

我国农地使用权 流转法律制度研究

陆剑〇著

WOGUO NONGDI
SHIYONGQUAN LIUZHUAN
FALÜ ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

我国农地使用权

流转法律制度研究

陆
剑
○
著

WOGUO NONGDI
SHIYONGQUAN LIUZHUAN
FALÜ ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

我国农地使用权流转法律制度研究/陆剑著. —北京：中国政法大学出版社，2014.7

ISBN 978-7-5620-5495-5

I. ①陆… II. ②农业用地-土地使用权-土地流转-土地管理法-研究-中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第142787号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10.750
字 数 260千字
版 次 2014年7月第1版
印 次 2014年7月第1次印刷
定 价 39.00元

湖北省社会科学基金项目“我国农地使用权流转法律制度研究”（编号：2012010）最终成果。

国家社会科学基金青年项目“农村土地法律制度中集体与成员权利配置研究”（批准号：13CFX077）阶段性成果。

前 言

党的十七届三中全会作出了“加强土地承包经营权流转管理和服务，建立健全土地承包经营权流转市场”的重大战略决策，党的十八届三中全会亦对农地使用权流转与农村产权流转交易作出了继续深化改革的部署。我国各地农村的土地承包经营权流转试验进行得如火如荼；晚近的通州宋庄“画家村”一案将农村房屋及宅基地使用权流转的问题推上了舆论的风口浪尖；各地集体建设用地使用权流转的试验纷繁多样，如何看待公然违背《土地管理法》等法律法规的这些地方性试验，均是值得深入探讨的重大理论和实践问题。据此，研究农地使用权流转法律问题具有重大的理论意义和现实价值。

第一，从马克思主义理论、历史学和谱系学、法哲学的视角考察了农地使用权流转在我国的发生、发展与治理形态。法学界从“政法话语”走向“社科话语”的过程中，马克思主义在法学界也面临着从“过度诠释”到“基本闲置”的局面。当马克思主义研究者呼吁“回到马克思”之际，我们应从马克思主义的基本文本中去研究马克思土地所有权与地租理论的发展脉络，指出其对农地使用权流转的当下价值，并以其为手段解决农地使用权流转所产生的地租分配问题。地租这个理论工具



仍具有强大的解释力，从该视角去理解地权的核心就是农民个体和农民集体分享地租和土地资本化收益的权利。从谱系学的视角看，明清以来的田面权流转与农地使用权流转具有一定的类亲缘关系。我国现代意义上的“流转”是20世纪80年代初期形成的概念，是中国特有的称谓词。在后税费时代，农地使用权的流转及收益分配等问题，正成为乡镇政府和村庄权力阶层所倚重的治理资源和抓手。我国法律法规对农地使用权流转的限制性规定，并不是基于社会公共利益对私人物权的限制，更多体现的是一种治理的需求。本文试图以“关系产权”的解释框架去理解我国农地使用权流转的困境，地权镶嵌于一定的关系之中，必须从特定的社会场景和制度背景中来理解地权问题。要实现农地使用权流转制度的良性运作，必须实施关系产权的更新。土地承包经营权流转制度的演变经历了循序渐进的过程，而党和国家对之进行了“文件治理”；我国宅基地使用权流转制度的立法演进则表现为进退失据，由自治走向了高度管制。

第二，考察了我国农地使用权流转法律制度实践的当下图景，对三种形态的农地使用权流转进行了逐一剖析。透过鄂中土地流转个案，对土地承包经营权流转实践图景进行“深描”，揭示了：在村庄结构混乱、农民越发理性化与实际化、行政权力主导村庄未来的背景下，“官转”压倒“民转”、权力与资本的结合成为必然，“圈地运动”可能借土地承包经营权流转的东风再次兴起；聚焦集体建设用地的实践形态，集体建设用地使用权流转对乡镇企业兴起与发展贡献良多；早期的集体建设用

地使用权流转在保持集体土地所有权不变的前提下，农民获得一定比例的土地“农转非”的级差地租收益，使收益分配比例在各主体间发生了变化；晚近以来的重庆“地票”改革，并未实现“建立统一的城乡土地交易市场”，“提升农村特别是偏远地区的土地价值，有效地促进农村增收和改善农村生产生活条件”的目标；近期以“宋庄纠纷”为代表的农村私有住房买卖使宅基地使用权流转问题成为各界争议的焦点；现行宅基地使用权流转中的国家管制存在错位，未来需在农民自治与国家管制之间求得平衡。

第三，探讨了城乡统筹视域下农地使用权流转法律制度的创新与完善。住房换宅基地、社会保障换土地承包经营权的“两换”实践并不是真正意义上的城市化，也无法解决农民变市民后的生存和就业问题，实现的只是农地非农化。“股田制公司”的生存和发展面临着法律困境，但这些法律障碍是可以消解的。土地股份合作社具有其独特的制度价值，土地股份合作社是实现土地承包经营权流转的有效模式，但为了保证土地股份合作社的有效运作，国家适度的管制必不可少。我国农地法律制度建构的价值取向应当是尊重农民意愿，保护农民权益；具体进路则应当坐实农民集体土地所有权制度；尊重地方性规范，为民间法的生长预留制度空间。在实践中，农地使用权流转面临着法律制度建构与民间秩序生成的内在张力、市场化运作与国家管制的内在矛盾，以及地域差异与统一立法的内在紧张等问题。对此，应对土地承包经营权流转应进行类型区分及相应的法律规制；从法律层面对我国建设用地使用权制度进行



根本性变革，真正实现集体建设用地和国有建设用地“同地同权，同等入市”，并建构相应的集体建设用地使用权流转法律制度；逐步放宽宅基地使用权的流转，建立规范的宅基地使用权流转法律制度。

陆 剑

2014 年 7 月 1 日

目 录

导 论 我国农地使用权流转制度研究：迈向实践法学的 尝试	1
一、研究缘起与意义	1
二、研究现状与问题	3
三、研究方法与创新	20
四、本书结构与安排	27
 第一章 马克思主义话语体系中的农地及其流转问题	31
一、马克思主义关于土地所有权的基本观点	32
二、马克思主义地租理论的主要观点	39
三、马克思主义土地所有权理论和地租理论与农地流 转制度的关联性考察	44
 第二章 我国农地使用权流转制度的历史前见与法哲学思考 ...	61
一、我国农地流转制度的历史前见与“流转”概念之 形成	61
二、农地流转权利的法哲学思考：中国经验与权利 假设	73



三、小结 92

第三章 我国农地使用权流转制度的当代演进与解读 95

- 一、关系产权：理解我国农地使用权流转困境的一个视角 95
- 二、循序渐进：土地承包经营权流转制度的演变与治理 119
- 三、进退失据：宅基地使用权流转制度的立法演进 133

第四章 土地承包经营权流转的实践图景

- 鄂中个案的法社会学透视 145
- 一、导火索：两次土地承包经营权引发的争议 146
- 二、冲突各方的行动及其策略 148
- 三、个案视野凸显的土地承包经营权流转的话语与真相 153

第五章 集体建设用地使用权流转：基于实践形态的评析 164

- 一、历史视角下集体建设用地使用权流转：对于乡村工业化的意义 164
- 二、集体建设用地使用权流转实践：模式及其评价 174
- 三、晚近以来的重庆“地票”改革：价值及其限度 184

第六章 反思宅基地使用权流转中的国家管制

- 以宋庄纠纷为例 194
- 一、宅基地使用权流转存在的国家管制错位 195

二、宅基地使用权流转的管制更新	207
三、宅基地使用权流转：必须重提私权与意思自治	217
第七章 城乡统筹背景下农地流转模式的法制创新及其评析	219
一、乱象：住房换宅基地、社会保障换土地承包经营权模式	219
二、争议：“股田制公司”及其法律规制	229
三、正道：土地股份合作社模式的现状及其完善	244
第八章 我国农地使用权流转制度完善的前提追问与路径规划	255
一、我国农地法律制度建构的价值取向与进路选择	255
二、我国农地使用权流转制度建构的前提追问	270
三、我国农地使用权流转制度的具体建构路径	282
参考文献	307
后 记	330

导 论

我国农地使用权流转制度研究： 迈向实践法学的尝试

就实践而言，由于宏大理论表现出来的形式的、含糊的蒙昧主义，以及抽象经验主义所表现出来的形式的、空洞的精巧，使得人们确信，对于人类和社会，我们还知之甚少。^{〔1〕}

一、研究缘起与意义

中国历史上历次农民革命斗争，无不是围绕土地问题而展开；新中国历次农村体制改革，也无不是从土地问题入手。当前，我国的“三农”问题是困扰我们党和国家的重大难题，其中围绕“三农”问题展现出来的各种利益冲突和矛盾斗争，也或多或少与土地问题相关。近年来，“三农”问题的研究成为政治学与社会学等学科的研究热点，农地问题也成为学者们关注的焦点。《物权法》制定过程中的“合宪”之争，引发了法学界的大讨论。党的十七届三

〔1〕〔美〕C. 赖特·米尔斯：《社会学的想象力》，陈强、张永强译，生活·读书·新知三联书店2005年版，第79页。

中全会作出了“加强土地承包经营权流转管理和服务，建立健全土地承包经营权流转市场”的重大战略决策，党的十八届三中全会亦对农地使用权流转与农村产权流转交易作出了继续深化改革的部署。但《物权法》对农地使用权作为一种用益物权的规范缺失，导致实践中的乱象与学术界的话语混乱相对而立。如我国各地农村的土地承包经营权流转试验进行得如火如荼，但却亟待在实证研究基础上进行制度反思；晚近的通州宋庄“画家村”一案将农村房屋及宅基地流转问题推上了舆论的风口浪尖，大众话语中的“小产权房”问题在“三农”问题凸现、房价高企的背景下，尤为引人关注。农民自有房屋流转本身并不存在障碍，所以农村房屋流转问题所指涉的根本问题其实是宅基地使用权流转的问题，尤其是流转的合法性和合理性的问题。各地集体建设用地使用权流转的试验纷繁多样，如何看待公然违背《土地管理法》等法律法规的这些地方性试验，均是值得进一步探讨的重大理论和实践问题。

对于农地使用权流转法律问题的研究具有重大的理论意义和现实价值，主要体现在以下几点：①在城乡统筹、推进新型城镇化的大背景下，土地使用权问题是破解城乡二元体制改革的核心之一，加快推进集体经营性建设用地入市流转，积极稳妥地处理好土地承包经营权与宅基地使用权等农地使用权流转问题，是推进城乡二元体制改革的重要内容；②土地承包经营权流转是实现农地规模化经营的主要路径，而规模经营被视为现代农业发展的必由之路。因此，土地承包经营权流转对于推动我国农村土地市场化的进程、发现和实现土地承包经营权的价值、提高土地利用率和土地使用效益，进而促进农村经济发展的意义不可小觑；③宅基地使用权流转问题在房价高企、“小产权房”大行其道的背景下尤其令人关注。在城郊地区，目前宅基地使用权和农村住房的出租、转让等已经是相当普遍的现象，禁止宅基地使用权转让的法律规范实际上已经被

社会实践所“悬空”。到底应当如何规制宅基地使用权流转问题，在其财产权利属性和生存保障功能之间进行有效的政策选择和权利配置，是推进我国新型城镇化进程中亟须解决的重大课题；④实现我国集体经营性建设用地的入市流转，符合所有权平等保护的物权法原则，有利于实现两种建设用地使用权的“同地同权，同等入市”；有利于打破地方政府对土地一级市场的垄断地位。而集体经营性建设用地使用权直接进入市场，有利于充分实现集体土地所有权权能；有利于农民以土地权利参与工业化和新型城镇化进程，分享土地价值增值的成果；有利于实现建设用地使用权市场的统一化和规范化。从法律制度上保障和实现集体经营性建设用地的入市流转，将从根本上改变我国建设用地使用权制度的二元格局。

二、研究现状与问题

（一）国内研究现状

从法学界研究现状来看，作为传统法学研究的对象，对于我国农地法律问题的研究仍处于非常初级的阶段，陈小君教授批评道：在法学领域中农地研究仍属薄弱环节。主要表现为：①农地制度并非单纯法律问题，它与政治经济体制和民族文化传统密切联系，研析设计要害便不作深入；②研究方法老套保守、研究内容单一刻板、研究视野偏窄，脱离农村基层实际的现象较为普遍，而就如何解决本土集体所有权主体虚位、农民权利虚化、农民个体与农民集体关系模糊等问题难以提出妥当、务实的方案。^{〔1〕}笔者深以为然。在《物权法》制定过程中，法学界产出了一批具有代表性的人物和

〔1〕 陈小君等：《农村土地法律制度研究——田野调查解读》，中国政法大学出版社2004年版，第2页。



著作：如崔建远教授对于准物权制度的研究，^[1] 陈甦教授和杨立新教授关于农地使用权制度的研究，^[2] 韩松教授、温世扬教授对于集体所有制、集体所有权的研究，^[3] 高飞博士对于集体所有权主体制度的实证研究。^[4]

从学界对于农村土地制度的研究现状来看，真正关注现实、方法论上有创新的论著不多，下述著作颇具特点：首先是在研究方法上，具有一定原创性和创新性的法学著作主要是靳相木所著的《中国乡村地权变迁的法经济学研究》，该书从法学和经济学双重视角解读了近百年我国地权的变迁与未来走向，其分析框架和论述方式令人耳目一新；^[5] 其次是朱冬亮所著的《社会变迁中的村级土地制度》，该书采用社会学和文化人类学的参与观察和个案研究法，对我国福建省西北部的一个村的土地制度变迁过程进行全方位的研究；再次是陈小君等所著的《农村土地法律制度研究——田野调查解读》及其续编《后农业税时代农地法制运行实证研究》、《农村土地法律制度的现实考察与研究》，^[6] 其研究建立在大规模的社会

[1] 崔建远：《准物权研究》，法律出版社2003年版；崔建远：“‘四荒’拍卖与土地使用权”，载《法学研究》1995年第6期。

[2] 陈甦：“土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立”，载《中国法学》1996年第3期；杨立新、尹艳：“我国他物权制度的重新构造”，载《中国社会科学》1995年第3期；杨立新：“论我国承包经营权的缺陷及其对策”，载《河北法学》2000年第1期。

[3] 温世扬：“集体所有土地诸物权形态剖析”，载《法制与社会发展》1999年第2期；韩松：《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》，法律出版社2009年版。

[4] 高飞：《集体土地所有权主体制度研究》，法律出版社2012年版。

[5] 靳相木：《中国乡村地权变迁的法经济学研究》，中国社会科学出版社2005年版。

[6] 陈小君等：《农村土地法律制度研究——田野调查解读》，中国政法大学出版社2004年版；陈小君等：《后农业税时代农地法制运行实证研究》，中国政法大学出版社2009年版；陈小君等：《农村土地法律制度的现实考察与研究》，法律出版社2010年版。

实证研究基础之上，对于习惯于规范研究的法学界来说，迈出了重要的第一步，“为法学界吹进一阵清新的风”，《农村土地法律制度研究》被学界誉为“一部拓展法学研究方法的力作”。^{〔1〕}在上述“三部曲”中，不乏对全国各地农地使用权流转制度实践进行社会实证研究的专门论述；最后，张钧博士运用法律人类学的学科工具对云南禄村的土地制度进行了深入考察，发现禄村在许多方面存在与国家法不同的民间法意义上的土地制度。如在土地调整中，禄村存在一套较为完整的分田、进田和退田的规则。通过对禄村土地民间法与国家法之间纷繁复杂博弈关系的描述和分析，作者认为改善农村土地制度，应当正视法律多元现象的存在，从重视促成民间法和国家法的合作性博弈入手，要求国家法的制定者尊重民间法，不能简单地以国家法取代民间法。^{〔2〕}

对于农地使用权流转进行总体研究的代表性著作是张璐的《农村土地流转的法律理性与制度选择》，在该文中，张璐针对土地承包经营权流转、集体建设用地使用权流转和宅基地使用权流转均进行了细致的分析，并提出了务实的方案，具有较强的针对性和实用性。^{〔3〕}

土地承包经营权流转是学界最为关注的问题之一，也是研究比较多、内容框架比较成熟的部分。陈锡文、韩俊、丁关良、张红宇和温世扬等较早地对土地承包经营权流转问题进行了探讨和研究，

〔1〕 温世扬：“一部拓展法学研究方法的力作——评《农村土地法律制度研究——田野调查解读》”，载吴汉东主编：《私法研究》（第5卷），中国政法大学出版社2005年版。

〔2〕 张钧：《农村土地制度研究》，中国民主法制出版社2008年版。

〔3〕 张璐：“农村土地流转的法律理性与制度选择”，载《法学》2008年第12期。



并提出了各自的完善意见。^{〔1〕}温世扬、兰晓为指出：土地承包经营权在物权效力方面先天不足，其流转问题也存在两难悖论。对于土地承包经营权流转，应该以发展的眼光审视和解读问题，破除种种不合理的限制，使承包经营权由死水一潭变成汨汨活水。在配套制度方面，集体土地征收制度需要进一步严格化，土地承包经营权调整制度应当废止。^{〔2〕}土地承包经营权流转需要在公共利益、个人利益和集体利益、成员利益和非成员利益之间进行平衡。^{〔3〕}需要在稳定农村土地承包关系、完善农村社会保障制度和尊重农民意愿的前提下进行土地承包经营权流转。^{〔4〕}曹务坤、丁关良等则探讨了土地承包经营权的法律性质、法律特征、变动及保护等问题，探讨了土地承包经营权流转的必然性、法律障碍和法律原则等问题，检讨了现行土地承包经营权流转制度，对土地承包经营权流转制度的完善提出了一些切实可行的立法建议和司法建议。^{〔5〕}

孟勤国教授的著作《中国农村土地流转问题研究》，对广西三村的土地承包经营权流转状况和相关法律问题进行了比较深入的探

〔1〕 陈锡文、韩俊：“如何推进农民土地使用权合理流转”，载《学习与研究》2002年第6期；丁关良：《农村土地承包经营权初论》，中国农业出版社2002年版；丁关良：“农村土地承包经营权流转的法律思考——以《农村土地承包法》为主要分析依据”，载《中国农村经济》2003年第10期；张红宇：“中国农地调整与使用权流转：几点评论”，载《管理世界》2002年第5期。

〔2〕 温世扬、武亦文：“土地承包经营权转让刍议”，载《浙江社会科学》2009年第2期。

〔3〕 温世扬、兰晓为：“土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择”，载《法学评论》2010年第1期。

〔4〕 兰晓为：“论土地承包经营权流转与农民利益的保护”，载《西安电子科技大学学报（社会科学版）》2010年第1期。

〔5〕 曹务坤：《农村土地承包经营权流转研究》，知识产权出版社2007年版；丁关良、童日晖：《农村土地承包经营权流转制度立法研究》，中国农业出版社2009年版；黄河等：《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2007年版。