

法治“三农”

第一卷

总主编：张新民 第一卷执行主编：张步文 赵学刚



法治“三农”

(第一卷)

总 主 编:张新民

第一卷执行主编:张步文 赵学刚

经济日报出版社

序 言

为促进新中国的发展,我国在 20 世纪 50 年代相继实行的户籍、社会福利等一系列制度,但也同时在很大程度上推动了城乡二元社会格局的形成。在工业与城市得到极大发展的同时,“农民真苦,农村真穷,农业真危险”却成了乡村最真实的写照。2001 年 3 月,朱镕基在关于“十五”计划的报告中指出“农业、农村和农民问题是关系改革开放和现代化建设全局的重大问题。”从此,“三农”问题的提法被写入文件,正式变成决策层、理论界乃至全社会高度关注的问题。而如何破解“三农”问题,已经成为构建和谐社会、促进我国经济发展和社会进步的关键。为此,中共中央、国务院多年连续发布“一号文件”,各地积极探索,学术界密切关注,以期实现“三农”问题解决的突破。

1985 年,经国家教育教育部批准,原西南师范大学设立法学本科专业,成为全国师范院校中设置法学专业最早的院校之一。1987 年,法学专业正式面向全国招生。2003 年,原西南师范大学法学系获得法学硕士学位授权点并开始招收研究生。1993 年,原西南农业大学人文学院法学专业设立。2006 年 4 月 30 日,在整合原西南师范大学和原西南农

业大学法学专业的基础上,西南大学法学院正式成立。西南大学法学院依托“三农”法制研究中心,积极探索研究生培养模式,引导研究生积极关注社会,关注民生,积极探索求解“三农”问题的法制化路径。在西南大学研究生部的指导下,西南大学法学院于2008年11月成功举办了首届“研究生学术活动月”活动,对本次活动中研究生提交的学术论文,我们选择了其中的部分作品结集出版,既见证西南大学法学院对研究生培养的导向与研究生的成长经历,更期望呈交给实务界和学术界求解“三农”问题一份积极的尝试。

诚然,本论文集之论文主要成文于2008年底,并修改与完善于2009年上半年,在论文结集出版的过程中,法律与政策、理论与实务领域不断推陈出新,本书中个别论文内容或观点尚需结合立法进程与研究动态深入推进,亦为对研究者未来研究之期望。

是为序。

张新民

目 录

序 言	张新民 (1)
农村土地承包经营权及其移转诸问题新论	张沅晃 (1)
论我国农村宅基地使用权的法律限制	范艺馨 (21)
农村宅基地使用权流转问题思考	敬官旭 (38)
耕地抛荒问题的法律思考	叶礼辉 (51)
论农村社会保障制度的构建路径和法律完善	樊振华 (68)
农民工社会保障相关法律问题研究	李 姣 康 琪 (85)
农民工养老保险退保问题研究	王冠一 (102)
新型农村合作医疗制度存在问题及对策研究	李 杰 (113)
农村非物质文化遗产保护研究	张文敏 姚刚应 (125)
农村非物质文化遗产保护论	但 娟 (136)
中国农村“非物质文化遗产”保护研究 ——有关保护农村“非物质文化遗产”价值及模式思考	冯 翔 (148)

我国农村经纪人法律问题研究	刘德亮 (165)
农村经纪人违约责任及具体法律问题研究	赵远思 (186)
农村留守儿童受教育权实现的法律问题研究	宋晨辉 (199)
浅议农村留守未成年人犯罪	龚玉华 黎娜娜 (216)
农村老人犯罪研究	向洪彩 (227)
小产权房合法化法律问题研究	陈朵朵 (236)
加强我国农村职业教育的法律思考	胡菡子 (252)
金融危机背景下的内陆农村公益组织的振兴与规范	李晖杨 (266)
我国农村金融机构服务农村之法律对策研究论	王 立 (277)
村委会成员受贿法律定性之案例评析	何红英 王亚伟 (285)
附：总编简介	(290)

对理论的研究不应当是对当前法律制度的附和,而应该是对当前法律制度的改良、完善和颠覆,或者是对新的法律制度的孕育。当然,理论的研究也不能毫不顾及社会生活实际或者实践。

——笔者按

农村土地承包经营权及其移转诸问题新论

张旻晃^①

(西南大学法学院 重庆 400716)

摘 要:当前,我国对农村土地承包经营权的主体存在不合理的限定,应当规定为自然人、法人以及非法人组织;同时对于其客体也不应做“四荒”和非“四荒”的划分。至于承包土地的流转,则应当随着社会的发展而进一步放宽限制,拓展各种流转方式。当然,我们不能仅仅只关注于农村土地承包经营权自身的完善,还必须要加强对一些相关制度的完善。

关键词:农村土地承包经营权;移转;影响

Abstract: The subject of contractual management right of rural land, which should be natural person, legal person and other organizations, is improperly limited nowadays. Meanwhile there's no need to divide the object into wild land or not. As the society develops, restrictions on the transformation of contractual land should be reduced,

^① 作者简介:张旻晃(1983—)男,四川达州人,西南大学法学院硕士研究生,主要研究劳动与社会保障法学。

and ways to transfer contractual land should be increased. Of course, we can not just focus only on the reformation of contractual land itself, the perfection of other rural area related systems should be also in consideration.

Key words: Contractual management right of rural land; Transfer; Influence

对于我国数亿农民而言,农村土地承包经营权就是他们的生存权和发展权,是他们现阶段最为重要的权利。因此,对于这样一个重要的权利,如果我们不能在理论研究和立法实践上有一个正确的把握,那么我们的社会发展将会在很大程度上受到制约。我国现阶段关于农村土地经营权的立法和理论,仍然存在一定的局限,所以没能够极大的促进农民富裕、农村繁荣和农业的发展。笔者以为,无论是着眼于社会整体的发展还是农民个体的致富,都有必要对这一制度进行进一步的探讨和研究。

一、对农村土地承包经营权的不同认识

(一)对农村土地承包经营权的解读

我国《农村土地承包经营法》第3条第1款规定:“国家实行农村土地承包经营制度。”第2款规定“农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地……”^①这不但表明了农村土地承包经营权的主体主要是家庭(也即是通常所说的“户”,本文以下对二者存在交替使用),实际上还对农村土地承包经营权的客体进行了划分,即“四荒”地和非“四荒”地。《物权法》第124条规定:“……农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度。”这一条规定为农村土地承包经营权的客体划定了一个范围,

^① 为便于表述,本文以下都将荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地简称为“四荒”地,而其他的则简称为非“四荒”地。

即农民集体所有和国家所有由农民集体使用的用于农业的土地。

根据以上法律条文以及我国《民法通则》第 27 条、《农业法》第 10 条第 2 款、《土地管理法》第 14 条之规定可知,我国当前的农村土地承包经营权是指农村集体经济组织的成员所享有的以家庭为单位,就本集体组织所有的或使用的耕地、林地、草地、水面与其所属集体组织通过签订承包合同,或者非集体经济组织成员对四荒地进行承包,就其所承包的土地在一定期限内进行耕种、造林、放牧、渔业等并获取收益的权利。

当前的农村土地承包经营权有以下三个特别之处:一是承包经营权主体主要被限定为农村集体经济组织内部成员;例外仅在于,对不宜采取家庭承包方式的“四荒”土地,非农村集体经济组织内部成员才具有获得土地承包经营权主体资格的可能;二是承包经营合同的承包方只能是农户,即家庭;但“四荒”地的承包人可以不是农户;三是承包经营权客体分为两种:“四荒”地和非“四荒”地。我国法律所规定的农村土地承包经营权制度其实是不合理的,需要进行进一步的改善。笔者以为其不合理之处恰恰就体现在上述三个特别之处:一是农村土地承包的主体因为发包的土地是非“四荒”地而要求其为农村集体经济组织的内部成员,而没有突破集体组织这一框架;二是承包经营合同的承包方是农户,而不是个人;^①三是发包的土地被区分为“四荒”地与非“四荒”地,而没有做到“地地平等”。

之所以将农村土地承包经营权主体改作个人,且并不局限于集体组织内部成员,原因在于:

首先,以户为单位作为承包经营权的主体会造成理论与实际的矛盾。民事法律关系主体是平等的,其享有的权利应当也是平等的,所以,理论上讲每一户的承包经营权所承包的土地数量应当是相同的。但实际上,每一户承包土地的数量是不同的,原因就在于决定承包土地数量的最终依据其实是每户的人口数量。

其次,不能在法律上来确定“户”的确切含义。传统意义上户指的

^① 这里的人,严格来讲是指自然人、法人以及非法人组织等。

是的血亲组成的家庭,这类家庭的确定农村社会自有其习惯,^①比如男子结婚分家后夫妻两人就组成了一个新的家庭即一个新的户。但是对于诸如其子女各为单独一户而丧失配偶者是否为一户?与父母分家而居的独身成年人是否为一户?以及所说的与收养孤儿能否构成一户?这些问题在法律上较难认定。

再次,导致了农村妇女土地承包经营权得不到保障的问题。^②我国法律、法规、司法解释和政策性文件都规定了要保障农村妇女土地承包经营权。但在实际生活中,妇女结婚后其原居住地的农村集体组织会收回其承包土地,对于未能在男方获得承包土地的妇女来说,其就没有土地可以经营。即便不予以收回,对于结婚妇女而言,往往也很难行使其承包经营权。而对于离婚的妇女,其更是很难享有土地承包经营权。^③笔者认为,很大一部分原因在于我国农村社会仍以男权、夫权为中心。妇女和男子结婚,不是因为她因此而成为本集体的成员而获得土地承包经营权,而是因为她的丈夫是本集体的成员。一旦离婚,她对于本集体而言便什么都不是。而对于娘家所属集体而言早就如泼出去的水了。夫家不要,娘家不认,从而使得离婚妇女不得不合情合理的成为“失地农民”。^④

最后,当前关于承包经营权主体的立法也是矛盾的。最高人民法院《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》(1999年6月28日颁布)第34条规定:“承包方是夫妻的在承包合同履行期间解

① 费孝通先生所著《江村经济》一书中有过一段文字对“户”这个传统存在进行了描述。参见费孝通:《江村经济》,江苏人民出版社,1986年,第68~69,299~301页。

② 严格来讲,当前法律制度下,“妇女的农村土地承包经营权问题”这一提法本身存在错误,因为承包经营权的主体只能是家庭,而不能是个人。本文将多次涉及个人的承包经营权,请读者予以明鉴。

③ 宋刚:《论土地承包权——以我国〈农村土地承包经营法〉为中心展开》,载《法学》2002年第12期。

④ 马妍:《论农村妇女土地承包经营权的法律保护》,载《民商法理论争议问题——用益物权》(杨立新主编),中国人民大学出版社,2007年,第266~273页。

除婚姻关系时……对其承包经营权进行分割。”由此我们可以推知，夫妻对经营权进行分割的后果就是双方各自都享有承包经营权，这与《农村土地承包经营法》第3条第2款、第48条，《土地管理法》第14条及《物权法》第124条以及《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（法释〔2005〕6号）》第三条规定是相互矛盾的！

由于以上原因，笔者认为，将承包经营权的主体由户转变为个人已经显得非常必要了。而至于不局限于集体经济组织内部成员，笔者的出发点是着眼于土地承包经营权的移转。任由组织内部人口的自然增减来维持集体的形式存在绝对不是组织发展的趋势。正如要成为一个国家的成员（公民），可以通过变更国籍来达到一样，要成为一个农村集体经济组织的成员，自然可以通过一定程序完成。也就是说我们允许农村集体经济组织的成员到城市生活工作的同时，也应当允许非农村集体经济组织成员的公民由城市或其他集体组织转到本集体经济组织进行生活、工作，这不但是对公民生存、生活自由的捍卫，也是保证农村土地承包经营权得以可持续移转的策略。对于前者自不必多言；对于后者，笔者认为，其实质上还是土地承包经营权在集体组织内部成员间移转，只不过这些内部成员亦非传统意义上的生于斯长于斯的农民罢了。这种观念的转变对农村的发展建设，乃至对社会的发展进步是必然的。

就农村集体经济组织的土地数量和成员数量而言，前者的变化远小于后者（无论是增大还是减少方面）。而人口数量的变化必然牵涉到土地承包经营权的移转。在仅仅允许土地承包经营权在集体组织内部移转，从而使得大量土地剩余、抛荒的情况已经不断发生之时，允许本集体经济组织以外的人承包本集体的土地就成为必要。既然我们可以接受退出集体组织，那么作为观念上的过渡，我们完全可以赋予那些承包经营本集体土地的人以集体组织成员的身份。

综上所述，笔者认为应当将农村土地承包经营权的主体范围扩大到全体自然人、法人及其他组织。而对于不再刻意区分四荒地与其他农地的区别进行统一流转，原因在于，这两类土地的发包主体相同、承

包主体也可相同,至于说两类土地所承担的社会功能不同,^①笔者以为,我们不当再侧重于土地换保障的观念,而应当认识到土地的商品价值,允许农民利用土地的价值创造更多价值。如果我们严格区分四荒与非四荒的承包经营,那么又如何界定非集体经济组织成员承包四荒地后的身份呢?更何况,对于种类物的转让,有所区别的应当主要是所支付的对价,而不是其转让的程序、方式。笔者以为,在当前的土地承包经营权制度下,将四荒地放宽流转的原因在于,一是这些土地的宽松流转不会影响到国家的粮食安全,反而更有利于资金、技术进入农村;二是进行宽松流转有利于提高对这些土地的利用;三是有利于降低成本。笔者的前述定义,实际上就是要求对农地的流转减少限制,正是在这个意义上,才主张不再因农村土地的不同而有所区别的流转。当然,在具体的流转制度设计上,两者还是应当有一定区别的,比如承包登记和转让登记上非四荒地应该严格,毕竟两者的用途明显不同,在价值上也有不同。因此,笔者所认为的农村土地承包经营权是指,自然人、法人或非法人组织就农村集体经济组织所管理的农业用地,依法通过承包方式向其取得承包土地,并就该承包土地在一定年限内依法进行经营的权利。

(二)对农村土地承包经营权内容的认识

第一,完全自主的经营权。指农村土地承包权人就其承包的土地,按照其自然属性和历来的使用情况自主决定进行耕作、种植、畜牧、渔业或在不损害农地原有用途的情况下采用其他方式进行经营。虽然当前的土地承包经营权也体现了自主经营权属,但还是存在大量的发包人干涉承包人利用土地的情形,比如有的地方乡、镇政府为了经济利益而无视农民的利益,侵犯农民的土地承包经营权,违法占用耕地进行非

^① 崔杰:《土地承包及征地补偿案件的法律适用》,人民法院出版社,2005年,第53页。

农建设。^①

作为土地承包权的重要内容,同时也作为承包经营权人用以生活的主要手段,我们应当确保承包人的自主经营权,禁止任何个人和组织以任何形式非法干涉承包人合法的自主经营。这不单单是对承包人所享物权的保护,也是提高用益物权地位的一个必要保证。

第二,经营收益享有权。指土地承包经营权人通过对其承包土地的经营而获取相关收益的权利。有权获取收益的不仅仅是所有权人,这一点在当今社会更应予以体现。当今社会的物质生产方式、社会财富增值的方式都表明,财产利用已经成为社会财富增长的重要方式。财产本身已不再显得那么重要,只有与财产利用结合才能创造更多甚至远远大于财产价值的财富。正因如此,有人说“利用物权可以成为确认非所有人对新增财产利益拥有一定的所有权的依据。”^②

基于上述浅显理由,笔者认为,对于土地承包经营权人而言,其经营行为不但保持了土地的生产力,而且年年不断的创造出了大量农产品或其他财富(收益),其应当对这些通过其经营行为创造出来的新的收益享有所有权。如若不承认承包人享有收益权,那么其结果很可能就是土地的抛荒,农产品产量急剧下降,社会秩序动荡。经营收益享有权是承包人应得权利,也是农业生产得以发展的根本动力。

第三,受限制的自由处分权。指土地承包经营权人有处分其所享有的承包经营权的权利。所谓权利,对权利人而言并非一定就是能获取正利益的,享有权利则必定负有相应的义务。当权利不能带来正利益而义务却要求负担一定负利益时,作为权利人当然得选择处分其权利,这也是权利的应有之意。但是,土地承包经营权人并不能自由的处

^① 据统计,1997年各省、自治区、直辖市对1991年来的非农建设用地进行清查,结果表明,各种土地违法行为38287起,违法用地738万亩,其中耕地428.7万亩,分别相当于同期用地总量24%和占用耕地总量的28%。转引自胡吕银:《土地承包经营权的物权法分析》,复旦大学出版社,2004年,第125页。

^② 孟勤国:《无权二元结构论:中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社,2002年,第59页。

分其权利,毕竟,土地这一资源的重要性决定了其流转的慎重性。^①因此,土地承包经营权人的某些处分行为应当受法定程序限制,比如承包经营权的转让,因为这毕竟涉及土地所有者的利益,也涉及土地经营的监管。但是,我们必须明确一点,即限制的目的仅仅是为了防止对土地的合理利用被削弱。因此,综合上述两方面情形,土地承包经营权人的处分权只能是受限制的自由处分权,但限制条件绝对不能被滥用。

第四,获得充分补偿权。指土地承包经营权人就其承包地所享有的权益被侵犯时,享有获得充分补偿的权利。传统物权理论上来讲,所有权人享有获得补偿的权利,而非所有权人由于不是所有权人则不能享受或者是享受较少的补偿。在人类社会生活还以财产归属为中心的财富创造手段还不发达的时代,这种情况实属正常。但在今天这个时代,新财富的创造已经更多依靠财产利用人的利用行为时,我们就应当顺应时代照顾到财产利用人的利益,补偿其损失的利益。对于土地承包经营权人而言,通常是在其承包地被征用、占用时才存在受补偿的情形。我国现阶段的做法是由发包方代表承包方就补偿事宜进行谈判,而按法律规定土地承包经营权人只能获得相应的补偿,^②这种补偿通常很少,至少相比于承包人对土地的投入及其潜在收入是这样的。^③这是对农民生存权利的极大侵犯,笔者以为必须给予他们充分的补偿以保障他们的生活。笔者建议,既然我国的农村土地政策是使农民生活得到保障,那么就应该在农民的生存权利受到侵犯时给予其亲自行使求偿权的权利。同时,国家应当制定更符合农民利益的补偿标准,将被征用土地本身将会带来的直接收益用作补偿费用的一部分。

除此之外,作为对承包地享有占有权利的土地承包还应当包括经营权承包地物上请求权与承包地地役权、相邻权等内容。这是作为物权性质的土地承包经营权应有之意,也是其物权性质的重要体现。

① 处分土地承包经营权,在另一角度来看就是土地的流转,或土地承包经营权的移转。此处说的是土地,故用流转一词。

② 《中华人民共和国农村土地承包经营法》第16条第2款的规定。

③ 韩雪平:《农地承包经营权流转法律制度研究》,中国农业出版社,2005年,第189~191页。

(三)对于农村土地承包经营权性质争议的认识^①

笔者以为,农村土地承包经营权的性质当属于物权。首先,土地承包经营权的取得虽然要订立承包合同,但是这只是物权的设立行为,并不能因此就断定土地承包经营权是债权。^②事实上,很多物权都以合同形式设立,比如地上权、抵押权等,难道我们能够说它们也是债权?其次,土地承包合同内容虽然可以约定,但是更主要内容却是法律规定,比如发包人、承包人各自的权利义务就是由法律规定的。承包经营合同的当事人的约定基本上是在法律规定的范围之内,实际上是承包经营合同的当事人对法律规定的重述,这明显体现了物权法定原则,排除土地承包经营权是债权。第三,实际中出现的发包人干涉承包人现象也并不能佐证土地承包权为债权。现存有关土地承包经营权的法律的价值取向是为了防止土地的任意流转进而导致农民失地,只不过这一规定未能料想到执法者(仅指一部分)人性恶的一面,因而被人滥用了,从而在实际生活中出现发包人干涉承包人自主经营的现象,这不是土地承包经营权本色的体现,是人为因素使然。第四,物权也可以有时间限制。时间限制并非债权所独享!事实上,物权之中只有所有权才没有时间限制,而其他比如地上权、地役权、抵押权等都可以有时间限制。第五,物权之上仍可再行设立物权,只要这两个物权并不排斥。^③一物一权原则并不表明两个物权不能同时存在一个物上,简单的例子

① 对于这一问题,有学者认为我国出台的《物权法》实际已经给出了明确定性——用益物权,所以没有纷争的必要。但笔者以为,这不足以作为证明其为物权的充分证据,亦不能有力的说服那些坚持认为其为债权或其他性质权利的人。毕竟,假设我们的法律要是规定其为债权,那么我们就接受其为债权?正因如此,本文笔者仍然坚持保留这部分内容,以期从内部增强其为物权的正当性,而不是借助于外来权威。

② 梁慧星教授认为,土地承包经营权是通过发包人与承包人之间的承包合同而确立的,我国“当前农村土地承包经营权仍具有较强的债权性质。”参见梁慧星:《中国物权法研究》,法律出版社,1998年,第705~706页;梁慧星:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社,2000年,第513页。

③ 陈甦:《土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立》,载《中国法学》1996年第3期。

比如在所有权上设立用益物权,用益物权上设立抵押权,但我们不能因此就说用益物权是债权或者抵押权是债权。我们应当深刻的认识到这样一点:农村土地承包经营权的物权性质是其本质上的属性,而非某一法律外在赋予之原因。

二、农村土地承包经营权的移转问题

(一)土地承包经营权的设立

1. 基于加入行为的设立。这主要是针对那些新加入集体经济组织的人所采取的设立方式。对于加入行为,应当由集体经济组织进行表决。这一表决的后果不仅仅是享有集体成员身份,还在于确认其享有土地承包经营权。

2. 基于出生行为的设立。这是针对农村集体经济组织内的新生人口进行的设立。新生人口当然得享有土地承包经营权,但其承包权在其成年之前应当由其监护人代为行使,非为被监护人的利益不得随意处分其承包经营权。

3. 基于结婚行为的设立。对于通过结婚而取得土地承包经营权,主要针对妇女而言,也包括入赘的男子。但结婚并不必然导致土地承包经营权的设立。毕竟,结婚并不必然导致出嫁女或入赘男加入新的集体经济组织,这还要取决与出嫁者或入赘者的意思表示。

4. 基于统一发包行为的设立。每一轮新的发包必然是一次新的土地承包经营权设立。发包行为是设立土地承包经营权的主要方式。

对于上述设立土地承包经营权的行为均需登记,否则不发生物权设立效力。

(二)土地承包经营权的移转

1. 转让。转让包括买卖、互换和赠与。转让分为完全转让和不完全转让两种,前者是指土地承包经营权人将其所有承包地的承包经营权转让给他人,后者是指土地承包经营权人将其部分承包地的承包经营权转让给他人。三种方式的转让各自有不同的要求。土地承包经营权转让的理由在于:从理论上来讲,物权人得自行处分其所享有的物