

论农村土地承包经营权的流转

孙菊芳,冯瑞琳,孙淑云

(河北工程大学 文学院,河北 邯郸 056038)

[摘要]农村土地承包经营权流转是土地问题解决中非常重要的一个环节,我国《农村土地承包法》和《物权法》对此都有相关规定。但是,由于立法的缺陷,造成实践中农村土地承包经营权的流转还存在许多问题,学界对此也产生很多争议。本文首先对我国农村土地承包经营权流转的立法历程进行了简要回顾,然后对我国农村土地承包经营权流转制度的缺陷进行了深刻剖析,最后提出完善土地承包经营权流转制度的建议。

[关键词]农村;土地承包经营权;流转;缺陷;完善

[中图分类号] D922.33 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-9477(2009)03-0056-04

农村土地承包经营权流转制度是土地承包经营制度的核心之一。近几年来,随着农村家庭承包经营责任制所处的微观基础和面临的宏观环境的改变,农村土地流转的发展势头明显加快,土地承包经营权流转也呈现新的特征,对中国农村土地承包经营权流转制度的研究成为当前学术界研究的热点问题之一。学者们普遍认为:土地承包经营权合理、有序的流转,有利于生产要素合理流动和优化配置,对于推动农业产业化经营,最终实现农业规模化、集约化和效益最大化具有重要意义,正如有些学者所断言的:“农村土地流转制度的创新是化解三农难题的关键环节”。^[1]然而,在农村土地承包经营权流转的概念、权利属性、自由程度、流转的方式及物权变动的模式上,学界的看法、各地的规定以及农村的实践各不一样,还存在不少争议和分歧,加之立法的缺陷,造成实践中农村土地承包经营权的流转还存在许多问题,产生了很多矛盾,影响了农村社会的稳定和经济的可持续发展。因此,怎样完善现有的农村土地承包经营权流转制度?怎样拓宽农村土地承包经营权流转的方式?进一步研究这些问题,对于更好地促进农村土地承包经营权的流转,提高农村土地的利用效率,解决好“三农问题”都具有重要意义。

一、农村土地承包经营权流转的立法历程

关于农村土地承包经营权流转制度的立法规制可以分为两个阶段。

(一)从20世纪八十年代至2002年《农村土地承包法》出台为第一阶段。

根据学者的考察,我国对农村土地流转的最先规定始于1985年国家政策上允许有偿转包土地,接着1986年最高法院又在《关于审理农村土地承包合同纠纷案若干问题的意见》的司法解释中进一步规定“承包人在未经发发包人同意私自转包转让承包合同的,承包合同无效。”使农村土地承包经营权流转在法律上得到认可的,是1988年的《宪法修正案》。《宪法修正案》第2条规定了“土地使用权可以依照法律的规定转让。”同年修改的《土地管理法》第2条第4款也作出了相应的规定:“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法,由国务院另行规定。”1993年7月《农业法》颁布实施,第一次以明确的语言对土地承包经营权流转作出规定。该法第13条第2款和第4款分别规定:“在承包期内,经发包方同意,承包方可以转包承包的土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面,也可以将农业承包合同的权利和义务转让给

第三者。”“承包人在承包期内死亡的,该承包人的继承人可以继续承包。”从而使农村土地承包经营权流转真正走向合法化。随后,在1995年颁布的《担保法》及1998年修订的《土地管理法》中都或多或少地做出相关规定。可见,这一阶段对土地承包经营权流转的规制呈现出由“政策——法律”、“从禁止流转到逐步开放”的过程。

(二)从2002年《农村土地承包法》出台至2007年《物权法》出台为第二阶段。

2002年8月,第九届全国人大常委会第二十九次会议通过了《中华人民共和国农村土地承包法》,该法用十多条规定了土地承包经营权的流转问题,为土地承包经营权流转提供了更好的法律环境,弥补了法律上欠缺农村流转统一体系的遗憾。2005年1月7日,经农业部第2次常务会议审议通过的《农村土地承包经营权流转管理办法》针对农村土地承包经营权流转中存在的问题,对流转方式、流转合同的签订以及土地流转管理做出更为详细、明确的规定。《办法》指出,承包方依法取得的农村土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他符合有关法律和国家政策规定的方式流转。2007年3月16日,中国第一部物权法《中华人民共和国物权法》颁布。该法案在第三章中把土地承包经营权明确性为用益物权,对该权利的取得和内容也做出了明确规定,从而解决了长期以来由于《物权法》缺失而造成的对其性质是物权还是债权的争论。但令人遗憾的是该法在土地承包经营权流转方面的规定基本是照搬《农村土地承包法》,仍然对农村土地承包经营权流转设置了诸多的限制性条件,因此可以说,我国现行的农村土地承包经营流转仍是不充分的流转,是不彻底的流转。

二、农村土地承包经营权流转制度的缺陷

在对我国农村土地承包经营权流转制度的立法历程与现状进行简要回顾之后,我们可以看出,该制度在社会主义市场经济中处于不断的发展过程中。但是,从总体来看,我国立法者对农村土地承包经营权流转问题还是显得过于审慎,有些规定已不能满足经济发展的需要,存在很多不足之处,具体包括以下几点:

(一)对农村土地承包经营权流转的规定忽视了“效率优先”的原则

现行法律一方面允许土地承包经营权流转,另一方面,又基于种种顾虑对其流转设定了很多限制。

1. 不得改变土地所有权性质和土地的农业用途;

[收稿日期] 2009-07-02

[基金项目] 河北省社科基金项目(编号:HB09BFX003)

[作者简介] 孙菊芳(1974-),女,河北永年人,副教授,主要从事民法学研究。

2. 流转的期限不得超过承包期的剩余期限;
3. 受让方须有农业经营能力;
4. 采取转让方式流转的,应当经发包方同意,采取转包、出租、互换或其他方式流转的,应当报发包方备案。
5. 通过家庭承包取得的土地承包权不得抵押。

笔者认为,任何一项法律制度的设计,都蕴涵着一定的价值衡量。我国农村土地制度具有多种价值取向,农村土地承载着多种社会功能,其中最重要的是国家粮食安全和农村社会保障的使命。因而,现行的土地承包经营权流转制度更多地体现了保护耕地、保护农民利益、坚持公平、正义的价值目标。但是立法者在坚持这一价值目标时却忽视了对效率价值的考量和追求。法律经济学认为:稀缺资源应通过转让等竞争机制,配置给最能充分利用稀缺资源的人手中,才是有效率的财产权机制^[2]。这就是说,有效率的财产权应当具有可流转性。在我国人多地少、土地资源稀缺的约束条件下,从法律上允许土地承包经营权的流转,是一种有效率的制度安排。当然,要求土地承包经营权具有可流转性,并不等于排斥在具体的制度设计中,出于社会公平的考虑,对土地承包权的某种流转方式进行一定的限制,关键在于应该作出哪些限制,不应该作出哪些限制,如何在制度设计中坚持“效率优先,兼顾公平”的价值取向。现行立法所规定的种种限制有的是合理的,但更多的是忽视了“效率原则”,立法者似乎总在担心农民对于自己的利益的判断能力,初衷是从保护农民的利益出发,而得到的却是限制农民权利、损害农民利益的效果。

(二)对农村土地承包经营权流转程序的规定不完善
根据物权法原理,登记公示是物权享有和变动的基本原则。完备的登记制度不仅是财产交易有序化的必要条件,而且也是整套物权法赖以存在的基础。“就土地物权法而言,土地登记的基本目的,在于确定土地权利归属和保障土地交易安全。”^[3]“现今世界各国,无论英美法系还是大陆法系,均采用登记制度。”^[3]关于登记的效力,大陆体系国家主要有两种不同的观点,即登记意思主义和登记要件主义。登记意思主义认为当事人一旦形成物权变动的意思表示,便可以发生物权变动的法律效果,未经登记的物权也可以通过当事人的合意而成立,只是没有依法进行公示前,物权变动不能对抗善意第三人。登记要件主义认为不动产物权的变动必须进行登记,如果当事人仅仅只是达到了物权变动的合意,而没有完成登记手续,则物权变动的意思表示不仅不产生公信力,而且也不产生物权变动的法律效果。

我国《农村土地承包法》第22条规定:“承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。”第38条规定:“承包经营权采取互换、转让方式流转,当事人要求登记,应向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记的,不得对抗善意第三人。”可见我国土地立法采取了登记意思主义的物权变动模式。而且对于采取其他方式流转土地承包经营权的,对其公示方式根本没有做出明确规定。笔者认为,立法者之所以在农村土地承包经营权上独采此种物权变动模式,主要基于两点考虑:一是大部分土地承包经营权是基于集体成员身份取得,所以即使不采取登记这种公示方式,一般情况下,人们也可以凭成员身份、亲朋好友来了解土地承包经营权的真正主人;二是弱化登记制度,可以简化程序,减少交易成本,促进土地流转。但是,随着我国市场经济的逐步发展,农村土地流转和交易的不断增加,此种物权变动模式将会越来越不符合时代的要求。因为随着我国农村土地市场的发展,农村土地承包经营权流转方式的多样化,必将使非以成员身份取得的农村

土地承包经营权逐年增加,使目前的熟人交易的情况逐渐减少,如果仍采取意思主义物权变动模式,将不可避免产生秩序混乱,而且,我国农村农民法律意识普遍低下,如果对他们采用这种公示力相对薄弱的意思主义,绝大多数农民将会舍弃登记这个程序,使土地承包经营权流转这一重要的用益物权变动缺乏必要的公信力,容易产生流转纠纷,造成对善意第三人的伤害。所以,笔者认为,土地承包经营权作为一种物权,要做到流转的安全性必须采用登记要件主义,以保护交易安全和权利人的权利。

(三)对农村土地承包经营权流转方式的规定不尽合理

《农村土地承包法》第32条规定:“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。”仔细推敲,该条对土地承包经营权流转方式的规定似有以下不妥之处:

第一,该条把性质不同的流转方式罗列在一起,没有进行类型区分。该条规定的流转方式包括如下几类:一是物权性质的流转,如转让、互换;二是债权性质的流转,如转包、出租;三是其他形式。这几类流转方式因性质不同,其流转规则当然也不尽相同,如转让需遵循物权变动的规则,而转包和出租则不必。因此,把这些性质不同的流转方式规定在一起不加区分,容易产生法律逻辑上的混乱,导致法律适用上的困难。

第二,有些流转形式,如转让与互换、转包与出租,只是适用范围有所不同,权利义务并没有实质性不同。《农村土地承包法》和《物权法》均将转让与互换、转包与出租并列使用,我们认为这种规定实无必要。

首先,转让是指土地承包权人在承包期限内,基于法律行为将土地承包权有偿让与他人。互换是指土地承包权人相互交换自己的土地承包权。从法律的维度分析,此种流转方式实际上是两次转让。况且,依照民法原理,转让按照对价有无及其形式,可以分为有偿出让、赠与及互易,因此互易是转让的题中应有之义。从概念位阶而言,互换是转让的下位概念,但《农村土地承包法》和《物权法》将两者并列规定,无疑是犯了种属概念相并列的逻辑矛盾,有重复规定之嫌。

其次,转包是指在承包期限内,承包人将所承包的土地部分或者全部转给第三方耕种,由第三方向承包方履行义务,承包方与集体签订的合同仍然由原承包方履行,第三方与集体之间没有合同关系。出租是指土地承包方将土地承包经营权租赁给本村以外的企业、单位和个人用于发展开发性农业,承租方一次性或分期付款给承包方租金,原承包合同仍然由承包方履行的行为。有学者认为,二者的区别在于,转包主要发生在承包户与同一集体经济组织内部,出租则主要发生在承包户与本集体经济组织以外的单位和个人^[4]。但是,《农村土地承包法》并没有对转包和租赁的主体作区分,因此,不应把转包限制在同一农民集体内部,也不应该把出租排除在同一农民集体之外,二者并无实质性不同。而《农村土地承包法》和《物权法》均将二者并列规定,不仅不会丰富流转方式,还予人以累赘之感。

第三,缺乏应有的土地承包经营权流转方式

《农村土地承包法》第42条规定:“承包方之间为发展农业经济,可以自愿联合将土地承包经营权入股,从事农业合作生产。”加上上述第32条规定表明:法律允许的农村土地承包经营权流转方式主要有转包、出租、转让、互换、入股合作等,而对于抵押、继承、出典等形式则缺乏应有的规定。特别是关于土地承包经营权抵押的问题,《担保法》第37条第5项规定,耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权均不得抵押,但《担保法》第34条第5项的规定除外,即抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权可以抵押。《农村土地承包法》第

49条规定:通过家庭承包方式以外的其他方式如招标、拍卖、公开协商等承包“四荒”(荒山、荒沟、荒丘、荒滩)等农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或林权证等证书的,其土地承包经营权可以抵押。这也就是说,以家庭承包经营方式取得的农村土地承包经营权不允许设定抵押,以其他方式承包取得的农村土地承包经营权则可以抵押。新颁布的《物权法》中,仍然以《农村土地承包法》的相关规定为准。

笔者认为,禁止将土地承包经营权设定抵押有违法理,也有害于实践。因为既然立法已经允许无论以何种方式取得的土地承包经营权都可以转让,那么凡是允许转让的土地使用权,原则上应允许抵押。正如有学者指出的:“这一规定未必合适,土地承包经营权都可以转让,为何就不能设定抵押权呢?”^[5]况且抵押并未现实发生承包土地的移转占有,承包经营权也并非一定被债权人处分。中国农民现在最大困境就是手里没有可流动的资金,无法扩大再生产。要解决农民燃眉之急,行之有效的做法之一就是以其手中的土地承包经营权向金融机构抵押贷款,从而促进农业资源合理利用^[6]。土地承包经营权抵押可获得银行的贷款无疑是对土地资源的一种利用,它使得承包人衡量自身实力和能力,将资金投入最能产出效益的项目上,既可以利用获取的资金来进行土地开发,也可以利用融通资金从事其他方面的非农业产业,这一方面在一定程度上解决了剩余劳动力问题,避免了劳动力的闲置;在另一方面,也提高了农民收入,促进了农村经济发展。

三、完善农村土地承包流转制度的法律思考与建议

(一)坚持“效率优先、兼顾公平”的原则,减少对土地承包流转的限制性规定。

农村土地承包经营权既然是一种用益物权,依照物权法的一般原理,权利人有权任意支配其承包经营权而无需经过所有权利人的同意。因此,在制度设计时应进一步放宽对土地承包流转的限制,尤其是取消对土地承包经营权转让的限制性规定^[7]。

依据《农村土地承包法》第37条规定:“采取转让方式流转的,应当经发包方同意。”第41条规定:“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的,经发包方同意,可以将全部或部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户,由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。”由此可知,农村土地承包经营权的转让应该符合以下条件:

1. 承包方必须有稳定的非农职业或者稳定的收入来源。
2. 必须经发包方同意。
3. 受让方应当是从事农业生产经营的农户。笔者认为,这些限制既没有必要也不科学。

首先,对于何为“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”,法律并没有一个统一的标准,同样的经济状况下,不同农户的心理承受能力并不相同,只有农户自己最有发言权。其次,“经发包方同意”的规定太模糊。通常有两种理解:一种是经村民委员会、村内集体经济组织或村民小组等形式上的发包人同意,这样可能会发生村干部以权谋私的行为;另一种是经实质上的权利人即2/3以上村民会议或村民代表的同意,但是该规定会降低承包经营权转让的效率,使实际操作难度加大,在客观上限制了承包经营权的转让。再次,如果由于转让承包权使发包方的权利受到损害,发包方完全可以通过解除合同并获得赔偿而得到救济。最后,对受让人主体的身份要求,必然造成农村土地流转的封闭性,阻碍有受让意愿的非集体经济组织成员进入农村土地承包经营权流转的市场,使农村土地承包经营权的流转主要限于农户无力耕种或婚丧嫁娶等

人口变动因素,而非基于当事人和土地规模经营的需要,从而大大降低了土地权利人的期望值。这种农村土地承包经营权流转不是市场机制下正常的资源流动,也不是真正意义上的转让。从某种程度上来说,是利用行政手段或准行政手段来配置资源,剥夺了农户对土地的自主决定权,不利于农村生产关系的稳定,妨碍了农村市场经济秩序的形成和发展。因此,笔者认为,农村土地承包经营权,作为一种用益物权,只要不违背自愿原则,就应当允许其自由转让。在土地承包经营权流转问题上,一定要尽可能减少流转的“制约”因素,把“效率”放在第一位^[9]。

(二)确立统一的土地承包经营权登记公示制度,完善土地承包流转程序。

如前所述,构建科学、合理、统一的登记公示制度对保障土地承包权流转的顺畅与安全尤为重要。《物权法》第10条规定:“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度,统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”^[10]从物权立法的角度来说,农村土地承包经营权的物权变动模式应该做到和整个物权法体系协调一致,而不能特立独行。因此,笔者认为,首先,农村土地承包经营权的登记不宜在一般不动产登记制度之外另搞一套登记制度,而应该把农村土地承包经营权纳入统一的土地登记之中,由登记机关将农村土地承包经营权、集体土地所有权、国有土地使用权、集体建设用地使用权等进行统一的发证登记确认其权利。这有利于土地权利的统一和加强对农村土地承包经营权的保护,也有利于权利人节约登记成本和土地交易成本。其次,关于登记机关的选择,笔者认为,农村土地承包经营权和其他的土地权利一起由国土资源行政主管部门统一进行登记较为妥当。因为从我国的实际情况来看,国土资源行政主管部门在地籍资料、人员配置、技术规程等方面具有很大的优势。再次,要完善登记的内容。在法律中必须明确规定土地承包经营权的取得、行使、变更、终止等内容都要依法登记。最后,在物权变动模式上,统一采用登记生效要件主义。

(三)整合和丰富土地承包经营权流转的形式,使其分类更为合理。

首先,农村土地承包经营权要做到规范流转,就必须对其流转方式的类型加以正确区分。在目前的情况下,我们可以根据土地承包经营权的流转方式的性质不同而进行以下分类:1、必然引起物权性质的土地承包经营权让渡性质的物权流转方式有买卖、互易、继承、赠与等;2、可能发生物权性质的土地承包经营权让渡性质的物权流转方式有抵押、质押、出典;3、流出方在保留物权性质的土地承包经营权的前提下发生的债权流转方式有出租、入股等。上述分类,一方面有利于科学界定各种农村土地承包经营权流转的方式;另一方面也有利于更好地把握各种农村土地承包经营权的性质,真正达到维护农村土地承包经营权流转双方的合法权益。

其次,在立法上允许通过家庭承包取得的土地承包经营权设立抵押。因为这在法律上和实践中都是可行的。在法律上,土地是一个可分物,所以,农民可以将土地承包经营权在量上进行分割,部分抵押。此外,在时间上,既可以在全部承包期内抵押,也可以仅仅抵押一段期限。农户对土地承包经营权进行部分抵押或者一定期限的抵押,并不会必然导致土地承包经营权在抵押权实现后的移转,对农民的基本生活不会造成毁灭性打击,农户仍然在一定程度上保留着土地这一基本的生活保障手段。当然,以土地承包权设立抵押不同于以有体物设立抵押,抵押权的实现方式有其特殊性

(下转第62页)

产刑可以避免犯罪人与社会隔绝,因为受罚金刑处罚的大多是犯罪较轻的犯罪人,这样可以避免在监禁场所受到感染,又可以受到一定的惩罚,使得罚金刑得到了广泛使用。

四、结束语

综上所述,罚金刑也具有两面性,具有有利的方面和弊端,但总体来说,还是优势大于弊端,因此,在世界各国开始得到了广泛的适用。我们也应该注重加强对罚金刑的理论研究,使罚金刑尽可能地避免其弊端,最大化地发挥其作用。

[参考文献]

- [1] 陈兴良. 刑种通论[M]. 北京: 人民法院出版社, 1993.
- [2] 林山田. 刑罚学[M]. 台北: 台湾商务印书馆, 1983.
- [3] 陈兴良. 刑种通论[M]. 北京: 人民法院出版社, 1993.
- [4] 孙力. 罚金刑研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1995.
- [5] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1987.
- [6] 林山田. 刑罚学[M]. 台北: 台湾商务印书馆, 1983.
- [7] [英] 吉米·边沁. 立法理论——刑法典原理[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993.

[责任编辑: 王云江]

On the advantages and disadvantages of fine punishment in western criminal law

ZHAO Chi, KE Hai - xia

(Zhejiang Forestry College, Lin'an 311300, China)

Abstract: Fine punishment is an ancient penalty, which appeared early in human history. But it was not until the end of world war II that the punishment was widely used throughout the countries in the world. Through exploring the advantages and disadvantages of fine punishment, It is known that the punishment will be increasingly applied in spite of its disadvantages.

Key words: criminal fine; branch penalty; amount of fines system

(上接第 58 页)

和灵活性:其一,抵押人可以有偿将土地承包权流转给他人,抵押权人就其收益优先受偿。其二,抵押权人亦可采取公开拍卖的方式(商业拍卖或由法院强制拍卖),将土地承包权出卖给出价最高者,并就其收益优先受偿。其三,如果抵押权人自己也从事农业生产经营,还可以土地承包权作价抵偿债权。另外,以土地承包权设定抵押后,抵押权的效力是否及于地上已有的农作物,这些在立法时都需加以明确。

[参考文献]

- [1] 冯继康、刘蓉. 中国农村土地流转:理论分析与路径选择[J]. 聊城大学学报, 2005, (1): 111 - 115.
- [2] [美] 理查德·A·波斯纳著, 蒋兆康等译: 法律的经济分析[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [3] 陈小君. 农村土地法律制度研究[M]. 北京: 中国政法大学

出版社, 2004.

- [4] 吴兴国. 集体组织成员资格及成员权研究[J]. 法学杂志, 2006, (2): 91 - 94.
- [5] 陈健. 中国土地使用权制度[M]. 北京: 机械工业出版社, 2003.
- [6] 胡吕银. 论集体土地所有权的法律重构[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [7] 谢怀轼. 论民事权利体系[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002(07).
- [8] 王拉娥. 制约农村土地流转的主要因素及对策[J]. 专题论述, 2007, (09): 4.
- [9] 贺振华. 农村土地流转的效率: 现实与理论[J]. 上海经济研究, 2003, (03): 11 - 17.
- [10] 中华人民共和国物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2007.

[责任编辑: 王云江]

On the transfer of the rural land contractual management right

SUN Ju - fang, FENG Rui - lin, SUN Shu - yun

(School of Arts, Hebei University of Engineering, Handan 056038, China)

Abstract: It is a very important link in a land question that land contractual management right is transferred. There are related stipulations to the transfer of the rural land contractual management right in our *Rural Land Contracting Law* and *Real Right Law*. However, Because of the defect of legislation, there are many problems in the course of transfer of the rural land contractual management right, and there are many disputes in the academic circle. The article at first looks back the legislation progress of the transfer of the rural land contractual management right, then analyzes the defect in the system, at last puts forward suggestions to perfect the system of the transfer of the rural land contractual management right.

Key words: rural; land contractual management right; transfer; defect; perfect