

# 论土地经营权行使中的“承包方同意”规则

张素华,王 年

(武汉大学法学院,湖北武汉430072)

**摘 要:**《农村土地承包法》第43条、第46条和第47条分别规定了“投资改良土壤”“再流转”和“融资担保”情形下土地经营权人须征得土地承包经营权人同意的“承包方同意”规则。法理逻辑上,“承包方同意”规则乃是平衡与协调农地保障功能与市场功能冲突的法技术,亦是土地承包经营权“管理权能”的行使方式之一。规范属性上,其既非效力性强制性规范,违之亦不构成无权处分,而属于私权限制性规范,目的在于不同私权利益关系对抗和竞争中土地承包经营权人权益的优先保护。司法适用上,应区分投资改良行为与再流转两类不同情形,对于违反“承包方同意”规则的行为,承包方可通过自主意志选择有利于自己的后果或在对抗力层面获得优先保护。

**关键词:**土地经营权;“承包方同意”;私权限制性规范

**中图分类号:**DF521 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)04-0075-13

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.04.007

## 一、问题的提出

为落实承包地“三权分置”改革,及时将行之有效的农村土地政策和改革经验转化为法律规范,2018年《农村土地承包法》进行了全面修改,实现了“三权分置”政策的法律化。对该法的体系结构、规范内容进行全面审视可以发现,其在第43条、第46条、第47条分别规定了“投资改良土壤”“再流转”和“融资担保”情形下土地经营权人须征得土地承包经营权人同意。这三个条文均为本次修法新增的内容,“其中备案的目的是以备查询,备案与否并不对再流转的物权效力造成影响”<sup>[1]</sup>,而共同形成的“承包方同意”规则是全新的法律规则,学说和实务上对该规则的正当性依据、法律效力以及如何适用等的讨论与适用尚未充分展开。

由于《民法典》和《农村土地承包法》将以招标、拍卖、公开协商等方式取得承包地上的使用权由原《物权法》时代的“土地承包经营权”重构为“土地经营权”,且涉及“承包方同意”规则的条文均位于

收稿日期:2021-12-13

基金项目:国家社会科学基金项目“《民法典》的溯及力研究”(21BFX016)

作者简介:张素华,女,武汉大学法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事民商法和土地法研究;王年,男,武汉大学法学院博士研究生,主要从事民商法和土地法研究。

《农村土地承包法》“家庭承包”章“土地经营权”节中,故“承包方同意”规则中的“承包方”不包括通过招标、拍卖、公开协商等程序承包集体所有的“四荒地”的无任何身份限制的民事主体,仅指家庭承包经营体制下本集体经济组织成员所组成的农户,其也称为土地承包经营权人。而与“承包方”对应的“受让方”身份则不受集体经济组织成员范围限制,只要是具有农业经营能力或者资质的民事主体均有资格成为“受让方”,其又称为土地经营权人。

流转包括出租(转包)、入股、担保等多种方式,故第46条与第47条构成一般与特殊的关系。但无论是土地改良、再流转还是融资担保,均是土地承包经营权人流转出土地经营权后在承包地上形成“三权分置”格局而存在的,均为土地经营权的内容。因此,“承包方同意”规则仅发生在土地承包经营权人流转出土地经营权后,土地经营权人行使土地经营权的过程中。

在“承包方同意”规则制约下,土地经营权人行使其权利须征得承包方的同意,在法技术上意味着承包方对土地经营权人的权利施加了某种法律上的限制。由此至少产生了如下亟待解决的问题:(1)法律上为何要对土地经营权人的权利予以限制?(2)此种限制的法理正当性何在?(3)此种限制的法律效力为何?违反后的法律后果如何?这就决定了需要对这种“限制”在私法上的表达、性质、效力、边界以及所蕴含的法政策考量,展开理论解释与制度构建,澄清并解决以上问题。

## 二、“承包方同意”规则的立法溯源

“承包方同意”规则最早出现在2005年原农业部颁布的《农村土地承包经营权流转管理办法》(以下简称《旧办法》)第13条。该条规定:“受让方将承包方以转包、出租方式流转的土地实行再流转,应当取得原承包方的同意。”这实际上就是《农村土地承包法》第46条的前身。同样地,在《旧办法》第14条规定了受让方在流转期间因投入而提高土地生产能力的,受让方有权获得相应的补偿。这与《农村土地承包法》第43条所表达的受让人基于土地改良等投资行为而有权依据合同获得补偿的意旨一致,但彼时该规定尚未出现“承包方同意”规则。

2017年《农村土地承包法修正案(草案)》在第32条增加了“为提高农业生产效益,第三方经承包方或其委托代理人书面同意,并向本集体经济组织备案,承包土地的经营权可以再流转”“经承包方同意,第三方可依法投资改良土壤,建设必要的农业生产附属、配套设施,并依照合同约定对其投资部分获得合理补偿”作为第2款和第3款,并在第42条单独规定了“第三方通过流转取得的土地经营权,经承包方或其委托代理人书面同意,可以向金融机构融资担保”。由此,“承包方同意”正式进入立法文本,并在之后的多次审议中均未发生变化,最终在经历条文顺序变化和个别语词删改后成为具有法律效力的规则。

随后,在农业农村部制定的《农村土地经营权流转管理办法》(以下简称《新办法》)中,“承包方同意”规则得以再次重申。《新办法》第12条规定:“受让方将流转取得的土地经营权再流转以及向金融机构融资担保的,应当事先取得承包方书面同意,并向发包方备案。”该条规定相较于《农村土地承包法》增加了“事先”和“书面”这两项要求。同时,《新办法》第13条规定,“经承包方同意,受让方依法投资改良土壤,建设农业生产附属、配套设施,及农业生产中直接用于作物种植和畜禽水产养殖设施的,土地经营权流转合同到期或者未到期由承包方依法提前收回承包土地时,受让方有权获得合理补偿”。与《农村土地承包法》第43条相比,其既增加了“农业生产中直接用于作物种植和畜禽水产养殖设施”需经承包方同意,又限定了补偿受让方获得投资补偿的前提,“土地经营权流转合同到期或者未到期由承包方依法提前收回承包土地时”。可以看到,《新办法》第12条和第13条实际上是沿袭了《旧办法》第13条、第14条的规定并结合《农村土地承包法》对个别内容和表述进行了调整。

在法律上,与“承包方同意”规则类似的还有“发包方同意”规则。1982年《宪法》第10条第4款明确禁止任何组织和个人侵占、买卖或以其他方式非法转让土地,但由于家庭联产承包责任制的推行,农民开始自发通过换地、转包等形式流转土地。于是,1984年中央一号文件《中共中央关于1984年农村工作的通知》提出:“社员在承包期内,因无力耕种或转营他业而要求不包或少包土地的,可以将土地交给集体统一安排,也可以经集体同意,由社员自找对象协商转包,但不能擅自改变向集体承包合同的内容。”此处的“经集体同意”实际上就是后来的“经发包方同意”。最高人民法院在1986年发布的《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》中明确规定:“承包人将承包合同转让或转包给第三者,必须经发包人同意,并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容,否则转让或转包合同无效。”但实际上,根据1987年生效的《民法通则》第80条第3款“土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让”的规定,土地使用权流转在法律层面仍未得到认可。在1988年修改《宪法》并允许土地使用权转让后,1993年颁布的《农业法》在第13条第2款明确规定:“在承包期内,经发包方同意,承包方可以转包所承包的土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面,也可以将农业承包合同的权利和义务转让给第三者。”由此,“发包方同意”正式成为一项法律规则。同时,各类政策文件中也存在“发包方同意”规则。例如1995年3月28日国务院批转农业部《关于稳定和完善土地承包关系意见的通知》(国发[1995]7号)提出,在得到发包方同意之后,承包方就可以在承包期内对承包土地依法进行转包、转让、互换、入股。尽管2002年颁布的《农村土地承包法》明确承认土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转,但法律上仍对土地承包经营权流转施以各种限制。例如,只允许土地承包经营权以有限的方式进行流转、范围上限于集体内部、程序上受到集体制约,整体上维持集体土地使用和转让的“社群封闭性”和“社会保障性”<sup>[2]</sup>。

新修改的《农村土地承包法》改变了“流转”的内涵与方式,“转让”不再是“流转”方式而仅限于集体经济组织内部,其效果是承包方在该宗承包地上退出与发包方的承包关系,受让农户继受取得土地承包经营权。因此,保留并存于新《农村土地承包法》第34条的“发包方同意”规则看似是对承包方处分其土地承包经营权的限制,但由于法律限制了土地承包经营权的受让范围和主体,若“承包方不想继续经营土地,也不转让给本集体经济组织的其他农户的,可以根据本法相关规定向他人流转土地经营权”<sup>[3]146</sup>。故新《农村土地承包法》中的“发包方同意”规则乃是赋予土地所有权人管理土地承包关系的权利,即在土地承包经营权人放弃土地承包经营权时,土地所有权人享有是否允许、在何种程度上放弃以及与何人重新建立土地承包关系的权利。若发包方不同意转让,则承包方在维持与发包方土地承包关系基础上,仍可自由流转土地经营权,不会限制和损及承包方基于土地而享有的财产利益。与之相反,“承包方同意”规则制约下的土地经营权再流转的底线和前提是不改变发包方与承包方之间的承包关系,无论土地经营权再流转至何处,发包方与承包方的土地承包关系始终不会也不能动摇。换言之,“发包方同意”规则实际上是对农村土地承包关系是否变动的限制规则,使发包方享有对承包关系变更或解除的自主决定和管理权。而“承包方同意”规则得以存在的前提是土地承包关系的继续留存,只有发包方与承包方存在合法的土地承包关系,承包方才能据此享有土地承包经营权进而流转出土地经营权,从而获得法律上赋予的对受让方行使土地经营权的限制。

### 三、“承包方同意”规则的法理逻辑

#### (一) 协调农地保障功能与市场功能冲突的法律技术

“我国农村土地从来就具有社会保障的功能,承包土地权利也从来不是一种单纯的财产权利。”<sup>[4]</sup>

这种社会保障功能伴随着国家权力在乡村社会的逐步退却,国家对基层的领导控制转变为指导服务后使农村集体土地所有从一种政治治理模式转变为具有实体权利义务关系,并为村集体成员提供基本社会保障的经济制度与法律模式<sup>[5]</sup>。获取并保有这种社会保障的前提是具有集体成员身份。基于身份属性而实现的土地社会保障功能渗透进法律的制度设计中就是作为集体土地所有权具体实现形式和农村基本经营制度之根本的土地承包经营权制度<sup>[6]</sup>。为了在土地承包经营权上贯彻社会保障功能,法规范上通过“成员权”制度在承包地的初始分配和自由转让方面施加多种限制。例如,在土地分配上,按人口多少均分、承包地互换转让仅限集体经济组织内部、本集体经济组织成员享有优先权等;在法政策上,“稳定农村土地承包关系”“稳定农户承包权”“坚持以家庭承包经营为基础的经营体制”等政策意旨也始终影响和维持着农地的社会保障功能。

但土地资源作为一种生产要素,天然具有财产属性,具备可自由交易流转的市场化功能。为了适应和匹配土地的市场功能,尽可能发挥土地利用效率,法律上又将其定性为一项用益物权,试图将公平价值下的保障功能与效率价值下的市场功能在同一制度——土地承包经营权——上得以集中体现。但诚如有学者所言,土地承包经营权的保障性和物权性在制度基础、价值理念和基本规则上都是对立的,二者之间本身就是矛盾和冲突的<sup>[4]</sup>。冲突之下,土地承包经营权本应依物权法理成为一项可自由使用、收益和处分的具有市场流通功能的财产权,但却因其所负载的社会保障功能而处处受限<sup>[2]</sup>。故此,尽管土地承包经营权被作为一项用益物权,但土地集体所有权仍掣肘其作为一项完整权利的可能边界<sup>[7]</sup>。在实践中引发了诸如农地规模化流转受限、融资担保功能沉睡、流转效率低下等问题<sup>[8]</sup>。为调和并解决农地上基于身份属性而维持的社会保障功能与基于民事主体身份而要求的市场流转功能之间的矛盾与冲突所产生的问题,“三权分置”改革应运而生。

承包地“三权分置”的核心意旨在于:一方面,在坚持土地集体所有权这一公有制实现方式的前提下,通过稳定承包关系和农户承包权来延续农地的社会保障功能,信守执政者“耕者有其田”的政治承诺,守住农村、农民不失“地”的底线<sup>[9]</sup>;另一方面,又通过从土地承包经营权中分离出土地经营权来激发和实现农地的市场化功能,稳定受让人的经营预期,满足其为扩大生产经营而进行担保融资的需求<sup>[10]</sup>。据此,承包地“三权”之间就呈现着一种动态关系:集体土地所有权与土地经营权代表着农地发展的两大价值取向——安全与自由,土地承包经营权则是所有权与土地经营权之间的“转轴”。一方面,土地承包经营权承载着来自集体所有权及其所代表的集体所有制要求的“坚持土地公有制”底线,需要通过身份属性来维持承包地流转范围的“社群封闭”特征,在承包地初次分配中坚守公平价值,通过平均分配土地给村社成员来实现土地的社会保障功能;另一方面,土地承包经营权又因对土地承包资格的保有与控制而具备向集体经济组织之外任一主体流转土地经营权,使承包地的利用效率得以提升从而激发农地规模化经营的市场化功能,并因此而向土地经营权传达来自集体所有权对土地经营权市场化流转广度与深度的目的性规制。也因此,农户流转承包地形成土地经营权后,土地承包经营权并不因此而成为政策文本中所谓的“土地承包权”,而是受到土地经营权限定的只有本集体经济组织承包农户才能取得和享有的兼具保障功能和市场功能的权利<sup>[11-12]</sup>。也就是说,土地承包经营权既具备可自由流动、市场化配置的功能,又蕴含着或承载着“耕者有其田”、稳定农户承包权的成员权功能<sup>[13]</sup>。

与土地承包经营权相反,土地经营权则是一种完全“放活”的市场化权利,无论是取得还是处分,均取决于双方当事人之间的约定<sup>[14]</sup>。但又因为承包地具有稳固农村基础,保障农民生存和社会保障功能,土地使用权的市场化仍需保持适度谨慎,防止过度而危及公有制底线,故“放活土地经营权并不代表土地经营权就可以为所欲为,土地经营权的流转同样应当受到流转期限、用途管制、流转方式等多方面的限制”<sup>[15]</sup>。这种来自集体土地所有权的制约经由土地承包经营权而间接作用于土地经营权的,因此,土地承包经营权就成为了落实集体土地所有权制度价值、全面赋予土地经营权“去身份化”

“市场化”和“纯财产性”权利性质以正当性,以及衡量并控制这一变化趋势合理性的制度标尺。

而实现和落实土地承包经营权“制度标尺”角色,平衡承包地上保障功能与市场功能的法律技术工具之一便是“承包方同意”规则。赋予承包方“同意权”,目的在于使其知晓并监督承包地利用和流转状态,在涉及其根本生存保障利益时能够及时采取有效措施避免或防范风险扩大,但并非因此而否定土地经营权的自由流转。这是因为承包方在实现土地承包经营权市场功能而流转出土地经营权后,应当依据土地经营权流转合同的约定,尊重土地经营权人自主占有和利用承包地、获得利益的行为,不得擅自干涉或限制土地经营权人的权利。作为一项去身份、市场化的完全财产权利,土地经营权能否流转以及流转的范围与程度也反过来检验着土地承包经营权市场化改革的成效和功能的实现。因此,承包方同意与否并非构成对土地经营权人合法行权行为的否认或干涉,而仅为法律赋予的承包方在土地经营权人擅自非法利用和流转承包地并损害承包方利益时的事后救济。从“承包方同意”规则的适用范围上看,只有在土地经营权人从事投资改良、再流转以及融资担保这三类关涉承包地物理效用、承包方核心利益以及土地承包关系稳定的关键行为时,承包方才可行使其同意权。从利益关系上看,承包方享有的此种“同意权”属于单方权利,可基于自身意志自由行使,亦即承包方可单方放弃或不行使其“同意权”。一旦承包方放弃,则视为放弃法律赋予其作为土地承包经营权人而享有的优先利益,无法再基于“承包方同意”规则而对土地经营权施以相应限制。最后,基于权利不得滥用原则,承包方所享有的同意权亦应当有所限制,即承包方不得滥用或怠于行使。

需要明确的是,“承包方同意”规则所要调适的保障功能与市场功能,是针对土地承包经营权而言的,不能混淆承包地保障功能与市场功能所指称的对象。自始至终,农地所要保障的对象就是集体经济组织成员,是对农民生存发展的保障,而非对集体经济组织成员以外第三人的保障;而激发农地的财产属性,使之能够为农业生产提供资金支持也是针对土地承包经营权而言的。“承包方同意”规则的设计,一方面,使得土地承包经营权人在流转出承包地而形成土地经营权后仍具备监督和管理农地利用状态的权利,不因流转出土地经营权而丧失其基于成员身份享有的承包农地的资格和权利,落实承包地既有的保障农民生存发展的功能;另一方面,土地经营权人亦可依据与土地承包经营权人的流转合同自主占有和利用农地、获得收益,并可将土地经营权再流转给第三人或向第三人担保获得融资,从而激发农地的市场功能。但这一切的前提是土地承包经营权人流转出土地经营权而在承包地上形成“三权分置”的格局,若无土地承包经营权人流转土地经营权的行为,则根本不存在一项可自由流转的土地经营权,那么也就无所谓保障功能与市场功能的冲突,更不可能有“承包方同意”规则的存在。

因此,“承包方同意”规则的技术性就体现为在土地承包经营权保障功能之维持与市场功能之发挥的矛盾对立中寻求统一,协调和平衡二者冲突,在确保承包方享有土地承包经营权而获取来自集体土地生存保障的前提下,发挥承包地的市场功能而放活土地经营权,并在“发包方备案”制度的辅助下,将土地经营权的流转变动情况传递至集体土地所有权人,使集体土地所有权人依照法律规定<sup>①</sup>和承包合同约定来管理和监督承包地的利用和保护,贯彻国家对土地用途、规划的管理制度和基本国策。

## (二) 土地承包经营权“管理权能”的行使方式

“三权分置”政策入法过程中,曾发生过对“三权”概念界定及内容的激烈争论,焦点在于流转出土地经营权后的土地承包经营权应以何称谓。修正后的《农村土地承包法》未对土地承包经营权派生出土地经营权后的剩余权利进行专门规定,土地承包经营权的性质与名称依然保留<sup>[16]</sup>。派生出土地

<sup>①</sup>详见《土地管理法》第10条、第11条、第13条第3款。

经营权后的土地承包经营权仍兼具身份属性和财产属性,并不因将占有、使用和收益权能让渡给土地经营权人而成为一项“虚权”,相反仍享有若干“剩余权能”<sup>[17]</sup>。这些“剩余权”能表现为以下四种。(1)收回权。包括《农村土地承包法》第42条规定的对土地经营权的“提前收回权”和土地经营权流转期限届满的“期满收回权”。(2)补偿请求权。包括《农村土地承包法》第17条第4项规定的承包地被依法征收、征用、占用的补偿请求权,第40条第2款第7项规定的补偿费归属的协商权,以及第27条第4款、第28条和第31条所整体规定的发包方强制收回承包地时就投资改良土地而获得相应补偿的权利。(3)管理权。包括《农村土地承包法》第38条第2项和第4项规定的对土地经营权人农地利用行为的监督管理和流转土地经营权时对土地经营权人能力和资质的审查管理权,第43条所规定的对土地经营权人改良土地的同意权以及第46条和第47条规定的土地经营权人再流转土地经营权的同意权。(4)损害赔偿请求权。包括《农村土地承包法》第42条规定的违约损害赔偿权和第64条规定的法定损害赔偿请求权。

而这些“剩余权能”得以保留的理论依据在于我国民法在用益物权生成机理上实行的“权能分离论”。该理论认为所有权人通过权利行使将其权能分离给他人,从而使他人享有对所有权权能行使限制的用益物权<sup>[18]</sup>。设定用益物权后,所有权并不因此而在性质上发生变化,在用益物权消灭后,与所有权相分离的部分权能自动回归所有权,所有权重新具备完整权能<sup>[19]</sup>。依循用益物权生成原理,土地承包经营权是承包人分享了集体土地所有权中的占有、使用、收益诸项权能而形成的用益物权<sup>[20]</sup>。无论是收回权、补偿请求权还是损害赔偿请求权,均是作为用益物权的土地承包经营权分享集体土地所有权占有、使用、收益和处分权能而在其上衍生出的具有财产利益的权利内容。唯独管理权无法基于“权能分离”原理自动得出。这是因为在传统物权法理论中,所有权的权能仅包括占有、使用、收益和处分四项,并没有管理权能。<sup>①</sup>但正如韩松教授所言,不列举管理权能,并不意味着管理不是所有权的权能,在共有关系或者集体所有时,各个共同所有人对共同所有的财产利用和处分属于公共事务,就需要共有人对其进行管理。也就是说,在涉及多数人利益且各自利益一致的情况下,为了实现一致的利益目的,就必然涉及对集体利益的共同管理。因此集体所有权作为一项完全所有权,除了具有占有、使用、收益和处分的权能,还具有管理权能。“集体土地所有权的管理权能是集体所有权主体为实现集体所有权目的对集体所有的土地和其他财产的占有、使用、收益和处分依法所做的处置安排”“是通过管理活动对集体所有权的行使,属于集体所有权的权能。”<sup>[21]</sup>由于集体土地所有权管理权能包括民主管理事项、执行管理事项、监督管理事项等诸多内容,涉及面广,有些并不适合直接交由土地承包经营权人行使,而仅能分离或让渡部分应当且适于土地承包经营权人行使的权能,即在承包经营方式下,此部分可分离和可让渡的权能由承包方代替集体土地所有权人行使对承包地发包和再流转的管理。

在“两权分离”下,原《农村土地承包法》赋予了集体土地所有权人对承包地发包和管理的权利,<sup>②</sup>在承包方违反法律规定和承包合同约定对集体利益造成损害危及土地管理制度的情况下,集体土地

<sup>①</sup>孟勤国教授曾指出,所有权的占有、使用、收益和处分权能,是指所有权表现为多种特定行为的可能性,而不是说所有权同时表现为四种形态,也不是说只有这四种形态。因为时空的条件不可能穷尽,所以所有权的权能也无法穷尽,四种权能只不过是所有权比较普遍的表现形式而不是全部。

<sup>②</sup>主要包括:(1)制订土地发包方案,报经集体成员大会或者集体成员代表会议批准后实施;(2)依据承包方案,发包本集体所有的或者国家所有依法由本集体使用的农村土地;(3)监督承包方依照合同约定的用途合理利用和保护土地;(4)制止承包方损害承包地和农业资源的行为;(5)在承包期内依法对承包地进行调整;(6)依法收回承包人的承包地;(7)对承包人采取转让方式流转承包地的做出是否同意的决定,对转包、出租、互换等其他方式流转承包地的予以备案;(8)对不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,通过招标、拍卖、公开协商等方式,发包给承包人,并收取承包费;(9)依据自愿原则引导集体成员以其承包经营权组建土地股份合作社;(10)调解和处理土地承包经营纠纷。

所有权人有权行使其管理权能而对土地承包经营权人的行为和活动予以监督和管理。而在“三权分置”下,土地承包经营权人享有流转土地经营权的权利,其可自主决定该宗承包地是否流转、流转的方式、范围、对象以及收益归属等,并在受让方具有法律规定情形下享有流转合同法定解除权。这种通过合同来实现对承包地流转范围深度与广度的监督和管理既是对土地承包经营权处分权能的进一步放松,也在法律限度内实现了对集体所有权的相对保障。倘若仍由集体土地所有权人行使对承包地使用和流转的管理,则既与国家保护承包方依法、自愿、有偿流转土地经营权,保护土地经营权人合法权益的原则和精神相违背,又违反了尊重土地承包经营权人生产自主权以及不得干涉承包农户依法进行正常生产经营活动的法律义务。因此,集体土地所有权人对承包地的管理就须借道土地承包经营权人来予以实现,即通过将部分不宜由集体土地所有权人自身直接行使的管理权能通过分离而由土地承包经营权人享有和行使,集体土地所有权人变直接行使为间接行使。

由此,“承包方同意”规则就获得了法理上的正当性,其作为土地承包经营权管理权能行使方式,本质上是“三权分置”下土地承包经营权分享部分土地所有权管理权能的具体实现<sup>[22]</sup>。土地承包经营权人所享有的同意权既因为基于集体土地所有权授权或分享的管理权能而获得了对土地经营权人土地利用和流转行为管理控制的正当性,又可以此为据全面掌握土地流转情况并对其利用进行监督,而这也划定了土地承包经营权在派生出土地经营权后剩余权能之管理权能的一部分。

## 四、“承包方同意”规则的司法适用

### (一) 裁判见解之分歧

通过检索和考证有关案例,<sup>①</sup>发现实务中对于“承包方同意”规则的适用问题主要集中在再流转合同的效力判断上,即“未经承包方同意”而由受让方擅自实施的再流转土地经营权的行是无效、效力待定还是有效。

认为合同无效的理由主要包括:(1)“承包方同意”规则属于效力性强制性规定,违之即无效。在“李文忠、周术文与赵刚、聂仁清、卜红波土地承包经营权转让合同纠纷案”中,法院认为《旧办法》第13条属于强制性规范,原、被告签订的《土地流转合同》既未经发包方的同意,承包人均系本集体经济组织以外的个人,也未按程序召开村委会议,更未报乡(镇)人民政府批准,因此,该合同违反了法律的强制性规定,系无效合同。<sup>②</sup>(2)“承包方同意”属于合同有效要件,违之即无效。在多数判决中,法院并未明确“承包方同意”规则属于何种规范,径行将其作为再流转合同的生效条件之一。<sup>③</sup>

与之相反,在认定合同有效的意见中,法院普遍以《合同法司法解释(一)》第4条为理由,认为《旧办法》第13条乃行政规章,非属于效力性强制性规定,不能作为合同效力确认的依据,故违之并不导致合同无效。<sup>④</sup>例如,广东省高级人民法院曾作出再审裁定,明确认为:《农村土地承包经营权流转管理办

<sup>①</sup>由于新修正的《农村土地承包法》生效不久,实务上代表性案例数量不多,但由于旧法中存在“发包方同意”规则,且该规则在旧法中的功能主要在于限制土地承包经营权的转包,与“承包方同意”规则对流转范围和方式限制的制度功能并无二致,故可以旧法施行中的有关案例来论证和预判未来实务中所可能出现的问题,并提出解决方案。

<sup>②</sup>湖南省桃源县人民法院(2020)湘0725民初1617号民事判决书。

<sup>③</sup>辽宁省大石桥市人民法院(2019)辽0882民初6257号民事判决书;黑龙江省通河县人民法院(2017)黑0128民初1513号民事判决书;黑龙江省木兰县人民法院(2018)黑0127民初927号民事判决书;黑龙江省通河县人民法院(2018)黑0128民初483号民事判决书。

<sup>④</sup>吉林省大安市人民法院(2017)吉0882民初1007号民事判决书;天津市北辰区人民法院(2017)津0113民初6919号民事判决书。

法》属于部门规章。根据原《合同法》第52条的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。申请人以上述部门规章为依据主张转租合同无效的理由不能成立。<sup>①</sup>还有观点认为,“未经承包方同意”构成无权处分,合同效力待定。在“王成明与文彪土地承包经营权转包合同纠纷案”中,法院认为被告在未取得原承包人书面同意再次流转土地经营权的情况下,与原告签订农村土地承包再次流转合同的行为系无权处分。<sup>②</sup>

此外,还有一种裁判观点将土地经营权再流转与转租行为类比,依照《民法典》第716条第2款“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同”的规定,认为承包方享有单方解除流转合同的权利。在“焦欣坡与焦万生、张建明土地承包经营权纠纷案”中,法院认为,焦欣坡与焦万生签订土地租赁合同后,焦万生未经焦欣坡同意将土地再行转租给张建明,转租行为无效,焦欣坡有权解除与焦万生之间的租地合同。<sup>③</sup>

综上,实务上对于“承包方同意”规则的裁判分歧根源在于对“未经承包方同意”而实施的法律行为效力的理解差异上,也就是对“承包方同意”规则的规范属性——是否属于效力性强制性规定、是否构成无权处分或者非法转租行为——的认定上。这关乎“承包方同意”规则能否在司法中被准确认识并合乎立法目的与正义要求而得以正确适用,故应首先厘清“承包方同意”规则与相关规范之间的关系。

## (二) 规范属性之澄清

前述裁判案例中法院并未进行充分的说理论证为何“承包方同意”规则属于效力性强制性规定以及当事人的法律行为如何违反了这一规定而应被认定无效,其对效力性强制规范的认定仅仅是法官进行判决并将裁判结果正当化的方法<sup>[23]</sup>。学理上普遍认为“承包方同意”规则属于管理性强制性规定<sup>[24-25]</sup>,但也仅表达了判断结论,并未展开说明得出这一结论的过程和理由。

普遍认为,判断一项规范是否属于效力性强制性规范应考量该规范所欲实现之目的是否包含了使该合同无效的意旨<sup>[26-27]</sup>。若将“承包方同意”规则作为效力性强制性规范,就须在规范意旨上证成有正当和必要理由使违反其的行为应归于无效。前已述及,“承包方同意”规则的目的在于协调和平衡承包地保障功能与市场功能之间的利益紧张关系,使承包方能够代表集体对土地经营权人的行为予以事实上的直接管理和限制。但这并不意味着承包方就可无限制地限制或干涉受让方对承包地进行的自主经营和处分行为。“自主”一语,既是“放活土地经营权”的“三权分置”政策在法律上的实现,也意味着法律上并不干涉土地经营权人对承包地所作出的合法的处分行为。而需由承包方同意的事项均为关涉土地经营权占有、使用和收益的关键内容,若一概认为未经承包方同意无效,则容易导致承包方滥用权利恶意限制土地经营权人的正当行权行为。否定性评价后果之下,也会损及受让人的生产经营积极性,甚至不愿受让和再流转土地经营权,那么以放活土地经营权来加速承包地流转和实现规模经营的立法目的就被架空。

此外,将未经“承包方同意”而实施的再流转或融资担保行为视为无权处分的观点也存在问题。所谓无权处分,指的是没有处分权而擅自处分他人财产的行为。“无论是处分他人的财产所有权,还是非法出租和转租以及在他人财产之上擅自设定质押等,都是在没有获得授权而又没有处分权的情况下对他人财产所作的一种处置,所以都可以认为是一种法律上的处分。”<sup>[28]</sup>从立法目的上看,从土地承包经营权分置出市场化、财产化的土地经营权的目的在于使受让承包地的主体具有稳定的经营预期,

①广东省高级人民法院(2015)粤高法民一申字第1号民事判决书。

②四川省梓潼县人民法院(2020)川0725民初1425号民事判决书。

③河北省辛集市人民法院(2021)冀0181民初1800号民事判决书。



激发其生产积极性,促进农业现代化发展。而赋予受让方相应的法律上实体权利,包括占有、使用承包地和利用承包地价值融资在内,均是落实“三权分置”改革意旨的法律举措。若将未经承包方同意的行为视为无权处分,认定受让方对通过土地经营权流转合同取得的土地经营权没有实质上的处分权,那么既不能促进改革目的实现还会产生消极的阻碍作用。

司法实践中将土地经营权视为租赁债权,将未经承包方同意视为非法转租进而适用租赁合同中承租人未经租赁人同意而转租的规则亦值得商榷。根据《农村土地承包法》的规定,土地经营权流转的方式包括租赁、入股、担保等多种方式,租赁仅仅是土地经营权流转的方式之一。通过租赁方式流转的土地经营权可被认为是土地租赁债权,但这绝非能涵盖土地经营权的全部。由于立法上的模糊,至今对于土地经营权性质为何仍不能达成一致意见。至少从目前立法表达上看,《农村土地承包法》一方面通过采取赋予土地经营权占有、使用、收益以及担保权能,并以登记制度使其具有对抗效力等物权技术,试图稳定新型农业经营主体的预期;另一方面又未直接将土地经营权定性为物权,而是以租赁债权的逻辑设计土地经营权的流转方式(出租)、设立方式(债权意思主义)、土地经营权再流转和融资担保的程序(承包方同意规则),使土地经营权的对抗效力减弱甚至体现为相对性之债权,从而使土地经营权呈现着既有债权特征又有物权特征的兼容属性<sup>[29]</sup>。因此,这种将土地经营权流转视为土地经营权租赁债权,甚至将土地经营权本身视为单一债权的观点既与立法不符,亦存在以偏概全。

判准某一规范是否属于效力性强制性规定的前提是认定其为强制性规定。强制性规定实际上包括命令行为人必须实施或必须以特定方式实施某种行为的强制性规范,也包括禁止当事人实施或者以特定方式实施某种行为的禁止性规范<sup>[30]</sup>。但是,私法领域中的国家强制不仅表现为对人们为一定行为或不为一行为的强制性的行为规范,还应当包括对人们行为范围和程度进行限定的权限规范<sup>[31]</sup>。这种规范在语言形式上常常采用“应当”“不得”的表述,使人误认为属于强制性或禁止性规定,但从其所表达的规范意旨和内容上看,并非要求当事人为或不为一的行为,而是对当事人为或不行为进行许可授权或设定权限范围<sup>[32]</sup>。否定私法自治下民事主体之间达成的民事法律行为效力的根本原因在于该法律行为本身违背了法律所要保护的国家和公共利益的要求。在利益位阶上,国家和公共利益优先于私人利益之实现,故才有公权力予以干预的必要。而在调整的主要是与交易等处分行为有关私主体之间的利益关系,救济方式也主要表现在私权之间的互相限制和对抗,优先保护善意方的救济利益,非通过公权力直接否定交易行为及其后果的法律限制规范中,并不需要公权力的干预,仅需调和私主体之间的利益关系<sup>[33]</sup>。此种私法上的限制性规范并未进入需要由公权力予以干预调整和校准的公法领域,仍然属于平等民事主体之间的私人利益关系和交易行为的私法范畴。例如《民法典》第168条对代理行为的限制、第301条对共有人处分共有物限制的相关规定,均为对民事主体间私益关系或处分行为的法定限制。违反这种限制而与第三人所为之民事法律行为并非确定无效,而是将对法律行为效力的决定和救济权利有条件地赋予善意相对人或第三人。因此被称为“私权限制规则”“赋权性规范”或“私法上准许”,从而将其排除在效力性强制性规范范围之外,成为与效力性强制性规范并列的一类规范类型<sup>[34]</sup>。

显然,“承包方同意”规则也属于此种规范。在利益关系上,无论是土地承包经营权人还是土地经营权人抑或是受让土地经营权的第三人,其均为平等的民事主体,其所欲实现的利益也均为私益。也许会有观点认为投资改良承包地的行为可能会导致土地污染或土地用途变更,危及国家土地管理利益。但在笔者看来,此种行为所引发的法律后果并不在“承包方同意”规则的规制意旨之内,而是已由《农村土地承包法》第42条所规定的在受让方擅自改变土地用途、连续2年抛荒或者给土地造成严重损害和破坏生态环境时,承包方可行使该条所赋予其的土地经营权流转合同法定解除权而直接解除与土地经营权人的合同。同时,《农村土地承包法》第64条又规定,在承包方怠于行使前述合同解除权时,

发包方可直接终止承包方与土地经营权人的流转合同,并可要求土地经营权人对土地和土地生态环境造成的损害予以赔偿。法律上没有必要对同一事实设定两种不同的法律规则来予以规制,因此在土地投资改良中“承包方同意”规则所限制的利益关系并不涉及国家和社会公共利益。同样地,在“再流转土地经营权”和“土地经营权融资担保”中,也仅涉及私主体之间的利益关系。即使是在土地经营权被通过强制方式予以拍卖变卖后,受让人取得的仍然是受承包期约束的有期限的权利,其亦不会影响土地承包经营权人与土地集体所有权人之间的承包关系,承包方基于土地社会保障功能而享有的土地承包经营权也不会受到损害。那么,公权力无论如何不能也无须对未经承包方同意而实施的民事法律行为的后果予以干涉。

尽管公权力无法对其效力加以干涉,但“承包方同意”乃是法定的对承包方利益予以优先保护的规则,应不允许双方通过约定予以排除。但此处的不能排除适用是相对于承担义务一方,也就是受让方而言的。在承包方许可或同意的情况下,其基于“承包方同意”规则所获得的优先保护利益亦可放弃。正如《新办法》中所表述的那样,承包方应当事先行使其同意权。换言之,承包方行使其同意权的时限应在土地经营权流转合同生效之前,其可在合同中明确排除“承包方同意”规则的适用或明确承诺放弃同意权的方式来改变“承包方同意”规则的强制适用,放弃法律赋予其的优先利益。在双方无约定的情况下,“承包方同意”规则作为一项法定规则,可在事后为双方利益关系的安排和调处提供规范指引。此种立法安排,符合私权限制性规范所欲实现的预先对特定交易活动中涉及的利益处分行为进行法定限制,并将违反该限制的法律后果的选择和救济权利交由法定的利益方,而非借助公权力直接否认该行为的目的和功能<sup>[33]</sup>。

### (三) 规则适用之展开

在前述对“承包方同意”规则的法理基础和规范属性进行抽象分析的前提下,仍需进一步在微观上对其法律适用规则展开论证,厘清隐藏在法律文本背后的法律适用逻辑。

1. 投资改良行为中的“承包方同意”。《农村土地承包法》第43条规定了受让方实施改良土壤和建设农业生产附属、配套设施这两类行为应当征得承包方同意。所谓改良土壤,是指针对土壤的不良性状和障碍因素,采取相应的农业、水利、生物等措施,改善土壤性状,提高土壤肥力,增加作物产量,以及改善人类生存的土壤环境的过程。根据国土资源部、农业部《关于进一步支持设施农业健康发展的通知》(国土资发[2014]127号)的规定,农业设施包括生产设施、附属设施和配套设施三类。由此可见,土壤改良和建设附属设施所产生的法律后果存在区别:土壤改良过程中,土地经营权人会投入金钱来改善土壤性状,从而使土地本身的效用和价值增加;而在建设附属配套设施过程中,土地经营权人或投入金钱,或投入实物,产生的结果是在承包地上增设新物。

在承包方同意的情况下:(1)土地经营权人进行土壤改良所投入的费用已内在于土地之中,只能依据其投入的费用来评估和分配。在经营期限内,土地经营权人为了维持土地正常使用状态和获取收益而投入必要费用,如因灌溉而缴纳的水费、因施肥而产生的肥料费、因开垦而产生的开垦费等。这些费用的产生,既是占有和使用承包地必不可少的,亦是土地经营权人自身利益而必须负担的,故应排除在应返还或补偿的金额范围之外。若土地经营权人投入的并非为占有使用土地而不可或缺的费用,而是为了改良承包地而支出的能够实质性增加土地价值的费用,则双方有约定从其约定,未约定的应依照合同终止时现存土地增值价值评估结果来确定应偿还的费用。(2)土地经营权人因增设附属设施使土地价值提升时,其投入形成了附合于农地的新物。此种情形下,应准用《民法典》第322条关于添附物归属的相关规定,由双方当事人约定。在没有约定或约定不明时,可根据实际情况,若该增设客观上增加了承包地的价值,提高了生产能力,且拆除成本较高或可能损害承包地固有价值时,应当予

以保留。此时,可由双方当事人协商确定承包人应适当补偿给土地经营权人投资费用。补偿标准则可综合考虑投资年限、设施的折旧程度、土地经营权人的投资成本等加以确定<sup>[3]189</sup>。

在未经承包方同意情况下,土地经营权人仍然有权自主采取改良土壤或增设农业附属设施。但其能否要求承包方返还或适当补偿其因投资改良或增设行为而投入的费用,则取决于承包方自愿,即承包方有权决定是否给予土地经营权人以适当补偿以及如何补偿,法律不应加以干涉。其理由在于利益衡量上能充分保护承包方的利益,使其不因恶意或者至少不善意的土地经营权人的擅自行为而被动受损,这既契合“承包方同意”规则下对土地承包经营权人利益的优先保护,也是土地经营权人行使其管理权能的具体体现,更是对私法自治原则和诚实信用原则的贯彻落实。

最后,还需强调的是,从立法目的上看,《农村土地承包法》第43条中的“承包方同意”规则适用于土地经营权人的投资改良行为在事实上增加了土地价值的情形下。若土地经营权人的行为并未增加反而造成承包地价值贬损的后果,则并非本条所规制的范围。基于文义及目的解释,无论是否经承包方同意,土地经营权人的改良或增设行为都应当按照法律法规以及合同约定行使,不得对承包地和承包方利益造成损害,否则,其非但不能依前述规则获得适当补偿,而且还因对承包地造成损害使承包方相对于发包方违约而对承包方造成损害承担相应的侵权责任。反过来,承包方亦可根据法律规定和合同约定解除土地经营权流转合同并向土地经营权人主张损害赔偿,而并非援用“承包方同意”规则。

2. 土地经营权再流转中的“承包方同意”。再流转是相对于初次流转而言的,其相对于初次流转的特殊性在于“承包方同意”规则的存在<sup>[25]</sup>。根据《农村土地承包法》的规定,土地经营权再流转的方式包括出租、入股和其他方式。通说认为,担保(抵押)应当属“其他方式”之一。从条文内容上看,《农村土地承包法》第46条和第47条规定的“承包方同意”规则在成立要件上相同,均为“承包方同意+集体经济组织备案”。《新办法》第12条亦将二者规定在一处,即“受让方将流转取得的土地经营权再流转以及向金融机构融资担保的,应当事先取得承包方书面同意,并向发包方备案”。基于此种一致性,笔者将狭义上的再流转与融资担保中的“承包方同意”规则的适用进行一体讨论。

关于再流转中的“承包方同意”规则,争议最大者莫过于违反该规则的法律效果。前述司法裁判之分歧已证明此点。从立法目的上看,无论是出租、入股,还是融资担保,之所以都要事先经“承包方同意”,是为了防止土地经营权人再流转承包地而损害承包农户基于承包合同享有的在先权益,重点在于保障承包农户对其土地经营权流转状况的知情和管理权。因此,承包农户基于其自由意志将土地经营权流转给其他主体后,其对土地经营权享有监督管理的权利不能抑制甚至阻止其他主体自由支配和处分土地经营权。

基本的裁判思路应是在对土地经营权处分自由、土地承包经营权人利益维护以及受让人利益保护进行利益衡量基础上,认为“承包方同意”规则是法律赋予土地承包经营权人的一项管理权能,得由承包方自主选择是否行使,行使后的效力也仅约束土地承包经营权和土地经营权人,并不影响土地经营权与第三人之间的流转合同。由于土地经营权性质不明,而《民法典》《农村土地承包法》均认可土地经营权具有登记能力,其经过登记具有对抗第三人的效力,但不影响土地经营权流转合同的效力。无论是土地经营权出租、入股还是融资担保,只要双方意思表示一致,该流转合同即为有效,受让人可基于流转合同对承包地进行事实上的利用。但由于“承包方同意”规则的存在,在未经其同意土地经营权人与第三人签订流转合同后,该流转合同仅约束合同双方,对承包方不发生效力。若承包方不认可土地经营权人擅自流转行为,则一方面可解除其与土地经营权人之间的流转合同,另一方面可在对抗力层面获得相对于再流转法律关系中第三人的优先权。

具言之,就出租而言,土地经营权人将土地经营权再出租给第三人,显然构成转租,可适用《民法

典》关于租赁合同的有关规定来确定各方主体的利益。在未经承包方同意的情况下,土地经营权人仍可将该土地经营权再流转给第三人,该土地经营权自转租赁合同签订时生效。承包方则可依据《民法典》第716条的规定,直接解除与土地经营权人的流转合同。在解除与土地经营权人的流转合同后,承包方可据此申请变更或注销土地经营权登记,并对抗第三方通过再流转而取得的土地经营权。就入股而言,土地经营权人有权以该土地经营权作价入股,出资合同亦有效。事后若未获承包方追认,则享有该土地经营权股权的主体不得对抗承包方,承包方既可选择解除与土地经营权人的合同而收回该土地经营权,亦可承继土地经营权人的股东身份而享有股权。就担保而言,也不应以承包农户是否同意作为第三方主体设定土地经营权担保物权的前提,即不能强制规定必须征得承包农户的同意,而只能将其视为选择性条件。在第三方主体未征得承包农户同意而担保时,其后果是在实现担保物权时不得损害承包农户的合法权益,若强制以“同意”作为担保物权成立要件,可能会存在承包方恶意阻止以流转方式取得经营权的权利主体进行担保的情形,不利于第三方经营主体的融资,进而影响新型农业主体的生产经营积极性。

此外,基于前文分析,在承包方怠于行使其“同意权”时,可赋予土地经营权人和第三人以催告权,在合理期限内承包方经催告未明确表示同意,则视为同意。土地经营权人则不受“承包方同意”规则之约束,事后承包方亦不能以此为据要求土地经营权人承担责任。

#### 参考文献:

- [1]李国强.《民法典》中两种“土地经营权”的体系构造[J].浙江工商大学学报,2020(5):26-37.
- [2]温世扬.农地流转:困境与出路[J].法商研究,2014(2):11-16.
- [3]黄薇.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2019.
- [4]刘俊.土地承包经营权性质探讨[J].现代法学,2007(2):170-178.
- [5]汪洋.集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析[J].比较法研究,2014(2):12-25.
- [6]耿卓.承包地“三权分置”政策入法的路径与方案——以《农村土地承包法》的修改为中心[J].当代法学,2018(6):3-13.
- [7]刘连泰.“土地属于集体所有”的规范属性[J].中国法学,2016(3):106-124.
- [8]蔡立东,姜楠.农地三权分置的法实现[J].中国社会科学,2017(5):102-122.
- [9]张力,王年.“三权分置”路径下农村宅基地资格权的制度表达[J].农业经济问题,2019(4):18-27.
- [10]耿卓.农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应[J].法学家,2017(5):13-24.
- [11]高飞.寻找迷失的土地承包经营权制度——以农地“三权分置”政策的法律表达为线索[J].当代法学,2018(6):14-24.
- [12]高圣平.农地三权分置视野下土地承包权的重构[J].法学家,2017(5):1-12.
- [13]高圣平.土地承包经营权制度与民法典物权编编纂——评《民法典物权编(草案二次审议稿)》[J].法商研究,2019(6):16-27.
- [14]高圣平.承包地三权分置的法律表达[J].中国法学,2018(4):261-281.
- [15]管洪彦,孔祥智.农村土地“三权分置”的政策内涵与表达思路[J].江汉论坛,2017(4):29-35.
- [16]高圣平.农地三权分置改革与民法典物权编编纂——兼评《民法典各分编(草案)》物权编[J].华东政法大学学报,2019(2):14-24.
- [17]宋志红.论《农村土地承包法》中的土地承包权[J].吉林大学社会科学学报,2020(1):18-28.
- [18]尹田.物权法[M].北京:北京大学出版社,2017:283.
- [19]陈华彬.物权法原理[M].北京:国家行政学院出版社,1998:189.
- [20]崔建远.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2017:272.

- [21] 韩松. 论农民集体土地所有权的管理权能[J]. 中国法学, 2016(2): 121-142.
- [22] 房绍坤, 林广会. 解释论视角下的土地经营权融资担保[J]. 吉林大学社会科学学报, 2020(1): 5-17.
- [23] 雷磊. 法教义学的基本立场[J]. 中外法学, 2015(1): 198-223.
- [24] 高圣平. 民法典视野下农地融资担保规则的解釋论[J]. 广东社会科学, 2020(4): 212-225.
- [25] 王洪平. 民法视角下土地经营权再流转的规范分析[J]. 吉林大学社会科学学报, 2020(1): 29-39.
- [26] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 235.
- [27] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 297.
- [28] 王利明. 论无权处分[J]. 中国法学, 2001(3): 77-90.
- [29] 陈小君, 孙聪聪. 现行《农村土地承包法》体系解读与规范评注[J]. 广西大学学报(哲学社会科学版), 2019(1): 107-113.
- [30] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 329.
- [31] 邓辉. 论违反强制性规范民事行为之法律效力[J]. 江西财经大学学报, 2004(5): 63-66.
- [32] 刘贵祥. 《民法典》实施的若干理论与实践问题[J]. 法律适用, 2020(15): 3-17.
- [33] 顾全. 民事法律行为效力评价维度——兼论及限制性规范体系的理解适用[J]. 东方法学, 2021(1): 139-153.
- [34] 杨代雄. 《民法典》第153条第1款评注[J]. 法治研究, 2020(5): 124-132.

## On the “Contractor’s Consent” Rule in the Exercise of Land Management Rights

ZHANG Suhua, WANG Nian

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** Articles 43, 46 and 47 of the Rural Land Contract Law stipulate that in the case of “investment in land improvement”, “retransfer” and “financing guarantee”, respectively, the land operator must follow the “Contractor’s Consent” rule, which requires the consent of the owner of the land contract. In terms of jurisprudential logic, the “Contractor’s Consent” rule is a legal technical rule that balances and coordinates the conflict between the function of agricultural land security and the market function, and is one of the ways to exercise the “management power” of the land contract management right. In terms of normative properties, it is neither an effective compulsory nor a disposition without right, but a restrictive norm of private rights, aiming at the priority protection of the rights and interests of land contract owners in the confrontation and competition of different private rights and interests. In terms of judicial application, a distinction should be made between two different types of situations: investment and improvement acts and re-transfer. For acts that violate the “consent of the contractor” rule, the contractor may choose the consequences in its favor or obtain priority protection at the level of antagonism through its own will.

**Key words:** land management rights; “Contractor’s Consent”; restrictive norms of private rights



(责任编辑 张伟 郑英龙)