

陈小君等/著

后农业税时代 农地法制运行实证研究

HOU NONGYE SHUI SHIDAI
NONGDI FAZHI YUNXING SHIZHENG YANJIU



中国政法大学出版社

第三卷 第三輯

新農書報時代 農地法制施行實証研究

THE REFORMING LANDS LEGISLATION
IMPLEMENTATION RESEARCH UNDER THE
NEW FARMER BOOKS

陈小君等/著

后农业税时代 农地法制运行实证研究

HOU NONGYE SHUI SHIDAI
NONGDI FAZHI YUNXING SHIZHENG YANJIU

政法理论

图书在版编目 (CIP) 数据

后农业税时代农地法制运行实证研究 / 陈小君等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 4

ISBN 978-7-5620-3377-6

I. 后... II. 陈... III. 土地法 - 研究 - 中国 IV. D922.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第064287号

书 名	后农业税时代农地法制运行实证研究
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880 × 1230 32 开本 10.75 印张 245 千字
版 本	2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3377-6/D · 3337
定 价	26.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

走在乡间的小路上（代前言）*

——漫谈我国农村土地法律制度之“四面墙”

“走在乡间的小路上，暮归的老牛是我同伴。”当这首台湾民谣在祖国大陆盛传时，我辈恰同学少年，风华正茂。那是一个万物复苏、春机勃发的年代。城乡二元的格局开始松动，百废初兴，和风惠畅，犹如这首乡间小韵，蕴含无限意境、引发无穷遐想。

如今，依然是老牛暮归，依旧是荷锄肩头，乡路之景是否依旧醉人？脸上笑意可还恬然如昔？踏上乡垄，走进田园，法学学人使命中已远离对那些诗情画意般好光景的留恋，我们渐渐走进了民生的深处。

在当前城乡二元格局的背景下，从“三农”的一堆似乎抽象的概念中脱离，置身于“三农”问题的社会现实中，笔者在近五年来主持的数项研究项目，均以从实证视角关注农村土地法律制度问题为主。面对研究对象的无声召唤，我们深入乡土，贴近农户，身体力行：对于农地，我们的思考是多维的，一如田野的辽

* 本文原刊载于《法学家茶座》（第18辑，山东人民出版社2007年版），收录时作了个别修改，特此说明。

Ⅱ 后农业税时代农地法制运行实证研究

阔；对于农村，我们的苦闷是无可躲避的，一如本土至今不发达的农业文化；对于农民，我们的思绪是沉重的，一如铸铁的禾锄；对于农生，我们的乐观是渐行渐远的，一如那种浅吟低唱的乡曲。行走在乡路上，少闻惬意的乡居调，团坐在农家院，解读农地的昔与今。笔者一直在思忖，仿佛看到了中国农地法律制度的一座城堡及其厚重的墙。

如果说，农村土地法律问题是一座四周围墙、尚待探幽的城堡的话，那么，城堡的第一面墙，是农民的法律地位问题，即农地法律关系的主体定位。

在我国当前的法律体系中，农村土地实行“农民集体所有”的权利配置模式，物权法沿袭了这种规范思路。然众所周知的是，此种权利模式有其致命的缺陷：土地所有者——农民集体经济组织虚位，农民个体作为所有者的利益诉求无法有效表达与实现，村委会等村民自治组织不当代行农民集体经济组织权力，村干部个人意志强力张扬，村委会与农民争利等。如果不能以法律形式明确集体所有权行使的合理组织形式及运作方式，则物权法相关规范依然期效难测、农地法律制度构建尚难跨过第一道坎。笔者以为，在后农业税时代至少应对农地法律关系主体制度进行以下两方面的完善。

第一，法律应规范农民个体的“成员权”。现行农村土地制度中，“农民集体”作为整体是农地所有权的主体。而农民个体作为集体组织的成员，无疑应享有一定的所有者利益，故应在法律中对农民集体的“成员权”予以规范，以这种制度设计使农民个体享受所有权利益。之所以作出如此制度构想，是因为成员权的功用就在于以身份权之获得作为享受财产权益的入口。虽然所

有权是一种财产权，成员权属于身份权，但农民的相应财产利益之获得须通过成员权之行使，否则，农民将怠于行使成员权，从而使集体所有权的运作陷于停滞或混乱。另一方面，对于农村集体土地事务，也必须通过作为集体成员的农民个体的参与，才可民主决策与顺利运行。此种制度构想已然得到了实证法的印证，比如包括我国物权法在内的各国民法上的“建筑物区分所有权”制度中，区分所有人对建筑物“共有部分”的管理权正与此相似。

第二，明确村民委员会集体经济组织的代表机关地位，使村民委员会行使经济组织的职能，从而脱离其长期以来背负的政治职能。在我国，尽管村民委员会在某些事务方面受到村民自治的限制，但其已实际取代了农村集体所有权主体的地位。然因村民委员会以往承担的行政化工作太多，故其运作方式受行政化操作的影响甚大。因此，笔者认为在村民自治的基础上，应当顺应经济运行的特殊规律，探索一种专门的经济民主的运作方式，将村民委员会承担的行政性工作剥离或者还给政府，以突出其经济管理运作之职能。

农村土地法律制度城堡的第二面墙，当属农地权利结构的配置。

此问题实质在于农民的土地承包经营权如何与农地集体所有权平起平坐以及承包经营权如何与公权力对抗的问题。用法学语言来说，这可分别概述为“扬私”与“抑公”。

“扬私”的一个意义在于突出农民的土地承包经营权地位，倡导“私权平等”与“私权自治”，强调农民的土地承包经营权与农地集体所有权之间的平等地位，所谓花开两朵，各表一枝。

IV 后农业税时代农地法制运行实证研究

“私权平等”是指农村土地承包经营权地位的独立，使承包经营权在农村土地征收中，脱离其长期以来依附于农地所有权的“寄生虫”地位，与所有权同时成为土地征收的客体。在我国土地征收制度中，就国有土地而言，征收的客体是土地使用权，故直接对土地使用权人予以补偿；而就农村集体土地而言，征收的客体是土地所有权，土地承包经营权往往只作为所有权的组成部分得到补偿，承包经营权人只能分得偌大“蛋糕”的一小块。但按照法律制度的设计，土地承包经营权是一种用益物权，具有独立的交换价值，可以依法流转。因此笔者认为，农村土地承包经营权应成为征收法律关系的客体，使农民在征收过程中得到完全补偿，把农民自己的那个“蛋糕”完完整整地还给他们。在多次调研中我们得知，土地征收现象在农村已是大潮汹涌，但各地征地补偿款发放额度相差悬殊。那些一亩地能够得到数千元补偿款的农民们，自满与得意溢于言表，然而如果他们知道自己的权利并未得到充分体现、认识到用养家糊口的土地换取的绝大部分利益装进了他人的腰包时，不知笑容会否僵硬、内心会有怎样的不满与别样企盼？！

“私权自治”强调农民土地承包经营权的自由行使。按照法治精神，农民可依法自由实现农地利益而免受农地所有者——集体及其代言人如村委会等——的不法干涉。但按我国现行法律规定，对于通过家庭承包方式取得的土地承包经营权，“采取转让方式流转的，应当经发包方同意”。这样的规定一方面使得土地承包经营权在物权法中的“用益物权”之定位有名无实，没有表现出物权的排他性；另一方面在实践中为土地所有权人干涉土地承包经营权的流转提供了空间，发包方会以种种理由阻止农民流

转土地经营权或者由于利益需要而恶意引导甚至强迫农民进行土地流转。实际上，我们的实地调研表明，在农村土地承包经营权流转中，农户已然表现出极大的自由，这也反映了该条规范之立法指导思想相对于社会现实的落后性。

“扬私”的另一个意义还在于农民个体意志的民主体现、权利的自我主张。一方面，将土地承包经营权纳入征收的客体范围有利于土地承包经营权人在征收补偿中作为独立的利益主体参与协商，保护自己的合法权益。作为征收法律关系的一方当事人，土地承包经营权人理应有权参与“征地的补偿标准、安置办法”等问题的协商、确定，而不应仅仅坐待公权力机关单方行政告知义务的实施，如此则可发挥农民个体在土地征收中的能动性、参与性与平等性。另一方面，如果仅将农村土地征收客体限于土地所有权，则农民作为土地承包经营权人将在征收补偿过程中丧失表达自己意愿的机会，其利益将由所有权人代表。自 1978 年以来，我国虽然改革了农地的利用方式，实行了承包经营责任制，但对农地所有权中存在的问题完全没有触动，集体土地所有权主体的虚位导致土地名为集体所有实为少数人“专有”。因此，集体土地所有权人主导下的土地征收补偿，极有可能牺牲土地承包经营权人的利益，而为集体土地所有权人获取私人利益制造机会。明确土地承包经营权人为征收法律关系的一方当事人，赋予其在土地征收全过程的知情权、协商权和申诉权，则可排除集体土地所有权人及其代表者滥用权力、侵害农民个体利益的行为。

“抑公”所要解决的实质上就是农民的土地承包经营权与公权力的对抗问题，主要指完善土地征收补偿制度，排除公权力以

VI 后农业税时代农地法制运行实证研究

征收为理由或契机对农民土地权益的肆意介入与干涉、对农地利益的巧取豪夺。这在实体规则中表现为农地征收中的“公共利益”问题。我国法律规定，农地征收的唯一条件就是“公共利益所需”。故此，如何界定公共利益就成了无法回避的课题。也有学者以故弄玄虚甚至自灭志气的宣言式论断，给“公共利益”的法律定性施加了重重困难，从宪法、民法、物权法到土地管理法等可见之相关法规，制造了所需要的一些借口和结论：公共利益是如此之难予界定。所幸，我们还是看到了界定“公共利益”的努力，如中国社科院法学所的“中国民法典草案建议稿”之“物权编”部分第258条中有相关的明文规定。笔者认为，至少可对“公共利益”作出这样的界定：军事等国家安全利益；基础设施包括任何形式的交通设施建设、水电设施建设、水利、电信设施建设；提升社区生活质量的建筑，如运动娱乐场、公园、养老院、幼儿园、学校等，其中包含的社会大众利益，当为公共利益。据此，公共利益的标准为可以包括以下几个方面：①国家安全。②国家级规划建设项目。对于掺入任何地方政府利益的项目建设，一定要经过信息公开、听证、反复质疑、充分论证的程序才可冠以“公共利益”之名落项。否则，“公共利益”很可能会沦落为形象工程、违规征地行为、商业征收的牺牲品。③当地农民可直接获益之基础建设（直接获益是指与农民的衣食住行及其他生活质量的提高直接相关）。④可以让当地大多数农民利用土地征收后形成的建设现状间接获益，如可以转产获得工商业利益之建设。除此之外，所有不与农民利益相关者，不得在农地征收中被界定为“公共利益”。

农地权利的运行体系，可谓农村土地法律制度城堡的第三面

墙。

对于农民来说，农地权利的有效运行，与承包经营权的顺利流转是互为表里的。有多少次田野调研，就有农民的多少次呼吁和期盼；有多少次下乡访谈，就有我们的多少次惊喜与启示。我们对贵州、湖北、河南、四川、广东、黑龙江等省进行了调研，在遍布祖国东西南北中，囊括典型黔鄂两省 20 个县、50 多个乡（镇）、近 200 个村、2 300 多户的连续两年的调研以及 10 省、30 县、90 乡（镇）、180 村、1 800 户的近期调研，我们的每一次乡土之旅，都会发现很多富有新意、卓有成效的农地流转模式，可谓五花八门、不一而足，尽管其中有的行走于法的边缘，有的甚至践行于法外之域，但农民和农民集体的大胆创新，维护并追求自身合法利益的实践令人震撼。实地调研表明，各地的承包地流转方式比较规范的有转包、互换、入股、抵押、反包倒租、转让等。而为我们所耳熟能详的那些流转方式如继承、赠与、出典等亦在民间大行其道，这不能不引起我们的思考。

活生生的现实激励着我们——农地流转已蔚然成风，农民开始初步实现自己祖祖辈辈做梦也想不到的自由；然而僵化的现实又困扰着我们——农地承包经营权依然法定不得买卖、继承及抵押。笔者认为，对于买卖而言，由于涉及问题广且深，争论可望继续下去，结论也不可仓促得出。但是对于继承，如系争土地尚在承包经营期内，则从承包经营权物权性本质要求出发可以继承纯属天经地义，尽管与《继承法》的有关规定相抵触。对于抵押，《物权法》第 184 条明确规定：“耕地等集体所有的土地使用权不得抵押。”这一直是农地承包经营权（特指家庭承包经营权）流转中的禁区。但是，实践中农地承包经营权的抵押已经不是新

鲜事，学界也几乎一致认为可以允许其抵押。与法律允许的农地承包经营权之转包、互换等流转方式一样，农地承包经营权的抵押也是对农村土地权利动态化的利用、促使农地价值化的有益做法，此流转方式若不能得到法律肯认，则土地制度中的价值化设计就有纰漏，农地流转的价值化功能就遭削弱。通过近几年对农村土地问题广泛的实证调查、分析，笔者主张，农地立法不用限制其是否可以抵押、转让，立法上只需限制规定“不得改变农地用途”即可。

农地权利运行体系的建构，有更深层次的意义：农民“从身份到契约”之自由的实现。笔者认为，有效、务实的农地流转模式的确认，还标榜着农民“从身份到契约”的革命。这就是指通过农地流转模式的构建，从法律上解放农民，使农民从“生而为农”的身份烙印中走出来，摆脱土地对农民的天然束缚，改善农民终其一生对土地的依赖状况，还农民自由之身，使“农民”一词从身份之标志转换为职业之表征，从而真正实现农民“从身份到契约”的转换。当前中国社会城乡二元结构下，城里人和乡下人之间的不平等性以及广大农民社会地位卑微的现状都提出了农民身份改变的命题。而农民“从身份到契约”的转变之实现，取决于农地法律制度的革新，只有农地得以盘活、农民可以根据市场规则自由处分自己的土地上权利的时候，才意味着农民以财产的自由获得了身份的自由。法治箴言“无财产即无人格”的深层涵义于此得以彰显。因此，现阶段中国“三农”观念是从“让利于民”转变为“还权于民”的时候了。

农村土地法律制度城堡的最后一面墙，则是农地权利的救济问题。

无救济则无权利。一个权利体系无论设计多完美、论证多充足，如无有效救济，则无异于空谈。行走于乡间小路、谈访于村民众生，用什么来回报曾经生吾养吾之农地？用什么来保障善良农地守护人之权利？笔者认为，农地权利的救济，除了赋予农民土地实体权利以外，似应注重司法救济。目前农地纠纷司法处理中出现了以下几方面问题：其一，30年承包期不变带来了“法不容情，情不解法”的现象。由承包地未到期就调整而引发的案例，法院受理则由于收效甚微而流于自讨苦吃，往往无功而返，若不受理则被贬于不察民情。其二，涉及征地补偿等“民告官”的问题，法院本应受理，但是鉴于行政复议程序前置以及源自行政机关等多方面的束缚而“有心无力”。其三，农地纠纷的判决难于执行。要么村小组由于主体不适格而根本无法充当实质上的当事人，要么涉及村民本身的人身及养家糊口的微薄财产不能强制执行，要么由于合法判决遭遇村规民约的强烈抵制而销蚀效果。如此种种，一方面需检讨立法本身的问题；另一方面则需在根本上触动司法体制，以及国家法与民间法的融洽衔接问题。

除此之外，对农地权利的救济还需辐射考察两个视角：一是对农村妇女土地权利的特殊救济。法律永远不会逃避对实质正义的追求。妇女无论在现实中还是在社会观念上的弱势地位以及因“从夫居”传统所导致的流动，使得关注妇女权利的救济不仅在法价值上而且在法技术上都深具意义，从而对妇女农地权利之救济当然有特别凸显的必要。二是前瞻至社会保障的旷远视野。实际上，因缘于农地在实际上负载的为农民提供基本生存资料的社会保障功能，对农地权利的救济必须作为农村社会保障体系的一个重要环节加以考虑。最典型的如失地保险制度之建立。当农民

的土地权利由于自然灾害等原因而受损时，其丧失的可能不仅仅是土地权利，更为重要的是生存能力。因此，传统民法提供的理论和规则无法在实质上解决全部问题，必须将农地权利救济纳入更为广阔的社会保障视野之中予以考察和规范。至于养老保险、医疗保险等系统性的社会保障，无不与农地权利的救济息息相关，而牵动着近十亿农民兄弟的现在与未来。

绕着这四面墙的内与外，走在规则与错落交替的山乡途中，我们仿佛是边缘人，又似乎阅历得太多。中国农地，在我们团队的思绪中往往凝聚为一幅幅景象：中原老农满脸沧桑蹒跚在雨后麦田的泥泞里，河西乡亲扶着烟斗、倦然蹲在埂旁的夕照中，江畔父老殷殷切切、激进的告束，关东黑土无垠、千里沃野无言的诉说……唯有此时，沉思缕缕，眷情深深。

“走在乡间的小路上……任思绪在晚风中飞扬，多少落寞惆怅……”这首当年的歌再次萦绕在耳旁时，人生已逝数十载。乌飞兔走，光阴荏苒。虽往昔少年学子，而今知命之人，然书生意气毅然不改。挥斥方遒，指点江山，激扬文字，不为别的，为中国农地法律制度的科学构建，为中国农民一个个朴素的心愿。

陈小君*

2007年11月于江城郊外晓南湖畔

2008年10月修订

* 中南财经政法大学法学院民商法教授、博士生导师。

目录 contents

走在乡间的小路上(代前言)

——漫谈我国农村土地法律制度之“四面墙”

/ 陈小君 (I)

上篇:专题研究

背景与问题:农业税减免、农产品涨价情况考察

——以对农地承包与福利制度的新挑战为中心

/ 陈小君 耿 卓 (1)

一、研究背景 (2)

二、现行农村土地承包与福利制度影响因素之一:

农业税减免政策及其分析 (5)

三、现行农村土地承包与福利制度影响因素之二:

农产品涨价状况及其分析 (18)

四、新形势下的新挑战:以对农村土地承包与福利

制度的冲击为中心 (24)

2 后农业税时代农地法制运行实证研究

五、结论:正视政策和市场因素变动对农村土地法律制度带来的挑战	(31)
集体土地所有权制度研究:从实证到理论 / 高 飞	(33)
一、集体土地所有权的法律性质辨析	(34)
二、集体土地所有权主体制度探析	(41)
三、集体土地所有产权能剖析	(49)
四、结论	(56)
土地调整、土地承包经营权流转的症结及其破解之道	
/ 韩清怀 郭 继	(58)
一、引言	(58)
二、土地调整	(59)
三、土地承包经营权的流转	(69)
四、结语	(81)
现阶段农村土地征收若干问题研究 / 路 斐	(83)
一、农地征收问题的症结	(84)
二、农地征收补偿标准的确定	(87)
三、农地征收中的公共利益	(90)
四、农地征收中的公权力	(92)
五、农地征收纠纷的救济	(93)
六、农村土地保障体系的完善	(94)
七、结语	(96)
农业税减免、农产品涨价条件下农地权利救济制度研究	
/ 伦海波	(97)
一、概述	(97)

二、实体法上的农村土地权利救济制度	(98)
三、程序法上的农村土地权利救济制度	(107)
四、结语	(111)
后农业税时代下农村社会保障制度的现状、问题与对策	
/ 汪安亚	(112)
一、研究背景与意义	(112)
二、农村社会保障制度的现状与问题	(119)
三、建立农村社会保障制度的基本思路与具体 路径	(125)
论农村妇女土地权益的保护 / 林 苇	(137)
一、当前农村妇女土地权益保护中存在的突出 问题	(137)
二、农村妇女土地权益未能得到维护的主要原因 ...	(142)
三、维护农村妇女土地权益的途径	(147)

下篇:调研报告

新形势下农地制度、负担福利及农村社会发展现实

考察与思考(一)

——以湖北省、贵州省调研为样本

/ 陈小君 高 飞 耿 卓	(155)
一、导言	(155)
二、农业税减免与农产品涨价状况分析	(158)
三、农地所有权和农地承包经营权状况分析	(161)