

# 论承包经营权

刘俊臣

按照我国《民法通则》的规定,承包经营权是指农村集体组织、农村承包经营户以及其他公民依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的占有、使用和收益权。企业(包括乡镇企业)内部的承包权不属于这个范围。由于农业生产责任制形式多样且处在不断完善之中,对承包经营权进行详尽无遗的分析是困难的。本文试图通过探讨它的典型形态——承包经营户作为双层经营结构中的一个层次所享有的承包经营权,揭示其一般的法律属性和特征。

所有权是由归属权和占有、使用、收益,处分的权能构成的。归属权表明某物最终归谁所有,它仅仅是一种事实状态而不是一种权能。所有权的权能表明所有人对其所有物为某种行为的能力或可能性,它不象归属权那样与所有人密不可分,而是在一定条件下可以与所有权发生某种程度的分离。从本质上来说,承包经营权即是这一原理在农业经营中运用的结果。农业生产责任制由不联产承包到联产承包,是集体所有权权能与所有权分离的开端;由包产到劳、到组向包产到户的转变,找到了所有权权能分离出来以后的最佳归属者——农户;由包产到户到包干到户,使得集体所有权权能的分离达到了现有条件下所要达到的最佳程度,从而确定了承包经营权的基本内容,并使得承包经营权成为独立的民事权利。可见,承包经营权的存在有赖于以下两种因素:1.集体内部统一经营与分散经营的结合;2.专业分工和商品经济的发展。

承包人的占有权是他从事承包经营的前提。占有一词的用法是最为混乱的。有关占有的立法可分为三类:1.占有是一种独立的物权;2.占有是对物的事实管领力,不是权利而是一种状态;3.占有是所有权的一项权能<sup>①</sup>。我国《民法通则》是把它作为所有权的一项权能来规定的。在承包经营,当占有从所有权中分离出来以后,它并没有成为一项独立的权利,而是成了承包经营权的一项权能。承包人不是为了占有而占有,占有的目的是生产经营。占有和使用、收益是不可分割的整体。

承包人对于承包客体的使用权构成承包经营权的主要内容,它的特征有四:1.在承包合同允许的范围内,承包人对生产计划、作物布局、茬口安排、劳动力调配、工具购置、田间管理、投资、信贷等享有自主的决策权。2.对于承包人的经营,集体一般不再负责提供资金,生产费用由承包人自己负担。3.在承包经营中,由于不可抗力所引起的减产、歉收等风险损失由承包人自己负担。4.联产承包责任制的核心在于权责利的结合。对于承包人来说,承包

<sup>①</sup> 参阅,日本民法典物权编第二章,法国民法典第2223条,德国民法典等854条,苏俄民法典第92条。

经营既是他的权利，也是他的义务。承包人不得对土地等生产资料弃置不用，不得对承包客体进行掠夺式经营，不得在土地上取土、葬坟、建房，或将土地出卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

收益权是承包人生产经营活动的目的和结果，是按劳分配规律得以实现的方式和途径。包干到户的分配同工分制相比较，有两个基本特征：一是包干到户的分配不是在全年生产过程结束之后，而是在全年生产过程开始之前，表现为合同分配而不是年终分配；二是包干到户分配的劳动产品，不是先集中掌握到集体手中，而是分别掌握到社员手中，根据承包合同的要求，“交够国家的，留足集体的，剩下全是自己的”。从民法上来看，尽管收益的分配是由合同确定的，但承包人的收益权具有物权性质，只要权利人的占有、使用权得以实现，则这种收益权毋需集体的特别协助也能得以实现。

综上所述，在承包经营关系中，当占有、使用和收益的权能从集体所有权中分离出来以后，它们并不成为互相独立或与承包经营权并存的权利，而是成了承包经营权的权能。占有是承包经营的前提，使用是承包经营的基本内容，收益是承包经营的目的和结果，三者结合成一个不可分割的机体，这个机体就是承包经营权。

## 二

承包经营权是一种民事权利。那么，在性质上它是物权还是债权呢？我国《民法通则》并没有采用物权的概念，而是把民事权利划分为财产所有权和与财产所有权有关的财产权以及债权、知识产权、人身权等。然而，物权在我国现实生活中是客观存在，它在内容和法律效力等方面与债权有显著的不同。《民法通则》没有规定物权的概念并不意味着物权的提法已经过时。关于承包经营权的性质，民法学界有不同的看法，“有人认为承包权是一种物权；有人认为承包权是依据合同而产生，既有物权的性质，也有债权的性质”<sup>①</sup>。

要在物权和债权之间作出判断，首先就有一个以什么为标准的问题。我认为，判断承包经营权是不是物权，取决于承包经营权是不是具备物权的基本特征。物权是直接支配物的权利，不需要他人为相应的行为就能实现，同时，物权具有排他的属性，同一物上不能同时具有两个同一物权。依此来衡量，承包经营权显然是一种物权。首先，承包经营权以对物的占有、使用、收益为内容，是对物的直接管领和支配权，而不是对集体（发包人）的请求权。其次，承包经营权的存在和实现，不以集体的特别协助为前提。承包经营权不排斥集体的协助，这种协助有利于承包经营权的实现，但是，在直接的生产经营活动中，它对承包经营权的存在和实现不具有决定性、根本性的影响。而且，集体的管理活动和统一经营，主要源于其劳动组织者的身份，是它应尽的劳动法上的义务，它与承包人的生产经营没有民法上请求权关系的对应性。再次，当承包人获得承包经营权以后，这种权利具有绝对的、排他的效力，根据物权法的一物一权主义，集体对承包客体不能也不可能再设定同样性质的权利。对第三人来说，他只能与承包人共享一个承包经营权，或者从现在的承包人继受取得承包经营权，而不可能同时对一承包项目享有另一承包经营权。最后，《民法通则》将承包经营权规定为“与所有权有关的财产权”，而不是规定在债权部分，至少说明立法原意也是把它排除在债权之外的。

诚然，承包经营权是根据承包合同设定的，它的产生、变更和终止均受到承包合同的制

<sup>①</sup> 《法学研究》1988年第1期，第39页。

约。但是,仅仅根据这一点并不能认定承包经营权为债权。物权和合同并非相互排斥,相反,合同往往是物权产生的主要原因。承包经营权也是这样。在承包经营关系中,承包人根据合同请求集体将生产资料交由自己承包经营的权利是一种债权,而承包人依据合同直接对生产资料承包经营的权利则是一种物权。前者是对集体的请求权,只对集体发生直接效力;后者是对物的直接支配权,可以对抗任何人。

物权在理论上可以分为所有权、用益物权和担保物权。就权利的基本内容而言,承包经营权乃是对他人的所有物使用和收益的权利,符合用益物权的基本特征。但是,由于承包经营权赖以产生和存在的经济条件与传统的用益物权截然不同,不能简单地把它归结为用益物权中原有的某种权利(如地上权、永佃权、人役权等)。我认为,承包经营权是一种与地上权、役权等并列的新型用益物权。

在承包经营关系中,承包人作为民事主体,和集体处于平等地位,同时又作为集体内部的成员服从于集体的劳动管理和统一经营。集体作为劳动组织,虽然不再参加直接的生产过程,但在一定范围内仍然保有必要的管理和经营职能,如统一计划、统一管理大型农机具、统一核算、五定一奖等。从所有权权能的分离来看,集体仍然享有对承包客体的处分权。承包人的转包权并不意味着他取得了承包客体的处分权,因为转包乃是对承包经营权的处分而不是对承包客体的处分,这是两个不同的问题,也是承包经营权不同于传统用益物权的基本特点之一。在传统用益物权,所有人完全脱离生产过程,成为虚有权人。正如马克思所说,“土地所有者从生产过程和整个社会生活过程的指挥者和统治者降为单纯土地出租人,单纯用土地放高利贷的人,单纯收租人”<sup>①</sup>。

传统的用益物权(地上权、人役权、永佃权等)可以用来转让、出租、设定担保以至无偿让与他人<sup>②</sup>。而承包经营权用来移转的可能性和范围要比传统用益物权小得多。在现实生活中,承包经营权的移转仅限于转包,它不能用来买卖或自由让渡,也不能成为继承权的客体。承包人死亡后继承人继续承包,在性质上不是继承了承包经营权,而是与集体重新设定了承包经营权。由于继承人对原由被继承人承包的土地享有地上权,即他对土地上的林木享有所有权,所以在同等条件下,继承人享有承包该土地的优先权。承包经营权也不能用来担保。即使就潜在的可能性而言,承包经营权用作担保也是行不通的。质权、留置权均以移转担保物的占有为要素,而这样承包人根本不可能实现其承包经营权。承包经营权不能用作抵押,其理至明。

### 三

如上所述,承包经营权是以占有、使用、收益为其权能的物权。因此,承包人除依据合同享有对发包人的违约责任请求权外,还可依据承包经营权本身享有对第三人的物上请求权和侵权赔偿请求权。

根据《民法通则》,民事责任只有违约责任和侵权责任两种,物上请求权(消除危险、停止侵害、排除妨碍、恢复原状等)是作为侵权法上的请求权而加以规定的。但是在物权人既遭受财产损失,其权利又处于无法行使或不能完全行使的情况下,侵权赔偿请求权与物上请求权就各自具有了不可互相代替的作用。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》第25卷,第998页。

<sup>②</sup> 参阅《法国民法典》第595条。

值得探讨的是，在承包经营关系中，承包人所享有的物上请求权是承包经营权的内容或权能，还是由承包经营权所产生的独立的权利？有人把物上请求权作为物权的内容或权能来看待。也有人认为物上请求权是独立的权利。我认为，物上请求权和侵权赔偿请求权一样，是基于物权受到侵害而产生的独立的债权，而不是原物权的一项权能。在承包经营关系中，承包人的物上请求权依附于承包经营权而又独立于承包经营权。承包经营权是对物的直接支配权，物上请求权是对责任人的请求权，二者在性质上是不同的。在承包经营权已经成为主观权利，为承包人实际享有和行使的情况下，承包人的物上请求权仍然是作为潜在的客观权利而存在的。只有在承包经营权受到侵害，承包人依法请求侵害人承担民事责任时，承包经营权的请求权（物上请求权和侵权赔偿请求权）才成为承包人实际享有的主观权利。而且，只有责任人相应地为一定行为或不为一行为，这种请求权才能在事实上得以实现。承包经营权和所有权一样，它的存在和行使不存在诉讼时效问题，而物上请求权和侵权赔偿请求权的行使则有一定的诉讼时效限制。

物上请求权的适用条件要比侵权赔偿请求权宽松。侵权赔偿一般要求主观过错和财产损失的存在；而物上请求权只需要具备下列要件即可行使：1.有侵害事实或侵害的危险，2.这种事实上的侵害或可能造成侵害的危险没有正当理由。例如，第三人断绝承包人前往耕种的唯一通道，高地承包人往低地排水或断绝低地水源，受害人得请求排除妨碍；第三人在承包土地上取土、挖坑，承包人得请求恢复原状；如果某种侵害尚未发生但有发生的危险，承包人得请求消除危险。尽管侵害人在主观上一般都有过错，但法律并不要求侵害人必须有过错。在某些情况下，如果对承包经营权的妨碍确有必要，承包人就不得行使某些物上请求权。例如，第三人在靠近农田的地方建房而必须在农田上通行或堆放建筑材料，承包人无权予以禁止，而只能请求赔偿损失并在完工后恢复原状。

在侵权人即是发包人的情况下，可能同时发生承包经营权的侵权责任请求权与违约责任请求权。此时，应由承包人选择行使。合同法和侵权法在不同的条件下具有各自的效用和优势，何种请求权对保护承包人更为有利，要依具体情况而定。当某一种请求权的行使发生困难或成为不能时，另一种请求权便成为承包人寻求保护的必要手段。而且，就权利的归属而言，既然违约责任请求权和侵权责任请求权同属承包人享有，只要不违背法律和社会公德，承包人是否行使和如何行使，应该由他自行决定。

由于承包经营权与集体所有权的客体为同一项财产，第三人对于该物的侵害可能同时损害承包人与集体的权益。此时，侵害人应同时向承包双方承担责任。至于请求权由何方行使，则依具体情况而定。凡直接侵害承包经营权的，由承包人行使，如排放废水造成减产或歉收、砍伐林木等；凡侵权行为造成承包客体本身及其附属设施损害的，侵权赔偿请求权由集体行使，如毁坏农田水利设施等；凡侵权行为既妨碍承包经营，又损害承包客体的，集体和承包人均享有侵权责任请求权，由双方协商行使，如在土地上建房、葬坟等。对于责任人支付的赔偿，由双方依各自的损失数额分享或共有。