

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第40集

- ◆ 土地承包合同效力若干问题研究
——某村委会诉李某荒滩租赁合同纠纷案法律问题研究
- ◆ 公证法实施前后当事人如何对于公证事项寻求救济
——杨某诉某区司法局履行行政复议法定职责案法律问题研究
- ◆ 以货币设定动产质押的条件
——北京某银行执行异议案法律问题探讨
- ◆ 交通事故死亡人员身份不明时的保险理赔问题
——北京祥龙客运公司诉中国人民财产保险公司
北京市西城支公司财产保险合同案相关法律问题分析
- ◆ 如何认定绑架罪中的“情节较轻”
——陈某某等三被告人绑架案相关法律问题分析
- ◆ 违法建设强制拆除决定不属于行政诉讼受案范围



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2011年第4集·总第40集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第40集/北京
高级人民法院编.—北京:法律出版社,2011.11
ISBN 978-7-5118-2226-0

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—案例—研究—中
国—丛刊 IV. ①D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第215432号

审判前沿

——新类型案件审判实务.总第40集
北京市高级人民法院 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚 许晓娟
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 15.5
字数 278千
版本 2012年2月第1版
印次 2012年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2226-0

中法图

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：池 强

副主任：周继军 翟晶敏 孙 力 于建伟 吉罗洪

索宏钢 高晓陵 吴在存

委员：（按姓氏笔画排列）

王 飞 刘双玉 朱 军 朱春涛 何通胜

张柳青 张美欣 张晓琨 陈海鸥 陈锦川

邵明艳 辛振兴 范跃如 程 琥 雷运龙

编辑部

主 编：吴在存

副主编：刘双玉 范跃如

编 辑：张农荣 唐 明 张新平 乔新生 万 钧

刘晓虹 欧彦峰 刘书星

目 录

案例研究

- ◆ 土地承包合同效力若干问题研究
 - 某村委会诉李某某荒滩租赁合同纠纷案法律问题研究 马 强(1)
- ◆ 重大误解的理解与认定
 - 某村委会诉某游艺设备公司、某娱乐公司、某滑道公司
债务转移合同纠纷案法律问题研究 郝鹏飞(12)
- ◆ 公证法实施前后当事人如何对于公证事项寻求救济
 - 杨某诉某区司法局履行行政复议法定职责
案法律问题研究 滕恩荣(16)
- ◆ 严重违约方应当对房屋差价损失予以适当赔偿
 - 徐某诉陈某房屋买卖纠纷案法律问题研究 俞里江(22)
- ◆ 侵犯植物新品种权行为的司法认定
 - 北京市中农良种有限责任公司诉顺鑫公司耘丰分公司
侵犯植物新品种权纠纷案法律问题研究 周晓冰(28)
- ◆ 受侵权人道德上的瑕疵不能成为侵犯其隐私权、
名誉权的抗辩理由
 - 王某诉北京凌云互动信息技术有限公司侵犯名誉权、
隐私权案法律问题研究 徐 娟 胡昌明(33)
- ◆ 如何认识和审查判断翻供
 - 张某盗窃案法律问题研究 吴小军(40)
- ◆ 劳动者因时效原因无法申请工伤赔偿的,可请求民事
损害赔偿
 - 邢某诉光利公司人身损害赔偿纠纷案法律
问题研究 孙之智(45)

◆恶意诉讼侵权赔偿责任的认定和识别标准

——张某某诉申某某财产损害赔偿纠纷案法律

问题研究 张英周(51)

◆网络交易平台服务提供商侵权责任的认定

——罗某诉某网站肖像权纠纷案法律问题

研究 许剑宇(57)

疑案探讨

◆网络犯罪案件管辖的确定

——李某诉陈某诽谤罪一案法律问题探讨 宋素娟(65)

◆司法审查中法院不能代替公安机关对正在处理中的案件

性质进行认定

——李某诉某公安分局要求履行法定职责案法律

问题探讨 刘雄智(70)

◆以货币设定动产质押的条件

——北京某银行执行异议案法律问题探讨 曹正中 何婉如(73)

案例分析

◆房屋买卖合同的效力是否及于地下储藏室

——肖某诉刘某房屋买卖合同纠纷案相关法律

问题分析 陈汉东 李 想(76)

◆交通事故死亡人员身份不明时的保险理赔问题

——北京祥龙客运公司诉中国人民财产保险公司北京市

西城支公司财产保险合同案相关法律问题分析 张瑞存(80)

◆简析正当防卫与防卫过当

——莫某某故意伤害案相关法律问题分析 陈 轶(84)

◆无枪支鉴定结论不应认定为“持枪抢劫”

——梁某“持枪抢劫”案相关法律问题分析 蒋为杰(88)

◆单位与员工关于购买福利房出售限制的内部约定不能

对抗善意第三人

——张某某诉某杂技团公司纠纷案相关法律问题分析 王新东(90)

◆游客在观光园内攀爬未经开发的长城遭受雷击后的责任承担

——陈某、魏某诉北京市怀柔区雁栖镇西栅子村委会、

西栅子观光园生命权、健康权、身体权纠纷案相关 法律问题分析	祝兴栋(92)
◆交通事故人身损害赔偿案诉讼时效的计算 ——钱某诉孙某、某保险公司道路交通事故人身损害 赔偿纠纷案相关法律问题分析	曹松清 王琳(95)
◆如何正确区分运输毒品罪同非法持有毒品罪 ——王某某非法持有毒品案相关法律问题分析	贾丽英 刘砺兵(99)
◆如何认定绑架罪中的“情节较轻” ——陈某某等三被告人绑架案相关法律问题 分析	游涛 于洋(103)
◆简析遗失物的返还与保管 ——王某某诉张某某返还财产纠纷案相关法律 问题分析	曾小华(106)
◆客观情况发生重大变化情形下降薪与劳动合同解除 问题研究 ——胡某诉某科技公司劳动争议案相关法律 问题分析	陈昶屹 洪灶发(109)
◆本案应适用同时履行抗辩权 ——关于一起承揽合同中拒收定作物纠纷案相关法律 问题分析	张兵(113)
◆盗窃别墅工地的电缆线应当如何定罪 ——党某破坏电力设备案相关法律问题分析	双玉娥(116)
◆夫妻婚前以一方名义购买房屋婚后自行出售是否属于 无权处分 ——龙某诉谭某某、周某确认合同无效案相关法律 问题分析	刘丹丹(119)
◆房地产居间人未履行如实报告义务需承担赔偿责任 ——韩某诉我爱我家公司、第三人陈某居间合同案 相关法律问题分析	杨桂林 胡宁(122)

优秀调解案例精选

◆“案结事了”之典范,国家人民企业都受益

——北京市京西实业公司诉日本东菱药品工业株式会社
中外合作经营合同纠纷调解案

..... 北京市高级人民法院民二庭(126)

◆抓住症结有的放矢促调解,案结事了诉讼双方齐感谢

——于某某与单某某房屋买卖合同纠纷

调解案 北京市高级人民法院审监庭(138)

◆法官调解入情人理,邻里纠纷庭外和解

——杨某某与杨某甲相邻关系纠纷再审

调解案 北京市高级人民法院申诉审查庭(145)

◆调解与“生道执行”相融合,促成企业双方执行和解

——建行朝阳支行申请执行京隆房地产公司

借款合同纠纷和解案 北京市高级人民法院执行局(148)

◆心系百姓,公正司法

——张某某等 66 名业主诉北京市规划委员会规划

许可行政上诉案外协调案 北京市第一中级人民法院(152)

观点争鸣

◆集体所有制企业主管部门未履行清算义务的归责分析 张钰炜(157)

◆婚前隐瞒精神疾病婚后尚未治愈的不构成无效婚姻 梁联林(161)

◆同一时期内,劳动者具有唯一劳动关系 李迎新(165)

参阅案例

◆盗挖河砂的行为构成非法采矿罪 (167)

◆他人在同样服务上抢先注册与在先使用并有一定影响的

未注册商标相近似的商标应予撤销 (170)

◆违法建设强制拆除决定不属于行政诉讼受案范围 (173)

◆作为被执行人的企业法人分支机构无财产可供执行的

可以裁定追加企业法人为被执行人 (176)

热点问题聚焦

- ◆探索构建有理有据胜诉机制 北京市第二中级人民法院(178)
- ◆关于优化基层法院审判资源配置提高工作效能的
调研报告 北京市海淀区人民法院课题组(182)

法律文书之窗

- ◆北京市高级人民法院刑事裁定书
(周宇抢劫案)
——(2009)高刑终字第 668 号 (200)
- ◆北京市昌平区人民法院民事判决书
(钟瑶与北京广生堂医药有限公司、衡阳市人之源紫晶生物
工程有限公司产品质量损害赔偿纠纷案)
——(2010)昌民初字第 03070 号 (211)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于规范立案调解工作的意见(试行) (215)
- ◆北京市高级人民法院关于规范立案阶段工作量统计
工作的规定 (222)
- ◆北京市高级人民法院关于立案诉讼服务改革试点法院
民事案件立案工作的若干规定(试行) (227)

【案例研究】

土地承包合同效力若干问题研究 ——某村委会诉李某某荒滩租赁合同 纠纷案法律问题研究

马 强*

一、据以研究的案例

[当事人诉辩意见]

原告村委会起诉称:1997年11月17日,原告与被告李某某签订荒滩租赁合同,由被告李某某租赁原告所属荒滩地约10亩,用于修建养鱼池。租赁期限40年。李某某租赁后一直未办理土地经营权证。2002年7月,李某某在未经原告同意、未履行法定程序的情况下,擅自和被告开拓公司签订了《房屋出售及土地使用权转让协议书》(以下简称《转让协议》),将其租赁的土地非法进行了转让,用做该公司员工的培训基地,改变了租赁地的农业用途。由于李某某一直在此经营,原告对此亦未注意。2009年8月,李某某与开拓公司发生纠纷,原告才知道被告之间租赁土地转让一事。原告认为,被告李某某在承租期内私自将租赁的土地转让给本集体经济组织以外的开拓公司,改变了租赁地的农业用途,且未经出租方同意、未履行法定程序,违反了相关法律的规定,故原告诉至法院,要求确认李某某与开拓公司签订的《转让协议》无效。

被告李某某答辩称:原告对被告签订《转让协议》知情,我转让给开拓公司的是地上物,即房产,该转让协议应有效。

被告开拓公司答辩称:原告对开拓公司与李某某之间的《转让协议》应为明

* 北京市密云县人民法院院长,对外经济贸易大学副研究员,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,民商法博士,工商管理博士后。

知,涉案的土地是荒滩,不是农田,因此,被告在荒滩上建设训练基地并不涉及改变土地用途的问题。被告之间的《转让协议》应有效。

受诉法院经审理查明:1997年11月17日,原告村委会(出租方,甲方)与被告李某某(承租方,乙方)签订《荒滩租赁合同》。合同约定:甲方将荒滩地约10亩出租给乙方开发经营,乙方自行投资修建养鱼池,可转租、可与他人合营,但不得改变使用性质;租赁期限40年,乙方可以在租赁地界范围内修建部分养鱼所需用的房、棚;合同期满将土地、鱼池无偿交与甲方,同时约定了租金。2002年7月17日,被告李某某(转让方、甲方)与被告开拓公司(受让方、乙方)签订《转让协议》。协议约定:乙方决定建立企业团队建设训练基地,甲方愿将甲方对该土地的租赁使用权转让,房产及全部设施和物品出售给乙方,交易价格总计人民币125万元,土地转让使用期限36年;甲方保证对其所转让的土地使用权及房产、设施所有权合法,甲方保证没有第三方可以主张对该项房产及土地的任何权利,否则转让及出售行为无效,乙方在任何时候都有权追究甲方的违约责任,并可要求甲方赔偿损失;甲方应向乙方提供土地租赁手续及建设用地使用权的合法手续;乙方在租赁的土地内新建项目由甲方负责办理审批手续,审批费用由乙方负担;甲方负责出面解决一切与土地所有方因土地使用权发生的问题,并承担因此而对乙方造成的经济损失。协议签订后,开拓公司给付李某某125万元。另查明,《荒滩租赁合同》签订至今,李某某一直向原告交纳荒滩租赁费。

受诉法院认为:原告与李某某签订的《荒滩租赁合同》明确约定租赁用途为修建养鱼池,不得改变使用性质;二被告签订的《转让协议》明确约定李某某将房产、设施及土地使用权转让给开拓公司,用于建立企业团队建设训练基地,该合同已实际履行。根据《土地管理法》的相关规定,依法改变土地用途应当办理变更登记手续;农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设,任何单位和个人进行建设需经申请或批准。庭审中被告未能证明其已办理相关变更登记,亦未能证明转让房产已经申请或批准。故被告签订的《转让协议》违反相关法律规定,应属无效。综上所述,依据《中华人民共和国土地管理法》第12条、第43条、第63条,《中华人民共和国合同法》第52条之规定,判决如下:被告李某某与被告开拓公司签订的《房屋出售及土地使用权转让协议书》无效。

二、相关法律问题研究

本案是因荒滩承包经营权流转引发的纠纷,《农村土地承包法》对“荒山、荒沟、荒丘、荒滩”“四荒地”承包经营权的流转做了有别于农地使用权的规定。审判实践中,因“四荒地”承包经营权流转引发的纠纷占有一定的比重,这其中以

要求法院认定流转合同无效和解除为众。法院在判定流转合同无效和解除的事由时,不可避免地要考量是否改变了土地的使用用途、是否履行了法律规定的程序、是否经过有关当事人的同意等。本案原被告诉争的焦点,在于《房屋出售及土地使用权流转协议书》(以下简称《流转协议》)的效力。原告主张无效的理由,择其要者有三:一是该协议的签订,违反了原告与第一被告李某某订立的《荒滩租赁合同》中不得改变荒滩使用性质的约定,将建鱼塘的荒地用来建设训练基地,改变了土地的农业用途;二是两被告之间转让荒地使用权的行为未经原告同意;三是两被告之间的转让行为未经过法定程序。被告则主张转让协议有效,理由有二:一是被告李某某转让的是房产等地上物,而非土地;二是涉案的土地是荒滩,被告没有改变土地用途。本文结合前引案例,对相关问题进行探讨。

(一)农用地承包经营权与“四荒地”承包经营权

土地承包经营权是我国农村土地法律制度中特有的概念,是土地承包经营制度的法律体现。2002年,立法机关通过了《农村土地承包法》,对家庭承包、其他方式的承包等农村土地承包制度加以规范;^①2007年颁布的《物权法》,将土地承包经营权作为用益物权加以规定,这两部法律的实施,标志着我国土地承包法律保护体系的形成。^②至此,对农村土地承包经营权进行法律调整的法律主要包括《土地承包法》和《物权法》。^③

土地承包经营权的客体是农村土地。《农村土地承包法》第2条将农村土地界定为农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地,以及其他依法用于农业的土地。而对何谓“依法用于农业的土地”,该法未予规定。根据《土地管理法》第4条的规定,我国实行土地用途管制制度,土地分为农用地、建设用地和未利用地。农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等。未利用地则是指农用地和建设用地以外的土地,对农村而言,主要是指荒山、荒沟、荒丘、荒滩。根据《土地管理法》的上述规定,《农村土地承包法》所称的农村土地,包括农用地和未利用地两类;而根据《物权法》,土地承包经营权则是指自然人、法人或其他组织对农用地和

① 依照《土地承包法》的规定,其他方式的承包是指招标、拍卖、公开协商等方式。

② 2003年实行的《农村土地承包法》将农村土地承包经营权作为一个相对完整的法律制度予以承认和规范,为有效解决农村土地承包实践中的问题提供了重要的法律依据,但是,该法没有从根本上解决包括承包权在内的农村土地财产权问题,该法和最高人民法院的有关司法解释都将土地承包经营权作为债权来处理。《物权法》则将土地承包经营权界定为一类物权形态,赋予土地承包经营权以物权性质的救济手段。

③ 此外,《合同法》也对土地承包经营合同进行调整,还有最高人民法院颁布的两个关于处理土地承包经营权纠纷的司法解释。

未利用地加以利用并获取收益的物权。由于有关法律将农村土地划分为农用地和“四荒地”等未利用地两类,因此,以其为客体的农村承包经营权就划分为农用地承包经营权和“四荒地”承包经营权。农用地承包经营权是指对农用地以农业生产的方式加以利用的权利,其客体范围包括耕地、林地、草地、养殖水面等。依据《土地承包法》,农地承包经营权必须采取家庭承包方式。“四荒地”承包经营权是指对“荒山、荒沟、荒丘、荒滩”承包经营的权利。依据《土地承包法》,“四荒地”承包经营权既可以采取家庭承包方式,也可以采取家庭承包方式以外的其他方式如招标、拍卖、公开协商等方式承包,从承包实践看,“四荒地”主要采取其他方式承包经营。

《物权法》和《土地承包法》虽然规定了农用地承包经营权和“四荒地”承包经营权,但两种经营权无论在立法保护的重点还是在功能方面均有不同。

1. 立法保护的重点不同

在我国土地承包经营权制度中,农用地承包经营权的重要性远远超过“四荒地”承包经营权,法律调整的重心也向农用地承包经营权倾斜,这从法律条文的数量上即可窥见一斑。《物权法》第三编第十一章用10个条文规定了土地承包经营权,其中,有关“四荒地”承包经营权的条文只有一条,即第133条。《土地承包法》设专章规定的“其他方式的承包”就是对“四荒地”承包经营权的規定,但也仅有为数不多的7条。两部法律调整重点的侧重,很大程度上契合了我国农村的实际。我国是农用地较少的国家,却有9亿农民,绝大部分农民还在依托农用地进行自给自足的生活。稳定和完善农地承包关系,是保障农民权益、促进农业发展和保持农村稳定的制度基础。法律调整的重点,自然应当放在农用地承包经营权上。但从诉至法院的纠纷情况看,因“四荒地”的承包经营引发的诉讼却占有相当的比重,究其原因,农用地承包经营权的政策和法律规定完善,在发包、流转等各环节均有法律、政策依据,一定程度上预防了纠纷的发生;特别是农地用途单一,只能用于农业生产和经营,^①市场要素较少、经营方式单一,发生的纠纷自然较少。“四荒地”则不同,不仅法律、政策依据较少,寥寥几条,而且“四荒地”的用途较广泛;市场要素参杂其间,合同主体的趋利心理明显,利益纠葛超出了当事人自行调和的范围,必然形成诉讼。由于法律对“四荒地”调整的规范少,导致纠纷的处理无法可依,加大了案件处理的难度,从有利于纠纷的依

^① 例如,《物权法》第43条规定:国家对耕地实行特殊保护,严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量。此外,即使没有改变农用地的性质,也不得在其上进行农业之外的其他开发活动。我国法律明确强调:禁止占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等。而且基于粮食安全的考虑,对于基本农田,只能进行种植业、禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼。

法处理出发,立法者应当关注“四荒地”承包经营权的法律调整,尽快完善立法。

2. 两种经营权的功能不同

由于农用地事关百姓生计和粮食安全,因此,农用地承包经营权法律制度的功能,是要稳定农用地承包关系,赋予农民长期而有保障的土地使用权,使其保持长期不变。也正因为如此,《土地承包法》规定农用地必须实行家庭承包方式,承包方必须是个人或农户,必须是承包地所属的村集体经济组织的成员;^①而且必须以农业生产的方式加以利用,^②包括耕作、造林、畜牧、养殖等;对于基本农田,更是要求只能进行种植业,禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼。完全可以这样认为,农用地承包是集体经济组织内部的一个经营层次,是人人有份的平均承包;具有很强的社会保障和福利功能,体现的是农村集体经济组织的社会主义性质,维护的是每一个集体经济组织成员的平等的承包资格。“四荒地”是农民集体所有的,未开发利用的荒山、荒沟、荒丘、荒滩,他们不像农用地具有很强的社会保障功能,并不当然具备农业生产条件,可能需要进行特别的投入方可用于耕作或种植。而农户本身未必具有相应的资金、技术、劳动力等开发能力,国家对治理开发“四荒地”实行多种方式并举的原则,实行招标、拍卖、公开协商等市场运作的承包方式,实行“谁治理、谁管护、谁收益”的政策,承包人不局限于本集体经济组织内部的成员,也不限于农户和村民,企业、单位也可以承包。因此,“四荒地”承包经营权法律制度的功能,是建立“效益优先、兼顾公平”的秩序,确保“四荒地”由最有经济能力和经营能力的人承包。

3. 两种经营权的法律适用不同

家庭承包方式设定土地承包经营权,是指本集体经济组织成员以家庭为单位、与集体经济组织之间通过合同设定土地承包经营权的行为。《物权法》对土地承包经营权的规定,主要适用于通过家庭承包方式设定的土地承包经营权,也就是农用地承包经营权,这可以从《物权法》第133条“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定”得出这一结论。这表明:农用地承包经营权的设定,不仅要符合《农村土地承包法》,还要符合《物权法》的有关规定;农用地承包经营权纠纷的处理,不仅要适用《土地承包法》,还要适用《物权法》的规定。而通过招标、拍卖、公开协商等方式设定的“四荒地”承包经营权,应当适用特别法即《土地承包法》的规定,而不应直接适用《物权法》的规定;其纠纷的处理,同样适用《土地承包法》的规定。

两种承包权制度的功能不同,导致法律保护的重点不同,必然带来裁判思路

① 参见《土地承包法》第3条和第15条。

② 按照《农业法》的规定:农业是指种植业、林业、畜牧业和渔业等产业。

的不同。就农用地纠纷而言,农用地承包经营各项权益既是广大农民的极为重要的民事权利,更是关系社会主义新农村建设、构建农村社会保障制度体系的基础条件。虽然农用地承包经营向采用先进科技和市场手段的方向转变、统一经营向多层次多形式经营服务体系的方向发展是农业经营体制创新和农业经营方式转变的趋势和必然,但它将会长期受到这一基础条件的制约。因此,农用地承包经营权,不仅仅是法律问题,还是经济问题和政治问题。农用地承包经营权的维护离不开承包关系的稳定,案件的处理必须以此为出发点和立足点,特别是在处理土地承包合同的效力、解除等重大问题上,要把确保农用地的农业用途、保持土地承包关系的稳定和长久不变放在首要的位置来考量,既要考虑现行法律法规的规定,也要考虑合同签订时的政策规定;对改变土地集体所有性质、改变土地用途的流转行为要严格依照《物权法》、《农村土地承包法》及有关司法解释确认无效。就“四荒地”纠纷而言,由于其为未利用地,不以生产粮食和纯农业为主,不承担社会保障功能,主要用于开发经营获取经济利益。因此,对涉及“四荒地”的纠纷,依照法律的规定优先考虑其经济价值的实现,确保“四荒地”由最有经济实力和经营能力的人开发经营。

就本案而言,村委会与李某某之间签订的是荒滩租赁合同,由李某某租赁村委会所属的荒滩地,村委会与李某某之间是就“四荒地”承包经营权发生的流转。根据以上分析,“四荒地”的转让虽然不具有社会保障功能,且追求经济效益;但在荒地的使用用途上,法律的规定与农用地并无二致,仍然要以农业用途为前提,在考量合同的效力问题时,依然离不开荒地的农业用途这一关键点。

(二) 改变荒地农业用途的合同的效力

为加强对土地资源的保护,《农村土地承包法》第8条规定:农村土地承包应当遵守法律、法规,保护土地资源的合理开发和可持续利用,未经依法批准不得将承包地用于非农建设。该法第17条进一步将维持土地农业用途,不得用于非农建设规定为承包方的义务。学术界和实务界将上述规定视为关于土地农业用途的规定。需要讨论的问题是,承包方违反上述规定,将承包地用于非农业建设,合同是否有效?对此问题,《农村土地承包法》、最高人民法院1999年颁布的《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》(以下简称《规定》)和2005年颁布的《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》(以下简称《解释》)有所规定。

《农村土地承包法》第60条分两款规定了承包方将土地用于非农建设的行政责任和民事责任:承包方违法将承包地用于非农建设的,由县级以上地方人民政府有关行政主管部门依法予以处罚。承包方给承包地造成永久性损害的,发包方有权制止,并有权要求承包方赔偿由此造成的损失。单就该条关于民事责

任的规定而言,该条只是规定了侵权损害的赔偿责任;而对合同效力问题,未予规定。

《规定》第24条规定:承包方随意改变土地用途,经发包方劝阻无效的,发包方可以请求终止承包合同。按照我国学者的解释,终止为使合同失去拘束力。^①一方面,合同的终止只是使合同关系消灭,仅向将来发生效力,当事人不发生恢复原状的义务;另一方面,合同的终止主要适用于非违约的情况,只能适用于继续性合同。基于以上主张,终止承包合同,就是消灭承包合同关系,使合同对于将来丧失其效力,当事人之间不发生恢复原状的义务。终止合同,以合同合法有效为前提;否则,终止也就无从谈起。由此可以断定,《规定》第24条承认改变土地用途的合同为合法有效的合同。

《解释》第8条规定:承包方违反《农村土地承包法》第17条的规定,将承包地用于非农建设或者对承包地造成永久性损害的,发包方请求承包方停止侵害、恢复原状或者赔偿损失的,应予支持。对照新通过的《物权法》,我们会发现,《解释》第8条解决的是改变土地用途的当事人应承担的物权法上的责任,而对合同的效力,同样没有规定。^②

综上分析可见,《农村土地承包法》和相关司法解释对改变土地用途的承包合同效力的规定意见分歧:《规定》主张合同有效但需要终止;农村土地承包法和《解释》对合同效力问题没有规定,只规定了民事责任承担。于此需要讨论的是,具体案件中如何认定此类合同的效力?我们认为,正确认定改变土地用途的承包合同的效力,尚需依据合同法关于合同效力的有关规定。

《合同法》第52条第5项是关于合同违法性的规定:违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。基于该规定,合同直接违反的不是《合同法》第52条第5项,而是具体的强制性规定。所谓强制性规定,又称强制规范,是指直接规范人们的意思表示行为或者事实行为,不允许人们以自己的意思对其加以变更或者排除其适用,否则将受到法律制裁的法律规范。^③一般而言,禁止性规范、义务性规范都是强制性规范。强制性规范要求人们必须遵守,不得违反。《农村土地承包法》第8条和第17条以禁止性规定的方式要求当事人不得将承包土地用于非农业用途和非农业建设。“农业用途”是指将土地直接用于农业生产,从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。“非农建设”是指将土地用于农业生产目的

① 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2003年版,第272页。

② 《合同法》第58条规定合同无效的法律后果是返还财产、折价补偿和赔偿损失。

③ 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第62页。

以外的建设活动。^① 每一个法律的禁止性规定都是通过立法者的思考来制定的,都会为作为保护价值的共同或者个别的利益找到一个合理的理由,并因此来阻止违反行为的实现(禁止性法律的目的)。所以对于禁止性法律的保护利益的探明首先就要从主观目的解释入手,立法者的立法意图具有特别重要的意义。《农村土地承包法》第1条规定:为稳定和完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益,促进农业、农村经济发展和农村社会稳定,根据宪法,制定本法。这就原则上体现了土地承包经营规则共同的规范保护利益:维护稳定的农村土地承包关系,促进农业、农村经济的发展和农村社会的稳定。改变土地的农业用途和用于非农建设的合同条款,违反了农村土地承包法共同保护利益,或者说立法目的,则当然无效。本案中,村委会与李某某签订的《荒滩租赁合同》明确约定租赁用途为修建养鱼池,养鱼属于农业生产的范畴,因此,该荒滩租赁合同合法有效。而李某某与开拓公司订立的《转让协议》,约定转让的荒滩用于建设训练基地,则改变了荒滩的农业用途,基于上述分析,该转让协议约定的荒地使用用途因为违反了法律的强制性规定,自然无效。

(三)未经发包方同意、未履行相应程序转让“四荒地”承包经营权是否会影响转让合同的效力

本案中,村委会主张被告之间的合同无效还有另一理由:被告之间订立的合同未经发包方同意,未履行相应的程序。简言之,被告之间流转荒滩地,未经发包方村委会同意、未履行相应的程序。这一主张能否成为认定被告之间合同无效的依据,尚需求证于我国法律对农村土地承包经营权流转不同方式的要求。

按照我国学者的观点,农村土地承包经营权流转有广义和狭义之分。广义的农村土地承包经营权流转是指农村土地承包经营权的变动,即农村土地承包经营权的取得、变更和消灭;从狭义上说,是指农村土地承包经营权主体和农村土地承包经营权内容的变更。^② 按照《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》的规定,农村土地承包经营权流转的方式主要有转包、出租、互换、转让。从目前农业生产实际看,互换是土地流转初期比较流行的方式;入股尚处于探索和起步的阶段;转让的市场化程度较低,多发生在全面取消农业税之前;转包是流转面积最大、比例最高的一种土地流转形式;出租是比较规范,也为各方普遍接受的一种符合市场化规律的农村土地流转形式,但不知基于何种考虑,《物权法》对农村土地承包经营权出租的方式却没有规定。由于互换、转包

① 《法律法规司法解释公报案例精编 土地承包》,中国法制出版社2010年版,第17页。

② 曹务坤:《农村土地承包经营权流转研究》,知识产权出版社2007年版,第148页。