

# 论农村土地承包经营权的可继承性

刘凯湘

**摘要:** 土地承包经营权性质为用益物权,多个承包人是准共有的关系。《继承法》的规定为纳入新的遗产种类预留了制度空间,土地承包经营权也符合遗产特征,具备作为遗产的可能性。从顺应遗产范围不断扩大的发展趋势、避免法律体系冲突、维护农民利益等角度出发,应当承认土地承包经营权可以继承。在土地承包经营权继承的实施上,不对继承人作身份条件限定,遗产的分割应遵循继承法的通常方法。

**关键词:** 土地承包经营权 遗产 继承 用益物权 准共有

**中图分类号:** DF521 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330(2014)02 - 0020 - 09

农村土地承包经营权的继承问题在法律上未明确规定,在理论上颇多争论,在我国新一轮农村土地制度改革和继承法修改的背景下,有必要重新审视现有理论争议,为作出符合农民利益与经济制度的安排奠定基础。笔者以农村土地承包经营权的继承问题为讨论中心,从现有法律规定出发,对我国现行土地承包制度进行简要分析,在此基础上从多个角度论证为何应允许土地承包经营权的继承,并对否认土地承包经营权可以继承的典型论点进行回应。最后,笔者对如何实施土地承包经营权的继承提出一些构想,并得出简要的结论。

## 一、我国现行土地承包经营权制度

### (一) 我国现行土地承包经营方式

根据《中华人民共和国农村土地承包法》<sup>①</sup>(以下简称《土地承包法》)第3条第1款之规定,我国实行农村土地承包经营制度。《土地承包法》第二章和第三章规定了“家庭承包”和“其他方式的承包”两种方式,“其他方式”具体是指招标、拍卖、公开协商等方式(第44条)。这两种承包方式有诸多不同:第一,承包方上,家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户(《土地承包经营法》第15条),四荒地承包经营权的承包方,既可以是本集体经济组织成员,也可以是本集体经济组织成员以外的单位和个人;前者在相同条件下有优先承包权,后者承包须符合一定的程序条件——事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准(第47条、第48条第1款)。第二,承包的土地上,“家庭承包”作为主要的承包方式,大部分的耕地、林地、草地都应采取此种方式承包,“其他方式”承包的主要是荒山、荒沟、荒丘、荒滩等不适宜采用家庭承包的农村土地(以下简称“四荒地”,下文或以“四荒地承包经营权”代指“其他方式的承包”)。第三,在承包地的转让上,通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的,其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转(第49条);家庭承

[作者简介]刘凯湘,北京大学法学院教授、博士生导师。

① 下文如无特别注明,所引条文皆指该法。

包的土地虽然也可以依法采取转包、出租、互换、转让或其他方式流转(第32条),但在流转上受到更多的法律限制(包括第33条规定的流转的一般原则,第40—42条对互换、转让、入股规定的限制等)。

在土地承包经营权的继承问题上,《土地承包法》第31条第2款和第50条明确规定,林地承包经营权和四荒地承包经营权的承包人死亡的,其继承人在承包期内可以继续承包。理论上一般将《土地承包法》此两条规定的“继续承包”解释为林地和四荒地承包经营权可以继承,因此,笔者对此两种承包经营权的继承问题不再专门讨论,而以土地承包经营权为讨论重点。

## (二) 土地承包经营权的法律性质及特点

### 1. 土地承包经营权的种类

我国《土地承包法》中的土地承包经营权种类如下(见表1):

表1:《土地承包法》中的土地承包经营权

	承包方式	土地类型	是否可以继承
土地 承包 经营 权	家庭承包	耕地	未明确规定
		林地	可以
草地		未明确规定	
其他农业用地		未明确规定	
	其他方式的承包(四荒地承包)	荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地(四荒地)	可以

本文使用的“土地承包经营权”概念,广义上包括了所有类型土地的土地承包经营权,与《物权法》第十一章“土地承包经营权”的内涵相同;由于现行法律已经允许林地和四荒地的承包经营权可以继承,限于本文讨论主题,本文中的“土地承包经营权”会根据上下文需要仅指耕地、草地、其他农业用地的土地承包经营权,本文会尽量谨慎处理这一细微的用语差异以避免歧义。

### 2. 土地承包经营权的用益物权性质

关于土地承包经营权的法律性质,目前理论界似乎仍有一定争论。有学者归纳为债权说、物权说、社会保障权说、成员权(身份权)说四种。<sup>②</sup>另有学者总结出十种不同的性质界定,分别将土地承包经营权界定为物权、债权、兼具债权特征的物权、兼具物权和债权双重属性、性质二元化、性质亚二元化、具多重属性、性质模糊、性质无法界定。<sup>③</sup>丁关良教授将其界定为“二元化”——物权性质和债权性质,其中,“物权性质的土地承包经营权包括:(1)通过家庭承包方式设立的土地承包经营权;(2)通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书设立的土地承包经营权”。“债权性质的土地承包经营权,是指以其他方式承包农村土地,未依法登记获得土地承包经营权证或者林权证等证书设立的土地承包经营权”。<sup>④</sup>这种观点将四荒地承包经营权以是否进行了登记为标准区分为物权性质与债权性质。

在《物权法》颁布之前,我国法律尚未对土地承包经营权的性质进行明确界定,上述诸多学说争论尚有一定的合理性。但于2007年颁布的《物权法》第十一章专章规定了“土地承包经营权”,体系上位于第三编用益物权中,土地承包经营权作为用益物权的性质已经有了明确的法律依据。将土地承包经营权界定为债权、兼具物权和债权属性的观点明显违反物权法。对于土地承包经营权的设立,《物权法》第127条第1款明确规定“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”此款规定的权利设立并未要求四荒地承包经营权须办理登记,因此,以是否办理登记作为区分土地承包经营权性质的论

② 参见王金堂《土地承包经营权制度的困局与破解》,法律出版社2013年版,第38—42页。

③ 参见丁关良《土地承包经营权流转法律制度研究》,中国人民大学出版社2011年版,第4—12页。

④ 前引③,第15、16页。

点也不能成立。<sup>⑤</sup> 综上,笔者认为,农村土地承包经营权的法律性质是物权,且为用益物权。

### 3. 土地承包经营权的准共有特性

土地承包经营权的承包方通常为“户”,“户”是一个集合概念,通常“户”包括多个家庭成员,“表面上看,农户乃是家庭承包经营合同的当事人,从而取得权利主体地位,但在法律关系上,成为承包人的是农户的所有家庭成员,而非农户自身”。<sup>⑥</sup> 这也就意味着农户的所有成员都是土地承包经营权的权利主体,所有家庭成员都对承包的土地享有使用、收益的权利。因此,首先须对农户中家庭成员对承包土地的权利关系予以辨别。

多个权利主体共同对某物享有所有权,权利主体之间属于《物权法》中的共有关系。若多个权利主体共同对所有权以外的财产权享有权利,则是准共有。<sup>⑦</sup> 根据《物权法》第 105 条规定,准共有应参照物权法关于共有的规定。家庭成员共同享有土地承包经营权,即是多个权利主体共同享有某项用益物权,应属于准共有。至于该准共有属于按份共有还是共同共有,有学者认为,“每个农户成员承包土地的数量是相同的,从而每个农户成员在享有土地承包经营权上是有确定份额的,这就决定了农户成员之间对土地承包经营权具有一种按份共有的性质”。<sup>⑧</sup> 但笔者认为除家庭成员明确约定为按份共有之外,此准共有因成员间的共同家庭关系而属于准共同共有(参照《物权法》第 103 条)。有学者也持此观点,在土地承包经营权的分割上,“因为土地承包经营权是家庭共有财产,在实践中可以参照共同共有财产的分割规则来处理”。<sup>⑨</sup> 即按照《物权法》第 100 条的规定,首先由共有人协商确定分割方式,如果协商不成的,则采取实物分割或价值分割的方式。

### 4. 土地承包经营权的可转让性

土地承包经营权作为用益物权,是一种财产权,具有财产权通常具备的特征,但其某些特性尚有一定争论或分歧,其可转让性与继承问题直接相关,本部分进行简要分析。

我国目前的法律在一定程度上允许土地承包经营权进行流转,但在流转的方式、程序、流转对象等方面仍施加了一定限制。土地承包经营权是我国农村土地制度改革的产物,其流转问题在不同历史时期有不同的处理,整体而言,我国对土地承包经营权的流转经历了完全限制到逐步放开的过程,对其管制的程度逐渐降低,这也是我国农村土地制度发展的趋势。<sup>⑩</sup> 就当前法律的具体规定来看,四荒地承包经营权可以通过转让、出租、入股、抵押或以其他方式流转(《土地承包法》第 49 条),法律对其流转施加的其他限制较少。家庭承包的土地承包经营权流转则略显复杂,相关限制较多,下文对此简要论述。

首先,流转方式上,有转包、出租、互换、转让、入股以及其他方式(《土地承包法》第 32 条、第 42 条)。其次,流转的限制上,《土地承包法》不仅规定了流转应遵守的一般条件,而且对具体的流转方式也作了具体规定。下表对具体的限制内容作了简要总结:

⑤ 丁关良教授的上述观点是以《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)第 20 条的规定为依据的,该条规定“发包方就同一土地签订两个以上承包合同,承包方均主张取得土地承包经营权的,按照下列情形,分别处理:(一)已经依法登记的承包方,取得土地承包经营权;(二)均未依法登记的,生效在先合同的承包方取得土地承包经营权;……”且最高人民法院答记者问也明确表示“《解释》第二十条首先从权利性质方面区分,如果一方已经依法登记,则该人享有的是一种物权性质的权利。其他未进行依法登记的仅为合同权利,在性质上属于债权。”(参见前引③,第 14 页以下)。笔者认为此种观点不能成立:其一,最高人民法院上述解释颁布于 2005 年,2007 年颁布的《物权法》在第 127 条第 1 款已经明确规定土地承包经营权自土地承包经营合同生效时设立,与是否登记无关;其二,上述司法解释第 20 条规定本身存在逻辑矛盾,该条第 2 项规定表明即便未登记,承包方也可能取得土地承包经营权,与第 1 项以登记作为权利取得的标准显然有别,逻辑上不能自治。

⑥ 朱庆育《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,第 464 页。

⑦ 崔建远《物权法》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 244 页。

⑧ 房绍坤《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 72 页,转引自张昕《论土地承包经营权的继承》,载《合肥师范学院学报》2009 年第 5 期,第 58 页。

⑨ 王利明、尹飞、程啸《中国物权法教程》,人民法院出版社 2007 年版,第 303 页。

⑩ 对流转问题历史变化的简要介绍,可参见郭明瑞《也谈农村土地承包经营权的继承问题》,本次参与《北方法学》农村土地承包经营权继承问题讨论稿。

表2 《土地承包法》对家庭承包土地流转的限制

限制条件	流转方式	限制条件内容
一般限制条件		(一) 平等协商、自愿、有偿,任何组织和个人不得强迫或者阻碍承包方进行土地承包经营权流转;(二) 不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途;(三) 流转的期限不得超过承包期的剩余期限;(四) 受让方须有农业经营能力;(五) 在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权(第33条)
特殊限制条件	转包	签订书面合同,报发包方备案(第37条)
	出租	签订书面合同,报发包方备案(第37条)
	互换	签订书面合同,报发包方备案(第37条);互换土地须属于同一集体经济组织(第40条)
	转让	签订书面合同,应当经发包方同意(第37条);承包方有稳定的非农业职业或者有稳定的收入来源,受让方须是从事农业生产经营的农户(第41条)
	入股	承包方之间为发展农业经济,可以自愿联合将土地承包经营权入股,从事农业合作生产(第42条)

通过上表可以看出,《土地承包法》对家庭承包土地的流转仍规定了一定的限制,但前提是,已经承认了土地承包经营权可以流转,而非禁止流转。并且,从历史发展过程来看,我国法律对土著人承包经营权流转的限制也逐渐放松。

## 二、土地承包经营权应当作为遗产继承

### (一) 先决条件与制度空间: 具备作为遗产的可能

#### 1. 符合遗产的特征

我国《继承法》第3条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。”理论上通常认为遗产具有以下特征:(1) 时间上的限定性,即以被继承人死亡时间作为划定遗产的界限;(2) 内容上的财产性;(3) 范围上的限定性,即属于被继承人生前个人所有的财产才能作为遗产;(4) 性质上的合法性;(5) 处理上的流转性。<sup>①</sup>笔者认为,土地承包经营权符合以上遗产的特征。土地承包经营权是《物权法》明确规定的权利,性质为用益物权,虽然取得此种权利需要满足一定的身份条件,但此权利的主要效用是承包人通过占有、使用土地并取得收获物的所有权,这些权利内容都具有财产性。上文也论述到,我国法律明确承认土地承包经营权可以依法流转,符合第五个特征。稍有疑问的是,土地承包经营权是否符合第四个特征,即其是否是被继承人的个人财产?若该户只有一人,土地承包经营权当然属于承包人的个人财产。若户的成员为二人以上,根据上文的界定,成员之间对土地承包经营权是准共有的关系,在成员死亡之时,该成员应占的份额即属于其个人的财产,符合上述遗产的第三个特征。因此,土地承包经营权符合立法及理论上对遗产的特征要求,土地承包经营权具备作为遗产的条件,应当作为遗产。

#### 2. 继承法预留的制度空间

我国《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。”该条仅规定了承包的个人收益可以继承,而土地承包经营权能否继承则未明确,《土地承包法》同样未作明确规定。但这并不意味着《继承法》已经否定了土地承包经营权的可继承性,相反,其为承认土地承包经营权可以继承留下了制度上的空间。《继承法》第3条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,包括:(一) 公民的收入;(二) 公民的房屋、储蓄和生活用品;(三) 公民的林木、牲畜和家禽;(四) 公民的文物、图书资料;(五) 法律允许公民所有的生产资料;(六) 公民的著作权、专利权中的财产权利;(七) 公民的其他合法财产。”该条采取了列举与兜底条款的立法方法,第七项为扩大继承法中遗产的范围预留了空间。土地承包经营权是“公民的合法财产”,完全可能纳入该兜底条款之中,承认其可继承性,但显然需要更有力的论证,下文逐次展开。

<sup>①</sup> 参见杨立新《家事法》,法律出版社2013年版,第381—382页;马忆南编著《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2007年版,第298—299页。

## (二) 法律统一: 避免体系内部矛盾

《土地承包法》第 31 条规定“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。”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,依照继承法的规定继承;在承包期内,其继承人可以继续承包。”一般认为,林地承包经营权、四荒地承包经营权可以继承。但为何同为用益物权性质的土地承包经营权却不能作为遗产继承?法律规则应保持体系统一,尽量避免体系内部的矛盾,当然可以基于一定的理由对性质相同或相似的权利作出不同的限制,但限制必须有正当且充分的理由。有观点认为,林地承包经营权可以继承是因为“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”。<sup>⑫</sup>根据《土地承包法》第 20 条的规定,耕地的承包期为三十年,草地的承包期为三十年至五十年;林地的承包期为三十年至七十年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。林地的承包期是一个区间,与耕地承包期期间相比时间长,多少存在不确定性,更重要的是,时间的长短完全无法作为某种财产是否可以作为遗产的理由,物权法上的担保物权都具有一定的时间属性,甚至这些担保物权的存续时间可能远远低于三十年的耕地承包期,但担保物权依然可以作为遗产继承,因此,存续时间的长短与能否作为遗产之间并无关联。上述理由认为,不允许林地继承会影响承包人积极性甚至会造成林地生态环境破坏,此点理由诚值赞同,但不允许土地承包经营权继承,又何尝不会降低承包人的积极性?又何尝不会造成土地的无效利用以至于降低土地产出破坏耕地?否认承包经营权可以继承,不仅逻辑上难以自洽,在价值衡量上也严重偏颇。既然林地和四荒地承包经营权都已经可以继承,从法律体系统一、避免规则矛盾以及提高土地利用效率的角度考虑,应承认土地承包经营权可以作为遗产继承。

## (三) 顺应潮流: 遗产范围的历史发展

《继承法》第 3 条和第 4 条具体规定了遗产的种类,其中第 3 条第 7 项这一兜底条款为继承法纳入新的遗产种类预留了制度空间,也使得制定于 1985 年的《继承法》有足够的弹性适应我国社会经济的快速发展。个人拥有的财产种类与数量与一国经济发展具有密不可分的关系,国家经济的快速提升为个人创造财富提供了更广阔的空间,而经济社会中财产权利的丰富程度也会随着经济的发展而不断丰富。继承法要适应社会经济的发展,要对公民个人的财产权利提供更有力更充分的保护,那么继承法中的遗产范围就必须随着社会中财产权利种类的丰富、发展而适时地调整扩充,要将社会中不断出现的新类型权利纳入继承法的保护范围。在判断某项权利能否作为遗产时,也应考虑我国遗产范围不断扩大这一历史发展趋势。

举例而言,《继承法》制定于 1985 年,彼时我国的物权制度尚未建立,物权种类也很不丰富,《继承法》自然也没有明确规定用益物权、担保物权等他物权。2007 年的《物权法》明确规定了土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权等用益物权,规定了抵押权、质权、留置权等担保物权,如果说土地承包经营权的继承尚有争议,但建设用地使用权等用益物权以及担保物权作遗产当属共识,物权法关于物权种类的规定就丰富了继承法中可以作为遗产的范围。再如,《继承法》并未规定有价证券作为遗产,虽然 1985 年《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 3 条规定“公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。”从而将有价证券纳入遗产范围,但有价证券的内涵本身就处在不断地丰富发展之中,随着我国银行业、金融等行业的快速发展,汇票、支票、本票、债券、基金份额等有价证券种类不断丰富,在个人经济生活与投资中的重要性不断提高,在个人财产中所占的比重以及重要性与 1985 年《继承法》、继承法司法解释制定之时相比自然不可同日而语,有价证券作为一种遗产,其内涵的丰富也使继承法中的遗产范围之内涵相应扩充。

因此,对《继承法》遗产范围的解释要充分考虑到我国社会经济的发展,以及由此而来的个人权利扩张、财产范围扩大这一现代趋势,要将个人的合法财产尽可能地纳入遗产范围。在土地承包经营权的继承问题上,也应遵循遗产范围在我国不断扩大的这一趋势,承认土地承包经营权可以继承。

<sup>⑫</sup> 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;前引<sup>⑨</sup>,第 311 页。

#### (四) 实质目的: 维护农民利益与保障农民权利

##### 1. 扩充权利内涵

土地承包经营权是农民的重要权利,是农民进行农业生产取得收入的重要来源。“从中国农民家庭收入构成比例来看,2000年—2009年我国农民家庭经营性收入仍然是农民的最主要收入来源,10年平均占比高达56.7%”,<sup>⑬</sup>而农民家庭经营性收入自然要依赖于其享有的土地承包经营权。土地承包经营权权利内涵的丰富程度将直接影响农民自身利益得到保障的程度。个人拥有的财产权利是否可以自由转让,会直接影响该财产自身的价值,进而也影响到该财产给权利主体创造的自由行为空间的范围大小。我国逐渐放松对土地承包经营权流转之限制的过程,也是农民自身权益得到更好保障的过程。现行《土地承包法》第37条第1款规定“土地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转,当事人双方应当签订书面合同。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。”根据该条规定,只有承包人采取转让这种流转方式才需经发包方的同意;采取转包、出租、互换等流转方式,备案即可。虽然法律依然对土地承包经营权的转让施加了一定限制,但从土地承包经营权流转的历史发展来看,法律设置的限制已经在很大程度上放松了。1986年《民法通则》第80条第3款明确禁止土地转让,最高人民法院《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》第3条第3款规定“承包人将承包合同转让或转包给第三者,必须经发包方同意,并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容,不得转包渔利,否则转让或转包合同无效。”该款明确规定转包也需经发包方同意,而依据现行法律规定转包时备案即可。相比之下,我国对土地承包经营权流转的管制呈放松之发展趋势。<sup>⑭</sup>这意味着农民对土地承包经营权拥有了更为丰富的自主行为空间,对承包土地的利用方式更加自由,更能根据自身经营条件等实际情况适时调整承包土地的经营方式,这为农民通过土地承包经营以提高家庭经营性收入创造了制度层面的空间。从保护农民利益的目的出发,法律制度上应赋予农民更为充分的土地承包经营权,而允许土地承包经营权的继承自然也是应有之义。

##### 2. 保护农民财产权利

土地承包经营权是农民拥有的最重要财产之一,我国长期以来也将农村土地作为农民重要的社会保障,保护农民利益也是重要的社会共识。但颇为吊诡的是,在土地承包经营权的继承问题上,现行做法却背道而驰。私有财产和继承权是每位自然人享有的重要权利,并得到宪法的承认(《宪法》第13条第2款),否认土地承包经营权可以继承,显然是对承包人财产权利的重大侵犯,同时也剥夺了承包人之继承人享有的继承权。<sup>⑮</sup>

### 三、对否认土地承包经营权可继承性的辩驳

#### (一) 对该权利身份性质的辩驳

《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。”该条规定限定了可以通过家庭承包方式承包土地的主体范围,表明家庭土地承包经营权具有一定的身份性,但此“身份性”并不足以否认土地承包经营权的可继承性。

##### 1. 身份性仅体现在初次取得,而非伴随流转始终

有学者指出,土地承包经营权初次取得的身份性不等于该权利本身的身份性,“权利本身的身份性决定了权利不能流转或者流转受到限制,而权利取得的身份性则是决定了什么人可以取得该权利,并不意味着该权利不能流转”。<sup>⑯</sup>现行法律也明确承认土地承包经营权可以采取转让、转包、出租等方式流转,这也表明以身份性来否认土地承包经营权的可流转性是不能成立的。继承是广义的财产流转形式的一种,遵循同样的逻辑,土地承包经营权初次取得的身份性并不能影响其继承。

<sup>⑬</sup> 李先玲《基于农民收入结构的农村土地流转分析》,载《特区经济》2010年10月,第164页。

<sup>⑭</sup> 关于我国对土地承包经营权转让需发包方同意之规定的历史发展,可参见朱虎《土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角》,载《中国法学》2010年第2期,第73页以下。

<sup>⑮</sup> 梁慧星主编《中国物权法研究》(下册),法律出版社1998年版,第739页(陈甦教授执笔),转引自前引<sup>⑨</sup>,第311页。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>⑧</sup>张昕文,第58页。

## 2. 土地承包经营权兼具身份性与财产性

民事权利体系中的一些权利兼具身份性与财产性的特点,如知识产权中的著作权、专利权。著作权中的署名权、修改权等是与著作权人人身联系密切的权利,具有身份性,而发行权、出租权等则显然是财产性的权利。《继承法》第 3 条也明确规定著作权、专利权中的财产权利可以继承。土地承包经营权初次取得具有身份性,但一旦取得此种权利,承包人对承包地进行占有、使用,通过自主经营对收获物享有所有权,<sup>①</sup>这些直接关乎承包人所能取得的实际收益的权能都是财产性的。对于这些纯粹财产性的权利,不能否认其可继承性。

### (二) 对社会保障功能的辩驳

认为土地承包经营权不能继承的一个重要理由是其发挥了社会保障功能,“在现阶段仍具有不可替代的就业保险和最低生活保障功能,在国家不能提供城乡一体的社会保障制度前提下,农村土地的社会保障职能就难以替代”。<sup>②</sup>笔者认为,这种观点不能成立,理由有以下几点:

1. 继承并非是失地农民社会保障问题的主要原因。失地农民确实存在社会保障问题,但农民失地的主要原因是随着我国城市化和工业化进程的快速发展而引起,而并非是因为农村土地的继承引起。<sup>③</sup>解决农民失地问题,最主要的是解决城市化进程中征用农民土地的问题,而非否认土地承包经营权的继承,更何况允许继承是对承包人和继承人权利之保护。

2. 农地社会保障功能在不断减弱。强调农地社会保障功能的重要背景是以前的农村社会保障制度很不完善,但今日情形已有所不同,我国已经建立了城乡居民社会养老保险、新型农村合作医疗制度,对农村居民的养老、医疗提供保障。据 2012 年的国民经济和社会发展统计数据,2012 年末我国乡村人口 64222 万人,参加城乡居民社会养老保险人数 48370 万人,其中享受待遇人数 13075 万人;2012 年末,2566 个县(市、区)开展了新型农村合作医疗工作,新型农村合作医疗参合率 98.1%;1—9 月新型农村合作医疗基金支出总额为 1717 亿元,受益 11.5 亿人次。<sup>④</sup>上述数据说明,我国农村社会养老保险、医疗保险已经取得巨大发展,受保障人数以及已经享受保障待遇人数在农村居民总人数中已经占有一定比例。随着农村社会保障制度的逐步发展完善,农村土地所承载的社会保障功能逐渐居于次要地位,以农村社会保障欠缺作为理由否定土地承包经营权的继承显然有悖于我国社会保障制度的整体发展趋势。

3. 允许继承并不意味着阻碍社会保障。在我国农村社会保障制度逐渐发展完善的背景下,即便认为农村土地仍在一定程度上承载社会保障功能,笔者也认为,允许土地承包经营权的继承并不必然阻碍农村社会保障。首先,上文已经分析到承认土地承包经营权继承是给农民提供了更为充分的财产权利保障,是维护农民利益的体现;其次,农村土地的社会保障功能对于具体的承包人所发挥的保障功能,承包人一旦承包土地,该土地就在相当长的时间内仅能由承包人承包,发包方无权再将土地转给他人承包,因此,如果说该土地发挥了社会保障功能,其保障的范围也仅限于承包人。一般来说,承包人的继承人也属于“农户”的成员,通常也是本集体经济组织的成员,由继承人继承承包土地,并不必然导致土地脱离村集体成员,若土地仍然由村集体经济组织成员使用、经营、收益,其社会保障功能并未消失。

### (三) 对以户承包无须继承的辩驳

还有一种观点认为,土地承包经营权以“户”为权利主体而无须继承。“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

<sup>①</sup> 前引⑦,第 270 页。

<sup>②</sup> 前引②,第 140 页。

<sup>③</sup> 蒋翠珍《我国失地农民社会保障问题研究综述》,载《华东交通大学学报》2007 年第 6 期,第 100 页。

<sup>④</sup> 参见《中华人民共和国 2012 年国民经济和社会发展统计公报》,载国家统计局网: [http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20130221\\_402874525.htm](http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20130221_402874525.htm),最后访问时间:2013 年 10 月 21 日。

为”。当农户全部成员死亡,“该土地承包经营权即因主体的消亡归于终止,农地应收归农村集体经济组织另行分配,不能由该农户家庭成员的其他继承人继续承包经营”。<sup>②</sup>笔者对此不能赞同,理由如下:

#### 1. 农户成员部分死亡时的继承

上文已经论述到,农户中的每个成员对土地承包经营权是准共有的关系,每位成员都享有一定的份额,该特定份额即属于该农户成员的个人财产。上述观点认为,当农户部分成员死亡时,农户其他成员按照承包合同约定继续承包,而非发生继承,这不符合民法学的逻辑。第一,既然认为是“按照承包合同约定继续承包”,承包合同中是否有此约定?如果确实有此约定,可以认为是承包人基于个人意志对其所享有的特定份额进行了处分,基于尊重当事人意思自治的原则,此约定是有效的且应当执行。但承包人的处分行为在性质上本就可被解释为是遗嘱或者遗赠,这并未否定土地承包经营权的可继承性,相反是对承包人处分权的承认。第二,当合同中没有上述约定时,“按照承包合同的约定继续承包”之观点自然不能成立,《土地承包法》第21条关于土地承包合同的内容也从未规定上述条款,此时只能将死亡成员应享有的份额作为其个人财产,由继承人继承。这也符合民法逻辑的处理方式。

#### 2. 农户成员全部死亡时的继承

农户成员全部死亡时,作为土地承包合同的承包主体消灭,此时的法律后果是土地承包合同终止由发包方收回土地,还是发生继承?首先,《土地承包法》仅在第26条第3款规定了发包方可以收回承包地的法定事由,即承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口;除此之外,发包方没有其他的可以单方收回承包地的权利。认为农户成员全部死亡时应由发包方收回承包地的观点在现行法上并无明确依据。其次,农户成员全部死亡时承包地继承,这符合民法理论逻辑的解释。《物权法》规定的地役权也是自合同生效时设立(第158条),与同为用益物权的土地承包经营权具有很大的相似性,如果地役权人在地役权合同有效期间死亡,民法理论上从未认为此时地役权合同应终止,进而地役权消灭,相反,理论上认为地役权应作为遗产继承。在土地承包权的问题上,自可基于相同的理论逻辑而承认继承。

### 四、土地承包经营权继承的实施

我国《继承法》对继承制度已经作出了一般规定,土地承包经营权的继承也应在《继承法》的框架之内,按照继承法的规定处理。在继承时间上,当承包方只有一人时,该承包人死亡之时即发生继承,当承包方为二人以上时,承包方成员部分死亡与全部死亡之时,均发生继承问题。在继承方式上,应依照《继承法》的规定,允许法定继承和遗嘱继承,也应承认遗赠。在继承人和遗产的分割问题上,则须进一步讨论。

#### (一) 继承人无须具备特定身份条件

四荒地承包经营权的承包方也可以是本集体经济组织之外的成员,《土地承包法》未对其流转对象作特殊要求,因此,在继承时无须对继承人身份进行限定。《土地承包法》对家庭承包的土地承包经营权流转规定了限制条件,如流转时不得改变土地的农业用途、受让方须有农业经营能力等(详见表2),且在第26条第3款规定“承包期内,承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口的,应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的,发包方可以收回承包的耕地和草地。”那么这些限制条件是否应适用于继承人?

笔者认为,对土地承包经营权的继承人不宜进行身份限定,不宜将不从事农业经营活动、非农业户口人口、本集体经济组织以外的人排除在继承人之外,理由有以下几点:第一,我国《继承法》并未对继承人进行身份上的限定,遵循继承法的一般原则,土地承包经营权的继承人不宜与继承法冲突。第二,上述限制的主要目的是保障农业生产、维护农村集体经济组织成员的利益,但遗产在进行分割前,继承人(两人以上)对被继承人的全部遗产是共同共有的关系,因此,可以通过遗产分割方式的特殊安排来实现上述目的,保障农业用地的使用与维护村集体经济组织成员的利益,下文对具体的分割方式进行简

<sup>②</sup> 刘保玉、李运杨《农村土地承包经营权的继承问题探析》,本次参与《北方法学》农村土地承包经营权继承问题讨论稿;前引<sup>②</sup>,第139页。



要介绍。

### (二) 遵循继承法的遗产分割方式

遗产分割是在法定继承时产生的问题。我国学者曾在物权法草案中提出土地承包经营权的继承实施方式,中国社会科学院的《中国物权法草案建议稿》第 247 条规定“农地使用权可以继承。从事农业生产经营或属于农业人口的继承人,可以优先分得农地使用权;在被继承人的其他财产不足以与该农地使用权相当时,可采取对非从事农业经营或属于非农业人口的继承人进行折价补偿的做法。发生农地使用权继承时,继承人不得将土地进行登记上的分割,可以采取折价分割。继承人均为非从事农业生产经营或非农业人口的,在继承农地使用权后一年内,应将农地使用权转让给从事农业生产经营者。”<sup>②</sup>

目前学界还提出了如下继承方法:(1) 分别继承。继承的土地本身适合分割且分割不影响其价值、继承人人数也较少时采用。(2) 部分继承人继承。继承的土地不适合分割,或者分割会严重影响土地价值时,由继承人中的一人或数人继承,且与被继承人生活在同一农户的继承人应优先继承,对其他继承人进行折价补偿。(3) 共同继承。承包土地不适宜分割,又无法达成部分继承人继承的安排时,由所有或部分继承人继承同一土地承包经营权,继承人之间属于共有关系。(4) 转让土地分割转让收益。继承人均无条件或无能力或无意愿经营土地的,可以将土地承包经营权转让,然后分割价款予以继承。<sup>③</sup>

上述继承的实施方法都是对继承法中遗产分割方式的具体运用,继承法中法定继承有三种分割方法——当事人协商分割、人民调解委员会调解分割、法院裁判分割,当事人协商分割这种方法又包括实物分割、变价分割、补偿分割、保留共有的分割等方法。<sup>④</sup>上述立法建议与学界提出的四种继承方法均是对继承法法定继承中遗产分割方式的具体运用。笔者认为,土地承包经营权的继承也完全可以依照继承法中的遗产分割方式来进行,结合土地实际情况与继承人的意愿,在继承法已有的遗产分割方式中进行选择即可。

承认土地承包经营权可以继承,符合土地承包经营权的用益物权属性和遗产特征,能够保持相关法律体系统一、减少条文矛盾与冲突,也是维护农民利益、顺应继承法和土地制度发展趋势的选择。我国三十多年的经济发展始于农村土地制度改革,赋予农民对土地更为充分的权利,是农村经济发展与农民富裕的重要制度保障,这已经被实践所证明。在土地承包经营权的继承问题上,我们自然应做出相同的选择。

## On Justifiability of Inheritance of the Right to the Contracted Management of Rural Land

LIU Kai - xiang

**Abstract:** The right to the contracted management of land bears the nature of real right for usufruct with quasi - joint ownership by multiple contractors. The Inheritance Law avails new types of heritage of being applied so the inheritance of the right to the contracted management of land is feasible since such right conforms to the feature of heritage. The right to the contracted management of land should be permitted for inheritance by legislation in order to adapt to the trend of expended scope of heritage, to avoid the conflict of legal systems and to protect farmers' legitimate rights. And any reasons to deny such right will be unsound. As to the implementation of the right to the contracted management of land, no status limitations should be imposed on successors and the settlement of heritage should be distributed according to methods regulated in the Inheritance Law.

**Key words:** the right to the contracted management of land heritage inheritance the real right for usufruct quasi - joint ownership

<sup>②</sup> 中国物权法研究课题组《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。

<sup>③</sup> 参见王蜀黔《论中国农村土地承包经营权的继承》,载《贵州师范大学学报(社会科学版)》2007 年第 5 期,第 69 页以下;前引<sup>②</sup>,第 309—310 页。

<sup>④</sup> 前引<sup>①</sup>杨立新书,第 583—584 页。