

承包地“三权分置”：入法路径与权利体系*

程建¹, 朱道林²

(1. 中国农业大学土地科学与技术学院, 北京 100193; 2. 中国土地政策与法律研究中心, 北京 100193)

摘要:基于文献研究法、政策文本分析法、演绎法,分析“三权分置”法律实现的理论逻辑,构造承包地权利体系。研究表明,在中国大陆法系框架下,产权经济学权利束分割理论不能为“三权分置”入法提供合理解释,权利派生理论可以更好的解释“三权分置”权利关系;土地承包经营权已经自物权化,土地经营权具备物权化条件。研究指出,政策术语不等于法律条文,“三权分置”入法应遵循基本法理,其法律表达应为“土地所有权(集体)—土地承包经营权(农户)—土地经营权(经营主体)”;在坚持集体土地所有权前提下,可将土地承包经营权塑造为“母权利”,以实现土地承包经营权(自物权)到土地经营权(用益物权)的“母子”权利结构。

关键词:土地法学;权利体系;“三权分置”;权利性质

中图分类号:F321.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-2404(2019)92-0037-05

2014年中央一号文件提出“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”,并通过《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》(后文简称《土地经营权流转意见》)进一步概括为“三权分置”。2016年通过的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(后文简称《三权分置意见》)对“三权分置”的改革思想又做了更加具体化的政策安排。学界普遍认为,“三权分置”顺应了“两权分离”的制度变迁路径,契合了市场经济发展的内在需求,切合现行农村社会的基本实践,具有现实的合理性^[1]。因此,“三权分置”政策成为新时期农村土地产权制度改革的重要指导方针^[2],为相关法律修改提供了根本导向。

“三权分置”是近年来农村经济和土地法学领域的重要研究问题,迄今相关研究已经相当丰富,但遗憾的是,即使是在2018年底新《农村土地承包法》出台后,就“三权分置”的实现路径、权利关系、权利性质和内容都还有争议。不管是在经济学界与法学界之间,还是在法学界内部,“三权分置”的法律实现方式都还存在不同意见。鉴于此,本文拟结合“三权分置”的理论逻辑分析、现实条件考察和政

策文本分析,来探讨“三权”内涵和权利关系,并立足结论作简要的修法评析。

1 “三权分置”的法律实现

1.1 理论逻辑

家庭联产承包责任制实施后,土地流转就开始出现,传统的双层经营体制正发生多元化转变。“三权分置”正是基于这一农村生产关系变化而被提出,符合经济学的基本原理。因此,经济学界多运用产权经济学中权利束分割原理来解释“三权分置”的逻辑,即家庭承包实现了土地所有权到土地承包经营权的初次分离,在承包地流转发生时,农户土地承包经营权又进一步被分解为土地承包权(留归农户)和土地经营权(流转给第三方),构建起“土地所有权(集体)—土地承包权(农户)—土地经营权(经营主体)”的农地权利体系。这一解释带来的首要问题是第二次分离导致了土地承包经营权灭失,不利于保障农民权益。更为关键的是,权利束分割的权利构造方法因受法理制约而难以实现妥善的法律表达。依大陆法系法理逻辑,从集体土地所有权到农户的土地承包经营权是派生关系,形成“所有权—用益物权”的“母子”权利结构,土地承包经营权是集体土地所有权之上设定的权利负担。也就是说,“包产到户”的实质是“一生二”,而非“一分为二”。这种基于大陆法系的权利派生原理根本区别于经济学的权利束分割理论。

同理,土地经营权也可以由土地承包经营权派生而来,前者成为后者的权利负担,但不改变后者的

收稿日期:2019-03-02

作者简介:程建,博士研究生,主要从事土地经济与土地政策等方面研究;朱道林,教授,博士生导师,主要从事土地制度与土地经济领域教学与研究工作。E-mail:chengjian@cau.edu.cn

* 基金项目:国土资源部专项研究项目(20170205)。

权利名称和性质,此所谓“一生二”之后的“三生三”,最终形成“土地所有权(集体)—土地承包经营权(农户)—土地经营权(经营主体)”的分置格局。在这一层派生关系中,土地承包经营权仍归承包户持有,并未灭失,只是其行使受权利负担的限制,但依此可向经营主体收取对价。

1.2 农业经营现实

中国具有悠久的小农历史,一家一户的精耕细作曾经支撑了中国数千年的发展。在现代规模化大生产下,农业规模化有其历史必然性,但结合具体国情,这种必然性也是相对的,传统的小农经营仍将长期存在。截至2017年底,中国农村土地流转的面积为3 413万 hm^2 ,流转率为37%,说明自耕农数量仍然巨大。这意味着,“三权分置”与“两权分离”将长期共存,“土地承包经营权”也将长期存在。这就要求,“三权分置”与现行“两权分离”要在经济学原理和法学原理上并行不悖。基于这样的实际情况,反思以上权利构造原理,权利束分割可能会产生如下问题:其一,带给自耕农土地承包经营权灭失的误解,不利于社会稳定;其二,土地承包经营权和土地承包权同时并存,承包地权利体系复杂化,难以很好区分。而遵循法理构造的权利结构则可较好实现“两权分离”向“三权分置”的过渡,既延续了“两权分离”的经济学逻辑,又保持了“两权分离”和“三权分置”在同一法律轨道上并行不悖。相反,把土地承包经营权“一分为二”的权利构造逻辑,是在法学原理基础上强行“嫁接”经济学原理,若强行“嫁接”,新法必然“两张皮”。

1.3 政策分析

回过头来再看政策文件,政策术语中“三权”确是指代“土地所有权、土地承包权、土地经营权”。但若仅从字面解读,反而有偏离政策实质精神的风险。应该注意的是,涉及“三权分置”的主要政策文件中,都再三提及“土地承包经营权”;2014年中央一号文件指示要落实土地承包经营权确权登记颁证,赋予承包经营权抵押、担保权能;《土地经营权流转意见》也明确表示承包经营权属于农户,并指出要强化承包经营权物权保护;《三权分置意见》更是直接用“派生”二字界定了承包经营权与经营权二者的关系。可见,土地承包经营权将一直存在并强化保护,它与土地承包权是两个概念,不能相互替代。政策文件也并未要求将“三权分置”构造为

“所有权—承包权—经营权”,反而指示“三权分置”的具体实现途径有待研究。

笔者认为,政策所提“稳定农户承包权”其实质是指保护农户的集体成员资格,而“土地承包权”是这种集体成员资格的权利化表达,它是先于土地承包经营权而存在的,即土地承包权是请求承包土地的权利,其本质是一种成员权或资格权。这意味着,只要切实保护了农户成员资格,按现行法律就能够保障其不失去土地承包经营权,也就有了“不得以退出土地承包权作为农民进城落户的条件”的说法。

综合以上对“三权分置”的理论逻辑、现实条件和政策文本的分析,可以得出结论:“三权分置”政策的合理入法途径并非“土地所有权(集体)—土地承包权(农户)—土地经营权(经营主体)”,理应为“土地所有权(集体)—土地承包经营权(农户)—土地经营权(经营主体)”,土地承包权是一种请求承包土地的成员权。这样的权利构造便于与现行“两权分离”的制度安排相衔接,实现最小的制度变迁成本。

2 权利性质分析

2.1 所有权本质与土地承包经营权的性质

要对集体与农民及其之间的权利关系有更准确的全面的认知,就必须对集体土地所有权生成逻辑进行追根溯源的分析。众所周知,集体从来就不是天生的,集体土地所有权也不是天生的,是制度变迁形成的。解放战争时期,因战争动员的需要,中国共产党适时发动了土地改革,赋予农民私人土地所有权,彻底激发了农民积极性。20世纪50年代开始,随着农业合作化和农民公社化推进,农民在土地改革中取得的农民家庭或个人土地所有权逐渐被集体化,这才有了集体土地所有权。随着后来“包产到户”的全面推行,又通过合约实现集体与农户的权利分设。但无论“分”还是“合”,农民一直还是土地的主人,而不是请了另一个主体来当土地的主人。正如《宪法》规定的中国农村土地属于农民集体所有,这里的“集体”是农民的集体,“集体所有”是农民共有,每家每户都是所有权的一份子,离开了农户或农民个体,集体也就不存在。回顾这段制度变迁的历史和相关法律规定,有助于我们正确认识集体所有权的本质以及集体所有与农户承包经营的关

系。

另一方面,为稳定农村土地承包关系,中央提出“长久不变”,这一方针已成为大的宏观政策背景,被确立为解决农民土地权利问题的基本指导思想,农民地权更加稳固。现实中,很多地方长期实行“增人不增地,减人不减地”,集体原则上不调整承包地,集体成员资格固化或者相对固化已成全国普遍现象^[3],成员资格不因居住地的改变而自然变更,即使身处异乡谋生,仍然是家乡的农民集体成员。按照这些政策走向,原本就具有所有权几乎全部权能的土地承包经营权变得更加强大,集体所有更像农户家庭按份共有^[4],成员集体财产权之基本权利属性开始回归^[5]。从比较法来看,中国集体土地使用权在功能上完全可以与西方国家的土地所有权相匹敌^[6]。由是观之,土地承包经营权实质上已被“自物权化”,体现出“弱化土地所有权,强化土地使用权”的改革方向^[7]。

2.2 土地经营权性质

就土地经营权性质界定,已有研究争议颇大,总结起来主要有三类,即债权说^[8-9]、物权说^[10-11]和二元说^[12-13]。各类学说均有其道理,但从政策指向和实践需求来看,土地经营权物权化仍有必要,但是面临着物权理论的诘难。

其实,在重新认识集体所有的本质以及承包经营权自物权性后,土地经营权性质之界定就顺理成章。土地承包经营权的自物权性足够为土地经营权的用益物权界定提供解释空间。而且,“承包户—经营主体”的关系与“集体—承包户”的关系可不相同,前者是实实在在的两个不同民事主体,更适用物权理论来进行权利关系构造。当法理矛盾得到化解,按照政策意旨,土地经营权就可以全面进行物权塑造,实际上土地经营权在功能上也符合用益物权的性质^[14]。

把土地经营权界定为物权,体现了市场经济改革的方向,激活了农村土地市场,能将“三权分置”改革红利推到最大化。具体的讲,是通过物权保护强化了这一权利进入市场的能力,权利人可以独立起诉、应诉,对保护这项权利十分必要。同时将权利存续期突破了《合同法》限制,满足了长期经营需要,最大程度激励了经营主体的土地投入,并为土地经营权抵押融资夯实了基础。

3 承包地权利体系

通过以上权利构造模式和权利性质的分析,基本形成了一套“三权分置”的权利体系,有必要进一步将理论上的权利体系落实到实践中去考察。以集体土地所有权为逻辑起点,在承包阶段,按照农地和“四荒地”二分形成家庭承包和其他方式承包两条途径。(1)家庭方式承包限定在集体内部,农户以土地承包权(成员资格)取得承包地的土地承包经营权,土地承包经营权由集体所有权派生。进一步说,承包户可以将全部或部分土地承包经营权转让或互换给本集体其他农户,此时是土地承包经营权的整体转移。承包户也可选择以出租(转包)和入股方式,从土地承包经营权中派生出土地经营权,将土地经营权流转给经营主体,且经营主体无范围限制。当然,取得土地承包经营或土地经营权的受让方,还可以通过相应方式进行再转让、再互换或再流转。(2)其他方式承包无集体成员资格限制,其经营主体可以是本集体成员,也可以来自集体外,但同等条件下集体成员享有优先权。经营主体通过招标、拍卖及平等协商等方式直接从集体取得土地经营权,这一土地经营权由集体所有权派生,并可进行再流转。最后,还需要说明的是,拿来融资担保的并非承包地本身,而是土地经营权,承包户和经营主体均是以土地经营权向金融机构融资担保,在担保物权实现时,担保物权人拿走的不是“地”,也非土地经营权,而是就土地经营权优先受偿。其实,基于土地经营权的用益性,其融资担保还可以明确界定为抵押融资(图1)。

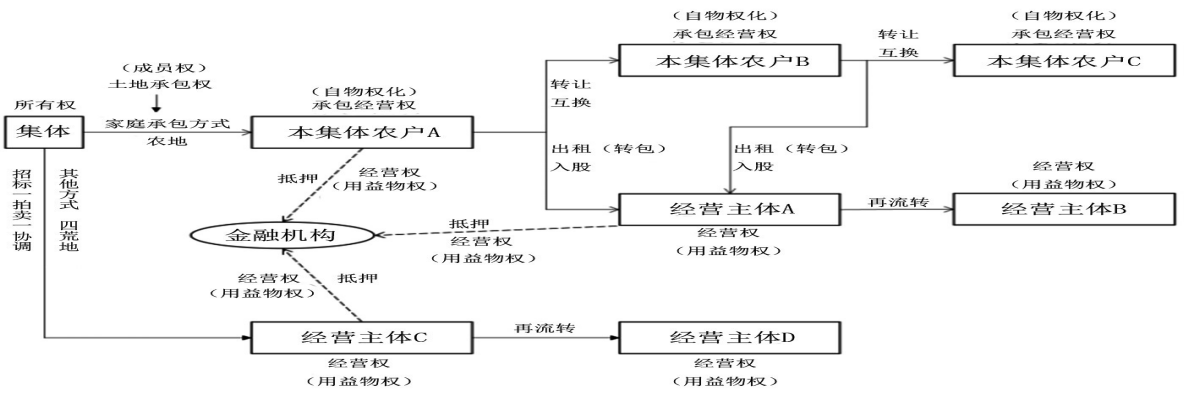


图1 承包地权利体系

4 修法简评

2018年10月,宪法和法律委员会对《农村土地承包法修正案(草案)》(二审稿)进行了再次审议,并公开征求意见。“二审稿”在2017年公布的“一审稿”基础上做了进一步修改,包括落实“三权分置”制度、土地经营权的流转和融资担保制度、延长承包期等。2018年12月29日,《农村土地承包法修正案》得到第十三届全国人大常委会第七次会议审议通过,新法正式出炉。以下结合前后修改内容,对与本文论点相关的重点修改做简要评析:

落实“三权分置”改革是本轮修法主要任务,但“一审稿”在“三权分置”的条文设计上存在缺陷,尤其是对“土地承包权”的性质及其与“土地承包经营权”的关系认识不足,从而导致条文中存在“土地承包权”和“土地承包经营权”的混用现象,这也使“一审稿”备受质疑。“二审稿”和新法对“土地承包权”、“土地承包经营权”有了清晰的区分。此外,新法还专门增设了第九条“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。”这一表述很容易被理解为在流转时土地承包经营权分离出了土地承包权(农户保留)和土地经营权(流转给第三方)。前文理论分析可知,这种“一分为二”权利构造模式值得商榷,违背法理逻辑。当然,条文中“土地承包权”也可能就是指代具有权利负担的“土地承包经营权”,是修法者对派生出土地经营权的土地承包经营权的一个便宜称谓,但这样的表述容易产生歧义,不利于理解。

建立承包地产权的融资担保制度是本轮修法的一个亮点。“一审稿”将融资担保范围从其他方式

承包扩展至家庭承包方式,指出承包方和第三方都可以用土地经营权向金融机构融资担保,但就其如何实现并未作出具体规定,存在明显不足。“二审稿”和新法就此进一步完善,赋予担保物权登记对抗效力,并指出担保物权实现时,担保物权人是就土地经营权优先受偿,不会导致农民失地。当然,新法还可以将“融资担保”进一步明确为“抵押”,因为土地经营权设立担保后,担保人仍然行使土地经营权,并未丧失抵押物的使用权^[15]。

原《农村土地承包法》对家庭承包和其他方式承包分章规定,但对不同方式下承包方取得的权利都界定为“土地承包经营权”,在“三权分置”的新制度框架下,这样的权利界定明显不符时宜。遗憾的是,“一审稿”并未对此做出应有的修正。“二审稿”认识到其他方式承包并不涉及社会保障因素,其取得的权利在性质上不同于家庭承包方式下的土地承包经营权,反倒可归为土地经营权。因此新法做出“以其他方式承包农村土地的,应当签订承包合同,承包方取得土地经营权”的修改,说明在其他方式承包中集体土地所有权直接派生土地经营权,如此可避免与家庭承包方式相混淆,更简洁直观,也符合其权利本身的特征。另外值得注意的是,新法较多出现“并报发包方备案”、“经发包方同意”等表述,多处从法理上看并不必要,但从强化集体的监管权,审慎稳妥推进农村土地流转视角看,又有其合理性。

5 结语

“三权分置”从政策到法律实现,首先必须明确用什么理论解释“三权分置”。本文认为在中国大陆法系框架下,以产权经济学权利束分割方法所构造的“三权分置”模式难以入法,法律中要确定的

“三权”并非政策术语中的“所有权、承包权、经营权”。基于大陆法系法学理论演绎出的应然权利构造模式是“土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”,这一权利构造可实现最小的制度变迁成本。当然,在对土地经营权物权化塑造时,这一权利构造还面临法系内部“一物一权”法理矛盾制约,但并非无法化解,大陆法系国家亦有不少案例可供借鉴。本文结合中国“集体—农民”的特殊关系以及承包地产权演化的历史,认为土地承包经营权已经自物权化,在坚持集体所有权基础上,将承包经营权设立为“母权利”是化解法理矛盾的可取途径之一。

参考文献

- [1] 许中缘,夏沁.农村集体土地“三权分置”中政策权利的法律归位[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2017,30(4):25-39.
- [2] 张旭鹏,卢新海,韩璟.承包地“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,2017,31(8):88-96.
- [3] 孙宪忠.推进承包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.
- [4] 高富平.承包地“三权分置”改革的法理解析及制度意义[J].社会科学辑刊,2016(5):73-78.
- [5] 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),

- 2017,17(2):102-112.
- [6] 席志国.民法典编纂中集体土地权利体系新路径[J].国家行政学院学报,2018(01):109-113.
- [7] 朱道林,李瑶瑶.农村土地制度改革的经济考察[J].中国土地科学,2018,32(03):1-5.
- [8] 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,2015,29(3):39-44.
- [9] 刘征峰.承包地“三权分置”改革的私法逻辑[J].西北农林科技大学学报(社会科学版),2015,15(5):26-33.
- [10] 蔡立东,姜楠.承包权与经营权分置的法构造[J].法学研究,2015,37(3):31-46.
- [11] 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,2015,36(1):79-92.
- [12] 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.
- [13] 张毅,张红,毕宝德.承包地的“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.
- [14] 陶钟太郎,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),2017,17(3):86-94.
- [15] 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[J].法学,2018(2):12-24.

Tripartite Rural Land Entitlement System of Contracted Land: Legal Realization Path and Rights System

CHENG Jian¹, ZHU Daolin²

(1. College of Land Science and Technology, China Agricultural University, Beijing100193, China;

2. Center for Land Policy and Law, Beijing100193, China)

Abstract: The purpose of the study is to analyze the legal realization of tripartite rural land entitlement system and construct a rights system. The methods used include literature research method, policy text analysis and deduction. The results show that: 1) under the framework of civil law system, the theory of rights bundle division of property rights economics can not provide a reasonable explanation for tripartite rural land entitlement system, and the theory of rights derivation can better explain the policy; 2) land contract and management right has become a self-property right, and land management right has the conditions to become property right. In conclusion, policy terms are not equal to legal provisions, tripartite rural land entitlement system should follow the basic jurisprudence, and its legal expression should be "land ownership—land contract and management right—land management right". On the basis of insisting on collective land ownership, land contract and management right can be shaped as "mother rights" to realize the "mother and child" rights structure.

Key words: land law; rights system; tripartite rural land entitlement system; nature of rights