

# 耕地弃耕抛荒下的强制代耕合同制度研究

肖 鹏, 贾心可

(中国农业大学人文与发展学院, 北京 100083)

**摘要:** 研究目的: 探究强制代耕的法律属性, 并从合同订立和合同内容两个方面完善强制代耕合同的制度构建。研究方法: 文献分析法和归纳演绎法。研究结果: (1)强制代耕属于土地经营权的强制流转, 农村集体经济组织与土地承包经营权人应当签订书面合同。(2)强制代耕合同订立的民法依据是强制缔约义务。在土地承包经营权人连续弃耕抛荒两年以上的情形下, 农村集体经济组织应当履行强制要约义务, 土地承包经营权人负强制承诺义务。(3)强制代耕合同的典型合同类型是土地经营权流转合同。土地承包经营权人不能获得流转价款, 土地承包经营权人继续耕种土地或者自愿流转土地经营权的, 可以依法解除合同。研究结论: 强制代耕合同订立的强制性及其双方当事人权利义务的明晰, 使其成为解决耕地弃耕抛荒的有效途径。

**关键词:** 耕地保护; 弃耕抛荒; 强制代耕; 土地经营权流转; 强制缔约义务

中图分类号: F301.21

文献标志码: A

文章编号: 1001-8158(2023)07-0011-09

中共二十大报告强调“全方位夯实粮食安全根基, 全面落实粮食安全党政同责, 牢牢守住十八亿亩耕地红线”。2023年中央一号文件强调“加大撂荒耕地利用力度”。耕地保护制度是我国土地管理的基础性制度, 既是《土地管理法》的核心和宗旨<sup>[1]</sup>, 也是确保粮食安全的制度根基。尽管《土地管理法》明确禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地, 然而耕地弃耕抛荒的情形仍普遍存在, 引起了学界的广泛关注。

弃耕抛荒是一种粗放用地、极端不利用耕地的行为<sup>[2]</sup>, 其形成原因包括自然条件、农户综合素质、经济效益以及政府政策等不同方面<sup>[3]</sup>, 其中经济、社会环境方面的原因更为重要<sup>[4]</sup>。耕种成本高、农业收入比重低是导致农户弃耕抛荒最主要的经济因素<sup>[5]</sup>。通过进一步强化制度建设从而规范农户的耕地弃耕抛荒行为, 成为学界的普遍共识。其中, 土地经营权流转作为解决耕地弃耕抛荒问题的路径之一, 其制度的不规范成为研究重点<sup>[6]</sup>, 并提出完善土地经营权流转市场<sup>[7]</sup>、引导土地经营权流转<sup>[8]</sup>、推动耕地的规模经营与集约利用<sup>[9]</sup>等措施, 从而解决耕地弃耕抛荒问题。同时, 也有学者指出, 以自愿为原则的土地经营权流转制度无法解决土地承包经营权人拒绝流转土地经营

权而又弃耕抛荒耕地的情形<sup>[10]</sup>, 应当通过“强制代耕”解决此种情形下耕地弃耕抛荒问题<sup>[11]</sup>。

2019年《土地管理法》修订, 删除了“承包经营耕地的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的, 原发包单位应当终止承包合同, 收回发包的耕地”的规定, 其主要理由在于《农村土地承包法》已经对此作了规定<sup>[12]</sup>。但是, 《农村土地承包法》第四十二条和第六十四条规范的是土地经营权人弃耕抛荒的问题, 而并没有对土地承包经营权人弃耕抛荒作出规定。2022年9月5日, 自然资源部就《耕地保护法(草案)》(征求意见稿)公开征求意见, 仅仅在第五十二条第二款通过不纳入耕地保护补偿范围对耕地弃耕抛荒予以规范<sup>[13]</sup>。尽管《基本农田保护条例》第十八条第二款仍然有土地承包经营权人弃耕抛荒的, 应当终止承包合同、收回发包基本农田的规定, 但是该规定与《土地管理法》《农村土地承包法》均存在冲突, 应当予以修订。同时, 终止承包合同、收回承包地导致土地承包经营权消灭, 是对农民土地权益严重侵害, 容易激化矛盾、产生纠纷。无论是《土地管理法》《农村土地承包法》对土地承包经营权人弃耕抛荒的忽视, 还是《耕地保护法(草案)》将其局限于是否纳入耕地保护补偿的范围, 恐怕

收稿日期: 2023-03-31; 修稿日期: 2023-05-14

基金项目: 国家社科基金重大项目“农村集体所有制法律实现机制研究”(22&ZD202)。

第一作者: 肖鹏(1978-), 男, 山东淄博人, 博士, 教授, 博士生导师。主要研究方向为民法、土地法。E-mail: xp@cau.edu.cn

都难以应对耕地弃耕抛荒的复杂情况。因此,土地承包经营权人弃耕抛荒的,应当由农村集体经济组织强制代耕,从而在保障农户合法土地权益与寻求耕地资源充分利用之间实现平衡。本文拟从厘清强制代耕的法律属性入手,以强制缔约义务为核心阐述强制代耕合同订立的义务主体及法定条件,从而明晰强制代耕解决耕地撂荒问题的正当性和必要性,并从强制代耕的典型合同类型与法定内容两个方面,进一步完善强制代耕合同制度构建。

## 1 强制代耕的法律属性

在我国实践中和立法上,代耕制度长期存在。强制代耕的研究,应当在阐释现行法中代耕制度的基础上,厘清其法律本质。

### 1.1 现行法下的代耕制度

从制度演进来看,代耕源于抗日战争时期的拥军优属措施。中华人民共和国成立后,代耕被明确为革命烈士家属、革命军人家属的优抚措施之一,后随着现役军人薪金制改革与“优待劳动日”等政策的颁布,逐渐停止施行<sup>[14]</sup>。现行法中的代耕主要规范于《农村五保供养工作条例》和《农村土地承包法》中。

第一,农村五保供养措施中的代耕。《农村五保供养工作条例》第十一条明确规定了代耕制度。五保供养的核心之一在于保障供养资金来源稳定,代耕可以为供养对象提供较为稳定的收入来源,在一定程度上满足农村五保供养的资金需求<sup>[15]</sup>。作为农村五保供养措施的代耕,实质上属于土地经营权流转:一方面,2006年《民政部 国家发展和改革委员会 财政部关于贯彻落实〈农村五保供养工作条例〉的通知》中强调,代耕应当以自愿为基础,与土地经营权流转的自愿原则相符;另一方面,在地方实践中,也往往将代耕与土地经营权流转或者其他方式流转并列<sup>①</sup>。

第二,《农村土地承包法》中的代耕。“代耕就是将承包方承包地交由自己的亲朋好友代为耕种,承包方这样做一般是为避免土地撂荒,而且大多是无偿的”<sup>[16]</sup>。2002年《农村土地承包法》第三十九条第一款规定的是土地承包经营权转包、出租,第二款规定了代耕制度,其差异在于不满一年的代耕可以不签订书面合同。因此,代耕应当属于与转包、出租并行的土地承包经营权流转方式。2018年《农村土地承包法》的修订对代耕作出了调整,将其纳入规范土地经营权

流转合同的第四十条第三款。从该条文的内容来看,土地经营权流转应当签订书面流转合同,代耕不满一年的可以不签订书面合同,故代耕应当属于与出租、入股并行的土地经营权流转方式。此外,《农村土地承包法》《民法典》均认可以其他方式设立土地经营权<sup>[17]</sup>,综上所述,代耕应当属于土地经营权流转的其他方式<sup>[18]</sup>。随着《农村土地承包法》的修订,代耕完成了从土地承包经营权流转方式向土地经营权流转方式的转变。

此外,农业生产社会化服务中也存在代耕。农业生产社会化服务是由各类服务机构为农业生产提供的产前、产中、产后全过程综合配套的服务<sup>[19]</sup>。2008年《农业部办公厅关于大力推进早稻生产稳定发展的紧急通知》明确将代耕作为解决劳力短缺农户的实际困难,从而遏制稻田撂荒的重要举措之一。2017年《农业部 发展改革委 财政部关于加快发展农业生产性服务业的指导意见》明确代耕是一种重要的农业生产托管形式,以不流转土地经营权为前提<sup>[20]</sup>。因此,农业生产社会化服务中的代耕,只是农业生产耕、种、防、收中的一个作业环节,其作为政策语言也与土地经营权流转制度有所区别。

### 1.2 强制代耕的制度本质

2004年《国务院办公厅关于尽快恢复撂荒耕地生产的紧急通知》规定,在土地承包经营权人因长期外出务工或弃农经商而长期撂荒耕地的情形下,农村集体经济组织应当组织代耕并通知撂荒农户限期恢复耕种。为了应对弃耕抛荒的问题,各地在制定地方性法规以落实《农村土地承包法》的过程中,也进一步将组织代耕与弃耕抛荒问题联系起来,形成了在土地承包经营权人弃耕抛荒的情形下由农村集体经济组织开展组织代耕的基本规则。此种组织代耕与《农村土地承包法》中的代耕存在明显差异。

如前文所述,《农村土地承包法》中的代耕,是土地经营权的流转方式之一,应当受到土地经营权流转基本制度框架的约束。《农村土地承包法》在总则第十条对保护土地承包经营权人自愿流转土地经营权作了原则性规定,并在之后的条文中作了进一步细化。自愿与依法、有偿一起被明确为土地经营权流转应当遵循的基本原则,土地经营权流转不受任何组织或个人的强迫或阻碍;任何组织或者个人强迫土地承包经营权人流转土地经营权的行为均无效,且应当赔

①参见《宁夏回族自治区农村五保供养办法》第二十七条第二款,《山东省农村五保供养办法》第十七条第一款。



偿因强迫流转而造成的损失<sup>①</sup>。因此,土地经营权是否流转、与谁流转、以何种方式流转,均由土地承包经营权人依法决定。2021年农业农村部制定的《农村土地经营权流转管理办法》第八条进一步强调,土地承包经营权人委托他人流转土地经营权的,也须以其自愿为原则。尽管通常情况下,自愿代耕与其他土地经营权流转方式相比,在形式、期限与对价等方面更加灵活:在形式上,代耕不满一年的双方可以不签订书面合同;在期限与对价上,双方往往约定不明确或者不进行约定。但是,自愿作为土地经营权流转的基本原则之一,自然也应当被代耕所遵循。为了与组织代耕相区别,可以将《农村土地承包法》中的代耕称为“自愿代耕”,是土地承包经营权人依法自愿地将承包土地交付他人代为耕种的土地经营权流转行为。

但是,各地《农村土地承包法》实施办法中规定的组织代耕,并非以土地承包经营权人的自愿为前提。以2021年修订的《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》为例,土地承包经营权人弃耕抛荒连续两年以上的,农村集体经济组织书面告知土地承包经营权人且在本集体经济组织公告后便可以组织代耕<sup>②</sup>。此类组织代耕称为“强制代耕”更为妥当。从强制代耕的法律效果来看,土地承包经营权人愿意继续耕种的可以终止代耕<sup>③</sup>,并未丧失土地承包经营权。因此,在承包地“三权分置”的权利结构下,强制代耕中代耕者获得的只能是土地经营权。与自愿代耕不同的是,强制代耕中土地承包经营权人不再具有自行决定其是否缔结合同的自由,实质上造成了土地经营权的强制流转。对土地承包经营权人缔结合同自由的限制,应当以强制缔约义务为中心作进一步阐释。

## 2 强制代耕的合同订立:以强制缔约义务为中心

《民法典》第四百九十四条对强制缔约义务作了总括性规定,使得在具体情形之下设定强制缔约义务有了民法上的依据<sup>④</sup>。强制代耕的合同订立,应当厘清强制要约义务与强制承诺义务,从而明晰订立合同的义务主体和法定条件。

### 2.1 强制代耕合同订立的义务主体

缔约自由是契约自由原则的核心内涵。当事人是否愿意订立合同,与谁订立合同均有其自由,但不加任何限制难免构成自由的滥用,强制缔约制度便由此产生<sup>⑤</sup>。该项制度对于保护民生、强化弱势群体保护、维护消费者权益等都具有重要意义<sup>⑥</sup>。强制缔约义务有狭义与广义之分,前者是指受要约人对要约人的要约负有承诺义务,后者还包括特定主体有向他人发出要约的义务<sup>⑦</sup>,以及对双方当事人都施加强制缔约义务<sup>⑧</sup>。

从《民法典》第四百九十四条可以看出,我国法律体系所采纳的显然是广义的强制缔约义务,既包括强制要约义务,也包括强制承诺义务,还包括强制要约义务与强制承诺义务共存的双方强制。从现行法来看,强制缔约义务以强制承诺义务为主,而强制要约义务以及双方强制的情形较少。强制要约义务主要体现在《证券法》第六十五条第一款规定的股东全面要约收购义务中投资者通过证券交易持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有上市公司已发行的有表决权的股份达到一定比例而继续收购的,对其他股东负有强制要约义务<sup>⑨</sup>。双方强制则主要体现在两个方面:一是基于国家订货任务、指令性任务订立的合同,一旦国家下达订货任务,法律、行政法规规定的法定要约义务主体即负有发出要约的义务,而强制承诺方除有正当理由外也不得拒绝对方合理的订立合同的要求<sup>⑩</sup>;二是机动车交通事故责任强制保险中的保险合同,双方当事人的强制要约义务与强制承诺义务<sup>⑪</sup>。究其原因,“限制要约的自由(课以要约义务)相比限制承诺的自由,无疑成为对缔约自由的更有力的限制”<sup>⑫</sup>,双方强制对于缔约自由的限制,显然比强制要约义务更进一步。学理上认为,强制缔约义务的存在须有其来源的合法基础<sup>⑬</sup>,根据是否有法律直接规定可以分为直接的强制缔约义务与间接的强制缔约义务<sup>⑭</sup>。前者是法律明确规定当事人负有必须缔约的义务,后者则是虽然法律没有明文规定,但在特定场合若不缔约就意味着当事人故意侵害社会公共利益、社会公德(公序良俗),应当解释为当事人负有强制缔约的义务<sup>⑮</sup>。强制要约义务与双方强制构成

①参见《农村土地承包法》第三十八条、第五十七条、第六十条和第六十五条。

②参见《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十条。

③参见《浙江省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第五十一条,《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条,《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十八条,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十条。

④参见《证券法》第六十五条第一款。

⑤参见《道路交通安全法》第十七条,《机动车交通事故责任强制保险条例》第二条、第十条和第三十八条。

对缔约自由的严格限制,不宜采用间接的强制缔约义务,而必须由法律、行政法规明文规定。

强制代耕的合同订立归结为强制缔约义务并无疑问。其关键在于,强制代耕合同订立中强制缔约义务,究竟应当是强制要约义务、强制承诺义务还是双方强制。从各地《农村土地承包法》实施办法的规定来看,强制代耕并未赋予弃耕抛荒的土地承包经营权人是否承诺的自由。土地承包经营权人负有强制承诺义务的正当性基础,后文将进一步探讨。但是,对于农村集体经济组织是否负有强制要约义务,实践中则有不同的举措。有的地方规定农村集体经济组织可以组织代耕,即并没有强制要约义务<sup>①</sup>;有的地方则规定农村集体经济组织应当组织代耕,即负有强制要约义务<sup>②</sup>。根据《农村土地承包法》的规定,农村集体经济组织有权利监督土地承包经营权人依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地,并制止其损害承包地和农业资源的行为<sup>③</sup>。农村集体经济组织既对其直接支配的集体资产享有占有、使用、收益和依法处分的权利,也应当对集体资产承担管理职责<sup>[31]</sup>,必须保存经营管理集体财产的完整记录,并定期向本集体报告、公示财产的管理使用、收支情况<sup>[32]</sup>。因此,农村集体经济组织代表本集体成员行使集体土地所有权的上述权利,是农村土地“三权分置”坚持集体所有权的根本地位<sup>[33]</sup>的重要体现,应当理解为“职权”更为妥当。既为职权则不能放弃,强制代耕中的农村集体经济组织,应当负有强制要约义务,故就此形成了双方强制的强制缔约义务类型。

## 2.2 强制代耕合同订立的法定条件

与现有的双方强制类型不同,强制代耕中双方当事人的缔约自由受到更为严格的约束。以国家订货为例,供需双方可以自行协商定价<sup>④</sup>,而强制代耕则为无偿合同;再以机动车交通事故责任强制保险为例,虽然机动车所有人或管理人负有强制要约义务,但可以选择适格的保险公司,而强制代耕的双方当事人并

无选择的余地。正基于此,强制代耕合同订立应当设定严格的法定条件。

第一,土地承包经营权人连续弃耕抛荒两年以上。所谓弃耕抛荒,是指土地承包经营权人非出于休耕轮作等合法原因而放弃耕种所承包的耕地,从而使耕地闲置、荒芜一个耕种期以上。强制代耕属于为维护公共利益而产生的强制缔约义务。公共利益可以划分为基本道德利益与公共政策利益,后者又具体包含公共安全、社会组织安全、社会资源保护与可持续发展4个方面<sup>[34]</sup>。耕地弃耕抛荒主要危害了公共安全,国家安全包含于公共安全的范围之内。2019年《中国的粮食安全》白皮书强调:“民为国基,谷为民命。粮食事关国运民生,粮食安全是国家安全的重要基础。”<sup>[35]</sup>根据《国家安全法》规定,国家保护和提高粮食综合生产能力,保障粮食供给和质量安全<sup>⑤</sup>。维护国家安全是公民的基本义务,其中当然包含了维护粮食安全的义务。耕地作为粮食生产的载体,与国家安全息息相关。此外,耕地弃耕抛荒不但使得耕地面积中的实际使用面积下降,而且导致耕地质量的下降,浪费了宝贵的耕地资源。因此,土地承包经营权人的弃耕抛荒行为,既构成了使其负有强制承诺义务的正当性基础,也满足了强制代耕合同订立的法定条件。值得注意的是,从各地《农村土地承包法》实施办法的规定来看,各地对订立强制代耕合同所要求的弃耕抛荒期限的规定并不一致,有的地方规定弃耕抛荒一年以上<sup>⑥</sup>,有的地方则要求弃耕抛荒两年以上<sup>⑦</sup>。土地承包经营权人弃耕抛荒耕地可能出于各种原因,其中也包含被动撂荒的情形,如因不可抗力受阻而延误农时等。若规定的弃耕抛荒期限较短,难以筛选出主动抛荒而没有耕种意向的情况。因此,将订立强制代耕合同所要求的弃耕抛荒期限定为两年最为适宜,这也与原《土地管理法》中“连续弃耕抛荒两年,收回承包地”的规定一致,保持了法律政策体系的连续性<sup>⑧</sup>。

第二,农村集体经济组织制定强制代耕方案。农

①参见《浙江省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第五十一条,《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十八条,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十条,《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第三十三条。

②参见《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条。

③参见《农村土地承包法》第十四条。

④参见《国家指令性计划和国家订货的暂行规定》第十一条。

⑤参见《国家安全法》第二十二條。

⑥参见《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条,《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十八条。

⑦参见《浙江省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第五十一条,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十条,《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第三十三条。

⑧虽然《土地管理法》删除了“连续弃耕抛荒两年,收回承包地”的规定,但是《基本农田保护条例》还未修改。有的地方在修订永久基本农田保护规定时,仍然保留了收回承包地的规定。例如:2020年修正的《海南省永久基本农田保护规定》第十八条第三款规定:“承包经营永久基本农田的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的,原发包单位应当终止承包合同,收回发包的永久基本农田,并恢复耕种。”



农村集体经济组织既然负有监督耕地利用的职权,就应当采取一定措施督促土地承包经营权人恢复耕种<sup>①</sup>,而不是直接开展强制代耕。同时,强制代耕是对土地承包经营权的严格限制,农村集体经济组织应当依法制定强制代耕方案。成员(代表)大会是农村集体经济组织的权力机关<sup>[36]</sup>,2020年农业农村部发布的《农村集体经济组织示范章程(试行)》(以下简称《示范章程》)第十五条对应由成员大会讨论决定的经营事项和民主管理事项作了规定<sup>[37]</sup>,强制代耕方案可以解释为该条中“法律、法规、政策和章程规定应由成员大会决定的其他事项”,且应作为重大事项,经本集体经济组织成员或者成员代表的表决权总数的三分之二以上同意方可通过<sup>[38]</sup>。强制代耕方案通过后,应当在本集体经济组织公示,并书面告知土地承包经营权人。公示期届满的,农村集体经济组织应当与土地承包经营权人签订强制代耕合同。至于是否应当签订书面合同,强制代耕则应有别于自愿代耕,无论是否满一年,均应当通过书面合同明晰双方当事人的权利义务。值得注意的是,要求农村集体经济组织与土地承包经营权人签订书面合同,在实践中可能面临土地承包经营权人拒绝的情形。从强制缔约的效力来看,存在强制要求义务人承担合同义务的类型<sup>[25]</sup>,如在供应电、水、气、热力等社会必需品以及强制责任保险等情形下,相对方可以向法院申请强制合同成立<sup>[39]</sup>。此类做法在强制代耕合同订立中,也应当予以明确。同时,2021年农业农村部与国家市场监督管理总局联合发布了《农村土地经营权出租合同(示范文本)》和《农村土地经营权入股合同(示范文本)》,引导和规范土地经营权流转行为<sup>[40]</sup>。强制代耕虽然实质上导致土地经营权流转,但是能否参照上述文本,还应当结合合同内容进行进一步的分析。

### 3 强制代耕的合同内容

合同的内容是合同当事人享有的权利和承担的义务,具体表现为合同的条款<sup>[39]</sup>。农村集体经济组织与土地承包经营权人订立的强制代耕合同,应当在阐明其典型合同类型的基础上,将与一般流转合同相区别的流转价款和流转期限作为其法定内容予以规范。

#### 3.1 强制代耕的典型合同类型：委托合同或流转合同

“典型合同,又称有名合同,是指法律设有规范,并赋予一定名称的合同类型”<sup>[41]</sup>。除《民法典》合同编规定的十九种典型合同之外,其他法律也对相关领域内的典型合同作出了规定,例如《农村土地承包法》规定的承包合同与土地经营权流转合同。法律关于典型合同内容的规范,主要是要规范合同的内容,以任意性的规定弥补当事人约定的不足<sup>[39]</sup>。根据我国现行法律所规定的典型合同类型,强制代耕合同符合《民法典》中委托合同的特征,可以定性为土地经营权的委托流转合同。各地《农村土地承包法》实施办法均明确区分了农村集体经济组织与代耕者。农村集体经济组织作为发包方,应定位为代耕的组织者,而代耕者则可以获得代耕期间的土地经营收益<sup>②</sup>。有的地方更是明确规定:农村集体经济组织可以组织其他农牧户代耕,收益归代耕农牧户<sup>③</sup>。从前文对强制代耕合同订立义务主体的分析可以看出,农村集体经济组织是强制要约义务主体,土地承包经营权人是强制承诺义务主体,而代耕者并无强制要约义务或者强制承诺义务。如果将强制代耕合同归为委托合同,那么在该土地经营权委托流转合同成立并生效后,作为受托方的农村集体经济组织并不取得土地经营权,而是有权以土地承包经营权人的名义,与适格的代耕者签订土地经营权流转合同,由代耕者取得土地经营权。根据《农村土地经营权流转管理办法》的规定,土地经营权流转合同可以由土地承包经营权人或者农村集体经济组织与代耕者签订<sup>④</sup>,其当事人是代耕者与土地承包经营权人。

问题的关键在于,农村集体经济组织自身能否作为代耕者?根据《农村土地承包法》规定,土地经营权人需要具备相应的能力或者资质<sup>⑤</sup>。从法理上看,《民法典》赋予了农村集体经济组织特别法人地位,《乡村振兴促进法》赋予了农村集体经济组织管理集体资产、开发集体资源的职责<sup>[31]</sup>,农村集体经济组织具备农业经营的资质。从实践中看,根据《2020年中国农村政策与改革统计年报》,未承包到户的集体所有耕地面积为21 746.6万亩<sup>[42]</sup>。上述耕地既可以由农村集体经济组织直接从事农业生产经营,也可以通过

①参见《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第三十三条。

②参见《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条。

③参见《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》(2022年)第十八条。

④参见《农村土地经营权流转管理办法》第十八条。

⑤参见《农村土地承包法》第三十八条。

出租等方式将耕地交由其他农业经营主体从事农业生产经营,农村集体经济组织具备农业经营的能力。因此,农村集体经济组织可以作为代耕者。此种情形下,农村集体经济组织与土地承包经营权人签订的强制代耕合同,实质上是土地经营权流转合同。农村集体经济组织是土地经营权流转的受让方,取得土地经营权,有权利用耕地开展农业生产经营活动。

综上所述,根据农村集体经济组织在强制代耕中的定位,无论强制代耕合同所属的典型合同类型是《民法典》所规定的委托合同,还是《农村土地承包法》所规定的土地经营权流转合同,都可以实现土地经营权流转这一强制代耕的制度本质。本文认为,将强制代耕合同归为土地经营权流转合同更为合理。一方面,这一界定保持了代耕法律内涵的一致性。《农村土地承包法》中代耕的法律性质是土地经营权流转的方式,若把强制代耕合同归类为委托合同,则无法保持代耕在法律体系中内涵的一致性。另一方面,土地经营权再流转可以为农村集体经济组织寻求其他代耕者提供法治路径。根据《农村土地承包法》第四十六条规定,作为代耕者的农村集体经济组织可以再流转土地经营权,与其他适格的受让方签订土地经营权流转合同。土地经营权再流转,应当理解为土地经营权流转合同权利义务的概括转移。无论是《农村土地承包法》第四十六条对土地经营权再流转的规定,还是《民法典》第五百五十五条对合同权利义务概括转移的规定,农村集体经济组织再流转土地经营权的,均须经土地承包经营权人的同意。因此,土地承包经营权人同意农村集体经济组织再流转土地经营权,是强制代耕合同的必要内容。而强制代耕合同的其他重点内容,仍有进一步探讨的必要。

### 3.2 强制代耕的法定合同内容:流转价款与流转期限

强制缔约义务通常会排除共同决定合同内容的自由,而并不局限于缔约自由的限制,否则,被迫缔约的人就可以采取提出一些肯定不会为另一方当事人接受的条件的做法,从而规避此种强制<sup>[43]</sup>。强制代耕合同的具体条文,可以参照使用农业农村部、国家市

场监督管理局联合发布的《农村土地经营权出租合同(示范文本)》<sup>①</sup>,但是除土地承包经营权人应当同意农村集体经济组织再流转土地经营权外,强制代耕合同的流转价款与流转期限也需要由法律作出进一步规范。

从流转价款来看,强制代耕合同应当属于无偿合同。与其他土地经营权流转方式相比,土地承包经营权人不能基于强制代耕合同获得流转价款,其理由在于:一方面,根据《土地管理法》《农村土地承包法》的规定,任何人不得闲置、荒芜耕地,土地承包经营权人承担依法保护和合理利用土地、不得给土地造成永久性损害的义务。弃耕抛荒耕地不但为法律明令禁止,而且导致耕地质量下降。另一方面,作为用益物权的土地承包经营权,其权利的行使应当受到一定限制,不得损害社会公共利益及他人合法权益。耕地弃耕抛荒危及粮食安全、国家安全,损害公共利益,超出了土地承包经营权行使的应有之义。正基于此,不少地方的《农村土地承包法》实施办法,均明确规定代耕收益归代耕者所有<sup>②</sup>。农村集体经济组织获得代耕收益的,应当根据《示范章程》第十五条中明确审议、批准年度收益分配方案为成员大会职权的规定<sup>[38]</sup>,将其纳入农村集体经济组织财务管理,并依法决定收益分配。而在实践中,农村集体经济组织可以通过一些特殊股份或收益分配方式服务于特定功能的实现<sup>[44]</sup>。其中,是否需要基于稳定强制代耕制度、缓解矛盾纠纷等原因,在收益分配方案中给予弃耕抛荒的土地承包经营权人适当补偿,应当属于农村集体经济组织的自治范围。此外,农村集体经济组织决定再流转土地经营权的,可以与受让方就流转价款达成一致;有的地方规定农村集体经济组织可以与代耕者约定收益分配<sup>③</sup>,此处的“约定收益分配”解释为对流转价款的约定更为妥当。

从流转期限来看,强制代耕合同应当属于不定期合同。从各地《农村土地承包法》实施办法的内容来看,均未对强制代耕的期限作出规定。究其原因,农村集体经济组织负有保护集体所有土地、防止耕地闲

①强制代耕合同不宜参照使用《农村土地经营权入股合同(示范文本)》,理由有二:一是根据《农村土地经营权流转管理》第十四条第三款规定,土地经营权入股的,土地承包经营权人应当成为公司、合作经济组织等的股东或者成员。作为土地承包经营权人的农户的家庭成员,并不要求其全部具备农村集体经济组织成员身份。土地经营权入股农村集体经济组织,容易产生两类成员的混淆。二是农村集体产权制度改革中,集体经营性资产折股量化为股份或者份额,以此作为农村集体经济组织成员享受收益分配的基本依据。《农村土地经营权入股合同(示范文本)》要求明晰入股土地经营权所占的出资额或者股份数。土地经营权入股农村集体经济组织,容易产生两类股份或者股权的混淆。因此,《农村土地经营权入股合同(示范文本)》中受让方的经营主体类型中不包含农村集体经济组织。

②参见《浙江省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第五十一条,《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条,《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十八条。

③参见《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第三十三条。



置荒芜的义务,在土地承包经营权人弃耕抛荒的情形下,农村集体经济组织应当通过订立强制代耕合同,履行上述义务。因此,与包括自愿代耕在内的其他土地经营权流转方式不同,强制代耕合同既无必要也不可能确定流转期限。根据《民法典》规定,不定期合同的当事人只要在合理期限内通知对方的,可以随时解除合同<sup>①</sup>。但是,允许当事人随时解除合同显然不符合强制代耕制度构建的目的:农村集体经济组织负有强制要约义务,当然不能随时解除合同,土地承包经营权人的解除权自然也应当受到限制。根据各地《农村土地承包法》实施办法的规定,土地承包经营权人继续耕种土地的<sup>②</sup>或者继续经营土地的<sup>③</sup>,可以通知农村集体经济组织终止代耕。从防治耕地弃耕抛荒的角度分析,无论是土地承包经营权人继续耕种土地或者自愿流转土地经营权,均能实现耕地的恢复耕种,因此可以成为强制代耕合同终止的事由。具体而言,在农村集体经济组织是土地经营权人的情形下,土地承包经营权人通知农村集体经济组织即可;而在农村集体经济组织再流转土地经营权的情形下,土地承包经营权人应当通知再流转土地经营权的受让方,并向农村集体经济组织备案。至于耕地交回的时间,《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》关于土地经营权不定期出租的规定值得借鉴,即应当在农作物收获期结束后或者下一耕种期开始前将耕地交回土地承包经营权人<sup>④</sup>。当然,土地承包经营权人解除合同的,应当根据合同履行的实际情况,补偿代耕者的相应损失。例如:可以参照《农村土地承包法》第二十七条第四款规定,为了提高土地生产能力的投入,农村集体经济组织或者再流转土地经营权的受让方有权获得相应补偿。

#### 4 结论

从防治耕地弃耕抛荒的角度看,无论是自愿代耕还是强制代耕,均为适当的解决路径。自愿代耕制度已经为《农村土地承包法》所明确,强制代耕则建议由《耕地保护法》进行规范,并着重明晰强制代耕的合同订立与合同内容。本文的主要结论如下:

第一,强制代耕的制度本质是土地经营权的强

制流转。除农业生产社会化服务中的代耕仅指农业生产的一个作业环节之外,《农村五保供养工作条例》与《农村土地承包法》中的代耕,均属于土地经营权的流转方式之一,自然应遵循自愿原则。同时,在各地《农村土地承包法》实施办法中,存在土地承包经营权人弃耕抛荒时由农村集体经济组织开展组织代耕的规则。此处的“组织代耕”并非以土地承包经营权人的自愿为前提,属于强制代耕。在“三权分置”的背景下,强制代耕中土地承包经营权人不再具有自行决定其是否缔结合同的自由,强制代耕中的代耕者只能取得土地经营权,实质上造成了土地经营权的强制流转。

第二,强制代耕应当由双方当事人依法订立合同。强制代耕合同订立的民法依据是强制缔约义务。在强制代耕合同的订立中,双方都负有强制缔约义务:农村集体经济组织负强制要约义务,土地承包经营权人负强制承诺义务。强制代耕的强制缔约义务来源应当限于法律、法规的明文规定,且强制代耕合同订立应当设定严格的法定条件:一是土地承包经营权人需连续弃耕抛荒两年以上。耕地弃耕抛荒造成了耕地资源浪费,损害了包含粮食安全在内的国家安全,弃耕抛荒的土地承包经营权人违反了公民维护国家安全的义务,此为其负有强制承诺义务的正当性基础。二是需由农村集体经济组织制定强制代耕方案。农村集体经济组织履行督促恢复耕种义务后,应该由成员大会或者成员代表大会依法通过强制代耕方案,并与土地承包经营权人签订书面合同。

第三,强制代耕合同应当属于无偿合同和不定期合同。强制代耕合同所属的典型合同类型可以解释为委托合同,但是考虑到法律的体系化构建,应当统一归类为土地经营权流转合同,并将土地承包经营权人同意农村集体经济组织再流转土地经营权作为合同的必要内容。同时,从流转价款看,强制代耕合同应属于无偿合同。土地承包经营权人违反耕地保护义务、损害公共利益,不应基于强制代耕合同获得流转价款。从流转期限看,强制代耕应属于不定期合同。在土地承包经营权人弃耕抛荒的情形下,农村集体经济组织应当通过订立强制代耕合同履行耕地保

<sup>①</sup>参见《民法典》第五百六十三条。

<sup>②</sup>参见《浙江省实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第五十一条,《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十八条,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第十条。

<sup>③</sup>参见《四川省〈中华人民共和国农村土地承包法〉实施办法》第九条。

<sup>④</sup>参见《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》第十六条。

护义务,没有确定流转期限的必要和可能。土地承包经营权人继续耕种土地或者自愿流转土地经营权,可以依法终止强制代耕合同。

#### 参考文献(References):

- [1] 魏莉华.新《土地管理法》学习读本[M].北京:中国大地出版社,2019:67.
- [2] 谭术魁.耕地撂荒程度描述、可持续性评判指标体系及其模式[J].中国土地科学,2003,17(6):3-8.
- [3] 陈欣怡,郑国全.国内外耕地撂荒研究进展[J].中国人口·资源与环境,2018,28(12):37-41.
- [4] 曹志宏,郝晋珉,梁流涛.农户耕地撂荒行为经济分析与策略研究[J].农业技术经济,2008(3):43-46.
- [5] 周丽娟,冉瑞平,林武阳,等.农户耕地撂荒影响因素研究——基于宜宾市南溪区158户农户的调查[J].农村经济,2014(4):46-50.
- [6] 阎晓磊,黄红霞.农村土地产权结构、经营权流转与相关法律问题探讨[J].农业经济,2019(7):77-79.
- [7] 李升发,李秀彬.耕地撂荒研究进展与展望[J].地理学报,2016,71(3):370-389.
- [8] 胡霞,周旭海.日本防治耕地撂荒的现实困境与政策布局[J].亚太经济,2022(1):59-69.
- [9] 李文辉,戴中亮.一个基于农户家庭特征的耕地抛荒假说[J].中国人口·资源与环境,2014,24(10):143-149.
- [10] 王洪平.发包方土地经营权流转合同终止权研究[J].法学论坛,2019,34(5):32-39.
- [11] 王洪平.农村集体产权制度改革中“农民意愿”的规范分析[J].河北法学,2022,40(4):18-33.
- [12] 杨庆合.中华人民共和国土地管理法释义[M].北京:法律出版社,2020:69.
- [13] 自然资源部.自然资源部关于《耕地保护法(草案)》(征求意见稿)公开征求意见的公告[EB/OL].(2022-09-05)[2022-11-30].[http://gi.mnr.gov.cn/202209/t20220905\\_2758402.html](http://gi.mnr.gov.cn/202209/t20220905_2758402.html).
- [14] 仇墨涵.1949—1966年中国残疾军人的优抚[J].军事历史研究,2021,35(2):75-86.
- [15] 史李娟.“十一五”以来我国农村五保供养制度现状分析[J].南方论刊,2015(6):64,39.
- [16] 黄薇.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2019:171.
- [17] 高圣平.土地经营权制度与民法典物权编编纂——评《民法典物权编(草案二次审议稿)》[J].现代法学,2019,41(5):45-57.
- [18] 肖鹏.民法典视野下土地经营权性质的再探讨[J].法治研究,2021(5):75-83.
- [19] 关凤利,关利平,周传鹏.城乡统筹就业视角下的农村公共投资问题与对策分析[J].东北师大学报(哲学社会科学版),2010(1):28-33.
- [20] 中国政府网.农业部 发展改革委 财政部关于加快发展农业生产性服务业的指导意见[EB/OL].(2017-08-16)[2022-11-30].[http://www.gov.cn/gongbao/content/2018/content\\_5271797.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2018/content_5271797.htm).
- [21] 黄薇.中华人民共和国民法典合同编释义[M].北京:法律出版社,2020:75.
- [22] 王泽鉴.债法原理[M].北京:北京大学出版社,2013:112.
- [23] 王利明.中国民法典释评·合同编·通则[M].北京:中国人民大学出版社,2020:132.
- [24] 易军,宁红丽.强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新[J].法学家,2003(3):72-81.
- [25] 冉克平.论强制缔约制度[J].政治与法律,2009(11):89-96.
- [26] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组.中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)[M].北京:人民法院出版社,2020:225-226.
- [27] 我妻荣.债权各论:上卷[M].徐慧,译.北京:中国法制出版社,2008:16.
- [28] 胡家强,刘巧娟.强制缔约制度新论[J].东岳论丛,2013,34(12):159-164.
- [29] 朱岩.强制缔约制度研究[J].清华法学,2011,5(1):62-81.
- [30] 崔建远.强制缔约及其中国化[J].社会科学战线,2006(5):214-220.
- [31] 肖鹏.农村集体经济组织法人属性的再思考——以《乡村振兴促进法》为中心[J].云南大学学报(社会科学版),2021,20(6):126-133.
- [32] 吴昭军.农村集体经济组织“代表集体行使所有权”的法权关系界定[J].农业经济问题,2019(7):37-46.
- [33] 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.
- [34] 张钦昱.《民法典》中的公共利益——兼论与公序良俗的界分[J].暨南学报(哲学社会科学版),2021,43(7):34-46.



- [35] 中华人民共和国国务院新闻办公室. 中国的粮食安全 [M]. 北京: 人民出版社, 2019: 1.
- [36] 管洪彦. 农村集体经济组织设立“特别性”的基本法理与立法表达[J]. 江西社会科学, 2022, 42(10): 165 - 175.
- [37] 房绍坤, 张泽嵩. 农村集体经济组织决议效力之认定[J]. 法学论坛, 2021, 36(5): 5 - 17.
- [38] 中国政府网. 农业农村部关于印发《农村集体经济组织示范章程(试行)》的通知[EB/OL]. (2020 - 11 - 04) [2022 - 11 - 30]. [https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-11/18/content\\_5562197.htm](https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-11/18/content_5562197.htm).
- [39] 王利明. 合同法研究(第一卷)(第三版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 319, 369, 17.
- [40] 农业农村部. 农业农村部 国家市场监督管理总局关于印发《农村土地经营权出租合同(示范文本)》和《农村土地经营权入股合同(示范文本)》的通知[EB/OL]. (2021 - 09 - 14) [2022 - 11 - 30]. [http://www.moa.gov.cn/govpublic/zcgggs/202109/t20210928\\_6378541.htm](http://www.moa.gov.cn/govpublic/zcgggs/202109/t20210928_6378541.htm).
- [41] 崔建远. 合同法(第三版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 22.
- [42] 农业农村部政策与改革司. 2020年中国农村政策与改革统计年报[M]. 北京: 中国农业出版社, 2021: 3.
- [43] 迪特尔·梅迪库斯. 德国债法总论[M]. 杜景林, 卢湛, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 70.
- [44] 高海, 朱婷. 农村集体经济组织收益分配的特别性与规则完善[J]. 南京农业大学学报(社会科学版), 2022, 22(4): 58 - 68.

## Research on the Contract System of Compulsory Substitute Tillage under Cultivated Land Abandonment

XIAO Peng, JIA Xinke

(College of Humanities and Development Studies, China Agricultural University, Beijing 100083, China)

**Abstract:** The purposes of this paper are to explore the legal attributes of compulsory substitute tillage and to improve contract system of compulsory substitute tillage from contract formation and contract content. The research methods include document analysis as well as induction and deduction. The results show that: 1) compulsory substitute tillage belongs to the compulsory transfer of land management right. Rural collective economic organizations and the land contractors should sign written contracts. 2) The civil law basis of the contract of compulsory substitute tillage is compulsory contracting obligation. In the case that the land contractor abandons cultivated land for more than two consecutive years, the rural collective economic organization shall fulfill the compulsory offer obligation, while the land contractor shall bear the compulsory commitment obligation. 3) The typical type of compulsory tillage contract belongs to the transfer of land management rights. The land contractor should not obtain the transfer revenue. If the land contractor continues to cultivate the land or voluntarily transfers the land management right, the compulsory substitute tillage contract may be terminated legally. In conclusion, based on the compulsory nature of contract formation and the clarity of the rights and obligations of both parties, the contract of compulsory substitute tillage should become an effective way to solve the problem of cultivated land abandonment.

**Key words:** cultivated land protection; cultivated land abandonment; compulsory substitute tillage; land management right transfer; compulsory contracting obligation

(本文责编: 郎海鸥)