

# 乡村振兴背景下农地经营权的法律化表达

冯淑怡,樊鹏飞,张兰

(南京农业大学 公共管理学院,江苏 南京 210095)

**摘 要:**农地“三权分置”是乡村振兴的关键抓手,放活经营权则是农地“三权分置”的重要目的。放活经营权的核心要义是界定经营权的性质,构造经营权的内容,实现经营权的法律化表达。考虑到农地经营权在“三权分置”中的体系定位,农地经营权应该具备农业生产功能、流转功能和抵押担保功能。从经营权价值功能和物权法理论考量,农地经营权应当被界定为以农地为权利客体的不动产用益物权。考虑到经营权价值功能及物权属性,结合“三权分置”改革目标,农地经营权应该包括占有权、使用权、收益权和处分权等权利内容。从立法层面看,农地经营权的法律化应该是在既有法律框架下,遵循合法合宪原则、科学立法原则、民主立法原则和可操作性原则,对原有法律进行修订和完善。在具体的法律修订过程中,应继续沿用“经营权”这一表述,并将农地经营权的权利主体范围扩展至本集体经济组织成员以外的所有民事主体,经营权的权利取得和灭失要以登记为生效要件,未来还应尝试颁发农地经营权证书。

**关键词:**三权分置;农地经营权;价值功能;法律化表达

**中图分类号:**D922.3;F301.1   **文献标志码:**A   **文章编号:**1671-7465(2018)05-0001-10

## 一、引言

党的十九大报告中首度提出了“乡村振兴战略”,并将其作为未来一段时期内指导我国“三农”工作的总体纲领。作为农村制度体系的基础与核心,农地制度既是破解“三农”问题的重要前提,又是实现乡村振兴的关键抓手。习近平总书记在十九大报告中强调,要“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‘三权分置’制度”。农地“三权分置”是继“两权分离”改革之后的又一次重大制度创新,其代表了我国未来农地制度改革的基本方向<sup>[1]</sup>。为此,中央出台了一系列政策文件,特别是2016年《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《意见》)的出台,为我国农地制度改革提供了切实、可供参考的制度性文本,标志着“三权分置”的制度框架已经建立<sup>[2]</sup>。

乡村振兴不仅需要政策上的支持,也需要法律制度的供给,特别是有关农村土地法律方面的供给。从“三权分置”的改革初衷来看,“放活经营权”是重要目的,其核心要义是明晰经营权应有的性质和权利内容,实现经营权的法律化表达。作为一项新生权利,农地经营权目前只是

收稿日期:2018-07-05

基金项目:研究阐释党的十九大精神国家社会科学基金专项课题“完善农村承包地‘三权’分置研究”(18VSI060);南京农业大学中央高校基本科研业务费人文社会科学研究基金项目“三权分置、农地流转与农民权益保护研究”(SKYZ2018013);国家自然科学基金项目“农地规模经营研究:驱动机理、绩效评价、政策设计”(71673144)

作者简介:冯淑怡,女,南京农业大学公共管理学院教授,博士生导师,青年长江学者,E-mail: shuyifeng@njau.edu.cn;樊鹏飞,男,南京农业大学公共管理学院博士生;张兰,女,南京农业大学公共管理学院博士后。

一个政策层面的概念,还远未上升到法律层面,其权利的诸多要义还尚待明确。现实中,许多经营主体并不清楚自己享有哪些权利,应该履行哪些义务,对未来没有稳定的权利预期,在农业生产中也存在诸多顾虑。在经营主体与其他权利主体出现法律争议时,地方部门也因为缺乏相关法律依据而无从把握。因此,加强农地经营权的立法研究,实现经营权的法律化表达,对于推动农地“三权分置”和实现乡村振兴具有重要意义。

尽管学术界已经对农地经营权问题有诸多讨论,但目前仍未形成较为一致的意见。对于农地经营权的法律化表达,更是存在较大争议:就农地经营权的性质来说,存在着“物权说”“债权说”“二元说”等不同观点;就农地经营权的内容来说,也存在着基于不同划分标准而提出的不同主张;就农地经营权的法律化思路来说,则存在着重新设立法律和对原有法律进行合理解释的不同见解。作为一项新生权利,农地经营权的产生和发展符合现实需要,其既遵循我国农地制度变迁的固有路径,又满足了现代农业的发展之需,未来还会在乡村振兴过程中发挥关键性作用。在此背景下,学术界不能困守于现行法律,需要在承认这一发展趋势和坚持法理逻辑之间寻求共融之道。鉴于此,本文在乡村振兴背景下研究农地经营权的法律化表达问题,从分析“三权分置”的制度逻辑和目标定位入手,提炼农地经营权应有的价值功能,继而农地经营权的性质和权利内容进行深入剖析,最后尝试就农地经营权的立法问题做些简单讨论,以期农地经营权的法律化表达提供理论支持。

## 二、农地经营权在“三权分置”中的体系定位

农地“三权分置”是新时代乡村振兴的重要支撑,是我国农村土地制度的再度创新。鉴于农地经营权植根于整个“三权分置”改革框架之中,要想全面、准确、深刻地理解农地经营权,就需要厘清农地经营权在“三权分置”中的体系定位,提炼出农地经营权应该具有的价值功能。

### (一)“三权分置”的制度逻辑和目标定位

农地“三权分置”并非脱离现实的概念创新,其背后蕴藏着深厚的制度逻辑。要想理解“三权分置”的制度逻辑,不仅需要深入分析“三权分置”的现实动因,也需要准确把握“三权分置”的政策意旨。

1.“三权分置”的动因分析。从制度经济学视角看,农地“三权分置”有着强烈的现实需求和深厚的实践基础。随着工业化和城镇化的不断推进,我国城乡二元格局逐步被打破,农业生产经营主体、农地资源配置状况和农业生产环境条件都发生了深刻的变化<sup>[3]</sup>。截至 2016 年末,全国外出农民工达到 1.69 亿人<sup>[4]</sup>,农户承包土地流转面积达到 4.6 亿亩,超过家庭承包土地的三分之一<sup>[5]</sup>,家庭农场、合作社和龙头企业等新型农业经营主体总量达到 351.9 万个<sup>[6]</sup>,我国农业生产正在发生显著变化。若对上述变化视而不见,继续将农地的承包权与经营权混为一体,不仅会造成法理上的困惑和政策上的龃龉,也会阻碍农地流转市场的健康发展,更不利于土地适度规模经营和现代农业的发展。因此,我国农地制度亟须进一步改革。

2.“三权分置”的政策梳理。正是基于现实发展的需要,在总结各地区流转实践基础上,中央出台了一系列有关农地“三权分置”的政策。十八届三中全会出台的《中共中央关于全面深化改革若干问题的重大决定》提出,“对承包权与经营权进行政策上的分离,并分别赋予相应权能”。2014 年中央 1 号文件提出,“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 年中央 1 号文件提出,“抓紧修改农村土地承包方面的法律,界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的权利关系”。2015 年出台的《深化农村改革综合性实施方案》提出,“‘三权分置’是深化农村土地改革的基本方向”,并指出“放活土地经营权,就是允许承包农户将土地经营权依法自愿配置给有经营意愿和经营能力的主体,发展多种形式

的适度规模经营”。2016年中央1号文件再次强调,“稳定农村土地承包关系,落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,完善‘三权分置’办法”。2016年出台的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》提出,“落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,充分发挥‘三权’的各自功能和整体效用,形成层次分明、结构合理、平等保护的格局”,这标志着“三权分置”制度框架的最终建立。可以看出,农地“三权分置”继承了“两权分离”(土地所有权和承包经营权分离,土地所有权归集体,承包经营权归农民<sup>[7]</sup>)的制度安排,着眼于现实问题,适应了社会发展要求,顺应了农民意愿,回应了地方实践,是我国农村基本经营制度自我革新的结果,遵循了制度变迁的一般逻辑。

在制度框架已经建立的背景下,农地“三权分置”有清晰的目标定位。长期以来,我国农地制度改革,一直是在坚持稳定性的基础上向着市场化的方向发展。因此,可以从稳定性和经济性两个方面来归纳“三权分置”的目标。

1.“三权分置”的基础目标——稳定性目标。“三权分置”实施过程中,通过落实集体所有权,实现农地产权归属清晰、产权主体明确,维护农地公有制性质不变,实现农村基本经营制度稳定,为创新公有制实现形式和实现共同富裕提供制度保障。“三权分置”实施过程中,通过稳定农户承包权,实现农地承包关系稳定,维护农户的集体经济组织成员资格,保障农民利益不受损,为农民的非农就业和城镇化提供托底性保障,解除农户流转农地的后顾之忧。“三权分置”实施过程中,通过坚持农地农用,防止耕地“非粮化”,杜绝耕地“非农化”,实现耕地红线不被突破,有效保障国家的粮食安全。

2.“三权分置”的发展目标——经济性目标。通过实施“三权分置”,克服“两权分离”中承包权与经营权混淆之弊端,实现农地经营权在更大范围内优化配置,引导农地有序流转,实现农地适度规模集中,促进土地产出率、劳动生产率和资源利用率的有效提升,实现农业生产方式的转变和现代农业的发展。通过实施“三权分置”,实现所有权主体、承包农户、经营主体对农地权利的“共享”,实现合理的分工分业,促进承包农户财产性收入提升和经营主体经营收益增加。通过实施“三权分置”,实现经营权抵押担保,激活农地的资本价值,缓解农业生产过程中融资难问题,为自经营农户或流转经营主体的扩大再生产提供金融支持,为现代农业的发展提供资金保障。

综上所述,我国农地“三权分置”的改革目标非常明确,即在“两权分离”基础上,进一步将农户的承包经营权进行分解,促进经营权自由流转,为农业适度规模经营和农地抵押担保创造条件,并通过落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权,最终建立起层次分明、结构合理、平等保护的权力运行格局。

## (二)“三权分置”中农地经营权的价值功能

传统大陆法系讲求体系和逻辑,将法律事实概念化、类型化,借助法律概念的解释去实现所期待的规范目的和价值判断,因此,法律概念在其形成过程中具有所谓的“价值储藏”功能<sup>[8]</sup>。作为一项新生成的权利,农地经营权在其构造之初便应当具备相应的价值功能。笔者认为,农地经营权的价值功能是指,农地经营权法律化过程中所应奉行的基本精神,以及农地经营权在社会经济发展中应该发挥的作用。事实上,法律界已经开始了这方面的尝试,提出“承包权与经营权再分离后的权能划分与性质界定,不能从概念本身去建构,而应从再分离的功能目的去入手”<sup>[9]</sup>。基于“三权分置”的制度逻辑和目标定位,在深入把握地区实践基础上,笔者认为农地经营权的价值功能应该包括以下几个方面:

1.农业生产功能。保护耕地、保障粮食安全,不仅是我国农地制度改革的政策底线,也是“三权分置”的重要目标。《意见》中强调,“在‘三权分置’改革过程中,不能把耕地改少了,不能把粮食生产能力改弱了”。正因为如此,农地经营权一经生成便应当具备相应的农业生产功



能。无论农地如何流转,权利主体如何变更,所有的经营主体都必须严格遵循国家的土地用途管制政策,在生产经营过程中,始终坚持农地农用,防止耕地“非粮化”,杜绝耕地“非农化”,实现农地的可持续利用。可以说,农业生产功能是农地经营权的基础功能。

2.流转功能。实现经营权的有序流转,不仅是为了顺应农业发展的现实需求,也是为了满足“三权分置”的改革目标。将经营权从承包经营权中分离出来,一个重要的目的就是在不破坏原有经营体制的前提下,扫除农地流转的制度性障碍,实现农地的有序流转,促进农地流转市场健康发展。通过原承包户经营权的流转和经营主体的再流转,既可以促进农地流向生产能力更高的经营主体,提高资源的配置效率,又可以实现小块变大块和连片经营,提高资源的利用效率。可以说,流转功能是农地经营权的本质功能。

3.抵押担保功能。实现经营权的抵押担保,不仅是为了满足承包户和新型经营主体的融资需求,也是为了实现“三权分置”的改革目标。在发展现代农业的过程中,无论是一般农户还是规模经营主体都面临着融资难困境,缺乏有效抵押物是其中一个重要原因。将经营权从承包经营权中分离出来,并赋予其抵押担保功能,一方面可以实现农地融资,缓解经营主体的信贷约束;另一方面即使出现无法偿还债务的情况,也因为分离出经营权而不会危及农户的承包权利,仍能维系农地的保障功能。可以说,抵押担保功能是农地经营权的必要功能。

### 三、乡村振兴背景下农地经营权的法律化问题

在全面依法治国的背景下,加快农村土地相关法律法规的制定和修改,既是深化农村土地改革、推进乡村振兴的重要保障,又是贯彻和落实新时代中国特色社会主义思想“三农”思想的根本要求。农地经营权的法律化作为重要的法律制度供给,将会成为乡村振兴的重要支撑。随着农地“三权分置”改革的不断推进,经营权的分离已经成为必然趋势。在此背景下,如何界定农地经营权的性质、构造农地经营权的内容,进而实现农地经营权的法律化,已然成为经济学界、法学界共同关注的焦点和热点<sup>[10]</sup>。以下笔者将从农地经营权的性质和内容两方面来探讨乡村振兴背景下农地经营权的法律化问题。

#### (一)农地经营权的性质

从法理层面看,权利性质既是决定权利保护的关键因素,又是影响权利配置的重要内容<sup>[11]</sup>,因此,确定农地经营权的法律性质是实现农地经营权法律化表达的关键。然而,学术界对于农地经营权的性质界定存在诸多争议,笔者将其归纳为以下三种观点:

1.“债权说”。该学说主要是从权利生成和法权逻辑角度来进行论证。陈小君认为,经营权与承包经营权是派生关系,而同一物上不能同时存在两个物权,在承包经营权已经被界定为物权的情况下,根据“一物一权”原则,因流转而产生的经营权就只能被界定为一种债权<sup>[12]</sup>。高海认为,根据物权法定原则,非经法律创设的物权皆非物权,在现有法律还未做重大修订的情况下,应当立足现行法律框架,将经营权塑造为债权,并提出可以利用农地的经营收益来实现抵押担保<sup>[13]</sup>。李伟伟认为,随着越来越强调对实际耕作者的保护,经营权的物权属性尽管可以加强,但其具有的债权“底色”仍然不会改变<sup>[14]</sup>。

2.“物权说”。该学说主要是从改革的目的性、物权的必要性和可行性角度来论证。孙宪忠认为,“三权分置”改革的一个重要目标就是实现经营权的抵押功能,而只有赋予经营权物权属性,才能实现这样的功能<sup>[15]</sup>。陶钟太朗等认为,由于物权在法律上受到的保护更强,能够避免经营主体的土地被随意收回,能够有效保障其生产经营活动的稳定性,故为更好地平等保护经营者的权利,有必要将经营权塑造成为物权<sup>[9,16]</sup>。为回避“一物一权”的原则,越来越多的学者开始从权利客体角度来寻求法理上的突破<sup>[17]</sup>。孙宪忠就认为,经营权与承包经营权属于不同

权利客体层次上存在的用益物权,两者并不存在法理上的冲突,将经营权塑造成权利利用益物权具有可行性,并提出可以借鉴德国民法中设置“次地上权”的方式,对经营权进行物权化<sup>[15]</sup>。

3.“两元说”。该学说主要是基于现实中不同的农地流转方式,对经营权属性进行分类论证。如有些学者认为,转包、出租、入股等方式都应该属于债权性流转,而转让、互换等方式都应该属于物权性流转<sup>[18-19]</sup>。也有学者从各地区的实践模式出发,认为“确权确股不确地”方式下分离出的经营权具有物权化的合理空间,而一般的“确权确地”方式下分离出的经营权,将其界定为债权更为妥当<sup>[13]</sup>。

笔者认为,对于农地经营权的性质界定,尽管各学说都在其理论框架内做出了合理论证,但整体上仍然对“三权分置”的制度逻辑和目标定位把握不够,对农地经营权价值功能理解不深,故上述各学说可能还存在以下不足:

1.对农地经营权的系统定位存在偏误。无论是“债权说”还是“物权说”都承认经营权分离自承包经营权,故承包权的定位将直接影响农地经营权的定位问题。但是,无论是“债权说”,还是“物权说”,它们都较少将农地经营权放置在整个“三权分置”框架下,大部分都将承包权直接设定为用益物权,进而在“一物一权”的原则下,“债权说”直接将农地经营权界定为债权,而“物权说”则将其界定为用益物权。然而,笔者认为,在遵循“三权分置”改革目标和法理逻辑前提下,农地的承包权应当是一种兼具身份性和财产性的成员权(成员权在农地方面的具体化)<sup>[20-21]</sup>,而农地经营权更应当被界定为以农地为客体的用益物权。

2.对农地经营权的价值功能考虑不足。任何一项权利都承载着相应的价值功能,深入把握这些价值功能是构造权利的关键。“三权分置”中的农地经营权应该具备农业生产功能、流转功能和抵押担保功能。若将农地经营权界定为债权,那么各种农地流转实质上就是租赁性质的,就必须遵循《合同法》之规定,其流转期限不得超过二十年,承租人也不得享有转让、抵押租赁物的权利<sup>[22-23]</sup>,经营权的再流转和抵押担保功能也就无从实现。若将农地经营权界定为权利利用益物权,那么经营权的权利客体就变成了权利而非农地,这不仅直接将未流转农户排除在权利之外(由于未分离出权利客体),而且也有悖于《物权法》中用益物权客体只能是不动产或动产之规定,还有可能在未来引起农地的“虚拟化”流动,进而不利于农地经营权价值功能的实现。

3.对农地经营权的生成逻辑存在认识错误。尽管“二元说”对现实中的流转情况划分得更加细致,也具有一定的解释力,但其对农地经营权的生成逻辑存在认识偏差。从农地经营权的生成来看,不仅包括由于农地流转而分离出的经营权,也包括未流转农地的经营权(经营权仍内置于承包经营权之内),但凡是依照法律程序对经营权进行了物权登记,都应当被界定为物权性质。“二元说”只关注农地流转时的经营权,而将未流转农地的经营权排除在外,忽视了“三权分置”的全局意义。另外,现实中的一些流转方式,也并未分离出经营权或经过物权化程序,如农地的“互换”和“退出”实质是权利主体的变更,并不涉及经营权问题,而代耕、租赁虽然分离出了经营权,但由于没有经过物权化程序,其也不属于物权化的流转。

通过上述讨论,笔者认为,“债权说”存在明显的不足,其无法充分实现农地经营权应该具有的价值功能,也无法满足“三权分置”目标要求,更无法对现实需求做出应有的回应。“二元说”存在过度解读之嫌,其对农地经营权的生成存在认识错误,可以将其与其他两种学说合并。“物权说”紧扣“三权分置”改革的主旨和关键,不仅有效回应了实践需求和中央政策要求,也具有一定的法理支撑,该种观点值得赞同。但是,笔者并不赞同“物权说”中权利利用益物权的说法,认为应该将农地经营权塑造成以农地为权利客体的不动产用益物权。需要注意的是,若赋予农地经营权完整的物权属性,可能会出现经营权一家独大而侵犯所有权和承包权的情况。对此,还需要从实际出发,以“三权分置”改革目标和经营权价值功能为准绳,在对农地经营权进行物

权化塑造基础上,对其权利内容做出适当的规定。

## (二) 农地经营权的内容

权利内容决定着权利的范围和边界,体现了权利质的规定性<sup>[11]</sup>。在明确了农地经营权的物权性质之后,最重要的是尽快厘定农地经营权的权利内容。由于经营权派生于承包经营权,因此,在研究农地经营权权利内容时,大部分学者都将其与承包权放置在一起讨论。张红宇认为,农地的承包权更多地表现为占有权和处置权,以及衍生而来的继承权、退出权等,而农地的经营权更多地表现为耕作权、经营权、收益权,以及衍生而来的入股权和抵押权等<sup>[24]</sup>。从现实角度考虑,张力等则认为,农地的承包权在于监督农地的利用、到期收回农地、对农地再次续包、有偿退出农地等,而农地的经营权在于进行农业生产、获得相应收益、处分经营权(再转让、抵押)等<sup>[9]</sup>。通过经营权和承包权的对比,吴晓佳认为,经营权最根本的是耕作并获得收益的权利,具体包括利用土地进行耕作的权利、合理利用土地的权利、再流转或设定抵押的权利、农地被征收时获得相应补偿的权利<sup>[25]</sup>。从权利的生成角度考虑,丁文认为,农地经营权内容既有“承继”也有“续造”,其应该包括占有权、使用权、收益权以及对本权的处分权等<sup>[11]</sup>。

可以看出,学术界对于农地经营权的权利内容已经做了详细讨论,也取得了一些共识,但仍存在以下不足:第一,权利划分层次不统一,如将耕作、经营、再流转、抵押等权利与收益权、处分权等权利并列,这一定程度造成了权利内容划分混乱。第二,对权利内容的构造更多集中在法理层面,对农地经营权的性质和价值功能考虑不足。在对农地经营权权利内容进行构造的过程中,应当充分考虑农地经营权的性质、价值功能以及“三权分置”的目标定位。基于此,笔者认为,农地经营权的权利内容应该包括以下几个方面:

1. 占有权。占有权是指经营权人凭借承包合同或流转合同,对取得的土地进行实际控制和管理的权利。从物权法理论来看,承包权和经营权的分离,实质上是权利的间接占有与直接占有的分离问题<sup>[26]</sup>。当承包经营权人分离出经营权后,新的经营权主体就成为该土地的直接占有人,但原有承包主体仍享有间接占有的权利。正是由于这种直接占有的特点,不仅能促进经营权的各项价值功能得到有效发挥,而且能保障经营权主体有效行使其他各项权利,故占有权是经营权的基础。

2. 使用权。使用权是指经营权人享有对其占有的农地进行直接使用的权利。经营权作为一项用益物权,基于物权理论,其必须要具备使用权能。使用权能包括经营性使用、生活性使用和公益性使用<sup>[27]</sup>。对于农地经营权而言,尽管其使用权能更多是经营性的,但其中仍然夹杂着公益性因素。为更好地实现自身收益,经营权人可以自由组织农业生产活动,而不受其他主体(政府、村集体和承包户等)干扰。但是,由于公益性因素的存在,经营权人在对农地的使用过程中,仍需遵守国家的相关规定,如维持土地的农业用途,坚持土地的合理利用、保障国家粮食安全等,而这也是为了更好地发挥经营权的农业生产功能。

3. 收益权。收益权是指经营权人通过生产经营活动或对农地的处分而获得相应收益的权利。对经营权人而言,获得经营权的目的是为了追求相应的收益,因而收益权是经营权的核心权能,应当给予重点保护。从“三权分置”实践来看,农地的收益权主要体现在三方面:一是由于开展农业生产经营活动而获得收益的权利,其中包括生产经营收益和国家相应的补贴收益(种地保险赔偿费用补贴、有机化肥使用补贴、农机购置补贴等);二是由于对农地进行再流转或抵押担保而获得相应收益的权利,但这种对农地的处分行为必须要在经营权的法定范围内进行;三是出现农地征收情况时,经营权人依法获得相应补偿收益的权利,其中包括青苗补偿和地上附着物补偿等,但如果流转合同中对这部分补偿收益已有约定,应按照合同约定执行。

4. 处分权。处分权是指经营权人在其所拥有的权利范围内,对农地进行相应处分的权利,包括再流转、抵押担保、入股、信托等。尽管从物权法理论来看,作为他物权性质的经营权,其权



利人并不具备对农地进行事实处分的权能。但是,法律上的处分更多是作用于某项权利的行为,其处分的对象更多的是一项权利或法律关系<sup>[28]</sup>。对于农地的承包经营权,法律目前已经赋予其流转、入股、退出等权能,但还未完全赋予其抵押担保权能。对于农地的经营权,目前在法律方面还属于空白,政策上也对其处分权能限制较多,如《意见》中强调,对于农地的再流转或者抵押,必须要经过原承包户或其代理人同意,并经过集体备案。基于经营权的物权属性和其具有的价值功能,笔者认为,农地经营权应该具备相应的处分权能,进而才能保障其再流转、抵押担保等功能的实现。

## 四、乡村振兴背景下农地经营权的立法回应

我国有关农地的立法和修法相对滞后,难以适应农业发展的现实需求,难以为乡村振兴提供必要的法律支撑。因此,要实现农地“三权分置”和推进乡村振兴,亟须对农地经营权进行法律化表达。前文从解析“三权分置”的制度逻辑和目标定位入手,提炼农地经营权的价值功能,在此基础上,对农地经营权的性质和内容进行了深入探讨,为农地经营权立法奠定了理论基础。农地经营权的法律化表达,既需要遵循固有的法理逻辑,也需要进行必要的理论创新,找寻现实趋势与法理逻辑之间的共融之道。

### (一) 农地经营权法律化的思路

对于农地经营权法律化的思路,一些学者认为应该进行创新思维,从立法论的角度塑造制度实现框架<sup>[9,29-30]</sup>,但也有一些学者认为应该遵循现有法律,从解释论的角度对相关法条进行合理解释即可<sup>[26,31]</sup>。笔者认为,法律的修改并非一蹴而就,本轮农地制度改革再次采取“地方实践—政策确认—法律跟进”的中国特色法律演进模式。这种立法模式具有尊重社会实践、注重政策引领的特点,但也显示出法律的滞后性特点。从现实发展来看,“三权分置”实践在不断深化,经营权分离逐渐成为普遍现象,一些地区的流转实践也已超出现有法律框架。可以说,我国“三权分置”改革已经完成了政策确认,目前已经到了总结地区实践、实现法律化表达的关键时期。农地经营权的法律化不应该是一个完全的“破旧立新”过程,其应该是在既有法律框架下,实现法律的适度创新过程。要想实现农地经营权的法律化表达,既需要从立法论角度对新生权利进行适当塑造,又需要从解释论角度对相关政策进行适应性解释。因此,农地经营权的法律化应该秉承务实态度,着眼于“三权分置”的目标和原则,结合各地区的改革实践,在既定法律框架内,逐步对《农村土地承包法》《土地管理法》《物权法》等相关法律进行修订,进而逐步实现经营权的法律化表达。

### (二) 农地经营权法律化的原则

中共中央总书记习近平在庆祝全国人民代表大会成立60周年大会上的讲话中提出,“要坚持问题导向,提高立法的针对性、及时性、系统性、可操作性,发挥立法引领和推动作用”<sup>[32]</sup>。十九大报告中也强调,要“推进科学立法、民主立法、依法立法,以良法促进发展、保障善治”。笔者认为,现阶段农地经营权只是一个政策概念,其法律化既要秉承既有的立法原则,又要着眼于“三权分置”目标和各地区改革实践,应该遵循以下原则:

1. 合法合宪原则。在立法过程中,始终坚持合法合宪原则,是保障立法活动合法性和有效性的前提。作为一项新生权利,农地经营权的法律化虽然有一定的创新空间,但仍要同国家现有法律保持一致,如坚持农村土地集体所有制和家庭承包经营制度不动摇等。

2. 科学立法原则。坚持科学立法是制定良法的关键,立法活动需要尊重和体现社会发展的客观规律<sup>[33]</sup>。随着“三权分置”实践的不断深入,经营权法律化已具有深厚的实践积淀。因此,在农地经营权法律化过程中,需要着眼于地区实践,深入总结经营权在实践中所呈现的规律,增

强立法的科学性。

3.民主立法原则。民主立法的核心是立法要为了人民、依靠人民<sup>[34]</sup>。“三权分置”是实践的产物,其背后有着深厚的群众基础,农民有保留承包权而流转经营权的意愿,新型经营主体有将经营权进行物权化的诉求。因此,在农地经营权法律化过程中,要切实维护各类主体的利益,做到集思广益、凝聚民智,最大程度达成立法共识。

4.可操作性原则。可操作性是指所制定的法律必须切实可行且易于实现。经营权的法律化是一项系统工程,涉及多部法律的修改,不同法律之间还存在相互冲突的情况,使得一些立法建议可操作性不强。因此,在农地经营权法律化过程中,不仅要统筹考虑不同法律之间的衔接,而且要做到着眼现实问题,贴合地区实践,进而增强法律的可操作性。

### (三)农地经营权立法内容

“三权分置”中经营权的生成,需要得到法律上的确认,最终需要体现在相关法律条文之中。上文已经对农地经营权的性质和内容进行了深入分析,这为经营权的立法奠定了基础。本部分主要从具体的立法内容来讨论农地经营权的立法表达。

1.农地经营权的法律名称。作为一项新生权利,对于经营权的法律名称学术界还存在争议。有学者认为,采用“耕作权”比“经营权”更合适,其不仅能显化土地的用途,还能够有效区别于现有的“承包经营权”<sup>[15]</sup>。也有学者从土地的用途和使用角度考虑,认为应该采用“农地使用权”来命名<sup>[35]</sup>。虽然以“耕作权”或“农地使用权”命名的观点都具有一定合理性,但它们都未能充分体现“三权分置”的政策意旨,也容易造成相关概念的混乱。笔者认为,随着“三权分置”改革的不断深入,“经营权”这一名称已经逐渐被社会各界接受,因此,在经营权法律化过程中,建议仍然沿用“经营权”这一名称。

2.农地经营权的主体。对于农地的所有权主体和承包经营权主体,法律已经有相对明确的界定,但对于农地经营权主体,法律还未进行相应界定。目前法律对承包经营权主体有严格的限制,不仅只限于农民,而且必须是本集体经济组织成员<sup>[29]</sup>。但事实上,随着农地流转的不断发展,实际经营主体早已突破了原有限制,相关政策也对农地经营权主体适当放开,已经不再限定于农民身份和本集体经济组织成员。因此,为适应现实发展和满足改革需要,笔者认为,在经营权法律化过程中,应该将经营权主体范围扩展至本集体以外的所有民事主体,包括种植大户、农民合作社、家庭农场、农业企业等各类主体。

3.农地经营权的取得。农地经营权作为一项物权,其取得方式可以包括签订合同、地权发证、不动产登记等<sup>[15]</sup>,其中合同又包括原始的土地承包合同和新签订的土地流转合同。从现实情况看,目前农地经营权的取得方式包括口头约定、签订合同两大类,承包经营权登记颁证也可视为经营权取得的一种方式。但从法律层面讲,权利的取得必须建立在相应的法律之上,而我国目前的法律中尚无有关农地经营权取得之规定。在物权法解释论下,物权要以登记为生效要件,而作为以农地为客体的用益物权,农地经营权的取得也应该进行登记<sup>[36]</sup>,必要时还需要经过相应的公示。可以说,权利的登记应该成为农地经营权物权化的重要步骤。因此,笔者认为,在经营权法律化的过程中,农地经营权的取得要以合同约定为基础,以权利登记为生效要件,未来还应尝试颁发相应的农地经营权证书<sup>①</sup>。

4.农地经营权的灭失。农地经营权具有一定的存续期间,因而也会出现权利灭失的情形。农地经营权的灭失可以分为以下两类:一类是经营权的收回,即原有承包经营权人重新收回经营权,又包括经营权期满收回(经营权人亦无续约意愿)和经营权被动收回(违反合同约定,如

① 实际上,一些地区已经出现了农地经营权颁证的尝试,如宁夏回族自治区平罗县为规模经营主体颁发流转经营权证书,并赋予其抵押担保功能,取得了一定的效果。但是,目前颁发农地经营权证书还只是个别地方的实践,未来还需要总结经验、逐步推广,并最终实现证书的规范化和法律化。



长期拖欠流转费用、破坏农地等)。出现经营权收回情况时,除了要解除相关合同外,还要及时进行相应的权利变更登记。另一类是经营权的丧失,即永久性失去对农地进行生产经营的权利,又包括权利标的物丧失(农地被征收、农地受灾损毁等)和权利主体丧失(经营权人死亡、经营主体破产等)。出现经营权丧失情况时,也要及时进行相应登记,其中出现标的物丧失时需进行注销登记,出现权利主体丧失时需进行变更登记。需要指出的是,如果经营主体已经缴纳多年的经营费用或进行了大量投资,在出现经营权灭失情况时,也要注意其合法权益的保护。因此,笔者认为,在经营权法律化过程中,农地经营权的灭失要以权利的实际变动为基础,以权利登记为生效要件。

## 五、结语

农地“三权分置”是乡村振兴的关键抓手,随着改革的不断深入,农地经营权的分离已经成为必然趋势。在此背景下,如何界定农地经营权的性质,构造农地经营权的内容,实现农地经营权的法律化,是目前亟须研究的问题。本文以乡村振兴为背景,沿着农地经营权“体系定位—法律化问题—立法回应”的逻辑脉络,研究农地经营权的法律化表达问题,得出如下结论:

第一,作为一项新生成的权利,农地经营权在其构造之初就应该具备相应的价值功能。基于农地经营权在“三权分置”中的体系定位,其应该具备农业生产功能、流转功能和抵押担保功能。

第二,权利性质影响权利内容配置,权利内容决定权利的范围和边界。从经营权价值功能和物权法理论考量,农地经营权应当被界定为以农地为客体的“不动产用益物权”,应该包括占有权、使用权、收益权和处分权等权利内容。

第三,农地经营权的法律化不是完全的“破旧立新”过程。从立法论和解释论角度考虑,农地经营权的法律化应该是在既有法律框架下,坚持合法合宪原则、科学立法原则、民主立法原则和可操作性原则,对原有法律进行修订和完善。在法律修订过程中,应继续沿用“经营权”这一表述,并将权利主体范围扩展至本集体经济组织成员以外的所有民事主体,权利的取得和灭失也要以登记为生效要件,未来还可以尝试颁发农地经营权证书。

致谢:感谢南京农业大学人文与发展学院付坚强教授给本文提出的建议!

## 参考文献:

- [1] 管洪彦,孔祥智.农村土地“三权分置”的政策内涵与表达思路[J].江汉论坛,2017(4):29-35.
- [2] 韩长赋.再谈“三权”分置[J].农村经营管理,2017(12):6-8.
- [3] 张旭鹏,卢新海,韩琛.农地“三权分置”改革的制度背景、政策解读、理论争鸣与体系构建:一个文献评述[J].中国土地科学,2017(8):88-96.
- [4] 人社部.农民工已超2.8亿 将推进农民工市民化[EB/OL].(2017-03-14).<http://politics.people.com.cn/n1/2017/0314/c1001-29145332.html>.
- [5] 农业部.全国承包耕地流转比例已超过三分之一[EB/OL].(2016-11-17).[http://www.xinhuanet.com/politics/2016-11/17/c\\_1119933443.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2016-11/17/c_1119933443.htm).
- [6] 农业部.扶持新型农业经营主体 振兴乡村[EB/OL].(2017-12-16).<http://news.sina.com.cn/s/2017-12-16/doc-ifypsvkp3782936.shtml>.
- [7] 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[N].农民日报,2013-11-18(01).
- [8] 黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:法律出版社,1997:58.
- [9] 张力,郑志峰.推进农村土地承包权与经营权再分离的法制构造研究[J].农业经济问题,2015(1):79-92,

111-112.

- [10] 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.
- [11] 丁文. 论“三权分置”中的土地经营权[J]. 清华法学, 2018(1): 114-128.
- [12] 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.
- [13] 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, 176-177.
- [14] 李伟伟. “三权分置”中土地经营权的权利性质[J]. 上海农村经济, 2016(2): 28-29.
- [15] 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, 208-209.
- [16] 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, 127.
- [17] 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.
- [18] 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.
- [19] 孙中华. 关于农村土地“三权分置”有关政策法律性问题的思考[J]. 农业部管理干部学院学报, 2015(1): 1-5.
- [20] 丁文. 论“三权分置”中的土地承包权[J]. 法商研究, 2017(3): 15-26.
- [21] 张文宇. 从“两权分离”到“三权分离”[N]. 新农村商报, 2014-01-15.
- [22] 黄凯平. 试析农地“三权分置”下土地经营权的法律性质[J]. 学海, 2017(4): 188-194.
- [23] 吴兴国. 承包权与经营权分离框架下债权性流转经营权人权益保护研究[J]. 江淮论坛, 2014(5): 13, 123-126.
- [24] 张红宇. 我国农业生产关系变化的新趋势[N]. 人民日报, 2014-01-14 (007).
- [25] 吴晓佳. “三权分置”的核心要义是放活土地经营权[J]. 农村经营管理, 2016(12): 13-14.
- [26] 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): 88-100.
- [27] 房绍坤. 用益物权基本问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 190
- [28] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 下册[M]. 王晓晔, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 436.
- [29] 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.
- [30] 高飞. 土地承包权与土地经营权分设的法律反思及立法回应: 兼评《农村土地承包法修正案(草案)》[J]. 法商研究, 2018(3): 3-14.
- [31] 李国强. 论农地流转中“三权分置”的法律关系[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015(6): 179-188.
- [32] 习近平. 在庆祝全国人民代表大会成立60周年大会上的讲话[N]. 人民日报, 2014-09-06(002).
- [33] 张德江. 全国人民代表大会常务委员会工作报告: 2014年3月9日在第十二届全国人民代表大会第二次会议上[J]. 中国人大, 2014(6): 4-12.
- [34] 习近平. 关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明[J]. 求是, 2014(21): 16-23.
- [35] 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.
- [36] 陶钟太朗, 杨环. 农地“三权分置”实质探讨: 寻求政策在法律上的妥适表达[J]. 中国土地科学, 2017(1): 64-72.

(责任编辑: 刘浩)