

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

中国农村土地信托 法律问题研究

于 霄 著

 上海人民出版社



上架建议：民商法

ISBN978-7-208-12792-0



9 787208 127920 >

定价：48.00元

易文网：www.ewen.co

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

中国农村土地信托 法律问题研究

于 霄 著

图书在版编目(CIP)数据

中国农村土地信托法律问题研究/于霄著. —上海:
上海人民出版社, 2015

(法律·社会·历史文丛)

ISBN 978-7-208-12792-0

I. ①中… II. ①于… III. ①农村-土地-信托法-
研究-中国 IV. ①D922.324②D922.282.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 025786 号

责任编辑 解 锐

封面装帧 王小阳



本书为教育部人文社会科学研究基金项目(项目编号:13YJC820099)、上海市哲学社会科学规划项目(项目编号:2014EFX003)、中国法学会部级法学研究课题(项目编号:2014)人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目(基地编号:3J0709)、国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目(学科代码:030102)成果。

· 法律·社会·历史文丛·

中国农村土地信托法律问题研究

于霄著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 720×1000 1/16 印张 18.25 插页 4 字数 260,000

2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷

ISBN 978-7-208-12792-0/D·2627

定价 48.00 元

总 序

目下,法律从业者日增,相关研究成果不计其数,“文库”、“文丛”林林总总。不过,若以法学成果出版机构的地域而论,学术影响力的北重南轻现象似乎毋庸讳言。进一步直言之,位于京城的各大出版社统领了当今中国的法律出版业。而自开埠以来,上海曾是中国出版业的重镇和中心;二十世纪前半叶,在上海问世的法学成果更是雄踞半壁江山。曾经的辉煌,在同时代难觅相匹敌者。其中的许多学术著作,作为我们探究中国近代法律变迁轨迹及梳理法律学术史所无法忽略的重要参考,至今仍惠泽学界。而现在上海人民出版社策划出版此“法律·社会·历史文丛”的主要动因,即是为了接承曾产生过众多经典法学论著的这一上海之“地气”。

“法律·社会·历史文丛”的基本定位是精致、高品位的法学学术论丛,汇集的是有着浓厚的社会人文关怀和恢弘的历史视野的真正学术人对于法律问题认真思考和用心研究的成果。

一方面,就选题而言,是开放的、多元的,不计是否联系实际,更不问是否对当下中国“有用”。王国维先生在《国学丛刊序》中曾正告天下曰:“学无新旧也,无中西也,无有用无用也。”大家之言,特别是其“无有用无用”之论,仍值得今人玩味。有价值的选题应当是,著者在广泛阅读之后,被强烈的好奇心驱使,于辨疑解难的冲动下选定的。真正的学术人可能都有过这样确定选题的经历,好奇和兴趣乃是从事研究最原始且最持久的推动力。

另一方面,就著者而言,无论前辈还是新锐,研究时都应持有宁静的心境。法律问题的研究者,几乎不可能不入世。不过,真正学术人却一定要脱



俗,他应有道义上的担当,有对于“道”与“义”的超然追求,有学者的清醒和人格的清高,有高于世俗的“乌托邦”学术理想。研究者经常是,也应该是寂寞的,孤独的,甚至是无聊的,在宁静中,晨钟暮鼓,研习揣摩。宁静不是封闭和停滞,更不是自绝于世、闭门造车,而是时刻关注世态万象、理性探求真谛的一种心境。“非宁静无以致远”,在当下略显嘈杂的境况下,这一古训尤有警醒之意。宁静的心境,是治学的一种境界,对于研究法律问题者言,则更甚。没有宁静的心境,无论先进还是后学,都将不可能产生具有思想和智慧的成果,不可能有真正的学术担当,而有的可能却是浅薄的末策,媚俗的迎合。

再一方面,就著作而言,最理想的是,著者基于好奇和兴趣确定了选题,在宁静的心境中,沉潜往复,从容含玩,并坚守圆融通博且富有个性的治学门径和学术规范,最终水到渠成。著作可能带给著者以学位、职称及学术声誉,但这些本身却不能被异化为著书立说的终极目标。因此,上乘的学术作品,需要“慢煨”,而不能“急烧”,研究者也只有在“慢煨”中才能享受探知求真的乐趣,感受从事学术研究的尊严,归根结底,这才是真正学术人的追求。大而言之,也唯有如此,学术成果才能传承文明,启迪智慧,而这,才是学术研究的根本趣旨。“通古今之变,识中西之长,成一家之言”,这是唐德刚先生所享有的盛誉,也应是衡量当今学术水准的最高标杆,虽然难以企及,但是,我们将心怀敬畏,努力使各部论著在“成一家之言”方面有所建树,并确保文丛的精致与品位。

二十一世纪的前十年已成历史,现在启动“法律·社会·历史文丛”,已难言还有天时。但是,借上海法学出版曾丰硕显赫之“地气”、续养成数辈驰骋法界英才之传统,本文丛的策划人、著者、编辑及所有参与者精诚合作,地利人和,集思广益,持之以恒,终会有所成就。我们希望,本文丛将以其精致和品位在林林总总的丛书中独树一帜,以赢得独具慧眼的同道和读者的赏识、鼓励和支持。

李秀清

2011年5月

于上海 万航渡路1575号

华东政法大学六三楼

自序

中共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》确立了新一轮土地制度改革的方向,提出“鼓励和引导工商资本到农村发展适合企业化经营的现代种养业,向农业输入现代生产要素和经营模式”,为商业资本进入农村、参与农村土地发展,提供了政策导向和动力。在此背景下,农地抵押、信托和其他资本化动作方式再次成为社会舆论和学术研究关注的焦点。

然而,长期以来,我国农村土地流转受到法律和政策的种种限制,农村土地中的土地承包经营权三十年不变的政策也不过执行了二十多年,宅基地使用权流转到目前为止依然受到严格限制。所以,农村土地流转总体规模较小,现行农地流转模式不能满足土地和农业经营市场化的需要,而各种改革方案又潜藏损害农民权益的风险。创新农地流转机制,有效实现农地的规模化、集约化、专业化经营,从基本上提高农民福利,解放农村劳动力,是新一轮土地改革的中心命题。

农村土地信托是一种将信托引入农村土地流转的新模式,最先应用在了土地承包经营权的改革中。自2013年10月,中信信托先后在安徽、山东、河南、湖北等地推出土地流转信托项目,涉及土地面积短短几月就达21.2万亩;北京信托和中粮信托等信托公司也相继跟进。这些项目规模之大,推进之快是人们始料未及的,而项目本身是否可以赢利也是信托公司尚未明确的问题。就现有的情况来看,农村土地信托大都局限于土地承包经营权,还没有信托公司可以突破政策限制进行宅基地使用权的信托,而中共十八大报告



中所说的农村建设用地的信托,现在也没有案例,还在未来不长的时间内,有希望看到落地的项目。

土地承包经营权信托可能是一种解决农地经营现存困境的有效手段。其一,信托结构可以将市场化程度高、资产管理能力强的信托公司引入农地经营。信托公司以赢利为目的,在设计信托产品时就考虑了风险控制和产业导向,较农户分散经营具有明显优势。其二,土地承包经营权在传统上都是以租赁、转让和转包的方式流转的,而信托优于这些传统流传方式。信托关系比租赁稳定,比转包关系责任分配合理,相对于转让,信托可以持续地为承包户提供土地收益,免除了因转让引起的承包户生活无着的问题。最后,从理论上说,我国《物权法》接受的是一物一权、物权法定的权利中心主义,但随着社会的稳定发展,物权本身流转成本高的缺点日益明显,物权人急于行使权利的现象也日益严重。信托解决方案代表的土地使用中心主义,可能会为我国农地流转提供新的思路。但是,现有的这些信托项目或是以土地信托为名的资金信托项目,或是结构不一、赢利模式不明。一旦未来发生了风险或纠纷,很有可能会出现法律认识落后,甚至于无法可依的情况。

所以,短时间内,大量农地已经流入信托,这一方面说明了信托的吸引力,至少对信托公司和农地来说是有利的事情,另一方面也引发了人们对信托风险及其法律问题的关注。现有的信托交易对政府主导依赖性强、行政参与程度高,相应的操作成本占据了农业利润很大部分。在现行立法条件下,分析现有的和理想的土地承包经营权信托交易结构,并在此基础上主要探索交易风险控制、纠纷解决、成本控制相关法律创新的可能性,变得极为重要。而这些思考对《物权法》、《农村土地承包法》和《信托法》的修改以及《不动产统一登记条例》的起草具有深远意义。

在更为广阔的角度上分析,我国信托的发展经历由乱至治、由窄及宽的发展路径,而在这一过程中,我国的信托市场仍然是以资金信托为主,其他动产信托极少,财产集合信托刚刚起步。对于不动产信托来说,农村土地承包经营权信托是一个重大的突破。在《信托法》第2条规定的登记问题的限制下,登记配套制度的缺失使得不动产信托几乎成为不可能。而在不动产上,我们农村土地公示公信制度的另一缺失又使不动产信托成为可能——因为

我国尚有相当部分的土地还没有登记或无需登记。在实践的推动下,我国信托法的研究正亟须进一步地深入研究和发

展。在信托法的研究方面,英美信托法早在民国时期就已经成为了我国学术研究的关注领域,不但史尚宽先生在1947年初出版了专著《信托法论》,民国各期刊与信托有关的论文也颇为丰富。^①然而,通说认为,我国《物权法》崇尚的一物一权与信托的基本理念存在根本性冲突(事实上并非如此),《信托法》要求的信托登记也一直没有建立配套制度。总体上说,我国土地信托在实践中依然困难重重。在这种条件下,虽然学术界对信托有了一定关注,比如对商业信托和动产信托(特别是资本信托和证券信托)的研究,但是土地信托在我国始终没有成为学术研究的重要领域。

目前,我国对农地信托问题的研究可以分为以下三个部分:

第一部分是直接对农地信托的研究。以“农地”和“信托”为关键词在中国知网中检索,可以得到以此为题名的期刊论文六篇,其中CSSCI论文两篇。以“承包经营权”和“信托”为关键词在中国知网中检索,可以得到以此为题名的期刊论文十二篇,其中CSSCI论文一篇。在国家图书馆检索,目前为止,尚无直接以“农地信托”或“土地承包经营权信托”为题名的著作。此中研究对象包含了土地承包经营权信托的主体、关系结构、风险、登记等问题。

第二部分的研究是针对解决农地经营权流转而进行的土地信托研究。浙江绍兴,湖南浏阳、沅江,湖北益阳等地进行的试点引发了学界的关注,由此产生了一批形式以论文为主的研究成果。在这些研究中我们可以发现,我国农村土地信托是有一种有效的流转手段,但在法律上还缺乏很多前提性要素,比如明晰的产权归属、便捷有效的登记、市场化的财产对价体系等。但更为重要的是,在现有以“土地信托”为名的交易中,大多数的法律性质并不是土地承包经营权信托关系(它们有的是转租关系,有的是代理关系,有的是资金信托关系)。

第三部分与土地承包经营权信托有关的研究。这包括了在信托法框架内对土地承包经营权信托问题进行的一般性研究,也有学者专门对土地信托

① 何勤华、李秀清编:《民国法学论文精萃·民商法律篇》,法律出版社2004年版,附录。



进行过研究。这类研究关注了受益权登记、所有权二元性、受托人权利等基本问题。还包括了对土地承包经营权流转的研究,这方面的研究关注了我国土地承包经营权流转的现实、数据和问题,涵盖面广,比较深入,也出现了引用率很高的重要论文。其他相关研究还有对各国土地信托的比较研究。这些研究对我国土地承包经营权的研究有着重要的借鉴价值。

顺应土地信托实践的发展,对相应法律和理论的研究迫在眉睫。笔者在本书主要就以下几个方面进行了研究和探讨。

第一,宅基地使用权是否具有福利性。宅基地使用权在我国是一种特殊的权利,它具有无偿性、身份性、无期限性、不可流转性以及私权性。这些性质的杂合使得宅基地使用权是一种复杂的权利,它既要保护农民的权利不能受到损害,又要符合市场化的趋势。虽然在小产权房的问题上,政府先是严格禁止,后来还是做了让步,这也说明了宅基地使用权市场化已经无可阻止。在此部分,笔者认为宅基地使用权不管市场化的程度和必要性有多么充分的事实和理论依据,从历史和立法的角度分析,其福利性是不可否认的,也就是说,宅基地使用权如同一般市场财产权一样的流通是有悖于立法旨意和政策导向的。

第二,宅基地使用权的流转性研究已经有了很多成果,包括自由转让的方案、有限转让的方案、设定期限的方案、酌情考虑的方案以及按面积划归收益的方案等。但这些方案有些存在明显的损害农民利益的风险,而有些则执行成本过高,虽然还有些综合性方案,但少有能够较好解决宅基地上福利性与市场化矛盾的组合。

在宅基地使用权福利性和市场流转性两个属性分析的基础上,笔者认为,一个合理解决宅基地上福利性与市场化矛盾的方案必须具备两个要素:其一,在农村社会保障完善或城市化达到一定规模之前,必须以某种方式持续不断地向农村居民提供生活保障,而不可以是土地的一次性变现;其二,宅基地上可转让权利必须对需要宅基地使用权的人具有经济上的吸引力,否则难以形成有效率的流转。两者缺一不可。

总之,过去在立法和学术中提出的对宅基地流转的限制与禁止明显不符合社会发展的趋势,而一味追求宅基地市场化也必然会带来一系列严重的后

果。现有解决中国宅基地流转困境的方案尚未达到宅基地福利性和市场性的平衡,从理论上说,宅基地的市场化如果不能在满足持续向农民提供生活保障的前提下进行,则其进程将会非常缓慢。而经过了长期的研究,没有方案出现,则可能说明了这一矛盾的平衡需要权利结构深层的变革或者全新制度的介入。

第三,我国土地承包经营权的流转存在一些难以解决的问题。我国的土地承包经营权从家庭联产承包责任制发展而来,经历了从债权到物权的转变过程。虽然在实践中土地承包经营权的流转并不存在法律上的障碍,但是依然存在权属不清、期限不明、继承性不明等问题。而在土地承包经营权的流转中,受让人对于以上问题存在很大顾虑,投资过于保守。在实践中,土地承包经营权还存在损害农民权益、违法建设、经营非农化和非粮化的问题。

第四,在研究农村土地信托的问题之前,要研究我国土地信托的一些基本法律问题。首先,信托与民事代理、行纪、第三人利益合同、股份投资等其他民事关系存在本质的不同。受托人享有信托财产的形式权利,受益人享有信托财产的受益权,这种设计是民事关系中独一无二的。在这样的设计使得信托在缔约成本、履约成本和违约成本上具有其他民事关系不具有的优势。信托财产在信托关系中,处于核心地位,它既独立于委托人的财产,也独立于受托人的财产。委托人在信托关系设立之后,不再享有信托财产的权利,也不得干预信托财产的管理。而受托人在管理信托财产期间破产,信托财产也不属于破产财产的范围。信托关系另一核心问题是信托财产管理与第三人的关系,即信托不动产的善意取得问题。总体来说,不动产信托中信托财产的善意取得制度一定要与我国原有的公示公信制度相衔接,而在目前的情况下,我国的信托财产登记制度还远未建立。

第五,在农村土地信托中,有五个基本的制度问题需要解决:一、信托的成立与生效;二、信托财产的归属;三、信托财产权益权;四、信托的受托人;五、信托财产的登记。农村土地信托的成立与生效可以归纳为三个基本条件:适格的委托人、财产的转移、信托的合意。关于农村土地信托中信托财产的归属,在现有的法制条件下,有两种可能,一是归属委托人,另一是归属受托人。而归属受托人更符合信托的本质。农村土地信托的受益权是一种特



殊权利,它既不同于债权,也不同于传统的物权,是一种特殊的准物权。而受益权因为农村土地的特殊性,其归属与流转应当受到一定的限制。而农村土地信托的受托人问题,主要是其义务和责任的问题。信托的受托人受委托人的信赖,对信托财产进行管理,其应当在管理过程中不损害这种信赖利益。从根本上说,受托人义务和责任可以归纳为为受益人的权利行事,不从信托中谋取信托合同外的利益。而在英美法上,受托人还应当承担谨慎管理的义务。在这些义务的基础,受托人的民事责任也可以分为违约责任和侵权责任。违约责任主要是基于信托合同的约定,委托人对受托人主张的责任,而侵权责任则是受益人基于准物权性的受益权对受托人主张的责任。农村土地信托登记问题是一个技术较强的问题,不但涉及了登记机关与登记义务人的确定,也涉及了登记的具体内容。而在理论方面,农村土地信托登记的效力问题一直是争论的焦点,笔者认为信托登记还是应以登记对抗为原则。

在对我国农村土地问题进行了分析、信托制度和理论研究、农村土地信托的基本建构进行讨论之后,笔者对我国农村土地信托的现状进行了归纳。虽然我国以“土地信托”为名的实践已经有很多,但是真正的土地信托直到2013年10月才出现。在已经出现的土地信托中,结构和设计并不相同,运行的情况也不一样,但总体上面临一些风险。在此基础上,笔者提出了农村土地信托的基本原则是利益引导与自愿、制度性推进为主的原则,并提出了农村土地投资信托和农村土地管理信托的具体制度设想。最后,笔者研究了农村土地信托的风险与控制。

农村土地信托在我国是一种新兴制度,需要更多的关注与研究,笔者在此抛砖引玉,希望为这方面的研究者提供一些借鉴。

目 录

总序	1
自序	1
第一章 宅基地使用权的福利性	1
一、宅基地使用权是否具有福利性	1
二、福利性的语义辨析	5
(一) 福利性与无偿性	5
(二) 福利性与身份性	6
(三) 福利性与无期限性	8
(四) 福利性与不可流转性	9
(五) 福利性与私权性	10
三、福利性语境下的法律改进	12
(一) 福利性允许一定条件下的有偿使用	12
(二) 福利性要求法律对宅基地使用权主体进行更明确的规定	14
(三) 福利性要求宅基地使用权的期限不能超出自然人终生范围	17
(四) 福利性决定了宅基地使用权不能实现完全的市场流转	18

四、趋势、冲突与制度再生	21
第二章 宅基地使用权的市场流转性	22
一、权利演进:福利性的缘起	22
二、禁令转变:从禁止到限制	26
三、执行现状:市场化的冲击	30
(一)各地宅基地使用权流转的情况	30
(二)法院对宅基地使用权流转的处理	33
四、研究倾向:效率与农民利益	40
(一)宅基地流转有利于土地资源有效配置	40
(二)宅基地流转有利于农民的经济利益	42
(三)宅基地流转有利于城乡一体化	43
五、宅基地使用权流转困境的实质	45
(一)研究尚未解决的问题	45
(二)矛盾、困境与权利结构	47
六、结论:合理解决方案的必备要素	50
第三章 土地承包经营权的市场流转的困境	56
一、土地承包经营权市场流转立法分析	57
(一)家庭联产承包责任制阶段	57
(二)土地承包经营权作为债权的阶段	60
(三)土地承包经营权作为物权的阶段	63
二、土地承包经营权权属不清	65
三、土地承包经营权期限不明	68
(一)权利期限的政策变迁	68
(二)土地承包经营权政策的法制化	70
(三)关于权利期限与调地	72

四、土地承包经营权继承性不明	74
五、土地承包经营权流转实践问题	77
(一) 土地承包经营流转实践中的受让人顾虑	77
(二) 土地承包经营流转实践中的农民权益损害	79
(三) 土地承包经营流转实践中的国家粮食安全	81
第四章 中国农村土地信托的基本法律问题	83
一、研究综述	83
二、信托的起源	86
三、信托与相关概念的区分	88
(一) 信托与民事代理	89
(二) 信托与行纪	89
(三) 信托与第三人利益合同	90
(四) 信托与股份投资关系	90
四、信托制度的价值	91
(一) 缔约成本	91
(二) 履约成本	92
(三) 违约成本	92
五、信托财产的独立性	93
(一) 信托财产的非继承性	93
(二) 破产财产之排除	94
(三) 强制执行之禁止	94
(四) 抵消之禁止	95
(五) 混同之限制	95
(六) 信托财产的有限责任	95
六、信托不动产的善意取得	96
(一) 委托人处分不动产的善意取得	96

(二) 受托人违背信托目的处分不动产的善意取得	99
(三) 信托不动产善意取得制度的构建	101
七、保护信托与信托保护	104
第五章 中国农村土地信托的成立与生效	107
一、土地信托的委托人	107
二、土地信托的信托财产	113
三、农村土地信托的合意	117
四、确定的受益人或特定目的	121
五、信托的生效	122
第六章 中国农村土地信托财产的归属	124
一、英美法上的信托财产归属与虚假信托	124
二、中国农村土地信托财产归受托人	127
第七章 中国农村土地信托的受益权	131
一、信托受益权的性质	131
二、农村土地信托受益权的归属	138
(一) 宅基地使用权信托受益权限制	141
(二) 土地承包经营权信托受益权限制	143
第八章 中国农村土地信托受托人	145
一、受托人的主体	146
(一) 信托公司	147
(二) 一般受托人	151
二、受托人的管理权限	154
三、谨慎管理义务	157

四、受托人的民事责任	160
(一) 受托人对委托人的民事责任	161
(二) 受托人对受益人的责任	163
(三) 受托人对第三人的责任	166
第九章 中国农村土地信托的登记	168
一、农村土地登记制度	171
二、农村土地信托的登记机关	173
三、农村土地信托的登记义务人	176
四、农村土地信托登记的内容	178
五、农村土地信托登记的效力	181
第十章 中国农村土地信托的现状与推进	183
一、农村土地信托的现状	184
(一) 以“土地信托”为名的非土地信托	184
(二) 安徽宿州农村土地承包经营权信托	188
(三) 山东青州农村土地承包经营权信托	189
二、农村土地使用权的主要问题	193
三、农村土地信托的基本原则	196
(一) 利益引导与自愿原则	196
(二) 制度性推进而非实体性推进	197
四、农村土地使用权信托的整体设计	199
(一) 农村土地投资信托	199
(二) 农村土地管理信托	202
五、农村土地使用权信托的风险与控制	202
(一) 信用风险	203
(二) 农村土地管理风险	206

(三) 农村土地经营风险	207
附录一 中国宅基地使用权立法体系	210
一、宅基地所有权与宅基地使用权	210
二、宅基地使用权的主体	215
三、宅基地使用权的初始取得	217
四、宅基地使用权的面积	224
五、宅基地使用权的费用与时限	226
六、宅基地使用权的流转	228
七、宅基地使用权的登记	237
八、宅基地使用权的消灭	240
附录二 中国土地承包经营权立法体系	243
一、土地承包经营权的权利	243
二、土地的承包	248
三、土地承包经营权的流转	251
四、土地承包经营权的征收	254
五、土地承包经营权的登记	257
六、土地承包经营权的纠纷处理	259
七、农村土地的用途	262
八、土地承包经营权的继承	264
九、土地承包经营权的抵押	264
索引	266