

中华女子学院资助出版

家庭承包经营权： 现状、困境与出路

JIATING CHENGBAO JINGYINGQUAN:
XIANZHUANG KUNJING YU CHULU

周应江 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

家庭承包经营权： 现状、困境与出路

JIATING CHENGBAO JINGYINGQUAN:
XIANZHUANG KUNJING YU CHULU

周应江 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

家庭承包经营权:现状、困境与出路/周应江著.

—北京:法律出版社,2010.3

ISBN 978-7-5118-0363-4

I. ①家… II. ①周… III. ①农村土地承包法—研究

—中国 IV. ①D922.44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 012426 号

家庭承包经营权:现状、困境与出路
周应江 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 张新新
责任编辑 张新新
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 8.75

字数 236千

版本 2010年3月第1版

印次 2010年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0363-4

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内容提要

本书在《物权法》和《农村土地承包法》基础上,以《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》为指导,对家庭承包经营权制度进行了系统深入而又富有前瞻性的研究。

作者运用规范分析和实证分析等方法,在阐释家庭承包经营权的演进、内容、主体、创设、归属、继承、流转、消灭等的基础上,深入揭示了现有家庭承包经营权制度的局限、困境及其成因和对农民利益与农地利用的不利影响,并以农村社会经济条件和农民生存状态的变化为背景,在遵循大陆法物权理论的同时,借鉴英美法上的租赁地产权等项制度,提出并论证了改革完善家庭承包经营权制度的具体目标和设想。

本书适于法律和“三农”实务工作者、研究者及决策者等参阅。

序 一

我国农村土地的家庭承包经营制,连同它的前身——家庭联产承包责任制,已经在三十年来的改革进程中经历了实践的检验。从农民群众的创造到国家的全面推行,从政策化到法律化,从债权化到物权化,便是对这一进程的大致概括。中共中央在《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(2008年10月)中指出,要赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变。在总结过去的经验教训的基础上,进一步完善有关家庭承包经营权的法律制度,此其时也。

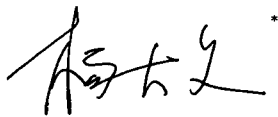
农村土地的家庭承包经营制是许多相关学科,如经济学、社会学、法学等共同研究的重要对象。这方面的法律制度、法律关系,特别是土地承包经营权人的权益保障等问题,尤为民法学界所关注。《家庭承包经营权:现状、困境与出路》,便是最近问世的一部力作。本书作者周应江副教授,执教于中华女子学院,曾师从我从事民事权利方向的研究,获中国人民大学法学博士学位。本书结集付梓以前,我有幸先睹为快。书中展示的研究的广度和深度,以及作者的勇于探索的精神,给我留下了深刻的印象。

综观全书,作者是以肯定家庭承包经营权的用益物权属性为其论述的出发点和归宿的。但是,书中的论述并没有受大陆法中物权理论和物权制度的局限和束缚,而是立足于本国的实际情况,有所突破、有所创新。书中回顾了我国农村土地承包法律制度的演进过程,对家庭承包经营权的性质、内容、法律特征,家庭承包经营关系的双方主体,家庭承包经营权

的创设、消灭、流转及其限制等问题作了系统、全面而又相当深入的论述和评析。在一些具体问题的研究上,既借鉴了传统的物权理论,又实现了对传统的物权理论的超越。这是因为,本书的研究对象并不是植根于私有制的传统用益物权,而是植根于社会主义公有制的、发生于农村集体经济组织内部的一种新型的用益物权,即具有中国特色的农村土地的家庭承包经营权。读者不难发现,那些区别于传统的物权法理的论述,正是书中的亮点所在。

作者在高度评价家庭承包经营制的历史作用的同时,也直面现实,以科学、求真的态度,揭示了现行制度面临的当前难以解决的若干问题。究其原因,许多问题主要是由于目前的家庭承包经营制兼具多种社会功能,受到多重制约。随着条件的变化和制度的完善,这些问题是能够逐步得到解决的。对此,作者大胆提出了改革家庭承包经营权制度的基本目标和具体设想。其中的一些主张未必是民法学界的共识,但是,即使仅仅作

是为序。



2009年12月

* 杨大文,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

序 二

法学特别是民商法学是实践性、应用性极强的学问,但长期以来,一些民商法著述乐于进行比较分析和理论构建,缺乏对中国现实的关照和认知,缺乏问题意识,易出现理论说教过多的毛病。本书作者研究家庭承包经营权问题,不从抽象的理论或者立法模式出发,而是紧紧围绕我国农村家庭承包经营的实际;不着眼于构建完美的制度设计,而是试图为实际问题提供解决方案。书中浓厚的问题意识与现实针对性,令人印象深刻。

通过家庭承包方式而设立的土地承包经营权,即本书研究的家庭承包经营权,在中国已经运行了三十年,但此项制度在实际运行中存在的问题也相当突出。“三农”问题的解决、农村经济社会的稳定与发展,都与家庭承包经营权制度的运行和完善密切相关。《物权法》已经规定“承包期届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包”;《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》也明确指出,要“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”。三十年承包期满后如何继续承包?为什么农民的土地承包经营权不够充分和难以得到保障?如何保持土地承包关系的稳定和长久不变?等等,都是非常需要理论和实务工作者作出回答的紧迫课题。《家庭承包经营权:现状、困境与出路》一书,分析了家庭承包经营权当事人之间的关系,揭示了现行制度下的家庭承包经营权在创设、归属、流转、消灭等方面存在的问题及其原因,深入地解析和论证了现有家庭承包经营权制度的缺陷和困境,在此基础上提出了革新家庭承包经营权制度的

设想,为上述问题的解答作出了有益的努力和尝试,提供了有见地的意见和建议。

应该承认,家庭承包经营权与传统大陆法上的永佃权等土地用益物权有重大的差异,是一项极富中国特色的土地权利制度。正如本书作者所揭示的那样,家庭承包经营权具有浓厚的身份性和功能保障性,现行法上关于家庭承包经营权的创设、内容和流转等制度安排,都与农村集体经济组织成员身份及成员的生存保障密切相关;身份性和功能保障性因素的存在,对家庭承包经营权的稳定、流转以及土地利用和农民利益的实现都产生了重要影响。作者在书中提出的应该切割家庭承包经营权与成员身份的关联、合理看待家庭承包经营权的保障功能等观点,值得重视。

促进家庭承包经营权的流转是各方的共识,但受制于现有的制度安排和认识争议,家庭承包经营权的流转在实际中还面临不少的障碍,因此探索和创新家庭承包经营权的流转机制,同样具有重要的现实意义。已有的一些著作主要依据大陆法用益物权理论来探讨家庭承包经营权的流转问题,而本书作者提出,借鉴英国法上的租赁地产权制度、允许权利人创设“次土地承包经营权”,可以有效缓解现行流转制度的矛盾。这种认识颇让人耳目一新。尽管作者的一些观点还需进一步论证和推敲,但借鉴英美法的财产权制度来研究中国的土地制度问题是颇有意义的。从解决中国的现实问题出发,我们有必要更多地从英美法中吸收营养。

本书作者是我在武汉大学法学院时的硕士研究生,有着多年基层农村的法律服务工作经历,在中华女子学院法律系任教期间,长期关注妇女权益特别是流动的农村妇女的土地权益问题。借助在中国人民大学攻读博士学位之机,作者将对农村妇女土地权益问题的思考延伸到整个家庭承包经营权制度上来;攻读博士学位期间,作者还到英国访问学习一年,了解了英国土地法的相关制度,并将相关制度内容借鉴于对中国家庭承包经营权制度的研究之中。作者的这些经历和积累,为本书论题的研究打下了良好的基础。值本书出版之际,本人乐于向读者推荐本书,也希望

目 录

导论 /1

第一章 家庭承包经营权的历史演进与现实内容 /9

第一节 新中国成立前的均田制与土地分配状况概说 /9

- 一、历史上的均田制 /9
- 二、影响地权分配的因素 /11
- 三、历代耕地分配实况 /15

第二节 集体土地所有权的形成与家庭承包经营制的兴起和发展 /16

- 一、农村集体土地所有权的形成 /17
- 二、家庭联产承包责任制的产生和确立 /18
- 三、由家庭联产承包责任制向家庭承包经营制的演变 /20

第三节 家庭承包经营权的法律化、物权化进程 /21

- 一、《民法通则》确立“土地的承包经营权”概念 /22
- 二、《农村土地承包法》对土地承包经营权的系统化 /23
- 三、《物权法》确认土地承包经营权的用益物权属性 /25
- 四、家庭承包经营权的进一步发展 /26

第四节 作为物权的家庭承包经营权的特征与内容 /27

- 一、家庭承包经营权的概念 /27
- 二、家庭承包经营权的基本特征 /28
- 三、家庭承包经营权与“四荒”承包经营权的不同 /32

四、家庭承包经营权的基本内容 /35

第二章 家庭承包的承包方、发包方及其相互关系 /39

第一节 家庭承包的承包方 /39

一、农村集体经济组织的成员 /39

二、农户 /50

第二节 家庭承包的发包方 /56

一、家庭承包的发包方 /56

二、发包方的多重职能与角色 /59

第三节 发包方与承包方的相互关系及其对家庭承包经营权的影响 /61

一、发包方与承包方之间的多重关系 /61

二、发包方利用职权影响或者侵害家庭承包经营权的事例分析 /62

三、发包方利用职权影响或者侵害家庭承包经营权的背景和原因分析 /72

第四节 关于处理发包方与承包方关系的若干思考 /76

第三章 家庭承包经营权的创设 /82

第一节 家庭承包经营权创设的方式 /82

一、统一发包 /82

二、个别调整 /83

三、家庭承包合同的订立与家庭承包经营权的设定 /84

第二节 家庭承包经营权创设的非交易性 /84

一、家庭承包经营权创设的强制性 /85

二、家庭承包经营权创设的身份性 /86

三、家庭承包经营权创设的福利性 /87

四、家庭承包经营权创设的集合性 /88

五、家庭承包经营权创设的非交易性的基础分析 /89

第三节 地权稳定与地权调整的冲突 /92

- 一、承包地调整的现状与原因 /93
- 二、稳定地权的努力与困境 /94
- 三、缩短承包期限抑或永久承包? /96

第四节 家庭承包合同及其与家庭承包经营权的关系 /98

- 一、家庭承包合同的性质与特征 /98
- 二、债权性的家庭承包经营权与家庭承包合同的关系 /101
- 三、《物权法》基础上的家庭承包经营权与家庭承包合同的关系 /103

第四章 家庭承包经营权的归属与继承 /116

第一节 家庭承包经营权的归属 /116

- 一、关于家庭承包经营权归属的不同认识 /116
- 二、本书关于归属问题的基本认识 /119
- 三、适用按份共有规则需要明确的几个问题 /124

第二节 家庭承包经营权的继承 /131

- 一、关于家庭承包经营权继承问题的立法 /131
- 二、家庭承包经营权可继承的前提 /133
- 三、继承家庭承包经营权的继承人的范围 /134

第五章 家庭承包经营权的流转 /137

第一节 家庭承包经营权流转制度概说 /137

- 一、家庭承包经营权流转的含义 /137
- 二、家庭承包经营权流转制度的演变 /138
- 三、家庭承包经营权流转的原则和方式 /140

第二节 家庭承包经营权流转的限制及其背景分析 /142

- 一、现行法对家庭承包经营权流转的限制 /142
- 二、法律限制家庭承包经营权流转的背景分析 /146
- 三、家庭承包经营权流转限制的不利影响 /147

第三节 家庭承包经营权流转制度改革的争论与实践 /149

一、关于家庭承包经营权的转让 /149

二、关于家庭承包经营权的抵押 /152

三、关于家庭承包经营权的入股 /155

四、简短的评析 /158

第四节 一种改革设想：家庭承包经营权的分割流转 /159

一、英国法上的租赁地产权 /159

二、创设“次土地承包经营权”的理论分析 /162

三、创设“次土地承包经营权”的现实途径 /163

四、家庭承包经营权的分割流转 /166

第六章 家庭承包经营权的消灭与农地转用 /171

第一节 家庭承包经营权消灭的原因 /171

一、期限届满 /171

二、发包方收回承包地 /172

三、承包方交回承包地 /175

四、承包地灭失 /175

五、承包地被转为建设用地 /175

第二节 承包地的用途限制及转为建设用地的途径 /176

一、承包地的用途限制 /176

二、承包地转为建设用地的法律途径 /177

第三节 发包方转用承包地对家庭承包经营权的影响 /179

一、家庭承包经营权在转用中被消灭 /179

二、家庭承包经营权人在承包地转用程序中缺位 /181

三、家庭承包经营权人的利益无法得到保障 /183

第四节 政府征收集体土地对家庭承包经营权的影响 /184

一、现行土地征收制度及其主要缺陷 /184

二、家庭承包经营权在土地征收中被消灭 /188

三、家庭承包经营权人在征收法律关系中缺位 /189

四、农户难以获得体现家庭承包经营权价值的补偿 /190

第五节 建立和完善保障家庭承包经营权人利益的机制 /193

一、农地发展权理论的启示意义 /194

二、规范集体内部的农地转用,确立保障家庭承包经营权人利益的机制 /197

三、完善土地征收制度,保护家庭承包经营权人的利益 /199

第七章 家庭承包经营权的困境与革新 /201

第一节 家庭承包经营权的现实困境 /201

一、家庭承包经营权的多重制约 /201

二、家庭承包经营权制度的内在冲突 /213

三、家庭承包经营权的现实缺陷 /220

第二节 革新家庭承包经营权的现实基础分析 /224

一、城乡一体化发展战略目标的确立 /225

二、农民生存条件的改善和生存空间的拓展 /226

三、土地价值实现途径的多元化 /229

四、农村集体经济组织经营农业用地的职能的弱化 /230

第三节 革新家庭承包经营权制度的设想 /231

一、对既有的革新方案的评介 /232

二、革新家庭承包经营权制度的基本目标 /234

三、革新家庭承包经营权制度的方案设想 /237

结语 /244

参考文献 /252

后记 /262

导 论

一、研究背景与意义

经由家庭联产承包责任制的兴起、推广而确立的家庭承包经营权,即通过家庭承包方式设立的土地承包经营权,在我国的财产权体系中,已经成为一项基础性的不动产权利。据新近的一项调查显示,经过第一轮、第二轮的承包,目前全国范围内的土地由农户承包经营的比例达到94.2%,而集体统一经营的比例较低,平均只有4.3%^①。家庭承包经营权制度已经成为我国适用面最广的、与亿万农民的利益福祉息息相关的土地财产权制度。

家庭承包经营权制度是一项极富中国特色的土地财产权制度。诚如学者所言,农村土地产权制度从来就不是一个纯粹的学术问题,也不单纯是一个经济问题,而是一个复杂的社会问题。^② 中国法上的家庭承包经营权制度,是中国社会经济情况的多种因素影响的结果,极富中国特色。家庭承包经营权制度不仅仅是农民对集体所有的土地的利用制度,同时也是集中反映中国农民与集体和国家之间的关系的法律制度。在家庭承包经营权身上,农民寄托着“耕者有其田”和获得幸福富裕生活的理想,执政者则实施着其治理国家、建设社会的理念和方略。家庭承包经营权制度是现时中国农村社会政治经济体制的结果和体现。在破除城乡二元分割体制、实现城乡一体化发展的背景目标下,理解和研究家庭承包经营

① 李剑阁主编:《中国新农村建设调查》,上海远东出版社2007年版,第25页。

② 赵阳著:《共有与私用——中国农地产权制度的经济学分析》,生活·读书·新知三联书店2007年版,第21页。

权制度,不仅对于完善法律技术和提高土地利用效率具有重要意义,更重要的是,对于构建新形势下的农民与集体和国家的关系、建设新农村和实现城乡和谐发展具有重要意义。

经过三十年的发展,家庭承包经营权制度经由《农村土地承包法》、《物权法》等法律的颁布实施而实现了法律化、物权化,但是,家庭承包经营权制度仍具有诸多缺陷和不完善之处。家庭承包经营权不稳定、家庭承包经营权容易受到侵害甚至剥夺、家庭承包经营权难以自由流转等,都是突出的问题。在各方主体利益博弈和争夺中,土地问题成为农民维权抗争的焦点。^① 学者们有言,土地问题是中国农村的核心问题,在法治社会里,土地问题就是土地权利问题,解决困扰中国“三农”问题的关键在于农民的土地权利问题。^② 研究如何巩固和完善家庭承包经营权制度,消除现有制度构建上的缺陷和矛盾,是保护农民的权益、推进农村经济社会发展的现实需要。

2002年颁布的《农村土地承包法》确立了家庭承包经营权的三十年等法定期限;2007年颁布的《物权法》规定承包期届满后,承包人按照有关规定继续承包;而中共中央于2008年10月作出的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》进一步指出,“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”。农村土地第二轮承包的期限已经过半,如何赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权?承包期满之后怎么办?如何实现土地承包关系的长久不变?等问题,都是现实而紧迫的课题,迫切需要理论工作者和实务工作者提供有说服力的意见和建议。

总之,从家庭承包经营权制度的重要地位和影响,从家庭承包经营权制度存在的缺陷和不足、从保护农民权益和实现家庭承包经营制的长久稳定等方面看,深入研究家庭承包经营权制度具有重要的现实意义和理论意义。

^① 于建嵘:“土地问题已经成为农民维权抗争的焦点——关于当前我国农村社会形势的一项专题调研”,载《调研世界》2005年第3期。

^② 孙宪忠著:《争议与思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社2006年版,第432页。

二、既有的研究综述

农村土地问题始终是学术界关注的热点。经济学、社会学、法学等不同领域的学者,借助各种理论资源和视角,对农村土地集体所有权、农地利用的权利构造、土地承包经营权的性质、效力、权利流转等涉及农村土地的各方面的问题,都进行了持久而深入的研究和探讨。全面概括这些研究的成果是困难的。笔者在这里只就法学学者主要是民法学者围绕家庭承包经营权制度所作研究的情况作一概述,学者们在家庭承包经营权制度问题上的观点和意见将在本书的相关部分进行介绍,这里不作详述。本人以为,民法学者在家庭承包经营权制度上的贡献主要集中在以下方面:

一是将家庭承包经营权纳入到民事权利体系中。这一工作主要完成于《民法通则》制定之前。随着民法作为调整平等主体的财产关系和人身关系的基本法的地位得到承认,学者们认为,民法应该反映和巩固我国经济改革的成果,家庭承包关系也应该纳入民法的调整范围,由此《民法通则》确立了农村承包经营户的法律地位,并将农村土地承包经营权纳入民事权利体系之中。

二是推动家庭承包经营权物权化的完成。早在1988年,王利明、郭明瑞、方流芳所著《民法新论》(下)一书中就提出了土地承包经营权是一种新的物权形式的观点。^①基于债法保护家庭承包经营权的缺陷,民法学者以传统大陆法的物权理论为依据,持续地呼吁对家庭承包经营权实施物权保护。2002年颁布的《农村土地承包法》在很大程度上已经实质上对土地承包经营权采取了物权保护方法,^②但是由于该法并没有明确这种权利的物权属性,在《物权法》制定前后,学者们就将家庭承包经营权定性为用益物权的必要性、合理性和可行性等进行了更深入全面的探讨,最终促成2007年颁布的《物权法》将家庭承包经营权定性为用益物权。

^① 王利明、郭明瑞、方流芳著:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1988年版,第237页。

^② 柳随年:“关于《中华人民共和国农村土地承包法(草案)》的说明”,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期,第353~356页。

三是提供了许多改革和完善家庭承包经营权制度的具体意见和建议。学者们不仅就家庭承包经营权的性质、名称等问题展开了探讨,还就如何改革和完善家庭承包经营权制度提出了诸多的意见和建议。例如,在土地承包经营权的定位上,以梁慧星教授为代表的学者提出应将土地承包经营权改造为农地使用权,由集体土地所有权人按照市场交易的法则将土地发包给承包人;再如杨立新教授等提出用传统大陆法上的永佃权改造土地承包经营权制度,赋予农民更为长久的土地利用权利。在土地承包经营权的期限问题上,一些学者从地权不稳定的实际出发,主张缩短承包期限、允许一定条件下的土地调整,更多的学者则主张延长承包期限,甚至实行永久性承包。在土地承包经营权的内容和流转上,学者们对现有法律限制权利人的处分权提出了批评,主张放开土地承包经营权的流转,允许权利人通过抵押、入股、转让等途径自由处分自己的权利;也有不少学者从保障农民的生存和避免土地集中等现象出发,主张应坚持对土地承包经营权流转的限制。鉴于现行土地征收制度的缺陷,许多学者从完善土地征收的程序和补偿机制、保护土地承包经营权人的利益等角度也提出了诸多建设性意见。

应该承认,民法学者对家庭承包经营权制度的关注和研究是持续的、深入的。伴随党和政府关于农村土地承包的政策和国家相关法律的颁布实施,特别是农村经济社会情况的不断发展,学者们一方面借鉴大陆法系国家或者地区的物权理论和制度,努力对既有的家庭承包经营权制度进行改造;同时,学者们还深入调查,力求在掌握家庭承包实际情况的基础上,有针对性地提出改革和完善家庭承包经营权制度的建议和意见。研究家庭承包经营权制度的较有代表性的著作有王利明教授主编的《中国物权法草案建议稿及说明》(中国法制出版社 2001 年版)、梁慧星教授为主持人的《中国物权法草案建议稿》(社会科学文献出版社 2000 年版)、胡吕银所著《土地承包经营权的物权法分析》(复旦大学出版社 2004 年版)、陈小君等著《农村土地法律制度研究:田野调查解读》(法律出版社 2004 年版)、蒋月等著《农村土地承包法实施研究》(法律出版社 2006 年版)等。