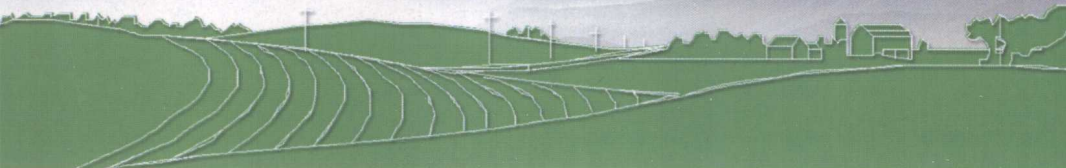




三农问题研究丛书
SANNONG WENTI YANJIU CONGSHU

农村土地承包经营权

NONGCUN TUDI CHENGBAO JINGYINGQUAN | 流转研究
LIUZHUAN YANJIU



曹务坤◎著

知识产权出版社



三农问题研究丛书
SANNONG WENTI YANJIU CONGSHU

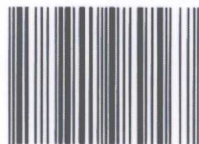
农村土地承包经营权

NONGCUN TUDI CHENGBAO JINGYINGQUAN | 流转研究
LIUZHUAN YANJIU



责任编辑◇宋云 封面设计◇张冀

ISBN 978-7-80198-956-7



9 787801 989567 >

ISBN 978-7-80198-956-7/D · 489

(2010) 定价:26.00元

农村土地承包 经营权流转研究

曹务坤 著

知识产权出版社

内容提要

本书探讨了农村土地承包经营权的法律性质、法律特征、变动及保护等问题,探讨了农村土地承包经营权流转的必然性、障碍、法律特征和原则等问题,检讨了现行农村土地承包经营权流转制度,利用最新的法律研究成果和法律理念,对现行农村土地承包经营权流转制度的修改和完善提供了一些切实可行的立法建议和司法建议。

责任编辑:宋 云

图书在版编目(CIP)数据

农村土地承包经营权流转研究/曹务坤著. —北京:知识产权出版社, 2007. 7

ISBN 978-7-80198-956-7

I. 农… II. 曹… 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 (2007) 第 093985 号

农村土地承包经营权流转研究

曹务坤 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 850mm×1168mm 1/32

版 次: 2007 年 8 月第 1 版

字 数: 220 千字

ISBN 978-7-80198-956-7/D·489

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000893

责编邮箱: songyun@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 8.75

印 次: 2007 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序

就法学而言，本书作者入门较晚，2001年考取民商法学硕士研究生，才算正式步入了法学殿堂。由于他学习踏实，刻苦钻研，很快就表现出良好的法学素养和较强的科研能力。尤其难能可贵的是，在这赶时髦、搞投机的年代里，作者还去钻研农村土地承包经营权这样一个“老土”的问题，而且对此情有独钟，一钻就是五六年，直至完成这本字数并不算多的专著。作为他读研期间的指导教师，我不仅为他取得这样的成果而高兴，更为他的这种精神所感动，所以，欣然为之作序。

纵观本书，它具有以下几个特点：其一，研究内容既有实践意义，又具理论价值。就实践来说，无论是“三农”问题的解决，还是社会主义新农村的建设，也无论是农村社会保障制度的建立与健全，还是农村土地制度的改革与完善，都可以从农村土地承包经营权流转的角度做文章。从理论上讲，不管是“债权物权化”理论，还是“所有权权能分离”理论；也不管是“物权变动模式”理论，还是“不动产登记的法律效力”理论，都可以从农村土地承包经营权及其流转的理论研究中得到启发，进而丰富和发展了民法特别是物权的有关理论。其二，研究视角具有新颖性。例如，运用价值学说解释所有权权能分离理论、从事物功能的角度阐释所有权权能之界定学说、运用中国传统法律文化的研究成果检讨农村土地承包经营权流转登记制度、从系统论和程序法的角度探索农村土地承包经营权的保护制度、从多元文化的角度探讨农村土地承包经营权主体的范围和农村土地承包

农村土地承包经营权流转研究

经营权的信托等问题。无论作者最后得出的观点是否正确或可行，这些新的方法、新的视角都可以给他人以新的启示，而这正是学术研究的活力所在。其三，某些观点具有新颖性。譬如，作者提出了“农村土地承包经营权流转模式”等新概念，提出了“农村土地承包经营权信托”等新思路，提出了“有条件地允许农村土地承包经营权继承、抵押和转让”、“根据农村土地承包经营权变动形式的不同来设计农村土地承包经营权纠纷的仲裁制度”等新观点。这些新思路、新观点虽然还不成熟，甚至不一定行得通，但是，无论于实践抑或理论，都不无参考的价值。

当然，由于作者缺乏足够的实践经验，对各地农村土地承包经营权流转的实际情况缺乏全面的了解，本书的不足之处在所难免。特别是对于农村土地承包经营权流转这样一个涉及多个学科的问题，要作全面、深入的研究，实属不易。它不仅是个法律问题，而且是个经济问题，甚至还是政治问题，所以，需要综合运用法学、经济学、政治学等方法进行研究。这对于单兵作战的本书作者来说，难免力不从心，由此导致书中对一些问题的论述不够充分，深度略显不足。例如，对“农村土地承包经营权流转模式”的论述尚待深化，对农村土地承包经营权流转制度的修改与完善还可进一步探讨，对农村土地承包经营权信托的设想有待进一步展开。

本书虽然尚有不足，但颇具实践意义，且不乏理论价值，特别是其研究视角新颖、开阔，可供借鉴。故值得一读。

是为序。

毛卫民

2007年4月于海南大学东坡湖畔

自序

这一辈子与“农”字有不解之缘。生在农村，长在农村，学在农村，教在农村。出生在湖南永兴县洋塘乡的一个自然村，一直在乡村长大，在永兴职业中专所学的专业是农村家庭经营管理，在郴州农校所学的专业是农业师资，所以，先后被分配到洋塘乡中心小学、洋塘乡中学任教。在任教期间还兼任农业技术推广员，也亲自跟弟弟小规模地饲养过“狗”和“鸭”，也实验过稻田养鱼。顺应时代的潮流，也加入了“考研湘军”中，并于2001年来到贵州大学攻读民商法硕士研究生。当时心想，这应该了结了与“农”字的情缘吧！可是，上帝的安排，阴差阳错，我的硕士毕业论文还是离不开“农”字，我所发表的大部分论文也还是离不开“农”字，可是，谁也想不到，我所指导的两个在校大学生的科研项目及我自己所主持的贵州省教育厅人文社会科学研究项目还是离不开“农”字，我拟出版的专著也还是离不开“农”字。既然这样，我不得不认命；既然这样，我不得不与“农”字结伴而行；既然这样，我只好用这样一句话：“我选择，我喜欢”表达与“农”字的情谊吧！

在2003年3月，我的导师问我的硕士毕业论文题目选好了没有，我把拟选的硕士毕业论文题目——《农村土地信托研究》交给了导师，并且跟导师交流了自己的选题理由及写作思路和基本观点。导师认为这个题目比较新颖，但是，担心很难写下去，因为在资料、农村土地信托的理论基础和事实基础等方面都存在许多难题，所以，他建议我重新选一个论文题目。查资料，看

书，苦思冥想几周后又与导师见面讨论毕业论文的选题问题。经过几个小时的讨论，导师建议我把“论农村土地承包经营权”作为我硕士毕业论文的题目，要求我好好地想一想，好好地把开题报告写好交给他修改。2003年4月，我把开题报告交给他，他看了以后，充分肯定了我的硕士毕业论文开题报告。2003年5月，法学院举行了民商法硕士毕业论文开题答辩。答辩委员会认为我的选题比较好，选题理由充分，同意开题。在开题答辩会上，刘淑芬教授、廖克林教授、肖强教授特别表扬了我，希望我认真把硕士毕业论文写好。

由于学校要求在公开刊物至少发表两篇学术论文，才有资格参加硕士毕业论文答辩。为了发表学术论文和完成硕士毕业论文，到学校图书馆和法学院资料室以及学术期刊数据库查看资料，精读王泽鉴、史尚宽、胡长清、梁慧星、王利民、陈华彬、王轶等民法学者的民法理论著作和物权法理论著作，也经常与郭民、肖祥礼、姜永华、王亮等同学讨论民法和物权法问题，相互间也提供有价值的信息和资料，认真做读书笔记，写读书心得，勤于思考。功夫不负有心人，一份耕耘，一份收获。短短的十个月，发表了六篇学术论文（其中有四篇学术论文是硕士毕业论文中的一些专题）。2004年5月下旬，法学院举行了民商法硕士毕业论文答辩，我的硕士毕业论文不但顺利通过了，而且被评为优。天生固执的我试图坚持不懈地研究农村土地承包经营权，研究农村土地制度，尤其是想研究农村土地所有权制度，试图在硕士论文的基础上，写一本有关农村土地制度方面的专著。2004年6月底，我把自己的想法告诉了我的导师，导师认为我的想法比较好，并且推荐我到贵阳市中级人民法院政治部刘鸿烈主任那里找“农村土地制度”方面的调研和政策等方面的资料。暑假，我回老家的县政府找“农村土地制度”方面的调研和政策方面的资料，到乡下了解有关《农

村土地承包法》的实施情况。

2004年硕士研究生毕业后，到贵州财经学院法学系（2005年已更名为法学院）任教。法学系杜文忠主任（法学博士）勉励我抓紧时间写专著，尽早地出版专著，并把我的选题作为法学系的支助项目。于是，我信心十足，争分夺秒地查资料，看书，写书稿。2004年12月，初稿已经完成。我把书稿寄给我的导师看，也送给邹渊教授和何其勇教授看，他们认为我应该好好地修改初稿。因此，我不得不认真地精读初稿，不得不扎扎实实地博览群书，不得不冷静地思考初稿的结构和内容，反复修改。

我所指导的贵州省“生不增，死不减”农村土地承包经营权制度的课题已经被贵州财经学院批准为2005年在校大学生研究项目。于是，在2005年1月，我就安排课题组成员去贵州的眉潭、金沙、盘县、独山、赤水等县调研“生不增，死不减”农村土地承包经营权制度实施情况。于2005年5月指导他们写好了调研报告，顺利地通过学校课题验收，并且获得了贵州财经学院《学子论坛》的课题三等奖。这个课题使我更全面地认识了贵州农村土地承包经营权制度的现实情况。

2005年5月，中国社科院法律研究所苏亦工教授来我校讲学，我把自己的选题、初稿的结构和内容跟苏教授交流了一下，听了我的想法后，他充分肯定了我的选题意义和理由，也提出了一些宝贵的意见。例如，他认为，可以从中国传统文化的角度思考农村土地承包经营权制度，可以把“中庸”的思想贯穿于整个书中。所以，我又不得不阅读中国传统法律文化和中国法律史，特别是中国土地制度史方面的基础理论书。

从2005年9月至2006年这段时间，由于教学任务繁重，生活琐事繁杂，为迎接“国家教育部对高校本科教学评估”而事务繁多，只好利用琐碎时间和节假日思考和修改书稿。从2006年12月10日开始又全心地投入到本书的写作和修改之中。经过

几年的努力,“丑媳妇”即将要见“婆婆”了。

本书有三条线索,即从概念的种到概念的属的线索;从法律理论到法律制度的线索;从实体法到程序法的线索。它共分四章二十九节。第一章是农村土地承包经营权基本理论,第二章是农村土地承包经营权流转基本理论,第三章是农村土地承包经营权流转制度,第四章是农村土地承包经营权保护的救济制度。

本书运用民法理论和物权法理论探讨了农村土地承包经营权的性质、特征、变动等问题,探讨了农村土地承包经营权的登记、合同和纠纷等问题;充分论证了“农村土地承包经营权不是债权,而是物权,是用益物权”的观点,论证了保留“农村土地承包经营权”名称的必要性和可能性,检讨了“农村土地承包经营权物权化”、“农地使用权取代农村土地承包经营权论”等学术观点;评析了农村土地承包经营权变动模式,从物的价值的角度解释所有权权能分离的必然性,从数学归纳法原理和事物功能原理等多视角检讨和评析所有权权能的界定,从系统论和程序法的角度论述了农村土地承包经营权的保护,同时,也对农村土地承包经营权与投资 and 农村社会保障等重大问题作了一些研究。本书也探讨了农村土地承包经营权流转的必然性、理论障碍和制度障碍、理论模式、概念、种类、法律特征和原则等问题,运用我国的传统法律文化研究成果、经济分析法学的法律思想及价值法学的法律思想和最新的物权研究成果,检讨现行农村土地承包经营权流转制度,并且利用以上的研究成果和法律理念,对现行农村土地承包经营权流转制度的修改和完善提供了一些切实可行的立法建议和司法建议。

本人才疏学浅,孤陋寡闻,法学理论功力不够,第一手资料偏少,资料量化分析不够,所以,本书对某些观点的剖析和解释,不能让人很信服,对有些制度缺陷的分析和完善的建议,不

自序

是很透彻、合理，因此，请法学前辈和同仁们多多包涵和谅解，同时，也欢迎法学前辈和同仁们提出批评和指导，不胜感激。

曹务坤

2007年3月31日

目 录

第一章 农村土地承包经营权基本理论研究·····	1
第一节 农村土地承包经营权的定义和性质·····	1
一、农村土地承包经营权的定义·····	1
二、农村土地承包经营权的性质·····	2
第二节 农村土地承包经营权的法律特征·····	20
一、从微观角度探讨农村土地承包经营权的法律特征·····	20
二、从宏观角度探讨农村土地承包经营权的法律特征·····	31
第三节 农村土地承包经营权人的范围的界定·····	33
一、现行法律对农村土地承包经营权人的范围的界定·····	33
二、检讨农村土地承包经营权人的范围的界定的学术 观点·····	34
第四节 农村土地承包经营权名称的废留·····	36
一、检讨地上权、永佃权取代农村土地承包经营权学说·····	36
二、检讨农地使用权取代农村土地承包经营权学说·····	39
三、与高富平先生商讨农村土地承包经营权的名称 问题·····	41
四、检讨承包使用权取代农村土地承包经营权学说·····	42
五、从正面论证应该保留农村土地承包经营权的 名称·····	44
第五节 农村土地承包经营权的权能·····	46

农村土地承包经营权流转研究

一、所有权权能	46
二、农村土地承包经营权的权能	56
第六节 农村土地承包经营权的变动及变动模式	65
一、农村土地承包经营权的变动	65
二、农村土地承包经营权的变动模式	71
第七节 农村土地承包经营权的登记	77
一、检讨农村土地承包经营权登记对抗主义的观点	77
二、从正面论证农村土地承包经营权不应该采用登记 对抗主义	81
三、检讨农村土地承包经营权登记意思主义的观点	86
第八节 农村土地承包经营权合同	87
一、农村土地承包经营权合同的概念和种类	87
二、农村土地承包经营权合同的法律特征	87
三、农村土地承包经营权合同订立的法律特征	92
第九节 农村土地承包经营权的纠纷	94
一、引起农村土地承包经营权纠纷的原因	94
二、农村土地承包经营权纠纷的特点	99
三、解决农村土地承包经营权纠纷的法律思考	101
第十节 农村土地承包经营权的保护	108
一、农村土地承包经营权的保护与农村土地承包经营 权性质的界定	109
二、农村土地承包经营权保护与农村土地征收和农村 土地征用	113
三、农村土地承包经营权的保护与立法	117
四、农村土地承包经营权的保护与司法	121
五、农村土地承包经营权的保护与村规民约	122
第十一节 农村土地承包经营权与投资的关系	124
一、农村土地承包经营权对投资的影响	125

二、农村土地承包经营权制度对投资的影响·····	127
第十二节 农村土地承包经营权与农村社会保障的关系···	129
一、农村土地承包经营权对农村社会保障的影响·····	130
二、农村土地承包经营权对农村社会保障的影响分析···	132
第二章 农村土地承包经营权流转基本理论研究·····	134
第一节 农村土地承包经营权流转的必然性·····	134
一、农村土地承包经营权流转的必要性·····	134
二、农村土地承包经营权流转的可能性·····	140
第二节 农村土地承包经营权流转的概念·····	145
一、农村土地承包经营权流转概念的学术观点 介绍·····	145
二、检讨农村土地承包经营权流转概念的学术 观点·····	147
第三节 农村土地承包经营权流转的种类·····	149
一、转包·····	149
二、互换·····	150
三、出租·····	150
四、继承·····	151
五、转让·····	152
六、入股·····	153
七、信托·····	153
八、抵押·····	153
第四节 农村土地承包经营权流转模式·····	154
一、农村土地承包经营权流转模式的概念·····	154
二、农村土地承包经营权流转模式的种类·····	155
第五节 农村土地承包经营权流转的主要障碍·····	156
一、公司破产理论障碍及其解决·····	156
二、民事诉讼法律制度障碍·····	157

农村土地承包经营权流转研究

三、民事实体法律制度障碍·····	157
四、社会保障制度的障碍·····	158
五、农民工就业的障碍·····	159
第六节 农村土地承包经营权流转应该注意的几个问题 ···	160
一、农村土地承包经营权流转要尊重农村土地承包经营 权人自愿的原则·····	160
二、要正确处理好农村土地承包经营权人流转农村土地 承包经营权的自治权与国家“三农”宏观调控与 农地征用的公权之间的关系·····	161
三、农村土地承包经营权流转应该逐渐突破“社员性、 身份性”的鸿沟，逐渐由市场来调节 ·····	165
第三章 农村土地承包经营权流转制度研究·····	167
第一节 农村土地承包经营权转包制度和出租制度·····	167
第二节 农村土地承包经营权继承制度·····	171
一、检讨耕地和草地的承包经营权不能继承的观点 ·····	171
二、现行农村土地承包经营权继承制度的缺陷·····	174
三、农村土地承包经营权继承制度的完善·····	177
第三节 农村土地承包经营权转让制度·····	180
一、检讨农村土地承包经营权转让制度·····	180
二、完善农村土地承包经营权转让制度·····	186
第四节 农村土地承包经营权入股制度·····	189
一、农村土地承包经营权入股制度的检讨·····	189
二、农村土地承包经营权入股制度的完善·····	192
第五节 农村土地承包经营权信托制度·····	195
一、问题的提出·····	195
二、创设农村土地承包经营权信托的必要性·····	196
三、创设农村土地承包经营权信托的可能性·····	200

四、创设农村土地承包经营权信托应该注意的几个问题·····	204
第六节 农村土地承包经营权流转登记制度·····	206
一、农村土地承包经营权取得登记制度·····	206
二、农村土地承包经营权流转登记制度·····	212
第七节 农村土地承包经营权抵押制度·····	216
一、问题的提出·····	216
二、检讨现行农村土地承包经营权抵押制度·····	217
三、完善农村土地承包经营权抵押制度·····	222
第八节 农村土地承包经营权流转合同制度·····	225
一、农村土地承包经营权合同制度·····	225
二、农村土地承包经营权流转合同制度·····	228
第四章 农村土地承包经营权流转保护的救济制度·····	232
第一节 农村土地承包经营权纠纷调解制度·····	232
一、检讨农村土地承包经营权纠纷调解制度·····	233
二、完善农村土地承包经营权纠纷调解制度·····	234
第二节 检讨《最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定（试行）》·····	238
第三节 农村土地承包经营权合同仲裁制度·····	242
一、检讨农村土地承包经营权合同纠纷仲裁制度·····	242
二、农村土地承包经营权合同纠纷仲裁制度的完善·····	248
参考文献·····	251
后记·····	260

第一章 农村土地承包经营权 基本理论研究

第一节 农村土地承包经营权的定义和性质

一、农村土地承包经营权的定义

对于农村土地承包经营权的定义，仁者见仁，智者见智。“农村土地承包经营权是指以种植、畜牧等农业生产为目的，对集体所有的土地进行占有、使用、收益的权利。”^①“农地使用权是指以种植、养殖、畜牧等农业为目的，对国家或集体所有的农用地占有、使用、收益的权利。”^②他们是采取列举的方法从权能的角度对农村土地承包经营权下定义，固然，他们的观点具有一定的道理，但是也存在一些缺陷。例如，第一种观点的农村土地承包经营权定义中农村土地承包经营权的客体太窄，把国家所有的农村土地排除在外。以上对农村土地承包经营权所下的定义让人感觉农村土地承包经营权与农村土地集体所有权的本质区别是处分权能，农村土地承包经营权没有处分权能，实质上，农村土地承包经营权也具有处分权能。从权能的角度对农村土地承

① 王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》[M]，北京：中国法制出版社，2001：70。

② 梁慧星：《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》[M]，北京：社会科学文献出版社，2000：511。