

农村土地家庭承包经营权流转的法律思考

——以家庭承包经营权的功能为视角

孙创前

(湖南唯楚律师事务所,湖南长沙410000)

[摘要] 家庭承包经营权由于在诞生之初承载着社会保障等政治功能,故其流转规则不同于其他农村土地承包经营权,受到严格的限制。在新的历史条件下,城乡二元结构正在逐渐解构,农民主要生活来源并不再依赖于农村土地,故家庭承包经营权所负载的社会保障功能逐渐减弱。为此,在坚持家庭承包经营权期限制度的前提下,应当将家庭承包经营权“纯粹化”为民事权利,不需要再对其流转给予特别限制,以适应农村经济发展之需要。

[关键词] 农村土地家庭承包经营权;权利流转;城乡二元结构;社会保障功能

[中图分类号] D912.3

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-117X(2012)06-0063-04

Legal Thoughts on Circulation of Rural Land Contractual Operation Right of Family ——From Perspective of Family Contracted Functions

SUN Chuangqian

(Hunan Weichu law firm, Changsha Hunan 410011)

Abstract: At its beginning birth family contracts, carries political functions of social security as the transfer rules are subject to strict limits which different from other rural land contracting. Under the new historical conditions, urban-rural dualistic structure is in gradual deconstruction. Farmers are no longer dependent on rural land so that load gradually weakened the social security function of family contract. Subject to the system of family contracted period, families should be contracted “pure” as civil rights and do not need special circulation restrictions in order to meet the needs of rural economic development.

Key words: rural land contractual operation right of family; circulation right; urban-rural dualistic structure; social security function

始于20世纪80年代的农村土地承包经营制度,从根本上保障了广大农民的权利,极大地推进了农村经济的发展。农村土地承包经营权因此被《物权法》明确规定为用益物权。从民法原理层面,用益物权作为财产性民事权利具有可流转的属性,农村土地承包经营权作为用益物权亦不例外。但是,从现实生活层面分析,农村土地承包经营权的流转具有一定的特殊性,由此决定了在操作层面无法照搬用益物权的一般原理进行指导,需要理论上的特别研究。为确保研究结论的针对性,本文将讨论对象限定在农村土地家庭承包经营权方面。

一 农村土地家庭承包经营权的精神实质

权利的流转是由权利的性质决定。讨论农村土地承包经营权的流转问题,首先应当分析其权利性质。应当指出的是,在现行的法律体系下,农村土地承包经营权实际上是两种具有较大差异的承包经营权的合称:一是农村土地家庭承包经营权(以下简称家庭承包经营权),即集体经济组织的成员以农户的名义,通过与集体经济组织签订承包经营合同所取得的承包经营权;二是对于不宜采取家庭承包方式的“四荒”土地,以招标、拍卖、公开协商等方式取得

收稿日期:2012-09-02

作者简介:孙创前(1971-),男,湖南长沙人,湖南唯楚律师事务所律师,主要从事民商法研究。

的土地承包经营权(以下简称“四荒”土地承包经营权)。这两种承包经营权虽然都同为“农村土地”承包经营权,但从法理上分析却具有很大区别:“四荒”土地承包经营权是一种纯粹的民事权利,而家庭承包经营权在其诞生之初,是一种带有“政治”(行政)属性的特殊性民事权利。具体言之,家庭承包经营权的特殊性表现在如下几个方面:

第一,家庭承包经营权的原始取得具有法定性。家庭承包经营权的原始取得虽然是家庭(农户)与集体经济组织通过签订合同的方式取得,但是这种承包合同并不是一般的民事合同,而是带有较强的“行政”色彩。根据相关法律、政策的规定,家庭承包经营合同的签订、主体双方以及合同的基本内容均由法律直接规定,双方基本上没有自由协商的余地。无论是从理论上解释还是从实践层面看,双方当事人均没有不签订承包经营合同的自由。换一种角度观察,家庭承包经营合同的形式当事人虽然为农户和集体经济组织,但从实质上分析,实际上存在第三方当事人即国家。也就是说,家庭承包经营合同可以解读为农户和集体经济组织分别与国家签订的两份合同。因为家庭承包经营权承载了国家、集体和农户(个人)的利益。正因为如此,国家的农村土地管理政策极为严格,集体土地处分权受到严格限制。^[1]

第二,家庭承包经营权的功能具有特殊性。始于20世纪80年代的家庭承包经营权是我国实行家庭联产承包责任制的产物,是农户作为集体经济组织的一份子对集体土地享有所有权而所应当获得的一项财产。在当时的经济条件下,集体经济组织成员即农户只有享有家庭承包经营权,其生活来源才有保障。因此,家庭承包经营权被赋予了社会保障功能。正是因为家庭承包经营权所承载的社会保障功能,所以,人口是家庭承包经营权配置的重要原则,人口不同的家庭所承包的土地不同。

第三,家庭承包经营权不是权利人的责任财产。家庭承包经营权对于权利人来说,虽然名为一种权利,但如前所述,作为集体经济组织的成员,并没有不签订家庭承包经营合同的自由,所以家庭承包经营权实际上带有义务性质。因此,与一般的民事权利不同,家庭承包经营权并不是权利人的责任财产。也就是说,作为农户(家庭)的债权人来说,不能以家庭承包经营权作为债务人的责任财产来偿还自己的债权。

二 农村土地家庭承包经营权流转的基本规则

家庭承包经营权的流转,是指家庭承包经营权人即承包人将承包经营权的全部或者部分权能转移给他人的民事行为。家庭承包经营权的流转与家庭承包经营权的原始取得不同,家庭承包经营权的流转是一种纯粹的民事行为。根据《农村土地承包法》的有关规定,家庭承包经营权的流转应当遵循如下原则:

1. 平等协商、自愿、有偿原则。承包方作为承包经营权人有权依照法律的规定,自主决定以何种方式将土地承包经营权转移于他人,其他人不得强迫干涉、阻碍承包方进行土地承包经营权的流转。

2. 流转期限受限原则。家庭承包经营权的流转以原承包经营权为基础,因此,家庭承包经营权的流转期限不得超过原承包经营合同约定的剩余期限,即承包经营权流转合同约定的期限必须在原承包经营权合同的期限范围内。

3. 确保农业用途原则。家庭承包经营的土地为农用地,必须用于农业,因此,家庭承包经营权流转后,未经依法批准,不得改变承包地的用途。

4. 优先原则。承包方欲对家庭承包经营权进行转让、转包、互换、出租时,同等条件下,作为与原承包经营权人属于同一集体经济组织成员享有优先权。

5. 农业经营能力原则。作为家庭承包经营权的受让方转包的承包方、交换方或者承租方须有农业经营能力。^[2]

根据《农村土地承包法》的有关规定,家庭承包经营权的流转形式主要有:转让、转包、出租、互换、继承、赠与、入股等。

1. 家庭承包经营权转让是指家庭承包经营权人即转让方(原承包方)在承包经营期限内,将家庭承包经营权有偿转移给受让方(新承包方)的行为。家庭承包经营权的转让可以区分为全部转让和部分转让两种形式。家庭承包经营权全部转让的,即转让方将其所享有的家庭承包经营权全部转移于受让方;家庭承包经营权部分转让的,即转让方将其所享有的家庭承包经营权部分转移于受让方。无论是全部转让还是部分转让,均导致转让方与发包方在转让范围内的承包经营合同终止。根据《农村土地承包法》的规定,家庭承包经营权的转让,必

须经得发包人的同意,且受让方应是具有农业生产能力的农户。此外,家庭承包经营权的转让还应当保护属于同一集体经济组织的成员的优先权。

2. 家庭承包经营权转包是指在保持原家庭承包经营合同不变的条件下,家庭承包经营权人将所其承包的土地转包给其他农户从事农业生产经营的行为。转包与转让不同,转让的结果是原承包经营权人退出了原承包经营合同,而转包并不导致原承包合同关系的变化,即原“承包方与发包方的承包关系不变”(《农村土地承包法》第39条)。转包的期限不得超过原承包期的剩余年限,一般较短,最长也不得超过20年。

3. 家庭承包经营权出租,是指在承包期内,经发包人同意,在不改变土地的农业用途的前提下,家庭承包经营权人将土地承包经营权依法租赁给他人的行为。家庭承包经营权的出租,与家庭承包经营权的转包类似,承租人通过合同所取得的是债权性质地租赁权,原承包方与发包方的承包关系不变。租赁的期限不得超过原承包期的剩余年限,最长不得超过20年。

4. 家庭承包经营权互换是指在存在两个发包方为同一集体经济组织的家庭承包经营权的前提下,家庭承包经营权人之间依法互相调换土地承包经营权的行为。家庭承包经营权的互换类似于民法中的所有权的互易,一方丧失原承包土地的家庭承包经营权而同时取得另一方承包土地的家庭承包经营权。

5. 家庭承包经营权继承是指在家庭承包经营权有效存在的前提下,当承包方最后一个家庭成员死亡时,该家庭成员的继承人有权依法继承家庭承包经营权的行为。家庭承包经营权的赠与是指家庭承包经营权人无偿地将承包经营权转让他人的行为。

6. 家庭承包经营权入股是指家庭承包经营权人(入股者)将土地承包经营权作价入股,并按照该股份获取一定的收益的行为。家庭承包经营权的入股,限于农户以农业生产为目的通过合作生产的方式入股。

三 农村土地家庭承包经营权流转面临的困境

土地是农业生产最为基本的生产资料,作为农村土地利用制度的核心——家庭承包经营权制度

对于农村经济的发展起了极大的促进作用。几十年农村土地承包经营制度的实践使人们认识到,农村经济的进一步发展,迫切需要家庭承包经营权制度的进一步完善。近年来,随着社会经济的发展,家庭承包经营权流转实践虽然蓬勃发展,但在操作层面亦面临一些现实困境,需要理论界做出回应。

第一,是否坚持对家庭承包经营权流转进行限制的问题。家庭承包经营权诞生之初,城乡二元结构分明,农民除了在农村务农就业之外,几乎没有其他谋生手段,因此,法律对于其流转给予严格限制。但是,现在的情况发生了很大的变化,农村特别是欠发达地区的农业劳动力主体几乎全部是老人,青壮年劳动力几乎全部进城就业谋生了,家庭承包经营权的社会保障功能已极大减弱。在此种情形下,在对家庭承包经营权流转制度进行设计时是否还要考虑社会保障功能即还需要对家庭承包经营权的流转进行严格限制呢?显然,如果不考虑家庭承包经营权所承载的社会保障功能,则其与“四荒”土地承包经营权一样,成为一种纯粹的民事权利,完全可以按照市场经济财产权利流转的一般规则进行,不需要予以特别限制。反之,如果要维持家庭承包经营权的社会保障功能,则家庭承包经营权流转规则具有特殊性,不能照搬一般财产权利的流转规则,需要对家庭承包经营权进行严格限制。

第二,如何解决家庭承包经营合同发包方主体的“虚位”问题?根据现行法律规定,家庭承包经营合同的双方当事人为集体经济组织和农户。应当承认,在上个世纪80年代即家庭承包经营权诞生之初,集体经济组织作为主体还是比较“实”的,即为生产大队或者生产小组。换言之,作为家庭承包经营合同的发包方,集体经济组织能够发挥其应当发挥的作用。但是,农村社会经过几十年的发展变革,由于农民不再主要依赖于土地生活即家庭承包经营权的社会保障功能已经弱化,故对集体土地问题不再热心,使得集体经济组织这一“实体”现在几乎完全“虚化”。按照现行法律规定,家庭承包经营权的流转必须经过集体经济组织同意。所谓同意,从理论上来说,这就要求召开集团经济组织成员大会,由集体经济组织成员表决同意。但是从操作层面来说,召开这样的集体会议已经很不现实,因为大家不再热心关注此事了。申言之,现实生活中,集体经济组织作为发包方,对于家庭承包经营权的

流转完全是一种放任自流的态度。

第三,家庭承包经营权的公示问题。从理论上分析,家庭承包经营权作为用益物权流转,必须遵循公示原则。显然家庭承包经营权流转公示以家庭承包经营权的公示为前提。对于家庭承包经营权的公示问题,理论上有两种不同的观点。一种观点认为,由于我国农村仍然属于熟人社会,因此在承包经营合同签订之后,即使没有公示,合同当事人以外的第三人也知道该土地承包经营权并非自己所享有,从而不会对其侵害。如公示的权利保护功能无从发挥。^[3]另一种观点则认为,由于土地承包经营成立事关农户的重大利益,尤其关系到农民的生存问题,为确保其利益不受侵害,为了善意第三人免受不测侵害,对于承包经营权的成立应采登记要件主义。^[4]笔者认为,这两种观点从不同的视角认识家庭承包经营权,均有道理。采用第一种观点,实际上就要对家庭承包经营权的流转进行限制,即限制在熟人之间流转,而第二种观点则以不对家庭承包经营权流转进行限制为前提,即家庭承包经营权可以在陌生人之间进行流转。如果采取第二种观点,则有一个登记的主管机关的选择问题。而登记主管机关的选择问题实际上就是一个效益成本问题。

四 走出农村土地家庭承包经营权流转困境的法理思考

家庭承包经营权是在特定历史条件下诞生的制度,其诞生之初由于适应了当时农业生产力的发展要求,因而极大地促进了农村经济的发展。但是,历史发展的趋势是消灭城乡二元结构,实现城乡一体化治理。以这种历史发展趋势的视角来考察家庭承包经营权流转制度,笔者认为,家庭承包经营权流转制度设计的前提问题为如何认识家庭承包经营权的社会保障功能。正如有学者在谈到农用土地物权立法问题时所言:综而言之,中国的农村土地被赋予了太多的责任和负担。现行农地制度的很多问题并非由其本身造成,单纯的物权立法并不能从根本上解决这些问题,如提供生存保障、减轻就业压力、保障粮食供应、提供工业资本等,这使得任何一种农地制度的安排都很难表现出

很好的制度效应。因此,改造农村土地物权立法社会环境,是搞好农村土地物权立法的关键问题,舍此别无他途。^[5]笔者认为,家庭承包经营权流转制度的设计亦然,关键在于确保家庭承包经营权的管理机关尤其是基层政府不越位。^[6]

应当承认,囿于经济发展水平,目前,家庭承包经营权还承载着一定的社会保障功能。但是,家庭承包经营权所承载的这种保障功能,已经具有预期性质。所谓预期性质,是指现在很多在城里打工的农民工之所以不愿意放弃自己所享有的家庭承包经营权,是因为担心自己将来在城里打不了工,会回农村养老,依赖于土地。在此种情形下,我们认为,应当弱化家庭承包经营权的社会保障功能,在一定时期内即法律规定的30年的期限内,可以完全将家庭承包经营权“纯粹化”为民事权利。虽然从社会发展趋势来说,城乡的社会发展应当一体化,家庭承包经营权社会保障功能应当弱化以致于消亡。但是,社会发展具有许多不确定性因素,所以应当坚持家庭承包经营权的期限制度。

总之,在坚持家庭承包经营权期限制度的前提下,可以弱化甚至忽视家庭承包经营权所承载的社会保障功能,家庭承包经营权完全可以按照一般的民事权利流转规则进行流转,不需要法律给予特别的限制。

参考文献:

- [1] 唐淑云. 新农村建设中的农民、农村、土地问题探析[J]. 湖南工业大学学报:社会科学版,2008(2).
- [2] 龙翼飞,赵岚音. 农村土地承包经营权流转法律问题新探[J]. 法学杂志,2012(5).
- [3] 王利明,尹飞,程啸. 中国物权法教材[M]. 北京:人民法院出版社,2007:303-304.
- [4] 崔建远. 物权:规范与学说[M]. 北京:清华大学出版社,2011:516.
- [5] 石纪虎. 论农村土地物权立法的社会环境[J]. 求索,2003(4).
- [6] 刘红沙. 论农村土地流转中政府职能的优化[J]. 湖南工业大学学报:社会科学版,2010(4).

责任编辑:黄声波