



论土地承包经营权的继承

——基于李维祥诉李格梅继承权纠纷案的分析

陈会广^{1,2}, 陈真²

(1. 南京大学 法学院, 江苏 南京 210093; 2. 南京农业大学 公共管理学院, 江苏 南京 210095)

摘要:土地承包经营权法制化、物权化过程中,它的继承问题引起了广泛讨论。“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”作为解构该问题的典型案例,与同类案例的判决结果均表明,法官裁定土地承包经营权不能继承,并且法官见解在全国趋于统一。虽然这样最大的好处是,为类似的土地承包经营权纠纷的处理提供一个稳定的标准。但是,在农民长久不变的预期里,承包地的继承与其他不动产继承的差异性越来越小,而且他们无论在事实上还是在心理上均不具备区分这种差异性的知识能力。因此,在一个赋予农民更多财产权利的社会环境中裁判理由的正当充分与被广泛认可程度均会受到影响,并最终影响该案例的指导性与约束力。仅有承包收益的继承权,不足以稳定土地承包关系。土地承包经营权的灭失也不应过于简单化为家庭户的灭失,应该兼顾习惯法对司法判决的潜在影响,适时修改现行法律,调整制定法在继承利益上的适用,拓展土地承包经营权能范围,衡平司法判决的应然与权能变迁的实然之间的矛盾。

关键词:土地承包经营权;继承;指导案例;司法实务

中图分类号:F912.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2015)01-0068-07

土地承包经营权,是我国农村改革以及土地制度变迁的产物。重要的是,它提高了农民生产积极性,已有研究指出该项制度变革对农业产出增长的贡献率为46.89%^[1-2];与此同时,也演变成为农民最重要的财产权利之一,纳入《民法通则》财产权保护范畴,以及《物权法》用益物权保护范畴。但是,土地承包经营权本身及衍生的问题并没有因此划上句点。自1978年以来三十多年间,农户作为土地承包主体,其家庭内部成员因生命周期的影响不可避免地涉及继承问题,承包地或土地承包经营权能否继承成为一个在实践、法理、立法与司法中非常有争议的话题。在实践中,有的地方按照“生不增死不减”在事实上允许继承,由其继承人继续承包;有的地方则由集体经济组织收回承包地。^①在法理上,土地承包经营权是否可以作为遗产被继承,学术界分为两派意见:以刘春茂^[3],徐志珍、张立^[4]等人持不能继承观点;程宗璋^[5]、韩志才^[6]等人则认为可以继承。在立法中,现行法律虽对这些问题有规定,但也有模糊和不确定的空间。在司法实务中,一边倒地裁定不可以继承,尚没有发现支持继承的判例。

近年来,随着我国农村土地改革的不断深入,农民的负担减轻,土地的财产性价值增强,农村土地

收稿日期:2014-06-19

基金项目:中国博士后科学基金项目“司法判例对中国农村土地制度渐进演变的影响研究”(2011M501198);国家自然科学基金项目“基于权益保护的农村退出机制设计与农民工城乡迁移研究”(71173113);教育部新世纪优秀人才支持计划“土地权益及劳动权益保障对农村劳动力转移的影响研究”(NCET-12-0893)

作者简介:陈会广,男,南京农业大学公共管理学院教授,博士生导师,南京大学法学院博士后,研究方向为土地制度与法学,E-mail:chenhuiguang@njau.edu.cn。

① 山东莒南一带俗称“掐地”,有承包地份额的家庭成员一旦去世,该成员的份额在下一年度(或耕作季)就会被村委会收回重新发包给没有分地的新增户籍人口。考取大学迁移户口的,也是如此。

征收征用补偿数额的逐渐增多,全国各地由土地承包经营权继承问题引起的纠纷不断涌现。从中也反映出土地承包经营权继承问题在实践、法理、立法与司法中的见解歧异,亟需凝聚共识。“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”^①于2009年由南京市江宁区人民法院审理,并刊载于当年的《最高人民法院公报》,结合案例对继承问题进行分析可以呈现实践、法理、立法与司法的歧异所在,为寻求共识提供基础。而且,土地承包经营权继承问题集理论性与实践性于一身,从事该问题的研究不仅事关被继承人的切身利益,对完善土地承包经营权制度以及维护农村社会稳定也具有重要的指导意义。

一、案情简介与问题提出

1. 案情简介

被告李格梅与原告李维祥系姐弟关系,并与其父李圣云、母周桂香共同生活。当时,李圣云家庭取得6.68亩土地的承包经营权。此后,李格梅、李维祥相继结婚并各自组建家庭。至1995年农村土地实行第二轮家庭承包经营时,当地农村集体经济组织对李圣云家庭原有6.68亩土地的承包经营权进行了重新划分,李圣云、李格梅、李维祥三个家庭均取得了相应的承包经营权证书。1998年2月,李圣云将其承包的1.54亩土地流转给本村村民芮国宁经营,流转协议由李格梅代签。2004、2005年李圣云、周桂香夫妇相继去世。此后,李圣云家庭原承包的1.54亩土地的流转收益由李格梅占有。遂,原告就该部分土地的承包经营权要求与被告继承分割,向南京市江宁区人民法院提起诉讼。2009年,法院经审理认为本案中的土地承包经营权只能属于农户家庭,不属于某个家庭成员,因此不是《继承法》中所规定的财产,不能继承;并且认为当家庭成员全部死亡时,该家庭所有的土地承包经营权归于消灭,故不发生继承。因此,法院最终驳回了原告的诉讼请求^[7]。

2. 本文研究问题的提出

本案案由是继承权纠纷,其实是由土地承包经营权的继承而引发的纠纷。从判决文书上可以看出,法官在裁判案件时所依据的是《继承法》及与土地承包经营权有关的法律。法官从土地承包经营权的主体角度出发认为本案中的土地承包经营权属于农户家庭,不是《继承法》中所规定的“个人”合法财产,因此不能继承。但是法官裁定将土地承包经营权的主体限定在农户家庭上的法理基础,与农民的成员权逻辑有无冲突,等等,都是值得研究的问题。同时本案作为典型案例,这样的裁判结果与理论界目前普遍主张的土地承包经营权“物权性”明显不吻合。况且,土地承包关系长久不变,在农民心里形成稳定的财产预期,承包地的继承问题在农民眼里与其他不动产继承的差异性越来越小。以判例评价审判机关对土地承包经营权继承问题的法律见解时,必须评估农民这种心理预期稳定化的要求。若上述案例及同类案例没有走上司法解决途径,“民不告官不究”,属于村民自治范畴。无论是允许继承还是收回,多有乡规民约调解;而乡规民约兼具国家法(或制定法)与民间法(或习惯法)^②的功能,因此调解参照政策文件或习俗惯例的成分居多,调解结果多是默认继承^③。因此,有必要评估和讨论习俗惯例对司法判决的潜在影响。

因此,本文的研究问题就是,审判机关对李维祥诉李格梅继承权纠纷案中涉及土地承包经营权继承问题的法律见解是如何作出的,以及为何这样作出;最高人民法院选择李维祥诉李格梅继承权纠纷案作为指导性案例,是否能平息争议,统一法律见解,最高人民法院指导性案例有没有约束力问题^[8]。最后关注的焦点是,司法见解与实践、法理的歧异如何化解,应该采取哪些相应的立法行动化异求同。

① 详见《最高人民法院公报》2009年第12期第37-39页,下文在案例描述中还要介绍。

② 本文对国家法与制定法、民间法与习惯法的内涵及外延不作区分。

③ 笔者在2014年江苏省百村土地政策调研时,就此案例请教过部分村干部,他们大多倾向支持继承,但不支持非农业户口的人继承。

二、本案对土地承包关系可能产生的影响

1. 在用益物权基础上建立的财产认知与行为能力的均衡被打破

作为农村改革与制度变迁的成果,1986年首次以法律形式确认——《土地管理法》第12条第3款规定,“土地的承包经营权受法律保护。”土地承包关系的调整由此纳入了法制化的轨道。《民法通则》第80条规定:“公民、集体依法对集体所有的或国家所有的集体使用的土地承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。”尤其是后者将其纳入该法第五章民事权利,第一节财产所有权和与财产所有权有关的财产权中,赋予财产权的法律意义^[9]。2002年,《农村土地承包法》进一步从法律制度层面稳定和规范农村土地承包关系。2007年,《物权法》将土地承包经营权界定为用益物权并加以法律保护。经过三十多年的农村改革,土地承包经营制度取得了法制化、物权化的成果,解决了与此相关的一些法律问题。农民在用益物权基础上建立了自己的财产认知与实施能力。本案发生在《物权法》颁布实施之后,可以实实在在地检验农民的财产认知与行为能力。

毫无疑问,土地承包经营权作为一种用益物权,其取得、变更与灭失都将经历一系列法律过程。但是,土地承包经营权不仅是一种法律权利,也是一种经济权利^①。经济权利的关键在于主体的权利认知与实施能力。实施能力,在经济学理论中对应森的可行能力的概念^[10-11],承包户的实施能力体现在它可以决定谁利用、以何方式,并给谁利用最有效、什么方式最有效的市场变化能作出反应。这种实施能力在法律上就是行为能力或权利能力。如果土地流转给别人利用最有效,农户就会对此作出理性反应。本案的缘起有一个容易被忽视的事实,即与土地流转有关。土地流转产生的收益(租金)是原告与被告诉争的经济动因。原家庭成员对承包地有了财产认知,围绕着财产性收入的攫取而产生的纠纷、争讼也是理性反应。更关键的是,土地流转扩展了土地承包经营权的权能结构,农户处置其承包地的能力增强。这个变化符合巴泽尔对经济权利的定义^[12]。在本案中,本案的司法判决关注了作为一种法律权利的土地承包经营权,但是忽视了作为一种经济权利的土地承包经营权变迁,与农民对土地承包经营权的能力与认知有现实偏差。司法判决基于农户家庭承包经营的法律规定,这是一种应然解释,与权能变迁的实然之间存在矛盾。农民的财产认知和行为能力(或权利能力)与判决结果之间的潜在冲突,并不会因该判决而自动消除。他们对一般财产形成的经验认识显然被打断了,而且,无论在事实上还是在心理上,他们均不具备区分承包地与其它同为用益物权的不动产在继承上的差异的知识能力^②。他们所建立的财产认知大多指向这些不动资产均能继承。

2. 土地承包关系长久不变的预期被打破

根据《农村土地承包法》的规定,家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户,各户承包地的数额由家庭成员人数决定,承包期内实行“增人不增地,减人不减地”的政策。中共十七届三中全会在《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中指出,“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。”法律与政策关于稳定与长久不变的宣示进一步强化了农民的财产认知。在农民长久不变的预期里,承包地的继承与其他不动产继承的差异性越来越小。但是,现行法律对此规定过于复杂:《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。”《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。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:“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。”耕地的承包收益可以继承,但不同承包方式继承有差异。不同用途的农地在继承问题上也有差

① 巴泽尔(2006)将经济权利定义为反映个体的消费或交换某一资产服务的能力;法律权利是资产的索取权,它是国家以特定个体或机构的财产来进行界定的。

② 此时,农民选择习俗惯例处理继承问题,也是应对这种脱离农民知识能力的法律的理性选择。

异,如林地可以继承。权能在不同取得方式、不同用途的差异性等这种复杂的法律关系已超出农民的经验知识,超出农民的财产认知与行为能力。本案的司法判决实质上强制调整农民的财产认知,让农民认识到承包地财产的特殊性,与其它可以继承的不动产不同。这种强制性调整还会打断农民对土地承包关系长久不变的预期。而且,不同取得方式、不同用途的承包权继承差异性会使农民陷入混乱之中,使其难以驾驭复杂的财产法律关系,进而影响到农民的财产实施能力。

三、本案对司法实务可能产生的影响

本案的继承纠纷是因土地流转收益分配引起的。这与当前时代大背景基本一致:伴随着农村人口流动和劳动力转移的加快,农村土地承包经营纠纷数量也不断增多。据农业部统计,从 2004 年到 2008 年,仅 224 个农村土地承包经营纠纷仲裁试点县(区、市)受理仲裁的纠纷就达 5 万余件^[13]。在承包地继承纠纷的案件不断涌现的背景下,尤其是 2007 年《物权法》颁布并实施之后,土地承包经营权的物权性得到立法确认,对于它可以继承的呼声也越来越高。最高人民法院选择将 2009 年审结的“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”收入公报,最高人民法院的努力也是试图对该类问题做出回应,为相关案件的处理提供指导和示范。当然,“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”作为刊载于《最高人民法院公报》的典型案列,是否会对以后的司法实务产生影响,它对类似案例的指导性价值在本文的研究中需要进一步评估与讨论。表 1 是搜集、整理的涉及土地承包经营权继承纠纷的部分案件。

表 1 “李维祥诉李格梅继承权纠纷案”发生前、后的类似案例

	裁判文书案号	纠纷原因	是否可继承	判决理由
发生之前的类似案例	河北省辛集市人民法院(2003)辛民一初字第 7-060 号	家庭成员均死亡,某个家庭成员的继承人要求继承该户土地承包经营权。	不可继承	家庭承包形式的土地承包经营权自全家人死亡后自然消失,土地承包法律关系已终止。
	辽宁省沈阳市中级人民法院(2005)沈中民(3)合终字第 897 号	家庭某一成员死亡,该农户内部或不在该农户的继承人要求继承其土地承包经营权份额,其他家庭成员不同意。	不可继承	农村土地承包经营权不属于个人财产,故不发生继承问题。当承包地的农户家庭中一人或多人死亡,承包经营仍然是以户为单位,承包地仍由其他家庭成员继续承包经营,亦不发生继承的问题。
	海南省海南中级人民法院(2007)海南民三终字第 240 号	家庭成员均死亡,承包地由集体经济组织收回,继承人为非本集体经济组织成员,要求继承土地承包经营权。	不可继承	继承人具备作为家庭承包方应有的本集体经济组织成员。
	北京市昌平区人民法院(2008)昌民初字第 01673 号	家庭成员均死亡,承包地由集体经济组织收回,非法定继承人(亲戚、侄子)要求继承土地承包经营权。	不可继承	并非原承包人的法定继承人,原承包人生前的承包经营权依法并不应当由其所继承。
发生之后的类似案例	河南省鲁山县人民法院(2010)鲁民初字第 427 号	家庭某一成员死亡,该农户内部或不在该农户的继承人要求继承其土地承包经营权份额,其他家庭成员不同意。	不可继承	遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,农村土地承包经营权不属于个人财产,故不发生继承问题。当承包地的农户家庭中一人或多人死亡,承包经营仍然是以户为单位,承包地仍由其他家庭成员继续承包经营,亦不发生继承的问题。
	河南省睢县人民法院(2010)睢民初字第 492 号	家庭成员均死亡,某个家庭成员的继承人要求继承该户土地承包经营权。	不可继承	家庭承包户消亡,其承包经营权自然消失,不能继承。
	河南省新乡市中级人民法院(2011)新中民四终字第 159 号	家庭成员均死亡,承包地由集体经济组织收回,继承人为非本集体经济组织成员,要求继承土地承包经营权。	不可继承	家庭承包是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位,家庭成员全部死亡时,该户不复存在,不发生继承。

根据“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”发生之前的相似案例的整理总结可知,不管承包经营权继

承纠纷产生的原因如何,各地法官均认为土地承包经营权不可继承。但是,法院对于不同原因引起的土地承包经营权继承纠纷的裁判理由不同,如海南省海南中级人民法院(2007)海南民三终字第240号案和北京市昌平区人民法院(2008)昌民初字第01673号案,当要求继承土地承包经营权的人为非本集体经济组织成员或非法定继承人时,法院裁判其不能继承土地承包经营权的理由是:不具备家庭承包的主体资格或不是适格的继承人。但是这个裁判理由隐含了“若主体适格,土地承包经营权可以继承”的意义。根据“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”发生之后的相似案例的处理情况,可知各地法官认为土地承包经营权不可以继承的观点没有改变,但是判决采用的是与“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”类似的理由,更加具体、充分。

我国虽然不是判例法国家,但是《最高人民法院公报》的案例在一定程度上也能够起到判例的作用。这些案例都是典型案例的代表,它们的裁判能够为类似案件的处理做出示范和指导。这种示范和指导作用,不仅表现在判决结果上,而且表现在裁判理由上。“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”作为《最高人民法院公报》的典型案例,以判决的方式确定土地承包经营权不可以继承,同时也明确了三个方面的问题,即农村土地承包经营权不属于公民个人私有财产,不产生继承;除林地外的家庭承包经营权应以户为单位判断其是否消灭;其他方式承包及林地的家庭承包在承包期内可以继续承包^[14]。法官裁定土地承包经营权不能继承,并且法官见解在全国趋于统一。但是,司法见解的统一并不意味着已取得社会共识。目前,我们处于一个赋予农民更多财产权利的社会环境中。裁判理由的正当充分与被广泛认可程度不能不会受此影响。况且,现行法制存在模糊、不确定性的空间,法学界对土地承包经营权的继承问题尚无定论,而农民在现行法制等正式制度安排下对土地承包经营权的心理预期稳定化。此时,司法见解趋向统一的意义比该案的指导意义大。这样最大的好处是,为类似的土地承包经营权纠纷的处理提供了一个稳定的预期。除非立法规定将继承作为土地承包经营权的流转方式之一,或《继承法》中规定土地承包经营权可以继承,否则类似纠纷都将会是这样可预见的判决结果。

四、习俗惯例在继承利益上的调整与适用

自1978年以来,土地承包经营权经由家庭联产承包责任制到土地承包经营制度的一系列变迁过程中确立了其相应的结构^[15],即制度框架。这个制度框架是由制定法等正式制度与习俗惯例等非正式制度构成的。上文主要讨论了作为正式制度安排的制定法在继承利益上的调整与适用,本节将讨论习俗惯例如何继承利益上的调整与适用。

在制度的社会理论层面上,习惯、传统、信仰等构成约束的自发演化频次周期是100~1000年^[16]。在这个意义上,习惯法对人们行为的调整与影响不是短时间内可以消除的。制定法也脱离不了包括风俗、习惯、传统、信仰等在内的整个社会环境。《宪法》第4条第4款规定:“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”《继承法》第35条允许“自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则,结合当地民族财产继承的具体情况,制定变通的或者补充的规定”。现行法律给习惯法留了一定空间,主要是专门适用自治地方的。但是,中国历来有息讼文化传统,尤其在传统农村地区息讼文化更为浓厚,习惯法此时发挥调整作用的空间较大。2009年江苏省高级人民法院出台的《关于在审判工作中运用善良民俗习惯有效化解社会矛盾纠纷的指导意见》,在某种程度上顺应了这个背景要求。尽管发生在此时的李维祥诉李格梅继承权纠纷案,从披露的信息看还不能为观察审判机关在制定法与习惯法之间关系如何平衡提供有效样本,但是,在继承纠纷等问题上习惯法的调整作用不容忽视。

家庭承包方式本身不是一个市场化的资源配置,要综合考虑成员权配置规则、男女平等等非市场因素。《农村土地承包法》加入男女平等、保护出嫁女的土地承包经营权等现代元素,而这些现代元素并非市场配置。例如,本案被告李格梅与原告李维祥系姐弟关系,在二轮承包调整时按照此原则分割了原家庭的承包地。更重要的是,家庭承包方式的非市场化决定了纠纷化解途径的多元化。在习

惯法与司法、非正式规则与正式规则之间还有调解、仲裁的方式,并非只有诉讼。显然,调解、仲裁适用习俗惯例要比诉讼多些。其实,纠纷化解也是一种资源配置过程。科斯为此提供了产权交易的市场解决思路^[17-18];在非市场的解决思路,习俗与惯例是影响资源配置的非价格因素^[19-20]。中国传统文化演化还形成了诸子继承、长子继承或单嗣继承等习惯法传统,按照习俗惯例行事可以节约交易费用。

本案中发包人没有参加诉讼隐含着丰富的信息。本案判决书载明,“讼争土地的承包经营权属于李圣云家庭,系家庭承包方式的承包,且讼争土地并非林地,因此,李圣云夫妇死亡后,讼争土地应收归当地农村集体经济组织另行分配。”“李圣云夫妇去世后遗留的1.54亩土地的承包经营权应由该土地的发包人予以收回。”“在本案的审理过程中,法院通知发包方参加诉讼,并向发包方释明相关的权利义务,但发包方明确表示不参加诉讼。”这些信息表明,农村集体经济组织明确不以利益相关的第三人参加诉讼,其实并非怠于收回承包地,而是默认习惯传统,发包方不想打破习俗和惯例所形成的均衡秩序和稳定预期。并且该承包期限也未到期,既不收回承包地也不参加诉讼而由继承人继续承包。最后,判决书也不得不回到现实:因收回土地属于发包方自治权利,故“根据不告不理的原则,在本案中,法院对于讼争土地的承包经营权的权属问题不做处理”,结果,一方面作出倾向土地承包经营权不可继承的统一见解;另一方面“对李维祥要求李格梅返还讼争土地的诉讼请求予以驳回”,承包地还在被告手里,裁判落地在事实上又会造成默认被告继承权的悖论,与司法判决初衷,即“不能由李圣云夫妇的继承人继续承包,更不能将讼争农地的承包权作为李圣云夫妇的遗产处理”相矛盾。这个悖论不仅是法官始料未及的,而且还可能会使这个指导性案例的约束力^①大打折扣。但是悖论也告诉我们,在现行法律体系未能有效重建农民财产认知与实施能力情况下,农民会理性选择他们所熟悉的习俗惯例处理继承问题。因此,应该重视习俗惯例在继承利益上的调整与适用。否则,司法见解与社会现实脱节,裁判理由在法理上正当充分,但不被习俗惯例广泛认可,最终司法判决落不了地的现象仍然会发生或继续存在。

五、总结性评论

土地承包经营权的继承问题是土地承包经营权制度的重要内容,曾引起学界的广泛讨论。本文在初步刻画土地承包经营权继承中的矛盾冲突基础上,利用载于《最高人民法院公报》的“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”来剖析土地承包经营权的继承问题^②,分析中发现:土地承包经营权的继承问题争议,从法理、立法、司法到实践不统一。从本案及类似案例看,审判机关均作出了土地承包经营权不属于个人财产、林地之外承包地不可继承、并随承包户的消亡而自然消失的法律见解。虽然这样最大的好处似乎是为类似的土地承包经营权纠纷的处理提供一个标准,但争议也没有随着《最高人民法院公报》对案例的登载而消弭,稳定农民财产预期的努力并没有成功。从根本上说,对于“个人合法财产”的理解上的侧重点不同,使得法学理论和司法实务对于土地承包经营权是否可以继承产生了完全不同的观点,问题的关键是如何缩小统一的法律见解与农民普遍认知以及社会共识之间距离。

土地承包经营权作为一种用益物权,其取得、变更到灭失都将经历一系列法律过程。司法判决基于农户家庭承包经营的法律规定,以户的消亡与户的财产之间因果关系解释继承权问题,在法理上正确。判决结果对土地承包关系将产生不良影响:它会打破农民对土地承包关系长久不变的预期,也会打破农民的财产认知与行为能力的均衡。仅有承包收益的继承权,不足以稳定土地承包关系。因为在农民长久不变的预期里,承包地的继承与其他不动产继承的差异性越来越小,而且他们无论在事实上还是在心理上均不具备区分这种差异性的知识能力。农民会因有些土地财产能继承而另些土地财产不能继承这种复杂的财产法律关系而陷于混乱之中。

本案判决结果的悖论也应为人们重视。发包方受制于习俗与惯例而拒绝作为第三人参加诉讼,

① 指导性案例的约束力应来源于该案例的内在指导力,即裁判理由的正当充分与被广泛认可。这就需要将案例的选择建立在案例市场和法学理论的充分竞争基础上,而这正是中国案例指导制度建设中最为重要的内容(李友根,2010)。

② 仅是基于文书的研读,没有实地调查诉讼当事人以及审判机关。

最后的结果是既对讼争土地的承包经营权的权属问题不做处理也没有收回承包地,隐含地承认被告的继承权。这个结果不仅会使指导性案例的约束力大打折扣^①,也会使法律与事实相背离。一般而言,当承包经营的农户家庭成员全部死亡,该土地承包经营权归于消灭。但是,法律上作为承包经营的家庭户,与传统概念中家庭户不完全相同。家庭关系是受习俗惯例调整较多的领域。从原家庭分户析产的成员,在传统上仍是原家庭的一部分,习惯惯例上享有继承权,并能得到村干部的支持。因此,土地承包经营权的灭失也不应过于简单化为家庭户的灭失。制定法在继承利益上的调整与适用,应该兼顾习俗惯例对司法判决的潜在影响。裁判理由若不因应情势变更和社会环境变迁,继续坚持土地承包经营权不能继承,拘泥于以户的消亡与户的财产之间因果关系解释,则会更加偏离农民的财产认知与行为能力,其正当充分与被广泛认可都会打折扣,最终会导致法律权利与经济权利的高度不统一而不能互为支持。因此,审判机关不应仅关注作为一种法律权利的土地承包经营权,而忽视作为一种经济权利的土地承包经营权在整个经济社会环境中的变迁。而且,应该考虑农民对土地承包经营权的财产认知与行为能力的现实,衡平司法见解的应然与权能变迁的实然之间的矛盾。总之,土地承包经营权的继承问题应是下一步权能深化与结构变迁中加以统筹考虑解决的。适时启动法律修改程序,修改《继承法》《农村土地承包法》《民法通则》《物权法》等现行法律对土地承包经营权继承问题的有关规定,拓展土地承包经营权能范围,调整制定法在继承利益上的适用。

参考文献:

- [1] Justin Yifu Lin. Rural Reforms and Agricultural Growth in China[J]. The American Economic Review, 1992, 82(1): 34-51.
- [2] 林毅夫. 中国的农村改革与农业增长[M]//林毅夫. 制度、技术与中国农业发展. 上海:上海三联书店/上海人民出版社, 1994: 76-106.
- [3] 刘春茂. 中国民法学: 财产继承[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1990: 99-101.
- [4] 徐志珍, 张立. 论我国农村土地承包经营权的不可继承性[J]. 广西社会科学, 2009(4): 69-71.
- [5] 程宗璋. 关于农村土地承包经营权继承的若干问题[J]. 中国农村经济, 2002(7): 56-63.
- [6] 韩志才. 土地承包经营权继承问题的若干探究[J]. 科学社会主义, 2007(3): 118-121.
- [7] 最高人民法院. 李维祥诉李格梅继承权纠纷案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报, 2009(12): 37-39.
- [8] 李友根. 指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通事故致死案件中的原告资格为研究对象[J]. 法制与社会发展, 2010(4): 86-96.
- [9] 陈会广, 张芳怡, 付坚强, 等. 土地法学[M]. 南京: 东南大学出版社, 2010: 74.
- [10] Amartya Sen. Development as Freedom[M]. New York: Alfred A Knopf, Random House Inc. 1999: 19.
- [11] 阿马蒂亚·森. 以自由看待发展[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 14, 18, 62, 85-110, 126, 291.
- [12] 约拉姆·巴泽尔. 国家理论——经济权利、法律权利与国家范围[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 2006: 22, 215.
- [13] 中国人大网. 农村土地承包经营纠纷仲裁法(草案)全文及说明[EB/OL]. (2008-12-27). http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywx/2008-12/27/content_1465068.htm.
- [14] 程序. 农村土地承包经营权不能作为遗产继承[J]. 人民司法, 2010(14): 12-14.
- [15] 道格拉斯·C·诺思. 经济史中的结构与变迁[M]. 上海: 上海三联书店/上海人民出版社, 1994: 225.
- [16] Oliver E Williamson. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead[J]. Journal of Economic Literature, 2000(9): 595-613.
- [17] 科斯. 社会成本问题[M]//R 科斯, A 阿尔钦, D 诺思. 财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集. 上海: 上海三联书店/上海人民出版社, 1994: 3-58.
- [18] Coase R H. The Problem of Social Cost[J]. Journal of Law and Economics, 1960, 3: 1-44.
- [19] Y 巴泽尔. 产权的经济分析[M]. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1997: 13.
- [20] Yoram Barzel. Economic Analysis of Property Rights[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1997: 13.

(责任编辑: 刘浩)

① 该案例的指导性与约束力还取决于司法判决结果的一致性能否持续。