

教育部人文社会科学研究青年基金项目资助

土地承包经营权集合信托模式的 构建逻辑与制度设计

土地承包经营权实现方式的变革

徐卫 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



教育部人文社会科学研究青年基金项目资助

土地承包经营权集合信托 模式的构建逻辑与制度设计

——土地承包经营权实现方式的变革

徐 卫 著

上海交通大学出版社

内容提要

土地承包经营权集合信托在增进农民个体利益和促进国家农业整体发展方面具有特殊的制度优势,有必要在土地流转领域建构相应的法律制度。本书通过立法分析、理论透视和实践考察,证成当代社会背景下构建土地承包经营权集合信托模式的坚实逻辑,同时从宏观和微观层面,提出相应的制度建构理念和具体制度设计,以期实现土地承包经营权集合信托模式的系统化、特色化和科学化构建,从而推动中国农村土地的有效流转。

图书在版编目(CIP)数据

土地承包经营权集合信托模式的构建逻辑与制度设计:土地承包经营权实现方式的变革/徐卫著. —上海:上海交通大学出版社,2016
ISBN 978-7-313-16128-4

I. ①土… II. ①徐… III. ①农村土地承包法—信托法—研究—中国
IV. ①D922.324②D922.282.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 273796 号

土地承包经营权集合信托模式的构建逻辑与制度设计 ——土地承包经营权实现方式的变革

著 者:徐 卫

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:郑益慧

印 制:虎彩印艺股份有限公司

开 本:710mm×1000mm 1/16

字 数:286 千字

版 次:2016 年 12 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-16128-4/D

定 价:98.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:19.5

印 次:2016 年 12 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0769-85252189

前言

农业、农村和农民问题是当代中国社会的一个基础性问题,也是中国政府面对的一个重大问题。2008年《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题决定》指出:“只有坚持把解决好农业、农村、农民问题作为全党工作重中之重,坚持农业基础地位,坚持社会主义市场经济改革方向,坚持走中国特色农业现代化道路,坚持保障农民物质利益和民主权利,才能不断解放和发展农村社会生产力,推动农村经济社会全面发展。”2015年12月31日中共中央、国务院《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》(2016年中央一号文件)再次强调:“我们一定要切实增强做好‘三农’工作的责任感、使命感、紧迫感,任何时候都不能忽视农业、忘记农民、淡漠农村,在认识的高度、重视的程度、投入的力度上保持好势头,始终把解决好‘三农’问题作为全党工作重中之重。”在三农问题当中,土地承包经营权流转无疑又是一个核心问题,它不仅关系到农民的切身利益,同时也关系到我国农业发展及社会主义新农村建设中的农村变革。

物权法出台之后,土地承包经营权开始成为农民的一项主要财产权。但要使土地承包经营权在社会主义新农村建设中成为真正的财产权,就必须弱化土地所有权、强化承包权、提升对农民利益的保障^①。而要实现这一点,重要的一个方面就是通过制度设计让土地承包经营权具有更强的流动性,为此,就必须在土地流转模式上提供更多的让农户满意的制度选择空间。当前,土地流转模式主要有转让、出租、转包、互换、股份制等,这些模式在土地规模化经营、农业生产力提升以及农民收益增进和农民利益保障等方面并不是优越的模式。在当前的流转模式并不能达到理想目标或存在局限时,就必须对流转方式进行创新和改革。“实践证明,我国农地制度改革既要符合农业的发展方向,又不能损害农民的合法权益,既要保障农地的利用效率,同时还要兼顾农地使用的灵活性,这是当前农地制度改革与创新的出发点和落脚点。”^②根据这种改革和创新的出发点来审视,土地承包经营集合信托模式可能是较为理想的模式选择。不过,遗憾的是,在土地流转中,信托模式并没有引起相应的重视,通常被关注的流转模式主要是转让、继承、抵押、出租、转包、赠与、互换、入股^③。而信托模式常常实践和理论界忽视。

实际上,信托在社会生活领域是非常有价值的一种工具。“可以毫不夸张地说,信托使自己有无限之用途。”^④法国著名律师皮埃尔·莱勃勒(Pierre Lepaulle)曾这样描述信托的适用空间:“这样,从最庞大的战争赔款到最简单的遗产继承,从华尔街上最具创新的金融计划到对子子孙孙的关爱,都可以看到信托的身影。信托在整个人类为了自我生存所付出的各种努力中,无处

① 在我国,农村没有完整的社会保障制度,农民的就业和社会保障基本依赖于土地。但是政府在赋予土地这些社会功能时,并非通过经济手段引导农民自愿进行,而是借助土地所有权主体做强制安排,土地所有权的强势显而易见,所以,在未来的发展方向上,应当逐步弱化农地上所有者的地位,强化承包权,以增强对于农民利益的保障。陈雪:“土地承包经营权的若干理论问题”,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期,第56页。

② 于庆生:“合作经营:我国农村土地制度改革的必然选择”,载《法学杂志》2012年第9期,第88-89页。

③ 龙翼飞、赵岚音:“农村土地承包经营权流转法律问题新探”,载《法学杂志》2012年第5期,第51-52页。

④ 参见 Maurizio Lupoi, Trust: A Comparative Study, Translated by Simon Dix, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p 149, note 263.

不在：梦想和平、开创事业帝国、扼杀竞争或升入天堂、埋下仇恨的种子或乐善好施、热爱家庭户争夺遗产。……信托是盎格鲁撒克逊人的守护天使，冷漠地、无所不在地陪伴着他们，从摇篮到坟墓。”^①当前，信托作为一个世界性法律制度，正在各个社会生活领域发挥其特殊的价值和作用。同样地，信托在土地问题上也具有广阔的适用价值，用信托思路解决土地流转中的难题，应该是法学界关注的一个问题。

当然，从土地的规模化经营和增进农民利益的角度，单纯的（个别）信托模式在土地承包经营权流转中并不具有特别的优势，同时能实现土地流转的社会目标和个体目标的信托模式应该是其“升级”版即集合信托模式。所谓集合信托模式，就是众多委托人（农户）将土地承包经营权转移给特定受托人，由受托人集中统一加以经营管理，并将经营收益按照一定比例支付给各个农户的模式。这种模式可以集规模化经营和增进农民收益为一体：一方面，土地承包经营权信托之后，受益人（一般是委托人自身即农户）享有的是信托财产管理的收益，这可以让农户的利益得到最大化的满足。同时委托人（受益人）在信托之后享有实质上的土地承包经营权，这可以使其在设立信托之后并不丧失土地的基本保障。另一方面，通过信托的集合化，可以实现经营的规模化，有利于节省经营管理的成本和提升经营管理的效率，进而有助于整个农业的发展和农业生产力的提升。由于集合信托模式具有以上两个方面的优点，使得集合信托模式能改变土地承包经营权的“弱财产”及土地的“强保障”而引致的农民流转土地意愿不强烈的现状^②。

由于集合信托模式具有上述优势和价值，值得理论上对此加以认真研究。当前，我国存在集合资金信托制度，但以土地承包经营权为标的的集合

① [英]D. J. 海顿：《信托法》，周翼、王昊译，法律出版社2004年版，第2页。

② 农民在现行社会经济条件下不愿意流转土地的根本原因主要有以下两点：一是土地承包经营权及其所涵摄的农用地对农民而言是并不能彰显财产价值及效用的“弱财产”，农民对于通过流转等方式实现这种“弱财产”所蕴含的财产利益和价值的期望值并不高；二是在现行的城乡二元结构和农村经济发展水平之下，土地承包经营权及其涵摄的农业用地对农民而言是保证最基本生存权的“强保障”。参见李军波：“农村土地承包经营权流转的现状、分析及其法律思考”，载《河北法学》2009年第8期，第121页。

信托模式并没有出现,更没有相关制度和理论上的探讨,因而属于一个全新的模式设计和制度创新领域。在国外,信托虽然极为发达,但“国外关于土地信托的研究往往把重点集中在土地改革和土地资源保护方面,而没有将其列入农村金融体制的建立和完善的范畴,他们研究的利用土地信托促进农业发展的机制多是通过这样的途径,即通过对土地使用的控制和对农民将其用于生产性用途的激励以促进农业的发展以保障农民利益;而对通过将土地使用权作为信托资产来保证农村土地流转和土地交易市场的建立的途径来达到解决“三农”问题目的的研究不多……国外尚没有关于农村土地信托风险及控制、定价机制、利益再分配机制等方面的系统研究。”^①更没有土地承包经营权集合信托的研究。可以说,土地承包经营权集合信托是一个中国化问题,属于中国化模式。这种模式需要结合中国特有的土地产权制度进行研究和制度构建。正如学者指出,“农地经营制度的设计、改革、创新、完善及其运行必须以农地产权为基础,能够有效反映农地产权的内在需求,如果偏离了农地产权制度,农地经营制度的构建便失去了应有的导向坐标,难以发挥其应有的经济效用。”^②本书正是基于中国的现实国情、民众的观念基础和农地产权现状对土地承包经营权集合信托模式的构建进行系统研究。

① 岳毅定、刘志仁、张璇:“国外农村土地信托:研究现状及借鉴”,载《财经理论与实践》2007年第2期,第17页。

② 于庆生:“合作经营:我国农村土地制度改革的必然选择”,载《法学杂志》2012年第9期,第89页。

引 言

土地承包经营权的实现方式是中国经济社会转型过程中“三农”问题的核心。随着城镇化进程的加快、新生代农民群体的扩大及农村社会保障力度的增强,土地承包经营权“自我”实现模式不再是主导形态,通过土地承包经营权流转而进行“他我”实现的模式将成为主流。从个人与社会的角度,理想的“他我”实现模式应是能同时增进农民个体利益和促进国家农业整体发展的“共赢”模式。现行实践中推行的土地承包经营权转包、转让等“他我”实现模式在上述“共赢”目标上皆存在一定的“短足”现象,即要么无法有效推进土地集中和规模化经营,要么无法最大限度地增进农民的收益与利益。个别地方推行的股份制模式虽然可以促进土地规模化经营,推动国家农业整体发展,但股份制结构本身蕴含的固有局限无法有效保障农民的个体利益。

相对于转包、转让、股份制等模式,集合信托模式能实现上述“共赢”目标,是很好的制度选择。一方面,在集合信托中,信托设立者(农民)将土地承包经营权转让给受托人之后,其获取的是受托人管理土地而产生的连

续性收益。而在转包、转让等模式中,农民通过土地承包经营权流转而获取的仅仅是转包费(出租费)或一次性转让费。相比而言,农民通过集合信托模式获得的利益要大得多,农民的个体利益可以得到最大化实现。另一方面,在集合信托模式中,信托的集合性而非个别性本身必然导致土地经营的规模化,农业经营规模化效应势必得以凸现,其结果将极大解放农业生产力、提升国家农业整体发展水平。

目前,土地承包经营权集合信托模式并未引起政府和理论界的重视和关注,在土地承包经营权流转改革实践中,虽然浙江、江苏、山东、重庆等省份、直辖市的个别地区已开始尝试推行信托模式,但其本质上仍属于个别信托而非集合信托的模式。该模式虽能增进农民个体利益,却无法真正实现规模化经营、解放农业生产力的目标。不仅如此,实践尝试的这种信托模式在制度含义、基本结构、运行模态等方面与信托法理存在诸多偏离。基于以上背景,本书系统地研究土地承包经营权集合信托问题。通过本书的研究,试图在理论上深化土地承包经营权实现方式的相关理论,拓宽用信托的特殊类型解决社会特殊问题的理论维度。同时,在实践上有效促进地方政府改革现行土地承包经营权的实现模式,引导政府进行土地承包经营权集合信托模式的尝试。本书除前言和结论之外,共分为七个部分:

第一部分主要研究土地承包经营权集合信托模式建构的社会背景。考察土地承包经营权实现方式所依附的社会背景,分析土地承包经营权实现方式与社会背景变动之间的关系,进而论证当前社会背景下土地承包经营权实现方式的变革应坚持的基本进路。通过本部分研究,作者指出:城镇化进程的持续推进、农村社会保障的逐渐发展、新生代农民的不断涌现等社会发展状况要求土地承包经营权实现的主导方式应是“他我”模式,而且必定是同时促进个体与社会“共赢”的模式。

第二部分主要探讨土地承包经营权集合信托模式的制度构建动因与现实基础。首先分析实践中推行的“他主”实现模式的不足以及集合信托模式的优势,从而揭示集合信托模式制度构建的外在动因和内在动因,最后从政策、立法、理论和实践层面揭示土地承包经营权集合信托构建的现实基础。

通过本部分研究,作者提出:土地承包经营权集合信托模式的构建既具有外在和内在动因的支撑,同时也存在政策、立法、理论和实践上的构建基础。

第三部分主要分析土地承包经营权集合信托模式的构建原则。针对集合信托模式的特殊性、实践中存在的不规范运作现象以及农民的弱者地位和身份,探讨土地承包经营权集合信托模式构建中应该遵循的基本原则。通过本部分研究,指出:为了促进集合信托模式的健康运行和发展,发挥集合信托模式的制度优势,土地承包经营权集合信托模式的构建应贯彻集合信托激励原则、农民利益保障原则以及信托模式纯正原则等基本原则。

第四部分主要探讨土地承包经营权集合信托模式的法律结构,包括主体结构和权利结构。重点探讨土地承包经营权集合信托中委托人、受托人的主体范围或资格限制,从而建构一种理想的当事人构造模式,为集合信托模式的最佳运作提供结构支撑。通过本部分研究,作者重点提出:土地承包经营权集合信托当事人的构造重点在于受托人的设置。受托人应由专门的农业信托公司担任,并有最低注册资本、技术人员、经营设施的准入要求。

第五部分主要分析土地承包经营权集合信托的信托财产问题。主要从信托设立和信托管理两个层面分别探讨信托财产的基本要求或特性,揭示其对土地承包经营权集合信托的成立与运作的影响,并分析信托财产登记的不同效力规范模式及制度取舍。通过本部分研究,提出:设立信托的财产是土地承包经营权,禁止债权性土地承包经营权和设定有抵押的、有负担的土地承包经营权设立集合信托;在实行土地承包经营权抵债时,应根据土地承包经营权集合信托的剩余期限,将该期限内的土地承包经营权根据市场价值折算为一定的价格抵债,而不是用整个土地承包经营权抵债;信托财产登记的效力应采登记生效主义而非登记对抗主义模式。

第六部分主要分析土地承包经营权集合信托模式的有效运行问题,即探讨集合信托的设立、集合信托的管理以及土地变动对集合信托的影响等问题。通过本部分研究,提出:在集合信托计划的发行上,应对发行规模和存续期限设置相应的限制,应允许进行公开宣传。在土地价格的评估上,可根据农村土地具体的地形特点区分田、山、四荒土地,制定土地承包经营权流转的

建议参考价,这个参考价可作为标准价。在集合信托的设立上,无须发包人同意等程序。在集合信托的管理上,应强化亲自管理,强调组合管理,认同宽泛性管理。在土地变动对集合信托的影响上,应当采取的策略就是通过变动受益权的方式完成其中相关利益的调整。

第七部分主要研究土地承包经营权集合信托模式中相关利益的法律保障问题。针对农民的弱势地位与认知水平,研究如何通过前端、中端和后端等环节的制度设计最大限度地提升对农民利益的法律保障,从而增强土地承包经营权集合信托模式对农民的吸引力。通过本部分研究,作者提出:应通过前端、中端和后端的特殊制度设计强化农民利益的保护,前端机制为受托人准入制、集合信托服务制等,中端机制为信托监察人强制设置制等,后端机制为受托人强制退出制、信托违反惩罚性赔偿制等。

目 录

第一章 土地承包经营权集合信托模式建构的社会背景	1
第一节 土地家庭承包经营的现代社会背景	1
一、城镇化进程的加快	1
二、农村社会保障的提升	3
三、农民工和新生代农民工的涌现	6
第二节 社会背景变动下的土地承包经营权实现方式变革	9
一、土地承包经营权之“自我”实现的历史优势与现代局限	9
二、土地承包经营权实现方式之现代进路：“他主”实现模式	13
第二章 土地承包经营权集合信托模式的构建动因与基础	24
第一节 外在动因：现行“他主”实现模式的不足	24
一、常见的“他主”实现方式	24
二、常见的“他主”实现方式的局限	38
第二节 内在动因：集合信托模式的优势	45
一、集合信托的概念	45
二、集合信托的制度价值	48
第三节 制度建构的现实基础	56
一、政策空间	56

二、立法空间	59
三、理论支撑	63
四、实践基础	67
第三章 土地承包经营权集合信托模式构建之原则论	70
第一节 集合信托激励原则	70
一、集合信托激励原则概述	70
二、支持集合信托运作的制度	71
三、激励集合信托受托人的制度	82
四、激励委托人创设集合信托的制度	90
第二节 信托模式纯正原则	93
一、实践中信托流转模式之运作	93
二、实践中的误区与纯正信托模式之基本思路	95
第三节 农民利益保障原则	98
一、保障农民利益的理由	98
二、保障农民利益的路径	101
第四章 土地承包经营权集合信托模式建构之结构论	116
第一节 集合信托之主体结构	116
一、委托人：农户？农民？抑或集体	116
二、受托人：农户还是公司	123
第二节 集合信托之权利结构	131
一、委托人的干预权	131
二、受托人的管理权	135
三、受益人的监控权	140
第五章 土地承包经营权集合信托模式建构之财产论	143
第一节 信托设立意义上的信托财产	143

一、两种信托财产之区分	143
二、债权性土地承包经营权可否信托	144
三、信托的仅仅是承包地的经营权吗	150
四、有负担的土地承包经营权可信托吗	159
第二节 信托管理意义上的信托财产	162
一、信托财产的特殊收益问题	162
二、信托债务的清偿问题	169
第三节 信托财产的转移与登记	174
一、土地承包经营权的转移	174
二、土地承包经营权的登记	177
 第六章 土地承包经营权集合信托模式构建之运行论	 190
第一节 集合信托的设立	190
一、集合信托计划的限制	190
二、信托财产的价值评估	197
三、集合信托合同的形式	201
四、通知或征得同意问题	204
第二节 集合信托的管理	212
一、集中管理	212
二、谨慎管理	215
三、亲自管理	219
四、组合管理	223
五、宽泛性管理	226
第三节 土地变动对集合信托的影响	229
一、土地变动的两种主要情形	229
二、土地变动与集合信托稳定性冲突的处理	235

第七章 土地承包经营权集合信托模式构建之保护论	239
第一节 前端保护机制之构建	239
一、受托人资格准入制	239
二、集合信托服务制度	243
第二节 中端保护机制之构建	249
一、信托监察人强制设置制度	249
二、农业主管部门的监督职责	257
第三节 后端保护机制之设置	259
一、信托受托人强制退出制度	259
二、信托违反惩罚性赔偿制度	261
结论	269
参考文献	279
索引	290
后记	296

第一章 土地承包经营权集合信托 模式建构的社会背景

第一节 土地家庭承包经营的现代社会背景

一、城镇化进程的加快

“城镇化”一词首次出现在中共第十五届四中全会 2005 年通过的《关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》中。2012 年 12 月 31 日《中共中央国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》(2013 年中央一号文件)指出,“把推进人口城镇化特别是农民工在城镇落户作为城镇化的重要任务。加快改革户籍制度,落实放宽中小城市和小城镇落户条件的政策。”2015 年 12 月 31 日中共中央、国务院《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》再次提出“新型城镇化加快推进,为以工促农、以城带乡带来持续牵引力”的政策思路。在上述政策影响和驱动之下,“中国社会改革正朝着农业产业化、农村城市化、农民居民化

方向发展,并最终打破城乡二元分割的格局,实现城乡一体化。”^①在中国城镇化政策的影响下,中国城镇化水平以年均约 1% 的速度提升,推动了经济结构、政治结构、组织结构和社会结构的调整^②。

城镇化对农业和农村具有正面的影响,因为随着城市化的推进,大量农村劳动力将被转移出来,原来农产品的生产者将变成需求者,这不但减少了农产品供给,同时也增加了农产品需求,相应地,农产品价格会提高,农民收入会不断增长^③。但也应当看到,城镇化的推进也提出了土地集约化和规模化经营的现实需求。“随着工业化、城镇化的快速推进,导致土地要素流出粮食生产领域,工业化、城镇化与粮食生产相互争地的矛盾日渐突出。耕地约束构成了中国粮食安全的重大挑战。随着工业化和城镇化进程加快,耕地仍将继续减少,而且宜耕后备土地资源日趋匮乏,耕地资源紧张状况将会进一步加剧。”^④2013 年一项统计结果显示,从 2001 年到 2011 年,全国耕地面积逐年在减少^⑤。国土资源部发布的《2015 中国国土资源公报》显示,2015 年中国耕地面积为 20.25 亿亩,年内净减少耕地面积 99 万亩。既然耕地面积在减少,单靠农户个体经营显然无法满足我国强大的粮食需求,在此情况下,土地的集约化和规模化经营就显得尤为重要。

城镇化提出了土地规模化和集约化经营的需求,同时也为这种需求提供了前提条件。“从社会经济发展的历史逻辑上看,只有通过工业化、城镇化的发展,逐步把农村劳动力转移到非农产业和城市中去,才能使留在农村中的

① 李国英、刘旺洪:“论转型社会中的中国农村集体土地权利制度变革——兼评《物权法》的相关规定”,载《法律科学》2007 年第 4 期,第 90 页。

② 车文辉:“中国城镇化进程:化什么怎么化”,载《学习时报》2011 年 9 月 14 日。

③ 陈驰:“新农村建设中土地流转的法律思考”,载《农村经济》2009 年第 8 期,第 31 页。

④ 梁敏:“社科院蓝皮书:城镇化须以粮食安全为前提”,载《上海证券报》2013 年 1 月 16 日。

⑤ 2013 年 12 月 30 日《关于第二次全国土地调查主要数据成果的公报》显示,2009 年全国耕地 13 538.5 万公顷(203,077 万亩),比基于第一次调查逐年变更到 2009 年的耕地数据多出 1,358.7 万公顷(20,380 万亩)。对此,张凤荣教授表示,这 2 亿亩的变化并不意味着耕地面积的改善,而是由三方面原因造成的:一是由于第二次全国土地调查精度的提高;二是第一次调查时出于少交农业税的目的,许多地方上报调查数据时有瞒报耕地面积的现象;三是由于粮食需求加大,价格提升,农民自主开荒。中国新闻网:“账面数据变化不代表耕地面积增加,其实在减少”,<http://biz.xinmin.cn/2014/01/02/23126280.html>(最后访问日期:2016 年 5 月 8 日)。