

农地三权分离改革的法学反思与批判

申惠文

(郑州大学 法学院 河南 郑州 450001)

摘要: 农地所有权、农地承包权和农地经营权的三权分离,是目前经济学主导农地改革政策的形象表述。将土地承包经营权中的承包权能和经营权能,分离为承包权和经营权,不符合基本的法理。所有权是法律概念,而承包权和经营权不是法律术语,因此农地三权分离存在明显的逻辑悖论。法学家应当充分参与中央改革决策,运用法律思维界定农地的权利结构。农地三权分离的实质是土地承包经营权通过转让、转包、出租、代耕、反租倒包、联营、抵押、入股、股份合作和信托等多种方式实现流转。农地经营权本质是债权,是不动产租赁权的重要类型。基于市场在资源配置中的决定性作用,农村集体、农民和新型农业经营主体之间的法律关系,具有自治性和多元性。

关键词: 土地承包经营权; 承包权; 经营权; 新型农业经营主体; 土地法学

中图分类号: DF41 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2015)04-0002-10

Jurisprudential Thinking and Critique on the Reform of the Separation of the Three Farmland Rights

SHEN Hui-wen

(Law School Zhengzhou University Zhengzhou 450001 China)

Abstract: The separation of the three farmland rights including the ownership, the contract rights and the management rights, is an dominant economic expression about the policies of farmland reform. The ownership is a legal concept, but the contract rights and the management rights is not, and therefore the separation of the three farmland rights have an obvious logical contradiction. Referring to the management rights of SOE, it does not conform to legal principle to devide the land contract and

收稿日期: 2014-12-15 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2015年3月18日数字出版,全球发行
基金项目: 国家社会科学基金项目《农户作为土地用益物权主体的法律困境及出路研究》(14CFX035)

作者简介: 申惠文(1981-)男,河南社旗人,郑州大学法学院讲师、法学博士、硕士生导师,研究方向:民商法学。

management rights into the contract rights and the management rights. Jurists should have an active participant in the reform to legally define the rights structure of the farmland. The essence of the separation of the three farmland rights is to exchange the land contract and management rights by transfer ,subcontract ,lease ,daiceng ,anti-rent contract ,association ,mortgage , shares ,stock cooperation and trusts and so on. There exists a self-governing and multiplex legal relationship among rural collective , peasant and the operator because that The market play a decisive role in the allocation of resources the decisive role of the market in allocating resources.

Key words: the land contract and management rights; the contract rights; the management rights; agricultural business entities; land laws

2013年11月,党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》规定,“加快构建新型农业经营体系”,“推进家庭经营、集体经营、合作经营、企业经营等共同发展的农业经营方式创新”。2014年1月,中央一号文件《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》提出,“在落实农村土地集体所有权的基础上,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”。2014年10月,中共中央审议通过的《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》指出,“实现所有权、承包权、经营权三权分置,引导土地经营权有序流转”。中共中央政策研究室农村局局长冯海发指出,要推动由所有权和承包经营权“两权并行分置”向所有权、承包权、经营权“三权并行分置”发展^[1]。国务院发展研究中心农村经济研究部部长叶兴庆指出,农村土地改革要按照“尊重集体所有权、稳定农户承包权、保护务农者经营权”的思路^[2]。农业部产业政策与法规司司长张红宇指出,农地从“两权分离”到“三权分离”,是我国特色土地制度的再次创新,也是农村生产力发展的必然结果^[3]。综上,农地所有权、农地承包权和农地经营权的三权分离改革,是今后一段时期重要的农地改革政策。农地改革作为土地经济学、土地政治学、土地管理学和土地法学等共同关心的热门话题。每个学科都有特定的概念和范畴,都有特定的专业语言系统。中央农地改革政策的表达,应当兼顾各个土地科学研究的最新成果。然而,从整体上看,农地三权分离改革的表达方式,更多具有经济学的色彩,不符合基本的法学原理。为此本文首先从农地三权分离改革的逻辑悖论出发,剖析其产生的原因,然后结合农地流转的新情况新问题,指出农地法律制度的改革方向。

一、农地三权分离改革的逻辑悖论

农地所有权是法律概念,而农地承包权和农地经营权不是法律术语,三者并不处于同一的逻辑关系。经营权并不是独立的民事权利,农地所有权包含经营权,土地承包经营权也包括经营权。农地所有权、农地承包权和农地经营权的三权分离,是经济学主导农地改革政策的形象表述,存在明显的法学逻辑悖论。

(一) 农地所有权与农地经营权

所有权是法律概念,在民事权利体系中具有特定的位置。首先,所有权不是人身权。自然人支配自己的生命、健康、姓名、名誉、肖像和隐私等,但不能说享有所有权。同样,基于特定身份所产生的配偶权、亲权和亲属权等,也不是所有权。不能对子女享有所有权,不能对

配偶享有所有权,也不能对亲属享有所有权。其次,所有权不是债权。口袋的钱和借给别人的钱并不一样,对口袋的钱享有所有权,而借给别人的钱,只享有债权。自己口袋的钱,自己可以自由支配,而借给别人的钱,能否收回,并不确定。所有权是对物所享有的权利,而不能说对债权享有所有权。再次,所有权不是无体财产权。所有权没有期限,没有国籍的限制,而商标权、专利权和著作权等无体财产权往往具有期限性和国际性。

对所有权进行反面解读后,就需要从正面给出法律的界定。《物权法》第39条规定“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”“占有”是对物的实际管领或控制,“使用”是对物的利用,“收益”是发挥物的经济效益,“处分”是指在事实上和法律上的最终处置。占有、使用、收益和处分是立法者列举的所有权四项权能,并不是所有权的全部内涵。采取体系解释的方法,结合《物权法》第2条,所有权是物权的一种类型,是对特定物享有直接支配和排他的权利。所有权是人对物的统治、管辖和控制的权力。所有权是人对物全面主宰的地位,是所有权人在法律和事实的可能范围内,对其所有物全面的支配的权利。因此,所有权具有整体性和永久性,并非占有、使用、收益和处分四项权能之和,具有丰富的权利内涵。

农地所有权包含经营权的内涵,农村集体可以对其所有的土地进行不同程度的经营管理。农地所有权是所有权的一种类型,同样具有较强的法律技术性。《物权法》第59条第1款规定,农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。农民集体的土地可以是村农民集体所有,可以是村民小组集体所有,还可以是乡镇农民集体所有。集体作为民事主体,对集体所有的土地,行使占有、使用、收益和处分等多项权能。第一,集体有权直接经营土地。江苏的华西村和河南的南街村等长期采取的就是集体所有,集体经营。第二,集体经营土地出现了新模式。由于农户个体经营规模小,不能采取机械化的大生产,一些地方产生了反租倒包等新型经营模式。农户将承包的土地通过租赁形式集中到集体,然后集体通过市场的方式承包给农业经营大户或者农业经营公司。第三,《物权法》第124条明确规定了家庭承包为基础、统分结合的双层经营体制。“统”就是集体行使经营权的表现。集体如何占有、使用、经营农地,如何行使所有权,具有较大的弹性空间。因此,在家庭对农地享有经营权的基础上,农村集体很大程度上还行使着对农地的经营权。

(二) 农地承包权与农地经营权

坚持从土地承包经营权中分离出农地承包权和农地经营权,不符合基本的法学原理。目前农地承包权不是法律概念,现行法律采取的是土地承包经营权。1986年《民法通则》第27条和第29条使用了“农村承包经营权户”的概念,第80条和第81条使用了“承包经营权”的概念。2002年《农村土地承包法》第二章第三节的标题是“承包合同和承包期限”,第四节的标题是“土地承包经营权的保护”。2007年《物权法》第十一章的标题是“土地承包经营权”,其中第127条规定,“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时生效”。土地承包经营权的内涵和外延一直处于发展变化中,发展轨迹由债权性权利逐步发展为物权性权利。

早期土地承包经营权的债权性主要表现在:第一,土地承包经营权基于家庭联产承包合同而产生,双方的权利和义务由合同约定,法律基本没有强制性规定。第二,土地承包经营权期限较短,普遍存在三年小调整,五年大调整的实践做法,承包合同被发包方撕毁的现象

也比较多。第三,土地承包经营权的流转受到严格的限制。1993年《农业法》第13条规定,经发包方同意,承包方可以转包所承包的土地,也可以将农业承包合同的权利和义务转让给第三者。土地承包经营权不能行使物权性的救济权,只能追究发包方的违约责任。

自上世纪90年代中期开始,土地承包经营权的物权化逐步得到立法的认可。第一,1998年修改后的《土地管理法》第14条规定,土地承包经营期限为30年。《农村土地承包法》第20条和《物权法》第126条,均规定耕地的承包期为30年,草地的承包期为30年至50年。第二,《农村土地承包法》第32条规定,土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。第三,《物权法》第127条规定了土地承包经营权的登记确权制度,第129条规定了土地承包经营权的登记对抗制度。

用土地承包经营权界定集体经济组织与其成员的关系,已经不符合目前农地改革的实际情况。第一,由于农民不再缴纳农业税,也不再向集体缴纳各种费用,土地承包经营权合同已经没有任何意义。在早期的土地承包合同中,发包方和承包方都享有相应的权利,并履行相应的义务。第二,稳定农村土地承包关系并保持长久不变,是十七届三中全会和十八届三中全会都明确强调的中央政策。《土地管理法》、《农村土地承包法》和《物权法》中的30年土地承包期限,实质已经失去效力。第三,土地承包经营权实质就是物权属性的土地使用权。梁慧星教授主持起草的《物权法草案建议稿》第十二章使用的是“农地使用权”概念。

农地三权分离改革的核心是将土地承包经营权分离为农地承包权和农地经营权。由于土地承包经营合同名存实亡,土地承包经营权的概念无法表达其权利的内涵。即使将农户的土地承包经营权更名为农地承包权,也同样包含经营权的意思。更为重要的是,农地经营权不是法律语言,也无法通过立法成为法律概念。所有权中包含经营权,土地承包经营权中包含经营权,土地承包经营权中再分离出经营权,这样就有三个经营权。非农主体的经营权可以转给其他企业或个人,再搞承包经营,这样会产生第四个或者第五个经营权。基于意思自治,当事人签订合同的类型很多。用简单一个经营权,无法涵盖复杂多变的社会实践。

综上,将土地承包经营权中的承包权能和经营权能,分离为承包权和经营权,不符合基本的法理。农地经营的模式可以分为家庭经营、集体经营、合作经营和企业经营等。经营权只是权能,而不是独立的民事权利。经营权的基础,可以来自所有权,可以来自用益物权,也可以来自债权。基于不同的原因,经营权的内容也存在较大的差异。将农地经营权作为独立的土地权利,抹杀了农地流转方式的多元性,不符合当事人意思自治的基本理念。因此,农地三权分离只是经济学界的一种形象的表述,实质是农地通过转包、出租、抵押、入股、信托、代耕、反租倒包、联营和股份合作等多种方式实现流转。

二、农地三权分离改革的原因分析

从法律技术看,农地三权分离改革的确存在诸多的问题,特别是农地经营权无法成为独立的财产权。从社会需求看,中央出台农地三权分离改革的原因包括农地流转的实践需求、权能分离的理论误导和制度创新的路径依赖等。深入剖析中央提出农地三权分离改革的原因,才能为解决问题提供相应的对策。

(一) 农地流转的实践需求

首先,农地流转速度加快。据农业部统计,截至2013年底,全国承包耕地流转面积3.4亿

亩是2008年底的3.1倍,流转比例达到26%,比2008年底提高17.1个百分点。全国农村承包50亩土地以上的大户达到287万家,家庭农场的平均面积达到200亩左右。截至2014年6月底,全国家庭承包经营耕地流转面积3.8亿亩,占家庭承包耕地总面积的28.8%,比2008年底提高20个百分点。

其次,农地的社会保障功能逐步弱化。改革开放初期,城乡之间二元分割,农村人口依附于农地,农民的收入主要依靠土地。在城市化、工业化进程中,农民进城打工现象普遍。根据中国统计年鉴,2012年,我国农户总数达2.5亿,农民工数量2.63亿人,平均每个农户就有1个农民工,农户的非农兼业行为成为常态。我国人均耕地不足1.4亩,户均耕地只有7.3亩左右。

再次,农地的户籍管理功能逐步弱化。1958年全国人大常委会通过的《户口登记条例》标志着严格限制农村人口向城市流动为核心的户籍制度形成。改革开放以后,为了解决农民工的身份问题,1984年有移民文化的深圳产生了全国第一个暂住证。为了解决暂住证不稳定的问题,2008年起深圳全面推广居住证。2014年7月,国务院公布《关于进一步推进户籍制度改革的意见》,要求建立城乡统一的户籍登记制度。政府弱化户口功能,采取一体化的居民户口,以农业户口为基础的农地制度需要改革。

(二) 权能分离的理论误导

权能分离理论认为,权利有诸多的权能构成,各个权能可以从权利中分离,形成新的权利。权利作为近现代法律制度的核心概念,是实现特定利益的法律手段。法律设置权利的目的是为了克服利益冲突,但法律的局限性使得法律规则体系出现种种漏洞,利益冲突并未能完全消除反而转化为权利冲突^[4]。权能就是权利之能,是指权利的具体作用或实现方式,是权利的具体内容。如所有权分为占有、使用、收益和处分等权能,债权分为给付请求权、给付受领权和处分权等权能。权利是私法的核心,私法制度是以权利为中心进行制度构建。权能分离理论在私法中占据重要的地位,但有特定的适用范围,不能随意扩大化。

权能分离理论最典型的表现,就是解释物权体系的形成。法国学者泰雷和森勒尔认为,所有权包括使用、收益和处分三项权能,用益权表现为使用和收益权能^[5]。德国学者拉伦茨指出,所有权人可以将某种权能在一定的时间分离出来,并转让给他人,从而使他人享有限制物权,比如用益权^[6]。德国学者鲍尔和施蒂尔纳也认为,所有权具有分离性,该种分离并不是任意性的,只能选择立法许可的类型,表现形式就是限制物权^[7]。日本学者近江幸治指出,所有权包含使用、收益、处分的全部权能,地上权、永佃权和地役权只有使用和收益权能,而抵押权是以处分权能为内容的物权^[8]。正是受权能分离理论的影响,所有权被称为自物权和完全物权,用益物权和担保物权被称为他物权和限制物权。正是在此意义上,土地承包经营权作为用益物权,是集体土地所有权的使用权能和收益权能分离的产物。

受权能分离理论的影响,诸多学者主张土地承包经营权中的承包权能和经营权能的分离,主张农地承包权和农地经营权的分离。农地承包经营权流转是指农户保留承包权,把土地的经营权转让给其他农户或组织并从中获得收益^[9]。农地承包经营权流转是拥有农地承包经营权的农户在承包权不变的前提下,将土地的经营权转让给其他农户或经济组织^[10]。土地使用权流转是拥有农地承包经营权的农户将土地经营权转让给其他农户或经济组织,

即保留承包权 转让使用权^[11]。土地承包权与经营权分离之后,承包权则更多表现为占有、处置权,以及继承权、退出权等,相应的经营权更多表现为经营收益权、入股权、抵押权等^[3]。

将权能等同于权利,对权能分离理论的错误理解,就形成了农地三权分离的改革政策。第一,所有权包括经营的权能。所有权的占有、使用、收益和处分权能,是所有权表现为多种行为的可能性,并不是所有权在任何时候都表现为这四种权能。当所有权人将财产交给他人使用时,所有权的权能就不能表现为占有权能和使用权能,只能表现为收益权能和处分权能,并不是只剩下收益权能和处分权能。第二,土地承包经营权包括经营的权能。当农户自己经营土地时,土地承包经营权就表现为承包权能和经营权能。当农户将土地流转,让他人经营时,土地承包经营权只表现为承包的权能。权利的表现形式多种多样,表现的权能也千差万别。不管采取何种流转方式,农户对土地权益没有改变,土地承包经营权作为物权的性质,没有发生改变。第三,土地租赁权包括经营的权能。我国物权概念具有模糊性、相对性和僵固性,存在物权内涵与外延的背离、形式物权与观念物权的矛盾、法律物权与事实物权的冲突^[12]。整体上,不动产租赁权属于债券,而不是物权,但出现了物权化的趋势。同为表现为经营的权能,背后的权利可能是集体所有权,可能是农民的土地承包经营权,可能是非农户的土地租赁权。

(三) 制度创新的路径依赖

人类制度变迁具有路径依赖性,具有传统文化的继承性。制度变迁选择后,往往会日益强化,在此基础上一环套一环,沿着既有的轨道发展^[13]。现有的立法资源和法律制度框架,往往成为制约立法者进行制度选择的因素。农地三权分离改革的核心是提出了农地经营权的概念。农地经营权与国有企业经营权,同属于经营权,具有形式的相似性。农地经营权概念的提出,是类推国有企业经营权的产物,具有明显的路径依赖特征。

国有企业经营权长期被视为解决国有企业管理体制的一把钥匙,在社会国家法律理论中具有重要的地位。马克思主义认为,所有权和经营权是可以适当分离的,资本家积累了大量的资本,生产经营规模扩大,必须依法委托代理人,开展经营管理活动。国有企业经营权是马克思主义理论在社会主义条件下发展的产物,对国营企业的财产,国家拥有所有权,企业享有经营权^[14]。1961年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》规定了国有企业的经营权^[15]。1987年《苏联国营企业法》,进一步强化企业管理层的直接控制,国家不再直接干预企业日常经营活动^[16]。《俄罗斯民法典》第294条规定“国家或自治地方所有单一制企业,对其财产享有经营权,在依照本法典规定的限度内占有、使用和处分该财产。”我国立法采纳了国有企业经营权的概念,主要表现为1986年《民法通则》第82条和1988年《全民所有制工业企业法》第2条。全民所有制企业作为非所有权人,根据有计划发展商品经济的要求,当它同人力资源管理、无体财产管理,以及产供销活动的法定权限相结合时,就构成了全民所有制企业的经营权^[17]。国家一旦把财产交给企业,就不再直接支配该项财产,不直接参与企业经营,同时不允许在同一企业财产之上存在平行的或重叠的经营权^[18]。

以国有企业经营权为参考,从土地承包经营权中分离出农地经营权,既不符合法理,也不具有可行性。首先,国有企业经营权是计划经济向市场经济转轨过程中的制度模式。国有企业经营权是企业作为独立商品生产者的基本依据和根本条件,经营权依附于所有权,在

特定条件下可以与所有权适当分开而独立存在^[14]。所有权和经营权分离是企业法的灵魂,在企业法实施中必须坚决贯彻两权分离的原则^[19]。国家作为财产所有权的主体,企业作为经营权的主体,各自在自己权限内行使财产处分权^[20]。国有企业经营权存在的前提是国家对国有企业的财产享有所有权。现代公司理论更多是强调公司的独立财产,强调法人的财产权。2005年《公司法》修改删去了“公司中的国有资产所有权属于国家”的表述。这标志着立法已经不再采纳国有企业经营权理论。其次,农地经营权与国有企业经营权有着本质的区别。农地经营权的内涵并不统一,不是与农地所有权对应的概念。“集体所有、农户自营”的农地经营模式正逐步向“集体所有、农户自营、集体经营、合作社经营、企业化经营”多种模式并存转变。每一种农地经营权都有特定的法律结构,立法不可能形成统一的农地经营权概念。

三、农地三权分离改革的制度构建

1978年以来,土地承包经营权制度改变了“集体所有、集体经营”的计划经济模式,实现了“集体所有、私人经营”的市场经济模式,是农村集体土地产权的重大革新。按照目前中央改革文件的精神,将土地承包经营权分为承包权和经营权,发展新型农业经营主体,是我国农村改革的又一次重大创新。然而,土地承包权和土地经营权不是法定的民事权利,也不可能通过立法成为新型的财产权利。因此,运用法律人理性的思维,剖析农地三权分离的法律问题,明确农民集体、农民和新型农业经营主体之间的法律关系,具有重要的意义。

(一) 明确农民集体的主体地位

尊重集体土地所有权,是中央农地三权分离改革的前提。这要从法律上明确农民集体是不是民事主体,属于何种类型的民事主体。诸多学者主张将农民集体改造为法人,具体又包括农村社区法人、自治法人、农业合作社法人和股份合作社法人等。农村社区法人说认为,农民作为集体成员少有自由选择“集体”(社区)的可能性,因此采取社区法人的概念可以准确表达集体组织与成员的内涵^[21]。自治法人说认为,目前集体经济组织运行中存在较强的行政干预色彩,明显的表现就是村民委员会的不当干预,应当加强村民经济自治^[22]。农业合作社法人说认为,入股的农地由合作社统一出租、发包,或者由合作社自己经营,或者以合作社名义对外投资^[23]。股份合作社法人说认为,农民集体改造为股份合作社法人,可以充分发挥集体土地的社会保障功能,有利于土地流转和剩余劳动力的转移^[24]。

农民集体是特殊的民事主体,以各种形式的法人制度来塑造农民集体,不具有现实性。第一,农民集体的地缘属性。我国自古就有“皇权不下县,县下皆自治”的传统,农村社会形成了以血缘和地域为纽带,以家庭为基本单位,以人际关系为层级结构的“差序格局”^[25]。农民集体的土地可以是村农民集体所有,可以是村民小组集体所有,还可以是乡镇农民集体所有。农民集体是血缘和地缘的共同体,是自发形成的村落秩序,是小农经济发展的产物。第二,法人制度的自治属性。我国《民法通则》第37条规定“法人应当具备下列条件:(一)依法成立;(二)有必要的财产或者经费;(三)有自己的名称、组织机构和场所;(四)能够独立承担民事责任。”法人一般分为私法人和公法人,社团法人和财团法人。法人具有特定的设立程序和解散程序,是自然人行使结社自由的法律形式,是私人意思自治的重要表现。我国农民集体的形成具有特定的历史社会背景,农民集体不能独立承担民事责任,不能破产解

散。第三,农民集体的宪法规范。现行宪法规定,农村土地的所有权主体是集体。按照目前诸多学者的观点,将农民集体改造为法人,不符合宪法规范的要求。我国《物权法》规定的物权主体是国家、集体、私人和其他权利人。立法明确规定了国家所有权和集体所有权,这是遵守宪法的明智之举。2014年12月,中央全面深化改革领导小组指出农村土地改革的3条底线,坚持土地公有制性质不改变,坚持耕地红线不突破,坚持农民利益不受损。现行宪法并没有规定法人可以成为土地所有权的主体,将农民集体改造为法人,就面临着合宪性解释问题。然而,随着农地改革的深入,农民集体的法律地位还必须进一步明确。可以考虑采取宪法解释的方法,明确作为农村土地所有权主体的农民集体的涵义。在未来的民法典中,是否继续规定农民集体的民事主体地位,不仅是民法学问题,更是宪法学问题。

(二) 明确集体成员的成员权

按照现行的《农村土地承包法》和《物权法》等相关规定,农民集体与农民之间是土地承包经营合同关系,集体享有土地所有权,农民享有土地承包经营权。党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出,“保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。”据此,在赋予农民更多财产权利政策的指引下,农民集体与农民之间的关系发生了制度变迁,土地承包经营合同关系淡化,农民对集体土地的成员权日益强化。

首先,要明确农民成员权的内涵。《物权法》第59条第1款规定,农民集体所有的土地,属于本集体成员集体所有。从解释论的角度,该条款可以延伸出农民成员权的概念。农民集体的成员权,是基于农民集体成员资格或地位,依据农民集体章程、村规民约或法律规定,对农民集体所享有的一种概括性权利。《物权法》第59条、62条和63条规定了集体成员的表决权、知情监督权和撤销权。随着实践的发展,农民集体成员的成员权逐渐出现新的表现形式。十七届三中全会和十八届三中全会都明确强调,稳定农村土地承包关系并保持长久不变。此时用土地承包经营权的概念,已经无法准确表达农民所享有的土地权益,用成员权的概念更符合目前改革的新情况。

其次,要明确农民成员权的登记制度。随着增人不增地,减人不减地政策的实施,实践中出现了股田制,也就是确权不确地。股田制已经在广东、上海、江苏和重庆等地进行了不同程度的试点工作,出现了南海模式、东莞模式、北仑模式、北京模式和上海模式等。2013年中央1号文件指出,要用五年左右的时间基本完成农村土地承包经营权确权登记颁证工作。按照土地承包经营权作为用益物权的制度设计,要确认农民承包地块的坐落、四至、面积,颁布土地权属证书,并在登记簿中加以记载。对于已经进行或者将要进行股田制改革的地方,农民的土地连接在一起,给农民颁发土地承包经营权变更异常困难,也没有现实的必要性。因此,随着股田制改革的发展,要颁发股田制,登记农民所享有的相应份额。

最后,要明确农民成员权的退出机制。据农业部统计,截至2013年6月底,土地承包经营权采用转让方式流转的,仅占流转总面积的3.8%。《农村土地承包法》第41条规定土地承包经营权转让需要具备三个条件:第一,承包方“有稳定的非农职业或者有稳定的收入”。第二,受让方系“从事农业生产经营的农户”。第三,“经发包方同意”。第一个要件是弹性化标准,具有极强的主观性,很难作为司法裁判的依据。第二个要件和第三个要件都不符合

改革实践的要求。2014年7月,国务院公布《关于进一步推进户籍制度改革的意见》,明确要求建立城乡统一的户口登记制度,登记为统一的居民户口。农户不再是一种身份,而是一种职业。原来在城市出生,具有非农业户口的人,也可以从事农业生产经营。土地承包经营权人现在不需要缴纳农业税和村提留,变成了纯粹的财产权,“经发包方同意”丧失了正当性基础。让土地承包经营权变成为成员权,实现比较自由的流转,是新一轮农地改革的目标。

(三) 明确新型农业经营主体的组织形态

我国的户均人口始终徘徊5人以下,农户规模过小,不能完全解决农业生产和生活中的各种问题^[26]。从“集体所有、农户自营”的土地经营模式向“集体所有,农户自营、合作社经营、企业化经营”模式转型,将引发连锁的法律问题。根据集体成员与农业经营主体的关联程度,可以分为契约性的松散结合模式和组织性的紧密结合模式。前者包括“公司”+“农户”模式和“公司”+“农业合作社”+“农户”模式等。由于契约模式存在各种机会主义,农户和公司的目标函数并不一致,持续的长期契约很难维持。后者包括土地承包经营权入股农业公司、入股合作社和入股信托机构等。从立法目的解释,《农村土地承包法》第42条中的“入股”是最广义的入股,包括入股公司、入股合作社和入股信托机构等。主体法定是民商法的基本原则,新型农业经营主体也要法定。新型农业经营主体包括专业大户、家庭农场、农民合作社、龙头企业及农业产业化的经营组织。

家庭农场的概念在2013年中央一号文件中首次出现。家庭农场是以职业农民为主体,以家庭成员为主要劳动力,专业从事农业规模化、集约化和商品化生产的新型农业主体。2014年《农业部关于促进家庭农场发展的指导意见》将农业经营主体界定为“农民或其他长期从事农业经营的人员”,不再强调具有农业户口。这改变了家庭农场的农户属性,为城镇人员从事经营农场提供了政策的支撑。依据民商法原理,家庭农场不是独立的民商事主体,只是从事农业经营的民商事主体。家庭成员共同从事农业经营,与非家庭成员共同从事农业经营,并没有本质的区别。因此,家庭农场并不是准确的法律概念,不需要特别立法。

农民合作社包括农村土地股份合作社、社区股份合作社和农民专业合作社等。《农民专业合作社法》对农民专业合作社做出了详细的规定,而没有涉及其他合作社。农民专业合作社是具有独立地位的法人,社员应当出资转移到法人名下。囿于土地承包经营权不能自由流转,实践中出现的各种土地股份合作社,法律性质始终存在各种争议。立法要尽可能为当事人提供多种选择,更多的意思自治空间。土地承包经营权是债权性流转,还是物权性流转,直接决定合作社组织形态的法律选择。合作社与合作社法人并不一致,经济上的合作社与法律上的合作也不相同。中央政策的制定者采取了包容性极强的农民合作社概念,为农地改革提供了较大的制度空间。总之,如何在农民专业合作社法和公司法等民商事主体法的框架下,完善新型农业经营主体的组织形态,值得法学界继续探讨。

结论

农地所有权、农地承包权和农地经营权的三权分离改革,是目前经济学主导农地改革政策的形象表述,法学制度建构观念明显不足。农地三权分离更多是指经济学上的产权分离,而不是法学中的权利分离。基于市场在资源配置中的决定性作用,农村集体、农民和新型农业经营主体之间的法律关系,具有自治性和多元性。我国农村土地制度改革,可以归结为实

践先行、政策指导和法律认可的三步走。中央农村土地改革政策的制定,应当让更多法学家参与,更多采取法言法语,不能脱离法律框架创造所谓新颖的权利类型。农村土地法律制度变革的观念应是坚持法治原则的底线思维,坚持以整体性思考为工具、以构建权利制度为目标体系化思维^[27]。土地权利是最重要的财产权之一,必须纳入整个民事权利体系中予以考虑。我国财产权结构是以物权债权的二元划分为特征,物权实行法定主义,债权实行意思主义。农地所有权是所有权的重要类型,属于自物权的范畴。农地承包权就是原来的承包经营权,采取登记的公示方法,属于他物权。按照现行法律制度,农地经营权本质是债权,本质是不动产租赁权。根据2014年8月公布的《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》,能够登记的不动产权利,不仅包括不动产物权,还包括不动产债权。不动产租赁权凸现明显的物权化趋势,公示的社会需求越来越强。因此,在完成土地承包经营权确权登记后,应当适时推进农地经营权登记,为农地经营权融资和入股等提供便利。

参考文献:

- [1] 冯海发. 对十八届三中全会《决定》有关农村改革几个重大问题的理解[N]. 农民日报, 2013-11-18.
- [2] 时兴庆. 合理界定农地所有权、承包权、经营权[N]. 中国经济时报, 2013-12-05.
- [3] 张文宇. 从“两权分离”到“三权分离”[N]. 新农村商报, 2014-01-15.
- [4] 胡余旺. 权利冲突的法哲学思考[J]. 河北法学, 2008 (6).
- [5] [法]泰雷·森勒尔. 罗结珍译. 法国财产法[M]. 北京: 法律出版社, 2008. 186.
- [6] [德]卡尔·拉伦茨. 王晓晔等译. 德国民法通论·上册[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 263.
- [7] [德]鲍尔·施蒂尔纳. 张双根译. 德国物权法·上册[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 32.
- [8] [日]近江幸治. 王茵译. 民法讲义·物权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006. 4-5.
- [9] 傅晨, 刘梦琴. 农地承包经营权流转不足的经济分析[J]. 经济体制改革, 2005 (6).
- [10] 陈永志, 黄丽萍. 农村土地使用权流转的动力、条件及路径选择[J]. 经济学家, 2007 (1).
- [11] 王国辉. 对我国农地使用权流转的法律思考[J]. 农业经济, 2007 (5).
- [12] 申惠文. 中国物权概念的反思与批判[J]. 河北法学, 2014 (3).
- [13] [美]道格拉斯·c·诺斯. 经济史中的结构与变迁[M]. 上海: 上海三联书店, 1991. 21.
- [14] 张玲. 经营权产生根据新探[J]. 法学研究, 1988 (6).
- [15] 丁季民. 经营权与所有权[J]. 法学研究, 1987 (1).
- [16] [俄]科萨尔斯·雷芙金娜. 石天译. 转型时期的经济与社会[M]. 北京: 经济科学出版社, 2000. 71.
- [17] 张宏森. 论所有权同经营权的适当分离[J]. 法学评论, 1985 (4).
- [18] 佟柔, 周威. 论国营企业经营权[J]. 法学研究, 1986 (3).
- [19] 马俊驹, 余延满. 所有权与经营权分离是企业法的灵魂[J]. 法学研究, 1988 (3).
- [20] 张学春. 论全民所有制工业企业经营权的法律地位[J]. 当代法学, 1988 (4).
- [21] 张广荣. 我国农村集体土地民事立法研究论纲[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007. 131.
- [22] 黄辉. 农村土地所有权制度探讨[J]. 现代法学, 2001 (4).
- [23] 高海. 土地承包经营权入股合作社法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014. 241.
- [24] 高飞. 集体土地所有权主体制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012. 280.
- [25] 费孝通. 乡土中国·生育制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998. 62.
- [26] 麻国庆. 家与中国社会结构[M]. 北京: 文物出版社, 1999. 22.
- [27] 陈小君. 我国农村土地法律制度变革的思路与框架[J]. 法学研究, 2014 (4).

(全文共 14,508 字)