

土地承包经营权流转 法律问题研究

左平良 著

TUDICHENGBAOJINGYINGQUANLIUZHUAN
FALUWENTIYANJIU

土地承包经营权流转 法律问题研究

左平良 著

中南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

土地承包经营权流转法律问题研究/左平良著. —长沙:中南大学出版社, 2007. 6

ISBN 978-7-81105-564-1

I. 土... II. 左... 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 085924 号

土地承包经营权流转法律问题研究

左平良 著

☐ 责任编辑 陈雪萍

☐ 责任印制 文桂武

☐ 出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

☐ 印 装 长沙瑞和印务有限公司

☐ 开 本 850×1168 1/32 ☐ 印张 7 ☐ 字数 169 千字

☐ 版 次 2007 年 6 月第 1 版 ☐ 2007 年 6 月第 1 次印刷

☐ 书 号 ISBN 978-7-81105-564-1

☐ 定 价 18.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

序

这是一本研究当代中国农民财产权利的著作。“三农”问题是困扰当代中国发展的社会问题，引起了社会各界的关注。然而“三农”问题所蕴含的本质是什么，却是学者、尤其是法学界学者研究极少关注的领域，本书以此为研究对象其意义是非常重大的。我以为“三农”问题的本质就是农民财产权利的问题，这是近代中国想解决却又始终没有解决的问题。

作者旨在回答两个问题：一是作为中国农民重要财产权利之一的土地承包经营权为什么可以流转；二是如何实现土地承包经营权的有效流转。法学、政治学、经济学和社会学都在试图回答这些问题。但各个学科之间明显缺乏必要和有效的沟通、交流，各自的成果不能相互借鉴，中国农民和农村问题的各学科研究总处在隔膜状态。作者清楚地意识到这一点，他试图对土地承包经营权的流转问题进行多学科、多视角、全方位的思考。这样一来，他不得不面对各个学科的学术壁垒。从政治学角度，土地承包经营权的流转涉及农村社会秩序和土地公有、私有以及是否会发生土地兼并等一系列问题；从经济学角度，土地承包经营权流转关系到土地规模经营、土地投入与产出、土地流转的成本等问题；从社会学的角度，土地承包经营权流转会碰到城乡二元结构、农民社会保障、农村社会变迁等问题；从法学的角度，土地承包经营权流转要设计主体、客体、各方权利义务以及法律救济等内容。这本书是作者对自己的挑战。

作者能够有条不紊地安排各学科的研究成果，并没有学科之间的门户之见。比如，在写到土地承包经营权流转方式时，作者

完全忘记了自己法律人的身份，积极扮演社会学者田野调查的角色。“在笔者所调查的湖南省衡阳县某村，300多亩水田经村集体组织出租给外村人种植烟叶，不仅土地租金低到每年100元/亩，承租人拥有对所租赁水田种烟的绝对自主经营权，而且规定村组负责安排劳动力并做到‘招之即来’的地步。在这里，原承包经营权人的土地权益及其劳动力都受到了他人的支配。”没有这种鲜活资料，哪里会有对农民利益的尊重和维护？！

作者在田野调查中，发掘了一些新的研究课题。“据笔者在湖南浏阳市、岳阳县、衡阳县等地调查发现，一些苗木经营者在租赁的耕地上种植大片的幼林，原来的耕地已呈现出一派林地的景象（如水位下降，出现林鸟等）。尽管苗木种植期限最长一般不超过2年，有的甚至只有短短的3、4个月时间，并非永久改变土地的农业用途，但是在耕地上种植苗木，一定程度上改变了耕地的土壤和水分条件，原来耕地的耕作条件已发生了变化。”这些直接经验让作者敏锐地发现在放开土地承包经营权流转的同时，应注意农地资源的保护，作者还别出心裁地从生态伦理的角度分析了农地资源保护的正当性。

我喜欢这样的学术态度。

这种全新的尝试并没有让这本书成为学科大杂烩，作者还是按照法学的逻辑架构解析问题。无论是土地承包经营权流转的法理分析，还是对古今中外土地权利流转的法律史和比较分析，都可以看出作者良好的法学功底。在论述土地承包经营权流转中国家、集体和个人利益的关系中，作者很好地妥当地处理了公法和私法的关系，并没有因为自己的私法立场而贬损公法精神，也没有因为国家利益至高无上而忽视农民利益。这是在法学内部的一种兼容并包。在此基础上能提出征收土地应强化农民的意思表示等新观点，也就不足为奇。

本书作者是我的学生，从他2000年毕业算起，能在7年时间

里开辟一个全新的研究领域，我感到惊喜和欣慰。研究土地承包经营权流转的成果很多，但专门研究土地承包经营权流转法律制度的专著还没有。用“填补空白”来拔高这本书的地位，有吹嘘嫌疑，但这本书的确有指引物权法研究领域和法学研究方式的作用。我国法学院的学生大多熟悉外国财产法的规定，甚至能侃侃而谈“让与担保”、“所有权保留”、“物权行为”、“占有改定”等深奥术语，却没有几个人能知道中国农民的财产法需求，更不要说去发现某种合理的法律制度以反映这种需求。导致这一现象产生的原因，除了中国法学不太重视中国现实问题及不能合理解释、解决现实问题之外，更深层次的原因是，我们大学的学科“割据”影响了学生知识结构的完整，造成师生在面对中国现实问题时心有余而力不足。我们所有的大学生考英语4级、6级时有动力、有压力、有毅力，却对调查中国社会现实缺乏兴趣。来自农村的大学生，几乎不了解农村。这些现象足以让人忧虑。可喜的是，作者在土地承包经营权流转问题上能进行法学、经济学、政治学和社会学的全面思考，虽然就后几个学科而言作者的“声音”和“方法”还略显稚嫩和粗糙，但这是一个重要的开始。我把这本书作为我们跨学科培养学生的成果，应该不算贪功。作为老师最自豪的莫过于能看到学生在收获自己耕耘的成果，故欣然为序。

张文山

2007年4月24日于广西大学

目 录

前 言	(1)
一、选题的由来	(1)
二、相关概念的法律界定	(2)
三、本书的研究视角与研究方法	(5)
第一章 土地承包经营权流转法律研究述评	(7)
一、法学界对土地承包经营权流转问题的探索历程	(7)
二、关于土地承包经营权流转法律研究的积极评价	(14)
三、关于土地承包经营权流转法律研究的检讨	(17)
第二章 土地承包经营权流转的法理基础	(22)
一、关于土地承包经营权的物权基本属性的分析	(22)
二、关于土地承包经营权的物权特殊性分析	(30)
三、土地承包经营权流转法律调整价值取向的二重性： 兼顾效率与公平	(37)
第三章 土地承包经营权流转的历史经验 ——我国永佃权流转的历史考察及其现代价值	(44)
一、我国永佃权制度的一般概述	(44)

二、永佃权流转的历史沿革	(46)
三、永佃权流转的历史原因	(48)
四、永佃权流转的历史特点	(52)
五、永佃权流转对土地承包经营权流转立法的经验启示	(55)
第四章 土地承包经营权流转的比较法借鉴 ——国外农地使用权流转的比较考察及其启示	(59)
一、国外农地使用权流转制度概况	(59)
二、国外农地使用权流转法制的一般特点	(64)
三、国外农地使用权流转的若干差异	(69)
四、国外农地使用权流转对我国的启示	(71)
第五章 土地承包经营权流转中的国家、集体与农民的关系	(75)
一、土地承包经营权流转中的集体与农民的关系	(75)
二、土地承包经营权流转中的国家与农民的关系	(86)
第六章 土地承包经营权流转方式研究	(99)
一、土地承包经营权的转让问题	(99)
二、土地承包经营权的出租问题	(110)
三、土地承包经营权入股的问题	(123)
四、土地承包经营权抵押的问题	(141)
第七章 土地承包经营权流转合同研究	(154)
一、土地承包经营权流转合同的性质	(154)
二、土地承包经营权流转合同的对价	(157)

三、土地承包经营权流转合同的形式·····	(158)
四、土地承包经营权流转合同的效力·····	(162)
五、土地承包经营权流转合同的登记·····	(167)
第八章 土地承包经营权流转中的农地资源保护 ·····	(172)
一、我国农地资源的一般状况·····	(172)
二、土地承包经营权流转中相关利益主体农地资源保护 义务的一般规定·····	(175)
三、土地承包经营权流转实践中凸现的农地用途管制 问题·····	(177)
四、土地承包经营权流转中的农地资源保护立法的完善 ·····	(185)
第九章 土地承包经营权流转的司法救济 ·····	(187)
一、土地承包经营权流转司法救济的历史与现状·····	(187)
二、土地承包经营权流转的司法救济效果评价·····	(190)
三、土地承包经营权流转司法救济制度的完善·····	(192)
四、土地承包经营权流转纠纷司法案例评析·····	(196)
主要参考文献 ·····	(202)
后 记 ·····	(208)

前言

一、选题的由来

促使我研究土地流转法律问题的根本原因在于土地流转法律研究对于三农问题解决的意义。1990年3月3日,邓小平在同几位中央负责同志谈话时,就我国农业改革和发展的长远规划明确指出:“中国社会主义农业的改革和发展,从长远的观点看,要有两个飞跃。第一个飞跃,是废除人民公社,实行家庭联产承包为主的责任制。这是一个很大的前进,要长期坚持不变。第二个飞跃,是适应科学种田和生产社会化的需要,发展适度规模经营,发展集体经济。这是又一个很大的前进,当然这是很长的过程。”^①在这一段话中,邓小平同志高瞻远瞩,揭示了农村土地规模经营的必然趋势。而依法推进土地流转,是发展各种形式的土地规模经营的关键。历史进入到21世纪初,尽管以农村土地承包经营权的流转为基础的农村土地流转市场尚未真正建立起来,但这将是我国下一步农村经济体制改革向纵深发展的过程中必须面对的。^②可以说,当前三农问题仍然主要是一个农地问题,即人地矛盾、土地权益分配不公及利用状况不合理的问题。这一问题的解决有待于土地承包经营权流转市场的真正建立。因此,农地问题实际上又是一个土地承包经营权的流转问题。土地承包经

① 《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第355页。

② 赵志毅、张丽华编著:《最新农村土地承包法律解读与操作指南》,中国法制出版社2005年版,第4页。

营权流转法律研究的意义,就是要适应这一实践的需要,即通过研究,揭示土地承包经营权流转的基本法理,构建土地承包经营权流转的具体制度,以服务并推进土地承包经营权的流转实践。从根本上讲,土地流转法律问题的研究意义在于促进土地的有效、合理利用,防止土地资源的浪费或者土地资源的过度利用、利用不足或不正常使用。

课题任务的完成是我研究土地承包经营权流转法律问题的直接原因。我对土地承包经营权流转法律问题的研究,始于2002年我所主持的一项湖南省教育厅科研基金课题——“农村土地承包经营权流转法律问题研究”。在该课题研究中,我对土地承包经营权的自由转让问题,土地承包经营权的抵押问题,土地承包经营权流转中的国家、集体与农民关系问题进行了初步探讨。该课题于2005年结题后,我总感觉言犹未尽,还有许多问题值得进一步探讨。2006年,我又以“土地承包经营权抵押的理论与实践”为题申报湖南省社科规划课题并获得成功。在土地承包经营权抵押理论与实践问题的研究过程中,我越来越觉得土地承包经营权抵押问题不是一个单纯的问题,它涉及土地承包经营权的性质、权能、农地权利流转的历史及域外经验、农地流转的金融支持、农地流转的效率与公平、农地规模流转的制度设计、农地农业用途维持的法律规制、农地流转方式的法律创新等一系列问题。这些想法使我觉得有必要全面、系统地对土地承包经营权流转法律问题进行研究,而在检索以往学术界关于土地承包经营权流转法律问题研究现状的过程中,我发现法学界竟还没有一本以此为题的专门著作,这又进一步促成了我写作本书的想法。

二、相关概念的法律界定

在民法上,土地是人们能够支配、控制并用于创造财富的物,外延上包括农用地、建设用地以及未利用地三种类型。本书

所研究的土地仅指农用地。按照《土地管理法》第4条的规定,农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利利用地和养殖水面等多种形态。本书在某些场合也使用农村土地的概念。从广义上讲,农村土地是一个外延比农用地更为宽泛的概念,包括农村的宅基地、建设用地在内。本书是从狭义的角度上使用农村土地这一概念的,即农村土地仅指农用地。按照《农村土地承包法》第2条的规定,所谓农村土地,是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他依法用于农业的土地。这一界定同《土地管理法》对农用地的界定基本一致。特别需要说明的是,本书各章节的内容尽管一般性地涉及农用地或农村土地,但在许多场合仍然主要是以耕地为考察对象的。

《农村土地承包法》第32条、第44条将土地承包经营权分为通过家庭承包方式取得的土地承包经营权和通过招标、拍卖等其他方式取得的土地承包经营权两种类型。这两种土地承包经营权无论在性质还是功能上均有明显的不同。前者具有物权的性质,兼有经济发展和生活保障双重功能;而后者表现为债权的性质,仅体现为经济发展功能。因此,在法律制度构造上,前者比后者要复杂得多。法学界关于土地承包经营权流转问题的讨论也主要围绕前者而展开,而对于后者,学术界基本上不存在什么大的争论。本书也是以前者为研究对象,即除非有特别说明,本书所研究的土地承包经营权仅指以家庭承包方式取得的土地承包经营权。

土地承包经营权流转是一个内涵与外延均有争议的概念。关于土地承包经营权流转的概念,立法上并没有明确的界定,学术界也没有统一的意见。归纳起来,大致有四种观点:第一种观点认为土地承包经营权流转就是土地承包经营权中分离出来的使用权的转让。如有学者认为,在家庭承包制框架下,农地产权结构

被分解为三种权利：其一是所有权；其二是承包权；其三是经营权（使用权）。土地承包经营权流转的含义是，拥有土地承包经营权的农户将土地经营权转让给其他农户或经济组织，也即保留承包权，转让使用权。^① 第二种观点认为，土地承包经营权流转就是土地承包经营权进入流通领域，通过一定的运作方式（转包、出租、抵押、作价入股等），在不同主体之间流动，并实现土地效益经营的制度。^② 第三种观点认为，土地承包经营权流转应分别定义。在家庭承包的情况下，土地承包经营权属于物权，土地承包经营权流转是指土地承包经营权人将土地承包经营权或者土地承包经营权中的部分权能移转给他人的行为；而在其他方式承包的情况下，土地承包经营权属于债权，土地承包经营权的流转是指不改变土地承包合同的内容，承包人将合同权利全部或部分转让给第三人的行为。由于两种流转在法律属性上的不同，有必要根据其不同特点和运行机理，设置不同法律规范予以调整。^③ 第四种观点认为，土地承包经营权流转的提法不太符合法学表述，权利一般用移转，权利客体一般用流转。土地承包经营权的移转是原土地承包经营人。将土地承包经营权移转给他人，使他人成为新的土地承包经营人的过程。这一过程不仅是土地承包经营权主体的变更，而且是土地承包经营关系的变化。^④ 上述学者们出于论述语境的需要，提出的各种观点均有一定的道理。但是上述观点所反映的土地承包经营权流转概念内涵与外延上相对狭窄，即仅指在不改变农村集体土地所有权的情况下，农户及其他农业

① 张红宇：《中国农村的土地制度变迁》，中国农业出版社 2002 年版，第 140 页。

② 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 280 页。

③ 蒋月等：《农村土地承包法实施研究》，法律出版社 2006 年版，第 75 页。

④ 胡吕银：《土地承包经营权的物权法分析》，复旦大学出版社 2004 年版，第 146 页。

生产经营者之间相互发生的土地承包经营权流转行为。

本书采用的是广义上的土地承包经营权流转概念。从广义上讲,土地承包经营权流转可分为两种形式。一是在不改变农村集体土地所有权的情况下,农户及其他农业生产经营者之间相互发生的土地承包经营权流转形式。这是狭义的也是我们通常理解的土地承包经营权流转形式,包括土地承包经营权转包、出租、互换、转让、入股、抵押等。二是在改变或者不改变农村集体土地所有权的情况下,农户与国家之间发生的土地承包经营权流转形式,包括土地承包经营权的征收与征用。这是一种通常被忽略但事实上也具有传统民事权利流转性质的土地承包经营权流转形式。土地承包经营权的征收与征用通常被理解为行政行为,但从某种程度上讲,土地承包经营权征收与征用同样具有民事权利流转的合意性质,因此,从广义上讲,土地承包经营权征收与征用可视为土地承包经营权的特殊流转方式。^① 本书一般情况下所指的土地承包经营权流转是指在不改变农村集体土地所有权的情况下,农户及其他农业生产经营者之间发生的土地承包经营权流转形式。但本书的有关章节也会从土地承包经营权流转的特殊方式角度论及土地承包经营权的征收与征用问题。

三、本书的研究视角与研究方法

本书采用的是法学研究的视角,即从法学角度探讨土地承包经营权流转中的权利(力)、义务设定问题,涉及法律对土地承包经营权流转权益分配关系的调整及对土地承包经营权流转的管制。

^① 丁关良将土地承包经营权流转的形式划分为四类:一是物权性质的土地承包经营权流转(包括转让、抵押、互换、赠与、继承、遗赠);二是债券性质的土地承包经营权流转(包括租赁、托管);三是股权性质的土地承包经营权流转(包括入股、联营);四是其他性质的土地承包经营权流转(如农村土地征用)。参见丁关良:《农村土地承包经营权初论》,中国农业出版社2002年版,第236~238页。

当然,作为一个关系到农业产业结构调整、农民增收、农村社会稳定的具有全局性的复杂问题,土地承包经营权的流转问题既是一个法律问题,也是一个经济问题,同时还是一个政治问题。就法律问题而言,主要表现为土地流转的规范化问题;就经济问题而言,土地流转问题表现为土地产出的效率问题;就政治问题而言,土地流转问题涉及农村社会的稳定。这一点也决定了对土地流转问题的研究,需要从多个视角展开,但无论从哪个视角展开,都离不开其他视角的观察。因此,本书除了主要从法学的视角展开分析外还兼及经济、政治的研究视角,即使就法学研究视角来说也具有一定的多学科研究性质。鉴于土地承包经营权的流转行为主要是一种土地承包经营权人自主流转土地权利的民事行为,因而本书主要从民法这一私法的角度展开分析。同时,由于土地承包经营权客体及这一权利本身的公共性,本书的研究也会兼及经济法等公法的视角。当然,一定程度的多学科研究视角并不妨碍本书主要从法律的视角并且主要从私法的视角展开。

在研究方法上,本书采用了文献研究、实证研究、历史研究、比较研究等多种研究方法。通过对以往有关土地承包经营权流转问题的研究成果的收集、分析、整理,本书梳理了土地承包经营权流转法律问题研究的基本线索、主要成绩与存在的问题;通过对浏阳、岳阳、衡阳等农村田间地头的实地调查,感受了农民、集体及基层政府在土地承包经营权流转中的种种实践,既为农民们的创新精神所感动,也为土地承包经营权流转中所存在的一些问题担忧;由于农地使用权流转实践的历史延续与继承性,通过对我国永佃权流转的历史实践进行研究,从中获得了一些或许对土地承包经营权流转有益的经验与教训;此外,本书还对一些国家与地区的农地使用权流转进行了归纳、分析,期望从中能够获得一些域外的经验与教训。

第一章 土地承包经营权流转 法律研究述评

自 20 世纪 80 年代初土地承包经营权转包现象出现以来,法学界对土地承包经营权流转的研究就一直没有停止过,并大致表现为三个阶段。土地承包经营权流转的法律研究对于土地承包经营权流转规范的制订与土地流转实践具有一定的积极作用。但总体而言,法学界对土地承包经营权流转问题的研究仍然表现出不够活跃、视野不够开阔、内容不够系统深入、方法较为单一等若干缺陷。

一、法学界对土地承包经营权流转问题的探索历程

法学界对土地承包经营权流转问题的研究大致可分为三个阶段:

1. 第一阶段

20 世纪 80 年代初家庭联产承包责任制的推行至 1993 年 11 月中共中央、国务院《关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》的出台。这一时期,家庭联产承包责任制的推行使农民获得了自主经营土地的权利,各种专业经营户的发展使得一部分农民意欲离开土地,同时一部分种田能手或家有劳动力的农户又想多种土地,土地的转包、转让在一些地方开始出现并逐渐增多。如据福建省霞浦县 1983 年年底统计,转包土地的农户已占全县总农户的 4%。^①另据农业部农村合作经济研究课题组的调查,1990 年全国转包、转让农村土地的农户 208.9 万户,占总农户的

① 范根兴:《土地转包经济处理方式调查》,《福建论坛》1984 年第 7 期。

1.0%，转包、转让的农村土地 637.9 万亩，占总面积的比重为 0.44%；1992 年全国转包、转让农村土地的农户 473.3 万户，占总农户的 2.3%；转包、转让农村土地面积 1153.9 万亩，占总面积的 0.9%。^①总的说来，这一时期的土地流转规模总体上仍处于发育阶段，土地承包经营权流转主要表现为土地承包经营权转包、转让两种情形。因此，法学界关于土地承包经营权流转问题的研究主要围绕土地承包经营权转包、转让而展开。在家庭联产承包责任制推行早期，土地承包经营权转包现象的出现一度曾引起人们的争论，如土地承包经营权转包会不会改变土地集体所有的性质^②、土地承包经营权转包要不要给转包人一定的经济补偿^③等问题一度曾令人困惑。为了从理论上回答这些问题，有学者从土地承包经营权转包与我国社会主义所有权的关系的角度对土地承包经营权转包现象进行了研究，认为土地承包经营权转包符合我国社会主义所有权制度^④。其时的民法学教材、著作对土地承包经营权流转的研究，也特别强调集体经济组织的同意对土地承包经营权转包、转让的决定性意义。如比较早期的有影响的一本民法教科书在论及土地承包经营权流转问题时，其表述是：“为了使农业生产向商品化、集约化发展，我国法律允许在征得集体经济组织同意之后，由承包人将承包经营权转让或转包给第三人，第三人据此也可取得承包权。”^⑤这一时期，法学界对土地承包经营权流转的研究具有建构意义的是有关土地承包经营权转包、转让合同的法律特征、性质以及土地承包经营权转包、转让

① 农业部农村合作经济研究课题组：《中国农村土地承包经营制度及合作组织运行考察》，《农村经济问题》1991 年第 8 期，1993 年第 11 期。

② 郑幼云：《应当怎样看待土地转包问题》，《红旗》1984 年第 13 期。

③ 赵军翔：《也谈土地有偿转包》，《农业经济问题》1985 年第 9 期。

④ 王永金：《论农村耕地转包合同》，《武汉大学学报》（社科版）1985 年第 2 期。

⑤ 佟柔主编：《中国民法》，法律出版社 1990 年版，第 274 页。