

纪念中国社会科学院法学研究所
建所五十周年学术论文集



法苑撷英 下卷

● 陈甦 \ 主编

中国社会科学出版社

纪念中国社会科学院法学研究所
建所五十周年学术论文集



法苑撷英 下卷

陈甦\主编

中国社会科学出版社



常纪文 中国社会科学院法学研究所研究员，
社会法研究室主任，中国环境资源法学会副秘书长。
出版专著 5 部，发表论文 130 余篇。

动物福利立法的贸易价值取向问题

在强调人与自然和谐共处的时代，许多国家强调以合理保护和利用动物为目的的^①动物福利法治，除了出于伦理道德建设及公共卫生与环境保护的需要外，促进本国的动物国际贸易或者加强本国的动物产业保护也是一个非常重要的原因。

一、WTO 协定有关动物福利保护的规定

《马拉喀什建立世界贸易组织的协定》除了关注“提高生活水平、保证充分就业、保证实际收入和有效需求的大幅度稳定增长以及扩大货物和服务的生产和贸易”外，随着 GATT 对与国际贸易有关的环境保护和公共道德问题的关注，动物的生命、健康和尊严保护即动物的福利保护问题也被纳入其视野。1993 年 12 月结束的 GATT 乌拉圭回合多边谈判也曾就解决贸易与动物的生命

^① 陆承平主编：《动物保护概论》，高等教育出版社 1999 年版，第 15 页。

或健康保护问题进行过广泛的磋商。虽然由于诸多原因,未能达成一致的专门协议,但是谈判的最终文件还是形成了一些初步的动物福利保护规则与与动物福利保护有关的公共道德规则。^① WTO 建立之后,许多发达国家一直希望把动物福利纳入农业谈判的议程。如近年来,一些欧盟成员国和动物保护组织督促欧盟,希望它能够在 WTO 的谈判中施加压力,扩大动物福利的影响。2003 年, WTO 农业委员会提出了《关于农业谈判未来承诺模式的草案》,该草案的初稿和其后的修改稿均把“动物福利支付”纳入“绿箱政策之中”。另外,西方发达国家主宰的 WTO 贸易与环境委员会也正在逐步考虑把和环境保护有关的动物福利事项和贸易挂起钩来。^② 这无疑为发达国家在 WTO 协定中提出超出发展中国家能力的动物福利标准创造了条件。

WTO 协定涉及动物福利的保护规则目前主要有:1994 年《关贸总协定》第 20 条(一般例外)规定:“本协定的规定不得解释为禁止缔约国采取或加强以下措施,但对情况相同的各国,实施的措施不得构成武断的或不合理差别待遇,或构成对国际贸易的变相限制:(甲)为维护公共道德所必需的措施;(乙)为保障人民、动植物的生命或健康所必需的措施……”《技术性贸易壁垒协议》的导言规定:“不应妨碍任何国家采取必要的措施……保护人、动物及植物的生命与健康和环境……”《实施动植物卫生检疫措施的协定》第 2 条第 1 款规定:“各成员有权采取为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的卫生与植物卫生措施……”第 3 条第 2 款规定:“符合国际标准、指南或建议的卫生与植物卫生措施应被视为为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施……”《补贴与反补贴措施协定》第 8 条第 2 款规定:“……下列补贴属不可诉补贴:(C)为促进现有设施适应法律和/或法规实行的新的环境要求而提供的援助。”新的环境要求显然包括改善动物居住的环境。另外,根据《反倾销措施协议》的规定,如出口国的非国有企业采取虐待动物的方式或没有给予动物以必需的福利,致使出口动物和动物产品的价格明显低于国际市场的同类可比价格,进口国可以针对该产品征收一定的反倾销税。世界贸易组织建立之后,上述规则就成了 WTO 法律体系框架的有机组成部分。它们一旦被滥用,就可以成为贸易壁垒。由于有条约明文规定的掩护,因此从形式上看,具有表面的合法性。

① 唐民皓著:《WTO 与地方行政管理体制研究》,上海人民出版社 2000 年版,第 222—235 页。

② David B Wilkins, *Animal Welfare in Europe*, the Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 137—141.

二、动物福利保护壁垒在国际贸易中的广泛应用

由于发达国家的国际贸易和国际贸易法律制度的建设走在世界的前列，它们又是 WTO 现有规则的主要制定者，因此发达国家总是千方百计地把自己能够达到的严格动物福利保护要求纳入国际贸易规则体系之中。动物及其产品贸易的福利标准由于和质量密切相关，和人权、环境保护等国际贸易壁垒相比，虽然也具有强烈的贸易保护功能，但它具有逻辑的合理性和形式上的合法性，属于非可诉的贸易标准，因此，容易被利用来扭曲国际贸易竞争。

由于动物福利标准的规定比较明确，如一只鸡应当享有多少栖息面积；猪运输超过一定的时间应该卸下来等，具有可操作性，因而在贸易保护战日趋激烈的今天，为发达国家或者地区广泛使用。这个使命的完成必须凭借一定的借口来实施。而这个借口，最常见的就是保护人类的情感、人与动物的生命和健康、动物的内在价值以及本国的正常贸易秩序。在这些借口的掩饰下，WTO 的与动物福利保护有关的规则常常以一般例外措施、卫生检疫、技术与非技术性壁垒、补贴与反补贴、倾销与反倾销等形式出现，如 1991 年欧共体理事会通过的《关于拟订保护小牛的最低标准的理事会指令》第 8 条和 1991 年《关于拟订保护猪的最低标准的理事会指令》第 8 条均要求，猪或者小牛来源于欧盟以外的国家，它们应当具有出口国职责机构签发的文件，以证明其所出口的动物已经得到的福利，至少等同于来自欧盟范围的猪所获得的福利。1991 年欧共体颁布了《关于在共同体内禁止采用抓腿圈套和把以抓腿圈套或其他不符合国际人道标准捕获的动物毛皮和其他制品引入共同体的理事会条例》，虽然欧盟一直没有对非欧盟国家采取强制性的进口制裁措施，但不排除条例在今后适用于中国的可能。1999 年欧盟《关于拟订保护蛋鸡的最低标准的理事会指令》规定，2002 年 1 月 1 日以后，各成员国的职责机构应该让生产者在鸡蛋上做特殊的数字标记，以让人们知晓其消费的鸡蛋的来源和日期。欧盟理事会修正的《化妆品指令》决定从 2000 年 7 月 1 日起，禁止进口以动物进行测试的化妆品。该指令还指出，对于指令实施后的三年后，禁止用动物测试化妆品的用料成分。2003 年 1 月，欧盟理事会提出，欧盟成员国从盟外进口动物和动物产品之前，应该将动物的福利作为考虑因素。2004 年，欧盟规定，在区域内出售的鸡蛋必须标明是散养的还是笼养的。由于经济、技术欠发达和动物福利法律制度不完善，包括中国在内的发展中国家很容易成为 WTO 动物福利保护条款的关注对象。

为了始终保护自己的动物产业，随着经济和科技的发展，发达国家总是采取各种手段不断提高动物国际贸易的福利壁垒条件。以德国为例，在动物产业方面，它目前给予的补贴有公牛补贴、母牛补贴、牛的屠宰补贴、母羊补贴、生态畜牧业补贴、粗放型农场补贴、农场的二氧化碳信用补贴、农场休耕补贴、补充款项补贴等。此外，德国政府实施的农村基础设施建设补贴、农村社会保险和农业保险补贴也会对其本国动物产业的发展产生积极的影响。这些补贴约占农业生产成本的 70%。由于财力所限，发展中国家难以做到这一点，这决定了其动物和动物产品难以在国际市场上和欧、美等发达国家或者地区进行公平的竞争。

三、发达国家动物福利立法的状况及其贸易作用

目前，德国、美国、加拿大、澳大利亚、新加坡、马来西亚、泰国、日本等 100 多个国家及我国的台湾和香港地区，已经建立了比较完善的动物福利法律体系，其中欧盟及其成员国的立法体系最为健全，法律制度最为发达，影响最为广泛。以农场动物福利的保护为例，在区域层次上，欧盟 1986 年颁布了《关于拟订保护箱式笼中蛋鸡的最低标准的理事会指令》，1989 年颁布了《关于动物在共同体内部贸易过程中的兽医检查理事会指令》，1990 年颁布了《关于在内部市场完成的过程中对在共同体内部进行贸易的特定活动物和动物制品进行兽医和畜牧学检查的理事会指令》，1991 年颁布了《关于拟订保护小牛的最低标准的理事会指令》和《关于拟订保护猪的最低标准的理事会指令》，1993 年颁布了《关于饲料控制的分析方法的委员会指令》，1998 年颁布了《关于保护农畜动物的理事会指令》，1999 年颁布了《关于拟订保护蛋鸡的最低标准的理事会指令》和《关于农场动物饲养设施检查的最低要求的委员会决定》等。在欧盟成员国的层次上，一些国家既颁布了包含农场动物福利保护规则在内的动物福利基本法，如丹麦 1991 年颁布的《动物福利法》、葡萄牙 1995 年颁布的《保护动物法》、德国 1998 年修订的《动物福利法》、瑞典 2002 年修订的《动物福利法》等，还根据欧盟农场动物福利保护的指令、条例、决定等法律文件的要求颁布了一些专门法律和法令，如德国 1987 年颁布了《笼中蛋鸡保护条例》、1992 年颁布了《建筑物中小牛保护条例》、1994 年颁布了《建筑物中猪保护条例》等。

发达国家的动物福利保护立法对于提高本国出口动物和动物产品的整体质量，健全本国动物和动物产品标准化体系，跨越其他国家设立的动物技术性规

范、标准、标志及相关的合格评定程序等技术性和非技术性的条件标准甚至壁垒,^① 构建自己的“进口门槛”,防止其他国家利用贸易与投资转移不合格的动物、动物产品以及出口国已经过时甚至被明令淘汰的动物养殖设备、工艺和技术,促进动物管理与保护的法治化进程,预防本国动物福利法律制度与WTO规则的“碰撞”,化解有关的贸易纠纷,起了非常重要的作用。

四、我国加强动物福利立法的贸易意义

发达国家超前的动物福利立法是建立在雄厚的经济基础之上的。但对发展中国家来说,认同发达国家的动物福利保护观念,并借鉴和参考发达国家的动物福利保护标准,从经济上考虑,无疑会给大多数企业施加额外的沉重经济负担,使其运转陷入困难。但为了促进出口,获取国际利润,发展中国家一些经济实力较强的出口企业又不得不遵从买方国家的动物福利法律规定,给予动物以高于本国饲养标准或者饲养惯例的福利标准。如欧盟和智利签署的双边贸易协定中,已经包含有提高动物福利保护标准的条款。我国的一些企业也有类似的压力。

中国的古代哲学,如儒家思想、佛教和道教,强调“天人合一”,“天人合一”重视动物的合理保护。在自给自足的封建社会和新中国成立后的计划经济时代,集约化地饲养、屠宰和利用动物的现象并不是很普遍,因此,动物福利保护所导致的国内社会矛盾和国际贸易矛盾还不是很突出。进入市场经济社会后,国内和动物的动物和动物产品市场逐步被放开,动物饲养、繁殖、屠宰和实验行业的竞争也日益激烈,使得人与动物的关系变得日益紧张。如果立法及时地介入,动物福利保护的问题在经济发展的同时,会逐步地得到缓解甚至解决。我国已经初步认识到了这一问题,并在野生动物保护、畜禽屠宰、动物实验、宠物动物管理等方面制定了大量的保护动物福利或者具有保护动物福利作用的国家级和地方级立法。和发达国家的动物福利立法相比,这些立法目前存在以下几个方面的缺陷:一是立法体系不完善。我国在野生动物保护、实验动物保护、动物屠宰管理等方面制定了一些专门的立法和标准,但在农场动物保护、动物运输管理、宠物管理等方面仅存在一些零星的立法或规定。二是动物福利保护的目未得到动物保护或者动物管理立法的明确承认,动物保护的功利性色彩非常浓厚。三是监管体制不科学,监管机制不健全,动物保护法

^① Food and Agriculture Organization of the United Nations, Improved Animal Health for Poverty Reduction and Sustainable Livelihood, 2004, pp. 37—40.

律制度不完善,法律责任不周全。这是和法律体系的不完善和立法目的的缺失或者不明确分不开的。

缺乏立法的规范和激励,没有及时地应对国外动物福利保护标准的设立和变更,我国的动物、动物产品及与动物和动物产品有关的服务和其他产品在进入国外市场时,遇到了强有力的贸易狙击。如2002年瑞典的一家电视台播放了中国东北地区虐待动物,活剥狗皮的生产镜头之后,在瑞典国内产生了较大的社会影响,一些议员和动物保护组织要求政府抵制进口以“不人道的方式”生产的产品。2005年3月,互联网上出现了一段名叫《惨绝人寰的时尚,每件皮草都残酷》的录像,该录像曝光的是河北省萧宁县尚村皮毛交易市场活剥貉皮和狐狸皮的事情。之后,美国的CNN有线新闻台和欧洲的一些媒体也大肆渲染,一些动物福利保护组织也强烈呼吁禁止从中国进口毛皮。再如2005年夏天,动物权力保护组织“争取人道对待动物”(PETA)的调查人员化妆拍摄了我国个别地方虐待并残酷宰杀猫狗的镜头,2005年11月BBC电视一台在新闻节目中播出该镜头。看完录像后,前甲壳虫歌星麦卡特尼誓言他将带头抵制中国货。他问道,怎么能够让一个如此残忍对待动物的国家举办奥运呢?如果中国想让外界认为她是一个“文明的国度”,就必须停止残忍对待动物。为此,他声称要抵制中国2008年的夏季奥运会。麦卡特尼还指出,“我做梦都不想到那去演出,就好比我不会到一个支持种族隔离的国家去演出一样。”^①可见,以不人道的方式从事动物的生产和经营,不仅会破坏中国人崇尚伦理的传统形象,还影响到中国的动物、动物制品以及相关产品和服务的出口贸易。

还有一点要注意的是,西方发达国家为了防止其优势的动物产业被我国引进和发展,也会以其输出的实验动物和农场动物在我国得不到合理的人道对待为借口,禁止对我国输出某些类型的动物品种。如德国1998年修订的《动物福利法》第12条第2款第3项规定,职责机构可以禁止特殊的动物运送出境。在WTO的框架下,发达国家的动物服务产业依赖雄厚的资本和发达的服务技术,却可以轻而易举地攻占发展中国家急缺资金、服务技术标准落后的动物服务贸易市场。

我国是一个动物生产大国,农业动物、实验动物及其产品的绝对量非常大。如中国的猪占世界的53%,牛占世界的9%,羊占到世界的20%。随着人口数量和养殖技术的不断提高,我国动物和动物产品的数量还会持续增加。目前,我国的畜牧产品已经出现过剩的状态,加上我国农村富余劳动力向城镇

^① <http://www.9skyca.com/admin/news/44/2005112934739.html>.

的战略转移任务的完成还需要一定的时间,因此,在国际化市场经济的大潮流中,这些产品和服务只有进入国际市场才能为中国动物产业找到一条持续、健康发展的出路,才能有效地缓解“三农”问题。同时,为了发展我国的动物产业和技术,持续地引进国外高品质的动物是必需的。因此,为了促进动物进出口贸易的持续、稳定地发展,逾越发达国家为动物及其产品进口设立的动物福利标准,我国必须结合经济、科技和社会的发展实际,不断地加强动物福利保护的法制建设。

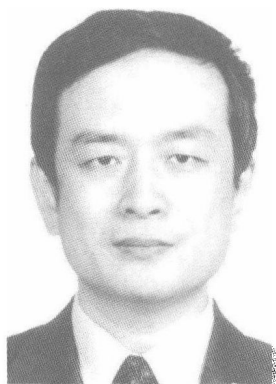
五、在我国的基本国情下如何加强动物福利立法

目前,我国的动物福利立法在过分强调人的主体性和支配地位的传统哲学和传统法学思想的影响下,其发展过程显得非常艰辛和坎坷,如2004年5月8日,北京市政府法制局在网上公开《北京市动物卫生条例》(征求意见稿),征求意见稿提出了不许伤害动物,不许当着其他动物的面屠杀动物,不许遗弃动物等一系列全新的动物福利保护要求。两天之后,这一稿子就被撤下,号称中国第一个保护动物福利的专门地方性法规就胎死腹中了。大多数人的理解是,中国没有像西方发达国家那样的动物福利法基础和环境,这个稿子太超前了,太脱离现实了,不具有可操作性。^① 本人认为,这个稿子之所以没有得到广泛的承认,并不完全是这个稿子所建立的动物福利保护法律标准有多么的新,可能是这个稿子出来得比较突然,一下子提出那么多的动物福利标准或者要求,难以为社会和有关执法部门所消化。加上该稿子缺乏可操作性,没有和国家的经济、卫生、环境、就业、保险等现实问题结合起来,在贫富悬殊不断扩大、环境污染和公共卫生等社会矛盾日益突出的今天,有点管闲事不管正事的意思。这个立法事件再次说明,动物福利立法必须循序渐进,不能脱离我国的基本国情。与这个事件形成明显对比的另外一个立法事件也于2004年发生在北京。2004年12月,北京市人大常委会修订了《北京市实验动物管理条例》。该法第7条(即“从事实验动物工作的单位和个人,应当维护动物福利,保障生物安全,防止环境污染”)首次在我国明确提出“动物福利”一词,并且在第9条中提出动物实验需要进行伦理审查。由于这些国际上通行的措施在我国宣传很久,已得到广大实验动物从业者的理解,因此,其通过非常顺利。这说明,我国的动物福利立法进度还和国际交往以及国内的培训教育有着密切的联系。

^① <http://www.thebeijingnews.com/news/2004/0624/200462440439.htm>.

全面加强我国的动物福利保护立法,必然有一个渐进的过程。在这个过程中,新闻媒体和动物保护主义者指出社会中虐待和残杀动物的社会丑恶现象是必需的。但作为立法者,他们的关注点不能仅限于此。单纯地替动物“鸣冤诉苦”不应是立法者的思维。作为立法者,应以现实的社会和现实社会中人的价值和利益为基础,综合平衡国内外政治、经济、社会、伦理、文化等方面的矛盾与冲突,找出一个既利于动物福利的保护,也利于社会、经济、伦理、文化健康稳定发展的动物福利法治路子。走这个路子,要遵循两个原则,一是坚持人与动物在法律地位上不能平等的原则,即人是法律关系的主体,动物只能是客体,是特殊的物。只有这样,才能克服传统法学者关于法律结构破坏的担忧,才能在“以人为本”思想的指导下进一步发挥人的主观能动性,在发展和问题很多的基本国情下协调好人的福利改善和动物福利保护的关系。二是坚持分类处理的原则,即对于出口型的动物、动物产品营销企业以及为这些企业提供饲料、医药、医疗等服务的企业,应该让其充分地了解国外的动物福利保护标准,鼓励其参照执行进口国严格的动物福利保护标准;对于我国强势的动物产业和容易受到国际市场冲击的动物产业,国家应该建立“绿箱政策”给予适当的补贴,以加强其国际竞争能力。对于与出口无关的其他动物福利保护法律制度,可以结合我国的国情,综合地考虑中国现实的文化传统、经济发展的内在需求和外在的改革压力,有选择性地借鉴和吸收国外一些区域化甚至全球化的立法经验,循序渐进地予以丰富和发展。只有结合我国的基本国情进行动物福利立法,在弱肉强食的国际生态里,才既有利于人民群众经济、就业等基本人权的保护和利益的保障,也有利于动物福利得到全面和全过程的切实保护。

原载《山东科技大学学报》2006年第2期



陈 甦 1957 年出生，辽宁大连人。1985 年毕业于辽宁大学，法学学士学位；1988 年毕业于中国社会科学院研究生院，获法学硕士学位。1988 年至今，在中国社会科学院法学研究所工作。现任中国社会科学院法学研究所与国际法研究中心联合党委书记，兼法学研究所副所长和国际法中心副主任。专业职称为研究员、博士生导师。社会兼职如担任中国法学会商法学研究会副会长，中华全国律师协会公司法专业委员会顾问等。专业研究领域主要为公司法、证券法、物权法。

土地承包经营权物权化与 农地使用权制度的确立

农村经济体制的改革与土地制度的改革密切相关。在我国农村土地制度改革的进程中，蕴涵着一个农用土地使用权利从债权性质向物权性质演进的过程，在权利形式上则表现为土地承包经营权向农地使用权演化，社会主义市场经济体制的确立以及农业经济的持续发展进一步加速了这一演进过程。目前的农用土地使用权利制度，仍然处于一个尚未完备的阶段，从现实中的土地承包经营权的普遍形成过程和具体内容上看，土地承包经营权实际上仍然具有明显的债权性质。将土地承包经营权完全转化为物权性质的农地使用权，不仅符合市场经济条件下农村经济体制和农业经营模式的发展需要，也是完善农村土地制度的重要步骤。

一、农地使用权的原型：土地承包经营权

在经济体制改革以前，我国农民对农用土地的使用，只有社区团体内的分

工与分配意义,并不表现为法律上特别是民法上的权利义务关系。真正使农民对农用土地的使用拥有了法律权利的性质与形式,是联产承包经营合同。农村联产承包经营合同的出现与规范化,不仅反映了我国农村的经济制度、经济结构以及经营模式发生了重大的变化,也产生了一系列的具有法律意义的事实:自土改以来农民再次成为农业生产经营上的法律主体,农民对土地的关系采取了具有法律意义的形式。这样,在实践中对农民使用农用土地的权利便形成了一个通行的并且后来被法律认可的叫法——土地承包经营权。

然而,在法律法规、政策及学术著述中,对农用土地的使用权利概念的名称、内涵与外延的表述,均有所不同。(1)称之为“土地承包经营权”。如“土地承包经营权,是指农民、集体在法律规定和合同约定的范围内对于集体所有的或者国家所有的由全民所有制单位、集体所有制单位使用的土地占有、使用、收益的权利。”^①对于土地承包经营权在农村土地使用权利体系中的划分,有两种观点:一是认为土地承包经营权是农村土地使用权的一种并列概念。如认为“由于土地使用权与承包经营权同为使用收益土地之权,系不相容的权利,因此设定了土地承包经营权后,该块土地上即不会再设定土地使用权”^②。另一种观点则认为,土地承包经营权是基于土地所有权或土地使用权而产生的权利。^③(2)称之为“土地使用权”。典型的表述如关于农村新一轮土地承包经营的政策文件中所规定的,经发包方同意,允许“土地使用权有偿转让”。(3)分别称之为“土地使用权、土地承包经营权”。如认为土地使用权和经营权“其性质和权能基本相同,……主要区别是原始取得的方式不同,使用权是依法和按照集体经济组织的规定分配取得的。而经营权是通过签订土地承包合同取得的,或是在转让中取得的”^④。尽管农用土地使用权利有不同的名称,但就目前的情形,“土地承包经营权”仍不失为一个最恰当的概括,因为具体的农用土地使用权利大多仍然是根据承包经营合同而设立的。

对农业用地使用权利在表述上的多样性,至少说明了这样一些问题:(1)现阶段农村土地制度中存在着并列或交叉的权利,尚未经严谨明确的法律规范整合为协调系统的权利体系。(2)现阶段农村的基本土地制度,尤其是农用土地的使用制度,仍处于一个演变的活跃期。(3)“土地使用权”并不是一个规范的法律术语,它有太多的歧义,必须给予重新界定。相应地,对

① 王家福、黄明川:《土地法的理论与实践》,人民日报出版社1991年版,第56页。

② 崔建远:《房地产法与权益冲突及协调》,《中国法学》1994年第3期。

③ 王家福、黄明川:《土地法的理论与实践》,人民日报出版社1991年版,第56—57页。

④ 钱介敏、倪江生:《完善农村土地法律制度的对策》,《中国法学》1990年第6期。

“土地承包经营权”亦要给予重新界定。

二、土地承包经营权的债权性质及其局限

关于土地承包经营权的性质,学术界有物权说与债权说两种观点。持物权说者认为,“从这一(承包)合同作为法律事实产生的承包经营权,并非债权,而是一种物权”^①。“土地使用权和承包经营权,也是物权。”^②或者认为“中国大陆民法上的土地承包经营权相当于……永佃权”^③,认为土地承包经营权是一种物权的观点,主要出于以下理由:(1)土地承包经营权是民法通则第5章第1节中所直接规定的权利;(2)承包人对所承包的土地有在法律和合同规定范围内直接控制、利用的权利;(3)土地承包经营权是具有排他性的财产权。目前物权说为多数说。持债权说者则认为,“联产承包合同,属于债权关系,基于联产承包合同所取得的农地使用权(即目前的土地承包经营权),属于债权性质”^④。

实际上,物权说与债权说采取了不同的判断标准与方法,前者是基于抽象权利的法律原则规定的逻辑推论,后者是基于具体权利的普遍形成过程的实证判断。尽管土地承包经营权规定于民法通则的第5章第1节,并且通常认为该节实际上是对物权制度作出规定,但笔者仍认为,就目前既有的具体土地承包经营权的普遍情形来看,其实质上确是一种债权,而不是物权。对于土地承包经营权,民法通则对其赋予的物权性质在具体法律制度中的体现极不充分,在现实的具体法律关系中的实现则更是极不普遍,这是毋庸置疑的。所以,认为土地承包经营权具有债权性质,并不是因为“承包经营”是一个典型的债的关系术语,而是根据其据以存在的现实法律关系的内容与特点,来进行分析所得出的结论。

1. 从土地承包经营权的连带性上看,土地承包经营权连带于联产承包,不是一个独立的物权。联产承包是农村双层经营体制的组成部分,土地最初是作为生产资料之一而分配给农民经营的。农民取得土地承包经营权的对价条件,是具有复杂意义的“联产”,而不是单纯意义的租金。“联产”,意味着承包人必须根据合同或发包人的意思完成规定的生产经营任务,即达到“承包

① 王家福、黄明川:《土地法的理论与实践》,人民日报出版社1991年版,第57页。

② 钱介敏、倪江生:《完善农村土地法律制度的对策》,载《中国法学》1990年第6期。

③ 崔建远:《房地产法与权益冲突及协调》,载《中国法学》1994年第3期。

④ 课题组:《制定中国物权法的基本思路》,载《法学研究》1995年第3期。

指标”，而这种任务是不能用简约的固定或比例租金来替代的。比如，承包人在承包土地上种什么、种多少、达到什么产量，都是土地承包经营权的对应义务。因此，依据联产承包合同，发包人对土地承包经营权标的物仍有相当大的支配力。

2. 从承包人与土地所有者的关系上看，是联产承包合同关系。承包经营关系，从本质上说是一种发包人与承包人之间的内部关系，其目的是通过给予承包人一定的经营自主权和与经营成果相联系的预期报酬，来实现发包人的经营目标。从这一点上，土地承包经营权实质体现的是集体内部分工分配的权利义务关系。这种内部关系从承包人的身份上亦有反映，从承包经营责任制一开始直到今天，承包人基本上限于农民，限于本社区成员。因这种内部关系而取得的承包经营权实际上只有对人（作为土地所有者的集体）的效力，而并无对世的效力。

3. 从土地承包经营权的转让条件来看，承包人不能自主转让承包权。物权的一个重要性质就是物权人有权自主地转让其权利，而无需他人的同意或协助。如专为农业用地所设立的用益物权——永佃权，其永佃权人可自主转让永佃权。^①我国对土地承包经营权的转让则一直给予限制，最高人民法院《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》规定：“承包人将承包合同转让或转包给第三者，必须经发包人同意，并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容，否则转让或转包合同无效。”近来虽然简化了转让的限制条件，把转让的标的由“承包经营合同”简化为“土地使用权”，但须经发包人同意的规定依然如故。土地承包经营权的这种转让方式，完全是一种普通债权的转让方式。

4. 《民法通则》第80条第2款规定：“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。”从这一规定来看，对于国家所有由集体使用的土地，集体拥有的应是土地使用权，因此土地承包经营权关系中的发包人可以是土地所有者，亦可以是土地使用者，即土地承包经营权可以基于土地所有权和土地使用权而设立。这样就在土地物权结构中，形成一个在土地所有权之上设立土地使用权、又在土地使用权之上再设立土地承包经营权的梯次结构。但是，如果在农用土地上已经设立了土地使用权，是否可以在其上再行设立物权性质的承包经营权，不无疑问。

5. 实践中出现了大量的“转包”事例，即土地承包人在保留土地承包经营权的前提下，将所承包的土地转包给其他人经营。承包人转包其承包标的物

^① 参见日本民法第272条；我国台湾民法第843条。

的做法,已经得到法律的认可。^①在土地转包关系中,转承包人所取得的权利也是土地承包经营权,但其具有何种性质?如果是物权性质,我们就得认可在前述土地物权梯次结构中的土地承包经营权之上,再设立一个相同性质的土地承包经营权,这显然违背一般物权法理论;如果是债权性质,我们在立法上或实务中就不得不区分物权性质的土地承包经营权和债权性质的土地承包经营权。

可见,对于土地承包经营权,民法通则的抽象定性与实际当中联产承包经营制度的具体内容之间,存在着很大的差异,后者使土地承包经营权呈现明显的债权性质。在深化农村经济体制改革的客观条件下,继续维持土地承包经营权的债权性质,会产生以下难以克服的局限性:(1)不利于维护农民的生产经营积极性。土地承包经营权基于承包经营合同而产生,在承包经营合同关系中,发包人实际上(并且也应当)拥有很大的干预生产经营的权利,并且这种干预权利与发包人的行政权力往往混为一体,农民承包人的生产经营自主权其实是很有限制的。由于土地承包经营权实质是债权,而债权的效力比物权弱,并且在原则上不能对抗物权,因而产生纠纷的可能性就相对多一些。^②承包合同纠纷的易发性与生产经营自主权的有限性,势必影响农民生产经营的积极性。所以,对农用土地的使用权利必须是一种物权,才能为农民发挥其生产经营积极性提供制度上的保障,才能使农民不仅能以“违约”而且还能以“违法”为抗辩理由,维护自己的土地使用权利。(2)不利于农用土地的市场性流转。在市场经济体制条件下,农业资源(特别是土地资源)的配置应当依市场机制来实现,应当由农民自己决定转让对土地的使用权利。那种利用行政或准行政手段实现土地规模经营和最优配置的做法,忽视了农民的自主权利,从根本上不利于农村生产关系的稳定。转让土地承包经营权须经发包人同意,实际上限制了土地使用权利的自由流转,为以行政或准行政手段配置土地资源留下了太多的余地,并在相当程度上牺牲了效率。(3)不利于农用土地使用制度的稳定。农业生产经营的长期性,要求农用土地使用制度的稳定性;农村土地制度的完善,也需要农用土地使用制度稳定的基础。农用土地使用制度的稳定决定于三个重要因素:一是基本使用制度的长期稳定;二是具体权利义务关系与法律制度之间具有一致性;三是具体的使用权利具有确定性、排他性和流转性。土地承包经营权的债权性质,则因欠缺上述因素而使农用土地制度处

^① 《农业法》第13条第2款。

^② 至1992年,全国共签订3亿多份农村承包合同,但每年仍有约3000万份合同不能兑现,合同纠纷近1000万起。引自农业部《关于加强农业承包合同管理的意见》(1992年7月30日)。

于不稳定的状态。

三、土地承包经营权物权化的现实基础

土地承包经营权物权化：就是使对农用土地的使用权利从土地承包经营合同中析出，与“联产”脱钩，成为一个独立的真正物权意义的权利。农村经济体制改革的进一步深化，使土地承包经营权物权化的客观条件已经具备。

社会主义市场经济体制的确立和农业持续发展的需要，是土地承包经营权物权化的根本原因，而当前我国农村土地承包经营制的内在变化，则是土地承包经营权物权化的直接动因。联产承包经营制，从一开始就包含了在形式上否定自己的因素。“承包经营”，就其法律上的本来含义，应当是由发包人投资，而由承包人经营；承包土地上的种植物、养殖物和畜牧物等，应当由发包人所有并承担风险，承包人只承担善良管理之债务上的责任。在改革初期，承包经营所需的土地和其他生产资料基本上都由集体提供，承包人付出的基本上只是劳力，这时的承包经营是名副其实的。但是，随着承包经营制的发展，承包的农民在农业生产中的投资份额越来越大，往往要自行负担种子、化肥、农药和其他生产工具，而集体除了土地外，很少再作其他投入。这种投资角色的转换，成为土地承包经营权转化为土地使用权的决定因素。从农业承包责任制实行不久，农民便开始独自拥有承包土地上的种植物、养殖物和畜牧物的所有权，并自行承担风险。这样，农民与集体的承包经营关系愈来愈简约为土地使用（或租用）关系。

土地制度的长期稳定与土地使用权利的自主流转，这一辩证关系在土地承包经营权物权化的基础上统一起来。农业生产的长周期性需要经营者作长期投入，而长期投入的法制基础就是土地制度的长期稳定与土地使用权利的自主流转。不言而喻，没有土地制度的长期稳定，自然没有土地经营的长期投入。没有土地制度长期稳定前提下的土地使用权利自主流转，则同样使土地经营行为短期化。土地经营的投入收益周期长，作长期投入意味着加大了风险预期的不确定性。土地经营者因主客观原因，很可能需要在土地使用期限内作投资转移，只有土地使用权利能够自主流转，经营者才尽可能以转让费的形式收回投资。所以，土地使用权利的自主流转是农业经营投入长期化的必要保障。由于农业经营的投入与风险基本上由经营者承担，作为公平原则的体现，有关土地制度稳定与土地使用权利流转的立法，应当侧重于保障土地经营者，也就是说要赋予经营者以更多的决定权，如自主转让权。

土地承包经营权物权化,也具备了坚实的政策基础。中共中央、国务院在《关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》(1993年11月)中提出:“在原定的耕地承包期到期之后,再延长30年不变。开垦荒地、营造林地、治沙改土等从事开发性生产的,承包期可以更长。”“提倡在承包期内实行‘增人不增地、减人不减地’的办法。”在农业生产承包经营制初期,承包经营合同的期限一般都很短,为三年左右。承包期限过短,存有许多弊端。将承包期延长至30年以至更长,使我国的土地承包经营权的期限超出一般债法上租赁的最长期限;^①提倡“增人不增地、减人不减地”,则进一步稳定了农村现存的土地使用权利关系,这些都为土地承包经营权物权化提供了政策保障。

土地承包经营权物权化,意味着农村土地配置机制的根本变革。建国以来,农村土地制度的历次变革都是以伴随着大规模行政性重新划分土地运动为特征。土地承包经营责任制,并没有从根本上改变这种行政性配置土地的模式,因为集体虽然不是行政机关,但发包实质上是市场机制很少起作用的土地团体内分配,具有准行政分配的性质。集体对土地进行准行政分配的依据,是集体成员的权利均等性,因而土地只能按人分配。土地按人分配的弊端甚多:一是否定了土地流转的经济因素和效益原则。二是集体成员的婚嫁生死导致土地使用权利的产生变更或消灭,引起土地使用状况过多的非经济原因变更。三是经常性的准行政配置土地,容易因公平判断的分歧而引起集体经济组织中的内部矛盾。四是刺激农村人口多生和性别偏好,使农业劳动就业避开了市场规范和市场约束,掩盖了农业劳动力过剩的危机,承包土地成为一种市场经济条件下社会保障功能的消极替代。^②近年来,土地承包经营形式出现了多样化的趋势,如在某地,承包形式突破了当年人人均包土地的格局,向多形式发展,有均田承包(好坏地人人有份)、三田承包(口粮田按人承包、责任田按劳承包、经济田招标承包)、两田承包(人包口粮田、劳包责任田)和专业承包;承包主体也发生了变化,1982年实行包干到户时,99%以上的经营主体是农民,而现在除了一般农民承包土地以外,还出现了专业大户、家庭农场、农业联合体、土地股份合作社、农业专业队、村办农场、农业车间等承包经营土地。^③这种承包形式多样化的趋势中,包含了否定集体准行政性配置土地的趋势。当前实践中出现的集体“四荒”拍卖,所产生的土地使用权与土地承包

① 如日本民法第604条,我国台湾民法第449条均规定租赁之期限不得超过20年。

② 第四点可参见慈勤英《人口控制与土地制度改革的综合思考》,载《人口学刊》1994年第2期。

③ 汤云:《完善改革农村土地经营制度的思考》,载《农业经济》1994年第12期。