

□ 民法典研究: 农村土地法律制度关注

## 论土地承包经营权转让中的发包方同意

蔡立东 姜楠

【摘要】发包方同意作为限制土地承包经营权转让的法定条件,其存在的合理性备受争议。但无论是“废除说”还是“保留说”均单纯聚焦于立法的政策倾向以及该制度与现行法律体系的关系,并没有利用现有理论和制度资源实现问题的终局性解决。在“公示要件主义”的物权变动模式下,发包方同意事实上发挥了权利变动的公示作用,可以将其视为土地承包经营权变动的公示方式和生效要件。依循这一解释路径,发包方同意的法定条件和程序规则设计应当符合物权变动公示方式的法定性及形式性。但发包方同意属于合同履行环节的问题,其效力仅限于控制权利变动,并不影响转让合同的效力。

【关键词】发包方同意; 公示要件主义; 土地承包经营权

【基金项目】国家社会科学基金重大项目(12&ZD061); 司法部国家法治与法学理论研究重点项目(12SFB1004)

【收稿日期】2014-05-03

【作者简介】蔡立东,吉林大学法学院暨吉林大学理论法学研究中心教授,法学博士;姜楠,吉林大学法学院民商法学硕士研究生。(长春 130012)

关于发包方同意制度之于土地承包经营权转让的意义,学理上形成了“废除说”与“保留说”两种歧见。“废除说”认为,发包方同意源于农地保障功能,旨在限制土地承包经营权的流转。随着农地社会保障功能的逐渐弱化,以该理由限制土地承包经营权转让已经失去现实基础。此外,发包方同意限制了权利主体处分土地承包经营权的自由,减损了其作为用益物权的绝对性与独立性。<sup>[1]194[2]</sup>“保留说”则主张土地承包经营权对农民发挥着社会保障功能,为防止承包人轻率转让土地承包经营权,有必要以需经发包方同意的途径加以限制。<sup>[3]21</sup>

不同地区的农民对农地社会保障功能的期待与要求必然存在差异,“废除说”与“保留说”只是这种区域间现实存在之差异在学理上的反映,双方并未形成有效的争议焦点。农地的社会保障功能无法成为支持“保留说”与否定“废除说”的充分理由。此外,“废除说”主张发包方同意制度违背用益物权之绝对性与独立性的观点具有一定合理性,但是以该理由主张废除发包方同意制度则过于武断,这不仅在于现代社会中物权均具有相对性,而且农地的集体所有制不容改变,政策的陡然巨变将产生过高的执行与服从成本。在现阶段,“废除说”的主张不具有现实性。

十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》关于农村土地制度改革的设计以增强农地权利财产属性为主线。循此政策导向,笔者认为,土地承包经营权既然已经物权化,就应按照土地所有权及用益物权的运行逻辑,以作为土地所有权人的发包方与作为用益物权人的承包人间法律关系为背景,厘清发包方同意的法律结构及其法律意义。在权利

展开的路径中,将发包方同意制度镶嵌到农地权利的变动逻辑之中,使其成为合理配置农地权利的制度支点。即使立足于解释论的立场,发包方同意与土地承包经营权之物权属性的矛盾也并非不可调和,问题的关键在于明确发包方同意在物权变动中的功能定位,合理安排发包方同意的法定事由及程序设计,厘清发包方同意的效力范围,最终实现发包方同意与物权法律制度逻辑的两相契合。鉴于本文篇幅及讨论的便利,文中所指发包方限于村农民集体。<sup>[4]78</sup>

## 一、发包方同意制度的功能再诠释

由于缺乏来自法律逻辑的正当性支撑,“保留说”在与“废除说”的对垒中,同样存在容易被举例证伪的阿基里斯之踵。事实上,在落实农地的社会保障功能之外,发包方同意制度在土地所有权人与用益物权人间的权利义务关系以及土地承包经营权变动的逻辑链条中,还充当着不可替代的角色,“保留说”应该具有更大的比较优势。

首先,发包方同意是土地所有权人权利主体地位的表征。当前,基于强化土地承包经营权财产属性的政策取向和现实需要,强调土地承包经营权的物权属性确有必要,但集体所有制是生产资料社会主义公有制的重要体现,农地的集体所有权支撑的农民集体不仅具有经济功能,而且作为国家和农民之间不可替代的次级团体,对于“避免农民生活的原子化,维持村社秩序,巩固村社道德,赋予农民生活以意义”<sup>[5]</sup>不可或缺。片面强调土地承包经营权的对世性和绝对性,以其侵蚀甚至虚化农地的集体所有权,不仅颠倒了所有权与用益物权的固有逻辑,也不利于合理利用土地目标的实现以及村社共同体的维系。而以土地的集体所有权为依托,提供超出农户层面合作的基础,是提高农业生产效率的主要途径之一。农村集体既然保留了法律上的土地所有权,就必须通过发包方同意等具体制度安排有所体现,如果连控制土地承包经营权转让的发包方同意制度都不复存在,则农民集体在事实上丧失了对土地的权利。无从体现的法律上所有权就只是一个空壳,村民自治也就缺少了现实基础。

其次,发包方同意可以理解为土地承包经营权变动的公示途径,成为该种权利变动的生效要件。一种观点认为,《物权法》确立了以债权形式主义为原则,债权意思主义为例外的物权变动模式。两者的重要区别在于前者以公示为物权变动的生效要件,后者仅仅赋予公示以对抗效力,不以其作为物权变动的生效要件。由此对应存在“公示要件主义”与“公示对抗主义”两种物权变动模式。从物权变动的模式上看,基于法律行为而发生的土地承包经营权转让以土地承包经营权转让合同的生效而非登记作为物权变动的生效要件,登记仅仅具有对抗效力。承包合同生效之时,承包人即取得土地承包经营权,无须再满足其他条件。<sup>[6]50</sup>由此,土地承包经营权的变动采典型的债权意思主义的物权变动模式。但自“有关物权变动之规整”制度的内部逻辑观之,不动产物权变动的主要公示方式为登记,《物权法》第9条第1款确立的“不动产物权变动的一般规则——登记要件主义”,只是《物权法》第6条确立的“公示要件主义”物权变动模式的下位规则。《物权法》第9条“但书”的有效射程只能及其本身确立的“登记要件主义”的不动产物权变动规则,而不能及于《物权法》第6条确立的(动产和不动产)物权变动上位规则——“公示要件主义”。亦即不动产物权变动可以有登记之外的其他法定公示方式,但不能据此解释出存在“公示要件主义”物权变动模式的例外,《物权法》第9条第1款并不能构成对“公示要件主义”作出例外规定的法律依据,不动产物权变动即使不采用登记的公示方式,也要以其他方式公示始能生效,我国立法在“物权如何依法律行为发生变动”问题上采取“公示要件主义”的物权变动模式。而且,此为物权变动的一般规则并无例外。<sup>[7]5</sup>

基于上述分析,在现行物权法律体系下,土地承包经营权的变动须遵循“公示要件主义”

的物权变动模式，只不过公示的方式并不是登记。发包方同意完全可以被理解为土地承包经营权变动的公示方式，理由如下：

其一，发包方同意担当着承载公示物权变动的机能。土地承包经营权的变动基本上发生在本村集体内部，其效力影响的范围也基本定限于此。<sup>①</sup> 发包方同意表征着村集体其他成员已经获知土地承包经营权转让的信息并予以认可，这种信息确认及传递方式在村集体内部能够发挥与不动产物权登记同样的效能。因此，发包方同意在实践中起到了公示土地承包经营权变动的的作用，可以解释为权利变动的生效要件。尽管这种公示途径存在效力范围过窄、缺乏规范形式的缺陷，但是在《物权法》和《农村土地承包法》没有建立土地承包经营权变动登记生效制度的前提下<sup>②</sup>，发包方同意作为土地承包经营权转让的前置条件能够最大限度地克服物权登记制度缺陷而引发的诸多弊病。

其二，将发包方同意解释为土地承包经营权变动的公示要件有利于保护农地所有权人的利益。土地承包经营权转让后，转让人与发包方就该土地的承包关系及相应的权利义务随之终止，受让人与发包方重新确立土地承包经营关系。转让人未经发包方同意就可以有效转让土地承包经营权，发包方的权利就难以得到保障。<sup>[6]79</sup> 有学者认为，发包方欲监督转让结果和流程，完全可以借助所有权追及效力、合同无效等现有的、成熟的法律制度来实现该目的，没有借助“同意”条件的必要。<sup>[8]82</sup> 但凭借该法律矫正机制不可能对土地承包经营权转让作预先审查。土地承包经营权一旦转让，受让人必然要对该承包地上投入资本和劳动力，有的承包地已由受让人耕作多年，有的已经被多次转让。在这一过程中，稳定的生产关系已经建立。法律借助上述矫正机制对于这种自发秩序予以完全否定，不仅会导致极大的社会资源浪费，而且会引发对现行农地法律制度正当性的怀疑。将发包方同意作为土地承包经营权变动的公示方式和生效要件，引导所有权人介入土地承包经营权的转让过程，意味着建立了不当权利变动的预防机制。所有权追及效力、合同无效等制度相较于发包方同意制度并不具有比较优势，前者不能取代后者。

事实上，将发包方同意认定为权利变动的公示方式和生效要件与土地承包经营权设立的生效要件具有逻辑一致性。尽管《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”，似乎合同生效成为土地承包经营权设立的充分条件，但是自体系的角度观之，根据《农村土地承包法》第19条规定，必须履行两项法定程序，才能签订承包合同，即“召开本集体经济组织成员的村民会议，讨论通过已公布的承包方案”和“公开组织实施承包方案”。<sup>[7]7</sup> 这两个环节作为土地承包经营权设立的前置要件，具有公示作用。发包方没有实施上述公示行为，仅仅与承包人签订承包合同不产生物权设立效力。因此，不能单纯从《农村土地承包法》第22条的文义出发，把承包经营合同的签订认定为设立土地承包经营权的充分条件。由此，在“公示要件主义”物权变动模式下，土地承包经营权设立以“召开本集体经济组织成员的村民会议，讨论通过已公布的承包方案”和“公开组织实施承包方案”为生效要件；土地承

<sup>①</sup> 《农村土地承包法》第38条之所以没有将登记制度作为承包经营权物权变动的生效要件，仅仅赋予其对抗效力也是考虑到“流转的对象大部分是附近农民，互比较熟悉，从公示的意义上看登记的必要性不大”。参见何宝玉主编《中华人民共和国农村土地承包法释义及实用指南》，中国民主法制出版社2012年版，第74页。

<sup>②</sup> 有学者主张，土地承包经营权的成立、转让等都不以登记为生效要件，发包方擅自撕毁承包合同，频繁调整承包地，土地管理部门也不知晓，使中央政策的贯彻没有监督，缺乏制度保障。如果将土地承包经营权登记作为土地承包经营权变动的生效要件，对于违法的随意调整不予承认，对既有的土地承包经营权不予变更登记，就能起到监督、保障的作用。笔者认为该种观点值得赞同。随着我国农村土地承包经营权流转规模与数量的不断扩大，变更登记对抗主义为登记要件主义具有重要的现实意义。参见崔建远《物权：规范与学说》（下册），清华大学出版社2010年版，第517页。

包经营权转让以发包方同意为生效要件; 登记仅具有对抗效力。

## 二、发包方同意的条件与程序

既然发包方同意作为土地承包经营权变动的公示方式和生效要件, 同意的条件和程序就要满足物权公示要件的一般要求: 法定性<sup>①</sup>与形式性。首先, 发包方同意的事由与程序必须由法律予以明确规定。但是《物权法》、《农村土地承包法》对于发包方在何种条件下应当同意土地承包经营权转让、在何种状况下应当否决转让、发包方同意程序如何启动、发包方同意与否的团体意思如何形成、如何对外表达等相关问题没有明确规定。现行法以“同意”这一结果遮盖意思的形成和表达过程, 锁定于只问结果、不计手段和方式的规范模式, 并不具备制度建设的优势。<sup>[9]7</sup> 由于没有规范的事由及程序, 发包方在审查转让行为时享有巨大的自由裁量空间, 容易导致权力的滥用。同时, 发包方更有可能以无法定标准为由, 怠于审查土地承包经营权转让。因此, 明确发包方同意的法定条件及程序规则具有积极的现实意义。其次, 发包方同意作为物权变动的公示方式, 还要符合形式性的要求。一方面基于保障土地承包经营权流转效率和承包人流转自由的考虑, 要在制度层面压缩发包方掌控土地承包经营权转让的空间<sup>[10]79</sup>, 将发包方的权利明确为否决权, 其只能对土地承包经营权转让是否符合法律规定作形式性审查, 只要不存在否决转让的法定事由, 发包方就应当作出同意转让的决定。另一方面, 发包方同意的程序设计必须能够排除发包方的恣意<sup>[9]21</sup>, 兼顾参与程序及受到程序拘束和影响的其他主体的利益, 保障决定的客观妥当。

### (一) 发包方同意的法定条件

《农村土地承包法》第33条和第41条规定了土地承包经营权转让的法定条件, 立基于解释论的立场, 应以这些条件为基础, 本着土地承包经营权转让的内在规定性, 厘定发包方同意转让的法定条件。发包方同意既为一种否决权, 其法定条件应采“负面清单”规范模式, 只要不存在以下情形, 发包方就不能否决、亦即必须同意土地承包经营权转让: 1) 土地承包经营权转让改变了土地的农业用途。土地承包经营权无论如何流转, 必须保持农地的原有用途, 这为实现用益物权的设定目的所必需。2) 转让期限超过承包期的剩余期限。超期转让构成了对土地承包经营权的无权处分, 承包人事事实上僭越了发包方的所有权人地位, 导致双方权利关系的错位。放任这种情况的存在, 村农民集体对农地的所有权将被土地承包经营权彻底架空, 发包方和受让人的权益都难以得到保障。3) 土地承包经营权的转让侵犯村集体其他成员的优先受让权。为了维护村农民集体这种以人合性为基础的组织, 法律赋予村集体成员以优先受让权具有正当性, 在土地承包经营权转让场合, 发包方及转让人对该权利应当予以尊重。

立基于立法论的视角, 受让人须有农业经营能力、承包人(土地承包经营权转让人)须有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源以及受让人必须是从事农业生产经营的农户三项限制条件, 不应当继续作为发包方同意与否的考量因素, 理由在于: 首先, 受让人具有农业经营能力这一标准过于抽象且无恒定性, 难以从中演绎出有效的判准。农业经营能力涉及主体的农业技术知识、资金投入等诸多因素。不同作物种类和不同面积的耕地对农业经营能力的要求也不同, 发包方无法对受让人是否具备相应的农业生产经营能力作出准确判断。其次, 要求转让人必须具有非农职业或者稳定的收入来源, 目的在于防止承包人轻率转让土地承包经营权, 从而失去基本生活保障, 成为流民进而引发社会问题。<sup>[6]78</sup> 事实上, 依据生活水平和所在地区经济发展水平的不同,

<sup>①</sup> 尽管《物权法》第5条将物权法定原则限于物权内容和种类的法定, 事实上从物权本质属性及交易安全的角度出发, 公示方法亦是物权法定原则的应有之意。参见王利明《物权法定原则》, 《北方法学》2007年第1期, 第8页。

我国农民大体分为两类：一类是生活在城镇近郊以及东部经济发达地区的农民；另一类是生活在离城镇较远以及西部经济不发达地区的农民。<sup>①</sup>农地的社会保障作用对于生活水平相对较低、经济相对落后地区的农民的重要性不言而喻，但是由于对土地的高度依赖，没有完全稳定的生活保障，该类农民绝不会轻易转让土地承包经营权。<sup>②</sup>在第二、第三产业比较发达的地区，特别是沿海发达地区和大中城市近郊区，农民已经成为一种职业，不再表征一种身份。不少身份意义上的农民已离开农业，转而从事第二、第三产业，不再依赖承包地作为最后的生存保障。<sup>[11]29</sup>对于这部分农民而言，土地承包经营权的社会保障已经逐渐弱化，要求转让人必须具备稳定的职业或非农收入同样不具备实际意义。再次，受让人限定为从事农业生产经营的农户，其范围过于模糊、狭窄。农户并非标准的民事权利主体，因而在权利享有与义务承担方面具有一定的模糊性。事实上，土地承包经营权的主体应为村集体的成员，农户只是土地承包经营权的形式主体。<sup>[12]15</sup>土地承包经营权受让主体限于农户已经成为发展多元化农业经营方式的法律障碍，因难以满足现代农业的发展要求，早已被实践所超越。

## （二）发包方同意的程序

法治目标下的程序控制，用来帮助人们预测必须与他们协作的一些人的行为，而不是致力于满足特定的需求。<sup>[13]95</sup>基于此，必须赋予转让人与受让人参与的程序性权利，以防发包方的恣意。只有转让人与受让人的充分参与，才能有效制约发包方对土地承包经营权转让的不当干预，充分发挥同意的公示功能。

### 1. 申请程序

发包方同意程序需因申请而启动，这既是物权变动的必然要求，也是转让产生相应法律效力的基本保障。<sup>[14]171</sup>对于土地承包经营权转让，发包方无法主动审查转让行为的合法性，需要以当事人一方或双方的申请才能启动同意的程序。图1显示了本文研究的案例<sup>③</sup>中转让人主动申请发包方同意的比例。其中，在签订转让协议时，申请发包方同意的，占全部案例样本的49.3%；签订协议后，申请发包方同意的，占全部案例样本的1.5%；未主动申请发包方同意的，占全部案例样本的49.2%。《物权法》与《农村土地承包法》未明确规定申请发包方同意的义务主体为转让人还是受让人，应依以下原则明确申请义务的履行主体：1) 对申请发包方同意义务有约定的，从其约定。2) 没有约定或约定不明确的，由转让人履行申请义务。理由是转让合同的目的在于发生土地承包经营权的变动，转让土地承包经营权是转让人的主要合同义务，而经发包方同意又是土地承包经营权转让的必要条件。申请发包方同意为转让人的合同义务，理应由其履行。但转让人怠于申请，受让人亦可以替代履行的方式，申请发包方同意。

① 这一分类模式借鉴了贺雪峰教授的观点，他将我国农民分成三类：城郊及发达地区的农民；城中村农民；一般地区农民。笔者认为城中村农民在数量上有限并不具有代表性，以地区经济发达程度为标准的分类方法更为简约。参见贺雪峰《地权的逻辑——中国农村土地制度向何处去》，中国政法大学出版社2010年版，第31-35页。

② 经济相对落后地区的农民对承包经营权转让持极为谨慎的态度，即使获得稳定的非农收入也不会轻易转让承包经营权。因而，对农民在没有获得稳定保障的情况下会转让承包经营权的担忧已显多余。参见张钧《农村土地流转法律问题研究——以云南文山县为例》，法律出版社2012年版，第72页。

③ 这些案例（2003年—2013年）全部来源于北大法宝网络信息数据库（<http://www.pkulaw.cn/>，2013年12月20日访问）。样本数据的采集过程如下：鉴于发包方同意为土地承包经营权转让的法定条件，因此，围绕该法定条件而发生之案件的案由应当为土地承包经营权转让纠纷。《农村土地承包法》第33条、第37条、第41条及《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》（下文简称法释[2005]第6号）第13条是关于土地承包经营权转让条件的规定。上述法律规定关涉的案件数量为658件（第33条项下可索引案件为373件；第37条项下可索引案件为220件；第41条项下可索引案件27件；法释[2005]第6号第13条项下可索引案件为38件）。将关涉其他流转模式的案件排除，涉及发包方同意的土地承包经营权转让纠纷案件数量为69件。

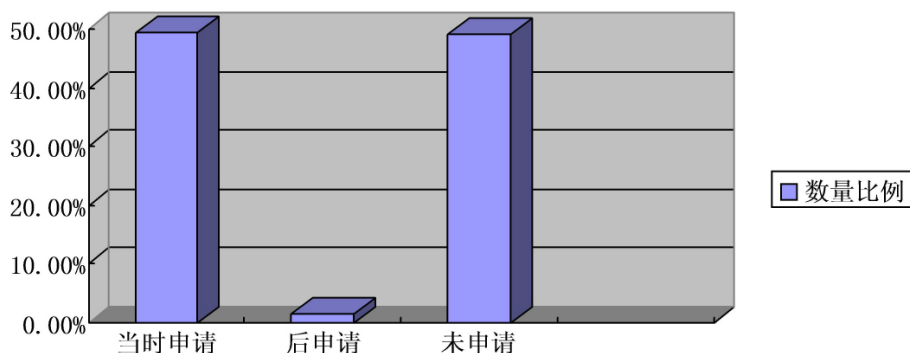


图1 转让人主动申请发包方同意的比例

## 2. 催告程序

转让人或受让人申请发包方同意土地承包经营权转让，发包方在合理期限内未作出决定场合，应当赋予转让人或受让人催告权，使其有权催告发包方在一定期限内作出是否同意转让的决定。<sup>①</sup> 期限届满后，发包方未作出决定的，可以比照《公司法》第71条第2款，以法明确规定转让协议当事人以书面形式催告发包方后，发包方自接到书面通知之日起满30日仍未答复的，视为同意转让。

催告程序具有两方面的制度价值：一方面，该程序的设置能够有效防止发包方滥用权利。尽管法释[2005]第6号第13条明确将发包方“拖延表示”同意视为滥用权力的行为，但是该规定过于笼统，而催告程序的设置则明确了发包方拖延行为的具体构成及后果，有利于对发包方同意行为的进一步规范。另一方面，催告程序能够成为转让人与受让人维护自身合法权益的有效手段。转让人履行申请义务后，发包方拖延表示同意，当事人行使催告权就可以有效保障合同目的的实现；如果转让人怠于履行申请发包方同意的合同义务，受让人同样可以依据转让合同，提请发包方同意，并以行使催告权的形式实现合同目的。

## 3. 公告公示程序

在就是否同意土地承包经营权转让作出决定时，发包方应当坚持公开与民主的决策原则。<sup>②</sup> 发包方应当以会议形式决定是否同意土地承包经营权转让，并应在本村集体内公告会议召开的时间、地点和表决事项，公告期间允许本村集体成员行使优先受让权。同一村集体的其他成员认为其优先受让权受到侵害的，可以发包方为被告提起诉讼。在诉讼过程中，发包方应当就适当履行公告义务承担举证责任。决议作出后，发包方应当以书面的方式通知转让合同当事人。认定发包方是否同意应当探求发包方真实的意思表示，实践中，发包方同意的表达方式十分复杂，易生争议。本文研究的案例中，村组负责人见证并签字的同意形式占46.3%，成为发包方作出同意行为的主要样式（见图2）。书面通知应当成为发包方作出同意行为的法定形式。但需要注意的是，发包方属于团体组织，其意思的形成在于全体组织成员，并非单个成员所能决定。发包方的意志

<sup>①</sup> 有学者建议，发包方应当在收到土地承包经营权转让合同15日内，做出是否同意的答复，逾期不做答复视为同意，不给予发包方宽限期。笔者认为这一做法有违诚信原则，不尽合理。参见赵晓强《土地承包经营权转让问题研究》，《黑龙江社会科学》2012年第4期，第102页。

<sup>②</sup> 《中华人民共和国村民委员会组织法》第29条规定，公开原则是村委会建立各种工作制度的基本原则。

不能为其法定代表人或某个个体成员的意志所取代。<sup>①</sup>相反,发包方未以明示方式同意土地承包经营权转让,如果有证据证明发包方已经知道或应当知道转让事实且未提出异议的,应当视为发包方以默示的方式同意转让。<sup>②</sup>这是顺势应变的务实之举(见图3)。如果发包方作出不同意转让的决定,应当允许转让协议当事人在合理期间内就不同意转让的决定提出异议,发包方应当就异议的理由进行审查。如果异议成立,应当重新表决。

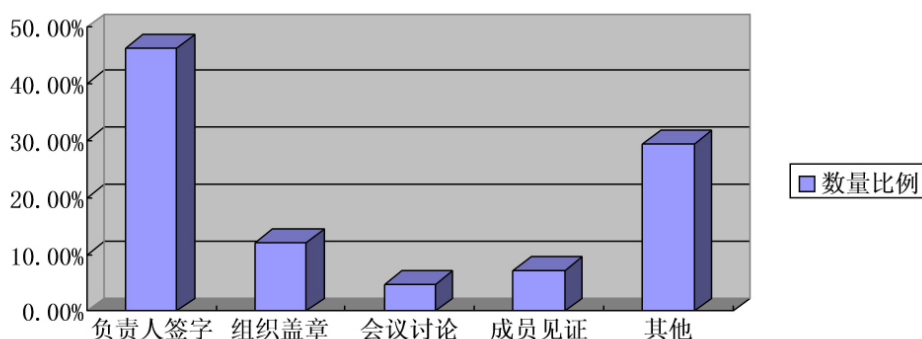


图2 发包方同意行为的实践样式

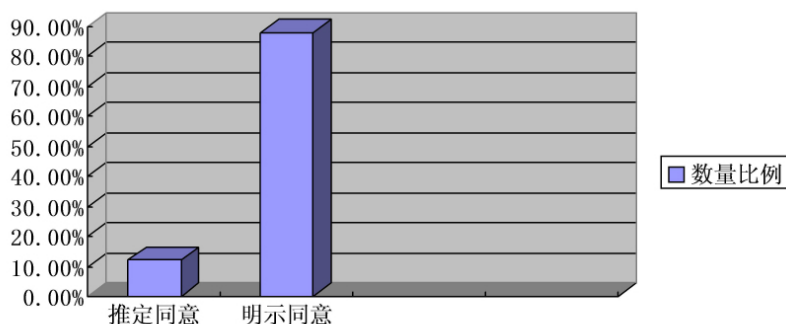


图3 发包方同意的认定方式

### 三、发包方同意的法律效力

我国民法以债权合同效力承载物权变动效力,不承认物权行为的独立存在。<sup>[15]84</sup>因而一般认为只有通过否定转让合同效力的途径,才能否定物权转让的效果。法释[2005]第6号第13条

<sup>①</sup> 司法实践中,有判例认为承包经营权转让若经过村民组长或村支书见证或同意的,视为集体组织同意(发包方),以法定代表人的意志替代了发包方的意志。同时,从形式上看,转让合同仅仅具有村组长或村支书的签名,没有集体组织的公章,对合同当事人无法形成信赖外观,亦不构成表见代表。因此,这一观点值得商榷。参见《云南省昆明市中级人民法院民事判决书》(2007)昆民三终字第415号, [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117583225&keyword=&EncodingName=&Search\\_Mode=](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117583225&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=);重庆市第四中级人民法院在(2010)渝四中法民终字第00207号判决, [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117739516&keyword=&EncodingName=&Search\\_Mode=](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117739516&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=), 2013年12月1日访问。

<sup>②</sup> 在孟剑锋诉叶县常村乡文庄村刘西村民组土地承包合同上诉案中,二审法院认为孟剑锋受让承包权未经发包方同意,但是其一直履行缴纳承包经营费的义务达12年之久,刘西村民组并未就此提出异议,因此认定视为发包方同意转让。参见《河南省平顶山市中级人民法院民事判决书》(2009)平民二终字第795号, [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118201979&keyword=&EncodingName=&Search\\_Mode=](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118201979&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=), 2013年12月15日访问。

的制度设计就是立基于此,将未经发包方同意的土地承包经营权转让合同认定为无效合同,仅仅将发包方无法定理由不同意和拖延表示的情况排除在外。事实上,这一制度安排存在明显的不合理之处:其一,有违转让合同当事人的合理预期。合同是私法自治的工具,其效力在于设立、变更或终止民事权利义务关系。土地承包经营权的转让仅仅是合同的目的所在,并非合同的内容。而合同目的不能实现,并不能当然导致合同无效<sup>①</sup>,当事人仍然享有通过该合同机制对双方的后续权利与义务作出安排的权利。以法律强行否认转让合同的效力,是对合同当事人以合同分配利益与负担之自由的不当干预,不符合比例原则。其二,难以保障合同当事人的合法权益。未经同意即为无效的立法选择不仅使当事人的申请行为丧失了法律依据,由于合同未生效,任何一方当事人均无权依据合同要求对方向发包方提出申请,土地承包经营权转让合同的运行由此失去了启动装置,而且土地承包经营权转让合同被认定无效后,违约责任机制无从发挥作用,当事人只能假缔约过失责任的机制以为救济。与认定合同有效由守约方追究合同相对方违约责任相比,主张缔约过失责任,不仅要证明对方当事人主观存在过错,而且在赔偿范围上只能主张信赖利益的损失。如此一来,认定合同无效反倒更有利于不诚信的当事人,由此容易诱发当事人的机会主义行为,即一方当事人很可能在签订转让协议后,单纯着眼于自身利益的最大化,以未经发包人同意为由,主张转让合同无效,损害对方利益。<sup>②</sup>

尽管我国民事立法没有承认物权行为的独立性和无因性,但是从《物权法》第15条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)第9条、最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(法释[2010]第9号)第1条的规定来看,立法与司法依然把以权利变动为目的的债权合同的成立和作为合同履行法律效果的权利变动本身视为两个既相互关联又相互独立的法律事实。债权合同的法律效力在于设定债务人应当履行的债务和债权人依法享有的以请求权为核心权能的债权,而不直接引发标的权利转移的法律效果,其法律效力自然也不受标的权利变动实际状态牵制。无论基于生活的实践,还是理论的逻辑,都只能是债权合同生效后,才会有合同的履行问题,也才有可能发生权利变动的法律效果。<sup>[16]62</sup>以此推论,发包方同意是在转让合同生效后,应合同当事人申请而为,而申请是当事人履行合同义务的行为。属于合同履行范畴的发包方同意,作为土地承包经营权变动的公示方式和生效要件,与转让合同效力并不存在必然的牵连关系,其效力仅在于决定是否发生土地承包经营权变动的效果,而与转让合同的效力无涉。因此,发包方同意与转让合同效力的关系应为:发包方同意以转让合同有效并生效为前提,但是未经发包方同意这一事实本身并不影响转让合同的效力。着眼于立法论的立场,应当将法释[2005]第6号第13条中的“转让合同无效”修改为“转让无效”,将发包方同意的射程限定在控制权利变动范围内,消除其对转让合同效力的影响。

经发包方审查,土地承包经营权转让未获同意,当然不发生土地承包经营权变动的效果。需要注意的是,尽管基于发包方同意与转让合同效力分离的原则,发包方同意与否本身不影响转让合同的效力,但是发包方不同意土地承包经营权转让的事由又可能构成评价合同效力的事由,同

<sup>①</sup> 《民法通则》第55条并不以标的的确定和可能为民事行为的有效要件,《合同法》没有对履行不能的合同效力作出一般规定,但是从该法第144条规定的风险负担规则来看,合同签订后的履行不能并不影响合同效力。

<sup>②</sup> 参见《湖南省永州市中级人民法院民事判决书》(2012)永中法民二终字第173号,http://www.pkulaw.cn/fulltext\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118611393&keyword=&EncodingName=&Search\_Mode=,2013年11月10日访问。本案中原告为获得补偿款以未经发包方同意为由主张转让协议无效,法院最终认定,原告除返还转让款及利息外,并不承担其他赔偿责任。这一判决结果对于被告难谓公平。



时成为影响转让合同效力的法律事实。通过对发包方同意条件的反对解释,发包方不同意的理由可以包括:改变土地所有权性质与农业用途、超过流转期限以及侵害本村集体其他成员的优先受让权。三种事由存在,发包方不同意土地承包经营权转让,则无从发生土地承包经营权移转的效果。三种不同意的理由对合同效力具有不同的意义。改变土地的农业用途属于违反法律的强制性规定,转让合同无效;超过承包期限的转让合同,超过承包期限的部分无效;侵害本村集体其他成员的优先受让权的合同为有效合同。<sup>①</sup>

## 结 论

当下,“保留说”与“废除说”之争仅是缺乏共识性前提的关公战秦琼式争论,未能在法律逻辑层面深化对发包方同意制度的合理认识。从《物权法》与《农村土地承包法》的规范体系来看,我国采取了“公示要件主义”物权变动模式,且并无例外。由于登记只具有对抗效力,发包方同意可以解释为土地承包经营权变动的公示方式和生效要件。依据物权变动公示方式的法定性与形式性的要求,发包方对土地承包经营权转让的合法性只作形式审查,且同意的法定条件限于不改变土地农业用途、不超过剩余流转期限以及不侵犯其他成员优先受让权。发包方同意的程序应当包括申请、催告以及公告公示三个步骤。基于合同效力与合同履行相分离原则,发包方同意属于合同履行的范畴,其效力只是控制土地承包经营权的变动,而与转让合同的效力无涉。

### [参考文献]

- [1] 陈小君、王景新、石佑启等 《农村土地问题立法研究》,北京:经济科学出版社,2012年。
- [2] 温世扬、武亦文 《土地承包经营权转让刍议》,《浙江社会科学》,2009年2期。
- [3] 孟勤国、黄莹、段晓红等 《中国农村土地流转问题研究》,北京:法律出版社,2009年。
- [4] 蔡立东、侯德斌 《论农村集体土地所有权的缺省主体》,《当代法学》,2009年6期。
- [5] 韩松 《农民集体所有权是新农村法律保障的制度基础》,《西北农林科技大学学报(社会科学版)》,2007年4期。
- [6] 何宝玉主编 《中华人民共和国农村土地承包法释义及实用指南》,北京:中国民主法制出版社,2012年。
- [7] 蔡立东、王宇飞 《论土地承包经营权的变动模式》,《当代法学》,2011年5期。
- [8] 曾玉珊 《论土地承包经营权转让合同的效力》,《南京农业大学学报(社会科学版)》,2010年3期。
- [9] 季卫东 《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,北京:中国法制出版社,2004年。
- [10] 郭继 《土地承包经营权流转制度研究——基于法律社会学的进路》,北京:中国法制出版社,2012年。
- [11] 丁关良 《土地承包经营权若干问题的法律思考》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2004年5期。
- [12] 温世扬 《农地流转:困境与出路》,《法商研究》,2014年2期。
- [13] 弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克 《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,北京:中国社会科学出版社,2013年。
- [14] 王权典 《新农村土地法制专题新论》,北京:知识产权出版社,2010年。
- [15] 崔建远 《物权:规范与学说》(上册),北京:清华大学出版社,2010年。
- [16] 蔡立东 《行政审批与权利转让合同的效力》,《中国法学》,2013年1期。

[责任编辑:李佳欣]

<sup>①</sup> 在公司法上,有学者同样主张侵犯其他成员优先购买权的股权转让合同效力问题遵循权利变动与合同效力相分离原则来处理。笔者认为这一观点值得借鉴,即侵犯其他成员优先购买权的承包经营权转让只是不发生权利变动并不影响转让合同效力,不存在合同无效事由的情况下,转让合同应当认定为有效。参见赵旭东 《股东优先购买权的性质和效力》,《当代法学》2013年第5期,第22页。

**Five Approaches to Scholarship**

YANG Yi ( 5 )

**Abstract:** There are some approaches to do research: to read , to hear , to write , to experience and to think. To read means to read classical works and original documents; to hear means to communicate with other scholars in order to broaden one's horizons; to write means to accumulate sources diligently and take notes; to experience means to visit the site where the literary texts were created and do the fieldwork in person; to think means to internalize the meaning and life of the research subjects with one's heart. With the five approaches combined together and cross references from various dimensions , sources and the research subjects could be integrated and thus researcher would step into a more sublime and better stage.

**Keywords:** research approach; integrating five approaches; cross-reference from multi-dimensions

**Client's Consent in Transfer of Land Contract and Management Rights**

CAI Li -Dong , JIANG Nan ( 19 )

**Abstract:** It is a hot debated topic whether client's consent is legitimized as the limitation of transfer of land contract and management rights. But either the "repeal saying" or "keep saying" merely focuses on legislation and policy orientation of the system , instead of using current theories and system resources to achieve final resolvence. In the "essentials doctrine of publicity" mode , client's agreement in fact plays a role in transfer of property rights of publicity , which can be considered as publicity and the effective essences for the transfers of land contract , management rights. According to this interpretation , the designs of statutory conditions and rules of procedures of client's consents shall comply with the publicity and formality of the publicity models of property transfer. However , the issue of client's agreements stands in the stages of contract execution , and its effectiveness is only limited to property transfers , which does not affect the validity of the contract.

**Keywords:** client's consent; essentials doctrine of publicity; land contract and management rights

**Land Contract and Management Rights: The Subject , Duration and Succession**

ZHU Guang-xin ( 28 )

**Abstract:** The household contract of land ownership and management system has some particular requirements which are quite misleading in the aspects of subjects of rights , duration , and inheritance due to the impact of rural land ownership and land contract and management system. As a mode of agricultural management , household contract has actually nothing to do with the subject of rights as it concerns with the members of economic organizations rather than individual farmers. The duration of land contract and management rights which belong to the minimum term period , intends to stop the frequent adjustments of land. "Property Law" Article 126 , Item 2 , is interpreted as establishing an automatic renewal system. It abandons special provisions for inheritance of land contracting and management rights regulated by "Rural Land Contract Law". According to "Property Law" , the land contract and management rights , interpreted like any other property , is a kind of private rights which can be inherited and it is no longer necessary to have any particular rules.

**Keywords:** land contract and management rights; household contract; land contract management rights subject; duration of land contract and management rights; land contract management rights inheritance