



上海法学文库

我国土地流转问题研究

主力军 著

 上海人民出版社



上海法学文库

我国土地流转问题研究

主力军 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

我国土地流转问题研究/主力军著. —上海: 上海人民出版社, 2012
(上海法学文库)
ISBN 978-7-208-10604-8

I. ①我… II. ①主… III. ①农村—土地流转—研究—中国 IV. ①F321.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第040784号

责任编辑 张应逸
封面装帧 王斯佳

·上海法学文库·

我国土地流转问题研究

主力军 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 20.5 插页 1 字数 344,000

2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷

ISBN 978-7-208-10604-8/D·2049

定价 40.00元

目 录

第一章 导论	1
第一节 土地产权的实质	1
一、土地作为物权的客体——不动产	1
二、土地作为财产权的客体——财产	2
第二节 马克思产权理论与土地产权的关系辨析	3
一、法权关系中的产权关系	3
二、财产关系是生产关系的法律表现	4
三、马克思产权所包含的权利范围	8
四、马克思的土地产权理论	10
第二章 我国土地产权现状	14
第一节 土地的公有制	14
一、我国土地所有制的历史变革	14
二、土地私有制的终结	15
第二节 我国农村土地的产权制度	20
一、我国农村现行的土地国家所有制	20
二、我国农村现行的土地集体所有制	21
第三节 不同产权土地的认定标准	23
一、国有土地的认定标准	23
二、集体所有土地的认定	24
三、我国农地产权类型的物权法视角评析	25
第四节 土地集体所有制的法学分析	27
一、土地集体所有的概念及法律特征	27
二、土地集体所有制的法律基础	28

三、土地集体所有的产权性质评析·····	30
四、农村集体土地所有权主体的虚位问题·····	32
第三章 土地流转的法理·····	34
第一节 农村土地权利流转制度·····	34
一、农村土地流转的概念·····	34
二、政策许可流转的农村土地权利·····	34
三、法律许可流转的农村土地权利·····	35
四、地方性法规许可流转的农村土地权利·····	36
第二节 土地流转的法理基础·····	38
一、土地所有权与占有权能的可分离特性·····	38
实践案例 1:居住权的保护·····	40
二、土地占有权的法定构成·····	42
三、农村土地占有权的保护·····	45
四、农村土地占有权的检讨与评析·····	48
第三节 农村土地流转的实质·····	49
一、产权观视角下的土地承包经营权·····	49
二、土地承包经营权与占有权·····	49
三、土地承包经营权与占有权的流转·····	50
第四节 土地承包经营权的法理·····	51
一、土地承包经营权的概念·····	51
二、家庭承包经营为基础、统分结合的 双层经营体制的建立·····	54
三、建立农村土地承包责任制的意义·····	55
四、土地承包经营权的法律性质·····	55
五、土地承包经营权物权化的特征·····	57
六、土地承包经营权的立法·····	58
七、土地承包经营权物权化的意义·····	59
实践案例 2:土地承包经营权纠纷,法院应予受理·····	61
第五节 土地承包经营权与其他土地权利·····	62
一、土地承包经营权与永佃权·····	62

二、土地承包经营权与使用权	64
实践案例3:土地承包经营权分割纠纷	64
第四章 土地承包经营权流转的实证研究	67
第一节 土地承包经营权内在的法律关系	67
一、土地承包经营权的主体	67
二、土地承包经营关系中的国家	67
三、土地承包经营关系中的农民集体经济组织	67
实践案例4:承包人将承包地交回发包人的纠纷	71
四、土地承包经营关系中的农民集体经济组织成员	73
实践案例5:承包人迁入小城镇落户的土地承包权纠纷	79
五、土地承包经营中的发包人与承包人的关系	84
六、土地承包经营权的客体	85
第二节 土地承包合同	87
一、土地承包合同的概念	87
二、土地承包合同的生效问题	88
三、同一土地上签订两个以上承包合同 (一地数包)的问题	88
四、土地承包合同的内容	89
实践案例6:承包合同纠纷	90
五、承包合同约定的期限与法定期限的冲突问题	92
实践案例7:土地承包合同期限纠纷	94
六、土地承包经营权的继承	96
实践案例8:土地承包经营权继承纠纷	97
第三节 土地承包经营权流转的动因	98
一、农村土地承包经营权流转的原因	98
二、农村土地承包经营权流转与城乡一体化建设	99
三、农村土地承包经营权流转的基础	100
四、农村土地承包经营权流转的法律性质	101
五、土地承包经营权的流转应当遵循的原则	101
实践案例9:土地承包经营权流转原则纠纷	103

第四节 土地承包经营权的流转制度	105
一、土地承包经营权流转合同	105
实践案例 10: 土地承包经营权流转合同纠纷	106
二、土地承包经营权流转的合同效力问题	108
实践案例 11: 强迫承包人流转土地承包经营权的纠纷	110
三、土地承包经营权流转的有偿原则	113
四、法定土地流转的期限与约定的期限冲突问题	116
五、土地承包经营权流转的受让人	117
第五节 土地承包经营权的流转方式	119
一、土地承包经营权的转让	119
实践案例 12: 未经发包人同意的土地流转合同纠纷	122
二、土地承包经营权的出租	127
实践案例 13: 土地承包经营权的转包纠纷	128
三、土地承包经营权的互换	131
实践案例 14: 农村土地承包经营权互换纠纷	132
四、土地承包经营权的作价入股	134
五、土地承包经营权的抵押问题	136
六、土地流转的补偿问题	137
七、土地承包经营权流转的限制	137
实践案例 15: 改变土地农业用途的土地 承包经营权流转纠纷	138
第六节 土地承包经营权流转的检讨与评析	142
一、农村土地承包经营权流转的法理	142
二、以登记制度完善农村土地承包经营权流转制度	144
第五章 土地流转登记制度的构建	146
第一节 土地登记的含义及其法理	146
一、土地登记的概念	146
二、农村土地权利登记的法理基础	147
三、土地登记行为的私法性质	148
实践案例 16: 房屋的所有权权属认定纠纷问题	150

第二节 土地登记的理论和制度比较	151
一、土地权利登记的立法例比较	151
二、大陆法系立法例的土地登记制度	152
三、德国不动产登记制度辨析	153
四、英美法系立法例的土地登记制度	156
五、我国的土地登记瑕疵救济制度	157
实践案例 17: 不动产错误登记的赔偿责任纠纷问题	158
六、土地权利的登记客体	161
七、我国农村土地登记制度	161
实践案例 18: 房屋的所有权权属认定纠纷问题	162
实践案例 19: 恋爱关系终止后不动产的分割纠纷问题	164
第三节 农村土地流转的登记制度建构	165
一、农村土地承包经营权流转的登记	165
二、土地承包经营权证制度	166
第四节 土地承包经营权证制度	167
一、土地承包经营权证	167
二、土地承包经营权证的要件	168
三、土地承包经营权证的主体	169
四、土地承包经营权证的内容	170
五、土地承包经营权证的效力问题	171
六、完善农村土地权利登记制度的检讨与评析	172
第六章 农村宅基地流转的实证研究	174
第一节 宅基地的占有权与使用权	174
一、宅基地的占有权	174
二、宅基地的使用权	175
三、宅基地权利主体的特殊性	175
实践案例 20: 农村宅基地使用权纠纷, 法院无权受理	177
四、利用农村宅基地建造的房屋(小产权房)	178
实践案例 21: 小产权房买卖合同纠纷	179
五、宅基地权利特殊性的检讨与评析	182

6 我国土地流转问题研究

六、产权式酒店的法律关系问题探析	183
实践案例 22:小产权房买卖合同无效的 信赖利益损失赔偿纠纷	184
第二节 宅基地权利的产生与变动规则	186
一、农村宅基地权利的产生	186
二、一户多宅的问题	189
实践案例 23:农村宅基地的权属认定纠纷	189
三、房地一体与房屋买卖纠纷	190
实践案例 24:农村宅基地转让纠纷	191
第三节 宅基地的流转	193
一、宅基地的使用权流转问题	193
实践案例 25:农村房产转让分割纠纷	194
二、宅基地使用权的流转依据	195
三、宅基地流转的地方规定	196
第四节 宅基地流转的模式	197
一、农村宅基地的流转试点	197
二、上海宅基地流转模式	197
三、浙江省嘉兴市宅基地流转模式	199
四、天津宅基地流转模式	199
五、宅基地流转的意义	200
六、宅基地流转的限制	201
七、宅基地流转的检讨与评析	202
第七章 集体建设用地流转的实证研究	203
第一节 集体建设用地物权的法理	203
一、集体建设用地的概念	203
二、集体建设用地的所有权	204
三、集体建设用地的占有权	206
四、集体建设用地的使用权	208
实践案例 26:不动产公用部分用益物权的收益归属问题	210
五、集体建设用地的处分权	211

六、集体建设用地的地役权	212
七、集体建设用地的担保物权	212
实践案例 27:相邻权与地役权问题	213
实践案例 28:不动产相邻权通行问题	215
实践案例 29:不动产相邻权与损害赔偿问题	217
第二节 集体建设用地的流转	218
一、集体建设用地使用权抑或占有权的流转问题	218
二、经营性集体建设用地使用权概念	221
三、乡镇企业的破产或兼并导致的集体建设用地的流转	221
四、集体建设用地使用权的流转方式	222
第三节 集体建设用地使用权的流转实质	226
一、集体建设用地使用权的流转限制	226
二、集体建设用地使用权流转合同的形式要件	227
三、集体建设用地使用权的流转与登记要件	228
四、集体建设用地流转期限的特别规定	228
五、集体经济组织收回集体建设用地使用权的权利与限制	229
六、国家征收集体建设用地的权利与限制	230
第四节 集体建设用地流转的探索	231
一、集体建设用地使用权流转的法理基础	231
二、集体建设用地使用权流转的试点	232
三、安徽省模式与河北省模式比较	232
四、集体土地的确权问题	237
五、集体建设用地的拨用制度	239
实践案例 30:将划拨土地改变为经营性项目用地纠纷	240
六、集体建设用地使用权的出让	241
七、集体建设用地使用权的转让	242
八、集体建设用地使用权的抵押	243
九、乡(镇)、村企业的建设用地使用权的单独抵押问题	244
十、集体建设用地使用权的出租	245
十一、集体建设用地使用权流转的收益归属问题	246

十二、集体建设用地使用权流转增值的收益分配问题	246
十三、集体建设用地使用权流转价格的确定	247
十四、同地同价同权原则	248
十五、集体建设用地使用权的流转与改变土地用途的问题	248
十六、集体建设用地使用权流转的期限	249
十七、公共设施、公益事业建设用地的使用权流转问题	253
十八、房地一并流转的原则	254
十九、集体建设用地使用权的流转与房地产开发限制	255
实践案例 31: 地下车库的权属纠纷	255
第八章 土地流转与土地征收	258
第一节 征收土地的权利与限制	258
一、国家征收集体土地的权利	258
二、土地征收的特征	258
三、土地征收的法律性质	259
四、土地征收的正当性依据	260
五、土地征收补偿的依据	262
实践案例 32: 农村土地的征用补偿纠纷	263
第二节 我国土地征收制度	266
一、征收土地的程序限制	266
二、有权实施土地征收的主体	267
三、征收土地的补偿	268
实践案例 33: 土地征收补偿款纠纷	269
实践案例 34: 参与本集体经济组织的	
土地征收补偿款分配纠纷	272
实践案例 35: 成员资格与土地补偿权益分配纠纷	276
四、征地补偿与安置	278
第三节 我国土地征收制度的评析与构建	279
一、土地征收法律制度存在的问题	279
二、公共利益的界定模糊	281
三、征收的补偿标准滞后	281

四、被征地农民的发展问题	283
五、农民参与补偿费用分配的权限不明确	283
六、被征地农民的安置方式单一	284
七、土地征收的完善建议	284
第九章 我国土地流转制度的构建	288
第一节 物权法视角下的农村土地产权构建	288
一、土地双重所有权与一物一权的矛盾	288
二、建构在传统物权理念上的土地产权制度	289
三、传统物权法理念的绝对所有权理论之弊端	290
第二节 农村土地产权制度探索	292
一、法学视角下的土地产权制度	292
二、农村土地产权的国有问题	294
三、农村土地产权的私有问题	296
第三节 集体土地产权与流转制度改革探索	298
一、集体土地产权理论的构建	298
二、法定集体土地权利体系的构建	301
三、集体土地产权流转制度的构建	302
四、集体土地产权主体的构建	304
五、农民享有产权的土地流转制度构建	306
参考文献	309
后记	315

第一章 导论

第一节 土地产权的实质

一、土地作为物权的客体——不动产

我国《物权法》借鉴和吸收了德国《民法典》中有关物权的法律条文和概念,将物划分为不动产和动产,物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权(《物权法》第2条)。但是《物权法》并没有对不动产和动产作出明确的定义,我国当前的法律对动产和不动产给出明确定义的只有《担保法》。该法第92条规定:“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物,本法所称动产是指不动产以外的物。”

依据通常的理解,不动产通常是指土地以及附着于土地的房屋等建筑物和其他难以与土地相分离的地上定着物。因此,从法律概念的角度理解,土地是不动产的一个重要组成部分。

不动产(拉丁语为 *res immobiles*, 英语称 *immovable property*)是相对于动产(拉丁语为 *res mobiles*, 英语称 *movable property*)而言的,这两个法律概念都起源于罗马法。^①罗马法学家根据不同的标准,将法分为人法、物法和诉讼法。在物法中又按照不同的分类标准,将物具体划分为有体物与无体物、主物与从物等,又以物是否能够移动、移动后是否会改变其本质属性、损害其价值为标准,将物分为动产与不动产。

大陆法系对动产和不动产的划分依据和标准主要是物的物理属性,不动产是指不能自行移动,也不能用外力移动,否则就会改变其性质或其价值的有体物,动产是指不动产以外的,能够自行移动或用外力移动而不改变其

^① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第283页。

性质和价值的有体物。如德国《民法典》第 90 条规定^①,本法所称的物仅指有体物。该法典将物具体分为动产(bewegliche Sachen)和地产(Grundstueck),但是没有使用不动产这一概念。孙宪忠认为:“德国民法典中的不动产为地产,地产不泛指土地,只是在不动产登记簿中业已登记的地表部分,是精确地指向其内容是从不动产登记簿的角度考虑的法律技术概念。”^②

在讨论制定《物权法》时,我国一些民法学者也是以物的物理属性作为划分标准的,如梁慧星主持的《中国物权法草案建议稿》第 11 条规定:“不动产指依自然性质或法律的规定不可移动的物,包括土地、土地定着物、与土地尚未脱离的土地生成物,因自然或人力添附于土地并且不能分离的其他物。”^③

二、土地作为财产权的客体——财产

财产是现代经济学的一个重要范畴,是一个被法学者借鉴的经济学上的概念,其在不同的法系和国家中都有不同的表述,或者将财产直接等同于物,或者将财产定义为除人身权利之外的所有民事权利。但有一点是共同的,即财产的本质属性是其本身具有价值,能够为人所享有与利用并产生利益。在法学概念上,财产权既可以指法律关系客体,又可以指法律关系本身。

我国《民法通则》借鉴并使用了财产权的概念,如《民法通则》第五章在“民事权利”中就使用了类似财产权的“财产所有权”这一概念。梁慧星认为:“财产权是指可以与权利人的格、身份相分离并具有经济价值的民事权利,这些权利是以货币形态出现的或者可以换算为一定的货币,如物权、债权、知识产权等。”^④日本学者我妻荣认为:“财产权是指以能带来社会生活上利益的财货为内容的权利,原则上应具有经济价值、可以作为转让或者担保客体的权利”。^⑤

大陆法系中的德国物权法并没有关于财产权(Vermögensrecht)的概念,其通常使用的是物权(Sachenrecht)的概念,并且以有体物为限,包括动产和不动产。^⑥

① BGB 90: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

② 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 7 页。

③ 梁慧星:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 119 页。

④ 梁慧星:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 64 页。

⑤ [日]我妻荣:《民法大意》,东京岩波书店 1971 年版,第 87 页。

⑥ Wolf: Sachenrecht, 21. Aufl. 2005, S. 37; Gerhardt: Immobiliarsachenrecht, 5. Aufl. 2001, S. 25ff.; Weirich: Grundstuecksrecht, 3. Aufl. 2006, S. 13ff.

在普通法系中,财产权的含义则非常广泛,如美国学者罗伯特·考特、托马斯·尤伦认为:“财产的法律概念就是一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的关于资源的权力”。^①

土地是天然存在的一种自然资源,是人类生活和生产所必须依赖的天然条件,也是一种有限的资源。无论是对传统的农业生产、工业生产还是对现代市场经济而言,土地都是一种重要的财产,具有极大的经济价值和使用价值,是发展经济的重要资本。因此,我国《民法通则》在第74条和80条都明确将土地认定为一种重要的、为国家所有和集体所有的财产。

第二节 马克思产权理论与土地产权的关系辨析

一、法权关系中的产权关系

马克思系统地研究了与经济领域的生产关系相对应的法律领域的财产关系,研究了与财产有关的法的权利。在德文版《马克思恩格斯全集》中,有很多可以译为物权或财产权、产权的用语,如 Sachenrecht、Vermögensrecht 等。在中文版《马克思恩格斯全集》中,由于我国与德国具有不同的法治传统、法治理念和产权观,马克思原著中所使用的这些用语并没有都译为财产权或产权,但是财产关系、财产权和产权等翻译用语在《马克思恩格斯全集》出现的次数也是相当多的。

研读马克思的论著,不难发现马克思不仅系统地研究了西方资本主义国家的财产权和产权观,而且深入研究并详细阐述了财产权和产权中所包含的各单项权利,如所有权、占有权、使用权、支配权、经营权、索取权、继承权等一系列权利。马克思的《资本论》(德语:Das Kapital)是一部详尽剖析资本主义生产方式以及和它相适应的生产关系的科学巨著,也是一部全面地剖析作为资本主义生产关系法律表现的资本主义财产关系的科学著作。

国外经济学家普遍都承认马克思有产权理论,而且基本上将马克思视为第一位系统阐述产权理论的社会学家或者经济学家。例如,对产权理论有研究的美国得克萨斯 A&M 大学教授 S. 佩乔维奇在《马克思、产权学派和社会演化过程》中对马克思和西方产权学派的产权理论进行比较时说:“马

^① [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1991年版,第160页。

克思是第一位有产权理论的社会科学家。”^①

马克思运用辩证唯物主义和历史唯物主义原理,研究了人类社会的经济基础和上层建筑的关系,揭示了法的关系的根源。他指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系”。^②在此基础上,马克思具体分析了商品市场和劳动力市场包括所有权、占有权、转让权、使用权等产权方面的法权关系。他指出,无论是商品市场或劳动力市场,买方和卖方的交易行为都是在双方意志一致的基础上进行的。

马克思深入揭示了法权关系、意志关系、经济关系三者之间的关系:“这种具有契约形式的(不管这种契约是不是用法律固定下来的)法权关系,是一种反映着经济关系的意志关系。这种法权关系或意志关系的内容是由这种经济关系本身决定的。”^③由此,马克思在社会科学史上第一次发现了包括产权关系的法权关系、经济关系、意志关系三者之间的本质联系,正确地阐明了三者之间的关系,为构建科学的产权理论奠定了坚实的理论基础。

二、财产关系是生产关系的法律表现

现代经济科学以生产关系为研究对象,而法律科学则是以研究财产关系为核心内容,因此,就不可避免地出现了财产关系与生产关系的关系问题,这也是构建科学产权理论首先必须解决的根本问题。马克思不仅研究了政治经济学或经济学中的生产关系或经济关系,研究了法学和产权理论中的财产关系,而且研究了经济科学中的生产关系与法律科学中的财产关系二者之间的关系,他认为财产关系只是生产关系的法律用语。

经济学侧重研究所有制与所有制关系,法学则侧重研究财产权或者产权及产权人的关系,因此所有制是经济范畴,是关于生产资料归属的经济制度,而产权则是法律范畴,是关于财产归属的法律制度。产权和所有制之间是什么关系?对此,马克思在充分研究所有制和产权的基础上,他发现,所有制是先于产权的存在而存在的。只是在私有制产生和保护私有制的法律(成文法或者不成文法)出现以后,才出现了产权的概念。依据马克思理论,法律中的产权是所有制的法律形态,是“一定所有制关系所特有的法的观念”。^④

^① S. Pejovich: Property Rights School and the Process of Social Change in Karl Marx's Economics; Critical Assessments. ed. by J. C. Wood. London, Croom Helm Ltd. 1988. Vol. VI, p. 240.

^② 《马克思恩格斯全集》第13卷,人民出版社1962年版,第8页。

^③ 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第102页。

^④ 《马克思恩格斯全集》第30卷,人民出版社1975年版,第608页。

（一）财产和产权是特定阶段法律概念的不同表象

马克思把历史唯物论用于产权研究,深入探究了产权的起源和历史变迁,为此,马克思研究了资本主义社会曾经存在的财产的三种历史状态,并提出了产权是历史的产物,是历史的范畴。

财产的第一种存在状态是原始社会的土地财产状态,在这种状态下,原始社会人把自然的生产条件即自然存在的原始工具、原料和自然提供的生活资料看作是自己的财产,因为当时还没有出现国家和法,因此没有所有权的概念,只有所有制的概念,“这种所有制的原始形式本身就是直接的公有制”。^①

财产的第二种存在状态是劳动者成为劳动工具、原料和生活资料的所有者。在这种状态下,构成财产的要素已经从自然存在的要素发展成为劳动生产的要素。马克思说:“这是第二种历史状态,它按其本性只有作为第一种状态的对立物,或者说,同时作为已经改变的第一种状态的补充物,才能存在。”^②在第一种状态下,存在公有财产。在第二种状态下,存在财产所有权——以自己的劳动为基础的财产私有权。

财产的第三种存在状态是劳动者只对生活资料享有所有权,而没有对土地和劳动工具的所有权。马克思指出:“这种形式实质上是奴隶制和农奴制的公式”。在考察资本主义以前财产的三种历史状态后,马克思着重研究了资本主义社会的财产形式。在这种财产形式下,劳动者的惟一财产是自己的劳动力,惟一享有所有权的是自己的劳动力所有权,其他财产则基本上成了资本家的财产。马克思说:“在资本的公式中,活劳动对于原料、对于工具、对于劳动过程中所必需的生活资料,都是从否定的意义上即把这一切都当作非财产来发生关系。”^③

（二）产权具有特定的规律

在产权的“一般规律”的经济研究领域,马克思也十分重视对深藏在经济现象背后的经济规律的研究。马克思发现并深刻揭示了性质不同的产权的第一规律和第二规律。在历史上,产权最初是以自己的劳动为基础的。劳动者对自己劳动的产品拥有产权,这是最初的产权规律,是劳动者的产权规律,也是商品生产的产权规律。在资本主义社会,只从流通过程的表面现象上看,似乎也是如此。正如马克思所描述的:“产权(Vermögensrecht)似乎是以自己的劳动为基础的……因为互相对立的仅仅是权利平等的商品所

① 《马克思恩格斯全集》第46卷,人民出版社1979年版,第498页。

②③ 《马克思恩格斯全集》第46卷,人民出版社1979年版,第500—502页。