

主题栏目：中国“三农”问题研究

DOI: 10.3785/j.issn.1008-942X.2008.06.001

土地承包经营权流转内涵界定研究

丁关良 李贤红

(浙江大学 管理学院, 浙江 杭州 310029)

[摘要] 目前,理论界和实践中对土地承包经营权流转内涵重要理论问题尚未达成共识,存在以“保留(土地)承包权、转移土地经营权(土地使用权)”、“转移(或者让渡)部分或者全部土地承包经营权”、“土地承包经营权的变动”等为实质内容或依据界定土地承包经营权流转内涵的不同观点,其内容差异大,且都存在明显不足。统一采用法定的“土地承包经营权流转”名称是界定其内涵的关键。依据土地承包经营权流转包括物权性质土地承包经营权让渡型流转和物权性质土地承包经营权保留型流转这一客观事实,应以“转移(或者转移)物权性质土地承包经营权或者物权性质土地承包经营权中的部分权能”为实质内容界定土地承包经营权流转内涵。

[关键词] 土地承包经营权; 流转; 内涵; 评析与界定

Defining the Circulation of the Right to Land Contractual Management

Ding Guanliang Li Xianhong

(School of Management, Zhejiang University, Hangzhou 310029, China)

Abstract: Up to now, no consensus has been reached by researchers and practitioners on the key theoretical issue of the connotation of the circulation of the right to land contractual management. There exist several main viewpoints on its definition, focusing on reserving the right to (land) contract and transferring the right to land operation (land-use right), and transferring (or assigning) part or all of the right to land contractual management, or changing the right to land contractual management. These viewpoints differ greatly in content and show obvious drawbacks. Adopting the unified legal name is the key to defining its connotation. According to the fact that the circulation of the right to land contractual management includes both the assigned and reserved circulation of the right to land contractual management with property nature, circulating (or transferring) the whole or part of the right to land contractual management with property nature should be regarded as the essence in defining the connotation of the circulation of the right to land contractual management. The circulation of the right to land contractual management is defined as the contractor (assigning party) transferring to others

[收稿日期] 2008-02-15

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[基金项目] 国家社会科学基金资助项目(06BJY074)

[作者简介] 1. 丁关良,男,浙江大学管理学院教授,主要从事农村法制、土地产权以及企业经营管理研究; 2. 李贤红,女,浙江大学管理学院教师,主要从事企业经营管理及法制研究。

(assigned party) the whole or part of the right to land contractual management with property nature in accordance with the law during the validity period, without changing the ownership, user type and agricultural usage of the land in rural areas.

Key words: right to land contractual management; circulation; connotation; assessment and definition

农村土地承包经营权流转已是学术界研究农村土地问题乃至“三农”问题的一个热点。目前,理论上和实践中指称农村土地民事权利流转的名称提法各异,同时,对土地承包经营权流转内涵重要理论问题也未达成共识,其观点众多,内容差异大,且都存在明显不足,这将不利于实现土地承包经营权流转符合“条件、自愿、规范、有序、依法”之客观要求。因此,统一采用法定的“土地承包经营权流转”名称,科学界定土地承包经营权流转内涵,具有重大理论价值和极强的实践意义。

一、统一采用法定的“土地承包经营权流转”名称是界定其内涵的关键

理论上和实践中替代用益物权性质的农村土地民事权利流转的法定名称“土地承包经营权流转”的提法各异,包括农村土地流转、农地流转、农用地流转、农用土地流转、农业用地流转、农户承包地流转、农村土地承包经营权流转、(农村)土地使用权流转、农地使用权流转、(农村)土地承包权流转、土地经营权流转等二十余种。其中,农村土地流转、农地流转、农村土地承包权流转、农村土地使用权流转、农地使用权流转这五个名称使用最广泛。上述“用益物权性质的农村土地民事权利流转名称”提法各异,性质不一,且使用混乱(多种名称同时使用),其内涵难以统一。

笔者赞同以“土地承包经营权流转”这一法定的名称来指称用益物权性质的农村土地民事权利流转,以便统一界定其内涵,主要理由包括以下几个方面:

1. 农村土地承包经营方式是我国农村土地最主要、最广泛的经营方式,且将长期存在。实践已充分证明,实行农村土地承包经营这种经营方式,具有广泛的适应性和旺盛的生命力,必须长期坚持。

2. 农村土地承包法律关系的标的为《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)所特别规定的“农村土地”。农村土地承包法律关系的标的——“农村土地”,是指农民集体所有和国家所有并依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、园地、养殖水面、“四荒”等用于农业的土地。此处的“农村土地”,既包括农民集体所有的农村土地,又包括国家所有并依法由农民集体使用的农村土地,但不包括国家所有而依法由国有农场使用的农用地。

3. 农村土地承包,其承包方取得土地承包经营权,且土地承包经营权为法定民事权利。根据《农村土地承包法》第二章“家庭承包”和第三章“其他方式的承包”规定分析,两类农村土地承包都只能产生土地承包经营权,而不可能产生土地承包权或土地经营权或土地使用权。

4. 用益物权性质的农村土地民事权利流转中的农村土地民事权利,只能为用益物权性质的土地承包经营权。土地承包经营权法律性质的二元化,立法上主要有两种^{[1][34]}: 物权性质的土地承包经营权和债权性质的土地承包经营权。根据《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第32条“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法转包、出租、互换、转让或者其他方式流转”,该法第三章“其他方式的承包”第49条“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的,其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转”,以及《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》“其他方式承包纠纷的处理”第21条“承包方未依法登记取得土地承包经营权证等证书,即以转让、出

租、入股、抵押等方式流转土地承包经营权,发包方请求确认该流转无效的,应予支持。但非因承包方原因未登记取得土地承包经营权证等证书的除外”这些规定分析,只有物权性质的土地承包经营权才能依法流转。因此,用益物权性质的农村土地民事权利流转中的农村土地民事权利只能为用益物权性质的土地承包经营权。

5.用益物权性质的农村土地民事权利流转名称为土地承包经营权流转。土地承包经营权流转这一名称已成为《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第五节“土地承包经营权的流转”和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)等中的法定名称。显然,用“农村土地流转”(土地流转或农地流转)或“农地使用权流转”(土地使用权流转或农村土地使用权流转)等名称替代“土地承包经营权流转”,存在以下三方面的问题:其一,“农村土地流转”和“农地使用权流转”名称不是法定名称;其二,“农村土地流转”和“农地使用权流转”名称无法体现农村土地承包经营制度;其三,“农村土地流转”和“农地使用权流转”概念无法定义,内涵无法界定。

二、界定土地承包经营权流转内涵的主要观点评析

目前,学术界界定土地承包经营权流转内涵的主要观点有六种,下面对此作一评析,且重点评析前三种主要观点。

(一)以“保留(土地)承包权、转移土地经营权(土地使用权)”为实质内容的观点评析

土地承包经营权流转中“保留(土地)承包权、转移土地经营权(土地使用权)”观点已成为经济学界的主要观点。学术界普遍认为,在家庭承包制的制度框架下,农地产权结构被分解为三种权利:(土地)所有权、(土地)承包权和(土地)经营权(使用权),即所谓的农村土地“三权分离”论。“通过农村土地承包经营权流转,实现农村土地所有权、承包权、经营权的三权分离,既是中国特色土地制度的再次创新,也是农村生产力发展的必然结果。”^[2]因此,持该观点的学者都认为,土地承包经营权流转,是指拥有土地承包经营权的土地承包经营权人在保留(土地)承包权的前提下,将土地经营权(土地使用权)转移给第三人的行为^[3-5]。该观点存在以下四方面的问题:

1.(土地)承包权与土地所有权、土地承包经营权在性质上不是同一层次的范畴,且不能并列使用。(土地)承包权的性质为民事权利能力(法律上的客观权利),而土地所有权、土地承包经营权的性质为民事权利(现实中的主观权利)。

2.土地经营权其权利内涵无法界定,不是法定的民事权利。目前,现行法律中只有国有企业经营权,而无土地经营权这一名称。

3.土地使用权其权利内涵不固定,也无法界定。在《物权法》规定的物权体系中,规定了所有权、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权、质权、留置权等基本物权。显然,建设用地使用权和宅基地使用权属于法定物权,而《物权法》没有规定“土地使用权”这一名称及权利性质。

4.土地承包经营权是一个完整的民事权利,无法“分解为(土地)承包权和(土地)经营权或(土地)使用权”。按民法理论分析,土地承包经营权中只有占有权能、使用权能、收益权能、处分权能(即依法处分土地承包经营权的权能,如土地承包经营权人依法实施土地承包经营权流转;而不是土地所有权中的处分权能),而其内不存在(土地)承包权、(土地)经营权或(土地)使用权。

(二)以“转移(或者让渡)部分或者全部土地承包经营权”为实质内容的观点评析

以“转移(或者让渡)部分或者全部土地承包经营权”为实质内容界定土地承包经营权流转的观

点,已成为法学界主要观点(也包括部分经济学家)。学界持此观点者众多^[6-9],大体已成通说,且提法差异不大,主要内容有:(1)土地承包经营权流转其结果引起或发生“土地承包经营权”转移(或者让渡);(2)转移的土地承包经营权,既可以是全部,也可以是部分;(3)有部分学者认为,流进方取得物权性质土地承包经营权,也即成为新的土地承包经营权人。但该观点存在三方面问题:

1. 土地承包经营权流转不存在“部分土地承包经营权”移转。“部分土地承包经营权”移转提法不科学,因为物权性质土地承包经营权是一个完整的民事权利(用益物权),土地承包经营权流转转移的是一个完整的物权性质土地承包经营权(即物权性质土地承包经营权中的全部权能)或者物权性质土地承包经营权中的部分权能(这种情形不移转物权性质土地承包经营权),而无法将物权性质土地承包经营权分为两部分(若可分为两部分,各部分不可能仍称“土地承包经营权”,其名称无法界定)。显然,不存在部分物权性质土地承包经营权的移转(让渡),但可以是部分承包地上的整个物权性质土地承包经营权移转。

2. 土地承包经营权流转不一定都发生“全部土地承包经营权”移转。土地承包经营权流转按流出方物权是否丧失或是否保有分,可分为:(1)物权性质土地承包经营权让渡型流转(物权性的土地承包经营权流转或物权丧失型土地承包经营权流转)。它是指原土地承包经营权人(流出方)依法将部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权移转给流进方(新土地承包经营权人)的行为。其结果是,原土地承包经营权人(流出方)丧失部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权,流进方(新土地承包经营权人)依法移转继受取得部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权。(2)物权性质土地承包经营权保留型流转(非物权性的土地承包经营权流转或物权保有型土地承包经营权流转)。它是指土地承包经营权人(流出方)在保留物权性质土地承包经营权的前提下,从物权性质土地承包经营权中分离出来的部分权能移转给流进方的行为。其结果为,土地承包经营权人(流出方)仍然保留物权性质土地承包经营权,而流进方无法移转继受取得物权性质土地承包经营权(这是传统的“一物一权”原则的体现,“一物一权”指一物之上只能存在一个所有权以及不相容的他物权,不得有互不相容的两个以上的物权同时存在于同一标的物之上),只能创设继受取得非物权性质农村承包地的权利(即不同的权能构成不同的权利)。因此,土地承包经营权流转不一定都发生“全部土地承包经营权”移转。

3. 土地承包经营权流转的结果为,流进方不一定取得物权性质土地承包经营权,且不一定成为新的土地承包经营权人。按上述分析可知,物权性质土地承包经营权让渡型流转的结果为,流进方可以移转继受取得物权性质土地承包经营权,流进方成为新的土地承包经营权人;而物权性质土地承包经营权保留型流转的结果为,流进方无法移转继受取得物权性质土地承包经营权,而只能创设继受取得非物权性质农村承包地的权利,流进方不能成为新的土地承包经营权人。如土地承包经营权出租,承租方只能创设继受取得债权性质农村承包地租赁权,而不是土地承包经营权人。

(三) 从“土地承包经营权的变动”角度界定的观点评析

有部分学者从物权变动角度来界定土地承包经营权流转内涵,主要提法包括:(1)“从广义上说,农村土地承包经营权流转是指农村土地承包经营权的变动,即农村土地承包经营权的取得、变更和消灭。从狭义上说,农村土地承包经营权流转是指农村土地承包经营权主体和农村土地承包经营权内容的变更,本书中的农村土地承包经营权流转的概念是采用狭义的学说。”^[10]^[148](2)“土地承包经营流转包括其主体、客体和权利义务的转移。”^[11]

物权变动,是物权的取得(发生)、变更和丧失(消灭)的总称。物权的取得,包括原始取得和继受取得(又称传来取得,包括移转继受取得和创设继受取得)。物权的变更在广义上是指物权的主

体、标的或内容发生变动；《物权法》上所谓物权变更，仅指物权的标的或内容的变更。物权的丧失指物权与特定主体相分离，分为绝对丧失和相对丧失。物权的相对丧失，从另一方面看，乃移转的继受取得或物权主体的变更；《物权法》上所谓丧失，通常系指绝对丧失。目前学界认为物权变动是指物权的设立、变更、移转与消灭，如《物权法》第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”。《物权法》中物权的设立，是指创设一个原来不存在的物权。物权变更，是指物权主体不改变的情况下改变物权的内容。物权的转让，是指将已经存在的物权在民事主体之间转移。物权的消灭，是指物权的终止，如标的物灭失时，物权随之消灭^{[12]63-64}。

从“土地承包经营权的变动”角度来界定土地承包经营权流转内涵，存在以下五方面问题：

1. 土地承包经营权的取得不完全属于土地承包经营权流转。按传统民法理论分析，土地承包经营权（用益物权）的原始取得，包括：通过家庭承包方式自土地承包经营权合同生效时取得的土地承包经营权；“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书”后取得的土地承包经营权。土地承包经营权的移转继受取得，包括土地承包经营权的转让、互换等。可见，土地承包经营权的原始取得不属于土地承包经营权流转。

2. 土地承包经营权的变更不属于土地承包经营权流转。家庭承包的土地承包经营权变更，主要情形有：农村土地农业用途合理变更；农村承包地部分实行依法调整；家庭承包的承包农户因依法分户，引起农村承包地分割；承包方是夫妻，因解除婚姻关系，引起农村承包地分割；发包方和承包方的约定权利和约定义务变更。可见，土地承包经营权的变更不属于土地承包经营权流转。

3. 土地承包经营权的消灭不属于土地承包经营权流转。家庭承包的土地承包经营权消灭，主要情形有：承包期限届满，而未依法继续承包；发包方依法收回承包地；发包方依法调整承包地，使原土地承包法律关系部分或全部消灭；承包方依法或自愿交回承包地；承包地被依法征收；承包地被发包方依法占用；耕地和草地承包，农户家庭全部成员死亡；林地承包，承包方家庭成员最后一个死亡的成员继承人放弃继续承包；林地承包，承包方家庭成员最后一个死亡的成员无继承人；因农村承包地灭失。可见，土地承包经营权的消灭不属于土地承包经营权流转。

4. 土地承包经营权流转不都属于土地承包经营权的变动。笔者认为，只有物权性质土地承包经营权让渡型流转属于土地承包经营权的变动；而物权性质土地承包经营权保留型流转则不属于土地承包经营权的变动。

5. 物权性质土地承包经营权的继受取得不属于土地承包经营权的设立。《物权法》中“物权的设立”等同于大陆法传统民法上物权的原始取得，不包括物权的继受取得，如《物权法》中物权的转让显然不属于物权的设立，但属于大陆法传统民法上物权的移转继受取得。物权的转让是物权移转（包括物权的转让、互换、出资、赠与、抵押等）中的一种，如《物权法》第143条规定：“建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外”。笔者认为，《物权法》第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”改为“物权的设立、变更、移转和消灭”更科学、更合理、更符合实际。土地承包经营权转让、互换、继承、赠与、遗赠等流转行为中的流进方取得的土地承包经营权属于移转继受取得，而不属于土地承包经营权的设立。因此，物权性质土地承包经营权的继受取得属于土地承包经营权流转（物权的移转）。

综上分析可知，土地承包经营权的设立、变更和消灭都不属于土地承包经营权流转；同时，土地承包经营权流转不都属于土地承包经营权（物权）的变动。

（四）界定土地承包经营权流转内涵的其他三种主要观点评析

1. 以“改变或者不改变农村集体土地所有权”为主要依据界定土地承包经营权流转内涵。如：“从广义上讲，土地承包经营权流转可分为两种形式。一是不改变农村集体土地所有权的情

况下,农户及其他农业生产经营者之间的土地承包经营权流转形式。这是狭义的也是我们通常理解的土地承包经营权流转形式,包括土地承包经营权转包、出租、互换、转让、入股、抵押等。二是在改变或者不改变农村集体土地所有权的情况下,农户与国家之间发生的土地承包经营权流转形式,包括土地承包经营权的征收与征用。”^{[13]5}此种观点问题明显:第一,以“改变或者不改变农村集体土地所有权”为主要依据的大前提不成立。因为《农村土地承包法》第33条规定,土地承包经营权流转“不得改变土地所有权的性质”,这是土地承包经营权流转原则之一。第二,“土地承包经营权的征收”其结果变农民集体土地为国有土地,不属于土地承包经营权流转,应属于土地承包经营权的消灭。第三,该观点界定土地承包经营权流转内涵缺乏民事权利流转这一实质内容。

2. 以“两类农村土地承包方式产生的土地承包经营权性质不同”为依据分别界定土地承包经营权流转内涵。如:“鉴于这两种土地承包经营权性质不同,我们认为,土地承包经营权流转的概念,宜分别定义。在家庭承包的情况下,土地承包经营权属于物权,土地承包经营权流转是指土地承包经营权人将土地承包经营权或者土地承包经营权中的部分权能转移给他人的行为。而在其他方式承包的情形下,土地承包经营权属于债权,土地承包经营权流转是指不改变土地承包合同的,承包人将合同权利全部或者部分转让给第三人的行为。”^{[14]75}该观点存在的主要问题是对其它方式承包土地承包经营权性质界定不准。因为《农村土地承包法》对“其它方式承包”的土地除主要实行债权保护、且主要存在债权性质的土地承包经营权(“其它方式承包”债权性质的土地承包经营权,是指以其它方式承包农村土地,未经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书设立的土地承包经营权)外,还实行物权保护、且存在物权性质的土地承包经营权(《农村土地承包法》第49条),“《农村土地承包法》规定‘其它方式承包’的土地承包经营权,包括:(1) 债权性质的土地承包经营权;(2) 物权性质的土地承包经营权”^[15]。同时,根据法律规定,只有物权性质的土地承包经营权才能依法流转。可见,该观点对债权性质土地承包经营权可流转的定性也不准。

3. 从“农地使用权多级市场”角度界定土地承包经营权流转内涵。如丁兆增认为:“在设定农地流转权种类上,应像国有土地使用权市场一样可分为一级农地使用权市场、二级、三级或多级农地使用权市场。在农地使用权一级市场的设定种类方面包括:(1) 承包模式;(2) 转让模式;(3) 租赁模式;(4) 合营或入股方式。农地使用权在二级、三级或多级市场的设定种类方面包括:(1) 转包模式;(2) 转让模式;(3) 转租模式;(4) 抵押模式;(5) 互易模式;(6) 股份合作模式;(7) 联合经营模式。”^[16]韩鹏认为:“土地权利的流转可在以下三种意义上使用。(1) 从广义上说,土地权利的流转包括土地所有权的流转和土地使用权的流转。(2) 在我国,由于土地所有权不能依民事方式流转,因此,通常所谓的流转仅指土地使用权的流转,它包括土地使用权的一级流转和二级流转。前者是指土地所有权人将土地使用权出让给土地使用权人。又称为土地使用权的设立或取得;后者是指土地使用权在不同主体之间的流动和转移。(3) 从狭义上说,土地权利的流转仅指土地使用权的二级流转。”^[17]此种观点无法体现用益物权性质的农村土地民事权利流转(即土地承包经营权流转)内涵。

上述种种界定土地承包经营权流转内涵的主要观点虽然存在不足和问题,但也有合理的因素,对我们研究如何界定土地承包经营权流转内涵有着现实借鉴意义。

三、土地承包经营权流转内涵客观界定

科学界定土地承包经营权流转内涵具有重大理论价值和极强的实践意义,主要体现在其有利于以下几个方面:依法规范土地承包经营权流转制度;科学确定土地承包经营权流转方式;明确界

定土地承包经营权流转法律关系当事人享有权利的性质；客观确认各类土地承包经营权流转法律关系性质；正确实施土地承包经营权流转行为；依法实施各类不同性质土地承包经营权流转的法律保护；依法维护土地承包经营权流转法律关系当事人的合法权益。

对此，笔者认为，依据土地承包经营权流转包括物权性质土地承包经营权让渡型流转和物权性质土地承包经营权保留型流转这一客观事实，应以“移转（或者转移）物权性质土地承包经营权或者物权性质土地承包经营权中的部分权能”为实质内容界定土地承包经营权流转内涵。根据《农村土地承包法》和《物权法》有关规定，并结合民法理论分析，对土地承包经营权流转内涵作一客观界定，“土地承包经营权流转”，是指在农村土地承包中的物权性质土地承包经营权有效存在的前提条件下，在不改变农村土地所有权属性质和主体种类与农业用途的基础上，土地承包经营权人（即流出方）依法将该物权性质土地承包经营权或者从该物权性质土地承包经营权中分离出来的部分权能转移给他人（即流进方）的行为。

同时，本文界定的土地承包经营权流转内涵所体现的内容包括^[18-19]：

1. 土地承包经营权流转以“国家实行农村土地承包经营制度”为坚实基础。我国只有长期实行“农村土地承包经营”这种经营方式，才有必要实行土地承包经营权流转和存在土地承包经营权流转制度。

2. 土地承包经营权流转以物权性质的土地承包经营权有效存在为前提。土地承包经营权包括物权性质的土地承包经营权和债权性质的土地承包经营权，根据法律规定只有物权性质的土地承包经营权才能依法流转，因此，流出方拥有的土地承包经营权应是物权性质的土地承包经营权^①，且该物权性质的土地承包经营权有效存在。

3. 土地承包经营权流转中用益物权性质的“土地承包经营权”的标的为《农村土地承包法》特别规定的“农村土地”。此处的“农村土地”，是指农民集体所有和国家所有并依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、园地、养殖水面、“四荒”等依法用于农业的土地。

4. 不管以何种方式（或形式）实施土地承包经营权流转，都不会改变土地所有权的权属性质。土地承包经营权流转内涵中的“农村土地”，既包括农民集体所有的农村土地，又包括国家所有并依法由农民集体使用的农村土地，但不包括国家所有并依法由国有农场使用的农用地。因此，此处的农村土地所有权有两种权属性质：一种是国有土地所有权，另一种是农民集体土地所有权。土地承包经营权流转不会改变土地所有权的权属性质。

5. 不管以何种方式（或形式）实施土地承包经营权流转，也都不会引起土地所有权主体种类的变化。“农村土地”中“国有土地所有权主体是国家，村集体土地所有权主体是村农民集体，组集体土地所有权主体是组农民集体，乡（镇）集体土地所有权主体是乡（镇）农民集体”^[20]。同样，土地承包经营权流转也不会引起土地所有权主体种类的变化。

6. 不管以何种方式（或形式）实施土地承包经营权流转，都不得改变农村土地之农业用途。农村承包地之农业用途，应按大类区分，如耕作、种植竹木、畜牧、养殖。《农村土地承包法》第8条规定：“未经依法批准不得将承包地用于非农建设。”

7. 土地承包经营权流转内涵中，流出方为土地承包经营权人。土地承包经营权流转，包括土地承包经营权初次流转和土地承包经营权再流转。后者是指通过物权性质土地承包经营权让渡型流转而移转继受取得的土地承包经营权经依法登记获得土地承包经营权证后，可以依法采取转让、出租、入股或者其他方式流转。

^① 它包括：（1）通过家庭承包方式依法设立的土地承包经营权；（2）通过其他方式承包并依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书设立的土地承包经营权；（3）通过移转继受取得的土地承包经营权。

8. 土地承包经营权流转以“移转(或者转移)物权性质土地承包经营权或者物权性质土地承包经营权中的部分权能”为实质内容。这是界定土地承包经营权流转内涵的重点和核心。其依据是土地承包经营权流转包括物权性质土地承包经营权让渡型流转和物权性质土地承包经营权保留型流转(见上分析)。

9. 不管以何种方式(或形式)实施土地承包经营权流转,其结果为物权性质的土地承包经营权仍然有效存在。即物权性质土地承包经营权让渡型流转,流进方(新土地承包经营权人)依法移转继受取得部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权;而物权性质土地承包经营权保留型流转,流出方(土地承包经营权人)仍保留物权性质土地承包经营权。

10. 土地承包经营权流转内涵中不采取列举式的方法列举土地承包经营权流转方式。因为,一方面,采取列举式的方法列举土地承包经营权流转方式,会与“移转(或者转移)物权性质土地承包经营权或者物权性质土地承包经营权中的部分权能”的实质内容不完全一致或发生冲突;另一方面,它不能穷尽土地承包经营权流转行为,会限制土地承包经营权流转方式创新。

11. 土地承包经营权流转内涵中的“行为”,包括民事上的法律行为(如转让、互换、转包、出租、入股、代耕、赠与、遗赠、抵押等)、事实行为(如继承等)和行政行为(如征用、准占用等)。

12. 从土地承包经营权流转行为中引申出的各类土地承包经营权流转法律关系性质不同。它包括:(1) 物权性的土地承包经营权流转,如转让、互换、继承、赠与、遗赠、抵押等;(2) 债权性的土地承包经营权流转,如转包、出租、代耕等;(3) 股权性的土地承包经营权流转,如入股等;(4) 行政性的土地承包经营权流转,如征用、准占用等。

13. 科学界定土地承包经营权流转内涵,为提供依法实施各类不同性质土地承包经营权流转的法律适用和法律保护奠定了坚实基础。物权性的土地承包经营权流转须有物权法律规范进行界定,适用《物权法》和《农村土地承包法》中的物权法律规范;债权性的土地承包经营权流转须有债权法律规范进行界定,适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)和《农村土地承包法》中的债权法律规范;股权性的土地承包经营权流转须有企业法律规范进行界定,适用《中华人民共和国公司法》等企业法和《农村土地承包法》中的入股有关法律规范;行政性的土地承包经营权流转,如土地承包经营权征用须有行政法律规范和债权法律规范(征用补偿)进行界定,适用行政法、《合同法》和《农村土地承包法》中的有关法律规范。

[参考文献]

- [1] 丁关良:《土地承包经营权基本问题研究》,杭州:浙江大学出版社,2007年。[Ding Guanliang, *Study on the Basic Problems of the Right to Land Contractual Management*, Hangzhou: Zhejiang University Press, 2007.]
- [2] 沈叙元、张建华:《农村土地承包经营权流转的思考》,《浙江经济》2006年第2期,第56—57页。[Shen Xuyuan & Zhang Jianhua, "Reflection on the Circulation of the Right to Land Contractual Management," *Zhejiang Economy*, No. 2(2006), pp. 56—57.]
- [3] 陈永志、黄丽萍:《农村土地使用权流转的动力、条件及路径选择》,《经济学家》2007年第1期,第51—58页。[Chen Yongzhi & Huang Liping, "Driving Forces, Conditions and Path Selection of the Circulation of the Rural Land-use Right," *Economist*, No. 1(2007), pp. 51—58.]
- [4] 范怀超:《四川丘陵地区农地流转的问题与对策》,《经济地理》2007年第2期,第317—322页。[Fan Huachao, "A Study on Problems and Countermeasures of Farmland Circulation in Sichuan Hilly Districts," *Economic Geography*, No. 2(2007), pp. 317—322.]
- [5] 傅晨、刘梦琴:《农地承包经营权流转不足的经济分析》,《经济体制改革》2005年第6期,第22—24,30页。[Fu Chen & Liu Mengqin, "An Economic Analysis of Shortage of the Circulation of the Right to Land Contractual Management," *Economic System Reform*, No. 6(2005), pp. 22—24,30.]

- [6] 胡吕银：《土地承包经营权流转的法律问题新探》，《甘肃政法学院学报》2004年第1期，第36—39,83页。
[Hu luyin, "A New Study on Legal Problems of the Circulation of the Right to Land Contractual Management," *Journal of Gansu Political Science and Law Institute*, No. 1(2004), pp. 36—39,83.]
- [7] 魏波：《中国农村土地承包经营权流转制度现状与完善》，《广西经济管理干部学院学报》2007年第3期，第17—21,34页。[Wei Bo, "The Present Situation and Perfection of the Circulation System of the Right to Land Contractual Management in Rural Areas in China," *Journal of Guangxi Economic Management Cadre College*, No. 3(2007), pp. 17—21,34.]
- [8] 高富平：《物权法》，北京：清华大学出版社，2007年。[Gao Fuping, *Real Right Law*, Beijing: Tsinghua University Press, 2007.]
- [9] 韩志才：《土地承包经营权研究》，合肥：安徽人民出版社，2007年。[Han Zhicai, *Study on the Right to Land Contractual Management*, Hefei: Anhui People's Publishing House, 2007.]
- [10] 曹务坤：《农村土地承包经营权流转研究》，北京：知识产权出版社，2007年。[Cao Wukun, *Study on the Circulation of the Right to Land Contractual Management*, Beijing: Intellectual Property Publishing House, 2007.]
- [11] 郭立建：《健全农民土地承包经营权流转机制研究》，《科学社会主义》2007年第1期，第135—138页。[Guo Lijian, "On Perfecting the Circulation System of the Farmer's Right to Land Contractual Management," *Scientific Socialism*, No. 1(2007), pp. 135—138.]
- [12] 黄松有：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京：人民法院出版社，2007年。[Huang Songyou, *Interpretation and Application of the Real Right Law of the People's Republic of China*, Beijing: People's Court Press, 2007.]
- [13] 左平良：《土地承包经营权流转法律问题研究》，长沙：中南大学出版社，2007年。[Zuo Pingliang, *Study on Legal Issues of the Circulation of the Right to Land Contractual Management*, Changsha: Central South University Press, 2007.]
- [14] 蒋月、黄健雄、潘峰等：《农村土地承包法实施研究》，北京：法律出版社，2006年。[Jiang Yue, Huang Jianxiong & Pan Feng, et al, *Study on the Implementation of Law on Land Contract in Rural Areas*, Beijing: Law Press, 2006.]
- [15] 丁关良：《农村土地承包经营权性质二元化之客观界定》，《经济问题》2007年第9期，第88—91页。[Ding Guanliang, "Objective Definition of the Binary Nature of the Right to Land Contractual Management in Rural Areas," *Economic Issues*, No. 9(2007), pp. 88—91.]
- [16] 丁兆增：《农村土地流转权研究》，《经济与社会发展》2007年第1期，第149—153页。[Ding Zhaozeng, "A Study on the Circulation of the Land-use Rights," *Economic and Social Development*, No. 1(2007), pp. 149—153.]
- [17] 韩鹏：《农地承包权流转之类型化考察》，《山东农业大学学报(社会科学版)》2006年第4期，第85—89页。
[Han Peng, "Investigation of Categorization of the Circulation of Rural Land Contractual Management Rights," *Journal of Shandong Agricultural University (Social Sciences Edition)*, No. 4(2006), pp. 85—89.]
- [18] 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年第3期，第27—34页。
[Ding Guanliang, "Legal Reflection on Several Issues Regarding Land Contracting Management Right," *Journal of Zhejiang University(Humanities and Social Sciences)*, No. 3(2004), pp. 27—34.]
- [19] 丁关良：《〈物权法〉中“土地承包经营权条文设计研究”》，《浙江大学学报(人文社会科学版)》2005年第2期，第49—58页。
[Ding Guanliang, "On Clause Design for Land Contracting Management Right in Real Right Law," *Journal of Zhejiang University(Humanities and Social Sciences)*, No. 2(2005), pp. 49—58.]
- [20] 丁关良、周菊香：《对完善农村集体土地所有制制度的法律思考》，《中国农村经济》2000年第11期，第59—65页。
[Ding Guanliang & Zhou Juxiang, "Legal Reflection on Perfecting Collective Land Ownership System in Rural Areas," *Chinese Rural Economy*, No. 11(2000), pp. 59—65.]