

国有农用地 承包经营法律研究

曹务坤 ● 著



中国社会科学出版社



国有农用地 承包经营法律研究

曹务坤 ● 著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国有农用地承包经营法律研究 / 曹务坤著. —北京: 中国社会科学出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9962 - 6

I. ①国… II. ①曹… III. ①农村土地承包法 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 324

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 143294 号

责任编辑 官京蕾

责任校对 石春梅

封面设计 君 婷

技术编辑 李 建

出版发行	中国社会科学出版社	出版人	赵剑英
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010 - 64040843 (编辑)	64058741 (宣传)	64070619 (网站)
	010 - 64030272 (批发)	64046282 (团购)	84029450 (零售)
网 址	http://www.csspw.cn (中文域名: 中国社科网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京奥隆印刷厂	装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2011 年 7 月第 1 版	印 次	2011 年 7 月第 1 次印刷
开 本	880 × 1230 1/32		
印 张	7.75	插 页	2
字 数	210 千字		
定 价	28.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

古今中外，都存在国有农用地承包经营现象，只是所采用的模式不同、法律对其态度不同、其法律效果不同而已。由于诸方面的原因，我国国有农用地承包经营被人为地分为农民集体使用的国有农用地承包经营和非农民集体使用的国有农用地承包经营两大类型，实际生活中，农民集体使用的国有农用地承包经营和非农民集体使用的国有农用地承包经营既存在共性，也存在诸方面的差异；现行法律对农民集体使用的国有农用地承包经营采用法定主义原则，而对非农民集体使用的国有农用地承包经营采用意定主义原则。

与农民集体使用的国有农用地比较而言，非农民集体使用的国有农用地所采用的承包经营模式更为丰富。有些国有农场尝试了不同的承包经营模式，如大农场套小农场承包经营模式、职工家庭承包经营模式、职工联户承包经营模式；有些大型农场，尤其是黑龙江农垦区、海南农垦区等国有大型农场进行了农用地承包经营模式改革，如集团经营模式、股份有限公司模式、上市公司模式及合作经营模式等。近年来，新疆、黑龙江、海南等省已经或正在进行非农民集体使用的国有农用地承包经营改革，推行国有林权制度改革。非农民集体使用的国有农用地承包经营模式改革和国有林权制度改革中存在一些法律问题，也涉及一些相关法律问题。

国有农用地承包经营法律研究涉及了几个重要问题：如何全面了解国有农用地承包经营的现状及存在的问题呢？如何完善国

有农用地承包经营法律理论体系呢？如何完善和构建适合中国国情的国有农用地承包经营法律制度呢？固然，有些农业经济学家对国有农用地承包经营的现状和存在的问题作了一些研究，有些法学家对农民集体使用的国有农用地承包经营的法律理论和法律制度作了深入而系统的研究，但是，时至今日，有些国有农用地承包经营法律问题的研究仍是一片空白，学者较少深入而系统地研究非农民集体使用的国有农用地承包经营的理论和法律制度。

贵州财经学院法学院曹务坤副教授独具慧眼，抓住国有农用地承包经营的重要法律问题展开了深入浅出的研究，他的新著《国有农用地承包经营法律研究》具有以下几个特征：

其一，遵循从“实证分析到法律理论构建，再到法律制度的构建和完善”的研究思路。首先，对国有农用地承包经营的事实、类型、特征、原则和价值等问题作了实证分析；其次，深入而系统地研究了国有农用地承包经营权的取得理论、登记理论及保护理论等理论；再次，检讨了国有农用地发包制度、国有农用地承包经营权的取得制度、流转制度、消灭补偿制度及救济制度等制度，并对国有农用地发包制度和国有农用地承包经营权的取得制度、流转制度、消灭补偿制度及救济制度之完善提出了一些建议，也从林业法律文化的层面对国有林权制度改革作了研究。

其二，采用了一些独特的研究方法。采用价值分析法和经济分析法，即对国有农用地承包经营价值的类型、实现和国有农用地承包经营权价值的类型、实现进行了纵向分析；运用现代农业经济理论和新制度经济学理论分析国有农用地承包经营的正当性和国有农用地承包经营权制度的缺陷。

其三，提出了一些富有见地的观点。（1）学者们所指的“土地承包经营法律问题”实质上是指“农民集体所有的农用地的法律问题和农民集体使用的国有农用地的法律问题”。与农民集体所有的农用地承包经营比较而言，国有农用地承包经营具有自身的

特质。我们不应该忽视国有农用地承包经营的特质及其法律问题，尤其是不应该忽视非农民集体使用的国有农用地承包经营的特质及其法律问题。(2) 由于非农民集体使用的国有农用地承包经营具有自身的特质，所以非农民集体使用的国有农用地承包经营应该有自己的法律理论，其法律制度的构建和完善也应该以它的法律理论为基础。(3) 虽然《农村土地承包法》、《物权法》及《土地管理法》等法律对农民集体使用的国有农用地承包经营作了一些规定，但是现行法律对农民集体使用的国有农用地承包经营的规定与对农民集体所有的农用地承包经营的规定一样，这是不合理的，另外，现行法律并没有对农民集体使用的国有农用地承包经营的某些方面作出规定。(4) 非农民集体使用的国有农用地承包经营不能完全参照《物权法》的规定；由于非农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷具有自身的特质，所以非农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷的解决不能完全参照现行法律对农民集体所有的农用地承包经营纠纷解决和农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷解决的规定。

由于对非农民集体使用的国有农用地承包经营法律问题之研究尚处于尝试性探索阶段，所以本书也存在一些不足，如结合中国司法实践研究非农民集体使用的国有农用地承包经营方面还存在一些欠缺，非农民集体使用的国有农用地承包经营制度的完善及其构建都略显单薄，有些观点的论据也不够充分。

瑕不掩瑜，本书的一些研究内容具有前沿性，一些观点具有新颖性，一些立法建议具有可行性，简而言之，本书具有较强的可读性，故乐意推荐给读者。

是为序。

吴大华

2011年6月25日于贵阳甲秀楼

目 录

导言	(1)
一、研究意义	(1)
二、研究现状评析	(1)
三、研究思路	(4)
四、研究方法	(5)
五、基本观点	(5)
第一章 国有农用地承包经营理论研究	(7)
第一节 国有农用地承包经营的概念	(7)
一、国有农用地的概念	(7)
二、承包经营的概念	(8)
三、国有农用地承包经营的概念	(9)
第二节 国有农用地承包经营的事实与规范	(9)
一、国有农用地承包经营的事实	(9)
二、国有农用地承包经营的正当性	(14)
三、国有农用地承包经营的规范	(22)
第三节 国有农用地承包经营的性质和特征	(29)
一、国有农用地承包经营的性质	(29)
二、国有农用地承包经营的特征	(30)
第四节 国有农用地承包经营的价值	(33)
一、国有农用地价值的概念	(33)

二、国有农用地价值的类型	(34)
三、国有农用地承包经营的价值	(36)
第五节 国有农用地承包经营原则	(37)
一、国有农用地承包经营原则的种类	(37)
二、国有农用地承包经营原则的实现	(40)
第二章 国有农用地承包经营权理论研究	(41)
第一节 国有农用地承包经营权的概念和性质	(42)
一、国有农用地承包经营权的概念	(42)
二、国有农用地承包经营权的性质	(43)
第二节 国有农用地承包经营权的类型和特征	(46)
一、国有农用地承包经营权的类型	(46)
二、国有农用地承包经营权的特征	(47)
第三节 国有农用地承包经营权的价值	(52)
一、国有农用地承包经营权价值的类型	(52)
二、国有农用地承包经营权价值的实现途径	(55)
第四节 国有农用地承包经营权取得	(58)
一、国有农用地承包经营权取得的方式	(58)
二、国有农用地承包经营权取得的程序	(59)
三、国有农用地承包经营权取得原则	(61)
第五节 国有农用地承包经营权登记	(62)
一、非农民集体使用的国有农用地承包经营权登记	(62)
二、农民集体使用的国有农用地承包经营权取得 登记	(65)
三、农民集体使用的国有农用地承包经营权变更 登记	(70)
第六节 国有农用地承包经营权的保护	(73)
一、国有农用地承包经营权保护的检讨	(73)
二、国有农用地承包经营权保护的完善	(78)

第七节 国有农用地承包经营权的完善	(84)
一、国有农用地承包经营的三种情形	(84)
二、国有农用地承包经营权存在的问题	(85)
三、国有农用地承包经营权的完善	(88)
第三章 国有农用地承包经营权制度	(96)
第一节 国有农用地发包制度	(102)
一、国有农用地发包原则	(102)
二、检讨国有农用地发包制度	(105)
三、完善国有农用地发包制度	(109)
第二节 国有农用地承包经营权取得制度	(112)
一、国有农用地承包经营权取得理论	(112)
二、检讨国有农用地承包经营权取得制度	(114)
三、制定非农民集体使用的国有农用地承包经营权 取得制度	(117)
四、制定国有农用地承包经营权取得时效制度	(119)
第三节 国有农用地承包经营权流转制度	(124)
一、国有农用地承包经营权流转理论	(125)
二、国有农用地承包经营权转包制度和租赁制度	(138)
三、国有农用地承包经营权入股制度	(141)
四、国有农用地承包经营权抵押制度	(143)
五、农民集体使用的国有农用地承包经营权换城市 户籍制度	(145)
六、非农民集体使用的国有农用地承包经营权转让 制度	(163)
七、质疑《物权法》若干规定	(164)
第四节 国有农用地承包经营权消灭补偿制度	(166)
一、检讨国有农用地承包经营权消灭补偿制度	(166)
二、完善国有农用地承包经营权消灭补偿制度	(168)

第五节 国有农用地承包经营权救济制度	(169)
一、检讨农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷 调解制度原则	(170)
二、国有农用地承包经营纠纷调解制度	(179)
第六节 清代黔东南锦屏侗族、苗族林业契约对国有 林权制度改革的借鉴意义	(194)
一、引言	(194)
二、清代黔东南锦屏侗族、苗族林业契约的性质	(196)
三、清代黔东南锦屏侗族、苗族林业契约所蕴涵的 法律精神	(201)
四、清代黔东南锦屏侗族、苗族林业契约对国有 林权纠纷解决的借鉴意义	(203)
参考文献	(206)
附录 重庆市关于统筹城乡户籍制度改革的意见	(216)
重庆市户籍制度改革农村土地退出与利用办法 (试行)	(229)
后记	(239)

导 言

一、研究意义

从语义和法律的视角解释国有农用地承包经营的概念，从现代农业生产经营理论和物权法理论的视角检讨和构建农民集体使用和非农民集体使用的国有农用地承包经营模式，从不同层面诠释国有农用地承包经营的价值类型，探讨国有农用地承包经营价值实现的必然性、方法和途径，这可以为国有农用地承包经营权理论和国有农用地承包经营权法律制度的完善和构建提供理论依据；对国有农用地承包经营权的概念、性质、特征、类型及价值等诸方面的研究，诠释国有农用地承包经营权流转的正当性、方式及特征，从而丰富和完善国有农用地承包经营法律理论及不动产财产权自由与限制理论，为不动产财产权适度自由和限制模式理论提供依据。同时，既可以丰富农用地承包经营权理论，又可以为国有农用地承包经营权法律制度的完善和构建提供理论依据，更可以为国有农场改革提供法律理论基础；为农民集体使用的国有农用地承包经营权发包制度和取得制度的修改提供一些建议，为非农民集体使用的国有农用地承包经营权制度构建提供一些建议。

二、研究现状评析

虽说从事农村土地法律制度研究将近十年，但是，真正关注

和研究国有农用地承包经营法律从 2009 年才开始。笔者在撰写专著《农村土地承包经营法律研究——从价值到规范的进路》过程中发现：农民集体使用的国有农用地承包经营与农民集体所有的农用地承包经营存在诸多差异，现行法律对农民集体使用的国有农用地承包经营的规定与对农民集体所有的农用地承包经营的规定一样。全国各地，尤其是新疆、黑龙江、海南等地已经或正在进行非农民集体使用的国有农用地承包经营改革，在非农民集体使用的国有农用地承包经营改革过程中出现了许多法律问题，而法学界的学者并没有对其深入而系统地探讨，现行法律并没有对其规定或其规定存在缺陷。

自从 20 世纪 80 年代以来，农民集体使用的非“四荒”国有农用地实现家庭承包经营模式，农民集体使用的“四荒”国有农用地实现招标、拍卖及公开协商等方式承包。法学界、经济学界、社会学界及政治学界都有不少学者对农民集体使用的国有农用地承包经营法律问题进行了深入而系统的研究，其研究成果汗牛充栋。

20 世纪 80 年代以来，非农民集体使用的国有农用地也实现各种各样的承包经营模式。有些国有农场尝试了不同的承包经营模式，如大农场套小农场承包经营模式、职工家庭承包经营模式、职工联户承包经营模式；一些大型农场，如黑龙江农垦区、海南农垦区等国有大型农场进行了农用地承包经营模式改革，如集团公司经营模式、股份有限公司经营模式、上市公司经营模式及合作经营模式等。为了提高国有农用地生产经营效率，中国政府推行了国有林权制度改革。《中共中央国务院关于 2009 年促进农业稳定发展农民持续增收的若干意见》规定：“全面推进集体林权制度改革。用 5 年左右时间基本完成明晰产权、承包到户的集体林权制度改革任务。集体林地经营权和林木所有权已经落实到户的地方，要尽快建立、健全产权交易平台，加快林地、林木流转制度

建设,完善林木采伐管理制度。尚未落实到户的地方,要在加强宣传、做好培训和搞好勘界发证的基础上,加快集体林权制度改革步伐。加大财政对集体林权制度改革的支持力度,开展政策性森林保险试点。引导森林资源资产评估、森林经营方案编制等中介服务健康发展。进一步扩大国有林场和重点国有林区林权制度改革试点。”

经济学界的学者,尤其是农业经济学界的学者一直非常关注国有农用地承包经营制度的改革,从不同的角度探讨了非农民集体使用的国有农用地承包经营制度改革问题。温铁军、李国等学者运用制度经济学理论分析了黑龙江省伊春市国有林权制度改革;田昕加、王兆君等学者从博弈论的角度审视了国有林区林权制度;唐俐从史学的视角对我国农垦农地制度的变迁进行了梳理和评析,同时,也对海南农垦农地制度实施作了实证研究;陈枫梳理了国有农用地现代化生产经营的一些理论,李洪运用马克思地租理论、家庭承租理论等理论剖析了江苏农垦土地租赁制度与双层经营模式;邓华玲、魏铁刚、王伟清、袁娟、陈学龙等诸多学者对国有农场改革进行了田野调查。

法学界的学者对农用地法律问题作了一些研究,并出版了不少研究成果。有些学者对英国、美国、德国、法国、日本、中国台湾以及中国香港等国家和地区的农用地法律制度进行了研究;有些学者从民事权利的视角对农用地权利的性质及法律地位进行了研究;有些学者从新制度经济学、法价值学、自然资源学、法人类学及法社会学等视角对农民集体所有的农用地承包经营法律问题进行了系统研究,尤其对农民集体所有的农用地承包经营权流转作了深入研究,也对农民集体使用的国有农用地承包经营法律问题的某些方面进行了探讨;有些学者运用民法理论和行政法理论对国有农用地承包合同的法律属性、特征及合同管理等问题作了粗线条的探讨。

一方面,学者们的研究成果为继续研究国有农用地承包经营法律提供了理论基础和事实依据,亦为笔者反思和批判国有农用地承包经营的法律理论和法律制度提供了素材;另一方面,学者们的研究也存在一些不足,其具体表现如下:(1)没有从法律视角检讨国有农用地承包经营理论问题,没有对非农民集体使用的国有农用地承包经营权法律理论进行深入而系统的研究,没有对农民集体使用的国有农用地承包经营权的某些制度进行检讨,也没有对非农民集体使用的国有农用地承包经营权理论进行深入而系统的研究,更没有对非农民集体使用的国有农用地承包经营权制度进行研究。(2)国有农用地承包经营的特质、国有农用地承包经营权的特质被忽视,非农民集体使用的国有农用地承包经营的自然债务的权利被忽视。(3)一些研究视角被忽视,如现代农业的研究视角、政治学的研究视角、政策与法律制度关联性的研究视角、社会功能的研究视角及人力社会资本的研究视角等研究视角。

三、研究思路

本书遵循从实证分析到法律理论构建,再到法律制度的构建和完善。首先,陈述和归纳了国有农用地承包经营的事实、类型、特征,诠释了国有农用地承包经营的原则和价值;其次,归纳和解释了国有农用地承包经营的概念和国有农用地承包经营权的概念、性质、类型、特征、检讨、完善和构建国有农用地承包经营权的取得理论、登记理论及保护理论;最后,在检讨国有农用地发包制度和国有农用地承包经营权的取得制度、流转制度、消灭补偿制度及救济制度等制度的基础上,对国有农用地发包制度和国有农用地承包经营权的取得制度、流转制度、消灭补偿制度及救济制度之完善提出了一些建议,也从林业法律文化的层面对国有林权制度改革作了肤浅的探讨。

四、研究方法

(1) 文献资料分析法。收集有关国有农用地承包经营和国有农用地承包经营法律方面的资料,并对这些资料进行分析,提炼了一些有价值的信息。(2) 经济分析法。运用现代农业经济理论和新制度经济学理论分析国有农用地承包经营的正当性和国有农用地承包经营权制度的缺陷。(3) 价值分析法。对国有农用地承包经营价值的类型、实现和国有农用地承包经营权价值的类型、实现进行了纵向分析。(4) 比较分析法。通过比较、分析的方法归纳了国有农用地承包经营的性质和特征,归纳了国有农用地承包经营权的性质和特征。

五、基本观点

(1) 学者们所指的“土地承包经营法律问题”实质上是指“农民集体所有的农用地的法律问题和农民集体使用的国有农用地的法律问题”。与农民集体所有的农用地承包经营比较而言,国有农用地承包经营具有自身的特质。我们不应该忽视国有农用地承包经营的特质和法律问题,尤其是不应该忽视非农民集体使用的国有农用地承包经营的特质和法律问题。

(2) 由于非农民集体使用的国有农用地承包经营具有自身的特质,因此,非农民集体使用的国有农用地承包经营应该有自己的法律理论,非农民集体使用的国有农用地承包经营法律制度的构建和完善应该以自身的法律理论为基础。

(3) 虽然,《农村土地承包法》、《物权法》及《土地管理法》等法律对农民集体使用的国有农用地承包经营作了一些规定,但是,现行法律对农民集体使用的国有农用地承包经营的规定与对农民集体所有的农用地承包经营的规定一样,这是不合理的。另外,现行法律没有对农民集体使用的国有农用地承包经营的某些

方面进行规定。

(4) 非农民集体使用的国有农用地承包经营不能完全参照《物权法》的规定。由于非农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷具有自身的特质，因此，非农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷解决不能完全参照现行法律对农民集体所有的农用地承包经营纠纷解决和农民集体使用的国有农用地承包经营纠纷解决的规定。

国有农用地承包经营理论研究

第一节 国有农用地承包经营的概念

一、国有农用地的概念

所谓国有农用地是指国家所有的用于农业生产经营的土地，是与“集体农用地”相对的概念，也是与“国有工业用地”、“国有公用地”及“国有商业用地”等相对的概念。它包含了三层含义：主体是国家，对象是产出农产品的土地，内容是所有权和农业生产经营。它与集体农用地的区别是主体不同。实质上，国有农用地与国有农村土地是同一概念，只是称呼不同而已。现行法律和学者常用“国有农村土地”这一名称，而很少用“国有农用地”这一名称。本书采用“国有农用地”是基于以下几个方面的考虑：其一，基于“顾名思义”的理念。便于交流是创设概念的一个目的。任何一个概念都有名称和内涵，概念的名称与内涵是否存在内在联系是决定概念能否被一般人理解的一个重要因素，而理解既是交流的前提，又是交流的结果。从感性认识到理性认识是认识事物的一个规律，“顾名思义”是从感性认识事物到理性认识事物的具体表现。“国有农用地”这一名称与其内涵存在内在联系，即当看到“国有农用地”时，自然而然联想到它的内涵，然而，当看到“国有农村土地”这一名称时，很容易误解它的内