

**本科毕业论文**

**题目：**

 土地承包经营权流转方式的制度效果分析

 ——基于流转纠纷司法裁判文书数据挖掘的实证视角

注：（1）可根据自己论文题目的字数适当调整横线长短。（2）没有副标题的，主题目与横线的距离如本范文的副标题与横线的位置，并适当调整“题目：”的位置，使其与论文的主题目保持在同一个水平线上。

**学 院：** （居中排列）

**专 业：** （如是辅修，请填辅修专业）

**姓 名：**

**学 号：**

**指导教师：**

**二0 年 月 日**

 **诚信声明**

本人郑重声明：本人所呈交的毕业论文，是在导师 的指导下独立研究取得的成果。毕业论文中凡引用他人已经发表的成果、数据、观点等，均已明确注明出处。除文中已注明引用的内容外，不包含任何其他个人或集体已发表的论文。若有抄袭，愿承担相关后果与法律责任。

 毕业论文作者签名:

 签字日期： 年 月 日

**毕业论文版权使用授权书**

本毕业论文作者完全了解西南政法大学有关保留、使用毕业论文的规定。即：学校有权保留所送交的论文，允许论文被查阅和借阅，可以公布论文内容，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存论文，可以向有关部门和机构送交论文的纸质复印件和电子版本。

 本毕业论文属于：□1.保密，在 年解密后适用本授权书

 □2.不保密

（请在以上相应方框内打“√”，但若保密，需提前向教务处申请核准）

毕业论文作者签名: 导师签名:

签字日期： 年 月 日 签字日期： 年 月 日

土地承包经营权流转方式的制度效果分析

 ——基于流转纠纷司法裁判文书数据挖掘的实证视角

 汪青松

（西南政法大学 民商法学院；重庆 401120）

**[摘要]**现行法律针对通过家庭承包取得的土地承包经营权所明确规定的四种主要流转方式(转包、出租、互换、转让)在实践中的制度效果是立法者决定坚持或者改变现有制度设计的前提。通过对源自中国法院网的410份流转纠纷司法裁判文书的数据挖掘和范式分析可以得出结论: 其一，现行法律关于流转方式的制度设计存在着明显的不合理性与缺乏可行性，由此导致相关规定难以在流转实践和司法实践中得到全面准确施行与适用; 其二，农民在流转实践中对于相关法律规定的主动遵守程度仍然比较低，其对于习惯法的路径依赖和对于成文法的认知能力不足导致实践中的流转行为普遍缺乏规范性; 其三，基层法官在审理流转纠纷案件时的法律分析与适用能力仍有待进一步提升。

**[关键词]**农民; 土地承包经营权; 流转方式; 制度效果; 裁判文书

 一、引言

 土地承包经营权流转是我国农村土地问题的一个重要方面，也直接关系到转移就业农民的市民化(黄江泉，2011)，因此近年来成为理论研究的热点。法学领域相关研究主要围绕着两大问题: 第一，土地承包经营权流转的现状是怎样的？存在哪些问题？尤其是流转中的农民权益的情况如何？第二，现行立法关于流转的规定存在哪些不足？在第一个问题上，研究方式又可以大致区分为两类: 一类是对流转现状所作的非基于实证的归纳概括; 另一类是基于对某一地区流转情况调查基础上的个案分析。前者尽管对流转现状进行了概括式罗列，但由于缺乏实证支持而其准确性和可信度大打折扣。后者虽然是立足于实证调查的基础上，但囿于调查范围和调查方式所限，其研究结论的普适性和深入性，也会受到怀疑。在第二个问题上，研究者的重心也可以分为两类:一类是对现行立法的某一规定所作的批判性的法理分析，如立法对于以“转让”方式进行的流转所设置的“发包方同意”是否必要、规定“受让方须有农业经营能力”是否适当；另一类是针对现行立法的制度空白点提出相应的完善建议，主要是《农村土地承包法》未详细规定的其他流转方式，如入股、抵押等。据此不难发现，关于土地承包经营权流转问题的相关研究客观上存在一个相对薄弱的区域，那就是现行法律针对通过家庭承包取得的土地承包经营权所明确规定的四种主要流转方式(转包、出租、互换、转让) 在实践中的制度效果如何，或者说关于这些流转方式的制度设计与流转实践的契合与背离的情况如何，这一问题的重要性在于对其的准确把握是立法者决定坚持或者改变现有制度设计的前提。而准确把握这一问题的关键则在于必须将基于实证调研的描述性分析与基于法学范式的规范性分析有机地结合在一起。因此，其最大难度在于用作分析的实证样本如何既能具有一定的广泛性和深入性，又能基本满足规范性分析对于变量的准确性要求。

本文将在研究农村问题的主流实证方式——田野调查之外尝试另辟蹊径，通过对中国法院网的410份流转纠纷司法裁判文书的数据挖掘和范式分析来揭示现行立法明确规定的四种流转方式的制度效果。此种研究路径的优势在于: 其一，样本案例来源于全国，具有广泛的代表性；其二，样本案例涉及的均是引发纠纷的流转关系或者当事人认为是“流转”，抑或裁判法官在法律意见中将其归为“流转”，这些案例对于反思制度设计具有直接而明显的问题价值；其三，法院审理中已经对流转的事实进行了全面调查和取证，能够保证分析样本的客观性和深入性；其四，裁判文书是关于流转实践与法律适用的有机统一，审判中的争议焦点往往也就是对相关制度进行规范性分析的最适宜变量。

二、流转方式制度效果的分析框架

由于转包、出租、互换、转让等流转方式实际上都是确立当事人权利义务关系的合意表达，即都是一种契约关系[[1]](#footnote-1)，因此能够用于分析其制度效果的最佳变量就是流转的法定要件。为更加清楚地把握这些要件，本文运用有关合同要件的基本原理对《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》的相关规定进行归纳整理，将具体的规范性要求分别置于两个维度之下: 一个维度是按照共性和个性进行区分，共性要件即各种流转方式都必须遵守的规范性要求，个性要件即法律法规对某种流转方式的特殊规定；另一个维度是按照主体要件、内容要件、形式要件将相应的规范性要求进行归类，同时将某些特殊要求和特定的法律效果予以单独列示。

表 1 现行立法关于流转方式的规范性要求

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 项目 | 共性方面 | 个性方面 |
| 出租 | 转包 | 互换 | 转让 |
| 主体要件 | 流转方 合法承包人（户） |  | 属同一集体经济组织 |  | 稳定的非农职业或收入来源 |
| 接转方 有农业经营能力 |  |  |  |
| 内容要件 | 意思表示真实不得改变土地所有权的性质不得改变土地的农业用途流转期限不得超过剩余承包期限 | 以一定期限租赁给他人从事农业生产经营 | 以一定期限转给同一集体经济组织的其他农户从事农业生产经营 | 对属于同一集体经济组织的承包地块进行交换 |
| 形式要件 | 应当签订书面合同 |  | 报发包方备案 |  | 经发包方同意 |
| 特殊要件 | 本组织成员同等条件下享有优先权 | 再流转需原承包方同意 | 再流转时需经登记获得权证 |
| 法律效果 |  |  原承包关系不变 | 承包经营权发生转移 |

注：表中内容是基于对《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》的相关规定所进行的归纳整理，旨在准确反映现行立法关于流转方式的规范性要求。

表1大致列示了我国现行法律法规关于通过家庭承包取得的土地承包经营权流转的四种主要方式的效力性规定，但它们只是所谓的“纸面的法”。这些规定在实践中是否得到了很好遵守和适用进而转化成为“实践的法”，即它们的制度效果究竟如何是一个更值得关注的重要问题。为更加清楚地分析四种主要流转方式的制度效果，本文将其进一步细化为三个问题: 第一，现行法律规定的适当性如何，即现行法律关于流转的要件与要求是否具有合理性与可行性? 第二，流转当事人对法律规定的认知情况如何，即流转当事人是否清楚各种法定流转方式之间的区别，或者说流转当事人是否能准确把握各种法定流转方式的有效要件? 第三，流转纠纷裁判者对法律规定的认知情况如何，即法官在处理流转纠纷时是否能准确适用法律? 如果从法定流转方式的制度效果角度来说，上述三个问题分别构成影响流转方式制度效果的法律制度因素、流转主体因素和裁判主体因素（见图1）。

(一) 法律制度本身合理可行因素

尽管制度经济学指明了“制度减少了世界的复杂性，提供了一种简化识别负担的关键功能”(柯武刚等，2000)，但这种功能的有效发挥首先需要制度本身具备较高的

法律制度因素

合理性

可行性

裁判主体因素

认知水平

适用能力

流转主体因素

法律水平

协议能力

图1 流转方式制度效果影响因素的理论模型

合理性与可行性。据此，提出本研究的第一个假设: 现行法律规定的合理性与可行性将影响土地承包经营权流转的实际运作，进而影响到各种法定流转方式的制度效果。换言之，有关流转方式的规范设计的合理性与可行性越低，其在实践中得到遵守的程度也就越低。现行法律关于通过家庭承包取得的土地承包经营权的流转制度设计本身所存在的问题一直是学者们论述的重点。其中既有对整体流转制度设计不完善的批判，也有对某一具体制度设计缺陷的分析。在整体流转制度的批判方面，有学者指出现行土地承包经营权的流转因其权利性质的模糊、流转形式的混乱、权利变动模式的矛盾而在现实中困难重重，并引发了诸多问题(马新彦等，2005)；也有学者将农地使用权流转缺乏有效的制度保障和法律依据视为农民土地权益流失的重要原因之一，认为“农地使用权流转进行到了今天仍然缺乏一部完整的法规对其进行明确的规范，这不仅给集体侵权行为提供了可乘之机，也使得农民在保护自己合法权益时无法可依”(冯秀萍等，2010)。在具体流转方式制度缺陷的分析方面，有学者认为将转包与出租并列规定并无必要，土地承包经营权的有偿转包即是一种出租行为，将转让与互换并列规定会产生逻辑上的错误，互换应该属于转让的一种方式(马新彦等2005 )；有学者通过对规范变迁的简要描述指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(朱虎，2010)；更有学者直接指出立法设置的发包方“同意权”实为多余之举，因为“不得改变土地所有权性质”、“不得改变土地的农业用途”两条禁止性规定已足以保障作为土地所有人的集体组织的集体利益，“同意权”只会为集体组织不当干预农户私权利设置冠冕堂皇的借口(温世扬等，2010)。不过，基于理论推演来论证分析现行流转制度设计中的不合理只是制度反思的一个层面，法律设计的正当与否一方面有赖于逻辑体系的周延，另一方面更有赖于社会实践的检验。关于土地承包经营权流转的诸多限制性规定在实际流转关系中是否得到真正的贯彻执行应当是检验其制度效果及合理与否的主要途径。

 (二) 流转主体法律认知水平因素

土地承包经营权流转归根结底是流转方(承包经营权人)和接转方之间的个性化的合意表达，但这种合意表达的最终效力如何又要受制于其权利义务构造是否与法律规定的效力性要件相符合。而流转当事人的法律认知水平又是这种符合程度的决定性因素之一。据此，提出本研究的第二个假设: 流转主体的法律认知水平将影响其对土地承包经营权流转方式和相关规定的认知，进而影响流转合同的实质要件和形式要件完备，并最终影响流转规范的制度效果。换言之，农民的法律认知水平越低，其实际进行的流转行为与法律要求的差距就越大，有关流转方式的法律规范的制度效果就越差。

不过，尽管社会主体的法律意识被有些学者定位为“关于社会与法律之间关系的一个最为重要的课题之一”(秦华等，2009)，但关于主体法律意识水平的测度同时也是理论研究中的一个难题。就农民的法律认知水平而言，现有的研究大多是采取一种想当然的主观判断来直接作出农民法律认知水平较低的结论。如有学者在对农民权益流失的原因进行分析时，从主体因素视角指出农民的法律素质普遍较低，对国家的法律法规缺乏全面的了解，对自己应当享有的权利缺乏清醒的认识(焦存朝，2010)。但这种没有实证调查支持的主观判断显然是无法直观地反映农民法律素质较低的现实表现。也有学者建议应当通过开发量表进行问卷调查的方式来了解农民的法律认知水平，强调“法律意识应当被理解为一个多维度的思想系统，它主要由法律知识、法律评价、权利义务关系的判断、法律行为态度及法律需求五部分组成。”因此，在通过量表全面测量公民的法律意识时应当设计分别的刻度来涵盖法律意识的各个维度。不过，他们也同样承认虽然法律意识的问卷调查研究“具有能够更高效地反映一定社会群体法律思想的整体特征和趋向的优点”，但它却“相对缺乏对个体内心关于法律的映像和意义的深度理解”(秦华等，2009)。的确，被调查对象(尤其是农民)对调查问题的答案选择和他们在实际进行相应的行为时的选择可能存在较大差异。本文通过进入诉讼的实际案例来分析流转主体的法律认知水平或许能够很好地克服问卷调查方式的上述缺陷，因为现实中客观发生的流转行为是流转当事人内心关于法律的深度理解的外在反映。

(三) 裁判主体法律适用水平因素

在法治的理念下司法被视为正义的最终守护神。而在探讨如何充分发挥司法途径对于保护农民权益的功能时学者们关注最多的是如何切实保障司法独立。如有学者指出，尽管诉讼“是解决土地纠纷的法律机制中最正式、最权威、最规范的方式，”但是“受理这类案件较多的基层法院及其派出法庭管辖区域内人口多，地域广，与地方政府的联系紧密，司法独立不能得到很好的保障，这些都制约了诉讼解决农村土地纠纷功能的发挥”(蔡虹，2008)。关于司法独立的内涵，有学者认为应当包含两个方面: “其一是法院与法官要独立，法官无上司；其二是司法机关对所有司法性质的问题享有管辖权，并应有权裁决提交的问题是否属其管辖范围”(张清，2005)。不过，同样不能忽视的一个问题是，司法独立有助于保护农民权益还隐含着一个前提，那就是独立行使司法裁判权的法官需要具有较高的准确理解和适用法律的水平。据此，提出本研究的第三个假设:裁判主体理解法律的水平将影响其对土地承包经营权流转方式的要件与区别的认知，进而影响到裁判结果的准确性，并最终影响流转规范的制度效果。换言之，审案法官对有关流转方式的法律规范的认知越模糊，其适用法律的准确性就越差，裁判结果的存疑度就越高。

在普遍的观念中，关于基层法官法律水平的评价也大多是依赖于一种主观的直接判断。有学者指出，“无可厚非，乡村法官有着丰富的实践经验，但存在着程序缺失、知识欠缺、理念陈旧等不足。知识相对薄弱决定了乡村法官在法律职业共同体中的质朴，从未自认或被认为是精英阶层”(杨力，2007)。这样的主观判断同样无法准确反映出基层法官对于具体法律制度的理解和适用能力。而针对具体争讼事项的司法裁判文书无疑是了解法官法律水平的最佳分析材料。

三、实证分析与证明

本文使用的样本案例来自中国法院网的裁判文书库。通过对该文书库 2008—2011年4年间来自全国法院的裁判文书进行关键词检索和逐个筛选，最终确定了410个土地承包经营权流转纠纷案例作为分析样本[[2]](#footnote-2)，其中二审案例186件。样本案例来源涵盖上海、北京、重庆、河南、陕西、贵州、黑龙江、福建、甘肃、广 西、湖北、江苏、辽宁、湖南、云南、内蒙古、江西等17个省份。本文以现行法律关于土地承包经营权流转的若干规范性要求为变量，从样本案例中选择相应的信息进行数据挖掘，以此反映和分析法律制度本身的合理可行、流转主体的法律认知水平和裁判主体的法律适用水平。

1. 关于流转方式的主体要件的分析

 如表1所示，相关立法关于通过家庭承包取得的土地承包经营权的流转方式的主体要件的规定主要包括: 流转方应当是合法的农村土地承包人；接转方应当具有农业经营能力；采取转包或者互换方式的流转当事人应当属于同一集体经济组织；采取转让方式的流转方应当具有稳定的非农职业或者收入来源。在本文收集的410起样本案例中，流转方作为合法承包人的要件得到很好的体现，仅有4起案例的流转方不是合法的承包人，其裁判结果也都被判侵权；有6起转包和互换的案例是发生在不同集体经济组织成员之间，其中3起被审案法官以此为理由判决流转无效，另外3起案例的审案法官没有注意到此问题；其他两个主体要件的规定无论是在流转实践中还是诉讼中都没有引起过多关注，在410起样本案例中，仅有2起案例的审案法官在判决书中提到了有关转让方“有稳定的非农职业或者收入来源”的规定[[3]](#footnote-3)，仅有1起案例提到了“受让人应具有农业经营能力”[[4]](#footnote-4)。

 通过上述数据统计能够发现，尽管相关立法在表述流转的主体要件时使用了诸如“应当”之类的用语，但仅有那些能够准确界定的要件在实践中得到了较好的体现，如合法承包人、同一集体经济组织等；而有关受让人的能力要求以及转让方的职业收入要求，由于缺乏可操作的界定标准，在流转实践和诉讼过程中都没有受到广泛关注。

(二) 关于形式要件与特殊要求的分析

《农村土地承包法》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。”此处使用的“应当”似乎表明书面合同构成了法律对流转协议形式的“效力性强制规定”。在本文收集的410 起样本案例中有 77起案件没有签订书面协议，仅凭双方的口头约定就进行了土地承包经营权流转。而在所有被判决流转无效的案例中，仅有2起案例的审案法官将“未签订书面合同”作为流转无效的理由之一(而非唯一理由)。《农村土地承包法》第37条第 1款同时规定:“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。”此处使用的“应当”也容易理解为一种“效力性强制规定”。在全部样本案例中，有45起口头约定了流转方式，69起书面明确约定了流转方式，其中的17起明确约定以转让方式进行的流转中事先经过发包人同意的有6起，事后经过发包人追认的有7起，因未经过发包人同意而判决流转协议无效的有4起(其中3起同时改变了土地用途)。其他97起约定了其他三种流转方式的案例中，流转之后向发包人履行了盖章等类似备案手续的仅有4起。

《农村土地承包法》第33条也将“本集体经济组织成员在同等条件下享有优先权”规定为流转的原则之一。不过，在410起样本案例中仅有1起案例的审案法官在判决书中提到了有关本集体经济组织成员在流转中的优先权问题[[5]](#footnote-5)。

通过上述数据统计能够发现: 其一，尽管书面合同形式在进入诉讼的样本案例中占到了81%，但考虑到诉讼当事人会基于举证考虑而倾向于选择有书面合同的流转纠纷提起诉讼，因此实践中采取书面协议形式流转的比例应当比样本案例要低得多，审案法官在判决时也普遍不将书面形式作为流转的效力性要件适用。其二，“发包方同意”尽管被立法者视为以转让方式进行流转的有效要件之一，但在实际的流转活动中并没有受到充分的重视，明确以转让方式进行流转的样本案例中，事先履行了该程序的仅为1/3；而在诉讼和判决过程中，“发包方同意”被审案法官普遍作为转让的有效要件而予以适用，但对于“同意”的时间和方式大多采取了一种宽松的态度，发包方的粮食补贴发放记录乃至其负责人在诉讼阶段的知情表示都可被视为满足了该要件。其三，“报发包方备案”的要求在实际的流转活动中基本上没有得到遵守。其四，本集体经济组织成员的优先权在实际的流转活动中基本上没有得到保障。

（三）关于内容要件的分析

相关立法关于流转的内容要件的重点在于对四种法定流转方式的区分上，《农村土地承包经营权流转管理办法》第23条也明确规定农村土地承包经营权流转合同一般应包括有关“流转方式”的内容。在77起口头流转的样本案例中，有45起约定了或者在诉讼中明确了流转方式(其中约定互换的23起，约定转包的16起，约定出租的5起，约定转让的1起)。在333起签订书面协议的样本案例中，有73起在协议名称或者协议内容中明确表述了流转的方式(其中准确使用了“出租”、“转包”、“互换”、“转让”四种法定的流转方式名称的有48起，使用了近似称谓的有13起)。其他书面协议多是使用“流转给”、“确权后流转给”、“确权确利”等流转方式不明确的表述。流转方式不明确的比例达到样本案例总数的71%。

另外，在410起案例中有28起案例审理法官在判决书中并没有明确当事人之间进行流转的具体方式，而只是将其笼统地称为“流转”。另有8起案件的判决中法官使用“代耕”、“返租倒包”、“合同转让”等表述来界定当事人之间的流转关系。

 表2 样本案例的协议形式与流转方式统计 (起)

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 项目 |  | 口头流转 | 书面流转 | 参照比 |
| 样本案例数量 |  | 77 | 333 | 在进入诉讼的 410起流转纠纷案例中，以书面协议流转的比例为81%，流转方式不明确的比例为71%，准确使用四种流转方式的比为为12% |
| 其中：流转方式不明确样本 | 32 | 260 |
| 流转方式明确样本 | 出租 | 50 | 28（22+6） |
| 转包 | 16 | 10（6+4） |
| 互换 | 23 | 7（6+1） |
| 转让 | 1 | 16（14+2） |
| 其他 |  | 12 |

 表3 书面流转协议中的流转方式用语（共73起）（起）

|  |  |
| --- | --- |
| 流转方式 | 流转协议中表述的流转方式用语（样本案例数量） |
| 出租类 | 出租（22） |
| 租赁（2）、租用（3）、转租、出租（1） |
| 转包类 | 转包（6） |
| 承包使用（1）、承包（1）、分包（1）、归乙方耕种（1） |
| 互换类 | 互换（6） |
| 调换给（1） |
| 转让类 | 转让（14） |
| 永久转让（1）、长期转让（1） |
| 其他 | 占用（1）、收归（1）、收回（1）、征收（1）、退给（2）、购买（3）、代耕（1）、归还组里（附有返还权）（1）、经营（1） |

注：表中所罗列的“其他”并不属于法律意义上的流转，之所以在此将其作为流转方式进行统计和罗列，是因为当事人在合同中或者法官在判决中将之认同为“流转”。这些实证数据也有助于直观反映当事人以及基层法官对于流转立法的认知水平。

通过上述数据统计能够发现，实践中的绝大多数流转并没有按照法律的规定明确约定流转的具体方式，部分案例中的审案法官也没有准确使用法律规定的流转方式对当事人之间的流转关系进行判定。

(四) 关于纠纷原因的分析

样本案例中所呈现出的纠纷原因较为复杂，既有单一原因也有多重原因，既有一方原因也有多方原因，既有合法原因也有非法原因，既有因流转协议不周延而引发的原因也有流转协议履行后发生的原因。经粗略统计，可以将410起样本案例的纠纷原因大致区分为: (1)因流转方式或流转期限不明而引发的纠纷，约占全部样本案例的48%；(2) 因流转后土地交换价值变化而引发的纠纷，约占12%；(3)因接转方不按约定支付流转费用而引发的纠纷，约占11%；(4)因对国家种粮补贴归属发生争议而引发的纠纷，约占5%；(5)因流转后一方改变土地用途而引发的纠纷，约占4%；(6)因接转方擅自对土地再流转而引发的纠纷，约占4%；（7）因无法归入上述类型的其他原因而引发的纠纷，约占16%。

通过数据统计能够发现，实践中的流转纠纷有近一半是因为流转时的约定不明晰而引发的；另外，流转当事人不能准确把握各种流转方式的法律效果和不能清楚了解法律的相关禁止性规定也是引发纠纷的重要原因。因此，流转当事人的法律认知水平和协议能力不高应当是导致上述状况的关键因素。

(五) 关于裁判文书中引用法律规范条文情况的分析

在流转纠纷的裁判文书中，法官所援引的规范性依据除了最为主要的《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》之外，还涉及《合同法》、《民法通则》、《物权法》、《土地管理法》、《农业法》、《民事诉讼法》、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》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，另有少数案件适用有关土地承包的地方性规定作为裁判依据。从单个裁判文书引用规范条文的数量上看，在410起样本案例中，引用1条(款、项) 法律规范条文的为39起，引用2条的为77起，引用3条的为81起，引用4条的为51起，引用5条的为39起，引用6条的为72起，引用7条及以上的为51起。其中单个判决引用条文数量最多的达到 13条(款、项)[[6]](#footnote-6)，单个判决引用《农村土地承包法》条文最多的达到10条[[7]](#footnote-7)。从总体上看，单个案件引用1～2条规范条文进行裁判的比例仅为全部样本案例的28%；单个案件裁判引用4条以上规范条文的占一半以上。

通过数据统计能够发现，部分审案法官在审理流转纠纷案件时，对于自身准确适用法律规范的能力信心不足，为避免出现适用法律不当的问题，往往不考虑法律规范之间上位法与下位法、一般法与特殊法等效力位阶关系，倾向于引用尽可能多的法律规范条文，而这实际上降低了适用法律的准确度。

(六) 关于裁判文书中的存疑情况分析

经认真分析，在全部410起样本案例中，有46起案例的法律意见或者判决存在不同程度的疑问。这些问题可以大致归类为: (1)法律概念混淆。如将“流转”等同于“转让”、将“流转”与“转让”视为同一位阶的概念(相互排斥)、将“代耕”作为和“转包”等相并列的一种具体流转方式、将“转包”和“代耕”作为可以相互替代的概念使用、将发包方对已发包土地的收回认定为流转等。(2)对流转的效力性要件把握不准确。如将改变土地使用用途的流转协议认定为有效合同或者效力待定合同、将书面形式作为流转的效力性要件、认为转让需要经过村民的民主议定程序和乡镇人民政府批准才有法律效力等。(3)对具体流转方式的构成要件把握不准确。如对于具体方式不明确的流转，仅凭村委会及乡政府有关部门在对农业税基数进行统计登记、发放农民负担监督卡及发放种粮补贴时的记录，就将流转形式认定为转让；在双方均无法证明流转方式时，仅以将承包合同和权证原件交给了对方并且由对方直接向发包方缴纳承包费就认定流转形式为转让；对于不属于同一集体经济组织成员之间的流转关系认定为“转包”；将通过非家庭承包方式获得的承包地流转给非发包方成员的认定为转包；认定不属于同一集体经济组织成员间的互换为有效等。(4)对于互换和转让所发生的土地承包经营权转移的法律效果理解不清晰。如对于互换或者转让已经依法完成的流转仍然判决支持原承包人的返还请求等。(5)法律原理方面的疑问。如利用侵权法理来解决违约问题、将地役权问题认定为流转关系、将诉讼时效适用于仍在持续中的侵权关系、认为劳务报酬不能通过土地承包经营权流转进行抵偿、将家庭成员之一对其他成员承包经营土地的流转认定为无权处分而非表见代理等。通过数据统计能够发现，部分审案法官对于流转的法律规定的理解和适用能力存在明显不足，由此导致了裁判文书中出现这样或那样的疑问。

四、结论与启示

上述分析分别从不同的角度表明，不论是实践中的流转行为还是诉讼中的法律适用，都与现行法律关于通过家庭承包取得的土地承包经营权的流转方式的规范要求存在着不同程度的背离。这一结果在很大程度上支持了理论模型及其假设。据此可以得出结论: 其一，现行法律关于通过家庭承包取得的土地承包经营权的流转方式的制度设计存在着明显的不合理性与缺乏可行性，由此导致相关规定难以在流转实践和司法实践中得到全面准确的施行与适用；其二，农民在流转实践中对于相关法律规定的主动遵守程度仍然比较低，其对于习惯法的路径依赖和对于成文法的认知能力不足导致实践中的流转行为普遍缺乏规范性；其三，基层法官在审理流转纠纷案件时的法律分析与适用能力仍有待进一步提升。

为了提高有关流转方式的法律规范的制度效果，需要从制度本身的不断完善、流转行为的引导管理、司法裁判的准确严谨等方面共同努力。而仅就制度设计的完善角度而言，本文分析能够提供如下启示: (1)关于法定流转方式的设计应当更加科学合理，更能符合实践的需要。比如，在转包之下再以期限长短划分出一个“代耕”并无多少实际意义，不如将其统一到转包之下，在此基础上，应当进一步明确所谓的“代耕”仅指耕作行为后果归属于承保人的代理耕作行为，而不属于土地承包经营权的一种流转方式；“转包”与“出租”的法律要件区别更多的是一种形式上的，从法律效果、当事人权利义务构造等实质内容来看二者的区别并不明显，可以考虑将其合并为同一种法定流转方式，以降低法律适用的难度；现行立法明确列举的四种流转方式显然已无法满足流转实践的发展需要，应当将实践中已经比较成熟的其他流转方式，如土地承包经营权入股、抵押等，通过立法规范的形式对其法律性质、构成要件、权利义务等加以明确。(2)关于流转的主体要件和形式要件应当更加具有可操作性。比如，有关受让人的农业经营能力要求以及转让方的职业收入要求，由于缺乏可行的判断标准，应当避免表述为要件性用语；应当进一步细化有关“发包方同意”和备案的程序性规定，并明确未履行该程序的法律后果；对于能够引起土地承包经营权转移的“互换”和“转让”两种流转方式，由于其直接引发土地权利归属以及土地承包经营关系的变更，因而对于其形式要件的要求应当更加严格，书面合同形式、事先征得发包方同意等要件都必须切实履行。(3)应当通过具体的程序设计保障本集体经济组织的优先权。比如，要从制度上明确优先权是否构成对流转的限制，即是否影响流转的效力。如果采用转让、出租的方式流转时没有事先征询本集体经济组织成员是否行使其优先权，是否可以被诉求无效？优先权行使的期间是多长为宜？经过了备案或同意的流转是否可以构成对侵害优先权的抗辩？

参考文献：

[1] 黄江泉.农民工分层: 市民化实现的必然选择及其机理浅析.农业经济问题，2011(11):28-33

[2] ［德］柯武刚，史漫飞.制度经济学.韩朝华译.商务印书馆，2000:142

[3] 马新彦，李国强.土地承包经营权流转的物权法思考.法商研究，2005(5): 112-118

[4] 冯秀萍，林翊.论我国农地使用权流转中的农民权益保护.哈尔滨商业大学学报(社会科学版)，2010(4): 80-84

[5] 朱虎.土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角.中国法学，2010(2): 70-80

[6] 温世扬，兰晓为.土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择.法学评论，2010(1): 29-34

[7] 秦华，任大鹏.公民法律意识的量表测量: 一个基于调查数据的分析.法学家，2009(5):111-119

[8] 焦存朝. 基于主体视角的农民权益保护问题的思考.农业经济，2010(1): 51-53

[9] 蔡虹.农村土地纠纷及其解决机制研究.法学评论，2008(2):143-150

[10] 张清.农民阶层的宪政分析——以平等权和上访权为中心的考察. 中国法学，2005(2): 24-33

[11] 杨力. 新农民阶层与乡村司法理论的反证．中国法学，2007(6): 157-165

**Institutional Effect Analyses of Rural Land Contracted-management Right Transferring Manners**

Wang Qingsong

(Civial and Commercial Law School,Southwest University of Political Science&Law,Chongqing 401120)

**[Abstract]** Actual institutional effects of four main legal transferring manners are the precondition for legislators to decide insisting or changing practical system. By data mining and pragmatic analyzing of 410 judgements of transferring suits，we can draw conclusions as follows: (1) there are some obvious irrationalities and infeasibilities in practical transferring manners legal system，which make related provisions difficulty to be applied in transferring and judicial practice; (2) the degree of peasants’ initiatively abiding by related provisions in transferring practice is lower，which is caused by path dependence on unwritten law and deficient cognition of written law and leads to prevalent nonstandard transferring acts; (3) judgers’ legal analyzing and applying abilities in hearing transferring cases need improve.

**[Key words]** peasants;Land contracted-management right; transferring manners; institutional effects;judgement

1. 从形式上看土地承包经营也是一种契约关系，不过与流转契约关系之间存在很大的区别。它们可以大致分别对应韦伯所称的“身份契约”和“目的契约”。韦伯认为，“目的契约既不影响当事人的身份，也不产生新的同志关系，仅仅是为了以特定的(尤其是经济的) 履行或结果而进行交换。”参见: 马克斯·韦伯．论经济与社会中的法律．张乃根译．中国大百科全书出版社，1998: 104～105 [↑](#footnote-ref-1)
2. 需要说明的是，某些文书中所涉及的关系并不属于法律意义上的流转关系，但当事人在合同中或者法官在判决中将之认同为“流转”。鉴于流转主体的法律认知水平和裁判法官的法律适用水平是本文研究的重要方面，故这些非流转关系的“流转纠纷”文书同样具有重要的实证价值。因此，最终纳入本文研究样本的文书大致包括三大类，即范的流转纠纷案例、当事人认为的流转纠纷案例和裁判法官认为的流转纠纷案例。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 样本案例的裁判文书中提到有关转让方“有稳定的非农职业或者收入来源”的为重庆市第四中级人民法(2009)渝四中法民终字第00668号民事判决书和重庆市石柱土家族自治县人民法院( 2009) 石民初字第1082号民事判决决书。两起案例的裁判文书中均将转让方“有稳定的非农职业或者收入来源”表述为转让的有效要件之一，不过前一案例是采取事实推定的方式认为转让人“还有承包土地经营，有稳定的收入来源”;后一案例是采取举证责任分配的方式认为转让方未在举证期内提供其“在土地转让后的近三年时间是如何生存的”，故其关于无稳定的非农职业和收入来源的辩解理由不成立。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 样本案例的裁判文书中提到“受让人应具有农业经营能力”的裁判文书为重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院2009 年6月9日作出的( 2009) 秀民初字第375号民事裁定书。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 样本案例的裁判文书中提到有关同一集体经济组织成员优先权的裁判文书为重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院 2009 年6月9日作出的( 2009) 秀民初字第375号民事裁定书。不过，该案一审审理法官对优先权的理解显然并不合乎《中华人民共和国农村土地承包法》第三十四条和《农村土地承包经营权流转管理办法》第九条的本意。该案一审判决书有关优先权的原文表述为：“根据《中华人民共和国农村土地承包法》第三十四条和《中华人民共和国农村土地承包经营权流转管理办法》第九条的规定，农村土地承包经营权流转一般应限定于本集体经济组织内部”。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 参见河南省郑州市上街区人民法院( 2010)上民二初字第366号民事判决书。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 参见福建省莆田市涵江区人民法院( 2009) 涵民初字第2886号民事判决书。 [↑](#footnote-ref-7)