

•西南政法大学中国农村经济法制创新研究中心系列丛书•
•中国农村法治论坛系列丛书•

中国农村法治论坛 第5卷



农村土地“三权分置” 法治保障研究

主编 / 卢代富



法律出版社 | LAW PRESS

中国农村法治论坛 第5卷



农村土地“三权分置” 法治保障研究

主编 / 卢代富



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

农村土地“三权分置”法治保障研究 / 卢代富主编

— 北京 : 法律出版社, 2018

(中国农村法治论坛 ; 第5卷)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2157 - 2

I. ①农… II. ①卢… III. ①农村—土地法—研究—

中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 075478 号

农村土地“三权分置”法治保障研究
NONGCUN TUDI “SANQUANFENZHI” FAZHI BAOZHANG YANJIU

卢代富 主编

策划编辑 陈 妮
责任编辑 陈 妮
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 14.25
字数 330 千
版本 2018 年 5 月第 1 版
印次 2018 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2157 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任：卢代富

委 员：(以姓氏笔画为序)

王怀勇 王煜宇 邓 纲

卢代富 叶 明 刘 俊

江 帆 许明月 李 树

张 怡 陈步雷 岳彩申

胡大武 胡元聪 唐烈英

黄茂钦 盛学军

本辑执行编辑

杨青贵

前 言

为了繁荣农村经济法治研究,寻求化解“三农”问题的法律对策,西南政法大学中国农村经济法制创新研究中心、经济法学学科点、经济法学院和经济法研究中心从2009年起举办“中国农村法治论坛”,从每次会议中遴选优秀论文集辑出版。

2016年7月2日,由中国经济法学研究会主办,西南政法大学经济法学院、经济法学学科和中国农村经济法制创新研究中心承办的“2016年度中国经济法治高端论坛暨第八届中国农村法治论坛”在西南政法大学顺利举办。论坛的主题是“农村土地‘三权分置’的法律保障”,来自各地高校及实务部门的50余名专家学者参加了此次论坛。本书汇编了本次会议的优秀论文。

西南政法大学
中国农村经济法制创新研究中心
2018年3月

目 录

2016 年年度“中国经济法治高端论坛暨第八届中国农村法治论坛”观点综述	房建恩 / 1
农村土地“三权分置”改革的法治路径	杜志勇 / 9
重生抑或否定?	
——农地“三权分置”下的家庭承包农地继承问题	洪海林 徐舒浩 / 22
论集体收益分配权:以土地征收补偿费分配为研究对象	郝永昌 / 30
“三权分置”下农地经营收益分配法律保障研究	刘恒科 / 41
论农地经营权流转的现实困境	
——以农地“三权分置”为背景	刘洋洋 / 54
论农地制度创新的逻辑结构与法律均衡机制	
——基于行动者视角的分析框架	秦小红 / 62
论农地“三权”融资之最佳担保方式	唐烈英 / 77
承包土地经营权之抵押权实现的制度困境及出路	
——兼论土地经营权的物权化路径	王佳森 / 84
谁是农村集体资产的主人?	
——农村集体资产的所有权主体及其法律治理	李玉虎 / 95
司法保障农村股份合作制改革问题研究	
——以浙江省温岭市为例	陈文通 / 106
论土地整理监管法律行为的规范内涵	吴 悠 徐 瑶 / 118
论土地承包经营权登记制度对农地信息失灵的克服	徐 超 / 131
土地承包经营权“三权分置”的现实基础及实现路径	杨志航 / 143
我国农村土地“三权分置”的实施路径及法治保障	吴晓敏 / 153
农村土地“三权分置”下权利主体之风险防范:规则审视与制度设计	翟 帅 / 161
农业适度规模经营背景下大学生新型农业经营主体引导分析	
——以新型城镇化与农村土地制度改革面临的问题为背景	张倩倩 / 172
“三权分置”背景下农村土地经营权抵押融资问题研究	周昌发 王文文 / 180
新型城镇化与土地所有权市场建构研究	邹爱华 / 188
“三权分置”下承包权与经营权的利益协调机制	程彦绫 / 202
论机制的改革与改革的机制	
——集体土地增值收益分配机制的重构探讨	龚暄杰 / 209

2016 年年度“中国经济法治高端论坛 暨第八届中国农村法治论坛”观点综述

房建恩*

目 次

- 一、农村土地“三权分置”的制度创新与政策目标
- 二、农村土地“三权分置”的“三权”关系和法律表达
- 三、农村土地“三权分置”的利益平衡和风险防范问题
- 四、农村土地“三权分置”推进中的政府作用及保障机制
- 五、新型城镇化与农村土地制度改革面临的其他问题

一、农村土地“三权分置”的制度创新与政策目标

农村土地“三权分置”，是对我国农村集体土地所有权与农户土地承包经营权“两权分离”改革之后的又一次重大创新，它代表了未来农地制度改革的基本方向。根据原农业部部长韩长赋的解读，“三权分置”是引导土地有序流转的重要基础，既可以维护集体土地所有者权益，保护农户的承包权益，又能够放活土地经营权，解决土地要素优化配置的问题；既可以适应第二、第三产业快速发展的需要，让农村劳动力放心转移就业、放心流转土地，又能促进土地规模经营的形成。提出农村土地“三权分置”的重要意义何在？其政策目标是什么？要解决的核心问题是什么？对此，学者们对政策文件进行了梳理，针对我国现行农村土地制度运行中存在的问题，提出如下观点。

刘俊教授认为，农村土地“三权分置”的改革，是国家精心设计的一次重大的农村土地制度的改革，具有不亚于 20 世纪 80 年代初土地承包经营制度改革的意义。中央关于“三权分置”的政策文件，从第一次提出到之后每一次的深化，越来越正式地将农村土地“三权分置”提出来。关于农村土地“三权分置”的改革，已经不是就某一个方面的单项改革，而是一个非常重大的、关于农村土地经营制度的比较全面的改革。农村土地“三权分置”的实质，是将农村土地的实质性

* 西南政法大学经济法学院副教授，法学博士。

权利,完全固化给农户这样一个主体。农村土地承包经营权,是长久不变的、实实在在的物权。把土地经营权分离出来,目的是解决其在市场上流转的问题。

高圣平教授认为,“三权分置”的学说旨在用土地承包权表达身份、保障的性质;用经营权的问题,强调市场化因素。这一政策的提出,主要是针对现行农村土地承包经营权流转的制度设计不能满足生产资料市场配置需求的问题。

陈小君教授认为,“三权分置”是要落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。这三句话内涵丰富,反映了坚持公有制、保护农民权益、振兴农业发展等多重目标考量。关键在于是否放活、怎么放活。从现行制度设计来看,放活的主要障碍在于抵押难,这也是“三权分置”要解决的主要问题。

刘云生教授认为,“三权分置”政策话语将土地承包经营权解析为农户承包权和土地经营权,将土地承包经营权所包含的身份性和流转性区分,在强调身份性,稳定农户承包权的同时,真正的目的在于放活土地经营权,赋予其强大的财产功能和市场可变空间。

高飞教授认为,“三权分置”表达为承包权和经营权分置。政策部门想达到的最主要目的有三项:一是破除土地承包经营权流转的身份限制,解决“有承包资格的不种地,想种地的没有承包资格”的问题;二是培育新型的农业经营主体;三是解决融资难问题。经过实地调研,“三权分置”要解决的实质性问题主要是农地融资问题以及成员权收益分配问题。

管洪彦副教授通过对“三权分置”的政策脉络进行梳理,认为党的十八届三中全会以后,农村土地“三权分置”的改革思路逐渐清晰,经过“前期酝酿、明确确认、更加清晰、继续巩固”四个阶段的演变过程,“三权分置”的政策内涵和实现路径逐步明确和清晰。农村土地“三权分置”改革,是改革开放后承袭“两权分置”改革以来的持续性政策创新,代表了未来新型农地制度改革的基本方向。

房建恩副教授认为,从制度演进逻辑和政策文本解释来看,“三权分置”政策的目标具有系统性和层次性特征。第一,实现规模经营是“三权分置”的初级目标;第二,农地权利抵押融资是“三权分置”的直接目标;第三,粮食安全和农业现代化是“三权分置”的产业目标;第四,促进人地分离,提升城镇化水平是“三权分置”的社会发展目标;第五,新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化,新“四化”同步发展是“三权分置”的终极目标。

王楚嘉处长认为,“三权分置”的改革,最核心的就是要解决二轮承包以来整个农村耕地分布小型化造成的低效,以期取得更好的经济效益和社会效益。

综上,各位专家学者对“三权分置”在宏观方面的政策意义上基本达成共识,农村土地“三权分置”的改革,是国家精心设计的一次重大的农村土地制度的改革,代表了未来新型农地制度改革的基本方向。在不突破农地制度改革三条底线的前提下,在保护农民权益的基础上,进一步促进农村土地经营权有序流转,发展适度规模经营,发展现代农业,加快城镇化进程。但在微观层面上,“三权分置”解决问题的重心或者着力点为何,是农地流转问题还是农地融资问题,尚有细微的认识分歧。

二、农村土地“三权分置”的“三权”关系和法律表达

“三权分置”政策话语的法律表达,是一个有争议的问题。如何解释农村土地“三权分置”,我们是不是要将“三权分置”摆脱传统理论的桎梏?如何理解承包经营权这一独立出来的、不同于以前“两权分离”的模式?“三权分置”的内涵是“所有权+承包权+经营权”,还是“所有权+成员权+经营权”,抑或“所有权+土地承包经营权+土地经营权”?这些问题是目前民法学界主导的“三权分置”学术讨论的论争焦点。

(一)“三权分置”下“三权”的内涵与法律表达

首先,关于“三权分置”政策法律研究或者表达的逻辑前提,大部分学者认为,“三权分置”是为了解决之前“两权分离”无法解决的问题而提出的改革部署。在对“三权分置”进行理论研究和法律表达时,要有鲜明的中国语境下的问题意识。黄河教授认为,研究问题时要从中国实际出发,不能硬套西方法学理论。我国农民集体所有权本身就是一种很特殊的制度。法律必须要有可操作性,现实中一些农村土地方面的法律没有可操作性,“三权分置”法律制度的设计要解决这个问题。张志辽教授认为,对于中央决策的认识,要考察中国有特色的决策模式。中央决策是定性、定位不定量。中央决策一般只是指示一个方向,所以政策话语并不一定是能为法学研究直接引用的术语。刘俊教授提出,农村土地“三权分置”改革涉及权利制度的设计问题,用传统的民法理论是解释不通的,必须按照解决中国问题的目标和思路,构建解决中国问题制度的理论,这才是我们应该秉持的研究方法和态度。刘云生教授提出,解释当前的“三权分置”政策,需要区分中国语境和西方语境、正名与务实的关系。当然,“三权分置”终究还是农村土地权利配置的问题,在坚持中国问题的研究语境下,相关法律关系的厘清必须在现有法律制度的基础上,实现体系性的自治性。

其次,关于“三权分置”下“三权”的内涵与法律表达,学者们的观点如下。

刘俊教授认为,农村土地“三权分置”下三种权利的关系如下:第一,农村土地集体所有权不能被当作私权。集体所有权是在公有制理论上解决传统以土地私有制为基础不能解决的问题所设定的权利,是非常有价值的。农村土地集体所有权应向虚化的方面走,虚化是有法律价值和法律意义的,只有在设定土地承包经营权时才能发挥它的作用和意义。第二,从农村土地集体所有权上产生的土地承包经营权,是一个混合性的权利,它既包含着以成员权为基础、具有身份性、承担着保障功能的权利,也包含着以土地这样一个客体为基础的、纯粹的物权。农村土地“三权分置”的核心点在于具有身份属性的部分,留在土地承包经营权中,把作为物权的部分分离出来,作为一个独立的物权流转。这能够解决传统“两权分离”无法解决的保障性和财产性无法兼顾的问题。第三,分离出来的土地经营权是独立的、物权性的权利。

陈小君教授认为,“三权分置”政策话语的法律表达,应当符合法律逻辑、运行的实证需求以及农民的认知。集体土地所有权的意义在于终极处分权,以及土地承包经营权或者土地经营权期满之后向集体所有,也就是农民集体所有回归。坚持集体所有权的意义在于农民不会失去农民身份。稳定承包权,就是要在固化成员权的基础上保障农民权益。成员权不仅涉及农民的土地承包经营权,而且涉及宅基地使用权、集体收益分配权等权利。土地经营权应当是一种用益物

权,是土地承包经营权的剩余期限内的土地使用权的流转形成的物权性质的权利。

高圣平教授认为,“三权分置”学说的提出,受到了西方的产权经济学和制度经济学学说的影响,采取了权利束的观念。但我们现行的权利结构,是在土地所有权的基础上成立一个土地经营权,是一个物权的负担。我国民法上没有权利束的观念,没有基于英美财产法的观念。因此,“三权分置”的法律表达是个难题。从路径依赖、修法成本出发,“三权分置”的农户承包权,是指土地承包经营权,然后在土地承包经营权上设立土地经营权。如果采取“土地承包经营权+土地经营权”结构安排,会引发更大争议,会涉及分离出来的土地经营权的性质认定问题。主导《中华人民共和国农村土地承包法》修改的农业部的主流意见是将其认定为一项债权。但这种做法会在登记规则、债权转让规则以及抵押规则方面与现行民事法律规定存在一些冲突,这可能是需要进一步研究的问题。

刘云生教授认为,“三权分置”无法通过物债二元区分理论来解释,可以从罗马法或中国的经济史上得以解释。“三权分置”实际上是对民间早就出现的现象的一种认定、一种发现,而非发明。如果能够实现效率价值、安全价值,能够保护农民权利,那么集体土地所有权做实做虚,土地经营权是物权还是债权,无非就是一个技术路径、方法选择的问题。

高飞教授认为,“三权分置”将土地承包经营权分设为承包权和经营权的政策话语,不能直接替代法律表达。“三权分置”应该是所有权、成员权和农地利用权的分置。成员权是从所有权中分设出来的,而不是从承包经营权中分设出来的。土地承包经营权是用益物权,那种认为土地承包经营权中含有承包权,承包权本身具有身份性的观点,在物权法中是不能成立的。稳定土地承包经营权,实际上就是稳定成员权。通过将土地承包经营权分设为承包权和经营权,解决农地抵押融资问题,可能是比较简单化的做法,需要进一步加强研究。

宋宗宇教授认为,对于农村土地“三权分置”,中央的文件表达实际上就是三句话,即坚持所有权、稳定承包权、放活经营权。真正要有所作为的是放活,放活经营权是改革的方向。土地经营权抵押在法理上说不通,在现行法律上又有障碍,因此就要借助于权利质押来解决。未来的改革方向是,土地经营权借助于物权制定民法典这样一个契机,将其作为一个新型的物权类型。

耿卓教授提出,农地“三权分置”政策的法律表达,存在法学与经济学话语的冲突问题。政策背后的经济理论体现的是英美财产法理论,而我们是一个继受大陆法系传统的国家。英美财产法和大陆财产法理论的分歧和对接,是一个世界性难题,还需要进一步探讨。从经济学来说,对权利束或者一个财产权利可以做无数分割,以应对实践中各种不同的需求,这是英美法系的思路。但是在大陆法系是物债二分的两种权利,这是否能回应社会现实需求,是值得思考的。

袁震副教授认为,在农村土地承包经营权转包、入股、抵押、信托流转的实践中,呈现出在农村土地承包经营权上再次设定物权性耕作经营权,以实现农村土地权利“三权分置”的现实需要。“经营权”在民法典中的塑造必须立足于民法典编纂的体系化及科学化的需要,一方面需要在债权法体系内通过完善农地租赁等法律制度来实现;另一方面需要在物权法体系中通过创设相当于永佃权的新用益物权方式来实现。通过家庭承包方式获得的土地承包经营权的相当所有权属性,为物权性耕作经营权的创设奠定了借鉴永佃权及农育权制度的法理基础,物权性耕作经营权的创设并不违背同一物上不能并存互不相容的物权的原则。

王楚嘉处长认为,农村土地“三权分置”的改革,体现马克思重新建立劳动者的个人所有制的一种论证。长久稳定的土地承包权是社会主义公有制的有效实现。土地承包经营权本身是农民土地所有权的一部分权利,在某种程度上更像是自物权,由此产生的经营权更契合物权法定原则中用益物权的性质。

(二) 土地经营权的物权抑或债权性质问题

“三权分置”的重要创新在于放活土地经营权。土地经营权的法律属性如何,是物权还是债权?学者对此观点不一。

大多数学者认同土地经营权是一项物权,是用益物权。刘俊教授认为,分离出来的土地经营权是独立的、物权性的权利。从登记角度来讲,要对其进行自物权性质的登记,否则,进行他物权登记流转的价值目标就难以实现。陈小君教授认为,对该问题的讨论应回到法律研究的问题意识上。土地经营权的分离主要解决抵押问题。土地经营权应当是一种用益物权,是土地承包经营权的剩余期限内的土地使用权的流转形成的物权性质的权利。张志辽教授认为,“农村土地经营权”这一概念是有出处的,《行政诉讼法》第12条第1款第7项,明确采用了“农村土地经营权”这一术语,也应属于物权法定。农村土地经营权已是物权没有任何争议。袁震副教授提出土地经营权是一种物权性质的权利,经营权分置实现的法律路径是创设物权性的耕作经营权。

农业部的主导观点认为土地经营权是债权,部分学者从物权法定的角度出发也持此观点。高圣平教授提出,主导《中华人民共和国农村土地承包法》修改的农业部的主流意见是将其认定为一项债权。宋宗宇教授和管洪彦副教授认为,在物权法定原则下,土地经营权肯定就是债权性质,不是物权性质,但将来修法的方向宜将其确定为一项用益物权。

李俊教授从大陆法系的法律演进角度提出,物债二元区分理论意义正在向实用主义变迁。租赁权完全吸收了传统永佃权的内涵。在欧洲现代农地法结构里,意大利等国家都有农业法或农业合同法,其实就是农业租赁合同法,使以租赁为中心形成了整个欧洲大陆法系的权利结构的新模式。我们不应再坚持物债二元区分,而要用实用主义的眼光去对待它。租赁时间长短并不重要,而在于如何看待租赁的责任,如何看待改良责任在租赁过程中设定在使用权人、所有人身上的不同责任。

刘云生教授认为,“三权分置”无法通过物债二元区分理论来进行解释,租赁权的物权化是个逻辑陷阱。在物权和债权的二元结构下,租赁权的位置是最难确定的,特别是不动产租赁权。只有在最具体、最特别的情形下才能得出结论,否则单纯地从债权物权二元抽象区分,是没有意义的,只能解决理论问题,而不能解决实务问题。

(三) 土地经营权的登记问题

张志辽教授认为,从不动产登记的角度来讲,如果农村土地经营权来自农户承包经营取得的土地经营权,则要做两次登记:一是土地承包经营权的登记;二是农村土地经营权的登记。如果不是以农户承包的方式取得的,而是通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的,作为权利取得人,既可以申请农村土地经营权的登记,也可以先申请土地承包经营权的登记。

王楚嘉处长认为,应该厘清经营权是物权或债权后才能进行登记。在重庆市的实践中,目前存在物权和债权两种类型的登记。物权纳入的是不动产物权登记;债权纳入的是合同的登记,仍

然保留在原来的行政主管部门。纳入债权登记则未能体现物的归属,发挥物的效用。土地经营权已经具有用益物权的特点,但由于目前上位法约束,地方性法规创设用益物权困难,但可以采取在重庆市等地试点的方式,将土地经营权纳入不动产登记类型。

综合上述观点,“三权分置”作为政策话语,其法律表达涉及经济学与法学话语的冲突,法学领域尚有农户承包权与土地经营权的性质与关系之争议,中国问题与西方理论、大陆法系与英美法系财产法、正名与务实之分别。目前,学界对“三权分置”下农户承包权的认识不一,有实体性的成员权说、土地承包经营权说和资格性的成员权说等观点。多数意见倾向于将农户承包权理解为土地承包经营权,但对这种权利仍有用益物权和相当所有权或者自物权两种解释路径。关于分离出来的土地经营权,与学术界主张用益物权性质的主流观点相异,农业部的官方意见认为其是一种债权性质的权利。前者意在加强实际耕作经营者的权利,解除权利抵押的法律障碍,并主张将其纳入不动产登记;后者的发展方向是债权物权化。在此意义上,两者路径虽不同,但并无实质差别。当然,亦有学者主张摒弃物债二元区分结构。

三、农村土地“三权分置”的利益平衡和风险防范问题

保障农民权益是“三权分置”的目标和底线,能否在产权、利益明晰到农户的基础上,真正让收益尽可能落实到农户手上,也是学者普遍关心的问题。对此,既有宏观的讨论,也有关于微观层面的土地经营权流转模式中的农民利益保护与风险防范问题。

周昌发副教授认为,土地经营权人通常面临农业的高风险、低利润窘境,农民的承包权收益得不到保障,或者导致土地闲置,无法达到放活经营权的预期。主要风险包括农户的土地承包权被架空;土地保障功能异化;农村秩序混乱。获得土地经营权的市场主体在实现自身的权益的过程中,如果经营得非常好,能够受让很多土地,就可能在农产品的价格和竞价权等方面产生垄断嫌疑。如果经营得不好,则可能产生违约。

陈志教授认为,土地经营权信托流转,是放活土地经营权的一种方式。土地经营权信托流转中的潜在风险,就是农民主体地位弱化、农民诉求边缘化问题。对此,在制度设计时,要注意以下问题:一是明确产权;二是明确权责;三是适度监管;四是生态监控;五是信息监管。

李蕊教授认为,土地经营权信托流转模式具有理论上的合法性和正当性。农地流转信托的法律价值在于实现农地的“三权分置”,发现农村土地的市场资源价值;驱动城乡要素对接,破解农业要素配置难题;多维度保障农民权益。农地信托实践面临的法律障碍包括:委托主体土地股份合作社法律地位亟待确认;受托主体信托公司保障激励机制乏善可陈;信托财产登记制度付诸阙如;农地信托监管处境窘困。为此,应当建立信托机构风险保障和激励机制,包括农地信托责任保险、风险保障基金、金融财税政策支持;型构农地信托多维监管机制。同时,要构造农地信托协同监管机制,强化监督过程中的公众参与制度。

杨红朝副教授认为,“三权分离”核心还是在分离土地的“社会保障属性”和“财产属性”,但从根本上来说,两种属性冲突的解决还是一个长期过程。土地经营权不仅是一个权利问题,它还涉及土地的许多经营性风险。农民的承包权利实现,借助土地流转收益,其中涉及新型农业主体的经营风险、经营能力及信用问题。新型农业主体出于经济效益考虑,可能会改变农地用途,导

致“非农化、非粮化”问题的发生,以致土地经营权的实现具有更大的不确定性。

刘恒科教授认为,“三权分置”是在两权分离基础上农村土地产权制度的进一步改革,是因应农地流转实践中出现的基层创新的调整需要和法治回应。立法应关注和回应基层的实践和农民的创造,夯实利益协调和风险防范制度。“大地主,小佃农”可能造成流转困难,但“小地主,大佃农”问题可能引起的利益冲突及协调需要进一步论证。实践中,无论是政府推动还是市场运行的土地流转,都是将农户的土地流转收益定位为农地农用时的土地产生收益变现价值,无法承载原本土地承包经营权的价值内涵。

四、农村土地“三权分置”推进中的政府作用及保障机制

高飞教授提出,在主张土地经营权市场化流转的同时,怎样认识政府干预作用是一个需要思考的问题。现在的规模经营在很多地方已经成了政绩工程,有的流转不是自愿的,干预的倾向比较明显,反租倒包比较严重,这种现象值得警惕。

黄茂钦教授认为,农村土地“三权分置”法治保障的内在逻辑,在于处理好市场和政府之间的关系。不仅在于市场优化配置资源的“市场法治”,而且在于“政府法治”,为“三权分置”的法治保障发挥政府作用。政府作用的领域主要在于土地经营者的市场准入问题;农业市场经营秩序问题;标准化与农产品质量问题;农村基础设施建设法治保障问题等。

周昌发副教授认为,土地经营权人经营得好,就可能产生农产品的价格和竞价权垄断问题,如果经营不好,则可能产生违约,承包人的土地权益得不到保障。因此,如何从经济法的角度,在制度设计上保障和平衡土地承包权农户的私权主体以及享有土地经营权的主体之间的利益,包括国家的所有权以及社会公共利益,也就是承包权人农户和涉及广大公众的权益,是需要进一步研究的问题。

房建恩副教授认为,从中国当前社会经济进步的进程和时代特征来看,法治更应该保障的是“三权分置”政策目标的实现,以及由此可能获得的社会整体发展利益。“三权分置”政策的立法表达一定要等一个合适的立法调整窗口期,这个时机应该是在“二轮土地”承包期满之际。

在上述观点中,黄茂钦教授的观点具有一定的代表性。其认为,“三权分置”法治保障的重点是厘清市场与政府的关系;“三权分置”的法律表达主要涉及的是民法层面的“三权”权利关系和权利配置问题,是一种“市场法治”,但更要发挥好政府作用,体现“政府法治”。

五、新型城镇化与农村土地制度改革面临的其他问题

农村土地制度改革是一项涉及面广且及其复杂的系统性改革,在本次论坛上,与会专家除了围绕论坛的主题展开讨论外,还针对农村土地制度改革中的土地所有权市场构建、土地产权多元化等问题发表了观点。

邹爱华教授认为,加强新型城镇化实施,应当建构土地所有权市场。他从“人的城镇化”与市场主导的城镇化的现实需求、土地资源利用的效率等方面论证了土地所有权市场建设的必要性,还从土地所有权市场构建的可行性以及宪法修改的具体操作对土地所有权市场构建障碍克服提出了立法设想。

李昌庚副教授从2004年《中华人民共和国宪法》第10条的争议出发,提出现行宪法的规定能够适应现实需要,并无释宪或修宪的必要,但是通过审视2004年《中华人民共和国宪法》第10条的规定,反映土地产权多元化的趋势则具有现实意义。如果城市的土地也可以包括集体所有,则能够解决土地征收、农村集体所有土地流转等问题,但由于这已经属于土地所有制改革的范畴,故应采取慎重态度。

林森博士对农民宅基地和农村集体建设用地进行了交叉比较研究,从主体、性质、取得和流转方式等方面比较了两者的区别,认为这两种“建设用地”二分法存在问题。他通过对成都市和重庆市在农民宅基地和集体建设用地的抵押融资、指标交易等方面的改革进行评介,提出了宅基地通过合同单向地转化为集体建设用地的发展趋势。

于风瑞博士从法律适用的角度,对房屋合建合同纠纷中因违法而无效时的损害赔偿责任确定问题进行了实证研究,认为裁判中的难点主要有合同无效过错比例在合同双方之间的划分以及宅基地使用权升值部分,应否纳入房屋升值的损失两个方面。她还运用公平原则、信赖利益理论和缔约过失责任等理论和观点,分析了司法实务中处理相关纠纷需要考量的因素。

农村土地“三权分置”改革的法治路径

杜志勇*

目 次

- 一、前言
- 二、农村土地“三权分置”实践基础
- 三、农村土地“三权分置”法律内涵
- 四、农村土地“三权分置”实现路径
- 五、农村土地“三权分置”制度保障
- 六、结语

一、前言

2014年1月20日中共中央、国务院印发2014年中央一号文件明确提出,“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”。2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅在《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》中首次将“坚持农村土地集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权”称为农村土地“三权分置”。后历经2015年、2016年的中央一号文件及中共中央办公厅、国务院办公厅《深化农村改革综合性实施方案》和全国人大常委会《关于授权国务院在北京大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》等文件,至2016年3月中国人民银行等部门联合公布《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》,在政策层面,显然已构建起以农村土地“三权分置”为核心的新一轮农地改革蓝图。党的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》强调,必须更好发挥法治的引领和规范作用,实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。因此,农地“三权分置”改革由政策层面上升到法律层面,是落实改革于法有据的必然选择。农地“三权分置”的法律内涵及三权之间的关系是农地“三权分置”制度化的逻辑前提,以当前农业发展现状为基础,探索“三权分置”实现路径,不仅有利于建构我国农地权利体系,更

* 厦门大学法学院民商法学博士研究生。

有利于保护农业相关主体权益。

二、农村土地“三权分置”实践基础

关于农地“三权分置”改革的讨论不能局限于问题本身,还要注重分析改革背后的现实问题,以奠定共同讨论的基础。学界关于“完善土地承包经营权权能”改革方案和农地“三权分置”改革方案的争议,^[1]在性质上就是一个民法学中的事实判断问题,应以当前农业发展实践为标准做出判断。农地“三权分置”的实现路径,也应以我国农业发展实践为基础,分析中国实际,解决中国问题。

(一) 农地改革政策梳理

面对农业发展现代化转型,城乡一体化进程加快,2014年1月中共中央、国务院发布的《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》明确提出,农村土地“三权分置”改革,这是继党的十八届三中全会提出全面深化改革后出台的第一个指导农业发展改革文件。2015年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》作为农业发展顶层设计,不仅明确肯定了农地“三权分置”改革,还指出了农地“三权分置”改革的具体实施路径,即“实行‘三权分置’,对突破现行法律法规的重大改革,要按程序报批,取得授权,在一定范围内开展试点”。随即,2015年12月全国人大常委会就作出了《关于授权国务院在北京大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》,明确上述试点地区可以突破现行相关法律,以实现试点地区农地改革于法有据。

2016年3月15日中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、财政部、农业部联合印发《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》,允许获得土地承包经营权的农户和通过农地流转获得土地经营权的农业经营者,以土地经营权抵押获得融资。至此,在政策引导层面,显然已经形成了一个以农地“三权分置”为核心的顶层改革,但法律规范层面上目前仍存在缺位。除上述试点地区可以土地经营权抵押融资外,仍有很多地区依然在探索土地承包经营权抵押、入股合作社等流转方式,造成实践中存在两种不同的农地抵押标的。因此,有学者主张:“变革的目标就是要在纯化土地承包经营权制度功能的同时,最大限度地实现其作为独立物权的各项法律权能,将土地承包经营权真正打造成具有确定法律含义和健全权能体系的民事权利;这种功能转型和权能实现不仅是还原土地承包经营权之独立物权属性的客观基础,也是农村社会管理创新的应有之义。”^[2]但基于我国农业发展现状,土地承包经营权抵押并不是

[1] 为表述方便,本文将法学界关于农地改革的主流观点总结为“完善土地承包经营权权能方案”,即主张赋予土地承包经营权以完整的用益物权权能,使其自由流转和抵押,不再受到法律限制。以此与经济学界提出的农地“‘三权分置’改革方案”相对应。法学界的主要观点可参见高圣平:《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》,载《法学研究》2014年第4期;高圣平:《农地金融化的法律困境及出路》,载《中国社会科学》2014年第8期;陈小君:《我国农村土地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》,载《法学研究》2014年第4期;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》,载《法学研究》2014年第1期。

[2] 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》,载《法学研究》2014年第1期。

农业发展所急需的,土地经营权抵押制度的构建才是当务之急,农村土地“三权分置”改革方案的确定,有其自身存在的特殊价值和意义。

(二) 当前农业发展现状

若赋予土地承包经营权以完整的用益物权权能,实现农地自由流转和抵押必然不是问题。但以当前农业发展实践来考察,在稳定土地承包关系长久不变的政策引导下,土地承包经营权依然承载着社会保障功能,并不能实现完全自由流转。

其一,根据农地流转数据统计分析,债权性质的土地经营权抵押才是农业发展的需求。截至2014年上半年,全国农村承包耕地流转面积达3.8亿亩,是2008年年底的3.4倍,流转比例占承包耕地总面积的28.8%,比2008年年底提高20个百分点。这反映出近几年来,我国农地流转规模呈不断增长趋势,但这只能说明农地总“流转”量在不断增加,并不能反映出具体的流转方式所占的增长比例。根据《中国农业统计资料2014》有关数据(见表1、图1),其中以“转让”方式(物权流转方式)流转农地的比例只占所有流转土地2.9%,剩余97%的农地流转方式都是以非转让方式(债权流转方式)流转,即一定期限的流转,并不涉及土地承包经营权的物权变动。因此,土地经营权抵押融资主要是为了实现农业经营者土地经营抵押融资,而不是农户的土地承包经营权抵押融资。

其二,从农民生活现状分析,农地依然还承载着社会保障功能。土地承包经营权若自由流转,农民就会失去土地上的一份保障。根据国家统计局《2014年国民经济和社会发展统计公报》显示,截至2014年年末,我国农村常住人口约6.2亿人,占总人口比重45%,若加上流动人口2.53亿,农村人口近8.75亿。我国是传统农业型国家,虽然近几年从事农业的人口数量在不断减少,但是农民群体依然是一个庞大的群体,相关农地制度的设计必然会影响到社会的最大范围。随着我国城市化进程不断加快,从事非农业生产的农民数量也在不断增长。根据上述统计公报,2014年我国城镇常住人口7.49亿,城镇化率54.77%,然而减去农民工人口,户籍人口的城镇化率却只有36.3%。2012年中国统计年鉴数据显示,我国农村居民平均每户常住人口3.9人,农户总数约2.5亿,农民工数量2.63亿人。若平均计算,每户就会有1个农民工,但一个4口之家仅靠一个农民工供养,是远远不够的。国家统计局发布的《2014年全国农民工监测调查报告》显示,全国农民工总量为27,395万人,但农民工人均月收入仅为2864元。很多学者在反对农地“三权分置”时提道,当前农村人口大量进城务工,从而以获得非农收入为主,不再需要耕种土地,也不需要农村土地的社会保障。可见这种理解与农民实际生活现状存在一定偏差。根据2014年中国统计年鉴数据,农村居民人均可支配收入为10,488.9元,其中经营净收入4237.4元,占总数40.39%,农业经营性收入就包含在其中,也占不小比例。土地承包经营权是我国农民享有的最为核心的财产性利益,土地承包经营收入至今仍是农户家庭的最基本收入来源。^[1]因此,在我国现代发展转型期,土地依然是农民的重要生活保障,不能因为经济发展而危及农民的

[1] 根据调查,农产品收入在家庭收入中的比重为80%以上的占受访农户总数的17.6%,比重为50%~80%的占21.6%,两项合计占39.2%。换言之,有接近4成的农民仍把土地承包经营收入作为主要来源。这组数据来源于汪青松:《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》,载《法学研究》2014年第1期。