

承包地三权分置的法律表达

高圣平*

内容提要 承包地“三权”分置是经济理论上的创新,并得到了政策文件的肯定,但政策上的“权利”并不是法律上的权利。法律上应依循自身的逻辑来传达承包地“三权”分置的思想,不宜简单套用政策术语。基于传统民法上“母子”结构的权利分解理论,承包地“三权”分置在法律上应体现为以下结构:集体在农村土地所有权之上为承包农户设定土地承包经营权,承包农户在其土地承包经营权之上为其他经营主体设定土地经营权。在“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”的政策导向之下,现行法上的相关规则应作相应修改。土地承包经营权应纯化为具有身份性质的财产权,土地经营权应定性为物权化的债权。

关键词 “三权”分置 土地承包经营权 土地承包权 土地经营权

引言

党的十九大报告将“完善承包地‘三权’分置制度”作为“贯彻新发展理念,建设现代化经济体系”的重要任务之一。^① 承包地“三权”分置,就是“要不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”。^② 这一改革思想由《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年中央一号文件”)正式提出,并经中共中央办公厅、国务院办公厅先后发布的《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》(以下简称《土地经营权流转意见》)、《深化农村改革综合性实施方案》(以下简称《实施方

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员,中国人民大学法学院教授,博士生导师。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国农村土地权属制度改革研究”(项目批准号:16JJD820013)和研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项重大课题“农地三权分置的实践探索与法律表达”(项目批准号:18VSI061)的阶段性成果。

① 参见习近平《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第32页。

② 习近平《在中央农村工作会议上的讲话》,载中共中央文献研究室编《习近平关于全面深化改革论述摘编》,中央文献出版社2014年版,第65页。

案》、《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》)具体化,已然成为新一轮农村土地制度改革的主要方向,^③并将成为相关法律修改的重要理论基础。^④但遗憾的是,“三权”分置思想提出至今,无论是政府决策部门,还是学术界(农业经济学界、管理学界和法学界),就土地所有权、土地承包权和土地经营权“三权”分置的方式和程度、分置后的权利属性以及内容等,均未形成共识或多数意见,直接影响到了《农村土地承包法》修改和民法典物权编编纂的进程。中国人大网公布的《中华人民共和国农村土地承包法修正案草案》^⑤(以下简称《农村土地承包法修正案草案》)就此的表达亦值商榷。本文不揣浅薄,拟就此问题一陈管见,以求教于同仁。

一、承包地“三权”分置理论的形成和发展

土地所有权、承包权、经营权(使用权)“三权”分置(或“三权”分离)的提法由来已久。在推行家庭联产承包责任制之后不久,即有学者基于承包地由非承包农户耕作的事实,提出了“三权”分离的观点,^⑥有些地方并已出现了“三权”分离的大量实践。^⑦此时,经济学界认为,土地承包经营权所传达的所有与利用相分离的生产关系(即“农村土地、农户承包、承包农户经营”)发生了改变,出现了非承包户耕作承包地的情形,即“农村土地、农户承包、非承包农户经营”。为了传达这一生产关系的改变,在农地产权保护上即有了将土地承包经营权分离为承包权与经营权的必要,由此而出现了土地所有权、承包权和经营权的分离,其中,“土地所有权属于集体,承包权由后来的集体承包土地的农户持用,使用权则转移到土地的实际者手中。”^⑧

虽然有这些理论与实践的创新,但在2001年起草《农村土地承包法》时,并没有采纳“三权”分离的观点。该法的立法说明中指出“随着农业产业化和现代化进程的加快,今后工作的重点之一就是土地经营权流转的管理”,^⑨但该法是以土地承包经营权流转的法律构造来传达上述“农村土地、农户承包、非承包农户经营”的生产关系的。^⑩这

③ 参见孙中华《关于农村土地“三权分置”有关政策法律性问题的思考》,载《农业部管理干部学院学报》2015年第1期。

④ 参见2015年中央一号文件《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》。

⑤ 2015年,《农村土地承包法》修改被纳入第十二届全国人大常委会立法规划。第十二届全国人大常委会第三十次会议对《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》进行了初步审议。2017年11月7日《农村土地承包法修正案草案》在中国人大网公布,公开征求意见。

⑥ 参见田则林、余义之、杨世友《三权分离:农地代营——完善土地承包制、促进土地流转的新途径》,载《中国农村经济》1990年第2期;冯玉华、张文方《论农村土地的“三权分离”》,载《经济纵横》1992年第9期;等等。

⑦ 参见韩俊《中国农村土地制度建设三题》,载《管理世界》1999年第3期;黄祖辉、王朋《农村土地流转:现状、问题及对策——兼论土地流转对现代农业发出的影响》,载《浙江大学学报》2008年第2期。

⑧ 前引⑥,冯玉华、张文方文。

⑨ 柳随年《关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉的说明——2001年6月26日在第九届全国人民代表大会常务委员第二十二次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2012年第5期。

⑩ 虽然“流转”一语并非严格意义上的法律术语,但《农村土地承包法》赋予了其法律意义,即农户作为土地承包经营权人(承包人)处分其土地承包经营权行为的总称。

样,承包地的产权结构就成了“集体的土地所有权+承包农户的土地承包经营权”。其中,集体土地所有权不能进行买卖或交易,承载着维持土地公有制的功用;^①而土地承包经营权则被定性为农户的“私权”(民事权利)。承包地产权结构的如此安排,既避免了土地私有化之嫌,又将承包地产权的大部分权能界定给了集体成员,在一定程度上反映了当时家庭联产承包制之下农户承包集体土地并且实际经营其承包地所发生的生产关系,有效克服了集体经营情况下农业生产过程的外部性。^②如此即极大地调动了农民生产积极性,^③适应了当时的生产力发展水平,取得了较好的制度绩效。^④

“随着社会主义市场经济的发展,家庭联产承包责任制的边际效用不断递减,效率降低,逐渐落后于农村生产力的发展水平,并给农村生产力的进一步发展带来了障碍。”^⑤大量的研究表明,家庭分散经营具有如下弊端:生产规模过小,规模效益无法体现;组织化程度低,难以避免农业生产活动的盲目性;农产品的市场化提高了竞争风险,单一农户难以防范。^⑥随着工业化、城镇化的深入推进,农民就业和收入“非农化”现象不断涌现,承包地流转日益频繁,从而使得以“承包主体与经营主体合一”为基础的土地承包经营权有了进一步分离的必要。“至2016年底农村已有30.8%的承包农户在流转承包地,35.1%的承包地流向其他经营主体,面积达到4.7亿亩。”^⑦“家家包地、户户务农的局面发生变化,催生了专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业等各类新型经营主体,形成了集体拥有所有权、农户享有承包权、新型主体行使经营权的新格局,实现了‘集体所有、农户承包经营’的双层经营逐步向‘集体所有、农户承包、多元经营’的‘立体式复合型现代农业经营体系’转变。”^⑧

在适度规模经营政策的指引下,土地承包经营权的流转成了无法回避的话题。在现行规则之下,土地承包经营权因其取得的身份性及其社会保障功能,流转较受限制,难以适应适度规模经营的生产力发展要求,无法很好地解决土地资源的优化配置问题。土地承包经营权所承载的社会保障功能与利用效率之间存在内在矛盾,事实上已成为农村经济发展的制度性障碍。而且土地承包经营权流转后可能带来的原承包户失去就业和生活保障的风险,无法在现有承包地产权结构中得到很好避免和解消。现行土地承包经营权流转规则仅以小规模承包地流转为基础,无法适应和调整适度规模经营之下的承包地流转的需要,一则经营主体所取得的权利效力较弱,保障力度不够,难以

① 《农村土地承包法》第4条;何宝玉主编《〈中华人民共和国农村土地承包法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2002年版,第47-48页。

② 参见张红宇、李伟毅《人地矛盾、“长久不变”与农地制度的创新》,载《经济研究参考》2011年第9期。

③ 参见叶兴庆《集体所有制下农用地的产权重构》,载《毛泽东邓小平理论研究》2015年第2期。

④ 参见韩长赋《土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新》,载《光明日报》2016年1月26日。

⑤ 刘先江《农村土地经营权流转的政治学分析》,载《政治学研究》2014年第4期。

⑥ 参见马敬桂、查金祥《我国农业双层经营体制的完善与创新》,载《农业经济》2004年第3期。

⑦ 刘振伟《完善农村土地承包法律制度》,载全国人大农业与农村委员会法案室编著《农村土地承包法律制度研究》,中国法制出版社2017年版,第3页。

⑧ 前引④,韩长赋文。

形成稳定的经营预期;二是经营主体无法以其取得的权利进行担保融资,扩大再生产,制约了正常的生产经营。^①同时,在构建新型农业经营体系的过程中,“决不能因为创新而使农户丧失其合法的土地承包经营权”。^②于是,“集体所有权、农户承包权和土地经营权”等“三权”分置再次进入人们的视野,并被赋予了“就业保障的托底作用”“土地要素合理流转”“提升农业经营规模效益和竞争力”“创新农村土地集体所有制的有效实现形式”的政策目标。^③经济学界就“三权”分置渐成通说,^④普遍以土地经营权与土地承包权的分离来传达我国现行法上所规定的土地承包经营权流转。^⑤

承包地产权结构的分化在一定程度上体现着承包地生产要素功能和社会保障功能的冲突,^⑥体现着效率和公平两大价值的平衡。在“两权”分离之下,集体土地所有权派生出土地承包经营权。这一分离发生于集体与农户之间,是农户与集体之间承包地产权的重新配置,^⑦置重的是承包地的社会保障功能,强调承包地在本集体成员之间的公平分配,如此形成了“以生存保障为基础,以社会公平的价值理念为目标”的承包地产权结构,^⑧并通过土地承包经营权的物权性赋权,激发农户的生产积极性,极大地解放了农村生产力。在“三权”分置之下,在集体土地所有权与土地承包经营权分离的基础上,土地承包经营权派生出土地经营权,是承包农户和其他经营主体之间承包地产权的重新配置,同时分割土地承包经营权的保障功能和财产功能,^⑨承包农户的土地承包经营权不因派生出土地经营权而发生改变,被赋予严格的身份属性,在一定程度上坚守了农户“不失地”的改革底线,体现着承包地的社会保障功能;同时,土地经营权成为脱逸身份属性的市场化权利,其自由流转解决了承包地的抛荒、适度规模经营以及抵押融资等问题。^⑩正是在“三权”分置之下,承包农户在享有稳定的土地承包经营权的同时,可以放心地去流转承包土地的经营权,^⑪也正因脱离了身份藩篱的土地经营权的市场化流转,多元化的农业经营方式才得以发展,承包地的利用效率得以置重,集约化、组织化和社会化相结合的新型农业经营体系才得以构建。

^① 参见耿卓《农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应》,载《法学家》2017年第5期。

^② 陈锡文《加快构建新型农业经营体系》,载《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2013年版,第192页。

^③ 参见前引^①,韩长赋文。

^④ 参见前引^②,陈锡文文,第193-194页。

^⑤ 参见前引^③,黄祖辉、王朋文。

^⑥ 参见朱道林、王健、林瑞端《中国农村土地制度改革与探讨——中国土地政策与法律研究圆桌论坛(2014)观点综述》,载《中国土地科学》2014年第9期。

^⑦ 参见尹成杰《三权分置是农地制度的重大创新》,载《农村工作通讯》2015年第16期。

^⑧ 参见刘俊《创新农地流转制度》,载《瞭望新闻周刊》2007年第44期。

^⑨ 参见宋志红《农村土地“三权分置”改革:风险防范与法治保障》,载《经济研究参考》2015年第24期。

^⑩ 参见宋志红《中国农村土地制度改革研究:思路、难点、制度建设》,中国人民大学出版社2015年版,第8页。

^⑪ 参见前引^⑩,陈锡文文,第193-194页。

二、承包地“三权”分置的理论基础

承包地“三权”分置改革的总体要求是“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。”虽然承包地“三权”分置的经济思想已经在政策文件中得以反映,但经济理论上并未就分置后的“三权”的权利属性和内容作出清晰的界定,各政策文件之中,无论是形式上的文字表述还是实质上的思想内容,都存在较大的差异。

经济学界普遍认为,“土地承包经营权是承包权和经营权的混合体”,^⑩面对承包农户不自己经营承包地的情况越来越多的现实,为顺应农民保留土地承包权、流转土地经营权的意愿,可将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分置并行。^⑪土地所有权、承包权、经营权“三权”分置在传统的经济理论之下“是完全可以解释的”,^⑫因为经济学是以“权利束”的观念来解读承包地产权结构的:在家庭联产承包责任制的框架下,承包地产权结构被分解为上述三种权利。^⑬有论者指出,承包地产权作为一个权利束,包括占有、使用、收益、处置等子权利,每一项子权利内容还可再细分相应权益,承包权与经营权的分离就是多个主体分享承包地产权权利束的直接体现。^⑭这一以产权经济学的权利束观念明显受到英美法的影响。英美法上没有严格意义上的物权、债权概念体系,其所谓“property right”多被对译为“产权”,并被定义为“与物有关的‘权利束’”,其中最为重要的包括排他权、转让权、占有使用权。^⑮“土地权利随经济发展,丰富内涵,所有权与所有制含义不同。所有权可分解出使用权、经营权、租让权、抵押权、处置权、收益权等等,成为一束权利。”^⑯即便如此,“权利束”的分解理论仍旧无法证成将土地承包经营权分置为土地承包权和土地经营权的正当性。在经济学界普遍将“土地承包权”理解为农户承包土地的权利(请求权)的情况下,“土地承包权”是取得土地承包经营权的前提条件,土地承包经营权是行使“土地承包权”的结果。准此,土地承包经营权中并不包括所谓“土地承包权”,也无以从中分解出“土地承包权”。

以“权利束”来解释物权或产权的分解,并未得到大陆法系法理的支持。在传统大陆法系国家,为强化对他人之物的利用关系,概以所有权为中心推及至用益物权、担保物权等定限物权(他物权)。所有权具有完整性,并不因其上设定了他物权而受到影响。

^⑩ 前引^⑬叶兴庆文。

^⑪ 参见韩长赋《既保护农户承包权益,又放活土地经营权,“三权分置”改革是重大制度创新》,载《人民日报》2014年12月22日;前引^⑮尹成杰文。

^⑫ 吴敬琏《还给农民的是土地经营权,而非所有权》,载《农村工作通讯》2015年第11期。

^⑬ 参见丁关良、阮韦波《农村集体土地产权“三权分离”论析——以土地承包经营权流转中“保留(土地)承包权、流转土地经营权(土地使用权)”观点为例》,载《山东农业大学学报》(社会科学版)2009年第4期。

^⑭ 参见潘俊《农村土地“三权分置”:权利内容与风险防范》,载《中州学刊》2014年11期。

^⑮ 参见[美]约翰·G.斯普兰克林《美国财产法精解》,钟书峰译,北京大学出版社2009年版,第4-5页。

^⑯ 杜润生《杜润生自述:中国农村体制改革重大决策纪实》,人民出版社2005年版,第157-158页。

他物权并不是所有权的分割,而是将所有权部分内容具化后新设独立的他物权,是所有权之上设定权利负担,并不改变所有权的内容,仅在一定范围内限制着所有权的行使。^⑦此即所谓“母子”权利结构。^⑧我国民法秉承大陆法传统,经济学界以“权利束”为理论基础提出的“土地所有权、土地承包权、土地经营权”“三权”分置思想无法直接在我国法律上得到体现。在中国民法典编纂和《农村土地承包法》修改之时,我们不宜以“权利束”为理论基础来解释“三权”分置的权利架构。

依前述大陆法系的他物权生成法理,所有权上设定用益物权等他物权之后,仍不失其完全性,所有权的权能并没有分离,只是所有权人权利之行使在所设定的他物权的范围内受到了限制,一旦他物权消灭,则所有权当然回复其全面支配的圆满状态。^⑨准此以解,集体土地所有权是浑然一体的权利,其内容可依所有权人的意志而伸缩,其上为承包农户设定土地承包经营权,并不是集体土地所有权权能分离的结果。此时,集体土地所有权全面支配所有物的权能,将因受限制而大为减缩,其本身似已虚有其名,成为不具有任何权能的形态,学理上称之为所有权之虚有化或空虚所有权。^⑩不过,集体土地所有权设定土地承包经营权之后,集体本应依其所有权受到限制而向承包农户收取对价,只因国家减轻农民负担之政策而取消。这是集体作为所有权人基于国家政策和自主意愿处分其土地所有权的結果。

同理,土地承包经营权也具有浑然一体的内容,“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。”^⑪自土地承包经营权派生出土地经营权,也不是土地承包经营权权能分离的结果。此时,土地承包经营权人权利之行使受到其上已设定的土地经营权的限制,相应地,其享有向经营主体收取对价的权利。农户占有、使用承包地的支配权能,将因土地经营权的设定而受到极大的限制,甚至减缩殆尽,其本身也似已虚有其名,仅表现为向经营主体收取对价的收益权能。但这同样是农户基于自主意愿处分其土地承包经营权的結果。

正如从集体土地所有权派生出土地承包经营权之后,土地所有权仍然是浑然一体的权利,其名称并未因派生出土地承包经营权而发生改变,土地承包经营权派生出土地经营权之后,土地承包经营权也仍然是浑然一体的权利,其名称也不应因派生出土地经营权而发生改变。如依“母子结构”的权利生成法理,这一权利结构更易理解:土地承包经营权是土地所有权之上的权利负担,土地经营权是土地承包经营权之上的权利负担,土地所有权和土地承包经营权均不因其上设定了权利负担而改变其权利名称和性质。

准此以解,承包地“三权”分置在法律上应传达为“土地所有权—土地承包经营

^⑦ 参见王泽鉴《民法物权》(第2版),北京大学出版社2010年版,第110页;谢在全《民法物权论》(修订5版),中国政法大学出版社2011年版,第426页;房绍坤《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第44页。

^⑧ 参见崔建远《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期。

^⑨ 前引^⑦,谢在全书,第110页。

^⑩ 参见前引^⑦,谢在全书,第109-110页。

^⑪ 蔡立东、姜楠《农地三权分置的法实现》,载《中国社会科学》2017年第5期。

权—土地经营权”其中后者派生于前者。这一法律表达具有以下合理性:

第一,便于和现行制度相衔接,妥适处理“两权”分离和“三权”分置之间的关系。在我国目前农村生产力发展水平参差不齐的背景之下,“两权”分离和“三权”分置必将并行不悖。承包地“三权”分置仅仅只是反映着发生承包地流转时的承包地产权结构,并不全盘否定“两权”分离。在没有发生承包地流转的情况之下,仍然维系“两权”分离的产权结构,此时,农户仍然享有土地承包经营权,无须进一步派生出土地经营权,现行制度足敷使用;已经推行的土地承包经营权登记颁证工作也无须改变,即无须就土地承包权和土地经营权分别颁证,以满足农民对土地承包经营制的长久预期。只有在承包农户流转了承包地的情况之下,才为经营主体的土地经营权登记颁证,此时,原承包农户的土地承包经营权登记簿和权证只需记载土地经营权这一权利负担即可,无须重新就土地承包权登记颁证。《农村土地承包法修正案草案》即采纳了这一观点。“土地集体所有权与承包经营权是承包地处于未流转状态的一组权利,是两权分离。土地集体所有权与土地承包权、土地经营权是承包地处于流转状态的一组权利,是三权分置。”^②从该草案所定用益物权性土地承包权的内容来看,“两权”分离之下的“土地承包经营权”和“三权”分置之下的所谓“土地承包权”实为同义语。

第二,减少修改法律的难度,降低制度变迁成本。农村土地制度改革需要考虑制度变迁成本,如产权的界定和制度变迁成本大于收益,则这种制度变迁即不合理,也不易在实践中得以贯彻。^③“三权”分置成为新一轮土地制度改革的基本理论后,无论是《农村土地承包法》还是中国民法典,均需按照这一思想进行修改或重构。如果在法律上直接转述“土地所有权、土地承包权、土地经营权”的政策术语,则两部法律中均得重新界定土地承包权、土地经营权的性质和内容。如此,法律的变动过大,严重影响法律的稳定性,极易造成农民的误解和误读;而若采取“土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”的权利结构,两部法律中只需修改现行土地承包经营权流转的相关规则、就土地经营权的性质和内容另行作出规定即可,法律修改的难度更低。《农村土地承包法修正案草案》既规定了“两权”分离之下的土地所有权和土地承包经营权,又规定了“三权”分置之下的土地所有权、土地承包权和土地经营权,形成了(集体)土地所有权+(承包农户)土地承包经营权+(承包农户)土地承包权+(经营主体)土地经营权”这一承包地产权的复杂结构,并未妥善处理好“两权”分离和“三权”分置之间、土地承包经营权和土地承包权之间的关系,颇值商榷。

第三,符合现行法之下对“土地承包经营权”这一术语的通常理解。在《农村土地承包法》和《物权法》之下,土地承包经营权是指在农村土地之上设立的以从事农业生产为目的的权利,只是借用约定俗成的称谓来传达农地利用权的含义,从其权利内容来

^② 刘振伟《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉的说明》2017年10月31日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上的报告。

^③ 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》,载《经济社会体制比较》2014年第2期。

看,并无“承包”和“经营”两项内容,亦即其本身并不是由“土地承包权”和“土地经营权”构成,也无法分离为“土地承包权”和“土地经营权”。但是,如将“土地承包权”理解为“农村集体经济组织成员依法享有的承包土地的权利”,^⑭则土地承包经营权只是本集体成员行使“土地承包权”之后的结果,一旦土地承包经营权设定,此种意义上的“土地承包权”即失去意义,并未传导至土地承包经营权之中,而只能在土地承包经营权因承包期届满而消灭之后再次行使。由此可见,不以土地承包经营权分离为土地承包权、土地经营权,而以土地承包经营权派生出土地经营权,以“土地承包经营权之上设定土地经营权”来传达新型农业经营体系之下的承包地产权结构更符合法律逻辑。

综上,所谓承包地“三权”分置,即土地所有权、土地承包经营权、土地经营权分别配置。《农村土地承包法修正案草案》第6条第1款规定“以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权。”依本文观点,应修改为“土地承包经营权人可以在其依法取得的土地承包经营权上为土地经营权人设立土地经营权。”

三、土地承包经营权规则的完善

“作为集体经济组织成员的农户,依法享有土地承包权,这是集体所有权的具体实现形式,也是农村基本经营制度的根本。”^⑮“稳定农户承包权”“严格保护农户承包权”,需要首先分析我国现行法中有哪些规定滞后于改革政策与实践,进而思考在编纂或修改相关法律时如何反映这些改革思想。准此,至少有以下几个方面需要研究。

(一) 土地承包权和土地承包经营权的定名之争

在《农业法》(1993年)、《农村土地承包法》上,“土地承包权”仅仅是指农村集体经济组织成员依法承包由本集体经济组织发包的农村土地的资格,^⑯是承包农户取得土地承包经营权的前提条件。这里“每个农村集体经济组织成员都有承包权,强调的是成员的权利能力,即村集体中的每个人,只要一出生,不论年龄长幼、不分男女,都有权承包本集体经济组织的土地。”^⑰但在“三权”分置之下,土地承包权是“土地承包权人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。”由此,“三权”分置之下的土地承包权,非为《农业法》(1993年)、《农村土地承包法》意义上的“土地承包权”,而是具有“使用、流转、抵押、退出承包地等各项权能”的财产权。如此看来,“三权”分置之下的土地承包权并非现行法上的“土地承包权”,反与《农村土地承包法》《物权法》上所称的土地承包经营权同其含义,取得土地承包权或土地承包经营权的资格限制,并不能否定其财产权属性。实际上,我国相关政策文件和学者论述中也经常混用土地承包权和土地承包经

^⑭ 《农村土地承包法修正案草案》第6条第2款。

^⑮ 前引^⑭韩长赋文。

^⑯ 参见《农村土地承包法》第5条和1993年《农业法》第13条第3款。

^⑰ 王超英《切实保障农民的土地承包经营权》,载刘坚主编《〈农村土地承包法〉培训讲义》,中国农业出版社2002年版,第44页。

营权。^{④⑧}

《农村土地承包法修正案草案》同时使用成员权性质的土地承包权^{④⑨}和用益物权性质的土地承包权^{⑤⑩},使得同一法典中所使用的同一概念出现两种不同的含义。成员权性质的土地承包权,是集体经济组织成员作为其所属的集体经济组织的一员所享有的请求承包集体土地的权利,是成员权的内容之一,应属集体土地所有权规制的范畴。其行使的结果是使成员取得土地承包经营权,它外在于土地承包经营权,并不属于土地承包经营权的内容,也无以从土地承包经营权中分置出来。因此,《农村土地承包法修正案草案》应置重于用益物权性质的土地承包权。

在物权法定原则之下,物权的种类由法律直接规定。就具体物权而言,应直接使用法定名称,而非使用“土地承包权”这一法律上并未定名的“物权”名称。在修改《农村土地承包法》和编纂民法典时,基于法律的相对稳定性和同时反映“两权”分离和“三权”分置两种权利结构的考虑,也不宜将既定的土地承包经营权改称为土地承包权。

(二) 土地承包经营权的身份属性及其体系效应

《三权分置意见》指出“农村集体土地由作为本集体经济组织成员的农民家庭承包,不论经营权如何流转,集体土地承包权都属于农民家庭。”在这里,土地承包经营权的取得和保有明显带有身份属性。“‘三权分置’中的土地承包权专属于农户,这是稳定我国农村基本经营制度的基础的客观必要,也是保护农民生存权益的客观必要。”^{⑤⑪}在我国现行法上,《农村土地承包法》规定了两种形式的土地承包经营权——以家庭承包方式取得的土地承包经营权和以招标、拍卖、公开协商等其他承包方式取得的土地承包经营权。其中,后者的主体“不仅仅局限于农村集体经济组织内部成员”,“非本集体经济组织的外村农户、其他组织等从事农业生产经营”均可取得,^{⑤⑫}这种意义上的土地承包经营权已经属于市场化的权利,脱逸出了主体的身份属性。《物权法》对上述两类土地承包经营权进行了抽象,将土地承包经营权的主体明确界定为“土地承包经营权人”,“不仅高度概括了各类承包经营权的主体,也使得《物权法》的主体范畴更具有包容性。”^{⑤⑬}但这里仍然维系着《农村土地承包法》的制度安排。

虽然“两权”分离和“三权”分置并存于承包地权利体系,均应在中国民法典和《农村土地承包法》得到体现,但在一部法典中所使用的法律概念应保持前后一致的法律意

^{④⑧} 参见《土地经营权流转意见》《实施方案》《三权分置意见》《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》;前引^③,孙中华文;前引^③,叶兴庆文;吉炳轩《法律要推动农村改革创新》,载全国人大农业与农村委员会法案室编《农村土地承包法律制度研究》,中国法制出版社2017年版,第4页;等等。

^{④⑨} 参见《农村土地承包法修正案草案》第6条第2款、第26条第2款。

^{⑤⑩} 《农村土地承包法修正案草案》第40条。这里,“土地承包权”体现的是承包方与发包方之间的承包关系,而不是承包方作为集体经济组织成员所享有的承包土地的资格或权利。该草案第二章第四节“土地承包权的保护和转让”所称的土地承包权,绝大多数是在这一意义上使用。

^{⑤⑪} 管洪彦、孔祥智《“三权分置”中的承包权边界与立法表达》,载《改革》2017年第12期。

^{⑤⑫} 参见胡康生主编《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第107页。

^{⑤⑬} 王利明《物权法研究》(下卷)(第4版),中国人民大学出版社2016年版,第807页。

义。在“两权”分离和“三权”分置之下,均由“土地承包经营权”一语来转达承包农户对集体土地的利用关系。我国现行法上的“土地承包经营权”以“两权”分离为其理论基础,只要是利用农村土地从事农业生产,在法律上均表达为“土地承包经营权”,而不管权利人是否属于本集体经济组织的承包农户。虽然基于一定身份资格所取得的财产权已经不存在人身权的内涵,^{⑤4}但在“三权”分置之下,“土地承包经营权”已纯化为只有本集体经济组织的承包农户才能取得的、兼具财产属性和保障属性的权利。“农村集体土地应该由作为集体经济组织成员的农民家庭承包,其他任何主体都不能取代农民家庭的土地承包地位,不论承包经营权如何流转,集体土地承包权都属于农民家庭。”^{⑤5}如此看来,在制度重构之时,应明确只有本集体经济组织的农户才能取得土地承包经营权,“土地承包经营权是农村集体经济组织成员的财产性权利,农村集体经济组织成员身份又是获得土地承包经营权的前提条件。”^{⑤6}《物权法》和《农村土地承包法》上所谓“以其他承包方式取得的土地承包经营权”与“承包”所蕴含的成员属性并不相符,反与土地经营权同其功能和意义,自可在“土地经营权”之下一体规定。

基于此,《物权法》第125条关于土地承包经营权的定义性法条应当修改为“承包农户依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有的从事种植业、林业、畜牧业等农业生产的用益物权。”这里,将主体限定为承包农户;用途限制在从事种植业、林业、畜牧业等农业生产;性质界定为用益物权。

(三) 土地承包经营权设立规则的重构

稳定土地承包关系,一直是我国农村土地政策的基本目标,^{⑤7}无论是“两权”分离,还是“三权”分置,均涉及土地承包关系的稳定问题。就前者而言,土地承包关系的稳定有利于承包农户形成明确的经营预期,并进而提高农业投入;就后者而言,土地承包关系的稳定是承包地流转的前提和基础,有利于优化土地资源配置效率。由此可见,“三权”分置与稳定土地承包关系并不矛盾。土地承包关系涉及承包农户对集体土地的利用关系,这一关系的稳定首先端赖于法律上对其权利性质的架构。在法政策上,土地利用关系既可以表达为物权,也可以表达为债权,^{⑤8}而对于长期的土地利用关系自应定性为物权。我国现行法上,《物权法》明确将土地承包经营权界定为一种用益物权,《农村土地承包法》囿于立法之时尚无物权的立法概念,并未对土地承包经营权予以定性,存在着物权和债权二元化构造的主张。^{⑤9}《农村土地承包法》的修正,应基于稳定土地承包关系的需要,明确土地承包经营权为物权。

《实施方案》指出“稳定农户承包权,就是要依法公正地将集体土地的经营权

^{⑤4} 参见陈小君《“三权分置”与中国农地法制变革》,载《甘肃政法学院学报》2018年第1期。

^{⑤5} 中共中央宣传部《习近平总书记系列重要讲话读本》,学习出版社、人民出版社2016年版,第156页。

^{⑤6} 前引⑫,刘振伟文。

^{⑤7} 参见前引⑫,张红宇、李伟毅文。

^{⑤8} 参见前引⑮,谢在全书,第426页。

^{⑤9} 参见前引⑨,柳随年文。

落实到本集体组织的每个农户。”《土地经营权流转意见》和《三权分置意见》进一步指出了以登记作为稳定土地承包关系的技术路径。土地承包经营权作为不动产物权之一种,自应以一定的技术手段公示于外。在我国现行法上,土地承包经营权并未采行不动产物权变动的债权形式主义模式,而是采取债权意思主义模式,^⑩仅依当事人之间的合意即产生土地承包经营权设定的效力。这一规定的立法理由在于,“承包方案经村民会议或村民代表会议讨论同意,集体经济组织成员相互熟悉,承包的地块人所共知,能够起到相应的公示作用。”^⑪目前采取向土地承包经营权人颁发土地承包经营权证并登记造册,来确认和保护其合法权利,^⑫但这一方法仅为行政法意义上的行政确权,对于土地承包经营权的设立没有法律意义,^⑬无法起到公示作用。

《实施方案》在政策上要求“明确和提升农村土地承包经营权确权登记颁证的法律效力”。在承包地的流转日益频繁、主要经营主体已非本集体经济组织成员的背景之下,上述理由即失去正当性。此际,应当得到确认和保护的,不仅仅只是土地承包经营权人的利益,而且包括土地经营权人等第三人的利益。为维护承包地流转的交易安全,土地承包经营权的设立亦应以登记为公示方法,但不宜将登记作为土地承包经营权设立的生效要件。一则,我国农村经济发展不平衡,各地土地流转规模相差较大,一律采取登记生效主义,会增加没有承包地流转或流转不频繁地区的承包农户的负担;二则,虽然目前土地承包经营权的登记颁证工作几近完成,但第三轮承包工作在10年左右即会启动,限于登记机关行政能力及测绘技术的限制,短期内无法完成调整后的承包地的首次登记,采取登记生效主义,登记机关难以配合。基于此,在制度重构之时应采取登记对抗主义,由当事人参酌具体情况选择是否登记。

综上,建议将《物权法》第227条修改为“土地承包经营权自土地承包经营合同生效时设立,但未经登记,不得对抗善意第三人。”将《农村土地承包法》第22条修改为:“土地承包经营合同自成立之日生效。土地承包经营权人自土地承包经营合同生效时取得土地承包经营权,但未经登记,不得对抗善意第三人。”

“稳定土地承包关系并保持长久不变”是党的十七届三中全会以来深化农村土地制度改革的重重大决策。“长久不变”是具有指引方向功能的政策性语言,是指农村土地承包经营制度和形式长久不变,并不意味着土地承包经营权没有期间限制。党的十九大报告中指出:“保持土地承包关系稳定并长久不变,第二轮土地承包到期后再延长30年。”这一重大决策,使土地承包关系从第一轮承包开始保持稳定长达75年,“彰显了中

^⑩ 参见前引^③,王利明书,第815页;尹田《物权法》(第2版),北京大学出版社2017年版,第407页。也有学者认为,我国土地承包经营权设立既不属于形式主义模式,也不属于典型的意思主义模式,充其量只能算是“准意思主义”模式。参见陈小君等《田野、实证与法理——中国农村土地制度体系构建》,北京大学出版社2012年版,第1页。

^⑪ 全国人大常委会法制工作委员会民法室《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》(第2版),北京大学出版社2017年版,第269页。

^⑫ 参见前引^⑪,全国人大常委会法制工作委员会民法室书。

^⑬ 参见前引^③,王利明书,第815页。

央坚定保护农民土地权益的决心”，“既稳定了农民预期，又为届时进一步完善政策留下了空间”。^④ 基于此，建议《农村土地承包法》第20条增设第2款，规定“前款规定的承包期届满，可以延长三十年。”《物权法》第126条第2款亦应作相同修改。

（四）土地承包经营权权能的完善

自党的十七届三中全会以来，完善土地承包经营权的权能一直是赋予农民更多财产权利、深化农村土地承包经营制度改革、构建新型农业经营体系的关键一环。《三权分置意见》明确指出“在完善‘三权分置’办法过程中，要充分维护承包农户使用、流转、抵押、退出承包地等各项权能。”

土地承包经营权既属法律上明定的用益物权，其权利人处分其权利自是题中之义。但在“两权”分离之下，土地承包经营权承载着财产和保障双重功能，现行法基于保护农民“不失地”的公共政策限制其抵押自有其正当性^⑤。而在“三权”分置之下，土地承包经营权抵押权实现之时，受让人并不取得土地承包经营权，而仅能取得土地经营权，原土地承包经营权人仍然保有其土地承包经营权，满足了“不论承包经营权如何流转，集体土地承包权都属于农民家庭”的政策要求，上述障碍即已克服。土地承包经营权系承包农户的主要财产之一，将其作为抵押财产，有利于搞活土地生产要素、缓解农村融资难。^⑥ 基于此，国务院开展了农村承包土地的经营权抵押贷款的试点工作。为保证试点工作的合法性，全国人大常委会并授权国务院在试点县（市、区）行政区域内暂时调整实施《物权法》等关于集体所有的耕地使用权不得抵押的规定。相关试点工作取得了良好的效果。因此，在制度重建之时，应删除《物权法》第184条的相关禁止性规定。

《国务院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》指出，在土地承包经营权抵押权的行使条件成就之时，“允许金融机构在保证农户承包权……前提下，依法采取多种方式处置抵押物。”由此可见，即使金融机构实现其土地承包经营权抵押权，也不宜采取《物权法》第195条明定的折价、拍卖、变卖等方式，因为这些方式将导致承包农户丧失土地承包经营权，无法达到保证农户“不失地”的政策目标。而在强制执行法上，除了以折价、拍卖、变卖等方式之外，尚有强制管理方式。强制管理，是以不动产的收益为执行对象的换价方法，由执行法院选任管理人对被执行人的已查封不动产实施管理，并以其所得收益满足债权人的金钱债权。^⑦ 以强制管理方式实现土地承包经营权抵押权，并不就土地承包经营权进行变价，而仅仅使受让人取得其上的土地经营权，在土地经营权的行使所生的收益足以清偿债务之时，土地经营权即消灭，土地承包经营权回复至圆满状态。我国实行执行措施法定主义，为避免土地承包经营权金融化之后可能产生的不利影响，建议在编纂中国民法典之时，在《物权法》第195

^④ 韩长赋《大力实施乡村振兴战略》，载《党的十九大报告辅导读本》，人民出版社2017年版，第212页。

^⑤ 《担保法》第37条第2项，《物权法》第182条第2项。但以其他承包方式取得的土地承包经营权除外。不过，本文主张以其他承包方式取得的土地承包经营权应重构为土地经营权，自无讨论余地。

^⑥ 前引③，孙中华文。

^⑦ 参见赖来焜《强制执行法各论》，元照出版有限公司2008年版，第406页。

条抵押权的实现方式中增加“强制管理”这一方式。

在“两权”分离之下,我国现行法就土地承包经营权的流转采取了“方式法定”的规制路径,对土地承包经营权的流转作出严格限制,其立法理由在于:“土地流转是农村经济发展、农村劳动力转移的必然结果,但目前从总体上看,我国绝大多数农村尚不具备这个条件。只有在第二、三产业发达,大多数农民实现非农就业并有稳定的工作岗位和收入来源的地方,才有可能出现大范围的土地流转。”^⑧而目前承包地流转的规模已非《农村土地承包法》立法之时所能比拟,且“三权”分置的政策目标在于优化土地资源配
置,促进适度规模经营发展,放松承包地流转的管制应属当然之理。

《农村土地承包法》上对土地承包经营权转让的出让人和受让人作了严格限制,且增加了“经发包方同意”这一程序性要件。在“三权”分置之下,承包农户仍然享有转让土地承包经营权的处分权,只不过,基于取得或保有土地承包经营权的身份属性,应进一步将受让人的范围限制为本集体经济组织的成员。《农村土地承包法修正案草案》第33条拟将现行法第41条修改为“经发包方同意,承包方可以将全部或者部分承包的土地转让给本集体经济组织的其他农户,由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。”这里,取消了“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”的限制性条件,明确了受让人为“本集体经济组织的其他农户”。但值得商榷的是:其一,保留“经发包方同意”没有正当性。发包方同意条款最早见于最高人民法院的数个司法解释,其时多将土地承包经营权定性为债权,土地承包经营合同的概括移转自应取得发包方同意。及至《农村土地承包法》,我国实定法上尚无物权概念,保留发包方同意条款即属制度惯性使然,与承包地生活保障功能无关。^⑨《物权法》上已经明确将土地承包经营权作为用益物权的一种予以明定,且明确区分合同和物权变动的效力,土地承包经营权的转让自应遵循物权转让的一般规则,由当事人之间签订转让合同并办理移转登记即可,无须再经过作为所有权人的发包方同意。此外,发包方同意的条件和程序不明确,在实践中不易操作,反而成了村干部干预土地承包经营权转让的理由。司法案例的实证分析也表明,这一规定并未得到有效实施^⑩;其二,对土地承包经营权人转让其土地承包经营权,是否发生丧失承包期限届满后的承包土地的权利的后果,该条并未明确。土地承包经营权是有期限的物权,土地承包经营权人转让的也是有期限的土地承包经营权,该转让的土地承包经营权期限届满后,受让人受让的权利自当消灭,原土地承包经营权人自可依其承包土地的权利实际取得土地承包经营权。

^⑧ 顾昂然《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉修改情况的汇报——2002年6月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2012年第5期。

^⑨ 农村土地承包法的立法过程表明,为防止“因随意转让而丧失赖以生存的土地”而对土地承包经营权“转让的条件作严格限制”,增加的转让条件是“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”,而不是“经发包方同意”。参见前引^⑧,顾昂然文。

^⑩ 参见郭继《土地承包经营权转让制度的实践困境与对策研究》,载《华中科技大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

据此,《农村土地承包法修正案草案》第33条应修改为“土地承包经营权人可以将全部或者部分土地承包经营权转让给本集体经济组织的其他农户的,原土地承包关系在相应范围内即行终止。转让的期限不得超过承包期的剩余期限。”

因担心入股成立的公司破产后农户可能失去承包经营的土地,《农村土地承包法》对土地承包经营权的入股持否定态度。基于实践的发展,《农村土地承包经营权流转管理办法》仅承认了土地承包经营权入股合作社。而在“三权”分置之下,引导农民以土地承包经营权入股合作社和龙头企业,发展农业产业化经营,是加快构建新型农业经营体系的主要路径之一。只不过,在“两权”分离之下,土地承包经营权入股就意味着土地承包经营权人丧失其土地承包经营权;在“三权”分置之下,土地承包经营权入股仅发生为入股主体设立土地经营权的效力。在解释上,土地承包经营权人仍然保有其土地承包经营权。此与国家出资设立国有企业的相关法理相同:国家享有特定地块的土地所有权,在其将该地块入股国有企业之时,即为该国有企业设定建设用地使用权,而不是以该地块的土地所有权入股。出资入股之后,国家仍然保有土地所有权。

四、土地经营权规则的构建

土地经营权是承包地作为农业生产要素功能的直接体现,充分发挥土地经营权的要素功能是处理好“三权”关系的重点。土地经营权是“三权”分置之下新生的权利类型,无论是中国民法典的编纂,还是《农村土地承包法》的修改,均需就这一权利的性质和内容作出明确规定。

(一) “土地经营权”的名称之争

“土地经营权”一语有两种含义:一是指经营权能,即占有、使用土地并取得收益等权能,其权利基础可以是土地所有权、土地承包经营权、建设用地使用权及土地租赁权等;二是指一种独立的权利类型,是经营主体与土地承包经营权人签订合同,在土地承包经营权上设立的一种权利。^①“三权”分置之下的土地经营权是土地承包经营权派生出来的权利,并非土地所有权、土地承包经营权、建设用地使用权及土地租赁权等之下的经营权能,换言之,此处“土地经营权”并不包括上述权利之下权利人自己行使经营权(能)的情形。而且,其内容仅限于农业生产这一种经营方式,明显属于第二种含义。关于名称,有学者建议采用“次(级)土地承包经营权”“耕作(经营)权”“农地经营权”。^②虽然土地经营权中的“经营”一语并不能准确转达该土地权利的利用用途,但本文尊重既有政策和立法文件的选择,^③亦将之称为“土地经营权”。该概念的语义模糊

^① 参见朱继胜《“三权分置”下土地经营权的物权塑造》,载《北方法学》2017年第2期。

^② 参见前引^①,朱继胜文;李国强《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,载《法律科学》2015年第6期;许明月:《农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进》,载《比较法研究》2016年第5期。

^③ 参见2014年11月修正通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第12条第1款第7项;2017年12月修订的《中华人民共和国农民专业合作社法》第13条。

性可以通过明确界定其内容加以解决,此与《农村土地承包法》和《物权法》中采纳“土地承包经营权”一词时的情景类似。^④

(二) 土地经营权的内涵界定

作为“三权”分置之下新生的民事权利,土地经营权应有其特定的含义。无论其性质如何界定,在法律上明确其权利内容、设定方式等,有利于降低交易成本、提高交易效率。《三权分置意见》中将土地经营权界定为“土地经营权人对流转土地依法享有在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利。”准此,土地经营权似乎仅仅只有在发生承包地流转的情形之下才有可能发生,不发生流转的土地承包经营权本身即含有承包农户经营承包地的权利。但在“两权”分离和“三权”分置并存的农村土地权利体系中,这一观点还缺乏体系化的考虑。

正如前述,在“三权”分置之下,土地承包经营权是具有身份性质的用益物权,即只有本集体经济组织的农户才能取得土地承包经营权。所谓“以其他承包方式取得的土地承包经营权”,已经脱逸出身份属性,不能由“土地承包经营权”这一概念予以涵盖。这些市场化的经营主体即使取得以从事农业生产为目的的土地利用权利,也只是取得土地经营权,无论是在集体土地所有权还是土地承包经营权之上设定,均为土地经营权。由此可见,土地经营权是指土地经营权人依法对承包农户承包经营的或集体经济组织未予发包的农村土地享有从事种植业、林业、畜牧业等农业生产并取得收益的权利。这里,对土地经营权的主体不作限制,具有农业生产能力的自然人、法人及非法人组织均无不可,本集体经济组织成员亦无不可;“依法”指的是土地经营权的设定和行使尚须依照法律的规定。土地经营权虽依合同而设定,但其权利内容和行使并非全由合同约定,法律上自可限制,如不得改变土地的农业用途、不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境等等;土地经营权既可在土地承包经营权上设定,也可在农村土地所有权之上设定,权利可得行使的对象既包括承包农户承包经营的农村土地,也包括集体经济组织未予发包的农村土地;土地经营权的权利内容为从事农业生产并取得收益,以体现土地用途管制的基本思想。不再使用“占有”“使用”“耕作”等易与上位阶概念相同、不具有概念区分度的内容表述,因为,从事农业生产必然“占有”“使用”农村土地,而“耕作”语义不清,将其定入法条,将会遭遇解释上的困难。

土地经营权与土地承包经营权都是就农村土地从事农业生产并取得收益的权利,两者之间的区别主要在于:土地承包经营权是承包农户就其承包经营的农村土地所享有的权利,具有身份性,“人人有份”,体现福利性和保障性,处分较受限制;土地经营权是经营主体就承包农户承包经营的或集体经济组织未予发包的农村土地所享有的权利,是一种市场化的权利,无论其取得还是处分,均取决于当事人之间的约定,法律上不

^④ 在物权法立法过程中,即有学者指出,“土地承包经营权”并不能准确表达农地农用的利用关系,建议将这一权利改称为“农地权”“农地使用权”“农地利用权”等,参见王利民《我国用益物权体系基本概念研究——兼评〈物权法征求意见稿〉规定之不足》,载《法学论坛》2005年第2期;梁慧星《中国物权法的起草》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版)2002年第2期;徐国栋主编《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第379-380页。

宜作强行限制。至于在定性上是否存在差异,则取决于法政策选择,以下详述。

(三) 土地经营权的定性之争

在“三权”分置所引发的制度重建讨论中,学界对土地经营权性质存在较大分歧,形成了“总括权利说”“物权说”“债权说”“两权说”等四种主要观点。^⑤ 本文作者主张,宜将土地经营权定性为债权,但赋予其登记能力,给予其类似物权的保护,理由如下:

第一,在法理上,土地经营权既可以定性为物权性土地使用权(用益物权),也可以定性为债权性土地使用权,端赖于立法之时的政策选择。将土地经营权界定为用益物权,使之具有对世性,有利于稳定土地经营关系,保障土地经营权人的经营预期;将土地经营权界定为债权,虽然其效力仅仅发生在土地经营合同当事人之间,但如赋予其登记能力,借助于登记技术,也可以使土地经营权明确化和相对独立化,使之可以对抗其他债权人 and 恶意第三人,同样可以起到保障土地经营权人稳定的经营预期的政策目标,此即所谓债权物权化在“三权”分置之下的反映。

在法体系上,土地经营权人依出租、转包等方式取得的权利即为债权性土地使用权,“通过出租获得的土地经营权实质是不动产租赁权,属于债权的范畴。”^⑥ 基于我国民法上租赁权物权化的既有制度安排,土地经营权这种债权自可予以物权化的保护,具体体现为:土地承包经营权人设定土地经营权之后,又转让其土地承包经营权的,新的土地承包经营权人自应受到前已设定的土地经营权的约束;土地承包经营权人设定土地经营权之后,又设定抵押权的,抵押权人行使其权利,亦应受到此前设定的土地经营权的约束。但债权的隐蔽性容易危及当事人的合法权益和市场中的交易安全,因此,应对其采行登记对抗主义,通过在不动产登记簿上登记土地经营权这一不动产权利上的债权负担,明确当事人之间的权义分配,同时周知不动产交易的第三人,以使后者基于理性的商事判断作出相应的决策。未经登记的土地经营权仅在当事人之间发生效力,不能对抗基于原土地承包经营权的物权变动取得物权的人,也不能作为担保融资的标的财产。经过登记的土地经营权不仅在当事人之间发生法律效力,而且可以对抗原土地承包经营权上的其他物权人,并可据以担保融资。“三权”分置的政策目标之一即为新型农业经营主体可得利用其取得的土地经营权担保融资,但如在将土地经营权界定为债权但又不赋予其登记能力的情形下,土地经营权的抵押登记将因土地经营权未登记而无从办理。^⑦ 唯就土地经营权的登记,自不同于传统不动产物权的权利登记制,而应导入契据登记制法理,登记事项和内容的设计应考虑将合同约定的部分内容植入其中,诸如土地经营权的期限、租金标准和支付方式等。经由登记,仅具债权性质的土地经营权,仍然可以达到“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”的政策目标,并“形成层次分明、结构合理、平等保护的格局”。《农村土地承

^⑤ 参见高圣平《论农村土地权利结构的重构——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》,载《法学》2018年第2期。

^⑥ 申惠文《法学视角中的农村土地三权分离改革》,载《中国土地科学》2015年第3期。

^⑦ 此为不动产登记连续原则使然,亦即在前一不动产权利未登记的情形下,该不动产权利的变动即无法在不动产登记簿上予以登记。

包法修正案草案》将土地经营权界定为债权,但就其设定和权利外观等,仍然采行现行法上的安排,没有赋予土地经营权登记能力。这一立法方案与“赋予经营主体更有保障的土地经营权”的导向存在较大差异;

第二,在农村土地制度改革呈渐进式趋势的大背景下,承包地“三权”分置的改革不能一蹴而就。这是《三权分置意见》提出“不断探索和丰富‘三权分置’的具体实现形式”“通过实践探索和理论创新,逐步完善‘三权’关系”的根本原因,也是生产关系适应生产力发展的客观规律的体现。目前,“三权”分置的顶层设计“鼓励承包农户依法采取转包、出租、互换、转让及入股等方式流转承包地”,“鼓励采用土地股份合作、土地托管、代耕代种等多种经营方式,探索更多放活土地经营权的有效途径”;实践探索中,土地信托、集体经营等更是不断发展着承包地流转的方式。其中,既有长期的流转安排,又有短期的流转合意,在法政策上,只有前者具有界定为物权的正当性。如此,在现有的生产力发展水平之下,不宜将所有流转方式形成的土地经营权一概确定为物权。

就“两权”分离到“三权”分置制度变迁的绩效而言,如将土地经营权的权利性质界定为债权,“三权”分置是否就无实宜了呢?本文以为不然。“三权”分置是为了反映承包地流转之后的承包地权利结构的改变,解决现行法上土地承包经营权流转规则的缺陷。目前承包地流转实践中,出租和转包占到总流转面积的78.6%^⑧,而在现行法之下,承包地流转在出租、转包的情形之下,仅能使经营主体取得经营权,这一“经营权”并没有被法律界定为物权,在解释上仅具债权效力,缺乏对世性。该制度安排虽足以满足特定主体之间小规模承包地流转的需求,但却与土地经营权的市场化要求不符。^⑨而“三权”分置之下的土地经营权,借助于登记制度的引入,已经成为物权化的债权,与现行规则之间已构成实质上的差异。一则对已登记的土地经营权实行物权化的保护,强化了土地经营权人的权利,土地经营权人自可取得相对稳定的经营预期;二则新型农业经营主体所取得的土地经营权经由登记形成相对独立的财产,并进而可以该土地经营权进行抵押融资。这些都是现行规则所不具备的。当前,经营主体面临的主要问题是土地租金价格不断上涨推动了农业生产成本的提高,土地租期短影响了经营主体对农地、农业的长期投入,通过土地经营权的债权物权化,在一定程度上可以解决这些问题;^⑩

第三,将土地经营权定性为物权化的债权,在土地承包经营权债权性流转内部取得了体系上的统一。当事人之间究竟将其法律关系安排为用益物权关系还是债权性利用关系,实为意思自治的范畴。只不过,在将土地经营权定性为物权的情况下,当事人之间的用益物权安排应受类型强制及内容固定之限制,并依登记而公示于外;而当事人之间的土地租赁等债权利用权,有较大的私法自治空间,但不具物权性,也无须登记。有学者据此主张,基于农户的不同利益诉求,“既允许债权属性的土地经营权,又允许物权

^⑧ 参见前引③,孙中华文。

^⑨ 参见前引②,李国强文。

^⑩ 参见前引③,孙中华文。

属性的土地经营权”；^①流转期限在5年以上，可登记为物权性土地经营权；^②“对于有相对长期合同约定，又有一定的农业经营固定设施投入，可在合约期限内共同形成一定的用益物权。”^③本文作者对此不敢苟同。同属“土地经营权”，却既有物权又有债权，难以在制度设计中抽象出其统一的权利内容、效力、公示方法，同时也无法形成其他市场主体可以信赖的外观。此外，在土地经营权物权说之下，经营主体依流转关系所取得的权利，有的可称之为土地经营权，有的不能称之为土地经营权，这与“三权”分置之下“探索更多放活土地经营权的有效途径”的政策也是相违背的：同样是“三权”分置的产物，同样为土地经营权的语义所涵盖，缘何有的是物权，有的却是债权？

为了克服上述基于现有承包地流转方式界定土地经营权性质的困难，有学者认为，“在原有规定的基础上，创设一种新的流转方式，在土地承包经营权之上设定一种以经营土地为内容的权利用益物权——土地经营权。”^④本文作者认为，土地经营权本是土地承包经营权债权性流转的法律表达，在现有土地承包经营权流转之外再行创新流转方式，一是没有实证基础；二是无法说明其与现有流转方式之间的关系。《农村土地承包法修正案》将现行法上的土地承包经营权流转方式中具有移转物权效果的转让、互换，从土地经营权规则中分离出来，纳入土地承包经营权的保护范畴，使土地经营权的相关规则更为清晰，值得赞同；

第四，《三权分置意见》就土地经营权的定性已作政策选择，其中指出“提倡通过流转合同鉴证、交易鉴证等多种方式对土地经营权予以确认，促进土地经营权功能更好实现。”此外，土地经营权人改良土壤、建设农业生产、附属、配套设施等须征得承包人同意；再流转或抵押土地经营权除须征得承包人书面同意之外，还应向农民集体书面备案。准此，政策文件的导向是将土地经营权定性为债权。^⑤这里，确认土地经营权的是“合同鉴证、交易鉴证”，登记在其中几无意义，与将土地经营权定性为物权的应有表述大相径庭。“放活土地经营权”的政策内涵在于赋予土地经营关系当事人更多的意思形成自由，不对流转方式、权利内容等作出不合理的限制，因此，将土地经营权界定为债权，更具有合理性。毕竟在契约自由的观念之下，债权的设立和内容均可由当事人自主约定，而物权的设立和内容更受到物权法定原则的强行法控制。

综上，“三权”分置的关键在于构建一种具有相当稳定性、效力更强、相对独立的土地经营权。从目前的经济现实来看，将土地经营权定性为物权化的债权实为妥适选择：一则可以避免定性为物权所带来的对当事人之间法律关系的强行控制，赋予当事人一定的选择自由；二则可以防止单纯定性为债权所带来的经营预期不稳定、土地经营权难

^① 前引^②，申惠文文。

^② 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》，载《南京农业大学学报》（社会科学版）2015年第2期。

^③ 朱道林《“三权分置”的理论实质与路径》，载《改革》2017年第10期。

^④ 前引^①，朱继胜文。

^⑤ 参见刘云生、吴昭军《政策文本中的农地三权分置：路径审视与法权建构》，载《农业经济问题》2017年第6期。

以担保融资等问题。当事人可以基于自主意愿创新承包地的流转方式,并可参酌具体情事选择是否办理登记。借由登记使得土地经营权这一债权具有相对独立性和稳定性,获得类似于物权的保护,土地经营权人自可借以担保融资。《农村土地承包法修正案草案》将土地经营权界定债权,在程序上仅仅只是要求“向发包方备案”,其第39条第1款规定“土地经营权采取出租(转包)、入股或者其他方式流转,当事人双方应当签订书面合同,并向发包方备案。”与现行制度相比,这一规定并没有多大的改变,并未让土地经营权人有稳定的经营预期,同时亦使得土地经营权人利用其土地经营权进行担保融资遇到了技术上的障碍,与“三权分置”所引发的应然制度变迁并不契合。基于此,建议将该款修改为“土地经营权可以采取出租(转包)、入股或者其他方式设立,未经登记,不得对抗善意第三人。”

(四) 土地经营权的处分权能

土地经营权作为一种债权,其本身并不具有人身专属性,土地经营权人自得基于自主意思予以处分,法律不应强行干预。^⑥有学者提出,土地经营权应仅具有相对有限的处分权能,土地经营权的设立本意在于从事农业生产经营,政策的出发点应当是促使经营主体专心从事农业生产经营活动,而不应鼓励其再次流转土地。^⑦本文作者认为,土地经营权既属债权,基于债权转让自由,土地经营权人转让其土地经营权应属题中之义。《合同法》确认了债权人有权将其全部债权或部分债权转让给第三人,蕴含了债权自由转让的原则。其法理基础在于,债权不仅体现为债权人与债务人的给付关系,还具有财产的属性,自可作为被处分的财产标的。^⑧在保持债权同一性的前提下,债权人无须债务人协助即可将债权让与他人,债也在实质上成为可流通的重要财产。^⑨《三权分置意见》就经营主体流转其土地经营权作了须“经承包农户或其委托代理人书面同意”的限制,虽然土地经营权的再流转关涉土地承包经营权人的利益,但将土地经营权的流转作强于一般债权转让时的限制,其正当性值得质疑。在规模经营的政策导向之下,经营主体所取得的土地经营权大多来自多个农户的土地承包经营权,意欲取得所有农户的书面同意绝非易事。土地经营权虽然仅是债权性质的权利,但其对相应承包地的支配性已经相当明显,经由登记,实质上具有类似物权的效力,其流转更应脱逸承包农户的意志。因为,承包农户的自主意志已经在土地经营权设定之时即已体现,承包农户基于其自主意志将其一定期限内的经营权赋予经营主体,土地经营权的再流转本是土地经营权设定之时可得预见的。此外,在土地经营权设定之后,承包农户的权利主要体现为租金给付请求权,只要如期支付租金,即使发生土地经营权的再流转,承包农户的利益亦不受影响。如原经营主体或新经营主体不按期支付租金,承包农户自可依据土地

^⑥ 参见温世扬、吴昊《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》,载《华东政法大学学报》2017年第3期。

^⑦ 参见前引^③,叶兴庆文。

^⑧ Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, 14. Aufl., München: C. H. Beck, 1987, S. 569. 转引自庄加园:《合同法第79条(债权让与)评注》,载《法学家》2017年第3期。

^⑨ 参见前引^⑧,庄加园文。

经营合同的约定主张权利(在解释上,土地经营权转让之后,新经营主体即承受原经营主体的合同地位)。不支付租金的风险一直存在,并不因土地经营权的再流转而有所不同。

就土地经营权定性的体系效应而言,有学者认为,债权性质的土地经营权不能作为抵押财产,其理由是,权利抵押权的标的通常是用益物权,土地经营权作为具有财产属性的债权,其上仅可以设定权利质权。^⑩ 本文作者认为,我国《物权法》上就权利担保物作了权利抵押权和权利质权的区分,两者之间除了公示方法的差异的表象之外,更在于担保物权设定之后,担保人是否丧失对担保财产的利用权:如不丧失则为抵押权;如丧失则为质权。学说上以为,只有与质权性质不相抵触的财产权才能作为质权的客体。不动产权利,如设定质权,应采取权利让与的方式,须经由移转登记始生效力,已与质权的定限物权性质不合,因此,不动产权利不宜作为权利质权的标的物。土地经营权虽然定性为债权,但系属不动产权利,应无疑异。土地经营权之上设定担保之后,土地经营权人并未丧失其对土地的利用权,在担保期间仍然行使着土地经营权。据此,在体系定位上,土地经营权担保权应属抵押权。至于允许土地承包经营权抵押和土地经营权抵押可能出现的两个抵押权并存时的风险,应由交易当事人自行控制,不宜在法律上作出强行安排。若土地承包经营权已经设定抵押权,经营主体在其上设定土地经营权时,自应考量如土地承包经营权抵押权人实行其权利可能给土地经营权的行使带来的影响,在理性人的正常判断之下,经营主体自不会在已经设定抵押权的土地承包经营权之上设定土地经营权。即使设定了土地经营权,金融机构为控制信贷风险,在不动产登记簿上查询到该土地经营权所依附的土地承包经营权已经设定抵押权的情形之下,也不会接受该土地经营权作为担保财产;如其接受,则应自担权利冲突给其抵押权实现带来的风险。综上,《农村土地承包法修正案草案》第42条“第三方通过流转取得的土地经营权,经承包方或其委托代理人书面同意,可以向金融机构融资担保。具体由国务院有关部门规定。”应修改为“土地经营权人依法登记的,土地经营权,可以向金融机构抵押融资担保。土地经营权抵押权未经登记,不生效力。土地经营权抵押融资的具体办法由国务院有关部门规定。”

结 语

从“两权”分离到“三权”分置,体现了我国农村土地制度改革的渐进性发展规律,^⑪ 体现着承包地权利结构的制度变迁。在“三权”分置已经被确定为法律修改的重要理论基础的情况下,把握政策目标,结合既有的规范体系和社会事实,寻求法律上的妥适表

^⑩ 参见前引^⑦,申惠文文:高海《土地承包经营权“两权分离”的论争与立法回应》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2016年第6期;刘禹涵《“三权分置”下的土地经营权登记》,载《中国土地科学》2017年第1期。

^⑪ 参见前引^①,管洪彦、孔祥智文。

达,以实现制度变迁,实为中国民法典和《农村土地承包法修正案》的主要任务。在将经实践检验被认为行之有效的政策上升为法律规范之时,自应依法律自身的逻辑来传达政策的基本意蕴和目标。在现行法中植入“三权”分置思想,既要考虑与现有承包地的权利结构相协调,避免强制性的制度变迁,又要关注由此引发的配套规则的修改,防止出现体系冲突。基于此,“土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”的权利构造模式应是较为妥适的解决方案。其中,土地承包经营权是“两权”分离和“三权”分置中并存的一类财产权利,在同一法典中予以规定,其法律意义自应前后贯通,其功能上的保障属性导向决定了其取得和享有上的身份性,我国实定法上所谓“以其他承包方式取得的土地承包经营权”理当重构;土地经营权反映着促进土地资源市场化配置、发展适度规模经营、推进农业供给侧结构性改革的政策目标,为一体反映自土地承包经营权派生出的承包地利用权利,宜将其定性为债权,但赋予其登记能力,使得经营主体借由登记取得相对稳定并可对抗第三人的权利。《农村土地承包法修正案草案》将政策文件直接嵌入法律之中,缺乏体系化考量,没有厘清“三权”的权利边界和相互关系,也没有准确回应农民集体、承包农户和经营主体的不同利益诉求,颇值商榷。

Abstract: The separation of “three rights” of the contracted land is the innovation of economic theory and is supported by the policy documents. However, the “right” in the policy document is not the right in law. The law should follow its own logic to convey the idea of the separation of “three rights” of the contracted land, and should not apply the policy terminology simply. Based on the decomposition theory of “mother and child” structure in the traditional civil law, the separation of “three rights” of contracted land should be legally reflected in the following structure: collectivity set up the right to land contractual management for farmers on the basis of the rural land ownership, and farmers set up the land management right for other business entities above their right to land contractual management. Under the policy guidance of “always adhering to the fundamental status of the collective ownership of rural land”, “strictly protecting the contractual right of farmers” and “accelerating and enlivening the land management right”, the relevant rules of the current law should be revised correspondingly. The right to the land contractual management should be purified into the property right with the nature of identity, and the nature of land management rights should be determined as creditor’s rights with characteristics of rights in rem.

(责任编辑:王莉萍)