

论农村土地承包经营权流转的法律管制

刘先辉* (河南科技大学 法学院 河南洛阳 471003)

摘要: 土地承包经营权各种流转方式内源于农民生产经验总结, 作为用益物权内容之一, 它对于维护农民基本生活的保障、农村地区的安定秩序和农业的稳定发展, 发挥着不可替代的作用。但是由于其客体——土地属于典型的公共产品, 纯粹的民法规范又无法保证公共产品得到有效的保护, 必须借助公法手段——管制手段的运用。对土地承包经营权流转的管制, 现行法律主要从流转的主体、方式和期限等做出了规定, 但亦不尽合理之处, 应当从理论上予以探讨。

关键词: 农村土地承包经营权 流转 管制

作为用益物权内容之一, 农村土地承包经营权人可以依照法律规定行使占有、使用、收益和一定的处分权能。由于土地属于公共产品, 权利人在行使权利特别是在流转(属于处分权能的内容)过程中, 法律应当协调与所有权人即国家或者集体之间的冲突。这种协调却是纯粹民法规范无法提供的, 只能借助强制手段的运用——管制得以实施。本文拟从农村土地承包经营权“流转”、“管制”等基本概念出发, 分析对土地承包经营权流转进行管制的正当性, 评述现有管制法律规定, 进而得出结论。

一、“农村土地承包经营权流转”、“管制”概念的界定

“词典不仅是具有独特风格法官的解释工具, 而且给我们展示了语言自身的各种内涵¹。”在进行具体分析之前, 有必要还原“管制”、“流转”的本来含义。

“流转”包括三种意思: “①流动转移, 不固定在一个地方; ②指商品或者资金在流通过程中的周转; ③<书>指诗文等流畅而圆浑²。”显然, 法律上的“流转”借助的是第二种。词意上的“流转”显然包括“买卖”这一形式, 但是物权法、农村土地承包法显然排斥土地承包经营权的“买卖”, 流转的是“承包经营权”而不是“所有权”; “管制”的含义也有三种: “①强制管理; ②强制性管理; ③对犯罪或坏分子施行强制管束³。”显然, 本文用“管制”一词绝非第三种, 而是“强制管理”或者“强制性管理”的含义。

词典上的含义虽然不能等同该词在法律上的概念, 但是从词源上解释了“流转”“管制”应当具备的本质属性。基于两词词意, 本人认为: 农村土地承包经营权流转的法律管制, 是指依照国家法律, 政府或者授权、委托的机构对农村土地承包经营主体的权利进行的干预和限制。

二、农村土地承包经营权管制的正当性分析

(一)“市场失灵论”: 管制的外在动力

从经济学的角度来讲, 产品可以分为两大类: 私人产品和公共产品。经济学家萨缪尔森在其《公共支出纯理论》一文中指出: “集体消费产品(collective consumption goods)是指这样一种产品, 每个人对这种产品的消费都不会导致其他人对该产品消费的减少”。虽然对公共产品的概念没有明确的统一定义, 但是对于公共产品的特征有基本的共识: 受益的非排他性和消费的非竞争性; 就土地而言, 本人认为它是经济学意义上公共产品。

根据目前法律规定, 土地所有权虽然只能属于国家或者集体所有, 但是就使用权而言, 只要是农村集体经济组织成员, 都可以取得土地承包经营权, 即在使用权取得上并不具备完全的排他性; 虽然土地承包经营权后取得的经济利益是私人的, 但是土地提供的维护国土生态安全等价值却是任何人都可以享用的, 在消费上也具有非竞争性。正是由于受益的非排他性、消费的非竞争性, 市场从微观入手, 参与者——市场主体通过私人维护自身权益的积极性, 不能解决土地提供产品的生产和有效利用。只能借助外部手段——政府的管制, 使公共产品的外部性通过一定的成本表达出来。

* 作者简介: 刘先辉(1976—): 男, 河南科技大学法学院讲师, 法学博士。

¹ 陈金钊.法律解释的哲理[M].山东人民出版社 1999.280.

² 中国社科院语言研究所词典编辑室编.现代汉语词典[A].商务印书馆 2002.813.

³ 中国社科院语言研究所词典编辑室编.现代汉语词典[A].商务印书馆 2002.466.

因此，由于土地属于公共产品导致的“市场失灵”，客观上需要政府对土地进行管制。

（二）公共利益需求：管制的内在源泉

就“公共利益”而言，它的独特之处在于“不确定性”，即表现在利益内容的不确定性及受益对象的不确定性，至今学理上还没有对“公共利益”一词作出明确定义。但是它的特征，学者们还是对它进行了论述：利益的广泛性、范围的不确定性、层次的复杂性等等⁴。公共利益中——安全、公平和秩序等，关系社会每个主体的切身利益，属于公共利益的重要内容。

从法学的角度来讲，受物权社会化影响，出现了对物的新的分类方式：从对物的资源属性的角度出发，将物分为经济形态的物和生态性物⁵。土地则是生态性物：人类通过土地进行能量流动、物质循环和信息传递，共同构成共生共荣的生态系统，维护着整个社会的粮食安全和环境安全，实现法的价值中安全需求。但是纯粹的民法规范无法解决公共利益对“安全”、“公平”需求，只得借助公法的协助完成这一目的。“这也是民法学者在理论上不断探求自由与管制的合理界限，试图重新定位私法自治和自由价值在民法中的地位。正是在这一背景下，国家通过强制性规范这一衔接公法与私法的‘管道’，不断加入到民法中来⁶。”正是无法用私法手段满足公众对土地提供公共利益的需要，只能通过公法手段——赋予国家机关土地管理的职能、规定土地用途、交易等管制手段，实现公共利益。

三、农村土地承包经营权流转法律管制的分析

（一）对土地承包经营权流转主体的管制

1、对家庭承包方式取得土地承包经营权主体的管制

对于家庭承包方式取得土地承包经营权的初始取得人欲流转其土地承包经营权的，如果采取转包、出租、互换或者其他方式，法律没有规定予以管制。仅列举了一种方式——“转让”，法律予以做出了特别的明确：承包方“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”，并“经发包方同意”，才可以进行土地承包经营权转让；而就受让主体而言，现有法律仅规定一点：不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途、须有农业经营能力。

2、对以其他方式取得土地承包经营权主体的管制

为了鼓励参与荒山、荒沟、荒丘、荒滩（简称“四荒”）土地的承包经营，对于以其他方式取得土地承包经营权的主体初始取得人，法律没有规定。即对于此类土地国家是抱着完全开放态度，欢迎各类主体参与农业生产经营。因此其流转主体没有任何限制性条件；以其他方式取得土地承包经营权的受让者，法律没有做特殊的规定，同样适用“不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途、须有农业经营能力”的规定。

3、现行法律规定及其评述

（1）对流转主体放松管制符合法理要求

农村土地承包经营权制度是建立在土地只能属于国家或者集体所有的基础之上的。在这一前提下，土地所有权买卖不可能得到法律的承认。但是，市场经济的发展规律又需要土地进入市场，通过市场流转实现资源的最优配置。这就要求通过用益物权制度对土地权利固定化、长期化，为进入市场流通创造条件。“在公有制条件下，普通的民事主体是非所有权人，他们要想获得所有权，就需要在他人所有的物上设置他物权，确切的说就是用益物权，以此为基础，通过物权的交换和自己的创造使所有权客体扩大，并与所有权人进行再分配，对产生的利益享有所有权⁷。”《物权法》已经将土地承包经营权作为用益物权的主要内容之一，土地承包经营主体不但具有占有、使用、和收益权能，而且还能够行使一定的处分权能，已经成为“类所有权”的权利，能够抵抗国家、集体对土地承包经营权的不法入侵。因此，法律放松对流转主体的管制符合法理要求。

（2）对流转主体德律管制条件不易认定

法律规定，对于以家庭承包方式土地承包经营权的初始取得主体，如果采用“转让”方式进行流转，应当“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”且“经发包方同意”。基于“转让”极易使转让方丧失部分或者全部丧失土地承包经营权，法律才采取审慎的态度，但限制条件不易认定：①不易判断“稳定”的非农职业。“稳定”本身即为价值判断，何谓“稳定”？何为“非农职业”？在目前的市场

⁴ 王利明.《物权法研究》（修订版上卷）[M].中国人民大学出版社 2007.423.

⁵ 吕忠梅.沟通与协调之途——公民环境权的民法保护[M].中国人民大学出版社 2005.165.

⁶ 钟瑞栋.民法中的强制性规范——公法与私法“接轨”的规范配置问题.法律出版社 2009.136.

⁷ 杨振山、王萍.我国应制定以用益为中心的物权法.河南省政法管理干部学院学报[J].2001,(3).

条件下不易判断;②不易查证“稳定的收入来源”。一般而言,“土地承包经营权转让属于物权性的土地承包经营权流转”⁸,当然应以双方的合理信赖为基础,初始取得人如何让“发包方”、“受让人”确信自己的“收入来源稳定”?初始取得人受经济上的窘迫等原因被迫转让,如何认定该效力?进行查证极其不易;③土地承包经营权流转方式多样,对这些形式的研究并不充分,并且相当多的形式下仅处于探讨阶段,当事人完全可以规避这条规定。

土地承包经营权采取“转让”方式是应当征得“发包方同意”呢?本人认为:这种管制具有一定的合理性。第一,物权是不同于债权,经法律设定而独立存在,其转让不同于债权转让和债务转移。但是从性质上来说,“转让”属于物权性的土地承包经营权流转,也是仅属于“物权性”的转让,并不是完全物权性质的转让,完全按照所有权转移理论,“转让”方式的流转岂不是成了所有权的买卖?两者一定有所区别,这种区别即为“征得发包人同意”,但是也绝不能按照债权转让的方式进行管制、设置规则;第二,《农村土地承包法》第三十四条规定,已经强调承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。征得“发包人同意”的目的是对承包人“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”和“受让方的农业生产能力”进行考察,以避免受让人的违约损害集体经济组织的利益。从法理上来说,用益物权人在行使权利时,应当尊重所有权人的利益。况且,起草者在解释时也强调“发包人应当尊重承包人的流转意愿,并不得以此为借口阻碍承包人依法转让其土地承包经营权”⁹。因此,作为土地所有权人——国家或者集体,避免利益受到损失而设置“征得发包人同意”的规定,具有合理性。

对于受让主体的管制,农村土地承包法规定:不论以何种方式取得的土地承包经营权,若发生流转,受让方不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途、并具备农业经营能力。①“不得改变土地所有权性质和用途”具有合理性。土地承包经营权的流转对象是承包方是“经营权”而非“所有权”,不得改变所有权权属关系与性质,是对流转的基本要求,具有合理性;②“受让方须有农业经营能力”可以区别对待:以家庭承包方式初始取得的耕地、土地、草地等农业用地,无疑是农民赖以生存的生命线,在农村社会保障尚未完全建立的情况下,耕地、土地和草地等农业用地仍是农民最后的保障,如果没有任何管制,受让人随意改变土地用途,势必造成耕地、土地和草地减少,进而危及粮食安全、生态安全和国土安全,完全解除管制并不适宜;对于以其他方式初始取得的土地承包经营权,由于其地理位置特殊,也不是农民赖以生活的保障,可以考虑在环境保护的前提下,解除这种管制。

(二) 土地承包经营权流转方式的管制

1、土地承包经营权流转的主要方式

结合各地的实践经验,《物权法》、《农村土地承包法》确认了流转的基本方式:转包、出租、互换、转让、代耕、入股或者其他方式(值得注意的是,两部法律规定的方式并不一致,《物权法》没有列举“出租”)。对于以其他方式取得土地承包经营权的,除了上述方式外,还包括抵押。

2、国家对现阶段流转方式的管制

本人认为,就土地承包经营权流转方式而言,管制特点可以总结为“禁止买卖、限制抵押和鼓励创新”。第一,禁止买卖。就土地承包经营权流转方式而言,法律、政策都禁止采取买卖的方式。概而言之,国家的意图非常明显:在农村社会保障体系尚未完全建立的情况下,土地(当然包括土地)仍是相当多的农民生活主要来源,如果允许自由买卖,可能会造成土地兼并危及社会稳定。即使是物权性质的“转让”方式,国家也表明了审慎的态度:对承包方的限制、发包方同意和转让方从事农业生产经营等条件;第二,限制抵押。从性质上来说,抵押属于物权性质的土地承包经营权让渡性流转,如果抵押人没有按期履行债务,即使这种抵押是权利抵押而非实物抵押,仍可能会发生物权性质的土地承包经营权让渡性质的流转,因此,国家对不同类型的土地承包经营权做了规定:以家庭承包方式取得的土地承包经营权,法律是禁止抵押的。对于以其他方式取得的土地承包经营权,物权法、农村土地承包法和担保法都规定可以以抵押的方式流转;第三,鼓励创新。事实证明“以家庭承包为基础,统分结合的双层经营体制是农村经济的基本制度,”是一项适合我国国情的基本制度。土地承包到户后,土地碎片化经营可以满足温饱要求,但是不能实现“仓廩实”愿望;并且土地资源的优化配置必然要求土地承包经营权的流转,实现规模化、集团化经营,正是在这个流转过程中,农民们自身“发明”了各项流转方式:不但包括现行法律承认的转让、转包、互换、代耕、

⁸ 丁关良.土地承包经营权流转法律制度研究[M].中国人民大学出版社 2011.356.

⁹ 王宗非.农村土地承包法释义与适用.人民法院出版社 2002.108.

入股等方式,而且还包括互易、反租倒包、反包等约三十多种模式¹⁰。本人认为,众多的流转方式,源于农民们自我需要的“发明”,试图从法律的角度分析众多方式的概念、性质,模式化地强调流转方、受让方的权利义务,并不利于农民利益的表达,国家应当做好引导工作,尊重当事人之间的约定和当地习惯,鼓励土地承包经营权的流转。只有当这种方式违反了强制性规定时法律再扮演管制者的角色。

(三) 土地承包经营权流转程序的管制

程序是事情进行的先后次序。对于土地承包经营权流转程序的管制,主要体现在期限、发包人同意和登记等几个方面:

1、期限的管制

《物权法》第126、128条和《农村土地承包法》第32条对土地的流转期限有明确的规定:土地一般为30—70年,经国务院批准可以延长,流转期限不得超过承包剩余期限。

2、发包人的同意

以家庭承包方式取得土地承包经营权,从性质上来说属于典型的用益物权。遵照用益物权基本理论,权利人可以行使占有、使用、收益和一定的处分权能。进行流转时是否需要征得所有权人——国家或者集体同意呢?一种意见是“需要征得同意”:用益物权人毕竟不是所有权人,它再“类所有权”也不是“所有权”,因此流转时应当征得“所有权人同意”;另外一种意见是“无须征求国家或者集体的意见”:《农村土地承包法》本来就是按照物权模式构建土地承包经营权的,征得其同意即为债权,有悖于法理。在“是否征得发包人同意”的规定上,现行法律规定则是典型的骑墙主义。根据流转方式的不同,采用不同的要求:“如果采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转,当事人双方应当签订书面合同,报发包方备案即可;而采取转让方式流转的,应当经发包方同意。”这说明了国家对土地承包经营权流转采取审慎的态度。

以其他方式取得土地承包经营权的,从性质上来说属于债权。这种方式取得的土地承包经营权如何流转呢?《农村土地承包法》第四十九条已经做出了明确规定:可以流转。但是丁关良教授认为,经“依法登记后,承包方才取得土地承包经营权的物权属性”,并认为“只有物权属性的土地承包经营权才能依法流转,否则无效¹¹”。这种观点是值得商榷的。很明显,以其他方式取得的和以家庭承包方式取得的土地承包经营权性质并不相同(一个属于债权,一个属于物权)。“若经登记,则该权利具有了法定的公示方式。《农村土地承包法》第49条已经赋予依法登记取得土地承包经营权证等证书的其他方式承包的土地承包经营权以相应的物权效力¹²”。经登记后具备了物权效力的土地承包经营权,无须征得集体经济组织的同意,可以直接流转。“在‘四荒’之上成立的土地承包经营权,若未依法登记取得土地承包经营权证书,应作为债权性质的土地承包经营权,实行债权保护¹³。”从《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第21条规定来看,“流转无效”的前提不但有“未依法登记”,还有“发包方的请求确认”,但是这与“只有物权性质的土地承包经营权才能依法流转”并没有因果关系。换言之,如无“发包方的请求确认”,依然是可以流转的,只不过对它的保护不是按照物权保护而是按照债权原则保护而已。

3、登记

登记是指登记机构根据登记申请人的申请,对于物权的设立、变更、转让和消灭等事项,记载于登记簿之中并能够供不特定的第三人查阅的活动。完备的登记制度不仅是保障财产交易有序化的重要措施,而且也是物权法律制度赖以存在的基础。土地承包经营权作为农民重要的生活来源和保障,多年的实践业已证明按照物权模式构建土地承包经营权是成功的。国家通过对土地承包经营权的设立、变更等进行登记——这一管制,对于稳定土地承包关系、保障流转安全,发挥了重要的作用。

(1) 设立登记。对于土地承包经营权的取得,我国立法采取的是合同生效主义,即承包人和发包人订立承包经营合同生效时成立。这主要是考虑到我国广大农村地区仍是熟人社会,其交易习惯不是到有关部门办理登记手续而是依照约定,因此排除登记为生效要件,而是自合同生效时设立。同时为了进一步确认和保护承包人的合法权益,法律规定,对已经设立的土地承包经营权,及时发放林权证、草原使用权证等。

¹⁰丁关良.土地承包经营权流转法律制度研究[M].中国人民大学出版社 2011.315.

¹¹丁关良.土地承包经营权流转法律制度研究[M].中国人民大学出版社 2011.5.

¹²黄松有.最高人民法院农村土地承包纠纷案件司法解释理解与适用[M].人民法院出版社 2005.25.

¹³胡宏伟.对土地承包经营权的解析与讨论[J].农村经济 2006.(10).

（2）变更登记。对于土地承包经营权的变更，我国立法采取的是登记对抗主义。即土地承包经营权的变动依当事人的意思表示而产生法律效力，交易完成，权利即发生转移，当事人可以登记也可以不登记。不登记的，权利不得对抗善意的第三人。采用对抗登记主义理由如下：第一，我国的农村土地承包经营登记制度尚不健全，且需要登记的数量大、地块分散，要求完全登记并不现实；第二，流转的主体大多仍局限在相互熟悉的农民，“熟人社会”让登记的公示公信效力大打折扣；第三，采用登记生效主义，可能会发生登记费用，不但给农民增加了麻烦，还会增加负担。

四、结语

农村土地承包经营权的客体——土地属于典型的公共产品，对它的保护直接涉及公共利益的保护，但纯粹的民法规范无法提供这种保护，只能借助公法的手段——管制来予以实现。对土地承包经营权的管制，主要体现在对流转主体、方式和程序上。法律应当放松对流转主体的限制、规范流转的方式和减少不必要的繁缛环节，保证权利主体合法利益的实现。