

农地三权分置的法实现^{*}

蔡立东 姜楠

摘要：农地三权分置是中国特色现代农地制度的核心，是我国农地权利制度改革既定选择，旨在实现农地规模化经营，破解农地融资困境，提高农业生产效率。农地三权分置政策向可运作的法律实现机制转化，应当以坚持农地集体所有权为前提，以稳定农地既有法权关系为基础，以农地权利财产化为指向。中央农地政策上的农户承包权即为现行法中的土地承包经营权（包括派生出土地经营权的土地承包经营权）。依据权利行使的用益物权发生逻辑，土地经营权是土地承包经营权人行使其权利而设定的次级用益物权，承包权与经营权的法构造为“用益物权—次级用益物权”。在解释论层面，囿于物权法定原则，土地经营权原本并非物权，但其设定一经登记，即获得对抗第三人的效力，并受侵权责任法保护。在立法论层面，未来我国“民法典物权编”应当将土地经营权上升为法定的用益物权，进而实现土地经营权的法定化。

关键词：农地三权分置 土地承包经营权 农户承包权 土地经营权

作者蔡立东，吉林大学法学院、吉林大学理论法学研究中心教授，国家司法文明协同创新中心专职研究人员，“长江学者奖励计划”青年学者（长春 130012）；姜楠，吉林大学法学院博士研究生（长春 130012）。

作为我国农地制度改革的又一重大创新，三权分置是中国特色农地制度的核心内容。“坚持农村土地集体所有权，稳定农户承包权，放活土地经营权”旨在不改变农村集体土地所有权性质及以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制的前提下，清除农地流转障碍，激活农地权利的财产价值，释放农地融资功能。农地三权分置不但具有建立规模化农业、绿色农业、科技农业和提升我国农业产业地位的优势，而且还有保障农民收入、改善农村以及农业生态，从而解决困扰多年的“三

* 本文系作者主持的2016年教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“大数据时代的司法理论与实践研究”（16JJD820004）及吉林省科技发展计划项目“吉林省农村土地管理和经营体制创新研究”（20160418003FG）阶段性成果。感谢匿名评审专家提出的宝贵意见。

农问题”的优势,^①体现了我国国家治理能力在农地制度领域的又一次大幅跃升,确立了未来农地制度立法的基本方向。

目前,《农村土地承包法》《物权法》仅仅为集体土地所有权与土地承包经营权“两权分置”的农地制度配置了有效的法律实现机制。但是,我国既有农地权利体系中并无农户承包权与土地经营权这两个概念,因应以农地三权分置为核心的新一轮农地制度创新的现实需要,必须进一步改进有关农地权利设定、行使和实现的法律制度安排。这需要围绕正确处理农民和土地关系这一改革主线,科学界定“三权”内涵、权利边界及相互关系,逐步建立规范高效的“三权”运行机制,不断健全归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的农村土地产权制度。因而急需在理论上深入研究农民集体和承包农户在承包土地上、承包农户和经营主体在土地流转中的权利边界及相互权利关系等问题。在此基础上,加快农村土地承包法等相关法律修订完善工作。研究健全农村土地经营权流转、抵押贷款和农村土地承包权退出等方面的具体办法。^②

学理逻辑和中央政策的共同指向是,确立中国特色的现代农地制度,关键在于将农地三权分置政策转化为稳定、可行的法律实现机制,确立“三权”法律地位也是《农村土地承包法》修改的重点和编撰“民法典物权编”的牛鼻子工程。设计农地三权分置的法律实现机制需要洞察新中国农地政策的历史脉络、现实走向和未来趋势,利用既有制度资源,探索农地权利的有效实现方式,明确集体土地所有权、农户承包权与土地经营权的法律性质及其相互关系,厘清农地三权分置实现的法律技术路径和具体机制。由于集体土地所有权的性质及实现方式已至为明晰确定,本文仅在必要之处简要涉及,讨论的重心置于农户承包权与土地经营权的关系、土地经营权的内容、效力、功能和变动机制。

一、农地三权分置生成的制度逻辑

农地是中国农村最重要的生产要素,不仅仅是农民基本的生产、生活资料,更是实现农村稳定、推进经济发展和社会进步的重要物质基础。几千年来,拥有土地,就成为中国农民驱之不散、挥之不去的梦想,而土地秩序,则是主宰中国社会兴起与衰落、和谐与冲突的首要逻辑。^③农地制度甚至成为表征中国社会制度整体样态的基础因素,其演进逻辑不仅是社会制度变革的基本标志,更成为推动社会制度变

① 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。

② 参见中共中央办公厅、国务院办公厅2016年10月30日印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(后文简称《农地三权分置意见》)。

③ 胡穗:《中国共产党农村土地政策的演进》,北京:中国社会科学出版社,2007年,李屏南“序”,第2页。

革的重要力量。

(一) 从政治中心到效率主导是我国农地制度演进的基本逻辑

新中国成立以来,我国的农地制度走过了一条从主要服务于实现政治理想到关注提高农业生产效率、从注重农地产权的社会属性到重视其经济属性的演进道路,围绕着农地所有、农业经营及其相互关系这一制度枢纽,不断丰富农地权利类型,经历了不同的发展阶段,先后形成了以下四种类型的农地制度。

1. “农地归农民个体所有,农业实行农户自主经营”型农地制度。新中国成立初期,我国就彻底摧毁了封建土地所有制,推行“农地归农民个体所有,农业实行农户自主经营”的农地制度。党确立“农地归农所有”政策主要基于以下考量:其一,兑现党对农民的基本政治承诺。在土地革命时期,党就确立了“土地归农所有”的基本政策,这一政策的推行极大地激发了农民的革命热情,为新中国的成立奠定了坚实的群众基础。^①新中国成立之初,面临着巩固新生政权、恢复社会生产秩序的现实压力。若急于废除“土地归农所有”政策,必然影响农村的社会和政治稳定,削弱新生政权的政治基础。其二,迁就当时农业生产发展的现实水平。新中国成立初期,我国农业生产社会化程度低,技术装备落后,赋予农民个体以土地所有权能够激发其生产热情,有利于促进农业生产力的恢复和发展,具有比较优势。

2. “农地归集体所有,农业实行集体经营”型农地制度。随后到来的社会主义改造运动力图通过政治动员的方式推行农业的规模化经营,开启了“农地归集体所有,农业实行集体经营”的道路。1953年,中国共产党提出了党在过渡时期的总路线,其实质就是使生产资料的社会主义公有制成为我国唯一的经济基础,具体到农村土地政策上,中共中央发布了《关于发展农业生产合作社的决议》,突出强调了农民要在农业生产中横向联合,走“临时互助组—常年互助组—初级农业生产合作社—高级农业生产合作社”的发展道路。1956年6月,第一届全国人民代表大会第三次会议通过了《高级农业生产合作社示范章程》,标志着农村土地私有制向集体所有制的转变。受极左思想的影响,中共中央于1958年通过《在农村建立人民公社问题的决议》,由此在全国掀起了人民公社化运动。1962年9月,基于对人民公社化运动的反思,党的八届十中全会通过了《农村人民公社工作条例(修正草案)》,确立了“三级所有,队为基础”的农地集体所有制。^②

3. “农地归集体所有,农业实行农户自主经营”型农地制度。1978年,党的十

^① 1936年毛泽东回答埃德加·斯诺有关革命、农民和土地问题的提问时说:“谁赢得了农民,谁就会赢得中国,谁能解决土地问题,谁就会赢得农民。”(路易斯·惠勒·斯诺编:《斯诺眼中的中国》,王恩光等译,北京:中国学术出版社,1982年,第47页)

^② 参见詹王镇:《马克思主义土地产权理论及其在中国的实践研究》,合肥:合肥工业大学出版社,2015年,第172—177页。

十一届三中全会决定把党和国家的工作重心转移到经济建设上来，为解决农业生产面临的效率低下问题，我国农地制度开始转向“农地归集体所有，农业实行农户自主经营”。推行家庭联产承包责任制，建立以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，形成了集体土地所有权与土地承包经营权“两权分置”的中国特色农地制度，实现了农地权利的公平分配，极大地激发了农民个体的生产积极性，大幅提高了农业生产效率。但随着农业技术的进步，既有农地权利结构的弊端逐渐显露，以家庭为基本生产单位的农业经营模式使得农地始终处于碎片化状态，^① 农户经营的耕地面积过小直接影响劳动要素的合理配置，^② 难以满足现代农业的规模化经营需求。^③

4. “农地归集体所有、归农户自主用益，农业实行规模化经营”型农地制度。面对现代农业技术的迅猛发展和城镇化进程的急剧提速，两权分置农地制度的红利已经释放殆尽，为了进一步提高农业生产效率，实现新时期农业的跨越式发展，新一轮土地制度改革势在必行。^④ 2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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》提出，“坚持农村土地集体所有，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。”将农地三权分置确立为实现农业规模化经营的政策选择。2015年2月中共中央、国务院印发的《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》强调，“坚持农民家庭经营主体地位，引导土地经营权规范有序流转。”确认了土地经营权的财产属性和流转功能。2015年8月国务院印发《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》，明确了在试点地区允许农地权利人对

① 以2004年至2009年为例，我国农户人均经营农地数量2004年达到峰值，仍仅为7.99亩，人均每亩年收入2009年达到峰值，也仅为632.8元。参见张淑英主编：《中国农村住户调查年鉴》，北京：中国统计出版社，2010年，第16、27页。

② 在地理条件、自然环境允许的情况下，农地规模化经营已经成为现代农业发展的必然趋势。以欧洲国家为例，随着农业人口向城镇不断转移，农场的农地经营面积呈现明显的增加趋势。参见 Brian Gardner, *European Agriculture: Policies, Production and Trade*, London: Routledge, 1996, p.74.

③ 农地碎片化的弊端主要体现在以下四方面：一是农业生产组织成本过高；二是限制新农业技术的应用；三是农作物收获损失过高；四是劳动力成本过高。参见 Laure Latruffe and Laurent Piet, “Does Land Fragmentation Affect Farm Performance? A Case Study from Brittany, France,” *Agricultural Systems*, vol. 129, 2014, p.78.

④ 党的十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出，“发展多种形式的适度规模经营。有条件的地方可以发展专业大户、家庭农场、农民专业合作社等规模经营主体。”指明了农地规模化经营的农业发展方向。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》进一步提出，“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。”

土地经营权进行抵押，激活了土地经营权的融资功能。2015年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》更为明确地指出，“深化农村土地制度改革的基本方向是：落实集体所有权，稳定农户承包权，放活土地经营权，”全面阐释了农地三权分置的内涵。在以上基础上，《农地三权分置意见》提出农地三权分置的实施要“始终坚持农村土地集体所有权的根本地位；严格保护农户承包权；加快放活土地经营权；逐步完善三权关系”。至此，农地三权分置的政策构想和实施策略获得全面阐释，我国的农地制度开始了“农地归集体所有、归农户自主用益，农业实行规模化经营”的又一次转型。

可见，尽管我国农地制度在不同的历史时期都带有鲜明的时代印记，但其变迁过程体现着清晰的渐进式演进逻辑。具体而言，影响我国农地制度的最关键因素始终是政治理想和经济考量，四种不同的农地制度类型都是在兼顾二者并有所侧重的抉择中逐渐定型的，^①没有一种农地制度完全是政治追求的结果，也没有一种农地制度纯粹是效率逻辑的产物。其中的差异仅在于政治追求与效率逻辑的影响权重不同，二者影响权重的不同配比，就形成了不同类型的农地制度。

每一个社会均会形成其独有的对待土地的文明态度。^②中国农地制度演进的历史逻辑向我们清晰展示了中国特色农地制度生成和变迁的如下基本经验。一是以发展、完善农地集体所有制为前提。马克思指出，“小块土地所有制按其性质来说排斥社会劳动生产力的发展、劳动的社会形式、资本的社会积聚、大规模的畜牧和对科学的累进的应用。”^③恩格斯强调，“我们对于小农的任务，首先是把他们的私人生产和私人占有变为合作社的生产和占有”。^④农地集体所有制是农业社会化生产的内在要求，也是中国农地产权制度的核心和基本特征，符合社会生产力发展的根本要求，能够有效促进我国农业生产力的发展。^⑤农地制度改革绝不能动摇集体所有制。二是以保障农民的根本利益为依归。农地制度事关农民的根本利益。历史证明，成功的农地制度安排必然具有公平正义的内在属性，必须为实现农民根本利益提供可靠保障。新时期，农地制度无论怎么改革，都不能损害农民的基本权益。这是农地

① 中国渐进式改革的实施战略是，一方面，允许实行改革；另一方面，又要保持国家与社会基础的稳定。参见谢列兹尼奥夫：《21世纪俄罗斯的改革选择》，《求是学刊》2013年第1期。

② 参见 Kate Green, *Land Law*, Basingstoke: Macmillan Press LTD, 1997, p. 6.

③ 《马克思恩格斯全集》第46卷，北京：人民出版社，2003年，第912页。

④ 《马克思恩格斯选集》第4卷，北京：人民出版社，2012年，第370页。

⑤ 1952年到1982年是我国农村集体所有制不断发展和完善的时期。1952年我国农林牧渔业的生产总值为461亿元，到了1982年，这一数字变为2483亿元。这一阶段，我国农业生产水平不断提高。数据来源参见中华人民共和国农业部编：《新中国农业60年统计资料》，北京：中国农业出版社，2009年，第11页。

制度改革绝对不能突破的底线。^① 三是以党和政府践行执政为民理念的自主性追求为根本动力。在不同的历史时期，中国共产党始终坚持不懈地团结并带领亿万农民，在实践中不断总结新经验，发展新理论，解决新问题。新中国成立以来，党和政府审时度势，根据不同的时代特征和社会发展需要，自主调适农地制度的内容及其实现方式，一步步探索出符合中国国情的农地制度。在全面推进依法治国的新的时代背景下，党和政府更加自觉地坚持依法执政，不断提高中国特色农地制度法治化水平，主动以法治的方式实现执政的自主性追求。四是以逐步提升农地资源配置效率为发展趋势。随着国家社会保障能力的增强，需要提高城乡一体化水平，不断增加农民收入，改善农民的生活质量，彰显中国特色农地制度的优势，为经济和社会发展注入内生动力。未来我国农地制度必将更加注重提高农地资源的配置效率和农业生产的产出效率。

（二）农地三权分置有利于进一步提升农地资源的配置效率

在维护农民既得土地权利的前提下，发挥市场机制在农地资源配置中的决定性作用，提高农地资源利用效率和农业生产效率，其制度性前提在于保障农地权利的相对自由流转，维护受让方所取得权利的确定性。而在我国既有集体土地所有权与土地承包经营权两权分置的农地制度框架下，土地承包经营权的自由流转，特别是物权性处分受到诸多限制。^② 土地承包经营权的融资担保功能亦被法律削弱，为了防止农民因抵押土地承包经营权而失去土地，丧失基本生活保障，现行法否定了土地承包经营权的抵押能力。

目前，在高速工业化和城镇化背景之下，农村成为城市劳动力的供给区。^③ 农村人口流动加速，拥有承包权的农民不继续经营土地的现象愈来愈普遍，农村土地承包和经营的分离趋势愈加明显。现行法中的土地承包经营权制度在实践中不免遭遇源自有效性维度的困境。一方面，既有土地承包经营权流转及融资障碍限制了农地权利财产价值的实现，妨碍了农地资源的市场化配置；另一方面，农地实际经营者的权利及法律地位难以确定，影响了农业投入的增加。因此，亟需新的农地权利配置突破制度困局。

如何在保障农民不失去对土地控制的前提下，最大限度地促进农地流转，发挥

^① 参见陈锡文：《农村土地制度改革，三条底线不能突破》，<http://theory.people.com.cn/n/2013/1205/c40531-23749491.html>，2016年3月25日。

^② 参见蔡立东、姜楠：《论土地承包经营权转让中的发包方同意》，《吉林大学社会科学学报》2014年第4期。

^③ 参见 David Harvey, "The Role of Markets in the Rural Economy", in Paul Allanson and Martin Whitby, eds., *The Rural Economy and The British Countryside*, London: Earthscan Publications Ltd, 2009, p. 20.

农地的融资功能,提高农业生产效率,农地三权分置应运而生。相较于既有集体土地所有权与土地承包经营权两权分置,农地三权分置政策更充分地兼顾了公平与效率,在保留农地产权的社会属性及其对农民的社会保障功能的基础上,更加关注农地产权的经济属性,更为有效促进农地资源配置效率的提高。“落实所有权”意在使集体所有权转化为现实可行的制度装置,成为可以搭载集体功能的法定权利,以巩固和加强农村土地集体所有制。其政策宗旨在于通过农民集体应有职能的发挥,协调集体成员生产活动、促进农业生产的发展。《民法总则》第99条明确了农民集体经济组织的法人地位,意在强化集体所有权的行使,也体现了这一政策宗旨。“稳定承包权”的政策目的在于维护农地权利分配的公平,让承包权继续承载土地承包经营权的社会保障功能。尽管农村地区人口城镇化的速度加快,但是大部分农民在城市的工作不稳定,成为“候鸟式”的转移人口,农闲时进城务工,农忙时回乡务农。对于进城务工农民,农地依然发挥基本生活保障作用,农村留守人员更是需要以农地收益作为主要的生活来源。作为农民用益农地的基础性权利,承包权不应承担推动农地资本化的功能,而是让农民基于承包关系获得持久稳定的保障,由此决定了承包权趋向于稳定而非流转的质的规定性。与之相反,“放活经营权”的政策意旨在于提高农地资源的配置效率,以土地经营权这一新型农地权利为载体实现农地使用权的相对自由流转,为农地规模化经营创造前提和基础,同时释放农地权利的融资担保功能。

二、农地三权分置法律实现机制的设计路向

农地三权分置政策对农地法律制度的设计具有导向作用,相关法律制度的创新及运行要服务于政策目标的实现。但作为一种国家治理方式,政策通常不能顾及具体的实现路径,更遑论操作细节。新的权利对应于新的经济力量产生,^①土地法律既能反映土地经济价值的变化,又能促进这一变化的产生。^②实施农地三权分置政策,关键在于土地经营权的相对自由流转。由此,其法律实现机制的核心则在于促进土地经营权等新型农地权利财产化,催生新型农地经营主体,这一核心构成了设计农地三权分置法律实现机制的路向。新型农地权利财产属性的强化意味着这些权利回归财产权的本真,进而可以通过市场体现和实现其价值。

① Y. 巴泽尔:《产权的经济分析》,费方域、段毅才译,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1997年,第89页。

② 参见 Andrew Lyall, “Law and Reform in Ireland,” in Paul Jackson and David C. Wilde, eds., *The Reform of Property Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing Co., Ltd., 1997, p. 317.

（一）新型农地权利财产化是实现农地三权分置的内在要求

1. 新型农地权利财产化是维护农民对集体土地合法权益的根本渠道。每个人利用财产获利的能力大小，取决于其产权的实现程度。^① 当前农民在土地权利享有上存在空白、虚化和残缺，权利行使低效，侵害救济乏力，制度配套不足等各种问题，导致农民土地权利贫困化现象严重，农民的可行能力低下。^② 最为突出的表现便是，城乡土地权利财产价值的二元结构。集体土地被大量征收，由于土地制度不完善，土地市场功能未能充分发挥，农民难以全面享受土地资产增值带来的收益，导致以农业为生的农民权益受到不同程度的损害。^③ 土地承包经营权和宅基地使用权的可转让性及可抵押性也受到法律的严格限制，其财产价值远远低于国有建设用地使用权，财产权的城乡差异甚为明显。农地财产权利的贫困严重阻碍了农地制度改革的推进。党的十八届三中全会提出“赋予农民更多财产权”，检验土地制度改革是否成功的标志是“赋予农民更多财产权利”的承诺能否真正兑现。^④ 农地制度改革需要向农民更充分赋权，增加农民对土地的新型财产权。只有这样，农民才能真正自主选择农地权益价值的实现方式，才能最大化农地权益的财产价值。

2. 新型农地权利财产化是实现农地三权分置政策目标的必由之路。发展农地适度规模经营、提高农业生产效率，改变传统的以个体农户为单位的农业经营模式，需要凭借财产化的农地权利类型，通过市场机制配置农地资源，激活农地权利的融资功能，催生新型农业经营主体。在农业生产方面，新型农业经营主体往往具备丰富的经验及专业知识，更有意愿推广专业化、机械化的农业生产模式，进而提高农业规模效益。^⑤ 但塑造新型农业经营主体，需要良好的法律制度特别是财产权制度的支持，使其放心投入、培肥地力、完善农业基础设施。^⑥ 有恒产者方有恒心，只有通过设定新型农地权利，赋予农业经营者对流转土地在一定期限内依法享有占有、耕作并取得相应收益的财产权，并赋予该权利充分的可处分性和抵押能力，为其提

① Y. 巴泽尔：《产权的经济分析》，第 119 页。

② 耿卓：《农民土地财产权保护的观念转变及其立法回应——以农村集体经济有效实现为视角》，《法学研究》2014 年第 5 期。

③ 赵万一：《中国农民权利的制度重构及其实现途径》，《中国法学》2012 年第 3 期。

④ 刘守英：《中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》，《法商研究》2014 年第 2 期。

⑤ 发达国家亦出台相关政策鼓励更具备专业知识的生产者参与农业生产活动。例如，欧盟在 1992 年制定农民提前退休政策，目的是让受过技术训练、具备良好农业知识的年轻农民尽早参与农业生产活动。参见 Mikael Akimowicz et al., “What Influences Farm Size Growth? An Illustration in Southwestern France,” *Applied Economic Perspectives and Policy*, vol. 35, no. 2, 2013, p. 244.

⑥ 韩长赋：《“三权分置”严格保护土地承包权、加快放活经营权》，<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-11-03/doc-ifxxmyuk5757292.shtml>, 2016 年 11 月 6 日。

供稳定的行为预期，才能真正实现农地规模化经营，提高农业生产效率。

3. 新型农地权利财产化是推行农地三权分置政策内容的制度枢纽。“落实集体所有权，稳定农户承包权，放活土地经营权”都是旨在从不同方面保障农民对农地的财产性权利。首先，集体土地所有权的落实意味着作为所有权主体的农民集体，通过法定程序行使对集体土地的应有权利，在成员集体对本集体土地的所有中，每个成员不可分割地享有集体所有权，没有现实的应有份额，只能按照集体分配原则平等地享受利益。^①保障集体土地所有权人依法享有、行使集体土地所有权，集体土地权益得以保值、增值，作为集体成员的个体农民也就获得相应的财产收益，落实所有权的最终落脚点是农民财产权益的实现。其次，稳定承包权与放活经营权的目的在于使农民保留既有农地权利的同时，又能通过依法流转新型农地权利，依靠农地获得资产性收益，其直接的落脚点就是农民财产权益的实现。

农地三权分置政策的法律实现必然以新型农地权利财产化为圭臬，这意味着权利人依法享有的土地权利可以对抗第三人的不当干预。权利人有权按照自己的意志，自主用益权利客体，权利行使和处分以权利人自我目的的实现为导向，这将为发挥市场机制在农地资源配置中的决定性作用奠定法律基础。

（二）财产化新型农地权利的性质分析

集体土地所有权作为法定的物权类型，其权利性质已经明确。但农地三权分置下的农户承包权、土地经营权依然停留在政策层面，而未上升为明确的法定权利，政策中的农户承包权、土地经营权不是法律概念，不能基于此当然地解构或新设法律上的权利。基于对农地三权分置政策的不同解读，学界和实务界对农户承包权与土地经营权的法律内涵提出了不同见解。歧见纷呈的局面，直接导源于对新型农地权利财产化这一农地权利制度改革主线尚未形成共识。

1. 财产视域下的农户承包权

土地承包权是权利人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。《农地三权分置意见》申明集体土地承包权属于农民家庭。这表明农户承包权属于集体土地所有权派生之用益物权，其实质是权利人对承包土地的使用和支配，而不是具有身份权性质的、集体成员承包土地的某种资格。依据物权发生的基本逻辑，设立于集体土地之上的用益物权的母权为集体土地所有权，农户承包权的设置是农民集体行使土地所有权的主要方式。相对于农民集体，农民个体具有双重身份，既作为集体成员共同享有集体土地所有权，又作为独立个体依法享有对承包地的占有、使用及相应收益权。农户承包权具有财产价值，权利人可以选择自行用益农地获得收益，也可以选择通过设定、流转土地经营权实现其权益。农户承包权虽为财产权，但由于

^① 韩松：《坚持农村土地集体所有权》，《法学家》2014年第2期。

承载社会保障功能，其流转必然受到这一功能所内含的限制，也正是基于此，才有土地经营权出场的必要。可以再行设定土地经营权，强化农户承包权的财产属性。但通过稳定承包权，农地制度对效率的追求，无需以牺牲集体成员公平享有土地利益为代价，这正是“三权分置”相比于“两权分置”的创新之处。

农户承包权为财产权而非身份权，尽管只有具备集体成员资格才能够向本集体申请承包权，集体成员身份为农户取得承包权主体地位的内在条件，但成员权与后者的本体无关，将承包权认定为以特定身份资格为核心要素的成员权存在以下体系性障碍：

首先，成员权并非集体成员取得农户承包权的充分条件。其一，承包权的设定程序是农户向农民集体提出申请，要求获得承包权，农民集体与申请人签订承包合同，承包方取得承包权。成员权只是参加承包、取得承包地的资格，权利人还不能直接、现实地支配承包地，能否现实地取得对承包地的物权尚不确定。在承包期内“生不增地，死不减地”的法政策下，新增人口即使具备成员资格，也并非一定能获得土地承包经营权。其二，集体成员资格的主体是农民个体，而非为农户。但家庭承包方式下，集体土地的承包方为农户而非集体成员。也就是说，承包权主体为农户而非个体集体成员。^① 即使承包户中个别成员失去集体成员资格，发包方仍不得收回其承包地份额。^② 由此可见，集体成员资格与承包权的取得不存在必然联系。

其次，将农户承包权认定为成员权，可能危及农地承包关系的稳定。在我国现行法体系中，并无关于集体成员权（成员资格）的内涵、取得及效力等的明确规定，加之成员权的取得以成员身份或资格的认定为前提。实践中，集体成员资格的认定属于农民集体自治的范畴，农民集体或村委会对于本集体成员资格认定具有几近终局的裁量权。^③ 一旦以成员权的享有作为取得农户承包权的基础，农民集体很有可能以土地承包经营权人不具备成员资格为由，否定其享有承包权，进而侵害农民个体的合法权益。同时，农民集体或村委会亦可能通过调整成员资格的认定标准，破坏承包关系的稳定。因此，从原有用益物权中分离出独立的且具有成员权性质的承包权，既缺乏法理依据，又不具备现实必要性。

① 土地承包经营权的主体是农户，而非个体成员，不仅是《物权法》（第124条）《农村土地承包法》（第3条、第15条、第41条）的公共选择，而且《农地三权分置意见》再次明确了这一立场。同时，这也构成我国学界的共识。

② 崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》下册，北京：清华大学出版社，2011年，第511页。

③ 《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第1条第2款规定，“集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权提起民事诉讼的，人民法院应当告知其向有关行政主管部门申请解决。”

最后,将农户承包权认定为成员权,必然遮蔽其财产权属性,影响农地资源的配置效率。农地三权分置政策目标必须搭载于可处分的财产权才能实现,这意味着三权分置背景下的农户承包权不仅本身必须是可流转的财产权,而且还应该能为新型财产权的续造提供基础和前提。成员权以成员资格为发生基础,与成员资格同生共灭,具有身份属性,不见容于现有的财产权,作为成员权之核心权能的参与管理权显然不属于物权,在内容和效力上也与债权不符,属于一种“组织性的权利”,其不是通过权利人单独形成某种法律关系,而是通过权利人共同影响,使共同意志成为可能。^①以成员权为基础设计农户承包权,必然增强后者的身份属性,给向其加载新型财产权制造障碍,这不仅有违权利财产化的农地制度内在诉求,而且不利于新型农地权利的生成,将从根本上妨碍农地三权分置政策目标的实现。

事实上,成员权的认定关涉集体所有权主体范围的确定,需要相关立法对农民集体的法律地位、农民集体成员资格的认定标准等加以明确,这显然属于“落实所有权”的范畴,而并非“稳定承包权”的真正涵义,将承包权等同于集体成员权是对农地三权分置政策的误读。

2. 财产视域下的土地经营权

土地经营权是权利人对流转土地依法享有的在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利。在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下,平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权,保障其有稳定的经营预期。承包农户流转出土地经营权的,不应妨碍经营主体行使合法权利。^②据此,土地经营权应为派生于农户承包权并与农户承包权具有平等法律地位的独立财产权。

导源于对新型农地权利财产化缺乏足够的清醒和自觉,学界对土地经营权性质的认识亦存在分歧,形成了以下三种主要观点:“总括权利说”认为,经营权并非具体化的单一权利,而是包括土地承包经营权在内的各种农地使用权的总称。^③“两权说”认为,基于现行《农村土地承包法》第37条的规定,经营权的性质因土地流转形式不同而不同,其中转让、互换产生承包经营权让渡,具有物权性质,而转包、出租不产生土地承包权利的让渡,具有债权性质。^④“债权说”认为,经营权人与承包权人是一种债权法律关系,更多地受《合同法》约束,经营权的本权是基于土地流转合同意定原因而产生的,因而其本权是债权,为意定本权,而

① 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,北京:法律出版社,2003年,第222、288页。

② 参见《农地三权分置意见》。

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

④ 孙中华:《关于农村土地“三权分置”有关政策法律性问题的思考》,《农业部管理干部学院学报》2015年第3期。

不是物权。^①

首先，将土地经营权界定为土地使用权无助于推动农地三权分置政策的实施。我国现行法体系中，“土地使用权”不是一项具体的财产权利，关于这一概念法律意义上的内涵、外延与种类等，也没有形成明确的通说，《土地管理法》中的“土地使用权”具有多重意义，如第11条第2款所称“建设用地使用权”应指“集体建设用地使用权”，第11条第3款、第55—58条等所称“使用权”或“土地使用权”应指“建设用地使用权”，第12条、第16条中的“土地使用权”则泛指使用土地的各种权利。《物权法》并未将“土地使用权”作为法定的物权类型，而是以“用益物权”概指对土地的物权性利用关系，以“土地承包经营权”“建设用地使用权”“宅基地使用权”“地役权”分别指称不同利用目的的用益物权，在物权法定主义之下，土地使用权已无法在《物权法》中找到其位置。^②将土地经营权认定为涵盖多种土地权利类型的土地使用权并无实际意义，不产生知识增量，也就无益于农地三权分置政策内容的厘清及落实。

其次，“两权说”的结论不符合权利运行的内在逻辑。土地承包经营权是法定的、独立的权利，该权利的转让、互换是权利人对权利进行的整体处分，不能产生新的权利类型。“两权说”以直观反映论的思维方式，单纯地以合同相对方权利的取得方式决定土地经营权的性质，不构成对于土地经营权法律性质的阐释，无助于本论域研究的推进。

最后，将土地经营权的性质定位为债权必然降低农地三权分置的固有意义。其一，经营权止步于债权，不利于实现农地规模化经营。若经营权仅为债权，不具备对抗第三人的法律效力。经营者所承担的经营风险与防控风险的成本必然增加。同时，以债权机制实现的农地规模化经营亦受制于主体的机会主义行为，经营主体的合法权利极易受到侵害。其二，经营权限定为债权，不利于农地权利融资功能的实现，也不利于抑制农地经营人的道德风险。在农地债权流转场合，不仅由此设定的农地权利不利于作为融资的授信基础，而且权利人可能为追求短期效益，进行掠夺性、破坏性生产。基于规避经营风险的考虑，经营者更不会对农地进行长期投资，这必然妨碍农地利用效率的提高。

（三）财产化新型农地权利设计的制度平台

立法型塑财产关系需要全面反映基本的社会认知。^③农地三权分置是对既有土

^① 吴兴国：《承包权与经营权分离框架下债权性流转经营权人权益保护研究》，《江淮论坛》2014年第5期。

^② 高圣平：《农地金融化的法律困境及出路》，《中国社会科学》2014年第8期。

^③ 参见 Peter M. Gerhart, *Property Law and Social Morality*, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 53.

地承包经营权制度的发展,关于承包权与经营权的制度建构不能罔顾其历史传承和渊源关系,脱离土地承包经营权制度另起炉灶,而应当建立在既有的土地承包经营权制度基础之上。承包权与经营权的内涵及其法律性质的厘定必然要以土地承包经营权制度为平台,以农地权利财产化为指向,遵循用益物权制度的基本逻辑,彰显中国特色农地制度的公平与效率。

首先,以土地承包经营权为制度平台设计农户承包权和土地经营权,是我国农地制度演进逻辑的必然要求。有效率的法律制度必须充分借鉴和利用既有制度资源,农地三权分置特别是农户承包权和土地经营权的提出,是基于提高农业生产效率的农地制度内在逻辑对既有两权分置的有效改进,而不是无视我国农地制度演进逻辑的重新开始。正如伯尔曼教授所言:“任何重新整合过去时代的努力都可能根据现行的范畴和概念加以理解和判断……如果没有一种对于过去的重新整合,那么,既不能回溯我们过去的足迹,也不能找到未来的指导路线。”^①有意义的法律制度创新只能是契合于制度演进逻辑的自我完善,而不是对制度演进历史的断然割裂。关于农户承包权与土地经营权含义及性质的判断,必须立足于现行土地承包经营权制度。

其次,以土地承包经营权为制度平台设计农户承包权和土地经营权,是推进农地制度创新的可靠保障。在法律制度变迁过程中,既有制度的“遗传基因”总是能复制于新制度之中。改革开放后,党和国家通过土地承包经营权制度,确认了农民个体对土地享有的正当使用权,调整了集体土地所有权的实现方式,修正了高度集中的农地经营体制。土地承包经营权的概念及其内涵早已深入人心,构成了新时期土地制度文化的重要组成部分,有着广泛的群众基础。承包权与经营权的内涵及法律性质的确立,如果完全摒弃既有土地承包经营权制度,盲目地另辟蹊径,意味着我国农地权利制度的架构将发生根本性变革,这不仅会产生制度实施成本过高的问题,而且会危害既有农地法律制度支撑的稳定秩序,承包权与经营权的内涵和法律性质的确立必须建立在既有土地承包经营权制度之上。

最后,以土地承包经营权为制度平台设计农户承包权和土地经营权,是践行农地制度创新的既定选择。农地三权分置政策的推行以土地承包经营权确权为前提,这一举措暗含了以土地承包经营权为制度基础确立农户承包权、土地经营权制度的政策选择。^②从土地承包经营权、承包权、经营权的实践关系来看,土地承包经营权为现行法所确认的法定权利,而承包权与经营权虽然尚未得到法律的确认,但一

^① 哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,“序言”,第5页。

^② 2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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,“坚持农村土地集体所有,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”;“健全土地承包经营权登记制度……推进土地承包经营权确权登记颁证工作。”

些地方政府已经以规范性文件对承包权与经营权作为独立权利类型的实践加以确认。在中央确定农地三权分置政策之前，部分地方政府已经明确了农地三权分置的具体内容。土地承包经营权制度、承包权与经营权分置具有一定内在的共生性，承包权与经营权分置是在土地承包经营权制度基础上开展的新一轮制度创新。

三、农地三权分置法律实现机制的具体构造

设计农地三权分置的法律实现机制，必须着眼于农地制度的演进趋势，立足于提升制度的自我实施能力，遵循顺应社会发展需要原则、资源配置效率最大化原则、便利权利行使及救济原则。因此，具体的权利构造应以财产化为着眼点，丰富通过市场体现和实现权利价值的方式和途径。

（一）农地三权分置的权利结构

作为社会主义生产资料公有制的核心制度安排，集体所有权将集体财产的使用价值和交换价值的实现方式锁定于为他人设定用益物权。现行法及中央政策将农户承包权定位为权利人对承包土地依法享有占有、使用、收益的权利，稳定承包权，就是要保障权利人对农地的使用和收益，而不在于实现农地的流转与融资功能。为达此政策目标，承包权的转让、抵押必然会受到法律严格的限制，承包权的这些特征与土地承包经营权完全符合，^① 农户承包权对应的是《农村土地承包法》和《物权法》规定的土地承包经营权。^② 土地承包经营权，包括派生出经营权的土地承包经营权在政策上统称为农户承包权。实践中，为了与未设立经营权的土地承包经营权加以区分，农户承包权往往特指派生出经营权的土地承包经营权。法律意义上，“稳定承包权”的宗旨是确认并强化农户已取得的土地承包经营权的物权属性。“放活经营权”意味着该权利是完全的财产权利，不但应具备基本的用益属性，亦应具备可转让性、可抵押性。囿于物权法定原则的限制，土地经营权并非法定的用益物权类型，有待融入我国既有的物权体系。

1. 用益物权生成于母权的行使

用益物权的生成逻辑在于所有权的行使，而不是所有权权能的分离。大陆法系物权法中，用益物权派生并依附于所有权，其产生方式一般为所有权人基于法律行为为他人设定。所有权具有整体性，不是占有、使用、收益、处分等各种权能在量上的总合，而是一个整体的权利，故不能在内容上加以分割。在所有物上设定用益物权，并非让与所有权的一部分，或将所有权的部分权能分离出去，所有权还是原

^① 根据《物权法》第128、184条，土地承包经营权之上不能设定抵押权。

^② 李国强：《论农地流转中“三权分置”的法律关系》，《法律科学》2015年第6期。

来的所有权，依然具有完全的权能。由所有权派生或分置生成的用益物权是一个新的、独立的物权，具有属于其本身的使用、收益等权能。设定用益物权作为所有权行使的方式，与所有权的本体无关。用益物权尽管派生于所有权，但为实现其目的及功能，它们的法律效力必须在一定范围内抑制着所有权的效力。否则，用益物权就会形同虚设。^① 作为相互独立的权利，所有权和用益物权均具有属于其自身的权能，当然可能发生权能上的重叠。

立足于权利行使的视角，所有权人为他人设定用益物权后，受其设定他物权意思表示的拘束，用益物权人对所有权标的的使用价值的支配优先于所有权人，用益物权对所有权的行使形成一定限制。所有权对用益物权的行使亦划定界限，如用益物权具有存续期间、用益物权人不得损害所有权人利益，两者在一定程度上形成制衡关系。

依据权利行使的逻辑，用益物权人可以对其享有的权利以设定次级用益物权等权利负担的方式加以处分，取得独立权利地位的次级用益物权人对该权利的支配权可以视为“物权”。^② 依据《物权法》第117条，用益物权的权能包括占有、使用和收益，未包括处分。《物权法》之所以没有将处分权能包含于用益物权具体权能之中，原因在于用益物权没有对用益物权客体物的处分权能，^③ 其所要排除的处分权能仅仅为针对客体物的处分。尽管用益物权人不能对客体物加以处分，但是，用益物权人可以处分用益物权自身，^④ 《物权法》第143条规定的建设用地使用权的转让、抵押等处分行为针对的是该权利本身，而并非针对客体物（国有土地）。^⑤ 因此，用益物权人可以在自己的权利之上设立次级用益物权应无疑义。比较法上，用益物权人在其权利之上设定次级用益物权亦不乏先例，德国联邦最高法院就以判例的方式承认所有权人也可以为自己设定地上权，地上权人亦可以设定下级地上权，即在土地权上设定次级地上权。^⑥ “用益物权—次级用益物权”的权利架构构成用益物权行使和实现的方式。

2. 农户承包权派生于集体所有权，土地经营权派生于农户承包权

土地承包经营权属于用益物权，派生于集体所有权应无异议。土地承包经营权具有可处分性，权利人以权利行使的方式设定次级用益物权，属于对自身权利的处分，符合《物权法》的基本逻辑。土地承包经营权之上可以设定具有明确存续期间

① 崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》下册，第491页。

② 王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京：人民法院出版社，2007年，第522页。

③ 孙宪忠：《中国物权法总论》，北京：法律出版社，2014年，第150页。

④ 房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京：北京大学出版社，2006年，第191页。

⑤ 王利明：《物权法研究》下卷，北京：中国人民大学出版社，2013年，第768页。

⑥ 参见鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，北京：法律出版社，2004年，第652页。

的土地经营权，后者的存续期间一定在前者的存续期间之内。^① 设定经营权是土地承包经营权行使和实现的方式，在存续期间内，土地经营权具有与土地承包经营权同样的、为从事农业生产所需的各项权能。权利人可以为自己，也可以为他人设定土地经营权。为自己设定土地经营权后，权利人可以就该经营权设定抵押，发挥农地权利的融资功能，也可以向他人转让该权利，实现农地权利的市场化流转。为他人设定土地经营权后，经营权人除获得流转和抵押该权利的权能外，当然可以自己用益农地，在此场合，土地承包经营权的行使将受到限制：其一，经营权人对农地占有的权利优先于土地承包经营权人，土地承包经营权人只能间接占有农地。其二，经营权人对农地使用的权利优先于土地承包经营权人，经营权存续期间，土地承包经营权人不得妨害经营权人对农地的使用。其三，经营权人基于对农地的支配而获得的收益归其所有，土地承包经营权人无权主张该收益。正如用益物权构成对所有权的限制，^②经营权人对于农地的支配优先于土地承包经营权人。因此，土地承包经营权与经营权有权能重叠，但不会发生效力冲突。设定土地经营权的实际效果等同于在时间维度上对土地承包经营权行使进行了分割，在土地经营权存续期间，相对于土地经营权人，土地承包经营权人须相应克减自己权利的行使。

基于上述分析，集体所有权、农户承包权与土地经营权三者的关系可以表述为：所有权是农户承包权的母权，农户承包权是经营权的母权，农户承包权与土地经营权同为用益物权。土地经营权派生于农户承包权，是土地承包经营权人基于处分行为设定的独立用益物权。

首先，土地经营权来源于土地承包经营权的行使，这捍卫了我国农地改革维护农民利益的根本原则。农户承包权与土地经营权的设立并非将土地承包经营权肢解为两种权利，而是土地承包经营权中派生出土地经营权。土地承包经营权人基于对自身权利的处分设定经营权，是否设定经营权取决于土地承包经营权人的意志，土地承包经营权人可以设定经营权，亦可以不设定经营权，自己利用农地进行农业生产经营。经营权的设定是土地承包经营权通过市场机制实现的结果，经营权的权利主体不限于集体成员，包括农户在内的所有民事主体均可以取得土地经营权。经营权终止时，土地承包经营权行使的限制自动消失，该权利恢复初始状态。经营权属于次级用益物权，赋予经营权以用益物权性质增强了其可转让性，也使其更加适合作为抵押财产，继而有利于发挥其担保融资功能，是对促进农村土地流转法律制度的进一步完善。

其次，土地经营权是有别于土地承包经营权的新型农地权利。不能将土地经营权解释为土地承包经营权之上设定的次级土地承包经营权。^③ “次级土地承包经营权

① 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。

② 关于限制物权对于所有权的限制，参见卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，第263、264、286页。

③ 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。

说”的偏颇在于：其一，土地承包经营权之上设定次级土地承包经营权有违承包权与经营权分置的政策目标。在土地承包经营权之上设定次级土地承包经营权的结构中，次级承包经营权的设定旨在承担经营权的功能。但逻辑上，就可转让性和可抵押性而言，次级土地承包经营权与既有的土地承包经营权应该存在同样的障碍。除非《物权法》《农村土地承包法》作出修改，破除对土地承包经营权流转及抵押的现有限制，否则，土地承包经营权之上设定次级土地承包经营权的制度构想根本无从实现“放活经营权”的政策目标。其二，土地承包经营权之上设定次级土地承包经营权的模式实质仍是实现土地承包经营权的流转。不仅与其相比，赋予土地承包经营权完整的流转以及抵押权能是更为直接、有效的手段，^①而且增强土地承包经营权流转和抵押功能无法彻底解除对大量农民彻底失去土地的担心。承包权与经营权分置的目标是在保留农民对农地的法权关系的前提下，促进农地流转、释放其抵押功能，这一目标无法通过设定次级土地承包经营权加以实现。

综上，基于“所有权—用益物权—次级用益物权”权利架构，集体土地所有权人得为农户设定土地承包经营权，作为土地承包经营权人的农户得设定土地经营权，农户承包权成为土地经营权的母权。如同承包权对农地占有、使用及收益权能优于集体所有权一样，经营权对农地占有、使用及收益权能的效力优先于承包权，承包权的行使始终受到经营权的制约，但同时承包权又对经营权框定了明确的期限。因此，农地三权分置的权利结构为“集体土地所有权—土地承包经营权（农户承包权）—土地经营权”。

（二）土地经营权物权效力的解释论阐释

现代社会已进入信息化时代，物权登记技术亦随之不断更新。既往的纸质书写档案模式的物权登记已开始被电子介质记载模式所取代，^②电子化登记技术具有储存容量大、登记信息获取、查询便捷的优势，类型与内容更为复杂的权利均可以实现有效登记。登记技术的进步甚至使其成为规制财产的一种法律手段，《荷兰民法典》就以财产是否登记将其分为登记财产与非登记财产，所有类型的法律行为都能被登入公共登记簿，^③从而打破了登记制度只适用于不动产物权的传统格局。在搜

① 有学者主张赋予土地承包经营权以完整的转让以及抵押权能以替代农地三权分置政策的实施。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。

② 《不动产登记暂行条例》第9条第1款、《土地登记办法》第15条第3款、《房屋登记办法》第24条第2款明确将电子介质作为法定的登记手段。

③ 参见《荷兰民法典》第10条。（《荷兰民法典》，王卫国主译，北京：中国政法大学出版社，2006年，第6页）

寻收益大于搜寻成本的情况下，登记制度的可应用性大为增强，^① 随着智能手机的普及，人们完全可以通过网络随时随地获取电子化的登记信息。基于权利登记技术的进步与发展，权利人完全可以就特定的、原本仅仅具有相对效力的权利进行电子化登记使其具有公示性。不动产登记实践的发展表明，随着功能多元化和技术现代化，其公示功能和容量逐渐扩大，能记载远比不动产物权丰富的财产权形态。根据《不动产登记暂行条例》第5条第10项，“法律规定需要登记的其他不动产权利”可以作为不动产登记的对象。立足于不动产登记功能和技术的发展、实践对登记的需求等角度，这里的“法律规定需要登记的其他不动产权利”不应当局限于不动产物权，而是应当包括不动产租赁等其他财产权。^②

科学技术的发展甚至会促使一套全新的制度的产生。^③ 当债权及设定债权的合同可以登记后，债权当事人的特别约定构成对物权等法律定型化分配机制的替代，国家对其物权效力的控制仅仅在于是否提供合法的登记手段。《德国民法典》第1010条第1款规定，“土地的共有人已安排管理和使用，或已永久或暂时排除请求废止共同关系的权利，或已指定通知终止期间的，仅在所做出的规定已作为应有部分的负担设定而登记于土地登记簿时，才对共有人之一的特定继受人有效力。”^④ 据此，土地共有人可以就共有土地的管理使用、终止共有关系的排除及通知事项进行约定，这些具有债权性质的约定登记于土地登记簿时即产生对抗特定继受人的效力。与之相似，我国台湾地区“民法”第826条之一第1款规定，“不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依820条第1项规定所为之决定，于登记后，对于应有部分之受让人或取得物权之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，经登记后，亦同。”^⑤ 这里的登记范围已经是共有人间的全部债权债务关系，开启了土地登记簿为契约登记的大门。^⑥ 同样，根据我国台湾地区“民法”，地上权人得将土地转租于他人，其禁止或限制的特约，仅具有债权效力，需经登记具有对抗第三人效力。^⑦ 上述规定的共同特点在于特定债权约定的内容经过登记公示具备物权效力，从而打破了物权法定原则对当事人创新物权类型与内容的封锁。在我国大陆，《土地登记办法》第29条规定，“依法以国有土地租赁方式取得国有建设用地使用权的，当事人应当持租赁合同和土地租金缴纳凭证等相关证明材料，申请租赁

① 参见 Robert Chambers, *An Introduction to Property Law in Australia*, Sydney: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2013, p. 506.

② 常鹏翱：《论可登记财产权的多元化》，《现代法学》2016年第6期。

③ 苏力：《法律与科技问题的法理学重构》，《中国社会科学》1999年第5期。

④ 陈卫佐译注：《德国民法典》，北京：法律出版社，2015年，第364、365页。

⑤ 谢在全：《民法物权论》下册，北京：中国政法大学出版社，2011年，第1336页。

⑥ 苏永钦：《寻找新民法》，北京：北京大学出版社，2012年，第146页。

⑦ 王泽鉴：《民法物权》，北京：北京大学出版社，2009年，第297页。

国有建设用地使用权初始登记。”《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第18条规定，“土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应当征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照本章的有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。”可见，债权经过登记而具有物权效力的现象已并非个案，债权的内容与类型通过登记向物权转化，债权内容及类型的多样性亦随之传递给物权。由于理论上债务负担的内容是无穷的，只要公示技术能承载这样的无穷变化，就会产生类型无穷的物上负担。^①

由此，土地经营权并非法定的物权类型，但是有了电子化登记技术的支持，具有相对性的当事人合意，只要不违反法律法规的强制性规定，通过登记公示便可具有对抗第三人的效力。^②土地承包经营权人设定土地经营权后，经营权人可以申请登记机关登记经营权设定合同，将合同内容附属于土地承包经营权登记。由于有农地三权分置的相关政策作为依据，^③登记后，原本仅具有债权效力的经营权就可以具有对抗第三人的效力，并获得《侵权责任法》的保护，取得第三人不得侵害的地位。经营权转让时，受让人亦可申请登记经营权转让合同，进而赋予该权利转让以对抗第三人的效力。解释论上，经营权虽然不是法定物权，但通过附属登记于土地承包经营权登记，能够获得对抗第三人效力，实现物权化。

（三）土地经营权物权性质的立法论安排

自立法论层面言之，我国未来编撰“民法典物权编”，需要创新设置物权性质的土地经营权，^④即将土地经营权塑造成一种物权性质的财产权，实现经营权的法定化。土地经营权不承载社会保障功能，而是通过市场机制在土地承包经营权这一用益物权之上设定的纯粹财产权。

首先，土地经营权是土地承包经营权人设定的、对其享有用益物权之农地占有、使用及收益的权利，其本质为权利人对土地承包经营权人享有权利之土地的用益。经营权人对特定农地享有占有、使用、收益的权利，权利人可以转让、抵押该权利。值得注意的是，经营权设定的主体只能是土地承包经营权人。农民集体作为土地所有人，只能为由本集体成员组成的农户设定土地承包经营权，不能为本集体成员直接设定经营权，亦不得为非集体成员设定经营权。除本文第二部分的论述外，原因还在于，其一，若农民集体既可以为农户设定土地承包经营权，又可以设定土地经营权，

① 常鹏翱：《体系化视角中的物权法定》，《法学研究》2006年第5期。

② 参见朱虎：《物权法自治性观念的变迁》，《法学研究》2013年第1期。

③ 中国共产党高度重视农村问题，党的政策在不同方面牵涉农村土地物权，并在法院裁判中得到适用，它因此也成为法源，特别是在土地承包经营权上，其地位比较突出。（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 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。

则其与土地承包经营权人同为土地经营权设定主体，在集体所有权和土地承包经营权之上均可成立土地经营权，这必然导致三权之间，特别是农户承包权与土地经营权的逻辑混乱、关系不清。其二，如果允许农民集体设定经营权，不仅农户对农地的权益将缺乏土地承包经营权的稳定保护，而且由于土地经营权具有较强的流通性，农地的社会保障作用将难以维系，集体成员的生存权益也有无法得到有效保障的风险。

其次，登记为土地经营权设定、变动的生效要件。根据《物权法》，登记仅为土地承包经营权的设定及变动的对抗要件，而非生效要件。^①而土地经营权具备完全的流通性和可抵押性，经营权的设定及转让不再受权利主体身份和地域的限制，其影响范围不再局限于农民集体内部，需要通过更加准确、稳定且具有权威性的方式加以公示。随着我国不动产登记技术的不断完善，农村土地权利登记的功能也足够强大。^②因此，土地经营权的设立及变动应以登记为生效要件。由于经营权建立在土地承包经营权基础之上，经营权以登记为权利设定的生效要件意味着设定经营权的土地承包经营权必须是已经登记的权利，未登记的土地承包经营权不具有对抗第三人的效力，无从派生出具有对抗第三人效力的经营权。

再次，土地经营权具有可继承性。现行《农村土地承包法》仅仅确认“承包收益”可以成为继承权的客体，土地承包经营权是否具有可继承性则存在争议。之所以存在争议，原因在于土地承包经营权具有身份属性。但在农地三权分置的制度背景下，经营权是纯粹的财产权，其成为继承权的客体应不存在任何障碍。

最后，土地经营权因土地承包经营权终止而终止。土地经营权是土地承包经营权人在该权利之上设定的次级用益物权，土地承包经营权终止，经营权亦丧失存在

-
- ① 采取这一立法模式的原因在于：一是农民承包的是本集体的土地，聚集而居的农户对承包地的情况相互了解，承包的地块人所公知；承包方案经村民会议或村民代表会议讨论同意，能够起到相应的公示作用。权利转让及互换行为主要发生在本集体内部，农户向本集体以外的人转让的情况比较少。二是变更土地承包经营权登记要履行一定的法律手续，并缴纳相应的费用，会增加农民负担。承包证书的发放和登记造册，往往滞后于承包合同的签订，不能因此而否定农户的土地承包经营权。（参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京：法律出版社，2007年，第286、293页）此外，土地承包经营权本为一种独立的用益物权，但鉴于我国目前尚未建立起有效的、覆盖所有地域的农地登记制度，采用登记对抗主义符合我国农村当前的实际，是恰当的。（参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，北京：法律出版社，2016年，第235页）也有学者基于对上述理由的反驳，主张土地承包经营权的设立及变动应采登记生效主义。（参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》下册，第516—517页）
- ② 吉林等地的农村土地承包管理部门已经建立了农村土地权利的登记系统，并计划纳入统一的不动产权利登记系统。有关承包权与经营权登记管理及权证颁发的具体规定，参见《吉林省农村土地承包权证、经营权证试点管理办法》（试行）第12—15条、第34—42条。

基础，而随之终止。唯在承包方自愿交回发包地、承包方全家迁入设区的市且转为非农业户而使土地承包经营权终止的场合，参照《农村土地承包法》第29条关于承包方向发包方履行通知义务的规定，如果该土地承包经营权之上存在经营权，土地承包经营权人应当提前六个月以上履行书面告知义务。未履行告知义务，给经营权人造成损失的，土地承包经营权人应当承担损害赔偿责任。参照《农村土地承包法》第26条第3款的规定，由于土地承包经营权的终止而导致经营权终止的，经营权人就其在承包地上的投入，有权请求土地承包经营权人、征收人给予相应的补偿。值得注意的是，依据“稳定农村土地承包关系并保持长久不变”的政策选择，期限届满不能成为土地承包经营权终止的原因，经营权亦不会因为前者期限届满而终止。

除上述情形外，土地经营权还可以因下列原因终止：其一，经营权存续期限届满。土地承包经营权人可以与经营权人协商确定经营权的存续期限，期限届满土地经营权终止。其二，经营权人擅自变更土地用途或者进行破坏性生产，损害土地所有权人、土地承包经营权人合法权益。在此场合，土地所有权人可以行使排除妨碍、恢复原状以及损害赔偿请求权；土地承包经营权人可以行使终止权，收回承包地，并请求经营权人承担损害赔偿责任。其三，经营权人拖欠农地使用费，经催告后在合理期限内仍不缴纳。在此场合，经营权人的行为构成根本违约，土地承包经营权人可以行使终止权，收回承包地，经营权因此终止。

结 论

中国特色的现代农地制度需要在维护集体土地所有权和农民根本利益的前提下，提高农业生产效率，其实现路径为以既有的土地承包经营权法律制度为基础，以农地三权分置的政策目标为指向，合理阐释集体土地所有权、农户承包权、土地经营权之间的关系。农地三权分置政策向可运作的法律实现机制转化应该立足于物权生成的基本逻辑，以集体土地所有权为母权，土地承包经营权因集体所有权的行使而设定，土地经营权则因土地承包经营权的行使而设定。中央农地政策中的承包权应理解为土地承包经营权，实践中，承包权往往特指派生出经营权的土地承包经营权。农户承包权与土地经营权的法构造为：土地经营权是土地承包经营权人基于处分行为设定的独立用益物权。在既定的法政策之下，设置农户承包权的目的在于实现集体土地所有权的使用价值。与之相对，土地经营权被赋予流转、抵押功能，目的在于实现集体土地的财产价值。解释论上，囿于物权法定原则的限制，土地经营权可以通过附属登记于土地承包经营权登记的方式获得对抗第三人的效力。立法论上，我国“民法典物权编”应将土地经营权作为法定的用益物权类型，实现经营权的法定化。

〔责任编辑：李树民〕

decrease charges for outpatient services for low-income groups to obtain a genuine solution to the problem of “medical services being unaffordable” for such groups. At the same time, the government in the future should continue to increase investment in and supply of health care services.

(5) A Sociological Exploration of the Contemporary Emotional System

Cheng Boqing • 83 •

“Emotional system” refers to discourse and practice revolving around a set of normative emotions and their expression at a particular time and in particular social settings. This perspective provides an analytical approach that reveals the interactive mechanism between personal feelings and social structure. Corresponding to the changes in three key domains of contemporary society, the emotional system also falls into three types: the finishing system in the domain of work, the experience system in the consumer domain, and the performance system in the domain of communication. The three systems are in tension but also overlap, leading to a number of complexities. At the same time, underlying these emotional systems is a common tendency that leads to shared emotional phenomena. Analysis and diagnosis based on the emotional system provide a sociological approach to understanding and resolving contemporary emotional issues.

(6) Legal Realization of the Separation of the “Three Rights” to Rural Land

Cai Lidong and Jiang Nan • 102 •

Separation of the three forms of rights to rural land (rights to ownership, contracting and management) is a core element in today’s rural land system with Chinese characteristics and a necessary choice in the reform of rural land rights. It aims to realize the scale operation of rural land, eliminate the predicament of rural land finance, and increase agricultural productivity. The transition from the policy of separating the three rights to operable laws governing the policy’s implementation is premised on the collective ownership of rural land, based on stabilizing existing judicial relations in rural land, and directed toward the assetization of rights to rural land. Rural households’ land contract and management rights under the central government’s rural land policies are simply those under existing laws (including rights under the household responsibility system from which the land management right derives). In line with the logic of the emergence of usufruct in accordance with the execution of rights, land management rights constitute a secondary usufruct established by the owners of land contract and management rights in the exercise of their rights; hence the legal structure of contract and management rights is usufruct/secondary usufruct. In terms of interpretation, land management rights, being restricted by *numerus clausus*, are essentially not real rights, but once registered they take effect against third parties and are protected by tort law. In terms of legislation, the future real rights chapter in China’s civil code should elevate land management rights to the status of legal usufruct, thus giving them statutory status.

• 207 •