

农地流转法律制度“完善”与“变法” 孰强孰弱研究^{*}

丁关良

(浙江大学中国农村发展研究院、公共管理学院, 杭州 310058)

摘要:“将土地承包经营权分为承包权和经营权”之“两权并行”格局是农地“三权分置”改革政策中最大亮点, 虽被视为深化农村改革之重要内容和创新之重要举措, 但该政策之新“两权”只有上升为法律之权利才有生命力、方可更好付诸实践, 通过法律强有力手段护航农地有序流转并促进经济发展。研究发现, 土地承包权和土地经营权之“两权并行”政策及《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》存在科学性的不周延与困惑和法律规制的尴尬与无奈, 土地承包经营权上创设土地经营权的新“三权分置”不符合不动产上权利生存之法律规则, 众多法律规制的尴尬同样存在。研究表明, 土地承包经营权无法分解为土地承包权和土地经营权, 客观存在的土地承包权应回归为权利能力而不是权利, 农地流转中产生的土地经营权很难找到权利生存之法律规则, 建议按照科学法理和良法的要求完善土地承包经营权流转法律制度。

关键词: 农地流转法律制度“三权分置”; 土地承包经营权流转

中图分类号: F301.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-9189(2019)01-0026-12

一、引言

2014年“中央一号文件”最先提出“三权分置”^①以来, 在农地“三权分置”改革政策中“将土地承包经营权分为承包权和经营权”而形成的土地承包权、土地经营权新“两权并行”之创新格局, 已被经济学界公认为是深化农村土地制度改革的重要内容和最大成果, 该改革事关农地流转是否顺畅, 农民土地权益在流转中能否顺利实现。同时, 学界一致认为权利问题终究是一个法律问题, 因而修改《农村土地承包法》的呼声愈加强烈。2017年10月31日出台的《中华人民共和国农村土地

^{*}项目来源: 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(17JJD790018)。

作者简介: 丁关良, 男, 教授, 研究方向: 农村产权、土地法以及农村法治。

①2014年2月9日中共中央、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》(中发[2014]1号)指出:“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, 允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”“推动修订相关法律法规”。这是国家层面最早提到涉及“三权分置”中的“三权”, 但无“三权分置”名称的政策表述。2014年11月20日《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈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〉的通知》(中办发[2014]61号, 以下简称《土地经营权流转意见》)指出:“坚持农村土地集体所有, 实现所有权、承包权、经营权三权分置, 引导土地经营权有序流转”, 文中最早提到“三权分置”, 也是以“三权分置”为主要内容的早期专项政策, 并出现以“土地经营权流转”替代“土地承包经营权流转”(该现象是否有充足法理依据值得商榷)的重大变化。同时指出“抓紧修订完善相关法律法规”。2016年10月30日中共中央办公厅、国务院办公厅颁发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(以下简称《“三权分置”政策意见》), 是中央涉及“三权分置”政策中最完善的“三权分置”内容体现, 且明确指出:“加快农村土地承包法等相关法律修订完善工作”。

承包法修正案(草案)》新“两权并行”之创新改革,为修法(亦可谓“变法”^②)的主要思路和主线^③,回应了上述迫切要求。

该《草案》对农地“三权分置”政策实施“法律化”(因该《草案》还不是法律)作了“顶层”制度设计,但该《草案》于2017年11月7日公布并公开征求意见以来,“受到来自不同方面的法学者的花式批评,其立法制度对此从理念思维到具体规则构建显然面临诸多难以回应的严峻挑战”(陈小君,2018),出现“草案由此对农村土地权利设计了一个较复杂的结构,即(集体)土地所有权+(承包农户)土地承包经营权+(承包农户)土地承包权+(经营主体)土地经营权。但这一土地权利结构安排是否准确反映“三权分置”思想,是否符合法理”引发质疑(高圣平,2018)。本文认为,该《草案》存在诸多法律问题,其根本原因与如下方面有关:2014年10月23日中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出“做到重大改革于法有据”“法律是治国之重器,良法是善治之前提”;《深化农村改革综合性实施方案》(中办发[2015]49号)明确指出“开展重大问题的理论研究,用科学的理论和理念指导改革实践”等要求,如“即便土地承包法独立修改必行之势不可逆转,其修法路径和方案仍大有研究必要”(陈小君,2018)。上述多种观点有力佐证《草案》凸显的问题,提醒理论反思和实践检验尤为必要。《民法典各分编(草案)》中土地承包经营权上创设土地经营权的新“三权分置”也不符合不动产上权利生存之法律规则,同样存在众多法律规制的尴尬与无奈。为此,本文遵循学术研究无禁区这一宗旨,拟就农地流转如何建立“良法制度”一陈管见,以求教于同仁。

二、农地流转法律制度的历史沿革与核心问题

(一) 历史沿革

1. 法律不允许流转阶段

1982年12月4日通过的《宪法》第10条规定:“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或以其他方式非法转让土地”,“虽未从正具体规定土地使用权可否流转的问题,但依据其立法意图、相关的立法解释以及当时的司法实践,可清楚地体会到当时立法对土地承包经营权流转持严格禁止的态度”(丁关良,2011)。

2. 司法允许部分可流转阶段

1986年4月12日最高人民法院《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》“农村承包合同的转让与转包问题”中明确规定:“转让是指承包人自找对象,由第三者代替自己向发包人履行承包合同的行为”“承包人将承包合同转让或转包给第三者,必须经发包人同意,并不得擅自改变原承包合同的生产经营等内容,否则转让或转包合同无效”。这一阶段司法上已认可转让和转包这两种流转方式。

3. 法律允许流转阶段

1988年4月12日颁布的“中华人民共和国宪法修正案”,将原宪法第10条第4款修改为:“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转

^②《草案》将《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第四节“土地承包经营权的保护”的标题修改为:“土地承包权的保护和转让”;将《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第五节“土地承包经营权的流转”的标题修改为:“土地经营权的保护和流转”。

^③《草案》第6条第1款规定:“以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权”。虽然该条款“在流转中”之内涵存在不明确、不周详(如“土地承包权和土地经营权什么时候成为独立权利问题,及相联系之土地承包经营权什么时候消灭问题”等重要问题《草案》之“法律规范”多处模糊),但该条款基本奠定此次《农村土地承包法》大修改(“变法”)的主基调,从后续绝大多数条文的修正内容均围绕此命题展开。

让。”1988年12月29日修改后的《土地管理法》第2条第4款规定：“国有土地和集体所有的土地使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法，由国务院另行规定。”显然，法律已确立土地使用权可流转。1993年7月2日原《农业法》第13条第2款规定：“在承包期内，经发包方同意，承包方可以转包所承包的土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面，也可以将农业承包合同的权利和义务转让给第三者。”1995年颁布的《担保法》第34条规定：“下列财产可以抵押：……；（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权。”

4. 法律规范流转阶段

从《农村土地承包法》（自2003年3月1日起施行）看，该法第二章“家庭承包”第五节“土地承包经营权的流转”（第32~43条）共用12个条文规定了家庭承包的土地承包经营权流转制度，第三章“其他方式的承包”（第49~50条）用2个条文规定了其他方式承包的土地承包经营权流转制度。

（二）核心问题

从《农村土地承包法》和《物权法》等法律、《农村土地承包经营权流转管理办法》（自2005年3月1日起施行）部门规章以及《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2005]6号）看，现行家庭承包的土地承包经营权流转法律制度存在问题（丁关良，2011）主要表现在：

1. 法律禁止家庭承包的土地承包经营权抵押

现行《物权法》《担保法》等法律都禁止家庭承包的土地承包经营权抵押（丁关良，2014）。

2. 法律对家庭承包的土地承包经营权转让过多干涉

《农村土地承包法》第41条明定家庭承包的土地承包经营权转让必须符合以下三个限制条件，即承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源、经发包方同意、受让方须有农业经营能力的农户。

3. 法律对家庭承包的土地承包经营权入股领域限制过窄

《农村土地承包法》第42条明定家庭承包的土地承包经营权入股内涵：第一，入股应在本集体经济组织（发包方）内的承包方之间开展；第二，入股后的承包地由经济组织（一般是土地股份合作社，不包括公司）从事农业合作生产；第三，农户以土地承包经营权入股形式从事农业合作生产，收益按股分配，而非将土地承包经营权入股作为赚取经营回报的投资。

4. 现行立法禁止土地承包经营权继承

土地承包经营权继承应属于土地承包经营权流转范畴。但《继承法》只承认“承包收益”的继承权，并未明确继承人对“土地承包经营权”享有“继承权”；《农村土地承包法》亦未承认其“土地承包经营权”可继承性；《物权法》未提及家庭承包的土地承包经营权的继承问题。综上，现行立法禁止土地承包经营权继承（温世扬，2014）。

5. 立法上物权性的转让、互换流转采取登记对抗主义立法模式弊大于利

《农村土地承包法》第38条规定：“土地承包经营权采取互换、转让方式流转，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。”研究认为，“《物权法》和《农村土地承包法》中土地承包经营权转让登记采取登记对抗主义制度不科学，其弊大于利（丁关良，2011）。”

上述现行法律制度规定与家庭承包的土地承包经营权及其用益物权具有的支配功能和排他性质相矛盾，不能更好保护农户土地承包权益和支持农户更好利用土地承包经营权发挥更大功效，造成农户土地承包权益受损和限制小农户与现代农业发展有机衔接。且不利于农地顺畅流转，更

无法使新型农业经营主体获得物权性质的权利向金融机构“融资担保”，发展现代农业和实施适度规模经营，以提高土地利用效率。

三、农地“三权分置”政策的改革目标和制度有关问题剖析

(一) 农地“三权分置”国家政策确立及其内涵

1. 学界对农地“三权分置(离)”观点的梳理

经济学界的主流观点认为，农村土地家庭承包使“一权”(土地所有权)变“两权”(土地所有权、土地承包经营权)从而实现了“两权分离”；在实行“两权分离”的基础上，随着农村经济社会的发展，特别是在工业化、城镇化快速推进的背景下，农户拥有的土地承包经营权又出现了承包权和经营权分离这一现象，即农户流出土地经营权给经营主体，而自己“保留”土地承包权，于是，农村土地就出现了所有权、承包权、经营权的“三权分置”。即学界的通说是农地“三权分置”中的“三权”是土地所有权、土地承包权、土地经营权。

2. 农地“三权分置(离)”国家层面政策的完善表述和“三权”界定

从政策角度分析，农村集体土地“三权分置”中的“三权”，应是指土地所有权、土地承包权、土地经营权，不包括土地承包经营权。农村集体土地“三权分置”论其“三权”归属如下：土地所有权归农民集体、土地承包权归农户(原承包农户)、土地经营权归流进方(现流转地经营者或经营主体)。

(二) 农地“三权分置”改革政策的核心目标

从以《“三权分置”政策意见》为主等涉及农地“三权分置”系列(包括专项和相关)政策的内容看，这一改革主要体现四大政策目标。

1. 重集体功能和根本地位而不断夯实集体土地所有权

始终坚持集体土地所有权性质不动摇，巩固和完善农村基本经营制度，明确农民集体是集体土地所有权的权利主体，真正赋予集体土地所有权人对集体土地依法拥有占有、使用、收益和处分权能，确保农民集体有效行使承包地发包、调整、监督、收回等各项职权，充分体现集体土地所有权的根本地位和保障作用。

2. 重身份地位和利益保障而强化稳定农户土地承包权

始终坚持以保护农民利益为改革根本出发点，政策已明确“不论经营权如何流转，集体土地承包权都属于农民家庭”，其核心是使农户因实施农地流转后仍“保留”土地承包权(最重要是土地承包权有“收益之价值功能”，且充分体现其身份性和社会保障功能性)而不会丧失土地上的持续利益，同时可使农民工变市民后不会丧失农地权利。

3. 重财产权利和效率而放活经营主体土地经营权

始终坚持以市场化实施农地流转机制为改革取向，通过真正赋予土地经营权具有占有、使用、收益和处分四大权能，使之成为纯经济功能的财产权性质的权利，使土地经营权人按市场规则实施土地经营权(权利取得的平等性与非身份性，充分体现其财产功能)抵押，以此突破原家庭承包的土地承包经营权不能抵押的法律限制，同时通过土地经营权自由流转解决土地承包经营权不能继承、不能自由转让、入股受限等制度瓶颈。

4. 重资源利用和能力提升而发展多元化适度规模经营

始终坚持以农村土地资源优化配置为改革依托，通过引导将土地经营权流转给新型农业经营主体，更好开展农业适度规模经营和加快提升现代农业水平，从而有效提高农地产出率、劳动生产率和资源利用率，实现土地资源优化配置。

上述改革目标指明我国农村土地制度未来走向,为着力发展现代农业和加速农业农村现代化进程奠定基础。

(三) 农地“三权分置”政策背景下各种流转方式运行尴尬之剖析

《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈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〉的通知》(中办发〔2014〕61号,以下简称《土地经营权有序流转意见》)指出,“鼓励承包农户依法采取转包、出租、互换、转让及入股等方式流转承包地”和“按照全国统一安排,稳步推进土地经营权抵押、担保试点”。2016年10月30日中共中央办公厅、国务院办公厅《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”政策意见》)也明确指出:承包农户“有权通过转让、互换、出租(转包)、入股或其他方式流转承包地并获得收益;……;有权依法依规就承包土地经营权设定抵押”和“经营主体再流转土地经营权或依法依规设定抵押”。在农地“三权分置”政策下,农村承包地流转的通常方式包括:“转让”“互换”“转包”“出租”“入股”“抵押”6种^④。

1. “转让”运行的尴尬

在农地“三权分置”政策下“转让”存在的问题:“转让”之“权利”转移内涵不符合常态,更不符合物权变动法则;“转让”之流转承包地的占有问题凸显,不符合法律规则;“转让”造成土地法律关系错综复杂,且混乱无序无法依常态确立;“转让”创设新两权,其权利性质不清,给物权法定带来尴尬;若“转让”之转让方一次性收取转让收益,造成“保留”土地承包权无实际价值;若“转让”之转让方收取转让年收益或分期分批收取转让收益,也会使农民权利很难或无法保障。

2. “互换”运行的尴尬

在农地“三权分置”政策下“互换”存在的明显问题:未发生权利移转,造成“互换”内涵不符合法理;无法界定承包地已对换,使承包地对换发生性质扭曲;使承包地之土地法律关系复杂,且复杂化造成理论上难以梳理和界定;等质等量的承包地“互换”后土地承包权已无收益功能,不能成为财产权利;非等质等量的承包地“互换”后客观上可能使双方都无土地承包权收益或只存在单方互换差价收益,并非土地承包权收益价值体现;“互换”后承包地被征收的征地款分配冲突凸显,理论上无法界定新“两权”如何合理补偿。

3. “转包”“出租”运行的尴尬

“转包”“出租”存在的问题:(1)“转包”使受转包方取得债权性质的土地经营权,使土地经营权抵押受挫;“出租”使土地承包经营权消失,造成发包方与承包农户间承包关系维系真空。(2)“转包”“出租”关系应属单一债之法律关系,而“转包”“出租”出现新两权造成两种法律关系畸形。(3)“转包”“出租”若使承包农户享有债权性质的土地承包权,出现权利性质异化和权利弱化。(4)“转包”“出租”期限届满后原农户原权利如何恢复,且如何实施再次流转亦成问题。(5)“转包”使土地承包经营权消失,造成发包方与承包农户之间承包关系维系真空;出租使承租人应取得租赁权,而不是土地经营权。(6)承租人取得的“土地经营权”性质为债权,债权性质土地经营权抵押于理于法无据。

4. “入股”运行的尴尬

“入股”存在的问题:入股社员是股东(或成员),而非承包农户(土地承包权人);土地承包权取得收益是变态,而股权取得收益是常态;“入股”后土地承包权继承是变态,而股权继承是常态。

5. “抵押”运行的尴尬

“抵押”存在的问题:承包农户以土地经营权设定抵押,实现抵押权存在制度扭曲并使多元利

^④农地在“三权分置”政策下的各种流转方式,本文以“流转方式名称”表示,如“转让”等以区别现行法律上土地承包经营权流转方式运行机制。

益实现无保障；土地经营权人以土地经营权设定抵押，实现抵押权也使多元利益实现无保障；债权性质土地经营权抵押于理于法无据；初次流转中实施抵押虽符合“三权分置”框架，但该“土地经营权”不能成为抵押权客体；再次流转的土地经营权抵押无政策理论可依，不符合法学理论。

四、《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》的亮点和不足

《草案》以“三权分置”政策中“将土地承包经营权分为承包权和经营权”创新改革为修法(“变法”)的主要思路和主线，在流转或相关方面其重大亮点表现在：(1)贯彻党的十八届三中全会以来中央政策提倡的“现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”，《草案》第4条第2款明确“国家依法保护农村土地承包关系稳定并长久不变”。(2)贯彻党的十九大报告“第二轮土地承包到期后再延长三十年”精神，《草案》第20条第2款明确“前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年”。(3)承包方和“第三方”均可用土地经营权向金融机构融资担保(包括抵押和质押^⑤)；(4)赋予承包方可自由实施土地经营权流转；(5)注重对土地承包权和土地经营权概念界定并强调保护；(6)承包的土地互换、转让未列于第二章“家庭承包”第五节“土地经营权的保护和流转”标题之下，表明互换、转让不产生“将土地承包经营权分为承包权和经营权”的情形，符合互换、转让属于物权变动的特性；(7)对承包方和“第三方”的弃耕抛荒作出严格限制。

《草案》存在问题和不足表现在：(1)土地承包权定义不合理；(2)土地承包权性质无法律定性；(3)土地承包权的保护和转让对象不明；(4)土地经营权定义也不科学；(5)土地经营权性质也无法法律定性；(6)承包方(农户)的土地经营权是否属于独立权利和法律保护问题凸显；(7)承包方以土地经营权设定抵押，实现抵押权存在制度扭曲和多元利益实现无保障；(8)初次流转后其产生的土地经营权多种性质并存和名称相同是否符合法律逻辑问题；(9)再次流转中土地经营权抵押之土地经营权性质问题和无可依据之政策理论、也不符合法学理论之常态问题；(10)不存在“部分或者全部”的土地经营权流转；(11)互换、转让是否属于流转方式问题更值得修法反思；(12)转让、互换规定在第二章“家庭承包”第四节“土地承包权的保护和转让”不科学；(13)(草案)没有对家庭承包这一用益物权性质的土地承包经营权充分保护；(14)《草案》在流转关系中当事人之一的流进方设计为“第三方”极不科学和不规范；(15)债权性的流转到期后土地承包经营权能否回复(回归)问题凸显；(16)土地承包权和土地经营权什么时候成为独立权利问题，以及相联系之土地承包经营权什么时候消灭问题。

五、土地承包经营权上设立土地经营权的新“三权分置”剖析

土地承包经营权上设立土地经营权的学界主要观点为：

(一) 土地承包经营权中分离出土地经营权

申惠文(2015)认为“按照权能分离理论，土地承包经营权中分离出土地经营权，作为母权的土地承包经营权不会发生改变，不能变性为土地承包权，仍然为土地承包经营权”。

(二) 土地承包经营权之上建立“耕作经营权”

孙宪忠(2016)认为“‘三权分置’的模式，核心是在农民的土地承包经营权之上建立另外一个‘经营权’，该权利将以农耕地作为客体，在农民集体的土地所有权、农民家庭或者个人的土地承包经

^⑤全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟于2017年10月31日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉的说明》指出：“草案使用了‘融资担保’的概念，包含了抵押和质押等多种情形，既解决农民向金融机构融资缺少有效担保物的问题，又保持了与担保法等法律规定的一致性。”

营权之外,形成针对农村耕作地的第三个权利”,“所谓三权,就是农村耕作地之上的所有权、土地承包经营权、经营权这三种权利”,“中央文件中所说的土地经营权,如果在立法上确定为物权,则可以命名为‘耕作权’或者‘耕作经营权’”。

(三) 土地承包经营权派生出土地经营权

按用益物权上建立负担权利的学界观点,土地承包经营权派生出权利,如“土地承包经营权也是浑然一体的权利,自土地承包经营权派生出土地经营权,在解释上应是农户在其土地承包经营权之上为经营主体设定土地经营权,也不是土地承包经营权权能分离的结果,而是土地承包经营权之上的权利负担”和“《农村土地承包法》修改时无须变动土地承包经营权的名称,即使在‘三权分置’之下,承包农户所享有的土地承包经营权的权利内容并未发生变化,只是承包农户行使其土地承包经营权受到其上已经设定的土地经营权的限制。如前所述,土地承包经营权是浑然一体的权利,其权能本身是不可分离的,且其名称并不因派生出土地经营权而发生改变”(高圣平,2018)。

(四) 土地承包经营权上设定一个用益物权性质的土地经营权

如“将土地经营权确认为用益物权并不是土地承包经营权或所有权权能分离的结果,也即土地经营权并不是从土地承包经营权或所有权中派生出来的”和“用益物权人也可以就自己享有用益物权的不动产为他人再设定用益物权,这也是用益物权的行使方式,且该用益物权设定后,其原用益物权也会受到一定的限制。就土地承包经营权而言,权利人完全有权就自己承包的土地为他人设定土地经营权,法律所要做的就是承认这种权利为用益物权”(房绍坤,2018)。

上述种种观点存在主要问题:一方面都缺乏现行法理支撑和到目前都未能出现创新法理来解决;另一方面也存在上述新观点不能自圆其说之现象和甚至出现更复杂难以解决新问题。

六、农地流转法律制度完善设想

(一) 土地承包经营权双重性的理论反思

学界普遍认为,家庭承包的土地承包经营权性质具有双重性,即身份性和财产性(肖卫东等,2016;丁文,2015;钟文晶等,2014),其身份性,体现为具有社会保障功能;而财产性,体现为具有经济效用(价值)功能。而土地承包经营权所承载的社会保障功能与经济效用功能间存在难以调和的严重冲突且两者难以兼容(赵万一等,2014;丁文,2015),主要表现在:一方面,社会保障功能要求土地承包经营权实现“农民集体成员人人有份、均等享有”的平均分地、适时调整、“限制性流转”,旨在追求社会公平;另一方面,经济效用功能要求土地承包经营权实现物权支配性特质、“自由性流转”和承包地的“适度规模经营”,旨在提倡经济效率。显然,该两者在功效性质、价值取向和基本规则等方面均相互对立而导致矛盾甚至严重冲突,使之形成难以或无法突破的立法思维定式,造成许多农地流转方式的法律制度内容设计出现障碍,如家庭承包的土地承包经营权不能抵押、转让多元限制、不能继承、入股领域过窄、互换范围受限等;同时,应作为私法上民事权利的家庭承包的土地承包经营权被课以公法上的社会保障功能特质,造成立法上的矛盾与冲突,如调整、收回等与土地承包经营权支配性不融等。土地承包经营权身份性和财产性复合特质在实践中难以有效实现(肖卫东等,2016)。

土地承包经营权性质具有唯一性,仅具有纯财产属性,且属于法定的用益物权之物权性质,不具有身份属性。农民集体成员的身份属性从依法承包土地的资格中可得到充分体现,即具有农民集体成员资格的农民,可以农户为单位参加农村土地承包活动,依法取得土地承包经营权,此处土地承包经营权的原始取得的身份性(只有具有农民集体成员资格的农民以农户为单位)不等于

该权利(指土地承包经营权)本身应存在或具有身份性,更不等于该权利取得之后必然具备身份性,如“土地承包经营权是以经济利益为内容的权利,属于典型的财产权;身份性不是土地承包经营权的固有属性”(丁文,2015)。同时,从《深化农村改革综合性实施方案》指出“稳定农户承包权,就是要依法公正地将集体土地的经营权落实到本集体组织的每个农户”和《“三权分置”政策意见》指出“农村土地集体所有权是土地承包权的前提,农户享有承包经营权是集体所有的具体实现形式”和“任何组织和个人都不能取代农民家庭的土地承包地位,都不能非法剥夺和限制农户的土地承包权”的上述内容看,土地承包权是取得土地承包经营权的基础和前提条件,土地承包权确实呈现并具有身份性,土地承包权应形成于农村土地承包之前,如因农民集体土地所有权的存在,本成员(农民)集体成员依法被赋予而拥有土地承包权^⑥,以农户为单位(《农村土地承包法》第二章“家庭承包”第15条规定:“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户”)才能参与本成员(农民)集体的农村土地家庭承包从而原始取得土地承包经营权。可见,这两项涉及“三权分置”重要政策的上述内容中的“农户承包权”或“土地承包权”属性应该属于民事权利能力,而不是民事权利。同时,在家庭承包中该“土地承包权”具有身份性,即家庭承包中的土地承包权,是指家庭承包的本成员(农民)集体成员有权依法享有承包由本成员(农民)集体之农村社区集体组织^⑦(发包方)发包农村土地的资格。目前,成员(农民)土地承包权是在家庭承包中农户取得土地承包经营权的基础^⑧,只有本成员(农民)集体的成员,才有资格以农户为承包主体参与家庭承包,依法原始取得家庭承包的土地承包经营权;否则,不属于本成员(农民)集体成员的其他任何人,无法从该成员(农民)集体中原始取得家庭承包的土地承包经营权。依据《民法总则》第二章“自然人”第55条“农村集体经济组织的成员,依法取得农村土地承包经营权,从事家庭承包经营的,为农村承包经营户”之赋予成员“民事权利能力”法律精神,正本清源——成员(农民)的土地承包权应界定为民事权利能力性质(此为性质的客观回归),“(土地)承包权其性质为民事权利能力(法律上的客观权利);而不是民事权利(现实中的主观权利),如土地所有权、土地承包经营权等”(丁关良等,2009)。可见,土地承包权具有身份性并不必然导致家庭承包的土地承包经营权也存在身份性,因为土地承包权具有身份性已发生于可取得和已取得家庭承包的土地承包经营权(财产价值)这一客观事实中。

实际上,农户取得土地承包经营权后,一方面可经营承包地取得承包地上收益可表现为逐渐实现社会保障功能,但不能说明土地承包经营权存在身份性(下同);另一方面通过债权性流转(如出租、转包等)按年取得收益(租金、转包费等)也可逐渐实现社会保障功能;再一方面通过物权性流转(如转让等)一次性取得收益(转让费等)以迅速实现社会保障功能(如本发包方外的农户依法通过该转让而继受取得用益物权性质的土地承包经营权,此情形也充分证明该权本身不存在身份性)。另外,

^⑥根据2002年8月29日通过的《农村土地承包法》第5条第1款“农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地”、第5条第2款“任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利”之规定,可知该条第1款是法律对“土地承包权”的立法确认,而该条第2款是法律对“土地承包权”确立之保护条款。同时,该法第6条“农村土地承包,妇女与男子享有平等的权利。承包中应保护妇女的合法权益,任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应享有的土地承包经营权”之规定,可知该条是法律对妇女“土地承包权”的立法确认,但保护条款内容不合理,理由是:只有妇女享有承包土地的权利(属于权利能力)不得被剥夺和非法被限制;而妇女的土地承包经营权也可因农村承包地被征收使农民集体土地变为国有土地而导致消失。可见,原法律规定“任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地承包经营权”不妥。该法第6条应修改为“农村土地承包,妇女与男子享有平等的权利。承包中应当保护妇女的合法权益,任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应享有承包土地的权利”。该法第47条规定:“以其他方式承包农村土地,在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先承包权”,该条款中的优先承包权也不是权利。

^⑦这里的农村社区集体组织,为《农村土地承包法》中的发包方,是指村集体经济组织、组集体经济组织、村民委员会和村民小组。见《农村土地承包法》第12条。

^⑧农户土地承包权,实际是由一个成员(农民)土地承包权或数个成员(农民)土地承包权之总和构成。

采取入股按年取得收益(红利等)可逐渐实现社会保障功能。可见,家庭承包的土地承包经营权仅具有唯一的财产性,而不具有身份性(身份性,是成员取得土地承包经营权体现之性质的资格)这一理论认识很重要,将为完善土地承包经营权权能和健全土地承包经营权流转法律制度奠定基础。

(二) 土地承包权和土地经营权该“两权并行”反思

本文主要分析“三权分置”政策中的“两权并行”,认为“将土地承包经营权分为承包权和经营权”这一“三权分置”政策核心内容,与现行法律逻辑产生权利规则不吻合,也无法通过法律制度改革创新实现,主要原因:土地承包经营权不是权利束,而是一项具体民事权利;土地承包经营权不是由“权利”构成,而是由权能构成;土地承包经营权无法分解为“土地承包权”和“土地经营权”;农地流转不是土地经营权流转,而是土地承包经营权流转;农地流转不是转移土地经营权,而是权利和部分权能移转并存;农地流转不会导致土地承包经营权消失。

(三) 土地承包经营权流转具强有力的法理支撑

我国实行土地公有制,土地所有权虽不能买卖、抵押、入股、抵债等,土地所有权中法律上的处分权能受到法律限制;但土地所有权由权能构成,且所有权是占有、使用、收益和处分四项基本权能的有机结合构成完整权利,每一种权能均具有相对独立性和可分性,四项权能中的某一项或某几项暂时脱离所有人,所有人并不丧失对该项财产的所有权。当然,分离出去的权能产生创设继受取得民事权利也对所有权的全面支配性构成一定限制,即“‘权能分离’理论最重要的功能就是解释物权体系的形成”(单平基,2016)。德国学者拉伦茨指出,所有权人可将某种权能在一定的时间内从所有权中单分出来,并转让给他人,从而使他人享有所谓限制物权,如用益权(卡尔·拉伦茨,2003)。德国学者鲍尔和施蒂尔纳也认为,可分离性是所有权的一个特点,该种分离并不是任意性的,只能选择立法许可的权利类型,即限制物权(鲍尔等,2004)。

本文认为,土地承包经营权也由占有、使用、收益和处分四项权能构成,土地承包经营权这一用益物权符合法理可实施流转,包括物权性的流转(权利转移,适用物权变动规则)和债权性的流转(部分权能转移,适用“权能分离理论”),一方面,转让、互换、入股、抵押等物权性的流转属于物权变动,发生土地承包经营权转移,不会或无法产生土地经营权;另一方面,债权性流转(土地承包经营权人仍然保留或拥有用益物权性质的土地承包经营权)中的出租其承租人创设继受取得农村承包地租赁权,转包其受转包人创设继受取得债权性质的土地承包经营权,也不会或无法产生土地经营权。

(四) 破除土地承包经营权流转中法律上的处分权能障碍

党的十八届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出“完善土地承包经营权权能,依法保障农民对承包土地的占有、使用、收益等权利”。拓展和完善土地承包经营权权能,其核心是赋予土地承包经营权流转中法律上的处分权能(因篇幅所限,本文仅涉及该法律上的处分权能)。根据现行法律,结合民法理论,“土地承包经营权流转”,是指在农村土地承包中的物权性质的土地承包经营权有效存在前提条件下,土地承包经营权人(即流出方)依法将该物权性质的土地承包经营权或从该物权性质的土地承包经营权中分离出来的部分权能移转给他人(即流入方)的行为(丁关良等,2008),如“转包、出租并不发生土地承包经营权主体的改变,且双方当事人仅产生债法上的效力,称债权性的流转;转让、互换、入股不仅发生土地承包经营权主体的改变,且产生物权法上的效力”(高圣平,2017)。

1. 土地承包经营权转让仅存在法律障碍,不存在法理障碍

学界比较赞同的观点,如“修改土地承包经营权的处分规则、废止土地承包经营权转让的限制

性规则，即成为不二之选”（高圣平，2017）。

2. 土地承包经营权抵押仅存在法律障碍，不存在法理障碍

家庭承包取得的土地承包经营权抵押为法律及司法解释所禁止。实际上，该抵押仅存在法律障碍，并不存在法理障碍（丁关良，2014），如“认可土地承包经营权转让而不允许土地承包经营权抵押，是制度设计的缺陷，试图以所有权、承包权、经营权‘三权分置’来解决土地承包经营权抵押问题，显然开错了药方”（高飞，2016）。

3. 土地承包经营权入股仅存在法律障碍，不存在法理障碍

目前实践中，土地承包经营权入股对象已多元化，包括：农民专业合作社、社区性的股份（经济）合作社、土地股份合作社（亦称农地股份合作社）、公司（主要是股份制农业龙头企业）等，而从《农村土地承包法》第42条看^⑨，显然法律对家庭承包的土地承包经营权入股领域限制过窄，似仅限土地股份合作社，有股金（是否符合法理这里不探讨，而目前公司或农民专业合作社不存在股金，即所谓的“保底分红”）保底（可能满足承包农户的风险规避需求），土地股份合作社有利润时再取得红利收益。同时，土地股份合作社法律地位仍没有法律界定，是特别法人中的“城镇农村的合作经济组织法人”，还是企业法人、非法人组织等不明^⑩。实际上，土地承包经营权作为一种用益物权（重要财产权），可以作为出资物，如土地承包经营权转让采取自由原则，显然，土地承包经营权可成为上述组织（法人）的入股财产，如土地承包经营权入股公司，公司移转继受取得土地承包经营权，承包农户丧失土地承包经营权的同时取得该公司股权且成为公司股东，成为公司股东的承包农户以公司股东身份享有公司股权并在公司产生利润情形下取得红利收益，应该没有法理障碍；同时，土地承包经营权成为公司财产后，公司拥有土地承包经营权且可以该土地承包经营权抵押融资，也应该没有法理障碍。

4. 土地承包经营权继承仍存在法律障碍，也谈不上存在法理障碍

《继承法》只肯定“承包收益”的继承权，并未明确继承人对“土地承包经营权”享有“继承权”；《农村土地承包法》亦未承认其“土地承包经营权”可继承性；《物权法》未提及家庭承包的土地承包经营权的继承问题。综上，现行立法禁止该土地承包经营权继承。“《物权法》既然允许其被转让，就没有理由禁止其被继承，否则，被继承人完全可以通过转让的方式以实现继承之目的，从而对法律的严肃性与权威性予以公然挑衅”（温世扬，2014）。承包农户拥有的应是一项完整的有期限的用益物权性质的土地承包经营权，其独立的纯粹财产权属性决定其应当允许继承，可见，该权继承应无任何法理障碍。

5. 土地承包经营权互换仍只存在法律障碍，更谈不上存在法理障碍

《农村土地承包法》第42条规定：“承包方之间为方便耕种或者各自需要，可以对属于同一集体经济组织的土地的承包经营权进行互换”。依据上述转让的对象范围“其他从事农业生产经营的农户”之规定，A村农户甲和B村农户乙间通过两次转让可实现不在同一集体经济组织的农户间互换的目的，从而使该互换限制条件“形同虚设”。显然，该条款之规定充分反映出该法律规范之内容不严谨和不周详。实际上，互换主要目的是条文提到的“为方便耕种或者各自需要”和“解决承包地细

^⑨《农村土地承包法》第42条规定：“承包方之间为发展农业经济，可以自愿联合将土地承包经营权入股，从事农业合作生产。”

^⑩《民法总则》第96条规定：“本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。”

^⑪2014年11月20日，《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈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〉的通知》（中办发〔2014〕61号）。

碎化问题”^⑩，因此，家庭承包的土地承包经营权互换应不再局限于同一集体经济组织农户之间。

6. 立法上物权性的转让、互换流转采登记对抗主义立法模式弊大于利

《农村土地承包法》第38条规定：“土地承包经营权采取互换、转让方式流转，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。”研究认为，《物权法》和《农村土地承包法》中土地承包经营权转让采登记对抗主义制度不科学，其弊大于利(丁关良等，2011)。因此，土地承包经营权互换、转让、入股、抵押等物权性流转应统一采登记生效主义，如“采取转让、互换、抵押、入股等方式流转的，经依法登记时生效，亦为必然”(陈小君，2018)。

七、结 语

每一项重要农地制度的改革创新均牵涉几亿农民的切身利益，其历史与时代责任重大，在时机不成熟和农地“三权分置”改革之创新理论尚未出现情形下，更需率先实施封闭试点，而非急于实施“土地经营权流转替代土地承包经营权流转”，无理论依据的仓促“变法”。其建议方案最佳路径不是采取“变法”(重构)来制定与“三权分置”政策制度或土地承包经营权上创设“土地经营权”相吻合的“土地经营权”流转法律制度，而是基于土地承包经营权流转只存在种种法律障碍而不存在法理障碍这一客观认知和现实，按照现行公认科学法理和良法才是法治要求之法的准则，通过现行农村土地承包法律制度和土地承包经营权流转法律制度的协调整体修法(丁关良，2011)，使之走上依据良法引导土地承包经营权有序流转，更好保障农民土地权益和发展农业适度规模经营的善治之路。

参考文献

- [1] 陈小君. “三权分置”与中国农地法制变革[J]. 甘肃政法学院学报, 2018(1): 22-33.
- [2] 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.
- [3] 陈小君. 《农村土地承包法修正案(草案)》要义评析[J]. 中国土地科学, 2018(5): 1-6.
- [4] 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.
- [5] 丁关良. 土地承包经营权流转制度法律问题研究[J]. 农业经济问题, 2011(3): 7-14, 110.
- [6] 丁关良. 家庭承包之土地承包经营权抵押乱象剖析和法律规制研究[J]. 中国党政干部论坛, 2014(6): 28-33.
- [7] 温世扬. 农地流转: 困境与出路[J]. 法商研究, 2014, 31(2): 11-16.
- [8] 丁关良, 陆春明, 蒋青. 土地承包经营权转让登记制度的现实困境及对策[J]. 上海财经大学学报, 2011(4): 17-24.
- [9] 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.
- [10] 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.
- [11] 房绍坤. 民法典物权编用益物权的立法建议[J]. 清华法学, 2018(2): 59-73.
- [12] 肖卫东, 梁春梅. 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): 17-29.
- [13] 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.
- [14] 钟文晶, 罗必良. 契约期限是怎样确定的?——基于资产专用性维度的实证分析[J]. 中国农村观察, 2014(4): 42-51.
- [15] 赵万一, 汪青松. 土地承包经营权的功能转型及权能实现——基于农村社会管理创新的视角[J]. 法学研究, 2014(1): 74-92.
- [16] 丁关良, 阮韦波. 农村集体土地产权“三权分离”论驳析——以土地承包经营权流转中“保留(土地)承包权、转移土地经营权(土地使用权)”观点为例[J]. 山东农业大学学报: 社会科学版, 2009(4): 1-8.
- [17] 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.

- [18] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册)[M]. 王晓晔等译, 北京: 法律出版社, 2003.
- [19] 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.
- [20] 丁关良, 李贤红. 土地承包经营权流转内涵界定研究[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2008, 38(6): 5-13.
- [21] 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): 95-101.
- [22] 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.
- [23] 陈小君. 我国涉农民事权利入民法典物权编之思考[J]. 广东社会科学, 2018(1): 219-233.

Study on Relative Weakness of "Perfection" and "Transformation" of Farmland Circulation Legal System

DING Guanliang

(China Rural Development Research Institute, School of Public Administration, Zhejiang University, Hangzhou 310058, China)

Abstract: "Rural land contractual management right is divided into contracting right and management right", namely, "two rights parallel" pattern was the rural land "three rights division" reform policy in the biggest bright spot. Although it had been regarded as an important part of deepening rural reform and an important measure of innovation, but the new policy of "two rights" only rose to the right of the law, will make the "two rights" have vitality, it might be better putting into practice and strong means of escorting rural land through the orderly circulation and promote economic development. It was further found that between the land contracting right and land management right of the "two rights parallel" policy there was scientific undistributed and confusion and legal regulation of embarrassment and helplessness. it was found that between the "two rights parallel" policy about the land contracting right and land management right and *Amendment (draft) of rural land contract law of the People's Republic of China*, there was scientific undistributed and confusion and legal regulation of embarrassment and helplessness. The new "three-right division" of land management right on the basis of the land contracting right, did not conform to the legal rules of the survival of the real estate rights, and the embarrassment of many legal regulations also existed. The research showed that the land contracting management right couldn't broken down into land contracting right and land management right, the objective existence of land contracting right should be returned to the right ability rather than the rights, the land management right produced in the farmland circulation was difficult to find the legal rules for the survival of the rights, and it could be found that the legal system of land contract management right circulation should be perfected according to the requirements of scientific legal and good law.

Key words: the "three rights division" of the legal system of farmland circulation; the transfer of land contractual management rights