

农村集体成员与集体成员关系的规范分析与司法裁判

申惠文

摘要:对集体成员资格的认定,不应采用构成要件理论,而应采用动态系统理论,给司法裁判更大的灵活性。集体土地所有权行使中的集体成员与集体成员关系,可以参照适用《民法典》按份共有的相关规定。集体成员等额享有集体土地权益,也可以基于章程、决议或者法律规定的不同事由而份额有所不同。有些家庭成员并不是集体成员,也不是农村承包经营户的成员或宅基地使用户的成员。第二轮土地承包时农户内的集体成员,按份享有土地承包经营权。向集体申请宅基地时或宅基地确权发证时农户内的集体成员,按份享有宅基地使用权。集体成员流转承包地、宅基地时,同一集体的其他成员享有同等条件下的优先权。司法裁判应当积极回应改革政策,非同一集体的成员之间转让土地承包经营权和宅基地使用权,合同并不当然无效。

关键词:集体成员;按份共有;农村承包经营户;宅基地使用户

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)09-0064-10

2020年5月颁布的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)一共使用59次“集体”、6次“集体成员”。2022年12月公布的《农村集体经济组织法(草案)》(以下简称《草案》)一共使用了290次“集体”和140次“成员”,其中第二章的标题就是“成员”。集体成员与集体成员关系在哪些领域可以适用共有的一般规定?农户内部的集体成员对土地承包经营权、宅基地使用权是按份共有还是共同共有,抑或其他形式的共有?农户外部的集体成员是否享有优先承租承包地使用权和宅基地使用权(农村房屋)的权利?是否享有受让土地承包经营权和宅基地使用权(农村房屋)的专有权?这些问题存在法律解释与适用的较大争议,影响司法裁判的统一。为此,本文聚焦新时代农村土地改革的目标,紧扣相关法律的具体规定,结合民事司法裁判的现状和问题,在对集体成员与集体成员关系的概念进行科学界定的基础上,分析集体成员与集体成员的整体关系、农户内部的集体成员关系、农户外部的

集体成员关系,力争提出集体成员与集体成员关系的科学解释方案,为《草案》的修改完善提供建议。

一、集体成员与集体成员关系的概念界定

本文探讨的集体成员,主要是指农村集体成员。本文探讨的集体成员与集体成员关系,主要是以集体土地为客体,以集体土地所有权和集体土地用益物权的行使为基础的关系,主要是以没有实施股份化改制的传统农村集体经济组织为分析重点。

(一)集体成员概念的界定

集体成员是一个长期有争议的概念,集体成员资格的认定标准更是众说纷纭。《草案》第11条对集体成员作出了定义。该定义突出集体成员的三个构成要素:一是户籍在或者曾经在农村集体经济组织;二是以土地为基本生活保障;三是农村居民。但这三个构成要素均不符合集体成员资格认定的最新

收稿日期:2023-02-12

基金项目:国家社会科学基金重大项目“新时代中国特色土地管理法律制度完善研究”(18ZDA152)。

作者简介:申惠文,男,法学博士,郑州大学法学院教授,郑州大学私法研究中心研究员。

发展趋势。根据《乡村振兴促进法》第55条,农民进城落户并不丧失土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权。目前大约有2亿农民虽然在城镇生活,但因各种原因户籍仍在农村。他们不是农村居民,不在农村生活,多数也不以土地作为基本的生活保障。如果强调将“户籍在或者曾经在农村集体经济组织”作为一个构成要素,那么进城落户农民子女就不再具有集体成员资格,这将严重影响2亿多进城但没有落户的农民在城镇落户的积极性。《草案》第11条对集体成员的定义采用构成要件理论,没有足够的司法灵活性,不能满足社会发展的需求。因此,考虑到代际公平以及为未来改革预留更大的空间,笔者建议删除《草案》第11条,对集体成员不作定义性的规定。

《草案》第12条采用动态系统理论规定了集体成员的确认程序。该条首先列举了认定集体成员资格的基本原则,包括尊重历史、兼顾现实、程序规范、群众认同等。该条随后列举了认定集体成员的衡量因素,包括户籍关系、农村土地承包关系、生产生活情况、基本生活保障来源、对集体积累的贡献等。这种认定模式综合考虑各种因素,在集体成员资格认定上具有一定的开放性。

(二) 集体成员与集体经济组织的成员、集体经济组织法人的成员

首先,要辨析集体成员与集体经济组织的成员。对于农村集体与农村集体经济组织的关系,主要有两种不同观点:同质论和异质论。同质论认为,农民集体在民事法律上的表现形式就是农村集体经济组织,集体经济组织本身就享有农村土地的所有权^[1]。异质论认为,农民集体与集体经济组织属于两个相互独立的主体,集体经济组织代表集体行使农村土地所有权^[2]。还有学者持折中观点,“引入异质论与替代论并存的二元论,来阐释农民集体与农村集体经济组织的关系。就集体资源性资产而言,采取异质论,农民集体为所有权主体,农村集体经济组织为所有权的代表行使主体;就集体经营性和非经营性资产而言,采取替代论,以农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体”^[3]。笔者认为,确定集体与集体经济组织的关系,要紧紧围绕《民法典》相关条文。《民法典·物权编》第五章的标题是“国家所有权和集体所有权、私人所有权”。《民法典》第261条第1款规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”从文义解释看,这些条款将“集体”“农民集体”作为权利主

体。根据《民法典》第262条,集体可以分为村农民集体、村民小组集体、乡镇农民集体,没有村集体经济组织或村民小组集体经济组织的,由村民委员会或村民小组依法代表集体行使所有权。《民法典》第262条采用“代表”一词,显然区分了“集体”与“集体经济组织”。文义解释是法律解释的前提和基础,没有足够的正当理由,不能推翻文义解释的结论。从《民法典》相关条款的文义解释看,“集体”的外延要大于“集体经济组织”,前者包括没有设立集体经济组织的村农民集体、村民小组集体。就已经设立集体经济组织的村农民集体、村民小组集体、乡镇农民集体而言,集体成员与集体经济组织成员的内涵基本相同。因此,本文采用集体成员的概念,而不采用集体经济组织成员的概念。

其次,要辨析集体成员与集体经济组织法人的成员。有学者认为,农村集体经济组织法人的成员,除享有原“农民集体”成员的自益权和共益权外,还享有选举权与被选举权、发展股认购权、招标项目优先承担权、股东诉权等权利^[4]。笔者认为,农村集体经济组织取得特别法人资格,并没有在本质上改变集体成员享有的权益。由集体到集体经济组织,由集体经济组织到集体经济组织法人,集体成员享有的自益权和共益权只是更容易实现。据统计,全国60.4万个村的土地所有权归村集体所有,其中只有24.4万个村建立了集体经济组织。全国495.5万个村民小组享有集体土地所有权,其中只有77.4万个村民小组建立了集体经济组织^[5]。考虑运行成本和运行效率等因素,大部分村集体和村民小组集体至今没有设立集体经济组织。《草案》第6条只是对农村集体经济组织法人作出了原则性的规定,农村集体经济组织的法人化改革是一个长期过程。农村集体经济组织法人更多以成员为基础构建,还是更多以财产为基础构建,还存在较大争议。农村集体经济组织法人要不要引入社会资本,要不要增加非集体成员的成员,也存在较大争议。因此,本文更多是以传统意义上的农村集体为考察对象。

二、集体土地所有权行使中的集体成员与集体成员关系

《民法典》第261条第1款中的“集体成员集体所有”,并不是清晰的法律表达。不管是共同共有还是按份共有,共有人的人数是确定的。集体成员

的人数是不确定的,会因死亡等原因而减少,因结婚、生育和政策性移民而增加。因此,有学者认为成员集体所有在性质上属于总有^[6]。不过,集体土地所有权行使中的集体成员与集体成员的关系,可以参照适用《民法典》按份共有相关规定。

(一)集体成员决策可以参照按份共有的相关规定

集体成员对一般事项和重要事项的决议,可以参照按份共有的相关规定。《民法典》第261条第2款规定,确定土地承包方案等重大事项,应当依照法定程序由集体成员决定。至于集体成员如何决定,立法并不明确。根据《民法典》第301条,处分共有物、对共有物进行重大修缮、变更性质或者用途等,应当经占份额三分之二以上的按份共有人同意。该条款虽然规定的是按份共有问题,但对于集体的重大决议程序,具有相当的参考价值。遗憾的是,《草案》第28条和29条的规定没有区分农村集体经济组织的一般决议和重大决议,一律要求三分之二以上的多数决。集体成员决议与业主大会决议一样,因属于公共事宜,集体成员参与的积极性往往不高,有时难以形成有效的决议。因此,类推适用《民法典》第301条按份共有的相关规定,集体成员决议原则应当采取二分之一以上的多数决,重大事项应当采取三分之二以上的多数决。因此,建议《草案》第28条第3款“农村集体经济组织成员三分之二以上成员同意为通过”,修改为“对于一般决议事项,农村集体经济组织成员二分之一以上成员同意为通过。对于农村集体经济组织的合并、分立,出资设立或者参与设立公司等重大事项,三分之二以上成员同意为通过”。《草案》第29条第5款也应当作出相应的调整。

(二)集体权益分配可以参照按份共有的相关规定

参照《民法典》第309条,集体土地征收补偿款和集体经营性财产收益等集体权益的分配,原则是均等的,除非另有约定。《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22条规定,农村集体经济组织可以依照法律规定的民主议定程序,决定土地补偿费的分配。该条并没有强调平均分割,而是给农村集体经济组织预留了较大的自治空间。农村集体经济组织根据土地流转情况和对村集体贡献的大小等因素,确定一部分集体成员多分,一部分集体成员少分,属于村民自治的范畴,政府和法院不宜过多干涉。实践中,还存在

独生子女家庭多享受一人份待遇问题。《人口与计划生育法》第31条规定,独生子女的父母,有权享受国家和省、自治区和直辖市规定的有关奖励。《河南省人口与计划生育条例》《陕西省人口与计划生育条例》《湖南省人口与计划生育条例》等地方性法规规定,独生子女家庭多分一人份的集体土地征收补偿款或新农村建设安置费等。这些地方性规定具有上位法的依据,为独生子女家庭多享受一人份待遇提供的法律支撑,应当成为地方法院司法裁判的依据。

《草案》第41条第1款规定,农村集体经济组织可以将集体所有的经营性财产的收益权以份额形式量化到本集体经济组织成员。这符合中央改革政策,符合《民法典》按份共有的相关规定,有利于明晰产权,有利于农村集体经济组织的组织管理。集体经营性财产量化到每一个人之后,家庭的新增人口只能通过分享家庭所拥有的集体资产份额的办法,实现相应的权益。由于每个家庭死亡人口和新增人口的数量并不相同,因此该政策实施一定期限后,就会造成集体成员之间享有的集体权益并不完全相同。

三、农村承包经营户内部的集体成员与集体成员关系

集体成员通过农户的主体形式享有土地承包经营权,是中国家庭承包经营制度形成和发展的结果。随着实践的发展,农村承包经营户的成员与家庭的成员出现了分离。部分家庭成员不具有集体成员资格,逐渐成为一种常态。如何处理农村承包经营户内的原有成员与新增成员、死亡人员与现有人员的利益冲突,需要全面梳理学术界的观点和司法裁判的立场。

(一)农村承包经营户内部的集体成员与集体成员关系的规范分析

集体发包土地时,农户按照户内的人数承包土地,产权是相对清晰的。随着户内成员的变化,就产生了农户内部产权关系的模糊性。农村承包经营户的内部关系,学术界有共同共有说、按份共有说和合有说等不同观点。共同共有说认为,以家庭关系为基础的土地承包经营权是家庭成员共同共有^[7]。共同共有的核心在于强调农户内部家庭成员对承包地不分份额地享有权利,并承担义务^[8]。按份共有说认为,农村承包经营户的承包地是按照户内人口

数量分配的,因此土地承包经营权应当为农民个人单独所有或为家庭成员按份共有^[9]。合有说认为,农村承包经营户内部的共有权是合有结构,因成员的人数是不断变动的,成员的份额也是不确定的,且不能转让、继承,也不能请求分割^[10]。

笔者认为,第二轮发包土地时的集体成员,按份享有对农村承包经营户名下的土地承包经营权,更符合《民法典》夫妻财产制度、继承制度的体系解释,更符合时代发展的要求。农村承包经营户并不是独立的民事主体,农户成员是实质意义上的土地承包经营权主体。农村承包经营户不具有组织性,只是农民个体进入农业领域,享有土地承包经营权的通道。农村承包经营户制度具有主体法、财产法、家庭法和社会法的四重属性,这造成法律解释和适用的困境^[11]。农村承包经营户内部关系的法律解释方案,不是纯粹的法律技术问题,很大程度上受改革政策的影响。2018年修改后的《农村土地承包法》第16条第2款规定:“农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益。”从文义解释看,农户内家庭成员均享有土地承包的权益。该条中的“家庭成员”,需要进行限缩解释,要以具有集体成员资格为前提。是农户现有成员的按份共有,还是第二轮土地承包时的农户成员的按份共有,还存在一定的争议。从司法裁判看,两种观点都有一定合理性。后者更符合更加关注农户成员个人权益的立法导向,更符合土地承包关系长期稳定的政策目标,更符合城乡融合、乡村全面振兴的战略方针。

(二)农村承包经营户内部的集体成员与集体成员关系的司法裁判

1.农村承包经营户的原有成员与新增人员

农村承包经营户的新增人口主要指第二轮土地承包后,因结婚而迁入的妇女和新出生的人员。新增人员是否享有土地承包经营权,司法裁判并不统一。

第一种裁判路径是新增人口享有土地承包经营权。如有司法裁判认为,陈某与张某先后因婚姻加入冯某的家庭,与冯某长期共同生活,成为冯某的家庭成员,因此陈某和张某对案涉6亩土地享有承包经营权^①。刘某与王某乙结婚后将其户口迁入王某甲户口上,成为涉案村的村民,具有集体成员资格,应当享有土地承包经营权^②。梁某婚后迁居,成为夫家的家庭成员,即便在其夫家未分得承包地,也应当享受共同经营承包地的权利^③。原承包人因死亡剩余5人,因结婚或出生新增承包人7人,因此裁

判每人对土地承包经营权,享有1/12的份额^④。

第二种裁判路径是新增人口不享有土地承包经营权。如有司法裁判认为,纪某虽然现在已经成为涉案村的居民,但根据农村土地承包30年不变的政策规定,该村并没有调整承包地,因此纪某的土地承包经营权尚不能实现^⑤。李某在新户籍地并未实际分配得土地,且在娘家所在地分得承包地,应当认定其在原居住地享有土地承包经营权^⑥。尹某出生至今未分配过承包地,不是土地承包经营权人,不享有分配征收补偿款的权利^⑦。依据“减人不减地、增人不增地”的原则,承包合同签订后出生的郭某不享有土地承包经营权^⑧。

笔者认为,第二种裁判路径相对更合理。第一种裁判路径,强调农户的主体地位,形式上的确可以避免出现无地农民的问题。然而,这种裁判路径会造成新增人口对原有成员土地承包权益的挤压,也会对出嫁女的权益保护造成不利的影 响。如果出嫁女通过夫家的承包户,自动取得了嫁入村的集体成员资格,取得了土地承包经营权,那么出嫁女通过娘家的承包户取得的土地承包经营权,就会自动丧失。这就剥夺了出嫁女对集体成员资格的选择权,更是剥夺了农嫁非的出嫁女的土地权益。第二种裁判路径与《民法典》婚前财产归个人所有的相关制度相符,可以切实保护男方或女方婚前的土地承包经营权。父母对未成年子女具有法定的扶养义务,不用担心新出生的集体成员因没有土地承包经营权,而无法维持基本生存的问题。第二轮土地承包到期后,中央的改革政策是自动延包。这也说明第二种裁判思路的合理性与可行性,更符合土地承包关系长期稳定的预期。

2.农村承包经营户的死亡人员与现有人员

从目前看,否定土地承包经营权可以继承的司法裁判占据主流。如有司法裁判认为,虽然涉案土地经营权人为周某波、周某召的父母,但土地承包经营权不属于继承权的客体,遂驳回了要求继承的请求^⑨。户内成员未全部死亡的,由于作为承包方和权利主体的户还存在,不发生继承,承包地由承包户中的其他成员继续承包经营^⑩。土地承包经营权不能继承,土地承包经营权由剩余的最初承包者享有,还是由现有的家庭成员享有,司法实践也有很大争议。还有一些司法裁判认为,土地承包经营权可以继承。如有司法裁判认为,黄某通过遗赠扶养协议的形式,对其承包的土地在剩余承包期内进行流转,并经过集体的同意,没有违反法律法规的强制性规

定,亦不损害他人利益^⑩。还有司法裁判回避继承问题,根据共有物分割规范,直接将土地承包经营权在户内成员间进行分割^⑪。

笔者认为,土地承包经营权按照《民法典·继承编》的相关规定进行继承,更符合农村土地三权分置改革的要求。不支持土地承包经营权继承的主要理由是土地承包经营权的主体是农户,而不是个人。根据上文的分析,农户仅仅是形式上的权利主体,第二轮发包土地时的集体成员,对土地承包经营权按份共有。按照这一逻辑,土地承包经营权是可以继承的。存在的问题是,有的继承人不具有集体成员资格。具有集体成员资格的继承人,可以继承取得土地承包经营权。不具有集体成员资格的继承人,可以要求价值分割。如果继承人都具备集体成员资格,可以转让继承所得的土地承包经营权,其他集体成员具有优先受让的权利。中央改革政策已经允许,非集体成员通过继承农村房屋的方式,继承宅基地使用权。该宅基地使用权可以颁发权属证书,只是要备注“通过继承取得”。按照这种制度设计的逻辑,非集体成员也可以通过继承取得土地承包经营权。

四、宅基地使用户内部的集体成员与集体成员关系

我国立法规定了农村村民一户一宅制度,实质上认可了宅基地使用户的特殊民事主体形式。实践中,宅基地使用权发证,只登记户主,并不登记成员。宅基地使用户的成员如何确定,是司法实践中的疑难问题。向集体申请宅基地时或宅基地确权发证时农户内的集体成员,按份享有宅基地使用权,从长远看更合理。

(一) 宅基地使用户内部的集体成员与集体成员关系的规范分析

宅基地使用户内部的成员如何确定,内部关系如何定性,学界也存在不同的观点。有学者认为,宅基地使用权是农户内全体家庭成员或者部分家庭成员共有^[12]。有学者认为,宅基地使用权的初始权利主体是农户申请宅基地使用权时的全部集体成员,继受权利主体根据赠与、转让、继承等规则予以确定^[13]。

2019年修改后的《土地管理法》第62条第1款规定“农村村民一户只能拥有一处宅基地”。这是关于宅基地使用权的主要法律规范。与农村承包经

营户相比,宅基地使用户的成员更加复杂。第一,宅基地使用权的类型具有多元性,并没有统一的形成时间。有些宅基地是历史形成的,可以追溯到20世纪60年代,甚至更早的时期。改革开放后的很长一段时间,还允许城市人口获得宅基地。1998年修改后的《土地管理法》第一次从法律层面明确了农村村民一户一宅制度。第二,传统文化导致了宅基地使用户的成员不清晰。男娶女嫁的习俗,很大程度上决定宅基地使用权的原始取得,往往以男性集体成员为中心。这导致外嫁女、丧偶女、离婚女等妇女宅基地权益的保护,成为司法实践中的疑难问题。第三,宅基地的共有人与房屋的共有人往往不一致。实践中,女方嫁入男方家,居住房屋的宅基地往往是男方父母申请的。夫妻在拥有一定的经济基础后,往往会翻建房屋。在宅基地资源有限的地区,多人多个家庭往往共有宅基地和房屋。

笔者认为,未来应当参照农村承包经营户的会员制度,逐步建立宅基地使用户的会员制度。农村村民一户一宅制度要实现的并不是精准的法律正义,而是模糊的社会正义。该制度要实现现代化,就必须打破宅基地使用户的会员是不确定的观念。宅基地使用权的财产属性越来越强,女方并不因结婚而成为夫家宅基地使用户的会员。女方也并不因结婚而丧失娘家宅基地使用户的会员资格。向集体申请宅基地时的农户会员,按份享有宅基地使用权,更为合理。申请宅基地的时间不确定,或者是因历史形成的宅基地,以宅基地使用权发证时的农户会员,按份享有宅基地使用权,更为合理。然而,该制度设计需要全面坚持男女平等的原则。宅基地使用户的会员相对确定,就可以用按份共有制度解决分割问题。

(二) 宅基地使用户内部的集体成员与集体成员关系的司法裁判

1. 区分宅基地的共有关系和房屋的共有关系

宅基地使用权的主体形式上是农户,因此很多法院不支持农户成员分割宅基地使用权。如有司法裁判认为,房屋是夫妻共同财产,宅基地使用权是一户一宅,因此判决分割房屋,但对宅基地分割不予处理^⑬。笔者认为,司法裁判应当坚持房地一体的原则,在处理房屋纠纷时,应当明确宅基地使用权的归属。非集体成员可以通过夫妻财产分割、继承等取得房屋所有权而获得宅基地使用权。司法裁判不能回避宅基地归属问题,通过确定宅基地使用权的归属,引导当事人合理的行为预期。就夫妻离婚纠纷

而言,支持分割宅基地的司法裁判可以大致分为三种类型:一是夫妻离婚,房屋全部归一方所有,宅基地使用权也判决归该方拥有^⑭。二是夫妻离婚,法院对房屋进行了具体的分割,但对宅基地没有进行具体的分割,只是确立了相应的份额^⑮。三是夫妻离婚,法院对房屋进行了具体分割,同时判决宅基地使用权归相应的房屋所有权人^⑯。

2. 宅基地使用户的原有成员与新增人口

一种裁判路径是新增人员享有宅基地使用权。如有司法裁判认为,李某因结婚、贾某乙因出生取得户内成员资格,享有该宅基地使用权及其上建筑物所有权^⑰。要根据宅基地为住所的现有户籍人数,对宅基地转让的价款进行分割,而不是宅基地取得时的户籍人数^⑱。另一种裁判路径是新增人员不享有宅基地使用权。如有法院按照宅基地取得时的户籍人数,对宅基地转让的价款进行分割,而不考虑新增的配偶及子女等家庭成员^⑲。

笔者认为,宅基地使用户内的新增人员,不享有宅基地使用权,更符合《民法典》夫妻财产制度相关的规定。《民法典》采用的是“宅基地使用权人”的表达,而没有采纳“宅基地使用户”的表达。宅基地使用户是形式上的权利主体,实际权利主体是集体成员。婚前的宅基地和房屋,实质属于婚前个人所有。可以通过夫妻财产约定的方式,让婚前的宅基地和房屋成为夫妻共同财产。离婚后一方没有住所的,法院可以裁判在一定期限内继续居住在诉争的宅基地之上的房屋。新出生的家庭成员可以通过继承、赠与等方式,获得宅基地使用权。

3. 宅基地使用户的死亡人员与现有人员

一种裁判路径是,在部分家庭成员死亡后,宅基地使用权应当由剩余农户内成员继续享有。如有司法裁判认为,宅基地使用权的主体是农户,而非成员个人,宅基地使用权不属于个人遗产,判决宅基地使用权不能继承取得,由剩余的农户成员共同使用^⑳。另一种裁判路径是,宅基地使用权可以继承分割。如有司法裁判认为,继承人可以通过遗嘱继承,取得涉案的宅基地使用权^㉑。继承人可以通过法定继承,取得涉案的宅基地使用权^㉒。还有一种折中的裁判模式,可以通过继承房屋继承宅基地。如有司法裁判认为,非集体成员可以通过继承房屋,继承宅基地使用权,但对所继承房屋仅能作必要的修缮而不能重建、扩建^㉓。

笔者认为,折中的裁判路径相对更容易操作,更容易被民众接受。由于房地一体的原则,宅基地使

用权的继承,往往转变为农村房屋的继承。非集体成员通过继承房屋获得宅基地使用权,并不当然取得集体成员资格。宅基地使用权的取得与集体成员资格的取得,要适当进行分离。从长远角度考虑,随着宅基地使用权社会保障属性的减弱和财产属性的增强,应当允许宅基地使用权本身可以被继承。

五、承包地、宅基地出租中的集体成员与集体成员关系

承包地、宅基地出租中的集体成员与集体成员的关系,属于农户外部的集体成员关系。根据《农村土地承包法》第38条,集体成员流转土地经营权,其他集体成员享有优先权。这种优先权的行使期间、效力等,需要进一步明确。未来立法应当明确集体成员承租其他集体成员宅基地(农村房屋)的优先权。

(一) 集体成员对其他集体成员承包地享有优先承租的权利

如果将土地经营权定性为债权,那么集体成员享有优先承租的权利。这种优先权的行使期间,需要根据《民法典》及其司法解释的相关规定予以确定。《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11条规定,集体成员对其他集体成员承包地享有优先承租权,因两种原因而消灭:一是在书面公示的合理期限内,集体成员没有行使优先承租权;二是未经书面公示,非集体成员开始使用承包地两个月内,集体成员未提出行使优先承租权。但是,该条规定在适用中仍然存在一些问题:第一,集体成员流转土地经营权,虽然书面公示了其他集体成员行使优先承租权,但没有明确行使权利的期间,或者明确的期间短于15天。第二,集体成员流转土地经营权,虽然没有书面公示其他集体成员行使优先承租权,但其他集体成员知道或者应当知道。对此,应当参照适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第11条按份共有人优先购买权条款,完善集体成员优先承租权的行使规则。

集体成员流转土地经营权,未通知其他集体成员行使优先承租权,土地经营权流转合同是否有效,现行的法律和司法解释并不明确。根据《民法典》第728条,出租人未通知承租人行使优先购买权,买卖合同有效,承租人请求出租人承担赔偿责任。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国

法典》物权编的解释(一)》第12条,按份共有人可以主张共有份额转让合同无效,但同时要行使优先购买权。集体成员的优先承租权与按份共有人的优先购买权更为相似,从法律效果看可以参照适用。因此,其他集体成员可以主张土地经营权流转合同无效,但要同时行使优先承租权。实践中还有一个问题,就是集体成员的优先承租权与承租人的优先续租权的冲突问题。如果土地经营权流转给非集体成员,承包地流转期限届满后,就面临着两个优先权的冲突问题:一是其他集体成员的优先承租权,二是承租人的优先续租权。根据《民法典》734条的目的解释,承租人的优先续租权要优先于其他集体成员的优先承租权。

(二)集体成员对其他集体成员宅基地(农村房屋)享有优先承租的权利

集体成员出租宅基地(农村房屋),其他集体成员是否享有优先承租的权利?《土地管理法》对此没有规定,在法律上存在漏洞。人均土地少、不能保障一户拥有一处宅基地的地区,可以通过租赁其他农户房屋的方法,满足住房需求。受制于农村村民的居住文化,集体成员租赁农村房屋的需求,需要进一步调查分析。从理论上讲,还可以通过多户一宅、建造高层建筑的方式,满足集体成员的住房需求。随着从一户一宅到户有所居的目标转变,从制度的完整性看,未来立法还是应当赋予集体成员对农村房屋的优先承租权。《民法典》第366—371条规定了居住权,居住权的期限可以超过20年。如果农村房屋可以设立居住权,特别是可以设立投资性居住权,同一农村集体经济组织的成员就应当享有优先设立的权利。

六、承包地、宅基地转让中的集体成员与集体成员关系

承包地、宅基地转让中的集体成员与集体成员的关系,属于农户外部的集体成员关系。长期以来,土地承包经营权和宅基地使用权的转让局限于同一集体成员之间。这是集体成员基于成员身份,对其他集体成员享有的一种权益。随着农村市场化的发展,非集体成员受让土地承包经营权、宅基地使用权,司法裁判并不当然认定为无效。未来立法应当明确允许同一村内、同一乡镇内,甚至同一县区内的不同集体经济组织成员之间,可以转让土地承包经营权、宅基地使用权。

(一)土地承包经营权在集体成员之间转让的突破

《农村土地承包法》第34条规定:“经发包方同意,承包方可以将全部或者部分的土地承包经营权转让给本集体经济组织的其他农户。”根据《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13条,发包方无法定理由不同意或者拖延表态的,视为有效。问题是,土地承包经营权在不同的集体成员之间转让是否有效。目前很多司法裁判认为,非同一集体成员之间转让土地承包经营权的合同无效。如有司法裁判认为,涉案《土地转让协议》《林地转让协议》的双方并非同一集体成员,不能认定合同有效²⁴。江某、潘某并非同一集体成员,江某将承包的林地转让给潘某,未经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意、未报镇人民政府批准,违反法律强制性规定,该协议无效²⁵。也有一些司法裁判认为,不同集体成员之间转让土地承包经营权,是有效的。如有司法裁判认为,村主任与支部书记在案涉《协议》上签字,土地承包经营权转让已经超过10年,因此《协议》是有效的²⁶。《农村土地承包法》第34条限制受让主体资格,而并非限制转让行为本身,是管理性规范,而非效力性规范,因此《土地流转合同》为有效合同²⁷。经发包人同意,受让人将户籍迁到了承包地所在的村,因此转让合同是有效的²⁸。

笔者认为,非同一集体经济组织的成员,转让土地承包经营权,应当逐步认定为有效。第一,土地承包经营权转让不适用《农村土地承包法》第52条的规定。土地承包经营权的转让行为,不是发包行为,不需要三分之二的集体成员或者集体成员代表同意,并报乡镇政府的批准。第二,《农村土地承包法》第34条并不能理解为效力性的强制性规范。从文义解释看,该条只是规定了同一集体成员之间的转让,强调同一集体的成员与集体确立新的承包关系。该条并没有对非同一集体成员之间的转让,作出明确的规定。第三,土地承包经营权的互换已经突破了同一集体成员的限制。安徽省高级人民法院《关于审理农村土地承包经营权和宅基地使用权流转纠纷案件的纪要》(皖高法〔2017〕107号)第6条规定:“不同集体经济组织成员互换,主张无效,一般不予支持。”这一规定本着实事求是的态度,满足了不同集体成员互换土地承包经营权的实践需求。第四,非同一集体经济组织成员转让土地承包经营权,就可以理解为流转不确定期限的土地经营

权。土地经营权的期限,可以为土地承包经营权的剩余期限,可以超过20年。土地承包经营权期限延长,土地经营权的期限也可以延长。非同一集体经济组织成员转让土地承包经营权,就转化为土地经营权流转,合同就是有效的。如有司法裁判认为,《转让协议》并不是以转让土地承包经营权为目的的土地流转合同,而是土地经营权转让的土地流转合同²⁹。

(二) 宅基地使用权(农村房屋)在集体成员之间转让的突破

根据《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》第19条,将宅基地上的房屋出售给本集体经济组织以外的个人,该房屋买卖合同无效。主要理由是,宅基地归农民集体所有,宅基地使用权人对宅基地仅享有占有和使用的权能,并没有转让的权能。如果允许非本集体经济组织成员通过购买宅基地上房屋的方式取得宅基地使用权,将在实质上构成对集体在该宅基地上行使所有权的障碍^[14]。

实践中,一些法院根据具体的案情,裁判非同一集体的成员买卖农村房屋合同有效。裁判的理由和路径,大概有以下六种类型:第一,买卖行为不违反当时的法律。如有司法裁判认为,诉争买卖合同签订于1997年10月20日,当时的法律、法规以及相关国家政策并没有明确禁止非同一集体的成员买卖农村房屋³⁰。第二,买卖行为经过集体同意或者将户籍迁入该村。如有司法裁判认为,《买房协议》加盖了加盖村民委员会的印章,且双方当事人已经按《买房协议》履行完毕³¹。买房人经村委会同意,已经将户口迁至水东村,具备同一集体的成员资格³²。买房人的儿子已经将户籍迁入涉案房屋所在的龙口村,双方之间的房屋买卖合同并不违反法律禁止性规定³³。第三,买房人与涉案的集体经济组织之间有农用地承包合同,买卖合同不宜无效。如有司法裁判认为,虽然买房人的户籍未迁入诉争房屋所在村,但是与房屋所在东村委会签订了农村土地承包合同,认定合同有效并无不当³⁴。第四,连环买卖的最终买受人是涉案房屋所在的村集体经济组织成员。如有司法裁判认为,诉争房屋最终仍属于房屋所在村的集体经济组织成员所有时,连环买卖所涉及的都是有效的³⁵。第五,涉案房屋所在土地已经收归国有,房屋买卖合同有效。如有司法裁判认为,涉案房产土地已征收完毕,现土地性质已变更为国有土地性质,合同无效的情形已经补正³⁶。第六,从维护诚信原则、维护合同稳定、维护公平正

义的角度看,买卖合同应当有效。如有司法裁判认为,因房屋面临拆迁,卖房人悔约追逐个人利益,不仅严重违反诚信,而且也违反公序良俗的基本道德准则。买房人已经稳定居住13年,合同的无效将导致出现极不公平的现象产生³⁷。这些司法裁判根据诚信原则、公序良俗原则、公平原则等,突破了买受人必须是同一集体经济组织成员的限制。

实践中,还有一些法院虽然判决农村房屋买卖合同无效,但不支持要求返还农村房屋的诉讼请求。裁判的理由和路径,大概有以下三种类型:第一,买房人长期居住。如有司法裁判认为,买房人居住多年,根据诚信原则和经济原则,买房人可以继续使用诉争房产³⁸。买房人占有使用案涉房屋已经处于长期稳定状态,直至案涉房屋涉及拆迁卖房人才提起本案诉讼,明显有违诚信原则,返还房屋将造成双方利益明显失衡,故没有必要返还³⁹。第二,买房人对房屋进行翻建。卖房人出售案涉房屋时,应视为已经作出了放弃宅基地使用权的意思表示;买房人已付清房款,并对案涉房屋进行了装修改造,实际居住至今;兼顾到遵循诚实信用及公平原则、维护交易秩序和当事人生活安定,案涉房屋不宜再返还⁴⁰。在合同无效处理上,因双方签订合同的时间较长,买房人对涉案房屋进行了翻建并实际居住,本案房屋不适合采取返还或者归属出卖人的处理方式⁴¹。第三,买房人户籍已迁入涉案房屋所在地,享受村民待遇。如有司法裁判认为,买房人已将户口从原籍迁出,案涉房屋所在地的村集体经济组织实际上已让买房人承担村民义务、享受村民待遇,因此卖房人要求返还房屋并迁让的诉讼请求不予支持⁴²。买房人在房屋所在地居住了10年,公安局也已为其办理了居住证,与村民委员会形成了相对稳定的法律关系。因此,卖房人返还房屋诉讼请求不予支持⁴³。

笔者认为,农民异地购买农村房屋,既不损害公共利益,也不影响集体所有权的实现,不宜简单认定无效。第一,《土地管理法》第62条第4款“农村村民出卖、出租房屋后,再申请宅基地的,不予批准”,更多是管理性的规定,也并不禁止农村房屋买卖。第二,最新一些改革试点地区明确允许在同一乡镇或同一个县区范围内流转农村房屋。农村宅基地三权分置改革,就是要激活农村宅基地和房屋的市场价值,允许非集体成员利用。集体经济组织可以通过向买受人收取集体土地使用费等方式,实现所有权的权能。第三,允许不同集体经济组织的成员之间基于其生活、生产的需要,购买农村房屋,有相对

成熟的司法实践经验。根据《上海高院关于审理农村宅基地房屋买卖纠纷案件的原则意见(沪高法民一[2004]4号)》第1条规定,同一乡镇范围内的不同集体成员之间的买卖农村房屋合同,已经履行或买房人已经入住,该房屋买卖合同认定为有效。因此,要采取能动司法的立场,通过司法裁判,推动集体土地产权渐进式的制度变迁。

结 语

学术界应当更加关注农村法治,关注农民的法治需求,凝练新时代中国特色的农业农村法学的知识体系、话语体系和学术体系。为了给未来改革预留更多的空间,为司法适用保留足够的弹性,建议删除《草案》第11条集体成员的定义条款。随着农村土地三权分置改革的推进,集体成员之间的差异性越来越明显,集体成员与集体成员的关系呈现越来越丰富的多样性。

第一,集体成员与集体成员的整体关系。在集体土地所有权行使中,集体成员可以参照适用《民法典》按份共有的相关规定。参照《民法典》第301条共有物处分条款,本文建议区分集体一般事项的决议和重大事项的决议,修改《草案》第28条第3款和第29条第5款。根据《民法典》第309条,集体成员对集体土地征收补偿款和集体其他合法收入,原则上享有均等的份额。农村集体经济组织可以根据章程、民主决议或者法律的特殊规定,给部分集体成员多分或者少分。集体经营性财产按份量化给集体成员后,家庭成员只能通过分享家庭内份额的方式享有集体权益。这造成了集体成员享有的集体土地权益,并不完全相同。不过,这种集体成员的差异性,具有政策的正当性和合理性。

第二,农户内部的集体成员关系。《民法典》中的集体是中国特色的民事主体,家庭是中国特色的民事主体。集体成员通过农户的主体形式,享有集体土地权益,是极富有中国特色的实践问题。有些家庭成员并不是集体成员,并不是农村承包经营户的成员或宅基地使用户的成员。农户内部的原有成员与新增成员、已经死亡成员与现有成员,存在着某种意义的利益冲突。从司法裁判的角度看,第二轮土地承包时农户内的集体成员,按份享有土地承包经营权。向集体申请宅基地时或宅基地确权发证时农户内的集体成员,按份享有宅基地使用权。农户内的新增人员,可以通过继承的方式,取得土地承

经营权、宅基地使用权。

第三,农户外部的集体成员关系。为维护集体成员的整体利益,集体成员流转承包地、宅基地,其他集体成员享有同等条件下的优先权。对此,应当参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第11条按份共有人优先购买权条款,细化集体成员优先承租权的行使规则。基于农村土地三权分置改革的要求,非同一集体成员之间转让土地承包经营权和宅基地使用权,转让合同并不当然无效。很多法院基于诚信和公平原则等,裁判转让合同有效,或者虽然裁判合同无效,但不支持返还财产的诉讼请求。这种裁判路径积极回应改革政策,符合国家治理能力和治理体系现代化的要求。以户籍为基础、以社会保障为目的、以农户为主体的集体土地权利构架,正在实现渐进式的制度变迁。未来立法应当明确土地承包经营权、宅基地使用权的转让,不局限于同一集体经济组织内部,但同一集体经济组织的其他成员享有优先受让权。按照这种制度逻辑,土地承包经营权、宅基地使用权与集体成员资格会出现一定程度上的分离。针对丧失农村集体经济组织成员身份的法定事由,建议删除《草案》第18条第1款第3项“已经取得其他农村集体经济组织成员身份的”。是否允许村民在两个或两个以上农村集体经济组织中作为成员,法律不宜作出统一的规定,宜由村民自治。

注释

- ①参见最高人民法院(2019)最高法民申5810号民事裁定书。②⑬参见青海省西宁市中级人民法院(2015)宁民三终字第56号民事判决书。③参见广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2020)桂14民终402号民事判决书。④参见贵州省安顺市中级人民法院(2015)安市民终字第785号民事判决书。⑤参见河南省商丘市中级人民法院(2020)豫14民终4813号民事判决书。⑥参见云南省弥勒市人民法院(2020)云2504民初3804号民事判决书。⑦参见云南省昆明市中级人民法院(2021)云01民终371号民事判决书。⑧参见河北省张家口市中级人民法院(2017)冀07民终241号民事判决书。⑨参见安徽省宿州市中级人民法院(2019)皖13民终2710号民事判决书。⑩参见黑龙江省绥化市中级人民法院(2020)黑12民终136号民事判决书。⑪参见广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2019)桂04民终274号民事判决书。⑫参见山西省运城市中级人民法院(2019)晋08民终205号民事判决书。⑭参见湖南省张家界市中级人民法院(2016)湘08民终293号民事判决书。⑮参见河南省驻马店市驿城区人民法院(2018)豫1702民初1953号判决书。⑯参见北京市大兴区人民法院(2015)大民初字第11754号民事判决书。⑰参见河南省许昌市中级人民法院(2016)豫10民终553号民事判决书。⑱参见广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院(2018)桂0102民初385号民事判决书。⑲参见贵州省赫章县人民法院(2018)黔

0527 民初 1304 号判决书。⑳参见山东省泰安市中级人民法院(2021)鲁 09 民终 1651 号民事判决书。㉑㉒参见浙江省金华市中级人民法院(2020)浙 07 民终 90 号民事判决书。㉓参见甘肃省陇南市中级人民法院(2021)甘 12 民终 1178 号民事判决书。㉔参见重庆市第四中级人民法院(2021)渝 04 民终 647 号民事判决书。㉕参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2019)黔 27 民终 2637 号民事判决书。㉖参见四川省宜宾市中级人民法院(2020)川 15 民终 2397 号民事判决书。㉗参见湖北省鄂州市中级人民法院(2019)鄂 07 民终 291 号民事判决书。㉘参见贵州省遵义市中级人民法院(2018)黔 03 民终 3157 号民事判决书。㉙参见四川省泸州市中级人民法院(2017)川 05 民终 116 号民事判决书。㉚参见江苏省常州市中级人民法院(2020)苏 04 民终 162 号民事判决书。㉛参见湖北省十堰市中级人民法院(2015)鄂十中民三终字第 00386 号民事判决书和湖北省高级人民法院(2016)鄂民申 652 号民事裁定书。㉜参见山西省晋城市中级人民法院(2020)晋 05 民终 1203 号民事判决书。㉝参见湖北省宜昌市中级人民法院(2020)鄂 05 民终 2052 号民事判决书。㉞参见湖北省宜昌市中级人民法院(2017)鄂 05 民终 3500 号民事判决书和湖北省高级人民法院(2018)鄂民申 1272 号民事裁定书。㉟参见北京市第三中级人民法院(2021)京 03 民终 15247 号民事判决书、广东省珠海市中级人民法院(2021)粤 04 民终 2599 号民事判决书。㊱参见河南省南阳市中级人民法院(2020)豫 13 民终 4710 号民事判决书。㊲参见山西省太原市中级人民法院(2014)民终字第 1034 号民事判决书和山西省高级人民法院(2015)晋民申字第 384 号民事裁定书。㊳参见江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申字第 02455 号民事裁定书。㊴参见江苏省苏州市中级人民法院(2021)苏 05 民终 125 号民事判决书。㊵参见江苏省高级人民法院(2016)苏民申 5556 号民事裁定书。㊶参见江苏省徐州市中级人民法院(2021)苏 03 民终 4752 号民事判决书。㊷参见江苏省扬州市中级人民法院(2020)苏 10 民终 3233 号民事判决书。㊸参见湖北省高级人民法院(2015)鄂民申字第 01977 号民事裁定书。

参考文献

- [1] 宋志红.论农民集体与农村集体经济组织的关系[J].中国法学,2021(3):164-185.
- [2] 于飞.“农民集体”与“集体经济组织”:谁为集体所有权人?——风险界定视角下两者关系的再辨析[J].财经法学,2016(1):44-50.
- [3] 高海.农民集体与农村集体经济组织关系之二元论[J].法学研究,2022(3):23.
- [4] 温世扬.从集体成员权到法人成员权:农村集体经济组织法人成员权的内容构造[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2022(4):143-153.
- [5] 《民法总则立法背景与观点全集》编写组.民法总则立法背景与观点全集[M].北京:法律出版社,2017:557.
- [6] 孟勤国.物权法如何保护集体财产[J].法学,2006(1):72-77.
- [7] 鲁晓明.从农户并立到家庭统摄:我国民事法上农户制度的问题与出路[J].法商研究,2018(5):139-149.
- [8] 刘灵辉,邱晓艳.土地承包经营权户内共同共有问题研究[J].中州学刊,2021(10):41-48.
- [9] 朱广新.论土地承包经营权的主体、期限和继承[J].吉林大学学报(社会科学版),2014(4):28-37.
- [10] 肖盼晴.农村承包经营户内成员共有权的结构与功能分析[J].中国土地科学,2021(3):17-22.
- [11] 申惠文.论农村承包经营户的死亡[J].河南财经政法大学学报,2016(2):106-118.
- [12] 谢潇.民法典视阈内宅基地使用权继承规则之构造[J].法学,2022(1):128-142.
- [13] 吴昭军.宅基地使用权继承的理论障碍与廓清:以重释“一户一宅”为切入点[J].农业经济问题,2021(5):78-89.
- [14] 杜万华.《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2017:343.

Normative Analysis and Judicial Adjudication of the Relationship Among Rural Collective Members

Shen Huiwen

Abstract: The identification of collective membership should be based on dynamic system theory rather than constitutive element theory, providing greater flexibility for judicial decisions. Under certain conditions, the relationship among collective members in the exercise of collective land ownership can refer to the relevant provisions on co-ownership by shares in the *Civil Code*. Collective members enjoy equal rights to collective land rights, and their shares may vary based on different reasons stipulated in the articles of association, resolutions, or laws. Some family members are not the members of collectives, nor are they members of rural contracting households or users of homesteads. The collective members who are in a peasant household during the second round of land contracting shall enjoy the right to use the contracted land by shares. And the collective members who are in a peasant household at the time of applying to the collective for the house site or issuing the certificate of the house site rights shall enjoy the right to use the house site by shares. When a collective member transfers the contracted land or the house site, other members of the same collective shall enjoy the priority under the same conditions. Judicial adjudication should actively respond to reform policies. The transfer of land contract management rights and homestead use rights among members of different collectives does not necessarily result in invalid contracts.

Key words: collective members; co-ownership by shares; rural contracting households; homestead users

责任编辑:一鸣