



# 农地“三权分置”的理论阐释与法律表达

刘恒科

(山西大学 商务学院,山西 太原 030031)

**摘要:**“三权分置”政策的法制化,需要妥善处理中国农地权利制度的独特性与立法规范表达之间的关系。从理论阐释层面来说,“三权分置”中集体土地所有权主要体现为公法和社会法属性的终极处分权,包括发包权和收回权;土地承包权是派生出土地经营权之后的土地承包经营权的代称;土地经营权是土地承包经营权流转生成的土地使用权,可以是一种用益物权。从法律表达层面来说,“三权分置”的制度建构需要以现行立法确立之“两权分离”权利框架为基础,应从权利登记、长久不变和扩充权能三方面强化土地承包经营权;土地经营权尚难以塑造为用益物权,而应一般采用债权的规范表达形式,同时赋予登记的土地经营权以对抗第三人效力。

**关键词:**“三权分置”;集体土地所有权;土地承包经营权;土地经营权;法律表达

**中图分类号:**D922.3   **文献标志码:**A   **文章编号:**1671-7465(2018)04-0087-11

## 一、问题的提出

随着中国城乡社会经济的发展,农民离农离地现象日益普遍,农业经营形式和主体结构发生了明显的变化。为了保障国家粮食安全和农民权利,促进城乡融合和农业现代化发展,2014年中央“一号文件”首次提出“三权分置”的农地制度改革思路。此后的改革文件进一步明确了“三权分置”的政策内涵,并将其上升为深化农村土地制度改革的基本方向。2016年10月,中办国办印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(以下简称《三权分置意见》)并提出,“将土地承包经营权分为承包权和经营权,实行所有权、承包权、经营权‘三权’分置并行”“形成层次分明、结构合理、平等保护的格局”。“三权分置”政策的提出,在农经学界和法学界引发广泛的讨论。

政策制定者和农经学者主要从产权分割角度对“三权分置”政策进行阐释。按照政策制定者的解读,“‘三权分置’是引导土地有序流转的重要基础,既可以维护集体土地所有者权益,保护农户的承包权益,又能够放活土地经营权,解决土地要素优化配置的问题”<sup>[1]</sup>。推行农地“三权分置”,“一方面有利于强化对农户承包权的保护;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。保护承包权以求公平,放活经营权以求效率,实现公平与效率的有机统一”<sup>[2]</sup>。农经学者认为“三权分置”将土地承包经营权分置为农户承包权和土地经营权,分离土地承包经营权负载的保障功能与财产功能,从而释放出一个更加符合市场交易要求的土地经营权,以表达农地实际经营主体对土地经营权更有保障、自由流转和抵押融资的权利诉求<sup>[3]</sup>,

收稿日期:2017-10-03

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);重庆市教委科学技术项目“‘三权分置’下农村土地经营权抵押机制研究”(KJ1701002)

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

“分置”的原因在于土地承包经营权具有人格化财产性质,对农地流转产生抑制作用,唯有对其进行产权细分才能拓展交易路径,实现农地的适度规模经营<sup>[4]</sup>。

法学界从物权法的基本法理层面探讨“三权”权利性质的法理逻辑性和权利结构的体系自治性,基于对农户承包权和土地经营权的性质和关系的不同认识,形成主要观点如下:一是“用益物权+债权”说,认为农户承包权就是现行法律规范中的土地承包经营权,土地经营权则是土地承包经营权流转出的占有、使用等部分权能<sup>[5]</sup>;二是“用益物权+用益物权”说,认为土地经营权是在土地承包经营权上设立的用益物权,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”<sup>[6]</sup>;三是“自物权+用益物权”说,认为土地承包经营权具有“自物权”性质,而土地经营权是在其上设立的用益物权<sup>[7]</sup>;四是“成员权+用益物权”说,认为土地承包权是一种成员权,而土地经营权具有用益物权的性质<sup>[8]</sup>;五是认为“三权分置”并不仅是针对农村承包地权利制度的改革,而是推进包括土地承包经营权在内的体系化的农村集体土地使用权制度的完善<sup>[9]</sup>。考虑到集体土地所有权上设置的不同土地使用权性质和功能的差异性,将“三权分置”改革的适用范围从承包地权利制度扩大至整个农村集体土地使用权制度,可能缺乏必要的认识基础,本文主要以前四种观点作为讨论对象。

“三权分置”政策所依据的产权分割理论体现的是英美财产法上的权利束理念,而中国民法制定继受大陆法传统,物权和债权有严格的界分。因此,“三权分置”政策话语对既有的农地权利体系必然带来一定的冲击,各方理论争议的焦点集中于农户承包权和土地经营权的性质和关系,实际上体现的是理论阐释和规范表达之间的冲突。一方面,“三权分置”政策的提出确实有其现实基础,需要理论创新加以解释并指导未来立法;另一方面,“三权分置”终究还是农地权利配置的问题,应当在现有制度框架的基础上进行法律表达,需要注意立法的体系规范性和逻辑自治性。理论创新需要在对中国农地权利制度演进历程进行梳理和提炼的基础上,以问题意识为导向进行合逻辑性的演绎推理,同时又必须对中国现行立法背后所体现的既定经验和制度资源给予充分的关照;法律表达所要解决的关键问题在于以符合物权法理为前提,厘清“三权”在既有农地权利制度体系中的适当定位,并完成可操作性的制度设计,这对理论创新又会产生某种限定。故此,本文从理论阐释和法律表达两个层面,对“三权分置”政策的法制化展开体系性的探讨。

## 二、“三权分置”的理论阐释:“三权”关系的体系性解释

对“三权”进行系统的理论阐释是理解“三权分置”的前提。为此,我们可以借鉴《三权分置意见》提出的研究思路<sup>①</sup>,从中国农地制度变迁路径和权利生成逻辑的维度,对“三权”主体的权利关系进行体系性解释。

### (一)农民集体和承包农户权利关系的理论阐释

#### 1.集体土地所有权的权利属性与制度演进

##### (1)集体土地所有权利性质的复合性

中国的集体土地所有权制度是按照社会主义的法思想,由农民以其所有的土地加入集体而形成的,是国家强制性产权安排的产物,具有丰富的制度内涵:它首先是一种政治性的社会制度安排,是集体所有制的权利表现形式。其次,集体土地所有权是以权利客体为中心构建的所有权,旨在通过团体所有和资源控制,维持物的客观用途和团体成员利益,从而实现权利客体所承

① 《三权分置意见》提出“鼓励在理论上深入研究农民集体和承包农户在集体土地上,承包农户和经营主体在土地流转中的权利边界及相互权利关系等问题”。

载的特定社会经济功能<sup>[10]</sup>。农村集体土地作为重要的稀缺自然资源,既承载着本集体成员(包括现实成员和将来成员)的生存利益,也承担着国家粮食安全、生态环境安全和社会经济稳定等社会公共利益。最后,集体土地所有权反映的是一种集体私权性质的集体财产权利制度。农民集体土地所有权的公有制基础、集体成员的集体共有权、集体土地的社会保障性、集体土地的资源性,决定了集体土地所有权不能从私权单一角度理解,而应当从民法、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的权能<sup>[11]</sup>。

集体土地所有权权利性质的复合性,意味着我们不能套用传统民法中的所有权理论来对其加以理解,也难以完全适用《物权法》第39条关于所有权权能的一般规定。民法所有权理论以个人主义所有权为基础,强调个人意志支配和交易自由,而中国的集体所有权是作为公有制的集体所有制的权利表现形式,强调权利客体的客观功能及其上负载的经济社会价值,集体土地所有权不得作为任何交易行为的客体,不具备在市场上自由流转的功能。集体土地所有权的复合权利属性决定了其不能承受传统民法个人所有权意义上的所有权功能,而只能是将该部分功能分离出去并赋予土地承包经营权<sup>[12]</sup>。由于集体土地所有权处于权利的锁定状态,土地承包经营权成为“实现不可流转的土地所有权与市场经济对接的制度工具”<sup>[13]</sup>。

## (2)集体土地所有权的制度演进

农村土地的本集体成员集体所有,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”<sup>[14]</sup>。集体成员在集体组织中共同对集体所有财产行使占有、使用、支配和收益的权利。成员集体所有可以看作是集体成员变动不居而成员集体相对稳定的产权结构,是一种总同共有关系<sup>[15]</sup>。社区封闭性、成员流动性、集体土地的不可分割性、保障的平等性是集体土地所有权的基本特征。为了保证集体土地平等保障功能的持续实现,发包(分配)权、农地使用监督权、流转管理权、调整权和收回权成为法律赋予集体经济组织的必要制度工具。

然而,中国农地制度改革呈现出土地承包经营权不断强化的变迁路径,集中表现为长久不变和权能充实两个方面。“生不增,死不减”,集体原则上不得调整承包地,土地承包关系期限不断延长,从15年到30年,从长期稳定到长久不变,使得集体成员资格固化已经成为全国范围内的普遍事实<sup>[16]</sup>。集体对承包地的分配在发包这一特定时点保证起点公平,而后维持长久不变,导致农户在集体中土地持有份额的显性和固化,不因家庭成员的人数、居住地甚至户籍地的改变而改变。另外,改革政策文件不断赋予农户对土地承包经营权更加完整充实的权能,土地承包经营权发生从生产经营自主权向用益物权甚至向“准所有权”的转变<sup>[17]</sup>。

土地承包经营权的长久不变和权能充实,使得集体土地所有权私法意义上的所有权权能几乎丧失殆尽。集体土地所有权体现为具有强烈公法和社会法品格的终极意义上的所有权,其权能集中表现为处分权,主要包括发包权和收回权。发包权是成员集体设定土地承包经营权的权利,是集体成员公平分享集体土地利益的权利保障。收回权既包括农民集体对到期的土地承包经营权的收回权,也包括针对抛荒、改变用途、损害地力等土地使用人的侵权或者违约行为而行使的收回权。收回权的行使不仅可以使集体土地所有权恢复到权利的圆满状态,集体土地仍然可以有效承载农民的基本生存保障功能,而且可以避免承包地使用权不受控制地长期流转于本集体之外,有效防范和化解农地大规模长时间流转可能面临的经济和社会风险,还可以通过解除农地使用合同或者停止侵权行为等权利救济手段,形成对不当农地使用行为的有效威慑和扼制。农民集体处分权的行使通常表现为一种民事行为,但其私法意义已经严重淡化,而农民土地保障的社会法意义和农地用途监管的公法意义彰显。

## 2.集体土地所有权和土地承包经营权的权利关系

在现行法上,集体土地所有权和土地承包经营权之间形成所有权和用益物权的法律关系。按照权能分离的基本理论,用益物权是在所有权上设置的权利,用益物权的权能不得超过所有



权的权能范围。土地承包经营权构成集体土地所有权的权利负担,农户对土地承包经营权的行使不得损害集体土地所有权。随着农地制度改革的深入推进,农户的土地承包经营权长久不变,不仅具有占有、使用、收益权能,而且处分权能也更加完整。由此可见,中国集体土地所有权和土地承包经营权之间的法权关系,虽然在立法当中体现为所有权和用益物权的关系,但不能完全按照传统用益物权理论来解释。

一种合理的解释路径是,中国的集体土地所有权是以集体土地保障本集体成员利益的权利表现形式。成员集体和集体成员是有机统一的,成员集体存在的目的是为了集体成员利益的实现<sup>[18]</sup>。传统民法用益物权理论中的所有权人和用益物权人是两个不同的利益主体,用益物权由所有权人依其对物的自由支配意志而设立,而农户的土地承包经营权是其作为集体成员,公平享有集体土地利益的权利形式,不同于一般的用益物权,而是兼具“使用和享有”<sup>[19]</sup>的双重属性,是“他们作为土地所有权人的一部分所享有的一项‘自物权’”<sup>[20]</sup>。随着农民集体将集体土地在固定时点分配给本集体内的农户家庭,土地承包经营权的身份保障性即得以实现;在固定时点之后的长久不变期间内,农户的土地承包经营权属于“自物权”性质的用益物权,且该特征随着权能的不断充实和强化而更加凸显<sup>[21]</sup>。

土地承包经营权的“自物权化”是集体成员享受集体土地利益的权利反映,也是赋予农民更有保障的土地权利政策持续推进的必然结果。这与前文所述集体土地所有权私法意义上的权能限缩相互印证,不谋而合。从中国农地制度变迁的历程来看,集体土地所有权逐渐从公私权利的复合性转向具有公法和社会法性质的终极所有权,农民集体主要保留包括设定和收回土地承包经营权等最终处分权能,而集体土地所有权的大部分私法权能则赋予土地承包经营权;土地承包经营权不同于传统民法意义上的用益物权,而是具有“自物权”特征。

## (二) 承包农户和经营主体权利关系的理论阐释

关于承包农户与经营主体的权利关系,有两种基本解释进路:一是,在既有农地权利制度框架的基础上考察,农户的土地承包经营权是经营主体取得土地经营权的权利基础,土地经营权是土地承包经营权流转产生的权利,需要厘清的是在农地流转期间内,承包农户和经营主体各自享有的权利内容和权利关系问题。这种解释进路强调承包权和经营权的理论阐释和制度建构,不能罔顾其历史传承和渊源关系,而应以土地承包经营权制度为基础<sup>[22]</sup>。前述“用益物权+债权”说、“用益物权+用益物权”说、“自物权+用益物权”说虽然观点相异,但皆遵循此解释进路。二是,在“三权分置”政策话语体系下展开理论阐释,“三权分置”是将土地承包经营权分离为农户承包权和土地经营权(下文简称“分置论”),土地承包经营权一经权利分置而灭失,取而代之的是农户承包权和土地经营权,这种解释进路以“成员权+用益物权”说为代表。本文将对这两种解释进路及代表观点进行评析,并在上述农民集体与承包农户权利关系论证的基础上,阐释承包农户和经营主体的权利关系。

### 1. 承包农户和经营主体权利关系的应然解释路径

本文认为,对承包农户和经营主体权利关系的理论解释,不能脱离既有的农地权利结构。“三权分置”中的农户承包权对应的是现行法上的土地承包经营权,土地承包经营权不因流转派生出土地经营权而消灭。这符合中国农业经营模式的发展现状和未来走向,也符合农民利益保护的政策初衷和制度目标,并与中国农地制度的创新路径和权利生成逻辑相一致。

首先,农地权利体系是农业生产经营模式的法律表达形式。中国人多地少的基本国情,决定了实现适度规模经营和农业现代化目标的渐进性,农业经营主体、组织形式和经营形式具有混合性、多层次性和多样性的特征。在今后长时期内,普通农户仍占绝大多数,家庭经营仍然是农业经营体系的基础。家庭经营为基础,多种新型经营形式并存发展的农业经营模式,在权利结构上体现为“两权分离”与“三权分置”的长期动态并存。因此,“三权分置”不能理解为将已

经发生和尚未发生农地流转的土地承包经营权一概“分置”。有学者认为农户承包权应设计为一种成员权性质的农地承包资格或者集体利益分享权,这种观点将农户的土地承包经营权一概“虚化”,未考虑到中国地域差异和村庄分化背景下农户家计状况和流转意愿的异质性,以及农业经营模式转型发展的长期复杂性。有学者提出,土地承包经营权因权利分置而消亡,取而代之的是农户的土地承包权和农户的土地经营权。在未发生土地流转的情况下,土地承包经营权处于权利的完整状态,承包权和经营权归属于农户,土地承包经营权流转后,农户持有承包权,而实际经营者取得土地经营权<sup>[23]</sup>。这种观点看似相对周延,但存在的问题是从权利主体层面扩大解释了土地经营权。土地经营权作为改革政策用语,特指农户和集体之外农地实际经营主体的权利,而且,农户的土地承包经营权本身就是一种土地使用(经营)权,对其作土地经营权解释不仅没有必要,反而会引起误解。

其次,农户应当是农地流转的“初级行动团体”,土地承包经营权是维护农民在农地流转中的主体地位和自主意愿的权利保障。有学者认为通过承包地经营权的市场化交易方式难以实现适度规模经营,主张由集体统一收回农民的土地承包经营权,便于集体统一招租以实现规模经营<sup>[24]</sup>;或者主张农户以土地承包经营权入股,建立社区土地股份合作社,实现规模经营<sup>[25]</sup>。按照这两种观点,农户的权利不再是土地承包经营权,而是基于集体成员身份取得的股权,表现为参与集体决策、管理和分享集体收益等权利。但是,这两种观点可能面临如下质疑:第一,依照用益物权基本理论,集体统一收回农户承包地应当以本集体内所有农户土地承包经营权的灭失为前提,否则,只可能是集体经由承包农户的分散或集中委托而流转其土地承包经营权,而不是对集体土地权利的处分;第二,在社区土地股份合作模式下,农户失去对土地的物权控制,农民和土地的直接联系被割断,可能蕴藏着难以控制的经济风险和社会风险。因此,土地股份合作必须以农民自愿为前提,农民的入股自由和退股自由都应得到同等的尊重。权利主体和客体明晰的土地承包经营权是农户自主决策的权利保障,是农户以其承包地经营权入股以及从土地股份合作中退出,重新获得承包地经营权的权利依据。按照政策要求,确股原则上以确地确权为前提<sup>①</sup>。“确权确股不确地”的适用范围应限于坚持集体统一经营的极少数农村或者已经大面积土地整理,技术上确实难以确地确权的农村区域,不经土地承包经营权确地确权而直接确股形成的“确权确股不确地”,应属“从严掌握”之列。因此,农户是农地流转的决策主体,集体对农户承包地权利的处分需以农户同意或者明确授权为前提。

最后,承包农户和经营主体的权利应分别为土地承包经营权和土地经营权,这符合中国农地制度演进和权利生成的逻辑。土地承包经营权是在改变集体集中经营的基础上设立的,是农民的生存权和基本财产权保障,土地承包经营权的概念和内涵随着权利的不断强化在农民群众中已经深入人心。从制度变迁路径和权利生成的逻辑来看,农地流转应当基于农户的自主决定和真实意愿,土地经营权是经由土地承包经营权的行使而产生的权利,由此构成农户行使土地承包经营权的限制,但并非导致土地承包经营权权能的丧失,土地承包经营权也不会因此而灭失。所谓“分置”应理解为从土地承包经营权中派生出土地经营权,而非分割为农户承包权和土地经营权这两种权利。农户承包权则是派生出土地经营权之后的土地承包经营权的代称。

## 2. 政策话语之“分置论”难以在理论上成立

“三权分置”政策主张土地承包经营权“分置论”,这种提法在理论上能否成立,需以明确土地承包经营权的权利性质为前提。主流观点认为,土地承包经营权兼具身份性和财产性,保障性和物权性,这两种不同性质权利的法律冲突集中体现在《农村土地承包法》的立法规定之

<sup>①</sup> 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》要求“总体上要确地到户,从严掌握确权确股不确地的范围”。

中<sup>[26]</sup>,而《物权法》关于土地承包经营权的规定又继承了《农村土地承包法》的主要内容。然而,与《农村土地承包法》相比,《物权法》则明确了土地承包经营权的用益物权性质。土地承包经营权在原始取得时,需具备集体成员身份,但该权利本身是一项以物的利用为中心的用益物权,承包只是说明土地承包经营权的权利来源,而非表明该权利的身份属性。而且,在土地承包经营权长久不变和权能充实的政策背景下,农户对承包地的身份利益伴随发包时集体对农地的公平分配而实现,在发包时点之后的长久不变期间内,土地承包经营权已经固化到每一个农户家庭,成为财产权利性质的土地使用权。另外,农户凭借集体成员身份享有的土地承包权,是土地承包经营权产生的前提,从土地承包经营权中分置出农户承包权的政策话语存在前后因果关系颠倒之逻辑谬误<sup>[27]</sup>。因此,“三权分置”政策提出的土地承包经营权包含并可以分置出农户承包权的说法不能成立。

有学者提出,在“三权分置”的背景下,农户承包权承载着农户保障功能,具有法律上的特定含义和权利的固有属性,有独立保护之必要<sup>[28]</sup>。但无论对农户承包权作成员权抑或是承包资格性质的承包权解释,该说法均难以成立。从现行法律规定和基本法理来看,承包权是集体成员权在承包地分配上的具体体现,而成员权是集体成员行使集体土地所有权的权利,属于集体土地所有权的主体权利范畴<sup>[29]</sup>。农户承包权具有收取流转收益、征收补偿收益以及有偿退出等权利内涵,是保障承包经营农户身份利益的实实在在的用益物权。如果将农户承包权设计为承包资格性质的土地承包权,那就意味着农户在农地流转期间享有的是一种要求集体发包或分配土地的请求权,而非实际拥有承包土地权利的物权,可能造成经营权架空承包权的权利配置风险,会使农户承包权进一步虚化而非稳定,不但不符合政策意图,反而可能会引起农村基层社会的认知混乱。即便将农户承包权理解为成员权并要求独立保护,也缺乏必要的法理支撑,因为成员权属于集体土地所有权的主体权利范畴,并不会因土地承包经营权的流转而丧失,而且,成员权是集体成员的身份性权利,不能等同于具有用益物权性质的农户承包权,不能将二者混为一谈。《三权分置意见》明确了农户(土地)承包权是具有占有、使用、流转、抵押、退出等各物权利能的权利。由此可见,农户承包权所对应的是现行法中的土地承包经营权,将其理解为成员权抑或是承包资格性质的土地承包权均不符合政策意图。

### 3. 既有农地权利框架下承包农户和经营主体权利关系的阐释

承包农户和经营主体权利关系的阐释应以既有农地权利框架的理论解读为基础。如前所述,集体所有权的私权权能退化而公法和社会法意义的功能凸显;土地承包经营权是具有“自物权”特征的用益物权,这为土地经营权的用益物权性质提供了解释空间。

本文认为,在土地承包经营权“自物权”化的背景下,农户完全可以在其土地承包经营权上设置具有用益物权性质的土地经营权。土地经营权一经设定,即具有在权利存续期间内对抗土地承包经营权的效力,土地经营权人对承包地权利的行使和支配优先于土地承包经营权人,农户对其土地承包经营权的行使受到土地经营权的限制。对此,有学者认为土地承包经营权是一种用益物权,在其上再行设立用益物权性质的权利,不仅违反用益物权生成须有所有权作为母权基础之原则,而且土地承包经营权与土地经营权的权利客体都是承包地,由于“一个物上不得存在两个以上性质和内容不相容的所有权、用益物权”<sup>[30]</sup>,二者同时并存会产生权利冲突<sup>[31]</sup>。这种观点忽视了中国农地产权构造的特殊性,在农村土地成员集体所有权锁定状态下,农地产权制度演进只能围绕土地承包经营权进行。由于中国的土地所有权是不具有可交易性的,土地使用权具有强大的物权独立性,土地使用权人可以处分其土地使用权,而不再受土地所有权的束缚<sup>[32]</sup>。从比较法角度来看,在德国法上也有关于权利人可在业已设立的地上权上再次设立次级地上权的规定<sup>[33]</sup>。因此,土地经营权可以作为派生于土地承包经营权之用益物权。而且,土地经营权的生成必须基于农户的自主意愿,“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,因而不会造成权利冲突以及物权受侵犯的问题”<sup>[34]</sup>。

综上所述,在既有农地权利框架下,承包农户和经营主体的权利关系应表达为土地承包经营权和土地经营权的关系,“三权分置”政策之“分置论”在理论上难以证成。“三权分置”政策话语中的农户承包权应理解为其权利行使受到土地经营权限制的土地承包经营权。农户承包权的权能应是土地承包经营权流转生成土地经营权后的剩余权能,其意义在于以这些权能对应的经济利益来承载和替代承包地对农户的保障功能<sup>[35]</sup>。土地经营权应是设立在土地承包经营权上的权利,可以具有用益物权的权利性质。

### 三、“三权分置”的法律表达:“三权”的体系化构造

农地“三权分置”政策的法制化已经提上议事日程。法律规则的制定不能直接借用政策话语及其表达形式,需要符合法律规范的基本要求。“三权分置”的法律表达以厘清“三权”的权利结构和权利关系为前提。通过上述阐释,本文认为“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”,集体土地所有权呈现私权退化和公权凸显的制度变迁路径,土地承包经营权具有“自物权”性,在“三权”关系之中居于核心地位,在土地承包经营权上设置的土地经营权可以具有用益物权的法律属性。这种理论阐释显然突破了现行立法规定。既然“三权分置”的制度建构需要在现行法律制度框架的基础上进行,那就需要在弥合理论解释和现行立法冲突的前提下,寻求“三权分置”法律表达的妥适路径。

#### (一) 现行立法之农地权利制度框架

中国现行立法确立了集体土地所有权和土地承包经营权“两权分离”的权利结构,是对“集体所有,集体经营”的农地经营方式进行反思和改革的结果。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。此外,现行立法规定土地承包经营权可以采用转让、互换、出租、转包、股份合作等方式流转,并且对这些流转行为规定了较为严格的程序和条件<sup>[36]</sup>。

从物权立法角度来看,首先,要解决的是物的归属和利用问题。《物权法》对集体所有权归属的规定,既是《宪法》关于集体所有制规定的具体规则化,也是物权立法的题中应有之义。中国集体所有权的公有制色彩,“三级”集体所有的权利主体划分和权利客体界分,客观上要求集体土地所有权应当借鉴大陆法系民法物权理论,按照单一和绝对所有权来塑造,并以所有权为基础,根据权能分离理论生成他物权,进而构造整个农地权利体系。其次,现行立法规定以家庭承包经营为基础,统分结合的双层经营体制。在立法构造上,《物权法》将土地承包经营权规定为在集体土地所有权上设置的用益物权,对农民集体行使土地所有权构成权利限制,即农户对承包地的权利支配优先于农民集体,农民集体不得侵害农户的土地承包经营权。在保护农民利益不受侵害的同时,也造就了分户承包和分散经营的格局。最后,从现行立法来看,农地实际经营主体取得的土地经营权并非法定的物权类型,而是土地承包经营权流转出的占有、使用(耕作)和相应的收益权能,具有债权性质。

由此可见,现行立法以明确承包地的物权归属和使用关系为主要内容,以农户对集体土地的使用和收益等保障功能的实现为主要目标。立法规定确立了集体土地的所有和利用“两权分离”,正是这一立法思路的直接体现,学界关于土地经营权债权论的观点也是这一立法思路和理念的应然延伸。

#### (二) 理论阐释和现行立法之冲突及其弥合

不同于现行立法确立之“两权分离”权利构架,前述理论阐释认为土地承包经营权具有“自

物权”性,土地经营权可以是一种用益物权。这种解读可能面临的最大质疑是同时存在“两个所有权”,而且土地经营权的用益物权性质也与现行立法规定相悖。

理论阐释和立法规范之间存在的冲突具有必然性,原因就在于中国农地权利制度和民事立法规范表达之间本身存在的“不一致”。物权法具有突出的固有法特征。中国的农地权利制度具有独特性,虽然现行立法采用了民法用益物权之法制度和法技术来表达集体土地所有权和土地承包经营权的关系,但这种立法安排并不能全面和深刻地反映中国农地制度的法理念和法思想,而这种立法安排又是我们不得不借助的民法制度资源。由此,以传统民法物权概念和理论来表达和反映中国农地权利制度时,必然会出现“词不达意”:一方面,所有权是彰显物的权利归属的制度手段,集体土地属于本集体成员集体所有,需要借助所有权制度确定集体土地的权利归属,而农户享有的土地承包经营权在立法意义上应当表达为一种用益物权;另一方面,鉴于集体土地所有权的不可流动性和私法意义上的权能限缩,土地承包经营权在解释论上又可以被认为具有“自物权”特征,这两方面都不可否认,同时成立。我们应当承认中国农地权利制度独特性和立法规范表达之间存在的这种“固有抵牾”,并需要在解释论层面寻求二者的内在一致性。如果强调农地制度的特殊性,则可能无法实现权利制度的法律表达;如果强调立法的规范表达,则可能陷入一种凯尔森式的纯粹法学逻辑推导,而忽视农地权利制度赖以生发的政治、社会和经济制度环境,与物权法的固有法品格相悖。

从此意义上说,土地承包经营权虽然在立法上表现为用益物权,但在解释论层面我们可以将其理解作为一种具有“自物权”性质的权利。从立法规范表达来看,土地经营权的权利塑造应当以既有的“两权分离”权利结构为基础,土地经营权应是一种债权性质的权利。但是,对于那些具有长期稳定性的土地经营权,可以理解为是农户在“自物权”性质的土地承包经营权上设立的用益物权,并可以通过赋予这些土地经营权以物权外观(登记公示)而实现债权的物权化。原因在于,土地利用关系虽然存在用益物权和债权二元化区分,但这种区分并不是绝对的。首先,无论用益物权抑或是债权,其基础法律关系的性质是相同的,均是以契约的形式实现对物的支配,只是由于物权法定主义的存在而使这些土地利用关系被区别对待,即依法被塑造为物权或者债权,并在法律效力上有绝对性和相对性之分别<sup>[37]</sup>。其次,物权和债权的二元法律界分也并非完全泾渭分明,而是具有权利类型之间的相互流动性<sup>[38]</sup>,存在一些介于法定物权和纯粹债权中间状态的权利类型,租赁权即是其中之典型。再次,严格的物权法定主义原则过于僵化,通过登记实现债权的物权化是缓释物权权利体系僵化的重要制度手段。虽然不动产权利登记的前提是当事人之间形成的物权变动的合意,但在解释论层面,除不动产物权登记以外,与不动产物权有法律关联的债权或其他财产权均可纳入登记范围<sup>[39]</sup>。尤其在长期性的租赁债权场合,完全可以经过登记这一物权公示手段而实现债权的物权化。毕竟,物权的本质,也是把原本的债权相对关系经过登记和公示后绝对化<sup>[40]</sup>。

土地经营权的权利塑造需要在保障农户对于土地流转的自主意愿和保护土地经营权人的现实需要之间实现兼顾和平衡。按照“三权分置”的政策要求,土地经营权宜被塑造为一种用益物权性质的权利,但是,土地经营权是经由土地承包经营权的流转而产生的权利,土地经营权的权利期限和权利效力属于农户和经营权人意思自治的范围,而不能由法律直接作出强制性的规定。放活土地经营权的政策本意也在于尊重当事人之间的契约自由,而非限定土地经营权的设立方式、权利性质和权利内容。那么,需要厘清的问题就在于以“三权分置”政策所欲实现的土地经营权的法律保护为问题导向,以经营主体取得的土地经营权是否具有相对较长存续期间内的权利稳定性为评判标准,对农户流转承包地经营权的方式选择加以考察和甄别。

土地承包经营权流转的依据实际法律效果的不同,可以分为物权性流转与债权性流转<sup>[41]</sup>。从现行立法规定和现实存在的流转方式来看,土地承包经营权的转让会导致农户土地承包关系



的终止,互换是农户之间通过以物易物的方式实现土地承包经营权的整体处分,二者都不会分置出土地经营权。“联耕联种”是通过农地的内部调整,即土地承包经营权在农户间的互换和转包,实现按户连片经营,也不会产生土地经营权。土地托管是农户将承包地上的农事劳动全部或者部分、临时性或者较长期地委托农民专业合作社或者农业社会化服务主体完成,并支付服务费用的经营方式,不属于承包地经营权的流转,而是分享土地经营权的适度规模经营方式。短期转包、出租和临时委托代耕是实践中最常见的流转方式,通常发生于农户之间,属于债权性流转,但在以长期租赁合同为实现承包地支配方式之场合,则体现出债权物权化的可能性,可以通过登记公示手段纳入物权体系。入股是农户保留承包资格而以土地经营权入股,在入股期间经营主体可以取得权利稳定的土地经营权。土地承包经营权可以抵押,农户在抵押期间内继续占有使用承包地,如不能偿还到期借款时,农户保留承包权,土地经营权需要从土地承包经营权中分离出来,以其权利价值实现抵押权,土地经营权则由其他土地经营权人取得。信托流转虽未纳入现行法规定,但由于信托财产封闭运行的特征,也是实现经营权人长期稳定经营的土地流转方式<sup>[42]</sup>。

由此可见,依农户的土地流转意愿和流转形式的不同,实际经营主体取得的土地经营权的权利稳定性和权利效力有所区别。其中,短期转包、出租和临时委托代耕等不稳定的土地利用形式应保留债权之表达形式,没有物权化的必要;而在长期租赁、入股、抵押和信托流转场合,都可以分置出长期稳定的土地经营权,为了强化对新型农业经营主体土地经营权的保护,可以通过登记使这些长期稳定的土地经营权实现债权的物权化。鉴于中国立法坚持严格的物权法定原则,土地经营权不是法定的物权类型。登记制度的引入既不损害承包农户的利益,又可以赋予土地经营权以对抗第三人的效力。这是现行法律框架下实现土地经营权保护的可行路径。

### (三)“三权分置”的立法安排

“三权分置”的立法安排,是要按照土地经营权用益物权化的政策目标,对现行立法确立之“两权分离”权利框架进行适度改进,应当从土地承包经营权的立法完善和土地经营权的物权化法律构造两方面展开。

#### 1. 土地承包经营权的立法完善

土地承包经营权的立法完善,应以权利更加完整和更有保障为目标指向,这既是保护农户利益的必然要求,同时也为土地经营权的长期稳定创造条件,应当从登记确权、长久不变和权能充实三方面加以塑造。首先,应当通过确权登记确认农户的土地承包经营权,摒弃现行立法上采用的登记对抗主义,采取登记生效主义,以维护不动产物权登记生效主义法律规定的一致性,适应承包关系长久不变和承包地经营权流转的需要。其次,落实改革政策的要求,明确土地承包关系长久不变的立法表达形式。目前,保持承包关系长久不变仅停留在政策话语层面,尚未通过立法落实,对于“长久不变”的期限性和起算时间的理解,学界虽有争议,但对权利更加充分有保障、期限适度延长、人地对应关系不变等基本政策意涵似无异议。结合党的十九大报告关于实施乡村振兴战略的重要论述,笔者认为,“长久不变”应当表达为“30年法定承包期限届满+自动无偿续期+例外情形”,并以第二轮土地承包期限届满之时为起算时间。这样既能稳定和强化农民的权利保障和经营预期,也能使土地经营权人获得更加长期稳定的土地经营权,同时也为因集体行使收回权,农民自愿交回、退出或者转让土地承包权等导致土地承包权灭失的例外情形预留了立法空间。为此,《农村土地承包法》第20条应作出相应的修改,明确耕地承包期届满后再延长三十年,法律另有规定的除外。另外,按照土地承包关系长久不变和不得以退出土地承包权作为农民落户城市的条件的政策要求,应当删除《农村土地承包法》第26条第2款、第3款之规定。最后,对现行立法中限制土地承包经营权流转的条款进行及时的清理和修正,以充实土地承包经营权的处分权能,创新农地流转方式。

## 2. 土地经营权用益物权化的法制路径

从立法规范表达上来看,土地经营权是一种债权性质的权利。但是,从农地经营权的流入主体,即新型农业经营主体的利益诉求来看,他们更希望获得长期而有保障的土地经营权。立法理当回应这种诉求,对这部分土地经营权设权行为有必要进行合同登记,赋予登记的土地经营权以对抗第三人的效力。根据《不动产登记暂行条例》第5条第10项,“法律规定需要登记的其他不动产权利”也可以纳入不动产登记范围,这为不动产租赁权等权利登记预留了法律空间。据此,可以将下列农地流转合同纳入登记范围,经过合同登记使土地经营权实现债权物权化:一是土地承包经营权的物权性流转合同。一般而言,农户流转其土地承包经营权,方式自由、不要式,设若产生创设物权效果的,则要求流转方式法定<sup>[43]</sup>,且应以要式性为必要。在土地承包经营权入股、抵押、信托等物权性流转场合,需要办理登记手续。二是租赁期限较长的土地承包经营权流转合同。这种土地经营权本属于债权,但由于其长时期存续,通过登记也可以作为物权来对待。另外,如果土地经营权的设权主体是农民集体,即通过集体成员民主决议,直接在集体土地所有权上创设形成的,则土地经营权应当具有物权效力,理应纳入登记范围。

## 四、结语

“三权分置”政策的法律表达,需要体现政策的实质精神,更要在符合物权法理的前提下完成法律规则的创制,首先应当对“三权分置”进行合乎法律逻辑和中国语境的体系性解释。分析学界关于“三权分置”的不同学说,可以发现争论集中于农户承包权和土地经营权的权利性质和相互关系,其背后隐含理论阐释和立法规范表达之间的冲突。本文正是从理论阐释和法律表达两个层面对“三权分置”展开研究,并得出如下结论:从理论分析来说,“三权分置”中的集体土地所有权体现为具有强烈公法和社会法品格的终极意义上的所有权,其权能集中表现为处分权,包括发包权和收回权;土地经营权可以理解为是在“自物权”性的土地承包经营权上设置的土地使用权,可以具有用益物权的法律属性;“三权分置”中的农户承包权应理解为其权利行使受到土地经营权限制的土地承包经营权。从立法规范表达层面来说,应从权利登记、长久不变和扩充权能方面强化土地承包经营权;土地经营权的立法塑造,应以“两权分离”权利框架为基础,一般采用债权的规范表达形式,并赋予登记的土地经营权以对抗第三人效力,这是确认和保护土地经营权的可行法律路径。长期来看,随着城乡社会经济的发展,当农户对承包经营权的持有功能超过保障和收益功能,且形成普遍的社会经验事实时,土地经营权才能最终被确立为物权。

## 参考文献:

- [1]高云才,冯华.“三权分置”改革是重大制度创新[N].人民日报,2014-12-22(02).
- [2]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).
- [3]肖卫东,梁喜梅.农村土地“三权分置”的内涵、基本要义及权利关系[J].中国农村经济,2016(11).
- [4]罗必良.农地确权、交易含义与农业经营方式转型——科斯定理拓展与案例研究[J].中国农村经济,2016(11).
- [5]陈小君.中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).
- [6]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).
- [7]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).
- [8]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).
- [9]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).

- [10] 陈晓敏.论大陆法系的集体所有权——以欧洲近代私法学说为中心的考察[J].法商研究,2014(1).
- [11] 韩松.农民集体土地所有权的权能[J].法学研究,2014(6).
- [12] 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).
- [13] 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).
- [14] 韩松.坚持农村土地集体所有权[J].法学家,2014(2).
- [15] 韩松.集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式[M].北京:法律出版社,2009:109-114.
- [16] 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).
- [17] 叶兴庆.从“两权分离”到“三权分离”——中国农地产权制度的过去与未来[J].中国党政干部论坛,2014(6).
- [18] 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).
- [19] 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).
- [20] 孙宪忠.物权法[M].北京:社会科学文献出版社,2011:258.
- [21] 刘恒科.“三权分置”下集体土地所有权的功能转向与权能重构[J].南京农业大学学报(社会科学版),2017(2).
- [22] 蔡立东,姜楠.农地三权分置的法实现[J].中国社会科学,2017(5).
- [23] 马俊驹,丁晓强.农村集体土地所有权的分解与保留——论农地“三权分置”的法律构造[J].法律科学,2017(3).
- [24] 陈小方,李主奇,杜富林.农村耕地“三权分置”发展方向研究——以改革开放以来耕地权属变革为切入点[J].探索与争鸣,2015(3).
- [25] 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).
- [26] 刘俊.土地承包经营权性质探讨[J].现代法学,2007(2).
- [27] 吴义龙.“三权分置”论的法律逻辑、政策阐释及制度替代[J].法学家,2016(4).
- [28] 丁文.论“三权分置”中的土地承包权[J].法商研究,2017(3).
- [29] 高圣平.农地金融化的法律困境及出路[J].中国社会科学,2014(8).
- [30] 崔建远.物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心(上册)[M].北京:清华大学出版社,2011:45.
- [31] 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).
- [32] 刘俊.中国土地法理论研究[M].北京:法律出版社,2006:181-187.
- [33] 鲍尔·施蒂尔纳.德国物权法(上册)[M].张双根,译.北京:法律出版社,2004:652.
- [34] 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).
- [35] 高海.土地承包经营权“两权分离”的论争与立法回应[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2016(6).
- [36] 高圣平.土地承包经营权权能论纲——以处分权能为中心[J].社会科学,2012(7).
- [37] 张力毅.通过契约实现的物之支配关系——债权物权化的另一种解释论框架[J].东方法学,2015(6).
- [38] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:345.
- [39] 常鹏翱.论可登记财产权的多元化[J].现代法学,2016(6).
- [40] 苏永钦.中国需要什么样的民法典[J].私法,2013(1).
- [41] 丁关良.土地承包经营权流转法律制度研究[M].北京:中国人民大学出版社,2011:342.
- [42] 陈敦.土地信托与农地“三权分置”改革[J].东方法学,2017(1).
- [43] 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).

(责任编辑:刘浩)