贯彻司法最终审查原则。在具体制度设计上,不少国家所采取的设置专门的土地裁判所和公用征收法庭等做法非常有借鉴意义。同时要积极拓展非诉纠纷解决机制的渠道,充分发挥仲裁、调解等非诉程序在维护农民权益方面的作用。由于仲裁具有强调当事人合意、程序简便、灵活、及时、保密性强等特点和优点,因此其在解决土地承包经营纠纷中的作用不可取代。2010年1月1日起施行的农村土地承包经营纠纷调解仲裁法已经为土地承包经营纠纷构建起相对独立的仲裁机制,但遗憾的是因征收集体所有的土地及其补偿发生的纠纷并不能通过该仲裁机制解决。另外,也要不断健全和完善其他非诉纠纷解决程序,充分发挥调解等纠纷解决机制的优点和独特价值。

最后,应当通过推进土地权利的平等化和保障承包人在土地征收中的主体地位来实现农民对承包经营土地的发展权。中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确提出了“在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价”等要求,实际上已经为下一步的土地征收制度改革指明了方向。从法律角度来说,土地权利的平等化既包含土地所有权的平等化,也包含所有权与他物权的平等化。土地所有权的平等化是指要实现集体土地所有权与国家土地所有权在私法层面的真正平等,将集体土地的发展权归还给农民集体享有。其核心问题包含两个层面:一是要严格限定土地征收中的“公共利益”,二是要打破土地一级市场的政府垄断。另外,土地权利的平等化也要求对土地所有权人和用益权人的平等对待。在涉及土地承包经营权的许多核心利益上,集体经济组织的代理人既不能肆意侵害,也不能越俎代庖。尤其需要注意,土地承包经营权人作为用益物权人,其在

[51] Graeme Smith, *The Hollow State: Rural Governance in China*, 203 *The China Quarterly* 601-618 (2010).

[52] E. Durkheim, *Socialism and Saint-Simon*, Ohio: Antioch Press, 1958, pp. 21-26.

土地征收中的补偿请求权已经由物权法确认，这是立法从另一角度对其在征收法律关系中的“被征收人”主体地位的肯定，因而其相应的参与权、救济权等也应当进一步得到完善。对农民承包土地发展权的确认和实现正是制度变革回应广大农民利益诉求的鲜明体现，也应当成为未来农村社会管理创新的重点。

中国农村所承载的人口压力的巨大性和城镇化发展侵蚀农村土地的不可避免性始终是我们思考农村社会经济制度问题的现实基础，也是完善农村土地承包经营权制度的逻辑前提。通过本文的论述能够达成的简短结论是：农村土地承包经营权制度的改革与完善必须直面中国国情，必须与社会管理创新发展的理念相适应。改革的指导思想是农村人口与城市人口一起公平分享改革发展的成果，改革的基本方向是弱化其社会管理和社会保障功能、强化其作为独立财产权的经济性功能。在这一过程中，必须做到对土地承包经营权所蕴含各种法益的衡平兼顾。我们相信，以公平分享理念为指导、富有中国特色的土地承包经营权制度在经历功能转型与权能实现的蜕变之后，能够在农民权益保障以及和谐社会构建中发挥其他制度所无法替代的积极作用。

Abstract: Overloaded institutional functions and absence of capacity for right are the two most prominent problems in the current system of right to land contractual management in China. In order to satisfy the diversified interest demands of the state, society, collectives and individuals, the relevant laws and policies have imposed numerous and extensive political, social and economic functions on the right to land contractual management. The different value objectives of these institutional functions have inevitably led to structural conflicts between them, which further aggravate the structural tension in rural areas and serious overload the system of the right to land contractual management. On the other hand, there is a serious lack of concrete capacity for the right to land contractual management in substantive law, in procedural law, as well as in special law, resulting in insufficient protection of subjects of rights, which, in turn, seriously impedes the realization of the institutional functions of this right. The main objectives of the reform of the system of the right to land contractual management should be: to purify the institutional functions of the right, to realize to the maximum extent possible various legal capacities for the right to land contractual management as an independent real right, and to make it a civil law right with definite legal meaning and a complete system of capacities for right. This functional transformation and realization of right capacities is not only the objective basis for restoring the true nature of the right to land contractual management as an independent real right, but also the essence of innovative rural social management.

Key Words: right to land contractual management, usufruct, institution functions, capacity for legal right, innovative rural social administration
