

通过合同的治理

——克服农地流转困境的助推策略

尹亚军

〔摘要〕 目前,农地的适度规模经营是解决我国“三农”问题的必由之路。然而,农地流转的近期实践表明,即便存在法律允许与政策激励,农地流转率仍然偏低;已流转的样本中,纠纷的频发使得各方当事人的权益难有保障。这是农地流转面临的双重困境。克服该困境须明确的前提是,农地流转遵循着特殊的市场逻辑,应关注当事人决策和行动的真实情形,不应局限于理性经济人假设。而从行为经济学视角,可能会提出有助于问题解决的方案。作为解决方案,农地流转的标准合同制度有待建立和完善,同时也需设计“交易装置”以克服禀赋效应对农地流转的抑制。在本质上,通过标准合同制度的治理是一种助推策略而非政府的深度干预。

〔关键词〕 农地流转;三权分置;禀赋效应;合同治理;助推策略

〔中图分类号〕 DF452 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769 (2019) 06-0073-09

引言

在中国农村经济社会转型的当下,农地流转成为解决“三农”问题的核心与关键因素。作为“中国农村改革的又一次重大创新”^①，“三权分置”政策的落脚点在于引导和促进农地的合理流转。问题在于，“三权分置”政策的推行已五年有余,农地流转的实践仍面临着较为严峻的困境:一是农地流转率持续低下;二是农地流转纠纷不断增多。两者之间有紧密的内在逻辑关联,如果不能有效预防农地流转纠纷,单纯追求提高农地流转率势必引发更多的矛盾聚集,矛盾的聚集反过来会抑制农地流转的发生,这是有违政策目标的。提高农地流转率和预防农地纠纷发生都是必须认真对待的问题。

针对上述农地流转困境,既有文献集中于经

济学和法学两门学科。经济学的实证研究重点分析了促进和抑制农地流转的影响因素,如政府角色、农业补贴、农业中介服务组织、农地基础设施与农村社会保障、合同形式、合同期限、流转价格、家庭人口数、农户受教育程度、农户的非农就业与非农收入等,目的在于测定每一影响因素对农地流转的具体影响,由此提出政策建议,但对农地流转纠纷的关注略显不足。法学的研究将农地流转的困境归因于农地所有权权能缺失、土地承包经营权受不合理限制、土地承包经营权入股规则不明、流转登记制度不合理等因素,研究成果更多着墨于“三权分置”政策的法律表达,从财产权、用益物权、债权等视角论证农地所有权、承包权和经营权的内在逻辑与法权构造,合同制度的地位与作用并未受到应有的重视,对

〔基金项目〕 重庆市社会科学规划重点智库项目“农村宅基地流转法律机制研究”(2018ZDZK17)

〔作者简介〕 尹亚军,深圳大学理论经济学博士后流动站研究人员,广东 深圳 518060。

合同制度的理解和应用也没有上升到治理农地流转困境的层面上来。^②农地流转的困境是一揽子问题，其克服需要充分运用合同制度这一基础和基本的治理方略。

鉴于此，本文拟以农地流转的双重困境为问题导向，首先解释“三权分置”政策没有显著提高农地流转率的缘由；结合农地流转中的纠纷及解决实践，提出通过合同治理农地流转困境的可能性和可行性；并进一步指出此种治理思路是一种很好的助推策略，而不是政府的深度干预。“三权分置”已从政策话语转变为法律制度，接下来即是新《农村土地承包法》全面实施阶段，期以此研究裨益于农地流转困境的预防和克服。

一、农地流转的双重困境及其缘由

“小农经济”是中国农村土地改革的现实前提。小规模、分散的农业经营已成为农业、农村、农民发展的束缚，解除束缚的基本方略是适度规模经营，让农地流转起来。实践情况则表现出与理论预期的偏离：一方面，大面积流转并没有如预期那样发生，农地流转率整体偏低，即便有法律允许和政策激励，也同样如此；另一方面，在已流转的样本中，发生纠纷的情形较多，规范性不足使得当事人各方的正当权益缺乏保障。这是促进农地流转过程中应克服的双重困境。

（一）持续低流转率的迷局

从实行家庭联产承包责任制以来，农地流转政策经历了从禁止到逐步放开、再到鼓励的转变。在新中国成立到改革开放初期，为确保农民全力发展农业生产并为工业发展提供积累，国家建立了限制人口流动的户籍管理制度^③，农地流转的政策取向与此直接相关。例如，国务院在1981年发文要求严格控制农村劳动力进城务工^④，该时期禁止农地流转；到1984年，严格控制农村劳动力流动的管理体制首次得到修正，相应地，政策开始鼓励土地逐步向种田能手集中；在20世纪90年代，随着农村剩余劳动力大规模跨区域转移，政策即允许农地依法自愿、有偿流转；而近十年来，政策则明确以引导、鼓励、支持、扶持，以及补贴农地流转大户等措施激励农地流转。

从农地流转率的数据来看，这些举措似乎并没有起到明显的促进效果。数据显示，截至2011年底，农地流转面积占家庭承包总面积的17.8%；这一数据在2015年底时为33.3%；在2017年底时为37%。^⑤表面上，流转面积从2011年到2017年翻了一番，但整体数值仍然较低，37%意味着每10户中仍有6.3户没有流转，远未

过半。更为重要的是，2014年“中央一号文件”正式提出“三权分置”政策之后的数据表现较差，2015年到2017年两年间仅增长了3.7个百分点。概言之，不管是农地流转率的增长速度，还是农地流转率的绝对数值，都远未达到预期。那么，农地流转率要达到何种比例才是合理、更优的呢？尽管这是因地而异的，但从《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》（2014）中可以推导出一个参照标准，该意见提出“对土地经营规模相当于当地户均承包面积10至15倍的……应当给予重点扶持”^⑥，10至15倍对应的流转率为90%至93.3%，即便把客观上不具备流转条件等因素考虑进去，农地流转率的期望值显然要比37%高得多，上海市在2018年底的期望值即为80%。^⑦

问题在于，作为一种现实需求和理性选择，农地流转在具备客观条件的同时，还有政策的鼓励和扶持，为什么农地流转率仍然持续走低？有观点认为是农地市场发育程度不高，如价格形成机制不健全、交易成本过高、缺乏中介服务组织与交易平台等^⑧；也有观点认为，根源在于观念上受农地保障论、耕地保护和粮食安全论、农村社会稳定论的影响，制度上存在农地所有权、承包经营权等权利构造上的缺陷，以及农地流转在形式上的不完备、流转规则不合理。^⑨在这些理由中，来自制度的约束被认为是关键所在，因此，大量学术研究集中于农地权利的重构，视其为解决农地流转问题、保护农民权益的“阿基米德支点”。正因如此，“三权分置”模式被认为是在现行法律框架下依法提升我国农业产业的最佳模式。^⑩诚然，不应否认土地确权对于农民权益维护的重要性，但之于农地流转，却未必如此。有研究者指出，农地“三权分置”政策目标的实现，障碍并不在于原有土地承包经营权制度的不足。^⑪

在原理上，从农地权利的重构路径寻求促进农地流转方案，理论支撑来源于产权经济学，认为产权的清晰界定能有效促进交易，时下进行的农村土地承包经营权确权工作即为产权的界定。行为经济学的实证研究结论则显示，农地确权对农地流转的影响并不明显。^⑫产权意识更强的农户反而流转意愿更低，原因在于存在农户对农地的禀赋效应（Endowment Effect），即农地之于农户而言是一种人格化的财产，农户普遍倾向于选择“持有”农地而不是流转，或者流转的意愿价格较高，因此农地流转不会如预期那样发生。确权会增加农户对农地的估值，进而加剧禀赋效应并

出现抑制农地流转的效果。^⑩换言之，农地流转市场遵循着特殊的市场逻辑，农民“惜地”是农地流转没有大规模实现的根本原因，要寻求农地流转问题的突破，需要将禀赋效应列为重要的考虑因素和重点应克服的障碍。

（二）多发的流转纠纷与不确定的救济规则

在实践中，农地流转发生纠纷的情形是相当普遍的。在“中国裁判文书网”上，以《农村土地承包法》为“法律依据”检索得到“民事案由”64690件、“行政案由”663件、“刑事案由”2件。具体地，在“民事案由”中，以“土地承包经营权”为关键词的案例有31462件，以“合同”为关键词的有26070件，两者数值较大，相互间有交叉。以年份为线索，“民事案由”的裁判数量显示如下：

年份	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
件数	2	2	-	4	8	25	20	68
年份	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
件数	156	365	1583	8230	9007	13666	12632	12776

上述数据^⑪初步表明，农地纠纷案件数量逐年增多，近五年呈爆发式增长。在数量上，土地承包经营权、农地流转合同类型的纠纷占大多数，表现出多发性的特点。值得一提的是，上述数据仅反映了进入法院获得裁判的纠纷数量，在法院裁判之外，尚有村民自行和解、村民委员会调解、乡（镇）人民政府调解、农村土地承包仲裁委员会仲裁等多种常用途径，能够最终进入法院寻求裁判的纠纷原本所占比例就非常小。选择诉讼方式解决纠纷本身是一项成本高昂的路径，正是这些综合原因的影响，一项区域性的问卷调查结果显示，农民发生纠纷选择上法庭诉讼的仅占18%。^⑫

总结起来，实践中农地流转纠纷呈现出如下特点：（1）在形式上，规范性严重不足，较少有书面合同，大多书面合同也仅是简单载明法定的必要条款，这些内容对于纠纷的妥善解决助益不大，且往往不构成纠纷解决的依据。或者说，这里的合同不具备解决纠纷的功能。（2）在主体上，农地流转规模越大，发生纠纷时的农户数量就越多，易形成群体性纠纷，这会实质地改变纠纷的解决思路与结果。事实上，即便处于弱势地位的农户单个面对转入户时，也可能会因为其身份弱而获得一种“以柔弱胜刚强”的武器，形成一种“弱势权威”^⑬，这同样也会改变纠纷的解决思路与结果。农地流转的合同、法律规则易被突破，不能作为解决纠纷的可靠依据。（3）在内容

上，一般仅涉及双方利益的条款，但农用地承载了生态环境保护、国家粮食安全等较多的社会公共性目标，这些会实质影响合同的履行和收益，且社会公共利益往往是造成合同不确定性的的重要因素。（4）在结果上，纠纷的出现会影响农地流转的意愿。在农地流转初期，双方是基于信任关系而建立契约，纠纷一旦发生，双方的对立情绪也被引发，进而导致信任关系破裂，合作关系将难以维系。

上述分析表明，农地流转过程中各方主体的利益平衡机制还尚未建立，纠纷解决的难题反映出各方主体的权利义务界限不够清晰，当事人的正当权益缺乏可预期性和确定性。在调研中发现，既存在因为企业经营不善而导致农户权益受损的情形，也存在由于农户希望增加分享经营良好企业的收益而产生的企业利益保障需求的情形。在这两者之外，社会公共利益保护的问题往往被忽略，如农地用途限制、生态环境保护、粮食安全等。在这个意义上，可以说，事后的权益救济途径并不能很好解决农地流转中的纠纷与问题。

在农地流转之前和之中，法律很少介入；在农地流转之后的纠纷解决中，法律往往因此不被认同。当法律与地方政策有不同之处时，情况更是如此，这些不同的或者存在矛盾的规则在实践中的适用随着利益、力量的变动而不确定。^⑭更为紧要的是，纠纷的解决并不必然导向一个更好的合作关系，往往直接导致合作的终结或“僵局”。于此，一种在事前确认和保障利益的治理机制成为亟须，这对于农村社会而言是一个巨大的难题，正如苏力教授所言：真正要实行规则化的治理，一个非常重要的前提条件就是规则治理的对象本身要有一定程度的规则性。这种规则性不可能通过制定规则，将不规则的现象纳入一个规则的条文就可以解决。^⑮

（三）小结

行文至此，我们描述和分析了农地流转的双重困境，后一种困境的克服呼吁规范化的农地流转市场培育，但如何推进规范化仍然是一个待解决的难题，因为成本是极其高昂的，且收效也具有不确定性；与此相应，前一种困境的克服对于规范化（如确权）的追求却并不明显，或者说单纯的规范化并不是问题的出路，它必须遵循农地流转市场的特殊逻辑。在乡村振兴的语境之下，提高农地流转率的需求需要同时克服这双重困境，这也是为什么本文提出要通过合同治理的路径寻求解决方案的原因。

二、引入合同的治理思路

事实上,从规范农地流转合同的视角应对前述第二个困境的主张并不鲜见,甚至可以说是研究者的基本共识,实践中也在逐步推进农地流转的规范性。但这并没有为第一个困境提出解决之道,或者说忽视了第一个困境。如果从治理角度推行合同的规范化,则不仅是单纯强调合同的规范性,还要关注用什么样的合同进行治理,以及以怎样的方式推进合同治理。本文所指的“通过合同的治理”中的合同主要是指标准合同,这一构思借鉴了商品房买卖中的示范合同制度,也参考了劳动关系领域的集体合同制度;在治理方式上,本文选取被称为“交易装置”的推进方式,其原理是一笔交易的完成有助于另一笔交易的实现,藉此克服禀赋效应对农地流转的抑制效果。

(一) 为什么要推行标准合同制度

1. 标准合同制度的基本理解

要求农地流转以书面合同的形式进行,是有充分法律依据的。《农村土地承包法》(2018修正)第40条规定“土地经营权流转,当事人双方应当签订书面流转合同”;第41条、第47条“未经登记,不得对抗善意第三人”的规定在客观上也能起到倒逼书面合同的签订。至于是否将合同制度提升到治理的层面,法律并没有做明确规定。之所以建议推行标准合同制度,是考虑到农地流转中农户或农民的特征与消费者、劳动者等弱势群体有极大的相似性,因此在农民权益的保护方式上,也可以相互参照和借鉴。

在给予消费者特殊保护的问题上,美国前总统肯尼迪曾指出:消费者是最大的经济团体,他们影响着几乎每一个公共的和私人的经济决策,并且也受到这些决策的影响,然而,他们却是没有被有效组织、意见常常被忽视的重要团体。^⑧农民、劳动者与消费者一样,是群体数量较为庞大、没有被有效组织、缺乏利益代表和利益维护机制的弱势群体。由于信息不对称、实力悬殊等基本原因,他们在合同的谈判和签订中往往处于劣势地位,即便是法律规定和确认的权利也可能被迫放弃,这是被扭曲的意思自治原则,需要一种机制来有效平衡双方的利益博弈,标准合同制度即是这种机制的组成部分之一。

标准合同一般是在政府相关部门的牵头下,综合法律既有规定、结合各方的利益诉求以及考量现实条件诸因素而制定的。与商品房买卖合同(预售)示范文本、职工与企业签订的集体合同相似,它在本质上改变了农民在农地流转合同中的谈判地

位,弥补了农民群体在谈判中的利益代表缺位问题。通过标准合同的制定,可以将农地流转中当事人的法定权利义务以合同条款的形式确定下来,还可将法律未做明确规定但依公平原则或当地认可的利益分配办法纳入合同条款,此种做法可避免“一刀切”思维的劣势。在原理上,标准合同的制定贯彻了法定权利不得事先放弃的原则^⑨,法律将消费者、劳动者、农户等主体的利益上升为权利予以保护,其中必定隐含了应当对该利益给予特殊保护的必要性,因此不能以意思自治原则为理由事先放弃(事后放弃不在此限)。

2. 标准合同制度的额外功能

通过标准合同制度的推行,能够以较低成本培育农地流转当事人的规则意识,不仅保护农户的合法权益,也能保护转入户的正当权益,还能促进社会公共利益的实现。

一方面,书面的标准合同是很好释明农地流转当事人各自权利义务的方式,此种方式能更有效地促使当事人之间共识的达成,因为标准合同事实上设定了当事人之间的利益分配标准和参照标准,偏离此标准的分配则可能会引起反对或反抗,因为各方会认为低于标准的利益分配对自己而言就意味着损失。因此,农地流转各方当事人最终均会倾向于遵守给定的标准合同。^⑩事实上,在此标准合同制度之下,各方当事人的利益都有了确定性的保障。而之所以强调转入户或企业的正当利益保障问题,是因为存在“租金侵蚀利润”^⑪现象,即农户选择在合同期限内加收租金或者调整其他合同内容条款,且其诉求常常选择法外途径,并附有破坏性行为,部分缘于“弱势权威”的缘故,他们往往能够最终争得部分特殊利益,这是在制定标准合同时也应考虑的因素。

另一方面,借助标准合同制度,还可以推动实现与农地有关的社会公共性目标,缓解在农地流转合同履行中的负外部性问题。具体则是将农地用途管制、生态环境保护、农产品质量安全、耕地撂荒治理、国家粮食安全等法定的公共性目标以合同条款的形式固定下来,让这些社会公共利益进入到农地流转当事人的意识之中,以此促进公共性目标的遵守和实现。毕竟,从原理上讲,要想更好实现社会公共利益的维护,首要的是要让公众知道社会公共利益的存在及其形态,以便让缺乏主体性的社会公共利益随时在场。对于监管部门而言,农地之上所承载的公共性目标之实现存在多方面难题:首先,公共性目标意味着要对农户的农地权益设定限制,而这些限制会随着

社会的发展而逐步增加,农地用途管制、耕地撂荒治理、生态环境保护等均是发展到一定阶段才成为限制依据,农户对这些限制有明显的抵触情绪;其次,由于维护这些社会公共利益的人力资源有限,且未能找到有效的监管方式,难以形成对公共利益保护的有效格局;此外,生态环境保护目标之所以难以实现,重要原因在于环境指标的测度困难,并且相应的成本也难以内化到行为之中去。^③因此,将其写入标准合同并与合同的履行挂钩,不失为一种督促公共目标实现的良好策略。在本质上,这也是一种公共性目标实现的“社会共治”路径。

(二) 如何设计“交易装置”

1. 根据禀赋效应的差序化匹配交易对象

前已述及,禀赋效应的存在会抑制农地流转率的提高。其原因在于,农民对农地的劳动、时间、情感的持续性投入,农地之于农民而言是一种人格化的财产,他们会因情感、偏见等因素而高估农地的流转价值,“失去”农地所体验到的损失感会较为明显,因而农户会选择不转出土地,或者对转出价格的心理估价较高,使得农地流转市场的供需难以匹配,最终表现出抑制的效果。然而,研究者同时发现,农户对农地的禀赋效应并不是绝对的,当面对的交易对象不同时,表现出了不同的禀赋效应。与费孝通先生所说的差序格局类似,农户对于不同的交易对象存在明显的禀赋效应的差序化特征^④,亦即农户的禀赋效应基于人情关系而有明显变化,并依照“亲友邻居—普通农户—生产大户—龙头企业”而逐次增强。也就是说,在亲友邻居之间,农地流转的禀赋效应趋近于零,农地流转可以顺利进行;而在农户与龙头企业之间,农地流转的禀赋效应最强,农地流转的交易成本最高,流转最不容易发生。

禀赋效应的差序化特征说明了设计“交易装置”的必要性,也指明了“交易装置”设计的方向和思路。要想获得更大面积、更高程度的农地流转,需要根据禀赋效应的差异匹配农地流转的交易,促使农地流转尽量在低禀赋效应值的交易对象之间进行。因为,禀赋效应所描述的交易范围仅限于“直接交易”,间接交易是不被包含在内的,即农户在直接面对不同的交易对象时表现出程度不同的禀赋效应。那么,当农地流转在低禀赋效应主体之间发生之后,再流转时,其禀赋效应就不会那么明显,因而在整体上会提升农地流转率。事实上,这种交易模式已经在理论上得以总结和提炼,被称为“迂回交易”(roundabout

transaction)或“交易装置”(transaction configuration),即一笔交易的发生能够改善另一笔交易的实现,“迂回交易”意指为了进行A交易,先进行B交易,在效果上实现通过B交易来促进A交易,交易效率会改善;而“交易装置”则包含了三重含义:(1)通过X交易来改善Y交易,即迂回交易;(2)由于Y交易的交易成本过高,可以选择X交易进行替代,即替代交易;(3)Y交易难以独立运行,通过X交易的匹配,能够改善交易效率,即匹配交易。^⑤

实践中,农地流转率较高的区域事实上均采取了形式各异但原理基本相同的交易装置。例如,以农地经营权入股而后由集体统一经营的土地股份合作制;将土地经营权流转给村集体,统一整理后再发包;以及交换土地经营权而实现小块并大块的模式。不难发现,这些模式均实质地改变了“人地关系”,农民所拥有的财产权转变为非人格化的资产或股份,即剥离了人格化的农地经营权中的人格因素,大幅降低了农户对农地的禀赋效应,进而实现了规模流转。严格来讲,按照上述“交易装置”的原理,实践中推进的土地股份合作制、统一经营、统一整理等形式并不是理想的实现模式,因为大可不必通过强制流转的方式去完成大规模流转的任务或指标。^⑥作为一种整体上的规律,禀赋效应是在市场交易中发现的系统性偏离“经济人”模型的行为现象,也就是说,这并不意味着“农户—企业”之间的交易一定不发生,事实上,完全有理由认为“农户—农户”+“农户—企业”的农地流转交易模式可以实现,而通过这种“流转+再流转”的模式,农地流转率必然会提升。

2. 必要时“第三方主体”加入合同

在农地流转过程中,常见的第三方主体有村集体经济组织、村民委员会、乡(镇)人民政府、农地流转中介服务组织、金融机构、专业技术机构、新型农业经营主体等,这些主体对于农地流转有着特殊的意义。因此,必要时可以做为第三方主体加入合同,理由在于:其一,第三方主体的加入会促进农地流转率的提高。第三方主体的加入增加了农地流转的商谈、斡旋和担保机制,它本身会促成农地流转的发生,在很多地区,村集体经济组织、村民委员会、乡(镇)人民政府直接扮演了积极促进农地流转的角色。

其二,村集体经济组织、村民委员会、乡(镇)人民政府等主体在农村土地承包经营合同、农村土地管理等事项上有法定的职权、职责或义

务。如《农村土地承包法》（2018 修正）第 12 条规定“乡（镇）人民政府负责本行政区域内农村土地承包经营及承包经营合同管理”、第 14 条规定了作为农村土地的发包方，村集体经济组织或者村民委员会（或村民小组）有权“监督承包方依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地”“制止承包方损害承包地和农业资源的行为”；《土壤污染防治法》（2018 修正）第 57 条直接要求“农村集体经济组织及其成员、农民专业合作社及其他农业生产经营主体负有协助实施土壤污染风险管控和修复的义务”。事实上，如何履行这些职权、职责或义务，一直是实践中待解决的难题，而加入承载了较多公共性目标的农地流转合同，明确相关公共事务的条款内容是一种实施方式创新。

其三，在农地流转纠纷的解决上，村集体经济组织、村委会、乡（镇）人民政府等主体往往是矛盾的首要和最终解决者。这不仅是因为法律如此规定，还因为村民自治、村民认知及其行为惯性所致，当遇到纠纷时，他们首先会寻求村委会以及政府等主体“评理”，尽管还有仲裁、诉讼等纠纷解决途径，但他们基本把这类第三方主体当作是纠纷的最终解决者。在实践中，常见有将上述第三方主体以“见证方”的地位写入农地流转合同。因此，基于这些主体在农地流转事务中的特殊地位，在农地流转的合同签订时便加入合同，将法律规定的合同备案制度^⑤推进一步，这对于预防农地流转纠纷的发生以及在纠纷合理和高效解决等方面均不无助益，且还会起到间接提高农地流转率的效果。

当然，需要说明的是，上述第三方主体并不是农地流转合同的必备主体，只是由于农地流转合同的特殊性、农地流转的特殊市场逻辑，第三方主体的加入会是一种改善交易的具体方式，这是可以考虑的实施方案。

三、进一步讨论：是深度干预还是助推

通过合同的治理思路表明，需要为农地流转创设适宜的流转模式，也要为农地流转提供（推荐）标准合同，在合同中设计可供当事人自由商谈的条款内容框架，在必要时还需要引入村集体经济组织、村民委员会、乡（镇）人民政府等主体作为流转合同的第三方。这是否意味着，通过合同的此种治理方案是一种对农地流转市场的深度干预？提供标准合同的做法是否会侵犯当事人的合同意思自治原则？以及，这是否会违反村民自治的精神内核和实践认知？

（一）农地流转市场需要政府干预

禀赋效应的研究表明，农地流转市场会因农户对农地的情感诸因素而受抑制，此种状况并没有因“三权分置”政策而缓解，反而加剧了受抑制程度，这是缺乏经济理性的表现，且呈现出系统性特征。显然，这与促进农地流转、倡导农地规模经营与农业现代化发展、实现农民增收、粮食增产等政策目标不符，实践已证明农地流转这一特殊市场并不能仅依靠市场自身力量有效克服此种困境，这是对政府干预的特定需求。实践中，政府对农地流转市场的干预措施较为常见但并不成体系：如组织村组集体统一流转农地；为转入农地的大户提供补贴；培育农地流转市场的中介组织；提供非农就业培训和就业机会间接促进农地流转；加大对农地基础设施的投入；推动农地入股施行农地股份合作制；出台激励政策与财政补贴刺激农户转入农地等。这些干预措施在逻辑上能有效促进农地流转，但从当下的农地流转率来看，其效果仍有待进一步验证，那么，这是否证实了在农村的治理问题上应放弃政府干预？

一直以来，村民自治被奉为农村各项事务治理之圭臬，意指村民自己的事情自己做主，原则上拒斥政府干预，即选择自我管理、自我教育、自我服务，民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。然而，尽管这一原则是农村基层民众自主探索和创造的有效治理形式，但随着城乡中国的发展，农村事务的治理条件也发生了巨大变革，如从乡土中国到“新乡土中国”的过渡、从熟人社会到“无主体熟人社会”的转变。实际上，人们往往容易将“村民自治”与“村自治”混淆起来，前者是指农村基层人民群众自治，自治的主体是村民；而后者是指村民居住的单位自治，自治的主体是地方。^⑥可以说，公共财政覆盖农村、改善农村生产生活条件、加强农村基本公共服务、大力促进农民增收等政策措施均事实上在改写“农民的事情农民办”的历史，因为归根结底，农业农村发展本身就是一个公共性问题^⑦，政府干预在必要时应是可接受的治理措施。对此，研究中国农村村民自治的先行者之一的徐勇教授也撰文认为“村民自治只是乡村治理的一种方式，它不足以承载过高的价值期待”。^⑧

概而言之，政府对农地流转市场的干预有其合理性和必要性，除了上述所列的公共性目标——农业现代化、国家粮食安全、农民增收之外，尚有防止水污染、土壤污染、空气污染、农产品质量安全等生态环境保护目标需要政府积极作为，

当然，也有农民的农地权益需要特殊保护。显然，问题的落脚点已经转为应采取何种干预方式以维护社会公共利益。

从农民权益保护的角度看，与消费者、劳动者等给予倾斜性保护的主体一样，农民也是属于数量庞大但却是没有被有效组织、意见常常被忽略的重要群体，这是农地流转市场中农民权益需要特殊保护的重要理据。目前，消费者、劳动者的特殊保护已有许多制度探索，如《消费者权益保护法》（2013 修正）对消费者权利的确认和宣扬，《劳动法》（2009 修正）、《劳动合同法》（2012 修正）对劳动者权益的倾斜性保护，后者对集体合同制度的规定正是对缺乏有效组织、意见常被忽略的大量劳动者的直接保护，如劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业性集体合同，以及区域性集体合同。在商品房销售过程中，由市场监管部门监制的《商品房买卖合同（预售）》也同样是基于对不特定多数的消费者的集体保护原理。

可以说，“通过合同的治理”正是基于上述考虑而提炼的一种干预措施，具有基础性地位。这种措施的干预性体现在：其一，村民委员会、乡（镇）政府等政府主体直接介入农地流转标准合同的起草、商谈和制定，该标准合同是当事人进行农地流转时的默认选择；其二，根据转入户与转出户等各方主体的利益平衡原则，在农地流转标准合同中确立交易规则和可变更条款，并嵌入关于农地用途限制、防止耕地撂荒、生态环境保护等内容的条款，后者为合同的必备条款，其内容由政府相应监管部门拟定；其三，必要时，村民委员会、乡（镇）人民政府等政府主体要以合同第三方身份积极参与合同的履行，克服当事人在合同履行阶段的信息、实力和能力不对称。

（二）通过合同的治理是一种助推措施

上述治理思路表明，与政府干预市场的传统方式不同，通过合同的治理更多地呈现出一种辅助、培育农地流转市场的姿态，既有的政策引导、直接补贴、统一组织、指标下达等方式所遵循的是激励、命令的治理逻辑，明确体现了政府之于农地流转市场的监管权力。综合来看，本文所谓的“通过合同的治理”实质上是一种助推（nudge）措施，即考虑到农地流转市场中的当事人受限于经济、经验、思维诸方面的局限，在深谙该特殊市场的非理性行为模式的前提下，基于对全社会福利有利的原则而针对性设计的一些

“小花招”。^⑧它并不是政府强制，也不是金钱利诱，而是通过释明、建议等方式影响人们的选择，并使其受益，因而是一种更为科学的谨慎干预措施。行为经济学家泰勒（Richard H. Thaler）称之为“自由家长主义”（libertarian paternalism）^⑨，即考虑到现实中的决策者往往是“普通人”而不是“经济人”，他们会做一些自己原本不会赞同的错误行为，且此种错误呈现出系统性和普遍性特点。因此，作为问题的解决方案，助推有着深层次的心理学依据或支撑。事实上，在“助推”名称的选择上也遵循此理，是选用“谨慎干预”“谨慎家长主义”“自由家长主义”“最优家长主义”还是“自由主义的温和专制主义”^⑩会直接影响该政策措施的可接受性。

在农地流转市场中，“通过合同的治理”的助推表现在：第一，通过合同的签订使农地权益去人格化，以此降低禀赋效应进而促进更多农地流转。由于农户的禀赋效应因流转对象的不同而呈现出“差序化”特征，因此可以先在低禀赋效应的范围进行一定规模的流转，如一个村集体经济组织的农地向少数几位农户集中，再流转时的禀赋效应就不会那么显著；或者交由村集体经济组织统一流转。这个做法再往前推进，就相当于实现了农地资产化，与农地股份制类似。

第二，将农地流转标准合同设为“默认选项”，且合同内容的设计要满足社会整体利益最优。默认选项是一种推荐选项或提示性选择（prompted choice），意味着不具有强制意味，但由于“建议的力量”（the power of suggestion），默认选项能显著地优化农户的整体选择。在形式上，它可将目前以口头合同为主的局面转为以书面合同为主；在内容上，标准合同拟定的条款会被更多的当事人沿用，这表明多元主体的利益平衡更有实现的可能。此外，默认选项并不侵犯当事人的自由选择 and 意思自治，日常生活中其实也广泛存在着默认选项，其对效率的提高是显而易见的。在农地流转市场中，因为默认选项的设定，流转时需要在农地流转管理部门登记备案。

第三，合同内容不仅约束农地流转当事人，同时也约束政府和村集体。对于当事人而言，合同中的交易规则是确定的，面积、价款、期限等内容由当事人自行商定，这些都同时约束当事人各方；而社会公共利益保护的条款也当然约束各方当事人。与此同时，社会公共利益保护的条款也是约束政府和村集体经济组织的依据，因为这些条款直接限定了政府干预农地流转市场的范围

和边界,即政府的干预权限应按照农业发展、生态环境保护与农民权益保障的内在要求进行定位,不得以其他理由侵犯或干扰当事人的契约关系。本质上,此种思路与将容积率指标写入商品房买卖合同(预售)合同相似,容积率不仅明确了购房者的权利范围,同时也对开发商和政府调整规划或容积率的权力构成限制。^④以权利制约权力正是我们需要的社会治理方案之一。^⑤此外,这种助推思路还有助于督促当事人履行合同,增加当事人合同权利的确定性和可预期性。

需要指出的是,上述分析并不表示仅仅有“通过合同的治理”农地流转市场便能有效、有序地运作起来,而是这种助推策略有助于克服农地流转中的禀赋效应、合同履行以及公共利益缺位的难题,同时也能在一定程度上避免村集体经济组织统一流转、政府主导强制流转等违背农户自由意志的现象,而既有研究所指出的做好确权登记工作、健全农业社会化服务体系、改进金融政策和财政补贴扶持农业生产、提高农民的非农就业能力等措施均不可替代,也应同步推进。概而言之,政府积极发挥引导和管理作用的事务很多,与在农地流转市场坚持自愿原则并不矛盾。^⑥

总之,作为一种基础性的干预措施,注重合同的治理思维能逐渐培育农户的规则意识^⑦,为农地流转市场以及更大范围的农村治理提供助益,因此,无论从农地流转市场的发展角度、农地权利的市场化还是农民权益保障和乡村振兴的考量^⑧,都特别需要这种助推。

结语

在乡村振兴的时代背景之下,“推进体制机制创新,强化振兴制度性供给”是激活主体、要素和市场的基本举措。《农村土地承包法》(2018修正)确立了“三权分置”制度,目标在于界定农地权利、维护农民权益、发展现代农业、促进城镇化发展和维护农村社会稳定,也在于促进农地有序流转、发展多种形式适度规模经营。然而,在实施层面,“三权分置”在促进农地流转方面并没有显著实效,甚至还产生了抑制效果,法律的修订没有解决农地流转中的“低制度化”问

题。这是促进农地流转过程中应予重视的问题,值得深入研究。

本文始于对农地流转之纠纷解决的调研和研究,如大多研究者指出的那样,规范性不足是当下农地流转纠纷的主要根源,农地确权、书面合同等均是强化规范性的具体措施。但调研发现,农地流转的困境还不止于此,被寄予厚望的农地确权可能有抑制农地流转的效果,认知心理学、行为经济学称之为禀赋效应,它是传统经济学的经济人假设受冲击的又一个现实例子。当经验明显偏离经济理论的理性逻辑时,不能就此批判或试图矫正“非理性的”现实世界,而应该尝试以此寻求理论的改造,改造后的理论会变成更有用的工具,这是“法和经济学”与“法律的经济分析”之立场的本质区别。^⑨作为研究者在真实情景下的决策的一种方法论,行为经济学与农地市场有更强的契合性——农民的非理性程度更高、信息不对称程度更强、信息处理能力更弱等,它能发现传统经济学忽视的新问题,也能帮助我们找到有效的问题解决方案。本文采用了法学和行为经济学的交叉研究方法,提出“通过合同的治理”是农地流转市场特别需要的一种助推策略,它不仅有规则之治做为法理支撑,也符合效益原则,还能改变政府介入农地流转的方式。长远来看,通过合同的治理将有更广阔的适用空间。

当然,本文的研究仅是初步的,“三农”问题重要而复杂,许多难题相互关联交叉。农地流转问题的探索需要注重系统性、整体性和协调性,相关问题也亟待深入研究:如在农地流转基础之上的农业分工问题^⑩,让农民成为有吸引力的职业问题^⑪;再如农地流转的补贴、扶持政策也需要根据市场的特殊逻辑而调整;此外,土地经营权的流转还需要与宅基地使用权的流转相结合,后者在流转过程中的禀赋效应可能更明显。如此种种,都是农地流转、农业农村农民现代化过程中需要关注和研究的议题。概而言之,“三农”问题及由此引发的问题将在较长一段时期持续存在,而这种状况的改变,需要足够的调查、足够的研究以及足够的耐心。

① 韩长赋:《土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新》,《光明日报》2016年1月26日,第1版。

② 部分省市开始推行“农村土地承包经营权流转合同示范文本”,这是一种进步,但遗憾的是,这类合同文本仅限于对转包方/出租方与接包方/承租方的权利义务进行约定,并没有将合同提升至治理农地流转市场的层面上来。

③ ②⑨ 陈锡文:《读懂中国农业农村农民》,北京:外文出版社,2018年,第110、145页。

④ 参见《国务院关于严格控制农村劳动力进城做工和农业人口转为非农业人口的通知》(国发〔1981〕181号)。

⑤ 数据来源:韩长赋同志2018年12月4日在农业农村部农村改革40年专题会上的报告:《中国农村土地制度改革》。

- ⑥ 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》（2014年11月20日）。
- ⑦ 参见《上海市乡村振兴战略规划（2018—2022年）》《上海市乡村振兴战略实施方案（2018—2022年）》。
- ⑧ 罗必良等：《产权强度、土地流转与农民权益保护》，北京：经济科学出版社，2013年，第23页。
- ⑨ 温世扬：《农地流转：困境与出路》，《法商研究》2014年第2期。
- ⑩ 孙宪忠：《推进农地三权分置经营模式的立法研究》，《中国社会科学》2016年第7期。
- ⑪ 高飞：《寻找迷失的土地承包经营权制度——以农地“三权分置”政策的法律表达为线索》，《当代法学》2018年第6期。
- ⑫ 也有研究指出不同的确权方式也会影响农地流转的效率。参见陈小知、胡新艳：《确权方式、资源属性与农地流转效应——基于IPWRA模型的分析》，《学术研究》2018年第9期。
- ⑬ ⑭ 钟文晶、罗必良：《禀赋效应、产权强度与农地流转抑制——基于广东省的实证分析》，《农业经济问题》2013年第3期。
- ⑮ 数据来源：中国裁判文书网，<http://wenshu.court.gov.cn/>，访问时间：2019年7月11日。
- ⑯ 李昌麒主编：《中国农村法治发展研究》，北京：人民出版社，2006年，第423页。
- ⑰ 翟学伟：《人情、面子与权力的再生产》，北京：北京大学出版社，2013年，第272页。
- ⑱ 张静：《土地使用规则的不确定：一个解释框架》，《中国社会科学》2003年第1期。
- ⑲ 苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京：北京大学出版社，2011年，第141页。
- ⑳ John F. Kennedy, Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest (1962)。
- ㉑ 尹田：《法国民法中合同解除的法律适用》，《法商研究》1995年第6期。
- ㉒ 类似的原理和分析可参见李剑：《消费者价格决策方式与建议零售价的法律规制——行为经济学下的解释、验证及其启示》，《法商研究》2012年第1期。
- ㉓ 陈小君：《土地经营权的性质及其法制实现路径》，《政治与法律》2018年第8期。
- ㉔ ⑳ [美] 泰勒、桑斯坦：《助推：如何做出有关健康、财富与幸福的最佳决策》，刘宁译，北京：中信出版社，2015年，第206—213、268页。
- ㉕ 罗必良：《科斯定理：反思与拓展——兼论中国农地流转制度改革与选择》，《经济研究》2017年第11期。
- ㉖ 许建明、邓衡山：《公平与效率：诱致性与强制性的农地流转方式——基于凤阳县小岗村与东陵村的调研分析》，《学习与探索》2016年第1期。
- ㉗ 《农村土地承包法》（2018修正）第33条、36条、46条、47条规定了土地（承包）经营权在互换、出租（转包）、入股或者其他方式流转、再流转、融资担保等情形下应向村集体经济组织、村委会或村民小组的合同备案制度。
- ㉘ 徐勇：《中国农村村民自治》，北京：生活书店出版有限公司，2018年，第13页。
- ㉙ 徐勇：《实践创设并转换范式：村民自治研究回顾与反思——写在第一个村委会诞生35周年之际》，《中国社会科学评价》2015年第3期。
- ㉚ 梁捷：《经济研究领域中的行为学转向》，《文汇报》2017年11月3日，第2版。
- ㉛ [美] 泰勒：《“错误”的行为》，王晋译，北京：中信出版社，2016年，第355页。
- ㉜ 江帆、尹亚军：《从规划许可到合同权利——论容积率应作为商品房买卖合同的必备条款》，《法律适用》2017年第5期。
- ㉝ 成伯清：《社会意象与社会治理》，《社会科学研究》2015年第1期。
- ㉞ 钱忠好、冀县卿：《中国农地流转现状及其政策改进——基于江苏、广西、湖北、黑龙江四省（区）调查数据的分析》，《管理世界》2016年第2期。
- ㉟ 邓大才：《规则型自治：迈向2.0版本的中国农村村民自治》，《社会科学研究》2019年第3期。
- ㊱ 高圣平：《完善农村基本经营制度之下农地权利的市场化路径》，《社会科学研究》2019年第2期。
- ㊲ [美] 卡拉布雷西：《法和经济学的未来》，郑戈译，北京：中国政法大学出版社，2019年，第22页。
- ㊳ 张露、罗必良：《小农生产如何融入现代农业发展轨道？——来自中国小麦生产区的经验证据》，《经济研究》2018年第12期。
- ㊴ 参见《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》（2018年1月2日）。

（责任编辑：周中举）