

主题研究 解决中国“三农”问题的途径与对策

# 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

丁关良

(浙江大学 农业现代化与农村发展研究中心,浙江 杭州 310029)

[摘要] 物权性质的土地承包经营权,包括通过家庭承包的方式取得物权性质的土地承包经营权和通过其他方式承包并依法登记取得物权性质的土地承包经营权。该土地承包经营权的性质属于物权,属于物权中的他物权,属于他物权中的用益物权,且是一种新型用益物权。物权性质土地承包经营权,内容应法定,权利应自由转让,可依法继承,可依法抛弃,可依法抵押。承包地不得收回和调整。土地承包经营权转让、出租、转包等立法条文内容的表述要科学。

[关键词] 物权性质土地承包经营权;新型用益物权;内容法定;自由转让;依法继承;依法抛弃;依法抵押

[中图分类号] F321.1 [文献标志码] A [文章编号] 1008-942X(2004)03-0027-08

《农村土地承包法》自2003年3月1日起施行,第3条第2款规定:“农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”按该条款规定分析可知,农村土地承包方式主要有两类:其一是家庭承包;其二是其他方式承包。根据《农村土地承包法》的法律规范之性质和内容分析,该法“对家庭承包的土地实行物权保护”(1)(p.19),即通过家庭承包方式使农户取得的是物权性质的土地承包经营权;对其他方式承包的土地主要实行债权保护(除该法第49条“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”,确认承包方取得物权性质的土地承包经营权外)。《农村土地承包法》的重点和核心是调整和规范物权性质的土地承包经营权,达到真正赋予农民长期而有保障的农村土地利用权。笔者认为,建立和完善物权性质土地承包经营权制度,事关确保农村土地承包关系的长期稳定,事关承包方的切身利益,事关农村经济发展和农村社会稳定的大局。本文对物权性质土地承包经营权的特征和《农村土地承包法》关于农村土地承包经营权法律规范存在之不足作一法律思考,以便制定《民法典》和《物权法》时更好地规范物权性质土地承包经营权制度,达到真正实现维护承包方的合法权益的目的。

## 一、物权性质土地承包经营权的概念和特征

根据《农村土地承包法》规定,并结合民法中物权法理论分析,农村土地承包中的物权性质土地

[收稿日期] 2004-01-09

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[基金项目] 浙江省哲学社会科学“十五”规划重点课题(Z02GLT)教育部博士点基金项目(03JB790028)

[作者简介] 丁关良(1959-)男,浙江义乌人,浙江大学农业现代化与农村发展研究中心教授,主要从事农村法制、土地产权研究。

承包经营权<sup>[2]</sup>(p.31),是指承包方依照承包合同生效或者依法登记取得的,对农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、园地、养殖水面、“四荒”等农村土地进行占有和以耕作、养殖、竹木或者畜牧为生产方式从事种植业、林业、畜牧业、渔业等农业目的的生产经营而使用并获得收益的权利,以及该依法承包农村土地所形成权利的处分权。该“土地承包经营权其性质属于物权,属于物权中的他物权,属于他物权中的用益物权,且是一种新型用益物权”<sup>[3]</sup>(p.26)。

该物权性质土地承包经营权的特征主要体现在<sup>[4]</sup>(pp.152-154):

1.它是在他人所有之农村土地上设定的物权。这里的“他人所有之农村土地”,是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的农村土地。

2.它是以农村土地为标的物的他物权。这里的“农村土地”依《农村土地承包法》第2条规定,是指耕地、林地、草地、园地、养殖水面、“四荒”(一般指荒山、荒沟、荒丘、荒滩,但也包括荒地、荒沙、荒草和荒水)等依法用于农业的土地。

3.它是享有和行使以对农村土地之占有为前提并以使用收益为目的的用益物权。即物权性质土地承包经营权其内容主要包括从农村土地所有权中分离出来的占有、使用、收益三大权能以及“依法承包该农村土地所形成权利”的处分权。

4.它是依承包合同生效或依法登记而发生的权利。《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第22条规定:“承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。”该法第三章“其他方式的承包”第49条规定:“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”,承包方取得物权性质土地承包经营权。

5.它是一种有期限的权利。承包期限包括法定期限和约定期限两种。法定期限,如《农村土地承包法》第20条规定:“耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期为30年至70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。”约定期限,如该法第45条规定:“以其他方式承包农村土地的……承包期限等,由双方协商确定。”

6.它是以耕作、养殖、竹木、畜牧为具体内容而使用他人农村土地的权利。

7.它是以农村土地的使用目的为农业目的而使用他人农村土地的权利。

8.物权性质土地承包经营权法律关系的特定义务主体(即发包方)的相同性。根据《农村土地承包法》第12条规定分析,两类农村土地承包的发包方都是农村集体经济组织(包括村集体经济组织和组集体经济组织)村民委员会或者村民小组,其中发包方主要主体应为农村集体经济组织,在没有农村集体经济组织的地方,村民委员会或者村民小组才是发包方。

9.物权性质土地承包经营权人其权利和义务的主要法定性。《农村土地承包法》第16条规定了承包方的法定权利三方面和第17条规定了承包方的法定义务三方面。

10.物权性质土地承包经营权其权利的可流转性。《农村土地承包法》第32条规定:“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。”该法第49条规定:“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。”

11.物权性质土地承包经营权受承包地被依法征用、占用的限制性。承包地被依法征用、占用的,则物权性质土地承包经营权消灭。

12.物权性质土地承包经营权其法定权利的物权保护性。根据《农村土地承包法》第54条规定,任何组织和个人侵害承包方的物权性质土地承包经营权的,要承担侵权责任,包括承担停止侵害、返还原物、恢复原状、排除妨害、消除危险、赔偿损失等民事责任。

## 二、农村土地承包经营权法律规范的不足和完善建议

物权性质土地承包经营权是一项重要的财产权利,《农村土地承包法》对该类土地承包经营权采取物权保护,“真正达到‘赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益’”。但笔者认为《农村土地承包法》关于农村土地承包经营权法律规范存在之不足表现在:

1. 家庭承包的当事人可以在承包合同中约定双方的权利和义务,使物权性质土地承包经营权内容中含有法定内容和约定内容两方面,这与物权内容法定相悖。物权内容法定,是指当事人不得创设与物权法定内容相异的内容,否则无效;同时,“也不得基于其合意自由决定物权的内容”〔5〕(p.74)。“作为用益物权,其共性在于,虽经由债权合同而创设,但随即与之绝缘,具有强烈的物权长期性和稳定性的色彩,因此须于法律中明确其具体的权利义务,以在不动产的所有人与用益物权人之间维持利益的均衡,避免物权法律关系过于复杂,避免不必要的纷争迭起。对这些规定,当事人不得以合同的约定加以变更”〔6〕(p.4)。按《农村土地承包法》规定分析,“侵害家庭承包经营权的,不仅要承担违约责任,而且要承担侵权责任”〔7〕(p.10),这种物权性质土地承包经营权中包含约定内容,显然是违背物权法中物权内容法定原则的。

2. 其他方式承包取得的物权性质土地承包经营权,其物权内容法定无法律可依。通过其他方式承包,并经依法登记取得的物权性质土地承包经营权,该类物权性质土地承包经营权内容法定在《农村土地承包法》中几乎没有任何条文体现,该物权性质土地承包经营权规定在该法第三章“其他承包的方式”中,从法律结构上分析,它与第二章“家庭承包”是相独立的,无法律依据按家庭承包的土地承包经营权内容法定遵照。

3. 通过家庭承包方式取得的土地承包经营权转让,须经发包方同意,同时对受让方作了一定的限制,且受让方必须是“其他从事农业生产经营的农户”,与物权本质上是一种支配权的不相吻合。“所谓物权之直接支配性,指物权人得依自己的意思,无须他人意思或行为之介入,对标的物即得为管领处分,实现其权利内容之特性”〔8〕(p.22)。有的人认为:“如果不对农村土地的承包经营权的转让和抵押进行一定的限制,遇经济困难或天灾人祸之年,农民转让或抵押自己的土地,将使这些农民失去土地,也就意味着失去了生活的保障。因此有必要对从家庭方式承包的土地的流转加以一定限制。”〔9〕(p.154)笔者认为,上述理由不可能成立或没有说服力,土地承包经营权转让属于物权性质土地承包经营权让渡的流转形式,其结果,转让方(原承包方)丧失物权性质土地承包经营权,受让方取得物权性质土地承包经营权,按上述观点,法律要禁止土地承包经营权转让,否则,转让必然导致原承包方失去农村承包地,失去长期依赖农村土地提供的生活保障。实际上,在农村第二、第三产业比较发达地区,特别是沿海发达地区和大中城市近郊区,一部分农民已离开农业,转向从事第二、第三产业,已不再依赖承包地作为最后的生存保障,这些农户自愿将承包地上的土地承包经营权转让给其他人,可以全身心投入第二、第三产业经营活动。可见,法律禁止土地承包经营权转让,显然是不科学的,把农民捆绑在土地上,达到“农民永远是农民”,显然违背常理。目前,《农村土地承包法》规定,允许土地承包经营权转让,势必引起部分农户失去部分或甚至全部农村承包地,这是客观事实。同时,该法规定转让须经发包方同意,难道发包方能够审查或预见转让方有三十年左右的稳定收入来源吗?这肯定不现实。转让方既然自愿将土地承包经营权转让给受让方,对自己家庭成员的今后生存能力肯定作出比较合理的预测,否则该承包方可以采取其他流转形式,关于这一点我们没有必要怀疑和不相信该承包方。同时,把受让方限制在“其他从事农业生产经营的农户”也不合理和科学,一方面限制了转让方土地承包经营权转让对象的范围,甚至有的人认为,“转让的受让方只能是本集体经济组织的其他成员,不能是其他集体经济组织的成员”〔10〕(p.90)。按

此运行,其结果会出现土地承包经营权转让无法落实,甚至造成农村承包地抛荒弃耕之结果;另一方面,造成流转封闭,不利于农村土地资源的优化配置;再一方面,无法真正按照市场价格转让,不利于转让方转让收益的真正实现;最后一方面,如受让方限于农户,其实受让方也已经取得了家庭承包的土地承包经营权,享受到了土地承包经营权的社会保障和福利性,没有必要一定把受让方限于农户。因此,对土地承包经营权转让的过多限制,必然会侵害转让方的合法权益,不利于农村土地资源的优化配置。

4.《农村土地承包法》已规定土地承包经营权可以转让,为什么不能允许家庭承包中耕地和草地承包经营权继承呢?如承包方家庭最后剩下的成员将耕地或草地承包经营权依法转让给特定受让方(即承包方家庭最后一个成员的继承人的农户),其实际结果与允许耕地和草地承包经营权继承有何区别?同时,表面上该继承人的农户虽然向转让方支付了转让费,但按《农村土地承包法》第31条“承包人应得的承包收益,依照继承法的规定继承”之规定,继承人在被继承人(即承包人)死亡时,照样取得承包收益(包括上述转让费)。又如,承包方家庭最后剩下的成员临死前将耕地或草地承包经营权转让给非继承人(从事农业生产经营的农户),会使该法第31条条文的立法目标其发包方依法收回承包地落空。同样,也会给已经完成的转包、出租、入股等流转形式,带来法律问题,上述流转形式也会使发包方收回承包地暂时落实。

5.《农村土地承包法》规定了承包地可以依法收回和可以依法调整的特殊情形,与物权法中物权属绝对权和物权保护之绝对性相冲突。物权的绝对性,是指物权的权利主体是特定的,其他任何人都负有不得非法干涉和侵害权利人所享有的物权的义务。物权人于其标的物之支配领域内,非经其同意,任何人均不得侵入或干涉,否则即构成违法。法律赋予物权人绝对保护之特性。此即所谓保护之绝对性<sup>5](p.9)</sup>。1993年中央提倡在承包期内实行“增人不增地,减人不减地”的办法,这一政策是成功的,充分体现了物权性质土地承包经营权保护之绝对性。因此《农村土地承包法》第27条第1款规定:“承包期内,发包方不得调整承包地。”但该法第27条第2款规定:“承包期内,因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间的耕地和草地需要适当调整的”,可依该条款依法进行调整(除该款规定的“承包合同中约定不得调整的,按照其约定”外)。按法理分析,承包地依法调整其结果,使部分承包地上的物权性质土地承包经营权消灭,一方面不符合国外用益权消灭的理由(如德国民法中规定用益权消灭情形是(1)用益权人死亡,包括自然人的死亡和法人的消灭(2)用益权设定期限届满(3)用益权和所有权竞合(4)用益权人对物不当使用、无权使用,并且不顾所有权人的告诫而继续使用时,所有权人通过诉讼停止其使用,并消灭其用益权),也不符合国外永佃权消灭的理由(如日本民法典规定永佃权消灭情形是(1)永佃权存续期限届满(2)永佃权的抛弃,即永佃权人因不可抗力连续三年以上全无收益,或于五年以上期间内,获少于佃租的收益,可以抛弃其权利(3)佃租的滞纳、破产宣告,即永佃权人连续二年以上怠付佃租或受破产宣告时,土地所有人可以请求消灭永佃权(4)永佃权人对土地施加永久的损害,并违反土地的利用方法时,土地所有人可依法请求消灭永佃权),也不符合我国理论上物权性质土地承包经营权消灭理由(主要理由(1)承包期限届满(2)承包地被依法征用(3)承包地被依法占用(4)承包方依法退包(5)承包地灭失(6)物权性质土地承包经营权撤销(7)承包人死亡,无继承人或继承人放弃继承物权性质土地承包经营权的);另一方面,“赋予农民长期而有保证的土地使用权”的法律保证难以真正落实,影响农民对农村土地承包经营制度的信心,造成农民不敢或者不愿对农村土地进行长期投资,甚至进行掠夺式经营,破坏地力;再一方面,被调整而调出承包地的农户其合法权益如何得到法律保障,其往往会受到不同程度的侵害;最后一方面,如果调整承包地之前,超过农户人均承包地数量的部分或全部承包户都已依法进行了土地承包经营权转让,而受让方都是本集体经济组织以外的农户,在这种情况下进行承包地调整是否公平、合理、科学。可见,该法第27条第2款立法设计

存在许多问题,其结果在实践中不具有普遍可操作性。同时,该条款规定:“承包合同中约定不得调整的,按照其约定。”虽然属授权性或任意性法律规范,但如果承包方提出“约定不得调整”,发包方有何理由拒绝或者能拒绝?如果同一个村集体经济组织中,一些“承包合同中约定不得调整”,而另一些承包合同中没有约定不得调整内容或者约定可以调整,其结果承包地如按该法第27条第2款进行调整,村内承包方的地位是否平等,被调整承包地的部分农户其合法权益是否被侵害?因此,笔者建议,承包期内,因自然灾害严重毁损承包地、承包地被依法征用或者占用、新增人口(人口出生或转入)等,应适用该法第28条未承包土地、交回和收回承包地的土地作为调整客体的规定或者引导通过土地承包经营权流转形式取得承包地,其结果会更合情、合理、合法,农民更能接受,便于物权性质土地承包经营权真正属于绝对权和受到物权保护之绝对性充分体现。另外,该法第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。”按该条款规定,发包方可依法收回承包地。但如遇承包方全家迁入设区的市和转为非农业户口前依法实施了土地承包经营权转让,实现作为“合理经济人”(承包方)的土地承包经营权交换价值,从而使该法第26条第3款规定无法实施而使发包方依法收回落空。同时,如已依法出租或者转包(无须发包方同意,操作无任何难度),在流转期限内能否收回,显然,法律无理由支持收回,照样使收回落空。

6.宜采取家庭承包方式的“其他农村土地”上取得物权性质的土地承包经营权缺乏法律规范。根据《农村土地承包法》第3条第2款规定,家庭承包方式的农村土地,除耕地、林地、草地外,还包括宜采取家庭承包方式的“其他农村土地”,如渔区的养殖水面、某些地方的园地等。这些农村土地采取家庭承包方式取得物权性质的土地承包经营权会存在以下几方面问题:一方面,养殖水面的承包期较短,一般只有3—5年,最长也不会超过10年,该类土地承包经营权法律如赋予物权性质,显然与民法理论上物权存续期较长,一般需超过20年相矛盾;另一方面,该法第二章“家庭承包”只针对耕地、林地、草地三类农村土地进行立法设计和形成法律规范的,“其他农村土地”上采取家庭承包方式产生的物权性质土地承包经营权如何依照该章内容执行,其结果在实际运作中难以操作,会造成该土地承包经营权受不到一体法律规范调整和保护。

7.《农村土地承包法》没有规定物权性质土地承包经营权撤销。物权性质土地承包经营权撤销,是指在发生法定事由时,发包方可依法撤销物权性质土地承包经营权的行為。如《土地管理法》第37条第3款“承包经营的单位或者个人连续两年弃耕抛荒的,原发包单位应当终止承包合同,收回发包的耕地”之规定就属于撤销情形,根据国外永佃权撤销制度,在法律上可规定:“有下列情形之一的,发包方有权撤销物权性质土地承包经营权:(一)农村土地承包经营权人擅自变更农村土地农业用途,并致使不能恢复原状的;(二)闲置耕地达两年以上或者其他农村土地达四年以上的。”“撤销土地承包经营权应符合上述事由,当事人在承包合同中约定撤销土地承包经营权事由的,不生撤销土地承包经营权之效力。”

8.《农村土地承包法》没有规定物权性质土地承包经营权抛弃。物权性质土地承包经营权抛弃,是指在发生法定原因时,依土地承包经营权人的意思表示,使物权性质土地承包经营权归于消灭的单方行为。《日本民法典》第275条(永佃权的放弃)规定:“永佃权人因不可抗力连续三年以上全无收益,或于五年以上期间内,只获少于佃租的收益时,可以抛弃其权利。”我国法律既然已赋予物权性质的土地承包经营权是一项重要财产权,应规定物权性质土地承包经营权抛弃制度。该土地承包经营权抛弃,毕竟是一项民事权利,如果因某些特殊原因,土地承包经营权人继续使用收益农村土地于己不利,而又在不损害发包方和社会利益的情况下,应允许其抛弃该土地承包经营权,但法律应对此规定严格的限制条件。在法律上可规定:“土地承包经营权人,因不可抗力连续二年以上全无收益,或于四年以上期间内,只获少于承包费的收益时,可以抛弃物权性质土地承包经营

权。但林地上土地承包经营权和通过拍卖、招标方式取得物权性质土地承包经营权除外。”

9.《农村土地承包法》规定家庭承包的土地承包经营权不允许抵押。笔者认为限制家庭承包土地承包经营权抵押的理由不成立。首先,设立抵押权时并不发生家庭承包土地承包经营权转移,抵押权因为债务得不到偿还而实现有或然性。其次,物权性质土地承包经营权是一项财产权,目前农民可以作为抵押的其他财产有限,因此农民贷款、融资很困难,不利于加大农村承包地上的投资,限制农业发展。第三,农民在紧急时需要资金,如果不允许家庭承包土地承包经营权抵押进行贷款,会造成只能将土地承包经营权转让,这个时候的农户才会真正失去家庭承包的土地承包经营权。因此,应允许家庭承包土地承包经营权抵押<sup>[1](p.71)</sup>。

10.家庭承包“土地承包经营权流转”规定在《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第五节中造成法律结构不科学。家庭承包是指农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式时,以该农村集体经济组织内部家庭为经营单位的,人人有份的土地承包。家庭承包的主要特征:一是发包方只能是农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组;二是承包方只限于本农村集体经济组织内部的农户;三是本农村集体经济组织的农民享有平等承包权;四是以农户家庭为单位,不是以农民个人为单位进行家庭承包。根据家庭承包的土地承包经营权流转法律规定分析,只有土地承包经营权互换流转形式符合“家庭承包”之特征,而其他形式之家庭承包土地承包经营权流转其结果都可能产生与“家庭承包”之特征部分不符或者不相符(除本农村集体经济组织的农户成为流进方,即新承包方包括转让中的受让方、转包中的受转包方、林地承包经营权中的继承人属部分符合外,但上述流转形式实质上已不符合家庭承包之主体特征,同时更不符合家庭承包体现人人有份、公平优先的原则)。显然,家庭承包土地承包经营权流转其性质明显区别于“家庭承包”其本身性质。家庭承包“土地承包经营权的流转”规定在《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第五节中显然不科学,同时从深层次研究,虽然土地承包经营权流转以农村土地承包为前提,但土地承包经营权流转中许多流转形式其流转结果产生了与农村土地承包经营性质完全不同的农村土地其他经营形式,如租赁经营、股份合作经营等,现行的《农村土地承包法》已经无法全部涵盖农村土地经营制度。但按现行《农村土地承包法》的法律规范内容来看,其法律名称最好改称《农村土地承包与流转法》。笔者认为《农村土地承包与流转法》其结构最好调整为:第一章“总则”,第二章“农村土地承包”,第三章“家庭承包”,第四章“其他方式的承包”,第五章“物权性质土地承包经营权流转”,第六章“争议的解决和法律责任”,第七章“附则”。待时机成熟,今后应制定统一的《农村土地经营法》。其内容除农村土地承包经营外,还应包括农村土地租赁经营、农村土地股份制经营、农村土地集体经营(目前,全国还存在没有采取农村土地承包的村,这些村集体经济实力很强,仍采取集体统一经营,其效果也较理想)、农村土地其他形式经营、农村土地承包经营权流转等内容。

11.通过其他方式承包,并经依法登记取得的物权性质土地承包经营权,其流转缺乏全面法律规范。《农村土地承包法》第三章“其他方式的承包”第49条只规定了该类土地承包经营权流转形式,第50条也只对土地承包经营权继承作了原则规定,从法律结构看,它与该法第二章“家庭承包”第五节“土地承包经营权的流转”是相独立的,无法律依据按该法第二章第五节法律规范适用。其他方式承包物权性质土地承包经营权流转有自身运行机制,应有适合自身运行机制的法律规范。笔者认为,今后修改《农村土地承包法》时,最理想应单设“物权性质土地承包经营权流转”一章,包括三节,即第一节“物权性质土地承包经营权流转一般规则”,第二节“家庭承包的土地承包经营权流转”,第三节“其他方式承包的物权性质土地承包经营权流转”,特别应对“其他方式承包的物权性质土地承包经营权流转”作出具体的法律规定,真正做到有法可依。

12.家庭承包土地承包经营权继承应属家庭承包土地承包经营权流转之形式之一。一方面,《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,其继承人可以在承包期内继续承

包。”这实际上属于土地承包经营权继承。土地承包经营权继承应属土地承包经营权流转范畴,从科学、合理角度讲,应规定在土地承包经营权流转的法律规范范围内,但如该继承人放弃继承土地承包经营权或无继承人的,则属于土地承包经营权消灭,这种情形可规定在该法第二章“家庭承包”中。另一方面,该法第31条第1款规定“耕地或草地承包的承包人死亡,承包人应得的承包收益,依照继承法的规定继承”。按此规定,承包期内家庭的某个或部分成员死亡的,土地承包经营权不发生继承问题,因家庭承包是以户为单位,上述情况仍然客观存在,其立法规定是成功和科学的,家庭成员全部死亡的,最后一个死亡的成员应当获得的承包收益,按照继承法的规定继承,但继承人不能继承土地承包经营权,承包地由发包方收回,土地承包经营权消灭。实践中仍存在问题,因家庭承包的土地承包经营权可以依法转让,按前面内容分析会使该条文操作落实,无法体现法律的权威性;另外,如承包户的最后一个死亡的成员在临死前,依法将土地承包经营权转包或出租以及入股,该成员死亡时,发包方能否立即收回承包地值得怀疑,能否消灭其他法律关系或牺牲其他合法当事人利益,显然,法律没有理由也不应该支持。可见,法律上限制或禁止耕地或草地承包经营权继承是不合理或不科学的。笔者认为,家庭承包取得的土地承包经营权都可以依法继承,避免法律条文之间的冲突或矛盾,更有利于提高承包方在农村承包地上投入的积极性和信心。

13. 法律上规定“将部分或者全部土地承包经营权转包或者出租给第三人”条文设计不科学。《农村土地承包法》第39条规定:“承包方可以在一定期限内将部分或者全部土地承包经营权转包或者出租给第三方,承包方与发包方的承包关系不变。”按法理分析,土地承包经营权转包是指转包方(即原承包方)在保留物权性质土地承包经营权前提下,将从物权性质土地承包经营权中依法分离出来的部分权能转移给受转包方的行为。受转包方(即新承包方)只能取得债权性质的土地承包经营权。土地承包经营权出租也是指出租方(即原承包方)在保留物权性质土地承包经营权前提下,将从物权性质土地承包经营权中依法分离出来的部分权能转移给承租方的行为。承租方只能取得债权性质的农村承包地租赁权。但这两类土地承包经营权的流转,可以是部分农村承包地发生占有改定,也可以是全部农村承包地发生占有改定,无法“将部分或者全部土地承包经营权转包或者出租给第三人”。因此,该法第39条条文正确的表述应改为:“承包方可以在一定期限内将部分或者全部承包地通过土地承包经营权转包或者出租移转给第三人,承包方与发包方的承包关系不变。”

14. 法律上规定承包方“可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户”条文设计同样不科学。《农村土地承包法》第41条规定:“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的,经发包方同意,可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户,由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方该土地上的承包关系即行终止。”按法理分析,土地承包经营权转让是整个物权性质土地承包经营权发生彻底让渡,不存在部分物权性质土地承包经营权的让渡,但可以是部分承包地上的整个物权性质土地承包经营权让渡,其转让方仍存在部分承包地上的物权性质土地承包经营权;也可以是全部承包地上的物权性质土地承包经营权让渡,则转让方丧失物权性质土地承包经营权。因此,该法第41条条文正确的表述应改为:“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的,经发包方同意,可以将全部或者部分承包地通过土地承包经营权转让移转给其他从事农业生产经营的农户,由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方该土地上的承包关系即行终止。”

最后,笔者建议国务院应制定与《农村土地承包法》相配套的一系列行政法规,主要包括《农村土地承包经营权登记条例》、《农村土地承包经营权证发放条例》、《农村土地承包经营权流转条例》和《农村土地承包合同管理条例》等。

## [参 考 文 献]

- [ 1 ] 何宝玉.《中华人民共和国农村土地承包法》释义及实用指南[M].北京:中国民主法制出版社,2002.
- [ 2 ] 丁关良,田华.论农用地物权制度的选择——关于“土地承包经营权”名称的存废[J].中国农村经济,2002,(2)25-32.
- [ 3 ] 丁关良.农村土地承包经营权性质的探讨[J].中国农村经济,1999(7)23-30.
- [ 4 ] 丁关良.农村土地承包经营权初论[M].北京:中国农业出版社,2002.
- [ 5 ] 王利明.物权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2002.
- [ 6 ] 傅穹,彭诚信.物权法专题初论[M].长春:吉林大学出版社,2001.
- [ 7 ] 王宗非.农村土地承包法释义与适用[M].北京:人民法院出版社,2002.
- [ 8 ] 梁慧星.中国物权法[M].北京:法律出版社,1998.
- [ 9 ] 赵向阳.《中华人民共和国农村土地承包法》问答及实施指南[M].北京:中国农业出版社,2002.
- [ 10 ] 刘坚.《农村土地承包法》培训讲义[M].北京:中国农业出版社,2002.
- [ 11 ] 宋刚.论土地承包权[J].法学,2002(12)67-73.

## Legal Reflection on Several Issues Regarding Land Contracting Management Right —With an Analysis Based Chiefly on Rural Land Contracting Law

DING Guan-liang

(*Research Center for Agricultural Modernization and Rural Development, Zhejiang University, Hangzhou 310029, China*)

**Abstract:** Rural land contracting features household contracting and other kinds of contracting. The land contracting management right in the nature of real right include one obtained through household contracts and one through other ways combined with legal registration. It is one of the very important civil rights with Chinese socialist characteristics. This land contracting management right is a real right in nature, which belongs both to the real right over the property of another, and to the usufructuary right over the property of another, or rather, a new type of usufructuary right. Its content should be legally defined, and it itself can be transferred freely and inherited, abandoned and mortgaged legally. The land contracted shouldn't be withdrawn or adjusted. Legislative articles concerning the transfer, leasing and subcontracting of the land contracting management right must be scientifically designed in order to sort out the relationship of rural land contract, thus providing a theoretical basis for constituting the law of property right with a view to safeguarding the contractor's legal rights and interests.

**Key words:** land contracting management right in the nature of real right; new type of usufructuary right; legally defined content; free transfer; legal inheritance; legal abandonment; legal mortgage