

# 关于大城市郊区实施土地承包法问题的思考<sup>\*</sup>

王克强<sup>1</sup>, 刘红梅<sup>2</sup>

(1. 上海财经大学 公共政策研究中心, 上海 200433; 2. 上海交通大学 管理学院, 上海 200052)

**摘要:**《中华人民共和国农村土地承包法》于2003年3月1日实施。土地承包法在郊区实施中要考虑大城市郊区土地关系的特点。在对上海等城市郊区调查的基础上, 本文对大城市郊区实施该法过程中的一些问题进行了思考。

**关键词:**大城市郊区; 农村土地承包法; 土地权利束

**中图分类号:**F30 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-9952(2003)06-0031-06

## 一、引言

《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《土地承包法》)2003年3月1日施行。该法的实施, 进一步深化了家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制, 有力地赋予了农民长期而有保障的土地使用权, 发展了宪法和《中华人民共和国土地管理法》关于土地承包的内容, 有利于促进农村土地市场的发展。大城市郊区与偏远地区相比, 土地关系有以下特点: 人均土地面积小、城镇化趋势明显、土地资产价值大、土地非农化的潜力大、土地增值潜力大、农民经营过程中兼业化现象广泛、土地关系复杂。土地承包法在郊区实施中要考虑这些特点。笔者在对上海等城市郊区调查的基础上, 对大城市郊区实施该法过程中的一些问题进行了思考。

## 二、大城市郊区《土地承包法》实施过程中需要强化的四个原则

### 1. 承包方式选择要坚持因地制宜的原则

第三条规定(以下没有特别说明时, 都是指《土地承包法》的条款): “农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式, 不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地, 可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”第四十六条规定, “荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营, 也可以将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后, 再实行承包经营或者股份合作经营。”由此可见, 农村土地的承包有三种方式: 第一种方式, 即平均承包给本集体农户。这种平均承包体现在四个方面: 一是各类用地, 每户都承包一些; 二是各等级用地, 每户都承包一些; 三是各种用地, 每户都承包一些; 四是上述各种用地, 每人(或每劳动力)都平均承包。这种承包方式有其存在的合理性, 目前占主导地位, 今后在短期内也很难打破。第二种承包方式, 即由集体直接向社会(包括本集体成员)招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营。对一些非农产业比较发达的地区, 由于劳动力非农化程度较高, 产业分工比较明显, 农民对承包地的依赖较小, 这些地方往往采取这种方式。这种方式有利于规模化

收稿日期: 2003-03-10

作者简介: 王克强(1968—), 男, 甘肃庄浪人, 上海财经大学公共政策研究中心副教授;

刘红梅(1970—), 女, 山西孟县人, 上海交通大学管理学院讲师。

经营,但其前提是劳动力非农化程度高。从目前各地的实践看,对部分农村土地采取这种承包方式的较多,对全部土地采取这种方式承包的则不多。第三种承包方式,即将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后,再实行承包经营或者股份合作经营。与第二种方式一样,这种方式的前提条件之一是该集体的非农产业比较发达,劳动力的非农化程度高;与第二种方式不同的是,在对土地承包之前,对本集体农民进行了股权化分配,充分体现了集体成员对集体土地的所有权。在承包过程中,往往由承包土地的股东大会决定招标的相关事项,管理的民主化程度高。这种方式还有利于通过股权的增减解决承包过程中人口增减带来承包土地的调整问题。

三种方式都可用于耕地和非耕地。在具体方式的选择中,既要考虑到现状,又要考虑到社会生产力发展的需要,还要考虑到承包30年不变的长期性,充分尊重农民的意愿。目前的做法中有两件事要强调:第一是平均承包中,要尽可能做到集中——每户承包地块的相对集中、承包后土地通过合理流转使分散承包的土地向种田大户集中;第二是采用后两种方式的,要加强对承包后收益的民主监督管理工作。

### 2. 承包合同的签订要坚持内容完备的原则

第六十二条规定,“……未向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书的,应当补发证书。”但调查中发现,没有发证或证书内容不全的比例还是比较高的。原因何在?首先,发包方确定为村集体好还是组集体好,存在争议。现实中,由于村内各小组土地资源的不平衡,承包往往是在小组范围内进行;但小组的管理职能非常弱,往往由村委会代为执行,因此究竟谁为发包方,在签订合同时存在争议。其次,是“既确权又确地”还是“只确权不确地”,存在争议。地方干部担心,如果确权又确地,使农民与承包土地的一一对应性明确化,在城镇化过程中征地的成本太高;如果确权不确地,又与实际不符。事实上,不管是否在合同中注明地块,农民承包的地块总是具体的,是事实的确地,实际上很难调整。再次,近几年的实践表明,要做到承包地30年不变是很困难的,目前往往存在频繁的变动,如果签订合同,承包期限如何确定?最后,近几年,地方政府需要征用一些近郊城镇建设规划用地,合同的签订无疑是给农民提高征地的要价提供了又一筹码,地方政府不愿意这样做。正是由于上述问题,合同的签订还不全面。笔者认为:发包方以小组为好;对于城镇规划区内的用地,可以“确权不确地”,其他都要“既确权又确地”;城镇化过程中既要考虑政府操作的低成本,也要考虑保护承包地农民的利益。合同要全部签订并应该写明所有的相关内容。

### 3. 农民承包、经营和流转土地要坚持自愿性原则

《土地承包法》主张农民经营和流转土地坚持自愿的原则,并对强制的后果作了明确的规定。第五十七条规定,“任何组织和个人强迫承包方进行土地承包经营权流转的,该流转无效。”第五十四条规定,干涉承包方依法享有的生产经营自主权、流动权、承包权等行为之一的,应当承担停止侵害、返还原物、恢复原状、排除妨害、消除危险、赔偿损失等民事责任。

但我们调查中发现,有些地方村委会和地方政府过多地干预了农民的土地流转和经营行为。例如,有些干部将农民承包地流转分为“有序”和“无序”。所谓“有序”,是指由村组统一组织的土地流转,比如农民将承包地交给集体,由集体进行招标或引进项目;所谓“无序”,是指农民自己将承包地进行项目合作或流转。从上述的描述可以看出,这种界定实际上是一些干部干预农民承包土地流转的借口而已。承包土地的流转是一种交易行为,是农民对承包土地的一项基本权利,只要符合法律的规定就是合法的和有序的。如果基层从大局出发,组织规模化经营,为群众谋福利是应该鼓励的。即使这样,也要尊重农民的权利,要发扬民主,要坚信农民会做出比较合理的选择。当然,有些基层干部为了自己在任期间的政绩,盲目服从上级或不符合实际追求规模效应,或出于其他个人利益或少数人的利益而干预农民经营和流转土地的行为,要坚决制止。坚持农民对承包土地的承包自主权和自愿性是保护农民权益的基本原则。

#### 4. 执法部门要坚持依法有所作为的原则

第五十九条规定，“违反土地管理法规，非法征用、占用土地或者贪污、挪用土地征用补偿费用，构成犯罪的，依法追究刑事责任；造成他人损害的，应当承担损害赔偿等责任。”第六十一条规定，“国家机关及其工作人员有利用职权干涉农村土地承包，变更、解除承包合同，干涉承包方依法享有的生产经营自主权，或者强迫、阻碍承包方进行土地承包经营权流转等侵害土地承包经营权的行为，给承包方造成损失的，应当承担损害赔偿等责任；情节严重的，由上级机关或者所在单位给予直接责任人员行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

我们调查发现，群众对这一规定的可行性持怀疑态度，认为目前土地执法中存在很多不作为。举例如下：(1)《土地承包法》第三十条规定：“承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。”浙江省龙泉市龙渊镇9名妇女因婚姻状况发生变化，土地承包权被村干部剥夺，她们4次起诉至该市法院，法院不予受理<sup>①</sup>。(2)《中华人民共和国土地管理法》第七十八条规定：“无权批准征用、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的，超越批准权限非法批准占用土地的，不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的，或者违反法律规定的程序批准占用、征用土地的，其批准文件无效，对非法批准征用、使用土地的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”事实上，上述的违法行为不少见，但执法部门依法查处的不多。多年的经验表明，通过占用耕地加快地方经济发展的领导，不是被调查处理，而是往往被升迁。笔者认为造成群众怀疑的原因有四：首先，人治观念盛行，法制观念淡薄。其次，部门的“通知”凌驾于国家的法律基础之上，即部门利益高于人民利益。再次，执法部门受行政领导的不必要干预太多。最后，执法部门执法中的不作为现象严重。如果不规范执法部门的不作为，承包法的法律效果就会令人担忧。因此，在法律明确有关规定的同时，执法部门依法有所作为已经迫在眉睫。

### 三、大城市郊区《土地承包法》实施过程中四个率先突破

#### 1. 将集体土地所有权的成员权与承包权区别开来——保护放弃承包权者的合法权益

农民自愿放弃承包权但不等于放弃所有权的成员权。承包权与所有权的权利与义务不同，如果所有的成员平均地享有承包权，上述两项权利对应的权利与义务是对等的，承担的社区的义务和享受的权利也是对等的。但当对等关系被打破后，权利义务就复杂化了。

随着集体中的一部分成员放弃承包权，这种对等关系被打破：(1)一部分成员放弃承包权但仍然是集体土地所有权的成员之一，他仍然应该享受所有权成员的权利(除了自己放弃了承包权，其他权利如征地过程中的受益、土地价值增值的分享、社会福利的享受等权利)，同时必须承担作为集体成员的义务(比如本集体内的道路建设、社区建设等)；(2)一部分非本集体成员承包了集体的土地，该成员只有承包权，不是集体的成员，受包人与发包人是简单的商品交换关系，按土地使用权的市场价值进行交换，支付承包期内的土地使用报酬，不承担其他额外的义务，同时不享受发包集体成员的权利(土地增值、社会福利等)；(3)一部分本集体成员比其他成员多承包了本集体的土地，这一部分多承包的土地体现受包人与发包人之间的商品交换关系，按市场上土地使用权的价值进行交换，承包人支付承包期内的土地使用报酬，不享受额外的集体成员的权利(土地增值、社会福利等)，不承担额外的集体成员的义务。

集体外成员与集体内成员在承包土地过程中的权利差别表现在三个方面：(1)成员对承包权享有绝对权。第十五条规定，“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”第四十八条规定，“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集

体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。”“由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的,应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后,再签订承包合同。”由此可见,集体的成员绝对地享受承包权(自己可以放弃),但非本集体成员取得承包权是有条件的。(2)成员的优先权,即如果对集体土地公开招标,同等条件下集体的成员有优先权。(3)承包费的多少问题。集体成员的承包费不应该高于非集体成员。集体承包土地过程中应该是有收益的,这些收益一部分用于农业税收的支出、公共开支和公益事业,其余分配给集体的成员(所有权的经济实现)。如果土地由本集体成员承包,集体只要求农民上缴农业税收和相应的公共开支和公益事业需要的部分,再分配给农民的部分不是收上来后再返还给农民,而是不收。如果承包给非本集体的成员,后一部分也要上缴作为集体的收入进行再分配。因此,本集体的农民和非本集体的农民承包土地的承包费往往是不相等的,一般前者的承包费应该小于后者承包时支付的承包费(事实上,由于存在私下交易和乱收费,可能出现了本集体成员的承包费高于非集体成员的情况)。

从上述分析中看出,部分成员放弃承包权后,集体土地所有权的成员权和土地承包权的对等关系被打破,以前的权利与义务的对等关系被打破,如何保护放弃了承包权的集体土地所有权的成员的权利就提上了议事日程。在我们的调查中发现,目前许多地方没有相应的具体规定,自愿放弃承包权的农户的权利不能得到保障。从表面看,这完全是放弃承包权的农户自愿的事,但往往造成负面影响。因为目前土地对农民不仅仅意味着种植农作物的收益,还有其他方面的作用,比如就业等作用,如果有一天农民在企业的工作丢失了,但如果有承包地的话,还可以种种庄稼,但如果没有承包地,就什么也不能干了。因此,将集体土地的成员权与承包权区分开,保护放弃承包权者的成员权并使之得到经济上的实现,才能更好地促进农村土地关系的健康发展。

## 2. 全家迁入设区的市,转为非农户口的农户放弃承包地应该得到补偿——保护农转非者的权益

第二十六条规定,“承包期内,发包方不得收回承包地。承包期内,承包方全家迁入小城镇落户的,应当按照承包方的意愿,保留其土地承包经营权或者允许其依法进行土地承包经营权流转。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,发包方可以收回承包的耕地和草地。”对于交回承包地,目前基本上由集体无偿收回;对这一条的理解,干部大都理解为“无偿收回”。

笔者认为,全部无偿收回不合理。首先,对偏远地区而言,可以执行无偿收回。因为这些地方农村土地的价值特别低,即使按照土地的价值补偿意义也不大;他们长期维护土地的承包权的收益与成本之比低,因此全部转入设区的市不给予补偿影响不大。其次,对上海等城市郊区应做出有利于城镇化的规定,理由是:(1)郊区的土地本身的价值大,如果放弃承包权,农民的损失大;(2)进城后离承包地不远,长期维护土地承包权的收益与成本之比大,因此全部转入设区的市不给予补偿影响大;(3)农民全家搬迁进城是要成本的,诸如在城区购买商品房的、在城区找工作、在城区参与社会保障都需要资金,尤其是随着经济的发展,上述保障与一个人的贡献直接挂钩,市场化运作力度越来越大,城市政府能够给予的资助将越来越少;(4)在国外,农民进城可以处置土地等资产,以为其进城工作和生活创造条件;(5)上海市等大城市应该鼓励农户向城市集中,而不应该只是向集镇集中。综上所述,应该对这一条做出有利于城市化的规定。再次,第三十一条规定,“承包人应得的承包收益,依照继承法的规定继承。林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期内继续承包。”死人都可以将其权利遗赠给继承人,搬迁至城区的人为何不能将其承包权给予自己愿意给的人?对于无偿放弃土地承包权的农民再要求其无偿放弃所有权成员的权利,在市场经济条件下,是不合理的。综上所述,无论对承包者个人,或是对城镇化过程中放弃承包地而全家迁入设区的市的农户不给予补偿的规定是不合理的。应该给予合理的补偿。这种补偿

可以由集体支付(集体收回所有权后再分配),或由本集体的农民支付(本集体没有土地的农民取得相应承包权,所有权仍然归本集体),或由政府支付(土地所有权归国家)。

此外,还要探索承包地在本集体成员间买卖。为了鼓励在城区居住和工作者放弃土地承包权,采取无偿收回的做法显然是不合理的。应该允许承包地的买卖,但对这种买卖要做出明确的规定:(1)出让者必须是已在城区居住和工作者;(2)出让者不能再在农村享受承包地和宅基地;(3)受让土地者应该是集体,或集体中应该得到土地的新人。

### 3. 完善处分权和设定抵押权并开展承包土地的抵押贷款——完备处分权以保护农民权益

尽管经过 20 多年的不断改革和完善,农民在土地占有、使用、收益等方面已享有更多的权利,但土地的处分权从来没有真正赋予农民。这说明农民拥有的土地承包经营权是一种不完整的产权。进一步明确界定农民的土地权利,使农户真正享有占有、使用、收益和处分四权统一的承包经营权。即,集体土地的农民有权取得相应数量和质量的土地承包权(占有承包土地),能够使用自己的承包地,能够对承包地的收益享有占有权,能够对承包权的放弃、承包权的流转等有处分权。承包地的流转包括对承包权的转让、出租、入股、抵押等。让农民享有占有、使用、收益和处分四权统一的承包经营权,实际上就是承认农民拥有物权性质的土地承包权。这有利于减少现行土地产权关系中的不稳定因素,有利于增加国家对农民的产权保护,有利于在稳定土地承包关系的同时,促进农地使用权市场化流转,提高农地的利用效率。《土地承包法》对农民承包地的放弃、生产经营的自主性决策、承包土地的流转的自愿性规定,体现了农民对承包地处分权的增大。依法保护农民承包土地过程中的合理的处分权还有很多事情要做。

抵押权是处分权的重要内容,应该尽早建立承包地的抵押贷款权。原因有三:首先,没有抵押权的处分权是不全面的;抵押权是处分权的重要内容之一,与承包权的继承、转包、入股、出租、联营等权利构成较完备的处分权。只有建立抵押权才能使承包权更加全面。其次,国外的经验表明,土地抵押贷款可以支持农业和农村的发展。我国农业和农村经济发展过程中的资金不足是个普遍性的问题,《中华人民共和国农业法》第四十五条指出,“国家建立健全农村金融体系,加强农村信用制度建设”。土地承包权的抵押贷款可以促进农业和农村的发展。再次,如果土地承包权不能抵押,不利于农民以地入股引进外资参与农业和农村经济的发展。

目前对设定农民土地使用权的抵押有两方面的顾虑:一是与担保法的相关规定相矛盾。二是银行的金融风险 and 农户生存风险问题。笔者认为这不能成为承包地不设定抵押的理由。首先,耕地等承包权的抵押权设定与《中华人民共和国担保法》第三十七条的规定相抵触的担忧是多余的。既然担保法允许“依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地”可以抵押,“乡(镇)村企业的土地”可以与建筑物一起抵押,那么担保法也应该修改“耕地、宅基地、自留地、自留山等集体土地使用权不得抵押”的条款。因为,不同类别的集体土地使用在法律原则上应该是平等的。况且,包括外国投资者在内,通过出让、租赁等手段获得的国有土地使用权可以抵押,而农民在本集体经济组织内部通过承包获得的土地使用权却不能抵押,这是不公平的。秉着“与时俱进”的精神,对不适合时代发展要求的法律条文做出修订是发展的基本要求。其次,承包权的抵押贷款对银行的金融风险,完全可以在技术操作上予以防范。比如,对于破产农户,银行可以获得该农户土地剩余索取权,银行与农户形成土地债权债务关系,清偿债务后,土地使用权归还承包农户。这样做能保证银行和破产农户双方的“安全”问题。再次,农村正在加紧建设社会保障体制,这一制度的建设可以减轻农民失地的社会问题。

### 4. 农村建设用地的承包要有系统明确的规定——完善集体建设用地市场以保护农民利益

第二条规定,“本法所称农村土地,是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地,以及其他依法用于农业的土地。”从上述规定看出,农村承包法调整的仅仅是农村农业用地。事实上,由于农村建设用地的价值大,市场潜力大,承包的非平均化程度高,因此是引

发农村矛盾的根源之一。浙江和上海等地的农民上访,有 1/3 以上是关于土地问题的,而这其中最多的是关于建设用地的上访。为了保护农民集体成员的权益,对建设用地的承包应该做出系统合理的规定。

《中华人民共和国土地管理法》第六十三条规定:“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设;但是,符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业,因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。”从这里可以看出,对集体建设用地的流转做出了禁止性的规定,与国有建设用地的依法流转形成鲜明的对比。事实上,郊区集体建设用地的流转是比较活跃的;一些地方在试图使集体土地不改变集体所有权性质的情况下转为建设用地<sup>②</sup>。笔者认为:(1)正确处理集体农业用地和建设用地的关系。首先要严格用途管制,对非法改变用途的行为要加强管理;其次要通过税收等手段均衡不同用途土地收益之间形成的差异;再次是合理分配用途改变过程中土地增值。(2)在严格执行用途管制的同时,应该明确允许集体建设用地的合理流转。(3)要促进国有建设用地和集体建设用地市场的一体化。(4)处理好集体建设用地上合法的宅基地与国有建设用地上的商品房的用地转换关系。(5)建设用地的承包一定要透明化、法制化。

\* 上海市重大决策咨询课题《推进上海城市一体化研究》和上海财经大学重点研究课题《中国农村土地制度变迁过程中党的“三个代表”历史分析与指导地位研究》的研究成果之一。

注释:

①《农村土地承包法将给农民带来什么?》,http://www.drcnet.com.cn/html\_document/guoyan/inot/2001-07-16/8.

②《珠三角试行农村土地使用制度改革措施》,http://www.ccrs.org.cn/big%5Czsjxnxctdsydzd.htm,2003-01-16.

参考文献:

[1]全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国土地承包法[S]. 2002.

[2]王克强,刘红梅,石忆邵. 关于我国集体土地权属的继承及撤销研究[J]. 财经研究,2001,(10).

[3]刘红梅,王克强. 上海市农村集体土地使用权流转发展和特点[J]. 农业现代化研究,2001,(5).

[4]林锋,王克强,刘红梅. 上海市农村集体土地股份合作制模式的研究[J]. 上海综合经济,2001,(7).

[5]王克强,刘红梅. 农村土地制度变迁过程中“代表最广大人民根本利益”的实证与思考[J]. 西北农林科技大学学报(社科版),2003,(2).

## A Reflection on Carrying out the “Law on Contracting Rural Land” in the Suburb of Large Cities

WANG Ke-qiang<sup>1</sup>, LIU Hong-mei<sup>2</sup>

(1. Center of Public Policy Study, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China;

2. School of Management, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200052, China)

**Abstract:** The “Law on Contracting Rural Land, People’s Republic of China” has been carried out since March 1st, 2003. The characteristics of the land relationship in the suburb of big cities should be taken into consideration when the law is carried out. Based on research in the suburb of Shanghai and other large cities, the authors make some reflection on some issues involved in the process of carrying out the law in the suburb of big cities.

**Key words:** suburb of large cities; Law on Contracting Rural Land; land rights