

# 农村承包地三权分置制度入典研究

王铁雄

(上海海事大学法学院, 上海 201306)

**摘要** 《农村土地承包法修正案》将“三权分置”政策内容上升为法律规定,确立承包地三权分置制度。对解决承包地流转闭锁抵押难行等问题意义重大。却因将承包经营权本集体经济组织内封闭流转以法律固化,新设土地经营权性质不清、类型混合、流转不济,无益承包地债权性与物权性并可市场化开放性流转之“三权分置”目标实现。受其影响,《民法典分编(草案)》亦存同样问题。亟待农村承包地三权分置制度进一步入典完善。在实地调研基础上,遵循《民法总则》落实集体土地所有权前提下,于《民法典分编(草案)》完善中,基于英美地产权客体权益分离理论与大陆法系二次权能分离理论具兼创债权性与物权性经营权功能的地权二次分离理论,在保持土地承包经营权规定不变上,从其客体权益中分离出二元化土地经营权,并分别于合同编增设农地租赁合同具体规范债权性经营权、于物权编构造“农用地使用权”科学规范物权性经营权。以利能以债权性经营权顺农地灵活经营实践、物权性经营权应农地抵押及长期经营所需的二元化路径,促现行承包经营权本集体经济组织内封闭流转向派生出的土地经营权市场化开放性流转发展,以实现农村承包地三权分置制度入典达成“三权分置”、“放活土地经营权”之政策目标。

**关键词**: 承包地“三权”分置; 民法典编纂; 土地经营权二元化; 农地租赁合同; 农用地使用权

中图分类号: DF452 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2020)01-0020-23

收稿日期: 2019-09-17

基金项目: 王铁雄主持的国家社科基金一般项目《民法典编纂中的集体农用地制度研究》(16BFX127)的阶段性成果

作者简介: 王铁雄(1968-),男,湖南衡阳人,上海海事大学法学院教授,博士生导师,中国社会科学院法学所博士后,德国科隆大学访问学者,研究方向:民法物权理论。

# Research into the System of Division of Three Rights of Contracted Land in the Chinese Countryside in the Codification of Civil Law

WANG Tie-xiong

( Law School , Shanghai Maritime University , Shanghai 201306 ,China)

**Abstract:** The content of policy about “division of three rights” has been increased to the law and the system of division of three rights of contracted land has been established in Amendment to Rural Land Contract Law and it makes a big difference to solve the problems in the current system of rural land rights , such as transfer latch , difficult mortgage and so on. But it isn't conducive to realize the reform goal of “division of three rights” to promote contracted land to creditor's right and real right transfer and the market-oriented and open transfer because the closed transfer of contracted management rights of land within the collective economic organization has been immobilized by the law and the newly established land management right is that nature is ambiguous and type is commixture and transfer is invalid. There are the same problems as them in parts of Civil Code( draft) by its revised influence. So the system of division of three rights of contracted land in the Chinese countryside is urgent to be furtherly compiled into Civil Law to be perfected. This study is based on field research and its theory basis is based on the theory of secondary separation of land rights based on the theory of separation of rights and interests of the object of Anglo-American estate and from the theory of separation of the second powers and functions in the civil law system , which has the function to create creditor's rights from the management rights and property rights from the management rights. The legal regulations of the structure of rural land rights is to stabilize farmer's land contracted management right and derived the dualization of the land management rights from the interests of it's object furtherly in the process of perfecting parts of Civil Code( draft) in premise of following “the General Provisions of Civil Law” to carry out collective land ownership regulation , and respectively give specific specification of creditor's rights from the management rights by adding provisions of farmland lease-managing contract in contract part of Civil Code and give norms of science of the property rights from the management rights by structuring it as “farmland use right” in real right part of Civil Code. Equally , the binary route which the creditor's rights from the management rights conform to the practice of rural land's flexible operation and the property rights from the management rights are needed for rural land's mortgage and long-term operation , promotes the development from the closed transfer of current contracted management rights of land within the collective economic organization to the market-oriented and open transfer in separated management rights of land , to achieve the system of division of three rights of contracted land in the Chinese countryside to be compiled into Civil Law in order to reach the purpose of policy to confirm and ensure and improve the “division of three rights” and “liberalizing the land management right”.

**Key words:** the division of “three rights” of contracted land; the codification of civil law; the dualization of the land management right; farmland lease-managing contract; farmland use right

## 引言

2013年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》(后文简称《决定》)提出“鼓励承包经营权在公开市场上向专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业流转,发展多种形式规模经营。”为响应《决定》要求,2014年中共中央办公厅、国务院办公厅印发《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。”这里涉及的就是促进承包经营权流转的承包地“三权分置”,其中的“三权”是指集体土地所有权、农户承包权和土地经营权。其目的是就要在稳定承包关系长久不变前提下,从土地承包经营权中派生出可市场化开放性流转的土地经营权,以满足农业规模化发展的实践需要。并现实地推动了各地探索承包地“三权”分置土地经营权流转的经营模式创新实践,且取得了良好的社会效果、积累了相当成熟的经验。因而亟待将这些成熟经验予以总结整理,归纳出可复制可推广的规则并上升为法律规范,以有效指导和调整今后的改革实践。

虽然为贯彻2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出的“编纂民法典”、“做到重大改革于法有据”法制改革要求,2017年3月15日通过了《民法总则》。其中第99条即以专条规定“农村集体经济组织依法取得法人资格”,第55条规定“农村集体经济组织成员,依法取得农村土地承包经营权”<sup>①</sup>,从而使集体土地所有权的性质、主体及其实现方式达至清晰明确<sup>[1]</sup>,农民集体与成员权利实至名归,集体土地所有权得以落实;而农户土地承包经营权亦得以维护。同时,随着2017年10月18日中共十九大进一步提出“巩固和完善农村基本经营制度,深化农村土地制度改革,完善承包地‘三权’分置制度。”完善承包地“三权”分置制度的改革要求,便陆续在《民法典分编(草案)》中得以体现。2018年12月29日又通过了《农村土地承包法修正案》(以下简称《修正案》),并将“三权分置”政策内容上升为法律规定,且将《农村土地承包法》第二章第五节的标题修改为“土地经营权”,新设土地经营权权利类型。从而从立法上确立了促进承包经营权流转的农村承包地三权分置制度。

但《修正案》具有强烈的政治话语色彩<sup>[2]</sup>,其法律规定直接复制政治术语。不仅造成“土地所有权、土地承包经营权、土地承包权、土地经营权”并存权利格局,承包地产权结构复杂,权利乱象<sup>[3]</sup>,土地承包权性质不明,内容不清,徒具虚名。更是使得新设土地经营权性质不清,类型混合,流转不济,而《修正案》却进一步将土地承包经营权本集体经济组织内封闭流转以法律固化,如此,便根本无益于承包地债权性与物权性并可市场化开放性流转之“三权分置”改革目标实现。而《民法典分编(草案)》受《农村土地承包法》修正情况影响,亦直接植入“土地经营权”之政策术语,致使权利模糊混合,不利流转。既与“三权”分置土地经营权流转改革目标相距甚远,亦与民法规范化、科学化严重不符。

这就要求我们亟需在遵循《民法总则》落实集体土地所有权、维护农户土地承包经营权规定前提下,进一步总结各地有关改革试点经验基础上,对《农村土地承包法修正案》中农村

---

<sup>①</sup> 《民法总则》第55条规定“农村集体经济组织的成员,依法取得农村土地承包经营权,从事家庭承包经营的,为农村承包经营户。”

承包地三权分置制度相关规定,秉着“既不推倒重来,也不照单全收”的方针<sup>[4]</sup>,并结合实地调研情况,根据民法、物权、债权区分科学体系,在《民法典分编(草案)》完善中将之改造并予以明确的具体规范,使其规范化、体系化、科学化<sup>[5]</sup>。从而实现农村承包地三权分置制度入典达成完善承包地“三权”分置土地经营权流转之改革目标。

### 一、农村承包地三权分置制度入典的政策指引

考察现行相关法律规定可以发现,现行土地承包经营权只能在本集体经济组织内封闭性流转。而《农村土地承包法修正案》虽然将“三权分置”政策内容上升为法律规定,但却未能充分体现其政策精神。不仅将土地承包经营权本集体经济组织内封闭流转以法律固化,而且新设土地经营权亦性质不清、流转不济。因而仍然无法满足现代农业规模经营对可市场化开放性流转的土地法权要求。为此,有必要深透中央发布的政策文件精神,以期为切实解决现行农村承包地权利制度存在的流转闭锁、抵押难行等问题,而将各地为之探索的有关承包地“三权分置”土地经营权流转的实践要求与成熟经验,在遵循《民法总则》落实集体土地所有权维护农户土地承包经营权规定前提下,改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上,以在进一步完善《民法典分编(草案)》中予以明确的具体规范提供正确的政策指引。

#### (一) 现行农村承包地权利制度存在的法律问题

虽然《民法总则》对集体土地所有权制度相关问题予以了明晰规定,《农村土地承包法修正案》也给予了承包地“三权”分置土地经营权流转这种实践创新做法一个合法地位。但这一修法方案与“三权分置”土地经营权流转的改革导向仍然存在较大差异<sup>[3]</sup>。农村承包地权利制度存在的法律问题依然没有得到切实解决。

由于现行法律考虑到土地承包经营权的社会保障功能及维护农村社会稳定的需要<sup>①</sup>,所以《物权法》第128条规定“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。”该规定不仅对土地承包经营权的转让问题采取“立法逃逸”,更有甚者是删除了“出租”这一市场流转方式,仅保留了只能在“同一集体经济组织”内进行流转的“转包”与“互换”方式<sup>②</sup>。显然,农村承包地权利制度存在问题的关键就是应如何解决土地承包经营权基于其成员身份性只能在“本集体经济组织”内封闭式流转问题,即如何解决土地承包经营权在本集体经济组织之外既无法物权性流转甚至无法债权性流转即根本无法市场化开放性流转的问题。

为此,《农村土地承包法修正案》针对土地承包经营权流转闭锁问题,根据“三权分置”改革政策要求作出了相应的修改规定,以期能解决承包地流转痼疾实现其市场化开放性流转。

① 孟勤国《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第7页、第65页。“家庭承包具有生产经营性质,也具有社会保障性质。”参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会〈关于中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉修改情况的汇报》,资料来源:中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-12/29/content\_2070018.htm,2018年12月29日。

② 2005年《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条规定“转包是指承包方将部分或全部土地承包经营权以一定期限转让给同一集体经济组织的其他农户从事农业生产经营。”“互换是指承包方之间为方便耕作或者各自需要,对属于同一集体经济组织的承包地块进行交换,同时交换相应的土地承包经营权。”

但《修正案》规定土地承包经营权只能以“互换”、“转让”方式流转<sup>①</sup>,并且只能在同一集体经济组织内“互换”、“转让”。其第33条规定“承包方之间为方便耕种或各自所需,可以对属于同一集体经济组织的土地的土地承包经营权进行互换,并向发包方备案。”第34条规定“经发包方同意,承包方可以将全部或部分的土地承包经营权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,原承包方和发包方在该土地上的承包关系即行终止。”这样不仅删除了向集体经济组织之外流转的“出租”方式,就连同一集体经济组织内“转包”、“入股”的方式也取消了。这不仅将土地承包经营权本集体经济组织内封闭流转以法律固化,而且倒逼土地承包经营权分离出能市场化开放性流转的土地经营权以求生机。

因之,《修正案》遂将《农村土地承包法》第二章第五节的标题修改为“土地经营权”,新设土地经营权权利类型。但其第36条规定“承包方可以自主决定依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权,并向发包方备案。”其中“出租”括号“转包”,依语义解释,似有将“出租”限于“同一集体经济组织”内的“转包”之嫌。“入股”亦是在“同一集体经济组织”内的流转方式<sup>②</sup>;充其量也就“其他方式”给予了土地经营权有突破“同一集体经济组织”向市场流转设立的臆想空间。显然,新设土地经营权之流转规范并无明显的立法进步<sup>[6]</sup>,仍未能摆脱封闭流转之命运。而且,该第36条之规定,一方面明确土地经营权可以债权方式流转设立,另一方面又为其物权方式流转设立留下了空间<sup>[7]</sup>。其第37条则明显属于债权让与的权利设计<sup>③</sup>;第46条亦明显将土地经营权界定为依土地经营合同所产生的债权<sup>④</sup>;而第41条则实行的是基于法律行为引起的不动产物权变动模式的通常做法<sup>⑤</sup>。导致土地经营权权利性质模糊不清。而第47条关于“融资担保”的规定,则更是使土地经营权权利类型多重混合<sup>⑥</sup>。从而不仅无益于解决土地承包经营权流转闭锁痼疾实现承包地市场化

① 《农村土地承包法修正案》第17条规定“承包方享有下列权利:……(二)依法互换、转让土地承包经营权。”

② 《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第4款规定“入股是实行家庭承包方式的承包方之间为发展农业经济,将土地承包经营权作为股权,自愿联合从事农业合作生产经营。”

③ 《农村土地承包法修正案》第37条规定“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益。”

④ 《农村土地承包法修正案》第46条规定“经承包方书面同意,并向本集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权。”

⑤ 《农村土地承包法修正案》第41条规定“土地经营权流转期限为五年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记,未经登记,不得对抗善意第三人。”

⑥ 《农村土地承包法修正案》第47条规定“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包方备案,可以向金融机构融资担保。”“鉴于实践中抵押担保融资的情况复杂,操作方式多样,加之各方面对土地经营权的性质认识分歧较大,草案使用了‘融资担保’的概念,包含了抵押和质押等多种情形。”参见全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟《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第十三次会议上》,资料来源:中国人大网 [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-12/29/content\\_2068326.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-12/29/content_2068326.htm) 2018年12月29日。

开放性流转这一“三权分置”政策核心价值目标,而且与民法的规范化、体系化、科学化要求严重不符。

因此,深透中央改革政策精神,为在民法典分编编纂中进一步将其相关规定加以改造完善并予以明确的具体规定使之规范化、体系化、科学化提供正确的政策指引,以真正实现承包地市场化开放性流转的“三权分置”改革目标!就成为当前旨在解除成员身份性羁绊,冲破本集体经济组织藩篱的农地经营改革实践迫切所需!

## (二) 农村承包地三权分置制度入典的政策指引

针对现行农村承包地权利制度存在的问题,结合《农村土地承包法修正案》相关修改规定,进一步深透中央发布的政策文件精神,以利为改革农村承包地权利制度达至农村承包地三权分置制度入典完善提供正确的政策指引。

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》明确提出“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。”并同时指出“稳定农户承包权,就是要依法公正地将集体土地的承包经营权落实到本集体经济组织的每个农户”。2016年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(后文简称2016年《意见》)也明确指出“农村土地集体所有权是土地承包权的前提,农户享有承包经营权是集体所有的具体实现形式,在土地流转中,农户承包经营权派生出土地经营权。”随后,十九大报告则进一步明确提出,“完善承包地‘三权’分置制度”,“保持土地承包关系稳定并长久不变”,“发展多种形式适度规模经营”。2018年1月中共中央国务院《关于实施乡村振兴战略的意见》则强调要“完善农村承包地三权分置制度,在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下,平等保护土地经营权。”

可见,其中“稳定农户承包权”的提法只是意在凸显农地对农民家庭或者个人生存与发展的社会保障功能、实现其公平价值目标、促进农业基础、稳固农民安居乐业、维护农村社会和谐稳定这一政策精神,而其真正精神内涵则是要从维护农民生存保障权之高度来稳定农户的承包经营权。而要彻底解决农户承包经营权本集体经济组织内流转闭锁、抵押难行等法律问题,则只能从“农户承包经营权”中“派生出土地经营权”,并“放活”且“平等保护”土地经营权以实现“发展多种形式适度规模经营”的改革目标。

并且,在十八届三中全会《决定》强调赋予农民对“承包地流转权能”后,2014年之后的中央一号文件及其他阐释承包地“三权分置”改革政策的相关中央文件都一改2013年之前中央一号文件、相关法律与部门规章中的“土地承包经营权流转”用语<sup>[8]</sup>,而使用“土地经营权流转”之用语。这一用语的转变,也将使土地经营权流转制度取代土地承包经营权流转制度成为承包地“三权分置”政策的法律表达<sup>[9]</sup>,其政策旨趣就是要促使土地承包经营权的本集体经济组织内封闭式流转向土地经营权的市场化开放性流转发展。中央文件明确提出“放活土地经营权”,就是响应十八届三中全会《决定》使之“在公开市场上向专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业流转”,就是使之能市场化开放性流转;而“平等保护土地经营权”就是既要使其能以债权方式设立流转,也要给予其跟土地所有权、土地承包经营权一样

平等的物权性保护,并且中央文件亦明确提出了从承包经营权中分离派生出的土地经营权应该可以转让、可以抵押的政策要求<sup>[10]</sup>。

因此,完善承包地“三权”分置制度的政策精髓,就是要使土地承包经营权这一兼具成员身份性、约定债权性<sup>①</sup>、法定物权性并承载着生存保障的社会功能与财产发展的经济功能而从集体土地所有权中分离出来的复合型权利,能在集体土地所有权不可转让的前提下,通过派生出土地经营权,实现其市场化开放性流转:即在坚持稳定农户承包经营权并长久不变的基础上实现其承载的生存保障的社会功能与财产发展的经济功能的再次分离,亦即在坚持农地集体所有权与农户承包经营权性质与功能不变前提下,从农户承包经营权中分离派生出一种具有纯私权性且能实现市场化开放性流转的土地经营权,从而在稳定农地社会保障功能基础上最大化产权的经济效率<sup>[11]</sup>,并达到维护承包户权益与促进承包地流转之间的平衡<sup>[12]</sup>。而不是将“农户承包权与土地经营权分置”望文生义地理解为把土地承包经营权拆分为农户承包权与土地经营权。也不能因派生出土地经营权而导致土地承包经营权消灭。这正是此次《农村土地承包法修正案》极为诟病之处:其第9条规定“三权分置”创新中承包方分离流转出土地经营权后的“土地承包权”<sup>②</sup>,不仅有关登记颁证问题、侵权保护问题等规定对其毫无涉及<sup>③</sup>,且性质不清,内容不明,徒有虚名,而且造成“土地所有权、土地承包经营权、土地承包权、土地经营权”并存的权利乱象。更因之直接取代“土地承包经营权”,使“土地承包经营权”凭空消失<sup>④</sup>。这在目前绝大多数农村还是单一农户直接依据土地承包经营权来耕作的情况下<sup>[13]</sup>,显然与农地经营实践严重不符,亦与“保持土地承包关系稳定并长久不变”的“三权分置”基础、保护农村家庭承包经营制度的宪法规定根本相违,也与民法总则维护农户土地承包经营权规定完全相左。

因此,完善承包地“三权”分置制度的政策精神所昭示的承包地权利构造逻辑即是:在落

---

① 《民法通则》第80条第2款规定“公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利义务依照法律由承包合同规定。”即是将土地承包经营权规定为约定债权。《农村土地承包法修正案》第34条规定“经发包方同意,承包方可以将全部或部分的土地承包经营权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,原承包方和发包方在该土地上的承包关系即行终止。”亦明显属于债权让与的规则设计,体现土地承包经营权的债权属性;2018年《土地管理法修正案(草案)》第14条规定“农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营;……发包方与承包方应当订立承包合同,约定双方的权利和义务;……农民的土地承包经营权受法律保护。”仍然使土地承包经营权规定具有约定债权性。

② 《农村土地承包法修正案》第9条规定“承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营。”

③ 《农村土地承包法修正案》第24条规定“国家对耕地、林地、草地等实行统一登记,登记机构应当向承包方颁发土地承包经营权证或林权证等证书,并登记造册,确认土地承包经营权。”第56条规定“任何组织和个人侵害土地承包经营权、土地经营权的,应当承担民事责任。”

④ “土地集体所有权和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;土地集体所有权和土地承包权、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”。参见前引《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十三次会议上》。

实集体土地所有权前提下,维护农户土地承包经营权基础不动摇,赋予农业经营者以物权性与债权性并可市场化开放性流转的土地经营权,达至放活地权发展现代农业规模经营核心目标的有效实现。这便为在改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上使农村承包地三权分置制度有效入典完善提供了正确的政策指引。

而完善承包地“三权”分置制度的政策精神之所以既能与现行农地法制改革的发展趋势高度契合一致,同时又能反过来为农村承包地“三权”分置制度有效入典完善提供正确的政策指引。究其根本在于,中央提出的这一完善承包地“三权”分置制度的政策精神来源于鲜活的经营实践,它是新形势下各地探索承包地“三权”分置土地经营权流转改革实践经验的成功总结。因此,以此为指引的农村承包地三权分置制度的有效入典完善就必须建立在深入的实践调研基础之上。

## 二、农村承包地三权分置制度入典的实践基础

实地调查表明,小规模农户家庭经营是新时代中国特色社会主义农业经营的底色,而新型农业经营主体(以下简称“新营农”)多种形式适度规模经营则是其上激荡着的一道道靓丽风景线。小农户经营具有广泛适应性与合理性,仍然是维持我国农村社会稳定的最基本经营方式。它要求将集体土地的承包经营权落实到每个农户即总体上“确地到户”,以稳定农户承包经营权长久不动摇。而新营农经营则已成为我国农业经营的必然趋势。特别是在非农就业充分、社会保障健全、经济发达地区大都实行“确权确股不确地”方式,并将由此形成的土地经营权投入农地一级市场流转,按市场机制配置给各新型农业经营主体。经营中,绝大多数以租赁方式取得债权性经营权,而基于对土地经营权抵押需求以转让方式取得物权性经营权亦是发展的趋势。因而要求从农户土地承包经营权中分离派生出既可债权性流转亦可物权性流转并可市场化开放性流转的二元化土地经营权,以放活土地经营权自由流转。现实中,小农户经营与新营农经营通常优势互补,共同发展。这便是农村承包地三权分置制度入典的实践基础。

### (一) 小农户经营与稳定承包经营权

在我国农业发展中,历史以来,农民都希望拥有一块属于自己的土地,而能经营自家的承包地,也是当前农民的最基本愿望。我们不能忽视这一在我国延续了几千年的小农经济以及由此形成的小农意识<sup>[14]</sup>。

而具有中国特色的小规模农户家庭经营,在当前所呈现出的“兼业化”<sup>[15]</sup>、“半工半耕”<sup>[16][17]</sup>特征,则是由农业生产规律与季节性特点及我国农村传统文化所决定的。老年农民90%以上常年务农照看着农地;而大多数中年农民则是农闲时进城务工,农忙时返乡务农;青年农民常年务农的则远不足10%,有的地方甚至不足1%<sup>①</sup>。尽管如此,但这种“半工半耕”的农户家庭经营模式却符合农业生产自身的规律和农作物生长的季节性与周期性所表现出来的农事弹性特点,亦符合我国农村一般祖孙三代共同生活的传统家庭结构。因

① 数据来源于笔者2017年1月及7、8月实地调查时,在河北省赵县西湘洋村、湖南省衡东县状元村、广东省茂名市尼乔村等村委会与相关村委成员访谈后所作的集中统计。这里的老年农民、中年农民、青年农民分别指60岁以上、40-59岁、39岁以下的农民。下同。

而具有广泛适应性与合理性。并且,农户享有的土地承包经营权不仅仅担负着家庭生产经济发展功能,更担负着家庭成员就业尤其是成员中尚无耕作能力及已丧失耕作能力者的生存社会保障功能。因此,小农户经营仍然是维持我国农村社会稳定最基本经营方式。

根据笔者负责的国家社科基金项目“民法典编纂中的集体农用地制度研究”课题组于2017年1月及7、8月在8个省份的53村301个农户进行的问卷调查<sup>①</sup>,在面对“您愿意自己耕种承包地吗”这一问题时,其中云南、湖南、江西、安徽、河南、河北、江苏、广东八省的受访农户分别有90.50%、81.43%、83.86%、80.57%、79.69%、73.92%、43.08%、39.85%表示愿意。不过像江苏、广东等省内不同区域之间受访农户的意愿差别也很大,这里取的都是每省总受访农户的百分比。但总体上还是可以看出,广大中西部地区的受访农户种田意愿都比较高。除经济发达的沿海省份与城市郊区外,绝大多数农村还是由农户直接依据以家庭承包方式取得的土地承包经营权来耕种农地的。可见,土地仍然是绝大多数农户的基本生存保障资料,他们对土地的感情非常深厚,即使明知种地辛苦又不赚钱也愿意自己耕种。

因此,总体上,农户在其承包地上自耕自营仍然是当前农业生产的主流<sup>[18]</sup>。据统计,到2016年底,全国拥有承包地的2.3亿农户中,有近7000万农户将其承包地的经营权部分或全部移转<sup>[19]</sup>。这意味着,仍有超过2/3的农户在其承包地上自耕自营。可见,农户仍是农业经营主体的主要组成部分。

同时,小农户经营在同一土地面积上,普遍较规模经营年产出多,加之农户对自己承包地的珍视,使得农村土地能得到更合理利用。所以,一般来说,小农户经营较规模经营要“优于收获率”、“优于土地利用之强度”<sup>[20]</sup>。所以,农户家庭经营始终是农业生产最基础的形式。

因而,农户土地承包经营权还具有广泛的适应性和强大的生命力<sup>[21]</sup>。《物权法》保护农户物权性土地承包经营权,《民法总则》继续维护农户土地承包经营权就是对这一实践的回应。所以,不能随意拆分或减损他们的土地权利。中央提出的“完善承包地‘三权’分置制度”的政策基础就是对我国小农户家庭经营实践的体现,十九大报告明确提出“第二轮土地承包到期后再延长三十年”,真正让农民吃上长效“定心丸”。

因此,放活土地经营权、培育新型农业经营主体、发展适度规模经营、推进农业现代化,必须坚持农户家庭经营、稳定农民土地承包经营权这一现实基础。而从土地承包经营权中派生出土地经营权后,并不会改变土地承包经营权的性质,更不会更名为土地承包权,就像土地所有权派生出土地承包经营权后,土地所有权的性质仍不会改变也不会更名为土地虚有权一样<sup>②</sup>。因而,坚持小农户家庭经营稳定农户承包经营权这一现实要求就成为农村承包地三权分置制度有效入典的实践基础。

---

① 本文所涉的问卷调查,除课题组成员外,还有18位研究生全程参与。数据统计分析由本负责人及两位研究生共同完成,责任由本人承担。

② 同样的观点可参见高圣平《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;宋志红《三权分置下农地流转权利体系重构研究》,载《中国法学》2018年第4期;韩松《论民法典物权编对土地承包经营权的規定——基于“三权分置”的政策背景》,载《清华法学》2018年第5期。

## (二) 新营农经营与放活土地经营权

根据农业部发布的统计数据,截至2017年6月底,全国农村已有30%以上的承包农户在流转承包地,流转面积达4.79亿亩<sup>①</sup>。在一些东部沿海地区,流转比例早已超过1/2<sup>②</sup>。并且家庭农场、农民合作社、农业产业化龙头企业等新型经营主体在各地不断涌现并成为我国重要力量,土地经营权流转与新营农多种形式适度规模经营已成为必然趋势。

而为了解决新营农从事规模经营的融资需求,截至2017年6月30日,除贵州省、西藏自治区、新疆维吾尔自治区外,全国有28个省(市、区)纷纷出台规范,承包地经营权抵押融资的多种层次文件达60多个<sup>③</sup>。截至2018年9月末,全国222个试点地区已建立了农村产权交易平台,140个农村承包土地的经营权抵押贷款试点地区成立了政府性担保公司<sup>④</sup>。可见,实践中,新营农发展适度规模经营也迫切要求获得一种可抵押的土地经营权以解决扩大生产的融资所需。

同时,根据课题组2017年1月及7、8月在8个省份的问卷调查,在面对“您是否有考虑要扩大农地经营规模”这一问题时,其中云南、湖南、江西、安徽、河南、河北、江苏、广东八省的受访农户分别有50.39%、58.10%、54.55%、60.86%、67.09%、73.06%、85.52%、90.36%表示有考虑。可见,经济发达的沿海省市与城市郊区的农户扩大经营规模的意愿较强烈。

而有考虑要扩大经营规模的203个受访农户在面对“如考虑扩大农地经营规模,您希望以什么方式取得土地经营权”这一问题时,有69.05%的受访农户表示会以租赁方式取得农地经营权扩大经营规模;另有30.95%的受访农户表示希望以转让方式取得农地经营权以扩大经营规模。显然,选择“租赁方式”的比例远高于“转让方式”。但值得注意的是,如果将所有受访农户成员按不同年龄段分组来调查选择扩大经营规模希望取得农地经营权的方式时却发现,其中39岁以下年龄段的青年农民则有近半成选择以转让方式取得农地经营权来扩大经营规模,占比达49.77%;另外60岁以上年龄段的老年农民虽然多数没有考虑要扩大经营规模,但在有考虑的受访老年农民中,则以租赁农地经营权方式扩大经营规模的占绝大多数,占比达89.07%。可见,青年农民似乎有倾向以土地经营权转让方式即希望拥有可物权性转让及抵押的经营权来扩大经营规模;而中年农民尤其老年农民则倾向以租赁方式扩大经营规模。且在不同省份、不同地区的受访农户同一年龄段成员的诉求基本上一致。

因此,实践表明,在土地经营权流转中,以租赁方式的债权性经营权流转是当前土地经营权流转实践的主流,而由于对土地经营权抵押需求迫切,以转让方式的物权性经营权流转将成为发展趋势。

并且,实践中,在广东、江苏等经济发达地区,通常是将按“确权确股不确地”方式形成的

① 参见前引《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十三次会议上》。

② 数据来源:央广网《农业部:全国承包耕地流转比例已超过三分之一》, [http://news.xinhuanet.com/politics/2016-11/17/c\\_1119933443.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2016-11/17/c_1119933443.htm)。

③ 资料来源:地方法规规章—北大法宝法律数据库—法律法规检索平台, <http://www.pkulaw.cn/>。

④ 参见《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告——2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》。

土地经营权统一打包进入农地一级市场开放性流转,由通过市场机制取得农地经营权的家庭农场、农民合作社、农业企业等新营农发展多种形式的适度规模经营。从而使派生出的农地经营权真正摆脱成员身份性的羁绊,突破本集体经济组织的藩篱并实现农村集体政社分开、政经分离,改变政府在农地流转中推动运作、直接干预的管理职能,且向发展农业规模经营提供财政扶持、奖励政策的服务职能转型。通过实施65岁以上老年农民离农终身补贴政策,消除土地流转障碍,推动农地资源合理配置;并重点通过实施对愿意经营农业想要扩大经营规模的青年农民的补贴与奖励政策,以促进农业的年轻化、规模化发展。从而切实解决当下土地细碎化、地权分散化、效益低下弃耕抛荒的经营局面<sup>[22]</sup>,以达成“放活土地经营权”的改革本意,实现新时代中国特色社会主义农业农村现代化。

这些在经营实践中积累并逐步形成的成熟经验就成为农村承包地三权分置制度入典的重要实践基础。这就迫切要求我们将这些成熟经验予以总结整理,并通过科学的法理创建,以便能在合理改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上进一步进行的《民法典分编(草案)》完善中,为发展适度规模经营与农业现代化的新型农业经营主体构造出一种既可债权性流转亦可物权性流转并可市场化开放性流转的二元化土地经营权。以满足灵活经营的实践需要并稳定农业经营者尤其是青年农业经营者长期经营的信心!

### 三、农村承包地三权分置制度入典的法理分析

上述实践要求,既需要稳定农户土地承包经营权长久不变,又需要促进其市场化开放性流转以发展适度规模经营:即需要从农户土地承包经营权中为新型农业经营主体派生出一种既可债权性流转亦可物权性流转并可市场化开放性流转的二元化土地经营权。而在传统所有权权能分离理论基础上,进一步基于英美地产权客体权益分离理论与大陆法系二次权能分离理论具兼创债权性与物权性经营权功能的地权二次分离理论的创建,就为解决这一实践中两难问题提供了有力的法理支撑,这同时也就为合理改构《农村土地承包法修正案》相关规定使农村承包地三权分置制度有效入典完善提供了坚实法理基础。

#### (一) 地权二次分离理论及其法律特征

在英美法上,地产权的客体是指与土地相关的一切权益,而作为地产权客体的权益可以根据持续时间进行分割并分离出不同的权益持续期即地产权<sup>[23]</sup>。就是说,土地上的地产权就是占有该土地的一段期间,或者说是一段时间内在土地上享有的权益。土地保有人享有的地产权就是根据不同时间享有的不同权益,也就是说,各种各样的地产权只不过是客体权益分离出的各种各样的时间权益而已。

可见,英美法上的地产权客体权益分离理论,主要是通过对一个整体地产权的客体权益按照持续时间进行分割并分离出各种不同权益持续期的地产权,以达到对土地的社会化利用<sup>[24]</sup>。

这就启发我们通过一个全新的视角来重新审视大陆法系传统的权能分离理论。虽然在大陆法系传统上,强调所有权的客体只能是有体物,但当从整个物权体系来考虑时,大陆法系的物权客体与英美法的地产权客体权益,其实是相通的。从历史角度看,大陆法系自罗马法以来,物权的客体就既可以是体物,也可以是无体物,或者说可以是法律上的权利或权益。典型的,如就用益物权设定担保物权,客体就是用益物权这一权利或者权益<sup>[25]</sup>。德国民法学者卡尔·拉伦茨则在此基础上系统地提出了三层次权利客体理论:卡尔·拉伦茨

认为,第一层次的权利客体,即支配权或利用权的客体是物,而且按德国民法典第90条的规定,只能是有体物;但他认为,第二层次的权利客体,即处分行为或处分权的客体则是权利和法律关系(权利关系);第三层次的权利客体是可以作为处分标的的财产上的整体权利或权益<sup>[26]</sup>。日本民法学者我妻荣也认为:“基于所有权设定地上权或者抵押权,不是将构成所有权内容的一种权能予以分离,而是对整体性权利内容的一部分具体化之后的让与。”<sup>[27]</sup>这就充分说明物权的客体,与英美法的地产权客体权益论相似,也可以是法律上的权利或权益。

同时,由于在大陆法系传统中,所有权具有永久性<sup>[28][29]</sup>。所有权主要通过其使用权能与变价权能的分离<sup>[30]</sup>,创设出用益物权与担保物权,以实现物的使用价值与交换价值,达到物尽其用。但这种传统的所有权权能分离理论,这里称为“一次权能分离理论”,容易导致物权僵化,不能灵活地适应社会发展的需要。

其实,如果从整个财产权体系来考察,大陆法系的权能分离理论与英美法上的客体权益分离理论具有相似的功效。因为,正如拉伦茨所认为的,不仅所有权的权能可以分离出用益物权和担保物权,这些所有权分离出的权利即“权利上的权利”的权能或权益也可进行分割并分离出独立的、可以转让的新的权利。并且他认为,“权利上的权利”权能分离产生出的新权利总是与产生它的那个权利具有同样的结构,如产生新权利的权利是一个债权,则其权能分离产生出的新权利就有类似债权的特点;如是一个物权,分离产生出的新权利则具有物权的特点<sup>[26]</sup>。德国民法学者鲍尔与施蒂尔纳也认为,其他财产权也可以像所有权一样分离出用益权能与变价权能<sup>[31]</sup>。这就是说,大陆法系的权能分离理论不仅包括所有权的“一次权能分离理论”,而且包括其他权利或权益的“二次权能分离理论”。

且从历史的角度看,大陆法系的物权与债权同样一直是按照时间来创设的,当单独考察所有权时,似乎把时间维度推到一边而不予考虑,但当从整个财产权体系来考虑时,时间就立即成为了主要的相关因素<sup>[25]</sup>。因而,大陆法系的权利客体理论、权能分离理论与英美法上的客体权益分离理论有异曲同工之妙,即都是按时间维度来从其权能或客体权益中分离创制出物权与债权或地产权的。

可见,虽然大陆法系传统的权能分离理论仅是指从所有权权能中分离出用益物权与担保物权,但同时大陆法系的权能分离理论也包括其他权利或权益的“二次权能分离理论”:即这些所有权分离出的权利即“权利上的权利”的权能或权益也可按时间维度再次进行分割并分离出独立的、可以转让的新的权利。并且如产生新权利的权利是一个债权,则其权能或权益分离产生出的新权利就有类似债权的特点;如是一个物权,分离产生出的新权利则具有物权的特点。这正是“二次权能分离理论”的独特之处,也是基于此形成的兼具创债权与物权功能的地权二次分离理论能为旨在“放活土地经营权”的完善承包地“三权”分置制度政策入典完善提供有力法理支撑的根本所在。

这样,在传统权能分离理论基础上,基于英美地产权客体权益分离理论与大陆法系二次权能分离理论所创建的具兼创债权与物权功能的地权二次分离理论就必然具有以下独特法律特征:

第一,其中心目标是促进土地的社会化利用。以达到地尽其用,充分发挥土地的使用价值与交换价值。第二,其地权客体既可以是土地这一有体物也可以是无体物:即可以是法律

上的权利或权益。第三,其客体权益可以进行多次分离<sup>①</sup>。当第一次分离出的权利不能满足土地社会化利用的需要时,就可以进行第二次分离,以达到地尽其用,顺应社会的需求。第四,其一直把时间维度作为其权能或权益分离创制地权的中心考虑因素。即按照时间维度来从其权能或客体权益中分离创制地权。第五,其具有灵活性与法定性。权能或权益分离产生新权利,并非随意分割,而是基于土地社会化利用的需要,以使其权能或权益分离派生出的新型地权既具有债权的灵活性又体现物权的法定性,从而全面灵活地满足社会需求适应实践需要。

## (二) 地权二次分离理论与二元化土地经营权建构

农地经营实践中,要求我们必须在坚持农户家庭经营基础性地位稳定农户土地承包经营权前提下,为新型农业经营主体发展适度规模经营创造出一种既可债权性流转亦可物权性流转的二元化土地经营权,以利真正“放活土地经营权”。这样在所有权权能分离理论基础上,进一步基于英美地产权客体权益分离理论与大陆法系二次权能分离理论所创建的具兼创债权与物权功能的地权二次分离理论,就为能在保持土地承包经营权功能不变前提下,从其客体权益中分离派生出这种二元化土地经营权的建构提供了必要的法理依据。

这种具有独有法律特征且兼具兼创债权与物权功能的地权二次分离理论,具体到我国地权而言,则有具兼创债权性与物权性经营权的独特功能:即是根据传统权能分离理论或一次权能分离理论,从农地所有权权能中分离出土地承包经营权;再根据二次权能分离理论,从土地承包经营权的客体权益中分离派生出新的权利。而由于我国现行土地承包经营权兼具约定债权性与法定物权性,因此,从其客体权益中分离派生出的新权利,就既可以是债权性土地经营权,亦可通过法律或法律解释创制为物权性土地经营权。从而能以债权性经营权顺农地灵活经营实践、物权性经营权应农地抵押及长期经营所需的二元化路径,促现行土地承包经营权本集体经济组织内封闭式流转向分离出的土地经营权市场化开放性流转发展。这样,就既可使我国承包地“三权”分置制度改革能坚持农地集体所有家庭承包经营制度并确保农户土地承包经营权性质与功能不变,又可从其土地承包经营权客体权益中分离派生出可市场化开放性流转的土地经营权。既能维护集体土地对每个集体成员的生存保障功能又可促进其有效利用的财产发展功能,克服现行农户土地承包经营权这种承载着保障与发展双重功能的复合性权利所导致的农地利用封闭、流转不畅的模式僵化问题,从而既顺实践所需又解法律之困,并真正实现“放活土地经营权”的改革目标。

这与中央因应农地制度改革实践需要适时提出的完善承包地“三权”分置制度改革精神的法实现机理亦高度契合一致!十八届三中全会提出“依法维护农民土地承包经营权”,十九大进一步明确要求其保持“稳定并长久不变”,这就为土地承包经营权客体权益在时间维度上分割出具有时间权益特质的土地经营权提供了可能性;而既要严守“坚持家庭经营在农业中的基础性地位”、“保持土地承包关系稳定并长久不变”以维护农户土地承包经营权性质不动摇这一完善承包地“三权”分置制度政策基础,又要强化“发展多种形式适度规模经营”、满足“新型农业经营主体”对既可债权性流转又可物权性流转的土地经营权的经营实践

<sup>①</sup> 关于权能分离的多样性,可参见王利明、尹飞、程啸《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第138-139页。

需要以放活土地经营权自由流转这一完善承包地“三权”分置制度政策核心,就为创建地权二次分离理论构造二元化土地经营权以解这实践与政策的两难之困提出了必要性。

同时,这一地权二次分离理论在分离创制物权性经营权场合,也是符合物权法科学原理的,并且早已在我国立法实践中一直适用,亦与我国立法传统相符。在我国,几乎涉及土地承包经营权的法律均规定在国家所有由集体使用的土地上可通过地权二次分离再设立土地承包经营权<sup>①</sup>。因为国家所有由集体使用的土地,集体拥有的应是土地使用权,这样在土地权利结构中就形成了一个在土地所有权之上设立土地使用权,又在土地使用权之上再设立土地承包经营权的梯次结构。这种权利生成的法理逻辑便是地权二次分离理论在我国立法实践中的灵活应用。这也充分说明了两个性质相同的他物权是可以并存在同一物上的<sup>[32]</sup>,这并不违背物权法关于一物一权原则的科学原理。实际上,一物一权原则所要解决的只是权利冲突问题,因此,只要不发生权利冲突,就不违背一物一权原则<sup>[33]</sup>。

因此,这一兼具创债权性与物权性经营权独特功能且既与中央改革精神契合亦与民法科学原理相符的地权二次分离理论,就为农村承包地三权分置制度有效入典完善提供了可行性的法理工具,以利妥善改构《农村土地承包法修正案》相关规定使进一步《民法典分编(草案)》完善中能合理构造出既可满足实践所需又能秉承政策指引并符合权利生成法理逻辑的农地法权。

#### 四、农村承包地三权分置制度入典的法权构造

完善承包地“三权”分置制度,其政策精神的前提是“落实集体所有权”,基础是“稳定农户承包权”,核心则是“放活土地经营权”。这是在作为新时代中国小规模农户家庭经营底色与新营农适度规模经营趋势这一经营实践基础上的经验总结。由此决定农村承包地三权分置制度入典的法权构造就应是集体土地所有权、农户土地承包经营权、农业经营者二元化土地经营权的分置并行,其法权结构生成逻辑即是遵循《民法总则》落实集体土地所有权维护农户土地承包经营权规定前提下,改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上,进一步在《民法典分编(草案)》完善中,于保持土地承包经营权性质与功能不变基础上,根据地权二次分离理论科学法理,从其客体权益中分离派生出二元化土地经营权,并分别于合同编中增设农地租赁经营合同规定以具体规范债权性经营权、于物权编中构造“农用地使用权”以科学规范物权性经营权。

##### (一) 稳定农户承包权改革与保持土地承包经营权法权

“稳定农户承包权”,是源于改革实践的完善承包地“三权”分置制度政策基础在表述上的高度抽象,其目的就是要充分“凸显农地对农民家庭或个人生存与发展的社会保障功能”、“促进农业基础稳固农民安居乐业”、“维护农村社会和谐稳定”这一政策精神。但其准确内

<sup>①</sup> 如《民法通则》第80条第2款规定“公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。”1986年《土地管理法》第12条规定“集体所有的土地,全民所有制单位、集体所有制单位使用的国有土地,可以由集体或者个人承包经营,……土地的承包经营权受法律保护。”《物权法》第124条第2款规定“农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度。”《农村土地承包法修正案》第13条第2款规定“国家所有依法由农民集体使用的农村土地,由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。”等等。

涵则是“要依法公正地将集体土地的承包经营权落实到本集体经济组织的每个农户”以强化农户对农地的承包经营权。其政策目标就是要从维护农民生存保障权这一具有宪法性权利的高度来确保农户的承包经营权。因此,在农村承包地三权分置制度入典完善时,其具体化为法权形态就是要稳定农户“土地承包经营权”这一法定物权。这既是由坚持中国特色小规模农户家庭经营基础维护土地承包经营权长久不动摇这一前述实地调查表明的实践要求所决定的,也是在农民群众自发创立、经党的政策肯定、国家法律确定、再经政策完善并为法律进一步发展指明目标方向这一良性互动螺旋式发展的农地制度变革历史中所形成的。因而具有深厚的实践基础与历史底蕴。

“农户土地承包经营权”肇始于家庭联产承包责任制并萌芽于其中的“包产到户”<sup>[34]</sup>。1978年12月党的十一届三中全会之后,我国开始了以“包产到户”的家庭联产承包责任制为核心的农村经济体制改革,这场“包产到户”的农村土地制度改革是由农民群众自发进行的。邓小平说,有两个省带了头,“一个是四川省”,“一个是安徽省”,“根据这两个省积累的经验”,中央“制定了关于改革的方针政策”<sup>[35]</sup>。并首次从政策上正面肯定了以“包产到户”为主要形式的家庭承包制,确定了农村改革的基本方向<sup>[36]</sup>。

1983年1月2日中共中央印发的《当前农村经济政策的若干问题》提出,采取“统一经营与分散经营相结合的原则”、“完善联产承包责任制”,确立了农业基本经营制度。1984年1月1日中共中央发布的《关于一九八四年农村工作的通知》提出“土地承包期一般应在十五年以上”。1986年1月1日中共中央、国务院发布的《关于一九八六年农村工作的部署》指出“家庭承包是党的长期政策,决不可背离群众要求,随意改变。”从而实现了家庭联产承包经营向家庭承包经营的演变,并从政策上肯定了农户土地承包经营权。

此后,土地承包经营权在法律上亦得到了认可与确定。《民法通则》第80条第2款规定公民对“土地的承包经营权,受法律保护”。首次从民事基本法律的层面肯定了农民享有的土地承包经营权,并把土地承包经营权作为一项与财产所有权有关的财产权予以保护。1993年宪法修正案则在第8条第1款写入了“家庭联产承包为主要的责任制”,从而将土地承包经营关系的法定化上升到了宪法的高度。

随着农村改革实践的进一步发展,土地承包经营权制度也得到政策的进一步完善并将完善的土地承包经营权政策上升至法律规范予以确定。

1993年11月5日中共中央、国务院发布的《关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》指出“以家庭联产承包为主要的责任制和统分结合的双层经营体制,是我国农村经济的一项基本制度,要长期稳定。”并提出,“在原定的耕地承包期到期之后,再延长30年不变”。

随后,1998年修订的《土地管理法》第14条便对“土地承包经营期限为三十年”予以明确规定。1999年宪法修正案将第8条第1款修改后规定“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。”《农村土地承包法》则作为专门规定土地承包经营权制度的立法,强调赋予农民长期而稳定的土地承包经营权,并对土地承包经营权的流转予以具体规范。充分体现了中央强化土地承包经营权的指导思想。而《物权法》则将土地承包经营权明确规定为法定物权,并在第125条将其强调为一种对承包地进行农业经营的用益物权。从而实现了土地承包经营权由债权性向物权性的演化,并最终定格为一种兼具成员身份性、约定债权性与法定物权性的复合性权利,一种承载着社会保障功能与经济发展功能

的法定物权。同时,在《土地管理法》第14条与《农村土地承包法》第20条关于“耕地的承包期为三十年”规定的基础上,《物权法》第126条第2款增设了“前款规定的承包期届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包”的规定,旨在将土地承包经营权确定为一种可长久存在的权利:即对农户家庭而言,是一种永久性权利,对农户成员来说,则是一种相当于英美法上的终身地产权<sup>[37]</sup>。这正是中国特色社会主义小规模农户家庭经营实践要求在“稳定农户承包权”政策的法权形态上的具体体现。

为此,2008年中共十七届三中全会做出了“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权”,“并长久不变”的重大决定,从而为土地承包经营权制度进一步发展完善确定了基本指导原则。也就为十九大完善承包地“三权”分置制度的提出奠定了政策基础并确定了基本目标。

因此,农村承包地三权分置制度入典,“农户承包权”政策具体化为法权形态仍应是“农户土地承包经营权”,而不应像《农村土地承包法修正案》一样复制“土地承包权”这一政策术语。这一点实际上在我国相关立法中已经做出了正确选择:2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》将现行《行政诉讼法》第12条“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼”之第七项修改为“行政机关侵犯其……农村土地承包经营权、农村土地经营权的”,此处就未使用“土地承包权”一语;《民法总则》第55条规定也继续使用的是“土地承包经营权”的概念;《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)第129条中继续使用的亦是“土地承包经营权”概念,而没有引入“土地承包权”之语<sup>①</sup>。因之,在进一步《民法典物权编(草案)》完善中仍应保持现有《物权法》对土地承包经营权的规定基本不变。

## (二) 增设农地租赁合同以具体规范债权性土地经营权

“放活土地经营权”,是对完善承包地“三权”分置制度政策核心的生动形象表述。其基本精神是要释放农地的财产价值功能,以提高生产效率,促进农业现代化发展;其基本内涵是要按“确权确股不确地”方式并通过市场机制为有经营意愿和经营能力的人创设出土地经营权以发展多种形式适度规模经营;其基本目标就是要营造出一种既可债权性亦可物权性并可市场化开放性流转的土地经营权。因此,在农村承包地三权分置制度入典时,其法权形态就是因应农地灵活经营实践的债权性经营权与满足可转让及抵押所需的物权性经营权的二元化。这不仅是十九大提出“培育新型农业经营主体”、“发展多种形式适度规模经营”以构建新时代中国特色社会主义农业“经营体系”的政策精神所要求的,而且是我国新时代年轻化、市场化、现代化农业规模经营改革实践的迫切需要,并有利于真正实现“放活土地经营权”这一完善承包地“三权”分置制度政策的核心目标。

而上述实地调查表明,当前各地探索承包地“三权”分置土地经营权流转的改革实践中,所调查对象中有69.05%的受访农户表示会以租赁方式取得农地经营权扩大经营规模,也就是说,以租赁方式的债权性经营权流转是当前土地经营权流转实践的主旋律。即大多数情

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)第129条规定“实行家庭承包的土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权互换、转让或出让土地经营权,出让的期限不得超过承包期的剩余期限,未经依法批准,不得将承包地用于非农建设。”

况都是依据《合同法》通过签订租赁合同方式取得债权性农地经营权来扩大经营规模的。这主要是因为二元化土地经营权体系中,债权性租赁经营权,其权利产生的方式比较简要。相较而言,其设定的形式更为灵活,程序更简便,内容更丰富。它一方面可根据权利人自身的需要设定该债权性经营权存续期限的长短;另一方面可以在合同中约定特别条款,在特定事由出现后可将土地重新复归土地承包经营权人经营<sup>[21]</sup>。因而更能适应灵活经营的实践需要。当然,更为主要的是,它与我国当前绝大部分农村地区尤其是中西部地区的农业经营中因农地流转市场匮乏大多是以在邻里亲朋间转包、出租等方式进行土地经营权流转的现实状况是紧密相联的。

这样,完善农地经营权租赁制度,建立统一的、开放的农地经营权租赁市场,就成为当务之急与迫切之需。为此,在2014年12月国务院就作出了《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》,但在我国现行法律中对此却还没有得到有效反映,也就是说,我国相关立法还并不能对其提供有效的制度保障。考察现行《合同法》第十三章“租赁合同”一章第212条至第250条共39个条文中却无一个条文具体涉及农地经营方面的租赁合同,而最为关键的是全国人大常委会《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)中“租赁合同”一章中竟也无一条文具体涉及到农地经营方面的租赁合同<sup>①</sup>,这在我国当前各地新型农业经营主体不断涌现、农地“三权分置”土地经营权流转发展多种形式适度规模经营成为大势所趋的新形势下,不能不说是我国立法特别是现行民法典编纂工作亟待弥补的一大缺陷。而相应的《德国民法典》第二编“债务关系法”的第三节“使用租赁、收益租赁”之第三目、“农地收益租赁”从第585条至第597条则共用了13个条文具体对“农地收益租赁合同”进行了详细的、可操作性的规定<sup>[38]</sup>。虽然最初农地收益租赁法律亦不受立法者待见,但通过在《德国民法典》中加入新的第三目“农地收益租赁”后,可以说使该法律制度在民法上获得了“独立性”。以至于目前“收益租赁在农业经营中扮演着重要角色:在原联邦州中,约有30%的农业用地用于收益租赁,而在全德国范围内,约有50%的农业用地用于收益租赁。”而对于新联邦州来说,收益租赁则更是一个备受青睐的法律手段<sup>[30]</sup>。

因此,我们在《民法典合同编(草案)》的完善中,为了有效发挥合同法组织经济的功能<sup>[39]</sup>,在合同编中对已存在的农地经营改革事实,应斟酌经营主体之利益状态及各种冲突可能性而增加相关租赁经营合同规范,即在《民法典合同编》“租赁合同”一章中增设有关“农地租赁经营”的特别规定,对“农地租赁经营合同”<sup>②</sup>进行详细的、可操作性的规定,并明确其相关的具体制度:

第一,合同的订立。应承认土地经营者和农户订立的以及土地经营者和“农民集体”订立的农地租赁经营合同。由于在广大中西部地区,我国《宪法》《物权法》等法律上所规定的作为“农民集体”组织形式的“农村集体经济组织”基本上不复存在,所以大都是土地经营者和农户直接订立的农地租赁经营合同。但在实践中由村民委员会代行集体经济组织职能出

① 参见全国人大常委会《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)第十四章“租赁合同”第494条至第525条之规定。

② 该“农地租赁经营合同”放在《民法典合同编》“租赁合同”一章中,本应规定为“农地经营租赁合同”,以与《德国民法典》中的“农地收益租赁合同”相应。但为与我国经营实践相适应,此处规定为“农地租赁经营合同”。

面与引入的土地经营者订立合同的做法也比较常见,同时也符合《民法总则》第101条第2款的规定精神<sup>①</sup>,此类合同应视为“农民集体”订立的。而广东、江苏、上海等经济发达地区,则是由经济合作社、经济联社等农村集体经济组织出面和引入的土地经营者订立。

第二 合同的效力。农地租赁经营合同自成立时生效。

第三 权利的主体。土地经营权的主体应该可以是一切农业经营者,既可以是本农村集体经济组织之内的成员,也可以是本农村集体经济组织之外的自然人、法人及非法人组织。

第四 权利的内容。土地经营权的内容依据合同的约定。但不可以独立转让与设计抵押,且权限仅及于农业型经营,而不能从事非农经营。

第五 权利的取得。经营人自土地经营合同生效时取得土地经营权,不需要不动产登记及公证。

第六 权利的期限。规定租赁经营的期限最长不得超过二十年,以及二年以上的租赁经营合同应当采取书面方式。不遵守此种方式的,合同视为不定期订立的,等<sup>②</sup>。

### (三) 构造农用地使用权以科学规范物权性土地经营权

尽管在当前农地规模经营改革实践中,对债权性经营权的需求远超于物权性经营权,但随着农业市场化的进一步发展,基于对权利保护刚性、流通安全性及经营长期性的需要,对可物权性转让及抵押的土地经营权的需求会逐渐增多。所以,民法典编纂应具前瞻性,应未雨绸缪。因此,在农村承包地三权分置制度入典完善时,有必要揭示“土地经营权”的真实面相<sup>[40]</sup>以利对二元土地经营权体系中的这种完全物权性土地经营权的法权形态作出符合传统民法规范与用益物权属性的科学界定,并在改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上进行的《民法典物权编(草案)》完善中予以明确的具体规范。

在传统民法中,并没有“经营权”这一概念<sup>[41]</sup>，“经营权”是一个非常现代性的词汇,20世纪80年代初才在我国出现。但“经营”一词,在我国古代是指“治理”之意,如《诗经·大雅·江汉》：“经营四方,告成于王。”<sup>[42]</sup>在现代意义上,则是指“经管办理经济事业”,如“经营商业”等<sup>[43]</sup>。在国际上与“经理(manage)”同义,有“管理、处理、控制”之意。现代意义上的“经营”一词较早见于1928年刘宝书编译的《马克思与列宁之农业政策》,如“农业与工业之结合经营”<sup>[20]</sup>及1933年潘冬舟翻译的《资本论》,如“经营”“农工业”<sup>[44]</sup>。在法律文本上则见于1930年印行的《国民政府颁行中华民国民法物权编》,如第774条规定“土地所有人。经营工业”<sup>[45]</sup>。可见,一般而言,“经营”都是指经营农业、工业、商业、企业等。

而与“经营”相关的权利概念则最早见于1950年传入我国的《苏俄民法》中规定的“经营管理权”<sup>[46]</sup>。在我国,1978年12月22日通过的《中共十一届三中全会公报》也提出了“让地方和工农业企业在国家统一计划指导下有更多的经营管理自主权”<sup>[47]</sup>。但“经营权”概念第一次出现则是在我国1982年的中央一号文件《全国农村工作会议纪要》之中,该文件提出要“保证土地所有权与经营权的协调与统一”<sup>[48]</sup>。

① 《民法总则》第101条第2款规定“未设立村集体经济组织的,村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能。”

② 该规定可参照《德国民法典》第585a条“订立农地收益租赁合同期限超过2年的,需要采取书面方式。不遵守此种方式的,合同视为不定期订立的。”参见上引《德国民法典》,第138页。

作为一种民事权利,“经营权”在我国特指国有企业的财产经营权,并最先规定于1986年《民法通则》之中<sup>①</sup>。随后,1988年颁行的《全民所有制工业企业法》将企业的财产经营权具体规定为“企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利”。从其规定可以看出,经营权不包括收益权能,因此并不具有用益物权属性。因为用益物权的核心是收益权能,是“用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利”<sup>②</sup>。并且国有企业的财产经营权,作为我国经济体制转轨期间出现的特有权利概念,现已被现代企业制度的法人财产权概念所取代。

而“土地经营权”,在我国《农村土地承包法修正案》引入之前的现行法律中则根本无此表述,且在我国经济体制改革初期,相关政策文件与实践中所用的土地经营权的范围异常广泛。既包括土地使用权的受让人在国有土地上进行的开发经营,也包括承包经营户在集体承包地上进行的承包经营<sup>[49]</sup>。所以有学者将农地“三权”中的“土地经营权”解读为包括土地承包经营权、集体建设用地使用权、宅基地使用权等在内的“农地使用权”<sup>[50]</sup>。并且从汉语构词法角度也可以看出,“经营权”的内涵大于“承包经营权”的内涵,“承包经营权”只是“经营权”的下位概念<sup>[51]</sup>。

而现行中央政策文件中的“土地经营权”本身亦并非具体化的单一权利概念,而是债权性土地租赁经营权与物权性土地经营权的统称,属混合型权利概念。如2016年《意见》提出“依流转合同取得土地经营权”,而该“流转合同”的具体类型并不明确,在语义上包括基于转包、出租、互换、转让等各种流转方式签订的合同,故受让人依这些流转合同取得的土地经营权性质上也应具有多样性,是债权性与物权性的多重混合。《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》中的“农村土地经营权”就是这一意义上使用的。而《农村土地承包法修正案》中新设的“土地经营权”亦是对政策术语的复制,因而权利性质模糊不清,权利类型多重混合。

这样,如果沿用《农村土地承包法修正案》中的“土地经营权”来作为从农户土地承包经营权中分离派生出的可自由转让及抵押的单一法定用益物权类型的法权形态,则显然既不符合传统民法概念与用益物权属性的规范要求,也不符合法权结构的生成逻辑。

因此,在农村承包地三权分置制度入典时,对其法权形态的表达既要充分体现完善承包地“三权”分置制度“放活土地经营权”改革的基本精神,也要根据法律规范的一般要求进行慎重的考量。根据现行《土地管理法》第4条关于按“土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地”的规定,并且考虑到与《民法典物权编(草案)》中的“建设用地使用权”规定相协调统一,因而在对《民法典物权编(草案)》完善中用具有完全物权性的“农用地使用权”来改造《农村土地承包法修正案》中具有物权性一面的“土地经营权”则更具规范性与科学性。就是最早规定“经营管理权”概念的苏俄民法,对其“集体农场的土地权”,也并未使用“土地经营权”概念,使用的亦是“集体农场的社会主义的土地使用权”概念<sup>[52]</sup>。我国台湾地区1993年提出的“民法”物权编修正草案亦曾提出“删除永佃权”、“增设农用权”的主张<sup>[53]</sup>。

<sup>①</sup> 《民法通则》第82条规定“全民所有制企业由国家授予它经营管理的财产依法享有经营权,受法律保护。”

<sup>②</sup> 参见《物权法》第117条。

虽然在我国物权法的起草过程中,也曾有学者主张用“农地使用权”<sup>[54]</sup>、“农用地使用权”<sup>[55]</sup>来取代《民法通则》《土地管理法》《农村土地承包法》中的“土地承包经营权”概念,但主张沿用“土地承包经营权”概念的学者认为,这样“容易导致广大农民对法律产生一些认识上的偏差”<sup>[56]</sup>。因为“土地承包经营权”这一法律概念已经为“广大农民和各级政府所普遍接受,有着广泛的群众基础”<sup>[57]</sup>。其实,还有一个最根本的原因在于,源于家庭联产承包经营制的土地承包经营权还不是一种完全意义上的物权,是一种兼具成员身份性、约定债权性与法定物权性的复合性权利,所以无法用传统用益物权概念来表述。立法机关最终沿用了约定俗成的土地承包经营权概念是符合其实际的。

但按旨在“放活”并“平等保护”“土地经营权”的完善承包地“三权”分置制度政策精神从农户土地承包经营权中派生出的这种物权性土地经营权已经是一种可自由转让及抵押的完全性物权,在性质上已是真正的用益物权,具有用益物权的全部特质。因此,用更能体现用益物权属性的“农用地使用权”概念来表达其法权形态,不仅更加符合传统民法规范,而且在《民法典物权编》编纂中能更好地将关于土地利用的用益物权按其目的与用途系统化为“建设用地使用权”与“农用地使用权”,从而彰显出作为21世纪民法代表的中国民法典应具有的规范性、体系性、科学性。

而且,采用“农用地使用权”这一法权形态,也符合党的政策主张与我国立法实践传统。如2001年12月30日中共中央就曾发布了《关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》;《山东省农村集体经济承包合同管理条例》等地方性规范中也曾采用“土地使用权”概念<sup>①</sup>;1995年《担保法》第37条与其后的《物权法》第184条都有关于“耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权”,“不得抵押”的规定;而2008年国土资源部施行的《土地登记办法》则直接采用了“农用地使用权”<sup>②</sup>这一概念。

而在现行农业经营实践中,可被归入“农用地使用权”这一法权形态的有望“放活”的物权性土地经营权情形主要有:其一,直接从农户以家庭承包方式取得的土地承包经营权中派生出的物权性土地经营权;其二,从农户入股农村集体经济组织的土地承包经营权中分离出的物权性土地经营权;其三,从集体为农户确权确股不确地后形成的土地承包经营权中分离出的物权性土地经营权<sup>③</sup>;其四,从集体统一经营的农地所有权中分离出的土地经营权;其五,通过招标、拍卖、公开协商等非家庭承包方式取得的荒地等土地承包经营权<sup>④</sup>;其六,国家所有由集体使用的农地的使用权等。

---

① 如1999年颁布的《山东省农村集体经济承包合同管理条例》第33条规定“承包方将承包的土地使用权部分或者全部转包、转让给第三者的,原承包方与发包方依据土地承包合同确立的权利义务关系不变。”

② 《土地登记办法》第2条第2款规定“前款规定的国有土地使用权,包括国有建设用地使用权和国有农用地使用权;集体土地使用权,包括集体建设用地使用权、宅基地使用权和集体农用地使用权(不含土地承包经营权)。”

③ 农业部等六部门联合颁布的《关于认真做好农村土地承包经营权确权登记办证工作的意见》(农经发[2015]2号)指出“实行确权确股不确地的,也要向承包方颁发土地承包经营权证书。”

④ 《农村土地承包法修正案》第49条规定“以其他方式承包农村土地的,应当签订承包合同,承包方取得土地经营权。”

与农户土地承包经营权法权相比较,这些物权性土地经营权被塑造为“农用地使用权”法权后,便拥有其独具特征:第一,权利主体上,全面开放性,不再具成员身份性。即可以是一切农业经营者,不再严格限于本集体经济组织成员个人。第二,权利客体上,具有权益性与限定性。即系以土地承包经营权之权益为客体,并限于耕地(将来可扩展到所有农用地)的承包经营权。第三,权利内容上,完全物权性,不再具约定债权性。即权利内容完全由法律直接规定,不再通过承包合同约定。其可自由转让、抵押,无须经发包方或承包人同意。第四,权利期限上,时间维度性。即有法定的较长的权益持续期,以利长期经营。第五,权利设立上,登记生效性。以适应市场需要,维护交易安全。

而考察《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)的相关规定发现,由于受《农村土地承包法》修正情况的影响,其不仅同样直接植入“土地经营权”之政策术语,且权利性质不清,类型混合,不利流转。其第129条规定“土地经营权”以“出让”的物权方式设立,第131条<sup>①</sup>则随即将其规定为约定债权,而第130条<sup>②</sup>将中央政策强调“在公开市场上”“放活”的土地经营权采登记对抗主义则明显不适。因此,具体到农村承包地三权分置制度入典时,应在尽可能保持现有《物权法》的基本结构和内容不变基础上,于《民法典物权编》中规定“土地承包经营权”之后增加一章,专门将中央政策“混合型土地经营权”中“属物权性的土地经营权”规定为单一法定物权的“农用地使用权”。并在对《农村土地承包法修正案》相关规定予以改造的基础上将《民法典物权编(草案)》第129条修改为“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农业经营者设立农用地使用权,农用地使用权的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准,不得将农用地用于非农建设。”将第130条修改为“农业经营者取得农用地使用权,应当向登记机构申请登记,未经登记,不生物权效力。”将第131条修改为“农用地使用权人有权依法占有农用地,自主开展农业生产经营并取得收益。有权将农用地使用权转让、互换、入股或者抵押,但法律另有规定的除外。”从而在该章建立其具体的制度:第一,权利主体制度。将农用地使用权人的范围扩大,包括承认和保护非农民集体成员、农业企业等一切农业经营者。第二,权利内容制度。权利内容必须由法律明确规定,包括许可权利人将其权利以物权方式转让及抵押等规则。第三,权利取得制度。包括订立合同的制度、农用地使用权发证和不动产登记制度等。并规定农用地使用权自登记时设立。第四,权利期限制度。权利的期限必须明确规定,虽然农户土地承包经营权是长久不变的,但农用地使用权必须要有期限,一般应规定为25—30年。第五,权利行使制度。对权利行使的限制、权利行使的条件以及权利的收回等均必须予以明确规定。

这样,通过在《民法典物权编》中将实践与政策中形成的物权性土地经营权规定为农用地使用权并使其规范化、制度化。就能使按保障理念通过与集体签订承包合同的准行政方式配置的土地承包经营权与按私权理念通过基于市场原则依法律行为的物权变动规则设立用益物权方式创设的农用地使用权得以区分、各司其职;就能使农用地使用权成为真正独立的、排

① 全国人大常委会《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)第131条规定“土地经营权人有权根据合同约定在一定期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益。”

② 全国人大常委会《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)第130条规定“土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让或者出让土地经营权,当事人可以向登记机构申请登记,未经登记,不得对抗善意第三人。”

他的、可自由转让与抵押的完全性物权;就能与更可适应灵活经营实践需要的债权性土地经营权严格区分、性质明晰并共同构成可市场化开放性流转的二元土地经营权体系;就能真正实现“放活”且“平等保护”“土地经营权”这一完善承包地“三权”分置制度的核心目标。

#### 结语

由于《农村土地承包法修正案》过于重视政治要求,将政治话语直接植入法律规定之中,造成农地权利结构复杂乱象、新设土地经营权流转不济。这在《修正案》进一步将土地承包经营权本集体经济组织内封闭流转以法律固化规定下,根本无益“三权分置”“放活土地经营权”改革目标实现,亦无法满足农地经营改革实践需求。而《民法典物权编(草案)》(一次审议稿)受《农村土地承包法》修正情况影响,亦直接植入“土地经营权”之政策术语,权利性质不清,类型混合,不利流转,与改革目标相距甚远。亟需在改造《农村土地承包法修正案》相关规定基础上,结合实地调研情况,进一步在《民法典分编(草案)》完善中,对农村承包地三权分置制度予以明确的具体规范,并分别于合同编中增设农地租赁经营合同规定具体规范债权性经营权、于物权编中构造“农用地使用权”科学规范物权性经营权。从而使其规范化、体系化、科学化。以实现农村承包地“三权分置”制度有效入典,达成土地经营权既可债权性亦可物权性并可市场化开放性流转,以利能最终使承包地流转脱去成员身份性羁绊,冲破本集体经济组织藩篱,促进农业现代化发展,这一完善承包地“三权分置”“放活”且“平等保护”“土地经营权”之改革目标。

#### 参考文献:

- [1] 蔡立东,姜楠.农地三权分置的法实现[J].中国社会科学,2017,(5).
- [2] 耿卓.承包地“三权分置”政策入法的路径与方案——以《农村土地承包法》的修改为中心[J].当代法学,2018,(6).
- [3] 高圣平.承包地三权分置的法律表达[J].中国法学,2018,(4).
- [4] 崔建远.民法分则物权编立法研究[J].中国法学,2017,(2).
- [5] 孙宪忠.我国民法立法的体系化与科学化问题[J].清华法学,2012,(6).
- [6] 陈小君.《农村土地承包法修正案(草案)》要义评析[J].中国土地科学,2018,(5).
- [7] 宋志红.三权分置下农地流转权利体系重构研究[J].中国法学,2018,(4).
- [8] 朱广新.土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善[J].法学,2015,(11).
- [9] 高飞.寻找迷失的土地承包经营权制度——以农地“三权分置”政策的法律表达为线索[J].当代法学,2018,(6).
- [10] 陈锡文.农村土地制度改革,底线不能突破[N].人民日报,2013-12-05.
- [11] 邓大才.中国农村产权变迁与经验——来自国家治理视角下的启示[J].中国社会科学,2017,(1).
- [12] 叶兴庆.集体所有制下农用地的产权重构[J].体制改革,2015,(7).
- [13] 孙宪忠.推进农地三权分置经营模式的立法研究[J].中国社会科学,2016,(7).
- [14] 黄少安.从家庭承包制的土地经营权到股份合作制的“准土地股权”——理论矛盾,形成机理和解决思路[J].经济研究,1995,(7).
- [15] 张璟,程郁,邓风田.市场化进程中农户兼业对其土地转出选择的影响研究[J].农业经济研究,2016,(7).
- [16] 黄宗智,彭玉生.三大历史性变迁的交汇与中国小规模农业的前景[J].中国社会科学,2007,(4).
- [17] 夏柱智,贺雪峰.半工半耕与中国渐进城镇化模式[J].中国社会科学,2017,(12).
- [18] 杨一介.论“三权分置”背景下的家庭承包经营制度[J].中国农村观察,2018,(5).
- [19] 张红宇.农村土地“三权分置”政策解读[J].领导科学论坛,2017,(4).

- [20] 刘宝书编译. 马克思与列宁之农业政策[M]. 上海太平洋书店, 1928. 45, 7, 23.
- [21] 陈小君. 我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会《决定》相关内容解读[J]. 法学研究, 2014, (4).
- [22] 谢鸿飞. 农村土地可以释放更多红利[N]. 人民日报, 2016-01-28(007).
- [23] William Blackstone, Commentaries, On the Laws of England (1765—1769) Vol. II, of the Rights of Things (1766), The University of Chicago Press, 1979, 103.
- [24] 王铁雄. 布莱克斯通的自然财产权理论[J]. 河北法学, 2016, (9).
- [25] Antonio Gambaro, Property Rights in Comparative Perspective: Why Property Is So Ancient and Durable, 26 The Tulane European and Civil Law Forum, 2011, p. 215.
- [26] [德]卡尔·拉伦茨. 王晓晔, 邵建东, 程建英, 徐国建, 谢怀栻译. 德国民法通论·上册[M]. 法律出版社, 2003. 377-378, 297-298.
- [27] [日]我妻荣. 罗丽译. 新订物权法[M]. 中国法制出版社, 2008. 269.
- [28] 王铁雄. 格劳秀斯自然财产权理论[J]. 河北法学, 2015, (5).
- [29] 王铁雄. 近代机械—原子论与美国财产法理念——个人与社会: 不是独白而是对话[J]. 河北法学, 2008, (9).
- [30] [德]鲍尔·施蒂尔纳. 张双根译. 德国物权法·上册[M]. 法律出版社, 2004. 32, 600-601.
- [31] [德]鲍尔·施蒂尔纳. 申卫星, 王洪亮译. 德国物权法·下册[M]. 法律出版社, 2006. 718.
- [32] 屈茂辉. 农村土地承包经营权债权性质驳议[J]. 法制与经济, 1998, (1).
- [33] 房绍坤. 民法典物权编用益物权的立法建议[J]. 清华法学, 2018, (2).
- [34] 王景新. 中国农村土地制度的世纪变革[M]. 中国经济出版社, 2001. 18.
- [35] 邓小平. 邓小平文选·第三卷[M]. 人民出版社, 1993. 238.
- [36] 蔡昉. 中国农村改革三十年——制度经济学的分析[J]. 中国社会科学, 2008, (6).
- [37] [美]约翰·G·斯普兰克林. 钟书峰译. 美国财产法精解·第二版[M]. 北京大学出版社, 2009. 107.
- [38] 杜景林, 卢湛译. 德国民法典[M]. 中国政法大学出版社, 1999. 137-147.
- [39] 王利明. 民法分则合同编立法研究[J]. 中国法学, 2017, (2).
- [40] 丁文. 论“三权分置”中的土地经营权[J]. 清华法学, 2018, (1).
- [41] 鲍荫民. 简论经营权之渊源[J]. 中央社会主义学院学报, 1998, (5).
- [42] 古代汉语词典编写组编. 古代汉语词典[M]. 商务印书馆, 2002. 811.
- [43] 夏征农, 陈至立. 辞海[M]. 上海辞海出版社, 2009. 1149.
- [44] 马克思. 潘冬舟译. 资本论·第一卷第三分册[M]. 北平东亚书局, 1933. 476.
- [45] 戴渭清. 国民政府颁行中华民国民法物权编[M]. 上海民治书店, 1930. 6.
- [46] 汪毓源, 徐步衡译. 苏俄民法[M]. 上海三民图书公司, 1950. 16.
- [47] 中共中央文献研究室编. 三中全会以来重要文献选编·上[M]. 中央文献出版社, 6.
- [48] 中共中央文献研究室编. 三中全会以来重要文献选编·下[M]. 中央文献出版社, 364.
- [49] 金立琪, 徐明. 论土地经营权[J]. 中国法学, 1989, (1).
- [50] 高飞. 农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴[J]. 法学研究, 2016, (3).
- [51] 赖丽华. 农村土地“三权分置”下经营权物权化的制度建构[J]. 社会科学家, 2016, (10).
- [52] [苏联]弗克斯. 宗华译. 苏联集体农场法[M]. 作家书屋, 1951. 170-171.
- [53] 王泽鉴. 民法物权: 用益物权. 占有(2)[M]. 中国政法大学出版社, 2001. 64-65.
- [54] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由: 物权编 条文 说明 理由 立法例[M]. 法律出版社, 2013. 402-442.
- [55] 崔建远. 四荒拍卖与土地使用权——兼论我国农地使用权的目标模式[J]. 法学研究, 1995, (6).
- [56] 王利明. 物权法研究·第四版·下卷[M]. 中国人民大学出版社, 2016. 804.
- [57] 房绍坤. 物权法用益物权编[M]. 中国人民大学出版社, 2007. 65.

(全文共 29,922 字)