

承包地退出规则之反思与重构

——以《农村土地承包法》修改为中心

刘 平

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)



摘 要 农地“三权分置”视阈下,土地经营权的有序流转和土地承包权的有效退出是缓解农村人地矛盾、促进农地适度规模经营的两种不同思路。鉴于土地经营权流转机制尚未形成且功能有限,形塑承包地退出机制确有必要。土地承包权是兼具财产和身份要素并承载社会保障功能的复合型权利,由此决定承包地退出必须慎重对待。在立法体例上,应坚持土地承包权退出事由法定原则,同时厘定承包地收回“原则禁止与例外允许”二元模式,不允许当事人自由约定收回事由。在立法内容上,完善自愿交回和依法收回规则,承包地自愿交回在法权关系应表达为土地承包权的抛弃或转让,抛弃土地承包权须以丧失集体成员资格为前提,土地承包权转让给发包方以不超过剩余承包期限为原则,不影响农户成员资格和再承包权,应成为主要退出方式。“依法收回”可分为身份性收回和非身份性收回,身份性收回包括因户口迁移引起的收回和因承包方全家消亡绝户而收回,非身份性收回又分为因承包地灭失、承包地被征收而收回。为保障土地承包关系“大稳定、小调整”的格局,构建承包地退出制度的法定事由和程序具有重要意义。

关键词 三权分置; 土地承包权消灭; 承包地收回; 承包地交回

中图分类号:D 913.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-3456(2019)02-0153-10

DOI 编码:10.13300/j.cnki.hnwkxb.2019.02.018

党的十八届五中全会提出,“要稳定农村土地承包关系,完善土地所有权、承包权、经营权分置办法,依法推进土地经营权有序流转,构建培育新型农业经营主体的政策体系。”为实践农地三权分置的法思想和保障农民土地权益的法感情,2018年12月29日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议做出《关于修改〈中华人民共和国农村土地承包法〉的决定》,赋予农村土地承包法新的时代使命。该新法在继承和沿用农村土地承包原有规则基础上,一方面推动两权分离到三权分立的法治改革,形塑集体土地所有权、承包权、经营权分置的农地权利谱系,促进土地经营权的市场化,引导农地集约化、规模化经营;另一方面重申并强化承包地不得收回和调整的原则,保障进城农民的土地权益。

三权分置之下土地经营权的有序流转和土地承包权的有效退出是促进农地合理集中,推进农业现代化、农村城镇化和农民市民化的两种不同思路,二者之间具有互补性和不可替代性,不可偏废地服务于缓解人地矛盾的宏大目标。由于分离后的土地经营权是在原土地承包经营权上设定的权利负担^[1],严重限制承包方的使用收益权能,导致土地承包权内容空洞化,加之土地经营权流转价格机制尚未形成,从而使得承包方流转土地经营权的意愿不甚强烈,即便有流转想法也会通过承包地的出租或代耕等“债权型利用”方式来实现,所以试图单纯通过土地经营权的流转来回应和解决当前我国农村所面临的人地矛盾高度紧张以及土地分配不均的现象,其效果并不理想。在征求意见过程中,有学

收稿日期:2018-06-01

基金项目:中国法学会 2018 年度部级一般课题“农村集体经济组织立法研究”(CLS2018C15)。

作者简介:刘 平(1990-),男,博士研究生;研究方向:物权法、土地法。

者建议应尽早建立土地承包权的退出机制^[2],一方面鼓励基于自愿原则的土地承包权的退出^[3],另一方面以法定事由发生导致土地承包权消灭为法理依据构造承包地收回制度,这种自愿交回与依法收回并行的退出机制契合我国当前“大稳定、小调整”的农地政策。自 2015 年国务院办公厅发布《关于加快转变农业发展方式的意见》提出“开展农户承包地有偿退出试点”时起,在有条件的地方引导农户自愿有偿退出土地承包经营权已成为国家贯彻的一项基本土地政策,一些试点地区已成功探索出具有时代表征和地域特色的模式,如宁夏平罗“三权”退出模式、重庆市“地票”模式、多方联动、重庆梁平的退用结合模式、浙江宁波的“股改”退出模式等^[4]。然而,从政策内容表述和试点实践经验看,自愿有偿退出土地承包经营权应从广义上解读为兼有土地承包权的退出和土地经营权的流转^①。从体系解释的角度,新修《农村土地承包法》第 27 条、第 30 条分别规定承包地的交回和收回,同时第 35 条、第 36 条又规定土地承包经营权互换、转让以及土地经营权流转,这表明二者是不同的法律制度,具有不同的适用条件和范围。无论是“两权分离”还是“三权分置”,本文所说的承包地退出仅指法律意义上的承包地交回和收回,旨在规范承包农户与集体经济组织之间土地承包关系的解除,可统称之为土地承包权的退出,不涉及土地经营权的流转^②。

新修《农村土地承包法》在承包地退出规则设计上有较大变化:一是解除身份性收回。对于承包方进城落户的,不允许发包方强制收回承包地,仅能“支持引导”承包方按照自愿有偿原则依法在本集体经济组织内转让土地承包经营权或交回承包地或流转土地经营权。二是提出自愿交回可以获得合理补偿。三是增设土地经营权收回的条件。在土地承包权与经营权分离时,享有土地经营权的第三人擅自改变承包地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给承包地造成严重损害或者严重破坏承包地生态环境以及有其他严重违约行为,承包方或发包方都有权终止土地经营权流转合同,收回土地经营权。

然而,上述立法变迁无法对以下问题给出合理解答:关于承包地退出规则在立法体例上是否存在缺陷?承包方自愿交回承包地在法权关系上应具备何种构成要件、产生何种法律效果?自愿交回后承包农户能否再要求承包土地?如何从法治层面回应承包地有偿退出试点政策以确保退地农民的生存保障?新法第 28 条有关承包地调整的“特殊情形”应当如何解释?是否可以理解为法律授权集体经济组织依特别多数决和行政批准来收回承包地?废除身份性收回的做法是否应予斟酌?在土地承包经营权未分离时,发包方可否因承包方连续两年以上弃耕抛荒或将承包地用于非农业用途或对承包地造成根本性损害等事由收回承包地?笔者不揣鄙陋,试对以上问题略陈管见。

一、承包地退出之立法体例检讨

在立法体例上,我国《农村土地承包法》修正前后,对于承包地退出从“自愿交回和依法收回并行”模式转向“只规定自愿交回、不允许强制收回”模式,而对承包地收回采取“原则性禁止宣示和具体性禁止列举”的规制模式。承包期限内禁止收回承包地是一项基本原则,也是发包方承担的法定义务,此所谓“原则性禁止宣示”的内涵。当然,依照《合同法》第 52 条第(五)项,违反该条规定收回承包地的约定无效,但不影响承包合同本身的效力。“具体性禁止列举”指法律对哪些特殊情况禁止收回承包地所作出的个别规定,主要分散规定于新修《农村土地承包法》第 15 条第(一)项、第 25 条、第 26 条、第 27 条第 2 款、第 31 条以及第 57 条第(四)项、第(五)项和第(六)项,违反这些规定所做出的行为本身无效,并应当根据该法第 57 条及最高人民法院《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》第 6 条承担相应民事责任。

笔者以为,这一立法模式存在缺陷:第一,仅规定自愿交回作为承包地退出法定事由,容易造成

① 如党的十八届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》明确要求,“维护进城落户农民土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权,支持引导其依法自愿有偿转让上述权益”;2016 年《国务院关于实施支持农业转移人口市民化若干财政政策的意见》要求,“逐步建立进城落户农民在农村的相关权益退出机制,积极引导和支持进城落户农民依法自愿有偿转让相关权益”。

② 本文仅限于探讨以家庭承包方式承包耕地、草地的土地承包权的退出,不涉及林地和非家庭承包方式。

“除这种情形外土地承包权不能退出”的错觉。承包地退出事关农民土地权益和村社稳定,事由法定是重要的法制保障,所以承包地灭失、承包期限届满承包方放弃续包、承包期内当事人合意取消、承包地被征收、承包方家庭成员全部死亡等退出事由均应法定。

第二,承包地禁止收回的双重规制范式,既明确禁止承包期内收回承包地,又以数个条文对该禁止性规定予以细化,不仅造成法律规则之间逻辑混乱和法律体系的臃肿,而且有立法重复之嫌。根据法条是否可单独足以成为权利(请求权)基础,法条有完全法条与不完全法条之分,不完全法条又可分为说明性法条、限制性法条和引用性法条^[5]。由此我国新修《农村土地承包法》第25条、第31条应属于“说明性法条”,因为其旨在对第27条第1款“承包地不得收回”的内容加以具体化、类型化,而并非限制或否定该条之适用,亦非对该条之引介。如该法第31条仅仅只为宣示“重视农村妇女权益保障”的基本理念,并无法律适用的实际价值^[6]。又如第57条第(二)项与第(四)项、第(五)项、第(六)项具有明显的重合和包含关系。由于这种说明性描述不能穷尽所有类型的列举,除非其存在具有实质性反映和补充其他法条之构成要件之必要,否则将会沦为教条性的束缚。既然“不得收回承包地”已成为一项基本原则,法律就无须另设专条专款规定哪些具体情形。如此一来,既可避免法规范结构臃肿、不美观,同时亦可分配当事人之间的举证责任。

第三,“具体性禁止列举”给司法裁判带来解释困难,容易陷入反面推定的误区。有学者提倡运用反面推论解释方法可以从新《农村土地承包法》第31条导出“当农户成员迁出导致其原所在农户家庭消亡,且该迁出成员在新居住地已取得土地承包经营权时,原居住地发包方得收回其原承包地”^[7]。显然,这一推定方法有悖于土地承包权消灭事由法定原则和法律规则的确定性,扩张了该条的内在涵义和规范意旨,同时也削弱了土地承包权的稳定性。从文义和体系解释,该条应是对第6条关于妇女与男子享有平等的土地承包经营权的具体化,通过赋予发包方不得因妇女婚姻关系的变动而随意收回已取得承包地的义务,来保障妇女在土地承包中所享有的合法权益,与《宪法》第48条和《妇女权益保障法》第32条、第33条相得益彰。因此将该条适用范围扩张解释及于所有“农户成员”有不合理之处。

第四,从法政策角度,“具体性禁止列举”具有特定的时代背景和政策蕴含——《农村土地承包法》立法之时,肆意收回和调整承包地的现象屡见不鲜,法院裁判时因没有明确依据而常常同案异判,所以立法对显著特殊情况予以成文化,以指引土地承包经营实践和司法裁判,更好保护农民土地权益。但是,这一历史因素在当今农村土地权利意识觉醒、土地法律规则完善和地权保障理念强化的年代已然淡化,没有必要再刻意强调或重复规定,即使规定也应当集中简化条文,节省立法成本和解释成本。例如,原《农村土地承包法》第35条源自1997年8月27日中共中央、国务院办公厅《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》规定的“为平衡农民负担而实行的‘动账不动地’形式的两田制,无论是口粮田还是责任田,承包权都必须到户,不得随意调整”这一政策内容,随着我国农村土地制度改革,该条已无任何价值,所以应加以废除。又如该法第30条的立法背景在于:地方上长期存在歧视妇女、侵害妇女权益的问题,或以村民代表会议或村民大会决议、村委会决定、乡规民约形式剥夺妇女的土地承包权,或以“测婚测嫁”为由对未婚女性不分或少分土地,或强制出嫁女、离婚丧偶妇女迁出户口并收回承包地,为保障妇女土地承包权益和生产积极性,2001年中共中央办公厅、国务院办公厅联合发出《关于切实维护农村妇女土地承包权益的通知》(厅字[2001]9号)来解决这些问题,而第30条恰恰是对该“通知”精神的立法确认。

有鉴于此,我国立法应当确定土地承包权退出类型和事由法定原则以及承包地收回“原则禁止与例外允许”二元模式。即土地承包权的退出类型和事由均应由法律或行政法规明确规定,行政规章、地方性法规、自治条例和单行条例及其他规范性文件不具有这种立法权限。当事人不得通过约定排除其适用,亦不允许当事人事前约定法律所未规定的其他事实作为承包地退出的条件。而对于承包地收回,应将承包期限内禁止收回作为一项原则,且赋予其强制性规范的效力,同时法律应当明确规定哪些例外情况发包方可以收回,由此与违法收回承包地的民事责任救济相结合,即可有效保障土地承包经营权免受不法侵害。

二、承包地自愿交回的规范重塑

从新修《农村土地承包法》第二章第四节的条文结构和内容看,无论土地经营权流转与否,自愿交回承包地都是土地承包权消灭原因的直观描述,实质上是承包农户将土地承包权抛弃或转让给发包方,其结果将导致承包农户与集体经济组织之间的土地承包关系解除。通过家庭承包方式取得的土地承包经营权是在集体土地所有权的基础上、由作为集体经济组织成员的农户依法享有的基本财产权,因土地分配和土地承包合同而生,是财产利用与财产归属相分离的结果,攸关农民的物质生存保障和人格发展利益。没有安身立命之资,农民人格之实现受阻。因此法律确保每一承包户均享有与其人口或劳动力相应的土地承包经营权,从“包产到户”到家庭联产承包责任制,无不体现国家的土地分配政策和均田思想。这一制度在我国农村土地承包经营实施三十多年来从未失去活力,从党的十五届三中全会提出“赋予农民长期而有保障的土地使用权”,到十八届三中全会决定“稳定农村土地承包关系并保持长久不变”,国家对土地承包权的维护是持强硬态度的,而对土地承包关系的解除慎之又慎。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》明确指出承包农户可以放弃土地承包经营权,但须以“自愿有偿”为前提。因此,重塑承包地自愿交回的规则,核心问题是理清土地承包权的权利性质以及自愿交回的法权表达。

1. 三权分置下土地承包权的权利性质解读

学界对土地承包权的解读主要存在“用益物权说”^[8]、“集体所有权权能说”^[9]、“成员权说”^[10]、“生存权说”^[11]，“用益物权说”侧重于农户对承包地的占有、使用、收益等财产属性的一面，“生存权说”关注土地承包权的生存保障功能，“集体所有权权能说”和“成员权说”都立足于土地承包权的身份属性，即土地承包权基于农村集体组织成员资格取得，区别仅在于是作为集体土地所有权的内容还是独立的权利类型。每一种理论关注的侧重点不同，很难断言哪一种学说更妥当、更准确。实际上，综合诸学说我们可以清晰地发现土地承包权所承载和蕴含的价值、功能和内容。一是从主体资格而言，土地承包权因农村集体经济组织成员资格而取得，其行使和消灭亦与集体成员资格挂钩，身份制约构成土地承包权的鲜明特征^[12]。集体成员身份又是通过户籍登记来确定的，这与股东资格基于投资取得截然不同。新《农村土地承包法》第5条对土地承包权的定义正体现了这一点。二是从客体价值看，土地承包权表现为对承包地占有、使用、收益等权能，属于《物权法》法定的用益物权类型，《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》丰富和完善了土地承包权的权能，扩张包括占有、使用承包地，自主组织生产经营和处置产品并获得收益，通过转让、互换、入股或其他方式流转承包地并获得收益、抵押担保等内涵，彰显了土地承包权的财产利用意义。三是从制度功能讲，土地承包权具有强烈的社会保障性和福利性，系维系农民生存目的之保障。在我国社会保障体系短期内不能全面覆盖农村社区和农民群体的国情下，土地作为生产资料和生活资料的要素仍然担负农民最基本的生存保障功能，土地承包权为农民提供了一种缓解隐性失业和季节性失业的就业保障机制和福利保障机制，也是传统家庭养老的依赖所在。土地承包权与股权等传统成员权的不同之处恰在于此。概言之，在我国土地公有制的语境下，我们不能单单从私权的角度用经典的用益物权理论来注解土地承包权^[11]，而应从社会权的面向关注土地承包权的公共属性和社会功能。土地承包权是一种由财产权、身份权和社会权集合构成的权利束。

2. 承包地自愿交回的双重规范意义

承包地自愿交回在法权关系上表现为土地承包权的消灭，而土地承包权的消灭分为绝对消灭和相对消灭，前者属于农户土地承包权的永久消灭，以农户集体成员资格的丧失为前提，如抛弃土地承包权；后者属于土地承包权的转让，转让后承包农户仍保留成员资格。

土地承包权的绝对消灭以抛弃为原型^①，抛弃是一项私法上单方的、无因的意思表示，且为需受

① 除抛弃外，承包地被征收、因存续期间届满而放弃续包、承包地灭失、特殊情形下丧失集体成员资格均构成土地承包权绝对消灭的事由。

领的意思表示。德国学者称这种行为为“废止”一项限制物权,物权废止行为乃是物权设立行为之对立面^[13]。根据《德国民法典》第875条、876条以及我国台湾地区“民法”第764条规定,物权因抛弃而消灭,但是第三人以该物权为标的物享有其他物权或存在其他法律上利益的,未经该第三人同意时不得抛弃。抛弃将导致土地承包权不复存在,所以必须慎重,严格认定以丧失集体成员资格(注销户口)为必要条件,只有注销集体成员资格才具备抛弃土地承包权的可能。最高院《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》第10条否定弃耕抛荒属于合法的自愿交回^[14],正是基于此理。

土地承包权的相对消灭是土地承包权的转让,承包农户与发包方以合意方式解除土地承包合同,并将土地承包权转让于发包方。土地承包权的转让类似于著作权的转让,只限于财产性权利的转移,身份性利益不发生变动,即集体成员资格仍保留于承包农户手中。在“余秀忠与黑土凹村委会土地承包经营权纠纷”案^①和“王凤山与长春市绿园区林园街道办事处车家村村民委员会土地承包经营权纠纷”案^②,法院均确认了双方合意解除土地承包合同的效力,实则是承包方自愿将土地承包权转让于发包方。

然而,不可否认,土地承包权是一种兼有身份和财产要素并担负社会保障功能的复合型权利,是社会价值和经济价值的统一体^[15],其存续与否直接牵连承包农户的生存利益且该土地上依附的农民生存利益不因土地承包权的转让而受影响,除非农民的生存利益已获足够保障。因此对于承包地自愿交回应加以限制,在尊重承包方意愿(自由价值)与保障农村社会稳定安全(秩序价值)之间寻找平衡点。

3. 承包地自愿交回的法规分析

无论是土地承包权的抛弃还是转让,均应遵循新修订《农村土地承包法》第30条规定的承包地交回的限制性要件,但该条在适用中存在极大争议,应当从以下方面予以完善。

一是坚持有期限自愿交回为主、永久性自愿交回为辅的原则,分别设置不同规则,将农村集体经济组织成员资格丧失作为永久性退出承包地的必备要件。第30条后半段规定“承包方在承包期内交回承包地的,在承包期内不得再要求承包土地”,但并未说明承包期满后能否重新承包土地,从规范目的而言,该段旨在维护承包地交回后的农村土地秩序,警示承包方慎重考虑^[16],没有否定承包期满后承包方的再包权,因此属于有期限的自愿交回。而原《农村土地承包法》第26条第3款关于承包方“全家迁入设区的市,转为非农业户口”自愿交回承包耕地和草地的,应当解释为基于集体成员资格丧失的永久性交回。在我国四川省内江市土地承包经营权有偿退出试点地区,推行了“永久退出”和“长期退出”两种模式,永久退出就是农户不再享有土地承包权,长期退出是指以第二轮承包期限截止为界,土地承包权相对地转让于集体组织,期满则归还于承包户。按照“一退三保”原则,退出土地承包权不影响农户选举权、宅基地使用权和集体资产收益分配权^[17]。依循上述法理,这两种模式均属于土地承包权的转让(相对消灭),因为承包地的交回没有剥夺承包方的成员身份资格以及根据该资格享有的选举权、集体资产收益分配权等权利。

在永久性交回场合,承包户可以获得一次性补偿,由于交回后承包户已丧失集体经济组织成员资格,则无论承包期内还是承包期满后,原承包方均不得再要求承包土地。

在有期限交回场合,则应区分有偿和无偿。如属于有偿交回,承包期内不得再要求承包土地;如属于无偿交回,且因自然灾害、伤残、家庭变故等导致承包户生存利益无法保障的,应享有再承包权。禁止交回者在承包期内再行获得承包地与承包地退出的后续保障不足严重弱化农户的退出意愿,是导致自愿交回承包地形同虚设的根本原因,农民“宁可离农也不离地”“宁可弃耕也不弃地”^[18],形成“人动地不动”的中国特色人地关系,并因此诱使土地承包权退出机制转向强制收回主导的单一模式。因此,笔者建议,在承包户生存受到威胁时,应当为承包期内农户的再承包权松绑,激发农户的退出意

① (2015)内民抗一字第00017号民事判决书。

② (2014)吉民申字第1019号民事裁定书。

愿,但必须明确:如果承包期内交回的土地再次发包时有数承包方主张,该交回方亦表示重新承包该宗土地的,其应当享有优先承包权。如果承包期内交回的土地已依法由其他承包方取得,则该交回方有权要求再次承包与交回土地相当数量的承包地。无论是有偿或无偿,交回土地的承包方在承包期限届满后均享有再承包权。

二是遵循自愿交回书面通知的要式性。司法实务中对“自愿”的裁判基准存在重大分歧,一种观点认为应当严格遵守承包地交回的法定要件和程序,违背《农村土地承包法》规定交回承包地不能认定为自愿交回^①,发包方亦不能以承包户长期未耕种土地或口头放弃为由推定为承包方自愿交回^②。另一观点认为,虽然缺少书面通知形式,但承包方不实际耕种管理土地、不缴纳农业税费、未享受国家粮食补贴、未取得新的土地承包经营证书等,应当视为其接受承包地被收回的事实,构成自愿交回^③。

笔者认为,第二种观点值得商榷。因为自愿交回承包地既可表现为承包方抛弃土地承包权,又可表现为土地承包权的转让,二者均关系土地上生存利益的解除,倘若不采用书面形式,势必为集体经济组织肆意侵害农户土地承包权埋下隐患,不利于土地承包关系的稳定和农村经济的发展,同时在双方合意转让土地承包权时也会产生举证困难。

三是通知应当由承包农户的全体家庭成员以决议行为作出。自愿交回承包地关乎承包户全体家庭成员的利益,因此应由全体成员以决议行为作出,而不得由户主单独作出。家庭承包经营以户为单位,承包方为本集体经济组织的农户,土地承包权并不由户主单独享有,也不是每个家庭成员各自享有的土地承包权的集合,根据我国《物权法》第 105 条“共同享有用益物权类推共有”的法理,应当属于全体家庭成员共同享有一个土地承包经营权,且性质上更似共同共有,适用共同共有的规则。土地承包权的抛弃或转让就是对共有权利的处分,根据《物权法》第 97 条应由全体家庭成员同意,否则处分不生效力。所以,该条应当明确承包地交回必须经过全体家庭成员一致同意,并以决议行为作出通知。

四是废除“提前半年”通知发包方的规定。从立法目的而言,该规定旨在赋予承包方在交回时的提前通知义务,以便于发包方及时安排生产,避免农耕季节交回影响土地耕种,造成土地闲置^[16]。所谓“提前半年”是以什么时间为基准点很难确定,到底是说抛弃土地承包权的意思表示必须在作出之后半年才能生效,还是说通知是抛弃意思表示的前置行为、通知本身不代表抛弃意思表示的作出和生效?如果是前者,则有悖于单独行为不得附条件或期限以及单方意思表示生效的基本法理^[19]。由于土地承包权的抛弃为有相对人的、需受领的意思表示,必须向发包方作出,因此根据《民法总则》第 137 条应当以书面通知到达发包方时生效,无须另定期限。如果解释为后者,则通知的内容是什么呢?传统大陆民法理论认为通知是一种准法律行为,可以类推适用意思表示及法律行为的相关规则。通知对通知人具有法律效力,其法律后果基于法律直接规定产生^[20]。第 30 条并未规定通知的法律后果,而是赋予承包方作出抛弃土地承包权的意思表示并将该内容“通知”发包方的义务,通知本身内涵了抛弃的意思表示,因此该条“通知”不是准法律行为,而是抛弃意思表示作出的形式;通知到达发包方时,抛弃土地承包经营权的意思表示生效。所谓“提前半年”的限制条件既不合“单方行为不得附条件或期限”的基本法理,也难以达到“敦促承包方慎重考虑交回承包地”的规范目的,应予以废除。

五是明确“承包期限届满后承包方放弃续包”亦属于自愿交回的一种情形。承包期间届满,承包方享有续包权,发包方应当依法与承包方重新签订土地承包合同并办理登记,不得拒绝发包,但不影响承包方作为权利人放弃续包。承包期限届满放弃续包构成土地承包权的法定消灭事由。如在“何广春与苗国超土地承包经营权纠纷”案中,江苏高院认为:1998 年农村土地实行二轮延包时,原告并未以书面形式自愿交回其承包地,故原告土地承包经营权不应变更^④。但是,承包期限届满,原承包方既未以书面形式自愿交回承包地,又没有与集体经济组织续签土地承包合同,则不能推定其放弃土

① (2017)吉 02 民终 22 号民事判决书。

② (2017)苏民终 1120 号民事裁定书。

③ (2014)达中民终字第 665 号民事判决书。

④ (2016)苏民申 951 号民事裁定书。

地承包经营权,此时解释上认为发包方负有通知义务和续签义务,应当催告承包方在一定期限重新签订承包合同。为避免争议并吸收司法经验,建议明确规定“承包期限届满后承包方放弃继续承包的,准用承包期内自愿交回承包地的规定。”

三、依法收回承包地的类型完善

作为发包方的集体经济组织具有双重性格,一方面是集体土地所有权的私权主体,另一方面又是代表国家行使土地管理职权的公权机构。因此,依法收回承包地既是集体经济组织土地管理职能的一部分^[21],又是发包方基于法律规定的事由行使集体土地所有权之处分权能的结果。按照承包农户集体成员资格丧失与否,依法收回承包地可以分为身份性收回和非身份性收回。前者以承包户成员资格的丧失为必要,后者不以此为条件,主要是指承包地灭失、承包地征收等。新修订《农村土地承包法》没有对承包地收回的事由类型明确规定,仅仅只言片语地提到“依法收回”,难以有效应对司法实务中承包地非法收回的乱象,亦背离立法的科学性、明确性要求。笔者结合裁判案例与法理,试对此做出如下梳理。

1. 身份性收回

对于身份性收回,原《农村土地承包法》第26条仅规定承包期内承包方全家迁入设区的市并转为非农业户口的,发包方可以收回。修订后《农村土地承包法》则废除这一规定,对于丧失成员资格的全迁户,均不允许发包方强制收回承包地,而采取“支持引导”态度促使承包方依法流转土地权益。在我国城乡一体化建设和户籍制度改革背景下,农业与非农业户口性质区分的取消势在必行,因此以户口性质的变迁来收回承包地则缺乏法理与政策的支撑,但是完全否认户口迁移作为承包地的收回事由甚至根本上废除身份性收回制度颇值商榷。

其一,从法理而言,我国集体土地所有权类似于日耳曼法上村落共同体之总有形态,基于集体成员资格享有的权利不得离开集体成员资格而存在^[22],因此土地承包经营权得丧变更与集体成员资格同其命运。承包方丧失集体经济组织成员资格原则上应丧失土地承包经营权,但鉴于土地承包经营权所承载的社会保障功能,避免承包农户沦为“流民”,法律严格限制只有在承包方全家迁入设区的市并取得城市户口时才能收回其承包地,因为此时承包方已通过非农就业获得基本生活保障,保留土地承包经营权对其他人多地少的农户而言有失公允,有悖于社会公平^[16]。

其二,身份性收回的法定化为农村人地矛盾的缓和稍留余地,因为在自愿退出机制不健全的背景下严格禁止承包地收回将导致农村土地维系“只进不出”的现状,没有可供再分配的土地,加剧农村人地矛盾,所谓“大稳定、小调整”的政策将流变为“只稳定、不调整”的格局。

其三,如果否定“全迁户”作为承包地收回的事由,则承包期内承包方全家迁入国外并取得外国国籍时,就没有根据收回其承包地,这与土地承包权的本土性、主体资格的限定性不符,也容易导致土地资源的闲置和浪费。如在“张丽婵、张丽英农村土地承包合同纠纷”案中,法院便通过类推适用《农村土地承包法》第26条来调整迁入国外并取得他国国籍的农户的承包地^①。也正是基于上述原因,在土地承包经营权确股的“南海模式”,有观点认为,确股后移居海外或取得居留权、长期居留许可的,应当认为其具有相应的生产或生活保障能力,不再对其施以无偿的土地承包经营权股份保障^[23]。

综上,应当确立和完善承包地身份性收回事由和程序,同时也应肯定对进城务工农民土地承包经营权的保护,尊重其自主意愿。

(1)因户口迁移引起的身份性收回应当附加条件或期限。所谓户口迁移,无非有两种:一是村集体之间的迁移,二是进城落户。二者均意味着承包户丧失原集体经济组织成员资格。然而,集体成员资格丧失不能单独作为承包农户土地承包经营权被收回的事由,例如,承包户全家从一村迁入另一村,在其他村尚未获得土地承包经营权时,则不能收回。又如,修订后《农村土地承包法》否认以承包地收回作为进城落户的条件。

① (2017)粤01民终12625号民事判决书。

笔者以为,户口迁移并非完全不能作为承包地收回的事由,只是应当附加条件和期限。一方面,当承包农户全家从原集体经济组织迁入其他集体经济组织,并在迁入地获得应有的承包地时,由于承包农户的家庭生活保障已获得满足,允许其同时跨两个集体经济享有土地承包经营权不仅与土地承包权以成员资格为取得要件的法理根据相抵触,而且造成土地分配实质上的不公平,引发承包农户之间的纠纷,所以应当准予收回原承包地。另一方面,当进城落户的承包农户拒不接受集体经济的引导和鼓励而弃耕抛荒或闲置土地连续达到两年以上或擅自改变土地农业用途或给土地造成永久性损害,则明显违背土地承包权社会保障的法政策功能和国家耕地保护政策,侵害了集体经济组织的利益,同时也表明该承包户无须依赖承包地而生存发展,理当由集体收回承包地。

(2)因承包方全家消亡绝户而收回。承包期内,承包方全家消亡的,发包方有权收回承包地^①。这是因为:根据新修《农村土地承包法》第 32 条和《继承法》第 4 条和第 32 条,不允许耕地、草地承包经营权的户外继承或遗赠,只允许在本农户家庭成员之间相互继承;无人继承又无人受遗赠时,承包地应当归集体经济组织。因此当承包户家庭成员全部死亡,承包单位的户不存在,则土地承包权应当归于消灭,由发包方收回承包地^②。如果在承包方全家消亡绝户之前,土地经营权已流转给第三方,则在土地经营权期限届满前不得收回承包地^[24]。土地承包权虽已消灭,土地经营权仍独立存在。

2.非身份性收回

(1)单纯土地闲置、用途变更或永久性损害不得收回。有学者认为,应当将《土地管理法》第 37 条第三款“承包经营耕地的单位或个人连续 2 年弃耕抛荒”作为承包地收回的法定事由,并扩张解释为包括“改变土地农业用途,将土地用于非农建设”“给承包地造成永久性损害”等违反保护和合理利用土地义务的行为^[25]。

笔者对此不敢苟同。因为:一是从权利性质看,土地承包权兼具财产和身份要素,其所承载的社会保障功能在当下具有无可替代性,故土地承包权常被视为集体土地所有权的内容^[9]。尚未分离的土地承包经营权因此带有极强身份色彩,发包方不得随意终止土地承包经营权,除非承包方丧失集体成员资格。二是在法政策演变上,从 1986 年《土地管理法》到 2002 年《农村土地承包法》,再到 2005 年《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》,至 2018 年新修订《农村土地承包法》,弱化农地权益的公权管制、强化土地承包经营权私法属性是我国一以贯之的基本思想。新修《农村土地承包法》第 63 条以及《农村土地承包纠纷司法解释》第 6 条、第 8 条规定,承包方弃耕抛荒且发包方收回承包地的,承包方可以请求返还承包地或请求确认发包方与第三人之间的土地承包合同无效,只是不得请求赔偿损失;承包方将承包地用于非农建设或造成永久性损害的,发包方仅得请求停止侵害、恢复原状或赔偿损失,不得收回承包地。根据“新法优于旧法”的法理,针对承包地收回事由这一问题既然已有《农村土地承包法》作出相反的新规定,《土地管理法》有关旧规则应当归于无效,不再适用。我国司法实践绝大多数持此观点^③。三是从责任方式讲,“弃耕抛荒连续 2 年以上”完全可以由收取土地闲置费^④、委托他人代耕^[26]等替代性惩罚措施来救济;改变土地用途可以用恢复原状措施来解决,同时由县级以上地方政府有关行政主管部门采取罚款、没收违法所得、责令限期改正或治理、责令缴纳复垦费、责令限期拆除建筑物等行政处罚措施予以救济;造成根本性损害可以由发包方制止侵害、请求赔偿损失来解决。在民事责任与行政处罚相结合的救济思路下,足以在保障承包方生产生活利益的同时收到教育与惩罚的效果,如果再采用终止土地承包经营权这一完全剥夺承包方生存利益的方式,未免过犹不及^[27]。

所以笔者赞成新修《农村土地承包法》第 64 条仅将上述事由作为第三方土地经营权消灭的事由,不能类推作为土地承包权灭失的原因;在尚未分离时发包方不得收回土地承包经营权。

① 参见“李维祥诉李格梅继承权纠纷”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2009 年第 12 期(总第 158 期)。

② (2017)鄂民申 1267 号民事裁定书。

③ 参见(2016)渝民再 210 号民事判决书;(2014)珙民二初字第 204 号民事判决书;(2017)鲁 15 民终 536 号民事判决书等。

④ 根据《土地管理法》第 37 条第 1 款,闲置、荒芜耕地依照时间长短而分别有继续耕种、收取闲置费、无偿收回建设单位的土地使用权等救济措施,所以承包方弃耕抛荒亦可按此规则处理。

(2)禁止通过村民会议或村民代表大会决议形式收回承包地。在我国司法实践中,长期存在村集体经济组织利用村民会议或村民代表大会多数决议形式强行收回承包地的违法现象。此类情形的普遍存在成为我国农村个人与集体分离、集体主义消退与个体主义勃兴的重要原因^①。而其根源在于对原《农村土地承包法》第27条规范内涵与意旨的错误解读。正如将“特殊情形”阐述为包括因出生、婚嫁、户口迁移等原因导致人口变化比较大,新增人口比较多,而新增人口无地少地的情形比较严重又没有其他生活来源的“人地矛盾突出”之情形^[16],势必导致承包地调整从“事由法定和正当程序限制”的严控模式走向“集体经济组织成员自治和行政审批”的自由模式,一旦因出生、婚嫁、升学、户口迁移等原因产生人地矛盾突出,集体经济组织便可通过特别多数决和行政主管部门的批准收回部分承包地以发包给其他承包户^②,这不仅违背国家长期秉承的“增人不增地、减人不减地”的政策取向,而且与《农村土地承包法》相关规定抵触,严重侵害被收回承包地农户的土地承包经营权,挫伤农民的生产积极性和土地投入信心,造成农村社会的不稳定和农村经济的滞碍。

从文义解释和体系解释,该条应当与第28条相结合,旨在解决预留机动地、新开垦土地和依法收回或交回土地调整给因自然灾害而丧失承包地的农户的程序问题,而不是为发包方利用村民会议或村民代表大会肆意收回承包地提供合法性工具。而且,我国《村民委员会组织法》第19条并未授权村民会议可以收回承包地。因此,应当禁止发包方单纯通过村民会议或村民代表大会决议形式收回承包地。

(3)因承包地征收而收回。新修《农村土地承包法》并未规定征收可以作为承包地收回的事由,我国《物权法》第121条规定“因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依照本法第42条、第44条规定获得相应补偿”,由此可见土地承包经营权可因作为客体的承包地被征收而消灭^③。至于征用集体土地,只是对土地承包经营权的行使造成暂时性障碍,且不影响承包地的继续承包,故不能作为土地承包权的消灭原因。

(4)因承包地灭失而收回。承包地灭失是指承包地因洪水、泥石流等自然灾害或其他外在原因而丧失耕地用途,无法继续耕种。由于土地承包经营权设立的宗旨在于解决农户的生存保障和社会发展问题,而前提就是承包地具有可耕种性,如果承包地丧失耕地性质,则土地承包经营权可因标的物灭失而消灭,发包方可以收回。因承包地灭失而收回后,发包方应当根据新修《农村土地承包法》第28条适当调整承包地,重新发包。

四、结 语

“三权分置”视域下土地承包权的退出与土地经营权的流转是我国农村人地矛盾的双重应对之策。本质上,土地承包权的退出就是土地承包权回归于集体经济组织手中,不影响其上已设定的土地经营权。鉴于土地承包权所承载的社会价值和生存保障功能,应当从法规范上予以限制。新修订《农村土地承包法》对此缺乏系统规定,笔者建议:

(1)废除第25条、第31条,将第27条第1款修改为“承包期内,发包方不得收回承包地,法律另有规定者除外。”

(2)修改第30条为两条:一是,“承包期内,承包方全家丧失本集体成员身份,经承包户全体家庭成员一致同意可以放弃土地承包经营权并可以获得合理补偿,但应当以书面形式通知发包方。承包期内,承包方放弃土地承包经营权的,不得再要求承包土地。承包期限届满后承包方放弃继续承包

① 参见(2015)桂民申字第1652号民事裁定书;(2014)云高民申字第706号民事裁定书;(2016)鲁民再12号民事判决书;(2015)湘高法民再二终字第115号民事判决书;(2013)盐民终字第1407号民事判决书等。

② 如“卢金萍等与平果县马头镇雷感社区含笑村民小组、卢福标土地承包经营权纠纷案”,被告含笑村民小组以原告已出嫁为由,强行收回原告的承包地,并发包给卢福标经营,法院认为,这一行为没有法定事由,未经法定程序,侵犯了原告的土地承包经营权,应当承担停止侵害、返还原物、赔偿损失等民事责任。参见(2014)平民一初字第1270号民事判决书。同类案例还有(2015)湘高法民再二终字第115号民事判决书;(2010)豫法民提字第162号民事判决书;(2016)鲁民再12号民事判决书等。

③ (2013)苏民申字第704号民事裁定书。

的,准用前款规定。”

二是,“承包方与发包方协商一致可以将土地承包经营权转让给发包方。发包方应当与承包方签订书面转让合同。当事人可以约定土地承包经营权的转让期限,但不得超过土地承包剩余期限。土地承包经营权有偿转让时,承包方在转让期间不得再要求承包土地;如属无偿转让,且因自然灾害、伤病等导致承包户生存利益无法保障,承包方可以要求恢复承包地。转让期限届满,承包地应当复归于原承包方。”

(3)增加第 X 条:“承包期内,承包方全家从原集体经济组织迁入其他集体经济组织,并在迁入地获得相应承包地的,发包方可以收回原承包地。承包期内,承包方全家进城落户,或全家移居海外取得他国国籍的,应当将承包的耕地和草地交回发包方或将土地承包经营权转让给本集体经济组织其他农户。承包方既不交回又不转让,弃耕抛荒连续两年以上、擅自改变土地农业用途或给土地造成永久性损害的,发包方有权收回承包的耕地和草地。”

(4)增加第 X+1 条:“承包期内,有下列情形之一的,发包方可以收回承包地:(一)承包方全家死亡;(二)承包地被征收;(三)承包地灭失。”

参 考 文 献

- [1] 高圣平.论农村土地权利结构的重构——以《农村土地承包法》的修改为中心[J].法学,2018(2):12-24.
- [2] 孙宪忠.《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》修改建议[EB/OL].[2018-4-1].http://ex.cssn.cn/fx/201803/t20180309_3870806.shtml.
- [3] 房绍坤.民法典物权编用益物权的立法建议[J].清华法学,2018(2):59-73.
- [4] 高强,宋洪远.农村土地承包经营权退出机制研究[J].南京农业大学学报(社会科学版),2017(4):74-84,158.
- [5] 黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001:106-168.
- [6] 陈小君.农村土地法律制度研究——田野调查解读[M].北京:中国政法大学出版社,2004:359.
- [7] 王宇飞.论我国农村承包地收回制度得权利逻辑[M].北京:中国政法大学出版社,2014:42-44.
- [8] 孙宪忠.推进农地三权分置的经营模式的立法研究[J].中国社会科学,2016(7):145-163,208-209.
- [9] 孟勤国.论新时代农村土地产权制度[J].甘肃政法学院学报,2018(1):11-21.
- [10] 丁文.论“三权分置”中的土地承包权[J].法商研究,2017,34(3):15-26.
- [11] 郑尚元.土地上生存权之解读——农村土地承包经营权之权利性质分析[J].清华法学,2012,6(3):80-95.
- [12] 周应江.论土地承包经营权的身份制约[J].法学论坛,2010,25(4):150-155.
- [13] 鲍尔·施蒂尔纳.德国物权法(上册)[M].张双根,译.北京:法律出版社,2004:408-412.
- [14] 朱晓喆.论土地承包经营权的物权变动——基于我国农民生存权保障的视角[J].私法研究,2010,8(1):299-329.
- [15] 孟勤国.中国农村流转问题研究[M].北京:法律出版社,2009:1-9.
- [16] 胡康生.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2002:77.
- [17] 张艳玲.退地不退社 盘活撂荒地[N].农民日报,2016-7-19(7).
- [18] 罗必良,何应龙,汪沙.土地承包经营权:农户退出意愿及其影响因素分析——基于广东省的农户问卷[J].中国农村经济,2012(6):4-19.
- [19] 王泽鉴.民法总则[M].北京:北京大学出版社,2009:338-347.
- [20] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论(下)[M].王晓晔,邵建东译.北京:法律出版社,2003:711-712.
- [21] 马俊驹,丁晓强.农村集体土地所有权的分解与保留——论农地“三权分置”的法律构造[J].法律科学,2017,35(3):141-150.
- [22] 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.
- [23] 刘雪梅.土地承包经营权确股的“南海模式”研究[J].国家行政学院学报,2016(4):103-107.
- [24] 肖鹏.“三权”分置下的农村土地承包关系长久不变研究[J].华中农业大学学报(社会科学版),2018(1):113-120,162.
- [25] 蔡立东.论承包地收回的权利构造[J].法商研究,2012,29(3):67-75.
- [26] 房绍坤.物权法·用益物权编[M].北京:中国人民大学出版社,2007:218.
- [27] 张庆华.最新土地纠纷实务处理与深度解析[M].北京:法律出版社,2014:54.