

【土地问题】

农地“两权”分离和“三权”分置的经济学与法学逻辑

廖洪乐

(农业农村部 农村经济研究中心,北京 100810)

摘 要:针对学术界在农地“三权”分置政策及其转化为法律问题上的分歧与争论,文章系统分析了农地“两权”分离和“三权”分置的经济学与法学逻辑,并得出如下结论:第一,农地“三权”分置符合经济学和法学逻辑,农地“三权”分置可行。第二,农地“三权”分置与“两权”分离会长期共存,以“两权”分离为基础设计“三权”分置,不会架空土地承包经营权。第三,土地承包经营权是否分置以及分置出何种属性经营权,均需土地承包经营权实际持有人同意和授权。第四,从土地承包经营权分置出的承包权是物权,无需重新登记。第五,土地经营权属性取决于土地承包经营权持有人授权,与是否登记、流转方式、确权方式及流转期限长短无关,它可以是债权,也可以是物权。第六,只有土地承包经营权人授权转(租)入方有权改变转(租)入地自然属性、四至界限或权属状况时,经营权才有物权属性,物权属性经营权需重新登记。文章最后提出了四点政策和修法建议。

关键词:农地制度;“三权”分置;承包权;经营权;农地流转;规模经营

中图分类号:F301.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2020)05-0109-10

一、引言

中国国家层面农地制度体系,主要包括农地政策和农地法律。改革开放 40 多年来中国农地制度演变呈现“渐进式”特征,并遵循以下轨迹:先由基层自发创新或由中央、省级政府选择性创新(即在一些地区选择若干主题先行试验),经验证效果良好后,由党和政府决策层将成功经验和做法上升为中央政策;中央政策在全国施行且效果良好后,由人大立法机构将中央政策转化为法律。农地制度的这种演变轨迹,既与中国“渐进式”改革方式密切相关,也与中国特有的政治制度和政府治理方式密切相关。从过往 40 多年经验来看,党和政府决策层制定和调整农地政策,主要受经济学逻辑影响,重点关注效率和公平;人大立法机构制定和调整农地法律,主要受法学逻辑影响,重点关注权利的生成、界定和保护。回顾 1980—2004 年间情形,农经学界围绕农地“两权”分离制度^①展开过广泛讨论,尽管支持“两权”分离的学者和党的决策层极力主张并不断出台保护农民土地承包经营权政策,但现实中侵权现象仍时有发生。后来,借助法学界智慧和法学逻辑,由《物权法》将土地承包经营权界定为用益物权,土地承包经营权由此获得政策和法律的双重保护。这次成功经验告诉我们:在构建重大农地制度安排时,要同时借助经济学界和法学界智慧,同时厘清其经济学和法学逻辑。只有这样,重大农地制度变革成果才会长久稳定。

自 2011 年以来,农地流转^②呈加速趋势,农地流转主体呈多元化趋势,农地“三权”分置成为社会各界关注的热点问题。党和政府决策层在认识到农地“三权”分置的重要性和必要性

收稿日期:2019-09-09

作者简介:廖洪乐,男,农业农村部农村经济研究中心研究员。

① 在本文,农地“两权”分离制度与家庭承包经营制度是同义语,下文同。

② 农地流转是农经学界习惯表述,法学表述应为“土地承包经营权流转”,下文同;土地承包经营权流转包括转让、互换、出租、转包、入股等,其中转让、互换不会导致“三权”分置,出租、转包、入股会导致“三权”分置。

后,成功将其上升为中央政策,2016年中办和国办发布《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》。与经济学界特别是农经学界对农地“三权”分置认识趋于统一不同,法学界对农地“三权”分置政策及其转化(即政策转化为法律)存在明显分歧,集中体现在两个方面:一是土地承包经营权有无分置必要和可否分置,二是分置后的承包权与经营权权利属性及二者关系。有法学者认为农地“三权”分置会架空土地承包经营权,动摇家庭承包经营基础地位^[1]。有法学者认为土地承包经营权没必要分置,也无法分置,甚至认为农地“三权”分置是立法技术的倒退^[2]。还有法学者认为农地“三权”分置改革主要由经济学界主导,法学思维没有获得应有重视^[3]。从目前态势看,仅由法学界依靠法学逻辑推理,难以就上述分歧达成共识。缩小或消除上述分歧,须同时借用经济学界特别是农经学界和法学界智慧,厘清如下三个关联问题:一是农地“三权”分置的经济学逻辑,即“三权”分置对农业生产效率的影响。二是农地“三权”分置的法学逻辑,即“三权”可否分置以及分置后所有权、承包权和经营权权能内涵及存续期限是否会产生重叠、交叉和冲突。三是农地“三权”分置与“两权”分离是共存关系还是替代关系?要厘清三个关联问题,须先厘清农地“两权”分离的经济学和法学逻辑。为此,本文将系统分析农地“两权”分离和“三权”分置的经济学与法学逻辑及二者关系,为农地“三权”分置政策转化为法律提供经验与理论支持。

二、农地“两权”分离的经济学与法学逻辑

(一) 农地“两权”分离的经济学逻辑

经济学主要关注效率和公平,通常效率被排在首位。按照经济学逻辑,只有生产出足够的产品和服务,公平才会有物质基础。过分强调公平,会损失效率。比如,农村人民公社初期(1958年秋),一些地方出现“一平二调”^①,导致农业生产效率下降。农业生产效率可分解为生产要素效率、技术效率和制度效率。农业生产要素效率由土地、劳动和化肥、农药、机械等物质资料投入量决定,农业技术效率由优良品种、农业基础设施条件和耕作技术等因素决定,制度效率主要由农业生产经营相关制度环境决定。

1. 农地“两权”分离制度有效提高了农业生产效率

已有研究表明:相比于农业集体化时期农地集中统一经营制度,农地“两权”分离制度有效地提高了农业生产效率。林毅夫教授在分析1970—1987年全国28个省市农业投入产出数据后发现:1978—1984年中国农业产出增长主要来源于农地“两权”分离制度改革和化肥施用量增加,其中农地“两权”分离制度改革对农业产出增长贡献率为48.6%,化肥贡献率为32.2%^[4]。笔者曾对1950—2006年全国粮食生产数据进行计量分析发现:农地“两权”分离制度改革对粮食单产增长贡献率达21.5%^[5]。

2. 农地“两权”分离制度提高农业生产效率的成因分析

归纳起来,农地“两权”分离制度有效地提高农业生产效率,有如下三个原因。

第一,维持农地集体所有,可以改善农业基础设施等公共物品供给效率。农业集体化时期,借助统一经营方式动员农村劳动力,兴建了大量农田水利设施。集体化时期的经验证明:农地集体所有统一经营,有效降低了农业基础设施建设交易成本,可以改善农业公共物品供给效率。实行家庭承包经营后的经验也证明:维持农地集体所有,既可降低已建成农业生产基础设施运行及管理成本,也可降低新建农业生产基础设施交易成本,为农业生产获得良好基础设施支撑提供了制度保证。因此,尽管维持农地集体所有首要原因是政治意义,但也有显著经济意义,符合经济学逻辑。

① “一平”是指在全公社范围内实行贫富拉平、平均分配;“二调”是指对生产队或生产大队的某些财产无偿上调,生产大队无偿占用生产队土地,公社无偿占用生产大队土地。

第二,家庭承包经营提高了农业劳动效率。关于家庭承包经营为何能在短期内快速提高农业生产效率?人们普遍认为是其提高了农民生产积极性。杜润生^[6]认为包产到户激发了农民生产积极性,集体经济损害了农民生产积极性^[7];张培刚^[8]认为家庭农场能提高农民生产积极性。在二十世纪八九十年代,有关家庭承包经营提高农民生产积极性的解释,不仅未能有效说服这项制度的反对者,反而使一些支持者陷入迷茫。既然家庭承包经营能提高农民生产积极性,为何1984年在全国普遍推开后^①粮食产量不增反减^②?于是,家庭承包经营潜力已尽、已经失效或过时等观点相继出现,学术界很长时间也未能对此给出合理解释。后来,笔者依据真实农业生产作业过程构建了一个农业生产效率微观分析框架,将农业生产效率分解为生产要素效率、技术效率和劳动效率(即制度效率),认为农业生产中存在两个积极性,即生产(者)积极性和劳动(者)积极性;家庭承包经营的作用在于提高农民劳动积极性和农业劳动效率,进而提高农业生产效率;农民生产积极性,主要由农业比较收益决定^[5]。也就是说,1984年后粮食产量下滑,主要原因是农民种粮生产积极性下降^③,农民种粮劳动积极性并没有下降。只要农业生产需要劳动,家庭承包经营提高农业劳动效率的机制就不会消失,这项制度就不会过时、失效。

第三,设定较长土地承包期限,可以提高生产要素效率和技术效率。要更大程度地提高农业生产效率,仅提高劳动效率还不够,还要提高生产要素效率和技术效率。提高后两个效率,需要农户自愿增加对农业的投入(特别是长期投入,下同)和采用农业新技术。影响农户投入和新技术采用主要有两个因素:一是农业比较收益,它由农产品价格、农业投入品价格、政府财政补贴规模和经营规模等因素决定;二是地权稳定性,主要由土地承包期限长短决定。已有实证研究证明,较长土地承包期限,可以稳定农户预期,促使农户增加诸如有机肥、土壤改良等长期投入^[9]。

(二)农地“两权”分离的法学逻辑

由于农地“两权”分离制度有效提高了农业生产效率,符合经济学逻辑,中央政府非常重视保持这项制度的稳定性,并反复强调要长期不变,在二轮延包时将原来“大稳定、小调整”政策改为“增人不增地、减人不减地”^④。不过,现实中还是出现了各种侵权行为,特别是在推行“30年不变”初期,侵权行为尤为突出^⑤。为此,自1990年代中期起,中央政府密集出台专门政策文件以纠正各种错误做法和维护家庭承包经营基础地位。政策文件权威性不容质疑,但也有明显缺陷:一是缺乏惩罚机制。违背政策,最多是行政处罚,不承担民事责任,不受法律和经济处罚;农户权益受侵害后,无法获得赔偿或补偿。二是政策易变。政策易受领导个人偏好和政府部门利益影响。规避这两个缺陷,最好的办法就是政策法律化,以法律形式向农民授权,让农民依法维权。1998年,党的十五届三中全会要求抓紧制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规,法学界自此正式介入农地制度安排^⑥。政策转化为法律,既要遵循经济学逻辑,也要遵循法学逻辑。法学主要关注权利生成、界定与保护,它有一套自己的术语和逻辑。比如,农经学界习惯使用的“农地流转”,在法学那里就是“土地承包经营权流转”,法学认为农地是固定的,只有

① 到1984年,全国569.2万个基本核算单位中,实行包干到户的有563.6万个,占99%。资料来源于《建国以来农业合作化史料汇编》第1390页,中共党史出版社,1992年。

② 1984—1986年全国粮食作物总产量分别为40731万吨、37911万吨和39151万吨。资料来源于《中国农业发展报告》,中国农业出版社,1997年。

③ 1984—1986年全国粮食作物播种面积分别为112884千公顷、108845千公顷和110933千公顷。资料来源同②。

④ 第一轮为承包期“15年不变”(1978—1993年),第二轮为承包期“30年不变”(1993—2023年);所谓“大稳定、小调整”,是指承包期内根据农户人口变化对承包地进行调整,增人增地、减人减地;所谓“增人不增地、减人不减地”,是指承包期内不再根据农户人口变化调整承包地。

⑤ 比如,以承包费过低、未缴纳“三提五统”费用为名,收回农户承包地;以“两田制”“反租倒包”等制度创新为由,收回农户承包地;等等。

⑥ 1998年以前,法学界未介入农地制度安排的原因在于:当时没有相关农地法律法规,农地制度变革只需调整政策即可,不涉及法律条款修改和调整。

权利才可转移。在对待农地“两权”分离问题上,法学界普遍认为农地“两权”分离符合法学逻辑,只是在土地承包经营权生成方式及其权利属性方面存在分歧。

1. 关于土地承包经营权的生成

根据法学逻辑和权能分离理论,一项权利具有多项权能,权能可从权利中分离并聚合成新权利;他物权的生成要有母权基础,无母权就无他物权。关于土地承包经营权的生成,法学界有两种观点。一种观点认为土地所有权派生出土地承包经营权,所有权是母权,承包经营权是子权,承包经营权分享了所有权的占有、使用和收益权能,形成他物权^[1]。另一种观点认为土地所有权派生出土地承包经营权,但土地承包经营权权能不是从土地所有权中完整分离出来的,土地承包经营权有其自身的占有、使用和收益权能^[10-11]。笔者认可后一种观点,土地承包经营权既有从土地所有权中分离出来的权能,也有其自身特有权能。其自身特有权能,既包括农户对承包地进行土壤改良和小型农田基础设施等长期投资后对这部分资产及其带来的收益增量应当享有的占有、使用、收益和处分权能,也包括转让、互换、出租、退出承包经营权获得补偿等处分和收益权能^①。

2. 关于土地承包经营权的属性

归纳起来有四种观点。第一种观点认为是债权。联产承包合同属债权债务关系,基于联产承包合同取得的土地承包经营权属债权性质^[12];土地承包经营权转让或转包,须经发包方同意,承包方获得的不是支配性和排他性物权^[13-14]。第二种观点认为是物权。家庭承包地按人口均分,不论该人是否有民事行为能力或者耕种能力,只要是集体经济组织成员即可;在家庭联产承包责任制初期,家庭联产承包经营只负责生产管理环节,投资及风险由发包人承担,后来演变为承包农户成了投资和风险的承担者,联产承包经营转变为实际占有和使用^[15]。第三种观点认为既有债权属性也有物权属性。一方面,土地承包经营权具有债权属性,其取得基于承包合同,其保有以完成约定义务为前提,其流转受发包方约束。另一方面,土地承包经营权具有物权属性,其取得须有集体成员资格,农民承包的是他自己或者他自己与社区成员共同所有的土地,而非他物^[16]。第四种观点认为土地承包经营权本质上是“自物权”,而非用益物权;农民是集体成员,他本身享有对土地的最终所有权^[17]。笔者认为,农村集体土地归农民共同所有,农民集体对承包地拥有最终所有权,农民个人或农户不是集体土地所有者,土地承包经营权是他物权;土地承包经营权虽然兼有债权属性,但前文列举的土地承包经营权自身特有权能强化了其物权属性。因此,土地承包经营权本质上是自物权。

(三) 农地“两权”分离法学逻辑与经济学逻辑的偏离与统一

农地“两权”分离政策转化为法律,有两个标志性事件,即《农村土地承包法》立法和《物权法》将土地承包经营权界定为用益物权。《农村土地承包法》立法争论焦点集中在承包期内可否调整承包地。一审稿严禁调整承包地^②,将“因自然灾害严重损毁承包地”作为唯一可以适当调整例外情形;二审稿、三审稿放宽了调地限制^③,增加了征收、占用和人地矛盾突出等例外情形^[18]。这种分歧还延伸到后续法律释义^④和地方实施办法,不同省(自治区/市)对适当调整例外情形作出不同规定。有些将自然灾害和土地征收列为适当调整例外情形;有些将自然灾害、土地征收和集体建设占用列为适当调整例外情形;有些将自然灾害、土地征收和政府移民列为适当调整例外情形;还有些将自然灾害、土地征收、集体建设占用和个别农户人均承包地面积不足本集体经济组织人均承包面积1/2列为适当调整例外情形。将人地矛盾突出列为适当调整

① 比如,目前一些地区正在进行土地承包经营权有偿退出试点;2019年11月中共中央、国务院《关于保持土地承包关系稳定并长久不变的意见》提出:要引导进城落户农户在本集体经济组织内有偿转让承包权。

② 由全国人大农业与农村委员会起草并提请审议。

③ 由全国人大法律委员会和全国人大常委会法制工作委员会修改提出。

④ 全国人大法工委、国务院法制办的法律释义认为适当调整例外情形包括自然灾害、土地征占和人地矛盾突出;全国人大农业与农村委员会的法律释义没有提及三类例外情形,只提出例外情形需要严格依法解释。

例外情形,等于允许调整承包地,与“增人不增地、减人不减地”政策不符,会影响农民对土地的长期投入,损害农业生产效率,其立法法学逻辑与经济学逻辑背离。不过,2007年的《物权法》将土地承包经营权界定为用益物权,土地承包经营权人对承包地依法享有占用、使用和收益权利,实现了法学逻辑与经济学逻辑的统一。

三、农地“三权”分置的经济学与法学逻辑

(一) 农地“三权”分置的经济学逻辑

1. 农地“三权”分置的起源

早在1980年代中后期至1990年代中期,受农民种粮积极性下降和国家粮食合同定购任务刚性约束等因素影响,诸如北京、江苏等东部省市为稳定本省市粮食生产,推行粮田规模经营。在家庭承包经营制度环境下,推行粮田规模经营,必然出现“三权”分离。比如,广东南海试验区1990年代在推行土地股份合作制过程中实行“三权”分离,将土地折股承包给农户,实行所有权和承包权分离,再由农户以承包权入股,由集体统一经营土地,实现农户承包权与实际使用权分离^[19]。还有些地方采用“反租倒包”办法,先由集体将土地承包给农户,再由集体反包或者租赁农户承包地后组织规模经营。对于粮田规模经营,当时农经学界达成如下共识:规模经营要适度,其关键在于建立土地流转机制,土地流转机制的方向是“三权”分离,即明确所有权、稳定承包权和搞活使用权^[20]。

2. 农地“三权”分置改善农业生产效率及其成因

农地“两权”分离制度,有效改善农业劳动效率、生产要素效率和技术效率,但它有个前提条件,即农户只有农业生产一项选择,这个条件在1980年代初期是存在的。随着工业化和城镇化进程的推进,那些非农就业机会多特别是常年外出务工经商的农户有了多种选择,不愿从事农业生产特别是比较效益低的粮食生产,一些地方出现耕地复种指数下降、农民不愿意投入或耕地抛荒,农业生产效率下降。为减少效率损失,农户和农村集体经济组织自然想到农地流转^①。农地流转意味着“三权”分离。只要农地流转是双方自愿的,农地“三权”分置就可以改善农业生产效率,这符合经济学逻辑。

其一,普通农户间自愿流转承包地,可以改善农业生产效率。相比于转出户,转入户农业劳动效率不变甚至会有所提高(都是家庭经营,都有劳动积极性),转入户更愿意增加农业投入以获得更高的生产要素效率,还可能因经营规模扩大而获得规模效率。

其二,农户自愿将承包地流转给较大规模经营主体,可以改善农业生产效率。较大规模经营主体雇用劳动力从事农业生产,会损失部分劳动效率。不过,相比于小农,较大规模经营主体一般会更多地增加投入、更多地采用先进技术,他们可获得更高的生产要素效率、技术效率和规模效率。只要通过提高生产要素效率、技术效率和规模效率带来的效率增量高于因劳动效率降低而减少的效率增量,自愿流转就会获得效率增量。农业部农村改革试验区办公室(1994)和国务院研究室(1996)的实证调查均发现:沿海经济发达地区通过“三权”分离实行土地规模经营,增加了农业投入,提高了土地产出率和劳动生产率^[20-21]。

当然,也有不少例外情形。比如,有些地方不顾客观条件是否具备^②,用行政手段强推农地“三权”分置和规模经营,导致因生产要素效率、技术效率和规模效率改善带来的效率增量小于劳动效率损失增量,农地“三权”分置导致效率损失,不符合经济学逻辑。因此,现实中并非所有农地“三权”分置都符合经济学逻辑。

(二) 农地“三权”分置的法学逻辑

法学界对农地“三权”分置的看法和认知存在分歧。有些法学者认为它符合法学逻辑,而有

① 在本小节,“农地流转”专指出租、转包、入股三种流转方式,这三种流转方式必然导致“三权”分置。

② 主要是指当地二三产业比较发达、农村劳动力非农就业比例高、转入方有较强经济实力和农业经营能力等。

些法学者认为它不符合法学逻辑。

在认为农地“三权”分置不符合法学逻辑的学者看来,“三权”分置既不符合他物权生成逻辑,也不符合“一物一权”原则^[1]。土地经营权要么由所有权直接派生,要么由土地承包经营权派生。前种方式派生出了内容及性质相冲突的土地承包经营权和土地经营权两项独立用益物权,不符合“一物一权”原则;后种方式既有违用益物权不能再生发新用益物权常识,也与《物权法》第117条用益物权无处分权规定相矛盾。他们认为创设新的土地经营权会削弱甚至架空土地承包经营权,“三权”分置没有必要,应当在坚持“所有权-土地承包经营权”二元结构基础上,形成“土地所有权-土地承包经营权-债权”权利结构,这种转变才符合法律逻辑^[1,11]。还有学者认为农地“三权”分置是立法技术的倒退,将经营权认定为物权,会出现同一物上并存两个内容相近的用益物权;将经营权认定为债权,无法实现其用于抵押的政策目标^[2]。因此,农地“三权”分置在法学上不可行。

认可农地“三权”分置符合法学逻辑的学者,对分置后的承包权与经营权属性有不同观点。一方面,关于承包权属性有三种观点。第一种观点认为承包权是成员权,是集体经济组织成员获得承包地的资格,而非财产权^[22],只有当成员行使承包权并获得承包地后,承包权才能转化为用益物权——土地承包经营权^[23]。第二种观点认为承包权是物权,是一种实实在在的权利^[24]。第三种观点认为现实中存在三种承包权。即持成员权说的承包权Ⅰ(隐性状态)、持物权说的承包权Ⅱ和“三权”分置中的承包权Ⅲ,承包权Ⅲ是一种用益物权^[23]。另一方面,关于经营权属性也有三种观点。第一种观点认为土地经营权是物权。这种观点认为,“三权”分置是在稳定农户承包权基础上,将土地承包经营权的占有、使用和收益权能从中分离出来,形成独立的土地经营权(新用益物权),土地经营权到期后,土地承包经营权人权能自动恢复^[25];承包权与经营权分离是土地承包经营权部分权能流转,是一种保留性流转和物权性流转^[26]。第二种观点认为土地经营权是债权。这种观点认为,要使“三权”分置中的经营权得以成立,只能将它界定为具有债权性质的不动产租赁权,而非独立用益物权,其法律逻辑为:土地所有权人先将土地占有、使用、收益权能授予土地承包经营权人,土地承包经营权人再通过经营租赁合同将占有、使用及部分收益权能授予承租人^[1]。第三种观点认为经营权究竟是物权还是债权,要按不同情形区分。有人认为经过登记公示的经营权为物权,未经登记公示的为债权^[27]。有人认为因转让、互换产生承包权让渡的经营权为物权,因转包、出租不产生承包权让渡的经营权为债权;对债权性质经营权的保护,可以实行土地租赁登记制度,通过登记公示,强化租赁权对抗土地承包经营权的效力^[28]。有人认为确权确地的经营权为债权,确权确股不确地的经营权为物权^[29]。还有人认为流转期限五年以下的为债权,流转期限五年以上的经登记可以成为物权^[30]。

(三) 农地“三权”分置法学逻辑重构

1. 农地“三权”权能内涵、存续期限差异解构

通常,法学论及土地权利,都会涉及占有、使用、收益和处分四项权能。现行《物权法》规定,农地集体所有权人对农地享有占有、使用、收益和处分四项权能,承包经营权人对承包地也享有占有、使用、收益和处分四项权能。依据《农村土地承包法》和中央有关政策规定,土地承包经营权分置为承包权和经营权后,承包权人对承包地享有占有、使用、收益和处分四项权能,经营权人对流转农地享有占有、使用、收益和处分权能。从表面看,农地集体所有权人与承包经营权人享有四项相同权能,经营权人与承包权人也享有四项相同权能,似乎存在权能重叠,违背“一物一权”原则,有些法学者正是据此反对农地“三权”分置。实际上,若进一步解构农地“三权”权能内涵和存续期限会发现:虽然农地集体所有权、承包权和经营权享有四项权能名称相同,但每项权能内涵完全不同且可清晰界定,权能存续期限也不重叠,不会出现权能内涵和存续期限重叠、交叉和冲突情形(表1)。以“占有”权能为例,在权能内涵方面,农地集体所有权占有,既包括对农用地占有,也包括对国家和集体投资建设的农田基础设施占有;承包权占有,只

是对承包农用地、承包农户自建农田基础设施以及优先承包权占有;经营权占有,只是对流转承包地、转(租)入方自建农田基础设施以及优先续租权占有。在权能存续期限方面,农地集体所有权占有权能永久存在,只有在发生国家征收后才会自动终止;承包权占有权能,只能存续于法定承包期内,承包期满后能否继续享有,须由发包方重新授权;经营权占有权能,只能存续于流转期限内,流转合同到期后能否继续享有,须由承包权人重新授权。

表 1 农地集体所有权、承包(经营)权、经营权的四项权能内涵及存续期限差异分析

四项权能		农地集体所有权	“两权”分离情形	“三权”分置情形	
			承包经营权	承包权(承包农户)	经营权(转/租入方)
占有	内涵	①农用地	①承包农用地	①承包农用地	①流转承包地
		②国家或集体在农用地	②自建农田基础设施	②自建农田基础设施	②自建农田基础设施
		上投资建设的农田基础	③同等条件优先续包	③租期期满收回经营权	③同等条件优先续租
	设施			④同等条件优先续包	
	存续期限	永久(征收后自动终止)	法定承包期内	法定承包期内	流转期限内
使用	内涵	①国家或集体建设农田	①从事农业生产	①进行土壤改良	①从事农业生产
		基础设施	②进行土壤改良	②建设农田基础设施	②进行土壤改良
		②转为集体建设用地	③建设农田基础设施	③休耕	③建设农田基础设施
		③休耕	④休耕		④休耕
		存续期限	永久(征收后自动终止)	法定承包期内	流转期限内
收益	内涵	①承包费等(部分已免)	①农业生产收益	①租金收益	①农业生产收益
		②国家或集体投资形成	②农业补贴收益	②农业补贴收益	②农业补贴收益
		的农田基础设施收益	③征地青苗补偿收益	③征地劳动力安置补助	③征地青苗补偿收益
		③转为集体建设用地	④征地劳动力安置补助	收益	④征地自建基础设施补
		收益	收益	④征地自建基础设施补	偿收益
		④国家征地补偿收益	⑤征地自建基础设施补	偿收益	⑤租期期满自建基础设
			偿收益	⑤承包期满自建基础设	施补偿收益
			⑥承包期满自建基础设	施补偿收益	⑥休耕补偿收益
			施补偿收益	⑥转让或退出承包权补	
			⑦转让或退出承包经营	偿收益	
			权补偿收益		
			⑧休耕补偿收益		
	存续期限	永久(征收后自动终止)	法定承包期内	法定承包期内	流转期限内
处分	内涵	①家庭承包经营或其他	①转让、互换	①有偿转让	①再转租
		方式经营	②经营权出租、转包、	②有偿退出	②融资担保
		②收回承包地	入股	③不得买卖	③不得买卖
		③调整承包地	③有偿退出		
		④转为集体建设用地	④经营权融资担保		
		⑤转为国有建设用地	⑤不得买卖		
	存续期限	永久(征收后自动终止)	法定承包期内	法定承包期内	流转期限内

注:①表中经营权指物权属性经营权。债权属性经营权只能从事农业生产,获得农业生产收益、补贴收益和征地青苗补偿收益,无其他权利。②本表内容根据《物权法》《土地管理法》《农村土地承包法》和《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》《关于保持土地承包关系稳定并长久不变的意见》等文件整理。

2.农地“三权”分置法学逻辑重构

由于农地“三权”的占有、使用、收益和处分权能内涵、存续期限可清晰界定,不会出现重叠、交叉和冲突情形,因此,农地“三权”可分。接下来的问题是,分出的承包权和经营权是物权还是债权?根据最新法学研究成果,分出的经营权可以是物权,也可以是债权。比如,陶钟太朗、杨环^[31]认为近代民法理论对物的占有实现了空间维度和时间维度综合切割,不同权利主体可以在不同时段分别享有对物的排他性占有。根据这个发现,从土地承包经营权中分出的经营

权可以是物权。李伟伟、张云华^[32]认为即使从土地承包经营权中派生出债权属性经营权,这种经营权也可物权化。租赁权物权化,已成为国际通行做法,其好处在于可以对抗和抑制出租人自由终止权利。日本《农地法》有关“买卖不破租赁”的规定,就确保了承租方的承租权不会因出租方变动而消失。也就是说,即使分出的经营权是债权,这种债权也可物权化。综上所述,农地“三权”分置可行,无论分出的经营权是物权还是债权,都符合法律习惯和法学逻辑。至于承包权和经营权权利属性,要视具体情形而定。

第一,承包权属性。从农村土地承包实际运作过程看,承包权有两种含义。第一种含义是承包资格即成员权,集体经济组织成员有承包本集体经济组织土地的权利。第二种含义是物权,当具有承包资格(第一种承包权)的集体经济组织成员真正分到承包地后,其承包权得以真正实现,成为物权。无论是“两权”分离还是“三权”分置,实现的承包权都属于物权。

第二,经营权属性。关于经营权属性,前文归纳出三种观点,即物权、债权和视四种具体情形而定。这些观点,各有理由,但均忽视了土地承包经营权实际持有人(简称实际持有人,下同)意愿,土地承包经营权确有被削弱和架空的风险。在讨论经营权属性时,已有研究都忽视了土地承包经营权的复杂性和特殊性,简单默认“物权法定”原则,认为物权只能由法律规定,当事人不得自由创设。通常情形下,当事双方在权利分解和转移时都是自愿、平等的,物权法定没有问题。不过,过去30年的经验证明,土地承包经营权的分解和转移,很可能出现不自愿情形,如一些地方的乡镇政府或村级组织强迫农户流转承包地。正因为如此,中央政府过去几十年反复强调农地流转要遵循自愿原则。所以,土地承包经营权是否分置以及分置出何种属性经营权,均应由实际持有人决定和授权。分出的经营权,并非天然就是物权或债权,其属性也不应当由是否登记、流转方式、确权方式及流转期限长短决定。由实际持有人授权决定经营权是物权还是债权,既符合中央政府长期坚持的“农地流转要遵循自愿”原则,也不违背“物权法定”原则,它只是强调物权属性经营权须设定前置条件,即只有符合某些特征的经营权才能设定为用益物权。强调实际持有人授权,是因为它不仅事关双方权益,还与农业生产经营活动密切相关。若实际持有人只授予债权,转(租)入方无权改变转(租)入土地的自然属性、四至界限或权属状况。比如,不得进行土壤改良、土地整治和修建农田基础设施、不得融资担保和抵押等。若实际持有人授予物权,转(租)入方就能拥有这些权利。当然,物权属性的经营权,需要政府部门登记公示。因此,应当将承包经营权人授权转(租)入方有权改变转(租)入土地的自然属性、四至界限或权属状况,作为设定物权属性经营权的前置条件。

四、农地“三权”分置与“两权”分离的关系

既然农地“两权”分离和“三权”分置都符合经济学与法学逻辑,那么二者究竟是共存关系还是替代关系?从改善农业效率角度看,二者是共存关系。有些地方以“三权”分置为主,有些地方以“两权”分离为主;有些农户是“三权”分置,有些农户是“两权”分离。从农业生产组织形态发展规律及趋势看,二者也应当是共存关系。首先,从国际经验看,无论是欧美规模农业发达国家,还是东亚以小规模农业为主的国家和地区,农业生产组织形态都呈现家庭农场与公司农场并存特点^[33]。其次,国内经验也证明长期以来中国农业生产组织形态呈现兼业化与专业化并存态势,今后小规模兼业农户与大规模专业农场并存将是一种常态^[34]。再次,根据城镇化发展规律,即使到了城镇化平稳发展阶段,城镇人口占总人口比重达80%,中国仍然有3亿多农民。因此,中国家庭经营小农场和规模化公司农场会长期并存,“两权”分离与“三权”分置制度也会长期共存,后者无法完全替代前者。美国政府长期扶持家庭农场发展,将家庭农场视为其民主制度的基础。改革开放40多年来,中国政府也一直将家庭承包经营作为农业经营体制的基础,强调长久不变。从中美两国都赋予家庭经营基础地位的经验看,“两权”分离不仅要与“三权”分置长期共存,它还是“三权”分置的基础,即只能从土地承包经营权中分置出承包权和

经营权,不能从所有权中直接分置出承包权和经营权,否则就会动摇家庭承包经营的基础地位。

五、结论与建议

(一) 结论

综合前文分析,可以得出以下结论:第一,农地“三权”分置符合经济学和法学逻辑,农地“三权”分置可行。第二,农地“三权”分置与“两权”分离会长期共存,以“两权”分离为基础设计“三权”分置,不会架空土地承包经营权,不会动摇家庭承包经营的基础地位。第三,已有研究忽视了土地承包经营权的复杂性和特殊性,忽视了实际持有人意愿,土地承包经营权是否分置以及分置出何种属性的经营权,需要经实际持有人同意和授权。第四,从土地承包经营权分置出的承包权是物权,无需重新登记。第五,土地经营权属性取决于实际持有人授权,与是否登记、流转方式、确权方式及流转期限长短无关,它可以是债权,可以是物权。第六,只有实际持有人授权转(租)入方有权改变转(租)入土地的自然属性、四至界限或权属状况时,经营权才具有物权属性,物权属性经营权需重新登记。

(二) 建议

第一,构建农地“三权”分置等重大农地制度安排,要同时遵循经济学和法学逻辑,同等关注效率和权利保护。政策制定机构和立法机构在出台重大农地政策和法律条款时,要兼听经济学界特别是农经学界和法学界意见。严禁为追求农业生产效率而损害土地承包经营权人权利,严禁为绝对公平而随意调整农户承包地。党的十九大已作出决定:第二轮30年承包到期后再延长30年,从第二轮30年过渡到第二个30年,应当以顺延为主。个别确需调整的,只能进行小调整,并需严格遵守相关程序。

第二,土地承包经营权分置为承包权和经营权,必须征得实际持有人的同意和授权。即使采取整村组以“反租倒包”或者入股等方式实行的“三权”分置,也需要实际持有人授权。现行《物权法》已将土地承包经营权界定为用益物权,农地“三权”分置不得损害这一用益物权。对物权属性经营权的保护,《物权法》无需为其单独设置章节,只需在现有用益物权篇“土地承包经营权”章节中增加相应条款即可。

第三,给土地承包经营权扩充处分权。允许经营权入股和融资担保、抵押,土地承包经营权必须先有入股和融资担保、抵押功能。为此,需要对相关法律法规进行修改。比如,修改现行《物权法》第117条和第125条,赋予土地承包经营权以部分处分权;修改《担保法》,允许农户自有承包地经营权用于抵押。

第四,将现行《农村土地承包法》改为《农村土地承包经营法》,以更好地调节集体、承包农户和第三方经营者利益。《农村土地承包经营法》要同时关注集体、承包农户和第三方经营者的行为规范,关键是要平等保护集体所有权、农户承包权和第三方经营权。

参考文献:

- [1] 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.
- [2] 陈小君.我国农村土地法律制度变革的思路与框架[J].法学研究,2014(4):4-25.
- [3] 申惠文.法学视角中的农村土地三权分离改革[J].中国土地科学,2015(3):39-44.
- [4] 林毅夫.制度、技术与中国农业发展[M].上海:上海三联书店,2014:50-74.
- [5] 廖洪乐.中国农村土地制度六十年:回顾与展望[M].北京:中国财政经济出版社,2008:84-87.
- [6] 杜润生.杜润生文集(1980—2008)(上册)[M].太原:山西经济出版社,2008:20-29.
- [7] 杜润生.杜润生自述:中国农村体制变革重大决策纪实[M].北京:人民出版社,2005:96-164.
- [8] 张培刚.土地改革与经济发展[J].经济评论,1991(2):1-7,17.
- [9] 何凌云,黄季焜.土地使用权的稳定性与肥料使用——广东省实证研究[J].中国农村观察,2001(5):42-48.
- [10] 房绍坤.用益物权基本问题研究[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [11] 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.

- [12] 中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组.制定中国物权法的基本思路[J].法学研究,1995(3):3-10.
- [13] 陈甦.土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立[J].中国法学,1996(3):86-93.
- [14] 王晓慧,李志君.土地承包经营权的性质与制度选择[J].当代法学,2006(4):64-68.
- [15] 屈茂辉.农村土地承包经营权债权性质驳议[J].法制与经济,1998(1):17-18.
- [16] 钱忠好.农村土地承包经营权的法律属性探讨[J].南京社会科学,2001(11):67-69.
- [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] 刘强.农地制度论[M].2版.北京:中国农业出版社,2018:76-93.
- [19] 廖洪乐.农村改革试验区的土地制度建设试验[J].管理世界,1998(2):154-163.
- [20] 农业部农村改革试验区办公室.从小规模均田制走向适度规模经营[J].中国农村经济,1994(12):3-10.
- [21] 国务院研究室课题组.沿海地区农业规模经营问题[M].北京:人民出版社,1996.
- [22] 刘俊.土地承包经营权性质探讨[J].现代法学,2007(2):170-178.
- [23] 朱继胜.论三权分置下的土地承包权[J].河北法学,2016(3):37-47.
- [24] 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.
- [25] 宋才发.建立农村集体土地三权分置制度的法治探讨[J].学习论坛,2016(7):26-31.
- [26] 潘俊.农村土地承包权与经营权分离的实现路径[J].南京农业大学学报(社会科学版),2015(4):98-105.
- [27] 赖丽华.农村土地三权分置下经营权物权化制度构建[J].社会科学家,2016(10):104-107.
- [28] 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(18):1-5.
- [29] 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.
- [30] 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.
- [31] 陶钟太朗,杨环.论三权分置的制度实现:权属定位及路径依赖[J].南京农业大学学报(社会科学版),2017(3):86-94.
- [32] 李伟伟,张云华.土地经营权流转的根本属性与权能演变[J].改革,2015(7):91-97.
- [33] 何秀荣.公司农场:中国农业微观组织的未来选择[J].中国农村经济,2009(11):4-16.
- [34] 廖洪乐.农户兼业及其对农地承包经营权流转的影响[J].管理世界,2012(5):62-70,87.

(责任编辑:刘浩)

Economical Logics and Jurisprudential Logics on Both Farmland's Two Rights Division and Farmland's Three Rights Separation

LIAO Hongle

Abstract: Focusing on the disagreement or controversy of academic circles on the transformation of farmland's Three Rights Separation Policy into law, this paper systematically analyzed the economics logics and the jurisprudential logics of both farmland's two rights division and farmland's three rights separations and presented the following conclusions. Firstly, the Three Rights Separation is complied with both economical logics and jurisprudential logics and is feasible, and will co-exist with the Two Rights Divisions for a long term. Secondly, based on the Two Rights Divisions, the Three Rights Separation cannot weaken the contract and management rights and cannot undermine the Household Responsibility Systems. Thirdly, It is the real rights holders, not the collective organization, to have power to decide whether the contract and management rights of farmland will be divided into both contract rights and management rights, and the property of the management rights. Fourthly, the contract rights separated from the contract and management rights of farmland should be real property rights, which is not necessary in registration. Fifthly, the attribute of the management rights, which is independent of its registration status, transfer methods, confirmation registration methods and transfer term, mainly depend on the real authority of the holders of the contract and management rights, and it may be claim rights or property rights. Sixthly, only when the leaseholder is authorized to change the natural attribute, four boundaries or the rights status of transferred land by the contract and management rights' holder, can the management rights be property rights, which must be registered. Finally, this paper presented four suggestions related to policy make-up and law revision.

Keywords: Farmland Tenure; Three Rights Separation; Contract Rights of Farmland; Management Rights of Farmland; Rural Land Transfer; Scale Management