

农村集体土地“三权分置”中政策权利的法律归位

许中缘 夏 沁

(中南大学 法学院 湖南 长沙 410012)

[摘 要] 农村集体土地的“三权分置”政策施行的实然性并不意味着法理上的应然性,既有“三权分置”的政策制度缺乏演变为法律制度的合理性,理论上也没有达成“三权分置”权能配置的基本共识。究其根源,乃在于“三权分置”存在政策上与法律上不同的解读路径。事实上,我国农村集体土地制度的演化过程中,已经形成路径依赖。为了避免“三权分置”政策在路径依赖中形成“路径封锁”,我们不应企图在“两权分离”的基础上展开有关承包权和经营权的立法设计,而要从法律自身逻辑体系之中寻求适当的路径。遵循民商合一的基本理念、团体主义的方法论以及“所有权-用益物权”的物权体系,再解读“三权分置”政策,“三权”应为所有权、成员权、用益物权。就法律结构而言,“三权”在民法典中应表达为财产权,在物权编之中则表达为“所有权(成员权)——用益物权”。现行《物权法》中有少许成员权的规则,但仅关注到成员权的一般规则并存在权利错位与缺失。因此,法律上还应当重点确定承包权等特殊成员权的基本规则。同时,承包权回归为成员权,也意味着土地承包经营权还原为经营权。基于经营权客体的特殊性,经营权的法律制度设置应当遵循集体经济组织监控的前提,反映到经营权基本规则的设计上,即表现为经营权的设立、变更和消灭需要取得集体经济组织的同意(或备案),方能依法登记产生物权效力。

[关键词] “三权分置”; “两权分离”; 政策; 法律

[中图分类号] D 923.2 [文献标识码] A [文章编号] 1002-3194(2017)04-0025-15

[国际数字对象唯一标识符 DOI] 10.13951/j.cnki.issn1002-3194.2017.04.004

20世纪80年代,通过数个国家政策确定了农村集体土地“两权分离”的家庭联产承包责任制,即将土地承包经营权从农村集体土地所有权中分离。1986年颁布的《民法通则》初

步确认了“两权分离”政策的法律效力,即在第80条和第81条赋予民事主体依法享有土地承包经营权。1986年通过的《土地管理法》对土地承包经营权做出进一步的规定。2002年通

[收稿日期] 2017-02-17

[作者简介] 许中缘(1975-)湖南武冈人,法学博士,中南大学法学院教授、博士生导师,主要研究方向为民商法、土地法。

[基金项目] 本文系国家社科基金重大项目“中外土地征收制度的资料整理与比较研究”(14ZDB125)、国家法治与法学理论研究项目课题“商法规范的独特性与我国民法典编纂”(16SFB1006)、“法治湖南2011协同中心”与2017研究生自主创新项目“民商合一视角下民法典各分编商事规范的立法设计”(502221703)的阶段性成果。

过的《农村土地承包法》第16条明确农民依法享有承包地使用、收益和土地承包经营权流转的权利。2007年施行的《物权法》中更是明确了农村集体土地用益物权制度,即承包经营权和宅基地使用权制度。至此,可以说法律上已经完全认可并融入“两权分离”的国家政策。但问题是,基于“两权分离”中土地承包经营权的主体具有身份上的限制性,严重制约农村土地的流转,无法满足城镇化建设的需要。^①为此,党的十八届三中全会中正式提出农村集体土地“三权分置”的新理念,即将土地经营权再次从土地承包经营权中分离。2014年11月《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》中更是明确提出“实现所有权、承包权、经营权三权分置。”在国家政策明确引导下,学术界就法律上是否应当坚持农村集体土地“三权分置”以及如何认定“三权”的性质并设计相应的制度展开了激烈探讨。^②然而,令人遗憾的是,尽管学者们纷争已久却并未就此达成基本共识,更遑论农村集体土地“三权分置”法律制度的构建。

另一方面,1986年《民法通则》第6条明确规定“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”。但是2017年《民法总则》并没有延续《民法通则》将国家政策作为法源的规定。因此,国家政策首先应当获得法律的表述,才能被认可具备一定的法律效力。而目前有关农村集体土地“三权分置”法律上尚未认可,诸多探讨也仅能停留在政策层面。究其根源乃在于,政策本身具有灵活性以及现实性,但法律却是稳定与普适的。农村集体土地的政策从“两权分离”到“三权分置”,法律上并没有及时回应政策的变化,事实上民法基本法相对稳定也难以随着国家政策的变化而变

化。^③正值我国编纂民法典之际,民法法典化愈发追求法律体系的稳定性,而农村集体土地改革处于新旧交替的阶段愈发注重政策的灵活性。因此,研究农村集体土地“三权分置”的一个前置性的问题就是,是否应当以及如何稳定的法律之中融入灵活的政策,这也正是寻求共识的基本路径。为此,我们至少需要达成以下共识:第一,是否在既有的法律体系之中可以找到恰当的解释路径;第二,应当如何在民法典体系化的路径之中纳入不断变动的国家政策。

一、农村集体土地“三权分置”的政策及其法律问题

(一) 施行农村集体土地“三权分置”政策的实然性

早在2008年《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中就确定指出现有土地承包关系保持稳定并长久不变,完善土地承包经营权权能。2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中则明确承包经营权具有抵押、担保权能。2014年中央一号文件中首次提出落实农村土地集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。2016年中央一号文件进一步确定“落实集体所有权、稳定农户承包权,放活土地经营权,完善‘三权分置’办法”。由此可以明确的是,农村集体土地“三权分置”改革的基本格局已经定调。事实上,党中央提出“三权分置”的政策具有历史的必然性和现实的合理性:

第一,农村集体土地的“三权分置”契合市场经济发展的内在需求。市场经济是自由的经济,通过自由竞争和自由交换市场机制而实现资源配置。社会主义市场经济是中国经济

^① 参见赖丽华《基于“三权分置”的农村土地经营权二元法律制度构造》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2016年第11期。

^② 参见陈小君《我国农村土地法律制度变革的思路与框架》,《法学研究》2014年第4期;蔡立东、姜楠《承包权与经营权分置的法构造》,《法学研究》2015年第3期;丁文《论土地承包权与土地承包经营权分离》,《中国法学》2015年第3期。

^③ 高圣平、严之《从“长期稳定”到“长久不变”:土地承包经营权性质的再认识》,《云南大学学报(法学版)》2009年第4期。

制度的核心要素,公有制与市场经济的结合,对于深化经济体制改革,发挥社会主义制度的优越性,促进农村经济繁荣,具有重要的意义。^①然而,农村集体土地“两权分置”中的承包经营权负载农村社会保障功能,违背市场经济发展规律,并不能实现自由流转土地使用权的目的,严重制约农村经济的发展。^②由此可见,只有在坚持农村土地集体所有(公有制)的基础上,实现经营权自由流转的“三权分置”才能真正地契合市场经济发展的规律,从而推动农村经济的发展。

第二,承包权和经营权的再分离有利于打破城乡二元割裂格局,实现城乡一体化建设。农村集体土地“三权分置”是加快城镇化进程,实现城乡一体化建设的前提条件。无论是土地承包经营权还是宅基地使用权,如果法律不允许农民抵押、出资,不仅会严重限制农村经济发展,而且还会妨碍农村城市化进程。事实上,制度设计应当推动社会生产力的发展,而不是阻碍。因此,农民可以也应当自主地发展农村经济,利用农村土地资源或房产进行融资。然而,既有的针对城市与农村所设计的不同法律规则,两者之间并不能相互流转,故而难以形成统一的房地产市场。^③而农村集体土地“三权分置”中承包权与经营权的分离,正好有助于从制度构造上客观地审视既有“两权分离”制度的缺陷,归纳完善财产权利的制度设计,为城镇化提供条件,从而实现城乡一体化建设。^④

第三,农村集体土地使用权的自由流转切合现行农村社会的基本实践。“农地新的政策问题起因于其事实的需要,家庭联产承包责任制的普遍实践事实使得国家必须在制度规范层

面上给予更多的重视。”^⑤正是因为家庭联产承包责任制的事实,国家在制度层面设计“两权分离”的承包经营权和宅基地使用权以满足农村实践的需要。然而,随着工业化的发展,“两权分离”已经背离农村现代化实践的需要。土地承包经营权和宅基地使用权等农村土地使用权不仅仅是农民的保障性权利,更是农民基本的财产权利。事实上,早在20世纪80年代,部分地区已经开始试行规模经营、股份合作等自由流转的模式。根据农业部统计,截止2016年6月“全国2.3亿农户流转土地农户超过了7000万,比例超过30%,东部沿海发达省份农民转移多的地区这一比例更高,超过50%。土地承包权主体同经营权主体分离现象越来越普遍。”^⑥正是回应土地承包经营权自由流转的实践需求,制度层面上相应地提出并推进完善“三权分置”。因而可以说,农村集体土地“三权分置”确实是一条依法发展现代化农业的光明之路”^⑦。

(二)农村集体土地“三权分置”缺乏法理的应然性

诚如学者所言“实行农村土地‘三权分置’的制度设计,是农村经济社会发展到一定阶段的必然选择,是顺应土地关系变革的现实需要,符合产权激励作用的内在要求,其改革方向遵循了我国农村土地产权制度变迁的路径依赖性,并充分考虑了制度变迁非正式规则的客观影响。”^⑧但问题是,政策上的必然性并不意味着法理上具备应然性。从政策制度演变为法律制度必须要考虑法律稳定性以及自身逻辑性、体系性。既有政策上的“三权分置”制度缺

① 张宇《论公有制与市场经济的有机结合》,《经济研究》2016年第6期。

② 童列春《中国农村集体经济有效实现的法理研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第79-81页。

③ 高富平《土地使用权和用益物权——我国不动产权利体系研究》,北京:法律出版社,2001年,第450-451页。

④ 杨蕾《城镇化视域下农村宅基地使用权收回之类型化研究——基于案例和规范分析》,《法学论坛》2014年第2期。

⑤ 刘兆军《农地承包经营法律制度的综合评价与完善研究》,北京:中国农业出版社,2013年,第84页。

⑥ 中国网《农业部部长韩长赋在国新办新闻发布会上就〈三权分置意见〉答记者问》,2017年4月6日,见 http://www.moa.gov.cn/sjzz/jgs/chinafamilyfarm/sqfz/201701/t20170120_5527320.htm。

⑦ 孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

⑧ 陈金涛、刘文君《农村土地“三权分置”的制度设计与实现路径探析》,《求实》2016年第1期。

乏演变为法律制度的合理性,具体原因表现为以下几个方面:

第一,法律稳定性的本质决定法律具有滞后性。我国土地制度的演进中,通常是实践先行,而后政府主导机关试点后,形成红头文件(政策),再由经济学界和管理学界的主导下启动法律制度和修改。^①事实上,“三权分置”开始就是由经济学界提出的概念,直到党中央在2013年十八届三中全会上提出“三权分置”政策制度,法学界才开始关注并展开研究。一方面,国家政策具有很大程度上的灵活性,从农村集体土地的“两权分离”到“三权分置”政策变化就可见一斑;另一方面,法律具有相当的稳定性,尤其是在民法典中有关物权法基本法律的规定。在2007年制定《物权法》后,如今改变法律规定,将“三权分置”纳入基本法之中也无不可。然而,法律必然会滞后于政策,更会滞后于生活实践。在我国编纂民法典之际,物权法作为民法典重要组成部分,更应该以维系法典稳定性为重任。因此,在政策层面上“三权分置”制度并不具备纳入物权法等基本民事法律之中的基本要件。事实上,目前《物权法》、《农村土地承包法》、《土地管理法》等基本土地权利法律之中也没有明确“三权”的性质和关系以及经营权的制度设计、抵押流转等等。

第二,过分依赖既有制度的路径而忽视法律自身的逻辑性。根据诺斯提出的制度路径依赖理论,某一制度一旦形成,不管制度是否有效都会在一定时期内持续存在并影响之后的制度选择,在路径变迁的自我锁定与自我强化效应中,变迁只能按照这种路径走下去。^②农村集体土地制度也是如此。农业部部长就明确指

出“搞家庭联产承包,把土地所有权和承包经营权分开,这是我国农村改革的重大创新;现在,把农民土地承包经营权分为承包权和经营权,实现承包权和经营权的分置并行,这是我国农村改革的又一次重大创新。”^③不难发现,在农村集体土地制度设计,事实上我们已经陷入了既有制度的路径依赖中。政策上所抉择的“三权分置”制度,其实就是在遵循我国“两权分置”路径所设计的集体所有权、土地承包经营权基础之上的再次分离。然而,农村土地制度的设计过分强调遵循既有路径,容易忽视制度之中的习惯性部分,即土地制度应当具有法律的逻辑性被当作理所当然的组成部分而被忽视。虽有学者注意到,“权利分置的法律逻辑是混乱的。”^④然而,我们却很少或几乎没有考虑所谓“三权分置”依赖的路径(“两权分离”)是否与既有的法律逻辑相兼容。

第三,集体土地制度层次性和复杂性导致法律体系性受损。在我国,土地制度的改革延续着政策制度优先于法律制度的历史变迁规律,但是改革之中政策所确定的制度本身具有多层级性和复杂性。政策上所确定的“三权分置”就形成农村集体所有、农户使用、其他方式经营多层级的土地制度,实践中又涉及多种操作模式,极其复杂。^⑤另一方面,民法本身就是一个高度体系化的系统。我国民法典是围绕民事权利体系而构建的潘德克吞式体系。其中,人格权置于民法总则之中,财产权和身份权置于民法典各分编之中,而财产权又具体为债权和物权,分别置于合同编和物权编之中。在物权编之中物权则按照所有权、他物权体系编排

^① 参见陈小君《我国农村土地法律制度变革的思路与框架》,《法学研究》2014年第4期;丁关良《土地承包经营权流转法律制度研究》,北京:中国人民大学出版社2011年,第278-281页。

^② 参见刘和旺《诺思制度变迁的路径依赖理论新发展》,《经济评论》2006年第2期。

^③ 韩长赋《土地“三权分置”是中国农村改革的又一重大创新》,《中国农业会计》2016年第3期。

^④ 尽管有学者质疑三权分置是否符合法律逻辑,但是并未追溯到“三权分置”所依赖的“二元分离”制度是否符合法律逻辑,因为“三权分置”并未获得法律的认可,因此如果只是简单地谈论“三权分置”本身是否符合法律逻辑,意义不大。参见吴义龙:《“三权分置”论的法律逻辑、政策阐释及制度替代》,《法学家》2016年第4期;另参见单平基《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,《法学》2016年第9期。

^⑤ 宋才发《建立农村集体土地三权分置制度的法治探讨》,《学习论坛》2016年第7期。

具体规则,他物权根据使用价值和交换价值进一步分为用益物权和担保物权。^①因此,土地制度作为法律制度还需要考虑到政策所设计的复杂的、具有层级性制度对法律体系可能产生的影响。尤其是在民法典体系之下,土地法律制度牵一发而动全身,关系到民事权利的配置以及配套制度的适用。然而,多层结构的“三权分置”与严密民法体系具有天然的异质性,并不能妥当地融入民法典体系之中。

(三)理论上无法达成“三权分置”权利配置的基本共识

为了解决农村集体土地“三权分置”政策安排与法律设计之间的障碍,学者们就“三权”权利配置展开积极探索,并提出若干修改法律的意见。2015年,中央一号文件中首次就“三权分置”提出修改现行法律的要求。事实上,修改法律是必然的也是可行的,但问题的关键是应当如何修改,也就是说应当遵循何种标准和方向修改,至今都没有形成基本共识。

目前,有关农村集体土地“三权分置”的权利配置主要形成以下几种观点:第一,所有权、成员权、用益物权说。“依照法律逻辑而言,土地承包权不是一种独立的财产权,而是农村集体经济组织成员权在土地承包过程中的具体化。”^②学者进一步指出,“‘三权分置’的农村土地权利结构实为集体土地所有权、成员权和农地使用权”。^③其中,明确承包权的成员权属性有利于农民权益的保障,实现公平分配。经营权为用益物权,则能够整合并完善农地使用权体系。第二,所有权、用益物权、用益物权说。有学者主张“所谓三权,就是农村耕地之上的所有权、土地承包经营权、经营权这三种权利。

所谓分置,其实就是这三种权利由不同的民事主体享有。”^④其中,经营权物权化作为用益物权,具有可能性和合法性,法理上也就有可行性。也有学者认为,“建立所有权、承包权及经营权‘三权分置’的农地权利体系,是中国农地权利制度的既定政策选择。”^⑤土地承包经营权分置为承包权和经营权。其中,经营权与承包权属于不同层次客体上存在的用益物权,可以在物权体系中兼容。第三,所有权、用益物权、债权说。根据权能分离原理,“三权分置”中的土地承包经营权无法再派生出具有他物权性质的土地经营权,应当在坚持“土地所有权——土地承包经营权”物权二元体系下,将经营权设计为具有债权性质的不动产租赁权,因此所谓“三权分置”仅仅是在既有“两权分离”基础之上,增加债权性质的经营权。^⑥

不难发现,学者们有关“三权分置”的争论焦点在于承包权和经营权的权利性质。部分学者以法律的逻辑性主张承包权为成员权,还有部分学者则以政策的逻辑性认可承包权的用益物权属性。部分学者以租赁原理肯定经营权的债权属性,还有部分学者则以政策要求经营权具有抵押、流转权能肯定其为用益物权。^⑦由此可见,争论的根源实际上是学者们对“三权分置”存有政策上与法律上不同的解读路径,而两条路径又存在难以调和的矛盾,即政策上所明确的双重用益物权的结构体系,违背了“物权法定”与“一物一权”的物权法逻辑以及法律的体系性,而法律逻辑上的成员权和用益物权设计却与政策所要求的土地承包经营权分置不符。

因此,要达成法律制度上是否应当以及如

① 许中缘、屈茂辉《民法总则原理》,北京:中国人民大学出版社,2012年,第37-38页。

② 朱广新《土地承包权和经营权分离的政策意蕴与法制完善》,《法学》2015年第11期。

③ 高飞《农村土地“三权分置”的法理阐释和制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期。

④ 孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

⑤ 蔡立东、姜楠《承包权与经营权分置的法构造》,《法学研究》2015年第3期;丁文《论土地承包权与土地承包经营权分离》,《中国法学》2015年第3期。

⑥ 单平基《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,《法学》2016年第9期。

⑦ 胡震、朱小庆吉《农地“三权分置”的研究综述》,《中国农业大学学报(社会科学版)》2017年第1期。

何安排“三权分置”的共识,我们首先应当认识到政策与法律在稳定性、逻辑性和体系性方面存在严重的冲突,然后再着重解决政策与法律之间的违和性,最后在政策与法律之间实现有效衔接。

二、体系解释论下农村集体土地“三权分置”政策的法律释义

事实上,在政策上所有权、承包权、经营权“三权分置”的土地结构与法律规定之间的违和性,正是依赖传统的“两权分离”的路径所推进的。可以说,我国农村集体土地制度的演化过程中,已经形成路径依赖。^①然而,一项错误的制度选择在路径依赖中就会出现“路径封锁”,从而给整个制度构造带来非常严重的后果。为了避免“三权分置”政策在路径依赖中形成“路径封锁”,避免在路径选择中积重难返,我们不应企图在依赖既有路径的基础上展开有关承包权和经营权的立法设计,而是更多地注重政策与法律的体系化解读,并在此基础之上不断地加强政策与法律的协调性,从而在体系化的视角下调和“三权分置”的政策和法律,突破实践和政策中已经形成的“三权分置”在法律结构上的制度性障碍。诚如学者所言“一个国家现有的物权体系,应该首先具有完整性,能够满足实践的要求;其次它还应当是一个和谐统一的整体。”^②

(一)“三权分置”政策与法律相协调的路径选择

“法源问题可以视为民法总则乃至全部民法问题的起点。”^③2017年3月颁布的《民法总则》在首章的基本规定之中就确定了民法法源的基本内容。事实上,《民法总则》改变了《民法通则》第6条将国家政策作为法源的规定,

在立法上明确政策不能作为法源。因此,尽管政策能够具体地指导实践以及法律制定,但政策终究不是法源,处理民事纠纷并不能直接适用政策的规定。进而言之,“三权分置”政策不具有法源的地位,意味着国家政策要融入民事法律以及司法审判之中,不能再寄希望于政策法源化的路径,即根据政策作为民事法律的法源而修改民事基本法的路径也缺乏合理性。^④

在政策非法源的基本定位上,“三权分置”的政策要实现与法律的融合主要存在两种路径:第一,直接模式,表现为将政策法律化,即通过行政规章、规范性文件等法规确认政策的基本内容。第二,间接模式,表现为政策解释化,即以契合法律体系的解释确认国家政策。^⑤事实上,目前关于农村集体土地制度的立法,秉承的基本路径仍然是直接模式,即政策先行,后在法律上确认政策。直接模式又突出表现在:其一,在农村集体土地的“两权分离”政策倡导下,于民法总则之中确定农村承包经营户的民事主体地位,于物权法之中确定农村集体所有权与土地承包经营权;其二,延续传统“两权分离”的基本政策,向“三权分置”政策演变的过程中,又试图在物权法之中确认承包权、经营权。其实,直接模式的路径逻辑,归根结底是将政策上升为法律,用政策逻辑去架构法律体系。因此,无论是法律上所确认的“两权分离”抑或“三权分置”政策都不会真正地考虑法律自身的逻辑体系。

令人遗憾的是,目前学术界大部分学者有关“三权分置”的讨论,最终的落脚点也在于直接模式的路径,即主张修改法律以契合政策的要求。典型的如有学者认为,“摆脱三权分置制度的法律桎梏,是制度实施的基础、依据和保

① 高飞《农村土地“三权分置”的法理阐释和制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期。

② 孙宪忠《中国物权法总论》,北京:法律出版社,2014年,第130页。

③ 姚辉、梁展欣《民法总则中的法源及其类型》,《法律适用》2016年第7期。

④ 张红《民法典之外的民法法源》,《法商研究》2015年第4期。

⑤ 潘军峰《论经济政策的司法融入——以政策在民事审判中的介入机制为研究路径》,《法制与社会发展》2012年第1期。

障。”^①然而,政策与法律之间存在灵活性与稳定性的矛盾,特别是具体政策与基本法律之间尤甚。另一方面,即使政策能够指导法律的制定,也应限于行政规章、法规等法律效力层级较低的法律规范。对于物权法、合同法等民事基本法的规则,首先应当根据民法总则在法律自身逻辑和体系的基础之上予以设置,然后才是使得政策适应法律体系,从而在法律语境之中可以保障政策的施行。^②由此可见,学者们所言为契合“三权分置”政策的需要而修改基本法律规定的直接模式并不恰当。^③相反,我们应当从法律自身逻辑体系之中寻求适当的路径,尝试在法律体系化的视角下解读政策,即以契合民法典体系的方式再次解读国家政策。换言之,以法律语境和法律体系为出发点的间接模式才是国家政策融入民法典之中的应然选择。因此,我们可以借助民法自身的逻辑体系,合理解释政策,从而间接地将政策纳入民法典体系之中,以调和政策与法律之间的矛盾。

(二)“三权分置”体系化释义应遵循的基本原则

事实上,由于现行的农村集体土地法律制度已经受到“两权分离”政策的重大影响,因此,体系化解释的路径并不能简单地遵循既有的立法结构,还要打破“两权分离”政策在法律上形成的桎梏。为此,基于传统民法的逻辑体系以及我国民法典采用民商合一立法体例的立法事实,我们至少应当遵循以下基本原则:

第一,坚持贯彻民商合一的基本理念。现代商法制度,尤其是高度团体化的商事主体制度,不仅应当在民法典总则编予以体现,而且民法典各分编在民法总则统率之下也应当体现民商合一的立法体例,从而贯彻总则的立法精神。

其实,民法典各分编在整个法典之中应当起到具体规范性的作用。民法典的分编不同于总则编,还应当是当事人之间具体的行为规范。就此而论,民法典不应当只是宣示性意义上的法典,还应当是具有教育意义与指引意义的法典。^④因此,民法典物权编中农村集体土地“三权分置”的立法设计,不仅仅是一般性民事规范,还要能够为商事规范提供基本性的行为准则,统辖特殊的商事规范。如此一来,民法典的物权编中也能体现民法对商法一般性的统率,从而贯彻民法总则中民商合一的立法理念。

第二,坚持个人主义与团体主义并重的方法论。“道德科学、社会科学或政治科学之本质是它的方法”^⑤,民法亦然。可以说,民法典未来发展趋势是克服19世纪民法极端个人主义的偏颇,建立个人人格与团体人格之间的和谐共荣,即在民法典之中坚持个人主义与团体主义并重的方法论。^⑥基于农村集体土地由集体所有的历史事实,“三权分置”政策中的所有权在民事法律中的表达即应当遵循团体主义的思维方式。然而,传统物权法乃至民法典的立法制度以及司法实践都侧重于个人主义的方法论,忽视团体主义的基本思维。尽管既有《物权法》第59条、第62条以及第63条确定了成员决定、监督以及请求撤销决定的规则,但是有关农村集体土地所有权的指导原则、结构构造、内容安排等都没有很好地贯彻团体主义的思维,而是习惯性地用个人法思维去审视团体法规则构造,忽视在团体内部的个人财产权利带有身份性色彩的特殊性。因此,坚持所谓团体主义的方法论,也意味着集体所有权在团体法构造之中,必然会在团体内部衍生出身份性的

① 陈金涛、刘文君《农村土地“三权分置”的制度设计与实现路径探析》,《求实》2016年第1期。

② 陈金钊《再论法律解释学》,《法学论坛》2004年第2期。

③ 常鹏翱《多元的物权法源及其适用规律》,《法学研究》2014年第4期。

④ 夏沁《寻求共识:知识产权法与民法典模式、内容的“交涉”——以知识产权法入典为视角》,《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

⑤ 拉德布鲁赫《法律智慧警句集》,舒国滢译,北京:中国法制出版社2001年,第193页。

⑥ 许中缘《商法的独特品格与我国民法典编纂》(上册),北京:人民出版社2017年,第127-128页。

权利,即成员权。^①

第三,坚持“所有权——用益物权”二元物权体系的构造。从我国物权法的立法结构,可以发现物权法律制度安排具有自身的立法逻辑,形成物权内部的权利体系。《物权法》第2条即明确物权包括所有权与用益物权和担保物权。其实,现代物权法强调对物的利用,物权制度的设置也从所有中心转向他物权利用中心。另一方面,传统大陆法系中的物权制度坚持“一物一权”的基本原则,在此基础之上实现物的利用,是通过物的使用价值和交换价值等其他物权的制度实现的,具体又分为用益物权和担保物权。^②其中,担保物权可以基于所有权、用益物权以及债权而设置,但是用益物权原则上只能基于所有权而衍生,即形成所有权与用益物权的二元物权体系。^③

(三)体系化视角下“三权分置”政策的具体解读

2014年中央一号文件将“土地承包经营权流转”改成“土地经营权流转”一词,要求坚持农地集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。2016年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》中进一步指出,深化农村土地制度改革,将土地承包经营权分为承包权和经营权,实行所有权、承包权、经营权分置并行。各地颁布的实施意见更是明确了“三权”的基本关系,即强调农村土地集体所有权是土地承包权的前提,农户享有承包经营权是集体所有的具体实现形式,农户承包经营权通过土地流转派生出土地经营权。就政策的一般语义而言,可以明确,“三权分置”确定了集体所有权、农户承包权以及多元主体的经营权。

遵循民法体系化释义的基本原则,将政策上分置的“三权”折射到法律中,权利性质应为

所有权、成员权、用益物权,具体原因如下:

首先,所有权、成员权、用益物权的定性实质上契合“所有权——用益物权”二元物权体系。团体主义视角下,成员权是由集体(团体)所有权衍生的,是集体所有权的必然内容。因此,政策上所有权、承包权(成员权)、经营权(用益物权)的“三权分置”在法律上实质表达为“所有权——用益物权”的二元结构。

其次,承包权定性为成员权有利于贯彻民商合一的立法理念。在物权法之中确定成员权,能够为商事法律中的股权、社员权等确定一般规则,实现民事基本法对商事特别法的统辖。反之,所有权、用益物权、用益物权的定性会破坏二元物权体系,也忽视民商合一立法理念。

最后,“三权”定性为所有权、成员权、用益物权也符合政策逻辑和一般语义解释。第一,集体所有权性质是(团体)所有权。农村土地集体所有是农村土地制度的根本,坚持农村土地集体所有,是农村改革应当坚持的底线。集体所有则意味着所有权并不是单个人所享有的权利,而是农村集体(团体)享有的所有权。第二,承包权性质是成员权,是集体(团体)所有必然衍生的。农村集体所有是土地承包权的前提,即承包权是由所有权派生的成员权。第三,经营权性质是用益物权。“土地的经营权向金融机构抵押融资”则意味着经营权应当为用益物权。反之,所有权、用益物权和债权的定性并不符合政策的基本语义。

但问题是,法律逻辑上承包权是由所有权派生的,而政策中却明确承包权是从土地承包经营权中分离的,基于既有土地承包经营权为用益物权的定性,并不能分离出具有成员权性质的承包权。如此,似乎体系化释义下的法律与政策之间还存在冲突。其实不然:一方面,政策的语义表达本身就存在矛盾,即“集体所有是承包权的前提”与“承包权从土地承包经营

① 申惠文《农地三权分离改革的法学反思与批判》,《河北法学》2015年第4期。

② 王利明《物权法》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第13-14页。

③ 单平基《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,《法学》2016年第9期。

权中分离”。另一方面,所谓“三权分置”是农村土地制度的创新,是在新的历史条件下,坚持“两权分离”基础之上再次分离而形成的。而传统的“两权分离”政策在立法上表达为所有权、土地承包经营权(宅基地使用权)时遵循的仍然是直接模式,并没有考虑到法律体系而设置具体权利规则。这样一来,“两权分离”政策导致具有身份性质的权利杂糅地规定在土地承包经营权(宅基地使用权)之中。典型的如限制土地承包经营权自由流转的规定。^①因此,“三权分置”将承包权从土地承包经营权中分离是对历史的校正,而不是否定成员权派生自所有权的法律逻辑。相反,分离后的承包权定位为成员权,有利于将承包经营权还原为用益物权(经营权),实现法律权利的本质性回归。

概言之,“两权分离”、“三权分置”抑或其他政策,在法律上必须是遵循法律体系予以表达并确认,而不是舍本逐末以政策逻辑取代法律逻辑,去制定或修改法律。

三、民法典中农村集体土地权利的体系化配置

毫无疑问,政策可以通过体系化释义的间接模式融入法律之中。然而,在法律体系视角下确定农村土地所有权(所有权)、承包权(成员权)、经营权(用益物权)的基本性质之后,如何达成权利义务配置的“重叠共识”,尚需进一步探讨。所谓“重叠共识”即基于“不同的前提有可能导致同一结论”的共识,^②是指承认不同的观点并试图寻求稳定性、可预期、可接受、同一性的结论。事实上,“三权分置”政策不仅需要在法律理论上寻求“重叠共识”,而且还要在法律制度之中寻求“重叠共识”,尤其是在法律实践之中构建“重叠共识”。^③“三权分置”政策在法律上达成“重叠共识”,即要求妥当的、

合理的法律制度设计,得以承接法律理论,指导法律实践。进而言之,所有权、成员权、经营权在民法典之中的法律制度表达是不断变动的国家政策得以纳入民法典的基本路径。

(一) 所有权、承包权、经营权的基本法律结构

民法典之所以能够实现体系化,正是依赖于民事权利体系将民法典各个部分结合成为内在紧密联系、和谐统一的整体。民法总则之中确定的财产权与身份权区分的基本民事权利体系,在民法典分编中具体表现为财产编与身份编的基本结构,以此实现总则与分则的联系,从而架构逻辑周延的法典系统。其实,物权体系还可以分为内部物权体系和外部物权体系,要维持体系的平衡,不仅需要依靠内部结构的稳定,更需要保证外部体系对内部体系的支撑。也就是说,民法典中物权编权利制度的法律结构不仅要契合物权内部的体系,还需要同时满足民法典分编设定的外部物权体系。^④

所谓物权内部体系主要是指设定物权需要遵循的基本物权结构,例如基于所有权设定用益物权的法律结构,基于用益物权或所有权设定抵押权的法律结构。就物权内部体系而言,所有权、承包权(成员权)、经营权(用益物权)的设定契合“所有权——用益物权”的二元物权体系,能够形成维系物权体系平衡的、稳定的内部结构。因此,“三权”在民法典物权编之中即表达为“所有权(成员权)——用益物权”的法律结构。

所谓物权外部体系则是指物权法之中纳入权利应当遵循的基本权利体系。例如,民法典编章结构是根据权利基本属性所构建的,即财产权置于财产编,身份权置于身份编。其中,债权置于合同法与侵权责任法之中,物权置于物权法之中。就物权的外部体系而言,可以确定,

^① 参见刘兆军《农地承包经营权法律制度的综合评价与完善研究》北京:中国农业出版社,2013年,第136页。

^② 童世骏《关于“重叠共识”的“重叠共识”》,《中国社会科学》2008年第6期。

^③ 童世骏《“后世俗社会”的批评理论——哈贝马斯与宗教》,《社会科学》2008年第1期。

^④ 约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏译,北京:中国社会科学出版社,2005年,第459-460页。

所有权、经营权(用益物权)属于财产权利,在民法典物权编之中予以规范,契合财产权与身份权区分的物权外部体系。然而,承包权(成员权)带有身份属性,遵循基本权利体系似乎难以纳入财产编(物权法)之中。^①其实不然。事实上,团体主义的视角意味着集体所有权中衍生出成员权的必然性,但财产法中包含身份性权利并不意味着否定财产权与身份权区分的权利体系。这是因为财产法与身份法中团体的结合因素存在本质区别,即前者基于财产性因素,后者则基于伦理性因素,因此物权法中的成员权并不具有身份法上的伦理性本质。进而言之,成员权实质上仍然是基于财产性因素所衍生的,因此不能以成员权的身份性质否定成员权为财产权利的本质,进而否定民事权利体系。相反,财产法中存在身份性权利能够有效地缓解财产权与身份权僵化的二元权利体系,使得财产法与身份法之间具备内在联系而构成体系化的民法典。^②因此,“三权”在民法典之中即表达为财产权(物权)的法律结构。

(二) 承包权回归为成员权的规则配置

不可否认的是,农村集体实质上与法人组织或非法人组织一样都是团体性组织,个人在团体性组织中应享有一定的权利,即成员权。^③“农村集体经济活动是一种群体性活动,需要通过村社权力意志来协调其运作,村社权力建设的成败关系着集体经济的存废。”^④同时基于身份法中家庭团体的特殊性,团体主义方法论的规则配置,主要表现为财产法之中的成员权。是故,在民法典物权编之中设计成员权的一般

规则具有重大的意义。

然而,承包权定性为成员权而开展具体法律规则设计会面临以下难题:

第一,权利主体存在差异。“三权分置”政策中强调承包权的主体为农户家庭。“尽管农民家庭承包的土地可以由农民家庭经营,也可以通过流转经营权由其他主体经营,但是无论土地承包经营权如何流转,土地承包权都属于农户家庭。”^⑤而农村集体的成员权主体则是通过法定模式或集体决议模式确定具体成员资格的农民个体,例如,户籍登记的个人为农村集体的成员。^⑥

第二,“稳定农村承包关系”政策与现实之间存在矛盾。一方面,政策上所提出的稳定农户承包权,即“稳定农村承包关系”,是“三权分置”改革的前提和底线。《农村土地承包法》确定的“增人不增地、减人不减地”的农户主体制度则是对“稳定农村承包关系”政策的延续。另一方面,现实中农村集体面临着“人口增减”的实际需求,对维系农村承包关系稳定造成巨大冲击。“增人不增地、减人不减地”的政策难以有效实施。尽管农村集体的成员制度能够迎合“人口增减”的现实需求,却明显违反了以农户为基础的“增人不增地、减人不减地”的法律规定。^⑦

面临上述困境,似乎难以再继续设计承包权(成员权)的基本法律规则。其实不然:

第一,团体中成员形态存在多样性。一般而言,所谓成员是指在团体中享有表决权、监督

① 谢怀栻《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

② 财产法(债权法和物权法)中的身份权是带有身份性色彩的财产性权利,身份法(亲属法和继承法)中的财产权则是带有财产属性的身份性权利。这正是财产法与身份法之间交融的表现,但这并不意味着财产法与身份法的混同,典型的如财产法中身份权是由于财产性构成团体而产生成员权,身份法中身份权则是伦理性结合构成团体而产生的亲子、配偶权等。参见张作华《认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第4期。

③ 马俊驹、董列春《私法中身份的再发现》,《法学研究》2008年第5期。

④ 董列春《中国农村集体经济有效实现的法理研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第132页。

⑤ 参见国新网《农村土地“三权分置”意见》政策解读》2017年4月10日,见<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>。

⑥ 戴威《农村集体经济组织成员资格制度研究》,《法商研究》2016年第6期。

⑦ 陈小君《我国农村土地法律制度变革的思路与框架》,《法学研究》2014年第4期。

权等等权利的主体。^① 基于团体组合方式的差异,存在不同形态的成员。例如,基于团体组织的人合性特征,普通合伙的成员多是自然人;基于团体组织的资合性特征,股份公司的成员可以是法人或非法人组织。事实上,除特殊规定之外,自然人、法人、非法人组织等民事主体都可以依法成为团体组织中的一员。

第二,农村集体成员依法可以是具有民事主体资格的农户。农户作为土地承包权的主体不仅是“三权分置”政策坚守的底线,也是农村集体成员成为民事主体的必然逻辑。2017年3月公布的《民法总则》在自然人章节中确定了承包经营户的民事主体地位,明确农村集体组织成员依法取得土地承包经营权后,即成为法律意义上的农户。也就是说,承包经营户是被附加特定条件的农村集体成员。^② 尽管法律未明确享有宅基地使用权的“农户”的法律地位,但是主体的认定逻辑并无差异。其实,政策上也明确农户家庭为主体享有农村土地承包经营权,同时明确土地承包经营权是农户利用集体土地的权利,即以家庭为基础的承包经营户仍然是利用农村土地制度的基本形式。^③ 因此可见,无论是法律上或政策上农村集体中的成员与农户并不存在实质性差异。

第三,承包权是具有特殊性的成员权。一般意义上的成员权,是指农村集体中的成员依据法律或组织章程对集体经济享有管理权和收益权。^④ 尽管承包权权利属性为成员权,但较一般成员权而言具有特殊性:其一,权利主体的专属性,即仅由农户享有成员权;其二,权利范围的限定性,即限于特定权利,如土地承包权、宅基地权^⑤。具体言之,农村集体组织之中既

存在一般性成员权,又存在特殊性的成员权。坚持承包经营户为民事主体的基本定位,则意味着承包权不同于一般成员权,更不同于公司中股权、社区自治的成员权、建筑物区分所有权中的成员权。

就农村集体土地使用权的立法设计而言,《土地管理法》等公法中赋予土地承包经营权(宅基地使用权)保障农户的身份性福利,本是农民在集体组织中享有的成员权的应有内容。正是因为民事主体具有农村集体成员的身份,法律上才赋予其无偿性、永久性、福利性使用土地的权利。因此可以说,成员权是不断深化农村土地改革的根基,也是农地政策融入物权体系之中的关键点。^⑥ 诚如学者所言“关于集体成员的法律身份和集体的法律地位,如何在法律制度进一步构造的问题,还需要进一步研究解决。”^⑦

令人遗憾的是,尽管2007年施行的《物权法》有关集体所有权的章节中有少许成员权的规则,但仅关注到成员权的一般规则,如表决权、监督权、撤销权等,却忽视了成员权的特殊规则,如无偿性、法定性的收益权。就此,法律上应当重点确定承包权等特殊成员权的基本规则,具体而言:

第一,在所有权一般规定之中确定并完善团体成员权的一般规则。成员权是团体法上的权利,包括成员自益权和共益权,体现了经过私法自治组成团体的目的性,团体中成员的权利义务由法律或章程规定。^⑧ 成员权的一般性规则主要涉及到成员共益权,包括表决权、选举权、知情权、监督权、撤销权等等。成员权一般

① 李永军《中国民法总论》(第二版),北京:法律出版社2009年,第104页。

② 李永安《中国农户土地权利研究》,北京:中国政法大学出版社2013年,第2-4页。

③ 韩俊《农村土地制度改革须守住三条底线》,《人民日报》2015年1月29日第7版。

④ 史尚宽《民法总论》,北京:中国政法大学出版社2003年,第25页。

⑤ 此处的宅基地权是指按照农村集体土地“三权分置”的规则对宅基地使用权再分离出成员权(宅基地权),具体名称有待进一步探讨,特此说明。

⑥ 丁文《论土地承包权与土地承包经营权的分离》,《中国法学》2015年第3期。

⑦ 孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

⑧ 王雷《论民法中的决议行为:从农民集体决议、业管理规约到公司决议》,《中外法学》2015年第1期。

规则是团体组织成员权的共同性规定,应当置于物权法所有权的一般规定之中,但现行《物权法》却在农村集体之中确定成员共益权,存在体系的错位,其中有关成员共益权的基本内容也存在较大缺失。

另外,法律行为是意思表示的外部形式,意思表示则是法律行为的核心内容。行为人欲使意思表示发生法律效力,必须采用一定的方式,遵循抽象的法律行为规则。因此,决议行为作为法律行为,不仅是成员共益权行使的基本方式,也是团体实现意思自治的核心工具。事实上,我国颁布的《民法总则》已经确认决议行为是法律行为的重要类型。基于此,民法典物权编之中也应当确定成员权行使的一般规则,以衔接《民法总则》的基本规定。

第二,在农村集体所有权之中确定成员权的特殊规则。成员权的特殊规则主要涉及到成员自益权,即与农户密切相关的经济权利,包括土地承包权、宅基地权或其他农户所享有的特定收益权。现行《物权法》农村集体所有权规定之中并没有关于成员权的特殊规则,只是粗略地确定成员权的一般规则。事实上,正是因为《物权法》中成员权的错位规定导致农村土地权利群中缺失“成员权”,而一直处于保障农民利益则限制发展,放开发展又无法保障农民利益的两难境地。因此,毫无疑问,我国未来民法典物权编农村集体所有权之中应当确定成员权的特殊规则。

为此,我们至少需要把握:其一,农户是成员自益权的基本单位。农地面积按人头分配,但是土地承包权等权利主体只能是农户;其二,成员自益权具有无偿性、长期性。土地承包权、宅基地权等自益权是带有身份保障性质的权利,具有无偿性取得并长期性使用的特征;^①其三,承包权到期后,可以自动续期,承包权人的

权利并不发生改变;其四,农户不得转让成员自益权中相关的权利义务,但农户可以放弃集体经济组织成员的身份,遵循法定程序退出农村集体,并就成员自益权中的财产性利益依法获得补偿;其五,设立转引适用《农村土地承包法》、《土地管理法》等公法的条款。公法中有关农村集体土地使用权的规定,多带有福利性与保障性,而这样的福利和保障则是针对农村集体成员(农户)而言的,因此转引性条款也应当设置在成员权的特殊规则之中。

(三) 土地承包经营权还原为经营权的基本规则配置

土地承包经营权中承包权与经营权分离,承包权回归为成员权,同时也意味着土地承包经营权还原为经营权。事实上,我国《物权法》已经确定土地承包经营权、宅基地使用权的权利性质为用益物权,但由于历史原因,其中融入了带有身份性色彩的成员权的部分内容。因此,农村集体土地“三权分置”改革将具有身份性的成员权从土地承包经营权中予以剥离,实际上也是将土地承包经营权还原为经营权,实现土地承包经营权的用益物权化。而仅具备财产属性的经营权正是农村集体土地“三权分置”改革的核心。宅基地使用权亦应当如此。诚如学者所言“土地承包权与经营权的分离问题,是农业生产对我国现行物权法提出的一个现实问题,法学界不应消极地依现行物权法对其削足适履式的理解和解释,而应积极思考现实为何会提出这样的问题,并使法律为改革保驾护航,而不应使法律或法学理论成为改革的‘绊脚石’或‘拦路虎’。”^②

需要明确的是,土地承包权与经营权的分离并不意味着承包权是经营权产生的原因。有学者认为,“承包权是成员权,经营权是用益物权。承包权是经营权产生的原因,经营权是土

^① 高达《农村集体经济组织成员权研究》,西南政法大学2014年博士论文,第129-134页。

^② 朱广新《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》,《法学》2015年第11期。

地上的身份性权利和财产性权利发生分离的结果。”^①然而,土地上身份性权利和财产性权利分离为承包权和经营权,并不能说明承包权是产生经营权的原因,承包权为成员权,并不能设立用益物权。就物权体系而言,用益物权是所有权权能分离的结果,是所有权人在其所有物上依法设立的他物权。^②基于经营权为用益物权的基本定性,经营权也应当是在农村土地集体所有权上设立的,即集体所有权才是经营权产生的原因。《物权法》第60条又明确由集体经济组织代表集体行使所有权。因此,经营权的制度设置需要遵循的一个前提就是:经营权是由集体经济组织作为监控主体设立、变更或消灭的用益物权。

事实上,集体经济组织作为经营权设立、变更或消灭的监控主体,具有理论和实践上的双重必然性,主要原因如下:

第一,推进新型农业现代化建设的应然基础。农村集体土地的“三权分置”,在稳定农户承包关系的基础上,赋予新型经营主体经营土地的用益物权权能,有利于促进农村土地更为优化地配置,从而实现新型农业现代化的建设。然而农村改革迈向现代化过程中,面临着“工商资本”过于介入而严重破坏农地,新型职业农民供给不足而使得农民沦为“民工”等等。因此,防止外部利益主体进行利益侵夺的排他功能,成为集体经济组织的首要任务。^③为此,放活经营权的同时,必须强化集体经济组织的对外排除功能,以集体经济组织作为集体土地所有者为土地经营权“严守把关”。

第二,实现适度规模经营的实然选择。实现适度规模经营是深化农村集体土地改革的实然路径。^④而所谓由集体、农户、多元主体共享

土地权利的“三权分置”,则是实现农村集体土地规模化经营的路径选择,从而以规模经营引领农业现代化。实践中,部分农村地区存在大面积弃耕土地以及农村融资受到严格限制等现实问题,导致农村土地难以实现现代化规模经营。^⑤究其原因乃在于规模经营脱离了集体经济组织的监督。因此,强化集体经济组织的监控地位正是实现土地规模经营的实然选择。典型的如上海松江区家庭农场模式。^⑥

第三,贯彻双层经营的基本体制的必然要求。无论是集体所有、农户承包经营抑或集体所有、农户承包、多元经营,“两权分离”和“三权分置”农村改革始终都应当坚持双层经营的基本体制。所谓双层经营体制,是指我国农村实行联产承包制以后形成的家庭分散经营和集体统一经营相结合的经营形式。我国农村改革开放之后即确立了以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。而集体经济组织监督、调控经营权的设立、变更或消灭,既有利于保障家庭承包经营的基础地位,又有利于实现集体统一经营的模式,是农村土地改革践行双层经营体制的必然要求。

强化农村集体经济组织的监控地位,体现在经营权法律制度的基本规则的设计上,即表现为经营权的设立、变更和消灭需要取得集体经济组织的同意,方能依法登记,从而产生相应的物权效力。具体而言:

第一,经营权的初始取得主体,只能是直接与集体经济组织订立合同的民事主体。就经营权的设立而言,经营权是用益物权,应当由所有人在所有权的基础上设立。鉴于集体经济组织代表农村集体行使所有权的立法事实,经营权则应当是集体经济组织在集体所有权基础之上

① 张占斌、郑洪广:《“三权分置”背景下“三权”的权利属性及权能构造问题研究》,《西南大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

② 王利明《物权法》,第213页。

③ 童列春《中国农村集体经济有效实现的法理研究》,第130页。

④ 张克俊《农村土地“三权分置”制度的实施难题与破解路径》,《中州学刊》2016年第11期。

⑤ 孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

⑥ 童列春《中国农村集体经济有效实现的法理研究》,第130页。

设立的。因此,无论是农村集体的农户或是其他经营者都必须直接与集体组织签约,方能成为经营权的初始取得主体。

第二,经营权的主体变更,应当取得集体经济组织的书面同意。经营权主体的变更,主要涉及经营权的转让、入股、出资、互换、继承等物权性流转。一般而言,用益物权是长期稳定的财产权利,可以依法自由转让和抵押。经营权也是如此,只有在自由流转中方能充分实现财产的价值。但是鉴于现实中经营权自由流转可能造成不经济性使用以及过度化开发土地的问题,集体经济组织必须予以监督和调控。因此,再流转土地经营权或依法依规设定抵押,须取得集体经济组织的同意。

第三,经营权的内容变更,应当依法向集体经济组织备案。经营权的内容变更,主要是指经营权主体权利义务的变更,包括自主经营权、生产权、补偿权、优先经营权等权利以及合理使用土地、依法缴纳费用等义务。^①可见,经营权主体权利义务的变更直接关系到集体土地的使用,应当依法向集体经济组织备案。

尽管土地承包经营权还原为经营权后,有利于开展经营权为用益物权的基本规则设计,但就整个法律体系而言,实现经营权用益物权化仍然面临着较大的障碍:

其一,经营权为用益物权与配套法律制度之间的冲突。土地经营权作为用益物权,原本意味着权利人依法可以占有、使用、收益农村集体土地。也就是说,土地经营权权能应当包括抵押、转让等等,但是现有的抵押担保制度却禁止土地经营权的抵押,例如《担保法》第37条就明确集体所有的土地使用权不得抵押。因可以说,抵押制度等配套法律制度实质上剥夺

了土地经营权作为用益物权最为重要的使用和收益的权能。^②另一方面,有关土地经营权配套的登记法律制度还存在缺失,例如,现行《物权法》之中并没有规定土地承包经营权的物权登记制度。

其二,经营权为用益物权与流转实践之间的冲突。实践中,基于农业发展对资金的需求,全国各地陆续展开了流转土地经营权融资的实践。^③有学者指出,土地经营权的流转方式可以再分为债权性流转,包括出租、转包、分包,以及物权性流转,即土地经营权资本化,包括转让、互换、入股、出资、继承等等。^④事实上,出租等债权方式并不涉及用益物权的流转,双方当事人只是依据签订的合同享有权利、履行义务。因此,债权性流转具有短期性和较大的变动性,难以产生稳定的权利预期。而物权性流转涉及到土地经营权主体的变更,为维护耕地用途和保护农民的长期利益,法律上对土地经营权流转存在较大的限制。可见,现实中土地经营权自由流转的实践并不能找到合法依据的支撑。^⑤

因此,有关土地经营权(用益物权)不仅自身规则需要完善,还要调整相关配套的法律制度,从而能够真正地为土地改革实践提供法律制度的保障。

四、结 语

毫无疑问,土地改革是现阶段全面深化改革顶层设计的重点之一。然而问题是,农村集体土地的改革,仅凭借宏观层面的“三权分置”政策,容易造成“所有权符号化、承包权虚化、经营权独大”,要在土地改革中充分发挥“三权

^① 王金堂《土地承包经营权制度的困局与破解——兼论土地承包经营权的二次物权化》,北京:法律出版社,2013年,第46-70页。

^② 黄河《农业法视野中的土地承包经营权流转法制保障研究》,北京:中国政法大学出版社,2008年,第46-48页。

^③ 王金堂《土地承包经营权制度的困局与破解——兼论土地承包经营权的二次物权化》,第79页。

^④ 吴越等著《土地承包经营权流转制度瓶颈与制度创新——以农地资本化和农业现代化为研究重心》,北京:法律出版社,2014年,第26-27页。

^⑤ 陈广华《土地承包经营权流转法律问题研究》,北京:中国政法大学出版社,2014年,第66-68页。

分置”政策的价值,仍然有赖于微观层面的法律制度保障。事实上,只有将“三权分置”中的“三权”妥当地放置于民法典之中,并合理地设置权利义务的基本规则,才能真正地达成法律制度上以及法律实践中的“重叠共识”,最终实现农民与农村土地的双重解放。

现阶段,农民问题的核心仍是土地问题,处理好农民与土地的关系,最为重要的方面就是处理好土地流转中承包农户和经营主体的关系。对此反映在法律权利义务规则的配置上,即明确承包权是具有身份性质的成员权不得流转,而经营权作为仅具有财产属性的用益物权可以在农村集体的监控下自由流转。在法律上,不再区分集体经济组织内部和外部而确定不同的流转法律效力,明确无论是在集体经济组织内部流转经营权还是向非集体经济组织的第三方主体流转经营权,只要符合法律规定的,均承认土地经营权流转的法律效力。如此,有

利于破除现行农村土地流转中的局限性,使得农村土地经济迈向市场化经济,从而最大化地实现农村土地的财产价值。

令人遗憾的是,至今大部分学者仍然主张以“三权分置”政策为导向而修改完善现行法律制度。即使有部分学者已经认识到“三权分置”的政策逻辑与法律逻辑之间的违和性,却未能坚持以法律逻辑诠释“三权分置”政策。因此,我们仍有必要探讨政策与法律之间的适用关系,特别是关系民生的农村土地改革政策与确定产权的基本法之间的调适关系。是故,借编纂民法典整合物权法规的契机,我们应当进一步审视农村集体土地“三权分置”政策与法律体系之间的契合性,在体系论的视角下寻求政策纳入法律的基本路径,从而实现公法(政策)对私法(民法)的适当调控,以及民法(私法)对政策(公法)的有效防控。

A Legal Account of the Rural Collective Farmland of “Division of Three Rights”

XU Zhong - yuan , XIA Qin

(School of Law , Central South University , Changsha 410012 , China)

Abstract: Rural collective land of “Division of Three Rights” does not mean that fits for legal system. The deep reason lies in “Division of Three Rights” changes when explained in different ways. Follows the basic idea of civil and commercial unity , groups of methodology and the property rights system of “ownership and usufructuary right” , to reinterpret the policy of “Division of Three Rights” , “Three rights” shall be the ownership , member right , usufructuary right. In terms of legal structures , “Three rights” in the Civil Code should be expressed as property rights , in the part real right law should be expressed as “ownership (members) - usufructuary right” . Although the current property law has a few rules about the members , but only focuses on the member right of general rules and the dislocated and absent right. Therefore , the law should pay attention to special member rights. In the meantime , right of contract back to the member right , also means that the right of the contracted management is back to usufructuary right. Based on the particular object of the management right , it should follow the premise that the right should be supervised by collective economic organizations.

Key words “Division of Three Rights”; “Separation of Two Rights”; policy; law

[责任编辑:赵守江]