



“三权分置”下集体土地所有权的功能转向与权能重构

刘恒科

(西南政法大学 经济法学院,重庆 401120)

摘要:农村土地“三权分置”改革引致集体土地所有权的功能转向和权能重构。“三权分置”的权利结构是“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”,是集体土地公平分配,土地承包经营关系长久不变,土地经营权自由流转的结合。在“三权分置”经营模式下,集体土地所有权的保障功能伴随固定时点的农地公平分配而实现,土地承包经营权在此时点之后长久不变趋向“自物权化”,成员集体主要行使处分权能。应当按照集体土地所有权权能重构的理念要求,健全成员集体民主议事机制,明确承包关系长久不变的制度设计,解除集体对农户行使土地承包经营权的不当限制,强化集体自治组织的农地使用监督权。

关键词:“三权分置”;集体土地所有权;土地承包经营权;自物权

中图分类号:D922.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2017)02-0102-11

伴随我国城镇化进程的推进,农户离农离地现象日益加剧。2013年底,为顺应农户保留承包权,流转土地经营权的意愿,并积极稳妥推进农地流转集中,发展适度规模经营和现代农业,中央农村工作会议首次提出“三权分置”的改革方略。2014年中共中央、国务院印发《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》,首次在国家政策层面提出“三权分置”,即“在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权,放活土地经营权。”2015年11月,中共中央办公厅、国务院办公厅《深化农村改革综合性实施方案》(以下简称《深改方案》)指出,“三权分置”是深化农村土地制度改革的基本方向。农村土地“三权分置”改革必将引致农地权利体系的重构。然而,学界主要从承包权和经营权切入的研究范式,忽略了“三权分置”对集体土地所有权的可能影响。有鉴于此,本文拟从“三权分置”的权利结构解析入手,揭示土地承包经营权的“自物权化”和集体土地所有权保障形式的变化,分析“三权分置”对集体土地所有权的功能转向与权能重塑双重作用,并提出集体土地所有权权能重构的法制建议。

一、“三权分置”权利结构解析

(一)“三权分置”权利结构学术观点之争

“三权分置”的政策话语意在坚持集体土地所有权的前提下,把土地承包经营权分置为农户承包权和土地经营权,形成所有权、承包权、经营权三权分置并行的权利结构。学界对此看法不

收稿日期:2016-10-10

基金项目:中国法学会部级重点委托项目“农村土地‘三权分置’法治保障研究”(CLS(2015)ZDWT43);国家社会科学基金项目“经济新常态下中国经济法的回应性研究”(16BFX118)

作者简介:刘恒科,男,西南政法大学经济法学院博士生,山西大学商务学院讲师。E-mail:boozer0007@163.com

一,主要形成如下观点:一是,“用益物权+债权”说,主张维持土地承包经营权用益物权属性及其使用权能债权性流转之权利结构^[1];二是,“用益物权+用益物权”说,主张土地经营权是建立在土地承包经营权上的用益物权,而农户承包权是“其行使受到经营权限制的土地承包经营权的代称^[2]”;三是,“‘自物权’+用益物权”说,认为土地承包经营权是具有“自物权”性质的用益物权,而土地经营权是在其上设立的用益物权^[3];四是,“成员权+用益物权”说,认为土地承包权是一种身份资格性的成员权,而土地经营权具有用益物权的性质^[4];五是,“成员权+农地使用权”说,认为“三权分置”应理解为着力打造集体土地所有权主体制度,落实集体经济组织成员权,推进包括土地承包经营权在内的体系化的农地使用权制度的完善^[5]。

上述学术观点的争议焦点在于农户承包权和土地经营权的性质与内容。前三种观点都认为农户承包权就是土地承包经营权,土地经营权是建立在土地承包经营权之上的权利,但对土地经营权的物权抑或债权性质持不同见解;后两种观点均认同农户承包权是集体成员权在农地使用层面的具体表现,并非从土地承包经营权中分出,土地经营权是用益物权性质的农地使用权,但二者的论证视野和信息基础不同。第四种观点集中讨论土地承包权与土地经营权分离的正当性及其法制路径,而第五种观点讨论视域不限于土地承包经营权,而是扩展到集体成员权可能关涉之体系化农村土地权利。

(二)“三权分置”权利结构的界定

“三权分置”的权利构造离不开对问题导向和政策话语的准确理解。“三权分置”政策生成的动因在于,在集体所有、分户经营的“两权分离”模式下,土地承包经营权是混合性的权利,它既包含着以成员权为基础,具有身份性,承担着土地保障功能的权利,也包含着以土地为客体的纯粹的财产权利。身份性和财产性的内在冲突导致土地承包经营权难以市场化流转,妨碍农地资源的合理配置和有效利用。要变“农地农民用”为“农地全民用”,“均田承包”为“规模经营”^[6],又要顾及农户的权益不受损害,只能通过农户自愿流转,将身份性权利保留于土地承包权,从而释放出土地经营权。按照农业部张红宇司长的解读,“实施‘三权分离’的农地制度,明确界定‘承包权’和‘经营权’,一方面有利于强化对农户承包权的保护,土地承包权因农户的集体组织成员身份产生,受到法律的保护;另一方面,对经营权的强调和保护可使土地使用者有稳定的预期,有利于提高土地资源的产出效率。保护承包权以求公平,用活经营权以求效率,实现公平与效率的有机统一。”^[7]由此可见,“三权分置”是在既有农地物权法律体系确认的“两权分离”权利结构基础之上,新设土地经营权,使农民在不丧失承包权的基础上,引入规模经营主体,实现土地的充分有效利用。

笔者认为,“三权分置”的权利结构是“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”。土地承包经营权是集体成员基于身份资格取得的土地使用权。土地承包经营权人可以自愿有偿流转,在其土地承包经营权上创设土地经营权。前者具有身份性和财产性的双重属性,土地经营权则不受身份限制,成为完全自由流转的财产权利。土地经营权也应是一种用益物权性质的权利,“土地经营权的权能并未超出土地承包经营权剩余权能的空间,其设立以土地承包经营权主体明确的暂时放弃权能的意思表示为前提,因而不会造成权利冲突及物权受侵犯的问题”^[8]。

双重用益物权的观点面临的重大质疑是违反“一物一权”的基本原则^[9]。依据大陆法系民法所有权的权能分离理论,从所有权中不能同时产生两个权利相互冲突的用益物权,而且在已设立的用益物权上不能再行设立新的与之冲突的用益物权。然而,我国土地承包经营权本身是集体成员分享集体土地收益的权利,不同于民法所有权主体与用益物权主体的异质性,难以完全套用传统用益物权理论加以解释。在长久不变和充实赋权的制度改革背景下,土地承包经营权实际上具有土地所有权的几乎全部权能,农户在土地承包经营权上完全可以设置用益物权性

质的土地经营权^[10]。

“成员权+用益物权”的解释路径同样值得商榷。首先,“三权分置”是在“两权分离”基础上的农地权利体系创新,土地经营权的生成必须以集体土地所有权和土地承包经营权为前提。土地经营权应是源于土地承包经营权的流转,而不能从资格性的承包权中生成。将承包权理解为单纯的资格性的成员权,农地使用者的土地承包经营权作为用益物权的解释路径,实际上未能回应因农户土地承包经营权流转而产生的承包经营权和土地经营权权利界分的问题。其次,农户承包权应是保障承包经营农户身份利益的实实在在的用益物权。如果仅作为一种要求集体发包或分配土地的请求权,则难以纳入不动产登记范围获得物权保护,就难免会割断农户直接支配土地的利益关联,可能造成土地经营权架空承包经营权的权利配置风险,不符合政策意图。

也有学者从土地承包经营权的股权化改造出发,讨论“确权确股不确地”模式下,成员集体直接将集体土地交由土地利用主体经营而形成的土地经营权物权化路径^[11],这种观点可以认为是“成员权+用益物权”论的延续。在土地股份合作化经营模式下,农户取得的是股权或者名义上的承包权,而不是具体的承包地块,农户长期脱离土地,没有对具体地块的占有、使用的权利,仅保留收益权^[12]。高层决策者显然已经意识到这种经营模式会割断农民和土地的直接联系,采取非常审慎的态度,政策话语发生从“可以”到“例外”再到“严控”的转变^①。由此可见,土地股份合作本身是农户保留土地承包权,并基于自主意愿以土地经营权入股的结果。对土地经营权入股的讨论,不能抛开土地承包经营权的用益物权属性这一基本前提。

(三)“三权分置”对集体土地所有权的影响

准确理解农户承包权是解读“三权分置”的关键。农户承包权应当是农户家庭基于集体成员身份取得的土地使用权,而非身份性的承包资格。土地承包经营权实际上在农地物权法律体系中承担基础物权的角色,不同于一般意义上的用益物权,而是兼具“使用和享有”^[13]的双重属性。“农民的土地承包经营权,正是他们作为土地所有权人的一部分所享有的一项‘自物权’,而且,农民家庭和个人在集体中的成员权事实上已经固化或者相对固化,所有土地承包经营权作为‘自物权’的特征会越来越强烈。”^[14]按照三权分置的政策表述,土地经营权应被塑造为一种用益物权性质的权利,可以据此倒推建构农地权利体系。土地承包经营权是一种“自物权化”的用益物权,这符合我国农地制度发展变迁的实际状况,不仅是农户利益保护的需要,是“实现不可流转的土地所有权与市场经济对接的制度工具”^[15],也为土地经营权的用益物权属性提供合理的解释空间,可以回应双重用益物权违背“一物一权”原则的诘难。

“三权分置”改革的前提和底线是坚持集体土地所有制,落实集体土地所有权,但是,农户的土地承包经营权“自物权化”彰显,这对农民集体的集体土地所有权无疑带来极大的挑战。那么,“三权分置”经营模式下,集体土地所有权如何落实?该走向何处呢?这可能需要从我国农地制度变迁的路径出发,从集体土地所有权的功能演进角度寻求妥适的解答。

二、“三权分置”对集体土地所有权的功能重塑

我国集体土地所有权的基本功能是为集体成员提供平等的生存保障。在“两权分离”模式下,土地承包经营权权能不断充实并长久不变,使得这种保障渐次演变为集体分配基础上的家

① 2014年中央一号文件《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》针对农村确权可能遇到的具体问题,提出了“充分依靠农民群众自主协商解决工作中遇到的矛盾和问题,可以确权确地,也可以确权确股不确地”;2014年11月中办国办《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,“土地承包经营权确权登记原则上确权到户到地,在尊重农民意愿的前提下,也可以确权确股不确地”。2015年中央一号文件《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》则要求“总体上要确地到户,从严掌握确权确股不确地的范围”。

庭保障。在“三权分置”经营体制下,集体土地所有权的公平保障限定于某个长久不变的固定时点而非任意时点之上,这对集体土地所有权功能的实现形式进行了事实上的重塑。

(一)集体土地所有权的基本功能

虽然学界对集体土地所有权的界定和属性仍有不同认识^[16],但都认同集体土地所有权具有对集体成员的基本保障功能。集体对成员的保障是土地的自然保障功能在集体土地所有制下的制度实现。在《物权法》的规范构造上表达为:农村集体所有的土地,属于本集体成员集体所有。成员集体所有是“集体成员在对集体土地不可分割的共同所有基础上实现成员个体的利益”^[17]。作为集体所有权客体的集体土地具有不可分割性。所有权主体是成员构成的集体,是“农村一定的集体所有的社区范围的人的整体”,而组成集体的成员是“农村社区范围内依赖集体土地和其他自然资源和财产为基本生存保障的自然人”^[18]。成员集体的价值在于为每一个依赖集体土地生存的成员个人提供基本生存保障,而成员流动性和土地不可分割性则是集体土地保障的两项基本特征。

为了保证集体土地平等保障功能的持续实现,集体组织分别从地和人两方面行使管理权能:一是保证耕地质量不降低、数量不减少。我国《土地管理法》实行严格的耕地保护制度,确保农地的农业用途,并赋予集体发包方对农户土地使用行为的监督管理权力和处罚权力;二是保证成员对农地保障的持续公平享有。为此,在传统集体所有权的制度设计上,发包(分配)权、调整权和收回权成为集体经济组织的必要制度工具。为了将农地流转局限在集体内部,防止外人取得本集体保障利益,同意和备案制度保障集体组织对不同类型农地流转行为的知情权和同意权。成员优先权制度实际上赋予农户对农地流转行为的相互监督权和决策参与权,目的仍然是将集体土地保障利益尽量维持在集体成员内部。

(二)“两权分离”下集体土地所有权保障形式的变化

我国农地产权制度改革围绕所有权和使用权分离,并不断强化使用权这一基本主线展开^[19]。在“两权分离”制度框架下,为了对抗集体的不当干预,稳定承包关系和农户种地积极性,农地产权制度改革呈现出集体所有权权能逐渐收缩,农户的土地承包经营权权能不断扩张的态势。土地承包经营权渐次从生产经营自主权向用益物权甚至“准所有权”转变^[20]。“增人不增地,减人不减地”,除自然灾害因素外,集体原则上不得调整承包地,土地承包经营权长久不变,这些政策在稳定农户权利预期的同时,也产生了集体成员“固化”,承包土地分配不公平,农地流转不畅,农业经营低效率等未解之难题。

根据《农村土地承包法》第5条规定,承包权的主体是集体成员,只要是集体成员都有承包资格,平等地享受集体的土地保障,集体也有义务为成员分配土地以提供保障。集体成员资格处于不断的变动之中,不仅包括依靠集体土地生存的现实成员,而且包括未来因出生、婚姻、集体决议等原因而加入集体的成员。同时,集体成员资格可能因死亡、婚姻、纳入城镇保障体系等而丧失。集体土地的绝对公平保障和成员对土地的稳定使用预期之间存在难以弥合的深沉张力,这在根本上是公平和效率的矛盾。最初的解决办法是适度年限的土地调整,比如各地普遍采取“三年一小调,五年一大调”的做法。然而,以土地调整维系公平的做法不具有可持续性,表面上看似维护了公平,但频繁调整使农地更加细碎化,农户缺乏稳定的使用预期和投入激励,导致低效率的公平和集体贫困。利益衡量的最终结果是,政策和法律的制定回到集体土地资源有效利用这一根本出发点,采取确认成员承包权,以户为单位承包并且保持承包关系长久不变的做法,提高以自耕农为主的农业经营主体的土地利用绩效。然而,随着农业剩余劳动力跨地区和跨行业的自由流动,农户对于承包经营权的收益和就业依赖程度明显弱化,农户离农离地成为普遍现象。以保持承包关系长久不变和提高农民种地积极性的初始政策目标宣告落空。

承包关系长久不变政策带来的实际后果是土地承包经营权真正成为农户的财产性权利。

以家庭为单位的土地承包经营权长久不变,相当于将成员集体所有的土地以固定时点的农村户籍内的人口数为基数切分,按户分配到每个家庭,并通过确权登记维持不变,构成对成员集体所有土地的事实分割。家庭在集体中的土地份额比例已然长久固定下来,不因家庭内部成员人数的变化,以及居住地甚至户籍地的改变而改变。新增集体成员对于土地的需求不再通过集体调配而满足,而是通过家庭内部的调剂实现,待地人口也不等同于“无地人口”^[21]。集体与成员的矛盾悄然转化为每一个农户家庭内部的矛盾,集体对成员的土地保障变为集体分配基础上的家庭土地财产保障。此时,相对抽象的集体土地所有权主体也由此变得清晰,农村土地的成员集体所有悄然变为一种不能退出份额的以农户家庭为单位的按份共有^[22]。

这种起点公平并长久不变的做法,无疑深刻地改变着集体土地的不可分割性、集体成员的流动性、集体土地的平等保障性等集体土地所有权的基本特性,极易由于户内成员资格变动而导致农户家庭之间代内代际持有土地份额和收益分配的不公平,与成员平等保障之间的抵牾难以根除。更为重要的是,由于农地经营比较收益低,土地流转又受到限制,“两权分离”下的长久不变改革,实际是赋予农民一个效率低、保障弱、流转差的土地承包经营权^[23]。

(三)“三权分置”下集体土地所有权功能的实现形式

农户土地承包经营权的“自物权化”是长久不变政策的必然结果,想要变分散经营为规模经营,又要不损害农民的身份保障性权利,必须尊重农民的主体地位,在农户自愿流转土地的基础上,实现土地承包经营权的“二次分离”,即保留承包权,流转经营权。“三权分置”正是试图集合农地流转的农民利益保障逻辑和农业经营效率逻辑双重诉求的制度创新。在“三权分置”经营模式下,土地承包经营权长久不变地确定到每个集体成员,以农户家庭为单位实际享有,并通过新一轮的确权登记颁证得以稳定;农户可以在其土地承包经营权上设置用益物权性质的土地经营权,土地经营权成为充分赋权和自由流转的财产性权利,通过市场化配置达致土地的有效利用和价值最大程度的发挥。从这个意义上说,“三权分置”是对“两权分离”经营模式下长久不变政策的坚持、完善和超越,其背后的逻辑仍然是起点公平和长久不变。

从全国各地来看,兼业农户成为农民的绝大多数^[24],非农收入超过农业生产经营收入,农村新增人口对于承包土地的生存保障需求弱化^[25],为承包经营权长久不变“固化”提供了现实基础,也为农户流转承包土地的经营权创造了必要条件。在此背景下,集体土地对集体成员的平等保障性,成员流动性和土地不可分割性,正在丧失其存在的社会基础。发挥市场对农地资源的配置作用,提升土地利用效率基础上的相对公平,已经取代集体经济组织分配和调整基础上的绝对土地平等保障,成为农地制度创新的方向。法律调整的重心应是确权登记,稳定承包经营权,推动土地经营权流转形成多元适度规模经营,实现效率基础上的公平,而不再是土地调整,不能再回到人人有份的集体土地制度。此时,集体土地难以再对成员提供绝对的平等保障,而只能是提供某个固定时间起点上的相对公平。“集体分配+农户劳作”的集体土地社会保障也应适时转换为“集体分配+农户处分”的土地财产保障。

在“三权分置”经营模式下,集体土地在某个固定时点公平分配给农户家庭,承包经营权的身份保障性得以实现;在此时点之后承包关系长久不变,农户可以通过农地流转创设物权性质的土地经营权。由此,土地承包经营权的身份保障性和财产流转性以阶段性分隔的方式在特定进行功能分离。集体土地的公平分配、土地承包经营权的长久不变、土地经营权的自由流转实现了平衡协调。“三权分置”经营模式是在起点公平基础上实现效率的提升,而效率提升反过来又促进更高层次公平的实现,从而重新定义了集体土地所有权的实现方式,是对集体土地保障功能的传承而非颠覆,坚持而非背离。“三权分置”对集体土地所有权实现方式的重塑,其实是将集体土地所有权的公平保障限定于某个长久不变的固定时点而非任意时点之上。这种“变通”无疑会对集体土地所有权的权能产生深远的影响。

三、“三权分置”下集体土地所有权的权能

从公私糅合逐渐回归私权本性,是理解集体土地所有权权能的基本逻辑前提。“三权分置”下,集体土地所有权公平保障具有固定时点性,而非任意时点性,对集体成员的保障方式从经常性保障转变为固定时点保障。因应保障形式的变化以及土地承包经营权的“自物权化”,成员集体主要行使处分权,表现为发包权和收回权。

(一)集体土地所有权的权能应回归集体私权性

我国的集体土地所有权直接脱胎于集体土地所有制。大多数学者认为,不能生搬硬套以私人所有权为基础的民法所有权权能理论,而需要从中国问题意识和语境出发展开研究。我国集体土地所有权从来就是“一头衔接着私有财产权,一头衔接着社会公有制”^[26],“糅合了公法层面的治理功能、社会保障功能和私法层面的财产权功能”^[27]。应以公私兼顾为理念,从民法、社会法和土地管理法等多维度系统性地完善集体土地所有权权能,赋予其“经济功能实现权能、社会保障功能实现权能,以及因公共利益使其权能受到限制的利益补救权能”^[28]。上述观点均认为集体土地所有权权能具有公法、私法和社会法多重维度。这种认识既有深刻的政治原因、社会背景和历史积淀,又是集体土地财产性和资源性相互关系在农地制度安排中的现实映照。然而,这种观点可能具有一定的时代性,需要进一步的讨论。

从制度变迁角度来看,我国农村土地的集体所有先后经历了作为国家权力、国家政策和基本权利的土地集体所有三个阶段^[29],集体土地所有权正在回归成员集体财产私权之基本权利属性。土地集体所有是20世纪50年代合作化运动的产物,出于汲取农业生产剩余优先发展重工业并保证极低生活水平下共同生存的需要,成为“基于政治目标的产权安排”^[30];在改革开放以后,服务于国家以经济建设为中心的发展战略,集体土地所有权承担着保障农民基本生存、农村社会稳定和全体社会成员粮食自给等主要功能,同时为保障城市化建设提供储备充分的“廉价土地”。随着《物权法》的颁行和一系列“还权赋能”政策的持续推进,集体土地所有权负载的诸多政策性功能不再像以往那样“理所当然”^①。远期来看,集体土地所有权终将祛除公权色彩,恢复集体财产权的应然品格。

从社会保障的角度来看,在土地家庭承包经营初期,承包户就是自耕农,集体土地为成员提供的保障具有替代社会保障的效应,集体利用发包、调整、收回、土地流转管理等法律工具为成员提供经常性保障^②;现阶段,土地对农户的保障功能弱化,承包经营权的持有功能远远大于产出收益功能,大多数农户对土地的态度是,只要保障不丧失承包经营权就可以。在土地承包经营权长久不变的背景下,成员集体在固定时点公平分配土地实现起点公平,分配一经完成,集体对农户的土地保障功能就宣告实现。长期来看,剥离集体土地上负载的保障功能是必然趋势,土地保障必然被普遍的公共服务和完善的社会保障所替代。

从土地资源性和财产权的相互关系角度分析,现代社会土地资源的稀缺性和用途的互竞性决定了土地利用的规划集约性,不存在任意支配的土地权利。作为一种物权性质的财产权利,集体土地所有权应当接受土地资源属性代表的公共利益所施加的合理使用限制,必须逐步通过制度化的权利限制与补偿机制实现国家与农民利益的平衡协调。这种外在于集体土地所有权

① 比如,十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,“健全农业支持保护体系,改革农业补贴制度,完善粮食主产区利益补偿机制”。《深化农村改革综合性实施方案》提出,“缩小土地征收范围,规范土地征收程序,完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制,建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制,合理提高个人收益”。

② 参见《农村土地承包法》第5条、第13条、第17条、第26条第3款、第37条第1款、第41条;《土地管理法》第14条第1款、第37条第3款;《物权法》第128条、第131条、第184条;《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第11条、第13条、第15条;《担保法》第37条之规定。

的公共利益限制,不能认为是集体所有权的权能。集体土地所有权与土地用途管制是不同性质的法律关系,不能将二者混为一谈。

综上,对于集体土地所有权权能的理解,应以成员集体私权为基本视角。集体土地所有权的功能由杂糅合一走向界清分离,体现了集体土地所有权制度变迁的基本脉络。明确集体土地所有权的集体私权性,而非公私二元性,正是理解集体土地所有权权能的基本逻辑前提。

(二)“三权分置”下集体土地所有权的处分权能

《物权法》第59条通过引入“成员权”,以解决长期以来困扰集体所有权的“主体虚化”问题^[31],从成员权的角度确认集体土地所有权的集体私权属性,这比“人人有份,人人无份”的“抽象集体所有”更加凸显集体成员的法律地位,更能保护农民权利。农民集体是作为农户成员综合体的集体和作为集体成员的农户的有机统一,农民集体所有权的目的是要实现本集体成员的利益^[32]。落实集体所有权的路径是落实农民的集体成员权利。集体成员与成员集体代表之间是委托—代理关系,村委会或者集体经济组织也不再是没有委托人的“代理人”。

集体土地所有权主体的集体成员集合性,决定了集体土地所有权本身内蕴了集体成员民主决策、民主监督等管理权能,“集体土地所有权的行使本身也就是管理权能的行使”^[33]。人民公社运动的失败教训已经证明了土地使用权归农户个体行使的必要性。集体土地所有权不能自我实现,而只能通过集体成员民主决议土地承包方案,设定用益物权的方式实现。集体成员共同约定承包方案是集体内部行使民主决策权的主要方面,体现的是一种私法意义上的处分权能,是集体成员共同决定土地经营形式的法律形式。集体土地所有权就是通过设定用益物权的方式来实现的,是由具体化的个体使用权构成的^[34]。

在“三权分置”下,集体土地所有权公平保障具有固定时点(发包或者设定土地承包经营权之时)性,而非任意时点性,集体土地所有权的保障功能伴随固定时点的农地公平分配而实现。经由集体成员共同行使处分权,平均分配土地,农户取得长久不变且权能充实的,具有“自物权”性质的土地承包经营权,成为真正的农地权利主体和土地流转的分散决策主体。按照用益物权的基本理论,由于受到土地承包经营权的限制,成员集体作为集体土地所有权主体,主要行使处分权,即“设定承包权或者在承包权、经营权消灭时对农地进行全面支配。”^[35]这种处分权主要表现为发包权和收回权。发包权是成员集体按照集体成员民主决议形成的土地承包经营方案将土地发包给农户家庭的权利,是集体土地保障功能的体现;收回权是在土地承包经营权期限届满或者土地经营权期限届满之时,依所有权的“弹性原则”收回集体土地,为新一轮的重新调整和再次发包奠定基础。处分权的行使具有终极意义,土地承包经营权或者土地经营权期满后,集体所有权得以恢复至权利的圆满状态。成员集体对于农地的控制力不会削弱,农民不会失去其农民身份,集体土地所有权仍然可以有效承载农民基本保障功能。根据《深改方案》,落实集体土地所有权的关键在于明确归属^①,而农民集体对集体所有土地的发包和收回处分权能的行使,正是集体土地的物权归属形式和固定时点的公平保障功能的体现。

“三权分置”下,成员集体主要行使处分权,不会对农户土地承包经营权的行使造成干扰和限制。然而,回到现行立法层面,我们不难发现,成员集体和集体成员的权利义务关系没有完全理清,二者仍然处于紧张和纠葛关系之中。因此,有必要按照集体土地所有权权能重构的理念要求,对现行制度安排进行检视和完善。

① 《深改方案》指出,“落实集体所有权,就是要落实‘农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有’的法律规定,明确界定农民的集体成员权,明晰集体土地产权归属,实现集体产权主体清晰。”

四、集体土地所有权权能重构的法制完善

（一）健全成员集体民主议事机制

“三权分置”下,集体土地所有权主要保留最终的处分权。土地是农民成员集体所有的,是否改变家庭分散经营方式实行适度规模经营,应当尊重农民意愿,坚持农民主体地位,让农民自主选择,地方政府不得强行推动“一刀切”“垒大户”,村委会或少数村干部也不得“反仆为主”,绕过集体民主决议程序与他人私相授受、谋取私利。问题的关键是健全集体成员民主议事机制,保障农民知情、决策和监督的权利。

我国现有立法设定了土地承包经营方案的三分之二以上多数决定原则^①,《物权法》确认了集体成员决策权、知情权和撤销权。但是,存在两个问题:一是,法律规定的承包经营方案的决策主体不明确,是村民还是集体经济组织成员?二是,集体成员民主决策权利实现机制不完善。长期以来,集体成员和成员集体之间除了承包地的名义集体所有之外,缺乏其他利益关联和民主互动生活习惯,在成员离农离地,长期不在村的情况下,难以召集开会或者形成表决,少数村庄强势群体借机控制集体决策,致使法律规定的农民成员集体决策和监督的规则落空。

首先,集体成员与村民在历史渊源、构成主体、权利内容、权利性质、法律调整等方面有明显的区别^[36]。集体成员根据《物权法》享有的成员权不同于村民享有的公法或者组织法层面的公法权利。需要在解释论层面明确成员权的私权利属性,土地承包经营方案的决策主体只能是集体成员而不是村民。其次,创新集体成员民主决策形式和组织形式。对于集体经济发达的少部分农民集体来说,应当推行集体资产股份化改造,实行集体经济组织集体资产保值增值功能和集体自治组织社会服务职能相分离,通过确认集体成员资格落实股权到每一个成员,做实集体经济,防止变异为集体代表所有,集体成员的民主决策通过成员股东大会的组织形式得以实现。对于集体经营性资产匮乏的大多数集体经济组织,可以采取以户为单位一户一票的决策方式,将村民会议安排在集中回乡时节或者采用网络形式,解决重大事项和临时事项^[33]。另外,土地承包经营权按农户家庭这样一个主体固化,为以农户为主体的土地股份合作化的集体经济实现形式创造了条件。因此,可以借鉴农村集体经营性资产股份化改革的经验,考虑当地经济社会发展水平和农户离农离地的客观实际,以确地为前提,尊重农户的真实意愿和自主选择,适时审慎推行承包土地股份合作。

（二）明确承包关系“长久不变”的期限

十七届三中全会提出保持承包关系“长久不变”,但至今没有明确的说法,学界对此存在不同的认识^[37]。集体所有权的权能在于终极意义上的处分权,而农地使用权的有期限性正是坚持集体所有权的制度设计。因此,“长久不变”并不意味着无期限性或者永佃化^[38],而是相对现行规定较长的期限。

期限问题的关键在于,它实际上涉及到土地承包经营权的保障性和财产性的协调,以及正常家庭人口自然周期的合理测算。在以家庭为承包单位,且“土地承包经营权与农村集体成员资格绑定”^[39]的前提下,土地承包经营权的期限设定,既要考虑土地承包经营权人的身份专属性,又要考虑其继承人是否继续依靠土地保障,既要考虑单个农户家庭的情况,又要从全体集体经济组织成员权的角度考虑。70年涵摄两代人的生命周期,可以作为兼顾这两组权利实现的

① 《农村土地承包法》第18条第3项规定,承包方案应当……,依法经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意;《土地管理法》第15条第2款规定,农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的,必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准;《村民委员会组织法》第24条规定,土地承包方案须经村民会议讨论决定,村民会议可以授权村民代表会议讨论决定。

合理判准期间。以70年作为法定承包期,是较为合理的做法。70年之内,无论户内成员个体或者成员整体取得非农户籍的,均应维持承包期内承包合同关系的稳定性,土地承包经营权应享受完整充分的法律保护。70年之后,如果户内成员均无需土地保障的,则退出土地承包经营权;如果户内尚有集体成员及其子女需要集体土地作为生存保障的,可以保留成员权资格,依继承取得土地承包经营权。此时,集体可以对土地进行调整,实现新一轮公平分配基础上土地承包经营权的长久不变。

本文认为,保持承包关系长久不变的制度安排应是“70年法定承包期限届满+自动无偿续期+承包方退出土地承包经营权例外”。考虑到二轮承包经营期限与长久不变的接续关系,以及从2013年起国家组织开展的最新一轮土地承包经营权确权登记的事实^①,宜以本次承包经营权登记确权之时作为“长久不变”的起算时间。这样的制度设计,不仅能够实现集体土地所有权和土地承包经营权的制度协调,又可以结合农村经济社会体制改革的时代发展“相机行动”,保证集体经济组织法与土地承包经营权财产法衔接的有效性,缓和成员资格变动与土地承包经营权继承之间的紧张关系。

(三)解除集体对农户土地承包经营权的不当限制

1.解除集体对农户行使土地承包经营权的限制

除因公共利益需要受到农地用途管制之公权限制外,农户行使土地承包经营权不应当受到集体的干预和限制。农户土地承包经营权是“自物权化”的财产权利,可以通过农地流转将土地经营权让渡给他人,实现农地的“物尽其用”,达致多元化的适度规模经营。应当厘清和修改因身份保障性和财产物权性杂糅而引致的土地经营权流转受限的相应法律条款。就目前法律规定的流转方式来看,转包、出租属于土地承包经营权的债权性处分。入股^②是土地承包经营权人保留承包权,流转土地经营权的制度设计。互换是同一集体经济组织的承包方之间交换承包地块,同时交换相应的土地承包经营权。这四种方式都不存在土地流转受到集体限制的情形。在“三权分置”经营模式下,农户可能更倾向于持有身份性的承包经营权,这使得现行立法中关于土地承包经营权转让的限制性规定失去存在的必要性,故本文对此不再赘述。改革政策文件已经提出赋予农民对“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”。农户可以将土地承包经营权抵押,如果农民不能如期偿还债务的,“失去的也不过是几年的经营收益,并不会威胁到他的承包权。”^[40]只是在抵押权实现之时,经营权需要从土地承包经营权中分离或者独立出来,农户保留承包资格,经营权则通过抵押权实现后的新的经营权人权利登记实现物权化,并在后续的流转中作为物权性质的权利来对待^[41]。

2.集体不得收回承包期内进城落户农户的承包地

按现行法律规定,在承包期内,承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口,集体可在承包方不交回承包地情况下主动收回。此项制度依循的是集体土地的经常性保障逻辑。然而,在集体土地所有权保障方式变为固定时点保障,土地承包经营权的“自物权化”前提下,集体在承包期内收回承包经营权已经丧失了事实和法律基础。当前,国家多项改革政策文件一再强调不得以强制退出土地承包经营权等成员权作为农民进城落户的条件,只能是在尊重农民意愿的情况下进行引导。在此背景下,完全可以删除集体收回承包期内进城落户农户承包地的法律规定。

① 按照国家新一轮土地承包经营权确权登记颁证的政策要求,工作重心在于解决农户承包土地的面积不准、四至不清、空间不明等问题,形成权利客体范围清晰可描述的土地使用权。

② 现行法认可土地承包经营权以入股的方式流转,入股仅是对土地承包经营权的处分,并不导致农户经营权的移转。显然,现行法规定在发展农民合作生产经营与规避联合经营体破产造成农户失地风险之间找到了平衡之道:采取了农户承包权和实际土地经营权分别处理的立法技术。这一制度设计与“三权分置”下承包权和经营权分离高度契合。因此,土地入股不存在集体干预和限制导致流转不能的问题,仅存在入股对象是否扩大至公司、合伙企业等问题。

(四) 强化集体自治组织的农地使用监督权

集体土地上负载着诸多公共利益,决定了土地利用行为的义务先定性。现行法律规定土地承包经营权人具有合理使用土地的义务,土地管理部门和集体发包方对承包方使用土地的行为具有监督职责。在责任的承担方式上,集体基于其与农户之间的承包合同关系,在农户发生弃耕、撂荒或者损害地力行为时,集体可以要求其承担赔偿责任的违约责任,或者可以收回土地,单方面终止合同。土地行政管理部门可以根据《土地管理法》等规范进行行政处罚。但是,现阶段农地经营主体结构发生很大的变化,集体可能无法掌握土地利用者的身份信息和土地利用信息^[42],无法直接依合同追究其违约责任。土地执法公权力部门力量薄弱分散,且存在信息不对称的情况,难以形成长效监督机制。而且,现行立法对损害地力行为设定的责任比弃耕撂荒行为更轻,存在“开放性的法律漏洞”^[43]。鉴于此,应当在区分集体组织的经济职能和自治管理职能的基础上,实行政经分离,赋予集体自治组织一定的土地利用监管公权力,使其能够监管不同类型土地利用主体的违法行为。通过土地流转合同备案制度的完善,保障集体自治组织对土地流转行为的知情权,类推适用《土地管理法》第 37 条第 3 款的规定^①,赋予集体自治组织单方终止土地经营权,收回承包地的土地用途管理权。

五、结语

农村土地“三权分置”引致集体土地所有权的变革与重构。本文试图从“三权分置”的权利结构解析出发,沿循集体土地所有权的“功能转向—权能重构—法制完善”的逻辑进路,得出如下认识:“三权分置”的权利结构是“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”。在“三权分置”经营模式下,集体土地所有权的保障功能伴随固定时点的农地公平分配而实现,土地承包经营权在此时点之后长久不变趋向“自物权化”。成员集体作为集体土地所有权主体,主要行使处分权能,以彰显集体土地的物权归属形式和固定时点的公平保障功能。应当以集体土地所有权的权能重构为理念,修改完善相关法律规定。健全成员集体民主议事机制;确认保持承包关系长久不变的制度安排,解除集体对农户土地承包经营权的不当限制;强化村民集体自治组织的农地使用监督权。当然,鉴于“三权分置”政策的适用范围,本文讨论的语境也在于农地制度改革背景下,集体土地所有权在集体农用地层面的权能,并未指涉集体建设用地、宅基地、“四荒”地等客体范围。至于在体系化的农村土地使用权语境下,探讨集体土地所有权的权能建构,可能需要更加深入细致的研究。

参考文献:

- [1] 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):4-25.
- [2] 蔡立东,姜楠.承包权与经营权分置的法构造[J].法学研究,2015(3):31-46.
- [3] 孙宪忠.推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题[J].行政管理改革,2016(2):21-26.
- [4] 丁文.论土地承包权和土地承包经营权的分离[J].中国法学,2015(3):159-178.
- [5] 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):3-19.

① 《土地管理法》第 37 条第 3 款规定,“承包经营耕地的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的,原发包单位应当终止承包合同,收回发包的耕地”。但是,根据 2005 年 7 月最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第 6 条的规定,承包方仍然有权重获因自己弃耕、撂荒而被集体发包方收回的承包地,该条司法解释规定超越法律解释权而实质性地修改、僭越了法律规定,应属无效。《物权法》第 131 条规定,集体一般不得收回土地承包经营权,“农村土地承包法等法律另有规定的,依照其规定”。此处的“等法律”在立法技术上实为公法性规范介入私法预留空间,说明《物权法》并未排除《土地管理法》关于收回土地承包经营权规定的适用性。

- [6] 张力,郑志峰.推进农村土地承包权和经营权再分离的法制构造研究[J].农业经济问题,2015(1):79-92.
- [7] 张红宇.农业规模经营与农村土地制度创新[J].中国乡村发现,2013(2):1-6.
- [8] 郑若瀚.土地承包经营权制度改革:逻辑、原则与制度选择[J].西北农林科技大学学报(社会科学版),2016(5):11-16.
- [9] 单平基.“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径[J].法学,2016(9):54-66.
- [10] 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):145-165.
- [11] 高海.论农用地“三权分置”中经营权的法律性质[J].法学家,2016(4):42-52.
- [12] 中国社会科学院农村发展研究所“农村集体产权制度改革研究”课题组.关于农村集体产权制度改革的几个理论与政策问题[J].中国农村经济,2015(2):4-13.
- [13] 朱广新.土地承包权和经营权分离的政策意蕴与法制完善[J].法学,2015(11):88-100.
- [14] 孙宪忠.物权法[M].北京:社会科学文献出版社,2011:258.
- [15] 高富平.土地使用权的物权法定位——《物权法》规定之评析[J].北方法学,2010(4):5-15.
- [16] 杨青贵.集体土地所有权实现的困境及其出路[J].现代法学,2015(9):74-84.
- [17] 韩松.坚持农村土地集体所有权[J].法学家,2014(2):36-41.
- [18] 韩松.论成员集体与集体成员——集体所有权的主体[J].法学,2005(8):41-50.
- [19] 刘守英.中国土地制度改革的逻辑与出路[J].财经,2014(14):39.
- [20] 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[J].中国党政干部论坛,2014(6):7-12.
- [21] 张红宇,李伟毅.人地矛盾、“长久不变”与农地制度的创新[J].经济研究参考,2011(9):33-47.
- [22] 高富平.农地“三权分置”改革的法理解析及制度意义[J].社会科学辑刊,2016(5):73-78.
- [23] 温世扬.农地流转:困境与出路[J].法商研究,2014(2):11-16.
- [24] 贺雪峰.农村社会结构已发生重要变化[J].新重庆,2016(2):23-24.
- [25] 陈颢.土地承包经营权继承机制及其阐释辩证[J].清华法学,2016(3):57-71.
- [26] 史际春.论集体所有权的概念[J].法律科学,1991(6):42-48.
- [27] 汪洋.集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析[J].比较法研究,2014(2):12-25.
- [28] 韩松.农民集体土地所有权的权能[J].法学研究,2014(6):63-79.
- [29] 刘连泰.“土地属于集体所有”的规范属性[J].中国法学,2016(3):106-124.
- [30] 赵阳.共有与私用:中国农地产权制度的经济学分析[M].北京:三联书店,2007:67.
- [31] 王利明,周友军.论我国农村土地权利制度的完善[J].中国法学,2012(1):45-54.
- [32] 韩松.论农民集体土地所有权的集体成员受益权能[J].当代法学,2014(1):50-56.
- [33] 韩松.论农民集体土地所有权的管理权能[J].中国法学,2016(2):121-141.
- [34] 张千帆.农村土地集体所有的困惑与消解[J].法学研究,2012(4):115-125.
- [35] 李国强.论农地流转中“三权分置”的法律关系[J].法律科学,2015(6):179-188.
- [36] 张志强,高丹桂.农村集体经济组织及其成员权和农村社区组织及其成员权混同的法经济学分析[J].农业经济问题,2008(10):46-51.
- [37] 刘灵辉.土地承包关系“长久不变”政策的模糊性与实现形式研究[J].南京农业大学学报(社会科学版),2015(11):107-118.
- [38] 高圣平,严之.从“长期稳定”到“长久不变”:土地承包经营权性质的再认识[J].云南大学学报(法学版),2009(4):34-39.
- [39] 胡康生.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2002:87.
- [40] 陈锡文.农村土地制度改革不能突破三条底线[J].国土资源导刊,2013(12):38-39.
- [41] 许明月.农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进[J].比较法研究,2016(5):1-13.
- [42] 徐超.论我国耕地利用和保护的多元主体重构[J].农村经济,2016(4):32-39.
- [43] 蔡立东.论承包地收回的权利构造[J].法商研究,2012(3):67-75.

(责任编辑:刘浩)