



土地承包经营权制度的困局与解破

兼论土地承包经营权的二次物权化

Study on Dilemma of the System of Right
to the Contracted Management of Land and Its Solutions:
*on the Secondary Property-Rightization of
Right to the Contracted Management of Land*

王金堂 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014003042

F321. 1
134



土地承包经营权制度的困局与解破

兼论土地承包经营权的二次物权化

Study on Dilemma of the System of Right
to the Contracted Management of Land and Its Solutions:
*on the Secondary Property-Rightization of
Right to the Contracted Management of Land*



北航

C1688596



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

F 321.1

134

图书在版编目(CIP)数据

土地承包经营权制度的困局与解破:兼论土地承包经营权的二次物权化 / 王金堂著. —北京:法律出版社, 2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4959 - 5

I. ①土… II. ①王… III. ①土地承包制—研究—中国 IV. ①F321.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 098266 号

土地承包经营权制度的困局与解破
——兼论土地承包经营权的二次物权化

王金堂 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 11.5 字数 301 千

印次 2013 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 -

-5

定价:36.00 元

有限公司负责退换)





Study on Dilemma of the System of Right
to the Contracted Management of Land and Its Solutions:
*on the Secondary Property-Rightization of
Right to the Contracted Management of Land*

序

农村土地承包经营权制度作为最具中国特色的制度构造之一,对推动中国农村经济的发展和社会的进步曾发挥了非常重要的作用。但由于该制度创设的理论准备仓促不足,加之理论和实践的严重脱节,因此从产生伊始对其存废的争议就一直没有停止过。如何破解土地承包经营权制度所面临的理论困境和实践迷局,是当前民法学研究的重要课题之一。王金堂教授长期致力于农村土地承包经营权制度的研究,并在这一领域有不凡的造诣。在进行博士论文写作时,王金堂教授审时度势,以土地承包经营权制度的二次物权化为其博士论文的研究对象,这不能不说是一个出于其自身学术使命感而做出的正确选择。虽然从学术评价的角度来说,研究对象的重要性并不绝对等同于学术本身的价值,但是一个有价值的研究对象无疑是衡量一项研究成果理论和实践价值的核心要素。而土地问题,特别是中国农村农用地制度问题无疑是一个具有极端重要意义的问题,因为土地制度从来都

是一个社会的基础性制度之一。然而十分遗憾的是,对土地制度的研究在当今中国虽然研究者甚众,但却一直没有取得实质性的进步。其原因不仅是因为无论是中国的土地所有制度还是土地的用益物权制度均具有鲜明的中国特色,其基本概念、基本制度甚至话语体系等都和域外国家(地区)差异甚大,已有的域外土地制度规则和理论难以在中国得到有效适用,而且还在于根据传统的政治经济学理论,土地制度事关一国社会经济制度的根本,具有相当的政治敏感性,因而研究者从事这些问题的研究时心理上往往会心存敬畏,难以从容的心态开展研究。此外,中国目前的土地制度尚未完全实现法治化,仍是一个受法律和政策交叉调整的领域,许多与土地相关的制度都不仅仅体现为纯粹的法律问题,这也在某种程度上会对土地法律制度的研究造成一定困扰。非常可喜的是,王金堂教授知难而上,以非凡的勇气克服上述困难,在对现有土地承包经营权制度体系进行总体概括和梳理的基础上,精密严谨地揭示了现行土地承包经营权制度运行中的问题和困境,对影响土地承包经营权制度安排的深层次原因进行了冷静客观的法理研究,并提出了诸多的涉及土地问题解决的思路 and 理念。作者巧妙地将现存的一系列政策性问题转化为规范化的法律技术问题,提出了指导未来土地承包经营权制度进一步改革的“二次物权化”理论(观点),并以此为指导,提出了未来土地承包经营权制度改革的具体措施和立法建议,较好地解决了困扰目前中国农村经济社会发展的农用地制度改革的问题,为中国农村土地制度的科学化建构提供了富有价值的参考和指引。尽管土地承包经营权二次物权化理论本身还有进一步完善的空间,但其无疑是目前法学界在土地承包经营权制度研究中的一次重要理论创新,其勇气可嘉。我相信,在法学界和其他社会各界的共同努力下,中国农村土地承包经营权制度的改革和完善一定会取得丰硕成果。

在本书即将付梓之际,应作者之邀欣然作序并向广大理论工作者和实务部门的同志热情推荐本书。

赵万一

二〇一三年三月六日于重庆

(赵万一为西南政法大学民商法学院院长、教授、博士生导师,中国商法学研究会副会长、中国民法学会研究会学术委员会副主任)

目 录

绪论 1

第一章 土地承包经营权制度总论 14

第一节 土地承包经营权的起源与发展 16

一、土地承包经营权的起源 16

二、土地承包经营权制度的发展历史 20

第二节 土地承包经营权的性质、特征和渊源 33

一、关于土地承包经营权名称的争论 33

二、我国土地承包经营权的法律性质 37

三、现行土地承包经营权的法律特征 43

四、土地承包经营权制度的法律渊源 45

第三节 土地承包经营权的权能 47

一、占有权 48

二、使用权 49

三、收益权 49

四、处分权 49

五、物上请求权 60

六、地役权及相邻权 60

七、退包权 60

八、续期承包权 61

九、取回权和补偿权 61

十、征收征用的补偿权 61

第四节 土地承包经营权人的义务探讨 61

一、土地承包经营权人的法定义务 63

二、土地承包经营权人不得弃耕义务之探讨 64

三、土地承包金及税费问题之探讨 69

第五节 土地承包经营权的制度价值 71

一、土地承包经营权之于国家的制度价值 71

二、土地承包经营权之于农民的制度价值 73

第二章 土地承包经营权制度的困局 及其表现 79

第一节 土地承包经营权的主体之困 79

一、学界关于土地承包经营权主体的观点 80

二、法律、法规和政策对土地承包经营权主体的
规定 81

三、农户概念的界定及其意义 83

四、土地承包经营权主体之农户的法律性质探讨 86

五、现行土地承包经营权主体制度存在的法律困境 93

第二节 土地承包经营权的期限之困 102

一、土地承包经营权在转让中及转让后期限届满时的
法律困境 103

二、期限性对承包土地使用价值的损害 105

三、期限性土地承包经营权形成农民城市化的
阻碍机制 107

第三节 土地承包经营权的转让之困 109

一、土地承包经营权市场化转让的制度价值 109

二、土地承包经营权转让的市场之困 117

三、土地承包经营权转让的程序之困	124
第四节 土地承包经营权的继承之困	132
一、土地承包经营权继承问题的立法演进过程	133
二、土地承包经营权能否成为继承权客体的理论 争议	135
三、现行土地承包经营权继承问题的困境	140
第五节 土地承包经营权的抵押之困	147
一、土地承包经营权抵押问题的立法现状及 原因分析	148
二、现行土地承包经营权禁止抵押的制度困境	150
第六节 土地承包经营权的入股之困	153
一、土地承包经营权存在入股范围促狭问题	154
二、土地承包经营权入股公司制企业的法律障碍	154

第三章 土地承包经营权制度困局的原因分析及 破解思路 158

第一节 土地集体所有权与承包经营权的矛盾 及其解决思路	159
一、集体土地所有权主体现状及其适格性分析	159
二、农村集体土地所有权制度改革理论探讨	168
三、农地制度改革的方向——土地承包经营权 完全物权化	181
四、土地承包经营权完全物权化与减轻农民负担 难题之破解	189
第二节 承包土地物权属性与社会保障属性的 矛盾及其解决	197
一、现有土地承包经营权的社会保障性及其体现	199

二、土地生产资料属性和社会保障性的内在冲突	202
三、对承包土地承担社会保障职能的质疑	204
第三节 新增土地需求与稳定土地承包关系的 矛盾及其解决	207
一、“增人增地、减人减地”政策效应分析	208
二、新增人口承包土地需求的解决途径及其悖论	212
第四节 实现农民在土地法律关系中的地位 转变	219
一、现行土地法律关系中农民的工具性地位分析	219
二、赋予农民土地用益物权所有者地位的必要性 分析	226
三、赋予农民土地用益物权所有者地位的可行性 分析	229

第四章 二次物权化视野下的土地承包经营权 制度改革与完善 232

第一节 域外农用土地制度经验及其启示	233
一、域外国家和地区农业土地产权制度比较研究	233
二、域外农业土地产权制度启示	246
第二节 土地承包经营权二次物权化理论探讨	252
一、土地承包经营权一次物权化进程及其得失	253
二、土地承包经营权二次物权化的必要性	263
三、土地承包经营权二次物权化的制度变革进路与 可行性	269
四、土地承包经营权二次物权化中的利益均衡问题	278
第三节 二次物权化视野下的土地承包经营权 制度改革措施及立法建议	285

一、完善土地承包经营权主体制度的建议	285
二、实现土地承包经营权期限之永久化	297
三、土地承包经营权市场化转让及其风险控制 措施建议	300
四、承认土地承包经营权的继承权客体地位	306
五、承认和完善土地承包经营权的抵押权和入股权	310
六、实现土地承包经营权权能法定并完善其权能	311
七、将承包人设定为农地征收关系的当事人和 受补偿主体	314
八、进一步限缩发包方权力	319
九、建立健全土地承包经营权公示制度	319
第四节 土地承包经营权二次物权化的配套制度 建设	325
一、实现土地承包经营权自主有序流转的法治保障	325
二、建立健全农村社会保障制度	326
三、建立规范化土地承包经营权交易市场	327
四、进行城乡社会管理制度配套改革	327
结语	332
参考文献	337
后记	354

绪 论

农民的相对贫困,表面上是收入问题,实质上是权利问题;土地权利的残缺与虚弱反映了农民在土地法律关系中的工具性地位;经济生活的工具化生存叠加政治生活的碎片化生存,造就了农民的弱势地位。“三农”问题的渊藪即在于此。

土地使用权制度——特别是土地承包经营权制度改革,是21世纪当代中国为数不多的帕累托式制度变革机遇。为即将到来的制度变革提供理论支撑,将是法学引领和服务于制度变迁的恰例。

——笔者

三百多年前,被誉为政治经济学之父的英国人威廉·配第(William Petty)提出,“劳动是财富之父,土地是财富之母”,^{〔1〕}此语可谓指出了财富来源之迷津,古今中外经济发展史已经充分证明了这一结论。关于前者已经有威廉·配第、亚当·斯密

〔1〕 曹贯一:《中国农业经济史》,中国社会科学出版社1989年版,第18页。

(Adam Smith)、大卫·李嘉图(David Ricardo)和卡尔·马克思(Karl Marx)的劳动价值理论加以阐释并成为政治经济学的经典理论。而相对于前者,中国目前的土地财富问题更值得关注。土地及附属其上的房产,在西方被称为“Real estate”,通常的中文翻译为“不动产”或“房地产”,笔者认为此种翻译在一定程度上损害了该词内涵的要意,从词源意义上讲,“Real”的本义为“真正的”、“真实的”,有证据表明,在英语中“Real”的最初含义是一种绝对存在,一种实际的物理性质的存在,一种非想象中的存在,一种不依赖于人的存在,^[1]由是“Real estate”内涵了“真正的财产”之意,由此区别于作为奴隶的“人”,区别于衣服、食物等为代表的动产,更区别于货币等依赖于人赋予其价值的财产。当然土地、房屋等不动产具有上述性质,因此是“Real estate”无疑。改革开放三十余年来,从财富增值角度看,也是中国土地财产价值重新发现并重新分配的过程。令人遗憾的是,在土地财富蛋糕分配问题上,当今中国经济和社会领域却出现了种种问题,^[2]在社会各界对中国土地问题的聚焦点停留在如何协调土地利益的分配问题进而开出诸如提高被征地当事人或被拆迁当事人补偿标准之药方的当下,笔者深感应该从土地制度正义的角度去重新衡量和审视现有的土地制度,只有如此才能从根本上理顺中国土地制度,进而在一个科学的土地制度框架下消除种种涉土地矛盾。撇开土地制度正义之本去追求细枝末节的技术性矫正措施,终属舍本

[1] Maryana Pinchuk: Real estate, Wikipedia online. http://en.wikipedia.org/wiki/Real_estate#cite_note-7, 2011年10月25日访问。

[2] 目前中国社会受人关注的涉土地问题主要有:(1)“强拆”引发社会矛盾问题;(2)地方政府大肆卖地形成的“土地财政”问题;(3)城市高房价和有期限性的建设用地使用权制度导致市民沦为“房奴”并可能在建设用地使用权到期后重新沦为“房奴”的问题;(4)农民不能获得土地增值价值并难以充分享受土地交换价值带来的农民相对贫困化问题;等等。

逐末之举。鉴于土地制度内容庞杂,限于笔者精力所限,本书拟仅就中国农村农用地制度进行研究,中国农村农用地制度在历史上已经形成了独特的土地承包经营权制度,故而本书拟专注于土地承包经营权制度研究。中国农村以土地承包经营权为基础的土地制度不仅关系着中国粮食生产安全,关系着农民收入水平,关系着城乡互动发展状态的优劣,进而直接左右着中国社会主义现代化目标的达成与否。遗憾的是,由于土地承包经营权制度的先天缺陷和有关立法中的观念分歧,使得该制度虽经三十余年的发展,仍存在严重的内在缺陷,“三农”问题在中国的出现和持续存在,反映了现行土地承包经营权制度的困境。本书拟就现行土地承包经营权制度存在的深层次问题进行揭示和研究,对土地承包经营权制度困境的原因进行分析并就可能的解决路径进行辨析,以土地承包经营权物权化理论为指导,提出解决现行土地承包经营权制度问题的改革措施和立法建议。

一、本书的研究背景及其理论意义

自20世纪中国共产党十一届三中全会以来,以家庭联产承包责任制为主要内容的中国农村经济体制改革,循着制度演进中的“路径依赖”规律,逐步形成了建立在集体土地所有权基础上的农民家庭土地承包经营权制度。2003年实施的《农村土地承包法》(以下简称《土地承包法》)的颁布,标志着准物权化的土地承包经营权制度的确立,2007年实施的《物权法》,进一步确立了这一制度。实践证明,现行土地承包经营权制度基本适应了中国农业生产发展要求,对粮食生产和社会稳定做出了历史性贡献。但是毋庸置疑,现行土地承包经营权制度还存在诸多问题,大量的理论研究和调查研究已经证明,“三农”问题的症结是农村土地问题。为此,通过修改《土地承包法》,改革和完善土地承包经营权制度,成为近年来学界和实务界

的共同呼声。近年来,连续有人大代表就修改《土地承包法》提出议案,^{〔1〕}2008年中国共产党十七届三中全会召开前,学术界、舆论界就承包土地市场化转让等问题形成了较强的政策预期,然而当年10月通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中,并未就承包土地的市场化流转问题出台新的措施,这反映了决策者对承包土地转让问题的谨慎态度,也反映了土地承包经营权问题的复杂性。土地承包经营权制度是近十余年来法学和经济学研究的热点领域之一,有关研究论文和著作较多,但是,笔者在对迄今以来有关研究成果进行研读之后,发现截至目前,不仅在土地承包经营权制度层面上问题丛生,而且在理论层面上亦呈现出歧见纷纭和缺乏核心共识的状态。学术界对以下四个涉土地承包经营权问题均存在分歧:(1)如何处理集体土地所有权和农民土地承包经营权的关系——是坚持甚至强化前者,^{〔2〕}还是弱化前者,强化后者?^{〔3〕}抑或如部分学者所提出的——废除农村土地集体所有制,而改行农村土地国有制?^{〔4〕}目前理论界和实务界出现了大量相左的意见。(2)是否承认和实现承包土地之于农民的财产性价值?在现有法律制度安排下,农民对承包土地仅享有农业使用价值,基本不享有承包土地市场交换价值,这一问题的核心表现是建立何种形式的土地变动制度,是维持和强化集体对承包土地的行政性调整权利,维持现有条件下农民

〔1〕 参见“黄河建议修改《土地承包法》——现行制度不公平”,载《陕西日报》2010年3月4日第15版,<http://news.qq.com/a/20100304/002783.htm>,2011年11月7日访问。

〔2〕 韩松:“关于土地承包经营权调整的立法完善”,载《法学杂志》2010年第12期,第27~31页。

〔3〕 党国英:“当前中国农村土地制度改革的现状与问题”,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2005年第4期,第8~18页。

〔4〕 刘俊:《土地所有权国家独占研究》,法律出版社2008年版,第318页。

自发进行的非市场化转包、出租、互换等低价值流转形式,^{〔1〕}还是赋予农民对承包土地的包括买卖在内的市场化流转权利?^{〔2〕}目前两种主张均大量存在。(3)如何处理土地承包经营权的期限性——是强化期限性,承包土地到期后重新发包,^{〔3〕}还是无限期延长土地承包经营权?^{〔4〕}(4)如何处理土地规模经营和土地的社会保障属性的关系?——在中国地少人多的国情下,这是一对尖锐的矛盾。对于上述四个问题,目前学术界和实务界均存在争议,理论共识并未出现。美国学者德沃金曾经说过:“不论哪个时代,如果在法庭上和在教室里进行的各种法律理论阐释所产生的意见分歧太大,那么法律就会失去力量”,^{〔5〕}德沃金所阐释的现象固然是针对法律解释和法律适用而言,其实对于法律的制定或修改问题,该现象亦同样存在。尽管十余年来有关土地承包制度的研究成果层出不穷,但是核心理论共识并未形成,难以对立法实践起到应有的指导作用。与核心理论共识的难产和法律制度上的裹足不前形成强烈对比的是,中国农村对承包土地本身及其制度需求却不可遏制,承包土地在非规范条件下的流转、承包土地被非法征收征用以及承包土地被自行开发等问题,愈发加剧了问题的复杂性。毫无疑问,目前中国农村土地承包经营权制度面临着改革压力。但是如何实现对土地承包经营权制度的改

〔1〕 韩松:“关于土地承包经营权调整的立法完善”,载《法学杂志》2010年第12期,第27~31页。

〔2〕 王金堂:“承包土地转让基本理论问题研究”,载《法学论坛》2010年第2期,第115~120页。

〔3〕 陈雪:“土地承包经营权的若干理论问题”,载《武汉大学学报》2011年第4期,第52~56页。

〔4〕 陈康华:“论中国农村土地承包经营权的改革”,载《法学》2001年第9期,第55~60页。

〔5〕 [美]德沃金:《法律帝国》,李长青译,中国大百科全书出版社1996年版,第1~25页。