

# 也谈农村土地承包经营权的继承问题

## ——兼与刘保玉教授商榷

郭明瑞

**摘要:** 土地承包经营权为用益物权,是农民应得的重要财产,家庭土地承包经营权也不具有人身专属性,可以成为遗产。土地承包经营权作为用益物权,具有流通性。完全放开家庭土地承包经营权的流转是改革的趋势,限制家庭土地承包经营权的流转和否认其可继承性不符合改革发展和保护农民权益的要求。规定林地承包经营权可以继承具有合理性,各类土地承包经营权应有同样的待遇,因此,应当确认土地承包经营权的可继承性,而不是禁止包括林地承包经营权在内的家庭土地承包经营权的继承。

**关键词:** 土地承包经营权 用益物权 遗产继承

**中图分类号:** DF521    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1673 - 8330(2014)02 - 0015 - 05

在《继承法》修订中,如何规定遗产的范围是一个有争议的重要问题,其中对于农村土地承包经营权是否可作为遗产继承有肯定与否定两种完全不同的观点。刘保玉教授在《农村土地承包经营权的继承问题探析》中对土地承包经营权能否继承的学界争议作了评析,<sup>①</sup>指出以往的否定理由均已过时,应另寻更有说服力的理由来否定土地承包经营权可作为遗产而发生继承。他主要通过对土地承包经营权的主体、功能进行分析,得出家庭承包的土地承包经营权不能继承的结论,并主张全面禁止家庭土地承包经营权的继承。由于从立法上确定土地承包经营权可否继承不仅是一个理论问题,也是一个关涉维护农民利益、稳定发展现代农业的现实问题。因此,笔者拟从以下方面再谈谈自己主张土地承包经营权可继承的观点,以与刘保玉教授商榷,并望引起学界和立法者的重视。

### 一、关于家庭土地承包经营权是否可作为遗产继承

众所周知,农村土地承包制度是一项改革的产物,讨论家庭土地承包经营权可否作为遗产继承也须从改革的进程出发。最初,承包关系仅被视为一种合同关系,并没有确认承包人对承包的土地的权利为物权。因此,1985年制定的《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)第4条规定“个人承包应得的个人收入,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《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉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

[作者简介] 郭明瑞,山东大学法学院、烟台大学法学院教授。

① 本次参加《北方法学》农村土地承包经营权继承问题的讨论稿。

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。”这里所指的个人承包包括土地承包但不限于土地承包。上述规定明确了承包收益可以作为遗产依《继承法》继承,但未明确土地承包经营权可以继承,如此规定是因为“土地承包经营权等物权体系尚未真正通过立法予以确认,故关于用益物权的继承性一直在立法上为‘承包关系’的继承所代替,而承包关系的继承则受法律规定及承包合同的双重限制”。<sup>②</sup>

然而,随着改革的深入,农村土地承包制度不再被视为一项解决农村集体组织经营困难的临时措施,而成为一项长期稳定的产权制度改革措施,从而对于农村土地承包人的承包经营权性质的认识也逐渐厘清。2007年《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)中明确规定农村土地承包经营权为物权,是一项用益物权。该法第125条规定“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”用益物权为一项重要的财产权,这是没有争议的。《继承法》第3条中规定“遗产是公民死亡时遗留的合法财产”。作为用益物权的土地承包经营权当然为公民的合法财产,也就理应可作为遗产。正如张新宝教授所言,“土地承包经营权属于一种用益物权,属于财产权,有其使用价值和价值,应该考虑允许其同继承人的其他财产一样被继承,保护被继承人的继承权实质上是保护原承包经营权人基于承包经营权享有的财产权。”<sup>③</sup>

《物权法》中对土地承包经营权的主体统称为土地承包经营权人,而《农村土地承包法》将土地承包区分为家庭承包和其他方式承包,其他方式承包是指通过招标、拍卖、公开协商等方式对荒地等农村土地的承包。对于这两种承包方式取得的土地承包经营权,学者多认为二者不同。如崔建远教授认为,通过家庭承包方式设立的土地承包经营权,是我国实行家庭联产承包责任制的产物,是集体经济组织成员作为集体土地所有人中的一分子所应获得的一项财产,是他们就业所必需的,是他们获得生活来源的法律保障。与此不同,“四荒”拍卖、招标是一种开放的市场行为,“四荒”土地承包经营权原则上是基于价高者得或条件理想者得的游戏规则而归招标人或买受人享有。<sup>④</sup>对于以其他方式取得的土地承包经营权的可继承性,学者争议不大。有争议的是家庭承包的土地承包经营权可否继承,主张不能继承的主要理由是“土地经营权虽是一种用益物权也是一种财产权,但其具有一定的身份性,是农村集体成员享有的福利待遇”。笔者认为,这一理由并不能否认土地承包经营权的可继承性。

首先,尽管从家庭土地承包经营权取得上看,家庭承包的承包人应该是本集体经济的农户,但这并不能表明家庭土地承包经营权是为特定人设立的人役权。

认定家庭土地承包经营权具有身份性的理由在于取得承包经营权的只能是本集体经济组织的农户,然而只有本集体经济组织的农户才能通过家庭承包方式取得土地承包经营权,是因为这种土地承包经营权是“集体组织成员作为集体土地所有人一分子所应获得的一项财产”,这种“身份”上的特殊性不同于为特定人设立的人役权的身份性,家庭土地承包经营权并非属于刘保玉教授所言的人役权。人役权是在他人财产上为特定人设立的一种用益权,只对该特定人发生效力,一旦该人死亡,该役权也就消灭。家庭土地承包经营权则不因物权人的死亡而当然消灭。虽然家庭土地承包经营权是以“户”为基本单位的,但每户所承包的土地一般是按人分配的。家庭土地承包经营权一旦设立,在承包期内原则上“增人不增地,减人不减地”。有学者认为,这说明在家庭成员中有人死亡时,只要该户还存在,就不发生继承问题。刘保玉教授也以此证明家庭土地承包经营权的不可继承性。但笔者认为,这一原则正说明土地承包经营权的可继承性。因为家庭土地承包经营权的设立之始是以家庭人口而不是按户分配承包地的,而农户的成员相互间是有继承权的,尽管承包户内的某一成员死亡,不发生其他法定继承人的“跨户继承”,但其死亡也不发生该成员分配的承包地被收回,“户内成员对土地承包经营权属于共有关系,成员的份额权则存在继承问题”,<sup>⑤</sup>这也正说明家庭土地承包经营权并非为特定人设立,不是具有人

② 王利明《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470页。

③ 张新宝《土地承包经营权》,载王利明主编《物权法名家讲坛》,中国人民大学出版社2008年版,第306页。

④ 崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第285页。

⑤ 前引①,第471页。

身专属性的财产权。张玉敏教授也曾指出,“被继承人对土地、果园、鱼塘、山林的承包经营权就其性质而言,并不具有人身专属性,在承包期内,其承包经营权由其继承人继承并没有实质性障碍”。<sup>⑥</sup>

其次,家庭土地承包经营权尽管具有社会保障的功能,但这不能影响其可继承性。

家庭土地承包经营权确实具有保障农民基本生活需要的功能,也可以说是农民享有的一种福利待遇。但是,之所以具有这一功能,也正因为它是农民对自己财产的重要权利,这种社会保障并非是国家或者社会特别给予的,而是农民作为土地所有权主体之一分子应得的财产。也就是说,农民享有土地承包经营权,并非是特别给予的福利待遇,而是对自己财产的权利。因此,即使国家能够给予农民社会福利待遇,也不能因此剥夺农民基于所有权一分子应得到的这种财产权利。另外,一项权利是否为福利待遇,并不能决定其是否具有可继承性。刘保玉教授认为,“正如城市生活困难者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的价款。承包人的土地承包经营权不得作为遗产,但是如果承包人付出投入使得土地的生产能力提高,其继承人有权要求一定的补偿。”笔者认为,领取低保的资格,不论是城市生活困难者还是农村生活困难者,都不能继承,因为这并非财产权。生活困难者领取低保所得的财产,则无论是城市居民还是农村居民领取的,都是可以继承的(至于是否会有剩余则为另外的问题)。至于经济适用房是否可以继承,则不能一概而论,这决定于购买经适房时的规定。况且,经适房房主对其房的权利与农民对其土地的土地承包经营权并不具有可比性。但与此相似的其他的“房改房”、“福利房”不可继承吗?显然不能得出这样的结论,因为这种房产权是公民个人的合法财产。那为什么一涉及农民合法的财产权利的继承我们就要予以诸多限制呢?笔者认为,主张予以限制者尽管以保护农民利益为理由,但这种限制却并不符合保护农民利益的原则,并不具有正当性。

再次,土地承包经营权的特殊目的性也不影响其可作为遗产继承。

依《物权法》规定,土地承包经营权是承包经营权人用以从事农业生产活动的用益物权。承包经营权的这一特定目的,是其不同于其他用益物权(如建设用地使用权等)的重要特征。有学者认为,土地承包经营权的特定目的性也决定了它不能继承,因为继承人有的不能或不从事农业生产活动。笔者认为,土地承包经营权的这一特定目的性只决定了无论何人继承土地承包经营权都不能改变土地承包经营权的特定目的,但并不影响土地承包经营权的可继承性。因为继承土地承包经营权的继承人即使自己不能或不从事农业生产活动,也可以将其继承的土地承包经营权转让给他人行使,自己获得转让土地承包经营权所得的收益。当然,这涉及土地承包经营权是否可以转让,以下我们讨论土地承包经营权可否流通问题。

## 二、关于家庭土地承包经营权是否具有完全的可流通性

不可否认,财产权可为继承权的标的,但也并非全部财产权都可继承。一项财产权是否可作为遗产继承还决定于其是否可以流通。一般说来,不具有流通性、不能转让的财产权是不能继承的,如扶养请求权就不能继承。而具有流通性、可转让的财产权都应是可继承的。反对家庭土地承包经营权可以继承的一个重要理由是家庭土地承包经营权并非可自由流通的财产权。笔者认为,这一理由也是不能成立的。

应当看到,对于家庭土地承包经营权的可流通性有一个从限制到逐渐放开的过程。最初,对于承包经营权的流转是予以较严格限制的。如1999年7月发布的《最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》第14条规定,“承包方未经发包人同意,转让承包合同,转包或者互换承包经营标的物的,人民法院应当认定该转让、转包、互换行为无效。”因为在这一时期,承包关系仅被看作是合同关系,合同权利义务的转让、变更当然应经另一方当事人的同意,因此,承包合同的转让、转包或者承包标的物的互换都须经发包方同意,否则无效。

至2002年通过的《农村土地承包法》开始确认了承包方对土地承包经营的权利为物权性权利,也

<sup>⑥</sup> 张玉敏《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版,第39页。

确认了土地承包经营权的可流通性。该法第 16 条明确规定,承包方“依法享有承包地的使用、收益和土地承包经营权流转的权利”。第 32 条规定,“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。”当然,该法对于家庭土地承包经营权的流转也予以一定限制,而非完全放开。如该法第 37 条规定,土地承包经营权“采取转让方式流转的,应当经发包方同意。采取转包、出租、互换或者其他方式流转的,应当报发包方备案”。

在《物权法》制定中是否赋予家庭土地承包经营权完全的流通性,曾有不同的观点。2007 年 3 月正式通过的《物权法》对于家庭承包的土地承包经营权和其他方式取得的土地承包权的流通仍作了不同规定。该法第 128 条规定“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准,不得将承包地用于非农建设。”而第 133 条规定,“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定,其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。”时任全国人大副委员长的王兆国在向第十届全国人大第五次会议所作的《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》中作了以下说明“关于土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押能否放开的问题。考虑到目前我国农村社会保障体系尚未全面建立,土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本,从全国范围看,现在放开土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押的条件尚不成熟。为了维护现行法律和现阶段国家有关土地政策,并为今后修改有关法律或者调整有关政策留有余地,物权法草案规定‘土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。’‘宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。’”该说明无疑提供了以下信息:第一,土地承包经营权流转的完全放开,从全国看当时条件尚不成熟,待条件成熟时即可实行完全放开;第二,法律之所以如此规定,是为今后修改有关法律和有关政策留有余地。这里所提的“留有余地”正是指完全赋予土地承包经营权流通性。因此,尽管《物权法》中规定,土地承包经营权人“有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转”,但并未对土地承包经营权以入股、抵押等方式的流转作出禁止性的规定。

事实上,自《物权法》实施后,国家政策一直致力于推动土地承包经营权的流转。如 2008 年 10 月发布的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》要求“完善土地承包经营权权能,依法保障农民对土地的占有、使用、收益等权利。加强土地承包经营权流转管理和服务,建立健全土地承包经营权流转市场,按照依法自愿有偿原则,允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式流转土地承包经营权,发展多种形式适度规模经营。”《中共中央国务院关于 2009 年促进农业稳定发展农民持续增收的若干意见》提出“抓紧修订、完善相关法律法规和政策,赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系保持稳定并长久不变。”“土地承包经营权流转,不得改变土地集体所有性质,不得改变土地用途,不得损害农民土地承包权益。坚持依法自愿有偿原则,尊重农民的土地流转主体地位,任何组织和个人不得强迫流转,也不能妨碍自主流转。”2012 年 12 月 31 日发布的《中共中央国务院关于加快发展现代农业进一步增强农村发展活力的若干意见》再次要求“抓紧研究现有土地承包关系稳定并长久不变的具体实现形式,完善相关法律制度。坚持依法自愿有偿原则,引导农村土地承包经营权有序流转,鼓励和支持承包土地向专业大户、家庭农场、农民合作社流转,发展多种形式的适度规模经营。”并指出“建立归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的农村集体产权制度,是激发农业农村发展活力的内在要求。必须健全农村集体经济组织资金资产管理制度,依法保障农民的土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权。”从上述规定可以看出,在国家政策的层面上对于土地承包经营权的流转,不是强调如何依现行法予以限制,而是强调如何修改、完善相关法律法规和政策,以保障由土地承包经营权人自主地按照自愿有偿原则流转。土地承包经营权流转的自愿有偿原则,表明土地承包经营权是一项可由权利人自主流转的财产权。实际上,至少在许多地方土地承包经营权的流转已经完全由土地承包经营权人自主决定,而不必经发包人同意。

从以上所述的国家政策和各地进行的土地承包经营权流转的试点看,可以说,赋予土地承包经营权的完全流通性是改革的趋势,未来对与此不相符合的法律法规会作出相应的修改。笔者认为,在修订继承法时应

当预见到这种趋势,从土地承包经营权是农民的一项重要的具有流通性的财产权上考虑其可继承性。即使在继承法上不能明确土地承包经营权可以继承,至少也不能规定土地承包经营权不得继承。

### 三、关于林地承包经营权可以继承是否合理

《农村土地承包法》第31条第2款规定,“林地承包的承包人死亡,其继承人可以继续承包。”学者多认为这一规定确认了林地承包经营权可以继承。刘保玉教授认为,这是法律对于土地承包经营权可继承的例外规定,并且认为,“从立法论的角度看,法律规定的此种例外是否合理,不无疑问”。他主张,“不如一律禁止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贯性。”笔者赞同刘教授的这一观点:即对于各类土地承包经营权的可继承问题,法律应规定一致。但笔者认为,不应当以“一律禁止家庭承包的经营权的继承”来实现此目的。

第一,尽管现行法中未明确规定除林地土地承包经营权的家庭土地承包经营权可以继承,但也从未规定家庭承包下的土地承包经营权不可以继承。对于家庭土地承包经营权是否可以继承,理论上虽有争议,“禁止家庭土地承包经营权的继承”只能算是一些学者所理解的立法精神,却并非就是真实的立法精神。并且“禁止家庭土地承包经营权承包”这种观点并不符合土地承包经营权的内在属性,也不符合保护农民权益以及促进现代农业发展的时代要求和国家政策。

第二,禁止林地土地承包经营权的继承,不仅与现行法的明确规定不符,更重要的是不符合林权制度改革的要求。2008年6月8日发布的《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》要求用5年时间完成集体林权制度的改革,明确规定“在依法、自愿、有偿的前提下,林地经营权人可采取多种方式流转林地经营权和林木所有权,流转期限不得超过承包期的剩余期限,流转后不得改变林地用途”。林权改革就是要使“四权(所有权、经营权、处置权、收益权)”真正落实,赋予林地经营权完全的流通性是落实“四权”的体现。也只有承认林地经营权的可继承性,才能真正实现林地经营权的完全流通。因此,规定林地经营权可以继承并非不合理,而是保护林地承包经营权的合理结论。

第三,林地承包经营权与耕地、草原等土地承包经营权同属于土地承包经营权这一用益物权,所不同的仅是承包期限和土地用途,因此,在是否可继承上法律应当同样对待,只不过任何土地承包经营权的继承都不能超过承包期的剩余期限和不得改变土地的用途。因此,笔者主张,“为保持体系和立法精神上的一致性”,不应一律禁止家庭土地承包经营权的继承而应承认土地承包经营权(不论何种方式和何类土地的承包经营权)的可继承性。

## Also on Inheritance of the Right to the Contracted Management of Rural Land

### ——A Discussion with Professor LIU Bao - yu

GUO Ming - rui

**Abstract:** The right to the contracted management of land with the nature of real right for usufruct is farmers' major property. The household's right to the contracted management of land is not a personal exclusive right, thus such right can be inherited and transferable in market. It is the trend of reform to make the right to the contracted management of land completely transferrable, thus any limitation and denial of such right is incompatible with the development of reform and requirements to protect farmers' legitimate interests. Besides, it is justifiable to permit the inheritance of the right to contracted management of woodlands since all types of land deserve the same treatment. Therefore, it is suggested to specify the right to contracted management of land to be inheritable rather than to forbid the inheritance of the right to contracted management of woodlands or other household's right to contracted management of land.

**Key words:** right to contracted management of land real right for usufruct inheritance