

农村土地承包经营权的继承问题探析^{*}

刘保玉 李运杨

摘要:农村土地承包经营权能否作为继承标的,在理论上及《继承法》的修订中颇有争议。农户以家庭承包方式取得的土地承包经营权,是一种特殊的用益物权,具有福利性和社会保障功能,户内成员均具有特殊的身份并因此形成特殊的准共有关系。户内成员部分死亡时,由于“户”还存在,仅产生生存成员的权利扩张问题,而不存在继承问题;户内成员全部死亡的,承包关系终止,应由发包人收回承包地,也不发生继承问题,唯林地的承包经营权有所例外。而以其他方式承包取得的四荒地的承包经营权,其主体无特定的身份限制,也不承载社会保障功能,作为自然人的承包人死亡时,其承包经营权应可作为遗产。承包地因被征收而获得的补偿费的继承问题,亦应区别不同费用而作不同的对待。

关键词: 承包经营权 家庭承包 继承法

中图分类号: DF521 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330(2014)02 - 0005 - 10

随着农村经济的活跃,诉至法院的土地承包经营权纠纷逐渐增多。《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》(法释[2005]6号,以下简称为《审理土地承包纠纷案件的解释》)第1条将土地承包经营权继承纠纷作为一种单独的纠纷类型,并规定对涉及承包经营权继承的纠纷,人民法院应当依法受理。^①但在实体法上,对于农村土地承包经营权能否继承的问题,我国现行法的规定并不明确;在当下进行的《继承法》修订中,对此问题应如何处理也存在较大争议。本文拟就此谈些看法,期望对争议的澄清和立法的完善有所助益。

一、既有的法律规定及学界争论

(一) 土地承包经营权能否继承的既有规定

在我国1985年制定《继承法》时,对于农村土地承包经营权能否继承的问题即存在激烈的争论。^②最后通过的《继承法》第4条规定“个人承包应得的个人收益,依照本法规定继承。个人承包,依照法律允许由继承人继续承包的,按照承包合同办理。”最高人民法院发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国

^{*} 本文系教育部重点研究基地——中国人民大学民商法律科学研究中心重大招标项目“他物权制度的现代化问题研究”(项目编号08JJD820171)的阶段成果。

[作者简介]刘保玉,北京航空航天大学法学院教授、博士生导师。李运杨,北京航空航天大学法学院博士研究生。

^① 据该司法解释的精神,由于此类案件在性质上仍属民事纠纷,故应当属于民事诉讼受案范围。至于农村土地承包经营权能否作为继承标的、继承人是否享有继承权等的判断,则属于实体法的任务。对此类纠纷是否属于民事诉讼受案范围的审查,不应受实体判断的影响。参见最高人民法院民事审判第一庭编著《最高人民法院农村土地承包纠纷案件司法解释理解与适用》,人民法院出版社2005年版,第52页。

^② 参见刘春茂主编《中国民法学·财产继承》,中国人民公安大学出版社1990年版,第100页。

国继承法》若干问题的意见》第 4 条规定“承包人死亡时尚未取得承包收益的,可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息,由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿,其价额作为遗产。”上列规定中均区分收益与权利,仅规定个人承包的收益可以继承,对土地承包经营权能否继承则未予明确。^③

1993 年制定的《农业法》第 13 条第 4 款虽然规定了“承包人在承包期内死亡的,该承包人的继承人可以继续承包”,但在 2002 年底修订时又将该规定删除。就此来看,现行《农业法》对土地承包经营权的继承似持否定态度。

2003 年实施的《农村土地承包法》将土地承包区分为家庭承包和其他方式的承包两种,并在“家庭承包”一章的第 31 条规定“承包人应得的承包收益,依照继承法的规定继承。林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期内继续承包。”另外,在“其他方式的承包”一章第 50 条规定“土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的,该承包人死亡,其应得的承包收益,依继承法的规定继承;在承包期内,其继承人可以继续承包。”^④该法继承了《继承法》第 4 条规定的精神,区别收益与权利,并进一步区分土地承包经营权的不同类型和承包地的类别,予以区别对待。其中,家庭承包中的林地承包人和其他方式承包中的“四荒”地的承包人死亡的,其继承人可以在承包期内继续承包。关于“继承人可以继续承包”的含义有两种解释:一是将其解释为合同主体的变更,非为继承法意义上的继承;^⑤二是解释为承包经营权的继承。^⑥笔者认为后一理解更为符合现行法的立法精神。^⑦因为前者以土地承包经营权是债权为基础,后者以土地承包经营权是物权为基础,而《物权法》已肯定了土地承包经营权的物权属性;另外,如果不属于继承问题,则“可以继续承包”的主体在表述上也不必限定为“继承人”。

最高人民法院 2005 年发布的《审理土地承包纠纷案件的解释》第 25 条中,依据既有法律规定,承认了林地承包经营权和以其他方式取得的土地承包经营权的继承,而对家庭承包方式取得的土地承包经营权的继承则明确持否定态度。^⑧

2007 年实施的《物权法》中,设专章规定了土地承包经营权,明确其为用益物权的一种,且规定该项权利可以多种方式流转,但对其能否继承的问题,则采取了回避态度,未作明文规定。

(二) 学界对土地承包经营权能否继承问题的争论

制定法层面的模糊与回避为学界的讨论留下了空间。对农村土地承包经营权是否能构成继承权的客体,学界存在肯定说和否定说两种不同的观点。

1. 肯定说及其主要理由

肯定说实际上又可细分为三种主张:其一,不区分农村土地承包经营权的类型,均可以作为继承权的客体。如有学者主张,“继承权的客体不仅仅局限于林地承包经营权和通过招标、拍卖、公开协商等

③ 值得说明的是:其一,当时的立法对土地承包经营关系是按照承包合同对待,尚未承认土地承包经营权为物权。其二,《继承法》制定时,我国农村土地承包制度刚开始实行,理论与制度设计尚不成熟,因此,在立法表述中仅提到“个人承包”而未提及后来更为普遍适用的“家庭承包”,也未提到“其他方式承包”;此规定中并未承认个人承包的承包经营权可以继承,则以“户”为单位的家庭承包经营权的继承问题更无从谈起。

④ 此两处规定将《继承法》所称的“个人承包应得的个人收益”修改为“承包人应得的承包收益”。

⑤ 参见王晓芬《土地承包经营权继承问题探究——以法律适用为视角》,载《韶关学院学报》2011 年第 9 期,第 38 页。

⑥ 参见郭明瑞、房绍坤、关涛《继承法研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 11 页。

⑦ 时任全国人大法律委员会副主任委员的顾昂然同志在 2002 年 6 月 24 日第九届全国人大常委会第二十八次会议上所做的《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉修改情况的汇报》中也提到:原草案第 9 条第 2 款规定“土地承包经营权可以依法继承”。有的委员、地方和部门提出:1. 对于应由承包人获得的承包收益,应当按照继承法的规定继承。2. 家庭承包是以户为生产经营单位的,家庭中部分成员死亡的,土地承包经营权不发生继承的问题。3. 农村集体经济组织内部人人有份的家庭承包是农村集体经济组织成员的一项权利,如果不是该组织的成员,也就没有了对土地承包经营权的继承权。对于少数通过招标、拍卖、协商等方式取得的土地承包经营权以及林地承包经营权,应当允许继承。因此,法律委员会建议删去原草案第 9 条第 2 款的原则规定,对继承问题区别情况作出上述规定。参见顾昂然《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉修改情况的汇报》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002 年第 5 期,第 359 页。

⑧ 参见前引①最高人民法院民事审判第一庭编著书,第 310—314 页。

方式取得的农村土地承包经营权,还应当包括耕地、草地的承包经营权”。^⑨“应赋予农民对包括耕地在内的一切土地承包经营权以继承权(法律有特殊规定或合同有特别约定的除外),只要在登记簿上进行必要的变更登记即可”。^⑩梁慧星教授主持拟定的《中国物权法草案建议稿》中还对农地使用权继承中的具体问题提出了处理方案。^⑪其二,土地承包经营权原则上均可以继承,但应区分家庭承包与非家庭承包的不同情况:非家庭的个人承包(包括个人为一“户”的情况)在承包人死亡时,其个人享有的承包经营权本身就是遗产,可以继承;而家庭承包中的部分户内成员死亡时,发生的是具有共有关系的成员之间的份额权的继承问题;发生“绝户”情况时,则按照类似于法人的清算终止程序处理。^⑫其三,认为个人享有的承包经营权可以继承,而家庭承包的情况则另当别论。如杨立新、杨震教授担纲的“继承法修正案草案建议稿课题组”拟定的《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》第7条即规定:遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产,包括“个人享有的土地承包经营权和承包收益”。^⑬此外,在肯定说中,有人主张应对继承人范围予以限制,即非从事农业生产经营的继承人不得继承农村土地承包经营权。但多数学者认为应坚持“继承平等”原则。^⑭

肯定论者的主要理由,可以概括为以下几点:

第一,土地承包经营权是一种用益物权,在承包人死亡后,法律应当允许其继承人继承。^⑮“物权法把土地承包经营权明确规定为用益物权的一个种类后,应当说,妨碍土地承包经营权继承的法理障碍已彻底清除”。^⑯

第二,土地承包经营权是一种财产权,法律既然承认其可以多种方式流转,亦应允许继承。“土地承包经营权作为公民的一项重要财产权,应当可以继承。承认农村土地承包经营权可以以转包、出租、互换、转让、入股、抵押或者其他方式流转,也应当可以继承。欠缺继承性的财产权就某种意义上说属于不完整的财产权,也是难以顺利流转的。”^⑰

第三,考察域外法制和我国的现实需要,应当允许农村土地承包经营权继承。如有学者提出,无论是大陆法系的德国、法国,还是英美法系的英国、美国和印度,及我国香港、澳门特别行政区和台湾地区,农地使用权都是可以继承的。从农村养老保险的角度考量,允许农村土地承包经营权继承,也符合我国客观现实的需要。^⑱

2. 否定说及其主要理由

早期的否定说系根据《继承法》的规定精神,认为仅承包收益可以继承,而承包的客体、承包合同和承包权均不得当作遗产而继承,理由是:第一,作为承包合同标的的农村土地不是承包人的私有财产,其属于集体所有,承包人并不享有所有权,根本不发生继承问题;第二,承包合同关系是不能继承的,土地承包经营合同因当事人一方死亡而终止,不发生继承问题;第三,土地承包经营权是基于承包合同关系

⑨ 李士虎《对农村土地承包经营权继承问题的思考》,载《四川理工学院学报(社会科学版)》2009年第1期,第13页。

⑩ 陈小君等《农村土地法律制度研究——田野调查解读》,中国政法大学出版社2004年版,第376页。

⑪ 参见梁慧星等《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第534页。

⑫ 前引⑥,第11—12页;王利明等《中国民法典学者建议稿及立法理由——人格权编·婚姻家庭编·继承编》,法律出版社2005年版,第670—671页。

⑬ 杨立新、杨震等《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》,载《河南财经政法大学学报》2012年第5期,第15页。在2013年6月于牡丹江市召开的第十一届海峡两岸民法会议上,杨立新教授解释说本条规定中的“个人享有的土地承包经营权”,可以包括个人承包、个人为一“户”以及家庭承包中因其他成员死亡而仅剩一人等几种情况。

⑭ 参见曹诗权、朱广新《论农地承包经营权立法目标模式的建构》,载《中国法学》2001年第3期,第185页。

⑮ 前引⑪,第535页。

⑯ 张钧《土地承包经营权继承法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2010年第2期,第74页。

⑰ 郭明瑞《关于农村土地权利的几个问题》,载《法学论坛》2010年第1期,第33页。类似主张可参见丁关良《土地承包经营权若干问题的法律思考——以〈农村土地承包法〉为主要分析依据》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2004年第3期,第30页。

⑱ 参见胡家强、张娜《对我国农村土地承包经营权继承的法律思考》,载《济南大学学报(社会科学版)》2009年第2期,第82页。

所产生的经营管理权,而非财产权,不属于财产继承的范围,故此种权利不能继承。^①

在《农村土地承包法》和《物权法》颁行后,继承否定说主要系针对家庭承包的农村土地承包经营权而言。如有学者认为,家庭承包方式获得的农村土地承包经营权只能属于农户家庭,而不可能属于某一个家庭成员。根据《继承法》第 3 条的规定,遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,而“农村土地承包经营权不属于个人财产,故不发生继承问题”。^②还有学者指出,“农地使用权可以继承”的理由不够充分。首先,虽然土地使用权是农民拥有的最大宗财产之一,但作为从事农业生产的继承人可以依据自己的集体组织成员权,取得维持其生存的土地使用权,作为非农业生产的继承人则有城市保障体系的保证。而对于新增加的农业人口,如果无法保障其土地使用权,则可能危及其生存问题。其次,随着农民子女的择业自由和择业范围的扩大,农地使用权可能因继承事实的发生而转移到非农业人口手中,这显然不利于土地的合理利用与农业的有效发展。^③最高人民法院在《审理土地承包纠纷案件的解释》的阐释书中也明确指出,《农村土地承包法》将土地承包确定为家庭承包及其他方式承包两种承包形式。家庭承包是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位、人人有份的家庭土地承包经营,它强调的是福利性及生活保障性,将承包经营权作为农村集体经济组织成员的一项权利。以家庭承包方式取得承包经营权有其自身的特殊性,它是以集体成员权为前提的;此种承包经营权具有社会保障功能,它为集体成员提供基本的社会保障。因此,如果依照继承法的一般原理承认其继承人的继承权,则会对承包地的社会保障功能产生消极的影响;如果这种承包经营权由村集体外部的人取得,将会损害村集体内部社会保障的基础,对集体经济组织其他成员的权益造成损害。^④

3. 简单的评述

肯定说侧重于土地承包经营权的物权和财产权属性,认为既然承认土地承包经营权是一种用益物权,可以转让或以其他方式流转,就应当肯定包括家庭承包方式在内的各类土地承包经营权可以作为继承的客体。但其忽略或者说回避了家庭承包的土地承包经营权的主体身份限制和功能特殊性。就家庭承包的土地承包经营权的流转而言,我国法律虽然承认了其可以包括转让在内的多种方式流转,但《农村土地承包法》第 41 条对转让的条件、程序和受让人都有严格的限制,而非可以自由转让。因此,不能简单地认为立法既然允许土地承包经营权的转让,就应当承认其可以继承。如果允许家庭承包方式下的承包经营权可继承,则会造成土地承包经营权的外流或部分成员获得两份或多份承包地,而本应得到承包地的成员却得不到承包地,从而背离农地的社会保障功能,这是不符合现行法的立法精神的。

否定说的有些理由产生于《农村土地承包法》和《物权法》颁行之时,显然已经过时而丧失了说服力。而有学者所持的“家庭承包方式获得的农村土地承包经营权只能属于农户家庭,而不可能属于某一个家庭成员”的观点也过于绝对,因为现实生活中的确存在个人为一户的现象,且不能排除原来的户内家庭成员因死亡而仅余一人或全部死亡的情况。唯有从家庭承包的土地承包经营权的特殊性角度阐释的理由,具有一定的说服力,但在这方面,继承否定论者挖掘得还有不足,被重视的程度也不够。

笔者认为,欲探究土地承包经营权能否作为继承的客体并发生继承问题,必须区分不同的承包方式来讨论;而否定家庭承包的土地承包经营权的继承,则须从此种权利的主体限制及功能特点入手进行深入分析。

二、不同承包方式下土地承包经营权的主体与功能的差异

(一) 不同承包方式下土地承包经营权的主体之不同

“土地承包经营权是指农业生产经营者为种植、养殖、畜牧等农业目的对其依法承包的农民集体所

^① 前引②,第 99—100 页。在人民法院出版社 2008 年出版的该书的修订版第 72 页中,仍沿用了上列理由。

^② 程序《农村土地承包经营权不能作为遗产继承》,载《人民司法》2010 年第 14 期,第 14 页。

^③ 参见周子良、张豪《农地使用权流转问题的法律思考》,载《理论探索》2002 年第 2 期,第 63 页。

^④ 参见前引①,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第 51、310 页。

有或国家所有由农民集体使用的土地享有的占有、使用、收益的权利”。^{②③}根据《农村土地承包法》的规定,我国农村土地承包经营有两种形式:一种是按照人人平等、民主协商、公平合理原则而对本集体经济组织成员所采用的“家庭承包”;另一种是对荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农地通过招标、拍卖、公开协商等方式建立的“其他方式的承包”。^{②④}以不同方式获得的土地承包经营权,其主体即“土地承包经营权人”也有不同。《农村土地承包法》第15条规定“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”第41条规定,在农户转让通过家庭承包方式获得的土地承包经营权时,受让方也应当是从事农业生产经营的农户。可见,家庭承包方式下的土地承包经营权以成员权为基础,其具有较强的身份性。农村集体组织成员身份既是取得家庭土地承包经营权的必要条件,又是充分条件。^{②⑤}根据《农村土地承包法》第47、48条的规定,通过其他方式获得的土地承包经营权,其主体可以是本集体经济组织的成员,^{②⑥}亦可以是本集体经济组织以外的单位或者个人,但后者要想取得“四荒”等农地的承包经营权,除须尊重前者享有的在同等条件下的优先承包权外,还须经多数村民的同意,并报乡(镇)人民政府批准。

(二) 不同承包方式下土地承包经营权的功能之差异

土地承包经营权虽然是一种用益物权和一种财产权,但其具有一定的身份性。^{②⑦}土地承包经营权的身份性在发包阶段和流转阶段均有体现。^{②⑧}赋予土地承包经营权一定身份性的根本原因在于我国还未全面建立农村社会保障制度,农村土地仍然承载着社会保障功能,优先保障农民的基本生活需要。^{②⑨}限制非集体经济组织人员获得农村土地承包经营权,可以缓解大量的农村人口和有限的土地之间的紧张关系。需要指出的是,家庭方式承包获得的土地承包经营权具有较强的福利性和社会保障功能,通过这种方式获得的土地承包经营权是一种特殊用益物权,该种土地承包经营权的取得以集体成员权为基础,虽然经济组织以外成员可通过其他承包方式获得土地承包经营权,但是集体经济组织以外的成员承包土地与集体经济组织内部的农民取得的土地承包经营权在程序和权利范围等方面都是有区别的。^{③⑩}以不同的承包方式获得的土地承包经营权,其社会保障功能的强弱差异主要体现在以下几个方面:

第一,从对主体的限定中可以看出,在家庭承包方式下,无论是发包阶段的承包方,抑或是转让时的受让方,都只能是从事农业生产经营的农户。而四荒地的承包方或受让方则无此种限定。

第二,从取得方式上看,由于家庭承包负载着本集体经济组织成员的基本社会保障功能,所以其应遵循人人平等、民主协商、公平合理的原则进行;而四荒地的承包经营几乎不负载社会保障功能,故可以引入招标、拍卖、公开协商等商业化的取得方式,通过竞争机制最大化地发挥四荒土地资源的价值。

第三,家庭承包的土地主要是耕地、林地和草地,承包地本身关乎农民的基本生存需要;而其他方式承包的土地主要是“四荒地”等不适宜家庭承包的土地,其与农民的生存需要关系不大。

第四,是否需缴纳税费不同。我国自2006年取消了农业税后,农民种地不需再缴纳各种税费,而且还会得到不同的补贴;而以其他方式承包,则需缴纳有关税费。

^{②③} 刘保玉《物权法学》,中国法制出版社2007年版,第262页。

^{②④} 以前曾经试行过的划分“口粮田”和“责任田”的“两田制”承包模式,在1997年之后已不再提倡或予以禁止。1997年中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》中明确规定:中央不提倡“两田制”,没有实行“两田制”的地方不要再搞,已经实行的必须根据中央的土地承包政策认真进行整顿。《农村土地承包法》第35条也明文规定禁止发包方再划分“口粮田”和“责任田”。

^{②⑤} 参见王玉成《论家庭土地承包经营权的继承》,载《广西政法管理干部学院学报》2010年第5期,第23页。

^{②⑥} 这里所称的“本集体经济组织的成员”,在解释上应当认为既包括个体成员,也包括农户。参见周友军《试论土地承包关系中的民事主体》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2009年第1期,第53页。

^{②⑦} 具有身份性的用益物权,不仅仅体现在农村土地承包经营权上,宅基地使用权亦同。在国外的立法上,也有身份性质浓厚的用益物权类型,如为特定人的利益设立的“人役权”(我国物权法草案中曾规定但后来被删除的“居住权”,属于具有身份性的人役权的一种)。

^{②⑧} 参见《农村土地承包法》第15、33、47、48条。

^{②⑨} 对此问题的详细论述和相关中央、部委文件的表述精神,可参见刘承楚《产权与政治:中国农村土地制度变迁研究》,法律出版社2012年版,第119、123—124页。

^{③⑩} 参见张艳、马智明、朱良元《农村土地承包经营权的物权化建构》,载《中国土地科学》2009年第4期,第62页。

第五,从土地承包经营权流转的规定中,亦可窥见立法精神的差异。根据《农村土地承包法》第 41 条的规定,以家庭承包方式获得的土地承包经营权在转让时,应当符合以下条件:1. 转让方有稳定的非农职业或稳定的收入来源;2. 经发包方同意;3. 受让方应当是从事农业生产经营的农户。而通过其他方式获得土地承包经营权的转让,法律未作如此限定。除了转让外,我国法律还许可将“四荒”地的承包经营权抵押,而以家庭承包方式取得的土地承包经营权,由于更侧重其社会保障功能,因而法律未允许抵押。

综上,虽然两种承包方式下的土地承包经营权主体均具有一定的身份性,但是家庭承包方式取得的土地承包权的身份性是绝对的,招标、拍卖等方式取得的土地承包经营权的身份性是相对的(《农村土地承包法》仅在第 47 条中强调规定了本集体经济组织成员同等条件下的优先承包权);前者承载着较强的福利性和社会保障功能,而后的福利性及社会保障功能较为薄弱。由于作为遗产的条件之一必须是非专属性的,可以在不同主体之间自由转让。^③而不同的土地承包经营权所存在的上述差异,直接决定了其是否可作为遗产。

三、家庭承包中土地承包经营权的继承问题

家庭承包中的“农户”是一个集合概念,它以农村人口户籍管理中的“户”为基本单位。户内的成员可以是多个家庭成员,也可以仅为一户;且户内成员处在一个流动状态,可能增加,亦可能减少。农户中的成员共同享有土地承包经营权,只要农户存在,土地承包经营权即存续,不受农户成员数量变化的影响。因此,当由多个成员组成的农户作为土地承包经营权的主体时,户内一个或部分成员的死亡,不发生土地承包经营权的终止及继承问题,只有当该户内成员全部死亡或者一人为一户的成员死亡时,才存在其承包经营权是否终止或能否继承的问题。

(一) 家庭成员部分死亡的效果

根据法律和相关政策规定,家庭承包的承包方是本集体经济组织的“农户”,该农户通常由在一个家庭共同生活的数个成员组成;每户承包土地的面积多少,根据发包当时本集体经济组织内农户的数量、户内人口的数量和本集体经济组织的农用地面积,按比例平等分配。如此,以“农户”为单位取得土地承包经营权,在该户内成员之间形成共有关系。依据“增人不增地、减人不减地”的原则,当农户中的某一个或部分成员死亡时,不发生继承问题,而只会产生生存的户内成员权利份额的自然扩张,比如四口人的农户变成三口人的农户,每个成员的份额由原来的四分之一自然地扩张为三分之一。农户中的部分成员死亡,该农户中的其他成员在承包期内继续承包,这不是继承,而是按照承包合同的约定继续履行承包合同的行为。^④有人把这种在剩余承包期内的继续承包看做土地承包经营权的继承,实际上是一种误解。而对这一问题的准确理解,首先须明确农户成员对其共同享有的土地承包经营权究竟是一种什么关系。

笔者认为,作为同一农户的家庭成员对其取得的土地承包经营权,是一种“准共有”关系。所谓准共有,是指两个或两个以上的主体按份共有或共同共有所有权以外的财产权。我国《物权法》在“共有”一章第 105 条对准共有问题规定“两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权的,参照本章规定。”由于以家庭承包方式取得的土地承包经营权是以家庭关系为基础的共有,因此应是一种共同共有关系,故应准用法律关于共同共有的规定。但需注意的是,土地承包经营权这种以“户”为单位的准共有,具有其特殊性,即因为该项权利的福利性和社会保障功能,其主体资格具有严格的限定,并非任何人均有资格成为准共有人。另根据《物权法》第 99 条的规定,一般情况下,在共同共有的基础丧失之前,共同共有人不得请求分割共有物。在家庭承包关系中,成员部分死亡,只要作为土地承包经营权主体的农户家庭还存在,则共有的基础关系即存在,其他共同共有人即不得请求分割共有物。根据举轻以明重的解释规则,死者的继承人更不得请求继承土地承包经营权。即使农户中仅剩下一个成员,该成员也应

^③ 参见张玉敏《继承法律制度研究》,法律出版社 1999 年版,第 39 页。

^④ 参见前引①最高人民法院民事审判第一庭编著书,第 311 页。

当构成一个承包经营户。^③还需要注意的是,土地承包经营权准共有中的基础关系不同于家庭普通财产共有中的基础关系,前者体现为“农户”的存在,具有一定的形式性。比如夫妻一方死亡,夫妻关系即告消灭,死亡一方的继承人可以要求继承其在普通共同财产中的相应份额,但是却不得主张对土地承包经营权的继承,因为虽然夫妻一方死亡,但是作为承包主体的“户”还存在。同理,已经“分户”出去的其他近亲属,属于集体经济组织成员的,自然也有其承包地和承包经营权,该户内的成员部分死亡的,也依照同样精神处理。依据“增人不增地、减人不减地”的原则,既不存在户内成员之间的承包经营权继承问题,更不存在“跨户继承”另一户内成员的土地承包经营权问题。

承包期内,农户中的成员部分死亡,除了死亡成员的继承人不得要求继承土地承包经营权外,发包方亦不得因为农户中的部分成员死亡而收回相应的承包地。根据“增人不增地、减人不减地”的原则和《农村土地承包法》第26、27条的规定,除有法定情形外,在承包期内发包方不得收回或者调整承包地,而承包户中部分成员的死亡,不属于收回或调整承包地的法定情形。

(二) 家庭成员全部死亡的效果

农户中的成员全部死亡,该户的土地承包经营权及其与发包人的承包合同即因承包方主体的消亡归于终止,其原承包的农地应收归农村集体经济组织并可另行分配,而不能由该农户成员的其他继承人继承或继续承包经营。之所以对以家庭承包方式取得的承包经营权的继承进行限制,也是基于家庭承包的土地承包经营权的身份性和社会保障功能。^④同样的道理,城市中生活困难的市民领取低保的资格和权益,其继承人不得继承;经济适用住房房主的继承人不符合申购条件的,不得继承经适房,唯可以继承由政府回购所得价款。在承包期内,承包户中的成员全部死亡,有权继承其遗产的其他继承人如果隶属于集体经济组织(包括隶属于本村集体和迁入其他村集体),则其在“分户”或另行立户后已单独分得了承包地,再跨户继承其他户的土地承包经营权,实质等于其获得了两份福利和社会保障;而如果继承人已经丧失了集体经济组织成员的身份取得了城市户口,则其本已享受了城市居民的福利和社会保障,其同样无理由再通过继承的方式获得农村居民的社会保障。因此,在承包户中的成员全部死亡的情况下,如果允许其他继承人继承承包经营权,则无论如何都会造成继承人获得两份承包地或城市居民取得农村土地承包经营权的现象。而从法理和社会公平的角度讲,任何人均无由获得两份社会福利和基本社会保障,尤其是不应享有具有不同身份属性的双重社会保障。故此,在某一承包户发生绝户情况时,如果允许其他继承人继承其土地承包经营权,既明显违背农村土地承包制度的初衷和导向,也会加剧农村中的人地矛盾,引发社会不公。

需要指出的是,承包人的土地承包经营权不得作为遗产而发生继承问题,但根据法律和司法解释的规定,因承包经营所取得的收益,应区别于土地承包经营权本身,可以作为被继承人的遗产;死者生前对承包地所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息,应由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿,其价额属于遗产。此外,在承包户内成员全部死亡时,由于其承包经营权归于消灭,故在承包期内发生转包、出租、入股等关系,也随之归于终结,但承包人转包、出租、入股所应得的转包费、租金、股息等法定孳息,也属于遗产,可以由继承人继承。

另应说明的是,在承包户中的成员全部死亡时,本应由发包方收回该土地,但是实践中,由于种种原因,存在着作为发包方的农村集体经济组织不积极行使权利而任由承包户的继承人占有并经营土地的情况。但这种个别现象的存在,并不说明法律上认可了家庭承包方式取得的土地承包经营权的可继

^③ 关于一个成员能否构成承包经营户,我国大陆学者有反对的意见,但多数学者持肯定说。参见郭明瑞主编《民法》,高等教育出版社2003年版,第75页。

^④ 参见最高人民法院编著《农村土地承包法律、司法解释导读与判例》,人民法院出版社2005年版,第162页。

承性。^⑤

通过家庭承包方式获得的土地承包经营权原则上不得作为遗产,但是《农村土地承包法》规定了一种例外,该法第 31 条第 2 款规定“林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期内继续承包。”最高人民法院《审理土地承包纠纷案件的解释》第 25 条也规定:林地家庭承包中,承包方的继承人请求在承包期内继续承包的,应予支持。据此规定的精神,通过家庭承包方式获得的林地承包经营权可以继承。法律规定此种例外的原因是“林地的承包期较长、投资大、收益慢,另外林木所有权的继承与林地不能分离,如果不允许林地继承,不利于调动承包人的积极性,还可能会造成滥砍滥伐、破坏生态环境的情况”。^⑥依法律规定的意旨,林地承包经营权的继承人,不限于本集体经济组织成员,也可以是其他集体经济组织的成员,甚至还可以是城市居民。不过,在林地承包经营权的继承中,还有两个未明问题值得考虑:

第一,法条中所规定的“承包人死亡”,在承包人是个人的情况下,其含义无须争议,但在由数人组成的农户为承包人的情况下,则可能有多种理解:其一,每一个户内成员死亡时,其相应的份额即可以由其继承人继承。其二,一个或部分成员死亡时,由于农户仍然存在,应由其他成员继续承包,不发生继承法上的继承问题。只有当承包农户中的成员全部死亡时,才发生继承问题。而当承包人全部死亡时,是每个成员的继承人都有权主张继承,还是只有该农户中最后一个死亡成员的继承人可以继承,则又有不同的认识。对此问题,基于林地的承包经营权可以作为遗产来继承的立法精神,笔者倾向于前一种理解。但如此理解,确实又存在与家庭承包经营权的主体限制和功能定位是否吻合的问题。

第二,继承人有多个时,林地的承包经营权如何具体分配?对此,笔者认为,梁慧星教授主持拟定的《中国物权法草案建议稿》第 247 条所提出的方案具有相当合理性,可资参照,即:发生林地承包经营权继承时,继承人不得将土地进行登记上的分割,可以采取折价分割的方式;从事林业生产经营或属于农业人口的继承人,可以优先分得林地承包经营权;被继承人的其他财产不足以与该林地承包经营权的价值相当时,可采取折价补偿的方式找平;继承人均为非从事林业生产经营或者非农业人口的,在继承林地承包经营权后一年内,应将林地承包经营权转让给从事林业生产者。

从立法论的角度看,笔者认为,法律关于家庭承包的林地承包经营权例外地可以继承的规定是否合理,不无疑问。因为其同样是按照人人有份原则由本集体经济组织成员所进行的承包,具有较强的身份性和社会保障功能,如果家庭承包获得的林地承包经营权可以继承,则会造成林地的外流或继承人获得两份承包地的结果,同样背离了家庭承包的土地承包经营权的本旨和功能。且立法机关所述的例外允许林地承包经营权作为遗产继承的理由也并不充分(比如,同样可能是投资大、收益慢的果园等特殊土地的承包,为何不能同样地允许继承?)因此,不如一律否定家庭承包下的承包经营权的继承,以保持体系和立法精神上的一致性。

四、通过其他方式获得的“四荒”地承包经营权的继承

由上文阐述和相关法律规定可知,对于不宜采取家庭承包方式的“四荒地”通过招标、拍卖、公开协商等商业化方式而取得的承包经营权,财产属性更为浓厚,^⑦其在权利的主体、客体、取得方式、承包期限、流转方式等方面与家庭承包经营权显有不同,几乎不具有身份性,也不承载社会保障功能。因此,

^⑤ 例如在“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”中,被告李格梅与原告李维祥系姐弟关系,其父母李圣云夫妇相继去世后,李圣云夫妇承包的 1.54 亩土地由李格梅占为己有,弟弟李维祥也想继承该承包地的经营权,于是向法院起诉。根据上面的分析,该李圣云家庭成员全部死亡,承包户已不存在,李圣云夫妇去世后遗留的 1.54 亩土地的承包经营权本应由发包人收回,但发包人并未行使收回的权利。在本案的审理过程中,法院通知发包方参加诉讼,并向发包方释明相关的权利义务,但发包方明确表示不参加诉讼。根据不告不理的原则,在本案中,法院最后对于讼争土地的承包经营权的权属问题不做处理,仅仅是驳回了继承人要求继承土地承包经营权的诉讼请求。参见《最高人民法院公报》2009 年第 12 期。

^⑥ 参见胡康生主编《中华人民共和国农村土地承包法通俗读本》,法律出版社 2002 年版,第 71 页。

^⑦ 参见房绍坤、范李瑛、张洪波《婚姻家庭与继承法》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 180 页。

《土地承包法》第50条规定,“四荒地”的承包人死亡的,不仅其应得的承包收益可以依照继承法的规定继承,其继承人还可以在承包期内继续承包(即允许继承)。^③而承包人的继承人,既可以是本集体经济组织成员,亦可以是本集体经济组织以外的人乃至非从事农业生产的城市居民。

唯需注意的是,由于“四荒地”的承包人是多元的(可以是一个人或数个人、家庭及法人或其他组织),因此,承包人死亡或消亡后所发生的法律后果也有不同。其中,以个人名义承包的情形居多,这种情况下在承包人死亡后,其承包经营权允许继承,自不待言。^④但在个别情况下,“其他方式的承包”中也存在以家庭为单位的承包,^⑤此种情况下是否允许继承,尚有疑义。笔者认为,此种承包不属于前文论及的“家庭承包”,其并不负担社会保障功能,作为家庭成员的承包人也不需要具有本集体经济组织成员的身份,因此,每一名成员死亡后,其继承人均可在承包期内继承其相应份额的权益。由多个自然人共同承包的情况,亦同。在由企业或其他单位作为承包人而承包人在承包期内消亡的情况下,其在剩余期限内的承包经营权及应得的收益属于企业或其他单位的财产,应由消亡单位权利义务的承受者接收,此不涉及继承法上自然人死亡的遗产继承问题。

虽然通过其他方式获得的“四荒地”承包经营权可以继承,但是土地承包经营权的继承具有一定的特殊性,尤其是在承包地的面积较小或继承人较多时,如果分别继承承包地,则会造成土地的零碎化,不利于土地的利用效率。王汉斌同志在《关于〈中华人民共和国继承法(草案)〉的说明》中也提到“这种继续承包不能按照遗产继承的办法。如果按照遗产继承的办法,那么同一顺序的几个继承人,不管是否务农,不管是否有条件,都要均等承包,这对生产是不利的。”^⑥故此,有学者指出,为了防止“四荒地”使用权过分零碎而导致规模不经济,当有若干符合条件的继承人时,应规定只能选择其中一人或少数人继承,而对其他继承人的利益采取经济补偿的办法处理。^⑦这一主张与前述梁慧星教授主持拟定的《中国物权法草案建议稿》第247条所提出的方案大致相当,可资采纳。不过,当承包地面积较大或分割后不会减损土地价值和利用效益时,则不妨采用分割继承的方式。

五、承包地征收补偿费的继承问题

与土地承包经营权继承相关的另一个问题是所承包土地被征收情况下的补偿费的继承问题,即被继承人在征地补偿方案批准之后,征地补偿费支付之前死亡的,其继承人能否要求继承征地补偿费?根据《物权法》第42条第2款、第132条和《土地管理法》第47条第2款的规定,征收土地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费等费用。对于上列费用得否继承的问题,笔者认为不应一概而论。

土地补偿费,是对集体土地所有权被征收的补偿而不是对土地承包经营权的补偿,我国《土地管理法实施条例》第26条也明文规定土地补偿费归农村集体经济组织所有。因此,土地补偿费不属于承包人的遗产,其继承人不得主张继承。

安置补助费,源自原土地承包人的承包经营权,是该项权益的变体。所以,笔者认为其归属和在承包人部分或全部死亡时能否继承的问题,应依据前述与承包经营权同样的规则处理:即在家庭承包的情况下,这些费用同样不能作为遗产而由继承人继承;以其他方式承包的,则可以继承。

地上附着物和青苗归承包人所有或属于承包人的承包收益,国务院《土地管理法实施条例》第26条第1款也规定地上附着物及青苗补偿费归地上附着物及青苗的所有者所有。在承包人死亡的情况

^③ 需要指出的是,根据国务院办公厅1999年出台的《关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》的规定,承包、租赁或拍卖使用权的“四荒地”必须是农村集体经济组织所有的、未利用的土地。耕地、林地、草原以及国有未利用土地不得作为农村“四荒地”。故此,唯有符合条件的“四荒地”的承包经营权才可以以其他方式承包并允许继承。

^④ 1994年国务院批转的《农业部关于稳定和完善的土地承包关系的意见》中再次明确规定“承包人以个人名义承包的土地(包括耕地、荒地、果园、茶园、桑园等)、山岭、草原、滩涂、水面及集体所有的畜禽、水利设施、农机具等,如承包人在承包期内死亡,该承包人的继承人可以继续承包,承包合同由继承人继续履行,直至承包合同到期。”

^⑤ 前引^④,第109页。

^⑥ 前引^④,第209页。

下,这部分补偿费即转变为死者的遗产,当然可以按照《继承法》的规定继承。唯需注意的是,当家庭承包中的一个或部分成员死亡时,由于地上附着物和青苗的补偿费属于家庭共有财产,所以应先进行财产析分,只有死者的应有份额部分才属于遗产。

应当说明的是,我国已颁行的《农村土地承包法》、《物权法》和目前正在进行的继承法的修订,都是以当时、当下的国情和需要为基础的。本文以上观点也主要基于对现行法律和政策及现实国情的考量而从解释论的角度进行阐述。随着我国农村和整个社会的进一步发展、城乡二元体制差异的消亡,从未来的立法论上考量,家庭承包的土地承包经营权未必永远不可自由流转和继承——当我国未来的“农民”不再是一种身份而是一种职业,基本社会保障制度惠及到每一位国民,各种土地承包经营权均不再具有身份性和社会保障功能而成为纯粹的财产性权利的时候,它就自然可以作为遗产,并可以由继承人依照继承法的规定继承。

A Probe into Inheritance of the Right to the Contracted Management of Rural Land

LIU Bao - yu LI Yun - yang

Abstract: Whether the right to the contracted management of rural land should be object of inheritance is controversial as to the amendment of the Inheritance Law. As a particular type of real right for usufruct, the farmer household's right to the contracted management of land obtained by means of household contracting functions as welfare and social security, and members of the household enjoy special status and thus form a special quasi - joint ownership. Upon the death of some members, since the "household" still exists, the rights of existing members expand accordingly while no inheritance ever occurs. Upon the death of all members, the contracting relationship terminates and the contract - letting party shall recover the contracted land and no inheritance occurs either, only with the exception of the right to contracted management of woodlands. As for the right to the contracted management of lands such as barren mountains, waste, ditches, barren hills and waste beaches, obtained by other means, the contract - undertaking party can be diverse with no limitation of status thus with no function of social security. Therefore, when the contract - undertaking party is dead, the right to the contracted management of land should be deemed as heritage. Inheritance of compensation received from expropriation should be treated respectively according to different compensations.

Key words: the right to the contracted management of land household contracting the Inheritance Law