

新时期农村土地承包制度改革的 法律探索

王立争 著



中国政法大学出版社

新时期农村土地承包制度的改革 法律探索

王立争 著



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

新时期农村土地承包制度改革的法律探索/王立争著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 8

ISBN 978-7-5620-6989-8

I. ①新… II. ①王… III. ①农村土地承包法—研究—中国 IV. D922.324

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第202689号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京华联印刷有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 8.625
- 字 数 200千字
- 版 次 2016年8月第1版
- 印 次 2016年8月第1次印刷
- 定 价 35.00元

第一章 农户的主体地位问题研究	1
第一节 农户主体地位的法政策学辨思	1
第二节 农户主体地位的解释论辨思	19
第二章 农村集体经济组织成员权问题研究	36
第一节 农村集体经济组织成员优先权的法律构造	36
第二节 农村集体经济组织成员派生诉讼的法律探索	46
第三章 农村土地承包制度改革的路径问题研究	59
第一节 深化农村土地承包制度改革的正义维度与效率 维度	59
第二节 全面深化改革进程中农村土地承包制度的路径 选择	73
第三节 土地承包经营权内在构造的深化改革	86
第四节 承包地调整制度的改革	99
第四章 土地承包经营权变动问题研究	131
第一节 “发包方同意”的规范与政策思辨	131
第二节 土地承包经营权继承的政策本旨与规范构造	156

第三节 土地承包经营权转让合同有效要件的法律困境 及其解围	174
第五章 农地承包法律纠纷的规则重构	187
第一节 “一地数包”的效力规则重构	187
第二节 发包方违法收回承包地纠纷处理的规则重构 ...	205
第六章 农地的国家治理	217
第一节 国家治理现代化视阈下的农地软法治理	217
第二节 村民组长的“接班人”危机与农村基层治理的 现代化	232
主要参考文献	257
后 记	270

| 第一章 |

农户的主体地位问题研究

第一节 农户主体地位的法政策学辨思

“农户是认识中国农民和农村社会的一把钥匙”，“中国农村经济社会及国家变动都可以从农户动机和行为中寻找内在逻辑”。^{〔1〕}但是，在相当长的时间里，农户研究几乎被法学界所遗忘。在当前的《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）修订过程中，农户问题再次跃入学术视野。学者们在探讨以家庭为单位承包土地的承包经营权可否继承的问题时，^{〔2〕}就其权利主体可否被界定为农户发生了激烈的争议，分别提出了公民与集体说，^{〔3〕}农业承包经营者说，^{〔4〕}农村集体经济组织成

〔1〕 徐勇、邓大才：“社会化小农：解释当今农户的一种视角”，载《学术月刊》2006年第7期。

〔2〕 土地承包经营权有两种承包方式，即家庭承包和通过招标、拍卖、公开协商等其他方式的承包，本书阐述的土地承包经营权，若无特别说明，仅限于家庭承包。

〔3〕 刘心稳主编：《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社1996年版，第390页；郭明瑞、唐广良、房绍坤：《民商法原理》（二），中国人民大学出版社1999年版，第187页。

〔4〕 胡吕银：《土地承包经营权的物权法分析》，复旦大学出版社2004年版，第80页。

员说,^[1]农户以及其他单位或个人说,^[2]从事农业生产的自然人、法人及其他组织说^[3]等多种观点,可谓聚讼纷纭,难以统一。2014年,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《全面推进依法治国的决定》)正式提出编纂民法典,在此背景下,民法总则的起草被正式提上议事日程。民法总则中应否规定农户、如何规定农户,成为无法绕开的重要课题。由此,农户问题的研究进一步受到学界的重视。本书打破目前学界仅从规范层面研究农户主体地位的狭隘路径,意图通过对现行法律及其背后的立法政策的系统挖掘,对农户主体地位问题进行法政策学层面的考察,期冀将该问题的研究引向深入。

一、土地承包经营权主体的政策与规范背景分析

前述诸说中,公民与集体说的依据系《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第80条第2款、第81条第3款,不过,从法条内容来看,“集体依法对……土地的承包经营权”的表述应理解为系主要针对国家所有而由集体使用的土地,但这一问题与农村土地承包制度缺少实质性关联,这是该法在表述上的失当之处,故将集体作为土地承包经营权的主体没有充分的法律依据。所谓农业承包经营者,则可以理解为从

[1] 柳经纬主编:《民法》,厦门大学出版社2003年版,第347页;杨立新等:《物权法》,中国人民大学出版社2004年版,第169页。

[2] 王利明等:《中国民法典学者建议稿及立法理由·物权编》,法律出版社2005年版,第262页;崔建远:《物权法》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第260页。

[3] 梅夏英、高圣平:《物权法教程》,中国人民大学出版社2007年版,第216页。

事农业生产的个人或集体；^{〔1〕}而所谓农村集体经济组织成员，显然系指农民个人；其他单位、法人及其他组织等主体界定，则系针对其他方式的承包而言。因此，有关家庭土地承包经营权主体的争论，事实上主要是农户与农民个体之间如何取舍的问题。

将承包主体界定为农民个体，似乎有着一定的法律依据。《继承法》在规定与土地承包经营权继承有关的问题时，于第4条采用了“个人承包”的表述；而《民法通则》第80条第2款、第81条第3款则均采用了“公民……的承包经营权，受法律保护”的语词。如果仅从文义解释角度分析，前者明确将土地承包经营权的承包主体理解为个人，而后者使用的“公民”称谓，也易从个体的角度将其理解为一种个人承包的方式。不仅如此，《民法通则》虽在第27条使用了“农村承包经营户”的称谓，但是却在第29条明确将农村承包经营户的经营方式分为“个人经营”和“家庭经营”两种形式。由此，农民个人被描述为农村土地承包经营权的承包主体，^{〔2〕}甚而有学者采用了“农户私人承包经营制”等介于“农户”和“私人”之间的表述。^{〔3〕}

我国《继承法》颁布于1985年，《民法通则》颁布于1986年，上述条文表述，系受当时政策与立法背景影响而产生的结果。1978年12月召开的党的十一届三中全会开启了改革开放历史新时期，明确提出了“集中主要精力把农业尽快搞上去”的

〔1〕 刘保玉：《物权法学》，中国法制出版社2007年版，第262页。

〔2〕 程宗璋：“关于农村土地承包经营权继承的若干问题”，载《中国农村经济》2002年第7期。

〔3〕 周其仁：“农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择”，载《经济学（季刊）》2004年第1期。

目标，^{〔1〕}对我国农业发展无疑起着十分重要的推动作用。然而，会议公报里并未涉及农村土地承包问题，因为作为农村土地承包制度发轫的安徽省凤阳县小岗村的“大包干”，仅发生在一个月前的1978年11月。实际上，十一届三中全会原则通过的《中共中央关于加快农业发展若干问题的决定（草案）》还明确规定，“不许分田单干”“不许包产到户”，该决定在1979年9月的十一届四中全会上正式通过，仍然坚持了“不许分田单干”的基本精神，但明确指出：“除某些副业生产的特殊需要和边远山区、交通不便的单家独户外，也不要包产到户。”^{〔2〕}实际上是允许有条件地实行“包产到户”。1980年9月印发的《中共中央关于进一步加强和完善农业生产责任制的几个问题》，对当时我国农村出现的各种责任制形式进行了分析，尤其对“专业承包联产计酬责任制”进行了深入阐述，指出“各业的包产，根据方便生产、有利经营的原则，分别到组、到劳力、到户”，对“包产到户”予以肯定，并提出了“区别不同地区、不同社队”的发展方针。^{〔3〕}

自1982年开始，中共中央先后发出了五个“一号文件”，集中反映了中国共产党推动农村改革的历史进程，其中的精神实质是当时指导“三农”问题立法的重要政策指引。1982年中共中央批转的《全国农村工作会议纪要》被称为中国共产党历史上第一个关于农村工作的“一号文件”，该文件肯定了“包产到户……是社会主义集体经济的生产责任制”，并明确将其定性

〔1〕 参见《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》，1978年12月22日。

〔2〕 参见《中共中央关于加快农业发展若干问题的决定》，1979年9月28日。

〔3〕 参见《中共中央关于进一步加强和完善农业生产责任制的几个问题》，1980年9月27日。

为“社会主义农业经济的组成部分”。^{〔1〕}不过,《全国农村工作会议纪要》并没有从具体承包方式角度对农村土地承包制度进行政策层面的阐释。1983 年中共中央印发的“一号文件”《当前农村经济政策的若干问题》采用了“联产承包制”的表述,对其予以了高度评价,认为其是“马克思主义农业合作化理论在我国实践中的新发展”。虽然该文件中并没有采用“家庭承包”的表述,但是,其对“联产承包制”进行了详细的描述,明确指出其系“以农户或小组为承包单位”,并三次使用了“家庭经营”的表述,^{〔2〕}这是首次从承包主体的角度对土地承包经营权所做的阐述。至此,以农户为承包主体、以家庭为经营单位的农村联产承包制得到了体系化的确立。1984 年的“一号文件”《中共中央关于一九八四年农村工作的通知》进一步提出:“继续稳定和完善联产承包责任制,帮助农民在家庭经营的基础上扩大生产规模,提高经济效益。”^{〔3〕}该文件中仍然继续使用“联产承包制”和“家庭经营”的分开表述方式。1985 年的“一号文件”《中共中央、国务院关于进一步活跃农村经济的十项政策》提出了“联产承包责任制和农户家庭经营长期不变”的发展政策,并首次出现了“家庭承包”的表述,但仅针对“国营林场”。^{〔4〕}1986 年的“一号文件”《中共中央、国务院于一九八六年农村工作的部署》明确指出“家庭承包是党的长期政策”,并首次对“统一经营与分散经营相结合的双层经营体

〔1〕 参见《全国农村工作会议纪要》,1982 年 1 月 1 日。

〔2〕 参见《当前农村经济政策的若干问题》,1983 年 1 月 2 日。

〔3〕 参见《中共中央关于一九八四年农村工作的通知》,1984 年 1 月 1 日。

〔4〕 参见《中共中央、国务院关于进一步活跃农村经济的十项政策》,1985 年 1 月 1 日。

制”进行了阐述。^{〔1〕}

20世纪80年代前后,有关农村土地承包问题的定性和走向,是当时非常重要的敏感问题。对上述党的重要历史文献的梳理表明,“包产到户”“家庭承包”等农村土地承包制度的核心精神经历了一个逐渐确立的过程,在这个过程中,激烈的理论争议不可避免。例如,关于家庭联产中“家庭”二字是否保留,都是曾有争论的问题。^{〔2〕}可以说,家庭联产承包责任制经历了一个在争论中艰难推进的过程,^{〔3〕}在此过程中,支持者和反对者都没有在理论上相互说服对方。^{〔4〕}而《继承法》和《民法通则》均于这个时期起草、制定,主要文本来源系1979年开始的新中国第三次民法典起草过程中形成的草案。此次民法典起草,至1982年起草出第四稿,即因“当时经济一再整顿,条件不成熟”而停顿。^{〔5〕}但是,其后的《继承法》和《民法通则》均系在该第四稿基础之上拟定而成的。^{〔6〕}在此背景下起草

〔1〕 参见《中共中央、国务院于一九八六年农村工作的部署》,1986年1月1日。

〔2〕 对此,可参见当时参与五个“一号文件”起草的吴镔的文章。吴镔:“五个‘一号文件’起草轶事”,载《传承》2008年第23期。

〔3〕 关于这一争论过程,可以参见许人俊:“家庭联产承包责任制在争论中艰难前进”,载《党史博览》2008年第12期。

〔4〕 杜润生:《杜润生自述:中国农村体制变革重大决策纪实》,人民出版社2005年版,第162页。

〔5〕 此为参与《民法通则》起草的魏振瀛教授在“‘中国民法典论坛’第五场”上的发言,此次发言登载于中国政法大学民商经济法律网(网址:http://www.cupl.edu.cn/html/msjjfxy_xsw/col531/2011-11/19/20111119105853508941072_1.html,访问日期:2004年4月30日),后收于王卫国主编《中国民法典论坛(2002~2005)》(中国政法大学出版社2006年版)。

〔6〕 分别参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国继承法(草案)〉的说明》,1985年4月3日在第六届全国人民代表大会第三次会议上;王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》,1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上。

的这两部法律,一方面不可能不考虑当时争议甚为激烈的农村土地承包问题,另一方面又不能因为涉及过多的敏感问题而给这两部法律的通过带来障碍,考虑到“我国经济体制还在进行改革的过程中”,〔1〕“仍然有些问题还看得不很清楚”,〔2〕在《民法通则》中采取了诸如将“公民”表述为承包经营权主体的做法,这是一种立法策略的选择。从当时的历史条件来看,这一立法策略可能是立法者所做的最契合我国国情的理性的或近乎理性的必然选择。〔3〕“对于立法者来说,只有最大限度地契合现实条件、能够有效发挥作用的立法策略,才是利益最大化和风险最小化的选择。”〔4〕《民法通则》在对农村土地承包制度方面所采取的立法方式,是一种理性、适切和妥协的策略选择结果。而出现“个人经营”和“家庭经营”的分立,则与“仍然有些问题还看得不很清楚”有很大的关联。此外,当时的农村改革并没有在全党、全国范围内进行大动员,而更多的是由各省、区、市掌握,各地按照各自的理解贯彻执行,〔5〕由于各地做法不可能完全高度一致,有些问题在中央政策和立法层面“看得不很清楚”,便是当时特定历史条件下的正常情况。

《民法通则》采用的这一立法策略,应当还受到当时宪法立法的影响。1982年的《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪

〔1〕 王汉斌:《关于〈中华人民共和国继承法(草案)〉的说明》,1985年4月3日在第六届全国人民代表大会第三次会议上。

〔2〕 王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》,1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上。

〔3〕 黄文艺:“信息不充分条件下的立法策略”,载《中国法学》2009年第3期。

〔4〕 景亚南:“关于立法策略的初步思考”,载《人大研究》2012年第7期。

〔5〕 杜润生:《杜润生自述:中国农村体制变革重大决策纪实》,人民出版社2005年版,第127页。

法》)被誉为“新时期的里程碑”,^[1]但是,囿于当时的历史条件,其仍然在第8条做出了“农村人民公社、农业生产合作社和其他生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济”的规定,对农村土地承包制度只字未提。而这部《宪法》出台于1982年12月4日,此时,《全国农村工作会议纪要》已经发布接近一年时间,而《当前农村经济政策的若干问题》的起草也已进入尾声,但《宪法》仍然对此采取了回避态度,可见当时立法的谨慎乃至保守。在这样的背景下,《民法通则》和《继承法》不可能对农村土地承包制度做出超越宪法的规定。

如果说《民法通则》采用“个人经营”“家庭经营”等表述是一种立法策略选择的结果,那么《继承法》中仅出现的“个人承包”又如何进行解释?其是否可以理解为就是对个人作为承包主体的肯定呢?对此问题,同样需要考察《继承法》的立法说明。“几年来,随着经济体制改革的开展,城乡出现了各种形式的个人承包。……根据草案的规定,个人承包的荒山、荒地和全民或者集体的企业等的所有权,属于全民或者集体所有,不能继承。个人承包应得的收益,如承包后种的树、养的鱼、种的庄稼、承包企业取得的个人收入等,属于承包人所有,应当允许继承。”^[2]这一解释表明:《继承法》中的“个人承包”并不是仅仅用来表述农村土地承包方式的,而是对《继承法》立法时社会上已出现的各种形式的“个人承包”的一种概括,是为了确认个人承包收益的继承。就个人承包的土地范围

[1] 许崇德:“1982年宪法:中国新时期的里程碑”,载《中国法律》1997年第4期。

[2] 王汉斌:《关于〈中华人民共和国继承法(草案)〉的说明》,1985年4月3日在第六届全国人民代表大会第三次会议上。

而言,主要是针对“荒山”“荒地”等“四荒土地”,而“四荒”土地在我国的立法和农村实践中历来是允许个人进行承包的。因此,不能依据《继承法》的规定而肯认土地承包经营权系一种个人的承包权利。

二、农户作为土地承包经营权主体的政策与规范解释

《民法通则》第二章“公民(自然人)”第四节以“个体工商户、农村承包经营户”为标题,在我国法律中首次出现“农村承包经营户”这一语词。从体系解释角度来看,该法既然将农村承包经营户列入自然人一章中,说明其实际上系将农村承包经营户作为一种特殊的自然人来对待,^{〔1〕}并进而使有的学者对农户的民事主体地位持否定立场。^{〔2〕}20世纪80年代中后期的上述立法,仍然可以认为是当时特定社会背景下的产物。农村土地承包制度确立之后,改革的重点转移到农产品流通体制方面,^{〔3〕}因此这一段期间内,无论从政策还是立法的角度,对农村土地承包制度均没有实质性的作为。《民法通则》所采用的“公民(自然人)-法人”的主体二分结构以及又在自然人中规定农村承包经营户的做法,反映了当时的立法者既坚持传统民事主体类型体系,又欲结合我国社会生活实践有所突破的折中立场。对此,《民法通则》立法说明中将规定农村承包经营户的理由概括为:“保障他们的合法权益,明确经济责任,以利于

〔1〕 韩志才:“土地承包经营权继承问题的若干探究”,载《科学社会主义》2007年第3期。

〔2〕 刘敏:“土地承包经营权继承的解释论”,载《政治与法律》2014年第11期。

〔3〕 龚建文:“从家庭联产承包责任制到新农村建设”,载《江西社会科学》2008年第5期。

农村承包经营户的健康发展。”^{〔1〕}因此，从《民法通则》本身出发，认为其没有真正确立农户的主体地位，确非无的之论。

1991年党的十三届八中全会通过的《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》，将“农村普遍实行了以家庭联产承包为主的责任制”作为80年代农村改革的主要成就之一，并提出“继续稳定以家庭联产承包为主的责任制”。在此背景下，1993年八届全国人大第一次会议通过的宪法修正案将前引《宪法》第8条的规定修改为“农村中的家庭联产承包为主的责任制和生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济，是社会主义劳动群众集体所有制经济”，从而首次从宪法层面肯定了家庭承包经营的合法性。同年11月，《中共中央、国务院关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》提出了著名的“再延长三十年不变”的农村土地承包政策。上述相关政策以及《宪法》的规定，为理论上进一步探索土地承包经营权主体以及在立法上做出突破性规定扫清了障碍，从而最终催生了2002年《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《农村土地承包法》）关于农户为承包主体的规定。

实际上，早在20世纪80年代的五个“一号文件”中，就已经出现了“农户”的表述。其中，1982年《全国农村工作会议纪要》使用了2次；1983年《当前农村经济政策的若干问题》使用了3次；1984年《中共中央关于一九八四年农村工作的通知》使用了2次；1985年《中共中央、国务院关于进一步活跃农村经济的十项政策》以及1986年《中共中央、国务院于一九八六年农村工作的部署》则各使用了1次。如前所述，此时的农村土地承包制度尚处于起步阶段，各种争议持续不断，

〔1〕 王汉斌：《关于〈中华人民共和国民法通则（草案）〉的说明》，1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上。

故“农户”在这些文件中出现的频率并不是很高，其独特的地位未得到实质性阐述。从1991年《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》的发布直至2002年《农村土地承包法》的出台，在中共中央、国务院发布的有关农村政策的文件中，开始频繁使用“农户”的表述，其中较有代表性的如，1991年《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》使用了7次；1998年《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》使用了9次；2002年《中共中央、国务院关于做好二〇〇二年农业和农村工作的意见》则使用了12次。“农户”在中央重要政策文件中的频繁使用，体现了这一语词为中央文件逐渐接受的过程。而这些文件是20世纪90年代至21世纪初我国农村土地制度的根基之所在，其影响力毋庸置疑，这样的大规模使用，在客观上也使得其逐渐被广大民众所认同，从而为立法上承认其独立地位奠定了重要的社会认识论基础。不仅如此，在这些重要的文件中，有关农户的阐述，更是鲜明地展现了农户的独特地位在政策上逐步得以巩固的过程。如，《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》中，即采用了“农户有了生产经营自主权”的表述；《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》在农户的地位确立方面则具有重要的里程碑意义，其明确指出，应当“确立农户自主经营的市场主体地位”，“使农户获得充分的经营自主权”；《中共中央、国务院关于做好二〇〇二年农业和农村工作的意见》明确提出，“严禁强行收回农户承包地”。此一时期的其他重要政策性文件，如1993年《中共中央、国务院关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》、1995年《中共中央、国务院关于做好一九九五年农业和农村工作的意见》，均强调集体经济组织应当“为农户服务”；1995年国务院批转的《农业部关于稳定和完善土地承包

关系的意见》明确指出，土地承包经营合同系由“发包方与农户签订”。

在这些重要政策的基础上，立法确立农户独立地位的条件已经成熟。2002年的《农村土地承包法》第15条明确规定：“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”这是该法“全面准确地贯彻落实党的十五届三中全会决定精神”的结果，^{〔1〕}此次全会通过的文件，正是大规模对农户土地承包经营权进行阐述的《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》。由此，我国首次在立法上明确了农户在土地承包经营权中的主体地位。从解释论的立场来看，这是主张农户作为土地承包经营权主体的基本法律依据。2005年发布的《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》也明确将农户作为土地承包经营权的承包方来对待，并进一步赋予了农户诉讼主体地位。^{〔2〕}

作为个体的家庭成员不能充当土地承包经营权的主体，根本原因是我国农村社会化劳动程度过低的客观现实。在我国几千年的封建社会发展史上，个体的农民始终没有担负起构建和连接农业社会网络底层组织体的功能，而家庭则始终扮演着农业社会文明综合性实体的角色，并在波澜壮阔的社会变革中逐渐演变为具有独特属性的社会经济体。改革开放之初的农村土地制度改革，其背后是我国长期以来所形成的落后的农村生产力的现实，即使是较为简单的农业生产，依靠个体的农民也难以独立完成，而家庭则可以有效地组织所有的成员进行农业生

〔1〕 柳随年：《关于〈中华人民共和国农村土地承包法（草案）〉的说明》，2001年6月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上。

〔2〕 辛正郁：“关于审理涉及农村土地承包纠纷案件司法解释的理解与适用”，载《人民司法》2005年第9期。