

# 我国农村宅基地使用权流转的困境与出路

贺日开

**内容提要** 农村宅基地使用权流转制度改革既关系到农民的核心利益,也将在很大程度上决定农村改革的成败。面对当前农村宅基地使用权流转制度中的种种问题,改革是应有的、必然的回应,而改革方案的选择则必须十分慎重。通过深入梳理、分析宅基地使用权流转的现状与困境,不难发现建构宅基地使用权自由流转制度具有坚实理论依据与现实基础。本文将从一般原则、具体建议、相关配套制度的建立与完善等三个层面阐述宅基地使用权自由流转制度的建构。

**关键词** 宅基地使用权 宅基地使用权流转 困境 出路 自由流转说

贺日开,南京师范大学法学院教授 210023

中国共产党第十八届三中全会审议通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》以来,学界有关农村宅基地使用权流转的讨论愈加热烈,相关的学说或者观点分歧很大。从本质上讲,宅基地使用权流转问题就是利益(价值)选择问题,只有对问题的现状进行充分的调查研究,深入分析其性质与全貌,才能理性选择问题的解决方案。

## 一、农村宅基地使用权流转的立法与实践

### 1. 宅基地使用权流转的立法现状

我国关于宅基地使用权流转的立法主要见于《物权法》、《土地管理法》、《担保法》、《关于深化改革严格土地管理的决定》、《关于加强农村宅基地管理的意见》、《关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》、《关于进一步完善农村宅基地管理制度切实维护农民权益的通知》等法律、法规、规章及国家政策规定。总体来看我国立法下的农村宅基地使用权流转基本上处于受禁止状态,符合立法规定的有限流转情形只有发生在农村集体经济组织(以下简称集体经济组织)内部的特定流转和政府主导下的宅基地使用权置换流转。具体可以从宅基地使用权流转的主体、流转客体、流转方式、流转管理等

---

本文获得“江苏省优势学科建设工程资助项目”(PAPD)经费支持。写作过程中,孙伟伟、李震同学曾予以协助,在此表示感谢。

# 论先行调解协议的效力

许少波

**内容提要** 2012年新民事诉讼法第122条规定了先行调解,这既是我国诉前调解司法政策演变的必然结果,也是司法实践经验的总结。先行调解与诉前调解是同一种制度的两个不同的称谓,是可以互换使用的同等级的概念。先行调解可以分为两种情形:一是由法官主持或由法官与法官以外的人共同主持的先行调解,其调解协议应当具有法院调解的效力;二是由法官以外的人主持的先行调解,其调解协议应当具有合同或契约的效力。并且调解协议达成后,调解的主持者应当与法官一道依职权进行司法确认,但当事人不同意的除外。

**关键词** 民事诉讼 先行调解 诉前调解 调解协议效力

许少波,华侨大学法学院教授 362021

将调解作为民事审判权的主要运作方式,是中国司法的鲜明特色。自2002年以来,随着我国司法政策的调整,调解在民事纠纷解决中的地位和作用再次受到重视,“先行调解”这一颇具历史蕴含和现实情景的话语,也在调解强势回归的大势下再次进入到了民事司法理论和话语的中心。具有里程碑意义的是,2012年新修订的民事诉讼法第122条明确规定了先行调解:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”本文将要讨论的“先行调解”即为这一意义上的先行调解。

然而,对于先行调解协议的效力,新民事诉讼法并未作出规定。从学界议论的情况看,因新民事诉讼法于2013年1月1日才正式实施,以“先行调解”为主题的讨论目前还局限于先行调解的含义、性质、程序等,尚未正面讨论先行调解协议的效力。诚然,作为讨论先行调解协议效力的先决条件,我们应当厘清什么是先行调解、先行调解究竟是发生起诉之前还是起诉之后、先行调解的程序如何启动等问题,但正面研究先行调解协议的效力也是必须的。先行调解协议的效力不仅是先行调解制度构造的核心内容,是适用该制度的前提,而且也是当事人是否选择使用该制度及该制度是否具有生命力的决定性因素。因此,随着理论和实践的进一步展开,学理必然会逐渐关注先行调解协议的效力。

本文系2012年国家社会科学基金一般项目:“矛盾化解、权利保护与民事诉讼中调判关系模式研究”(12BFX066)阶段性研究成果。

# 论格式条款的成立与效力

吴一平

**内容提要** 在我国立法上,有关格式条款的规定相对粗疏,相关研究也不够深入;由于其应用的广泛性,实践中出现的纠纷越来越多。文章在揭示格式条款本质特征的基础上,从格式条款订入合同的要约和承诺两方面分析其成立的特殊性,根据中外合同立法和学说,对格式条款的效力作了界定和评析,并结合最高人民法院最新发布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》着重对格式条款的有效、无效与可撤销进行了探讨。

**关键词** 格式条款 成立 效力

吴一平,盐城师范学院法政学院教授 224051

## 一、格式条款及其特征

格式条款乃现代经济活动的必然产物,其主要优势在于简化交易程序、减少交易成本以及交易结果的不可预测性。我国《合同法》第 39 条第 2 款规定:“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”按照《国际商事合同通则》第 2.19 条第 2 款的规定,标准条款是指一方为通常和重复使用的目的而预先准备的条款,并在实际使用时未与对方谈判。理论上对格式条款的性质有不同见解,主要包括命令行为说、合同说、规范说、规章说、事实合同说等<sup>[1]</sup>。本文赞同合同说,并认为格式条款只不过是一种特殊类型的合同,下面将进一步分析其特征所具有的法律意义。

其一,格式条款是由一方当事人为了重复使用而预先准备的。《合同法》第 39 条第 2 款中的“预先拟定”应采用目的性解释原则扩张解释为“预先准备”(《国际商事合同通则》用语),因为格式条款的起草者并不限于提供格式条款一方当事人,否则将会使一部分应当属于特别法律规范调整的格式条款排斥在调整范围之外,不利于相对人保护。例如在我国,由建设行政部门拟定的商品房买卖合同文本,如果被开发商使用并向相对人提供,则当然属于格式合同。有学者认为这里的“重复使用”是“预先拟定”的目的,是格式条款的经济功能,而不是其法律特征;并担心如果特别强调格式条款重复使用的特点,则相对人在确定某一条款是否为格式条款时应当证明该条款已被重复使用的事实,这不免对举证

本文系江苏省社会科学基金项目“民法典视阈中的合同法热点问题研究”(编号:13FXB003)阶段性成果。

[1]参见王利明:《合同法研究》(第一卷),[北京]中国人民大学出版社 2002 年版,第 389-390 页。