

吴越等著

土地承包经营权流转 制度瓶颈与制度创新

以农地资本化和
农业现代化为研究重心



光 华 文 丛

高晋康 主编

光 华 文 丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社科基金年度重点课题 (09AFX002) 结项优秀成果
四川省教育厅环境与资源法学创新团队成果
西南财经大学中央高校基本科研业务费资助项目 (JBK130511)

土地承包经营权流转 制度瓶颈与制度创新

以农地资本化和
农业现代化为研究重心

撰稿人 (按撰写章节为序)

吴越 沈俊帆 徐大伟

庄斌 许英 吴义茂

张立 唐薇 王郁燕

袁彬文 林剑涛 兰婷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

土地承包经营权流转制度瓶颈与制度创新:以农地
资本化和农业现代化为研究重心 / 吴越等著. —北京:
法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6664 - 6

I. ①土… II. ①吴… III. ①农村土地承包法—研究
—中国 I. ①D922.324

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 170954 号



©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10.25 字数/278 千

版本/2014 年 8 月第 1 版

印次/2014 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6664 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

0.1 土地承包经营权流转问题的研究现状及其评价

0.1.1 选题的背景与研究现状

(1) 选题背景与研究对象的界定

《中国共产党十八届三中全会公报》明确指出,“加快构建新型农业经营体系,赋予农民更多财产权利”。课题组认为,无论是加快构建新型农业经营体系,还是赋予农民更多财产权利,都绕不开农地的流转和与之紧密相关的土地承包经营权的权属界定问题。

一方面,农业公司、农民专业合作社等新型农业经营主体的成立和发展离不开社会资本的积极参与,而社会资本参与现代农业生产经营的前提即外来投资者和农户都必须平等地在现代企业制度之下自愿联合,而现代企业制度的核心即通过资本的纽带实现现代化生产经营。因此,从现代农业生产经营组织的角度以观,发展现代农业所必需的核心要素即农地必须“资本化”。

另一方面,从赋予农民更多财产权利这一视域考察,对广大农户而言,最重要的财产权利莫过于脚下的这片土地,即农户的承包地和宅基地(限于

研究目标,本课题不论述宅基地)。然而,自改革开放确立农民的土地承包经营权之后,尽管当初的“土改”释放出了巨大的农业生产力,并为后来的全方位改革开放奠定了坚实的农业后盾和粮食安全,但一个残酷的现实则是,虽然农户通过家庭承包制基本解决了温饱问题,但这种一家一户的“细碎化经营”制度安排却无法让农民进一步致富,农民纷纷背井离乡,向城镇转移,这一方面导致了足以引起重视的农地闲置现象的出现,另一方面也为农地的流转提供了契机。进城务工的农民也因为农地的流转而增加了部分财产性收入。

从法律角度来看,“农地流转”实质上是农户的土地承包经营权的流转,因为我的农村土地存在“集体所有”这一预设前提,并且这一预设制度在我国还将持续相当长的一段时间。无论农地如何流转,农地的所有权始终保持不变,变化的仅仅是农户的土地承包经营权。

当前,土地承包经营权流转主要有“债权性”流转方式(如出租、转包、互换等)和所谓的“物权性”流转方式(如入股、入社、信托、抵押等)。由于出租等契约性质的流转方式并不存在法律障碍,因此真正有待研究的仅仅是所谓“物权性”的农地流转方式。将法律上的所谓“物权性流转方式”转化为经济学的术语,即“资本化的流转方式”,因为无论是农户以农地入股农业公司、加入农民专业合作社或者设立农地信托,还是农地的抵押,其实质都是以土地“权利换资本”,释放农地的资本化功能。这反过来印证了土地承包经营权的流转与农业现代和农民土地权利保护的“双重契合关系”。再者,从商法的角度以观,无论是农业公司还是合作社,“土地承包经营权的资本化流转”这一提法都更为贴切。有鉴于此,课题组在后文的研究中,为了进一步限定研究对象,同时也是为了跨学科研究“对话”的方便,除特别强调外,均使用“土地承包经营权资本化流转”这一术语。

由于《物权法》、《农村土地承包法》等基础性法律均未承认农户对土地承包经营权的“处分权”(也即物权性质的转让权而非债权性质的契约转让),加之《担保法》明确禁止耕地抵押,因此,从土地承包经营权各种流转方式的法律属性出发,同时围绕农业现代化和农民土地财产权利保护这两大坐标,研究其在实践中所面临的制度瓶颈和制度创新的可能性,是本课题组选择“土地承包经营权流转制度瓶

颈与制度创新”的背景。

简言之,本课题的研究将围绕:“一条主线”即“土地承包经营权资本化流转”,“两大坐标”即“农业现代化”和“农民土地权益保护”,“一个目标”即土地承包经营权资本化流转制度的创新。

(2) 研究现状

截至目前,直接或间接研究土地承包经营权流转问题的成果,不能说不丰硕,大致有五大侧重点或五个方面:

一是侧重从法学的角度探讨土地承包经营权的法律性质,土地承包经营权流转的方式(出租、转包、互换、出资、入股、股份合作、合作社、抵押等)。同时也探讨土地承包经营权流转所面临的法律制度障碍(如《担保法》禁止耕地抵押、土地承包经营权尚不能作价入股农业公司)的规范分析(如《宪法》、《物权法》、《农村土地承包法》、《担保法》、《土地管理法》、《农民专业合作社法》、《公司法》、《破产法》等法律中的有关规范)。同时辅之以实证分析,而实证分析的侧重点则在于各地(如成都城乡统筹实验区、重庆城乡统筹实验区、广东、江苏、浙江、海南等)的土地承包经营权流转的试点和各地促进土地承包经营权流转的试点政策(如重庆市有关土地承包经营权入股有限公司的政策)方面的调研报告。

二是侧重从经济学,尤其是土地经济学和金融学的角度研究“土地资本化”问题,并从土地资本化命题出发探讨集体土地资本化(视侧重点不同,还有“土地承包经营权资本化”、“土地权利资本化”等不同的提法)的模式、方式、实现形式及其相关的制度障碍。经济学研究“土地资本化”,其目标在于如何实现农村土地资源的合理配置、有效配置或“最优配置”。在经济学界研究农村土地资本化的文献中,同样也研究我国的集体土地制度(含土地承包经营权)对土地资本化的所形成的障碍,也即从制度经济学角度研究我国农村土地制度变迁所面临的障碍。同样,经济学研究我国农村土地资本化问题,也伴有实证研究或调查研究(研究报告)。

三是侧重从产业经济学和组织经济学的角度探讨农业现代化、产业化、规模化的实现路径,重点研究和考察现代农业生产经营组织(农民专业合作社、农业公司、现代农场等)的诞生和发展过程中面临

的各种问题,并从产业经济学和组织经济学的视角探讨土地资源或土地要素与现代农业生产经营组织的有效配置问题。同样,这方面也大量的实证研究或调查研究。

四是侧重从政治经济学角度去研究我国农村土地制度改革(新“土改”、“土地革命”)与政治经济体制改革(“政改”、“经改”)的关联,主要探讨农村土地制度改革对我国的政治经济体制的影响,其关注的重心在于农村土地制度改革与当前的政治经济体制的兼容性(“稳定”—“改革”—“发展”路径)。这方面的研究多以宏观研究和理论分析为主,同时伴有实证分析。其主要目的在于探讨新“土改”对我国政治经济改革带来的正负两方面的影响,或者反过来探讨政治经济体制改革对“土改”的影响。此外,还有从政府,尤其是地方政府角度研究政府对“土改”的态度等方面的文献。如地方政府对土地财政的过度依赖对农村土地制度改革所带来的影响。

五是侧重从(法律)社会学研究角度探讨在现有农村土地制度(含土地承包经营权)安排下农民群体的物质条件(生存状况),对现有制度的态度和对土地制度变迁的影响。其研究的重心在于如何保护农民群体的土地权益以及农民“失地”(或土地承包经营权流转)后的替代制度安排(如农民的养老保险、医疗保险、农民的转型即农业工人或农民的转移即农民工等)。这方面的研究成果,多以实证研究(调研报告)为主,同时伴有理论分析。

0.1.2 现有研究成果评价

课题组认为,上述五大方面的侧重从法学(规范分析法学、实证法学、法社会学)、经济学(金融学、产业经济学、组织经济学和政治经济学)角度取得的直接或间接的有关土地承包经营权流转的研究成果可谓浩如烟海,颇有“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”之迷雾,从各自研究领域所得出的研究结论都可以成立,但大都缺乏其他研究领域研究结论的相互印证或相互佐证。具体表现如下:

第一,现有的单纯或主要侧重于规范分析和实证分析的角度论证土地承包经营权的法律属性和土地承包经营权各种流转方式的法律属性的研究文献,往往围绕土地承包经营权及其流转属于“债权性

质”或“物权性质”争论不休；鲜有从跨领域、甚至跨学科的角度去分析土地承包经营权流转的法律定性与相关法律制度的“互动性”或“兼容—排异性”。

例如，从《宪法》、《物权法》、《农村土地承包法》以及《合同法》等法律的相关规范分析中提炼出的土地承包经营权法律属性及其各种流转方式的法律属性与《农民专业合作社法》、《公司法》、《破产法》等商事组织法是否存在制度兼容性？一个国家的法律秩序是一个复杂的系统，某一部法律的个别规范的修改，往往“牵一发而动全身”，涉及多个法律子系统的适应性调整。

第二，现有的单纯或主要从土地经济学、金融学角度取得的有关农村土地资本化的研究成果虽然揭示了农村土地制度（含土地承包经营权制度）的改革方向是农地资本化，也即通过农地资本化来实现土地这一稀缺资源的优化配置，通过土地的资本化功能实现资本与农地的联营是新一轮“土改”的必由之路，但对于如何实现集体土地（或土地承包经营权）的资本化，往往又缺乏对现有制度安排存在的具体问题和制度具体如何变迁的深入研究，尤其是缺乏农村土地制度和土地承包经营权制度的对土地资本化构成的障碍和相应的制度变迁设计的规范分析和实证分析研究。

例如，农地资本化（或者说土地承包经营权资本化的前提）即农地或土地承包经营权的价格形成机制。而现有的法律对农地或土地承包经营权的价格形成机制尚无规定。又如，除缺乏农地的价格形成机制外，现有制度安排土地承包经营权流转的具体制度障碍何在？现有的土地经济学、金融学文献着墨并不多。

第三，现有的单纯或主要从产业经济学和组织经济学的角度研究农业现代化、产业化、规模化的现有研究中所取得的现代农业生产经营组织（农民专业合作社、农业公司、现代农场等）方面的研究成果，往往又缺乏对农业生产经营组织中农户与组织（合作社、农业公司等）的法律关系的考察。例如农户与合作社（农业公司）间的出资关系以及农户与合作社（农业公司）各自的权利义务关系的研究。这种研究虽然揭示了农业现代化、产业化、规模化经营是中国农业转型的必由之路，也揭示了农业合作社化、农业公司化条件下农业资源（劳

动力、土地、技术、资金等)的配置模式和相关的经营管理模式,但对其必要的法律制度条件又缺乏相互的印证研究。

例如,在实现农业产业化、规模化经营的过程中,现有的《农民专业合作社法》、《公司法》中的制度安排是否能够有效地配置农户的土地资源,是否存在制度障碍?显然,单纯的产业经济学或组织经济学研究难以回答上述问题。

第四,现有的单纯或主要侧重于政治经济学角度所取得的涉及农村土地制度(含土地承包经营权)的相关研究成果虽然揭示了农村土地制度的改革(含土地承包经营权的改革和流转)与我国的政治经济体制的“兼容—排斥”关系以及与“政改”和“经改”的关系,尤其是研究了“土改”对政治经济体制及其改革的正负影响(稳定—改革—发展分析框架)。但往往缺乏产业经济学和组织经济学方面的佐证研究(例如,是否进行土改对农业现代化和产业化会带来哪些方面的影响?)和法社会学方面的佐证研究(例如,是否土改会对农民群体的物质状况和社会态度以及农民群体的变迁带来何种影响?)。

第五,现有的单纯或主要从法社会学角度所取得的研究成果虽然揭示了农村土地制度(含土地承包经营权)及流转制度的改革离不开农民群体这一主体的积极参与,也不能忽视农民在土改中的正当权益,尤其揭示了“土改”要重视农地“失地”(或土地流转出去之后)后的社会保障等替代性制度安排,但往往又缺乏与其他学科研究成果的相互佐证方面的研究。

例如,是什么决定了农民对土地和土地改革的态度?哪一种农地制度安排更能保护农民的土地权益,更提高农民的土地收益?现存制度在农民土地权益保护和增加方面存在何种障碍?

而从跨学科研究的“立体”角度研究土地承包经营权流转所面临的制度障碍和克服制度障碍的宏观思路与微观路径,也即土地承包经营权制度变迁的宏观思路与微观路径,一方面可以避免某些不必要的“争论”,另一方面每个研究的研究结论则可以在系统性的跨学科研究中得到相互的印证,从而保证研究的全面性和全方位的可行性。

0.2 本课题的研究目标、研究内容与创新点

课题组认为,土地承包经营权流转所涉及的制度改革与制度变迁,是一个复杂的法律系统、政经系统和社会系统工程,因此应当从多角度,全方位进行论证。基于此,本课题组的研究目标定位为:

第一,以法学研究为中心,从经济学(金融学、产业经济学、组织经济学、政治经济学)和社会学等跨学科的角度,借鉴和吸收跨学科研究成果,全方位审视土地承包经营权流转制度创新与我国的政治经济体制及其改革和对农业和农民群体的影响间的相互关系,为顶层设计提供决策参考。

第二,从法律的系统性出发,以土地资本化和农业现代化为限定条件,研究土地承包经营权流转所面临的制度“瓶颈”,并全面检讨为克服这一“瓶颈”所需要各个法律子系统的适应调整,也即最终提出相关法律修改完善的对策建议。

为实现上述研究目标,本课题的研究内容,也即本课题的研究报告分为以下几个部分:

第一部分:土地承包经营权流转的问题、制度设计缺陷及其改革取向研究。

本部分首先研究当前我国土地承包经营权流转的现状、取得的成效和存在的问题,尤其是各地的土地承包经营权资本化流转试点中存在的问题(第1章);进而从土地承包经营权诞生的历史背景出发,去研究现有农村土地制度设计的缺陷(第2章),最后立足于农业产业化、规模化经营条件下土地承包经营权权属及其流转制度改革的取向(第3章),从而为下一步的土地承包经营权权属制度和相应的流转制度改革的实证研究奠定理论基础。

第二部分:以“农地资本化”为理念的土地承包经营权流转试点面临的制度“瓶颈”与制度创新实证研究。

本部分在第一部分的基础上,以农业产业化、规模化经营为限定条件,以农地资本化为研究路径,侧重探讨土地承包经营权资本化流

转过程中面临的具体制度瓶颈。鉴于此,本课题对土地承包经营权流转中的纯粹契约性的流转(债权性流转)方式,如出租、转包、分包或互换等不再进行研究,理由在于土地承包经营权的纯粹契约性的流转方式并不存在大的法律障碍。而当前各地的土地承包经营权资本化流转(物权性流转)的试点以土地承包经营权作价出资农民专业合作社和作价入股农业公司最具有代表性,因此本部分首先对此展开分析(第4章、第5章)。农民专业合作社和农业公司等现代农业生产经营组织对土地承包经营权的再融资(即土地承包经营权抵押融资)则是一个伴生的问题,故本部分接着进行研究(第6章)。上述3章的研究主要是回答土地承包经营权出资时的权利变动性,尤其是“可过户性”或者说“公示性”这一核心问题。鉴于按照公司、合作社等法人制度的出资要求,包括土地承包经营权在内的任何非货币财产权,都必须在依法可以评估作价的基础上,因此本部分在最后还探讨了土地承包经营权资本化流转中的价格形成机制问题(第7章)。

最后是在分析上述问题的基础上,探讨土地承包经营权土地承包经营权资本化流转的制度创新的宏观路径以及众多法律中的法条修改建议(第8章)。

第三部分:土地承包经营权流转制度创新的可行性研究。

本部分在第一部分和第二部分研究的基础上,进一步论证以农地资本化为价值取向的土地承包经营权制度创新的可行性。首先分析了土地承包经营权及其流转制度改革与我国的政治、经济体制及其改革的兼容性和相互关系(第9章);接着侧重从农民土地权益保护的角度探讨了农民在以土地承包经营权作价出资现代农业生产经营组织之后(即“假”失地之后)的替代制度安排(第10章)。本部分尤其是对土地承包经营权作价出资后引发的各种“担忧”作出澄清,以形成土地承包经营权改革方面的“共识”。

最后是本课题的研究结论。

本课题的创新点之一在于,试图通过跨学科的研究,在现有的多学科研究成果基础上,寻找中国农业现代化过程中的农地制度变革的切实可行的宏观“路线图”,澄清土地承包经营权流转制度改革中

存在的各种分歧,达成共识。归纳起来,土地承包经营资本化流转创新的宏观路线图在于:(1)从农业现代化和赋予农民更多财产权利这两大基本目标出发重塑土地承包经营权自身,赋予土地承包经营权的资本化功能;(2)以土地承包经营权是否可以资本化为检验标准,系统地梳理现有的法律体系中直接或间接地阻碍土地承包经营权资本化流转的法律规范,并分别作废止或修改处理,也即土地承包经营权核心制度的构建;(3)以土地承包经营权是否可以资本化为检验标准,进一步审视与之相关市场主体法律制度和涉农产业法律制度,并作相应的修改,也即土地承包经营权配套制度的构建。

创新点之二是,力图从制度变迁的系统性出发,为土地承包经营权资本化流转所涉及的众多法律中的相关法条的修改提出较为全面而具体的论证和建议,所涉及的法条修改建议涉及《物权法》、《农村土地承包法》、《土地管理法》、《农业法》、《农民专业合作社法》、《公司法》、《信托法》、《破产法》等众多法律领域;同时还反过来研究相关的制度设计与土地承包经营权流转制度的创新是否存在兼容性,例如现行农民专业合作社的法人法律制度设计是否与农业公司等其他法人制度的制度设计匹配。

0.3 本课题的研究方法

服务于本课题的研究目标,课题组主要采用法学研究的方法,如规范分析法、实证分析法、调查研究方法(如问卷、访谈、实地调研、现有调研数据和调研成果分析、归纳、统计等)。同时也采用和借鉴了经济学和社会学的分析框架和分析方法。最后,尽管我国的集体土地制度和土地承包经营权制度具有特殊性,但鉴于农业产业化和规模化经营具有国际共性,且农民专业合作社和农业公司等现代农业生产经营组织也具有国际共性,本书也兼采比较研究的方法,有选择地借鉴国外的土地资本化经验及其制度安排。

目录

Contents

前言	1
----------	---

第一部分:土地承包经营权流转的问题、制度设计缺陷及其 改革取向研究

第1章 土地承包经营权流转的现状与问题	3
1.1 土地承包经营权流转概况与成效	3
1.2 当前土地承包经营权流转存在的问题	11
1.3 农地闲置与农业产业化间的巨大反差	19
1.4 土地承包经营权资本化流转“试验”及其面临的 制度瓶颈	26
1.5 本章小结	36
第2章 土地承包经营权的历史背景、法律属性及其制度 设计缺陷	38
2.1 土地承包经营权的历史背景及其历史贡献	38
2.2 土地承包经营权的法律属性之争	41
2.3 农业产业化、规模化经营条件下土地承包经营权的 制度设计缺陷	44
2.4 本章小结	50
第3章 土地承包经营权权属及其流转制度创新的理论	

2 目 录

基础、政策依据和改革取向	52
3.1 土地承包经营权流转制度创新的理论基础	52
3.2 土地承包经营权流转制度创新的政策依据	58
3.3 土地承包经营权流转制度创新的改革取向：“权 利资本化”	62
3.4 本章小结	67

第二部分：以“农地资本化”为理念的土地承包经营权流转 试点面临的制度“瓶颈”与制度创新实证研究

第4章 土地承包经营权出资农民专业合作社面临的制 度瓶颈	71
4.1 农民专业合作社诞生的历史背景与现状	72
4.2 农民专业合作社的特征、制度设计与优劣	78
4.3 农民专业合作社对土地资本的需求	90
4.4 现有制度安排下土地承包经营权出资合作社面临 的制度瓶颈	94
4.5 本章小结	100
第5章 土地承包经营权入股农业公司的制度瓶颈	102
5.1 农业公司系现代农业的更为紧密的组织形式	102
5.2 农民专业合作社与农业公司之比较	108
5.3 农业公司的组织形式对发展现代农业的优势	110
5.4 农业公司对土地承包经营权资本化的客观需求	114
5.5 土地承包经营权入股农业公司的制度瓶颈	117
5.6 本章小结	129
第6章 土地承包经营权抵押融资面临的制度瓶颈	131
6.1 土地承包经营权抵押与土地资本化功能的实现	132
6.2 土地承包经营权抵押的制度“禁忌”与解禁试验	135
6.3 现有制度安排下土地承包经营权抵押的制度瓶颈	148
6.4 本章小结	160

第7章 土地承包经营权价格形成机制研究	161
7.1 土地承包经营权评估作价是土地资本化的重要前提	161
7.2 土地承包经营权价格形成机制的试点	163
7.3 国有土地使用权价格形成机制对农地价格形成机制的启示	171
7.4 域外农地价格形成机制及启示	179
7.5 我国土地承包经营权价格形成机制的培育与制度安排	187
7.6 本章小结	193
第8章 土地承包经营权资本化流转的制度创新路径与立法建议	194
8.1 土地承包经营权流转制度创新的宏观路径	194
8.2 土地承包经营资本化流转制度创新的六大法律制度	196
8.3 土地承包经营流转制度创新的微观论证(法条修改建议)	211
8.4 本章小结	228

第三部分:土地承包经营权流转制度创新的可行性研究

第9章 土地承包经营权流转制度改革与政治、经济体制及其改革兼容性研究	233
9.1 新“土改”与我国政治经济体制的兼容性	234
9.2 新“土改”与“政改”和“经改”的互动关系	238
9.3 新“土改”后农地集中化与制度约束	247
9.4 本章小结	254
第10章 土地承包经营权及流转制度改革与农民“失地”后的替代制度供给研究	255
10.1 土地承包经营权及流转制度改革与农民的主体	

4 目 录

性分析	255
10.2 农业现代化进程中农民“失地”的概念差异	267
10.3 “农地资本化”后农民转型的制度安排	269
10.4 农户“优先回购权”与土地承包经营权的理性回归	278
10.5 农村社会保障体系的完善	285
10.6 通过财税体制改革减少地方政府对“土地财政” 的过度依赖	299
10.7 本章小结	300
第11章 研究结论	302
11.1 土地承包经营权流转面临的制度“瓶颈”	302
11.2 土地承包经营权流转制度创新的宏观路径	303
11.3 土地承包经营资本化流转制度创新的六大法律 制度	304
11.4 土地承包经营权资本化流转改革的可行性	305
附录:课题阶段性成果一览表	307

第一部分

土地承包经营权流转的问题、
制度设计缺陷及其改革取向研究