

【土地问题】

# “三权”分置的法构造

## ——以 2019 年《农村土地承包法》为分析对象

高海

(安徽财经大学 法学院,安徽 蚌埠 233030)

**摘 要:**2019 年《农村土地承包法》中“三权”分置的规定不仅是“三权”分置政策法律化的重要立法实践,而且可能被直接搬进民法典物权编。新法将土地承包权定性为用益物权且无成员权性承包权的直接明确表达,将流转作为土地承包经营权分置出经营权的法律事实,将经营权定性为债权和用益物权二元性,在土地经营权的权利性质、分置机制乃至土地承包经营权主体、承包关系再延长 30 年等方面的规定基本具有可行性或预留了改革空间。但是,在土地承包经营权转让、如何区分第三方经营权的性质、承包方应否享有经营权,以及经营权基于何种法律事实产生、第三方经营权的权能、其他方式承包之土地承包经营权与经营权关系处理等方面,尚需斟酌和进一步完善。

**关键词:**农村土地承包法;三权分置;承包权;经营权;用益物权

**中图分类号:**D912.3      **文献标志码:**A      **文章编号:**1671-7465(2019)01-0100-10

2018 年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《修改<农村土地承包法>的决定》,修改后的《农村土地承包法》(以下简称“新法”)于 2019 年 1 月 1 日起施行。新法以“三权”分置为主导思想,将 2003 年施行的《农村土地承包法》第二章第四节“土地承包经营权的保护”和第五节“土地承包经营权的流转”,分别改为第四节“土地承包经营权的保护和互换、转让”与第五节“土地经营权”,几乎重写了这两节。新法将承包地“三权”分置之承包权主要用土地承包经营权直接表达,表明土地经营权是基于流转直接派生于土地承包经营权,并以此贯彻落实 2016 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》和党的十九大报告要求“完善承包地‘三权’分置制度”的战略部署。在学界对“三权”分置的权利结构和实施路径尚存诸多争议的情形下,本文在梳理、比较新法中与“三权”分置相关的条款设计并进行体系化解读,阐释其主要思路的基础上,试图寻求共识,揭示其尚存问题,再力促形成具有较强现实回应性、逻辑严密之“三权”分置的制度设计。

### 一、“三权”分置之土地承包权的法构造

#### (一)土地承包权性质的立法表达

“三权”分置之土地承包权的法律性质是成员权(取得承包地的资格)还是用益物权(实际享有承包地的权利),在学界尚存争议。实际上,现有实定法中尚没有将承包权明确定性为成员权的直接界定。只是 2003 年《农村土地承包法》第 5 条第 1 款“农村集体经济组织的成员,有权

---

收稿日期:2018-05-18

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立项课题“农地三权分置的实践探索与法律表达”(18VSJ061);中国法学会重点委托课题“城乡融合发展的法治保障研究”(CLS[2018]ZDWT22)

作者简介:高海,男,安徽财经大学法学院教授,法学博士。

依法承包经营由本集体经济组织发包的土地,享有土地承包经营权”规定中的“有权”,具有承包资格的意思,对应成员权性承包权。显然,2003 年《农村土地承包法》只是隐含地涉及成员权之承包权,并没有以“承包权”的命名直接表达承包资格。尽管 1993 年《农业法》第 13 条第 3 款“承包期满,承包人对原承包的土地……水面享有优先承包权”中有“承包权”的表达,但是其不仅特指基于先前的承包行为产生之优先承包的资格,而且还包括可以由非本集体经济组织成员以其他方式承包之“四荒地”优先承包权,显然不同于本集体经济组织成员基于成员身份享有之成员权性承包权;何况,该规定在 2002 年和 2012 年修订《农业法》时均已被删除,改由第 10 条将农村土地承包经营转引致《农村土地承包法》。故,1993 年《农业法》第 13 条第 3 款中的“承包权”也不宜被视为成员权性承包权在现行实定法上的表达。

新法在保留 2003 年《农村土地承包法》第 5 条第 1 款规定的同时,还增加第 9 条规定“承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营”。这也是新法将《农村土地承包法(修正案草案一审稿)》(以下简称《一审稿》)中多处土地承包权恢复为土地承包经营权后,仅剩的一处土地承包权的规定。

正如不宜将《一审稿》第 6 条第 2 款“土地承包权是指农村集体经济组织成员依法享有的承包土地的权利”的规定,解读为土地承包权被定性为成员权的直接、明确规定<sup>①</sup>一样,基于体系化解释,新法第 9 条中的土地承包权并非指承包资格,而是指实际取得承包地的权利,是承包方流转土地经营权后剩余的土地承包经营权的简称或代称,具有用益物权性质,不是成员权性承包权。理由有二:(1)成员权性承包权基于成员资格享有,只要不丧失成员资格就不丧失成员权性承包权。故,成员权性承包权本来就不因土地经营权流转而受影响,承包方“流转其承包地的土地经营权”时,不需要特别强调不影响其依法享有的成员权性土地承包权——不强调亦不丧失成员权性承包权。(2)新法第 44 条“承包方流转土地经营权的,其与发包方的承包关系不变”的表达,有阐释“保留土地承包权”之效。因为新法第 44 条中“承包方与发包方的承包关系不变”显然应当是指已经取得承包地之现实的承包关系不变,这就表明承包方流转土地经营权后依然享有土地承包经营权。而承包方流转土地经营权后依然享有的土地承包经营权的简称或代称即为新法第 9 条中的土地承包权。这也足以说明,承包地“三权”分置之承包权提出后,在原有成员权性承包权的基础上新增了用益物权性承包权——作为土地承包经营权简称的土地承包权自然承继土地承包经营权的用益物权性质,承包权开始有了成员权性承包权与用益物权性承包权的区分<sup>[1]</sup>。

新法第二章第四节“土地承包经营权的保护和互换、转让”的规定,既适用于承包方流转土地经营权之前的土地承包经营权,也应适用于流转土地经营权之后的土地承包经营权。由是观之,新法已将承包地“三权”分置的权利结构表达为“所有权+土地承包经营权(不动产用益物权)+经营权”,亦即按照新法第二章第四节的规定,承包方流转土地经营权后,剩余的权利在绝大多数情况下依然被称为土地承包经营权,而非土地承包权;新法中唯一一处土地承包权的规定,其目的主要在于落实承包地“三权”分置政策用语中“保留土地承包权”的要求。

## (二) 土地承包经营权转让的立法革新

新法主要以土地承包经营权直接表达“三权”分置之承包权后,将 2003 年《农村土地承包法》第五节“土地承包经营权的流转”中的互换与转让,移至新法第四节“土地承包经营权的保护和互换、转让”名下,通过缩限家庭承包地流转的范畴,明确互换和转让无法派生“三权”分置之经营权,值得肯定。但是,新法第 34 条“经发包方同意,承包方可以将全部或者部分的土地承

<sup>①</sup> 有学者指出,“三权”分置中的土地承包权在《农村土地承包法》第 5 条已有明确的含义,不应界定为“分离出经营权之土地承包经营权的代称”,其性质应为成员权。参见丁文:《论“三权分置”中的土地承包权》,《法商研究》2017 年第 3 期。

包经营权转让给本集体经济组织的其他农户……”的规定,仍存在一定不足。其不足不在于第34条将受让对象限于本集体经济组织的其他农户,此种限制不仅是落实中央政策部署<sup>①</sup>的体现,而且还契合“三权”分置之农户保留承包权的政策意蕴;如果允许本集体经济组织之外的人取得土地承包经营权,就会造成放活土地承包经营权的现象或者弱化新设土地经营权的意义,突破新法第16条对家庭承包之土地承包经营权主体的规定。

新法第34条土地承包经营权转让之规定的不足,主要体现在与其配套的农户优先受让权和受让比例限制的缺失,具体完善对策是:(1)宜增加“人地矛盾”较突出农户的优先受让权。在转让已经从新法规定的土地经营权流转方式中移出且土地承包经营权受让人限于本集体经济组织内部的情形下,新法第38条规定的土地经营权流转时同等条件下本集体经济组织成员享有优先权的原则,无法适用于土地承包经营权转让。为了体现土地承包经营权对集体成员的保障功能,也为了限制承包地过于集中或集体成员之间承包地面积悬殊,宜增加户内集体成员人数较多、承包地偏少之“人地矛盾”较突出农户的优先受让权。(2)宜借鉴类似集体资产股权的比例限制。2016年5月1日施行的《浙江省农村集体资产管理条例》第30条第3款规定:“村集体经济组织每个成员通过折股量化和转让持有的农村集体资产股权不得超过本组织股权总数的百分之三”。广东省顺德区2012年《关于开展规范和完善顺德区农村股份合作社组织管理试点工作的意见》规定:“股东通过受让、受赠方式累计取得的股份,不应超过股份合作社总股份数的5%(或股份合作社的股东,其个人所持股份不应超过股份合作社总股份数的1%)”。由是观之,应当借鉴上述限制集体资产股权受让比例的规定,设计限制本集体经济组织成员受让土地承包经营权的比例,防止承包地过于集中,同时为“人地矛盾”较突出农户受让土地承包经营权预留执行空间。

## 二、“三权”分置之土地经营权的法构造

新法第9条阐明土地承包经营权分置出土地经营权的法律事实是流转之后,于第二章第五节“土地经营权”名下规定了土地经营权的流转方式(第36条)、流转原则(第38条)、流转收益(第39条)、登记效力(第41条)、再流转(第46条)、融资担保(第47条)等。比较研析相关条款之后,着重评析如下法构造。

### (一)土地经营权产生机制:土地经营权分置的法律事实

新法第9条规定“承包方……也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权”,第36条规定“承包方可以自主决定依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权”。由是观之,以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分置出土地经营权,流转应当是土地承包经营权与土地经营权分置的法律事实。而且,在家庭承包的土地承包经营权流转已经被新法第二章第四节和第五节肢解为土地承包经营权互换、转让和土地经营权流转,已经不再提及家庭承包的土地承包经营权流转的语境中,新法第9条的“流转”,应是第五节第36条界定的流转,即应当是土地经营权以出租(转包)、入股或者其他方式流转。

在以土地经营权流转取代家庭承包的土地承包经营权流转的新法立法语境中,会形成土地经营权流转产生土地承包经营权和土地经营权分置,派生出土地经营权的“悖论”:土地经营权流转(或流转土地经营权)通常应理解为土地经营权先产生再流转,2003年《农村土地承包法》之土地承包经营权流转就是先有土地承包经营权,再发生土地承包经营权流转。而按上述逻辑

<sup>①</sup> 《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》(中办发[2014]61号)要求:“以转让方式流转承包地的,原则上应在本集体经济组织成员之间进行,且需经发包方同意。”



在土地经营权流转中派生土地经营权会导致自相矛盾——土地经营权流转意味着土地经营权在流转前已经独立存在,不应再基于流转才派生土地经营权。

本来从土地承包经营权与土地经营权分置的发展脉络看,土地经营权是土地承包经营权以出租(转包)、入股等方式(互换和转让除外)流转而分置产生。无疑,新法如果保留土地承包经营权流转并以此为土地经营权产生的法律事实,既顺理成章又可消解上述“悖论”。但是换个角度看,其实新法第9条中“流转土地经营权”的表达,也未尝不可。以出让方式设立的国有土地使用权或国有建设用地使用权,理论界和立法中普遍存在国有土地使用权出让或国有建设用地使用权出让<sup>①</sup>的提法,但是并不妨碍“国有建设用地使用权出让”是指“基于出让才派生国有建设用地使用权”的本意,而没有也不应被误读为“出让的是国有建设用地使用权”。据此,土地经营权流转或流转土地经营权的表达,也可以解读为基于流转才派生土地经营权——起码包括此种解读。而且,就避免土地承包经营权流转与土地经营权流转分别立法之啰嗦而言,采取土地经营权流转包容土地承包经营权流转派生土地经营权的技术处理,亦可理解。

实际上,新法中土地经营权流转的内涵较为丰富,至少可以类型化为两种:(1)承包方流转土地,导致土地承包经营权与土地经营权分置,派生出第三人享有的土地经营权。如新法第9条和第36条的规定。(2)第三人取得土地经营权后,再将土地经营权流转给其他人。如新法第46条“经承包方书面同意,并向本集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权”的规定。

## (二)土地经营权法律性质与融资担保的二元性

“土地经营权的定性是一个政策选择问题,定性为物权性土地使用权(用益物权)或债权性土地使用权均无不可”<sup>[2]</sup>。新法第47条规定:“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包方备案,可以向金融机构融资担保”。显然,规定土地经营权融资担保(包括抵押和质押的二元性)而没有具体化为土地经营权抵押,表明新法对土地经营权法律性质的理论分歧采取了折中包容的态度——有搁置债权论与用益物权论争议之效,为债权和用益物权性质的土地经营权均预留了制度空间,因为“如果经营权为用益物权,则采取抵押担保方式;如果经营权为债权,则采取质押担保方式”<sup>[3]</sup>。新法对土地经营权法律性质的二元性定位,更具适用的灵活性,而且从土地经营权法律性质二元性的视角成就并适应了下述“三权”分置权利结构的双轨制思路。不过,新法第47条的规定会引发下列两个问题。

首先,如何判断土地经营权的法律性质?既然土地经营权具有二元性、土地经营权又是在流转中产生——流转可以理解为是土地经营权产生的法律事实,那么哪些流转方式派生债权性土地经营权,哪些流转方式派生用益物权性土地经营权?毕竟,根据新法第47条的规定,不同性质的土地经营权担保方式也不同,那么为准确选择抵押或质押的担保方式也必然需要辨识土地经营权的法律性质。

新法虽然对土地经营权的法律性质采取了折中包容的态度,但是没有提供何时为债权、何时为用益物权的判断标准<sup>②</sup>,实为一大遗憾。既然流转是分置土地经营权的法律事实,那么可以

① 2018年3月1日,在中国知网“文献”栏中以“国有土地使用权出让”为篇名搜索,有522篇文献;以“国有建设用地使用权出让”为篇名搜索,有202篇文献。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年国务院令第55号)、《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》(国办发〔2006〕100号)、《财政部国有土地使用权出让收支管理办法》(财综〔2006〕68号)均直接以国有土地使用权出让为名;《中共中央 国务院关于进一步推进农垦改革发展的意见》(中发〔2015〕33号)亦规定:“对农垦企业改革改制中涉及的国有划拨建设用地和农用地,可按需要采取国有土地使用权出让、租赁、作价出资(入股)和保留划拨用地等方式处置”,其中国有土地使用权出让本应为以出让方式设立国有土地使用权。

② 虽然新法第41条规定5年以上期限的土地经营权可以申请登记,而且登记可以强化土地经营权的效力,但是登记并非将土地经营权定性为用益物权的充分条件。参见高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》2016年第4期。

基于流转方式的不同确定土地经营权的法律性质;土地承包经营权以出租、转包和入股农民专业合作社<sup>①</sup>的方式发生债权性流转派生出债权性土地经营权,由此使“所有权+土地承包经营权+经营权”之“三权”分置呈现为“所有权+用益物权+债权”的权利结构,此情形中的土地承包经营权即对应政策话语中的“保留承包权”,是承包权人持续获取土地收益的保障;土地承包经营权以入股农村集体经济组织和公司的方式发生物权性流转,会导致土地承包经营权整体让渡并使承包权人取得股权——分置出股权和用益物权性土地经营权,由此使“所有权+土地承包经营权+经营权”之“三权”分置呈现为“所有权+股权+用益物权”的权利结构,即以股权替代土地承包经营权并由股权承载和实现土地承包经营权的保障功能<sup>[4]</sup>。而土地承包经营权以转让的方式发生物权性流转(即指转让给已有承包地的本集体经济组织成员),虽然可以产生能够自由流转的类似于其他方式承包取得之土地经营权,却无法形成“三权”分置,因为根据新法第34条的规定,转让人要退出土地承包关系,不存在其保留用益物权性土地承包权或股权并据此持续获取收益的事实基础。

其次,只有流转才是土地经营权分置的法律事实吗?这涉及应否肯认承包方享有土地经营权。根据新法第9条得出的流转是土地承包经营权与土地经营权分置的法律事实的判断,适用于新法第47条规定时遇到了障碍。因为第47条中“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保”的规定,意味着融资担保无论是采取质押还是抵押,担保客体都是土地经营权,需要土地经营权在采取质押或抵押的方式流转前即已产生,即需肯认承包方享有土地经营权。即使将流转扩大化理解,增加土地经营权流转的第(3)种情形,即在广义的流转中,实质是为了实现流转,土地承包经营权与经营权先分置,承包方再将土地经营权流转给第三人,如此理解,土地经营权虽产生于流转中却并非基于流转才派生,也会存在一定争议或者会认为增加第(3)种情形有些牵强;在第(3)种情形中,土地承包经营权与经营权是分置于土地经营权流转前还是流转中会有争议,认为分置于流转中有些牵强。而且,还会追问:在广义解释流转的第(3)种情形中,土地承包经营权与经营权先于土地经营权流转已经分置的法律事实到底是什么?

据上,如果坚持流转是土地经营权的分置事实而且是唯一分置事实的话,那么尚需再斟酌肯认承包方享有经营权的妥适性<sup>②</sup>,因为流转难以使土地承包经营权与经营权先于土地经营权流转就已经分置并使承包方享有经营权;如果肯认承包方享有经营权,就应否认流转是土地经营权分置的唯一法律事实,还须明确土地承包经营权与经营权先于土地经营权流转就已经分置的流转之外的具体法律事实。可惜,现有研究成果鲜见较有针对性的合理阐释或具体制度设计,特别是承包方依何种法律事实享有用益物权性土地经营权鲜有论及。虽然“农户通过承包合同直接获得以承包土地为客体的原始土地经营权”<sup>[5]</sup>的观点将承包合同的订立视为原始土地经营权创设的法律事实,但是该观点以“三权”分置之承包权系成员权为逻辑前提,完全不同于新法将“土地承包权视为土地承包经营权分置出经营权后的剩余权利,系用益物权”的分置路径,在新法中承包合同的订立只是土地承包经营权的产生事实,而非土地承包经营权分置出土地经营权的法律事实。故,不能将承包合同的订立视为使土地承包经营权与经营权先于土地经营权流转就已经分置的流转之外的具体法律事实。比较而言,学者提出的在家庭承包的土地承包经营权上创设经营权<sup>[6]</sup>的主张具有较大合理性,但是否需要进一步明确通过何种具体法律行

① 实践中土地承包经营权入股农民专业合作社,普遍采取“固定保底+浮动分红”的利益分配方式,这使土地承包经营权入股农民专业合作社呈现出出租和出资的双重属性;土地承包经营权人基于出租属性获取租金性固定保底收益,基于出资属性获得浮动分红。参见高海:《农地入股合作社的组织属性与立法模式——从土地股份合作社的名实不符谈起》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

② 学界有支持和反对承包方成为同一承包地经营权人的不同观点。支持的,参见蔡立东、姜楠:《承包权与经营权分置的法构造》,《法学研究》2015年第3期;反对的,参见高圣平:《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》,《法商研究》2016年第1期。

为创设,尚需深入研究。毕竟,《物权法》中的用益物权都是通过具体的法律行为创设的——土地承包经营权通过发包行为、国有建设用地使用权通过出让或划拨行为。基于上述流转是经营权分置的唯一法律事实与流转不是经营权分置的唯一法律事实两方面各自存在问题的分析,新法肯认承包方享有经营权尚存解释困惑;何况,肯认承包方享有经营权意图实现承包方可以土地承包经营权融资担保的目的,并非只有土地经营权抵押一条路径,完全可以通过土地承包经营权的债权性流转收益权质押予以实现<sup>[4]</sup>。

### 三、“三权”分置之配套制度的法构造

#### (一) 土地承包经营权主体的体系化表达

新法对土地承包经营权主体有两类不同表述:(1)户。新法保留了 2003 年《农村土地承包法》中“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户”的规定。(2)农村集体经济组织成员。新法保留了 2003 年《农村土地承包法》中农村集体经济组织成员有权依法承包土地、妇女享有土地承包经营权等规定;其中保留的“承包人应得的承包收益,依照继承法的规定继承”和“林地承包的承包人死亡”的规定,也说明承包人应当是自然人即农村集体经济组织成员;第 24 条第 2 款还规定“土地承包经营权证或者林权证等证书应当将具有土地承包经营权的全部家庭成员列入”。那么土地承包经营权主体到底是户还是集体成员个人?如何协调新法中两类不同表述可能产生的冲突?毕竟,土地承包经营权主体的确定,对“三权”分置之承包权应否增加继承权权能,是否存在享有成员权性承包权却无承包地的“待地人群”<sup>①</sup>乃至集体土地公有制的实现方式等均有重要影响。

新法既然同时存在户与农村集体经济组织成员的表达,那么可将户视为静态的形式主体,将户内全部本集体经济组织成员视为动态的实质主体——集体成员死亡或丧失集体成员身份的自动退出户内共有,新增集体成员当然加入户内共有。如此解读有如下制度优势:(1)能实现形式主体与实质主体的统一,避免户内未实际分得承包地,却具有成员权性承包权的新增集体成员不能成为土地承包经营权主体,导致静态的户与户内动态的集体经济组织成员之间的不匹配或错位。(2)能使户内所有享有成员权性承包权的新增集体成员享有土地承包经营权,有助于“在承包期内一般不调整承包地”(新法第 28 条)的大原则下避免“待地人群”的大量出现,造成对“集体土地所有权应为所有集体成员提供保障之本质”<sup>[7]</sup>的过度背离,户内新增集体成员也应当然成为实质主体而不宜再视其为“待地人口”。如此理解,也可以契合新法新增加之第 16 条第 2 款“农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益”的立法目的——既然户内成员平等享有承包权益,那么户内就不应存在有地与待地的差别。将机动地、新增地发包给新增人口,不再是使户内所谓的“待地人口”变为有地人口,而是在一定程度上平衡户与户之间的人均承包地面积。

上述将户与农村集体经济组织成员合二为一地解释为土地承包经营权主体,还有助于理解为何新法照搬了 2003 年《农村土地承包法》的内容,没有规定土地(林地除外)承包经营权继承,理由是:集体成员死亡自动退出实质主体,土地承包经营权不能成为其遗产;新增集体成员当然成为实质主体,并平等享有户内承包地的各项权益——不是基于继承取得土地承包经营权

① 有专家主张“‘长久不变’后的外嫁女、入赘男、离婚妇、新生儿等家庭新老成员,是该家庭已获得的承包权的共有人,不能再简单地称为‘无地人口’”。参见叶兴庆:《农村集体产权权利分割问题研究》,《新金融评论》2015 年第 4 期。



才享有。这也是裁判文书不支持土地承包经营权继承的基本逻辑<sup>①</sup>。此外,新法第32条第2款保留了2003年《农村土地承包法》中“林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期内继续承包”的规定,该款因为明确了“继承人继续承包”而非“户内农村集体经济组织成员继续承包”,所以实质上具有林地承包经营权继承的效果<sup>②</sup>——继承人包括户内农村集体经济组织成员之外的人。显然2003年《农村土地承包法》和新法对林地承包与土地承包采取了可继承与不能继承的不同规定,由此引发林地承包经营权与土地承包经营权主体制度上的差异:前述集体成员死亡自动退出实质主体,新增集体成员当然成为土地承包经营权实质主体的解释,无法适用于林地承包经营权;相反,集体成员死亡并不自动退出林地承包经营权——林地承包经营权可以成为其遗产,新增集体成员也不是当然成为而是通过继承成为林地承包经营权的实质主体。就此而言,前述新法第16条第2款的规定未必适用于林地承包经营,否则会引发新法第16条第2款与第32条第2款之间的冲突。基于此,新法第24条第2款“土地承包经营权证或者林权证等证书应当将具有土地承包经营权的全部家庭成员列入”的规定,需正确解读,因为土地承包经营权证和林权证上列入的具有土地承包经营权的全部家庭成员的范围存在差异:前者包括户内具有本集体经济组织成员身份、享有成员权性承包权的新增人口,而后者不仅不包括户内具有本集体经济组织成员身份、只享有成员权性承包权的新增人口——其未继承前不享有用益物权性承包权,还可能基于“继承人继续承包”而包括户外非本集体经济组织成员。正因存在上述差异且容易被忽视或导致实践混淆,新法第24条第2款将土地承包经营权证和林权证同款规定是否妥当,值得斟酌。

## (二)承包期再延长30年的落实

新法第1条中规定“保持农村土地承包关系稳定并长久不变”,第21条第1款和第2款中规定“耕地的承包期为三十年。……前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年”。

上述规定引发的疑问是:如何落实再延长30年不变——第二轮到期后还要不要调整?就新法第1条与第21条第2款的关系而言,后者的“再延长30年不变”实际上是落实前者“长久不变”的具体形式,而且从更有利于落实“长久不变”的角度看,第二轮到期宜坚持不重新发包即不大调整原则。此外,从“三权”分置和农业经营体制创新宜保持经营权稳定性而言,亦不宜大范围调整承包地。如果调整,会导致经营权短期化乃至经营权地块归属的不确定性,进而影响农业经营主体的创新或优化升级;特别是在第二轮承包期只剩10年左右(若从生效后的民法典物权编将土地经营权物权法定为用益物权之日起算剩余年限会更短),而用益物权性土地经营权需要较长期限保持稳定<sup>③</sup>的情况下,更不宜大范围调整承包地。何况,纯粹获利的集体成员

① 参见江西省赣州市中级人民法院(2017)赣07民终3477号判决书、湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2017)鄂28民终237号判决书、黑龙江省鹤岗市中级人民法院(2017)黑04民终178号判决书、贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2017)黔27民终116号判决书、山西省临汾市中级人民法院(2017)晋10民终2744号判决书、辽宁省抚顺市中级人民法院(2016)辽04民终2005号裁定书、海南省海口市中级人民法院(2017)琼01民终352号判决书、山东省青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终7727号判决书、甘肃省兰州市中级人民法院(2017)甘01民终264号判决书、内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院(2017)内01民终3924号判决书、江苏省徐州市中级人民法院(2017)苏03民终6817号判决书、四川省眉山市中级人民法院(2016)川14民终1022号判决书、河北省石家庄市中级人民法院(2017)冀01民终4960号裁定书、天津市第一中级人民法院(2017)津01民终7187号判决书。

② 有法院认为,除林地外的家庭承包当中,承包经营权不发生继承问题或未规定相应继承权。参见江苏省南通市中级人民法院(2016)苏06民终3481号判决书、河南省信阳市中级人民法院(2017)豫15民终3760号判决书;亦有法院认为,“《农村土地承包法》第三十一条第二款明确规定山林承包的,承包方的继承人可以享有继续承包权,且未规定继承人限于本集体经济组织成员”。参见江西省上饶市中级人民法院(2017)赣11行终93号行政判决书。

③ 有学者主张将经营权定性为用益物权,有助于突破《合同法》对租赁债权20年的限制,从而形成稳定经营预期。参见孙宪忠:《推进我国农村土地权利制度改革若干问题的思考》,《比较法研究》2018年第1期。

之集体资产股权在实践中已多实行或提倡实行不随人口增减变动而调整的静态管理模式<sup>①</sup>。

因此,一方面为配合“三权”分置和农业经营体制创新的发展战略,另一方面为体现农村土地集体所有制对所有集体成员公平保障的优越性,为避免不调整的“再延长30年不变”异化为变相私有制,宜在坚持不重新发包即不大调整原则的基础上,根据民主议定原则决定是否对小部分多于或少于本集体经济组织成员人均数量且差异悬殊的情形进行调整,但应当优先借助集体资产股份合作制改革中一般允许未承包到户的土地资源性资产股份化改革<sup>②</sup>的便利——2018年已扩大集体资产股份化改革试点<sup>③</sup>并要求2021年全国基本完成改革<sup>④</sup>,采取不影响经营权稳定性的“调账不调地”<sup>[1]</sup>的策略平衡调剂不同农户之间的利益。

### (三) 新增经营权语境下其他方式承包之土地承包经营权的处理

新法依然将土地承包经营权区分为家庭承包和其他方式承包两类。但是,在家庭承包的土地承包经营权会分置出土地经营权即新增土地经营权的权利体系重构中,新法审视其他方式承包的土地承包经营权与土地经营权的关系后将前者更名为土地经营权。实际上,其他方式承包的土地承包经营权与用益物权性土地经营权在权利主体(均可是非本集体经济组织成员)、权利性质(均为用益物权)<sup>⑤</sup>、权利功能(均无对成员的社会保障功能)等方面相同,在流转方式上也应当基本相同。

新法将其他方式承包的土地承包经营权更名为土地经营权后,于第53条规定了出租、入股、抵押等流转方式,于第54条规定了“在承包期内,其继承人可以继续承包”即继承——继承实质上具有转让的效果。比较而言,新法第36条虽然规定了家庭承包的土地承包经营权分置之土地经营权可以依法采取出租(转包)、入股或者其他方式流转,第47条规定了土地经营权融资担保(包括用益物权性经营权抵押),却未明确列举土地经营权可以转让、继承——土地经营权作为不承担社会保障功能的财产权,当然应可以转让、继承。新法之所以没有列明第三方享有的土地经营权可以转让和继承,可能是因为对土地承包经营权与土地经营权分置之流转(即土地经营权初次流转)与第三方享有之土地经营权的流转(即经营权再次流转)采取了合二为一的立法方式,而前者的流转方式不包括转让和继承——转让和继承无法导致土地承包经营权与土地经营权分置,亦即可能是为了迁就前者,而对后者转让和继承的流转方式没有单列。

不仅基于上述多方面的共性,其他方式承包的土地承包经营权应当更名为用益物权性土地经营权<sup>⑥</sup>,而且还有下列理由。在尽量避免双层用益物权权利结构的前提下,土地经营权是否直接基于所有权派生或者能否视为基于所有权派生,是其能否定性为用益物权的关键<sup>[4]</sup>。依照新法第50条中“直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营”产生的土地经营权,明显直接派生于所有权;特别是依照新法第50条中“将土地经营权折股分给本集体经济组织成员后,再实行承包经营或者股份合作经营”派生的土地经营权,与家庭承包之土地承包经营权入股的

① 参见《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》(中发〔2016〕37号)、《中共安徽省委、省人民政府关于稳步推进农村集体产权制度改革的实施意见》(皖发〔2017〕27号)、《中共江西省委、省人民政府关于稳步推进农村集体产权制度改革发展壮大农村集体经济的实施意见》(赣发〔2017〕19号)、《浙江省关于全面开展村经济合作社股份合作制改革的意见》(浙政办发〔2014〕101号)。

② 参见《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》(中发〔2016〕37号)第(六)条。

③ 《农业部关于大力实施乡村振兴战略加快推进农业转型升级的意见》(农发〔2018〕1号)要求:“将农村集体产权制度改革试点扩到300个,选择50个地市开展整市试点,条件成熟的开展整省试点。”

④ 《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》(中发〔2016〕37号)要求:“从2017年开始,有序推进经营性资产股份合作制改革,力争用5年左右时间基本完成改革。”

⑤ 有学者主张,《农村土地承包法》已将“四荒地”等其他方式承包的土地承包经营权确认为用益物权。参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017年第2期。

⑥ 支持此观点的文献还有,高圣平:《论农村土地权利结构的重构——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》,《法学》2018年第2期;高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》2016年第4期。



农村集体经济组织、与非“四荒地”实行确权确股不确地的组织载体<sup>①</sup>作为用益物权主体时享有或作为所有权代表行使主体时设立之土地经营权,不仅均可视为直接派生于所有权,而且两类权利要么具有相同的产生路径(如将土地经营权折股分给本集体经济组织成员与非“四荒地”实行确权确股不确地)、要么殊途同归(如将土地经营权折股分给本集体经济组织成员与家庭承包之土地承包经营权入股农村集体经济组织),两类权利的法构造亦应无实质差异。因此,基于权利体系化和权利类型精简使用的考量,新法在兼顾土地经营权法律性质的二元性即包容了用益物权性土地经营权的立法语境中,将其他方式承包之土地承包经营权更名为土地经营权具有较大合理性。否则,会导致在同一法律文本中出现具有相同主体、相同性质、相同功能、相同流转方式,却因其他方式承包之土地承包经营权和土地经营权的名称不同,而导致条款设置重复的现象。

将其他方式承包之土地承包经营权更名为土地经营权后,基于此土地经营权与家庭承包的土地承包经营权分置之土地经营权在土地范围(是否适合家庭承包)、取得方式(平等协商还是有偿竞价)、权利期限(是否受新法第21条期限限制)、非本集体成员取得程序(是否需要本集体成员民主议定)等方面的差异,新法保留了与上述差异相关的部分特殊规定,具有一定合理性,但是没有对下述内容进行相应增减也存在一定不足:(1)未增加“经本集体成员民主议定,集体土地既可以采取确权确地的方式承包,也可以采取确权确股不确地的方式承包(还可以规定以确权确地承包方式为主)”的规定。如果增加该规定并前移至新法第3条,增加为第3条第3款的话,既可以使其适用于家庭承包的土地,也可以适用于其他方式承包的土地,以契合《中共中央、国务院关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》(2014年中央一号文件)中“农村土地承包经营权确权登记,可以确权确地,也可以确权确股不确地”以及农业部等六部门联合颁布的《关于认真做好农村土地承包经营权确权登记颁证工作的意见》(农经发〔2015〕2号)中“土地承包经营权确权,要坚持确权确地为主,从严掌握确权确股不确地的范围”的规定。此外,还可以在第3条第2款家庭承包和其他方式承包之不同承包方式的基础上,通过增加确权确地与确权确股不确地之不同承包方式,丰富土地承包的类型化。(2)未在第二章第五节增加第三方土地经营权可以转让和继承的表达,未在第三章删除其他方式承包之土地经营权流转的规定,并于第三章增加转致条款即“本章未有规定的,参照第二章第五节的规定执行”。如果按此增减的话,不仅可以弥补新法未明确土地经营权转让和继承之规定的不足,而且还可以避免第二章和第三章中土地经营权流转方式的重复规定,使第三章其他方式承包之土地经营权能够依该转致条款直接适用第二章中第三方土地经营权可以采取出租(转包)、入股方式流转,可以转让和继承的规定。

## 四、余论

新法中“三权”分置的规定不仅是“三权”分置政策法律化的重要立法实践,而且可能直接被搬进民法典物权编<sup>②</sup>。因此,仔细梳理新法中与“三权”分置相关的条款设计并进行体系化解读,阐释其制度意蕴,探究其共识乃至尚存不足,无疑有助于“三权”分置理论的不断深化与新

① 有规范性文件允许非“四荒地”实行确权确股不确地或确权确利不确地,并将土地股份合作社或农村集体经济组织作为其组织载体。参见《河南省农村土地承包经营权确权确股不确地工作的指导意见》(豫农确权办〔2016〕1号)、《安徽省关于在农村土地承包经营权确权登记颁证中使用确权确股不确地方式的规定》(皖农经〔2016〕9号)、《山西省农村土地承包经营权确权确股不确地的指导意见》(晋农经管发〔2016〕13号)、《中共青岛市委农村工作领导小组关于开展农村土地承包权“确权确股不确地”试点工作的指导意见》(青农工组发〔2015〕1号)。

② 2007年《物权法》基本直接照搬了2003年施行的《农村土地承包法》的内容。

法规则表达的日臻完善。新法隐含地体现了成员权性承包权,明确提及的一处土地承包权应是分置出土地经营权后的土地承包经营权的简称或代称;新法对土地经营权性质采取了包容态度,设计了债权和用益物权的二元性条款。此主导思路值得肯定,而且土地承包经营权主体、承包关系再延长 30 年等条款经体系化解读后,也基本具有可行性或预留了改革空间。但是,在农户应否享有土地承包经营权转让之优先受让权并受比例限制、如何区分第三方土地经营权是债权性质还是用益物权性质、承包方应否享有土地经营权及其经营权基于何种法律事实产生、第三方土地经营权应否包括转让和继承等权能、其他方式承包之土地承包经营权与土地经营权合并处理等方面,尚需斟酌和进一步完善。

新法未直接明确规定成员权性承包权,并不意味着其不重要,而是应当在落实“三权”分置之所有权中深入探究成员权性承包权的权利体系及其保护——这已超出新法的调整范围,应交由民法典物权编和 2018 年中央一号文件要求制定的《农村集体经济组织法》对集体成员权进行全面系统规范;如果在承包地“三权”分置中强调成员权性承包权的独立性和重要地位——是取得家庭承包之土地承包经营权的前提和基础,就已经流转的承包地而言,将导致承包地“四权”分置的权利结构,即“所有权+成员权性承包权+土地承包经营权+土地经营权”。

参考文献：

[1] 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):135-142.

[2] 刘守英,高圣平,王瑞民.农地三权分置下的土地权利体系重构[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2017(5):134-145.

[3] 刘振伟.完善农村集体土地“三权”分置制度[J].中国人大,2017(21):31-33.

[4] 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.

[5] 丁文.论“三权分置”中的土地经营权[J].清华法学,2018(1):114-128.

[6] 耿卓.农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应[J].法学家,2017(5):13-24.

[7] 韩松.坚持农村土地集体所有权[J].法学家,2014(2):37-41.

(责任编辑:刘浩)