论农村土地流转与程序正义

黄胜开
(东华理工大学,江西 南昌 330013;西南政法大学,重庆 401120)

摘要: 农地流转关乎程序正义问题。当前我国农村土地流转应以程序正义观为指导,倡导土地流转过程的程序理性和程序人道性,设计出体现公平、公开和参与原则的土地流转程序机制,以促进农地流转的有序进行。

关键词: 农村;土地流转;程序正义
中图分类号: D922.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-579(2016)04-0086-06

The Rural Land Transaction of China and Procedural Justice

HUANG Shengkai
(East China University of Technology, Nanchang, Jiangxi 330013;
Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The rural land transaction involves the procedural justice. The current rural land transaction in China should be guided by the theory of procedural justice, and requires rationality and humanity of the land transaction process. We should design the land transaction mechanism which reflects fairness, open and principles of participation, so as to promote the orderly farmland transaction.

Key words: rural area; land circulation; procedural justice

一、引言

所谓农地流转是指不同的法律主体以市场机制为基础所进行的农地使用权的流动和转让。[1] 农地流转本质上是一种就农地使用权这一特殊商品进行交易的契约行为,而契约本质上是一种合意,是"一人或数人对于其他人或数人负担给付、作为或不作为的债务"。[①] 作为一种契约,法律必须给予农地流转双方平等的法律保护;另一方面,契约是正义的,合同正义是合同法的终极价值追求。合同正义要求给予所有当事人机会平等,同时契约的结果也要相应公平合理。农地流转要求法律制度予以保障,制度正义是农地流转的内生性要求。

近年来,随着农业现代化步伐的加快和农地集约化经营的发展,我国农地流转规模不断扩大,而农地流转的无序也日益凸显。因农地流转关系复杂、影响面广,是一项重大的系统工程,它必须通过法律

①法国民法典(即拿破仑法典)第 1011 条。

收稿日期: 2016-05-20
基金项目: 江西省社科规划项目"信任视域下政府介入农地流转市场的机制研究"(编号: 13SH05);西南政法大学 2013 年度科研创新博士重点项目"农地流转程序的正义性与重构"(编号: 2013XZYJS004);2016 年度江西省科技厅软科学研究计划项目"我国林业地役权制度研究"
作者简介: 黄胜开(1973-),男,江西景德镇人,东华理工大学法学系副教授,硕士生导师,西南政法大学环境与资源法博士生。研究方向为土地法。

的规制才能为农村土地流转市场提供一种秩序上的保障。在法律的规制当中,对法律程序的规制尤其重要,因为“法律程序有助于从心理层面上和行动层面上解决争执。法律程序的诸多内容虽无助于判决之准确但有助于解决争执”。[2](p81) 近年来,为规范农村土地流转市场,我国相继颁布了《农村土地承包法》《物权法》《农村土地流转管理办法》等法律法规。但是,现有的土地流转制度皆以效率作为基本的价值理念,侧重于农村土地资源的优化配置,缺乏对正义价值的关注,忽视了农地流转各方的利益平衡,造成实践中大量的农地流转纠纷的出现,严重威胁了农村的社会稳定和可持续发展。本文以程序正义理论为视角,重新审视我国现有的土地流转制度,并对我国当前土地流转程序进行检讨,提出相应的制度构架,以期有效推进社会和谐,加快社会主义新农村建设。

二、当前我国农地流转制度的正义性检讨

(一)从流转主体看,农村土地流转交涉程序缺乏规范性和正义性

农村土地流转实质上是土地使用权主体就农地使用权这一特殊商品根据市场机制进行交换的契约行为。农村土地流转应由供求双方按照市场供求机制经过充分协商交涉,对交易事项达成意思表示一致。农地流转的交易伦理要求交换主体的自愿性、独立性、正义性。

《农村土地承包法》第 34 条规定“土地承包经营权流转的主体是承包方,承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。”可见,我国农地流转的主体应是承包方的农户。但是,由于我国目前实行的“两权分离”的土地产权制度,即农地所有权归集体而使用权归农民。这种残缺的土地产权制度造成实践中农地流转的主体实际为农村基层组织(乡镇政府、村委会),并由其代表——村干部实际享有土地流转处置权。如在“反租倒包”的土地流转方式中,农村基层组织往往以所有人的身份从农户手中低价获得农地经营权,又以较高的价格将土地转租出去,获取不正当收益。正是这种产权规定的不明晰,使得一些农村基层组织以土地所有者的身份,违背农民意愿强制干预农村土地流转,随意改变农地承包经营关系,损害了农户的土地财产权收益,阻碍了农地流转市场的正常运转。

(二)从流转过程看,土地流转程序缺乏规范性与正义性

农村土地流转的客体是土地使用权这一特殊客体。土地使用权不仅是一种财产权客体,同时也是一种重要的自然资源,涉及粮食生产、国土安全、社会保障等众多的社会公共利益。农地流转兼具私益和公益的双重属性要求国家必须对其过程予以法律规制。另外,考虑到我国农村人口的文化知识水平较低的实际情况,政府必须进一步强化公共服务职能,设计出合法合理的行政程序来规范并服务于农村土地流转市场的交易。因此,我国农村土地流转不仅是一种民事交易程序,而且涉及大量的以国家机构为一方主体的行政程序。土地流转行政程序各个地方各具特点,但一般包括下列程序,即土地流转审批、交易登记、档案管理、价格评估、纠纷调解、仲裁等。

目前,我国农村土地流转程序存在的非规范性和非正义性表现如下:

1. 土地审批登记程序不规范

土地流转登记是判断土地产权关系是否合法变动的根据。因此,我国现行立法规定了农地流转的登记备案制度:农村土地流转完成后,双方当事人必须到所在地的政府机关进行登记备案。现实中,农村土地流转往往是农户私下进行,由于缺乏法制意识,农民不愿意遵守土地流转登记相关规定,很少有人主动到当地政府部门登记备案,从而降低了土地流转登记的公信力,往往导致土地纠纷发生。

2. 土地流转程序公示性和透明度不足

“没有公开就没有正义。”当前农地流转大多是农户私下进行交易,交易双方出于“经济人”的理性考虑,仅仅关注各自利益的最大化而忽视了土地资源的公共属性,存在着大量的土地违规交易行为,损害了社会公共利益。如农地交易后变更土地使用用途、农地污染等。由于交易的不透明,政府机关无从对其行为进行规制。另一方面,基层组织主导下的土地交易行为,交易双方主体实为农村基层组织和受让方。由于农地流转程序的不公开,基层村干部基于利益的驱动,往往导致大量的土地流转寻租行为,

严重损害了农民的土地财产权益。

3. 土地流转价格评估机制不规范

农村土地流转价格评估机制是建立健全农村土地流转市场不可或缺的重要因素。由于土地交易的非公开性以及农民自身的文化水平的限制,目前我国农村土地的流转价格一般由双方协商确定或由农村基层组织协调确定,作为弱势群体的农民在土地流转交易中利益往往受到损害。土地承包经营权流转作为一种特殊商品交易,其流转价格评估也具有特殊性。从发达国家经验可以看出,引入第三方评估机构和专业评估人员对土地交易价格进行评估是其必然趋势。目前,我国政府还没有建立起农地交易的有形市场,也没有建立起服务交易的价格评估机构等中介组织,从而形成完善的价格评估机制,不利于农地交易市场的持续健康发展。

4. 农村土地流转的监督机制缺位

在我国现有的政府部门中,没有专门成立针对土地流转的监督管理部门。在土地流转程序中,基层行政机关往往是土地流转的决定者、执行者,同时也是土地流转纠纷的救济者。这种既当运动员又当裁判员的监督机制实际造成了土地流转市场中监管的缺位。如在流转土地收益的分配上一般由基层组织自主决定,缺少对基层组织的必要监督机制。这种不受监督的状况导致实践中违法转让土地行为大量发生,严重损害了农民的利益,破坏了社会稳定与和谐。

(三)从流转结果看,土地流转救济程序缺乏规范性

法谚有云:无救济则无权利。当前土地使用权流转收益分配主体多元化,收益分配结果不甚合理。土地收益分配的主体一般包括村基层组织、村集体经济组织和农户。由于“经济人”经济理性的存在,目前一些基层政权和基层干部为了自身利益的最大化,往往使得农户得不到土地流转的应有对价,导致土地收益权受损。大量案例表明,目前农村土地承包经营权纠纷大多来自于农地流转收益分配纠纷,严重威胁着农村社会的和谐与稳定。针对农地流转纠纷,我国相继出台了《农村土地承包经营权流转管理办法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》等程序法规,明确规定了农地流转纠纷解决途径:当事人可以协商解决,也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府调解。当事人不愿协商或者调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。但是,目前大多数地方政府和法院、仲裁机构尚未形成处理土地流转纠纷的法律制度,缺乏相关的法律实施细则。世界人权公约第八条规定,任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法院对这种侵害行为进行救济。因此,必须及早完善我国土地流转纠纷的争端解决机制。

三、我国农地流转程序正义的重构

(一)我国农村土地流转程序的价值取向选择

目前,世界各国的行政程序法一般有两种价值目标模式,分别是权利保障型与效率保障型模式。权利保障型模式致力于社会公正价值目标的实现,它通过设置一整套机制来防止行政权的恣意和滥用,规范和监控行政权力的行使,从而保障行政相对人个体权利的实现。其基本特征是行政程序的公开性、民主性。而效率保障性模式偏重于行政效率最大化价值目标的实现。它通过设置一套科学有效的行政程序来保障行政权的有效行使,从而维护社会公共利益。其主要特征是行政程序的简便、迅捷。在现代社会中,由于行政管理活动日趋复杂化和利益调整的多元化,行政程序法须奉行价值平衡的法律精神,统筹兼顾行政效率和社会公正,既“保权”又“控权”,寻求一种价值的平衡。在具体的法律程序设计中,须根据社会对法律的需要,对各种法律价值进行权衡取舍,选择不同的程序模式。就农地流转而言,由于农村土地流转程序作为一种以意思自治为基础,以行政管理为指导的特殊行政程序。一方面农地流转程序异常繁琐,牵扯到基层政府各部门的方方面面,要求行政程序必须有一定的效率。但另一方面,农地流转涉及农村基层组织、村集体经济组织和农户等多方利益。农村基层组织既是土地所有权的代表,也是国家行政权的代表,拥有诸如组织承包经营活动、土地流转备案、土地合理利用监管、土地流转收益

分配等强大的行政职能，在行政活动中明显处于优势地位。而农户尽管也拥有相关实体法规定的土地承包经营权、基层民主管理权等实体权利，但由于农户文化水平低，民主法治意识不强，在农地流转行政法律关系中是天然的弱势群体，处于明显不利的地位，极易受到行政权力的侵害。因此，农户作为行政法律关系中所享有实体权利的保障不能仅仅依赖于实体法的规定以及事后的救济机制，还必须在程序法上为农户权利提供必要的保障。而且由于我国现阶段农村社会保障水平不高，农村土地还承载着重要的社会保障功能。鉴于以上两方面的原因，当前我国农地流转程序应选择“行政效率和权利保障兼顾型”价值目标，而且应更多倾向于权利保障价值的实现，充分赋予农民作为程序权利主体地位，从而保障农户实体权力真正得到实现。

（二）我国农村土地流转程序的基本原则

1. 程序公开原则

公开原则源自于人权基本理论的丰富和发展，是现代民主社会的基本特征，也是正当程序得以实现的制度保障。“民主与公开具有天然的联系，既没有不公开的民主，也没有不民主的公开，民主的程度与公开的程度成正比。”[3](p124) 公开原则长期以来一直被视为是程序正义性的基本标准和要求。“没有公开性，其他一切制约都无能为力。和公开性相比，其他各种制约都是小巫见大巫。”[2](p81) 可以说没有公开则无所谓程序正义。就土地流转而言，土地流转一般要经过交涉过程。行政公开原则要求农地流转的交涉过程必须公开，因为只有交涉过程的公开，才能形成一种信息的充分对流和有效的舆论监督效应，从而使交涉程序体现程序正义性。目前，我国农地流转基本处于自发状态，缺乏土地交易的场所和平台，交易信息不能得到有效的沟通。农民作为交易信息弱势的一方，往往导致土地流转利益受损，难以体现交涉程序的正义性。

2. 程序公正原则

程序公正原则是指行政过程为社会一般理性人的所接受性与合理性，即程序理性。它的基本内容不仅要求行政活动的内容要公正、合理，而且要求行政程序必须最大限度的理性化，符合理性的要求，从而“使其判断和结论以确定、可靠和明确的认识为基础，而不是通过任意或者随机的方式作出”。[4] 对程序的实施者来说，“它要求设定一个相对固定的程序规则，该规则使得程序的实施者的自由裁量权不至于过大而超出所必要的限度，从而在一定意义上削弱因程序不明确而导致的权力滥用问题；对程序的相对人而言，程序规则的存在，使其能够合理的预见程序进展与程序结果，从而及早规划下一步的行动。因而，程序的正义性的价值主要体现为规则的确定性和规范性的维护”。[5]

3. 行政参与原则

行政参与，是指当事人能够参加到行政程序之中，并且通过其参与对裁判者的决定施加影响，从而实现其权益的保障。行政参与是现代民主政治的重要标志，也是社会主义民主政治的本质要求，“社会主义民主的本质和核心是人民当家作主，真正享有管理国家和社会事业的权力”。[6](p255) 一般认为，行政参与改变了行政相对人的客体地位，保证了相对人在行政程序中的主体地位，从而使行政相对人作为人的尊严受到行政机关的尊重，体现行政程序的人道性。同时，行政参与能够消解社会的矛盾和冲突，吸收社会当前的不满，维护社会秩序的稳定。我国当前土地流转参与制度存在很多缺陷，缺乏农民参与行政的具体细致的规定，导致农民参与实践的情况不够理想，难以真正监督行政权力的行使，从而保障自身合法权益。党的十七大报告中明确指出，坚持“依法、自愿、有偿”原则来实施农村土地流转。土地流转过程中要充分尊重农民的意愿，通过行政参与方式来保障土地流转程序的正义性。行政参与的实现必须靠具体的制度来保障，当前应完善有关行政参与制度，尤其是土地利用规划、土地流转听证制度，从而真正使行政参与落到实处。

（三）我国农村土地流转程序具体制度和机制的完善

1. 明晰农地承包经营权流转主体

“凡程序皆与一定的主体相联系，脱离主体的程序是空中楼阁。”[7](p117) 因此，农地流转首先要明确

农地流转主体资格。依据我国现行农地流转相关法律法规,我国适格的农地流转主体应是享有流转权的农户或集体经济组织,而不应是农村基层组织。但在实践中,农地流转的主体实际为农村基层组织及其代表,受让人与农村基层组织甚至与乡镇政府、县政府有关部门签订土地流转合同,与农村土地集体所有制和相关法律政策相违背。究其原因,在于前述的我国目前实行的"两权分离"的土地产权制度。该产权制度使农村集体土地缺乏人格化的产权主体。权利界定的不清晰和权利范围的不明确,造成了在农村土地流转过程中支付了过高的谈判费用和各权能主体间彼此侵占对方利益的现象。因此,修改我国农地产权制度立法,明确规定农村土地的所有权主体和行使权体系,清晰界定各主体的权能和权利边界,并严格在实践中按照法律规定实施。明晰产权是顺利推进农地流转的先决条件。

2. 赋予农地承包户更大的流转权

《农村土地承包法》第 34 条规定"土地承包经营权流转的主体是承包方,承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。"但又在第 37 条规定"采取转让方式流转的,应当经过发包方同意,采取转包、出租、互换或者其他方式流转的,应当报发包方备案。"由此看出,采用转包、出租、互换或者其他方式流转土地承包经营权的,承包方享有自主决定权,而采取转让方式流转,其最终决定权依然还在于发包方,不同的流转方式规定了不同的土地流转权。

而实际上,打破目前农村土地流转"发包方同意"的限制性规定,赋予承包方更大的土地流转自决权,不仅具有理论上的可行性,而且也是现实社会的紧迫需要。2008 年我国出台了《物权法》,明确规定了土地承包经营权的物权属性,打破了理论界多年的土地承包经营权物权、债权属性之争。基于物权的绝对性、排他性原理,现实中还再要求土地承包经营权流转须经发包方同意,无异于是人为地给土地流转设置交易障碍,增加交易成本。2008 年十月,中共中央十七届三中全会通过了《中共中央关于推进农村改革发展的若干重大问题的决定》,该文件规定"依照依法自愿的原则,允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式转让土地承包经营权,发展多种形式的适度规模经营。"该条规定的核心是"依法自愿",依据当前学界通行的理解,农村土地流转无论是"转让"还是"转包、出租、互换"等其他形式,都应该统一采用登记备案的方式,不再需要发包方的同意。因此,《决定》的发布及其与以往立法的不同规定,现行相关立法势必须作出相应的制度回应。相信在不久的将来,我国相关立法必然突破"发包方同意"的限制性规定,赋予承包方更全面的经营自主权,将农村土地流转真正建立在依法自愿基础之上。

3. 加强土地流转服务中介机构的建设

首先,加强土地流转服务中介机构的建设是健全农地交易市场的重要内容。当前,我国农村土地流转中介组织较少,农地流转交易主体难以获取有效土地交易信息,加大了土地交易成本。为此,必须建立健全土地流转信息中心、土地流转价格评估机构、土地流转纠纷仲裁机构等土地流转中介组织,为农户提供政策咨询、价格评估、纠纷仲裁等市场服务。在建设这些中介服务机构的过程中,必须确保这些机构的中立性和价值无涉性。只有中立和价值无涉才能保证服务的到位和土地流转的程序正义,确保土地流转有序、高效的运行,完善我国的土地流转市场。

其次,须加强农地流转交易有形市场的建设,制定相关交易规则和程序,加强对土地使用权交易的监督和管理,使农民充分获得土地流转的资金和信息,降低农地流转纠纷的概率,从而实现土地流转的规范化和有序化。比如,地方基层政府可以设立"农村产权交易中心"等服务机构,提供信息发布、档案管理、政策咨询、金融服务、纠纷调解等服务,为供需双方提供流转的平台。

4. 完善农村土地流转价格评估机制

完善土地流转价格评估机制是健全农地流转制度的重要要素。如何评估土地流转价格不仅是专业性很强的技术问题,同时是一个法律程序问题,关乎程序正义。目前,农地流转价格评估一般程序是:农民委托农村基层土地管理部门与受让人就流转价格进行协商,双方就流转价格达成意向之后再提交当地政府进行审核。为保护土地公共资源,当地政府必须对土地流转价格进行监督审查,严格执行土地最

低限价制度，土地流转价格不得低于当地国土管理部门制定的土地流转最低价格。为规范农地流转，保护农民财产利益，在农地流转价格评估机制中应引入农民参与价格制定的程序制度，如在价格协商阶段就应当允许农村集体经济组织和农民与受让方就农村土地流转价格直接进行协商，达成一致的就可以直接交政府审核，从而降低流转纠纷产生的可能性。同时，完善农村土地流转价格评估要引入市场机制，引进社会第三方评估机构和专业评估人员对土地交易价格进行评估，非经必要政府不得干预和调整，从而最大化地避免政府机关寻租的可能性。

5. 完善农地承包经营权流转监督和管理机制

农地流转是关系到农业结构战略性调整的大事，各级政府机关必须高度重视，积极介入农地流转活动，确保土地流转的有序进行。政府介入不是指政府干预土地流转的具体工作，而是制定一系列的程序管理制度和程序评价监督体系，以保证农地流转结果的正当性。

规范农地监管机制包括以下方面：首先，要完善合同登记备案制。土地流转合同要经农村基层组织予以备案，确定未予备案合同的法律效力和法律责任。其次，加强档案管理工作。积极利用现代信息技术和网络技术，及时、完整地把土地流转相关信息进行归档和保管。第三，强化土地流转监督和管理机制。“各级农业主管部门要认真做好政策宣传、业务咨询、合同鉴证、纠纷处理等服务，依法履行好土地流转的监督和管理职能。”[8]

6. 完善农村土地流转风险防范机制和利益救济机制

大量案例表明，当前我国农村群体性事件或多或少都与土地流转纠纷密切相关，导致了大量正常的民间利益纠纷上升为社会事件甚至政治事件，严重影响了农村的社会稳定。“无救济则无权利”，因此完善我国土地纠纷解决机制已成为解决当前农地流转问题的迫切需要。有效解决农地流转纠纷，一是要构建好多元化的农地纠纷解决机制，包括纠纷调解、行政处理、仲裁和诉讼等机制，并且使各个机制有机协调，形成良性互动。其次是防范于未然，侧重农地纠纷风险的控制，构建农村风险防范机制。当前应当在发挥基层党组织和村民代表大会作用基础上，健全村民专业合作社、股份公司等农村各类自治组织和经济合作组织。形成基层党组织、基层行政机关和农村自治组织的良性协商议事机制，探索多元主体协作的农村新型社区治理模式，从而有效发挥农村自治组织在农地流转中的组织化利益表达和维权功能，保障农民民主管理权利。

参考文献：

[1] 刘成玉，杨　琦. 对农村土地流转几个理论问题的认识 [J]. 农业经济问题，2010，(10).

[2] 罗尔斯. 正义论 [M]. 北京：中国社会科学出版社，1988.

[3] 王学辉. 行政程序法精要 [M]. 北京：群众出版社，2001.

[4] 陈瑞华. 程序正义论纲 [J]. 诉讼法论丛，1998，(1).

[5] 谢丽华. 农地流转的正义性及重构 [J]. 湖南农业大学学报(社会科学版，2010，(6).

[6] 奚广庆主编. 邓小平理论概论 [M]. 北京：中国人民大学出版社，1998.

[7] 黄　捷. 程序法论 [M]. 长沙：中南大学出版社，2003.

[8] 周建国. 论农地承包经营权有序流转的程序法律保障 [J]. 广西政法管理干部学院学报，2011，(1).

(责任编辑：余小江)