

农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应

耿 卓

摘 要 农地三权分置改革政策的核心是，设置从土地承包经营权中分离出来的土地经营权，如此制定政策的初衷和动因需要进行全面的廓清。土地经营权所负载的目标功能大致可以概括为稳定土地承包经营权流转中受让人的经营预期，满足其为扩大生产经营而进行抵押融资的需求，同时保障原土地承包经营权人对土地承包经营权的保有、控制权和收益权三重目的。以土地经营权为出发点和落脚点的农地三权分置改革方案需要通过三重门：一是价值取向之门；二是体系化之门；三是实践之门。仔细检验发现，如此制度设计无法顺利通过上述三重门。面对农地三权分置已经成为既定改革方向和政策方案的现实，理论界需要秉持务实态度，在遵循法理和逻辑的前提下创新理论、更新话语、革新规则，借民法典编纂之机整合现行土地承包经营权制度，完善农村家庭承包经营体制，为农业现代化奠定制度基础，提供法制保障。

关键词 三权分置 土地经营权 土地承包经营权 土地承包权

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2017.05.002

作者耿卓，法学博士，广东外语外贸大学土地法制研究院教授。

中共中央、国务院《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》（以下简称“2014年一号文件”）指出要“落实农村土地集体所有权、稳定农户承包权 and 放活土地经营权”，首次明确提出农地三权分置改革方案。这不仅是促进农业现代化发展、保持农民持续增收的重大举措，更是我国农村土地制度变革的又一次重大创新，既关系到我国的农业生产经营关系和社会秩序，又关系到我国亿万农民的生存和发展。中央为此连续推出新政，中共中央、国务院《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》（以下简称“2015年一号文件”）和《关于落实发展新理念加快农业现代化 实现全面小康目标的若干意见》（以下简称“2016年一号文件”），中共中央办公厅、国务院办公厅2014年11月20日《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》（以下简称《土地经营权流转意见》）、2015年11月2日《深化农村改革综合性实施方案》（以下简称《实施方案》）和2016年10月30日《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》（以下简称《三权分置意见》）对上述政策进一步细化。在此政策背景下如何理解土地经营权，对其进行功能定位，进而进行法律应对，是摆在法学界面前的当务之急，亟须加强理论特别是实践研究，以服务改革、推动改革深入。

**本文系广东省哲学社会科学一般项目“农地三权分置的实践逻辑和立法表达”（GD17CFX02）和广东外语外贸大学校级科研项目“农地三权分置实践的法律问题研究”（231-X5216168）的阶段性成果。

一、土地经营权的体系定位

土地经营权是农地三权分置改革中的新型权利，对其准确理解需要置于农地三权分置改革的大背景下和改革的整体框架之中。而农地三权分置改革的动因决定了其政策目标，后者则决定了包括土地经营权在内的三权所承载的功能。

（一）三权分置改革的动因及目标

1. 动因考察

从制度的发生史来看，农业的不同发展阶段要求不同的制度安排，发展阶段的演进必然要求相应的制度变革。农地上不同权利不同配置的制度安排对制度的公平与效率具有重大影响。在农村土地制度改革早期，流转以自发、零星和小规模为特点，已有政策制度安排基本可以满足需求。随着土地承包经营制度的活力逐渐释放和衰减，农地经营愈发细碎化，整个农业生产与市场愈来愈难以接轨，农业比较效益低下的特点越来越突出，严重影响农民收入的提高。

从实践发展情况来看，随着工业化、城镇化的迅速推进和农业生产逐步现代化，农业生产经营各要素出现新的变化，务农劳动力的绝对数量和相对比重都在大幅下降，职业转换和居住地变动而农民身份维持造成农民兼业经营的现象普遍出现。^①兼业农民大量出现，务工收入成为其主要收入来源，虽然无暇顾及承包地经营但却因进城进厂务工面临诸多不确定因素和各种风险而又无法放弃，仍然视之为“安身立命”之本。与此同时，农业生产技术及装备水平不断提高，农户承包土地的经营权流转明显加快，发展农业适度规模经营已成为必然趋势。在这种情况下，“有地无人种”和“有人无地种”的人地分离现象开始出现并进一步加剧。在农村村民与承包地分离日趋明显的人地关系格局下，如何使农户在土地承包经营权不受影响的情况下把土地的实际经营权交由他人行使，从而为农业适度规模经营尽可能提供有力的法律支持，是亟须解决的难题。^②随着产业结构调整和经济转型升级，种田能手、农业大户、家庭农场、农业合作社、农业公司等新型农业经营主体不断涌现，成为实际经营主体。新型农业经营主体因受让权利的性质不明晰，效力较弱，保障力度不够而在实际经营中产生一些顾虑和需求：一是难以形成长期稳定的良好预期，要么不敢做长远打算进行投资，要么进行掠夺性经营，难以实现可持续发展；二是难以通过土地进行担保融资，扩大再生产，制约了正常的生产经营。从农业本身的发展规律来看，农业现代化不仅仅对农地规模有所要求，对资金更是有强烈需求，在农业产业积累有限、农民拥有的资产匮乏的现实约束下更难以得到满足。对农民和各类新型农业经营主体而言，作为最大、最重要资产的土地尚因承载社会保障功能而流动性受到法律限制，处于“沉睡”之中，难以抵押融资。

上述人地分离加剧、自由流转受限和生产资金短缺的新情况逐渐催生新的模式。从各地实践探索来看，20世纪90年代以来，集体土地所有权、承包权和经营权三权分离的探索就已在各地展开，鼓励集体土地所有权、承包权和经营权分离，稳定承包权、搞活经营权，规范土地承包经营权流转。^③

^① 参见张红宇：“从‘两权分离’到‘三权分离’——我国农业生产关系变化的新趋势”，载《人民日报》2014年1月14日。

^② 参见朱广新：“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，第90页。

^③ 参见张力、郑志峰：“推进农村土地承包权与经营权再分离的法制构造研究”，《农业经济问题》2015年第1期，第82页。

在山东省，枣庄模式的要点在于独创土地使用产权，给新型经营主体发放土地使用产权证，^④ 以土地使用产权流转收入作为质押对象和还款来源，办理土地使用权抵押贷款，避免土地使用权不可抵押的法律限制，并由该市中级人民法院通过专门出台“关于农村土地改革提供司法保障和服务的意见”和“关于切实保护涉农金融债权的意见”保驾护航。

从学界的理论研究来看，土地承包经营权也有分离必要，实践中农民流转土地承包经营权，流转的仅仅是经营权，承包权仍保留在农民手中，故而土地承包经营权概念本身也需进一步分解。^⑤

正是上述农业生产经营的现实需求、各地实践探索和理论界的研究推动，农地三权分置方案应运而生，^⑥ 由 2014 年中央一号文件明确提出。

2. 目标

准确把握农地三权分置改革的目标需要对改革动因的全面考察为基础，又要仔细考察中央关于土地承包权与经营权分离的系列政策文件及其表达。

自党的十八届三中全会决定提出赋予农民对承包地流转、抵押、担保权能后，2014 年中央一号文件明确提出：“赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。”“允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。”2014 年 11 月 20 日《土地经营权流转意见》把同年一号文件提出的农地三权分置改革方案作为基本原则，而且把政策的落脚点锁定在“引导土地经营权有序流转”。2015 年中央一号文件在专节强调“加快构建新型农业经营体系”“引导土地经营权规范有序流转，创新土地流转和规模经营方式，积极发展多种形式适度规模经营”后，要求明确现有土地承包关系保持稳定并长久不变的具体实现形式，界定农地三权之间的权利关系。《实施方案》明确指出：“放活土地经营权，就是允许承包农户将土地经营权依法自愿配置给有经营意愿和经营能力的主体，发展多种形式的适度规模经营。”2016 年中央一号文件重申农地三权分置方案后进一步要求：“明确农村土地承包关系长久不变……依法推进土地经营权有序流转，鼓励和引导农户自愿互换承包地块实现连片耕种。”《三权分置意见》在具体落实集体所有权和切实稳定农户承包权的同时明确要求“加快放活土地经营权”，指出“赋予经营主体更有保障的土地经营权，是完善农村基本经营制度的关键”，并在“确保‘三权分置’有序实施”部分以土地经营权流转放活为中心作出系列部署。

由此可见，农地三权分置改革的意旨非常明确，即在“两权分离”（农民集体在集体土地上设定土地承包经营权，由农民集体享有土地所有权，农户享有土地承包经营权）的基础上将土地承包经营权分设为承包权和经营权，把经营权从承包经营权中独立出来放活、激活，促进农村土地（指承包耕地）经营权有序流转、实现农业适度规模经营、加快构建新型农业经营体系，^⑦ 因而被实务部门和学界认为是农村改革理论和实践上的又一重大突破。^⑧

^④ 参见施维、董文龙：“赋予农民更有保障的土地财产权”，载《农民日报》2015 年 12 月 23 日。

^⑤ 参见郑凤田：“我国现行土地制度的产权残缺与新型农地制度构想”，《管理世界》1995 年第 4 期，第 145 页以下；廖洪乐：“农村改革试验区的土地制度建设试验”，《管理世界》1998 年第 2 期，第 162 页；黄祖辉、陈欣欣：“农地产权结构和我国的家庭农业”，《农业经济问题》1998 年第 5 期；张红宇：“中国农村土地产权政策：持续创新——对农地使用制度变革的重新评判”，《管理世界》1998 年第 6 期，第 173 页；谷书堂：“创建社会主义市场经济的产权理论”，《经济学家》1999 年第 1 期，第 34-35 页。

^⑥ 参见高飞：“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，第 13 页。

^⑦ 参见叶兴庆：“从‘两权分离’到‘三权分离’——我国农地产权制度的过去与未来”，《中国党政干部论坛》2014 年第 6 期，第 10 页；冯海发：“为全面解决‘三农’问题夯实基础——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”，载《农民日报》2013 年 11 月 18 日。

^⑧ 参见赵阳：“新形势下完善农村土地承包政策若干问题的认识”，《经济社会体制比较》2014 年第 2 期，第 2 页；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 11 期，第 40 页。

（二）土地经营权的价值功能

农地三权分置改革的制度背景和制度约束，可以概括为四个坚持：坚持和完善农村基本经营制度，坚持农村土地集体所有，坚持家庭经营基础性地位，坚持稳定土地承包关系并保持长久不变。农地三权分置改革就是在体现上述四个坚持的同时又克服其不足的探索，即在现行两权分离的基础上从土地承包经营权中分置出土地经营权，在稳定土地承包关系并坚持长期不变的基础上放活土地经营权实现农地利用方式的创新，保障各方主体的权益，实现公平与效率的有效统一，实现保护农民权益与推进城镇化、工业化和农业现代化的兼顾，释放新一轮改革红利。^⑨

分离出来的独立的土地经营权具有实现上述价值目标的多重制度功能，在尊重现行土地制度基本架构的前提下剥离土地承包经营权的超载功能，即使土地经营权自由流转甚至落入他人（主要是抵押融资的金融机构或债权人）之手也能继续保持对土地承包权长期稳定的享有，理顺法律关系，促进土地经营权的自由流转，稳定土地经营权人的良好预期，实现农业生产的规模化、高效化和现代化。不仅如此，在我国农业已经进入农业发展高投入、高成本的转型期而对金融的依赖日益加深的当下，^⑩ 分离出独立的土地经营权对各类新型农业经营主体也具有重大意义。从产权经济学原理来看，就是赋予农地产权特别是土地经营权以明确性、稳定性和完整性等，增强其流动性，保证农业生产经营的可持续性，促进农地担保融资，利用金融杠杆激活土地“沉睡”的价值、扩大农业再生产、保障规模经营，从而实现资源的优化配置，增加农民收入，促进农业现代化发展。^⑪

总结起来，各种新型农业经营主体以其实际经营的土地抵押融资的需求日趋强烈，各地既有的实践探索受制于现行法律制度安排而难以化解土地经营权潜在的处置风险、信用风险。所有这些都要求实际经营土地者获得的是一种具有物权效力和抵押功能的财产权，防止土地承包人随意更改合同，影响受让人稳定投入。^⑫ 由此，土地经营权的价值功能可以概括为以下几点：一是在不破坏并维系农村基本经营制度的前提下进行改革创新的突破口和关键；二是解决人地分离矛盾、克服耕地细碎化和促进流转自由顺畅的主要途径；三是培育和引入新型农业经营主体并理顺和稳定其与承包农户之间土地利用关系的制度工具；^⑬ 四是化解新型农业经营主体顾虑、稳定其良好预期的稳压器和实现土地资产化从而进行抵押融资扩大再生产的转化器；五是实现土地资源的科学配置和价值的最大化发挥，为农业生产规模化、高效化和现代化提供制度保障。

（三）土地经营权的应然属性

基于土地承包经营权的生产和生活保障功能，2014年一号文件以三权分置学说为基础首次在中央文件中正式提出“土地经营权”概念。但土地经营权这一概念如何在法律上表达，这种新型权利如何在法律上定性，在学界引发巨大争议。^⑭

^⑨ 参见陈锡文：“关于解决‘三农’问题的几点考虑——学习《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》”，《中共党史研究》2014年第1期，第13页以下；张红宇：“农业规模经营与农村土地制度创新”，《中国乡村发现》2013年第2期，第4页；陈朝兵：“农村土地‘三权分置’：功能作用、权能划分与制度构建”，《中国人口·资源与环境》2016年第4期，第137页。

^⑩ 参见高圣平：“承包土地经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式”，《法商研究》2016年第1期，第3页。

^⑪ 参见注⑧，赵阳文，第2页；邵挺：“土地流转的‘名’与‘实’——引入金融的视角”，《中国发展观察》2015年第4期，第50页；高勇：“农地经营权抵押融资影响因素的实证分析——基于农村基层信贷员的调查数据”，《金融理论与实践》2016年第6期，第28页；楼建波：“农户承包经营的农地流转的三权分置——一个功能主义的分析路径”，《南开学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第55页。

^⑫ 参见注②，第91页。

^⑬ 参见注⑨，陈锡文文，第12页。

^⑭ 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，第11页；高圣平：“新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑”，《法学研究》2014年第4期，第82页以下；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，第159页以下；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，第31页。

学界的争论大致可以作如下归纳：（1）债权说。该学说主要从两个角度进行论证：一是从权利产生的角度，认为土地经营权是以土地承包经营权为存在基础的派生权利，依附于农户的土地承包经营权，^⑮是流转情况下才独立于承包权的一项权利。^⑯二是从实定法的角度，根据物权法定原则，在现行法律未作重大修改的背景下，应当立足于现行法律规范及民法理论，把土地经营权界定为债权，同时为回应实践需求和政策要求，在现有框架下赋予其担保功能。^⑰（2）物权说。该种学说主要是从应然角度立论的。^⑱物权化的土地经营权在我国法律中尚不存在，现行立法并不能对农地三权分置改革提供有力的支持和制度保障；^⑲从必要性和现实可能性来看，应将土地经营权作物权化塑造以使其表征土地承包经营权流转形成的新权利，^⑳创造性设置物权性质的土地经营权并规定于《物权法》用益物权章中。依循多层权利客体的法理，土地经营权乃是土地承包经营权人设定的、以土地承包经营权为标的的用益物权，其与土地承包经营权属于不同层次客体上存在的用益物权。^㉑还有学者依据权能理论，认为土地经营权是土地承包经营权下的子权利，不同于土地承包经营权的权能，其具有独立性，是典型的用益物权，属于财产性权利。^㉒承包土地的权利构造可以表达为“集体的土地所有权+农户的土地承包经营权+农业经营主体的土地经营权”。^㉓学界虽然普遍认为土地经营权和农户承包权同属于（用益）物权，但均承认二者的差异，且主要在后者具有身份性和资格性。^㉔（3）二元说。该种学说主要有两种：一种是从不同流转方式出发，认为经营权在土地承包经营权转包、出租和入股方式流转条件下属于债权性质，在转让和互换流转条件下属于物权性质。^㉕还有一种是从不同实践模式、不同条件出发，认为确权确地之土地承包经营权分离出的经营权定性为债权比较妥当，而确权确股不确地之土地承包方式创新视阈下分离出的经营权存在物权化的合理空间。^㉖（4）土地经营权无用说。该种学说有两种表现：一是在土地承包经营权框架下以农地使用权代之（农地使用权说）。该种学说以对农地三权的新解读为前提，认为农户承包权应被农民集体成员权所取代，土地经营权应被重构为农地使用权。^㉗二是认为土地经营权是经济学术语，

^⑮ 参见吴兴国：“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，第124页。

^⑯ 参见李伟伟：“‘三权分置’中土地经营权的权力性质”，《上海农村经济》2016年第2期，第28页；姜红利：“放活土地经营权的法制选择与裁判路径”，《法学杂志》2016年第3期，第136页；高海：“论农用地‘三权分置’中经营权的法律性质”，《法学家》2016年第4期，第47页。

^⑰ 参见注①。

^⑱ 不过也有学者认为，经营权虽在现行法律制度框架下并不具有法定的物权效力（债权），但因为具有一定的物权功能，而在事实上有一定的物权效力。参见李国强：“论农地流转中‘三权分置’的法律关系”，《法律科学》2015年第6期，第187页。

^⑲ 参见孙宪忠：“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，第145页；孙宪忠：“推进农村土地‘三权分置’需要解决的法律认识问题”，《行政管理改革》2016年第2期，第22页。

^⑳ 参见陶钟太郎、杨遂全：“农村土地经营权认知与物权塑造——从既有法制到未来立法”，《南京农业大学学报（社会科学版）》2015年第2期，第73页。

^㉑ 参见注⑭，蔡立东等文，第31页；朱继胜：“论‘三权分置’下的土地承包权”，《河北法学》2016年第3期，第39页；孙宏臣：“论土地承包经营权的二元结构属性”，《江西财经大学学报》2015年第5期，第127页。

^㉒ 参见郑志峰：“当前我国农村土地承包权与经营权再分离的法制框架创新研究——以2015年中央一号文件为指导”，《求实》2014年10期，第87页。

^㉓ 同注⑩，第3页。

^㉔ 参见注⑮，姜红利文，第134页；潘俊：“农村土地‘三权分置’：权利内容与风险防范”，《中州学刊》2014年第11期，第69页；郑若翰：“土地承包经营权制度改革：逻辑、原则与制度选择”，《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2016年第3期，第15页。

^㉕ 参见张毅等：“农地的‘三权分置’及改革问题：政策轨迹、文本分析与产权重构”，《中国软科学》2016年第3期，第20页以下。现行法律框架下土地承包经营权的流转方式并非都是承包权和经营权分离的可选路径，只有抵押、入股、信托等是实现承包权和经营权分离的最佳选择。又参见注⑳，潘俊文，第69页。

^㉖ 参见注⑮，高海文，第44页。

^㉗ 参见注⑮，第13页。

在法律上就是（次级）土地承包经营权，并且在法理上不存在任何障碍。^⑳（5）废弃说。该种学说直接否认土地经营权的合法性，认为土地经营权不是法律语言，也无法通过立法成为法律概念。^㉑

上述学说中，债权说无法有效回应实践需求和中央政策要求，难以认同。二元说虽然从表面上符合实际，似乎也有一定的解释力，但在逻辑上有不一致的地方。对于以流转方式不同所形成的二元说，只要是分离出来的土地经营权，无论是原土地承包经营权人设定的抵押实现后分离出土地经营权还是原土地承包经营权人设立后转让出去的土地经营权，就都应该是物权性的。土地承包经营权非以分离土地经营权的方式流转的，如土地承包经营权出租，则产生的不是土地经营权，而是租赁权，正如房屋承租人取得是房屋的租赁权一样；对于互换，则是土地承包经营权本身的互换，非为土地经营权的互换。对于不同模式和条件下形成的二元说，其权利构造在法理上有待进一步斟酌。废弃说有一定道理，但过于理想化，稍显简单，当不足采。农地使用权说，虽然逻辑自治，有相当的说服力，但抛开政策既定的文本另起炉灶的做法值得推敲。^㉒物权说虽然在法理逻辑上有待进一步探讨，但准确抓住了农地三权分置改革的主旨和关键，回应了实践需求，有其合理性，值得赞同。

对此，我们需要从实践出发，以农地三权分置改革的目标和土地经营权承载的价值功能为准绳，兼顾法理和逻辑，审视现有理论方案，作出选择，或加以改造提出新的学说。

二、土地经营权的三重检视

前文分析了土地经营权的生成逻辑以及由此决定的其所应承载的价值功能和权利属性。这样的政策安排在进行法律转化时需要接受检视。

（一）公平与效率的价值取舍

包括法律在内的任何制度都蕴含了一定的价值取向，体现出一定的价值选择。土地经营权政策制度设计同样如此。法律的基本价值是公平，对于农民来说尤其如此。^㉓如前所述，土地经营权旨在提高效率，以效率价值为追求。在价值层面，需要我们理顺两者的位阶和关系，并依此进行审视、反思甚至重建制度。

公平是法律的最高价值，要求法律平等对待每一个人，保证其公平享有各种权利，对权利的行使和救济提供公平的保障。^㉔虽然效率也是法律所追求的重要价值，但原则上劣后于公平价值。“在法律上，实用性（即效率，引者注）永远会被考虑在内，但这种考虑并非法律的首要目的。作为法

^⑳ 参见注②，第98页。

^㉑ 参见申惠文：“农地三权分离改革的法学反思与批评”，《河北法学》2015年第4期，第5页。

^㉒ 以“集体所有权+成员权+土地承包经营权（农地使用权）”重新命名农地三权分置改革方案存在不尽周延的地方：在所有权、成员权和土地承包经营权框架下，农户在转出土地承包经营权后，仅保留再行承包的资格，而并不必然取得或完全取得实际的土地承包经营权，与三权分置框架下农户承包权的内涵并不一致，因为农户承包权在让渡的土地经营权期限届满后还可以享有完整的土地承包经营权。

^㉓ 公平享有土地承包经营权是最大的民意，是农民朴素公平观的集中反映，关系到法律的正常实施，村庄内部治理秩序的维系，以及农村社会安定和谐。劳动力市场的不确定性使得农民更看重土地收入的长期稳定性和可依赖性，以获得基本上的生存保障，反对“增人不增地，减人不减地”政策造成的不公平。参见陆剑：“农村土地承包法修改中农民朴素公平观及其制度回应”，《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2016年第5期，第69页。

^㉔ 参见耿卓：“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，第106页。

律的首要目的的，恰是秩序、公平和个人自由这三个基本的价值。”^③

价值目标的实现在于合理的权利模式选择与体系化的规则设计。在农地领域，公平价值要求权利配置的公平，不但承包土地的权利公平享有，而且经营土地的权利也应公平赋予。从农民自身来看，他们追求朴素公平的强烈动机也在顽强地抵抗着以效率之名稳定、固化承包关系的制度安排。土地调整即是著例。在农村实践中，要求调整承包地的呼声一直不绝于耳，短期进行调整承包地的做法时有发生，“事实上，在家庭承包制推行初期，承包期一般是二三年一调整”。^④其他不同时期的全国性调查也证实了这一点。^⑤《农村土地承包法》颁行后的部分全国范围内的大规模调查进一步证明了“增人不增地，减人不减地”政策的低认可度。^⑥

效率价值则以所有活动的利益最大化为目标，贯彻到包括权利配置在内的各个环节。如前所述，在农地三权分置改革和土地经营权制度设计上，推动土地承包经营权流转、提高农业生产效率和效益，成为重中之重；整个农地三权分置改革都以土地经营权为中心和关键。因此，农地三权分置改革的效率追求自然就投射到土地经营权之上。土地经营权的效率价值追求与法律和农民的公平价值追求必然出现抵牾，造成以下问题：一是分离出土地经营权本身就是固化土地承包经营权享有及承包资格的必经环节，配合农户承包权固化、长久稳定不变的土地承包制度，加剧了人地矛盾。二是土地经营权所欲实现的推动规模经营并顺利进行抵押融资的目标，主要是以各类新型农业经营主体为预设主体的，有意无意地忽视了农民之间自发、零星、不规范的流转。三是无视新型农业经营主体与普通农户之间在能力和实力、资金和技术等方面的差异，土地经营权的运作条件和模式客观上有意无意地忽略无地失地农户的现实困境与正当诉求，有违公平。以放活经营权为主要追求的农地三权分置改革继续把这些人撇在一边，客观上排斥他们成为土地经营权受让的主体，体现出明显重效率轻公平的导向。

（二）体系化

在法律领域，体系则是指在一定领域内若干法律、制度构成的有逻辑关联的系统性整体，以“法律内在一贯、逻辑一致而不彼此矛盾”为底线要求，法律体系的匀称性、其各部分的相互关系以及逻辑上的协调性是法学价值的基本追求，是法律的正当性之所在。^⑦法学体系分外在体系和内在体系；两者是一个有机联系的整体，不能割裂。^⑧因而体系化是法学思维的基本要求和特征。遗憾的是，“我国民法立法，向来只是重视立法的政治要求，而对于法律的体系化与科学化却不甚重视。”^⑨农地三权分置改革综合性强，涉及集体、土地承包权人和土地经营权人等多方地位、目标各异的主体，牵涉所有权、承包权、经营权和土地承包经营权等不同层级、效力和功能的权利，加之

^③ [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第3页。

^④ 温铁军：《“三农”问题与制度变迁》，中国经济出版社2009年版，第305页。

^⑤ 参见朱冬亮：“土地延包‘30年不变’的再认识”，《农业经济问题》2001年第1期，第37页；王景新：《中国农村土地制度的世纪变革》，中国经济出版社2001年版，第304页；陈小君等：《农村土地法律制度研究——田野调查解读》，中国政法大学出版社2004年版，第15页。虽然这些调查并不是针对同一批调查对象进行的严格的跟踪研究，但“赋予农村长期而有保障的土地使用权”这一为各级政府大力推行并得到学界背书的政策设计，在《农村土地承包法》颁布前并未得到严格执行，显然无疑。

^⑥ 总体来看，对政策表示不认同的受访农户所占比例为71.7%，远远超出认可该政策的农户。参见“农村土地问题立法研究”课题组：“农村土地法律制度运行的现实考察——对我国10个省调查的总报告”，《法商研究》2010年第1期，第122页。笔者所在课题组于2015年暑期在山东、湖北、贵州、河南、广东、黑龙江、浙江等7省21县84村的调查结果显示，平均只有24.4%的受访农户认可其“合理”性，即使在“增人不增地，减人不减地”政策发源地的贵州省仍然有高达58.33%的受访农户明确不认可其合理性。

^⑦ 参见易军：“中国民法继受中的体系性瑕疵与协调”，《法商研究》2009年第5期，第69页。

^⑧ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第316页以下。

^⑨ 孙宪忠：“我国民法立法的体系化与科学化问题”，《清华法学》2012年第6期，第46页。

尚处于政策向法律转化的关键阶段，尤须满足体系化要求，运用整体性思维，^④从主体、财产权到经营运作方式直至制度配套支撑衔接进行整体性思考，重视来自历史传统和社会现实所形塑的制度环境和既定约束条件，提出系统性解决方案，避免极端和片面。^⑤其中，土地经营权乃为农地三权分置改革方案的肯綮，亟须以其为中心进行体系化检视。

1. 土地经营权与土地承包经营权的关系

对于土地经营权与土地承包经营权的关系我们可从体系的角度进行审视。

首先，在权利位阶上，土地承包经营权处于金字塔的中端，土地经营权处于顶端，依附于土地承包经营权，由土地承包经营权人设立。虽然土地经营权以用益物权为理论依据可以成为独立的用益物权或次级用益物权，但在权利类型体系中同一类型的权利却被安置在不同位置，难谓逻辑圆满。

其次，土地经营权的存在方式因所处法律关系的不同而与土地承包经营权有分有合：承包土地的经营权表现为两种不同的法权形式：承包土地由承包农户自己经营时，“承包土地的经营权”属于农户，权利表现形式仍然是以土地承包经营权的面目出现，土地经营权则隐而不彰；承包土地由其他农业经营主体经营时，权利表现形式是该农业经营主体的土地经营权，^⑥其他农业经营主体的经营既可源于土地承包经营权人对设立土地经营权的转让，也可源于土地承包经营权人直接在其权利上设定抵押实现后被动转让给其他经营主体。

最后，在集体土地征收时，对于土地承包经营权在传统两权分置模式下的物权性流转，在承包地被征收时，土地承包经营权人有权根据《物权法》第42条第1款、第2款的规定，依法足额获得土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，并享有社会保障费用支付请求权，以保障生活。也就是说，土地承包经营权作为用益物权，虽然其是否能够成为直接的征收客体存在争议，但在其设立基础的土地集体所有权被征收时，土地承包经营权人可以获得相应的补偿。这种征收补偿会因物权性流转而转至受让人手中，从而不利于原土地承包经营权人的生存保障。由此引发的纠纷确实存在，且为数不少。分离出的土地经营权设计为用益物权后，征收承包地产生的原本属于土地承包经营权人那部分征收补偿，到底应该归谁所有呢？一种可能是归土地经营权人所有，因为土地承包经营权作为土地集体所有权上设立的他物权，在所有权被征收时，土地承包经营权人有权获得相应的补偿；而土地经营权作为土地承包经营权上设立的他物权，土地经营权人自然也在承包地被征收时有权获得相应的补偿。^⑦但这显然与现行法规定的精神原则相背离，也与三权分置改革的初衷（之一）相背离。还有一种可能是分类讨论，即土地经营权人为农业企业等非农户主体时，征收补偿归原土地承包经营权人；在土地经营权人为农户时，征收补偿归土地经营人。这种设想，虽然承袭了上述两方案的优点，但也沿袭了他们的不足。也或许有人会说，三权分置主要是针对新型农业经营主体的，在流转给农户时原有的制度即可满足要求。这种说法实际上是制度的选择性适用，对农户既不公平又不利于农户通过农业生产实现增收和发展，剥夺了他们的自由选择权。

2. 土地经营权与土地所有权关系的体系化审视

如前所述，由于土地经营权是从土地承包经营权中分离出来的，故它们二者之间的关系以及土

^④ 甚至有学者认为，正是“欠缺整体性思维，没有考虑制度间的协作”，才设计出农地三权分置改革方案。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，第39页。

^⑤ 参见注④，陈小君文，第16页。

^⑥ 参见注④，第5页。

^⑦ 有学者提出，土地经营权人和土地承包经营权人共享对经营地的征收补偿款。参见注④，蔡立东等文，第39页。

地经营权与农户承包权之间的关系是学界研究的重点和热点，新作迭出。这固然必要且有其基础性意义，但对于土地经营权人与集体土地所有权人的关系鲜有问津或一笔带过，亦属缺憾，不利于对土地经营权的准确把握。

从逻辑上看，土地经营权为用益物权，与土地所有权应该构成普通的他物权与自物权的关系，但这显然又有别于土地承包经营权这种用益物权与集体土地所有权的关系，有待从法理上作进一步阐释乃至构建。

在权利义务结构上，因土地承包经营权人的介入，而与土地经营权人、集体土地所有权人构成复杂的三角多层关系：土地承包经营权人与土地经营权人依土地经营权设立转让合同享有权利、承担义务；土地所有权人依其地位与土地经营权人建立法律关系；土地承包经营权人还可能因土地经营权人的行为而与土地所有权人产生权利义务关系；土地承包经营权人作为准所有人和用益物权人承受的权利义务是否传递、如何传递及其角色定位形成复杂的法律结构。

对这些从体系角度观察到的侧面，《三权分置意见》虽然有所涉及，赋予土地所有权人农民集体对经营主体使用承包地进行监督并采取措施防止和纠正长期抛荒、毁损土地、非法改变土地用途等行为的权利，要求流转土地经营权向农民集体书面备案，^④但显然力有不逮。

（三）实践逻辑

“理论是灰色的，唯生命之树常青！”社会科学理论研究尤其应在实践中形成，在实践中提出，植根于生动的社会生活，须考虑现实之确切事实，才有旺盛的生命力。总结理论与实践的内在逻辑关系，理论研究的实践逻辑强调理论研究的实践性，既是出发点和最终指向，也是理论的检验标准，要求认识和理解实践、检验和修正理论、回应和反映实践。就本文主题而言，弄清农地三权分置实践的基本状况是理论研究、改革决策和立法设计的起点和基础；除了从学科、体系和逻辑等角度对不同理论主张分析外，更重要的是通过实证方法知晓实践的真正状况，让实践告诉我们真正的现实需求是什么，应该如何创新理论以反映、回应实践，如何构建制度以规范、指导实践。

在农地三权分置政策的研究中，关于土地经营权的研究成果主要集中在其性质以及如何流转等方面。遗憾的是，学界在以土地经营权为基础纷纷讨论放活土地经营权时，却未对以现行土地承包经营权为基础是否也同样可以放活语焉不详，极易引发土地经营权与土地承包经营权是否属于同义反复或叠床架屋的疑问。经济学界一些学者主张土地经营权在培育新型农业经营主体方面实质是为了促进土地经营权流转并实现农村土地的适度规模经营，当前是否必须绕过土地承包经营权也需要重新审视。事实上，早在20世纪90年代，有经济学者对农地权利的理解表现为一种“权利束”的观念：在家庭联产承包责任制的框架下，农村集体土地产权结构被分解为土地所有权、承包权和经营权三种权利，^⑤但这种三种权利分置的观点并未被学界认同且在《农村土地承包法》和《物权法》中也无迹可寻。这其中的原因值得深思。鉴于农地三权分置表现为政策话语，即使不考虑是否能够转化为法律的问题，至少也必须就如何转化为法律的问题结合农村社会实践状况进行更深入地探讨。

从土地经营权所处的农地三权分置改革方案来看，现行农村土地政策和法律制度旨在实现家庭承包经营制度的长期不变，乃至被强行解释为土地承包经营权长久不变。农地三权分置改革继承了

^④ 有疑问的是，此处仅仅是指土地承包经营权人流转土地经营权时要向农民集体备案，还是也包括土地经营权人流转土地经营权的情形。

^⑤ 参见注⑤，廖洪乐文，第162页；注⑤，黄祖辉等文，第19页；注⑤，张红宇文，第169页。

这一政策目标。这种法政策目标和取向，我们应该如何看待？要分步来考虑。第一步，该政策目标是否科学妥当；第二步，假定科学妥当，该政策目标是否必须通过三权分置改革加以实现。对于第一步，这种对人地关系固化的做法，有违法律的公平价值，难以有效保障无地、失地农民的合法权益。尽管这种做法与现行增人不增地、减人不减地政策相合，具有一致性，但从实践调研来看，这种做法饱受非议，遭到广大农民的明确反对，甚至出台“土政策”加以变通，消极执行或积极地抵制。在农业禀赋好（人均耕地相对较多，农业收入相对较高）的地区更是如此。对于第二步，农地三权分置改革是不是贯彻落实这一政策目标的最佳方案呢？总的来看，这只是一种可能的方案，并非唯一的。在传统两权分置的基础上进行相应的改造，也可以作为一个选项。而推倒重来、另起炉灶的改革方案，涉及整个家庭承包经营制度的体系变动和协调，制度成本恐难以承受。

采用放活土地经营权的思路也有待来自农村实践的证明。农地三权分置要解决的问题，主要是土地承包经营权流转尤其是抵押问题，防止土地承包人随意更改合同，造成受让人没法稳定投入，预期得不到保障。那这个目标仍然难以有效解决，即使把土地经营权设定为用益物权也是如此：（1）从期限上看，根据法律原则和规定，其存续期限还是要交由当事人约定。此时，土地承包人为了保障自己的权益还是倾向于约定较短的存续期限。在这种情况下，承包人的权益才能得到有效保障；同时，如果约定的土地经营权存续期限过长，会造成对自己的长期约束，不利于随时根据现实发展需求调整土地经营权合同以满足自己的需求。反之，对于土地经营权人，只有较长的存续期限才有利于作出长期计划和安排，进行持续大规模的投入，从而实现自己利益的最大化；如果约定期限较短，设立土地经营权后的状况就会与设定前的状况大致一样。（2）从效力上看，土地经营权用益物权化相较于土地承包经营权租赁等债权性流转确实更为强大和稳定，但土地经营权物权化的优势在土地承包经营权物权性流转情形下并不存在。因为土地承包经营权物权性流转所约定的期限小于土地承包经营合同剩余期限，根据物权的回复性/弹性原理，在物权性流转期限届满后，完整的土地承包经营权自然弹回到土地承包经营权人手中；如果土地承包经营权物权性流转所约定的期限等于土地承包经营合同的剩余期限，土地承包经营权确实无法弹回到土地承包经营权人手中。不过，这不是土地承包经营权物权性流转的“过错”，而是任何条件下的必然结果，因为权利人无权转让自己没有的权利。这在设立土地经营权时亦然。

（四）总结

任何关乎国家和社会重大现实问题的改革方案及其制度设计首先都要作出价值目标选择，在价值目标多元的情况下还要具有高超的平衡艺术；进行逻辑一致和体系一贯的整体性制度设计，在政策的法律表达上尤其注重话语体系的对接；最后遵循实践逻辑，接受实践的检验，以客观、全面、准确的实践把握为基础。

农地三权分置改革方案在价值取向上与法律追求不尽协调，在体系上还有待学界做到理论融贯，为制度体系化提供支持；在实践逻辑的遵循上，避免以偏概全。

三、土地经营权的立法应对

（一）政策法律实现的立场和思路

在我国改革开放的实践历程中，形成了实践先行（探索）、政策指引（确认）和法律跟进（兜

底)制度演进模式。这种模式因人民群众的首创精神、党领导国家的政治基础、社会改革的破旧立新和社会治理的不规范性而有其正当性、合理性。这意味着,我国承认和尊重社会实践,注重政策反馈的及时性和引领性特点,注意法律的稳定性和滞后性特点。从实际情况来看,农村土地流转的实际和政策的推动总是走在法律修正的前面,在农地流转实践已经超出《物权法》和《农村土地承包法》等制度的时代背景下,面对相关中央文件不断推进农地三权分置改革^⑥的重大现实,我们必须采取务实态度,在理想和现实之间搭起沟通的桥梁。而国家意志的强化、政策的局限性、法律的优越性对相关政策的法律化迫切要求决策者强化法治思维,遵循合法原则、可操作性原则、公众参与原则和科学原则,依法将相关内容上升为法律,^⑦保证改革在法治框架下进行。法律人则应在立法时坚持法理念,遵循法逻辑,运用法技术,进行法规范构造。

上述对土地经营权的三重检视及其结果必须在立法中得到有效回应。除了采取务实态度外,还应在规则设计上加以体现。对于价值取向检视,可对实践中“动账不动地”等做法进行理论提升,辅之以承包费(地租)制度,实现效率与公平价值的兼顾。对于体系化检视,鉴于土地经营权与土地承包经营权的关系已有较多讨论,兹不赘述;土地经营权与土地所有权的关系,土地经营权人取得类似土地承包经营权人的地位,承受相应的权利义务,尤其是要接受土地承包经营权人和土地所有权人对其经营活动合法性的监督。对于实践检视,这是一个未完成的课题,有待我们遵循实践逻辑开展研究,为农地三权分置改革奠定基础,提供参考。

(三) 政策的法律实现规则

1. 土地经营权的法律用语

对土地经营权的法律名称,学界有不同看法。^⑧虽然土地经营权有不规范、不准确等不足,但也有反映出其渊源且一直为中央政策所采用,渐有约定俗成之势,为减少立法与政策不同表述可能造成的混乱,建议在立法中继续使用“土地经营权”表述。

2. 土地经营权的设立、转让

《农村土地承包法》第10条第1项明确了流转土地承包经营权的原则,《物权法》第128条第1款、《农村土地承包法》第32条均将转让作为土地承包经营权的流转方式加以规定,但未明确受让方取得权利的性质。根据民法关于权利转让的基本原理,土地承包经营权人在转让权利后即意味着完全退出原有的承包关系,彻底失去土地承包经营权。而这与中央保持土地承包关系长期稳定、长久不变的精神相违背;反之,又不利于形成受让人长期经营的稳定预期,影响农业生产的发展。为此,条文可作以下设计:土地承包经营权人可在承包经营的土地上设立土地经营权。土地经营权的期限应与土地经营性质相适应,超过承包期的剩余期限的无效。未经依法批准,不得改变经营地的农业用途。

至于土地经营权权利变动模式,条文可作以下设计:土地承包经营权人转让土地经营权的,经依法登记时生效。随着土地承包经营权转让的现象逐渐增多,已经不限于农民集体内部,已由“熟人社会”逐渐转向“市民社会”的适用语境,《物权法》第129条、《农村土地承包法》第38条规定的登记对抗主义模式已经难以适应流转日益频繁、法律关系日益复杂的现实发展。因此,土地承包经营权权利变动模式应由登记对抗主义改采登记生效主义。为适应这一转变,同时为明确和保障

^⑥ 参见注^⑤,第180页。

^⑦ 参见朱最新:“珠三角一体化政策之法律化研究”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第5期,第13页。

^⑧ 学界主流看法还是沿用中央政策文件的表述——土地经营权。有学者建议在立法中将其命名为“耕作经营权”或者“耕作权”,参见注^⑨,孙宪忠文,第25页;还有学者建议采用“农地使用权”,参见注^⑩,第7页。

土地经营权的物权效力，也要求通过登记予以公示，产生对世效力。

3. 土地经营权的流转

农地三权分置改革的目标之一就是赋予土地承包经营权流转中的受让人以稳定、权能充分且有保障的物权性权利，即土地经营权。为此，建议增设以下条文：

土地经营权人有权依法将土地经营权以转让、互换、抵押、出租、入股等方式流转。

土地经营权采取转让、互换、抵押、入股等方式流转的，经依法登记时生效。

本条第1款即是通过规定土地经营权的各种流转方式，明确土地经营权的权能和物权效力。基于经营需要，土地经营权人可以像土地承包经营权人一样转让、抵押融资以进行再生产或扩大再生产，也可以以土地经营权入股的形式使各种新型农业经营主体开展经营活动，至于进行土地经营权出租更是当然之理。鉴于上述流转方式中，除了出租，其他流转方式均为物权性的，因此根据物权变动模式，增设本条第2款。

结 语

一项政策的制定和出台需要根据实践在多重价值取向之间作出艰难的平衡和取舍；面对业已出台、既定的政策，学界需要在承认这一最大现实与坚持法理逻辑之间寻求共融之道，乃至创新理论和制度；无论政策、理论和制度最终都要从实践中来到实践中去，接受实践的检验。

在注重追求效率的同时兼顾公平价值的实现是农地三权分置政策设计所不得不面对的挑战。中央农地三权分置文件的陆续出台和稳步推进，是政策研究和理论研究都无法也不应忽视的现实，如何阐释政策话语、创新理论术语从而进行政策的立法转化需要我们作出进一步的努力。所有这些都需要通过历史实证追根溯源，通过规范实证、田野实证、司法实证等各种方法准确全面客观地了解土地承包经营权流转的现实情况，明确农地三权分置的规范意蕴，探索影响其实践成效的制度背景和社会环境，探寻其政策形成及其实践的制度规律，运用价值功能主义和比较法方法，科学设定其立法转化的价值目标及运作模式，立法回应其实践需求并接受实践检验。

【主要参考文献】

1. 张红宇：“从‘两权分离’到‘三权分离’——我国农业生产关系变化的新趋势”，《人民日报》2014年1月14日。
2. 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。
3. 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。
4. 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。
5. 高圣平：“承包土地经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式”，《法商研究》2016年第1期。
6. 高海：“论农用地‘三权分置’中经营权的法律性质”，《法学家》2016年第4期。

(责任编辑：高圣平)

ABSTRACTS

On Contract Right of Rural Land under the View of “Three-Right Separation” of Rural Land

GAO Shengping • 1 •

The “Three-Right Separation” of rural land should be reflected in the following structure in the law: on the ownership of rural land, the collective sets up the right to the contracted management of land for farmers and the farmers set up the management rights of land for other business entities on the right to the contracted management of land. The policy term “Contract Right of Rural Land” actually is the right to the contracted management of land in our laws. But under the “Three-Right Separation” of rural land, contract right of rural land is obviously with identity attribute, available only for the farmers of the collective. Whereas, the right to the contracted management of land includes the land use rights acquired by other contracting methods. A reconstruction is inevitable. To stabilize and maintain the land contracting relationship means that the land contract management rights should have a longer period in the law, and make sure the right to the contracted management of land belongs to the farmers of the collective by the registration of real estate. Under the policy guidance of improving the power of land contracting rights, when revising the existing law, it shall make clear that the contracting farmers can use dispose the contract right of rural land for such as lease, share, transfer and mortgage and so on.

Key Words “Three-Right Separation” of Rural Land; The Right to The Contracted Management of Land; The Contract Right of Rural Land; The Management Right of Rural Land

Gao Shengping, PhD. in Law, Research Fellow of The Research Center of Civil and Commercial Jurisprudence of Renmin University of China, Professor of Renmin University of China Law School.

Legal Reflection on and Institutional Response to Rural Land Management Right in the Reform of “Three-Right Separation” of Rural Land

GENG Zhuo • 13 •

The core of the reform policy of “Three-Right Separation” of rural land is to set up management right of rural land separated from contractual management right of rural land, so the original intention and motivation of the reform policy need to be comprehensively clarified. The functions of management right of rural land in general can be summed up as keeping stable expectation, circulation of land contract and management rights freely, and meeting the demand for mortgage financing to expand its production; meanwhile, protecting the original holder of contractual management right of rural land still to retain, control and gain. Taking the management right of rural land as the reform goal, “Three-Right Separation” of rural land should pass through the three check: the first is the value orientation check; the second is the systematization check; the third is the practice check. It is found that this system design can not successfully go through the three check. Theorists need to uphold the pragmatic attitude and innovative theory, and improve the rural land contract management rules.

Key Words Three-Right Separation; Management Right of Rural Land; Contractual Management Right of Rural Land; Contractual Right of Land

Geng Zhuo, PhD. in Law, Professor of Institute for Land Legal System Studies of Guangdong University of Foreign Studies.