



# 农村土地承包权和经营权分离的实现路径

潘俊

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

**摘要:**土地承包经营权分离后形成农村土地所有权、土地承包权和土地经营权的“三权分置”格局。土地承包权和经营权的分离是承包经营权中部分权能的流转,不等同于土地承包经营权流转;是一种保留性流转,而非整体性流转;是一种物权性流转,而非债权性流转。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。土地承包经营权分离后,经营权的受让主体必须具有农业生产经营能力,此时赋予集体成员优先权既无合理的价值考量基础,也无实质性意义。此外,承包权和经营权分离应当设置最低期限,但对最长期限、多次分离周期不应作出强制性规定。

**关键词:**土地承包经营权;三权分置;土地流转;实现路径

**中图分类号:**D922.3   **文献标志码:**A   **文章编号:**1671-7465(2015)04-098-08

党的十八届三中全会关于《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出,“稳定农村土地承包关系并保持长久不变,在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下,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。”为深入贯彻十八届三中全会精神,2013年底中央农村工作会议提出“不断探索农村土地集体所有制的有效实现方式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”。2014年中央一号文件继续“稳定承包权,放活经营权”之提法,明确允许以承包土地的经营权向金融机构抵押融资。至此,在国家政策层面,经营权从承包经营权中分离出来,形成了所有权、承包权、经营权“三权分置”之格局。但承包权和经营权通过何种方式分离,无论是理论还是实践莫衷一是,更有将其直接等同于承包经营权流转之趋势。文章从承包权、经营权分离与承包经营权流转之关系着手,对现行承包经营权各种流转方式进行甄别,探索实现承包权和经营权分离的可能路径,并对分离受让主体、分离期限进行阐释。

## 一、土地承包经营权流转与土地承包经营权分离的关系

### 1. 土地承包经营权分离的性质

土地承包经营权的流转,并非严格意义上的法律术语,只是因中央文件中多次出现,并上升为法律规范,规定于《土地管理法》《农村土地承包法》《物权法》等法律之中,才被赋予了一定的法律意义。但对于土地承包经营权流转的内涵,法律上并无确切定义,理论上也无统一见解。<sup>[1]</sup>简单而言,

收稿日期:2015-04-23

基金项目:国家社会科学基金青年项目“农村土地融资担保法律问题研究”(13CFX076);中国市场经济法治研究中心2014年度重大攻关项目“土地增值收益分配问题研究”(CMEL14ZD04)

作者简介:潘俊,女,西南政法大学民商法学院博士生,主要研究方向为民法学、土地法学。E-mail: xnzfpj@163.com

可将农地的“流转”界定为,在不改变土地用途的前提下,土地承包经营权人处分其土地承包经营权的行为的总称。<sup>[2]</sup>土地承包经营权的变动,或是权利主体的变更,或是权利内容的变化。土地承包权和经营权分离的表达在现有法律中尚未出现,是当前国家政策对现实问题的有力回应与反馈的结果,是指土地承包人行使处分权,将承包地之上的经营权流转给他人以获取相应的经济收益,自己与发包人的承包关系维持不变的状态。

在2013年底中央农村工作会议明确提出承包权、经营权分离前,我国法律法规以及政策性文件中对于农地的流转使用的都是“土地承包经营权流转”这一术语。但除了转让、互换导致承包经营权整体丧失之外,其他方式的流转只是部分权能的流转,同时也不存在所谓的“部分承包经营权流转”,而是“承包经营权部分权能的流转”,称之为“保留型流转”,与“让渡型流转”相对。<sup>[3]</sup>因为一物一权原则,同一承包地上不可能存在两个相同内容的承包经营权。“部分承包经营权的流转”,如转让,只可能是部分承包地上的土地承包经营权流转。“一味地称之为承包经营权流转,不仅法理上不合理,容易动摇农民对长期拥有土地承包权的预期,也难以反映土地流转后相关主体权利义务关系变化的实质。”<sup>[4]</sup>承包权和经营权分离后,承包人保留承包权而将占有、使用、收益以及部分处分权能让渡于经营人,形成经营权。获得经营权的主体占有承包地,根据自己意愿进行相应的农业生产活动,收取农业经营利润,并享有一定范围内的处分权。和承包权一样,经营权同样具有用益物权的性质。<sup>[5-6]</sup>这种分离是保留性流转、物权性流转,只属于土地承包经营权流转中的一部分。因此,承包权和经营权分离必须同时满足:第一,发生权利主体的变动。原一人享有的承包经营权分裂为两个主体分别享有不同内容的权利;第二,产生新的物权性权利。承包权和经营权的分离是一种物权性流转,受让权利一方获得的是一种物权性权利。

## 2. 现有土地承包经营权流转方式的甄别

### (1) 法定承包经营权流转方式

根据《物权法》第128条、《农村土地承包法》第32条、第49条以及2008年十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》和2013年十八届三中全会《决定》等国家政策文件,我国现行土地承包经营权的流转方式,主要包括转包、出租、转让、互换、入股、抵押等。虽然继承、征收与转让等流转方式都发生承包经营权权利主体变动的法律效果,但前两者属于被动性地流转土地承包经营权,并非权利人按其意愿主动进行,有别于其他流转方式。因此笔者不赞同将继承、征收作为承包经营权流转方式,也就更不可能成为承包权和经营权的分离方式。

转包是承包人将已有的承包地转给同一集体经济组织其他成员进行农业生产经营,自己与发包人之间的关系保持不变。出租是承租人(不限于集体经济组织成员)支付一定的土地使用权租金,根据土地租赁合同享有占有、使用权,本质是承租人对承包农地的阶段性用益,不享有处分权。<sup>[7]</sup>承包经营权分离,是承包权和经营权两种物权性权利分别归属于不同权利主体,是权利主体的变更,属于物权的变动。但在转包和出租中并未创设新的物权性权利,也未发生物权主体的变更,只是债权性权利的让渡,因此排除在承包权和经营权分离方式之外。<sup>①</sup>

转让,是承包人将自己所有的承包经营权有偿转让给他人,自己退出原承包关系。以家庭承包方式获得土地承包经营权再转让的,还必须满足经发包人同意,受让人应是具有农业生产能力的农户的要求,且本集体经济组织的成员在同等条件下享有优先权。转让后,承包人丧失承包经营权,受让人获得完整的承包经营权,此时承包权和经营权作为一个整体发生物权变动,不存在权利分离的可能。互换,表面是承包人相互交换承包地,实际是原承包地承包经营权的丧失,而取得新承包地之上的承包经营权,本质是承包经营权的整体性变动。因此,转让和互换也不能实现承包权和经营权的分离。

<sup>①</sup> 《土地承包法》第39条规定:承包方可以在一定期限内将部分或者全部土地承包经营权转包或者出租给第三方,承包方与发包方的承包关系不变。对于转包和出租这两种流转方式,有学者认为两者本质并无差别,选择删除转包而保留出租,也有认为删除出租而保留转包,还有观点主张两者并存,并进一步指出转包是承包人设立次一级的承包经营权。具体参见陈小君:《农村土地立法问题研究》,社会科学文献出版社2012年版,第194-196页;左平良:《土地承包经营权流转法律问题研究》,中南大学出版社2007年版,第112-113页;袁震:《农村土地承包经营权流转方式之法理分析》,载《河北法学》,2011年第8期,第124-126页。

对于这种权利整体性的物权变动,是否可以反过来为了实现承包权和经营权的分离而允许只将经营权进行转让或者互换呢?笔者对此持否定态度。一方面,单独转让经营权其实是变相地“出售”经营权,经营权将长久、永远地分离于承包权。此时经营权一定程度上具有所有权的性质,农民演变为单纯收租主体,承包权被蛀空、符号化,其存在价值令人堪忧。另一方面,根据多个调查组实际进行的田野调查结果反馈,绝大多数的农民都不会将农地永久性地流转,而作为将来可能再回到农村的一种最低保障。<sup>[8]</sup>对于只将经营权进行互换的理论设想,则因经营权建立在指向于具体承包地上的承包权要求而难以实现。

剩下抵押和入股两种流转方式,因现行法律并未像前几种流转方式一样界定其内涵,是否可以纳入到承包权和经营权分离的实现方式之中,下文将详细分析。

## (2) 其他承包经营权流转方式

“实践中,农地的流转行走于法的边缘,乃至践行于法外,具体方式可谓五花八门,不一而足。”<sup>[9]</sup>尚存的其他流转方式,如委托代耕,是在承包关系不变的基础上,由承包经营权人支付给他人一定对价,委托他人在自己承包地上进行耕作等农业生产经营活动,实质应当认定为转包。返租倒包是指集体经济组织通过支付一定租金将农民手中的承包地集中起来,经过集中管理,再包给其他个人或单位。虽然2001年《中共中央关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》和2008年中央一号文件均明确禁止返租倒包,认为“土地流转的主体是农户,在承包期内农户有权依法自主决定承包地是否流转和流转的方式。由乡镇政府或村级组织出面租赁农户的承包地再进行转租或发包的返租倒包,不符合家庭承包经营责任制度,应予以制止”,但因相较于农民个体,集体经济组织牵头的农地流转更能推进农业经营的产业化、规模化和高效化,返租倒包的做法在实践中并不少见。姑且不论返租倒包的合法性,其涉及返租和倒包两个环节,本质上可归于出租这一流转方式。此外,在耕地规模有限的地方出现了分环节不同程度的流转,“全环节流转对于外包者而言,对土地耕作的决策权仍然掌握在外包者手中,环节服务者只是根据环节外包者的需要进行作业,而不享有任何土地的功能和权属。”<sup>[10]</sup>因此,即使实现全环节的外包,流通的也只是一种债权性权利,不能代表经营权发生流转,并未实现承包权和经营权的分离。

## 二、承包权和经营权分离的可能路径选择

承包经营权分离形成农村土地所有权、承包权和经营权“三权分置”以及赋予经营权抵押、担保的权能是国家政策层面的决议,我国现行法律上并不存在相应规定。农地政策是农地流转法律保障的重要前提,但最终仍需要通过法律的方式予以固化,而法律化的最好方式是对农地政策在实践中发生的规范效果与农地政策所确定的政策目标和措施在实践中的实效性进行判断,决定是否立法及如何立法。<sup>①</sup>因此,对目前存在的土地承包经营权流转方式的审视尤为重要。正如前文分析所述,承包权和经营权分离只是承包经营权流转的重要途径,而非全部。基于承包权和经营权分离性质,以下方式可以考虑纳入承包权和经营权的分离路径之中。

### 1. 抵押

目前我国法律只允许以其他方式取得的土地承包经营权和林地承包经营权抵押,禁止家庭承包方式取得的土地承包经营权抵押。党的十八届三中全会和中央有关文件提出,稳定农村的土地承包关系长久不变,赋予土地承包经营权抵押、担保的权能。问题的关键在于,承包经营权可以抵押,抵押客体如何确定。实践中部分地区开展承包经营权抵押,抵押标的或为债权性质的承包经营权,或为承包地经营使用权,或为土地承包经营权之上的农作物收益,或为农村土地使用权等十余种情形不

<sup>①</sup> 农地政策通过农地流转法律制度予以法律化主要有直接法律化和间接法律化两种途径,其中后者包括农地政策实际推行阶段和政策的实效性检验及法律化阶段。后一种将经过实践检验而行之有效的政策内容法律化形成法律规范制度体系,当然要比纯理论虚构出来的法律规范制度体系更有实用性,成为农地流转法律规范的最佳选择。参见黄河:《试论农地政策与农村土地承包经营权流转保障法律制度的构建》,载《河北法学》,2009年第9期,第34-35页。



一。<sup>[11]</sup>禁止农村土地承包经营权抵押最大的顾虑在于抵押权一旦实现,承包经营权流转至集体经济组织之外的成员,农民将丧失基本的生活保障。开禁承包经营权抵押,确定可抵押的客体,必然要解决该种困境。尽管当前国家政策理论已经明确指出,承包权和经营权分离之后,抵押的是经营权,抵押权人实现抵押权时不能取得承包方的地位,只能是以土地经营获得的农产品收入或地租收入优先受偿,但我们仍需寻找其法理基础以对现实多种抵押客体做法做出回应。

首先,整体性的承包经营权不能作为抵押权客体。正如长期以来法律禁止该种抵押所忧虑的,一旦允许承包经营权这一权利进行抵押,当债务人无法偿还债务时,债权人或替代性地取得承包经营权。但因承包经营权主体资格的限制、承包经营权抵押市场的贫乏,该种抵押权实际不仅难以实现,且容易导致农民丧失基本生活保障。即使允许将承包经营权整体进行抵押,着手建立相应的抵押市场,配套债权人权利实现和农民生活保障的措施,也会因前期基础的匮乏而导致实现该种抵押困难重重。其次,债权性的使用权、承包经营权因缺乏可设置抵押的法理基础同样不能成为抵押客体。“不动产和动产之外,只有不动产上的用益物权以及特别法确定的物权才能进行抵押”。<sup>[12]</sup>原则上,债权性权利不能成为抵押客体,通过出租、转包等方式取得承包经营权(实际是对承包地的使用权)自然也不能成为抵押客体。反观将存在于农村承包地上的经营权设立抵押,创设出新的物权类型,由不同于承包人的另一主体享有,<sup>①</sup>实现了物权变动,完成了承包权和经营权的分离。需注意的是,此处的抵押主要是指承包人将经营权抵押而获得农业生产经营融资的情形。尽管经营权人也可以将从承包人处取得的经营权再次抵押,但这时承包权和经营权的分离已经存在,并非通过经营权人的抵押行为实现。

党的十八届三中全会《决定》要求“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”。将“抵押”与“担保”并列,是否意味着还可以通过抵押之外的其他担保方式实现承包权和经营权的分离,如质押?与抵押主要针对不动产及用益物权,不用转移占有相反,质押要求转移财产的占有,且若为权利质押,还需要办理相应的登记手续。如果允许承包经营权质押,可行的方法是将分离出来的经营权进行登记成立权利质押,在农民不丧失承包权的同时实现质押。这在理论上本身不存在问题,但此时的权利质押和抵押似无本质区别,都不用转移承包地占有,都要求进行设置担保物权的登记,且该种担保物权实现在程序、方式上也无差别。因此,再将分离后的经营权设置质押并无实质意义,试图通过质押的方式实现承包经营权分离时,只需设置抵押即可。实践中不断出现的非典型担保,是否同样适用于承包经营权分离,则应考虑担保客体、担保实现的可能性等进行判断,不可轻易否定其效力。

## 2. 入股

确定入股为承包权和经营权分离方式的关键在于,明确入股不同类型的客体,究竟为承包经营权还是只能为经营权。有学者认为,“入股到法人企业类的,必须是承包经营权的转移,是物权性流转,而入股到合伙等非法企业类的,既可以是承包经营权入股的物权性流转,也可以是像租赁关系中的土地承包经营权入股的债权性流转,不存在出资方式上的法律障碍。”<sup>[13]</sup>但是在债权性流转的情形下,流入方只能占有、使用承包地,一旦承包人试图收回承包地,流入方毫无招架之力,只能请求违约损害赔偿,不利于入股企业的生产经营。此时持前述观点的学者最后也肯定“应明确土地承包经营权入股的主流形态是以作为物权的土地承包经营权本身入股,发生物权转移的效果”。这意味着不能以财产租赁方式入股,即债权性的权利不能作为出资入股。<sup>[14]</sup>

我国《农村土地承包经营法》第42条允许承包方为发展农业经济,自愿联合将土地承包经营权入股,从事农业合作生产。入股投资设立的可以是农业专业合作社,也包括股份合作制企业、有限责任公司。农民专业合作社根据《农民专业合作社法》进行登记,取得法人资格。《公司法》第27条规定“可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并依法转让的非货币财产作价出资”。第

<sup>①</sup> 因为抵押物权的内涵、性质,创设经营权抵押权时尚未发生权利主体的分离,只有在真正实现该种抵押权时才切实发生承包权和经营权的分离。

28条和第84条同时强调“以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续”。因此,承包人只有将承包经营权完全让渡给法人,法人才可能获得独立的财产。同时,当入股成立的法人经营不善进行破产清算时,根据破产清算原则,土地承包经营权将作为破产财产进行变卖偿债,会出现将承包经营权设定抵押导致农民丧失基本生活保障的相同困境。而承包权和经营权分离之后,入股的只是经营权,法人可以自由支配,排除他人干涉,维持稳定与经营。在进入破产清算时,变现的也只是农民承包土地上的收益,不影响承包权。因此,将承包经营权作为投资入股的只能是土地经营权。由此,不同主体之间发生物权权利的变动,是承包权和经营权分离的实现途径之一。

### 3. 信托

与入股相似,是否可以通过信托实现农村土地承包权和经营权的分离必须解决好两个逻辑基础问题:可否将承包经营权设立信托,以及信托客体(信托财产)的确定。目前我国法律并未直接将信托纳入到承包经营权流转方式之中,但将其解释为《物权法》第128条“转包、互换、转让等方式”中的“等方式”以及《农村土地承包法》第32条“转包、出租、互换、转让或者其他方式”中的“其他方式”并不存在任何逻辑障碍。我国《信托法》第7条规定:“设立信托,必须有确定的信托财产,并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产。本法所称财产包括合法的财产权利。”就土地承包经营权而言,它是农民的合法财产权利,能够流转,因此可以设立信托。

信托法律关系中,受益人享有信托受益权,受托人接受信托人委托实际占有土地进行开发。对于是否转移信托财产所有权,如何确定信托客体,一种观点指出,信托财产是土地承包经营权,同时因为土地承包经营权兼具物权和身份权的性质,我国农地信托以后,土地承包经营权仍然由承包人享有,并未发生任何转移。<sup>[15]</sup>另一种观点认为,土地承包经营权进行信托时,出现了类似双重所有权的双重土地承包经营权,承包人享有的实质意义上的承包经营权,受托人则为形式意义上的承包经营权。<sup>①</sup>笔者认为这两种观点都有失偏颇。第一种观点强调信托是将财产“委托”,并不发生财产的转移。“如果认为信托的设立无须移转信托财产的所有权,仅是以意思表示为基础的委托财产管理制度,则与委托、行纪无异,与现已存在的《信托法》相冲突。”<sup>[16]</sup>更为重要的是,“委托”本质上构成一种债权债务关系,受托人对土地承包经营权并不享有处分权能。这与信托本身要求受托人享有信托财产处分权,亲自、独立处理信托事务相违背。第二种观点将承包经营权做出方式和实质意义之分由承包人和受托人分别享有,试图解决受托人非集体经济组织成员不能取得承包经营权的难题,却同样因为此时受托人无法实际占有、处分信托财产而难以保障信托人的最大利益不能成立信托。即使认为通过发包人同意可以将承包经营权整体转移给受托人,由其占有、使用、管理,但在信托期限届满之后,承包经营权的归属及其法理等问题都难以解决,毕竟承包经营权不同于一般的出让客体。信托是一项具有长期性、稳定性的财产管理制度,所发生的是“财产信托关系”。<sup>[17]</sup>正是对信托财产享有处分权,才激发了受托人的能动性和创造性,对土地经营管理做好长期规划,进而充分发挥土地效益,实现土地的良性增值。<sup>[18]</sup>允许承包人保留所有权,将经营权让渡于受托人,由其对农地进行适当的管理或处分并将产生的利润作为受托受益基金交还给委托人,解决了受托人对信托财产的权利问题,实现了承包经营权的价值。因此,所谓农地信托实际是将承包经营权中的经营权委托给他人,最终实现了承包权和经营权的分离。

可见,在土地承包经营权流转实践中,只有部分流转方式发生了不同主体之间物权性权利的变动,实现了农村土地承包权和经营权的分离。对于承包权和经营权分离途径之外的其他流转方式,“不能简单地以其不符合未来农业生产标准化、规模化、产业化的趋势为由,一概否定并在法律制度上不设置相应的规制措施。”<sup>[19]</sup>互换、转包、出租等传统承包经营权流转方式仍有适用余地,如互换可以解决承包地细碎化的问题,应当予以保留。承包权和经营权分离具有一定的现实需求,如果在条件不具备的情况下强行将承包权与经营权分离,反倒不利于农村土地流转。同时,是否通过承包权和经

<sup>①</sup> 英美信托法上认为,信托财产上可以出现两个所有权,即“双重所有权”:委托人实质意义上的所有权和受托人形式意义上的所有权。参见于海泉:《英美信托财产双重所有权在中国的本土化》,中国政法大学出版社2011年版,第44页;张征宇:《土地承包经营权信托制度研究》,吉林大学博士学位论文2013年,第73-74页。

营权的分离实现承包经营权的价值,以及采取何种分离方式,承包人有权自由选择、决定。因此,互换等传统承包经营权流转方式与抵押等承包经营权分离流转方式共同构成了我国农村土地承包经营权的流转,两者并列,各有适用空间,为作为用益物权权利主体的承包人自由处分承包经营权提供选择。

### 三、土地承包经营权分离的经营权主体范围确定

承包权和经营权分离的途径是实现“三权分置”的重要内容,从承包人处让渡而出的经营权受让主体的确定也是其不可遗漏的重要一环,即经营权主体的准入。

#### 1. 具有农业生产经营能力者

分离之前的承包经营权流转,具有严格的身份限制,或限于农户之间,或经过发包方同意流入农户之外。承包权和经营权分离之后,经营权没有身份限制,不再受到集体经济组织成员资格的约束,具有开放性和流动性,有意愿和能力从事农业生产活动的主体原则上都可以获得。为了抑制非农身份主体携带大量资本进入后试图改变农地农用的冲动,必须严格限制不具有农业生产经营能力者获得经营权之后,再将经营权进行流转。一方面,取得经营权的主体在资金、技术、物质装备以及管理条件上都表明能够实际进行农业生产;另一方面,任何取得经营权的主体,都不得再设立次一级的经营权,进行流转。为保证经营权受让主体实际进行农业经营活动,避免“农地非农化、非粮化”,可要求其缴纳一定保证金,若违反合同约定使用农地则丧失保证金,反之则退回。浙江、江苏等多个地方已在实施、探索该种措施。同时,地方政府指导承包经营权分离时,应当结合当地资源条件和产业布局对拟进行的经营项目进行批准,引导工商资本重点从事种养业产前、产后服务、设施农业、规模化养殖和“四荒”资源开发等适合企业化经营的产业,以负面清单的方式禁止非农化用途用地。

伴随承包权和经营权的分离,在家庭承包经营的基础上衍生出了诸如专业大户、家庭农场、专业合作、股份合作、企业化经营、农业产业化经营等多种新的经营主体与经营方式。十八届三中全会《决定》明确提出“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,发展多种方式规模经营”。承包经营权向这些新型经营主体流转,有利于推动我国新型农业经营主体快速成长,是发展规模经营和现代农业的需要,是提高农业盈利能力和市场竞争力的需要。<sup>①</sup>因此,承包权和经营权分离时,新型的农业经营主体往往更容易获得经营权。需强调的是,因地区差异以及农业本身的特点与局限,以家庭承包经营为基础,多种经营主体并存的局面在我国将长期存在,家庭承包经营的地位根本上不能动摇,不能因规模化经营而否定传统家庭经营模式。

#### 2. 集体经济组织成员不享有优先权

《农村土地承包法》第33条规定土地承包经营权流转应当遵循原则第五项,“在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权。”部分学者认为,这一规定适用于一切流转方式,肯定原受让人的优先权,有利于维护受让人的投入利益,提高土地利用效率,有利于实现流转的目的。<sup>[20]</sup>同时因土地承包经营权的成员权性质,在进行多次流转时,原受让人在同等条件下也可以享有优先权。<sup>[21]</sup>对此,笔者认为需要区分不同的承包经营权流转方式分别看待。首先,在“三权分置”的推进进程中,经营权分离的主要意义在于促使经营权在更大范围内流转,提高土地利用效率。而效率的提高主要是通过新型农业经营主体和经营方式予以实现,特别是规模化经营。坚持传统家庭经营方式并不等同于对集体经济组织成员作为流入方优先考量。因此,在承包权和经营权分离的流转方式中,强调集体成员的优先权并无更大价值考量。其次,在承包经营权分离的过程中,集体组织成员的优先权不具有实质意义。通常优先权都建立在同等条件基础上,集体成员能达到与工商资本组建的企业同等条件时,其往往已经成为专业大户、家庭农场,属于新型的农业经营主体范畴,本就应当优先考虑。在这种集体经济组织成员组成的新型农业经营主体与工商资本投入形成的新型农业主体并存时,承包人可以自

<sup>①</sup> 新型农业经营主体相较于传统农业经营主体的优越性,具体参见冯海发:《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(上)》,载《中国农业信息》,2014年第1期,第11-12页;冯海发:《对十八届三中全会决定有关农村改革几个重大问题的理解》,载《农业经济问题》,2013年第11期,第6-7页。



由选择经营能力更强的一方,强行规定缔约主体不具有合理性。因此,承包权和经营权分离的流转方式之中,“除了考虑进行农业生产经营的能力,不应当设置其他不正当的限制。”<sup>[22]</sup>但是,在出租、转包等传统承包经营权流转中,如果一律不考虑赋予集体成员优先权,可能因为外来强大资本的介入影响传统家庭经营的基础地位,也因外来资本改变土地用途的“冲动”不利于承包经营权的良性流转。

#### 四、土地承包经营权分离的期限设置

##### 1. 规定分离的最短期限

据河南省统计局对150个种粮大户的问卷调查结果显示,70%以上的种粮面积流转期限在6年以下,其中流转期限5年以下的占42.5%,有些甚至一年一签。“25%的被调查种粮大户认为,承包的短期行为造成他们不敢购置大型农机具、不愿改良农田水利基础设施,一定程度上制约着粮食规模经营的发展。”<sup>[23]</sup>

在2013年底农村工作会议上,农业部部长韩长赋指出,投资农业不会一夜暴富,但会得到长期和稳定的回报,这是由农业的性质所决定的。长期稳定的回报依赖于经营人获取长期的经营权。较长的流转期限,便于经营者合理预期,提高投入动力,改变农业生产条件,同时在一定程度上也能促使承包人理性思考,决定缔约时限。因此,基于上述因素考虑,有必要设置一个承包权和经营权分离的最短期限。为平衡承包权人和经营权人利益,参考其他用益物权存续期间,可以考虑3~5年作为承包人让渡经营权交由经营主体使用、处分的最低时限要求。

##### 2. 不限制分离的最长期限

有学者认为承包权和经营权不能长期分置,应当设置一个最长期限。这样一方面带给了耕种者对农业追加投资足够的信心,以及他们可能拥有该土地承包权的预期;另一方面,最长年限的设置,实际上也是对有志于城市化的农民完成其城市化进程所需年限的大致估计,进而可以给准备城市化的农民留下足够的准备时间,不至于错误地放弃。<sup>[24]</sup>这种担心本身是必要的,但低估了农民群体对承包经营权的认识和保护程度。如果是通过出租的方式将土地交给他人使用的,因为让渡的只是一种债权性权利,承包人尚有违约进行损害赔偿的可能,但在承包权和经营权分离的情形下,因为分离而出的经营权是次生性用益物权,具有对抗性,一旦出让,承包人难有救济、挽回余地。唯一可能的是承包人退出承包权,与经营权人共同分享退出补偿,但退出之后几乎不可能再取得承包经营权。因此,承包人宁可选择长期流转,也不会完全退出。而将经营权永久地让渡于他人,实际是变相的“出让”,“在流转期限较长、流转后对其自身利益影响较大的流转方式上,农民的防范意识开始加强,考虑倾向于对自身权益保护最为有利、安全的流转程序。”<sup>[25]</sup>永久性的流转经营权几乎没有现实存在可能性,至于何为“长期”,则应交由农民自己解决,法律对此应当尊重,不宜干涉。同样,承包经营权是农民的绝对性财产权利,只要坚持集体所有权不变、农地用途不变,是否分离以及如何分离承包经营权取决于农民个人意愿,将经营权进行多次流转的也不应有时间间隔的强制性要求。

#### 参考文献:

- [1] 张平华,李云波,张洪波. 土地承包经营权[M]. 北京:中国法制出版社,2007:189.
- [2] 高圣平. 新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑[J]. 法学研究,2014(4):76-91.
- [3] 郜永昌. 分离与重构:土地承包经营权流转新论[J]. 经济与法,2013(5):137-139.
- [4] 张红宇. 构建以“三权分离”为特征的新型农地制度[N]. 中国经济时报,2013-07-26.
- [5] 潘俊. 农地三权分置:权利内容与风险防范[J]. 中州学刊,2014(12):67-73.
- [6] 陶钟太朗,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[J]. 南京农业大学学报:社会科学版,2015(2):73-79.
- [7] 彭虹. 论农地融资的主体资格——以承包经营权流转集中的继受主体为视角[J]. 农村经济,2013(8):3-7.
- [8] 张守俊,刘晋颢,梁霜,等. 关于农村土地承包经营权流转问题调研报告[C]//中国“三农”问题研究与探索——全国财政支农优秀论文选,2010:182-191.

- [9] 陈小君. 农村土地制度的物权法规范解析——学习《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》后的思考[J]. 法商研究, 2009(1): 3-11.
- [10] 廖西元, 申红芳, 王志刚. 中国特色农业规模经营“三步走”战略——从“生产环节流转”到“经营权流转”再到“承包权流转”[J]. 农业经济问题, 2011(12): 15-22.
- [11] 丁关良. 家庭承包之土地承包经营权抵押乱象剖析和法规制约研究[J]. 中国党政干部论坛, 2014(12): 28-33.
- [12] 徐洁. 抵押权论[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 32.
- [13] 宋志红. 土地承包经营权入股的法律性质辨析[J]. 法学杂志, 2010(5): 9-13.
- [14] 冯曦. 家庭土地承包经营权入股公司的法律建构——基于公司双重资本制[J]. 法学杂志, 2013(2): 123-131.
- [15] 叶朋. 浅谈对构建我国农地信托之基础——信托财产的认识[J]. 改革与战略, 2011(5): 65-67.
- [16] 高圣平. 农地信托流转的法律构造. 法商研究, 2014(2): 28-33.
- [17] 王晓利, 马晓丽, 吉伟卓. 关于实行农地信托促进农地健康流转的思考[J]. 改革与战略, 2012(3): 92-94.
- [18] 文杰. 土地信托制度: 农地承包经营权流转机制的创新[J]. 山东商业研究, 2009(7): 188-190.
- [19] 黄河. 试论农地政策与农村土地承包经营权流转保障法律制度的构建[J]. 河北法学, 2009(9): 33-39.
- [20] 吴兴国. 土地承包经营权流转中集体组织成员优先权行使问题研究[J]. 政法论丛, 2009(2): 51-54.
- [21] 陈小君, 等. 农村土地问题立法研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2012: 333.
- [22] 郜永昌. 分离与重构: 土地承包经营权流转新论[J]. 经济与法, 2013(5): 137-139.
- [23] 河南省地方经济社会调研队农产量与农村住户处. 河南种粮大户问卷调查报告[EB/OL]. (2013-08-19) [2014-09-12]. 河南统计. <http://www.ha.stats.gov.cn/hntj/tjfw/tjfx/qsfz/ztfx/webinfo/2013/08/1376901333809401.htm>.
- [24] 邓晰隆. 三权分离: 我国农村土地产权制度改革的新构想[J]. 农业科研经济管理, 2009(2): 59-63.
- [25] 农村土地问题立法研究课题组. 农地流转与农地产权的法律问题——来自全国4省8县(市、区)的调研报告[J]. 华中师范大学学报: 社会科学版, 2010(2): 2-11.

(责任编辑: 刘浩)

· 简讯 ·

## 南京农业大学学报(社科版)启用微信公众平台

为了推送优秀学术论文, 传递期刊动态, 及时发布选题信息, 加强编者、读者、作者之间的互动和交流, 本刊拟启用微信公众平台, 其功能涵盖稿件查询、期刊在线、精品导读等。登录微信, 通过“扫一扫”扫描下方的二维码添加关注, 或者添加好友“njauxbsk2001”即可。



扫一扫 加关注