

农地“三权分置”法制化与 承包经营权制度的完善

辜明安 梁 田

(西南财经大学 法学院 四川 成都 611130)

摘 要: 农地“三权分置”政策对于推动农村土地流转具有重大意义。从我国社会城市化以及农业经营集约化发展趋势而言,如果仅止于此政策的法制化并没有拓展现行法律的制度内涵。农地承包经营权作为中国特色的物权制度应该具有完整的权利构造,承包人对作为财产性权利的承包经营权应有充分的处分权。从立法论视角而言,应着力推进制度创新,赋予承包人自由流转承包经营权的权利,允许城市工商资本进入农村进行农业经营,并完善与此相关的配套制度。

关键词: 农地承包经营权; 三权分置; 制度价值; 局限性; 制度创新

中图分类号: DF45 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2020)02-0020-21

The Legalization of “Separation of Three Rights” of Rural Land and the Perfection of the System of Contract Management Right

GU Ming-an, LIANG Tian

(Law School, Southwest University of Finance and Economics, Chengdu 611130, China)

Abstract “Separation of Three Rights” Policy is of great significance for transferring agricultural land. However, Only Legalization on the policy has not expanded the Existing Legal System from the trend of social urbanization and agricultural intensification. As a property right system with Chinese characteristic, the right of contractual management of rural land should have a complete right structure, the

收稿日期:2019-11-25

基金项目:西南财经大学“中央高校基本科研业务费专项资金”资助项目(JBK170907)

作者简介:辜明安(1966-),男,四川仁寿人,法学博士,西南财经大学法学院教授,博士生导师,研究方向:民商法学;

梁田(1980-),男,满族,辽宁义县人,西南财经大学法学院博士研究生,西南民族大学生命科学与技术学院助理研究员,研究方向:民商法学。

contractor shall have the full right to dispose of the contractual management right as a property right. From the perspective of legislation, we should focus on promoting institutional innovation. In other words, the contractor have the right to freely transfer the contractual management right at the legislation level. Urban industrial and commercial capital should be allowed to enter the rural areas and agricultural business. Meanwhile, the related system to protect farmers' interests should be established.

Key words: right of rural land contract management system; separation of three rights; institutional value; limitations; system innovation

农村土地承包经营权制度是我国颇具特色的农村土地利用制度。在改革初期,这一制度释放了巨大能量,发挥了不可磨灭的历史作用。然而,随着我国经济体制改革和城市化的推进,原有制度设计的局限性开始显现,甚或成为农村土地流转的制度障碍。为促进农村土地流转,农村土地“三权分置”渐成深化农村土地制度改革的政策选择;十九大报告更把“完善承包地‘三权分置’制度”作为乡村振兴战略的重要举措。我们坚定地认为,“三权分置”政策及其法制化具有重要意义,但是,从学理角度观察,如果仅止于将“三权分置”法制化似乎还存在一些问题有待澄清:诸如“三权分置”的基础和前提是什么,这种制度创新的意义何在,它究竟是一项过渡性措施还是长远助益中国社会城市化和现代化的必要举措,等等。基于此,我们试图对这些可能的问题在学术层面进行梳理与辩证,以期对农村土地制度在“三权分置”的基础上再行拓展和推进,助益农村土地制度的创新与发展。

一、农地“三权分置”的意义及其拓展的可能性

(一) 学界对“三权分置”的认识与分歧

“三权分置”学界研究已有经年,发表了不少颇有见地的研究成果。这些成果近年来逐渐进入决策层视野并进而成为政策选择。

在经济学界,稍早的研究大体在“三权分离”或“三权分置”的原因、意义以及权利形态等几方面进行探讨。学者认为,土地“三权分离”不但可以满足不同主体的利益需求^[1],还有利于促进土地流转,改善零碎小规模经营,促进土地商品化和农地市场化发展^[2],实现土地的规模经营,提高土地的利用效率^[3],而且这种渐进改革方式在公有制范畴内实现农地产权的人格化,促进农地流转集中,提高农业生产水平,使农户(农民)获得不同程度的帕累托最优^[4]。亦即,在使农地的承包者获得长期稳定的财产收益的同时,高效配置农地资源,实现土地的规模经营^[5]。十八届三中全会后,经济学的研究侧重于“三权分置”的农地权利结构。学者认为,“三权分置”是继所有权与承包经营权“二权分离”之后农村地权制度的又一次重大创新与飞跃,有助于新型农业经营体系的设立,实现农业现代化^[6],“三权分置”改革明晰了权利结构,即农地所有权归村社集体组织,土地承包经营权归农户,土地经营权让渡他人行使^[7]。将土地承包权经营权分置为承包权与经营权是未来农地产权制度的发展方向^[8]。

与经济学界对“三权分置”相对趋同的观点有所差异的是,法学界对“三权分置”的认识则略显分歧。持赞成态度的学者大体侧重以下几个问题,一是土地承包权与经营权分置的

实施路径^①；二是土地经营权的法律认知与法权定性^②。持谨慎保留态度的学者，认为土地承包经营权不是对土地承包权与土地经营权相加的法律产物，本身就是一个单一、完整与独立的用益物权形态，并不存在保留土地承包权而流转土地经营权的法制分离现象，流转的只是有期限的土地承包经营权，而农民真正保留的是集体组织成员身份^[9]。甚至认为，政策起草专家对农村土地权利所作的土地承包权与经营权分置的解读属于以政治话语替代法律术语的一种臆断，溢出了严谨的法律规则系统^[10]。土地承包权与经营权分置不失为打破当前农地流转僵局的一种过渡性、局部性的策略，但这不过是对实践中农地使用权债权化流转方式——典型如出租、转包等的一种解说，事实上没有必要将其认定为是一种长期性和普遍性的土地物权现象^[11]。

由此可见，农地“三权分置”在理论层面的认识并不完全一致。在中央定调要求以“三权分置”促进农地流转后，持保留意见的观点渐趋式微。但是，即便肯定当前的政策选择，土地“经营权”也“并不是将农村土地承包经营权分离为承包权和经营权，而是将农村土地承包经营权的占有、使用和收益权能分离出去，形成经营权。”由于“我国土地承包法确认了农村集体土地所有权和土地承包经营权，但没有规定土地经营权。”因此，需要法律“完整确认‘三权分置’制度的合法地位”^[12]。换言之，政策层面的农地“经营权”需要法律确认才能成为法律概念^③。

在我们看来，肯认“三权分置”的研究成果为农村土地流转提供了理论支撑，具有一定合理性。尤其是在农村土地流转成为现实且已经形成规模的情况下^④，的确起到了在维持现有法律框架的前提下，以变通的方式绕开了制约农村土地流转的制度性障碍，进而实现促进农村土地流转的作用。但是，现有肯认“三权分置”的研究成果基本上是在坚持农地的保障功

① 蔡立东，姜楠《承包权与经营权分置的法构造》，载《法学研究》2015年第3期，第31-46页；丁文《土地承包权与土地承包经营权的分离》，载《中国法学》2015年第3期，第159-178页；马俊驹，丁晓强《农村集体土地所有权的分解与保留——论农地“三权分置”的法律构造》，载《法律科学·西北政法大学学报》2017年第3期，第141-150页；蔡立东，姜楠《农地三权分置的法实现》，载《中国社会科学》2017年第5期，第102-122、207页。

② 王利明《全面深化改革中的民法典编纂》，载《中国法学》2015年第4期第25-40页；朱广新《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》，载《法学》2015年第11期，第88-100页；谢鸿飞《明确农村土地经营权的合法地位》，载《农村工作通讯》2016年第4期，第48页等。

③ 在《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《土地承包法》）修改以前，《行政诉讼法》第12条第七项，虽然把行政机关侵害“农村土地经营权”作为受案范围，但是，该规定仅表明行政诉讼的受案范围，并未清晰表达“经营权”的概念与内容，我们不能据此简单地认为，农村土地经营权已经成为立法表达。经第十三届全国人大常委会第七次会议（2018年12月29日）修改的《土地承包法》，明确规定“承包地的土地经营权”将“三权分置”政策以修法的形式在法律上确认和落实，明确了农村土地经营权。这样的立法确认回应了政策要求和学者的呼吁，但是，这种回应是否适当正是本文所关注的问题，正在编纂中的《民法典》是否在立法思路大胆创新，抑或依旧按目前的立法思路将农地“三权分置”政策法定，这是一个重要的立法选择。因此，在理论上明辨这个问题甚为重要。

④ 据中央农村工作领导小组副组长陈锡文先生介绍，截至2016年农地经营权流转达4亿亩，占全国耕地面积的32%。参见贵州卫视2016年3月3日“论道”栏目：“对话陈锡文：深化农村改革”。

能为基础,限制城市人口涉足承包经营权的背景论证其合理性的,可能存在的较为明显的理论缺陷,尤其是对以下问题似乎并没有给出让人信服的理由:农民的社会保障只能或主要依靠土地吗?对“承包经营权”流转的限制是固有成见所致还是现实之必须?“三权分置”能不能真正成为一项制度创新并从根本解决我国农村土地利用问题?等等。这些问题似乎都有进一步思考的必要。

(二) 农地“三权分置”政策的形成及其意义

我国农地制度在新中国建立以后经历了不断变革的过程。20世纪50年代中后期到60年代逐渐形成了我国集体所有权制度:中共中央政治局1959年4月上海会议纪要《关于人民公社的十八个问题》中确定以生产队为基础、三级所有的人民公社根本制度;1962年9月27日中共中央第十次全体会议讨论通过了《农村人民公社工作条例修正草案》(简称《六十条》),明确“生产队范围内的土地,都归生产队所有。生产队所有的土地,包括社员的自留地、自留山、宅基地等等,一律不准出租和买卖。”“集体所有的山林、水面和草原,凡是归生产队所有比较有利的,都归生产队所有。”这样,集体土地“三级所有,队为基础”被确认并巩固下来。在这种集体所有权制度下,土地归属于集体所有的同时,土地支配由集体统一部署调配^[13]。由于土地所有权和使用权的高度集中化,导致责、权、利的极端不对称^[14],极大地消减了农民的生产积极性,再加之其他因素的影响,我国农村经济和社会长期处于欠发展状态,农民生活处于赤贫状态。为解决温饱问题,从上世纪70年代到80年代经由农民创造性地“发明”了家庭承包制,后被决策层肯定作为政策推行,由此开始了我国农村和农业经营的重大变革,形成了以家庭承包经营为基础,统分结合的双层经营体制和法律制度体系。

农村土地承包经营制度适应了我国农村社会经济发展需要,体现了农民利益诉求,极大地解放了农村生产力,激发了广大农民的积极性,促进了我国农业和农村经济的发展,解决了绝大部分农民的基本生活问题,使农村长期赤贫的生活状况得到了极大地缓解。“为稳定和完善的以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益,促进农业、农村经济发展和农村社会稳定”,全国人大常委会制定《土地承包法》,以法律的形式明确“国家实行农村土地承包经营制度”^①。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)将农村土地承包经营权确定为用益物权,规定“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。“农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度”^②。至此,农村承包经营权被政策和法律所确认,作为一项用益物权制度加以保护。

基于我国农村土地承包经营制度曾经发挥的巨大作用,对其历史贡献无论怎么评价都不过分。但是,随着经济社会发展,原有制度设计逐渐显现其缺陷和不足。一方面,传统的

① 参见《中华人民共和国农村土地承包法》第1条、第3条。

② 参见《中华人民共和国物权法》第124条。

单家独户的农业耕作不仅效率低下,经济效益明显不高,而且妨碍农业生产的规模化经营,不利于农业现代化和集约化经营;另一方面,随着城市经济发展,大批农民进入城市务工而成为工业、建筑及服务行业的重要力量,他们对土地的依赖已然降低,现有的承包经营权制度及其对流转的限制^①,实际上使承包经营权非但没有成为他们本该拥有的财富,甚或在某种程度上成为其变身“市民”的“包袱”。在这样的背景下,如果还坚持原来的“两权分离”式的承包经营权体制,那么,撂荒土地和欲行规模化农业生产的经营者需要土地而不得的局面将可能成为农业和农村发展挥之不去的“梦魇”和制度“瓶颈”。于是,如何盘活农村土地便成为一个需要不断探索并逐步解决的现实问题。

为探索农地制度新机制,早在20世纪90年代有些地方就开始土地流转试点,并随后出台了相关文件:如1999年5月25日上海市农委出台的《上海郊区开展延长土地承包期工作稳定和完善的土地经营制度的意见》指出:在明确土地所有权和稳定土地承包权的基础上,积极引导土地合理流转,搞活土地经营权;2001年11月2日重庆市人民政府印发的《重庆市国民经济和社会发展第十个五年计划农业和农村经济发展重点专题规划的通知》指出:稳定土地承包权,在自愿有偿的基础上,依法进行土地经营权的合理流转,发展各种形式的土地适度规模经营;2009年7月22日四川省人民政府办公厅颁布的《关于进一步规范有序进行农村土地承包经营权流转的意见》指出:坚持“稳制、分权、搞活”的原则,实行承包权和经营权相分离,放活经营使用权。这些地方的试点在一定程度上解决了农村土地流转的问题,取得了一些初步的经验。

在各地试点的基础上,2014年中央一号文件指出:“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。”2014年9月29日,中央全面深化改革领导小组第五次会议在审议《关于引导农村土地承包经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》时,中央深改组组长习近平同志关于“在坚持农村土地集体所有的前提下,促使承包权和经营权分离,形成所有权、承包权、经营权三权分置,经营权流转的格局”的定调成为真正意义上“顶层设计”的雏形。2014年11月20日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《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》,明确了土地承包权与经营权分置的指导原则、具体思路和总体要求。此后,陆续出台了有关土地承包权与经营权分置的一系列农地改革新政的措施和政策,如2015年2月1日中共中央、国务院发布的《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》、2015年11月2日中共中央办公厅、国务院办公厅出台的《深化农村改革综合性实施方案》、2016年1月27日中共中央、国务院颁布的《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面

^① 根据《土地承包经营法》和《物权法》的规定,土地承包经营权只能以“转包、出租、互换、转让或者其他方式”流转,其中以转让方式流转的,转让主体仅限于本集体经济组织的农户(《土地承包法》第34条),只有“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的,其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转”。中央文件明确“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”(中共中央办公厅、国务院办公厅:《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》)。

小康目标的若干意见》、2016年10月30日中共中央办公厅、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》等等。为了充分发挥土地效用,促进农村土地流转,农村土地“三权分置”被决策层采纳而成为农村土地改革的政策选择,并要求“落实”和在制度上予以“完善”。十九大报告明确提出对农村土地“三权分置”完善的要求。这一系列的会议和政策文件,使农村土地“三权分置”的政策措施逐步明晰。

由此可见,农村土地“三权分置”是相对于原有承包经营权之所有权与承包经营权“两权分离”而言的,抑或可以说,是在既不触动现有制度的基本构架,又能使土地得到流转的农地改革方案。恰如专家所说,“三权分置”既尊重原有的集体所有权,又划断农民的承包权,而且在此基础上保护务农者的经营权^[15]。这样的制度设计,的确有其十分可贵的创新,甚或可以说是一个尽可能周全兼顾各方利益的创新之举。中央农村工作领导小组原副组长陈锡文同志在接受记者采访时说,农村土地制度改革,有三条底线是不能突破的:不能改变土地所有制,就是农民集体所有;不能改变土地的用途,农地必须农用;不管怎么改,都不能损害农民的基本权益。至于土地承包经营权抵押,按照现行法律,农民对承包地只享有占有、使用、收益的权利,并没有处分权,所以土地承包经营权是不允许抵押、担保的。但是,现代农业发展需要资金,商业银行每一笔贷款都必须要有有效的抵押物,而农民又缺乏(这样的抵押财产),造成了贷款难。所以这次(中共十八届三中全会——笔者注)中央把经营权从承包经营权中单独分离出来,允许抵押担保,但承包权作为物权依然不许抵押。易言之,农村土地承包经营权就分解为“承包权”和“经营权”两项权能,在坚持农户(民)保有承包权的同时,放活经营权。这样一来,既能缓解农民的贷款难,又能做到风险可控,即便到期还不上贷款,农民失去的也只不过是几年的经营收益,并不会威胁到他的土地承包权^[16]。

的确,在现有法律制度框架下,如果将农村土地承包经营权区分为农民的土地承包权和土地经营权,或者由农户与相对人通过合同“设定”土地经营权,那么,将土地承包权予以保留,而允许土地经营权流转,并且不触动农地的集体所有权,这样似乎解决了对“土地承包经营权”限制流转的“死结”,盘活了农村承包经营权,使农地能够得到有效运营。如果这样的政策设计得以实施,那么,在现有制度背景下,不仅有利于农业生产的规模化,还可以激活农地的资本潜能和融资功能,更重要的是还可以不对现行法律制度进行根本性改造,改革的成本相对来说的确较低,是现行制度背景下较为可行的政策选择。从这个角度而言,“三权分置”的确具有重要的现实意义,甚至有观点将其与承包经营权制度确立而创新农地利用制度相比较,称其为农村改革的又一次创新^[17],的确不是没有道理的。甚至可以说,“三权分置”在现有立法框架下不仅实际意义显著,而且彰显了对现行法律的严格遵守,最大限度地体现了政策的灵活性。总之,我们应当充分肯定“三权分置”政策的积极意义和重要作用。

(三) 农地“三权分置”法制化的局限及其拓展可能性

我们充分肯定农村土地“三权分置”政策的进步性和积极意义。正如农业部长韩长赋撰文指出,在农村土地的“三权”中,集体所有权的核心是处置权,集体通过行使所有权,可以控制和约束其他权利的不规范行使;农户承包权的核心是财产权,在社会保障水平较低的情况

下,承包权是其最基本的生活保障,经营权的流转不能影响农户承包地的财产权益;土地经营权的核心是收益权,其创新要义在于优化土地资源配置,实现“农地农民有、农地农业用”,既促使提升土地产出率,又保障务农者的劳动效益和收入水平^[17]。国家农业部长所言显然不是一般的学术探讨,我们更有理由认为是政策解读或者政策宣讲。通观“三权分置”政策的方案设计,我们不难看出,“三权分置”只是现有法律框架对农地承包经营权流转限制的变通。首先,不触及农村土地所有权,坚持了农地的集体所有制性质;其次,将农户的承包经营权作为“最基本的生活保障”加以对待,或者说是基于对农村群众基本生活保障不足前提下,把农地作为农民的保障性权益加以确认和保护。换言之,通过“三权分置”在承包经营权上设立土地经营权后,并不影响农民保有的承包权^[18]。因此,对农民的基本保障依然;第三,将土地经营权作为收益权,意在通过农村土地经营权的流转,既增加农民收入,又不让农户承担“失地”的风险,还使经营者从中获益。由此可见,这样的政策思路显然考虑到了我国现行法律规定以及农村社会保障缺失的实际情况。然而,如果仅将这样的政策安排法制化而不着力于制度创新赋予承包经营权以完整的权利内涵,则有可能带来意想不到的问题。因为“三权分置”是在现有制度对承包经营权严格限制的背景下提出和推行的,在一定程度上可以说是现实的迁就,而这种现实法律层面的制度限制本身存在巨大的缺陷:忽视了农民(农户)本身的正当权利——承包经营权本身完整的财产权属性,忽视了将农民的基本生活保障纳入社会保障体系本属农民应该享有的基本权利,忽视了当今社会大量农民进城务工的实际情况和我国城市化进程的大趋势。换句话说,“三权分置”是在现有制度设计的约束条件下做出的尽可能照顾各方利益的政策选择,并没有突破现有的法律制度,但如果仅止于此并将其法律化和制度化,则是将原有对承包经营权流转限制的制度进一步固化,进而大大限制了政策效应的最大化。

基于仅将“三权分置”法律化可能存在的问题,我们能否从立法论立场,寻求对现有制度掣肘的突破,进一步拓展农村土地承包经营权的权利内涵,实现承包经营权的制度创新呢?我国宪法规定,农村土地集体所有,即“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有。”这是我国基本经济制度的重要内容。承包经营权制度正是坚持农村土地集体所有制前提下形成,并得到法律的确认和保护的农地利用制度。因此,关键的问题可能在于,既然农地承包经营权是承包人依法取得和所享有的用益物权,那么,现有法律制度为何要对其进行限制?为什么承包人(农户)不能对其享有处分权而直接流转,而要费尽周折的在承包经营权上再衍生(无论是“分解”,抑或“创设”)出“经营权”来进行流转呢?

前文已经述及,在现有法律框架下,承包经营权流转是受到严格限制的。而这种限制的根本原因在于承包经营权具有身份性和保障性,一旦流转开来,就有可能导致承包人(农户)“失地”并由此导致其基本生活保障的缺失,甚或引起社会的不稳定。这确乎是我们目前面临的现实情况,也可能是决策层所担心的根本问题。基于此,承包经营权流转应在遵守此限制的前提下进行。但是,如果从农民所享有的农地承包经营权的应然权利和社会发展的的大趋势而言,那么,这样的前提条件本身可能是值得商榷甚或恰是需要进行改革的。

第一,农村承包经营权本身就是受法律保护的权利。我们不否认,农村承包经营权的初始取得的确具有身份性,这是我国土地制度本身的特点以及承包经营权产生的历史条件决定的,无可厚非,具有当然的合理性^①。但是,我们决不能忽视的问题是,这种基于农村集体经济组织成员的身份而取得的权利本身是一种财产权利,本就应该具有完整的权利构造。这正如城镇职工基于其职工身份在住房制度改革时取得住房权利一样,在住房改革完成后,这些住房就成为了职工的财产权利,城镇职工可以对其尽享占有、使用、收益和处分的权利^②。由此以观,农户(农民)依法取得的承包经营权应该而且当然享有完整的财产性权利。如果对其进行限制,或者说只能由承包人亲自进行农业耕作和经营,不能根据其意愿向第三人自由流转,实际上是不承认农地承包经营权作为一项物权应具备的完整的权能,或者说它只是一项权能残缺的权利。这对农户(农民)来说,在法律层面而言是不公平的。

第二,农地流转并不必然导致农民“失地”。农地流转的方式具有多样性,很多流转方式并不影响农户(农民)承包经营权的继续存在,比如在转包、出租、入股等流转方式,虽然使农户(农民)丧失对土地的占有权、使用权,但并不丧失承包经营权(或承包权)。其中,转包、出租只是改变了利用形态,承包经营权依然在农民手中;入股虽然使农民(农户)不能再直接行使承包经营权,但是,其因此取得了股权,享有因股权产生的自益权(受益权)和共益权,易言之,变化的只是其权利形态,而非权利本身的丧失。只有在转让和抵押的情况下才有可能丧失承包经营权,而此时他们是通过交易而自愿有偿的“丧失”土地承包经营权,对其并不必然产生不利后果^③。

第三,即使因转让和抵押丧失承包经营权也不会造成严重的社会问题。的确,在承包经营权转让和抵押的情况下,可能面临人们担心的失地后的基本生活缺乏保障的问题,但是,我们不能忽视的是,获得基本生活保障是农民依法应该享有的基本权利,这是本该纳入到社会保障体系解决的问题。换言之,基本生活保障本身就是政府的责任,我们不能在城镇居民(包括机关、企事业单位从业者等城镇人口)享有保障的情况下,将农民这一本应获得社会保障的广大

① 从前文的分析我们已然可以看到,我国农村集体土地所有权的是在农村耕作合作化中逐渐形成的。恰如有学者指出,“农民集体”及其集体土地所有权来源于农民入社,“实际上并不是农户的地权来源于集体,恰恰相反,是集体的地权来源于农户”。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》载《比较法研究》2018年第1期。农村村民作为农村集体经济组织的主人,而且在长期的国家工业化过程中做出重要贡献和巨大牺牲的社会群体,基于其特定身份承包农村集体经济组织的土地,正当性是不言而喻的。换言之,我国法律限制其他人员享有承包经营权是合理的。

② 尽管在最初的制度设计中,“房改房”的处分权是受到一定限制的,诸如根据房改政策在购房合同中约定同等条件下单位具有优先购买权,但实际上,这些原本因房改而取得的房屋交易很难出现“同等条件”由单位优先购买的情形,而且经过一定期限后这种限制也就逐渐消除了。放眼今日中国之各大城市,还有多少“房改房”在限制交易呢?因此,这些房屋已在事实上由不完全权利变成了业主的完整的所有权。

③ 有作者的调查统计数据表明,农地流转的方式多样化。总体而言,愿意流转土地的人数较多,对于农户来说,“转出”土地的愿望明显强于“转入”的愿望。参见邱道持《论农村土地流转》,西南师范大学出版社2009年版,第120页、第124页。

群体排除在社会保障的大门之外。党的十九大报告指出,“增进民生福祉是发展的根本目的。必须多谋民生之利、多解民生之忧,在发展中补齐民生短板、促进社会公平正义……,保证全体人民在共建共享发展中有更多获得感,不断促进人的全面发展、全体人民共同富裕”。申言之,我们不能在民生福祉方面把农民有意无意的漏掉了。要知道,恰是这一群体曾经对我们政权和国民经济体系的建立做出了巨大的贡献,公平地享有社会保障是其作为我国公民的基本权利。更何况,就现实情况而言,大量的农村人口已不再简单的依靠农地作为保障,而在事实上并未造成对社会秩序重大不利影响。

第四,社会发展需要突破现有的制度障碍。改革以来,大量的农村人口进入城市务工已然成为现实^①,大量“空心村”和土地撂荒固然与农民进城有关,但土地无法顺利流转亦是导致这种结果的重要原因。如果允许自由流转其承包经营权,不但能够使撂荒的土地被利用起来,而且土地流转的收益恰是这些进城的人们拥有的“第一桶金”,有了这样一笔财产可能更有利于他们在城市就业和创业。

由此以观,如果我们承认承包经营权是农民合法取得的财产权利,承认农民(农户)有经营其财产的权利,承认全社会都应该公平的享受改革开放成果而享有基本社会保障,承认城市化是中国社会发展的基本趋势,那么,就应该承认农民对承包经营权享有充分的处分权。我们秉持这样的逻辑推论不难发现,现行法律对农村承包经营权流转限制就显得极不必要。既然如此,我们显然是可以而且应该对其加以变革的。并且,进行这样的制度性变革既不涉及宪法这一根本大法的基本规定,又不伤害农民利益,只是对现行具体法律做必要的修改而已,并不具有不可克服的困难和障碍。何况,即便实施“三权分置”,也需要将其由在目前的政策措施转化为法律制度,在法律上对经营权的法律性质做出界定,否则,即使将经营权分离出来加以流转,它也只是是一个合同权利(债权)而已。为了把“经营权”法定化,学者建议通过修改《土地承包经营法》,设立“土地经营权”,并由此确认“三权分置”的合法性^[12]。改革本身就是一个变革和制度改造的过程,当然包括对现行法律的再造。既然“三权分置”需要在法律上对其进行确认,那么,与其将承包经营权碎片化的改造,不如直接承认承包经营权完整的物权属性,赋予其完整的权利内容,由此甚或可望彻底解决农村土地问题。

综上所述,在不触及现行法基本规定的情况下,以“三权分置”促经营权流转当有合理性,作为暂时的过渡性政策和措施未尝不可,但是,如果着眼于我国社会的长远发展而言,直接赋予农民承包经营权完整的用益物权之权利内容和可流转性,则可能不但顺应了城市化的趋势和要求,而且对现行政策层面“三权分置”效果的充分实现,甚或对彻底解决农村土地

^① 国家“十三五”规划纲要显示,经过“十二五”规划期间的发展,我国“常住人口城镇化率达到56.1%”,在现有城市居民中,有约两亿左右系属农村户籍。换言之,相当数量的农村户籍者已然生活工作在城市之中,已经不再是农业产业从业者。学者由此认为,我们必须认真看待和解决我国特有的“农民带地入城”的问题。我们必须正视这些问题:国家依法强制保留户籍农民还有多少必要性?拥有农村地权而在城市居住生存和发展的农民,其地权永远保有是否正当?有没有退出的可能?过去建立的以土地作为农民生存和发展的社会保障的政策思路,有没有改变的必要性?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》,载《比较法研究》2018年第1期。

制度都具有更为重要意义。因此,我们认为,从全面深化改革和立法论角度而言,我们大可不必拘泥于现行制度的限制,而应将其进一步拓展并进而实现农地制度的根本变革,实现土地制度的合理化和科学化。

二、农地承包经营权自由流转的基本依据

由前文分析可见,为在现行法律框架下实现农地流转所采取的“三权分置”政策,看上去既实现了土地流转的目标又具有成本极小化的特点:即只需在《土地承包经营法》或《民法典·物权编》中确定“经营权”物权性,就能实现对“经营权”的保护,还可以避免农户(农民)“失地”可能引发的社会问题,并且农民还可以获得土地流转的利益。如果仅仅从实现农地流转的直接目的来看,这的确是不错的路径选择。但是,正如我们已经进行的分析显示,由于对农民承包经营权限制本身的不合理性,因此,这种“迂回”的做法只是对现有制度的迁就和妥协,不能从根本上解决问题。如果我们不仅仅限于农地“经营权”的流转,而是真正“做实”农村承包经营权,让农民对自己的土地承包经营权有“自我决断”的权利,或许更具重要意义。综观我国社会结构以及法律变革的可能性,赋予农村承包经营权自由流转而不仅仅限于“三权分置”的制度安排可能更为合理。而且,赋予农地承包经营权自由流转的权利,具有充分的法理基础和现实依据。

(一) 土地承包经营权的完整权利结构是其自由流转的法理基础

在对土地承包经营权的界定中,学者通常都将其作为用益物权看待。的确,如果作为一般的用益物权,那么,土地承包经营权应当是从集体所有权中衍生出来的,循此逻辑,无论是从土地的公共性而言,还是从所有权人对他物权的限制而言,将土地流转予以限制似乎都是合理的。但是,正如学者所强调的,我国农地承包经营权与民法上一般所谓用益物权是不能简单的从概念出发进行认识和分析的。传统民法中所有权和用益物权是两个完全毫无关系的民事主体之间的法律关系,比如地主和佃户之间的权利;可是我国的农民集体恰恰是农民自己组成的,农民在集体中享有成员权。这种关系不能用传统民法中的用益物权理论来解释。如果用这种理论来解释,那么,农民个人就会被排斥在集体的法律人格之外,这在政策上是错误的,也是严重损害农民利益的^[19]。换言之,农地承包经营权本身就不是也不应该是一般意义上的用益物权。再退一步说,无论基于土地的公共性的限制,还是基于所有权人的限制,对农地承包经营权的限制,只能是对土地用途管制以及发包方对承包经营权转让的“知情同意”等方面的限制,而不应对其流转方式加以限制。

我们承认,在我国土地制度中,农村土地问题一直是一个复杂的问题,它不仅仅是一个法律逻辑的问题。土地不仅仅是财产和资源,更是人们长时期内得以作为立足和生活保障的生产资料和生活资料,承载了太多的内容,甚至在我国社会革命进程中还有政治动员和政治承诺的成分。因此,仅仅在学术的逻辑上以传统观点对农村承包经营权进行解读显然是不全面的。更重要的问题可能还在于,正如前文所述,我国农村集体及集体的土地所有权来源于农民入社,农村集体是农民家庭或个人共同组成的集体,而不是本来就存在的作为农村土地所有权主体的集体。农民享有承包经营权,恰恰是依据自己作为土地所有者的“集

体”的一份子而享有的权利^[20]。诚哉斯言,由此或许可认为,我国农村土地承包经营权决非如地主与佃户之间而成立的“永佃权”关系,而是集体土地所有权迄今为止最为适当的实现形式。或者说,农户(农民)取得承包经营权是我国农村土地制度形成发展的历史使然,具有当然的正当性。由此来说,在理论层面对农村土地承包经营权性质的论争^①似可休矣,总在成员身份与传统用益物权之间纠缠都没有看到问题的关键。质言之,农村承包经营权的性质可简要地概括为,农民基于其作为集体经济组织成员身份而获得的用益物权。这个结论包含两层意思:一是承包经营权在权利形态上相对于集体经济组织所享有对土地的所有权而言当属用益物权;二是该用益物权只有基于农村集体经济组织成员的特定身份方可取得。由此以言,从承包经营权的初始取得而言具有身份属性,即只有基于这一身份才可以获得,甚或可以说,农地承包经营权的取得是农村集体经济组织成员应有的“特权”。质言之,由于农户(农民)与集体经济组织之间的历史的天然联系,农户(农民)取得的承包经营权,不能简单的套用民法上一般诸如“永佃权”之类的用益物权概念。对此必须有足够的认识。然而,恰如财产继承基于身份,但是,财产继承之后所得的权利即为实实在在的财产权利,因之,基于“本集体成员集体所有”的土地为基础成立的承包经营权当然应该是一种实实在在的财产权利。正是从这个意义上来说,党中央提出承包经营权“长久不变”^②的政策主张,切中了问题本质,凸显了农民的主人翁地位及其权利保护的价值导向,凸显了承包经营权是农户(农民)的基本权利的主张,必须予以肯定和高度认同。

如果上述逻辑站得住脚的话,那么,农村土地承包经营权作为特殊的用益物权,当然应该更具用益物权的权利构造而具有完善的权能。换言之,农户(农民)作为承包经营权人应享有用益物权的完整权能,包括对农地占有、使用、收益的权利,以及对承包经营权本身进行处分的权利。尽管这里的“处分权”应当有所受限制,但这种限制应当是基于土地公共性和用途的特定性所应受到的限制,而不是对其能否流转或怎么流转等的限制,即农户(农民)作为承包经营权人,在尊重土地本身公共性和用途特定性限制的前提下,如何处置和安排其享有的承包经营权就当然是该权利本身如何实现的问题,因此,赋予承包人对承包经营权充分的处分权就具有当然的合理性。倘若此,所谓完善承包经营权的权利结构,就目前来说,最核心的问题就是承认其自由流转的权利。

(二) 我国城市化的大趋势要求农村土地承包经营权自由流转

城市化是我国社会发展的基本趋势,是我国走向现代化的必然和当然的选择。我们党

① 对农村承包经营权性质的论争时日非短,概而言之,大略有“成员权说”和“物权说”之争。“成员权说”认为,土地承包权实质上是一种承包集体土地的资格,是成员权应有的内涵,但不是一种实在的财产权,强调的重点在于集体经济组织的成员作为“成员”承包农村土地的“资格”。“物权说”认为,承包权是一项独立的物权,为用益物权性质,是一种实在的财产性权利,强调的重点在于,承包权可以从承包经营权中分离而作为物权。对此有较多的文章论及,概括性的叙述可参见朱继胜:《论“三权分置”下的土地承包权》,载《河北法学》2016年第3期。

② 党的十九大报告提出的乡村振兴战略要求,明确“保持土地承包关系稳定并长久不变,第二轮土地承包到期后再延长三十年”。

和政府致力于推进城市化建设取得了极大成就^①。党的十九大报告指出,过去五年我国“城镇化率年均提高一点二个百分点,八千多万农业转移人口成为城镇居民”。在经济社会发展的新常态下,贯彻新发展理念,实施区域协调发展战略的重要举措之一就是“以城市群为主体构建大中小城市和小城镇协调发展的城镇格局,加快农业转移人口市民化”。由是之故,我们认为,城市化就是将农民转化为市民的过程,是实现“农民”由身份到职业转化的过程,这既是城市化的普遍规律,也是“以人民为中心”发展理念的重要体现。

城市化可能产生的两个方面的变化,将极大地影响农民及其土地权利问题:一是城市化对土地的需求,二是城市化将极大地改变农民对土地高度依赖的现状。前者将在很大程度上改变农村集体土地所有权及其实现形式,甚或必然在事实上导致农民“失地”的客观效果;后者客观上使农民对土地的依赖程度下降乃至无需土地的保障。因此,农民并非与土地不可分离,甚或可以认为,农民与土地分离是城市化的必然结果。如果这个思路可以成立的话,那么,赋予农户(农民)对其土地承包经营权以充分流转的自由权利,在社会保障等相关配套措施积极跟进的条件下,即使农民因转让土地承包经营权而导致土地使用权的丧失也并非什么大不了的事情,甚或恰是农民变化而成为市民的必然过程。换言之,只要不是对农民土地使用权即承包经营权的剥夺,而是依法、自由、有偿地转让,就不会造成农民权益的损害,完全没有必要硬性保留农民对于土地的承包权,而将农民牢牢地与土地关联在一起。相反,如果赋予农民土地自由流转权利恰是其融入城市生活的自由选择,由此而取得的收益是其进入城市和融入城市生活的重要物质基础,是农民切实享受改革开放成果增强获得感的重要方式。

(三) 实现农地集约化经营要求土地承包经营权自由流转

依据“三权分置”制度安排,农民对土地“经营权”的流转固然在一定程度上可以克服原有制度土地承包经营权仅在“集体经济组织成员之间”流转的局限,有利于农村土地经营权相对集中,有利于农业经营的规模化。这与现行制度设计中农民单家独户耕作相比无疑有很大进步,但仍然存在着不可克服的局限性。因为按照现行法律的制度设计,即便采取农地的“三权分置”,农民与土地使用者之间基于合同而成立的农地“经营权”仍然只是债权性权利,并未使经营者获得物权性质的“经营权”,这与承包经营权的租赁在法律上并无二致。要将经营者取得的对土地的经营权“物权化”,必须对现有法律进行修改以确认其为物权。这是我国“物权法定原则”的基本要求^②。因此,“三权分置”并未彰显预期的制度效应。换言之,如果要使农地“经营权”成为独立的物权形态,那么,修改现行法律对其加以确认是必须的程序。进一步说,从立法成本的角度来看,既然无论怎样变革都面临法律制度的修改和完

^① 有资料表明,新世纪以来有超过3亿农村人口流入城市。2014年联合国经济社会署发布的《世界人口发展展望》预测,到2030年中国城市化率将达68.7%,将有近10亿中国人生活在城市,中国整体社会经济形态会随之发生重大改变。参见周文等《土地流转、户籍改革与中国城市化:理论与模拟》,载《经济研究》2017年第6期。

^② 我国《物权法》第5条规定,“物权的种类和内容,由法律规定”;《民法总则》第116条对此作了同样的规定。因此,要实现“三权分置”经营权的物权化,须由法律对其物权属性进行明确界定和制度化。

善问题,那么,为何不在不违背我国宪法规定的土地制度和公有制的基本经济制度前提下,对现行土地制度做进一步的变革以彻底解决其弊端呢?这并不比在法律上确立由“三权分置”而来的经营权以物权形态付出更高的立法成本。

如果以上推论可以成立,那么,完全可以将现行的流转限制放开,即不再将土地流转限制在“本集体经济组织成员之间”,而是彻底让农民享有土地流转的自由,这样原有的土地流转的壁垒将被打破,那些有志于农业经营的城市资本可以自由地流入农村土地经营,从而建立真正符合规模化、专业化和集约化经营的农业产业和农工商联合经营的企业。这样的农业经营企业显然不是现有的种植大户或者养殖大户能够胜任的,因为真正的集约化的企业,应该是能够实现农业经济产业化和信息化的现代企业,不仅需要种植和耕作的土地,还需要相当规模的财力投入和专业化的经营队伍。换言之,只有放开农村土地流转的限制,才能使现代农业企业有立足之根基和条件,并在此基础上真正实现农业经济和产业的集约化,使农村经济发展符合习近平总书记一再强调的“高质量发展”要求。假如真能如此,乡村振兴即可注入“新鲜血液”,并进而有了“源头活水”。农村的振兴和发展,农民将不再是原来意义上的在土地上“搞饭吃”的人群,而成为真正意义上的农业产业工人,那么,打破我国社会城乡二元结构就有了坚实的基础,包括农民在内的全体人民在新时代对于美好生活需求的实现就有了更大的把握。

尽管实现农业和农村更好更快发展这种美好愿景需要艰苦的努力,但是土地制度的变革的确可以为这种愿景的实现奠定坚实的基础和有力保障。综上以观,我们确乎有充分的理由认为,农村土地承包经营权自由流转不仅是实现农地集约化经营的重要条件,而且是实现我国包括广大农村在内的社会全面发展的必然要求。

三、我国农村承包经营权制度创新之展望

我们的党和政府非常重视农村承包经营权的确权、流转等问题。2008年的中央一号文件指出,以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制是农村改革最重要的制度性成果。必须稳定完善农村基本经营制度,不断深化农村改革,激发亿万农民的创造活力,为农村经济社会发展提供强大动力。要切实稳定农村土地承包关系,认真开展延包后续完善工作。严格执行土地承包期内不得调整、收回农户承包地的法律规定。按照依法自愿有偿原则,健全土地承包经营权流转市场。稳步推进草原家庭承包经营,稳定渔民的水域滩涂养殖使用权^①。党的十七届三中全会决定指出,赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变。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。加强土地承包经营权流转管理和服务,建立健全土地承包经营权流转市场,按照依法自愿有偿原则,允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等

^① 参见《中共中央国务院关于切实加强农业基础建设进一步促进农业发展农民增收的若干意见》(2007年12月31日)。

形式流转土地承包经营权,发展多种形式的适度规模经营^①。十八大以来党中央的一系列关于农地政策的文件要求稳定承包权、放活土地经营权,允许承包经营权抵押融资,盘活农民土地承包经营权用益物权的财产属性,依法推进土地经营权的有序流转。这些政策文件都强调了农地承包经营权作为农民的基本权利的重要性,因此,我们推进农地流转必须认真对待农民的权利,并结合不断发展的社会经济实际,积极地推进土地承包经营权制度创新。

(一) 在法律层面确认农村土地承包经营权的自由流转

在我国农村承包经营权之“经营权”流转的实践中,主要有通过租赁以债权形式确立承租人的经营权,以及通过承包经营权入股建立合作社或其他经济组织(如合伙等),由合作社或合伙组织取得经营权^[19]。对于如何在法律上实现“三权分置”及其法律构造学者们讨论热烈。在学者论述中表述尽管有所差异,但基本观点并无实质上的不同。在有的学者看来,“三权分置”是在稳定农地集体所有权的同时,实现承包权与经营权的分离,解放农村生产力,实现农民的身份转化。经“分置”后的“承包权”作为身份性权利继续承担原有的保障功能,而“经营权”则应纯化其财产属性,着力推向市场;在立法上应赋予经营权主体明确的处分权能,并开禁农村土地经营权抵押^[13]。另有学者则认为,中央农地政策上的农户承包权即为现行法中的土地承包经营权(包括派生出土地经营权的土地承包经营权);依据权利行使的用益物权发生逻辑,土地经营权是土地承包经营权人行使其权利而设定的次级用益物权,承包权与经营权的法构造为“用益物权——次级用益物权”;在解释论层面,囿于物权法定原则,土地经营权原本并非物权,但其设定一经登记,即获得对抗第三人的效力,并受侵权责任法保护;在立法论层面,在我国《民法典·物权编》应当将土地经营权上升为法定的用益物权,进而实现土地经营权的法定化^[21]。

从立法和法律修改的进展而言,2017年的《民法典各分编(草案)》(征求意见稿)似乎对原有立法并无大的改观,基本未涉及“三权分置”问题。2018年8月《民法典物权编(草案)》第一次审议稿则在“土地承包经营权”章中增加了承包经营权人依照承包经营法“出让土地经营权”(第129条)的规定。2019年4月第二次审议稿“土地承包经营权”章第134条之一规定,“土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。”第134条之二规定,“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益。”第134条之三规定,“流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。”在“抵押权”中规定“不得抵押的财产”中删除了《担保法》和《物权法》中耕地使用权不得抵押的规定(第190条)。经2018年12月29日全国人大常委会第九次会议修订的《土地经营法》增加一条作为第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”;将第10条修改为“国家保护承包方依法、自愿、有偿流转土地经营权,保护土地经营权人的合法

^① 参见《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(2008年10月12日中国共产党第十七届中央委员会第三次全体会议通过)。

权益,任何组织和个人不得侵犯”。将该法原第16条改为第17条对承包方权利的规定中设立第三项即“(三)依法流转土地经营权”;将第二章第五节标题修改为“土地经营权”,专节对经营权进行规定,将原第32条和第34条合并为第36条,并修改为“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,并向发包方备案。”增加一条作为第37条规定“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益。”并规定了经营权流转的原则,以及流转合同的内容和形式及相关问题,并规定经营权的担保融资等问题。由此看来,立法层面通过对《土地承包经营法》的修改实现了“三权分置”的制度设计。《民法典物权编(草案)》虽未通过立法机关表决通过而成为正式法律,或许还有修改和调整的可能,但其基本思路是明确的,其所贯彻的理念是一致的,即将“三权分置”法制化。

承前文的分析,“三权分置”政策在现有条件下有极为重要的意义,将其法制化也不无制度价值,至少在突破现阶段农村土地流转的制约方面发挥着重要作用。但是,“三权分置”措施在法观念上并未取得突破性的进展,难以实现我国农地制度改革创新“毕其功于一役”的效果。因此,我们必须调整立法思路,将土地承包经营权在制度上进一步拓展,确立承包经营权自由流转的法律机制。为此,必须在观念上牢固的确定:农户(农民)依照集体经济组织成员身份取得的农地承包经营权是一种重要的财产性权利^①,可依法自由流转,包括但不限于通过设定经营权的方式流转;农村土地承包经营权不应该是农户(农民)基本生活保障唯一或最重要的方式,农户(农民)应该依法获得社会保障。由此,我们认为,在我国正在进行的《民法典》编纂时,应坚持民法典本身的价值预设和私法价值取向^[22],在《民法典·物权编》中对承包经营权作进一步规定,赋予土地承包经营权以完整的用益物权的权利结构和内容,允许农户(农民)自由流转承包经营权。在具体条文设计时可以考虑规定如下内容:农村集体经济组织成员承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以依法自由流转承包经营权。土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权;土地承包经营权人可以自主决定采取转包、互换、转让、入股、信托、抵押以及其他合法方式流转土地承包经营权。

如果照此进行制度设计,将丰富和完善土地承包经营权的内容,极大地实现农地流转方

① 其实,关于承包经营权作为一种合法的财产权利予以保障已经得到政策的肯定。曾经在一些地方搞的所谓“以土地换社保”的做法得到明确澄清并被否定就是一个有力的证明。中央农村工作领导小组原副组长、农业农村问题专家陈锡文就明确表示,承包经营权是合法财产,社会保障是应该由政府提供的公共服务,没有哪个国家、哪个地方可以跟老百姓讲,要获得我的公共服务要拿自己的财产来换。“以土地换社保”是在制造新的不平衡。据中央电视台2010年8月31日“新闻1+1”报道“中央官员:地方以社保换农民土地将导致不公平”。《承包经营法修正案》将该法原第26条改为第27条,并将第2款、第3款修改为“国家保护进城农户的土地承包经营权。不得以退出土地承包经营权作为农户进城落户的条件”。“承包期内,承包农户进城落户的,引导支持其按照自愿有偿原则依法在本集体经济组织内转让土地承包经营权或者将承包地交回发包方,也可以鼓励其流转土地经营权。”这是在法律层面明确农村土地承包经营权的财产属性并给予保护。

式的多样化,最大限度地实现承包经营权的流转。其实践意义至少可以在以下几方面得到体现:第一,可以极大地调动农村原本有一技之长的农业生产经营者的积极性,实现农业耕作的规模化;第二,给农民更多的选择余地,既可以按照“三权分置”的设计只流转其“经营权”,也可以将“承包经营权”完全地流转,尤其是对于那些已经进入城市工作生活的农民可以根据自己的实际情况做出选择。如果其有意保持其承包经营权应当尊重;如果其愿意“一次性”流转承包经营权,亦应不加干涉,而且好处似乎可以预见:一方面通过土地流转带着“第一桶金”进城,为在城市生活奠定必要的物质基础,另一方面减少因承包经营而带来的“后顾之忧”,放下“包袱”轻装前进,这将对我国的城市化进程产生积极的助推作用;第三,可以为有志于农业经营并具有资金的投资者“转战”农村,既为城市“富裕”资金找到新的出口,又解决了农业发展的资金不足问题,对于提升农业生产质量和水平,为实现农业生产的科学化奠定坚实的物质基础。

当然,如前文所述,以多元化的农地流转方式全面开进农地承包经营权的流转,可能面临跨步太大的诘问。我们应该承认凡事都不是一蹴而就的。但是,所谓跨步太大之说,无非是要表明不应全面开禁流转的权利的态度。对于跨步太大的诘问可能源于以下问题或担忧,但是这些问题都不是不可克服的:第一个可能也是最大的担忧,就是我们前文提到的农民失地后的生活保障问题。这个问题我们已在前文指出应由社会保障体系来解决,而且我们经过四十年年的发展作为全球第二大经济体应该具有建立完整的社保体系的基本条件,关键的问题是要合理统筹我们现有财富和资金的使用,即便不可能一下子全部解决社会保障问题,逐步解决也是可能的。第二个担忧是会不会出现大量农民蜂拥进城的问题。一些学者和官员担心农户(农民)承包经营权自由流转,可能导致农民盲目进城。其实,只要我们实行公平的市場化的竞争机制,农民一定会评估自己进城以后会不会找到就业机会等问题,在利益得失的问题上农民应该可以自行判断,断不会出现我们假设的那种不可收拾的局面。从改革伊始农民工进城务工到今天大量农村人口进入城市生活的现实情况已然表明,虽然已经有大量农民进入城市,但并未出现进城后生活无着,无所事事甚或引起混乱的局面。因此,这个担忧是不必要的,至少不是忧虑者最初想象的那般严重。第三个问题是,农民基于身份“无偿”取得的农村土地承包经营权如果有偿转让给他人是否对其他社会成员(如城市居民)不公平?从前文的分析我们可以看到,农民在初次承包取得承包经营权确实是无偿的,但这种“无偿”并非真正意义上的无代价,而是基于其作为农村集体经济组织成员身份而取得的,而农村集体经济组织将土地承包给农户(农民)又是基于农地集体所有权的历史原因。我们已经指出,集体所有权本身来源于农户(农民),而非传统民法所谓“永佃权”之于佃户与地主之间的所有权的毫无关联性,或可言之,农民承包经营权是农村集体经济组织土地所有权的基本实现形式,具有毋庸置疑的合法性。基于合法取得的承包经营权当然是应

受到法律保护的财产权利,有偿转让他人应该是而且当然是合理性的^①。第四个问题是,农村土地承包经营权的自由流转会否出现农村功能的异化?其实,这种担心更属多余,因为土地的公共性,对土地用途管制是世界各国的通例,我国亦不例外。只要切实加强对土地用途管制而“农地农用”,农地乃至农村的经济社会功能是不会被异化的。

基于此,在笔者看来,如果我们在权利构造上赋予土地承包经营权以完整的权利内容,放开土地承包经营权流转的限制,可能出现的一些压力恰好能够成为我们进一步改革的动力,倒逼我们通过逐步完善制度实现农民权利保护,并由此逐步消减城乡差别,加速完成“农民”从身份向职业转化的过程,由此推进和加快我国城市化和社会全面现代化的进程。退一步讲,即使在这个过程中出现一些问题,也是可控并能得到妥善解决的。因此,我们应该在立法中完善农村承包经营权的权利结构,赋予其作为财产权利的完整内容。

(二) 以法律形式明确工商资本可以进入农村进行农业经营

现有法律已经明确农村承包经营权在农村集体经济组织内部成员之间的合法流转,因此,我们提出允许农地自由流转的关键所在,就是要允许承包户可以将承包经营权向集体经济组织以外的人员或机构流转其土地承包经营权。

有观点认为,依照现行法规定,农村承包经营权是受到限制的用益物权,并不具有所有权性质,其权能包括占有、使用和收益,不包含处分权,因此,不允许集体经济组织之外的人来进行承包,这不仅是法律的限制,也符合农村集体经济组织的成员的意愿^②。对此观点笔者认为基本正确的,但其表述并不清晰,甚至可能产生误解。我们在前文已经阐明,基于历史原因形成的农村集体经济组织的土地所有权与作为集体经济组织成员的农户(农民)具有天然的联系,集体经济组织的土地的初次承包经营是本集体经济组织农户(农民)的“特权”,集体经济组织以外的主体不可以从集体经济组织取得承包经营权;从承包经营权作为用益物权的性质而言,其权能不包含处分权是针对其客体而言的,享有承包经营权的农户(农民)不得对其承包的土地进行处分。从这个意义而言,前述观点是正确的。但是,本文所说的承包经营权的流转,是指农户(农民)将其已经取得的承包经营权向他人转让,这是对承包经营权的处分,而不是对作为承包经营权客体的土地的处分,这是农户(农民)对自己合法财产性权利的处分,不应该附条件。换言之,承包经营权人采取包括转让在内的流转方式将承包经营权流转给谁,系属承包人对自己享有的承包经营权的自由处分范畴。

我们承认并非任何权利都是可以自由移转的。比如政府依法配给党政官员的福利住房就不能自由流转。因为,这个住房并非作为财产性权利分配给官员们的,而仅仅是为了工作需要由政府提供给官员居住的。这虽然不同于国外官员们的官邸,但其在功能和性质上基

^① 陈锡文先生2016年3月3日在贵州电视台“论道”节目曾经对农民进城有保留其在农村承包经营权等财产权利是否“两头占”而不公平时表示,对于财产性权利我们应该关注的是其来源是否合法,只要合法财产无论多少都应得到保护。具体谈话内容可参见贵州卫视“论道”栏目“对话陈锡文:深化农村改革”。

^② 参见前揭陈锡文先生2016年3月3日在贵州电视台“论道”节目时的谈话。

本类似。换言之, 配给官员们的住房不是官员依法享有的财产性权利, 仅仅是因为工作需要而提供给官员居住之用的。质言之, 获得配给的官员享有在该房屋居住的权利, 但不享有所有权以及收益、处分的权利。所以, 这样的权利在内容上是极为有限的, 是受到非常严格限制的。但是, 农村承包经营权与此完全不同, 其是农民依法取得的财产权利, 因此, 其权利内容当然不仅包括对客体享有占有、使用、收益等经营性权利, 而且包括对该权利依法处分(转让) 的权利。当然, 由于集体经济组织内的成员具有同等的成员身份, 因此, 只要在承包权人对其承包经营权转让时, 赋予本集体经济组织内的成员在同等条件下享有优先受让的权利, 即足以保障集体经济组织的其他成员的权利。因此, 我们绝不可以把农户(农民) 在形式上“无偿”取得的承包经营权和官员基于政策无偿或近乎无偿取得的福利性住房等量齐观。

准此以言, 承包经营权可得以包括转让在内的各种方式自由流转, 凡有志于农业经营者均可进入农村经营农业经营, 如前文已述, 这不仅为城市工商资本找到了新出口, 而且为农业发展注入了新活力, 可谓两全其美。这里可能还需辨识的问题是, 与工商资本“下乡”相对应的是农民“进城”。那么, 是哪些农民愿意转让承包经营权而进城呢? 据我们观察和了解, 愿意彻底转让承包经营权的农户(农民) 不外乎这么两种情况: 一是已经在城市入户并打算以此终结原集体经济组织成员资格的农业户籍人口; 二是虽没有在城市入户, 但已在城市工作生活不需要在农村进行农业经营的农村户籍人口。前者将承包经营权转让, 从此以后, 该农户不可以再享有作为原集体经济组织成员的权利。后者流转其承包经营权后, 虽然没有丧失原集体经济组织成员的权利, 而其承包经营权一旦转让, 将不再享有承包经营权。凡此情形, 都是将承包经营权进行交换, 是将其长期的不动产权利“变现”的交易行为, 是在自愿、合法、有偿前提下对承包经营权的处分, 应该受到法律的尊重和保护。

由此可见, 如果承认农户(农民) 有自由流转其承包经营权的权利, 那么, 流转的农地的承包经营权受让方是谁似乎并没有想象的那么重要。即便将承包经营权流转给集体经济组织之外的工商企业或个人, 并不影响集体经济组织其他农户的利益。而且, 如前文所述, 只要严格管控土地用途而“农地农用”, 承包人的改变并不影响农地功能的发挥。相反, 可能对整个农村经济, 甚或城市化进程乃至社会的全面发展都是有利的。

综上以观, 我们在编纂民法典时, 应该修正原有法律的限制, 让承包经营权自由流转, 允许城市工商资本进入农村进行土地经营, 丰富农业经营的主体。

(三) 完善配套制度保护农村土地承包经营权和农民利益保护

如果我们前述思路可行的话, 那么, 如何使该制度得以顺利实施就是必须要考虑的问题。学者早就思考过影响土地流转的因素, 诸如传统观念的束缚、传统体制的影响、各方利益的难以协调、现实经济支撑能力较弱、制度创新能力不足等^[23]。这些问题的确值得重视。因此, 着眼于农村承包经营权的全面且多元的流转方式, 我们必须在转变观念的同时, 着力于配套制度和措施完善, 健全农地流转的保障体系。

在笔者看来, 配套的制度和措施包括但不限于以下几个方面的问题: 一是尽快完善农村社会保障制度, 二是建立和完善农村土地登记制度, 三是建立农地流转服务机制和平台。

首先,完善农村社会保障制度以减少农地社会功能确保流转的顺利进行,增强农民抗风险能力,有效防控可能因土地流转带来的社会风险。客观地说,农村人口社会保障的缺失是我们的历史欠债,虽然有历史的原因,但是,长期将农民排斥在社会保障之外,对农民是不公平的。这一点在近年来从中央到地方已经形成基本共识并已开始逐步建立农村的社会保障制度。但是就目前的情况来看显然还不够,一是体现在覆盖面不够广,二是保障力度太小,相对于城市的社会保障而言,显然太过薄弱。正是因为农村社会保障不足,才导致人们对全面开禁承包经营权流转的担忧,尤其是对失地农民生计的担忧。因此,这个问题是确立农村土地全面流转最为关键的问题和障碍。当然,要全面建立和完善农村的社会保障制度,需要以“真金白银”为基础,可能存在一定障碍,但是,困难虽然存在,但承前文所述,解决问题的办法不是没有。首先,经过改革开放四十年来的发展,我国既具备相当财力,这为我们解决这个问题奠定了坚实的物质基础。其次,开源节流以及统筹使用资金是非常重要的,尤其是对资金的统筹使用上是大有文章可做的。总之,建立和完善农村的社会保障制度不但是具体体现我们党历来强调以人民为中心的重要标志,而且是让每一个国民都享受改革开放的成果切实而必要之举,更是存进农村土地流转的基本保障。这既是当务之急,又颇具有长远意义。

其次,建立和完善农村土地登记制度是实现农村承包经营权全面流转的重要制度。农地流转交易的基本前提条件是权属清晰,无论承包经营权抵押、入股,抑或是作为用益物权整体的转让,都是以承包经营权登记为前提条件。因此,土地承包经营权登记对于推动承包经营权的流转具有重要作用。我国的土地确权工作虽然已经展开,并取得一些成效,但是,显然还不完全,甚至还存在迟缓拖沓的状况。因此,应该根据《不动产登记暂行条例》规定,由县级以上地方人民政府对不动产登记的机构进行确定,由各县级以上地方人民政府确定统一的登记部门,进行统一登记发证。

再次,从技术层面还应建立承包经营权流转服务机制和交易平台。承包经营权流转其实就是一个产权的交易,凡是交易都需要有相应的服务机构和交易平台。虽然从各地承包经营权流转的推行和试点情况看,已有了地方机构和交易平台,但处于初级阶段的我国土地产权交易市场,很多农地流转仍然多为农民自发、分散和无序流转,交易双方存在信息不对称、不畅通的问题,这就直接导致了土地交易的高成本和土地资源配置的低效率。因此,要促进承包经营权的市场化流转,需要搭建第三方服务机构和交易平台。我们欣喜地看到,我国农村产权交易平台的建设和试点已经在很多地区已经开始出现了。例如四川省成都市的产权交易所,建立农村产权交易中心,可以为交易信息的汇集和发布提供一个有效载体,为流转双方提供一个公开透明的平台^[9]。出让方可以将其想要进行流转耕作经营权的意图向农村产权交易所表明,并将与流转相关的内容都交给产权交易所,如土地的坐落、面积、出让价格等。如果受让方想要获得农地经营权,就将其想要接受流转的意愿向交易所表达,并说明想要权属的条件,比如面积、价格等。交易所及时公布收集到的当事人的相关信息,然后,再由农村产权交易所通过一定的渠道例如网络平台,将耕作经营权流转信息分类整合、

及时发布,以此确保供需双方能以快捷的方式获得自己所需要的信息,减少交易的成本,从而加快耕作经营权的流转。

此外,承包经营权作为财产权具有经济价值,在其流转过程中,必然涉及到如何对这种权利估价的问题,必然涉及到对其进行估价。因此评估机构的建立也是非常迫切的。当前我国还未建立起完备的承包经营权评估制度,但是部分农地权利抵押试点地区对贷款数额确定了一个标准,在此标准之上的贷款业务,则要求由有资质的专业评估机构进行评估,在此标准之下的贷款业务,则允许双方协商或者由金融机构自行确定^①。诸如此类做法比较灵活,简化了贷款业务的办理程序,但是因双方协商或金融机构自行确价,则很可能导致贷款机构乘人之危,利用其优势地位压低估值。因此,需要建立一套完整的价格评估机制,由第三方专业评估机构对承包经营权进行科学评估并出具评估报告,从而保证价值评估的中立性。目前,农地价格评估公司虽已经在我国部分承包经营权抵押试点地区设立了,但是,应当尽快在全国范围内进行推广、完善。

完善的配套制度和交易保障体系对于农地承包经营权流转不是可有可无的。有些看上去只是技术性的问题,但的确非常重要。这里有一个重要的问题是,我们既然坚持市场在资源配置中的决定性作用,那么,政府不必事事亲力亲为,只要在政策措施上予以支持,很多事情是可以由市场解决的。当然,在我国市场机制还不完善的条件下,政府的导向和指引是非常重要的。因此,在倡导放、管、服的今天,政府要做的只是立规矩建制度和提供相应的指引,其他的事情可以交给市场来完成。

结语

农村土地“三权分置”政策对于推动土地流转具有积极意义,但是,将土地经营权及其流转在法律上确认,并没有真正推动制度创新,也不能从根本上解决农村土地问题。在社会经济已然发展到较高水平的今天,我们应该顺应我国社会经济发展的大趋势,把承包经营权作为农户(农民)依法享有的财产权利在法律层面进一步“做实”。从立法和法律制度创新的角度而言,在认可“三权分置”制度安排的同时,赋予土地承包经营权以完整的权利构造,允许农户(农民)自由流转其承包经营权,不但符合各方利益的平衡,给农户(农民)更多选择的权利,也有助于社会发展的新需要。承包经营权的流转既是一个法律政策问题,又是一个技术问题,但首要的是观念问题。因此,我们应该立足于我国社会长远发展和城市化进程,转变现存城乡二元结构背景下形成的传统观念,着眼于经济的新常态和科技飞速发展的现实,全面思考我国农村发展和我国农村土地承包经营权流转,这样才可能确立全新的思维角度和行事方式。由是之故,我们认为,原有农村和城市的二元经济和社会结构只是我国社会历史发展进程中一个特定阶段,在经济社会转型和变革的新时代,必须以变革的眼光看待农村承包经营权流转,不断推进农地承包经营权的完善和制度创新。

^① 重庆市人民政府办公厅颁布的《关于开展农村土地承包经营权、居民房屋和林权抵押融资管理办法(试行)》规定100万元以下的贷款,可由接待双方协商确定抵押物价值,而100万元以上的贷款则需委托有资质的专业评估机构。安徽黄山区也采取此种做法,以30万元作为标准金额。

参考文献:

- [1] 田则林 余义之 杨世友. 三权分离: 农地代营——完善土地承包制、促进土地流转的新途径 [J]. 中国农村经济, 1990 (2): 41 - 44.
- [2] 冯玉华 张文方. 论农村土地的“三权分离” [J]. 经济纵横, 1992 (9): 5 - 9.
- [3] 韩俊. 中国农村土地制度建设三题 [J]. 管理世界, 1999 (3): 184 - 195.
- [4] 邓晰隆. 三权分离: 我国农村土地产权制度改革的新构想 [J]. 中国农业资源与区划, 2009 (2): 59 - 63.
- [5] 张红宇. 构建以“三权分离”为特征的新型农地制度 [N]. 中国经济时报, 2013-07-26(1).
- [6] 赵阳. 新形势下完善农村土地承包政策若干问题的认识 [J]. 经济社会体制比较, 2014 (2): 1 - 4.
- [7] 黄祖辉 傅琳琳. 新型农业经营体系的内涵与建构 [J]. 学术月刊, 2015 (7): 50 - 56.
- [8] 叶兴庆. 从“两权分离”到“三权分离”——我国农地产权制度的过去与未来 [J]. 中国党政干部论坛, 2014 (6): 7 - 12.
- [9] 温世扬. 农地流转: 困境与出路 [J]. 法商研究, 2014 (2): 11 - 16.
- [10] 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.
- [11] 王卫国. 城乡一体化与农地流转制度改革 [J]. 国家行政学院学报, 2015 (3): 25 - 30.
- [12] 谢鸿飞. 农村土地可以释放更多红利, 依法推进“三权分置”改革 [N]. 人民日报, 2016-01-28(7).
- [13] 马俊驹 丁晓强. 农村集体土地所有权的分解与保留——论农地“三权分置”的法律构造 [J]. 法律科学·西北政法大学学报, 2017 (3): 141 - 150.
- [14] 余鹏翼. 中国发达地区农地使用权流转问题研究 [M]. 广州: 暨南大学出版社, 2010. 24.
- [15] 林远. 全国农地流转面积已达四分之一 [N]. 经济参考报, 2014-01-14(1).
- [16] 冯华 陈仁泽. 农村土地制度改革 底线不能突破——专访中央农村工作领导小组副组长、办公室主任陈锡文 [N]. 人民日报, 2013-12-05(2).
- [17] 韩长赋. 土地“三权分置”是农村改革的又一次重大创新 [N]. 光明日报, 2016-01-26(1).
- [18] 朱继胜. 论“三权分置”下的土地承包权 [J]. 河北法学, 2016 (3): 37 - 47.
- [19] 孙宪忠. 推进我国农村土地权利制度改革若干问题的思考 [J]. 比较法研究, 2018 (1): 171 - 179.
- [20] 孙宪忠. 推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题 [J]. 行政管理改革, 2016 (2): 21 - 25.
- [21] 蔡立东 姜楠. 农地三权分置的法实现 [J]. 中国社会科学, 2017 (5): 102 - 122, 207.
- [22] 李少伟. 民法法典化与私法价值的实现 [J]. 河北法学, 2019 (12): 20 - 28.
- [23] 邱道持. 论农村土地流转 [M]. 重庆: 西南师范大学出版社, 2009. 18 - 25.

(全文共 26 905 字)