



“农林复合管理理论前沿”丛书

农村

NONGCUN TUDI CHENGBAO JINGYINGQUAN
LIUZHUAN ZHIDU DE ZHENGCE YU FALV YANJIU

土地承包经营权流转制度的

政策与法律研究

张红霄 主 编
杨 萍 副主编

中国林业出版社



“农林复合管理理论前沿”丛书

农村

NONGCUN TUDI CHENGBAO JINGYINGQUAN
LIUZHUAN ZHIDU DE ZHENGCE YU FALV YANJIU

土地承包经营权流转制度的 政策与法律研究

张红霄 主 编
杨 萍 副主编



中国林业出版社

图书在版编目(CIP)数据

农村土地承包经营权流转制度的政策与法律研究/张红霄 主编. —北京: 中国林业出版社, 2010. 12

(“农林复合管理研究前沿”丛书)

ISBN 978-7-5038-6095-9

I. ①农… II. ①张… 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 027396 号

中国林业出版社·环境景观与园林园艺图书出版中心

责任编辑: 于界芬

电话: 83229512 传真: 83227584

出版 中国林业出版社(100009 北京西城区刘海胡同7号)

E-mail cfphz@public.bta.net.cn

网址 <http://lycb.forestry.gov.cn>

发行 新华书店北京发行所

印刷 北京昌平百善印刷厂

版次 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次

开本 787mm×960mm 1/16

印张 15.5

字数 274 千字

定价 42.00 元

《农村土地承包经营权流转 制度的政策与法律研究》

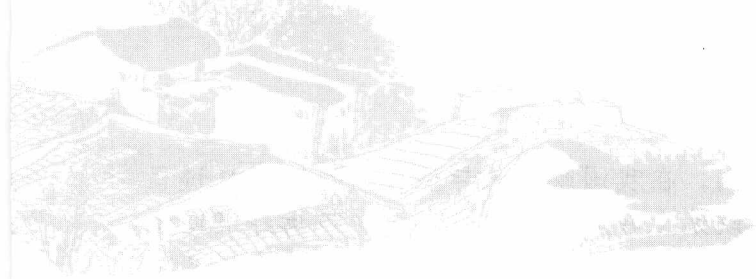
编 委 会

主 编：张红霄

副主编：杨 萍

编 委：（按姓氏笔画排列）

朱小静 严 峻 杨 萍 张红霄
苗 伟 秦光蔚 柴涛修



序

制度经济学与法学对农村土地承包 经营权制度建设的贡献与交融

制度研究在构建与完善我国市场经济体制中的重要性已成为学界共识。制度成为继自然禀赋、技术和偏好之后经济学理论的第四大支柱，在给定的技术、自然禀赋条件下，制度决定了人们的偏好；有了制度，技术与自然禀赋才能发挥其应有的作用；在不同的制度框架内，技术与自然禀赋的作用与效率是有差异的，这正是发达国家与发展中国家存在差距的根本原因。也正因如此，我国从 20 世纪 70 年代末面临国力低下、国民贫困时开始进行市场经济体制改革，制度改革带来了我国经济的高增长，而进一步的社会各领域制度的深化改革必将推进我国经济的持续、健康发展。

在制度研究中，制度经济学与法学的作用伯仲难分，显示出相辅相成、互相融合的趋势。制度经济学运用新古典经济学“需求与供给”基本分析方法，逐渐形成产权理论、交易成本理论、契约理论、企业理论以及制度变迁理论等，这些理论为制度建设目标与内容提供了理论依据。作为专门研究现代社会正式制度之一的法律制度的法学，应吸收制度经济学研究成果，通过财产权理论、合同法理论、企业法理论以及市场规制、政府行为等法学理论，设计与实施低交易成本的各项制度。在市场经济与法治建设发育较为健全的发达国家，体现市场经济发展需求的法律是经济与社会发展的关键因素，康芒斯甚至把资本主义产生归功于法律制度，认为资本主义制度本质上是一种法律制度，因为它完全以所有权为基础(卢现祥，朱巧玲，2007)。与市场经

济自发形成与发展的国家不同,在我国政府主导型市场经济培育过程中政策的作用不容忽视,而政策上升为法律的过程又是市场经济逐步发育的标志,对现行法律制度的经济学分析成为评价与变革我国各项制度的主要工具之一。基于此,在“制度经济学的问题不是没有理论,而是拥有太多彼此孤立的理论,还没有一个大家公认的统一的框架”(卢现祥,朱巧玲,2007)的当下,笔者的理论水平和研究能力离构建制度研究的理论框架相距甚远,但多年的研究让笔者深感制度经济学与法学对制度研究的贡献与交融,并逐步成为笔者基本的研究思维:第一,通过经济学,特别是制度经济学的相关理论探究制度建设应有的目标与内容,在此基础上,运用法学的相关理论设计制度构成与制度内容;第二,从制度构成角度,对以政策与法律为表现形式的制度变迁与现行制度进行梳理,探究制度变迁的规律以及现行制度设计机理;第三,通过实证研究,掌握制度实施情况、原因以及现实对制度的真实需求;第四,运用理论与实证研究成果对包括政策与法律在内的现行制度进行分析,找出应然与实然之间的差距,针对性地提出政策与法律建议。本书的框架结构正是基于这样的研究思路形成的。

在我国市场经济体制改革过程中,农村土地承包经营权制度改革具有重要的理论价值与实践意义。首先,农村土地,“除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有”^①是我国生产资料社会主义公有制的宪政制度所决定的,不容更改。其次,市场经济制度包括实现规模经济(合伙组织、股份公司、合作组织为主要法律形式)、弥补市场失灵(以合同法、反限制竞争法、宏观调控法为主要法律形式)、解决政府失灵(以行政法为主要法律形式)、鼓励创新(以知识产权法为主要法律形式)等一系列制度化建设,但排他性产权制度是最基础的制度,是其他制度实施的基本保证,无法改变。在同时满足“不容更改”和“无法改变”的两个条件下,从农业联产家庭承包责任制发展为适用于所有农用地的基本产权制度,土地承包经营权制度建设不仅推动了农村全面改革与发展,而且为开拓真正具有中国特色的市场经济制度提供有益的改革思路。

^① 参见《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第10条第2款。

根据《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)第4条第2款的规定^①,耕地、林地是我国基本的两类农用地。始于20世纪70年代末的家庭承包责任制改革在土地公有制宪政框架内创建了家庭土地承包经营权这一政策产权。后由《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)上升为法律产权并逐步完善,再通过《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》应用到集体林地产权制度改革中,使土地承包经营权制度成为我国农用地产权制度的基本制度。在基本完成耕地和林地初始经营权家庭承包制改革后,土地承包经营权的物权性必然带来流转,也只有流转才能实现耕地和林地经营的最优配置。因此,在《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(2008)提出允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式流转土地承包经营权后,土地承包经营权流转成为深化农村改革的主要任务之一,并引起经济学、政治学、社会学、法学等众多学科学者广泛关注和研究热情。

本书以土地承包经营权流转的政策与法律制度为研究对象,从理论与实证角度分析与评价现行制度内容,在此基础上,构建具有理论依据与实证支持的土地承包经营权流转法律制度体系。本书第一章、第五章由柴涛修编写;第二、四、十二章由杨萍编写;第三章由杨萍、张红霄编写;第六、七章由张红霄编写;第八、九章由张红霄、杨萍、秦光蔚、严峻、苗伟编写;第十章由朱小静编写;第十一章由杨萍、朱小静、张红霄编写,全书最后由张红霄统稿。

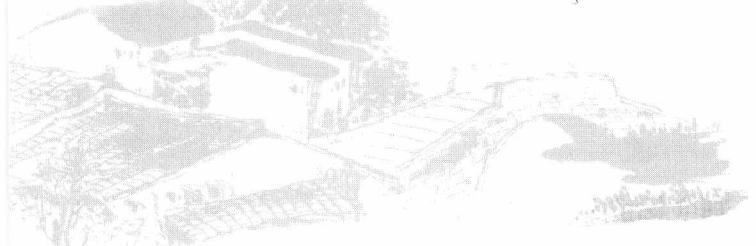
我们深知制度研究需要深厚的理论功底、规范的研究方法乃至丰富的社会阅历和敏锐的洞察力,囿于研究能力和水平,加上成书的时间仓促,本书仅为我们近年来制度研究的阶段性成果,定有许多值得商榷甚至错误之处,我们真心希望读者批评指正,所有的学术批评是我们后续研究的宝贵财富。在编写过程中,我们参考了大量的国内外

^① 《土地管理法》第4条第2款前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等。

学者相关研究成果，引用了部分来自北大法意网的法院判决，在此表示深深的感谢，书中所引用的内容都尽可能地标注了参考文献，如有遗漏，请相关著作者予以谅解。让致力于中国转型时期制度研究的学者共同努力，为中国制度经济学和法学的发展做出自己的贡献。

主 编

2010年7月24日



目 录

序：制度经济学与法学对农村土地承包经营权制度建设的贡献与交融

上篇 理论依据与制度变迁

第一章 农村土地承包经营权制度的理论基础	3
第一节 经济学相关理论	3
第二节 法学相关理论	11
第二章 农村土地集体所有集体经营制度的形成与发展	21
第一节 农民土地所有制的形成	21
第二节 农村土地集体所有集体经营体制的形成	25
第三节 农村土地集体所有集体经营体制的发展	34
第四节 结论与启示	37
第三章 农村家庭承包经营制度政策变迁	43
第一节 家庭联产承包责任制到农村家庭承包经营制度的演进	43
第二节 林业“三定”到以家庭承包经营为基础的集体林权制度改革	50
第四章 家庭承包经营制度的法律化进程	58
第一节 宪法地位的奠定	59
第二节 债权法律关系的确立	60
第三节 农用地物权结构的构建	66

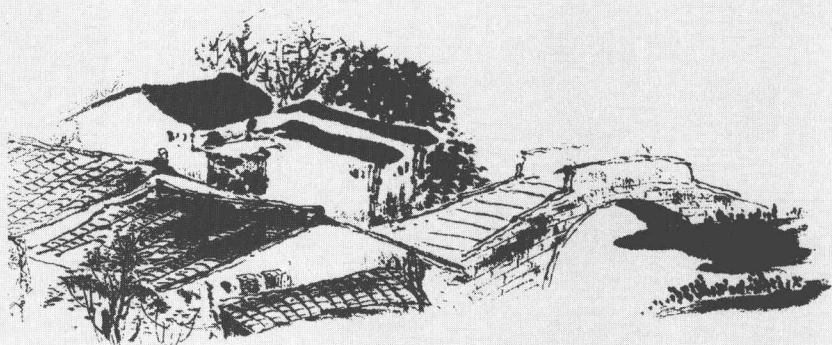
中篇 制度构成与制度安排

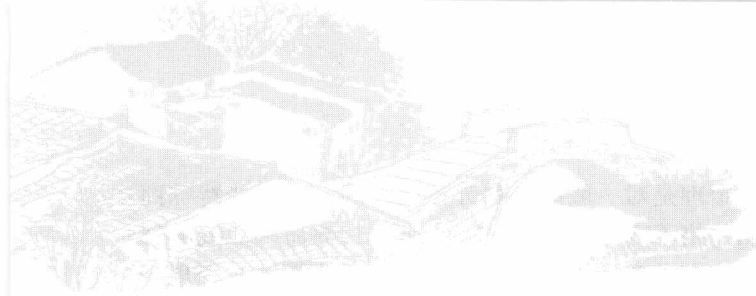
第五章 国外农地流转制度及借鉴	77
第一节 大陆法系国家农地流转制度及实践	77
第二节 英美法系国家农地流转制度及实践	86
第三节 国外农地流转制度的经验及对我国的启示	94
第六章 农村土地承包经营权的法律属性	100
第一节 农用地所有权的法律性质	100
第二节 家庭土地承包经营权的法律性质	105
第三节 其他方式土地承包经营权	107
第七章 农村土地承包经营权流转法律性质	109
第一节 家庭土地承包经营权流转法律性质	110
第二节 其他方式土地承包经营权流转法律性质	112
第八章 土地承包经营权流转主体制度	114
第一节 土地承包经营权流转主体制度的法律规定	114
第二节 土地承包经营权流转主体类型与流转意愿	116
第三节 完善土地承包经营权流转主体制度的政策与法律建议	125
第九章 土地承包经营权流转权利与义务制度	126
第一节 土地承包经营权流转法定权利与义务	126
第二节 土地承包经营权流转合同的签订与履行	129
第三节 完善土地承包经营权流转权利义务制度的政策与法律建议	138
第十章 土地承包经营权流转服务与管理制度	142
第一节 土地承包经营权流转合同管理制度	143
第二节 土地承包经营权变更登记制度	153
第三节 土地承包经营权流转信息制度	158
第四节 土地承包经营权评估制度	161
第五节 土地承包经营权抵押融资制度	165

下篇 流转纠纷与法律救济

第十一章 土地承包经营权流转纠纷类型与表现	175
第一节 耕地承包经营权流转纠纷	175
第二节 林地承包经营权及流转纠纷	193
第十二章 土地承包经营权流转纠纷法律救济制度	207
第一节 司法救济	208
第二节 行政救济	213
参考文献	219

理论依据与制度变迁





第一章

农村土地承包经营权制度的理论基础

第一节 经济学相关理论

一、制度供给与需求理论

对商品和生产要素的“需求与供给”分析构成了微观经济学的基本组成部分，但是在传统的微观经济学研究中，“制度”这个稀缺要素却被抽象掉了，新制度经济学的重要贡献正是有效地把“需求与供给”拓展到制度分析领域。著名经济学家林毅夫指出：制度选择及制度变迁可以用“需求与供给”这一经典的理论构架来进行分析。制度需求和制度供给作为新制度经济学的“四大支柱”之一，是新制度经济学的核心内容(王丹舟，2008)。

根据微观经济学的需求理论，需求一般是用于描述消费者在某一特定时间内在不同的价格水平上愿意而且能够购买的商品数量。需求的产生需要具备两个条件：一是消费者要有购买商品的欲望；二是消费者要有支付能力。而需求量则是在某一特定的时期内，一定条件下消费者愿意而且能够支付的商品和劳务总量。一般来说，影响需求数量的因素有多种，如商品价格、消费者的收入水平、商品替代品的价格、消费者的嗜好变动，对价格变化的期望等等，如果把影响需求的因素作为自变量，把需求量 D 作为因变量， $a, b, c, d, e, \dots, n$ 代表影响需求的诸因素，则需求函数可用公式表现为： $D=f(a, b, c, d, e, \dots, n)$ 。假定其他因素不变，只考虑商品价格 P 的变化，则需求函数为： $D=f(P)$ ，这时，商品价格变动所引起的需求量的变动表现为同一曲线上的移动，这种变动通常称为需求量的变动，而商品的价格与需求量存在着相反方向的变动关系，即在其他条件不变的情况下，需求量随价格上升而减少，随价格的下降而增加，这就

是著名的需求定理，当然，需求定理是对一般商品和劳务而言的，对某些特殊商品，则不一定适用。假设当商品价格不变时，由其他因素所引起的需求曲线的移动，这种变动称为需求的变动。将需求变动理论演绎到新制度经济学中，表现为人们对制度的需求源于现有的制度安排无法获得潜在利益。人们对制度的需求和对商品的需求一样，预期供给的制度能使人们实现在现有的制度安排下无法实现的潜在利益，从而产生了对制度的内在需求动机。所以，同影响商品需求的众多因素一样，也有许多因素影响人们对新的制度安排的需求，只是这些因素相对复杂、抽象。其中主要的制度需求因素包括：第一，产品和要素的相对价格。相对价格的变化改变了人们的激励结构，同时改变了人们讨价还价的能力。而讨价还价能力的变化又导致了重新缔约的力量，即具有了制度变迁的动机和能力。第二，宪法秩序。权力主体所制定的基本规则的变化，深刻地影响着创立新的制度安排的预期成本和费用，因此也就影响了对新的制度安排的需求。第三，技术。技术变化决定制度结构及其变化，技术发展水平及其变化既可以降低交易费用使原来不起作用的制度安排起作用，又可以产生对新的制度安排的需求。第四，市场规模。市场规模的扩大对制度需求的影响主要表现在三个方面：其一，新的制度安排的固定成本以更快的速度得到弥补；其二，使一些与规模经济相适应的制度安排得以产生；其三，降低了制度安排的成本。

根据古典经济学的供给理论，供给是在特定的时期内，在一定条件下（指影响供给的各种因素），企业愿意而且能够出卖的商品和劳务量。一般来说，影响供给的因素有多种，如商品价格、企业要达到的目的、产品的成本、现有的技术水平、生产者对未来价格的期望以及商品的价格等，如果把影响供给的因素作为自变量，把供给量 S 作为因变量， $a, b, c, d, e, \dots, n$ 代表影响供给的诸因素，则供给函数表现为： $S=f(a, b, c, d, e, \dots, n)$ 。假定其他因素不变，只考虑商品价格 P 与商品供给量的关系，则供给函数为： $S=f(P)$ ，当影响供给的其他因素不变时，商品价格的变动所引起的供应量的变动是在同一条供给曲线上的移动。这种变动称为供应量的变动。在其他条件不变的情况下，该商品的供给量随价格上升而增加，随价格的下降而减少，这就是供给定理。但对某种特殊商品而言，供给定理就不一定适用。当商品价格不变时，其他因素的变动所引起的供应量的变动是整个供给曲线的移动，这种变动称为供给的变动。将供给变动理论演绎到新制度经济学中，制度供给比商品供给更复杂，制度供给的变化取决于现有的宪法秩序提供新的制度安排的能力和意愿，而制度创新的供给主要决定于一个社会在现有的制度安排下既得利益集团和新的制度安排下潜在利益集团的权力结构或力量对比。影响制度供给的因素主要包括有：第一，宪法秩序。宪法秩序为制度安排提供了选择空间并影响了制度变迁的进程和方式，宪法秩序可能



有助于制度变迁,也可能起到根本性的压制作用。第二,制度设计成本。每一项能够带来收益的制度安排都需要耗费成本,制度设计的成本是决定制度供给的一个很重要的因素。第三,现有知识积累和社会科学知识的进步。科学技术的发展、知识存量的多少和制度设计成本是息息相关的。第四,实施新制度安排的预期成本。制度从潜在安排变为现实制度安排的关键就是制度安排实施中预期成本的大小。第五,现存制度安排。现存的制度安排或者初始的制度安排具有强化或弱化新的制度安排的能力,即制度变迁中的惯性。第六,上层决策者的净利益。上层决策者的净利益对制度供给的影响主要取决于一个国家或地区的集权程度,在一个高度集权的国家,上层决策者的净利益将对制度供给起到至关重要的作用。

我国正处在社会转型期,新情况、新问题层出不穷,原有的规制、制度已经越来越不适应社会的发展。与此同时,新制度的供给又显得相对滞后,制度供给与制度需求之间的差异性研究便成为我国各个领域制度创新的基础和依据。根据制度需求理论,本书将以下几点纳入我国农村土地承包经营权流转制度需求因素研究中:第一,宪法秩序。从农村土地集体所有集体经营制度演变到农村家庭承包经营制度,低制度变迁成本是新制度得以建立与实施的重要因素。第二,制度变迁的动机和能力。市场拉动与政府让利双重作用下,土地价格上涨使其稀缺度不断提高,激发了农村集体经济组织成员对土地产权的强烈需求,农村管理体制改革提高了农民的博弈能力,进而推动农村土地承包经营权制度向纵深变迁。第三,市场规模。土地承包经营权流转市场的规模取决于农民流转意愿和流转现状,流转市场规模是流转制度建设的重要考量之一。而在多个制度供给因素中,本书主要研究宪法秩序与现存制度安排。据此,本书的主要思路为:在土地所有权性质不变的宪政框架内,通过农用地集体所有集体经营制度到农村家庭承包经营制度的政策变迁,从政策产权上升为法律产权的研究,分析土地承包经营权制度形成机理,分析农民需求、流转现状与现行制度安排之间的差距,进而进行具体制度创新设计,希冀为我国土地承包经营流转制度改革,达到制度的大体均衡做些研究工作。

二、产权理论

新制度经济学的产权理论产生于20世纪30年代,到80年代中期其理论体系已经基本成熟。不同的学者对产权的研究各有侧重,但对其基本内涵的理解存在一定的共识:①产权是一种权利,并且是一种排他性的权利。这种权利必须是可以平等交易的法权,而不是不能进入市场的特权,正因为如此产权才构成市场机制的基础和内容,否则便没有市场经济。②产权是规定人们相互行为关系的一

种规则，并且是社会基础性的规则。③产权是一种权利束，它可以分解为多种权利并统一呈现一种结构状态。包括排他性的所有权、排他性的使用权、收入的独享权、自由的转让权等(姚艳芳，2009)。

产权所包含的内容是非常丰富的，但从最根本的关系上我们可以把这些内容分为四大类，即所有权、使用权、处置权和收益权。这里所讲的所有权是指狭义的所有权，是一个法律上的概念，专指某人对某物法律上的占有。使用权指的是实际使用价值的权利，是产权主体利用、改变或消费客体的权能。处置权又叫支配权或处分权，有两层含义：①产权主体在事实上或法律上决定如何安排、处理客体的权能；②产权主体安排和决定使用方向的权能。收益权指的是产权主体凭借对客体拥有的权能获取一定收益的权利。例如运用客体进行生产、经营、出租等活动以获取收益的权利。

从上述论述中不难看出，产权的基本内涵决定产权具有排他性、可分解性和可交易性三个特征。所谓产权的排他性，是指决定谁在一个特定的方式下使用一种稀缺资源的权利，即除了“所有者”外没有其他任何人能持有使用资源的权利。可分解性是指产权作为包括各种财产权利在内的权利束，可以被分解为多种权能并呈现出一定的产权结构。因此从权能分解的角度，人们把产权区分为使用、收益、转让等诸多的权利。由于产权的可分解性，可以得出另一个重要的结论是，产权受到一定的约束和限制，即在同一产权结构内并存着多种权利，每一种权利只能在规定的范围内行使，超出这个范围，就要受到其他权利的约束和限制，或者对其他权利造成损害。产权的可交易性是指产权在不同主体之间的转手和让渡。按照产权理论的观点，交易实质上不是物品的位移，而是产权的让渡。产权的让渡包括两层含义：一是产权的全部权利的永久性让渡，包括所有权在内，不过这种性质的让渡只是所有交易活动的一个部分；二是产权的部分权利在一定时期内的让渡，它的主要特点是相应的产权只在契约期内让渡，契约期满，又回归原主体。产权交易是实现资源有效配置、使外部性内化的必要路径，交易成本最低时资源配置出现最优化结果。而影响交易成本的因素有很多，产权界定、获取信息、谈判、监督、权利救济等都直接或间接地影响着资源配置的有效性。

所谓产权制度就是制度化的产权关系或对产权关系的制度化，是划分、确定、界定、保护和行使产权的一系列规则。“制度化”的含义就是使既有的产权关系明确化，相对固定化，依靠规则使人们承认和尊重，并合理使用产权。如果违背或侵犯它，就要受到相应的制约或制裁。合理的或有效的产权制度，必须使侵犯产权者的收益小于其成本(对其制裁也是他所要付出的成本)。产权制度包括三个方面的内容：①产权关系与产权结构安排，即财产权的性质和分解程度；②各产权主体权利、义务关系的界定；③保证各种产权契约、协议实现的法律制