

土地承包经营权流转中的发包方同意

——一种治理的视角

朱 虎*

内容提要 在土地承包经营权流转中,发包方同意作为对流转的一种限制,其规范地位在不断弱化。此限制无法从法体系中合乎逻辑地推导出来,限制的背后是法政策的考量。这是阐释发包方同意作为土地承包经营权流转之限制需要确立的框架。这种法政策的考量并非是土地承包经营权的保障性,两者无法形成对应关系。事实上,发包方同意是以基层政权与村社共同体成员之间的结构性利益分离状况下的国家治理方式作为法政策基础的,随着国家治理方式的变化,发包方同意这个限制也应随之改变。因而,对发包方同意的考察应从治理的视角着眼。

关键词 发包方同意 土地承包经营权流转 治理

一、土地承包经营权限制与发包方同意^①

(一) 土地承包经营权限制

土地承包经营权对“稳定和完善的以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益,促进农业、农村经济发展和农村社会稳定”^②具有重要的意义。

通过对以往相关研究的梳理,可以说,对于土地承包经营权的法律研究,重点集中在三个问题上:第一,土地承包经营权是物权还是债权^③;第二,土地征收时如何保护土地承包经营权人的利益;第三,对土地承包经营权是否要进行限制以及如何限制。

随着《物权法》的颁布,土地承包经营权的性质以及土地征收时对土地承包经营权人的保护这两个问题已经得到了解决。在《物权法》中,“土地承包经营权”是第十一章的标题,规定在第三编用益物权

* 中国人民大学法学院博士后研究人员。

① 关于本文所采用的“土地承包经营权”和“发包方”这两个术语,需要在这里进行一些说明。第一,土地承包经营权可以分为家庭承包方式和非家庭承包方式,后者适用于“四荒地”,本文的研究只限于最为重要的前者。第二,“发包方”包括村集体经济组织或村民委员会、村内集体经济组织或村民小组,但是由于在实践中,除了个别地区外,集体经济组织通常与村民委员会或村民小组合为一体或实际上合为一体(参见张广荣:《我国农村集体土地民事立法研究论纲》,中国法制出版社2007年版,第47页)因此,本文对此不细致区分,统称“发包方”或“发包人”,在治理视角的论述中则称呼它们为“基层政权”。

② 《农村土地承包法》第1条。

③ 关于土地承包经营权物权说,参见王家福、黄明川:《土地法的理论与实践》,人民日报出版社1991年版,第57页;钱介敏、倪江生:《完善农村土地法律制度的对策》,载《中国法学》1990年第6期。关于土地承包经营权债权说,参见中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组:《制定中国物权法的基本思路》,载《法学研究》1995年第3期;钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1995年版,第290页;梁慧星主编:《中国物权法研究》(下),法律出版社1998年版,第705—708页。当然,认为土地承包经营权是债权并不是最终目的,其最终目的在于认清土地承包经营权债权性质的基础实现土地承包经营权的物权化。参见中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组:《制定中国物权法的基本思路》,载《法学研究》1995年第3期;梁慧星主编:《中国物权法研究》(下),法律出版社1998年版,第709—714页。

之下。至此,土地承包权的性质为物权,至少在法律层面上已经得到了确定。^④ 根据《物权法》第 121、132条与第 42条的规定,征收补偿费的受益主体由集体土地的所有人扩张至土地承包经营权人,土地承包经营权人取得征收土地的补偿请求权。^⑤

土地承包经营权的限制包括权利期限的限制^⑥、土地用途的限制^⑦、承包期内调整和收回承包地的限制^⑧以及流转限制等。在这些限制中,流转限制尤为值得关注。法律、法规对于土地承包经营权流转的规定,主要集中于以下几个方面:第一,是否允许流转;第二,流转可以采取哪些方式;第三,对于流转收益是否需要限制;第四,土地承包经营权流转是否需要经过发包方的同意。现行法律已经允许了土地承包经营权的流转,流转可以采取转包、出租、互换、转让、入股等方式;^⑨ 现行法律明确规定“流转收益归承包方所有”,^⑩ 对于流转收益已经没有限制;同时,现行法律对于土地承包经营权的流转还规定了一些限制,例如受让方必须要具备农业经营能力、土地所有权的性质和土地的农业用途不得改变、流转期限、本集体经济组织成员享有在同等条件下的优先权等。在这些限制中,变化最为剧烈且目前已经成为争议焦点的是土地承包经营权流转中的发包方同意这个限制。^⑪

(二) 发包方同意的法构造阐释和法政策阐释

物权法的一个基本原则是可转让性。因而,原则上,物权具有可转让性。^⑫ 既然是物权,那么,土地承包经营权的自由流转似乎是当然的。然而,从允许土地承包经营权流转伊始,在法律上,土地承包经营权流转就存在着发包方同意这样一种限制。如何证成发包方同意这样一种规范性限制,需要搭建起妥适的阐释框架。这个阐释框架,可以是法构造上的——从法构造的层面对发包方同意进行解释,也可以是法政策上的——从法政策的层面对发包方同意进行分析。学者们对土地承包经营权流转中发包方同意的研究,大致是围绕着这两个层面展开的。

本文所谓的法构造阐释,是在法体系内部对于规范的证成,这类似于 19 世纪德国法学家温德沙伊德的立场,“伦理方面、政治方面与国民经济方面的斟酌不是法学家的事情”,^⑬ 仅仅是从法体系内部对于一个规范进行证成,类似于解释论的立场。而法政策阐释是从法体系之外对法规范进行证成,这更类似于 19 世纪德国法学家萨维尼的立场:“优秀理论者的理论必须通过对于所有法律交往的完全、彻底的

④ 关于《物权法》明确土地承包经营权为物权的重要意义,参见王利明:《物权法研究》(下卷)中国人民大学出版社 2007年版,第 57—60页。

⑤ 参见崔建远:《物权法》中国人民大学出版社 2009年版,第 299页。

⑥ 例如《物权法》第 126条、《土地管理法》第 14条第 1款、《农村土地承包法》第 20条等。《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(2008年 10月 12日中国共产党第十七届中央委员会第三次全体会议通过)提出:赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变。对此,有学者认为,这一提法改变了“确保农村土地承包关系长期稳定”的提法,意味着土地承包经营权的永佃化。参见高圣平、严之:《从“长期稳定”到“永久不变”:土地承包经营权性质的再认识》,载《云南大学学报(法学版)》2009年第 4期。

⑦ 如《物权法》第 125条、《土地管理法》第 14条第 1款、《农村土地承包法》第 2条等。

⑧ 如《物权法》第 130—131条、《土地管理法》第 14条第 2款、《农村土地承包法》第 26—27条等。

⑨ 《宪法》第 10条第 4款、《物权法》第 128条、《农村土地承包法》第 32、42条、《农村土地承包经营权流转管理办法》第 6、15条。

⑩ 《农村土地承包法》第 36条、《农村土地承包经营权流转管理办法》第 7条。此前,1986年最高人民法院《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》第 3条第 5款规定,土地承包经营权流转“不得转包渔利”;1999年最高人民法院《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》第 19条规定:“对有偿转让承包经营权的转让费超过政府规定的最高额的部分,人民法院不予保护。”这两个司法解释均已被废止。

⑪ 赞同取消发包方同意限制的观点,参见梁慧星:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》社会科学文献出版社 2000年版,第 154页;陈小君等:《农村土地法律制度研究》,中国政法大学出版社,第 319、333页;刘静、郑永胜主编:《农村土地承包法原理精要与实务指南》,人民法院出版社 2008年版,第 125页以下;前引①,张广荣书,第 84页以下。不赞同取消这个限制的观点,参见胡吕银:《土地承包经营权的物权法分析》,复旦大学出版社 2004年版,第 162页以下;孟勤国等著:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社 2009年版,第 83页以下。

⑫ [德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社 2004年版,第 66页。

⑬ 转引自[德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》王娜译,法律出版社 2003年版第 6页。

直观而生机勃勃;所有实际生活中的伦理宗教方面、政治方面、国民经济方面必须呈现在他眼前。”^⑭这类似于立法论的立场。实际上,法构造阐释和法政策阐释是相互联系在一起的,法政策阐释的结论可以在法构造阐释中作为“法律目的”因素而对法规范的解释和适用发挥作用。

具体到发包方同意这个限制条件,在法构造的层面,有一种赞同以发包方同意作为土地承包权流转限制的观点认为,土地承包经营权转让合同是一种债权债务的概括转移,应适用《合同法》第 88 条规定。^⑮而反对将发包方同意作为土地承包经营权流转限制之观点,则以土地承包经营权之物权性这一法构造主张:土地承包经营权具有物权性,物权的流转是不需要作为所有权人的发包方的同意的,^⑯因为“债权的转让有一定的限制,而物权的转让则一般没有限制”,这是债权与物权的主要区别之一。^⑰

从法政策的层面对发包方同意进行的研究,是围绕农村土地的价值目标展开的。在中国现阶段,农村土地既具有保障性,又具有经济性。在这二者之中,蕴含了“生存”和“发展”两个价值目标。这两个价值目标,既有统一的一面,又有冲突的一面。在农村土地使用和收益的方面,“承包人经营自主权的增强过程,也是土地的社会保障性得以有效发挥的过程”,这两个价值目标达到了统一。^⑱在这个统一的过程中,土地的经济性目标往往是隐而不显的,这就致使人们往往只看到了土地的保障性。但土地的承包经营权一旦流转起来,这两个价值目标却存在着冲突的关系,而这种冲突关系最明显地表现于流转中发包方同意这个限制之上。在土地承包经营权流转过程中,涉及到“生存”和“发展”的价值目标选择与协调问题。赞同发包方同意对于土地承包经营权流转之限制的观点认为,之所以规定发包方同意这个限制是为了防止承包人轻易流转土地承包经营权而丧失生活保障。^⑲反对将发包方同意作为土地承包经营权流转限制者认为,土地承包经营权的自由流转是有助于土地规模效应的发挥和提高生产效率的。^⑳

在法政策层面,对土地承包经营权流转是否以发包方同意作为限制,还必然蕴含着目的(价值选择)以及目的和手段(具体规则)对应关系的确定问题。比如,反对发包方同意限制土地承包经营权流转者,认为此种限制并非是达致土地保障性目标的合适手段。^㉑这一主张就涉及到目标与手段的对应关系问题。

上述围绕发包方同意展开的研究具有非常重要的价值。但是,一些疑问仍然存在:发包方同意能否在法构造上得到妥当的解释?发包方同意这个限制背后的目标是土地的保障性目标吗?如果是,目标和手段之间具有对应性关系吗?如果不是,这个目标又是什么呢?

三 治理视角

基于这些问题,在分析发包方同意的规范变迁、法构造解释与保障性基础问题的基础上,本文试图在法政策的阐述中采取一种治理的视角,将对法律的思考与对治理的思考结合起来,对发包方同意问题进行考察。现有的研究少有从治理的视角出发的。实际上,法律和治理本来就具有非常密切的关系,尤其在土地领域更是如此,这一点决定了本文立论时所采用的视角。

多一种研究的视角,或许对改变“貌似活跃,但在法学领域只能够仍属薄弱环节”^㉒的农地制度研究

^⑭ Savigny System des heutigen römischen Rechts Bd 1 Berlin 1840 Vorrede § XX I

^⑮ 此点详见下文。

^⑯ 参见前引①,刘静、郑永胜主编书,第 125页。

^⑰ 张广兴:《债法总论》法律出版社 1997年版,第 38页。

^⑱ 参见刘俊:《中国土地法理论研究》,法律出版社 2006年版,第 267页。

^⑲ 此种观点集中体现在最高人民法院制定《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 13条过程中所发生的争论中。参见最高人民法院民事审判第一庭:《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》,人民法院出版社 2005年版,第 174页以下以及 182页以下。

^⑳ 参见前引①,刘静、郑永胜主编书,第 127页。

^㉑ 参见前引①,刘静、郑永胜主编书,第 127页。

^㉒ 前引①,陈小君等书,“序言”,第 3页。

有些助益。20世纪80年代的中国农村经济的变革是从推行家庭承包责任制开始的,而这种制度在法律上的体现就是土地承包经营权制度,土地承包经营权在产生伊始就承载了改革的国家目标。土地承包经营权作为一种地权划分方式,它从一开始就与国家对于农村的治理存在着天然的联系,因为在农村社会中,土地的控制权意味着在农村中的社会权力,而对于地权的划分则意味着农村中治理权力的划分。国家对于农村治理的途径和目标不同,自然就会影响到土地承包经营权的具体规范设计,进而影响到治理权力的划分。这里就蕴含着通过治理视角来观察土地承包经营权的可能性。

事实上,通过治理视角来观察法律制度并不罕见。在许多西方国家,政治系统和法律系统严格区分,“治理目的”和“法律目的”由此得到区分。在法律规则确定之前,政治领域中通过不同利益团体之间的博弈形成作为共识性原则的“治理目的”,此目的是立法的基础,之所以如此,是因为此目的在政治上可以接受的。一旦法律规则根据此“治理目的”得以确定,那么法律就具有了独立的生命,形成法律体系,在此之中凝聚形成“法律目的”,此法律目的是法律解释和规则选择的准绳。“法律目的”和“治理目的”所属的领域不同,这意味着其合法性来源不同。但无论如何,两者具有密切的联系,在很多情形下是一致的。这决定了法律制度的治理视角观察有可能取得成效。

而在中国现阶段,政治系统和法律系统并没有严格区分开来,“治理目的”和“法律目的”无法严格区分,法律规则的选择和解释并非依据法律体系之中的“法律目的”,而是基于更为实用化的“治理目的”,在这种情形下,“治理目的”在法律规则的选择和解释中就取得了更为重要的地位。

因而,对发包方同意作为土地承包经营权流转之限制的阐释,有必要置于一种治理的视角之下。本文的法政策阐释部分就是从治理视角来观察并检讨土地承包经营权流转中的发包方同意这个限制的,但是,治理视角可以应用于土地承包经营权法律研究中的多个论题,本文则是提出这种治理视角并验证其有效性的一个初步尝试。

二、发包方同意的规范变迁

土地承包经营权流转中的发包方同意这个限制在立法和最高人民法院的司法解释中经过了许多变化。1986年4月12日通过的《民法通则》第80条第3款规定:“土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。”《民法通则》第80条前两款规定了土地使用权人的权利和义务,按照逻辑解释,第3款的着眼点仍应当是土地使用权人。因此,这一条款意味着土地承包经营权人只能自己使用土地,而不能将土地承包经营权流转。

但是,1986年4月14日公布的最高人民法院《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》第3条第3款规定:“承包人将承包合同转让或转包给第三者,必须经发包方同意,并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容,不得转包渔利,否则转让或转包合同无效。”这一条款的规定与《民法通则》的上述规定不同,它意味着土地承包经营权可以流转,但转让或转包都必须经过发包方同意。

1988年的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第95条第2句规定:“承包人未经发包方同意擅自转包或者转让的无效。”这一规定改变了《民法通则》的上述规定,继承了最高人民法院1986年司法解释的规定。

1999年最高人民法院《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》第14条规定:“承包方未经发包方同意,转让承包合同,转包或者互换承包经营标的物的,人民法院应当认定转让、转包、互换行为无效。”这一规定仍然延续了最高人民法院的一贯看法,土地承包经营权的转让、转包和互换都必须经过发包方的同意。此前,农业部《关于稳定和完善土地承包关系意见》(1995年3月28日经国务院转批)第4条规定:“在坚持土地集体所有和不改变土地农业用途的前提下,经发包方同意,允许承包方在承包期内,对承包标的依法转包、转让、互换、入股,其合法权益受法律保护,但严禁擅自将耕地转为非耕地。”

2002年的《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。”第 37 条第 1 款规定：“土地承包经营权采取转包、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。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；采取转包、出租、互换或者其他方式流转的，应当报发包方备案。”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，可以将全部或者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。”上述规定较之以前的规定发生了重大变化，在土地承包经营权的流转中，只有转让方式需要发包方同意，而其他方式的流转不需要发包方同意而只需要报发包方备案，这大大弱化了发包方同意对于土地承包经营权流转的限制。

2005 年 1 月 19 日农业部公布的《农村土地承包经营权流转管理办法》第 25 条规定：“发包方对承包方提出的转包、出租、互换或者其他方式流转承包土地的要求，应当及时办理备案，并报告乡（镇）人民政府农村土地承包管理部门。承包方转让承包土地，发包方同意转让的，应当及时向乡（镇）人民政府农村土地承包管理部门报告，并配合办理有关变更手续；发包方不同意转让的，应当于七日内向承包方书面说明理由。”根据此规定，发包方同意这个限制也只适用于土地承包经营权转让的情形，并规定发包方不同意转让的，发包方必须于 7 日内说明理由。但是，此规定对于“理由”并没有限制，此理由是仅限于“法定理由”还是包括其他方面的理由仍然不清晰，而只是笼统地规定“说明理由”。同时，发包方不同意转让且发包方在 7 日内不说明理由的，转让的效力如何，根据此规定也并不清晰。

2005 年 3 月 29 日最高人民法院《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 13 条规定：“承包方未经发包方同意，采取转让方式流转其土地承包经营权的，转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的，不影响土地承包经营权转让合同的效力。”此规定延续了《农村土地承包法》的上述规定，只有土地承包经营权的转让需要经过发包方同意，但进一步规定了在“发包方无法定理由不同意或者拖延表态的”的情形下，转让有效。根据此规定，一方面，发包方在拖延表态的情形下，明确了法律后果为转让有效，根据农业部的上述规定，发包方 7 天内不表态的就可以被认定为“拖延表态”；另一方面，对于“理由”也限定为“法定理由”，发包方不同意必须具备“法定理由”。^②

根据上述规范变迁的简要描述，可以看出，发包方同意对于土地承包经营权流转的限制在规范上不断被弱化。如果认为发包方同意是以土地保障性目标作为基础的，那么，是不是可以认为法律规范对于农民的保障是在不断削弱的呢？根据我国的一贯政策，这个结论可能并非妥当，那么能否在法构造上证成发包方同意对于土地承包经营权流转的限制呢？

三、发包方同意的法构造解释

发包方同意这个限制在现行法上应被认为仅仅适用于转让方式的土地承包经营权流转。物权法已经明定土地承包经营权为物权，土地承包经营权的转让即对于物权的处分行为，而土地承包经营权的转让合同则是负担行为，在法解释上应当予以区分。^③ 根据最高人民法院《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 13 条规定“承包方未经发包方同意，采取转让方式流转其土地承包经营权的，转让合同无效”，未经发包方同意而转让土地承包经营权的法律后果是土地承包经营权转让合

^② 丁关良教授认为，可对发包方有权拒绝同意的情形细化如下：（1）土地承包经营权转让合同改变土地的农业用途的；（2）受让方不具有农业生产经营能力的；（3）转让方拒绝与在同等条件下享有优先权的本农村集体经济组织其他成员签订土地承包经营权转让合同，而将土地承包经营权转让给本农村集体经济组织外的单位或者个人的；（4）土地承包经营权转让合同存在强迫签订情形的。参见丁关良：《农村土地承包经营权流转存在的法律问题与对策建议研究——以浙江省为例》，载《法治中国》2009 年第 8 期。

^③ 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 13 条规定：“承包方未经发包方同意，采取转让方式流转其土地承包经营权的，转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的，不影响土地承包经营权转让合同的效力。”这里，最高人民法院已经区分了土地承包经营权的“转让”和“转让合同”，这种区分恰恰以负担行为和处分行为的区分作为基础。崔建远教授也认为：“转让合同生效并履行是（物权变动的）法律事实，土地承包经营权移转至受让人名下是结果（物权变动）。”前引

^④ 崔建远书，第 296 页。

同无效,而土地承包经营权转让有效与否则依据是否承认物权行为的无因性而有所不同。^②

因此,问题就可以转变成:土地承包经营权转让合同为何以发包方同意作为有效要件?如果不考虑现行法的明确规定,这个限制能否根据法体系合乎逻辑地推导出来?其中一种可能的解释方案为,土地承包经营权转让合同是一种债权债务的概括转移,根据《合同法》第 88 条的规定,“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利义务一并转让给第三人”,因此,发包方同意是土地承包经营权转让合同的有效要件。^③但是,这种解释方案可能是存在问题的。

首先是逻辑考量。《合同法》第 88 条规定的转让标的物是“合同中的权利义务”,是一种债务关系中的法律地位,而土地承包经营权转让合同的标的物是“土地承包经营权”,是一种物权,或者说是物权关系中的法律地位。“法律关系的整体的法律结果,即参与某种法律关系的人所拥有的权利、预期取得权利、义务、其他的拘束,负担性义务和权限等一起构成了他在这种法律关系中的法律地位。”^④拉伦茨对此指出,在物权关系的情形中,与物权结合在一起的义务、负担性义务或权限是从属于物权这种物权关系的核心,因此,物权人的法律地位在物权移转时,原则上是完全移转给他的权利承受人;而在债务关系中,“尽管权利经常是法律关系的特殊标志,但是拥有权利在一般情况下并不能穷尽法律地位的内容,法律地位还包括由权利而生的所有其他的法律联系”,债权债务关系的法律地位并不能随着其中一个单独的债权的让与而移转。^⑤因此,土地承包经营权转让合同并非是土地承包合同的概括转移,从而不能适用《合同法》第 88 条的规定;并且,由于物权和债权的体系区分,《合同法》第 88 条规定也不能类推适用于土地承包经营权转让合同,两者不具有类推的基础。

其次是体系考量。土地承包经营权是物权,而物权最重要的原则之一就是“物权法定”。《物权法》第 5 条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”物权法定原则的客观功能之一就是促进物权交易的安全与迅速,^⑥这也是将土地承包经营权确立为物权的原因之一。如果认为土地承包经营权转让合同是土地承包合同的概括转移,土地承包经营权转让合同必然就要以发包方同意作为有效要件,这就限制了土地承包经营权的安全与迅速,与物权法定原则和立法意图有所违背。而在不考虑现行法规定的前提下,我们必须选择与具体的法原则和立法意图不相矛盾的解释方案。

再次是利益方面的衡量。如果土地承包合同规定了法律对于土地承包经营权内容所没有明确规定的內容,土地承包经营权转让合同不以发包方同意作为有效要件会不会影响到发包方的利益?诚然,如果将土地承包经营权转让合同解释为土地承包合同的概括转移,这就必须经过发包方的同意,发包方利益即使因概括转移受损,这也因为发包方的同意而具备了正当性基础。但是,即使不将土地承包经营权转让合同解释为土地承包合同的概括转移,从而不需要发包方的同意,发包方的利益也不会因此受损。土地承包合同中超出法律规定的土地承包经营权内容的约定,按照通说,^⑦如果已经登记就发生物权效力,如果没有登记就只具有债权效力,发包方仍可以依据承包合同要求转让人承担义务,对于发包方没

^② 前引①,最高人民法院民事审判第一庭书,第 175 页。“发包方同意应当看成是土地承包经营权转让的有效要件”,这里似乎采取了物权行为的有因性理论,其逻辑推导过程是这样的:如果采取了物权行为的有因性,那么作为物权行为的土地承包经营权转让必须以作为原因行为的土地承包经营权转让合同的有效作为有效要件,而根据《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 13 条规定,转让合同的有效又必须以发包方同意作为有效要件,因此,“发包方同意应当看成是土地承包经营权转让的有效要件。”如果采取了物权行为无因性的观点,那么发包方的同意是转让合同的有效要件,如果发包方不同意,那么转让合同无效,但转让如果已经具备了其他有效要件,即使转让合同无效,转让也是有效的,其他问题应按照不当得利规则处理。

^③ 隐含的表述,参见前引①,胡吕银书,第 162 页。

^④ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),邵建东等译,法律出版社 2003 年版,第 272 页。

^⑤ 前引②,[德]卡尔·拉伦茨书,第 272 页。

^⑥ 谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社 1999 年版,第 42 页;王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社 2007 年版,第 163 页以下。

^⑦ 此处的法律问题类似于台湾地区民法中地上权的租金约定在地上权移转时所产生的法律问题,因此,通说观点具有相似性,参见前引②,谢在全书,第 374 页以下。

有利益影响。^③

因此,土地承包经营权转让合同不能解释为土地承包合同的概括转移。另一个解释方案可能是将土地承包经营权转让合同解释为《合同法》第 44 条第 2 款所规定的“应当办理批准、登记等手续才能生效的合同”,发包方的同意就是法律所规定的批准。上述《合同法》规定中所出现的“批准”手续往往是基于行政权力的批准,这会导致了发包方同意所依据的基础产生变化,发包方是基于所有权行使主体的地位而同意,并非是基于行政权力而批准。

根据《土地管理法》、《农村土地承包法》的规定,发包方因集体所有土地不同而不同:(1)村农民集体所有的土地,其发包方首先为村集体经济组织,村集体经济组织不健全的,发包方为村民委员会发包。(2)已属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的土地,村民小组一级的集体经济组织健全的,发包方为村内各集体经济组织;村民小组一级的集体经济组织不健全的,发包方为村集体经济组织或村民委员会。^④法律首先规定了一般由村内或村集体经济组织作为发包方,这已经表明了发包方是作为所有权行使主体地位而对转让合同表示同意,这一点不因发包方身份不同而有变化。即使是村民委员会对转让合同表示同意,此同意同样也是基于所有权行使主体的地位。

即使不考虑这一点而接受这一解释方案,但法律为何要规定土地承包经营权转让合同以批准作为生效要件这个问题仍需要认真思考,这就进入到法政策的考量之中。

四、发包方同意背后的土地保障考量

支持土地承包经营权转让须经发包方同意的观点认为,发包方同意这个限制有利于发包方的监督权的行使,制止承包方损害承包地和农业资源,并且有利于保障承包方的利益、防止承包方轻易丧失作为基本保障的土地承包经营权。^⑤但是,防止农业用地的丧失和保护农业用地似乎没有必要通过发包方同意这个限制来实现,相关的行政性法律、法规已经对此做出了明确的禁止规定。所以,土地保障基础就成为发包方同意这个限制的最为重要的法政策理由。但是,发包方同意的规定真的是以土地承包经营权对于农民的生存保障^⑥作为法政策基础的吗?

首先来观察“历史上立法者的心理意愿”。值得注意的是,2002年6月24日,顾昂然在其所做的“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国农村土地承包法(草案)》修改情况的汇报”中指出:

草案第三十五条规定:经发包方同意,承包方可以将全部或者部分承包土地的土地承包经营权,在承包期的剩余期限内全部转让给第三方,由第三方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。有的委员和部门提出,我国绝大多数农村的农民在较长时期内还得依靠承包经营的土地为生,不能因随意转让而丧失赖以生存的土地,因此,应对转让的条件作严格限制。法律委员会建议将该条修改为: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,可以将全部或者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。

可以看出,《农村土地承包法》草案中已经规定了“发包方同意”,但是基于土地对于农民的保障性作用,增加了“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”这个要件。因此,土地的保障性 in 土地承包经营权转让的规定中确实是一个法政策的实际考量,但此考量并非通过“发包方同意”这个限制

^③ 在家庭承包方式中,自 2002 年以来的税费改革和取消农业税使得土地承包经营权的转让更不会对于发包方利益产生不利。此时,家庭承包方式的土地承包经营权人之义务大多已经由法律所明确规定,而最为重要的支付地租的义务因为土地承包经营权的政治性和保障性目前大多并不存在,发包方并没有因为土地承包经营权而享有获得地租的权利和利益,因此,土地承包经营权转让合同似乎并不会影响到发包方的利益。

^④ 参见王宗非主编:《农村土地承包法释义与适用》,人民法院出版社 2002 年版,第 34 页。

^⑤ 前引①,最高人民法院民事审判第一庭书,第 182 页以下。

^⑥ 这种保障包括生活保障、就业保障、养老保障等,参见前引①,孟勤国等书,第 12 页以下。

而体现。

其次,“发包方同意”也无法实现土地保障性的法政策考量。如果发包方不同意土地承包经营权的转让,根据最高人民法院《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13条的规定,发包方的不同意必须具备“法定理由”,否则即应认定转让合同有效,而体现了土地保障性作用的“承包方没有稳定的非农职业或者稳定的收入来源”可以是一个“法定理由”。^⑤但这个理由无法具备客观化的操作标准,导致发包方可能会利用“发包方同意”这个规定扩大基层政权对于集体土地的控制权,损害农民利益。“为防止大规模出现没有任何‘生存’保障的失地农民,立法应当将着眼点放在为转让承包地的农民提供社会保障上,而不是把农民的命运交给一个抽象的‘集体’来决定。如立法可以规定,农民转让其土地承包经营权的,应当在办理土地转让登记时提交其参加社会保障或社会保险的证明。”^⑥故“承包方有稳定的非农职业或者稳定的收入来源”这个体现了土地保障性作用的限制条件不应也无需由发包方来审查决定。^⑦发包方同意这个限制似乎是一种“法律父权主义”的法规范,而这种“法律父权主义”的法规范的适用往往会导致违反它们要保护的那些人的利益的结果。^⑧

综上,土地的保障性考量在土地承包经营权转让的法律制度建构中确实是一个重要的法政策考量,但此种考量并非也不应通过“发包方同意”这个限制而体现。那么,“发包方同意”的法政策考量究竟在于何处呢?这就可能要从治理视角来进行观察。

五、发包方同意与治理考量

法律是治理的手段之一,治理的考量必然也在农村土地承包经营权的具体规则设计中发挥着不可替代的作用,土地承包经营权流转中的发包方同意这个限制也是实现治理考量的一个手段,那么,发包方同意这个限制以何种治理图景作为背景呢?其规范变迁又体现了治理图景的何种变迁?当代中国的治理图景又要求发包方同意这个限制做出何种变化?

(一) 发包方同意中的治理考量

对于土地的控制权是各种对土地权利的综合,土地承包经营权流转中的发包方同意这一限制以及其他一些规则,事实上使得作为发包方的基层政权对于土地的控制权扩大。通过这种控制权的扩大,“土地集体所有”成为“土地干部所有”,基层政权的利益与村社共同体成员的利益出现冲突,事实上,这种利益冲突不过是近代以来村社共同体之中的利益分离结构的延续和激化。

在中国传统的村社共同体治理中,国家治理权力和基层政权的治理权力自隋代以来一直存在着。在清代以前,国家权力并不能真正触及地方管辖的事务,由地方精英阶层组成的基层政权是村社共同体内部治理的主导性力量,国家权力总是通过地方精英、而不是企图取代他们治理地方社会,地方的基础结构层的局部整合仍然由地方权威来完成。一个是官制领域,以国家为权威中心,但对于基层社会而言,它的整合意义多是文化象征性的;而另一个则更具有实质性,因为它承担着实际的管辖权力,这就是在基础层次上存在的地方体中的权威。^⑨

这种复合治理结构的出现是必然的。村社共同体是熟人化的社会,同时信息获得的技术化手段是非常有限的,因此,国家权力的治理成本非常巨大,从而形成一个真空,为了填补这个真空,同时为了收

^⑤ 前引①,最高人民法院民事审判第一庭书,第184页以下。

^⑥ 前引①,张广荣书,第85页。

^⑦ 实际上,在中国社会科学院牛瑞研究员看来,土地承包经营权流转实际上对农民具有类似社保的作用。参见《专家解读土地流转:对农民具有类似社保作用》,http://www.cqrl.gov.cn/zc/ky/20081010_1148636.htm。此外,有些学者看来,在实践中,农地流转率低,农地具有保障功能并不是其主要原因。参见张阳武等:《农村土地承包经营权流转现状:一种解释》载《经济研究导刊》2006年第5期。

^⑧ 关于“法律父权主义”的论述,参见[美]Trebilcock Elliott《法律父权主义的范围和局限》,载[美]Benson主编:《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社2004年版,第51页以下。

^⑨ 参见张静:《基层政权:乡村制度诸问题》,世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第18页。

税,国家就不得不借助于地方精英进行治理,承认和维护地方精英治理权力的存在。地方精英要获得治理权力,他们又无法单纯借助于国家权力的强制力量,而必须有能力通过一系列规则组织地方共同体内部的各方利益,从而形成一个地方性的利益共同体,他们必须与村社共同体成员形成租佃关系,收取地租,依赖村社共同体获得经济财富,参与公共事务,建构地方利益整体关系,实现对于地方体的结构性整合。^⑩因此,地方治理权力的合法性来源于地方共同体内部的利益关系,是自下而上的,“国家的认可可以用来防备或增加荣耀,但在通常情况下,地方权威没有理由求助国家”^⑪。地方精英组成的基层政权对于国家权力的这种“代理”不依赖于国家权力,而是依赖于村社共同体的利益,他们可以被称为“保护型经纪”^⑫。这时,基层政权的利益与村社共同体的利益是一致的,国家治理权力的合法性则主要在于文化意义上,基层政权治理权力的合法性来源于地方体内部的利益关系。

但是,自清末以来,中国开始逐步向现代民族国家转变,国家权力要求得到扩张,试图使基层政权成为国家的政权分支,使其为国家目标服务,从而获得农业税收的增加。国家试图把地方精英的权力作为国家权力的一部分,通过机构建制和身份委任这种官方授权方式,力图把地方权威的任务纳入国家目标之中,使得地方权威附属于国家权威。在这个过程中,复合治理结构要求转变为单一治理结构,地方权威的合法性来源逐渐上移至国家权力的授权,他们的权力和控制资源逐渐扩大,但他们却并不再需要村社共同体的承认,其合法性是一种自上而下式的,地方权威逐渐“官僚化”^⑬。这种自上而下的合法性促使地方权力行使者的眼光上移,加强与官僚系统的联系以获得个人利益,但却使得地方权威在村社共同体的公共责任的重要性大大降低,他们的利益与村社共同体的利益出现了结构性的分离。这使得地方精英从自己私利出发,在国家权力与村社共同体成员的交流中获得最大利益,成为“掠夺型经纪”。

国家权力向村社共同体的扩张导致了一种恶性循环:国家税捐的增加引起掠夺型经纪的增生,而后者的增生反过来要求更多的税捐。这种情形被杜赞奇称为“国家内卷化”(state involution),掠夺型经纪所参与的国家内卷化破坏了保护型经纪所实现的国家与民众的文化联系。同时,村社共同体成员与掠夺型经纪之间的矛盾转变为村社共同体成员与国家之间的矛盾。这两个因素导致国家治理权力合法性的降低。^⑭

自1949年以来,国家权力试图通过通过农地法律制度的变革取消“掠夺型经纪”,从而建立国家治理权力的社会合法性,并使得国家治理权力扩张至村社共同体之中,合作社直至人民公社制度是国家治理权力扩张的手段。但是,国家治理权力的扩张虽然大大加强,但却造成了农业的低效率,影响到了国家治理权力的合法性。同时,由于基层政权治理权力的合法性来源进一步上移这种制度原因,因此基层政权与村社共同体之间结构性的利益分离状况并没有因为“阶级”话语而得到改变。^⑮

在1978年之后,国家治理权力渐渐从村社共同体之中开始撤退,但基层政权与村社共同体之间的利益分离结构却更为严重。为了谋求个人利益,基层政权就在国家权力退却之时接收了对于村社共同体的部分治理权力,其实质恰恰在于对包括土地在内的资源的控制。基层政权成员涉足经济领域已经是一个常态并普遍受到鼓励,他们也有足够的动力利用集体所有的土地进行经营,因为他们可以无偿或象征性地有偿使用土地,这些都不必运用市场信誉以及偿还能力获得,而是运用其治理的地位获得,但投资失败时,往往由村社共同体所有成员承担损失,在经济上只有风险没有收益,基层组织管理者的政

⑩ 更为详细的论述,参见前引⑨,张静书,第24页以下。

⑪ 前引⑨,张静书,第26页。

⑫ 这是美国学者杜赞奇在其著作《文化、权力与国家:1900—1942年的华北农村》(王福明译,江苏人民出版社2006年版)中所使用的术语,与此对应的是“掠夺型经纪”或“赢利型经纪”。

⑬ 详细的论述,参见前引⑨,张静书,第24—32页。

⑭ 参见张静,《国家政权建设与乡村自治单位》,载《开放时代》2001年第9期。

⑮ 参见前引⑨,张静书,第33页以下。

权身份和经营身份发生混同,以公共角色身份合法从事经济活动。^{④⑥}

为了方便地实行集体土地的相关经营,基层组织管理者就必须对集体土地实现更大的控制权。集体土地所有权恰恰提供了基层组织管理者合法经营集体土地的能力,“进而可能独自或集团性的、排他性地掌握公共资产的控制权和收益分配权所带来的利益”。^{④⑦}这导致了土地承包制蜕变的各种具体形式,例如“双田制”、“反租倒包”、撮合“种粮大户”、预留“机动地”等等。^{④⑧}这时,基层组织管理人的利益与村社共同体成员的利益就不仅仅是分离关系,而转变为冲突关系。这种村社共同体成员与基层组织管理者之间的冲突关系,由于基层组织管理人身份的官方授权,很容易被村社共同体成员转变为村社共同体成员与国家之间的冲突关系,进而损害国家治理权力的合法性:

这样一种结构使国家经常面临不可跨越的治理矛盾:一方面,为协调基层冲突和政治问题,它不得不采用各种方法限制基层政权的恣意行为……另一方面,国家又不得不依赖基层政权从事发放贷款、实施免税、捐赠和其他官制,这又等于支持了基层权威的合法性,助长了他们的权力。^{④⑨}

在基层政权和村社共同体之间建立共同的利益关联结构之前,国家必须在村社共同体成员与基层政权之间不断地寻求平衡,这一治理考量对于农村土地制度的规则设计产生了重大影响。它一方面扩大土地承包方对于土地的自主性,另一方面又必须保留作为发包方的基层政权对于集体土地的一定控制权,以使得基层政权享有治理权力以辅助国家对于村社共同体的治理。土地承包经营权流转体现了前者,而土地承包经营权流转中的发包方同意这个限制又体现了后者。土地承包经营权流转中存在着发包方同意这一限制,事实上是发包方分割了承包方对于土地的控制权,发包方作为基层政权对于集体土地的控制权也由此得到了扩大,而在村社共同体之中,基层政权对于集体土地的控制意味着基层政权享有了对于村社共同体的治理权力,这样国家对于村社共同体的治理权力才能贯彻下去。

因此,发包方同意背后的法政策是在基层政权与村社共同体之间结构性的利益分离情形下国家所必然采取的治理考量。

(二) 治理考量下的发包方同意

基层政权与村社共同体之间结构性的利益分离状况导致了村社共同体成员对于基层政权的不满,而基层政权治理权力的合法性的上移,又使得村社共同体成员的这种不满转变为对国家的不满,这就影响到了国家治理权力的合法性。这种情形愈演愈烈,这就迫使国家保护村社共同体成员的利益,限缩基层政权的活动空间,寻求在基层政权和村社共同体之间建立共同的利益关联结构。

这种利益关联结构的建立的手段就是实行村民自治,^{⑤⑩}其中最为重要的是《村民委员会组织法》第11条的规定:“村民委员会主任、副主任和委员,由村民直接选举产生。任何组织或者个人不得指定、委派或者撤换村民委员会成员”。基层政权治理权力的授权来源由此就又转移到村社共同体成员之上,这有利于扭转基层组织管理者与村社共同体成员的结构性的利益分离甚至冲突状况,重建它们的利益关联结构。

这种利益关联结构的重建会对于土地承包经营权制度背后的治理策略,进而会对具体规则设计产生重要的影响。利益关联结构的重建使得国家必须在村社共同体成员与基层政权之间不断地寻求平衡

^{④⑥} 参见前引^{③④}张静书,第50页。

^{④⑦} 前引^{③④}张静书,第56页。同书第55页总结了基层组织管理人的身份冲突:“经济角色将合理地发展出特别的排他利益,并与其他组织形成资源竞争,以利益交易的方式发生关系;而政权角色则要求它增进公益、共享和服务,成为公共利益而非特别利益的代表。政权身份有利于经济获益,但经营活动损害政权角色的名誉、声望、操守以及公共组织的行为原则,损害社会成员对公共组织的尊重和服从,进而损害它在社会中的整合权威。两种身份的冲突关系显而易见。”

^{④⑧} 参见党国印:《论农村集体产权》,载《中国农村观察》1998年第4期。对于“两田制”有助于扩大基层组织管理人对土地的控制权的分析,也可参见前引^{③④}张静书,第61页以下。

^{④⑨} 前引^{③④}张静书,第45页以下。

^{⑤⑩} 《村民委员会组织法》第2条第1款规定:“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织,实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。”第19条规定村民委员会必须将涉及村民利益的有关事项提请村民会议决定。

这种情况得到改变,村社共同体成员个人要求取得土地承包经营权的自主权,以获得最大化的个人利益。基层政权也必须保障村社共同体成员的利益,否则其合法性就会丧失。在土地领域,基层政权对于村社共同体成员利益的保障最重要的就是不能侵犯村社共同体成员对于土地承包经营权的自主权,而基层政权为了其治理权力的合法性也有动力如此行为。这种状况使得基层政权的角色定位发生变化。基层政权不能扩大而只能限缩其对包括土地在内的集体财产的专有控制权,否则就会导致村社共同体成员的反感,进而丧失其作为基层政权成员的地位。它只能在村社共同体成员自愿的基础上进行集体利益的维护,同时为村社共同体成员提供公共服务。

对于国家治理权力而言,国家不需要在基层政权和村社共同体成员之间不断寻求平衡,它只需要对村社共同体的授权结果进行确认并提供保障。在集体土地的行使和管理领域,国家在通过各种社会保障方式增强对于村社共同体成员保障的基础上,促使土地承包经营权由“保障工具”和“治理工具”转变为真正意义上的“市场工具”,在立法上保障村社共同体成员的自主权以获得治理权力的合法性,扩大村社共同体成员对集体土地行使和管理的参与权,限缩基层政权对于集体财产的专有控制权,将基层政权的功能限制在公共服务功能之上。

发包方同意在土地承包经营权流转中地位的不断弱化恰恰体现了国家治理方式的上述变化,而在村民自治进一步完善、基层政权和村社共同体之间的共同利益关联结构进一步建立的情况下,发包方同意这个限制应当完全退出土地承包经营权的流转。

六、结论

发包方同意的规范变迁史表明,发包方同意在土地承包经营权流转中的地位不断弱化,目前只有土地承包经营权的转让才需要发包方的同意。发包方同意这个限制无法从法体系中合乎逻辑地推导出来并纳入到法构造之中,因此发包方同意的背后是一种法政策的考量。但这种法政策的考量并非是土地承包经营权对于农民的保障性作用,发包方同意与这种保障性作用在实践中也不能形成手段与目的的对应关系。根据治理视角的观察,发包方同意是以基层政权与村社共同体成员之间的结构性利益分离状况下的国家治理方式作为法政策基础的。这种结构性分离的状况正在发生变化,作为法政策的国家治理方式也据此改变,因此,发包方同意在土地承包经营权流转中地位的不断弱化直至消失也就具有了合理性解释和证成根据。

Abstract: In the circulation of the right to the contracted management of land, the status which the restriction of contract-letting party's consent has is being weakened continually. The restriction can be deduced logically from the system of law, so the consideration of legal policy is in the back of this restriction. But this consideration is not the guarantee of the right to the contracted management of land, this guarantee and this restriction also can't form a relationship of correspondence. In fact, the foundation of this restriction is the mode of state's governance to the rural society. Along with the change of this mode, this restriction should change correspondingly.

(责任编辑:朱广新)