

农村土地流转程序的正义性与重构

谢丽华

(福建师范大学福清分校 经济法律系, 福建 福清 350300)

摘要: 农村土地流转程序的正义性倡导土地流转过过程的伦理性、交涉的正义性和结果评价的正当性。目前农村土地流转存在一些缺乏程序公开化、规范化、制度化的非正义表现, 因此应要强调农村土地流转的交换程序的正义性, 推进土地流转程序的公开化, 增强土地流转程序的合理性, 规范性, 重构土地流转程序的制度体系, 以促进社会主义新农村建设。

关键词: 农村土地; 流转; 程序; 正义性; 重构

中图分类号: B82-052

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2010)06-0049-05

Justice and reconstruction of transaction procedure of rural land

XIE Li-hua

(Economy and Laws Department, Fuqing Branch of Fujian Normal University, Fuqing 350300, China)

Abstract: Rural land transaction requires the ethics of transaction process and the justice of negotiation as well as the legitimacy of consequence. The procedure of rural land transaction is complex and the procedural justice should be ensured. However, some injustice emerges in the procedure of rural land transaction at present. For example, there is a lack of procedural openness, standards, and institutionalization in rural land transaction in some places. To solve these problems, we should promote rural land transaction in order, emphasize the procedural justice of rural land transaction, expand the openness of rural land transaction procedure, emphasize the rationale and standards of rural land transaction and ensure the institutionalization of land transaction procedure. These will promote the construction of new socialist rural communities.

Key words: rural land; transaction; procedure; justice; reconstruction

一、问题的提出

任何事物的发生和发展都有一个程序性问题, 农村土地流转工作是一项重大的交换工程, 交换的程序复杂、影响面广, 既关系到农村经济的健康持续发展, 又关系到农民的切身利益和农村社会稳定, 最终影响到我国新农村建设的整体进程, 为此, 应特别强调农村土地流转交换程序的正义性, 搞好农村土地流转交换的程序设计问题。

关于程序的概念, 一般认为, 它是行为的一个侧面, 与行为紧密联系在一起, 指行为从起始到终结的长短不等的过程, 其构成不外是行为的方式和

行为的步骤^[1]。“程序的本质特点既不是形式性也不是实质性, 而是过程性和交涉性。”^[2]程序的正义性, 简言之, 就是程序之中的伦理。程序伦理倡导过程的伦理性 and 交涉的正义性。程序伦理之“程序”特指现代程序, 即不仅仅强调程序的过程性特征, 还强调程序的交涉性特征。程序的交涉性特征赋予了程序一种价值倾向, 即所谓正当的程序^[3, 4]。此外, 程序的正义性还指“社会人人都普遍地遵守某些程序, 不必过多地考虑人们行为的结果。”^[5]据此, 它也被称为过程正义。程序伦理不但关注道德决定的实质性内容, 而且关注做出决定过程的独立价值和道德意义。科学的、纯粹的程序设计对于任何适用该程序的行为者都是平等的, 因而它是符合正义的。罗尔斯的《正义论》就是以程序倾向为特色的。他认为, 公正的法治秩序是正义的基本要求, 而法治取决于一定形式的正当过程。正当过程又主要通

收稿日期: 2010-11-04

基金项目: 福建省社会科学规划项目(2009B035)

作者简介: 谢丽华(1971—), 女, 福建仙游人, 副教授, 经济师, 主要从事经济伦理研究。

过程来体现^[6]。罗尔斯还指出:纯粹程序的正义性是指“不存在对正当结果的独立标准,而是存在一种正确的或公平的程序,这种程序若被人们恰当地遵守,其结果也会是正确的或公平的,无论它们可能是什么样的结果。”^[7]如此看来,交换程序的正义性就是交换程序的规范性,即交换必须遵循一定的法律规范和程序。

土地是农民最基本的生产资料,是农村发展和稳定的基础。农村土地是指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、草地以及其他用于农业的土地。农村集体所有制土地的流转包括土地所有权的流转和包括土地使用权的变动,但根据现行宪法和土地管理法规定,农村集体所有制土地的所有权流转,仅限于国家对集体所有土地的征收。因此,一般意义上的农村土地流转是指土地使用权,即承包经营权在不同经营主体之间的流动和转让,其实质是农村土地使用权的市场化,主要是指农村土地承包经营权的流转(以下简称土地流转)。农村土地流转程序的正义性倡导土地流转过过程的伦理性、交涉的正义性和结果评价的正当性。农村土地流转的程序复杂,必须以程序的正义性为保障,才能推动农村土地流转工作的正常运转。

这年来,土地流转程序的正义性的相关研究主要如下:杨海钦(2010)提出:在土地流转中,政府规制必须维护农地正义,必须保证自己的行为切实保障农民权益,始终把实现好、维护好、发展好广大农民根本利益作为推动农村土地流转的出发点和落脚点^[8]。所以要注重讲究农村土地流转的程序伦理,解决地权问题,要注重权力主体之间的动态平衡,并在征地中信守程序的正义和差别正义原则,切实维护农民权益^[9]。当然在农村土地流转过程中也存在一些程序落实不到位的问题,如程生(2007)认为《中华人民共和国农村土地承包法》实施以来,在各地的部分村庄并没有真正落到实处。影响其落实的因素主要包括干部因素、补偿问题难以解决、程序不合理等^[10]。为此,张正瑞(2007)提出:程序是保障集体土地确权过程结果公正的前提,现行土地立法方面的程序缺失是部分地方集体土地确权纠纷的症结。构建合理的集体土地确权程序是完善我国土地

立法的当务之急。农村土地确权应坚持程序优先。

这些研究为农村土地流转程序的规范起了一定的借鉴作用,但没有从程序的内在本质方面分析农村土地流转程序的正义性。为此,本文主要从程序的内在本质出发分析农村土地流转程序的重要性、存在的问题,提出相应对策,并将程序的正义性作为新农村伦理建设的一个组成部分进行探讨。

二、农村土地流转缺乏程序正义性的表现

目前农村土地流转主要缺乏程序的公开化、规范化、制度化,其非正义表现如下:

1. 从交涉的正义性上看,土地流转没有体现程序公开的原则

(1) 非公开化的交涉无法体现农村土地流转程序的正义性。土地流转一般要通过交涉,而交涉有公开和非公开的。公开交涉会形成一种公众的舆论监督效应,从而使交涉体现程序的正义性。“没有公开则无所谓正义”。^[11]“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。”^[12]公开原则的主旨在于让民众亲眼见到正义的实现过程。因此,公开原则长期以来就一直被视为是程序正义性的基本标准和要求。公开原则是正当程序得以实现的制度保障,也是民主社会的基本特征。“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。”^[13]目前的现实情况是,农村土地流转尚处于自发阶段,缺乏对有效的公开化的土地流转机制的认识。还没有形成土地流转中介组织,土地流转对象与范围选择空间小,流转形式比较单一,流转对象更多的局限在邻里和亲属之间。这样,非公开交涉难以通过有效的流转实现农村土地资源的优化配置,无法形成一种公众的舆论监督效应,不能充分体现程序的正义性。

(2) 土地流转程序公开化的程度不够。目前,大部分农村土地流转还是一种“地下”状态,普遍存在“三多三少”现象,即私下流转的多,组织委托服务流转的少;转包、出租或代耕的多,转让的少;口头协商多,文字协议少。自发流转的农户大部分是在亲戚、朋友范围内流转,流转规模较小。此外,由于这种自发的土地交易行为与现行法律冲

突,近年来用地企业与集体经济组织和农民之间也纠纷不断,诉讼增多。据统计,在珠三角地区,私自流转农村集体非农建设用地的面积,已经超过集体建设用地的50%,而在广东珠三角以外,这一比例也超过了20%^[14]。由此看来,在农村,农民流转土地没有像城里土地使用权交易一样,实行流转双方公开挂牌、公平竞价、公正交易。土地供需双方很少登记和发布土地流转信息;农村组织很少提供土地交易场所,代办土地承包经营权转让、出租、互换、入股等具体交易事宜。由于流转的信息不公开,土地供需信息网络尚未形成,供需双方的信息不能得到有效沟通,使流转受阻。而农民往往处于信息不对称的劣势,从而对市场行情不能充分把握,导致流转价格不能真实反映土地的价值,造成土地流转市场的价格混乱,不能真正体现交易的正义性,从而损害出让土地农民的利益。而农村集体组织一般不具备作为全体农户经济利益代表的经济组织基础,因而也无法通过其决策行为来影响农地流转市场,这也会导致土地转让价格过低,损害农户权益。

2. 从过程的伦理性上看,土地流转没有重视程序的规范性

(1) 对土地流转程序的规范性过程认识不足。过程指事物发展变化的经历,结果指事物变化的末状态,农民是土地流转的主体,他们非常重视土地流转的结果,至于流转的过程他们往往不很重视。他们认为只要能转成就行,不管是转给谁,也不管没有合同或协议,没有认识到流转的过程如果不规范就会容易产生扯皮现象,甚至出现一些缺乏伦理道德的赖账现象。因此农户之间的土地转包、互换等土地流转,多是自发性的流转,相互之间只是口头协议,没有签订书面的文字合同或契约来规范流转双方的权利义务,不遵循一定的程序伦理和履行必要的手续,纠纷隐患较多,致使亲戚、邻里关系不和谐,有的甚至反目为仇;有的农户之间虽签有协议,但协议内容简单,标的物不明确,权利义务规定不清楚,违约责任不祥,易引发合同纠纷,这就造成土地承包关系的混乱,致使土地流转工作无序进行。

(2) 在完备流转手续、规范流转程序方面存在

不少问题。农村土地流转是推动农村改革发展的重大举措,但是当前农村土地流转使用合同不够规范,双方的权利义务不明确,为发生争议埋下了隐患。主要的因素是农民的“个体理性”对市场不能做出正确判断,农民法律意识淡薄,自我保护意识不强,不知道土地流转的程序及相关手续。此外,农户之间自发的土地承包经营权流转的期限较短而且极不稳定,流转双方大多约定为一年一变,致使受让方没有长期保障,不敢对土地作较多投入,仅仅维持现状,唯恐资金无法收回,从而造成土地资源的浪费。据有关调查,在土地流转过程中,使用期限为1年的占44.1%,没有明确转让期限的占34.7%,2-5年的占13.4%,6年以上的占5.1%,随时可以终止转包合同的占2.7%^[15]。再者,土地的远期价值难以估计,事先简单的事项约定往往容易损害农民利益。这都不利于土地承包经营权的有效流转。

3. 从结果的正当性上看,土地流转程序缺乏制度化的管理监督体系

(1) 管理主体不明导致流转结果不理想。农村土地流转过程中,农民倘若不能准确估计土地潜在的价值,就把土地一般性地转让出去,失去土地经营权,农民生活缺乏相应的保障,生活就会受到一定的影响,这就是土地流转结果的不正当性。因此,有专家建议,中国目前实行的农村土地流转的基础是自发与消极的。如果政府介入农村土地流转,土地流转就变成积极的,形式也相对固定。的确,土地流转需要政府在某种程度上的介入。政府介入不是指政府参与具体性土地流转工作,而是制定一系列的程序管理制度和程序评价监督体系,以保证流转结果的正当性。而目前农村土地流转中管理主体尚不明,有的认为农村承包土地及其承包土地流转的管理部门是乡政府,有的认为是县政府的农业部门、林业部门、国土部门,还有的认为应该是村级组织等等。由于部分基层干部群众对土地流转认识不足,认为土地承包期已经延长30年不变,土地流转属承包者个人的事,而且上级也没有明确的要求和部署,所以对土地流转不过问,也不加强引导和必要的规范,造成流转行为无人监管,流转纠纷调解或仲裁后当事人不服,法院不愿受

理,处于放任自流状态。一句话,管理责任不明,“管理缺位”现象突出,留下许多弊病和隐患。与之相反,一些地方的村组织由于推进规模经营心切,越俎代庖,“管理越位”,以村组名义直接与外来业主签订土地流转合同,将农户的承包地出租,而不履行相关法律手续,一旦发生自然或市场风险,很容易产生纠纷,导致农民利益受损。

(2) 监督评价体系缺乏导致流转后果难以预测。目前农村土地流转监督评价体系尚未建立。没有明确的管理部门进行土地流转合同的鉴证工作,对合同的真实、合法性进行监督管理;个别经管站鉴证过的合同,仍存在诸多问题,导致纠纷产生;对土地流转中产生的矛盾与纠纷,处理起来缺乏明确的法律依据;土地流转双方或三方的权利、义务、利益补偿关系、转包转让价格的确定都存在较大的随意性。这样就会导致土地流转程序缺乏公正性并严重背离法理价值。

三、农村土地流转程序正义性的重构

土地流转事关农村稳定和农民切身利益。当前我国应当从公开化、合理化、制度化入手,构建一个科学、合理的土地流转程序,以平衡公共利益和个人利益,实现社会公平正义,带动农村经济和社会稳定、健康发展。

1. 从原则层面,推进土地流转程序的公开化

(1) 明确土地流转程序公开化的地位。土地利用规划如果意图获取最大的社会认同,“归根结底必须建立在一个结构平等的非专业人员公众集体的共鸣、甚至同意基础之上。”^[16, 17]换句话说,土地流转程序公开应该成为土地流转程序的一部分。因此,建议制定《土地规划法》,为各方包括公民、社会团体和各种利益集团参与规划提供一个公开、公正的平台,以确保对话、交涉的进行,从而达成符合公共利益的合理规划方案。

(2) 拓宽土地流转程序公开化的渠道。我国自从20世纪90年代末期,将土地流转程序公开化的理念引入到土地管理领域中后,在各类土地开发和利用中已经有一定程度的公众参与,如各部门参与、民意调查、成果公告、召开公众代表会议、专

家咨询会、听证会、居民投票表决等。但同西方国家相比,我国土地利用规划中的土地流转程序公开化尚处在起步阶段,存在许多问题,亟待进一步完善。当务之急是不断优化和拓展公众参与土地利用规划的渠道,通过报纸、广播、电视等手段公布规划草案,召开各种形式讨论会,组织行业协会、社团等讨论会,通过信访、集会等形式提出批评建议等^[18]。对于重大疑难问题,可多次召开听证会。只有充分的交流和协商,才能达到广泛共识。

2. 从方法层面,增强土地流转程序的合理性,规范性

程序的正义性的这一要求又可称为“程序理性原则”。所谓程序理性,就是符合理性要求的程序,即程序的合理性。它的基本内容是参与者制作的程序必须符合合理性的要求,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。在此背景下,程序的正义性的独立价值开始凸显,以形式公正和尊严本位为价值取向的程序本位主义价值观开始形成^[19, 20]。就形式公正而言,它要求程序必须最大限度的理性化,这其中一个最重要的方面就是程序规则。一方面它设定一个固定的运作规则,使得程序的实施者在所限制的范围内活动,从而在一定程度上减弱因程序不确定而导致的“权力腐败”的可能性;另一方面它也使市场主体获取一个预见后面的过程与未来结果的依据,进而可据此规划下一步的行动指针。同时,通过程序进行的固定化处理,还使社会利益的各种纷争可以通过一个固定的渠道得以反映,最终为实体规范的修订提供信息。因此,程序的正义性的价值主要体现为对规则的确定性和规范性的维护。

土地流转应强调程序的合理性,规范性。土地使用权转让的基本程序必须包括以下具体步骤:1) 调查摸底。2) 建立土地流转储备库。3) 规划布局。4) 与农户达成流转意向。5) 发布土地流转信息。6) 引进产业大户。7) 订立土地承包经营权流转合同。8) 跟踪服务。具体操作中,一个步骤都不能减少。具体而言,对需要流转的土地,首先由转出户提出申请,说明流转的原因、期限、形式等,村土地流转服务站报镇土地流转服务中心进行审查。

对符合法律条件的,由镇土地流转服务中心统一组织流转合同的签订、鉴证、档案管理,依法加强土地流转及规模经营的指导服务和监督管理。不管是出让土地还是划拨土地,如改变原批准的土地用途,均要按照上述程序与土地行政主管部门重新签订或补签土地出让合同,调整土地出让金后,方可进行。农村土地流转绝不是简单的转让,要有统一的规范和程序。在具体工作程序上,由土地转出、转入双方向镇农村土地流转交易服务中心分别提交转出、转入申请,村信息联络员负责收集流转信息。中心收到信息后进行审查、登记,合法的流转信息通过电子显示屏向外公布。中心通过村信息联络员约请流转双方代表人会面洽谈、进行地价评估。最后,流转双方达成协议后签订流转合同,中心鉴证后归档备案。

3. 从管理层面,重构土地流转程序的制度体系要维护土地流转程序的正义性,就要畅通渠道,推进土地流转管理的制度化:明确管理责任,切实加强监督管理;县乡两级对村级土地流转要进行严格监督和科学指导;建立健全土地流转信息员联席会议制度、信息反馈制度、信息发布制度,对土地承包经营权流转工作实行动态管理;土地流转合同的管理、鉴证机关,在规范土地流转合同的工作中要做好政策宣传、业务咨询和合同文本的印制工作,指导流转双方签订合同,对显失公平的条款要通过说服,引导双方修订,并做好流转合同的鉴证和归档工作。

(1) 完善利益审查程序。完善土地流转利益审查机制,既包括土地流转申请、批准前,有关机关对土地流转目的合法性的事前审查,也包括土地流转被批准后,承包方认为土地流转不具有合法性时的救济机制,可以称为事后审查。

(2) 规定土地流转救济程序。应设立农村土地流转专项扶持资金,重点用于培育和奖励带动土地流转的农业产业化龙头企业、农民专业合作社、规模经营大户,对成片规模经营农村土地达到一定数量的引资人、业主和创建农产品品牌的,给予奖励扶持。

(3) 落实土地流转的监督程序。印制规范的流转合同文本,明确土地流转程序,统一土地流转工

作流程,全面落实土地流转合同管理、登记制度和定期上报制度,建立县乡联动的土地流转动态管理机制;加强对流转土地的日常监管,及时纠正和查处流转中的违规行为,积极化解土地流转纠纷,保障农村土地流转依法有序进行。

参考文献:

- [1] 罗豪才. 行政法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1989: 241.
- [2] 季卫东. 法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考[J]. 中国社会科学, 1993(1): 83-87.
- [3] 曹刚. 程序伦理的三重语境[J]. 中国德育, 2008(11): 92.
- [4] 弗里德曼. 弗里德曼文萃[M]. 北京: 北京经济学院出版社, 1991: 184—185.
- [5] 顾肃. 自由主义基本理念[M]. 北京: 中央编译出版社, 2003: 493.
- [6] 湛中乐, 王敏. 行政程序法的功能及其制度——兼评《行政处罚法》中程序性规定[J]. 中外法学, 1996(6): 2.
- [7] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 86.
- [8] 杨海钦. 农村土地使用权流转中政府规制的政治学思考[J]. 农村经济, 2010(4): 26.
- [9] 马良灿. 地权是一束权力关系[J]. 中国农村观察, 2009(2): 4.
- [10] 程生. 落实《农村土地承包法》所面临的主要问题与对策[J]. 农村经济, 2007(9): 6.
- [11] 伯尔曼. 法律与宗教[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 48.
- [12] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 433.
- [13] 王学辉. 行政程序法精要[M]. 北京: 群众出版社, 2001: 241.
- [14] 陈韩晖. 农村土地变“活”土地流转让农民分享发展成果[EB/OL]. <http://house.focus.cn/news>, 2008-10-14/.
- [15] 道格拉斯·C·诺思. 经济史中的结构与变迁[M]. 上海: 上海人民出版社, 1994.
- [16] 哈贝马斯. 在事实与规范之间——关于法律和民主法治的商谈理论[M]. 三联书店, 2003: 450.
- [17] 珍妮特·V·登哈特. 新公共服务: 服务, 而不是掌舵[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 1.
- [18] 宋雅芳. 论行政规划确定程序中的参与机制[J]. 郑州大学学报: 哲学社会科学版, 2006(1): 11-13.
- [19] 陈端洪. 法律程序价值观[J]. 中外法学, 1997(6): 47-51.
- [20] 刘旦, 陈赢. 农村宅基地置换模式及其效益评估

[J]. 湖南农业大学学报: 社会科学版, 2009, 10(6):
43-46.

责任编辑: 陈向科