

中国法学会2006年部级法学研究课题成果

黄河 | 等著

■ 农业法视野中的
土地承包经营权流转 ■
法制保障研究

中国政法大学出版社

中国土地法学研究会 2004 年学术年会暨土地法治建设研讨会论文集

· 300 ·

城市土地使用权
出让合同纠纷案件
法律保障研究

图书在版编目 (CIP) 数据

农业法视野中的土地承包经营权流转法制保障研究/黄河等著. —北京:中国政法大学出版社,2008.2

ISBN 978-7-5620-2938-0

I. 农... II. 黄... III. 农村土地承包法-研究-中国 IV. D922.44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 020610 号

-
- 书 名 农业法视野中的土地承包经营权流转法制保障研究
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名:中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
规 格 787×960 16 开本 21.5 印张 275 千字
版 本 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-2938-0/D·2898
定 价 36.00 元
-

- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国法学会 2006 年部级法学研究课题成果

农业法视野中的土地承包 经营权流转法制保障研究

黄 河 等著

中国政法大学出版社

2005 年 12 月 10 日

2005 年 12 月 10 日

2005 年 12 月 10 日

课题主持人 黄 河

课题参加人 李军波 孙 江

李集合 徐芳宁

司 军

2005 年 12 月 10 日

序 言

我国农村经济体制改革以来,法学理论界对土地承包经营权相关问题的研究比较关注,并已产生了许多有价值的研究成果。20世纪80年代主要对土地所有权和使用权的分离进行研究,确定了以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营模式;90年代又围绕如何解决农业生产的短期行为及承包经营期限等问题进行研究,较一致的观点是:应规定较长的土地承包期限,以30年为宜;20世纪末和21世纪初,以农村土地承包经营权的物权化及其能否流转等问题为主要研究内容;2002年颁布的《农村土地承包法》正式确立了农村土地承包经营权的物权性质,并对其流转的典型方式做了基本的法律规定。

我们认为上述研究成果及法律规定仅仅解决了农村土地承包经营权流转的权源和流转行为模式的框架问题,并不能从制度上切实保障农村土地承包经营权的流转,原因在于:①农业生产的弱质性导致农业产业比较利益低下,若无国家扶持,从事农业生产经营将难以获得社会平均利润,即使承包人愿意把农村土地承包经营权让渡出去,也很少有人愿意受让;②我国农村社会保障体系尚未健全,农地仍然承担着保障农民基本生存权的功能,

这严重阻碍了现代农业产业化条件下以市场化经营为目标的农村土地承包经营权的流转;③《农村土地承包法》中对农村土地承包经营权流转方式的规定过于原则,而且与农村土地承包经营权的流转实践严重脱节,缺乏针对具体流转方式的切实可行的流转规范,难以为流转实践提供法制保障。为了消除农村土地承包经营权流转中的制度障碍,切实促进农村土地承包经营权的流转,我们认为不仅需要从微观上研究土地承包经营权的权源、性质和具体流转方式,更重要的是要从宏观上为土地承包经营权流转提供相互协调的法制保障。因为微观研究仅能解决如何流转,即设计流转的具体模式、解决流转的方式问题;而宏观研究要解决怎么样能够流转,即怎样能够形成合理的土地承包经营权市场价格,怎样使农民离开土地后,生活无后顾之忧,自愿让渡土地承包经营权,怎样促进农业产业比较利益的提高,使农业生产经营者从事农业生产有利可图,愿意受让土地承包经营权。为此,我们在农业法视野中,从宏观上对土地承包经营权流转保障法律制度进行了研究:首先从我国农民集体土地所有权的本质、内容和实现形式入手,结合不同社会经济发展时期我国农业产业政策、农业法律制度及其运行实践,研究农民集体土地所有权的权能配置,为土地承包经营权流转提供坚实的理论基础;在此基础上,我们根据农业产业的特殊性和我国农业生产经营的实际状况,提出了如何构建国家促进农业生产经营法律制度,并以此制度推动农业产业比较利益的提高,促进土地承包经营权流转市场和流转价格的形成,同时,我们根据我国农村社会保障的现实情况,提出改革农村社会保障法律制度,并以此制度弱化农村土地承包经营权负载的社会保障功能,增强土地承包经营权的经济功能,发挥社

会保障制度在农村社会成员中应有的作用,解决农民在“离土”后的后顾之忧,使农民在“离乡”的同时也愿意“离土”。我们认为只有这样,才能使农民愿意让渡土地承包经营权,才能使其他经营者自愿受让土地承包经营权,才能使土地承包经营权流转变成为现实,才能切实推动农业生产经营向规模化、产业化发展。

在国外,对农地制度尤其对农地权利变动的研究多结合本国各时期的农业产业政策以及与之相应的农业法理论和农业产业经营实际情况进行,如日本学者关谷俊作在其著作《日本的农地制度》中,以“大凡农地制度,就是规定农业与土地之间关系的制度”为研究思路,结合日本各时期改善农业结构的产业政策内容及《农业经营基础强化促进法》、《食品·农业·农村基本法》、《农业振兴地域法》等相关制度,对日本农地流转措施进行了深入探讨,对实践具有重大的指导意义。我国法学界很少有将农村土地承包经营权流转法律制度与特定时期的农业政策及相关法律制度结合起来进行综合研究的理论成果,我们试图在这一方面做些尝试性的研究,为我国农业法制的完善尽绵薄之力。

内容摘要

农村土地承包经营权流转保障法律制度主要应该解决两方面的问题,一是如何使既已发生或即将发生的农村土地承包经营权流转行为有一个能够平衡各方利益的、法定的、明确的和可预期的行为模式;二是在农业产业利益日趋低下的情况下,如何使农村土地承包经营权的流转变得现实和可能,通俗地讲,即在“种地越来越不赚钱”、农户“宁可撂荒也不转让”的情况下,如何使农村土地承包经营权人以合理的价格自愿让渡农村土地承包经营权并有人愿意受让。我们认为,第二个问题的解决是第一个问题解决的前提和基础,因为如果没有普遍而理性的农村土地承包经营权流转行为的发生,即使是设计得再好的行为模式,也没有可适用性,徒费立法资源。

在这种指导思想之下,本项目成果在论述农村土地承包经营权流转保障法律制度的具体制度内容时,设计了三部分内容:第一部分是“农村土地承包经营权基本流转方式规制法律制度”,主要解决上述第一个问题;第二、三部分是“农村土地承包经营权流转与国家促进农业生产经营法律制度”和“农村土地承包经营权流转与农村社会保障法律制度改革”,主要解决上述第二个

问题,即从根本上提高农村土地承包经营权的市场价格,促进农村土地承包经营权流转市场的形成,弱化农村土地承包经营权上负载的社会保障功能,从而使农村土地承包经营权的流转变得现实和可能。

为了给上述制度构建提供符合我国国情的、坚实的理论基础,本项目根据我国《宪法》和《物权法》的规定,对我国特有的农民集体土地所有权的本质、内容及实现形式等基础理论问题进行了深入研究。

本研究成果由五章组成:

第一章“农村土地承包经营权流转基础理论研究”主要以经罗马法“抽象所有权”理论改造的日耳曼“总有”制度的相关规则和“总有权”、“质的分割”理论对我国农民集体土地所有权及其派生权利运行机制的形成、演变和现行“双层经营体制”的运行进行了理论上的解释和相应的规则探究,其意为为农村土地承包经营权流转基本方式规制法律制度提供理论依据。这一部分的主要内容有:

1. 吸收日耳曼法中“总有权”、“质的分割”理论及其规制规则中适合我国农民集体土地所有权运行现实的合理因素,并结合通行的罗马法“抽象所有权”理论对其进行改造形成新的理论。运用该理论对我国农民集体土地所有权及其运行现实进行解释得出的结论是:农民集体土地所有权的本质是成员集体所有,其实现形式是依法将其内含的各项权能在集体组织与其成员之间“分割”后形成两个层次的权利,一层是农民集体组织享有的以对集体土地进行依法管理和处分为内容的团体支配权,另一层则是农民集体组织成员(农户)享有的以对集体土地依法占有、使

用、收益和对权利进行处分为内容的农村土地承包经营权,这种权利是一种法定的用益物权,它可依法转让、继承;成员权利层次的运行必须要受到团体支配权层次的合理约束;两个权利层次的结合形成一个完整的农民集体土地所有权,任何一个权利层次均不能像日耳曼法那样是一个单独的所有权类型。

2. 从法学角度分析,农民集体土地所有权形成以来,农业生产经营体制变迁的实质是农民集体土地所有权实现形式的变迁,即其中所含的两个权利层次,在特定的国家农业产业政策之下的权利配置变更和相互作用规则的变迁;在现行统分结合的双层经营体制和物权性的农村土地承包经营权的制度背景下,依农民集体土地所有权实现形式中权利配置主体的不同,农民集体土地所有权实现形式呈现“二元性”,即集体组织与其成员之间的权利配置机制和集体组织与非成员之间的权利配置机制,并且二者遵循不同的规制规则。

3. 农村土地承包经营权的流转是农民集体土地所有权经“质的分割”后所形成的成员权利层次实现其所内含利益的机制,其实质是农村土地承包经营权在特定主体间的变更、变动、聚合、处分,与农民集体土地所有权实现形式呈现“二元性”相对应,农村土地承包经营权流转也呈现“二元性”,即集体组织成员之间的流转和集体组织成员与非成员之间的流转,并分别遵循不同的规制原则和规则。

第二章“农村土地承包经营权流转保障法律制度构建的相关理论”主要涉及农村土地承包经营权流转保障法律制度构建的影响因素、体系构成等内容。这一部分的主要内容有:

1. 对影响农村土地承包经营权流转保障法律制度构建的农

业产业比较利益、国家和集体组织在农村土地承包经营权流转中的地位 and 作用、农村社会保障制度、国家惠农政策等制度因素的具体内容和具体影响的方式进行了分析,基本观点是:在中国现有的社会经济条件下,健全的农村土地承包经营权流转保障法律制度除应包含农村土地承包经营权基本流转方式的法律规制之外,还必须包含能根本提升农村土地承包经营权市场价格,促进完善的农村土地承包经营权市场形成,弱化农村土地承包经营权上承载的社会保障功能,体现国家这一时期惠农政策和理念的一系列法律制度。

2. 对不同时期农地政策中关于农村土地承包经营权流转的规定与农村土地承包经营权流转保障法律制度之间互动关系的揭示,在理论上证明了农地政策是农村土地承包经营权流转保障法律制度构建的重要制度资源和新法律制度的“试验田”。

3. 构建农村土地承包经营权流转保障法律制度的体系,包括农村土地承包经营权基本流转方式规制法律制度、农村土地承包经营权流转与国家促进农业生产经营法律制度和农村土地承包经营权流转与农村社会保障法律制度三部分。

第三章“农村土地承包经营权基本流转方式的法律规制”主要以第一章的相关理论为依据,结合实地调研中所发现的问题,就现行法律和规章中规定的转包、出租、转让和入股等几种基本流转方式进行了法理上的分析,并针对法律和规章中规定的不足之处重新进行了相应的规制规则设计。这一部分的主要内容有:

1. 严格意义上的农村土地承包经营权流转是指为规制农村土地承包经营权流转的基本法律制度所确认的,发生在农村土地承包经营权流转双方当事人之间,能直接引起农村土地承包经营

权变更、变动、聚合、处分等法律效果的法律行为。

2. 农村土地承包经营权的转包和出租表面上看似相似,但在法律本质和具体规制规则上存在根本区别,主要表现为流转双方分别与集体组织的法律关系不同,集体组织的团体支配权对二者的干预程度也不相同。

3. 对不定期限的农村土地承包经营权转包合同终止权的行使应依生存权保障的原理作相应限制,基于权源基础的缺失和简化法律关系的考虑,应禁止农村土地承包经营权转包的接包方的再流转行为。

4. 法律应设定农村土地承包经营权出租的最短期限,对农村土地承包经营权承租方的农业经营能力或资质条件作出明确规定。

5. 农村土地承包经营权转让“必须集体组织同意”的规则在农民集体土地所有权“质的分割”的实现形式下是合理且公平的,但现行法上的相关规定存在重大缺陷,需予以重构。

6. 在农村土地承包经营权入股的规制中,构建“国家优先收购破产农业企业中入股的农村土地承包经营权”法律制度,以化解农民因入股企业破产所面临的生存危机。

第四章“农村土地承包经营权流转与国家促进农业生产经营法律制度”和第五章“农村土地承包经营权流转与农村社会保障法律制度改革”两部分内容设计的共同目的在于解决上述“如何使农村土地承包经营权的流转变得现实和可能”这一问题,但各章的具体侧重不同。第四章的目的是要从根本上提高农业产业的比较利益,藉此提升农村土地承包经营权的市场价格,促进农村土地承包经营权流转市场的形成。第五章的目的则在于弱化

或减轻农村土地承包经营权上长久以来所负载的社会保障功能,为农村土地承包经营权的市场化流转创造前提。这两章的主要内容有:

1. 由于农业的“天然弱质性”,农业产业比较利益低下是客观趋势,但农业在一国政治、经济和社会稳定中无可替代的作用使得国家有采取措施促进农业发展的责任和动力。

2. 从各工业化国家的经验分析,各国均经历过“农业哺育工业——工农业自育自立发展——工业反哺农业”三个阶段,并出台相应的产业政策和法律制度,我国现正处在由第二阶段向第三阶段过渡的时期,“工业反哺农业”应该成为现阶段指导农业政策、法律制定的基本理念。

3. 国家促进农业生产经营法律制度的调整方式包括强制性促进方式、指导性促进方式和财政援助性促进方式,其中财政援助性促进方式最能表现国家促进的理念,财政补贴是其典型表现形式。

4. 国家促进农业生产经营法律制度主要包含农业税费、国家农业投资、农业补贴、政策性农业保险、农业科技推广和农业职业教育、农地金融等法律制度。

5. 根据我国国情,在农村社会保障法律制度构建中,应该强调国家的主导责任,尤其是中央政府的财政责任,应着重加强新型农村合作医疗、农村养老保险、农村最低生活保障这三项核心法律制度的构建。

Abstract

The legal framework on the transfer of the right to land contractual management in rural area is designed and supposed to resolve two issues. One is setting a right-balancing, legal, certain and foreseeable behavioral model for any existing or latent transfer of the right to land contractual management; the other is how to make the transfer work under the circumstances of decreasing profitability of the agricultural industry. To put it simple, it is how to make the right holder of land contractual management willing to remise rural land with a reasonable price and someone willing to accept it as well. The settlement of the second issue is the precondition and basis for that of the first issue, because any deliberately-designed behavioral model cannot be applicable without widespread and rational transfer of right to the rural land contractual management.

Based upon the above ideas, the treatise is structured focusing on three parts while referring to the legal framework on the transfer of the rural land contractual management right. The first part is "the legal system on the basic transfer pattern of the rural land contractual management right" which responds to the first issue. The second and

the third part are “the legal system on the transfer of the rural land contractual management right and government stimulating agricultural production” and “the transfer of the rural land contractual management right and reform of the legal system on social security in rural area”, which respond to the second issue. The legal systems are designed to boost market price of the rural land contractual management right and the transfer market of the rural land contractual management right. They are also designed to weaken the social security function of the rural land contractual management right to make the right of transfer work.

To provide solid theoretical foundation conforming to realities of China for the establishment of the above-mentioned legal systems, we further investigated into the essence, content and form of the title of rural collective land in accordance with the Constitutional Law and the Property Law of PRC.

The treatise is composed of five chapters as follows,

The first chapter “Fundamentals of the Rural Land Contractual Management Right” mainly expounds 1. essence of the collective title of rural land; 2. two tiers of rights under the collective title of rural land; 3. essence of transfer of the rural land contractual management right.

The second chapter “Theories on Establishing Safeguard Legal System for the Rural Land Contractual Management Right” mainly explains the correspondent system and structure. The chapter includes 1. status and effects of the nation and collective organizations in the

transfer of the rural land contractual management right, safeguard system in rural area, agriculture-favored policy of the nation; 2. rural land policy: source of the rural land contractual management right and “pilot land” of the new legal system; 3. safeguard system on the transfer of rural land contractual management.

The third chapter “Laws and Regulations on Basic Transfer Patterns of the Rural Land Contractual Management Right” mainly analyzes the basic transfer patterns of sub-contract, lease, sale and share-holding. The chapter includes 1. the transfer of rural land contractual management in the strict sense; 2. the comparison and contrast of sub-contract and lease of the rural land contractual management right; 3. forbidding the re-transfer of the rural land contractual management right by sub-contractors; 4. qualifications of contractors of rural land management; 5. the restructure of collective organization’s discretion for the transfer of the rural land contractual management right; 6. the nation’s pre-emptive right to acquire shares of the rural land contractual management right in liquidated agricultural businesses.

The fourth chapter and the fifth chapter are designed to resolve the problem of “how to make the transfer of the rural land contractual management right into reality”. The fourth chapter is focusing on improving the comparative interests of the agricultural industry and stimulating the transfer market of the rural land contractual management right. While the fifth chapter is focusing on weakening the social security function of the rural land contractual management right. The