



# 论“三权分置”的制度实现:权属定位及路径依赖

陶钟太朗<sup>1</sup>, 杨环<sup>2</sup>

(1. 成都大学 政治学院, 四川 成都 610106;

2. 四川文化产业职业学院 文化商学院, 四川 成都 610213)

**摘要:**以“三权分置”地方实践和相关政策性文件为依据,厘析农民(农户)承包权权利属性的理论争议,揭示农民(农户)承包权的二元属性,或为成员权,或为物权,并证成“三权分置”有两类实现形式。以“三权分置”的政策目标要求和土地经营权功能定位为起点,论证土地经营权物权塑造的必要性,并从物权理论和立法技术两个方面,证成土地经营权物权塑造的可行性。在此基础上,结合制度演进的一般方法论、规范调整对象、制度可塑性以及制度变革必要性等因素,进一步揭示“三权分置”制度实现的路径依赖是立足于既存法制的适度制度创新。而适度创新的内容,则是解释论语境下的集体成员权细致化表达和立法论视域下的土地经营权物权塑造。

**关键词:**三权分置;承包权;土地经营权

**中图分类号:**D912.3,F301.1

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-7465(2017)03-0086-09

农村耕地“三权分置”倡设之前,经济学界和管理学界就此制度改革的必要性进行了充分论证,其智识贡献毋庸置疑。但略显遗憾的是,由于这一时期法学界的集体缺位,故在“三权分置”概念体系的厘定上,采用了经济学术语<sup>①</sup>,而非法律概念。决策者在制定相关政策性文件时沿用了上述经济学概念体系。然而,“三权分置”的制度实现,必须以既存的制度规范体系(法律概念体系)为起点。这就必然涉及到一个概念转换的问题,即在法律概念体系中寻求经济学概念体系的妥适对应,这或者是一个概念厘析的过程,或者是一个制度创新的过程,其目的在于明晰“三权分置”的法律内涵和法律实现形式。

## 一、“三权分置”争点归纳

“三权分置”倡设以来,法学界对其法律内涵的界定和法律实现形式的架构,分歧颇大。部分学者对“三权分置”持否定意见,认为“农村土地三权分离是经济学主导土地改革政策的形象表述,存在明显的法学逻辑悖论”<sup>[1]</sup>,或是“‘三权分置’曲解了稳定土地承包关系与土地承包经营权流转之间的关系,不符合他物权设立的基本法理,无法在法律上得以表达”<sup>[2]</sup>。更多学者

**收稿日期:**2016-12-08

**基金项目:**四川省社会科学规划项目“民法典编纂与集体土地权利建构研究”(SC16B004);成都市哲学社会科学规划研究项目“新型城镇化与农村土地制度改革研究”(2016Z43);成都大学引进人才启动项目“空间利用视域下的宅基地使用权设置”

**作者简介:**陶钟太朗,男,成都大学政治学院特聘副研究员,博士,E-mail:taozhongtailang@sina.cn;杨环,女,四川文化产业职业学院文化商学院副教授。

① 承包权和经营权属于典型的经济学术语,而无法在既存法律体系中找到直接对应。

对“三权分置”持肯定意见,但在“三权”的内涵以及“三权分置”的制度实现上,却存在不同见解,主要的分歧点集中于“农户承包权”的权属定位和“土地经营权”的权属塑造上。对于“农户承包权”的权属定位,有其应为身份权或是财产权之争。有学者认为“承包权是农户享有的承包集体所有的土地的权利,是一种身份性质的权利,属于成员权范畴”。<sup>[3]</sup>也有学者认为“承包权则为其行使受到经营权限制的土地承包经营权的代称”。<sup>[4]</sup>甚至“一些权威专家在不同场合对土地承包权作不同定性,有时说是物权,有时说是成员权<sup>①</sup>”。<sup>[5]</sup>之于“土地经营权”的权属塑造,有学者认为其性质为债权,进行部分权能物权化,即可实现“三权分置”。<sup>[6]</sup>然而,更多学者认为,“土地经营权”必须塑造为物权<sup>②</sup>,方能实现“三权分置”。但在具体的塑造方式上,见解却各有不同。有学者认为从“土地承包经营权”中抽离“土地承包权”单独设置,并将现有的“土地承包经营权”制度进行去身份化处理而仅保留其物权属性,以表征“土地经营权”。<sup>[7]</sup>有学者认为“土地经营权”可塑造为以“土地承包经营权”为客体的权利用益物权。<sup>[4]</sup>有学者认为可秉承欧盟法上分段居住权设置路径对“土地经营权”进行物权塑造。<sup>[8]</sup>也有学者从既存法制出发,认为现有制度可以满足“土地经营权”物权设置的需要,即“将基于土地承包经营权产生的实际经营土地的权利规定为一种具有抵押功能的次级土地承包经营权”,而“次级土地承包经营权的名称可通过解释《物权法》第125条获得正当性”<sup>[9]</sup>。

无疑,上述理论探讨,都是对“三权分置”政策能够科学地予以制度实现的积极探索。但何种制度实现路径科学并合理,尚需我们进一步思索。事实上,“三权分置的提出是急就章,既没有深厚的理论储备,也没有在现有法律基础上进行严谨的法理论证,它的出世完全是由实践提出来的。可以说,实践走在了法律和理论的前面,逼着法律和制度去完善”<sup>[10]</sup>。可以这样认为,要使“三权分置”政策得以在法律制度上科学实现,就应该立足于实践,依托于实践,到“三权分置”地方实践中去厘清其法律内涵,进而以此为基础,构建其法律实现形式。

## 二、农户承包权二元性:成员权抑或物权

### (一) 基于“三权分置”的地方实践

“上海松江模式”“珠三角模式”“湖北沙洋模式”“四川崇州模式”和“河南商水、山东济宁模式”被政策制定者认为是“三权分置”的有效实现形式<sup>③</sup>,也即逼着“法律和制度去完善”的“实践”<sup>[11]</sup>。对“农户承包权”权利属性的正确解答,应当从上述实践中去寻求。如何寻求?首先是进行事实评判,之后再行理论抽象。

进行事实评判,是要将上述实践中不符合“三权分置”政策意蕴的实践形式摒除,而不作为下一步理论抽象的对象。上述“河南商水、山东济宁模式”,是所谓服务集中型规模经营模式。

① 陈锡文在2013年12月5日接受人民日报记者采访时,将承包权界定为物权。参见冯华、陈仁泽《农村土地制度改革,底线不能突破——专访中央农村工作领导小组副组长、办公室主任陈锡文》,《人民日报》2013-12-5(02);而在2014年1月22日国务院新闻办公室举行全面深化农村改革加快推进农业现代化新闻发布会上,陈锡文则将承包权界定为成员权。参见陈锡文《推进土地改革涉及三方面法律法规调整》, [http://news.ifeng.com/mainland/detail\\_2014\\_01/22/33243281\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/mainland/detail_2014_01/22/33243281_0.shtml), 最后访问时间,2016-9-22。

② 债权部分权能物权化与权利的物权塑造存在明显区别,债权部分权能物权化,该权利实质仍为债权,而在某些方面体现出物权属性。例如,“买卖不破租赁”体现的是租赁权的优先效力,而该优先效力本应物权方才具有,但作为债权的租赁权却具有,此即租赁权在优先性方面物权化了。而权利的物权塑造,即是把权利整体塑造为物权。

③ 2007年7月1日,重庆工商局颁布《深入贯彻市第三次党代会精神,服务重庆统筹城乡发展的实施意见》,出台一项政策:“经区、县人民政府批准,在条件成熟的地区开展农村土地承包经营权出资入股,设立有限责任公司和独资、合伙企业”。此举曾引起全国关注,中央高度重视,后又被紧急叫停。此次制度改革是推动农地规模化经营的积极尝试,但由于其并未采取承包权和经营权分置的思路,而直接将土地承包经营权出资入股,导致了农民(农户)权利不能得到有效保障,农民(农户)存在永久性失地的风险。故而这种模式并非“三权分置”的实现形式,也不是实现农地规模化经营的有效形式。但该项改革在农地权利市场化进程中具有开拓性意义,为后续的“三权分置”改革提供了实践经验和参照标准。

农户只是通过市场购买服务,委托专业服务组织、合作社全托管、半托管开展农业生产经营等<sup>[11]</sup>。该模式本身并不涉及土地流转,故不与“三权分置”政策意蕴相契合。“湖北沙洋模式”,即“按户连片”耕种制。其创新内容侧重于通过农村土地二轮承包以及基础设施建设解决农地“分散化、碎片化”的问题,其土地流转形式,包括“互换承包权、流转经营权”<sup>[12]</sup>。其实质上采用的方式是《农村土地承包法》所规定的“互换”和“转包”两种土地流转方式。“互换”的结果是土地承包经营权主体变更,这并不涉及“三权分置”。“转包”的目的只是实现土地权利的短期流转,此时接包方的权利以一般债权型权利为主,而无须达到“三权分置”中具有对抗性的土地经营权的效力强度<sup>①</sup>。因此,这种土地流转方式,并非“三权分置”意蕴所指的创新型农地流转模式。上述两种流转形式,因不与“三权分置”意蕴契合,故不作为下一阶段的考察对象。而“上海松江模式”“珠三角模式”“四川崇州模式”均涉及创新土地流转问题,是政策倡设“三权分置”的具体形式,将作为理论抽象的对象予以分别考察。

“上海松江模式”的核心是“农民将承包土地委托村级集体经济组织统一流转,从而集中农民土地,交给真正有志于从事、有能力从事规模农业生产的农民”<sup>[13]</sup>,流转出土地的农民(农户)依据其承包地的多寡,每年每亩地获得相对应的稻谷折价,随市浮动,以确保其作为土地承包经营权人的收益。在这种模式下,单个农民(农户)的土地承包经营权是存在的,只是单个农民(农户)将土地经营权委托给村级集体经济组织统一流转。村集体经济组织只是作为农民(农户)受托方存在,流转的土地经营权是创设于农民(农户)的土地承包经营权之上。此时的三权分置,是农民集体(集体土地所有权)←→农民(农户)(行使受土地经营权限制的土地承包经营权)←→第三方(土地经营权)。农民(农户)向第三方让渡土地使用经营权利,而获取相应的对价,农户仍然保有土地承包经营权的终极处分权能以及完整回归力。四川崇州的“农业共营制”,其形式是农民以参股方式,把地交给土地股份合作社,由合作社出面聘请农业职业经理人管理田间大小事。<sup>[14]</sup>该模式的实质与松江模式几乎一致,即农民(农户)让渡其土地经营权予第三方(土地股份合作社),由该第三方统一经营土地,农民(农户)获得相应的对价。农户此时仍然享有土地承包经营权,并且可以以退出土地股份合作社的方式使其土地承包经营权回归至圆满状态。尽管从形式上看,上述模式中的土地承包经营权被剥离了实际经营的权利,而可将其称为农民(农户)承包权,但究其实质,该农民(农户)承包权只是行使受到经营权限制的土地承包经营权的代称,其权利性质仍是物权。换言之,作为经济学概念以及政策性用语的“农户承包权”,可以是一种物权形态的权利。

“珠三角模式”发轫于上世纪90年代初的珠江三角洲的南海市(现佛山南海区),是以土地承包经营权入股,集体统一经营的股份合作制。<sup>[15]</sup>此时的权利形态是:农民(农户)的土地承包经营权作为一种财产性权利移转给农村集体经济组织(农村股份合作经济组织),土地承包经营权的权利主体和农村土地所有权的权利主体出现了混同,即同为农民集体<sup>②</sup>,土地承包经营权归于消灭,农民集体享有土地所有权。农民(农户)按其转移的土地承包经营权的多寡而获得对农村集体资产的股权。由于土地承包经营权的获得须有一定的身份性要求,故这种由土地承包经营权转化而成的股权,同样也具有一定的身份性要求,所以这种股权就不等同于一般财产法意义上的股权,而具有很强的成员权属性。由于从形式上看该权利是农民(农户)放弃对土

① 据相关报道,以“转包”方式流转土地权利,其目的是临时调整土地的生产使用,而实现“连片经营”。转包方仍然保留征收求偿权。相关合同规定“如遇国家或政策性征地,土地赔偿费及土地安置补偿费由承包方所有,地上附属物由转包方所有”等权利和义务条款。显然,这种“转包”所形成的土地经营权,并不是“三权分置”政策意蕴所追求的具有对抗性的土地经营权,而应是一般债权意义上的土地使用权利。详情参见:何红卫、乐明凯、彭丹梅:《连片耕种释放经营活力》,《农民日报》,2015-10-20(1)。

② 其存在形式可以是农村集体经济组织,也可以是作为农村集体经济组织新存在形式的农村股份合作经济组织。



地的实际经营和收益而获得的权利,直观理解即是农民(农户)的土地承包经营权中的经营权被剥离而剩余承包权,因此,该权利就是所谓的作为“成员权”的农户承包权的实际形态。而此时的土地使用者,通常是专门从事土地经营的农业公司<sup>①</sup>,其直接从农民集体手中获得土地的使用权,对土地进行统一经营,综合利用。由于此时土地承包经营权已经消灭,该土地使用权直接衍生于农民集体的土地所有权。此时的三权分置形式,即是农户(农民)承包权(成员权)→农民集体(股份合作经济组织)土地所有权←→第三方(土地经营权)。近年来,土地承包经营权确权实践中兴起的“确股确权不确地”形式,正是以“珠三角模式”为蓝本和参照。“确股确权不确地”模式下<sup>②</sup>,农户(农民)不享有具体的土地承包经营权,而是直接通过集体成员权对集体享有的资产以及相关事务进行制约。与传统“珠三角模式”相比,区别仅在于“确股确地不确权”模式并不存在农民集体收回土地承包经营权这一过程。此模式下,若农民集体(农村集体经济组织)将土地经营权让渡予第三方,此时所形成的权利结构与“珠三角模式”下的三权分置结构几乎一致,即农户(农民)成员权→农民集体(股份合作经济组织)土地所有权←→第三方(土地经营权)。此时的农户(农民)的成员权,也即政策性文件和经济学概念中的承包权的一种表现形式。换言之,作为经济学概念以及政策性用语的“农户承包权”,可以是一种成员权。

## (二)相关政策表述的推演

事实上,相关政策表述中也透露出农户承包权的二元性质,《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》第3部分规范引导农村土地经营权有序流转第6点严格规范土地流转行为中明确,“土地承包经营权属于农民家庭,土地是否流转、价格如何确定、形式如何选择,应由承包农户自主决定,流转收益应归承包农户所有”。“没有农户的书面委托,农村基层组织无权以任何方式决定流转农户的承包地,更不能以少数服从多数的名义,将整村整组农户承包地集中对外招商经营”。可以发现,土地流转过程中的出让方,可以是农户(农民)自身,也可以是经过农户(农民)同意的农村基层组织(农民集体)将其所有的整村整组的土地统一流转。

上述认识,也可以从另外一部政策性文件中得到证实。《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第27条规定,“没有承包到户的农村集体土地(指耕地)的经营权用于抵押的,可参照本办法执行。”透过这段文字,可以了解到“没有承包到户的农村集体土地存在”。这种集体土地权利结构,可能是历史原因形成,即上世纪70年代末改革开放初期并未实行“包产到户”的农村,如“华西村”“南街村”等,也可以是最近“确权确股不确地”的农村土地承包经营权确权实践形成。显而易见,在这种没有承包到户的农村集体土地中,农户(农民)并不享有土地承包经营权,而是依据其成员身份享有集体成员权,并以集体成员权制约集体土地所有权并获得集体土地所带来的收益。这种权利即是作为成员权存在的“农户承包权”。

进一步论,根据上述政策,具体到土地经营权的设立,可以由农户(农民)在其土地承包经营权之上设立,也可以由农民集体(农村集体经济组织)在其集体土地所有权之上设立。若农民(农户)直接在其土地承包经营权上设立土地经营权,则农户将以其土地承包经营权与第三方的土地经营权形成相互制约关系,此时农民(农户)承包权就是物权型权利。若农民集体(农村集体经济组织)直接在其土地所有权上为第三方设立土地经营权,则农民集体(农村集体经济组织)以其集体土地所有权与第三方的土地经营权形成相互制约关系,此时农民(农户)承包权即是身份权形式的集体成员权,以制约集体土地所有权。故而,农民(农户)的承包权根据土地

① 上世纪90年代佛山南海土地统一经营改革,其源起于南海原罗村镇下柏管理区进行的农村股份合作制改革:下柏管理区在经联社的基础上,成立下柏农业股份公司,各村组将农田、鱼塘、空地交由股份公司进行统一经营。

② “确权确股不确地”的农村土地承包经营权确权方式是在2014年中央一号文件中提出,尽管在2015年中央一号文件要求“从严掌握确权确股不确地”的范围,但这并不妨碍“确权确股不确地”模式作为一种土地承包经营权确权方式存在。

经营权设权主体的差别,而具有二元属性,既可以是成员权,也可以是物权。

### 三、土地经营权物权设置:从必要性到可行性

#### (一) 政策目标要求与权利功能定位:土地经营权物权设置的必要性

“三权分置”制度实现另一理论难点就是土地经营权的权属定位,我国秉承严格的物权法定主义,物权法以及相关法律并未规定土地经营权为物权。因此,从既有法制解释论出发,根据物权法定债权意定之旨趣,“土地经营权”应为债权。但显然,当前债权型的“土地经营权”并不能满足农地“三权分置”的制度需求,否则,政策性文件就无要求予以制度创新。三权给予法律地位是没问题的,土地所有权和农户承包权也没有问题,关键是怎么给土地经营权定性。<sup>[16]</sup>部分学者认为应当保持土地经营权的债权属性,而只对其部分权能予以物权化,就能满足“三权分置”的制度需求。部分学者则认为土地经营权应当设置为物权,方能实现“三权分置”。对这一问题的解答,也即土地经营权的合理定性问题,应立足于对相关政策性文件关键词的解读。

事实上,能够为土地经营权合理定性提供基本分析依据的正是“三权分置”这一政策目标要求以及对“土地经营权”可抵押、可转让的功能定位。具体来说,我国农村传统的地权结构是“两权分置”,即土地所有权和土地使用权。具体到农业用地,则是农村集体土地所有权和土地承包经营权“两权分置”。“两权分置”之所以能够实现,是因为两权在权利属性上皆为物权。首先,两者效力之间并无明显差别,具有对抗性。一方面,土地承包经营权能够对抗集体土地所有权而给农户带来有效保障;另一方面,作为物权的农民集体土地所有权又能防止土地承包经营权对其侵蚀。<sup>[8]</sup>其次,物权具有绝对性和对世性,当物权客体受到第三方征收或侵害时,物权人享有直接求偿权,也即土地承包经营权在受到征收或侵害时可以直接依据物权请求权予以保障,而无须借力于集体土地所有权。

而当前政策所设定的农村地权改革目标,是集体所有权、农户承包权和土地经营权“三权分置”。显然,与“两权分置”相同,要实现“三权分置”,就要求“三权鼎立”。即权利之间既要能够相互制约并且互相之间无优先性,同时也要实现对外求偿的无差别性和同等性。根据法律,集体所有权(农村集体土地所有权)和农户承包权(或为物权或为成员权)均具有对抗性。而土地经营权的性质却尚未确定,其可能被塑造为物权,也可能被推定为债权。如果土地经营权为债权,那么“三权分置”是无法实现的。析言之,基于前述“农户承包权”二元性的分析,无论是何种形式的“三权分置”,土地经营权都存在与物权型权利对抗的问题:或者是建立于集体土地所有权之上的土地经营权,其与集体土地所有权之间存在权利博弈;或者是建立于土地承包经营权之上的土地经营权,其与集体土地所有权、土地承包经营权三者之间存在权利博弈。物权对债权的效力优位,将会导致物权人收回土地经营权的概率及成功率过高,三权无法分置。物权对世权、债权对人权,决定了土地被征收或者受到第三方侵害时,土地经营权人的权利保障无法独立实现而需依托于物权,三权亦无法分置。故而,土地经营权应当进行物权塑造,方能实现“三权分置”。

同时,根据政策性文件要求,要把“土地经营权”确定为“可转让”“可抵押”的权利,而只有将这种权利依法确定为物权之后,才能满足这样的需求。<sup>[17]</sup>首先是“可转让性”问题。若是债权型的土地经营权,其转让,实质就是“转租”。而“转租”的发生,将受出租人的意志影响,即“转租”需在出租人同意的情况下才能发生<sup>①</sup>。具体到土地经营权流转法律关系,即是需要土地承包经营权人或者农民集体的同意,土地经营权人才能将土地转租。这样一种“可转让性”,或者

<sup>①</sup> 参见《合同法》第224条。

说流通性,肯定不是中央政策所要求的“……流转顺畅、保护严格的农村土地产权制度”<sup>①</sup>。而若将土地经营权塑造为物权,则其可转让性,是基于物权法定原则,由法律直接赋权予以保障,而不再受设权人的意思限制。只有在这种权利模式下,土地经营权才可能真正做到“流转顺畅”,土地资源也才能真正实现有效配置。故而,政策性文件所要求的土地经营权需具有“可转让性”,其基本意蕴就是要求将土地经营权塑造为物权。其次是“可抵押性”问题。当前,能够作为抵押权客体的抵押物,在我国现行法上包括不动产、动产、不动产物权,以及它们集合所形成的集合物。<sup>[18]</sup> 未经物权塑造的“土地经营权”,显然不在上述抵押物之列。故当前“土地经营权”的抵押贷款试点,本就以一个前置性要求为前提,即在试点地区暂停实施《物权法》和《担保法》的相关条款,以使未经物权塑造的土地经营权能够成为抵押物<sup>②</sup>。显然,这并不意味着关于抵押物的法律规定会有所改变或突破。毋宁说,土地经营权的权属定位尚需制度试验予以确定。当前,试点地区对土地经营权以及土地经营权抵押贷款的规范路径,均沿用的是物权思维下的技术路线。具体来说,对土地经营权的权属确认,采用登记颁证的方式,并且抵押登记部门还需对土地经营权的权属进行审核和公示。<sup>③</sup> 故而,政策性文件所要求的土地经营权应当具有的“可抵押性”,只能由物权性质的土地经营权实现。

综上,从“三权分置”政策目标看,三权之间的对抗性要求三权效力的平等性,土地经营权应当塑造为物权。从土地经营权功能定位看,流转功能(可转让性和可抵押性)是物权的本质属性,是其处分权能的具体体现,土地经营权应当塑造为物权。故而,土地经营权应当进行全面的物权塑造而非部分权能物权化。事实上,“部分权能物权化”论者所要求的应当予以物权化的权能,从内容上看,已经属于权利的全面物权塑造<sup>④</sup>,而不应纳入债权物权化的范畴<sup>⑤</sup>。相关学者之所以坚持土地经营权为债权,其理由在于土地经营权物权塑造,将不符合物权的“一物一权主义”。<sup>[6]</sup> 这涉及的是土地经营权物权设置的可行性问题,下面将就这一问题展开讨论。

## (二) 理论自治与技术路径:土地经营权物权设置的可行性

相较于必要性而言,土地经营权物权设置的可行性更是理论难点。土地经营权的物权塑造,存在一个物权法理论上的自治问题以及具体设置的技术路径问题。对“三权分置”持否定意见的学者以及持土地经营权物权化观点的学者,多是因为“三权分置”的倡设与传统物权理论相悖,陷入了“三权分置”有悖于“物权排他效力”的理论束缚当中,认为“三权分置”无法实现理论上的自治。具体来说,所谓物权的排他效力,是指在同一标的物上不允许有两种以上不相容的物权同时存在。一种具体的表现形式就是,同一标的物上,不得有两个以上以占有为内容的定限物权存在。<sup>[19]</sup> 设若将土地经营权进行物权塑造,则土地承包经营权和土地经营权均为以占有为内容的用益物权,就有违于“物权的排他效力”了。

就此悖论,作者认为,从事实层面分析,对特定物的占有,可分为时间和空间两个维度。传统民法理论,囿于认识和技术,对物的切割仅限于空间维度,而忽略了时间维度。近代民法发

① 参见《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》第二部分总体要求第一点指导思想。

② 参见《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》和《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京大兴区等232个试点县(市、区)分别暂时调整实施有关法律规定的决定》。

③ 参见《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第14、17条。

④ 持“部分权能物权化”的学者认为,土地经营权以下几方面权能应予以物权化:土地承包经营权变更不影响土地经营权存续的权能设置、赋予土地经营权人优先续约权、赋予土地经营权的可转让性和可抵押性、赋予土地经营权人向征收方或者侵害第三方的直接求偿权等。从内容上看,这种所谓的部分权能物权化,其实质已然是对权利的全方位物权塑造,而突破了债权物权化的法律设置形式。详情请参见:李伟伟:《三权分置中土地经营权的性质及权能》,《中国党政干部论坛》,2016(5):54-57。

⑤ 典型的债权物权化例子就是“租赁物权化”,其效力限于“买卖不破租赁”“承租人优先购买权”和“侵权法的直接保护”,详情请参见《合同法》第229条、230条和《物权法》第245条。可以发现,债权物权化法律设置形式只是将债权的部分权能赋予物权效力,而非全方位的权能物权设置。



展,则突破这一限制,对物的占有实现了空间维度和时间维度的综合性切割。《欧盟分时度假合同法》和德国《住宅所有权法》中的分时段居住权制度,即实现了对特定房屋的分时段所有或者使用。换言之,不同权利主体在不同的时间段分别享有对某一特定房屋的所有权或使用权,而该使用权可以是物权形态的权利。<sup>[20]</sup>上述权利,权利人在特定的时间段均能实现对客体的排他性占有,并不与“物权的排他效力”相悖。事实上,经营权设定后,其效果等同于土地承包经营权在时间维度上被分割,并予以部分转让。<sup>[4]</sup>其在特定物的占有属性上,与上述分时段居住权别无二致,而并不有违“物权的排他效力”<sup>①</sup>。

进一步论,从立法技术看,物权与债权的区分,并不是绝对的。物权的本质,就是把一个原来属于甲和乙之间的关系(相对关系),通过了登记和公示,然后就被绝对化了。<sup>[21]</sup>土地经营权利人于土地承包经营权利人关于特定土地特定时间段的“占有使用协议”,完全可以通过登记和公示的方法被绝对化,成为绝对权。这首先需要《物权法》或者其他法律确定该权利为物权,其次是确定该权利的登记和公示方法,以使该法律关系绝对化。<sup>[8]</sup>

综上所述,土地经营权物权塑造并不有悖于“物权的排他效力”,而且在立法技术上亦不存在障碍,土地经营权物权塑造能够实现理论自洽并有据以实现的立法技术依赖。

#### 四、“三权分置”制度实现应秉承思路

在上述结论的基础上,即农民(农户)承包权具有二元性,土地经营权应当进行物权塑造。我们进一步讨论“三权分置”制度实现应当秉承的立法思路。当前,不同学者基于不同的权属认知以及权利定位,提出了不同的具体制度设计方案。多数学者采用创制性的思维路径,从立法论的角度塑造“三权分置”的制度实现框架。部分学者认为既存规范体系能够满足“三权分置”的制度需求,仅需对相关法条进行解释为已足。与上述学者的观点不同,作者认为,“三权分置”的制度实现,既包括解释论层面的对既有规范性文件进行适应性解释,又包括立法论层面的新型权利塑造。总体上看,它不应是一个完全的“破旧立新”的制度创建过程,而应是在既存法律体系下进行制度解释并适度创新的过程。采取这样一种制度表达路径,是基于以下理由:

首先,从一般方法论角度考察,除非是制度的新创或者制度的整体移植,制度演进都存在惯性。特别是在农地产权制度改革领域,一直以来,其变迁过程都是摸着石头过河,在充分汲取既存制度合理性的基础上,作渐次性地突破。以最近的一次农村地权结构创新为例,即是以传统的集体土地所有权为依凭,创设土地承包经营权,为家庭经营提供了权利保障,实现了“两权分置”。而当前所倡导的“三权分置”,或者更准确地说以农户享有物权(土地承包经营权)的“三权分置”模式,其前提就是现有法律结构下的“两权分置”,即需以集体土地所有权和土地承包经营权的存在为依凭,此种“三权分置”模式以当前的“两权分置”为母体。由是,制度演进的惯性决定了我们的立法路径依赖应是在既存制度体系下适度创新的过程。

其次,从调整对象上分析,“三权分置”的法律制度表达,既要能调整集体、农民(农户)、土地流入第三方三类主体之间的权利义务关系,同时,传统家庭经营模式下的集体与农民(农户)就土地而形成的权利义务关系,也应属其调整范围之列。换言之,“三权分置”的法律表达必须具有兼容性,“两权分置”和“三权分置”的权利结构都应纳入其规范框架内。当前,“两权分置”的农村地权结构得到了妥适的法律调整,而“家庭承包经营”在未来的相当一段时间内,仍然是

① 尽管土地承包经营权和土地经营权是双层物权结构,而分时段居住权是并列型物权结构,两者物权结构形式存在一定区别。但就对特定物分时段排他性占有这一属性上,两者并无二致,具有可类比性。分时段居住权实现的是对房屋直接占有的时间上的切割,不违背“物权排他效力”,而物权设置的土地经营权同样实现的是对土地占有的时间上的切割,其与土地承包经营权利人分时段享有剩余土地承包期限内对土地的直接占有,亦不违背“物权排他效力”。

农业经营的主要形式。故而,“两权分置”较“三权分置”而言,更是农村主流的地权结构。因此,“三权分置”的制度实现,应首先承袭既有的“两权分置”的权利设置,在此基础上,进行制度创新,实现“三权分置”法律表达。

再次,从既有制度可塑性方面来看,现有法律体系本就存在制度革新的变量。一方面,《物权法》实现了对农民集体成员权的立法确认,而且还规定了农民集体成员享有的具体成员权益,如参与管理权、知情权、撤销权<sup>①</sup>等。<sup>[22]</sup>作为农民集体民主决策权的实现形式,《村民委员会组织法》也较为细致地规定了农民集体的议事规则。上述制度搭建了农民集体成员权的基本架构,依托于这一基本架构,是能够实现农民(农户)对集体土地所有权的有效行使和制约的,但这需要对相关制度进行进一步的阐发和解释;另一方面,土地承包经营权虽然在形式上被定义为派生于农民集体土地所有权的用益物权,但自中国实行改革开放政策以来,立法的基本趋势是不断强化这种权利。农民承包的法定期限不断延长,甚至2008年“中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定”指出,农民享有的承包经营权长久不变。<sup>[23]</sup>而在对土地承包经营权确权颁证的过程中,很多地方国土行政机关对权利期限的表述已经不采用具体期限,而直接标明为“长期”。如果农民个人或者家庭享有的承包经营权长久不变,这种权利对土地的支配性已经接近于所有权,土地承包经营权已经具有了准所有权性质,这为派生于其上“土地经营权”的物权塑造提供了更充分的支持。

最后,从制度变革的必要性来看,既存法律尚不能满足“三权分置”的制度需求,相关的制度创新具有现实必要性和紧迫性。析言之,农民集体成员权尚不完善,集体成员身份的确定和变动规则,集体成员议事规则和权利行使规则、救济机制,集体成员权与土地承包经营权的相互转化问题,尚需进行细致性探讨。此外,在既有法解释论下的土地经营权,尚不能满足“三权分置”的政策要求。当前,《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》对土地承包经营权流转问题进行了系统性规定。既存体系下,农民流转土地所形成的权利变迁,或者是土地承包经营权本身的主体变更,或者是土地流入方形成债权型的“土地经营权”。<sup>[24]</sup>显然,债权型的“土地经营权”并不足以与作为用益物权的“土地承包经营权”对抗,亦不能与农村集体土地所有权相抗衡,也不能实现可流转、可抵押的制度功能,“三权分置”无从谈起。要实现“三权分置”,需要对“土地经营权”进行物权塑造,以使其能够与土地承包经营权和农村集体土地所有权并立,实现各方利益主体的平权保护。

综上,“三权分置”政策的制度实现,应保留现有相关法律架构基本不变的基础上,予以两项权利的适度创新,其一是集体成员权的细致化表达,其二是土地经营权物权塑造。

## 五、结论

“三权分置”的制度实现,应建立在农户承包权二元区分和土地经营权物权塑造的前提之上。农户承包权的二元区分,厘清了“三权分置”在地方实践中的多样形态,解决了理论上的争议,并为制度实现指明了方向。土地经营权物权塑造,解决的是“三权分置”中的权利相互之间的对抗性问题以及对外求偿的无差别性问题,以此为据,方能实现“三权分置”政策的目标指向。“三权分置”的制度实现的依赖路径,应是立足于既存法律体系下进行制度调适并适度创新。而适度创新的内容,则是集体成员权的细致化表达和土地经营权的物权塑造。

### 参考文献:

[1] 申惠文.法学视角中的农村土地三权分离[J].中国土地科学,2015(3):39-44.

① 参见《物权法》第59条第2款、第62条、第63条第2款。



- [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] 郑志峰.当前我国农村土地承包权与经营权再分离的法制框架创新研究——以2014年中央一号文件为指导[J].求实,2014(10):82-91.
- [4] 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.
- [5] 朱继胜.论“三权分置”下的土地承包权[J].河北法学,2016(3):37-47.
- [6] 李伟伟.三权分置中土地经营权的性质及权能[J].中国党政干部论坛,2016(5):54-57.
- [7] 丁文.论土地承包权与土地承包经营权的分离[J].中国法学,2015(3):159-178.
- [8] 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[J].南京农业大学学报(社会科学版),2015(2):73-79.
- [9] 朱广新.土地承包权与土地经营权分离的政策意蕴及法制完善[J].法学,2015(11):88-100.
- [10] 刘守英.以“三权分置”重构农地权利体系[EB/OL].(2016-09-22)[2016-10-23].<http://china.caixin.com/2016-09-05/100985292.html>.
- [11] 韩长赋.土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新[N].光明日报,2016-01-26(1).
- [12] 何红卫,乐明凯,彭丹梅.连片耕种释放经营活力[N].农民日报,2015-10-20(1).
- [13] 黄勇娣,陈旻.“当农民,很体面,有前途!”——松江家庭农场模式调查[N].解放日报,2014-02-8(01).
- [14] 栾静,张守帅,蒋君芳.走向共营——“谁来种田怎么种田”崇州模式调查[EB/OL].(2015-05-08)[2016-10-23].<http://sichuan.scol.com.cn/ggxw/201505/10150973.html>.
- [15] 杨洪博.韩长赋部长就土地“三权分置”说了些什么[J].农业机械,2016(3):40-42.
- [16] 金辉.农村土地三权分置改革专家谈[N].经济参考报,2015-08-06:(A8).
- [17] 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):145-163.
- [18] 崔建远.物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心(下册)[M].北京:清华大学出版社,2011:757.
- [19] 中卫星.民法学[M].北京:北京大学出版社,2013:206.
- [20] 陶钟太郎.居住权研究[M].北京:光明日报出版社,2011:43-49.
- [21] 苏永钦.中国需要什么样的民法典[J].私法,2013(1):1-17.
- [22] 管洪彦.农民集体成员权:中国特色的民事权利制度创新[J].法学论坛,2016(3):103-113.
- [23] 孙宪忠.中国农民“带地入城”的理论思考和实践调查[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2014(3):63-69.
- [24] 张毅,张红,毕宝德.农地的“三权分置”及改革问题:政策轨迹、文本分析与产权重构[J].中国软科学,2016(3):13-23.

(责任编辑:刘浩)